

# 最高檢察署

檢察官刑事大法庭言詞辯論補充理由書

(109 年度台抗大字第 742 號)

檢察官 洪泰文

陳瑞仁

吳巡龍

黃則儒

林俊言

蔡秋明



## 目錄

壹、依刑法第 78 條第 1 項撤銷假釋之流程	1
貳、對撤銷假釋決定不服之救濟流程	2
參、法官不得認定法律為違憲而逕行拒絕適用	3
肆、司法院大法官釋字第 796 號解釋已經宣告刑法第 78 條 1 項部分違憲，並設定審查標準，顯見本件非合憲性問題	4



抗 告 人 簡和平

上列抗告人因違反肅清煙毒條例聲明異議案件，經貴院於中華民國 109 年 9 月 2 日裁定送大法庭言詞辯論（109 年台抗大字第 724 號），茲提出補充理由如下：

### 壹、依刑法第 78 條第 1 項撤銷假釋之流程

受刑人累進處遇進至二級以上，悛悔向上，而與應許假釋情形相符合者，經假釋審查委員會決議，報請法務部核准後，假釋出獄<sup>1</sup>。檢察官依刑法第 93 條第 2 項、刑事訴訟法第 481 條第 1 項為保護管束之聲請。

假釋奉准後，出監前，由監獄長官主持假釋儀式，頒發假釋證書，並交付出監人居住地方檢察署檢察官執行保護管束函副本，告以出獄後 24 小時內應向該地方檢察署檢察官報到<sup>2</sup>。

有刑法第 78 條第 1 項應撤銷假釋情形者，由執行保護管束之檢察官，函請原假釋監獄典獄長報請法務部撤銷假釋，辦理機關無裁量空間<sup>3</sup>，檢察官亦不再另行聲請撤銷原保護管束，蓋假釋被撤銷後，其在假釋中所付之保護管束，當然消滅<sup>4</sup>。

由於立法者在刑法第 78 條第 1 項，並無給行政機關任何裁量權，假釋人故意更犯罪且受有期徒刑以上刑之宣告，就應該撤銷其受有假釋之法律上利益，故並無再送交假釋審查委員審理之情形。此點在修法前後並無改變<sup>5</sup>。

<sup>1</sup> 舊監獄行刑法第 81 條第 1 項參照。

<sup>2</sup> 舊監獄行刑法第 89 條第 1 項參照

<sup>3</sup> 參考附件(矯正署回復資料)第 2 頁。

<sup>4</sup> 司法院院字第 1567 號解釋：「假釋被撤銷後，其在假釋中所付之保護管束，當然消滅，無須檢察官聲請裁定。」，現行實務則依此為之，參照臺灣高等檢察署編，刑罰執行手冊，2008 年 4 月，264 頁。

<sup>5</sup> 同前註 3。

其後，法務部將撤銷假釋函知監獄，監獄則通知該地檢署執行撤銷假釋殘刑，而受刑人對於檢察官指揮殘刑認有不當，得依刑事訴訟法第 484 條聲明異議。

## 貳、對撤銷假釋決定不服之救濟流程

依照 109 年 7 月 15 日生效施行之監獄行刑法第 153 條第 1 項至第 3 項<sup>6</sup>規定，明定普通法院得審理撤銷假釋之情形：(1)監獄行刑法 108 年 12 月 17 日修正之條文施行前，因撤銷假釋已繫屬於法院之聲明異議案件，尚未終結者，於修正施行後，仍由原法院依司法院釋字第 681 號解釋意旨，依刑事訴訟法之規定審理；(2)法院之聲明異議裁定之抗告、再抗告及監獄行刑法 108 年 12 月 17 日修正之條文施行前已由地方法院或高等法院終結之聲明異議案件之抗告、再抗告案件，尚未終結者，於修正施行後由高等法院或最高法院依司法院釋字第 681 號解釋意旨，依刑事訴訟法之規定審理；(3) 監獄行刑法 108 年 12 月 17 日修正之條文施行前，因撤銷假釋得聲明異議之案件，得於修正施行日之次日起算 30 日內，依監獄行刑法規定向管轄地方法院行政訴訟庭提起訴訟。

惟刑事訴訟法第 484 條並未被排除，監獄行刑法 109 年 7 月 15 日生效施行後，假釋人縱已依同法第 121 條提起復審，再依同法第 134 條提起撤銷訴訟(行政訴訟)，仍不無以殘刑執行不當為由，向普通法院聲明異議。

而撤銷假釋涉及假釋人之法律上利益，不同於人身自由之保障，對於所有故意更犯罪並受有期徒刑宣告之假釋人均撤銷假釋(刑法第

---

<sup>6</sup> (第 1 項)本法中華民國一百零八年十二月十七日修正之條文施行前，因撤銷假釋已繫屬於法院之聲明異議案件，尚未終結者，於修正施行後，仍由原法院依司法院釋字第六八一號解釋意旨，依刑事訴訟法之規定審理。

(第 2 項)前項裁定之抗告、再抗告及本法中華民國一百零八年十二月十七日修正之條文施行前已由地方法院或高等法院終結之聲明異議案件之抗告、再抗告案件，尚未終結者，於修正施行後由高等法院或最高法院依司法院釋字第六八一號解釋意旨，依刑事訴訟法之規定審理。

(第 3 項)本法中華民國一百零八年十二月十七日修正之條文施行前，因撤銷假釋得聲明異議之案件，得於修正施行日之次日起算三十日內，依本法規定向管轄地方法院行政訴訟庭提起訴訟。

78 條第 1 項), 及涉犯組織犯罪之犯罪人不分情節都給予強制工作(組織犯罪條例第 3 條第 3 項)<sup>7</sup>, 進行比較, 除涉及之權益內容(法律上利益、人身自由)不同外, 撤銷假釋是由法院對於行政機關決定作事後審查, 宣告強制工作是法院逕適用法律做出決定, 二者性質也有不同。不考慮上述差異, 最高法院仍決定開啟合憲性解釋的大門, 不聲請大法官為違憲審查, 日後最高法院恐面臨以下指摘: (1) 當事人持該最高法院刑事大法庭裁定見解, 在行政法院為主張, 應適用最高法院創設之標準之同一標準, 製造不同審判體系法院之衝突; (2) 前已遭撤銷假釋之人, 持最高法院創設之標準, 聲明異議, 致普通法院有大量增加之聲明異議案件; (3) 司法院大法官不認同最高法院不聲請釋憲濫用合憲性解釋。

### 參、法官不得認定法律為違憲而逕行拒絕適用

「依法公布施行之法律, 法官應以其為審判之依據, 不得認定法律為違憲而逕行拒絕適用。惟憲法之效力既高於法律, 法官有優先遵守之義務, 法官於審理案件時, 對於應適用之法律, 依其合理之確信, 認為有抵觸憲法之疑義者, 自應許其先行聲請解釋憲法, 以求解決」, 業經司法院大法官釋字第 371 號解釋在案。

鑑定意見認最高法院得援用司法院大法官釋字第 242 號解釋之例<sup>8</sup>, 自行限縮刑法第 78 條第 1 項, 拒絕適用立法者所決定之不分故

<sup>7</sup> 最高法院大法庭 108 年度台上大字第 2306 號裁定, 就涉犯參與組織罪、加重詐欺罪的異種想像競合犯, 列入刑法第 55 條的「原則重罪吸收, 例外則數罪併立」之例外情形, 又避免例外擴張過大, 而以組織犯罪處罰條例拿掉常習性, 又沒有規定得強制工作之情, 司法院大法官釋字第 471 號解釋宣示必須考慮行為人有無預防矯治其社會危險性之必要, 且參與犯罪組織是相對於加重詐欺較輕的罪, 及法院就是宣告性質上屬於保安處分與否的決定機關等理由, 因而限縮解釋此種異種想像競合的宣告強制工作適用範圍。

<sup>8</sup> 參照李建良之法律意見書, 第 12 頁。其內容: …關於「適用上之違憲」, 徵諸過往釋憲實務, 非無前例, 最值一提者, 乃釋字第 242 號解釋(1989 年 6 月 23 日), 可資借鑑。該號解釋文謂: 「中華民國七十四年六月三日修正公布前之民法親屬編, 其第九百八十五條規定:『有配偶者, 不得重婚』; 第九百九十二條規定:『結婚違反第九百八十五條之規定者, 利害關係人得向法院請求撤銷之。但在前婚姻關係消滅後, 不得請求撤銷』, 乃維持一夫一妻婚姻制度之社會秩序所必要, 與憲法並無牴觸。惟國家遭遇重大變故, 在夫妻隔離, 相聚無期之情況下所發生之重婚事件, 與一般重婚事件究有不同, 對於此種有長期實際共同生活事實之後婚姻關係, 仍得適用上開第九百九十二條之規定予以撤銷, 嚴重影響其家庭生活及人倫關係, 反足妨害社會秩序, 就此而言,

意犯罪類型，受有期徒刑以上刑之宣告即撤銷假釋的規定。惟最高法院不得拒絕法律之適用，業如上述，法律規定使行政裁量收縮到零時，也沒有任何不確定法律概念存在或準用規定<sup>9</sup>，法院也無任何合憲性解釋之空間，法官只能審查行政行為的合法性，認為法律有違憲法時，亦只能聲請釋憲，又最高法院並無如同司法院大法官有消極立法權<sup>10</sup>，因此，司法院大法官釋字第 242 號解釋的例子，無法在本案援用。在本案，最高法院大法庭如認刑法第 78 條第 1 項違憲，應如同最高法院刑 3 庭<sup>11</sup>、刑 4 庭<sup>12</sup>聲請釋憲，始為妥當。

#### 肆、司法院大法官釋字第 796 號解釋已經宣告刑法第 78 條第 1 項部分違憲，並設定審查標準，顯見本件非合憲性問題

司法院大法官在 109 年 11 月 6 日，針對最高法院刑 3 庭、最高法院刑 4 庭、臺灣高等法院高雄分院刑事第三庭、臺灣臺南地方法院

---

自與憲法第二十二條保障人民自由及權利之規定有所牴觸。」

從解釋文以觀，大法官所稱與憲法第 22 條保障人民自由及權利之規定「有所牴觸」者，非（舊）民法第 992 條本身，而是「仍得適用」該條規定之結果「將致人民不得享有正常婚姻生活，嚴重影響後婚姻當事人及其親屬之家庭生活及人倫關係，反足以妨害社會秩序（特殊例外情形）。換言之，（舊）民法第 992 條未考量特殊情況（國家遭遇重大變故，在夫妻隔離，相聚無期，甚或音訊全無，生死莫卜之情況下所發生之重婚事件，有不得已之因素存在，與一般重婚事件究有不同）而開設例外，允應由法官為之。蓋大法官既言「仍得適用」舊民法第 992 條與憲法有所牴觸，意謂法官於特殊情況下「應不予適用」該規定，以避免與憲法有所牴觸。本號解釋清楚地諭示法官遇有特殊情形（或過苛情狀）時，得為「目的性限縮之合憲解釋」，而排除適用（舊）民法第 992 條。該條規定：「結婚違反第九百八十五條之規定者（按：有配偶者，不得重婚）關係人得向法院請求撤銷之。但在前婚姻關係消滅後，不得請求撤銷。」依條文文義，關係人向法院請求撤銷婚姻時，若構成要件該當者，法院並無裁量權。惟法院仍應考量特殊情況，不適用該條規定，否則構成適用上之違憲。

<sup>9</sup> 關於撤銷假釋規定，日本刑法第 29 條、德國刑法 57 條第 5 項及 57a 條第 3 項準用 56f，是惟不確定法律概念或準用規定之例證，可參照本案言詞辯論意旨書 11-15、16-18 頁。

<sup>10</sup> 司法院大法官有消極立法權，參照許宗力，憲法法院作為積極立法者，中研院法學期刊 25 期，2019 年 9 月，4、10-14 頁。

<sup>11</sup> 司法院大法官，待審案件一覽表，「最高法院刑事第三庭（案號 109 年度憲三字第 26 號）為審理最高法院 109 年度台抗字第 778 號違反懲治盜匪條例案件及 109 年度台聲字第 127 號違反懲治盜匪條例聲明異議案件，認應適用之刑法第 78 條第 1 項及第 79 條之 1 第 5 項規定，有違反比例原則及平等原則之疑義，聲請解釋案」，<https://reurl.cc/D6LID5>(最後瀏覽：2020 年 11 月 6 日)。

<sup>12</sup> 司法院大法官，待審案件一覽表，「最高法院刑事第四庭(案號 109 年度憲三字第 30 號)，為審理最高法院 109 年度台抗字第 928 號殺人聲明異議抗告案件，認應適用之刑法第 78 條第 1 項本文規定，對人民受憲法保障之人身自由所為限制，有牴觸比例原則之疑義，聲請解釋案」，<https://reurl.cc/gmDDZl>(最後瀏覽：2020 年 9 月 21 日)。



行政訴訟庭業股法官、聲請人劉○平，認為刑法第 78 條第 1 項聲請釋憲案，作出釋字第 796 號解釋，宣告刑法第 78 條第 1 項部分違憲，並設定審查標準，其解釋文：「刑法第 78 條第 1 項本文規定：『假釋中因故意更犯罪，受有期徒刑以上刑之宣告者，於判決確定後 6 月以內，撤銷其假釋。』不分受假釋人是否受緩刑或 6 月以下有期徒刑之宣告，以及有無基於特別預防考量，使其再入監執行殘刑之必要之具體情狀，僅因該更犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，即一律撤銷其假釋，致受緩刑或 6 月以下有期徒刑宣告且無特別預防考量必要之個案受假釋人，均再入監執行殘刑，於此範圍內，其所採取之手段，就目的之達成言，尚非必要，牴觸憲法第 23 條比例原則，與憲法第 8 條保障人身自由之意旨有違，應自本解釋公布之日起失其效力。上開規定修正前，相關機關就假釋中因故意更犯罪，受緩刑或 6 月以下有期徒刑宣告者，應依本解釋意旨，個案審酌是否撤銷其假釋。<sup>13</sup>」

大法官釋字第 796 號解釋理由書更載明上揭各法庭或法官聲請之案件，「均依法裁定停止訴訟程序，並依客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，向本院聲請解釋憲法，經核其聲請與本院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋所闡釋法官聲請解釋憲法之要件相符，均應予受理。」而主要違憲之理由，即立法者未考量「…個案審酌有無基於特別預防考量，而有必要使該受假釋人再入監執行殘刑之具體情狀（例如對社會危害程度、再犯可能性及懊悔情形等），不應僅因該更犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，即一律撤銷其假釋，致受緩刑或 6 月以下有期徒刑宣告且無特別預防考量必要之個案，均再入監執行殘刑…」。

是以在採行集中式違憲審查的我國，法官不得在認定法律違憲時，而逕行拒絕適用，應聲請釋憲，法律規定使行政裁量收縮到零時（如宣告違憲前之刑法第 78 條第 1 項），在沒有任何不確定法律概念存在

---

<sup>13</sup> 司法院大法官，釋字第 796 號解釋，<https://reurl.cc/e87G5M>(最後瀏覽：2020 年 11 月 9 日)。

或準用規定時，法院也無任何合憲性解釋之空間，業經司法院大法官釋字第 796 號解釋透過該案宣示明確。職故，本案無合憲性空間，最高法院亦不應在無不確定法律概念存在或準用規定時，任意以合憲性解釋方法將「應」之法律規定，解釋為「得」之法律規定，並設定任何審查標準。

爰依刑事訴訟法第 419 條、第 386 條提出補充理由書。

此致

最高法院

中 華 民 國 109 年 11 月 9 日

檢察官 洪泰文  
陳瑞仁  
吳巡龍  
黃則儒  
林俊言  
蔡秋明