

累犯加重處罰之正當性

王皇玉（台大法律系教授）

壹、累犯加重之制度之商榷

一、累犯與「危害性」之關連？

累犯之概念，指的是一個人至少因為犯罪而被處罰過一次，而又再度犯罪。簡單的說，就是再度犯罪之人。關於累犯者，應該加重處罰，其思想來自於特別預防理論，亦即認為一犯再犯之人，習於為惡，或是具有危險性格，因此對於此類危險性格強烈之人，應該給予較重之處罰。累犯加重處罰規定，在 19 世紀末期世界各國之刑法法典化時代，是非常普遍的立法，然而在 20 世紀中期之後，逐漸受到批判。以德國刑法為例，德國刑法在 1986 年之前的刑法第 46 條規定，亦有針對累犯加重處罰之規定，然而到了 1986 年修法廢除累犯加重處罰規定。

我國刑法從歷史沿革來看，清末《暫行新刑律》到民國 17 年舊刑法規定中，均有累犯加重處罰規定，跟據民國 17 年舊刑法關於累犯加重處罰之立法理由，有謂「凡已受刑之執行，復再犯罪，此其人習為惡，實為社會之大慙，若仍繩以初犯之刑，有乖刑期無刑之義，故本章特設規定。暫行律部分犯罪之異同及性質，同等處罰，不足以懲治有特別之惡性者，故本案分普通累犯與特別累犯二者，後者之處罰，較前者加重。」¹

立法理由中所謂「凡已受刑之執行，復再犯罪，此其人習為惡，實為社會之大慙」，指出了累犯加重的「預設概念」，就是一犯再犯之人，對於社會之危害性較大，所以必須加重處罰。然而從犯罪學上的再犯預防政策來看，累犯加重處罰，基本上與再犯預防理念是背道而馳的。

如前所述，累犯之定義，概括的說，指的是一個人至少因為犯罪而被處罰過一次，而又再度犯罪。然而，所謂「再度犯罪」其實是一個非常模糊的概念。究竟哪一種型態的「一犯再犯」，我們才能認為這個人具有較高的危險性格或對社會危害較大？必須是與第一次犯罪相同的罪質或類型，一犯再犯（例如第一次犯竊盜罪，第二次又再犯竊盜罪）；抑或第二次犯罪之罪質與類型與第一次犯罪不需相同（例如第一次犯竊盜罪，第二次又再犯傷害罪）？哪種類型的再犯，才能被界定為具有「高度危險性」，此在犯罪學備受質疑。²

從犯罪學的角度來看，如果是一犯再犯「相同罪名」之累犯，可能被認定

¹ 黃源盛，晚清民國刑法史料輯註（下），頁 902。

² Kaiser/Kerner/Sack/Schellhoss, Kleines Kriminologisches Wörterbuch, 3. Aufl., 1993, S.432.

為具有犯此類型犯罪之「癖好」，例如性侵害犯、詐欺犯等。對於此等有特定犯某類型犯罪「癖好」之人，也可能是因為「成癮」而一犯再犯，例如酒癮者一再違犯酒後駕車罪，吸毒者一再違犯施用毒品罪。對此類有「犯罪癖好」或「成癮性」的犯罪人，給予的刑事制裁種類，並非將其刑罰加重，而是給予保安處分，例如對成癮者施以戒癮治療，又抑或例如德國廢除第 48 條累犯加重處罰規定之後，對於鑑定為具有犯罪癖好或對社會危害較高之人，改以刑法第 66 條保安監禁方式（Sicherungsverwahrung）處遇。³

如果是一犯再犯「不同罪名」之累犯，從犯罪學的觀點來看，並不必然是一種危險性較高之人，而是一種無法再社會化或更生失敗之人。然而，一個曾經因為犯罪而受過徒刑監禁之人，在監禁之後卻無法回歸社會，其背後有各式各樣因素，無法單獨歸咎於犯罪人。例如犯罪學上最常提到的是，徒刑之監禁形式，以剝奪自由為刑罰內容，連帶地也中斷或破壞受刑人在原來社會生活中既有的人際關係，例如家庭、教育、社交、工作關係，形成犯罪人後續復歸社會的阻礙。此外，徒刑執行完畢而出監的受刑人，背上前科犯的標籤與烙印，使受刑人離開監所之後，受社會排斥與貶抑。因為在重返社會時，烙印化常使受刑人覓屋、求職、就學、社交等經營正常社會生活之可能性受創，造成重返社會的困難。⁴當一個受刑人出獄後，喪失覓得正常職業與工作的能力，甚至受到社會偏見之影響而難以見容於社會，此等社會結構所形成的壓力，從犯罪學上來看，才是使其再度走上犯罪的根本原因。⁵換言之，對於一個再度犯罪的累犯而言，以「累犯加重處罰制度」給予更重的刑罰，並不會使其更能知所警惕而不再犯罪，反而才是製造其再度犯罪的更本原因。

二、有違罪責原則

累犯加重處罰規定，從刑法觀點來看，也欠缺正當性。如前所述，累犯加重刑罰之預設前提，乃一犯再犯之人，對於社會之危害性較大，所以必須加重處罰。此等預設是將一個曾經犯過罪的人，貼上「危險者」的標籤，這樣的制度可以被歸類為所為的「行為人刑法」（*Taeterstrafrecht*）。所謂「行為人為」，其處罰之依據，不以犯罪人過去是否違犯一個客觀的不法行為為必要，而以犯罪人的平日素行、或是具有的潛在危險性格作為刑罰依據，換言之，乃是要求犯罪人為自己的「危險性格」負「生活操行責任」

（*Lebensführungsschuld*）。此等行為人刑法，若要追及其源頭，可以溯及特別預防理論，德國在 1930 年代曾經制訂過「習慣犯法」（*Das Gewohnheitsverbrechergesetz von 1933*），即屬此類「行為人刑法」，該法規定，凡舉第三次犯罪被判有罪者，即應判具有強制工作性質的懲役刑（*Zuchthausstrafe*）。⁶

³ Jescheck/Weigend, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., 1996, S. 6.

⁴ 王皇玉，*刑法總則*，4 版，2018 年，頁 633。

⁵ Kaiser/Kerner/Sack/Schellhoss, *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*, 3. Aufl., 1993, S.433

⁶ Roxin, *Strafrecht, AT*, §6 Rn.8f.。

我國於民國 98 年 1 月廢除之「檢肅流氓條例」，也是一種「行為人刑法」，因為行為人只要被認定為品格不佳、素行不良（以「霸佔地盤」、「白吃白喝」、「耍挾滋事」、「欺壓善良」、「品行惡劣」、「遊蕩無賴」作為認定標準），即可被提報為流氓，且經認定為流氓者，根據當時檢肅流氓條例之規定，均應接受拘束人身自由的感訓處分。

前開這種「行為人刑法」的處罰模式，在目前刑法領域中幾乎已將揚棄，因為其違反「罪責原則」。刑法上的罪責原則，採行的是所謂的「行為刑法」，一個人所負之罪責，必須以行為人「過去」所為之不法行為作為基礎，而不是以行為人潛在的危險性格為基礎。此外，罪責原則要求，刑罰必須與罪責相當，換言之，一個人所受刑罰之輕重，應以行為人過去所為不法行為的惡害大小相對等，簡單的說，就是「大罪大罰，小罪小罰」的意思。一個曾經犯過罪的人，又再度犯罪，其先前所犯之罪，倘若已受刑罰制裁完畢，代表他這次應負的刑責已經清算完畢，即便五年內故意再犯有期徒刑以上之罪，仍應以再次犯罪的不法行為之程度作為基礎，論定該次應負之刑責，而非將其過去的行為再度堆疊算到此次的刑罰中，令其負擔「加重本刑至二分之一」的刑罰。因此累犯加重之規定，基本上乃違反刑法罪責原則之思想，也是將過去犯罪在這次犯罪量刑中之「重複評價」。⁷

德國刑法在 1986 年之前也存在累犯加重處罰制度，其目的是禁止法官對於再次犯罪之人，科處罰金刑，明文規定要求對於累犯之人，法官必須判處 6 月以上有期徒刑。然而，德國累犯加重處罰制度於 1986 年廢除，廢除理由中的一個重要論點就是，此一制度是一種「預先懲罰」(Vorstrafen) 概念。⁸從量刑基準來看，累犯預先獲得的刑度，必須比初犯來的重，這就像是預先給予懲罰一樣，簡單的來說，與初犯相比，必須給予「較差待遇」。此等「預先懲罰」概念，基本上就是違反罪責原則的作法。德國聯邦憲法法院曾經針對舊刑法第 48 條之累犯規定進行釋憲，認定累犯加重規定並沒有違反德國基本法，但僅有在下列情形適用第 48 條累犯規定，始屬合憲，亦即對於單一個案進行檢驗後，對被告之責難，從其犯罪行為之態樣與情狀來看，其先前犯罪行為所為之判決已不足以對其發生警告作用，則此次判決對其提高責難而加重刑罰，始符合罪責原則而不違反憲法。⁹

刑法上對於犯罪的法定刑，向來不是採取「絕對刑罰」的立法模式，而是採取「相對刑罰」模式，此外，自由刑、拘役、罰金刑之法定刑，向來均設有刑度之最上限與最下限以供法官在法定刑之範圍內裁量。再者，刑法第 57 條量刑事由中的第 4 款「犯罪行為人之生活狀況」、第 5 款「犯罪行為人之品行」，亦可提供法官對於再犯之人是否給予較重刑度的量刑依據。以現行刑罰制裁體系而言，即便廢除累犯加重制度，對於累犯者，倘若真的認為其對社會具有高

⁷ 王皇玉，刑法總則，4 版，2018 年，頁 616。

⁸ Jescheck/Weigend, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 6.

⁹ BVerfG, NJW 1979, S. 1037.

度危害性，基本上法官仍然可以在法定刑的範圍之內，視個案給予較重之刑罰即可，實無必要強制性地對累犯加重處罰。現行累犯加重處罰規定，往往使法官在刑法第 57 條量刑事由中，考量了犯罪人不是初犯而是再犯，心證上已經先以較重的刑罰加以裁量，除此之外，另以累犯加重規定再一次的加重，因此實已有「雙重加重」之情形。

貳、德國刑法上對於「累犯」之相關規定

一、保安監禁處分

德國刑法在 1986 年之前，亦有累犯加重處罰規定，在 1986 年刪除之後，對於具高高危險性的再犯者，仍然留有相應措施。作為替代累犯加重規定的措施，乃德國刑法第 66 條之保安監禁處分（Sicherungsverwahrung）。保安監禁處分此一制度源自於社會防衛思想，與累犯加重制度相同，主要針對「危險的習慣犯」（gefährliche Gewohnheitsverbrecher）而設，但其性質不是刑罰，而是一種補充性質的保安處分，亦即對於具危險性的累犯之人，除了刑罰之外，另外可以宣告具有監禁性質的保安監禁處分。¹⁰此一制度在 1933 年制定時，原本採取的是不定期刑規定，爾後於 1975 年時，則修法改為監禁期間以十年為限。其後在 1998 年，隨著抗制性犯罪與其他危險暴力犯罪法案之通過而再度修正，修法後，十年期限雖被保留，但不再是絕對上限，而是於十年期間屆滿前，委由法院就個案予以評估審查是否延長期間。倘若法院認為行為人之危險性仍然存在，則該保安監禁處分則繼續有效。¹¹此一保安監禁處分，在刑法學界上被批評為幾乎具有終身監禁之效果。¹²然而，由於德國憲法院將受刑人的再社會化利益提升到憲法地位，認為屬於受刑人之特殊基本權利，而長期剝奪自由且收容於機構內的保安監禁處分，對於受刑人之「再社會化」具有負面影響，因此德國法院對於判處保安監禁處分，向來非常謹慎，受此處分之受刑人並不多見。¹³

保安監禁處分的對象，主要針對具有暴力傾向或侵害性自主傾向之累犯。根據德國刑法第 66 條規定，主要對象為「行為人因故意而被判處二年以上自由刑，且該犯罪型態為侵犯生命、身體健康、個人自由或性自主」。換言之，主要是針對暴力犯罪而來。

此外，除了所犯是暴力犯罪或性侵害犯罪之外，其他要件尚有，「行為人在此次犯罪之前，已經二度被判處自由刑，且每次均判處 1 年以上自由刑」，且「已經因為以前所犯之罪行接受過至少 2 年之自由刑或剝奪自由的保安處分」，

¹⁰ Ullenbruch, in: Münchener Kommentar, StGB, §66, Rn. 26.

¹¹ Hans-Jürgen Kerner 著，許澤天、薛智仁譯，德國刑事追訴與制裁，2008，頁 126。

¹² Ullenbruch, in: Münchener Kommentar, StGB, §66, Rn. 29.

¹³ 根據文獻記載，於 2006 年法院判決保安監禁處分共 83 案，此可參考 Hans-Jürgen Kerner 著，許澤天、薛智仁譯，德國刑事追訴與制裁，2008，頁 128；而另有文獻指出，德國刑事司法實務於 2015 年核定保安監禁處分者僅 47 名，參見甘添貴總主編、林東茂主編，德國刑法翻譯與解析，2018，頁 99。

最重要的是，「行為人與其行為經整體評價顯示有嚴重侵害被害人心理與身體之傾向者，且在判決時已對公眾造成危害」。

二、對性侵害犯之累犯加重規定

除了前述保安監禁處分之外，德國於 1998 年通過的「抗制性犯罪與其他危險暴力犯罪法案」，恢復了對於性侵害犯的累犯處罰規定。此一規定乃針對兒童性侵害犯所為之加重處罰。其立法背景源自於德國在 1996 年一位七歲小女孩 Natalie Astner 遭到前科累累的性侵害犯罪者綁架，且在被性侵後殺死。德國遂於 1998 年透過第六次刑法修正案以及「對抗性犯罪及其他危險犯罪法案」，在刑法第 176a 條中，對於 5 年內再犯兒童性侵害之犯罪人，制定較重之刑罰。

德國刑法第 176 條第 1 項之規定為，對未滿 14 歲之兒童為性行為或使兒童對行為人為性行為者，處 6 月以上 10 年以下自由刑。第 2 項規定為，促使兒童對第三人為性行為，或令兒童任由第三人對其為性行為者，處相同之刑罰。第 176a 條規定則為，刑法第 176 條第 1 項、第 2 項對兒童性侵害之犯罪，行為人於 5 年之內曾因此類犯行受有罪判決確定而再犯者，處 1 年以上自由刑。

前開德國刑法第 176a 條規定，學說上有人將此認定為是一種類似舊刑法第 48 條一樣的「累犯」規定，而且必須是初犯與再犯均犯兒童性侵害行為者，始有加重處罰之適用。¹⁴然而，多數文獻則是將此條規定視為第 176 條兒童性侵害罪的加重處罰規定（Qualifikation des §176）。¹⁵此一加重處罰規定，是將 5 年內再犯同類型之兒童性侵害罪，作為加重處罰事由，而且對此類再犯行為給予一個較初犯刑度為高的獨立法定刑。這樣的立法模式，採取的是再犯相同犯罪者「一律」加重處罰的立法模式，此在學說上不乏批評聲音，認為已有違憲之虞。因為 1979 年德國聯邦憲法法院對於累犯合憲性之解釋中（已如前述），要求累犯是否加重處罰，必須依「個案」評估而決定是否給予較嚴厲的責難，不得一律加重，且是否再犯兒童性侵害犯罪，有可能涉及被告個人心理因素、精神狀態、個人特質或生活狀況等因素，不能一概認定為其無視於前次判決的警告作用。¹⁶

雖然說德國刑法第 176a 條亦是針對累犯加重之規定，但與我國刑法第 47 條累犯加重制度又不相同。不同之處在於，德國刑法第 176a 條規定中之初犯與 5 年內再犯之犯罪類型必須相同，也就是必須都是兒童性侵害行為，這樣的立法模式，較能聚焦於認定再犯者是否具有較高的危險性或社會危害性。然而我國刑法第 47 條規定，不管初犯與再犯之犯罪類型是否相同，只要是故意犯有期徒刑以上之罪，就認定為具有較高的危險性或社會危害性，這樣的對犯罪人危險性的預設，完全沒有犯罪學之實證依據，也非根據實際個案進行評估判斷，不僅不符合罪責原則，也屬無目的方向的胡亂加重規定。

¹⁴ Gössel, Das neue Sexualstrafrecht, Eine systematische Darstellung für die Praxis, 2005, S.171.

¹⁵ Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl., 2014, §176a, Rn. 1; Fischer, StGB, 62. Aufl., 2015, §176a, Rn. 1.

¹⁶ Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl., 2014, §176a, Rn. 3.

三、 德國 2018 年累犯加重處罰草案

德國 1986 年廢除累犯規定之後，關於累犯規定最新的發展情形是，於去年年底，亦即 2018 年 12 月 11 日聯邦議會提出「累犯加重處罰草案」(Entwurf eines Gesetzes zur Strafschärfung bei Rückfall)¹⁷。其草案中說明，對於對別值得保護之法益如生命、身體完整性、人身自由與性自主決定權，或是較具重要性的輕罪，如有行為人一而再、再而三地對他人此等法益加以侵害，如不加重處罰，將動搖民眾對於法治國的信賴，因此對於特定犯罪類型，如有第 3 次再犯者，將提高其法定刑的最低限度而予以加重處罰。因而草案中主張制定刑法第 48 條規定。本草案之相關規定如下：

草案中之第 48 條第 1 項規定：行為人至少兩次因故意犯罪而受有罪判決宣告，且已經一次或多次受三月以上自由刑之執行，故意再次犯罪，且此次犯罪之方法與情狀顯示先前之有罪判決不足以發揮警告作用，則判處法定刑期一半以上之刑罰。

草案中之第 48 條第 2 項規定：倘若行為人所犯者為重罪 (Verbrechen)¹⁸，且與先前犯罪侵害的是相同法益或同類型法益，或是出於同種類值得非難之動機，或是根源於同樣的性格缺陷而犯之，且符合前項之規定，則其法定刑之最低刑期應為 5 年以上自由刑。

草案中之第 48 條第 3 項規定：第 2 項之情形，倘若行為人之犯罪行為顯露出特別危險之傾向，且指向反覆侵害他人之生命、身體完整性、人身自由與性自主決定權等法益，則其法定刑之最低刑期應為 10 年以上自由刑。

草案中之第 48 條第 4 項規定：第 1 項與第 2 項之適用，只有在該罪法定最低刑度沒有高於第 1 項、第 2 項所定最低刑度時，才予以適用。自由刑之法定最高刑度則不能變更。

前面草案中所定的累犯加重處罰規定，與我國目前第 47 條之規定，幾乎完全不同。相異處有以下幾點：

- 1、 不管是輕罪或重罪之累犯，均必須第 3 次犯罪，才能加重處罰。
- 2、 草案中所謂的加重處罰，第 1 項屬輕罪再犯的加重處罰規定，此項規定並不要求初犯與再犯必須是違犯相同罪名或侵害相同法益之犯罪。但是否予以加重處罰，法官必須針對個案加以裁量與判斷，考量是否先前之刑法不足以警示犯罪人，並以此作為加重處罰之依據。至於第 2 項與第 3 項之重罪的再犯，則必須與先前犯罪所侵害的是相同法益或同類型法益，或是出於同種類值得非難之動機，或是根源於同樣的性格缺陷而犯之，始可加重處罰，且亦屬必須個案判斷評估，以決定是否加重處罰。然而我國刑法第 47 條，對於累犯加重規定，法官對於符合要件者，並無就個案判斷是否予以加重的裁量

¹⁷ BT-Drucks. 19/6371 v. 11.12.2018

¹⁸ 德國刑法區分輕罪 (Vergehen) 與重罪 (Verbrechen)，根據德國刑法第 12 條第 1 項之定義，重罪指得是一年以上自由刑之犯罪。

權，也就是對於加重之必要性並無裁量餘地，屬於強制性必須一律加重之規定。

- 3、草案中不管第 1 項、第 2 項或第 3 項之規定，所謂累犯加重處罰之意義，僅在於調高法定刑期之最低刑度，亦即強迫法官必須給予被告較高的法定最低刑期。至於法定刑期的最高刑度，則不能同步加重。此一規定與我國刑法累犯加重規定極不相同，我國刑法之累犯，必須加重其刑至二分之一，所謂加重，必須將法定刑期之最高度與最低度同時加重（第 67 條規定），如此加重法定刑之最高度，其實已侵蝕了罪責原則。

累犯加重處罰之正當性

報告人 王皇玉 (台大法律系教授)

累犯之基本概念

累犯，概括而言，指的是一個人至少因為犯罪而被處罰過一次，而又再度犯罪。

累犯加重處罰，其思想來自於**特別預防理論**，亦即認為一犯再犯之人，**習於為惡**，或是**具有危險性格**，因此對於此類危險性格強烈之人，應該給予較重之處罰。

民國17年舊刑法關於累犯加重處罰之立法理由，有謂「凡已受刑之執行，復再犯罪，**此其人習為惡，實為社會之大愆**，若仍繩以初犯之刑，有乖刑期無刑之義，故本章特設規定。」

累犯加重處罰規定，在19世紀末期世界各國之刑法法典化時代，是非常普遍的立法，然而在20世紀中期之後，逐漸受到批判。

累犯與「危險性」之關連？

累犯加重的「預設概念」，是一犯再犯之人，對社會之危害性較大，所以必須加重處罰。然而從犯罪學角度來看，不管「危險性」之認定，或是「累犯加重制度」，均與再犯預防理念背道而馳。

就累犯之危險性來說，究竟哪一種型態的「一犯再犯」，才能認為具有較高的危險性格或對社會危害較大？是第1次與第2次所犯罪質或類型相同（例如第一次犯竊盜罪，第二次又再犯竊盜罪）；抑或第二次犯罪之罪質與類型與第一次犯罪不需相同（例如第一次犯竊盜罪，第二次又再犯傷害罪）？

一般而言，對於一犯再犯「相同罪名」之人，通常會被認為其危險性較為重大。然而我國刑法第47條則不加以區分前面兩種再犯型態之差異性，一律認為具有同樣的危險性，而給予相同的加重其刑至二分之一的法律效果，已經違反平等原則。

從犯罪學角度看累犯

一犯再犯「相同罪名」之累犯，可能被認定具有犯此類犯罪之「癖好」，例如性侵害犯、暴力犯、詐欺犯；也可能是因為「成癮」而一犯再犯，例如酒癮者一再酒後駕車，吸毒者一再施用毒品。對於有「犯罪癖好」或「成癮性」的犯罪人，給予的刑事制裁，並非加重刑罰，而是給予保安處分，例如對成癮者施以戒癮治療，或德國刑法第66條之保安監禁處分。

一犯再犯「不同罪名」之累犯，從犯罪學觀點來看，不必然是危險性較高之人，而是一種無法再社會化或更生失敗之人。有期徒刑乃剝奪自由，連帶也中斷或破壞受刑人在原來社會生活中既有的人際關係，例如家庭、教育、社交、工作關係，形成犯罪人後來復歸社會的阻礙。此外，受刑人離開監所後，易受社會排斥與貶抑。因為標籤化、烙印化常使受刑人經營正常社會生活之可能性受創，造成重返社會的困難，因而陷入再度犯罪之惡性循環。「累犯加重處罰制度」，並不會使其更能知所警惕而不再犯罪，反而才是製造其再度犯罪的更本原因。

累犯加重制度有違罪責原則

將累犯者貼上「危險者」的標籤，這樣制度可以被歸類為「**行為人刑法**」。所謂「行為人行為」，其處罰依據，不以犯罪人過去是否違犯一個客觀的不法行為為必要，而以犯罪人的平日素行、或是具有的潛在危險性格作為刑罰依據。已被宣告違憲且於民國98年1月廢除之「**檢肅流氓條例**」，即是一種「行為人刑法」，只要被認定為品格不佳、素行不良（以「霸佔地盤」、「白吃白喝」、「要挾滋事」、「欺壓善良」、「品行惡劣」、「遊蕩無賴」作為認定標準），即可被提報為流氓。

刑法上的罪責原則，採行的是「**行為刑法**」，亦即，一個人所負之罪責，必須以行為人「過去」所為之不法行為作為基礎，而不是以行為人潛在的危險性格為基礎。此外，**刑罰必須與罪責相當**，亦即，一個人所受刑罰之輕重，應以行為人過去所為不法行為的惡害大小相對等。

應以罪責原則清算刑罰

過去之行為不應「重複評價」：一個曾經犯過罪的人，又再度犯罪，其先前所犯之罪，倘若已受刑罰制裁完畢，代表他這次應負的刑責已經**清算完畢**，即便五年內故意再犯有期徒刑以上之罪，仍應以再次犯罪的不法行為之程度作為基礎，論定該次應負之刑責，若將過去犯罪在這次犯罪量刑中作為加重理由，已屬「重複評價」。

1979年德國聯邦憲法法院認定，**累犯者是否加重處罰，應就個案認定，不得一概加重**。聯邦憲法法院認為刑法第48條（1986年廢除）之累犯規定雖未違憲，但僅有在下列情形始可適用累犯規定：亦即對於單一個案進行檢驗後，對被告之責難，從其犯罪行為之態樣與情狀來看，其先前犯罪行為所為之判決已不足以對其發生警告作用，則此次判決對其提高責難而加重刑罰，始符合罪責原則而不違反憲法。

現行實務上存在「**雙重加重**」之風險：法官在刑法第57條量刑事由中，因犯罪人不是初犯而是再犯，心證上已先以較重的刑罰裁量，此外，另以累犯加重規定再次的加重。

德國刑法上之保安監禁處分

德國累犯規定在1986年刪除之後，對於具高危險性的再犯者，仍然留有相應措施，亦即德國刑法第66條之保安監禁處分（*Sicherungsverwahrung*）。

保安監禁處分源自於社會防衛思想，與累犯加重相同，主要針對「危險的習慣犯」而設，但性質不是刑罰，而是一種補充性質的保安處分，亦即對於具危險性的累犯之人，除了刑罰之外，另外可以宣告具有監禁性質的保安監禁處分。

監禁處分期間：1933年制定時採取不定期刑規定；1975年時修法改為監禁期間以十年為限；在1998年因「抗制性犯罪與其他危險暴力犯罪法案」修正為，十年期限不再是絕對上限，而是於十年期間屆滿前，委由法院就個案予以評估審查是否延長期間。

批判：被批評為幾乎具有終身監禁之效果；與憲法保護受刑人的再社會化基本權利有違。故法院適用時非常謹慎，受此處分之受刑人並不多見。

保安監禁處分之要件

- 1、行為人因故意犯罪而被判處二年以上自由刑，且該犯罪型態為侵犯生命、身體健康、個人自由或性自主。換言之，主要是針對暴力犯罪而來。
- 2、行為人在此次犯罪之前，已經二度被判處自由刑，且每次均判處1年以上自由刑。換言之，必須至少第3次犯罪，才能宣告此一處分。
- 3、已經因為以前所犯之罪行接受過至少2年之自由刑或剝奪自由的保安處分。
- 4、行為人與其行為經整體評價顯示有嚴重侵害被害人心理與身體之傾向者，且在判決時已對公眾造成危害。對此要件，必須個案中根據鑑定意見加以評估。

對性侵害犯之累犯加重規定

德國於1998年通過的「抗制性犯罪與其他危險暴力犯罪法案」，恢復對性侵害犯的累犯處罰規定。亦即於刑法第176a條制定累犯加重規定。

立法源由：乃針對兒童性侵害犯所為之加重處罰。立法背景源自於德國在1996年一位七歲小女孩Natalie Astner遭到前科累累的性侵害犯罪者綁架，且在被性侵後殺死。德國遂於1998年透過第六次刑法修正案以及「對抗性犯罪及其他危險犯罪法案」，增定刑法第176a條，對於5年內再犯兒童性侵害之犯罪人，制定較重之刑罰。

第176條第1項之規定為，對未滿14歲之兒童為性行為或使兒童對行為人為性行為者，**處6月以上10年以下自由刑**。

第176a條則規定，刑法第176條第1項、第2項對兒童性侵害之犯罪，行為人於5年之內曾因此類犯行受有罪判決確定而再犯者，**處1年以上自由刑**。

德國第176A條規定

本規定之性質有不同見解：

少數說：有人將此認定為是一種類似舊刑法第48條一樣的規定，而且必須是初犯與再犯均犯兒童性侵害行為者，始有加重處罰之適用。「累犯」

多數說：多數文獻則是將此條規定視為第176條兒童性侵害罪的加重處罰規定，亦即將5年內再犯同類型之兒童性侵害罪，作為加重處罰事由，而且對此類再犯行為給予一個較初犯刑度為高的獨立法定刑。

批判：1、此一立法模式，乃對再犯相同罪名者「一律」加重處罰，已有違憲之虞，因為1979年德國聯邦憲法法院對於累犯合憲性之解釋中，要求累犯是否加重處罰，必須依「個案」評估而決定是否給予較嚴厲的責難，不得一律加重。2、是否再犯兒童性侵害犯罪，有可能涉及被告個人心理因素、精神狀態、個人特質或生活狀況等因素，不能一概認定為其無視於前次判決的警告作用

德國現行累犯加重制度與我國制度之差異

德國刑法：相同罪名才能加重

德國刑法第176a條規定中之初犯與5年內再犯之犯罪類型與罪名，必須相同，必須都是兒童性侵害行為，這樣的立法模式，較能聚焦於認定再犯者是否具有較高的危險性或社會危害性。

我國刑法：不同罪名也可加重

我國刑法第47條規定，不管初犯與再犯之犯罪類型或罪名是否相同，只要是故意犯有期徒刑以上之罪，就認定為具有較高的危險性或社會危害性，這樣的對犯罪人危險性的預設，完全沒有犯罪學之實證依據，也非根據實際個案進行評估判斷，不僅不符合罪責原則，也屬無目的方向的胡亂加重規定。

德國2018年累犯加重處罰草案

德國累犯規定最新的發展情形是，於去年年底（2018年12月11日）聯邦議會提出「累犯加重處罰草案」（*Entwurf eines Gesetzes zur Strafschärfung bei Rückfall*）。草案中主張再次制定刑法第48條規定。

理由：對於對別值得保護之法益，如生命、身體完整性、人身自由與性自主決定權，或是較具重要性的輕罪，行為人一而再、再而三地對他人此等法益加以侵害，如不加重處罰，將動搖民眾對於法治國的信賴，則對於再犯特定犯罪類型之人，如屬第3次再犯者，將提高其法定刑的最低限度而予以加重處罰。

對輕罪之累犯：草案第48條第1項規定：「行為人至少兩次因故意犯罪而受有罪判決宣告，且已經一次或多次受三月以上自由刑之執行，故意再次犯罪，且此次犯罪之方法與情狀顯示先前之有罪判決不足以發揮警告作用，則判處法定刑期一半以上之刑罰。」例如法定刑為3年以下自由刑，則法官至少必須判1年6月以上自由刑。

累犯加重處罰草案之第48條規定

草案中之第48條第2項：倘若行為人所犯者為重罪（*Verbrechen*），且與先前犯罪**侵害的是相同法益或同類型法益**，或是**出於同種類值得非難之動機**，或是**根源於同樣的性格缺陷而犯之**，且符合如同第1項一樣之前行為，則其法定刑之最低刑期應為5年以上自由刑。

草案中之第48條第3項：前項情形，倘若行為人之犯罪行為**顯露出特別危險之傾向**，且**指向反覆侵害他人之生命、身體完整性、人身自由與性自主決定權等法益**，則其法定刑之最低刑期應為10年以上自由刑。

草案中之第48條第4項：第1項與第2項之適用，只有在該罪法定最低刑度沒有高於第1項、第2項所定最低刑度時，才予以適用。**自由刑之法定最高刑度則不能變更**。

德國草案第48條與我國法之差異

一、累犯定義

德國法：不管是輕罪或重罪之累犯，均必須第3次犯罪，才能加重處罰。

我國法：第2次再犯，就必須加重。

二、所犯罪名是否必須相同

德國法：第1項屬輕罪再犯的加重處罰規定，此項規定並不要求初犯與再犯必須是違犯相同罪名或侵害相同法益之犯罪。至於第2項與第3項之重罪的再犯，則必須與先前犯罪所侵害的是相同法益或同類型法益，如果是不同罪名，則必須出於同種類值得非難之動機，或是根源於同樣的性格缺陷而犯之，始可加重處罰。

我國法：初犯與再犯是否違犯相同罪名或不同罪名，並不要求。

德國草案第48條與我國法之差異

3、法官可否裁量是否加重

德國法：第1項對於輕罪之累犯，或第2、3項重罪之累犯，是否予以加重處罰，法官均必須針對個案加以評估、判斷與裁量，法官應考量是否先前之刑法不足以警示犯罪人，並以此作為加重處罰之依據。就第2、3項而言，如屬犯不同罪名，則應評估是否出於同種類值得非難之動機，或是根源於同樣的性格缺陷而犯之，就此亦必須個案判斷評估。

我國法：法官對於符合法條所定要件者，並無就個案判斷是否予以加重的裁量權，也就是對於加重之必要性並無裁量餘地，屬於強制性必須一律加重之規定。

德國草案第48條與我國法之差異

4、累犯加重方式

德國法：不管第1項、第2項或第3項之規定，所謂累犯加重，僅調高法定刑期之最低刑度，亦即強迫法官必須給予被告較高的法定最低刑期。至於法定刑的最高刑度，則不能同步加重。

我國法：累犯加重其刑至二分之一，所謂加重，必須將法定刑期之最高度與最低度同時加重（第67條規定），如此加重法定刑之最高度，其實已侵蝕了罪責原則。

謝謝各位聆聽