

刑法累犯加重處罰規定是否違憲案

台灣大學法律學院
林鈺雄教授

2019.01.15 說明會發言題綱

一、立法政策或違憲問題？

(一) 立法政策之批評¹

1、

就立法例言，對此剛好有兩種對極的立法方向，一是如德國刑法，1986年時就廢除（1969年才引進的）累犯規定，脫離行為人刑法及重刑思想；二是如美國的三振法，三犯者極端加重，使其與社會（更）長期隔離（被三振者從社會永久「出局」）。2005年新法修正時，1.仿效德國立法例廢除累犯、2.引進美國三振刑及3.維持現行折衷的累犯處罰者，三種主張各有擁護者，結果是大致維持舊法累犯規定。

2、

【案例 18-2：假釋累犯案】

T 因於 2000 年 1 月 1 日犯加重竊盜罪，被法院判處有期徒刑 2 年，於同年 9 月 20 日判決確定，並於同年 9 月 25 日入監執行，一年後經假釋於 2001 年 10 月 1 日釋放離開監獄。試問下列情形，T 所犯後罪是否應論以累犯而加重其刑？

- 1、設 T 於入監執行前一天，即 2000 年 9 月 24 日，故意傷害 O。
- 2、設 T 於經釋放出獄數日後，即 2001 年 10 月 10 日，故意傷害 O。
- 3、設 T 於假釋期間內未犯他罪，但假釋期滿後，T 於 2004 年 10 月 10 日，故意傷害 O。

累犯要件：後罪發生於執行完畢或一部執行而赦免後 5 年內。據此，前罪「僅一部執行而非受赦免」者，縱使行為人於 5 年內再故意犯後罪，亦無從成立累犯。…「假釋期間內」（25 非 101；僅為撤銷假釋之原因），最後一項凸顯累犯加重的輕重失衡之處，最具爭議性。

假釋再犯，雖然有撤銷假釋的因應之道，但撇開犯罪損害結果已經造成的既成事實不談，現行制度還有一大問題：假釋期間再犯者，雖可撤銷假釋，但卻不能論

¹ 參林鈺雄，新刑法總則，6 版，2018 年，頁 639、654-655、680。

以累犯（不符§47I 之要件；【案例 18-2.2：假釋累犯案】），這使得累犯加重處罰的基礎產生輕重失衡的現象：被寬待而假釋不知悔改者的「新鮮」犯罪反而不能加重？道理何在？

3、

大量短期自由刑、大量實務執行困擾

4、

仿效日本刑法第 56、57 條，而非德國舊刑法第 48 條（有行為罪責之要件限制）

（二）違憲質疑？

罪責原則、罪刑相當原則、比例原則/過度禁止、一罪不二罰？

二、德奧法例

（一）德國刑法變遷：分則（RStGB）→總則→分則（1986~, § 176a I StGB）

※ 德國（舊）刑法第 48 條 【累犯】→刪除（1986 年）；第 46 條量刑時考量行為人之過往生活，仍保留。

※ 德國聯邦憲法法院 1979 年之合憲性裁判：BVerfG, 16.01.1979 - 2 BvL 4/77：
§ 48 StGB ist verfassungsgemäß

※ 德國刑法第 176 條 【對兒童的性侵害】

I. 對於未滿十四歲之人（兒童）實施或任其對己實施性的行為者，處六個月以上十年以下有期徒刑。

II. 促使兒童與第三人實施性的行為或促使其任由第三人對之實施性的行為者，亦同。

※ 德國刑法第 176a 條 【加重對兒童之性侵害】²

I. 對兒童犯第 176 條第 1 項與第 2 項之性侵害罪，行為人若於過去五年內曾因此等犯行判決有罪確定，處一年以上有期徒刑。

（二）奧地利刑法：以加重量刑事由為例

※ 奧地利刑法第 33 條【特別的加重量刑事由】

² § 176a StGB (Schwerer sexueller Mißbrauch von Kindern) : (1) Der sexuelle Mißbrauch von Kindern wird in den Fällen des § 176 Abs. 1 und 2 mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft, wenn der Täter innerhalb der letzten fünf Jahre wegen einer solchen Straftat rechtskräftig verurteilt worden ist.

- I. 特別加重量刑事由，尤其是行為人有下列情形者：
…2. 曾經因實施相同損害傾向的犯行而被判有罪者。

三、合憲性爭點

(一) 加重的三個連結點：前行為 (A) v. 後行為 (B) v. 行為人 (甲)

※ 甲前犯 A 罪，已受處罰，之後再犯 B 罪，為累犯 (數行為/數罪、數案件)

(二) 罪責原則/罪刑相當原則 + 一罪不二罰原則？

1、無罪責即無刑罰 (nulla poena sine culpa; Keine Strafe ohne Schuld)。
導源於法治國原則 + 人性尊嚴保障 (BVerfGE 20, 323, 331; 45, 187, 228)

2、罪刑必須相當/過度禁止。

刑罰輕重反應犯行及行為人罪責高低 (BVerfGE 6, 389, 439; 45, 187, 228)，此部分與憲法的過度禁止原則之保障重疊 (BVerfGE 34, 261, 266)。

任何法定加重事由以加重的罪責為前提，且加重的刑罰範圍又受過度禁止限制，不可以和加重的罪責之間不成比例 (BVerfG JZ 1979, 224)。

(三) 於累犯加重之審查及運用

1、基本原則

- 若評價前行為 A (+ 甲行為人) → 已違反 1，且必違反一罪 (A) 不二罰原則
- 若評價後行為 B (+ 甲行為人) → 不違反 1，要審查 2
- 在行為罪責範圍內考慮行為人因素之加重，並不違反 1、2 (行為人從其反覆犯行的危險性有特別的預防必要、被告的刑罰感受能力)

2、§ 48 StGB a.F. 評價 A 或 B？

→ BVerfG JZ 1979, 224 ff. → 評價 B！

立法 § 48 StGB a.F.：考量系爭非難犯行的方式與情況，行為人未因先前有罪犯行而知所警惕；

實務 BGHSt 2, 360 f.：行為人跨越先前犯行被判有罪的犯罪動能抑制門檻，顯示 B 犯行具有較高的犯罪能量及提高的罪責

3、我國刑法第 47 條：評價前行為 A 或後行為 B？

→合憲性限縮，立法條文仿日刑法非欠仿德舊刑法，無法看出來一定是評價 B 而非評價 A，也看不出來累犯是限定在個案 B 罪責有提高的情形！

(四) 我國刑法第 48 條違反一事不再理？→訴訟權保障之盲點

1、

若罪責連結後評價 A 前犯行：違反一罪不二罰，當然也違反一事不再理 (ne bis in idem)

2、

若罪責連結後評價 B 後犯行：→雖不違反一事不再理，但違反聽審權、訴訟權保障

刑法第 48 條之更定其刑，加重處罰雖屬「實體裁定」，但以不經言詞辯論的 (逕行) 裁定為之，且實務亦不事先通知被告或其辯護人表示意見，故聽審權之請求資訊權、請求表達權及請求資訊權，皆未受保障。而抗告救濟程序亦同。且確定後對裁定又不得提起再審 (102 台抗 170)。