

累犯規定是否違憲？

擬議人：柯耀程（中正大學榮譽教授・東海大學特聘教授）

爭點議題：

- 一、刑法第 47 條第 1 項規定：「受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至二分之一。」累犯加重其刑，有無違反憲法一行為不二罰原則？又不問前、後罪之犯罪類型、犯罪行為人之罪責及犯罪情節輕重，一律須加重本刑，有無違反憲法罪責原則、罪刑相當原則（比例原則）、平等原則或法律明確性原則？
- 二、刑法第 48 條前段規定：「裁判確定後，發覺為累犯者，依前條之規定更定其刑。」是否違反一事不再理原則？

意見說明：

壹、加重規範違憲

一、處罰基礎的問題意識

累犯一詞本屬於是常用語的形式，將其作為法律規範的概念，主要係源自德文「Rückfall」，其概念型態有二：1、反覆性犯罪：意指行為人反覆性實行犯罪行為者，此即具有重複性的犯罪行為者，此屬於犯罪學研究的概念範疇；2、刑後再犯：行為人既有犯罪行為，經程序確認並加以處罰之後，行為人再犯者，此為刑法的累犯概念。長期以來，刑法對於累犯的認知，大多不認為其有太大的問題，甚至認為累犯的規定，應具有嚇阻犯罪再犯的效應，甚至一直也做如此的確信。觀德國刑法的演變，長期以來，對於累犯的認知，將再犯者作為刑罰加重事由，並不認為有任何問題存在，即使時至 1970 年其刑法中§48 a.F.仍舊保留著 Rückfall 的規範，且從原本僅對於特定財產犯罪

(如竊盜、強盜、詐欺等)的適用，擴及到全般犯罪均適用；至 1986 年其刑法修正時，才將此規定予以廢除。然至今仍可見諸於各別規定之中(如德國刑法§176a 的規定是)。德語系國家的刑法概念，多以此作為理解的基礎，亦可見此一概念存在於其刑法規範中的情形，諸如奧地利刑法§§23~25、31、33、39、47、48、59、73、198、322 等，瑞士刑法 Art.93。大陸法系國家的刑法中，固仍有累犯概念的存在，但大抵均非作為刑罰加重的規定(刑法總則的法定加重規範)，而是作為具體矯治處遇的前提條件。反觀現行刑法第 47 條的基本規定，累犯仍舊屬於刑罰加重的事由，其自然也衍生出累犯作為刑罰加重的正當性與合憲性問題。

在法治國理念下，規範必須具備有其存在的正當性(合憲性的基礎)，方得以作為具有實現性的法律，而在其適用效力上，不生質疑。依刑法第 47 條，累犯係作為刑罰加重的理由，此種因行為人曾因犯罪而受刑之執行所生的加重條件，乃屬於行為人素行的因素，作為刑罰加重的條件，其自然與建構在法定原則基礎的刑法理念，會有相當程度不相容的扞格。不論從學理的詮釋關係來看，將累犯作為加重事由，在前提的基礎上，都無法通過刑法原則的檢視，不論是在法定原則(具體檢視習慣法直接適用禁止、類推適用禁止、溯及既往適用禁止及明確性原則)、行為刑法基礎、罪責原則、重複處罰禁止原則(超量禁止原則)等等，單純以行為人既往的素行，以作為其再犯罪的刑罰加重事由，刑罰加重的形成基礎，幾無有正當性存在，此屬於老生常談的認知，於此毋須再予贅述。然欲求此概念於刑法中的存在，其既顯無正當性，何以仍得以存續於刑法規範之中？顯然必須進一步探求其本質與其應然。

二、一段歷史

早在 2005 年前刑法修正期間，對於累犯問題即早有檢討，刑法第 47 條~第 49 條的規定，當時程現出二極端的歧見：1、學術普遍性的認知(這是學界難得較為一致的情況)，經過諸般學理及基礎原則的檢視，都不認為累犯加重的規定，有其正當性存在，均認為將累犯作為刑罰加重的規定，乃為素行刑法，而非行為刑法，其與法定原則等基本原則均不相容，實宜予以廢除；2、法務部立場則立於擴大累犯規定的適用範圍，除既有的累犯規定之外，更是圖導入所謂「三振

法案 (Strike three and then out) 的構想，欲增訂所謂「特別累犯」的規定，後經折衝仍舊保留既有規定不予變動（惟三振構想仍被偷渡到刑法第 77 條假釋規定之中），方有如今的問題存在。

三、累犯存在基礎的嘗試

嚴格而言，累犯的存在，在刑罰理念中，並非屬於應加以排斥的概念，不論在預防思想中，不管是一般預防或是特別預防的理念，均可以看得到必須為累犯處理的基礎。甚至於將累犯作為刑罰加重的條件，在理論上並非全然無據。究其根源，主要係源自刑罰理論的一般預防構想，基於假設性的正義要求的理由，以及對於會有重複犯罪之人的刑罰加重，乃屬具有必要性的思維。在一般預防思想的基礎下，累犯作為加重處罰，乃屬於刑罰威嚇效應的一種必然形式，此種威嚇的效應，透過法律明文予以規範者，即屬於法定原則要求的基礎。

同樣地，特別預防構想下的思維，亦不否定累犯的存在，只是認為應做個別或處遇的處理，而不宜直接作為刑罰加重的事由。特別預防的思維，認為刑罰的加重或延長，並無助於對於犯罪的抗治，也無法因此使得較重的刑罰產生正面的效應，故累犯並非屬於刑罰加重的類型，而是將累犯視為是一種行為人「嗜犯性 (sog. Hangtäter)」的性格危險表現，宜在刑罰效果中，做個別性處遇的保安手段處理。

在預防思想中，累犯概念均屬於檢視刑法法律效果的基礎，在一般預防思想下，認為累犯作為刑罰加重事由，可以具有一般性的威嚇效應；而在特別預防思維下，累犯是一種行為人性格缺陷的表徵，宜採取保安處遇的方式對治。在預防思想的推動下，現行大陸法系國家的刑法，對於累犯的處理模式，均以不採取加重的認知，而傾向作為保安處分對應的類型，諸如現行德國刑法、奧地利刑法、瑞士刑法等均然。惟將累犯作為保安處分處遇的前提，在具體運用上，仍有歧見。歧見所在，乃在於處遇時間是否應為確定，若屬於不確定的期間者，仍有不正當的疑慮，此於德國實務上都傾向不採用不定期間的保安處遇手段，其亦認為有違憲之虞。

四、加重或裁量基礎

累犯可否作為刑罰加重的基礎？其作為刑罰加重的事由，根本無法取得任何一種合乎刑法或憲法基本要求的正當性，此誠如李斯特（Franz von Liszt）所言：刑法是刑事政策所無法逾越的界限（Das Strafrecht ist eine unüberschreitende Schranke der Kriminalpolitik）當欠缺正當性的機制，欲作為刑罰形成或加重的基礎，自然違反刑法的基本原則，刑罰的基礎，僅能在法定原則及罪責原則的要求下，方有其正當性存在。是以欲將累犯作為刑罰加重的事由，其顯然悖於刑法合憲性的諸種原則，根本是一種單純玄思結果的產物。

然累犯的概念，本屬於事實所存在的現象，其不論是一種反覆實行犯罪的樣態，或是一種前科受刑（Vorstrafe）的關係，當其有再犯罪時，對於其所犯之罪的刑罰適用關係，本應從其所為的行為，作為論罪的基礎，而在科刑上，除依據法定刑的約束之外，自得於該罪的法定刑中，依其行為情狀的程度，不論是行為的危險性，或是行為人的素行、態度等因素，作為具體處罰的衡量基礎，亦即累犯的概念，自得作為刑罰裁量的基礎事由，刑罰裁量必須受到法定原則所定法定刑程度與範圍的拘束。

貳、更定其刑

一、空洞謬誤的規範

刑法第 48 條的規定，乃屬實體法的程序規範，然此種規範存在著雙重的謬誤：1、欠缺更定其刑的基礎，如何得以依第 47 條的規定，單純做更定其刑的處理？此誠然誤解更定其刑的基礎條件及更定的應然前提；2、未經刑罰形成的審判程序，欠缺刑罰確認的正當性，根本無由得以為恣意性更定其刑的處理。刑罰的形成，必須經過正當程序的審判程序，方得以決定論罪科刑的基礎，科刑的關係，若未經審判程序的審酌，其所形成的刑罰，均不得稱之為科刑裁判，科刑本應以判決的形式為之，如何得以放任採取刑訴第 477 條聲請改定其刑的方式，作為具體刑罰科刑的基礎？此誠然是謬誤的規定。

二、更定其刑的基礎

刑訴第 477 條更定其刑的程序規定，乃屬於刑事執行程序的問題，作為刑事執行的基礎有二：1、罪刑判決確定：必須具備論罪並具體

有科刑的基礎，方有刑事執行的前提，若屬於判決未確定者，並無啟動刑事執行程序的可能性；2、刑事執行僅能依據確認的法律效果，亦即科刑判決，若無科刑判決存在（諸如有罪但為刑訴第 299 條免刑判決者，仍無執行的問題），根本不發生刑事執行的問題。而更定其刑者，乃屬於刑事執行的範疇，所以必須為更定其刑聲請者，必須在刑罰的形成上，同時具備有二以上的「執行刑」存在，其主要的適用關係，應在於刑法競合論數罪併罰的問題，特別是刑法第 53 條所存在的結構關係（實務常有誤用更定其刑的規範關係），倘若未存在有確定的應執行之刑，自無有以更定其刑的方式，來形成具體應執行之刑。刑法第 48 條規定，如於裁判確定後，發覺為累犯者，其固然依刑法第 47 條的規定，得作為刑罰加重事由，然此加重事由，乃屬於刑罰形成的基礎，法院若未審酌此一基礎，乃屬科刑衡酌未備的判決違背法令事由，其與聲請改定其刑的處理無關。此根本不能也無由得以聲請改定其刑，作為確定應執行之刑的修復方式，蓋其並非對於既以存在的執行刑，依法律規定所為的最終應執行刑確認的關係（主要為數罪併罰），既無應執行刑的形成，自無由得單以裁定的形式，作為刑罰形成或加重的決定。對於聲請事由中所載的論述，此種認知誠屬正確，殊值得予以肯定。

刑法第 48 條的規定，單純以聲請改定其刑的方式處理，顯然違背刑罰形成的裁量程序，蓋其並非逕為加重 1/2 的改定，而是必須經過刑罰裁量的過程，其加重的比例與程度，仍須踐行刑的形成程序。遽然跳過刑的形成程序（或可能須為言詞辯論、或可能應踐行科刑意見陳述），自有違背正當法律程序的問題存在。如此一來，刑罰的形成（不論其係源自法定刑或是加重的關係），似乎即可單純以裁定的方式為之（是否可以視為補判？），恐有正當法律程序的違誤。欲作聲請改定其刑者，應係指同一犯罪行為人，因其所犯之罪，受有二以上的應執行刑的裁判確定關係存在，為確認是否應為併罰之處置？所以責成負責執行的檢察官，檢視應執行的刑度範圍，如屬法律所要求單一應執行之刑者，應為聲請改定其刑。倘若未有存在經法院所為應執行之刑的確認者，根本無由得以改定其刑的聲請裁定方式，作為確認應執行刑罰的餘地。此誠屬刑法規範的謬誤。易言之，得以聲請改定其刑者，必須具有確認的應執行之刑，而非係以聲請改定的方式，作為刑罰加重或減輕的確認方式，更不得以聲請改定的方式，作為重

新確認應執行之刑的機制。聲請改定者，必須以既有應執行之刑的存在，作為基礎，而非是以此方式，作為重新科刑的機制。

參、結語

刑法第 47 條~第 49 條關於累犯加重的規定，即無法在刑法的基礎原則中，找到任何正當性的依據，其並非僅存在著違反基本原則之虞（不論是刑法的法定原則，其中習慣法直接適用禁止原則、明確性原則或是溯及既往禁止原則等；或是重複處罰禁止原則的違背，乃至程序法要求的正當法律程序、一事不再理等等屬於憲法層次的基礎原則），累犯加重規範根本就已經違反諸等原則（非僅之虞），其所以存在，仍舊僅在於一種玄想的基礎上，認為累犯的加重，似乎仍有刑事政策上的作用，亦即如一般預防構想所稱，刑罰的加重，乃具有社會心理威嚇的作用。是以累犯作為加重的規定，其作為加重事由的規範，乃屬於違憲，應予以刪除。

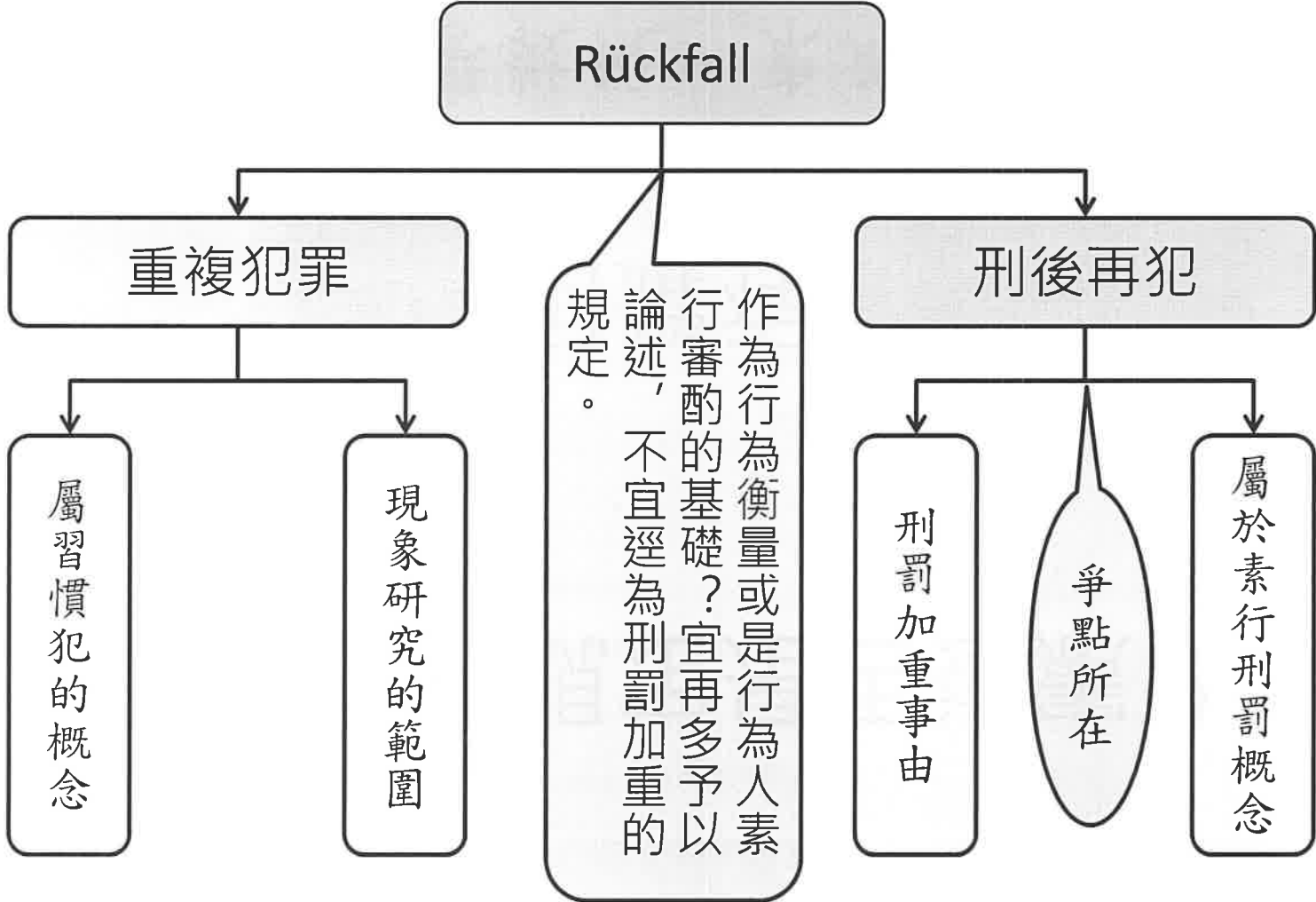
惟在刑法中對於累犯的現象，可以有二面向的處理：1、可以作為刑罰裁量的基礎條件，蓋在刑罰裁量的基礎上，必須在法定刑的範圍節制下，一行為人及行為事實的全面性衡酌，以確認「刑當其罪、刑合所為」；2、作為決定是否作保安處分效果宣告的衡量基礎，此為累犯處遇的既有趨勢，亦為大陸法系國家刑法的常態。然應注意者，仍應避免過量的處罰或是對於基本權的現制。

刑法累犯規定是否違憲？

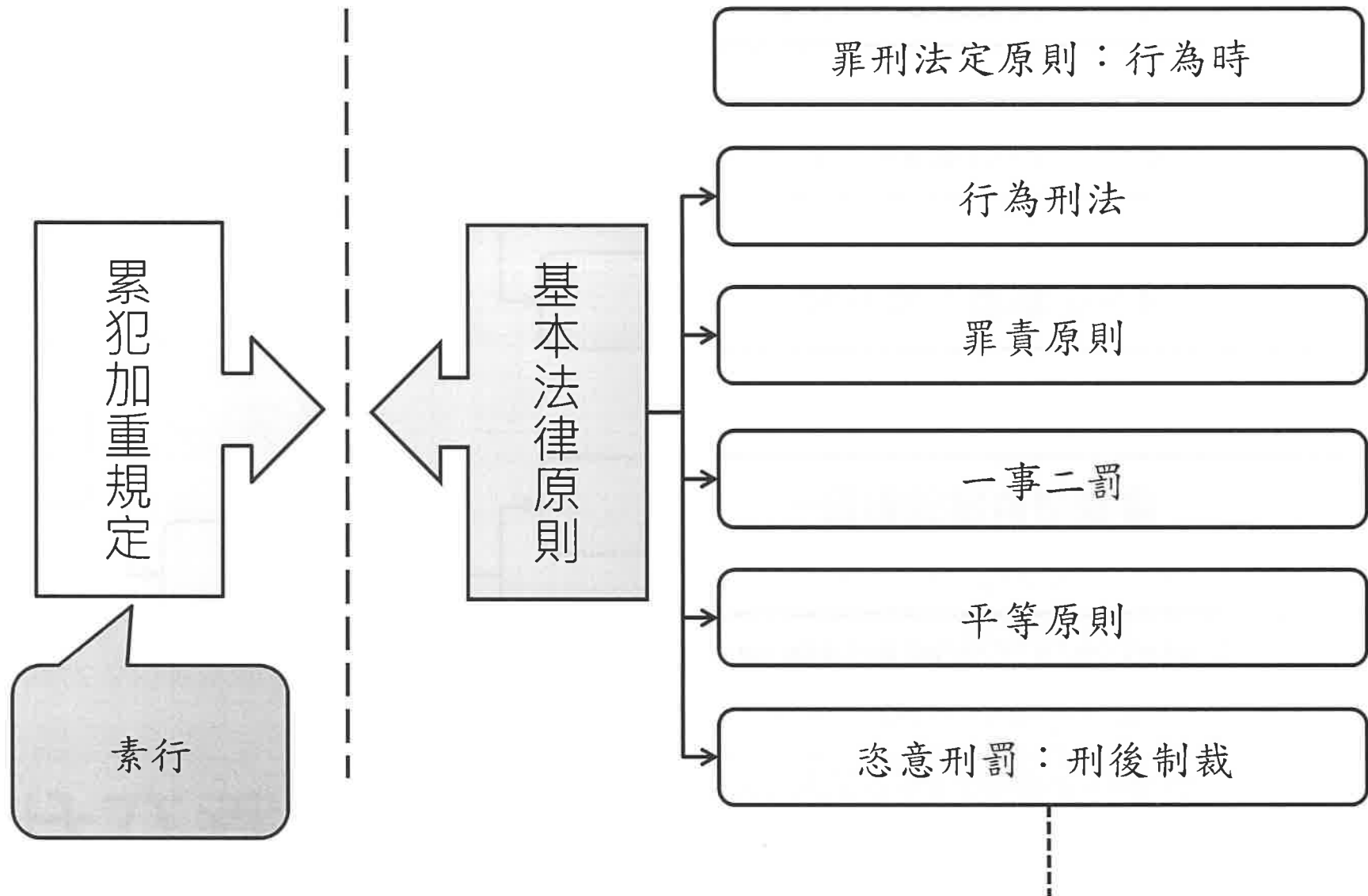
柯耀程

中正大學榮譽教授・東海學特聘教授

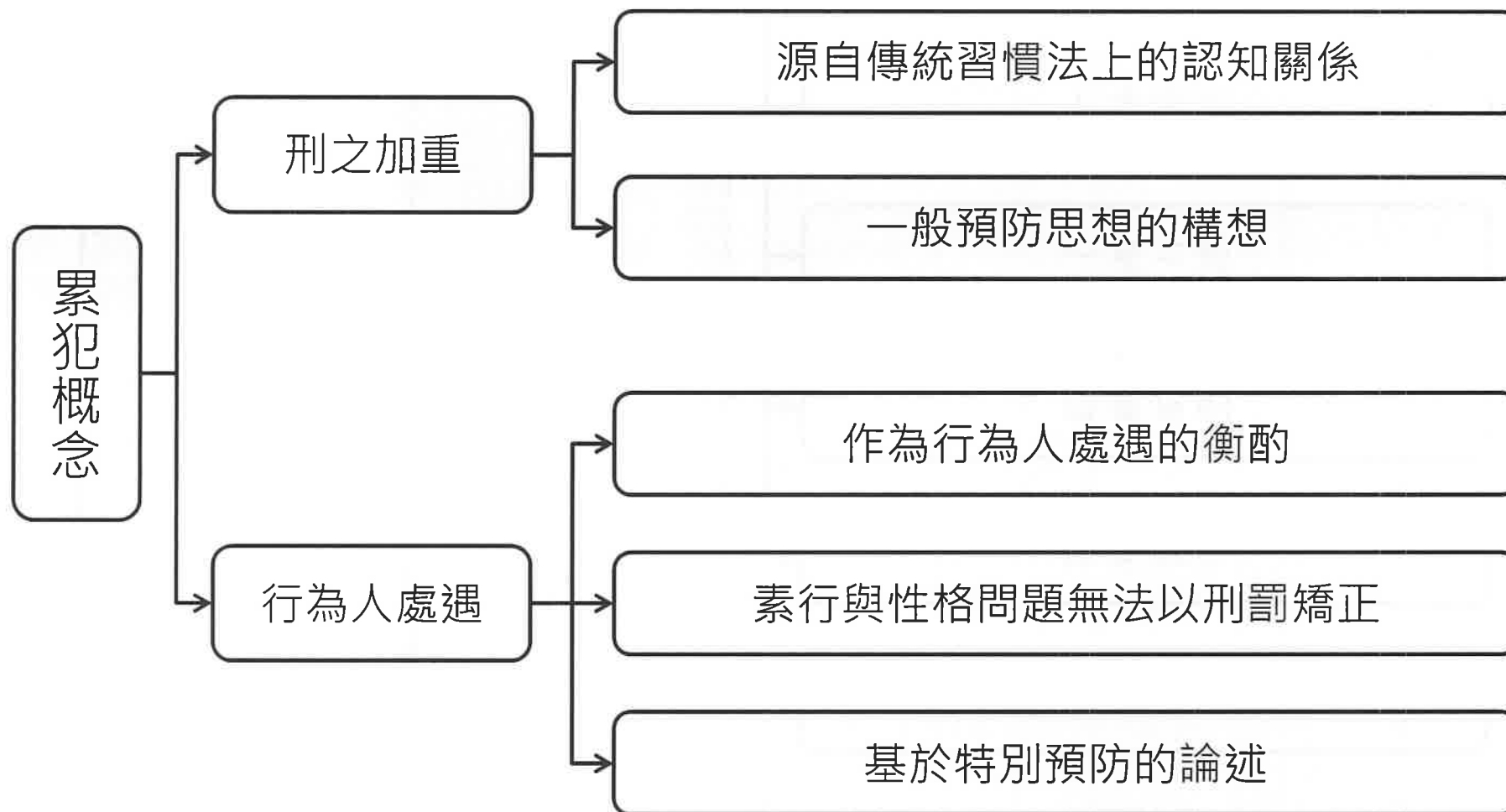
概念緣由



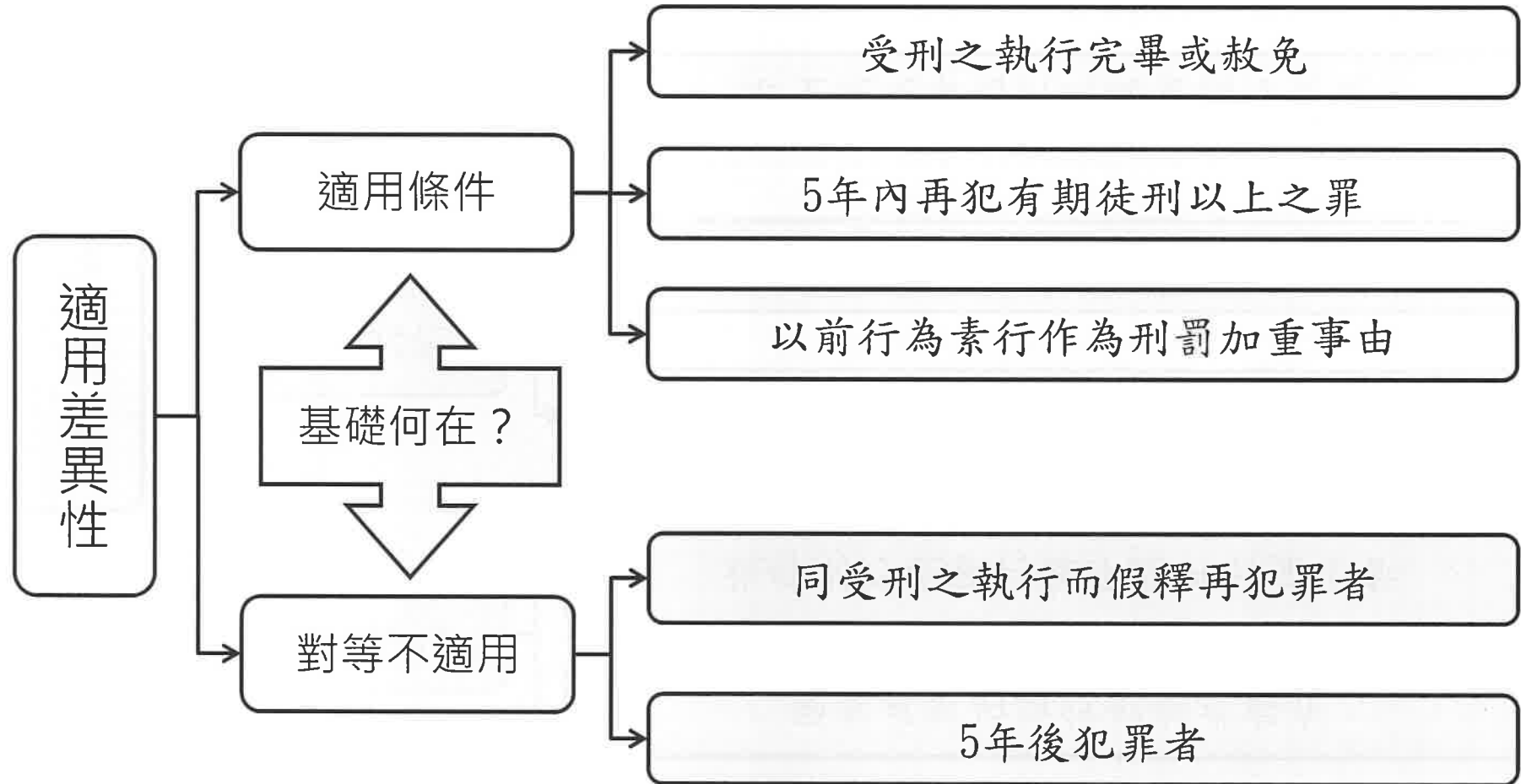
累犯與原則不相容性



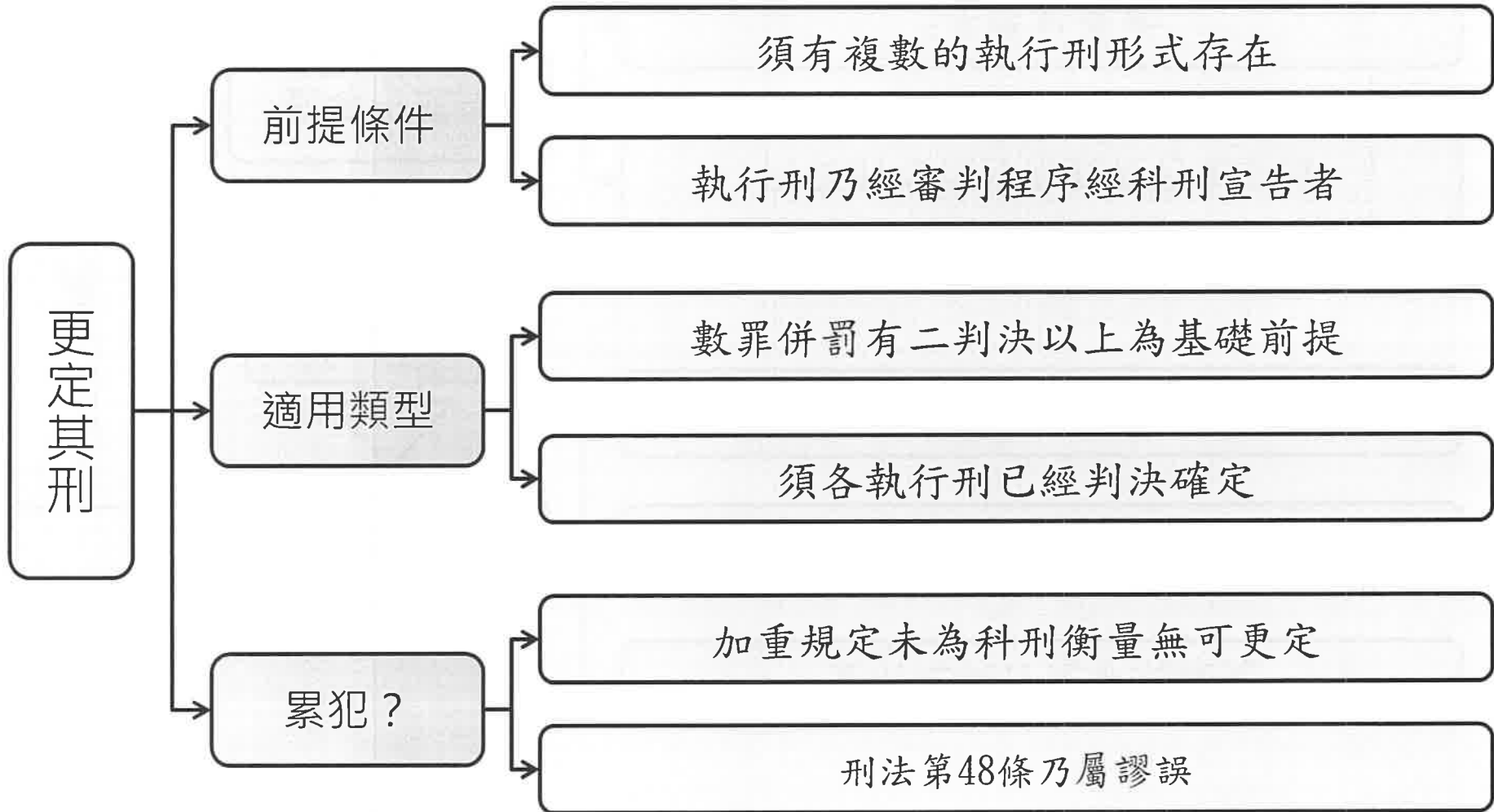
存立基礎探索



差異性結構



累犯更定其刑？



舉例對照

輕而重

因詐欺罪受1年刑之執行，期滿後5年內再犯強盜罪。依強盜罪之法定刑加重本刑至1/2

- 1、加重的1/2係強盜罪的本刑，條件為因詐欺受刑之執行。為何？
- 2、詐欺罪不是已經受處罰而執行完畢了嗎？

受刑而不適用

犯強盜罪受10年刑之宣告，執行逾5年後假釋，於假釋期間再犯強盜罪。無累犯適用

- 1、同樣為受刑之執行，為何假釋者即無累犯之適用？其僅作為撤銷假釋的條件而已
- 2、以刑的執行完畢或赦免，果真可作為節制界限？