

「累犯強制加重」規定是否違憲？

台北大學法律學院教授 鄭逸哲

問題出在那？

假設：沒有第**47**條規定，而將「犯罪行為人是否為累犯」作為第57條第11款

因此，

具體量刑時，應審酌行為人是否為累犯。

判斷的層次的就出來了！

- 累犯
- 累犯作為量刑審酌事由
- 累犯作為裁量性量刑審酌事由

因為「實現構成要件的事實」已於判斷構成要件該當性時判斷過了！

因此，具體量刑時，所審酌的事實，並非「實現構成要件的事實」，而是「實現構成要件的事實以外的事實」

加重／減輕構成要件要素作為構成要件的一部分，

因此，

其屬構成要件該當性判斷的問題，即使其實質上屬量刑的問題，甚至屬強制性量刑事由，所以，非屬第**57**條裁量性量刑事由

「初步」的「量刑輕重」應對應於  
「實現構成要件事實」的「情節輕重」

此屬罪刑對應原則最基本的概念

在第**57**條範圍內，是否有所謂「總則加重」的空間？

基於「沒有行為，沒有犯罪；沒有犯罪，沒有刑罰」的罪刑法定主義，以及罪刑對應原則，——基於此二具有憲法位階的「保障機能」原則——，邏輯上，根本不存在「總則加重」的空間。



在第**57**條範圍內，是否有所謂「總則減輕」的空間？

於依罪刑對應原則「初步量刑」後，依第57條「審酌一切情狀」而進行「總則減輕」，基於「刑法的最後手段性／刑法的謙抑性格」，以及「無期待可能性」所啟發的——此已具體彰顯於第59-61條的「情堪憫恕」規定中的——「寬容原則」，而予以正當化。

依第**57**條的規定進行量刑，應二階段進行：

就「實現構成要件事實」的「情節輕重」，依罪刑對應原則，進行「初步量刑」；繼而依「寬容原則」，就「實現構成要件事實以外的事實」加以審酌，而決定是否有所「總則減輕」——甚至一減再減。

毋寧是「非累犯」才是依第57條進行量刑所得審酌者

「累犯」屬「實現構成要件的事實以外的事實」，復以法治國刑法必須是部「行為刑法」，行為人是就其「實現構成要件的事實」負起刑事責任，不得逾越此範圍，也就因此，依第57條進行量刑所得審酌者不是「累犯」，而是「非累犯」。

在不容許「刑總加重」的情況下，判斷層次毋寧如下：

- 非累犯
- 非累犯作為量刑減輕審酌事由
- 非累犯作為裁量性量刑減輕審酌事由

「累犯」沒有問題，「累犯加重」才有問題

「累犯」這個概念，並沒有問題，否則何以說明「非累犯」；但基於罪刑法定主義和罪刑相稱原則，在應屬「行為刑法」的實定刑法中出現屬「總則加重」的「累犯加重」條款，就大有問題，而其又屬「強制加重」規定，更是問題加問題。

其實不是累犯加重，而是「累犯構成要件」：

累犯，處受判決人之宣告刑二分之一之刑，  
與該宣告刑合併為一宣告之。

「累犯構成要件」全然違背罪刑法定主義

「累犯」屬「實現構成要件的事實以外的事實」，自不屬「行為」，不是「行為」，而有構成要件；又不是規定在分則，而出現「總則構成要件」，已屬詭異；復以不明確到實質「個案立法」的刑罰作為其法律效果，難與「行為刑法」相容。

不是完全不容許「行為人刑法」，而是

在作為「減輕事由」的範圍內，「行為刑法」  
是兼採「行為人刑法」的。



結論：

刑法第**47**條應屬違憲

報告完畢