

累犯加重之考察及其釋義

——評司法院釋字第 775 號解釋

■林育賢*

●●●目次●●●

壹、前言	一、罪責原則及罪刑相當原則之憲法定位
貳、第775號解釋及後續實務影響	二、累犯制度之源流與發展：兼比較德國與日本
一、累犯加重之違憲理由	三、累犯之合憲性爭議及釋義問題
二、解釋前後的實務動向	肆、結語
參、累犯之正當性疑慮	

壹、前言

刑法第 47 條規定：「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。」對行為人因先前犯行經判刑確定後而再犯，就嗣後犯行進行加重。不過，司法院釋字第 775 號解釋（下稱第 775 號解釋）對

此一規定，認為此一規定因違反罪刑相當原則及比例原則，過度侵害人身自由而違憲。長年以來，累犯在目前實務運作上佔有相當大的數量，如今本號解釋毋寧是提供重新檢討的契機。

現行累犯的規定，立法理由為再犯行為人具有特別惡性及刑罰反應力薄弱，累犯的適用要件為（1）行為人先前受徒刑執行完畢或一部執行赦免後；

* 臺灣大學法律研究所碩士，臺灣大學法律研究所博士生。感謝審查委員對於本文詳細閱讀、斧正，謹致謝忱，惟本文文責仍由作者自負。第 59 期學習司法官。



(2) 五年以內有故意再犯有期徒刑。其中關於執行完畢，依照現行法尚包含假釋期滿或無期徒刑假釋後滿二十年後未經撤銷（刑法第 78 條），易科罰金、易服社會勞動、易服勞役或易以訓誡執行完畢，亦為視為已執行完畢（刑法第 44 條）。此外，刑法累犯之規定，於前所犯罪在外國法院受裁判，而該裁判依跨國移交受刑人法第八條第一項規定許可在我國執行者，亦適用之（跨國移交受刑人法第 13 條第 2 項）。

釋字第 775 號解釋雖然作出違憲宣告，但並未全然否定累犯加重正當性，而是作了若干的緩和，僅否定個案中一律加重。由此，勢必要面對大法官對規範所採取的合憲性解釋後，將來適用累犯上的問題。由於累犯的適用，不僅影響法定刑，也會連帶牽動到假釋（刑法第 77 條）、行刑處遇（行刑累進處遇條例第 19 條第 2 項、外役監條例第 4 條第 2 項第 3 款）、羈押具保（刑事訴訟法第 114 條）。基於累犯對於現行法適用及執行層面等重要性。本文以下將以第 775 號解釋為中心，並針對本號解釋所確立的新基準，以及各該論點，進行檢討。

貳、第 775 號解釋及後續實務影響

一、累犯加重之違憲理由

累犯立法目的，從 1935 年至 2005 年的修正，是以再犯具有特別惡性或刑罰反應力薄弱等理由為依據，處罰後罪時，因前罪之警惕效果不足，從而必須加重最重本刑¹。基此，大法官緊接著在本件解釋由兩個角度切入累犯的違憲性爭議。第一是一行為不二罰原則，第二是罪刑相當原則。因為累犯是以前科作為加重後罪行為的依據，而非針對前罪行為再次處罰，從而不生對前罪行為再次處罰的問題²。至於罪刑相當原則，本號解釋首先重申其憲法定位及罪責原則，並強調刑罰不得超過罪責，立法機關制定犯罪之法定刑，應綜合斟酌：「所欲維護法益之重要性、防止侵害之可能性及事後矯正行為人之必要性」，俾使以法律規定法官所得科處之刑罰種類及其上下限，應與該犯罪行為所生之危害、行為人責任之輕重相符³。大法官緊接著對第 47 條加重適用要件進行檢視，認為：「法院認為諭知 6 月有期徒刑得易科罰金或易服社會勞

¹ 解釋理由書第 14 段。

² 解釋理由書第 15 段。

³ 解釋理由書第 12 段。

動即可收矯正之效或足以維持法秩序，但因累犯加重最低本刑之結果，法院仍須宣告 7 月以上有期徒刑，致不得易科罰金或易服社會勞動。因此，系爭規定一不分情節，基於累犯者有其特別惡性及對刑罰反應力薄弱等立法理由，一律加重最低本刑，於不符合刑法第 59 條所定要件之情形下，致生行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪責之個案，其人身自由因此遭受過苛之侵害部分，對人民受憲法第 8 條保障之人身自由所為限制，不符憲法罪刑相當原則，牴觸憲法第 23 條比例原則。」由此至少可以推出，大法官認為個案中無法適用易刑處分等自由刑替代措施，將使行為人在個案中會承受過度的刑罰。儘管如此，該號解釋並未全盤否定加重的必要性，繼而論知：「於此範圍內，有關機關應自本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨修正之。於修正前，為避免發生上述罪刑不相當之情形，法院就該個案應

依本解釋意旨，裁量是否加重最低本刑。」因此，該號解釋藉對刑法第 47 條的合憲性解釋，使法院必須考慮是否個案中有罪刑不相當之疑慮。

上述解釋的推論理路當中，特別是對上開論知的理解，實際上有極大的爭議。由本件的協同意見書、部分協同或部分不同意見書，看出大法官們對於累犯的態度並不相一致。可以確定的是，大法官在累犯之正當性及累犯的加重方式，大致可以歸類成幾種論點。關於累犯正當性，包含：累犯加重刑罰並非有效手段⁴、憲法不禁止對行為主觀惡性加重評價⁵，行為刑法僅為概念爭議⁶、現行累犯並沒有在前後罪有合理連結⁷等觀點。至於累犯加重部分，有堅持罪責原則與行為刑法的結果，累犯不應加重者⁸，亦有認為只有個案未能適用第 59 條而仍應加重，始有罪刑不相當⁹，最後有認為如能適用第 59 條¹⁰或刑法、特別刑法上的各種減輕事由¹¹，

⁴ 詹森林大法官部分不同意見書，3 頁。

⁵ 許大法官志雄提出，黃大法官昭元加入之協同意見書，4 頁。

⁶ 湯大法官德宗提出，陳大法官碧玉加入「二、」部分之部分不同意見書，2 頁；黃大法官虹霞提出之協同意見書，2 頁。

⁷ 黃大法官昭元提出，許大法官志雄加入之協同意見書，6 頁。

⁸ 詹森林大法官部分不同意見書，6-7 頁；林俊益大法官提出，蔡炯燉大法官加入協同意見書，14-16 頁。

⁹ 黃虹霞大法官協同意見書，4-5 頁。

¹⁰ 黃璽君大法官提出，陳碧玉大法官加入一、之部分不同意見書，2-7 頁。認為不能以此第 59 條作為論據者，黃大法官昭元提出，許大法官志雄加入之協同意見書，4-5 頁。

¹¹ 吳陳鏗大法官部分協同意見書，3-6 頁。

整體觀之不會有罪刑不相當的問題。

二、解釋前後的實務動向

如前所述，累犯除了前述（1）、（2）要件外，實務過往適用時，僅參考行為人前科紀錄認定累犯要件事實外，並不增添其他相關要件。在第 775 號解釋之後，目前下級審實務見解多會敘明有無罪刑不相當的情形，有整體考慮前科種類後，認為後續再犯之不法及罪責程度較高者¹²，部分實務見解會進一步去審查，前後罪間是否有關連性，是否為同種前科、是否有後罪不法性更高等因素，綜合評估是否有罪刑不相當。

同種前科的比較，具關連性部分，如同為毒品危害防制條例之罪¹³或同為施用毒品罪¹⁴、藥事法犯罪及轉讓毒品罪（含藥事法之轉讓禁藥罪）¹⁵或施用毒品罪¹⁶、同為不能安全駕駛罪¹⁷、前罪為性犯罪及傷害罪，後罪為傷害罪¹⁸、同為加重竊盜罪¹⁹或前罪為竊盜，後最為加重竊盜罪²⁰、前罪為強盜罪及竊盜罪，後罪為贓物罪²¹、前罪為詐欺恐嚇取財等罪，後罪為加重詐欺罪²²、同為加重詐欺罪²³、槍砲彈藥刀械管制條例及放火罪²⁴、同為槍砲彈藥刀械管制條例之罪²⁵。或是罪質不同，但保護法益皆為社會安寧之法益²⁶。

¹² 臺灣高等法院 108 年上訴字第 1254 號判決。

¹³ 最高法院 108 年度台上字第 338 號、108 年台上字第 707 號判決、108 年台上字第 1387 號判決、108 年台上字第 1654 號判決、108 年台上字第 1491 號判決、108 年度台上字第 1703 號、臺灣高等法院 108 年上訴字第 645 號、108 年上訴字第 1421 號、107 年上訴字第 3856 號判決。另雖為毒品前科，但符合累犯要件之犯罪為誣告罪，與本次犯行相距有十年以上，參見最高法院 108 年台上字第 856 號判決。

¹⁴ 臺灣高等法院 108 年上易字第 776 號、108 年上易字第 801 號、108 年上訴字第 1324 號判決。

¹⁵ 臺灣高等法院 107 年上訴字第 3434 號判決。

¹⁶ 最高法院 108 年台上字第 1057 號判決。

¹⁷ 臺灣高等法院 108 年度交上易字第 109 號、108 年原交上易字第 3 號、108 年交上易字第 216 號判決。

¹⁸ 臺灣高等法院 108 年上易字第 640 號判決。

¹⁹ 臺灣高等法院 108 年上易字第 313 號判決。

²⁰ 臺灣高等法院 108 年度上易字第 1313 號判決。

²¹ 臺灣高等法院 108 年上易字第 267 號判決。

²² 最高法院 108 年台上字第 808 號、108 年台上字第 1563 號判決。

²³ 最高法院 108 年台上字第 870 號判決。

²⁴ 最高法院 108 年台上字第 1208 號判決。

²⁵ 最高法院 108 年台上字第 1512 號判決。

²⁶ 最高法院 108 年台上字第 1389 號判決（不能安全駕駛罪及未經許可持有手槍罪）。

不具關聯性者，如前罪施用毒品與竊盜罪²⁷及後罪為詐欺罪²⁸、前罪為公共危險罪，後罪為施用及販賣毒品罪²⁹、肇事逃逸罪與詐欺罪³⁰、公共危險罪及偽造文書罪³¹、販賣毒品罪及強制猥褻罪³²、誣告罪及竊盜罪³³、贓物罪及殺人未遂³⁴、不能安全駕駛罪及肇事逃逸罪³⁵、毒品案件及廢棄物清理法之罪³⁶。部分見解則不區分是否有同種前科，如修正前業務過失致死罪跟詐欺取財及偽造文書罪³⁷、前罪為施用毒品

罪或竊盜罪³⁸，後罪為私行拘禁罪³⁹、前罪為施用毒品罪⁴⁰或販賣毒品罪，後罪為強盜罪⁴¹、傷害罪與詐欺罪⁴²、前罪為毒品危害防制條例及過失致死罪，後罪為加重詐欺罪⁴³、森林法犯罪及販賣第二級毒品罪⁴⁴、殺人罪及製造第二級毒品罪⁴⁵。另在持有槍砲罪之情形，期間已有毒品案件確定，仍得為加重⁴⁶。為數不少的判決，仍會於判決中附帶交代因後罪再犯不足以收警惕之效等刑罰適應力薄弱作為審酌加重因素⁴⁷。

²⁷ 臺灣高等法院 108 年上易字第 117 號、108 年上易字第 626 號判決。

²⁸ 臺灣高等法院 108 年上訴字第 1427 號判決。

²⁹ 臺灣高等法院 108 年上訴字第 1454 號判決。

³⁰ 臺灣高等法院 108 年上易字第 717 號判決。

³¹ 臺灣高等法院 107 年上訴字第 3434 號判決。仍認為可以加重者，如最高法院 108 年度台上字第 1709 號。

³² 臺灣高等法院 108 年侵上訴字第 15 號判決。

³³ 臺灣高等法院 108 年上訴字第 1003 號判決。

³⁴ 臺灣高等法院 108 年上訴字第 489 號判決。

³⁵ 臺灣高等法院 108 年交上訴字第 100 號判決。

³⁶ 最高法院 108 年度台上字第 1684 號判決。

³⁷ 臺灣高等法院 108 年上訴字第 919 號判決。

³⁸ 臺灣高等法院 108 年上訴字第 1138 號、108 年上易字第 678 號判決。

³⁹ 臺灣高等法院 108 年上訴字第 165 號判決，但該判決以警惕效果即：「均有多次犯罪入監服刑之紀錄，於受刑之執行完畢後，本應認知個人行為之重要性，謹慎自制，竟藉故對他人施加暴行而犯本罪」為加重依據。

⁴⁰ 最高法院 108 年台上字第 1039 號判決。

⁴¹ 臺灣高等法院 108 年上訴字第 1126 號判決。

⁴² 臺灣高等法院 108 年上易字第 422 號判決（強調傷害罪確定判決之警惕作用未能發揮效果）

⁴³ 最高法院 108 年台上字第 1652 號判決。

⁴⁴ 最高法院 108 年台上字第 1558 號判決。

⁴⁵ 最高法院 108 年台上字第 1391 號判決。

⁴⁶ 最高法院 108 年台上字第 1667 號判決。

⁴⁷ 臺灣高等法院 108 年度上訴字第 2872 號判決。



部分實務見解除了比較罪質外，尚會進一步去比較犯罪手段以及法益侵害程度，如臺灣高等法院 108 年上易字第 474 號刑事判決：「被告僅有上開前案紀錄，其案由為傷害致重傷，與本案竊盜犯行之罪質不同，犯罪手段、動機顯屬有別，其犯罪所得之物，對告訴人法益侵害程度難認嚴重，其後復已賠償告訴人新臺幣（下同）10 萬元（見原審審易卷第 49 頁），犯罪情節尚屬輕微，且係於執行完畢近 3 年後方再犯本案，於其所犯竊盜罪之法定刑度範圍內，審酌各項量刑事由後，已足以充分評價被告所應負擔罪責，尚無加重法定最低本刑之必要，爰不加重其刑，以符罪刑相當原則及比例原則。」⁴⁸

接續的問題是，如果依照第 775 號解釋意旨，認為毋庸加重，此處毋庸加重到底僅限於法定刑下限，抑或是不構成累犯，即無上、下限加重問題。目前實務見解亦可分成：①如不適用累犯，則不予加重，例如：「考量被告構成累犯之犯罪紀錄為商業會計法案件…，與本案（按：廢棄物清理法）所犯之罪之罪質不同，犯罪型態、情節、動機、目的、手段亦均有異，尚難認被

告有於短期內反覆實施同一犯罪之刑罰反應力薄弱或惡性重大之情形，本院審酌累犯規定所欲維護法益之重要性、防止侵害之可能性及事後矯正行為人之必要性，綜合斟酌各項情狀，認被告本件犯行不宜依刑法第 47 條第 1 項規定加重其刑，始符合罪刑相當原則及比例原則。」⁴⁹；②個案中雖無裁量加重最低法定本刑的問題，但既然大法官並未否定加重上限，則仍得予以加重，例如：「…惟審酌被告上開執行完畢者均係施用毒品案件，與本案所犯持有槍彈犯行於罪質及侵害法益方面均不相同，且施用毒品者多係因成癮無法及時戒除而再犯，亦難據此認定被告有特別之惡性或刑罰反應力薄弱之情，是認如加重其法定最低度刑，將使行為人所受刑罰超過其所應負擔罪責，故依司法院釋字第 775 號解釋意旨，僅依刑法第 47 條第 1 項規定加重其法定最高度刑而不加重其最低刑度。」⁵⁰

此外，主文當中如不適用累犯，目前部分實務見解，會不記載累犯。其中亦有說明，依司法院 107 年 6 月 15 日院台廳刑二字第 1070016922 號函檢附「地方法院刑事裁判簡化及通俗化推

⁴⁸ 亦參見臺灣高等法院 108 年上易字第 653 號判決。

⁴⁹ 臺灣高等法院 107 年度上訴字第 895 號判決。

⁵⁰ 臺灣高等法院 108 年度上訴字第 2972 號判決。

動方案，其中刑事判決精簡原則二、主文欄（三）判決主文得不記載累犯或其他刑總加重、減輕事由⁵¹。但部分實務見解仍會記載於主文當中。

由上述實務動向可知，於 2019 年 2 月 22 日之後，大致可以確認累犯處理上，原則上會論證前、後罪的關聯性，至於說如何處理彼此間內在關聯，是要同一罪質，或者前罪之警惕效果未能發揮，容有不同做法，至少在目前前、後罪為不同前科的情形，可以看出實務見解有此傾向。至於同種前科外，後罪本身是否為重大犯罪亦屬審酌因素⁵²。除此之外，雖然是裁量加重，但法院仍然應予以審酌⁵³。最高法院對下級審之罪刑相當原則的審查，採取相對寬鬆的看法，縱然未適用第 775 號解釋或前、後罪罪質或情節有不一致，亦不能指摘為違法⁵⁴，亦有如部分大法官之見，僅有處以最低度刑為必要時，始不

適用累犯⁵⁵。

參、累犯之正當性疑慮

一、罪責原則及罪刑相當原則之憲法定位

（一）概說

在本號解釋中所強調罪責原則及罪刑相當原則，部分大法官認為並無牴觸此二原則。歷來大法官大抵認為，行為人負擔刑事責任應以其行為本身之惡害程度予以非難評價之刑法原則（司法院釋字第 551 號、第 669 號解釋）。罪責原則，是強調行為人基於其犯罪之不法，應承擔所犯行所造成之罪責，同時有成罪責任（Strafbegründungsschuld）以及量刑責任（Strafzumessungsschuld）兩種面向，前者是確認行為是否應當負責，後者則是強調量刑時刑事責任乃刑罰裁量

⁵¹ 臺北地方法院 107 年度訴字第 496 號判決、嘉義地方法院 107 年度訴字第 319 號判決。修法前亦有如此作法，如雲林地方法院 106 年度訴字第 628 號判決、屏東地方法院 107 年度訴字第 269 號判決、臺灣高等法院 108 年交上訴字第 93 號判決。即便累犯加重，亦認為得不記載者，參見：臺灣高等法院高雄分院 108 年度上訴字第 450 號、108 年度上訴字第 380 號判決。

⁵² 臺灣高等法院 108 年上訴字第 167 號判決、108 年上易字第 529 號、108 年台上字第 1873 號、108 年度台上字第 1780 號判決。

⁵³ 最高法院 108 年台上字第 1112 號刑事判決：「吳木貴於前案執行完畢後，5 年以內，故意再犯本件有期徒刑以上之罪，自屬累犯。原判決未論吳木貴以累犯，亦未及依司法院大法官釋字第 775 號解釋意旨，裁量是否加重本刑，難謂無適用法則不當之違法。」

⁵⁴ 最高法院 108 年台上字第 1287 號、108 年台上字第 976 號刑事判決。

⁵⁵ 最高法院 108 年度台上字第 1369 號判決。

之基礎，但不能被簡化為成罪責任的量化形式⁵⁶。

通說採取規範責任論，認為責任並非單純個人內心事態，而是透過表現於內在意志表現於外的非難可能性⁵⁷。罪刑相當原則或稱罪刑均衡原則，在這個脈絡下便是進一步將罪責原則與後續刑事制裁效果進行連動，在量刑領域中，罪刑相當原則（Prinzip schuldangemessenen Strafens）要求犯罪與刑罰科予應當合乎相互對應⁵⁸，具體來說是：犯罪構成要件與法律效果間必須要有相互關聯及合乎事理的協調⁵⁹，刑罰裁量係透過犯行的整體圖像（Gesamtbild der Tat）來描繪，犯罪的行為不法及結果不法，均為考量因素，其次則是行為前及行為後行為人舉止態度⁶⁰。罪責原則不僅內建於刑法釋義學內部，於憲法層次上，亦有批判立法的效果，罪刑相當原則，除了處理具體量刑問題外，也同時涵蓋立法層次的犯罪行為與刑罰的關係。立法者並非單

純以不法及罪責為刑事立法的尺度，對於法定刑高低，尚可能考量一般預防、特別預防等因素，以決定特定行為要予以入罪化，在這個意義下，特定行為是可罰，以及是否需要刑事制裁，至少可以將刑事立法的思維層次區分成兩階段看待⁶¹。不過，由於立法者必須受限於憲法基本權的拘束，勢必無法自外於此等規範性考量而立法。罪責原則，在憲法上的定位雖然經歷次大法官解釋所提及，但如何從憲法推導而來，尚不清楚。

（二）罪責原則與憲法原則的關聯

罪責原則在德國憲法的脈絡下，是法治國原則之一環，及人性尊嚴原則之內涵。德國聯邦憲法法院先、後有略為不一致的論點，最初認為法治國不僅止於法安定性，同時也帶有實質正義，實質正義要求構成要件及法律效果彼此具有合理關聯，對無責之行為人之刑罰或類似刑罰手段將抵觸法治國及侵害人格權⁶²。後來又有判決強調，無罪責即無刑罰此一原則，早已根植於憲法及受

⁵⁶ Streng, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, 5. Aufl., 2017, § 46, Rn. 22.

⁵⁷ 王皇玉（2017），刑法總則，修訂三版，頁 318-319。

⁵⁸ 作為憲法原則，業經司法院釋字第 602、630、669 號解釋闡釋在案。

⁵⁹ Vgl. Lagondy, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, S. 66.

⁶⁰ Schäfer/Sander/Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 6. Aufl., 2017, Rn. 1449.

⁶¹ 上田正基（2016），その行為、本當に処罰しますか—憲法の刑事立法論序説，頁 57-59。

⁶² Vgl. BVerfGE 20, 323.

憲法保護之人性尊嚴、人類自我負責，亦為立法者形成刑法所應尊重⁶³。相近的判決見解亦強調，刑法的基礎在於罪責原則，而這支配國家刑罰的基本原則，其基礎在於尊嚴的保障、個人自我負責及法治國原則⁶⁴。不過，訴諸於人性尊嚴為罪責原則之憲法基礎，在整體規範論證策略上並不明確，一方面，於我國憲法，關於人性尊嚴的規範基礎，並非如同德國基本法一般（德國基本法第 1 條第 1 項），具有明確、優位的核心地位，而是透過大法官透過解釋所形塑出來的不明文憲法價值基準⁶⁵，直觀來說，這種規範推導關係可能會陷入先天上的困境，他方面，人性尊嚴本身在概念上具有歧異性，可能包含自我決定面向、負責面向、客觀價值面向，如何能精確地支撐罪責原則的規範地位，仍有猶疑的餘地。罪責原則重點在於行為的可非難性，可非難性建立在人只有基於其認知、控制能力，能有所預見或認識的事態，不加以防免或決意遂行，才有理由令承擔責任。在法治國原則下，

對於個人自主的尊重及肯認，乃是前提所在⁶⁶，而對自由、人格權保護，才是進一步確認責任歸屬的規範前提。

（三）與比例原則之關係

本號解釋在罪刑相當原則的說明時，將之與比例原則並列⁶⁷。在釋字第 669 號解釋理由書第 1 段亦可見到理由鋪陳：「…惟刑罰對人身自由之限制與其所欲維護之法益，仍須合乎比例之關係，尤其法定刑度之高低應與行為所生之危害、行為人責任之輕重相符，始符合罪刑相當原則，而與憲法第二十三條比例原則無違。」。在本號解釋中，蔡明誠大法官指出：「罪責原則包含罪責前提及罪刑相當原則，並將比例原則（過度禁止），涵蓋於罪刑相當原則之中。至本號解釋將前述原則與比例原則併列，如此對於罪責原則、罪責前提、罪刑相當原則與比例原則之關係，則有未予詳加辨明之疑慮，是其仍有商榷之處。」⁶⁸蔡大法官似乎有意區隔出罪責原則及比例原則的差異。

同樣作為限制刑罰權發動的基本

⁶³ Vgl. BVerfGE 25, 269.

⁶⁴ BVerfGE 140, 317.; Frisch, Schuldgrundsatz und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, NStZ, 2013, S. 250.

⁶⁵ 詳細的分析，參見江玉林（2004），人格尊嚴與人性尊嚴：大法官解釋中有關尊嚴論述的分析，月旦法學教室，20 期，頁 116-123。

⁶⁶ 這邊擬不進一步涉入罪責原則、意志自由、個人自主的複雜關係。

⁶⁷ 解釋理由書第 12 段。

⁶⁸ 蔡明誠大法官提出之釋字第 775 號協同意見書，頁 11-12。

原則，從刑法釋義學內部觀察，在刑事處罰及非刑事的人身或財產拘束，即可見到兩者的區分。最明顯的例子是保安處分的發動，係針對違法而非有責之行為人所為，例如刑法第 87 條之監護處分，通說認為，雖然保安處分不受罪責原則拘束，但仍有比例原則適用⁶⁹。另一個例子是近期引入的沒收新制，目前主流看法對犯罪所得沒收認為是非刑罰之中性干預處分，原則上僅受比例原則拘束。至於其他犯罪物沒收，學理雖有歧見，但可以確定的是，若對犯罪物之沒收具有刑罰性質之沒收，則仍應受罪責原則拘束。

由極為工具性的視角，或可認為罪責原則與比例原則並無太大差異，甚至是在限制或證立刑事立法的情況尤為明顯，由於罪責原則並無具體的參酌因素跟標準，往往較難具體操作。近期論者所主張預防導向的刑罰理論，令罪責概念被冠上預防導向的視角，在預防目的作為刑罰目的之設定下，罪責原則幾乎成為沒有功能性意義的理念或口號⁷⁰。因為，極度預防論視角

的刑罰目的論，將罪責轉變成某種積極或消極一般預防，以及特別預防經權衡後所特定的刑罰裁量後果⁷¹。即便採取二元應報觀點的論者，也難以避免這一問題，並且會形成蔡明誠大法官所指摘的無法有效區分罪責原則與比例原則的論述層次。如果走到那一步，罪刑相當原則所呈現的不法、罪責及刑罰的對應關係，將會與比例原則所考量的目的、手段關聯及狹義比例原則，無法有效區隔，倘若罪刑相當原則所考量的內涵乃出於預防刑論及預防觀點下的罪責概念，其論述內容，便會與操作比例原則的審查，透過預防目的及所選用之刑罰手段間的合比例關係之論證及檢視，兩套論述方式無法產生可資區隔的效果。

如憲法上罪責原則要有獨立性，至少要承認對犯行的應報觀點，在罪責原則中具有優先地位，否則罪責原則在比例原則面前，僅有聊備一格的作用。本文初步認為，罪責原則應純粹由行為人犯行及其個人自主來理解⁷²，至於國家刑罰如何透過懲罰或者限制行為人人身、財產自由來達到預防效果，應另外

⁶⁹ Frisch, (Fn. 64), S. 251.

⁷⁰ Vgl. Kasper, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, 2014, S.873.

⁷¹ Kasper, (Fn. 70), S. 873f.

⁷² 這些作為罪責原則的前提問題，以及能否在憲法上尋求其規範基礎或超越規範基礎的依據作為支撐，本文擬另外為文處理。目前既有討論，請參見 Tatjana Hörnle (著)、鍾宏彬 (譯) (2013)，罪責原則的憲法論證，軍法專刊，59 卷 1 期，頁 121-159。

透過比例原則加以約束。在這個意義下，比例原則才能切合其功能性質，僅檢視特定目的下的干預手段，其目的、手段關係在憲法下可以／無法正當化。由此也必須意識到，罪責原則在憲法層次扮演拘束立法者裁量的角色，及量刑論的層次上罪責原則在個案量刑上所發揮的是最適切的量刑對應，有所差距，而比例原則在個案當中僅訴求法院在個案中不得過度干預，比例原則僅用以確認最小侵害手段，但如果要尋求個案中最最適切的量刑手段，恐怕罪責原則所發揮的作用，並非比例原則所能取代⁷³。

（四）小結

以上簡要釐清罪責原則及比例原則的爭議後，本文主張在違憲審查層次上，將罪責原則與比例原則所扮演的性質、功能及依據區分開來，由此可知，第 775 號解釋尚未深入處理比例原則與罪責原則的相關操作及混用的問題，本號解釋對於罪責相當、罪責原則的釋義操作，也不明朗。

二、累犯制度之源流與發展：兼比較德國與日本

（一）我國法的沿革

現行法於 1935 年刑法第 47 條：「受有期徒刑之執行完畢，或受無期徒刑或有期徒刑一部之執行而赦免後，

五年以內再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至二分之一。」在 2005 年，便將第 47 條第 1 項限制在故意犯，並增訂第 2 項：「第九十八條第二項關於因強制工作而免其刑之執行者，於受強制工作處分之執行完畢或一部之執行而免除後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，以累犯論。」立法理由認為：「累犯之加重係因犯罪行為人之刑罰反應力薄弱，需再延長期矯正期間，助其重返社會，並兼顧社會防衛之效果。立法者參考日刑法 56 條及當時改正刑法 56 條、瑞士刑法 67、奧地利刑法 56 條、法國刑法 132-8 至 132-11 仍維持累犯等理由，立法者認為宜維持累犯。」從而，過失犯自此被排除在加重之列。

（二）日本法的沿革

日本法則係在明治 40 年代修正刑法，將原先仿效法國刑法之累犯規定，修正當時德意志刑法所採行的規範模式為「已處有期徒刑，執行完畢日或其執行經免除日起五年以內再犯者，而處有期徒刑時，為累犯」「累犯之刑，為該罪所定最重刑兩倍以下」「三犯者依再犯之例」（第 56、57、59 條）。

早期學說大抵肯定累犯，只是論理有所不同，如牧野英一教授強調，累

⁷³ Frisch, (Fn. 64), S. 255.



犯因其惡性及特別預防之必要，而應加重處罰⁷⁴、瀧川幸辰教授則認為預防效果不彰而有累犯加重⁷⁵、小野清一郎教授則強調貫徹道義責任與特別危險性⁷⁶。戰後初期的學說則盛行警告理論，相較於部分認為累犯可能會增強後罪行為的違法性，切入觀點都是從罪責層次出發，認為再度犯罪可能在道義上可加重非難，或者依照其性格或者惡性，既然前次刑罰有力有未逮之處，針對行為人之危險性，有必要再度加重其刑⁷⁷，認為行為人無視警告而其可非難性或者本次行為的違法程度有所提高。

然而，近期學說見解，多加以批判，單就行為責任的角度，無視前次刑罰警告而來的行為責任，根本不考慮後罪行為孰輕孰重，在後罪行為顯然輕微時，予以加重顯然不合理⁷⁸，立於行為責任的角度，將前次刑罰的警告作為加重法定刑的立論依據，是繞過行為而直接評價行為人因前次犯罪至本次犯罪為

止的人格形成責任作為非難對象⁷⁹，表面上日本多數學說從行為責任的可非難性去支持累犯仍有可能加重，實際上仍舊背離行為責任的要求⁸⁰。況且，人格形成責任也帶來行為人於個案當中較難控制其行徑，亦即其規範意識的鈍化，導致未能有效控制而作出其認知為違法的行為，既然行為人的他行為可能性自始較為不足，那麼無法從人格形成責任得出支持加重累犯的依據⁸¹。

（三）德國自帝國刑法以來之沿革

18 世紀日耳曼普通法時代，確立所謂「反覆實行即加重其刑（*iteratio auget poenam*）」之原則⁸²。即 1871 年帝國刑法典延續累犯規定，惟限定部分財產犯罪，當時德國立法者認為這些財產犯罪如竊盜，是經驗上容易反覆實施之犯罪，惟尚未採取一般性加重之規定。經過近四分之一世紀討論後，於 1933 年始納入一般性累犯處罰，當時的立法理由主要是著重於行為人人格

⁷⁴ 中島広樹（2005），累犯加重の研究，頁 80。

⁷⁵ 瀧川幸辰（1931），刑法講義，頁 189。

⁷⁶ 小野清一郎（1945），全訂刑法講義．〔第 1－2〕總論，頁 304-305。

⁷⁷ 中島広樹，同前註 7476，頁 93。

⁷⁸ 日本學說分別從期待可能性、行為責任、一律加重的不合理、罪刑相當等角度，嚴厲批判累犯制度，就此參見中島広樹，同前註 74，頁 115-140。

⁷⁹ 松原芳博（2017），刑法總論，2 版，頁 218。

⁸⁰ 吉岡一男（1996），刑事学，頁 269；中山研一（1982），刑法總論，頁 562。

⁸¹ 山口厚（2016），刑法總論，3 版，頁 198。

⁸² 中島広樹，同前註 74，頁 159。

中有危險犯罪習慣之人格，而予以加重處罰⁸³。

1954 年開始，德國開始檢討累犯是否具有特別非難可行性而必須加重，當時學說多半認為累犯有牴觸罪責原則之嫌，1970 年進行修正，其內容為：「(1) 至少於本法地域效力適用範圍內而再犯，因故意犯罪行為而受刑之宣告，且 (2) 該行為之一部或全部，至少執行自由刑後已三月以上者，因故意而再犯，審酌犯罪行為之種類及情狀，其先前有罪判決難收警告之效而應受非難者，如其法定刑未設下限，其下限應為六月。法定刑上限不予變更。(第二項) 後行為最重刑未滿一年者，不適用前項規定。(第三項) 第一項第一款，於數罪併罰視為宣告單一刑。折抵羈押或其他自由剝奪時，視為第 1 項第 2 款之已執行之刑。(第四項) 前行為與後行為間逾五年者，前行為不予審酌。受刑之宣告者，因機關命令而逾設施內留

置期間，不予計入」。該法之修正，主要是顧及到累犯必須要確立本次犯罪行為，與先前行為間有內在關聯 (innerer Zusammenhang)⁸⁴。但如何確認前行為之判決對後行為所生之警告效果是否奏效，實有難度，也變相讓行為人承擔超越其行為責任之刑罰，且行為種類或情狀，亦難期明確，有無法合致行為責任之危險，加上 1970 年代以降至廢除間實務的操作，已經使確認非難性變成例外，原則上都會加重而不加檢證，多半引述條文後就得出結論⁸⁵，少數判決雖有提到反覆再犯之速度是否顯著、是否在保護觀察期間再犯等情況⁸⁶。但嚴格來說特別非難性之認定過於消極，其結果是只是為了預防目的而加以處罰，而非固守行為責任之應有範圍後始適用累犯規定⁸⁷。

雖經憲法法院雖曾認為累犯規定合憲⁸⁸，卻強調法官應於具體個案中審酌行為人是否有忽視前判決之

⁸³ 當時主要是透過危險習慣犯防治法 (Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher)，對累犯或習慣犯採取特別預防或無害化，並且強調行為人人格關聯之預防功能，特別是當時德語圈的責任理論認為行為人的社會異常性與卑劣性會擴大責任，例如 Mezger 強調生活素行責任即屬適例。Vgl. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege. 3 Aufl., 1995, S.430f.

⁸⁴ 中島宏樹，同前註 74，頁 174。

⁸⁵ 中島宏樹，同前註 74，頁 216。

⁸⁶ 中島宏樹，同前註 74，頁 215。

⁸⁷ 中島宏樹，同前註 74，頁 219。

⁸⁸ BVerfGE 50, 125.

警告功能而有予以非難之必要，而非一律加重（den Täter im konkreten Fall im Blick auf die Warnfunktion der Vorverurteilung ein verstärkter Schuldvorwurf trifft），後來 1986 年廢除累犯規定⁸⁹，雖然德國立法者認為是實務上難有明確之操作為由而廢除，是否及如何與責任原則牴觸，並未述及，故而修法後對於前科（Vorstrafenbelastung）或先前犯罪經歷之事實，能否在量刑時審酌並加重刑度，為後續德國學說所討論之重心。

德國刑法 1998 年復於 176a 條重新增訂累犯規定：「如於五年內曾受對兒童性濫用判決確定者，其適用第 176 條第 1 項、第 2 項之案件應處以不低於一年之自由刑」。相較於原犯罪之法定刑下限 6 個月，確實具有封鎖法定刑。但該條文採取一律加重的作法，亦受到德國學說的批判，認為因違反責任原則而違憲⁹⁰。針對上述條款，目前有部分學說認為，應由前述警告理論的角度，從量刑上予以加重。至於實務見解，則有認為，前行為之判

決形成後一犯罪更高的實行心理障礙（psychische Barriere），即門檻理論（Hemmschwellentheorie）⁹¹，文義上並不牴觸德國刑法第 46 條（似我國刑法第 57 條）此外，目前德國上級審實務，仍相當慎重地在行為不法之範圍內，有限度肯定前科事實作為量刑審酌因素。不過，學說仍有以下批判：

1. 前述累犯理論基礎奠基在罪責層次有較高可非難性，但上述這些責任是所謂經提高的責任，與當代盛行的行為責任仍有差距，因為行為責任必須是客觀上結果或危險可歸責於該行為，因此行為人才需要對該行為負責⁹²，再犯本身無法正當化後罪行為的非價（行為或結果不法）程度⁹³。
2. 累犯雖然是針對行為人再犯危險性（Rückfallgefahr）出發，但單純的前案紀錄，對於再犯危險性的預測可能失準，犯罪生涯（Kriminalle Karrieren）可能隨年齡增長而中斷，另一方面，累犯發生顯示再社會化的促進沒有成果，可能會帶來更進一

⁸⁹ Nr. 14 vom 17.04.1986, BGBl. I S. 393.

⁹⁰ Danwitz, K.-S.: Strafschärfungen für Rückfalltaten: Ein Rückfall des vorgewarnten Gesetzgebers?, KritV 88, 2005, S. 262 f.

⁹¹ Vgl. auch BVerfGE 50, 125, 136.

⁹² Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 161.

⁹³ Danwitz, (Fn 90), S. 260.

步的去社會化效應（desozialisierende Wirkung）⁹⁴，因此，累犯加重處罰這種論點便不具有說服力。

3. 另有見解從雙重義務違反（doppelter Pflichtenverstoß）來立論，即認為累犯提高了舉動非價（Aktunwert）。這種觀點主要認為，行為人的行為不法，固然建構在行為，然而不尊重刑法規範的呼籲，則建構了進一步的義務違反，提高了行為或舉動的非價程度。累犯固然再度不服從國家法律的情況，但從法治國刑法的立場，不尊重法律的心態與具體違反法律行為無涉，而後者才是正當化處罰的重點，恐怕只有在集權國家的刑法才會加重非難不尊重法律的心態，如此，雙重義務違反說不過是將刑法的行為規範的呼籲作用，作為對國家獨立的服從義務，而再犯本身構成了非價程度的提高，是法治國刑法所不允許的⁹⁵。

三、累犯之合憲性爭議及釋義問題

由上述比較法制可以知悉，上述累犯加重與罪責原則間存有高度緊張關係，並且跟憲法原則亦有若干扞格之處，基於上述認知，我們再次回顧第 775 號解釋的聲請緣由及理由構成的檢討。

（一）累犯制度之存廢

此次多數聲請意見，主要基於罪責原則及罪刑相當原則而來，學說多認為累犯為行為人刑法⁹⁶，且加重所生預防效果甚微，對成癮性犯罪應採保安處分或其他替代措施⁹⁷，刑罰並無效用⁹⁸。此外，累犯加重僅形式上加重，牴觸比例原則跟罪刑相當原則⁹⁹。雖然第 775 號解釋對第 47 條所採取的合憲性解釋是：「法院就該個案應依本解釋意旨，裁量是否加重最低本刑。」且解釋文中所謂罪刑不相當之情形：「一律加重最低本刑，於不符合刑法第 59 條所定要件之情形下，致生行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪責之個案，不符憲法罪刑相當原則」。然而，是否僅有上述這

⁹⁴ Hörnle, (Fn. 92), S. 163.

⁹⁵ Hörnle, (Fn. 92), S. 162.

⁹⁶ 林東茂（2003），累犯與三振出局，台灣本土法學雜誌，46 期，頁 109-110。但如係定位於刑法第 57 條審查，不必然會牴觸罪責原則，林鈺雄（2019），108 年 1 月 15 日公開說明會書面意見，頁 3。

⁹⁷ 柯耀程（2019），108 年 1 月 15 日公開說明會書面意見，頁 3。

⁹⁸ 王皇玉（2019），108 年 1 月 15 日公開說明會書面意見，頁 1。

⁹⁹ 司法院刑事廳（2019），108 年 1 月 15 日公開說明會書面意見，頁 2。



種情形才有罪刑不相當？第 47 條轉為裁量加重？還是改成有罪刑不相當才得以裁量不予加重？從我們一開始所提到的罪刑相當原則，即可知道，要同時考慮行為不法、結果不法、行為人生活事態及犯罪後態度等犯罪行為整體圖像，確認責任可非難性，於量刑時在規範上不會有顯然失衡的情形。

於此意義下，大法官指摘「一概加重」已經與罪刑相當有不合致的關係，若比對刑法典中其他必然加重情形，包含不法加重以及罪責加重兩種型態，但累犯與個案中不法侵害程度，並無直接關係；即便可能與罪責層次可能發生關係，亦非是事理上所必然。結論上，累犯一概加重，無論是否可另外適用刑法第 59 條，邏輯上會與罪刑相當原則有所衝突，況且，刑法第 59 條在適用要件上，與累犯判斷毫無關聯¹⁰⁰，顯可憫恕與否跟累犯可非難性與否，其規範功能並不相同，個案中刑罰裁量過度苛刻與否，不必然與累犯有關，只能認為第 775 號解釋的說明，是用來凸顯累犯加重在刑法第 59 條無法適用時，有顯然不合乎比例原則或罪刑相當原則的疑慮。基於上述，第 775

號解釋僅從上述對於罪責原則的分析，實應澈底宣告累犯牴觸罪責原則¹⁰¹，應由法官個案評估犯罪前舉止或犯罪後舉止（Nachtatverhalten），來審酌個案刑罰對於被告的惡害、社會復歸的可能性及預防效果。其次，從比例原則來看，雖然累犯不必然與預防犯罪目的相互牴觸，但由個案中「一律」加重，可能會過重評價前科事實對後續刑罰裁量的意義，無論是要透過刑罰來達到平復法秩序的效果，或者是透過刑罰來強化將來預防效果，一律加重反而無法適度連結到個案因素，由比例原則的必要性而言，亦非適切達到預防效果的必要手段。其三，從法體系規範整體來看，也會發現若干價值不一致的情況，加重竊盜罪僅將法定刑下限提高至有期徒刑 6 月，上限並無任何變化，然一旦行為人再犯普通竊盜罪，儘管是處斷刑層次的提高，也容許法院在個案中裁量至比加重竊盜罪更高的刑度（處斷刑上限由有期徒刑 5 年轉換成 7 年 6 月），如果立法者認為加重竊盜罪的不法程度確實較高，為何在普通竊盜罪之累犯便可以裁量更高刑度，單從可非難性的提高來看，不足以說明這一點，這種概括性的

¹⁰⁰ 許恆達(2019)，累犯與處斷刑加重之裁量——評大法官釋字第 775 號解釋暨後續實務裁判，月旦法學雜誌，294 期，頁 13-14。

¹⁰¹ 相同見解，參見謝煜偉(2019)，當弦外之音成為主旋律——評釋字第 775 號解釋兼論解釋公布後之量刑新趨勢，月旦法學雜誌，294 期，頁 47-49。



加重事由，實在難以自圓其說¹⁰²。

（二）累犯的限定解釋

雖然第 775 號解釋並未徹底否定累犯的正當性，但如果認為行為人不具特別惡性或其他同種前科，仍依照第 47 條一律加重法定刑上限，也會有牴觸罪責原則的疑慮，因為透過前案、後案的比較，如認為後罪行為不必加重，那麼認為可以加重法定刑上限的實質理由也不復存在。況行為人的前科事實，是否能斷然推論出行為人在後罪行為，具有特別惡性、刑罰適應力薄弱？與刑罰加重的關聯何在？如較輕刑罰無法達到成效，與後續建構行為人較重刑罰的關聯性究竟何在？均屬不明。從行為責任觀點採警告理論¹⁰³雖然可以說明加重的理由，惟這一見解除了前述難期明確之問題，亦將累犯問題歸結於對於國家的叛逆作為其加重依據，然而對於刑事司法與行刑制度之敵對態度，並非加

重依據，因為責任刑法僅考慮行為人漠視法益所產生之主觀認知¹⁰⁴。

依本文之見，目前部分實務見解就應比較相同前案、後案有類似不法侵害程度的見解，較為可採。如認為不構成累犯，自始不應在後罪行為加重法定刑的上限。如果要達成合理的限縮解釋，要將前科或先前犯罪經歷轉化成刑罰審酌的理由，必須橋接不法或責任要素，始能與行為刑法相符¹⁰⁵。累犯事實既然是本犯罪所產生，亦即行為人前次曾經犯罪，而本次犯罪屬於再次的事實，自然應該連同前判決確定後所產生之事態，對責任進行整體評估，以確認規範上可非難性程度¹⁰⁶。固然，是否要在刑罰裁量時確認預防效果容有爭議，要確認何種刑度適於特別預防或再社會化，確實有其困難之處。特別是實務於量刑調查，並非進行較為嚴謹的法定調查來建構犯罪情狀與行為人因素之

¹⁰² Vgl. Danwitz, (Fn 90), S. 260.

¹⁰³ 西原春夫（1993），刑法總論（下），頁 498 頁。

¹⁰⁴ 高山佳奈子（2007），コメント：難波宏「前科，前歴と量刑」，判例タイムズ，1238 号，頁 64。

¹⁰⁵ 刑法學理並未將「行為前事態」排除於責任認定的範圍，亦即對實際法定犯行所導致的結果或危險，因將行為人責任時點前置或者認定後階段規範責任仍完整而充足，不受行為人自行遭致的責任能力欠缺所影響，如原因自由行為理論中的例外模式。相關討論，參見許恆達（2019），析論原因自由行為明文規範十年來的實務暨學理發展，收於：吳俊毅、薛智仁（編），刑法總則修正十年之回顧與前瞻，頁 77 以下；近似實務見解，亦參照最高法院 106 年度台上字 1547 號判決。

¹⁰⁶ 另一種不法加重的限定解釋方案，可參考許恆達，同前註 100，頁 28-29。

調查，而是透過自由證明方式進行¹⁰⁷，累犯的事實，多半係依照前科紀錄加以查對，如此，遽以裁量對累犯行為人加重其刑，是否達到特別預防之目的，這種預測在未經調查的情況下，可能會失去準確度。儘管如此，行為人社會復歸的可能性以及特別預防等面向而言，就累犯是否裁量加重其刑而言，仍有必要予以審酌。除此之外，可能具有潛在犯罪習慣之人，於現行法下，亦有可能要評估是否適用其他保安處分手段¹⁰⁸。

基於上述理由，前科必須要去連結檢驗可能的不法、責任與社會復歸效果，如果量刑程序所踐行的調查較為寬

鬆，單憑前科紀錄所要改變刑度的空間相對有限¹⁰⁹。因此，學說認為罪行均衡（Tatproportionalität）強調刑罰效果從屬於犯罪行為之非價程度¹¹⁰，透過構成要件所確定的不法與罪責要素，以及不法減輕或罪責減輕情狀來來為量刑評價，前科在這個範疇下，必須受制於罪責原則之刑罰限制功能¹¹¹，於量刑上評價始能謂妥適，如果僅憑前科就加重刑責，超越其原先行為責任的範疇（即便法定刑框架所容許之範疇），將抵觸罪責原則¹¹²。

於審酌累犯加重時，應先確認前案跟本案之間的不法侵害屬性間的關

¹⁰⁷ 德國實務基本上量刑時亦行嚴格證明，對於前犯行採為加重因素時尤然。參見 Kurl-Ludwig Kunz，淺田和茂訳，量刑事実としての前科前歴および犯行後の事情，收於：ヴォルフガング・フリッシュ・淺田和茂・岡上雅美，量刑法の基本問題，頁 154-155；Krey/Heinrich, Deutsches Strafverfahrensrecht, 2. Aufl., 2019, Rn. 1100. 法院固然可以直接信賴原判決所為之認定，推認警告效果存在，但當事人可質疑前一判決所為之量刑調查，並排除警告效果（Vgl. BGHSt 43, 106），同時讓其他有利於認定被告應採取非機構式處遇之事實證據進入量刑評價當中。

¹⁰⁸ 另外，前科或犯罪前生活過程等事實，實不應作為不利被告之認定，於行為責任之框架內，應作為社會復歸等減輕刑責等加以考量。參見亦參見淺田和茂，量刑事実としての前科前歴および犯行後の事情，收於：淺田和茂，量刑事実としての前科前歴および犯行後の事情，ヴォルフガング・フリッシュ・淺田和茂・岡上雅美，量刑法の基本問題，頁 172；許恆達（2014），罪刑均衡、犯罪預防與刑罰裁量，法務部司法官學院主辦，罪刑均衡 - 求刑與量刑國際研討會論文，2014 年 11 月 11 日舉辦，頁 14-15。

¹⁰⁹ 於第 775 號解釋後，提倡量刑調查之檢察官舉證責任，及科刑資料調查的落實者，如吳燦（2019），再論累犯刑罰之適用—對於釋字第 775 號解釋之回響，司法周刊，1980 號，第 3 版。

¹¹⁰ Hörnle, (Fn. 92), S 143f.

¹¹¹ Hörnle, (Fn. 92), S 164.

¹¹² Hörnle, Strafzumessungslehre im Lichte des Grundgesetzes, in E Schumann (Hrsg.), Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat, 2010, S.114; BGHSt 52, 84. 同樣指出限定解釋下的累犯加重，應以責任刑為其範圍，見謝煜偉，同前註 101，頁 54。

聯¹¹³，綜合前案對於相似的不法侵害內涵¹¹⁴、與前判決之時間差¹¹⁵，及前判決確定後所採行的處遇方式，如行為人前次即易科罰金或易服勞役，或者並無易刑處分而承受過機構式處遇的惡害¹¹⁶，與本次犯行侵害法益之手段、法益內涵相互比較，如無法確認此點，應認為無適用累犯加重餘地，且應認為無論是法定刑上限或下限，均不生加重效果，在此範圍內，係對刑法第 47 條整體加重採取合憲性解釋。仍須強調的是，不法侵害程度比較及關聯性，係建立在責任可非難性的評估，而非後行為的不法程度有所提升¹¹⁷。

本文建議，在上述幾個判斷因素，應優先追求審查前科種類及前案的不法程度，其次則是考慮行為人實際服刑狀況及處遇狀況，再次則是針對前案判決後所與後罪行為所產生的時間間隔進行審酌。具體來說，前罪行為係過失致死，後罪行為則係加重竊盜，兩者不法內涵、主觀內涵均有不同，應不能作為加重依據；如果前罪行為係竊盜但

易科罰金且已經到第 5 年始再犯，後罪行為雖為竊盜，但僅只於此，亦顯示出行為人有何特別惡性；但如果是前案為不能安全駕駛，且有數次前科，並且後罪行為亦屬不能安全駕駛，情節亦較先前為重（酒測值更高、由普通重型機車改駕駛重型機車或自小客車等），進一步斟酌處遇後行為人再犯時間間隔，用以推論是否可能再度採行較容易社會復歸或得適用易刑處分之措施，如認為這個關聯性薄弱，始足認有裁量加重之必要，也只有在嚴格解釋下，才能勉強支撐累犯的正當性，否則應當嚴肅地考慮個案中放棄裁量加重其刑，僅從罪責原則、預防目的、社會復歸等刑罰裁量劃定責任刑的基準。不過，法院仍得依照刑法第 57 條，將累犯事實作為個案中判斷是否要採取機構式處遇或者採取較輕處遇的判斷因素「之一」。或許會有認為，本文既然反對累犯加重，這種解釋方式是否會形同支持第 775 號解釋的後果？就此，有必要強調三點，其一，既然不法及罪責構成法定刑的解

¹¹³ 許恆達，同前註 100，頁 30。並進一步認為，要加審查後罪行為的重大性，例如是否為殺人等重罪。

¹¹⁴ 相同意旨，參見林俊益大法官提出、蔡炯燉大法官加入之釋字第 775 號解釋協同意見書，頁 22；黃昭元大法官提出、許志雄大法官加入釋字第 775 號解釋協同意見書，頁 7。

¹¹⁵ 淺田和茂，同前註 108，頁 170。

¹¹⁶ 就此深入分析的下級審判決，可參見臺灣臺北地方法院 108 年交簡字第 620 號判決。

¹¹⁷ 另可比較許恆達，同前註 100，頁 28-30 的不法及罪責雙重加重解釋方案。

釋框架，縱使適用累犯加重，解釋論上不應超出法定刑的限制，處斷範圍僅只於提高刑度，其二，累犯作為處斷時的參酌因素，如同前述，應將之作為減輕刑罰的因素來思考，在同樣沒有前科的情況下，應該思考行為人量處比較輕之刑罰，初次輕減的情況下，後續再犯則進一步回歸合適於個案的責任刑，這種思考近似於英美學者支持的漸進式降低減輕幅度的量刑模式 (progressive-loss-of-mitigation mode)¹¹⁸。其三，縱使不認為應累犯加重，前案事實於進行調查過後，仍可以納入量刑評價的基礎，反之，則會有雙重評價禁止的疑慮，既然加重則不應於刑法第 57 條作不利於行為人之考量¹¹⁹。

至於前述若干實務見解認為，無特別惡性僅不加重最低本刑，其實也過度窄化罪刑相當原則的操作，第 775 號解釋從未斷然認為，僅有一種情形會構成罪刑不相當，否則邏輯上跟罪刑相當的個案衡量屬性不相吻合，這點已如大法官在協同意見書當中精確指出這點。

結論上，應就個案情形，考慮上述審酌因素，進行累犯加重的認定。同時注意犯罪所生損害、犯罪的重大性，以及對行為人所生之自由、權利剝奪間的衡量，俾符合比例原則¹²⁰。

肆、結語

以下總結本文的研究成果¹²¹：

- 一、累犯自 1935 年至 2005 年修法後，均係以有「徒刑執行完畢」之前科事實，作為加重依據，縱然行為人所犯前科與本次並無顯著關聯，仍然要在判決中交代相關前科事實，並依法加重其刑。
- 二、第 775 號解釋雖然認為前科事實僅適用於後罪行為，而不生違反一行為不二罰原則，然依個案情節，致行為人無法科以得易科罰金之有期徒刑，而有罪刑不相當的情況，一律加重其刑，恐怕牴觸憲法上的罪責原則及罪刑相當原則。本文認為，該號解釋所揭

¹¹⁸ Vgl. Giannoulis, Vorstrafen und das Modell der allmählich abnehmenden Strafmilderung, 10/2014, S. 522ff. 類似看法，亦參見謝煜偉，同前註 101，頁 54。此一理論的合理性及妥適性，將另行為文討論。

¹¹⁹ 吳燦，同前註 109，第 2-3 版。

¹²⁰ 高山佳奈子，同前註 104，頁 65。

¹²¹ 本號解釋出來後，立法者不久後即通過刑法第 185 條之 3 加重結果犯的累犯個別加重條款，關於此種個別加重條款的問題，以及適用上如何確認其中前案事實（緩起訴、有罪判決執行）作為加重的前提，有必要另外為文加以檢討，目前對上述條文的批判及限定解釋，可參考謝煜偉，同前註 101，頁 51-52。

示的罪刑相當及罪責原則，應作為法院得個案裁量是否加重累犯的依據，並不限於大法官所例示的因加重後不得易科罰金的情形。

- 三、罪責原則於憲法上乃是源自於法治國原則之要求，其與比例原則之關係，只有確立罪責原則並非純粹預防向度，才能合理說明其限制國家發動刑罰權之緣由及依據，從而，針對累犯加重的立法問題，除了違憲審查層次上，必須思索累犯與罪責原則有何相容性外，從比例原則的角度，預防目的是否能透過累犯一律加重的方式，就其手段必要性而言，便不無反思餘地。基此，在否定一律加重下限的立場上，第 775 號解釋的結論，值得贊同，但並未對上限部分一併宣告違憲，在罪責原則的觀點下，仍有商榷空間。
- 四、累犯溯源於對於習慣犯及人格責任的處罰，如要貫徹行為責任原則的立場來開展解釋論，以期待有效限定累犯的適用範圍，應參酌本案是否與前案間有相似不法程度、罪質上有無內在關聯，前次判決所採取的處遇方式、本

次再犯係於前次有罪判決及定執行刑執行完畢後的何時再犯等因素，綜合判斷，如無法確認有累犯加重的特別惡性或者行為人有何刑罰感應、適應力低下的狀況，即無進一步依照累犯加重規定，裁量加重其刑之餘地，如確認上述要素，則應考慮比例原則，進一步考慮本案是否刑度向上裁量，會過度干預被告的財產權、人身自由甚至是生命權。

最後仍須重申，任何人均不會受到其意念而懲罰 (*Cogitationis poenam nemo patitur*)，行為人心性跟行為人內在傾向，不能被片面被理解為加重處罰的依據，必須謹慎處理前科所顯現的客觀意義而非過度簡化¹²²，單純再度犯罪，其先前犯罪行為為於本次犯罪應重新思考有無其他意涵，究係所展顯的是行為人意志薄弱、人格缺陷使然，刑罰效果本身並無特殊作用，或者綜合其前科或前案犯行，而得以確定行為人對於本次客觀犯行有更清楚的認知及決意，並有遵守規範的能力，恐怕係因人而異¹²³。前科對於量刑的判斷及作用，應回歸個案的判斷，乃理之必然。

¹²² Giannoulis, (Fn. 117), S. 524.

¹²³ 已經清楚指出這一點，見許恆達，同前註 100，頁 22。



參考文獻

中文文獻

- Tatjana Hörnle (著)、鍾宏彬 (譯) (2013), 罪責原則的憲法論證, 軍法專刊, 59 卷 1 期, 頁 121-159。
- 王皇玉 (2017), 刑法總則, 修訂三版, 元照。
- 江玉林 (2004), 人格尊嚴與人性尊嚴: 大法官解釋中有關尊嚴論述的分析, 月旦法學教室, 20 期, 頁 116-123。
- 吳燦 (2019), 再論累犯刑罰之適用—對於釋字第 775 號解釋之回響, 司法周刊, 1980 號, 第 2-3 版。
- 林東茂 (2003), 累犯與三振出局, 台灣本土法學雜誌, 46 期, 頁 108-115。
- 許恒達 (2014), 罪刑均衡、犯罪預防與刑罰裁量, 法務部司法官學院主辦, 罪刑均衡 - 求刑與量刑國際研討會論文, 2014 年 11 月 11 日舉辦。
- 許恒達 (2019), 析論原因自由行為明文規範十年來的實務暨學理發展, 收於: 吳俊毅、薛智仁 (編), 刑法總則修正十年之回顧與前瞻, 頁 57-96。
- 許恒達 (2019), 累犯與處斷刑加重之裁量—評大法官釋字第 775 號解釋暨後續實務裁判, 月旦法學雜誌, 294 期, 頁 5-32。
- 謝煜偉 (2019), 當弦外之音成為主弦律——評釋字第 775 號解釋兼論解釋公布後之量刑新趨勢, 月旦法學雜誌, 294 期, 頁 33-55。

外文文獻

- Danwitz, K. S. (2005) Strafschärfungen für Rückfalltaten: Ein Rückfall des vorgewarnten Gesetzgebers?, KritV 88, S. 255-263.
- Frisch, W. (2013) Schuldgrundsatz und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, NStZ 2013, S. 249-256.
- Giannoulis, G. (2014) Vorstrafen und das Modell der allmählich abnehmenden Strafmilderung, 10/2014, S. 522-535.
- Hörnle, T. (1999). Tatproportionale Strafzumessung. Berlin: Duncker & Humblot.
- Hörnle, T.(2010). Strafzumessungslehre im Lichte des Grundgesetzes,in E Schumann (Hrsg.),

- Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat (105-137). Berlin: Walter de Gruyter.
- Kasper, J. (2014). *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*. Baden-Baden: Nomos.
- Kindhäuser, U. in: Kindhäuser/ Neumann/ Paeffgen (Hrsg.) (2017). *Strafgesetzbuch*. 5 Aufl., Baden-Baden: Nomos.
- Krey, V. /Heinrich, H. (2019). *Deutsches Strafverfahrensrecht*, 2. Aufl. Kohlhammer: Stuttgart.
- Lagondy, O. (1996). *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Schäfer/Sander/van Gemmeren. (2017). *Praxis der Strafzumessung*. 6. Aufl. C. H. Beck: München.
- Schmidt, E. (1995). *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*. 3 Aufl., Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht.
- 吉岡一男 (1996), 刑事学, 東京: 青林書院。
- 山口厚 (2016), 刑法総論, 3 版, 東京: 有斐閣。
- 小野清一郎 (1945), 全訂刑法講義 .[第 1 - 2] 總論, 東京: 有斐閣。
- 松原芳博 (2017), 刑法総論, 2 版, 東京: 日本評論社。
- 上田正基 (2016), その行為、本当に処罰しますか—憲法的刑事立法論序説, 東京: 弘文堂。
- 西原春夫 (1993), 刑法総論 (下), 東京: 成文堂。
- 浅田和茂 (2011), 量刑事実としての前科前歴および犯行後の事情, 收於: ヴォルフガング・フリッシュ・浅田和茂・岡上雅美, 量刑法の基本問題, 頁 167-177。
- 滝川幸辰 (1931), 刑法講義, 東京: 弘文堂書房。
- 中山研一 (1982), 刑法総論, 東京: 成文堂。
- 中島広樹 (2005), 累犯加重の研究, 東京: 信山社。
- 高山佳奈子 (2007), コメント: 難波宏「前科, 前歴と量刑」, 判例タイムズ, 1238 号, 頁 63-66。