

特稿

由刑罰目的探討累犯加重刑罰之正當性

The Legitimacy of Imposing Harsher Punishments on Recidivists
under the Purposes of Criminal Punishment

黃惠婷

中央警察大學刑事警察學系教授
德國雷根斯堡大學法學博士

DOI : 10.6905/JC.202001_9(1).0001

摘要

黃惠婷

行為人受徒刑之執行完畢，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。加重理由係因犯罪行為人之刑罰反應力薄弱，需再延長其矯正期間，以助其重返社會，並兼顧社會防衛之效果。同時排除過失再犯加重其刑，因後者難以確認其刑罰反應力薄弱。由此得出，累犯加重其刑的立論依據是特別預防觀點。然多數學者反對累犯加重其刑，因為違反罪責原則、與「行為刑法」相悖，以及宣告法定刑上限以上之刑違憲，故學理上欠缺正當性。何況，實務對行為人主觀危險性之評估與預測，尚未建立可受檢驗的科學判斷標準，可信度有待商榷。又現行法採刑罰與保安處分雙軌制，針對受處分人將來之危險性已有保安處分補充刑罰之不足，另採累犯制度屬可議。依學術通說有關刑罰目的之綜合理論，刑罰功能有二：一為強化一般大眾對法律效力的信賴，並產生威懾效果；二為判刑的人因刑罰而產生未來遵守刑法規範的動力，並透過對其自由的限制，阻止繼續犯罪。但在罪責原則約束下，犯罪行為人的累犯可成為後罪法定刑範圍內的加重刑罰理由，卻不應該成為加重法定刑範圍的理由。累犯加重處罰規定不僅立論基礎受質疑，也欠缺實證研究的支持，建議刪除之，並回歸為量刑標準。

關鍵字：累犯、刑罰、刑罰目的、一般預防、特別預防

The Legitimacy of Imposing Harsher Punishments on Recidivists under the Purposes of Criminal Punishment

Abstract

Huei-Ting Huang

According to Criminal Code of the Republic of China, a person, who deliberately commit crimes with a minimum punishment of imprisonment within five years after having completed their total sentence or having been released under certain conditions after serving part of the sentence, is a recidivist. The punishment for a recidivist shall be increased up to one half. The main legislative reason for imposing a severer punishment for a recidivist is that the previous sentence could not create a deterrent or rehabilitative effect on the criminal, and thus the criminal justice system wishes to prolong their periods in the correctional institutions to enhance rehabilitative functions and safeguard social defence as well. Meanwhile, those who commit crimes negligently will be excluded from imposing server punishments because we hardly confirm whether the previous punishment caused effects on them. It can be referred that the harsher punishment for recidivists derives from the viewpoint of individual deterrence. However, most scholars oppose the justification for imposing severer punishment on recidivists because it neglects that punishment should be appropriate to the crime and that Criminal Code is based on the a person's conduct. Additionally, to declare and impose harsher punishment than statutory punishment is unconstitutional. Under these circumstances, the punishment lacks legitimacy theoretically. Moreover, we haven't established a testable scientific tool to evaluate and predict a person's risk and dangerousness, and thus the validity of judges' assessment is dubious. Furthermore, the current Criminal Code adopts not only penalties but also rehabilitative disposition execution, and thus the latter could be utilized for dealing with those who have future risk. Whether we need to enact additional punishments for recidivists in the Criminal Code is debatable. Most scholars believe that there are two major purposes of punishment. One is to strengthen the general public's trust in the effectiveness of the legal mechanism, and thus they will be deterred from committing crimes. The other is to increase culprits' willingness to obey the laws and prevent them from committing crimes continually by locking them up. Nevertheless, under the principle that punishment should be appropriate to the crime, recidivists could receive the harsher punishment only under statutory punishments, yet their repeated offending should not be a reason to impose

longer sentences than statutory punishments on them. To sum up, to impose severer punishments on recidivists lacks legitimacy and empirical evidence, and thus this regulation should be repealed. Instead, the offenders' recidivism should be taken as a criterion for sentencing standards.

Keywords : recidivists, penalty, the purposes of punishment, general prevention, special prevention

壹、前言

犯罪在人類歷史中早已存在，將來也不會消失。「犯罪」一詞的出現是因為存有「不犯罪」，因為前者危害社會安全與秩序，社會共同生活體對於特定行為乃賦予意義，描述的是該行為的本質，也是刑法禁止與誡命規範的對象。刑法為了抑制犯罪滋生，不能只留在白紙黑字上的宣示，必須施以有效的手段，基於趨善避惡的人性，刑罰乃是恆古不變的萬靈丹。刑罰對犯罪行為人施以自由或財產的剝奪，甚至是生命，是社會對此行為的共同譴責，不僅在立法上屬不可或缺的手段，在司法實務也居舉足輕重的地位。若所有人在第一次犯罪受處罰後不再犯，足以證明刑罰的有效性，然依經驗法則並非如此，因此犯罪的成因複雜，人不會因為受處罰而不犯罪。有關累犯之規定有刑法第 47 條刑之加重、第 48 條裁判確定後之更刑、第 77 條第 2 項不得假釋及行刑累進處遇條例第 19 條第 3 項累進處遇之責任分數，然加重本刑的理由何在？大法官作出相關解釋是否圓滿解決爭議？故興起本文探究刑罰的目的。又刑罰目的與刑法的任務不無關聯，除此以外，以下論述將透過德國刑罰理論的介紹，檢討累犯加重其刑是否具有正當性，而大法官釋字第 775 號解釋則是探討本文的背景與促因。

貳、累犯加重刑罰之規定

一、成立要件

刑法於中華民國 24 年制定公布第 47 條累犯加重其刑規定，「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。」立法理由係「受刑後復犯罪，可證明通常刑之不足以懲治其特別惡性，而有加重其刑之必要¹。」於民國 94 年修正為「行為人受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，或者同法第 98 條第 2 項因強制工作而免其刑之執行者，於受強制

* 本文得以順利完成，感謝矯正署專員陳俞亨協助翻譯中文摘要與中央警察大學法律研究所研究生洪基凱蒐集整理中文文獻。

1、大法官釋字第 775 號解釋。

工作處分之執行完畢或一部之執行而免除後，符合該二情形之一，五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。」修正理由是「犯罪行為人之再犯係出於故意者，固有適用累犯加重規定之必要；惟若過失再犯者因難據以確認其刑罰反應力薄弱，故宜以勸導改善等方式，促其提高注意力以避免再犯，而不宜遽行加重其刑，故第一項限制以故意再犯者為限，方成立累犯。」是以，除限制累犯要件之再犯是故意犯外，仍維持加重本刑，因為犯罪行為人前因犯罪而經徒刑執行完畢或一部之執行而赦免後，理應產生警惕作用，返回社會後能因此自我控管，不再觸犯有期徒刑以上之罪，卻故意再犯後罪，足見有其特別惡性，且前罪之徒刑執行無成效，行為人對刑罰之反應力顯然薄弱，猶無法達到刑罰矯正之目的，基於特別預防之法理，有必要加重後罪本刑至二分之一，再延長矯正期間，以助其重返社會，兼顧社會防衛之效果²。累犯要件如下³：

1. 前犯之罪受徒刑以上刑之執行

行為適用累犯須前犯之罪受徒刑以上刑之執行，且係受本國法院之裁判，若前所犯罪在外國法院受裁判者，不適用之。拘役、罰金或緩起訴者，因沒有所謂的執行問題，排除累犯之適用，而行為人受死刑宣告，經減輕為無期徒刑而受執行者，或經假釋出獄後依刑法第 79 條以已執行論者，仍有構成累犯之可能。刑法第 98 條第 2 項強制工作處分與刑罰之執行效果得以互代，同樣適用累犯之規定。若徒刑只經裁判確定，尚未開始執行，因無判斷刑罰反應力強弱之機會，不成立累犯。前犯所受執行之刑以執行刑為判斷基礎，再犯之罪則以法定刑為準，故只要再犯之最重法定本刑為有期徒刑以上之刑者，均成立累犯，至於再犯之實際宣告刑為何，在所不問。

2. 再犯出於故意

行為人再犯須出於故意為有期徒刑以上之罪，因再犯出於過失者，難據以確認其刑罰反應力薄弱，宜以勸導改善等方式促其提高注意力以避免再犯，而

2、立法院公報第 94 卷第 5 期，頁 237；大法官釋字第 775 號解釋；最高法院 104 年度第六次刑事庭會議決議。

3、蔡墩銘，刑法總則爭議問題研究，1990 年，頁 350；林山田，刑法通論（下），2008 年，頁 489 以下；張明偉，前所犯罪依軍法受裁判之累犯適用，軍法專刊第 62 卷第 1 期，2016 年 2 月，頁 56 以下。

不宜遽行加重其刑；反之，前犯為過失犯者，故意再犯仍得成立累犯。

3. 再犯限於五年以內發生

再犯須發生在前犯徒刑或強制工作執行完畢或執行一部而受赦免後五年以內，理由是累犯大都在出獄後不久期間內發生，超過五年再犯罪者，因距以前受刑之期間較遠，肯定刑罰已收相當效力，即無加重處罰之必要。但法定本刑為死刑或無期徒刑，不得加重，且如有減輕情形，例如偵查及審判中自白犯行，依法先加重後減輕之⁴。

二、學者見解

學者支持累犯加重其刑者認為，民國 94 年新修正刑法採規範責任說及個別行為責任說，在規範責任說下有所謂的「人格責任說」，其主旨在於行為人之責任及危險性上，除了應追究行為人因行為所負之責任外，更追究其造成本身危險性格，從而對其加重其刑具有合理性，例如累犯及常習犯。此外，我國刑法採刑罰與保安處分雙軌體系，二者亦可同時宣告，遂認為此說可圓滿說明累犯加重其刑之正當性⁵。

多數學者持反對見解，認為累犯制度是純粹的行為人刑法，其是行為人之前因犯罪更犯一項新罪，立法者卻以處罰過的前罪作為發動加重刑罰的基礎，違反罪責原則。如果國家不遵守罪責原則，國家發動刑罰權即可不受約束或受到很少的約束，悖逆自由主義的精神，而為集體主義與集權主義造橋鋪路，主張廢除累犯制度⁶。或主張刑法是一部行為刑法，行為刑法並非絕對和行為人刑法對立而相互排斥，而是在行為責任的前提下，行為人的惡性可成為審酌處罰輕重的重要依據，如刑法第 57 條第 5 款「犯罪行為人之品行」，作為從重量刑之依據。若宣告刑在法定刑範圍之內，為行為刑法所容忍，亦屬法院之裁量權限，但不得逾越各個犯罪所規定的法定刑範圍，故累犯加重

4、最高法院 104 年度台上字第 2797 號。

5、鄭善印，累犯加重其刑之規定是否違反一事不二罰原則？警察法學第 6 期，2007 年 10 月，頁 382。

6、林東茂，累犯與三振出局，台灣本土法學雜誌，46 期，2003 年 5 月，頁 114。

刑罰或宣告法定刑上限以上之刑，不僅不符合行為刑法，且有違憲之嫌⁷。

另有學者認為刑事之執行，既無法矯正犯罪行為人之人格，屬刑事機構之責任。若其行為時所犯之行為，既已受刑事制裁，則應已為其罪行負責，殊無執行完畢或赦免後，於另外之犯罪考量行為人之「前科」而構成加重事由。此種加重事由，違反「罪刑法定原則」與「罪責原則」之內涵⁸。或批評累犯的概念是「自身犯罪的連坐」規範，學理上並無根據，對其加重刑罰，欠缺正當性⁹。或累犯之加重在法理上存有刑罰正當性的疑慮，因現行刑法之處罰，係建立在行為刑法之基礎上，累犯制度加重處罰帶有高度行為人刑法與重刑思想的色彩。在行為人主觀危險性的判斷上，行為人是否具有主觀危險性及其危險程度如何，目前在學說上與實務上尚未建立可受檢驗的科學判斷標準，且大法官釋字第 584 號解釋理由書指出行為人主觀危險性之評估與預測，可信度有待商榷。此外，現行刑法既採刑罰與保安處分雙軌制度，且針對受處分人將來之危險性有保安處分制度以補充刑罰之不足，對於具有犯罪危險性者既已得施以矯正、教育、治療等適當處分，以防止其再犯，並保障社會安全，則是否有「重複」針對行為人之主觀危險性而另採累犯制度之必要，法理上亦非無疑¹⁰。

三、大法官釋字第 775 號解釋

大法官釋字第 775 號是有關累犯加重本刑及更定其刑的解釋，其中，對刑法第 47 條第 1 項有關累犯加重本刑是否違反憲法一行為不二罰原則，以及一律加重本刑是否違反憲法罪刑相當原則，提出以下解釋要旨：

有關累犯加重本刑部分，不生違反憲法一行為不二罰原則之問題。惟其不分情節，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

7、鄭逸哲，關於累犯、緩刑、假釋和保安處分新刑法修法簡評，月旦法學雜誌，第 121 期，94 年 6 月，頁 275。

8、陳志龍，「刑法發展新趨勢與修法之扞革」，「刑法修正草案學術研討會」論文，台灣大學法律學院刑事法研究中心主辦，民國九十二年三月八日。

9、柯耀程，刑罰相關規定之修正方向—刑法修正草案提高刑度及累犯修法之評釋，月旦法學雜誌，第 92 期，2003 年 1 月，頁 73。

10、張明偉，同註 3，頁 57 以下。

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。

解釋理由說明基於無責任無處罰之憲法原則，人民僅因自己之刑事違法且有責行為而受刑事處罰。刑罰須以罪責為基礎，並受罪責原則之拘束，無罪責即無刑罰，刑罰須與罪責相對應。亦即國家所施加之刑罰須與行為人之罪責相當，刑罰不得超過罪責。基於憲法罪刑相當原則，立法機關衡量其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，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，始與憲法罪刑相當原則及憲法第 23 條比例原則無違。系爭所加重處罰者，係後罪行為，而非前罪行為，自不生是否違反憲法一行為不二罰原則之問題。目前實務上有期徒刑加重係以月為計算單位，如最低法定本刑為 6 月有期徒刑，累犯加重結果，最低本刑為 7 月有期徒刑。本來法院認為諭知 6 月有期徒刑得易科罰金或易服社會勞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，規定不分情節，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，不符憲法罪刑相當原則，牴觸憲法第 23 條比例原則。

參、刑法之任務與刑罰目的

刑法的本質不是被發現，而是被產生，如果是「本質」，不僅能指出其存在，且應具有決定性，因此探究的不是刑法的本質，而係瞭解刑法是甚麼或應該是甚麼，首應釐清刑法的任務、目的及其功能¹¹。

11、Haseimer, Strafrecht, Prävention, Vergeltung, in:Festschrift fuer Friedrich-Christian Schroeder, zum 70. Geburtstag, 2006, S.53.

一、社會控制之必要性

(一) 積極控制與反應控制

刑法的任務在於保護人類共同生活，一個人難以長期完全離群索居，而是所有人藉由其生存條件，彼此交換、共同合作以及互相信賴。刑法是人類社會和平與保護的規範，具有基本意義。然人類共同生活能夠實現，有賴於代代相傳的規範，進而形成生活秩序，公佈的規範效力則須依靠外部的強制與建立在一致見解上，並對違反行為透過懲罰維持之，稱為「間接社會控制」¹²。在古今中外歷史上，社會控制對每個社會而言屬必要，社會控制一詞源自於美國社會學，且已認為社會控制不限於法律或刑法，而是應超越刑法，透過所有任何形式的機制或程序進行，如社會群體、各式各樣的團體、甚至是個人反對行動或衝突等。所有社會控制顯現的形式都由兩個要素構成，一為規範的制定，此為建立秩序的保證；二為控制方法的可操作性。社會成員唯有藉助規範的制約，方能產生合乎規範的行為。「規範」不完全是法律規範，還包含其他倫理或社會規範，且讓社會每位成員可預見在特定條件下的後果¹³，故「規範」可以是一種民俗或習慣，例如在印度踩死老鼠或在泰國水燈節撿水燈可能受嚴厲處罰。

社會為了讓每位成員免於生活恐懼，甚至積極保障其生活，即必須制定各種規則，讓每個人的自由發展不是建立在犧牲或不利他人之上，社會控制就是在社會中建立社會秩序。無庸置疑的是，刑法中的刑罰對此項任務的實現扮演核心角色；換言之，現代社會對秩序的建立與穩定，不可能放棄刑法，且似乎也只有刑法與其刑罰才能建立社會秩序¹⁴。社會控制有多元的機制，刑法的刑罰屬其中之一。刑法負起建立秩序的社會任務，並在此任務之下發展社會控制的各種方案。在所有機制的光譜中，對共同生活體中的社會秩序建立，首先被想到與經正確評估的是刑法，其在完成此任務中扮演特別角色與份量¹⁵。

社會控制方式可以是積極控制，也可以是反應控制，前者是對於不期待發

12、Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts AT, 1996, S.2.

13、Meier, Strafrechtliche Sanktionen, 2001, S.2

14、Meier, aaO., S.1

15、Meier, aaO., S.1

生的行為預先排除，後者是對特定行為予以懲罰。積極控制是設置最外圍的界限，讓每個人在社會化過程中起作用並建立內在控制；反應控制一方面對合乎規範的行為給予正面的鼓勵，例如獎賞或記功獎，另一方面對違反規範的行為施以負面的懲罰，例如污名化、施加痛苦或排斥等。在違反規範的負面反應中，形式反應者有警察干預與司法制裁，非形式反應則是家庭、鄰居、同儕團體或工作夥伴，其可以是嘲笑、蔑視、反對或斷絕關係等。不管是形式或非形式反應，重點不在於當事人的直接反應，而是對其導正行為是否有效，特別是預防性上。因為當事人期待外在所有人的反應，則會調整自己下一步行為，故反應控制在個人社會化過程中能起作用，並有助於內在控制的建立。在不受限的社會控制體系中，法律只是其中一部份，觸法行為只是所有脫序行為的一部分，司法只是社會控制的承擔者之一，而刑罰也僅是眾多社會控制可能中的一種而已。除了司法，承擔社會控制責任者尚有家庭、學校、團體、協會、教會、鄰居、同儕與公眾等，尤其是傳播媒體¹⁶，在這一連串的社會控制機制中，司法的社會控制屬末端。

（二）刑法屬最後手段

社會控制體系有各種機制，刑事司法只不過是其中之一，藉由預防或壓制產生效果，在一定程度上與其他社會控制機制互相交流，當一般社會規範無法確保人類共同生活，則須由法律規範補充、精緻與強化之。提供社會規範者是共同體，有計畫地創設法律規範者，則是國家，在多元社會的生活條件與基於現代社會人類生存條件的處境，國家的保護任務更甚於以前。刑法透過國家強制以確保法律規範的不可侵犯性，屬最後的防線，與同樣具強制力的民法與公法比較，刑法經由國家公權力，其公開的刑罰壓制力與強制執行力位居核心，力道亦屬最強。當其他措施無效或可能性已經不存在時，刑法是確保與提供規範的最後強制可能性。如果刑法不再能保證共同生活的安全與秩序時，社會成員即有生存危機，此時人民必須採取自我保護，將形成弱肉強食的現象¹⁷。

16、Meier, aaO., S.2f.

17、Jescheck/Weigend, aaO., S.2.

法律規範以多樣的方式與其他社會控制機制區別，前者有民法、行政法與刑法等，在所有社會控制中，法律是最明顯的形式化，並以理性建構，適用所有人且絕對適用，透過司法的獨立、特別與專業的監控，以國家力量對逾越規範的行為執行制裁。在所有法律中以特別方式執行制裁者首推刑法，與其他社會控制不同之處，刑法基於預防與壓制觀點所採取的目的與方法限於對特別的行為，這些行為在共同的生活以特別嚴重的方式帶來損害，侵害的也是生活上重要利益。但刑罰與其執行並非封閉與排斥，而是以多元方式與其他社會控制機制連結，互相影響與互補。刑法具有以下特色：維護重要利益、遵守罪刑法定原則以及程序以透明、理性的方式進行宣告與執行刑罰¹⁸。

二、刑法之特色與功能

（一）刑法限制自由且製造自由

刑法並非針對所有干擾社會共同生活的行為，而是侷限於對社會秩序基本價值的保障。刑法的任務是保護法益，所有刑法規範建立在生活規範的正面價值上，這些基本價值對於人類共同生活屬重要，且必須由國家透過公開刑罰的強制力予以保障。基本的生活價值如生命、身體健康、自由、財產、交通與環境安全、公務員不可賄賂性、公共和平及國家安全等¹⁹。然國家的刑罰公權力為了保護人類共同生活並非以任意方式或範圍執行，而是為了克服混亂才為之，並以適當的自由防堵人類的惡意。實現公共和平與安全目的不是追求社會應毫無犯罪，而是將犯罪控制在一定限度內，並藉由國家控制犯罪且人人都適用。憲法保障所有人的行為自由，刑法則是限制自由，後者只有為了保護社會而在無法避免下方可為之，因此，刑法是立法者的最後手段。刑法抵禦暴力與惡意，目的是創造每個人的自由發揮的空間，每個人在此空間內可以自由決定並實現決定，因此，刑法不僅限制自由，且製造自由。破壞法律者不僅依其輕重施以不同程度的非難，且應該為其行為付出自由的代價，刑罰對犯罪者雖具有社會功能，但也應考量對被判刑者的未來生活是否會產生何種作用²⁰。

18、Meier, aaO., S.3.

19、BverfGE 45, 187; Jescheck/Weigend, aaO., S.57.

20、Jescheck/Weigend, aaO., S.2f.

（二）壓制與預防功能

刑法具有兩大特色，一為壓制功能，透過對法益侵害的懲罰實現保護社會的任務。二為預防功能，透過害怕法益在未來受損的心理，以保護社會。這兩大功能不是互相對立，而是合為一體，刑法具有「經由壓制的預防」特色。刑法透過刑罰威脅已發生的侵害法益行為，應遵守分配正義原則，但對保護法益而言，仍屬過慢，因為刑罰看到的是已過去的行為，卻無法使犯罪行為人的不法行為不發生。不可否認地，壓制功能屬不可或缺，因為只有透過合理的刑罰方能保護社會，且對侵害法益行為科以適當刑罰，才能落實法規範的不可侵犯性。此外，法院的判決在不會遭誤解下可以向犯罪行為人與一般大眾宣示規範的執行力，將來也是如此。讓大眾對適當的規範產生確信，明確標示禁止行為的責難，再經由大眾媒體傳播刑法的形成與執行，間接地實現預防犯罪的任務²¹。

刑法具有直接的預防功能，因為刑罰有助於被判刑者堅定對規範的尊重與回歸，受刑人因接受刑罰執行令自由、財產與尊嚴付出代價的記憶，乃是對未來犯罪的一種警告，進而在一段期間內可以保護社會免於受到危險犯罪人的侵害，刑罰加諸在受刑人身上的短暫功能確實可以實現特別預防目的。刑法對於特定犯罪族群也具有特別的預防任務，例如對於初犯，常見於少年犯罪；其次為心智缺陷犯；再者是過失犯，此為現代刑法中最棘手的問題，特別是交通犯罪；最後則是再犯，再犯的兩大族群是習慣犯與傾向犯，前者是對犯罪具有癖好；後者是對先前的犯罪具有重複性，但依其人格發展尚未固著於犯罪軌跡上。前科固然是一般最常見的加重刑罰理由，因對於一再衝撞法律的人，基於正義與一般預防有必要加重刑罰，但長期自由刑對於特別預防難有積極的功能，故德國於1986年廢除刑法對於再犯處罰至少六個月以上有期徒刑的規定，理由是不符現代刑罰理論²²。

21、Jescheck/Weigend, aaO., S.4f.

22、Jescheck/Weigend, aaO., S.5f.

三、刑罰之正當性

刑罰對社會控制具有必要性，但刑事政策有高估其功能之虞，在所有社會控制體系中，刑法有其侷限性，導正行為的目的非刑法所能實現或只能以極度限制的方式實現，甚至有主張當其他社會控制都無效時，也可以完全放棄刑法。縱使有主張不應期待刑法導正行為的功能，但刑法在所有社會控制的體系中仍居於不可放棄的地位。由兩個理由可以說明之：一為刑法是體現國家公權力壟斷所不可或缺的手段，對違反規範者的強制威嚇與執行是最後且必要的防禦方法；二為透過刑法體系可以強化與支持刑法以外的社會控制機制，藉其高度的約束有益於行為矯正，同時提供社會成員的自主空間，令其嘗試自我決定克服衝突的可能性。又刑法以其具體可瞭解的強制作用發揮一系列的象徵性功能，具有較強的強制作用，故對於社會秩序的重建與確保不可小覷。在當代多元價值與社會關係常為匿名下，刑法規範的目錄與相關強制執行，應屬生活在自由的共同社會中最能理解與接受的最小公約數。其次，刑法對犯罪行為採公開譴責方式，犯罪與犯罪行為人之間形成內在關聯，要求犯罪行為人自我負責，以國家威權施加的刑罰會令犯罪行為人無法忘懷，進而區分合法與非法，並讓犯罪行為人違反的規範得以澄清及強化規範的效力，這是其他社會控制機制所沒有²³。

刑法與其他社會控制機制共同參與社會秩序的建立，在刑事政策上必須考量各種注意事項，不應過度期待刑法刑罰的功能與效果。對犯罪人施加刑罰，不完全在於法律適用要件與刑罰執行上，而是必須檢討相關刑罰結果對個人與社會是否產生作用。在如此要求下，刑罰不只是法律適用而已，而是在立法者所設定的規範範圍與目的下執行，實證結果屬不可忽略。除了刑法以外，還有其他法律領域或法律以外的社會控制機制可以影響犯罪行為人，並強化刑法的刑罰功能，但可能與刑罰功能互相衝突或抵銷，因此，只有對刑法的刑罰所產生的功能進行真正評估，才能做出合理的處理²⁴。在所有社會控制機制中，刑法干預犯罪行為人的法律地位最深刻，因此動用刑罰必須對重建秩序與安定具

23、Meier, aaO., S.4f.

24、Meier, aaO., S.10.

必要性，且為最後手段。此外，在支持替代刑罰的觀點下，應以民法或其他公法保護措施為優先，尤其是非形式的社會控制機制，如家庭、學校或職場等²⁵，刑罰並非萬能。

依刑罰的意義與目的，刑法體系透過國家的強制藉以重建及確保遭侵害或危害的法益，刑罰方具有正當性，除了死刑，採取的手段以自由刑最嚴厲。刑罰本質不同於保安處分，其是對犯罪行為人強加痛苦，也是對行為具罪責性的犯罪行為人公開施以社會倫理上的非難，故只要是經法院宣告的刑罰，都含有惡害性質，縱使看似一種良善的決定亦是，例如失業且三餐不繼的小偷竊取食物，將其關進監獄免於飢寒，也不應認為刑罰非惡害，因而改變刑罰的本質，竊盜的動機只能在量刑上考慮²⁶。在結構上對刑罰的法律理解，除了是痛苦施加外，同時含有兩項意義：社會倫理的非難與透過審判公開譴責。其中，社會倫理的非難具有刑法象徵性的功能，即對違反規範行為的鄙夷、個人責任的分配、支持被害人的表達以及規範效力的威信證明。只不過對行為的非難必須源自於罪責，亦即法益侵害結果可歸責於犯罪行為人，並足以譴責之，而宣告刑罰的高低同時反映對事件苛責的程度。透過刑罰不僅可以維護第三者利益，尤其是被害人，同時重建社會和平，讓被害人恢復平靜²⁷。

肆、刑罰理論

刑法任務與刑罰目的不同之處，在於前者是保護法益，讓每個人得以自由發展及維護建立在此目的上的社會規範。當確認刑法的任務後，緊接著必須規定何種行為應當受到國家刑事制裁及以何種方式處罰，這正是有關刑罰目的的學說所要解決的問題²⁸。刑法透過刑罰公開譴責犯罪人的行為，其意義何在？對其施加刑罰的威嚇、宣告與執行在理論上是否具有正當性？以下介紹各種刑罰理論²⁹。

25、Meier, aaO., S.10.

26、Meier, aaO., S.15f.

27、Meier, aaO., S.16f.

28、Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 2006, S.69f.

29、國內文獻可參林山田，刑法通論（下冊），2008，頁414以下；王皇玉，刑罰與社會規訓－台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變，2009，頁3以下。

一、絕對理論

絕對理論或稱報應理論，刑罰的意義不在於實現任何對社會有利的目的，其正當性源自於犯罪行為本身。因犯罪須接受審判，刑罰的目的是報應已發生的不法行為與實現正義，但報應不等同報復，刑罰僅是對犯罪行為的回應。國家對犯罪行為人施加痛苦，是讓犯罪人對法規範侵犯的一種補償或贖罪。

絕對理論受德國理想主義者康德與黑格爾影響，康德認為，如果刑罰是為了實現特定利益目的，實與人性尊嚴相悖。刑罰不應被視為將每個人處理成為另一個人的目的方法，如此有違天生的人格，因此刑罰的正當性只能建立在犯罪行為人所違反的犯罪上。刑法無條件要求行為人違反法律時，基於正義應接受處罰。如果刑罰不公義，人類生活在地球上亦無價值可言，故刑罰應遵守公平原則，以實現正義，報應與公平乃是制定規範牢不可破的原則³⁰。

黑格爾反對刑罰的正當性基於利益考量，特別是反對費爾巴哈的威嚇觀點。犯罪是對法律的否定，刑罰則是否定的否定，也是法律的重建。如康德的觀點，威嚇與改善犯罪行為人的預防目的不是刑罰目的，利益或威嚇論點乃是否定人有自由意志。如果國家只想透過痛苦強迫每個人遵守規範，如同對狗舉起棍棒嚇阻，此舉不是對一個人的尊嚴與自由應有的對待，而是與狗沒兩樣。此外，對犯罪行為人的特別意志而言，遭侵犯的法律本身意志必須重建，當法律對犯罪行為人施加痛苦而予以抵銷罪責，刑罰才具有正當性。犯罪行為人所經受的痛苦，對其而言不只是公平而已，也是其本身的法律，刑罰在箇中被視為是其自己擁有的法律，唯有如此理解刑罰，犯罪行為人將被尊敬為理性之人³¹。

支持報應理論者進一步認為，刑罰的量刑應當以犯罪行為人的罪責為標準，既不能過高，也不能過低，才是合理的罪責相抵。因此，報應理論的優點是提供最高刑罰的衡量原則，對國家刑罰公權力劃出界限，肯定具有民主與自由選擇的功能。只不過現今學術不再支持報應理論，實現形而上學的正義，人

30、Roxin, aaO., S.70f.

31、Meier, aaO., S.17f.

為建制的「國家」不僅沒有能力，也不合理與缺乏根據。人民只希望國家負起確保人類和平與自由的共同生活責任，國家也侷限於此保護任務。報應理論會帶來社會政策所不願意發生的結果，因對犯罪行為人施加痛苦的刑罰可能產生個別的損害，而無法治療，這些損害往往是犯罪的成因，因此不是對抗犯罪的適當措施³²。

二、相對理論

與絕對理論針鋒相對的是相對理論，支持者認為刑罰的正當性是基於社會利益目的，刑罰具有阻止與防止犯罪行為人繼續違反規範的功能，因此目的在於預防性上。德國建構相對理論基礎的學者是貝加利亞，認為刑罰功效有兩大範圍：對犯罪行為人的影響以及對一般大眾的影響，亦即阻止犯罪行為人再次對共同生活的大眾加諸損害，同時可防止其他人做同樣的事情，前者稱為個人或特別預防，後者稱為一般預防³³。

（一）特別預防理論

刑罰正當性在於對犯罪行為人的影響，經由判決再執行刑罰，會產生直接可感受的效果，導致其不敢繼續犯罪，稱為特別預防理論。德國代表學者是李斯特，其認為從刑罰中可以產生個人預防效果，且為了保護法益，宣告刑罰須具有必要性，而必要的刑罰也必須合理，從刑罰目的觀點而言，要求對犯罪行為人採取的方法應適合目的及運用時盡量節制。犯罪是社會現象，施以刑罰則是社會功能，刑罰具有三大不同作用：一為刑罰有助於加強或改善犯罪行為人的利他動機；二為刑罰可以增強自私的動機與威嚇犯罪行為人；三為刑罰可以短暫或長期將犯罪行為人與社會隔絕，期間不再能危害社會。簡言之，此三大功能分別是改善、威嚇與安全，對無能改善與需要改善者予以改善、對不需要改善者予以威嚇，以及讓不具有改善能力者無法製造損害³⁴。

32、Roxin, aaO., S.72f.

33、Meier, aaO., S.21.

34、Meier, aaO., S.24f. 刑罰可以增強自私動機與威嚇犯罪行為人，係指犯罪必須接受刑罰，在利害關係考量後，犯罪行為人會做出利己的選擇而不敢再犯。

刑罰依特別預防理論具有消極與積極功能，前者是透過刑罰威嚇直接強制犯罪行為人，令其不敢繼續犯罪；後者是透過刑罰讓犯罪行為人在將來生活中不具有犯罪的可能，因此，積極特別預防功能在學術上與「再社會化」同義，且為刑罰執行的目的³⁵。然而透過刑罰改善人的想法已經被積極一般預防所取代，現今反而強調應注意刑罰產生的作用，避免產生有損社會的副作用。此見解在刑罰科以最高限度時具有實際意義，因不具有損害社會的刑罰，才是公正的刑罰³⁶。特別預防觀點受到強烈質疑與最嚴重的缺陷是沒有提出刑罰的衡量標準，為了再社會化可以施以不確定的刑罰期，導致犯罪行為人顯示有嚴重的犯罪危險性，甚至在沒有具體的犯罪下，也可以施以再社會化。其次，此理論遭致批評的是，國家基於何種權利可以教育成人以及透過再社會化處理衝突，又對於不具有再社會化需求的人，也無法得知應如何開始進行特別預防措施³⁷，於此，特別預防理論沒有提出說理。

（二）一般預防理論

1. 消極一般預防思想

依一般預防理論，刑法經由刑罰的宣告與執行，可以嚇阻大眾犯罪，探討此理論時特別會提及德國學者費爾巴哈，其由心理強制理論中得出，犯罪形成原因存於意念中與追逐私利的想法，故刑罰對犯罪意念的驅動具有心理強制效果。行為人在犯罪前認識犯罪將會受到痛苦的懲罰，如果他是理性的人就會放棄，執行刑罰會產生威嚇效果，故刑罰的目的僅是透過法律威嚇人民。費爾巴哈的觀點被視為消極一般預防思想的代表，又稱威懾一般預防思想。從外行人心理與進階心理觀點而言，許多人看到以違法途徑滿足慾望是不可能實現，反而須承受較嚴重的不利結果時，違法亂紀的本能動力才得以抑制，故此理論至今仍有一定的影響力³⁸。但遭致批評的主要理由是，此理論沒有一套內在的刑罰界限標準。其次，不同於絕對理論的正義與公平原則，相對理論沒有說明為

35、Meier, aaO., S.25. 我國監獄行刑法第1條規定，徒刑、拘役之執行，以使受刑人改悔向上，適於社會生活為目的。

36、Schäfer/Sander/van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 2008, S.160f.

37、Roxin, aaO., S.76f.

38、Roxin, aaO., S.78f; Meier, aaO., S.22f.

何輕罪輕罰，重罪重罰。如果為了威嚇大眾與顯示法律的不可侵犯，原則上任何刑罰都適當，且在理論上，一定的刑罰界限對此功能實現亦屬必要，但此理論欠缺說明³⁹。

與刑罰具有心理強制觀點類似者是經濟刑罰理論，認為刑罰不僅在於威嚇而已，而是讓犯罪行為人思考犯罪是否值得，亦即獲利與損失的平衡。因為犯罪行為人在觸法行為中付出代價，基於利益觀點，潛在犯罪人會做出較有利的選擇。此論點對抗制詐欺犯特別具有威嚇功能，但也導致政策上戲劇性的加重刑罰，甚至宣告終身監禁。最典型與受質疑的例子是美國 1994 年的三振法案，犯罪行為人使用暴力，三次犯罪自動科以終身監禁或 25 年有期徒刑。歐洲國家對此理論存疑與戒慎，因三振法案不僅排斥現代刑法中的刑罰個別化原則，甚至製造「危險社會階級」觀念，造成社會分裂，並對某些犯罪行為人提高報應刑罰合理化，導致刑罰不公平，在歷史上曾留下不良紀錄。其次，該理論認為人是理性的，都會做出有利於己的選擇，因此刑罰有助於防止犯罪行為人與一般大眾為違法行為。只不過，此理性選擇觀點無法解釋非故意行為，這類犯罪行為人不是、也不能在理性與非理性行為之間做選擇，反而是在非理性下違反注意義務地損害他人法益。消極一般預防思想對經濟刑罰理論而言，其對犯罪行為人因犯罪所期待的刑罰種類、刑罰高低與刑罰的穩固上具有實質意義⁴⁰。

2. 積極一般預防思想

積極一般預防思想針對一般大眾，透過刑罰可以強化規範存在及貫徹效力與信賴。刑罰的目的在於彰顯法律的不可侵犯性，防範潛在犯罪人將來類似的觸法行為，並得以對大眾明示刑罰功能的正當性，故刑罰具有傳達效果的交際功能。至於規範效力的強化不在於其本身或正義上，而是大眾在社會與人交際的「定位模式」上，亦即提供行為安全與社會共同生活的條件。此論點所描述的預防特性是刑罰控制行為的作用，或稱為規範信賴的實踐，或社會教育的動機學習效果，具有三大目的與作用：一為社會教育的

39、Meier, aaO., S.23.

40、Kaczmarek, Überlegungen zur ökonomischen Theorie der Strafe, in: Festschrift für Friedrich- Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S.70ff; Meier, aaO., S.23.

動機學習效果，透過刑事司法的活動喚起人民對法律忠誠的實踐；二為信賴效果，當人民看見法律的落實即會產生信賴；三為和解效果，對違法行為的處罰可強化一般法律意識，並解決與犯罪行為人的衝突，後者效果更是在整合預防 (Integrationsprävention) 概念下被認為是刑罰目的的正當性所在。積極一般預防理論的優點是令社會學的社會控制功能變成有可能，國家面對破壞法律者並非毫無回應，而是透過回應，規範的效力方得以維護，刑罰才具正當性⁴¹。縱使犯罪行為人不具再犯危險性，也不會完全放棄刑罰，否則其他人將模仿之。此外，對犯罪的描述不能不清楚或使用爭議的危險預測概念，而應儘可能確定，才能讓人民對於特定的行為保持距離⁴²，遂有學者認為刑法本質是「經由回應的預防 (Prävention durch Reaktion)⁴³」。

一般預防理論與報應理論不同的是，前者以抵制犯罪為出發點，有利於特定刑事政策的制定，認為一再侵犯法律是目前刑罰不足以威嚇，為了有效的一般預防，提高刑罰屬必要。但這也是此理論遭致批評所在，被認為高估刑罰解決犯罪的功效，甚至造成國家製造恐怖的危險。更何況，目前有關刑罰威嚇功能的實證研究尚未明朗，且少有實證加以證明⁴⁴。其中，消極一般預防理論會成為國家政策上加重刑罰的理由，而此現象備受學者強烈質疑，因為刑罰是否有此預防功能不無疑問；反之，積極一般預防則受到多數肯定，認為透過合理的刑罰在穩固一般價值意識的意義上，得以實現強化規範的任務⁴⁵。

三、綜合理論

當今德國刑事政策的通說採綜合理論，認為刑罰必須有合憲的正當性目的，如此才能合理化其威嚇、宣告與執行。刑罰目的不同其他基本權利的抽象價值取向，如果僅是為了真相與正義的實現，刑罰正當性仍顯不足，故係為了

41、Meier, aaO., S.22f.

42、Roxin, aaO., S.83.

43、此名稱由德國學者 F.C. Schroeder 所提出，參見 Hassemer, aaO., S.52.

44、Roxin, aaO., S.80f; Meier, aaO., S.23f.

45、Schäfer/Sander/van Gemmeren, aaO., S.160.

實現在社會中具體、可理解的作用而存在，此功能或可稱為「社會目的」。刑罰目的如同保安處分，在於預防性的法益保護。對於違反刑法規範者，國家須有所回應，以避免未來再發生，特別是對共同社會生活以特別嚴重方式侵害的行為。強調的是，刑罰目的是對違反社會倫理行為的非難以及對犯罪行為人施加強制性痛苦，以澄清與確認遭違反的規範效力，指出被宣判的犯罪行為人應對自己的行為負責任，否則對後果擔負法律責任，因此，刑罰是對被宣判的犯罪行為人與一般大眾傳達刑法保護法益的意義與目的⁴⁶。

依綜合理論，刑罰有益社會的功能可從二方面得出，對一般大眾而言，加強對法律效力的信賴，並產生威懾效果；對判刑的人而言，因刑罰產生未來遵守刑法規範的動力，支持其學習合乎規範的行為，並透過自由的限制阻止其繼續犯罪。至於何種方式產生何種效果以及指引其行為的效應有多大，則有賴實證研究。刑罰具有保護法益的功能，縱使在個案中，特別是刑罰的執行，如果附隨產生沒有預料到有害的副作用時，也不會改變此論點。但基於刑法的價值與意義，綜合理論強調犯罪嚴重性與刑罰輕重應取得價值均衡，遂提出犯罪與刑罰的相稱性，預防性干預也必須有其界限。因為刑罰具有社會倫理非難，是對犯罪行為人的行為加以譴責，關鍵不是客觀實現不法的嚴重性上，而是犯罪主觀可譴責的高低；簡言之，在於罪責的嚴重性。責任相當的刑罰可以是、也必須是預防性與合理性的刑法體系核心，唯有責任相當的刑罰才能彰顯社會對犯罪行為人的行為是如何予以譴責。只不過「責任相當」在許多個案中仍然沒有一致的見解，依綜合理論，肯定的是一般預防與特別預防思想彼此間不是互相排擠，而是在個案中互補⁴⁷。

伍、檢視累犯加重刑罰之正當性

上述刑罰理論各自提出刑罰正當性的觀點，通說採綜合理論，顯示絕對理論與相對理論各有其優、缺點，皆具有不可偏廢的理由。以下將透過多元角度檢視刑法的累犯加重刑罰是否具正當性。

46、Meier, aaO., S.33f.

47、Meier, aaO., S.34f.

一、絕對理論之正義觀點

由現代刑罰目的觀點而言，絕對理論無法完全解釋刑罰的正當性。特別有以下兩項理由，一為絕對刑罰理論無法說明為何為了實現公平正義而需要刑罰？因為實現此目的也可以透過其他方式，國家並非一定要加諸刑罰才能實現，例如經由適當的程序條件讓加害人與被害人和解，或由國家對犯罪被害人予以補償，也可以實現正義。如果合法與非法之間的正義只透過刑罰，有可能是再製造新的痛苦而已，不足以說明刑罰的正當性。依康德與黑格爾的刑罰理論所塑造的個人圖像，已經不符合時宜，因為每個人不應該被視為「物體」，而是一位在社會共同生活中可以自由發展的自我負責個體，國家採取的措施必須合憲，尤其符合比例原則與人格核心不可侵犯，刑罰干預只有在合憲目的下的利益考量，方具有正當性。但絕對理論也並非完全不可取，其立論基礎建立在正義上，因此不能對犯罪人施以不公平的刑罰。「正義」對刑罰理由不只是抽象的價值取向，而且是對刑罰劃出界限。對犯罪行為人執行的刑罰，其高低與犯罪輕重須符合適當關係，因此，絕對理論所要求的犯罪與刑罰關係，至今仍具重大意義，特別是黑格爾所主張的犯罪與刑罰等價⁴⁸。罪責原則是報應理論的決定性要素，具有憲法位階，視為刑罰界限的方法，處罰應以後罪的法定刑為量刑範圍，可以宣判最高刑度，但不應另外加重其刑，否則刑法將淪為行為人刑法，違反刑法體系是以行為為處罰基準，累犯加重刑罰規定在絕對理論的刑罰公平正義主張下，欠缺正當性。

二、相對理論之預防觀點

由刑法第 47 條立法說明、大法官第 775 號解釋與實務見解得知，犯罪行為人之累犯足見刑罰感應力薄弱，基於特別預防之法理，非加重其刑不足使其覺悟，累犯加重處罰是基於相對理論中的特別預防觀點，然此立論基礎不無疑義。德國於 20 世紀盛行特別預防觀點，受影響者如針對少年犯罪的少年法院法或刑罰與保安處分的區分等，都是當時刑事政策改革下的成果，只不過特別

48、Meier, aaO., S.20f.

預防理論於今日已經不再如前是刑事政策上的焦點。特別預防理論受質疑的是，一是不同於一般預防理論在於保護規範，反而要求量刑時，對受侵害的法益保護必須具必要性。只是必要性標準沒有界限，且原則上基於必要性考量，所有刑罰都具有正當性，甚至讓犯罪行為人不再具有侵害性的刑罰也是必要，或具危險性的犯罪行為人基於維護安全考量，對其科以終身監禁也能正當化，導致不確定自由刑的存在，特別是少年處遇措施，而與法治國原則相背。對絕對理論所主張的公平正義觀點—刑罰高低與犯罪輕重必須具適當關係，略而不論，是以，基於特別預防思想對這些人不是施以刑罰，反而應處以保安處分⁴⁹。

其次，特別預防思想不承認存有不具必要性刑罰的情形，認為即使不具改善需要的犯罪行為人，原則上對其施加刑罰仍屬必要，目的是警告與威嚇，對再犯危險低的人也一樣。此見解有爭議的是，只想透過刑罰避免被判刑的人再次犯罪，事實上恐怕難以實現。若對不具改善必要的人施以刑罰屬必要，此主張與絕對理論並無二致。再者，針對「改善」犯罪行為人而言，成年人的強制教育攸關人性尊嚴，在法律上也應該有界限；換言之，對於不會危害自己或他人的人，國家沒有權利只為了改善目的即剝奪其自由，因此，社會化觀點突破與絕對理論相關聯的禁令，將人視為物權法下的對象。然特別預防思想的主要缺失不是立論上的薄弱，而是其提出的假設性功能模式，認為透過刑罰可以阻止再犯，此功能在實證研究中仍未獲得一致的確認⁵⁰。

一般預防思想的缺點有如特別預防思想，對於刑罰的界限沒有標準，消極一般預防思想會主張提高或採嚴厲刑罰以威嚇大眾，往往轉換為國家製造恐怖的危險。其次，為了預防目的的刑罰，一般預防思想比特別預防思想更容易侵犯人性尊嚴，因為再社會化至少是幫助受判決者，而基於一般預防思想的威嚇大眾功能則是令犯罪行為人承擔較高或嚴厲的刑罰。又一般預防思想也有如報應理論的缺點，執行刑罰只是威嚇一般大眾，而非針對受刑人，

49、Meier, aaO., S.26.

50、Meier, aaO., S.27.

因此，刑罰對受刑人沒有激勵的作用，對再犯的遏止沒有助益⁵¹。此外，由現代的刑事政策得出一致的結論，只有一部分的犯罪傾向者才會因刑罰威嚇而卻步，甚至部分人不會因科以重刑而害怕，考慮因素反而是被發現的風險高低，因此一般人認為加重刑罰足以威嚇大眾，非屬理所當然的結論，提高刑事追訴效率才有一般預防的效果，例如透過強化警察辦案能力與優質的教育⁵²。反之，綜合理論認為刑罰的正當性在於具預防性的法益保護功能，刑法的任務是對犯罪行為人與一般大眾宣示受侵犯規範的效力。刑罰不同於保安處分，其必須確認犯罪行為人的責任，並對犯罪行為的不法行為給予譴責⁵³，而刑法第57條的量刑標準即以責任為基礎，在責任所界定的刑罰範圍內，實現預防犯罪的刑罰目的，故在現代的刑罰理論下，累犯加重刑罰的立論基礎已受質疑，也欠缺實證研究的支持。

三、罪責原則之功能

大法官第775號解釋說明刑罰須以罪責為基礎，並受罪責原則之拘束，即國家所施加之刑罰須與行為人之罪責相當，刑罰不得超過罪責。該解釋不反對法官對累犯加重最低本刑，且不會有違反罪責原則問題，反對的是對累犯一律加重刑罰，認為應視個案而定。有疑義的是，累犯加重其刑至二分之一，依規定並沒有限制僅能加重最低本刑，亦即加重最高本刑至二分之一也沒有違反規定。加重最低本刑固然不至於逾越法定刑範圍，但加重最高本刑則是逾越法定刑。大法官解釋並未周延地檢視累犯加重其刑是否完全合憲，僅是說明司法實務能加重最低本刑。其次，若累犯在個案中應視情節加重其刑，但量刑高低原屬刑法第57條「犯罪行為人之品行」標準之一，實無待大法官特別解釋。是以，累犯不管是一律加重其刑或加重最高本刑至二分之一，皆違反罪責原則。

依罪責原則，國家刑罰理由在於對犯罪行為人個人的犯罪行為予以譴責，一方面刑罰以罪責為前提，無罪責無刑罰，另一方面刑罰不應當超越罪責程度。國家干預權力不能依需求而對受判決者的自由為所欲為，而是必須在其罪責範

51、Roxin, aaO., S.83.

52、Roxin, aaO., S.79f.

53、Meier, aaO., S.35.

圍內宣判，否則違反人性尊嚴。雖然憲法沒有明定罪責原則，如同大法官解釋所指出，其刑罰界限的功能具有憲法位階。只是罪責原則與比例原則不同義，後者對於保安處分具有意義，其是立法者為了有效保護社會，刑罰無法實現目的時採之，但所採取的保安處分也應符合比例原則，尤其是逾越的禁止，論者認為此原則對國家干預權力的限制不如罪責原則有效，因此無法取代之⁵⁴。罪責的本質是因行為人在具體個案中不履行規範要求，儘管行為人對這些規範要求做得到，卻不做，所以是對不法行為的遣責。對行為人罪責的非難評價，不在於行為人應該為合法行為，而是行為人可以自由決定為合法行為。罪責是刑罰的量刑基礎，是避免國家對犯罪行為人做出過度反應。刑罰是以公開方式譴責犯罪行為人，應侷限於行為受社會倫理非難的程度內，當刑罰與有罪責的違法行為維持均衡時，刑法方能以合理方式實現保護社會的目的，強調的是，刑法拘束是最小的道德要求。縱使刑罰具預防目的，也不應逾越合理範圍，罪責原則具有限制刑罰功能，乃不容置疑⁵⁵。

累犯應受到罪責原則的約束，其可成為後罪法定刑範圍內的加重刑罰理由，卻不應該成為加重法定刑範圍的理由。換言之，現行法依刑法第 57 條量刑事由加重，不會超過該罪的法定刑範圍，亦屬法院的裁量權。然依刑法第 47 條第 1 項規定，法院可以宣告超過法定刑上限之刑，乃是違反罪責原則。刑法第 57 條規定科刑時應以行為人之責任為基礎，除了審酌一切情狀外，特別列舉的應注意標準都針對「犯罪行為人」本身，因此，列舉標準不僅指出刑罰量刑的目的，且強調在特別預防考量下的罪責均衡。值得注意的是，本條沒有特別針對威嚇大眾需求與保護一般大眾的參考依據，如此結果並非巧合，而是強調責任為科刑的基礎。較具實務意義，卻仍有爭議的是，犯罪行為人再犯是否可成為後罪加重其刑的理由？再犯屬量刑標準的「犯罪行為人之品行」參考，通常再度違犯相關犯罪，會視為加重刑罰的理由。只不過須在罪責相當的範圍內，在特定嚴格的條件下，以前的犯罪才能成為後罪加重刑罰的理由。此情形可以是行為人有目的地違反社會規範，至於是否

54、Roxin, aaO., S.94f.

55、BGH 2, 194; BGH 20, 264; Jescheck/Weigend, aaO., S.24f; 林鈺雄，新刑法總則，2018，頁 294 以下。

具目的性，則由行為人以前對相同或類似犯罪的判決予以判斷，並從中顯示不法行為的罪責提升。量刑時因犯罪行為人有前科即加重處罰，可以理解的是因犯罪行為人在前次判決中沒有感受到警告或學習教訓，或認為頑固的法敵意具有升高的罪責特徵，足證其有較高的刑罰需求。然事實上再犯的原因有很多，可能是行為人意志薄弱或受到他人支持犯罪的影響等⁵⁶，因此確認犯罪行為人的意念很重要，意念由可罰行為中可得知，並從行為中得出其對以前的刑罰執行在毫無印象下再度漠視他人法益⁵⁷。但不應忽略的是，刑罰是否能讓犯罪行為人修正自己的行為，仍有疑義，再犯更不應成為加重刑罰理由而逾越行為罪責範圍，因為一味地提高刑罰，可能適得其反，加劇其排斥社會化的人格。故對再犯或累犯加重刑罰究竟是機會還是風險？在實證研究尚未明朗下，於考量所有評估的條件後，應依刑法謙抑原則施以相當的刑罰或保安處分⁵⁸。

四、一律加重刑罰的爭議

刑法第 47 條所謂加重本刑至二分之一係針對最高度而規定，至於最低度則無限制，係採原刑加重制度，並限定最多加重本刑至二分之一。故法院只要加重其刑在二分之一的以下的範圍內有自由裁量權。若未加重至二分之一，也非違法，但法院未有任何加重處斷，僅處以法定最低度之刑，則屬違法⁵⁹。量刑的輕重屬事實審法院依職權自由裁量的事項，惟仍應受公平原則的限制，以符合罪刑相當原則，否則其判決即非適法。所謂平等原則，非指一律齊頭式的平等待遇，應從實質上加以客觀判斷，倘條件有別，應本乎正義理念，分別適度量處，禁止恣意為之⁶⁰。例如犯罪行為人五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪，如果前罪或後罪的殺害行為出於防衛過當，或參與行為成立幫助犯，或嘗試防止犯罪結果發生，卻是失敗中止，或激於義憤而殺人，或符合自首、自白，或與被害人和解等，縱使有減輕規定，仍適用累犯或先加重後減輕。然上述情

56、國內學者對酒駕加重處罰後的數據變化，懷疑不是嚴格的酒駕法令，而是其他因素。李佳玟，治酒駕用重典——一個實證的考察，月旦法學雜誌，第 223 期，2013/12，頁 151。

57、Jescheck/Weigend, aaO., S.891.

58、Jescheck/Weigend, aaO., S.891.

59、最高法院 28 年上字第 3378 號；林山田，同註 29，頁 492。

60、最高法院 107 年度台上字第 3182 號。

形不一定是「行為人有特別惡性」，因為犯罪的成因很少是單一，累犯一律加重規定不僅與累犯立法目的自相矛盾，且不管行為人實質上是否具有特別惡性，僅因為形式上符合五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪，乃對不同的案件予以相同處理，不僅違反罪責原則，且違反公平原則。

犯罪行為人的品行或人格特徵對罪責程度判斷具有意義的情形是，當犯罪行為人在犯罪時已顯露對特定法益的負面想法，例如漠視他人健康、過度追求利益。如果要求本來具有特定人格特質的犯罪行為人應對忠於法律負高度義務，進而對其犯罪以高度的罪責程度加以非難，乃是違反平等原則，例如同樣是酒駕，認為只因是職業汽車教練，所以應比律師科以較高的刑罰⁶¹。實務判決斟酌公平正義原則曾指出，犯罪行為人前因公共危險案件於受徒刑執行完畢 5 年以內，故意再犯肇事致人傷害逃逸罪，為累犯。但後罪法定刑係 1 年以上 7 年以下有期徒刑，同為肇事逃逸者，其原因動機不一，犯罪情節亦未必盡同，造成危害社會之程度自屬有異，法律科處此類犯罪，所設法定最低本刑卻相同，且縱量處最低法定刑，仍無從依法易科罰金或易服社會勞動，不可謂不重。如果肇事時間與地點屬人車熙來攘往，甚或有下車察看，或與被害人成立和解，較之於荒郊野外之場所、四下無人之深夜時段、不問被害人傷勢，輕忽他人生命、身體安全者，或犯後否認犯行、拒絕賠償被害人，輕重顯然有別⁶²，故也對累犯一律加重其刑存疑。

累犯是在徒刑執行完畢後出於故意再犯，雖然可表示刑罰無法令犯罪行為人為合乎社會規範行為，對保護法益的內心想法顯示較高的可譴責性，但並不表示任何一種再犯行為都應有得到較重的處罰。可接受加重處罰的特別情形是行為人先前的犯罪，一開始即已存有較高的可非難性，因而應受到較高的非難，例如連續為同種犯罪，或犯罪行為人顯現升高的法敵對意識。理由是當犯罪行為人當下無視其先前的判決或執行刑罰所帶來的警告與禁忌，有期徒刑的加重對其才能產生作用⁶³。而今刑法第 47 條規定累犯一律加重其刑，而非讓法官依犯罪行為人之品行，作為刑法第 57 條量刑依據之一，

61、Jescheck/Weigend, aaO., S.889.

62、最高法院 107 年度台上字第 2877 號。

63、Schäfer/Sander/van Gemmeren, aaO., S.121f.

有違公平與平等原則。

近期在量刑理論中有所謂的「承擔平等觀點(Gedanke der Belastungsgleichheit)」，或許值得作為累犯加重其刑規定的省思。承擔平等觀點源自於罰金刑，也適用於自由刑的裁量，提出罪責相當的刑罰可以因犯罪行為人不同的刑罰敏感度而有所不同，同樣罪責的刑罰不是應該同等高，而是必須同等重。詳言之，刑責相當原則不要求同樣罪責在客觀上應科以相同高度的刑罰，而是主觀上應承受相同程度的刑罰痛苦。於此，德國學者提出兩個明顯不同的概念：刑罰敏感度(Strafempfindlichkeit)與刑罰接受度(Strafempfänglichkeit)，前者係指與罪責相當的刑罰範圍；後者關係特別預防的必要性⁶⁴。德國實務判決亦認為，刑罰必須是罪責相抵，對於較高的刑罰敏感度科以較低的刑罰，比起科以罪責相當的刑罰，更能實現罪責相抵的目的⁶⁵。累犯是基於特別預防思想而設，但在特別預防思想下，應考慮刑罰對犯罪行為人未來的生活會產生何種作用，以避免判決與執行產生無法預料的副作用，而非僅是加重其刑而已。刑罰對某些人而言無所謂，但對某些人而言具恐懼效果，犯罪行為人排斥社會化問題與再社會化思想相較，前者在刑事政策上已經越來越重要。而特別具有刑罰敏感度者通常是對受刑有心理痛苦者、年紀較大者以及較低生活期待者或身罹疾病者⁶⁶。現行法僅因累犯而一律加重其刑，縱使如大法官解釋是加重最低本刑，但無視在個案中犯罪行為人對刑罰敏感度的高低有所不同，從特別預防與刑罰公平觀點而言，其正當性令人質疑。

五、重刑政策之省思

「治亂世用重典」是對於任何犯罪行為均採用「重典」，此政策在於強調一般預防理論，在現代刑事政策下不符合刑法謙抑思想以及刑法是法益保護的最後手段。國內有研究者指出，犯罪行為人於犯罪後如能將之迅速予以逮捕、起訴乃至於判刑執行，而不會在刑事司法體系流程中延宕未決，將可以有效提升犯罪嚇阻效能。刑事司法體系的每個環節環環相扣，警察、檢察官、法院及矯正系

64、此為德國學者 Henkel 所提出，參見 Schäfer/Sander/van Gemmeren, aaO., S.137.

65、Schäfer/Sander/van Gemmeren, aaO., S.137.

66、Schäfer/Sander/van Gemmeren, aaO., S.140f.

統彼此間具有緊密的關係，前一階段的作為往往對於後一階段會有深遠的影響，重刑政策具嚇阻效能實是受到多重因素的交互影響⁶⁷。累犯加重刑罰是基於特別預防理論，報應刑法在上個世紀已逐漸被揚棄，特別預防思想亦逐漸式微與受到質疑，至今刑法被認為僅是、首要是保護法益，此任務幾乎無疑義。德國近幾十年的刑法改革討論重點集中在有效的保護法益、對犯罪科以相當、合理的刑罰以及在刑事政策上，如何建立現代防範再犯的有效處罰機制等議題，同時強調法規範面對法益侵害也必須嚴厲執行，讓刑罰威嚇在特定情形中實現人民對法律的信賴，並在有利評估下執行刑罰，此論點與上述實證結果一致肯定有效地落實刑事司法體系運作，才具有嚇阻功能⁶⁸。

刑罰目的不在於對罪責的相抵，而是證明刑法預防性保護任務的實現及刑罰屬必要的手段。至於個別化原則不是為了影響無法或難以社會化的犯罪行為人，亦即刑罰不應企圖透過判決與有益的刑罰執行達到再社會化目的，反而應該避免受判決的人產生無法預料到的副作用，以及避免刑罰對足以適應社會的犯罪行為人製造脫離社會規範的危險⁶⁹。刑罰的意義與執行在保護法益觀點下，只有在以下情形才能同時視為罪責相當的回應與合理：有效且為了保護法益的重要預防方法且是最後手段。從而導出，不是任何有罪責的構成要件實現都應該強制科以罪責相當的刑罰，否則將如康德與黑格爾的報應刑法一樣，視為理所當然。現代盛行的原則是：刑罰不具必要時，可能是對犯罪行為人有害，應儘可能地放棄之⁷⁰。是以，縱使刑罰符合預防思想的相當性，也不應該為了一般大眾的安全逾越最高刑度，而要求對犯罪行為人提高刑期，正確的回應是為了實現此目的而應宣告保安處分。同樣地，國家也不應該為了影響犯罪行為人而延長比符合罪責相當還長的刑罰，例如

67、邱明偉，我國刑法重刑政策之犯罪嚇阻效能研究—以民國 95 年新修正刑法為例，中正大學犯罪防治研究所博士論文，2010 年 7 月，頁 240 以下。

68、司法院近日公布的「司法輿情現況調查」，僅 38.4% 的民眾表示信任法官，而有過半的 56% 民眾不信任法官。又依 107 司法院及所屬機關業務統計結果摘要分析統計，近五年最高法院刑事未結件數為 1969 件，顯示積案情形日益嚴重。學者指出司法遲滯正義不能及時伸張是司法改革的讓民眾滿不滿意的癥結所在。林騰鷗，上梁不正的司法災難，中國時報時論廣場，108/07/10，A14 版。

69、Schäfer/Sander/van Gemmeren, aaO., S.1.

70、Schäfer/Sander/van Gemmeren, aaO., S.1f.

為了實現職業訓練而延長刑期⁷¹。

依一般預防思想，刑罰具有威嚇作用，因為嚴厲的刑罰對於潛在的犯罪人可抑制其嘗試犯罪或傾向，因此較高的刑罰裁量可以視為正當的刑罰目的。然而刑罰具有較大意義是，法規範防禦經由人民在法律約束與執行下得以維護與強化，稱為「整合預防」。整合預防觀點不僅適用於刑罰種類的選擇，也適合於決定量刑的高低，但不至於成為加重刑罰的促因，因為在具體個案中，法律規範防禦必須顯示必要性，加重刑罰才能合理化⁷²。詳言之，刑罰不應基於對一般人威嚇的目的逾越刑責相當的範圍而加重，因為國家為了實現此目的，個人將成為國家刑事政策下的一種方法，侵犯人性尊嚴。在一般預防思想下，高度的刑罰仍必須遵守以下要件，一為刑罰僅能在罪責相當範圍內為之，不能逾越罪責相當刑罰的尺度。二為加重刑罰必須適當與必要，即適合實現威嚇功能，但對於衝突犯罪與減輕刑責的情形中特別不適合。此外，不適合加重其刑的情形是，立法者已經因為不法內涵較高而提高刑罰的構成要件⁷³，例如酒駕行為，或對特定犯罪科以特別的刑罰，例如販賣毒品。

相對於「治亂世用重典」觀念，在量刑理論中甚至討論基於罪責原則與預防思想，罪責相當的刑罰是否能低於最低限度。德國實務與多數學者採「空間理論」，認為只要在刑罰範圍內，所有刑罰都符合罪責相當原則。主要論點是不管一般預防或特別預防理由，對犯罪行為人可以科以罪責相當刑罰範圍內的最大限度，基於特別預防理由，避免犯罪行為人排拒社會化，可以科以刑罰最小限度，因此法官裁量空間不僅不能逾越最高限度，也不能低於最低限度，但不能基於一般預防理由而加重刑罰或減輕刑罰⁷⁴。刑罰對犯罪行為人影響的必要性應屬量刑標準之一⁷⁵，即犯罪行為人對刑罰的敏感度。如果在犯罪行為人身上加諸的刑罰因為其人格特質因素毫無作用，基於特別預防理由反而應宣告緩刑或保安處分，例如提高罰金、緩刑附加條件、提高禁戒期間或在刑法中

71、Schäfer/Sander/van Gemmeren, aaO., S.162.

72、Schäfer/Sander/van Gemmeren, aaO., S.170.

73、Schäfer/Sander/van Gemmeren, aaO., S.167.

74、Schäfer/Sander/van Gemmeren, aaO., S.164.

75、我國刑法第 57 條量刑標準沒有列入「對犯罪行為人影響的必要性」事項。

增訂對交通過失犯科以禁止駕駛或剝奪駕駛權⁷⁶，以取代加重刑罰。以德國刑法為例，禁止駕駛屬從刑，可以與自由刑或罰金同時宣告，處罰目的不在於犯罪行為人不適合駕駛，而是具有壓制的警告刑罰和意念刑罰意涵，具有教育作用。主要是針對特別預防目的，對象是對交通駕駛或規定顯現散漫與魯莽的犯罪行為人，令其將來能夠更注意交通規範。其次，禁止駕駛也有積極一般預防功能，維護與穩定犯罪行為人所違犯的社會生活規範，但不能為了威嚇潛在的犯罪人而加重刑罰，亦即為了「殺雞儆猴」而逾越不法與罪責內涵的行為所應科處的刑度。不同的是剝奪駕駛權，屬於一種保安處分，目的是為了避免未來再發生危險，而對不適合交通駕駛的犯罪行為人剝奪較長期的駕駛權利，所以是對交通安全的預防性措施，也可以適用於不具罪責的不法行為。兩者只要犯罪行為與駕駛交通工具有關係者皆可宣告，但互相排斥⁷⁷。是以，刑法第 185 條之 3 特別累犯與一般累犯加重刑罰及一律加重規定在不考慮犯罪行為人對刑罰的敏感度與必要性而加重，不具正當性⁷⁸。

刑法處罰採雙軌制，分別是刑罰與保安處分，在刑罰以外另外有保安處分的理由：一為刑罰以罪責為基礎，可以約束國家干預權力，而保安處分可以讓保護國家的需求與受判決人的自由利益間存有適當的平衡；二為在個案中，犯罪行為人對於一般大眾的危害性，科以罪責刑罰仍有不足或透過刑罰無法排除危險性時，有必要施以保安處分，例如酒癮或毒癮者的罪責通常較低，應施以強制治療。因此，保安處分是預防措施，主要任務也是預防犯罪，出發點在於藉助保安處分讓當事人將來不再犯罪，卻不存有社會倫理的非難或譴責。保安處分與刑罰的差異不在於目的，而是在界限上加以區別，保安處分在嚴重程度與期間長短考量的不是罪責程度，而是依比例原則。至於國家為何得以科以保安處分，其正當性何在？此與刑罰的正當性比較，在學術上少有論述。有學者認為對犯罪行為人施以保安處分的自由剝奪可從利益衡量思考，如果與其他人比較，其對一般大眾具有較高可能的危害性時，

76、道路交通處罰條例第 35 條規定汽機車駕駛人酒駕或吸毒駕駛吊扣駕照一到二年；肇事致傷者，吊扣駕照二到四年；致人重傷或死亡者，吊銷駕照並不得再考領。

77、Fischer, Strafgesetzbuch, 2017, § 44 Rn.2, § 69 Rn.2; Jescheck/Weigend, aaO., S.782, 881.

78、學者指出百分之七十以上的交通事故是由非酒駕者造成，例如超速或疲勞駕駛或不專心等因素，認為治酒駕用重典效果可疑且違公平原則，李佳玟，同註 56，頁 153。

大眾的整體利益優於對其個人自由的限制⁷⁹。對刑事政策的犯罪預防思想而言，與其累犯加重其刑備受質疑，毋寧施以保安處分或另創新型的處分種類，以因應不同的犯罪行為人。

陸、結論

刑法對累犯者加重其刑，係因其有特別惡性及對刑罰反應力薄弱，再延長其矯正期間，以助其重返社會，兼顧社會防衛之效果。大法官釋字第775號對累犯加重最低本刑認為不違反憲法一行為不二罰原則，然對累犯加重最重本刑是否符合罪責原則，並沒有明確解釋。累犯不分情節一律加重最低本刑，該解釋肯定不符合憲法罪刑相當原則，牴觸憲法第23條比例原則，而應視情形加重其刑。此解釋恐怕令刑法第47條喪失意義與目的，因為累犯只有一律加重，才有特別規定的必要，否則加重與否，本屬法官量刑標準的「犯罪行為人之品行」，無須透過大法官解釋。刑法具有壓制與預防功能，對侵害法益行為藉由懲罰，以維護社會秩序，且犯罪行為人與大眾害怕將來因犯罪遭受損失，而不敢輕舉妄動，以實現保護法益的任務。刑罰具有消極與積極一般預防功能，對犯罪行為施加痛苦外，也含有社會倫理的非難與公開審判譴責的意義，目的是澄清與確認遭違反的法律規範效力，令犯罪行為人對自己的行為負責任，故能加強一般大眾對法律效力的信賴，並產生威懾效果，讓判刑的人產生將來遵守規範的動力，並透過自由的限制阻止其繼續犯罪。

絕對理論的立論基礎建立在「正義」之上，「正義」不只是抽象的價值取向，且對刑罰劃出界限，要求刑罰高低與犯罪輕重必須符合適當關係，故累犯基於特別預防思想而對後罪加重其刑，不符合罪刑相當原則。累犯加重其刑規定是基於特別預防思想，此思想的主要缺失不是立論上的薄弱，而是認為透過刑罰可以阻止再犯，然此假設性功能在實證研究中尚未有一致的確認，卻可能因為特別預防目的而讓刑罰無界限。反而依特別預防思想應考慮刑罰對犯罪行為人未來的生活會產生何種作用，避免判決與執行產生難以預料的副作用，故對累犯非僅是加重其刑的選項而已。

79、Roxin, aaO., S.96ff.

刑罰考慮犯罪預防目的，不應該為了一般大眾的安全而逾越最高刑度，同樣對本來具有特定人格特質的犯罪行為人要求對忠於法律負高度義務，遂對其犯罪以高度的罪責程度非難，乃是違反平等原則。「治亂世用重典」的爭議是過度強調預防理論，不僅嚴重破壞罪責原則，且犧牲公正報應的思想，導致人民法感情低落，有礙積極促進個人倫理上的覺悟。刑罰與罪責本應相抵，但每個人的刑罰敏感度與刑罰接受度相異，對較高的刑罰敏感度科以較低的刑罰，比起科以罪責相當的刑罰，更能實現罪責相抵的目的。現行刑法處罰採雙軌制，刑罰外的保安處分是讓保護國家的需求與受判決人的自由利益間存有適當的平衡。科以罪責刑罰不足以或無法排除犯罪行為人的危險性時，不是僅施以刑罰或加重其刑，反而應處以保安處分。當刑罰目的不完全基於報應與預防思想，而是著重於強化一般大眾對法律效力的信賴，並產生威懾效果時，提高刑事偵查能力與追訴效率，以降低犯罪黑數與貫徹刑罰執行，方能產生一般預防的效果。然而斲傷刑罰目的最嚴重者莫過於政治干預法律，不僅犯罪預防功能降低，且無公平正義可言。