

釋字第 775 號解釋部分協同意見書

蔡明誠大法官 提出

本件涉及刑法總則第 47 條第 1 項規定有關一般累犯加重本刑及刑法第 48 條前段有關累犯更定其執行刑等規定是否違憲之爭議，茲因認為本號解釋仍有若干疑義，宜再予釐清，爰提出部分協同意見如下：

一、累犯在犯罪學統計上意義與刑法上累犯概念有所差異

有關累犯，主要規定於刑法第 47 條，係採取一般累犯主義，即不問前後所犯之罪是否相同，均依法加重其刑。關於累犯之加重科刑，則採加重本刑主義，即應就最輕本刑一定之比例予以加重，於其所形成之處斷刑範圍內科刑。其他立法例有對初犯科以有期徒刑、對累犯則科以無期徒刑、不定期或流刑之變更刑種主義，另有對累犯之加重，採應就所犯該罪最重本刑二倍以下範圍內科刑之加倍最重刑主義，前述兩立法例與現行刑法所採加重本刑主義，有所不同。¹質言之，刑法第 47 條有關累犯及其加重規定，係採一般累犯及加重本刑之原則。

累犯是否應予刑罰加重(Die Strafschärfung bei Rückfall)，在犯罪學²、刑事政策、刑罰學及刑法學等領域，已有不少討論，可能因其所持觀點或立場之差異，而不同其主張，自難

¹ 參照蔡墩銘，刑法精義，台北：翰蘆，2005 年 7 月 2 版，頁 418-419。

² 傳統犯罪學，從總體結構為問題之提出，區分初犯與再犯行為人，但近年有德國學者質疑從犯罪白色數據(Hellfelddaten)之資料統計，在累犯概念上不無問題。因較精確而言，基於犯罪經驗論，存在犯罪黑數資料(Dunkelfelddaten)。（參照 Ulrich Eisenberg/Ralf Kölbel, Kriminologie, 7.Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck, 2017, §52 Rn.3.）

以上可見，累犯（或再犯）之概念，在犯罪學上亦可能隨時代發展或論述基礎論點之差異，而有不同之理解。

逕以論斷其是非對錯。特別是因所持刑法學理論是否係行為刑法或行為人刑法，或其有關刑罰目的論係採絕對論（例如應報論）、相對論（例如積極或消極之一般預防論或特別預防論）、加法綜合論(additive Vereinigungstheorie)³、預防綜合論(Die präventive Vereinigungstheorie)⁴及應報綜合論(Die vergeltende Vereinigungstheorie)⁵等立論，而有認為累犯規定

³ 加法綜合論（"Vereinigungstheorie"，茲譯為綜合論，另有譯為統一論、統合論或調合論），將不同理論等同相互地位。此係德國聯邦憲法法院所採用，即對所為不法行為之罪責均衡、預防、行為人之再社會化(社會復歸)、贖罪與應報，作為相當刑罰制裁之論點。(BVerfGE 45, 187(253f.))。但 BVerfGE 110, 1(13)，則強調絕對論，係基於應報正義之觀點。由於此種加法式之說法，對個案欠缺上位判斷之標準，故另有所謂預防綜合論及應報綜合論。(參照 Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht, 3.Aufl., München: Beck, 2015, §8 Rn.40ff.及註 64.)。

⁴ 於此說，認應報並不重要，就具體事實而其有不同之預防目的，於刑罰威嚇，採一般預防，而於刑罰執行，則特別預防更具意義。科刑時，不但特別預防，而一般預防亦有其作用。於特別預防與一般預防存在矛盾時，優先考慮特別預防。為避免預防論可能發生欠缺刑罰正義，刑罰之上限，由罪責原則加以界定。參照 Uwe Murmann, a.a.O., §8 Rn. 42; Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4.Aufl., München: Beck, 2006, §3 Rn. 37ff..

⁵ 應報綜合論，在德國實務上具有重要地位。其係基於應報論，刑罰應以罪責而成立及作為界限。於罪刑相當之處罰時，則考量特別及一般預防論。科刑時，不僅是考量單點之罪刑相當之處罰（所謂點式刑罰；"sog. Punkstrafe"），而且在範圍內動態量刑（所謂量刑範圍論；sog. Spielraumtheorie）。在此罪刑相當之量刑範圍內，特別及一般預防論在具體處罰之確定，具有決定性之意義。(參照 Uwe Murmann, a.a.O., §8 Rn. 44; BGHSt 7, 28(32; 20, 264(266); 24, 132)此係德國實務及學理上之通說。(參照 Schäfer/Sander/Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 6.Aufl., 2017-beck-online, Teil 4 Rn.828.)但因前述量刑範圍，可能因刑罰目的論之不同，而不能妥適量刑。另有階段論（Stufentheorie；重要價值論"Stellenwerttheorie"）及基於預防論之較新合乎行為比例之量刑論(Tatproportionale Strafzumessung)等，

應予全部廢除，亦有認為刑法累犯加重違憲，但一般累犯概念則無違憲。以上各種看法，有基於刑法學，或基於刑罰目的論等作為立論基礎，固有所本。但從比較法觀察，目前外國仍有累犯加重規定或三振法條款之立法例⁶，故此等累犯加重是否係刑事立法政策之選擇，而非為憲法上違憲問題，值得爾後更多學者專家深入探討。特別是本號解釋作出後，對

值得留意。(參照 Radtke, in: Münchener Kommentar zum StGB, 3.Aufl., 2016-beck-online, Vorb. Zu §38 Rn.59ff.)又為使法官量刑更具可預測性，並比較美國聯邦量刑基準 (Federal Sentencing Guidelines; FSG)，德國有對於量刑基準與法官自由裁量相互間，認應進行量刑法之改革，建議修正刑法第 46 條有關量刑原則規定、改革處罰範圍及應有更多量刑資訊之提供等。(如建立量刑資料庫; Aufbau einer Strafzumessungsdatenbank) (日本於 2009 年建立類似資料庫，可供參考)等。(參照 Johannes Kaspar, Sentencing Guidelines versus freies richterliches Ermessen-Empfiehl sich eine Reform des Strafzumessungsrechts? NJW-Beil 2018, 37/39ff.-beck-online; 有關日本量刑資料庫，參照引自前文註 51 所引用論文，即 Hiroyuki Nakagawa, Die Strafzumessung in der Tatsacheninstanz, in: Wolfgang Frisch(Hrsg.), Grundfragen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht, 2011, 201(209).有關刑法是否參考美國聯邦之量刑基準，訂定量刑原則及如何給予法官自由量刑餘地等相關問題，均值得再思考，以期法官量刑之公正及可預測性。關於美國聯邦量刑委員會(The U.S. Sentencing Commission)發布“The 2018 Guidelines Manual (effective November 1, 2018)”⁶，<https://www.ussc.gov/guidelines/2018-guidelines-manual>(最後瀏覽日期:108/2/21)。有關中文文獻，參照吳景芳，美國之聯邦量刑改革法，吳景芳，「美國聯邦量刑改革法」，<https://www.tpi.moj.gov.tw/HitCounter.asp?xltem=339322&ixCuAttach=105563> (最後瀏覽日期：108 年 2 月 21 日)。

⁶ 美國所採之「三振法案」，對於三犯之重刑犯罪者 (FELONY) 更採取終身監禁不得假釋 (LIFE SENTENCE WITHOUT PAROLE) 之立法例。詳參 94 年 2 月 2 日修正之刑法第 77 條立法理由。另關於美國三振出局法案之介紹及檢討，參照許福生，累犯加重之比較研究，刑事法雜誌，第 4 卷第 4 期，92 年 8 月，頁 10-19。

未來學理及司法實務上可能衍生之問題，實有再多推敲之必要。

二、比較法觀察累犯相關刑法規定及合憲性問題

德國於 1969 年刑法改革法案，採行為主義及責任刑法，於刑法第 48 條第 1 項及第 2 項規定，就累科刑罰不知悔改而其非難性較高之通常累犯，設有加重其刑之規定，即一般累犯（或稱普通累犯或通常累犯）規定(Rückfallklausel)。惟在刑法總則設定累犯加重其刑之加重規定，其立法功能及加重處罰之正當性，引起爭議及討論。之後，於刑法改革更迭草案(Alternativentwurf)，將此立法方式，喻為一種「不順從的附加刑」(Ungehorsamszuschlag)而拒絕採納。1986 年刑法修正第 23 法案，因累犯加重處罰規定在實務上成效不彰，且理論上累犯加重刑罰責任之正當性仍有疑義等理由，而予以廢除。自此之後，除特別累犯加重規定外，不設一般累犯規定。關於特別累犯之加重規定，⁷例如德國 2003 年 12 月 27 日性犯罪改革法對兒童為嚴重之性虐待(Schwerer sexueller Mißbrauch von Kindern)之再犯行為人，於刑法第 176a 條第 1 項規定⁸，設有特別累犯規定。亦即，對於第 176 條第 1 項及

⁷ 參照 Heger, in: Lacker/Kühl, StGB, 29.Aufl., 2018-beck-online, §176a Rn. 2. 惟 Renzikowski, in: Münchener Kommentar zum StGB, 3.Aufl., 2017-beck-online, §176a Rn.10f.; Renzikowski, Das Sexualstrafrecht nach dem 6. Strafrechtsrechtsreformgesetz- 2. Teil, NStZ 1999, 440/441f.-beck-online. 其對累犯加重之傾向特別預防之法制度，有所批評。

⁸ 有關德國刑法第 176 條及第 176a 條規定部分翻譯

第 176 條 對兒童性虐待(Sexueller Mißbrauch von Kindern)

(1) Wer sexuelle Handlungen an einer Person unter vierzehn Jahren (Kind) vornimmt oder an sich von dem Kind vornehmen läßt, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer ein Kind dazu bestimmt, daß es sexuelle

第 2 項之案件，對兒童性虐待之行為人於近 5 年內，因相同刑罰行為經判決確定時，處不低於 1 年以下之自由刑。

在德國實務上，聯邦憲法法院於 1979 年⁹，對於前述舊刑法第 48 條規定，認為於一定條件下，其並不違憲，因累犯相關規定，不許以先前科刑之概括式考量，而係由法官就個案審查被告受處罰犯罪行為之種類及情狀，該先前科刑是否對其未足以收警戒之效。當刑法於第 48 條將刑罰加重之法律效果與累犯之構成要件相連結時，使該規定納入國家刑罰領域在實質上所確定責任原則之適用範圍。據此，任何刑罰係以責任為要件（無責任無刑罰；„nulla poena sine culpa”；參照刑法第 46 條第 1 項第 1 段）。此原則具有憲法位階，其係基於正義理念，且以法治國原則及基本法第 1 條第 1 項作為其

Handlungen an einem Dritten vornimmt oder von einem Dritten an sich vornehmen läßt.

- (1) 對未滿 14 歲之人（兒童）實施性行為或使其與自己實施性行為者，處 6 個月以上 10 年以下自由刑。
- (2) 使兒童與第三人實施性行為或使第三人與兒童實施性行為者，處與前項相同之刑罰。

第 176a 條 對兒童為嚴重之性虐待(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.

- (1) 於第 176 條第 1 項及第 2 項案件，對兒童性虐待之行為人於近 5 年內，因相同刑罰行為經判決確定時，處不低於 1 年以下之自由刑。

⁹ 參照聯邦憲法法院有關累犯規定之合憲性(Verfassungsmäßigkeit der Rückfallbestimmung)裁定，BVerfGE, Beschluß vom 16.1.1979- 2BvL 4-77, NJW 1979, 1037。以下註 10 及註 11 之資料，亦引自此裁判。

基礎。¹⁰其意旨係基於正義理念，犯罪構成事實要件與法律效果須有適當之相對應¹¹。

「另類選擇黨」(Alternative für Deutschland; AfD)於德國眾議院(Bundestag)提出累犯加重法律草案(Gesetzentwurf zur Strafschärfung bei Rückfall)，於2018年12月14日一讀會中就該草案進行辯論(BT Drs. 19/6371)。該黨團認為累犯涉及感性之法益(die empfindliche Rechtsgüter)而成為社會引爆力(eine „soziale Sprengkraft“)，再犯者將撼動法治國人民之信賴。另從聯邦司法暨消費者保護部基於聯邦中央登錄數據(Daten des Bundeszentralregisters)就再犯率統計所作出研究觀察，2010年受制裁或經執行之犯人有35%在三年內再次犯罪，六年後一般累犯數(Die allgemeine Rückfallquote)增加9%，九年後再增加3%。又該特別侵害社會之習慣犯(Diese „besonders sozialschädlichen Gewohnheitsverbrecher“)，不僅是要求一般預防之行為(ein generalpräventives Handeln)，亦要求更嚴格之刑罰，以強化法治國之信賴及法律執行。因此另類選擇黨建議，增訂階梯式刑罰制度，不但對於輕微犯罪，對於較重且特別嚴重之累犯，亦應予以考慮，而就特定案件

¹⁰ BVerfGE 20, BVERFGE Jahr 20 Seite 323 [BVERFGE Jahr 20 Seite 331] = NJW 1967, NJW Jahr 1967 Seite 195; BVerfGE 25, BVERFGE Jahr 25 Seite 269 [BVERFGE Jahr 25 Seite 285] = NJW 1969, NJW Jahr 1969 Seite 1059; BVerfGE 41, BVERFGE Jahr 41 Seite 121 [BVERFGE Jahr 41 Seite 125] = NJW 1976, NJW Jahr 1976 Seite 413; BVerfGE 45, BVERFGE Jahr 45 Seite 187 [BVERFGE Jahr 45 Seite 228] = NJW 1977, NJW Jahr 1977 Seite 1525).

¹¹ Das bedeutet, daß - gemessen an der Idee der Gerechtigkeit - Tatbestand und Rechtsfolge sachgerecht aufeinander abgestimmt sein müssen (BVerfGE 25, BVERFGE Jahr 25 Seite 269 [BVERFGE Jahr 25 Seite 286] = NJW 1969, NJW Jahr 1969 Seite 1059).

提高刑度，且參考奧地利刑法及列支登斯刑法，於刑法第 48 條增訂累犯加重(Strafschärfung bei Rückfall)規定。¹²以上修正德國刑法之建議最後是否會通過立法，自有待時間考驗。

在日本法上，刑法第 56 條以下有關累犯規定，雖已刪除累犯更定其刑規定，但仍明定一般累犯加重規定（第 56 條參照），日本最高法院不認為其違反憲法第 39 條一事不再理原則¹³及第 14 條平等原則¹⁴，甚至刑法中設有類似美國法有關三振條款之規定（即三犯以上の累犯，第 59 條參照）。¹⁵另如與我國刑法對於累犯之立法方式加以比較，除更定其刑及三振法規定外，一般累犯加重規定與日本立法例略同，二者均是以「行為」概念為界定原則，以此為刑事政策基礎。此

¹² <https://kripoz.de/2018/12/17/gesetzentwurf-zur-strafschaerfung-bei-rueckfall/>（最後瀏覽日期：108 年 2 月 20 日）

¹³ 日本憲法第 39 條後段規定：「.....對同一犯罪不得重複追究刑事責任」，故有累犯規定是否違反該條規定之議。該國最高法院 1949 年及 1969 年曾兩次判決，認累犯規定並不違反禁止一罪二罰原則，其理由大意为，刑法第 56、57 條累犯加重之規定，係基於第 56 條之累犯事由，而對新犯之罪加重其法定刑，承認其得科處較重之刑而已，並未變更對於前犯之確定判決，亦非對於前犯重複科處刑罰。參照鄭善印，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，96 年 10 月，頁 372。

¹⁴ 最大判昭 24.12.21 刑集三・一二・二〇六二；最判昭 25.1.24 刑集四・一・五四。（參照井上正仁（編集代表），判例六法，東京：有斐閣，平成 22 年 11 月 10 日發行，頁 1635。）

¹⁵ 累犯（るいはん）は、第 1 の犯罪について懲役刑の執行を終わり若しくはその執行の免除を得た後、5 年以内に更に第 2 の犯罪を犯し、有期懲役に処すべき場合（再犯）、又はそのような犯罪が 3 回以上続く場合（三犯以上の累犯）をいう（刑法 56 条、59 条）。

（參照 <https://ja.wikipedia.org/wiki/%E7%B4%AF%E7%8A%AF>）（最後瀏覽日期：108 年 2 月 20 日）

外，日本刑法第 72 條規定科刑輕重之順序，亦即分別為再犯加重、法律上之減輕、併合罪之加重與酌量減輕。

比較德國及日本之情況¹⁶，有關累犯存廢，雖學者有不同法律見解之評論，且從刑罰目的論而言，絕對論（例如應報論）或相對論（一般預防論或特別預防論等），亦容有不同說理。¹⁷但外國刑法立法例上仍不乏設有累犯規定者，係屬事實。質言之，有關一般累犯加重規定，並非當然被認為違憲，甚至仍存在於刑法總則中。因此，對於一般累犯加重甚至三振法規定之存廢，於學者專家間仍有不同見解或批評¹⁸，惟刑事政策上對於再犯之犯罪控制(crime control)，是否應提升為刑法總則規定中，或因違憲而不承認刑法累犯加重

¹⁶ 德國累犯規定之發展，首先為個別特定犯罪類型之刑罰加重事由，演變至一般犯罪的加重事由，到最後廢除累犯規定而成為一般量刑事由。至於日本累犯之立法發展，基本上是擴大累犯加重之成立要件，以及加重其法律效果，以強化對於累犯之防制。特別是日本改正刑法草案，不只擴大累犯的適用範圍，且增設概念尚未清楚的常習累犯。參照許福生，同前揭註 6 文，頁 10。

¹⁷ 有以日本學者團藤重光之人格責任說認責任乃規範評價的性質，其本質為非難可能性。該說認為規範評價的第一個層面固屬行為，尚有第二個規範評價的層面是行為底下的人格。……若從人格形成責任來看，對於逐步形成常習性這一點而言，倘若可歸責於行為人，則行為人之責任即將加重。參照鄭善印，同前揭註 13 文，頁 379-381。又刑事立法上對於累犯加重處罰，乃是累犯無視於前刑之警告，再次犯罪，其行為責任及人格責任均較初犯重，法律上乃規定科予較重責任。倘若再犯無法滿足法律上所規定的累犯要件，也應在法定刑的範圍內，考量其再犯情節，從嚴處遇。惟基於累犯的多樣性與個別性，授權法院自由裁量是否加重亦有其必要性。參照許福生，同前揭註 6 文，頁 9。

¹⁸ 有關累犯加重規定及三振法案之評論，特別是對於累犯存在正當性之質疑，參照柯耀程，刑法總論釋義-修正法篇（下），台北：元照，2006 年 3 月初版 2 刷，頁 446-451。

規定，充其量僅是犯罪學上統計再犯之數據而已。此等問題可能涉及犯罪學、刑事立法政策¹⁹或刑罰學等領域之課題，均值得再更深入探究。

如欲全面廢除一般累犯規定，對累犯或再犯之行為或犯行，就其犯罪之再犯率統計及犯罪分析，在犯罪學上仍有其意義。至於再犯行為之刑事訴追、審判、科刑、判決確定及刑罰執行等不同之階段，對於法官就個案審酌行為人之人格或其行為情狀，對於有再犯者性格或性向之前後犯罪行為之理解、科刑及執行，似仍有其參考及比較價值。

三、罪責前提、罪刑相當與比例原則之問題

刑法中有關罪責（或稱責任）原則(Schuldprinzip)，因運用之不同階段，異其不同基礎(Grundlage)。有將之分為刑罰成立之罪責(Strafbegründungsschuld)階段，即論罪科刑僅於行為人個人之行為應與非難；科刑時刑罰範圍之罪責(Strafmaßschuld)階段(德國刑法第 46 條第 1 項參照)，即於考量預期之刑法效果時，行為人之罪責係刑罰範圍之量刑基礎(Grundlage der Strafzumessung)²⁰（；不法行為與罪責一致性(Schuld-Unrechts-Kongruenz)階段，即罪責須包含一切所實行不法行為之要素。²¹學理上有關罪責原則，如從責任刑法原

¹⁹ 累犯之加重係要將其列為立法政策問題（立法加重）看待或為司法政策（法官視情狀判斷）問題看待，端視一國刑事政策走向以為決定。參照黃朝義，累犯存在之妥當性與必要性—從累犯加重之理論與實務論起，法官協會雜誌第 15 期，102 年 12 月，頁 68。

²⁰ 參照 von Heintschel-Heinegg, BeckOK StGB, v. Heintschel-Heinegg, 40.Edition(01.11.2018)-beck-online, StGB §46 Rn.2; Jen Brögelmann, Methodik der Strafzumessung, JuS 2002, 903/904f.-beck-online.

²¹ 參照 https://de.wikipedia.org/wiki/Nulla_poena_sine_culpa（最後瀏覽日期：108 年 2 月 20 日）。

則之概念下，所謂責任並非指整個生活素行責任（有稱生活操行責任或生活方式責任）(Lebensführungsschuld)，而是指具體侵害法益之行為責任(Tatschuld)。此責任刑法原則，德國學理及實務上認為其對罪刑法定原則，具有補充作用，而成為憲法之概念。²²

本號解釋之立論基礎，主要建立於學理上作為刑法原則之罪責原則。有認為罪責原則可衍生罪責是刑罰的前提要件與刑罰必須與罪責相當兩點涵義。²³刑法基本原則犯罪之成立，以罪責為前提。²⁴犯罪與刑罰間之相互對應，則屬罪刑

²² 參照蘇俊雄，刑法總論 I，87 年 3 月修正再版，頁 99-100 及註 14, 15。其參考 Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, 2.Aufl., 1976, S.187ff. 及聯邦憲法法院 BVerfGE 6, 389(439); 20, 323(331)等見解。

²³ 參照林山田，刑法通論（上冊），台北：作者發行，2008 年 1 月增訂 10 版 1 刷，頁 91-94。惟其將比例原則與罪責原則分開論述，但於罪刑相當原則（刑罰必須與罪責相當）中，認刑罰的輕重程度不得逾越罪責的高低度，逾越行為罪責程度的刑罰，應予禁止，這即形成超量禁止(Übermaßverbot)原則。惟德國有將比例原則另稱之為超量禁止（或稱過度禁止）。（參照 Jörn Ipsen, Staatsrecht II Grundrechte, 18.Aufl., München: Vahlen, 2015, Rn.182.; Friedhelm Hufen, Staatsrecht II Grundrechte, 4.Aufl., München: Beck, 2014, §9 Rn.14; Peter Badura, Staatsrecht, 6.Aufl., München: Beck, 2015, C28.）又有將法律拘束中之比例原則審查時，將過度禁止不僅是作為實體法之控制(materiell-rechtlicher Befehl)，亦包含審查比例原則之法釋義上手段及方法論上方法。參照 Alexander Tischbirek, Die Verhältnismäßigkeitsprüfung, Tübingen: Mohr Siebeck, 2017, S.174ff..

²⁴ 行為人固須對其所形成之意思（犯罪意思），負刑事責任，……。然而究竟人有無真正之意思自由，此不僅為法律學上應予重視之問題，亦係心理學、哲學或倫理學上素被關注之問題。詳參蔡墩銘，刑法精義，台北：翰蘆圖書，2005 年 7 月二版，頁 224-225。意志自由？從決定論者或非決定論者的角度、自然科學研究到對於相對自由的處理等。詳參黃榮堅，重刑化刑事政策之商榷，台灣本土法學雜誌，第 45 期，92 年 4 月，頁 70-74。

相當原則。²⁵ 罪責原則 (Schuldgrundsatz) (有稱為責任主義)，即指無罪責無刑罰 (keine Strafe ohne Schuld; nulla poena sine culpa) (或稱無責任即無罪刑)。此依德國聯邦憲法法院見解，係基於人性尊嚴尊重²⁶及法治國原則²⁷。罪責作為可罰性之要件，與量刑罪責 (Strafzumessungsschuld) 不同。其以行為個人之可非難性 (die individuelle Vorwerfbarkeit der Tat) 為必要。²⁸ 有關行為人之責任 (或稱罪責) (Die Schuld des Täters) 構成刑罰量刑之基礎 (刑法第 57 條第 1 項前段「科刑時應以行為人之責任為基礎」)²⁹。於刑法所稱之責任，包含該當構成要件之不法 (Unrecht) 實現時可責性之程度 (Maß)。此與構成三階段犯罪架構 (dreistufige Deliktaufbau) 中之可罰性 (Strafbarkeit) 有所不同。³⁰ 而在犯罪與法律效果間亦須均衡，不得違反憲法罪責相當之刑罰原則 (das verfassungsrechtliche Prinzip schuldangemessenen Strafens)，且如對微罪行為或損

²⁵ 罪責原則除了要求「無責任，即無刑罰」之外，即便要對犯罪人科以刑罰，也必須遵守刑罰與罪責之間具有相當性之「罪刑相當原則」。參照王皇玉，刑法總則，台北：新學林，2018 年 8 月 4 版 2 刷，頁 53-55。

²⁶ BVerfGE 25, 269, 285.

²⁷ BVerfGE 109, 133, 171; BVerfGE 110, 1, 13.

²⁸ 參照 von Heintschel-Heinegg, Strafgesetzbuch, 2. Aufl., München: Beck, 2015, §20 Rn.2.

²⁹ 另參照德國刑法第 46 條第 1 項第 1 段規定，行為人之責任，為量刑之基礎。(Die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumessung der Strafe.)

³⁰ 關於犯罪概念，一般採取所謂三階層理論，另有不法 (Unrecht) 與責任 (Schuld) 二階層理論。參照黃榮堅，基礎刑法學 (上)，台北：元照，2004 年 6 月 2 版 1 刷，頁 128-134。

害限度方面之量刑，則判斷其個案是否符合比例。³¹

本號解釋確認罪刑相當原則為憲法上原則，值得肯認，惟由上述可知，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。

³¹ 參照 von Heintschel-Heinegg, a.a.O., §46 Rn.2, 56a.