

《刑事政策與犯罪研究論文集(六)》

從兩極化刑事政策觀點論刑法之修正草案

許福生：中央警察大學行政警察學系副教授；財團法人向陽公益基金會執行長

壹、問題之提出

貳、兩極化刑事政策之相關概念

- 一、兩極化刑事政策之意義與策略
- 二、兩極化刑事政策之發展背景

參、刑法草案之修正動向

- 一、朝向重刑化之方向修正
- 二、本文之觀點

肆、防制累犯修正之檢討與建議

- 一、有關「特別累犯」之加重
- 二、有關有期徒刑加重上限之提高

伍、降低輕罪受刑人修正之檢討與建議

- 一、改善短期自由刑之方法
- 二、增訂適用短期自由刑之限制條文
- 三、擴大緩刑使用範圍
- 四、擴大罰金刑使用範圍

陸、結論

摘要

依中華民國刑法部分修正草案總說明可得知，此次草案刑事立法政策之指導方針，乃是寬嚴並進的刑事政策，亦即兩極化刑事政策。然而，就此草案的修正動向觀之，基本上是朝向「儘可能的把多數犯罪人監禁起來」之重刑化的方向思考，而採取「更加應報的『兩極化刑事政策』」。特別是此次草案有關「特別累犯的加重」及「有期徒刑加重上限的提高」，更是引起學者廣泛的批評。如此修正，反而忽視國內目前相當需要的寬鬆刑事政策之這一方，尤其是我國從民國三十八年轉進台灣後，因長期處於戒嚴時期，所以我國刑法一向極為嚴峻，縱使解嚴後，亦不見「刑罰的人道化、近代化」，可謂一直處於「重典」的狀態。因此，就我國而言，為改善短期自由刑之適用以降低輕刑受刑人，與刑法修正最有關係則是增訂第五十八條之一規定適用短期自由刑之限制條文，修改第七十四條擴大緩刑適用範圍，以及修改第四十一條擴大易科罰金的適用範圍。至於防制累犯部分，在刑事立法上雖可增訂「重罪累犯」（即將「特別累犯」改稱為重罪累犯），提高重大犯罪累犯之刑度，而與一般犯罪累犯區別。惟基於「重罪累犯」的多樣性與個別性，仍須授權法院自由裁量是否加重，並應增設排除一般累犯適用於執行未滿六個月有期徒刑者；另外，反對提高單一刑罰及加重刑罰之最高上限為二十年及三十年與數罪併罰提高至四十年，維持現狀即可。使累犯能真正處罰到應處罰者，及符合年齡在犯罪學上的意義，以使累犯的處罰能符合與理論一致、與資源一致、公平與精確的要求。

壹、問題之提出

刑事政策學，可謂是基於犯罪原因論上之認識，研究如何更合理且有效的改進現行犯罪防制對策的學問。研究刑事政策最主要目的，乃在於防制犯罪¹。就以我國而言，拘役及短期自由刑受刑人比率偏高，輕罪受刑人人數逐年上升，以近五年新收入監受刑人而言，其中有期徒刑六個月以下及單科拘役或罰金者，約佔四成以上，民國九十一年更高達 46.75%，計佔全部在監受刑人總數的將近三分之一（詳表一）。另外，新入監受刑人之累再犯比例，約佔全部新入監受刑人將近半數（詳表二）。因而如何改善我國短期自由刑之適用及降低新入監受刑人之累再犯比例，便成爲我國現行刑事政策的重要課題。

有鑑於此，法務部爲了達成訴訟經濟、合理使用司法資源，及有效抑制重大犯罪之再犯、嚴懲重罪的受刑人，同時紓解監獄的擁擠，發覺目前國際間的刑事政策有朝向「兩極化刑事政策」的發展趨勢，乃將「兩極化刑事政策」名稱修正爲「寬嚴並進的刑事政策」，作爲此次中華民國刑法部分修正草案刑事立法政策之指導方針。

此次刑法部分修正草案一提出之後，便遭受許多論者的批評，認爲此次修法完全偏重於「重刑重罰化」，看不出「緩和」的刑事政策何在。惟法務部的說帖指出：「緩和」的刑事政策部分，並不完全在刑事實體法中展現，更多係在刑事程序法及行政除罪化之措施上具體展現。例如民國九十一年已建立了緩起訴制度，引進了社區處遇；民國九十年修正刑法第四十一條大幅擴大得易科罰金的範圍，更直接限制了短期自由刑的適用；此外法務部透過「轉向」政策的推行及行政刑罰的除罪化等，均是「緩和」的刑事政策在立法及實務上的具體實踐。此次刑法修正，僅係就尚不足的部分予以補強，雖份量並不顯著，但綜合上述各項不同法律的修正及轉向措施的採行，當可明瞭「緩和」的刑事政策在法務部的刑事政策中並未偏廢，而是已透過刑法以外的其他配套措施同時進行。而從法務部近年來推動漸近廢除死刑的政策，並未以「治亂世用重典」的思維來建構刑事政策，此次修正的「重刑重罰」部分，其適用對象也僅止於少數重罪犯罪人而已，對於多數人的犯罪，刑罰並未更嚴厲²。

縱使法務部的說帖一再強調，並未以「治亂世用重典」的思維來建構刑事政策，而是以「寬嚴並進的刑事政策」（亦即是指「兩極化刑事政策」）作爲修正的主要方向。然而，何謂「兩極化刑事政策」？「兩極化刑事政策」發展背景爲何？

¹許福生，刑事學講義，自版，民國九十年初版，頁十一。

²法務部，「寬嚴並進的刑事政策簡介」，載於民國九十二年六月立法院第五屆第三會期司法委員會「中華民國刑法及其施行法部分條文修正草案」等案公聽會報告，頁五四八。

其修正的主要方向真為「寬嚴並進的刑事政策」？若其修正草案真朝向「寬嚴並進的刑事政策」應如何修正？深值探討。

因此，本文擬先簡略介紹一下兩極化刑事政策基本概念及其發展背景，之後論述此次刑法修正草案的真正方向為何。最後則針對如何降低輕罪受刑人人數及新入監受刑人之累再犯比例，刑法修正草案對於有關「特別累犯」加重、有期徒刑加重上限提高，以及如何改善我國現行短期自由刑之適用以降低輕罪受刑人人數等問題，應如何規範較符合兩極化刑事政策之觀點，提出檢討與建議，以作為刑法修正之參考。

表一：輕刑犯入監服刑一覽表

年別	新入監人數 A	罰金易服勞役 B	拘役 C	六月以下徒刑 D	B+C+D/A% D	在監受刑人 總人數
87年	28,076	393	1,788	8,997	11,178 39.81%	40,815
88年	22,790	575	1,737	6,893	9,205 40.39%	38,278
89年	23,147	1,096	2,068	6,789	9,953 42.99%	37,611
90年	24,760	1,437	2,260	6,821	10,518 42.47%	39,253
91年	27,003	1,771	3,314	7,720	12,625 46.75%	39,825

資料來源：http://www.moj.gov.tw/f7_frame.htm

表二：新入監受刑人之累再犯比例

年別	新入監人數 A	初犯比例 B	再犯比例 C	累犯比例 D	累再犯之人數及比例 C+D (含毒品犯)
87年	28,076	48.3%	14.0%	37.7%	14,513 51.7%
88年	22,790	51.8%	15.3%	32.9%	10,978 48.2%
89年	23,147	52.5%	14.4%	33.2%	11,004 47.5%
90年	24,760	52.7%	13.4%	32.5%	11,710 47.3%
91年	27,003	53.1%	14.4%	33.5%	12,670 46.9%

資料來源：http://www.moj.gov.tw/f7_frame.htm

貳、兩極化刑事政策之相關概念

一、兩極化刑事政策之意義與策略

所謂兩極化刑事政策，亦即是對於重大犯罪及危險犯罪者，本者「相對應報刑」的刑罰理論依據，基於維持法社會秩序及保護國民法益，而採取嚴格對策之嚴格刑事政策。嚴格刑事政策之對象主要為重大犯罪及危險犯罪者或處遇困難犯罪者，基本策略與目的，則為對於重大犯罪及危險犯罪者於刑事立法上採取應報思想，於刑事司法上從重量刑或剝奪其犯罪所得，於刑事執行上則從嚴處遇，以維持法社會秩序及保護國民法益而壓制重大犯罪再發生。目前各國法制為有效追訴組織犯罪或恐怖主義，設計出各式各樣的抗制對策，以及針對慢性犯罪者所科予的長期監禁，均為嚴格刑事政策的具體措施。

相對地，對於輕微犯罪及某種程度有改善可能性者，本著刑法謙抑思想、成本效益、標籤理論、轉向處分及司法實務運作之考量，基於犯罪者之再社會化，而採取寬鬆對策之寬鬆刑事政策。寬鬆刑事政策之對象，主要為輕微犯罪及有改善可能性犯罪者，其基本策略與目的，則為對於輕微犯罪者於刑事立法上考量非犯罪化、刑事司法上考量非刑罰化、刑事執行上考量非機構化，以達到防止再犯及促成犯罪者再社會化。目前各國所實施的「無被害人犯罪」除罪化、「行為者與被害者的和解」、各種猶豫制度、發展出一些能達到替代自由刑效果之措施、以及實施開放式處遇及社區內處遇等，均屬於寬鬆刑事政策的具體措施³。

二、兩極化刑事政策之發展背景

隨著十六世紀近代自由刑之誕生，做為替代死刑、身體刑及流刑，自由刑便發展成為刑罰的中心。況且隨著人道主義與科學主義的發展，以自由刑為中心的刑事政策，強調對於受刑人施以改善主義⁴。甚且發展出「醫療模式」(Medical Model)之行刑政策，採取醫學的觀點處遇犯罪者，並且強調犯罪者處遇，仍是為了犯罪者自身的福祉所為的措施⁵。

³有關「兩極化刑事政策」之相關論述，可參考許福生，當前犯罪控制對策之研究－兩極化刑事政策之觀點，中央警察大學出版社，民國八十七年三月；許福生，兩極化刑事政策之研究，中央警察大學犯罪防治研究所博士論文，民國九十一年十月十八日。

⁴宮澤浩一，「刑事政策及危機」，法學本立瓜≡二十六卷十一號，一九八一年十一月，頁一一三。

⁵石塚伸一，「刑事政策及危機下勾中化－公及危機論的位相及再檢討－」，中央大學學院研究年報第十三號 I - 2，一九八四年三月，頁六〇。

然而，一九七〇年代隨著改善主義特別是「醫療模式」在「伴隨剝奪自由之拘禁環境中，期望達到徹底改善受刑人的方式，因刑事司法之過度干涉，其結果乃導致不當地侵害受刑人個人自由及自主權，進而影響其再復歸社會。⁶」以及「發覺縱使投入相當大的人力及物力改造行刑機構，但受刑人在此優良的環境中出獄後，其再犯率卻與以往舊式行刑機構並無任何差別。這樣的結果，豈不是說白白浪費投入大把的稅金。⁷」導致改善主義特別是「醫療模式」遭受諸多批評後，改善思想產生動搖後所產生的「刑事政策危機」，迫使以北歐及美國為首之國家，針對改善主義的批評，不得不採取另一套刑事政策以防制犯罪。

就在此刑事政策的變革潮流中，為了「調和」監禁具有「復歸社會」和「應報」與「威嚇」之「社會防衛」功能；以及回應批判犯罪學派所主張，國家刑事司法應對於輕微犯罪及少年犯罪採取不干涉政策，便帶動了「刑事政策」典範之改變。於是產生保留「自由刑」以制裁重大犯罪及常習犯罪者，以及導入「社區處遇」或「轉向處分」，做為替代刑事自由刑的手段或擴大運用罰金刑。況且對犯罪嫌犯、被告及有罪犯罪者，應依照法律的規定，以保障其「正當程序」(Due Process)⁸。換言之，即產生一方基於公平應報，須以刑罰適切對應處罰之必要；以及另一方則儘可能迴避刑事處罰，即對於犯罪者儘量避免國家的過度干過之「兩極化刑事政策」出現。

如此的兩極化刑事政策，考量到重大犯罪或危險犯罪者，無法以其他的替代措施實施對其制裁外，才將「自由刑」做為「最後手段性」，且注重犯罪者之正當法律程序及矯治，可說是採取「相對應報的『兩極化刑事政策』」。然而，此「相對應報的『兩極化刑事政策』」，近年來在美國由於民眾犯罪恐懼感之增大，令人們慮及市民戰爭之再發，於是美國現行的發展動向，似乎傾向「儘可能的把多數犯罪人監禁起來」之保守派主張的強硬政策(Get Tough Policy)而行。典型例子如美國於一九九四年通過所謂的「三振出局」法案。惟美國為了解決監獄人滿為患的問題，又不得不採取「替代性監禁」(alternatives to imprisonment)措施。如此之發展趨勢，已不同於一九七〇年代因「醫療模式」之反動所採取的「相對應報的『兩極化刑事政策』」，而是採取「更加應報的『兩極化刑事政策』」。從而可知，兩極化刑事政策其間的界限，常隨著各國犯罪趨勢與發展而變動，而便成為一流動性且相對性的概念。

⁶加藤久雄，刑事政策學入門，立花書房，一九九四年五月廿日第二刷發行，頁二八。

⁷宮澤浩一，「犯罪者處遇思想及變遷午我互國及刑事政策及現狀」，犯罪午非行第100號，一九九四年五月，頁一二。

⁸石塚伸一，前揭文，頁六〇。

參、刑法草案之修正動向

一、朝向重刑化之方向修正

民國九十一年十月行政院院會所通過有關法務部所擬「中華民國刑法修正草案」，依中華民國刑法部分修正草案總說明可得知，此次草案刑事立法政策之指導方針，乃是寬嚴並進的刑事政策，亦即兩極化刑事政策。

然而，就此草案的修正動向觀之，基本上是朝向「儘可能的把多數犯罪人監禁起來」之重刑化的方向思考，而採取「更加應報的『兩極化刑事政策』」。典型例子例如（一）將單一犯罪的有期徒刑及其加重的最高上限，分別提高為二十年及三十年。至於數罪併罰有期徒刑執行的上限，則提高為四十年。（二）酌採美國「三振法案」之精神，對曾犯最輕本刑五年以上有期徒刑的累犯特別加重其刑，並明定這類累犯「加重本刑二分之一」，三犯者，「加重本刑一倍」。（三）為符合刑罰之公平性，刪除連續犯、牽連犯之規定。（四）配合有期徒刑上限的提高及「特別累犯」的修正，而提高假釋之門檻為無期徒刑須服刑逾三十年，累犯者須服刑逾四十年，始得許假釋，並將現行假釋後滿十五年未經撤銷假釋者，其未執行之刑以執行論，提高為二十年⁹。

無怪乎本草案一提出，便引起學者廣泛的批評，其中批判最多的當屬於刑度的提高及累犯加重相關規定的修正。有學者認為，此一刑法修正草案整體觀之，「只是加重處罰的陳舊刑法」¹⁰。亦有學者認為，刑度提高的立法理由乃認為國人平均壽命提高，是以對於刑度範圍仍應加以提高，此種想法不就應驗「漲價歸公」的說法了嗎？至於累犯的規定係屬犯罪本身的連坐處罰，三振累犯的處罰，

⁹縱使依據法務部的說明：本次修正除刪除未滿十八歲犯殺害直系血親尊親屬可判處死刑之規定，及修正緩刑適用刑罰以外之社會性處遇，以達成對於犯輕罪者促其改過自新，兼顧預防犯罪之目的，並配合提高有期徒刑上限、酌採美國三振法案、刪除連續犯及牽連犯之規定，以期實現寬嚴並進之現代刑事政策。然而，整體觀之如此的修正動向，基本上是朝向「儘可能的把多數犯罪人監禁起來」之重刑化的方向思考，而採取『更加應報的「兩極化刑事政策」』。另外，法務部在民國九十年十二月十二日所完成「中華民國刑法部分條文修正草案」暨「中華民國刑法施行法部分條文修正草案」，提高單一刑罰及加重刑罰之最高上限為二十年及四十年。惟民國九十一年十月九日行政院院會所通過有關法務部所擬「中華民國刑法修正草案」，則將單一犯罪的有期徒刑及其加重的最高上限，分別提高為二十年及三十年。至於數罪併罰有期徒刑執行的上限，則提高為四十年。參照法務通訊第二一〇五期，民國九十一年十月十日。

¹⁰林山田，「刑法改革與刑事立法政策」，月旦法學雜誌(No.92)，民國九十二年一月，頁二五。

更是連座的連座，其謬論更甚於累犯¹¹。亦有學者認為刑事之執行，既無法矯正犯罪行為人之人格，則屬刑事機構之責任。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，於另外之犯罪更考量行為人之「前科」，而構成加重事由。此種加重事由，已違反「罪刑法定原則」與「罪責原則」之內涵¹²。另有學者從刑法學的觀點及自由主義的立場，來反對此項規定。認為累犯制度是純粹的行為人刑法，可能違反罪責原則。此外，創設特別累犯，乃是建立在功利主義的基礎上，企圖營造最大多數人的愉快情感經驗，將悖逆自由主義的精神，為集體主義與集權主義造橋鋪路¹³。

二、本文之觀點

筆者雖一向主張實施「兩極化刑事政策」，然而一個國家的刑事政策，若能以實施「相對應報的『兩極化刑事政策』」，甚且光是實施「寬鬆的刑事政策」，即可達到刑事政策防制犯罪的目的，即可說該國是屬於治安較良好的「安全社會」，這亦是我們研究刑事政策，所追求的目標。倘若一個國家的刑事政策須走向「更加應報的『兩極化刑事政策』」之「長期監禁的強硬隔離政策」，即也表示該國之犯罪防制對策，已到了窮途末路之時。這樣的刑事政策，應是我們不意樂見而應避免的。

特別是歐美諸先進國家，其刑事立法政策之演變，基本上於二次大戰後表現出從「刑罰的人道化、近代化、除罪化、非刑罰化、非機構化」，至為因應「法與秩序」的要求，而重新修訂刑罰制度，發展至「兩極化刑事政策」，而非一味地朝向重罰化的方向直線地修正，仍然對於輕微犯罪及有改善者持續推動非刑罰化及非機構化¹⁴。

反觀我國從民國三十八年轉進台灣後，因長期處於戒嚴時期，所以我國刑法一向極為嚴峻，縱使解嚴後，亦不見「刑罰的人道化及近代化」，可謂一直處於「重典」的狀態¹⁵。特別是此次草案有關「特別累犯的加重」及「有期徒刑加重

¹¹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(No.92)，民國九十二年一月，頁七一、七四。

¹²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。

¹³林東茂，「累犯與三振出局」，「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。

¹⁴瀨川晃，奶幼伉且刑事法及現代的展開，成文堂，一九九五年六月十日第一刷發行，頁三～十三。

¹⁵例如以賭博為例，台灣地區早期觸犯賭博罪者，不論人數或所占比例均不很高。惟由於大家樂與六合彩的興起，政府為消除此惡風，積極以刑事手段介入，導致從民國七十五年起，人數大幅躍昇，並

上限的提高」，更是引起學者廣泛的批評。另外，數罪併罰部分的執行刑上限部分被提高至四十年，相對地也使得連續犯、牽連犯或常業犯等規定，回歸一行為犯罪或數行為犯罪的競合處理，可能簡化整個競合體系及避免概念解釋上的模糊之修正的正當性，也相對跟著減低¹⁶。

如此修正，反而忽視國內目前相當需要的寬鬆刑事政策之這一方。例如對於相關無被害人犯罪之除罪化、刑事立法上限制短期自由刑的適用、刑事和解及社區處遇刑之引入，均不在此次的草案中出現，使得此次修正明顯是朝向「更加應報的『兩極化刑事政策』」之「長期監禁的強硬隔離政策」而行，看不出來此次草案是採取「寬嚴並進的刑事政策」。

肆、防制累犯修正之檢討與建議

一、有關「特別累犯」之加重

從歷史觀之，對於累犯科予較重刑罰，乃認為理所當然之事，惟觀之德日兩國有關累犯的立法發展，卻有相當大的差異。德國累犯規定之發展，可發現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（德國於一九八六年刑法部分修正時，基於「作為累犯之處罰，不管觸犯任何輕微犯罪，均須處以最低六個月自由刑，並無法與責任主義相對應。再者，縱使本條加入所謂『非難性條款』，以避免和責任主義相

首次突破萬人，成為票據刑罰廢除後，各犯罪類型中人數最多者。特別是賭博罪是我國現行所有犯罪中，定罪率最高的一種犯罪類型，且占全部判決確定有罪人數的四分之一弱，而其中又以參與賭博電動玩人數最多（約占賭博罪六成）。再以刑法第二百三十五條散布猥褻物品罪而言，本條於民國五十八年修正前，僅得處以一千元以下之罰金。政府為遏止妨害風化書刊與圖片之氾濫，乃提高其罰金之幅度，並增列第三項及自由刑。民國八十八年刑法修正時，將原法定刑從一年以下有期徒刑，提高為二年以上有期徒刑，就有關本條之修正，似乎更加深了倫理化的要求。此與二次大戰後，英、美、德各國所流行的刑法脫倫理化，對於不發生具體被害的無被害人犯罪，應停止刑法的處罰，而帶動了「無被害人犯罪」之除罪化運動。然而，這樣的風潮似乎未在我國引起任何的影響，反而對於賭、色方面為了維持特定的道德觀，而有採取更加嚴格的措施而行，似與世界潮流背道而馳。有關無被害人犯罪與除罪化之問題，可參照許福生，「無被害人犯罪與除罪化之研究」，中央警察大學學報第三十四期，民國八十八年三月出版；許福生，「性表現自由與刑法散布猥褻文書罪」，警大法律學論叢第三期，民國八十七年三月出版。

¹⁶黃榮堅，「重刑化刑事政策之商榷」，「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，頁十一。

衝突，惟在審判實務上，仍常常遭受適用上的困難」等原因的考量，將原刑法第四十八條「累犯」之規定全面刪除）。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¹⁷。

再者，常習犯與累犯的規定，從廣義的意義來看，兩者一律均是著眼於行為者人格及性格，而具有行為者責任的性質。然若正確加以考察的話，兩者之間具有很大的差異。常習犯仍著眼於行為者之常習性，累犯則著眼於一度被科處刑罰，卻仍不知悔改，而再次犯罪。因此，累犯原則上可從行為責任來看，比起初犯可施加更強的非難，且法律上規定，受徒刑之執行完畢或一部之執行而赦免後，一定期間再犯，以做為加重的理由¹⁸。倘若單單著眼於行為者之性格，便不須要求前犯是否有科刑，以及是否有執行完畢為其要件。

然而，無視於前刑之警告，為何可將行為責任的量加重？此乃因為累犯之加重，首先乃是因一度遭受刑罰之處罰而執行完畢，卻仍不知悔改，而再次犯罪，因而增高其責任非難性，而加重其責任。況且，亦不能否認行為者反覆犯罪，所顯示之反社會危險性。因此，累犯之加重，比起初犯，更能夠自然的感受到第一次考量的乃是行為責任，第二次則是考量人格形成責任。亦即以行為責任為原則，而輔以行為者責任。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¹⁹。

因此，現行刑法修正草案，認為累犯加重之理論依據，係以「犯人刑罰反應力薄弱，需再延長其矯正期間，以助其重返社會」。如此觀點，不從責任主義出發而從刑事政策之特別預防觀點出發，將破壞責任主義做為犯罪與刑罰的前提與界限，嚴重違反責任主義。因而，須加以改弦易張，而從行為責任出發，方符合責任主義。

至於草案酌採美國「三振法案」之精神，對曾犯最輕本刑五年以上有期徒刑的累犯特別加重其刑，並明定這類累犯「加重本刑二分之一」，三犯者，「加重本刑一倍」。惟美國聯邦或各州所通過之三振出局法案之立法政策，乃是對反覆觸犯重罪之犯罪者，給予長期拘禁，使其與社會隔離²⁰。因而此法案最主要的特徵，乃是對這些常習犯科處異常的刑罰，可謂是走向「長期監禁的強硬隔離政策」。

¹⁷ 有關累犯加重之比較問題，可參閱許福生，「累犯加重之比較研究」，刑事法雜誌第四十七卷第四期，民國九十二年八月。

¹⁸ 團藤重光，刑法綱要總論，創文社，一九九〇年第三版第一刷發行，頁五三二。

¹⁹ 朝倉京一，「累犯加重及法理」，專修法學論集第三七號，一九八三年三月，頁一七。

²⁰ 岡田美紀，「失丟伉市合眾國及州伊矛伙卜云行月「旦伉≡旦玄仿奶弁法」卜關允月檢討」，比較法雜誌31卷4號，一九九八年，頁一七四。

縱使有論者認為對於重罪累犯加重刑期之影響，非短期之內可窺見，因而要在資料尚未完備之前，要為三振法案遽下結論，恐失之武斷。然而這種以「民粹主義」(populism)為出發點的立法例，飽受學術界之批評，肇因於其將犯罪問題政治化。誠如美國刑法學者 Francis A. Allen 所言，此種考量「法與秩序」之思考方式，可稱為「刑事司法之戰爭說」(War Theory of Criminal Justice)²¹。如此這般的排除改善矯治思想，完全強調以鎮壓隔離的刑事政策，不只欠缺人道思想的考量，違反罪責原則，且就減少犯罪率及節省社會成本方面，似乎未能處罰到該處罰之人而不能積極表現其效果，且產生了監獄人滿為患及對現行刑事司法運作產生不公及不合法之問題。一國之刑事立法政策，若走向這樣的道路，表示該國對於犯罪防制已走向窮途末路。

因此，美國三振出局之立法政策，無論就刑罰目的而言（無視於罪刑相當原則）、就政治層面而言（將犯罪問題政治化）、就經濟層面而言（未能處罰到該處罰之人而產生「排擠效應」）、就社會層面而言（過度使用正式社會控制機制將會導致弱化非正式社會控制及帶來民眾的暴動與抗爭之難題），確實也提供我們一個絕佳的反省機會²²。

然而，犯罪學上慢性習慣犯的研究指出，少部分的人犯了大多數的犯罪。現若是能透過精確的估算且與刑法理論一致，以確立其打擊之對象，評估威嚇效力及社會成本支出，確可建立一有效控制累犯之刑罰制度。換言之，如何將嚴格的刑事政策，使用到真正應該處罰的人身上，藉以節省社會成本，且在既有累犯加重處罰之規定下，如何避免刑罰威嚇力產生邊際效應遞減之作用，並符合刑法理論，乃是我國今後要引入三振出局法案立法精神須思索的方向。藉以達到累犯加重能符合（1）與理論一致；（2）與資源一致；（3）公平；（4）精確等四個原則。

本此觀之，修正草案有關「特別累犯」加重處罰的範圍，乃是針對觸犯最輕本刑五年以上有期徒刑之罪，可說是針對重罪較為一般之犯罪更為加重處罰，採取分類分級加重其刑，並明定此類累犯「加重本刑二分之一」，自與僅規定加重之最高限制之「加重本刑至二分之一」不同。而對於「特別累犯」三犯者，則「加重本刑一倍」。這樣的思考方式，對於危險性大而有預防必要的累犯，科處接近責任刑上限之刑，雖有其道理。然而，就刑法法理及資源之有效運用來說，仍值得商榷。特別是就犯罪學觀點言之，典型的累犯具有破壞性、怪癖及畏懼性的特

²¹轉引至團藤重光，死刑廢止論〔第六版〕，有斐閣，二〇〇〇年四月三十日第六版第一刷發行，頁一一〇。

²²徐昫，「美國三振出局法—問題與聯想」，刑事法雜誌第三十九卷，民國八十四年十二月，頁七四~八。

質，其犯罪經驗正是屬於一種自卑感、落寞感及偏激，通常是具有病理的傾向。況且大多數的累犯行為人具有受限的社會能力，其需要幫助遠大於刑罰²³。因而，對於「特別累犯」雖可較一般之犯罪更為加重處罰，惟基於「特別累犯」的多樣性與個別性，仍須授權法院自由裁量是否加重。同樣地，「特別累犯」之三犯者，仍須前刑須執行完畢，或一部之執行而赦免後，五年以內再犯有期徒刑以上之罪者，即以加上以執行終了為條件，且仍須授權法院自由裁量是否加重，方可支撐做為責任刑之加重理由。

此外，從現實中觀之，大部分累犯仍是單單只是麻煩製造者的累犯，而不具有危險性的所謂「微罪的累犯者」。縱使其為累犯，就刑法法理及資源之有效運用來說，亦不須加重刑罰。實務上對於此類微罪的累犯沒有加重本刑至二分之一，而同樣量刑之例子亦不少。

縱使現行刑修草案雖保留現行刑法對一般累犯「加重本刑至二分之一」，授權法官得就個案具體情況，在本刑二分之一之範圍內，決定加重之比例。至少現行刑法對於累犯的適用，以受有期徒刑之執行完畢為其要件，雖有其道理，但對此類「微罪的累犯者」，至少可考量限定在執行六個月以上有期徒刑完畢方有累犯之適用，以符合資源之有效運用。

因此，本文建議將刑法第四十七條累犯條文修正為：「受六個月以上徒刑之執行完畢，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。如所犯為最輕本刑五年以上有期徒刑之罪，受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，五年以內故意再犯最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪者，加重本刑至三分之二。曾依前項後段規定加重其刑，受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，五年以內故意再犯最輕本刑五年以上有期徒刑之罪，加重本刑至一倍。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。」

另外，名稱上使用「特別累犯」，則與一般我們針對在累犯之中，若前犯與後犯罪質相同者，則稱為「特別累犯」，倘若前犯與後犯罪質相異者，則稱為「一般累犯」相混淆。因此，本文建議應將此增訂之「特別累犯」名稱改為「重罪累犯」，以符合本條針對一再觸犯最輕本刑五年以上有期徒刑之重罪，採取與一般輕罪累犯更為嚴厲的處罰。

二、有關有期徒刑加重上限之提高

²³鄭昆山，「累犯加重刑罰之比較研究」，載於甘添貴教授六秩祝壽論文集—刑事法學之理想與探索〔第四卷 刑事政策與刑事立法論〕，學林文化事業有限公司，民國九十一年三月一版，頁四八八。

有期徒刑，即於一定期限內，拘禁犯人於監獄，以剝奪其身體自由之刑罰也。各國立法例均規定其最高與最低度之刑期，使法官於其範圍內，視罪責之輕重，選擇適當之期限，而為宣告。我國現行刑法規定有期徒刑之最高度為十五年，最低度為二月以上，遇有加減時，得減至二月未滿，或加至二十年（參照刑法第三十三條）。

有期徒刑在所有刑罰中應用之範圍最廣，為今日刑罰之重心，此種刑罰除短期自由刑尚受刑事政策學者之批評外，最能實現近代學派所主張之刑罰目的。以其有伸縮性，既可隔離犯人以期防衛社會，又有足夠之時間以改善犯人革除犯罪之惡習，故為刑事學家所一致推崇也²⁴。特別是有期徒刑能否發揮刑罰之效用，除須法官個案量刑之妥適外，法定刑之刑度長短是否合宜，實居關鍵之因素。

有鑑於此，此次草案，鑑於現行刑罰之種類與刑度之間差距過大，對於惡性重大但尚不及科處無期徒刑者，受限於有期徒刑最高刑度十五年之限制，致量刑失其彈性，與無期徒刑之間刑度落差太大，無法充分發揮有期徒刑制度之一般預防之功能。參以刑事責任年齡及現今國人之平均壽命大幅提高，爰將有期徒刑之上限提高為二十年。且對於現行遇有刑罰加重事由時，因現行規定限制僅能加重至二十年，對於刑度較重之罪，或有數個加重原因者，可能因加重後最高刑度之限制，而不全被加重，殊非妥適。因此配合有期徒刑上限之提高，爰提高加重罰之最高上限為三十年。

確實，對於重大犯罪無論採取何種加重方式，均面臨現行刑法有關最高刑度限制之問題。若維持現行規定限制僅能加重至二十年，將失去「特別累犯」加重規定之意義；但若依照草案之規定，可加重最高上限至三十年，如此有期徒刑則幾乎接近無期徒刑，將喪失有期徒刑在刑事政策上之意義。況且這樣的規定若實施，將會面臨如同美國現行所實施三振出局法案所面臨的獄政問題，並不符合資源之合理分配。

另外，如此的規定，可謂是將犯罪者長期的與社會隔離，喪失使犯罪者再復歸社會之目標。然而，這樣的隔離政策，與我國目前監獄的行刑目的，乃以使受刑人改悔向上，適於社會生活相違背。況且根據研究指出，有期徒刑在監執行若逾二十年，則易使人自暴自棄，難收矯治之功效。再者，若受刑人超過二十年徒刑之執行，俟其出獄重返社會時，因與社會隔離太久，易生適應不良之問題。再加上我國現行對於微罪的處理仍是以正義為主，尚未調整為以效率為主。現行刑法修正草案若正式實施，監獄人口的增加及受刑人人口的老化問題，將是以後刑事政策最重要課題。

²⁴謝瑞智，犯罪學與刑事政策，文笙書局，民國八十五年版，頁二〇九。

基此觀點，筆者並不贊同將現行的最高刑度及加重刑度提高，特別是數罪併罰加重至四十年，維持現況即可。事實上，我國現行量刑的問題，乃是在於量刑不足，而非刑度的不足。依據量刑統計分析顯示，關於有期徒刑，法官多採「低度量刑法」，則低度刑之兩倍可能仍不如高度刑高。因此，應建議法官採取「中度量刑法」，以法定刑之中度刑為裁量標準，再斟酌法定加減事由及刑法第五十七條所列情形而向上或向下調整刑度²⁵。並非直接透過立法，而將最高刑度及加重刑度提高，而將我國的刑事政策朝向「更加應報的『兩極化刑事政策』」之「長期監禁的強硬隔離政策」而行。

伍、降低輕罪受刑人修正之檢討與建議

一、改善短期自由刑之方法

短期自由刑乃指刑期較短的自由刑。至於「短期」的期間多長？以及「短期」的決定基準是以「宣告刑」或「執行刑」為準？向來均有爭議。惟若從隔除短期自由刑的弊端而為思考，若無法達成矯治處遇上必要性的自由刑，儘量不要宣告之。一般而言，低於六個月的刑期，不會有矯正效果²⁶。因此目前的觀點，認為短期自由刑乃指「以宣告刑為基礎，刑期未滿六個月的自由刑。²⁷」至於短期自由刑最常遭受的批評，乃是「威嚇無功、教化無效、學好不足、學壞剛好」。然而，就刑事政策的觀點而言，並不能因短期自由刑的弊多於利，而輕易主張廢止短期自由刑。此乃因為：（1）短期自由刑之所有弊端亦均會出現在長期自由刑身上，況且長期自由刑的弊端更顯著。（2）廿世紀之後由於刑罰制度逐漸人道化，一般量刑逐漸緩和，自由刑的刑期逐漸短期化。（3）現今社會交通事故不斷的上升，而對於交通事故犯罪短期自由刑有其一定的效果。（4）基於正義及

²⁵ 陳文琪，「仿美國加州採取『三振法』立法之可行性」，收錄於「法務部檢討暨改進當前刑事政策研究小組」研究資料彙編，法務部，民國八十八年八月出版，頁四三〇。

²⁶ 十九世紀的後半葉，在短期自由刑的弊害成為問題時，由於對於多數三個月以下自由刑的受刑人未進行分類收容，因而此時期「三個月說」乃極為有力見解。然而，二次大戰之後由於強調改善教育，認為為了實現矯治，三個月實在太短，至少得超過六個月的自由刑，方具有矯治可能。基此考量，認為短期自由刑乃指六個月未滿便成為有力見解。另外，還有「一年說」的見解，惟在六個月以上一年以下的自由刑受刑人占全體受刑人不低的現在，以此作為自由刑的特殊情況而言，意義並不太。參照大谷實，刑事政策講義，弘文堂，一九九六年第四版，頁一三五。

²⁷ 依據我國監獄行刑法第二十條之規定：對於刑期六月以上之受刑人，為促其改悔向上，適於社會生活，應分為數個階段，以累進方法處遇為之。換言之，刑期在未滿六個月之受刑人，便不能適用行刑累進處遇條例，這亦是本文支持六個月說的根據之一。

罪刑均衡的要求，對於輕微犯罪仍須科處輕微刑罰，若完全以緩刑或罰金刑取代，從一般預防觀點來看仍是有疑慮的²⁸。

因此，縱使短期自由刑弊多於利，然而在不能輕易廢止短期自由刑的情況下，如何避免短期自由刑的使用，為目前學者所熱烈討論之對象。早在一九五〇年在海牙召開之第十二屆「國際刑法及監獄會議」，便將「短期自由刑及其代替之方法（保護觀察、罰金及強制勞動等）」，作為一重要議題提出討論。結果認為緩刑、保護觀察以及罰金為代替短期自由刑最適當方式（決議之二及三）。此外，判決時之訓誡、自由勞動、不起訴處分或某種資格上之停止，亦可考慮使用（決議之四）；如萬不得已而須宣告短期自由刑時，亦應注意在使再犯可能性減少至最低限度之情況下執行（決議之五）。再者，一九五九年在斯特拉斯堡

（Strassburg）舉行之「歐洲諮詢團體關於防止犯罪及犯人處遇會議」，在有關於「自由之剝奪及限制之新形式」方面，決議「在不危害受刑人之社會地位下，考量執行短期自由刑時，可檢討週末監禁與自宅拘禁之使用²⁹。」

至於目前對於改善短期自由刑弊害之方法，約可歸納為下列三種方向：

- （一）盡量設法減少短期自由刑之宣告或其執行：此法包括立法上嚴格限制短期自由刑之宣告、擴大使用各種猶豫制度如起訴猶豫、緩宣告、緩刑等制度。
- （二）講求新之代替方式，如擴大執行罰金刑以代自由刑。
- （三）改善短期自由刑之行刑處遇方法，如無監禁強制勞動、週末監禁及半監禁等方式之採用。

本文認為就我國現行改善短期自由刑之方法，與刑法修正最有關係則是立法上規定適用短期自由刑之限制條文、擴大緩刑制度及罰金刑的使用範圍，深值納入刑法之修正。

二、增訂適用短期自由刑之限制條文

二次大戰後各國的刑法修改，莫不以解決短期自由刑的問題為職志。例如德國現行刑法第四十七條，即明確規定唯有在例外情況下，始得科處短期自由刑。該條規定：「法院科處六個月以下之自由刑，唯在犯罪行為與罪犯人格，具有特別情況下，堪認執行自由刑對於罪犯之影響與法律秩序之維護，有絕對必要時，始得為之。」此外，此規定再配合緩刑規定，受六個月以下自由刑之宣告者，法院原則上應為緩刑之宣告，唯有在具有個別預防與一般預防的特別情況下，才為

²⁸ 大谷實，前揭書，頁一三五～六。

²⁹ 謝瑞智，前揭書，頁二二二；森下忠，刑法改正午刑事政策，一九六四年七月二十日第一版第一刷發行，一粒社，頁一五。

短期自由刑的宣判。這裡所謂的「一般預防的特別情形」，乃指維法律秩序所必須的特別情況而言。此等特別情況可依下列三個標準判斷：a、犯罪行為之不法內容；b、刑事責任程度；c、犯人之性格及其關係³⁰。

我國於民國六十三年延聘專家學者所組成「刑法研究修正委員會」，所提「刑法總則草案初稿」，既認為短期自由刑之弊害，在於因其刑期短暫，難收感化之效，反而是使犯人或因自暴自棄，或因沾染惡習而有增加其危險性之虞，但其仍有懲罰，懲戒之作用與功能，則尚不能否認。短期自由刑雖不能輕言廢除，但如何定一適用標準，限制其不當使用，為識者一致之見解，乃參酌德國刑法第四十七條之體例，在第五十八條之後增訂第五十八條之一，明定「本刑中有罰金可供選科時，非因維持社會秩序或審酌行為人性格所具特別情況，認有科處短期自由刑之必要者，不得處以六個月以下有期徒刑或拘役。³¹」

本條草案公布後，各界對本條草案初稿之意見，有建議認以本條不修正增列為宜。其主要理由為：（1）短期自由刑與罰金之目的不同，在任何情形之下恐亦難認為以罰金足以代替短期自由刑；（2）緩刑及易科罰金即已可補救短期自由刑之弊；（3）所謂「維持社會秩序或審酌行為人性格所具特別情況」，似嫌空泛，實務上審酌時殊為不易；（4）若必予修正增加，似應加「但宣告緩刑或易科罰金時不在此限³²」。

由於各界對於增訂本條有如上之反對意見，現行刑法修正草案則無此規定。然而，其所用「維持社會秩序或審酌行為人性格所具特別情況」是參照德國刑法所用之文字酌擬，且本條是一原則性的規定，本條用意乃在提醒法官如能依此規定審酌至當，必能減少短期自由刑的適用。況且既然刑期在六個月以下之短期自由刑，業經證實弊多於利，惟礙於短期自由刑仍有其作用，而在不宜全部廢除情況下，刑事立法上在既有的緩刑及易科罰金外，另規定加以限制短期自由刑的使用，並不相衝突。再者緩刑及易科罰金均有其一定要件，增設本條之用意乃在限制短期自由刑的使用，以防刑事司法上過度地使用短期自由刑，與易科罰金是為因執行自由刑顯有困難而設不同。

因此，現行刑法修正，宜恢復刑法研究修正委員會所提出增訂第五十八條之一的規定，明定「本刑中有罰金可供選科時，非因維持社會秩序或審酌行為人性格所具特別情況，認有科處短期自由刑之必要者，不得處以六個月以下有期徒刑

³⁰ 林山田，刑罰學，台灣商務印書館發行，民國八十一年版，頁二〇〇。

³¹ 刑法分則研究修正資料彙編（三），法務部刑法研究修正委員會，法務部發行，民國八十七年三月再版，頁一〇〇五～六。

³² 刑法分則研究修正資料彙編（三），前揭書，頁一一三〇。

或拘役。」，以限制短期自由刑的適用。

三、擴大緩刑使用範圍

我國目前的緩刑制度，乃採取附條件罪刑宣告主義。亦即緩刑期滿，其緩刑未經撤銷者，不僅免其刑之執行，且其刑之宣告失其效力，與自始未受刑之宣告者同。我國刑法第七十四條規定：「受二年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告，而有左列情形之一，認為以暫不執行為適當者，得宣告二年以上五年以下之緩刑，其期間自裁判確定之日起算：

一、未曾受有期徒刑以上刑之宣告者。

二、前受有期徒刑以上刑之宣告，執行完畢或赦免後，五年以內未曾受有期徒刑以上刑之宣告者。」

至於緩刑在刑事政策上之意義，與其說緩刑制度可以避免短期自由刑之缺失，不如說乃是強調以社區處遇方式，使犯罪者仍舊生活於自由社會，以達到使犯罪者能「再社會化」為目的。同時還依據違反條件便執行刑罰的心理作用，圖謀犯罪者自覺的改善更生，在維持宣告刑的報應效果的同時，避免不必要刑罰的執行，以合理追求犯罪者自力更生的特別預防目的。因此，執行猶豫在形式上並非刑罰，僅是一種刑的附隨處分，惟實質上具有獨立刑事處分的性質與機能。

然而，依司法統計資料顯示，長期以來，我國有關各級法院宣告緩刑之比率，一向偏差，約維持在三成左右，亦即宣告合乎緩刑條件之被告中，大約僅有三成左右得以宣告緩刑³³。反觀日本有關於緩刑的狀況，昭和三十五年（一九六〇年）以後，懲役刑的緩刑率約維持在 50% 左右，進入平成（一九八九年）之後，逐漸有上升傾向，平成十年懲役刑的緩刑率為 63%。至於禁錮刑的緩刑率，則比懲役刑高出許多，昭和五十六年以後，約維持在 90% 左右，平成十年為 95.8%。從這些簡單數據的比較，可見日本在實施緩刑的成效相當顯著；相對地，我國司法實務在適用緩刑乃是相當低，實不符合緩刑在現行刑事政策上之要求。

縱使司法院訂頒「加強緩刑及易科罰金制度實施要點」，以作為加強緩刑制度之妥適運用。然而，目前約維持三成左右的緩刑比率，仍是相當低。究其原因，不外乎（1）顧慮民眾應報觀念；（2）避免遭司法黃牛利用；（3）法律規定之原因；（4）對被告是否適合緩刑難以調查；（5）保護觀察之制度未臻完善；（6）不願對處拘役、罰金案件宣告緩刑；（7）免於日後緩刑有被撤銷的可能等因素³⁴。因此，司法院除須持續加強宣導外，緩刑制度在刑事立法上應朝如下調整，

³³ 相關統計資料可參照 <http://www.judicial.gov.tw/hq/juds/>。

³⁴ 洪威華，「關於『加強緩刑宣告』之初步研究意見」，收錄於「法務部檢討暨改進當前刑事政策研究小姐」研究資料彙編，法務部，民國八十八年八月出版，頁九〇～一。

以使我國之緩刑能真正發揮其在刑事政策上的功能。

(一) 放寬緩刑的法定要件

1、我國現行緩刑只適用於二年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告，對於其他之犯罪即無適用之餘地。如謂緩刑可達特別預防之積極目的，即應考慮擴大適用於其他之犯罪。因此將來刑法修正時，應考量適當放寬現行的緩刑條件，將原有受二年以下有期徒刑之宣告，放寬為受三年以下有期徒刑之宣告，亦可緩刑，以利於犯罪者的「再社會化」³⁵。

2、若從緩刑之積極目的出發，緩刑之宣告就不應以無前科之犯罪記錄，或雖有前科之記錄而在一定期間內不再犯罪等條件為前提，亦可考量雖然在緩刑內更犯罪，但其情節特可憫恕者，仍得宣告緩刑。例如日本現行刑法第二十五條第二項規定，曾受禁錮以上刑之處罰而獲緩其刑之執行者，雖再受一年以下懲役或禁錮之宣告，但若其情節特可憫恕者，仍得宣告緩刑。即規定緩刑期間所犯之罪，仍可再緩刑。

3、現行刑法第七十四條第一、二款關於未具前科經歷之要件，均僅以「未曾受」或「前受」有期徒刑以上刑之宣告，並未區別故意或過失犯罪，解釋上當然包括故意或過失兩種犯罪在內。惟過失犯惡性較之故意犯輕微，且以偶蹈法網者居多，而緩刑制度，既為促使惡性輕微之被告或偶發犯、初犯改過自新而設，自應擴大其適用範圍，使其及於曾因過失犯罪受徒刑以上刑之宣告者。現行刑法修正草案，將刑法第七十四條第一、二款修正為以故意犯罪受徒刑之宣告者，始為阻卻緩刑宣告之要件，符合放寬緩刑之要件，深值贊許。

4、現行刑法不論宣告有期徒刑、拘役或罰金者，一律規定其緩刑期間為二年以上五年以下。然而拘留與罰金較有期徒刑的刑罰懲罰度輕微許多，縱使科處輕微的罰金及拘役，仍須度過最短二年之緩刑期間，甚為不合理。日本現行刑法緩刑期間為一年以上五年以下；昭和十五年（一九三六年）之改正刑法假案，則曾依刑罰種類的不同，而分別規定不同的緩刑期間。本文基於兩極化刑事政策的觀點，贊同依刑罰種類的不同，而分別規定不同的緩刑期間。可將宣告有期徒刑者，其緩刑期間定為二年以上五年以下；宣告拘役或罰金者，其緩刑期間定為六個月以上二年以下。

³⁵緩刑條件的日漸寬大，為現今的趨勢。以日本為例，就現行刑法緩刑的修正來看，其與舊法則有下列四點不同，且朝向放寬緩刑適用條件而行。（1）緩刑原只適用於二年以下懲役或禁錮的宣告，現在擴張適用於三年以下的懲役或禁錮；（2）宣告五千元以下的罰金者，亦得同時宣告緩刑；（3）雖然在緩刑內更犯罪，但其情節特可憫恕者，仍得宣告緩刑；（4）緩刑期間，得付保護管束，但得以行政處分暫時解除之。參照林紀東，刑事政策學，正中書局，民國八十一年再版，頁一七一。

（二）與保護管束配合

我國現行刑法第九十三條第一項規定，緩刑期間得付保護管束，授與法院依職權裁量之；至於少年事件處理法第八十二條則規定，少年在緩刑式或假釋期內應付保護管束。實務上鑑於觀護制度遲未普遍建立，再加上法律並未強制其應付保護管束，導致除少年犯外，成年犯法院很少宣告緩刑付保護管束，促使予人以「有罪不罰」或「赦免」之感覺。因此，民國六十五年刑法總則修正草案初稿，在刑法第七十四條增設第二項，規定緩刑期間應付保護管束，使緩刑與保護管束配合³⁶。現行刑法修正草案第九十三條，鑑於緩刑如不問行為人之個別情況，一律付諸保護管束，不特影響現有觀護單位有限資源，且徒增受緩刑宣告人不必要之負擔，故除犯第九十一條之一所列之罪（對於因生理或心理異常致再犯率極高之妨害性自主之罪犯）及執行第七十四條第二項第五款至第八款所定之事項者（提供四十小時以上二百四十小時以下之義務勞務、完成戒癮治療、精神治療、心理輔導等處遇措施、其他保護被害人安全或預防再犯之必要命令）外，仍宜由法官審酌具體情形，決定是否付保護管束。

按緩刑制度要發揮其積極改善犯罪的手段，在緩刑期間內宜交付保護管束，由觀護人監督輔導受緩刑者，並給予生活上的各項援助，以利犯罪者之再社會化。此種制度原為英美法系國家所採用，其後逐漸普及於大陸法系國家。此在我國刑法稱為「保護管束」，而西德之法制稱為「考驗期間」，日本之法制則稱為「保護觀察」，名稱雖異，目標卻相同。惟在情節輕微之犯罪，宣告較輕刑罰者，或過失犯罪在主觀上欠缺惡性者，有無概付保護管束之必要，不無商榷之餘地。因而，為了調和其間之差異與資源之合理分配，本文建議規定因故意犯罪判處六個月以上有期徒刑者應付保護管束，其餘則交由法官審酌具體情形，決定是否付保護管束，並且導入保護管束得以行政機關之處分予以解除³⁷。

（三）規定緩刑負擔與遵守事項

我國現行緩刑制度，只規定受緩刑之宣告者，在緩刑期內得付保護管束，並

³⁶其修正理由謂：「現行刑法第九十三條第一項規定，緩刑期間得付保護管束，賦予法院裁酌決定交付保護管束與否之權，但實務上緩刑期內付保護管束之情形尚不多見。按緩刑制度須具以『非機構處遇』代替『機構處遇』之積極意義與功能，極宜與保護管束相互配合，利用社會性的處遇促進犯人再社會化，以期達到緩刑之預防目的。因之，不分緩刑期間之展短，及被告為故意或過失，規定緩刑期內應付保護管束，以利切實執行。」

³⁷楊建華教授亦建議規定因故意犯罪判處六個月以上有期徒刑者應付保護管束，不失為折衷之途，並能兼顧觀護人力缺乏之實際情形。參照楊建華，刑法總則之比較與檢討，三民書局，民國七十七年版，四七五。

無緩刑負擔之規定。德國現行刑法第五十六條 a 至五十六條 d 規定有緩刑之負擔、指示受緩刑宣告人應遵守事項，並指定考驗輔佐人。另外有關緩刑應遵守事項，我國雖在保安處分執行法有相關規定，例如保安處分執行法第六十五條之一規定，檢察官應告知保護管束人所應遵守之事項；第六十六條規定，執行保護管束者，亦得指定受保護管束人遵守一定事項；第七十四條之二規定，受保護管束人在受保護管束期間應遵守事項。然而，其內容不外乎受保護管束人應保持善良品行、服從檢察官及執行保護管束者之命令、不得對被害人等人尋釁、定期報告身體健康及工作情形及未經許可，不得離開受保護管束地等。至於對其提供完整的心理輔導、並兼顧公益服務及預防犯罪，則未有規定，立法上似有不足。

有鑑於此，現行刑法修正草案增訂第七十四條第二項，仿刑事訴訟法第二百五十三條之二緩起訴應遵守事項之體例，明定法官宣告緩刑時，得斟酌情形，命犯罪行為人向被害人道歉、立悔過書、向被害人支付相當數額、向公庫或指定之公益團體、地方自治團體支付一定之金額、提供四十小時以上二百四十小時以下之義務勞務、完成戒癮治療、精神治療、心理輔導等處遇措施、其他保護被害人安全或預防再犯之必要命令，以相呼應，堪稱正確。

因此，可將我國現行刑法第七十四條修正為：「受三年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告，而有下列情形之一，認為以暫不執行為適當者，有期徒刑得宣告二年以上五年以下之緩刑，拘役或罰金得宣告六月以上二年以下之緩刑，其期間自裁判確定之日起算：

- 一、未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者。
 - 二、前因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，執行完畢或赦免後，五年以內未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者。
- 曾受有期徒刑之處罰而獲緩刑者，雖再受一年以下有期徒刑之宣告，若其情節特可憫恕者，仍得宣告緩刑。

緩刑宣告，得斟酌情形，命犯罪行為人為下列各款事項：

- 一、向被害人道歉。
- 二、立悔過書。
- 三、向被害人支付相當數額之財產或非財產上之損害賠償。
- 四、向公庫或指定之公益團體、地方自治團體支付一定之金額。
- 五、向指定之公益團體、地方自治團體或社區提供四十小時以上二百四十小時以下之義務勞務。
- 六、完成戒癮治療、精神治療、心理輔導或其他適當之處遇措施。
- 七、保護被害人安全之必要命令。
- 八、預防再犯所為之必要命令。

前項情形，應附記於判決書內。

第三項第三款、第四款得為民事強制執行名義。

緩刑之效力不及於沒收。」

至於在緩刑期間內應否交付保護管束，本文基於為了調和犯罪情節其間輕重之差異與資源之合理分配，建議規定因故意犯罪判處六個月以上有期徒刑者應付保護管束，其餘則交由法官審酌具體情形，決定是否付保護管束，並且強化有關緩刑應遵守事項。

因此，可將刑法第九十三條第一項修正為：「受緩刑之宣告者，在緩刑期內，付保護管束，但宣告未滿六個月有期徒刑、拘役或罰金者，得付保護管。」

四、擴大罰金刑使用範圍

罰金乃是剝奪犯人財產利益的刑罰，在我國刑法中，罰金為次於生命刑及自由刑，為主刑中最為輕微刑罰手段。刑法學者將罰金刑視為未來刑罰的主要重心，乃是因「短期自由刑」的不當適用，而無法發揮「犯人再社會化」功能上。然而近年來各國罰金刑之立法改革，例如採用日額罰金制，以及對於短期自由刑限制等規定，使罰金在刑罰上所發揮的功能，已經遠超過自由刑的比例。鄰近日本近年來罰金刑比率均在 90% 以上，反觀我國運用罰金刑之情形，除了當時票據犯的處罰情形之外，近年來可謂效果不彰，平均處以罰金刑案件比例大都在 25% 之間。雖然刑事政策上一再強調避免短期自由刑，以及擴大罰金刑的運用範圍，然因國人普遍對於現代罰金刑的性質，缺乏正確的認識，以及應報思想之觀念所採行重典策略，期望以重罰來維持紀律，降低民眾對於犯罪的恐懼感，致使以良意為出發點之罰金刑受到貶抑，深值導正。因此，如何改進罰金刑的缺失，使其能發揮刑事政策上的功能，便成為擴大罰金刑使用之重要課題。

（一）放寬易科罰金之要件

現行刑法第四十一條乃因應大法官釋字第三六六號解釋，將其修正為：「犯最重本刑五年以下有期徒刑以下之刑之罪，而受六月以下有期徒刑或拘役的宣告，因身體、教育、職業、家庭之關係或其他正當事由，執行上顯有困難者，得以一元以上三元以下折算一日，易科罰金。但確因不執行所宣告之刑，難收矯正之效，或難以維持法秩序者，不在此限。

併合處罰之數罪，均有前項情形，其應執行之刑逾六個月者，亦同。」

按易科罰金，乃是考量到短期自由刑之弊端，以及對於只有輕微罪責犯罪者給予更生改善機會，對於只受六月以下有期徒刑或拘役的宣告者，基於刑事政策上之考量，所為的一種易刑處分。因而易科罰金的本質，仍然是自由刑，只是在刑事制裁法中，對於輕微罪責及短期自由刑，罰金刑具有優先適用特色。因而，刑法第四十一條的另一作用，則在補足構成要件中，因無罰金刑之規定，而不能

直接宣告罰金刑的遺憾³⁸。

從而可知，易科罰金之規定，主要係為補救短期自由刑的弊端，而短期自由刑的出現，並非在法定刑上，而是在實務運用下所產生，故其所針對者，應是宣告刑，而非法定刑。現行刑法第四十一條將其規定為犯最重本刑五年以下有期徒刑以下之刑之罪方可適用，乃是不當限縮易科罰金在刑事政策上的功能。況且短期自由刑的產生，並非只有在單一法律效果的宣告時才存在，即使是經由數罪併罰後，仍有可能產生³⁹。

因此，若欲發揮易科罰金在刑事政策上的功能，則任何非有必要的限制均屬不當，除非是基於考量若因不執行所宣告之刑，難收矯正之效，或難以維持法秩序者，才可宣告短期自由刑。是以現行刑法第四十一條有必要加以再修正，擴大其適用範圍。再者，就易科罰金主要乃是為了避免短期自由刑之弊害，而非刑罰執行本身有何窒礙，乃屬於裁判上之問題，故宜由法院於裁判時決定之⁴⁰。

本此觀念，本文建議刑法第四十一條第一項應修正為：「受六月以下有期徒刑或拘役的宣告，因身體、教育、職業、家庭之關係或其他正當事由，不宜執行所宣告之刑，或認為不執行所宣告之刑，已足收矯治之效者，裁判時得斟酌其資力以一百元以上三百元以下折算一日，易科罰金。但確因不執行所宣告之刑，難收矯正之效，或難以維持法秩序者，不在此限。」

（二）對於不完納罰金時之處理

任何刑罰手段一經判決確定，則唯有徹底執行。否則國家司法威信將掃地，且會助長犯罪。就罰金刑而言，實務上常有難以執行或未能執行之情事發生。因此，對於這兩種情況應事先謀求救濟的方法，以求得罰金刑得以圓滿地執行。綜觀各國之刑事立法例，計有下列四種措施：（1）允許罰金延期或分期；（2）易科自由刑；（3）以自由勞動（無酬之勞務）抵銷（替代）罰金；（4）易服勞役⁴¹。

我國實務上鑑於受罰金判刑確定者，非全無能力完納，而是無力一次完納，或無法一時完納的情形，時有所見。因而實務上試行罰金的分期繳納辦法已有多多年，績效甚佳，只是法律尚無明文規定，揆諸德國現行刑法第四十二條立法例，

³⁸德國刑法甚且規定，如構成要件中並無罰金刑之規定，而且可預見行為人之罪責，將受到六個月以下自由刑之宣告，則亦可依德國刑法第四十七條第二項之規定，科處罰金。參照柯耀程，變動中的刑法思想，瑞興圖書股份有限公司，民國八十八年九月初版，頁二六九～七一。

³⁹柯耀程，前揭書，頁二七三。

⁴⁰楊建華，前接書，頁三四一。

⁴¹林山田，前揭書，頁二九二～四。

承認准許分期繳納罰金。因此刑法修正草案，在第四十二條以但書方式規定：「但依其經濟或信用狀況，認不能期於兩個月內完納者，得許期滿後一年內分期繳納。遲延一期不繳者或未繳足者，其餘未完納之罰金強制執行或易服勞役。」

此外，擴大罰金刑使用，則會形成罰金抗拒不繳納問題。目前我國刑法第四十二條規定，對於科處罰金裁判確定，兩個月內無力完納者，經強制執行（刑訴法第四七一條規定於法定期滿而未繳納者，即準用執行民事裁判之規定）仍無力完納者，即易服勞役。易服勞役以一元以上、三元以下折算一日，其期限不得逾六個月，若罰金額過高，折算勞役時，其期間超過六個月者，則不拘於易科標準，而以罰金總額與六個月之日數比例計算，以定其折算一日之額度。另罰金並不限於全部無力完納者，若係部份無力完納，亦可就此未繳納數額折算易服勞役，相反的，受刑人於易服勞役，亦可繳納罰金，亦可終止易服勞役之執行。

我國易服勞之規定，比起大多數國家以「替代自由刑」代替罰金之執行為佳。可惜實務運作時，因執行不當，或缺乏適當執行場所，造成實質上亦重在自由之剝奪，而非勞務之提供。因此今後我國除須從改善易服勞役之缺失外，即著重在於無報酬之公益勞動上，而非自由之剝奪。

此外，我國易服勞役之期間，所以規定不得逾六個月者，乃認為罰金刑為輕於自由刑之刑罰，如勞役期限長達數年恐失刑罰輕重之均衡。惟設此限制之結果，幾百萬之罰金與幾萬元之罰金同，至多僅服六個月勞役，似失公平。民國六十五年之刑法修正草案初稿，放寬為「不得逾一年」，惟民國七十四年之二次修正案，又改回現行不得逾六個月之規定。現行刑法修正草案，有鑑於現行經濟犯罪之增加，為有效抑制其脫產，發揮高額罰金之嚇阻作用，對於易服勞役之期間，又放寬為「不得逾一年」，堪稱正確。

陸、結論

依中華民國刑法部分修正草案總說明可得知，此次草案刑事立法政策之指導方針，乃是寬嚴並進的刑事政策，亦即兩極化刑事政策。然而，就此草案的修正動向觀之，基本上是朝向「儘可能的把多數犯罪人監禁起來」之重刑化的方向思考，而採取「更加應報的『兩極化刑事政策』」。

筆者雖一向主張實施「兩極化刑事政策」，然而一個國家的刑事政策，若能以實施「相對應報的『兩極化刑事政策』」，甚且光是實施「寬鬆的刑事政策」，即可達到刑事政策防制犯罪的目的，即可說該國是屬於治安較良好的「安全社會」，這亦是我們研究刑事政策，所追求的目標。倘若一個國家的刑事政策須走向「更加應報的『兩極化刑事政策』」之「長期監禁的強硬隔離政策」，即也表示該國之犯罪防制對策，已到了窮途末路之時。這樣的刑事政策，應是我們不意樂見而應避免的。特別是我國從民國三十八年轉進台灣後，因長期處於戒嚴時期，

所以我國刑法一向極為嚴峻，縱使解嚴後，亦不見「刑罰的人道化、近代化」，可謂一直處於「重典」的狀態。此次草案有關「特別累犯的加重」及「有期徒刑加重上限的提高」，更是引起學者廣泛的批評。如此修正，反而忽視國內目前相當需要的寬鬆刑事政策之這一方。

因此，就我國而言，為改善短期自由刑之適用以降低輕刑受刑人，與刑法修正最有關係則是增訂第五十八條之一規定適用短期自由刑之限制條文，修改第七十四條擴大緩刑適用範圍，以及修改第四十一條擴大易科罰金的適用範圍。至於防制累犯部分，在刑事立法上雖可增訂「重罪累犯」（即將「特別累犯」改稱為重罪累犯），提高重大犯罪累犯之刑度，而與一般犯罪累犯區別。惟基於「重罪累犯」的多樣性與個別性，仍須授權法院自由裁量是否加重，並應增設排除一般累犯適用於執行未滿六個月有期徒刑者；另外，反對提高單一刑罰及加重刑罰之最高上限為二十年及三十年與數罪併罰提高至四十年，維持現狀即可。使累犯能真正處罰到應處罰者，及符合年齡在犯罪學上的意義，以使累犯的處罰能符合與理論一致、與資源一致、公平與精確的要求。