

# 論《澳門刑法典》中的累犯制度

趙秉志<sup>\*</sup> 于志剛<sup>\*\*</sup>

累犯制度作為一項基本的刑罰制度，已經為世界各國所廣泛認同，並已經成為各國刑法理論研究的重要內容之一，這一點在中國大陸地區和澳門特別行政區也是如此。但是兩者立法傳統等方面的差異，導致《澳門刑法典》中的累犯制度與大陸刑法典迥然相異並獨具特色，對其加以理論上的深入研討，對於大陸地區刑法中累犯制度的完善，頗有借鑒意義。

## 一、澳門刑法典中累犯制度的演變

澳門地區刑法典中的累犯制度，受到不同理論學派的影響而導致刑罰的前後打擊意向存在較大差異，先是關注犯罪行為的次數，後是關注犯罪人的人身危險性。

### （一）確立累犯制度的兩種主要模式

基於各國刑法理論界所推崇的理論學說不同，導致關於累犯的理論定義、刑事政策以及立法設置彼此存在較大的差異。總體而言，包括兩種類型，即“行為中心論”的累犯制度和“行為人中心論”的累犯制度。

“行為中心論”累犯定義也稱為客觀的累犯定義，即累犯的成立純粹以既成的、與犯罪行為相關的客觀因素決定，至於罪犯的人身危險性即人

---

\*國家重點研究基地中國人民大學刑事法律科學研究中心主任，中國法學會刑法學研究副會長，中國人民大學法學院副院長、教授、法學博士、博士生導師。

\*\*中國人民大學法學院刑法專業博士研究生。

格評價因素則在所不問。客觀的累犯定義在早期處於統治地位，其理論基礎是刑罰報應主義。眾所周知，在18世紀以前，報應思想是世界各國傳統刑法理論的主要支柱，同時在此之後也是資產階級刑事古典學派的重要理論依據。根據報應主義的刑罰理論，刑罰是為報應作為犯罪的惡而出現的，是針對於犯罪的一種報應。罪責的判決與確定應當依據犯罪行為而定，而罪犯自身的人格、人身危險性等主觀因素，則是次要的。依據此種理論，累犯等制度也只能以犯罪行為等客觀因素作為判斷其是否成立的基本條件。行為中心論的累犯制度，為世界各國所廣泛採納，成為當前世界各國較為通行的一種立法通例。

“行為人中心論”的累犯定義也稱主觀的累犯定義。此種累犯在不排除犯罪行為等客觀因素的同時，更強調行為人的人身危險性，即行為人再次實施犯罪的可能性這一主觀因素。受此種理論影響的立法，最早見於德國的刑事立法中，但是其影響是廣泛的。接受此種觀點而肯定累犯中人格評價因素的觀點較多。西方“各國的刑法理論中，規定累犯加重的理由，基本上是一致的，就是說，累犯的人身危險性或反社會性較大，持有頑固性，怙惡不悛，改惡從善比較困難，需要較長時期的改造時間”。<sup>1</sup> 刑法理論上肯定人格評價因素的理由，有學者認為，“一是道義的非難重，二是從保安處分角度看，累犯有特別的危險性”。<sup>2</sup> 還有的學者認為，“儘管被判過刑，卻又犯罪的人，從規範責任角度看，非難性增大；從預防犯罪角度看，人身危險性大”。<sup>3</sup>

客觀地分析，關於累犯制度的兩種理論流派和制度模型，均存在不盡如人意之處：其一，就“行為中心論”的累犯制度而言，容易孤立地對待犯罪行為等客觀因素，忽視了行為人自身的人身危險性，即人格評價因素，極易導致客觀歸罪。同時，純粹在報應主義理論指導下的此種理論定義與立法模式，對累犯適用刑罰只能是為懲罰而懲罰，不利於實現特殊預防的刑罰目的，不利於發揮累犯制度應有的司法效應，浪費刑罰資源和刑罰成本。其二，就“行為人中心論”的累犯制度而言，有的學者認為，將罪犯的人格及人身危險性作為累犯構成的條件之一，顯然過於絕對化，明

---

1. 參見甘雨沛、何鵬：《外國刑法學》（上冊），北京大學出版社1984年版，第469頁。

2. 參見（日）小野清一郎：《刑法講義總論》，第287頁。

3. 參見（日）齊藤金作：《刑法總論》，第267頁。

確具有反科學性。<sup>4</sup>因為在罪犯的人身危險性的判斷上，罪犯是否具有人身危險性及其程度如何，並無科學的判定標準，全憑法官的主觀臆斷，助長法官的擅斷刑罰傾向。

## （二）澳門地區刑法典中累犯制度的演變

《澳門刑法典》中累犯制度，受到不同理論學派影響的變革痕迹較為明顯，兩部刑法典採取的立法模式迥然不同。

在1995年澳門現行刑法典制定以前，原來的《澳門刑法典》不承認累犯構成中的人格評價因素，屬於純粹的客觀主義累犯立法設置：“……如果前罪和後罪都屬於未遂或其中一罪屬未遂或者行為人在一罪中是正犯而在另一罪是從犯，仍然以累犯論處。”<sup>5</sup>但是值得注意的是，澳門立法會1995年7月25日通過的現行刑法典關於累犯的立法設置充分肯定人格評價因素的重要地位，在第四章第二節第69條規定：“因故意犯罪而被確定判決超逾六個月之實際徒刑後，如單獨或以共同犯罪之任一方式，實施另一應處以超逾六個月實際徒刑之故意犯罪，且按照案件之情節，基於以往一次或數次之判刑並不足以警戒行為人，使其不再犯罪，故應對其加以譴責者，以累犯處罰之。”<sup>6</sup>對上述法條稍加分析即可發現，對於累犯確定刑事責任的根據，基於犯罪次數、嚴重程度等等客觀情況的前提下，主要是基於犯罪行為人的人格評價因素即“反社會性”、“危險性”。

從澳門刑法典的以上變革可以發現，該法典的累犯制度已經由原先的“行為中心論”累犯完全轉型為“行為人中心論”的累犯制度。對此筆者持贊成態度，理由是：累犯中的人格評價因素應當在理論上得到足夠的重視，並且應當在立法設置中得以充分體現。具體理由將在下面加以論證。在此強調指出的是，澳門長期受到葡萄牙的管治，其法律顯然極大地受到葡萄牙及整個大陸法系的影響，澳門地區處於兩大法系及東西方兩種文化的影響下，其法律規範不可避免地具有其自身特色。現時，澳門地區作為中國

---

4. 參見郝守才：《關於累犯的比較研究》，載《法商研究》1996年第5期。

5. 參見米健等著：《澳門法律》，澳門基金會1994年出版，第161頁。

6. 參見趙秉志總編：《澳門刑法典澳門刑事訴訟法典》，中國人民大學出版社1999年版，第33頁。

傳統領土以及華人作為主體的社會結構特點，導致其立法等問題不可避免地同時受到中華法系傳統特徵的影響。<sup>7</sup>而從法律文化傳統上分析，中國古代的刑法理論和刑事立法就是充分肯定累犯中的人格評價因素的，有關累犯的律例認為，之所以要對累犯加重處罰，是因為累犯是主觀惡性深、屢教不改、無心悔過的犯罪人。如《尚書·疏》在談到累犯問題時寫道：“怙恃 奸詐，欺罔時人，以此自終，無心悔改，如此者當之刑殺。”唐律指出：三犯盜竊者之所以要加重至死刑，是因為“行盜之人，實為巨蠹，屢犯明憲，罔有悛心，前後三入科刑，但是怙終其事，峻之以法用懲其罪。”<sup>8</sup>

## 二、《澳門刑法典》中累犯制度之內涵

《澳門刑法典》中的累犯制度，在構成條件下屬相對較為適用的立法設置。通常認為，對於該刑法典中的累犯制度，應當注意以下幾個方面的問題：

### （一）累犯構成條件的應有含義

根據澳門刑法內第69條的規定，結合澳門地區刑法學界的理論研究，我們認為，澳門地區刑法內中的累犯，在構成上應當具備以下條件：

#### 1. 前後罪都是故意犯罪

澳門法學界通行看法是，由於累犯反映出行為人主觀惡性較大、罪過嚴重，故以前罪和後罪均為故意為限。<sup>9</sup>具體而言，如果前罪和後罪是過失犯罪，或前罪和後罪中有一個是過失犯罪，就不能成為累犯。至於前罪或後罪是以單獨犯罪還是以共同犯罪的方式實施的，不影響累犯的成立。<sup>10</sup>

---

7. 參見趙秉志主編：《中國內地與澳門刑法分則之比較研究》，澳門基金會1999年版，第237頁。

8. 參見（唐）長孫無忌：《唐律疏議》，中華書局1983年版，第378頁。

9. 參見燕人、東山著：《澳門刑法總則概論》，澳門基金會1997年出版，第120頁。

10. 參見趙國強著：《澳門刑法總論》，澳門基金會1998年出版，第164頁。

對於《澳門刑法典》的上述規定及當地理論界的認識，筆者持贊同態度。理由是：累犯制度的出發點，在於前罪之刑罰在量上略顯不足，未能迫使犯罪人改過自新和實現特殊預防，未能阻止犯罪人在特定的預期時間再次犯罪；而其落腳點，則在於給予犯罪人之後罪相對更重的刑罰懲罰，以對經過初次刑罰打擊的犯罪人所依然具有的過大的人身危險性予以立法反擊，減輕犯罪人對於社會穩定秩序形成衝擊的危險狀態。

通常認為，在犯罪人主觀罪過支援下的犯罪行為，當然屬於犯罪人主觀惡性的外化和體現。<sup>11</sup>而在一般情況下，犯罪人的主觀惡性，實則是行為人的人身危險性的重要內容，因為人身危險性的最大意義，就在於它對行為人主觀惡性大小的說明。行為人的人身危險性大的，其主觀惡性就大；行為人的人身危險性小的，其主觀惡性就小，二者間成正比關係。<sup>12</sup>同時，應當認識到，犯罪人主觀罪過之中認識因素並不直接反映行為主體之主觀惡性的大小及有無，……而意志因素集中體現著行為主體的主觀惡性及其大小：行為人認識到危害結果並希望危害發生的，主觀惡性較大；行為人認識到危害結果並希望避免危害發生的，主觀惡性較小。<sup>13</sup>

基於以上分析，如果犯罪人的前後罪均為故意犯罪的，則其對於犯罪行為和危害結果的一貫追求或者放任表明其主觀惡性較大，因而其人身危險性也相對較大，再犯可能性大，基於此應當對於後罪作從重或者加重處罰，從而體現出立法的反向懲治；而如果前後罪之一是過失犯罪，或者前後罪均為過失犯罪的話，則其所表現出的人身危險性相對是較小的，對於前後罪之危害行為與危害結果並沒有一個相對連貫的追求或者放任態度，因而前後罪之間尤其是前罪之刑罰在量上是否不足，與行為人再犯後罪並沒有直接聯繫或者說並沒有直接影響。正如有的學者所說，由故意犯罪的主觀性質決定，故意犯罪的實施者具有較大的人身危險性，過失犯罪的犯罪人雖然在一定條件下也可以再次實施犯罪，但是一般說來，過失犯罪的犯罪人本身具有的人身危險性是很小甚至是根本沒有的。<sup>14</sup>

---

11. 參見陳興良著：《刑法哲學》，中國政法大學出版社1992年版，第141頁。

12. 參見劉勇：《犯罪基本特徵新論》，載《改革與法制建設——北京大學90周年校慶法學論文集》，光明日報出版社1989年版，第541頁。

13. 參見薑偉著：《犯罪故意與犯罪過失》，群眾出版社1992年版，第45頁。

14. 參見高銘暄主編：《刑法學原理》，中國人民大學出版社1994年版，第282頁。



## 2. 前後罪必須具備的刑罰標準

作為構成累犯基礎的前罪，必須被判處六個月以上的實際徒刑。所謂“實際徒刑”，法條的立法原意顯然是指法院已對犯罪人確定的宣告刑，屬於過去式，而非實際執行的刑期。

據以構成累犯的後罪，也必須是應被判處超過六個月實際徒刑之罪。因此，後罪的刑罰是法院在審理過程中，依據後罪的事實情況與刑法的有關規定，對後罪的量刑所作的一種宣告前的初步判斷，而非已經判處之刑。因此，後罪之刑罰實際上是法官的一種主觀判斷，而不是已經確定宣告的判決。

## 3. 前後罪之間的時間間隔標準

根據《澳門刑法典》的規定，構成累犯的前後罪之間的時間間隔標準，是在前罪刑罰執行完畢以後，或者前罪所判處的刑罰因刑罰時效而消滅、或因大赦，普遍性赦免和特赦而免除以後，五年以內再犯新罪。因而超過五年的，前後罪不再構成累犯。

以上三個條件是構成累犯所必須具備的“硬體”條件即絕對法定條件，缺一不可。但是應當注意的是，澳門新刑法典所確定的累犯制度是“行為人中心論”的累犯制度，因而犯罪人的人格評價因素在累犯的構成居於關鍵地位，起著至關重要的作用。具體而言，《澳門刑法典》中的累犯，在具備以上三個法定條件之後，還應當經歷由法官的判斷過程：在對前後罪的情況進行綜合分析的情況下，如果法院認為基於以往一次或者數次之判刑並不足以做誠行為人，使不再犯罪，應對其加以譴責的，方可以累犯處罰。此種規定，實際上屬於構成累犯的一種“軟體”條件。表明是否構成累犯的最終決定權掌握在法院手中。澳門有學者認為，此種立法設置的目的，在於體現對累犯的認定從嚴控制的立法精神。<sup>15</sup>

## （二）累犯處罰規則的應有含義

累犯的處罰原則，各個國家和地區略有差異。在具體方式上，存在“從重處罰”和“加重處罰”之差異；在從嚴的幅度上，存在“比例制”從嚴和“概括式”從嚴；在刑罰適用上，存在“特別處罰主義”、“代替主義”以及

15. 參見趙國強著：《澳門刑法總論》，澳門基金會1998年出版，第166頁。

“不定期刑主義”等方式。總體而言，累犯處罰規則的模式在各具特色的同時，體現了普遍地採取從嚴處罰的統一傾向。

刑法典中的累犯適用規則，也較具特色。具體而言，是“如屬累犯之情況，須將對犯罪可科處之刑罰之最低限度提高三分之一，而其最高限度則維持不變，但上述之加重不得超逾以往各判刑中所科處之最重刑罰”。

### 1. 基本加重規則的含義

所謂《基本加重規則》，是指對於所有的累犯，可以將其所科處的刑罰的最低限度提高三分之一。例如，甲曾因傷害他人身體完整性罪被判處三年徒刑。在刑罰執行完畢後半年，甲又重犯第128條規定的故意殺人罪而受到審判。由判定甲已經構成累犯的基礎上，根據上述規則，應當將《澳門刑法典》中第128條故意殺人罪的最低法定刑提高三分之一，即由法律原定的十年提高至十三年零四個月。也就是說，對其犯の後罪應當在十三年零四個月至二十年之間決定應判處的實際徒刑。<sup>16</sup>

### 2. 限制加重規則的含義

對於累犯的加重處罰是量刑的基本規則，但是對於累犯的加重處罰並不是沒有最高限制的。根據《澳門刑法典》的規定，對於累犯加重處罰，雖然將法定刑罰的最低限度提高三分之一，但是法定刑罰最高限度卻不能改變和突破。此種處罰制度的含義，實際上和中國大陸地區刑法典中的“從重處罰”屬於同一類型，即只能在原有的刑罰幅度之內進行從嚴評價和刑罰加重。兩者的區別，在大陸地區刑法中的累犯從重並沒有最低限制，而《澳門刑法典》中的累犯的從重評價明確化，存在最低立法限制，即起刑點被提高三分之一。

### 3. 特別限制規則的含義

《澳門刑法典》中的累犯處罰規則，存在一個特別條款對從重的幅度加以額外限制。具體而言，刑法規定對於累犯的加重處罰不得超過以往各判刑中所科處的最重刑罰。

---

16. 參見燕人、東山著：《澳門刑法總則概論》，澳門基金會1997年出版，第121頁。

關於這一限制加重規則的立法原意，澳門地區有學者認為，此種規定是合理而有意義的。對於累犯加重處罰的這種限制，體現了立法者意欲對以往犯有較嚴重罪行（刑罰較重）的行為人，在構成累犯時處以較重的刑罰；而對以往犯有較輕罪行（刑罰較輕）的行為人，在構成累犯時，限制加重處罰的幅度。這種立法思想突出了累犯制度打擊的重點是那些曾犯嚴重罪行而又不思悔改、仍繼續犯罪的犯罪人。<sup>17</sup>

但是關於這一規定的固有內涵，則在澳門地區刑法理論界存在不同的理解：（1）對於此種規定，有的學者認為較難理解，不知立法者是出於何種考慮，並認為由此可能導致司法的無所適從：如果甲因前罪被判處三年徒刑，而後罪之原法定刑是三至十年，這是否意味著就不能再依照上述標準進行加重呢？<sup>18</sup>換言之，此種觀點認為，《澳門刑法典》為累犯所確立的特別限制加重規則之固有含義，是指後罪加重後的最低刑罰在“總量上”不能重於以往各判刑中最重之刑罰。（2）對於上述特別限制加重規則，有的學者認為含義清晰並且是可行的，並舉例加以說明：如果甲因前罪被判處十年徒刑，後罪的法定刑幅度為二年至十年徒刑，加重後最高法定刑為二年零八個月。此種情況下，加重的八個月法定刑並未超過以往所科處的最重刑罰十年徒刑。但是，如果甲因前罪被判處八個月徒刑，後罪的法定刑幅度為十年到二十年徒刑，加重後最低法定刑為十三年零四個月，超過了前罪所判處的八個月徒刑，為此應當將加重的三年零四個月減為八個月，即在十年零八個月至二十年之間決定具體刑罰。<sup>19</sup>換言之，該論者認為，行為人後罪的加重幅度，取決於前罪的嚴重程度。前罪重的，加重幅度大，前罪輕的，加重幅度小。以上述兩個案例而言，在第一種情況下，加重處罰的基點是法定最低刑；而在第二種情況下，加重處罰的基點則是以往各判刑中所科處的最重刑罰。從另一個角度來分析，此種觀點認為，特別加重限制規則之固有含義，是後罪的原來的最低法定刑被加重那一部分（即後罪原法定刑的三分之一）在量上不能重於以往各判刑中最重之刑罰。從另一個角度來講，筆者贊同後一種觀點，理由是《澳門刑法典》第70條的確立的特別限制加重規則，在立法上所使用的用語是“上述之加重”不

---

17. 參見趙秉志主編：《中國內地與澳門刑法分則之比較研究》，澳門基金會2000年版，第344頁。

18. 參見趙國強著：《澳門刑法總論》，澳門基金會1998年版，第167頁。

19. 參見燕人、東山著：《澳門刑法總則概論》，澳門基金會1997年出版，第121頁。



得超逾以往各判刑中所科處之最重刑罰，而不是“加重後的刑罰”不得超逾以往各判刑中所科處之最重刑罰。因此，法條中所使用的“上述之加重”，應當是指所加重的“三分之一”部分，而不是指加重後的總刑罰即“一又三分之一”（原最低法定刑加上原最低法定刑的三分之一）。

### （三）關於前後罪之間的時間界定標準之理解爭議

《澳門刑法典》確立的構成累犯的前後罪之間的時間間隔標準，根據該法典第69條第2款的規定：“如行為人被判刑之前罪之實施距後罪之實施已逾五年，則該前罪不算入累犯；行為人因法院之裁判而被剝奪自由之時間，不算入該五年期間內。”但是對這五年間隔的起始時間如何計算，是一個見仁見智的問題。

對於上述規定，澳門刑法理論界存在以下兩種意見：（1）一種觀點認為，該標準意味著，行為人是在前罪刑罰執行完畢以後，或者前罪所判處的刑罰因刑罰時效而消滅、或因大赦、普遍性赦免和特赦而免除以後，五年以內再犯新罪。<sup>20</sup>（2）一種觀點認為，《澳門刑法典》是以前、後罪的實施作為判斷累犯間隔期的標準，根本不是以刑罰執行完畢等為標準。這兩者之間存在巨大差異：按照前一種標準，如果犯罪人在前罪之服刑期間又犯新罪，因前罪之刑罰尚未執行完畢，就根本不可能構成累犯，僅僅屬於數罪並罰的情況；而按後一種標準，則犯罪人在前罪之服刑期間又犯罪，因不存在前罪之刑罰是否執行完畢的問題，所以，只要符合構成累犯的其他條件，就可以以累犯論。<sup>21</sup>

上述兩種觀點的根本差異，是對服刑中的犯罪人再犯新罪適用何種刑罰制度的問題。前者認為應當適用數罪並罰而不成立累犯；後者認為構成累犯而應當從重處罰。而根據《澳門刑法典》的法律用語，筆者同意後一種觀點。因為《澳門刑法典》的法律表述為，行為人被判刑之前罪之“實施”距後罪之“實施”必須在五年以內，因而其固有含義是明確的。至於此種立法選擇的合理性程度，筆者將在後面加以研討。

---

20. 參見趙秉志主編：《中國內地與澳門刑法分則之比較研究》，澳門基金會2000年版，第342頁；燕人、東山著：《澳門刑法總則概論》，澳門基金會1997年出版，第120頁。

21. 參見趙國強著：《澳門刑法總論》，澳門基金會1998年出版，第165頁。

### 三、《澳門刑法典》中累犯制度的評價

《澳門刑法典》中的累犯制度，筆者認為利弊兼存。至少在以下幾個方面，應當進一步地研究和探討其合理性程度。

#### （一）關於累犯制度中人格評價因素的合理性

《澳門刑法典》當前最為突出的特色，在於由“行為中心論”的累犯制度轉而成為“行為人中心論”的累犯制度，也即將累犯的人格評價因素置於立法之中，成為判斷犯罪人是否構成累犯的前提條件和判斷後罪所承受之刑罰在量上是否應當加重的唯一判斷標準。筆者認為，將犯罪人的人格評價因素提到如此高的地步，其合理性值得懷疑。

累犯人格評價因素的地位，從本質上講，是關於累犯的立法設置和從重處罰原則中是否應當考慮累犯的人格因素問題。筆者認為，累犯立法設置的初衷和從重處罰的理論根據，是犯罪人所實施之後罪所反映出的社會危害性與犯罪人本人所具有的人身危險性的結合。換言之，犯罪行為所反映出的現實的社會危害性和犯罪人所固有的人身危險性，均是刑事立法上設置累犯制度和對累犯從重處罰的考慮因素。兩者是密切聯繫和相互統一的，缺一不可。累犯的人身危險性是客觀存在而且相對較大的，因而否認累犯人身危險性的觀點是站不住腳的。但是應當強調指出的是，不能將累犯之犯罪人的人身危險性加以絕對化，萬萬不能將其與犯罪行為的社會危害性相割裂開來，如果離開累犯之犯罪行為的社會危害性而空談其人身危險性，則會導致主觀擅斷和破壞法制的現象。因此，應當在社會危害性的前提下談及累犯的人身危險性，把累犯的社會危害性與人身危險性在一定的基礎上統一起來。<sup>22</sup>

#### 1. 累犯與初犯的犯罪行為之社會危害性並無不同

累犯的立法設置與從重處罰，必須立足於犯罪行為的社會危害性。理由是對於犯罪人之後罪的刑罰懲治，必須基於現實存在的犯罪，沒有後罪之現實的社會危害性，就沒有後罪之刑罰的構成與適用，也就無從談起對

---

22. 參見陳興良：《刑法哲學》，中國政法大學出版社1992版，第141頁。

於後罪的從重處罰問題。同時，犯罪人所具有的相對較大的人身危險性，部分也是由其所實施的後罪之現實危害性所反映出來的。

但是對累犯之所以從重處罰，其根本依據，卻是在於累犯的人身危險性較之初犯更大。理由是單就累犯行為與初犯行為之行為本身的社會危害性相比較而言，很難說是前者大於後者。因而後罪本身的社會危害性是固有的，與前罪或初犯並無實質差異，並不能成為累犯從重處罰的根本依據。這一點正如有的學者所分析<sup>23</sup>：（1）社會危害性與人身危險性是兩個不同的定義，除了累犯與初犯在身份上的區別以外，如果兩個犯罪行為的表現、犯罪人的其他情況及犯罪環境完全相同，則這兩個犯罪行為的社會危害性難分大小。犯罪人具有的累犯身份並不會改變其行為的社會危害性。我們知道，社會危害性是行為人主觀惡性與行為客觀危害的統一。如果累犯的主觀惡性大於初犯的主觀惡性，那麼，我們可以說累犯的社會危害性大於初犯的社會危害性。問題是累犯的主觀惡性是否一定比初犯的主觀惡性大？筆者認為，主觀惡性不同於人身危險性，主觀惡性反映的不是行為人一貫的品格，僅是犯罪行為發生時的性格；而人身危險性反映的則是行為人一貫的、一般的性格。這種性格可能與某一具體犯罪行為發生時的性格一致，也可能不一致。因此作為累犯的犯罪人，其人身危險性大並不意味著在實施具體犯罪行為時，其主觀惡性也大。以累犯的主觀惡性大於初犯來推論累犯的社會危害性大於初犯的社會危害性，犯了前提性錯誤。（2）初犯與累犯的差別，如前所述，主要是國家的感受，對於直接的受害人或有關人員而言，它感受的不是犯罪行為人以前是否犯過罪，而是這一次行為對其所造成的具體危害。正如某些古典學派學者主張，累犯之前罪既已受到刑罰處罰，被其破壞的法律業已得到恢復，故而在量刑方面，累犯與初犯不應有所差別。同時，對累犯加重處罰違背了一事不再理的原則。<sup>24</sup>基於此，累犯中後罪行為的社會危害性與初犯並無區別。古典學派沒有認識到累犯行為人的人身危險性更大，從而認為累犯與初犯在處罰上不應不同，這一結論固然錯誤，但在累犯行為社會危害性與初犯行為社會危害性並無不同這一點上又是正確的。

---

23. 參見王晨：《累犯比較研究》，載喻偉主編：《刑法學專題研究》，武漢大學出版社1992版，第360頁。

24. 參見王晨：《累犯比較研究》，載喻偉主編：《刑法學專題研究》，武漢大學出版社1992版，第360頁。

## 2. 累犯立法設置和從重處罰的根據：立足於社會危害性之上的人身危險性

筆者認為，累犯立法設置的初衷和應當從重處罰的根據，在於立足於累犯所犯罪行的社會危害性基礎上的人身危險性。理由是：累犯之犯罪人的後罪行為所體現出的人身危險性，對於刑罰預期目的形成了實際衝擊並造成了負面影響。

累犯曾經受過刑罰執行或者赦免，卻不思悔過，繼續犯罪。<sup>25</sup>從而使得基於犯罪固有社會危害性而評定的刑罰在量上不足以懲罰和預防犯罪。因此有必要在刑罰的量上作適度增加，以使刑罰之痛苦能夠抵消犯罪人通過犯罪所獲得之樂，從而實現一般預防與特殊預防。真正實現罪刑相適應原則，實現刑罰設置的初衷。基於此，有的學者指出，作為刑事立法基本問題的累犯制度，“實質上是對犯罪者的人身危險性程度的評定問題，因一犯、再犯，說明犯罪者的人身危險性或者反社會性的頑固性，缺乏悔悟性，應論重刑”。<sup>26</sup>從受過刑罰處罰後再次犯罪的角度審視，累犯較之初犯所體現出的人身危險性更為嚴重：初犯是在未受刑罰處罰情況下的第一次犯罪，其人身危險性往往因其是不知犯罪與刑罰之因果關係，或者未經刑罰改造而誤入歧途顯得較為輕微。而累犯則是在受過刑罰處罰之後再次選擇犯罪，足以表明犯罪人對於刑罰的懲罰與改造持根本否定的態度。<sup>27</sup>基於此，筆者認為，累犯立法設置和從重處罰的出發點，在於前罪之刑罰在量上略顯不足，未能迫使犯罪人改過自新和實現特殊預防，未能阻止犯罪人在特定的預期時間再次犯罪。而其落腳點，則在於給予犯罪人之後罪相對更重的刑罰懲罰，以對經過初次刑罰打擊的犯罪人所依然具有的過大的人身危險性予以立法反擊，減輕犯罪人對於社會穩定秩序形成衝擊的危險狀態。

從另一個角度來分析，犯罪人再次犯罪對於刑罰預期目的的衝擊或者說負面影響，在於導致刑罰固有的一般預防與特殊預防效用歸於落空，從而反應出其所固有的較大的人身危險性。從特殊預防的角度來講，犯罪人的再次犯罪，就表明前罪的刑罰在量上不足，不足以對犯罪人起到特殊預

---

25. 參見莫洪憲：《累犯研究》，載《刑事實體法學》，群眾出版社1999版，第233頁。

26. 參見甘兩沛、何鵬：《外國刑法學》，北京出版社1984版，第467頁。

27. 參見樊鳳林主編：《刑罰通論》，中國政法大學出版社1994版，第429頁。

防作用，從而導致後罪的發生。從一般預防的角度來講，犯罪人再次犯罪而形成的對潛在犯罪人的鼓勵，屬於其人身危險性的一個內在要素。因為“人身危險性並非再犯可能的同義語，除再犯可能之外，人身危險性還包括初犯可能”。“一個人犯了罪，不僅本人具有再犯可能，而且犯罪人作為一種犯罪源，對於其他人也會發生這種罪之感染”。“初犯可能正是這種犯罪的傳染性的表現，因此，它應該屬於犯罪人的人身危險性的範疇”。<sup>28</sup>

### 3. 人格評價因素屬於累犯的必要構成條件

儘管從理論流派上講，主導累犯立法設置和從重處罰根據的刑法學說可以分為“行為中心論”和“行為人中心論”。但無論哪種學說均肯定犯罪行為的多次性、多次犯罪行為之間存在時間限制、前後罪的罪質應當存在限制等問題，因而在諸多方面是完全一致的。兩者的本質差異在於“行為中心論”累犯的核心在於圍繞“犯罪次數”及相關客觀要素而確定累犯的構成條件，不涉及犯罪人的人格評價因素即人身危險性問題；而“行為人中心論”累犯的核心，則在肯定“犯罪次數”等客觀要素的同時，強調犯罪人的人格評價因素即人身危險性是累犯立法設置的初衷和從重處罰的根據。

那麼究竟何謂“人身危險”呢？較為通行的理論認為，人身危險性又被稱為“犯罪人的社會危險狀態”或者“社會危險性”，指“刑罰法規中規定某行為為應罰行為，即或是無責任能力者阻卻刑罰，但對此法有規定刑罰的行為有將反復實施的蓋然性，亦構成社會危險性。”<sup>29</sup>它所表明的是“犯罪人主觀上的反社會性格或危險傾向”。<sup>30</sup>

從刑法理論的歷史發展來分析，眾所周知，“行為中心論”的累犯定義是以古典刑事學派的客觀行為作主線的，報應論是其理論基礎；而“行為人中心論”的累犯定義，則以刑事實證學派建立的行為人主觀要素為基石。<sup>31</sup>有鑒於此，有學者認為，“累犯之定義，不僅應以‘行為’為中心，並應兼顧‘行為人’之危險性格……。”<sup>32</sup>從立法現實來看，世界各國

28. 參見陳興良：《刑法哲學》，中國政法大學出版社1992版，第136-137頁。

29. 參見甘兩沛、何鵬：《外國刑法學》，北京大學出版社1985版，第667頁。

30. 參見王勇著：《定罪導論》，中國人民大學出版社1990版，第83頁。

31. 參見莫洪憲：《累犯研究》，載《刑事實體法學》，群眾出版社1999年版，第231頁。

32. 轉引自蔡墩銘著：《刑法總則爭議問題研究》，五南圖書出版公司1988版，第231頁。



的刑事立法多數將犯罪人的人格評價因素即人身危險性作為累犯成立的重要考慮條件之一。因而在累犯定義中認可犯罪人的人格評價因素，可以說是一個較為明顯的刑法修改趨勢，中國澳門特別行政區刑法典修訂過程中所體現出的此種傾向，即是一個明證。

筆者認為，犯罪人的人身危險性這一特徵是客觀存在的，它在累犯之中體現的尤其明顯。累犯定義中應當包括人身危險性這一要素，才符合刑事立法設立累犯的原始初衷。正如有的學者所稱：“累犯者，依前犯之裁判科刑，而不知刑法峻嚴，罪惡可畏者也，此種犯人，多有慣行性，其維持生活，即以犯罪為資本，其被科刑罰，不過被視為營業之租稅耳。不惟不感刑罰之威力，且對於國家刑罰權，表侮蔑之意，國家對此惡徒，若科以通常之刑，恐終無懲戒之效，故規定凡累犯者，必問其責，此累犯（累犯加重）之存在理由也。”<sup>33</sup>

## （二）關於刑罰時效完成後是否能夠構成累犯的置疑

如果犯罪人在前罪的追訴時效完成後再犯新罪，是否因為曾經實施前罪而與後罪一起而構成累犯呢？對此《澳門刑法典》持肯定態度，即追訴時效完成後可以構成累犯。具體而言，澳門特別行政區刑法典第69條第4款規定：“四、刑罰之時效、大赦、普遍性赦免以及特赦，不妨礙累犯之成立。”換言之，時效期限的完成，應當意味著刑罰的完畢，因而才開始計算累犯的構成時間期限，而不是直接導致累犯構成期限的渡過。

對於《澳門刑法典》的上述規定，筆者持否定態度，認為刑罰時效完成的前罪不應當與後罪一起構成累犯，因為基於刑罰時效完成而不承擔實際刑事責任或者刑罰的前罪，並不具備與後罪共同構成累犯的理論基礎。理由是：（1）累犯從重處罰的理論根據，首先在於累犯的主觀惡性和人身危險性較大。換言之，犯罪人在一定時間以內又犯性質比較嚴重的罪行，就表明其人身危險性較大，應當判處較重的刑罰，……這就是刑法確立累犯制度的理由所在。<sup>34</sup>而因刑罰時效完成導致不承擔具體刑罰的前罪，其之所以不承擔刑事責任，在於犯罪人的積極悔過和自我改造行為得到社會

---

33. 參見郝朝俊著：《刑法原理》，轉引自《刑事實體法學》，群眾出版社1999年版，第231頁。

34. 參見高銘暄主編：《刑法學》，法律出版社1982版，第261頁。

的承認，因而犯罪人已經基本可以被推定為主觀惡性大為降低，人身危險性大為減小。這樣再將其前罪視為與後罪構成累犯的條件，與立法原意不符。（2）累犯危害性大於初犯從而應當從重處罰的理由還在於，累犯的出現會削弱國家法律的權威，不僅使刑法所固有的權威與尊嚴為社會公眾所懷疑，而且是對潛在犯罪人的鼓勵，使其進一步產生藐視國家刑法的心理而將犯罪的傾向逐步變為犯罪的行動。而刑罰時效制度所導致的犯罪人不實際承擔刑事責任這一免責規範的出現，是以犯罪人積極自我改造且不再犯新罪為前提的。換言之，犯罪人雖然曾經違反了國家刑法而構成犯罪，但是其出於對刑法和國家法律權威的畏懼而不敢再犯新罪，並積極自我改造。因此國家法律對於該犯罪人的震懾，已為社會公眾所感知，因此後罪並不導致對社會公眾及潛在犯罪人的負面影響與效應。基於此，不應當將由於完成刑罰時效而不承擔具體刑責的前罪與後罪一起構成累犯。（3）累犯危害性大於初犯的原因還在於，它對社會心理秩序造成了較大的破壞。通常犯罪人初次實施犯罪對人們所造成的心理上的恐懼和不安，將會隨著犯罪人受到懲罰，使人們感到犯罪的報應性與個人權利的有保障性而逐漸消失。而當累犯出現時，人們將顯而易見地感覺到國家法律懲惡揚善之功能與效力的不足，並進而對其產生失望感，從而使心理上的不安與恐懼感再度產生並不斷加強。<sup>35</sup>但是基於完成刑罰時效而不承擔具體刑責的前罪與犯罪人再次實施的後罪之間的聯繫，卻並未對社會心理秩序造成上述負面衝擊：首先，刑罰時效的完成已經在時間上使遭受原犯罪破壞的社會心理秩序得以恢復，人們對犯罪的恐懼感也隨著時間的流逝而消逝殆盡，因而前後兩罪對人們心理所實際造成的衝擊與破壞難以有遞加感，並未引起人們的過度不安與恐懼。再者，犯罪人在刑罰時效完成後再犯新罪，並未使人們顯而易見地感覺到國家法律懲惡揚善之功能與效力的不足。因為對於前罪而言，國家並未實際對犯罪人施用過刑罰，並未加以實際的刑事制裁，不存在刑罰力度不足和功能不足的說法。

### （三）將“服刑中再犯罪”之情況納入累犯範疇的評價

根據《澳門刑法典》的現有規定，判斷累犯後罪實行時間之上限的標準，不是以刑罰執行完畢等為標準，而是以前罪的實施完畢為標準。根據

---

35. 參見高銘暄主編：《刑法學原理》（第三卷），中國人民大學出版社1994版，第294頁。

這一標準，如果犯罪人在前罪之服刑期間又犯罪的，也屬於累犯。關於此種將“服刑中再犯罪”之情況納入累犯的立法選擇之合理性，值得探討。對此，刑法學界雖然也存在支援性意見，但反對方居於多數。

我國刑法理論界有學者認為，犯罪人在前罪的刑罰執行之中所犯之罪與刑罰執行完畢後所犯之罪並無質的區別，都應作為累犯來對待。主要理由是：（1）就重新犯罪而言，刑罰執行完畢或赦免後發生的重新犯罪數量遠遠多於刑罰執行期間重新犯罪的數量，因此即使在那些將累犯後罪上限規定為判決宣告或開始執行刑罰之時的國家，它們的累犯中絕大部分應是刑罰執行完畢或免除刑罰執行之後又犯新罪而構成累犯的。在刑罰執行之中又犯新罪的累犯佔整個累犯的比例相當小，因而不將將累犯中後罪的時間上限規定為刑罰執行完畢或赦免之日，或者規定為判決宣告之日，對於累犯數量的上升實際影響不大。（2）刑罰執行期間犯罪人又犯新罪不僅說明其主觀惡性深重而需加重處罰，而且其主觀惡性與人身危險性甚至比刑罰執行完畢或赦免後又犯罪者的主觀惡性與人身危險性更大、更深，更應從重處罰。同時認為，在國家刑罰執行機關的嚴厲監管之下行為人尚且犯罪，那麼當其失去監管，重返社會時又將怎樣？在刑罰執行期內又犯新罪，說明犯罪人沒有從前罪的處罰中吸取教訓，對法律心存藐視，行為人的主觀惡性之大不言自明。（3）論者對“刑罰執行期內又犯新罪，按數罪並罰的原則來處理；如果按累犯處理與數罪並罰制度相衝突”的觀點作了批駁。認為這一解釋是難以成立的。在刑罰執行期內又犯新罪，固然要將新罪所判刑罰與前罪尚未執行的刑罰實行並罰，但在實行並罰之前，首先要對新罪確定刑罰，這就存在對此新罪是否從重處罰的問題。而現行刑法只規定對二者進行並罰，並未規定對新罪要從重處罰。而且，對新犯之罪從重處罰並不妨礙進行數罪並罰，這種數罪並罰正是以後罪作為累犯從重處罰為基礎的。為此，全國人大常委會1981年6月10日通過的《關於處理逃跑或者重新犯罪的勞改犯和勞教人員的決定》第二條第二款規定：“勞改犯逃跑後又犯罪的，從重或者加重處罰。”這正是指刑罰執行期間又犯新罪的情形。說明了我國單行刑法已經補充規定了刑罰執行期間又犯新罪要從重或加重處罰。而且，1994年通過的《監獄法》第59條明確規定：“罪犯在服刑期間故意犯罪的，依法從重處罰。”這說明在法律上正式確認了對刑罰執行期間又犯新罪的罪犯從重處罰原則，而當立法者已經認為上述情況與累犯的處罰原則應該相同時，在立法者的觀念上，刑罰

執行之中所犯之罪與刑罰執行完畢後所犯之罪並無本質區別，都應作為累犯來對待。<sup>36</sup>

總體上講，刑法理論界的通論是反對上述觀點的，正如中國臺灣地區學者所稱：“徒刑之執行中再犯罪者，例如犯逃脫、傷害等罪，與累犯之要件不合，即無適用累犯之餘地。”<sup>37</sup>

筆者也不贊同應以累犯論的觀點，理由如下：（1）客觀地講，刑罰執行中行為人再次故意犯罪，雖然可以充分說明犯罪人主觀惡性和人身危險性仍很大、很深，但是此種相似的嚴重社會危害性與人身危險性並不能說明此種行為就是累犯，更不能說明其就等同於刑罰執行完畢後或赦免後的情形。刑事立法上之所以設置累犯制度，主要在於解決犯罪人刑事責任程式問題，如果犯罪人在刑罰執行完畢或赦免後再次故意犯罪，充分說明其尚未改造好，尚存進一步危害社會的可能性，原有的刑罰在量上顯示出不足性，尚未能充分實現特殊預防之應有作用，因而對累犯從重處罰具有一定的彌補初判刑罰效能的功用，具有相當強的刑事政策意義。如果在前罪判決宣告後，刑罰尚未執行之前或正在執行過程中再犯新罪，由於犯罪人尚未受過實際的刑罰執行，或只受過部分刑罰執行，刑罰能否對其產生懲罰與改造的實際效果，尚難測定。此時來確定犯罪人系屢教不改而須從重處罰，尚缺乏根據。至於在刑罰執行過程中又犯新罪而體現出來的人身危險性和主觀惡性，完全可以通過數罪並罰的適用來體現對其進行從重處罰的精神。（2）上述論者認為，在刑罰執行期內又犯新罪，固然要將新罪所判刑罰與前罪尚未執行的刑罰實行並罰，但在實行並罰之前，首先要對新罪確定刑罰，這就存在對此新罪是否從重處罰的問題。而現行刑法只規定對二者進行並罰，並未規定對新罪要從重處罰。而且對新犯之罪從重處罰並不妨礙進行數罪並罰，這種數罪並罰正是以後罪作為累犯從重處罰為基礎的。筆者認為此種觀點是一種重刑主義的體現，同時是對犯罪人之合法權益的過度侵害，是對一次危害社會行為的過重雙重否定性評價，極不合理。理由是累犯制度所確立的從重處罰原則，已經鑒於犯罪人初次所承擔的刑罰在量上的不足而提高了刑罰的量，因而對於犯罪人所實施的後罪之

---

36. 轉引自趙秉志主編：《刑法爭議問題研究》（上卷），河南人民出版社1995年版，第727-728頁。

37. 參見高仰止著：《刑法總則之理論與實用》，臺灣五南圖書出版社1986年版，第370-371頁。



刑罰評定已經相對過高，已經對犯罪人再犯新罪所表現出的過大的社會危害性和人身危險性作出了立法反應。同時，刑法典第71條所規定的“判決宣告以後，刑罰執行完畢以前，被判刑的犯罪分子又犯罪的，應當對新犯的罪作出判決，把前罪沒有執行的刑罰和後罪所判處的刑罰，依照本法第69條的規定，決定執行的刑罰”。這種“先減後加”的刑罰執行方式，已經實際延長了犯罪人前後兩罪之宣告刑罰的實際執行期限，因而也已經對於犯罪人的不遵守監規的再犯新罪行為作出了額外的否定性評價。如果此時依照前述學者所持的觀點，先對犯罪人在刑罰執行期間所犯的新罪根據累犯制度加以“從重處罰”之評價，然後再依照數罪並罰的“先減後加”原則實際延長犯罪人刑罰的實際執行時間，則顯然是對同一犯罪行為進行兩次否定性評價，而且是進行兩次過重的否定性評價，這顯然是極不合理的，也是極不可取的，是對犯罪人權益的漠視和過度損害。（3）累犯制度所確定的“從重處罰”之否定性評價，在出發點上是不同的。前者所強調的是犯罪者在經過刑罰打擊和改造後，先前所給予和測定的刑罰在量上不足起到特殊預防作用，未起到預期的儆誡作用。因而有必要對於新罪給予相對較重的刑罰懲治，在量上補足所缺的刑罰力度。其“從重評價”的出發點，在於預防性。而數罪並罰之“先減後加”原則的出發點則與此不同，主要在於打擊犯罪人過於藐視監規和改造秩序，拒不接受改造以及對抗改造的客觀現實。因而有必要對刑罰的實際執行時間加以延長，以迫使犯罪人接受改造，棄惡從善。其“從重評價”的出發點，在於報應性。

綜上所述，筆者認為犯罪人在前罪的刑罰執行期間再犯新罪的，由於不符合累犯的構成條件和立法初衷而難以認定為累犯，應當依照數罪並罰的情況加以處理。

#### **（四）關於累犯構成的法域條件**

當今世界是開放的世界，人員的流動極其頻繁，相應本國人領域外犯罪或者外國人領域內犯罪的情況大量出現。這就實際上引發了累犯構成中的法域條件問題：如果某一個人領域外犯罪被實際處刑，之後在本國領域內再次犯罪的，前後兩罪是否可以結合而構成累犯呢？對此，澳門特別行政區刑法典第69條第3款規定：“三、如由不屬澳門司法組織之法院作出判決，而按澳門有關事實系構成犯罪，則該判決須依據以上兩款規定算入累犯。”對於這一條文之內涵的理解及其合理性評價，應當結合域內外立法例以及理論學說來加以評判。



## 1. 域內外相關立法例

涉及累犯構成中的法域條件，世界各國的立法處理方式各有不同，具體包括以下兩種情況：其一，肯定型立法例。巴西刑法典第46條規定：“犯人在國內或者國外已被判決後又犯新罪，稱為累犯。”具體而言，上述條文意味著，無論犯罪人在領域內外所犯之罪，只要已經被實際處刑，無論是否本國所裁判，無論在國外所犯之罪本國是否擁有管轄權和是否在本國刑法典也認為是犯罪，均可以和後罪一起而構成累犯。其二，否定型立法例。德國刑法典第48條規定：“行為人以前至少兩次在本法效力範圍內因故意犯罪受刑罰處罰的，且因一次或者數次犯罪被判處三個月以上自由刑，現在又故意犯罪……”屬於累犯。換言之，上述條文意味著除根據本國法律所裁決的犯罪以外，在其他國法律效力之下所被判處之前罪，不能與發生於本國之後罪一起而構成累犯。

從總體上分析，澳門地區刑法典關於累犯構成中的法域條件的規定，屬於折衷型立法例。對該法條加以分析可以發現，中國澳門特別行政區的立法處理模式是較有特色的，以折衷的方式處理此類情況，既維護澳門司法權之獨立性，又適當尊重外國裁決之應有效力。雖然前罪不是由澳門司法組織所作的判決，但是只要根據澳門刑法典的規定同樣構成犯罪的，則可以與後罪一起而構成累犯。

而前二種立法例均存在不可取之處：就巴西刑法典而言，如果犯罪人前罪是其他國家的刑法典所規定的罪名，但是本國刑法卻不認為是犯罪的，是否也與後罪一起而構成累犯呢？顯然不能，這就造成了累犯制度與刑法典效力範圍上的衝突。就德國刑法典而言，如果犯罪人是在其他國家依據該國刑法典或者有關國際刑法而被判有罪，則是否能與在德國所犯の後罪一起構成累犯？存在疑問。

## 2. 相關理論爭議

中國刑法理論界對此問題也存在不同的認識，概括起來，存在否定說、肯定說和折衷說三種不同意見：

肯定說認為，如果對國外的刑事判決採取積極承認的做法，則無疑應宣告為累犯。我國採取的是消極承認，儘管如此，仍應認定為累犯。因為

消極承認的前提是考慮到行為人在外國受到刑罰處罰的事實，而免除或者減輕刑罰；同樣，當行為人於我國再犯新罪時，我國法院也應該考慮行為人在外國受到刑罰處罰的事實，如果符合我國刑法規定的累犯條件，就應以累犯論處。這與消極承認是完全統一的，而不是矛盾的<sup>38</sup>。另外一種觀點認為：“行為人受外國司法機關審判並執行刑罰為有期徒刑以上之罪，依照中國刑法也應當追究刑事責任的，應當認為其已受到刑罰執行，也可依我國刑法再次進行處理。該犯罪人如果在法定時間在國內再犯應當判處有期徒刑以刑罰之罪的，可以定其為累犯。”<sup>39</sup>

否定說認為，中國現行刑法典所規定的“刑罰執行完畢”，是指在我國的有罪判決和刑罰執行。因而在外國受過刑罰的人，不等於曾受我國的有罪判決和刑罰執行，所以前罪如果是在外國受過刑罰處罰並實際執行的，之後又在法定期限內在我國犯罪的，不能與後罪一起而構成累犯。<sup>40</sup>否定說的基本理由是：“外國法院之裁定對於本國並無判力，不足為累犯加重之基礎。”<sup>41</sup>因而“外國法院的審判，不認為是成立累犯的前提條件。”<sup>42</sup>有的學者因而還提出了此種情況的處理方式：“凡是受刑人在國外實施犯罪行為，經外國法院審判並執行刑罰，其罪依照我國刑法應負刑事責任，進入我國境內又犯罪的，應該不承認外國法院審判效力，國外之前罪與國內之後罪併合審理。”<sup>43</sup>

折衷說認為，犯罪分子曾在國外故意犯罪的，一般不能作為我國刑法規定的構成累犯的條件而對其從重處罰。但如在國外故意犯罪，經我國法院審理並判處刑罰的，仍可作為構成累犯的條件。<sup>44</sup>持折衷說的學者較多，有的對此還作了進一步深入的分析，認為對此問題要分別兩種情況，區別對待：其一，如果行為人在國外實施的行為，並未觸犯我國刑法，那麼，即使受到外國司法機關的審判並執行了刑罰，也不能作為我國刑法規

---

38. 參見張明楷著：《刑法學》（上），法律出版社1997年版，第449頁。

39. 參見趙廷光主編：《中國刑法原理》武漢大學出版社1992年版，第590頁。

40. 參見高銘暄主編：《新中國刑法研究綜述（1949-1985）》河南人民出版社1986年版，第451頁。

41. 參見高仰止著：《刑法總則之理論與實用》臺灣五南圖書出版公司1986年版，第372頁。

42. 參見甘雨沛、何鵬著：《外國刑法學》，北京大學出版社1984年版，第468頁。

43. 參見喻偉主編：《刑法學專題研究》，武漢大學出版社1992年版，第359頁。

44. 參見趙秉志主編：《全國刑法碩士論文薈萃（1981-1988）》，中國人民公安大學出版社1989年版，第514頁。

定的構成累犯的前提條件。其二，如果行為人受外國司法機關審判並執行刑罰之罪，依照我國刑法也應當追究刑事責任，則我們可以承認其已受刑罰執行，也可以依照我國刑法再次進行處理。如果承認外國司法機關所作判決的效力，且執行的刑罰也是有期徒刑以上，便可作為累犯構成的前提條件，該罪犯在一定時間內回到我國實施一定之罪的，便可以構成累犯。如果我們不承認外國司法機關判決的效力，而是待犯罪人回國後又進行了處理，那麼，即使外國司法機關所作的判決是有期徒刑以上且已執行，也不能成為構成累犯的前提條件。犯罪人經過外國司法機關判決並執行刑罰後，無論何時回到我國，也無論犯什麼樣的罪，均談不上構成累犯的問題。<sup>45</sup>

### 3. 應有的結論——依據司法主權進行管轄

筆者認為，關於累犯構成中的法域條件，現實存在的域外立法例具有借鑒意義，上述三種學說也各有利弊。綜合而言，筆者認為巴西、德國以及中國澳門地區刑法典的立法選擇過於籠統而可能形成實際操作上的司法弊端，因而均不可取。刑法理論界的三種具體觀點也存在值得再考慮之處：否定說過於武斷而不可取，肯定說過於籠統也不可取。就折衷說而言，雖然其基本觀點是合理的，但是仍然應當再作進一步的研究。筆者認為，對於這一問題不能一刀切，應當根據可能構成累犯的前後罪是否都屬於中國刑法典具有刑事管轄權的犯罪來進行評判。換言之，應當根據司法主權獨立行使的原則進行判斷，具體問題具體分析：（1）當外國司法機關對行為人所判處刑罰之罪，中國刑法完全無管轄權的，例如甲國對乙國公民所犯之罪進行有罪判決並且實際執行刑罰，則儘管乙國公民在刑罰執行完畢之後五年內在中國領域內再犯新罪，也不可能與前罪一起而構成累犯。（2）當中國刑法典有管轄權之人，在他國被作有罪判決並被執行刑罰，但是該罪在中國刑法典中不認為是犯罪，或者雖然也認為是犯罪，依照中國刑法典不可能被判處有期徒刑以上刑罰的，不能與後罪一起而構成累犯。（3）當外國判處刑罰並被實際執行之罪，在中國刑法典上也被認為是犯罪並可能被判處有期徒刑以上刑罰的，是否構成累犯，存在值得探討之處。根據中國現行刑法典第10條的規定，對於經過外國審判的，仍然可

---

45. 參見高銘暄主編：《刑法學原理》（第三卷），中國人民大學出版社1994年版，第287頁。

以依照中國刑法追究刑事責任，但是已受到外國刑罰處罰的，“可以免除或減輕處罰”。此種規定意味著，可以免除刑罰，也可以不免除刑罰而依照我國的刑法追究其刑事責任。那麼，在此種情況之下，如果是免除犯罪人的刑罰，則筆者認為此時外國的既有判決與刑罰執行完畢的事實，是可以承認的，可以與後罪一起而構成累犯；如果此時不免除犯罪人的刑罰，再次追究犯罪人的刑事責任的話，則外國的審判與刑罰執行就不能承認，只能根據中國司法機關所重新作出的判決來確定是否與後罪一起而構成累犯。

筆者認為，中國現行刑法典未對此種情況作出明確規定，屬於立法上的遺憾。因為此種情況的出現在交流日益頻繁的今天將會越來越多。因而相比較而言，中國澳門地區刑法典的規定更為可取。理由是：明確規定雖然未適用中國刑法典和未經中國司法機關審判，但是只要中國刑法典認為是犯罪就可以構成累犯，可以解決諸多實際的司法問題，並且有助於國際刑事司法協助和相互交流。而僅僅依靠現行刑法典第10條的規定，對於某些特殊情況的出現，難以在法理上作出合理的解釋。例如：作為國際刑法上重要制度的“已決案犯的移交”，就是將外國司法機關已經作出裁決的犯罪人，在未執行刑罰或者雖然已經開始執行刑罰但尚未執行完畢的情況下，交由其國籍國或者居住國執行刑罰的制度。那麼在此種制度之下，外國的審判就必須被承認，當然此種情況之刑罰執行完畢的結果是發生在本國範圍內的，因而在某種程度上也符合中國現行刑法典的規定。