貳過比較惡？

前科宜否作為加重懲罰事由

范耕維

國立東華大學法律學系副教授

壹、問題意識

一個根深蒂固的道德直覺

> 「有前科的人再犯，理所當然應該判得比初犯更重。」

但前科影響的是**國家限制人民自由權的程度**。既然要讓前科影響宣告刑，就必須找到能夠證立它的理論依據——而不只是訴諸直覺。

本文的提問：**貳過，真的比較惡嗎？**

本文的兩個討論主題

主題一

理論依據

前科是否可以影響宣告刑的量定？若可以，其正當性何在？

主題二

對量刑的影響性

前科若可影響量刑，是**從重**因子？還是有作為**從輕**因子的可能？

本文結論預告：第一，前科不得作為從重量刑因子；第二，前科可能作為從輕量刑因子。

為什麼值得討論：實務重要、文獻空白

1. 實務上前科無所不在

- 論罪階段：作為品格證據
  — 臺灣高等法院104年度上易字第1439號刑事判決
- 科刑階段：刑法第57條第5款「品行」之量刑因子
  — 最高法院112年度台上字第511號刑事判決
- 審判之外：成為職業管制事由

⇝ 卻**沒有文獻**討論前科作為量刑因子的依據與影響性。

2. 前科 ≠ 累犯

- 累犯（刑法第47條）：立法者就「特別前科」加重**處斷刑**
- 一般前科：法官在**宣告刑**層次的量刑因子
- 一般前科的理論依據 S，累犯則在 S 之外另有影響刑罰規範層次的依據 R

⇝ 釐清 S，才能反思釋字第775號以「特別惡性、刑罰反應力薄弱」作為 R 是否妥當。

貳、先決問題

「前科」指的是什麼？本文採廣義概念

來源	涵蓋範圍	性質
刑案資料查註紀錄系統	起訴、不起訴、緩起訴、行政簽結；有罪、無罪、緩刑等	廣義前科
警察刑事紀錄證明（良民證）	僅曾入監執行或判決確定現正執行者	狹義前科（近外國學理）
法院實務「前案紀錄表」	歷次起訴、判決、定刑、執行之「先前犯罪紀錄」	廣義前科，皆可能成為量刑考量

本文立場：前科 ＝ 被告的**先前犯罪紀錄**（廣義），先處理其影響量刑的理論依據，再思考如何影響。

貳、思考架構

刑罰理論的視角：四步推論

1
量刑目的的選擇
宣告刑層次

→

2
量刑相當原則的建構
罰當其罪

→

3
量刑責任與量刑基本框架
對接刑法第57條

→

4
前科作為量刑因子的依據
及其影響性

本文不走法條或制度比較，而是在抽象層次思考：
當量刑作為刑罰制度的個案實踐時，**考量前科的正當性**如何證立。

貳、量刑目的的選擇

宣告刑採應報觀點，執行刑談社會復歸與再犯預防

宣告刑

概念上與**具體犯罪行為**相當的合理處罰程度

量刑目的：**應報**（罪刑均衡）
量刑責任 ＝ 犯罪可非難性

執行刑

在責任刑範圍內，對行為人與社會**最合適的處遇方案**

量刑目的：關係修補、社會復歸、再犯原因消除

為何不把特別預防放進宣告刑？

- 再犯危險性、規範意識等概念欠缺明確基準，使責任範圍浮動，失去**限定刑罰**的功能
- 由前科推論「較高再犯風險」並非嚴謹的因果推論，有恣意武斷之嫌
- 類似犯行應得相近評價——預防考量是干擾公平量刑的**雜訊（noise）**

貳、核心理論問題

前科（先前犯罪紀錄）的存在，如何影響後續再犯行為的可非難性？

採**行為責任理論**：可非難性的基礎是犯罪行為本身，而非行為人的人格或習性。

因此，要證成前科作為量刑因子，**必須論證前科能改變再犯行為的不法或有責程度，進而改變可非難行**。若做不到，就無法建立理論依據。

參、再犯加重模式（A recidivist premium）

居於支配地位的主流：五種論證路徑

特徵：以前科為基礎，對再犯行為施加較前次更高的刑罰 —— 累積原則（cumulative principle）

論證著眼點	理論	加重的路徑
（先前）有罪判決之意涵	不再犯義務違反理論（Lee、Bennett）	違反義務 → 違法性增加
（先前）有罪判決之意涵	法秩序否定理論	積極否定判決確認之法秩序
犯罪人本身	犯罪傾向、性格加重理論（Roberts）	人格形成責任 → 有責性增加
犯罪人本身	警告理論（德、日通說）	克服較高反對動機 → 有責性增加
犯罪人本身	額外控管義務違反理論	犯罪經驗 → 法益侵害可能性升高 → 違反控制侵害可能性之義務 → 違法性增加

參、再犯加重模式 ①

不再犯義務違反理論（二重義務違反理論）

命題一　有罪判決課以犯罪人「不再犯」之義務

命題二　再犯違反該義務，再犯行為違法性增加

命題三　違法性較高，故應從重量刑

本文批評

命題一：溝通應報理論至多推出犯罪人對「該次」犯行表達悔悟自新，推不出法律上「保證未來不再犯」的義務。

命題二：若義務違反會增加法益侵害，須承認「犯罪人將來守法」是一種法益——這帶有目的刑色彩，與溝通應報相悖，且實質上又回到人格、再犯風險的控制，以人格與再犯風險作為懲罰的基礎。

參、再犯加重模式 ②

法秩序否定理論：多次否定，為何就更該非難？

主張：再犯者不只是對新犯行作出決斷，同時**積極否定先前有罪判決所確認的法秩序**；再犯反覆否定法秩序時，可正當化非難的加重。

解釋方向一：造成更高的法益侵害？

再犯行為侵害的仍是該罪名的保護法益，「再次否定法秩序」本身並未增加法益侵害。

⇝ 唯一出路是由反覆否定法秩序來推論人格危險性，但這又回到恣意推論與人格責任論的問題。

解釋方向二：有罪判決有特殊意涵？

有罪判決只是法官以權威**再確認**立法者制定的法秩序，並未創造額外的保護對象。

⇝ 若把國家與制度的象徵性權威提升為刑法保護的法益，侵害權威作為加重原因，在自由主義刑法下殊值商榷。

參、再犯加重模式 ③

犯罪傾向、性格加重理論：懲罰的是行為，還是「他是什麼樣的人」？

J. Roberts：人依經驗形塑自身；經歷司法程序後仍選擇再犯，形式上類似**預謀犯罪**，顯著脫離規範要求，故可非難性較高。

> **本土實務案例：高雄地院102年度簡字第1206號**
> 「多次因竊取奶粉為警查獲……竟又再為本件竊盜犯行，顯然無所悔悟……價值觀念偏差，且素行不佳，實不宜寬貸」

本文批評

- 許多再犯是偶然、即興，無法類比預謀
- 前科推論較壞性格：欠缺嚴謹因果推論
- 性格抽象不明確，難作為刑度基準，流於武斷
- 前科成為「道德記帳本」的索引：非難對象變成「我們把他想像成什麼人」，違反罪刑均衡與行為責任理論

參、再犯加重模式 ④

警告理論（德、日通說）

命題一　有罪判決與刑罰有警告效力，使犯罪人形成**較高的反對動機（反對犯罪的動機）**

命題二　漠視警告而再犯
→ 再犯的犯罪動機克服了較高的反對動機

命題三　更高的再犯犯罪動機 → 有責性增加 → 從重

本文批評

命題一：人的特質與刑罰感應力各異，未必都產生警告效果；以「規範上的期待」擬制所有人均質，正當性何在？

命題二：再犯如何能推論更高的犯罪動機？

1. 若訴諸「敵視國家權威」，非難對象錯置
2. 若訴諸「規範意識低落」，概念空洞（過失再犯怎麼說？），實質上可能只是「再犯危險性」的代換語。

參、再犯加重模式 ⑤

額外控管義務違反理論：最具啟發，但代理變數站不住

主張：
命題一：先前犯罪累積**犯罪經驗**，同類再犯的法益侵害可能性升高
命題二：犯罪人因此負有類似保證人地位的**「額外控管義務」**，必須控管再犯的高風險
命題三：當義務違反時則違法性增加，可加重量刑。

命題一的問題

前科不等於經驗累積：無前科者可能有五次犯罪黑數；多次被捕也可能反映**欠缺犯罪能力**。前科不適合作為法益侵害可能性的代理變數。

命題二的問題

職業或生活經驗同樣會提高侵害可能性——為何只有犯罪而生的經驗產生義務？且有罪判決傳遞的非難訊息，並不包含「你的經驗提高了未來風險」。

命題三的問題

「控管高風險再犯行為」與「不實行犯罪」實質上是同一個義務，評價為違反兩組義務，有**雙重評價**之虞。

參、小結

再犯加重模式的共同結構：「再犯的法益侵害 ＋ X」

各理論都在為 X 找內容。本文發現，無非兩種論證方式——而兩種都失敗。

論證方式一：X ＝ 性格、習性

以人格或性格作為加重依據，違反罪刑均衡與行為責任理論，使責任概念**失去限定刑罰的功能**，導致懲罰過度擴張。

論證方式二：X ＝ 義務、反對動機

從先前犯罪與有罪判決推導出特定義務或較高反對動機，但**皆未能充分論證**該義務或動機為何存在，故無法說明再犯為何更不法、更有責。

結論：目前並不存在能有效證成「前科作為從重量刑因子」的理論。

肆、初犯減輕模式（Progressive loss of mitigation）

von Hirsch：不是再犯更壞，而是初犯的折扣用完了

為何初犯應減輕：過誤與容忍

- 人有易於犯錯、暫時失控的**脆弱特質**
- 初犯是一種「過誤（lapse）」——判斷錯誤，而非道德淪喪
- 對暴露於壓力與誘惑者投以同情，將**容忍**實踐於量刑
- 容忍不等於認可：減輕並非因初犯可非難性較低

為何折扣隨再犯漸失

- 有罪判決內含「應嘗試遵從法律」的要求
- 犯罪人應展現堅毅的努力（effort of will）自我約束
- 再犯顯示其未把握機會，減刑的前提假設不成立
- 折扣依再犯頻率漸次消失，**最多回到**與可非難性相當的刑罰

形式上也是再犯判得較重，但法律效果只是「不再從輕」，符合罪刑均衡——當代應報論者普遍接受，也契合本文的分析視角。

肆、初犯減輕模式之檢討

「過誤」被過度單純化；折扣漸失的依據也不清楚

初犯減輕的依據

- 壓力與誘惑並非所有初犯者的普遍處境，也無證據顯示初犯比再犯更常遭遇這種處境
- 人易犯錯，但未必易犯**「達犯罪程度」**之錯
- 殺人與妨害名譽的過誤難易有別。各罪類型的初犯是否都該被寬容？區分基準為何？（Bagaric：犯罪已非輕微規則違反）
- 容忍、寬恕是自主裁量，不應被推導為普遍義務
- 應用面：容忍要透過量刑體系的哪個概念連結到刑度？不明

折扣隨再犯漸失

再犯量刑背後可能有兩種思維，理論未明確擇一：

思維一：減刑是「給予理解脆弱特質的機會」——那麼要不要再給機會，標準不明；甚至可能發現理解障礙，而應給更輕量刑。

思維二：減刑同時「課以未來自我約束的義務」——可說明漸失，但已偏向目的刑，與應報立場不一致。

肆、初犯減輕模式帶來的啟發

再犯者身上，可能存在不應受負面評價的面向

再犯加重模式

聚焦於犯罪人**應受負面評價**的因素：
不履行義務、惡劣性格、習性

初犯減輕模式

聚焦於犯罪人**不應受負面評價**的因素：
易於過誤的脆弱性

這個視角翻轉了「貳過比較惡」的刻板印象，開展出不同於主流的理論可能。

伍、本文主張一

前科不得作為從重量刑因子：三種應報模式皆推不出加重

只批評既有理論還不夠。要根本性地論證：在罪刑均衡與行為責任理論下，加重的理論依據**無法成立**。以「竊盜 C1 → 再犯竊盜 C2 」為例：

單純應得模式

C1 的刑罰只代表「因 C1 應承受的不利益」，不課以未來義務、不升高反對動機。C2 應得的，只是對應 C2 本身的不利益。

公平分配模式

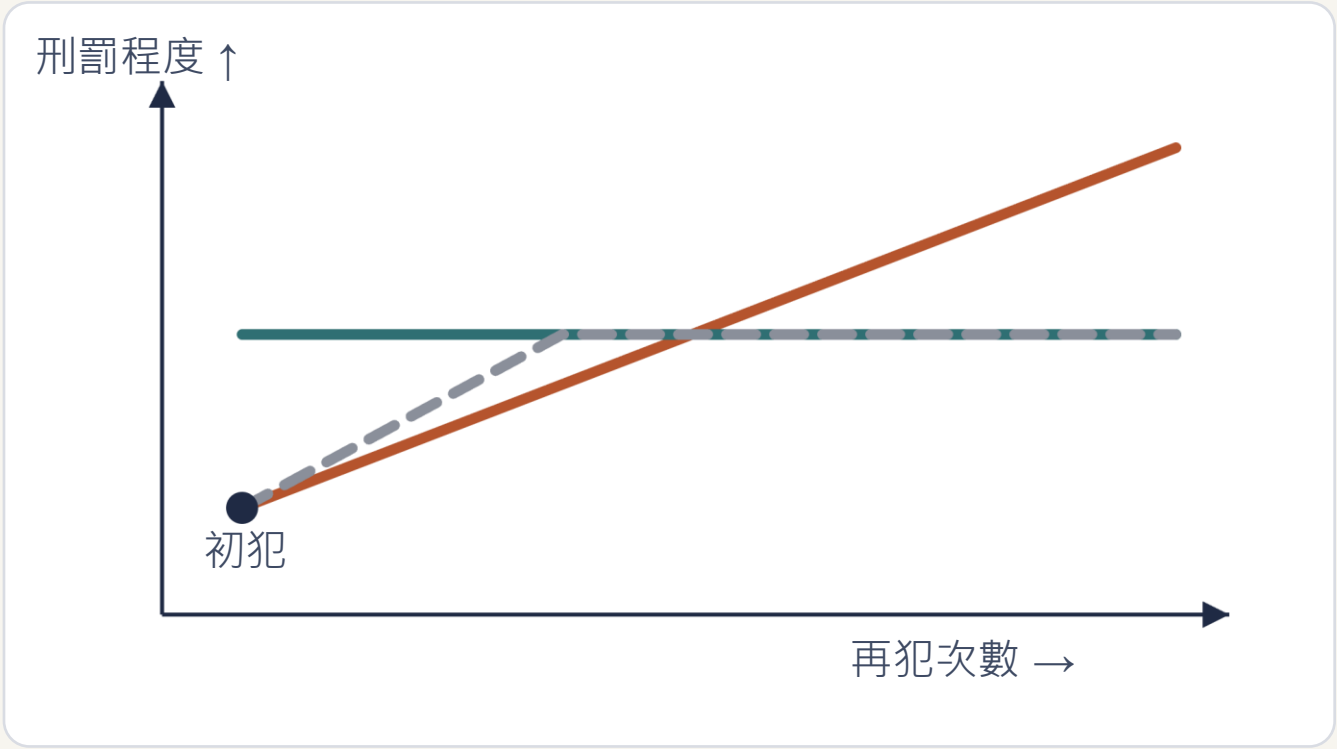
C1 的刑罰償還的是「多取得的行動自由」這筆債務。再犯 C2 時，犯罪人多獲得的仍只是不受竊盜罪限制的自由，並未多獲得「不受不再犯義務約束的自由」。

表現與溝通模式

承受刑罰表達的是對**該次**犯行的悔悟與自新，不是「未來不再犯」的承諾；推不出不再犯義務，自無義務違反可言。

伍、前科與量刑關係的三種模式（圖一）

本文採偏向「均一價模式」的路徑



再犯加重模式

隨再犯次數同步升高——但沒有論證路徑能證成這條線

均一價模式（本文）

犯罪情狀相同，刑罰相同；前科不改變可非難性

初犯減輕模式

初犯折扣漸失，最多回到可非難性相當的刑度

圖一示意，改繪自 J. Roberts (2008), *Punishing Persistent Offenders*, p. 10。

伍、本文主張一

採均一價模式的三點理由

1.

符合罪刑均衡

刑罰程度只對應犯罪行為可非難性，不受前科有無影響，合於行為責任理論的精神。

2.

確保責任限定刑罰的功能

不把前科連結到性格，避免責任概念被不當擴張、懲罰過度膨脹。

3.

不讓弱勢者雙重受罰

大量前科常源於貧窮、欠缺社福、文化衝突等弱勢處境。至少確保他們不必在承受處境壓力之外，再承受更嚴苛的刑罰。

均一價模式只能讓弱勢再犯者**不更重**。本文想進一步問：有沒有可能讓受迫於弱勢處境而再犯的人，獲得**較輕**的懲罰？

伍、本文主張二

前科可能作為從輕量刑因子：從「同情」走向「代價承擔」

同情觀點（von Hirsch）為何不妥

以「理性平均人」為想像，忽略犯罪人分屬不同**社會群體**，資源分配與文化差異使「產生過誤的容易度」與「易於產生的過誤類型」各不相同。

普遍適用的同情內涵不明，也難以整合進量刑基準。

代價承擔理論（溝通模式）

1. 刑罰是犯罪事後處理的**最後手段**：犯罪人承受與可非難性相當的刑罰，表達付出代價，作為和解與關係修補的基礎。

2. 確認代價時須探究**犯罪成因**：貧窮等高壓環境、部落習慣與國家法的文化衝突等社會背景因素，應自應負責程度中排除。

3. 責任限定在**完全自主選擇可能性**的範圍內。

若忽略促成反覆再犯的壓力因素，刑罰不但不是合理代價，反而把犯罪人壓迫到更邊緣，使和解與關係修補更不可能。

伍、本文主張二

不是任何前科都能從輕：三點說明與四個觀察點

應報而非效益：不同於 Warner 以防止不平等加劇為由主張減輕，本文透過**再犯行為可非難性的減少**來論證。

廣義前科：前科是推論弱勢處境的基礎，故不限於有罪確定判決，先前犯罪相關紀錄皆可納入。

限定條件：僅於前科可推論出經濟困難、文化衝突等社會背景因素，且**該因素與再犯有關聯**時，才有從輕可能 —— e.g. 花東原住民狩獵案件

判斷「共同誘發原因」的觀察點

- 先前犯罪與本次再犯，在侵害法益與手段上是否**同類**
- 即使不同類型，是否存在共同的誘發原因
- 先前各次犯罪的**發生頻率**是否顯示共同誘發原因
- 先前犯罪與本次再犯的**時間間隔**可否據以判斷

伍、與現行量刑法體系的整合

對接刑法第57條：借助「行為實質責任理論」

主張一與罪責原則下的行為責任理論相契合。主張二則須借助對傳統行為責任理論的修正觀點（修正的社會應報理論、行為實質責任理論）。

刑法第57條「行為人之責任」

形式可非難性

以犯罪行為本身的可非難性，先形成與之相當的**量刑幅度**

→

「一切情狀」的審酌

實質可非難性

檢視前科是否反映促成再犯的社會背景因素，排除其影響後，認定自主選擇範圍內的可非難性

→

結果

調整責任刑

據以調整量刑幅度，減輕最終宣告之責任刑

陸、結論

貳過，不比較惡；甚至可能「沒那麼惡」

主張一

前科不得作為從重量刑因子

再犯加重模式各理論，或流於人格責任、或論證不足；三種應報模式皆推不出加重。

主張二

前科可能作為從輕量刑因子

前科反映弱勢處境與再犯關聯時，依代價承擔理論降低實質可非難性。

未來方向

- **理論面**：以本文立場反思累犯加重處斷刑的正當性，並在釋字第775號後的實務脈絡中思考其依據
- **實證面**：分析我國事實審法院量刑中，前科的種類、頻率等變項如何影響量刑，對照既有量刑理論

Thanks for Listening

范耕維　國立東華大學法律學系