

貳過比較惡？： 對前科作為量刑因子之理論依據及其影響性之 反思*

范耕維**

<摘要>

本文以前科與個案宣告刑的關係為主題，並設定前科影響量刑的「理論依據」及「影響性」為討論主題。本文將前科採廣義理解為先前犯罪紀錄，並確立在應報觀點下，根據罪刑均衡與行為責任理論的觀點來討論 2 個主題，而以「前科的存在如何影響後續再犯行為可非難性」作為核心理論問題。

首先，本文對被歸納為「再犯加重模式」，強調前科作為從重量刑因子的各理論進行分析。分析結果則指出，這些理論一部分實質上是從犯罪人性性格及習性來論證前科對量刑的影響性，可能導致責任限定明確刑罰的功能減損，另一部分則未能充分論證為何先前犯罪的紀錄可推導出行為人應遵循特定義務或擁有較高的反對動機，因而無法充分說明為何有前科者再犯會具有較重的違法性或有責性，亦即其皆未能有效證成前科作為從重量刑因子。接

* 本文為科技部補助專題研究計畫部分研究成果（計畫編號：NSTC 110-2410-H-259-034）。誠摯感謝2位匿名審查人提供深入懇切的寶貴意見，指出筆者論證缺失及不足之處，提升本文完整性與可讀性。此外，感謝畏友羅浩璋律師在筆者撰文過程中，對本文提出的建議與批判。最終，感謝學友黃怡嘉、研究助理黃歆甯Canglah、金芊均Langui・Tanapima，對本文的校對與協助。當然，一切文責由作者自負。

** 國立東華大學法律學系副教授，日本一橋大學法學博士。

E-mail: fanfangarcon@gms.ndhu.edu.tw

- 投稿日：05/16/2024；接受刊登日：09/30/2024。
- 責任校對：龔與正、蔡雅棋、陳怡君。
- DOI:10.6199/NTULJ.202512_54(4).0006

著，本文針對「初犯減輕模式」進行檢討，指出此理論雖具啟發性，但存在將過誤概念過於單純化而忽略其多樣性的缺陷。而且，此理論推論減刑效果隨再犯漸失時，針對該效果的產生與適用，也未提出清楚的理論基礎與判斷基準。最終，以對當代理論的檢討為基礎，關於 2 項討論主題，本文提出 2 項宣稱作為結論：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。

關鍵詞：刑罰哲學、量刑理論、罪刑相當原則、前科、應報、警告理論、公平遊戲理論、溝通應報理論

◆目次◆

- 壹、前言
- 貳、量刑相當原則、量刑責任與核心理論問題的釐清
 - 一、先決問題：前科概念的界定
 - 二、思考架構與刑罰哲學分析視角
 - 三、從應報觀點的選擇到核心理論問題的釐清
- 參、再犯加重模式之檢討與批評
 - 一、自「有罪判決之意涵」論證之觀點
 - 二、自「犯罪人本身」論證之觀點
 - 三、小結
- 肆、初犯減輕模式之檢討與批評
 - 一、初犯減輕模式理論簡介
 - 二、初犯減輕模式之檢討
 - 三、小結
- 伍、本文觀點：「前科減輕量刑模式」的理論嘗試
 - 一、前科不得作為從重量刑因子
 - 二、前科可能作為從輕量刑因子
 - 三、本文觀點與現行量刑法體系的整合：從我國行為責任理論的修正觀點談起
- 陸、結論

壹、前言

本文主題是要探討行為人之刑事前科（下稱「前科」），在法官量定宣告刑的階段中¹，其「作為量刑因子的理論依據為何（主題一）」及「對量刑

¹ 法官個案量刑可分為「宣告刑」與「執行刑」二階段。而依最高法院見解（如最高法院108年度台聲字第226號刑事裁定、最高法院106年度台抗字第191號刑事裁定），不同於宣告刑是依刑法第57條來對犯罪行為進行裁量，定應執行刑是總檢視

的影響性為何（主題二）」。詳言之，具有前科的行為人再犯時應承受較初犯更重懲罰的說法，雖然符合某種道德上根深蒂固的直覺²。但是，既然要肯認前科可影響宣告刑、影響國家限制人民自由權的程度，自應尋找得證立前科作為量刑因子的依據。同時，也有必要檢討其影響量刑時，會屬於從重或從輕量刑的因子。因此，本文將從刑罰理論的視角切入，在主題一中討論前科是否可影響宣告刑的量定，以及釐清其可影響量刑的正當性何在，接著在主題二的討論中，探問前科若可影響量刑時，其影響性為何：可否作為從重量刑因子？前科有無作為從輕量刑因子的可能性？

關於本文研究背景與動機，結合實務運作與文獻回顧，可分 2 點說明。第一，從我國刑事審判實務觀之，前科的適用可謂扮演重要角色，包括在論罪階段作為據以推論被告主觀構成要件之品格證據³，以及在科刑階段作為「品行」之一，根據我國刑法第 57 條第 5 款，成為法官判斷宣告刑時的量刑因子⁴。此外，作為刑事審判的結果，前科也會進一步成為對營業小客車

犯罪人人格及所犯各罪間的整體關係後所為特別量刑過程，故應考量犯罪人所犯數罪反應出之人格特性，並應權衡行為人責任與整體刑法目的及相關刑事政策、審酌回復社會規範秩序之要求，受刑法第 51 條第 5 款的自由裁量權之外部界限，以及比例原則、平等原則、罪罰相當原則及重複評價禁止原則等自由裁量權的內部抽象價值要求界限所支配。考量二階段的判斷存在先後關係，而且考量內容也有所差異，故此二階段如何量定相當之刑，自應分別討論。考慮到執行刑係以針對各獨立犯行量定的宣告刑為基礎，故本文即先以宣告刑階段為討論對象。

² Thomas Mahon, *Justifying the Use of Previous Convictions as an Aggravating Factor at Sentencing*, 11 CORK ONLINE L. REV. 85, 96 (2012), <https://ie.vlex.com/vid/justifying-the-use-of-853058980>; 佐藤文哉 (1978)，〈累犯と量刑について〉，《罪と罰》，15 卷 4 号，頁 7。

³ 臺灣高等法院 104 年度上易字第 1439 號刑事判決：「被告之品格證據，倘與其犯罪事實具有關聯性，……藉由前科等他案犯罪事實證明被告之不良性格，再由不良性格導出本案之主觀構成要件要素，可謂係基於經驗法則、論理法則之合理推論，造成事實誤認之危險性極低，尚無禁止之必要。另容許以同種前科內容認定犯罪主觀要素之界線，應限定於已『根據其他證據認定犯罪的客觀要素』為前提，換言之，以前科等他案犯罪事實為證據，僅能用於認定如同本案故意之主觀構成要件要素，至於客觀構成要件，仍須經由前科內容以外之其他證據得到證明，始得為有罪判決。」

⁴ 最高法院 112 年度台上字第 511 號刑事判決：「該前科紀錄，本為刑法第 57 條第 5 款

駕駛人進行行政管制之事由⁵。然而，從文獻回顧來看，目前雖已有論文討論前科證據能否用作事實認定與推論構成要件的問題⁶，亦有論文評論司法院釋字第 584 號與討論對具前科者為特定職業管制之正當性⁷，但關於前科作為量刑因子之依據及影響性的論文則付之闕如。若考量必須先釐清前科影響量刑的理論依據，才能進一步說明前科對量刑的影響性，以及確認判斷影響性時的考量要素，則此具重要性的課題，自應有討論必要。

第二，雖然我國刑法第 47 條關於「累犯」加重本刑的明文規定⁸，性質上可被認為是承認行為人先前經論罪科刑之有罪判決得影響本案刑罰輕重之規範。而且，關於累犯加重本刑的理論依據及其正當性的討論，也已累積豐富的文獻⁹。然而，從累犯設有「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」之要件來看，並非所有「先前有

所定『犯罪行為人之品行』之一種，係行為人之人格表徵，自可作為刑罰裁量事實之依據。」

⁵ 參照：道路交通管理處罰條例第37條第1項規定。

⁶ 謝煜偉（2017），〈前科、前案等類似事實與犯罪事實認定：台灣高等法院104年度上易字第1439號判決評析〉，《台灣法學雜誌》，324期，頁3-22；林裕順（2021），〈犯罪前科可證明冥頑不靈？〉《月旦法學教室》，229期，頁35-39；吳秋宏（2023），〈根據同種前科認定事實：評日本最高法院昭和41年11月22日第三小法庭裁定（刑集20卷9號1035頁、判時467號65頁、判夕200號135頁）〉，《月旦裁判時報》，134期，頁68-77。

⁷ 林儂紘（2011），〈以社會復歸觀點反思前科紀錄限制基本權之妥適性：從釋字第584號解釋談起〉，《中央警察大學法學論集》，20期，頁1-47。

⁸ 中華民國刑法第47條第1項：「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。」

⁹ 黃惠婷（2020），〈由刑罰目的探討累犯加重刑罰之正當性〉，《矯政期刊》，9卷1期，頁3-35；潘怡宏（2020），〈累犯加重刑罰規範之省思與重構〉，《檢察新論》，27期，頁54-128；許恒達（2019），〈累犯與處斷刑加重之裁量：評大法官釋字第775號解釋暨後續實務裁判〉，《月旦法學雜誌》，294期，頁5-32；謝煜偉（2019），〈當弦外之音成為主弦律：評釋字第775號解釋兼論解釋公布後之量刑新趨勢〉，《月旦法學雜誌》，294期，頁33-55；黃朝義（2013），〈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》，15期，頁56-68；林東茂（2003），〈累犯與三振出局〉，《臺灣本土法學雜誌》，46期，頁108-115；柯耀程（2003），〈刑罰相關規定之修正方向刑法修正草案提高刑度及犯修法之評釋〉，《月旦法學雜誌》，92期，頁65-76。

罪判決」之前科皆可成立累犯，而是要符合前述要件，具有可反映其特別惡性與刑罰反應力薄弱的特別類型前科（下稱「特別前科」）時，才可成立累犯。而當要有特別前科才能成立累犯，也意味著累犯的正當性依據，與其成立係以具有特別前科為必要是相關的，應以特別前科與刑罰間的關係作為論述基礎。在這個意義上，就必須注意到累犯與前科指涉之事實雖可能有關聯¹⁰，但影響刑罰的理論依據卻可能有所差異。

具體來說，這個差異可能呈現在二者對刑罰產生影響的層次的區分，亦即前科是在法官個案量定宣告刑層次作為量刑因子，而累犯是立法者基於特定刑罰目的或刑事政策考量，制定來加重法定刑，具處斷刑規範的性質¹¹。從行為人先前獲得有罪判決之前科原則上僅能影響法官宣告刑量定，但特別前科被立法者進一步確立可加重處斷刑程度與形成法官量刑框架觀之，可以說當立法者劃出特別前科的類型時，也同時使此類前科與刑罰間的關係產生異於一般前科的質變。而當特別前科不僅可影響個案量刑，甚且可影響法規範圍限定法官量刑的框架範圍時，這個質變在刑罰目的或刑事政策來看，應有其理論意義。簡言之，若一般前科影響法官個案量刑的理論依據為 S，則累犯擁有的特別前科在 S 之外，還可能在刑罰規範的層次存在其他依據 R，使其可進一步影響處斷刑的輕重。在這個脈絡下，本文認為正可凸顯出討論前科影響量刑之理論依據的實益，也同時可觀察到後續討論的方向。

詳言之，雖然累犯與前科影響刑罰的層次與依據存在差異。但如前述二者間的關係，本文認為先釐清前科可影響個案量刑的依據（S），應有助於釐清累犯（特別前科）在刑罰規範層次可加重處斷刑的依據（R）為何，也可使吾人反思司法院釋字第 775 號以特別惡性與刑罰反應力薄弱作為累犯加重處斷刑之依據（R）的論理是否妥當¹²。同時，透過重新梳理前科影響量

¹⁰ 最高法院 109 年度台上字第 1753 號刑事判決：「刑法第 57 條第 5 款所謂『犯罪行為人之品行』……包括行為人之前科紀錄及品格，就其前科紀錄部分即可能與構成累犯之前科事實相互涵攝或有重疊之處……。」

¹¹ 蘇俊雄（2000），《刑法總論 III》，頁 390，自刊。

¹² 正如國內論者的區分：累犯作為處斷刑規範，僅處理如「是否 5 年內再犯」等抽象因子，至於該累犯過去前科的實際犯罪態樣等具體因子，才會影響法官的宣告刑

刑的理據與影響性，也有助於討論累犯加重要件與加重倍率等未解議題¹³，以及為司法院釋字第 775 號後累犯適用的爭議提供解決的方向¹⁴。此外，雖然前科與累犯影響刑罰的理論依據有所差異，但部分文獻在討論累犯影響刑罰的依據時，其論述會聚焦在「過去的犯罪及其論罪科刑為何可能影響之後犯罪的刑罰」並嘗試據此證成累犯加重的理論依據。本文認為，由於此種論述在討論「為什麼過去的犯罪與有罪判決可影響後續犯罪刑罰程度」的面向，可謂與討論「前科為何可影響量刑」有所關聯¹⁵。故在此範圍內，此種累犯理論應可作為本文討論前科影響量刑之依據的理論資源。

量定（許恒達，前揭註9，頁8）。若從刑罰哲學區分「刑罰具體制度」與「法官個案適用刑罰」的視角來理解（H. L. A. HART, PUNISHMENT AND RESPONSIBILITY: ESSAYS IN THE PHILOSOPHY OF LAW 3-4 (2d ed. 2008).），可以說「處斷刑的刑罰規範」牽涉到「刑罰具體制度的層次」，關注具特別前科者在制度上為何可直接加重而改變法官量刑裁量的範圍。至於「前科作為宣告刑量刑因子」則牽涉到「個案中法官如何適用刑罰的層次」，關注個案中某名被告的前科是否影響其量刑裁量的程度。若是如此，則討論累犯與前科影響刑罰的理據時，2個層次中考量的方向就可能有差異。因此，如罪責原則是否可一體適用地作為累犯制度與前科影響量刑的依據，就有值得討論的空間。更進一步來說，假設從罪責原則來思考前科影響量刑的依據時，在刑罰具體制度的層次證成累犯制度的正當性，是否可能另外從犯罪預防的角度切入，而不受罪責原則的限制？可否由行為人惡性與刑罰感應力來證立犯罪預防的正當性，進而以之作為加重處斷刑範圍的理論依據？若無法由惡性與刑罰感應力來論證特別前科調整處斷刑範圍的依據，那可能的理論依據為何？這些都會成為以累犯（特別前科）影響刑罰程度的依據為主題時，必須另行為文細究的課題。而先釐清法官個案量刑層次中前科作為量刑因子的理論依據，對此主題的討論應有所助益。

¹³ 謝煜偉，前揭註9，頁38。

¹⁴ 舉例來說，針對司法院釋字第775號後累犯規定的適用，我國法院存在2種不同觀點：「由法官個案判斷是否適用該規定加重」的「得加重說」，以及「原則上適用該規定，但個案可例外不適用」的「得不加重說」（謝煜偉，前揭註9，頁38-44）。對此，先討論前科影響量刑的依據及其影響性，有助於後續釐清應採哪個觀點。具體來說，若認為前科僅能加重量刑時，由於累犯性質上也是加重刑罰，故討論應聚焦在累犯可更進一步加重處斷刑的理據，並據此論述應採哪個觀點為宜。反之，若認為前科可減輕量刑時，則為何累犯時反而可加重刑罰，顯然需要提出另一套論證方式。特別是要採「得不加重說」時，勢必要對為何累犯與前科影響性完全相反，提出與認為前科可加重量刑時不同的論證。

¹⁵ 以本文後面會介紹的警告理論為例，其思維是當行為人做了犯罪行為C1並受有罪

綜上所述，本文將先聚焦在前科與個案量刑的關係上，以前科影響量刑的理論依據與影響性為 2 項討論主題。首先，由於個案量刑會適用量刑階段的罪刑相當原則（下稱「量刑相當原則」），故本文將從前科與該原則的關係切入，說明討論本文 2 個主題所採取的思考架構。並指出在該架構下採取應報視角時，需處理的核心理論問題：「（先前犯罪之）前科是否可能影響後續再犯行為的可非難性」（本文貳）。接著，由於當代應報理論關於此理論問題的論辯，亦即前科作為量刑因子的依據及影響性，借鏡 Andrew Ashworth 的用語，可分為「再犯加重模式（A recidivist premium）」及「初犯減輕效果漸失模式（Progressive loss of mitigation，下稱「初犯減輕模式」）」¹⁶。因此，本文會依序簡介 2 種模式，並從量刑相當原則的觀點分析 2 種模式中的各見解，指出其問題點與可參考之處（本文參、肆）。最後，以這些理論檢討為基礎，本文會針對所討論的 2 個主題，嘗試提出個人見解，作為本文的結論（本文伍）。

判決後，若該行為人又再做了犯罪行為 C2 時，由於行為人在 C2 時為克服較高犯罪反對動機而形成較 C1 時為高的犯罪動機，故具較高的可非難性而可加重處罰。我們或可理解為此理論對「為何 C1 被判有罪後再為 C2 時，C2 可加重處罰」提供一套論證，而此論證在證成前科加重量刑與累犯加重處斷刑範圍時，都有其可適用之處（例如：根據犯罪動機的提高與可非難性增加，可證成有 C1 此前科時對 C2 加重量刑。另外，若 C2 是屬於 C1 徒刑執行完畢 5 年內再犯的有期徒刑以上之罪時，立法者可能考慮 C1 徒刑執行的非難強度、2 次犯罪的時間緊密性、C2 本身屬於可非難性較高的類型後，認為此種犯罪型態是可普遍評價為具高度可非難性者，而有必要透過制定法規來一律拉高此型態刑罰程度，故將此型態納入可加重處斷刑範圍的累犯規範適用範圍中）。

¹⁶ ANDREW ASHWORTH, SENTENCING AND CRIMINAL JUSTICE 211-16 (6th ed. 2015).

貳、量刑相當原則、量刑責任與核心理論問題的釐清

本文第貳部分中，對前科概念進行定義後，首先會說明採取的刑罰哲學分析視角，以及在從量刑目的、量刑相當原則形塑的量刑責任中思考前科作為量刑因子理論依據的思考架構。接著，本文會說明採取應報觀點來形塑量刑相當原則與量刑責任的理由，並釐清在應報觀點下論證前科影響量刑的依據時，該論證要處理的核心理論問題為何。

一、先決問題：前科概念的界定

在開始本文主題的討論前，需要處理的先決問題是定義「前科」，也就是釐清前科所指涉的發生於本次犯罪前的事項範圍為何。目前，我國刑法中並未對前科概念明確定義外，但相關規定與實際運作仍提供我們定義前科的線索：

首先，若檢視現行規定，所謂的前科可能包含建置於司法機關的「刑案資料查註紀錄系統」與內政部依照「警察刑事紀錄證明核發條例（下稱「核發條例」）」所核發的「警察刑事紀錄證明」，亦即民間所稱的「良民證」。在前者的系統中，當行為人進入刑事程序後，包括偵查階段的起訴、不起訴、緩起訴或行政簽結，以及審判階段的有罪、無罪或緩刑等判決結果，皆會納入該紀錄範圍內，可說是涵蓋內容較廣的前科概念（下稱「廣義前科概念」）。相對於此，後者的警察刑事紀錄證明所指涉的前科範圍較限縮。依核發條例第3條¹⁷與第6條¹⁸之規定，僅包括曾入監執行或判決確定而現正入監執行

¹⁷ 核發條例第3條：「本條例所稱警察刑事紀錄證明，係指警察機關依司法或軍法機關判決確定、執行之刑事案件資料所作成之紀錄證明。」

¹⁸ 核發條例第6條：「警察刑事紀錄證明應以書面為之；明確記載有無刑事案件紀錄。但下列各款刑事案件紀錄，不予記載：一、合於少年事件處理法第八十三條之一第一項規定者。二、受緩刑之宣告，未經撤銷者。三、受拘役、罰金之宣告者。四、受免刑之判決者。五、經免除其刑之執行者。六、法律已廢除其刑罰者。七、

者。而後者涵蓋的範圍，則接近外國學理上將前科理解為「被告在此次犯罪前，已經受到有罪的確定判決，並且在某些情況下已執行刑罰之事實」之看法¹⁹。

接著，若檢視法院實際運作，目前常被稱為「前科表」的是所謂「（被告）前案紀錄表」。此表一般附隨在卷宗內，是由司法機關相關人員依照被告歷次因犯罪起訴、判決、定刑、執行等原始訴訟資料紀錄而成²⁰。此表涵蓋者為被告過去曾因涉嫌犯罪而經偵查機關調查或經過法院判處罪刑之情形的紀錄，包括：偵查階段檢察官起訴、緩起訴等處分；審判階段法院之有罪、無罪及緩刑判決；執行階段易科罰金、拘役、徒刑、假釋之執行。換言之，法院實務上使用的前案紀錄表，可理解為先前犯罪的相關記錄（下稱「先前犯罪紀錄」），所對應的是上述廣義前科概念，其中內容皆有可能成為量刑時考量的內容。

綜上所述，由於本文目的是在我國量刑系統中思考前科影響量刑之依據與影響性，故本文所指「前科」將採廣義前科概念，指涉的是被告先前犯罪紀錄。誠然，先前犯罪紀錄涵蓋偵查終結之處分與法院判決，二者可否及如何影響量刑的結論可能相同，也可能相異。不過，本文認為可先處理此處的主要課題，亦即「被告先前犯罪紀錄影響後續犯罪量刑的理論依據」。待處理完此課題，分析先前犯罪紀錄影響後續犯罪量刑的可能性與理據後，再根據此分析來具體思考先前犯罪紀錄如何影響後續犯罪量刑。

二、思考架構與刑罰哲學分析視角

在開始討論本文主題之際，有必要說明用以分析前科影響量刑之依據與影響性的視角為何。對此，以個案量刑須符合量刑相當原則為前提，本文可

經易科罰金或依刑法第四十一條第二項之規定易服社會勞動執行完畢，五年內未再受有期徒刑以上刑之宣告者。」

¹⁹ 難波宏（2011），〈前科・前歴等と量刑〉，大阪刑事実務研究会（編），《量刑實務大系3：一般情状等に関する諸問題》，頁4，判例タイムズ社；小池信太郎（2014），〈量刑における前科〉，《刑事ジャーナル》，39号，頁57。

²⁰ 參照：最高法院111年度台上字第3405號刑事判決。

說是在前科作為量刑因子而參與形塑相當量刑的脈絡下，將前科影響量刑的依據放在量刑相當原則的架構下進行思考。正因如此，根據此脈絡，本文將先概要說明對量刑相當原則的理解，再於該理解下指出討論前科影響量刑之依據的思考架構與分析視角。

詳細來說，量刑相當原則作為罪刑相當原則的一環，在罪刑相當原則是以「刑罰應與犯罪相當，二者應處於合比例的關係」²¹、「輕重得宜、罰當其罪」²²為內涵的狀況下，應可被理解為「量定與犯罪合比例之宣告刑」。在此意義上，可以說量刑相當原則連結了「量刑目的之哲學思辨」與「具體刑罰量定」²³，以思考何種目的能夠證成合比例的量刑——包括刑事制裁使用與否、使用時之種類選擇與程度量定——為其核心內涵。因此，本文初步的思考架構是：首先，在我國個案量刑實務包含宣告刑與執行刑二階段的前提下，以本文聚焦討論的宣告刑與執行刑間的差異為切入點，思考在應報、嚇阻、教化、積極一般預防、和解（人際、社群關係修補）、犯罪原因探究與消除等多元的量刑目的中，思考在宣告刑層次應以哪些目的來建構量刑相當原則。接著，根據由量刑目的建構之量刑相當原則，與刑法第 57 條進行整合，形塑量刑責任的內涵與量刑基本框架。最終，將前科放在前述量刑目的、量刑相當原則及量刑責任的討論脈絡下，分析前科可能影響量刑的理論依據及其影響性。關於最後的步驟，更具體來說包括：第一，從宣告刑層次採用之量刑目的、量刑相當原則與量刑責任切入，指出當要論證前科可影響量刑的理論依據時，該論證所應聚焦的核心理論問題為何，並據此分析何種論證方式可證成前科作為量刑因子（主題一）。接著，在討論完前科可能影

²¹ Richard S. Frase, *Theories of Proportionality and Desert*, in THE OXFORD HANDBOOK OF SENTENCING AND CORRECTIONS 131, 131-32 (Joan Petersilia & Kevin R. Reitz eds., 2012).

²² 最高法院108年度台上字第3166號刑事判決：「刑事審判之量刑，旨在實現刑罰權之分配正義，並與犯罪情節有關。故法院對於有罪之被告科刑，應符合罪刑相當之原則，使輕重得宜、罰當其罪」（類似見解如：最高法院109年度台上字第5414號刑事判決）。

²³ Andrew von Hirsch, *Proportionality in the Philosophy of Punishment: From "Why Punish?" to "How Much?"*, 25 ISR. L. REV. 549, 549-80 (1991).

響量刑的理論依據後，釐清在本文形塑之量刑基本框架下前科與量刑責任間的關係，據此說明前科對量刑的影響性（主題二）。簡言之，本文將採取「（宣告刑層次）量刑目的選擇→量刑相當原則的建構→量刑責任概念與量刑基本框架的形塑→前科在此討論脈絡下作為量刑因子之依據與影響性」的思考架構，來討論本文最關係的 2 個主題。

根據對上開思考架構之描述，本文顯然並非透過法條或制度比較的觀點來思考前科作為量刑因子的依據，而是在抽象理論的層次，採取刑罰哲學、刑罰理論（philosophy/theory of punishment）的視角²⁴，思考當量刑作為一般性刑罰制度在個案的具體實踐時，如何證立此實踐中考量與適用前科的正當性，以及分析其可能的影響性。以下，本文即在「量刑目的→量刑相當原則→量刑責任與量刑基本框架」的思考架構下，嘗試說明將「前科」放在此思考架構中並構思其影響量刑的理論依據時，建構其理論依據的核心理論問題為何。

三、從應報觀點的選擇到核心理論問題的釐清

若綜整學理上關於量刑目的與量刑相當原則的分類，大體上可分為基於應報觀點而屬於「絕對理論」的應報的相當（Retributive Proportionality），及著眼於教化與嚇阻等犯罪預防而屬於「相對理論」的非應報的相當（Nonretributive Proportionality），以及兼採二者的「綜合理論」²⁵。其中的應報觀點是回顧地聚焦在過去已發生的犯罪，並認為對應於該犯罪而可被評價為「應得」者，即是正義而相當的刑罰²⁶。至於刑罰，由於是以具不法性

²⁴ 國內運用此分析視角，見：許家馨（2014），〈應報即復仇？：當代應報理論及其對死刑之意涵初探〉，《中研院法學期刊》，15期，頁209；范耕維（2022），〈建構量刑階段中罪刑相當原則的第一哩路：自應報觀點形塑刑罰量定之理論嘗試〉，《中研院法學期刊》，30期，頁88-90。國內有稱此分析方式為「刑罰目的觀考量原則」，見：林山田（2008），《刑法通論（下）》，10版，頁519，元照。

²⁵ Frase, *supra* note 21, at 131. 王皇玉（2009），〈論刑罰的目的〉，氏著，《刑罰與社會規訓：台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變》，頁3，元照。

²⁶ 高橋直哉（2018），《刑法基礎理論の可能性》，頁152-153，成文堂。

且具非難可能性而有責的犯罪為對象²⁷，故除對被告施加不利益外，同時也在傳遞否定、譴責該行為的非難訊息²⁸。如此一來，應得而相當的刑罰，應是指對應於犯罪可非難性者。至於後者偏向效益主義的犯罪預防觀點下²⁹，量刑相當則取決於該量刑是否能獲得教化犯罪人或嚇阻再犯等效益。

不過，除以上提到的應報與犯罪預防等目的外，學說上也有認為量刑目的不應侷限於這些傳統的刑罰目的，也應包含關係修補、社會復歸與再犯原因消除等³⁰。對此論點，考量到在量刑的層次中，並非只考量刑罰程度高低，同時還要綜合法院所有可能的處遇方案（如緩刑、易刑）來選擇回應及處理犯罪的最適方案，故本文持贊同立場。亦即量刑目的之選擇未必侷限於應報或犯罪預防，而應將關係修補、社會復歸與再犯原因消除皆納入其中。以此立場為前提，以下將扼要說明本文對量刑目的之選擇與對量刑相當原則之理解，以之作為後續思考前科影響量刑之依據的切入點。

（一）量刑目的、量刑相當原則與量刑責任：以應報觀點為基礎

此處，在個案量刑可區分為「宣告刑」與「執行刑」2個層次的前提下，本文將由此區分來說明對量刑目的之選擇與對量刑相當原則之理解，以及由此建構而成的量刑責任內涵。從定義上來看，宣告刑是指法官以「具體犯罪行為」為對象，依法定刑之規定，於其種類與範圍中選定刑罰具體形式與科

²⁷ 王皇玉（2023），《刑法總則》，9版，頁321，新學林。

²⁸ JOEL FEINBERG, *The Expressive Function of Punishment*, in DOING AND DESERVING: ESSAYS IN THE THEORY OF RESPONSIBILITY 95, 98 (1970); Carol S. Steiker, *Punishment and Procedure: Punishment Theory and the Criminal-Civil Procedural Divide*, 85(4) *Geo. L. J.* 775, 804 (1997).

²⁹ R. A. DUFF, PUNISHMENT, COMMUNICATION, AND COMMUNITY 13-14 (2000). 由於是以目的論式的觀點，透過追求再犯防止等未來可能的效益來證立量刑，並要求刑罰程度須對應於這些利益之追求，故此觀點也被稱為「目的刑理論」，見：佐伯仁志（2013），《刑法總論の考え方・楽しみ方》，頁5，有斐閣。

³⁰ 謝煜偉（2020），〈從量刑目的論形構量刑框架及量刑理由之判決架構〉，《法官協會雜誌》，22期，頁89、96。

處程度，對犯罪人所為科處宣告之刑罰；執行刑則是以宣告刑為基礎，總檢視犯罪人人格及所犯各罪間的整體關係後，作出具有刑罰具體實現作用，犯罪人必須確實執行的刑罰³¹。而由我國刑法第 50 條的「宣告多數有期徒刑者，於各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下，定其刑期」觀之，可知宣告刑與執行刑的判斷順序：概念上應先為宣告刑的量定，再於宣告刑所形成的界限中決定執行刑。

根據以上對個案量刑二層次的敘述，本文認為可將宣告刑理解為決定「概念上與具體犯罪行為相當的合理處罰程度」，而執行刑可理解為決定「實際上對該犯罪行為與犯罪行為人來說最合適的刑事處遇方案(種類、程度)」。³²若搭配二者判斷順序與相互關係來說明，則可理解為宣告刑是在傳達對該犯罪行為的非難訊息，並指出當行為人透過承擔刑罰施加的不利益來回應非難訊息時，概念上與該犯行的可非難性相當的不利益程度為何。至於執行刑則是在該不利益程度的範圍內，考量目前的監所矯治狀況及犯罪人社會中處境等因素，來決定實際上對犯罪人及社會來說最適之處遇種類跟輕重。在此脈絡下，當 2 個層次要形成不同但相關的決定時，應可認為二者存在不同的量刑目的。

對此，本文認為在宣告刑層次應以應報為其量刑目的，根據宣告刑是否為相應於犯罪可非難性而應得者，來判斷其是否符合量刑相當。誠然，當代應報理論對「應報」的意涵有相當多元的理解³²。但總歸來說，應報觀點的核心特質就是以「刑罰嚴厲程度應與犯罪可非難性間相當，二者應處於合比例、均衡關係」作為量刑相當原則的內涵³³，也就是國內文獻所稱之「罪刑均衡」³⁴。而當以「罪刑均衡」為基礎來建構量刑責任時，即是以犯罪可非

³¹ 孫啟強(2019)，〈定應執行刑逾二年可否宣告緩刑〉，《司法週刊》，1981期，頁2。

³² 有論者將英語學界的應報理論區分為11種類型 See Nigel Walker, *Even More Varieties of Retribution*, 74 PHIL. 595, 595-605 (1999). 國內對應報理論的類型化參照：范耕維，前揭註24，頁111-135。

³³ Frase, *supra* note 21, at 131.

³⁴ 林山田，前揭註24，頁416；謝煜偉(2014)，〈重新檢視死刑的應報意義〉，《中研院法學期刊》，15期，頁150-151。

難性作為該責任概念之內涵。當對應於我國刑法第 57 條時，即可理解為係指根據行為人責任與一切情狀來決定欲宣告之「責任刑」。相對地，在執行刑層次則應以關係修補、社會復歸、再犯原因消除等為量刑目的，根據執行刑是否為修補人際關係、使行為人復歸社會且消除未來再犯原因等考量下的最適解，來判斷其是否符合此層次的量刑相當。而其實際判斷，則是在宣告之責任刑形成的上下限範圍內，考量刑法第 57 條各款事由來決定要達成關係修補及社會復歸等目的時，最適的刑罰程度或刑事處遇類型為何。

總結以上論述，雖然本文並未要詳論二層次中考量之量刑因子屬性與因子的具體類型，但已可勾勒出粗略的量刑基本框架：先量定符合罪刑均衡要求之責任刑（宣告刑層次），再以宣告的責任刑為基礎，考量關係修補、社會復歸及再犯原因消除來加以調整，決定最終具體實現刑罰作用的量刑結果（執行刑層次）³⁵。而以此理解為前提，考量篇幅限度及本文主題是聚焦在宣告刑層次之討論，以下即僅說明在宣告刑層次選擇應報觀點來形塑量刑相當原則的理由。同時，作為理由的一部分，本文也會以從特別預防來對前科為量刑評價的見解為例，指出將犯罪預防納入量刑目的的問題所在。

首先，從量刑責任限定刑罰範圍的功能來看，當將犯罪預防納入量刑相當原則的內涵時，即可能將（行為人或社會大眾的）規範意識、再犯危險性

³⁵ 事實上，以最高法院111年度台上字第2045號刑事判決為例，其已使用「量刑三階段論」的量刑基本框架，亦即第一階段根據犯罪情狀事由形成責任刑，作為量刑的上限及基礎後，再於第二階段根據行為人個人情狀事由來判斷是否降低責任刑，最後的第三階段則可考量更生改善可能性等其他與案件相關之量刑因子，再予列入審酌是否仍有調降空間。在這個「先決定責任刑，再根據更生改善可能等因子調整責任刑」的部分，由於本文提出的量刑基本框架同樣會先根據犯罪情狀因子形成責任刑粗胚後，再依行為人個人情狀因子來調整及決定最終責任刑，之後才依照關係修補及社會復歸等政策上目的對責任刑進行調降，故可謂本文提出的量刑基本框架與現行實務作法有整合的可能。不過，一個明顯的差異是，此最高法院判決明確指出經第三階段的評價與調整後的量刑，仍屬於「宣告刑」之性質，但本文則認為這些政策上目的的考量，由於與如何在具體實現刑罰效果時選擇最適之刑事處遇方案相關，故屬於「執行刑」層次的討論。針對本文見解與目前最高法院判決的歧異應如何處理，由於牽涉到執行刑的量刑目的與量刑基本框架如何形成的主題，並非本文主題也非本文篇幅可詳論，故僅在此點出此一課題，留待後續完整化筆者量刑理論時說明。

等有欠明確且不具預測可能性的要素，納入量刑責任的形塑中，進而導致責任範圍浮動而無法明確限定刑罰的可能，甚至有招致不合比例刑罰的風險³⁶。舉例來說，有持特別預防觀點的論者以行為人的更生可能性及社會防衛論為基礎，發展出「社會的責任論」。據此見解，行為人反覆再犯意味著其具有較高的再犯危險性或較難矯治的人格特質，故應有必要加重刑罰來達到矯正及改善的必要³⁷。但是，此種不再侷限於犯罪可非難性，而是納入再犯危險性或矯治困難度的責任觀，勢必在加入欠缺明確基準與預測困難的因素後，使責任概念的範圍欠缺明確限度而有不合比例擴張的風險。這除與責任限定刑罰範圍的功能有所扞格，也可能使責任刑失去在量刑基本框架中作為調整刑度高低之基礎的功能。相對於犯罪預防觀點的問題，由於應報觀點強調「罪刑均衡」之要求，以犯罪可非難性作為形塑量刑責任的基礎，故當可明確指出犯罪可非難性的判斷對象與標準時，較可能獲得與犯罪合比例的責任刑，以及發揮量刑責任限定刑罰的功能。

接著，從宣告刑具有傳達對犯罪行為之非難評價的功能來看。由於宣告刑是在傳達對犯罪可非難性的評價與概念上相對應的不利益，故當犯罪行為態樣相類似時，從法治理念（rule of law）包含法律決定明確可預測的角度觀之³⁸，宣告刑應傳達相近的非難評價及給予概念上相近程度的不利益。簡言之，宣告刑的量定應避免受到雜訊（noise）干擾³⁹，盡可能對相類似犯罪行為作出公平而明確的評價。在此脈絡下，本文認為即使並非根據犯罪預防觀點來形塑量刑責任概念，而僅是在根據應報觀點形塑量刑責任之外，將特別預防作為量刑基本框架中可調整責任刑的因素，也是應避免的事情。理由在於，一旦將以再犯危險性、矯治及規範意識等不明確概念為基礎的特別預

³⁶ 本庄武（2002），〈刑罰論からみた量刑基準(2)〉，《一橋法学》，1卷2号，頁425、447、469。

³⁷ 牧野英一（1966），《刑法總論（下）》，16版，頁792，有斐閣。

³⁸ JEREMY WALDRON, LAW AND DISAGREEMENT 167-68 (1999).

³⁹ 關於「雜訊」的概念說明與量刑間關係，見：Daniel Kahneman、Oliver Sibony、Cass R. Sunstein（著），廖月娟、周宜芳（譯）（2021），《雜訊：人類判斷的缺陷》，頁25-36，天下文化。

防納入宣告刑的判斷，等於使對犯罪非難評價與對應之不利益程度的判斷，納入影響其明確性與公平性的雜訊。

舉例言之，在混合責任與特別預防來形成量刑基本框架的「綜合理論」（如：幅的理論）中⁴⁰，即可見到在根據行為責任評價前科外，也透過特別預防來評價前科對量刑之影響，並從矯治改善行為人的再犯危險性來主張其作為從重量刑因子的看法⁴¹。如認為行為人接受先前制裁後再犯，代表其違背了矯治體系對他的期待，故有必要透過加重刑罰來更加強化其規範意識，達到矯治改善的效果⁴²。對於此種看法，即使不論已有實證研究對透過加重刑罰來預防再犯的效果提出質疑⁴³，從理論上看也有待商榷。首先，從再犯成因的複雜性來看，以行為人過去曾有犯罪紀錄來推論其有較高的再犯風險或有較難矯治的人格特質，可謂未為嚴謹的因果推論，在推論上有恣意而武斷之嫌⁴⁴。再者，從「再犯危險性」與「規範意識」等概念本身的模糊性來說，由於欠缺明確的概念內涵與衡量標準⁴⁵，如何從再犯判斷行為人是否欠缺足夠規範意識，以及如何證立較重的刑罰可強化此意識來防止再犯，都

⁴⁰ 如最高法院101年度台上字第4064號刑事判決：「是國家行使刑罰權，固首應考量應報主義之刑罰目的，以符合罪責相當原則之倫理性要求為先，然於符合罪刑相當原則之前提下，為期刑罰威嚇及促使犯罪行為人復歸社會之機能得良好之發揮，非不得審酌行為人人格之個別危險性，而為刑之量定，此即學說上所謂特別預防理論，亦為刑罰目的之一。刑法第57條所臚列科刑時應注意審酌而為量刑輕重標準之事由，亦包括行為人之品行、智識程度、生活狀況等項，即同此旨趣。」國內文獻參照：王皇玉，前揭註27，頁615。

⁴¹ 相關討論參照：小池信太郎，前揭註19，頁62-64。

⁴² 中島廣樹（2005），《累犯加重の研究》，頁94，信山社。國內相似觀點參照：黃朝義，前揭註9，頁56-62。

⁴³ Lila Kazemian, *Assessing the Impact of a Recidivist Sentencing Premium on Crime and Recidivism Rates*, in *PREVIOUS CONVICTIONS AT SENTENCING: THEORETICAL AND APPLIED PERSPECTIVES* 227, 237-42 (Julia V. Roberts & Andrew von Hirsch eds., 2010); ANDREAS VON HIRSCH, *DESERVED CRIMINAL SENTENCES* 9 (2017). 考慮到此聚焦實然面的研究，其經驗性事實非出自臺灣脈絡，無法直接援引作為本文主題的討論基礎。因此本文將著眼於應然面，從理論面向來說明為何特別預防不適於作為宣告刑之量刑目的。

⁴⁴ 相同見解：許恆達，前揭註9，頁18。

⁴⁵ 相同見解：黃惠婷，前揭註9，頁20。

顯有疑義。簡單來說，以前科跟量刑的討論為例，即可發現根據特別預防來為量刑判斷時，如何推論作為該判斷基礎的再犯風險與規範意識高低，乃至於如何推論這些模糊概念與量刑的關係，都顯有疑問而難以對犯罪作出公平而明確的評價，故不適合作為宣告刑層次中之量刑目的。相反地，當僅根據應報觀點下「罪刑均衡」的要求，以犯罪可非難性作為評價犯罪及決定合比例的不利益程度的唯一基準時，由於宣告刑之量定會緊扣著與犯罪違法性與可責性相關之犯罪要素，故應較可在明確範圍內作出公平的量刑決定。

以上，本文概要地描述在宣告刑的層次中，選擇應報觀點來形塑量刑相當原則與量刑責任等概念內涵的原因。接下來，以應報觀點將「罪刑均衡」作為量刑相當的內涵，並據此形塑出以犯罪可非難性為核心的量刑責任作為前提，本文將釐清在此前提下討論前科作為量刑因子的理論依據時，各見解的論辯所圍繞的核心理論問題為何。同時，若本文要嘗試建構自身的理論時，也同樣是以此核心理論問題作為出發點。

（二）核心理論問題：前科的存在如何影響後續犯罪行為之可非難性

承上所述，在講求「刑罰嚴厲程度應與犯罪可非難性間相當，二者應處於合比例、均衡關係」的量刑相當原則下，根據刑法第 57 條作為量刑基礎之量刑責任，即是以犯罪的可非難性為其內涵。不過，在學理上建構量刑責任概念時，由於對犯罪進行非難的基礎存在不同理解，故可能會推導出要求行為人對犯罪行為的可非難性負起責任的「行為責任論」，以及以行為人在犯罪行為中顯現的人格或習性為非難基礎的「人格責任論」、「性格責任論」⁴⁶。因此，究竟非難犯罪的合理基礎為何，也就是量刑責任內涵的犯罪可非難性所指為何，即是應先釐清的問題。

關於這個問題，由於以人格或習性為基礎的責任理論，其承認人格因素與人格形成過程之相關因素可納入量刑考量中，會改變責任概念的內涵，導

⁴⁶ 性格責任論、人格責任論相關研究見：團藤重光（1990），《刑法綱要總論》，3版，頁257-263，創文堂。

致該內涵不再是對過往犯罪行為的可非難性，而成為對行為人人格上危險性的非難⁴⁷。如此一來，當犯罪行為外的事由可以人格或性格為媒介來影響量刑時，可能會使責任判斷與犯罪行為脫鉤，削弱責任原本限定刑罰之功能。這除了可能導致量刑不安定，也可能導致刑罰程度遠超過行為責任的範疇，而有產生過苛刑罰的危險⁴⁸。正因如此，從本文強調量刑應明確且量刑責任應實現限定懲罰功能的角度出發，本文在應報觀點從「罪刑均衡」來形塑量刑責任時，會將對犯罪的非難基礎置於該犯罪行為本身，對量刑責任的內涵採取行為責任理論的觀點，並由此指出思考前科影響量刑的理論依據時，最核心的理論問題為何。

確實，若更進一步檢討，究竟行為責任要如何認定，本文後續會提到國內存在不同的觀點。但是，總歸來說，各行為責任理論皆承認要由犯罪行為本身的嚴重性，亦即該行為不法性與行為人可責性所呈現出的可非難性，來決定量刑責任的程度。若循此脈絡，當要從應報觀點來思考前科作為量刑因子的理論依據時，依循罪刑均衡的思維，必然是要能論證前科可影響犯罪行為可非難性者，才有可能證成前科對量刑的影響，進而賦予前科作為量刑因子的理論依據。換言之，當嘗試在應報觀點下根據罪刑均衡及行為責任理論來證成前科作為量刑因子時，核心的理論問題就是：「前科（先前犯罪紀錄）的存在如何影響後續犯罪行為（再犯行為）之可非難性」。而能否及如何對此核心理論問題提出有效論證，將決定前科是否有作為量刑因子的理論依據與該依據的內容為何，也正是本文以下分析各理論時關照的重心所在。

參、再犯加重模式之檢討與批評

於當代在應報觀點下證成前科作為量刑因子的各理論，其證成前科影響量刑的取徑，大體上可分為「再犯加重模式」與「初犯減輕模式」。二者雖

⁴⁷ 此批評參照：謝煜偉，前揭註9，頁48。

⁴⁸ 淺田和茂（2007），《刑法總論》，補正版，頁275，成文堂。

然都著眼於前科具有加重量刑的影響性，但採取不同論證方式。在本文第參部分中，將以屬於「再犯加重模式」的各理論，作為分析與討論對象。據此指出這些理論的問題，以及說明其可帶給本文的啟發。

再犯加重模式的特徵在於「以前科為基礎，對後續的新犯罪行為（再犯行為）施加較先前更高程度的刑罰」。由於是根據歷次犯罪行為的累積，來論證後續犯行應科以較先前犯行更重的刑度，故也被稱為「累積原則（cumulative principle）」⁴⁹。確實，此種理論模式可與特別預防相連結，認為行為人反覆犯罪意味著過去較輕的刑度不足以達成教化效果，故應對後續再犯行為科以較重的刑罰來達成教化效果。或者，也可根據無害隔離化的觀點，認為反覆為犯罪行為者具有較高的再犯危險性，故應對再犯行為科以較重的刑罰，來達到隔離行為人與追求社會安全的效果⁴⁹。但是，誠如前述，由於本文將在應報觀點下，從罪刑均衡及行為責任論的角度思考前科作為量刑因子的依據，故與特別預防相連結的論點將不在本文分析範圍內。換言之，以下將以再犯加重模式中屬於應報觀點之理論，作為討論重點。

目前，綜觀當代量刑理論關於前科影響量刑之依據的討論，或我國有關累犯立法正當性的討論，歸屬於此模式的見解可謂居於支配性的地位⁵⁰。不過，從論證方式觀之，又可以論證前科對量刑的影響時所關注的對象為「（先前）有罪判決之意涵」或「犯罪人本身」為基準，將屬於此模式的見解區分為 2 種推論取徑。以下，本文就分別對 2 種推論取徑，進行分析與評論。

一、自「有罪判決之意涵」論證之觀點

此種論證方式的特徵，是認為前科作為量刑因子的依據，來自於先前犯罪的有罪判決含有期待犯罪者不要再犯的特殊意涵。具體來說，可能是傳遞不要再犯的訊息給犯罪人，或者課以犯罪人不要再犯的義務。因此，當該犯

⁴⁹ JULIAN V. ROBERTS, PUNISHING PERSISTENT OFFENDERS: EXPLORING COMMUNITY AND OFFENDER PERSPECTIVES 8-9 (2008).

⁵⁰ Mirko Bagaric, *The Punishment Should Fit the Crime—Not the Prior Convictions of the Person That Committed the Crime: An Argument for Less Impact Being Accorded to Previous Convictions*, 51 SAN DIEGO L. REV. 343, 346 (2014).

罪人再犯時，因違反先前有罪判決的期待，故應承受較高程度的非難，進而加重刑罰的程度。而在此種論證方式中，又可再細分為 2 種推論路徑：不再犯義務違反理論、法秩序否定理論。

（一）推論路徑一：不再犯義務違反理論

採此推論路徑的理論認為，根據先前犯罪的前科來加重再犯行為的量刑時，此加重量刑與犯罪人於再犯行為時的所作所為無關，而是和使在後的再犯行為實現的前階段相關。以主張此理論的 Youngjae Lee 的看法為例，其認為對先前犯罪行為所論知的有罪判決，已使犯罪人與國家間產生一種義務關係，其應重新安排自己的生活，以避免犯罪行為再次發生⁵¹。如此一來，先前犯罪的有罪判決，會使犯罪人處於「承擔不要再犯的義務」的狀況。因此，犯罪人疏忽不要再犯的義務一事是值得非難的，可在其後續再犯時據以加重其刑罰程度⁵²。

若借鏡所謂「二重義務違反說」的觀點⁵³，此種理論可詮釋為：可根據前科來加重量刑的理由，並不是因為再犯行為本身具有較高的可非難性，而是因為當犯罪人選擇再犯時，同時違背了先前犯罪的有罪判決課以其不得再犯之義務。換言之，犯罪人因有前科而於再犯時被加重量刑，肇因於其同時違反 2 個義務：一個是再犯行為本身違反了「應遵守行為規範，不得為犯罪行為之義務」，另一個是再犯的決定違反了「消除犯罪傾向，不得再犯之義務」。而當再犯行為違反上述 2 個義務時，由於該再犯行為的違法性增加而具較高的不法性，故應承受較高的非難而接受較重的量刑。

綜上所述，此種推論可說是透過以下 3 組命題，來證成前科加重量刑的影響性：「命題一：先前犯罪的有罪判決，會課以犯罪人不再犯義務」、「命

⁵¹ Youngjae Lee, *Repeat Offenders and the Question of Desert, in* PREVIOUS CONVICTIONS AT SENTENCING: THEORETICAL AND APPLIED PERSPECTIVES 49, 69 (Julia V. Roberts & Andrew von Hirsch eds., 2010).

⁵² See *id.* at 60-61.

⁵³ 西岡正樹（2014），〈累犯加重と常習犯について(1)〉，《山形大学法政論叢》，60・61号，頁112。

題二：犯罪人在再犯行為中違反不再犯義務時，該再犯行為有較高違法性」、
「命題三：因再犯行為的違法性較高，應承受較重非難故可加重量刑」。然而，本文認為從命題一與命題二來看，上述推論是否完整，其可否證成前科對量刑的影響，仍有再商榷的餘地。

第一，命題一可說是此推論遭遇最多質疑之處，其問題在於：如何由犯罪人先前曾受有罪判決，來推論出其被課以不得再犯的義務，並未有清楚的論證⁵⁴。針對此項質疑，持同樣立場的 Chris Bennett 嘗試由溝通應報理論的角度提出回應：由於刑罰除傳遞非難訊息外，也同時讓犯罪人透過承受不利益來傳遞悔悟與自新的訊息，所以犯罪人接受先前犯罪的有罪判決與刑罰時，自然擁有自新的責任。如此一來，即可推導出犯罪人會因為先前犯罪的判決與懲罰，而負有消除犯罪傾向與不再犯的義務⁵⁵。因此，當犯罪人違反該義務而持續為犯罪行為時，這些後續再犯行為應有更高的可非難性⁵⁶。

但是，若檢視溝通應報理論的內涵，其是否確實可推導出犯罪者不應再犯的義務，本文認為容有疑義。詳言之，犯罪人的再犯行為確實有詮釋為「其傳遞拒絕自新之訊息」的可能。但是，根據命題一與二的說明，當根據前科來對再犯行為加重量刑時，並不是以犯罪人傳遞拒絕自新的訊息作為對其課以較重刑罰的理由。而是因為犯罪人在法律上承擔不可傳遞此種訊息的義務，以「義務違反」作為加重量刑的理由。對此，若從溝通應報理論的內涵來看，其僅主張犯罪人在接受刑罰傳遞的非難訊息時，同時透過承擔因犯罪而被刑罰所施加的不利益，針對已實行的犯罪，傳遞自身悔悟與自新（reform）的訊息⁵⁷。因此，在此理論以應報主義而非效益主義為立論基礎

⁵⁴ Michael Tonry, *The Questionable Relevance of Previous Convictions to Punishments for Later Crimes*, in PREVIOUS CONVICTIONS AT SENTENCING: THEORETICAL AND APPLIED PERSPECTIVES 91, 104-05 (Julia V. Roberts & Andrew von Hirsch eds., 2010).

⁵⁵ Christopher Bennett, 'More to Apologise for': *Can a Basis for the Recidivist Premium Be Found within a Communicative Theory of Punishment?*, in PREVIOUS CONVICTIONS AT SENTENCING: THEORETICAL AND APPLIED PERSPECTIVES 73, 83-88 (Julia V. Roberts & Andrew von Hirsch eds., 2010).

⁵⁶ *Id.* at 87.

⁵⁷ DUFF, *supra* note 29, at 106.

的脈絡下，我們至多可以說：當犯罪人在先前犯罪中承受刑罰時，代表其因該次犯罪而有接受非難的義務，並透過願意承擔該義務，來對外傳達充分認知自身該次錯誤並決定改變自身的訊息⁵⁸。但是，僅僅是對過往犯行表達「我已認錯並成為不該犯下此次錯誤的人」，此種自新的訊息仍舊無法直接推導出犯罪人未來在法律上負有「我保證未來不會再犯」的義務。換言之，縱使我們因為犯罪人接受懲罰而傳遞悔悟與自新的訊息，因而期待他在道德上因自新而成為良善的人，但依然無法透過法律來強制其履行未來不得再犯的義務⁵⁹。當然，也就無法以犯罪人再犯時違反該義務，來作為增加違法性與要求其承受更高刑罰的依據⁶⁰。簡言之，在如何從有罪判決來推導出不再犯義務的部分，命題一有推論不足的疑慮。

第二，若結合命題一與命題二，縱使我們肯認命題一，承認對先前犯罪科以刑罰本身，同時也會課以犯罪人不得再犯的義務，但能否以該義務違反直接推論再犯行為的違法性增加，命題二在推論上也容有疑義。詳言之，設若命題一與二要能夠成立，除了承認犯罪人在先前犯罪且接受懲罰後，會因而產生不得再犯義務外，也應要承認再犯行為在違反該義務時，會有違法性增加的情形。而命題二要能成立，若從行為規範所課以義務係來自保護法益，亦即不得再犯義務是來自對法益保護的觀點來切入時，意味著在再犯行為中，除了該犯行本身違反「不得違反規範之義務」且造成所違犯罪名保護法益的侵害外，其對於「不得再犯之義務」的違反同時也應會造成法益侵害增加，而加重犯行不法內涵。若是如此，則有必要承認先前犯罪接受懲罰後產

⁵⁸ *Id.* at 108.

⁵⁹ 審查意見之一提到，當被告接受較輕的緩刑時，可否認為是接受優惠的對價而同時承受不再犯義務，故當再犯導致緩刑宣告撤銷而讓被告因而承受較重不利益時，即可證立命題一與再犯加重量刑。對此，本文結論是仍無法證立。理由是即使緩刑宣告因再犯被撤銷，導致撤銷時的整體刑罰不利益總量升高，但先前犯罪之刑罰執行並不等於再犯行為本身量刑之加重。在此意義上，與其說緩刑宣告會課以不再犯義務，毋寧說是對緩刑優惠的終局實現設定條件，故當再犯導致條件不成就時，其效果應理解為撤銷緩刑宣告而執行先前犯罪的實刑，而不是加重再犯量刑。

⁶⁰ Tonry, *supra* note 54, at 107.

生的不再犯義務，會連結到對「犯罪人將來應遵守規範（故不可再犯）」此種法益類型之保護，才能論述義務違反時會對此法益造成侵害並拉高再犯行為的違法性。

然而，上述嘗試論證命題二成立的作法，反而會跟 Bennett 用以支持不再犯義務違反理論的溝通應報觀點有所扞格。一方面，若先前犯罪的刑罰能催生上述不再犯義務與保護法益類型，代表該次刑罰本身傳遞了未來不要再犯的訊息及追求不再犯之目的，而帶有屬於效益主義立場的目的刑之性質。如此一來，此論證本身明顯已與溝通應報觀點相悖⁶¹。另一方面，如上所述，既然「不得再犯的義務」作為一種異於「不得違反規範之義務」的較高的義務，則該義務違反所侵害的，是與再犯行為本身所侵害者不同的法益類型。然而，不再犯義務違反理論本身也未清楚指出此保護法益的內涵為何。對此，較可能的推論是，因為先前已犯罪之人在人格或習性上具有再犯危險，故以「對再犯危險性的風險控制」作為法益之內容。但是，這樣由行為人前科來推論其有較高再犯風險人格或習性的推論本身，勢必要面對欠缺嚴謹因果推論、推論恣意的批評⁶²。而且，即使承認這個推論能成立，其等於是以前科行為背後的人格或行為習性作為加重處罰的基礎，除了又與溝通應報觀點難以契合外，此種偏向人格責任論或性格責任論的觀點，由於會削弱責任限定刑罰的功能，招致量刑不明確與不安定，而與本文以罪刑均衡與行為責任論為基礎，嘗試從犯行可非難性來證成前科作為量刑因子的作法不合⁶³。

（二）推論路徑二：法秩序否定理論

此理論同樣著眼於先前犯罪之有罪判決的效力，但推論上並非從犯罪人未遵守義務的角度切入，而是從再犯行為以積極作為方式否定先前判決效力的面向，建構前科影響量刑的理論依據。根據此種理論，不同於一般犯罪人

⁶¹ 而且，此種追求不要再犯之效益的目的刑觀點，也明顯逸脫了本文以應報觀點為基礎的討論範圍。

⁶² 許恆達，前揭註9，頁18。

⁶³ 相同見解：許恆達，前揭註9，頁23。

僅是對其犯罪行為作出決斷，再犯的犯罪人不僅是對再犯的犯行作出決斷，同時也對先前犯罪行為之有罪判決及其傳達之法秩序，作出不予遵守及否定該法秩序的決斷⁶⁴。而隨著犯罪人透過數次再犯，反覆作出不為合法行為之決斷時，更能正當化對該犯罪人的加重非難與提高刑罰⁶⁵。

不過，當犯罪行為被理解為對法秩序的否定時，即使是第二次、第三次再犯的否定法秩序行為，其非難程度也應該就僅對應到各次對法秩序否定行為的可非難性。因此，為何只因為多次否定法秩序，對該否定行為的非難程度即可加重，此推論本身就有所疑問。對此，有 2 種可能的解釋方向：第一，犯罪者多次否定法秩序的行為本身，造成了更高的法益侵害；第二，由於初犯與後續再犯間的差異，在於後續的再犯行為之前，被先前犯罪所違犯的法秩序已被有罪判決所確認。因此，有罪判決本身具有特殊的意涵，侵害其宣示的法秩序時，該再犯行為應得到較高的非難。

關於解釋方向一，其問題在於，若再犯行為本身只是侵害了所違犯之罪名的保護法益，該行為具有的「再次否定法秩序」之性質，為何會使再犯行為相較於先前犯罪造成較大的法益侵害，顯有疑問。那麼另一個合理解釋，就是由犯罪人反覆否定法秩序之舉，推論其人格或行為習性有較高的再犯危險性及法益侵害可能性，並據此論述其有較高的可非難性。但此種推論方式，明顯與前述不再犯義務違反理論存在相同的問題。一方面，此推論本身有欠缺嚴謹因果推論與恣意之嫌；另一方面，由於其顯非從罪刑均衡與行為責任理論的角度來證成前科作為量刑因子的依據，故與本文選擇的分析視角不合。

關於解釋方向二，其重點在於有罪判決與傳遞非難訊息之間的關係。詳言之，為在刑事審判中重申與確認共同主觀的價值，法官須透過現行制度來詮釋刑事程序中重構的事實與賦予該詮釋權威性，使該事實之轉譯結果具有制度性的意義。依此脈絡，有罪判決可謂是法官透過其權威，制度性地再確

⁶⁴ Darcy L. MacPherson, *The Relevance of Prior Record in the Criminal Law: A Response to the Theory of Professor von Hirsch*, 28 QUEEN'S L. J. 177, 200 (2002).

⁶⁵ *Id.* at 214.

認法秩序、賦予犯罪行為侵害法秩序之意義與傳遞非難的行為。由此觀之，有罪判決本身的角色，只是再確認由立法部門制定之刑法所表彰的法秩序。因此，再犯行為除了對法秩序再次造成擾動，以及對所違犯罪名的保護法益造成侵害外，並未造成其他的額外侵害，自無加重非難與懲罰的餘地。誠然，再犯行為反覆挑戰法律制度與國家所代表的權威，可能產生權威減損的結果。但是，將國家與現行制度象徵性的權威提升到作為值得刑法保護之法益的程度，此種強調國家權威之思考，在當代強調自由主義的刑法中是否妥適，殊值商榷。

二、自「犯罪人本身」論證之觀點

此種論證方式的特徵在於著眼於犯罪人本身，而非聚焦在先前犯罪的有罪判決。而屬於此論證的理論，又可再區分為從「（一）犯罪人之犯罪傾向與性格」、「（二）犯罪人熟知犯行意涵，卻無懼警告而再犯」或「（三）犯罪人依其犯罪經驗而有較高法益侵害可能，卻不履行對相同犯罪行為的額外控管義務」等不同角度切入，來論證應對有前科的再犯犯罪人傳遞較高程度的非難與科以較重刑罰。以下，依序針對這 3 種不同推論路徑的理論，進行分析與評論。

（一）推論路徑一：犯罪傾向、性格加重理論

此理論在推論前科加重量刑的依據時，聚焦於犯罪人性格，認為犯罪人除了要對所為犯罪行為對應的行為責任負責外，其也應對到犯罪行為為止，塑造其行為之人格，負起人格形成責任。換言之，與前述著眼於先前有罪判決的理論不同，此理論並不是從再犯行為違法性的增加來推論前科加重量刑的依據。相反地，此理論是根據犯罪人具有犯罪的習性，從加重其有責性（有責性增加）的角度，來論述前科影響量刑的正當性。事實上，在我國實務上也可找到類似觀點的論述，如高雄地方法院 102 年度簡字第 1206 號刑事判決表示：「考量被告自 101 年 7 月起至同年 10 月間，即多次因竊取他人販賣之奶粉為警查獲，此品行資料……可佐，竟又再為本件竊盜犯行，顯然無

所悔悟，益見其對於刑法保護他人財產法益之規範置若罔聞，價值觀念偏差，且素行不佳，實不宜寬貸」，即可謂是將前科連結至犯罪人性格、習性來加重量刑的本土案例。

關於此種論述方式的當代刑罰理論，以 Julian Roberts 的主張為例，其將再犯類比為具計畫性之預謀犯罪，進而證成再犯者具有較高的可非難性，故應加重刑罰程度⁶⁶，可謂是採此推論路徑的顯例。申言之，Roberts 認為人並非依靠抽象知識，而是依靠經驗來形塑自身，故當犯罪人在先前犯罪中經歷司法系統並接受有罪判決後，其依經驗應知曉要遠離犯罪⁶⁷。此時，若其仍選擇犯罪，而未改變其行為選擇，則該再犯行為的形式類似於具計畫性的預謀犯罪⁶⁸，並將自身置於社群之外，顯著地脫離規範的要求，故具有較高的可非難性而可加重其刑⁶⁹。

而此論點最顯而易見會受批評之處，就是許多再犯行為並非出於預謀，而是偶然或即興為之⁷⁰。換言之，Roberts 的理論無法充分解釋所有再犯行為下的前科加重量刑。不過，除了前述批評外，本文認為此理論最根本的問題，在於其將再犯類比為具計畫性的預謀犯罪，而在證成再犯應加重處罰時，聚焦於再犯者具有較高的犯罪傾向：其認為再犯者因而擁有較壞的性格，具較高的可非難性，故應科以較重的刑罰⁷¹。也就是說，當依此理論以性格作為處罰對象時，前科成為在道德記帳本上，用以判斷該犯罪人整體道德價值的索引⁷²。但是，正是此項理論特點，勢必會面對以下批評。第一，如同前述各種將前科與再犯危險性連接的觀點，此處將前科與犯罪人具有較高犯罪傾

⁶⁶ ROBERTS, *supra* note 49, at 208-09.

⁶⁷ *Id.* at 220.

⁶⁸ *Id.* at 66.

⁶⁹ *Id.* at 82-85.

⁷⁰ Andrew von Hirsch, *Proportionality and the Progressive Loss of Mitigation: Further Reflections*, in PREVIOUS CONVICTIONS AT SENTENCING: THEORETICAL AND APPLIED PERSPECTIVES 1, 5 (Julian V. Roberts & Andrew von Hirsch eds., 2010).

⁷¹ Tonry, *supra* note 54, at 110-11.

⁷² NIGEL WALKER, PUNISHMENT, DANGER AND STIGMA: THE MORALITY OF CRIMINAL JUSTICE 138-39 (1980).

向及性格連結的作法，同樣要面對欠缺嚴謹因果推論與恣意的批評⁷³。第二，性格此種抽象且內涵不明確的概念，恐怕難以作為衡量刑罰輕重的判斷基準，故以性格來決定量刑時，自然有流於武斷之嫌⁷⁴。第三，從當代應報理論強調「罪刑均衡」並以行為責任理論來判斷犯罪可非難性的角度觀之，刑罰非難的對象應是犯罪人做了什麼行為，而非我們透過其性格或價值觀來將其想像成什麼樣的人⁷⁵。因此，當此理論以性格作為加重責任與懲罰的基礎時，除了與罪刑均衡及行為責任理論相違背，也會產生前述人格責任理論面對的問題，亦即以責任概念來包裝行為人性格與危險性時，會不當地擴張責任內涵，使之超出於犯罪行為應受非難的程度，且導致量刑有欠缺明確性與安定性的危險。

（二）推論路徑二：警告理論

接著，此論證方式的第二個推論路徑，是以犯罪人對犯罪行為之意涵的深刻認識為基礎，當其仍再犯而明顯表現不願遵守規範的意思時，則施加較高的非難與較重的刑罰⁷⁶。在此推論方式中，最具代表性的莫過於是在德語與日語學界被廣泛接受，以行為人無視先前刑罰所帶來的警告作用，仍堅持為本次犯行而導致行為責任增加，作為證立前科為加重量刑因子之依據的「警告理論」⁷⁷。此理論認為犯罪人在先前犯罪中，經歷偵查、起訴、審判、有罪判決乃至於執行階段，應對犯罪行為的嚴重性與自身的錯誤有所體悟，故比起初犯時，犯罪人應對犯罪與否具有較高的反對動機（以下簡稱「反對動機」）。在此狀況下，若犯罪人卻仍決意為犯罪行為，代表其克服了較高的反對動機，無視先前有罪判決與刑罰之警告。因此，該再犯行為即具有較

⁷³ 許恒達，前揭註9，頁18。

⁷⁴ Bagaric, *supra* note 50, at 383.

⁷⁵ Martin Wasik & Andrew von Hirsch, *Section 29 Revised: Previous Convictions in Sentencing*, 1994 CRIM L. REV. 409, 410.

⁷⁶ Youngjae Lee, *Recidivism as Omission: A Relational Account*, 87 TEX. L. REV. 571, 585-91 (2009).

⁷⁷ 中島広樹，前揭註42，頁93；原田國男（2008），《量刑判断の實際》，3版，頁11，立花書房。

高的可非難性，可加重其刑責⁷⁸。不過，雖然此理論看似符合我們的道德直覺，但在論理上仍存在諸多待商榷之處。

申言之，此理論是透過以下 3 組命題，來證成再犯行為中可根據前科來加重量刑：「命題一：有罪判決與刑罰會帶來警告效力，使犯罪人形成較初犯高的反對動機」、「命題二：犯罪人漠視警告而再犯時，克服了該較高的反對動機」、「命題三：能克服較高反對動機的是較高的犯罪動機，故具有較高非難可能性而可加重量刑」。然而，包括命題一與命題二，都存在論證上的問題。

首先，關於命題一。所謂警告，既然會使犯罪人對於犯罪行為的反對動機升高，其必然預設犯罪人會受到有罪判決與刑罰的影響。但是，若考慮到犯罪人的人格特質、刑罰感應力或行為模式會因人而異，縱使有罪判決與刑罰確實具有傳遞非難訊息的功能，但犯罪人可能僅是接收該訊息，未必都會產生被警告的效果。誠然，針對此種實證層面的質疑，有論者會主張其指的並非犯罪人的精神狀態實際上產生較強的反對動機，而是指在規範層面上，法秩序會對於這種較強反對動機的產生有所期待⁷⁹。然而，在犯罪人特質各所差異的情況下，為何法秩序可對所有人課以這種期待，此種擬制的正當性何在，顯然有所疑義。換言之，考慮到先前犯罪的有罪判決與刑罰未必都會產生警告效力，而且犯罪人特質相當多樣化，則犯罪人實際上未必都會產生較高的反對動機，規範上也欠缺正當性基於對人的均質想像來普遍加諸此種期待，命題一的立論基礎自然遭到動搖。

接著，關於命題二，當犯罪人再犯時，為何可理解為其克服了較高的反對動機，亦即為何犯罪人可被理解為具有較初犯時更高的犯罪動機，尚有疑義。對此，第一個可能的解釋，是將再犯理解為對司法制度與法秩序欠缺尊重，亦即存在對國家權威的反對。不過，由於刑罰傳遞非難的對象是行為人

⁷⁸ 難波宏，前揭註19，頁19。

⁷⁹ 樋口亮介（2017），〈行為責任論を基礎にした前科の位置づけ—近時の英米法圏の学説を素材に一〉，高橋則夫（等編），《刑事法学の未来：長井圓先生古稀記念》，頁194，信山社；野村健太郎（2020），〈量刑事情としての前科〉，氏著，《量刑の思考枠組み》，頁99，成文堂。

侵害法益的犯罪行為，故實難直接推論到以犯罪人對國家的敵視態度或欠缺尊重作為描述其具有較高反對動機與犯罪動機的依據。換言之，第一個解釋方向無法支撐命題二的成立⁸⁰。至於第二個可能的解釋，則是從規範意識切入，認為犯罪人因先前有罪判決，會對保護法益與行為規範的重要性，產生較強的規範意識，故對犯罪會產生較高的反對動機。因此，犯罪人再犯行為會表現出犯罪人對法益與規範欠缺尊重，具有較低的規範意識與更強的犯罪動機，故應加重其懲罰⁸¹。但是，此解釋的問題在於，如何由再犯行為推斷出犯罪人的規範意識低落，推論上顯有不足。例如當再犯行為是出於過失時，是否仍能主張犯罪人規範意識低落，就顯有疑問。而且，所謂的規範意識本身，即是欠缺實證且空洞的概念，單憑犯罪人再次產生犯罪故意並實行犯罪的事實，就主張其規範意識低落，可謂恣意且欠缺依據的推論。甚至，規範意識低落此種空泛的概念，有可能實質上是指涉反覆再犯者易於不斷產生犯罪動機並實行，也就是用來代換反覆再犯者具有高度再犯危險性的用語而已。若是如此，則形同又是以人格或習性作為加重非難的依據，將與上述「犯罪傾向、性格加重理論」面臨相同質疑。總結以上，再犯本身無法有效推論至犯罪人必然有所謂能壓過較高反對動機得更高犯罪動機⁸²。因此，要採取論證再犯者有更高犯罪動機，從有責性加重來從重量刑時，警告理論並非有效的推論路徑。

（三）推論路徑三：額外控管義務違反理論

最後，雖然同屬著眼於「犯罪人本身」來推論的理論，但此處要討論的「額外控管義務違反理論」不同於前述推論路徑一與二，並非從有責性增加

⁸⁰ 高山佳奈子（2011），〈コメント〉，大阪刑事実務研究会（編），《量刑實務大系（3）一般情状等に関する諸問題》，頁74，判例タイムズ社；淺田和茂（2011），〈量刑事実としての前科前歴及び犯行後の事情〉，ヴォルフガング・フリッシュ（等編），《量刑法の基本問題》，頁169，成文堂。

⁸¹ 小池信太郎，前掲註19，頁58。

⁸² 相似看法：許恒達，前掲註9，頁21。

的角度切入，而是從違法性增加的角度，來證成再犯行為中前科對從重量刑的影響性。

此見解認為犯罪人因先前犯罪的經驗，故對之後再犯行為的手法較熟悉，且對犯罪中突發狀況的應對也較有經驗。而這些因同類犯罪行為的實行而生的經驗效應，足以使行為人再犯同類犯罪行為時，法益侵害的可能性升高。因此，此見解主張當行為人在再犯行為中，實行與先前犯罪行為「同類型」的不法侵害手段時，該行為人擁有類似於不作為犯的保證人地位，負有額外附加的同類型法益侵害行為的控管義務（下稱「額外控管義務」）。如此一來，當犯罪人再犯時，等於同時侵害「再犯罪名所保護的法益」與違反「因先前犯罪行為所生的同類型犯罪行為額外控管義務」，加重不法侵害之效果。而在具有較高違法性與不法內涵的狀況下，即可證成對再犯行為的從重量刑⁸³。

本文認為，此理論是透過以下命題來證成前科對量刑的加重：「命題一：先前犯罪行為累積犯罪經驗，做同類再犯行為時有較高法益侵害可能性」、「命題二：犯罪人對該較高法益侵害可能性有額外控管義務」、「命題三：同類再犯行為因違反控管義務，違法性增加而有較高可非難性，故可加重量刑」。從命題一與二來看，本理論從先前犯罪的「經驗」來推論較高法益侵害可能性，再進而推導法益侵害控管義務時，迴避了不再犯義務違反理論從先前犯罪的「判決」來推導不再犯義務時遭遇的問題。另外，從命題三來看，本理論並非透過有責性加重來論證前科加重量刑，避免此類理論將再犯行為連結至犯罪人人格、再犯危險性或規範意識等行為人因素的概念時，存在的過度推論或論證不足問題。不過，即使本理論迴避前開各理論在推論上的致命傷，但其自身仍有推論難謂完備之處。

首先，關於命題一，也就是以先前犯罪的前科，作為再犯行為法益侵害可能性高低之代理變數，本文認為前科是否能連結到犯罪經驗累積與法益侵害可能性高低，可能尚須討論。申言之，從前科的有無觀之，沒有前科的被告看似為初犯的背後，可能實際存在先前 5 次犯罪的犯罪黑數，但其犯罪經

⁸³ 許恒達，前揭註9，頁28。

驗所反映的法益侵害可能性卻比先前 2 次犯罪都被抓到而有前科的再犯者低。這個意義上，前科可能並不適合用來判斷犯罪經驗的積累，更不適於作為法益侵害可能性升高的代理變數。另外，即使只聚焦在有前科的犯罪人，前科在概念上未必只能理解為「經驗累積導致法益侵害可能性升高」，也可能解釋為「多次被捕代表沒有累積可增加法益侵害可能性的犯罪經驗」或「多次被捕反映其存在欠缺犯罪能力的面向，法益侵害可能性反而較低」。換言之，前科的存在在解釋上未必連結到較高的法益侵害可能性，這是命題一待商榷之處。

接著，關於命題二，即使肯認命題一成立，疑問在於：如何可據以推論出犯罪人應承擔額外控管義務？詳言之，此理論將再犯者具有較高的違法性建立在違反額外控管義務之上，而此義務則源自該再犯者具有某種能使再犯行為較容易實現的經驗。若是如此，當我們跳出前科影響量刑之依據的討論脈絡，假設行為人並非因犯罪，而是因為其他生活或職業經驗累積的經驗，有可能在其犯罪時提高法益侵害可能性，可能就會有疑問：此理論也認為在這種狀況下，行為人會負有額外控管義務，並可在實行犯罪時加重其量刑嗎？⁸⁴

針對上述疑問，假設此理論的答案為「肯定」，首先會面對的質疑必然是：假設 2 個行為人以相同手段造成相同法益侵害時，為何其中一人會因其生活經驗被認為有較高可能性實現該法益侵害，而被認要承受較重的刑罰。對此質疑，或可主張該行為人是因生活經驗而負有額外控管義務，故以存在額外的義務違反作為加重量刑的理由。但是，由於行為人是在日常生活中累積該經驗，其可能並未了解該經驗與法益侵害間的連結。同時，我們也只能在該行為人實行犯罪後，才事後建立該犯罪實現與其過往生活經驗的關聯

⁸⁴ 例如：行為人小韓因曾擔任過軍人並接受射擊訓練，使其在實行侵害生命法益的犯罪類型時，因為有較高的射擊精準度而有較高可能性實現法益侵害。此時，此理論是否也會認為小韓除了不應殺人的義務外，必須額外承擔對較高生命法益侵害風險的控管義務，並在他射殺被害人的案件中量定較其他殺人犯更高的刑度？

性。若是如此，可否直接宣稱行為人在犯罪前的生活中持續被課以額外控管義務，是否應加上其他成立要件，本文認為有待商榷。

此外，假設此理論對前述問題的答案為「否定」，緊接會面對的質疑則是：因先前犯罪而習得的經驗與生活中累積的經驗，都有造成法益侵害的較高可能性，為何只有具前科的犯罪人需對前者造成的較高法益侵害風險負額外控管義務。詳言之，若認為僅先前犯罪累積的經驗可產生額外控管義務，生活累積者不會產生該義務，則二者唯一的差異就在於經驗來源是否為犯罪。那麼，問題會聚焦在：為何僅犯罪而生的經驗可推導出額外控管義務。關於這個關鍵問題，此理論並未有清楚的說明。對此，本文認為可能的解釋方向是「造成法益侵害風險較高的經驗與犯罪間存在連結」。以竊盜為例，可能的解釋是當行為人 X 開鎖入屋竊盜的經驗是在先前竊盜中累積時，與因工作需要開鎖而於生活中累積者相比，因為 X 可謂在實戰中累積經驗，在竊盜行為時可能會比較了解該情境下開鎖會需要的技術跟可能遭遇的障礙（如：時間上比較緊迫，需選擇特定開鎖方式），所以造成法益侵害實現的風險會更高。然而，即使如此，以上述 X 竊盜為例，由於先前犯罪的有罪判決僅是傳遞對該犯行的非難訊息給 X（如：竊盜行為是不對的），傳遞訊息內容恐怕不會包含「該犯行累積經驗對未來相似法益侵害有較高的實現可能性」。若是如此，即使 X 在先前犯罪累積的經驗中客觀上製造了後續法益侵害的較高風險而有控管的必要，但在 X 並未認知到該較高風險的存在與控管必要性的情況下，是否可直接推論出可課以 X 負有該義務並在 X 再犯時以該義務作為加重量刑的正當依據，是否有需要設定其他成立要件，恐怕還有再論證的必要。

最後，關於命題三，即使假設額外控管義務可成立，本文懷疑是否可依該義務違反來加重可非難性與量刑。詳言之，命題三將再犯行為為可非難性增加建立在 2 組義務——「額外控管義務」及「不實行犯罪之義務」——的違反上。若檢視額外控管義務之「控管具有較高法益侵害可能性之再犯行為」的意義時，考慮到此義務違反是指不控管具有較高法益侵害可能性之再犯行為，即是指使此種犯行實現。此時，疑問就會產生：與再犯行為違反的「不

實行犯罪之義務」相比，此義務有何差別？本文認為，若依此理論脈絡認為再犯行為加重量刑，肇因於該行為是「具有較高法益侵害可能性之再犯行為」，則當犯罪人實行該再犯行為而違反「不實行犯罪之義務」時，由於違反的就是「不要實行那個有較高法益侵害可能性之犯罪行為的義務」，故可理解為讓較高法益侵害可能性之再犯行為實現，實質上等同於違反額外控管義務。若是如此，當額外控管義務與不實行犯罪之義務二者，可謂實質上內涵相同而屬同一個義務。此時若將再犯行為評價為違反 2 組義務，可能有對同一犯罪行為為雙重評價的疑慮，進而動搖提高行為可非難性與加重量刑的理論基礎。

綜上所述，本文認為額外控管義務違反理論以「再犯行為具有較高法益侵害可能性，具較高可非難性」作為加重量刑之基礎，確實頗具啟發性。然而，如本文對命題一的批評，由於前科非必然可推論再犯具有較高法益侵害可能，故此理論「以前科作為較高法益侵害可能性的代理變項」的論證即有待商榷，也動搖後續命題的成立並減損此理論被採用的可能。

三、小結

前開各種再犯加重模式的理論，共同特徵是嘗試在「再犯造成的法益侵害+X 因素」的架構中，透過論證該 X 因素的內涵，來賦予再犯行為可較先前犯罪加重量刑的依據，亦即賦予前科作為從重量刑因子的正當性。而透過前述對此模式中各理論的分析，可發現各理論在論證 X 因素的推論中，無非是 2 種論證方式：論證方式一、以犯罪人擁有的性格、習性（如：特別重大的惡性）作為 X 因素的內涵；論證方式二、以先前犯罪的有罪判決與刑罰，來推導出犯罪人應遵循某種義務或具有較高的反對動機，並以犯罪人未履行該義務或擁有可壓過反對動機的更高犯罪動機，來加重違法性或有責性，並據以作為 X 因素的內涵。

而在前開的檢討中，本文認為論證方式一將導致以人格或性格作為加重量刑的依據，有違罪刑均衡與行為責任理論的論理，可能導致責任概念失去限定刑罰的功能與過度擴張懲罰的結果。而且，此種論證方式本質上也與本

文採取的分析視角難以契合。接著，本文認為論證方式二普遍存在的問題在於，其皆未能完備地論證為何先前犯罪及其有罪判決可推導出行為人應遵循之義務或擁有較高的反對動機，因而無法充分說明為何再犯會比先前犯罪具有較高的違法性或有責性。這導致此種論證方式即使遵循罪刑均衡與行為責任理論來推論，仍未能有效證成前科對量刑的影響性。有鑑於此，本文以下將分析對象轉向另一個觀點：初犯減輕模式。

肆、初犯減輕模式之檢討與批評

本文第肆部分將聚焦於初犯減輕模式的理論，此模式的特徵是將關注的重心放在「犯罪人」，將犯罪人初犯或僅有輕微犯罪紀錄等事由納入量刑考量中，在一定程度上作為減輕量刑因子，而當犯罪者再犯使此種因子的適用可能性消失時，則不再賦予減輕量刑的效果。由於對再犯不再給予如初犯時的減輕量刑效果，故從形式上來看，也可理解為是對有前科的再犯者加重刑罰。

不過，雖然看起來都是對再犯課以較初犯為重的刑罰，但此模式與再犯加重模式在實質上的考量仍有不同：並非以前科會加重再犯的違法性或有責性為依據，來推導前科作為加重量刑因子的理論依據。而是認為反覆再犯會導致初犯減刑的折扣及優惠逐漸消耗殆盡，使再犯者最終要承擔與其犯罪行為相對應的完整非難程度⁸⁵。由於在此模式之下，再犯獲得的法律效果僅是不從輕量刑，並回歸到與犯罪行為相對應的刑罰程度，符合罪刑均衡的要求，故可謂為當代應報論者所普遍接受的觀點⁸⁶，自然也契合於本文所採的分析

⁸⁵ Jesper Ryberg, *Recidivism, Retributivism, and the Lapse Theory of Previous Convictions*, in *PREVIOUS CONVICTIONS AT SENTENCING: THEORETICAL AND APPLIED PERSPECTIVES* 37, 37 (Julia V. Roberts & Andrew von Hirsch eds., 2010).

⁸⁶ Ehud Guttel & Doron Teichman, *Criminal Sanctions in the Defense of the Innocent*, 110 *MICH. L. REV.* 597, 634 (2012).

視角。以下，本文即以主張此模式的代表者 Andrew von Hirsch 的理論為例，對此種模式的論證進行分析與檢討。

一、初犯減輕模式理論簡介

von Hirsch 關於初犯減輕理論的論證，主要由 2 個部分的論述組成：第一，為甚麼初犯應減輕量刑；第二，為什麼再犯會導致減輕量刑的效果逐漸消失。以下，本文即簡介其在此 2 部分的論述內容。

（一）初犯減輕的理論依據：過誤與容忍

在第一部分的論述中，von Hirsch 透過「過誤（lapse）」的概念，來正當化對初犯（或僅有極少數前科者）為較寬容的對待⁸⁷。其認為過誤形成於人類易於犯錯的本質與可能暫時失去對行為控制的脆弱性質之中。據此，von Hirsch 指出，過誤作為一種對刑法的違犯，僅是判斷上的錯誤而非更為普遍的道德淪喪，在量刑階段中基於對過誤更為寬容地處理之想法，其仍可適用初犯減輕的原理⁸⁸。至於應對過誤有較高容忍而為較寬容對待的理由，則在於針對人們易於犯錯的特質及人們暴露於壓力及誘惑的狀況中，特別是犯罪出於過度飢餓等極端且異常的情形，我們應投以同情⁸⁹。綜上所述，von Hirsch 認為在過誤概念的核心內涵中包含了寬恕的美德，並以此為基礎主張應將寬容的精神反映於量刑系統中，亦即將部分或暫時容忍（tolerance）人類脆弱性的作法實踐在刑事制裁的場域中⁹⁰，來賦予減輕量刑的效果。

綜上所述，由於 von Hirsch 主張的初犯減輕模式，是以對人類易於犯錯的傾向的有限度容忍為基礎。因此，初犯減輕模式並非以初犯行為的可非難

⁸⁷ Andrew von Hirsch & Julian V. Roberts, *The Recidivist Premium: For and Against*, in *PRINCIPLED SENTENCING: READINGS ON THEORY AND POLICY* 148, 158 (Andrew Ashworth, Andrew von Hirsch & Julian Roberts eds., 3d ed. 2009).

⁸⁸ ANDREW VON HIRSCH, *PAST OR FUTURE CRIMES: DESERVEDNESS AND DANGEROUSNESS IN THE SENTENCING OF CRIMINALS* 83-84 (1985).

⁸⁹ *Id.* at 85.

⁹⁰ *Id.* at 85.

性較低作為證成減輕量刑的基礎，而是正視人類異於犯錯的脆弱特質，而對其行為給予一定限度的容忍⁹¹。這個論述若借用 Joseph Raz 對「容忍」概念的理解來說明，會更好理解：由於容忍僅是克制自己欲望的傾向，而非暗示對象的行為是被允許的或是對的。所以，容忍一個人自我中心的行為，並不等於否認其行為的錯誤⁹²。在這個脈絡下，針對透過對過誤的「容忍」來證立初犯減輕模式的作法，若嘗試用刑法的語彙來說明，可理解為：初犯減輕模式的理論基礎並不是建立在初犯行為的違法性或有責性較輕微，而是著眼於行為人所具有的一一同時也是人類普遍擁有的——容易過誤的脆弱特質。

（二）減輕量刑效果隨再犯而逐漸消失的理由

接續前開論述，von Hirsch 認為，對具有容易犯錯之脆弱本質的人類之犯罪行為採寬容的態度時，「要求犯罪人應嘗試遵從法律」的意涵也同時內在於傳遞非難訊息的有罪判決中。因此，作為對該非難訊息的回應，犯罪人應改變其行為模式，展現其堅毅的努力（effort of will）去停止更進一步的犯罪行為⁹³。而當犯罪人未能展現此種努力而未改變其行為時，即可正當化對其再犯行為施加較嚴厲的刑罰⁹⁴。不過，必須注意的是此處所謂「較嚴厲的刑罰」的意涵，其理解不同於再犯加重模式，而是以假設犯罪人未來能夠避免脆弱特質下的過誤導致其他犯罪行為的認知，作為初犯可減輕刑罰的基礎。然後，當此假設不正確時（如：犯罪人再犯），由於對再犯行為減刑已欠缺妥當性，故依之後犯罪行為的頻率來使減刑的折扣漸次消失⁹⁵。簡言之，當犯罪人即使接收了先前有罪判決與量刑對其先前犯行所傳遞的非難與否

⁹¹ *Id.* at 11.

⁹² Joseph Raz, *Autonomy, Toleration and the Harm Principle*, in *ISSUES IN CONTEMPORARY LEGAL PHILOSOPHY: THE INFLUENCE OF H.L.A. HART* 313, 319-20 (Ruth Gavison ed., 1989).

⁹³ VON HIRSCH, *supra* note 88, at 84.

⁹⁴ von Hirsch, *supra* note 70, at 8-9.

⁹⁵ *Id.* at 10.

定，其卻未付出額外的努力去遵守法律及自我約束而再犯時，將會失去減刑的折扣⁹⁶。

確實，上述論述顯示 von Hirsch 似乎採取效益主義的刑罰觀，其似乎主張刑罰具有教化（積極特別預防）的功能，希望透過刑罰來達到使犯罪人免於再犯的效果。不過，事實上，von Hirsch 作為應報論者，其始終認為刑罰並非引發犯罪預防的效果，而是對犯罪人表現非難訊息，使之有機會居於主體地位並以適當方式來回應懲罰⁹⁷。因此，其顯然並非透過效益主義的路徑來論證初犯減輕與減刑效果漸失的理論依據。申言之，在 von Hirsch 的推論中，其認為刑罰除了表現對犯罪行為的非難外，刑罰施加的不利益同時提供犯罪人拒絕犯罪誘惑的審慎動機（prudential incentive）⁹⁸，告訴犯罪人犯罪是不對的且會承受伴隨否定訊息而來的不利益，若拒絕犯罪則可避免該不利益。因此，承受刑罰的犯罪人應負起責任時，不僅應傾聽刑罰傳遞的非難訊息，也應知悉要付出額外努力去約束自身不要違法。在此理論脈絡下，對初犯給予減刑折扣並非居於效益主義的觀點促使其未來服從法律，而是作為一個倫理判斷，對犯罪人能作為責任主體來傾聽非難訊息一事，給予其尊重⁹⁹。也就是說，在正視具有主體性的犯罪人具有易於犯錯的脆弱特質的前提下，在要求其承受非難的同時，採取較寬容的態度而給予其盡可能遵守法律與約束自身的機會。如此一來，當犯罪人並未把握這個機會而再犯時，顯示出的是其應已透過先前判決與刑罰而知曉對犯行之譴責，但於再犯時未負責地看待該譴責而約束易於犯錯的脆弱特質。如此一來，不同於初犯可獲得寬容，再犯時即應承受伴隨對犯行之非難而來的完整（或較初犯多的）不利益，產生減刑效果漸失的結果¹⁰⁰。

⁹⁶ VON HIRSCH, *supra* note 88, at 195.

⁹⁷ ANDREW VON HIRSCH, CENSURE AND SANCTIONS 9-10 (1996).

⁹⁸ *Id.* at 12-14.

⁹⁹ von Hirsch & Roberts, *supra* note 87, at 160.

¹⁰⁰ *Id.* at 160.

二、初犯減輕模式之檢討

初犯減輕模式為前科加重量刑的正當性，提出了另一種深具啟發的思考方向。同時，其嚴守罪刑均衡與行為責任理論的立場，除與其作為應報理論具一致性，也契合於本文採取的分析視角。然而，本文認為此理論在推論與應用上仍存在若干有待商榷之處。以下，分就「初犯減輕理論依據」與「減輕量刑效果隨再犯漸失」進行檢討。

（一）初犯減輕理論依據之檢討

首先，一個偏向應用面向的問題是，當刑罰哲學最終要實踐於實際量刑判斷時，若要將初犯減輕的推論整合到量刑基本框架中以供操作，其應置於基本框架中何處並不清楚。申言之，若肯認人類普遍具有易犯錯的脆弱特質，故基於寬容精神對初犯予以從輕量刑時，「初犯」可謂作為一種量刑因子，並以「對人類脆弱特質的容忍」作為其可影響量刑的理由。但是，在 von Hirsch 的推論中，只說明了為什麼應對初犯採寬容態度，但對初犯的容忍要透過量刑體系中的何種概念來連結到對刑罰輕重的影響性，並未為詳細說明。具體來說，在由行為責任與犯罪預防構成的量刑基本框架中，人類容易犯錯的脆弱特質與對該特質的容忍，究竟是在責任的面向透過降低初犯的可非難性來推導出減輕刑罰的正當性，還是透過犯罪預防的面向認為因脆弱特質而犯錯者較易教化來推論出減輕的依據，此理論並未清楚說明。縱使可由 von Hirsch 偏向應報觀點的立場，推論其理論從減輕可非難性的路徑來連結量刑實踐會較為合理，但究竟是著眼於初犯的違法性較低或初犯者的有責性較輕，也依然存在尚待釐清的疑問。總結來說，初犯減輕的理論依據要如何連結到量刑實踐，仍存有疑問。

接著，回到理論的面向，當 von Hirsch 嘗試由人具有容易犯錯的脆弱特質推論到應對其寬容，並據此論證可對初犯減輕其刑時，本文認為此理論最根本的問題在於：「當此理論著眼於人易犯錯的脆弱特質時，其一方面未能就該脆弱特質作為減輕的基礎，提出具有獨立意涵的理論依據，另一方面則過度簡化『過誤』的概念，而未更精細討論該概念可能涵蓋多樣化的犯錯類

型。而且，當此理論只聚焦在人類易對行為失去控制的脆弱本質，並且過度簡化過誤概念時，其可能將對初犯的容忍推導為一種普遍適用於所有人的義務」。以下分為數點來更清楚說明此一根本問題。

第一，關於為什麼要容忍人的過誤，von Hirsch 並未提出有力的理由。雖然 von Hirsch 曾根據人有易於犯錯的特質，主張人們暴露於壓力及誘惑的狀況中，如犯罪出於過度飢餓等極端且異常情境時，應給予同情及寬容。但是，他提到的這些狀況，現實上未必是所有初犯者都遭遇的普遍狀況，有可能只是小樣本的初犯者遭遇的情形。甚至，可能某些犯罪類型的初犯者根本未曾遭遇外來的壓力或誘惑¹⁰¹。而且，事實上也沒有證據顯示初犯者會比再犯者更容易或更高頻率遭遇要承受壓力或誘惑的狀態。或者，我們也可以假設在任何犯罪行為中，犯罪者不論第幾次犯罪，都可能遭遇這些壓力或誘惑。正因如此，可以說 von Hirsch 的論述未能充分證立應容忍初犯的過誤並給予減輕量刑效果的主張。

第二，即使人類確實具有容易發生過誤的脆弱特質，而應被寬容對待。但是，人類擁有的，未必是容易發生已達「犯罪程度」之過誤的脆弱特質。因此，能否將 von Hirsch 的推論直接套用在犯罪與刑罰的關係中，應有再商榷的必要。申言之，刑罰是針對「違犯刑法」之錯誤所為之制裁，故若容認犯罪人具有易犯錯的脆弱特質，基於對初次過誤的容忍來減輕刑罰時，該過誤自應包含被刑法評價為犯罪之行為。若由此切入，von Hirsch 的論理似乎有過於簡化過誤概念的疑慮。亦即，縱使如其所言，人具有易於過誤的脆弱特質，但是過誤的內涵與嚴重性應有所差異，故當考慮刑法所規範的過誤類型具有嚴重違反道德與造成重大法益侵害等特殊時，則每個人未必都具有不慎造成此種程度之過誤的特質。若是如此，當並不是每個人都具有易於造成犯罪程度之過誤的特質時，是否仍可如 von Hirsch 主張的，普遍地承認在量刑上對初犯者採寬容的態度，即有疑問。換言之，本文懷疑「人有容易產生過誤之特質，故應寬容以待」的推論邏輯（下稱「von Hirsch 推論」），是否仍可適用於人並非那麼容易做出來的犯罪行為上。若以殺人與妨害名譽

¹⁰¹ Ryberg, *supra* note 85, at 47.

為例，假若犯罪所侵害的法益內容差異，會導致犯罪人在實行犯罪時，其心理上需克服的內在自我節制有別¹⁰²，也就是其發生過誤的難易度有高低之分時，殺人這種可能需要克服較高的自我節制才能實行的犯罪類型，恐難評價為基於人易犯錯之特質而生的過誤類型。如此一來，殺人量刑是否仍可適用 von Hirsch 推論，則顯有疑問。

第三，承上所述，當犯罪過誤存在性質與程度的差異，則未必一律都適用「初犯應寬容對待」的概念。也就是說，von Hirsch 推論本身存在另一個問題：縱使設定人類擁有某種特質，故易於做出包括各種犯罪在內的過誤行為，是否真的可以完全容忍此種特質而給予初犯者較輕的懲罰？以 Mirko Bagaric 的批評為例，在人們普遍只會對輕微規則的違反採容忍態度的前提下，其主張當犯罪所違犯者為刑法時，因該行為已涉及對他人法益之侵害，故已非屬輕微規則的範圍之內，自難謂為可被容忍的過誤類型。換言之，在 Bagaric 的觀點下，刑事犯罪的過誤已不僅是道德規約的違反，而是對他人或社群重大利益的嚴重侵害，因此即使是初犯的嚴重性也高於其他普遍被排除於可容忍範圍的過誤行為，無法適用寬容的法理與成為容忍的對象¹⁰³。對此，雖然對 Bagaric 全面性地將犯罪行為排除於可容忍範圍之外的立場，本文持保留態度。但是，正如 von Hirsch 本人也肯認當犯罪行為足夠重大時，即使初犯也可能難以劃入所謂一般人易於犯下過誤行為的範圍內¹⁰⁴。本文認為，在人類的過誤行為中，不僅是在「構成犯罪」與「非屬犯罪」的類型間存在性質與嚴重程度之分，在構成犯罪行為的類型中，同樣因存在不同的行為規範違反與法益侵害類型，而有性質及程度差異。以「殺人罪、強制性交罪」與「竊盜罪」為例，當侵害的法益類型不同且輕重有別時，人們對殺人與強制性交的寬容態度勢必有所不同：對財產犯罪的初犯，人們可能較願意寬容，但對殺人或性侵的初犯，人們依然願意如此嗎？換言之，各犯罪類型

¹⁰² JESPER RYBERG, THE ETHICS OF PROPORTIONATE PUNISHMENT: A CRITICAL INVESTIGATION 38 (2004); R. A. DUFF, TRIALS AND PUNISHMENTS, 213 (1986).

¹⁰³ Bagaric, *supra* note 50, at 366.

¹⁰⁴ Wasik & von Hirsch, *supra* note 75, at 415-16.

的初犯是否皆應被寬容對待，以及區分各犯罪類型是否應被容忍的區分基準為何，是要維持 von Hirsch 理論時必須討論的課題。

第四，最後一個問題是，當 von Hirsch 推論僅聚焦於人類存在容易對行為失去控制的脆弱本質，並過度簡化過誤概念時，其可能將對初犯的容忍對待，推導為一種可謂普遍適用於所有人的義務¹⁰⁵，產生對容忍與寬恕之本質的誤解。申言之，容忍、寬恕應該是每個人自主裁量所為，而非被道德強制。換言之，其並非如 von Hirsch 所推論，成為一種在道德領域中普遍被接受的規範，或作為法律命令的基礎而以義務的形式所呈現¹⁰⁶。相反地，考量到過誤可依內容與性質來區分為多種類型，同時人們對不同類型過誤的評價也不盡相同時，對初犯的容忍對待恐難成為一種應遵守的普遍性行為義務，而只可能是在面對不同過誤類型時，透過價值判斷而做出的裁量及選擇。

（二）減輕量刑效果隨再犯漸失之檢討

如前述，關於 von Hirsch 推論中減輕量刑效果隨再犯漸失的部分，是建立在具有易於犯錯之特質的犯罪人由先前犯罪的刑罰中接收非難訊息與承受伴隨的不利益時，會理解應把握機會及約束自我易犯錯之特質。因此，當其再犯時，會因為並未約束該特質，而逐漸失去減輕刑罰的優惠，進而導致刑罰程度增加，最多可至與該犯罪行為可非難性相當的程度。不過，此處會有的疑問是：當判斷犯罪人再犯的量刑是否要給予優惠及其程度時，判斷依據與標準為何？

申言之，再犯行為的量刑背後可能存在 2 種思維，而且不同思維的考量面向與推導出的效果可能有別：其一是先前刑罰減輕是「給予理解易於犯錯之特質的機會」，故再犯意味著犯罪人並未把握理解該種特質的機會，則再犯量刑要思考的是是否繼續給予犯罪人理解並自我約束易犯錯之特質的機會；其二是先前刑罰減輕是「為使犯罪人理解易於犯錯之特質，同時課以未

¹⁰⁵ ANDREW VON HIRSCH & ANDREW ASHWORTH, *PROPORTIONATE SENTENCING: EXPLORING THE PRINCIPLES* 12 (2005).

¹⁰⁶ Bagaric, *supra* note 50, at 365.

來應理解及約束自身的義務」，故再犯意味著犯罪人的義務違反，則再犯量刑要思考的是此義務違反相應的減刑優惠失效程度為何。

當不同思維會有不同量刑思考方向，本理論未明確指出其採納何者本身即是問題所在。此外，無論採哪種思維，都會與本理論的主張有所衝突。首先，在思維一下，再犯行為量刑時應依何種標準來判斷要不要再給犯罪人理解易犯錯之特質的機會，其實並不清楚，加上再犯並未被理解為「未履行先前刑罰所產生的義務」，故何種狀況可使減刑優惠漸失也不清楚。甚至，有論者認為既然先前刑罰並未產生後續約束自身易犯錯之特質的義務，則再犯時即不應取消減刑之折扣（既然依然欠缺充分理解，則依然可能選擇減刑）¹⁰⁷。此外，若探究犯罪人未能理解易於犯錯之特質的原因，來嘗試思考是否給予減刑優惠時，並不能排除發現犯罪人存在嚴重的理解障礙，而有比初犯時要量定更輕刑罰的可能。但是，此理論是否允許此種「給更多減刑優惠」的選項出現，其也未清楚說明。接著，在思維二下，確實可提供再犯時減刑優惠漸失的理論依據。但是，此思維課以犯罪人未來約束自身的義務時，實際上已偏向效益主義與目的刑的觀點，這與本理論採應報觀點而僅從每次再犯行為本身對易犯錯之特質的理解程度來決定是否減刑的立場不一致。換言之，本理論並未對減刑優惠漸失賦予清楚依據，也導致在解釋適用上有所疑義。

三、小結

綜上所述，以上介紹的初犯減輕模式，其理論特徵是從「人類具有容易過誤的脆弱特質」推論出應對初犯者給予寬容的減輕量刑之對待，並指出該寬容會隨著再犯行為而消失，導致減刑折扣消失的結果。不過，正如上述的檢討所指出的，此理論存在「將過誤概念過於單純化，忽略過誤性質多樣性」的問題，並在推論減刑效果隨再犯漸失時，並未就減刑效果漸失提出清楚的理論基礎與判斷基準。除了這些理論本身在論證時的問題外，此理論要如何

¹⁰⁷ *Id.* at 368.

與量刑基本框架接軌並實踐於實際量刑判斷中，在應用面上也缺乏相關的敘述。

雖然此理論存在以上分析的問題，但其不同於再犯加重模式的理論建構路徑，可以說提供了不同的視角與啟發。詳言之，如果再犯加重模式的特徵，是聚焦在前科或再犯行為中犯罪人顯現出應受負面評價的因素（不履行義務、惡劣性格或習性），據此來論證量刑的加重。那麼初犯減輕模式，則是聚焦在犯罪人具有某種不應受負面評價的因素（易於過誤的脆弱性），據此來論證量刑的折扣及其漸失。此種不同的論證方式，使本文注意到再犯者可能存不應受負面評價的面向，翻轉過往「貳過比較惡」的刻板印象，而有開展出不同於主流的再犯加重模式的理論的可能。下個部分即要嘗試發展本文的理論觀點，並說明如何在量刑體系中實踐。

伍、本文觀點：「前科減輕量刑模式」 的理論嘗試

圍繞著「前科的存在如何影響後續再犯行為可非難性」的核心問題，本文第參與第肆部分對兩種前科影響量刑之理論模式進行檢討。根據前開檢討，以下將以對再犯加重模式的批評為基礎，結合檢討初犯減輕模式中獲得的啟發，先嘗試提出本文關於前科與量刑間關係的觀點——「前科減輕量刑模式」，主張擁有前科的行為人再犯時，前科不得作為從重量刑的因子，但可以作為從輕量刑的依據。最終，再將本文觀點與目前量刑法體系整合，說明如何在行為責任理論的前提下適用。

一、前科不得作為從重量刑因子

根據第參部分對再犯加重模式的分析與檢討，本文指出目前屬於此模式的理論存在推論尚待商榷之處。具體來說，一部分的理論會傾向從人格或性格來論證前科可從重量刑。但這些觀點除了推論恣意且反於罪刑均衡及行為

責任理論的要求外，同時也會導致責任概念失去在量刑中限定刑罰的功能。另一部分的理論則會從先前有罪判決來推導行為人應遵循特定義務或其擁有較高的反對動機，並在該行為人再犯時，透過義務違反或行為人擁有更高的犯罪動機所造成的違法性或有責性增加，來論證前科可加重量刑。但根據本文分析，這些觀點共通的問題在於其皆未能充分論證特定義務或較高反對動機的存在。簡言之，透過對當代再犯加重模式相關理論的爬梳，本文認為並未存在可有效證成前科作為從重量刑因子的理論觀點。

不過，若要能充分主張前科不得作為從重量刑因子，僅是對再犯加重模式下的理論觀點進行檢討是不夠的。本文認為，在明確採取應報觀點及行為責任理論的脈絡下，唯有根本性地論證「在這些觀點下前科無法作為從重量刑因子」，亦即說明在罪刑均衡與行為責任理論的觀點下無法成立加重量刑的理論依據，才能確實提出前科不得作為從重量刑因子的宣稱。而要進行這樣的論證，本文認為可由當代應報理論的3種模式談起，也就是透過在「單純應得」、「公平分配」與「表現與溝通」等應報理論模式下¹⁰⁸，說明前科皆無法作為量刑因子，來確立前科不得用以從重量刑的立場。

首先，作為衍生發展出「公平分配模式」及「表現與溝通模式」的基礎，單純應得模式（simple desert）主張，根據「犯錯者應承受不利益」的道德宣稱¹⁰⁹，以及基於對正義的直覺，犯罪行為人應得的刑罰程度，須對應於其因該犯罪而應承受的不利益程度¹¹⁰，以滿足罪刑均衡的要求。依此理論觀點，若犯罪人在第一次竊盜罪 C1 中獲得罪刑均衡的懲罰時，該懲罰意味的單純是犯罪人因為竊盜罪 C1 而應承受的不利益。如此一來，犯罪人因竊盜罪 C1 而獲得的懲罰本身，只代表了「犯罪人應獲得此種不利益」，並不會額外課以犯罪人未來不再犯的義務，也並未涉及犯罪人內心反對動機的升高。在此脈絡下，當犯罪人再犯竊盜罪 C2 時，由於其並未違反不再犯之義務，其內

¹⁰⁸ RYBERG, *supra* note 102, at 12. 國內相關理論介紹參照：范耕維，前揭註24，頁111-134。

¹⁰⁹ Lawrence H. Davis, *They deserve to suffer*, 32 ANALYSIS 136, 139-40 (1972).

¹¹⁰ JOHN KLEINIG, PUNISHMENT AND DESERT 67 (1973).

心也不具有更高的犯罪動機，其應得的刑罰程度，只應單純對應於因竊盜罪 C2 本身而應承受的不利益。換言之，犯罪人先前竊盜罪 C1 及有罪判決之前科，並不會使其再犯竊盜罪 C2 時產生加重刑罰的效果。綜上所述，本文認為在單純應得模式的理論脈絡下，並未能推導出前科可於再犯時成為從重量刑因子的理論依據。

接著，關於「公平分配模式」，雖然屬於此模式的理論間各有差異，但其仍有共同的理論特徵，也就是在犯罪行為導致利益與負擔的不平衡發生時，使刑罰扮演回復利益平衡的角色。詳言之，此種模式的理論認為法律劃定每個社會成員的權益範圍，成員們一方面在該權益範圍內可享有不受他人侵犯的利益，另一方面則須遵守規範及承受負擔，自我節制（self-restraint）侵害其他成員之權益來獲取個人利益的傾向，來促成前述利益的實現與塑造合作互利的體系。在此前提下，犯罪人可被理解為是在享受其他社會成員遵守法律所獲得之利益的同時，卻拒絕作為守法的成員來接受對自身行為所加諸的限制與負擔。因此，犯罪人享受了比起其他成員更多的額外利益，但也因而對社會負有一筆債務。如此一來，刑罰所要追求的正義，就是透過使犯罪人這位社會成員承受刑罰的負擔，來償還該筆債務，進而回復利益與負擔間的均衡¹¹¹。

若依公平分配模式的觀點，當社會成員們付出一部分的自由來接受法律限制，進而求取整體社會的利益時，犯罪人先實行竊盜罪 C1，等同於比其他成員多獲取了一份不受竊盜罪限制之行動自由，而對社會負有債務。因此，對犯罪人的竊盜罪 C1 施加刑罰，是要讓犯罪人透過承受該刑罰來還清該債務，達到利益與負擔間的平衡。從這一點來看，針對竊盜罪 C1 施犯罪刑均衡的刑罰，就僅僅是要進行利益平衡的調整，透過犯罪人承受刑罰施加的不利益，來讓他不會獲得比其他人更多的行動自由，並不會同時課以犯罪人未來不再犯竊盜罪的義務，也不必然強化犯罪人對竊盜行為的反對動機。如此一來，當因竊盜罪 C1 而有前科的犯罪人再犯竊盜罪 C2 時，其所獲得的僅有「不受竊盜罪限制的自由」，並未再多獲得「不受不再犯義務約束的自由」

¹¹¹ Herbert Morris, *Persons and Punishment*, 52 THE MONIST 475, 475-78 (1968).

或「免於被反對動機限制的自由」¹¹²。犯罪人就僅需對因竊盜罪 C2 而額外獲得的「不受竊盜罪限制的自由」來承受相對應的刑罰程度，並不會因為是再犯而被課以高於此程度的刑罰。換言之，犯罪人先前竊盜罪 C1 的前科，並不會於再犯竊盜罪 C2 的量刑中成為從重量刑的因子。總結來說，本文認為在公平分配模式的理論脈絡下，同樣難以證立前科作為從重量刑因子的理論依據。

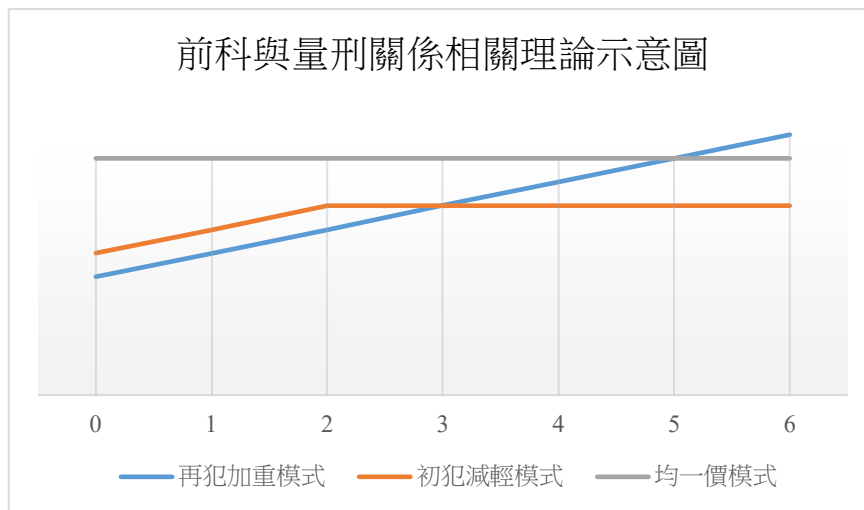
最後，關於「表現與溝通模式」，其主要特徵在於：刑罰除了傳遞非難訊息給犯罪人外，同時透過使犯罪人承擔刑罰施加的不利益，來使其形成拒絕犯罪誘惑的審慎動機（prudential incentive），或者使其表達悔悟與自新。前者如前述主張「初犯減輕模式」的 von Hirsch 的理論¹¹³，而後者則如前面在討論不再犯義務違反理論時，提到以 Duff 為代表的溝通應報理論¹¹⁴。由於後者才與再犯加重模式有所連結，故本段即聚焦在溝通應報理論可否證成前科作為從重量刑因子。對此，誠如本文分析與檢討不再犯義務違反理論時的說明，雖然犯罪人在先前犯罪中接受有罪判決與刑罰時，除了接受刑罰傳達的非難訊息外，也以承受該刑罰施加的不利益來傳達本身悔悟與自新的意思。但是，從此理論作為回顧性的應報理論來說，犯罪人透過承受刑罰所表達者，只是對已實行的該次犯罪，表達自身侵害他人權利、不尊重他人價值的犯行是錯誤的，傳達自身從該次已發生的錯誤中改過的訊息。亦即，此理論異於犯罪預防觀點，並非以追求行為人未來不再犯為刑罰目的，自然無法

¹¹² 反之，假設認為犯罪人在實行竊盜罪 C1 且承受相對應的刑罰時，除了達到利益與負擔間的平衡外，也同時使犯罪人承擔未來不再犯的義務。則當犯罪人再犯竊盜罪 C2 時，其所額外獲得的自由，就包括了「不受竊盜限制的自由」加上「不受不再犯義務約束的自由」，由於此時獲得更多的額外自由，自然就有加重量刑的可能（Richard Dagger, *Playing Fair with Recidivist*, in *RECIDIVIST PUNISHMENTS: THE PHILOSOPHER'S VIEW* 41, 54-56 (Claudio Tamburrini & Jesper Ryberg eds., 2012).)。不過，由於本文中否認先前竊盜罪 C1 的有罪判決產生不再犯義務的正當性，故當再犯竊盜罪 C2 時，犯罪人並不會多獲得「不受不再犯義務約束的自由」，自然就沒有加重量刑的依據。

¹¹³ VON HIRSCH, *supra* note 97, at 12-14.

¹¹⁴ 國內介紹參照：許家馨，前揭註 24，頁 214。

理解為犯罪人在承受刑罰時有傳達「未來不再犯」的訊息，也無法推論出犯罪人負有未來不再犯的義務。以此論點為前提，當犯罪人並未因先前犯罪而負有不再犯的義務時，其再犯時自然無法以該義務違反作為從重量刑的理由。簡言之，在溝通應報理論的脈絡下，行為人先前犯罪的前科無法作為再犯時從重量刑的依據。



【圖一】前科與量刑關係相關理論示意圖¹¹⁵

※ 資料來源：ROBERTS, *supra* note 49, at 10.

總結以上的分析，本文認為當代應報理論的各種模式，都無法充分推導出前科可作為加重量刑因子的理論依據。詳言之，若以「圖一」（X 軸為再犯次數；Y 軸為刑罰程度）來說明，會隨著再犯次數增加而使刑罰程度同步升高的線條¹¹⁶，即表示出「再犯加重模式」下前科與量刑間的關係。不過，由本文對屬於此模式各個理論的檢討中可得知，無論是從行為人違反特定義務來說明再犯行為違法性增加，或從行為人具有壓過反對動機的更強大犯罪

¹¹⁵ 本圖僅是表示3種模式差異的示意圖，為清楚呈現而將其繪製較為分離，故3條線彼此間並無任何關係。此外，線條上升或水平趨勢也僅是示意模式特徵，並非反映實際狀況。

¹¹⁶ 設若零次再犯（初犯）時處5年有期徒刑，當再犯1次時刑度升高至6年、再犯2次時升高至7年，以此類推再犯6次時刑度升高至11年。

動機來說明再犯行為有責性增加，目前並未有論述路徑能充分地論證前科與量刑間可呈現出此種「隨著再犯次數增加而使刑罰程度同步升高」的線性關係。若是如此，在行為人對法益侵害的種類、程度不變的前提下，當伴隨著再犯次數增加，卻並未產生違法性或有責性增加的情形時，刑罰程度的同步增加可謂是使各次再犯行為的刑罰程度超過該行為對應的犯罪可非難性，明顯違反罪刑均衡的要求而欠缺正當性依據¹¹⁷。因此，本文認為前科應不得作為從重量刑因子¹¹⁸。

在上述立場下，本文將嘗試採取偏向「均一價模式（flat-rate model）」的理論路徑。在「圖一」中，「隨著再犯次數增加，但刑罰程度完全不改變」的線條¹¹⁹，即是表示此模式下前科與量刑間的關係。而此模式的理論意涵，即是認為在嚴守罪刑均衡的要求下，刑罰輕重程度原則上應對應於犯罪行為可非難性，故當前科的存在並不會加重再犯行為可非難性時，即不可以前科作為從重量刑的事由。換言之，假設每次再犯行為的犯罪情狀都相同，故其可非難性皆相同的狀況下，則每次再犯行為的刑罰程度即應相同而無差異，並不會因為行為人再犯而有前科存在，導致刑罰程度出現加重的情形。而此理論內涵，也正與本文否定前科具有加重量刑正當性的立場相一致。

本文採取偏向均一價模式的觀點，主張前科不得作為從重量刑因子，除了目前應報觀點下無法推論出前科加重量刑的理論依據外，還包括以下3點理由。第一，由於此觀點下的刑罰程度與犯罪行為可非難性相對應，不受有無前科的影響，故可符合罪刑均衡的要求，當然也合於行為責任理論的精神。如此一來，可以說與本文所採的分析視角一致。第二，部分再犯加重模式的理論在論證前科對量刑的影響性時，會將前科連結到犯罪人習性，進而以該習性作為從重量刑的依據。但如前所述，此作法的問題在於導致責任概念失去限定刑罰的功能，且可能帶來過度擴張懲罰的結果。對此，因為本文所採

¹¹⁷ von Hirsch & Roberts, *supra* note 87, at 158.

¹¹⁸ 並非針對前科進行論述，但認為累犯欠缺正當依據，主張應廢除累犯之類似主張：許恆達，前揭註9，頁28。

¹¹⁹ 設若零次再犯（初犯）時處10年有期徒刑，當再犯1次時刑度仍維持10年、再犯2次時也仍維持10年，以此類推後續每次再犯時刑度都維持在10年。

觀點下的刑罰程度純粹是由犯罪行為可非難性所決定，故可避免發生上開問題。第三，現實上，部分反覆再犯的犯罪人，其大量前科的發生背景，可能是成長歷程或生活狀況中遭遇經濟狀況不佳、未獲得社福協助而難以謀生、個人文化與主流文化有所衝突等弱勢處境。在此種犯罪人因外在不利環境的壓力而被迫反覆再犯的狀況下，本文採取不得將前科作為從重量刑因子的立場，至少可使此種犯罪人免於在承受弱勢處境壓力的同時，還要接受更為嚴苛的刑罰效果。對此，如 Bagaric 也認為，採取均一價理論模式雖然無法解決此種犯罪人遭遇的社會剝奪或弱勢處境，但至少可確保他們接受的刑罰只需要對應到犯罪行為可非難性，而無須對應到性格或習性等其他要素，讓他們比起實行同樣犯行但生活無虞的其他犯罪人，不需要去承受更為嚴厲的懲罰¹²⁰。

綜上所述，本文主張前科不得作為從重量刑因子。換言之，在有前科之犯罪人 X 與無前科之犯罪人 Y 所為的犯罪行為情狀相同（其他影響量刑之變項也相同），亦即其可非難性相同的前提下，不可因前科而課以 X 重於 Y 的刑罰程度。不過，就如上面提到本文採取此種觀點的理由時，曾提到部分反覆再犯之犯罪人，其大量前科可能來自於其所處弱勢背景的壓力。對此，下一段中將在前科不得作為從重量刑因子的前提下，思考此種反映弱勢背景的前科有無可能作為從輕量刑因子。簡單來說，均一價理論模式只能使此種弱勢犯罪人不會於再犯時面臨更嚴厲的懲罰，但本文想進一步探問：有沒有可能使受迫弱勢處境而再犯之人，獲得較輕微的懲罰？

二、前科可能作為從輕量刑因子

在第肆部分關於初犯減輕模式的分析中，本文簡介了 von Hirsch 由人具有易犯錯的脆弱特質出發，所提出的初犯減輕模式的觀點。誠然，本文認為該模式存在「過度單純化過誤內涵」與「減刑效果隨再犯漸失之理論依據不

¹²⁰ Mirko Bagaric, *Double Punishment and Punishing Character: The Unfairness of Prior Convictions*, 19 CRIM. JUST. ETHICS 10, 23 (2000).

明」等問題。但是，正如有論者認為此模式可翻轉再犯加重模式的思維¹²¹，本段將說明受此模式之啟發，所產生的發想：前科可能作為從輕量刑因子。亦即，貳過不但不會比較惡，甚至可能反映出行為人「沒那麼惡」的面向。

詳言之，正如 von Hirsch 在初犯減輕模式的敘述中，提到人在暴露於壓力及誘惑的情境中，具有易於發生判斷錯誤而過誤的特質，因此犯錯並非意味著道德淪喪，而有給予寬恕及容忍的可能，進而推論出減輕懲罰的結果¹²²。而此論點對本文的啟發是，既然人可能有易於犯錯的特質，則當某犯罪人反覆再犯時，我們不應只是單面向地思考其犯行有較高的不法內涵或可非難性，反而應該思考在個案狀況中，是否該犯罪人有易犯錯的特質且結合帶來過度壓力與誘惑的環境，促使其發生反覆再犯的情形。接著，假設犯罪人確實是在此種情形下再犯時，值得進一步思考的問題是：對此種具有前科的再犯之人，我們可否證立應賦予其從輕量刑的法律效果及其正當性依據。不過，關於這個問題的思考，應再細分為 2 個層次來討論：第一，針對上述情況的犯罪人，若以 von Hirsch 主張的「寬容」及「同情」作為減輕量刑的理由（下稱「同情觀點」），此觀點是否適當；第二，設若同情觀點不適當時，則可證成上述情況下犯罪人減輕量刑的理論依據為何。

關於第一個問題。如本文關於 von Hirsch 理論的說明，其是由同情觀點來說明易於犯錯之人暴露於壓力及誘惑的環境下可減輕刑罰的理由。關於此論點，從 von Hirsch 的刑罰哲學思想可知，其著眼於該存在壓力與誘惑之環境及犯罪間的關係時，並不是以國家與社會應該為此環境的出現負起責任為理由，來論證犯罪人應受刑罰程度的減輕。相反地，他是聚焦在人們普遍擁有易於犯錯的特質，然後在犯罪人因遭遇具壓力之環境（如：極度貧窮），導致其易於犯錯的特質現實化為實際犯罪時，基於對此犯罪人同情的觀點來

¹²¹ 謝煜偉，前揭註9，頁54；中村秀次（1995），〈初犯輕減・累犯基準刑の法理論について〉，《熊本法學》，83号，頁1-29。

¹²² VON HIRSCH, *supra* note 88, at 85.

論證對其從輕量刑¹²³。然而，要從此觀點來論證從輕量刑的依據，本文認為有其不妥之處。

詳言之，從刑罰是以犯罪人為其犯行接受非難與負責為內容，與社會責任各自分立的角​​度來看，von Hirsch 不採從國家或社會負責的角​​度來論證從輕量刑，確實有其道理。但是，其理論因而完全聚焦在犯罪人，忽略作為社會成員的犯罪人與社會之間的連結，卻成為其觀點的問題所在。首先，其觀點可說是將各犯罪人皆理解為理性平均人的想像下，認為理性平均人在行為選擇上存在易於過誤的特質，故當某位犯罪人此特質在對引發犯罪具有壓力或引誘的特殊情況下顯現，並且現實化為實際犯罪時，對該作為理性平均人之犯罪人的處境投以同情與寬容，進而減輕其量刑。但是，這種以理性平均人想像為基礎的觀點，明顯忽略每個犯罪人可能屬於不同的社會群體（social group），而在與社會互動時彼此產生相異的互動關係。亦即，此觀點忽略當犯罪人所屬的社會群體彼此在社會中存在資源分配或文化等差異時，可能會使各犯罪人在社會中存在不同的行為傾向與行為選擇的衡量標準。如此一來，此觀點即可能忽略不同社會群體的成員在「產生過誤的容易程度」或「易於產生的過誤類型」上，存在差異的可能性¹²⁴。而此問題點也確實呼應了檢討初犯減輕模式時提及的問題，亦即過於單純化對過誤之理解而忽略其多樣性。在這種同情觀點是建立在理性平均人想像之上，忽略犯罪人與社會在現實上存在不同互動關係，而以對過誤過度單純化之理解為基礎時，究竟這種能對多樣化的過誤類型普遍適用的同情內涵為何，其實並不明確。而且，因為這種同情忽視各種過誤的差異，即使能明確論述內涵，其是否能充分證立對各種過誤下的減輕量刑，也仍有商榷的餘地。最後，即使肯認同情觀點，其要如何整合至以行為責任及犯罪預防為基礎的量刑基準，如前所述也顯有

¹²³ VON HIRSCH & ASHWORTH, *supra* note 105, at 65-70.

¹²⁴ 如屬於原住民社群者，由於文化衝突因素，可能較容易犯下與野生動物狩獵或森林產物採集相關的錯誤，這顯然與屬於主流漢人文化社群者會易於犯下的錯誤類型有所不同。

疑問。結論上，本文認為對於因過度壓力與誘惑的社會環境而再犯者，難以由同情觀點來證成應對其減輕量刑。

接續以上討論，接著要來思考第二個問題：以同情觀點只關注犯罪人本身，忽略犯罪人與社會間關聯之批評為前提。當本文認為應注意犯罪人與社會間多元的互動關係，以及個人在此互動關係下易於犯錯的情況與原因，且應以此為基礎來思考犯罪人於存在壓力之環境下而反覆再犯時，可以此再犯的生成背景來論述前科作為從輕量刑因子的理論依據為何？對此問題，由於本文是以能實現罪刑均衡的應報觀點為前提，故在此將嘗試由屬於溝通模式的「代價承擔理論」來進行論述。

作為同樣強調罪刑均衡的應報理論，此理論認為刑罰在傳遞非難於犯罪人的同時，犯罪人也透過承受與犯罪可非難性相當的刑罰，來表達對該犯行付出代價的訊息。而其背後的思想基礎則近似於國內學界曾介紹的「犯罪事後處理理論」¹²⁵，亦即主張刑罰是針對犯罪造成之侵害，在探究犯罪成因後，用以了結紛爭、修補因犯罪而受影響的人際關係與回應犯罪的事後處理手段之一¹²⁶，且是當刑事司法系統無法使用緩起訴或修復性司法等處理方案來達到和解與關係修復時，才會選擇使用的最後手段¹²⁷。而刑罰此種最後手段蘊含之意涵，則是行為人透過承受與其應受非難相對應的懲罰，來表達對其犯罪付出代價，作為和解與關係修復的基礎¹²⁸。至於要確認犯罪人為和解及修補關係而應付出之代價為何，亦即確認其該為犯罪行為承受的非難程度時，除考量犯罪造成之法益侵害外，還應注意到犯罪成因及其與法益侵害的關係，充分釐清在犯罪人與社會的互動關係中，除個人選擇外，是否尚有其他造成犯罪形成之壓力的社會背景因素（如：貧窮等極具壓力之環境；部落習

¹²⁵ 謝煜偉，前揭註34，頁194-95。

¹²⁶ 謝煜偉（2015），〈寬容社會的曙光？：從市民刑法的例外、犯罪事後處理機能、社會責任於個人責任的反饋回應三篇評論文〉，《中研院法學期刊》，17期，頁385。

¹²⁷ 吉岡一男（1984），〈犯罪の研究と刑罰制度〉，《刑事制度の基本理念を求めて—拙稿とその批判の検討〉，頁207，成文堂。

¹²⁸ 范耕維，前揭註24，頁145。

慣與國家法的文化衝突)。理由在於，此理論認為必須考量可能對犯罪人實行犯罪產生壓力的社會背景因素，並將其對犯罪之影響性從犯罪人應負責程度中排除，使犯罪人在與社會互動而生的緊張關係中，不致於還要為受社會壓迫而生的犯罪行為負責，避免發生其在社會中更加弱勢、邊緣而難以實現和解及修補關係的狀態。換言之，犯罪人應為犯罪行為負起之責任，應限定在其具有完全自主選擇可能性之範圍內。在此脈絡下，犯罪人應承受刑罰來付出代價之範圍，應是指排除社會背景因素之影響後，其為實現和解及關係修補，應對其自主的行為選擇加以負責的程度¹²⁹。

事實上，上開代價承擔理論強調關注犯罪成因的思維，正與本文強調「應注意犯罪人與社會間的互動關係及其與過誤間之關聯」的想法相呼應。也就是說，該理論認為在判斷犯罪人應付出代價與刑罰程度時，必須將犯罪成因納入考量的想法，正與本文認為應注意到人產生過誤的成因，包括可能來自不同的個人與社會間互動關係，且在不同互動關係下人的犯錯容易度會有差異的觀點，是相一致的。也正是在此脈絡下，當我們分析具有前科的犯罪人反覆再犯的生成背景，是其處於具有壓力而易犯下錯誤的社會背景因素，並討論在此促成反覆再犯的背景產生的前科可否作為從輕量刑因子時，代價承擔理論應是為前科作為從輕量刑因子賦予理論依據的可能路徑。

詳言之，依本文的立場，當犯罪人再犯時，原則上應透過承受與該再犯行為可非難性相對應的刑罰，來表達其付出代價、尋求紛爭解決與關係修復的訊息。不過，設若檢視該犯罪人之前科，發現其再犯係出於具有壓力而促使其犯罪的社會背景時，則有必要思考該社會背景因素與其再犯行為可非難性間的關係，而這也與其應付出代價的程度密切相關。具體來說，當我們檢視再犯行為的成因，發現犯罪人是因為社經結構的弱勢、極度貧窮或文化衝突等背景因素而促使其犯罪時¹³⁰，意味著在其個人與社會的互動關係中存在

¹²⁹ 范耕維，前揭註24，頁148-151。

¹³⁰ 如臺灣高雄地方法院102年度簡字第1206號刑事判決的案件事實中，該案被告反覆竊取奶粉而有數個竊盜罪前科，而其反覆再犯竊盜的背景，是因為該被告高職肄業謀生不易，家境貧寒但卻需要提供奶粉給小孩食用。

容易促使其犯錯的壓力環境。在這個狀況下，我們就必須於考量再犯行為可非難性及相對應的刑罰時，將此會促使犯罪人反覆再犯的背景因素納入考慮。理由在於，若忽略這些帶來壓力且促成犯罪的因素，在沒有確實了解犯罪成因的狀況下，單純考量再犯行為及其導致之法益侵害來決定刑罰程度時，此刑罰不但無法代表犯罪人應合理付出之代價，反而會成為對犯罪人來說更大的壓力來源，甚至促使其反覆再犯。從和解與關係修補的角度來說，該犯罪人原本在社會中就處於邊緣而受壓迫的位置，與社會間的緊張關係原本就有待修補，故若不考慮受壓迫的關係而僅聚焦再犯行為本身來決定刑罰時，犯罪人承擔該刑罰將無助於和解與關係修補，反而可能使犯罪人被壓迫至更邊緣的位置與加劇緊張關係，更難與社會達成和解與進行關係修補。在此脈絡下，本文認為自應將再犯行為背後促使其反覆發生的社會背景因素，納入量刑考量。換言之，當對此種犯罪人的再犯行為量刑時，應將貧窮或文化等社會背景因素對再犯行為的影響納入判斷，考量此種影響並非犯罪人具有自主行為選擇可能性的範圍，犯罪人無須對此部分付出代價來尋求和解及關係修補，據此降低該再犯行為的可非難性。如此一來，當推論犯罪人不用對該行為負起百分之百的責任與付出完全代價時，自可得到可對其從輕量刑的結論。

綜上所述，本文認為前科確實有作為從輕量刑因子的可能性。同時，對此主張，有3點值得說明。第一，不同於如 Kate Warner 以避免歷史因素加劇社經結構的不平等為由，主張原住民族因政府政策而陷入貧窮、欠缺平等教育機會及工作機會遭剝奪等可作為減輕量刑因子的觀點¹³¹。本文並非從追求特定效益（防止不平等加劇）的觀點來進行論證，而是從應報視角出發，透過再犯行為可非難性的減少來說明前科作為減輕量刑因子的可能。第二，因本文認為前科影響量刑的路徑，是其可作為反覆再犯生成背景的弱勢處境的推論基礎。因此，本文觀點下的前科範圍不限於先前有罪的確定判決，而

¹³¹ Kate Warner, *Equality before the Law: Racial and Social Background Factors as Sources of Mitigation at Sentencing*, in *MITIGATION AND AGGRAVATION AT SENTENCING* 124, 142 (Julian V. Roberts ed., 2011).

是採廣義前科概念，將可能作為推論基礎的先前犯罪相關紀錄皆包括在內。第三，應注意本文並非主張任何前科都可作為減輕量刑的事由，而僅限定在可從前科推論出再犯行為具有經濟困難或文化衝突等社會背景因素，且這些因素與再犯行為有所關聯的狀況下，前科才有以使再犯行為可非難性減少為依據，而作為從輕量刑因子的可能¹³²。而要討論前科是否能反映再犯背後存在社經弱勢或文化衝突等促成犯罪發生的背景因素而可作為減輕量刑的依據時，包括「先前犯罪與本次再犯是否在侵害法益與手段上為相類之類型而有共同的犯罪誘發原因」、「先前犯罪即使是不同類型，是否存在共同的誘發犯罪原因」、「先前各次犯罪間的發生頻率是否顯示出於共同誘發原因」與「先前犯罪與本次再犯的時間間隔是否可據以判斷其有共同誘發原因」等，都是可能的觀察對象。

三、本文觀點與現行量刑法體系的整合：從我國行為責任理論的修正觀點談起

至此，本文已在遵循罪刑均衡與行為責任理論的前提下，說明為何前科不得作為加重量刑因子，以及為何存在將前科作為從輕量刑因子的可能性。

¹³² 審查意見之一提到：除了社經弱勢與文化衝突外，先前犯罪的刑罰執行是否也可能成為本文承認的背景因素？另外，本文理論是否會產生「犯越多、越划算」的現象？首先，本文認為重點仍在是否有壓迫與觸發被告犯罪的背景因素存在，如被告因社經弱勢而反覆竊盜時，若這些先前竊盜的有期徒刑執行導致被告陷入更弱勢局面而導致後續再犯，則先前犯罪紀錄除凸顯「社經弱勢→再犯」的關係外，也會凸顯「社經弱勢→反覆監禁→再犯」的關係，此時前科所反映的社經弱勢與反覆監禁都會成為造成被告再犯壓力的背景因素，而有作為減輕量刑事由的可能。換言之，反覆監禁本身並不一定會成為減輕量刑依據，減輕量刑依然取決於反覆監禁與社經弱勢或文化衝突等因素的關係。接著，依本文理論確實可能出現「犯越多，再犯量刑越輕」的情形，但若划算指的是「越再犯，越可獲利（獲利變大／損失變小）」，則該情形並不能評價為「犯越多、越划算」。申言之，此情形下的被告選擇是否犯罪時，與「被懲罰的不利益」衡量的對象並非「再犯獲得利益」，而是「不再犯會難以生存的不利益」。因此，不宜評價為「被告越是再犯（假設每次犯罪獲利不變），被罰不利益越少，所以划算」，而應理解為「被告不再犯時難以生存的不利益過高，只好再犯而承受失去自由的不利益，被告被迫選擇而降低可非難性」。

最後，必須處理的問題是，要如何將上開論述與我國量刑法體系相整合。具體來說，在我國刑法第 57 條明文揭示，量刑應以行為人之「（量刑）責任」為基礎並考量「一切情狀」的前提下，如何將本文主張與此量刑法體系對接，會是該主張如何適用於實定法層次的關鍵。

關於上述問題的處理，則可由如何理解量刑責任的內涵談起。如前所述，本文在避免以行為人的性格危險性為處罰基礎的前提下，對量刑責任的理解是採以行為責任為基礎的立場。亦即以實行特定構成要件所成立之犯罪行為的可非難性¹³³，作為量刑責任概念的內涵。同時，在「若無責任，則無刑罰」的消極罪責原則已成為當代主流的情況下¹³⁴，主張刑罰應與該犯罪行為可非難性相當，二者具有罪刑均衡的關係。而在採前述立場的前提下，當本文主張當代應報理論皆無法從犯罪前科中推導出犯罪人具有特定義務或較高反對動機，亦即再犯因未違反特定義務而不具較高違法性，也不存在更高犯罪動機而不具較高有責性時，再犯者當然就只需要對再犯行為本身的可非難性負責，承受與該可非難性相當的刑罰。換言之，關於本文「前科不得作為從重量刑因子」的主張，也就是「再犯行為的刑罰程度原則上相當於該行為之可非難性，不可量定比再犯行為可非難性更重之刑」的立場，在罪責原則的前提下，自然與目前量刑責任所蘊含的行為責任理論的觀點相契合。若是如此，最後一個問題就會是，「前科可能作為從輕量刑因子」的主張要如何與行為責任理論相契合，來實現與量刑責任概念整合的目標？

針對最後一個問題，本文認為可由我國目前關於行為責任理論的修正觀點來談起。首先，本文關於前科可能作為從輕量刑因子的論述路徑，是主張在評價再犯行為的可非難性時，除了關注實行特定構成要件所成立之再犯行為本身外，也應該注意犯罪人先前犯罪的前科，觀察其是否反映出促使犯罪人再犯的社會背景因素的存在，來考慮這些因素是否對再犯的形成加諸過度

¹³³ 相同立場：許恒達，前揭註9，頁18。

¹³⁴ 城下裕二（2009），〈消極的責任主義の帰趨—わが国における近時の量刑理論の批判的検討—〉，川端博（等編），《理論刑法学の探究2》，頁31-32，成文堂。國內相同理解參照：李茂生（2013），〈量刑因子的調查與辯論〉，《法官協會雜誌》，15卷，頁109；王皇玉，前揭註27，頁54。

壓力而降低犯罪人的行為自主選擇可能性，進而降低犯罪人再犯的非難可能性。簡言之，本文主張的重點在於，評價犯罪行為為可非難性時，應將行為背後的社會因素也納入考量之中。不過，此種主張也確實與僅單純由犯罪行為嚴重性來決定量刑責任及刑罰程度的傳統行為責任理論有所差異。正因如此，當要將本文主張與量刑責任概念整合時，就必須借助我國現有的理論資源，亦即對傳統行為責任理論的修正觀點。

目前，我國已有採取修正觀點而主張將社會因素納入量刑考量的主張。如由個人與社會在犯罪形成中的互動關係出發，由屬於不同層次的個人責任與社會責任來建構量刑責任的「修正的社會應報理論」¹³⁵。另外，也有從社會因素對犯罪行為的影響切入，認為犯罪行為為可非難性的評價不應僅形式考量犯行嚴重性，應實質考量社會因素對可非難性之影響的「行為實質責任理論」¹³⁶。事實上，此 2 理論的思考脈絡可謂相似，前者嘗試從社會責任的面向來說明責任減輕的依據；後者則嘗試從社會因素對個人責任的影響來說明責任減輕的理由¹³⁷。由於本文是從前科與犯罪人行為自主選擇可能性及再犯可非難性的關係，來說明其作為量刑因子的依據，故以下即嘗試由「行為實質責任理論」切入，說明前科作為從輕量刑因子的主張如何與量刑責任概念相整合。

根據行為實質責任理論的觀點，犯罪行為的可非難性應是以犯罪行為為本身的非難性（形式可非難性）為基礎，再來實質檢視作為犯罪行為背景的社會背景因素乃至於國家、社會與犯罪人間潛藏的緊張關係等對犯罪行為選擇之影響，進而認定犯罪人在排除這些因素的影響，對犯行具自主選擇能力範圍內的非難性（實質可非難性）為何，並對應此實質可非難性來量刑。若對照刑法第 57 條架構，則可將「行為人之責任」理解為對應形式可非難性的傳統行為責任，先形成與犯罪行為為本身可非難性相當的量刑幅度，之後

¹³⁵ 謝煜偉，前揭註 34，頁 192-194。對此理論的評析，參照：顏厥安（2015），〈不再修補殺人機器：評論許家馨與謝煜偉教授有關死刑之文章〉，《中研院法學期刊》，17 期，頁 351-352。

¹³⁶ 范耕維，前揭註 24，頁 155-156。

¹³⁷ 關於 2 種理論思路的差異，參照：范耕維，前揭註 24，頁 110。

再於「一切情狀」的審酌中考量犯罪行為背後的社會背景因素，確認犯罪人實質可非難性程度，並對應於此來對前述量刑幅度進行調整，進而在考量其他量刑因子後決定最終宣告之責任刑度。依此脈絡，則可在對具前科者的再犯行為為量刑判斷時，考量前科是否反映出會促成再犯的社會背景因素，並在這些因素會減輕再犯行為實質上的可非難性時，據此調整根據再犯行為本身可非難性形成的量刑幅度，減輕最終宣告的責任刑量刑結果。

陸、結 論

綜上所述，本文以前科與個案量刑的關係為主要關照對象，並設定「前科影響量刑的理論依據」及「前科對量刑之影響性」為 2 項討論主題。而在討論 2 項主題前，本文先確立前科概念所指涉的是廣義的先前犯罪紀錄，與在應報觀點下以罪刑均衡與行為責任理論作為思考前科影響量刑之理論依據的分析視角（本文貳）。於此脈絡下，為思考前科的存在如何影響後續再犯行為之可非難性，本文首先對被歸納為「再犯加重模式」的各理論進行分析，並指出這些理論中，一部分實質上是從犯罪人性格及習性來論證前科對量刑的影響性，可能導致責任限定明確刑罰的功能受損，另一部分則未能充分論證為何先前犯罪及其有罪判決可推導出行為人應遵循特定義務或擁有較高的反對動機，因而無法充分說明為何有前科者再犯會具有較重的違法性或有責性，其皆未能有效證成前科作為從重量刑因子（本文參）。接著，本文針對「初犯減輕模式」進行檢討，指出此理論雖具啟發性，但存在將過誤概念過於單純化而忽略其多樣性的缺陷。而且，此理論推論減刑效果隨再犯漸失時，也並未對該效果解釋適用之依據與提出清楚說明（本文肆）。最終，以對當代理論的檢討為基礎，關於 2 項討論主題，本文提出 2 項宣稱：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（本文伍）。而以本文在應然面的討論為基礎，未來本研究仍有 2 個可持續發展的方向。第一，同樣在理論面向，若考慮到累犯屬於特別的前科，且為立法部門制定的處斷刑規範時，除可透過本文立場來反思累犯加重處斷刑有無正當

性外，也可在司法院釋字第 775 號解釋後實務發展的脈絡下，思考承認累犯得加重處斷刑時的正當性依據何在。第二，在實證面向，未來應可嘗試針對我國事實審法院量刑，分析前科的種類或頻率等變項哪些會顯著影響量刑、對量刑影響的程度為何，進而分析我國量刑實務作法背後的規範意涵，來與現有討論前科的量刑理論進行比較，提供兼具實證基礎與理論深度的完整性研究。而這些方向，也適足以作為本文後續的努力目標，並可作為未來我國發展量刑相關政策或妥適量刑相關立法時的建議基礎。

參考文獻

一、中文部分

- Daniel Kahneman、Olivier Sibony、Cass R. Sunstein (著)，廖月娟、周宜芳 (譯) (2021)，《雜訊：人類判斷的缺陷》，天下文化。
- 王皇玉(2009)，《刑罰與社會規訓：台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變》，元照。
- (2023)，《刑法總則》，9版，新學林。
- 吳秋宏(2023)，〈根據同種前科認定事實：評日本最高法院昭和41年11月22日第三小法庭裁定(刑集20卷9號1035頁、判時467號65頁、判夕200號135頁)〉，《月旦裁判時報》，134期，頁68-77。
<https://dx.doi.org/10.53106/207798362023080134007>
- 李茂生(2013)，〈量刑因子的調查與辯論〉，《法官協會雜誌》，15卷，頁100-113。
- 林山田(2008)，《刑法通論(下)》，10版，元照。
- 林東茂(2003)，〈累犯與三振出局〉，《臺灣本土法學雜誌》，46期，頁108-115。
- 林裕順(2021)，〈犯罪前科可證明冥頑不靈？〉，《月旦法學教室》，229期，頁35-39。
<https://doi.org/10.53106/1684739322908>
- 林儋紘(2011)，〈以社會復歸觀點反思前科紀錄限制基本權之妥適性：從釋字第五八四號解釋談起〉，《中央警察大學法學論集》，20期，頁1-47。
- 柯耀程(2003)，〈刑罰相關規定之修正方向刑法修正草案提高刑度及犯修法之評釋〉，《月旦法學雜誌》，92期，頁65-76。
- 范耕維(2022)，〈建構量刑階段中罪刑相當原則的第一哩路：自應報觀點形塑刑罰量定之理論嘗試〉，《中研院法學期刊》，30期，頁79-170。

- 孫啟強 (2019)，〈定應執行刑逾二年可否宣告緩刑〉，《司法週刊》，1981 期，頁 2-3。
- 許恒達 (2019)，〈累犯與處斷刑加重之裁量：評大法官釋字第 775 號解釋暨後續實務裁判〉，《月旦法學雜誌》，294 期，頁 5-32。
<https://doi.org/10.3966/102559312019110294001>
- 許家馨 (2014)，〈應報即復仇？：當代應報理論及其對死刑之意涵初探〉，《中研院法學期刊》，15 期，頁 207-282。
- 黃惠婷 (2020)，〈由刑罰目的探討累犯加重刑罰之正當性〉，《矯政期刊》，9 卷 1 期，頁 3-35。
[https://doi.org/10.6905/JC.202001_9\(1\).0001](https://doi.org/10.6905/JC.202001_9(1).0001)
- 黃朝義 (2013)，〈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》，15 期，頁 56-68。
- 潘怡宏 (2020)，〈累犯加重刑罰規範之省思與重構〉，《檢察新論》，27 期，頁 54-128。
- 謝煜偉 (2014)，〈重新檢視死刑的應報意義〉，《中研院法學期刊》，15 期，頁 139-206。
- (2015)，〈寬容社會的曙光？：從市民刑法的例外、犯罪事後處理機能、社會責任於個人責任的反饋回應三篇評論文〉，《中研院法學期刊》，17 期，頁 369-402。
- (2017)，〈前科、前案等類似事實與犯罪事實認定：台灣高等法院 104 年度上易字第 1439 號判決評析〉，《台灣法學雜誌》，324 期，頁 3-22。
- (2019)，〈當弦外之音成為主弦律：評釋字第 775 號解釋兼論解釋公布後之量刑新趨勢〉，《月旦法學雜誌》，294 期，頁 33-55。
<https://doi.org/10.3966/102559312019110294002>
- (2020)，〈從量刑目的論形構量刑框架及量刑理由之判決架構〉，《法官協會雜誌》，22 期，頁 86-104。
- 顏厥安 (2015)，〈不再修補殺人機器：評論許家馨與謝煜偉教授有關死刑之文章〉，《中研院法學期刊》，17 期，頁 335-368。

蘇俊雄（2000）・《刑法總論Ⅲ》・自版。

二、日文部分

浅田和茂（2011）・〈量刑事実としての前科前歴及び犯行後の事情〉・收於：ヴォルフガング・フリッシュ、浅田和茂、岡上雅美（編）・《量刑法の基本問題》・頁 167-177・成文堂。

-----（2007）・《刑法總論》・補正版・成文堂。

小池信太郎（2014）・〈量刑における前科〉・《刑事ジャーナル》・39号・頁 57-71。

佐伯仁志（2013）・《刑法總論の考え方・楽しみ方》・有斐閣。

佐藤文哉（1978）・〈累犯と量刑について〉・《罪と罰》・15 4号・頁 5-10。

城下裕二（2009）・〈消極的責任主義の帰趨—わが国における近時の量刑理論の批判的検討—〉・川端博、山口厚、井田良、浅田和茂（編）・《理論刑法学の探究 2》・頁 29-60・成文堂。

高橋直哉（2018）・《刑法基礎理論の可能性》・成文堂。

高山佳奈子（2011）・〈コメント〉・收於：大阪刑事実務研究会（編）・《量刑實務大系（3）一般情状等に関する諸問題》・頁 72-77・判例タイムズ社。

団藤重光（1990）・《刑法綱要總論》・3版・創文堂。

中島広樹（2005）・《累犯加重の研究》・信山社。

中村秀次（1995）・〈初犯軽減・累犯基準刑の法理論について〉・《熊本法學》・83号・頁 1-29。

難波宏（2011）・〈前科・前歴等と量刑〉・收於：大阪刑事実務研究会（編）・《量刑實務大系 3：一般情状等に関する諸問題》・頁 1-71・判例タイムズ社。

西岡正樹（2014）・〈累犯加重と常習犯について(1)〉・《山形大学法政論叢》・60・61号・頁 103-128。

- 野村健太郎（2020），《量刑の思考枠組み》，成文堂。
- 原田國男（2008），《量刑判断の実際》，3 版，立花書房。
- 樋口亮介，（2017），〈行為責任論を基礎にした前科の位置づけ—近時の英米法圏の学説を素材に一〉，高橋則夫、只木誠、田中利幸、寺崎嘉博（編），《刑事法学の未来：長井圓先生古稀記念》，頁 179-207，信山社。
- 本庄武（2002），〈刑罰論からみた量刑基準(2)〉，《一橋法学》，1 卷 2 号，頁 424-473。 <https://doi.org/10.15057/8808>
- 牧野英一（1966），《刑法総論（下）》，16 版，有斐閣。
- 吉岡一男（1984），《刑事制度の基本理念を求めて：拙稿とその批判の検討》，成文堂。

三、英文部分

- Ashworth, A. (2015). *Sentencing and Criminal Justice* (6th ed.). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9781107415270>
- Bagaric, M. (2000). Double Punishment and Punishing Character: The Unfairness of Prior Convictions. *Criminal Justice Ethics*, 19(1), 10-28. <https://doi.org/10.1080/0731129X.2000.9992081>
- (2014). The Punishment Should Fit the Crime—Not the Prior Convictions of the Person That Committed the Crime: An Argument for Less Impact Being Accorded to Previous Convictions. *San Diego Law Review*, 51(2), 343-418.
- Bennett, C. (2010). 'More to Apologise For': Can a Basis for the Recidivist Premium Be Found within a Communicative Theory of Punishment?. In J. V. Roberts & A. von Hirsch (Eds.), *Previous Convictions at Sentencing: Theoretical and Applied Perspectives* (pp. 73-89). Hart Publishing. <https://doi.org/10.5040/9781472565150.ch-005>

- Dagger, R. (2012). Playing Fair with Recidivist. In C. Tamburrini & J. Ryberg (Eds.), *Recidivist Punishments: The Philosopher's View* (pp. 41-59). Lexington Books.
- Davis, L. H. (1972). They deserve to suffer, *Analysis*, 32(4), 136-140.
<https://doi.org/10.2307/3327911>
- Duff, R. A. (1986). *Trials and Punishments*. Cambridge University Press.
- (2000). *Punishment, Communication, and Community*. Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oso/9780195104295.001.0001>
- Feinberg, J. (1970). The Expressive Function of Punishment. In J. Feinberg (Ed.), *Doing and Deserving: Essays in the theory of Responsibility* (pp. 95-118). Princeton University Press.
- Frase, R. S. (2012). Theories of Proportionality and Desert. In J. Petersilia & K. R. Reitz (Eds.), *The Oxford Handbook of Sentencing and Corrections* (pp. 131-149). Oxford University Press.
<https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199730148.013.0005>
- Guttel, E. & Teichman, D. (2012). Criminal Sanctions in the Defense of the Innocent, *Michigan Law Review*, 110(4), 597-645.
- Hart, H. L. A. (2008). *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law* (2nd ed.). Oxford University Press.
<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199534777.001.0001>
- Kazemian, L. (2010). Assessing the Impact of a Recidivist Sentencing Premium on Crime and Recidivism Rates. In J. V. Roberts & A. von Hirsch (Eds.), *Previous Convictions at Sentencing: Theoretical and Applied Perspectives* (pp. 227-250). Hart Publishing. <https://doi.org/10.5040/9781472565150.ch-012>
- Kleinig, J. (1973). *Punishment and Desert*. Springer Netherlands.
<https://doi.org/10.1007/978-94-010-2027-5>

- Lee, Y. (2009). Recidivism as Omission: A Relational Account. *Texas Law Review*, 87(3), 571-622.
- (2010). Repeat Offenders and the Question of Desert. In J. V. Roberts & A. von Hirsch (Eds.), *Previous Convictions at Sentencing: Theoretical and Applied Perspectives* (pp. 49-71). Hart Publishing. <https://doi.org/10.5040/9781472565150.ch-004>
- Mahon, T. (2012). Justifying the Use of Previous Convictions as an Aggravating Factor at Sentencing. *Cork Online Law Review*, 11, 85-97. <https://ie.vlex.com/vid/justifying-the-use-of-853058980>
- MacPherson, D. L. (2002). The Relevance of Prior Record in the Criminal Law: A Response to the Theory of Professor von Hirsch. *Queen's Law Journal*, 28(1), 177-219.
- Morris, H. (1968). Persons and Punishment, *The Monist*, 52(4), 475-501. <https://doi.org/10.5840/monist196852436>
- Raz, J. (1989). Autonomy, Toleration and the Harm Principle. In R. Gavison (Ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy: The Influence of H.L.A. Hart* (pp. 313-334). Oxford University Press.
- Roberts, J. V. (2008). *Punishing Persistent Offenders: Exploring Community and Offender Perspectives*. Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199283897.001.0001>
- Ryberg, J. (2004). *The Ethics of Proportionate Punishment: A Critical Investigation*. Kluwer Academic Publishers. <https://doi.org/10.1007/978-1-4020-2554-9>
- (2010). Recidivism, Retributivism, and the Lapse Theory of Previous Convictions. In J. V. Roberts & A. von Hirsch (Eds.), *Previous Convictions at Sentencing: Theoretical and Applied Perspectives* (pp. 37-48). Hart Publishing. <https://doi.org/10.5040/9781472565150.ch-003>

- Steiker, C. S. (1997). Punishment and Procedure: Punishment Theory and the Criminal-Civil Procedural Divide. *Georgetown Law Journal*, 85(4), 775-820.
- Tonry, M. (2010). The Questionable Relevance of Previous Convictions to Punishments for Later Crimes. In J. V. Roberts & A. von Hirsch (Eds.), *Previous Convictions at Sentencing: Theoretical and Applied Perspectives* (pp. 91-116). Hart Publishing. <https://doi.org/10.5040/9781472565150.ch-006>
- von Hirsch, A. (1985). *Past or Future Crimes: Deservedness and Dangerousness in the sentencing of Criminals*. Rutgers University Press.
- (1991). Proportionality in the Philosophy of Punishment: From “Why Punish?” to “How Much?”, *Israel Law Review*, 25(3-4), 549-580. <https://doi.org/10.1017/S002122370001061X>
- (1996). *Censure and Sanctions*. Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198262411.001.0001>
- (2010). Proportionality and the Progressive Loss of Mitigation: Further Reflections. In J. V. Roberts & A. von Hirsch (Eds.), *Previous Convictions at Sentencing: Theoretical and Applied Perspectives* (pp. 1-16). Hart Publishing. <https://doi.org/10.5040/9781472565150.ch-001>
- (2017). *Deserved Criminal Sentences*. Hart Publishing.
- von Hirsch, A. & Arshworth, A. (2005). *Proportionate Sentencing: Exploring the Principles*. Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199272600.001.0001>
- von Hirsch, A. & Roberts, J. V. (2009). The Recidivist Premium: For and Against. In A. von Hirsch, A. Ashworth & J. V. Roberts (Eds.), *Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy* (3rd ed., pp. 148-162). Hart Publishing.
- Waldron, J. (1999). *Law and Disagreement*. Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198262138.001.0001>

Walker, N. (1980). *Punishment, Danger and Stigma: The Morality of Criminal Justice*. Rowman & Littlefield.

----- (1999). Even More Varieties of Retribution. *Philosophy*, 74(290), 595-605.
<https://doi.org/10.1017/S0031819199000704>

Warner, K. (2011). Equality before the Law: Racial and Social Background Factors as Sources of Mitigation at Sentencing. In J. V. Roberts (Ed.), *Mitigation and Aggravation at Sentencing* (pp. 124-145). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511979170.008>

Wasik, M. & von Hirsch, A. (1994). Section 29 Revised: Previous Convictions in Sentencing. *Criminal Law Review*, 409-418.

**Is repeating a mistake worse:
The Theoretical Basis and Impact of Prior Convictions as a
Sentencing Factor from a Retributive Perspective**

Keng-Wei Fan *

Abstract

This paper focuses on the relationship between prior convictions and sentencing, setting the “theoretical basis” and “impact” of prior convictions on sentencing as the main discussion topics. This article adopts a broad understanding of prior convictions as previous criminal records and establishes a discussion of two key topics from the perspective of retributivism, based on the principles of proportionality between crime and punishment, as well as the theory of criminal responsibility. The central theoretical question is: “How does the existence of prior convictions influence the blameworthiness of subsequent recidivist behavior?” To explore the theoretical basis and impact of prior convictions on sentencing, the paper initially analyzes theories categorized under the “recidivist premium model,” which highlight prior convictions as an aggravating factor in sentencing. The analysis indicates that part of these theories essentially argues the impact of prior convictions on sentencing based on the criminal’s character and habits, potentially leading to a diminished functionality of criminal responsibility. Another part fails to adequately justify why previous crimes and their guilty verdicts could lead to an obligation not to reoffend or imply a higher motivation against committing crimes, thus failing to sufficiently explain why recidivists with prior records might possess a greater degree of unlawfulness or culpability, indicating an ineffectiveness of prior convictions as an aggravating factor. The paper then reviews the “Progressive loss of mitigation model,” noting that although this

* Associate Professor, Department of Law, National Dong Hwa University.
Email: fanfangarcon@gms.ndhu.edu.tw

theory is enlightening, it simplifies the concept of a lapse too much and overlooks its diversity. Moreover, the theoretical inference that the mitigating effect diminishes as recidivism decreases lacks a clear theoretical foundation and criteria for determining its applicability and effects. Finally, based on a review of contemporary theories, the paper concludes with two assertions regarding the main discussion topics: first, that prior convictions should not, in principle, serve as an aggravating factor in sentencing; second, that prior convictions could potentially serve as a mitigating factor in sentencing.

Keywords: punishment philosophy, sentencing theory, proportionality principle, prior convictions, retribution, warnmodell, fair play theory, communicative retributivism