

刑事程序中被告前科證據 影響之研究

許淑媛*

壹、前言

我國刑事訴訟法第288條第3、4項明文：「除簡式審判程序案件外，審判長就被告被訴事實為訊問者，應於調查證據程序之最後行之。」、「審判長就被告科刑資料之調查，應於前項事實訊問後行之。」係對調查證據之順序所為之限制規定。依此，審判長於其他一切調查證據程序皆完成後，方得依序對被告為被訴事實之訊問以及調查其科刑資料，而被告前其他犯罪之科刑資料（下稱「前科紀錄」），自應於斯時方能調查。而美國刑事訴訟程序中，被告之前科紀錄，可能作為品格證據（character evidence）之一種，而對其於法庭上之使用加以限制。聯邦證據法（Federal Rules of Evidence）於Rule 404(b)中原則規定：「與某人之其他犯罪、非行或行為相關之證據，不能在為了證明該人某一特定時點下之行為與其品格相符時，

被用於證明該人之品格¹。」此一般稱為美國法上之「習性推論禁止法則」。我國法文中除上開調查順序之要求外，雖無類似之明文規定，然最高法院實務見解近年來迭有試援引彼邦之習性推論禁止原則進行論述著例如最高法院100年台上字第2806號判決等，其介紹與批評詳如後述。而於英國與美國各州之刑事審判程序中，為落實前述之習性推論禁止法則，陪審團一般也不會被告知與刑案被告的前科紀錄相關之資訊。然而論者有謂，若自演化學的角度以觀，此一規則與一項深植人心且為人所堅信不移的演化直覺相違背——「對未來的行為的最好預言者，即為其過去的行為。」²，此一法學原則與演化上的直覺之不一致現象，又可對此議題加入不同之視角。雖在證據調查、事實認定的過程中，受「習性推論禁止」原則之保護，然而被告於刑事司法程序中，直至論罪後之量刑時，卻存在諸多受「前科紀錄」影響的時

* 本文作者係大洋法律事務所執行長，國立中正大學法律學系博士班

註1：Translated from “Evidence of a crime, wrong, or other act is not admissible to prove a person's character in order to show that on a particular occasion the person acted in accordance with the character.”, Federal Rules of Evidence, https://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_404 (Last visited Dec. 21, 2017).

註2：MORRIS B. HOFFMAN, THE PUNISHER'S BRAIN: THE EVOLUTION OF JUDGE AND JURY 256 (2014).

點，本文擬透過比較美國與我國之司法實踐及取徑上述演化上之觀點，於實體與程序法二面向，探討被告的前科紀錄，如何透過各種途徑進入刑事審判程序中，而這些資訊又會對被告之論罪與科刑帶來何種影響。

貳、美國法實體法上的途徑——前科紀錄作為累犯之認定、加強處罰與三振條款之適用

一、前科紀錄作為未成年人是否視同成人審判之判斷

於美國刑事訴訟之量刑程序中，被告之前科紀錄對刑度之認定扮演重要角色。美國量刑委員會（United States Sentencing Commission）於2016年公布之指導手冊中明確指出：被告的過去犯罪行為紀錄，與綜合犯罪控制法案（Comprehensive Crime Control Act）所欲達成之四項目的具直接相關。一個具有過去犯罪行為紀錄的被告，較初次犯罪者更該受到責備，因此需要更重的處罰。於一般預防的要求下，一項清晰的訊息必須被傳達給社會，那就是重複犯罪的行為人會隨著每次的犯罪行為復發，而更加重對其處罰的需求。累犯的可能性與未來的犯罪行為必須納入考量，以為了保護大眾不受該特定被告的再一次犯罪所侵害。行為人的重複犯罪，是一項象徵復歸可能性較為有限的指標³。而上開手冊中，亦對「前科」（prior sentence）進行定

義，「前科」係指先前因有罪判決所施加的任何刑罰，包含一切非針對目前罪刑所作的有罪協商、事實審或不願爭論抗辯下的協商。而當被告擁有多數先前科刑時，決定採用分別計算或視為一罪之作法，以是否有逮捕的介入而定（意即被告是否犯下第二次罪行前曾因第一次罪行遭到逮捕）而如果其間沒有遭到逮捕，且這些罪行係包含於同一份起訴文書中或該科刑係於同一天所施加，這些罪行則應認為一次的科刑⁴。

二、前科紀錄於作為被告品格證據之提出與允許使用

（一）品格與品格證據

具體操作上，於「犯罪紀錄類別」中，係以累積計點的方式來計算項目的總數，其標準如下：a) 每次時間逾1年1月的監禁徒刑，加計三點；b) 每次60日以上未滿1年1月的監禁徒刑，加計二點；c) 未計入上述點數的監禁徒刑，則最高以四點為限，每次加計一點。d) 而如被告係於任何刑事司法科刑期間內犯下現在的罪行，如緩刑、假釋、監管下釋放、監禁、附勞動條件之釋放或於逃匿狀態中，則加計二點。e) 任何視為獨立一次的科刑，而上述各標準均未計入點數之先前暴力犯罪的科刑紀錄，則最高以三點為限，每次加計一點⁵。

然而，論者指出，若考慮到現行的司法體制皆係聚焦於處理目前的犯罪，且前科紀錄

註3：UNITED STATES SENTENCING COMMISSION (USSC), GUIDELINES MANUAL, 392 (2016).

註4：USSC, supra note 3, at 396.

註5：USSC, supra note 3, at 392.

中所揭示之前案罪刑已受有適當處罰之事實，即難以清晰說理為何這套司法體制，卻同時可以容忍運用前科紀錄作為決定公正刑罰的變量。而一套以處罰為核心的系統，又如何可能利用已經處罰過的行為，做為對未來的罪刑刑度增加處罰嚴重性的基礎？這些潛在的困難點的說明必要，都隨著量刑理論與實務對現今司法體制的強烈影響、以及這套使用前科紀錄之「處罰導向的有限度量刑系統」迅速國際化傳播的趨勢下，顯得更為迫切而重要⁶。

（二）前科（前行為）紀錄為品格證據

事實上，針對重複被定罪的犯罪人，制定具加強刑罰特性的附加條款之美國傳統延續至今。例如經常為人所引用的Rummel v. Estelle案，被告William Rummel於德州的常習性犯罪人條款下，因第三次重罪定罪而被處以終身監禁。雖然這些重罪皆非暴力犯罪且總財產損害僅值229.11美元，他仍被德州法律視為常習性累犯，且必須先服至少12年的刑期後方有假釋可能。Rummel試圖去挑戰這項科刑的合憲性，其爭執美國憲法第八修正案明文禁止殘忍或非尋常的刑罰，然而美國聯邦最高法院維持了下級審的判決，於多數意見中，Rehnquist法官指出對Rummel的處罰並非僅基於目前的犯罪，而同時也因其為累犯⁷。而這些刑罰強化規定，大多被視為犯罪

控制的對策。這些強化使得我們可以預見保守應報思想的重現，也對司法體制帶來潛在困境。慮及現行正義導向的有限度量刑系統的重要性，檢驗這些於司法體制下使用前科紀錄的論點就顯得更為重要⁸。

（三）前科（前行為）紀錄作為其他用途時之例外允許

而彼邦被告前科紀錄對量刑的影響，最甚者莫過於「三振條款」（Three Strikes Law）。以加州為例，加州的「三振條款」係於1994年制定，乃70末期至90年代橫掃美國的強制量刑改革中之著例。其並非加州之創舉，華盛頓州於前一年通過類似規定，而於加州通過三振條款之同年，更有9個其他州通過了他們版本的類似規定。加州的「三振條款」規定，被告如第二次違犯特定等級的重罪之任一罪名且遭定罪時，將遭受較一般科刑加重一倍之處罰；而如第三次遭定罪時，將被處以終身監禁，且於執行25年前均不得假釋。但加州符合此類別之罪名認定甚廣，除了一般的暴力型重罪外，更包含一系列非暴力但嚴重的重罪，例如向未成年販售毒品、盜取罪、以及持有武器。加州的「三振條款」規定獨特之處在於，在檢方的斟酌下，任何的重罪都被可以算是「第三次」的定罪，不僅限於那些「嚴重或暴力」之犯罪⁹。且論者更指出，加州的「三振條款」施行

註6：Alexis M. Durham III, *Criminology: Justice in Sentencing-The Role of Prior Record of Criminal Involvement*, 78 J. Crim. L. & Criminology 614,615 (1987).

註7：Alexis M. Durham III, *supra* note 6, at 617.

註8：Alexis M. Durham III, *supra* note 6, at 620.

註9：John R. Sutton, *Symbol and Substance-Effects of California's Three Strikes Law on Felony Sentencing*, 47, Law & Soc'y Rev. 37, 37-38 (2013).

後，量刑變得更嚴格了，在政治保守的縣區更為明顯，此外，非裔美籍的重罪犯會受到更長的量刑刑期¹⁰。

三、習性推論禁止法則於演化論上之再思考

Hoffman於該書中更發展出五階段之審查流程，以試圖發見這項衝突的存在及其發展趨勢。該五階段審查流程分別為1) 是否存在真實的演化上直覺；2) 該法律原則本身是否有演化論上根基；3) 該法律原則偏離演化上直覺多遠；4) 與法律原則不一致之演化上直覺，是否會將判決帶往另一方向；5) 該項法律原則是否充斥例外，或存在部分司法權徹底拒絕其適用。筆者試圖援引這項流程，以對本文所探討之「習性推論禁止原則」進行再思考¹¹：

(一) 是否存在真實的演化上直覺

我們是否於演化過程中，發展出「偏重前行為」這項直覺，這個疑問的答案是幾近確定的。如細菌對酸鹼值變化的反應、玉米將葉面轉向陽光般，各種形式的生命體均有根據環境去適應與調整的能力，它們均會根據過去的資訊以改變未來的行為，人們對一個犯錯者（如：刑事被告）的前科紀錄的偏重亦然。因此基於此乃跨物種的共同傾向與反應，吾人得以肯認此乃一真實的演化上直覺。

(二) 該法律原則本身是否有演化論上根基

「習性推論禁止原則」本身是否有其演化

論上之根基？這個問題的答案則相對而言應該是否定的。不僅因本原則純粹為現代刑事司法制度下的產物，且論者指出，對一個犯錯者的過去加以忽略，縱然可能源自於寬恕的本能，但寬恕與遺忘是不同的，尤其是在我們用來判斷同一個行為人新的錯誤時¹²。正因如此，當我們有意忽略一個刑事被告過去的錯誤相關的事實，且將之阻絕於判斷對錯的刑事司法程序之外時，這個行為準則本身即非被直覺所驅策，而相當程度而言是反於直覺的。

(三) 該法律原則偏離演化上直覺多遠

關於此階段的答案，若自上述二階段以觀，即至為清晰。事實上，這項「習性推論禁止原則」本身即為刑事司法體制上，一項背於演化直覺的立法政策選擇。其與演化上我們偏重前行為以推估未來趨勢的直覺完全背道而馳，因此，該原則與演化直覺的差距可見一斑。

(四) 與法律原則不一致之演化上直覺，是否會將判決帶往另一方向

這個階段所要檢驗的，是如果一個演化上的直覺會傾向導致一個特定方向的判決時，法律原則是否會將判決結果導往另一個方向。論者以為，在「不許陪審團員得知本案被告的前科資料之原則」中，僅是確保這些前科資料不得為陪審團們所接近、接觸，然而並未精確地指向某一特定判決結果¹³。筆者以為「習性推論禁止原則」亦然。習性推

註10：John R. Sutton, supra note 9, at 37.

註11：該五階段審查流程之詳述與操作，詳見MORRIS B. HOFFMAN, supra note 2, at 262-.

註12：MORRIS B. HOFFMAN, supra note 2, at 265-.

註13：MORRIS B. HOFFMAN, supra note 2, at 266-.

論禁止原則僅是扮演類似證據排除功能的角色，使前科紀錄相關證據原則上阻絕於刑事司法程序之外，並未直接導致利或不利被告之判決結果。然而，若就一般而言，如前所述，容任被告之前科紀錄進入刑事審判程序中時，往往對被告帶來不利的後果。

（五）該項法律原則是否充斥例外，或存在部分司法權徹底拒絕其適用

「習性推論禁止原則」之例外，即為本篇探討之重點所在。這項原則存在如上所述之實體法及程序法中之例外情形，因此雖是否「充斥」例外仍有待商榷，但不可否認的是，這項原則確實存在許多的例外情況，這些例外均會使前科紀錄進入刑事司法審判及量刑程序中。

參、程序法上的途徑

一、前科紀錄作為未成年人是否視同成人審判之判斷

兩個同年齡的青少年，因同罪名遭起訴。一個以青少年起訴，被判處在具有大量復歸與諮商課程的少年教管所服5年徒刑；另一個卻因同罪名以成人起訴審判，被判處在監獄中執行15年有期徒刑，並永久背負著成為一個定罪的重罪犯的汙名¹⁴。此為美國聯邦刑事司法體系中，未成年人是否視同成人審判會有的天壤之別。

而上開差別發生的原因，在於對聯邦少年犯罪法案（Federal Juvenile Delinquency Act）中對放棄司法管轄的要件詮釋。一個進入聯邦司法體系的少年犯會面對幾種程序上可能：自動由法律規定移轉至刑事法庭審判、於少年司法體系中被判決、亦可能有遭少年法院「任意放棄司法管轄」（Discretionary Judicial Waiver）將案件移轉至刑事法庭。遭少年法院「任意放棄司法管轄」的少年，會在地方法院法官前受到不同於少年法院的待遇，即是視同成人加以審判。在此種情形中一個顯著的問題是，法官可在六個主觀要件下，擁有將一個少年犯送至刑事法庭的專屬授權，此「六個因素」的要件之一，即為該少年犯的「先前犯罪紀錄」（Prior Delinquency Record）¹⁵。

如前所述，法官在做成「任意放棄司法管轄」決定前，須評估一少年犯的「先前犯罪紀錄」，然而並無關於此要件的一致解釋存在。這也導致在放棄程序的聽證結果出現甚廣的歧異。這項歧異，導致不同巡迴上訴法院間的意見分裂。有些巡迴法院寬鬆的解釋「先前犯罪紀錄」為一個少年犯在與警方接觸過程中的任何一切情狀，就算該少年從未遭到起訴亦然；而有些巡迴法院則僅將其限縮解釋為一切與先前受判決的事件之相關證據¹⁶。

針對這項被稱之為混亂且缺乏立法指引的歧異，有論者主張，基於少年犯面對刑事法

註14：Jessica L. Anders, Bad children or a bad system: Problems in Federal Interpretation of a Delinquent's Prior Record in Determining the Appropriateness of a Discretionary Judicial Waiver, 50 Vill. L. Rev. 227, 227 (2005).

註15：Jessica L. Anders, supra note 11, at 228.

註16：Jessica L. Anders, supra note 11, at 245-246.

庭審判後，所受處罰的嚴重性與其他相關後果，向該系統移動的少年犯都應被以同樣標準來評估。而於過去10年中，少年司法處遇的理論已從復歸逐漸轉為處罰，故這項變革下，應使上開「先前犯罪紀錄」之解釋採取限縮態度；此外，如以文義解釋之角度以觀，「犯罪紀錄」(Criminal Records)之傳統定義應解釋為「先前的定罪紀錄」，而與「犯罪紀錄」相類似之「(來自少年法院的)犯罪紀錄」(Delinquency Records)，亦應解釋為出自法官的判決決定方為適當¹⁷。

二、前科紀錄於作為被告品格證據之提出與允許使用

(一) 品格與品格證據

美國刑事訴訟程序中，關於人之品格(character)，可分為一般之品格(character)與品格特徵(a trait of character)二種，一般之品格，係指他人對其品格之綜合評價；品格特徵，則指他人對其部分品格之觀察結果。而品格證據(character evidence)，係指用於證明某人一般之品格或特定品格特徵之證據¹⁸。

彼邦論者有引述證據法學家McCormick的定義指出，品格(character)，被定義為對一個

人之「性格」或其「性格之綜合特徵」的一般性描述，例如誠實，節慾，或是愛好和平的。而一項雖有諸多例外，但仍廣為運用的基本原則是：對於某人的品格證據不能在特定事件中，用以佐證一人之行為與其品格相符。因此，一項「被告曾在之前的事件中有過失」的證據，不能被用以證明「其是個疏忽、缺乏注意的人」，而用以證明其於本案中有過失¹⁹。法院基於兩種原因，對品格證據的使用採取謹慎的態度：

1. 陪審團可能會過分高估品格在被告的行為中扮演的角色，抑或
2. 陪審團可能會因「被告是這種人」而定他的罪，而不是「被告做了甚麼」。為了要面對這些潛在的偏見來源，法院長時間以來發展出一些特別的普通法規則去規範與限制品格證據在審判中的使用。而許多這些規則被納入聯邦證據法中，許多學者將這些規則稱之為品格證據使用禁止(Character Evidence Prohibition)²⁰。

然而，該原則並非無例外。於美國聯邦證據法Rule 404(a)(2)中，其明文規定於下列情況下，被告可於刑事案件中援引品格證據證明待證事實：「被告可提供對其自身之相關品格特徵有關之證據，而該證據一旦被法院

註17：Jessica L. Anders, supra note 11, at 252-253.

註18：吳巡龍，〈被告品格證據〉，《台灣法學雜誌》，195期，2012年3月，第127頁；該文中，作者將美國聯邦證據法中之名詞character譯為「品行」；a trait of character譯為「品格特徵」，並合稱為人之「品德」。雖品「行」之「行」有人之素行之意，此譯不無值得肯定之處，然究其原文皆為character，為求相同事項儘為相同之翻譯，力求信、雅、達，且國內學說與實務均將character evidence譯為「品格證據」，故本文將character譯為「一般之品格」、a trait of character譯為「品格特徵」。

註19：Chris William Sanchirico, Character Evidence and the Object of Trial, 101 Colum. L. Rev. 1227, 1232-1233 (2001).

註20：Barrett J. Anderson, Recognizing Character: A New Perspective on Character Evidence, 121 Yale L.J. 1912, 1917 (2012).

所採用，檢方可提出證據反駁之。²¹」這項簡明的法條揭示了一項原則：被告可以是對其自身之品格證據的最先提出者，意即其握有主動權，檢方對其提出之有利於己之品格證據，可再舉證以反駁之。

（二）前科（前行為）紀錄為品格證據

而於聯邦證據法中，前科（前行為）紀錄所扮演的角色又為何？若依該法之脈絡以觀，該紀錄之性質，似乎視其待證事實之類型與使用目的，而有不同之認定。聯邦證據法於Rule 404(b)(1)中規定：「與某人之其他犯罪、非行或行為相關之證據，不能在為了證明該人某一特定時點下之行為與其品格相符時，被用於證明該人之品格²²。」自該法文以觀，如「與某人之其他犯罪、非行或行為相關之證據」意即「前科（前行為）紀錄」證據，如以「證明該人某特定行為與其品格相符」為目的下，而用來證明「該人之品格」此一待證事實時，被告之前科紀錄，即屬品格證據之一，而受「習性推論禁止法則」之拘束。

（三）前科（前行為）紀錄作為其他用途時之例外允許

然而，前科（前行為）紀錄並非完全阻絕

於審判外，在某些情形下仍可經由證據提示及調查而作為認定事實之基礎。聯邦證據法於Rule 404(b)(2)中規定：「這些證據可被用於其他目的，例如證明動機、機會、意圖、預備、計畫、認知、同一性、錯誤之缺乏或非屬意外²³。」但其於Rule 404(b)(2)(A)、(B)中規定，於刑事案件中，在被告的要求下，檢方需(A)對這些檢方欲於審判中提示之證據之一般性質提供合理的通知²⁴，與(B)上開通知需於審判前踐行，或在有正當原因或理由而缺少審前通知下，於審判中提出²⁵。

其中援引前科（前行為）證據作為認定待證事實之基礎的著例，為US v. Alexander Danzey and Warren Gore案²⁶，被告 Warren Gore 有強盜15家銀行的前科，而本案法院於判決中表示，其本案之強盜罪行得以被證明，其中一個可被法院接受的證據事實，是該被告所犯下其他罪行所展現出的設計、系統或計畫，與本案被訴之事實幾近雷同。於允許作為認定事實基礎的其他銀行搶案與本件搶案之間，常見的功能角色分配與結合上，可憑藉邏輯推論出，一項通常的計劃或設計為這些搶案的基礎，因此被告即上訴人 Gore 犯下了此件銀行搶案。而該法院亦表示，對上訴

註21：Translated from “a defendant may offer evidence of the defendant's pertinent trait, and if the evidence is admitted, the prosecutor may offer evidence to rebut it;”, supra note 1.

註22：supra note 1.

註23：Translated from “This evidence may be admissible for another purpose, such as proving motive, opportunity, intent, preparation, plan, knowledge, identity, absence of mistake, or lack of accident.”, supra note 1.

註24：Translated from “provide reasonable notice of the general nature of any such evidence that the prosecutor intends to offer at trial; and”, supra note 1.

註25：Translated from “do so before trial—or during trial if the court, for good cause, excuses lack of pretrial notice.”, supra note 1.

註26：United States v. Alexander Danzey and Warren Gore, 594 F.2d 905 (2d Cir. 1979).

人 Gore 之原科刑判決得以維持，因其他相似行為之證據，已由舉證方（檢方）合法提出並用以證明設計或一致性。

肆、我國刑事訴訟程序之實踐

一、累犯、量刑與假釋於我國

自2006年7月1日實施之新修正刑法第47條第1項規定：「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。」，而於同法第77條第2項復規定：「前項關於有期徒刑假釋之規定，於下列情形，不適用之：…二、犯最輕本刑五年以上有期徒刑之罪之累犯，於假釋期間，受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，五年以內故意再犯最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪者。」為我國刑事法制中，最近乎前述美國「三振法案」之條文規定，堪稱為我國版本之「三振法案」，為我國明文以被告之前科紀錄，作為量定被告刑罰與假釋與否之規定。

於此需先敘明者為，累犯係指經判處徒刑並執行完畢或赦免之身分下，5年內故意再犯有期徒刑以上之罪之人，不論該所處徒刑之輕重均適用；然而並非所有之累犯均為「重罪三犯，不得假釋」之條文規範所及。第77條第2項所規範者為，係為「犯最輕本刑五年以上有期徒刑之罪之累犯」再犯最輕本刑為5

年以上之罪之人，換言之，需三次所犯皆為「最輕本刑五年以上有期徒刑之罪」之人。然而，因第77條第2項之排除者為第1項中「關於有期徒刑假釋之規定」，因此，行為人第三次所犯之罪須遭判「有期徒刑」，方落入第2項之適用，如行為人遭處無期徒刑者，仍然無法達到「終身監禁不得假釋」之效果²⁷。

然而，國內亦有論者持反對累犯及「三振法案」之立場，其批評累犯規定將曾執行徒刑之紀錄，作為加重刑罰的條件，會使刑法淪為「行為人刑法」。蓋行為人已因其行為嘗過苦果，法官於前次行為時，本應審酌各種因素宣告適當刑罰。縱認前案中法院量刑失之寬鬆，也不能將此「舊帳」於後案中一次補算；而若前案已做出洽當量刑，併已依法宣告各項適當保安處分，刑法的任務即屬已盡²⁸。

二、習性推論禁止法則於我國

（一）實務援引與採納——100年台上字第2806號判決為例

正如前所述之100年台上字第2806號判決指出：「被告之前科紀錄等品格證據如與犯罪事實全然無關者，為避免影響職業法官認定事實之心證，該等證據應不得先於犯罪事實之證據而為調查，此乃刑事訴訟法第二百八十八條增訂第四項規定之所由設。」、「基於習性推論禁止之法則，除非

註27：鄭逸哲，〈關於累犯、緩刑、假釋和保安處分新刑法修法簡評〉，《月旦法學雜誌》，第121期，2005年6月，第281頁。

註28：林東茂，〈累犯與三振出局〉，《台灣本土法學雜誌》，第46期，2003年5月，第110頁。

被告主動提出以為抗辯，自亦不容許由檢察官提出被告之品格證據資為證明犯罪事實之方法，俾免導致錯誤之結論或不公正之偏頗效應。」吾人可見，我國雖無習性推論禁止法則之證據法上明文，然該原則似於實務家的筆下找到了落腳的空間。

且該號判決不僅引入了這項源於美國聯邦證據法的原則，更明文引入其例外：「惟被告之品格證據，倘與其犯罪事實具有關聯性，參諸外國立法例（美國聯邦證據法第404條(b)）及實務（日本東京高等裁判所2011年3月29日岡本一義放火案件判決），則可容許檢察官提出供為證明被告犯罪之動機、機會、意圖、預備、計畫、認識、同一性、無錯誤或意外等事項之用；…」此段敘述無疑係前述之美國聯邦證據法條文之「照錄」。

其更進一步舉例言：「例如被訴縱火之被告，其先前作案之手法有其特殊性，與本案雷同，檢察官雖不可提出被告以前所犯放火事證以證明其品格不良而推論犯罪，但可容許提出作為係同一人犯案之佐證」、「又如被告抗辯不知其持有物係毒品甲基安非他命，檢察官得提出被告曾因施用甲基安非他命毒品被判刑之紀錄，以證明被告對毒品有所認識。」加以鉅細靡遺的說明，頗有將美國法上之習性推論禁止法則，全數引進我國之氣勢，且該判決並非鳳毛麟角，此種論述與說理，似乎在最高法院近年所持見解中已非罕見²⁹。

（二）最高法院100年台上字第2806號判決之評析

然而上述之實務見解，筆者以為有「前科（前行為）證據」與一般之「品格證據」體系上混淆之風險。如前所述，於彼邦聯邦證據法中，一般之「品格證據」係規定於Rule 404(a)，而「前科（前行為）證據」此種特殊種類之證據，其獨立規定於Rule 404(b)。該分類其來有自，因若以體系解釋上，「前科（前行為）證據」之性質，需視其待證事實之性質而定，此解釋方式自Rule 404(b)之(1)與(2)之編排可見一斑。如其證明者係被告之品格，則因其既屬品格證據，應走(1)之途徑，與Rule 404(a)同，進入使用禁止之範圍內；但如其證明者係動機、機會、意圖、預備、計畫、認知、同一性、錯誤之缺乏或非屬意外等目的，則係走(2)之途徑，例外落入有限制下的允許範圍。

因此，該判決前段於論述之始即直言「被告之前科紀錄等品格證據…」，雖正確指出前科紀錄既為品格證據之一種形式，受品格證據之所有限制；但而其後段稱「品格證據，倘與其犯罪事實具有關聯性，…則可容許檢察官提出供為證明被告犯罪之動機、機會…等事項之用」卻誤將所有之品格證據，皆劃入Rule 404(b)(2)之有限制下允許的範疇，其錯誤之點在於，該Rule 404(b)(2)之有限制下允許，係針對「前科（前行為）證據」獨有的例外。

註29：將彼邦聯邦證據法原文照錄者：尚有如99台上1091、101台上5377、103台上120、105台上3307、106度台上772判決等；品格證據可為犯罪之同一性之證明：101台上1681、103台上4381、104台上3435、104台上3853、105台上2210、105台上3314、106台上1043判決等；品格證據仍應依法踐行調查證據程序：105台上480判決，可謂族繁不可勝數。

故，該等論述雖正確的導出了「前科紀錄」於「證明被告動機等等用途」時，可「有限制下允許」之標準答案，但論理上卻將其餘的「品格證據」一併囫圇吞棗通通拖帶下水，如其旨在引入彼邦聯邦證據法之習性推論禁止原則之體系，則筆者以為有體系混淆之風險，其餘之近似判決亦然。

甚至更有論者主張，「品格證據」所證明者，應為被告之品性良劣，故於待證事項為「同一性」或「主觀要件³⁰」時，前科或前案等類似事實根本不應稱為「品格證據」，如誤用「品格證據」的理論套用，勢必將錯誤的引入「習性推論禁止法則」之原則禁止³¹，然對該論點，筆者容有不同意見。

事實上，若以體系觀之，筆者以為，吾人不妨將「前科（前行為）證據」均視為一「特別類別」之品格證據。原則上，它都是品格證據，受到「習性推論禁止法則」的拘束，因為其並非對於被告之本案待證犯罪事實之證據資料；但於它用來證明動機、機會、意圖、預備、計畫、認知、同一性、錯誤之缺乏或非屬意外等用途時，其即具有一特別之例外——有限制允許，如此體系解釋不僅與彼邦立法例——美國聯邦證據法Rule 404中對「前科證據」的分類方法相符，亦不致造成倒果為因的體系矛盾，如依此論點，彼邦適用於所有品格證據之「習性推論禁止法則」，如何於我國證據法上找到論理依據，即為不得不面對之問題。

（三）習性推論禁止法則於我國證據法上之再思考

綜上所陳，實務晚近雖勇於引入這項繼受自外國立法例之原則，以充實我國證據法體系，然尚有發展與改進之空間。筆者雖不否認這項法則，有其存在之必要性與維護司法公正性之極高實益，然而，這項法則如欲於我國落地生根，於法無明文之現實狀態下，如撇開立法論不談，其勢必須在我國法體系中尋得一立足基礎，而非草草援引條文數語。

且另一個亦須面對的問題是，如前所述，一般品格證據與「前科（前行為）證據」於我國之界線仍曖昧不明。然而，不可否認的是，「前科（前行為）證據」本屬品格證據之一環，因而原則上必須面對「習性推論禁止法則」之拘束，此乃彼邦與我國實務實踐上皆準之事實。因此究竟當「前科（前行為）證據」欲進入刑事審判程序中時，我國司法體系應如何回應及處理？而欲解決此問題，更上位的概念即為，「習性推論禁止法則」於我國證據法上應如何論述？

論者有提出三項可行之處理脈絡，主張得以將此三脈絡交互運用。而事實上，一項對證據進行篩選與過濾之原則，其運用也逸脫不出此三項操作的脈絡。此三項分別為於證據能力層次創設不成文證據排除法則、於證明力層次審酌、創設超法規補強法則，以下分述之³²：

註30：如聯邦證據法Rule 404(b)(2)中所稱之動機、機會、意圖、預備、計畫、認識、無錯誤或意外等情形。

註31：謝煜偉，〈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，2017年7月，第9頁以下。

註32：謝煜偉，前揭註28文，第7頁以下。

1.於證據能力層次創設不成文證據排除法則

此種作法為於證據能力層次討論中，另闢蹊徑，透過法院實務實踐引用外國立法例，創出一項證據排除法則，如上所引之現行實務見解，似採此路徑，惟其尚有不足之憾，詳如上述。

2.於證明力層次審酌

亦即於證據能力上不設任何限制，任由此種取得證據能力、經合法調查之品格證據湧入證據池中，而由法官透過審判經驗的傳承與累積，形成類似職務上之注意準則，以求去蕪存菁。

3.創設超法規補強法則

一樣於證據能力上不做任何限制，然採取類似供述證據之超法規自白補強法則之作法，要求品格證據不得作為有罪認定之唯一證據。採此論者之立基點在於，部分供述證據因具有經驗上較高程度之誤判危險，故將之予以類型化、抽象化後，透過實務判決之累積與實踐，歸納為對法官自由心證判斷證明力之內在限制。而品格證據之使用，亦有伴隨偏見、預斷、誣陷、誤認可能性之誤判風險，兩者間具有類似性質，故宜以相似之方式處理，亦即要求其需透過其他證據補強，避免以單一之證據認定犯罪。

(四) 最高法院102年台上字第810號判決——對「前科紀錄」之特殊論理

而「習性推論禁止法則」究竟屬證據能力抑或證明力之法則。目前實務的論理取徑，如上述援引美國聯邦證據法之裁判，似乎都

是除「證明被告動機等等用途」外，以否定其證據能力層次之證據排除法則處理，即為(1)之作法；然而102年台上字第810號判決，對「前科紀錄」的使用，卻有別出心裁之說理——證據力層次，其稱：因「前科紀錄，有時對待證之犯罪事實擁有多面相的證據價值（自然關聯性）。但相對的，前科尤其是同一種的前科，容易令人聯想『被告的犯罪傾向』而連結『缺乏實證根據的人格評價』，有導致事實認定發生錯誤之危險。」，故「有必要將『同種前科之證據力』限定在合理推論之範圍，因而，並不宜單純憑前科資料認定是否有證據價值，即是否有自然關聯性。」於本判決中之上述內容中，顯然將「前科紀錄」於證明力之層次，亦即「證據力」自由心證之推論範圍進行限縮，試圖論述其證據價值上之薄弱性，其「不宜單純憑前科資料…」之論述模式，似有創造如(3)脈絡之超法規補強法則之嘗試。

然而該判決卻又對其證據能力進行探討：「前科僅能於經有罪判決確定之事實為前提，在該事實中有某種犯罪行為之特性，且該特性與待證事實間沒有『缺乏事實根據的人格評價，導致錯誤的事實認定之嫌疑』時，才能當作證據。」因此，「將前科利用於被告與犯人之同一性之證明時，前科之犯罪事實應具有明顯的特徵，且該特徵與待證之犯罪事實有相當程度的類似性，而就憑此可合理推理判斷該兩案之嫌犯為同一人時，才能把前科資料當作證據使用。」換言之，若依筆者觀之，此判決似乎將「前科紀錄」證據於審判中用於「被告與犯人同一性」證明時之檢驗流程分為兩階段：於「證據能

力」層次中，需要「1) 該前科犯罪事實有明顯特徵；2) 該特徵與待證犯罪事實，有相當程度可據以推斷之類似性」此二積極要件，且於消極要件方面，「3) 該特徵與待證犯罪事實，無缺乏事實根據的評價所導致的錯誤認定嫌疑」下，方取得證據能力；而取得證據能力、合法調查後，於評價其「證明力」時，則需謹守「1) 於合理推論之範圍內；2) 不能單憑前科資料認定是否有證據價值。」之二脈絡，換言之，似有創設超法規補強法則之發展，然於此一指標性判決出現後，實務受如何之影響，未來之運作走向如何仍尚待觀察，然其嘗試與突破殊值肯定。

伍、習性推論禁止法則與演化論

一、演化論上的直覺與法律原則之衝突

然而，究其根本，為何被告的「前科紀錄」如此的為刑事司法體系所嚴陣以待？為何相距萬里的刑事司法制度，都須發展出一套原則，以嚴加防範我們去過度的參考被告的「前科紀錄」？這些疑問，也許能從演化論的角度中找到答案。論者指出，對一個策略行為人而言，在判斷另一個策略行為人的行事策略時，沒有比這個策略行為人的過去行為更為重要的資訊。這些資訊於文獻上即為「前行為」。也就是說，我們於某種程度上被設定為根據過去來學習。因此，現在刑事司法體系中，如「不許陪審團員得知本案被告的前科資料之原則」此般拒絕將被告之

前科納入考量的法學原則或實踐，之所以備受爭議，因其可能與我們的自然偏好——想知道一個人的前行為，也想要據以決定我們的行為——相衝突，然而，我們之所以發展出這樣的原則，正是因為認知到這樣的自然偏好所潛伏的危險。因為在刑事司法體系中，對前科的純粹直覺，將使一原本於舉證責任原則、毫無合理懷疑原則下得以無罪開釋的無辜被告，增加被定罪的機會³³。而本文所探討之「習性推論禁止原則」，其不許被告之前科紀錄的相關證據進入法院，作為認事用法之基礎。筆者認為，與上開「不許陪審團員得知本案被告的前科資料之原則」有其淵源上的極高近似。

二、小結

如採用上述Hoffman之審查流程，吾人可得知，雖不能確認這項原則是否會對判決結果帶來完全相反的劇烈影響，然可以確定的是，確實存在一項依循前科論事之演化上直覺，而這項原則的引入，正以完全相反的態勢，試圖扭轉這像我們演化下所發展出用以適應環境的習慣。因此，也許為這項原則為何為證據法學上之重要爭點，及為何發展出如此多樣的例外，帶來一些演化論背景上的視角。

陸、結語

本文為一探討性質之專論，旨在基於「它

註33：MORRIS B. HOFFMAN, *supra* note 2, at 256-.

山之石，可以為錯」之動機，援引美國聯邦證據法以及美國司法實務之實踐，將前科紀錄原則上做為品格證據之一，基於「習性推論禁止原則」將其排除於刑事司法體系之外，卻創設各種例外，於實體法上，將之引入作為累犯認定、加強刑罰之適用前提；而於程序法上，引入為未成年人視同成人審判與否之判斷標準之一；或於審判程序中，於證明同一性或主觀要件時，引為認事用法之基礎證據資料之各種情形進行淺介。而對此各項之例外情形，針對我國現況筆者之回應見解如下：

一、前科紀錄之使用與累犯認定、量刑加強

我國現行刑法第47條第1項中「累犯之認定」及第77條第2項如前述「重罪三犯、有期徒刑、不得假釋」之我國版本三振法案規定，將行為人先前所犯下之犯罪，作為加重刑罰之條件。其是否有刑事政策上存在之必要性，雖非本文探討之核心，然而筆者以為，其先前之犯行，刑事司法體系既已做出反應且已完整評價，卻又使行為人於後犯行之科刑上，因先前行為而處於更不利之地位，其刑罰發動之正當性殊值深思。

二、前科紀錄之使用與習性推論禁止法則

我國實務於刑事訴訟法之規定極為簡陋之情形下，試圖引入美國聯邦證據法之立法例，改善此領域規範密度顯然不足之情形，其用心殊值肯定。然而，部分判決於體系上

之根基發軔，或因理解之歧異、或受限於論理之篇幅，而未能妥善而完整的將此套原則呈現於判決文中，而易生體系混淆之風險。

事實上，如反璞歸真，回歸事物之本質以觀，被告之前科紀錄本身之性質，與本案構成要件待證事實之有無並無直接的關涉。其既以被告之過去行為，來推論本案之事實認定、法律適用與量刑之輕重，即屬被告特定部分品格（被告的過去素行）之觀察結果，其本身即為「品格證據」之一種，原則上同受「習性推論禁止法則」之排除。然而，這項「品格證據」卻有其特殊性，因為它可以在某些情況中，藉由被告的過去素行，來間接推斷本案構成要件待證事實之有無，如主觀要件或同一性之判斷時，因此彼邦創設了如Rule404(b)(2)之例外，允許這些證據進入審判庭內。

換言之，其他的品格證據，之所以沒有例外，是因為我們根本無法藉由其推斷本案構成要件待證事實，如，我們無法以「被告是個行事草率的人」這項「被告的素行」，來推斷「被告於本件交通事故之過失致人於死罪中有過失」，這樣的推論顯然無法為現代法治國家所接受；但，我們卻可以用「被告都以這樣的手法搶劫銀行」這項「被告的素行」，來推斷「這件承審的銀行強盜案件，有較高可能為被告所犯下」。此項體系不可紊亂，否則我們會誤認「所有的品格證據都可能用以證明待證事實」，將會徹底破毀這項例外存在的意義。

因此，本文主張，我國實務於刑事訴訟法尚未修正前，仍應嚴守「習性推論禁止法

則」於證據能力層次，作為所有之品格證據（包含「前科（前行為）證據」）共通之證據排除法則，並於「前科（前行為）證據」中，允許以證明被告同一性或主觀要件之例外，允許其證據能力，而於證據力層次中，

則鑑於此類證據雖例外地獲得了證據能力，卻仍較一般證據，有潛在較高之導致預斷、偏見的誤判風險，故可輔以超法規補強法則之發展，要求其仍需其他補強證據，殊不宜單憑前科資料認定其證據價值。

稿 約

- 一、每期截稿日為每月月底五天前。
- 二、手寫稿之字跡務必工整；為求校稿之便利，請作者提供磁片或電子檔案。
- 三、本刊各專欄均歡迎投稿及提供資料，學者專家來稿請附學、經歷及現職基本資料及聯絡地址電話。
- 四、請作者切勿一稿兩投。但如為研（座）討會內之特定人士閱覽之文章不在此限。
- 五、文稿如有引用其他著作者，請註明其出處，並提供註釋。
- 六、本刊為公會刊物，常態性設有中華民國律師公會全國聯合會會務屬性之專欄，關於該專欄之文件或文章，由秘書長會知會訊委員會主任委員刊登，不計稿酬。
- 七、所有稿件均應依審稿辦法處理。
- 八、本刊審稿委員得提供修稿建議，如作者拒絕者，應特別註明。
- 九、為感謝作者熱心支持本刊，除第六條規定外，凡經審稿通過之文稿，當酌致稿酬如下：
 - （一）本刊稿酬每一字新台幣壹元，外文稿酬另議。
 - （二）凡超過壹萬貳仟字之稿件，壹萬貳仟字以上部份，每字新台幣0.5元。
 - （三）每篇稿件給付稿酬上限為新台幣壹萬伍千元。
 - （四）翻譯之文稿，每字新台幣0.5元。
 - （五）未具原創性，而係引用其他學術文獻及法案等之附件者，除有例外，否則不列入稿酬之計算。
- 十、投稿者欲撤回投稿時，若已完成編排作業者，須賠償本會審稿之審查費用新台幣貳千元，並經編輯委員會同意後始得撤回。
- 十一、本稿約經會訊委員會修正通過後自2008年1月10日施行。