第二章　基礎說明

第一節　職權調查

壹、問題提出

量刑事實有關證據之提出或調查，是由檢察官或被告負舉證責任，或法院職權調查事項？理論與實務有不同見解，事關科刑事證之調查，應先釐清。

貳、相關見解

一、日本實務學說

關於量刑事實之舉證責任，日本學說及實務，主要有三說：

一、檢察官舉證說：

不問被告利或不利，檢察官一律負起舉證責任，亦即將量刑事實當作實體法上之事實。

二、區分說：

就對被告不利事項，由檢察官負舉證責任，就對被告有利事項，則由被告負舉證責任，但心證門檻僅至相當理由或釋明之程度即可。問題是調查後之證據是否利不利被告，或不易判別，或易陷入偏見之虞，同時提前篩選，也會影響所謂一切情狀之周全性。

三、舉證責任不要說：

關於科刑事實，除了與犯罪事實有密切關連之情節事實外，其餘如生長經歷、品行、犯後態度等其餘事由，沒有舉證責任分配之問題。科刑事實屬於法院職權調查認定之事項。目前此說為有力說，但亦有修正為當量刑事項屬對被告加重或從重之事由

時，例如檢察官求處被告死刑，主張被告無教化可能性，就應由檢察官負舉證責任[9]。

二、我國立法實務

刑事訴訟法第 161 條檢察官之舉證責任，乃至同法第 163 條法院發見真實之範圍，通常是針對犯罪事實。立法上對於科刑事實之舉證責任並不明確，以致實務上對於科刑事由之調查，每每充滿職權調查之色彩。而許多科刑事項在未調查評價前，很難明辨對被告利或不利，加上查與不查，只是科刑資料多少之程度問題，各法官之看法不一，有的會詳查，有的不查亦可憑有限之資料量刑。所以，實務上對科刑事由之曉諭調查不若犯罪事實，自可想像。但重大刑事案件，法官即應面對科刑資料充足之問題。

除了科刑以外，關於保安處分，實例亦有檢察官乃至事實審法院均未論及被告宣付保安處分之情，但最高法院 96 年度台上字第 1902 號判決指出：「刑法第 90 條第 1 項規定係由法院審酌其行為之常習性、嚴重性、危險性及對未來行為之期待性，依比例原則決定應否令入勞動處所強制工作，以達預防之目的。本件原判決事實認定：被告等共同以詐欺為常業，詐欺行為長達六、七年，詐欺之次數甚多，且被害人人數多達 25 人等情。則被告之詐欺行為，是否已成為生活上之慣行而有犯罪習慣？即有深入探求之餘地。且渠等既係賴詐欺維生，似亦欠缺正確之謀生觀念，如無法有效控制其行為，日後對於社會之安定，是否不具破壞性、危險性？對其未來之行為有無期待性？尤非無疑，此與判斷渠等應否宣付保安處分攸關，自應妥適斟酌，詳加說明，始為

[9] 見郭煜偉，量刑事實之調查與量刑情狀鑑定，載於檢察新論第 23 期，第 31 頁。

適法」。亦得由法院依職權指摘並發回調查。

參、本文看法

無論日本學者通說，或我國實務多數見解，均認關於被告之科刑事證，檢察官及被告均可提出供法院參考，為妥適量刑。實際操作上，可能視該科刑事由之主張由何方提出而定，可以提出科刑之證據資料，也可聲請法院加以調查。除此之外，若要對被告為全盤深入之了解，自得由法院依職權加以調查。

第二節　證明釋明

壹、問題提出

刑事案件依所應調查之待證事項性質之不同，其證明方法有嚴格證明及自由證明之別。涉及犯罪事實要件之該當性、有責性及違法性，或刑罰加重、減輕等與刑罰權擴張、減縮有關之事項，應採取嚴格之證明，故其證據調查之方式及證據能力，均受法律所規範，適用直接審理原則；至非屬上述犯罪構成要件及與刑罰權擴張、減縮有關之事實，則僅以自由證明為已足，其證據調查程序不受嚴格限制，此經最高法院 103 年度台上字第 4272 號判決著有明文。

以被害人為例，被害人之陳述意見，係指陳述人以被害人或其家屬之身分，而為主觀意見之表達。於自由證明之事項，法院固得予以採納；於須經嚴格證明之事實，則應改以證人身分，經過嚴謹之調查程序，其供述始具有證據能力。問題是究竟何種科刑情狀是嚴格證明，或自由證明，此即適用範圍之問題。以下先框列我國實務見解，再佐以日本學說及實務見解作為比較參考，繼而再細列具體項目分別探討。此外，即使採取嚴格證明之方

法，在科刑事實之認定，是否均與犯罪事實認定之標準相同？如有差異，其間區別何在？此即證明程度之問題。

貳、適用範圍

一、概括說明

（一）實務見解

1. 量刑資料均自由證明

刑法第 57 條各款所列情形，僅屬法院科刑時應審酌之裁量事項，非屬犯罪構成要件事實，與刑罰權之存否及其範圍之擴張、減縮無關，以經自由證明為已足，其使用之證據，證據能力或證據調查程序不受嚴格限制。且法院於行使刑罰裁量之決定時，應就與科刑相關情狀之事證為適當之審酌，不可忽略或偏重一方，致有礙量刑公正[10]。

2. 區分是否宣告死刑

量刑所應審酌之刑法第 57 條事由，在非宣告死刑案件，以經自由證明為已足。量刑本即係審酌刑法第 57 條各款所列情狀綜合考量下，並佐以被告有無再社會化的可能，全面性地衡量刑度，是原審依此說明被告量刑之理由並無違誤[11]。教化可能性並非犯罪事實有無之認定，但其可能性之研判，又非法官或國民法官可以自行參酌相關資料加以認定。實務上必然選任或囑託相關專家為鑑定，且其判定涉及被告死刑判決之重要參

[10] 最高法院 103 年度台上字第 4272 號、104 年度台上字第 3630 號判決參照。
[11] 最高法院 106 年度台上字第 3149 號、108 年度台上字第 940 號判決參照。

考，所以這一方面，若謂自由證明即可，亦有點牽強不切實。不過，實務案件均依嚴謹之資格選定並踐行法定調查、辯論程序，尚無問題。

3. 區分相關情狀事由而定

所謂「科刑資料」，係指刑法第 57 條或第 58 條規定刑之量定有關之事實而言，其中科刑情狀有關之事由，如已屬於犯罪構成要件之要素者，固應予嚴格證明，於論罪證據之階段依各項證據方法之法定調查程序（如刑事訴訟法第 164 條至第 166 條等規定）進行調查；倘為單純科刑情狀之事實，諸如犯罪行為人之生活狀況、犯罪行為人之品行、犯罪時所受之刺激、犯罪後之態度等等，則以自由證明為已足[12]。

所謂「科刑資料」，參諸刑事訴訟法第 310 條第 3 款所定，有罪判決書應於理由內記載「科刑時就刑法第 57 條或第 58 條規定事項所審酌之情形」之旨，應係包括刑法第 57 條或第 58 條所定刑之量定有關之事實而言。而其中與犯罪事實有關者（如犯罪之手段、違反義務之程度、所生危險或損害等），因須嚴格證明，故於論罪階段依各項證據之法定調查程序進行調查即可。至於非屬犯罪事實而單純作為科刑應審酌情狀之事實者（如犯罪行為人之生活狀況、犯罪後之態度等），則以自由證明為已足[13]。

（二）日本見解[14]

---

[12] 最高法院 102 年度台上字第 170 號、107 年度台上字第 2198 號判決參照。
[13] 最高法院 108 年度台上字第 4129 號、109 年度台上字第 2309 號判決參照。
[14] 見郭煜偉，前揭文第 32 頁；陳運財，20171115 在法官學院之簡報資料。

1. 日本學說見解

關於適用範圍，日本學說主要有四說：

自由證明說（多數說）：與犯罪事實證明的重要性相較，科刑在本質上已有不同，從科刑資料越豐富越有助於量刑精緻化之角度，何況某些報告可能不合鑑定資格之要求，又無法轉換成人證。如採嚴格證明，可能無法取得必要之資料，而影響科刑妥當性。但問題在於非任意性自白或違法監聽所取得之資料，或對文書真偽有爭執之證據，可否作為量刑判斷使用？則有討論空間。

修正的自由證明說（平野龍一）：基本上不限制資格，例外是當事人有爭執時，則證據能力之要求即復活，而需檢討其證據能力及證明力，以供法院形成心證。缺點是以當事人異議與否作為前提，可能對於無辯護人之被告不利。

嚴格證明說：所有科刑資料之調查，與犯罪事實相同，同屬實體面的事實，且在法定刑或處斷刑之範圍內，決定宣告之刑，與刑罰權是否存在之判斷問題，同等重要。加上因法定刑範圍大，且量刑基準不明確，有必要透過嚴格證明之方法，避免法官刑罰裁量權擅斷。只是傳聞例外規定，可以放寬解釋。

修正的嚴格證明說：考慮到被告方之情狀證據舉證不易，就對被告不利之科刑資料調查採嚴格證明程序，對被告有利者採自由證明程序，缺點是利或不利難以區分，也造成科刑調查程序的混亂。也有主張由被告提出之證據，或彈劾檢察官提出科刑證據時（類似無罪判決之證據處理），均可採自由證明程序。

2. 日本實務見解

採自由證明之案例：是否緩刑之相關情狀之認定，未必須嚴格證明始可，因刑事訴訟法並未對科刑證據之證據能力或調查設限，若均需嚴格證明，反而妨害部分個案科刑事實的妥當性。

採嚴格證明之案例：國家刑罰權的範圍，若容許自由證明，當事人的出證將無軌道可循，可能任意提出聲明書、和解書等，加上他造聲請調查反證，造成訴訟困擾，也導致無法維繫證據調查之適當性。

二、具體說明

（一）證明事項

1. 犯罪原因

故意犯之犯罪原因、動機，乃供確定刑罰權存否之犯罪構成事實，而非單純之量刑資料，應屬嚴格事實而須經「嚴格證明」之要求[15]。因為，如單憑被告之供述，或輾轉聽聞第三人於審判外之陳述，未查明其他佐證，即依此認定（如認被害人移情別戀或先行施暴等等），對事實之真相發見，尚有疑義。

2. 加重減輕

法律上刑之加重、減免事由，如累犯加重、自首減輕，乃刑罰權範圍擴張、減縮之事由，攸關構成刑罰權成立基礎之事實，應予以嚴格證明。申言之，可供確定

[15] 最高法院 93 年度台上第 6824 號、95 年度台上字第 3411 號、96 年度台上字第 2357、5119 號判決參照。學說則謂構成犯罪之直接或間接與犯罪事實相關者，如動機、目的、手段、態樣、侵害程度及共犯關係等犯罪情狀，均應嚴格證明。

刑罰權存否及有無刑罰加重減免事由與刑罰權範圍之事實，均屬嚴格事實，應經嚴格證明。例如貪污治罪條例訂有「所得或所圖得財物或不正利益」「行求、期約或交付之財物」在一定金額以下者減輕其刑之規定（該條例第 12 條參照），此「一定金額以下」，乃刑之減輕事由，屬供確定刑罰權範圍之事實，非單純量刑資料，須經嚴格證明[16]。

（二）釋明事項

1. 犯罪原因

犯罪之動機或目的，僅係單純科刑所審酌之情狀，非屬犯罪構成要件之事實，以經「自由證明」為已足[17]。

2. 教化可能

被告有無教化可能，核屬是否量處死刑之重要審酌事項，應有合於自由證明相關卷內證據資料為憑）。另外，被告過失情節是否重大，係屬量刑時應依職權審酌之事項，非屬犯罪構成要件之事實，毋庸經嚴格之證明，而以自由證明為已足[18]。

3. 被害程度

真品光碟之價格若干，僅屬科刑裁量審酌事項，不須予以嚴格證明，原判決引用「鑑視結果」為依據，縱

[16] 最高法院 94 年度台上第 816 號、96 年度台上字第 3622、5389、5421 號、97 年度台上字第 1366 號判決參照。

[17] 最高法院 91 年度台上第 980 號、92 年度台上字第 3844 號、97 年度台上字第 5615 號、98 年度台上字第 5850、7794 號判決參照。

[18] 最高法院 105 年度台上字第 731 號判決，過失情節見 96 年度台上字第 2200 號判決參照。

認其並無證據能力，於法仍屬無違。又原判決量刑所審酌林美燕虛列人頭及冒用會員名義標會，詐騙金額高達至少 692 萬元，詐騙之金額多來自單親家庭、肢體殘障者等事項，均非行使偽造私文書犯罪構成要件之事實，另被害人行為後之精神或心理狀況為何，乃其身心單純情狀之事實，既非犯罪事實之內容，不屬犯罪構成要件之要素，本即非嚴格證明之對象，以自由證明為已足，無須為嚴格之證明[19]。

參、證明程度

一、心證要求

日本多數實務見解採嚴格證明之理由，並非理論的產物，而是對早期量刑調查過於粗糙所為之反省，且基於宣告量刑的重要性，只是針對狹義科刑情狀如被告之生活背景、犯後態度等，是否須達確信、或優越性、或視情狀重要性，而有程度上之差異。若採自由證明之方法，只須卷證相符，並不限須有證據能力之證據資料始可，可允許傳聞證據，不需交互詰問，亦可用其他證據代替。至於自由證明之心證要求，則有爭議。通說是證據優勢即可，不必達確信之程度。少數說則認自由證明與嚴格證明，只差在證據能力要求與證據調查方式而已，但證明程度均須達確信[20]。也有認為視待證事項的重要性及證明的合理性等，異其證明

[19] 最高法院 97 年度台上字第 1366、6173 號及 98 年度台非字第 332 號判決參照。

[20] 學者謂這在回顧性的科刑資料，也許可能做到，但就展望性、評估性的資料，例如再犯危險性、改善可能性等，甚至過去發生之行為人屬性事項如生長經歷，也難以達到確信程度。見郭煜偉，前揭文第 34 至 35 頁。

之程度，可能須確信，或以證據優越性為已足[21]。這一問題，在沒收之證明上，也是有同樣的爭論。

實務上之作法，可以考慮在對被告量刑有重大影響，當事人復對此有爭議，宜朝嚴格證明方式為之。除非依個別的科刑證據重要性及取得的困難性等，得以緩和以適當方式進行調查並判定。

二、有疑法則

科刑證據調查完畢，如關於特定的科刑情狀仍無法獲得確信時，是否適用有疑利於被告之原則？學者舉例說明，殺人案件中，被告自白因與被害人感情生變，一怒之下殺害被害人，因心無對證，在犯罪事實的部分，此項動機之自白無法確信，惟在可推論的動機當中，是有利於被告，故在科刑情狀，基於有疑利於被告原則，此項被告自白之動機，仍可作為量刑之基礎。又如在被告涉嫌財產犯罪案件中，被告已賠償被害人 60 萬元或 20 萬元，屬於重要的科刑情狀，亦有利益原則之適用[22]。本文對上述見解，則持保留之看法。

第三節　釋明程序

壹、問題提出

嚴格證明法則，依法定證據方法之證據能力，加上踐行法定調查程序，始可作為判決之依據，而所謂自由證明法則，自由證明之證據資料，是否仍須踐行調查？或僅合法資料即可？區分是否不利於被告而有別？其適用範圍或具體內涵為何？運用上有無

[21] 見陳運財，20171115 在法官學院之簡報資料。
[22] 見陳運財，20171115 在法官學院之簡報資料。

其他限制？分別於下以實例說明。

貳、相關見解

一、卷證相符

法院審酌刑法第 57 條各款規定之科刑應行審酌之情狀，因非屬犯罪構成要件之事實，以經自由證明為已足；所謂自由證明，係指使用之證據，其證據能力或證據調查程序不受嚴格限制而已，其關於此項科刑審酌之裁量事項之認定，仍應與卷內證據相符，方為適法[23]。實例有判決表示被告於原審既已坦承不諱，乃原判決於量刑理由內指其未坦認全部犯行，即與卷存證據不相符合[24]。

值得討論的是，被告犯後因悔悟而力謀恢復原狀或賠償被害人損害，最高法院 96 年度台上字第 2357 號、95 年度台上字第 7085 號判決，分別指明此為單純科刑應行審酌之情狀，非屬犯罪構成要件之事實，以經自由證明為已足；關於諭知緩刑時所考量被告是否有再犯之虞，並非必以嚴格證據證明為必要。則被告於案件辯論終結後始提出和解書，此時是否只要卷證相符，縱未經法院調查，亦可作為被告量刑或是否緩刑之參考？再查下列實務之不同見解，容有再探討之處。

二、踐行調查

按科刑情狀之事實，諸如犯罪行為人之生活狀況、犯罪行為

---

[23] 最高法院 97 年度台上字第 1052 號、98 年度台上字第 3258 號、99 年度台上字第 4210 號判決參照。

[24] 最高法院 96 年度台上字第 7578 號、97 年度台上字第 6386、6827 號、98 年度台上字第 1260 號判決參照。

人之品行、犯罪時所受之刺激、犯罪後之態度等，以自由證明為已足，科刑資料調查之方法如何，法無明文，自無須與調查犯罪事實必須經過嚴格之證明。本件原審審理時，業已就前科紀錄表、被告於警偵及審理中之供述，與量刑範圍等均已提示調查，由被告及其辯護人表示意見，難謂未經合法之調查程序[25]。

但所謂踐行調查，是指提示證據，並請當事人表示意見，即屬合法調查，並非嚴格證明程序之調查。以下二例是未踐行調查即採為量刑證據。

科刑資料雖以自由之證明為已足，必也經過調查，使當事人、辯護人有陳述意見之機會，始有刑事訴訟法第 310 條第 3 款所定情形。否則所謂之審酌並記載於有罪之判決書云云，即失所據，其刑之量定自不足據以斷定。本件審判長於訊問被訴事實後，僅就被告學歷、職業、家庭、經濟狀況；有無賠償及同意賠償之情形詢問雙方，並就科刑之範圍表示意見外，並未就被告之各類輔導及治療課程紀錄、各次觀察評估紀錄，及被害人對被告提起損害賠償之民事判決等科刑資料，予以提示調查，以使被告、辯護人及檢察官得以就上開資料表示意見，即採為量刑準據之一，所踐行之訴訟程序即難謂適法[26]。

量刑固屬自由證明事項，然仍以審理時已存並於審判程序適法調查者為限。此觀之刑事訴訟法第 288 條第 4 項所為審判長就被告科刑資料之調查，應於前項事實訊問後行之；及同法第 289 條第 3 項之審判長命辯論後，應予當事人就科範圍表示意見之機會等規定自明。原判決理由撤銷第一審量刑其中所憑，係以被告

[25] 最高法院 103 年度台上字第 1783 號判決參照。

[26] 最高法院 100 年度台上字第 2261 號、102 年度台上第 4089 號、105 年度台上第 480 號、107 年度台上字第 1373 號判決參照。

與告訴人陳佩儀達成和解之陳報狀及和解筆錄。惟該陳報狀及和解筆錄均係於原審 107 年 9 月 18 日審判期日後之同年 10 月 2 日始向原審提出。則似難認就該等科刑資料業經踐行合法調查程序。原判決援引為本件量刑因子，所為量刑自非允洽[27]。

三、區別以定

1. 區分是否不利被告？

所謂自由證明，僅係指使用之證據，其證據能力或證據調查程序不受嚴格限制而已，至此等單純作為科刑應審酌情狀之事實應如何調查，法固無明文；然對不利於被告之科刑資料，必須在科刑資料之調查階段使被告有陳述意見或為防禦之機會，始得認為已經調查而符合正當法律程序。原判決以原審與被害人間之公務電話紀錄為據，而不採被告所為業已賠償被害人 60 萬元之答辯，認定被告未賠償分文，惟審判長並未提示上開電話紀錄，使被告對該不利其量刑之科刑資料有表示意見及聲請調查證據之機會，有該日審判程序筆錄可徵，此部分所踐行之訴訟程序，自難謂適法[28]。

2. 本件針對二審未詳查被告犯後態度如何，遽認其犯後態度改善，乃對被告有利之量刑資料，仍應踐行調查。

所謂自由證明，僅指調查方式不受嚴格限制而已，其關於上揭科刑審酌事項之認定，仍應與卷存證據相合，始屬適法。而刑法第 57 條第 1 款、第 10 款明定行為人犯罪之動機、目的、及犯罪後之態度等，為科刑輕重應審酌注意之事項，此所謂犯罪之動機、目的係犯罪故意發動、形成之原因；犯罪後之

[27] 最高法院 108 年度台上字第 3114 號判決參照。
[28] 最高法院 108 年度台上字第 4129 號、109 年度台上字第 2309 號判決參照。

態度，則包括犯罪後因悔悟而力謀恢復原狀，或與被害人和解，賠償損害等情形，俱屬重要之刑罰裁量標準。事實審法院對於卷內資料以及被告或檢察官聲請調查者，倘與上述科刑應審酌之事項相關而確實影響刑罰之裁量者，仍應於審判程序中依刑事訴訟法第 288 條第 4 項、第 289 條第 3 項等規定為適當之調查，以為妥適量刑之依據，俾昭折服[29]。

參、本文看法

不單量刑之事實須與卷證相符，而且應踐行科刑調查之程序，始可作為量刑之參考，不應區分有利或不利於被告之事項，因有利於被告，相對言，可能就不利於被害人，為顧全控辯雙方說明之機會，均應進行程序調查才是適法。再參以刑事訴訟法第 157 條及第 158 條規定，公眾週知之事實，及事實於法院已顯著或為其職務上所已知者，雖毋庸舉證，法院得予主動適用，並不在調查範圍內。但何種事實為無庸舉證之事實，如任由法院逕行認定，判決結果極易引起當事人爭議，故同法第 158 條之 1 規定，法院應予當事人就該等事實有陳述意見之機會，以昭公信。可見，作為被告量刑之有利不利資料，為考量當事人程序保障之周全，均應於科刑程序踐行調查，始為合法、妥當。

[29] 最高法院 109 年度台上字第 1721 號判決參照。