第四章　調查程序

第一節　基本說明

刑事訴訟法第 288 條第 3、4 項

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。

通常審判程序之前後順序大略如下：

非任意性自白→犯罪事實之證據→自白或不利陳述→被訴事實之訊問→科刑資料調查→事實及法律辯論→科刑辯論→最後陳述。

壹、調查階段

一、科刑資料應在被訴事實訊問之後

（一）立法本旨

我國刑事審判程序之核心，在於證據調查與言詞辯論，因真實之發見須依憑證據，而心證之形成更由來於此。證據調查分為論罪證據之調查、科刑資料之調查，其先後順序，依刑事訴訟法第 288 條第 3 項、第 4 項規定，以審判長就被告被訴事實之訊問為分界，將論罪事實與科刑之調查程序予以分離，亦即在證據調查之後，始就被訴事實訊問被告，於被訴事實訊問後，方能調查被告之科刑資料。立法目的無非避免與犯罪事實無關之科刑資料，影響法官認定事實之心證，確保罪責認定之純粹性，同時也規範法院刑罰之裁量，能免出於恣意。總之，證據資料應區分究竟應於「論罪證據調查」或「科刑資料」階段踐行調查。

惟論者有謂為避免預斷，落實定罪與罪刑程序分離之精神，認為宜於事實及法律辯論後，再進行科刑資料之調查，最後再進

行量刑辯論[42]。但所稱辯論程序，自應基於審判程序所已調查之證據資料予以申論，為區別事證調查與辯論程序，仍認所有事證之調查，應在辯論之前為之，但立法論上自可以討論。另有學者指出：定罪與量刑程序二分論，重點不在於避免法院偏見，而是在於如何強化辯護權保障，使能更充分的進行量刑調查與辯論，尤其是被告、辯護人以無罪抗辯為不二主張，總以為若聲請調查科刑資料，或充分科刑辯論，法院可能誤會其有搖擺之立場，而不願多所介墨，往往造成此類案件之量刑空洞化，辯護權無從發揮之情形。但如果是被告認罪案件，或第一審之事實前提大致底定，第二審作為事實覆審，如此即可成為量刑調查及辯論之主要場域。

（二）違反效果

1. 屬有利被告科刑資料之無害瑕疵

刑事訴訟法第 288 條第 4 項所定程序規定，應認係為被告之利益而設。故該項資料，倘係由被告主動提出以求為有利之量刑參酌，縱法院就該部分科刑資料之調查，非於其被訴犯罪事實訊問後行之，所踐行之調查程序稍有瑕疵，但此項調查，既無影響於法院認定犯罪事實之心證，且非屬不利被告之量刑審酌事項，即與判決本旨顯無影響。

被告於原審主動提出學生證、診斷證明書、身心障礙手冊、戶籍謄本、工作證明、中低收入戶證明書、徵信報告等件為科刑資料，請求有利之量刑參酌，審判長於審理程序亦已提示上開資料，賦予當事人、辯護人等

[42] 司法周刊第 1664 期（2013 年 9 月 27 日）第 1 版。

陳述意見之機會，原判決乃依憑上開科刑資料，將被告係高中畢業，有小吃店廚房等工作經歷，其母罹有相關疾病，領有重度身心障礙手冊，日常生活功能需他人照顧，屬中低收入戶，有債務尚未清償之智識程度、生活狀況及犯罪之動機，列為有利於被告之量刑審酌事項為刑之量定。則上開科刑資料，既係被告主動提出以求為有利之量刑參酌，而原審亦於審理程序踐行調查程序併予被告等表示意見之機會後，採為量刑參酌事項，縱原審就上開科刑資料之調查，非依規定於被訴犯罪事實訊問後行之，所踐行之調查程序稍有瑕疵，然此項調查，既無影響於原審認定事實之心證，且對被告之量刑結果亦無不利，即與判決本旨顯無影響，自不得執為第三審上訴之適法理由[43]。

2. 未妨礙心證及防禦之無害瑕疵

刑事訴訟法第 288 條第 4 項係對於審判長就被告科刑資料之調查程序所為之規定，是因我國現行法制，認定犯罪事實與科刑均由同一法官為之，為恐與犯罪事實無關之科刑資料會影響法官「認定事實」之心證，而增訂該項規定。是其立法目的，係重在防止法官因對被告品格等資料之調查，影響對犯罪事實之認定。而原判決雖在訊問曾建軍犯罪事實之前，提示被害人之妻之陳述及被告之精神鑑定報告書，但並未依上開事證，作為認定被告犯罪事實之依據，亦即對於被告犯罪事實之認定

[43] 最高法院 103 年度台上字第 1790 號判決參照。學者有質疑該規定是否僅為保護被告之利益而設？如不利於被告之量刑審酌事項或無從評價有利或不利時，違反之效果又如何？

並無影響[44]。

洪東榮謂其在監執行期間，曾因舉發收容人脫逃及提出對監所管理改進之卓越意見，而獲頒獎狀鼓勵，足認其已有所悔悟云云。然上開獎狀等科刑資料，原審於踐行調查證據程序時已提示、調查其呈報狀所附手抄佛經經文「等」資料，併予以辨明機會。辯護人亦陳明：「以他在監獄表現……足以證明其犯後態度確實良好」等語。縱未於訊問事實後，就上揭科刑資料再逐一提示辯論，其訴訟程序之進行或有微疵，然並未因而妨礙或限制其防禦權，亦不影響判決之本旨，自難據為合法上訴第三審之理由[45]。

刑法第 57 條所列科刑審酌情狀之事實，諸如犯罪行為人之生活狀況、品行、犯罪時所受之刺激、犯罪後態度等，以自由證明為已足，科刑資料調查之方法如何，法無明文，自無須如調查犯罪事實般必須經過嚴格之證明。本件原審審理時，

業已就被告之前科紀錄表，與科刑範圍等提示調查，由被告其辯護人分別表示意見，其餘各項犯罪之動機、情狀等足供科刑審查之資料，亦散見被告、證人各筆錄及卷證中，並在提示調查時併受審酌，尤無就此任意爭執原審科刑資料之調查程序違法之餘地[46]。

上開事例雖違反程序規定而有瑕疵，但最高法院以有利於被告之科刑資料或無害瑕疵為由，認為此項調查，既無影響於原審

[44] 最高法院 107 年度台上字第 519 號判決參照。
[45] 最高法院 105 年度台上字第 2053 號判決參照。
[46] 最高法院 106 年度台上字第 3942 號判決參照。

認定事實之心證，且對被告之量刑結果亦無不利，即與判決本旨顯無影響，尚不得執為第三審上訴之適法理由。

然應予說明的，目前一般案件尚可容忍階段性之瑕疵無害，但時日漸久，事實審法院應體悟此程序規定，妥適踐行訴訟程序，尤其於死刑或重刑案件更趨嚴格，務須實質踐行此一分離程序，以資合法，此將於第三節另述。

二、曉諭提出及再開辯論

（一）曉諭告知提出或聲請調查

依刑事訴訟法第 288 條之 1 第 2 項規定，審判長應告知被告得以提出或聲請調查對其有利之科刑證據，始與同法第 288 條第 4 項修法意旨相契合[47]。司法院因釋字第 775 號解釋後，為使法院科刑判決符合憲法上罪刑相當原則，法院審判時應由當事人就加重、減輕或免除其刑等事實，如刑法第 47 條、第 59 條至第 62 條、毒品危害防制條例第 17 條等，及其他科刑資料，如刑法第 57 條、第 58 條等，指出證明方法，俾進行周詳之調查，爰於刑事訴訟法第 288 條草案明定「審判長於科刑調查程序，應先曉諭當事人就科刑資料指出證明之方法」[48]。據此，雖準備程序已有曉諭告知提出可供科刑參考之資料，或聲請法院調查，但於審判程序開始調查科刑證據之前，本於上開規定，仍應先曉諭當事人就科刑資料指出證明之方法。

於審判筆錄上，在訊問被訴事實之後，審判長得詢問當事人及辯

[47] 最高法院 102 年度台上字第 170、4742 號判決參照。

[48] 司法周刊 109 年 5 月 22 日第 2004 期首版。此類似刑事訴訟法第 163 條所謂之「發見證據之調查」，有別於踐行調查程序之調查。附帶一言，沒收新制後，有關沒收與否或範圍有所爭議，尤其涉及第三人參與時，究在何階段程序進行調查、辯論，也是新的議題。

護人下列問句：

問檢察官、被告及辯護人：

是否有要提出對被告量刑有利或不利之證據資料？

問檢察官、辯護人：

是否要依刑法第 57 條各款事由詢問被告（或就檢辯提出之資料詢問意見）？

（二）審結後提出事證應再開辯論

基於「修復式司法」理念，國家有責權衡被告接受國家刑罰權執行之法益與確保被害人損害彌補之法益，使二者在法理上力求衡平，從而被告積極填補損害之作為當然得列為有利之科刑因素。本件被告因業務過失致人於死案件，原審於 104 年 7 月 15 日言詞辯論終結，經指定同月 22 日宣示判決，被告在宣判前已與被害人林素貞之家屬成立調解，同意賠償 252 萬元並付訖，被告亦於同日具狀陳報該調解書。依刑法第 57 條所定，犯罪所生之損害與犯罪後之態度，為科刑輕重應審酌注意之事項，則此項民事調解，對被告之利益，自屬有重大關係之事項，原審既於宣判期日前業已知悉上開調解書之存在，則原判決所引關於被告量刑所應審酌之各項情況，其中有關斟酌「被害人林素貞之子郭建麟業已於本院表示，無法再與被告商談和解事宜，並當庭提出刑事附帶民事訴訟書狀，而對被告提出刑事附帶民事訴訟賠償，是本件顯無再送調解之必要」等情，與原審辯論終結時之狀態已有不同，似非不能再開辯論後，再予調查審認[49]。

原審於 104 年 7 月 15 日辯論終結，定同年 8 月 12 日宣判，然被告於 104 年 8 月 6 日書立同意書，允諾賠償國泰人壽公司

[49] 最高法院 104 年度台上字第 3699 號判決參照。

258 萬元，並願於書立該同意書之日起 2 日內，將 30 萬元匯入國泰人壽公司帳戶，被告及國泰人壽公司並均於翌日具狀向原審陳報已依上開同意書達成和解，國泰人壽公司並於該書狀內表示：「請鈞院命被告依同意書內容所附條件按期賠償告訴人公司之損害，並附記於判決書內，宣告緩刑五年，俾維護告訴人公司之權益」等語。此係在原審辯論終結後、宣判期日之前。原審既於宣判期日前業已知悉有上開同意書、存款憑證之存在，則原判決所引據第一審判決關於被告量刑所審酌之各項情況，其中有關斟酌賠償情狀部分，似已有變更，且國泰人壽公司對被告之科刑有無其他意見，亦非不能於再開辯論後，依法傳喚國泰人壽公司代表人到庭陳述意見，並進行科刑資料之調查，再予當事人就科刑範圍表示意見之機會，使量刑更臻妥適。原判決雖謂：「被告於辯論終結後，提出同意書並請求緩刑。惟被告僅支付 30 萬元，餘款分 3 年每月償還 2 萬元，餘款再分 2 年支付，僅履行被害人為部分賠償，尚不宜宣告緩刑」等語，但此僅係就宜否宣告被告緩刑乙節而作說明，與對被告科刑之審酌，係屬二事。原審未說明何以不須調查之理由，自不足昭折服[50]。

貳、調查內容

一、量刑調查空洞化

刑事判決書關於量刑說明，多會依照刑法第 57 條規定加以審酌，本文要強調的是程序上之問題。實務上常被詬病的是，慣依早前司法院提供參考之審判筆錄例稿，於科刑調查階段，祇列出被告前科資料之調查，所以常僅限於調查屬於被告前科表一

[50] 最高法院 104 年度台上字第 3891 號判決參照。

項。此情，經最高法院 102 年度台上字第 170 號判決表示：「刑事訴訟法關於科刑資料調查之條文修正實施將近 10 年，審判實務卻多僅止於調查被告之前案紀錄一項，鮮少及於其他，考其原因，乃出於事實審各審級法院審判筆錄，係依司法院 92 年 8 月印行之「刑事審判實施詢問及詰問操作手冊」所設計之「審判筆錄」例稿建置，審判長並依此進行審判期日之調查證據，未能深入瞭解修法之意旨，有以致之。」

其他科刑資料並不是不調查，而是在關於犯罪事實之書證一同調查。例如最高法院 104 年度台上字第 2601 號及 108 年度台上字第 1845 號判決均指出：「依審判筆錄記載，審判長於調查證據程序未將論罪證據（如火災原因鑑定書、被告擺放汽油之照片）與科刑資料（如被告之輔導紀錄等）分開提示調查，且於訊問被告被訴事實後，僅提示被告之前案紀錄表及被害人對本案之意見，隨即諭知調查證據完畢，開始言詞辯論，並未依刑事訴訟法第 288 條第 4 項規定，就屬於科刑之資料另為調查，致被告及其辯護人無從對各該資料於量刑之影響有表示意見之機會，此部分所踐行之訴訟程序，難謂適法」。一再強調科刑調查，不要僅限於調查屬於被告品格證據之前案判決執行情形一項。

二、其他調查虛無性

對於通常量刑之外，刑事案件常會就是否沒收或沒收對象、範圍？是否緩刑，適合附加何種條件負擔？如何定數罪之執行刑？是否諭知強制工作、監護處分、酒癮戒治等保安處分等等，予以審酌，只是法院實務對此等事證之調查常甚貧乏，至多以言詞論述表達立場，缺乏有力事證作為憑據。針對上開事項，不宜只是口頭論述，而以提出證據資料或聲請調查為佳。例如犯罪所

得究竟分得多少，有什麼證詞或帳冊合約？又如緩刑所附條件，賠付被害人多少，支付國庫若干，提供多久之義務勞務，或完成精神、戒癮治療或心理輔導等其他適當處遇？

再以強制工作為例，最高法院 108 年度台上字第 3460 號判決指出：「原審為科刑時，自應詳為調查，並審酌被告參與犯罪組織之具體情節，是否有預防矯治其社會危險性之必要，以決定是否一併宣告刑前強制工作？原審就此未予調查、釐清，並於判決內敘明其論斷之依據，逕宣告被告強制工作三年，有調查未盡及判決理由不備之違法」。控辯雙方可以提出關於行為嚴重性、危險性及期待可能性三項基準之相關證據資料，並詢問被告或相關證人該方面之關聯問題，經此科刑程序調查後，再於科刑辯論程序加以論述各自立場。

三、司法現況與未來

近年來因逐漸重視科刑資料之調查，乃進而調查被告之家庭、經濟、身體狀況、智識程度，大多以訊問被告方式得之。其餘如被告或家人診斷證明書、里長證明、在職證明，乃至被害人陳述意見狀、行政懲處等。這些資料，有時是附在辯護狀，有時是被告或律師辯護時才當庭提出，也就是連辯護人也不重視科刑資料之調查，認為反正有提出給法院參考即可，不必在科刑調查程序前提出，並踐行調查。所以法官也有責任，現階段在準備程序，甚至科刑調查前，依法曉諭當事人及辯護人知悉，以促進程序之優化。

長久以來我國審判程序在量刑調查空洞化，不在科刑程序調查刑罰加重減輕之事證，即使刑法第 57 條所列犯案之動機、與被害人之關係等事由，實務上亦鮮少於此階段訊明。被告的人格

背景、犯罪心理機轉等等，沒有任何資料呈現，更遑論其他國家的性格鑑定，法官們也都習慣以〈作文書寫〉的方式來寫量刑理由[51]。少年案件對於處遇前少年調查官都有一本關於少年人格、成長背景、犯罪成因等的報告，以尋求最適合的處遇。反觀在涉及剝奪自由、生命的量刑資料竟如此貧乏。就這點，與先進國家充分的量刑資源、建全的量刑制度比較，我國量刑司法尚屬落後。除了立法改善外，目前司法實務仍可朝向量刑精緻化、核心化目標邁進。

參、科刑性質

一、科刑資料之性質

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。此部分科刑資料調查之方法如何，法無明文，然單純作為科刑應審酌情狀之事實，僅其調查證據之程序不受嚴格限制而已，因此凡與科刑有關之事項與資料，自仍必須在此一階段經過一定之調查，使當事人、辯護人等有陳述意見之機會，並得以對不利之科刑資料進行

[51] Stephanos Bibas 在《刑事司法機器》書中提到：過去 2 個世紀刑事司法的職業化，造成局內人與局外人之間不可逾越的鴻溝。職業化的刑事司法機器，訴訟程序像一台高效率的機器一樣地運行，部分司法從業人員以犧牲許多的司法價值為代價，只為迅速解決自身的案件負擔。奧比薩克思，於其所著斷臂上花朵一書第 261 頁指出：若法律是一部機器，那我們就是賦予這機器生命的靈魂。良知良能是我們的領航員。

防禦，已如前述。因此，科刑資料如介於犯罪要件要素與單純科刑情狀，實務上不免難區分[52]，此時若於犯罪事證之程序調查，尚屬無妨。

有些資料，乍看以為是單純之科刑資料，但實則運用於犯罪事實之認定上，此時這等證據資料，若僅在科刑調查程序調查，只能作為被告量刑之用，而不能作為認定事實有無之證據。此因裁判原則以嚴格證明法則為核心，亦即認定犯罪事實所憑之證據，須具證據能力，且經合法調查，否則不得作為判斷之依據。實務上常見被告之前科資料，通常僅供科刑之用，但在特殊例外時，在事證程序上踐行調查，亦可作為認定事實之證據，詳如下述。此外，被告之學歷、經歷，原則上均是單純之科刑資料，但有時亦可援為事實認定之用。例如被告因其 20 餘年從事房屋整修工作，其低價購屋後，整修漏水壁癌三年，高價賣出，認其可預知該屋為海砂屋，而有不作為詐欺[53]。此時之學經歷，非僅量刑資料，而是事證資料，應於犯罪事實調查程序踐行調查或訊問。

二、前科資料與量刑證據

（一）累犯之認定

被告之前科資料，首在作為是否累犯之認定。這是「法律要件判斷」之定性問題，而是否加重本刑至二分之一之規定，參酌

---

[52] 中共 2012 年刑事訴訟法僅於第 193 條規定審理過程中，對與定罪、量刑的事實、證據都應當進行調查、辯論。並無分離之規範，立法理由是實踐中案件的情況比較複雜，很多證據既是定罪，也是量刑，難以分開，刻意分開也會影響訴訟效率，增加當事人、辯護人的訴訟負擔，既不科學，也不符合我國審判制度。見朗勝主編，中華人民共和刑事訴訟法釋義，2010 年法律出版社。

[53] 高雄高分院 109 年度上易字第 317 號判決參照。

司法院釋字第 775 號解釋意旨，為避免個案發生罪刑不相當之情形，法院就是否加重最低本刑應加以裁量，則係「法律效果裁量」之定量問題。而故意犯行是否構成刑法上所稱之累犯，除關涉是否依前揭規定加重其刑之裁量外，就目前監獄行刑相關規定層面而言，尚涉及受刑或保安處分之進級責任分數逐級加成（行刑累進處遇條例第 19 條第 3 項、保安處分累進處遇規程第 7 條第 2 項）；不得被遴選至外役監受刑（外役監條例第 4 條第 2 項第 3 款）；提報假釋之最低執行刑期較高（刑法第 77 條第 1 項）等差別待遇[54]。

（二）品行與素行

屬於被告品格證據之前案科刑執行紀錄，除係符合刑法第 47 條累犯之要件，因已依處斷刑加重其刑，為避免重複評價，於科刑時應禁止再為審酌外，該前科紀錄本為刑法第 57 條第 5 款規定之「犯罪行為人之品行」之一種，乃行為人「刑罰感受性」之罪犯人格表徵，自可作為刑罰裁量事實之依據。此等科刑資料，所以得為適法之刑罰裁量依據，係因必須在科刑證據階段進行調查（刑事訴訟法第 288 條第 4 項）後，始足語焉，此之調查並非對被告刑罰予以預告，自無所謂產生預斷偏頗之可言。而在審判實務上，犯罪行為人於本案犯罪之前，素行良好之個人情狀，通常會被當作一個減輕刑罰之裁量事實；相反地，行為人已有前科紀錄，當然也就成為加重科刑之依據，尤其是前科累累之常習犯或習慣犯，更是極為明顯之從重處斷之依據。凡此，概屬刑罰裁量事實之具體衡酌，殊與所謂「心意懲罰」的現象有別

[54] 最高法院 109 年度台上字第 3289 號判決參照。

[55]。

但實務上仍有將此等量刑得審酌之品格、素行證據，尤其是被告於案件發生前有類似之犯罪行為，竟以之作為被告本案犯罪之證據。例如被告於本案發生前，有否如Ａ童所指述對其另為強制猥褻之行為，究屬被告於此部分是否構成犯罪之問題，與被告有無本案犯行並無關連。原判決以非關於本案之上開事證，用以佐證Ａ童於本案指訴之真實性，已有未合[56]。

（三）彈劾憑信性之用

實務訴訟程序上，可以被告之前科資料或其餘不良品格資料（如常說謊等），作為彈劾被告供述或辯解憑信性之佐證。如同交互詰問時，詰問一方以證人有偽證前科或輔導報告註記常說謊、易幻想等資訊，用以彈劾證人之憑信性一般。

三、前科資料與事實認定

（一）應在犯罪事證階段踐行調查

我國刑事訴訟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。故調查與犯罪事實有關之證據，應於審判長就被告被訴事實為訊問之前為之。最高法院 103 年度台上字第 847 號判決指出：「原審以被告曾於 93 年間自大陸地區輸入仿冒「威而鋼」藥品被判處罪刑之**前科資料，作為認定被告犯罪之基礎證據**，即係以該前科資料為證據方法，屬於「犯罪事實」調查證據之範疇，自應於審判長就被訴事實訊問之前調查此項證據，原審法院卻於訊問被訴事實「之後」始行調查，所踐行之訴訟程序亦非合法」。最高法院 105 年度台

[55] 最高法院 102 年度台上字第 3495 號判決參照。
[56] 最高法院 99 年度台上字第 7496 號判決參照。

上字第 762 號判決指出：「被告之前所涉施用毒品前科，攸關被告購買愷他命之目的、意圖之認定；及其抗辯係為供己施用而購入，是否採信，難謂與其犯罪無關」。足見，被告前科資料不單單只是累犯或素行之參考，有時可以作為認定犯罪事實有無之依據。

（二）適用之範圍是否有限制？

1. 證明被告犯罪之動機、計畫、認識、同一性等事項

為證明被告犯罪之動機、計畫、認識、同一性等事項之非習性用法。例如被訴與同夥強盜銀行之被告，其先前作案之手法有其特殊性，與本案雷同；其先前毒品交易於譯文上之暗語相同等等。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），可容許檢察官提出供為證明被告上述事項之用，而於前科之犯罪事實具有明顯的特徵，且該特徵與待證之犯罪事實有相當程度的類似性，憑此可合理推理判斷該兩案之嫌犯為同一人時，得以將前科利用於被告與犯人之同一性之證明使用。是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[57]。

2. 證明被告犯罪之主觀要件、同一性等事項

鑑於我國刑事訴訟法未有明文，實務上遂引進美國聯邦證據法之立法例，有如前述，但有認我國上述諸多判決，似未正確認知該例外規定，而易生體系之風險。例如一般品格證據是規定在第 404 條(a)，而前科證據是獨立規定於同條(b)，再視其待證事實性質而定，如欲證明者是被告之品格，如行事草率用以證明本件事故有過失，禁止其使用；如欲證明被告動機、意圖等目的，始例外落入有限制之允許。我國實例卻誤 將所有品格證據，均劃入例外允許之範圍。亦即被告之前科紀錄之性質，與本案構成要件待證事實並無直接關聯，原則上禁止使用，只有藉由被告前科，用以間接推斷主觀要件或同一性時，始例外允許前科資料以證據調查。其他品格證據沒有例外，例如不能用被告「之前常用這種手法搶劫銀行」這項素行，以推斷這件強盜案件，有很可能是被告所犯下，仍應嚴守「習性推論禁止法則」於證據能力之層次[58]。

（三）檢察官可否主動提出？

至於檢察官可否主動提出或法院依職權調查，可能有不同見解：

1. 檢察官可主動提出作為不利被告之書證

[57] 最高法院 100 年度台上字第 2806 號、102 年度台上字第 810、5285 號」103 年度台上字第 120 號及臺灣高等法院 104 年度上易字第 1439 號判決參照。

[58] 見許淑媛，刑事程序中被告前科證據影響之研究，月旦裁判時報 2019 年 12 月第 90 期。

被告之品格證據如與犯罪事實無關者，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 288 條增訂第 4 項規定之所由設。基於習性推論禁止之法則，除非被告主動提出以為抗辯，證據法上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。惟被告之品格證據，倘與其犯罪事實有關聯性，參諸外國立法例，則可容許檢察官提出供為證明被告犯罪之動機、機會、意圖、計畫、認識、同一性、無錯誤或意外等事項之非習性用法。例如被訴與同夥強盜銀行之被告，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強盜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之物係毒品海洛因，檢察官得提出被告曾因施用海洛因被判刑之紀錄，以證明被告對毒品海洛因有所認識。因此，此等證據之調查，即屬於犯罪事實調查證據之範疇，依刑事訴訟法第 288 條第 1 項之規定，應於同法第 287 條程序完畢後，依法定之調查證據方法行之，並得作為判斷之依據，與同法第 288 條第 4 項規定之調查次序以及僅供為刑罰量定事由之衡酌者，尚屬有別[59]。

2. 檢察官僅能被動提出作為不利被告之書證

基於習性推論之禁止，固不容許檢察官先行提出屬

[59] 最高法院 99 年度台上字第 1091 號判決參照。

於被告品格證據之前科紀錄作為證據方法，俾免影響法官形成先入為主之偏頗心證；但被告或辯護人為維護其訴訟防禦權益，自得主動提出利己而與被訴案件類型相關之被告品格證據為證明方法，本乎攻防對等原則，檢察官被動地當然也可以提出反證或其他不利於被告之證據予以攻擊、否決。至於何者為可採信，如何定其取捨，則屬事實審法院證據證明力之自由判斷範疇，此項自由判斷職權之行使，苟係基於普通日常生活之經驗，而非違背客觀上應認為確實之定則者，即屬合於經驗法則，不容當事人任意指摘。被告雖提出其不曾有相關違反槍砲彈藥刀械管制條例之前科紀錄，作為未有本件被訴販賣槍枝事實之證明方法，惟原判決採酌證人之證詞，憑以認定說明被告因窘於經濟而有足啟販賣槍枝以牟利之動機等由，既已敘明其取捨證據所憑依，形式上觀察又無違背法令之情形，自屬事實審法院裁量職權之適法行使[60]。

第二節　通常調查程序

最高法院 101 年度第 3848 號判決說得好：審判，乃良心工作之一種，刑事庭法官經常於被告是否有罪及如何始為適當刑度之間徘徊。大體而言，前者屬程序法問題，以證據裁判主義為基礎；後者係實體法事項，以罪責相當原則為理想，雖具自由裁量權，但仍有外部性及內部性界限，必須在刑法分則（含特別刑法）之「法定刑」範圍內，擇定「宣告刑」，是為外部性界限，

[60] 最高法院 99 年度台上字第 3771 號判決參照。

實際裁量時，則應參考刑法第 57 條所揭示之各種量刑因素，並受法律秩序理念之指導，即為內部性界限。所謂透過程序的正義，以彰顯實體的正義，乃係因程序法及實體法之正確運用、交互形成，若有發出刑事訴訟重被告、輕視被害人之喟歎云者，容係因沒有完全融合實體法和程序法之整體規範，偏執一端所致，並非的論。

壹、基本科刑資料之調查

一、刑法第 57 條之事項

科刑時應以行為人之責任為基礎，並審酌一切情狀，尤應注意下列事項，為科刑輕重之標準：

一、犯罪之動機、目的。

二、犯罪時所受之刺激。

三、犯罪之手段。

四、犯罪行為人之生活狀況。

五、犯罪行為人之品行。

六、犯罪行為人之智識程度。

七、犯罪行為人與被害人之關係。

八、犯罪行為人違反義務之程度。

九、犯罪所生之危險或損害。

十、犯罪後之態度。

（一）各款情狀之審酌

刑法第 57 條規定，科刑時應以行為人之責任為基礎，並審酌一切情狀，尤應注意該條所列十款科刑事由。所謂「一切情狀」，指全般有利與不利於行為人之情形而言，尚包括刑罰目的即犯罪特別預防及應報機能之確定，刑事政策之取向及行為人刑

罰反應力之衡量，法院均應確實兼顧，不可忽略或偏重一方，致有礙量刑公正。故刑罰之具體量定過程，允宜先就各項有利、不利事由影響量刑程度之重要性進行評價，再綜合全般評價結果，決定刑罰之種類與刑度。庶幾能在正義報應、預防犯罪與協助受刑人復歸社會等多元刑罰目的間尋求衡平，依比例原則、公平原則、平等原則等擇定相應於行為人責任程度之適當刑罰[61]。本文主題在量刑程序法，是除下列特別提出思考外，其餘各款事由如何調查、如何審酌，本文不另贅述。

（二）各款情狀之評價

為避免刑事判決書關於科刑內容空洞無物，抽象不具體之缺失，宜針對刑法第 57 條所定各款事由進行了解，詳細斟酌關於被告各項背景事由，配合犯案情節，得經由調查所得之各項資訊，妥適予以量出適度之刑。此在死刑案件尤其重視，如同最高法院 102 年度台上字第 170、5251 號判決所指：尤其刑法第 57 條所例示之各款事由，即應逐一檢視、審酌，以類似「盤點存貨」之謹密思維，具實詳予清點，使被告是以一個「活生生的社會人」，而非「孤立的犯罪人」面目呈現。。但吾人亦應思考，在一般案件，逐款檢視之意義何在？法院是否應給予某種評價，否則僅僅列入調查，並於量刑欄載述，但究竟是利於被告，或不利於被告之評價，判決書上無法明示，也無從得知法官對此量刑之心證。

舉最常見之事例說明，調查被告學歷、工作及生活、身體狀況，究竟對案件科刑有何影響？眾多判決於量刑理由雖然會將之臚列在內，但如何評價？有何意義？均不明白。一般在調查被告

[61] 最高法院 103 年度台上字第 4590 號判決參照。

學經歷之意義何在，判決通常並無評價，若因學歷低待業中，為幼女而偷麪包；或化工系畢業，卻反而製毒以害大眾。如此學經歷等資料，可以在量刑內援用，並適度給予評價，否則根本不知該等科刑資料對法官量刑心證有何影響。又被告之家人身體不佳、家庭困境，對其量刑又是何種影響？非但當事人無從據以上訴指摘，連第三人也不知法官對此等資料，對被告所定之刑有何影響，則調查或載明該等科刑資料之實益何在？再者，法院量刑是否可考慮犯罪行為後之後果，如個人財產犯罪案件，得否審酌社會影響？因走私毒品至紐西蘭而被該國限制出遊該國之名額或對國人嚴加檢查，或因姦殺馬來西亞籍學生，引發貶低我國安全形象，凡此因素，是否適合被告案件量刑之參考？惟此乃量刑實體法之範疇，本文不再論述。

二、加重減輕事項

（一）實務現況

目前事實審就刑事案件之重心，多放在事實有無之認定上，在科刑方面之調查，常僅就被告是否已和解或道歉，訊問被告學歷、工作及家庭狀況，最後再提示調查其前科資料為大宗。除了前科表與累犯加重事由相關外，其餘裁判上可能加重或減輕之科刑資料，通常在犯罪事實之證據程序一併調查，並未嚴格區分。

例如刑法第 59 條情狀憫恕之酌減，實務上多僅以口頭略述，很少就此條要件科刑調查，也因實務長久以來如此，法律審判決也甚少指摘或指出應如何踐行程序，近年直到死刑案件，特別重視其訴訟程序之正當性，並因應大法官解釋要旨，才逐漸加以指摘，期以導正較合法妥適之量刑程序。

例如最高法院 108 年度台上字第 1845 號及 109 年度台上字

第 2265 號判決更參引司法院釋字第 775 號意旨謂：「為使法院科刑判決符合憲法上罪刑相當原則，法院審判時應先由當事人就加重、減輕或免除其刑等事實（刑法第 47 條第 1 項及第 59 條至第 62 條參照）及其他科刑資料（刑法第 57 條及第 58 條參照），指出證明方法，進行周詳調查與充分辯論，最後由法院依法詳加斟酌取捨，並具體說明據以量定刑罰之理由，俾作出符合憲法罪刑相當原則之科刑判決（司法院釋字第 775 號解釋理由書參照）」「法院審理時就科刑資料之調查自應就當事人加重、減輕或免除其刑等事實（刑法第 47 條第 1 項及第 59 條至第 62 條參照）及其他科刑資料（刑法第 57 條及第 58 條參照），指出證明方法，另為調查，使當事人、辯護人等有陳述意見之機會，始符前揭之立法意旨」。

（二）實例說明

有關處斷刑方面之刑罰加重減輕，若未涉及犯罪事實情節者，最好都將資料置於科刑調查程序進行調查，例如關於自首有無，可調查警方製作之自首表、職務報告、被告警詢筆錄或相關警員、證人之證詞，甚至聲請傳喚受理報案之員警到庭作證，待證事項是被告有無自首，亦宜在此一階段進行交互詰問。倘該證人警員除自首有無事項外，待證事項尚包括查獲經過，則可在事實調查程序一併作證尚無妨。又如販賣毒品認有偵審中自白，亦應於此程序調查被告有自白之偵查及審判筆錄；主張供出毒品來源而查獲，也應調查被告供出之筆錄、職務報告、檢警函文、上手之前科表或起訴書、判決書等相關證據資料，均應於此一程序踐行調查。再如貪污案件，一定金額以下或情節輕微之減輕與否之調查。

被告身分涉及刑罰之加重減輕，例如刑法第 63 條所定未滿

18 歲或已滿 80 歲，本刑為死刑或無期徒刑，減輕其刑；又如兒童及少年性剝削防制條例第 41 條明定公務員犯該條例之罪，加重其刑，應就其身分如年紀、公務員資格進行調查。較特別的是，連刑法第 59 條之審酌事項，亦應在此一階段調查，否則訴訟程序違法。此觀最高法院 103 年度台上字第 509 號判決明指：「審判長就被告科刑資料之調查，應於就其被訴事實訊問後行之。本件原審審判長於當日就被告被訴事實為訊問後，竟未就上開得否酌量減輕其刑之科刑資料為調查，遽行辯論終結，其踐行之訴訟程序難謂適法」。

至於如金融法案件一億元以上之加重，如銀行法第 125 條第 1 項後段所定「其因犯罪獲取之財物或財產上利益達新臺幣一億元以上者，處七年以上有期徒刑，得併科新臺幣二千五百萬元以上五億元以下罰金」，已是構成要件事實；刑法分則之加重或減輕，如兒童及少年福利與權益保障法第 112 條第 1 項規定故意對兒童及少年犯罪，或刑法第 134 條對於公務員故意犯刑法瀆職罪章以外之罪加重其刑之規定，或道路交通管理處罰條例第 86 條第 1 項關於汽車駕駛人，行經行人穿越道不依規定讓行人優先通行，因而致人受傷或死亡，依法應負刑事責任者，加重其刑至二分之一之規定，則涉及法定刑延長或縮短，均非處斷刑之加重減輕，皆應於犯罪事實證據之調查，應特別注意兩者之不同。再者，關於未遂，雖屬於處斷刑之裁量減輕事項，但其態樣往往與犯罪事實密切關連，不便分離調查，也無此必要，通常在犯罪事實之證據調查程序行之。

（三）綜合說明

最高法院 109 年度台上字第 2633 號判決謂：「被告聲請調閱原審法院 106 年度上訴字第 1071 號案關於被告之警詢筆錄及

所附光碟，以釐清證明其於該案接受警詢時，係在本案未發覺前，已供承全部犯罪事實，符合自首要件。而原判決雖以上揭警詢筆錄為據，說明被告該次之警詢供詞未明確告知各犯罪事實具體內容，不符合自首條件等旨為論斷基礎。惟審判長未踐行向當事人依法提示、宣讀或告以要旨之調查證據程序，予以被告辨認及辯論之機會，其踐行之訴訟程序於法未合」。雖指出被告主張自首之相關筆錄，應踐行書證之調查，但並未明指宜在科刑調查程序踐行，稍有美中不足。若法院要科刑精緻化，除了刑法分則之加重減輕（如對兒童少年犯罪等）涉及法定刑及罪名，以及加重減輕與犯罪事實密不可分（如未遂等）者外，其餘均應在此一階段踐行調查。

較有爭議的是，依刑法第 19 條規定，刑事責任能力，係指行為人犯罪當時，理解法律規範，辨識行為違法之意識能力，與依其辨識而為行為之控制能力。行為人是否有足以影響意識能力與控制能力之精神障礙或其他心理缺陷等生理原因，因事涉醫療專業，固應委諸於醫學專家之鑑定，然該等生理原因之存在，是否致使行為人意識能力與控制能力欠缺或顯著減低，係依犯罪行為時狀態定之，故應由法院依調查證據之結果，加以判斷。準此，法院在調查此等證據資料，對於被告辨識能力是欠缺或顯著降低，尚未可定，則此等資料如同上開未遂之情，以在罪責證據之調查程序為宜。

至於最高法院 102 年度台上字第 3234 號判決提及：「毒品危害防制條例對於供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑之規定，涉及刑罰權範圍擴張、減縮事由，應視同構成刑罰權成立之基礎事實，屬於嚴格證明事項，所採之證據應具備證據能力，並應於審判期日依法定程序進行調查，始能作

為刑罰量處之依據，其調查程序屬於證據調查範圍。而刑事訴訟法第 288 條第 4 項所稱科刑資料係指刑法第 57 條或第 58 條所規定之內容，為單純科刑情狀之事實，屬自由證明事項，其調查次序列於審判長調查證據及就被訴事實訊問被告後行之，兩者所適用之程序並不相同」。認嚴格證明事項即不得於科刑調查程序踐行調查，似有所誤會。司法院釋字第 775 號所指加重減輕之資料應於科刑程序調查，而此等刑罰權加重、減輕事項，縱如實務通說應屬嚴格證明事項，亦無妨於科刑程序踐行調查。也就是科刑資料包括刑總加重減輕事項，無論是自由證明或嚴格證明，均得於科刑程序調查[62]。

貳、被害陳述程序

一、傳喚到庭

刑事訴訟法第 271 條第 2 項

審判期日，應傳喚被害人或其家屬並予陳述意見之機會。但經合法傳喚無正當理由不到場，或陳明不願到場，或法院認為不必要或不適宜者，不在此限。

上開規定依同法第 364 條規定，於第二審審判亦有適用，即學理上稱為被害人或其家屬之到場陳述意見權，法院除有該條但書情形外，不應恣意剝奪，否則所踐行之訴訟程序即非適法[63]。最高法院 107 年度台上字第 19 號判決指出：檢察官循告訴人 A 女之具狀請求上訴，未見 A 女有陳明不願到場情形，而原審均未傳喚告訴人 A 女或其家屬到庭，使有陳述意見之機會，即行

[62] 諸如教化可能性或心神耗弱等相關資料，在實務上均委由專家鑑定，自屬嚴格證明，但也可在科刑程序進行調查。

[63] 最高法院 102 年度台上字第 3539 號及 107 年度台上字第 19 號參照。

辯論終結定期宣判，於判決內復未說明其認為不必要或不適宜傳喚之理由，所踐行之訴訟程序，即難認係適法。

刑事訴訟法第 271 條之 1 第 1 項

告訴人得於審判中委任代理人到場陳述意見。但法院認為必要時，得命本人到場。

性侵害犯罪之告訴人得委任代理人到場之規定，係為彌補於實務上偵查檢察官於起訴後不參與證據之調查，造成被告或其辯護人提出之證據，為告訴人不知，故無從答辯及提出反證之缺憾而設。但應予區辨的是，告訴代理人於審判中到場陳述意見，旨在就告訴人與案件相關之意見，提供法院知悉，並非即賦予其訴訟法上當事人之地位。故告訴代理人於審判中陳述意見，自與向法院聲請調查證據有別。倘告訴人或其代理人認相關之證據有調查之必要，應經由檢察官向法院聲請為之。

刑事訴訟法第 455 條之 44

審判期日，應通知訴訟參與人及其代理人。但經合法通知無正當理由不到場或陳明不願到場者，不在此限。

刑事訴訟法第 455 條之 46

每調查一證據畢，審判長應詢問訴訟參與人及其代理人有無意見。

法院應予訴訟參與人及其代理人，以辯論證據證明力之適當機會。

因應司法國是會議決議之「反映被害人觀點意見」「保障被害人隱私及閱卷、通知等權利」，並參酌社會長期累積之保護共識，而增修新規定。如被害人經法院裁定為參與人，為增加參與人對於訴訟程序及法庭活動之了解，提高其參與度，除應於準備程序期日通知參與人及其代理人到庭，並鑑於被害人對於被告所

為辯解是否符合實情，常有一定程度之了解或不同觀點，為尊重主體性，就刑事訴訟法第 273 條各款事項，應聽取訴訟參與人及其代理人之意見。又為尊重參與人之程序主體性，及俾利其行使訴訟上之權益，審判程序除應通知到場外，每調查一證據畢，應詢問有無意見。並給予辯論證據證明力之適當機會。

應予區辨者，同法第 271 條第 2 項是被害人於量刑程序之被害感受及其他關於案件之意見，目的在使法院明瞭其所受痛苦遭遇，原則上可作為量刑因素，亦可稱為「被害情感」。同法第 289 條所謂科刑範圍意見，主要是表示希望法院對被告為如何之處遇，與檢察官求刑意旨或被告所表示科刑意見相同，是具有結論性之意見或主張性質，亦可稱為「處罰情感」[64]。隨著刑事訴訟法增修被害人訴訟參與相關規定，**少年事件程序**中的被害人保護機制，為兼顧保障少年健全自我成長，亦成為新的議題。因少年事件處理法係以保障少年健全之自我成長為目的，少年保護事件固不必論，少年刑事案件並不宜全面適用刑事訴訟法之規定，例如閱卷權等等。

二、到庭作用

（一）藉此明瞭被害人之損害程度

刑事訴訟法第 271 條第 2 項規定之用意，在於被害人或其家屬對於案情之瞭解及其中之利害關係，實質上最為深切，被告有罪與否及對其之量刑，除關乎國家刑罰權，亦與被害人及其家屬自身之利益息息相關，且法院於審判期日傳喚被害人或其家屬到場給予陳述意見之機會，可明瞭其等因被告之犯罪，致身、心、

[64] 見李嘉興，被害人訴訟參與之科刑範圍意見及意見陳述權，司法周刊第 2024 至 2025 期。

財產等所受損害程度，有無獲得撫平、回復，以及被告果否已踐行賠償責任，被害人或其家屬願否寬宥等情形，而得資為事實審法院量刑輕重妥適與否之參考。因此，法院自有義務賦予被害人或其家屬到場陳述意見之機會，以保障其參與審判之權益。此即學理上稱為被害人或其家屬之到場陳述意見權[65]。因為在公訴案件之訴訟結構上，具當事人身分者，唯檢察官及被告兩造而已，不包括被害人或其家屬，但此等人員對於被告之抗辯，多有意見，就訴訟進行程度，常期待能獲悉，尤與裁判結果，每具利害關係，令其到庭陳述意見，尚有補助公訴檢察官未若偵查檢察官詳知案情細節不足之功能。

（二）藉此補強檢察官之控訴能力

審判中訴訟之三面關係為法院、檢察官（含自訴人；控方）及被告（含其辯護人、輔佐人、代理人；辯方），並不包括告訴人、告發人及被害人（或其家屬）。檢察官雖為公益代表人，惟主要任務在維持公訴，說服法院，俾使被告受罪刑宣告，從而維護被害人之權益並安定社會秩序，此為其法定任務與追求之目標，但衡諸實際，除被告等辯方人員之外，對於訴訟進行之程度及結果最為關心者，厥為被害人或其家屬，尤其關於辯方所為辯解是否符合實情，被害人等常有一定程度之了解或不同觀點，甚至可能優於公訴檢察官，是為保障被害人權益，並補強檢察官之控訴能力，學理上稱為被害人之到場陳述意見權，法院除有該條但書情形外，不應恣意剝奪，否則所踐行之訴訟程序即非適法。舉例而言，實務上常見被告為求輕判，先與被害人方面成立民事和解，作成書面，提出於法院為憑，然則實際上卻未依約履行，

[65] 最高法院 102 年度台上字第 3539 號判決參照。

或僅敷衍式履行部分，審結之後，即不再理睬；或匿飾增減犯情，而狡展圖卸。斯時，法院若依上揭規定傳喚被害人等，自能及時詢明，曉諭檢察官是否為不利被告證據之調查聲請，進而轉換被害人等之身分為證人，釐清疑情，於真實發現與罪責相當原則之把握，皆有助益[66]。

（三）尚可補充事證或轉換證人作證

傳喚被害人到庭，無非在透過科刑資料之調查，使當事人、被害人或其家屬有同等陳述意見之機會，除保障被告對顯出於法庭之各項有利、不利科刑資料得適時進行防禦、避免突襲性裁判外；法院亦得藉被害人或其家屬之陳述，明瞭其身心、財產所受損害程度，資為法院量刑輕重妥適與否之參考。必以經科刑資料之調查、聽取當事人、被害人或其家屬關於科刑範圍之意見陳述後，合議庭始能綜合全般科刑資料調查結果，妥為合適之刑罰量定，庶能符合公正審判之正當法律程序要求[67]。

有時被害人具有親見親聞之證人性質，在未以之為證人之情形下，若當時因陳述意見後，而認有必要以證人身分取證，如此踐行之訴訟程序，於法有違。為避免此情，有時宜安排在調查證據階段給予陳述意見之機會，果有必要，可詢問意見後立即改為證人調查[68]。依實務經驗，建議在重要證據調查之後再為之，因有時除了證述外，被害人可能見證據調查及被告辯解或臨庭才想到可提出某項證據，或指出調查之方向。縱然如此，於科刑程序仍應給予陳述意見之機會。

---

[66] 最高法院 101 年度台上字第 3848 號判決參照。

[67] 最高法院 103 年度台上字第 4590 號判決參照。

[68] 在臨時將被害人改為證人進行調查，應注意刑事訴訟法第 163 條第 3 項規定，給予當事人、辯護人表示意見之機會，自屬當然。

二、程序進行

（一）例外規定

上開法律所定例外可不待被害人到庭而審結之情形，如已經合法傳喚無正當理由不到場，或陳明不願到場，或依卷內訴訟資料顯示，可認為不必要或不適宜時，法院仍得自由裁量，決定毋庸予以傳喚到庭陳述意見之機會。而此等例外，最好在判決書上交代理由，否則易被指摘。例如最高法院 103 年度台上字第 4590 號判決指出：「本件並未見告訴人有陳明不願到場情形，而原審於審判期日並未傳喚王國源到庭，使有陳述意見之機會，即行辯論終結定期宣判，有該審判期日審理單、刑事報到單、審判筆錄足憑；原審於判決復未說明其認為不必要或不適宜傳喚王國源到場陳述意見之理由，依前述說明，其所踐行之訴訟程序，已難認適法」。

（二）轉換作證

以被害人身分出庭所為之陳述內容，即屬案件可供審酌之科刑證據資料。此所稱陳述意見，係專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。但應予區別者，若在犯罪事實認定上，援用被害人親自見聞之陳述，此須經嚴格證明之事項，自應改以證人身分，經人證之調查方法，即供述其經歷事實，接受詰問、對質，其有具結義務者，並應具結，始可作為判決之依據。上揭二規定規範意旨並不相同，適用時不能不辨。

實務上被害人陳述之階段，不是在被訴事實訊問後，就在是科刑意見或辯論之前，但偶會出現當事人均未聲請傳喚被害人作證，但在陳述意見時，才發現應由被害人以證人身分作證，以作為認定事實有無之依據，此時審判程序為求合法，仍應從人證調

查起再踐行一次。因此，法院可否在調查被告不利供述（即刑事訴訟法第 161 條之 3）之前，先行詢問被害人意見，以明有無上述可能。

最高法院 99 年度台上字第 3056 號判決指出：「被害人之為告訴人者，依刑事訴訟法第 271 條之 1 規定於審判中到場陳述意見，倘係就其被害經過而與待證事實有重要關係之親身知覺、體驗事實為陳述時，即居於證人之地位，屬於犯罪事實調查證據之範疇，自應於檢察官陳述起訴要旨，第二審則應由被告陳述上訴之要旨、審判長踐行告知被告第 95 條規定之程序事項後，依法定之調查證據方法行之；至如告訴人僅係單純陳述意見，供為法院之參考，除毋庸具結外，因其並非當事人，僅為公訴之輔助，究應於何時陳述，法無明文，完全委於審判長之訴訟指揮，祇須於宣示辯論終結之前為之，均無不可，此與公判庭活動主要組成分子在於當事人、辯護人等，因此本法第 288 條第 3 項、第 4 項、第 289 條第 3 項分別針對審判長就被告被訴事實為訊問、被告科刑資料之調查及當事人就科刑範圍意見陳述權之行使，定其一定之程序，不得恣意違反之情形有別」。亦即不限於何一階段始可陳述，全委由審判長訴訟指揮。

（三）引為量刑

被害人到庭陳述之意見，主要有三種，其一是對重要證據之證明力表示意見，尤其修法後被害人經裁定為訴訟參與人人後，更對每項證據均得表示意見；其二是被害意見之陳述，如其因被告犯罪所致之傷害程度、被告犯後賠償或誠意態度等，其三是其對被告科刑之意見，如希望法院判處被告何種刑度、不應緩刑之看法。第一種，主要讓其綜觀被告對於證據調查之供述，給予表示意見之機會。第二種是在科刑調查時行之，聆聽其被害情形之

陳述；第三種則在科刑辯論前行之，協助或提供公訴人參考如何求刑或科刑辯論。

詢問被害人之意見，無論其被害陳述或科刑主張，均是刑事案件科刑之重點所在。實務上多認為，既然傳喚被害人出庭陳述意見，在判決上宜納入其陳述作為量刑之參考。例如：原判決於量刑理由內引用Ａ女之陳述：「我所受的煎熬，定要堅持下去，已經 6 年了，為何審判這麼久，這幾年我自己一個人過的很辛苦，我很難過，我是鼓起很大的勇氣才將此事公開（告訴人哭泣不已）」等語，以說明其因本件性侵害所遭受身心之戕害程度，上開陳述乃關於其個人感受之陳詞，是法院依刑法第 57 條規定所為屬單純科刑應審酌情狀之一，非關犯罪構成要件事實，原審執之為科刑之準據，既未援引此部分陳述為認定被告犯行之依據，其未以證人身分命Ａ女具結，要無違法可言[69]。

若被害人未到庭而審結，宜列出先前被害人或其家屬於警詢、偵訊所為之陳述意見，若在第二審，則列出被害人於第一審或先前出庭或具狀所為之陳述內容，以供當庭踐行調查，並給予被告辯明之機會，再作為量刑之參考。通說認為，犯罪行為給被害人及其家庭所造成損害程度，如侵害後果、身心痛苦或負面影響，乃危害性輕重之重要標誌之一，應當成為法院對被告決定刑罰重點考慮的情節。但在司法實踐中，犯罪對被害人所造成痛苦程度，往往因人因事而異，需要被害人發自內心的陳述，才有可

[69] 最高法院 96 年度台上字第 2892 號判決參照。至於學理上常探討被害感情陳述在量刑上之意義，如何定性，此乃量刑實體法之範疇，本文不再贅述。美國法院在量刑程序有時仍要求被害人陳述前，應進行宣誓以符合可信賴度最低標準，或允許法官排除偏見情感過於強烈的陳述，見偉因拉費弗著，刑事訴訟清一冊，沙麗金譯，中國政法大學出版社 2003 年版，第 1372 頁。

能得到法官準確認知，並與公訴人、被告所提供之量刑訊息相互印證，從而納入量刑根據之中[70]。

科刑調查筆錄例句

審判長表示依刑法第 57 條規定，科刑時除應以行為人之責任為基礎，並審酌一切情狀，為科刑輕重之標準，爰依序詢問下列問題：

審判長問：請說明被告你的學歷、職業及生活、家庭狀況？

被告：（略）。

審判長問：你已認罪，是否願說明當時犯案之動機？

被告：（略）。

審判長問：是否與被害人達成和解？

被告：有（提出調解筆錄及付款匯款證明）。

審判長問：對被告所提出上述事證，有何意見？

檢察官：無。

被害人：被告已賠付完畢，我不再追究。

審判長問：依員警之職務報告及被告警詢筆錄所示，被告是否成立自首？

被告：我有自首，懇請依法減刑。

檢察官：沒意見。

＊＊＊＊＊＊＊＊＊＊＊＊＊＊＊＊＊＊＊＊＊＊＊＊＊＊＊＊

審判長問：請問被害人，對本案有何意見陳述？

被害人答：我自遭被告長期騷擾，常常失眠，身心俱疲，提告後

[70] 詳見蘭躍軍，刑事被害人作證制度研究，中國人民公安大學出版社 2011 年版，第 44 頁。有被害人親自參與，法官在量刑過程中，可合理預見某一量刑之社會效果，對緩刑或易刑處分之刑等非監禁刑適用的風險，也較能作出較客觀的評估。見劉軍，被害人參與量刑的理論與實踐，法學論壇 2009 年第 6 期。

被告不但不認錯，還一再指責我的不是，讓我很傷心受苦，今天聽被告又是另一番說詞，我無言以對，不想再說了。

參、前科資料

由於我國刑事訴訟不採陪審制，認定犯罪事實與科刑均由同一法官為之，為恐與犯罪事實無關之科刑資料會影響法官認定事實的心證，則該等科刑資料應不得先於犯罪事實之證據而調查，乃明定審判長於審判期日，就被告科刑資料之調查，應於其被訴事實訊問後行之，始增訂刑事訴訟法第 288 條第 4 項之規定。避免造成事實審判者之偏見（以被告品行不良而為被告不利認定）。但在法院對被告有罪認定之前提下，自可以其前科資料，作為被告素行之審酌參考。

一、正確踐行調查程序

在調查被告之前科資料，仍應踐行刑事訴訟法第 165 條所定宣讀或告以要旨之方法，並且除被告外，亦應詢問檢察官、辯護人之意見，否則不免構成訴訟程序之違失。但實例上亦有綜觀整個審判程序而從寬認屬無害瑕疵。最高法院 97 年度台上字第 2049 號判決謂：卷查原審審判期日筆錄，關於被告前案紀錄表固僅記載向「被告」及「檢察官」提示並告以要旨，未載有向被告之辯護人提示、宣讀或告以要旨及詢問辯護人意見屬實。然被告之一般素行並不足作為具體犯罪之證據，此前案紀錄文書證據僅係作為量刑參考準據之一。而量刑本為審判法院應依職權斟酌之事項，縱漏未向辯護人宣讀或告以要旨及漏未詢問辯護人意見而於法固有不合，但不致剝奪被告之訴訟防禦權。況辯護人於嗣後審判長依刑事訴訟法第 289 條予當事人表示科刑範圍之意見時，辯護人並未具體表示科刑範圍及其理由，故此項程序上瑕

疵，尤難謂足以構成被告之實質損害，屬於證據法上所謂「無害錯誤」（harmless error）。

若除了被告之前科資料外，另調取前案之卷宗時，並於判決上引用者，在調查程序應注意併將該卷宗踐行書證之調查。最高法院 97 年度台上字第 5060 號判決特別指出：關於此項前科證據之調查，原判決理由雖載為：「有本院被告全國前案紀錄表及上開案件卷宗附卷可按。」然稽之審判筆錄，卻無提示該卷宗告以要旨之記載，更不能認原審踐行之證據調查程序為合法。此為審判程序及筆錄上應行注意之事項。

二、注意引用正確資料

（一）引錯他人之前科表

同年月日出生之他人

犯人之品行，雖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，然所謂自由證明，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，仍應與卷存證據相符，始屬適法。本件係審酌被告前犯與本案相同罪名，經法院判處罪刑之情狀，而量處有期徒刑 4 月。然原判決所援引之上揭前科等性格證據資料，實屬同年月日出生之李昌昇所有，有台灣高等法院被告全案紀錄表附卷可憑，顯非本案之被告。另觀之被告全國刑案資料查註紀錄表，吳文郁並無原確定判決所謂之公共危險罪前科，尤證原判決於科刑時所依憑之性格證據資料，顯非確實，自有證據上理由矛盾之違誤，事涉被告所受科刑輕重因素，於判決結果

非無影響[71]。

同名同姓之他人

詎台灣高雄地方法院 97 年度毒聲字第 1263 號第一審裁定誤認另一同名之林建德為本件之被告，遂誤以被告於初犯經強制戒治執行完畢後，5 年內已再犯，認本件無毒品危害防制條例第 20 條第 3 項之適用，應逕予追訴處罰，而駁回檢察官所為觀察、勒戒之聲請[72]。

（二）引錯他人之前科表

被告有無觀察勒戒或施用毒品前科，涉及其案件之法律適用。但前科表常僅記載罪名，其餘態樣通常需再查其起訴書或判決書，始能明確了解。亦即前科表不能只看表面，否則偶會失誤。例如被告先前所犯雖為毒品危害防制條例第 10 條之罪，然其實卻是**幫助他人施用**第二級毒品，並非自己施用第二級毒品，與該條例第 20 條、第 23 條所謂「五年內再犯」者，自有不同[73]。此外，最高法院 108 年度台非字第 136 號判決亦指出：「本件被告持有毒品之行為，經法院刑事簡易判決，認被告係犯毒品危害防制條例第 11 條第 2 項之「持有」第二級毒品罪確定；但其另涉嫌「施用」第二級毒品部分，則因罪嫌不足不起訴處分確定；另在本案發生前，被告並無其他施用毒品之犯行等情。被告前開所犯，既非屬毒品危害防制條例第 10 條第 1 項、第 2 項之「施用」第一、二級毒品罪，且其在犯本案之前，又無「施用」第一、二級毒品的前科紀錄，則本案被告縱有「施用」第二級毒品甲基安非他命犯行，顯係「施用」第二級毒品之「初犯」，依

[71] 最高法院 97 年度台非字第 596 號判決參照。
[72] 最高法院 98 年度台非字第 74、238 號判決參照。
[73] 最高法院 100 年度台非字第 350、361 號判決參照。

同條例第 20 條第 1 項規定，檢察官應向法院聲請裁定令被告入勒戒處所觀察、勒戒，始屬適法，乃竟不察，逕向原審法院聲請簡易判決處刑，原審法院亦疏未注意，遽為論罪科刑之實體判決，自有適用法則不當之違法」。由此可知，若干較具爭議之案件，在審視前科表時，應特別注意。

三、限制少年紀錄

刑法第 57 條第 4 至 7 款事由的調查，有時會涉及被告之隱私或名譽事項，在公開法庭調查時，如慮及上情，可依訴訟指揮適時不公開以維護相關人等之隱私保障。甚至判決書依調查所得資訊而為記載時，亦應注意相關法令有不得公開或揭示之情形。例如被告於少年階段之少年前案紀錄及有關資料，如社會調查報告或輔導紀錄等，縱依少年事件處理法第 83 條所定「為少年本人之利益或經少年本人同意，並應依其年齡及身心發展程度衡酌其意見」判斷得以獲取相關資訊，法院仍有不讓他人知悉之義務。

（一）少年紀錄不得作為量刑資料調查並援用

刑事案件量刑及定執行刑參考要點有提到，行為人如有少年前科紀錄者，宜注意少年事件處理法第 83 條之 1 第 1 項視為未曾受保護處分或刑之宣告，第 2 項紀錄塗銷、兒童權利公約第 10 號一般性意見第 66 點後段關於成人訴訟中，不應使用該紀錄及用以加重其刑之規定。最高法院 109 年度台非字第 90 號判決也特別指出：不得以其少年時期之少年非行或刑事前科等觸法紀錄或檔案，作為不利之量刑基礎或刑之加重條件。其詳論如下：

兒童權利公約施行法已於民國 103 年 6 月 4 日公布，並於同年 11 月 20 日施行。依該施行法第 2 條規定，兒童權利公約

所揭示保障及促進兒童及少年權利之規定，具有國內法律之效力。故兒童權利公約有規定者，應屬刑事法律、少年事件處理法關涉保障及促進兒少權利相關事項之特別規定，而應優先適用。再依兒童權利公約施行法第 3 條明定，適用兒童權利公約之法規及行政措施，應參照公約意旨及聯合國兒童權利委員會對公約之解釋；即包含聯合國兒童權利委員會之一般性意見在內。而該委員會第 10 號一般性意見第 66 點已揭示「為了避免實行歧視和/或未經審訊作出判決，少年犯檔案不應在處理其後涉及同一罪犯的案件的成人訴訟中得到使用，該檔案也不 得用來加重此種今後的宣判」之旨；從而，同一少年成年後之訴訟程序，包括依刑法第 47 條規定判斷是否為累犯時，依上揭意旨，自不得以其少年時期之少年非行或刑事前科等觸法紀錄或檔案，作為不利之量刑基礎或刑之加重條件。是被告於少年時期所犯之上述少年刑事前科紀錄，依少年事件處理法第 83 條之 1 第 1 項視為未曾受刑之宣告、第 2 項紀錄塗銷，暨兒童權利公約第 10 號一般性意見第 66 點 後段關於成人訴訟中不應使用該紀錄及用以加重其刑之規定，既不得被使用於其成年後之訴訟程序，從避免污名化或預斷之觀點，少年之觸法紀錄不應被使用於同一少年成年後之訴訟程序或被使用於加重成年後訴訟之量刑，自不生累犯問題。

（二）少年紀錄不得作為被告是否強制工作資料調查並援用

自大法庭裁定被告參與犯罪組織及加重詐欺取財等罪之想像競合犯，有無命強制工作之必要，應審酌行為嚴重性、期待可能性及表現之危險性各情予以綜合判斷，其中危險性方面，也具體指出可參考被告過去有無參與犯罪組織、加重詐欺或與之具同質性之少年非行，或刑事前科紀錄，其發生之次數、密度等情，為

多數案例所援用[74]。之後有意識此問題，乃強調：聯合國兒童權利委員會第 10 號一般性意見第 66 段揭示「為了避免實行歧視或未經審訊作出判決，少年犯檔案不應在處理其後涉及同一罪犯的案件的成人訴訟中得到使用（見《北京規則》，規則第 21 條第 1 項和第 2 項），該檔案也不得用來加重此種今後的宣判」之旨；是該條復於 108 年 6 月 19 日修正公布，其立法理由亦揭明：修正增訂第 2 項有關少年紀錄塗銷之規定，且為避免標籤性，將「前科」之用語，修正為「前案」，為維護少年權益，將少年法院應通知塗銷之對象，擴張及於保有少年前案紀錄之機構及團體。並考量少年事件處理過程中，除少年法院及有關機關外，機構、團體或個人亦可能保有少年事件之資料，爰參酌兒童權利公約第 40 條第 2 項（b）第 7 目、兒童權利公約第 10 號一般性意見第 66 段及聯合國少年司法最低限度標準規則（北京規則）第 8 點、第 21 點保障少年隱私權，避免其受污名或烙印之意旨，於序文增加規範對象，其後諸多案例已刪掉少年非行這四個字[75]。據聞若干個案因將依法應塗銷之前案紀錄（含少年刑事案件）納入量刑因子或強制工作之考量因素，致影響被告之刑罰權益，正循非常救濟中，以後亦可能成為裁判憲法訴訟之審查對象。

[74] 最高法院 109 年度台上字第 71、205、1048、1099、1338、1500、1669 號判決參照。

[75] 最高法院 108 年度台上字第 3343 號、109 年度台上字第 2487、3996 號判決參照。

第三節　重罪調查程序

壹、確實分離調查

刑事訴訟法第 288 條第 4 項關於量刑程序之規定，乃保障被告訴訟基本權之正當法律程序，自應遵守。但實務上針對一般案件，若將科刑資料置於罪責階段調查，尚屬無害違失，例如最高法院 102 年度台上字第 4742 號判決：「證據呈現之內容，固有單純明確而得以劃歸為科刑資料或論罪證據者，然亦不乏雜揉二者非截然可分者，則於論罪證據調查時，後者一經提示調查，當然同時呈現二種內容，斯乃該證據特性使然，尚難苛責，且既已提示，並予當事人、辯護人等有陳述意見之機會，雖程序稍有微瑕，然若於判決本旨不生影響」。但近年對於重大案件，則開始指摘質疑。例如最高法院 106 年度台上字第 1906 號判決：「審判長於「論罪證據調查」階段即先將屬於刑法第 57 條所列「犯罪之動機、目的」及「犯罪行為人之智識程度」中採為量刑準據之台大醫院精神鑑定報告書科刑資料，於被訴事實訊問前進行調查，所踐行之訴訟程序難謂於法無違」。

尤其是死刑案件，公民與政治權利國際公約第 6 條要求科處死刑應符合公約相關規定，公約人權事務委員會第 32 號一般性意見第 59 段亦要求在最終處以死刑之案件，應嚴格遵守公正審判之正當程序保障。由於死刑係終結人民一切權利之極刑，處刑之後，人民之生命權即不復存在，因此，判處死刑之案件，不惟定罪階段需踐行實質正當之法律程序，於科刑階段亦應受正當法律原則之拘束。申言之，此量刑之程序規定，乃保障被告訴訟基本權之正當法律程序，對於剝奪被告生命權之死刑案件尤應嚴格遵守。茲舉實例說明：

一、未分離罪責與科刑資料之調查

（一）審判長於「論罪證據調查」階段即先將屬於刑法第 57 條關於被告投保勞保之資料、連政企業股份有限公司復函、法務部矯正署高雄看守所函附之「重要行狀摘要紀錄表」及「收容人特殊教誨紀錄簿」等科刑資料，於被訴事實訊問前即進行調查，與規定不符[76]。

（二）審判長於「論罪證據調查」階段即先將屬於刑法第 57 條所列「犯罪行為人之生活狀況」及「犯罪後之態度」中採為量刑準據之被告羈押期間親友往來書信及接見資料、祝宜夆、陳貞秀經公證之聲明書（即相關訪談紀錄）、媽媽嘴線上留言版列印本，以及中央警察大學犯罪防治系沈勝昂教授對被告進行心理評估鑑定所提出之鑑定證言等科刑資料，於被訴事實訊問前進行調查，就「被告前案紀錄表」亦未遵守在訊問被訴事實以後之階段進行調查，所踐行之訴訟程序難謂於法無違[77]。

（三）審判長於「論罪證據調查」階段，未就章柏漢所犯運輸毒品案件之臺灣桃園地方法院 104 年度重訴字第 3 號刑事判決書進行調查提示，而係於被訴事實訊問後之「科刑資料」階段進行調查提示，此部分踐行之訴訟程序難謂適法。又原判決量刑所審酌之證人張幼萱第一審證詞、法務部保護司 108 年 7 月 8 日法保司字第 1080558180 號函、監所內進行之受刑人釋放前覆查表、被告於前案執行期間之報請假釋報告表等科刑資料，未遵守在訊問被訴事實後

[76] 最高法院 105 年度台上字第 1627 號判決參照。
[77] 最高法院 104 年度台上字第 3630 號判決參照。

之「科刑資料」階段進行調查，使被告及其辯護人無從對上開科刑資料表示意見，即採為量刑準據，所踐行之訴訟程序於法有違[78]。

二、科刑調查程序僅調查前科，其餘科刑資料均於罪責階段調查

（一）原審審判長於訊問被訴事實後，僅就被告之前科紀錄一項為調查，不惟置原判決理由所審酌量處極刑之其他科刑資料不問，復將其中與本案犯罪事實無關、屬於被告品格證據範疇之被告於 82 年間所犯殺人案件之起訴書、判決書等資料，於被訴事實訊問前進行本案之證據調查，並採為量刑準據之一，所踐行之訴訟程序與科刑審酌，於法均難謂無違[79]。

（二）原審審判長於訊問被訴事實後，僅就被告之前科紀錄一項為調查，不惟置原判決理由所審酌量處被告極刑之其他科刑資料於不論，復將其中與本案犯罪事實無關、屬於品格證據範疇之被告於 92 年間所犯殺人案件之判決書、保安處分證明書、觀護人輔導紀錄、出監證明書、監護處分函文等資料，於被訴事實訊問前即進行本案之證據調查，並採為量刑準據之一，其所踐行之訴訟程序，均難謂無違[80]。

（三）本件審判長於訊問被告被訴事實後，僅就被告之前科紀錄一項為調查，隨即諭知調查證據完畢，開始言詞辯論，復

[78] 最高法院 108 年度台上字第 3828 號判決參照。
[79] 最高法院 100 年度台上字第 2261 號判決參照。
[80] 最高法院 102 年度台上字第 4289 號判決參照。

於辯論後，僅予當事人就科刑範圍表示意見，並未依刑事訴訟法第 288 條第 4 項規定，就原判決理由所審酌之其他科刑資料為實質之調查（尤以原判決援引 1.心理創傷復健輔導紀錄表，指被告殺害被害人致其家屬出現創傷反應。2.民事暫時保護令，指被告前即有對家庭成員實施家庭暴力行為。3.台北地院前案判決，指被害兒童李〇宇僅 6 歲稚齡即已飽嚐生父家暴之身體及精神傷害，且被告前案甫執行完畢，即再萌生相同報復動機及預謀有計畫性地殺害李〇宇，監獄已無從對其產生教化之功能及其危險性格非輕。4.前案審判資料，指被告於前案審理時，對預備殺害子女之行為表示後悔、不會再犯之意，但出獄後約半年，即又計劃殺害李〇宇得逞，顯見其毫無悛悔之意等重要科刑資料，均未調查），使被告及其辯護人有表示意見之機會；復將其中與本案犯罪事實無關而屬於被告生活狀況範疇之李〇仁、李〇萍、陳〇麟、陳〇平、張遠棋證詞，及中央健保局日函暨被告全民健康保險投保資料、勞動部勞工保險局函暨被告勞工保險資料等資料，於被訴事實訊問前進行本案之證據調查，並採為量刑準據之一，其所踐行之訴訟程序與科刑審酌，於法均難謂無違[81]。

三、其他未分離調查之案例

（一）詰問證人，只要待證事項是關於量刑而無關罪責，亦科刑調查

本件於本院第一次發回時，業已特別指明與犯罪事實無關之

[81] 最高法院 105 年度台上字第 480 號判決參照。

科刑資料之調查，應於被訴事實訊問後行之，始符規定。被告於原審以書狀記載待證事實，明白表示「就量刑部分，為利鈞院審酌刑法第 57 條規定之事項」，聲請傳訊證人吳敏華、吳家欣。原審就此本屬於單純情狀之科刑事實，仍在被訴事實「訊問前」之論罪證據階段進行調查，對於其他科刑資料之調查，則僅調查被告之前案科刑執行情形。其所踐行之訴訟程序，未遵守公正審判之正當程序保障，即難謂適法[82]。依前所述，對於刑罰加重、減輕事由，雖屬嚴格證明事項，但司法院釋字第 775 號建議宜在科刑調查程序進行調查，此時刑總加重事由如累犯、無照駕駛、與少年共犯等；刑總減輕事由如自首、偵審中自白、供出毒品來源等，除了相關書證、筆錄外，若針對上開事項而傳喚證人到庭，亦宜在此階段踐行交互詰問之人證調查，而不應在被訴事實「訊問前」之論罪證據階段進行調查。

（二）科刑資料於罪責階段調查，或於審結後提出附卷，未經調查

凡此量刑之程序規定，乃保障被告訴訟基本權之正當法律程序，對於剝奪被告生命權之死刑案件尤應嚴格遵守，始符合公民與政治權利國際公約第 6 條規定及聯合國人權事務委員會第廿號一般性意見第騈段之在審判最終處以死刑之案件，應嚴格遵守公正審判之正當程序保障之要求。本件審判長於「論罪證據調查」階段即先將屬於刑法第 57 條關於被告品行、智識程度、監所考核資料、沈勝昂教授經原審委託對被告進行心理評估鑑定所提出之報告、告訴人量刑意見之陳報狀，以及與本案犯罪事實無關之司法院殺人案件量刑資訊系統資料、法務部函附死刑存廢正反意

[82] 最高法院 102 年度台上字第 170 號判決（吳敏誠殺人案）參照。

見資料，暨相關死刑論述書籍等科刑資料，於被訴事實訊問前即進行調查，且除被告之前案紀錄外，原判決所審酌量處被告極刑之其他科刑資料亦未遵守在訊問被訴事實後之階段進行調查，甚且其中經原審採為與極刑有關之告訴人書狀資料，則係於原審辯論終結後始行提出附卷，並未依法踐行調查程序，即諭知證據調查完畢，進入言詞辯論程序，致顯非以審判程序經調查之科刑資料，進行量刑辯論，即採為量刑準據，所踐行之訴訟程序難謂於法無違[83]。

貳、重罪科刑調查

一、科刑資料均應在該程序進行調查

法院引用或調查作為被告量刑之相關資料，依刑事訴訟法第 288 條之 1 第 2 項規定，審判長應告知被告得以提出或聲請調查對其有利之科刑證據，始與同法第 288 條第 4 項修法意旨相契合；並於調查證據完畢後，再依刑事訴訟法第 289 條為言詞辯論及予當事人就科刑範圍表示意見之機會。凡此量刑之程序規定，乃保障被告訴訟基本權之正當法律程序，於死刑案件尤應嚴格遵守，始符合上開公約規定及人權事務委員會解釋之相關要求。依上所述，與被告犯罪事實無關之科刑資料應與論罪證據分開，於被訴事實訊問後提示調查，由當事人就科刑資料對量刑之影響陳述意見，始符規定。被告所涉本案犯罪事實自第一審判決以來，均經判處死刑，就訴訟程序之進行，更應嚴格遵守法律及上開公約規定及人權事務委員會解釋之相關要求。

原審審判長於證據調查程序未將論罪證據（如被害人之病歷

[83] 最高法院 104 年度台上字第 483 號判決參照。

資料）與科刑資料（如被告之在學資料與財產狀況及保護管束資料）分開提示調查，且於訊問被告被訴事實後，僅訊問被害人及家屬對本案之意見，並提示被告之前案紀錄表，使被告及其辯護人表示意見，隨即諭知調查證據完畢，開始言詞辯論，有該審判筆錄在卷足憑，未依刑事訴訟法第 288 條第 4 項規定，就屬於科刑之資料另為調查，致被告及其所選任之辯護人無從對上開資料於量刑之影響有表示意見之機會，即行言詞辯論，所踐行之訴訟程序，難謂適法；又審判長於訊問被訴事實後，僅就被告學歷、職業、家庭狀況、經濟狀況；有無賠償及同意賠償之情形詢問雙方，並請被告、辯護人及檢察官就科刑之範圍表示意見外，並未就被告另案在高雄監獄執行期間接受性侵害強制治療之各類輔導及治療課程紀錄、各次觀察評估紀錄，及張志添之父母對被告提起損害賠償之臺灣高雄地方法院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科刑資料表示意見，即採為量刑準據之一，所踐行之訴訟程序即難謂適法[84]。

二、詳細、具體調查科刑資料

（一）極刑應周全調查審酌

刑法第 57 條所列 10 款量刑輕重之標準，有屬於與犯罪行為事實相關之「犯罪情狀」裁量事由，亦有屬於犯罪行為人之人格與社會生活情形之「一般情狀」裁量事由，法院裁量刑罰時必須確認加重及減輕裁量之因子，對於被告有利、不利之科刑資料，均應作為科刑具體審酌事由，同時兼顧，給予同等注意，以為公正之裁量。最高法院 103 年度台上字第 4590 號判決：所謂「一

[84] 最高法院 106 年度台上字第 1373、3732 號判決參照。

切情狀」，指全般有利與不利於行為人之情形而言，尚包括刑罰目的即犯罪特別預防及應報機能之確定，刑事政策之取向及行為人刑罰反應力之衡量，法院均應確實兼顧，不可忽略或偏重一方，致有礙量刑公正。故刑罰之具體量定過程，允宜先就各項有利、不利事由影響量刑程度之重要性進行評價，再綜合全般評價結果，決定刑罰之種類與刑度。

最高法院 100 年度台上字第 7302 號判決更指出：「被告於原審已具狀臚列其依刑法第 57 條各款之具體事由所應審酌本案之量刑，請求調查證據，並已指出證明之方法。乃原審全未調查審酌，即遽行改判大僻之刑，殊難謂適法」。亦即法院不能以關於犯罪事實之罪證已明，即對當事人就調查量刑事由之聲請置之不理，尤以重刑案件更是如此。此之所以最高法院 109 年度台上字第 88 號判決特別指明：被告固表示認罪，惟請求傳喚林川淵進行詰問，俾查明其在整個犯罪過程中分工、參與程度（是否居於發起人角色？有無所謂犯罪分配較重之角色？），作為**量刑應審酌之事項**，可見被告就本件犯罪之謀議、分工、各自參與情節等事實及量刑等等，均仍有爭執。從而，有無傳喚證人之必要，即非無斟酌之餘地。

（二）應具體而非籠統調查

原判決分別量處沈文賓死刑、沈文夏無期徒刑。但：原審審判長於第 2 次審判程序，就原判決理由「量刑之說明」項下所載被告等各項科刑資料，僅提示被告等之前案紀錄表，並廣泛地詢問對於「科刑範圍及刑法第 57 條各款所列事項」有何意見外，對於非屬犯罪事實之單純科刑情狀資料，包括：新北市政府社會局樹鶯社會福利服務中心個案處理報告、賠償被害人家屬資料、臺大醫院 106 年 1 月 20 日函所附精神鑑定報告書等，並未使被

告等及其等之辯護人對各該科刑資料於量刑之影響有表示意見之機會，此部分所踐行之訴訟程序，自難謂適法[85]。亦即須將科刑之具體資料，逐一踐行調查，不可概括、廣泛地訊問對刑法第57條各款所列事由有何意見。

此外，極刑重刑案件，對量刑之各款事由，均要有憑有據，且與事證相符，否則就會有上開判決所指摘原判決量刑之錯誤：

(1) 就沈文賓之生活狀況部分，載稱：「案發時從事討債工作，據其向臺灣醫院表示當時其從事討債公司工作」。但：卷附臺大醫院106年1月20日函所附精神鑑定報告書，僅記載沈文賓退伍後擔任討債公司職員近10年，其父過世後一、兩個月沒有上班，案發時期已經又開始工作等情，並未指明沈文賓於案發時期之工作內容。又依卷附新北樹鶯社福中心報告記載，沈文賓原係「從事粗工工作」。

(2) 就沈文賓之智識程度，雖以「警詢筆錄受詢問人欄」為據，認為是「高中畢業」。但：沈文賓於101年12月11日之警詢筆錄雖記載其教育程度為「高中畢業」，然同月18日之警詢筆錄則記載為「高中肄業」；而卷附新北樹鶯社福中心報告記載其係「國中畢」、臺大醫院106年1月20日函所附精神鑑定報告書則載有沈文賓於「國中畢業後，就讀免試的高中夜間部一年級」。

(3) 原審對於上開無涉犯罪事實之單純科刑情狀資料，未加調查、釐清，逕認沈文賓係從事一般社會大眾多持負面印象之「討債工作」，且認其教育程度為受過完整高中教育之「高中畢業」，容有刑事訴訟法第379條第10款所定，有應於審

[85] 最高法院107年度台上字第3185號判決參照。

判期日調查之證據未予調查之違背法令，併有與卷存資料未盡相符之證據上理由矛盾之違背法令」。

（三）犯後態度之調查認定

1. 被告是否攀誣被害人所涉之犯後態度

被告固於原審坦承犯罪，陳稱：「請求庭上給我最後一次機會，我殺人，我很不對，我知道錯了，我會對被害人家庭作彌補，我因為殺人造成我的終身遺憾」等語。然被告另諉稱：被告曾多次向被害人購買毒品並一起施用，嗣因缺錢向被害人索討毒品，竟遭被害人唆使小弟毒打、強灌飲食狗屎、狗尿羞辱，始攜械前往理論、防身；雙方於拉扯間意外失手砍傷被害人等詞，既經原審查明並無其事，倘被告係設詞攀誣被害人犯罪，藉以減輕自己罪責，其是否確有悛悔實據，即堪質疑。原判決就被告犯罪後之態度未予調查、審酌，遽認其已深感悔悟、態度尚佳，而為其從輕量刑之準據，其刑之量定是否妥適，並有再事斟酌之餘地[86]（103 台上 4590）。

2. 被告是否真誠悔悟所涉之犯後態度

最高法院 100 年度台上字第 4450 號判決提到：「原審另向法務部矯正署花蓮看守所調取被告之接見面會紀錄，雖顯示其家人常到花蓮看守所探望，對被告多所支持，但由該談話紀錄可知，被告除關心家人之狀況外，其餘關心者多係本案訴訟，與其家人言談中未見其有何懺悔之言語，此有該所檢送之接見面會紀錄在卷可

[86] 最高法院 103 年度台上字第 4590 號判決參照。

按。因而採擇該「談話紀錄」認定被告在羈押期間，仍未對其行為之不法、不當有所領悟，殊難認其有遷善教化之可能等情。但該「談話紀錄」，係監聽人員個人對於被告與其家人談話紀錄之摘要，內容寥寥數語，能否作為被告「無遷善教化可能性」之依據，已屬可議。而被告自警詢至偵審中一再表示懺悔，已如前述，原審卻認其非真誠悔悟，所為證據之取捨及判斷，亦有不當」。鑑於被告是否真誠悔悟，可能涉及遷善教化可能性，則如何妥適認定，實應謹慎為之。

三、量刑前調查報告

（一）外國法例介紹

程序分離除了排除不當預斷外，亦與刑罰個別化背景有密切關聯性，英美法在量刑程序建制「判決前調查制度」，日本則採行「情狀鑑定」。法院為了審酌各種量刑因素，包括犯罪動機、成長經歷、犯後心理或再犯可能性等（包含人格、環境、動機、社會復歸調查及處遇意見），對被告量刑評估或處遇方案之選擇（除宣告刑外，尚可涵蓋累犯加重、刑之酌減、定執行刑、緩刑及保安處分），而囑託鑑定被告犯罪事實以外之情狀為對象（著重被告內在與他人間之相互關係），以提供法院相關資訊之鑑定，並不限於重刑案件[87]。只是單有此等報告，也會有不少問題要注意，以英國為例，1970 年代曾發現若干案件，撰寫報告者預見緩刑監督官可能反對時，有省略某些細節之傾向；接受被告請求時不經核實即輕易相信。1980 年吉勒姆案，該案審理曾被

[87] 日本情狀鑑定，詳參李嘉興，國民參與刑事審判與論罪暨量刑程序二分論之研究，第 33 頁以下，司法院 107 年度研究報告。

中止而等待適用社區服務的適當性評估，但法官卻在一份有利被告之報告情形下判處監禁，上訴審法院略以：法官拖延量刑，以便對監獄的替代選擇進行審查，如果等到這一選擇時，法官就應採納，否則就會產生不公正感。其後於 2003 年刑事司法法即有明文。2007 年更規範報告之形式與內容，如犯罪分析與資料來源、對罪犯的評估、對公眾的風險與再犯可能性之評估、被害人意見及量刑建議等[88]。

（二）我國實務介紹

最高法院 102 年度台上字第 170 號判決已提出：「必須考量被告之人格形成及其他相關背景資訊，以實證調查方式進行評估」。最高法院 107 年度台上字第 480 號判決更進一步指稱：「法院對被告進行量刑或處遇方案之審酌，而囑託鑑定人以被告之犯罪要件事實以外之事實情狀，提供法院相關必要資訊之鑑定時，該相關情狀之鑑定事項常涉及多樣之多層面因素，諸如被告之性格、家庭背景、生活經歷、成長環境、本件犯罪動機、犯後心理狀態、犯罪人之人身危險性及再犯可能性預測，甚至日後之處遇方案選擇、處遇成效等分析。其評估內容往往跨越單一領域，而含括心理學、犯罪學、社會學、精神醫學等專業，自需借助心理師、醫師、社工師、保護觀察官等專門人士於判決前進行綜合性之團隊鑑定調查，以客觀提供法院作為決定刑度及處遇內容之依據，並可避免單一鑑定人之主觀定調」。刑事案件量刑及定執行刑參考要點第 5 條亦明文「法院於必要時，囑託鑑定人為量刑前社會調查報告」。臺灣高等法院 101 年度上重訴字第 57

[88] 參安德魯著，彭海青譯，量刑與刑事司法第六版，中國社會科學出版社，第 458 至 461 頁。

號判決，分別囑託海山分局、竹東分局就被告家庭、社會關係、成長史訪談被告家屬、性束背景訪談同學、同事等，並製作訪談筆錄，此外臺灣高等法院臺南分院 108 年度矚上重更一字第 18 號洪當興家暴殺人案判決，更詳細針對被告成長經驗、人格發展歷程、人格特質、犯罪危害性及未來再犯性，委請專家長期調查，做出綜合評估調查報告。

參、被告前案之調查

一、被告重要之前案參考，應踐行調查

法院引用被告前案之判決具體內容，作為被告惡性、類似情節等科刑之參考。例如以被告國中時期之導師評語：「衝動好怒、屢誡不悛、桀傲不馴」；另其於國中二年級輟學後，少年時期即屢犯竊盜、麻藥、持有改造手槍罪；嗣因竊盜案入監服刑，民國 97 年間出獄後，反以剛出獄欠缺生活費為由，刻意露出兩臂刺青圖樣向商家恐嚇推銷所謂「兄弟茶」，又經台灣高等法院台中分院 98 年度上易字第 1601 號判決量處有期徒刑 2 年 6 月確定。同年間更持柴刀砍傷隨機挑選之陌生路人，致受有「右肩裂傷、左肩峰骨骨折」之傷害，再經台灣彰化地方法院 98 年度易字第 1075 號判決量處有期徒刑 8 月確定，乃認被告有強烈暴力傾向性格，兼以曾因施用毒品自殘，極易無故或因輕微事端遷怒、失控而傷及無辜；且進出監獄頻繁，犯罪手段卻愈形兇殘；本件僅因與被害人輕微口角爭執，即持農用鐮刀猛砍殺害手無寸鐵之被害人，以兇殘手段取人性命，視人命如草芥，惡性重大。因認被告若不與社會長久隔離，恐成社會治安隱憂之不定時炸彈

[89]云云。此時，單以提示被告前科表或略述犯罪案由，而未指出判決所欲援用之具體內容，等同未使被告有陳述意見之機會，如此對被告適時之防禦似有妨礙，而有量刑之突襲性裁判。

二、被告重要之前案參考，應詳細調查

若判決量刑有引用被告前案具體內容時，例如原判決於理由欄以第一審於量刑已載：「被告心性殘暴，於 95 年起，動輒犯下『為索取毒品債務目的，持水果刀及手銬犯剝奪他人行動自由罪；因經常對其父母實施暴力、傷害、恐嚇等不法侵害，經其父、母向法院聲請核發民事保護令，然仍於保護令有效期間內，在家中破壞房門並砸破酒罈，打破水族箱、拉倒電視機及持菜刀揮舞而違反保護令；持玩具手槍及菜刀進入檳榔攤恐嚇；騎乘機車險些撞及某婦，不滿同向後方駕駛緊急煞車按鳴喇叭示意，竟騎車阻擋於前，取出玩具手槍恐嚇對方等語，此有被告前案紀錄表、台灣新竹地方法院 95 年度竹簡字第 783、987 號判決、97 年度竹簡字第 665、895 號判決在卷可稽』，被告動輒因瑣碎之事不如己願即憤恨不平，無論是對於父母、舊識或素不相識之人，均採取暴力手段回應，對於社會治安造成重大危害，經法院多次判處罪刑確定，均仍毫無悔改之意」，即第一審已就被告上開「品行」予以審酌，資為量處被告死刑「科刑資料」之一。但第一審於審判期日僅提示被告之「全國前案紀錄表」，並未就上開四件判決之內容為任何訊問，係於辯論終結後始調閱上開四件判決附於卷內，而原審於審判期日亦僅提示被告之「前案紀錄表」，亦未就上開四件判決之內容為任何訊問，亦未提示上開四

[89] 最高法院 103 年度台上字第 4590 號判決參照。

件判決；即第一審、原審就上開「科刑資料」並未使當事人、辯護人等有陳述意見之機會，並得以對之進行防禦，即逕採為量處死刑之依據，其所踐行之訴訟程序，未遵守公正審判之正當程序保障，即難謂適法[90]。因此，承審法官宜先行設想，若判決須引用其前案之情節內容，作為量刑之參考，則應將前案判決之重要內容，於科刑程序具體、明確訊問，給被告及辯護人有說明之機會，方能保障公正審判之程序。

[90] 最高法院 102 年度台上字第 5091 號判決參照。