第五章　辯論程序

刑事訴訟法第 289 條

調查證據完畢後，應命依下列次序就**事實及法律**分別辯論之：

一、檢察官。

二、被告。

三、辯護人。

前項辯論後，應命依同一次序，就**科刑範圍辯論**之。於科刑辯論前，並應

予到場之告訴人、被害人或其家屬或其他依法得陳述意見之人就**科刑範圍**

表示意見之機會。

已依前二項辯論者，得再為辯論，審判長亦得命再行辯論。

刑事訴訟法第 455 之 47 條

審判長於行第 289 條關於科刑之程序前，應予訴訟參與人及其代理人、陪同人就科刑範圍表示意見之機會。

第一節　科刑意見

壹、依序表述

一、被害人

刑事訴訟法第 288 條第 4 項規定審判長就被告科刑資料調查之順序，第 289 條第 3 項明文賦予當事人量刑範圍之意見陳述權，均旨在期使法院量刑更加精緻、妥適。除當事人、辯護人得陳述意見外，上開條文亦賦與「告訴人」「被害人或其家屬」「依法得陳述意見之人」「訴訟參與人及其代理人」「陪同人」

均有意見陳述權。立法目的，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，不能偏執一端。此處所稱之「意見」，不同於被害人對先前證據調查之意見，或其被害情狀之陳述。而是基於之前科刑資料之調查，綜合說明並針對被告科處之刑度或種類，具體表示意見。只是法院除依法協商者外，不受當事人、代理人、輔佐人、辯護人、告訴人或被害人具體求刑之拘束，自屬當然。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。

二、檢察官

檢察官之求刑有二種，其一是起訴檢察官依偵查結果認有對被告具體求刑之必要，為彰顯其審慎求刑之態度，宜於起訴書就相關情狀事證列出，並詳細說明求處該刑度之理由；其二是公訴檢察官於審判程序，於調查辯論後，審酌被告相關情狀，就科刑範圍提出意見。前者如：檢察官所為具體求刑及為緩刑宣告與其期間、條件之表示，屬訴訟法上當事人之請求，除刑事訴訟法第 451 條之 1 第 4 項前段所規定，於聲請簡易判決處刑案件，法院應於檢察官求刑或緩刑宣告請求之範圍內為判決之情形外，並無拘束法院之效力，法院於審理過程亦無告知被告此無拘束力及是否依檢察官請求而為判決之義務，否則即形同於辯論終結前先告知判決內容，此顯非法所容許[91]。後者如：檢察官雖於第一審辯論終結前，就科刑範圍表示意見時，請求定應執行有期徒刑 1

[91] 最高法院 97 年度台非字第 115 號判決參照。

年，被告亦表同意，惟此僅是當事人對科刑範圍表示意見，並無拘束法院之效力[92]，此等求刑共識不等於認罪協商，應予辨明。

檢察官於起訴書所載或審判中到庭陳述所為之求刑意見，如僅止於量刑範圍之建議，因法院仍應聽取被告意見，以供參酌，自無拘束法院之效力，亦無所謂對於被告刑罰予以預告之危險；惟檢察官之求刑意見，倘已明確指出其求刑的量刑建議之準據或具體事項，而得作為法院量刑參考之依據者，則此等量定刑罰之事實，即本法第 310 條第 3 款規定，有罪之判決書應於理由內記載其依刑法第 57 條所列事項加以審酌以為科刑輕重量定之情形，當屬科刑資料之調查範疇，自應於理由內說明各該事項之具體情形，否則其量刑即不足據以斷定，並有判決理由不備之違背法令[93]。問題是科刑資料調查完畢後，始陳述科刑意見，如控辯一方已指出具體準據，仍屬調查範疇，又不無將調查與意見陳述、辯論階段混為一談。為避免控辯雙方不明此情，不知或未能及時於科刑調查階段提出資料以供調查，法院於準備程序時，甚至科刑調查階段時，均應曉諭闡明，以防上情之誤。

三、被告及辯護人

被告及辯護人聽到被害人及檢察官前述意見後，除了可以回應外，也可表示自己的立場與意見。實務上常空泛地表示「請從

---

[92] 最高法院 100 年度台非字第 329 號判決參照。關於檢察官求刑之探討，可參檢察新論第 14 期。

[93] 最高法院 99 年度台上字第 2519 號判決參照。本件是起訴書求刑已記載「請審酌被告所涉較淺，係受甲之指使，身不由己，且事後頗有悔意，遠離甲之集團，並供出重要犯罪事實」，已具體指明犯後之態度如何，所謂供出重要事實為何，是否屬實，與科刑審酌至有關係，原判決就此並未說明其加以審酌之結果，以為科刑輕重量定之參佐，其量刑理由自嫌欠備。

輕量刑」「請法官給我宣告緩刑」「請法官科處易科罰金的刑度，勿讓我入監」等語，以後應該可以說明被告所犯罪刑之法定刑，因有何加重、減輕事由，如何酌減，並斟酌刑法第 57 條各款事由（略述有利被告之重點事項），而具體表示特定或一定範圍之宣告刑度。

貳、問題討論

一、未予陳述科刑意見之效果

原審於審判期日，未依刑事訴訟法第 289 條第 3 項規定予被告就科刑範圍表示意見，該訴訟程序雖係違背法令，惟依原判決之記載，原審於量刑時已審酌（略），則原審此部分之疏漏，顯然於判決無何影響，依刑事訴訟法第 380 條規定，亦不得為第三審之上訴理由[94]。但如判決量刑欄未針對所指摘之事由加以審酌，則是否顯然於判決無影響，似未可知。尤其是重刑案件，縱判決有所記載，但程序上未實質踐行，恐難謂無何影響。

二、意見陳述及辯論之基礎

刑事訴訟法第 289 條特別明文調查證據完畢後，應行事實及法律辯論程序，包括其後之科刑意見及量刑辯論。其間之分界在於，辯論程序之前，所有證據包含定罪或科刑證據，均應踐行調查。未經前揭程序調查的證據，均不得作為言詞辯論之基礎。所以，審判長在辯論程序上，均須注意控辯雙方之辯論內容，有無超出證據調查之外，如有，基於訴訟指揮權，應當場提醒或制止。

[94] 最高法院 96 年度台非字第 6102 號判決參照。

三、禁反言之效果

禁反言原則，早先係英美民事法律概念，一方面維持己方誠信，另方面保護對方信賴，類似於我國人一般所謂「一言既出，駟馬難追」之意，禁止當事人為「出爾反爾」之主張。晚近推演，引入刑事法律，但因有罪刑法定、真實發現與正義維護之高位理念，故適用範圍有其侷限，於程序法中，祇有禁止重複起訴及一事不再理，於實體法中，僅見諸科刑辯論之實踐。且無論如何，禁反言原則之適用，必須其前後主張之條件或事實，完全相同始可。倘被告遭偵查檢察官提起公訴，案繫法院，被告委由律師閱卷，得悉自己犯罪事證已臻明確，為求輕判，當庭認罪，無非係其訴訟策略抉擇，縱然公訴檢察官對於求刑無所表示，甚或對於辯方的寬遇請求，簡單陳稱「沒有意見」，嗣法院因此輕判，若檢察官認為不能彰顯正義，提起上訴，既屬其職權之正當行使，尚不生失信於民」「戕害司法威信」之問題[95]。

實例曾發生公訴檢察官與被告達成協議，而法院依其共識而為量刑，不料，偵查檢察官認科刑過輕而提起上訴。第二審法院判決略以：最高法院雖曾謂我國刑事訴訟法並無類似英美法所謂禁反言法則之規定，且係採職權主義，檢察官之求刑，僅供法院量刑之參考，故法院以具體求刑為適當，判決後檢察官再被告不利益而上訴，自為法所不禁。惟現行刑事訴訟新制，為落實當事人進行主義之精神，審判程序之進行應由當事人扮演積極主動之角色，而以當事人間之攻擊、防禦為主軸，在法庭上之訴訟攻防，常隨案情或程序動態之發展，而有所調整變更。公訴人在法庭代表國家實施公訴，所為之協議或求刑表示，雖不影響其上訴

[95] 最高法院 105 年度台上字第 3111 號判決參照。

權，但宜有一定之拘束力，否則無法贏得被告及辯護人對司法之信賴。公訴人基於被告自白犯罪，經衡酌案情而相應為具體之求刑，倘非基於錯誤之訊息資料所為，法院依其所請而為科刑，檢察官除有特別理由外，理應受其求刑之拘束，以兼顧被告權益及公平正義，落實刑事訴訟新制之功能。經查，公訴檢察官多次在公判庭上表明「除主謀林志鴻外，其他被告如坦承全部犯行，公訴人願意求處緩刑，；如不承認，既歷經長期詢問、浪費司法資源，則求處中度刑以上，同時不能有緩刑之機會」等語，已就案情輕重、刑罰量定及緩刑宣告與否等情，詳加考慮斟酌，且無資訊錯誤之情形。被告因信任公訴檢察官當庭所為承諾，紛紛捨棄有利證據之調查，並供認犯行在卷，以合理分配司法資源之運用，達成訴訟經濟之要求。又本案雖非簡易或協商案件，但參酌刑事訴訟法第 455 條之 1 及之 10 規定之精神，實不允偵查與公訴檢察官因意見歧異，而影響被告訴訟上之權益，否則往後被告或辯護人又如何信賴公判庭上公訴檢察官所為之表示？被告權益又該如何保護？準此，偵查檢察官因不贊同公訴檢察官之求刑意見，另提起上訴意旨指摘原判決此部分量刑過輕或緩刑不當，為無理由，應予駁回[96]。

參、啟動辯論

一、科刑意見，展現爭點

司法常被詬病的是某些案件量刑過輕，已如序言所述。如果實質地進行科刑意見表達，就該等案件之求處刑度具體表明，若控辯雙方歧異甚大，便藉此開啟量刑辯論，如此可以論述辯明，

[96] 臺灣高等法院高雄分院 93 年金上重訴字第 5 號刑事判決參照。

也許法院之量刑會有所不同，也未可知。

為避免關於量刑輕重未充分陳述意見，未周全辯論，法院應給予控辯雙方於此程序各自表述意見，藉此了解對科刑輕重是否有所爭執，然後再開啟後續之量刑辯論程序。尤其針對某項量刑事由，例如是否依刑法第 59 條減輕？有無供出來源？是否自首？如何科刑、是否緩刑或附何條件負擔等等有所爭執，審判長即接著進行上述爭點以資為量刑辯論，供檢辯雙方就上開歧見，可以好好論述其理由或依據。有時在科刑調查及陳述意見後，可能再由法院重新做爭點整理，以待在科刑辯論時，可以為具體有效之攻防。

二、公開透明，避免突襲

在被告或辯護人要求判處易科罰金之刑、緩刑或特別減輕時，宜給公訴人表示意見之機會，如法院認有緩刑之可能，而公訴人亦不反對，僅對所附條件有意見，此時可以多詢問相關負擔，給予被告表示意見之機會，讓法院得以明瞭其對服勞務或捐國庫與公益團體之意見，達到透明化、公開化之程序。

實例有：本件當事人對於原判決之事實認定及量刑均無意見，被告上訴之重點在於希望宣告緩刑，以啟被告自新，並提出類似判決及「法院加強緩刑宣告實施要點」為據。在本件審判程序量刑辯論時，檢察官先稱：原判決認被告雖金錢賠償，但不能取代一切，而不同意緩刑，也非無據，但被害人既已具狀表示原諒被告，請給予緩刑，可以考慮附一定條件而為緩刑等語；辯護人則表示：如受緩刑宣告，願在緩刑期內受保護管束，並願意為一定時數之勞動服務、法治教育課程等語。檢察官嗣稱：請增加被告要遠離被害人、不得再騷擾被害人之條件；辯護人同意接

受，被告均無意見。綜合上情，本件之爭點在於被告所犯強制性交罪，在本案之情狀背景下，是否適合對被告諭知緩刑？倘宣告緩刑，經斟酌相關情形，是否應附加法定之義務勞務、保護被害人安全之必要命令（如遠離或不得接觸等）、預防再犯所為之必要命令（如法治教育課程）等相關條件，較為妥當[97]。

甚至當事人都未提及，但法院想依職權考慮緩刑時，也應給公訴人及被害人陳述意見機會，如附負擔之相關非具體之條件，亦宜給被告陳述意見，以免出乎意外之突襲。此外，如外國人是否驅逐出境或強制工作之保安處分，亦應給予當事人表示意見之機會。實例上曾有被告自始否認涉犯強制性交罪，第一審法院仍依刑法第 59 條規定酌以減輕，但理由薄弱，第二審法院為免突襲，仍特就此條諭請辯論，案件審理終結後，被告於翌日即具狀撤回上訴[98]。

三、科刑意見筆錄例句

審判長問被告，你對於科刑範圍有何意見？

被告答：我很後悔，願向被害人道歉，希望法官從輕量刑，判我緩刑。

審判長問被害人，對被告若成立本罪，你對應判之刑度有何意見？

被害人答：我覺得被告十分可惡，一犯再犯，請判處一年徒刑。雖有賠償我部分損害，但請不要給他緩刑。

審判長問檢察官，對於科刑範圍有何意見？

檢察官答：被告犯後尚知坦承犯行，但未與被害人和解，請判處

[97] 臺灣高等法院臺南分院 109 年侵上訴字第 162 號刑事判決參照。

[98] 臺灣高等法院高雄分院 103 年侵上訴字第 59 號刑事判決參照。

有期徒刑七月。

第二節　通常辯論

刑事訴訟法第 289 條第 1 項規定：「調查證據完畢後，應命依下列次序就事實及法律辯論之：一、檢察官。二、被告。三、辯護人。」修法前所稱「法律辯論」，係指有關犯罪構成要件及法律效果之辯論，而後者即包括刑罰部分。是此一言詞辯論程序，不僅限於被告有無犯罪事實之認定，並包括檢察官向法院具體請求對被告應科何種刑罰之意見，及被告、辯護人對於科刑種類與範圍（包括上訴後對下級審判決科處之刑罰）之陳述或答辯。且同法第 290 條規定：「審判長於宣示辯論終結前，最後應詢問被告有無陳述。」被告對於量刑之意見，亦仍能依該規定表達[99]。

犯罪事實有無之認定與應如何科刑，攸關被告之權益甚鉅，重要性難分軒輊，科刑資料之審酌自應踐行調查及辯論之程序，始符合憲法所保障之訴訟權利及罪刑相當之科刑規範。刑事訴訟法第 289 條第 3 項原規定當事人、辯護人辯論後，審判長應予當事人就科刑範圍表示意見之機會。僅賦予當事人就量刑範圍之陳述意見權，而未經辯論，尚有未足，109 年 1 月 15 日業經修訂明定事實及法律辯論後，應命檢察官、被告、辯護人依同一次序，就科刑範圍辯論之。於科刑辯論前，並應予到場之告訴人、被害人或其家屬或其他依法得陳述意見之人就科刑範圍表示意見之機會。並移列為第 2 項，於同年 7 月 15 日施行，旨在使量刑更加精緻、妥適，期以達成罪刑相當，使罰當其罪之目的，已經

[99] 最高法院 105 年度台上字第 2053 號判決參照。

採行論罪資料之辯論與科刑資料之辯論二分模式。

刑事訴訟法第 289 條第 1 項規定調查證據完畢後，應命檢察官、被告及辯護人依序就事實及法律分別辯論。此乃因在改良式當事人進行主義之下，負有舉證責任之檢察官應先行論告，並保障被告及辯護人得於檢察官論告之後，瞭解檢察官認定被告成立犯罪之理由及所憑證據後，得以充分、完足為訴訟上之辯論。從而，若辯論時**顛倒順序**，由尚不知檢察官辯論內容為何之被告及辯護人先行主張，再由檢察官駁斥被告及辯護人之抗辯，並提出相關證據及理由以說服法院，無疑將侵害被告及辯護人得依檢察官辯論內容為答辯之防禦權，所踐行之訴訟程序，自難謂為合法。本件審判長諭知調查證據完畢開始辯論時，係由被告及辯護人先行辯論，待其等辯論完畢後，再由檢察官論告，且之後僅詢問被告有何補充，未讓被告及辯護人有再行辯論之機會。所踐行之訴訟程序，自難謂為合法[100]。

壹、科刑輕重

一、宣告刑

（一）針對刑法第 57 條各款事由

我國刑法關於刑罰之裁量以罪責原則（或稱罪刑相當原則）為基礎，兼採特別預防原則，即刑罰之輕重應與行為人罪責之嚴重性（行為不法、結果不法、罪責）相呼應，而同時為期矯正行為人、使其復歸社會之功能，兼採特別預防之刑罰理論作為調合。刑法上所稱刑罰者，係指國家依據刑法法規，對於犯罪行為制裁行為人之公法上手段。刑罰之適用首要求適法，其次求其允

[100] 最高法院 109 年度台上字第 2087 號判決參照。

當。例如強盜案之手法、所得及被害情節，或性侵案之各次方法如以手指或性器，時間久暫或被害人創傷後續等。判決量刑欄若僅概論犯行通論及行為人個別因素，無從判斷得知何以各罪之刑度如何得來之真正心證。又如財產犯罪，財物或利益損害乃重要之量刑因子，若未提及被害之金額與財物價值，亦有疏誤。

（二）刑罰加重事由

刑法條款在法律效果上固均認有高、低度之法定刑，使法官針對具體的個案在法定最高、低度刑期間，裁量科處宣告刑，惟因犯罪行為情狀萬千，情節輕重懸殊，有時縱處以法定最高或最低刑，仍嫌太輕或重，為解決此種以法定刑的最高、低度刑尚無法妥適科處刑罰的特殊情狀，刑法乃設有加重、減輕的規定，賦與法官在刑罰裁量過程中遇有刑法所明定的加重、減輕事由時，即可據以加重或減輕刑罰。加重事由甚多，但本文以最常見之累犯為例說明。

累犯——司法院釋字第 775 號

自上開大法官解釋後，法官應針對該意旨進行累犯是否加重最低其刑之辯論，由於剛開始實施，控辯雙方可能不知如何具體辯論，法院宜適當引導，並指出若干審酌之基準，問題是基準因人而異，未見共識，如以累犯之立法本旨，以特別惡性及刑罰反應力為主要考量，較簡要且無歧異。但最高法院有判決另列出更具體之基準，也可以參考，茲分列以下二項。

1. 特別惡性及刑罰反應力

原審已考量該 22 罪係在前案刑罰執行完畢後 1 年 3 個多月左右即開始陸續違犯，顯示其刑罰反應力確屬薄弱，且被告販賣第二級毒品及轉讓禁藥，造成毒品擴散，嚴重戕害國人身心健康，並影響社會治安、公共秩

序之維護，犯罪情節及所生危害皆重，並無量處最低法定刑仍屬罪刑不相當而過重情事；復說明依司法院釋字第 775 號解釋意旨，並未闡釋累犯加重其刑規定之適用，限於前案與後案之罪質相同時始可適用，此應非判斷累犯者在主觀上有無特別惡性，或是否對刑罰反應力薄弱等，而應加重最低本刑之唯一標準，而認被告及辯護人僅以前案與本案之**罪質**不同，即謂被告並無特別惡性或刑罰反應力薄弱情事云云，尚非可採[101]。所謂特別惡性，是屬於犯罪情節因素，可責性高低的判斷；所稱刑罰反應力，涉及刑種選擇、增加刑罰投入的副作用，行為人屬性因素（尤其是品行）的判斷。

2. 前後案罪質、如何執行、期間等綜合判斷

刑法第 47 條規定，主要著眼於犯罪行為人前既已受自由刑之執行，自當知所悔改，如執行完畢未久，又再故意犯罪，足見其對於刑罰反應力薄弱，故必須再延長其矯正期間，藉此協助其重返社會，同時亦兼顧防衛的效果。惟司法院釋字第 775 號對於累犯已不能完全專注犯罪者行為危險性而忽視行為本身惡害性。至如何能避免發生「罪刑不相當」之情形，自應審酌犯罪行為人之前、後案之犯罪類型、行為態樣是否相同或類似；前案執行完畢與後案發生之時間相距長短；前案是故意或過失所犯；前案執行是入監執行完畢，抑或易科罰金或易服社會勞動而視為執行完畢；前、後案對於他人生

[101] 最高法院 108 年度台上字第 3050 號判決參照。立法上有建議改依維護法益之重要性、防止再犯之可能性及事後矯正被告之必要性等三項基準，作為累犯加重其刑之要件。

命、身體、財產等法益侵害情形如何（例如對於習於施用毒品與竊盜慣犯之考量，即或有不同）等具體個案各種因素，再兼衡後案犯罪之動機、目的、計畫、犯罪行為人之年齡、性格、生長環境、學識、經歷、反省態度（即後案之**行為內涵及罪責**是否明顯偏低）等情綜合判斷，以觀其有無特別惡性或對刑罰反應力薄弱而決定是否依累犯規定加重最低本刑[102]。

筆錄例句：

審判長表示：

被告因之前犯竊盜、偽證等罪，經高雄地院各判處有期徒刑三月、五月，嗣定應執行有期徒刑陸月確定，已於 103 年 3 月 13 日執行完畢，之後在 5 年內，於 106 年 6 月再犯本件肇事逃逸罪，請依司法院釋字第 775 號意旨，就是否成立累犯？依累犯規定加重最低本刑，是否有刑罰過苛而致罪刑不相當之情形？並請就被告若成立累犯，其（前案與本件之罪質關聯）特別惡性、刑罰反應力如何等要點，說明被告有無加重最低其刑之必要？

（三）刑罰減輕事由

1. 情節輕微

釋字第 777 號

解釋意旨以肇事逃逸罪之規定，一律以 1 年以上 7 年以下有期徒刑為其法定刑，致對犯罪情節輕微者無從為易科罰金之宣告，對此等情節輕微個案構成顯然過苛之處罰，於此範圍內，不符憲法罪刑相當原則，與憲法第 23 條比例原則有違。此違反部分，應自本解釋公布

[102] 最高法院 108 年度台上字第 1606 號、108 年度台非字第 176 號判決參照。

之日起，至遲於屆滿 2 年時，失其效力。

針對何謂犯罪情節輕微，該號解釋理由書例示：被害人所受傷害輕微，並無急需就醫之必要；對 102 年系爭規定所欲保護之法益侵害甚微之相類情形；被害人並非無自救力，且肇事者於逃逸後一定密接時間內，返回現場實施救護或為其他必要措施；肇事者雖離開現場，但立即通知警察機關或委請其他第三人，代為實施救護或為其他必要措施，或有其他相類後續行為有助於維護所欲保護法益等情形。另闡示各級法院於前揭法律修正前，對駕駛人於事故之發生有故意或過失而逃逸，且無情節輕微個案顯然過苛之情形者，仍應依法審判等旨。亦即事實審法院於行為人對車禍事故之發生有故意或過失而逃逸時，仍應調查釐清個案情節是否輕微，始足為於法定刑度內量刑，有無顯然過苛情形之判斷[103]。據此，最高法院對於此罪上訴者，均指出「法院對是否有釋字 777 號解釋另指之情節輕微、量刑過苛情形，應請注意，並給予陳述意見及辯論之機會。

本文就諸多最高法院判決歸納整理出，案例事實中關於情節輕微、量刑過苛之基準，首先是被告惡性之程度，如被告是否曾留在現場關心、詢問、致意；逃逸後，是否於密接時間內返回現場、投案或通知他人處理；犯後是否坦承，有無和解悔意。其次是事故之危害性，如肇事車禍、撞擊程度輕重；傷害程度輕重，有無急需就醫之必要，是否尚有自救能力；案發時間是在日

[103] 最高法院 108 年度台上字第 4245、3865 號判決參照。

夜、地點在市井或山區等處；肇事車輛是機車、汽車或大貨車、聯結車。最後是被告與被害人之個人情形，如彼此過失之程度，彼此受傷之程度[104]。

《筆錄例句》

審判長表示：

依司法院釋字第 777 號解釋，刑法第 185 條之 4 規定，一律以 1 年以上 7 年以下有期徒刑為其法定刑，致對犯罪情節輕微者無從為易科罰金之宣告，對此等情節輕微個案構成顯然過苛之處罰，於此範圍內，不符憲法罪刑相當原則。法院應對個案是否有情節輕微、量刑過苛情形，給予陳述意見及辯論之機會。請檢察官、辯護人、被告針對被告**惡性情形**（曾留在現場關心、詢問、致意；逃後密接時間內返回現場、投案或通知他人處理；犯後是否坦承，有無和解）、**危害性**（肇事車禍非大，撞擊尚輕；傷害輕微，無急需就醫之必要、尚有自救能力；案發時間地點及肇事車輛之種類）、**彼此情形**（彼此與有過失，甚至被害人過失程度較重；彼此均受傷害，甚至被告受傷程度更重）各點辯論，說明有無情節輕微、量刑過苛之情形。

釋字第 790 號

毒品危害防制條例第 12 條第 2 項規定：「意圖供製造毒品之用，而栽種大麻者，處 5 年以上有期徒刑。」不論犯罪情節之輕重，均以 5 年以上有期徒刑之

[104] 最高法院 108 年度台上字第 1015、1790、1931、2063、3239、3608、4150 號及 109 年度台上字第 453、1121、1521 號判決參照。

重度自由刑相繩，對違法情節輕微、顯可憫恕之個案，法院縱適用刑法第 59 條規定酌減其刑，最低刑度仍達 2 年 6 月之有期徒刑，無從具體考量行為人所應負責任之輕微，為易科罰金或緩刑之宣告，尚嫌情輕法重，致罪責與處罰不相當。上開規定對犯該罪而情節輕微者，未併為得減輕其刑或另為適當刑度之規定，於此範圍內，與憲法罪刑相當原則不符，有違憲法比例原則。應自本解釋公布之日起 1 年內，依本解釋意旨修正之；逾期未修正，其情節輕微者，法院得依本解釋意旨減輕其法定刑至二分之一。

審酌情節輕微之基準，可參考最高法院 109 年度台上字第 1525 號判決所指「細繹該解釋意旨，關於犯罪情節是否輕微之判斷，其解釋理由僅例示栽種數量極少且僅供己施用等情形，並非以栽種數量極少且僅供己施用之情節為唯一判斷基準。法院於審理時，得依個案栽種大麻的場所、設備、規模（不具規模、小規模、大規模）、數量多寡、是否僅供己施用、有無營利性或商業性、造成危害之大小等各種因素綜合判斷。倘認有犯罪情節輕微之情形，為避免發生上述罪刑不相當之情形，自應就該個案之審判程序延至新法修正公布或該解釋公布日起算 1 年後始予以終結，俾得適用有利於行為人之法律或依上開解釋意旨減輕其刑」。

《筆錄例句》

審判長表示：

依司法院釋字第 790 號解釋，毒品危害防制條例第 12 條第 2 項規定：「意圖供製造毒品之用，而栽種大麻

者，處 5 年以上有期徒刑，得併科新臺幣 500 萬元以下罰金。」不論行為人犯罪情節之輕重，均以 5 年以上有期徒刑之重度自由刑相繩，對違法情節輕微、顯可憫恕之個案，法院縱適用刑法第 59 條規定酌減其刑，最低刑度仍達 2 年 6 月之有期徒刑，無從具體考量行為人所應負責任之輕微，為易科罰金或緩刑之宣告，尚嫌情輕法重，致罪責與處罰不相當。關於犯罪情節是否輕微之判斷，請依個案栽種大麻的場所、設備、規模（不具規模、小規模、大規模）、數量多寡、是否僅供己施用、有無營利性或商業性、造成危害之大小等各種因素綜合辯論，提供本院判斷。

其他情節輕微

除了上述大法官解釋外，法律上另有若干明文規定，如槍砲彈藥刀械管制條例第 8 條第 6 項所定：犯第 1、2 項或第 4 項有關空氣槍之罪，其情節輕微者，得減輕其刑。又如貪污治罪條例第 12 條第 1 項規定：犯第 4 條至第 6 條之罪，情節輕微，而其所得或所圖得財物或不正利益在新台幣 5 萬元以下者，減輕其刑。所謂情節輕微與否者，應依一般社會通念，審酌貪污舞弊之手段、型態、戕害吏治之程度及對社會秩序、風氣之影響等一切情節予以認定，並應於理由內予以說明，始為適法[105]。

2. 法定減輕事由

關於減輕事由，諸如自首、偵審中自白、供出毒品

[105] 最高法院 102 年度台上字第 3640 號判決參照。

來源等等爭執，縱於前揭調查程序就其證據力表示意見，但畢竟未能充分論述究明，法院如審視當事人就此仍再三辯執，則可於此踐行量刑辯論[106]。於此不討論是否符合減輕要件之問題，而是針對在得予減輕之規定，如何裁量是否減輕，或減輕之幅度比例如何較為適當。

被告符合自首，是否減輕？

刑法第 62 條自首減刑之規定，原規定難以因應各種不同動機之自首案例，一律減輕其刑，難期獲致公平，且有使犯人恃以犯罪之虞，乃修正為「得減輕其刑」。其旨在使真誠悔悟者可得減刑自新之機，而狡黠陰暴之徒亦無所遁飾，以符公平。堪認自首規定之立法目的，兼具獎勵行為人悔改認過，及使偵查機關易於偵明犯罪之事實真相，以節省司法資源，並避免株連疑似，累及無辜。又是否自首，係事實認定問題，應委由裁判者視具體情況為減刑與否之適法裁量。本件

被告始終否認起意強制性交犯行，被告就警方或家屬探詢Ａ女行蹤之供述，似有多次提供不實訊息以引導至其他方向調查，或刻意致電Ａ女留言規避等情，原判決亦認定被告有刻意誤導之情形，則被告自首之動機，究係出於內心真誠悔悟，或迫於情勢而為？抑或預期未供明部分均得邀獲減刑寬典等考量，原判決未綜合各節，斟酌說明其裁量理由，僅擇被告供出犯罪經過及棄

[106] 例如供出毒品來源而查獲，實務通說以所供出之人業據檢察官起訴為主，但亦有謂如查獲之證據，客觀上已足確認該人、該犯行亦屬之，如最高法院 109 年聲台上子 567 號判決。其餘可參柯耀程，量刑論辯構想的思辨，中央警察大學法學論集第 24 期。

屍地點，並帶同尋獲屍塊，即為有利被告之判斷，尚有理由欠備之違疏，使其裁量自首減刑判斷之認定是否適法，難據以斷定[107]。

《筆錄例句》

審判長表示：

檢察官先前已主張被告雖符合自首，但其在眾目睽睽之下行兇，在眾人救助被害人時，冷靜打電話報警自首，而不應減輕其刑，被告則主張應減輕刑度，既有明顯爭執，請檢辯雙方就被告自首之動機，究係出於內心真誠悔悟，或迫於情勢而為？抑或其他考量，綜合論述被告有無減輕其刑之必要？

量刑減讓原則之裁量

我國實務有一現象，於罪刑加重時，僅就法定刑下限略加一點點，於罪刑減輕時，則從法定刑下限大砍一大半，例如殺人未遂即判處五年二月等等。而被告販毒案件，有自始於偵審中即一致自白，也有一審否認，二審詳細調查證據後，見無法自圓其說，始再自白，如此減輕若與前者相同，似明顯不公平，亦即同樣符合偵審中自白，但減幅不一定相同。

最高法院 106 年度台上字第 2373 號、107 年度台上字第 2084 號、108 年度台上字第 1492 號揭示：法院對於認罪之被告為科刑時，應如何適正地行使其裁量權，俾避免欠缺標準及可預測性，英美法有所謂「認罪的量刑減讓」，可資參考。亦即，在被告認罪之減輕幅

[107] 最高法院 109 年度台上字第 2926 號判決參照。

度上，應考慮被告係(1)在訴訟程序之何一個階段認罪。(2)在何種情況下認罪（英國 2003 年刑事審判法第 144 條參照），按照被告認罪之階段（時間）以浮動比率予以遞減調整之。被告係於最初有合理機會時（例如為警查獲或檢察官偵查）即認罪者，可獲最高幅度之減輕，其後（例如開庭前或審理中）始認罪者，則依序遞減調整其減輕之幅度，倘被告始終不認罪，直到案情已明朗始認罪，其減輕之幅度則極為微小。被告究竟在何一訴訟階段認罪，攸關訴訟經濟及被告是否出於真誠之悔意或僅心存企求較輕刑期之僥倖，法院於科刑時，自得列為「犯罪後之態度」是否予以刑度減讓之考量因子。

《筆錄例句》

審判長表示：

被告於偵查中雖有自白，但其後均否認販賣海洛因犯行，第一審法院實施之各式調查作為，幾乎窮盡所有調查途徑，盡其調查之能事，綜合研判相關事證，詳論認定被告確有上開犯行，因見本案事實已然明確後，始於第二審認罪，客觀上是否已無助於避免國家司法資源之無端耗費，被告是否僅關切自身，冀獲較輕刑度，而未有深切反省之意，並請論述被告減讓之幅度或若干而為辯論。

3. 特別減輕事由

刑法第 59 條之酌量減輕其刑，實務上約有二種情形，其一是顯可憫恕，即必須犯罪另有特殊之原因與環境等等，在客觀上足以引起一般同情，認為即予宣告法

定最低度刑期仍嫌過重者，始有其適用。其二是情輕法重，即本於司法院釋字第 263 號解釋意旨之相同法理，倘犯罪情節輕微，低於法定刑下限者，為避免刑罰過於嚴苛，即應合目的性裁量減輕。最高法院 109 年度台上字第 2323 號判決尚且指明法院有時應主動衡酌考量，「立法機關基於刑事政策及預防犯罪之考量，雖得以特別刑法對特定犯罪設定較高法定刑，但其對構成要件該當者，不論行為人犯罪情節之輕重，均以所定重度自由刑相繩，致對違法情節輕微之個案，可能構成顯然過苛處罰之情形。於此情形，審理具體個案之法院，考量行為人違法行為之危害程度及其所應負責任之輕微，倘認宣告最低法定刑度，尚嫌情輕法重，自應適用刑法第 59 條規定酌減其刑」，俾符罪刑相當原則，以兼顧實質正義。

二、執行刑

針對數罪如何定應執行刑，決定妥適刑度，允宜給予辯論之機會，其後於判決中加以周詳、具體說明。即便是檢察官聲請法院裁定應執行刑之案件，刑事訴訟法草案已明定，除顯無必要或有急迫情形者外，於裁定前應予受刑人以言詞或書面陳述意見之機會，並應記載載定應執行刑審酌之事項[108]。

（一）基本說明

[108] 司法周刊 109 年 5 月 22 日第 2004 期首版。為保障受刑人的陳述意見權及檢察官、受刑人的救濟權，修正刑事訴訟法第 477 條，明定檢察官聲請法院定應執行刑時，須以聲請書繕本通知受刑人，且法院原則上應給受刑人以言詞或書面陳述意見的機會，並應記載定應執行刑審酌的事項。

刑法總則編第七章有關數罪併罰之規定，係立法者基於刑事政策之考量，避免數罪累計而處罰過嚴，罪責失衡，藉此將受刑人所犯數罪合併之刑度得以重新裁量，防止刑罰過苛，以保障人權。申言之，數罪併罰合併定應執行刑，旨在綜合斟酌犯罪行為之不法與罪責程度，及對犯罪行為人施以矯正之必要性，而決定所犯數罪最終具體應實現之刑罰，以符罪責相當之要求，屬恤刑制度之設計[109]。

按數罪併罰之定應執行之刑，係出於刑罰經濟與責罰相當之考量，為一種特別的量刑過程，相較於刑法第 57 條所定科刑時應審酌之事項係對一般犯罪行為之裁量；定應執行刑之宣告，乃對犯罪行為人本身及所犯各罪之總檢視，除應考量行為人所犯數罪反應出之人格特性，並應權衡審酌行為人之責任與整體刑法目的及相關刑事政策[110]。

（二）裁量基準

最高法院於裁定中已論及「數罪併罰定應執行刑之裁量標準，法無明文，然其裁量仍應兼衡罪責相當及特別預防之刑罰目的，具體審酌**整體犯罪過程之各罪關係**（例如各行為彼此間之關聯性《數罪間時間、空間、法益之異同性》、所侵害法益之專屬性或同一性、數罪對法益侵害之加重效應等）及**罪數所反應行為人人格及犯罪傾向**等情狀綜合判斷，為妥適之裁量」；「授權法官綜合斟酌被告犯罪行為之不法與罪責程度、各罪彼此間之關聯性（例如數罪犯罪時間、空間、各行為所侵害法益之專屬性或同一性、數罪對法益侵害之加重效應等）、數罪所反應被告人格特

[109] 最高法院 101 年度台非字第 333 號及 102 年度台上字第 4237 號判決參照。
[110] 最高法院 100 年度台抗字第 503 號裁定及 101 年度台上字第 2762 號判決參照。

性與傾向、對被告施以矯正之必要性等，妥適裁量最終具體應實現之刑罰，以符罪責相當之要求」[111]（109 台抗 600）。

最高法院於判決中，先指出「數罪併罰定應執行刑之裁量，應兼衡罪責相當及特別預防之刑罰目的，綜合考量行為人之人格及各罪間之關係，具體審酌各罪侵害法益之異同、對侵害法益之加重效應及時間、空間之密接程度，注意維持輕重罪間刑罰體系之平衡。其依刑法第 51 條第 5 款定執行刑者，宜注意刑罰邊際效應隨刑期而遞減及行為人所生痛苦程 度隨刑期而遞增之情形，考量行為人復歸社會之可能性，妥適定執行刑。除不得違反刑法第 51 條之外部界限外，尤應體察前述法律規範本旨，謹守法律內部性界限，以達刑罰經濟及恤刑之目的。倘違背上開定執行刑內部界限而濫用其裁量，仍非適法」[112]。

定其刑期時，除仍應就各別刑罰規範之目的、輕重罪間體系之平衡、整體犯罪非難評價、各行為彼此間之偶發性、與被告前科之關聯性、各行為所侵害法益之專屬性或同一性、數罪對法益侵害之加重效應、罪數所反映之被告人格特性與犯罪傾向、社會對特定犯罪例如一再殺人或販毒行為處罰之期待等，為綜合判斷[113]。最高法院 109 年度台非字第 121 號判決並「審酌其中部分罪刑曾經法院判決定其應執行之刑，以及受刑人犯數罪所反映出之人格特性、刑罰及定應執行刑之規範目的、所犯各罪間之關連性及所侵害之法益與整體非難評價等面向，定其應執行刑如主文所示，以資糾正及救濟。

---

[111] 最高法院 104 年度台抗字第 718 號及 109 年度台抗字第 609 號裁定參照。

[112] 最高法院 108 年度台上字第 4405、4408 號判決參照。

[113] 最高法院 96 年度台上字第 7583 號、97 年度台上字第 2017 號及 101 年度台上字第 709 號判決參照。

（三）筆錄例句

審判長表示：

如被告所犯數罪成立，請就各別刑罰規範之目的、輕重罪間體系之平衡、整體犯罪非難評價、各行為彼此間之偶發性、與被告前科之關聯性、各行為所侵害法益之專屬性或同一性、數罪對法益侵害之加重效應、罪數所反映之被告人格特性與犯罪傾向、社會對特定犯罪（例如一再酒駕或販毒行為）處罰之期待等，並參酌刑罰公平性，以杜絕僥倖、減少犯罪之立法意旨，說明如何定應執行刑較為妥適。

貳、從刑附刑

一、褫奪公權之辯論

刑法第 37 條第 2 項規定：「宣告一年以上有期徒刑，依犯罪之性質認為有褫奪公權之必要者，宣告一年以上十年以下褫奪公權 」。是凡宣告一年以上有期徒刑，依犯罪之性質認為有褫奪公權之必要者，得於一年以上十年以下之期間範圍內宣告之，其宣告與否，法院有自由裁量之權。

惟褫奪公權係剝奪為公務員及公職候選人之資格，其規範意旨，乃鑑於公權之行使，與公眾之福祉攸關，為期行使公權之人具備高尚節操，避免其危害他人權益與公共利益，乃限制犯罪人服公職之能力。是以所稱有褫奪公權必要之「**犯罪性質**」，**應視所犯之罪與被褫奪之公權間有無關聯而定**，<u>與犯行是否碰巧發生，或經常為之無涉</u>。被告本件殺人犯行，具預謀為之性質，且所犯為剝奪他人生命之殺人重罪，倘選科有期徒刑，依其犯罪之性質，是否有褫奪公權之必要，容非無研求之餘地。原審僅以被告所為係偶發犯罪，即認無褫奪公權之必要，難謂無適用法則不

當之違誤[114]。

近年實例較具爭議，是歷經 20 年訴訟始定讞之傅崐萁違反證券交易法案件，其於台北地院以 89 年度訴字第 302 號判處有期徒刑六年，褫奪公權四年，併科罰金 3500 萬元等，上訴後歷經更審多次，均不再褫奪公權，刑度也減輕，最後確定之刑度為有期徒刑二年十月（最高法院 108 年台上字第 1367 號判決）。由於被告未宣告褫奪公權，以致傅崐萁仍保有立委身分，入監服刑，薪資照領，造成社會物議沸騰，討論何以法院未考量其身分罪質而宣告褫奪公權？此外，傅崐萁入監後也出現「視訊問政傳聞」爭議，朝野立委近日乃陸續擬具「傅崐萁條款」，企圖彌補「褫奪公權爭議」所滋生的法制破網。

二、緩刑與否之辯論

（一）裁量基準

法院對於被告在符合緩刑要件時，如何決定是否緩刑？其裁量有無適合之基準，可供當事人及辯護人辯論。實例上有若干標準，略述如下：

1. 有無再犯之虞之自新

緩刑之宣告與否，固屬實體法上賦予法院得為自由裁量之事項，惟法院行使此項職權時，除應審查被告是否符合緩刑之法定要件外，仍應就被告有以暫不執行其刑為適當之情形，亦即應就被告有無再犯之虞，及能否由於刑罰之宣告而策其自新等加以審酌，與刑法第 57

[114] 最高法院 109 年度台上字第 1721 號判決參照。其餘如易刑處分，如易科罰金一千或三千之標準，如何就被告資力、犯罪利益等加以辯論以審酌裁量，均有辯論之餘地。

條所定，科刑時應審酌之事項有別。亦即暫不執行刑罰之是否適當，應由法院就被告之性格、犯罪狀況、有無再犯之虞及能否由於刑罰之宣告而策其自新等一切情形，予以審酌裁量，此亦屬法院得依職權自由裁量之事項[115]。

2. 是否以暫不執行為當

按刑法第 74 條關於緩刑規定，其中關於暫不執行為適當之標準為何，法無明文，雖屬法院自由裁量之範疇，但應於判決內說明審酌犯罪之情狀，及身體、教育、職業、家庭之關係，或其他正當事由，而認有暫不執行為適當之理由，始為適法。而其重在是否「以暫不執行為適當」，而非是否「有無警惕而無再犯之虞」甚明[116]。至於何謂適當？我國實務仍重視告訴人之意見，日本實務之趨勢，首在審視犯情嚴重之程度，如嚴重到可緩刑之程，再審酌被告一切情狀，除非特別有利才可能緩刑，若犯情不嚴重，則有相當程度會運用緩刑，尤其考慮社會內更生機會，以替代刑罰之實際執行。新近案例有：被告受有自閉症，其與周邊人群關係，使得他產生困惑與壓力，在無適切處理之下，想到了放火這個手段，這一連串的經緯當中也存有難以苛責被告之處。因此，本件在無同種案件之前科下，考慮被告具有的障礙，與其科處徒刑，不如今其在社會內接受福利措施的支援，努力更生，會更有意義，且在被告父母及社福單

[115] 最高法院 96 年度台上字第 2885、4519 號、97 年度台上字第 2328 號及 100 年度台上字第 5344 號判決參照。

[116] 最高法院 93 年度台上字第 6877 號判決參照。

位的支援下得以期待自力更生[117]。

（二）判決理由

法院依職權為緩刑之宣告時，固不以經被害人同意為必要，但為保障訴訟權益並兼顧緩刑本旨，宜徵詢當事人或被害人之意見，以臻妥適。如有負擔，特別注意內容宜具體明確、妥適可行（法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 147 點之 1 及台高院 96 年 1 月 24 日院信文廉字第 559 號函）。最高法院要求給被告緩刑，應於判決理由中，適當說明，始足受外界公評檢驗，而免誤會並昭折服。原判決於理由欄僅敘載：「被告未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，衡諸上開各項情事，被告應係一時失慮誤蹈法網，經此次偵審程序教訓，當已知所警惕，信無再犯之虞，本院因此認為所宣告之刑以暫不執行為適當，爰依法併宣告緩刑 2 年，以啟自新」等旨。檢察官上訴意旨指摘其**尚嫌空泛**，為有理由[118]。

三、沒收問題之辯論

本文主題雖是量刑調查與辯論，但實務往後會針對沒收部分多所辯證，乃稍舉三例以說明。

（一）犯罪所得

沒收新法在澈底剝奪犯罪所得，消除犯罪誘因，於經濟犯罪及具有穩定社會系統屬「風險刑法」之環境犯罪尤然。列為環境刑法之刑法第 190 條之 1 之排放有害健康之物而污染河川罪、廢

---

[117] 最高法院 107 年度台上字第 897 號判決參照；日本實務見解請參謝煜偉，從量刑目的論檢視並展望量刑程序與量刑框架，於 109 年度法官協會量刑學術研討會。

[118] 最高法院 109 年度台上字第 2938 號判決參照。

棄物清理法第 46 條第 1 款之任意棄置有害事業廢棄物罪，於違法排放廢水之案件，其**不法所得，乃行為人節省本應依法處理而支出之環保費用，其因未支出而獲得整體財產之增益，自屬產自犯罪之利得**，應依法宣告沒收。又此不法利得既為消極利益，依法應就其替代價額為追徵之諭知。法院須先就估算基礎之連結事實加以調查審認，再選擇合適之推估方式，例如某特定領域之經驗法則，而普遍採用於稅法計算所得之「內部事業比較」及「外部事業比較」基準，即屬於合適之估算方法[119]。

（二）犯罪工具

應沒收之水、陸、空交通工具，係指專供犯第 4 條之罪所使用之交通工具。所謂「專供」犯第 4 條之罪，係指該水、陸、空交通工具之使用與行為人犯第 4 條之罪有直接關聯性，並依社會通念具有促使「該次」犯罪行為實現其構成要件者而言，若僅係供行為人搭乘前往犯罪現場之交通工具，則不屬之。本件扣案漁船，係供被告駕駛，自臺灣往返廈門外海，與大陸漁船接駁運輸大麻毒品之交通工具，顯與本件私運毒品犯罪具有直接關聯性，參以本件運輸之大麻數量龐大，何況被告將船駛出之過程中並未捕魚，依社會通念，能否謂扣案漁船非屬促使本件私運毒品犯罪實現所不可或缺之工具，而僅係供本件行為人搭乘前往犯罪現場之代步工具？尚非無疑[120]。

（三）是否過苛

沒收新制目的在於剝奪犯罪所得，不能坐享犯罪成果，以杜絕犯罪誘因，僅須違法行為該當即可，不以經定罪為必要，亦與

---

[119] 最高法院 108 年度台上字第 4358 號判決參照。

[120] 最高法院 109 年度台上字第 2081 號判決參照。

犯罪情節重大與否無關。因此，關於沒收有無刑法第 38 條之 2 第 2 項過苛調節之適用，所應審酌者，並非行為人之惡性或犯罪行為之危險性等與科刑輕重有關之事項，而係考量該犯罪所得本身，是否具有不應沒收或應予酌減或以不宣告沒收為適當之特別情形，例如是否欠缺刑法上之重要性，或應沒收物之價值低微，或為維持受沒收宣告人生活條件之必要，抑或已將該犯罪所得實際發還或賠償被害人等情形。因此犯罪所得可否例外不予宣告沒收，其所應考量之事項，與科刑時所應審酌之情狀，因二者之性質及規範目的均不相同，自不宜混為一談[121]。

參、保安處分

一、強制工作

（一）普通刑法

刑法第 90 條第 1 項規定：「有犯罪之習慣或以犯罪為常業或因遊蕩或懶惰成習而犯罪者，得於刑之執行完畢或赦免後，令入勞動場所，強制工作。」即係本於保安處分應受比例原則之規範，使保安處分之宣告，與行為人所為行為之**嚴重性**、行為人所表現之**危險性**及對於行為人未來行為之**期待性**相當之意旨而制定，而由法院視行為人之危險性格，決定應否令入勞動處所強制工作，以達預防之目的。**至於其於本案所犯之罪名，與前案所犯是否相同之罪，並非所問**[122]。有時會針對是否合乎強制工作之前提要件，如竊盜犯贓物犯保安處分條例第 3 條第 1 項方面，被告所竊盜罪被準強盜吸收；何謂一年以上；須 18 歲以上[123]等加以

[121] 最高法院 109 年度台上字第 418 號判決參照。
[122] 最高法院 100 年度台上字第 2508、4614 號判決參照。
[123] 最高法院 89 年度台上字第 5065 號、97 年度台上字第 4308 號、105 年度台非字

討論。

論述範例：被告自 85 年間至 95 年間，屢犯竊盜案件經法院判處罪刑而入監執行，且均在前一竊盜案件甫執行完畢的同年度或翌年度，旋即再犯另件竊盜案件，經法院再度判處罪刑而入監執行，於 95 年 10 月 26 日假釋出監後，仍未悛悔警惕，犯罪型態由昔日的竊盜犯罪，轉變為本案之攜帶兇器搶奪犯罪，其犯罪手段可謂變本加厲，顯見被告具有潛在之危險性格；且被告現年 30 歲，四肢健全心智正常，係有工作能力之人，卻因缺錢花用屢屢犯罪，其好逸惡勞之心態，至為明顯，足認被告欠缺正確工作觀念；又被告所犯竊盜案件，其中曾判處徒刑 1 年，刑前強制工作 3 年，惟仍未矯治其劣習，足認犯罪已成為被告慣常性之行為；被告雖供稱伊從事臨時板模工，有人叫就去做云云，惟其欠缺正確工作觀念，自有強制其從事勞動，學習一技之長及正確之謀生觀念，使其日後重返社會，能適應社會生活[124]。

筆錄例句

關於是否符合刑法第 90 條（竊盜犯贓物犯保安處分條例第 3 條第 1 項）強制工作之情，請依被告行為之嚴重性、表現之危險性及對被告未來之期待性等相關內容說明，供本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，以達犯罪預防之目的。

（二）特別刑法

我國現行刑法採刑罰與保安處分雙軌制，二者均具有干預人民自由基本權之性質，而皆應受比例原則之規範，但其規範目

第 185 號判決參照。

[124] 最高法院 97 年度台上字第 1177 號判決參照。

的，並不相同。刑罰重於對犯罪之應報，審酌行為已發生之惡害，須謹守罪責原則；保安處分重在改善行為人潛在之危險性格，以協助行為人再社會化，須注意手段合目的性，屬刑罰之補充。尤以保安處分中之強制工作，針對嚴重職業性犯罪、欠缺正確工作觀念，或無正常工作，因而犯罪者，強制其從事勞動，學習一技之長及正確之謀生觀念，使其日後重返社會，能適應社會生活。

目前實務常見詐欺集團案件，被告以一行為觸犯組織犯罪防制條例第 3 條第 1 項後段之參與犯罪組織罪，及刑法第 339 條之 4 第 1 項之加重詐欺取財罪，依刑法第 55 條前段規定從一重之加重詐欺取財罪處斷而為科刑時，最高法院大法庭 108 年度上台大字第 2306 號裁定見解提出：應視其行為之嚴重性、表現之危險性、對於未來行為之期待性，以及所採措施與預防矯治目的所需程度，於有預防矯治其社會危險性之必要，且符合比例原則之範圍內，由法院依組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項規定，一併宣告刑前強制工作。諸多判決乃指出：對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：

本案行為**是否屬以反覆從事同種類行為為目的，且犯罪所得乃行為人恃為生活重要資源之常業性犯罪**，而具有行為嚴重性；行為人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，及其發生之次數、密度等，是否彰顯行為人表現之危險性；**行為人之生活能力、學識、職業經驗，是否足資為其復歸社會後重營正常生活之基礎，助其檢束前非**，而對其未來行為之改善具有期待可能性等情，予以綜合判斷[125]。諸多更

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

進而指明：法院就強制工作之規範目的，審酌個案具體情節（行為嚴重性、表現危險性、對未來所為之期待性），及被告主觀惡性與犯罪習性及其素行狀況等，依司法院釋字第 471 號關於行為人有無預防矯治其社會危險性之必要，及比例原則等與解釋意旨不相衝突之解釋方法，為目的性限縮，以認定有無預防矯治其社會危險性之必要，以及是否與強制工作之規範目的相當而符合比例原則[126]。

筆錄例句

審判長表示：

被告涉犯以一行為觸犯組織犯罪防制條例第 3 條第 1 項後段之參與犯罪組織罪，及刑法第 339 條之 4 第 1 項之加重詐欺取財罪，依刑法第 55 條前段規定從一重之加重詐欺取財罪處斷而為科刑時，請就被告行為嚴重性（即是否反覆從事同種類行為，犯罪所得恃為生活重要資源？）、表現危險性（即有無過去參與同質性前科，發生之次數、密度？）、未來期待性（即生活能力、職業經驗，是否檢束前非，復歸社會重營生活？）並斟酌被告之主觀惡性與犯罪習性及其素行狀況等，依司法院釋字第 471 號關於行為人有無預防矯治其社會危險性之必要，及比例原則，說明有無強制工作之必要。

二、監護處分

<u>刑法第 87 條第 2、3 項</u>

有刑法第 19 條第 2 項及第 20 條之原因，其情狀足認有再犯或

參照。

[126] 最高法院 109 年度台上字第 72、117、467、1022、1092、1641、1865、2371、2983 號判決參照。

有危害公共安全之虞時，於刑之執行完畢或赦免後，令入相當處所，施以監護。但必要時，得於刑之執行前為之。期間為 5 年以下。

嘉義長庚紀念醫院精神鑑定報告書記載：「被告於會談中，將責任歸咎於父親先對其施暴，表示其採取消極防衛，並強調自己當時受精神症狀影響，而失去辨識及記憶能力，然參考其歷次筆錄，其對於案發經過大體上尚可為清楚之描述，惟辯稱案發當日喝酒茫茫，不記得打父親幾下，沒有致父親於死地之意等，並未見其有受幻聽、妄想等精神症狀干擾之情形；又被告長期有物質濫用及酒後暴力傷人之行為，前經數次刑罰矯正，仍難以改善及收斂，有『高度再犯及危害公共安全之虞』，然其精神症狀之產生，主要乃因物質濫用所致，於矯正期間無法接觸酒精及毒品，精神症狀自可有相當程度之改善，故無另對其施以監護治療之必要，而建議以適當之刑罰矯正，令其徹底杜絕物質濫用之害，以益其身心健康，並維護其家人與社會大眾之安全」。

依上開鑑定結果，被告案發時經精神狀況未見有受幻聽、妄想之干擾，然而，原判決於其理由載敘：第一審判決量刑，未考量被告有「認知能力」降低之情形，而為撤銷第一審判決並減低刑期之理由之一，非無再行審酌之餘地；復查，被告前有因毆打鄰居致死，經臺灣雲林地方法院判刑執行紀錄，有該院判決書及被告前案紀錄表可稽，是鑑定結果亦認被告有『高度再犯及危害公共安全之虞』，已符合刑法第 87 條第 2 項規定之情狀，第一審判決已說明：「被告精神症狀之產生，主要乃因物質濫用致，於矯正期間無法接觸酒精及毒品，精神症狀自可有相當程度之改善，故無另對其施以監護之必要」，原判決就被告是否應依刑法

第 87 條第 2 項規定予以監護處分，則未予說明，亦有可議[127]。

筆錄例句

審判長表示：

被告主張其有刑法第 19 條第 2 項之原因，而同法第 87 條第 2 項規定情狀足認有再犯或有危害公共安全之虞，應於刑之執行完畢或赦免後對被告施以監護處分。請就被告是否「有再犯或危害公共安全之虞」，說明其證據及理由。

檢察官表示：

被告案發前即罹患精神疾病，經診斷為思覺失調症及中度智能障礙，雖經持續治療，惟僅能部分緩解，仍有精神病殘餘症狀，其於案發前一段時間，治療遵從性不佳，出院後不服藥物，幻聽與妄想時有起伏，精神狀態並不穩定，雖經以藥物治療，惟僅能部分緩解，仍有精神病殘餘症狀，其最近一次至該院精神科住院就醫係 107 年 5 月 21 日至同年 6 月 12 日，出院後其精神病症狀仍未緩解，此有該院出具之函文在卷可憑，依刑法第 87 條第 2 項之規定，被告罹患精神疾病之情形及本件犯罪情節等情狀，有再犯或有危害公共安全之虞[128]。請庭上依刑法第 87 條規定，於刑之執行完畢或赦免後，令入相當處所，施以監護三年。

三、酒色處遇

（一）酗酒處遇

犯罪，足認其已酗酒成癮並有再犯之虞者，於刑之執行前，令入相當處所，施以禁戒，禁戒期間為 1 年以下；前開禁戒處分，按其情形，得以保護管束代之，保護管束期間為 3 年以

[127] 最高法院 109 年度台上字第 1684 號判決參照。

[128] 最高法院 109 年度台上字第 3085 號判決參照。

下，此觀刑法第 89 條第 1 項、第 2 項前段、第 92 條之規定甚明。實務上常見之辯論，是如何判定被告已酗酒成癮並有再犯之虞？是否該由專家鑑定？或者由法官參考其歷次前科與本件卷證綜合判斷即可？

（二）性侵處遇

刑法第 91 條之 1 之強制治療處分，依該條文立法理由說明係為矯正行為人異常人格及行為，使其習得自我控制以達到再犯預防為目的。因此，行為人有無接受強制治療之必要，當以其有無再犯之虞為審究之重點[129]。

性侵害犯罪防治法第 20 條第 1 項對加害人於有期徒刑或保安處分執行完畢、或有假釋、緩刑、免刑、赦免、緩起訴處分之情形，經評估認有施以治療輔導之必要所訂之身心治療或輔導教育之規定，乃基於社會政策之處遇措施，與刑法第 91 條之 1 之強制治療，係基於刑事政策之保安處分，性質有別，不容混淆。本件原判決參考鑑定意見認被告屬於中低危險群，根據晤談及測驗評估結果，目前並無明確資料顯示被告係受精神疾病之影響而犯案，似認被告無強制治療之必要，惟復認被告係故意犯本案（非受精神疾病之影響而犯案）；犯本案係高危險性犯行（不顧甲女反抗強制發生性行為及騎機車撞倒甲女、拍攝綑綁甲女、持刀砍殺等）；缺乏自省及自我控制能力（和有物化、佔有女性傾向）等因素，認定被告應入相當處所接受性犯罪治療之必要，互有齟齬。該鑑定報告所認被告應入相當處所接受性犯罪治療之必要，是否係**依據**性侵害犯罪防治法第 20 條所訂之身心治療或輔導教育之處遇建議，非刑法第 91 條之 1 之強制治療，原審未予

[129] 最高法院 106 年度台上字第 3087 號判決參照。

釐清，亦未再行函詢該鑑定報告結論之意旨，而未對被告宣告強制治療之保安處分，亦有調查未盡之違法[130]。

（三）驅逐出境

我國刑事法採刑罰與保安處分雙軌之立法體制，犯罪之處遇，除處以刑罰外，另針對具有危險性格之行為人，施以各種保安處分，以期改善、矯治行為人之偏差性格，確保社會安全。其中，保安處分之驅逐出境，旨在外國人受有期徒刑以上刑之宣告，已不宜繼續居留國內，得於刑之執行完畢或赦免後，驅逐出境；至保安處分之強制工作，則是對有犯罪習慣或因遊蕩或怠惰成習而犯罪者，令入勞動場所，以強制從事勞動方式，培養其勤勞習慣、正確工作觀念，習得一技之長，於日後重返社會時，能自立更生，期以達成刑法教化、矯治之目的。二者立意不同，適用時應依個案情節審慎考量所欲達成之目的，酌情採用[131]。

第三節　死刑辯論

壹、基本說明

每一個人之生命價值，均同等珍貴、無價，受國家法律之同等保障。除不容許國家機器無理或任意剝奪外，更不容許任何個人任意、無理剝奪。基於「維護人性尊嚴及確保人格自主」乃現代法治國憲法之核心價值，而死刑刑罰之最終目的，在防止人民之生命權遭他人「無理剝奪」，使社會上每一個人之人性尊嚴與人格自主，得獲有效保障，此乃「極端重要之公益」，其目的自符合憲法第 23 條所指：「防止妨礙他人自由、避免緊急危難、

[130] 最高法院 96 年度台上字第 6140 號判決參照。
[131] 最高法院 109 年度台上字第 1376 號判決參照。

維持社會秩序及增進公共利益」之目的正當性要求」。公政公約第 6 條所揭示之「廢除死刑目標」，雖已為我國成文法所設定之目標，然迄今仍僅止於「目標」，在全國達成共識，並經立法廢除死刑規定前，法院仍應依法審判，不得迴避死刑規定之適用。亦不得逾越立法論及解釋論分際，逕以「廢除死刑」之刑事政策目標，拒絕適用死刑規範。針對死刑之辯論及法院如何決定是否宣告被告死刑，先介紹實體法認定之基準，尤其斟酌兩公約之立法及解釋，並周全審酌被告所有一切之科刑事由，包括被告是否有教化可能性。再說明我國刑事訴訟法對於量刑辯論之修法，並解析這方面之調查順序，及對死刑審酌之順序，最後就被告心理、人格或教化可能性之鑑定議題，加以討論。

在評價該犯罪應施予法律所許可之刑種及刑度時，首應依其「罪行」衡量出「與罪相符之責」，再依其「罪責」，衡量、選擇「相應之刑」，及「與刑相當之罰」。俾符合刑事審判在「實現分配正義」「刑罰」在「防治和處罰犯罪」之作用與功能，進而實現刑法之規範目的。至於確定**罪行**後衡量**罪責**時，應依刑法第 57 條為審酌。而該條所列尤應注意之 10 款事由，可區分為「與行為事實相關」之裁量事由（例如犯罪之動機、目的，犯罪時所受刺激，犯罪之手段，犯罪行為人違反義務之程度及犯罪所生之危險或損害），及「與形成犯罪時之行為人自我相關」之裁量事由（例如犯罪行為人之生活狀況，犯罪行為人之品行，犯罪行為人之知識程度，犯罪行為人與被害人之關係，犯罪後之態度）。關於「與形成犯罪時之行為人自我相關」之裁量事由，依一般人普遍具有之理性分析，又可依其係「明顯可歸因於外在（例如家庭、學校及社會）之事由」或「非明顯可歸因於外在之事由」，而有不同評價及衡量。即前者得為量處較輕刑度之事

由，後者則否[132]。

貳、實體規制

一、情節最重大之罪

被告所為，是否符合所謂「情節最重大之罪」，而得據以判處死刑？應予詳查並載明理由。實例有指摘：於法院之量刑論斷部分，無一語提及公政公約第 6 條第 2 項前段規定，且對被告所犯強制性交而殺被害人罪部分，何以非屬公政公約該條項前段所定之不得科處死刑之案件，亦未為任何之認定及說明，自屬理由欠備。又原判決就被告上訴意旨指摘第一審量處死刑不當為無理由時，仍未就何以符合「情節最重大之罪」要件，為任何之論述，遽予維持第一審量處死刑之判決，同有判決理由不備之違法[133]。

兩公約施行法第 3 條規定「適用兩公約規定，應參照其立法意旨及兩公約人權事務委員會之解釋。」是關於死刑量刑在實體法上之判準，首應參照公民與政治權利國際公約第 6 條第 2 款「凡未廢除死刑之國家，非犯情節最重大之罪，且依照犯罪時有效並與本公約規定及防止及懲治殘害人群罪公約不牴觸之法律，不得科處死刑」之規定；又人權事務委員會於西元 2018 年 10 月 30 日甫通過之第 36 號一般性意見第 35 款表示：關於「情節最重大之罪」一詞，必須嚴格解釋且必須屬於最嚴重程度之犯罪，包括故意殺人。如果犯罪沒有直接且故意造成死亡，比如殺人未遂、貪污、其他經濟或政治犯罪、武裝搶劫、海盜、綁架、

---

[132] 最高法院 105 年度台上字第 1062 號判決參照。
[133] 最高法院 105 年度台上字第 682 號判決參照。

毒品及性犯罪，然這些犯罪本質非常嚴重，但也不能作為可判決死刑的基礎[134]。同屬故意殺人，仍須視其個案情節之嚴重程度（如依犯罪行為人觀念及反社會性格、犯罪行為危險性及奇特性、犯罪手段特質、犯罪對象不特定性等、犯罪所殺害之人數及其所生影響之嚴重程度等），並斟酌當前國人之法律感情，客觀審慎地綜合考量，難僅因符合某項條件（殺害少年），即謂屬「情節最重大之罪」，應科處死刑之理由[135]。

我國刑法係對某一「犯罪行為」，施以相對應之「刑罰」。基於「行為責任」原則，公政公約第 6 條第 2 項所指之「最嚴重罪行」，除須係「無理剝奪他人生命」，或與之相當之其他極為嚴重罪名外，尚應考量與犯罪行為本身攸關之事項，是否亦達最嚴重程度，方足當之。例如，其犯罪行為動機是否具倫理特別可責性（如嗜血殺人魔、謀財害命、性癮催花或其他卑鄙動機等）、犯罪手段或情節具特別殘暴性、行為結果具嚴重破壞性、危害性等[136]。所謂「情節最重大之罪」，依人權事務委員會相關解釋，限於「蓄意殺害並造成生命喪失」方屬之，惟此僅屬公政公約為適合於不同國家之刑事法制度所設定的一種最低度要求，其於立法裁量之實踐，自不容立法者濫行制定法定唯一死刑之條文，而在審判實務上，即使被告所犯係該當上開人權事務委員會解釋之罪名、且法定刑有死刑之案件，仍須回歸以被告具體個別犯罪情節、所犯之不法及責任之嚴重程度等犯罪情狀，資為得否

---

134 最高法院 108 年度台上字第 2191 號判決參照。

135 最高法院 106 年度台上字第 2674 號判決參照。至聯合國經社理事會所設之人權委員會，與兩公約所設之人權事務委員會不同，詳見 103 年度台上字第 3062 號判決。

136 最高法院 105 年度台上字第 1062 號判決參照。

選擇死刑之充足理由以為斷。亦即，所犯即使是「情節最重大之罪」，亦僅係得以選擇死刑之「必要條件」，而非「充分條件」[137]。因此，有較高密度人權保障之兩公約，已生實質限縮死刑規定適用範圍之效果[138]。

二、全部盤點以審酌

（一）審酌一切情狀，逐一檢視

科刑之證據資料，屬於罪責確定後如何定其刑罰之情狀表徵，不問利於被告與否，均應作為科刑具體審酌之事由，僅生法官在科刑衡酌上對於有利與不利情狀事證之輕重權比而已，無由據以排斥不用，此即刑之量定所以必須審酌一切情狀，亦為刑事訴訟法第 308 條所定「有罪之判決書，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」旨趣所在。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，一般案件適用之，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。而兩公約內國化後，關於死刑量刑在實體法上之判準，自應連結至公約第 6 條第 2 款中所謂「非犯情節最重大之罪，不得科處死刑」之概念與刑法第 57 條量刑事由之關係及適用。原判決量處死刑，未綜合審酌：被告犯罪之動機及犯罪時所受刺激；被告為精神障礙者，於案發時是否受酒精影響之可能性。逕認被告有與世隔離之必要，而無由以其他刑罰替代可能，理由尚欠完備[139]。

死刑應儘可能謙抑適用，必也在罪責原則之基礎上，綜合刑

---

[137] 最高法院 104 年度台上字第 1171 號、105 年度台上字第 1567 號判決參照。
[138] 最高法院 105 年度台上字第 984、1480 號判決參照。
[139] 最高法院 102 年度台上字第 170 號、107 年度台上字第 294 號判決參照。

法第 57 條所列各款事項等有利與不利之情狀為評價後，除已足認被告具體個別犯罪情節、所犯之不法及責任之嚴重程度，其罪責誠屬重大，而且必須是已無足以使被告復歸社會之更生可能性者，無論自罪刑均衡之觀點抑或自一般預防之觀點，均認為非處以極刑不可之情形，始允許死刑之選擇。蓋現階段刑事政策，非祇在實現以往應報主義的觀念，特重在教化矯正、復歸社會之功能，立法者既將殺人罪之法定刑定為死刑、無期徒刑或 10 年以上有期徒刑，其目的即在賦予審判者能就個案情狀，審慎斟酌，俾使尚有更生遷善可能之罪犯保留生機。因此，事實審法院在檢察官求處死刑之案件，對於刑法第 57 條所例示之 10 款事由，即應逐一檢視、審酌予以綜合考量，以類似「盤點存貨」之謹密思維，具實詳予清點，以確定最終是否選擇適用死刑，或至少得避免或緩和死刑過剩適用之問題，其審酌之刑罰裁量事實始謂充足[140]。

（二）重大案件如何審視之釋例

舉凡被告之犯罪動機或目的，是否具有反社會性、私利或私慾性、情慾性、無目的性，其犯罪是否具有計畫性及其強度、或係偶發，犯罪之方法、態樣是否殘虐、執拗，有無湮滅罪證之作為，如為數人共犯時，於共犯間之地位、角色，殺害之被害者人數及對於社會影響之極重大性，被害人與被告間之關係，被告是否受有刺激及何種刺激，被害人之年齡，被害人遺屬之意見，被告年齡（人格成熟度）、前科、素行紀錄，被告犯罪後有無反省、是否協助偵查、賠償被害人家屬，以及其教化更生之可能性等，均為法院於慎重斟酌是否僅有選擇死刑一途之量刑參考因

[140] 最高法院 105 年度台上字第 1567 號、106 年度台上字第 3149 號判決參照。

子，並因各具體案件情節之不同，相關量刑參考因子之作用（於被告有利或不利）亦有差異，惟無論係何者，最終仍必須以被告之罪責為審酌、衡量及決定之基礎，此即刑法第 57 條條文開宗明義所定「科刑時應以行為人之責任為基礎」之本旨[141]。

對於行為人所犯罪名之法定刑設有死刑選項之案件，縱其之犯行係屬符合公政公約第 6 條第 2 項所定情節最重大之罪行，仍必須在罪責原則之基礎上，逐一審酌刑法第 57 條所例示之 10 款事項及其他與行為人或其行為有關之一切有利或不利之情狀，並為綜合評價，倘認被告所為犯罪情節、所犯之不法及責任之嚴重程度，已達到罪無可逭，非永久與世隔絕，不足以實現正義之程度，始得為死刑之決定。而科刑審酌事項，可區分為「與行為事實相關」之裁量事由（例如犯罪之動機與目的、 犯罪時所受刺激、犯罪之手段、犯罪行為人與被害人之關係 、犯罪行為人違反義務之程度、犯罪所生之危險或損害等），及「與行為人相關」之裁量事由（例如犯罪行為人之生活狀況、品行、智識程度、犯罪後之態度等）。一般而言，在死刑裁量上，係以「與行為事實相關」之裁量事由，作為劃定是否適用死刑之範疇，再以「與行為人相關」之裁量事由為評價上之微調。申言之，前者自罪刑均衡、一般預防之觀點觀之，反映行為人罪責之輕重，於斟酌是否量處死刑時，屬兼具正向（量處死刑）與負向（不量處死刑）之量刑因子，而後者則與犯罪行為本身無直接關聯之一般情狀，自特別預防之觀點觀之，於斟酌是否量處死刑時，大致上屬負向（不量處死刑）量刑因子。而於綜合「與行為事實相關」之

[141] 最高法院 105 年度台上字第 682 號判決參照。另 105 年度台上字第 2337 號判決詳列各款事由，可供參考。

裁量事由，如認應科處死刑，再加入「與行為人相關」之裁量事由，仍認對量處死刑不生影響，此際，再深切衡量行為人所為犯行之罪責嚴重性與教化更生改善可能性間之關係，以求罪刑相當[142]。

（三）假釋規定與死刑議題之聯結

值得討論的是，可否參酌假釋之規定，作為是否判處死刑之論述？實務似有不同看法：

肯定說：原判決量處被告有期徒刑 20 年，是否足以充分反應其罪責的嚴重程度，產生適當的威嚇作用，以遏止其出獄後再犯，並衡平被害人及其家屬所受之苦痛？另依其上開暴力傾向性格及不易教化等情形觀之，被告受有期徒刑 20 年宣告，執行逾三分之二即可假釋出獄，是否仍有危害社會治安之可能性？此一刑度是否足以保護公眾不受被告再次侵害之危險？原判決就檢察官於原審具體求處無期徒刑，是否合於正義報應、預防犯罪等刑罰目的及罪責相當原則，並未說明其審酌理由，已嫌理由欠備。

否定說：死刑之諭知，應考量犯罪行為人何以非永久與社會隔離，不足以實現社會正義，維護社會秩序等情狀，並於判決理由內詳加說明，方符罪責相當原則。至於刑法第 77 條第 1 項之無期徒刑執行逾 25 年，因有悛悔實據，而得許假釋出獄之規定，是否該「逾 25 年」期間屬過短，或認為現行矯正機構之矯正效果不彰，使重大犯罪者於一定期間徒刑之執行後，立刻得以倖獲假釋，造成假釋者之再犯率偏高等，均與具體案件被告本身及其所為犯罪之情狀無關，自不宜作為量處被告死刑之不利參考因子，致脫逸罪刑相當原則。原判決基於若判處無期徒刑，其於

[142] 最高法院 108 年度台上字第 4039 號判決參照。

執行逾 25 年後獲假釋之機會甚高等假設性命題，並鑒於監獄對被告之教化效果，及其他犯罪假釋者再犯率或有偏高之情形，暨我國未採終身監禁不得假釋制度等，與被告及其本案犯行情節、罪責均屬無關之因素，列入法院選擇處以死刑之量刑因子。所謂「將使對之為無期徒刑之判決者背負『伯仁因我而死』之重責」，更與刑法第 57 條所規定量刑時應審酌之情狀無涉[143]。

三、教化可能性之辯證

死刑之諭知，係剝奪人民之生命，使之與社會永遠隔離，與無期徒刑或有期徒刑等自由刑，犯罪行為人尚有重返社會之可能迥不相同。是以除應考量犯罪行為人之具體犯罪情節，所犯之不法及責任之嚴重程度，以及行為人犯後態度等因素外，尤應考量犯罪行為人何以顯無教化矯正之合理期待可能性，非永久與社會隔離，不足以實現社會正義，維護社會秩序等情狀，並於判決理由內詳加說明，始為適法。其視不同被告或不同犯罪而異其論證，於下略舉二例以解析：

（一）幫派份子與年齡考量

實例上有二審判決針對被告殺害蔡鎧陽之量刑事由，其中有無「矯正教化與再社會化之合理期待可能」，依憑臺大醫院精神鑑定報告書等資料，說明被告因熟稔於幫派生活細節，若無法脫離幫派及不受幫派朋友之影響，再社會化之可能性低，復謂鑑定報告，就被告有無矯正可能性，係以「倘能窮盡一般輔導治療之處遇」而推論出「目前仍無法排除被告接受教化導正之可能」之鑑定結論。但最高法院 108 年度台上字第 3828 號判決提出意見

[143] 前者有最高法院 103 年度台上字第 4590 號，後者有 105 年度台上字第 682、1627 號判決參照。

略以：但該鑑定結論同時認被告雖有部分反社會人格症狀，未達反社會人格之診斷標準，如能善盡一般輔導治療之處遇，目前仍無法排除被告接受矯治導正之可能性。至於「再社會化可能性較低」部分，惟矯正教化可能性係指犯罪行為人復歸社會之更生可能性，屬對於犯罪行為人人格未來發展之預測。鑑定意見所稱「被告對幫派生活細節的熟稔度，且最終無法遠離幫派朋友的影響。若無法隔絕幫派朋友的影響」等語，是否係已排除被告年齡考量之一般性鑑定，而被告如經類於無期徒刑之長期監禁輔導之情況，依其**年齡變動**（無期徒刑至少須監禁 25 年以上，且有悛悔實據，始得假釋出監，否則仍須繼續監禁），復歸社會時已係臨 7 旬或以上之人，此與判斷被告將來危險行為之評估或預測，有否具關聯性？能否謂被告未來復歸社會時，猶歸類於「無法脫離幫派影響」之層面，是否得執此逕為論斷「無再社會化合理期待可能性」之必要審酌條件，並足資認定連結前揭「前提事實不存在」或為可排除「再犯風險性」判斷命題等由無訛？其立論基礎為何？鑑定報告並未詳予說明，殆非無疑。

（二）成長背景與性格定型

原判決改判諭知死刑，據以審酌之科刑事由，不外被告先前已有與本案性質相近之殺人前科，本案犯罪手段如何殘酷之描述，犯後並未賠償損害，且被害人家屬亦拒絕賠償，在事證明確之情況下，即使被告在法院審理時坦承殺人犯行，，亦難認有悛悔之實據。又被告於前案出獄後，仍不能改變其本性，於本件犯案時已 44 歲，性格與價值觀及反應模式已趨於定型，是否仍有教化之可能性，殊值懷疑，兼以其遇有衝突或不順其意或覺得有受辱者，極可能持兇器以對，本性極具危險性，無論於任何社會（含監獄）皆有再犯之虞，為維護被害人之權益，並避免有再恣

意剝奪他人生命之可能，乃處以死刑等旨。

最高法院 102 年度台上字第 170 號判決指出：被告主張與被害人交往長達三年，雙方原本有共組家庭計畫之，因失業、背負債務，承受極大之經濟壓力，加以與被害人多次爭執感情不穩定，形成本案發生之背景因素與犯案動機，以及被告因自幼即有「脣顎裂」之顏面缺陷，經常受人嘲笑欺侮而生自卑感，對人際關係產生不信任，因不善社交，較無法控制情緒，往往情緒反彈劇烈，而易與人起衝突，且為家暴家庭之目睹兒，自幼目睹父親對母親施暴，種下日後以暴力行為施加於親密異性之遠因等成長背景、生活狀況等各情，是否屬實，並未翔實調查說明，而未依法全盤審酌其有利與不利之科刑因素，其審酌之刑罰裁量事實已然不足。其次，再就所謂被告「無教化可能性」部分，原判決僅以被告已有前案受刑經驗，仍然未改本性，其性格已定型，據以推認即便被告長期在監執行仍有再犯之虞，為屬無從教化矯正之徒。然被告出獄後其保護管束執行狀況如何，其犯案前之工作狀況及生活情形，以及被告之人格因素等等，不惟係屬刑法第 57 條第 4 款、第 5 款之科刑事由，並可供為被告是否尚有教化、得否再社會化之參考依據，即有調查之必要性。被告於前案之受刑經驗僅 2 年餘，如科處無期徒刑，則被告得以期待假釋之期，似已近耄耋之人。究竟被告是否確實顯無教化矯正之合理期待可能，而無由以其他刑罰替代，原判決在未以實證調查，且無相關資料足以就有無改造之可能性進行評估前，遽以主觀之見地，謂被告即使在監獄執行仍有再犯之虞，難認有教化之可能，即失所據。

但最高法院於鄭捷案也表示：於依「罪行」衡量「與罪相符之責」，再依其「罪責」衡量、選擇「相應之刑」及「與刑相當

之罰」後，認非處以死刑無法「實現分配正義」、或符合前述社會上普遍認可之法價值體系及其表彰之社會正義，達到「處罰與防治最嚴重罪行之功用時，則該「死刑刑罰」之目的僅有「處罰及一般性預防功能」，而無「特別預防功能」存在。從而「教化可能性」即非此時應予考量者[144]，即認所謂教化，並非死刑之目的。但亦有認法院判處死刑，必須是罪責重大，且已無足以迴避死刑適用之被告復歸社會之更生可能性[145]。只是有判決引用沈勝昂教授所稱：心理學家不會認為有人沒辦法治療，但要看要花多大的專業資源與能量去做，已明示任何被告均有教化可能性[146]。

參、程序規制

一、修法簡介

（一）新修正規定

刑事訴訟法第 289 條第 3 項規定當事人、辯護人於就事實及法律分別辯論後，審判長應予當事人就科刑範圍表示意見之機會，僅賦予當事人量刑範圍之陳述意見權，而非科刑範圍之辯論，更不及於辯護人，於被告人權之保障，尚有未足。依 98 年 4 月 22 日公布之公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法第 2 條之規定，兩公約所揭示保障人權之規定，

---

[144] 最高法院 105 年度台上字第 984 號判決參照。但不少反對聲音，參謝煜偉，論教化可能性在死刑量刑判斷上的意義與定位，載台北大學法學論叢第 105 期，第 28 至 30 頁；吳燦，考化可能性於死刑案件量刑之定位，載於檢察新論第 23 期，第 24 至 25 頁；李念祖，教化可能性的舉證責任與說服門檻，載在野法潮第 34 期，第 7 至 8 頁。

[145] 最高法院 102 年度台上字第 5215 號、105 年度台上字第 1567、2337 號判決參照。

[146] 最高法院 106 年度台上字第 810 號判決參照。

具有國內法律之效力；第 8 條更明文政府機關應檢討主管之法令，有不符兩公約規定者，應於施行後 2 年內，完成修正。司法院爰研擬修正刑事訴訟法相關條文，計修正 12 條、增訂 2 條，刪除 4 條，共計 18 條條文，以資因應。為符合兩公約保障人權之規定及強化量刑程序，其中第 289 條第 3 項原規定「依前 2 項辯論後，審判長應予當事人就科刑範圍表示意見之機會」，已於 109 年 1 月 15 日修訂為「前項辯論（指事實及法律）後，應命依同一次序（指檢察官、被告、辯護人），就科刑範圍辯論之。於科刑辯論前，並應予到場之告訴人、被害人或其家屬或其他依法得陳述意見之人就科刑範圍表示意見之機會」，並移列為第 2 項，於同年 7 月 15 日施行，旨在使量刑更加精緻、妥適，期以達成罪刑相當，使罰當其罪之目的。

（二）修法前規範

犯罪事實有無之認定與應如何科刑，影響被告之權益甚鉅，其重要性本無分軒輊。但刑罰得當，殊非易事，刑事訴訟法第 289 條第 3 項規定當事人、辯護人於就事實及法律為辯論後，審判長應予當事人就科刑範圍表示意見之機會，雖僅賦予當事人量刑範圍之陳述意見權，而非科刑範圍之辯論，更不及於辯護人，然為落實兩公約精神，在尚未完成修法之前，至少對於檢察官具體求處死刑之案件，因攸關被告生命權之剝奪，定讞執行後勢將無法補救，為期量刑更加精緻、妥適，審判長基於**訴訟指揮權**之行使，自非不可曉諭檢、辯雙方就與量刑範圍有關之事項互為辯論，再由合議庭綜合全辯論意旨並斟酌被害人家屬之意見，選擇最為妥當之宣告刑，以示公平法院之不存有任何主見，期臻罰當其罪，期以達成罪刑相當，使罰當其罪之目的，並補現制規定之不足。本件檢察官就被告殺人部分具體求處極刑，原審未使檢、

辯雙方就該部分之科刑範圍互為辯論，雖未違法，遽科處死刑，究難謂得當[147]。

原審判決後，前揭刑事訴訟法第 289 條第 3 項規定業經修正施行，原審未及依新修正規定踐行量刑辯論，因攸關被告生命權之剝奪，法院審理時自應由當事人、辯護人就與量刑範圍有關之事項互為辯論後，合議庭始綜合全辯論意旨並斟酌被害人家屬之意見，俾作出合於憲法罪刑相當原則及前揭立法意旨之判決；新修正之規定於原審判決時雖尚未施行，然已增訂、將施行，尤以檢察官具體求處死刑或第一審已判處死刑之案件，因攸關被告生命權之剝奪，法院審理時自應由當事人、辯護人就與量刑範圍有關之事項互為辯論後，合議庭始綜合全辯論意旨並斟酌被害人家屬之意見，俾作出合於憲法罪刑相當原則之科刑判決[148]。

二、程序規範

（一）調查順序

我國現行法律仍保有死刑，依據民國 98 年 12 月 10 日公布施行之「公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法」第 2 條規定，兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。第 3 條規定，適用兩公約規定，應參照其立法意旨及兩公約人權事務委員會之解釋。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

[147] 最高法院 100 年度台上字第 2261、3790、4944 號，101 年度台上字第 3668、3672、4028、4531 號、102 年度台上字第 4289 號判決參照。以上這些判決，司法解釋上引用兩公約，創造法律所無之量刑辯論程序，並促進立法之修正。

[148] 最高法院 108 年度台上字第 3828 號、109 年度台上字第 2265 號判決參照。

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，不惟論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。我國刑事審判程序之核心，在於證據調查與言詞辯論，前者又分為論罪證據之調查與科刑資料之調查，其調查先後順序，依刑事訴訟法第 288 條第 3 項、第 4 項規定，係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，立法目的在規範法院刑罰裁量之正當性。

本件第一審係判處被告死刑之案件，原審審判長於審理時，於被告被訴事實訊問完畢後，僅提示被告之前案紀錄表，使被告及其辯護人、告訴代理人、檢察官表示意見，之後，隨即諭知調查證據完畢，開始言詞辯論，嗣再就被告之科刑範圍及累犯加重其刑部分，使前開之人表示意見，有該審判程序筆錄在卷足憑，並未依刑事訴訟法第 288 條第 4 項規定，就屬於科刑之資料詳加調查，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，且原審亦未使檢、辯雙方就上開與科刑有關之資料互為辯論，亦難謂得當[149]。此案例已指明，對於一審死刑之重大案件，在科刑調查時，僅調查被告前科表一項，其餘相關科刑證據資料，均未集中於此程序詳加調查，最後亦僅於科刑範圍表示意見，亦未就量處死刑所據之相關資料，於量刑辯論程序好好論述，如此之科刑程序均難稱適法。

[149] 最高法院 109 年度台上字第 2265 號判決參照。另有一議題是關於死刑案件應否與普通刑案之量刑標準有所差別，深入討論可參呂澤華，死刑證據控制的理論與實踐，第 145 至 148 頁。

（二）審酌順序

公民與政治權利國際公約第 6 條明定：「人人皆有天賦之生存權。此種權利應受法律保障。任何人之生命不得無理剝奪」「凡未廢除死刑之國家，非犯情節最重大之罪，且依照犯罪時有效並與本公約規定及防止及懲治殘害人群罪公約不牴觸之法律，不得科處死刑」。而死刑之剝奪生命，具有不可回復性。是法院對於被告所犯罪名法定刑有死刑之案件，自應先依據卷內資料，詳實審酌上開規定及相關之一般性意見，於認定被告所為依該公約第 6 條第 2 項前段反面解釋，符合「犯情節最重大之罪」而得量處死刑之前提要件後，始有進而適用刑法第 57 條之規定，審酌是否量處被告死刑之問題，並說明其審酌之具體情形，否則，理由仍難認為完備。死刑係剝奪人生命權之極刑，具有不可回復性，乃屬最後不得已情形之最終刑罰。於相對死刑之案件，必在認定被告所為已屬上述情節最重大之犯罪後，在罪責原則之基礎上，審酌刑法第 57 條所列各款事項及其他與行為人即被告或其行為有關之一切有利或不利之情狀，並為綜合評價，已足認被告所為犯罪情節、所犯之不法及責任之嚴重程度，已達到罪無可逭，非永久與世隔絕，不足以實現正義、維護社會秩序之程度，始得考量死刑之選擇，且於決定是否量處死刑時，深切衡量行為人所為犯行之罪責嚴重性與教化更生可能性間之關係，以求罪刑相當[150]。

參考最高法院 103 年度台上字第 561 號及 104 年度台上字第 2268 號判決意旨，死刑案件之審酌基準，首先是上開公約之規定解釋（情節最重大之罪），先以審認後；其次依刑法第 57 條

[150] 最高法院 106 年度台上字第 3732 號判決參照。

所列之各該情狀，逐一檢視（存貨盤點），只是根據多數量刑資料進行「綜合判斷」，而各項量刑事實究竟發揮多少程度的影響，難以個別切割予以說明，於此再將此等量刑事由分為「犯罪情狀」及「一般情狀」，前者為是否選擇死刑之理由，後者則考量是否得迴避死刑，兩種基準皆屬等價，並應綜合考量之。若依「犯罪情狀」不能選擇死刑時，即無適用死刑之餘地，如可選擇死刑，但依「一般情狀」得迴避死刑時，即不能適用死刑[151]。最後是被告之犯行確屬罪無可逭，無可教化，非永久與世隔絕，不足以維護社會秩序（教化可能性），始屬相當。

三、鑑定規範

最高法院 106 年度台上字第 1373 號判決（孫國晃案），以法院若就犯罪行為人有無教化矯正之合理期待可能性，採取以囑託心理衡鑑進行實證之調查時，該項供以評估、判斷資料之取得，應非僅以犯罪行為人「經臨床晤談時之片面供述」為足，尤應考量其人格形成及其他相關成長背景等資訊，儘量蒐集可供鑑定人對犯罪行為人充足瞭解之客觀資料，使鑑定人得經以綜合評價與分析以後，提出正當之專家判斷，以供法院參酌及採用。是法院為囑託鑑定時，有義務主動蒐集或調取與鑑定事項相關之資料，提供鑑定人為完善鑑定之內容，以增強鑑定結果之有效性與正確性，俾能踐行犯罪行為人有無教化矯正之合理期待可能，係以全人格形成因素為評估，以期在正義報應、預防犯罪與協助受刑人復歸社會等多元刑罰目的間尋求平衡，而為適當之裁量。原審囑託臺大醫學院對被告鑑定「有無教化可能性」，惟因被告拒

[151] 參原田國男，裁判員裁判與死刑適用基準，轉引自吳燦前揭文第 25 頁。

絕鑑定而未實施該鑑定，即未再向被告求學、就業及其他生活團體，函調蒐集有關其品行、素行、人格特質、心理素質、精神狀態、行為模式等與刑罰矯正適應性及教化歸復社會空間之判斷有關之資料，以供進行鑑定、調查或法院量刑審酌之需。逕以上開被告在監接受性侵害處遇相關治療課程紀錄為審酌論斷之依據，非無調查職責未盡之違誤。

最高法院 107 年度台上字第 480 號判決（陳福祥案），以關於被告殺害蔡鎧陽部分，固已說明精神鑑定報告指稱被告雖有部分反社會人格的症狀，但並未到達反社會人格之診斷標準，且其經過長期治療活動後，即或個性特徵改變不大，但是其行為對於社會之危害可能已降低。如能善盡一般輔導治療之處遇，目前仍無法排除被告接受矯治導正之可能性。是以，該鑑定報告似並未排除被告應可接受矯治之可能性，事涉多面性專業評定，宜再函查或傳喚原鑑定人到庭說明，或如前述，有待進一步由各專業領域組成之團隊為綜合調查，以期詳實。乃原審未釐清究明，並詳敘取捨之理由，逕以上開鑑定係以條件限定下推估被告並非無矯治可能性，鑑定內容過於抽象，且具不確定性，尚非可採云云，容有未盡允洽。

教化可能性之鑑定，首先須了解其定義，此可能性是否可以鑑定，如何鑑定？究竟應採何種方法以認定？鑑定人之資格條件？其鑑定之內容、項目為何？依何基準認定被告有無教化可能性？教化可能性之法律定位為何？是否針對現有吞矯治環境進行評估？實務上亦有發生在送鑑前，討論該用何一命題或名詞為妥當，例如復歸社會之更生可能性（臺高院 105 年度軍上重更一字第 2 號判決）、再犯可能性（士院 104 年度重訴字第 7 號龔重安案、105 年度重訴字第 9 號判決王景玉案）、或矯正及再社會化

之可能性（臺高院 102 年度上重更三第 2 號判決吳敏誠案、104 年度矚上重更二字第 3 號謝依涵案）。依上述死刑之實體規制基準可知，有關教化可能性涉及假釋與年齡之假設、被告自小背景性格之了解等等，也涉及該如何提供充分資料給鑑定人參考。甚至調查或審認鑑定結果時，該如何就鑑定內容（有時有混沌、前後不一、假設前提是否存在或合理等等）正確解讀，均很重要。由此一議題關乎司法公信及實務運作，教化可能性作為死刑案件之重要考量，立法或司法實務實應有較一致明確之規範。