

論量刑之判斷

中國文化大學法律學系暨法研所副教授 曾淑瑜

摘要

按外國立法例近年來構思建置量刑法，而量刑基準（包括量刑事由，例如我國刑法第五七條各款、五九條等）可謂為量刑法之總論，至於針對具體個案情節，則有賴各個量刑判斷，此即為量刑法之各論。尤其量刑一向被批評受到「人的因素」（human element）影響—「裁判乃法官氣質、人格、教育、環境等個人特性之反映。」（Justice is a very personal thing reflecting the temperament、the personality、the education、environment and personal traits of the magistrate）本文擬探討下列問題：犯罪後之態度與量刑、被害感情與量刑、受被害人（死者）激怒之量刑判斷、各種量刑事實之舉證、量刑判斷之過程、量刑判斷與犯罪事實認定上之不確實性等等。目的即在減少、防止法官（檢察官）於量刑（求刑）之判斷上受到主觀或直觀之支配。

壹、前言

按有關探討量刑之論文，大都以量刑基準、量刑事由—量刑法總論為討論之重點，至於針對具體個案情節，有賴各個量刑判斷—量刑法之各論則鮮見。所謂量刑判斷，是指法院對於具體個案在認定事實適用法律時，於法定刑之範圍內，依量刑基準、量刑事由裁量加減、免除刑罰之形成過程，即「刑之量定」過程¹。而有關量刑之評價，基本上有下列三個階段²：(1)（規範的）「行為責任」確定階段：即包含結果之犯罪行為規範責任的程度，依該行為、結果之「惡質性」、是否該行為、結果「迴避可能性」綜合決定之。應注意的是，當在犯罪論體系上判斷是否成立犯罪時，通常此只要考慮「犯罪類型」之事實即可。換言之，討論各個犯罪行為具體態樣時，責任非難之對象除了犯罪類型之行為態樣或結果外，尚包括該當犯罪行為之動機或目的、該當行為所產生之附隨結果、該當犯罪行為所使用之具體方法等等，綜合判斷之。(2)「責任刑」之確定階段：即將(1)確認之「規範的」行為責任轉換為一定之刑罰，此為「可罰之評價」—當罰性判斷的問題；蓋規範性之違法行為並非絕對，有相對輕微之情形，欠缺當罰性，故對行為人為責任非難時，亦應檢討是否該當行為具國家「處罰適格」，此乃「處罰相當性」判斷之問題。(3)「目的刑」確定階段：確定了(2)之階段後，再來是依刑罰

¹ 原田國男，「量刑判斷の實際」，現代法律出版，第27頁，2004年9月。

² 鈴木茂嗣，「犯罪論と量刑論」，收於，前野育三、齊藤豐治、淺田和茂、前田忠弘編，量刑法の總合的檢討 松岡正章先生古稀祝賀，成文堂，第12、13、14頁，2005年2月。

目的檢討「處罰必要性」之問題。按責任刑依刑罰目的³為不必要之刑罰者，即非屬正當化之量刑。因礙於篇幅有限，無法一一說明，以下僅列舉數項在量刑判斷過程中值得檢討之議題，供我國實務界參考。

貳、犯罪後之態度與量刑之判斷

量刑事由提及「犯罪後之態度」，一般都只想到刑法第五七條第十款，然而，「犯罪後之態度」從法定刑經處斷刑，最終至宣告刑之量刑過程，每個階段都可以窺見其影響力。首先，從法定刑至處斷刑之階段（本文稱之為「處斷刑形成過程」），法律上之減免事由已將「犯罪後之態度」類型化，例如自首、自白、釋放被擄人等。其次，從處斷刑至宣告刑之階段（本文稱之為「宣告刑形成過程」）始考量刑法第五七條第十款量刑事由。

一、處斷刑形成過程中「犯罪後之態度」

我國刑法第六二條自首於九十五年七月一日刑法修正案實施前，為必要減輕事由，修法後變更為任意減輕事由；至於其他刑法分則有關自首之特別規定，如第一〇二條預備、陰謀內亂罪自首、第一二二條第三項行賄人自首，為必要減免事由。刑法第一二二條第三項行賄人在偵查或審判中自白為任意減輕事由，第一六六條湮滅證據者之自白、第一七二條偽證或誣告罪之自白，則為必要減免事由。未經取贖而釋放被害人為必要減輕事由，取贖後而釋放被害人者，則為任意減輕事由（刑法第三四七條第五項）。以上均屬處斷刑形成過程中以「犯罪後之態度」為量刑之判斷者，究其理由有三：

（一）刑事政策之目的：例如搜索、處罰之容易化、防止犯罪之實害發生或擴大等。從成立自首之要件觀之，自首者申告自己之犯罪事實，可使檢警單位確知犯罪事實及犯罪行為人，避免浪費時間人力，殃及無辜。再者，獎勵自首亦可防止實害發生，符合刑事政策之目的。相同地，湮滅證據、偽證或誣告罪之自白可避免司法機關誤為判決或懲戒處分，防範於未然；又減刑可保障被擄人生命之安全，作為犯罪行為人侵害被擄人生命、身體安危之交換條件。

（二）違法性減少：例如依偽證罪為抽象危險犯之立場，在裁判或懲戒處分確定前自白係事後防止法益現實上之侵害，屬結果無價值，已減少其違法性；倘若自白時無法在事實上或法律上防止裁判或懲戒處分之錯誤者，則只能減輕而不得免除其刑。至於釋放被擄人是否以違法性減少作為減輕其刑之立論，按目前通說認為擄人勒贖罪係以被擄之人已否置於行為人實力支配之下為既、未遂標準，與是否取得贖款無關（72台上字第6771判決、最高法院81年第3次刑事庭會議決議（二）、83台上字第3909判決），因此，擄人行為一完成，本罪已達既遂階段，即無適用中止犯之可能，因受此要件之制約，實無法以違法性減少充分說明犯罪行為人事後釋放被害人減輕其刑之理由，而且即使將擄人勒贖罪解為繼續犯或狀態犯亦為如此。宜注意的是，是否將被擄人釋放於安全場所會影響量刑，按日本刑法第二二八條之二規定：「犯第二二五條之二或第二二七條第二項及第四項之

³ 刑罰目的從早期一般預防之觀點，主張威嚇之一般預防論或規範的一般預防論（積極的一般預防論）逐漸轉變為特別預防觀點，強調矯正重視論或社會復歸重視論。

罪者，在提起公訴前，將被誘人解放至安全場所者，減輕其刑。」因受到要件解釋之制約，量刑重視違法性之減少；換言之，犯罪行為人必須減輕對被擄人生命、身體之重大危險及自由拘束的違法狀態，而非一味僅為政策性考量⁴。

(三) 責任減少：就自首而言，自首者是否須出於「自發性」始得減刑？例如為使家人取得高額獎金，出面自首；又如經警察詢問後，心生畏懼而自首；關此涉及責任減少之因素目前仍有爭議。就自白而言，除必免外，任意之減免在裁量上須考量責任減少之因素，以符「責任主義」之精神。應注意的是，因犯罪已既遂，故此所稱責任非指犯罪論之責任⁵（即使不影響行為無價值，亦應考慮防止對法益為現實上之侵害）。至於「釋放」是否須出於己意？我國通說以為從避免「撕票」之立法考量，面臨警察追捕走投無路之綁匪，其釋放被擄人之行為仍有本項之適用，始能合乎保全人質生命之立法用意，即行為人釋放被擄人之行為不必出於「自願性」（己意），僅以刑事政策保障被擄人之身安。惟德國刑法第二三九條a第四項規定：「行為人放棄企圖達到之效果使被害人返回其生活範圍者，法院得依第四十九條第一項規定減輕其刑。縱使結果之發生與行為人的所為無關，但只要行為人為達該結果已盡真摯努力者，亦得依第四十九條第一項減輕其刑。」⁶似尚須考量責任減少之因素。

從上述說明得知，我國對於自首、自白、釋放被擄人等犯罪行為人犯罪後態度之減免，在量刑上以刑事政策之考量為主，基本上採一般預防之觀點，顯現「刑罰之寬大化」。

二、宣告刑形成過程中「犯罪後之態度」

刑法第五七條第十款所稱「犯罪後之態度」，強調的是犯罪行為人犯罪後之悔悟，例如對被害人有無賠償。其判斷之基礎有二：(1)「犯罪之抑制」—即對社會、犯人本身是否能發揮刑罰之抑制機能；(2)「犯人之改善更生」—刑罰是否有矯正的、教育的功能。此外，德國考量預防之目的，於一九八六年之被害人保護法第四六條第二項最後新增了「犯罪後行為人之態度、特別是回復損害之努力及與被害人和解之努力」（sein Verhalten nach der Tat, besonders sein Bemühen, den Schaden wiedergutzumachen, sowie das Bemühen des Täters, einen Ausgleich mit dem Verletzten zu erreichen）⁷，值得參考。

三、以「犯罪後之態度」為減輕事由之檢討

例如第一審判決死刑，倘若高等法院擬撤銷原判決改判無期徒刑，按死刑適用之基準為「罪刑均衡」及「一般預防」，改判無期徒刑則應改依特別預防之觀

⁴ 例如最決昭 54. 6. 26 略謂，被告將六歲之被擄人在晚上十時釋放於離其自宅數公里之遠，地圖上很難找到，人煙稀少之道路上的案例，最高法院認為量刑時應考慮釋放場所之位置、狀況、釋放時間、方法、被擄人是否易依犯罪行為人指示回家、被擄人之年齡、智能程度、健康狀態等諸要素，綜合判斷之。城下裕二，「量刑基準的研究」，成文堂，第 169、170 頁，1995 年 3 月。

⁵ 批判者有謂既然該當犯罪已終了，違法性及有責性已確定，如再依犯罪後之情事判斷，即違反了行為（責任）主義或罪刑法定主義。

⁶ 曾淑瑜，刑法分則實例研習—個人法益之保護，第 421 頁，三民，2004 年。

⁷ 同註 4，第 179、184 頁。

點斟酌其必要性之程度，即被告矯正（更生）之可能性或對社會生活之適應可能性⁸。以日本地下鐵沙林毒氣事件為例，因犯人屬組織犯罪，考量該事件之特殊性，似認應處以死刑，惟基於某些被告真摯反省之態度、供述之態度、內容，說明其所屬宗教團體之犯罪情形、對將來犯罪之防止頗有貢獻等等，而判決無期徒刑⁹。此基於國民對法秩序之信賴，依積極的一般預防之必要性減輕其刑，即是斟酌「犯罪後之態度」量刑之典型適例。

四、以「犯罪後之態度」為加重事由之檢討

以「犯罪後之態度」選擇判決死刑者，原則上均以否定被告有矯正可能性存在為理由。例如「犯罪後之態度」以「真摯性」為前提，如果被告反省或謝罪僅為表面功夫，以圖有利判決，欠缺「真摯性」者，自無法引用作為減輕其量刑之事由。除了反省缺乏感情外，人格矯正極為困難亦為重要考量，故常見於判決書內指摘：「從被告各個犯罪行為來看，被告有強烈之攻擊性行為，無法為正常生活，欠缺社會性，人格矯正有困難。」¹⁰

參、被害感情與量刑之判斷

近年來日本因法官寬刑化之結果，致人民對刑罰由不信任進而產生絕望，甚至諷刺法官對被告產生惻隱之心，卻對被害感覺遲鈍，遂仿美國「被害人等意見陳述制度」，於其刑事訴訟法第二九二條之二規定：「法院於被害人或其法定代理人（被害人死亡時，由其配偶、直系血親或兄弟姐妹為其代理人，以下條文稱為「被害人等」）聲請陳述其被害心情或其他有關被告案件之意見時，應通知其於審判期間出庭陳述意見。」¹¹我國刑事訴訟法於九十一年修正時，採改良式當事人進行主義，於第一六三條第一項、第三項規定，當事人、代理人等得聲請調查證據，並得於調查證據時，詢問證人、鑑定人或被告。審判長除認為有不當者外，不得禁止之。法院於調查證據前，應予當事人、代理人等陳述意見之機會。由於刑事訴訟法中所稱「當事人」係指檢察官、自訴人、被告，而所稱「代理人」，係指最重本刑為拘役或專科罰金案件之被告所委任之代理人；又刑事訴訟法第二七一條第二項本文規定：「審判期日，應傳喚被害人或其家屬並予陳述意見之機會。」第二八九條第三項：「依前二項辯論後，審判長應予當事人就科刑範圍表示意見之機會。」雖看似與前開陳述意見之制度類似，但其目的是否相同，不無

⁸ 城下裕二，「犯行後の態度と量刑」，收於，前野育三、齊藤豐治、淺田和茂、前田忠弘編，量刑法の総合的検討 松岡正章先生古稀祝賀，成文堂，第134頁，2005年2月。

⁹ 東京地判平成10.5.26。判例時報1648號，第38頁。

¹⁰ 同註8，第142、148頁。

¹¹ 例如業務過失致死罪判處有期徒刑之比率，從昭和43年之31.9%至平成10年逐漸下降至12%；而業務過失傷害罪因昭和62年變更起訴基準（傷害之程度在二週以內痊癒之事件，如無特別情事，應予不起訴處分），起訴之情形亦相對地減少許多。主要之原因為(1)強制保險及任意保險相當普及，容易成立和解；(2)在大多數國民皆有駕駛執照之時代，每個人都有可能因一瞬間之過失而成為加害人；(3)法官之判決重點已從結果主義轉變為過失主義。因此。即使交通事故或死亡人數增加，起訴率或判決率卻下降，只有對惡質之業務過失致死罪提起公訴及裁判，寬刑化之政策使得實刑率顯著地減少。日本於2000年5月制定被害人保護二法後，於刑事訴訟法第292條之2新設被害人意見陳述之規定，主要之原因是被害人也是當事人，自然強烈地關心裁判之進行，也希望法院能聽取其心情及其他意見。

疑義。因我國人民對近年來一些重大矚目案件之判決或量刑深覺不解，認為與國民感情相違背。按實質上國民感情即是被害感情之擴張，為建立量刑之合理化、正當性，法官於量刑時應從市民之立場斟酌社會一般人之反應（社會一般之感覺），不得過重，也不能太輕。

一、被害人意見陳述對量刑之影響

肯定被害人意見陳述者強調採取職業法官制之法院，不會受到被害人在審判中所為陳述而影響量刑，但死刑及無期徒刑之選擇，或者是緩刑之宣告與否，因屬擇一之決定，則不能否認地，有可能會受到被害人感情上之訴求所影響。以殺人罪為例，目前死刑大多存在於被害人已不存在之強制性交殺人事件、強盜殺人事件或為了保險金之殺人事件。被害人之遺族在調查結果後均希望對被告為嚴厲懲罰，但如果被告當庭表示懺悔，並要求遺族原諒，被害人遺族憤恨之情緒平緩後宥恕被告者，凡此案例通常不會被判處死刑，最後大多被法院判處無期徒刑。惟前述情形與其說是因被害人陳述意見而影響量刑，毋寧說是因法院斟酌被告犯罪後之態度而裁量量刑。又於交通事故業務過失致死罪之場合，被害感情反映於量刑上似乎是微乎其微，尤其是在此情形被害感情個人差異甚大，如將其列入量刑考量顯然有損刑罰公平性。此外，在強制性交等性犯罪事件，因大多數之被害人巴不得早一點忘記被害之情形，更不願意出庭面對被告，故被害人出庭陳述意見與否自無法影響法官對刑罰之裁量¹²。

二、美國「被害人等意見陳述制度」之介紹

如上所述，既然被害人出庭陳述意見不會影響量刑，那為什麼日本要採取美國「被害人等意見陳述制度」呢？蓋美國在面對死刑案件時，為求慎重，希望能借被害人意見陳述之程序，抉擇量刑。尤其是被害人之應報感情及痛苦可在法庭上透過意見陳述而獲得紓解；而且當加害人直接面對被害人時，由被害人口中所敘述之痛苦可認識自己之責任。

美國大多數的州係於一九九二年制定有關犯罪被害人補償之法律，初始尚未制定本制度前，被害人僅能在量刑階段或加害人假釋出獄之階段有陳述意見之權利，直至一九九七年始制定The Crime Victims' Clarification Act，規定被害人有權參加刑事訴訟程序，並陳述意見（Victim Impact Statement簡稱VIS）。VIS主要適用在死刑判決，被害人遺族陳述之意見包括被害人之死亡對遺族是多大之打擊、被害人與被告素昧平生，卻遭此不幸、被害人之死亡是社會多大之損失、被害人是受人尊敬之人物，被害人「人間之價值」被毀完全是被告之責任等重大影響被告量處死刑之因素。如Booth v. Maryland一案中，被告Booth因缺錢買毒品，將鄰居夫妻捆綁強盜並殺害之，於二日後始被被害人之兒子發現，以二個一級殺人罪起訴。檢察官採用被害人（其兒子、母親等）之陳述意見作為證據：(1)被害人之兒子在該事件後不但無法入眠，且有憂鬱症之現象，覺得人生充滿恐怖；被害

¹² 同註1，第140頁以下。在大陸法系國家，犯罪事實之認定與量刑之階段並未明顯地劃分，故在訴訟程序上，於犯罪事實認定之階段不採納被害人陳述之意見（純屬個人意見、情緒之詞，與犯罪事實無涉），自不容許將被害人陳述之意見作為認定犯罪事實之證據。

人之母親在歷經此事件後，不信任他人，連看到廚房的菜刀，腦海中都會映出暴力之景象。(2)透過被害人之意見陳述，足見其深愛之人的死亡對其打擊甚大，此乃因被告的殘虐性或不講理所造成。關此，被告以美國憲法第八條修正案提起上訴，主張前開判決違憲，其權利被侵害。美國聯邦最高法院認為VIS與被告之個人責任或道德上之犯罪沒有關係，與死刑之量刑決定亦無涉，讓被害人遺族在陪審團前為感情之陳述，會過度刺激陪審員，且陪審員不應將與該當犯罪及被告無關之事項決定被告有罪與否。換言之，美國聯邦最高法院於本案中認為量刑階段採用前揭VIS來決定是否判處死刑，乃屬違憲。應注意的是，四年後美國聯邦最高法院於Pane v. Tennessee一案中則做出與前述違憲判決相反之判決。被告Pane對認識之被害人強制性交，並將其與二歲之女兒殺害一案，檢察官於量刑階段請被害人之母親出庭陳述意見，陪審團判處被告死刑。田納西州最高法院認為祖母之意見陳述在技術上與被告死刑之量刑無關，在證據之處理上無合理之懷疑。據此，被告上訴至聯邦最高法院，聯邦最高法院判決略謂，VIS只不過是讓量刑決定者瞭解該當犯罪特定惡害之一個方法罷了，本案後來成為死刑案件積極採取VIS制度之指標¹³。

應注意的是，雖然今日美、日兩國均採取「被害人意見陳述」制度，但由於大陸法系國家異於英美法系國家，不採陪審員審判制度，故職業法官一審判長考量審理之情況及其他因素後，如認為不相當者，則得不准許被害人陳述意見；申言之，法院對此相當性之判斷仍有裁量權¹⁴。此外，因各個犯罪之犯罪情節不同（犯罪動機、態樣或結果等），被害感情自有程度上之差別，有必要將其客觀化；但如何將抽象之被害感情客觀化，實現合理的、公平的量刑，平復被害人內心之創傷，其實很難，而且只是補償被害人之一種理想罷了。

肆、受被害人（死者）激怒之量刑判斷

各國對於受被害人激怒（挑撥）(provocation)而反擊殺害被害人者¹⁵，不論是因長期累積，忍無可忍之家暴案件，或者是不堪言語、動作傷害自尊，一時衝動的案例，是否將前揭原因反映在被告之量刑上？判斷之要件為何？因本（九十五年）修正施行之刑法第五七條，鑑於犯罪之原因常與犯罪行為人及被害人間在行為時之互動有密切關係，爰將舊法第八款「犯人與被害人平日之關係」修正為第七款「犯罪行為人與被害人之關係」，特援引外國立法例之說明論述之。

一、受被害人激怒（挑撥）之案例

〈例1〉甲父、乙母不堪兒子丙之家暴，某日趁丙睡覺時將其殺害，地方法院原判決被告甲、乙有期徒刑三年，緩刑五年，高等法院後來撤銷甲之判決部分，改判有期徒刑四年，不得緩刑。其理由謂甲、乙非一時衝動突發之犯行，而曾事前

¹³ 平山真理，「被害者と量刑」，收於，前野育三、齊藤豐治、淺田和茂、前田忠弘編，量刑法の總論的検討 松岡正章先生古稀祝賀，成文堂，第152-159頁，2005年2月。

¹⁴ 日本學者仍質疑本制度之效果，蓋被害人意見陳述後，量刑加重之危懼感大增，且日本無類似美國量刑基準，雖然明知被害人之意見與證人訊問不同，但聽取被害人陳述意見後，法官之量刑判斷是否仍不受影響，不無疑義。

¹⁵ 此包括成立正當防衛與否之問題，及防衛是否過當之情形，凡此均與量刑有關。

謀議，雖然丙之暴力行為有對人發展之可能性，但本件家暴僅限對物暴力，物理上之情形並未重大。又竟然不否認被告具有殺人之故意，那為什麼被告甲與乙量刑會有如此之差異？按甲出自最高學府，又擔任二十七年餘高等學校之教師，社會經驗豐富，對事物應能冷靜判斷處理；相對地，乙為家庭主婦，缺乏社會經驗，直接面對丙之暴力或粗口的機會比甲較多，當天是在甲的催促下形成殺人之決意。¹⁶

〈例2〉醫師甲與其妻乙長期夫妻失和，爭吵不休，某日因妻之挑釁言語，已達憎恨之頂點，將乙及二人所生之子相繼殺害，並將屍體投入海中。判決之理由謂本件非因被告出於物慾或情慾之動機，亦非基於利己之目的，非計畫性之犯罪行為，而是衝動的、偶發性之犯罪行為。究其背景，不外乎夫妻失和，長期爭吵。從被告與其妻結婚之生活狀況觀察，二人間一開始精神上之連繫即已薄弱，不尊重對方之人格，不互相體諒，在價值觀、婚姻觀極為差異下，不滿對方導致反覆爭吵之理由，終引發慘劇。因被告之經歷無反覆犯罪之顯著反社會性，殺人之手段亦非殘酷，且被告之人格、思慮淺薄，乃因與被害人互動之關係所致，今後有矯治人格之可能性，遂判處甲無期徒刑¹⁷。

礙於篇幅，以上雖只舉二例，但因受被害人激怒（挑撥）致影響量刑之情形甚夥，茲綜合整理分析如后¹⁸。

（一）就激怒（挑撥）行為引起反擊可能性之大小，與被告反擊行為之強度、結果之重大性間相互關係言，前者之可能性較小時，不影響量刑，但可能性較大時，就成為量刑之因素之一。

（二）就激怒（挑撥）行為是否可歸責於被害人、其經過情形及與犯罪行為人（被告）之先行行為之關係，或受激怒（挑撥）行為影響之因果歷程。

（三）激怒（挑撥）行為之衝動性或突發性。換言之，計畫性行為為加重責任之理由，衝動的、突發性的行為在量刑之斟酌上對被告較為有利。

（四）激怒（挑撥）行為之累積性。此一般對被告之量刑均較為有利。

（五）為激怒（挑撥）行為之被害人與犯罪行為人在社會上之人際關係。例如因父母對子女有監護、教養之義務，故在家暴事件中，被害人為子女，而被告為父母者，日本實務要求父母有高度之忍受義務；又受到只有中學生程度之被害人激怒（挑撥）者，大人有高度之忍受義務。

（六）行為人之性格態度。例如即使被告是因被害人之激怒（挑撥）行為而為殺害行為，如法院認為行為人具有輕視人命之性格態度者，不論其殺人動機如何，均無裁量減輕之餘地。

二、受被害人激怒（挑撥）得減輕其刑之理由

理論上被害人方面之情形原則上不影響犯罪之成立與否，惟犯罪之性質，為

¹⁶ 東京高裁平成6.2.2判決，判タ842號，第287頁。

¹⁷ 橫濱地裁平成8.2.22判決，判例タイムズ914號，第260頁；東京高裁平成9.1.31判決，判例時報1604號，第53頁。

¹⁸ 生田勝義，「挑撥と量刑」，收於，前野育三、齊藤豐治、淺田和茂、前田忠弘編，量刑法の總合的検討 松岡正章先生古稀祝賀，成文堂，第186-187頁，2005年2月。

社會侵害性之行為，此所稱社會，不能超越個人，也不能犧牲個人，近代國家、社會或法律存在之理由是為了保障個人之自由與權利，當透過個人之人權侵害而侵害社會時，即為社會侵害性行為。因此，被害人個人保護之必要性如果減少，就會影響被告社會侵害性行為之責任。例如受被害人囑託或得被害人承諾殺(傷)害(刑法第二七五條、第二八二條)，因權利主體放棄法益而當然影響違法性，雖然在近代認為生命法益不得放棄，但與未受囑託或未得承諾而殺(傷)害之情形，其可罰之違法性相對地已減少。此外，依期待可能性之理論，受被害人激怒(挑撥)而犯罪之情形常屬異常性現象，無法期待犯罪行為人當時為適法之行為，而不會引發犯罪動機，責任非難性低，自得阻卻責任¹⁹。

三、受被害人激怒(挑撥)之要件

英國對於受被害人(死者)激怒(挑撥)引發憤怒、激昂之狀態而殺人者，非論以謀殺罪(murder)，而是過失殺人罪(manslaughter)，其刑度大多數集中在二至八年間所謂normal range，且不少均經鑑定(probation)後科以緩刑(suspended sentence)或附條件釋放(conditional discharge)。但其要件相當嚴格，必須符合下列三個要件：(1)激怒(挑撥)之態樣僅限於被害人向被告為身體上之舉動(thing done)，如被害人係對第三人為之，或以言語相激(thing said)，則不在此限；(2)時間之接續性；(3)均衡性。通常量刑接近或相當於前述normal range之上限，乃基於(1)預先決意使用暴力；(2)激怒(挑撥)時間上有間隔；(3)激怒(挑撥)行為不重大，仍在被告預期範圍內。反之，量刑接近下限或科處緩刑者，係依(1)激怒(挑撥)及反擊雙方之突發性，或(2)未攜帶武器、非強力性等決之²⁰。近年來因「家庭內在性」(intra domestic nature)因素所引發之犯罪行為有增加之趨勢，且因偶發因素而暴力相向之案例時有所聞，本文遂舉下列三項影響量刑之因素說明之²¹。

(一) 激怒(挑撥)行為之重大性

例如被告之妻誇耀自己與他人發生性關係，而諷刺被告性無能，被告憤而痛毆其妻的臉部，並將其扭倒在地，為了不讓其繼續出言譏諷，而將其勒斃。此為以言語為「精神」激怒之案例，法院判決被告八年有期徒刑，強調激怒(挑撥)行為之重大性為左右量刑之第一要素，判斷之重點為被告之反擊行為是否與激怒(挑撥)行為相關，即以反擊行為之「質」與「量」與激怒(挑撥)行為為相對性之評價，決定量刑之輕重。

(二) 激怒(挑撥)行為之突發性

作為減輕事由之激怒(挑撥)行為是指在反擊行為前猶如「青天霹靂」(a bolt from the blue)突發(sudden or instant)之狀況。例如被告搭捷運等著下車時，因停站搖晃撞到被害人之身體，此時被害人大罵其「惡魔」，被告一氣之下一拳打在被害人的臉上致其摔倒於月台，腦受到傷害呈現植物人狀態，被告被判處五

¹⁹ 同前註，第190、191頁。

²⁰ 松岡正章，量刑法の生成と展開，成文堂，第270-272頁，2000年3月。

²¹ 同前註，第274、275、276頁。

年有期徒刑（東京地裁平成 15.6.12 判決）。雖本案之激怒（挑撥）行為屬突發性事件，但因激怒（挑撥）行為之程度尚非屬重大，故不足以減輕量刑。

（三）激怒（挑撥）行為之累積性

即指長期累積（cumulative）之狀況。申言之，不能將被害人最終之激怒（挑撥）行為獨立評價，而應將被害人先前一連串之連鎖行為全體作為考量之對象，至少也要將重大之誘因行為納入量刑審查，蓋被害人長時期處於痛苦之境，一直隱忍苦無對策，被害人最終之激怒（挑撥）行為可謂是「壓垮駱駝的最後一根稻草」。對累積誘因行為之反擊大多數發生於家庭中，此種「家庭內在性」通常成為刑罰減輕事由。因家庭內紛爭所引發之殺人、傷害大多與「性的政治學」（sexual politic）—即男女、夫婦間性的秩序、支配關係有關，蓋挑戰或誹謗人的自尊心或性能力無疑地是最嚴肅之問題，英國關此案例，其 normal range 判例學說之見解約為三至六年。

伍、量刑事實之認定

量刑事實指的是作為量定刑罰之基礎事實而言。按除了犯罪行為之手段方法、犯罪結果之程度態樣等犯罪事實本身以外，與犯罪行為之誘因、直接之動機等有密接之關係者，例如被害人之年齡、生活史、被害賠償、和解成立與否等，雖不屬於認定犯罪成立與否之事實，卻屬於量刑時必須斟酌之事項。按量刑事實之認定究竟應採「嚴格證明」？還是「自由證明」？我國未見討論，而日本、美國關此見解分歧，故以下將比較說明之。

一、量刑事實之證明方法

對於犯罪成立與否之事實，不論是公訴之事實或者是刑罰加重、減輕、免除之事由，均為「嚴格證明」之對象。即證據須有證據能力，且須經合法之調查程序。另一方面，對於量刑事實只須「自由證明」即可，此為日本通說及實務見解²²。惟日本學者松岡正章認為「量刑之問題實為刑法理論之縮圖」，為了實現量刑程序貫徹刑罰正當化之理由，應探討「對客觀主義思想之抑制」，且「無限制展開主觀主義」，因此，其主張量刑事實應與公訴事實相同，成為嚴格證明之對象，始符合憲法「正當法律程序之保障」²³。近代因日本採取起訴狀一本主義，強化審判程序中訴訟主體當事人之地位，大幅度引進英美法證據法則限制證據能力，在此變革下，日本刑事訴訟法之構造加強採用當事人主義，是否仍維持從前嚴格證明、自由證明之觀念，不無疑義。又加上學說及實務檢討之聲浪，從前主張量刑事實為自由證明即可之見解自受到質疑²⁴。爭議之重點，主要有下列數項²⁵：

²² 嚴格證明（Strengbeweis）與自由證明（Freibeweis）之區別，為德國法官Ditzen所提倡，其認為嚴格證明之對象包括罪責問題（Shuldfrage）與科刑問題（Straffrage）。相對地，日本學者小野清一郎提出其獨特之見解，認為在構成要件理論上，嚴格證明之對象僅限定於犯罪構成要件事實，本說長期以來即受到學說及判例支持；然而，與構成要件該當事實本質上無差異之各種阻卻違法事由、處罰條件等事實及刑之加重減免事由，依本說反而應歸屬為自由證明之對象。

²³ 日本學者松岡正章在一九七三年即為文主張量刑為刑事政策之加強作用，是以，宜依職權主義在程序上為嚴格之限制。

²⁴ 小早川義則，「情狀認定手續」，收於，前野育三、齊藤豐治、淺田和茂、前田忠弘編，量刑

- (一) 刑事訴訟法中有關「犯罪事實」之用語本就未限定為犯罪構成要件事實，自應為統一解釋，除認定犯罪成否之事實外，尚廣義地包括量刑事實，不宜割裂。
- (二) 訴訟上之重要問題在處理刑罰權之存否，量刑僅為第二順位之問題。
- (三) 量刑事實缺乏一般類型性，不適合作為嚴格證明之對象；又量刑事由複雜，無法客觀化也是原因之一。
- (四) 量刑事實與犯罪行為之關係仍有程度上之差異性，故證明方式不同仍屬合理。換言之，如與犯罪行為有直接關係者始須為嚴格證明，其他則為自由證明即已足。
- (五) 嚴格證明之目的在實踐程序之公正性，貫徹實體真實發現；而量刑時並無前揭目的之考量。
- (六) 採嚴謹證據法則之美國亦不要求對量刑事實為嚴格證明。
- (七) 如果須對量刑事實為嚴格證明，則有限定量刑資料之必要，則此舉將會對被告產生不利益之結果。

英美國家因採陪審制度，原則上事實認定之程序與刑罰量定之程序採二分化。申言之，罪責問題為陪審團之職權範疇，於其認定被告有罪後，再委由法官為量刑判斷，以保持「事實認定程序之純粹性」。當然，前開情形亦有例外，例如同陪審團於認定被告有罪時可同時向法官表示量處被告死刑之建議，此在二〇〇二年Ring v. Arizona一案中已獲得合憲性之肯定。基於上述理由，日本學者松岡正章主張即使不將量刑事實作為嚴格證明之對象，也應以英美法證據法則之觀點，有關被告不利益之量刑事實，其證明應當然地「不容許有合理懷疑之程度」，且為防止法官在認定犯罪事實時即對量刑事實有預斷之危險，在實務運作上證明之程序應採用二分化²⁶。

二、量刑事實之證明程度

在英美國家量刑事實之證明程度係使用證據優勢（preponderance of evidence）及無合理懷疑（proof beyond a reasonable doubt）之概念。基於「罪疑唯輕」或「無罪推定」之原則，倘若有合理之懷疑，則不予處罰，以防止被告可能受到比其罪責還重之處罰，而排除處罰無事實者之可能性。是故，對被告不利益之事實，自應證明其無合理之懷疑；反之，對被告有利益之事實，則受無罪推定原則之保障。再者，檢察官對於自己主張不利益於被告之量刑事實，應積極地、充分地證明其存在，但被告則不負積極舉證自己無此事實之義務²⁷。至於德國有關量刑事實之證明則使用蓋然性之概念，即以「事實存在之高度蓋然性」（“mit einem so hohen Grade von Wahrscheinlichkeit”）、「接近確實性之蓋然性」（an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit）說明證明之程度。在解釋上「蓋然性」一語與英美法「合理之懷疑」似有異曲同工之妙²⁸。

法の総合的検討 松岡正章先生古稀祝賀，成文堂，第48-49頁，2005年2月。

²⁵ 同註1，第291-292頁。

²⁶ 同註24，第46、51頁。

²⁷ 同註24，第50頁；同註20，第311頁。

²⁸ 同註20，第307-308頁。

為使證明程度具體化，日本學者中島弘道曾將其分類為(1)微弱心證—不完全心證；(2)蓋然心證—大致上之心證（此二者為較弱之心證）；(3)蓋然之確實心證—積極的心證、存在之確信；(4)必然之確實心證—消極的強心證、不存在之確信（此二者為較強之心證）。美國之判例亦有下列分類：(a)稍有優勢（mere preponderance）、(b)相當高度之優勢（heavy preponderance）、(c)消除所有合理之懷疑的優勢（preponderance so great as to eliminate all reasonable doubt）。比較二者之分類，檢察官主張不利益被告之事實時，應達前開(c)、(4)（或(3)）之程度，主張對被告有利益之事實者，則只要達到(a)、(b)及(1)、(2)之程度即可。按法官心證之程度實際上很難類型化，上述各類彼此間之分際也不易區隔，故似乎尚未解決「蓋然性濫用」之問題²⁹。

三、量刑事實之證明時期

美國一般均將確認犯罪事實存否之階段與審查量刑事實之階段加以區分，德國強調刑罰個別主義，將事實認定與量刑決定程序分離，日本亦採此種二分法，主要之目的亦是在防止法官預斷危險。

四、各種量刑事實之舉證

以下僅列舉幾項影響量刑之事實說明之³⁰。

（一）惡性格之舉證

在某些案件中犯罪事實本身即可以證明被告之惡性格，故判決時只須舉犯罪事實為例，從特別預防之觀點說明在一般之關連性上被告有再犯之虞，即為有效之舉證。再者，例如在前判決後未賠償被害人、被告在法院之前面不改色地發誓，事後卻無視其存在、在前判決後又反反覆覆地犯罪、被告在人格上很明顯地有問題等等，檢察官甚至可出示前判決審判筆錄，確認被告之供述。惟在重大犯罪，被告惡性格之舉證並不會影響量刑，可謂是一種過剩舉證。

（二）餘罪之舉證

當發現有未經起訴之犯罪事實—餘罪時，實質上不得作為刑罰裁量之資料，但從該資料得推知被告之性格、經歷及犯罪動機、目的、方法等情狀，則得將其納入考量。惟在此場合，究應為嚴格證明或尚需補強證據？日本現行實務通說認為作為量刑事由之餘罪僅需自由證明即已足，毋須補強證據。例如檢察官聲請將餘罪列為書證提出，僅須自由證明即可。又即使被告自白餘罪，而辯護人不同意法院將餘罪列入考量，亦不能否定其任意性及信用性，而是法院應進一步檢討其關連性及必要性之問題。基此，有關餘罪成立與否，往往為明確舉證，均要求對餘罪部分詳細調查，致本末倒置。應注意的是，是否得將餘罪作為刑罰裁量之事由，因餘罪本身尚未經確定判決，故必須嚴格地斟酌餘罪與本罪之關連性及必要性。

（三）和解之舉證

和解及損害賠償在客觀上得顯現出被告對於彌補所為犯罪行為之努力或誠

²⁹ 同註 20，第 312-313 頁。

³⁰ 同註 1，第 35、36、38-39 頁。

意，當被告自己的生命、自由繫於此時，更突顯其重要。因此，被告為爭取緩刑或裁量酌減刑罰，通常會積極與被害人尋求和解；惟並非經和解之案件均會獲得裁減之結果，蓋在判決前和解成立與否、和解之程度，甚至被告對緩刑要件誤解、過度期待等，如在指定判決宣告期日前無法舉證已獲被害人同意和解或損害賠償（例如已登報道歉、提出部分賠償內容或保證），自不會納入量刑時參考。有鑑於和解及損害賠償為量刑上重要之要素，辯護人當然會力勸被告同意以爭取緩刑之機會。惟公設辯護人並不會積極地為被告爭取和解或提出損害賠償之建議，尤其是公設辯護人僅是依刑事訴訟法規定由法院強制為被告委任之辯護人，其與被告間並無類似一般辯護人基於委任契約之信賴關係，此種擬制之委任關係是否衍生代理權之問題，不無疑義，故公設辯護人即使有心為被告爭取，其行為亦受到相當限制。除此之外，被告本人可否與被害人直接接觸洽談和解及損害賠償事宜？關此，就保障被告人權之觀點言，法院似乎應告知被告；但就法院乃居於審判中立之立場，法院自不宜勸導或建議被告以和解或損害賠償之方法換取刑罰裁減。

（四）情狀鑑定

例如被告在電聯車上反反覆覆對通勤女子公然猥褻之案例。檢察官（或法院）均應對被告之犯罪動機或其精神上的、心理上的背景等聲請鑑定，此即為情狀鑑定。情狀鑑定不僅是量刑之參考、也是後來被告保安處分種類、期間及得否假釋之依據。除此之外，尚有責任能力有無之鑑定、精神狀況之鑑定等。情狀鑑定即使對被告有利，法院亦不一定受其拘束；換言之，法院得提出與情狀鑑定結果相反之結論，但法院如欲將情狀鑑定之結果作為量刑之參考，應於判決理由中概略記載量刑之理由。

陸、量刑判斷之過程

一、裁量減輕及酌量減輕

前者例如未遂犯之處罰得按既遂犯之刑減輕之（刑法第二五條第二項）、自首得減輕其刑（刑法第六二條），因是否減輕為法官裁量之範疇，基此，法院即使量刑未低於法定刑之下限，仍非違法。而後者例如犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低刑度仍嫌過重者，得酌量減輕其刑（刑法第五九條）。依實務上見解，本條係關於裁判上減輕之規定，必於審酌一切之犯罪情狀，在客觀上顯然足以引起一般同情，認為縱予宣告法定最低刑度猶嫌過重者，始有其適用（最高法院 38 年台上字第 16 號、45 年台上字第 1165 號、51 年台上字第 899 號）。因此，法院援引本條規定仍依法定刑下限判決者，即屬違法。至於被告有裁量減輕事由，而法官得否宣告低於法定刑下限之刑？例如普通強盜罪之法定刑為五年以上有期徒刑（刑法第三二八條第一項），對於無前科之被告，法院以普通強盜罪法定刑之最低刑判處五年有期徒刑尚屬相當。倘若前例中，被告自首或未遂者，依刑法第六二條、第二五條第二項規定，既為法官裁量減輕事由，且後者謂應按既遂犯之刑減輕，自不得判處低於法定刑下限之刑，否則即屬違法。換言之，前例中法院如欲判決比法定刑下限為低之刑者，尚必須審酌一切犯罪情狀，認被告科以最

低刑度仍嫌過重者，始得適用刑法第五九條規定酌量減輕。

二、緩刑之選擇及緩刑之期間

關於裁量緩刑宣告與否之過程，有謂法院應先斟酌是否對被告宣告緩刑，然後再決定處斷之刑期。反對說認為處斷刑與緩刑宣告二者乃為一體，應併為判斷，不得將宣告刑置之度外，僅考慮緩刑之宣告。實務上似採前者之方式，即當決定宣告被告緩刑時，再選擇可處以緩刑之處斷刑，惟此種作法顯然本末倒置，蓋法院之宣告刑必須符合刑法第七四條緩刑之要件時，始得斟酌宣告緩刑。因為即使法院對被告宣告二年以下有期徒刑、拘役或罰金，如被告前曾受有期徒刑以上刑之宣告，因在判決宣告時點，還必須確認被告前犯罪是否故意、是否執行完畢或赦免後是否在五年以內又受有期徒刑以上刑之宣告（刑法第七四條第二款），或者是被告有無累犯加重之情形—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（刑法第四七條），亦無從宣告緩刑。由此可見，應先依量刑基準決定處斷刑，再從宣告刑之範圍檢視是否符合宣告緩刑之要件，始為正當³¹。

其次，對於被告前犯罪行為已宣告緩刑時，可否再度對其新的犯罪行為宣告緩刑？依日本刑法第二五條第二項、第二五條之二第一項後段規定，除法院須特別斟酌相關情狀外，尚須符合下列三項要件，始得再度宣告緩刑：(1)宣告刑為一年以下有期徒刑；(2)前刑宣告緩刑時未付保護管束；(3)再宣告之緩刑須付保護管束。前述所稱特別情狀因個案千差萬別，無法列出統一標準，原則上仍應綜合考量所有情狀判斷之。至於宣告緩刑之猶豫期間原則上相當於求刑，蓋宣告刑乃是因應責任而來，而緩刑之宣告是基於預防之觀點所設。目前日本緩刑期間平均為三年，如為再犯，則為四或五年。此與我國刑法第七四條緩刑猶豫期間明定為「二年以上五年以下」幾乎差不多³²。

三、自由刑之刑期

關於如何決定自由刑一事，通說認為必須綜合所有犯罪情節判斷之。實務慣例上法院會參酌檢察官之求刑；換言之，檢察官之求刑原則上對法院有法的拘束力，法院之量刑很少高於檢察官之求刑者，在此意義上，檢察官之求刑即形成量刑實際上之上限，且通常法院之量刑會比求刑低一年或二年。此外，法院量刑如超越檢察官之量刑應具備合理之理由³³。亦有宣告刑與求刑相同者，例如求刑死刑或無期徒刑者最常見。又實務上有個奇特之現象，那就是法院不偏好奇數月之

³¹ 同註1，第43-44頁。依日本實務見解，是否宣告緩刑須斟酌下列情事：(1)犯罪情狀、犯罪動機、被告於犯罪後之情狀；(2)被告是否有悔悔情事；(3)與被害人有關者，如被告已向被害人賠償、被害人已寬恕被告等；(4)與被告家族有關者，如被告之家族可負起保護監督之責任。三宅孝之，「自由刑と量刑」，收於，前野育三、齊藤豐治、淺田和茂、前田忠弘編，量刑法の總合的検討 松岡正章先生古稀祝賀，成文堂，第100-101頁，2005年2月。

³² 同註1，第44、47、49頁。至於近年來較受矚目的就是業務過失致死傷罪是否可宣告緩刑之問題？按日本法院通常視被告之行為是否伴隨著闖紅燈、酒醉駕車、肇事逃逸等惡質性犯罪態樣，且是否致被害人死亡決定之。

³³ 此大多見於檢察官與法官對該案件之見解歧異、起訴時或判決時之認知問題、或求刑過輕等情形。

量刑（大多為一年二個月、二年四個月，而少見三年三個月、一年七個月），究竟是為什麼，甚至有謂此乃一種美的感覺問題罷了。

因「幅理論」設定法定刑之上限、下限，是以，法官量刑之心理過程，第一階段「應先對該當案件有全體之印象，再對『該犯罪行為』初步預定一般性、普遍性之刑罰，再將本案件與其他相類似案件比較其犯罪情節孰重孰輕。」第二階段「法官應本於其確信，斟酌相關刑罰理論、刑法第五七條各款量刑事由或其他一切情形，考量是否修正前揭第一階段初步預定之刑罰。」此時尤應注意比較合議庭各法官之量刑使之一致，即依各種情狀修正為最終之量刑。故有謂量刑之程序乃是法官經過長年經驗所得到之一種量刑判斷，也是因為這個理由，由於每個法官均有其個別差異存在，即使是累積豐富經驗之法官，在量刑過程中也會有迷思、苦惱，更何況那些缺乏量刑經驗之法官³⁴。

四、罰金刑之量刑

假設檢察官求刑罰金刑，不論是與有期徒刑併科或只單獨科罰，首先，應注意的是必須有經濟上之理由，且被告有支付之能力³⁵。此外，於決定罰金之數額時，得參考行政處分—行政罰之數額，以求得其均衡性。有鑑於罰金刑之目的（機能）是在剝奪被告犯罪所得，不論其是否存有預防犯罪之目的，很明顯地其具有刑罰之應報性格³⁶；尤其是近代已從行為責任轉化成行為人責任，雖然法律上尚未見罰金刑須斟酌被告經濟狀態之規定，但罰金之數額究竟應採總額制，或者是日額罰金制（單位罰金制）為罰金刑現在爭論之焦點。

五、量刑理由之記載

（一）記載之目的

一般而言，被告上訴時均主張無罪，而辯護人會指摘判決理由（犯罪事實或量刑）錯誤或不當。因此，例如宣告緩刑與否、犯罪情節之輕重對量刑之影響、共犯間量刑差異、死刑或無期徒刑之選擇、檢察官求刑有期徒刑卻判決罰金刑之場合等，均有必要說明。按我國刑事訴訟法第三一〇條第三款規定，有罪之判決書，科刑時就刑法第五七條或第五八條規定事項所審酌之情形，應於理由內分別情形記載。究其目的有五：(1)說服當事人，尤其是被告；(2)提供上訴審量刑審查之參考；(3)前科具體之內容或量刑上考慮之事項可提供被告刑之執行及再犯時裁判之參考；(4)可提高法官判斷之客觀性，揣測法官決斷之過程；(5)亦可提供本案以外同種事件量刑判斷之參考³⁷。倘若判決書漏未記載前揭理由，即屬刑

³⁴ 同註1，第52、53頁。

³⁵ 依刑法舊法第四二條第一項規定罰金逾裁判確定二個月不完納者，必須經強制執行程序，確屬無力完納，始得易服勞役。惟實務上，如已查明受判決人確無財產可供執行時，尚須經此形式上之強制執行程序，則徒增不必要之勞費並耗費時日，故新法增列同條第二項規定，法院如已查明確無財產可供執行時，得逕予易服勞役。惟如果法院在判決時明知被告無完納罰金之能力而科罰金刑並無意義者，其實還是可以輾轉以自由刑代之，因此，本文認為被告是否有完納能力應是法官科以罰金刑應先注意之情形。

³⁶ 有稱之為贖金刑或是由民事責任分化而成之損害賠償責任。例如在兩罰規定中對法人、企業或組織犯罪之罰金刑動輒上千萬，即屬之。

³⁷ 同註1，現代法律出版，第64頁。

事訴訟法第三七九條第十四款「判決不載理由」，得上訴第三審，亦屬提起非常上訴之事由。

（二）量刑理由之記載方式

量刑理由通常是在認定事實適用法律後，記載「考慮被告-----，參酌刑法第五七條第○款（或第五八條、第五九條）之事由，於法定刑之範圍內，-----。」惟前開記載方式並未定型化，一般而言，理論上應該分別記載對被告不利益或有利益之情事，即記載犯罪行為之經過及其他應特別考量之情事，再綜合為量刑判斷。按近年來各界屢屢建議裁判之理由應平易化，相同地，量刑之理由亦應平易且簡潔。例如勿使用平時社會上一般人所未使用之用語、似是而非（例如按其情節，似宜減輕—是否減輕未明確表示）或否定又否定（例如不無可議、不無減輕之必要）之表示等等。甚至於如有必要表達被告不人道之犯罪行為，對其人格加以非難，亦應謹慎不作人身攻擊（例如被告惡如豺狼、為惡魔轉世、被告行為幼稚等）。

（三）各個量刑理由在記載上應注意之事項

茲舉下列數例說明：

- 1、作為量刑判斷基礎之事實如果認定錯誤，例如被告已否認賠償被害人或誤認賠償金額，通常形成量刑不當之理由。又例如被告是在犯罪現場興起犯意，或者是計畫性犯案，此均屬影響量刑之理由，犯罪事實之認定與量刑事由之說明不得矛盾。
- 2、例如竊盜行為之次數、竊取財物之多寡即屬量刑理由在記載上應注意者。
- 3、原則上被告之前科為影響被告行為責任不利益之情事，故前科之記載應不限於與本案被告犯罪情節有關者。
- 4、倘若被告從審判一開始即否認其犯行，甚至於在出庭時態度惡劣，則是否納入量刑考量？又與前開情形相類似者—被告始終保持緘默權，是否亦屬應記載之量刑理由？按在無罪推定、被告不自證己罪之原則下，如過度重視被告在法庭上之態度，以被告否認犯行做為其惡性重大之原因，會予人報復量刑之印象；至於被告保持緘默之動機為何？當時之狀況如何？此應將重點置於被告之人權保障上，再綜合其他所有情形斟酌量定，不宜僅以被告保持緘默作為量刑之理由³⁸。
- 5、再犯從特別預防之觀點言，當屬對被告不利益之事項；另一方面，由於量刑之目的在期待被告更生，故如果將再犯列為量刑理由，則務必記載並說明之。
- 6、在某些場合，被害人之性格、性癖、生活態度等都可能是誘發犯罪之原因，倘若法官認為此影響量刑，亦應記載其理由。

柒、犯罪事實認定上之不確實性對量刑判斷之影響

量刑判斷是以認定之犯罪事實為前提，因此，如果犯罪事實在認定上有不確實之情形，是否應將此部分納入量刑判斷？例如在殺人事件中，當被告為共犯三人，合議庭法官因對犯罪事實認定不同，對於被告是否全體有罪，認定不一；或者是均為有罪，但究竟是全體宣告死刑，還是部分被告宣告死刑、部分被告宣告

³⁸ 同註1，第69頁。

無期徒刑，合議法官意見不一致時，在此情形下，應如何處理？按有罪、無罪判斷之過程中法官心證之程度會影響量刑判斷，因此，當合議庭法官對犯罪事實認定不一致，自會影響量刑之輕重。通常法官欲否認起訴事實而為無罪判決需要很大之「勇氣」，為迴避做無罪判決所承受之心理負擔，沒有勇氣的法官還是會做有罪判決，但會斟酌量刑和宣告緩刑，如此一來，當然有罪判決就可能會有誤判情事。反之，法官為了迴避選擇死刑所帶來之不安（蓋如果誤判，死刑執行後已回復不可能），均儘能不選擇死刑。日本學者團藤重光認為法官迴避死刑之態度不正當，因在死刑之案件，倘若事實之認定有一抹不安之理由，即應以無期徒刑取代死刑，根本解決之道乃是死刑存廢之問題。尤其是於認定有罪犯罪事實時，法官除了須證明無合理之懷疑外，尚須本於確信之見解判斷之。何謂「確信之見解」？須達到百分之百心證之程度？百分之九十五之程度可以嗎？那百分之九十以上之程度是否足夠？反面而言，那所剩下來之百分之十的「不安」到底意味著什麼？即使有上述之考量，大多數之法官為迴避做無罪判決之心理負擔，一方面，為有罪判決；另一方面調整量刑；且合議過程中主張被告有罪之法官，也會考慮其他主張被告無罪法官在合議中之意見，減輕量刑。除此之外，被告防衛過當與否、究竟被告是不能辨識其行為違法或欠缺依其辨識而行為之能力？還是辨識行為違法或依其辨識而行為之能力顯著降低？犯罪事實之判斷與量刑判斷在此層面上有密切之關係—犯罪事實之認定當然會左右量刑之輕重³⁹。

捌、結論

量刑之公正與平等乃各國實務界一直追求之目標，不可否認地，量刑差異的確存在，如何在事前避免、防止差異之發生、擴大，如何在事後更正、補救，均有賴量刑法則之建立。長期以來我國有關量刑之討論少之又少，更遑論建置一套量刑判斷之基準。本文以為以往太著眼於「法官之訓練、研修」、「法官裁量權之抑制、限縮」課題，而忽略了「量刑理由之明示」。按「量刑理由之明示」可窺見法官論斷犯罪行為人罪責之過程，且透過正當之量刑程序，可使犯罪行為人充分瞭解其犯罪行為「當罰性」之範圍、釐清類似案情量刑不同之差異性，甚至在上訴審時可成為審查之對象，以保障被告在訴訟法上之權利。因此，本文列舉數項量刑判斷時應注意之重要議題，除期使我國量刑法則具體化外，最終當然希望達到量刑合法化之目的。

³⁹ 同註1，第100頁以下。