



為量刑證據。

同時亦有採取嚴格證明法則之想法，理由在於，所有之量刑事實皆或多或少與犯罪之證明相關。

(B) 亦有採取區分原則（實務上）：實務上認為，涉及犯罪構成事實者，如行為目的、動機、犯罪手段、犯罪所生損害等事實，須採嚴格證明法則，其他量刑事由則採取自由證明程度。



Attention 考研去

【「教化可能性」作為死刑量刑基準？¹⁸】

(一)我國實務判決所產生之教化可能性此一名詞：

102年台上字第170號，在討論是否判死刑之判準中，撇除參考兩公約之「情節最嚴重犯行」之判斷，反引用了日本裁判「無教化可能性」（無任何顯示被告復歸社會之更生可能者）作為判準，做出：首先先依據刑法第57條各款判斷後，進而判斷是否有教化可能性。雖然教化可能性判準可做為應報（罪責程度）、罪刑是否相當之調整，然而其模糊之判準，反而使教化可能性判準流於形式，同時也彰顯了體系不明的問題。

(二)量刑理論2.0：

1.最嚴重犯行作為判斷死刑與否之下限：在量刑上，可將責任刑訂出上下限（幅度理論），但若在探討死刑，則須進一步討論，死刑是否可用幅度理論討論之，若以幅度理論，可產生幾種情形，其一為，上限在死刑、下限在無期徒刑（再分成大範圍落在死刑或無期徒刑二種）；其二是，上下限皆落在死刑。若是第二種情形，所

18 謝煜偉，論教化可能性在死刑量刑判斷上的意義與定位：從最高法院102年度台上字第170號判決到105年度台上字第984號判決之演變，台北大學法學論叢，頁133-176。



謂之最嚴重犯罪刑度之定義較為明確（因為無論如何所犯之罪都已經達死刑程度），但是若是第一種之情形，或可參考學者小池信太郎之說法，將死刑與無期徒刑皆視作為一個連續的過程，以行為責任先劃定範圍，再藉由一般情狀作為迴避死刑適用之發揮空間。

然而，若採取的是點的理論，僅有在上下限皆落於死刑之幅度時，才算是情節最嚴重犯行者，則可以進一步討論，在其下限部分，可否參酌一般情狀，作為迴避死刑之可能。

2. 強化一般情狀因素的責任刑下修作用：在此情狀之下，我們可以從特別預防目的或其他刑事政策目的，綜合判斷是否僅有一途不可，此時，更生改善可能性便可作為參考可能性，透過一般情狀，是否有鑑往知來（未來展望）或是否情有可原（被告受環境影響等因素）作為下修下限，行為人之責任刑落入「下限在無期徒刑」之可能性。
3. 以情狀鑑定取代教化可能性鑑定：由於是否具備教化可能性，實質上乃是價值之判斷選擇，不應該完全交由心理學或精神醫學為之（也不太可能），而是轉以情狀鑑定（搭配論罪科刑二分之想法），使法院針對各種量刑因素，包含動機、被告性格、生活環境、犯罪心理狀態、再犯可能性、處育成效評估等，配合心理學、社工；醫學之專業，為綜合鑑定調查，法院在依據該情狀鑑定，判斷被告有無改善可能性。

(3) 量刑補充原則：刑法第57條乃是法院在法定刑範圍內為酌加、酌減，而第58～61條則是在法定刑範圍外為量刑，須為注意。

● 實務 面面觀

【112台上511】

刑法第47條第1項累犯加重其刑之規定，屬總則性質之「刑罰之加重」，同法第57條各款所列之科刑事項，則屬立法者對於司法者量刑裁



量內涵之控制與指示，其中第5款「犯罪行為人之品行」即意寓反映行為人之主觀惡性或反社會危險性格，為量刑之因素，兩者均基於特別預防目的之考量，作用上具有相當程度之同質性，非截然可分，因而有就同一前科資料，應避免雙重評價之議，發展出對於已在累犯處斷刑被評價過之前科資料，其於刑法第57條刑罰範圍內量刑時，即予排除，不再執為裁量刑罰輕重之標準。除此情形，該前科紀錄，本為刑法第57條第5款所定「犯罪行為人之品行」之一種，係行為人之人格表徵，自可作為刑罰裁量事實之依據。又刑法第76條前段規定：「緩刑期滿，而緩刑之宣告未經撤銷者，其刑之宣告失其效力。」原立法理由：「查第二次修正案由謂各國刑法，緩刑期滿未經撤銷緩刑之犯人所處地位，略分兩派：其一刑之宣告作為無效，以未嘗犯罪論。其二所緩之刑，以既執行論。兩者區別，於犯人所處法律上地位，實有關係，原案採第一派，修正案將其刑之宣告為無效句，改作其行刑權消滅，似採第二派。多數國採第一派，權其利害，亦以第一派為優，蓋受緩刑者既不復犯罪，則滌蕩舊恥，勉力自新，故外國立法例，有不獨以刑之宣告為無效者，且更有以刑判決錄完全註銷者，其意亦使犯人免存留惡迹，貽玷將來，故本案擬仍從原案。」而法務部中華民國刑法部分條文修正草案總說明，關於刑法第76條增列但書之立法說明，亦載明：「我國刑法對於緩刑制度採罪刑附條件宣告主義，認緩刑期滿未經撤銷者有消滅罪刑之效力，現行刑法第76條規定謂『緩刑期滿，而緩刑宣告未經撤銷者，其刑之宣告失其效力。』……」可知刑法第76條本文「緩刑期滿，而緩刑之宣告未經撤銷者，其刑之宣告失其效力」依立法理由係採宣告作為無效，以未嘗犯罪論之立法例，具有消滅罪刑之效力，惟並未採刑之判決錄完全註銷之立法例，是緩刑期滿未經撤銷緩刑者，其刑之宣告雖失其效力，但不影響其曾因犯罪判刑受緩刑宣告事實之存在，該項紀錄，既係行為人之人格表徵，自可作為刑罰裁量事實之依據。原判決理由載敘：被告雖曾因偽造文書、違反證券交易法案件，經法院分別判處拘役50日、有期徒刑2年確定，但均經宣告緩刑，且均緩刑期滿而未經撤銷緩刑宣告，依刑法第76條前段規定，其刑之宣告已失其效力，自不得以上開前案科刑紀



錄，作為被告品行不佳之量刑因子（見原判決第20頁），所指其刑之宣告已失其效力，雖與刑法第76條本文之立法意旨並無不合，但所稱不得以上開前案科刑紀錄，作為被告品行不佳之量刑因子，論述則有欠周延。惟刑之量定，係實體法上賦予法院得為裁量之事項，科刑時，如已以行為人之責任為基礎，斟酌刑法第57條所列各款事項，並未逾越法定刑度或濫用其權限，即不得任意指摘為違法。原判決綜合被告全案情節，依刑法第57條科刑審酌事項，在罪責原則下行使其量刑之裁量權，說明對被告上開犯行量定刑罰之論據（見原判決第21頁），已就被告相關有利、不利之量刑審酌事項詳予斟酌考量，雖未將被告前開紀錄列為負面加重量刑因子，然此屬原審量刑裁量職權之行使，而所量定之刑，客觀上並未逾越法定刑度，亦與罪刑相當原則無悖，難認有逾越法律所規定之範圍，或濫用其裁量權限之違法情形。上訴意旨(一)，係對原審量刑裁量職權之行使，徒憑己意，指為違法，並非合法之第三審上訴理由。

刑法第59條所定「犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，得酌量減輕其刑」，係以其犯罪有特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般人之同情，認為縱予宣告法定最低度刑，猶嫌過重者，即有適用。而刑法第59條所謂「犯罪之情狀」顯可憫恕，與同法第57條所稱科刑時審酌之「一切情狀」，二者層次雖非相同，惟裁判上酌量減輕其刑時，本應就犯罪一切情狀予以全盤考量，審酌其犯罪有無可憫恕之事由，以為判斷，故適用刑法第59條酌量減輕其刑時，並不排除同法第57條所列舉10款事由之審酌；被告犯罪之情狀是否顯可憫恕，係事實審法院之職權，除其裁量權之行使，明顯違反比例原則，或有濫用其裁量權限之違法情形，即不得任意指為違法。原判決已說明被告本案犯行，如何因其主觀惡性非屬重大，犯罪情狀有可堪憫恕之處，而有刑法第59條規定適用之理由（見原判決第20頁）。參酌前案之事實認定，被告係為堃○公司籌集資金，而為前案之挪用堃昶公司5,200萬元行為，本案則係為彌縫前案返還堃○公司5,200萬元之所為，原判決經審視被告上開犯罪之動機、目的，以本案距前案時間相差1月，因屬各別犯意，不同行為而



仍應再予論罪，故認被告犯罪情狀有可堪憫恕之情，尚非無據。又刑法第57條第10款所稱犯罪後之態度，固包括被告犯罪後是否自白、是否因悔悟而力謀恢復原狀，或與被害人和解，賠償損害等情形，然並不包括被告基於防禦權之行使而自由陳述、辯明或辯解（辯護），自不得因被告抗辯之內容與法院依職權認定之事實有所歧異或相反，即予負面評價，逕認其犯罪後之態度不佳。

【112台上4683】

憲法法庭112年憲判字第13號判決宣告毒品條例第4條第1項規定在適用於「無其他犯罪行為，且依其販賣行為態樣、數量、對價等，可認屬情節極為輕微，顯可憫恕之個案，縱適用刑法第59條規定酌減其刑，仍嫌情輕法重」個案之範圍內，不符憲法罪刑相當原則而違憲（見該判決主文第一項），並未宣告該罪法定刑違憲失效，係採「適用上違憲」（unconstitutional as applied）之違憲宣告模式，即仍維持該規定之法規範效力，且僅在適用於兼具上開列舉特徵之「情輕法重」個案之範圍內，始違反憲法罪刑相當原則，而限期修法，復併指示修法方向（同主文第二項、第三項）。於立法者依憲法意旨完成修法前，為避免前揭情輕法重個案中之人民人身自由因修法所必要之時程而任受違憲侵害，又於修法完成前之過渡期間創設個案救濟之減刑事由（同主文第二項），使刑事法院得本於憲法法庭判決意旨，就俱有所列舉之特徵而情輕法重之個案，得據以減刑。前開憲法法庭判決之效力，僅限主文及其主要理由，並僅以宣告適用上違憲之範圍為限，於此之外無從比附援引於其他販賣毒品罪，或單以該判決為據，置刑法第59條所設要件於不顧，逕適用該條規定減刑。蓋因解釋憲法並就法規範之合憲性為審查，而為合憲與否之宣告，係憲法法庭專有之權力，其行使且須謹守權力分立之界限。法院如就個案應適用之法律有違憲確信，自應依法聲請憲法法庭為合憲性之審查，尚不得以類推適用或比附援引憲法法庭判決之方法，解免其聲請義務，或任意擴張憲法法庭判決效力，逸脫法之拘束。再毒品條例販賣第一級毒品罪以外之販賣毒品罪法定刑，或有由立法者本於整體毒品刑事政策暨體系正義之考量，併同販賣第一級毒品罪之法定刑通



盤檢討之必要，惟各罪之法定刑既仍留有由法院衡酌個案具體情節，以符罪刑相當原則之量刑裁量空間，與販賣第一級毒品罪之法定刑極端僵化，以致有違罪刑相當原則，甚而有立法者取代司法者而違反權力分立原則之違憲疑慮，已有所不同，尚無違憲之疑義。至刑法第59條係以犯罪另有其特殊之原因與環境等，在客觀上足以引起一般同情，認為即予宣告法定最低刑期，猶嫌過重為要件，此係立法者制定刑罰法規範時，考量犯罪情狀之多樣與複雜，於法定刑外所設例外調節規定之一，藉以在制裁規範上保留足夠之裁酌空間，俾法官得在具體個案，對被告量處適當刑罰。既屬例外授權，復已設定嚴格之要件，自僅符合要件者，始得據以減刑。而前引憲法法庭判決主文第二項創設之減刑事由，已係憲法法庭尊重立法者就毒品刑事政策之優先評價特權，本於司法自制，就販賣第一級毒品罪違憲部分所為替代性立法，係過渡期間保障人民之基本權不受違憲侵害所必要之權宜措施，其效力範圍亦僅限於此，不宜任意擴張。原判決就楊○騰部分未適用刑法第59條酌減其刑，既已論敘說明其尚無情堪憫恕之事由，未予減刑，即無不合，要無所指應審酌而未審酌的憲法法庭前引判決意旨、適用法則不當之違法。



MUR MUR

- (一) 雖然國家考試之主要測驗重點在於論罪，但量刑乃是實務上十分重要的環節。在國民法官推行之後，基於國民法官之職責乃是協助量刑，法官又有義務說明量刑之意義給國民法官瞭解知悉，於此情形下，量刑又更為重要。
- (二) 於一般之論罪測驗之中，通常測驗者並未配量刑之分數，故而原則上無庸討論量刑。然而，若果真遇見其心可憫，考生在當下也真的感動萬分（×）想要彰顯自己懂量刑（○），則可以簡單地以一句帶過：「由於本罪之被告乃×××，其心可憫，或可依據刑法第57條請求較輕之量刑，並得主張有59條之情形。」如此即可，絕對不要花過多篇幅討論量刑。



5. 刑罰之執行：介紹完法定刑種類、量刑標準後，最後將介紹刑罰之執行層面的議題。

(1) 概說：對於刑之執行，尚有包含監獄內之實際矯治措施，本處僅針對刑法上之易刑處分、緩刑處分、假釋處分為介紹。

(2) 數罪併罰定執行刑：

◆第51條

數罪併罰，分別宣告其罪之刑，依下列各款定其應執行者：

- 一、宣告多數死刑者，執行其一。
- 二、宣告之最重刑為死刑者，不執行他刑。但罰金及從刑不在此限。
- 三、宣告多數無期徒刑者，執行其一。
- 四、宣告之最重刑為無期徒刑者，不執行他刑。但罰金及從刑不在此限。
- 五、宣告多數有期徒刑者，於各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下，定其刑期。但不得逾三十年。
- 六、宣告多數拘役者，比照前款定其刑期。但不得逾一百二十日。
- 七、宣告多數罰金者，於各刑中之最多額以上，各刑合併之金額以下，定其金額。
- 八、宣告多數褫奪公權者，僅就其中最長期間執行之。
- 九、依第五款至前款所定之刑，併執行之。但應執行者為三年以上有期徒刑與拘役時，不執行拘役。

●實務面面觀

【113台抗67裁定】

數罪併罰有二裁判以上宣告多數有期徒刑者，依刑法第51條第5款規定：「於各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下，定其刑期。但不



得逾30年」，係採行限制加重原則，將各罪及其宣告刑合併斟酌，予以適度評價，而決定所犯數罪最終具體實現之刑罰，以符罪責相當原則。從而，法官權衡、綜合考量個案所犯各罪不法程度與行為人的罪責，所定應執行刑，既不該評價不足，也不能過度評價，經由充分評價所宣告的執行刑，必須符合罪責相當原則，也就是憲法比例原則的要求。罪責相當原則涉及對於犯罪人人格、性格的評價，基於罪刑相當原則，在多數犯罪定其應執行刑，應有責任遞減原則之適用，而所稱責任遞減原則，並非單純的算術，例如加一罪其執行刑象徵性酌減1、2月，加二罪其執行刑酌減3、4月，加三罪則執行刑酌減5、6月等固定模式，而是重在對行為人本身及其所犯各罪的情狀綜合審酌。換言之，法院應考量行為人從其犯數罪間所反映的人格特性，並實現刑罰經濟的功能，尤其刑罰的兩大目的：應報與預防間的調和。且國家使用刑罰懲罰或矯治犯罪，必須考慮手段的效益，使用過度的刑罰，會使邊際效用遞減，未必能達到目的。所謂應報目的，就是罪刑相當性，以符比例原則之意；就預防作用而言，刑罰的機制是透過刑罰向社會宣示規範的威信，所謂一般及特別預防。又依刑法第57條之規定，針對個別犯罪之科刑裁量，明定刑罰原則以及尤應審酌之事項，以為科刑輕重之標準。至數罪併罰定應執行刑之裁量標準，雖法無明文，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、法益之密接程度及異同性〉、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）及罪數所反映行為人人格及犯罪傾向、施以矯正之必要性，以符罪責相當之要求等情狀綜合判斷。質言之，應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，以及考量行為人復歸社會之可能性；綜合考量行為人之人格及各罪間之關係，暨數罪侵害法益之異同、對侵害法益之加重效應及時間、空間之密接程度；各罪間之獨立程度高低與否，且維持輕重罪間刑罰體系之平衡等情（參見司法院訂定「刑事案件量刑及定執行刑參考要點」第22至24點），而為妥適之裁量，俾符合比例原則、公平原則及實質平等原則，並於裁判內說明其裁量之理由，否