

國立臺灣大學法律學院法律學研究所

碩士論文

Graduate Institute of Law

College of Law

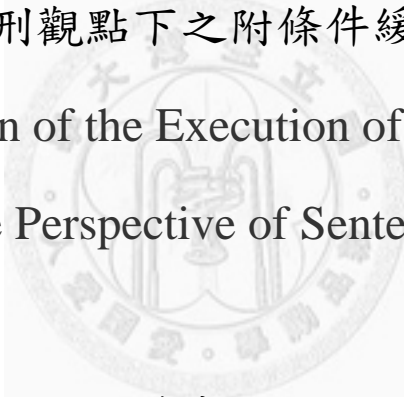
National Taiwan University

Master Thesis

量刑觀點下之附條件緩刑

Suspension of the Execution of Sentences

in the Perspective of Sentencing



蔡書瑜

Shu-Yu Tsai

指導教授 黃榮堅 博士

Advisor: Jung-Chien Huang, Ph.D.

中華民國九十九年六月

June, 2010

目錄

目錄.....	I
誌謝.....	III
摘要.....	V
第一章 緒論.....	1
第一節 問題之提出.....	1
第二節 研究方法.....	2
第二章 量刑.....	4
第一節 量刑之意義.....	4
第二節 量刑之步驟.....	28
第一項 學說介紹.....	29
第二項 本文見解.....	29
第三章 附條件緩刑對量刑之影響.....	31
第一節 從刑的執行到附條件緩刑.....	31
第一項 刑罰意義之檢討.....	31
第二項 附條件緩刑制度之引進.....	52
第二節 附條件緩刑制度對於量刑原則的影響.....	63
第一項 刑之輕重難以判斷.....	63
第二項 罪刑法定原則的變動.....	65
第三項 量刑邏輯之紊亂.....	67
第三節 附條件緩刑的定位.....	67
第四節 現行條文之檢討.....	70

第四章 附條件緩刑制度之再定位.....	76
第一節 避免短期自由刑之流弊？.....	76
第一項 短期自由刑之弊病.....	76
第二項 緩刑制度與易刑處分之比較.....	79
第三項 短期自由刑之解決方式.....	80
第二節 避免情輕法重之情形？.....	83
第一項 法定刑失衡之弊病.....	83
第二項 法定刑失衡的解決方式.....	84
第三節 取代保安處分？.....	84
第一項 保安處分與附條件緩刑之重疊.....	84
第二項 保安處分或附條件緩刑之選擇.....	86
第五章 結論.....	87
參考文獻.....	93

誌謝

很難想像民國 93 年就入學、99 年還在校園中遊蕩的我，真的能有寫論文謝辭的一天。

踏入職場之後，才真正發現當學生有多麼幸福：在師長對於各種不成熟的、天真的想法給予的諸多包容及鼓勵中，可以盡情的發揮自己的理想，自以為找到了解決問題的鑰匙，可以在課堂中窺見大師的風範，及稍稍領略研究學問的快樂。非常感謝指導教授黃榮堅老師，從大學以來跟著老師學習刑法，讓我在面對工作或是寫作論文的過程中，都能夠提醒自己以更審慎謙卑的態度思考刑罰的意義，老師在〈刑罰的極限〉裡序言的最後一句話「對於人類的愛心到哪裡，刑罰功能的極限就到哪裡」，我在大學初看的時候不能了解是什麼意思，在研究所以及開始工作的這段時間裡，我終於能稍微領悟了。謝謝口試委員林鈺雄老師，無論是大學時期的刑事訴訟法、研究所時歐洲人權法或專題的課程，都讓我獲益匪淺，口試時也指出了論文中許多需要改進的地方；謝謝口試委員李聖傑老師，對於一個素昧平生的學生，熱心地出任口試委員，並且提供許多寶貴的意見，讓我有機會重新整理整篇論文的架構及內容。在修改論文的過程中，看著口試時記下的筆記，每一個提問都是那麼精闢且切中要點，也讓我更衷心感謝三位老師的指導及鼓勵。在研究所階段，雖然沒有幸能當一個全職的學生，但是可以從實務的角度出發，享受求學的甘苦，是我非常珍惜的過程及體驗。其中選修王泰升老師的課，感受到王老師對於這塊土地的關懷及熱情，讓我對於學術研究或是工作都有更多的想法，也謹藉著謝辭的一角，表達對王老師的敬意與謝意。

另外要謝謝蔡國卿庭長、李淑惠庭長、孫啟強庭長，除了耐心的糾正判決中的錯誤、傳授寶貴的經驗，更給予我到審查庭歷練學習的機會，同時讓我在案件進行上有高度的自由，本篇論文中許多的想法，都是處理案件時所得。謝謝從家訪時就提醒我要開始寫論文的導師朱漢寶庭長，在這幾年來，無論是課業還是生活方面的關懷。謝謝同庭的學長、學姊，在我請產假的時候分擔了許多工作，在刑十庭雖然很累、每天看見案子一車一車推進來，但是很愉快，這份感激，我也將永遠放在心裡；同樣是在一級戰區服務時畢業、立下良好榜樣並不時鼓勵我的金芳學姊，好戰友碧瑩、銀秋，從在所裡就一直照顧大家的小燕姊，任何事都做得如此完美的舒嵐，這篇論文的完成必須要謝謝各位。也要特別感謝書記官楊明月女士，在我耐心殆盡時，提醒我這份工作的意義，在工作之外，也像親人一樣的時時照顧我。

聽起來雖然矯情，但是我十分感謝我所遇見的當事人，也許你們在心底並不信賴我這樣沒有經驗的菜鳥，仍然秉持著最大的勇氣，讓我有機會嘗試以修復式司法的概念處理案件，無論最後有無和解，都讓我更加了解這個制度，並且有機會反省刑事案件的意義。

謝謝我的母親張琰女士，您獨自扶養我們三個姊妹，無怨無悔地給予我們最好的教育和關愛，對於我到高雄工作的決定，您也極力的支持，讓我無後顧之憂地在事業上努力，在工作上難以判斷時，您提供了寶貴的經驗，這本論文要獻給您，也希望您多多保重身體，不要太累了！謝謝我的公婆林朝和先生及葉惠嬌女士，處處包容、協助我。謝謝我的姊姊書璿、妹妹書瑋，我到高雄之後，為我分擔了許多盡孝的工作，也不時地為我加油打氣，希望大家都能幸福！謝謝溫柔的子儀，善良的彪豪（還幫我找資料寄到高雄），好姊妹家慧、品瑄，謝謝蕭棟吾、戴英爾、方詩華，你們是最真的朋友。

另外謝謝小安安，抱著你參加畢業典禮的虛榮感，是我完成這本論文的最大動力，這本論文中絕大部分的內容，都是我們一起聽著寶寶音樂一個字一個字打出的，不能給你更悠閒、沒有壓力的10個月，不顧胎教地帶著你開庭、勸和解、趕月底，是我最愧疚的一點，感謝你還是很爭氣地自己努力長大，並讓我剛好利用做月子的時間完成這本論文。抱著你或是沒有抱著你的時候，我都在思索，以一個母親同時是一個法律人的責任，如何能給你，或其他的孩子一個更美好的將來。這本論文，是我思考的嘗試。

謝辭的最後，要誠摯地感謝我的先生林裕凱。分發到高雄之後，在每個週末天還沒亮時，在冷風中騎著車載我到車站，送我坐上凌晨5點50分的國光號，鼓勵我把剩下的學分修完；當我不知天高地厚、先斬後奏地進了審查庭，你概括包容我適應不良的種種症狀；在我懷孕之後，小心地提醒我論文進度、分擔大部分的家事，如果沒有你，這本論文更不容易完成。現在回想起來，報考台大碩士班這件事情竟然是影響我一生最重要的關鍵。總圖的綠色燈罩、司訓所一樓的公共電話、至少有12種口味的大餅、礁溪的溫泉魚、強羅車站前冒著煙的小饅頭、元宵節時愛河畔的通明燈火及高醫的待產室，都會是我保存一生的回憶。至於你的三頁還是三十頁，就等我們慢慢變成老公公老婆婆的過程中，再講給你聽吧。

摘要

民國九十四年刑法修正時，新增第 74 條第 2 項，仿照刑事訴訟法中緩起訴處分之制度，增訂了附條件緩刑制度。緩刑本身就是作為法官量刑時的一種選項，因此本文從量刑的角度出發，觀察附條件緩刑制度對於量刑的影響，為其找尋適當的定位，並且整理法官在適用附條件緩刑制度時可能遭遇的問題，提出運用附條件緩刑制度時可以遵循的原則及修法的建議。

在第一章中，本文說明以附條件緩刑制度作為研究對象的動機及研究方法。在第二章，則從量刑的概念開始，討論量刑的意義，以及可以依循的步驟。本文認為，量刑應該以量刑罪責為內涵，至於行為人對於被害人有無盡損害賠償責任，應該與刑法第 57 條第 10 款所稱的犯後態度無關，如果以行為人已賠償被害人，即作為可以對行為人從輕量刑的因素，可能會有評價不足的疑慮。但是傳統以行為人為主體、以其罪責為審判重心的刑事訴訟程序，確實無法兼顧被害人參與訴訟並且獲得賠償的權利。

第三章則討論在增修附條件緩刑制度之前，傳統刑罰執行可能面臨的不足，以及引進附條件緩刑制度之後，該制度對於量刑原則的衝擊，並且從學說的討論出發，為附條件緩刑制度尋找定位，另外檢討現行的附條件緩刑制度的條文。考慮到刑罰可能衍生的標籤化或其他社會問題，緩刑制度固然有其著力之處，但是附條件緩刑可以積極地要求受刑人履行一定的條件，更可以避免再犯，並且巧妙地透過附條件緩刑制度協調被害人在以行為人為中心之刑事訴訟程序中地位的尷尬，達到保護被害人的目的。然而，如果仍然以刑罰的觀點理解附條件緩刑制度，將緩刑的指示或負擔當作實質上的刑罰，可能會讓法官跳脫罪刑法定原則的約束，而造成濫權，或是使量刑的邏輯混亂、刑罰之輕重失衡。為了解決上述的問題，本文在討論相關的學說後，認為修復式司法雖然無法全面作為刑事訴訟的準則，但是其填補損害、強調對話、溝通、自決的精神仍可以彌補現行刑事訴訟程序的若干缺失，故本文以修復式司法的精神為附條件緩刑制度定位。

第四章中，則以避免法官誤用附條件緩刑制度為目標，從附條件緩刑制度以外的易刑處分制度、法定刑的限制以及緩刑與保安處分重疊時的選擇，討論附條件緩刑在適用時可能遇到的問題。最後，第五章則提出本文之結論及修法時的建議，以期能夠讓法官在最佳的環境中，將附條件緩刑制度的效用發揮到最大。

第一章 緒論

第一節 問題之提出

量刑是法官對於有罪被告最終且最全面性的評價，也是最直接影響被告的決定。然而，就立法層面來看，我國法律條文中對於法官應如何量刑之指示，僅以刑法第 57 條的寥寥數語作為原則；以司法層面來看，對於法官量刑是否妥適，除非有顯然的錯誤，否則上級審原則上都應該予以尊重¹，因此量刑是否妥適，實際上極難加以檢驗。在此種極度容任法官「自由心證」的運作方式下，法官量刑的過程及理由，成為外界不得而知的黑盒子，只要結果背離一般民眾感情或直覺，很可能直接招致輿論批評²，也可能就此減損了法律的威信；對於有罪被告而言，得到如何的刑度，可以說有相當大運氣好壞的成分在內；對被害人來說，看到被告獲判不如其預期的刑度，也可能造成對被害人的二度傷害。

或許在客觀上，包含法官在內的任何人，都不具有超然檢視、判斷量刑是否妥適的能力，也無法找出量刑的適當標準，也或許任何一個案件的刑度，永遠都只是當下的、個案的決定，而不存在事後檢驗的可能性，但是不可否認的，如果法官擁有著獨立的、不（必／能）受檢驗的量刑權力，會是極度危險的情形。對於法官而言，此種權力，也是對其法律素養、品格及智慧高度的考驗。

在上述憂慮無法消彌的背景下，我國刑法第 74 條第 2 項修正，又引進

¹ 例如最高法院76年度台上字第4984號判決：刑之量定係事實審法院得予自由裁量之事項，若其未有逾越法定刑之範圍，且亦非明顯違背正義者，即不得遽指為違法。最高法院82年度台上字第4659號：按量刑之輕重，係屬事實審法院得依職權自由裁量之事項，原審及第一審於科刑時，業已審酌刑法第五十七條各款所列之事項，及上訴人等於犯罪後猶飾詞以圖卸責，毫無悔意等一切情狀，且所量處之刑，又未逾越法定範圍，自難遽指為違法。最高法院84年度台上字第2649號：關於刑之量定及緩刑之宣告，係實體法上賦予法院得為自由裁量之事項，不得任意指摘為違法，以為上訴第三審之理由。最高法院85年度台上字第2446號：刑罰之量定，固屬法院自由裁量之職權行使，但仍應審酌刑法第五十七條所列各款事由及一切情狀，為酌量輕重之標準，並非漫無限制。在同一犯罪事實與情節，如別無其他加重或減輕之原因，下級審法院量定之刑，亦無過重或失輕之不當情形，則上級審法院對下級審法院之職權行使，原則上應予尊重。惟實務上雖然揭示此種法官量刑的裁量空間，而原則上會尊重下級審的法律判斷，但是一旦下級審的判決存在應該要撤銷的事由，上級審撤銷改判，依照對於刑事訴訟法第370條不利益變更禁止原則的解釋，只要所認定之犯罪情節不同而經上級審加以說明（參最高法院90年度台非字第345號判決），或是原審判決所依據之法條有變更（參最高法院90年度台非字第238號判決），皆不必受上述原則的限制，因此上級審即使不贊同下級審判決量刑的結果，也可以在技術上藉著撤銷改判的迂迴方式糾正。

² 因為外界的不瞭解，加上媒體的渲染，而導致對於司法大加撻伐、逼迫司法讓步的情形，台灣彰化地方法院判決襲胸、舌吻無罪的事件即為適例。

了緩刑指示及緩刑負擔的制度（為行文方便，以下統稱為附條件緩刑制度），為實務帶來新的問題與衝擊。緩刑的決定，屬於法官量刑行為的一環，因此有必要以量刑的觀點檢視附條件緩刑的適用。法官傳統的量刑行為僅是決定宣告刑或執行刑，至多另考量有無免刑、緩刑的可能，雖然同樣可能深不可測、考量之事項可能模稜兩可，但是至少都是在法定刑的框架內形成，且對於一個確定之後就必須執行的刑度，檢察官及被告也會投入較多的注意，而使量刑的結果比較有可能經由上訴等救濟程序，受到再次的檢視。但是論知緩刑，一方面表示法官認定被告有罪、支持檢察官起訴的決定，另一方面，被告雖然經判有罪，卻免除了入監服刑的不利益，因此可以說是檢察官留有面子、被告保住裡子的結果，在此種「雙贏」的糖衣下，我國附條件緩刑制度中緩刑指示及緩刑負擔的範圍，可以說是毫無限制，不但被告無法事先預見被「懲罰」的結果，檢察官或上級審也極難發揮監督緩刑指示、負擔是否合宜的功能。究竟法官應該如何應用刑法第 74 條第 2 項？得命被告為何種事項，應如何決定？命被告為特定之事項，在刑法體系的性質為何，是否仍屬對於被告之刑罰？如果係刑罰，對於宣告緩刑的被告施加這樣的負擔，是否與緩刑制度的意義產生扞格？如果不是刑罰，命被告為刑法第 74 條第 2 項各款的正當性何在？刑法第 74 條第 2 項究竟是否是合憲的規定？在適用刑法第 74 條第 2 項附條件緩刑制度時，又應遵守什麼樣的原則？該附條件緩刑之制度，要如何才能發揮其功能，對於現行的法律制度又會產生如何的影響？

本文研究之目的，即在於解答上述的問題。如果法官永遠無法知道如何量刑、何時給予緩刑才屬最妥適，本文希望以此篇研究，整理出法官在運用刑法第 74 條第 2 項之新制度時，所應盡到的裁量義務，以及可以藉該制度達成的目標，而協助法官善用緩刑制度。

第二節 研究方法

為從量刑的角度觀察刑法修正後之附條件緩刑制度以及該制度對於量刑原則的影響，本文將先從量刑的意義論述，而確定法官量刑應遵循的邏輯及步驟。其次，考量我國刑法第 74 條第 2 項修正之規定係仿自刑事訴訟法緩起訴制度之設計，而該設計又是參考德國法而來，因此本文將自文獻整理出發，並考量我國法律文化，討論刑法第 74 條第 2 項之性質及意義。在為刑法第 74 條第 2 項制度定位之後，本文將對照刑法第 74 條第 2 項之理想與現實，亦即整理實務上法官運用刑法第 74 條第 2 項時可能產生的流弊，以及提出刑法第 74 條第 2 項之制度應如何發揮作用之見解，並附帶釐清附條件緩刑制度與其他制度之關係。最後，本文將擬定刑法緩刑之相關制度修法之建議。

誠如本文一開始所提及的，量刑是法官對於有罪被告最終的評價，緩刑只是評價結果的可能之一，因此在討論附條件緩刑時，自然會涉及到實體

法、程序法、犯罪學等各種價值觀的折衝。受限於篇幅及能力，本文有意將討論之重點限縮在實體法的範圍內，並僅論述相關的刑罰理論或刑事政策之觀念，對於程序法領域的問題，則盡量以註腳的方式敘述。

在參考文獻部份，囿於語文能力，參考之文獻係以中文、英文及德文為主。另考量我國的法律體系、繼受過程及學說發展，在實體法領域參考之文獻以中文、德文文獻為主，刑事政策領域則以中文文獻為主，英文文獻為輔。而對於實務目前運用緩形制度的成果，則參考司法院或法務部之統計資料。

「科處刑罰不是什麼神祕事件，反而是本質不完美之個人的全體所必要的」³。作為不完美的全體的一份子，本文試圖回答科處刑罰這個困難但無可避免的問題。如果科處刑罰終究是無法解答的難題，也希望以本文作為一個法律人面對法律極限省思的紀錄。



³ 引自 Bernd Schünemann，葛祥林譯，罪責原則在預防刑法中的功能，不移不惑獻身法與正義：許迺曼教授刑事法論文選集：賀許迺曼教授六秩壽辰，公益信託春風煦日學術基金，95年12月，第595頁，註5。

第二章 量刑

第一節 量刑之意義

對於法官而言，「認事」及「用法」即是審判的核心，但是對於處理刑事案件的法官來說，即使事實已臻明確，也知道適用何法律條文，量刑的工作仍然是最困難的一環——判重是不是就是就可以提供被害人足夠的保護？判輕能不能矯正被告的行為？在量刑的輕與重之間，法官必須試圖求得被告及被害人、社會等各個層面的利益的平衡，這樣的工作，是身為紛爭局外人的法官很難做得完美的。以下幾個例子，可以說明法官在量刑時可能遇到的難題。

例一：一個二十多歲的年輕人 A，正開車尋覓車位停車，因為見馬路對面有停車位，一時心急，違規於雙黃線處迴轉，造成後方機車來不及閃避，而撞上 A 的車子車身，機車騎士 B 傷重送醫，約一週後傷重不治死亡。B 剛上大學，是家中的獨子。檢察官對於 A 提起公訴，認為 A 涉嫌過失致死罪，並具體求刑有期徒刑 1 年，另表示如雙方和解的話，希望能給 A 緩刑機會。A 承認檢察官起訴的罪名，表示非常願意賠償 B 的父母，只是沒有能力一次賠償 B 的父母提出的金額，A 現在有工作，希望 B 的父母能允許其分期賠償。B 的父母因為驟失愛子，哀痛欲絕，覺得無論如何賠償都沒有意義，只請求法官調查事發經過，表示對於賠償請法官作主。經調查證據顯示，A 確實為肇事人，且在事故發生後立即報警。B 的父母瞭解事發經過後，表示不願意再試行和解，一切希望法官依法處理。

例二：C 男與 D 女為網友，D 女未滿 16 歲，C 男則剛滿 18 歲。C 與 D 在兩情相悅的情形下，合意發生性行為。經 D 的老師發現後通報社會局處理。D 表示因其並未被強迫，不願意對 C 提出告訴，也不願意向 C 求償。D 的父母於 D 幼年時即已離婚，D 母自離婚後皆未與 D 聯繫、往來，D 父於案發之前 2 個月過世，D 即由其祖父照顧。檢察官認為 C 涉犯刑法第 227 條第 3 項與 16 歲以下之人性交罪而起訴 C。起訴後，法官突然收到 D 母提起的附帶民事起訴狀，依照民法第 195 條第 3 項規定，為自己向 C 求償 C 侵害 D 貞操之精神慰撫金新台幣 120 萬元。C 承認起訴事實，表示無力賠償 D 母如此鉅額的金錢。C 無前科。

例三：E 為船上的廚師，隨船出海，船長在公海與大陸船舶上之人購買原產地為大陸地區的花蛤，E 於船長購買時，經船長吆喝，與其他船員一起幫忙將花蛤搬運到船艙中。船隻回航入港時，經查獲夾藏花蛤。檢察官起訴 E 犯懲治走私條例第 2 條第 1 項走私管制物品罪。E 無前科，承認確實是走私，表示因為近年漁獲不佳，所以才鋌而走險，只希望法官盡快結案，讓他可以出海捕魚賺錢，而其每次出海的時間均長達數個月，即使法官准

許他提供義務勞務，E 也無法配合。

例四：F 為 G 女、H 女的叔叔，G 女、H 女之父母離異，G 女、H 女之父親 I 因身體狀況不佳，收入不穩定，多靠 F 贊助生活費。F 在 G 女、H 女就讀於小學時，要求 G 女、H 女與之發生性行為，G 女、H 女年幼，一方面不知如何拒絕，另一方面也害怕拒絕會使 F 不再提供生活費，因此並未拒絕 F。檢察官以 F 利用權勢性交而對 F 提起公訴。F 無前科，對起訴事實均坦承。I 於審判期間多次表示 F 對其恩重如山，在事發之後仍然繼續負擔 I、G、H 的開銷，如果讓 F 入獄，其一家生活將陷入絕境。對 F 為精神鑑定後，鑑定結果認為 F 有戀童的傾向，有對 F 強制治療的必要。

基於罪刑法定原則，各種犯罪行為的刑罰後果均應為立法者事先做出明確的規定，而由立法者規定出特定類刑行為的法定刑以及各種加重、減輕事由，由法官認定事實後，透過量刑，在既定的刑罰框架(Strafrahmen)內做出決定。量刑(Strafzumessung)即是指法官審理案件後，依據法律之規定，並在受法律限制之下，決定最適合行為人的法律效果之法律適用行為⁴。在以上的四個例子中，在認定事實以及適用法律的部份都沒有爭議，但法官必須面對的問題--如何量刑（包括是否給予緩刑），卻是最直接影響被告自由、財產，甚至是被告人生的決定。

緩刑雖是刑罰的暫緩執行，但是在緩刑的條件成就前，刑罰仍然存在，且決定緩刑也是對於有罪之被告決定法律適用的過程，因此適用緩刑制度同樣屬於量刑行為的一部。此外，對於量刑的觀念，也會影響緩刑的決定，因此在以量刑的觀點討論附條件緩刑制度之前，必須先確認量刑的意義及方法。

第一項 量刑時應考量之因素

第一款 刑罰之目的

刑罰作為法律制裁之方法，其目的何在，是刑法學與刑罰學中極為重要的問題，甚至可以說是最根本的問題。一個社群或是國家對於刑罰目的持何種觀念，將影響到該社群或國家刑法及刑罰的設計。量刑是法官對於犯罪行為人在法律上最終的評價，故對於刑罰的想像，自然會影響到法官量刑時的做法。以下將先從學說及實務的觀點，介紹對於刑罰的幾種看法。

⁴ 林山田，刑法通論（下），第 739 頁，第 6 版；Peter Bringewat, Grundbegriffe des Strafrechts, Baden-Baden : Nomos, 2003, S.85, Rn. 182.

一、學說介紹⁵

(一) 絕對理論

刑罰理論可以大致區分為絕對理論及相對理論二派。絕對理論可以溯源至康德及黑格爾的學說⁶。康德認為犯罪行為之侵害，與對於犯罪行為的反應應該要完全相當，刑罰的作用即建立於對等的應報基礎上，而贊成「反坐原則」(Talionsprinzip)。黑格爾則認為，應以價值平等(Wertgleichheit)作為應報的基礎，因為犯罪為對於法律之否定，刑罰是對於犯罪之處罰，即是對於否定的再否定(Negation der Negation)，因而是正義的表現。

絕對理論又可以區分為應報理論(Vergeltungstheorie)以及正義理論(Gerechtigkeitstheorie)，在早期是屬於刑罰理論的多數見解。絕對理論認為刑法的功能在於建立公平的責任，其思考中心，建立在行為人有自由意志的假設，而認為行為人做出其可以避免的行為，本身是可以歸責的，因此以責任作為懲罰的基礎。同時，處罰也以行為的罪責為界限，如果對於犯罪做出超過罪責的處罰，就超出了應報的範圍，而將侵害正義的理念。

絕對理論雖然有著符合社會大眾法感情的優點，但是其建立在行為人有自由意志的假設上，一旦該假設不能成立，絕對理論所追求的應報或是正義都將失去正當性。針對這種疑慮，有學者假定人類自由意志的存在，認為此為「國家所必要的假設」(staatsnotwendige Fiktion)⁷，也有學者以語言學的觀察直接肯定行為自由的存在⁸。然而，絕對理論因為被認為脫離利益的觀念，無法指出刑罰目的何在，已逐漸少為人所採納，但是絕對理論所提出以責任為刑罰界限的觀點，仍然影響量刑的理論。

(二) 相對理論

1. 一般預防 (Generalprävention) 理論

一般預防理論認為可以透過判刑而達到對於大眾的威懾，尤其是對於有相同犯罪傾向的民眾，藉著接受到刑罰對於行為人施予痛苦的訊息，可以遏止有犯罪傾向的人模仿行為人的犯罪。此種一般預防理論與費爾巴哈的心理

⁵ 以下對於學說分類的架構參考自 Franz Streng, *Strafrechliche Sanktionen: Die Strafzumessung und ihre Grundlage*, Stuttgart: Kohlhammer, 2002, 2. Aufl., Rn. 10 ff.

⁶ 以下整理自柯耀程，*重刑化犯罪抗治構想的隱憂與省思，變動中的刑法思想*，元照出版有限公司，90年9月，修訂2版，第491、492頁。

⁷ Kohlrausch, *Festgabe f. Güterbock*, 1910, S.26, 轉引自 Bernd Schünemann (葛祥林譯)，*罪責原則在預防刑法中的功能，不移不惑獻身法與正義：許迺曼教授刑事法論文選集：賀許迺曼教授六秩壽辰*，公益信託春風煦日學術基金，95年12月，第600頁。

⁸ Bernd Schünemann (葛祥林譯)，*罪責原則在預防刑法中的功能，不移不惑獻身法與正義：許迺曼教授刑事法論文選集：賀許迺曼教授六秩壽辰*，公益信託春風煦日學術基金，95年12月第603頁。

強制理論相似。費爾巴哈認為，刑罰的威嚇作用在於警惕大眾不要違反法律，而執行刑罰的目的在於建立威嚇的實效性，使得這種來自法律的威嚇不致流於形式⁹。一般預防目的之達成，應該建立於法律明確性的原則上，因此也確認了「無法律，即無處罰」(nulla poena sine lege)的法定原則¹⁰。

一般預防理論可以再就其功能，區分為強調規範之確認的積極一般預防(positive Generalprävention)，以及傳統以對於全體人民之警惕為功能的消極一般預防(negative Generalprävention)。

2.特別預防 (Spezialprävention) 理論

特別預防理論認為刑罰的目的，一方面在於對於行為人的威懾，亦即就由刑罰作用，使行為人產生畏懼，阻止行為人繼續犯罪；另一方面，則在於藉由刑罰之干預，達到使犯罪人與社會隔離的效果。特別預防理論可以再區分為強調對於行為人威懾功能的消極特別預防(negative Spezialprävention)，以及著重改善、教化、再社會化功能的積極特別預防(positive Spezialprävention)。此種特別預防的概念，除了作為法官在刑罰裁量時的參考因素外，也適用在保安處分的領域中。

(三) 統一理論(Vereinigungstheorie)

統一理論¹¹(Vereinigungstheorie)著眼於以上各個理論均有其缺點，而綜合各個理論的優點，認為刑法的作用除應報外，尚有促進受刑人再社會化的作用；責任的平衡、預防、行為人的再社會化、對於不法所施以的贖罪和報應，都是刑罰制裁的理由¹²，並以罪責作為刑罰的上限，認為任何人不應因為預防的理由而受超過其罪行或責任的刑罰¹³。

二、本文見解

刑罰作為國家對犯罪行為人所施加之制裁，並不是為了實踐某種刑罰理論，上述的理論，僅是做為刑罰存在之後用以理解、約束國家刑罰權的論述。因此在討論各個理論時，本文不會因為某個理論的敘述與現實較為接近或相符合，就認為該理論可採，而是檢視各個理論能否發揮限制國家刑罰權的效果。從這個層面來看，絕對理論僅是敘述了「國家處罰人民」的現象，其所持的應報、贖罪或是實現正義的理由仍然過於籠統抽象，所能發揮約束的效

⁹ v. Feuerbach, 1847, § 16, 轉引自 Franz Streng, *Strafrechliche Sanktionen: Die Strafzumessung und ihre Grundlage*, Stuttgart : Kohlhammer, 2002, 2. Aufl., Rn.21.

¹⁰ 柯耀程，*重刑化犯罪抗治構想的隱憂與省思，變動中的刑法思想*，元照出版有限公司，90年9月，修訂2版，第495頁。

¹¹ 或譯為結合理論、綜合理論。

¹² 蘇俊雄，*量刑法理與法治之比較研究*，法官協會雜誌，第1卷第2期，88年12月，第42頁。

¹³ 林鈺雄，*新刑法總則*，元照出版有限公司，95年9月，第19頁。

果，自屬有限。

如果真要從現實層面來看，無論是一般預防理論或是特別預防理論，都是建立在人類趨吉避凶的假設上，但是事實上，犯罪可能不被發現，也可能因為證據不足而不受制裁，此部份的犯罪黑數，成為預期效果與現實的落差，使得刑罰無法如同消極預防理論所預測，皆可以達到嚇阻行為人或一般人民犯罪的效果¹⁴。而積極特別預防認為刑罰可以教化犯罪人，但當犯罪學者或心理學者對於犯罪的研究指出犯罪的發生可能出於家庭、教育、社會、經濟甚至遺傳、基因等各方面的問題，認為教化足以導正一個犯罪人家庭、教育、生長環境、基因上種種不利的因素的想法，除了使犯罪人承擔過多的責任外，似乎也過於簡化犯罪的原因。積極一般預防理論所持以刑罰確認規範效力的觀點，也與現實不符：大部分的人不犯罪，可能並非因為確認規範存在、有效。因此，以上的預防理論或多或少與現實有差距，而如果以實際上刑罰能達到何種效果，本文也將持較為保守的態度，認為刑罰能達到的功能相當有限，或許只有應報或贖罪理論比較能達到其理論所預設的目的。

然而如前所述，刑罰是先於刑法或刑罰理論而存在的，刑罰理論的功能已不在於建立或提供刑罰正當性的基礎，相對而言，是在刑罰存在的這個事實之下，理解刑罰存在的意義，更重要的是，提供司法者決定刑罰時的限制。因此，本文也將討論刑罰理論的實益，設定在提供國家對行為人施予刑罰時希望達到的理想，也就是刑罰可以追求什麼好處¹⁵，另一方面，也藉此達到限制刑罰的作用。絕對理論所持應報或是贖罪的想法，或許是刑罰出現的原因，但是因為無論應報或是贖罪，都偏重於精神層面「正義」的感覺，無法將這種精神層面的感覺具體化或量化為決定刑罰時的指標，如果將之作為施予刑罰的目的，也難以達到限制刑罰的效果。

至於預防理論，本文認為特別預防理論無法突破的問題在於，在行為人的下一個犯罪實際發生之前，基於特別預防的目的，而對於行為人這一次的犯罪施加處罰，並無其正當性¹⁶。換言之，對於這一次犯罪的制裁，與對於下一次犯罪的預防，誠屬二事，高度再犯的可能性與真正再犯也不應該被混為一談，在行為人著手下一次犯罪之前，根據下一次再犯的可能，而對於本次犯罪施以處罰，可以說是一種懲罰的提前，因此有論者認為如基於預防的觀點量刑，只會使得大部分的刑罰日趨嚴厲，而對預防理論持反對的觀點¹⁷。

¹⁴ 柯耀程，刑法總論釋義—修正法篇（下），元照出版有限公司，95年3月，初版2刷，第654頁，註1。

¹⁵ 黃榮堅，基礎刑法學（上），元照出版有限公司，92年5月初版，第77頁。

¹⁶ 如同電影關鍵報告(Minority Report)的情節，影片中透過「先知」對於犯罪的預測，在行為人實際犯罪之前逮捕行為人，則永遠無法得知該行為人在決定其是否要犯罪的當下會做出如何的決定，也將模糊國家對於刑罰制裁以及刑罰預防的界線。

¹⁷ 實則預防理論未必導致重刑化，對前開見解的批評，見柯耀程，變動中的刑罰思想，第433

如果一個犯罪行為人被預測有極高的再犯可能性，國家也因此對於該行為人的這次犯罪施予嚴厲的處罰，該行為人在接受處罰後並無再犯，是應該將其改邪歸正的原因歸功於嚴厲的處罰，還是要檢討之前再犯可能性的預測錯誤？這種問題無法以實證研究得到解答，但是在實務上以犯罪行為人有限的生命、自由、財產做為量刑的籌碼時，此種謬誤的可能性不能被忽略。

而一般預防理論最常遭遇的批評，亦包括將犯罪人當作工具的質疑。雖然在人不能被當作工具的命題普遍被接受，但是一個犯罪者被處罰的事實，如果可以產生使嚇阻社會大眾犯罪的效果，是否可以反過來推論該犯罪者被作為工具？就如同子女基於孝順而扶養父母，同樣使得父母的生活因此不虞匱乏，是否可以說該子女就是父母維生的工具？此點是首先必須分辨的。其次，刑法或刑罰，都是國家追求其利益（社會治安或國家存續）的制度之一，因此能否完全排除以犯罪人當作工具的情形，也有討論的空間。

本文認為如果從實際層面檢討刑罰實際能產生的效果，刑罰的執行未必能矯正犯罪人，也不見得能就此嚇阻一般人民的犯罪，真正能達成的功能僅有隔離，而剝奪該犯罪者在被隔離的時間內再次犯罪的機會。以現今的研究可以發現，許多犯罪有其深層的原因，在對犯罪人執行刑罰的過程中，如果無法針對該原因矯正或是去除該犯罪的因素，無論刑罰執行多久，在執行完畢後該行為人還是會再次犯罪，因此特別預防的效果是有限的。而刑罰的執行也未必能產生威懾行為人再次犯罪的效果，因為如果要達成威懾的效果，首先必須使行為人感受到刑罰執行的差異，如果以自由刑的執行為例，只有對於體驗過自由的可貴的行為人，才有可能藉著刑罰的執行，嚇阻行為人再次犯罪。此外，行為人藉由刑罰的執行，得到的或許是在下一次犯罪後要更努力避免被查獲。

在上述理論都有其限制的情形下，本文認為，如果認為刑罰有追求特定的目的，應該認為其功能在於特別預防，也就是對於犯罪行為人的矯正或教化，以消極的角度而言，刑罰的目的也包括犯罪人與外界的隔離。如果將刑罰的功能設定於特別預防，並且遵守比例原則的觀念，至少可以幫助司法者在量刑時有較為明確的依據。以實務上常見的施用毒品案件而言，法官可以基於特別預防的觀念，考量行為人戒斷毒癮所需要的時間，或是使行為人擺脫原來誘使其施用毒品之環境所需要的時間。在概念上，法官的目標，應該是使被告在這一次犯罪的刑罰執行完畢後，成為一個沒有犯罪傾向的人。而此種目標的達成，仍然應該以行為人之責任為界限，法官在考慮對於犯罪行為人所施加的刑罰時，原則上不必基於一般預防的目的，考慮該刑罰能否對於一般社會大眾達到威嚇的效果。

第一款 罪責

一、量刑罪責之意義

如同法諺「無罪責，則無刑罰」所揭示，罪責(Schuld)在可罰性層次，是可非難性的前提，也是刑罰的必要條件，當行為人的行為符合構成要件，且其為有責時，其在刑法上就是可罰的(strafbar)。但是該行為人應該具體地被科以如何的刑罰，或是給予其他的處置，則是根據該量刑的原則決定¹⁸。相對於前開此種在量刑時作為評價主要依據的行為人責任，學說將量刑時衡量的責任稱為量刑罪責(Strafzumessungsschuld)。量刑罪責之內涵，可以區分為二個部分：結果要素(Erfolgskomponente)及行為要素(Handlungskomponente)。結果要素在考量行為人結果不法的程度，行為要素則重視行為本身可非難性的程度¹⁹。

我國刑法第57條原係規定：「科刑時應審酌一切情狀，尤應注意左列事項，為科刑輕重之標準：一、犯罪之動機。二、犯罪之目的。三、犯罪時所受之刺激。四、犯罪之手段。五、犯人之生活狀況。六、犯人之品行。七、犯人之智識程度。八、犯人與被害人平日之關係。九、犯罪所生之危險或損害。一〇、犯罪後之態度。」。在94年修正時，因認為責任原則為刑事法律重要基本原則之一，且為當代法治國家引為科刑之基礎，為了使法院於量刑時嚴守責任原則，而仿照德國刑法第46條²⁰第1項、日本改正刑法草案第48條第1項²¹之立法例，予以修正²²，並明定「科刑時應以行為人之責任為基礎」。

依立法理由來看，既然刑法第57條係仿自德國法，其所引為量刑基礎的責任，應該係與德國學說及實務所稱量刑罪責為同樣的解釋。在刑法第57條的第1款至第3款、第7款至第9款，所規定者均不外上述量刑罪責中的結果要素或行為要素。除了刑法總則第57條明示量刑罪責的觀念外，在其他的法律

¹⁸ Gerhard Schäfer unter Mitarb. von Günther M. Sander und Gerhard van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, München: Beck, 2001, 3. Aufl., S.122, Rn. 309.

¹⁹ Gerhard Schäfer unter Mitarb. von Günther M. Sander und Gerhard van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, München: Beck, 2001, 3. Aufl., S.122, Rn. 311.

²⁰ 德國刑法第46條第1項：犯罪人之責任為量刑之基礎，且應考慮刑罰對犯罪人將來社會生活產生之影響。

²¹ 日本改正刑法草案第48條第1項：刑罰必須依照犯人之認加以量定。引自陳子平，刑法總論（下），元照出版，95年2月初版，第323頁。

²² 參94年刑法第57條修正理由第1點：科刑（或稱刑罰裁量、量刑等）之標準與科刑之基礎，二者之關係至為密切，在適用上，對於犯罪行為事實論罪科刑時，須先確認科刑之基礎，始得進而依科刑之標準，諭知被告一定之宣告刑。而責任原則，不僅為刑事法律重要基本原則之一，且為當代法治國家引為科刑之基礎。現行法僅就科刑之標準予以規定，並未對科刑之基礎設有規範。為使法院於科刑時，嚴守責任原則，爰仿德國刑法第四十六條第一項、日本改正刑法草案第四十八條第一項之立法例，明定以行為人之責任為科刑之基礎。

條文中，也不乏將特定的結果要素或行為要素作為刑罰法定的加重或減輕事由，例如毒品危害防制條例第11條第1項，持有第一級毒品之法定刑雖為3年以下有期徒刑、拘役或罰金，但持有第一級毒品純質淨重達到10公克者，刑度直接定為有期徒刑1年以上、7年以下；也有直接為某些行為要素規定特別的刑度者，例如刑法第321條第1項，將夜間侵入住宅、毀越安全設備、攜帶兇器、結夥三人、趁災害之際或在車站或埠頭竊盜，規定了較一般竊盜更高的最低刑度。而像是刑法第277條第2項傷害致死罪，則是針對犯傷害罪而致人死亡此種結果不法程度更高的結果要素，規定更重的法定刑。

本文認為，法律之所以將某行為定義為犯罪，本係以其行為及結果為評價的重點，因此，雖然行為要素與結果要素的觀念並未提供新的方向，但如果以行為要素及結果要素來理解量刑罪責，可以幫助法官在量刑時掌握量刑工作的重點，因此，量刑罪責應該是量刑的重心及基礎。

二、量刑罪責以外之因素？

在量刑時，除了上述以行為可非難性及結果之輕重為內涵的量刑罪責以外，有無其他應該受考慮的因素？尤其是對於行為人在實施犯罪行為前與實施犯罪行為後的種種情狀，應否列入量刑時審酌的基礎？

在我國，實務上對於量刑時應該考慮何種因素，未有詳細敘述的習慣，以致難以窺得法官在量刑時的態度如何。一般而言，諸如犯罪後承認與否、犯罪所得、犯罪造成的損害、是否彌補被害人或尋得被害人原諒，均是法官量刑時常會考量的因素，而實務上也曾經出現過認為量刑時得參考「社會一般事項」的判例²³，則除了量刑罪責以外，是否仍存在決定量刑結果時應考量的事項？

法律中確實有將屬被告犯罪行為以外的事由作為量刑時重要的因素，例如我國刑法第47條對於累犯加重其刑的規定，立法者認為累犯加重是因「犯罪行為人之刑罰反應力薄弱，需再延長其矯正期間，以助其重返社會，並兼顧社會防衛之效果」²⁴ ²⁵。又如刑法第62條對於自首接受裁判得減輕其刑的

²³ 即最高法院50年台上字第1131號判例：科刑時必須審酌犯人本身之犯罪情狀，至於社會一般事項，雖亦堪作參考，要不得據為科刑輕重之唯一標準。又該案為殺人案件，原審以「為年來凶殺風盛，量刑不宜輕縱」為由，判處被告無期徒刑，最高法院認為原審所持的理由係屬於「社會一般事項」。

²⁴ 94年2月2日修正刑法第47條立法理由第1點：累犯之加重，係因犯罪行為人之刑罰反應力薄弱，需再延長其矯正期間，以助其重返社會，並兼顧社會防衛之效果。參之同為大陸法系之日本現行刑法第五十六條及改正刑法草案第五十六條、瑞士刑法第六十七條、奧地利刑法第三十九條、法國刑法第一百三十二條之八至第一百三十二條之十一仍有累犯之規定，宜維持現行累犯制度。惟可因行為人惡性之程度酌予量處適當之刑。

²⁵ 此種立法理由，雖然看似言之成理，但是在單獨的個案中，不難看出過度評價的危機。例如

規定，也是將被告犯罪行為以外的事由納入量刑時考量的要素之一。在該條文於 94 年 2 月 2 日修正時由必減改為得減之立法理由，可以看出立法者認為得以減刑的原因在於行為人的「內心悔悟」²⁶。其他諸如毒品危害防制條例第 17 條第 1 項規定犯該條例特定之罪，供出毒品來源因而查獲其他共犯或正犯可以減輕或免除其刑、貪污治罪條例第 8 條規定犯該條例特定之罪，於犯罪後自首，自動繳交全部所得財物、在偵查中自白者並繳交全部所得財物，分別可以減輕、減輕或免除其刑，如果因而查獲其他正犯或共犯者，可以減輕或免除其刑，或是證人保護法第 14 條污點證人減輕或免除其刑，則均是基於刑事政策的考量，作為量刑因素的例子。

如果再細分量刑罪責以外的因素，在這些犯罪行為前與犯罪行為後的情狀中，有部分可以被歸類為與刑罰之預防目的或與罪責相關的因素。如果認為任何一個犯罪行為都不可能憑空出現，必定與行為人過去的生活經驗、教育、價值觀等息息相關，則犯罪前的情狀（例如我國刑法第 57 條第 4、5、6 款之事項）應該與行為人的罪責相關，也會決定對該行為人以刑罰制裁的必要性，而當然應該列入量刑時應予審酌的因素。雖然從現實面來看，要從寬認定與行為人責任相關的因素，就必須將所有導致行為人犯罪的相關事實都列入考量，等同要完全瞭解行為人的家庭環境、成長歷程、經濟狀況、價值觀念，幾乎可以說是不能達成的任務。此外，即使在客觀上能夠完成此種任務，法律或立法理由也並未交代，一個智識程度高的犯罪行為人，與一個智識程度低的犯罪行為人，何人應受較重的處罰²⁷。實務上往往未細究各種情狀與行為人犯罪有無關係，而逕用「審酌...等一切情狀」的含糊說法，以列舉當作例示，交代出法官量刑時考量的因素，上級審也鄉愿地認為判決中

行為人之前因酒後駕車經判處有期徒刑執行完畢，之後又犯業務侵占罪，行為人再犯業務侵占罪，可能很難說與前一次接受酒後駕車之刑罰的刑罰反應力有何關係。更諷刺的，如此因累犯而必加重其刑的立法方式，反而使得上開例子裡的行為人，因為之前酒後駕車，本次業務侵占一定須入監服刑（因為業務侵占罪最輕本刑為有期徒刑 6 月），失去了以易刑處分代替自由刑的機會，更不利其重返社會。

²⁶ 參 94 年 2 月 2 日修正刑法第 62 條立法理由：按自首之動機不一而足，有出於內心悔悟者，有由於情勢所迫者，亦有基於預期邀獲必減之寬典者。對於自首者，依現行規定一律必減其刑，不僅難於獲致公平，且有使犯人恃以犯罪之虞。在過失犯罪，行為人為獲減刑判決，急往自首，而坐令損害擴展之情形，亦偶有所見。必減主義，在實務上難以因應各種不同動機之自首案例。我國暫行新刑律第五十一條、舊刑法第三十八條第一項、日本現行刑法第四十二條均採得減主義，既可委由裁判者視具體情況決定減輕其刑與否，運用上較富彈性。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，可符公平之旨，宜予採用。故於現行文字「減輕其刑」之上，增一「得」字。

²⁷ 舉例而言，一個小學肄業的行為人，與一個博士畢業的行為人，以同樣的手段竊取了相同價值的物品，雖然智識程度有別，但是似乎難以依此決定科刑之輕重。

如此記載，原則上就表示下級審法官已經盡了其量刑時的義務。實則要考量到刑法第 57 條所列各個事項，將行為人犯罪的各種相關事實都在量刑時加以審酌，確實是屬於客觀不能的工作。

如以我國刑法第 57 條規定來看，法律規定應審酌的事項，已經包括了行為人犯罪後的事實。刑法第 57 條第 10 款認為應注意行為人犯罪後之態度的規定，就是難以被歸類為與行為人責任相關、屬於犯罪行為完成後的因素，此類事項是否應就科刑輕重事項受到評價，在學說上是有爭論的²⁸。例如，基於不自證己罪的權利，被告於犯後雖然否認犯罪，但是被告並未製造或實現新的不法²⁹，應該難以將其否認犯罪一事認做量刑時不利於被告的因素³⁰。相對來說，犯罪行為人於犯後坦白承認犯罪一事，也沒有減少犯罪行為所製造的不法，除了基於政策上考量給予刑度的優惠（例如毒品危害防制條例第 17 條第 2 項，犯毒品危害防制條例第 4 條至第 8 條之罪，而於偵查及審判中均自白，可以減輕其刑，即係出於訴訟經濟的考量；刑事訴訟法第 455 條之 2 以下之認罪協商制度也有此種意義）外，本文認為也不當然有因此在刑度上對行為人有利認定的依據。至於如果僅是犯罪後惠而不費的認錯，更不應該作為量刑時有利於被告的認定基礎，在實務上曾有出現被告於言詞辯論終結前泛稱「請審判長給我改過的機會」、「請給被告機會，從輕量刑」，就認為被告並非毫無悔意的案例³¹，應該均屬於對刑法第 57 條第 10 款的誤會。

但是行為人在犯罪後另外有其他不當的行為，例如騷擾或企圖影響證人、串供，或非基於訴訟防禦的目的刻意拖延訴訟³²，則可能被認為行為人在犯罪後仍然規避制裁，其反社會性較高，而被認為屬於行為人犯後態度不佳的事例，列入量刑時對於行為人不利的參考。

比較德國刑法第 46 條第 2 項之規定，則係以法律明示肯定犯罪後的行為(Nachtatverhalten)作為量刑時考慮的因素，尤其是對於損害賠償的努力。

²⁸ Gerhard Schäfer unter Mitarb. von Günther M. Sander und Gerhard van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, München : Beck, 2001, 3. Aufl., S.143, Rn. 355.

²⁹ Franz Streng, Strafrechtliche Sanktionen: Die Strafzumessung und ihre Grundlage, Stuttgart : Kohlhammer, 2002, 2. Aufl., S.239, Rn. 455.

³⁰ 持不同意見者，如最高法院 98 年度台上字第 418 號判決：刑之量定，係實體法上賦予法院得為自由裁量之事項，倘其未有逾越法律所規定之範圍，或濫用其權限，即不得任意指摘為違法，以為第三審上訴之理由。又刑法第 57 條第 10 款明定犯罪後之態度為科刑輕重標準之一。行為人是否坦承犯行，有無與被害人達成和解，賠償被害人之損害等，俱屬犯罪後態度之範疇。原判決量刑時斟酌上訴人未坦承犯行，迄未與告訴人達成和解等犯罪後態度之情狀，以為科刑輕重標準之一，於法並無不合。此與上訴人於訴訟上依法得行使答辯之訴訟權利無涉，不得任意指為違法。

³¹ 見最高法院 95 年度台上字第 6565 號判決。該案為擄人勒贖故意殺人案。

³² 例如為避免前案的緩刑或假釋被撤銷，或希望本案的刑期與現在服刑的刑期分開執行。

此種立法方式固然解決了在現實面上適用法律的爭議，並且作為政策面上鼓勵賠償被害人的宣示（詳如後述），但是此亦彰顯出該「犯罪後的行為」，已經屬於犯罪行為結束後的事實，本不在量刑罪責的範圍內，與犯罪行為之關係是薄弱的。

除此之外，在量刑罪責以外的因素中，也有顯然與犯罪之成因無關，甚至也無法歸類為犯罪後的行為，諸如監獄是否人滿為患、國際形象³³，則是顯然與犯罪無關的事項，不應列為量刑時考量的因素。至於法官在量刑時，是否應該考慮到社會大眾之觀感？本文認為，刑罰的量定應以特別預防為目的，並以行為人之罪責為界限，不必考量一般預防之目的，這是首先應該確認的。但是所謂「罪責」，畢竟仍然是抽象的概念，法官量刑而必須確認被告的罪責時，確實應該考量到一般社會大眾的感受，並以此充實罪責的內涵。此種主張並非認為法官量刑時應屈服於輿論或譁眾取寵，或是淪為民粹，而是考量到任何犯罪都是存在於這個社會中，法官量刑的行為，是代表國家對於犯罪施以制裁，故社會大眾之評價，可以作為認定行為人責任輕重的重要參考標準；另一方面，考量到判決有確認、重申法規範效力的效果，刑罰對於一般社會大眾而言，亦有讓社會大眾意識到法律效果的功能。此種透過刑罰確認法規範的過程，也屬於維繫、促進社會安全所必要。因此，法官量刑的結果如果偏離社會大眾的評價甚遠，可能反映出來的是法官未能掌握量刑罪責之內涵，是應該以社會之觀感，作為將量刑罪責具體化的輔助指標之一。舉例而言，在百貨公司的賣場偷竊逛街民眾的皮包，跟在加護病房偷竊病人的皮包，可能對絕大多數的人而言，都會認為後者的犯罪情節更加嚴重。對於一般民眾來說，後者行為的「更可惡」只是一種情緒，但是對法官而言，必須將民眾單純的情緒還原為法益，在法益的層次考量量刑的輕重，是否有判更重的必要。如果此時有某法官獨獨認為在百貨公司的賣場偷竊應該判得比在加護病房行竊更重，很可能這位法官必須重新思考，自己的價值觀有沒有需要調整的地方，才不至於使得判決的結果出現讓人無法接受的差異。

³³ 例如在智慧財產權的案件，法官在量刑時常會提及犯罪行為人的行為影響國際形象等語。但是何種犯罪的發生不影響國際形象？如果法官在量刑時確實將此點當作對犯罪行為人不利的因素，應非適法。法務部在81年5月6日發函(81)法檢字第06677號、82年2月26日發函(82)法檢字第04258號，均提及「侵害智慧財產權嚴重破壞國家形象」，而要求檢察官從重求刑；83年3月7日(83)法檢字第04455號函中，再次表示「為加強保護智慧財產權，以遏止仿冒歪風，維護國家形象，...於提起公訴時，應體認侵害商標權案件嚴重破壞國家形象，不利經濟正常發展，於起訴書內或蒞庭執行職務時，請求法院審酌案情從重量刑，對於得上訴之判決，應詳為審核，如認為有量刑過輕之不當情形，應依法提起上訴，以資救濟」；於85年5月23日又發函(85)法檢決字第12375號，要求檢察官就犯罪情節嚴重之侵害智慧財產權案件請求從重量刑，均可窺見實務上對於智慧財產權案件另眼看待的做法。

除了上述提及的要素，本文要在此詳加討論的，是犯罪行為人對被害人損害賠償，以及被害人就犯罪的看法如何，在量刑階段應如何評價的問題。以下係對這二個因素的說明。

(一) 損害賠償(Wiedergutmachung)

雖然在現行制度中，刑事訴訟與民事訴訟可能因為刑事附帶民事訴訟的制度，而在形式上利用同一訴訟程序，但是在現今民事、刑事二元的概念之下，即使一個事件的發生，可以同時構成犯罪並且作為侵權行為的請求權基礎，但是單就犯罪的行為人以債務人身分面對犯罪被害人這個債權人時，如何賠償或是否履行，與犯罪本身的構成要件是完全無關的。犯罪的損害賠償--此種屬於構成要件及責任以外之因素，如果單從量刑的理論出發，應該不必然有資格成為量刑時的重點。但因為刑罰權為國家獨占以來，刑事訴訟程序成為國家對於被告定罪的程序，被害人在這個程序的重要性為國家取代，使被害人之地位相對低落，亦因此出現了強調被害人保護的思潮。

德國也曾經面對此種問題，在檢討上述被害人在刑事訴訟中較為弱勢的現象後，從 1970 年代起³⁴，逐漸透過如暴力犯罪被害人補償法(Gesetz über die Entschädigung für Opfer von Gewalttaten: Opferentschädigung – OEG)、被害人保護法 (Opferschutzrecht) 、被害人請求權確保法 (Opferanspruchssicherungsgesetz - OASG)等法律之制定及實施，提升了被害人於刑事訴訟中的地位。而在少年刑法裡犯罪人與被害人衝突調處及損害修復(Täter-Opfer-Ausgleich und Schadenswiedergutmachung)³⁵之經驗，也被移植到成年人的刑法制度中。現今透過在程序法及實體法中明確的立法，被告對於被害人的損害賠償已經可以作為在處遇上（例如是否起訴被告）以及量刑上優待被告的重要原因之一。

德國刑法第 46 條第 2 項³⁶在規定量刑時應審酌的內容時，已經表示特

³⁴ 德國刑事追訴與制裁，Hans-Jürgen Kerner，許澤天、薛智仁譯，元照出版有限公司，97 年 11 月，第 188 頁以下。關於被害人保護運動於德國發展之情形，詳見本論文第三章。

³⁵ 簡而言之，檢察官於少年犯致力於達成與被害人的衝突調處時，可以在偵查程序中免除對少年犯的追訴；檢察官有權主動建議衝突調處程序，並且可於偵查程序中建議少年法官促成少年致力與被害人進行衝突調處，或建議少年法官科予少年盡力修復其造成之損害的負擔；可以對少年科予工作負擔，使少年賺取金錢交予被害人或被害人扶助機構；少年法官可以在判決中宣告上述指示或負擔，或將之作為緩刑考核計畫的特別措施。如果少年表達願意進行損害修復，法官可以暫停法院的官方措施，在少年履行承諾後，法官可以捨棄官方的措施。見德國刑事追訴與制裁，Hans-Jürgen Kerner，許澤天、薛智仁譯，元照出版有限公司，97 年 11 月，第 199 頁以下。

³⁶ 德國刑法第46條第2項：法院在量刑時，應權衡對犯罪人有利和不利之情況。特別應注意下列事項：犯罪人之犯罪動機與目的；行為所表露之思想與行為時之意圖；違反義務之程度；行為方式和犯罪結果；犯罪人之履歷、個人與經濟情況；犯罪後之態度，尤其為補救損害所做之努力。

別應該考量到行為人對於修復損害，以及其彌補與被害人之間衝突的努力，而在刑法第 46 條之 1 則規定，可以因為行為人對於損害彌補的努力，而依照刑法第 49 條第 1 項之規定減輕其刑，甚至在具體刑罰不超過 1 年的自由刑或是 360 天的日額罰金刑時，法院可以免除行為人的刑罰。德國刑法第 46 條之 1 的這種規定，固然是犯罪被害人保護運動於政策上的落實，然而在學說上也有許多批評。

此種規定首先面臨的質疑，是無罪推定原則與被告賠償責任的扞格³⁷。被告如果想要透過此種規定得到刑度上的優待，在現實上可能需要被告放棄其為無罪的主張。雖然在制度上，如同認罪協商制度明定有如未為協商判決，協商過程中之陳述不得為不利被告證據之規定，被告在刑事訴訟程序所為的此種賠償，也可以是「附條件的賠償」，亦即先略而不論被告實際上是否構成犯罪，而在被告成立犯罪的假設下進行賠償的協商，且在立法技術上，也可以規定此種協商賠償事宜之過程不得作為對被告不利的證據，但是一方面，即使在觀念上可以將審判過程中法官的心證區分為「協商賠償事宜時所得心證」、「證據調查時所得心證」，對於實際上介入被告與被害人和解過程或至少可以接觸和解相關資料的法官而言，被告與被害人試行和解的歷程，是否確實不會影響法官的心證，恐怕難以論證；另一方面，像德國刑法第 46 條之 1 的條文，十分強調被告為達成損害賠償所做出的努力，甚至更重於實際上所達成損害賠償的情況，在現實面，也很難想像法官會允許被告在否認犯罪的情況下，還能藉由類似的條文達到刑度上的優待。反過來說，對於不確定自己是否構成犯罪的被告（例如不知道自己是否有過失），可能因為有「不知道自己是否成立犯罪，因此沒有先賠償被害人」的想法，而錯失在法官量刑前損害賠償並且享受刑度上優惠的機會；也有可能因為已經與被害人達成和解，為節省訴訟之勞費，而放棄主張自己不構成犯罪的權利。

其次，如同德國刑法第 46 條之 1 的規定，是否有犯罪類型上的限制？諸如以國家為被害人（如貪污）、無被害人的犯罪、未遂犯³⁸的情況是否應該適用，又如何決定應如何對被害人損害賠償，也是引進此種制度後應該處理的問題。就國家為被害人或是無被害人的犯罪，只要在技術上可以有代表被害人或是代表公益的人（如檢察官）出面與被告協商損害賠償的事宜，問題尚不難解決。但是未遂犯或危險犯的情形，行為人得否透過此種規定或得刑度上的減免？是否會造成被害人反而可以得到無法透過民事訴訟獲得之賠償？除了未遂犯、危險犯外，就民事請求權已時效完成、無法證明損害或損害金額，甚至犯罪被害人與有過失的情況（詳如後述），被害人都有可能

³⁷ Franz Streng, *Strafrechtliche Sanktionen: Die Strafzumessung und ihre Grundlage*, Stuttgart : Kohlhammer, 2002 , 2. Aufl., S.242, Rn. 458.

³⁸ Franz Streng, *Strafrechtliche Sanktionen: Die Strafzumessung und ihre Grundlage*, Stuttgart : Kohlhammer, 2002 , 2. Aufl., S. 243, Rn. 459.

透過刑事的途徑，獲得較民事程序更優渥的賠償，而予人「以刑逼民」的疑慮。如果說國家施以量刑上的減免，是以公權力肯定私人間損害賠償的某種解決方式，此種國家所肯定的對象，至少應該有其正當性，其內容可能不適合完全交由被告與被害人以民事事件的方式處理。例如，在被害人向被告追討賭債而引起的糾紛中，如果雙方協商賠償的內容包括被告應向被害人償還賭債若干，即使雙方達成和解，也不適合作為對被告給予量刑上減免的原因。

上述所提及的問題，背後所隱含的困境是：如德國刑法第 46 條之 1 的規定，所代表民事案件與刑事案件交錯、重疊之後的法律適用疑義。從條文中，我們無法確定此種由刑事訴訟制度所鼓吹的損害賠償，是否可以排除或凌駕民事損害賠償的概念。例如被告盜刷被害人的信用卡，所產生的債務可能是 10 萬元，如果加計利息已達 12 萬元，被害人向被告請求賠償時，考慮其信用受損的損失，而要求被告賠償 14 萬元，如果被告在刑事訴訟程序中表示願意賠償 13 萬元，但是囿於能力僅向被害人賠償了 8 萬元，被害人得另外循民事訴訟程序向被告請求的金額為多少？單憑藉著上述的規定，並未能釐清在刑事訴訟中賠償之後，雙方權利義務如何規範的問題。

德國刑法第 46 條之 1 此種以刑度的減免鼓勵損害賠償的設計下，最嚴重且最無解的問題，是經濟地位優劣可能帶來的不平等³⁹。雖然在量刑的法律決定上，本來無法避免因為法官個人價值觀與生活經驗帶來的差異，但是此種裁量權行使的風險，與經濟能力好壞造成的差異，仍然相距甚遠。在我國的刑事訴訟制度某種程度傾向所謂當事人進行主義的情況下，可以說已經允許當事人經濟能力影響訴訟的結果—例如有能力聘請優秀辯護人的被告，比起沒有能力的被告，兩者可以獲得的法律協助或訴訟資源是不可能相同的。但是從此種現象不能推論出，我們的社會或是法律文化已經願意接受在刑事訴訟中也採取弱肉強食的生存法則。舉例而言，在自由刑准許易科罰金或易服社會勞動的規定下，經濟上有能力的被告可以以金錢免除入監服刑的刑罰，也更有時間服社會勞動代替自由刑或罰金刑，這些制度設計之初雖然在於避免短期自由刑的流弊，但是即使是這樣的制度，都是經濟上弱勢的被告無福享受的。如果考量到此種現實，類似德國刑法第 46 條之 1 的規定，更有可能將導致「有錢判生、無錢判死」的殘酷現象。

若要理解此問題，必須先釐清和解與刑罰之間的關係。和解為民法上契約的一種，亦為損害賠償的方式之一。一般而言，學說認為損害賠償法可能包含有三個目的，亦即損害填補、損害預防及懲罰制裁⁴⁰，然而民事責任與刑事責任有根本性質上的差異，即使以損害賠償法追求懲罰制裁之目的，而

³⁹ 黃榮堅，讎敵社會裡的修復式司法？--刑事法體系中的損害賠償概念問題，月旦法學雜誌，第 146 期，96 年 7 月。

⁴⁰ 王澤鑑，損害賠償法之目的：損害填補、損害預防、懲罰制裁，月旦法學雜誌，第 123 期，94 年 8 月，第 207 頁以下。

適用懲罰性賠償金或使慰撫金具有「制裁性的預防功能」，均應仍屬於民事罰(Privatstraf)的性質，能否做為我國損害賠償法的基本原則，亦備受質疑⁴¹。在學說上，則有認為刑法中的賠償可以做為刑罰及民事損害賠償的一種調和，也有認為是刑法與損害賠償的綜合，或是認為係替代刑法或補充性減輕刑罰的法律效果，損害賠償本身即如同刑罰或保安處分，是因應犯罪的法律制裁，而以刑罰之第三元的角色存在⁴²。有學者認為，如德國刑法第 46 條之 1 此種犯罪人與被害人衝突調處及損害修復的制度，可能引起的是在達成損害賠償情形下犯罪的除罪化，以及國家本於職務主動促成對於被害人的補償⁴³，此種見解應該即是基於允許賠償與刑罰可以相互取代的基礎。也有學者認為，民事制裁可以用以取代刑責，並且透過損害賠償確認刑事規範的效力⁴⁴。甚至有學者認為，在有被害人的情況下，被告因犯罪而侵害被害人，賠償被害人是被告之責任，故應由國家以強制及統一規定之方式要求被告對被害人賠償，使得被告與被害人的關係得到平衡，如果被告無力賠償，應由國家代替被告先向被害人賠償，並且可以因為加害人對被害人賠償的事實，減少國家應施加予加害人的刑罰量⁴⁵。持否定見解者則認為，賠償與刑罰間並無補充、取代或相互減輕的效果⁴⁶。

從以上學者見解的不同，可以看出民事法及刑事法中侵害、制裁觀念並非當然相同。本文認為，民事法中損害的概念與刑事法中法益侵害的概念確有不同，此從刑事法中基於法益保護的必要性，對於未遂犯或危險犯仍可能加以處罰的作法中即可證實，至於民事法中雖然有懲罰性損害賠償的觀念，但是此一制度也有本身的限制，並非適用於所有的民事事件中，亦不因有此種制度，而可以論證民事事件與刑事事件即屬相同。因為該兩個制度下的損害觀念不同，民事法與刑事法對於損害的處理方式，也有很大的差異。再者，無論從現代國家刑罰的理論或是民、刑分立的現實來看，民事損害賠償

⁴¹ 王澤鑑，損害賠償法之目的：損害填補、損害預防、懲罰制裁，月旦法學雜誌，第 123 期，94 年 8 月，第 216 頁以下。

⁴² 鄭昆山，我國起訴裁量與刑法損害回復法制改革之研究，如何建立一套適合我國國情的刑事訴訟制度，學林文化事業有限公司，89 年 4 月初版，第 218 頁。關於刑罰第三元觀念的批評，詳見第 3 章。

⁴³ Bernd Schünemann (林鈺雄譯)，從德國觀點看事實上的量刑、法定刑及正義與預防期待，不移不惑獻身法與正義：許迺曼教授刑事法論文選集：賀許迺曼教授六秩壽辰，公益信託春風煦日學術基金，95 年 12 月，第 688 頁。

⁴⁴ 高金桂，論刑法上之和解制度，東海法學研究，第 14 期，88 年 12 月。

⁴⁵ 甘偵蓉，犯罪被害人在現行刑事司法程序中地位省思—刑罰與賠償並行理論之建構，崇右學報，第 11 期，94 年 2 月，第 282 頁。

⁴⁶ 黃榮堅，讎敵社會裡的修復式司法？--刑事法體系中的損害賠償概念問題，月旦法學雜誌，第 146 期，96 年 7 月。

與刑罰都各有其功能，且無法相互取代。除了少數犯罪的可非難性本屬薄弱，可以藉由犯罪行為人已經盡力彌補其所造成損害的事實，推認該犯罪行為人已經沒有施以刑罰必要的情況外，法官應該基於民事損害賠償或刑罰的目的，分別決定被告是否應負損害賠償責任以及是否由國家施加刑罰。「因為無法賠償，所以施以刑罰」、「因為已經施以刑罰，所以不必賠償」、「因為無法施以刑罰，所以要賠償」，或者「因為已經賠償，所以不需要施以刑罰」等種種命題都是不成立的。既然如此，法官在刑罰的決定過程中，應該意識到損害賠償因素與被告須要被施予刑罰必要實屬二事。換言之，如果一個犯罪行為人有刑罰的必要，並不會因為他已經對被害人賠償，而變得沒有刑罰的必要；如果一個犯罪行為人沒有刑罰的必要，無論其有無對於被害人賠償，基於刑罰的謙抑原則，都無須對之宣告或執行刑罰。

本文雖然認為民事損害賠償與刑罰並無相互取代的關係，也不認為在法庭之外本於利益計算的當事人，到了法院就必然可以改以寬容、體諒為出發點協商犯罪所帶來的損害賠償事宜⁴⁷，但是本文認為類似德國刑法第 46 條之 1 的規定，仍然有值得參考的價值，尤其是針對平衡、修復犯罪行為人與被害人關係這一點上。首先，論者所持此種規定將使貧窮被告的地位不利的疑慮，是基於某特定案件中特定的被告，與一個想像中相同案件、只有經濟地位不同的被告相比較的推論，此種比較的基础在現實上是不可能的，即使是在共犯的情形亦然，因此無從證實確實會有所謂的較有利或較不利，在實務上，也曾出現法官因為認為犯罪行為人屬於「權貴犯罪」，而從重量刑的判決⁴⁸，足見前述的擔憂未必會實現。

而從實際的層面來看，被害人可以透過類似的規定，得到其所需要的賠償，是此種設計最大的優點，如果屏除此種制度，無疑是昭告經濟上弱勢的被害人（甚至包括經濟上雖非弱勢，但是因為被害而精神痛苦，在心理層面處於弱勢的被害人）：在被害人所需要的損害賠償一事上，國家無法提供被害人任何協助。為避免對經濟狀況不同的刑事被告造成不公平，以刑事庭法官的立場，雖然大可讓被害人透過民事訴訟向犯罪行為人主張權利，但是出了刑事的法庭，經濟上強勢者可能在訴訟上占優勢的事實，在民事訴訟中將更明顯殘酷。將犯罪行為人與被害人的損害賠償事件留待以民事事件處理，除了民事訴訟程序可能造成被害人舉證困難、費時費力、執行效果不佳等諸多本質上的困難外，還必須考慮被害人轉而必須與國家競爭被告賠償能力的阻礙—被害人的債務人，可能在監所服刑，被害人只能執行其微薄的作業金，即使執行完畢出監，以更生人的身分，也較難從事待遇理想的工作，被害人能受賠償的金額有限，甚至有可能在被告賠償之前就已受死刑的執行，這些困難都無法透過單純修法賦予犯罪被害人的債權優先受償的地位解

⁴⁷ 與修復式司法相關的問題，將留待於第三章做詳細的討論。

⁴⁸ 如台灣台北地方法院 95 年度矚重訴字第 1 號判決。

決，因此對刑事法庭法官而言，以刑事制裁處罰被告，等同於在民事事件中處罰被害人。當被害人落到只能藉由被告受刑罰執行的事實得到安慰時，對於被告施加重刑自然成為被害人唯一可以期待的結果。在這樣的情形下，即使被害人出現要求法官對判處被告無期徒刑或死刑意見，也不能責怪被害人不願意放下或原諒，因為是這個制度逼迫被害人只能寄望國家的重刑。在權衡被告可能因類似德國刑法第 46 條之 1 規定所遭受的不利益，與犯罪被害人因此受到賠償的利益，本文認為以刑度的優惠鼓勵被告賠償被害人的作法，仍是值得採納的。但是採取這樣做法，主要是著眼於刑事政策上的考量，在實質上乃是對根據犯罪行為人罪責程度量刑原則的違背，因此必須要由法律明文規定。

如果可以接受此觀點，類似德國刑法第 46 條之 1 的規定除了需要由法律明文規定作為授權法官之依據，並且在立法時言明此種賠償與民事賠償關係如何外，就僅有由國家作為私人民事事件決定、執行、監督機制，其程序效率如何以及是否有道德疑慮的問題。就前者而言，透過刑事訴訟程序解決民事上部分或全部的紛爭，確實使得刑事訴訟程序較為冗長，且有調整的必要（此點將在下一段詳加討論），但是如果是把這一部分的刑事程序定位為被告與被害人的和解程序，甚至透過法庭外的調解、仲裁等方式促成，尚不至於有太大的問題，甚至對當事人而言是更有彈性且節省時間、費用及精神的。至於後者，以刑事訴訟程序處理民事損害賠償事件，在過程中必然有國家的介入，是否可以避免以國家作為合法討債公司，迫使被告必須面對來自國家的壓力等質疑？本文認為，既然國家以被告對於被害人的賠償作為被告減免其刑的優惠條件，表示國家肯定被告對被害人的賠償，故對於此賠償的方式或內容，必須為一定程度的審核，例如前述當事人協商由犯罪行為人向被害人清償賭債的情形，其內容違反公序良俗，即非國家所應肯定；又如被告與被害人協商，由被告跪在市場數日「洗門風」，即使為當事人雙方所接受，因為其賠償的方式有違人性尊嚴，雖然為我國部份地區的傳統習俗，也非國家可以透過刑度減免予以肯定的方式。就此種情形而言，透過法院的肯定（給予被告刑度之優惠）或否定（不給予被告刑度之優惠），反而可以藉此宣示法院對於賠償之範圍或方法之見解，而達到推廣法治觀念的效果。

回歸到我國法律的現狀，我國目前雖無類似德國刑法第 46 條之 1 條文之規定，因此被告是否已經賠償被害人，不是量刑時必須考量的要點，然而在事實上，被害人因為在審判中有表示意見之權利，在自訴案件、告訴乃論案件，被害人的意願更直接影響訴訟的進行，此外被害人亦可能利用刑事附帶民事訴訟之起訴，間接參與被告的刑事訴訟，因此被害人仍然有機會就被告之刑事案件表示看法，實務上也多會將被告有無對被害人賠償作為量刑時重要的參考因素之一。如果在立法上可以直接採納上述方式，將使法官在量刑時，不會有處罰被告反使被害人求償無門的顧忌，且免於法官主動促成和解時，遭遇到是否偏袒被害人之質疑，並且使得確實已經賠償損害的行為人

得到最直接且實際的獎勵。因此，本文認為類似德國刑法第 46 條之 1 以犯罪後被告對於被害人之損害賠償情形作為量刑時考量因素之規定，應值得我國立法時參考。

（二）被害人於量刑中的意義

相對於民事法中有責任比例的概念，刑事法中之不法，係全有或全無的認定。因此在民事法中會認定被害人與有過失(Mitverschulden)的情形，而調整行為人對於被害人的賠償金額，在刑事訴訟認定犯罪行為人應該受到多少制裁的階段中，很難將被害人的行為援引作為對行為人量處較低刑度的理由。例如犯罪行為人利用被害人之貪念，佯稱購買其所販賣之未上市股票可以從中大賺一筆；或是交通事故中，被害人闖紅燈，遭未注意車前狀況的行為人撞上而受傷，都不致會影響犯罪行為人罪刑的成立。但是實務上在量刑的時候，往往會將此種被害人的參與情形，轉化為被告注意義務違反的程度（例如刑法第 57 條第 8 款）⁴⁹或是被告行為不法的程度加以考量。

值得注意的是，此種法官於量刑時所持的態度，在刑法第 57 條於 94 年 2 月 2 日修正時得到立法者的肯定，認為原本刑法第 57 條第 7 款「犯人與被害人平日之關係」的規定「範圍較狹，僅包括犯罪行為人與被害人平日有無恩怨、口角，或其他生活上之關係；惟犯罪行為人與被害人在犯罪行為上之關係，則不在其內。矧按犯罪之原因，常與犯罪行為人及被害人間，在行為時之互動密切相關，例如，在竊盜案件中，被害人之炫耀財產，常係引起犯罪行為人覬覦下手之原因。此種犯罪行為人與被害人在犯罪行為上之關係，亦屬科刑時應予考量之標準，爰將『平日』一語刪除，使其文義範圍，亦得包含犯罪行為人與被害人在犯罪行為上之關係」⁵⁰。

從刑法第 57 條第 7 款的立法理由觀察，在量刑時所應該考量的犯罪行為人與被害人間之關係，除了修正前條文規定的平日之關係外，也可能包括兩者就犯罪行為之發生上的關係。前者例如意圖陷害直系血親尊親屬而犯誣告罪，或是殺直系血親尊親屬罪，都是考量犯罪行為人、被害人之關係，而已由法律另外規定法定刑之例子；後者則例如被害人引起犯罪，以及被害人對於損害與有過失的情況。從刑法分則的規定中來看，立法者對於某些被害人就犯罪行為有著特殊地位或貢獻的犯罪情境，已有不同的評價，例如刑法第 273 條的義憤殺人罪，或刑法第 275 條的加工自殺罪：第 273 條是以被害人先有不正行為為要件⁵¹，第 275 條是重視被害人本身的意思，類似如此的

⁴⁹ 例如最高法院 32 年上字第 1664 號判例：被害人由馬車跳下，橫汽車路跑過，亦屬不無過失，雖上訴人欠缺注意停車不及，將其撞傷身死，是為被害人致死之主要原因，不能影響於上訴人犯罪之成立，然被害人既與有過失，自應量處較輕之刑。該判例中即直接使用「與有過失」的觀念。

⁵⁰ 見刑法第 57 條 94 年 2 月 2 日修正立法理由第 5 點。

⁵¹ 最高法院 28 年上字第 2564 號判例參照。

情形，犯罪行為人可能有著較低的期待可能性，因此在刑度上予以不同的評價，應屬合理。但是除此之外，刑法又於總則中強調被害人與犯罪行為人關係可以影響量刑結果的正當性何在？如果是考慮犯罪之原因，而需要審酌犯罪行為人與被害人平日之關係，固然有其正當性，然而如果要就犯罪發生原因，考量被害人方面的因素，以立法理由的文字敘述來看，可以很簡單地推論：立法者認為有些被害人是自招被害。但是被害人是否主動招來被害的結果，與犯罪行為人犯罪的責任，或是犯罪行為人由刑罰施予矯治的需求程度，均無直接關係。被害人就犯罪發生的角色，是否可以影響國家對於犯罪行為人量刑的考量，即有深究的必要。

如依前述法律「評價」被害人的二個面向——犯罪行為人與被害人之關係，以及被害人與犯罪原因、結果之關係來看，如果因為被害人與行為人間的關係，已使行為人對於被害人犯罪之惡性有所不同時，將兩者間的關係作為量刑時考量的因素，應有其正當性，例如上述對於直系血親尊親屬犯罪而加重⁵²之規定。而除此之外，如果是被害人因故意或過失引起、誘發、造成犯罪，或是使犯罪損害結果加重、擴大，被害人對於犯罪之貢獻已經影響到行為人之罪責時，也當然應該將被害人與行為人之關係列為量刑時參考的因素。舉例而言，某甲於酒後駕車，行經山區時，見某乙站在道路旁，某甲認為某乙站在路旁之行為使其受到驚嚇且十分礙眼，即持球棒下車毆打某乙，某乙無緣無故遭某甲毆打，持其所攜帶之水果刀反擊，造成某甲死亡。此時法官對某乙的評價結果，自然與某乙在未受攻擊的情形下單純持刀殺害某甲的情形不同，但是在此例子中，被害人之行為已經使行為人之期待可能性產生變化，已經影響到對於行為人罪責之認定，以被害人之行為作為量刑時之考量，自屬必要，這種情形，應該也符合前述立法者認為屬於刑法第 57 條第 7 款應予考量的事項。

然而如果在上述的兩種情形以外，被害人對於犯罪發生或犯罪結果的影響，可能不影響行為人的惡性，也未必與行為人本身的罪責有關，這時如果對被害人的行為加以評價，究竟是否符合量刑的原則？本文認為，除了無被害者犯罪(victimless crimes)外，被害人本與犯罪之行為人、時間、地點、方法一樣，屬於犯罪發生的要素之一，沒有犯罪固然沒有被害人，但沒有被害人，也不會有犯罪之存在。在討論被害人保護的學說中，如果將被害人一律設定為中性或對於犯罪無責任，固然可能與事實不符而失之偏頗，但量刑並非追求直觀的公平，而是國家以刑罰對於行為人施以預防的嚴苛手段，如果在被害人行為與犯罪行為人罪責無關的情況下，當作量刑的考量因素，可能並無意義；如果法官就不正確地將被害人之因素作為量刑考量的事由，更有可能衍生出「某種被害人必須為其被害負責」的結論，且都將造成對於行為

⁵² 惟對於直系血親尊親屬犯罪，其惡性是否必然更為嚴重，對於此類犯罪加重刑罰之規定是否僅在滿足孝順尊長之道德觀、是否合理等，均尚有討論之空間。

人評價不足或過度評價的缺失。舉例來說，某丙開車時過失撞上無照駕駛的某丁，除非丁對於車禍之發生與有過失，否則不能以此作為對於某丙量刑時考量之因素而為對丙有利的考量；相對而言，某丁因為無照駕駛，車禍發生後不願意就醫，使得其傷勢惡化，這個部份的結果也不能歸咎於丙，無法依此於量刑時作對丙不利的考量。

於量刑時考量被害人之角色，除了可能遇到上開實體面的問題外，亦有程序面的疑慮。從前述關於被害人保護的討論也可以知道，為了落實國家保護被害人的義務，被害人在刑事訴訟制度中的地位已有所提升，以現今刑事訴訟的發展，刑事訴訟程序將不再只是被告面對國家的單向關係，被害人在此程序中的角色已經更加積極，甚至可以利用刑事訴訟程序與被告和解或是得到損害賠償，因此在刑事訴訟程序中，也必須處理來自被害人方面的主張、「抗辯」或意見。此時，刑事訴訟程序即必須面對一個弔詭的新問題：在被告的刑事訴訟程序中，能否及應如何對於被害人的參與情形加以認定？

舉例而言，被告承認就過失傷害的車禍事件有過失，但是認為被害人與有過失；或是被告願意與被害人和解，但是認為被害人獅子大開口，因此無法和解的責任在被害人；或是被告雖與被害人議定好賠償方式，但是被害人不配合提供相關資料（如醫療單據）或申請保險金，以致被告無法請求保險公司理賠。在上開三種情形中，原本以行為人責任認定為重心的訴訟程序，重點可能因此分別轉化為對於被害人責任之認定，以及被害人於事件發生後的態度或行為，對於行為人之責任有何影響，以及如果因此而無法達成和解，對於行為人又該如何以量刑評價的問題。尤其如果我國法採納類似德國刑法第 46 條第 2 項或第 46 條之 1 之規定，重視被告對於彌補損害所為的努力時，此種被害人的角色認定問題甚至將不限於犯罪時，而將包括犯罪後雙方關係動態的發展過程。換言之，在法律強化被害人的地位，而賦權予被害人的同時，被害人的形象也不再只是單純被動的、消極的受害者，某種程度上，被害人可能同時也有「加害人」的身分，透過對於被害人地位的肯定，被害人開始需要對於其被害，或是被害後無法得到賠償的結果「負責」，而此種被害人對其被害負責的結果，卻是國家透過對於加害人責任判別的過程加以認定。

在現實的刑事訴訟中，被害人因為並非程序的主角，不會因為其行為直接招致自身的不利益（如被判處較重的刑罰），其尋求或獲得律師專業協助的比例更低，因此被害人不按照理性計算做出決定的機會，可能更高於被告。反觀被告，刑事訴訟程序與其自由、財產等息息相關，因此在刑事訴訟的過程中，被告與被害人並非處於同樣的位置，故在刑事訴訟的程序中，對被害人加以評價，未必能反應出被告與被害人關係最正確的情形，如果更因此將評價結果回饋在被告的刑度上，可能並非公平。

因此，刑事訴訟又回到相同的老問題：是否以及要如何在刑事訴訟程序中評價被害人？如果肯定在刑事訴訟中被害人有更積極的意義，法律是否會

從原本的行為人刑法(Täterstrafrecht)轉變為被害人刑法(Opferstrafrecht)⁵³？如果評價被害人太過困難，是否要將被害人排除於刑事訴訟程序外，或是讓被害人重新退回取證客體的中性角色？就此，本文認為，如果被害人對於犯罪的發生可能影響被告之罪責，法院有義務對於此部份的事實加以認定及評價，此時被害人的角色，即與一般證人相同。否則，被害人本來即是國家對被告刑事訴訟程序中的外人，又未獲得與被告相同的法律協助，其對於犯罪發生或損害結果有多少貢獻，應是與被告的責任無關、獨立的事實，法官還是必須從被告的責任出發而量刑。至於前述關於以行為人對被害人損害賠償作為量刑考量因素之討論，在被告與被害人試行和解的過程中，被害人是否樂於原諒被告，或是對於被告採取寬恕或嚴厲的態度，都不是法院有權干預的，如果因為被害人個人的因素不願意與被告和解，只能得到被害人不需要藉由刑事訴訟程序向被告獲得補償的結論，而不能因此當然認為對被告的刑罰必要性提高或降低。也因此，本文認為如果採行類似德國刑法第 46 條之 1 之規定，則是否就雙方未達成和解時被告所為賠償損害之努力加以評價，應該要以更謹慎的方式看待。因為達成賠償而在量刑上優待被告，已經是基於保護被害人之政策而在罪責因素以外予以考量之例外，在適用的範圍上不應該過於寬鬆、浮濫，如果雙方並未就損害賠償達成和解，除非已經可以由被告在該過程中之努力認定被告較無施加制裁的必要，否則該部份不宜做為量刑時考量的因素。

三、小結

本文認為，法官應該依據犯罪人的罪責量刑。而犯罪人係在一定的社會情境下犯罪，其犯罪的意義係經由該社會情境所賦予，因此罪責的內涵也應該藉由某特定犯罪所處的社會環境具體化。舉例而言，在台東偷一輛機車，與在台北偷一輛同款、同年份出廠、里程數相同的機車，兩者意義不同，偷一輛價值 20000 元的機車與偷剪價值 20000 元電纜線的意義也不同，法官在量刑時，有義務反映出此種不同的意義，並且給予不同的評價。但是並不是認為法官在量刑時必須以「輿論」或「民情」等因素為依歸，也與判例提到的「一般社會事項」無關，而是因為量刑是一種法律上的評價，代表著法官代替國家採納的特定價值觀，不應該跳脫犯罪成立的社會情境。

至於罪責以外的因素，是否應該作為量刑時審酌的因素？在回答這個問題之前，當然必須先認清楚罪責內涵以及其的界限何在。如果以「罪責就是一個人對於其犯罪行為所應負的責任」來理解罪責，雖然不免有循環論證的弊病，但是事實上罪責的概念很難以更清楚的文字說明。本文試圖將罪責的範圍界定於行為人就其犯罪行為及所生的犯罪結果。在劃分出這條界線後，

⁵³ 鄭昆山，我國起訴裁量與刑法損害回復法制改革之研究，如何建立一套適合我國國情的刑事訴訟制度，學林文化事業有限公司，89 年 4 月初版，第 214 頁。

罪責以外的因素如果要作為量刑時審酌的事由，應該由立法者透過法律明白表示肯定，以限制法官在量刑時將無關的因素納入量刑的考量，或者至少也要要求由法官在量刑的理由中，具體而詳細地說明某一非關罪責的因素被列入考量的原因，留給上級審對此見解審查的機會。尤其是在被告犯後態度以及其是否賠償被害人損害這一節，對於被害人損害的賠償情形，實與被告之犯罪事實無關，如果作為量刑時審酌的要素之一而運用不當，確實很可能引起經濟地位佳的被告是否就可以獲得輕判的質疑。在量刑上以被告已賠償被害人損害而酌減其刑，則可以提供被告積極與被害人和解的強烈誘因，從被害人保護的層面考量，應該最能夠提高被害人受償的機會，而達到實質上對於被害人的保護效果，故本文仍然認為可以採取以立法明示賠償可以獲得量刑優待的方式。

在此種強化被害人權利的思維下，另應檢討我國刑法第 57 條第 5 款之規定。本文認為，除非被害人與行為人之關係已影響行為人之罪責，否則基於量刑之意義及對於被害人程序保障之限制，不可以將被害人與犯罪或行為人之關係作為量刑時之考量。

第二款 合乎罪責之刑罰？--罪責與量刑之關係

一、 量刑學說介紹

學說及實務上雖然認同量刑罪責的意義，但是就罪責與量刑間的關係如何，或是法官應決定如何的刑度方是符合罪責的，學說上仍然有不同的看法，因此也出現了不同的量刑理論。以下係對於重要的量刑理論的介紹。

(一) 裁量空間理論(Die Spielraumtheorie)

裁量空間理論認為，刑法雖然要求對行為人量處合於責任的刑度，但該刑度存在有一定的裁量空間存在，也就是說，在法定的量刑框架中，合於罪責的刑度並不只單一的一個點，而有一定的範圍，在此範圍內的刑度都是合於罪責的。這種見解為德國聯邦最高法院所採，且為學說上的多數說⁵⁴。

(二) 點狀刑罰理論(Punktstrafentheorie)

點狀刑罰理論反對量刑存在有裁量空間的觀念，認為僅會有一個正確的刑罰是合乎罪責及正義的，法律先針對特定的犯罪類型，設定有一定的刑罰框架，法官再以預防的角度考量決定刑罰，而此種以預防的角度考量

⁵⁴ Hans-Jörg Albrecht, *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität : eine vergleichende theoretische und empirische Studie zur Herstellung und Darstellung des Strafmasses*, Berlin : Duncker & Humblot, 1994, S.37; Gerhard Schäfer unter Mitarb. von Günther M. Sander und Gerhard van Gemmeren, *Praxis der Strafzumessung*, München : Beck, 2001, 3. Aufl., S.191, Rdn. 461.

並不影響刑度的上限，而是決定是否或是以何種方式施以刑罰（包括是否免刑、緩刑、易科罰金等），仍以行為人的責任的範圍作為刑罰的上限⁵⁵。

（三） 量刑階層理論(Stufentheorie der Strafzumessung)

量刑階層理論或位置價值理論(Stellenwerttheorie)區分了以罪責為基礎的刑罰量定，以及除了刑度之外包括執行方式、是否緩刑等事項的其他量刑步驟，且在決定刑度的上限方面，採取了如同點狀刑罰理論的罪責觀點。

二、 本文見解

本文認為，雖然在概念上，法官應該量處一個最適宜的刑度，但是以現實的角度來看，法官量處拘役 59 日或是有期徒刑 2 月之間，可能因為刑的種類不同，而有不同的意義（舉例而言，法官量處拘役 59 日，可能認為被告之行為已經是拘役刑中最嚴重的情形，如果下一次再犯，就要量處有期徒刑；有期徒刑 2 月則可能表示被告之行為已經不足以用拘役來評價，如果下一次再犯，就將構成累犯），否則，在法官量處拘役 19 日、20 日與 21 日之間，即使有輕重之別，但是法官應該也沒有能力說明為何對於某個被告而言，拘役 20 日是足夠的、拘役 19 日則不足、拘役 21 日則過重。如果承認此種能力上的限制，與其追求概念上僅存在一種解答的、最妥適的刑度，裁量空間理論的看法應該較為務實。

而法官在決定被告之刑度時，主要考量的有刑罰之目的及罪責兩項因素，此時所謂合乎罪責之刑罰，應該係指以罪責作為刑罰的上限。行為人有責任而無刑罰必要的部份，係指基於比例原則的考量，不需要施加有形的制裁，例如刑事訴訟法第 253 條微罪不舉、第 253 條之 1 緩起訴處分、刑法第 61 條免刑的情形；對於有預防必要，但是行為人沒有責任的行為，原則上即無法施以刑罰，只有在刑法第 19 條無責任能力的例外情形，才可以基於維護社會安全的目的，以保安處分保障社會其他成員之安全，此時的處遇不具有狹義的處罰之性質。因此，刑法所處罰的行為，應該僅有行為人責任範圍內，基於刑罰目的考量亦有刑罰必要的行為，也就是基於刑罰目的及罪責的交集處；同樣的，緩刑仍然屬於法院對於有罪者之刑罰，只是多附加了一個不予執行的條件，因此，緩刑所處理的範圍，也是在刑罰目的及罪責均具備的交集部份。

⁵⁵ Hans-Jörg Albrecht, *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität : eine vergleichende theoretische und empirische Studie zur Herstellung und Darstellung des Strafmasses*, Berlin : Duncker & Humblot, 1994, S.41; Gerhard Schäfer unter Mitarb. von Günther M. Sander und Gerhard van Gemmeren, *Praxis der Strafzumessung*, München : Beck, 2001, 3. Aufl., S.189, Rn. 457.

第三款 制定量刑準則？

從上述罪責之意義出發，探討量刑的意義，可以發現罪責的概念本身仍相當抽象，量刑之行為也會因為法官本身的價值觀等種種因素，產生相當的不確定性，進而可能導致量刑結果不一致的缺點。對於這種缺點，無論是我國的實務或是學說，都出現了建立量刑準則(sentencing guideline)的倡議。量刑準則屬於決定刑度的一種方法，但是該方法的本質，仍然是對於量刑的一套價值觀，因此在本節的最末，也對於量刑準則所表彰的刑罰意義加以討論。

一、 量刑準則之介紹

在我國，對於如何解決法官量刑結果的歧異，曾有學者建議以專家系統(Expert System)或類神經網路(Neural Network)的方式尋求解答⁵⁶，此外，亦有學者考慮效法美國，而一直有建立量刑準則的呼聲。上述的方式，都是利用法官既有的判斷為基礎，將各個量刑時斟酌的事項變成一個變數，並且賦予該變數一個係數，而求取量刑的答案。

是否應建立量刑準則，一直有正反面的意見。贊成者認為此種量刑準則可以減少判決結果之歧異，而反對者則質疑這種量刑方式是否有侵害審判權之虞。我國目前已經制定有量刑準則的，僅有審理智慧財產案件之「智慧財產案件量刑參考要點」⁵⁷，且從該要點的內容來看，似乎與美國法的量刑準則相差甚遠。該量刑參考要點除表明「要點不影響審判權之獨立行使」(第 2 點)的分際外，其內容主要在將量刑之原則明文化，例如「量刑應以行為人之責任為基礎，並審酌刑法第 57 條所列事項，於法律內部性界限，均衡審酌量刑目的，謹守法律秩序之理念，體察法律規範之目的，符合比例原則及公平正義原則行之」(第 5 點)，以及就「行為人之責任」、「主觀惡性之輕重」、「對犯罪之認知程度」、「行為人有無相類犯行」、「客觀危害程度」、「犯罪後態度」之審酌內容為進一步例示性的說明。該量刑參考要點中直接以量化方式作為法官量刑參考的，僅有刑之加重及減輕(第 15 點規定，以加減百分之十五為原則)、定應執行刑(第 16 點規定，以各罪宣告刑之最長期或最多額者為基礎，加計其餘各罪宣告刑合計數減百分之十至百分之三十所得之刑)二個部分。此種量刑參考要點，能否達到減少判決歧異的效果，仍有待觀察。

⁵⁶ 林吉鶴、劉建成、郭振源，法官量刑專家系統，臺灣大學法學論叢，第 22 卷，第 1 期，第 279 頁以下；郭振源、劉建成，類神經網路運用在學習式法官自動量刑上之研究，警學叢刊，第 28 卷，第 6 期，87 年 5 月，第 253 頁以下。

⁵⁷ 97 年 6 月 25 日發布，見

http://210.69.124.203/ipr_internet/index.php?option=com_content&task=view&id=138&Itemid=345，最後查閱日：98 年 9 月 17 日。

二、 本文見解

雖然量刑基準可以使判決的結果獲得較高的一致性，但是無論是以表格的方式或是套用公式得出量刑的結果，都是將量刑結果建立在過去眾多判決的經驗上。但是如果成為量刑基準制定依據的判決，刑度的決定並不妥適，則依據量刑基準所決定的刑度自然也不可能妥適。即便在制定量刑基準的過程中，制定者已意識到這種可能，而特別挑選出量刑適當的判決，依據量刑基準所做出的判決仍然會受制定者的價值觀影響。況且發生在當下的犯罪事件，何以能依據過去處理犯罪的方式來評量、或是使用量刑基準是否會使弱勢族群的價值觀被犧牲⁵⁸，都可能使量刑基準促成表面上的量刑一致性，卻犧牲了個案的正義。

如果借用統計學的觀念來檢驗量刑基準，量刑基準可以使量刑的刑度達到極高的信度(reliability)，但是該量刑的結果是否可以達到刑罰的目的（如果認定刑罰的目的不在於或不僅在於表彰規範的存在），也就是該量刑結果的效度(validity)如何，其結果未必比不利用量刑基準為佳。

此外，量刑應屬法官審判工作的內涵，如果建立之量刑基準並無法律上的拘束力，固然可以避免架空法官工作的疑慮，但是只要量刑基準有事實上拘束或指引法官量刑的效果，就必須討論量刑基準是否會使法官的審判權受到侵蝕。

相同的，如果以此種類似量刑基準的方式，決定是否給予緩刑，也會遇到能否達到刑罰目的、是否架空法官職權等相同的問題。本文認為，法官在決定是否給予緩刑時，也不適宜使用類似的方式，以一定的基準對於被告評分而決定是否宣告緩刑。事實上，現行矯正機構裡，受刑人是否可以假釋，即是以積分累計的方式判斷，故對於受刑人而言，只要按照規定就可以拿到分數，理所當然就可以假釋，所謂教化或是學習一技之長，並不是受刑人所關心，依此按照表格計算分數的運作結果，假釋之評估很容易流於形式，因此近年修法時才對於假釋的條件為更嚴格的修正。對照假釋制度的運行模式，如果緩刑的決定也改為依照一定的項目評分、加總，以其總分是否達某一分數決定是否宣告緩刑，除了在項目的決定更加困難、抽象（例如「有固定工作」通常會被視為利於被告復歸社會的正面因素，但是對於犯業務侵占罪的被告而言，此因素未必有利於其更生或可以預防再犯），也有可能得到與假釋制度一般無法發揮控管機制的問題。

第二節 量刑之步驟

⁵⁸ 例如與少年合意性交的情形，可能隨著不同文化、族群、人種而不同：假設 A 族群的 12 歲少年已經有決定性行為對象的心智能力，相對除 A 族群以外的其他族群，12 歲的少年尚無如此成熟的心智能力，依據量刑基準的判刑結果，可能會使與 A 族群 12 歲少年合意性交之人受到較其犯罪情狀為重的刑度。

第一項 學說介紹

法官量刑的過程，可以大致區分為三個階段，即刑罰目的的確定、量刑事由的確認，以及量刑的權衡⁵⁹，而如將此三大區塊加以細分，法官係就某犯罪事實，認定其法定的刑罰框架，接著則注意有無特別應加重或減輕的事由存在。第三，法官應考量一切的量刑事實(Strafzumessungstatsache)，而得到就該犯罪事實的刑罰框架，在此裁量空間中決定特定的刑罰，包括應該量處罰金、拘役、徒刑等，以及刑度的高低，是否應予免刑等，並且檢驗是否應給予緩刑，之後再考量是否量處從刑，如沒收等，就數罪的情形，再決定其應執行刑⁶⁰。

第二項 本文見解

在實務上，無法要求法官依照量刑理論的各個步驟決定刑罰，對於法官於判決中交代的量刑理由，也缺少檢驗的機制，因此無從得知法官是否依照一定的刑罰觀念量刑。舉例而言，對於 A 被告判處有期徒刑 6 月、得易科罰金而未宣告緩刑，對 B 被告判處有期徒刑 10 月而宣告緩刑，以及對 C 被告判處有期徒刑 4 月、不得易科罰金，3 種情形以何者為輕？依照理論來看，A 被告僅被判處 6 個月，B 被告卻被判處 10 個月，C 被告被判處 4 月，當然以 C 被告所受之刑罰最輕；但是 C 被告必須入監服刑，A 被告可以易科罰金，B 被告在緩刑撤銷前均不必執行宣告刑，反而是以 B 實際所受的刑罰最輕。法官在量刑時，也可能因為自不同的角度觀察，而有不同的認知，進而影響其決定。

本文認為，一定的量刑步驟，有助於法官在決定刑罰時不至於以結果決定原因—亦即認為某被告反正可以緩刑或易科罰金，而對於該被告量處較重之刑度。但是實際上，法官在量刑的各個階段，都應該依照比例原則，反覆檢視有無以侵害更少的方式，達到同樣預防效果的可能。因此可以說，法官在決定是否免刑、量處多久的刑度、是否酌減、是否能夠易科罰金、是否緩刑的過程，是不斷比較、尋找有無施予更輕處遇方式的過程，量刑的結果，即是法官整體考量後的答案。在可能宣告緩刑的案件中，法官仍應該先決定犯罪行為人的刑罰後，再考量是否符合緩刑條件、有無對該行為人執行所量定的宣告刑的必要，如果不對於該行為人執行宣告刑，也可以預防該行為人再犯，這時因為存在著侵害更少的方式，法官就可以考慮以該侵害更少的方式，對該行為人宣告緩刑。如果法官評估犯罪行為人在一定的條件下，即可以達到不再犯罪的目的，或是考量已無對於犯罪行為人執行宣告刑的必要，命令犯罪行為人修復損害即可達到原宣告刑所欲達成的目的時（詳如後

⁵⁹ Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil, 4. Aufl., 1988, S.782 ff.轉引自蘇俊雄，量刑法理與法制之比較研究，法官協會雜誌，第 1 卷，第 2 期，88 年 12 月，第 37 頁。

⁶⁰ Wolfgang Ferner, Strafzumessung, Bonn: Deutscher Anwaltverlag, 2003, S.47.

述)，可以依照刑法第 74 條第 2 項的規定，命犯罪行為人為一定的事項。



第三章 附條件緩刑對量刑之影響

第一節 從刑的執行到附條件緩刑

第一項 刑罰意義之檢討

第一款 傳統刑罰之負面效果

一、 來自犯罪學理論的反思⁶¹

標籤理論(Labelling Theory)產生於 1930 年代，而於 1960 年代開始盛行。標籤理論代表了社會反應理論(Social Reaction Theory)所持犯罪是社會互動下產物的觀點，認為偏差行為並非個人屬性，而是來自於社會對於某行為反應後的結果。標籤理論主要可以分為兩種模式，一種為 Tannenbaum 所創建的「邪惡渲染模式」(the dramatization of evil)；另一種為 Lemert 所創的初級與次級偏差行為(primary deviance and secondary deviance)模式，認為任何人均有偏差行為，但其中部分的行為人因為其原始的偏差行為(primary deviance)被發現，被施加社會控制，因此得到社會的標記，且因為被社會認定為異類的事實，更進一步影響行為人的自我概念，使得行為人朝著社會所認定的標記發展，而產生衍生的偏差行為(secondary deviance)。無論是依據何種模式，都可以將刑事司法制度看作是一種烙印的程序，會影響行為人的自我認定，進而造成犯罪，故當犯罪發生後，國家的干預可能無法嚇阻、預防犯罪，反而會造成加深犯罪的反效果。另一方面，標籤理論也指出，立法者制定刑法規範的過程，直接影響到犯罪的範圍，而立法者往往是為了貫徹自己利益而操縱刑法規範的制定，造成下層階級的偏差行為容易被歸類為犯罪，且在刑事訴訟的程序中，也不利於下層階級的行為人。

上開標籤理論的內容，雖然因為無法解釋初次犯罪的原因，也無法對於其所舉的假設提供證明，而招致批評，然而該理論指出刑事訴訟制裁本身即是再犯的原因的想法，對於犯罪學仍有相當的影響。

除了標籤理論外，學習理論認為犯罪是社會學習的結果，其中由 Sutherland 在 1939 年提出的差別接觸理論(Theory of Differential Association)認為犯罪的產生取決於行為人如何連結外在的經驗，如果行為人所連結到的法律觀念是負面取向的，就容易犯罪，因此，犯罪是透過與親密團體接觸學習而來，學習的內容包括犯罪的技巧、犯罪的動機、對犯罪的合理化技巧及態度等行為及觀念⁶²。機構性處遇中，受刑人會透過所接觸到的其他受刑

⁶¹ 以下對於標籤理論的介紹，整理自林山田、林東茂、林燦璋，犯罪學，第 161 頁以下，94 年 5 月，三民書局，第 3 版第 3 刷；周儉嫻、曹立群，犯罪學理論及其實證，第 201 頁以下，96 年 2 月初版，五南圖書出版公司；麥留芳，個體與集團犯罪—系統犯罪學初探，第 76 頁以下，80 年 7 月初版，巨流圖書公司。

⁶² 林山田、林東茂、林燦璋，犯罪學，第 153 頁以下，94 年 5 月，三民書局，第 3 版第 3 刷；John Hoffman、楊士隆，差別接觸理論之發展與評判，警學叢刊，第 21 卷，第 1 期，79 年 9 月，第 98 頁以下。

人，相互學習上述的內容，所以機構性處遇將使受刑人學習到更嚴重的犯罪⁶³。

在這種犯罪學的理论影響下，實務開始檢討對於犯罪的處理方式。如少年事件處理法中對於情節輕微的少年事件，改由非司法性質的方式處理，即以轉向處分(Diversion)因應此種情節較輕的少年事件；或是對於少年的矯治、輔導，均盡量以非機構性的處遇代替機構性的處遇為之⁶⁴。同樣的，在一般成年人的刑事程序中，也有可能因為刑事訴訟程序的標籤化，造成行為人的再犯，也可能因為刑罰（尤其是自由刑）的執行，降低受刑人的社會適應能力，受刑人可能在執行的過程中與其他受刑人建立起犯罪社會關係、互相學習犯罪技術，或在心理上對於其犯罪行為加以合理化⁶⁵，而更加不利於受刑人的教化。因此，學說上也有認為應該透過緩刑、假釋等非機構性的處遇方式，或是工作罰(Arbeitsstrafe)、公益勞動(Gemeinützige Arbeit)等方式減緩上述的弊端⁶⁶。

二、 被害人權益不彰

犯罪被害人的地位，可以依學者 Shafer 之見解⁶⁷劃分為三個時期。在犯罪被害人採取以牙還牙、以眼還眼的復仇方式對待犯罪的階段，可以說是被害人地位的黃金時期(golden age)。而在國家概念出現後，犯罪行為不再被視為私人與私人間的紛爭，而是犯罪者對於神或國家秩序的破壞，因此犯罪不是被害人與犯罪人所能處理或私了，國家取代被害人，對犯罪行為人施以制裁，刑事訴訟即是國家對於犯罪行為人施以制裁的程序，犯罪被害人也因此被排除於這樣的制裁程序之外，該時期因此被稱為被害人地位的衰落期(decline age)。在此種刑罰由國家獨占的制度中，具體的被害人被抽象化為某種「法益」⁶⁸，被害人與犯罪者的之間，也因為被害人保護運動的轉移，而呈現緊張的零和關係⁶⁹。

⁶³ 郭靜晃，少年福利機構因應少年事件處理法轉向制度之資源檢討及處遇策略運用，少年法院（庭）庭長、法官第六、七、八期專業講習會研究合輯，司法院，92年，第205頁。

⁶⁴ 林山田、林東茂、林燦璋，犯罪學，第570頁以下，94年5月，三民書局，第3版第3刷。

⁶⁵ 林山田、林東茂、林燦璋，犯罪學，第574頁，94年5月，三民書局，第3版第3刷。

⁶⁶ 林山田、林東茂、林燦璋，犯罪學，第575頁，94年5月，三民書局，第3版第3刷。

⁶⁷ S. Schafer, *The victim and his criminal*, Random House, 1968，轉引自王正嘉，刑事司法上被害人保護及其與犯罪人關係——一個批判的省思，月旦法學雜誌，第110期，93年7月，第131頁。

⁶⁸ 高橋則夫，刑法における損害回復の思想，成文堂，1997年，第1頁，轉引自王正嘉，刑事司法上被害人保護及其與犯罪人關係——一個批判的省思，月旦法學雜誌，第110期，93年7月，第126頁。

⁶⁹ 有學者指出，隨著被害人保護運動的發展，被害人不僅是犯罪的客體，也成為對應、處理與控制犯罪的主體，基於對於法與秩序的要求，被害人進一步要求對於犯罪人施加嚴厲的懲罰，且

被害人雖然因犯罪而有需要受賠償的必要，但其次序仍然難以優先於國家對犯罪行為人施以刑罰的順序，在此種以刑事訴訟為本位的制度中，犯罪行為人的生命、金錢、時間等各種資源均有限，犯罪被害人往往淪為刑事訴訟程序的輸家。再加上刑事訴訟以被告為主體，犯罪被害人在刑事訴訟的權益及地位經常被忽略，除了在刑事訴訟程序中，被害人得以證人身分作證外，幾乎僅有就犯罪事實表示意見的權利，在以法官、檢察官、被告為中心的法庭活動中，被害人並無積極行使權利的機會。而在刑事訴訟程序以外，在犯罪發生後，國家應該能使被害人獲得危機處理、諮商、醫療、法律等協助，以防止被害人第二次被害，然而此方面的保護也有不足的批評，因此，學者才會主張現今實應該是迎向被害人地位復興期(revival age)的時候⁷⁰。

德國在處理被害人權利的議題時，也曾經面臨過相似的問題⁷¹。德國在 1976 年即制定了暴力犯罪被害人補償法(Gesetz über die Entschädigung für Opfer von Gewalttaten: Opferentschädigung- OEG)，賦予某些犯罪被害人或家屬在無法經由其他方式獲得有效協助與損害照顧時，申請金錢補償的權利，但是因為法律所設的一些限制，使得實際獲得補償的比例僅占約 2.5% 至 3%⁷²，實際發揮之效用有限。之後，德國自 1986 年 12 月，通過「改善刑事程序中被害人地位的第一法案」(Erste Gesetz zur Verbesserung der Stellung des Verletzten im Strafverfahren)，而在刑事程序中，逐漸強化犯罪被害人的地位，例如賦予被害人閱卷權、律師協助權、附屬訴訟(Nebenklage)之參與訴訟機會、排除公開審理原則之聲請權、附帶民事程序等，使被害人得以正式參與刑事程序，增強證人與被害人在審判程序的保障，並且使被害人對犯罪人的損害賠償請求更可能獲實現⁷³；而犯罪人與被害人協商及損害賠償制

社會上不斷強化「犯罪人的惡質犯罪行為造成被害人困境」的意象，也增強保護被害人的必要，相對的，對於犯罪人的同情或是刑罰人道化的思想，就等同於對於被害人的殘酷，因此產生了被害人與犯罪人間零和的關係。見王正嘉，刑事司法上被害人保護及其與犯罪人關係——一個批判的省思，月旦法學雜誌，第 110 期，93 年 7 月，第 135 頁以下。

⁷⁰ S. Schafer, *The victim and his criminal*, Random House, 1968, 轉引自王正嘉，刑事司法上被害人保護及其與犯罪人關係——一個批判的省思，月旦法學雜誌，第 110 期，93 年 7 月，第 131 頁。

⁷¹ 以下對德國被害人保護制度的說明，整理自德國刑事追訴與制裁，Hans-Jürgen Kerner，許澤天、薛智仁譯，元照出版，97 年 11 月，第 188 頁以下；Hans-Jürgen Kerner 著，盧映潔、馬躍中譯，德國之被害人保護——基本理念與法律規定狀況，律師雜誌，第 349 期，97 年 10 月，第 32 頁至 41 頁；盧映潔，死刑存在=犯罪被害人之保護？--簡論德國與台灣之被害人保護措施，月旦法學雜誌，第 113 期，93 年 10 月，第 93 頁至 109 頁。

⁷² 盧映潔，死刑存在=犯罪被害人之保護？--簡論德國與台灣之被害人保護措施，月旦法學雜誌，第 113 期，93 年 10 月，第 100 頁。

⁷³ 盧映潔，死刑存在=犯罪被害人之保護？--簡論德國與台灣之被害人保護措施，月旦法學雜誌，第 113 期，93 年 10 月，第 102 頁。

度的確立（詳如第二章所述），更是在實質的層面，提供被告補償被害人的重大動機。

反觀我國，如以犯罪被害人保護的三個重要層面為指標，我國現行制度對被害人之賠償或補償、強化被害人在刑事訴訟的地位，以及防止再次被害上，均仍有改善的空間，對於犯罪被害人的保護可以說是不足的。從對被害人的賠償或補償來看，我國於民國 87 年方公布犯罪被害人保護法，但整部法律是以由國家代替無資力之犯罪人對被害人損害賠償的觀點為出發，法律的重心幾乎可以說是補償金的申請與發放，所適用之範圍原先僅限於因犯罪行為被害而死亡者之遺屬或受重傷之被害人，於民國 98 年修法時，方將範圍放寬至性侵害犯罪被害人，但是如果對照各類型刑事案件的比例，得以適用犯罪被害人保護法者，僅占極少數，是其整部法律的運作成效自屬有限；在此種犯罪補償制度之外，被害人如果要向對犯罪行為人求償，只能循一般的民事訴訟程序，其損害賠償債權，也無優先於罰金受償的規定。從民國 93 年至 97 年間，各地方法院檢察署新收受理犯罪被害補償金申請之案件，總計平均為 902.8 件，其中申請遺屬補償金者平均為 536.8 件，申請重傷補償金者平均為 144 件；獲准的案件數目則平均為 770.8 件，當中申請遺屬補償金獲准者，自 93 年至 97 年間，平均每人獲得新台幣 237327、206796、216824、233800、260364 元之補償；申請重傷補償金獲准者，自 93 年至 97 年間，平均每人獲得新台幣 664130、584250、440800、563666、624516 元之補償⁷⁴。

就犯罪被害人所得享有訴訟權這一方面，司法院大法官解釋釋字第 507 號解釋之理由書內雖明白指出：「憲法第 16 條規定人民有訴訟之權，此項權利自亦包括人民尋求刑事司法救濟在內，是故人民因權利遭受非法侵害，加害之行為人因而應負刑事責任者，被害人有請求司法機關予以偵查、追訴、審判之權利，此項權利之行使國家亦應提供制度性之保障」，而肯認國家有就被害人在刑事訴訟程序中提供程序保障的義務，但是以現行刑事訴訟程序中被被害人的權限來看，被害人除在審判程序中有不完全之受傳喚權、意見陳述權（刑事訴訟法第 271 條第 2 項、第 314 條第 2 項）外，其於權利之行使多是以其提起告訴為前提，而享有告訴權（刑事訴訟法第 232、233 條）、再議權（限告訴人行使，刑事訴訟法第 256 條）、聲請交付審判權（限告訴人行使，刑事訴訟法第 258 條之 1），以及資訊權（閱卷權僅限於委託律師為代理人之告訴人方得行使，刑事訴訟法第 271 條之 1 第 2 項；刑事訴訟法第 314 條第 2 項）；另外在其履行作證之義務時，得享有保護措施。如果相對於其作為證據方法之證人時，除法律另有規定外，依刑事訴訟法第 176 條之 1 的規定，即有為證人之義務，而如不到場，有受拘提或罰鍰的可能，

⁷⁴ <http://www.moj.gov.tw/site/moj/public/MMO/moj/stat/yearly/t3-3.pdf>，最後查閱日：99 年 3 月 12 日。

如作證時為虛偽之陳述，則可能受刑法偽證罪的處罰；比較於被告於刑事訴訟中所能享有之權利，亦可以發現刑事訴訟法及其他法律的設計，仍是以被告為主要對象，對於被害人之訴訟權利保護仍屬薄弱。

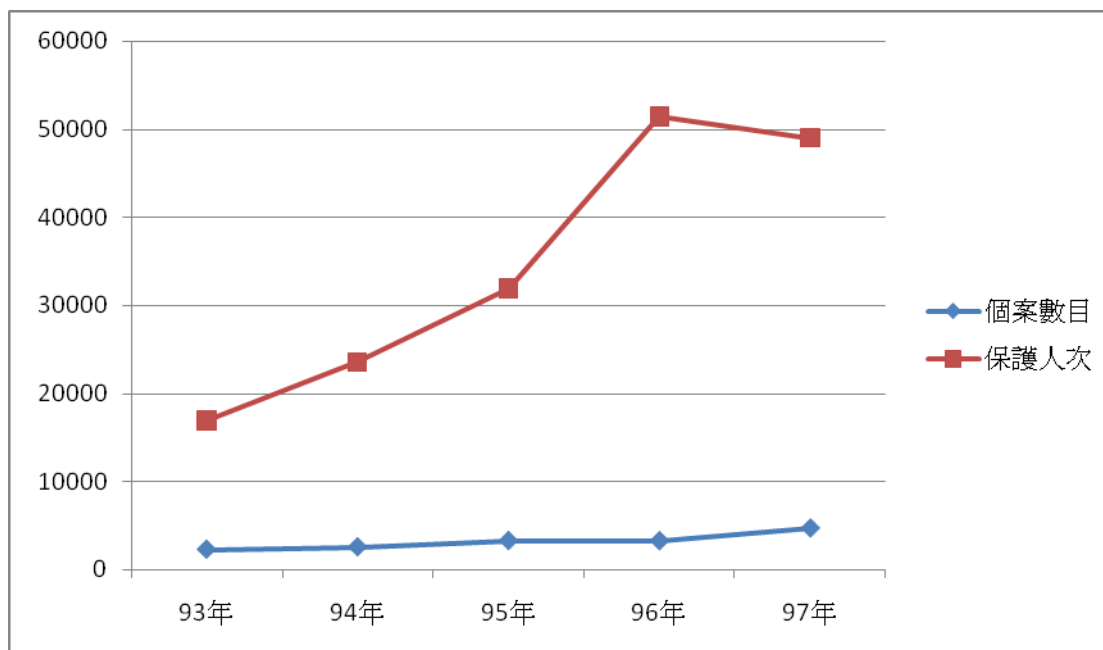
另外對於防止再次被害這方面觀察，目前此項任務除民間團體的參與，係屬於財團法人犯罪被害人保護協會的主要業務。財團法人犯罪被害人保護協會係依照犯罪被害人保護協會捐助及組織章程成立，創立基金為法務部所捐助，執行業務之經費主要來自法務部、內政部編列預算及私人或團體捐贈、基金孳息及財產運用收益之收入、其他收入等⁷⁵，依照法務部的統計資料顯示⁷⁶，從民國 93 年至 97 年間，犯罪被害人保護協會所服務的個案數目及提供保護服務之人次大致均逐年增加，個案數目平均為每年 3224.8 件，服務人次平均為每年 34558.4 人次，而服務的項目以心理輔導及生活重建為最大宗(每年平均 12185.6 人次，占 35.26%)，訪視慰問次之(每年平均 5915.8 人次，占 17.12%)，依該資料，尚無法看出服務之內容是否已經符合犯罪被害人之需求。惟犯罪被害人保護協會提供服務的對象，以犯罪被害人保護法所規定之犯罪被害人為限，占犯罪多數之詐欺、背信、普通傷害、毀損、竊盜等犯罪，皆不屬於犯罪被害人保護協會的服務對象⁷⁷，因此即使犯罪被害人保護協會所能提供之服務包括安置收容、醫療服務、法律協助、申請補償、社會救助、調查協助、安全保護、心理輔導、生活重建、信託管理、緊急資助、出具保證書、訪視慰問、諮商等⁷⁸而看似完整，其在服務對象所設下之條件，大大限制了犯罪被害人保護的範圍及成效。

⁷⁵ <http://www.cvpa.org.tw/html/?main=2&content=3>，最後查閱日：99 年 2 月 21 日。

⁷⁶ <http://www.moj.gov.tw/site/moj/public/MMO/moj/stat/yearly/t3-6.pdf>，最後查閱日：99 年 3 月 12 日。

⁷⁷ <http://www.cvpa.org.tw/html/?main=5&content=1>，最後查閱日：99 年 2 月 21 日。

⁷⁸ <http://www.cvpa.org.tw/html/?main=5&content=2>，最後查閱日：99 年 2 月 21 日。



圖表 1 犯罪被害人保護協會保護情形

三、 緩刑制度之限制

如前所述，對於現行刑事訴訟偵審或執行程序造成刑罰標籤化或再犯的問題，在學說或實務的立場，多半寄望以緩刑或其他非機構處遇解決。然而，緩刑制度本身也遇到了其發展的限制及困境。

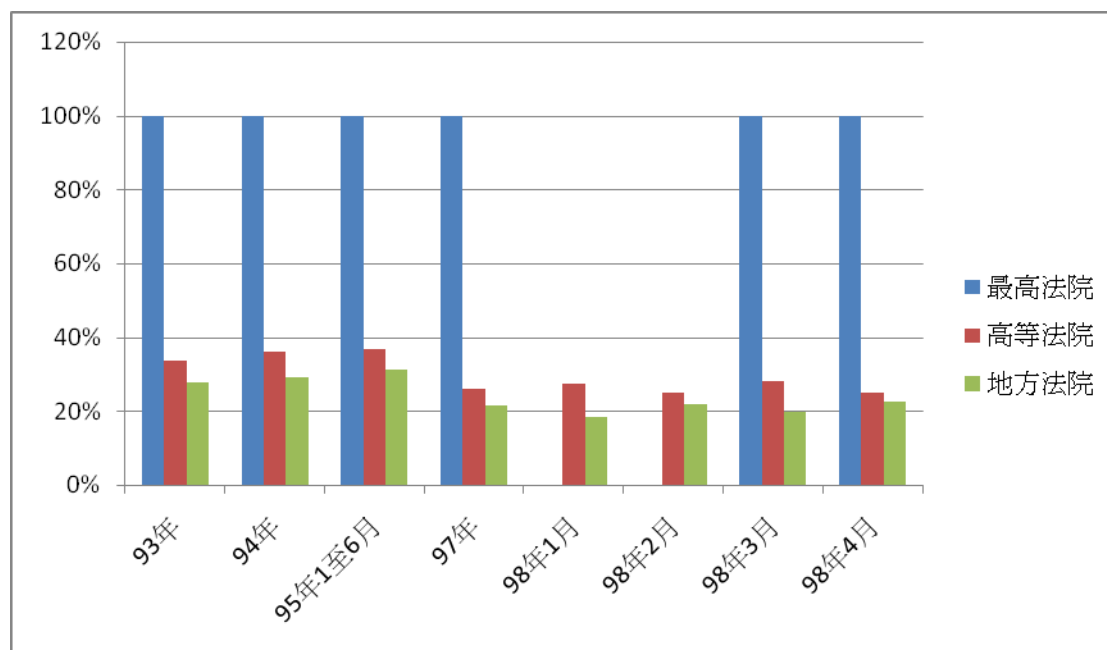
首先，法官對於符合緩刑的案件，實際上宣告緩刑的比率仍然偏低。從統計資料可以發現⁷⁹，除了最高法院對於符合緩刑條件的案件，宣告緩刑的比率幾乎是百分之百外，高等法院及地方法院宣告緩刑的比率一向不高。此種現象出現的原因，應該部分可歸咎於在現行制度下，法官一旦違法宣告緩刑而判決確定，法官除了將面臨非常上訴外，更可能被懷疑其誠信及操守，甚至有可能要接受懲戒，使得法官不免有多一事不如少一事的想法，而傾向盡量少宣告緩刑。另外，從執行的層面來看，確定判決宣告緩刑的案件，該案即處於尚未終結的狀態，緩刑固然有可能不附任何條件，但也有可能在緩刑之外併付保護管束⁸⁰，付保護管束即意味著國家仍然必須投入人力及物

⁷⁹ <http://www.judicial.gov.tw/juds/index1.htm>，最後查閱日：98年6月14日。

⁸⁰ 緩刑案件占保護管束案件的比例，於民國93年至95年，大約在11.5%至15.9%之間，民國96年占21.9%，97年占32.6%，參

<http://www.moj.gov.tw/site/moj/public/MMO/moj/stat/yearly/t3-8.pdf>，最後查閱日：98年11月10日。刑法第74條修正後，對於命被告為刑法第74條第2項第5款至第8款所定事項者，依刑法第93條第1項第2款之規定應付保護管束，故可以預期在法官適用附條件緩刑制度的情形，緩刑而付保護管束的比例應該會提高。

力，監督受刑人在保護管束期滿前的生活，而一旦保護管束或緩刑被撤銷，該案件又回復到待受執行的狀態，國家又要另外付出由檢察官聲請撤銷緩刑、由法院撤銷緩刑、再執行原宣告刑的成本。民國 93 年至 97 年間，保護管束期滿前經撤銷的比例，係在 12.4% 至 15.9% 之間⁸¹。如果針對緩刑而付保護管束的案件來看，93 年至 97 年間，各個地方法院檢察署執行緩刑付保護管束之案件，終結人數計有 8348 人，其中期滿未經撤銷而終結者計 6292 人，占終結人數 75.4%，經撤銷計 1252 人，亦占其中的 15.0%⁸²，這些都是必須由執行機關重新投入司法資源的案件。



圖表 2 各級法院宣告緩刑比例

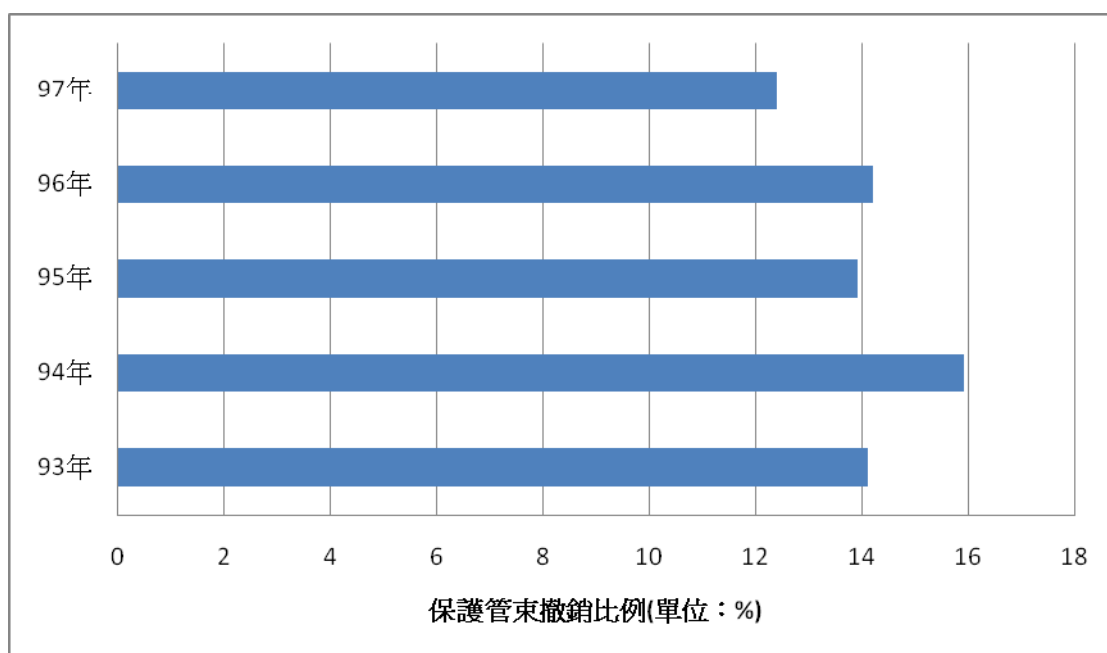
除了傳統的保護管束外，即使係被歸類為所謂兩極化刑事政策（詳如後述）中寬鬆刑事政策一環的處遇方式，仍然有相似的問題。如果比對檢察官依照緩起訴處分命被告完成一定的社區處遇，而後緩起訴處分被撤銷的數字，以及附條件緩刑制度開始之後，因未完成緩刑所附為社區處遇之條件而經撤銷緩刑的案件數⁸³，雖然因為該二種制度施行的時間有限，而未能觀察出穩定的狀態，但在民國 93 年至 97 年間，命被告完成一定社區處遇之緩起訴處分，因未完成社區處遇而經撤銷的比例，即在 8.92% 至 12.26% 之間，

⁸¹ 參 <http://www.moj.gov.tw/site/moj/public/MMO/moj/stat/yearly/t3-8.pdf>，最後查閱日：98 年 11 月 10 日。

⁸² 法務部，法務統計專題研究，執行宣告緩刑統計分析，<http://www.moj.gov.tw/public/Attachment/9461002623.pdf>，最後查閱日：98 年 11 月 11 日。

⁸³ <http://www.moj.gov.tw/site/moj/public/MMO/moj/stat/yearly/t3-10.pdf>，最後查閱日：98 年 11 月 10 日。

在民國 96 年緩刑宣告而命被告完成一定社區處遇的案件裡，有 207 件因完成處遇而終結，有 18 件經撤銷；97 年間有 868 件完成，有 89 件經撤銷。由此可見，即使是令受刑人完成非機構性處遇此種幾乎被視為恩典的處罰，緩刑的判決對於受刑人或是執行機關而言，仍然未必是最終局的處理方式。此外，如果受刑人已經為刑法第 74 條第 2 項各款所列的事項，而嗣後其緩刑宣告又經撤銷，就已經給付的部分，應不能主張返還或賠償（參照刑事訴訟法第 253 條之 3 第 2 項關於緩起訴處分經撤銷，被告就已履行之部分不得請求返還或賠償之規定）⁸⁴，對於受刑人而言可能會遭受履行緩刑所附條件及受原宣告刑執行之雙重不利益，因此，法官在決定是否緩刑時，也可能考量受刑人之緩刑被撤銷的機會⁸⁵，而採取更謹慎、保留的態度。



圖表 3 保護管束撤銷情形

法官在決定是否給予緩刑時，也很難不考量到社會的觀感。緩刑之決定如同法官所為的其他判刑、沒收、強制工作、保安處分等決定，是法官綜合

⁸⁴ 臺灣高等法院暨所屬法院因應新修正刑法施行座談會提案第 47 號法律問題之研討結果同此結論。

⁸⁵ 例如受刑人有無其他的案件在偵查或審理中。最著名的案例，應屬某市府秘書負責辦理市長特別費單據核銷業務，為免去以借據借支，事後補具收據憑證的繁瑣申領流程，改以虛填「工作獎金」名義的領據，領用「市長辦公室零用金」，被告坦稱犯罪，經判處有期徒刑 2 年 4 月，減刑為有期徒刑 1 年 2 月，而未獲得緩刑，法官未給予該被告緩刑的原因係認為被告另有以他人發票 5 張核銷市長單據特別費所涉偽造文書罪及準瀆職罪等犯行漏未提起公訴，尚待日後檢察官另行分案起訴，因此即使法官宣告緩刑，日後也會喪失一併定應執行刑並宣告緩刑之機會。該案第二審的受命法官於該案確定後，曾投書報社，表示自己因未給予該案被告緩刑而睡不安穩。

被告一切的情狀後所為的評價，是否決定緩刑及為如何的緩刑宣告，固然會受法官個人對於刑罰觀念、被害人意見甚至是辯護人辯護策略等種種因素的影響，但是也是法官在是考量對被告、被害人等與訴訟相關之人有利及不利之情狀後，對於某糾紛所能採取最妥適的處理方式。當該決定以判決主文的形態被公布時，外界得到的只是一個結論，卻不包括理由，故訴訟程序以外之人未必能瞭解法官為此決定的原由，也沒有足夠的資訊可以檢視該決定的好壞。如果未能正確的理解法官宣告緩刑的原因，很容易讓外界有「緩刑=輕縱」或不公平的誤解⁸⁶。此外，在有被害人的案件中，雖然未必以和解作為給予緩刑的前提⁸⁷，但很多法官仍會將被告是否已與被害人和解，當作是否給予緩刑的重要因素，故在被告未與被害人和解的案件中，法官給予緩刑的機會，可能因此降低。

第二款 學說之建議

刑事程序原則係指使刑事程序可以在符合憲法規定及基本精神的情形下，能有效追訴犯罪、實踐法律正義的指導原則。刑事程序原則為當代立法者或法社會為達刑事程序目的所決定採取的程序，亦可作為解釋與適用現行刑事程序法的指導原則，對於刑事程序法中未明文規定的部份，可以透過類推適用刑事程序原則所揭示的精神及內涵，而尋找最類似的規定，也可以作為修法或制定新法的參考⁸⁸。

面對上述刑事法發展之中遭遇到的限制與困難，立法者也試圖以修法的方式因應。94年刑法的修正，同樣是如此的產物，包括刑法第74條第2項附條件緩刑的規定，亦是在試圖解決實務困境時新增的規定。然而無論從刑法第74條第2項的立法理由，或是新修定的條文本身，都無法看出立法者增訂附條件緩刑制度的目的，或是該條文的刑事程序原則為何。以下即從討

⁸⁶ 例如某健身中心負責人在健身中心財務狀況不佳時，未告知會員，而繼續以預付之方式向會員收取會費，經認定係以不作為之方式犯詐欺取財罪，第一審法官認為該健身中心為股份有限公司，負責人本無以個人財產賠償會員損失之義務，但在健身中心財務狀況不佳時仍然努力使該健身中心繼續經營，且以個人之財產彌補虧損，在健身中心停業後並與其他業者協商會員承接、會員權益轉換、協助會員申請銀行爭議等事宜，而認為該負責人犯後態度尚可，宣告緩刑5年，並考量該負責人所造成會員權益之損害、社會成本及司法資源的耗費，令該負責人向國庫支付新台幣600萬元（台灣台北地方法院97年度重訴字第8號判決）。如依照該判決所認定之事實，命該負責人向國庫支付新台幣600萬元，尚有可能過重，法官亦已在判決中詳細說明其宣告緩刑的原因，但該判決仍遭外界批評。

⁸⁷ 參最高法院77年度台上字第5672號判決、77年度台上字第2889號判決。惟最高法院77年度台上字第2889號判決中，亦表示被告與被害人家屬成立和解與否，屬於量刑的重要參考之一。

⁸⁸ 林山田，別迷失在主義的叢林中——為職權原則與調查原則申冤，台灣本土法學雜誌，第1期，88年4月，第6頁、第7頁。

論幾個可能的學說，尋找附條件緩刑制度的刑事程序原則。

一、修復式司法

(一) 修復式司法之介紹

刑事訴訟所面臨造成受刑人執行完畢後仍然再犯、被害人地位低落、緩刑功效遭批評等種種的缺失，在傳統刑罰中無法找到出路。在面臨這些困境時，有論者試圖以修復式司法⁸⁹(restorative justice)作為刑事訴訟制度⁹⁰的改革依據或研究方向，或是作為這些刑事訴訟制度的程序原則。

修復性司法的概念，在於認為修復式司法「致力於解決衝突及修復損害，鼓勵引起損害的行為人承認其行為造成的衝擊，並給予行為人補償的機會。修復式司法讓受害人所受的傷害或損失被承認及補償」⁹¹，並因此預防更多的犯罪。而各個學者對於修復式司法的定義不一⁹²，依據聯合國藥物及犯罪辦公室之定義，一個修復式的程序係指在該程序中，加害人及被害人共同積極參與，以尋求解決由犯罪所引發的問題，此種程序通常由一名主導者(facilitator)主持，而如果適當，加害人、被害人的家屬或是社區的其他成員也可以參加此種程序⁹³。在學說上，因各學者定義之不同，連帶使得所認定修復性司法的範圍不一致，修復式司法中尚依其定義分為以純粹模式以及最大化模式之兩大派別⁹⁴。依據純粹模式(Purist Model)的定義，修復式司法的過程是使被害人、犯罪人，以及任何因犯罪而受影響的個人或社群，共同參與而解決因犯罪引起的紛爭；最大化模式(Maximalist Model)則認為修復性司法係指「修復犯罪所帶來的惡害，使正義得以實現的一切活動」。依照最大化模式的定義，修復式司法的重點在於修復目的之達成，因此即使是由法院單方面所科予的強制性制裁，也可能因為法官是基於修復之目的所決定、實際上能達到修復的效果，而被歸類為修復性司法⁹⁵。

從文獻的回顧中，可以看出修復式司法並非新的概念，學者認為從歷史

⁸⁹ 國內亦有翻譯為「修復式正義」，例如許春金，修復式正義的理論與實踐，刑事政策與刑事立法，甘添貴教授六祝壽論文集，學林文化出版，91年。

⁹⁰ 以修復式司法解讀我國刑事簡易訴訟之功能者，如陳清怡，以修復性司法再定位我國刑事簡易訴訟程序及認罪協商制度，司法研究年報第25輯第12篇，司法院，94年11月。

⁹¹ Marian Liebmann, Restorative Justice: How it works, London and Philadelphia: Jessica Kingsley Publishers, 2007, p.25.

⁹² 各個學者對於修復性司法的定義，可參考 Heather Streng, Repair or Revenge: victims and restorative justice, Oxford: Clarendon Press, 2006, 2nd ed., pp. 43-45.

⁹³ United Nations office on Drugs and Crimes, Handbook on Restorative Justice Programmes, New York, 2006. p.6.

⁹⁴ 謝如媛，修復式司法的現狀與未來，月旦法學雜誌，第118期，94年3月，第48頁以下。

⁹⁵ 謝如媛，修復式司法的現狀與未來，月旦法學雜誌，第118期，94年3月，第49頁。

的研究或是對於傳統部落處理紛爭的方式裡，可以看得到修復性司法的運作⁹⁶；而就修復式司法的內容來看，包括量刑圈(sentencing circles)⁹⁷、被害人-加害人調解制度(victim offender mediation)⁹⁸、社區及家庭團體會議(community and family group conferencing)⁹⁹等方式，都被歸納為以修復式司

⁹⁶ 許春金，修復式正義的理論與實踐，刑事政策與刑事立法，甘添貴教授六祝壽論文集，學林文化出版，91年。

⁹⁷ 量刑圈的方式原本為許多加拿大的原住民社區所採用，係由某事件的法官、辯護人、檢察官、加害人、被害人、家屬、社區居民以圓桌會議方式，就如何處理衝突達成共識，以達成保護社區、滿足被害人需求、使加害人得懲罰及促其復歸的目的，通常在刑事訴訟程序中進行，其結果也將做為法官的參考，但是並不拘束法官量刑，法官也有可能仍然對加害人宣告徒刑，但是也有可能以令加害人賠償、緩刑、社區服務或是在家拘禁的方式作為處罰。在量刑圈的程序中，社區司法委員會(Community Justice Committee, CJC)扮演著重要的角色，負責與司法機構及社區組織聯繫。在量刑圈的運作裡，重視的是整個程序的過程，結果相對而言並不重要，但是其仍然會監督、確認加害人履行其義務。此種量刑圈的方法，使司法機關將部份的權力與社區分享，也是參與式司法(participatory justice)的一種模式。見 United Nations office on Drugs and Crimes, Handbook on Restorative Justice Programmes, New York, 2006. pp.22-25.

⁹⁸ 又稱被害人-加害人調停制度(victim-offender reconciliation)，該制度可以由政府機關或其他非營利組織主導，其時間可以在起訴前、起訴後、量刑前甚至在加害人監禁中、服刑後，該制度通常係在被害人及加害人都有意願的情況下，由被害人與加害人直接面對面溝通，先讓被害人表達對於該犯罪的感受，藉此達到賦權的效果，加害人也可以藉會面表達對於事件的感受，藉此過程發展出雙方對於該犯罪的新的認知，並且盡可能使得被害人可以得到賠償。主導者會在加害人與被害人直接會面之前分別與雙方溝通，以確定加害人確實願意對於其行為負責，且確保被害人在會面的過程中不會再次被害。該制度通常適用於較輕微的犯行。如果是量刑前的被害人-加害人調解，其結果通常會作為法官或檢察官的參考。見 United Nations office on Drugs and Crimes, Handbook on Restorative Justice Programmes, New York, 2006, pp.17-18.

⁹⁹ 社區或家庭團體會議是將某犯罪事件影響的所有人員聚會，包括加害人、被害人其各自的支持者、家人，討論該犯罪事件的解決方式，通常先由加害者開始描述事件，再由各個參與者敘述因犯罪所受到的影響或傷害，被害者也可以提出自己希望得到的協助，在所有參與者簽署共同同意的協議後，會議即結束。此種團體會議的方式，源自紐西蘭的原住民族毛利民族，紐西蘭在其1989年的兒童、少年及其家庭法(Children, Young Persons and Their Families Act)中，也首度將該制度明文化，目前是所有修復式司法的形式中，最有系統制度化的一種，除了紐西蘭以外，在南澳大利亞、南非、愛爾蘭及美國明尼蘇達州、賓夕凡尼亞州及蒙大拿州的部份城市均有採行此種制度。該制度的目標也比前述被害人-加害人調解制度來得寬，除了使參與者得到彼此都能接受的結果，重視犯罪造成的結果，也透過該制度達到預防再犯的效果，而因為該制度涉及的參與者更多，因此也更能確保加害人按照該會議得到的結論履行其修復或賠償的義務。見 United Nations office on Drugs and Crimes, Handbook on Restorative Justice Programmes, New York, 2006. pp.20-21；許春金，修復式正義的理論與實踐，刑事政策與刑事立法，甘添貴教授六祝壽論文集，

法的精神作為紛爭解決的程序。在現代法治制度中，刑法在於保障抽象的法秩序，被害人因為犯罪所受的痛苦，僅是刑事訴訟程序中發動偵查的契機、證明犯罪成立與否的工具，或是作為量刑的考量點之一¹⁰⁰。在被害人的地位亟需提升的呼聲下，學者轉向透過以修復式司法將犯罪實際的影響明確化，並且在社區的協助下要求加害人修復其行為造成的損害，現今修復式司法的風潮已經蔚及全球。

（二）修復式司法於我國實踐的問題

在我國，學說上已有許多對於修復性司法的討論，此種修復式司法的精神亦逐漸出現在實務或實定法中。例如最常被舉為修復式司法例子者，為少年事件處理法第 29 條第 2 項規定：「少年法院為第一項裁定前，得斟酌情形，經少年、少年之法定代理人及被害人之同意，命少年為下列各款事項：一、向被害人道歉。二、立悔過書。三、對被害人之損害負賠償責任。」；亦有學者指出刑事訴訟法第 451 條之 1 第 2 項關於檢察官徵詢被害人意見、命被告向被害人道歉或支付賠償金之規定即具有修復式司法的雛形，並認為刑事簡易程序可以透過修復式司法的觀念重新定位¹⁰¹。此外，法務部亦明確表示，將逐漸推動「修復式正義」之理念¹⁰²。相對於此種肯定、樂觀的看法，學說上亦有對於修復式司法是否可行表示質疑者¹⁰³。

本文認為，修復式司法固然以加害人向被害人認錯、賠償作為其重要的內容，但是單純加害人向被害人認錯或賠償的規定，並不是修復式司法的全部。而從前述簡介中可以知道，修復式司法亦僅是某種司法觀念或紛爭解決方式的統稱，還可以從中細分出不同的運作方式，而各種運作方式所需要的配套制度也不盡相同，像法務部這樣並未加以區分及說明，即貿然以「修復式司法」的名義，推行某項政策的作法，恐怕只會造成更多疑慮。而在我國實踐修復式司法的精神，除了法律規定尚未完備外，可能有以下幾個問題：

1. 過於理想、不切實際？

修復式司法最容易遭受的質疑，就是該制度是否真有可能在現實世界裡

學林文化出版，91 年，第 82 頁；謝如媛，夢想或現實？由紐西蘭經驗看修復式司法之可能性—以法院轉介之修復式司法方案為中心，成大法學，96 年 12 月，第 14 期，第 135 頁。

¹⁰⁰ 謝如媛，修復式司法的現狀與未來，月旦法學雜誌，第 118 期，94 年 3 月，第 42 頁。

¹⁰¹ 陳清怡，以修復性司法再定位我國刑事簡易訴訟程序及認罪協商制度，司法研究年報第 25 輯第 12 篇，司法院，94 年 11 月，第 44 頁。

¹⁰² 《被害人、加害人皆受惠 法務部推修復式正義》，法源法律網，法律新聞，

http://www.lawbank.com.tw/fnews/news.php?type_id=1&seq=4&nid=74086.00，最後查閱日：98 年 9 月 30 日。

¹⁰³ 黃榮堅，讎敵社會裡的修復式司法？--刑事法體系中的損害賠償概念問題，月旦法學雜誌，第 146 期，96 年 7 月。

實踐，或是僅是不切實際的理想：被害人是否真的願意與被告對話？被告是否真的願意為其行為負責，而願意參與對話？這種雙方協商、溝通的過程，能否達到修復式司法所宣稱的效果？而不同的犯罪類型，是否能夠一體適用此種制度？尤其是在嚴重的犯罪中，被害人、犯罪行為人的關係可能更為緊張，修復式司法是否不切實際的問題，即更加明顯。

因為修復式司法的特質，本來就很難以量化的方式展現出其效果，而如果以質化的方式表示，又往往會遇到是否具有代表性的質疑。因此，難以從客觀的研究呈現出修復式司法實踐上的優劣處，確是修復式司法在說服力的限制。然而如果暫不質疑上述研究方法上的兩難，以修復式司法實踐於刑事訴訟的數據來看，修復式司法雖然無法讓所有的參與者滿意，但是仍有相當的加害人或被害人，肯定修復式司法程序的結果¹⁰⁴。而對於許多案件的被害人而言，實際的賠償或是判決的結果如何，並無意義，此時修復式司法所著重的部份，例如真誠的溝通、解答被害人的疑問、還原事實的真相、回歸和諧等，反而是被害人所重視的。或許是傳統刑事訴訟程序的焦點過於偏離當事人間溝通的可能性，在許多案件中，甚至只要給予當事人足夠的時間與支持，當事人自己就有達成和解的能力，而不待法官或第三人居中調解¹⁰⁵。修復式司法所做的，就是在恢復或是培養加害人、被害人憑己力處理紛爭的能力，並且給予當事人展現這種能力的機會。

因此，本文認為修復式司法雖然會因為加害人、被害人以及其他參與者的態度及觀念，而無法成功運用於所有的案件中，但是在符合一定條件的案件裡，還是有其適用的空間，並非真的是所謂過於理想或不切實際的制度，對於有意願溝通的加害人與被害人，修復式司法的運作方式應該是一個可行的制度，而有其價值。

2. 是否符合我國國情或文化？

在回答的修復式司法是否不切實際的問題之後，以修復式司法作為附條件緩刑制度程序原則，其次會面臨的挑戰，應該在於：我國國情能夠接受此種屬於外來的正義觀。雖有文獻曾探討在華人文化中實現修復式司法的可行

¹⁰⁴ 謝如媛，夢想或現實？由紐西蘭經驗看修復式司法之可能——以法院轉介之修復式司法方案為中心，成大法學，第14期，96年12月，第153頁。該文所引用之資料中顯示，有92%的被害人表示很高興能參加修復式司法會議，83%的被害人表示不後悔參加修復式司法會議；由被害人所表示修復式司法會議帶來的優點，包括可以覺得事情已告一段落、防止加害人再犯、被害人的疑問獲得解答等。

¹⁰⁵ 兩位立法委員因在國會中肢體衝突，互控傷害，在法官多次勸諭和解，並稱讚該二位立法委員「非常令人敬重、專業、應有智慧對於這件事找到和解方式」，該二人終於在官司纏訟近2年後達成和解。參《年輕法官消火 管碧玲洪秀柱結束2年戰爭》，今日新聞網，<http://www.nownews.com/2010/07/29/91-2630956.htm>，最後查閱日：99年8月2日。

性¹⁰⁶，亦有文獻指出我國泰雅族之正義觀接近於修復式司法的精神¹⁰⁷，但是此種價值觀是否已普遍為民眾所支持，終究存有疑義。在近代法律制度施行於台灣之前，民間存在著外於官府制裁的一套對於刑事案件的處理方式，對於犯罪，輕者可能可以以罰酒、罰戲、分贈檳榔等方式施以處罰，重者則例如私行拘禁、割斷腳筋或處死，此種制裁都是由眾人所做成，有民間法意識的支持¹⁰⁸；甚至近年來，尚可以發現在台灣非都市地區裡還存有「洗門風」之習俗，或以類似方式對加害人施以制裁的習慣¹⁰⁹，由此都可以發現，在我國對於犯罪處罰或是正義的觀念，與前述修復性司法的理念或背景皆不盡相同。如果從一般民眾對於犯罪的態度，或是對於嚴刑峻法、治亂世用重典觀念的肯定，更可能傾向認為修復性司法的精神本為我國法律文化中所無。

如果以修復式司法作為附條件緩刑的程序原則，或是藉由附條件緩刑制度促成修復性司法的實踐，本文認為可能有制度先行的疑慮。尤其修復性司法強調的是受犯罪影響之人以自決的方式，弭平犯罪所生的損害，在運用該制度時，更應該尊重使用該制度或有利害關係之人的想法及態度。

以學者對於泰雅族正義觀念的研究可以明顯看出，泰雅族近似於修復式司法的價值觀，係「屬於同一部落」的認同為基礎，甚至可以說泰雅族對於「做錯事」之後應如何處理，係以符合祖靈和諧為最上位的目的，因此無論是加害人、被害人或是調解人，他們共同追求的目標都是一致的，此種共同而強烈的「回歸關係和諧」的動機，成為泰雅族出現修復式司法的前提¹¹⁰。然而在我國的其他文化或社群中，是否同樣存在著這樣的條件？以犯罪行為人與被害人的關係來看，修復式司法強調的是關係的回復，而在刑事案件中，固然在一部分的犯罪中，加害人與被害人之間有如親屬、朋友、鄰居、同事等一定的關係，但是很多的犯罪中，加害人與被害人在犯罪發生之前毫無關係，此時要如何回復？即便能回復原本為陌生人的關係，又有何實益？

以犯罪行為人與社區的關係來看，在我國，「社區」的觀念是近幾年來才開始發展的¹¹¹，如果應用修復式司法的精神，當一個犯罪事件發生時，究

¹⁰⁶ 陸振芳，修復式正義理論在華人文化之可行性探討，警學叢刊，第 38 卷，第 4 期，97 年 1 月，第 128 頁以下。

¹⁰⁷ 許春金、陳玉書、張謹名、張淑慧、高政昇、姚淑文，泰雅族傳統正義概念內涵之探討，犯罪與刑事司法研究，第 10 期，94 年 4 月，第 125 頁以下。

¹⁰⁸ 王泰升，台灣法律史概論，清治時期的行政組織及司法運作，第 77 頁。

¹⁰⁹ 見《主委犯忌 得請戲團去霉氣》，聯合報，99 年 2 月 4 日，B1 版；《金紙店伸魔爪 洗門風謝罪》，聯合報，98 年 9 月 8 日，B1 版；《誣鄰戴綠帽 婦罰洗門風》，聯合報，98 年 5 月 1 日，A8 版。

¹¹⁰ 許春金、陳玉書、張謹名、張淑慧、高政昇、姚淑文，泰雅族傳統正義概念內涵之探討，犯罪與刑事司法研究，第 10 期，94 年 4 月，第 125 頁以下。

¹¹¹ 實務上常常可以見到民眾與公寓大廈管理委員會間興訟的情形，因此衍生的法律糾紛不勝枚

竟誰有權利代表因犯罪而受有損害的社區，與犯罪行為人、被害人進行對話？如果命犯罪行為人為社區服務，是否就能達到對社區修復的目的？如果為了因應修復式司法的程序，而於刻意強調社區的存在，或是才開始創造、發展社區的概念，亦與修復式司法的精神不相吻合，無法達成真正修復的目的。

3.與刑事訴訟程序的扞格

如果以作成判決的程序來看，除了被告認罪且事證明確的案件外，法官在言詞辯論終結前，並無法產生有罪無罪的心證；在以修復式司法為理念的加害人、被害人調解制度中，也多以一方明顯的有犯罪行為，行為人也承認此點為前提，有罪無罪本身不能成為調解的對象¹¹²，因此就算在審判時討論是否使被告對被害人賠償或賠償之條件，或是在訴訟程序中給予加害人與被害人對話、調解的機會，也很有可能不切實際，甚至可能引發使法官產生預斷的質疑，或侵害被告所受保護的無罪推定原則。換言之，在刑事判決確定前，法官無法認定被告是否真的是加害人、自稱被害之人是否真的是被害人（例如性侵害案件的被害人，可能被加害人的配偶指控為妨害婚姻的加害人；在所謂仙人跳的情形中，當勒索不成，勒索者也有可能自稱為性侵害案件的被害人），又如何能開啓加害人、被害人間的對話？即便是在加害人、被害人，甚至是損害情形都已經明確的案件中，修復式司法所強調的自決、對話，可能都代表著法定程序的逸脫，因此確實存在著以修復之名侵害法治國原則的疑慮。

而其次要面臨的問題，是在於修復式司法的運作，係以誠實的溝通為要件¹¹³，因為修復性司法的程序必須先由事實的呈現開始，接下來才能透過情感的抒發，達成補償及修復的目的。然而在刑事訴訟程序中，即使是被害人確實因犯罪受有損害，在法庭上所述都未必是事實，修復式司法更進一步要求被告說實話，這樣的條件往往難以達成。且因為罪疑唯輕原則的要求，透過刑事程序所能認定的事實，也不見得等同於事情真正的經過，如果認為當事人必須以法院所認定的事實作為溝通的基礎，固然強人所難；如果認為當事人可以依各自認知的事實為溝通的基礎，對於某些真相如何已經無法得知的情形，如被害人死亡的事件，因為當事人的出發點不同，能夠修復的程度可能有限。

再者，修復式司法中，強調犯罪行為人必須真心的悔過、認錯，而透過

舉，而令人懷疑如果為了實踐修復式司法，而強調社區的重要，是否也會出現一群挾社區之名、行利己或鬥爭之實的參與者。如果是，比起現行傳統司法產生的缺失，恐怕會造成更大的災害。

¹¹² 謝如媛，從賠償到關係修復—由修復式司法看刑案調解，99年1月11日第65屆司法節學術研討會會議手冊，第61頁。

¹¹³ 許春金，修復式正義的理論與實踐，刑事政策與刑事立法論，學林文化出版，91年，第75頁

犯罪行為人自承為「非」的行為，讓被害人確認自己為「是」，進而達到非物質上的彌補。然而在刑事訴訟程序中，被告面臨的是強大的司法權，即使被告願意道歉，也無從認定被告是真心的悔過，進而影響透過修復式司法程序運作而得到的效果（尤其是在預防犯罪的部分），如此一來，參與修復式司法程序的被害人，只是被告利用以在法庭上達到某種效果的工具¹¹⁴。相反的，在刑事訴訟程序中，被害人或加害人也難以不顧該刑事訴訟的本質，或是不顧忌法官、檢察官的態度、想法，盡情地對話。此外，某些刑事法律的規定，如不自證己罪、罪疑唯輕原則，或是被告自白不能做為認定被告有罪唯一證據之規定，都會使得法院認定的犯罪事實甚至與被告所承認的犯罪事實不同，此種差異也可能會妨礙在刑事訴訟程序中踐行修復式司法的機會。

4.司法人員之觀念

修復式司法除了有是否符合我國國情的疑慮外，如果將附條件緩刑制度認定為推行修復式司法的程序，還必須面對更尖銳及直接的問題，也就是司法人員之觀念能否改變的問題。修復式司法的制度，某種程度而言，是將原本專屬於法官或檢察官的權力分享給犯罪的關係人，由這些關係人共同決定如何解決某個犯罪引發的紛爭。然而無論是從現行緩起訴處分、緩刑條件之決定均不以得被害人及被告同意為要件，或是相關制度中並未提供被害人獲得足夠的程序保障，都可以看出立法者尚未具備這種權力分享的概念。而從檢察官或法官的角度來看，原本的工作僅在於認定被告有無一定的犯罪嫌疑或有罪無罪，並且決定最適合的處遇方式，無論是法官或是檢察官，都不當然需要利用偵查或審判的程序為相關的人員解決紛爭。基於此種現實，一旦採納所謂修復式司法的概念，原本著重於結果的司法程序，將改為強調過程的修復功能，法官或檢察官的工作，也將從原本之認定事實、適用法律，變更為紛爭的解決，此種工作的運作及思維方式，都將與法官、檢察官所受的法律訓練內容不同，更將衝擊一般民眾的司法觀念。如果運作不當，很可能讓人覺得法官、檢察官不過是利用國家權力「和稀泥」、分贓的錯誤觀念。

如果我國運作修復式司法的方式，是在法官（審判中）或檢察官（偵查中）以外，另外由受過專業訓練者主導該修復式程序，則可以區分兩種狀況來討論：如果法官、檢察官也參與此種專業人事主導的程序，主導者是否會受到來自法官、檢察官的影響？如果法官、檢察官無庸參與上述的程序，法官、檢察官是否願意接受該主導者所呈現的結果？上述的疑慮類似於討論專家參審制度時的問題¹¹⁵，法官、檢察官均必須對其審判或偵查的決定負責，

¹¹⁴ 類似的疑慮，見 Heather Streng, *Repair or Revenge: victims and restorative justice*, Oxford: Clarendon Press, 2006, 2nd ed., p.58.

¹¹⁵ 主導者走入法庭的過程，就如同參審員走入法庭的過程：都是與專業的司法人員（法官）分享權力。因此，一般支持參審制度的理由，如加強社會大眾對司法的信賴及瞭解、程序上的可透視性增加等，雖然也都是修復式司法的優點，但諸多對於參審制度的疑慮——剝奪被告接受專業法

判決的結果，或是起訴書、不起訴、緩起訴處分書，都是此種決定的表現，如果讓法官、檢察官參與由其他人所主導之修復式司法程序，該主導者能否跳脫刑事案件的框架以及事實上的限制，而做出做妥適的處理？舉例而言，如果加害人及被害人同意加害人以分期付款的方式賠償被害人，為期十年，對於主導者而言，此種紛爭解決方式並無問題，但是可能會超過法官或檢察官的辦案期限，此時主導者是否需要徵詢法官或檢察官的意見？或是如果主導者、加害人、被害人均同意以加害人、被害人各承擔 50% 的比例分擔損害，法官或檢察官卻認為損害的發生應該完全由加害人負責，此時又應如何解決？

關於我國司法人員將其固有的權力與他人分享的經驗，亦可以參考將量刑權分享由檢察官及被告共同行使之認罪協商制度施行的結果。曾有研究顯示，至民國 95 年時，地方法院認罪協商施行的比例僅占 6.15%，與美國認罪協商比例高達 65% 有相當大的差異¹¹⁶，而如果細究 94 年至 97 年間地方法院第一審案件利用協商程序終結之案件數，總件數分別為 5182 件、6174 件、8969 件、12132 件，雖然總數逐年增加，但是在各個法院間有極大的差異，例如 97 年間台灣士林地方法院因協商程序終結的件數僅有 18 件，同年間台灣苗栗地方法院以認罪協商終結的案件卻高達 1249 件；且各個法院各年的變化極大，例如台灣高雄地方法院在 96 年間僅有 68 件案件以協商程序終結，在 97 年卻有 3629 件案件利用協商判決¹¹⁷。上述資料均可以顯示，此種分享權力的程序尚未成為常態，而多受到政策的影響。而從此種新制度的運作情形，也可以推估修復式司法制度如果真的成為立法者所採納的刑事訴訟制度，可能在運作上也無法立刻普及。

即使並無上述程序上或是認定事實上的問題，單就修復式司法將司法權分攤由紛爭的關係人共同行使這一點而言，修復式司法之概念，即與國家獨占刑罰權的傳統司法觀念相悖，即使只將修復式司法定位為非強制性的紛爭解決方式，法官或檢察官都必須冒著為別人的決定負責的風險，並且情願與他人分享其決定的權力而開啓此一程序，在制度的設計上，又無其他鼓勵法官、檢察官適用此種修復式程序的誘因，可以預見如果推行修復式司法的制度，短期之內很難達到很好的效果。

官審判的權利、參審員欠缺專業知識及司法經驗、違背直接審理主義等，在修復式司法程序由主導者主持的情形也都有可能成立。參審制度之優缺點，見張麗卿，參審制度之研究，如何建立一套適合我國國情的刑事訴訟制度，學林文化出版，89 年，第 39 頁至 91 頁。

¹¹⁶ 刑事訴訟新制施行現況及成效分析，台灣台北地方法院統計室，96 年 4 月，http://www.judicial.gov.tw/juds/research/3_95-1.pdf，最後查閱日：99 年 3 月 27 日

¹¹⁷ 地方法院刑事第一審協商程序案件裁判結果，94 年、95 年、96 年、97 年司法統計年報，司法院，<http://www.judicial.gov.tw/juds/index1.htm>，最後查閱日：99 年 3 月 27 日

（三）本文見解

本文認為，從法律繼受的淵源來看，我國的附條件緩刑制度，係參考德國的緩刑制度及仿效我國的緩起訴制度，而我國緩起訴制度又參考自德國的緩起訴制度，而無論是德國的緩刑制度或緩起訴制度，均帶有濃厚的犯罪行為人與被害人和解制度之色彩（詳如後述）。故可以說在性質上，我國的附條件緩刑制度確實帶有鼓勵被告與被害人和解的色彩。但是鼓勵加害人與被害人和解，並非當然具備修復式司法的條件，因此，不宜驟然將兩者間畫上等號。

其次，如同前開對於量刑及緩刑的討論，緩刑的前提，即在於某犯罪行為人的再犯可能性極低，而可以不進入執行宣告刑的階段，就將該行為人犯罪的可能性降低，而無由國家施加刑罰之必要。如果在遵守此前提的情況下，緩刑制度對於犯罪行為人所施加之指示，雖然是幫助犯罪行為人不再犯罪的事項，但這種指示與緩刑制度所施加的負擔一樣，其性質與原本的刑罰不同。換言之，法官在決定緩刑指示時，雖然需要考量該指示能否達到協助犯罪行為人不再犯罪的目的，但是該指示與刑罰以罪刑均衡為出發的概念不同：以傳統刑法理論的觀點來看，罪責較重者，所應受的刑罰較重；但是以附條件緩刑的角度來看，卻是利用緩刑指示，將降低犯罪行為人再犯機率所缺少的要素（例如法治觀念、情緒控制能力、工作技能、勞動習慣、價值觀等）補足。緩刑負擔雖然同樣是對於受刑人施予不利益，但是這種不利益的承擔，是因為考量使受刑人可以彌補、修復其行為造成的損害而決定。此外，附條件緩刑之受刑人原則上雖已經沒有由國家施加刑罰之必要，也就是在特別預防的觀點下，已經不需再加以處罰，但是透過緩刑條件之履行，卻可以使得被害人或一般大眾藉此確認法規範之存在及效力，此種透過「確認」進一步達成一般預防效果之優點，也可以實踐修復性司法所追求預防再犯的功能，因此從附條件緩刑制度之邏輯與修復性司法之任務的角度來看，將附條件緩刑制度定位為修復性司法之一部，並無矛盾。

然而，假使將附條件緩刑制度完全以修復式司法作為其依歸，並具體運用於刑事訴訟程序中，仍然必須面臨到法官或檢察官不適宜擔任修復式司法中調解人的角色的問題，且修復式司法的若干精神與刑事訴訟並非相符。另外，依我國民眾的法律觀，要以附條件緩刑來推動或是鼓吹修復式司法的精神，確實也使得附條件緩刑制度承受過重的任務。

因此，本文雖然認為附條件緩刑制度不能完全以修復式司法作為其程序原則，但是認為附條件緩刑制度所包含對被害人賠償的部分，應該是作為加害人與被害人皆希望藉由刑事訴訟程序解決雙方一部或全部民事賠償問題，並且修復雙方的關係時，由國家監督其賠償、修復行為的方法之一。換言之，附條件緩刑制度所加諸於被告的負擔或指示，本質上都不是對於被告的處罰，也無法做為處罰的替代，而只是修復的具體履行方式，而此種修復的對象，在有被害人的犯罪中，即以對於被害人的賠償優先；在無被害人的

犯罪或是同時涉及非個人法益的犯罪中，修復的對象就是公益，即在於透過緩刑所附的條件，使被告及社會大眾可以再次確認法律規範的存在及實效性。

二、刑罰第三元？

(一) 刑罰第三元之介紹

傳統國家透過刑事程序施予的處遇，係以刑罰及保安處分為兩大主軸。論者有謂國家對於輕微犯罪之行為人，可以以保護或其他處置方式，使用公權力加以處理，而在傳統刑罰概念外，另外尋求制裁犯罪之非機構性處罰方式，並將此種轉向方式定位為刑罰之第三元(*dritte Spur*)¹¹⁸，並認為透過刑罰第三元之制度，可以將犯罪造成的損害加以回復，進而達到法益或社會秩序之回復。一般而言，少年事件中轉向處分、保護處分、成人刑事案件中緩刑付保護管束、觀察勒戒（毒品危害防制條例）都被歸類為此種刑罰第三元的設計。刑事訴訟法中依緩起訴處分之規定命受處分人向被害人道歉、給付一定金錢、勞動服務，以及附條件緩刑制度所命受刑人所為之事項都可以被歸類為刑罰與保安處分雙軌制裁體系以外、與刑法及保安處分有相類效果的制裁手段；甚至有學者主張，損害賠償本身即是刑罰第三元之一環¹¹⁹。

(二) 刑罰第三元於我國實踐的問題

細究學者提出應採納刑罰第三元設計的理由，可以發現因為第三元之刑罰被定義為非機構性處罰，因此可以達成減少在監人數目的；而刑罰之第三元制度，係利用轉向處分，減少進入司法程序的案件數目，而具有可以疏解訟源之優點。

此種外於刑罰、保安處分的制度，是否真的能做為解釋附條件緩刑制度的依據？如果先退一步，以被視為第三種犯罪處遇方式的觀察、勒戒及強制戒治為例，學說及實務均接受觀察勒戒及強制戒治不屬於刑罰、也並非傳統保安處分的分類方式，但是此種定位方式，卻在適用上為施用毒品者之處遇帶來非常多的問題。例如在處理原應起訴而誤聲請、執行觀察勒戒，觀察勒戒期間可否折抵刑期的問題時，實務上認為可以參考刑法第 46 條第 2 項羈押可折抵拘束人身自由之保安處分之規定，將觀察、勒戒定位類比為保安處分，而折抵刑期¹²⁰；在回答初次施用毒品，於 5 年內再犯經觀察、勒戒，第三次施用毒品距前次觀察、勒戒已超過 5 年時，是否可以逕行起訴時，卻又認為第二次施用毒品時所受的觀察、勒戒，已經屬於「依法追訴」，其效力

¹¹⁸ 林上鈞，創設刑罰第三元制度之研究，私立東海大學法律研究所碩士論文，第 16 頁。

¹¹⁹ 鄭昆山，我國起訴裁量與刑法損害回復法制改革之研究，如何建立一套適合我國國情的刑事訴訟制度，學林文化事業有限公司，89 年 4 月初版，第 216 頁。

¹²⁰ 法務部 96 年 7 月 3 日法檢字第 0960802399 號函。

等同於經起訴判刑¹²¹。由此可知，即使接受刑罰第三元的理論，在遇到問題時，仍然必須回歸二元的思維方式，其本身並不能解答一個刑事制度適用上所遇到的問題，反而可能成為解套問題時萬用的答案。

（三）本文見解

本文認為，如果要將附條件緩刑定位為外於刑罰與保安處分的第三種制度，首先必須釐清此種區分的實益何在。如果只是因為附條件緩刑制度與刑罰及保安處分不盡相同，或因為無法解釋、處理附條件緩刑與刑罰、保安處分相異之處，就急忙將之定位為刑罰第三元，我們可以預見將來還有可能出現刑罰第四元、第五元、第六元，以求為其他的刑事制度定位。

緩刑仍屬附加於刑罰上之暫緩執行條件，本身並非從「刑罰」到「非刑罰」的轉向，且附條件緩刑固然屬於非機構處遇的性質，也是因為暫緩執行刑罰的結果。而刑罰第三元的說法，本身已有無法解決問題的缺點，因此本文認為，將附條件緩刑制度歸類為刑罰第三元，並非妥適的做法。

三、兩極化刑事政策？

（一）兩極化刑事政策之介紹

我國刑法於 94 年 1 月 7 日修正時，「寬嚴並進的刑事政策」或「兩極化的刑事政策」等名詞即出現於修法理由中。「兩極化的刑事政策」被定義為：刑事政策包含嚴格刑事政策及寬鬆刑事政策兩部份，對於兇惡犯罪者及危險犯罪者，以維持法社會秩序出發，採嚴格的處遇；對於輕微犯罪事件，則從刑罰謙抑性為根本，採取謙和及社會內處遇之方式，盡可能避開正常刑事司法處罰程序，使犯罪者能重新復歸社會¹²²。論者並認為該次刑法修正的內容裡，包括罰金易服勞役期限從 6 個月提高為 1 年、數罪併罰執行刑的上限提高為 30 年、死刑、無期徒刑減輕之刑度提高（死刑減輕者為無期徒刑、無期徒刑減輕者為 20 年以下 15 年以上有期徒刑）、廢除連續犯、牽連犯及常業犯、自首之效果為得減輕其刑、緩刑之效力不及於從刑與保安處分、提高無期徒刑之假釋門檻、建立重罪三犯與性侵害受刑人治療無效果不得假釋制度、修正追訴權時效計算方式，延長追訴權與行刑權時效、性侵害犯罪治療處分期間至再犯危險顯著降低為止等，均被視為嚴格刑事政策之內容；而屬於寬鬆刑事政策的內容，則有拘束人身自由之保安處分亦適用罪刑法定、從

¹²¹ 如最高法院 99 年度台非字第 49 號判決：被告既曾因初犯施用毒品罪經送觀察勒戒後，由檢察官為不起訴處分，又於五年內再犯，且經送觀察勒戒後，由檢察官為不起訴處分，則被告復於九十八年六月二十二日上午某時，第三次施用第二級毒品甲基安非他命，...即非屬上揭條例第二十條第三項所定「五年後再犯」之情形，自應由檢察官依同條例第二十三條第二項規定追訴，始屬正辦。

¹²² 許福生，論兩極化刑事政策，警政學報，第 29 期，85 年 7 月。

舊從輕原則、特殊情形下違法性錯誤者免除刑事責任、不能犯不罰、準中止犯亦適用減免其刑之規定、無身分或特定關係之正犯、共犯得減輕其刑、褫奪公權適用範圍之限縮、強化短期自由刑之代替方式、放寬緩刑條件、罰金分期繳納、擴大裁判上得免除其刑的範圍、未滿 18 歲者不得判處死刑及無期徒刑等內容，亦包括本文所討論的重點--附條件緩刑制度¹²³。

（二）兩極化刑事政策於我國實踐之問題

平心而論，上開「兩極化刑事政策」的意義中，沒有任何一句命題是錯誤的，但是這樣的定義，或者兩極化的刑事政策這個概念，並不能為處理刑事案件的人帶來任何指引。兩極化刑事政策中輕微案件的這一端，基於前述標籤理論的概念，認為應該盡量避開刑事司法處罰程序，而使犯罪者能較容易重新復歸社會，避免刑事訴訟程序帶給行為人的標籤與再社會化的困難，固然是合理的，但這些是標籤理論帶給刑事政策的反省，並不是「兩極化的刑事政策」這個概念出現後才為人接納的觀念。刑罰作為國家施予人民最嚴厲的制裁方式，本來就應該在運作時考量刑罰的副作用（包括短期自由刑的流弊以及刑罰帶給受刑人的烙印），更應該遵守比例原則¹²⁴，對於犯罪行為輕微，沒有必要以刑罰矯治的行為人，原本就不應該給予過重的懲罰，甚至在刑事程序開始之前或之初，就可以考慮以轉向處分代替。相反地，對於需要採取嚴厲制裁的行為人，一定是其犯罪情節嚴重、需要矯正或是較長時間（甚至是永久）與社會隔離，在此類的案件中，刑罰的施加仍然必須是恰如其分。因此從不同的角度來看，刑罰永遠都應該是抱持著減一分則太少、增一分則太多的想法，盡力求取、逼近最恰當的決定，所謂「從輕量刑」或「從重量刑」的概念，都是處罰者施恩或是報復心態的展現，而是不正確的。

既然「寬嚴並進的刑事政策」這個概念沒有實質上的啟發，為什麼這個概念仍然會如此受重視，甚至被奉為刑事制度修正的圭臬呢？可能的解釋有兩種。一種是因為過去錯誤的經驗，導致錯誤的因果推論，而得了錯誤的解決方式。舉例而言，提高假釋門檻被視為「兩極化刑事政策」中，嚴格刑事政策的重要內容，提高假釋門檻的原因，則是因為許多人犯在假釋期間作奸犯科危害社會，引起了輿論普遍的批評。如果這時候很直觀的試圖解決問題，導出來的結論當然是「讓原本依照舊法可以假釋的人繼續服刑，使他們不至於出監做壞事」，然而如果更進一步反省，為什麼已經通過假釋門檻的人還會作奸犯科？檢視假釋評分標準的依據「行刑累進處遇條例」，可以看到假釋的分數累積，仍然是很制式的方式，如果考量到監獄人滿為患、資源

¹²³ 此分類及整理參考自陳玉萍，我國緩起訴制度之研究，中國文化大學法律學研究所碩士論文，94年6月，註112及註115。

¹²⁴ 李惠宗，論比例原則作為刑事立法的界線—大法官釋字第五一七號解釋評釋，台灣本土法學，第18期，90年1月。

不足等現實狀況，自然無法保證每一個通過累進處遇考核的受刑人，都已經顯著的降低再犯的可能。如果繼續用不具有效度的測試方式，企圖篩檢出已經得到矯正與尚未完全矯治的受刑人，自然還是緣木求魚；而繼續操作這個無效的測試方式，還提高通過測試的標準，更是使一些已經得到矯治、再犯率已經下降而可以回歸社會的受刑人，陪那些應該加強教化的受刑人，被排除於一般的社會之外。

兩極化的刑事政策所揭櫫的另一個意義是，對於某些犯罪人的放棄。以兩極化刑事政策中嚴格刑事政策裡，重要的「三振法案」為例，「三振法案」杜絕了某些行為人接受教化的權利，否定這些行為人有改過遷善的機會，不給予這些行為人在刑事程序中接受較溫和的處遇的可能。例如我國法律對於施用毒品行為的制裁，雖然美其名稱之為「治療先行」、「除刑不除罪」，但是如此治療模式僅是針對初犯或非五年內再犯者才有的機會，對於真正身陷毒癮中一犯再犯的行為人，法律並不會展現如此的仁慈。這種選擇性地賦予自新或「享受」較寬鬆對待的機會，是對於刑罰矯正功能的否定，也是對於某些「頑劣」的犯罪者的否定。因此我們可以得到這個結論：如果只是以「兩極化刑事政策」之名，行嚴刑峻法之實，要討論、解決的問題尚僅在於嚴刑峻法有無實益，然而兩極化刑事政策更嚴重的問題卻在於這個制度讓國家得以區分犯罪人，將犯罪人劃分為值得去標籤化的犯罪人（施予寬鬆刑事政策）及不值得去標籤化的犯罪人（施予嚴格刑事政策）。此種國家差別待遇的方式，違背了公平原則，亦無法作為包括附條件緩刑制度在內任何刑事制度的程序原則。

（三）本文見解

本文認為，兩極化刑事政策的說法並無法真正解決問題，即使該名詞出現於立法理由中，在處理相關的制度時，仍然應該避免陷入該名詞所造成的迷思—就所謂寬鬆的刑事政策一端，這些處遇方式是否真的是對行為人從輕處理？就所謂嚴格的刑事政策一端，有無對這些行為人從重處理的正當性？而就附條件緩刑制度而言，以緩刑的層面來看，固然屬於較為寬鬆的結果，但是就其所附的負擔或指示來看，反而更為嚴格。從此種分類上的模糊，也可以得知，所謂兩極化刑事政策，不可能做為解釋附條件緩刑制度的指標。

第二項 附條件緩刑制度之引進

緩刑制度可以分為暫緩刑之宣告、暫時保留刑罰以及暫緩宣告刑之執行三種制度¹²⁵，我國所採行的制度係暫緩宣告刑之執行，故在民國 94 年刑法修正前，緩刑制度可以被視為宣告刑的特別執行方式之一，緩刑使得已宣告

¹²⁵ 林山田，刑罰學，台灣商務印書館，91 年，209 頁以下；蔡蕙芳，違反著作權法刑事案件之附條件緩刑宣告，中原財經法學，第 20 期，97 年 6 月。

之刑暫不以機構性處遇方式執行，而係以非機構性之處遇方式代替，促得犯罪人再社會化，並且使原本宣告之刑在一定條件下失其效力¹²⁶。

我國刑法之學說與刑事實務對於緩刑的著墨一向甚少，緩刑制度的相關條文雖然亦曾經修正，但是主要是在於緩刑資格的微調及解決實務適用的若干扞格，制度本身並無重大的變動或修正¹²⁷。直到民國 94 年刑法修正，增訂刑法第 74 條第 2 項之制度，刑法的緩刑制度就此有了新的意義。在 94 年刑法修正前，緩刑是否被撤銷，取決於犯罪行為人於緩刑期間是否另犯他罪，宣告緩刑的同時，並無對犯罪行為人做出其他積極的要求，且在緩刑期間內輔導犯罪行為人之機制，也僅有交由法官裁量決定是否付保護管束一途，因此一直有緩刑監督功能有限、無法促使犯罪行為人改過向善、不能去除犯罪行為人反社會性的疑慮¹²⁸。

民國 94 年刑法修正時，順應所謂「兩極化刑事政策」，一方面將適用緩刑的範圍擴大到所有過失犯，亦即從來沒有受有期徒刑以上刑之宣告者、因為過失犯罪而受徒刑以上刑之宣告者，或曾因故意犯罪，受徒刑以上刑之宣告，執行完畢或赦免後，五年以內，未曾再故意犯罪，受徒刑以上之宣告者，均屬於得適用緩刑規定之範圍。另一方面，為呼應上述純粹之緩刑制度無法達到矯治犯罪行為人效果的檢討，在刑法第 74 條第 2 項參考刑事訴訟法第 253 條之 2 緩起訴制度得命被告遵守特定事項之體例，明定法官宣告緩刑時，得斟酌情形，命犯罪行為人向被害人道歉、立悔過書、向被害人支付相當數額、向公庫支付一定之金額、提供 40 小時以上 240 小時以下之義務勞務、完成戒癮治療、精神治療、心理輔導等處遇措施、其他保護被害人安全或預防再犯之必要命令，並且將「違反緩刑之負擔情節重大」列為得撤銷緩刑宣告的事由之一（刑法第 75 條之 1 第 1 項第 4 款），以強化緩刑負擔之效力。

就刑法第 74 條第 2 項的內容來看，可以仿德國緩刑制度，將各款的內容區分為緩刑指示(Weisung)及緩刑負擔(Auflagen)。依照德國刑法第 56 條之 2 之規定，負擔是針對過去不法行為之補償，例如向被害人道歉、立悔過書、向被害人損害賠償、提供義務勞務、向公庫或公益團體支付一定金額等，因此負擔是一種近似於刑罰的措施；而依照德國刑法第 56 條之 3 之規定，指示是基於預防再犯的目的，對於犯罪行為人於緩刑期間生活上之要求，例如完成一定處遇措施、不得接觸被害人等。我國於 94 年修法時，並未對於指

¹²⁶ 林山田，刑法通論（下），98 年，775 頁；楊建華，刑法總則之比較與檢討，71 年，頁 473 以下。

¹²⁷ 我國刑法對緩刑的規定及沿革，可參蔡蕙芳，刑暨緩刑，二零零五年刑法總則修正之介紹與評析，第 281 頁以下，94 年 4 月，台灣刑事法學會出版。

¹²⁸ 蔡蕙芳，違反著作權法刑事案件之附條件緩刑宣告，中原財經法學，第 20 期，第 59 頁以下，97 年 6 月。

示及負擔加以區分，僅統稱為負擔（參刑法第 75 條之 1 第 1 項第 4 款之用語）。為避免概念上的混淆，本文以下將使用「緩刑所附條件」或「緩刑所命令之事項」指稱刑法第 74 條第 2 項各款的負擔及指示，如使用「負擔」一詞，所指稱者係指狹義的負擔，即係不包括「指示」，命行為人對於過去行為補償的各種事項。

第一款 與德國緩刑制度之比較

德國刑法第 56 條¹²⁹係對於緩刑之規定：在判處 1 年以下自由刑，法院認為所判處之刑罰已起警惕作用，且不執行刑罰亦不致再犯罪，得宣告緩刑交付考驗（第 1 項前段）；如犯罪及犯罪人之人格具有特別情況，法院可在具備第 1 項條件時，對較高之自由刑宣告緩刑交付考驗，但所判處之自由刑最高不得超過 2 年（第 2 項）。第 56 條之 1 第 1 項規定：緩刑期間由法院定之，應為 2 年以上 5 年以下。

德國刑法第 56 條之 2 係規定負擔性之緩刑條件，該條文規定之負擔性緩刑條件包括：命令盡其所能補償犯罪所造成的損害（第 1 款）；依據犯罪行為與犯罪行為人之人格來判斷是適當時，命向公益團體支付金錢（第 2 款）；提供其他社區服務（第 3 款）；公庫支付金錢（第 4 款）。法院依據第 2 款至第 4 款規定命被告為一定負擔時，必須不妨礙被告賠償其所生損害賠償（第 2 項第 2 句）。如前所述，德國學說認為緩刑負擔為對於過去不法行為的補償，在性質上屬於類似刑罰的措施(*strafähnliche Maßnahme*)，故法院在決定負擔時，仍然應該遵照罪刑相當原則。

而對於指示型緩刑條件，德國刑法係在第 56 條之 3 將之定義為協助犯罪行為人不再犯罪的事項，包括：命令受有罪判決人遵守法院關於居住、教育進修、工作、休閒時間或調整經濟關係之指示（第 2 項第 1 款）；命令受有罪判決人定期向法院或其他機構報告情況（第 2 項第 2 款）；命令受有罪判決人不得與可能給他再犯罪提供機會或引誘之特定個人或特定群體成員交往，或者雇用、教導或庇護這類個人或群體成員（第 2 項第 3 款）；命令受有罪判決人不得持有、攜帶或讓他人為其保管可能給他再犯提供機會或刺激的特定物品（第 2 項第 4 款）；命令受有罪判決人履行扶養義務（第 2 項第 5 款）。

德國法對於緩刑負擔之適用，有明確之指示，只有在無法以損害賠償彌補損害時，方能宣告負擔性質之緩刑條件，且法官除了上開負擔性緩刑條件外，不得另外創設緩刑之負擔。而第 56 條之 3 第 2 項第 1 至 5 款之事項，則為例示規定，對於要求受刑人參加醫療治療及居住於適當的家庭或教養機構等指示，條文明確規定須經過受刑人之同意（第 3 項）。

¹²⁹ 以下德國刑法之翻譯，參考自蔡墩銘譯，德日刑法典，五南圖書出版有限公司，82 年 12 年初版；蔡蕙芳，違反著作權法刑事案件之附條件緩刑宣告，中原財經法學，第 20 期，97 年 6 月，第 58 頁以下。

第二款 與刑事訴訟法緩起訴制度之比較

在刑法第 74 條的立法理由中，說明刑法第 74 條第 2 項之規定係仿刑事訴訟法第 253 條之 1 緩起訴制度而來。而我國刑事訴訟法的緩起訴制度，則是參考德國的緩起訴制度，因此在討論我國的緩起訴制度前，有介紹德國緩起訴制度之必要。

德國刑事訴訟法第 152 條第 2 項規定：除法律另有規定外，檢察官在有足夠的事實根據時，應對所有可追訴的犯罪行為採取措施。該項規定被認為係基於法治國及權力分立原則，而使檢察官必須遵守法定起訴原則¹³⁰。緩起訴處分制度之建立，使得原本德國刑事訴訟法所規定的法定起訴原則轉變為便宜起訴原則，而其制度面的背後，也代表了「有罪必罰」觀念轉換為依比例原則決定是否起訴的刑罰觀，此種裁量權的賦予，同時亦在減少法院負荷，並透過此種轉向處分達到輕罪除罪化、減少短期自由刑等目的¹³¹。而考量到法定起訴原則係從國家刑罰權獨佔之現實所衍生而出，如果過度傾向於便宜起訴原則，又可能導致對被害人的保護不足，因此德國的緩起訴處分制度，即在有利於被告的結果之外，附加了有利於被害人的條件，以維持對於犯罪行為人及被害人保護之平衡。

從立法歷程來看，德國於 1974 年即規定了暫緩起訴制度，而在 1999 年修法時擴大暫緩起訴的範圍，引進犯罪人與被害人和解制度 (Täter-Opfer-Ausgleich)。從德國刑事訴訟法第 153 條之 1、刑法第 46 條之 1、刑法第 56 條之 2 的規定，可以發現德國在檢察官起訴前、法院量刑時以及法院決定是否執行刑罰時，都設計有促使犯罪人與被害人和解的制度，德國刑事訴訟法第 155 之 1 更規定，除了在被害人明示反對的情況下，檢察官及法院應該在程序的每一階段檢驗行為人及被害人間有無達成和解的可能，並在適當的情況下致力於雙方的和解。而在這程序中第一個由國家介入促使行為人與被害人和解的機會，就是檢察官起訴前的程序。

德國刑事訴訟法第 153 條之 1 第 1 項前段規定：在管轄法院及被告同意下，檢察官得暫時免除對於輕罪之追訴，並在得以放棄追訴不妨礙公共利益且不牴觸責任程度之情形下，同時科予被告負擔與指示。負擔與指示得包括：一、命被告就犯罪行為所造成的損害為一定之給付作為賠償。二、向公益團體或公庫支付一定之金額。三、向公益團體為義務勞務。四、履行一定額度之扶養義務。五、誠摯地尋求與被害人和解並嘗試對犯罪行為所造成的

¹³⁰ 王皇玉，刑事追訴理念的轉變與緩起訴——從德國刑事追訴制度之變遷談起，月旦法學雜誌，第 119 期，94 年 4 月，第 61 頁。

¹³¹ 張麗卿，評析新增訂之緩起訴制度，第 5 頁，驗證刑訴改革脈動，五南圖書出版公司，93 年，第 2 版。王皇玉，刑事追訴理念的轉變與緩起訴——從德國刑事追訴制度之變遷談起，月旦法學雜誌，第 119 期，94 年 4 月，第 56 頁以下；黃朝義，刑事訴訟法，第 136 頁以下。

一部或全部傷害進行補償。六、根據道路交通法第 2 條之 1 第 2 項第 2 款或第 4 條第 8 項第 4 款規定參加道路交通講習課程。

上開負擔與指示係例示之規定，檢察官可以命被告為其他的負擔或指示¹³²，且有相當的裁量空間，但是仍然需要經過法院的同意，並且所命令的負擔或指示應與犯罪行為有正當的聯結¹³³，此外，檢察官所命令的負擔與指示都應該不帶有刑罰的特質¹³⁴。從這些例示的負擔與指示來看，第 1 款屬於對於被害人的賠償，包括了財產上的損害以及非財產上的損害，此種損害賠償的範圍則仍以民法上得以請求的範圍為上限。第 2 款及第 3 款，則呼應條文本文所提及的公共利益，以向有益於公益的機構或國庫支付一定的金額，或是義務勞務，達到彌補公共利益的效果，而第 2 款所規定的捐款，也是檢察官為暫緩起訴處分時最常命令的負擔¹³⁵。第 4 款的規定特別是針對如德國刑法第 170 條違反法定扶養義務的犯罪而定¹³⁶；第 5 款則為犯罪行為人與被害人和解制度在檢察官偵查程序中的規定。

德國刑事訴訟法第 153 條之 1 第 1 項第 2 款並未規定對於向公益團體或國庫支付一定金額的上限為何，對於如何擇定受支付的單位亦未予規定，而交由檢察官裁量。學說上雖然可以得到檢察官應該依照比例原則，衡量被告之收入、經濟狀況以及行為的非難程度及結果以決定的結論¹³⁷，但是依照該條文的規定，檢察官命被告所為支付一定金錢的決定，對被告而言仍屬相當於刑罰的不利益，在性質上仍然難與刑罰區別。

我國的緩起訴處分制度，原本即非為了提升被害人地位或強化對被害人

¹³² Wilhelm Krekeler & Markus Löffelman, StPO, Strafprozessordnung, Bonn : Deutscher Anwaltverlag, 2007, §153a, Rn 9, S.646; Lutz Meyer-Goßner; unter Mitarb. von Jürgen Cierniak, Strafprozessordnung : Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, München : Beck, 2008, §153a, Rn 14, S.665.

¹³³ Lutz Meyer-Goßner; unter Mitarb. von Jürgen Cierniak, Strafprozessordnung : Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, München : Beck, 2008, §153a, Rn 14, S.665.

¹³⁴ Lutz Meyer-Goßner; unter Mitarb. von Jürgen Cierniak, Strafprozessordnung : Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, München : Beck, 2008, §153a, Rn 12, S.664.

¹³⁵ Wilhelm Krekeler & Markus Löffelman, StPO, Strafprozessordnung, Bonn : Deutscher Anwaltverlag, 2007, §153a, Rn 11, S.647.

¹³⁶ Lutz Meyer-Goßner unter Mitarb. von Jürgen Cierniak, Strafprozessordnung : Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen. München : Beck, 2008, §153a, Rn 22, S.666.

¹³⁷ Wilhelm Krekeler & Markus Löffelman, StPO, Strafprozessordnung, Bonn : Deutscher Anwaltverlag, 2007, §153a, Rn 11, S.647.

之保護而來，而係爲了配合採行「改良式當事人進行主義」及交互詰問制度後，減少法院收案量的負擔，而將屬於輕罪的範圍交由檢察官裁量，降低進入法院審理的案件數目。我國之緩起訴制度內容雖然與德國之緩起訴處分制度相似，而也有使被告向被害人道歉、爲損害賠償、公益捐款、義務勞務等負擔或指示之設計，緩起訴處分的立法理由中，更揭示該制度係在於「個別預防、鼓勵被告自新及復歸社會」¹³⁸，但是因爲在制度運作之初，即過於強調「訴訟經濟」的目的，使得立法者及司法者在制訂及運用該制度時，未能精準掌握該制度中保護被害人層面的精神¹³⁹，尤其是該制度著重被告與被害人和解制度這一部份。例如我國刑事訴訟法第 253 條之 2 第 1 項第 1 款「向被害人道歉」及「立悔過書」的負擔，法律並未要求需要得被告之同意，也未提及被害人有無權利拒絕被告之道歉；至於立法者規定該 2 種負擔是否即在於表達類似德國刑事訴訟法第 153 條之 1 第 1 項第 2 句第 5 款所謂誠摯地努力與被害人和解之意思，亦未臻明確。因此當我國刑法採納附條件緩刑制度，又將刑事訴訟法第 253 條之 2 各款事項照抄而來，等於將刑事訴訟法中緩起訴制度所無法處理的問題，複製到刑法的緩刑制度中。

緩起訴處分所規定之各項負擔或指示，雖然形式上不是刑罰，但是仍然有影響、限制被告財產權及自由的實質效果，因此德國法規定必須得法院及被告之同意；在我國的緩起訴制度中，並無須經由法院同意之外部審查機制，僅有透過再議制度救濟；而就被告無罪推定原則與緩起訴制度間之衝突¹⁴⁰，也未設計經由被告之同意加以緩和。另外上述提及緩起訴制度可能背離平等原則、喪失對犯罪驗證的可能、不符合經濟效益等問題，適用上亦有造成起訴法定原則鬆綁、要件過於抽象、侵犯法官保留原則、成爲檢察官將案件脫手捷徑、以刑逼民，及與其他程序適用條件高度重疊等疑慮¹⁴¹，在附條件緩刑制度，雖然較不至於出現違背無罪推定原則的情形，但是緩刑條件是否應經過被告、被害人之同意，或至少不應與被害人明示之意思相違，法律均無明文的規定，此部分的缺失仍然會影響被告及被害人的權益。

¹³⁸ 見刑事訴訟法第 253 條之 2 立法理由（91 年 2 月 8 日）。

¹³⁹ 王皇玉，刑事追訴理念的轉變與緩起訴——從德國刑事追訴制度之變遷談起，月旦法學雜誌，第 119 期，94 年 4 月，第 67 頁。

¹⁴⁰ 張麗卿，評析新增訂之緩起訴制度，驗證刑訴改革脈動，五南圖書出版公司，93 年，第 2 版，第 101 頁。該文認爲「雖然依照刑事訴訟法第 253 條之 2 規定，須得被告同意，但是被告似乎別無選擇之餘地，只能爲兩害相權取其輕的決定」，惟依刑事訴訟法第 253 條之 1、第 253 條之 2 第 2 項之規定，僅有在命被告爲第 253 條之 2 第 3 款至第 6 款之事項前，須得被告之同意，因此，被告恐怕連爲「兩害相權取其輕」決定之機會都沒有。

¹⁴¹ 張麗卿，評析新增訂之緩起訴制度，驗證刑訴改革脈動，五南圖書出版公司，93 年，第 2 版，第 100 頁至第 106 頁。

刑事訴訟法第 253 條之 2 立法之初，已明確意識到緩起訴處分之負擔係「課以被告履行一定負擔之義務，人身自由及財產將遭拘束，且產生未經裁判即終局處理案件之實質效果，自應考慮被告之意願」，因此明定如命被告為金錢給付、勞務給付及處遇措施，應得被告之同意（刑事訴訟法第 253 條之 2 第 2 項前段）¹⁴²；附條件緩刑則因為不像緩起訴處分可能產生使犯罪行為人不必進入審判程序的終局效果，也沒有未經法院裁判產生實質制裁效果的疑慮，因此無論是向被害人道歉、支付損害賠償，或是命被告為金錢給付、勞務給付或處遇措施，都不需要得到被害人或被告的同意。

另外考量到附條件緩刑之效力及徹底解決糾紛、節省司法資源的必要，附條件緩刑制度如同緩起訴處分，規定向被害人支付損害賠償、向公庫支付一定之金額等 2 項內容，可以直接作為民事強制執行名義。

第三款 與刑事訴訟法認罪協商制度之比較

民國 79 年刑事訴訟法修正時增訂第 451 條之 1，其內容為「前條第一項之案件，被告於偵查中自白者，得向檢察官表示願受科刑之範圍，檢察官得以被告之表示為基礎，向法院為具體之求刑。被告自白犯罪未為前項之表示者，在審判中得向法院為之，檢察官亦得向法院為具體之求刑。」，其立法理由即表示「為落實簡易程序之簡易可行，允宜賦被告於偵查中及審判中表示願受科刑範圍之機會，檢察官亦得為具體之求刑，並於法院依其所請科刑後限制其上訴權（第 455 條之 1 第 2 項）。」故該次增訂該條文，僅規範被告自白後，如就刑度部份向檢察官表示願意受科刑的範圍，檢察官可以以該表示為基礎，在於審判中具體求刑，以條文來看，適用的情形不限於被告與檢察官對於科刑範圍達成合意的情形，且檢察官求刑的內容並不生拘束法院科刑的效果，僅是檢察官向法院建議的性質。

民國 86 年刑事訴訟法增修時，將第 451 條之 1 修正為「前條第一項之案件，被告於偵查中自白者，得向檢察官表示願受科刑之範圍或願意接受緩刑之宣告，檢察官同意者，應記明筆錄，並即以被告之表示為基礎，向法院求刑或為緩刑宣告之請求。檢察官為前項之求刑或請求前，得徵詢被害人之意見，並斟酌情形，經被害人同意，命被告為左列各款事項：一、向被害人道歉。二、向被害人支付相當數額之賠償金。被告自白犯罪未為第一項之表示者，在審判中得向法院為之，檢察官亦得依被告之表示向法院求刑或請求為緩刑之宣告。第一項及前項情形，法院應於檢察官求刑或緩刑宣告請求之範圍內為判決，但有左列情形之一者，不在此限：一、被告所犯之罪不合第

¹⁴² 相較之下，刑事訴訟法第 253 條之 2 第 2 項前段並未規定該條第 1 項第 1 款向被害人道歉、第 2 款立悔過書此種關係被告人格及意思自由的事項應先經過被告同意，此種差別應屬立法者的有意排除，而何以有此種差異，本文認為可能與認為緩起訴處分係對被告有利的決定，且實務上道歉、立悔過書皆流於形式有關，詳如後述。

449 條所定得以簡易判決處刑之案件者。二、法院認定之犯罪事實顯然與檢察官據以求處罪刑之事實不符，或於審判中發現其他裁判上一罪之犯罪事實，足認檢察官之求刑顯不適當者。三、法院於審理後，認應為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤判決之諭知者。四、檢察官之請求顯有不當或顯失公平者。」。而民國 93 年 4 月 7 日，刑事訴訟法正式引進協商制度，規定對於所犯為死刑、無期徒刑、最輕本刑 3 年以上有期徒刑之罪或高等法院管轄第一審案件者外，案件經檢察官提起公訴或聲請簡易判決處刑，於第一審言詞辯論終結前或簡易判決處刑前，檢察官得於徵詢被害人之意見後，逕行或依被告或其代理人、辯護人之請求，經法院同意，就被告願受科刑之範圍或願意接受緩刑之宣告、被告向被害人道歉、被告支付相當數額之賠償金、被告向公庫或指定之公益團體、地方自治團體支付一定之金額等事項，於審判外進行協商，經當事人雙方合意且被告認罪者，由檢察官聲請法院改依協商程序而為判決，此即為我國協商制度的基礎。

93 年增列第 7 編之 1 的立法理由中，係明白表示：認罪協商制度，一般而言，指檢察官與被告、辯護人在法院判決前就被告所涉案件進行之協商，於此協商中，被告希望以其有罪答辯來協商取得檢察官對於判決較輕刑罰之建議或其他可能之讓步。依美國法制，認罪協商可以適用於所有案件，其協商之範圍包含「控訴協商」(Charge Bargaining)、「罪狀協商」(Count Bargaining)、「量刑協商」(Sentence Bargaining) 及其混合型態，但各州之狀況容有差異；義大利於 1988 年新修訂之刑事訴訟法則規定適用認罪協商之案件，以科處罰金刑或宣告 2 年以下有期徒刑為限。而因「審酌我國國情、目前簡易判決處刑、簡式審判程序之適用範圍等各種狀況」，將協商之案件限定於須非高等法院管轄第一審之案件，且須以被告所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑三年以上有期徒刑以外之罪為限；且「為確保法院裁判之客觀性及公正性，並兼顧被害人權益之維護」，若案件經檢察官提起公訴或聲請簡易判決處刑，於第一審言詞辯論終結前或簡易判決處刑前，檢察官得於徵詢被害人之意見後，逕行或依被告或其代理人、辯護人之請求，經法院同意，於審判外進行協商¹⁴³。

由國外的經驗來看，認罪協商制度係由檢察官及被告合意決定被告之罪名或刑度，使得被告可以接受較輕的處罰，被害人在該程序中恐被犧牲，因此也出現要求檢察官於協商程序中必須特別重視被害人的意見¹⁴⁴。而從我國立法的歷程來看，該次引進量刑協商制度，主要還是在於配合「改良式當事人進行主義」及交互詰問制度實施後，對於法院負荷可能造成的影響，而期待以檢察官及被告、辯護人方面對於刑度的合意，在訴訟程序及判決書製作方面，減少法官的工作量，並且控制就刑度上訴第二審法院的案件數目。然

¹⁴³ 刑事訴訟法第 455 條之 1 立法理由第 2 項、第 3 項。

¹⁴⁴ 陳珈谷，論修復式司法，臺灣大學法律學研究所碩士論文，91 年，第 120 至 121 頁。

而因為該次修法保留了第 451 條之 1 向被害人道歉及為損害賠償的規定，而帶有若干保護被害人甚或是修復式司法的精神，且因犯罪之被害人本有請求檢察官上訴的權利，檢察官與被告行認罪協商之後，檢察官的上訴權同樣也遭到限制，因此即使條文僅規定檢察官「得」於徵詢被害人意見後與被告協商，在實務上，檢察官同意與被告協商之前，往往都會徵詢被害人之意見，在未能確定被害人對於刑度無意見的案件中，檢察官多半不願意貿然與被告協商，故實際上，我國的認罪協商制度反而比其他審判程序更使得被害人之意見受到重視。而檢察官與被告、辯護人之協商結果如係對被告宣告緩刑，檢察官也可能依照被告犯罪的性質，運用刑法第 74 條第 2 項各款的規定，命被告為一定之事項。

第四款 與特別法中緩刑特殊規定之比較

另外在特別法中，也有類似於附條件緩刑制度之規定。如家庭暴力防治法第 38 條之規定，應屬附條件緩刑制度出現於實體法的雛形。家庭暴力防治法第 38 條第 2 項規定，法院對於犯家庭暴力罪或違反保護令罪而受緩刑之宣告者，得命被告於緩刑附保護管束期間內，禁止實施家庭暴力行為、命遷出被害人之住居所、禁止對被害人為直接或間接之騷擾、接觸、通話或其他聯絡行為、接受加害人處遇計畫、戒癮治療、精神治療、心理輔導或其他治療輔導及其他保護被害人或其特定家庭成員安全或更生保護之事項，如受保護管束之被告違反保護管束情節重大，則應撤銷其緩刑之宣告。另外少年事件處理法，對於宣告緩刑的條件有不同於刑法第 74 條的規定，而將得緩刑的宣告刑上限提高為 3 年以下有期徒刑、拘役或罰金；另外在進入刑事程序之前，也可能命少年向被害人道歉、立悔過書或對被害人之損害負賠償責任，而由少年法院為不付審理之裁定（少年事件處理法第 29 條第 3 項）。

上述各個制度比較之結果，如下表所示：

	緩刑條件 (刑法第 74 條第 2 項)	簡易程序 認罪協商 (刑事訴 訟法第 451 條之 1)	協商程序 (刑事訴訟 法第 455 條 之 2)	緩起訴處分 (刑事訴訟 法第 253 條 之 2)	少年事件 不付審理 裁定 (少年事 件處理法 第 29 條第 3 項)	家庭暴力 等罪緩刑 條件 (家庭暴 力防治法 第 38 條第 2 項)
向被 害人 道歉	V	V	V (應得被 害人同意)	V	V(應得少 年、少年 之法定代 理人、被 害人同 意)	
立悔 過書	V			V	V(應得少 年、少年 之法定代 理人、被 害人同 意)	
損害 賠償	V	V	V (應得被 害人同意)	V (應得被 告同意)	V(應得少 年、少年 之法定代 理人、被 害人同 意)	
公益 捐款	V (限公 庫)		V (公庫、 公益團體、 地方自治團 體)	V (公庫、 公益團體、 地方自治團 體)(應得被 告同意)		
義務 勞務	V (40 ~ 240 小時)			V (40~240 小時)(應得 被告同意)		
處遇 措施	V			V (應得被 告同意)		V
保護 被害	V			V		V 禁止實 施家庭暴

人安全必要命令						力、禁止非必要聯絡、遷出被害人住居所、遠離特定場所
其他	V			V		V



第二節 附條件緩刑制度對於量刑原則的影響

在第二章中，本文說明了對於刑罰的目的採取何種看法。而在本節裡，則要針對緩刑加以討論，尤其是就緩刑附加條件的目的何在。緩刑制度的正當性、益處或學說上的基礎，雖均已如前述，但是附條件緩刑制度所要追求的目的，是否與刑罰全然相同？如果不然，從以下幾個角度來看，已經可以發現附條件緩刑制度之下，量刑原則的意義，也隨之變化。則此種變化所代表的意義，值得我們警惕。

第一項 刑之輕重難以判斷

在一般量刑的情形中，刑罰之間的關係，雖然不是等距的(interval)，但是至少具有次序上的(ordinal)關係。換言之，雖然不能說被判處有期徒刑 2 年的「惡性」(或是情節)是被判處有期徒刑 1 年者「惡性」(或是情節)的 2 倍重，也無法推論被判處有期徒刑 6 月與 5 月之間的惡性差距，等同於判處有期徒刑 3 月與 2 月之間的惡性差距，但是至少可以肯定被判處有期徒刑 2 年的「惡性」，較被判處有期徒刑 1 年之人的「惡性」嚴重，刑度的輕重之間，也可以反映出某判決對於被告有利或不利的差異。然而這種次序上的關係，可能因為緩刑或緩刑的條件而混淆。舉例而言，在行為人有能力負擔罰金、不會再犯罪、緩刑不會被撤銷的情形下，對於行為人判處(1)有期徒刑 6 月，如易科罰金，以新台幣 1000 元折算 1 日，或是(2)有期徒刑 6 月，如易科罰金，以新台幣 1000 元折算 1 日，緩刑 2 年，緩刑期間應給付國庫新台幣 18 萬元，以及(3)有期徒刑 10 月，緩刑 2 年，緩刑期間應給付國庫新台幣 18 萬元的三種制裁方式，該行為人都必須繳交 18 萬元給國家，因此得到完全相同的效果。但是一旦上述前提不成立，三種情形的制裁會有很大的差異。此時，或許我們可以說(1)的情節應該重於(2)，(3)的情節也應該重於(2)，但是(1)和(3)的次序關係如何，卻不得而知。

情形	有能力繳交罰金 不再犯 緩刑未經撤銷	有能力繳交罰金 不再犯 緩刑經撤銷	無能力繳交罰金 再犯	有能力繳交罰金 再犯 緩刑經撤銷
(1) 有期徒刑 6 月，如易科罰金，以新台幣 1000 元折算 1 日	繳交 18 萬元給國家	繳交 18 萬元給國家	入監執行有期徒刑 6 個月，再犯時被論以累犯	繳交 18 萬元給國家，再犯時被論以累犯
(2) 有期徒刑 6 月，如易科罰金，以新台幣 1000 元折算 1 日，緩刑 2 年，緩刑期間應給付國庫新台幣 18 萬元	繳交 18 萬元給國家	繳交 36 萬元給國家（其中 18 萬元為緩刑的負擔，另 18 萬元為緩刑撤銷後有期徒刑易科罰金的總額）	入監執行有期徒刑 6 個月，再犯時被論以累犯	繳交 18 萬元給國家，如果是緩刑期內再犯，則緩刑被撤銷，另外再繳納 18 萬元給國家；如果是緩刑期滿後再犯，不構成累犯
(3) 有期徒刑 10 月，緩刑 2 年，緩刑期間應給付國庫新台幣 18 萬元	繳交 18 萬元給國家	繳交 18 萬元給國家，入監服刑 10 個月	入監服刑 10 個月，再犯時被論以累犯	繳交 18 萬元給國家，如果是緩刑期內再犯，則緩刑被撤銷，入監服刑 10 月；如果是緩刑期滿後再犯，不構成累犯

如果單就 (1)、(3) 作刑度輕重的比較，可能終究必須承認該 2 種刑度無法區分孰輕孰重。然而在實務上是否可以接受這樣的答案？最明顯的，在上訴而認定有無受不利益變更禁止限制時，這個問題是必須處理的。目前實務上認為如前審宣告緩刑，而上訴審並未宣告緩刑，係對被告不利益之變更¹⁴⁵；如果同樣宣告緩刑，但是加重緩刑條件，則並非不利益於被告¹⁴⁶。此種

¹⁴⁵ 如最高法院85年度台上字第6090號判決：刑事訴訟法第三百七十條所定禁止不利益變更之法

見解，在刑法增訂附條件緩刑制度之後，實務上遲早要面對：向被害人道歉的刑罰比較重，還是命被告提供義務勞務比較重、完成心理輔導比較重，還是向公庫支付 3 萬元比較重等不同的比較問題¹⁴⁷。

第二項 罪刑法定原則的變動

如果再從罪刑法定的原則來看，緩刑的負擔或指示，從現行刑法第 74 條第 2 項各款的規定來看，除了無法直接依緩刑指示或負擔令受刑人入監服刑或剝奪受刑人的生命外，幾乎是毫無限制的，然而此種負擔或指示，卻會直接影響到受刑人的財產及自由。條文中對於緩刑指示及負擔並未加以限制的危機，可以細分而從質與量兩個角度來討論。

以質的角度來看，刑法第 74 條第 2 項第 6 款、第 7 款、第 8 款，僅以「適當之處遇措施」、「必要命令」來描述，此種立法方式固然讓法官在衡量

則，其所謂不利益，應從第一審及第二審判決所宣告主文之刑（刑名及刑度）形式上比較外，尚須總體的綜合觀察，將二判決對應比較，凡使被告之自由、財產、名譽等受較大損害者，即有實質上之不利益。緩刑之宣告，本質上無異恩赦，得消滅刑罰權之效果，故在法律上或社會上之價值判斷，顯對被告有利，若無同條但書所定例外情形，將第一審諭知之緩刑宣告撤銷，即屬不利益變更。

¹⁴⁶ 最高法院 28 年上字第 331 號判例意旨認為：刑事訴訟法第三百六十二條祇規定由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑。至緩刑期間並無不利益變更之限制。本件原判決諭知之刑期，與第一審判決相同，並未加重，僅就其所宣告之緩刑期間，由二年改為三年，尚非法所不許。

¹⁴⁷ 在實務上相似而尚未獲得解決的疑問，在於行政罰與刑罰比較的問題。依道路交通管理處罰條例第 35 條第 8 項規定，汽車駕駛人駕駛汽車經測試檢定酒精濃度超過規定標準，同時違反刑事法律，經裁判確定處以罰金低於道路交通管理處罰條例第 92 條第 3 項所訂最低罰鍰基準規定者，應依本條例裁決繳納不足最低罰鍰之部分。因為行政罰法第 26 條所揭示一事不二罰、刑事罰優先於行政罰之原則，在一行為已受刑罰後，原則上即無再受行政罰之必要，但是道路交通管理處罰條例第 35 條第 8 項所採的「差額說」，使得實務上必須面對刑法第 74 條第 2 項各款、第 253 條之 2 第 1 項各款事項與罰金互相折算、比較的情形。舉例而言，酒醉駕車的人可能同時被裁處罰鍰 45000 元、吊扣駕照，也同時被法院判刑。如果法院的罰金超過 45000 元，行政罰罰鍰的部份就無必要，僅吊扣駕照就好，如未超過 45000 元，就差額的部分仍有科處罰鍰的必要；如果法院的決定是拘役或是有期徒刑，勉強也可以用易科罰金後的金額類比為罰金，並比照前開方式處理；但是如果法院的判決是緩刑但提供義務勞務、完成戒癮治療，應如何決定行政罰罰鍰部分是否出現「二罰」？同樣在緩起訴的情形，檢察官命被告繳交 60000 元，比起僅命被告立悔過書，應該是命被告繳交 60000 元的情形較嚴重，為何在前者的情況下被告不用再受行政罰，後者則仍有可能必須受行政罰鍰？此種現象雖然可以歸咎於道路交通管理處罰條例第 35 條第 8 項立法之不妥，但是也顯現出來緩刑、緩起訴命被告為之「事項」，仍有與刑罰、行政罰放在同一天平上比較之可能。

時有一定的彈性，但是上開條文本身即屬不確定的法律概念，就使被告得以預見其所需負擔事項的必要性來看，是不利於被告的。例如與被害人保持一定距離的規定或許會被認為是保護被害人之必要命令，但如法官依據第 74 條第 2 項第 8 款，禁止被告駕駛甚至是禁止被告從事一定行業，或命令被告向特定的公益團體捐款，是否於法無違？

以量的角度來看，即使是刑法第 74 條第 2 項第 3 款、第 4 款向公庫支付一定金額或對被害人為損害賠償這種行為態樣相對明確的規定，都可能使受刑人無法預期緩刑處分的效果。單就理論上來看，刑法第 320 條第 1 項對於竊盜罪所規定之罰金刑上限為新台幣 15000 元，法官對於行竊之人判處罰金新台幣 15000 元，給予緩刑，但命其給付國庫新台幣 150 萬元，是完全合於法律的。如果是終審法院判處上述的緩刑條件，當事人沒有其他救濟的途徑，僅能放棄緩刑的利益。然而當一個被告請求法院給予緩刑的機會時，是否可能預料到這個緩刑的代價是如此超出預期？受刑人對於法官可能依照刑法第 74 條第 2 項命令的事項，可以說完全沒有辦法預見其可能負擔的範圍，此與在沒有緩刑的情況下，行為人可以依據法律條文的法定刑，預見其所面臨的制裁大相逕庭。從法律允許法官以緩刑的條件或指示，也可以發現，立法者在這一部份，除了事涉受刑人人身自由的義務勞務一項，留有 40 小時以上、240 小時以下之框架外，刻意留予法官極大的彈性。

而刑法第 1 條、第 2 條雖然分別揭示了罪刑法定及從舊從輕的原則，但是實務上就緩刑的宣告，認為犯罪在新法施行前，新法施行後，緩刑之宣告，毋庸比較，應直接適用新法第 74 條之規定¹⁴⁸，而可以依照新法的 74 條第 2 項之規定命被告為一定事項。而相較之下，94 年刑法修正，特別在刑法第 1 條揭櫫拘束人身自由保安處分亦應遵守罪刑法定原則，表示立法者已經意識到罪刑法定原則並不以刑罰為限。緩刑規定的變更，雖然不如新增處罰規定、刪除處罰規定、變更處罰規定或空白構成要件之變更等法律變更問題中典型的情況¹⁴⁹，但是不可否認的，仍然涉及法律適用上的不同¹⁵⁰，最高法院

¹⁴⁸ 見最高法院九十五年第八次刑事庭會議決議。實務上將法律變更區分為法律無利或不利行為人之「法律形式變更」，以及有利或不利行為人之別之「法律實質變更」，關於緩刑，則認為並非刑法第 2 條第 1 項法律變更的情形，而由法院適用裁判時之緩刑規定。見蔡廷宜，刑法第二條法律「變更」新舊法適用之探討—以 95 年 7 月 1 日修正施行刑法為中心，司法研究年報第 26 輯第 5 篇，98 年 11 月，司法院。

¹⁴⁹ 林鈺雄，新刑法總則，元照出版有限公司，95 年 9 月，第 57 至 62 頁。

¹⁵⁰ 例如緩刑效力是否及於褫奪公權，對於被告的權益有極大的影響，但最高法院亦僅表示「是否對被告之犯罪行為宣告緩刑，係由法院依據裁判時之緩刑規定加以審酌，此為本院所持之見解。是被告行為後，有關緩刑之效力是否及於褫奪公權等從刑之規定，如有增訂或變更者，當以裁判時之法律規定為準，並無比較新舊法適用或發生基於統一性、整體性原則一體適用之問題」（最高法院 98 年度台上字第 1600 號判決），未進一步說明其理由，甚是可惜。

此種見解，似乎過度簡化刑法第 74 條適用的問題。因為即使是保安處分執行的限制，實務上都認為有新舊法比較的必要的，最高法院的這種認定，是否表示實務推定刑法第 74 條第 2 項各款的事項對於行為人的拘束程度較低，或是都應該較有利於行為人？或是最高法院並未意識到修正後刑法第 74 條之規定可能涉及被告自由權、財產權的限制？

第三項 量刑邏輯之紊亂

在第二章中，本文討論了量刑的順序，亦即在確認事實、適用法條之後，在法定的框架內，決定使被告承擔的刑罰、定應執行刑，而在考量被告有無受宣告刑執行必要之後，決定是否併予緩刑宣告。在刑法第 74 條第 2 項之制度下，法院決定刑罰的順序，卻變得是在認定被告所受宣告之刑並無執行必要之後，又對被告施加的不利益。如果借用德國法制對於緩刑指示的觀念，為何對於已經被認為沒有執行刑罰必要的犯罪行為人，還要施加指示防止其再犯？其正當性何在？就緩刑負擔這部分，緩刑之負擔仍是對於已被認為不必由國家處罰的犯罪行為人，以撤銷緩刑、執行原宣告刑的不利益作為威嚇，壓制犯罪行為人履行某種負擔，同樣有正當性的疑慮。

而對於已履行緩刑所附之條件（尤其是緩刑負擔）的受刑人，因為尚未經過緩刑期間，該緩刑仍有受撤銷的可能，一旦其緩刑被撤銷，仍然必須執行原本宣告的刑罰，其已履行的部份即成為對受刑人額外的負擔，對此，學者亦有提出緩刑條件成為附加刑罰(Zusatzstrafe)的疑慮¹⁵¹。

第三節 附條件緩刑的定位

從上述的討論可以發現，所謂的「兩極化刑事政策」並不能為實務的難題找到解答，而「刑罰第三元」在刑罰與保安處分外創設了第三個名詞，卻只是在原本就曖昧不明的國家刑事處分範圍下，另外一個無法完全解決問題的選項。至於修復式司法的精神雖然可取，附條件緩刑制度也確實帶有保障被害人權益的色彩，但是將修復式司法引進至我國刑事訴訟程序，仍有若干不妥之處，故本文認為修復式司法強調對話、彌補損害的一面值得參考，並且剛好可以補足本文第二章所述難以在被告刑事訴訟程序中找到被害人適當位置，以及處理對被害人損害賠償這二區塊的不足，但是全面將附條件緩刑制度定位為修復式司法的一部，在人民、司法人員的法律觀念尚未跟進、制度亦未完備之前，亦無法發揮修復的效果。

本文認為現行附條件緩刑之制度，在我國歷年刑事法修正無法擺脫「疏減訴訟」的思維下，已經與檢察官的緩起訴處分、審判中的認罪協商相似，而難以彰顯其特色。然而附條件緩刑制度下，被告得到的仍然是一個不折不扣

¹⁵¹ 柯耀程，刑法總論釋義—修正法篇（下），元照出版有限公司，95年3月，初版2刷，第554頁，註11。

扣的刑罰--一樣是由法官單方面的意思決定、以國家公權力強制其執行。即使我們可以認為緩起訴處分可以解釋為非審判機關所作的權宜處置，或是當事人進行主義下，檢察官與被告提前於偵查程序終結前相互衡量勝算之後所為的妥協，而不涉及審判權的行使；認為認罪協商所得判決結果可以被定位為檢辯雙方意思表示合致的結果，而不影響法官保留原則，這二種解釋的方法，也不適用於附條件緩刑制度，故我們仍然必須面對這個問題：附條件緩刑制度是否會對於量刑原則產生破壞？

如果先從緩刑制度的問題來看，目前實務上對於緩刑制度認定的矛盾，在於將緩刑的性質設定是一種恩典：除了法院的判決裡曾多次表達此種想法外¹⁵²，也惟以此種看法才能解釋上述關於緩刑的法律修正毋庸新舊法比較的結論。然而法院僅有依法審判的權力，沒有藉由職務施予恩惠的權限¹⁵³，緩刑不應該是一種恩賜，而是衡量刑罰必要性後依據法律所為的決定，法官固然有斟酌行為人的情狀考量是否給予緩刑的權限，但是此種權限如同法官依照刑法第 57 條量刑的權利一樣，並無外於法律。故緩刑並非是一種恩惠，而應該是國家在行使其權力時，受比例原則限制的結果。

而緩刑既然是否定了原本判處之刑罰（有期徒刑、拘役、罰金）執行的必要，該緩刑的條件，在性質上如果等同於有期徒刑、拘役、罰金等刑罰的執行，在概念上就會是矛盾的，故緩刑所附的條件，必然不能是傳統、狹義的刑罰，而是促使被告填補損害或是協助被告避免再犯的事項。在概念上，傳統的刑罰是依據行為人之責任而定，責任越大，刑罰也越重；緩刑所附的條件，則是觀察受刑人距離填補損害或避免再犯的目標，還有何不足，而以緩刑的指示或負擔，要求受刑人完成一定的事項。雖然如此，因為緩刑的負擔或指示仍屬由國家所為對於犯罪人之不利益，受刑人更因為能否履行緩刑的條件，而直接影響其能否免除原宣告刑之執行，是緩刑的負擔或指示仍應該要符合明確性，以及其他刑罰所應遵守的限制。因此，在決定緩刑的條件及指示前，必須先意識到這一點，酌定緩刑的負擔或指示時，其出發點與原先預設希望以刑罰預防再犯的目標是不盡相同的，也不宜以緩刑的條件做為避免原宣告刑、但「略施薄懲」的手段。

在確認緩刑條件與刑罰性質的不同之處後，必須重新面對一個最根本的問題：緩刑條件的目的為何？對於一個被認定沒有受刑罰執行必要的行為人，公權力要求該行為人履行一定事項的原因何在？本文認為，上開討論的

¹⁵² 例如最高法院83年度台上字第6887號判決：緩刑之宣告，本質上無異恩赦，得消滅刑罰權之效果，故在法律上或社會上之價值判斷，顯對被告有利，若無同條但書所定例外情形，將第一審諭知之緩刑宣告撤銷，即屬不利益變更。最高法院85年度台上字第6090號判決、92年度台上字第5576號判決同此意旨。

¹⁵³ 以這個層面來看，赦免或全面性的減刑（例如中華民國九十六年罪犯減刑條例），都是狂妄而不負責任的做法。

修復性司法的精神—修復及確認，可以作為理解附條件緩刑制度的一種可能。如果以附條件緩刑的負擔或指示來看，可以發現在條文中確實隱含著賠償被害人（如刑法第 74 條第 2 項第 1 款、第 2 款、第 3 款）以及讓被告對公益做出補償（如刑法第 74 條第 2 項第 4 款、第 5 款）的意涵，這兩個方向可以與修復性司法中修復與被害人及社區關係的主題相呼應。因此，緩刑的宣告雖然是建立在肯定被告暫無受宣告刑執行必要的前提上，但是可以透過緩刑條件的決定，對於雖無執行刑罰必要，但是對於被害人或社區有修復、賠償必要的犯罪行為人為一定的要求及約束，或是藉由緩刑之條件，協助犯罪行為人不再犯罪。相對於傳統刑罰的目的限制在特別預防，透過附條件緩刑制度這種修復、賠償的過程，則可以將緩刑條件的效果看得更遠，包括使得被害人獲得彌補，利用受刑人對於公益的補償，也可以使加害人、被害人及其他大眾確認法律規範的存在及效力，而達到預防犯罪的效果。

必須強調的是，本文雖然認為附條件緩刑制度應以修復及確認為目標，但是並未完全採納修復式司法的觀念，且亦不採納前開「兩極化刑事政策」的觀點，將附條件緩刑視為寬鬆的刑事政策的一部。除了「兩極化刑事政策」有前述論理上無法解釋之處外，也在於以修復為刑事訴訟的目的，在本質上即於傳統刑事訴訟制度迥異，兩者難以比較，很難認為以修復為司法的目的，即較傳統刑事程序寬鬆。質言之，將附條件緩刑制度歸類為寬鬆刑事政策的範圍，應該是著眼於其不執行宣告刑的部份，但是不執行宣告刑是因為緩刑的宣告，並非因為緩刑條件的賦予，此種歸類方式，不免仍有弊病。其次，傳統刑事訴訟係以犯罪人的罪責為中心，參酌犯罪學、社會學、精神醫學等學說對於犯罪之研究成果，並且以此推展出嚴謹的論罪科刑程序，但此種思維與一般社會大眾的觀念有很大的差距。本文認為採修復立場最明顯的好處，在於將刑事事務從法院帶進社會，而不再將犯罪人「保護」於傳統刑事訴訟制度之中。所謂「治亂世用重典」、「以牙還牙、以眼還眼」的觀念，雖然不符合現代法所擁護的刑罰原理，但不可否認的，這種思想仍然十分普遍。在社會新聞中，我們往往看到法官在對某被告判處無期徒刑後，被害人、被害人家屬或一般民眾仍然會覺得判決過輕，此種現象對於能夠理解犯罪成因的人而言雖然難以接受，卻毋寧是現實。而一個具體的犯罪所侵害的客體，就是這樣的現實；當一個人在犯了罪後，他所要復歸的對象，也仍然是這樣的現實、甚至是殘酷的社會。修復式司法的運作方式，正是允許及鼓勵讓犯罪人在這樣的現實社會裡面對自己的過錯，以及進一步地贖罪。本文認為，尊重被告的人權、以正當法律程序保障被告，固然是司法權行使的前提，但是如果在刑事追訴及執行的過程中，始終沒有讓犯罪人接觸到這部分的事實，只會讓被告在國家執行刑罰完畢後，不能瞭解自己為何仍然不被接納，進而引發更生的困難，甚至是再次的犯罪。

舉例而言，施用毒品者可以主張施用毒品完全只是自戕行為，未侵害他人法益而屬於其自由，但是如果以修復式司法的角度來處理施用毒品的案

件，當施用毒品者毒癮發作時，造成自己家人恐懼、煎熬等種種後果，甚至是社區間因為該施用毒品者出沒而造成家長的擔心，也應該納入施用毒品行為的影響內。因此，以修復做為司法的目的，所必須考量的層面，可能較傳統司法為廣，也可能更為嚴苛，並且可以讓犯罪者及其他相關人意識到，就一個犯罪行為而言，刑事判決的結果如何，並不是最終的結論。

承接著上述的討論，如將附條件緩刑的目的設定在修復，附條件緩刑的內容，也因此可能比傳統的刑罰更加困難。以前述施用毒品的例子來說，對於大多數的被告而言，事證已很明確，判刑如何、何時執行，只是時間的問題，但是如果斟酌其情形後給予其緩刑，但是命其於緩刑期間戒除毒癮，反而是更大的挑戰。許多被告或是一般民眾會有犯罪的結果「大不了就是進去關」的想法，透過附條件緩刑制度的運作，也可以導正這樣的觀念。

如果同時擷取修復式司法促進對話的優點，而在討論緩刑條件的過程中，讓犯罪者有機會可以直接面對其行為造成的傷害（對於被害人、社區，甚至是被告的家人），並且與犯罪的關係人溝通，更進一步地，讓被告可以藉由修復所造成損害的過程，避免國家對其施予刑罰可能帶來的標籤化的後果，這樣的過程是有助於被告自新的。

相對的，因為意識到將附條件緩刑制度完全依循修復式司法觀念運作可能的缺失，以及符合附條件緩刑之緩刑宣告一旦被撤銷，被告仍然必須執行原本之刑罰，本文認為附條件緩刑制度下決定緩刑條件的場域，仍然應以法庭為主，而由法官主導，並且應該給予被告、被害人及相關者充分表達意見的機會。本文採取如此的構想，一方面肇因於前述提及社區概念在我國尚未健全的問題，以社區為公益的展現，如果不能妥善運作，反而會引發「全民公審」的現象，使得犯罪行為人可能在此過程中遭標籤化，更不利其更生。另一方面，緩刑所附的條件，將實質上決定被告能否藉由刑罰的暫緩執行避免標籤化的弊端，且將影響被害人受賠償的機會，由法官主導而使相關者參與、討論，最能兼顧相關者的權益。

第四節 現行條文之檢討

在確定緩刑所附的條件應該以修復為目的之後，即可以檢討現行條文之妥適與否。相較於德國刑法第 56 條之 2 第 1 項後段、第 56 條之 3 第 1 項後段，均要求法官在為附條件緩刑宣告時，不得要求受刑人超出其能力範圍的負擔或指示，我國刑法關於緩刑所附之條件，並沒有特別表明不得超出受刑人能力期待範圍的要求，然而如果依照上開說明，將緩刑之條件當作協助受刑人避免再犯、修復損害的機制，而非一種恩典或施捨，法官在決定指示或負擔時，本來就應該考量到此種負擔、指示實踐的可能，避免緩刑的條件不切實際，因此就此部分應該要與德國法為相同之解釋，並且透過此一原則的要求，企求法官利用該制度時之公平。例如同樣的酒後駕車案件，如果對於初犯者，實務上多向被告要求 5 萬元公益捐款的緩刑條件，而某法官卻決定

50 萬元公益捐款的緩刑條件，此種命令即不符合可期待的原則，而應該給予被告救濟之機會。

而依照前開討論，刑罰本屬國家所能對於人民施予最嚴厲的制裁方式，如果以舉重以明輕的觀念來看，或許在傳統觀念中，緩刑就是一個有罪的被告可以得到最好的待遇，所以在刑法第 74 條第 2 項第 1 款、第 2 款中分別規定有「向被害人道歉」以及「立悔過書」的事項。如同前述，與刑事訴訟法第 253 條之 2 第 2 項相對照，可以認定立法者無論是在緩起訴處分或是附條件緩刑制度，都不認為命被告與被害人道歉或是立悔過書需要先經過被告的同意。換言之，被告或被害人都是法官所決定應該道歉或接受道歉的客體。

如果參照司法院大法官會議釋字第 656 號解釋對於依民法第 195 條第 1 項後段命加害人登報道歉涉及言論自由中不表意自由的討論，刑法第 74 條第 2 項第 1 款、第 2 款的規定，顯然有強制被告表意的可能，甚至可以涉及被害人有無不接受道歉權利的討論。立法者此種安排，雖然有可能是因為在實務上的運作已淪為制式，道歉可能只是請被告在法庭上表示歉意並記明於筆錄，甚至由法院提供空白的悔過書讓被告簽名以代替由被告撰寫，因此立法者並未考量到涉及被告意願的問題，但另一種可能，則是立法者並未意識到緩刑負擔的性質，而以此種壓縮被告人格的方式，作為被告得以換取判決結果優待的條件。針對該 2 款規定是否侵害被告表意自由部分，雖然可以透過立法，限定法官命令被告道歉或立悔過書前應徵得被告、被害人同意，而減少此部分的問題，但是將「悔過」、「歉意」此種個人內心的意思，當作刑罰執行內容的一種，除了在概念上難以類比以外，也與本文所認為應以修復性司法精神解釋此制度相悖¹⁵⁴。因此本文認為該 2 款的內容應予刪除。

第 74 條第 2 項第 3 款向被害人支付相當數額之財產或非財產上之損害賠償之規定，雖然屬於鼓勵被告向被害人賠償、保護被害人的設計，但是在現行的條文中，無法判定該賠償的金額應如何認定。本文認為，附條件緩刑制度既然追求修復的目的，應該重視修復這一個事件的當事人，也就是加害人與被害人的自主決定。因此，該損害賠償的數額應由加害人與被害人共同決定，而非由法院單方面的意思越俎代庖。對於兩造無法就賠償金額總額達成合意，而當事人又希望透過附條件緩刑監督加害人履行的情形，法官如果要依照本款規定命被告向被害人賠償，應有義務在判決理由中交代所命給付者為被告應賠償之最低金額（類似民事訴訟法第 244 條第 4 項僅表明全部請求最低金額之情形），並且於審判程序或判決中告知被害人仍可透過民事程序求償，以盡教示的義務。如果對於該款為上述的限制，應能符合民事事件當事人主義的內涵，現行條文第 74 條第 3 項對於此種賠償得作為民事強制執行名義的規定亦才有其正當性。而因為由國家以緩刑制度監督損害賠償，

¹⁵⁴ 相似的批評，見謝如媛，修復式司法的現狀與未來，月旦法學雜誌，第 118 期，94 年 3 月，第 50 頁。

仍然是以公權力介入私人間債權債務關係，爲了避免此種制度被濫用爲國家代替債權人討債的工具，本文認爲法官有義務瞭解被告與被害人之間賠償的發生原因、計算方式，且對於雙方債權發生原因違反公序良俗的情形（例如要求被告償還賭債或加計重利），即不應該利用該制度要求被告賠償。

第 74 條第 2 項第 4 款向公庫支付一定金額之規定，與刑法第 33 條第 5 款之罰金刑同屬命令被告對國家爲金錢給付之規定，在性質上，難以說明爲何一個犯罪的行爲人沒有受有期徒刑、拘役或罰金等刑罰執行的必要，卻仍然要要求該犯罪行爲人對國家履行此種與罰金刑相似的義務，且此種對國家履行金錢給付之義務，還可以不受罪刑法定原則的拘束。而刑事訴訟程序爲國家追究刑事責任的過程，使用國家的刑事訴訟程序或造成國家相關費用的支出，本來應該沒有所謂成本的概念，因此也無從基於訴訟資源浪費的角度，要求被告對國家支付一定金額。雖然在實務上，確實時常給予被告緩刑卻仍命被告支付一定金額的案件，但是細究之下，很可能是因爲某犯罪的法定刑過重，以致於不得不藉由緩刑的規定規避原法定刑的執行，然而僅宣告緩刑又難以達公平，只好以第 74 條第 2 項第 4 款之規定求其平衡（詳如第 4 章所述）。本文認爲，此種現象仍屬罪刑法定主義的逸脫，第 74 條第 2 項第 4 款對公庫捐款之規定應予刪除。反而是類似刑事訴訟法第 253 條之 2 第 4 款後段對於公益團體、地方自治團體支付一定金額之規定，如果考量被告犯罪對於公益所產生的影響，在一定的限制下，此種負擔有其正當性，且亦能達到修復的效果，例如要求酒後駕車的被告捐款給照顧植物人的基金會，或是要求與未成年人性交易的被告捐款給終止童妓的民間團體等。但爲了使被告在請求緩刑時可以預見其相對需負擔的義務，同時避免此制度使法官讓有錢之被告多捐款，而有花錢買自由之議，本文認爲支付金錢的金額應有所限制，例如以新台幣若干元爲上限，或是以被告所遭處的刑罰乘以 1 日若干的數額爲上限。參考現行易科罰金之折算方式，及考量以固定金額爲上限可能會因幣值升降而有常有調整必要，本文認爲應以被告所經判處之刑度決定此款捐款之上限：如被告經判處罰金刑，對被告宣告緩刑時所命支付之公益捐款即以該罰金刑之額度爲限；如被告經判處自由刑而宣告緩刑，則以該宣告刑日數乘以 3000 元爲公益捐款之上限。

第 74 條第 2 項第 5 款係規定向指定之政府機關、政府機構、行政法人、社區或其他符合公益目的之機構或團體¹⁵⁵提供 40 小時以上 240 小時以下之

¹⁵⁵ 第 5 款所規定提供義務勞務的對象，原本僅限於「公益團體、地方自治團體或社區」，98 年 6 月 10 日時，則以「原規定所稱之『地方自治團體』，依地方制度法之規定，係指依該法實施地方自治，具公法人地位之團體，包括直轄市、縣、市、鄉、鎮、縣轄市。地方自治團體並設有行政機關與立法機關等自治組織，代表地方自治團體行使權利履行義務。由於實際上行使權利履行義務者，為地方自治團體之組織機關，而非公法人本身，且『地方自治團體』之範圍並未包含中央政府機關及政府機構，範圍過於狹隘，爰修正為『政府機關』；政府機關於其權限、職掌範

義務勞務，該規定如果運用得宜，可以使被告藉由實際的勞動理解其行為之不當，強化預防再犯的效果，或達成修復其行為所生損害的目的，因此提供義務勞務一途是可採的。惟如同前開所述刑事訴訟中沒有成本的概念，此時受刑人雖然提供了一定的勞動力，但是此種規定的意義，不在於以受刑人勞動力的價值折抵其所生的成本。因此，如果認定以修復為附條件緩刑制度的原則，要求被告向政府機關、政府機構、行政法人提供義務勞務，只是節省政府機關、政府機構、行政法人人力費用的支出，恐難以有對公眾服務的效果。故本文認為該義務勞務的對象，應該限於社區或其他符合公益目的之機構、團體等非政府機關，也更能避免產生與刑法第 42 條易服社會勞動¹⁵⁶制度混淆的疑慮。

第 74 條第 2 項第 6 款完成戒癮治療、精神治療、心理輔導或其他適當之處遇措施之規定，雖然在於協助被告，避免其再犯，但是其內容與刑法之保安處分（包括刑法第 92 條的保護管束）近似，且在概念上，保安處分的適用範圍、對象、目的均較刑罰更廣，使得第 6 款之規定與保安處分的制度難以區別。如果再參照第 74 條第 4 項緩刑效力不及於保安處分宣告之條文內容，更可能產生矛盾。

對照德國刑法第 56 條之 3 第 3 項規定，如以緩刑指示要求受刑人接受以侵入性方式治療、參加戒癮治療，或是使受刑人居住於適當的療養院或機構，均必須得受刑人之同意。此項規定是針對行為人因為疾病或是如酒癮、藥物濫用成癮，而可能引發犯罪，又尚未到符合德國刑法第 63 條、第 64 條程度的情形¹⁵⁷。由於德國刑法第 56 條之 3 第 1 項後段原本就已經揭櫫緩刑指示不得超過受刑人能力所能負擔的原則，在該條第 3 項中又要求此種接受治療的指示必須得受刑人的同意，其作用應該在於確保受刑人的基本權利不受侵害¹⁵⁸。

本文認為，第 6 款的處遇措施，其效果與保安處分類似，然而一旦受刑人無法完成此種處遇措施，就必須喪失經宣告緩刑的利益，執行原本的刑罰，比較之下，反而比單純宣告緩刑而未附條件，但另外命令受刑人接受保

圍內所設立之附屬機構，於組織上並非機關或其內部單位，惟亦常有接受義務服務之需求，爰予增列。另行政法人負有特定公共任務，學校為教育之場所，均有類此需求，亦皆予納入」，而將提供義務勞務之對象修正為「政府機關、政府機構、行政法人、社區或其他符合公益目的之機構或團體」。

¹⁵⁶ 刑法第 42 條的易服社會勞動制度，在性質上接近以「有錢出錢，有力出力」的方式避免短期自由刑的執行，詳見第四章的討論。

¹⁵⁷ Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, hrsg. von Wolfgang Joecks, Klaus Mießbach, München : Beck, 2003, s.187, Rn 29.

¹⁵⁸ Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, hrsg. von Wolfgang Joecks, Klaus Mießbach, München : Beck, 2003, s.187, Rn 29.

安處分不利。類似德國刑法要求得到受刑人同意的設計，在某種程度上，固然可以解決此種指示侵害受刑人權利的疑慮，但是如果法院所命令的治療處遇對於受刑人而言並未超出其能力所能負擔，受刑人履行或是接受法院所命令的治療處遇，履行或接受的行為本身就代表了其對於該治療處遇的同意，因此如同德國刑法第 56 條之 3 第 3 項的要求，其象徵的意義應該大於實質的意義，因此也不適合以是否需要得受刑人之同意做為區分適用保安處分或附條件緩刑制度的標準。而刑法第 74 條第 2 項第 6 款所規定的戒癮治療、精神治療、心理輔導或其他適當之處遇措施預防再犯，可能涉及精神醫學、心理輔導、法治教育、職能訓練等各種領域，如果以保安處分的方式命被告完成避免再犯的處遇，可以將決定處遇方法這一部分留待專業的觀護人判斷，並隨著被告參與處遇的情形彈性調整，而不必要在執行之前就由法官決定。在此種重疊之下，本文認為，如果在符合宣告保安處分的情形，宜優先適用保安處分之相關規定，而不適合另闢蹊徑，以附條件緩刑之指示命令被告接受或參與一定的處遇措施，只有在保安處分並未規定的情形，再透過附條件緩刑的指示，要求被告接受特定的治療或輔導。

第 74 條第 2 項第 7 款「保護被害人安全之必要命令」與第 74 條第 2 項第 8 款「預防再犯所為之必要命令」之規定，均有相同的問題—內容不明確。在實務上常見的內容，包括依照第 7 款要求被告接受觀護人或警勤區的定期輔導，或針對家庭暴力案件禁止被告對被害人實施加家庭暴力行為、實施騷擾、接觸、跟蹤、通話、通信或其他非必要之聯絡行為、遷出被害人住居所、遠離特定場所、向被害人支付一定金錢¹⁵⁹、接受輔導或治療課程，或針對恐嚇案件禁止對被害人實施恐嚇行為、實施騷擾、接觸、跟蹤、通話、通信或其他非必要之聯絡行為等¹⁶⁰。依照第 74 條第 2 項第 8 款所命令的事項，則包括接受觀護人定期輔導、接受認知、法治教育課程、抄寫法條、立法理由或宣導文宣若干次¹⁶¹、針對其犯行之違法性、危害性閱讀指定教材後撰寫若干字以上心得、閱讀觀護人指定有益身心靈書籍或影片並繳交一定字數之報告、協助參與地檢署舉辦之反賄選、反毒宣導活動一定場次、於網站

¹⁵⁹ 因刑法第 74 條第 2 項第 7 款與第 3 款並列，在解釋上，應該屬於「其他」保護被害人安全之必要命令，否則刑法第 74 條第 2 項僅需訂定「保護被害人安全之必要命令」及「預防再犯之必要命令」2 款已足，不用再以第 1 到 6 款臚列各種命令的內容；依實務上開做法，更可以允許依照第 74 條第 2 項第 8 款命令被告提供 240 小時以上之義務勞務等可能，而藉由第 7 款與第 8 款之條文，擺脫前 6 款所為之限制。且將向被害人支付一定金錢等事項，歸類為保護被害人安全之內容，亦有疑義，故本文認為實務上此種作法並不妥當。

¹⁶⁰ 參台灣高雄地方法院檢察署緩刑第七款保護被害人安全之必要命令例稿，高雄地檢署建請高雄地院諭知緩刑附條件之方式附件一。

¹⁶¹ 命被告抄寫法條或立法理由，對於因為不懂法律而觸法之被告，或許尚難說無必要性，但是如果抄寫 1 次就可以達到教育被告的效果，命被告抄寫超過 1 次的部分，可能會喪失其正當性。

或部落格張貼觸法之經過做為法治宣導之真實教材等¹⁶²。以上開執行的內容可以發現，雖然條文所使用「必要命令」之用語，表彰了比例原則的概念，但並不足以指示或限制得以命被告履行的範圍，實際操作時，可以依據該 2 款而決定之條件堪稱五花八門，法官也不容易依據該 2 條文之文字掌握必要命令的範圍何在。例如能否禁止為特定的工作、禁止駕駛或禁止飲酒超過一定標準？能否命受刑人以戴電子腳鐐的方式在家拘禁？可否命被告抄寫佛經、聖經或可蘭經¹⁶³？

本文認為，第 74 條第 2 項第 7 款或第 8 款加諸被告的負擔或指示，應該是第 74 條第 2 項第 1 至 6 款所例示的事項以外，拘束被告身體、自由、財產等權利的事項，而雖有刑法第 74 條第 2 項第 7 款、第 8 款為依據，但是因為該條文之內容不夠明確，在適用時，法官仍然必須謹慎，避免使第 7 款、第 8 款成為可以命令被告做任何事的萬用條款。雖然以列舉的方式標明該 2 款所指涉的範圍，較能避免爭議，但是為了保留法官在決定指示時的彈性，以確實達到協助受刑人再犯的效果，現行條文的立法方式仍屬可採，但是可以在程序上多增加給予被告表示意見之機會，使被告理解法官決定的理由，並且減少因受刑人不願履行或無法履行而被撤銷緩刑的資源浪費，使得法官的決定合理而適當。例如法官預計命令被告抄寫某宗教的典籍，可以先讓被告表示意見，避免被告為了享有緩刑的利益，形同被迫接受法官的要求。



¹⁶² 參台灣高雄地方法院檢察署緩刑第八款預防再犯命令之具體命令事項例稿，高雄地檢署建請高雄地院諭知緩刑附條件之方式附件二。

¹⁶³ 實務上確實曾有檢察官命被告抄寫靜思語或聖經，因為有宗教意涵，所以嗣後增列抄寫論語的選項。見自由時報，《靜思語、聖經之後...抄書緩起訴 投檢增列論語》，98 年 5 月 23 日，<http://www.libertytimes.com.tw/2009/new/may/23/today-center2.htm>，最後查閱日：99 年 5 月 16 日。

第四章 附條件緩刑制度之再定位

在第二章中，本文討論了量刑的意義、原則、方法，並在第三章中，確立以修復、賠償作為我國刑法第 74 條第 2 項附條件緩刑制度的刑事程序原則後，本章欲就附條件緩刑制度於現行法制下，可能產生使量刑的意義、方法改變的地方，並討論此種改變是不是附條件緩刑制度的誤用？附條件緩刑制度適用上有何困境？如果有，又應如何解決這些問題，使得附條件緩刑制度可以發揮其真正的價值及作用。

第一節 避免短期自由刑之流弊？

第一項 短期自由刑之弊病

在刑事政策上，短期自由刑的弊多於利，應該盡量予以避免，此種觀點由本文第三章關於犯罪學中標籤理論或差別接觸理論的討論中，均可獲得支持。在討論 94 年 1 月刑法部分條文修法時，亦曾有提案增訂刑法第 57 條之 1 之規定：「6 月以下之有期徒刑應避免科處。但法院審酌犯人之人格與其犯行，堪認科處 6 月以下有期徒刑對於犯人之作用與法律秩序之維護係必要者，仍得科處」¹⁶⁴。該提案雖於審查會中以「量刑為法官之職權，不宜以法律限制」為由，未予增訂¹⁶⁵，然而此提案所彰顯短期自由刑之缺失，應值得實務重視。如以有無立法必要之觀點，本文贊成審查會不予增訂之結論，因為短期自由刑雖有缺點，但是對於部分無法依刑法第 61 條免刑、有刑罰必要的犯罪情節，6 月以下有期徒刑或拘役仍然屬於不得不然的決定。因此，短期自由刑問題的關鍵應該在於：對於法官量處短期自由刑的案件，應如何避免短期自由刑的弊端產生，而非在量刑的階段，限制法官的裁量。上開提案將問題提前於法官量刑的階段處理，並無法全面性解決此種現象。

為解決短期自由刑的弊端，在現行制度下，於偵查中，檢察官即可以依微罪職權不起訴或緩起訴的規定，對於某些情節輕微之犯罪不予起訴；在檢察官起訴後，法官亦有依刑法第 61 條免刑之權利。但是除了上述的情形外，對於情節較輕之犯罪，避免短期自由刑的可能途徑包括以繳納罰金、社會勞

¹⁶⁴ 見委員提案第四八三三號，立法院第五屆第三會期第六次會議議案關係文書。另將該條文之說明二臚列於下：限制短期自由刑的使用：短期受刑人在獄中與其他中或長刑期的受刑人雜處，往往造成諸多弊端，故使短期自由刑雖然短的不足以使受刑人變好，但卻長的足以使受刑人變壞，從而短期自由刑在刑事矯治上成效低微，是一種弊多利少的刑罰手段，然而，不幸的是司法實務上宣判的自由刑中，竟有高達百分之七十以上是低於六個月的短期自由刑，如此超量的使用短期自由刑，將足以削低自由刑的成效，並造成社會與刑事司法的諸多負面效果，故宜速謀改進之策。鑒於上述六個月以下的短期自由刑既屬一個弊多利少的刑罰手段，故在刑法總則編宜增設限制適用短期自由刑的規定。

¹⁶⁵ 林山田，二零零五年刑法修正總評，第 40 頁，元照出版公司，96 年 5 月初版。

動代替入監執行短期自由刑之易刑處分，以及對於該犯罪宣告緩刑。因此，緩刑制度成為法官考量是否使犯罪行為人入監執行時，變通的方法之一。本文認為，緩刑制度並非解決短期自由刑流弊的最佳方式，甚至可以說，為了解決短期自由刑可能造成的缺失，而使用緩刑，可能誤解了附條件緩刑制度的意義。

在我國的法律制度中，所謂短期自由刑，原則上係以有期徒刑 6 月作為分際，例如刑法第 41 條第 1 項規定，可以易科罰金的基本條件，就是「犯最重本刑為五年以下有期徒刑以下之刑之罪，而受六個月以下有期徒刑或拘役之宣告」；而 98 年 1 月 21 日刑法修正時，修正刑法第 41 條而增訂易服社會勞動之規定，於 98 年 6 月 10 日又修正刑法第 42 條、第 44 條、第 74 條至第 75 條之 1 並增訂第 42 條之 2，作為易服社會勞動之配套，也都是以有期徒刑 6 月，作為得否易服社會勞動的基本原則。

參考上開法律的立法理由，可以看到此種准予易科罰金或易服社會勞動的制度，旨在避免短期自由刑的缺失，然而如果以其目的來看，所謂自由刑被歸類為短期或長期，應該視犯罪行為人犯罪的情節、欲達到預防效果所需的時間、條件，以及行為人執行自由刑可能造成的影響、行為人復歸社會可能性的預期等，為綜合的評估。也因為同樣的一段時間，對於不同的受刑人而言，未必是等價的，所以所謂的長期或短期，實應該為各個角度的觀察。舉例而言，對於一個從小與某長輩相依為命，該長輩重病只剩下一年壽命的受刑人來說，被判處有期徒刑 7 月，可能就會造成自己無法為長輩送終的遺憾，而不利其更生，此時的有期徒刑 7 月，也會屬於弊大於利的短期自由刑。反過來說，對於需要透過刑罰的執行達到嚇阻效果的行為人而言，即使是有期徒刑 6 月以下的自由刑，也可能可以達到預防再犯的效果，有執行的必要，此時有期徒刑 6 月以下的刑度，就屬於利大於弊的短期自由刑，而未必須要加以規避。

如果以此角度，現行法律規定由法官在判決時決定易科罰金的折算標準，再於執行時由檢察官決定是否准予易科罰金的制度，因為於執行時受刑人的各種狀況最有參考的價值，所以將是否易科罰金留待執行時決定，當然較符合執行時的情狀，但是在實務上，由執行檢察官決定的設計，卻常常因為檢察官的決定容易受到外在的影響，且受刑人之救濟途徑有限，反而引發短期自由刑易科罰金制度的問題。

首先，易刑處分之決定，為檢察行政事務或檢察事務？有無檢察一體原則之適用？檢察官為易刑處分之決定時，是否須經檢察長之同意¹⁶⁶，而如果

¹⁶⁶ 台南縣議會議長吳 OO 因賭博案件，經判處有期徒刑 5 月確定。97 年 4 月 25 日，台南地方法院檢察署以吳 OO 經營賭場獲利甚厚，易科罰金對被告不具任何懲治效果，被告身為台南縣議會議長，言行舉止對地方政治風氣、社會教化均具有指標性意義，卻未能以身作則為社會展示正當典範，反而貪圖暴利經營賭場，嚴重敗壞社會風氣，枉為人民代表首長，加上犯後推諉卸責，

檢察長不贊同執行檢察官是否同意易科罰金之決定，能否行使其監督權，而直接命令執行檢察官為特定之決定，或是行使其職務收取權，將該執行案件交由其他檢察官辦理？在實務上，確實出現過執行檢察官、偵查檢察官、檢察長對於應否易科罰金意見不一致的爭議¹⁶⁷，且目前亦尚無定論。而檢察機關雖然有獨立決定的權限，但相較於司法院，檢察機關仍容易受到行政機關的影響。舉例而言，法務部曾經以「加強保護智慧財產權，以遏止仿冒歪風，維護國家形象」為由，發函要求各級檢察署對於智慧財產案件是否准予易科罰金「審慎考量」¹⁶⁸。相較於法務部未曾提醒檢察署對於其他類型之犯罪是否易科罰金之應注意事項，且准予易科罰金屬於 6 個月以下徒刑、拘役之刑的常態，此種發函很難不被視為要求檢察署盡量減少易科罰金之暗示。如此一來，受刑人本來可透過易科罰金制度，減少其自身復歸社會之困難，卻可能因為案件以外之因素，而使其無法避免此種缺點，對受刑人自屬不利益。從當事人權利保障的角度來看，將是否易科罰金此種涉及受刑人人身自由的重要事項，留待判決確定後交由執行之檢察官決定，不免產生對於受刑人之突襲。實務上亦曾出現被告與檢察官透過認罪協商，被告經判處有期徒刑 1 年、減為有期徒刑 6 個月而確定，認罪協商之範圍亦包括易科罰金之折算標準，而至該被告欲繳納罰金時，突遭檢察官發監執行之情況¹⁶⁹。對於被告而言，檢察官雖有客觀義務，但在審判中仍是與其對立之當事人一造，被告欲

毫無悔改之意，如果不執行所宣告之刑，實難以維持法秩序等理由，經簽呈檢察長蔡瑞宗批示核可後，將吳 OO 發監執行。其執行 15 日後，方由台灣高等法院台南分院裁定准其易科罰金。見中國時報，《開賭場南縣議長吳健保被關進牢籠》，97 年 4 月 25 日，<http://news.chinatimes.com/2007Cti/2007Cti-Focus/2007Cti-Focus-Print/0.4640.9704110011%2097041101%200%20093239%200.00.html>，最後查閱日：98 年 9 月 28 日；自由時報，97 年 4 月 25 日，《裁准易科罰金 吳健保出監》，<http://www.libertytimes.com.tw/2008/new/apr/25/today-so1.htm>，最後查閱日：98 年 9 月 28 日。嗣檢察總長就此案提起非常上訴，經最高法院以 97 年度台非字第 349 號判決駁回上訴。

¹⁶⁷ 台南市議長黃 OO 涉犯恐嚇與妨害自由案件，經一審合併判刑 8 個月又 15 天確定，得易科罰金，承辦檢察官陳鈺銘不同意黃 OO 易科罰金，執行檢察官曲鴻煜卻認為應准其易科罰金，經台南地方法院檢察署檢察長召集襄閱主任檢察官、執行科主任、偵查及執行檢察官討論後，請執行檢察官將該案簽出，由其他檢察官辦理，執行檢察官卻於傳喚黃 OO 到案時，逕准黃 OO 易科罰金，引起檢察官內部爭議。見自由時報，《南檢爆內訌 南市議長躲過牢災》，97 年 7 月 31 日，<http://www.libertytimes.com.tw/2008/new/jul/31/today-so1.htm>，最後查閱日：99 年 5 月 16 日。

¹⁶⁸ 如法務部 81 年 5 月 6 日（81）法檢字第 06677 號函、81 年 5 月 14 日（81）法檢字第 07183 號函。

¹⁶⁹ 最高法院 97 年度台抗字第 576 號案件，法院即認為：再抗告人（即被告）與公訴檢察官所達成認罪協商之合意，其內容係再抗告人願受科刑之範圍，而第一審法院依其合意所為之上開科刑判決，其主文中所諭知者亦僅為易科罰金之折算標準，而不及於非屬法院職權之易科罰金准許與否之決定，自無再抗告意旨所謂相信檢察官必准其易科罰金之信賴利益可言。

與身為專業法律人又有國家資源之檢察官對抗，已屬難事；如果制度允許檢察官在執行階段決定易科罰金與否，被告之惡性、犯罪情節等應該反映於刑度之因素，甚至可以作為檢察官准駁其易科罰金聲請之依據，無異於使被告於審判程序中與檢察官對抗之努力失去意義。而受刑人對於檢察官關於易科罰金之准駁，僅能藉由刑法第 484 條之規定向原判決之法院聲明異議，對於聲明異議之裁定，則藉由抗告、再抗告救濟，惟該程序均不必經過言詞辯論，對於當事人之保障自不如判決程序嚴密；且對於由第二審法院撤銷第一審判決判刑自為裁判、不能上訴第三審之案件，聲明異議之案件由第二審法院裁定後，亦不能再抗告¹⁷⁰，更是使聲明異議制度的實際效用受限。

實務上對於法院審查聲明異議之密度，亦有寬鬆及嚴格不同之標準。持較寬鬆審查密度見解者認為，刑法第 41 條第 1 項但書所謂「難收矯正之效」及「難以維持法秩序」，均屬不確定法律概念，乃立法者藉以賦予執行檢察官得依具體個案，考量犯罪特性、情節及受刑人個人特殊事由，審酌應否准予易科罰金之裁量權。判決確定後是否准予受刑人易科罰金，係屬刑罰之執行問題，自應由檢察官本於職權依法行之，受刑人雖獲法院判決准予易科罰金，惟檢察官於指揮執行時，依個案具體審酌並敘明受刑人所犯之罪有非發監執行而難收矯正之效，亦難以維持法秩序情形，而不准予易科罰金之理由，即已符合刑法第 41 條第 1 項但書之要件而無不當，倘其未濫用權限，自不得任意指摘為違法¹⁷¹。持相反見解者，則傾向認為應尊重原確定判決之裁量及判斷¹⁷²。

第二項 緩刑制度與易刑處分之比較

雖然易科罰金可能引發以上的爭議，但是允許短期自由刑易科罰金之制度，旨在於對於犯罪情節相對輕微的案件，推定該受刑人遭判處有期徒刑或拘役的刑罰，可以僅透過金錢的繳納，而達到與執行有期徒刑或拘役同樣的效果。而緩刑制度，則是認為受刑人基於一定的原因，而使其所受宣告的有期徒刑、拘役或罰金刑，即使不予執行，也無礙於對該受刑人科予刑罰的目的，而以暫不執行為適當。比較該二種制度，易科罰金制度為刑罰的替代，緩刑制度則為刑罰的保留，即使因為緩刑制度增加了如刑法第 74 條第 2 項所示

¹⁷⁰ 參最高法院 84 年度台抗字第 221 號裁定：按不得上訴於第三審法院之案件，其第二審法院所為裁定，不得抗告，刑事訴訟法第 405 條定有明文。本件抗告人因違反都市計畫法案件，其聲明異議之原審所為准予易科罰金裁定之確定判決，係依都市計畫法第 80 條論處罪刑，屬於刑法第 61 條第 1 款前段之案件，依刑事訴訟法第 376 條之規定，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院。

¹⁷¹ 如最高法院 98 年度台抗字第 102 號、98 年度台抗字第 477 號裁定、台灣高等法院台南分院 98 年度聲字第 450 號裁定。

¹⁷² 如台灣高等法院台南分院 98 年度抗字第 166 號裁定。

的各種負擔或指示，此種負擔、指示的性質也並非刑罰的替代。以兩者在執行方式的相異處比較，緩刑經撤銷後，已履行的負擔或指示並不能用以折抵原宣告刑的執行可以得到驗證；此外，易科罰金尚需於執行前，經過檢察官同意，方能以繳納罰金方式替代自由刑，而對於緩刑所附的指示或負擔，除法官在主文中特別指定者（例如命被告向檢察官指定之機構提供義務勞務）外，檢察官有依照判決執行的義務，而無裁量的空間。

而從現行法律中對於緩刑及對於易科罰金的條件，刑法第 74 條第 1 項將緩刑的條件定在「宣告刑未逾有期徒刑 2 年、拘役或罰金」，易科罰金制度中卻以有期徒刑 6 月為短期自由刑之上限，緩刑的範圍遠比短期自由刑的範圍為大，且 2 年的自由刑，亦已難以解釋為「短期」自由刑；緩刑適用範圍包括罰金這種非機構性的刑罰，也可以說明緩刑制度本不在於避免機構性刑罰所引發的缺失。故我們可以得到以下的結論：緩刑制度雖可以因為暫不執行刑罰的效果，減少自由刑的流弊，但並非針對短期自由刑流弊而設計，也無法用以作為避免短期自由刑的另一種選擇。實務上曾有未嚴加區別之情形¹⁷³，而這種觀念也很有可能在討論短期自由刑的問題時，不當運用緩刑（尤其是緩刑的負擔與指示），造成法律適用結果的失衡。

同樣的道理，我國刑法增加了易服社會勞動制度之後，也會面臨受刑人可能因為受短期自由刑宣告，而易服社會勞動，或是受緩刑宣告，而依刑法第 74 條第 2 項第 5 款提供義務勞務的情形。兩者在執行層面上雖然相似，但是其意義仍大不相同。

第三項 短期自由刑之解決方式

第一款 除去不必要的限制

如果參考外國立法例對於短期自由刑問題的解決之道，如德國刑法中，有日額罰金刑，以行為人所實現的不法決定所科處的日額罰金日數，其日數為 5 日以上，360 日以下，在併罰的情形，上限可提高至 720 日。決定日數後，法官再依照犯罪人的經濟支付能力決定日額罰金之日額，日額至少為 1 歐元，最多可至 5000 歐元。如果受刑人無法繳納罰金時，再以替代自由刑取代罰金刑之執行，此時即以日額額度為折算自由刑之折算標準。在德國，受有罪判決者中，約有 80% 被科以罰金刑¹⁷⁴，占其中絕對的多數。而在我國，罰金刑占有罪判刑之判決中的少數，以民國 87 年至 98 年 11 月之資料，在 87 年至 91 年間，罰金刑所占的比例平均尚有 23.8%，在 92 年之後，則一直未到 17%，92 年至 98 年 11 月罰金刑的比例平均為 12.64%，在 97 年

¹⁷³ 例如最高法院 92 年度台非字第 424 號、94 年度台非字第 35 號判決：至緩刑之宣告，其旨則在藉由刑之執行猶豫，給予被告自新之機會，以避免短期自由刑之流弊。

¹⁷⁴ 以上參考自德國刑事追訴與制裁，Hans-Jürgen Kerner，許澤天、薛智仁譯，元照出版，97 年 11 月，第 9 頁以下。

時罰金刑甚至僅占判刑的案件中之 10.99%¹⁷⁵。兩相比較之下，可以看出我國與德國在決定刑罰時不同的傾向。此種刑罰方式的差別，將直接反映在監獄收容人數，並影響受刑人能獲得的資源。

本文認為，法院判決時應以罰金刑為主或以自由刑為主，涉及特定法文化對於犯罪的觀念，我國判處自由刑的比例遠高於罰金刑，當然係受限於法定刑的規定，但此種結果，也就是包括一般民眾、立法者及司法者對於刑罰價值觀的結論。而從法律條文對於易科罰金的限制，可以看到得以易科罰金者必須合乎法定刑度輕（最重本刑為 5 年以下有期徒刑以下）及宣告刑輕（6 個月以下有期徒刑或拘役）的雙重條件，在 94 年刑法修正前，甚至還要求必須要受刑人有「因身體、教育、職業或家庭之關係或其他正當事由，執行顯有困難」之情狀，足認立法者並不認為經宣告短期自由刑之結果即必然使受刑人享有得以易科罰金而免於入監執行的權利，仍然必須該受刑人所犯的罪經立法者預設為輕罪，否則即推定仍有對該受刑人執行短期自由刑之必要。實務上依據此原則，而衍生出其他的條件，例如因減刑而受短期自由刑宣告，因為法定刑並不因此更動，所以仍然需視其法定刑決定能否易科罰金；如遇總則性質之減輕，也無法動搖原法定刑方面之限制¹⁷⁶；如原本之法定最重本刑為有期徒刑 5 年，但有分則加重之事由，則不可易科罰金¹⁷⁷等。

¹⁷⁵ <http://www.moj.gov.tw/site/moj/public/MMO/moj/stat/%20monthly/m12.pdf>，最後查閱日：99 年 1 月 24 日。

¹⁷⁶ 見最高法院 95 年度台上字第 4927 號判決要旨：刑法第 41 條所稱犯最重本刑為 5 年以下有期徒刑之刑之罪者（按本條所稱最重本刑，於 90 年 1 月 10 日修正前為 3 年以下有期徒刑），係指法定最重本刑而言，並不包括依總則加重或減輕情形在內，為司法院院解字第 3755 號解釋在案，蓋以刑法及其特別法有關加重、減輕或免除其刑之規定，依其性質，可分為「總則」與「分則」二種。其屬「分則」性質者，係就其犯罪類型變更之個犯罪行為予以加重或減免，使成立另一獨立之罪，其法定刑亦因此發生變更之效果；其屬「總則」性質者，僅為處斷刑上之加重或減免，並未變更其犯罪類型，原有法定刑自不受影響。此關乎刑法第 41 條、刑事訴訟法第 376 條第 1 款等法律之適用，自應加以辨明。刑法第 172 條就犯偽證罪、誣告罪，於裁判或懲戒處分確定前自白者，應減輕或免除其刑之規定，雖列於刑法分則編，且係就個別之特定犯罪行為而設，然其立法目的與自首規定雷同，係在藉此優惠，鼓勵行為人及時悔悟，並早日發現真實，節省訴訟勞費，避免審判權遭受不當之侵害，此一規定，既未變更其犯罪類型，自屬相當於「總則」之減免其刑規定，其原有法定刑並不因此而受影響。則犯刑法第 168 條之偽證罪，其法定刑為 7 年以下有期徒刑，縱行為人於所偽證之案件裁判確定前自白，經依同法第 172 條規定減輕其刑，並宣告 6 個月以下有期徒刑者，仍無同法第 41 條諭知易科罰金標準之適用。

¹⁷⁷ 例如最高法院 51 年台非字第 71 號判例：刑法第 280 條載，對於直系血親尊親屬犯第 277 條之罪者，加重其刑至二分之一，係明示應加重處罰，並非得由法院自由裁量，仍具有法定刑之性質，其加重結果，最重本刑既已超過 3 年有期徒刑，自不得依同法第 41 條易科罰金；最高法院 29 年上字第 1607 號判例：受 6 月以下有期徒刑或拘役之宣告得易科罰金者，依刑法第 41 條

然而，依照第二章的討論，宣告刑才是法官對於行為人之犯罪所為全面、綜合之評價，因此以受宣告短期自由刑之結果，本身就應該可以從該刑度中反推出行為人之犯罪情節輕微的原因，除了對於少數有執行短期自由刑必要的例外情形，依照現行法另外需要藉由檢察官對於易科罰金准駁之決定調整外，對於受短期自由刑之受刑人，另外要求其所犯之罪法定最重本刑如何，實屬不必要的限制。

如果以現行條文來看，因為受到刑法第 41 條限制而無法易科罰金的情形不在少數，例如懲治走私條例第 2 條私運管制物品罪、刑法第 168 條偽證罪（包括依照刑法第 172 條減輕其刑的情形）、刑法第 227 條第 3 款對於 14 歲以上未滿 16 歲之男女性交罪等均屬之。在上述案件中，即使被告被判處有期徒刑 2 月，仍然不得易科罰金¹⁷⁸，而為了擺脫此種限制造成的問題，實務上只好放寬緩刑的適用，因為放寬緩刑的條件，使得某些仍有執行必要的情形，只能利用附條件緩刑所附的指示或負擔求取平衡。上述的結果，即造成附條件緩刑的指示或負擔具有實質上刑罰的性質。

第二款 正確的方式

如欲解決上述規定造成的現象，首先必須回歸避免短期自由刑的原因，亦即讓受刑人無須入監執行短期之自由刑，而可以繳交罰金或提供勞務折算，理由何在？從現實面來看，自由刑是對受刑人自由權的拘束，入監執行對於受刑人及其家庭都會產生極大的影響，而短期之自由刑更可能因為執行之時間不足以達到教化的效果，反而使受刑人在龍蛇雜處的牢獄中，與其他受刑人交換犯罪心得、技巧或建立人際網絡，受刑人出獄之後更生更形困難，因此現象普遍存在於短期自由刑的執行中，因此對於未達一定長度之自由刑，原則上都應該盡可能予以避免。既然是出於此種思維而採納易科罰金或易服社會勞動等易刑的措施，此種罰金之繳納或勞動的提供，在性質上都屬於刑罰，並非「花錢換自由」的特例，因此對於原本法定刑的限制，實屬多餘。

因此，在制度設計上，應該將短期自由刑得易科罰金當作原則，而為了避免前述法官判處短期自由刑，被告以為得以易科罰金，案件確定後，檢察官卻不准許易科罰金、易服義務勞務，而使被告無法享有避免短期自由刑弊病的機會，本文認為得否易科罰金或易服義務勞務，宜由法官於判決時一併決定，對於一般可以透過易刑處分避免短期自由刑弊端的情形，法官即在判

以犯最重本刑為 3 年以下有期徒刑以下之刑之罪為限，上訴人假借職務上之機會傷害人身體，經加重結果，其最重本刑已逾 3 年，即不得適用該條易科罰金。該等判例作成時，刑法第 41 條係以最重本刑 3 年以下有期徒刑為要件。

¹⁷⁸ 在刑法增加易服社會勞動規定後，此現象當有所改善，但是對於某些無法提供社會勞動的受刑人（例如年長者或無暇社會勞動者），此種問題不會因為易服社會勞動制度而改善。

決主文及理由中，依照犯罪情節決定宣告易刑處分的折算方式；對於例外因情節特殊而有入監執行短期自由刑必要的情形，在判決主文裡就不再論知易刑處分的折算方式，而另於判決中交代不得易刑的原因，使得被告、檢察官於審判程序中得以針對此點攻防，並且可以針對是否能適用易刑處分上訴尋求救濟。藉此，使得附條件緩刑制度不至於被運用為避免執行短期自由刑的工具。

第二節 避免情輕法重之情形？

第一項 法定刑失衡之弊病

如同於第二章所述，法官應該在立法者決定的法定刑內量刑，此為法官依法審判義務之一部，也是量刑的原則之一，但是在少數法定刑與犯罪情節不相當的情況下，法官為了避免情輕法重，只好於法律規定中另闢蹊徑，造成法官量刑的時逸脫法律所定框架的原因之一。例如毒品危害防制條例第 4 條第 1 項規定販賣第一級毒品之法定刑即為死刑、無期徒刑，此種立法方式雖留有法官依情節量處死刑或無期徒刑的空間，而不被認為違憲，但是即使對於販賣之數量微少的情形，量處無期徒刑亦顯然過重，在沒有其他減輕事由的情形下，法官只好依照刑法第 59 條酌減，某種程度上，此種減輕是與刑法第 59 條的規定不符的¹⁷⁹，無奈於法定刑的嚴苛，實務上對於法官的這種權宜作法，也只能採取不干涉甚至鼓勵的態度。

同樣的道理，如果法定刑的規定不妥，附條件緩刑也可能成為法官折衷的方式。例如為了賺取人頭配偶費用，與境外人民辦理假結婚，使其假配偶可以入境來台的情形，如果其假結婚的對象是大陸地區以外的人士，僅會觸犯行使偽造文書罪，其法定刑為 3 年以下有期徒刑、拘役或新台幣 15000 元以下罰金；但是如果其假結婚的對象是大陸地區人民，依現行台灣地區與大陸地區人民關係條例第 79 條第 2 項之規定，法定刑為 3 年至 10 年之有期徒刑，尚可併科新台幣 500 萬元以下罰金。然而現實生活中會以假結婚方式賺取費用者，多屬經濟狀況欠佳之人，其以假結婚方式賺得的金錢，也多為數萬元的小錢，因此除非能認定為人蛇集團之成員，法官對於單純擔任人頭配偶的行為人，通常多依刑法第 59 條酌減，但在酌減之後，仍然為有期徒刑 1 年 6 月以上的刑度，對於人頭配偶來說，仍屬過重，因此實務上也會出現對被告宣告緩刑的情形。但比較之下，與大陸地區人民以外之人假結婚使之入境、行使偽造文書的案件，法官所處之刑多半為可以易科罰金的刑度，因而通常不會給予緩刑，因此對於觸犯台灣地區與大陸地區人民關係條例的被告，單純給予緩刑，反而對與其他地區之人假結婚的被告不公平，故法官

¹⁷⁹ 刑法第 59 條之酌量減輕其刑，必須犯罪另有特殊之原因與環境等等情狀，在客觀上足以引起一般同情，認為即予宣告法定低度刑期，猶嫌過重者，始有其適用，見最高法院 51 年台上字第 899 號、45 年台上字第 1165 號判例意旨。

常常會再利用附條件緩刑的指示或負擔，對與大陸地區假結婚的被告為實質之懲罰。另一個例子為刑法第 185 條之 4 肇事逃逸罪，因為法定刑為 6 個月以上 5 年以下之有期徒刑，因此除非宣告緩刑或量處最低刑度，否則被告必須入監服刑，對於此種交通事故引發的犯罪，被告常常因為不諳法律、自以為沒有過失就未留在事故現場處理，而被告犯罪的情節又未必適合量處最低刑度，甚至可能有其他法定加重事由（如被害人中有兒童或少年），使得法官必須量處不能易科罰金的刑度，這時法官如果不是濫用刑法第 59 條減輕其刑，就必須犧牲被告，使之入監服刑，則緩刑制度又成為法官量刑上常用的方法，此時也有可能出現法官係以刑法第 74 條第 2 項命被告為一定之事項，以行懲罰之實的狀況。

第二項 法定刑失衡的解決方式

本文認為，立法者有義務對於特定的犯罪，決定妥適的法定刑度，以使法官在該法定刑的範圍內決定適當的刑罰。無論是緩刑制度或附條件緩刑，其功能都不在於規避立法者在決定法定刑度時之錯誤。緩刑所附帶條件的作用，僅在於確保或是協助受刑人修復其行為造成的損害，本身並非是一種制裁，此外以現行法律對於宣告緩刑，除了受 2 年以下有期徒刑、拘役或罰金宣告外，還設有一定之條件（未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，或前因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，執行完畢或赦免後 5 年以內未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告），因此並非所有面臨不妥法定刑的被告，都可以透過緩刑的規定躲避過苛的刑罰，故緩刑也無法全面性解決立法者所製造的問題，對於因為不符合緩刑的條件的被告而言並不公平。更重要的是，借用附條件緩刑制度達到求取刑罰的平衡，等於使法官可以外於立法者的意思，逸脫罪刑法定的原則，對於被告施加處罰，此點更是這種現象最大的危機。

在立法者尚未調整法定刑的刑度之前，法官仍然可以衡量執行刑罰之利弊得失，如果執行某種刑罰已經不符合比例原則，法官自然可以依法為緩刑的宣告（例如前述擔任人頭配偶的情形），只是此時法官就不宜再依照刑法第 74 條第 2 項之規定，命令被告為一定的事項而「懲罰」被告。

第三節 取代保安處分？

第一項 保安處分與附條件緩刑之重疊

刑法第 12 章關於保安處分之規定，係基於社會保安之必要，在刑罰之制裁以外，所施加具有司法處分性質之保安措施¹⁸⁰，不以受保安處分者有責任能力為必要，其目標也與先前討論刑罰的目的不同，而在於消滅犯罪行為

¹⁸⁰ 林山田，刑法通論（下），第 6 版，第 786 頁。

人之危險性，以確保公共安全¹⁸¹。如果說刑罰是對於行為人已為的犯罪所施加的處罰，保安處分即是除去行為人將來犯罪的危險性。

保安處分內容，包括欠缺責任能力者之監護處分、毒品成癮及酗酒者之禁戒處分、有犯罪習慣或遊蕩懶惰成習者之強制工作處分、有花柳病者及性犯罪者之強制治療處分、保護管束及驅逐出境處分，其所包含的處分可說相當廣泛，幾乎與刑法第 74 條第 2 項第 6 款至第 8 款所列之事項相當。然而從刑法第 74 條緩刑之效力不及於保安處分之宣告，以及刑法第 93 條執行第 74 條第 2 項第 5 至 8 款所定事項應付保護管束之規定都可以看出，依刑法第 74 條第 2 項所命緩刑之受刑人所為的一定條件與保安處分是平行的。因此此二種制度是否重疊，是否可能造成「一罪二罰」或雙重評價的可能？或是應該從制度面，即就該 2 種制度各自的功能加以區分，即有討論的必要。

在實務上，對於犯罪行為人同時施以刑罰與保安處分的情形並不少見，而最高法院亦認為，因為保安處分與刑罰之功能各不相同，且對於拘束人身自由之保安處分及刑罰之執行，除了認為因為性質不同而均有執行必要者之外¹⁸²，亦有保安處分與刑罰折抵之規定，因此不會有一罪兩罰或是刑罰過苛的情形¹⁸³。惟保安處分之定位，在學說上已非無爭議，雖目前多認為保安處分與刑罰係分處於刑事制裁的雙軌之一，但是對於行為人而言，保安處分或刑罰，都是對於其權利之拘束，二者將有累積的效果，確實可能使行為人受到的處遇過重¹⁸⁴。而過去在討論刑罰與保安處分關係時，均係以徒刑、拘役為主，並未討論到宣告緩刑併命履行一定事項與保安處分之關係，因此刑法第 98 條雖然有關於徒刑或保安處分執行完畢後，可以免除保安處分或刑罰執行之規定，但是對於緩刑的部份，尚未有明確的規定。其次，保安處分雖有免除刑罰的效果，但是如果一個行為人被認定尚有施予保安處分的必要，則是否可能認為該行為人所受宣告之刑已無執行之必要，而宜以宣告緩刑？此外，如果對於犯罪行為人宣告保安處分但給予緩刑，而先執行保安處分，可能因此產生免除刑罰的效果，如果之後其緩刑被撤銷，是否又要執行原本的宣告刑¹⁸⁵？這時是否還有宣告刑可供執行？如無，又該如何達到以刑罰執行之猶豫約束受刑人的效果？由此可知，保安處分與附條件緩刑制度重疊的部分，無論在概念上及現實中都會遇到相當多的問題，故在得以適用該二種

¹⁸¹ 參刑法第 87 條立法理由。

¹⁸² 例如監護處分，因兼具治療及確保公共安全之目的，實務上認為不得視為羈押日數而折抵徒刑之執行，參最高法院 98 年度台抗字第 351 號判決。

¹⁸³ 最高法院 98 年度台上字第 7106 號判決、98 年度台抗字第 719 號判決。

¹⁸⁴ 柯耀程，刑法總論釋義—修正法篇（下），元照出版有限公司，95 年 3 月，初版 2 刷，第 512、513 頁。

¹⁸⁵ 柯耀程，刑法總論釋義—修正法篇（下），元照出版有限公司，95 年 3 月，初版 2 刷，第 558 頁。

制度時，應該如何取捨，宜先訂定一定的順序。

第二項 保安處分或附條件緩刑之選擇

以二個制度適用的對象比較，保安處分與緩刑所附的條件，對於無責任能力者，並無對其施以刑罰的可能，因此並不會有對於無責任能力人宣告緩刑或依刑法第 74 條第 2 項命其為一定事項的問題，但是如係刑法第 19 條第 2 項責任能力減低之情形，法官即可能面臨選擇依照刑法第 74 條第 2 項第 6 款命被告完成一定處遇措施，或是依照第 87 條第 2 項為監護處分的問題。然而附條件緩刑制度依附在緩刑的前提上，緩刑之宣告，又受刑法第 74 條第 1 項的限制，比較之下，二者執行的對象，應該以保安處分較廣。

依條文內容來看，以刑法第 19 條第 2 項的情形為例，刑法第 87 條之監護處分有時間之限制（5 年以下），如無繼續執行之必要可免為執行，且可以命令受處分人入包括精神病院、醫院、慈善團體，或是交付其最近親屬或其他適當處所（參保安處分執行法第 46 條之規定）；依照刑法第 74 條第 2 項第 6 款之規定，雖然也可能命令被告完成精神治療，但是並未對於能否強制被告於一定處所接受治療加以規定。而比較保安處分的其他規定，除了在刑法中即有針對不同的狀況區分不同的處分內容外，也可以參照保安處分執行法、保安處分累進處遇規程、保安處分處所戒護辦法等相規法規，而有詳盡的規定。此外，保安處分除了規定於刑法第 12 章外，在少年事件處理法、毒品危害防制條例、竊盜犯贓物犯保安處分條例等法律中，也有關於保安處分的特別規定。因此，在體例上，應以適用保安處分的相關規定較為完整。

本文認為，在概念上，緩刑條件的性質，是協助被告避免再犯；而保安處分的性質，則在保護社會大眾，兩者的出發點固然不同，但是在實際運作上，確實會有重疊的地方。而法官得依照刑法第 74 條第 2 項第 6 至 8 款命令被告完成的事項，原本就應該有具體、明確的規定，現行規定過於籠統，又無如德國刑法第 56 條之 3 第 3 項需得受刑人同意的機制，將造成適用上的疑慮。相較之下，保安處分的適用範圍較廣，且法律對於保安處分之執行、期限等，已有較完整的規定，因此，在保安處分與緩刑條件重疊之情況下，應該優先適用保安處分的規定。在適合給予被告緩刑的情形，如果被告所需要避免再犯的協助並未經保安處分加以規定（例如禁止有戀童傾向的被告接近國小或單獨與未成年人相處），方以緩刑指示的方式為之。

第五章 結論

刑罰是國家對於人民最嚴厲的處分，近代刑法及刑事訴訟法的發展，即是不斷透過法律，確認、限制國家處罰權力的過程，刑法的罪刑法定原則，以及刑事訴訟法的正當法律程序原則，都是確立國家懲罰正當性的條件，避免懲罰成為國家的恣意，而分別從實體及程序方面，限縮國家處罰人民的機會。

國家對於有罪被告施予的懲罰，無論如何稱呼及命名，這種懲罰都帶有刑罰的色彩。雖然不同的懲罰有著嚴厲或寬鬆不一的效果，所表彰的意義也不盡相同，但是只要是刑罰，就應該遵守著國家施予懲罰時應該要依循的規則--在實體法層面來說，只要是國家對於有罪被告的懲罰，都應該符合罪刑法定原則，並保證懲罰是在考量到刑罰目的後，審酌與達到刑罰目的相關之各種因素做出之結論。

緩刑是國家對於有罪被告相對輕微的懲罰，也代表對於被告受宣告之刑以暫不執行為適當的判斷，但緩刑同樣表彰出公權力對於被告行為之負面評價，尤其是修法後刑法第 74 條第 2 項各款的種種規定，雖然都建立在緩刑的前提上，但是這些條件同樣是國家因為行為人違反刑法，而賦予行為人特定的義務，該義務是否執行受國家公權力之監督，對於行為人而言，仍然是不折不扣的刑罰（如果考量緩刑撤銷時依照刑法第 74 條第 2 項各款履行的條件不能返還或折抵，此種「刑罰」的效果甚至比一般的罰金、徒刑還嚴厲）。過去在談論到此種附條件緩刑的制度時，往往過於強調該制度避免標籤化的優點及保障被害人、修復損害的好處，卻沒有對於附條件緩刑的性質做更進一步的探討。

以我國刑法第 74 條第 2 項來看，該條文雖然是師法刑事訴訟法緩起訴處分（刑事訴訟法第 253 條之 2 第 1 項）及德國刑法規定而來，但是在內容上，我國刑法第 74 條第 2 項所涵蓋的範圍極廣泛，並且賦予法官裁量的彈性，再加上現行法律避免短期自由刑概念的混淆、法定刑度之失當、緩刑制度與保安處分制度重疊而未加以釐清的問題，都可能造成法官脫離法律限制，任意科處刑罰的危機。本文認為，應該修正刑法第 41 條之規定，去除不必要之限制，使得以易科罰金方式避免短期自由刑之標籤化成為原則；並且應該由立法者檢討法定刑之訂定，避免輕重失衡；另外明定附條件緩刑制度中帶有保安處分色彩之指示的適用順序，以使法官的決定受到更多的約束，避免產生這樣的危機。

從另一個角度來看，附條件緩刑制度所企圖處理的，包括傳統刑事訴訟制度中被害人地位不彰的缺點。傳統刑事訴訟著重「國家—被告」單線權力關係的設計，確實帶來被害人在程序中的無力感，被害人在實質上亦難以得到賠償，更無法修復犯罪行為造成對於公眾的侵害，從這個層面來看，附條件緩刑制度的確有其可以發揮的地方。本文藉由修復式司法的修復概念，釐清附條件緩刑對於保障被害人權益的意義。

在討論附條件緩刑制度實踐上的優缺點後，本文對於延續著上述的思考方式做出結論：緩刑作為刑罰的一種，應該受到罪刑法定以及量刑原則的拘束，亦即量刑（包括是否給予緩刑），都應該從刑罰目的出發，以責任為基礎而考量，附條件緩刑僅應該是在考量狹義及廣義被害人因犯罪所受傷害受修復之必要時，利用附條件緩刑之負擔或指示，調整、促進、擔保犯罪行為人對於其行為之修復。因此，評價犯罪行為僅是量刑時的工作（包括量定宣告刑及定執行刑），決定緩刑所附的條件，並非對於被告之犯罪行為之評價，而是對於被告在受緩刑中，應該或得以如何修復其所造成損害的評價。此種以修復為目的之決定，不限於行為人之犯罪行為、結果，甚至可以說更著重在被告犯罪前（例如與被害人之關係）、犯罪後（例如有無與被害人和解、有無向被害人表示歉意）等與構成要件無關之事項，因此可以與以構成要件為中心之量刑罪責區別，不致於會產生重複評價的問題。

至於刑法第 74 條第 2 項預防再犯的事項應否繼續存在，本文認為有必要在制度中保留確保緩刑被告再犯的設計，但是仍然應該優先適用保安處分的規定，不宜以附條件緩刑的規定取代保安處分的內容。將刑法第 74 條的 2 項預防再犯的規定劃歸在保安處分（尤其是保護管束）的內容下，一方面可以達到警惕被告的效果，另一方面也可以讓刑罰的決定過程合於邏輯。刑罰應該是法官在立法者設定的法律框架下，對於行為人過去所為的評價及處遇，在現行法律中，雖然規定諭知緩刑而依刑法第 74 條第 2 項第 5 至 8 款命被告為一定事項者應付保護管束，而可能可以與本文所建議適用保安處分制度同樣能達到使特定緩刑被告受監督、約束及協助的效果，卻可能產生刑罰與保安處分的混淆，並且使得對過去非行之制裁與對未來再犯之預防的分際更加模糊，並且有使法官量刑權擴大的危險。

在確立以上原則後，本文另檢討刑法中關於緩刑所附負擔或條件的設計，而擬定修法建議如下：

現行條文	建議修正條文	說明
<p>刑法第 41 條 <u>犯最重本刑為五年以下有期徒刑以下之刑之罪，而受六月以下有期徒刑或拘役之宣告者，得以新臺幣一千元、二千元或三千元折算一日，易科罰金。但易科罰金，難收矯正之效或難以維持法秩序者，不在此限。</u> 依前項規定得易科罰金</p>	<p>刑法第 41 條 受六月以下有期徒刑或拘役之宣告者，得以新臺幣一千元、二千元或三千元折算一日，易科罰金。但易科罰金，難收矯正之效或難以維持法秩序者，不在此限。 依前項規定得易科罰金者，得以提供社會勞動六小時折算一日，易服社會</p>	<p>一、現行制度對於經判處 6 月以下有期徒刑或拘役之情形，尚區分最重本刑為 5 年以下或超過 5 年，如最重本刑超過 5 年者，僅能易服義務勞務，而無法易科罰金。為盡可能避免短期自由刑的流弊，並簡化易服社會勞動之制度，對於法官判處有</p>

<p>而未聲請易科罰金者，得以提供社會勞動六小時折算一日，易服社會勞動。</p> <p>受六月以下有期徒刑或拘役之宣告，不符第一項易科罰金之規定者，得依前項折算規定，易服社會勞動。</p> <p>前二項之規定，因身心健康之關係，執行顯有困難者，或易服社會勞動，難收矯正之效或難以維持法秩序者，不適用之。</p> <p>第二項及第三項之易服社會勞動履行期間，不得逾一年。</p> <p>無正當理由不履行社會勞動，情節重大，或履行期間屆滿仍未履行完畢者，於第二項之情形應執行原宣告刑或易科罰金；於第三項之情形應執行原宣告刑。</p> <p>已繳納之罰金或已履行之社會勞動時數依所定之標準折算日數，未滿一日者，以一日論。</p> <p>第一項至第四項及第七項之規定，於數罪併罰之數罪均得易科罰金或易服社會勞動，其應執行之刑逾六月者，亦適用之。數罪併罰應執行之刑易服社會勞動者，其履行期間不得逾三年。但其應執行之刑未逾六月者，履行</p>	<p>勞動。</p> <p>前項之規定，因身心健康之關係，執行顯有困難者，或易服社會勞動，難收矯正之效或難以維持法秩序者，不適用之。</p> <p>第二項之易服社會勞動履行期間，不得逾一年。無正當理由不履行社會勞動，情節重大，或履行期間屆滿仍未履行完畢者，於第二項之情形應執行原宣告刑或易科罰金。已繳納之罰金或已履行之社會勞動時數依所定之標準折算日數，未滿一日者，以一日論。</p> <p>第一項至第三項及第六項之規定，於數罪併罰之數罪均得易科罰金或易服社會勞動，其應執行之刑逾六月者，亦適用之。數罪併罰應執行之刑易服社會勞動者，其履行期間不得逾三年。但其應執行之刑未逾六月者，履行期間不得逾一年。</p>	<p>期徒刑 6 月以下之刑度，原則上均准予易科罰金。如易科罰金難收矯正效果或難以維持法秩序者，現行制度係由檢察官駁回易科罰金之聲請，此種制度對於受刑人之保障有所不足，故更改由法官判決時，決定易科罰金之折算標準，例外而不宜易科罰金之情形時，法官於主文中即不予諭知易科罰金之標準，並由法官於判決中交代不宜易科罰金之理由，以保障被告之權利。</p> <p>二、 順應第 1 項之修正，調整其餘各項之項次。</p> <p>三、 修正第 1 項後，無論是單一宣告短期自由刑或是數宣告之短期自由刑合併定應執行刑，均以得易科罰金為原則，爰將原條文第 10 項刪除。</p>
---	---	--

<p>期間不得逾一年。 數罪併罰應執行之刑易服社會勞動有第六項之情形者，應執行所定之執行刑，於數罪均得易科罰金者，另得易科罰金。</p>		
	<p>刑法第 57 條之 1 犯罪行為人已對被害人賠償犯罪所生之損害者，法官得斟酌情形，減輕或免除其刑。</p>	<p>一、 本條新增。 二、 犯罪行為人於犯罪後賠償被害人，與量刑罪責無關，惟為鼓勵犯罪行為人賠償其所造成之損害，並保障被害人權益及呼應第 74 條第 2 項附條件緩刑制度保護被害人權益之規定，爰增訂左列規定。</p>
<p>刑法第 74 條 受二年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告，而有下列情形之一，認以暫不執行為適當者，得宣告二年以上五年以下之緩刑，其期間自裁判確定之日起算： 一、未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者。 二、前因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，執行完畢或赦免後，五年以內未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者。 緩刑宣告，得斟酌情形，命犯罪行為人為下列各款事項： 一、向被害人道歉。</p>	<p>刑法第 74 條 受二年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告，而有下列情形之一，認以暫不執行為適當者，得宣告二年以上五年以下之緩刑，其期間自裁判確定之日起算： 一、未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者。 二、前因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，執行完畢或赦免後，五年以內未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者。 緩刑宣告，得斟酌情形，命犯罪行為人為下列各款事項： 一、（刪除）</p>	<p>一、 現行條文第 2 項第 1 款、第 2 款之規定，有違反犯罪行為人表意自由之虞，且現行制度命犯罪行為人道歎、立悔過書等事項，均已淪為形式，亦無助於修復犯罪行為人及被害人間之關係，爰將該 2 款刪除。 二、 現行條文第 2 項第 4 款規定得命犯罪行為人向公庫支付一定金額，則將與支付罰金或易科罰金制度混淆，為藉由附條件緩刑制度達到修復及確認之</p>

<p>二、立悔過書。</p> <p>三、向被害人支付相當數額之財產或非財產上之損害賠償。</p> <p>四、向<u>公庫</u>支付一定之金額。</p> <p>五、向<u>指定之政府機關、政府機構、行政法人、社區或其他符合公益目的之機構或團體</u>，提供四十小時以上二百四十小時以下之義務勞務。</p> <p>六、完成戒癮治療、精神治療、心理輔導或其他適當之處遇措施。</p> <p>七、保護被害人安全之必要命令。</p> <p>八、預防再犯所為之必要命令。</p> <p>前項情形，應附記於判決書內。</p> <p><u>第二項第三款、第四款得為民事強制執行名義。</u></p> <p>緩刑之效力不及於從刑與保安處分之宣告。</p>	<p>二、（刪除）</p> <p>三、向被害人支付相當數額之財產或非財產上之損害賠償。</p> <p>四、向<u>社區或其他符合公益目的之機構或團體</u>支付一定之金額。其金額以<u>犯罪行為人所受宣告罰金刑，或自由刑以新臺幣三千元折抵一日額度之總和為限。</u></p> <p>五、向<u>社區或其他符合公益目的之機構或團體</u>，提供四十小時以上二百四十小時以下之義務勞務。</p> <p>六、完成戒癮治療、精神治療、心理輔導或其他適當之處遇措施。</p> <p>七、保護被害人安全之必要命令。</p> <p>八、預防再犯所為之必要命令。</p> <p>前項情形，應附記於判決書內。</p> <p><u>法官命犯罪行為人為前條第二項第七款、第八款事項前，應給予犯罪行為人表示意見之機會。</u></p> <p>緩刑之效力不及於從刑與保安處分之宣告。</p>	<p>效果，修正為向社區或公益團體、機構支付一定金額。而為避免犯罪行為人無從預見支付金額之多寡，並使法官於決定金額多寡時能有所依據，爰以犯罪行為人所受宣告之罰金刑金額，或其所受自由刑以新臺幣 3000 元折算 1 日之總額，為支付金額之上限。</p> <p>三、 現行條文第 2 項第 5 款命犯罪行為人向指定之政府機關、政府機構、行政法人為義務勞務之規定，可能造成與易服社會勞動制度的混淆，故將犯罪行為人提供義務勞務之對象限於社區及公益機構、團體。</p> <p>四、 為避免法官依照第 7 款、第 8 款所為之命令超出行為人之能力或是違背其意願，使得行為人被迫應放棄緩刑之利益，應給予犯罪行為人表示意見之機會，爰增列第 3 項。</p> <p>五、 將現行條文第 3 項調整至第 74 條之 1 第 3 項。</p>
---	--	--

	<p>刑法第 74 條之 1 <u>法官命犯罪行為人為前條第二項第三款事項前，應經犯罪行為人及被害人同意。</u> <u>法官命犯罪行為人為前條第二項第四款事項前，應徵詢被害人意見。</u> <u>前條第二項第三款、第四款得為民事強制執行名義。</u></p>	<p>一、 本條新增。</p> <p>二、 現行條文並未規定法官命犯罪行為人賠償被害人之金額應如何決定，因該賠償金額係在民事訴訟程序之外決定，又可做為執行名義，涉及被害人能否另向犯罪行為人求償及犯罪行為人是否尚須賠償被害人，為求周全，該金額應經兩造同意而定之。</p> <p>三、 法官命犯罪行為人向公益團體、機構或社區支付一定金額，亦將影響犯罪行為人對被害人賠償之能力，故應給予被害人表示意見之機會。</p> <p>四、 將現行條文第 74 條第 3 項調整至本條第 3 項。</p>
--	---	---

參考文獻

中文文獻

專書

Hans-Jürgen Kerner (許澤天、薛智仁譯)，德國刑事追訴與制裁，元照出版有限公司，97年11月

王泰升，台灣法律史概論，元照出版有限公司，93年9月，第2版

林山田，刑法通論(下)，第6版

林山田，刑罰學，台灣商務印書館，91年

林山田、林東茂、林燦璋，犯罪學，94年5月，三民書局，第3版第3刷

林山田，二零零五年刑法修正總評，元照出版公司，96年5月初版

林鈺雄，新刑法總則，元照出版有限公司，95年9月

周儋嫻、曹立群，犯罪學理論及其實證，96年2月初版，五南圖書出版公司

柯耀程，刑法總論釋義—修正法篇(下)，元照出版有限公司，95年3月，初版2刷

陳子平，刑法總論(下)，元照出版有限公司，95年2月初版

陳清怡，以修復性司法再定位我國刑事簡易訴訟程序及認罪協商制度，司法研究年報第25輯第12篇，司法院，94年11月

麥留芳，個體與集團犯罪—系統犯罪學初探，80年7月初版，巨流圖書公司

黃朝義，刑事訴訟法，一品文化出版社，96年8月，增補1版

黃榮堅，基礎刑法學(上)，元照出版有限公司，92年5月初版

楊建華，刑法總則之比較與檢討，71年初版

蔡廷宜，刑法第二條法律「變更」新舊法適用之探討—以95年7月1日修正施行刑法為中心，司法研究年報第26輯第5篇，司法院，98年11月

蔡墩銘譯，德日刑法典，五南圖書出版有限公司，82年12月初版

論文

Bernd Schünemann (葛祥林譯)，罪責原則在預防刑法中的功能，不移不惑獻身法與正義：許迺曼教授刑事法論文選集：賀許迺曼教授六秩壽辰，公益信託春風煦日學術基金，95年12月

Bernd Schünemann (林鈺雄譯)，從德國觀點看事實上的量刑、法定刑及正義與預防期待，不移不惑獻身法與正義：許迺曼教授刑事法論文選集：賀許迺曼教授六秩壽辰，公益信託春風煦日學術基金，95年12月

Hans-Jürgen Kerner (盧映潔、馬躍中譯)，德國之被害人保護—基本理念與法律規定狀況，律師雜誌，第349期，97年10月

John Hoffman、楊士隆，差別接觸理論之發展與評判，警學叢刊，第21卷，第1期，79年9月

王正嘉，刑事司法上被害人保護及其與犯罪人關係—一個批判的省思，月旦法學雜誌，第110期，93年7月

王皇玉，刑事追訴理念的轉變與緩起訴—從德國刑事追訴制度之變遷談起，月旦

法學雜誌，第 119 期，94 年 4 月

王澤鑑，損害賠償法之目的：損害填補、損害預防、懲罰制裁，月旦法學雜誌，第 123 期，94 年 8 月

甘偵蓉，犯罪被害人在現行刑事司法程序中地位省思—刑罰與賠償並行理論之建構，崇右學報，第 11 期，94 年 2 月

李惠宗，論比例原則作為刑事立法的界線—大法官釋字第五一七號解釋評釋，台灣本土法學，第 18 期，90 年 1 月

林山田，別迷失在主義的叢林中—為職權原則與調查原則申冤，台灣本土法學雜誌，第 1 期，88 年 4 月

林吉鶴、劉建成、郭振源，法官量刑專家系統，臺灣大學法學論叢，第 22 卷，第 1 期

高金桂，論刑法上之和解制度，東海法學研究，第 14 期，88 年 12 月

柯耀程，重刑化犯罪抗治構想的隱憂與省思，變動中的刑法思想，元照出版有限公司，90 年 9 月，修訂 2 版

許春金，修復式正義的理論與實踐，刑事政策與刑事立法，甘添貴教授六祝壽論文集，學林文化，91 年

許春金、陳玉書、張謹名、張淑慧、高政昇、姚淑文，泰雅族傳統正義概念內涵之探討，犯罪與刑事司法研究，第 10 期，94 年 4 月

許福生，論兩極化刑事政策，警政學報，第 29 期，85 年 7 月

郭振源、劉建成，類神經網路運用在學習式法官自動量刑上之研究，警學叢刊，第 28 卷，第 6 期，87 年 5 月

陸振芳，修復式正義理論在華人文化之可行性探討，警學叢刊，第 38 卷，第 4 期，97 年 1 月

郭靜晃，少年福利機構因應少年事件處理法轉向制度之資源檢討及處遇策略運用，少年法院（庭）庭長、法官第六、七、八期專業講習會研究合輯，司法院，92 年

張麗卿，參審制度之研究，如何建立一套適合我國國情的刑事訴訟制度，學林文化事業有限公司，89 年 4 月初版

張麗卿，評析新增訂之緩起訴制度，驗證刑訴改革脈動，五南圖書出版公司，93 年，第 2 版

黃榮堅，讎敵社會裡的修復式司法？--刑事法體系中的損害賠償概念問題，月旦法學雜誌，第 146 期，96 年 7 月

蔡蕙芳，刑暨緩刑，二零零五年刑法總則修正之介紹與評析，94 年 4 月，台灣刑事法學會出版

蔡蕙芳，違反著作權法刑事案件之附條件緩刑宣告，中原財經法學，第 20 期，97 年 6 月

鄭昆山，我國起訴裁量與刑法損害回復法制改革之研究，如何建立一套適合我國國情的刑事訴訟制度，學林文化事業有限公司，89 年 4 月初版

盧映潔，死刑存在＝犯罪被害人之保護？--簡論德國與台灣之被害人保護措施，
月旦法學雜誌，第 113 期，93 年 10 月

謝如媛，修復式司法的現狀與未來，月旦法學雜誌，第 118 期，94 年 3 月

謝如媛，夢想或現實？由紐西蘭經驗看修復式司法之可能性—以法院轉介之修復
式司法方案為中心，成大法學，96 年 12 月，第 14 期

謝如媛，從賠償到關係修復—由修復式司法看刑案調解，99 年 1 月 11 日第 65
屆司法節學術研討會會議手冊

蘇俊雄，量刑法理與法治之比較研究，法官協會雜誌，第 1 卷第 2 期，88 年 12
月

學位論文

林上鈞，創設刑罰第三元制度之研究，私立東海大學法律研究所碩士論文，88
年

陳玉萍，我國緩起訴制度之研究，中國文化大學法律學研究所碩士論文，94 年

陳珈谷，論修復式司法，臺灣大學法律學研究所碩士論文，91 年

德文文獻

Franz Streng, *Strafrechliche Sanktionen: Die Strafzumessung und ihre Grundlage*,
Stuttgart : Kohlhammer, 2002 , 2. Aufl.

Gerhard Schäfer unter Mitarb. von Günther M. Sander und Gerhard van Gemmeren,
Praxis der Strafzumessung, München : Beck, 2001, 3. Aufl.

Hans-Jörg Albrecht, *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität : eine vergleichende
theoretische und empirische Studie zur Herstellung und Darstellung des Strafmasses*,
Berlin : Duncker & Humblot, 1994

Lutz Meyer-Goßner; unter Mitarb. von Jürgen Cierniak, *Strafprozessordnung :
Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen*, München :
Beck, 2008

Peter Bringewat, *Grundbegriffe des Strafrechts*, Baden-Baden : Nomos, 2003

Wilhelm Krekeler & Markus Löffelmann, *StPO, Strafprozessordnung*, Bonn :
Deutscher Anwaltverlag, 2007

Wolfgang Ferner, *Strafzumessung*, Bonn: Deutscher Anwaltverlag, 2003

Wolfgang Joecks & Klaus Miebach hrsg., *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*,
München : Beck, 2003

英文文獻

Marian Liebmann, *Restorative Justice: How it works*, London and Philadelphia:
Jessica Kingsley Publishers, 2007

Heather Streng, *Repair or Revenge: victims and restorative justice*, Oxford:
Clarendon Press, 2006, 2nd ed.

United Nations office on Drugs and Crimes, *Handbook on Restorative Justice Programmes*, New York, 2006

