

國立臺灣大學法律學院法律學研究所



碩士論文

Department of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

重構刑法第 57 條的量刑架構

——從量刑目的與行為人圖像出發

Reconstructing the Framework for Article 57 of the Criminal

Code :

By the Sentencing Purposes and the Image of Offender

盧于聖

YU-SHENG Lu

指導教授：謝煜偉 博士

Advisor: Yu-Wei Hsieh, Ph.D

中華民國 110 年 4 月

April 2021



國立臺灣大學碩士學位論文  
口試委員會審定書

重構刑法第57條的量刑架構

——從量刑目的與行為人圖像出發

Reconstructing the Framework for Article 57 of the  
Criminal Code :

By the Sentencing Purposes and the Image of Offender

本論文係 盧于聖 君（學號:R06A21058）在國立臺灣大學法律學系完成之碩士學位論文，於民國 109 年 7 月 16 日承下列考試委員審查通過及口試及格，特此證明

指導教授： 謝煜偉

口試委員： 謝煜偉

李炎生

王煥明

## 謝辭



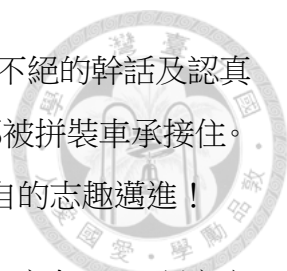
從去年七月至今年四月，從論文口試完到真正從待了整整九年的台大離開，中間經歷許多挫敗，無論是花費一段時間才達到畢業門檻，抑或初入職場的不協調感，最終都成為讓我站穩步伐的磨鍊。如今終能為這本既不成熟，又有諸多瑕疵，卻充分代表著我自己的論文，寫下謝辭，具有個人的階段性意義。但個人行動無法脫離社會性關係，從構思、寫作、口試到真正離校，如果沒有受到許多人的協助與支持，我既無法完成論文，亦無從度過諸多困難的時刻。

由衷謝謝指導我的謝煜偉教授，我從老師身上看見，嚴謹、溫柔關懷、不與現狀妥協的治學精神，是我最敬佩的學者面貌。而且，論文構思與寫作時，老師總是給予我自由的空間，卻又在我迷失方向時，毫不保留幫助我梳理想法，並指出可行方向。此外，當我無法如期離校、適應職場時，老師給的鼓勵及協助，都讓我相當暖心。我能成為老師的指導學生，是一件非常幸運的事情！

謝謝我的刑事學啟蒙李茂生教授，大學時對老師的講課似懂非懂，直到準備研究所、擔任學分班助教時，才真正理解老師主張的理論為何，並深刻影響我看待刑事學的方式。而且，老師口試時從不同面向挑戰我的論點，如同過去聽到老師對法、對社會的分析，都產生全新的刺激。另外，老師一直鼓勵我趕緊搞定畢業門檻，不要讓自己被耽誤的叮嚀，直到現在都還是很溫暖。

謝謝林婉珊教授，二話不說就答應擔任論文口試的委員，還遠從輔大一路趕來。口試當天，老師提出諸多論文形式與實質內容的問題，均相當犀利並切中要點，若沒有老師提點，最終定稿是無法修正如此多的瑕疵。

本論文主題的發想，主要來自我參與廢死聯盟的經驗，如果六年前沒有成為邪萌的實習生，一路參與每次個案會議、研究小組，我絕對不會燃起對刑事政策、處遇與辯護的關懷。尤其謝謝慈偉，給我許多參與研究的機會，還專程參與我的論發，同時謝謝每位研究小組的夥伴，讓我聽到不同領域的想法，特別是亦民跟家瑋，參加我的論發並給予寶貴建議。本論文縱不完美，我仍然想獻給邪萌，謝謝你們逆風投入如此吃力不討好的運動。



謝謝學術拼裝車群組中的沂庭、劭楷、老大哥與馨儀，源源不絕的幹話及認真閒聊相互交錯，無論是論文寫作的煩悶、達到畢業門檻的喜悅，都被拼裝車承接住。祝福熱愛 BL 的、玩 Fantasy Basketball 的，當兵的，都能朝各自的志趣邁進！

就讀法研所期間，有許多一起同甘共苦的戰友們，謝謝一起窩在 1403 研究室的廷睿、威霖、威豪，論文自救會的士程、昱誠、銘恩、哲綸、郁淇，與你們討論論文的想法時，我往往從你們身上看見自己的不足，並作為督促前進的動力，而向大家抒發寫作時的各種情緒，則是讓我順利完成論文的重要同儕支持。特別謝謝廷睿一同協助論文發表與口試的行政事項，謝謝冠宇願意擔任我當天口試的紀錄。真心希望未來諸君的工作及論文都能毫無阻礙，一切順利。

我相當珍惜於法律及社會學系間修課的日子，以及法研所相當扎實且完整的訓練，讓我接觸各自的視野及方法，並從不同切點，回答自己內心的關鍵提問。謝謝我在法律系與社會系修課的每位老師，從治學態度、對人的關懷以及對我的提點，都成為我完成本論文的重要養分。

謝謝我的父親、母親與弟弟，能在家人的包容與愛中，無憂無慮做自己想做的事、探索各式各樣的可能性，是一件何其幸運的事，如果沒有你們的全力支撐，永遠相信我的決定，我根本無法走到現在。由衷希望本論文可以讓你們感到驕傲，這是我目前能做到的小小回報。

謝謝羽棠一直以來的陪伴與愛，從論文寫作、口試、進入職場到離校，我面臨無數沮喪、自我懷疑並失去信心的時刻，但妳總是比我還相信我可以辦到，耐心聽完我沒完沒了的哀嚎，並讓我有力量面對各式困境。唯有妳的扶持，我才能順利完成論文，並於看似沒有盡頭的漫漫長路中，成功為長達九年的台大生涯，寫下階段性的句點。有妳一起分擔旅程中的欣喜與焦慮，本論文才有完成的一天，我才能是現在的我，謝謝妳。

最後，我發自內心相信，如果只有我自己，絕對無法辦到所有的一切，再次謝謝曾幫助過我的所有人，讓我完成論文並且順利畢業的時間，早於鳳凰城太陽隊成功進入季後賽的時間。

謝謝你們。

## 中文摘要



本文主要回應三個量刑理論的問題。

首先，量刑目的是否等同刑罰目的？既有論述大多認為，只要確立刑罰目的後，就得解決量刑實質問題，但本文並不認同。本文以應報觀點為主要檢討，並旁論預防、復歸與修復觀點後，認為上開觀點無法同時回答如何節制強制力，以及選擇適當的犯罪應對方式，尤其應報觀點採取賦予痛苦的邏輯，把指向復歸與刑罰轉向的措施，都解釋為比較輕微的痛苦，而未正確掌握不同量刑手段中的刑事政策意涵。本文再來檢視作為主流地位的限制應報論，以英美重要論者為對話對象，論者正確指出量刑的實質意義，必須注意到強制力與量刑的複雜性，但卻採取錯誤方式回應複雜性，選擇不同目的先後排序，而未建立融貫的量刑目的。本文認為應從實質作用思考量刑目的，著重強制力與刑事政策面向，並設定量刑目的為選擇適當的犯罪應對方式，若涉及施加強制力，則須注意如何節制強制力。

接著，量刑過程應如何看待行為人？本文從我國實務判決中，發現行為人圖像具有影響量刑的作用，因此如何設定行為人圖像，就具備量刑理論意義。本文借用犯罪學的基本預設，指出量刑應採取具體脈絡式的行為人圖像，把行為人的犯行原因與生命經驗陳列出來，得有助於量刑目的達成。

最後，按照本文設定的量刑目的與行為人圖像，得否給予刑法第 57 條「行為人之責任」與基本適用架構不同的刺激？本文認為從量刑目的的分析，則「行為人之責任」不只是罪責原則，而有不同意義的責任內涵，而量刑目的與行為人圖像，則提供建構不同量刑理論的契機。

關鍵字：量刑、量刑目的、量刑理論、行為人圖像、刑法第 57 條、應報、限制應報論、修正應報論、刑事政策

## Abstract

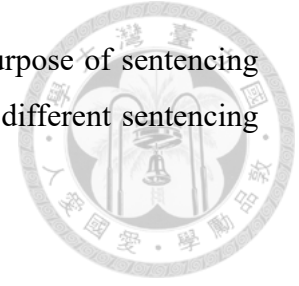
This article is to respond to the three questions toward the sentencing theory.

First of all, is the purpose of sentencing equal to the purpose of punishment? According to previous discourses, the penalty should be claimed right after the purposes of punishment is established. But in this article, different opinions are provided. After reviewing the retributivism, and also crime prevention, rehabilitation, and restorative justice, this article indicates that the previous discourses could not simultaneously answer the questions of how to limit coercion and choose the proper way of answering crime. Especially retributivism believes the justice requires offender to suffer in return, considering rehabilitation and diversion actions are deficient suffering, in hence that it couldn't grasp the meaning of penal policy in different sentencing measurements. Furthermore, this article reviews the important western followers of retributivism. As the mainstream theory, retributivism correctly indicates the purposes of sentencing shall aware of the enforcement and complexity of penalty. However, retributivism takes the wrong way to reply penalty's complexity, focusing on the sequence of objectives, instead of establishing the logical purpose of sentencing. This article considers that the purpose of sentencing should be established on a substantial result, concentrating on enforcement and penal policy, and also targeting the purpose of sentencing as the proper way to establish the penalty. If it includes the enforcement of imposition, the enforcer should aware of its abstinence.

Secondly, how the offender should be regarded during the sentencing process? The article reviews the court decisions in Taiwan, discovering that the image of the offender affects the sentencing. Hence, how to set the image of the offender is provided with the meaning of sentencing theory. In this article, according to the assumption of criminology, the penalty should be claimed with the contextual image of the offender. By reviewing the offender's causes of crime and life experiences, the purpose of sentencing can be effectively settled.

Lastly, with the purpose of sentencing and the image of the offender that is explained in this article, could the liability of the offender in Article 57 of the Criminal Code and the basic application of law be given different stimulation? Analyzing with the purpose of sentencing, the liability of the offender is not only with the connotation of the

principle of culpability, but also the responsibility. Whereas, the purpose of sentencing and the image of the offender provides the possibility of applying different sentencing theory.



KEYWORD : sentencing, purpose of sentencing, sentencing theory, image of offenders  
article 57 of the Criminal Code, retributivism, limiting retributivism, relative  
retributivism, penal policy

## 凡例



- 一、本論文的註釋體例主要採取中研院法學期刊，但第三章的主要參考資料來自英格蘭及威爾斯、明尼蘇達與蘇格蘭量刑委員會，上開委員會均把準則與註釋上傳至官方網站，為方便讀者查詢並比對，本文引用準則與註釋時，其體例會與中研院法學期刊不同。本文會依序標註委員會名稱、準則名稱、頁碼（若參考文件已編頁）、網址連結及最後閱覽日。若後續註釋重複提及，本文採取縮寫：Minnesota Sentencing Guidelines Commission 縮寫為 MSGC，The Sentencing Council for England and Wales 縮寫為 TSCEW，而 Scottish Sentencing Council 則縮寫為 SSC。
- 二、本論文的註釋編號為各章重新編號，查詢同前註的註釋編號時，請由各章第一個註釋開始比對。



# 簡目



第一章 緒論	1
第一節 問題意識建構	1
第二節 本文研究範圍與架構	3
第三節 用詞範圍與定義	4
第一項 刑法第 57 條適用範圍	4
第二項 量刑事實與量刑事由	7
第二章 回顧我國實務與學理見解	10
第一節 從罪刑相當到刑法第 57 條具體適用	10
第二節 既有量刑研究的圖像與空白	13
第三章 考察明尼蘇達、英格蘭與蘇格蘭模式	28
第一節 理由、目的及著重面向	28
第二節 明尼蘇達模式	33
第三節 英格蘭模式	47
第四節 蘇格蘭模式	61
第五節 未被回應的基本提問	68
第四章 重新設定量刑目的之命題	69
第一節 量刑目的等同刑罰目的之論述	69
第二節 應報觀點不應等同量刑目的	78
第三節 重新評價限制應報觀點	88
第四節 重新設定量刑目的之命題	102
第五章 重構刑法第 57 條的基本框架	109
第一節 具體脈絡式的行為人圖像	109
第二節 量刑目的與具體脈絡式的行為人圖像	126
第三節 重構刑法第 57 條的量刑架構	139
第六章 結論	144
第一節 本文研究回顧	144
第二節 面對量刑複雜性的應有態度	145
參考文獻	147

# 詳目



第一章 緒論	1
第一節 問題意識建構	1
第一項 從兩則最高法院判決談起	1
第二項 問題意識	1
第二節 本文研究範圍與架構	3
第一項 研究範圍	3
第二項 本文架構	3
第三節 用詞範圍與定義	4
第一項 刑法第 57 條適用範圍	4
第二項 量刑事實與量刑事由	7
第二章 回顧我國實務與學理見解	10
第一節 從罪刑相當到刑法第 57 條具體適用	10
第一項 憲法觀點下的罪刑相當	10
第二項 個案觀點下的罪責相當	10
第二節 既有量刑研究的圖像與空白	13
第一項 經驗性研究的成果和限制	13
第二項 理論性研究的圖像及空白	14
第一款 基本理論框架	14
第二款 特定刑罰效果的量刑基準	15
第三款 定性刑法第 57 條的適用	17
第四款 重新架構量刑理論	21
第三項 回顧結論	26
第三章 考察明尼蘇達、英格蘭與蘇格蘭模式	28
第一節 理由、目的及著重面向	28
第一項 考察理由	28
第二項 考察目的及著重面向	30
第三項 英美量刑改革面對的困境及解方	31
第二節 明尼蘇達模式	33
第一項 基本適用架構	33
第二項 建構推定刑	35
第一款 犯行嚴重等級	35
第二款 犯罪歷史得點	36
第三款 犯罪歷史得點的加重理由	38
第四款 小結	42
第三項 偏離推定刑	42
第四項 考察結論	45
第三節 英格蘭模式	47
第一項 基本適用架構	47
第二項 犯行嚴重程度與加重減輕因子	48
第一款 犯行嚴重程度	48

第二款 加重減輕因子 -----	51
第一目 加重因子 -----	51
第二目 減輕因子 -----	53
第三項 其他調整因子 -----	56
第一款 協助起訴與認罪答辯 -----	56
第二款 危險性、特殊監禁與保釋折抵 -----	58
第三款 小結 -----	59
第四項 考察英格蘭模式的總結 -----	59
第四節 蘇格蘭模式 -----	61
第一項 量刑原則與目的 -----	62
第二項 量刑程序 -----	63
第一款 決定標題刑度 -----	63
第二款 其餘審酌事由與定宣告刑 -----	65
第三項 考察蘇格蘭模式的總結 -----	66
第五節 未被回應的基本提問 -----	68
第四章 重新設定量刑目的之命題 -----	69
第一節 量刑目的等同刑罰目的之論述 -----	69
第一項 檢討我國既有論述 -----	69
第二項 當代英美主流見解 -----	73
第一款 Hart 的分離命題 -----	73
第二款 當代英美主流論述 -----	75
第三項 小結：量刑目的與刑罰目的曖昧糾纏 -----	77
第二節 應報觀點不應等同量刑目的 -----	78
第一項 應報觀點下的量刑基本命題 -----	78
第二項 回應犯行必須賦予痛苦？ -----	79
第三項 犯行嚴重程度應作為建構量刑核心？ -----	82
第四項 小結 -----	85
第一款 應報觀點無法完整回應量刑的基本命題 -----	85
第二款 其餘刑罰目的無法單獨回應量刑的基本命題 -----	86
第三節 重新評價限制應報觀點 -----	88
第一項 我國既有論證方式：罪責+其餘刑罰目的 -----	88
第二項 限制應報論的諸面向 -----	89
第一款 混合理論到限制應報論 -----	90
第二款 限制應報論的諸面向 -----	91
第一目 基本概念 -----	91
第二目 Norval Morris 的版本 -----	92
第三目 Richard Frase 的版本 -----	94
第三項 重新詮釋限制應報論 -----	99
第四節 重新設定量刑目的之命題 -----	102
第一項 量刑目的之設定框架 -----	102
第二項 本文設定方向的實益 -----	104
第一款 整合功能 -----	105
第二款 批判功能 -----	107

第三項 小結 .....	108
第五章 重構刑法第 57 條的基本框架 .....	109
第一節 具體脈絡式的行為人圖像 .....	109
第一項 最高法院描繪的行為人圖像 .....	109
第一款 自主負責的犯罪者圖像 .....	109
第一目 鄭捷案 .....	110
第二目 黃麟凱案 .....	111
第三目 翁仁賢案 .....	112
第二款 具體脈絡式的行為人圖像 .....	113
第一目 吳敏誠案 .....	113
第二目 武張孝慈案 .....	116
第三款 小結 .....	118
第二項 多元交織的行為人圖像 .....	119
第一款 行為人圖像作為敘事結構 .....	119
第二款 具體脈絡的多元性 .....	121
第一目 刑罰廢止論的啟示 .....	121
第二目 當代犯罪學觀點 .....	124
第三目 社會學式觀點 .....	125
第三款 小結 .....	126
第二節 量刑目的與具體脈絡式的行為人圖像 .....	126
第一項 具體化刑法第 57 條「行為人之責任」 .....	126
第一款 量刑中的罪責原則 .....	127
第一目 規範責任與行為責任 .....	127
第二目 限制作用 .....	128
第二款 重新調整罪責原則的量刑定位 .....	130
第一目 規範責任僅具備量刑前提性質 .....	130
第二目 行為責任無法回答個人責任程度 .....	131
第三目 重解刑法第 57 條「行為人之責任」 .....	133
第三款 負責程度應採取具體脈絡式觀點 .....	134
第二項 多元犯罪應對想像的前提 .....	135
第一款 個別化量刑的基本概念 .....	135
第二款 具體脈絡有助於選擇犯罪應對方式 .....	136
第三項 小結 .....	139
第三節 重構刑法第 57 條的量刑架構 .....	139
第一項 基本預設與操作架構 .....	139
第二項 犯行、行為人與應對方式的對應事由 .....	141
第一款 犯行相關事由 .....	141
第二款 行為人責任相關事由 .....	142
第三款 應對方式相關事由 .....	143
第六章 結論 .....	144
第一節 本文研究回顧 .....	144
第二節 面對量刑複雜性的應有態度 .....	145
參考文獻 .....	147

# 第一章 緒論



## 第一節 問題意識建構

### 第一項 從兩則最高法院判決談起

本文寫作契機來自兩則死刑相關的判決。最高法院 102 年度台上字第 170 號刑事判決（吳敏誠案），提出一套死刑裁量基準，其中對刑法第 57 條的觀點，並非著重行為人犯行的嚴重程度，而是行為人的真實面貌，如：

「刑法第五十七條所例示之十款事由，即應逐一檢視、審酌，以類似「盤點存貨」之謹密思維，具實詳予清點，使犯罪行為人係以一個『活生生的社會人』而非『孤立的犯罪人』面目呈現，藉以增強對其全人格形成因素之認識，期使刑罰裁量儘量能符合憲法要求限制人民基本權利所應遵守之『比例原則』」

但經過幾年後，最高法院 105 年度台上字第 984 號刑事判決（鄭捷案）開始鬆動上開觀點。行為人的犯行需要被處罰，且必須由刑罰手段抑制犯行，並切割刑法第 57 條的行為人相關事由，有濃重的自我負責色彩，如：

「（刑法第 57 條）區分為『與行為事實相關』之裁量事由.....與『形成犯罪時之行為人自我相關』之裁量事由.....。關於『與形成犯罪時之行為人自我相關』之裁量事由，依一般人普遍具有之理性分析，又可依其係『明顯可歸因於外在（例如家庭、學校及社會）之事由』或『非明顯可歸因於外在之事由』，而有不同評價及衡量。即前者得為量處較輕刑度之事由，後者則否。」

相同問題卻得出完全相反的結論，引起本文進一步探問的興趣，以下將由上開兩則判決出發，開展本文的問題意識。

### 第二項 問題意識

對照上開兩則判決，法院都是從刑法第 57 條作為解釋起點，但最終卻導向完全不同的結果。最高法院 102 年度台上字第 170 號刑事判決，試圖於法益侵害的犯罪者圖像上，添附一層受制外在條件的社會人容貌，促使法院視角由犯行轉移至

行為人。但最高法院 105 年度台上字第 984 號刑事判決，則走上相反道路，行為人應分配到多少刑罰，取決於犯罪情節的嚴重程度，法院觀察重心是行為與法益侵害，並且限縮解釋行為人相關事實的適用空間，行為人容貌又重新回到犯罪者圖像。上開轉變不只是刑法第 57 條的解讀歧異，更突顯法院看待行為人面貌的方式完全相反。

理解行為人面貌的重大差異，又可以重新連結到刑法第 57 條的設計。本條前段說明：「科刑時應以行為人之責任為基礎，並審酌一切情狀」，多數論者均認為行為人之責任的意涵，等同宣示量刑應謹守罪責界限，不得因預防目的而施加超過行為責任的刑罰<sup>1</sup>。但上開論述只說明，行為人之責任具有劃定刑罰上限的消極面向，但如何建構行為人之責任的實質內容，並未被正面處理，論者僅指出刑罰不得超出由責任劃定的上限，但責任的實質對應內容卻呈現空白。

一旦未積極建構「行為人之責任」的實質內涵，不僅造成法院欠缺建構行為人責任圖像的一致框架，亦無法建立刑法第 57 條的穩定操作體系，個別量刑事由的適格性、加重減輕方向與考量次序，無法融貫整合於行為人責任圖像。因此，行為人之責任得指引法院如何看待行為人，亦有助於刑法第 57 條的具體操作，具有深入探問的重要性。

既然行為人之責任的實質內涵，等同法院應如何看待行為人，則本文無從迴避一個基本問題，即量刑目的如何設定，會影響應如何建構行為人責任圖像。若採取應報論觀點，行為人責任就容易傾向自我責任的道德主體，若主張功利式的犯罪控制觀點，則行為人責任就會貼近犯罪危險源頭的圖像，正當化由刑罰制裁並管控的作法。不同量刑目的投射出相異的行為人責任，若要正面建構行為人責任，就必須思考刑罰具體分配的特質，以確立其應有目的。

綜上所述，本文欲探問刑法第 57 條「行為人之責任」，應如何建構其實質內容？本文若要完整回答上開提問，必須處理三個不同面向的問題。首先，本文如何選擇設定量刑目的？接著，按照本文擇定的量刑目的，行為人責任的實質圖像應如

---

<sup>1</sup> 林山田，刑法通論，10 版，頁 523-524（2008 年）；陳子平，刑法總論，2 版，頁 303（2008 年）；王皇玉，刑法總則，5 版，頁 614（2019 年）。

何建構？最後，由本文選擇的量刑目的與行為人責任圖像，應如何提供刑法第 57 條的操作架構？



## 第二節 本文研究範圍與架構

本文核心提問為行為人責任應如何建構。本節必須先界定研究範圍，避免後續討論失焦，接著提出整體論證架構的鳥瞰。

### 第一項 研究範圍

本文核心提問為刑法第 57 條「行為人責任」，應如何建構其實質內容，但「量刑」指涉範圍相當多元，從法院對本刑，如死刑、自由刑與罰金刑的宣告，到選擇刑事轉向措施，如緩刑與假釋，甚至是保安處分及後續處遇方案的執行，都是具體量刑決定。雖然轉向措施、保安處分及後續執行，都是量刑的重要面向，但個別制度涉及的理論核心跟問題焦點均不同，為聚焦後續討論，本文不會處理上開制度和量刑的關聯。

另外，最高法院對死刑有特殊的量刑架構，包含國際人權公約，尤其是兩公約的國內法效力，以及「教化可能性」的概念詮釋，均非本文的論述主軸。同時，刑法規範中的加重或減輕條文，如自首或特殊身分，雖然影響法院量刑的上下限，但也涉及其他理論問題，故也不在本文討論範疇。

因此，本文研究重心與範圍是理論命題，處理量刑目的、行為人責任的實質圖像以及刑法第 57 條的操作體系，並不會處理特殊量刑決定，如緩刑與保安處分的理論核心與制度設計。但刑法第 57 條的適用範圍有不同見解，下節會先交代本文的立場，避免後續討論混淆。

### 第二項 本文架構

本文會依照下列架構，逐步回答前面提到的三個問題面向。

第二章檢視我國釋憲實務、最高法院判決以及既有量刑研究的現況，並從中分析出延伸本文提問的論述。

第三章則考察我國近來量刑制度的主要參考對象，美國明尼蘇達州、英格蘭與威爾斯，以及蘇格蘭的量刑模式，但並非進行制度設計轉譯，而是分析不同模式如何建構行為人責任、設計實質對應內容，並預設行為人責任的圖像。本文考察後發現，上開三種量刑模式呈現相似的建構模式，多元刑罰目的之下，卻呈現出扁平的行為人圖像，而公正應報論的預設，則發揮重要作用。

第四章開始切入第一個本文提問：如何擇定量刑目的？本章會先指出目前論述並未清楚界定量刑目的，並與刑罰目的之討論糾纏不清，尤其是應報論的深刻影響。因此，本文以應報觀點為主要對話對象，先檢討以應報觀點作為量刑主要目的時，無法正確處理量刑重要命題，接著檢討主流的限制應報論架構，並整理不同論述版本，並歸納出各自論述的共同性質，調整限制應報論的提問方式後，提出本文對量刑目的之見解：有效節制強制力並選擇適當的應對方式。

第五章則回答本文第二與第三個提問。首先，先回顧實務中建構行為人圖像的兩大類型後，指出量刑中的行為人圖像屬於敘事結構，繫諸於法院如何選擇選擇著重焦點與面向，而非本體論式的存在。由於行為人如何被呈現，會影響最終量刑結論，本文認為必須提供一個有助於量刑目的之建構方向，而刑罰廢止論與犯罪學的基礎預設，得提供重要啟發。接著，本文會由量刑目的著手，說明本文採取的行為人圖像有助於達成量刑目的，並由節制強制力的面相，修正刑法第 57 條「行為人之責任」的既有論調，重新理解罪責原則的量刑意義。最後，按照本文選擇的理論預設，試圖重構刑法第 57 條的量刑架構，並提出本文初步見解。

第六章為結論，先歸納本文主要論點，並指出後續量刑改革的修法關鍵，再提出目前未處理的待解問題，有待以後研究者深入分析。

### 第三節 用詞範圍與定義

#### 第一項 刑法第 57 條適用範圍

刑法第 57 條所使用的文字為科刑，但未劃定「科刑」一詞的射程範圍，為避免論述時的歧異，必須先界定本條的指涉範圍，才能清楚聚焦本文討論。



有論者對刑法第 57 條的適用範圍採取限縮見解，認為本條「科刑」的射程範圍並未包含緩刑、假釋與保安處分。從現行法結構出發，刑法第 57 條被規定在刑法第八章，而緩刑、假釋與保安處分則被分別規範於刑法第九、十及十二章，我國刑法典明確區分科刑、行刑及刑事處遇措施，各自屬於不同體系及適用要件，因此刑法第 57 條的適用範圍，應限於主刑的刑種與刑度選擇<sup>2</sup>。

但蘇俊雄教授認為，量刑是法院修正法定刑的裁量權限，法院在立法者對犯行設定的上下限範圍內，具體確定刑罰種類與程度後，得出「宣告刑」，並按照特定條文及刑事政策目的，得出「處斷刑」，並決定後續的緩刑、假釋等「執行刑」，同時包含保安處分<sup>3</sup>。論者認為刑法第 57 條的適用範圍，包含宣告刑與處斷刑，但並未言明是否包含執行刑與保安處分。吳景芳教授則認為，宣告緩刑及保安處分仍屬賦科刑罰的一環，不應排除於刑法第 57 條的適用範圍<sup>4</sup>。

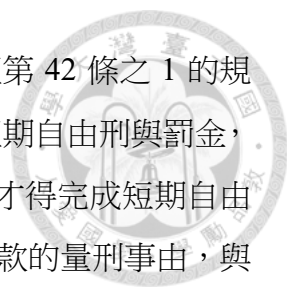
本文認為上開見解差異的關鍵，在於刑法第 57 條的適用範圍，是否僅止於法院選科主刑，還是包含一切量刑決定，如易刑與緩刑等轉向措施，以及具備特殊政策意涵的保安處分。由於量刑是法院選擇刑種與刑度的過程，與刑法第 57 條的適用範圍分屬不同命題，兩者不必然得出相同結論，且易刑、緩刑、假釋與保安處分均有個別的適用條文，如何劃定刑法第 57 條的適用範圍，其實就是確認不同科刑決定的條文與刑法第 57 條的契合程度，並決定兩者適用是否應各自獨立，抑或相互連結。

首先，本文認為假釋並不是刑法第 57 條的適用範圍。刑法第 77 條規定假釋要件為：「受徒刑之執行而有悛悔實據者，無期徒刑逾二十五年，有期徒刑逾二分之一、累犯逾三分之二，由監獄報請法務部，得許假釋出獄」。假釋是徒刑執行一定期間後，由矯正機構自行裁量的刑罰轉向措施，但刑法第 57 條的規範對象是法院的刑罰裁量過程，不只與假釋的裁量主體不同，刑罰裁量亦為發動假釋的基本前提，必須先確定刑罰類型與強度，才得調整後續執行。因此，本文認為刑法第 57 條與假釋的規範對象與時點並不同，前者適用範圍不應包含後者。

<sup>2</sup> 胡宜如，建立刑事判決量刑準據之研究，頁 8（2009 年）；林伯樺，量刑基準與犯罪後態度之關係，國立中正大學法學集刊，43 期，頁 64（2014 年）。

<sup>3</sup> 蘇俊雄，刑法總則 III，4 版，頁 390（2000 年）。

<sup>4</sup> 吳景芳，量刑與餘罪，中興法學第 40 期，頁 47（1996 年）。



接著，刑法第五章之二規定易刑的適用要件，由第 41 條至第 42 條之 1 的規定得知，法院若選擇易刑，必須先符合特定主刑種類及刑度，如短期自由刑與罰金，並考量個案的身心情形或矯正成效後，再按照個別換價規則，才得完成短期自由刑、罰金刑、勞役與社會勞動間的轉換。因此，刑法第 57 條各款的量刑事由，與易刑的法定要件並不完全重疊，法院不得只援用前者規定進行易刑，否則即無視刑典對易刑的特別規範。

相同情形亦見於刑法第九章緩刑的規定，刑法第 74 條第 1 項為緩刑要件，個案必須受輕微宣告刑，並符合同項第 1 或第 2 款的特定事由，由於緩刑具備自身刑事政策之目的，有不同於刑法第 57 條各款的考量面向，法院應著重刑典對緩刑的個別設計，並按照刑法第 74 條的文義，發展宣告緩刑的實質判準，而不是援用刑法第 57 條直接宣告緩刑。

最後，刑法第十二章規定的各項保安處分，均設計個別的適用要件。刑法第 87 條至第 90 條的監護、禁戒與強制工作，一旦符合法定要件，如公共安全保障必要、毒品與酒精戒癮或改善犯罪習慣，法院應宣告保安處分而無裁量權限，刑法第 57 條並無適用空間。刑法第 86 條的感化教育及第 91 條之 1 的強制治療，法院雖然得裁量是否宣告，但亦具備個別要件與考量面向，如年齡、特定犯罪類型與再犯危險評估，並未完全等同刑法第 57 條各款事由，法院不得僅援用刑法第 57 條宣告感化教育與強制治療。

由於易刑、緩刑與保安處分的適用要件，並未與刑法第 57 條完全重疊，本文認為法院宣告上開量刑結論時，不得只適用刑法第 57 條，而須回歸刑法對易刑、緩刑與保安處分的規範。但上開見解並未切割刑法第 57 條與刑事政策的連結，法院仍得按照刑法第 57 條的指示，具體檢驗個案中的量刑事實後，分析出施加刑罰的不利後果與刑罰轉向措施的效益，並從刑罰、易刑、緩刑與保安處分中，選擇適合個案的量刑結論，若法院認為易刑、緩刑或保安處分比刑罰更適當，則再進一步適用個別規範。因此，本文認為刑法第 57 條僅說明，法院選擇科刑方式時，應受行為人責任限制並考量個案的各式面向，並不是指易刑、緩刑與保安處分的考量，應完全不考慮刑法第 57 條指示的量刑事由。亦即，刑法第 57 條是法院刑罰裁量的總則規範，指示量刑基本架構與考量面向，而選擇不同的應對方式，如易刑、緩

刑與保安處分，其個別條文是刑罰裁量的分則規範，兩者並非互斥關係。刑法第 57 條規範的量刑事由，作為法院選擇刑罰、轉向措施與保安處分的考量綱領，確定適當量刑方式後，再適用易刑、緩刑與保安處分的個別規範。



簡言之，刑法第 57 條作為量刑總則，規範法院於法定刑與處斷刑範圍內，具體選擇犯罪應對方式的裁量過程中，應考量的基本原則與面向，且直接適用至死刑、自由刑與罰金刑。但易刑、緩刑與保安處分，法院仍須按照刑法第 57 條的架構，全盤考量個案情節後，得出應選擇上開應對方式的結論，再進一步適用個別規範的要件。

## 第二項 量刑事實與量刑事由

本文先定義部分用語的指涉對象，尤其是「量刑事實」、「量刑事由」、「量刑基準／準則」與「量刑理由」，避免混淆往後行文的指涉對象。

曾淑瑜教授參考德國學理，將量刑事由區分為事實上、目的上以及論理上量刑事由，分別對應至量刑時的具體事實情狀、刑罰所追求的目的以及量刑理由<sup>5</sup>。曾淑瑜教授所稱的量刑事由限定在量刑具體事實面向，而刑罰目的與量刑理由，則統整為量刑基準<sup>6</sup>。亦即，量刑評價所依據的客觀事實為量刑事由，而法院評價時採用的標準及最終理由，則為量刑基準。林伯樺沿用上開論者對客觀事實與判斷標準的區分，並以文意解釋觀點指出，事由應解讀為事實及理由，因此量刑事由包含量刑事實與量刑基準面向，量刑事實是量刑時的評價對象，量刑基準則是量刑評價的方法和理由<sup>7</sup>。

用語所指涉的對象若有本質上差異，就應當轉換為不同用語，避免混淆。本文認為應嚴格區分量刑評價的事實及標準，兩者的性質與討論重心並不同。量刑事實的重心在於法院應如何進行證據調查，涉及量刑與證據法的交錯，而量刑標準的重心則是法院應如何評價既有的量刑事實，特定事實應納入或排除於審酌範圍，應賦予加重或者減輕效果，涉及正當性的論證。若量刑事由的定義包含事實及標準，將侵蝕量刑事由一詞的指涉功能，故本文並不贊同德國學理用量刑事由涵蓋三個截

<sup>5</sup> 曾淑瑜，量刑基準之比較研究，華岡法粹，29 期，頁 156（2003 年）。

<sup>6</sup> 曾淑瑜（註 5），頁 157。

<sup>7</sup> 林伯樺（註 2），頁 68。



然不同的問題面向，或者將量刑事由理解為事實及理由，因為無助於釐清概念。若  
要指涉法院量刑時審酌的對象或材料，直接使用「量刑事實」，指涉法院量刑時的  
判斷標準或架構，則應使用「量刑基準」或「準則」，無須以量刑事由指涉不同的  
兩件事情，徒增理解困擾。

但本文並不主張揚棄「量刑事由」的用語，而是應該釐清其指涉對象。謝煜偉  
教授認為「量刑事實」是和量定刑罰相關的事實<sup>8</sup>，而「量刑事由」則是具體量刑  
事實類型化後的抽象描述<sup>9</sup>，而量刑事實屬於量刑事由的下位概念，兩者均指涉客  
觀事實，無涉法院的量刑判斷標準及理由。具體來說，刑法第 57 條各款事項屬於  
量刑事由，而法院必須透過證據調查收集各種量刑事實，證明不同量刑事由的程度  
以及加重減輕方向。舉例來說，同條第 10 款的「犯罪後態度」是量刑事由，法院  
則須調查行為人有無悔悟、配合偵查程度、審判時應訴狀況等具體量刑事實，才得  
評價行為人的犯罪後態度，確認應加重或減輕。

上開見解將量刑事由定位為量刑事實類型化的描述，本文認為有兩個重要實  
益。第一，類型化有助於法庭活動進行，法院和當事人能得知調查量刑事實後，最  
終要證明的待證事項為何，也能檢視調查特定量刑事實的必要性。第二，藉由量刑  
事由的概念，量刑事實和標準間即產生對話空間，僅觀察單一量刑事實，並不容易  
分析其作為量刑審酌內容的正當性為何，也無從規範加重減輕方向。但將有共同特  
徵的量刑事實類型化後，上開分析將更簡潔，比方說，無須個別檢驗行為人悔悟以  
及後續偵審時的行為舉止，而是正面分析犯罪後態度作為量刑審酌事項的適格性，  
以及犯罪後態度能否加重刑度，抑或僅具減輕效果。因此，本文認為量刑事由作為  
量刑事實類型化的見解，具採納實益。

經過上開見解整理及分析後，本文之後的用詞定義如下：「量刑事實」是量定  
刑罰相關的事實，由法院進行證據調查收集；「量刑事由」則是具體量刑事實類型  
化後的抽象描述，得合理劃定量刑事實調查範圍，並釐清作為量刑判斷內容的正當  
性與方向；而「量刑準則」則是法院進行量刑決策時的規則或框架，如量刑基本原

<sup>8</sup> 謝煜偉，量刑事實之調查與量刑情狀鑑定，檢察新論，23 期，頁 28（2018 年）。

<sup>9</sup> 謝煜偉（註 8），頁 29。

則、量刑事由的先後審酌順序、加重減輕的程度；「量刑理由」則是法院按照量刑準則操作後，對個案結果所闡釋的原因。

具體舉例來說，個案中的行為人是否向被害人道歉或賠償，是「量刑事實」的範疇，並得類型化為行為人犯後態度，屬於一種「量刑事由」。至於如何評價犯後態度的量刑適格性、加重減輕方向、權重比例及考量次序與，則涉及犯後態度應定性為法益侵害程度？行為人可責性評價？抑或行為人復歸與修復機會？上開定性與評價框架，就是「量刑準則」應處理的命題。法院按照量刑準則，具體說明行為人是否道歉或賠償，為何提高或減輕個案的法益侵害、可責性或復歸與修復機會，其說理則為「量刑理由」，支撐加重或減輕量刑的結論，提供後續檢驗的基礎。



## 第二章 回顧我國實務與學理見解

### 第一節 從罪刑相當到刑法第 57 條具體適用

#### 第一項 憲法觀點下的罪刑相當

釋憲實務由「罪刑相當原則」理解犯行與刑罰間的關係，並有一套穩定的罪刑轉換基準。司法院釋字第 669 號解釋指出，施加刑罰若合乎比例，則須權衡刑罰侵害人身自由及保護法益，而立法者設定的法定刑度高低，則對應「行為所生危害」及「行為人責任」，才符合罪刑相當，相同文句也出現在司法院釋字第 777 號與 790 號解釋中。司法院釋字第 679 號解釋則有不同解讀，其認為數罪併罰的個案中，法院定應執行刑時，須對應犯行的「不法與罪責程度」，並考量「矯正必要性」。司法院釋字第 775 號解釋則整合上開解讀，認為法定刑度與刑罰種類，必須綜合考量各項情況，並列舉出法益重要性、防止侵害可能性、矯正必要性，但最終仍須與行為所生危害及行為人責任相符<sup>1</sup>。

大法官指出刑度與刑罰種類須對應的諸種考量，但法院於個案中分配具體刑罰時，上開解釋無法提供有效的實質助益。首先，釋憲實務著重立法層次的法定刑範圍，而非個案應如何分配刑罰，法院仍須正面解釋刑法第 57 條；接著，大法官並未提供清楚的罪刑對應架構，法定刑得綜合考量法益重要性、侵害可能性與矯正必要性，但與行為危害、行為人責任間的關係，是考量先後順序，抑或是量刑定點與上限，並未清楚交代；最後，無論是綜合考量的事由、行為危害或行為人之責任，其內涵相當曖昧，仍有待釐清。

#### 第二項 個案觀點下的罪責相當

若回到個案中，法院理解犯行與刑罰的對應關係，則著重刑法第 57 條的具體操作。實務的量刑操作邏輯，主要為「個案整體綜合考量」，如最高法院 108 年度台上字第 3081 號刑事判決指出，量刑須考量具體犯罪情節、行為不法與責任嚴重

<sup>1</sup> 司法院釋字第 775 號解釋與量刑理論的檢討，得參考謝煜偉，當弦外之音成為主弦律——評釋字第 775 號解釋兼論解釋公布後之量刑新趨勢，月旦法學雜誌，294 期，頁 33-55（2020 年）

程度、行為人犯後態度以及個人相關因素，不得偏重任何因素；最高法院 107 年度台上字第 3031 號刑事判決，則指出綜合考量的方式，應以行為人之責任為基礎，並檢驗刑法第 57 條各款，同時考量刑罰目的性、刑事政策與行為人的刑罰感應力<sup>2</sup>。實務判決亦開始立於綜合考量的基點，區分刑法第 57 條各款事由的性質，如最高法院 105 年度台上字第 1480 號刑事判決，指出刑法第 57 條中，第 1、2、3、7、8、9 款為「犯罪行為」相關因素，其餘則指向「犯罪行為人」相關因素。從刑法第 57 條的設計中，亦可得知量刑時，不應僅著重犯罪行為態樣與情節，同時須衡量行為人相關因素。

最高法院在具有量刑指標意義的死刑決斷中，亦採取綜合考量，但在論理基礎有相當差異。最高法院 102 年度台上字第 170 號刑事判決（吳敏誠案），從刑法第 57 條的行為人責任出發，認為量刑應根據行為人的罪責程度輕重，並從同條的「一切情狀」與各款事由，解讀出量刑必須綜合考量，包含不同刑罰目的、犯罪情節、行為不法與責任程度以及再社會化評估，法院必須衡平上述考量。同時，法院亦指出詳實衡量刑法第 57 條後，讓行為人的圖像從「孤立犯罪人」轉向「活生生的社會人」，量刑必須建立於對行為人的全人格認識，才符合罪刑相當原則<sup>3</sup>。法院著重行為人社會面向，是為了選擇適當的犯罪控制手段，由實證調查結果，決定刑罰偏向再社會化或危險控管。

但最高法院 105 年度台上字第 984 號刑事判決（鄭捷案）則採取不同的量刑架構。首先，由行為人的犯行轉換為罪責，再按照罪責轉換為相應的刑度與刑罰種類；接著，法院建構罪責時，則考量刑法第 57 條各款事由，分別檢驗「行為事實」與「行為人自我」相關事由，前者得產生加重與減輕罪責的效果，但後者則須再細分為「可歸因於外在」以及「不可歸因於外在」，只有可歸因於外在的行為人自我相關事由，才得產生減輕罪責的效果<sup>4</sup>。本案中，由於被告的行為事實達到殘酷嚴

<sup>2</sup> 相同論述亦出現於最高法院 106 年度台上字第 3170 號刑事判決、106 年度台上字第 1930 號刑事判決、106 年度台上字第 262 號刑事判決。

<sup>3</sup> 最高法院 102 年度台上字第 170 號判決的用語為「符合憲法要求限制人民基本權利所應遵守之比例原則」，但按照前文對釋憲實務的整理，大法官檢驗刑罰分配的正當性時，符合比例原則的重要核心是罪刑相當，故本文認為調整為罪刑相當，並不會曲解大法官和法院見解。

<sup>4</sup> 深入比較最高法院 102 年度台上字第 170 號刑事判決與最高法院 105 年度台上字第 984 號判決的論述，請參閱謝焜偉，「教化可能性」在死刑量刑判斷上的意義與定位——從最高法院 102 年度台上字第 170 號判決到 105 年度台上字第 984 號判決之演變，臺北大學法學論叢，105 期，頁 133-186（2017 年）。

重的程度，且沒有可歸因於外的行為人事由，故行為人對犯行負起「完全罪責」而應判死。最高法院 105 年度台上字第 1062 號刑事判決（曾智忠、蔡京京案），採取相同論理，只是法院認為本案被告具有可歸因於外的行為人事實，未達應判死的完全罪責程度。

最高法院 108 年度台上字第 4039 號刑事判決（即沈文賓案）則採取相同邏輯，進一步指出刑法第 57 條的適用架構。首先，法院必須先考量行為事實相關事由，根據罪刑均衡與一般預防觀點，劃定刑度是否落在死刑範疇。接著，考量行為人相關事由，並按照特別預防觀點，決定是否向下微調。如果下修後仍為死刑結論，最後再衡量行為人的罪責嚴重程度與教化可能性，以達成罪刑相當。上開論述重心雖然是死刑的裁量過程，但也提出一個量刑架構，由罪刑均衡與一般預防觀點，建構出責任刑的起始點，再由特別預防觀點下修。

由本文的問題意識檢視目前最高法院的量刑論述，可以得出下列結論。首先，最高法院大多採取綜合刑罰目的，同時考量應報、一般與特殊預防的需求，但並未說明綜合考量的理由，以及如何處理目的間的矛盾。接著，法院對行為人責任圖像的描繪並不穩定，在犯罪人到社會人圖像間擺盪，並無定論。最後，刑法第 57 條應如何操作的問題，最高法院對刑法第 57 條各款事由的定性趨於穩定，大多認同區分量刑事由為「犯行」及「行為人」相關。但量刑事由間的考量次序、加重減輕方向與權重，尚未有一致見解，有法院採取曖昧的操作模式，僅說明須綜合考量犯行與行為人相關事由，才得確認行為人罪責，但並未細緻化決策過程，亦有法院認為先從犯行相關事由決定刑度，再由行為人相關事由下修，但理由多以罪責相當的結論充作理由，有循環論證的危險。

因此，目前釋憲實務與最高法院見解，並未完整回答本文的問題意識，反而陷入一個罪責原則、一個刑法第 57 條，卻面臨各自表述的困境。接著，則須進一步回顧我國既有的量刑研究成果，是否已經完整回應本文的提問。



## 第二節 既有量刑研究的圖像與空白



### 第一項 經驗性研究的成果和限制

既有經驗性研究常見的問題切面，是國外量刑制度的介紹。先指出量刑歧異不僅發生在臺灣，其他各國同樣面臨量刑不一貫或不公正的批評，接著介紹外國司法系統的應對制度，如何輔助法院量刑。如林尚諭法官介紹英格蘭與威爾斯地區的量刑委員會組成、制定量刑準則的程序及後續適用，並評估參考英格蘭制度的合理性，以及和臺灣現行條文的差異<sup>5</sup>。邱筱涵法官則介紹近年開始運作的蘇格蘭地區量刑委員會與量刑準則，著重委員會組成、準則制定程序，目前準則內容，並簡短分析引入臺灣須留意的規範差異<sup>6</sup>。郭豫珍法官則鳥瞰式介紹美國較流行的量化（**numeric**）準則、英格蘭及威爾斯地區採用的敘述性（**narrative**）準則、澳洲新南威爾斯州的量刑資訊系統（**Sentencing Information System**）、荷蘭提供給檢方求刑參考的北極星準則（**Polaris-Sentencing Guidelines**）以及中國部分省份、加拿大的量刑改革<sup>7</sup>。亦有論者整理其他國家的法院判決，如涂裕斗法官比較日本最高法院及美國聯邦最高法院的死刑判決，歸納出個案間不同的量刑態樣<sup>8</sup>。

上開論述參照外國量刑制度設計或判決，提供諸多解釋刑法第 57 條的不同想法，並借鏡外國經驗，預先發現實際運作的優缺點，具有立法論的貢獻。但介紹外國制度，雖然有助於後續量刑制度的設計，卻無法直接回答，如何建構刑法第 57 條的「行為人之責任」的圖像，並劃定「一切情狀」的合理範圍。本文認為介紹外國量刑實作的論述，無法提供刑法第 57 條解釋的應然標準，亦不具有正當化特定量刑原則、標準的作用。即使各國司法系統均面臨量刑歧異，但臺灣為何要採取某種量刑準則，仍必須服膺刑法第 57 條的文義基礎，並正面給出論理，外國量刑制度並不能代替回答。

<sup>5</sup> 林尚諭，英國量刑委員會與量刑準則，司法周刊別冊，1963 期，頁 4-21（2019 年）。

<sup>6</sup> 邱筱涵，蘇格蘭量刑委員會，司法周刊別冊，1963 期，頁 22-35（2019 年）。

<sup>7</sup> 郭豫珍，當代量刑輔助制度的改革與比較，收於：量刑與量刑：量刑輔助制度的全觀微視，頁 1-111（2013 年）。

<sup>8</sup> 涂裕斗，從比較法觀點論我國死刑判決主要判斷基準之研究-以「兩公約」國內法化後我國死刑判決為中心，臺灣法學雜誌，347 期，頁 91-118（2018 年）。

另外一種常見的問題切面，則是運用實證研究方法，找出法院實際考量的量刑事由以及相應效果。沈幼蓀及鄭政松分析死刑和無期徒刑的殺人案，指出法院量刑時不僅考量刑法第 57 條的各款事由，還有其他「社會性」的面向，如受害者的社會屬性或案件發生地點，具有再現社會不平等的危險<sup>9</sup>。林志峰及周儵嫻則指出，法院面對行賄行為時考量的因素，真正顯著影響刑度的是行賄人數和金額，至於行為人身分、性別或選舉層級、政黨，都沒有顯著影響力<sup>10</sup>。

上開研究揭示，影響量刑結果的因素不只有法律規定，也有法律規範外的社會事實，討論量刑時不能忽略法律外的要素。但實證研究僅能處理實然層次，而無法回答應然層次的問題，實證研究只能說特定事實被當作量刑因素，但特定事實是否為適格的量刑事實、法律效果如何決定，都必須由解釋者另外提供判斷基準。亦即，刑法第 57 條行為人責任和一切情狀的實質意義，以及不同量刑事由的排序及效果，無法從實證研究推導出特定解釋方向，解釋者必須自行尋找論理基礎。

回顧量刑的經驗性研究成果後，本文認為外國制度介紹和實證分析，無法完美回答本文提出的問題意識，必須轉向既有的量刑理論研究，才能確認目前的研究進展及空白。

## 第二項 理論性研究的圖像及空白

### 第一款 基本理論框架

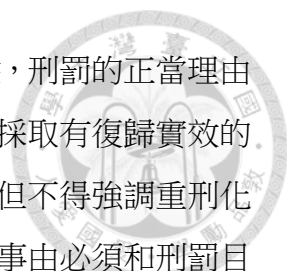
既有研究對刑法第 57 條的理論性研究中，早期提出完整論述的是蘇俊雄教授，論者認為量刑不是滿足形式程序要求即可，而受到實質「量刑原則」拘束，並將量刑區分成三個不同的思考階段，分別確認「刑罰目的」、「量刑事由」以及「量刑權衡」<sup>11</sup>，論者進一步細分量刑權衡時應考量的三種面向，分別按照刑罰目的評估量刑事由的適格性、個別量刑事由對量刑的重要程度，以及綜合考量後決定具體刑罰的標準<sup>12</sup>。

<sup>9</sup> 沈幼蓀、鄭政松，終極裁判：《刑法》第 57 條之外的量刑判準，社會分析，12 期，頁 113-143（2016 年）。

<sup>10</sup> 林志峰、周儵嫻，影響賄選行賄罪量刑之因素，刑事政策與犯罪研究論文集，16 期，頁 109-130（2013 年）。

<sup>11</sup> 蘇俊雄，刑法總則 III，4 版，頁 402（2000 年）。

<sup>12</sup> 蘇俊雄（註 11），頁 402。



首先，論者採取綜合式刑罰目的觀，刑罰必須遵守應報觀點，刑罰的正當理由與限度都不能超越責任原則；同時兼顧行為人的再社會化需求，採取有復歸實效的刑罰手段；並留意一般預防目的，考量大眾的法意識與正義感，但不得強調重刑化的威嚇目的，並違反刑事政策的人道主義<sup>13</sup>。接著，適格的量刑事由必須和刑罰目的連結，包含能反映犯罪行為結果和行為不法的事由，如法益侵害程度、手段殘酷性，亦包含預防觀點的事由，如對社會觀感的影響、採用緩刑的適當性<sup>14</sup>。論者雖然提及量刑事由不應恣意綜合判斷，而須採用結構性的實證調查方式<sup>15</sup>，但並未說明應採取何種量刑事由審酌結構。最後，量刑權衡時應考量的面向，論者介紹諸種調和刑罰目的衝突的論述，但並未說明採取何種論述方案，僅確立量刑時應留意「重複評價禁止」的適用<sup>16</sup>。

論者正確指出建構量刑架構的大方向，必須先釐清量刑的理論基礎，得從刑罰目的或其他面向開展，再確認量刑事由的適格性及重要性，最後建立各種事由的審酌順序及效果，至今仍是臺灣量刑的基本理論命題，但上開論述僅提出研究框架，而未處理更細緻的問題。首先，論者並未正面建構刑法第 57 條「行為人之責任」的實質內涵，是否僅有行為責任的解釋取徑，還是容有不同論述方式？再者，論者沒有提供適當的理論概念來整合不同量刑事由，從法益侵害與行為非難，再到犯罪預防與刑事政策目的，量刑理論「為何」與「如何」容納不同指向的考量，論者並未深入著墨。最後，論者未提出確切結構來說明，法院應如何決定量刑事由間的考量次序及加重減輕方向，有待後續研究補足。

面對早期論者遺留的理論難題，必須先釐清目前理論研究的現況，確認已經處理與尚未解決的問題。本文區分成三種研究類型，以下會先整理各式論述模式，並檢驗是否處理過本文提出的問題意識。

## 第二款 特定刑罰效果的量刑基準

第一種類型是關注特定刑罰效果的量刑基準，尤其是死刑和無期徒刑間的劃界。當最高法院開始操作「教化可能性」，並按照國際人權公約的死刑標準，引入

---

<sup>13</sup> 蘇俊雄（註 11），頁 403-404。

<sup>14</sup> 蘇俊雄（註 11），頁 405。

<sup>15</sup> 蘇俊雄（註 11），頁 405。

<sup>16</sup> 蘇俊雄（註 11），頁 405。

「情節最嚴重之罪」時，上述兩個法律概念的實質意涵及認定標準，就成為實務和學理的研究核心。既有文獻對「教化可能性」和「情節最嚴重之罪」的討論不少<sup>17</sup>，但本文的回顧目的並不是全面性文獻盤點，也不是教化可能性及情節最嚴重之罪的重新檢討，故僅聚焦在從刑法第 57 條出發，試圖建構死刑量刑基準的論述。

李佳玟教授借鏡美國模範刑法典（Model Penal Code）的死刑量刑模式，認為死刑量刑基準的核心是「從重量刑情狀」以及「從輕量刑情狀」的先後判斷，須將量刑因子區分為從重情狀（aggravate factors）以及從輕情狀（mitigate factors），並建構一套判斷流程。首先，得科處死刑的罪名僅限於故意殺人罪，其他犯罪均不得科處死刑。接著，行為人必須符合法律列舉的從重量刑情狀，而且個案中完全不存在法定從輕量刑情狀，法院才可以宣告死刑<sup>18</sup>。

上開判斷流程有三層正面意義。第一，藉由立法方式劃定「情節最嚴重之罪」的界限，相較於公政公約及人權委員會的解釋，情節最嚴重之罪若限定為具備從重情狀的殺人罪，不僅明確縮小指涉範圍，亦得兼顧民主正當性<sup>19</sup>。第二，審查層次區分為從重與從輕量刑情狀，避免混淆「情節最嚴重之罪」及「刑法第 57 條存貨盤點」的相異目的，防止行為人因後續程序中態度不佳，讓嚴重程度較輕的犯罪，回過頭成為情節最嚴重之罪<sup>20</sup>。第三，強制要求法院不得只審酌從重情狀，還須考量從輕情狀，對行為人定出符合罪責的刑罰<sup>21</sup>。

本文認同上開論者對量刑因子的分類思維，並非所有量刑因子均得加重量刑，且其法律效果並非完全交由法院自由裁量。若以法律明文規定量刑因子的效果與

<sup>17</sup> 教化可能性的討論，可參閱：吳燦，被告再犯或教化可能性之鑑定與其在死刑量刑程序中之定位，檢察新論，23 期，頁 15-26（2018 年）；謝煜偉，「教化可能性」在死刑量刑判斷上的意義與定位—從最高法院 102 年度台上字第 170 號判決到 105 年度台上字第 984 號判決之演變，臺北大學法學論叢，105 期，頁 167（2017 年）。國際人權公約和情節最嚴重之罪的討論，可參閱：王正嘉，論死刑之裁量與界限：以兩公約與比較法為出發，國立臺灣大學法學論叢，45 卷 2 期，頁 687-754（2016 年）；林慈偉，從公政公約論死刑裁判之人權基準——最高法院近年相關裁判之綜合評析，慾望與權利：社會變遷下的刑事法脈動，初版，頁 291-360（2015 年）；廖福特，「公民與政治權利國際公約」國內法化之影響：最高法院死刑相關判決之檢視，國立臺灣大學法學論叢，43 卷特刊，頁 911-956（2014 年）。

<sup>18</sup> 李佳玟，從美國模範刑法典之量刑模式論我國死刑量刑準則，中研院法學期刊，25 期，頁 94（2019 年）。

<sup>19</sup> 李佳玟（註 18），頁 95。

<sup>20</sup> 李佳玟（註 18），頁 96。

<sup>21</sup> 李佳玟（註 18），頁 96。

方向，確實能釐清法院量刑時的判斷對象與先後次序。但本文認為李佳玟教授的論述無法正面回答刑法第 57 條的適用。

第一，上開論述著重死刑量刑基準，而非開展整體量刑理論，因此會面臨死刑與其他刑罰方式，如自由刑及罰金刑間，應適用不同架構，抑或共享基本原則？亦即，從重與從輕量刑情狀的內涵與次序，是專屬於死刑的量刑基準，還是得適用至其餘刑罰與犯罪應對方式，並不是論者的討論核心。第二，從重與從輕量刑情狀若適用至非死刑的個案，則須說明如何設定從重及從輕量刑情狀的實質內容，而論者選擇取材自本土實務判決，並建立法定的從重量刑情狀清單，然後將量刑潛藏的系統性歧視，作為對抗加重情狀擴張的理論性概念<sup>22</sup>，但論者並未說明特定情狀具有從重或從輕效果的實質理由，又或者說，實質理由得否繫於立法所代表的民主正當性？

但實務慣常採用的量刑事由及其效果，不一定具有量刑理論的正當性，即使實務運作結果被抬升至立法層次，也不會當然賦予其正當性。無論是立法還是個案層次，都必須正視特定事實得作為量刑情狀，並評價為加重或減輕方向的依據。論者未選擇量刑理論與刑事政策的取徑，反而歸納實務走向並著重立法及民主正當性，說明特定量刑情狀的適格性與效果，但若沒有提供相應的理論框架，則容易喪失對既有實務與立法的批判基點。因此，論者並未著重如何設定量刑目的與行為人圖像，且未說明加重與減輕情狀的實質內容及理由，無法具體回答刑法第 57 條的操作方式。

### 第三款 定性刑法第 57 條的適用

第二種類型則具體分析刑法第 57 條的適用，如何從犯罪論、刑事政策或不同觀點說明各款量刑事由的正當性，並指出其應然的法律效果及評價次序。

李茂生教授認為刑法第 57 條各款事由，僅清算行為人的行為責任，並給出宣告刑的定點，而犯罪預防及矯正則應排除於法院的量刑面向<sup>23</sup>。但論者並不認為刑罰執行過程中，應完全切割預防及矯正目的，而是嚴格區分量刑與執行階段，國家

<sup>22</sup> 李佳玟（註 18），頁 101。

<sup>23</sup> 李茂生，量刑因子的調查與辯論，法官協會雜誌，15 期，頁 109（2013 年）。

於刑罰執行階段，得逐步降低痛苦賦予的比重，並轉為社會福利式的處遇，淡化刑罰的應報責任意涵<sup>24</sup>。亦即，法院於量刑階段決定的刑罰量，若於執行階段有其他預防或矯治目的，不一定得全數執行，而有調整刑罰內容的空間。

論者按照犯罪論的審查體系，把刑法第 57 條各款分為特定階層，並依序對應至犯罪論的概念，個別階層會得出暫時的量刑定點，而後階層的量刑效果，只能維持或減輕前階段的量刑定點，不得反過來提高<sup>25</sup>。第一步，量刑必須先確立結果反價值為基礎的「違法程度」，先考量刑法第 57 條第 9 款「犯罪的危險或損害」及第 7 款「行為人和被害人的關係」。第二步，考量次階的違法相關情狀，如本條第 3 款「犯罪手段」及第 8 款「違反義務程度」，至於第 10 款「犯後態度」則限於中止未遂的類型，不應解釋為行為人配合司法的程度，否則將強化司法威權的色彩<sup>26</sup>。第三步，於違法限度內考量行為人的責任，本條第 1 款「動機與目的」及第 2 款「犯罪所受刺激」，論者將「動機」限於故意、過失的心理事實內涵，而「目的」則限制為認識違法性意識的能力，至於「所受刺激」則應解釋為構成要件中的義憤情狀，並包含影響行為人控制能力的諸種事態<sup>27</sup>。第四步，考量本條第 4 款「生活狀況」、第 5 款「品行」及第 6 款「智識程度」，但上述三款並不是放任法院審查行為人的人格，而是對應至違法性意識及期待可能性，至多證明形塑人格時遇到的障礙，免於人格責任的危險<sup>28</sup>。第五步，實務經常援用的前科紀錄、社會觀感、法感情、被害人及其遺族情感，並不是本條「行為人一切情狀」的範圍，不得作為量刑事由。前科紀錄違反責任主義，允許法院審查行為人的人格內容，而社會觀感和被害情緒若滲入量刑程序，則放任國家假公眾名義，恣意擴張刑罰範圍<sup>29</sup>。

論者看待刑法第 57 條的方式，是把本條各款事由緊密嵌合至犯罪論體系，並按照「先違法後責任」的量刑架構，安排各款事由的先後考量次序，且限制後階段的考量結論僅具減輕效果，具體建構量刑次序及方向。本文認同論者的思考方向，量刑理論不只處理量刑事由的加重減輕方向，亦須排列考量的先後次序，發揮具體

<sup>24</sup> 李茂生（註 23），頁 108。

<sup>25</sup> 李茂生（註 23），頁 110。

<sup>26</sup> 李茂生（註 23），頁 110-111。

<sup>27</sup> 李茂生（註 23），頁 111。

<sup>28</sup> 李茂生（註 23），頁 111。

<sup>29</sup> 李茂生（註 23），頁 111。

指引法院量刑過程的作用。但上開論述的核心是量刑理論完全鑲嵌至犯罪論中，本文認為值得進一步討論。

首先，論者把刑法第 57 條「行為人之責任」的實質內容，等同為犯罪論的違法與責任階層，並非本條文意的必然解釋。由於本條未規範「行為人之責任」的具體內涵，量刑理論則須說明應如何解釋，並提供充足理由。細究論者把「行為人之責任」視同為犯罪論體系的理由，是限制國家刑罰權範圍，避免與犯行無涉的政治目的與社會情緒，滲透到量刑結論。但量刑理論並不只有節制刑罰的面向，亦涉及犯行脈絡與應對方式的評價，如果按照上開論述操作，會大幅縮減法院量刑得考量的面向，讓個案失去減輕契機。具體來說，「犯後態度」如果僅指向中止未遂，雖然得避免法院不當評價行為人的態度，但行為人表示悔悟與展開關係修復的意志，卻也會被排除於量刑考量外，讓行為人無從減輕，實質提高量刑結論。「犯罪動機及目的」與「犯罪時所受刺激」，若限縮於刑法條文的要件，則會造成實際對應範圍相當狹窄，如果個案中有值得憐憫的犯罪動機，則因不屬於特定條文要件，不得成為考量面向，雖然得防止法院按其主觀恣意加重量刑，卻同時排除量刑下修的機會。至於行為人的「生活狀況」、「品行」與「智識程度」，如果僅對應至違法性意識和期待可能性，則因犯罪論責任要素的射程範圍相當限縮，法院並不容易適用，而無從發揮量刑減輕的效果。

總結來說，論者把刑法第 57 條各款均對應至犯罪論，讓「行為人之責任」呈現為犯罪論體系，並非妥適作法。由於犯罪論命題是行為人是否成立犯罪，其消極目的為限縮處罰，故須排除無涉犯罪成立的事實，但量刑論的前提是行為人已經成立犯罪，法院考量面向自不同於犯罪論，若過度排除得考量的量刑事由，亦同時排除法院選擇減輕量刑，或者開展其他看待行為人的契機，最終導致實質量刑加重的非預期後果。因此，本文認為欲從量刑理論的觀點，發展出得節制刑罰權的解方，並不是直接把刑法第 57 條等同為犯罪論，而是重新檢驗量刑目的並設想行為人圖像，建立適當的量刑理論基本架構。

謝煜偉教授則從刑法第 57 條各款事由出發，進一步分析死刑量刑基準。首先，情節最嚴重之罪應理解為最嚴重「犯行」，而法院判斷最嚴重犯行時，則須審酌量

刑事由並評價其效果，且應受量刑事論限制<sup>30</sup>。只有與犯罪論或嚴格刑事責任相關的事由，如涉及違法及責任的「犯情因素」，才具有劃定責任刑上限的效果，而與行為人個別屬性或刑事政策目的相關的「一般情狀因素」，僅具有責任刑下修的刑罰減輕效果<sup>31</sup>，合於行為責任原則著重的刑罰限制作用。

上開論述將量刑事由理解為犯情與一般情狀，並指出各自對應不同法律效果的實質理由。本文認同論者見解，量刑事論的核心命題並不是特定量刑事由的加重減輕結論，而是賦予特定效果的理由，並按不同理由形成其量刑架構。先由犯罪論與嚴格刑事責任的觀點，檢驗量刑事由的適格性及方向性，並壓抑犯罪預防或性格責任造成的嚴刑化危險，然後才容納有別於犯罪論的諸種考量，如犯罪成因、刑事政策與處遇需求。但上開論述仍有未竟之處。

首先，論者並未提供整合犯情與一般情狀因素的理論概念。刑法第 57 條並沒有具體規範「行為人之責任」的內涵，法院量刑時採取什麼樣的行為人圖像，都不必然違反本條規定。但論者未正面解釋本條「行為人之責任」，連帶無法回應，刑法第 57 條容納兩種不同邏輯的因素，既涉及法益侵害與犯罪論責任，亦包含行為人的行為脈絡與刑事政策目的，其根本理由為何？亦即，論者並未清楚說明，量刑必須綜合考量犯情與一般情狀因素的理由。本文認為，若先設定「行為人之責任」的實質內容，正面建構量刑目的與行為人圖像，就能對上開疑問提出融貫回應。

接著，論者未處理如何由量刑觀點看待行為責任，亦未確立一般情狀因素的具體指向。其量刑架構以行為責任作為骨幹，先考量犯情因素並劃定責任刑上限，再考量一般情狀因素並下修責任刑定點。由於論者認為量刑應納入一般情狀要素，則合理推斷其理解量刑事論中的行為責任，並非僅著重犯行的自我負責論調，但論者卻未正面說明自身版本，讓一般情狀因素的指向變得模糊，其論述僅推導至量刑應考量特定事由的結論，但審視行為人的成長條件、生活環境，欲達成何種量刑事論目的？勾勒出何種行為人圖像？論者並未著墨太多，亦連帶造成刑法第 57 條「行為人之責任」的圖像顯得曖昧。

<sup>30</sup> 謝煜偉，「教化可能性」在死刑量刑判斷上的意義與定位—從最高法院 102 年度台上字第 170 號判決到 105 年度台上字第 984 號判決之演變，臺北大學法學論叢，105 期，頁 167（2017 年）。

<sup>31</sup> 謝煜偉（註 30），頁 167-169。



最後，論者僅區別犯情與一般情狀因素間的量刑先後次序，但未排列兩者個別內部事由間的考量次序。犯情因素包含與犯罪論相關的法益侵害、違法性程度及責任，亦涵蓋情節嚴重程度，如犯罪手段的評價，而一般情狀因素則包含行為人特質與刑事政策目的，前者著重行為人的生活與環境，後者則是刑事司法系統如何應對個案。因此，即使都被歸類於犯情或一般情狀因素中，個別事由的指向仍有相當差距，法院如何決定量刑次序與權重，會影響量刑構造與結論。面對相同個案，法院先考量犯罪論中的法益侵害程度，還是先審酌犯行情節的社會評價，一開始的量刑定點會產生差異，而前者與後者影響量刑結論的比重，應區別輕重抑或等價視之，亦導致不同量刑結果。但論者並未進一步說明，仍有待後續細緻化。

#### 第四款 重新架構量刑理論

第三種類型則先確認刑罰目的與責任觀點後，再重構量刑理論的架構，而不僅限於解釋刑法第 57 條。

周愷嫻教授從當代犯罪學的研究成果，重新建構量刑目標和架構。當代犯罪學的基本命題是犯罪無法歸因於單一原因，而是多重原因交互影響的結果<sup>32</sup>，但刑事司法卻不重視犯罪學。首先，刑法設定責任歸屬的前提，是理性的個人必須對自己行為完全負責。因此，犯罪論中的責任階層，被狹隘理解成年齡、精神障礙及期待可能性<sup>33</sup>，但僅有少數個案符合前兩項要件，而幾乎沒有法院於個案中適用期待可能性，造成刑法的責任內涵單薄。接著，刑事處遇欠缺教化及再犯預防的實效，既有處遇方式過度重視懲罰，且欠缺犯罪學觀點，致使矯治及預防效能不彰<sup>34</sup>。

論者認為量刑理論必須具備犯罪學觀點，才得架接刑事法學與犯罪學。首先，量刑應寬泛理解為「量刑處遇」，不僅是刑法意義的刑之科予，還包含社福、心理、教育、醫療和社會改造等處遇模式<sup>35</sup>。接著，必須按成因分類犯罪，並設計相對應

<sup>32</sup> 周愷嫻，刑法第 57 條科刑量表建置的犯罪學觀點，軍法專刊，62 卷 6 期，頁 35（2016 年）。

<sup>33</sup> 周愷嫻（註 32），頁 38-39。

<sup>34</sup> 周愷嫻（註 32），頁 40-41。

<sup>35</sup> 周愷嫻（註 32），頁 48。

的處遇模式<sup>36</sup>。最後，重建具犯罪學觀點的「量刑處遇量表」<sup>37</sup>，校正刑法第 57 條對犯罪原因的狹隘理解，並重視「再犯可能性」的量刑效果。

量刑處遇量表有兩個判斷階段。第一個階段，盤點行為人責任事項，按照刑法第 12 條到 24 條全面盤點<sup>38</sup>，並且得出科刑的初始值。第二個階段，評估犯行危害性與再犯可能性。「犯行危害性」包含三種面向，從犯罪動機、目的、手段及義務，確認犯行的「責任歸因」；從被害人及社會的觀點評估犯行的「損害」；評價被害人陳述內容、修復式會議進行，以及配合偵審程度，而非有無悔悟，以確認行為人的「犯後態度」<sup>39</sup>。「再犯可能性」則借重犯罪學觀點並具體調查：得否排除犯罪原因，選擇特定矯治資源的機會及相應成效，以及行為人生活環境得否助於更生<sup>40</sup>。調查完第二個階段的事實後，接著數值化評估結果，並根據最終數值，就第一個階段的科刑初始值，提供具體量刑建議。但量表數值對應到何種處遇建議，如課予極刑應是多少數值，都須個案累積<sup>41</sup>，論者未提供明確指引。

本文認同犯罪學觀點對刑事法學的助益，從建構責任、選擇處遇模式到執行，若鬆動理性行為人—自我負責的軸線，會有不同的想像。但論者把量刑處遇的考量過程，切割為兩個理論取徑不同的階段，若檢視個別內涵及彼此關聯，本文仍有值得商榷之處。

首先，論者建構行為人責任的方式，是按照犯罪論架構並適用刑法典條文，但如此作法會加深犯罪學和刑事法學的隔閡。由於主流犯罪論的預設是理性行為人與自我負責，若建構責任僅著重犯罪論，而未一開始就融入犯罪學式的解釋觀點，會讓犯罪學的基本預設：「不得僅歸因於自由意志，而應著重多元成因的行為人與犯行成因想像」，排除於建構責任的過程。本文認為如果建構行為人責任時，沒有先容納犯罪學觀點，而是至選擇處遇模式時才考量，則過度限縮犯罪學解釋刑法第 57 條「行為人之責任」的貢獻。因此，論者並未完整把犯罪學預設架接至刑法第 57 條，犯罪學不只關注行為人的犯罪意念，還重視成長環境與人際連帶的影響，

<sup>36</sup> 周愷嫻（註 32），頁 49。

<sup>37</sup> 周愷嫻（註 32），頁 52。

<sup>38</sup> 周愷嫻（註 32），頁 52-53。

<sup>39</sup> 周愷嫻（註 32），頁 52-53。

<sup>40</sup> 周愷嫻（註 32），頁 54-57。

<sup>41</sup> 周愷嫻（註 32），頁 57。



但上開想法未於建構行為人責任出現，反而轉向既有犯罪論觀點，著重自我負責的責任清算。簡言之，論者未說明犯罪學理論看待人的方式，如何與量刑目的及行為人責任圖像相結合。

接著，論者評估犯行危害與再犯風險的方式，是依照量表檢視後得出數值，並按數值及個案狀況，提供處遇模式建議，具有濃重的再犯預防色彩。由量刑處遇量表的整體架構比重與評估內容可知，論者目的並非檢討量刑時如何建構責任，也非特定事由影響行為人刑度的正當性，而是要把再犯預防提升成量刑核心目的，但本文認為有兩項疑問未處理。

第一，刑法第 57 條各款並沒有和再犯預防相關的量刑事由，而「行為人之責任」與「一切情狀」是否應涵蓋再犯預防，則須說明正當理由，但論者設定量刑為選擇處遇模式，並指向再犯預防，卻未清楚說明三者相連的理由。第二，論者明白承認，處遇量表無法回答法院應作出何種處遇決定，只能比較不同個案後，確認結論有無失衡，必須由個案累積才能確認標準，但本文並不認同。如果再犯預防無法說明如何決定適當的處遇方式，當法院按表操作後，得出高危險或再犯的結論，無論採取排除危險源或隔離無害化的作法，都不會偏離再犯預防的目標，若欠缺不同的理論概念節制，則有重刑化危險。

簡言之，論者僅提出再犯預防應如何實證調查，卻未處理量刑理論應如何評價再犯預防事由。本文認為，量刑理論應說明量刑目的是否完全等同再犯預防，然後檢驗再犯預防的犯罪應對方式，能否全面處理不同個案，且提供理論概念，迴避重刑化的危險。同時，再犯預防投射的行為人責任圖像，是否有助於量刑目的，還是會妨害選擇適當的量刑結論？論者雖然把再犯預防作為量刑主要目的，但未處理上開理論問題，有待商榷。

林伯樺博士則先確立刑法目的、責任論及刑罰目的後，再建構量刑理論，並提出個別事由的適格性標準。

首先，論者設定刑法目的為「法益保障」。法益不是利益的同義詞，而是社會成員承認的共同利益，並因此具有規範效力<sup>42</sup>。刑法保障法益的方式有兩種，分別是犯罪發生前，由刑法宣示禁止犯罪，避免一般人的法益受損<sup>43</sup>；以及犯罪發生後，防止國家恣意侵害行為人的法益<sup>44</sup>。

接著，論者確定三個責任論的立場。第一，責任基礎是行為人的自由意志，且防止國家濫用刑罰，故採「道義責任論」立場<sup>45</sup>。第二，責任的實質內容不只是行為人對客觀世界的認識，還包含法規範對行為人的非難，且避免責任論內涵被架空，故採取「古典規範責任論」，把故意及過失定位為責任要素，而非構成要件要素<sup>46</sup>。第三，責任論的判斷對象不是行為人的人格及形成過程，而應回歸至個別行為，故採取「個別結果責任」的立場，著重行為造成的法益侵害結果，侵害結果不僅是非難前提，也是非難上限<sup>47</sup>。

最後，論者著重法益保障機能，試圖調和應報與預防目的，並確立劃定刑罰上下限的基本原則。由於預防觀點未提出刑罰具預防效果的堅實佐證，且有過度侵害行為人法益的疑慮<sup>48</sup>，但應報觀點得有效限制國家刑罰權發動，保障行為人的法益<sup>49</sup>。因此，應先以應報決定刑罰的上下限，按照公正原則轉換法益侵害，得出「相當」的刑罰上限<sup>50</sup>，並著重「再確認」法益背後的社會規範，設定出刑罰下限<sup>51</sup>，讓人民感知社會規範存在。論者認為應報不只有罪責相當面向，還有正義面向，並分別對應至上下限的基本論理<sup>52</sup>。前者先由法益侵害決定初步上限，再考量主觀責任事由，如故意過失、責任能力、違法性意識與期待可能性，決定減輕上限的程度

---

<sup>42</sup> 林伯樺，責任與量刑關係之研究——由刑法與刑罰目的之重新考察，國立中正大學法律學系研究所博士論文，頁 36-37（2014 年）。

<sup>43</sup> 林伯樺（註 42），頁 44。

<sup>44</sup> 林伯樺（註 42），頁 46-47。

<sup>45</sup> 林伯樺（註 42），頁 60-63。

<sup>46</sup> 林伯樺（註 42），頁 68-73。

<sup>47</sup> 林伯樺（註 42），頁 87-89。

<sup>48</sup> 林伯樺（註 42），頁 115-117。

<sup>49</sup> 林伯樺（註 42），頁 114-115。

<sup>50</sup> 林伯樺（註 42），頁 176。

<sup>51</sup> 林伯樺（註 42），頁 176-177。

<sup>52</sup> 林伯樺（註 42），頁 189。

53。後者則著重規範再確認的效果，當法院正確適用法律，表示法院正確回應社會共識被破壞一事，符合得確認社會規範的最小強度<sup>54</sup>

而且論者未拒斥預防觀點，只是將預防觀點視作「附帶」目的，不得改變應報觀點設定的刑罰上下限，僅得於應報區間內產生效果<sup>55</sup>。一般預防僅仰賴刑法正確運作即可達成，特殊預防則非著重矯治或更生，而是行為人接受法規範秩序的意志，當行為人內化規範的動機越強，特殊預防需求就越低，得調降刑度<sup>56</sup>。

論者主張量刑事由必須連結至「應報」或者「預防」，如法益侵害程度、法益秩序再確認、接納規範的意願，只要無關於兩者，則不具量刑適格性<sup>57</sup>。而且，應報與預防相關事由的考量次序與加重減輕方向並不同，前者必須優先考量，並得指向加重或減輕效果，但只有與構成要件相關的事實才得加重，否則僅得減輕<sup>58</sup>。後者則列後考量，並按照應報形成的刑罰上限，僅得發揮下修效果，協助定出確切的責任刑定點<sup>59</sup>。

本文認同上開論者的思考方向，量刑理論、刑罰目的與責任會相互牽引，先設定刑罰目的與責任，有助於建構量刑理論。但上開論證的兩大特色，分別是著重規範色彩的刑罰目的解讀，以及直接架接犯罪論的量刑責任建構方式，本文並不贊同。

首先，論者解讀應報及預防觀點的方式，具有濃厚的規範意味，如再確認法益規範與行為人重新接納規範的意志，但訴諸「規範」再確認，決定量刑事由的適格性及效果，本文認為相當危險。規範「再確認」的運作機制及有效程度，並沒有具體描述，無論規範是由國家設定，或由社會共同承認，都無法改變「規範再確認」的曖昧性。因此，決定「規範再確認」實際內容的任務，最終會回到審理具體個案的法院，但其內涵完全繫諸於法院如何詮釋規範，欠缺拘束量刑的作用，提高恣意

<sup>53</sup> 林伯樺（註 42），頁 216-217。

<sup>54</sup> 林伯樺（註 42），頁 189-190。

<sup>55</sup> 林伯樺（註 42），頁 177。

<sup>56</sup> 林伯樺（註 42），頁 193-194。

<sup>57</sup> 林伯樺（註 42），頁 264-265。

<sup>58</sup> 林伯樺（註 42），頁 305-306。

<sup>59</sup> 林伯樺（註 42），頁 302-303。

程度。本文認為，量刑理論不應該把規範秩序當成操作核心，否則無法提供任何具體的操作指引，無法進一步調查並檢驗。

接著，論者按照構成要件、違法與責任，建構量刑起始點，並訴諸曖昧的規範接納意志而調整結論，上開量刑理論的重心，幾乎完全等同犯罪論體系。如本文前面的批評，若把刑法第 57 條「行為人之責任」與各款事由，均解讀為犯罪論，則須論證量刑目的與犯罪論目的相同，但兩者處理命題顯然不同，前者涉及處遇模式選擇，後者則確認犯罪成立與否，量刑理論等同犯罪論的論證，並非必然選項。由於論者並未具體設定量刑目的，雖然其試圖整合應報與預防觀點，但卻採取模糊的規範論述，無法正確解讀刑法第 57 條各款的意義，量刑理論應如何看待行為人的犯罪成因、行為脈絡與刑事政策目的，論者無法只從犯罪論或規範再確認的面向，給出完整回答。因此，本文認為只從犯罪論與法規範的論述，無法建構完整的量刑理論。

### 第三項 回顧結論

回顧既有理論性論述後，本文一開始的問題意識仍未被處理。首先，既有論述未具體設定量刑目的及任務，容易產生不合理的論述傾向。有論者會把犯罪論審查體系，完全架接至量刑理論，並排除不同因素成為考量面向，至於量刑理論如何評價犯罪成因與刑事政策目的，則非理論核心。雖然有論者亦主張量刑不只有犯罪論面向，亦須具體調查行為人的犯行脈絡，並允許法院考量處遇方式，但卻未設定量刑目的，無法正面說明量刑不能只考量犯行，還必須關照其餘因素的理由，容易讓法院因主觀認知差異，大幅變動量刑應考量的面向。因此，本文認為必須清楚設定量刑目的，才得確立量刑理論架構，並正確解讀刑法第 57 條，合理說明量刑應考量的面向，不只有犯罪論因素與犯行本身。

接著，既有論述並未擇定行為人責任的圖像。量刑理論應如何看待行為人，會影響法院應如何選擇並解讀量刑事由，但並非目前學理的主流討論範圍。本文只能從既有論者對刑法第 57 條各款的見解，間接推論出不同論者設定的行為人責任的圖像。若論者採取犯罪論式的解讀，則各款量刑事由大多指向犯行描述、行為不法與有責，故行為人容易被形塑為純粹的犯罪者，且必須對犯行自我負責。如果論者選擇再犯預防式的解讀，則行為人容易被視為須控管的危險源頭，並走向風險評估

或隔離無害化的應對方式。即使有論者對刑法第 57 條各款的看法，同時著重犯行及行為人情狀，得建構出社會人責任的的圖像，卻未說明如此設定的理由，讓刑法第 57 條各款欠缺整體解釋方向。因此，本文認為行為人責任的圖像，具備重要的量刑指引作用，但既有論述並未特別處理。

最後，既有論述對量刑事由的考量次序，同樣未有一致見解，有從犯罪論審查體系架構，緊密對應至刑法第 57 條各款，亦有著重犯情與一般情狀因素，先由法益侵害與犯行情節，建構出責任刑起點後，再考量行為人的生命歷程與刑事政策，下修責任刑後並得到結論。本文認為，若清楚設定量刑目的與行為人責任的圖像，則得提供基本框架並正當化考量的排列次序。

回顧我國既有實務與學理見解後，本文提出的三個問題意識並未得到清楚解答，因此本文接下來會考察國外情形，確認美國明尼蘇達州、英格蘭與威爾斯、蘇格蘭的量刑模式，是否提供不同的理論刺激。



## 第三章 考察明尼蘇達、英格蘭與蘇格蘭模式

### 第一節 理由、目的及著重面向

本文檢討既有文獻時，曾指出純粹轉譯條文及量刑準則，無法直接提供量刑理論的建構方向，而應著重量刑準則如何建構行為人與量刑責任。因此，本文會先說明三個前提，避免後續考察失焦。第一，交代選擇特定國家考察的實質理由，尤其是該國量刑制度的重要性為何；第二，本文的考察目的為何？亦即，想要藉由考察國外制度來回答什麼問題；第三，確認考察目的後，才能適當限縮考察所著重的面向，並精確回答本文提問。以下依序說明本文為何選擇美國明尼蘇達州（Minnesota State）、英格蘭與威爾斯（England and Wales）<sup>1</sup>，以及蘇格蘭（Scotland）的量刑委員會與準則，並說明考察目的及著重面向。

#### 第一項 考察理由

考察明尼蘇達州及英格蘭模式的理由，是因為兩者改革量刑有相當時間，且均有重要性。明尼蘇達州於 1980 年，成為美國第一個由外部委員會專責制定量刑準則的州<sup>2</sup>，經歷 40 年後，明尼蘇達州的量刑委員會不僅制定出三種量刑表格（grid），官方亦提供相應的適用意見。且其建構準則的模式與基本概念，更成為其他進行量刑改革的州，以及民間重要倡議版本，如美國律師協會（American Bar Association，ABA）的刑事司法標準（Criminal Justice Standards）與美國法律組織（American Law Institute，ALI）的模範刑法典（Model Penal Code Sentencing，MPCS）的重點參照對象<sup>3</sup>。因此，若要掌握美國主流討論的脈絡，無法忽略與明尼蘇達模式對話的重要性。

英格蘭則從 1860 年代就有論者主張量刑過程須有一致標準，並於 1901 年出現供王座分庭（King's Bench Division）參考的量刑準則，按照嚴重程度排序六種犯

<sup>1</sup> 本文考察對象為英格蘭與威爾斯量刑委員會（The Sentencing Council for England and Wales），其量刑準則效力及於英格蘭與威爾斯，但為行文方便，以下均簡稱為英格蘭量刑委員會或英格蘭模式。

<sup>2</sup> Richard S. Frase, *Forty Years of American Sentencing Guidelines: What Have We Learned?*, 48 CRIME & JUST. 79, 80 (2019).

<sup>3</sup> Richard S. Frase, *Sentencing Guidelines in Minnesota: 1978-2003*, 32 CRIME & JUST. 130, 131-132 (2005)





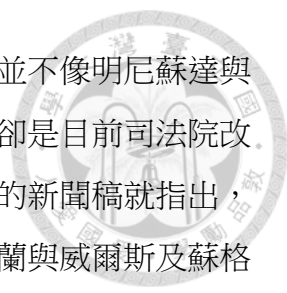
行的刑度高低，但並未引起太多討論。直到 1980 年代，英格蘭的量刑實務及學者開始借鏡美國量刑改革的經驗，實質影響英格蘭目前量刑準則的面貌。當 1980 年代時，雖然上訴法院（The Court of Appeal）已有粗略的量刑判斷標準，但上訴法院的主要審理範圍並不是刑事案件，且審查標準寬鬆，無法有效限縮下級法院的裁量空間，導致監獄人口增加及量刑分歧（disparities）。面對上述問題，英格蘭參考美國的量刑委員會模式，於 1999 年成立量刑諮詢小組（Sentencing Advisory Panel，SAP），提供上訴法院部分犯行的量刑準則。但上開作法並未完全解決問題，英國內政部於 2001 年的量刑審查（Home Office Sentencing Review）中，要求量刑架構必須成文法化，同時須有另外一個機關輔助量刑諮詢小組和上訴法院，故於 2003 年成立量刑準則委員會（Sentencing Guidelines Council，SGC），由量刑諮詢小組制定準則，再由量刑準則委員會向法院發布，且後續發布的準則內容可知，量刑準則委員會拒絕採用美國一體適用的量刑表格模式，而採用不同犯行類型有各自量刑準則<sup>4</sup>。至此，英格蘭模式和美國主流的明尼蘇達模式走上不同發展。

但上開改革仍無法解決監獄人數增加及量刑歧異，英國議員 Carter 針對此問題於 2007 年發表一份報告，指出量刑準則委員會的準則過於寬鬆，應由單獨的有權機關建立更結構化的量刑框架。Carter 的報告造成兩項變革，第一，2008 年成立的量刑委員會工作小組（Sentencing Commission Working Group），正式拒絕美國的量刑表格模式，工作小組的許多結論，最終都成為 2009 年驗屍官及司法法案（Coroners and Justice Act 2009）的明文內容；第二，英格蘭於 2010 年，正式將量刑諮詢小組和量刑準則委員會整併成英格蘭及威爾斯量刑委員會（Sentencing Council of England and Wales）<sup>5</sup>。自 2010 年量刑委員會正式成立後，已經發布 9 種總論性質的準則（Overarching Guidelines），並有超過百種犯行類型的準則。因此，英格蘭模式發展不僅超過 40 年，且累積許多對司法實務產生拘束力的量刑原理及準則，具備足夠對話素材。此外，英格蘭模式雖借鏡美國的明尼蘇達州模式，最終卻選擇不同制度設計，釐清其中原因並比較兩者差異，得以找出不同的問題架構及論述取徑。

---

<sup>4</sup> Julian V. Roberts, *The Evolution of Sentencing Guidelines in Minnesota and England and Wales*, 48 CRIME & JUST. 187, 190-193 (2019).

<sup>5</sup> Julian V. Roberts, *supra* note 4, at 193-194.



而蘇格蘭模式的發展時間是 2015 年，至今仍未建制完成，並不像明尼蘇達與英格蘭模式一般，累積許多官方意見與實務操作，但蘇格蘭模式卻是目前司法院改革量刑的重要參考對象，故具考察重要性。2019 年時，司法院的新聞稿就指出，建置量刑委員會及準則是未來的重要方向，並把美國聯邦、英格蘭與威爾斯及蘇格蘭的量刑委員會，列為主要參考對象。因此，本文認為考察美國主流的明尼蘇達模式，與官方所參考的英格蘭及蘇格蘭模式，就不只有理論意義，同時具備修正實務走向的重要性<sup>6</sup>。

## 第二項 考察目的及著重面向

考察明尼蘇達、英格蘭與蘇格蘭模式之目的，是確認不同模式如何選擇量刑目的、如何建構行為人圖像，並具體設計量刑架構，如量刑事由的適格性、考量順序、加重減輕方向與重要程度。至於不同模式的發展細節、組織架構與成員組成，已經有許多論者介紹，本文無意再次復述<sup>7</sup>。

確認考察目的後，本文考察著重面向有兩點說明。第一，雖然上開模式均未採取「行為人責任」的用語，但並不影響考察可比性。本文著重面向並不是個別模式如何解釋「行為人責任」的用語，而是如何建構量刑責任，用語不同並不妨礙後續分析，只要正確掌握用語指涉的概念，以及建構量刑責任的整體邏輯，就能與刑法第 57 條的行為人責任展開有意義的對話。第二，個別模式對量刑責任的建構方式，如準則的大致方向與原理，並非真空誕生，而是既有行動者對特定刑事司法困境的回應。因此，本文會說明當初英美量刑改革時，其面臨的現實問題與回應的方式，除避免單純條文轉譯外，亦有助後續的分析框架。

---

<sup>6</sup> 司法院刑事廳，司法院召開「量刑委員會籌備諮詢會議」新聞稿，2019 年 6 月 14 日 <http://jirs.judicial.gov.tw/GNNWS/NNWSS002.asp?MuchInfo=&courtid=&flag=1&id=472040&key=%B6q%A6D&regi=1>（最後瀏覽日：2021 年 3 月 28 日）。

<sup>7</sup> 國內文獻請參閱：林尚諭，英國量刑委員會與量刑準則，司法周刊別冊，1963 期，頁 4-21（2019 年）；邱筱涵，蘇格蘭量刑委員會，司法周刊別冊，1963 期，頁 22-35（2019 年）。英文文獻請參閱：Julian V. Roberts, *supra* note 4, at 190-197.

### 第三項 英美量刑改革面對的困境及解方

既有文獻爬梳英美量刑改革時，其論述起點多從 1970 年代刑事政策的典範轉移開始<sup>8</sup>，量刑改革是對矯正主義與復歸思想的反動表現之一<sup>9</sup>，而當時論者對評估再犯風險與實踐處遇方案的刑事政策典範，全面性喪失信心，而量刑作為刑事程序與政策的一環，則成為批判焦點。奠基於矯正與復歸思想，1970 年代前的主流量刑制度由不定期刑（*indeterminate sentencing*）與假釋（*parole release*）構成，法院僅宣告量刑大致範圍，行為人的實際刑度則由矯正與處遇專業組成的假釋委員會（*parole board*），評估行為人的再犯風險與處遇執行的成效後，決定是否調整處遇方案或釋放<sup>10</sup>。

但伴隨對矯正與復歸理念的信心崩解，不定期刑與假釋受到全面攻擊。有論者從社會科學與實證觀點，指出當時的矯正與處遇方案，無法達成任何顯著的再犯防治效果<sup>11</sup>。或者由公民權利面向，批判法院與矯正機關享有過度且不受控制的裁量空間（*discretion*），導致量刑會因為對特定社會類屬的偏見或歧視，如階級與種族，產生不合理的結果歧異（*disparity*）<sup>12</sup>；亦有論者採取正當程序的視角，指出量刑過程欠缺公平性，且沒有適當規範與審查機制，無從對裁量者問責；或重新反省全控機構內的權力機制，以及處遇方案雖然不具有強制力外觀，但從一開始的同意到運作機制，均有細緻的強制作用並試圖改變行為人的既有面貌，其權力本質並未改

<sup>8</sup> 由於 1970 年代刑事政策典範轉移的研究，已經有許多完整且精闢的成果，本文因篇幅與論證重心取捨，僅交代基本背景，並著重與量刑改革相關的面向。深入說明當時典範轉移的論戰焦點，請參閱：FRANCIS A. ALLEN, *THE DECLINE OF THE REHABILITATIVE IDEAL: PENAL POLICY AND SOCIAL PURPOSE* (1981)；BARBARA HUDSON, *JUSTICE THROUGH PUNISHMENT: A CRITIQUE OF THE JUSTICE MODEL OF CORRECTIONS* 16-36 (1987)；至於把刑罰福利主義的衰退，連結至晚期現代性的社會條件、當代犯罪情節構成及風險控管，請參閱：David Garland 著，周盈成譯，*控制的文化：當代社會的犯罪與社會秩序*（2006 年）。

<sup>9</sup> Richard S. Frase, *Sentencing Policies and Practices in Minnesota* (Jun, 2016), <https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199935383.001.0001/oxfordhb-9780199935383-e-148?result=3&rskey=CXMMoL>；ANDREAS VON HIRSCH, *DESERVED CRIMINAL SENTENCES: AN OVERVIEW* 2 (2017)

<sup>10</sup> Richard S. Frase, *supra* note 3, at 139-142 (2005).

<sup>11</sup> Robert Martinson 檢視當時的復歸方案，如矯治機構內的教育與職業訓練、個人與團體諮商、藥物與侵入性治療與延長監禁後，宣稱上開作法無法產生整體性的再犯防止作用，只有零星個案有成效，而原因並非實作技術與資源不足，而是復歸思想視犯罪為個人病徵與社會現象的邏輯，有著本質上的瑕疵（*flaw*）。請參閱：Robert Martinson, *What works? Questions and answers about prison reform.* 35 *THE PUBLIC INTEREST*. 22, 48-50 (1974).

<sup>12</sup> MICHAEL TONRY, *SENTENCING MATTERS* 9 (1996)



變，只是換上仁慈面容（benevolence）示人<sup>13</sup>。同時，保守政治人物則不滿復歸思想對犯罪者軟弱，容易得出過度寬待的量刑結論，因此主張如法定最低刑度及真實量刑（truth in sentencing）的政策，避免行為人因復歸理由而提早結束刑期<sup>14</sup>。

因此，量刑改革起因於對不定期刑與假釋的全面攻擊，其回應方式也必須契會上開批判，如何避免以根治犯罪傾向或復歸為由，施加過多國家權力，以及消除量刑歧異並建立具一致性的量刑架構。面對上開攻擊，量刑改革論者則有兩種併行的回應方式，分別是理論層次轉向公正應報（just desert / justice model）<sup>15</sup>，而實作層次則傾向建置量刑規則，其中包含量刑委員會與準則<sup>16</sup>。

公正應報式的量刑理論，主張排除復歸與犯罪風險評估，僅著重目前犯行與刑罰的合比例性（proportionality），而非行為人特質或其未來復歸機會，刑罰只清算目前犯行的責任，而不涉及未來評估，故拒斥不定期刑與矯治系統的裁量權限，並由正當程序避免行為人的權利被國家過度侵害<sup>17</sup>。因此，從復歸與矯治為中心的刑罰福利主義，到以合比例性為核心的公正應報，其基本邏輯從給予利益與資源，轉變為限制惡害賦予<sup>18</sup>，行為人改善與否已非重點，而是避免刑罰產生過度侵害，而著重對象則從行為人的特質與環境調整，轉移至犯行本身的嚴重性<sup>19</sup>。上開轉變根本性影響量刑理論的基本架構，量刑必須限制國家強制力施加，並且以犯行為評價重心，而本文接下來考察的明尼蘇達、英格蘭與蘇格蘭模式，都受到公正應報的深遠影響。

建置量刑規則，則確保法院有一致的量刑過程，並提供更公平、公正與穩定（consistent）的結果，避免量刑歧異。從假釋準則、法定刑（statutory determinate sentencing），到僅具參考性質（voluntary）的準則，以及建立量刑委員會並設計推定性質（presumptive）的準則，其共同目標都是減少量刑歧異，並保障程序公平<sup>20</sup>，

<sup>13</sup> Francis T. Cullen, *Rehabilitation: Beyond Nothing Works*, 42 CRIME & JUST. 299, 317-320 (2013).

<sup>14</sup> MICHAEL TONRY, *supra* note 12, at 9.

<sup>15</sup> BARBARA HUDSON, *supra* note 8, at 37-38.

<sup>16</sup> Richard S. Frase, *supra* note 3, at 142.

<sup>17</sup> BARBARA HUDSON, *supra* note 8, at 37-48.

<sup>18</sup> Francis T. Cullen, *supra* note 13, at 319.

<sup>19</sup> David Garland 著（註 8），頁 79。

<sup>20</sup> Michael Tonry, *Sentencing in America: 1975-2025*, 42 CRIME & JUST. 141, 152-159 (2013). 本文詳細爬梳美國量刑政策的轉變與未來展望，包含公正應報、量刑準則與嚴罰政策的生成歷史、重要倡議者與基本走向。

只是有不同設計型態的差異，而美國以明尼蘇達模式為首的主流模式，則是交由量刑委員會制定準則，後來英格蘭與蘇格蘭亦採用委員會－準則的量刑模式。

因此，英美於 1970 年代興起的量刑改革運動，其面臨的現實問題是原先主流的量刑模式喪失正當性，必須建立不定期刑與假釋審查的替代制度。改革論者最終採用委員會－準則作為制度形式，而公正應報作為實質邏輯的量刑架構，以回應對矯治與復歸思想的全面攻擊。當考察明尼蘇達、英格蘭及蘇格蘭的量刑模式時，須留意上開脈絡才得理解，不同模式均著重量刑結果一致性，且採取犯行嚴重程度與合比例性的框架，其實來自公正應報論的預設，而本文之後的分析，亦扣著以公正應報為核心的量刑理論<sup>21</sup>。接著，本文會逐一考察明尼蘇達、英格蘭及蘇格蘭模式，並說明考察結論。

## 第二節 明尼蘇達模式

本節目標是分析明尼蘇達模式，著重準則如何建構量刑責任，並指出其考量面向及理由，本文參考明尼蘇達量刑委員會於 2019 年時，所公布的最新版量刑準則與官方註釋（Minnesota Sentencing Guidelines and Commentary），分析明尼蘇達模式的基本適用架構、建構推定刑以及得偏離的因素。

### 第一項 基本適用架構

首先，明尼蘇達模式是典型的量刑委員會制度，由法院以外的獨立委員會，即明尼蘇達量刑準則委員會（Minnesota Sentencing Guidelines Commission，MSGC，本節均以委員會代稱）制定量刑準則，提供法院決定刑種與刑期的指引<sup>22</sup>。但委員會制訂的量刑準則，並非適用至所有犯行，而僅適用於重罪<sup>23</sup>（felony）。

根據量刑準則的說明，其目的是由具備原則的量刑標準，保護公眾安全（public safety）與減少量刑歧異（disparity），並讓重罪量刑合乎比例性（proportional）並

<sup>21</sup> 本文第四章主要的對話對象為應報觀點，會指出應報觀點作為量刑目的的侷限。

<sup>22</sup> Richard S. Frase, *supra* note 9.

<sup>23</sup> 根據 2019 年明尼蘇達州法（2019 Minnesota Statutes）第 609.02 節的說明，重罪是行為人的犯行得被科處一年以上的監禁，以法院最終得選擇的刑度作為劃分標準。相同區分邏輯亦可見於輕罪（Misdemeanor）、嚴重輕罪（Gross misdemeanor）及輕微輕罪（Petty misdemeanor）的定義。

受到制裁<sup>24</sup>。進一步來說，明尼蘇達模式主張修正應報模式（*modified just desert*），並採納混合式量刑目的取徑（*hybrid approach*），由犯行嚴重程度與行為人的可責程度，設定出量刑範圍的應報上限後，再基於復歸、風險評估與矯正資源分配，決定出合比例的量刑定點<sup>25</sup>。但合乎比例性僅為量刑結論的宣稱，實質內容須繫諸於合乎的具體對象，而官方註釋清楚指出，重罪量刑須合乎犯行嚴重程度（*severity of the conviction offense*）以及行為人的犯罪歷史（*criminal history*）<sup>26</sup>，後續量刑構造亦環繞犯行嚴重程度及犯罪歷史的概念。

明尼蘇達模式的量刑準則，雖然根據犯罪類型分成三種不同的表格（*grid*），分別是一般犯罪、性犯罪及藥物犯罪<sup>27</sup>，但建構邏輯完全相同。委員會將犯行嚴重程度（*offense severity*）的實質內容，化約成數個不同的等級後，按照輕重程度，由下往上置於量刑表格的縱軸；同時按量刑準則的公式，把犯罪歷史（*criminal history*）轉換為點數，並按照多寡，由左至右置於量刑表格的橫軸。法院只須評價個案中的犯行嚴重程度，並計算行為人的犯罪歷史得點後，對應至表格中的正確格子，即可得到量刑準則建議的刑種及期間，稱之為推定刑（*presumptive sentence*）<sup>28</sup>。推定刑依據不同犯行的程度高低，區分成兩種不同的應對門檻，表格中未塗色的區域，表示建議法院科處監禁，而塗色區域則建議法院科處暫緩處分或非監禁的刑事制裁<sup>29</sup>。

法院建構推定刑後，若認為表格中的推定刑不妥當時，則可援用官方註釋中所列舉或過往判例形成的加重（*aggravated factors*）或減輕（*mitigated factors*）因子，並說明本案例中具備得辨識的實質重大情況（*identifiable, substantial and compelling circumstances*），讓個案的量刑結論偏離（*departure*）推定刑範圍，方向得為加重或減輕偏離<sup>30</sup>。

<sup>24</sup> Minnesota Sentencing Guidelines Commission, 2020 Sentencing Guidelines and Commentary, 1, <https://mn.gov/msgc-stat/documents/Guidelines/2020/August2020MinnSentencingGuidelinesCommentary.pdf> (last visited Mar. 28, 2021).

<sup>25</sup> Richard Frase, *Sentencing Guidelines in Minnesota, 1978-2003*, 32 CRIME & JUST. 131,132-134 (2005).

<sup>26</sup> MSGC *supra* note 24, at 1.

<sup>27</sup> MSGC *supra* note 24, at 81-86.

<sup>28</sup> MSGC *supra* note 24, at 35 ; Richard S. Frase, *supra* note 9.

<sup>29</sup> MSGC *supra* note 24, at 35 ; Richard S. Frase, *supra* note 9.

<sup>30</sup> MSGC *supra* note 24, at 40.

由上開說明得知，明尼蘇達模式的量刑結構如下：首先，透過犯行嚴重程度及犯罪歷史得點建構出「推定刑」；再視個案是否存在加重或減輕因子，足以讓量刑結論「偏離」推定刑。本文認為，若要掌握明尼蘇達模式如何建構量刑責任，須分析犯行嚴重程度和犯罪歷史得點的實質內容，才得確認推定刑的圖像，且委員會納入或排除何種加重或減輕因子，不只影響是否偏離推定刑，從決定何者應或不應考量的傾向，亦得釐清量刑責任的建構方向。因此，本文接著分析，明尼蘇達模式如何建構推定刑並選定偏離因子。

## 第二項 建構推定刑

明尼蘇達模式的量刑表格中，縱軸的犯行嚴重程度被區分為數個等級，而橫軸的犯罪歷史則被轉換為具體得點，兩者交錯後會得出一個建議的量刑結果，為推定刑。但上開敘述僅說明量刑表格的呈現方式，但未說明如何劃分犯行嚴重程度的等級，以及轉換犯罪歷史為數值的公式。若未釐清犯行嚴重程度等級及犯罪歷史得點的建構標準，就無法掌握推定刑的實質內涵，故本文須進一步考察兩者的建構邏輯。

### 第一款 犯行嚴重等級

首先，犯行嚴重程度等級的劃分，由三種不同的方式排序（ranked）。第一，由法律直接決定特定犯行的嚴重程度等級<sup>31</sup>，由於個別犯行的法定嚴重程度等級，涉及個別條文的立法考量，著重面向均不同，必須深入立法當時的討論，本文無法全面處理，故暫時擱置於討論範圍外。第二，由委員會自行制定的犯行嚴重程度參考表（offense severity reference table），將特定犯行賦予固定的嚴重程度等級<sup>32</sup>，但排序標準並不明確，並未完全依循法院先前的裁判慣例，而是仰賴委員會對個別犯行嚴重性（seriousness）的自身見解<sup>33</sup>。第三，若上開參考表與法律均未說明犯行的嚴重程度等級，則由法院自行決定。官方註釋指出法院得參考犯行中具體行為的嚴重性、法律或嚴重程度參考表中，性質類似犯行的嚴重程度等級，以及其他行為人

<sup>31</sup> MSGC *supra* note 24, at 104-126.

<sup>32</sup> MSGC *supra* note 24, at 87-103.

<sup>33</sup> Richard Frase, *supra* note 24, at 147.

犯下相同或類似犯行時，法院決定嚴重程度等級的結論<sup>34</sup>，委員會亦定期提出相關報告，彙整法院對未排序犯行的判決結果，讓後續法院得對照。

但委員會制定的犯行嚴重程度參考表，只是對個別犯行「嚴重性」的評價結果，並無評價標準與過程，而官方註釋提供的法院判斷標準，至多說明法院考量犯行嚴重性外，亦須留意其他法院的判斷傾向，兩者都未正面說明犯行「嚴重性」的實質概念。明尼蘇達模式賦予委員會排序犯行嚴重程度的權限，卻未劃定犯行嚴重程度的標準。1980年的官方報告中，曾紀錄犯行嚴重程度參考表的制定過程，主要由各委員根據自身偏好（*preference*）提出排序理由，並於會議中試圖說服其他人<sup>35</sup>。但自身偏好指涉的是犯行侵害利益的程度，還是社會大眾法秩序及安全感的侵擾程度，或威嚇及隔離無害化的預防必要性，並無法從官方說明中得知。本文認為，明尼蘇達模式並未指出犯行嚴重程度的實質內涵，讓完全不同的考量面向，如侵害利益的大小、維護規範意識的必要、犯罪控制與排除危險源，隱藏於犯行嚴重程度的外殼下，無從梳理之間的權重程度與先後次序。

## 第二款 犯罪歷史得點

接著，法院須將行為人的犯罪歷史換算為得點，委員會提供計算公式，按照不同類型的前科分別計點，本文僅就主要的四種類型說明。第一，是行為人的重罪前科，只要先前的重罪判決為有罪，無論法院是否暫緩宣告（*stay of imposition of sentence*）量刑結論，或暫緩執行（*stayed or imposed*）刑罰<sup>36</sup>，均應換算為犯罪歷史得點<sup>37</sup>。個別重罪前科的得點，則取決於行為人目前犯行的嚴重程度，只要目前犯行嚴重程度等級越高，則重罪前科的得點權重也會提高<sup>38</sup>。委員會認為，當行為

<sup>34</sup> MSGC *supra* note 24, at 9.

<sup>35</sup> Minnesota Sentencing Guidelines Commission, 1980 Report to the Legislature, 6 <https://mn.gov/sentencing-guidelines/reports/> (last visited Mar. 28, 2021). 但 1998 年前的官方報告必須向委員會申請，並未直接上傳至委員會網站，而本文申請後取得 1980 年官方報告的電子檔。

<sup>36</sup> 明尼蘇達法院對重罪判決下的量刑決定和臺灣制度不同。首先，宣告量刑結論（*imposition of sentence*）和執行量刑（*execute sentence*）是不同的量刑活動階段，前者是法院作出有罪決定後，並宣告量刑結論，如監禁或罰金；後者則是法院宣告量刑結論後，把行為人移送至刑罰執行機關。接著，法院得決定是否暫緩（*stay*）宣告或執行階段，若法院決定暫緩量刑宣告，行為人只要於暫緩期間未違反相關要求，其案件即被撤銷，並視作輕罪（*misdemeanor*）前科；若法院決定暫緩量刑執行，行為人只要於暫緩期間未違反相關要求，其案件即無須執行刑罰，但仍視作重罪前科。

<sup>37</sup> MSGC *supra* note 24, at 11-12.

<sup>38</sup> MSGC *supra* note 24, at 11.



人有嚴重的重罪前科，比起輕微或非暴力前科的行為人，其可責性（*culpable*）更高<sup>39</sup>。

第二，是行為人因先前有罪判決，處於特定受拘束的狀態（*custody status at the time of the offense*），比如緩刑、假釋或附條件釋放等，並按照先前有罪判決的犯行類型，決定給予多少拘束狀態點數（*custody status point*）<sup>40</sup>。但法院得就犯行嚴重程度等級較低的犯行，考量處遇方案執行的成效，如行為人是否穩定接受緩刑附加的治療、是否展現再社會化或復歸成果，法院考量後得為達成復歸目的，而揮棄（*waiver*），或扣除行為人本應計入的拘束狀態點數<sup>41</sup>。

第三，是行為人的輕罪（*misdemeanor*）與嚴重輕罪（*gross misdemeanor*）前科。委員會為達成衡平，認為輕罪與嚴重輕罪前科的權重設計，不同於重罪前科，而主要差異在於換算規則以及得計點的前科類型。換算規則部分，輕罪與嚴重輕罪前科的計點單位為單位點數（*unit*），當行為人得到四點單位點數時，才會換算為一點犯罪歷史得點，只要行為人不超過四點單位點數，就不會對犯罪歷史得點造成任何影響<sup>42</sup>。且行為人無論有多少輕罪與嚴重輕罪前科，至多只能因此得到一點犯罪歷史得點，不會超過此上限，避免行為人因為輕罪前科，致使第一次的重罪犯行受到不合理的嚴重刑罰<sup>43</sup>。前科類型部分，則不是所有輕罪與嚴重輕罪前科都須計點，只有官方註釋中特別列舉的輕罪與嚴重輕罪，才會成為計算對象<sup>44</sup>。

第四，是少年裁決前科（*prior juvenile adjudications*）。委員會規定行為人進行當下犯行時，若未滿二十五歲，則行為人十四至十八歲間的少年重罪裁決，每兩件換算為一點犯罪歷史得點<sup>45</sup>。原則上，少年重罪裁決換算為犯罪歷史得點的上限，至多為一點。但若少年重罪裁決涉及的犯行，屬於法定刑或推定刑下限為監禁的嚴重犯罪，則不受犯罪歷史得點上限拘束<sup>46</sup>。委員會計算犯罪歷史得點時納入少年重

<sup>39</sup> MSGC *supra* note 24, at 15.

<sup>40</sup> MSGC *supra* note 24, at 18-21.

<sup>41</sup> MSGC *supra* note 24, at 21-22.

<sup>42</sup> MSGC *supra* note 24, at 24.

<sup>43</sup> MSGC *supra* note 24, at 26-27.

<sup>44</sup> MSGC *supra* note 24, at 24-25.

<sup>45</sup> MSGC *supra* note 24, at 28.

<sup>46</sup> MSGC *supra* note 24, at 29.

罪裁決，是為區隔出少年時曾犯重罪，且成年後又再犯重罪的行為人，對其犯罪生涯（*criminal careers*）做出適切評價<sup>47</sup>。

由上開論述可知，明尼蘇達模式不認為所有前科都具備加重效果，而是以重罪前科為主要加重原因，其他類型的前科，則由委員會限制得加重的類型，並設計不同的換算規則，才具備加重效果。不過，委員會並未清楚說明，建構推定刑時，將行為人的犯罪歷史視為加重考量的正當性為何？官方註釋中雖指出，行為人當下犯行是量刑決定的主要因素，而犯罪歷史屬於次要因素<sup>48</sup>，但也只說明犯罪歷史的考量次序，而非考量正當性。進一步分析重罪前科及少年裁決前科的加重理由，關鍵是行為人可責性提高，並否定行為人的犯罪生涯，但犯罪前科得提高可責性，以及犯罪生涯得加重刑罰的理由，官方註釋並未清楚說明。因此，本文以下會從兩個面向，分別是既有討論如何看待前科和刑罰量的關聯，以及明尼蘇達模式把犯罪前科，作為量刑表格主要軸線的過程，以釐清明尼蘇達模式中，犯罪前科加重刑罰的可能理由。

### 第三款 犯罪歷史得點的加重理由

首先，犯罪前科連結行為人可責性的論點，主要由應報（*retributivism*）觀點開展<sup>49</sup>，Julian Robert 與 Richard Frase 整理出三種不同的論證模式，本文則按照其架構分析<sup>50</sup>。第一種是排除模式（*Exclusionary Model*），若採取應報觀點，調整刑罰量的因子中，則不應包含犯罪前科。由於刑罰必須反映當下犯行的嚴重程度，以及行為人對此犯行的可責性，一旦納入犯罪前科，等同要求行為人對當下犯行以外的行為負責<sup>51</sup>。上開論點嚴格限縮量刑的對應內容，避免法院過度著重和犯行無涉的因子，但明顯和明尼蘇達模式不相容。

<sup>47</sup> MSGC *supra* note 24, at 29.

<sup>48</sup> MSGC *supra* note 24, at 11.

<sup>49</sup> Julian V. Roberts, *Justifying Criminal History Enhancements at Sentencing*, in CRIMINAL HISTORY ENHANCEMENTS SOURCEBOOK 11, 12 (Richard S. Frase, Julian V. Roberts, Rhys Hester & Kelly Lyn Mitchell eds., 2015).

<sup>50</sup> Julian V. Roberts & Richard S. Frase, *Retributivist Perspectives on an Offender's Criminal or Crime-Free Past in PAYING FOR THE PAST: THE CASE AGAINST PRIOR RECORD SENTENCE ENHANCEMENTS* 23, 26 (Julian V. Roberts & Richard S. Frase eds., 2019).

<sup>51</sup> Julian V. Roberts & Richard S. Frase, *supra* note 50 at 26-27.

第二種是無前科減輕模式（*Mitigation for Offenders with No Priors*），其主要論點有兩種不同取徑。首先，刑事追訴及制裁，會讓行為人對錯誤行為產生道德警示（*warning*）作用，並藉由刑事程序的溝通功能，得知犯罪後果，包含對被害人的侵害，以及其行為受譴責的程度。由於初犯未受過刑事追訴的警示與溝通作用洗禮，故其犯行的可責性下降<sup>52</sup>。另外一種看法則切割前科和可責性的連結，並訴諸人都會犯錯的前提，主張前幾次犯罪只是人性缺陷（*human frailty*）的展現，是道德拘束的暫時失常（*lapse*），不應對其施加嚴厲的刑罰，而應給予其他機會，但若重複犯罪超過得容忍的界限，則不得視為暫時失常並減輕刑罰<sup>53</sup>。

第三種是前科加重模式（*Aggravation due to Prior Convictions*），其主張行為人的可責程度與應得刑度，會因前科數目及嚴重程度而提高<sup>54</sup>，但實質理由有不同見解。有論者認為，複數前科體現出行為人的負面人格，如反社會及漠視他人權利的性格傾向<sup>55</sup>，或者代表行為人忽視刑罰的警示效果，並表達出無視道德與社會利益的意思<sup>56</sup>，但加重刑罰的理由，若包含與當下犯行無關的行為人性格或道德可責程度，則破壞行為責任原則並讓刑法陷入泛道德化的危險，無法有效限定刑罰的上限與範圍。

亦有論者藉由行為人義務（*duty*）與可責性的關聯，說明前科得加重量刑的正當性，以及加重刑罰量的限制。一旦行為人接受過刑罰，即產生控制自身犯罪傾向的義務，若行為人未適當回應先前刑罰的制裁效果，則因違反上開控制義務，提高後續犯行的可責性。至於犯罪前科得加重的刑罰量，不得超過侵害結果增加的刑罰量，則是因為違反控制義務的可責性，低於犯行侵害結果的可責性<sup>57</sup>，故量刑時的主要評價對象仍是犯行與侵害，而非犯罪前科。

但上開論點和明尼蘇達模式仍有兩點扞格。首先，本論點認為當下犯行和前科所涉犯行間，必須屬於同性質的犯行或具備相同犯罪機轉，始具備加重正當性<sup>58</sup>。個別刑罰的制裁效果範圍，應限於被制裁的犯行，故行為人接受刑罰後產生的控制

<sup>52</sup> Julian V. Roberts & Richard S. Frase, *supra* note 50 at 29-30.

<sup>53</sup> Andreas von Hirsch, *DESERVED CRIMINAL SENTENCES: AN OVERVIEW* 77-78 (2017)

<sup>54</sup> Julian V. Roberts & Richard S. Frase, *supra* note 50 at, 33.

<sup>55</sup> Julian V. Roberts & Richard S. Frase, *supra* note 50, at 33-34.

<sup>56</sup> Julian V. Roberts & Richard S. Frase, *supra* note 50, at 34-35.

<sup>57</sup> Julian V. Roberts & Richard S. Frase, *supra* note 50, at 35-36.

<sup>58</sup> Julian V. Roberts & Richard S. Frase, *supra* note 50, at 36.

義務，並非抽象的遵守刑法規範，而是不得再因相同原因被制裁。但明尼蘇達模式計算犯罪歷史得點時，重點並非當下犯行和前科的相似性，而是前科的量刑結果是否為重罪，只要前科符合官方註釋列舉的類型，即換算為犯罪歷史得點，產生加重量刑的效果。接著，本論點核心是行為人的控制義務，若控制義務的法定來源不明，則無法說明行為人為何負有控制義務，且違反後還會被加重刑罰。但明尼蘇達模式中的條文、量刑準則及官方註釋，均未規定控制義務，並沒有任何明文規範，要求行為人接受過刑罰後，必須避免自己再次犯罪，否則即加重刑罰。

上開犯罪前科得提高可責性的理論中，明尼蘇達模式理解前科和可責性關聯的方式，比起無前科減輕模式，更傾向於前科加重模式。若採取無前科減輕模式，由於量刑差異的關鍵是前科有無，並非前科數量及所涉犯行的嚴重程度，故設計量刑表格時，不必將犯罪歷史得點當作主要軸線，只須劃分初犯及具前科的行為人，並說明前者的量刑結果不得比後者嚴重，至於具備前科者間的量刑結論，則不得考量和前科相關的量刑事由。但若採取前科加重模式，則設計量刑表格的重心，則是按照前科數量及所涉犯行的嚴重程度，分配適當的量刑加重幅度。明尼蘇達模式呈現犯罪歷史得點的方式，是把前科數量及嚴重程度換算為點數，並依據點數多寡加重刑度，其建構邏輯並未強調初犯的特殊性，而是行為人若具備越多越嚴重的前科，刑度應向上調整，屬於前科加重模式。

但行為人因前科而提高可責性的理由，無論是展現出負面性格、忽略刑罰警示作用、違背控制義務，都和明尼蘇達模式的設計不相容。官方註釋雖指出犯罪歷史得加重量刑，是因為行為人的可責性提高，且回顧量刑表格的建立過程，當初委員會把犯罪歷史定位為責難程度提高，而非具備高度未來再犯機會，主因是採納有力學者，同時也是諮詢委員的 *Andrew von Hirsch* 之見解，其主張前科會提高行為人的可責程度<sup>59</sup>。雖然官方註釋和當初委員會的見解，都認為前科和可責性有緊密連結，但上開前科加重模式的諸種論證，均和目前制度不相容。因此，本文認為可責性的概念，並不適合解釋明尼蘇達模式為何將前科作為加重理由，真正產生作用的

---

<sup>59</sup> 但 *Andrew von Hirsch* 後來揚棄前科和可責性連結的看法，但委員會並沒有重新檢討犯罪歷史和量刑加重的理論關聯。請參考 *Julian V. Roberts, supra note 50, at 226.*

實質理由，必須轉向委員會提到的「犯罪生涯」，亦即前科加重和再犯危險控管的關聯。

Julian Robert 和 Richard Frase 指出，犯罪前科加重量刑的理由，若是再犯危險考量，會展現出下列犯罪歷史得點的換算邏輯<sup>60</sup>。首先，著重前科的性質，如數量、成立時間、所涉犯行，當行為人的犯罪前科數量越多，越接近當下犯行，涉及犯行越嚴重，均代表行為人有較高的再犯危險，因此必須承受較重的刑罰。接著，考量前科造成的刑罰效果，如行為人進行當下犯行時，若處於先前刑罰造成的拘束狀態，或者違反附條件釋放的條件，則會評價為無法遵守規範，亦得出較高的再犯危險。最後，聚焦特定類型的前科，如少年前科得加重量刑，預設少年時期的偏差行為，提高成年時再犯的機會，或者限制前科所涉犯行，必須和當下犯行屬於同類犯行，才得換算為犯罪歷史得點，則顯現前後犯行具備相似性，才得因再犯危險提高而加重量刑<sup>61</sup>。

回頭檢視明尼蘇達模式中的犯罪歷史得點計算，從重罪前科作為加重原則、前科數量大幅影響得點，到特別計算受拘禁狀態與少年重罪裁決，完全吻合再犯危險的典型特徵。再搭配官方註釋中，因否定行為人的犯罪生涯，而將少年重罪裁決列為加重量刑的論理，則犯罪歷史得點的換算公式，具備濃重的再犯危險色彩。

此外，明尼蘇達模式的量刑準則，主要參考 1970 年代時，為改革不定期刑制度所建立的假釋準則<sup>62</sup>，但假釋準則和量刑準則的考量面向並不同，前者著重犯罪歷史，是為了評估再犯危險，而後者把犯罪歷史得點視作重要軸線，則因為參考假釋準則，兩者具有親近性<sup>63</sup>。亦即，明尼蘇達模式重視犯罪歷史，並不是因為理論選擇，而是制度設計時的路徑依賴。即使官方註釋未言明，但檢視量刑準則建立的過程，會發現控制再犯危險的邏輯，從一開始就滲透至表格重要軸線的選定。

因此，明尼蘇達模式理解犯罪歷史得點的方式，比起行為人因為前科而提高可責程度，更傾向產生更高的再犯危險，須以嚴厲刑罰加以防止。如此一來，委員會

<sup>60</sup> Julian V. Roberts & Richard S. Frase, *supra* note 50, at 44 (Julian V. Roberts & Richard S. Frase eds., 2019)

<sup>61</sup> Julian V. Roberts & Richard S. Frase, *supra* note 50, 44-46 .

<sup>62</sup> Michael Tonry, *Sentencing Commissions and Their Guidelines*, 17 CRIME & JUST. 137, 140 (1993).

<sup>63</sup> Julian V. Roberts, *supra* note 4, 204.

認知的前科「提高可責性」，其實應解讀為量刑方向的「結論」，僅僅表明行為人應被施加更嚴厲的刑罰，而潛藏的實質理由，則是行為人因具備前科，而被擬制出的再犯高度危險<sup>64</sup>，需要透過嚴厲刑罰，把行為人隔絕於社會之外。亦即，前科加重量刑，是再犯危險，甚至是隔離無害化的預防考量，而可責性並非加重的正當化基礎，只能理解為防止法院因犯罪預防，施加超越行為責任的刑罰。

#### 第四款 小結

總結上開論述，明尼蘇達模式建構推定刑的兩大軸線，分別為犯行嚴重程度和犯罪歷史得點。犯行嚴重程度的實質內涵並不清楚，委員會如何劃定出不同等級的嚴重程度，是基於侵害結果、法秩序破壞或者是公眾情緒，都無法找出明確路徑，流於委員會成員不可知的主觀偏好。而犯罪歷史得點，表面上和行為人的可責程度連結，但實質上是再犯危險的預防思維。亦即，推定刑描繪出，一個須被嚴厲處罰並負起更多量刑責任的人，是造成嚴重侵害，同時具備高度再犯危險，而奠基於上開圖像，明尼蘇達模式容許法院因何種理由，得偏離推定刑，是否會產生不同的量刑責任圖像，則是接下來的論述核心。

#### 第三項 偏離推定刑

對照犯行的嚴重程度等級與行為人的犯罪歷史得點後，表格中的推定刑期間與種類，是委員會認為該犯行最適切（*appropriate*）的量刑決定。當法院宣告個案的量刑結論時，只要量刑期間或種類其一，不符合表格中的期間範圍或建議種類，無論是超過或低於期間範圍，或者宣告比建議刑種更嚴厲或輕微的制裁，都是偏離推定刑（*departure*）<sup>65</sup>。

但委員會並不希望偏離推定刑成為常態，若推定刑不具有拘束實效，則量刑準則目的，如消除量刑歧異（*disparity*）、提高確定性（*certainty*），並精準預測未來監禁人口與時間，即無法實現<sup>66</sup>。因此，量刑準則針對偏離推定刑，提出實質與形式

<sup>64</sup> 犯罪歷史得點中採計的各項因子，如前科與拘束狀態，是否具備再犯危險預測及評估的實證效用，並無定論。由於許多研究已鬆動「前科等同再犯危險」的等式，本文更傾向量刑準則中的再犯危險，並不是全然指涉得經檢證的再犯率，而是當權者或公眾所投射出的，對公共安全的「擬制」，就是避免前科等同再犯危險的思考方式。

<sup>65</sup> MSGC *supra* note 24, at, 40.

<sup>66</sup> MSGC *supra* note 24, at, 41-42.

的限制。實質理由部分，法院必須說明個案中有得辨識且具說服力的實質情況（*identifiable, substantial, and compelling circumstances*），並交代偏離理由（*departure reasons*）。但須留意，準則中雖然列出偏離因子的清單，但並非閉鎖性質，法院仍得援用成文法或判決先例，作為量刑偏離的理由<sup>67</sup>。形式要件部分，第一，個案是否有「得辨識且具說服力的實質情況」，並不是由法院自行判斷，辯方得主張由陪審團認定，且心證門檻須超越合理懷疑<sup>68</sup>；第二，法院一旦偏離推定刑，必須於法定期間內，向委員會提交書面的偏離報告（*departure report*），交代偏離理由，且量刑期間與種類分屬不同的決定面向，若法院就兩者均作出偏離決定，則須個別說明偏離理由<sup>69</sup>。

確立偏離推定刑的基本定性與操作後，委員會接著把量刑偏離的相關因子，區別為兩種類型，分別是法院「不得」以及「容許」考量的偏離因子，後者則再分成減輕（*mitigating*）及加重（*aggravating*）偏離效果的因子。本文會按照委員會的分類架構，歸納出個別偏離因子清單的內在邏輯。

首先，委員會認為，行為人的種族、性別，以及就業情形（*employment factors*），例如：如行為人的就業經歷、犯行與量刑時的就業狀況不得作為法院偏離推定刑的理由。另一方面，行為人的社會事實層面（*social factors*），舉凡：教育成就、犯行與量刑時的生活狀態（*living arrangements*）、居住期間（*length of residence*）與婚姻狀態亦然。最後，行為人於司法程序中行使憲法權利，同樣不得作為法院偏離推定刑的理由<sup>70</sup>。

委員會禁止上述因子作為偏離依據，其核心概念是量刑的中立性，尤其不得因為行為人的種族、性別與收入程度，產生量刑結論的差異，故種族、性別與收入程度，被排除在偏離因子清單外。至於排除就業情形，不只避免量刑輕重程度，取決於行為人是否有辦法在訴訟中找到工作，亦著眼於就業情形和種族、性別與收入程

---

<sup>67</sup> MSGC *supra* note 24, at, 40.

<sup>68</sup> MSGC *supra* note 24, at, 41.

<sup>69</sup> MSGC *supra* note 24, at, 40-41.

<sup>70</sup> MSGC *supra* note 24, at, 43.

度間的緊密關聯，因社會條件與分配不均，讓少數族裔的教育程度與就業情形，容易得到負面的量刑效果。相同論述邏輯，亦得套用至委員會排除社會事實層面<sup>71</sup>。

委員會接著列舉出得考量的偏離因子，但列舉清單並非閉鎖性質，法院仍得援用成文法與判決先例，於個案中適用未列舉的偏離因子<sup>72</sup>。首先，委員會認為具備減輕效果的偏離因子，本文歸納為三種主要類型，分別是行為人可責程度、行為人配合追訴的態度，以及接納處遇方案的適應性。第一，行為人可責程度的相關因子，偏向典型的犯罪論責任降低，如行為人在犯罪計畫中，並非主導者而是從屬地位，或行為人受到強制、脅迫或挑釁而進行犯罪，又或者行為人因身心損傷，欠缺控制行為的實質能力，以及行為人具備未達無罪抗辯程度，卻得免除或降低可責性的實質情形。第二，行為人配合追訴，展現願意接受制裁的正面態度，得作為減輕偏離事由，包含犯行嚴重程度等級不高，若行為人於一定次數內的審理後，即接受有罪判決。第三，處遇適應性則著重行為人的刑罰執行效果，當具體事實指出，行為人非接受監禁而是緩刑，後續接受處遇的意願或成效更高，其量刑亦得低於推定刑，改採暫緩措施<sup>73</sup>。

接著，委員會認為具備加重效果的偏離因子，必須先就犯行類型分為三種，分別是一般犯罪、經濟犯罪以及管制物品犯罪。一般犯罪中，加重偏離因子又可以再分為被害人、行為人、犯行特殊事由，以及涉及歧視的犯行動機。第一，被害人特殊事由，主要是被害人受高度侵害的考量，包含被害人具備特別脆弱的性質，如年紀、疾病或心智缺陷，或受到行為人殘酷對待。第二，行為人特殊事由，主要是再犯危險控管的取向，不只包含行為人具備性犯罪或人身犯罪的前科，卻再次進行同類型的犯行，亦包含行為人是職業犯罪者，或被明尼蘇達州法認定為根深蒂固（engrained）、具危險性或具備犯罪生涯者。第三，犯行特殊事由，則欠缺一致邏輯，包含行為人未經授權，假冒他人進行犯罪，或於孩童面前及被害人有隱私期待之處進行犯罪，以及行為人採用集團方式犯罪，也屬於加重偏離事由<sup>74</sup>。第四，行

<sup>71</sup> MSGC *supra* note 24, at, 44.

<sup>72</sup> MSGC *supra* note 24, at, 48.

<sup>73</sup> MSGC *supra* note 24, at, 44-45.

<sup>74</sup> MSGC *supra* note 24, at, 45-48.



為人的犯罪動機，若涉及種族、膚色、宗教信仰、性別、性傾向、身體障礙、年紀或出生國籍，則會因犯罪動機為歧視，正當化量刑加重偏離<sup>75</sup>。

經濟犯罪中，加重偏離因子則著重犯罪規模，若行為人的犯行產生複數被害人、造成龐大財產損失，或涉及精密的組織分工，都會擴大犯罪規模，成為加重偏離的正當事由。至於管制物品犯罪中，同樣著重犯罪規模，當行為人介入非法買賣的不同流程、擁有完整的生產設備，或涉及精密的組織分工與遍佈各地的交易範圍，都會因犯罪規模而得加重偏離。但亦有社會公眾保護的取向，若行為人販售管制物品給少數族群或易受傷害者，或者於校園、公共住宅與處遇機構中進行本類型犯行，也會成為加重偏離的實質理由<sup>76</sup>。

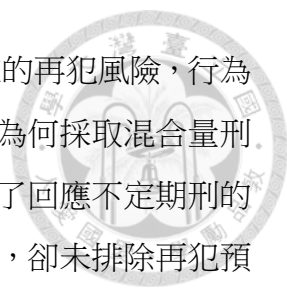
因此，委員會設計偏離因子時，同時也映照出行為人在量刑時的圖像。行為人的面容被抹除，其社會結構中的位置、生存條件以及犯行原因，都被「中立化」(neutral)，委員會有意識排除種族及社會事實面向，雖然確保種族作為社會特質，不會因歧視而加重偏離推定刑，卻也隱藏行為人的社會面向與行為脈絡，並讓法院無法根本檢討種族與刑事司法間的緊張關係，並透過量刑結論導正種族不平等、犯罪與過度監禁的扭曲現況。相同批判得用於性別、性向與貧窮等社會類屬，且行為人的深層且私密的犯罪機轉，通通消失於量刑準則建構的行為人圖像。當行為人的社會面容與犯罪機轉被淘空後，取而代之的是犯行侵害大小、傳統的行為人責任要素、配合追訴程度與再犯風險評估。量刑準則並不在意行為人的社會特質，而傾向把行為人濃縮為犯行與風險源頭，並由侵害程度與再犯風險控管需求，偏離推定刑設定的範圍。因此，當法院認為應偏離推定刑時，行為人並不是以人的面容出現，而是侵害特別嚴重的犯行，或比較容易控管的再犯危險。

#### 第四項 考察結論

考察明尼蘇達模式如何設定其量刑目的、建構推定刑與偏離因子清單後，本文得出三個結論。第一，明尼蘇達模式採取混合量刑目的，並以限制應報論作為基本架構，由犯行嚴重程度劃定量刑範圍，再援用再犯預防與復歸的事由，選擇合比例性的量刑結論。但明尼蘇達模式建構推定刑時，把行為人的犯罪歷史得點當作重要

<sup>75</sup> MSGC *supra* note 24, at, 48.

<sup>76</sup> MSGC *supra* note 24, at, 46-47.



軸線，量刑範圍不僅由犯行嚴重程度決定，還須考量被擬制而來的再犯風險，行為人須為當下犯行負責，亦須為未來不可知的再犯可能性負責。但為何採取混合量刑目的與限制應報論架構，委員會並未清楚說明，只能看出當初為了回應不定期刑的弊端，選擇「犯行」作為量刑定錨點，適度限制法院的裁量空間，卻未排除再犯預防與個案改善的想法，還加入矯正資源分配與改革監禁實態的觀點。不過，量刑目的須考慮如此多面向，明尼蘇達模式並未給出適當理由。

第二，明尼蘇達模式描繪的行為人圖像，主要由犯行與再犯風險構成。由於推定刑與偏離因子的建構重心，刻意中立化行為人的社會條件與結構位置，而著重犯行嚴重程度與再犯風險。而犯行嚴重程度不僅評估侵害利益，還包含社會對犯行情節的震撼程度，如被害人年紀、歧視性的犯罪動機，再犯危險則主要由犯罪歷史擬制，並透過犯行反覆與危險性質的表徵，間接評價行為人具備危險性格而加重。由於犯行與再犯風險，已經決定量刑種類與範圍的推定範圍，縱然納入非監禁處遇的適當性評估，其調整量刑結論的效果亦屬邊緣。因此，明尼蘇達模式設定的行為人圖像，是一個造成侵害的再犯風險源頭，若侵害嚴重利益或不易控管，則應給予比較嚴厲的量刑，而行為人的復歸、修補與社會性面向，則被邊緣化與排除，無法發揮重要作用。如此設定行為人圖像，並沒有堅實理由，甚至來自不適當的提問方式，則涉及限制應報論的理論檢討，本文會在第四章詳細說明。

第三，明尼蘇達模式並不著重如何細緻化量刑架構，而是如何消除量刑歧異。由犯行嚴重程度與再犯歷史得點得出的推定刑，給出的是量刑範圍的上下限，但偏離因子並不具備定點作用，僅具備不符推定刑的例外正當化作用。因此，準則其實未規定如何於推定刑範圍內選擇量刑定點，反而允許法院綜合考量不同效益主義的面向，如再犯預防與矯正資源管理，但如何選擇適格的量刑事由並決定加重方向與順序，則給予法院相當的裁量空間，而無具體指引。雖然明尼蘇達模式並未指引量刑事由間的適用架構，卻著重個案中如何劃定監禁與非監禁手段的適用界限，亦即，量刑準則須回應如何選擇刑事對應手段。明尼蘇達模式正確認識到，如何選擇量刑手段是量刑理論的重要問題，但卻未給予正當理由，說明選擇量刑手段時，應優先考量犯行嚴重程度與犯罪歷史得點。本文認為上開連結有待商榷，則須說明如何設定量刑目的與考量重心，則待本文第四章後再詳加說明。



### 第三節 英格蘭模式

本節則接著分析英格蘭的量刑模式，參考英格蘭及威爾斯量刑委員會（The Sentencing Council for England and Wales，本節均以委員會代稱）公布的量刑準則，包含總論性（overarching）與個別犯行（offense-based）準則，著重準則建構量刑責任時，考量何種因子及理由，逐一說明英格蘭模式的基本適用架構與細部概念，並釐清如何描繪行為人圖像。

#### 第一項 基本適用架構

首先，英格蘭模式亦採取典型的量刑委員會制度，由獨立委員會制定量刑準則，但量刑架構與流程和美國主流模式完全不同。明尼蘇達模式為處理量刑歧異（disparity），直接採用表格方式，而英格蘭模式則著重量刑形式（pattern）的一致性，確立量刑原則並制定統一步驟（step-by-step）<sup>77</sup>。委員會先制定 9 種總論性質的準則，確立量刑基本原則、特殊犯行（如家庭暴力與少年犯罪）的量刑方式、認罪協商的減輕規則、複數罪名的競合規則，以及社區處遇與拘禁刑的發動門檻<sup>78</sup>，並且適用至所有犯行，確保量刑步驟一致。

量刑準則明確採取混合式量刑目的，法院決定量刑手段與輕重時，須考量下列目的：對行為人施加刑罰（punishment），並由量刑減少犯罪（reduction of crime），包含再犯風險控管甚至是威嚇的方式，或協助行為人改善與復歸（reform and rehabilitation）。量刑結果也必須負起保護公眾（protection of the public）與補償侵害（making of reparation）的任務<sup>79</sup>。但委員會並未排序上開目的，而是讓法院根據犯行與行為人的特質，賦予其裁量空間。

然後，委員會根據不同犯行的特質，制定個別適用的量刑準則<sup>80</sup>。個別犯行的刑度則須合乎比例（proportionate），對應至犯行嚴重程度（seriousness），而犯行嚴

<sup>77</sup> Julian V. Roberts, *supra* note 4, at, 201-202.

<sup>78</sup> The Sentencing Council for England and Wales, <https://www.sentencingcouncil.org.uk/crown-court/> (last visited Mar. 28, 2021).

<sup>79</sup> The Sentencing Council for England and Wales, General guideline : overarching principles, <https://www.sentencingcouncil.org.uk/overarching-guides/crown-court/item/general-guideline-overarching-principles/> (last visited Mar. 28, 2021).

<sup>80</sup> Julian V. Roberts, *supra* note 4, at 204.

重程度包含兩種元素，分別是犯行造成的傷害（**harm**）以及行為人的可責性（**culpability**）<sup>81</sup>。個別犯行準則會說明如何分類其傷害與可責性，並制定出相對應的類別，對照準則提供的傷害—可責性類別後，會得到一個量刑起始點（**starting point**）與一組量刑上下限的種類與範圍（**category range**），亦即，英格蘭模式並未封鎖法院選擇量刑手段與期間的權限。

法院會從量刑起始點開始，參考個別犯行與總論性質準則中，與傷害及可責性相關的加重（**aggravating**）與減輕（**mitigating**）因子後，再根據罰金、社區處遇與監禁的施加門檻，決定具體的制裁種類及長度。然後，才依序考量其他面向，如是否配合追訴、有無認罪答辯、是否屬於法定的危險犯行（**Dangerousness**）、適用複數犯行競合、附屬命令與保釋（**bail**）得否折抵刑期。法院按照上開指示，一步一步推導出最終刑度。

由上開說明得知，英格蘭模式的量刑結構如下：先由總論性質的準則，建立起一致的量刑結構，再根據個別犯行特質，設計專屬的犯行嚴重程度類別與加重減輕因子。接著，委員會提供清楚量刑架構，並由先後次序揭示不同量刑因子的重要性。犯罪嚴重程度是最根本的量刑事由，得決定量刑起始點與種類，而與嚴重程度無關的其他因子，則屬於較次要的考慮事項。本文接下來要確認，委員會如何詮釋犯罪嚴重程度、加重減輕因子與其他調整事由，並進一步分析英格蘭模式中，如何建構出量刑時的行為人責任。

## 第二項 犯行嚴重程度與加重減輕因子

### 第一款 犯行嚴重程度

如同前項說明，犯行嚴重程度由「傷害」與「可責性」兩個概念構成，並形成量刑起始點，再由加重減輕因子上下調整刑度。以下論述主要參考總論性質準則中的《普遍準則：總體原則》<sup>82</sup>，逐一說明委員會如何建構傷害、可責性與加重減輕因子。

<sup>81</sup> Julian V. Roberts, *supra* note 4, at 205.

<sup>82</sup> 本準則原文為 *General guideline : overarching principles*。

首先，《普遍準則：總體原則》定義傷害為犯行對被害客體的總體影響（**overall impact**），包含直接（**direct**）傷害，即具體的物理、心理與財產損害，以及隨犯行而來（**consequential**）的傷害<sup>83</sup>。上開定義有兩個重要面向。第一，被害客體範圍相當廣泛，包含個人、社群、國家、環境與動物，有些特別案件中，甚至沒有可辨識的被害客體存在。而且，犯行不只有一個被害客體，亦可能同時造成主要與次要客體的傷害<sup>84</sup>。第二，犯行總體影響不只有直接傷害，還涵蓋犯行造成的後續傷害，前者類似我國刑法中的結果概念，但後者指涉對象則超過構成要件的結果範圍，涵蓋到被害者額外的生活利益侵害。比如，計算財產損失時，必須考量被害者對財產的主觀情感價值，以及對被害人社會生活的影響程度，而法院評估犯行傷害時，亦得參考被害者陳述內容<sup>85</sup>。

面對傷害不同的階段屬性，如行為人主觀意圖（**intent**）中的預期傷害、造成傷害的危險性（**risk of harm**）以及實際造成傷害（**actual harm**），委員會亦有基本判斷規則。意圖方面，當行為人意圖造成傷害，卻沒有造成實際傷害，或僅造成輕微傷害，法院須按照「預期傷害」衡量；但若實際造成的傷害，比起預期傷害還嚴重，則須根據被害者實際承受的痛苦來衡量<sup>86</sup>。危險性方面，法院衡量犯行危險的傷害程度時，須考量實現傷害的可能性（**likelihood**）以及實現傷害後的嚴重程度（**the extent of it if it does**），若犯行造成危險，但未造成，或僅產生輕微的實際傷害，則傷害類別應調降一個等級<sup>87</sup>。

接著，《普遍準則：總體原則》指出衡量行為人的可責性程度時，得參考行為人的主觀意圖（**intention**）、整體犯罪計畫的地位（**role**）、以及犯罪計畫（**planning**）的縝密程度。第一，行為人的意圖，按照可責性嚴重程度可區分為：最嚴重的蓄意（**deliberate**），意指行為人意圖犯行並造成傷害；次一級的輕率（**reckless**），則指涉行為人未考慮可預期的傷害而行動；再來是過失（**negligent**），是行為人未採取適當手段避免傷害發生；最後，當行為人不具備蓄意、輕率或過失時，應評價為低

---

<sup>83</sup> The Sentencing Council for England and Wales, General guideline : overarching principles, <https://www.sentencingcouncil.org.uk/overarching-guides/crown-court/item/general-guideline-overarching-principles/> (last visited Mar. 28, 2021).

<sup>84</sup> TSCEW, *supra* note 83.

<sup>85</sup> TSCEW, *supra* note 83.

<sup>86</sup> TSCEW, *supra* note 83.

<sup>87</sup> TSCEW, *supra* note 83.

度，甚至不具備可責性<sup>88</sup>。第二，行為人在犯罪計畫中的地位，按照可責性高低，依序可分為主導、要角與次要角色。第三，行為人的計劃縝密程度，按照相同邏輯，亦有高度、部分與欠缺計畫等三種類型<sup>89</sup>。但委員會亦指出，若犯行本身的要件設計，已經包含可責性要素時，不得於量刑時再度考慮<sup>90</sup>，比如成文法把侵害生命的犯行分為蓄意謀殺（*Attempted Murder*）與過失致死（*Manslaughter*），立法者已經就行為人的主觀意圖作出不同的量刑評價，法院就無須再次衡量。

而上開傷害與可責性的定義及適用規則，只是一個大致的指引框架。由於不同犯行的著重點有所差異，委員會根據犯行特質，在個別準則中具體設計傷害與可責性的實質對應因素，細部設計會和總體原則不同，但只要達成合比例原則，得容許個別犯行準則調整。比如，委員會認為過失致死<sup>91</sup>的傷害差異不大，評價重點反而是可責性。因此，該犯行準則決定起始點時，僅衡量可責性而不衡量傷害，且為合乎比例，把可責性分成四種類別，分別對應不同的個案事實，而受害者所受痛苦等傷害因素，則到加重減輕因子時，才發揮量刑調整的作用。又如，供應毒品的犯行中<sup>92</sup>，傷害因素由供應的毒品種類決定，但本類犯行嚴重程度的重點因素，是行為人參與犯罪的程度。因此，量刑合乎比例的關鍵，在於細緻區分不同程度的參與者，故設計可責性要素時，僅著重犯罪參與程度，分為主導者（*leading*）、要角（*significant*）跟小角色（*lesser*），由此決定量刑的起始點與範圍<sup>93</sup>。

犯行嚴重程度的要素是犯行與可責性，但還是以犯行為評價中心。首先，委員會著重犯行造成的整體影響，故不只包含侵害利益的客觀程度，還包含受害者對侵害的主觀感受，甚至，公眾得作為次要的被害客體，而納入公眾對犯行的情緒。再者，可責性並不關注行為人的社會條件與犯罪原因，而在意與行為人相關的犯行情節，若不是與犯罪論架構緊密連結，如行為人的主觀心理事實與共犯屬性，就是涉

---

<sup>88</sup> TSCEW, *supra* note 83.

<sup>89</sup> TSCEW, *supra* note 83.

<sup>90</sup> TSCEW, *supra* note 83.

<sup>91</sup> The Sentencing Council for England and Wales, Unlawful act manslaughter, <https://www.sentencingcouncil.org.uk/offences/crown-court/item/unlawful-act-manslaughter/> (last visited Mar. 28, 2021).

<sup>92</sup> The Sentencing Council for England and Wales, Supplying or offering to supply a controlled drug/ Possession of a controlled drug with intent to supply it to another, <https://www.sentencingcouncil.org.uk/offences/crown-court/item/supplying-or-offering-to-supply-a-controlled-drug/> (last visited Mar. 28, 2021).

<sup>93</sup> Julian V. Roberts, *supra* note 4, at 223-224 (2019)

及犯行情節，如犯罪計劃縝密程度。因此，精確來說，犯行嚴重程度是由「犯行影響範圍」與「行為人相關的犯行情節」所建構。



## 第二款 加重減輕因子

法院確認犯行傷害與行為人可責性的類別後，會得出量刑起始點與刑罰程度的上下限範圍。再來，法院以起始點為準，參考總則性質與個別犯行準則中的加重與減輕因子，調整刑罰種類與期間，雖然量刑準則的因子清單並非閉鎖性質，仍接納先例及成文法承認的加重減輕因子，但本文僅先檢討量刑準則如何設計因子清單，暫不處理先例。

### 第一目 加重因子

首先，《普遍準則：總體原則》把加重因子分為法定與其他類型。法定類型是個別成文法明定的加重因子，包含前科、保釋期間的犯行、犯罪動機出於對特定社會類屬的敵意，如信仰、種族、身心障礙、性傾向及跨性別認同，以及阻止緊急職務者執行任務<sup>94</sup>。

由於成文法提供一套前科的加重規則，本文認為應進一步說明。第一，行為人的前科，必須與當下犯行共享相似本質（**nature**）或兩者具備關聯性，才得作為加重因子，如屬於相似類型的犯行、顯示出行為人的犯罪傾向，或無法適當回應刑罰。第二，法院須按照行為人的前科，決定合乎比例的刑罰手段與強度，如果前科顯現行為人的成癮與社會困境，則社區處遇就是比監禁刑更適合的決定。如果行為人的前科太多，導致當下的輕微犯行達到監禁刑門檻，亦須留意合比例性與最小侵害。第三，若前科與當下犯行間經過相當時間，則前科缺少與當下犯行的關聯性，亦不具備預測未來犯行的作用，不得加重量刑。第四，前科與當下犯行必須整體觀察，若行為人的犯罪傾向呈現減輕趨勢時，則前科的加重幅度應調降<sup>95</sup>。

委員會接著列舉出其餘加重因子的基本類型，並傾向把加重因子連結至傷害與可責性，試圖把調整刑期與刑種的事項，歸結至犯行嚴重程度的概念框架中。除

<sup>94</sup> TSCEW, *supra* note 83.

<sup>95</sup> TSCEW, *supra* note 83.

此之外，有少數加重事由指向特殊犯行類型，以及行為人公然違抗制裁與合法誠命。

傷害相關的加重因子，包含對被害人造成較嚴重的總體影響，如犯行時攜帶武器、貶低被害人並造成額外壓力、提高被害人受到其他侵害的危險，或者被害人具備易受傷害的特質（幼童、長者或特殊疾病）。同時，亦及於被害人以外的總體影響，包含具體第三人受到傷害，如犯行發生在其他人面前，會造成目擊者的心理傷害，或行為人非法誤導偵查，讓無辜者成為冤罪受害人，都是委員會承認的加重因子<sup>96</sup>；也包含涵蓋曖昧的公眾傷害，如犯行被證實對大眾或社群產生重大影響，或被害人當下正在執行公共服務，犯行會額外侵害公眾利益，又或犯行發生於拘禁期間，則額外侵害監所秩序與安全。另外，當行為人濫用信賴關係或支配地位時，準則僅提到責任（responsibility）提高<sup>97</sup>，但本文認為應該要放在公眾傷害的面向，因為信賴關係容易導致被害人對犯行不易防備，造成更高程度的傷害，並動搖公眾對相關職業與體制的信心。

如同本文先前的結論，犯行傷害並不是指法益侵害，而是廣泛包含犯行的整體影響，只要合乎比例，法院得因犯行的外溢影響，尤其是對公眾與社群的抽象影響，而援用傷害相關的加重因子。由於公眾與社群的意向並不容易確定，必須仰賴合比例性的控制，才得避免刑罰民粹主義滲透，但合比例性正好就是由犯行影響與犯行情節構成，本文認為用相同構成的概念來節制自身，無疑陷入套套邏輯，而委員會並未提出其餘外部概念加以限制。

可責性相關的加重因子，則圍繞於犯罪計畫程度、行為人的角色地位，以及責任能力，其核心仍未脫離與行為人相關的犯行情節。比如，行為人事前謀劃犯罪，或事後湮滅證據及誤導偵查，會指向縝密計畫，而自願使用酒精或藥物，致使精神狀況不穩定，並直接引發犯行時，亦會提高可責程度<sup>98</sup>。

不過，許多加重因子的實質理由，會同時兼具傷害與可責程度提高，如行為人由犯行賺取利潤，會因為經營犯罪事業，推導出犯罪計畫縝密，但也會因經營規模

---

<sup>96</sup> TSCEW, *supra* note 83.

<sup>97</sup> TSCEW, *supra* note 83.

<sup>98</sup> TSCEW, *supra* note 83.



而提高傷害範圍與強度。或者，行為人採取集團方式犯罪，則會涉及分工程度與角色比重，而有可責程度差異，但集團犯罪亦容易擴大傷害規模，具有傷害加重面向。又如，犯行的時間與地點，既可指向犯罪計畫縝密而加重可責性，如選擇不容易被察覺的時間與地點，亦得指向傷害程度提高，如選擇人潮眾多的時間與地點<sup>99</sup>。

特殊犯行相關的加重因子，主要為家庭暴力與恐怖主義犯罪，委員會另外設計專屬的準則，基本上可視為個別犯行準則，並不適合當作所有犯行均適用的總則性加重因子。至於公然違抗制裁與合法誡命的加重因子，分別是行為人未聽從公部門或專業人員的警告，執意進行犯罪，以及犯行發生於法庭命令、許可的有效期間內<sup>100</sup>。但兩者的加重理由都均有待商榷。前者的加重理由，委員會僅說明，行為人未聽從警告會提高可責程度（*blameworthy*）<sup>101</sup>，但聽從勸導與可責性的關聯並不清楚。後者的加重理由，委員會認為法庭命令與許可，均科予不得再犯的法定義務<sup>102</sup>，但違反義務和加重刑度並不是必然等號，委員會仍須進一步論證其中關聯。本文認為上開兩項加重因子，並不屬於犯行嚴重程度的加重事由，而是委員會對違抗國家制裁與誡命的否定態度，當行為人屢勸不聽，或不尊重法庭命令象徵的司法權威，法院得從重量刑。

總結來說，英格蘭模式認為適格的加重因子，大致指向三個方向。第一，是犯行造成較大的影響，並波及到其餘層面，尤其是公眾與社群；第二，行為人的個別特質或行動，讓整體犯行情節更加嚴重；第三，則涉及國家與司法系統的象徵性權威，若行為人展現出輕視態度，亦得加重量刑。

## 第二目 減輕因子

接著，《普遍準則：總體原則》列出減輕因子的清單，但與加重因子不同，減輕因子並沒有法定類型，只有準則提供的非閉鎖清單，委員會則再細分為犯行嚴重程度降低（*reducing seriousness*）以及個人減輕事由（*reflecting personal mitigation*），但上開兩類各自包含何種減輕因子，準則其實未明確說明。雖然有論者採用犯行嚴

<sup>99</sup> TSCEW, *supra* note 83.

<sup>100</sup> TSCEW, *supra* note 83.

<sup>101</sup> TSCEW, *supra* note 83.

<sup>102</sup> TSCEW, *supra* note 83.

重程度及個人減輕因子的分析框架<sup>103</sup>，但本文認為若檢視準則對於各項因子的減輕理由說明，大多泛泛指向得減輕可責性，而真正有助釐清減輕理由與量刑責任建構的作法，應該是確定何種情節得減輕可責性，才會得出具體的分析。因此，本文著重各項減輕因子的具體情節，並大致分類為不具相關前科者的刑度優惠、典型的可責性減輕情形、行為人配合追訴、行為人的個別特質、國家應負責的追訴瑕疵、個案的適當處遇方式以及雜項。

第一，委員會認為不具相關前科者包含：行為人初次犯行，或者曾經犯行，但前科與當下犯行並未共享任何特質，如犯罪類型與手段，又或前科時點距離當下犯行太過久遠。上開情形作為減輕因子，主要是再犯風險並不高，且初犯者與累犯，譴責程度（*blameworthy*）亦不同<sup>104</sup>。

第二，典型的可責性減輕情形包含自主控制行為面向<sup>105</sup>，如犯行受到強制或威嚇、年紀太輕致使欠缺成熟度、對犯行嚴重程度理解不足、具備心智失調或學習障礙的情況，都會減損行為人於犯罪論層次的罪責程度，導向減輕量刑的結論；也包含犯行嚴重程度面向，如欠缺犯罪計畫，以及擔任犯罪中的從屬角色，均得減輕可責性並反映於量刑結果<sup>106</sup>。

第三，行為人配合追訴類型，則指行為人自首或協助偵查，由於配合追訴能降低被害人與目擊者的痛苦，並節省偵查資源與時間<sup>107</sup>，為正面評價行為人面對犯行並節省司法資源，得調降量刑。

第四，行為人的個別特質，則包含具備良善人格並表現善行，或者犯行後表達深刻悔悟，但準則並未交代上開特質得作為減輕因子的理由<sup>108</sup>。本文認為，委員會設定出良善行為人應有的姿態，一個對社群有所貢獻，並對違反規範會由衷自省的人，當行為人符合上開標準，則應減免刑度。

---

<sup>103</sup> ANDREW ASHWORTH, *SENTENCING AND CRIMINAL JUSTICE* 168-183 (5th ed. 2010). 本段落亦詳細說明，個別減輕因子如何出現在法院判決先例，而後被委員會採納的過程。

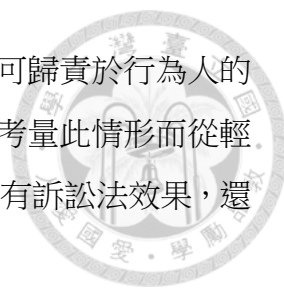
<sup>104</sup> TSCEW, *supra* note 83.

<sup>105</sup> ANDREW ASHWORTH, *supra* note 103, at 169.

<sup>106</sup> TSCEW, *supra* note 83.

<sup>107</sup> TSCEW, *supra* note 83.

<sup>108</sup> TSCEW, *supra* note 83.



第五，國家應負責的追訴瑕疵則指，行為人自拘捕後，因不可歸責於行為人的理由，導致整體程序不當延遲，並讓行為人受到危害時，法院得考量此情形而從輕量刑<sup>109</sup>。因此，本項減輕因子應理解為不正當的訴訟程序，不只有訴訟法效果，還得透過實體法的優待評價，補償行為人受到的程序侵害。

第六，委員會提到與處遇方式有關的減輕事由，法院得審酌行為人是否為單一或主要照護者，若施加監禁刑或社區處遇，會造成被照護者（如兒童、年長親人）負面影響，或行為人具有生理或心智障礙，對刑罰帶來的痛苦更加敏感時，法院避免刑罰對個案施加額外侵害，而選擇替代性的量刑手段。另外，當行為人因酒精或藥物犯罪時，法院亦得考量成癮與復歸方案，減輕行為人的刑度<sup>110</sup>，給予治療或戒癮方案空間。

最後，亦有不易分類的因子，如行為人未從犯行得到財產利益，以及犯行原本合法，但因為條件改變或法律修正，最終成為違法。委員會認為兩者都屬於可責性減輕的情形，但都未進一步說明<sup>111</sup>。對照由犯行賺取利潤的加重因子，則未從犯行得到財產利益，應同時具備傷害範圍縮小，以及未有完整犯罪計畫，才會得出量刑下修的結論。至於犯行從合法轉變為違法，則是因為犯行曾經為合法，比起從頭到尾都是違法者，不應給予同等嚴厲的評價。

比起加重因子須限制於犯行傷害與可責性面向，避免法院給予不合於比例的量刑結論，減輕因子則包含更多面向，並不只有合於犯行嚴重程度的目標，法院還得考量再犯風險評估、處遇方案適切性、配合追訴甚至是不當程序的補償。因此，減輕因子的建構邏輯，顯然符合混合式量刑目的之取徑，犯行嚴重程度只是諸多量刑面向的其中一種，刑事政策與應對方式並未被排除在外。但委員會並未試圖建構整合性的解釋框架，反而個別說明不同減輕因子的正當性，並未正面回應量刑與犯行無涉的面向，如再犯評估、處遇與刑事政策間的關係。委員會建構減輕因子時，縱然容許考量犯行以外的事實，卻欠缺整體解釋框架，一旦面臨量刑為何得考量犯罪應對方式與刑事政策時，無法給出適當的理由。

<sup>109</sup> TSCEW, *supra* note 83.

<sup>110</sup> TSCEW, *supra* note 83.

<sup>111</sup> TSCEW, *supra* note 83.



### 第三項 其他調整因子

按照上開步驟，法院會得出合乎犯行嚴重程度的刑罰種類，並定出相應期間或數額，稱為暫時刑（*provisional sentence*），再逐步檢討和犯行嚴重程度無涉的其他調整因子，先評價行為人協助起訴的程度與認罪答辯的時點，接著確認犯行是否具備法定危險性（*dangerousness*）或特殊監禁必要（*special custodial sentence for certain offenders of particular concern*），當本案涉及複數犯行，則由總量原則（*totality principle*）確認最終刑度。當法院確認最終刑度後，才決定是否適用賠償與附屬命令（*ancillary orders*），並說明最終量刑的整體效果，如果被告曾受到保釋（*bail*），則於最後計算保釋期間得折抵的刑度。

由於總量原則涉及複數犯行如何轉換為執行刑，相當於我國合併定執行刑的競合問題，由於不是本文主要研究範圍，僅得先略過不談。而賠償與附屬命令，則屬於刑罰分配後，法院額外附加的行為人義務，亦非本文重心。因此，本文僅說明協助起訴、認罪答辯、危險性、特殊監禁必要與保釋部分。

#### 第一款 協助起訴與認罪答辯

首先，委員會援用 2005 年嚴重組織犯罪與警察法案（*Serious Organised Crime and Police Act 2005*），本法第 73 節第 1 小節指出，當行為人協助偵查過程，如認罪答辯或協助調查<sup>112</sup>，應鼓勵行為人並減輕刑度<sup>113</sup>。接著，由於 2003 年刑事審判法（*Criminal Justice Act 2003*）第 144 節第 1 小節規定，法院決定量刑時，必須考量法院審理前的認罪答辯，並參考行為人認罪時所處的程序階段，以及作出答辯的具體情形。因此，委員會制定《認罪答辯的量刑減輕—2017 年 6 月 1 日後首次進行聽證》的量刑準則，屬於總論性質，只要行為人採取認罪答辯，任何犯行均應適用本準則來處理。

本準則先說明認罪答辯應作為量刑減輕的理由，是因為認罪答辯有助於追求下列利益，分別是降低犯行對被害人的影響、避免被害人與目擊證人作證，以及節

<sup>112</sup> TSCEW, *supra* note 83.

<sup>113</sup> Julian V. Roberts, *supra* note 4, at 207.

省訴訟時間與資源<sup>114</sup>。認罪答辯縮短整體追訴過程，不只達成訴訟經濟目的，亦降低證人陳述、出庭與交互詰問的機會，避免證人重述被害經驗後，產生心理上的再次創傷。因此，委員會認為應鼓勵行為人在程序前期，儘早進行認罪答辯，才能最大化認罪答辯帶來的效益，故答辯時點成為本準則的設計重心<sup>115</sup>。由於認罪答辯應減輕量刑，是來自政策面的價值選擇，和減輕因子的實質理由，即犯行嚴重程度減輕無涉，故委員會才把自首、配合偵查與悔悟等因子，歸類至個人減輕因子，並定性為不同於認罪協商的量刑階段<sup>116</sup>。

回到實際操作面向，法院必須先按照個別犯行準則，考量犯行嚴重程度與加重減輕因子後，決定出適當量刑。接著，確定認罪答辯的減輕比例等級（*level of reduction*）後，宣告比例換算後得出的實際減輕量（*amount of that reduction*），並適用至適當量刑，再得出一個經調整的量刑結果。最後，從上述量刑結果起步，繼續個別犯行準則的其餘步驟<sup>117</sup>。從上開整理中，真正關鍵的是應如何規定減輕比例等級，並適用減輕量。

本準則分配減輕比例等級取決於答辯時點。當行為人在程序第一階段（*first stage of the proceedings*）即認罪答辯，減輕等級為適當量刑的三分之一，如果在程序第一階段後才認罪，則減輕等級從四分之一開始，並隨著程序進行逐步下降，若行為人遲至審判首日才認罪，減輕等級最多降至十分之一。如果審判過程中才決定認罪答辯，法院可以完全不減輕。不過，「程序第一階段」並不是固定時點，須視被控罪名屬於僅得公訴（*indictable only offences*）、僅得簡易審理（*summary only offences*），或者公訴與簡易雙向擇一（*either way offences*）<sup>118</sup>，涉及英格蘭刑事訴訟與審理結構的討論，但本文討論範圍並非答辯時點應如何擇定，因此不再細究。本文只是要說明，委員會藉由不同減輕等級，鼓勵行為人儘早認罪答辯，以達成政策目的最大化。

---

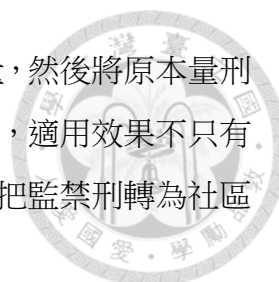
<sup>114</sup> The Sentencing Council for England and Wales, *Reduction in sentence for a guilty plea - first hearing on or after 1 June 2017*, <https://www.sentencingcouncil.org.uk/overarching-guides/crown-court/item/reduction-in-sentence-for-a-guilty-plea-first-hearing-on-or-after-1-june-2017/> (last visited Mar. 28, 2021).

<sup>115</sup> TSCEW, *supra* note 114.

<sup>116</sup> TSCEW, *supra* note 114.

<sup>117</sup> TSCEW, *supra* note 114.

<sup>118</sup> TSCEW, *supra* note 114.



至於適用減輕量的方式，則先把減輕比例換算成具體減輕量，然後將原本量刑的期間或數額，扣除具體減輕量後，即成為新的量刑結果。不過，適用效果不只有調整期間與數額，亦及於量刑種類調整，法院得考量認罪答辯，把監禁刑轉為社區處遇或罰金刑<sup>119</sup>。

此外，本準則亦設置少數例外條款，如簡易犯罪、管轄權移轉、無法如期認罪答辯以及程序細節問題<sup>120</sup>，並不影響認罪答辯減輕量刑的基本邏輯，本文暫不細談。不過有一點值得說明，由於謀殺罪（murder）有終生監禁的空間，委員會即針對謀殺罪大幅減少減輕等級並限制減輕總量，並指出法院適用認罪答辯來減低刑度時，須綜合考量其餘量刑因子，為確切反映犯行嚴重程度，應避免認罪答辯導致不當的過輕刑度。具體來說，當行為人在程序第一階段認罪答辯，減輕等級不得超過六分之一，且總量不得超過五年，若第一階段後才認罪，減輕等級至多為十二分之一<sup>121</sup>。委員會對謀殺罪的嚴格對待，反映出嚴重犯行應給予適當嚴厲回應的想法，縱然認罪答辯的量刑判斷階段，已經高度指向特定政策目的，但仍無法完全擺脫犯行嚴重程度的影響。

## 第二款 危險性、特殊監禁與保釋折抵

當法院決定認罪答辯的量刑效果後，則繼續確認犯行是否具備法定的危險性，以及特殊監禁必要性。前者規定於 2003 年刑事審判法的第 12 編第 5 章，當中列舉出特定犯行，包含暴力、性以及恐怖主義犯行，若具備本章定義的嚴重程度或顯著公眾危險，則法院可以宣告終生監禁或延長量刑（extended sentences）<sup>122</sup>。後者則針對上述危險犯行中的特定類型，若法院未宣告終生監禁或延長量刑，則按照同法第 236A 節規定，必須決定適當「監禁」期間<sup>123</sup>。上開兩項步驟著重特定犯行的危險防止與公眾保護需求，由立法限縮法院裁量刑罰種類與期間的範圍，委員會雖無法忽視成文法規範，但透過量刑步驟先後設計，讓危險防止與公眾保護的政策目

<sup>119</sup> TSCEW, *supra* note 114.

<sup>120</sup> TSCEW, *supra* note 114.

<sup>121</sup> TSCEW, *supra* note 114.

<sup>122</sup> 延長量刑是一種多階段且複合目的式的處遇方式，綜合犯行嚴重程度的清算與保護公眾安全。法院宣告法定危險犯行的量刑時，會同時宣布監禁期間與延長許可（extended licence），當行為人服刑時達到假釋條件，並成功度過假釋期間後，行為人還必須接受特定機關的監控，確保社區安全。上開定義可參見委員會說明：<https://www.sentencingcouncil.org.uk/about-sentencing/types-of-sentence/extended-sentences/> (last visited Mar. 28, 2021).

<sup>123</sup> TSCEW, *supra* note 83.

的，到量刑後期階段才產生作用。委員會仍優先維持刑罰與犯行嚴重程度間的合比例關係，避免危險與公眾情緒造成不適當的嚴厲刑罰。

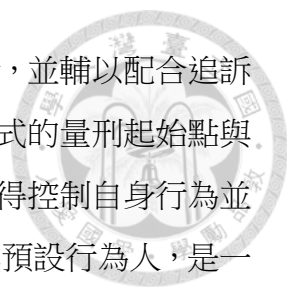
最後，當法院完成其餘量刑步驟後，才進行保釋的刑期折算。按照 2003 年刑事審判法第 240 節規定，當行為人因本案或相關犯行而處於保釋狀態，並受到居家監禁（curfew condition）或電子監控時，法院須將上開保釋期間，換算為優惠期間（credit period）並減輕刑度。

### 第三款 小結

從協助追訴與認罪答辯，到控管特定危險而施予特殊監禁，法院因上開事由而調整量刑結論時，並非考量犯行侵害與情節，而是基於不同的刑事政策目標，包含促進追訴並避免受害者受漫長程序折磨，以及面對特定風險的控管與隔離措施。但與檢討減輕因子的結論相同，若個別檢視協助追訴與認罪答辯，從制度面向而言，其目標基本上是值得追求的，但若從量刑面向而言，則須回答如何建立量刑與上開目標的關連，雖然上開事由都來自成文法規範，但委員會仍得正視量刑須關照刑事政策目的之理由，並提出適合的解讀框架，否則無法處理上開因子作為量刑事由的適格性。

### 第四項 考察英格蘭模式的總結

考察英格蘭模式如何選擇量刑目的，並以犯行嚴重程度為核心，定位出量刑起始點與範圍後，再依序操作各項因子以決定最終量刑後，本文有四個結論。首先，英格蘭模式採取混合式量刑目的，而犯行嚴重程度為首要原則，其餘目的則屬於次要原則，屬於限制應報論為核心的量刑架構，由犯行確定量刑範圍，再按照其餘考量決定結論。量刑首要考量給予行為人合乎其犯行比例的刑罰，由於量刑起始點與範圍已經由犯行嚴重程度定錨，且加重減輕因子大多指向傷害與可責性，屬於犯行嚴重程度的核心要素，至於其餘目的，由協助起訴與認罪答辯的細緻規範可知，尤其看重行為人是否配合追訴，而復歸與刑罰的負面效果，則非主要考量核心。因此，英格蘭模式建構的限制應報框架，並不是以再犯預防為主要定點考量，反而著重犯行嚴重程度與配合程序的程度。但委員會並未說明採納限制應報論的理由，也沒有說明量刑重心為何要放在犯行與配合追訴程度，而非其餘面向。



接著，委員會設想的行為人圖像，則由犯行為主要建構元素，並輔以配合追訴的程度，亦即，願意面對自身錯誤並接受司法制裁者。英格蘭模式的量刑起始點與後續加重減輕因子，著重犯行造成的影響程度，以及行為人是否得控制自身行為並服膺規範，且調整因子強調配合司法制裁的行為，故英格蘭模式預設行為人，是一個得自我負責，卻願意承認並接受制裁的利益受害者，與明尼蘇達模式相同，但兩者看待再犯風險的方式有根本差異。英格蘭模式藉著量刑事由的架構設計，讓前科不只指向擬制再犯風險，還能指向行為人的生活困境與復歸方案，並把特定危險犯行的加重規定，放在整體考量順序的後段，盡量避免行為人被當成應嚴加控管的風險源。不過，委員會並未把刑罰對行為人的個別影響，放在量刑架構的核心，且行為人社會面容則被排除於量刑視野之外，連帶限縮復歸與修復走向的犯罪應對策略。本文認為，如此設定行為人圖像，並限制犯罪應對方式的選擇可能，同樣涉及量刑目的與限制應報論的檢討，本文會在第四章詳細說明。

再者，英格蘭模式的量刑架構設計，不只說明特定因子的加重減輕方向，還透過量刑步驟，以犯行嚴重程度為優先，再依照加重減輕與其餘調整因子的先後結構，確立個別權重程度的差異。相較於明尼蘇達模式重視「結果」的一致性，英格蘭模式則選擇「架構與論理取徑」的一致性，法院得按照量刑架構說理，被告亦得知悉論理結構，有助於證據蒐集與辯護策略制定。因此，同樣追求量刑一致性的制度目標，卻仍有不同的建置走向，不一定只能由量刑表格來消除歧異，建立一致的說理結構，也是一種方式。

最後，英格蘭模式與明尼蘇達模式同樣著重量刑手段的選擇，但不同於明尼蘇達模式，由於英格蘭模式的準則不只適用於重大犯罪，委員會設計量刑手段的門檻時，就不限於監禁與非監禁手段，而是根據嚴厲程度的輕重，各自設計罰金、社區命令（community order）與監禁刑的門檻，給予詳細指示，並著重不同量刑手段的效果與特質，得針對個案的犯行嚴重程度與復歸需求，而有彈性的適用空間<sup>124</sup>。當法院有選擇量刑手段的空間時，復歸與替代性措施雖然不是量刑起始點與加重減

---

<sup>124</sup> 為避免後續論述失焦，本文無法詳述罰金、社區命令與監禁刑的詳細門檻。罰金的說明，得參閱總則性準則的說明：TSCEW, *supra* note 83。社區命令與監禁刑的施加門檻，得參閱專項準則的說明：The Sentencing Council for England and Wales, *Imposition of community and custodial sentences*, <https://www.sentencingcouncil.org.uk/overarching-guides/crown-court/item/imposition-of-community-and-custodial-sentences/> (last visited Mar. 28, 2021)。對於非監禁處遇的整體介紹，得參閱，如 ANDREW ASHWORTH, *supra* note 103, at 318-357 (5th ed. 2010)。



輕因子的核心，但仍須具體衡量。因此，量刑作為「具體個案應如何處理」的決策過程，透過不同量刑手段的門檻差異，成為重要考量面向，提供本文之後重要的思考方向。



#### 第四節 蘇格蘭模式

相較明尼蘇達與英格蘭模式的發展時間，蘇格蘭於 2015 年才成立獨立委員會，由蘇格蘭量刑委員會（Scottish Sentencing Council，本節均以委員會代稱）制定並頒布量刑準則。委員會的前身得追溯至 2003 年，一群研究量刑的專業人士成立蘇格蘭量刑理事會（Sentencing Commission for Scotland），其目標提高量刑一致性並消除歧異（consistency），開始研究量刑實務，並提出建議與審查報告<sup>125</sup>。至 2009 年，蘇格蘭政府把量刑當作刑事司法改革的重點議程，為建立公開透明的量刑框架，其採取量刑委員會與量刑準則的方案<sup>126</sup>，隨後通過的 2010 年刑事司法與特許法案（Criminal Justice and Licensing (Scotland) Act 2010），則確立委員會的建置時程，並於 2015 年正式成立蘇格蘭量刑委員會<sup>127</sup>。

蘇格蘭模式的量刑結構與英格蘭模式相仿，先確立基本量刑原則、目的與程序後，再按照犯行類型建立個別適用的準則。由於委員會成立的時間並不長，目前僅正式完成量刑原則與目的（Principles and purposes of sentencing）之準則，量刑程序（Sentencing process）仍在進行最終修正<sup>128</sup><sup>129</sup>。本文以下僅說明已核准的量刑原則與目的準則，並簡介目前暫定的量刑程序準則。

<sup>125</sup> Scottish Sentencing Council, <https://www.scottishsentencingcouncil.org.uk/about-us/history/> (last visited Mar. 28, 2021).

<sup>126</sup> Scottish Parliamentary, Criminal Justice and Licensing (Scotland) Bill, Policy Memorandum, <https://www.parliament.scot/parliamentarybusiness/Bills/16193.aspx> (last visited Mar. 28, 2021).

<sup>127</sup> SSC, *supra* note 125.

<sup>128</sup> Scottish Sentencing Council, Sentencing process guideline, <https://www.scottishsentencingcouncil.org.uk/sentencing-guidelines/guidelines-in-development/sentencing-process-guideline/> (last visited Mar. 28, 2021).

<sup>129</sup> 委員會須經歷 8 個階段，才得正式完成量刑準則制定，分別是選擇準則的主題、草擬準則、徵求法官意見、向公眾諮詢、完成最終修正、由高等法院批准（submitting）、提高公眾對準則的認識、監督成效。由於後兩者為量刑準則的後續深耕與監督，只要批准完成，量刑準則的內容就已定型。



## 第一項 量刑原則與目的

委員會認為量刑的核心原則為合於比例（**proportionate**）與公平（**fair**），前者著重檢驗個案的量刑結論，必須合於特定對應標準，後者則比較不同個案，相類似案件須得出類似的量刑結論<sup>130</sup>。

首先，量刑合於比例的對應標的，是犯行嚴重程度（**seriousness of the offence**）、犯行造成的影響（**impact**）與行為人的個別情況（**circumstances of the offender**），而且量刑的嚴厲程度，不得超出達成量刑目的之必要，否則為不適當的量刑<sup>131</sup>。因此，蘇格蘭模式認為量刑的合比例對象，是犯行嚴重程度、行為人情況與量刑目的。嚴重程度包含犯行造成的傷害（**harm**）與行為人可責性（**culpability**），而行為人情況的指涉範圍較廣，之後於加重與減輕因子，以及其餘審酌事由時再說明<sup>132</sup>。最後，蘇格蘭模式選擇混合式量刑目的，並允許法院於個案中追求不同目的，只要最終量刑結論得達成其目的，且合於比例與公平，即為適當量刑<sup>133</sup>。

委員會列出數種量刑目的，且未指示先後順序，讓法院得因應不同個案需求，自行排列優先次序與權重程度，故為混合式量刑目的。量刑不只保護公眾（**protection of the public**）免於犯罪行為侵擾，而容許採取預防或嚇阻措施，亦須懲罰（**punish**）行為人，使其因犯行而受到不利後果，並表達出對犯行的否定態度（**express disapproval**）。同時量刑亦得指向未來，著重提供有效的復歸（**rehabilitation**）策略，消除行為人的再犯風險後，協助回歸社會，或指出犯行對受害者與社群的損害，鼓勵行為人加以修復（**make amends**）<sup>134</sup>。法院得根據個案情形，自行揀選上開目的，並由量刑結論達成之。

接著，量刑公平性有兩個面向，一個是平等面向，量刑須抗制歧視的不當影響，另一個是一致與可預測面向，亦即，相類似（**similar**）案件須給予相類似量刑。當案件間具備特定共通特質時，則應受到類似量刑，而共通特質須由個別準則，就不

<sup>130</sup> Scottish Sentencing Council, Principles and purposes of sentencing, 3, <https://www.scottishsentencingcouncil.org.uk/media/1964/guideline-principles-and-purposes-of-sentencing.pdf> (last visited Mar. 28, 2021).

<sup>131</sup> SSC, *supra* note 125, at 3.

<sup>132</sup> SSC, *supra* note 125, at 3.

<sup>133</sup> SSC, *supra* note 125, at 3.

<sup>134</sup> SSC, *supra* note 125, at 4.

同犯罪類型加以歸類。但委員會也表示，並不是有共通特質的案件就必然得到相同量刑，還會受到個案特別情況，比如認罪答辯的時機<sup>135</sup>。

本文認為蘇格蘭模式以「公平性」作為量刑的消極面向，而積極面向則仰賴合比例性的實質對應標的。由於犯行嚴重程度的概念，以及容許法院自行選擇的量刑目的。都未與英格蘭模式相差太大，故差異在於行為人的個別情況應如何解讀。但委員會尚未說明加重與減輕因子，是否與犯行嚴重程度緊密相連，或者考量不同面向，且根據目前準則的說明，行為人個別情況似乎指向認罪答辯時點，是否會因個案中的復歸與修補契機，容許法院大幅調整量刑結論，須待後續發展。因此，雖然蘇格蘭模式的基本框架，受英格蘭模式深刻影響，但若連結行為人情況與量刑目的，並具體分析個案需求，決定適當的犯罪應對方式，則有不同的發展空間。本文認為個案需求與犯罪應對方式的連結，為量刑理論建構的重要方向，而目前蘇格蘭模式尚未定型，尚有期待空間。

## 第二項 量刑程序

蘇格蘭模式區別量刑決策為三個主要階段。第一階段，法院必須決定「標題刑度」(headline sentence)，然後進入第二階段，由其餘審酌事由(other considerations)調整標題刑度，並於第三階段，讓法院選擇量刑結論後，正式宣告(imposed)並附具理由<sup>136</sup>。

### 第一款 決定標題刑度

決定標題刑度有四個流程。首先，犯行嚴重程度是量刑結論的核心概念，會大幅影響量刑種類與期間，故法院必須先評估犯行嚴重程度(seriousness)，參考所有與本案犯行相關的準則，具體評價犯行的傷害與行為人的可責性<sup>137</sup>。傷害得解讀為實害(actual harm)與危險(risk)面向，前者直接計算實際損害，後者則須評估危險的實現可能與後果，且傷害不僅指向個人損害，還會指向群體或公眾損害<sup>138</sup>。而

<sup>135</sup> SSC, *supra* note 125, at 3.

<sup>136</sup> Scottish Sentencing Council, The sentencing process : draft sentencing guideline, 4-5, <https://www.scottishsentencingcouncil.org.uk/media/1973/the-sentencing-process-draft-guideline.pdf> (last visited Mar. 28, 2021).

<sup>137</sup> SSC, *supra* note 136, at 6-7.

<sup>138</sup> SSC, *supra* note 136, at 8.

可責性則涉及行為人的主觀態度與個別能力，比方說行為人是蓄意還是過失，是否具備對犯行危險的專業認知，或者心智尚未成熟而影響其負責能力<sup>139</sup>。大致來說，蘇格蘭模式理解犯行嚴重程度的方式，與英格蘭模式並無太大差異。

接著，法院須綜合犯行嚴重程度，並參考不同量刑準則、相關司法判決與立法規範，以選擇適當的量刑範圍（select sentencing range）<sup>140</sup>。然後，法院會考量加重（aggravating）與減輕（mitigating）因子，並確認量刑定點，而委員會亦列舉加重與減輕因子的基本清單，描繪出大致的操作方向<sup>141</sup>。

第一，加重因子分為法定與準則列舉，法定加重因子著重行為人是否出自特定歧視而犯行，違反保釋或反社會行為命令，或者犯行涉及恐怖主義、人口販運、家庭暴力<sup>142</sup>；準則列舉的加重因子則未詳細分類，而本文認為大多指向與傷害及可責性相關的事實，而構成較嚴重的犯行情節。傷害相關的加重因子，多涉及犯行與被害人的特殊性質。前者如攜帶凶器、犯行造成鉅額財產損害、行為人濫用權力與信賴關係，或者攻擊公務人員，額外減損國家與社會利益、犯行發生在第三者面前，造成額外的心理負面影響。後者則包含被害人本身有易受危害的特質、行為人刻意貶低或羞辱被害人、阻止被害人向外求援、對同一被害人反覆施行犯罪，以及侵害複數被害人。可責性相關的加重因子，則指涉許多不同面向，包含行為人具備縝密犯罪計畫、以組織形式為之或透過犯行營利，或行為人意圖銷毀證據、因藥物或酒精作用而犯行、違反特殊命令等。最後，委員會亦視前科為加重因子，但前科必須類似當下犯行的模式或性質，才能推導未來有再犯危險而加重<sup>143</sup>。

第二，減輕因子僅有準則列舉，且同樣未詳細分類，故指涉面向不特定。有些因子與可責性相關，如行為人具心智缺陷或精神障礙的情形，並影響到犯行，或行為人犯行當下受到挑釁，均得評價為可責性減損並從輕量刑。但有些則指向對行為人的特定期待，如行為人表達悔悟、由戒癮及治療來改善自身犯罪原因、具備良善人格、無犯罪前科，或者配合追訴。亦有因子指向刑罰對行為人及其社會關係的負

<sup>139</sup> SSC, *supra* note 136, at 7.

<sup>140</sup> SSC, *supra* note 136, at 9.

<sup>141</sup> SSC, *supra* note 136, at 9-10.

<sup>142</sup> SSC, *supra* note 136, at 16.

<sup>143</sup> SSC, *supra* note 136, at 14-15.

面效果，如果行為人有良好就業前景，或者其負責家庭中的主要照護工作，則得減輕量刑，避免刑罰摧毀行為人與其家庭的未來<sup>144</sup>。

蘇格蘭模式列舉的加重與減輕因子，其實和英格蘭模式沒有太多差異，並不是所有因子都可以連結至傷害或可責性，而是有其餘考量，如犯罪情節的嚴重程度、行為人合乎或違反特定期待，均有調整量刑定點的作用。雖然由適用順序的先後，委員會讓量刑手段與期間的大致走向，主要取決傷害與可責性的評價，其餘因子僅於特定範圍內產生有限的效力，但委員會並未說明加重減輕因子作為適格量刑事由的正當化基礎，造成量刑欠缺理論性框架，本文只能得出實際量刑時會考量特定事由，卻無法得知如此考量的應然理由。

最終，當法院評價完個案的加重與減輕因子後，則須選擇標題刑度（**Determine the headline sentence**）並作為具體量刑定點，而適當的標題刑度則須符合量刑基本原則與目的，不得違反公平性與比例性，或者為達成特定量刑目的而給予太嚴厲的標題刑度。若個案涉及複數犯行（**multiple offending**），委員會提供相應規則，要求法院於此階段處理，以避免行為人承受不公平或不合比例的刑罰<sup>145</sup>。不過，委員會沒有說明法院應如何操作量刑目的，由於量刑範圍已經由犯行嚴重程度框定，而加重與減輕因子亦未指向確切目的，除前科指向再犯危險，容許法院從重量刑外，法院並無太多空間帶入復歸、修復與刑罰節制的觀點。因此，本文認為此階段的核心，應該是由公平與合比例性，排除顯然不適當的量刑結論，並處理犯行競合，而非根本性反思犯罪應對與量刑結論的關聯。

## 第二款 其餘審酌事由與定宣告刑

當法院確定標題刑度後，接著會依序評價三項其餘審酌事由，分別是認罪答辯的時點、行為人已受拘禁期間，以及是否宣告附屬命令，一旦法院完成上開步驟，就會宣告最終刑度並陳述量刑理由。

由於 1995 年蘇格蘭刑事程序法案（**Criminal Procedure (Scotland) Act 1995**）第 196 節，要求法院必須考量行為人認罪答辯的程序時點與情況。回到量刑階段，若

<sup>144</sup> SSC, *supra* note 136, at 17.

<sup>145</sup> SSC, *supra* note 136, at 10-11.

行為人展現出認罪答辯的意圖，則得下修標題刑度，以此鼓勵行為人儘早認罪，得減輕被害人的程序負擔並節省司法資源<sup>146</sup>。同法第 210 節則規定，若法院給予量刑結論前，行為人因等待引渡、受審，或接受額外處遇命令與中間處分，而受到實質拘禁時，法院決定監禁期間時，則須考量行為人已受拘禁期間，並進行刑期折抵<sup>147</sup>。最後，法院得按照其他法律規範，對行為人額外施加不同附屬命令，如犯罪工具沒收、各式禁制令等，但仍須符合公平與合比例性<sup>148</sup>。不過，蘇格蘭模式仍在發展初期，尚未就認罪答辯及刑期折抵的操作，制定出細部準則。

最後，法院確定標題刑度並評價其餘審酌事由後，就必須宣告最終量刑結論，並且在情況允許下，盡量清楚並公開說明其理由，若法院不願意遵守或偏離量刑準則，則須負擔說理義務<sup>149</sup>。

### 第三項 考察蘇格蘭模式的總結

經過上開考察，本文認為蘇格蘭與英格蘭模式的量刑架構與實質內涵，只有細部操作的差異。蘇格蘭模式以犯行嚴重程度來選擇量刑範圍，再由加重減輕因子確定量刑定點，並將之命名為標題刑，然後逐步評價其餘審酌事由，得出最終宣告刑；英格蘭模式同樣先檢驗犯行嚴重程度，並得出推定刑與量刑起始點，然後以起始點為中心，評價個案中的加重減輕因子而得出量刑定點，並稱之為暫時刑，然後再檢驗其他調整因子，確定最終宣告刑。由於英格蘭模式中的推定刑，實際等同於蘇格蘭模式的量刑範圍，兩者都由犯行嚴重程度來確定量刑的大致區間，差別只在有無起始點而已。若進一步分析，兩者確立量刑定點的方式，均透過加重減輕因子找出特定範圍的定點，只是最終定點名稱不同，且標題刑或暫時刑都須經過其他調整事由，才會轉換至宣告刑。因此，蘇格蘭與英格蘭模式的量刑架構，只有用語不同而沒有太大差異。

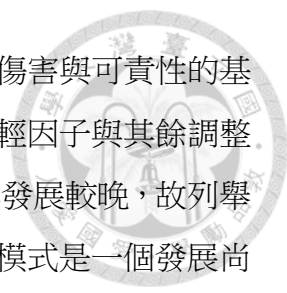
兩者真正的差異會在於如何設定量刑目的，以及如何建構犯行嚴重程度、加重減輕因子以及其餘調整／審酌事由，但兩者的建構邏輯並無不同。首先，兩者均採取混合式量刑目的，並沿用典型刑罰目的之命題，無論是架構或目的指向，都只有

<sup>146</sup> SSC, *supra* note 136, at 11-12.

<sup>147</sup> SSC, *supra* note 136, at 12.

<sup>148</sup> SSC, *supra* note 136, at 12.

<sup>149</sup> SSC, *supra* note 136, at 13.



用詞差異。接著，犯行嚴重程度均以傷害與可責性為中心，而且傷害與可責性的基本概念與實質對應事由，幾乎重疊在一起。最後，若分析加重減輕因子與其餘調整／審酌事由，其考量面向與細部內容的差異，僅止於蘇格蘭模式發展較晚，故列舉項目比較少外，兩種模式有許多完全相同的因子。因此，蘇格蘭模式是一個發展尚未完整的英格蘭模式，兩者建構邏輯並無根本差異，故本文對英格蘭模式的總結，幾乎全部都可以沿用至蘇格蘭模式。

首先，蘇格蘭模式採取混合式量刑目的，而各個目的間屬於平行關係，並無優先次序，但其量刑架構的核心是犯行嚴重程度，不只以犯行嚴重程度決定量刑大致範圍，且加重減輕因子多指向犯行情節與對行為人的特定期待，其餘審酌事由則偏向配合追訴與刑期折抵。因此，蘇格蘭模式實際採用限制應報論的框架，由犯行劃定出量刑範圍，再按照不同量刑目的來決定量刑定點，只是其餘目的，除再犯危險與消除風險因子外，如復歸與修復，鮮少作為加重減輕因子的根本原理。如同本文對英格蘭模式的反思，量刑目的設定為混合命題，並著重犯行嚴重程度、犯行情節與行為人特定期待，而非連結至復歸與修復，委員會並未正面給出有說服力的理由。

接著，委員會設想的行為人圖像，同樣以犯行為主要建構元素，犯行嚴重程度與情節是選擇量刑定點的主要關鍵，雖然蘇格蘭模式試圖壓低再犯預防與風險控管的量刑效果，卻也把復歸、修復與刑罰節制的面向，排除於量刑主要考量外，連帶模糊行為人圖像。因此，蘇格蘭模式與英格蘭模式相同，行為人的社會條件與犯罪脈絡並不重要，而是著重其犯行侵害與情節，即可確認適當量刑的大致種類與方向，而復歸、修復與刑罰節制面向，僅僅是表面上被整合於多元目的之框架，一旦標題刑度的實質內涵奠基於「犯行」，由於上開目的不僅著重犯行，而是調查行為人的社會條件及犯罪機轉，或者應對犯罪的其他想像，若量刑重心放在犯行本身，而非行為人圖像的呈現方式，則復歸、修復與刑罰節制，會因為欠缺著力點而無法產生任何實際作用。

最後，由於蘇格蘭模式尚未成熟，還沒有仿照英格蘭模式，具體規範如何選擇量刑手段，如監禁、社區命令與罰金的施加門檻，故委員會之後是否以及如何連結「犯行本身」與量刑手段，仍有待觀察。



## 第五節 未被回應的基本提問

考察完明尼蘇達、英格蘭與蘇格蘭模式後，本文認為這三種模式均採取相似的量刑結構與預設，且都未完整回應本文最初的問題意識。首先，量刑必須考量許多面向，從混合式目的之基本框架，到個別量刑事由有不同著重點，如犯行嚴重程度與情節、再犯風險評估或配合追訴程度，再到最終量刑手段選擇，劃定監禁與非監禁手段的適用門檻。但上開三種模式，卻未正面說明量刑必須考量多重面向的正當理由，又或者說，並未提供如何看待量刑的應然視角，而是直接沿用混合刑罰目的之命題，迴避量刑理論的基本提問。本文的考察反思，其實都可以歸結至基本提問未被清楚回答：如何選擇量刑應具備之目的，以及混合刑罰目是否為適當的回應方式，只要清楚回答上開命題，則有開展出融貫量刑理論的契機。

另外，由於欠缺整體量刑目的之理解，連帶導致量刑實際考量的複雜性，卻架構在扁平的行為人圖像上。從混合目的到實際選擇量刑手段，量刑整體過程所著重的面向非常多，包含具體檢視行為人與犯罪事件的脈絡，或評估量刑手段的損益，才得有效達成不同目標，並選擇適當量刑結論。但上開三種模式選擇量刑起始範圍或定點的重心，卻是行為人的犯行嚴重程度與情節，由於欠缺社會面向及脈絡觀點，最終行為人被呈現為利益侵害者、再犯危險源頭，或者須符合特定期待，如配合追訴。如此設定行為人圖像，完全背離量刑複雜性的架構設計，當行為人圖像越著重犯行與危險，就越不容易達成多元目的及應對方式。

本文認為，必須正視量刑本身的複雜性，並設定相應的量刑目的與行為人圖像，才得真正建構適當的量刑理論。因此，本文接下來會重新檢視既有量刑目的之設定，並著重以公正應報為主要命題的單一應報及限制應報觀點。



## 第四章 重新設定量刑目的之命題



本章目標是說明如何設定量刑目的。首先，本文先檢討既有量刑目的之命題，並指出其討論未與刑罰目的清楚區隔，均著重刑罰目的間的對立及整合，但如此設定討論框架，卻無法合理建構量刑理論，尤其是量刑時應如何看待行為人，以及犯罪應對方式如何選擇。接著，本文會以公正應報論作為檢討中心，指出應報觀點無法回應量刑理論的重要命題，因此量刑目的不應直接設定為應報觀點，否則無法適切解釋量刑理論的任務。再來，本文重新評價主流混合理論中，以應報觀點為核心，但同時容納不同目的之限制應報論，並指出其論證正確理解到，量刑無法只考量犯行相關事由，而必須考量其他不同面向，但卻未完整掌握量刑的複雜性，而設定不當的回應方式，致使無法提出整合性的量刑目的。最終，本文會提出自身觀點，量刑目的之問題設定，並不等同刑罰目的，由於量刑是國家透過強制力，直接回應犯罪事件，而量刑目的必須回答，應如何限制強制力並適當回應犯罪，具體評估回應手段的後果，而不是落入「犯行必須施加痛苦」的當然邏輯後，才回頭論證其正當性。

### 第一節 量刑目的等同刑罰目的之論述

本節先從既有討論如何建構量刑目的或原則，尤其是刑罰與量刑目的之關聯，以及量刑目的是否包含其他無涉刑罰目的之概念。

#### 第一項 檢討我國既有論述

蘇俊雄教授把量刑視為「受法律拘束的裁量」，必須受成文與不成文原則的限制<sup>1</sup>。前者包含法定的刑罰測量事由，如立法者制定的加重減輕規定，以及憲法承認的罪責、平等<sup>2</sup>與重複評價禁止原則<sup>3</sup>；後者指向刑罰目的與刑事政策的面向，重點則是如何提出刑罰目的間的調解策略，並於法律容許範圍內進行刑事政策考量，避免重刑化危險<sup>4</sup>。而且，刑罰目的是量刑過程的起始要件，只有清楚設定刑罰目

<sup>1</sup> 蘇俊雄，刑法總則 III，4 版，頁 393（2000 年）。

<sup>2</sup> 蘇俊雄（註 1），頁 387-396。

<sup>3</sup> 蘇俊雄（註 1），頁 413-415。

<sup>4</sup> 蘇俊雄（註 1），頁 447-448。

的後，才能判斷量刑結果是否適當<sup>5</sup>，但論者並未說明應採取何種刑罰目的，僅提供基本理論框架。

林山田教授則認為，量刑是決定刑罰手段與輕重的過程。因此，建立量刑原則時，連帶涉及如何調和應報、威嚇與教化觀點，而有不同的調解策略<sup>6</sup>。但論者接著又提到，量刑原則不只包含設定刑罰目的，亦須受罪責與平等原則限制，禁止不相稱於行為人罪責的刑罰，以及對相同罪責者施加不同程度的刑罰。同時，量刑亦須評估刑罰的再社會化原則，刑罰種類與刑度必須有助於控制再犯，並引導行為人重新回歸社會<sup>7</sup>。

蕭宏宜教授保留上開論述框架，指出建構量刑原則時，須先確認刑罰目的，則個案中應採何種量刑結論，必須考量得否達成設定的刑罰目的，且法院量刑時，同樣須受到罪責、平等、重複評價禁止，甚至是比例原則的拘束<sup>8</sup>。但由於量刑過程相當複雜，必須保留按個案情形，決定適當處遇方式的空間，若採取量刑僅考量犯行本身的應報觀點，無法說明為何應避免短期自由刑，或證立易刑與緩刑制度的存在。因此，論者認為適格刑罰目的，是受到罪責原則限制的特別預防，若貫徹到量刑過程，法院應依序考量犯行不法，再納入避免再犯的特別預防考量<sup>9</sup>，且應排除刑事政策於量刑中的作用，避免重刑危險<sup>10</sup>。

柯耀程教授則認為，刑罰裁量是把行為人犯行的非難評價，轉換為具體法律效果的過程，其中須受到法律規範與原則限制。基本上來說，法院只能在明文規範的法定刑與保安處分範圍內，由犯行事實的評價關係為起點，並按照刑罰目的選擇最適當的制裁方式<sup>11</sup>，若具體言之，法院選擇裁量方式時，則須考量罪責、刑罰目的與重複引用禁止。

首先，罪責指向三層不同的面向，分別是無罪責即無刑罰的「罪責理念」；以及著重犯行不法程度與責任能力的「刑罰罪責」，既決定是否具備可罰性，同時亦

<sup>5</sup> 蘇俊雄（註1），頁403。

<sup>6</sup> 林山田，刑法通論，10版，頁519-523（2008年）。

<sup>7</sup> 林山田（註6），頁523-524。

<sup>8</sup> 蕭宏宜，量刑原則與罪罰相當，臺灣法學雜誌，214期，頁120-123（2012年）。

<sup>9</sup> 蕭宏宜（註8），頁126-127。

<sup>10</sup> 蕭宏宜（註8），頁132-134。

<sup>11</sup> 柯耀程，刑法總則，頁432（2014年）。

體現犯行的非難程度；最後是按照目的性考量，具體選擇對犯行的適當反應與制裁方式，既受刑罰罪責限制，卻又允許評價行為人的「裁量罪責」<sup>12</sup>。

接著，論者認同特別預防的刑罰目的觀，強調刑罰對行為人的改善、威嚇與無害化作用<sup>13</sup>，但法院得否因目的性考量，選擇逾越罪責範圍的刑罰手段，涉及兩者間的調解策略。論者轉換上開提問為「刑罰得否逾越法定刑範圍」，把罪責範圍等同於法定刑上下限，並援用德國相關討論，指出刑罰兼具罪責均衡與預防手段的雙重目的，只要刑罰得正確反映犯行非難程度，則容許法院考量刑罰的教化功能後，得出低於法定刑下限的裁量結論<sup>14</sup>。

最後，刑罰裁量時須遵守「重複引用禁止」原則。論者嚴格區分罪責形成要素與刑罰裁量要素，由於罪責指向行為不法與責任能力，當法院已經評價過構成要件與責任相關事實，如侵害結果與故意過失，並具體呈現為可罰性基礎與法定刑範圍，則刑罰裁量時不應再行評價<sup>15</sup>。

本文認為我國既有論述有共同的論證模式。第一，刑罰目的只是量刑原則的其中一環，多數論者不認為刑罰目的與量刑原則可以直接劃上等號，因為量刑時還會受到其他原則拘束，如罪責、平等、重複評價禁止，有些論者甚至考量刑事政策與再社會化面向。但若檢視既有論述的架構，會發現多數論者的用詞並非量刑「目的」，而是量刑「原則」，目的具有積極面向的意涵，提供建構量刑架構的基本方向，但原則同時有積極與消極色彩，不只有積極面向，還包含消極排除不適當的量刑架構或結論。無論是罪責、平等與重複評價禁止原則，雖然有別於刑罰目的之命題，但都只是消極面向，說明量刑不得超過罪責範圍、不得違反相同個案應施加相同刑罰的誡命、不得重複評價。但如果要積極建構量刑的適當結構，論者最終仍訴諸刑罰目的，如適格量刑事由應取決於刑罰目的，或高度著重不同刑罰目的應如何協調，或接受特別預防觀點的犯罪控制政策，決定具體量刑手段與強度。亦即，既有論述並未賦予量刑自身目的，而是直接借用刑罰目的討論，回答如何擇定適格量刑

<sup>12</sup> 柯耀程（註 11），頁 432-434。

<sup>13</sup> 柯耀程（註 11）頁 435。

<sup>14</sup> 柯耀程（註 11），頁 436-438。

<sup>15</sup> 柯耀程（註 11）頁 438-439。

事由、如何安排先後順序與權重程度，然後再設計出限制面向的概念，避免量刑超出特定範圍。

第二，既有論述把刑罰目的等同於量刑目的，但並未充分說明劃上等號的理由。如果量刑與刑罰目的相同，本文認為必須論證兩個基本命題，分別是量刑決策過程與刑罰正當性，必須處理相同問題並擔負同等任務；以及刑罰目的之命題，得妥善解釋目前所有的量刑手段，不只包含宣告主刑，還有易刑、緩刑甚至是保安處分等等的決定，同時須有足夠的解釋潛力，處理目前尚未整全，但未來會出現的犯罪應對方式，如修復式司法、和解命令與新型態的社區內處遇方案。既有論述未正面回答上開命題，卻直接得出刑罰與量刑目的相同的結論，本文認為論證並不充分，並會於後文提出對上開命題的看法。

第三，既有論述雖然未處理上開命題，卻於諸多量刑原則的討論中，提到一個具有潛力的突破取徑，只是未放在正確的論述框架中解讀。多數論者設定量刑原則時，仍會評估特別預防、再社會化目的與刑事政策，容許法院考量刑罰對個案的行為調整效果，以及刑罰手段是否有助於復歸社會。但論者卻把刑罰對行為人未來的影響效果，以及整體犯罪應對方式的評估，放置於「如何整合不同刑罰目的」的框架下討論，核心提問則著重：如何防止特別預防造成嚴罰後果？相應解方則是整合罪責與預防的理論建構，或者直接邊緣化或排除刑事政策考量。本文認為應重新設定討論命題，轉而探問：為何量刑須與特別預防、再社會化與刑事政策有所連結？從量刑本身的特殊性質為思考起點，則得鬆動刑罰目的等同量刑目的之論證模式。有些論者雖然提到得繼續發展的概念，但都未加以把握，如指出量刑複雜程度，但並未詳細說明量刑很複雜與特別預防間的連結，又或者指出量刑為選擇適當的犯行應對方式，但並未開展出不同架構，仍維持刑罰與量刑目的等同的結論。本文後續會說明，量刑目的本身具有其專屬任務與性質，尤其是量刑與刑事政策、犯罪應對方式的緊密關聯，如果只從刑罰目的著手，無法正確解讀量刑目的，並建立整全且具備未來包容性的量刑架構。

## 第二項 當代英美主流見解

回顧我國既有論述如何看待刑罰目的和量刑目的後，接著考察英美主流量刑法理論的見解，本文先從 H.L.A Hart 對刑罰正當性與分配的分離命題起手，在分析當代英美量刑法理論的主流見解。

### 第一款 Hart 的分離命題

Hart 認為刑罰的一般正當目的（general justifying aims）與分配（distribution）是不同命題，兩者原則與目的不必然等同。論者認為，刑罰的一般正當目的，涉及立法者把何種行為設定為制裁對象，透過立法過程把特定行為犯罪化，向社會宣示不得進行犯罪，並確保未來犯罪發生次數減少<sup>16</sup>。但刑罰的分配原則，則涉及國家追求刑罰的一般正當目的時，不被容許無限制達成其社會目標，而須受到分配原則的限制<sup>17</sup>。

論者進一步指出適當的分配原則是應報（retribution），但並不是指應報作為一般正當目的面向，而是作為分配原則，意味著刑罰的痛苦只能施加給有罪之人，且僅止於自主破壞法律者<sup>18</sup>。分配原則的應報有兩個面向，分別是有責性（liability）與刑罰量（amount），前者必須回答誰應該被處罰，後者則涉及刑罰嚴厲程度的衡量，無論採取何種一般正當目的，均得適用分配原則，避免產生不正當的刑罰。有責性的面向是刑罰與犯罪者的正確連結，若國家處罰無辜者或連帶處罰行為人親族，雖有助於犯罪預防，但卻因處罰未犯罪的人，讓刑罰喪失正當性<sup>19</sup>。刑罰量的面向則是，國家施加刑罰所造成的痛苦與犯罪造成的痛苦，兩者必須具備正當的對應關係，當犯罪造成越多痛苦，就應該施加越嚴重的刑罰，但犯罪造成的痛苦，也建構出合理的刑罰量上限。同時，如果提高刑罰量無助於遵法程度或有價值的後果，則應評價為無用的痛苦，並禁止分配任何刑罰<sup>20</sup>。簡言之，論者認為一般正當

<sup>16</sup> H.L.A Hart, *Prolegomenon to the Principle of Punishment*, in PUNISHMENT AND RESPONSIBILITY: ESSAYS IN THE PHILOSOPHY OF LAW 1, 6-7 (H.L.A Hart & John Gardner eds., 2008) .

<sup>17</sup> H.L.A Hart, *supra* note 16, at 9-10.

<sup>18</sup> H.L.A Hart, *supra* note 16, at 9.

<sup>19</sup> H.L.A Hart, *supra* note 16, at 11-12.

<sup>20</sup> H.L.A Hart, *supra* note 16, at 14-15.

目的與分配的任務並不同，目的設定與達成目的之程序限制，兩者分屬不同層次，自無須相同處理。

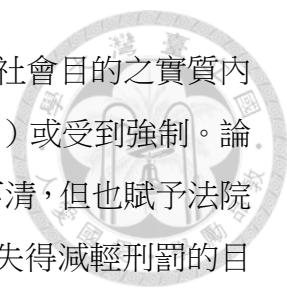
但 Hart 並不排斥刑罰分配時須考量社會目標，刑罰分配時經常主張的免責（*excuse*）與減輕（*mitigation*）事由，其存在理由和一般正當目的不同，而是具體評估社會目的、價值與個人成本的衡平結果<sup>21</sup>。不過，論者卻認為改善（*reform*）行為人的概念，不應存在於刑罰分配原則中，若改善行為人與個別化刑罰的觀點，成為刑罰分配的考量面向，會破壞相同案例相同對待（*like cases treated alike*）的平等原則，並混淆不同犯行間的嚴重程度排序，讓合比例性原則（*proportion*）失去作用<sup>22</sup>。

Hart 分離刑罰的一般正當目的與分配原則，並各自適用不同概念，但本文並不認同論者對刑罰分配的理解。論者把刑罰分配理解為達成實質目的之程序性規範，刑罰分配並沒有自身目的，其任務就是防止刑罰施加於不正確的對象，或給予超出犯行範圍的痛苦。但上開分離命題並未真正解消刑罰分配的目的，由於 Hart 說明適當刑罰量的實質內容時，並未停留在不得超過犯行侵害的反面敘述，而是正面指出刑罰量須積極促進犯罪預防或其他價值，不得對行為人增加無目的之痛苦，且得因社會目的而適用減輕事由。

因此，刑罰分配不只是達成刑罰正當目的之程序規範，反而從論者說明得析出兩項自身目的，一項是跟隨著刑罰正當目的而來，刑罰分配量必須有效預防犯罪並提升遵法程度，另一項則是社會目的。由於 Hart 反對刑罰分配時，考量特別預防或社會復歸面向，故論者應傾向一般預防作為刑罰分配目的，但一般預防觀點無法完整解釋所有刑罰分配的決定，當法院得選擇不同種類的制裁手段，Hart 無法說明為何法院得選擇緩刑、易刑、社區內處遇或修復程序，而非對公眾而言，傳達犯罪負面後果最強烈的監禁刑。亦即，論者對刑罰分配的分析著重刑罰的量差，卻忽略不同制裁手段間的差異，刑罰分配不只是宣告監禁期間，還包含選擇制裁方式，一旦排除特別預防與刑事政策觀點時，就無法完整處理分配階段的不同決定。

<sup>21</sup> H.L.A Hart, *supra* note 16, at 15-17.

<sup>22</sup> H.L.A Hart, *supra* note 16, at 24-26.



Hart 雖然指出得因其他社會目的而減輕刑罰量，卻未說明社會目的之實質內容，只舉出犯罪論的典型責任減輕類型，如心神喪失（*abnormal*）或受到強制。論者未言明社會目的之指向，雖然會讓刑罰分配的實質考量曖昧不清，但也賦予法院面對個案時，接納不同的犯罪應對思想的解釋彈性，如心神喪失得減輕刑罰的目的，既可指向鞏固理性行為人形象，確保自我意志與控制能力作為刑罰核心，但亦得指向精神障礙者的處遇需求，由刑罰減輕撐開社福資源投注的空間。因此，本文認為上開論述的重要性，並不是刑罰目的與分配的程序性連結，而是刑罰分配的考慮面向不一定只有刑罰目的，而容有自身目的存在的空間。如果正視刑罰分配不只包含決定刑罰量，亦涉及選擇應對方式，則刑罰分配就不只是給予多少痛苦，而是被放置到「如何量刑」的思考框架，量刑目的即不應從屬於刑罰目的之命題，而須積極建構自身的「社會目的」，即合理的犯罪應對方式為何？但 Hart 並未正面認識到刑罰分配與量刑間的關聯，連帶未清楚說明如何選擇犯罪應對方式與整體目的。

## 第二款 當代英美主流論述

而當代英美的量刑論述，則著重量刑、刑事政策與執行層面的關聯。Andrew Ashworth 指出刑事司法系統（*criminal justice system*）與量刑並不同。前者牽涉到事前與事後的犯罪應對方式，從部署預防機制，如情境犯罪預防的警示與監控機制、充實社福機構與警察單位，到犯罪發生後的偵查、審前程序、法院審理與最後選擇刑罰並執行。但後者只是刑事司法系統的末端階段，論者援引英格蘭的經驗，真正進入法院並走到量刑階段的犯罪，僅佔全體犯罪的百分之二<sup>23</sup>。由於兩者差異相當大，無須把刑事司法系統與量刑設定成相同目標，前者目標得設定為犯罪預防，但量刑目標則應設定為給予譴責（*censure*），由審判來評價犯行的惡劣程度，並把評價結果換價為特定刑罰<sup>24</sup>。

論者確認量刑目標為譴責犯行並換價為刑罰後，接著建立量刑的基本標準，並分為量刑原理（*rationale*）與量刑原則及政策（*principle/policy*）。首先，量刑原理並不具有自身特殊性，僅為刑罰目的命題的詞面抽換，重點仍是不同刑罰目的應如何整合。論者否定單一刑罰目的之策略，認為欠缺個案適用彈性，並支持混合刑罰

<sup>23</sup> ANDREW ASHWORTH, *SENTENCING AND CRIMINAL JUSTICE* 71-73 (5th ed. 2010).

<sup>24</sup> ANDREW ASHWORTH, *supra* note 23, at 74.

目的之解方，但必須確立不同目的間的先後順位，並且宣告主要原理（*primary rationale*）<sup>25</sup>。

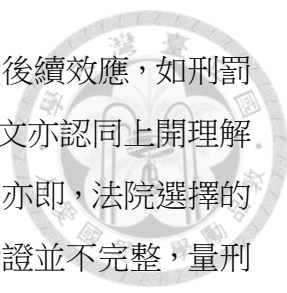
但量刑的指引標準並非只有量刑原理，其他原則與政策也會影響最終量刑決定。第一，由程序面來看，量刑程序與準則須受法治（*rule of law*）精神與基本權利拘束，且排除種族、性別等與犯行無涉的因素，維持平等（*equality*）量刑決定。第二，由刑罰後續效應來看，法院須留意刑罰的強制力與外溢效果，最小化刑罰的施加頻率與程度，落實刑罰節制（*parsimony*）原則，並考量個案因生理、心理與社會條件差異而有不同刑罰敏感度及承受能力，讓刑罰對每個人產生平等的不利影響（*equal impact*），避免刑罰造成過度痛苦。論者特別強調，法院對行為人施加監禁刑時，須考量監禁產生的社會成本與個人損害，留意民粹式刑罰（*populist punitiveness*）與兩極化刑事政策的危險，把監禁當作最後才得訴諸的制裁方式。第三，由執行成本來看，法院須評估制裁方式的成本與達成再犯預防的效率，若成本太高或效率低落，則應採取其他制裁方式<sup>26</sup>。

論者把量刑理解為對犯行譴責程度的具體化過程，而犯行換價為刑罰的標準中，擇定刑罰目的只是其中一個面向。Ashworth 設定主要與次要的量刑原則，由混合理論的論述方式，避免量刑陷入如何選擇刑罰目的之困難命題，並造成個案的量刑適用僵化。本文認同上開批評，但「避免量刑僵化」只是結論宣稱，論者未詳加說明實質內涵，本文認為得從兩個面向說明。第一，不同個案的情形均有所差異，不應為了單一刑罰目的，排除太多法院得參考的量刑事實。第二，法院得採用許多量刑手段，如監禁刑、罰金刑、社區內處遇或轉介措施，不同手段有各自任務，無法由單一刑罰目的完整詮釋。從上開兩個面向可以得出一個重要的思考方向，亦即量刑須具備高度裁量空間，犯行、行為人與政策面向都應成為法院考量的材料，且法院對個案有多樣的量刑手段。本文認為應著重上開思考方向，正面理解量刑的特質，才能提出適當的量刑目的，並重新檢視法院應如何選擇制裁手段的種類與強度。

<sup>25</sup> ANDREW ASHWORTH, *supra* note 23, at 76-77.

<sup>26</sup> ANDREW ASHWORTH, *supra* note 23, at 96-100.





接著，論者認為量刑不僅止於刑罰目的之討論，還涉及刑罰後續效應，如刑罰措施造成的負面效果及個案差異，以及刑罰的成本效益評估。本文亦認同上開理解量刑的基本取徑，但論者並未說明量刑與制裁手段實效的關聯，亦即，法院選擇的量刑結論是否適當，如何連結至監禁刑有許多負面效果，當中論證並不完整，量刑須正視刑事制裁後果的實質理由，仍曖昧不清。論者亦未建構整體原則與具有先後次序的架構，僅僅羅列出諸種原則與政策考量，卻未試圖整合，致使無法提供一致的操作規則。本文認為未處理量刑與刑事制裁後果的連結，以及無法整合與制裁效果相關的不同原則，均導因於論者沒有正面分析量刑特質並說明量刑目的，若要開展出具有整合性質的架構，則無法迴避建構量刑目的之必要性。

### 第三項 小結：量刑目的與刑罰目的曖昧糾纏

既有論述處理量刑目的與刑罰目的之方式，並未從量刑的特質來建構自身目的，而是區分出積極與消極面向的原則。量刑理論的消極面向，如罪責原則、平等與重複評價禁止，僅劃定出量刑不得違反的法律界限，無法讓法院得出最終量刑結論。若要積極回答如何選擇適格的量刑事由，並確認加重減輕方向與幅度時，則必須從刑罰目的之命題回應，涉及化解應報與預防觀點的解釋策略。但建構量刑理論的積極面向時，為何必須等同於刑罰目的之命題，既有論述並未說明，而是預設量刑積極面向與刑罰目的相等。

本文認為上開預設得成立，必須奠基於兩個前提。第一，量刑決策過程與正當化刑罰之命題，須處理相同問題並擔負同等任務，若量刑積極面向涵蓋的問題範圍，超過刑罰正當性的討論範疇，則量刑積極面向不應該被刑罰目的之命題侷限。第二，由於量刑決定不僅決定刑罰量，亦涉及如何選擇不同手段，則刑罰目的必須能夠解釋所有既存的量刑手段，包含自由刑、罰金刑、易刑與緩刑及保安處分，同時須具備足夠彈性，處理目前尚未完備，但未來會出現的應對方式，如修復式司法與各種社區內處遇方案。如果無法確立上述前提，則刑罰目的等同量刑積極面向，就是必須修正的命題，而本文認為著重量刑特質以及目的，才能夠正確開展量刑理論，並提供全面解釋刑罰分配的架構。

不過，既有論述並非無視量刑特質與自身目的，反而指出值得繼續開展的概念，但論者不是把這些概念安置於其論述的邊緣地帶，就是未說明清楚與量刑本身的

關聯性。量刑得容納刑事政策、再社會化，亦得全面檢討刑罰的負面效果並減少使用，都不是過於激進或新穎的論調，但要如何有系統地鑲嵌於量刑架構中，卻沒有論者清楚說明。究其箇中原因，由於量刑理論的核心命題被設定為刑罰目的之擇定，則如何評價不同制裁手段的特點、如何看待犯罪事件與行為人、如何設計合理的犯罪應對方式，都不容易成為量刑重心。因此，本文想要釐清既有論述未言明之處，把上述關照再度帶回量刑理論，而設定量刑目的即為重要的理論前提，只有確認量刑應有目的，才能繼續架構不同制裁手段的量刑基準。

按照本文第三章的考察，目前主流的量刑理論與實務操作，均把刑罰目的中的應報觀點，設定為量刑的主要目的。因此，本文接下來會以應報觀點的量刑理論為中心，詳細檢視其論證，並按照本文提出的兩個前提，說明刑罰目的一支的應報觀點，既無法完全涵蓋量刑決策，亦無從指引不同量刑手段。

## 第二節 應報觀點不應等同量刑目的

本節說明應報觀點如何建構量刑命題，並指出其主要命題「回應犯行必須賦予痛苦」以及「犯行嚴重程度作為建構量刑核心」，無法完整說明量刑決策的考量面向，亦欠缺對不同量刑手段的合理指引。

### 第一項 應報觀點下的量刑基本命題

應報觀點把刑罰理解為行為人因犯行所應得（desert），而刑罰須合乎犯罪嚴重程度的比例（proportionate），且應得刑罰指向過去發生的犯行，不得指向未來的再犯危險或復歸可能性<sup>27</sup>。完整的應報觀點必須回答三個命題，分別是犯行應得刑罰的理由、由國家執行應得刑罰的正當性，以及犯行與刑罰必須合乎比例的原因<sup>28</sup>。上開命題屬於刑罰正當性的範疇，探問國家對行為人施加痛苦的正當理由，但並不完全貼合量刑目的之命題。

若著重法院實際進行量刑決策的面向，並以此重新解讀，則應報觀點對刑罰正當性的命題，得分別轉換為對量刑理論的基本預設。第一個命題得轉換為，適切回

<sup>27</sup> 許家馨，應報即復仇？—當代應報理論及其對死刑之意涵初探，中研院法學期刊，15期，頁210-212（2014年）。

<sup>28</sup> 許家馨（註27），頁214。

應犯行的方式，必須是對行為人賦予苦痛與不利益。第二個命題則是，選擇最終量刑手段並執行，必須交由國家建置的刑事司法系統主導，而排除社群內生的紛爭處理系統。第三個命題則可以轉換成，刑罰的種類選擇與量差問題，只要對應至犯行嚴重程度，就可以得出妥善結論。由於第二個命題，涉及刑事制裁與國家高權連結的歷史過程，須考察社會中不同類型的紛爭處理機制，如何與國家主導的刑事司法系統相互作用，並非本文目前能處理的問題，只得暫且擱置不論<sup>29</sup>。因此，本文將著重應報觀點對量刑的第一與第三個命題，無法完整說明量刑決策的處理範圍，也沒辦法提供制定或選擇量刑手段的理論指引。

## 第二項 回應犯行必須賦予痛苦？

首先，應報觀點預設犯行必須由刑罰應對，其理由會因為不同理論框架而產生差異。公平遊戲理論（fair play theory）從政治共同體的理論視野，指出行為人因犯行而得到不當利益，並免除社群與自我節制的負擔，對共同體中未犯行的成員不公平，須由刑罰施加不利益，消除行為人因犯行而得到的不公利益<sup>30</sup>。

溝通理論則著重刑罰的表意作用，並說明刑罰對犯行所傳遞的特殊意義。Andrew von Hirsch 認為對行為人施加刑罰，傳達出否定犯行的訊息，讓行為人因為其犯行而受到譴責（censure）<sup>31</sup>，並對不同主體傳達出相異的意義。對行為人而言，譴責的前提是把行為人當作得負責的理性主體，並由刑罰釋放出對犯行責難的訊息，而行為人的主觀回應方式，不影響是否進行譴責，譴責只是行為人回應的契機，並未要求行為人須作出特定回應。對被害人而言，譴責則是認知過程，協助被害人認知到傷害是由行為人應被責難的犯行造成，是肇因於其他道德主體的錯誤。對公眾而言，譴責具有行為調整作用，藉由公開譴責犯行，促成社會大眾認知到犯行的負面意義，並作為中止犯行的理由<sup>32</sup>。由於刑罰必然帶著譴責意義，其本質不

---

<sup>29</sup> 我國亦有著重社群或非刑事司法系統的犯罪處理機制的討論，有把原住民族自身的法規範與修復式正義連結的嘗試，如洪千涵，修復式正義對被害人損害影響—以泰雅族為例，國立臺北大學犯罪學研究所，頁 67-114（2008 年）；許華孚、卓雅苹，原住民地區修復式正義之實踐與啟發，警學叢刊，41 卷 5 期，頁 275-299（2011 年）。亦有論者試圖擴大調解委員會處理紛爭的範疇，如陳竹上、邱美月、賴月蜜，婚姻暴力事件進入家事調解程序之可行性探討：跨界整合及在地實證觀點，成大法學，25 期，頁 79-121（2013 年）。

<sup>30</sup> 公平遊戲理論的基本概念，請參閱：John Cottingham, *Varieties of Retribution*, 29(116) PHIL. Q. 238, 242-243. (1979)；而既有論者對公平遊戲理論的批判整理，請參閱：許家馨（註 27），頁 236-246。

<sup>31</sup> ANDREW VON HIRSCH, CENSURE. AND SANCTIONS 9 (1993).

<sup>32</sup> ANDREW VON HIRSCH, *supra* note 31, at 9-11.

同於中性制裁 (**neutral sanction**)。刑罰的基本前提，是把行為人理解為得負責的主體，認為其具備理解並回應譴責的能力。但中性制裁著重對行為人施加不利益後，是否產生行為調整的效果，把行為人當作是野獸，必須透過外在痛苦來阻止特定行為，而無法理解「特定行為是錯誤，因此不應該進行」的意義<sup>33</sup>。

但刑罰不只有譴責意義，還有嚴厲處遇 (**hard treatment**) 的實效。由於人容易受到誘惑並犯錯，若只有譴責的規範性或象徵意涵，行為人會輕易犯錯，但若有賦予痛苦的實效，則提供行為人不要犯罪的務實理由。而譴責與嚴厲處遇是附屬關係，嚴厲處遇補充規範性的譴責，僅是認知到人容易犯錯，才額外補充的抑制犯行因素，而非刑罰的主要元素<sup>34</sup>。

R.A. Duff 則由社群 (**community**) 的觀點來理解刑罰。論者認為刑罰不應把行為人排除於社群外，應著重刑事司法程序的溝通與調解作用 (**mediation**)，讓行為人重新被社群接納 (**inclusion**)。溝通是理性主體間的發話與回應過程，國家把行為人視作理性主體，並透過刑事司法程序開啟溝通過程，讓行為人認知到犯行本身蘊含的錯誤 (**wrongfulness**)，並理解犯行造成的傷害後，說服行為人心生悔悟，避免再次犯錯<sup>35</sup>。調解則著重行為人與被害人間的和解 (**reconciliation**) 契機，但真正的和解須伴隨賠償 (**reparation**)，不只填補物質面向的傷害 (**harm**)，還得修正道德面向的錯誤 (**wrong**)，行為人此時透過道歉 (**apology**)，表達悔悟 (**repentant**) 以及不會再犯的意義<sup>36</sup>。

但若犯行本身的錯誤過於嚴重，過度侵害被害人並破壞其社會關係，如果容許行為人表達歉意後，就可以重回社群生活，則犯行的錯誤會被稀釋為生活中瑣碎的小事。因此，行為人賠償被害人的方式不僅僅包含道歉，而是讓行為人認知到犯行的嚴重性，並讓被害人償得同等嚴重之物，而刑罰則是讓賠償具有重量，並完成溝通的必要條件。論者認為刑事司法程序的調解，是具備懲罰性質的調解 (**punitive mediation**)，透過譴責犯行並給予負擔 (**burdensome**)，讓行為人認知其錯誤並慎重回應，才得修正犯行對規範性連帶 (**normative bonds**) 造成的瑕疵<sup>37</sup>。藉由加害與

<sup>33</sup> ANDREW VON HIRSCH, *supra* note 31, at 11.

<sup>34</sup> ANDREW VON HIRSCH, *supra* note 31, at 12-13.

<sup>35</sup> R.A. DUFF, PUNISHMENT, COMMUNICATION, AND COMMUNITY 77-82 (2003).

<sup>36</sup> R.A. DUFF, *supra* note 35, at 92-96.

<sup>37</sup> R.A. DUFF, *supra* note 35, at 96-99.

被害的理性溝通，並由行為人承擔刑罰後，表達與犯行同等重量的歉意，最終才有和解並重回社群的契機。

但本文認為無論主張不正利益平衡、對犯行表達譴責、確保溝通與調解的實現可能，應報觀點所追求的理想圖像，並不必然要透過國家對行為人施加痛苦與不利益才得達成。論者著重最終施加刑罰，並賦予其高度的公正衡平與道德意涵，卻忽視司法系統與社會面對犯行的態度，其實亦造成行為人的痛苦，並且不斷傳遞「犯行是錯誤且不被認同」的訊息。

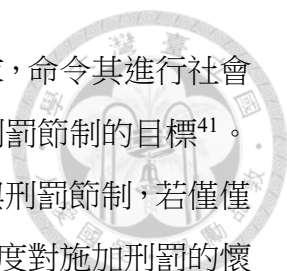
首先，刑事司法系統應對犯行的流程，是由追訴機關發覺犯行後，展開追訴並交由法院審理，最終宣告有罪。若確保追訴過程公正，法院亦正確劃定犯行與行為人的因果關係，一旦刑事司法系統開始偵查犯罪時，就已經強烈表達犯行是錯誤的，再由偵查到宣判的一連串運作，不斷貼附、強化犯行的負面評價，且透過公開審理與宣判，以及媒體與社群平台的資訊傳遞，社會大眾都會知道犯行不被允許，還會被國家嚴格處理。如此一來，宣告犯行為錯誤並譴責之，不一定要透過賦予刑罰效果，反而當刑事司法系統正常運作時，就會連帶成就其價值。

再者，一旦刑事司法系統開啟偵查並進入審判，行為人就開始受到諸種不利益，不只是偵查及審理過程所耗損的勞力、時間與費用，還包含因為追訴過程與有罪宣告後，行為人被貼附犯罪者的污名（*stigma*），阻礙往後社會生活，如外在名譽貶損、就業機會減少與公眾異樣眼光，且因有官方紀錄留存，並不容易消除污名產生的社會效果<sup>38</sup>。因此，如果考量程序面向與犯罪者標籤帶來的不利益，會削弱甚至根除施加刑罰的必要性，因為即使未施加刑罰，但程序與社會面向的不利益，某程度亦得衡平不正利益、抑制犯行或修正道德瑕疵。

最後，犯行必須由刑罰應對的預設，並不容易解釋現行量刑手段。由於刑罰本質為賦予痛苦，有論者採用施加負擔（*burden*）的用語，讓刑罰範圍從典型的死刑、監禁刑與罰金刑，包含至替代刑罰措施，如緩刑與社區服務<sup>39</sup>。雖然替代刑罰措施造成的負擔，通常來說比典型刑罰手段輕微，但無論是緩刑或社會內處遇，與典型刑罰手段的差異並不只是負擔程度的輕重，而是運作根本邏輯的不同。比如說，緩

<sup>38</sup> EILEEN B. LEONARD, *CRIME, INEQUALITY AND POWER* 28-30- (2015).

<sup>39</sup> R.A. DUFF, *supra* note 35, at 99-106.



刑與附條件緩刑具備再犯預防的機能，就行為人的特別預防需求，命令其進行社會服務或接受治療與輔導<sup>40</sup>，亦作為主要的刑罰轉向機制，達成刑罰節制的目標<sup>41</sup>。量刑手段並不只有由痛苦來完成應報的面向，還考量刑事政策與刑罰節制，若僅僅把替代刑罰與轉向措施，理解為輕微的刑罰選項，未著重上開制度對施加刑罰的懷疑，以及不同於賦予痛苦的價值，僅由應報觀點檢視之，無法正確適用替代刑罰與轉向措施。同時，當量刑手段連結至不利益時，亦限縮不同犯罪應對方式的想像，尤其當量刑手段不在意給予不利益時，應報觀點顯然無從著力。比如，修復式司法著重修補加害、被害與社群間的關係，社會復歸強調由提供福祉並調整生活條件，協助行為人重回社會。雖然只要由國家主導犯罪應對，任何方式都無法完全免除強制力，行為人多少會受到痛苦與負擔，但上開應對方式並未著重不利益，亦未強調對行為人施加不利益後，得達成預設目標，而是在意「如何處理」，才有助於行為人與犯罪事件的未來發展。應報觀點著重刑罰造成痛苦，並由正當化痛苦的方向論述，但卻忽略犯罪應對不只有帶給行為人痛苦，還有指向未來，並批判既有刑事制裁實踐的面向。

### 第三項 犯行嚴重程度應作為建構量刑核心？

接著，若從應報觀點解讀量刑，則法院如何選擇刑罰種類並決定量差，則以「犯行」為考量重心，亦即刑罰必須合乎比例於犯行（*proportionate to offense*）。Andrew von Hirsch 和 Andrew Ashworth 深入分析合比例性的概念後，認為合比例性不僅有劃定刑罰上限的作用，還得正面導引刑罰與犯行對應關係，且得再分為次序（*ordinal*）與基數（*cardinal*）面向。

次序面向的合比例性，會先個別處理犯行與刑罰，如何按照嚴重程度差異，排列出合理的相對次序，再建立犯行與刑罰次序間的對應關係<sup>42</sup>。亦即，其核心是相對次序如何建立，較嚴重的犯行對應至較嚴厲的刑罰，而較輕微的犯行則相反。建構犯行嚴重程度的次序時，須謹守同等（*parity*）原則，相等嚴重程度的犯行，應

---

<sup>40</sup> 羅皓璋，追求再犯預防及其省思－以緩刑制度為中心，國立政治大學法律學研究所碩士論文，頁 138-144（2018）。

<sup>41</sup> 謝如媛，緩刑的刑事政策意涵：嚴罰趨勢下的寬典？，臺大法學論叢，43 卷 4 期，頁 1645-1648（2014）。

<sup>42</sup> ANDREW VON HIRSCH & ANDREW ASHWORTH, PROPORTIONATE SENTENCING: EXPLORING THE PRINCIPLES 138-139 (2005).

得到相等嚴厲程度的刑罰，而相等嚴重程度並不是指相同類型的犯行，而是指犯行傷害與行為人的可責性<sup>43</sup>。建構刑罰嚴厲程度的次序時，則須給予足夠的刑罰選項，不只限於監禁，亦包含非監禁的復歸性處遇，但須排除再犯風險評估所導出的隔離無害化措施<sup>44</sup>。同時，應給予刑罰選項足夠的適用級距，避免屬於不同嚴重程度等級，但實際程度相差不多的犯行，卻對應至嚴厲程度差異甚大的刑罰，致使適用結果不當<sup>45</sup>。

基數面向的合比例性，則處理個別犯行應如何決定量刑起始點( starting point )<sup>46</sup>，按照犯行對應刑罰的相對次序，僅得出 A 犯行應施加比 B 犯行還嚴厲或輕微的刑罰，但應該以何種刑罰為比較基準，則未說明。此外，基數面向的合比例性，亦涉及整體刑罰選項的嚴厲程度，由於次序面向的合比例性，僅建構不同犯行與刑罰選項的輕重次序，但無法回答輕重次序的上下限，應該實際對應至何種刑罰內容<sup>47</sup>，是從死刑到緩刑，還是從社區服務到罰金，無法由相對次序探知。論者提出的解方，則把實務慣例作為檢討基點，並援用非應報的理論關懷，修正既有慣例。論者以刑罰權節制的面向，指出應全面調整目前的刑罰架構，避免過度使用刑罰<sup>48</sup>。

本文認為應報觀點以犯行嚴重程度為量刑重心，無法建構犯行與刑罰的對應關係，亦未提供選擇量刑手段與強度的整全指引。

首先，合比例性的建構邏輯，是先按照嚴重程度來排序犯行，再按照嚴厲／不利益程度來排序不同的量刑手段，各式量刑手段均被放置於嚴厲程度的基點衡量，但不同量刑手段，從死刑、監禁刑、罰金、社區服務、復歸處遇、修復會議到緩刑，其中差異並不只是痛苦的量差關係，而是應對犯罪的根本邏輯與想像不同。若按照嚴厲程度加以排序，則無法正確把握各式量刑的核心概念，復歸、修復與刑罰節制的概念，全部被壓縮於痛苦程度的框架內，等同選擇單一理論視角並套用至不同量刑手段，讓法院無法正確理解，致使無從於個別犯罪事件中，選擇最適切的處理方式。

<sup>43</sup> ANDREW VON HIRSCH & ANDREW ASHWORTH, *supra* note 42, at 139-140.

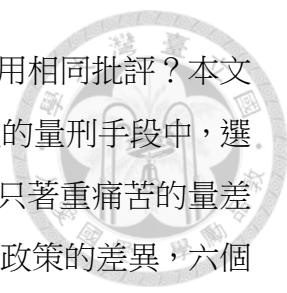
<sup>44</sup> ANDREW VON HIRSCH & ANDREW ASHWORTH, *supra* note 42, at 141.

<sup>45</sup> ANDREW VON HIRSCH & ANDREW ASHWORTH, *supra* note 42, at 140.

<sup>46</sup> ANDREW VON HIRSCH & ANDREW ASHWORTH, *supra* note 42, at 141-142.

<sup>47</sup> R.A. DUFF, *supra* note 35, at 133.

<sup>48</sup> ANDREW VON HIRSCH & ANDREW ASHWORTH, *supra* note 42, at 142-143.



至於法院於同類量刑手段中，只須決定施加強度時，得否援用相同批評？本文認為，上開批評確實只能用於不同量刑手段間，但法院在同類型的量刑手段中，選擇特定徒刑期間或數額時，仍得保留刑事政策的考量空間，而非只著重痛苦的量差程度。比如說，我國的易刑制度就讓徒刑期間的決定，具備刑事政策的差異，六個月與八個月的宣告刑，不僅是剝奪自由的程度不同，還涉及是否得宣告易科罰金或易服社會勞動。因此，本文批評的重點，是指出法院評估任何量刑手段時，都不應僅著重賦予多少痛苦，而應轉向量刑手段的刑事政策意義，是否妨礙行為人復歸社會，或無助於修補其社會連帶，甚至劣化行為人的社會處境，造成重覆犯罪的惡性循環。

接著，合比例性只能說明相對排序與對應，比較嚴重的犯行應對應至比較嚴厲的刑罰，但面臨特定犯行如何對應至特定量刑手段與強度，合比例性至多排除極度殘忍或非人道的量刑結論<sup>49</sup>，本身不具備適當的理論工具，提供法院選擇量刑手段與強度的指引，而必須向外援引刑罰節制或去監禁化的討論。但本文認為，量刑理論的核心命題是決定量刑手段與強度，如果合比例性無法說明基數面向的問題，既無法選定最適合個案的應對方式，也無法對現行犯罪應對方式提出反思，則合比例性就不應該作為量刑理論的建構核心。反而，刑罰節制原則提供犯行與刑罰對應的基本方向，亦得檢驗整體犯罪應對方式與個案結論，真正發揮量刑定錨與批判作用的概念，並不是應報觀點與合比例性，而是從刑事政策面向切入，並對國家強制力戒慎的刑罰節制。

況且法院量刑時，如果過度關注犯行嚴重程度，根本無法確定合理的量刑手段。由於應報觀點把量刑視為對應命題，著重犯行對被害人與社會造成的侵害，如何換價為刑罰對行為人施加的痛苦，則量刑淪為處理不同痛苦如何相互兌換的過程。但量刑不僅僅是換價，而是如何應對並處理犯罪的探問，國家應對犯行的方式，並不只有賦予痛苦的想像，投注社福資源是一種應對，加害、被害者的關係修復也是，甚至國家強制力避免介入，讓社區與社群連帶接納行為人，也是一種應對想像。上開應對方式都不只在意犯行嚴重程度，反而更在意行為人的社會面向，如社會支持網絡、資源多寡與犯罪成因；又或者受害者如何看待犯行，如何確認被害、加害與

---

<sup>49</sup> R.A. DUFF, *supra* note 35, at 134.



社群間的社會關係損害；抑或如何評估典型刑罰手段，尤其是被高估的效益以及被低估的負面影響，如刑罰的標籤與污名作用、再製或鞏固各式不平等。若把量刑目的設定為應報，並由犯行嚴重程度建構量刑，則回答量刑理論的核心命題時，即刑事司法系統應如何看待行為人並應對犯罪事件，就會放棄不同的想像空間。

最後，合比例性並非專屬應報觀點的概念，任何行為人圖像與犯罪應對觀點，都會支持應排除顯然不合比例的量刑結論，亦認同特定犯罪事件須對應至合乎比例的應對方式。亦即，合比例性只是思考框架，僅僅說明應排除不合比例的量刑，為消極面向，亦指出法院須適當應對個別犯罪事件，則為積極面向。但合比例的實質對應目標，則得填充不同的觀點，端看論者採取的理論面向，無論是犯行嚴重程度、再犯預防、復歸與修復關係，都能夠開展自身版本的合比例性。因此，就量刑目的設定來說，合比例性的概念有兩個重要面向，量刑目的須能處理消極與積極面向的問題，以及合比例性無法回答量刑的重要命題，真正重點是採取特定的行為人圖像與犯罪應對觀點的理由。

#### 第四項 小結

##### 第一款 應報觀點無法完整回應量刑的基本命題

回到本章一開始提出的基本命題，如果宣稱刑罰目的等同量刑目的，須符合兩個前提，分別是量刑決策與賦予痛苦的正當性，兩者處理相同問題，以及刑罰目的得解釋所有量刑手段。但應報觀點無法符合上開前提，若主張量刑目的等同應報觀點，是一個不正確的宣稱。

第一，應報觀點預設應對犯行的方式，必須是賦予痛苦或負擔，但量刑決策並不只是痛苦分配的過程，而涉及個別量刑手段的本質差異，並作出合理適用，賦予痛苦只是量刑的其中一種方式，而不是全部。因此，量刑決策中的重要面向，面對犯行是否賦予痛苦，應報觀點只說明賦予痛苦的選項，但何種情形得選擇不賦予痛苦，則無力回應。

第二，應報觀點認為量刑是犯行嚴重程度與刑罰的正確對應，並由合比例性的概念建立對應關係。但應報觀點無法解釋所有量刑手段，反而把不同目的與性質的量刑手段，通通化約成痛苦程度的輕重，只為達成犯行與刑罰的痛苦換價，卻誤讀



個別量刑手段的根本邏輯。且法院於具體個案中要如何選擇量刑手段，合比例性根本無法回答，反而須仰賴刑罰節制原則。因此，應報觀點無法解釋所有量刑手段，只擷取「賦予痛苦」面向的作法，並非正確解釋方式。

由於應報觀點未能處理量刑決策的全部面向，也無法解釋所有量刑手段，且如何選擇個案中適當的量刑手段，必須借用刑罰節制的概念。本文認為不應設定量刑目的為應報，而須重新定位量刑目的之討論方式。

## 第二款 其餘刑罰目的無法單獨回應量刑的基本命題

本文論述主軸為檢討應報觀點與量刑目的之關聯，但其餘典型刑罰目的，如再犯預防、社會復歸及修復目的，是否得單獨作為量刑目的，本文認為會遇到與應報觀點相同的問題，單一刑罰目的無法完整涵蓋量刑決策的重要命題。不過，既有主流論述鮮少主張，由再犯預防、社會復歸或修復目的單獨支撐量刑目的，而多採取混合理論的建構模式。因此，以下僅扼要交代本文見解，而把檢討重心放在混合理論及限制應報論。

首先，再犯預防觀點能解釋許多犯罪應對方式，且隨著預測工具走向風險精算（actuarial assessments）及數據分析，發展出精細的分類標準及處理模式<sup>50</sup>。不過，再犯預防觀點具備濃厚的工具性格，其應對方式的正當性建立於再犯危險防止及排除的實效，其核心關懷並不是如何限制國家權力，或者建立罪責及預防手段的適當對應，因而容許社會防衛<sup>51</sup>與差異排除<sup>52</sup>下，法院宣告死刑、不定期刑監禁，並擴張日常生活的控制網，但量刑理論是否得基於再犯預防目的，提高並延長量刑強制力，或者是否接納監控機制，全面偵測與評估風險因子，並超前應對，再犯預防目的無法完整回答，必須仰賴不同概念才得評價。

<sup>50</sup> 羅皓璋（註 40），頁 100-117。本論文詳細說明美國的再犯預防策略與工具，如何發生不同的分析工具與框架轉變，以及法院實務操作的基本概況。

<sup>51</sup> 王皇玉，論刑罰的目的，收於：刑罰與社會規訓－台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變，頁 20-22（2009 年）。

<sup>52</sup> 刑事政策下的差異機制運作，請參閱：謝煜偉，寬嚴並進刑事政策之省思，月旦法學雜誌，126 期，頁 138-150（2005 年）。本文揭示出二分式刑事政策下，如何由單面向的人口篩選標準，把行為人按照有無改善必要，分別施加不同對應方式，視作棄民後隔離排害、評估為無改善必要者，放回到社會並加以監控，以及尚有利用價值者，則施加規訓機制，成為適合被權力者運用的狀態。

接著，社會復歸觀點亦得正當化特定應對方式，雖然其理論核心與實作，經常與再犯危險控制混淆，但社會復歸不只是消極指向未來不會再犯，而是重視行為人自身需求，並由執行者從旁提供協助，積極調整個人特質與環境條件，鼓勵行為人重新融入社會中<sup>53</sup>。不過，復歸思想下的處遇方式，則具備幽微的行為規範及控管機制，侵害個人自由並把行為人形塑為特定形象，面臨法律家長主義的批評<sup>54</sup>。因此，復歸處遇並沒有真正化解強制力的存在，只是換上國家善意的外衣，而復歸觀點並未回答如何節制強制力，故如同再犯預防觀點，必須挪用外部概念，確保最終量刑不會以「出自替行為人著想的善意」，變相對行為人施加過度強制力。

至於修復觀點則著重被害人經驗與感受，並讓加害、被害與相關人士共同討論、參與，並修復因犯行造成的侵害與影響，重建當事人間的連帶關係<sup>55</sup>，屬於不同於賦予痛苦的犯罪應對想像，但開啟修復式會議與後續措施，必須奠基於許多條件，加害與被害者的真摯同意、身心狀況及犯行與損害類型，都會影響是否適合開啟修復<sup>56</sup>。因此，由應然面向來看，修復觀點提供一套不同的犯罪應對方式，從清算責任並賦予痛苦，轉向修補關係並面向未來，值得作為量刑目的之一環。但從現實面向來看，並非任何個案都能進行修復式會議，必須考量具體現實條件，若行為人否認侵害行為存在，或加深被害人的受害經驗，則修復觀點未必是最適當的處遇方式。本文認為，量刑目的應融入修復觀點，但並不代表量刑目的只有修復觀點，否則不適合展開修復會議的個案，會無法找到不同的處遇模式，最後只能選擇賦予痛苦。

應報、預防與修復觀點均無法單獨支撐量刑目的，無法同時回應如何確認國家強制力的施加界限，以及如何選擇適當的量刑方式。因此，主流觀點為顧及節制強制力，並得出適當的量刑結論，其解決策略是讓法院量刑時得援引不同刑罰目的，

---

<sup>53</sup> 宋威紅，論危險犯罪人的復歸策略—以英格蘭與威爾斯的危險犯罪人法案為思索契機，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 88-89（2018 年）。

<sup>54</sup> Francis T. Cullen, *Rehabilitation: Beyond Nothing Works*, 42 CRIME & JUST. 299, 317-320 (2013).

<sup>55</sup> 謝如媛，少年修復式司法的批判性考察—從少年的最佳利益到利益衡平？，政大法學評論，152 期，頁 132（2018 年）。

<sup>56</sup> 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，14 期，頁 287-292（2007 年）。

並提供審查架構，由混合理論的論證模式回應量刑重要命題。本文接下來會進一步分析混合理論，並提出不同解讀。



### 第三節 重新評價限制應報觀點

本節會著重混合理論中主流的觀點，即限制應報論（**limiting retributivism**）的理論核心與檢討，並分成三部分處理。首先，說明最高法院如何理解混合刑罰目的，並確認我國既有論述大致的走向；接著分析英美論者的見解，並確認限制應報論的基本核心與關懷；最後提出本文見解，限制應報論正確理解到量刑目的之核心命題，但卻設定不正確的提問方式。

#### 第一項 我國既有論證方式：罪責+其餘刑罰目的

最高法院基本採取混合刑罰目的，本文第二章已經說明大致的論理走向，進一步來說，法院必須以行為人責任為基礎，考量具體犯罪情節以及刑法第 57 條各款事由後，得出量刑結論，並達成罪刑相當的應報正義，但須衡量刑罰的一般與特別預防目的<sup>57</sup>。不過，最高法院並未說明應報的對應內容，僅包含犯行嚴重程度與情節，還是及於行為人相關事由，也沒有釐清應報與預防目的之體系關係，法院應如何由應報觀點決定刑度，而預防觀點又得發揮多少量刑調整效果，並未清楚說明。近期相關討論，見於最高法院 108 年度台上字第 4039 號刑事判決，從死刑裁量說明刑法第 57 條的基本適用架構，其指出先由罪刑均衡與一般預防觀點，建構出責任刑的起始點，再由特別預防觀點下修。罪刑均衡則指涉犯行與刑罰的對應關係，得理解為應報觀點，故法院主張由應報與一般預防觀點作為量刑起點，再按照教化與矯治相關事由向下調整<sup>58</sup>。

<sup>57</sup> 近期表示相同主張的判決例稿，得參考最高法院 105 年度台上字第 2614 號刑事判決，其指出：「具體個案犯罪，以行為人之責任為基礎，審酌刑法第 57 條所列各項罪責因素後，予以整體評價，而為科刑輕重標準之衡量，使罰當其罪，以實現刑罰權應報正義，並兼顧犯罪一般預防與特別預防之目的」。而最高法院 109 年度台上字第 1892 號、第 1369 號、第 587 號刑事判決亦完全援用。

<sup>58</sup> 最高法院 108 年度台上字第 4039 號刑事判決指出：「一般而言，在死刑裁量上，係以「與行為事實相關」之裁量事由，作為劃定是否適用死刑之範疇，再以「與行為人相關」之裁量事由為評價上之微調。申言之，前者自罪刑均衡、一般預防之觀點觀之，反映行為人罪責之輕重，於斟酌是否量處死刑時，屬兼具正向（量處死刑）與負向（不量處死刑）之量刑因子，而後者則與犯罪行為本身無直接關聯之一般情狀，自特別預防之觀點觀之，於斟酌是否量處死刑時，大致上屬負向（不量處死刑）量刑因子。」

其實最高法院的見解相當模糊，本文只能推論至，最高法院採取的混合刑罰目的，比較偏向由應報觀點決定出量刑上限，而對應內容一定包含犯行與情節嚴重程度，但是否包含刑法第 57 條的行為人相關事由，則尚無定論。然後在其上限內，得考量預防觀點並調整量刑，但預防與刑法第 57 條各款事由的關係，以及如何調查的問題，則未說明。至少最高法院認為，欲達成罪刑相當的量刑結論，並不能只靠單一刑罰目的。

我國大多數學理見解亦採取混合理論，基本論述均把罪責原則視為限制要件，必須於行為人的罪責基礎中，均衡考量一般與特別預防目的，不得因威嚇或規範再確認的政策目的，而賦予行為人超過罪責的量刑結果<sup>59</sup>。但不同論述間仍具差異，第一個差異是罪責原則與應報觀點的關係，有論者把罪責原則與應報思想連結，認為罪責奠基於應報觀點<sup>60</sup>，但亦有論者把罪責視為不同概念，論述中並未與應報觀點劃上等號<sup>61</sup>。第二個差異則是罪責原則所對應的內容，目前並無統一見解，是僅止犯行的不法與責任，還是須額外考量情節嚴重程度，抑或包含刑法第 57 條列舉的各款事由？少部分論者則認為罪責等同法定刑的上下限<sup>62</sup>，而刑法第 57 條僅為刑罰裁量事由，協助於罪責範圍內選擇量刑定點<sup>63</sup>。

雖然論者對罪責的實質內涵與對應標的之見解不一，但都認為必須先以犯行為基礎，決定量刑範圍後，才得考量其餘刑罰目的，其架構相當類似混合理論中的限制應報論。因此，本文會檢視英美論者對限制應報論的論述，並展開對話。

## 第二項 限制應報論的諸面向

本文會先交代檢討英美論者對限制應報論的討論，具有理論與實務的重要性，接著整理其論述的諸種面向，最後檢討限制應報論的共同核心，並提出本文的重新詮釋。

<sup>59</sup> 林山田，評二〇〇五年的刑法修正內容，收於二〇〇五年刑法修正總評，頁 13-14（2007 年）；柯耀程（註 11），頁 436-438；王皇玉，刑法總則，5 版，頁 614-616（2019 年）。

<sup>60</sup> 王皇玉（註 59），頁 614-616。

<sup>61</sup> 林山田（註 6），頁 523-524；柯耀程（註 11），頁 432-434。

<sup>62</sup> 柯耀程（註 11），頁 436。

<sup>63</sup> 柯耀程（註 11），頁 442-443。

### 第一款 混合理論到限制應報論

混合理論 (mixed/hybrid theory) 的實質內涵，就是不只侷限單一量刑目的，而是容許量刑時考量不同目的，從如何調和應報與預防觀點，到社會復歸與關係修復，甚至是控管矯正資源及消弭社會不平等<sup>64</sup>，法院得採取複數目的以達成適當的量刑結論。因此，混合理論的核心命題並非擇定單一目的之正當性，而是如何調和不同目的間的內在衝突，並安排個案適用時的先後次序<sup>65</sup>。

不同混合理論間的關鍵差異，就是如何設定調和策略，我國既有論述多引介德國學理與實務觀點，來說明不同調和策略，如優先理論設定單一優先目的，其餘目的則從屬之，若產生衝突則須讓位於優先目的<sup>66</sup>；裁量餘地/空間理論強調罪責的限制作用，行為人罪責劃定出量刑範圍，只要不超出量刑範圍，法院得援用不同刑罰目的而加重減輕刑度<sup>67</sup>；位階價值理論則認為，決定刑度與執行刑罰的任務不同，前者受罪責原則拘束，僅考量犯行不法與有責程度後，得出一個虛構刑罰量，後者則考量預測觀點與再犯預防面向，調整實際執行的刑罰種類<sup>68</sup>。

但英美論者如何建構混合理論，既有論述並未深入介紹。由於我國目前量刑改革主要參考英美的主流模式，無論是明尼蘇達、英格蘭或蘇格蘭模式，其量刑目的均採取混合理論。按照本文的分析結論，英美主流的量刑模式，其調和不同目的之方法，是由犯行嚴重程度劃定「合比例」的量刑範圍或起始點，再由加重減輕因子與其餘事由的中介，進一步考量再犯預防、復歸、矯正資源控管與刑罰節制等面向。著重犯行及合比例性構成的應報概念，並以之框定量刑基本範圍後，才考量其餘量刑目的，屬於限制應報論 (limiting retributivism) 的調和策略。由於我國量刑改革參考的模式，均選擇限制應報論的框架，自有必要進一步理解英美論者如何看待限制應報論。

<sup>64</sup> Christopher Slobogin, *Limiting Retributivism and Individual Prevention* (Jan.18 2019), <https://ssrn.com/abstract=3318321>.

<sup>65</sup> RICHARD S. FRASE, *JUST SENTENCING: PRINCIPLES AND PROCEDURES FOR A WORKABLE SYSTEM* 81 (2012).

<sup>66</sup> 蘇俊雄 (註 1)，頁 408-410；林山田 (註 6)，頁 520-521。

<sup>67</sup> 蘇俊雄 (註 1)，頁 410-411；蕭宏宜 (註 8)，頁 124。柯耀程 (註 11)，頁 442。

<sup>68</sup> 蘇俊雄 (註 1)，頁 411-412；蕭宏宜 (註 8)，頁 124。

再者，雖然我國實務與學理未明確界定罪責與應報的關係，但兩者都必須對應至犯行侵害，且最高法院的解讀，則讓罪責具備罪刑均衡／相當的意涵。無論最終採取罪責或應報用語，最高法院與我國學理，大多主張由犯行決定大致量刑範圍後，才考量其餘量刑目的。由於繼受德日的主流見解，我國說明上開主張時，多呈現為「相對應報論」的用語，並有論者細分為「具預防機能的應報刑」與「應報限度內的目的刑」，前者把應報作為刑罰正當性的來源，後者則視應報為抑制刑罰的理論概念<sup>69</sup>。但限制應報論與相對應報論間，並沒有論理的根本差異，均處理整合如何應報與預防觀點，而主張限制應報論的主流英美論者，其論調大多接近「具預防機能的應報刑」，著重刑罰具備譴責與應報作用，並因而取得正當性。只是比起相對應報論，限制應報論則容納更多考量，如刑事政策與種族平等面向。因此，本文接下來整理並檢討英美對限制應報論的論述，並不會脫離我國實務與學理討論，反而得啟發不同的考量面向。

## 第二款 限制應報論的諸面向

### 第一目 基本概念

限制應報論，亦得稱為修正應報論（*modified desert theory*），兩者指涉相同概念但僅用語不同，其主張由應報觀點設定量刑的外在界限（*outer border*），尤其著重上限劃定，法院則於上開範圍內，再依照個案條件及需求而援用不同目的，決定具體量刑種類與期間，不得因其餘目的考量而超出量刑範圍<sup>70</sup>。不同版本的限制應報論，其理論差異體現於如何劃定量刑範圍（*scope*）、決定得考量的因子（*factors*）以及設計量刑程序<sup>71</sup>。首先，量刑範圍的上下限，涉及論者理解應報的方式，尤其是如何建立對犯行的評價標準；而選擇考量因子，則是衡量不同量刑目的之適格性，如何填充量刑因子，會決定量刑定點的主要走向，會是再犯風險評估、復歸或不同的建構方式；最後，設計程序得確保法院具備一致的量刑步驟，由先後次序的

<sup>69</sup> 謝煜偉，重新檢視死刑的應報意義，中研院法學期刊，15期，頁155-156（2014年）

<sup>70</sup> PAUL H. ROBINSON, *DISTRIBUTIVE PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW: WHO SHOULD BE PUNISHED HOW MUCH* 241 (2008); RICHARD S. FRASE, *JUST SENTENCING: PRINCIPLES AND PROCEDURES FOR A WORKABLE SYSTEM* 4 (2012); Christopher Slobogin, *Limiting Retributivism and Individual Prevention* (Jan. 18 2019), <https://ssrn.com/abstract=3318321>.

<sup>71</sup> Christopher Slobogin, *supra* note 64.

安排，亦得看出論者對不同因子的重視程度。因此，本文會從上開面向，檢視主流的限制應報論述。



## 第二目 Norval Morris 的版本

既有文獻討論限制應報論時，都會從 Norval Morris 的理論開始<sup>72</sup>。Morris 是首位提出完整限制應報論點的學者，其留意到 1970 年代時，不定期刑受到批評的根本理由，是矯治、復歸處遇和監禁刑及全控機構緊密結合後，對行為人肉身與人格的全面強制。論者想建立基本原則，協助法院選擇監禁或其餘替代措施，如罰金或社區內處遇，避免過度施加監禁刑，並防止未來危險性的評估成為量刑重心<sup>73</sup>。不過，論者並未排斥矯治及復歸處遇，反而認同處遇方案有助於行為人重回社會，只是矯治及復歸不得作為延長監禁的正當理由，而必須與監禁刑切割，故處遇方案並非監禁目的，而是完全不同於監禁的應對方式，選擇非監禁措施，才得達成重回社會的目的並避免過度強制<sup>74</sup>。

Morris 的解方是由應報（desert）與刑罰節制（parsimony）作為限制施加監禁的框架，並根本排除危險性（dangerousness）預測。首先，應報原則會負責決定刑罰的極值，以行為人的犯行與嚴重程度為對應，確定國家賦予痛苦的上限，以及社會認為行為人應承受痛苦的下限。而應報決定的上下限無法精確對應至特定數值，因為犯行嚴重程度的評價，必然受社會時空背景影響，但應報並不會喪失作為天花板的理論價值，仍得排除顯不合理的刑罰<sup>75</sup>。同時，刑罰節制則根據刑罰損害與社會目的間的功利衡量，以及善待行為人的人道考量，故選擇量刑手段時，應排斥任何過度殘酷的刑罰，並盡量採用替代措施，而不是把監禁當作唯一的犯罪應對方式<sup>76</sup>。簡言之，Morris 主張由應報決定大致的量刑範圍後，再由刑罰節制排除侵害過大的應對方式，但除了刑罰節制以外，論者並沒有提到其他應考量的面向。

<sup>72</sup> 從 Christopher Slobogin 的導論性文獻，到 Andrew von Hirsch 與 Richard Frase 的專論性著作，都將 Norval Morris 的論點作為對話起點，請參閱：ANDREW VON HIRSCH & ANDREW ASHWORTH, *supra* note 42, at 137-138；RICHARD S. FRASE, *supra* note 68, at 82-85 (2012)；Christopher Slobogin, *supra* note 64.

<sup>73</sup> Norval Morris, *Future of Imprisonment: Toward a Punitive Philosophy*, 72 MICH. L. REV. 1161, 1161-1162 (1974).

<sup>74</sup> Norval Morris, *supra* note 73, at 1174.

<sup>75</sup> Norval Morris, *supra* note 73, at 1173-1175.

<sup>76</sup> Norval Morris, *supra* note 73, at 1163-1164.



接著，**Morris** 認為危險性並非正當化監禁的理由，在於危險性的根本邏輯，是考量前科、犯行嚴重程度等情形後，預測行為人再犯重罪的概然率，並依此挑選出危險性最高的行為人，藉由延長監禁期間，確保公眾不受未來犯罪侵擾<sup>77</sup>。但危險性的實質內涵相當空洞，容易被政治語言定義其核心概念，產生重刑化及大規模隔離的問題，且當時評估方法與工具的信效度不佳，容易得出不正確的評估結果，意味著延長監禁期間的理由，並不具有實證基礎<sup>78</sup>。亦即，因危險性而監禁行為人，不是淪為政治操作的籌碼，就是沒理由被關。

最終，**Morris** 正面承認監禁的實質功能，就是一般預防與隔離作用，而不具有任何矯治與復歸作用，故決定量刑時，必須符合特定條件才得選擇監禁。第一，如果選擇非監禁的替代措施，會讓公眾感到犯行嚴重性被減損，進而違反應報下限；第二，由於公眾不斷進行相似犯行，已經沒有更輕微的可行方式，得達成一般預防作用。但上開條件必須受應報概念拘束，並由應報作為限制性概念，提供是否選擇監禁的基本原則<sup>79</sup>。

總結來說，**Morris** 真正在意的是防止監禁濫用，而非建構完整的量刑理論。因此，量刑範圍面向，論者並未建構犯行嚴重程度，也未釐清社會對犯行的應對態度，讓應報的對應內容相當模糊，一旦受刑罰民粹與法院個別偏見影響，容易致使架空應報概念的限制作用。至於量刑考量因子，論者排除再犯與危險性評估，並主張由刑罰節制區別監禁與非監禁手段，讓矯治與復歸處遇轉為非監禁手段的目的，而監禁目的則設定為一般預防與隔離。**Morris** 並未選擇加重減輕因子的討論方式，而是著重不同犯罪應對方式之目的，法院必須評估不同應對方式，避免施加過度強制力並達成適合個案的目的。雖然論者並未說明如何設計考量因子，但連結量刑與犯罪應對方式，提供相當有意義的討論方向。最後，**Morris** 並未著墨如何建立量刑程序，根本原因為論者僅確立討論的方向，卻未建構應報與刑罰節制的對應事由，自然無從建立詳細的量刑程序。

---

<sup>77</sup> Norval Morris, *supra* note 73, at 1164-1166.

<sup>78</sup> Norval Morris, *supra* note 73, at 1167-1170.

<sup>79</sup> Norval Morris, *supra* note 73, at 1175-1176.

### 第三目 Richard Frase 的版本

當代論者 Richard Frase 則修正 Morris 的基本架構，並參考以量刑委員會及準則為中心的量刑模式，試圖建構出能夠整合不同目的，提供量刑原則及程序指引，並具備實踐可行性 (workable) 的量刑理論<sup>80</sup>。Frase 提出的理論架構有兩大面向，其實質原則為擴張式限制應報論 (expanded limiting retributivism)，而建置程序則為量刑委員會與準則的模式 (state-guidelines model)，由於程序面向並非本文核心，故本文以下著重檢討擴張式限制應報論的內涵<sup>81</sup>。

Frase 認為 Morris 的理論並不完整。論者認為 Morris 選擇量刑面向比重有待商榷，不僅未提及刑罰的目的—利益的功利面向衡量，也沒有把量刑連結至社會平等，且賦予刑罰表意與行為人再犯風險精算的權重太少，卻過度重視個案的一般預防需求。而且論者亦指出限制應報論的論證核心，是由應報概念確認量刑範圍，如果 Morris 未說明如何由應報劃定量刑的上下限，則限制應報論的立基點會消失<sup>82</sup>。因此，Frase 主張的擴張式限制應報論，其目標是整合更多量刑考量面向，並詳細說明應報概念的作用與建構方式，本文以下先整理 Frase 理論版本的重要論點。

第一，Frase 認為應報概念具備限制作用，且須明確設定量刑嚴厲程度的上限，並對設定下限保留相當彈性，甚至得免除下限，故應報的限制作用是明確 (definite) 卻不相稱 (asymmetric)。論者承認應報概念無法完美換算犯行至特定刑罰數值，一定有模糊空間，但由特定規則與起始點的設計，讓法院把一般性的量刑目的與原則，轉譯成實際宣告與執行的量刑，不僅提供實際的操作指引，並盡可能減少應報的模糊空間<sup>83</sup>。因此，應報所轉換的量刑範圍可以是明確的，只要設計出犯行類別 (offense category) 與標準類型 (typical case)，並提供相應的換算規則，如 von Hirsch 提出的次序 (cardinal) 面向的合比例性，就是一個值得參考的做法<sup>84</sup>。

<sup>80</sup> RICHARD S. FRASE, *supra* note 70, at 13.

<sup>81</sup> Frase 建構的擴張式修正應報—量刑委員會與準則模式，共有 15 項程序特徵，其中核心為獨立量刑委員會、建構量刑準則、法院應具備適度且有規範的裁量空間，以及上級法院對量刑有司法審查，進一步論述請參閱：RICHARD S. FRASE, *supra* note 70, at 39-78.

<sup>82</sup> RICHARD S. FRASE, *supra* note 70, at 25.

<sup>83</sup> RICHARD S. FRASE, *supra* note 70, at 25-26.

<sup>84</sup> RICHARD S. FRASE, *supra* note 70, at 26.

至於應報換算的量刑範圍不相稱，其意義為上下限的嚴格程度不同，量刑絕對不得超過上限，但得因其餘考量，宣告或執行的量刑得低於應報下限<sup>85</sup>。不相稱的上下限設計，其規範正當性來自上下限對應的理論關懷並不同。量刑上限涉及人權問題，其目的是限制國家的強制力，避免人民受到過度箝制，不得任意退讓<sup>86</sup>。

但量刑下限涉及比較次要的目的，主張行為人一旦犯行，就必須接受最低限度制裁的理由，Fraser 認為並不具說服力。首先，量刑下限意味行為人是道德主體，得為自身行為負責，如果不給予刑罰，就是不承認其主體性，但行為人大多不會主張被處罰的權利<sup>87</sup>。且本文認為，不處罰等同不承認主體性是滑坡式推論，看重主體性與負責，並不當然推導出國家處罰是唯一形式。接著，量刑下限是公平對待被害人與遵法者的體現，被害人會因國家處罰而認知到犯行是「錯誤」，亦可鼓勵遵守法律拘束的公民，但被害人與遵法者並非都偏好量刑下限<sup>88</sup>。如同本文之前的見解，行為的錯誤無須透過賦予痛苦，才會被大眾知悉，且鼓勵遵法意識的論證，正好弱化論者對規範的重視，其說法暗示公民遵守規範，並不是因為規範本身是正確的，或是尊重其餘公民的主體性，只是因為會被國家以強制力對待。況且，現實中規範與權力的糾纏，讓規範本身不一定就是正確目的，反而展現出權力者的利益與控制技術，故規範與遵法意識本身，並不會當然正當化量刑下限，反而應著重量刑下限的意義，代表國家必須施加強制力，但施加強制力的必要性，並沒有說服本文。最後，Fraser 則指出，如果應報概念未必得出下限，則其餘量刑目的亦有設定量刑下限的需求，如危險控管，且整個刑事追訴的社會後果，也會讓行為人受到痛苦<sup>89</sup>，故應報概念提供的量刑下限，無須過度僵硬，容許其餘考量而調降。

而且，明確但不相稱的應報概念亦相容於既有實務操作。第一，目前主流的量刑準則模式，必須具備公眾溝通，並避免媒體與政治的不當影響，還須容納不同的刑事政策面向，如控管矯正資源、認罪答辯與起訴裁量。當應報概念得劃定出明確的量刑範圍，就能有效告訴公眾，不同犯行間的可責次序，亦得排除民意與政治語言滲透到量刑中，不相稱的上下限，則允許刑事政策的發揮空間，得彈性調整量刑

<sup>85</sup> RICHARD S. FRASE, *supra* note 70, at 26.

<sup>86</sup> RICHARD S. FRASE, *supra* note 70, at 26-27.

<sup>87</sup> RICHARD S. FRASE, *supra* note 70, at 27.

<sup>88</sup> RICHARD S. FRASE, *supra* note 70, at 27.

<sup>89</sup> RICHARD S. FRASE, *supra* note 70, at 27.

下限而促成政策目的<sup>90</sup>。第二，僵硬的量刑下限不具可行性，Frase 的回應對象是絕對應報論主張。絕對應報論者認為量刑若同時指向義務論與功利論面向，不只造成根本邏輯矛盾，更把應報概念簡化為單純的限制作用，去除其道德基礎<sup>91</sup>。Frase 則以實踐可行性（workable）為核心，主張量刑系統須接納不同量刑目的並設定合理限制，並得回應下列實際情形，獎勵行為人配合追訴的程度、行為人產生新的再犯風險，以及合理分配矯正資源。對 Frase 而言，若量刑面向限縮在應報概念，則無法真正回應實際情形，致使量刑理論受限於僵硬下限而無從運作（unworkable）<sup>92</sup>。

第二，Frase 認為量刑得達成表意（expressive goals）或象徵性譴責（symbolic censure）目的，但不必然連結至嚴厲處遇。論者認同刑罰會對行為人及社會大眾傳遞出特定訊息，但訊息內容並不只有「犯行造成侵害是錯誤的」，還包含不同犯行間的譴責次序。而且刑罰的表意目的，不一定得透過嚴厲處遇，只要達到「犯行是錯誤的」宣示作用，則正當追訴程序、宣告法定刑，都會產生相同作用<sup>93</sup>。因此，表意或譴責目的並不會與應報限制互斥。

第三，Frase 認同量刑須納入目的—利益合比例性（Ends-Benefits Proportionality）的節制原則，任何統治手段的成本及負擔，不得超過達成目的所必須，故刑罰造成的公共與私人成本，不得超越刑罰的預期利益。因此，無論是立法或個案適用層次，不僅須考量刑罰對行為人的痛苦，還須著重刑罰其餘負面效果，如重刑化傾向、破壞社會連帶與無效的犯罪防制語言<sup>94</sup>。

第四，Frase 認為量刑時應納入社會平等（social equality）概念，以作為額外的限制原則。由於社會條件的劣勢，會讓特定類屬的人，如種族、貧窮，陷入重複的犯罪循環，並由追訴及施加刑罰，破壞弱勢者脆弱的社會連帶、就業與家務負擔，進一步深化既有不平等。因此，量刑系統得根據實證評估，讓不平等因素減輕刑罰嚴厲程度及種類，或調整前科加重計算的規則，避免量刑系統鞏固並加劇社會不平等<sup>95</sup>。

<sup>90</sup> RICHARD S. FRASE, *supra* note 70, at 27-28.

<sup>91</sup> RICHARD S. FRASE, *supra* note 70, at 29-30.

<sup>92</sup> RICHARD S. FRASE, *supra* note 70, at 30.

<sup>93</sup> RICHARD S. FRASE, *supra* note 70, at 31-32.

<sup>94</sup> RICHARD S. FRASE, *supra* note 70, at 32-33.

<sup>95</sup> RICHARD S. FRASE, *supra* note 70, at 34-35.

第五，Frase 並不排斥因行為人的再犯危險或個別需求調整量刑，只要未超過應報上限或單純基於威嚇作用。由於 Morris 的理論版本排除再犯危險的評估，理由是不信任當時的評估工具，避免因不當評估而延長監禁，卻也未考量個案中再犯危險下降，而給予刑罰減輕的空間。因此，Frase 認為比較好的解方，是區別再犯危險的加重與減輕情形，並給予不同限制。

首先，目前再犯危險的評估方法與工具比起過往精確，法院得於個案中採用，但任何評估結果，都不得提高應報概念得出的上限<sup>96</sup>。接著，當法院在量刑上限內，要把再犯危險評估作為加重事由時，論者肯認加重效果，但沒有進一步說明其正當性理由，只有在再犯危險導致量刑結果偏離準則，才採取程序面的限制方式，法院須經由陪審團認定程序，並受其拘束<sup>97</sup>。最後，法院得因評估結果，決定給予低於應報下限的量刑，其正當理由是基於不相稱的限制結構，量刑下限無須嚴格維持，得因適當理由往下突破，且按照節制原則，若行為人的再犯危險不高，應採取較輕微的犯罪應對方式，如緩刑、罰金與社區內處遇<sup>98</sup>。

但論者容許再犯危險評估得作為量刑事由，卻排斥威嚇作用評估。既有實證研究懷疑量刑結果與威嚇間的因果關係，且法院也無法於個案中評估其威嚇效果，無論是對行為人或第三人的威嚇考量，都不適合作為加重事由。如果法院發現個案中有被誇大的威嚇必要，則得減輕刑度，避免因威嚇考量導致不當量刑，如行為人因前科而被加重刑度，但行為人已接受戒治，且消除先前導致再犯的成癮症狀，則容許法院從輕考量<sup>99</sup>。

最後，Frase 強調法院須有適當的量刑裁量權限，避免立法及行政機關架空其個案裁量權限<sup>100</sup>。論者亦認為量刑與實際執行相比，屬於前端（front-end）程序，若賦予量刑控管矯正資源的任務，則得提前進行有效率的分配，法院不僅得評估未來監禁人口，並依照評估結果，選擇不同的替代、轉向措施，避免監獄超收的負面效果。

<sup>96</sup> RICHARD S. FRASE, *supra* note 70, at 35-36.

<sup>97</sup> RICHARD S. FRASE, *supra* note 70, at 36.

<sup>98</sup> RICHARD S. FRASE, *supra* note 70, at 36.

<sup>99</sup> RICHARD S. FRASE, *supra* note 70, at 37-38.

<sup>100</sup> 比如說，論者反對法定刑度的強制效力，直接剝奪法院的裁量權限，或者量刑準則的設計太過僵硬，未保留適當裁量空間。RICHARD S. FRASE, *supra* note 70, at 38.

面對應報、量刑表意與譴責作用、目的—利益合比例性的節制原則、社會平等、再犯危險評估、矯正資源控管等完全不同的目的，Frase 提出一套適用次序加以整合<sup>101</sup>。首先，先考量犯行嚴重程度及犯罪歷史，並找出相對應的推定刑範圍後，再由中點（midpoint）進行加重與減輕因子的調整，而考量因子應指向應報與譴責面向，以反映個案的應報情形，最終會得到一個建議刑度（recommended）。接著，再考量節制原則與社會平等，但僅得於建議刑度內發揮效果，不得超出建議刑度，亦得考量再犯危險評估，並產生加重偏離建議刑度的效果，但法院須附具正當理由。最後，法院決定是否偏離建議刑度後，綜合考量節制原則及再犯危險控管，並選擇最終量刑手段，如監禁、暫緩執行或宣告<sup>102</sup>。

總結來說，Frase 主張的擴張式限制應報論，沿用 Morris 的基本架構並增補許多細節。首先，量刑範圍面向，論者認為須以應報為中心，考量犯行嚴重程度及犯罪歷史後，劃定一組範圍明確但效力不相稱的上下限，國家強制力的極限等同犯行與前科，不得因其餘目的而擴展其範圍，但容許不同目的減輕刑罰，甚至避免賦予痛苦的選項。論者的設定反映量刑重要目的，是如何有效限制國家權力，限制方式並不只有劃定界限，還包含容納不同目的，讓量刑不只有賦予痛苦，還得考量實際量刑手段的後果，如深化不平等、監禁造成的額外負面效果，或達成特定政策目標，如配合追訴，進一步突破原先的應報下限。

再來，量刑因子面向，論者容納不同考量面向，如連結應報與譴責的犯行嚴重程度與情節、量刑實際造成的影響，如不平等、目的利益衡量、分配矯正資源，以及面向公眾安全，擇定監禁與社區內處遇的再犯危險評估。論者並未把量刑僅視作公正應報的具體實現，而是連結刑事政策與後續執行，量刑不僅是回顧式的犯行清算，還具備展望式的個案與系統性影響評估。不過，Frase 面對為何量刑須考慮犯行以外的事由，均以著重實踐可行回應，若未容納不同目的，則量刑理論會無法運作。但本文並不認同論者的回答方式，建構量刑理論，尤其涉及選擇量刑種類及期間的積極面向，如果無法提供一個正當化理由，則無法檢驗不同目的之量刑適格性。比如說，我國實務會考量隔離無害化，當法院認定行為人蘊含高度危險，於是

---

<sup>101</sup> Frase 設計次序時，應該直接把明尼蘇達模式當成參照對象，許多用語與概念須放回明尼蘇達的量刑表格，才會更清楚掌握 Frase 的想法。如量刑表格中的個別網格，說明推定刑範圍，以及明尼蘇達模式著重監禁刑與暫緩執行的分野。

<sup>102</sup> RICHARD S. FRASE, *supra* note 70, at 62-64.

在應報範圍內給予最嚴厲的刑度，量刑理論應如何評價？一旦訴諸實踐可行與否，無法發揮量刑理論的批判作用，並容易得出肯定現況的結論。因此，Frase 如同本章第一節檢討的論者，僅說明量刑的消極面向，如限制強制力，但建構積極面向時，雖容納許多值得實行的目的，卻都未說明綜合考量的正當理由。

最後，量刑程序面向，Frase 的量刑架構與明尼蘇達模式相似，都是由犯行與前科建構出大致量刑範圍後，再由應報與譴責目的確定暫時的量刑定點，然後考量其餘目的才決定最終結論。因此，擴張式修正應報論以應報為量刑首要核心，而社會不平等、再犯危險評估與節制原則，僅具備次要調整效力，顯示出公正應報雖然不是唯一，但依舊是量刑理論的主要邏輯。且 Frase 預設的行為人圖像，正是應報論的基本想像，行為人是具負責能力的道德主體，如果行為人適當回應「我們」的要求（responding to our request），並展現出自律努力，而不會危害到公眾安全，則得減輕刑度<sup>103</sup>。但量刑理論是否一定得建構於公正應報與理性主體的預設，或者有不同的行為人想像，並非論者的理論關懷，其量刑理論是由應報、譴責，以及目的—利益合比例性構築，回應犯行並宣告其錯誤，並避免刑罰造成過度侵害，如深化不平等、刑罰替代措施，都是由功利衡量的面向切入。至於行為人的犯行脈絡、真實面貌，以及後續重回社會並修補連帶，並未成為其理論的重要面向。

簡言之，Frase 並未說明量刑理論的積極面向，為何須容納不同量刑目的，讓理論欠缺評價重心，且預設行為人圖像為理性主體，並無助於理論建構，還會忽略行為人、犯行與應對方式的重要面向。因此，Frase 的理論並未說服本文，但限制應報論的基本架構，若賦予不同詮釋方式，則有提出不同解方的契機。以下，本文會重新詮釋限制應報論，並指出限制應報論正確認識到量刑核心，卻採取不適當的命題。

### 第三項 重新詮釋限制應報論

無論是 Morris 或 Frase 主張的限制應報論版本，其實回應兩個主要的命題，分別是如何有效節制刑罰強制力，以及如何調和不同的刑罰或量刑目的。

<sup>103</sup> RICHARD S. FRASE, *supra* note 70, at 31.

限制應報論者面對第一個命題，均採取應報觀點劃定量刑上限，進一步來說，其實是以犯行嚴重程度，包含犯行傷害與行為人可責性，具體決定國家得對行為人施加多少強制力。亦即，由應報作為限制門檻，防止國家對行為人施加與行為不相稱的刑罰，屬於量刑理論的消極面向，雖然不同論者對犯行對應的實質內容有差異，但其基本共識為著重過去已發生的犯行，而非未來再犯危險評估或矯正必要，避免因評估的不確定性，讓法院具備過度裁量權限，致使行為人再次面臨不定期刑制度下，不合於犯行比例的刑罰強制力。

面對第二個命題，則是允許法院於應報範圍內，援用不同量刑或刑罰目的，如 *Morris* 與 *Frase* 提到的刑罰節制、再犯危險評估、復歸方案、社會平等與控管矯正資源，或是仿照不同混合理論取徑的論者，如 *Andrew Ashworth* 羅列各式典型刑罰目的，其中包含修復與補償目的<sup>104</sup>。亦即，限制應報論並未建立任何整合性概念，試圖消弭不同目的間的矛盾，而是採取形式取向的調和策略，透過上下限與實質內容的分離，先由應報決定基本範圍，再由法院自行選擇不同目的，作出適當量刑決定，藉由操作先後次序的設計，直接把不同目的填充進理論框架。本文認為上開作法有兩點值得注意。

首先，無論是混合理論及限制應報論，都主張法院量刑時，無須限制於單一目的，否則法院裁量會失去彈性<sup>105</sup>，或者根本無法實踐<sup>106</sup>。但裁量彈性及實踐可行性都不是好的回應，前者仍須說明量刑時，法院具備裁量權限與彈性的必要性，亦須回應裁量權限的運作限制，否則任何目的都得成為適格量刑考量，而後者則如本文之前的見解，未提供量刑理論的批判基點。但本文認為，只要轉換詮釋方向，上開回應其實有不同的思考取徑。

裁量彈性與實踐可行性看起來是相異的回應，但兩者的關注焦點都是量刑本身的複雜性，只是論者並沒有把握並加以擴展。本文認為，量刑複雜性的指涉面向，不僅是個案情形具有差異，故適合目的與應對方式不同，還涉及量刑是選擇刑罰效果的過程，從死刑、監禁刑、罰金刑，到各式轉向及替代措施，各自具備相異的刑事政策目的，量刑作為落實刑事政策的關鍵環節，如果法院只能採取單一目的，則

<sup>104</sup> ANDREW ASHWORTH, *supra* note 23, at 92-94.

<sup>105</sup> ANDREW ASHWORTH, *supra* note 23, at 76.

<sup>106</sup> RICHARD S. FRASE, *supra* note 70, at 13.q

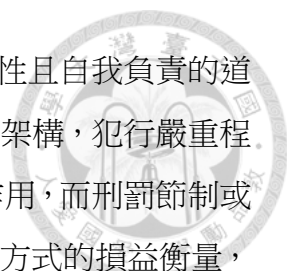


無法正確評估、理解不同的量刑手段。亦即，各式量刑手段具備不同刑事政策面向，法院必須全面考量個案情形，並按照不同目的選擇適合量刑手段。

接著，論者認為量刑時得容納的目的，其實不只是典型刑罰目的之探問，即如何調和應報及預防觀點，而是有許多層次考量，從著重效益衡量的刑罰節制，到刑罰的外延效果，如社會不平等與矯正資源分配，甚至是否定賦予痛苦邏輯的復歸與修復目的。本文認為上開變化代表，建構量刑理論的積極面向時，不僅著重刑罰目的，而是應全面分析刑罰效果及不同應對方式，量刑目的並不只是國家賦予痛苦的正當性理由，不應受限於應得刑罰及行為控制的二分命題，而必須看向其他面向。亦即，限制應報論雖然未進一步說明理由，但其論述卻顯示出，量刑目的與刑罰目的之命題，得採取不同的思考取徑。

限制應報論認識到量刑的重要命題，分別是如何限制國家施加強制力，並意識到量刑本身的複雜性。但論者理解量刑複雜性的方式，並未取徑自量刑手段及刑事政策的複雜性，反而轉向裁量空間與實踐可行性，致使量刑理論的積極面向，被連結至便利或肯認實務的結論，一旦面對量刑為何得考量犯行以外的面向，或者量刑與刑罰目的之內容為何有差異，限制應報論都無法提出令人信服的說明。因此，限制應報論雖然看見量刑的複雜性，但卻採取不適當的回應方式，由於未把刑事政策面向作為主軸，既無法正面說明考量複數目的之理由，亦未直接區分量刑與刑罰目的。本文認為，只要調整回應方式，就得提供正當理由，支撐量刑應考慮犯行以外的面向，並直接說明量刑目的之命題，不應等同刑罰目的。

且限制應報論未精準理解量刑複雜性，故論者處理量刑目的之方式，就是著重安排目的間的先後考量次序。雖然建立先後次序，有助於量刑理論體系化，並得讓法院有層次進行說理，但目的間的抽象排序，其實無法幫助法院於個案中，充分理解其特殊情形與需求，並給予適當的刑事政策對應。本文認為，若要真正面對量刑的複雜性，就必須考察行為人與犯罪事件的具體脈絡，而法院如何設定行為人圖像就是重要關鍵，只要法院深入理解行為人，並把行為人當作活生生的人，而非簡化為犯行、再犯危險源頭，就更容易體認到個案的複雜性，並選擇適當的犯罪應對方式。



不過，限制應報論的本質仍為應報觀點，其預設行為人是理性且自我負責的道德主體，必須為犯行負起個人責任。觀察 Morris 與 Frase 的量刑架構，犯行嚴重程度是劃定量刑範圍的決定性因素，並著重刑罰具備譴責犯行的作用，而刑罰節制或社會不平等，其焦點為刑罰對行為人各層面的影響，本質是量刑方式的損益衡量，至於再犯危險評估，則是把行為人視作危險源頭，並按照危害公眾及社區的概然率，選擇隔離或社區內處遇。因此，限制應報論的關注核心，並非深入檢視行為人犯行的具體脈絡與條件，而是先設定行為人須為犯行負起完整的個人責任後，再由刑罰節制與社會不平等的概念，避免國家強制力的過度侵害，並由公眾保護面向來決定是否隔離。亦即，論者採取的行為人圖像是得自我負責的理性主體，而量刑目的則是適當譴責主體選擇犯行後，再從刑罰效果的整體評估，如損益衡量及公眾保護，調整刑罰強度與內容，但行為人的真實面貌以及犯行的具體背景，並不會成為量刑的主要面向。

總結來說，限制應報論觸及量刑的重要命題，其指出量刑必須有效限制國家施加強制力，並隱約意識到量刑的複雜性，但本文認為論者並未掌握量刑複雜性的實質內涵。量刑的複雜性涉及個案層次中，犯行的具體脈絡與條件差異，個人式的歸責取徑不一定是唯一解，亦涉及刑罰層次中，不同量刑手段的整體影響評估，以及如何落實不同刑事政策的考量。面對第一個層次，限制應報論並未提出新的解方，而是沿用公正應報論預設，著重犯行而非行為人的具體犯罪脈絡。面對第二個層次，限制應報論則納入量刑手段的整體評估，卻未清楚連結至刑事政策面向，而落入實踐可行性或如何排序不同目的之命題，失去建構融貫回應的契機。

因此，本文以下會延續限制應報論的兩大命題，分別是如何限制強制力並回應量刑的複雜性，並修正論者不適當的回應方式後，設定出本文認為合適的量刑目的命題。

#### 第四節 重新設定量刑目的之命題

##### 第一項 量刑目的之設定框架

重新回顧本章第一與第二節的結論，既有論述建構量刑理論時，會區分為消極與積極面向，而積極面向並未連結至量刑的本質，而是走向如何排序不同刑罰目的

並衡量比重，但單一刑罰目的，無論是應報、預防與修復，均無法完整回應量刑理論的重要命題，尤其是不同量刑手段的刑事政策差異。即使是混合理論中主流的限製應報論，雖然意識到量刑的複雜性，卻由實務可行性的觀點分析，讓量刑理論仍流於排序複數目的，法院不僅不易適用，還欠缺未來理論擴充性。而上開理論困難，都來自於未直接面對量刑目的與刑罰目的之差異，又或者說，由於量刑的本質及任務未被釐清，讓論者建立量刑理論時，其論述方式往往是集結相異目的，但欠缺整體性的上位概念。

若回到我國對刑法第 57 條的學理討論，其描述整體量刑的基本概念，並不是非常清楚，如刑罰裁量是轉換犯行的非難為具體法律效果，並選擇適合行為人的量刑手段，並達成特定刑罰目的<sup>107</sup>，或考量犯行與行為人的一切情狀，並按刑罰目的與社會倫理，擇定合宜刑罰及保安處分<sup>108</sup>，抑或詳實把握刑罰目的及個案事實，得出適當刑罰結論並實現正義<sup>109</sup>。上開說明顯示既有論述傾向，並未直接論證量刑任務，而是轉向至刑罰目的之命題，一旦確定刑罰目的，則量刑目的就會連帶確定，但按照本章第一節的檢討，相同論者建構量刑理論時，其實不只容納刑罰目的，還有其餘不同考量。本文認為既有量刑理論的不一致，均來自未清楚區分量刑目的與刑罰目的。

如同本章第一節所示，刑罰目的等同量刑目的之宣稱，前提必須建立在兩者處理相同問題，若量刑的任務範疇並不只有刑罰目的之命題，即正當化國家賦予痛苦，則量刑目的就不應該完全等同刑罰目的。況且，量刑是確定具體刑事效果的過程，涉及刑罰量與量刑手段的擇定，故量刑目的必須得涵蓋不同手段，還要有包容新型態應對方式的未來性。刑罰目的著重賦予痛苦的正當性，但量刑並不只有賦予痛苦的選項，還包含猶豫措施與保安處分、積極給予協助及投注資源，甚至是修復加害與被害關係。縱然屬於賦予痛苦的方式，量刑並不只是排序痛苦程度，而須評估不同方式的刑事政策差異，死刑、監禁刑與罰金刑之間，不只存在痛苦量差，而有著政策意義的本質差異。死刑宣示著行為人並不是共同體的成員，得透過生命剝

<sup>107</sup> 柯耀程，刑罰裁量的變遷與展望，收於法學叢刊雜誌社編，*跨世紀法學新思維：法學叢刊創刊五十週年*，頁 528（2006 年）；蕭宏宜（註 8），頁 120。

<sup>108</sup> 林山田（註 6），頁 515。

<sup>109</sup> 蘇俊雄，*量刑法理與法制之比較研究*，法官協會雜誌，1 卷 2 期，頁 37（1999 年）。

奪來達成翦除效果，永久隔離行為人<sup>110</sup>；監禁刑則透過矯治機構形成的空間隔絕，搭配設施內作業與管理制度，達成隔離無害化及個體規訓的作用<sup>111</sup>；罰金刑則擔負著免除短期自由刑弊端，作為輕罪制裁的替代手段<sup>112</sup>。但是不同量刑方式的政策意涵，並非刑罰目的之討論重心，卻是量刑理論須面對的核心探問，否則無法給予個案適當的應對方式。故本文認為必須揚棄既有框架，清楚切割刑罰目的與量刑目的之命題，直接就量刑本質設定整合性目的，才能建構具備體系與未來包容性的量刑理論。

因此，本文從限制應報論的檢討中，解析出量刑理論的兩個重要命題，即如何面對量刑複雜性並有效限制國家強制力。首先，量刑複雜性的根本，來自法院必須就個案中的具體條件，審視不同量刑手段的刑事政策<sup>113</sup>目的，並選擇最適當的應對方式，亦即，量刑是選擇如何應對個案犯行的過程。接著，量刑是國家針對犯行的「強制力」作用，無論是施加痛苦、不利益或處遇方案，國家基本上均違反行為人的意願，並對其犯行加以處理。量刑本質是具體選擇應對行為人及犯罪事件的方式，且國家有可能對行為人選擇具強制力的應對方式，故本文認為合理的量刑目的，應設定為選擇適當的「犯罪應對方式」，而應對方式是否適當，其中一個重要原則，則是國家選擇具備強制力的應對時，得有效「節制強制力」。量刑目的並不只是探問刑罰正當性，而應著重國家介入犯罪事件時，如何評估不同應對方式的正面與負面效益，反思特定應對方式的必要性與適當性，最終決定如何應對，並於國家強制力存在時，進一步加以節制。

## 第二項 本文設定方向的實益

本文設定量刑目的之方式，是著重量刑決策的刑事政策性質，並於國家強制力存在時，有效節制以避免濫用，而未採取既有論述模式，把量刑目的之命題，等同

<sup>110</sup> 對於死刑的應報與社會意義檢討，請參閱：李茂生，死刑存廢論再考—分析反對廢除死刑者的深層心理，臺灣法學雜誌，169期，頁71-89（2011年）；謝煜偉（註69），頁139-206（2014年）。

<sup>111</sup> 李茂生，圓形監獄與行刑制度—以日本行刑實務中的分類制、累進制、階段制為題材，收於權力、主體與刑事法—法邊緣的論述，頁14-19（1998年）。

<sup>112</sup> 薛智仁，罰金刑體系之改革芻議，臺大法學論叢，47卷2期，頁779（2018年）。

<sup>113</sup> 刑事政策的基本內涵為，就抗制或對應犯罪的諸種手段，如刑罰、保安處分、猶豫制度以及不同方式，進行評估與批判，請參閱：李茂生，刑事政策與刑罰制度，刑事法雜誌，24卷6期，頁22-24（1980）。

為應報、預防及不同取向之目的，如何平行陳列或先後排序，而本文設定方式的主要實益，則是賦予量刑目的整合與批判功能。

本文並非否定個別量刑目的之實益。量刑理論中常見的刑罰目的，如應報觀點具備限制強制力的基本外框，再犯預防則提供許多犯罪應對的實際作法，儘管不是任何方式都具有實效與正當性，社會復歸與修復觀點提供有別於賦予痛苦的選項，並指向包容與社會連帶式的想像。而量刑理論中經常被提起的原則，如平等原則避免法院因不當理由，就相同個案施加不同強制力，重複評價禁止原則避免法院就同一事實，重複評價後給予過量強制，罪責原則劃定出國家強制力範圍。至於刑罰節制與不平等面向，則認為量刑時必須思考到執行效果。上開目的與原則均有實益，只是既有論述並沒有加以整合，無論採取平行陳列或先後次序，都讓量刑目的乘載太多，而且實質內涵完全不同的目的與原則，讓實務不容易適用外，由於欠缺上位概念，更致使量刑目的喪失整合與批判功能，特定概念與原則是否值得考量，既有模式完全無法回答。


本文設定量刑目的為「選擇適當犯罪應對方式」，若強制力存在時，則須著重如何「節制強制力」的基本原則，讓量刑目的具有整合及批判功能，而非欠缺檢驗的框架。

#### 第一款 整合功能

本文認為，整合功能得分別統整節制強制力與犯罪應對方式。

第一，罪責、平等與重複評價禁止原則的內容雖不同，但均避免國家濫行施加強制力，排除過當的量刑結論。進一步來說，本文反對應報觀點宣稱犯行應得刑罰，並不當評估量刑手段的論述，但應報觀點仍然反對過當刑罰，主張犯行作為限制刑罰的基本框架。因此，本文僅認同應報觀點下的罪責原理，並擷取節制強制力的效果，但犯行並非唯一的量刑考量。因此，當國家決定施加強制力後，上開概念均得被整合於節制強制力的基本原則，只是分別從不同面向發揮作用。

第二，預防、復歸與修復分別指向不同的犯罪應對邏輯，刑罰節制與不平等則涉及應對方式的效益評估，上開概念看似對立，但其問題意識都是如何適當回應犯罪。若從適當回應犯罪看待上開目的，則重點就不是預防、復歸與修復的先後次序，



而是法院如何就個案的具體情節，靈活擷取適當的應對元素，再犯因子評估、行為人環境調整與修補社會連帶，彼此並非必然互斥，而得相互補足並協調，進而創造不同應對想像。而且，上開作法與刑罰節制與不平等的效益評估，亦有相容契機，法院得先綜合預防、復歸與修復的考量後，再由效益評估的觀點，檢視應對方式是否造成行為人過度侵害，或加固原先的劣勢條件。

亦即，犯罪應對方式不僅著眼清算過去犯行，還包含面對問題後展望未來，並且得全面檢視其對個人與社會造成的負面效果。因此，如何選擇適當的犯罪應對方式，其重點就不只是如何排列上開目的與原則的先後次序，而是監禁、易刑、轉向與猶豫措施、社區內處遇、罰金，甚至是保安處分中的治療、戒癮，或者是未來得思考的作法，如連接福利資源與替代刑罰的修復式會議，上開諸多手段與方案，法院如何從中選擇對個案適當的應對方式。

本文並不認同直接選擇特定犯罪應對方式，並適用至全部個案，而應著重具體個案情形，只要不超出國家強制力的容許範圍，讓法院無須受制於抽象目的的排序，賦予其彈性適用不同應對方式的空間，並容許其擷取、揉和不同方式，作出綜合性決定，甚至進一步發揮調整或取代賦予惡害的效果，如排除施加死刑與監禁，或者減少自由刑的宣告期間。因此，本文確實認為量刑應容納不同面向，包含檢驗不同犯罪因子後，並按照復歸與修復觀點，設計出適當個案的處遇模式。而且受節制強制力的不同面向，尤其是罪責原則的限制，本文否定再犯風險與預防的邏輯，無論是威嚇與隔離無害化之目的，都容易讓法院考量犯行以外的面向，如維護既有秩序、安撫民眾情緒，而施加過當的強制力。

本文認為量刑理論應著重不同應對犯罪的方式，與目前主流的相對或限制應報論主張相比，均採取綜合考量的結論，看起來並無二致。但本文見解指向擇適當的犯罪應對方式，不只正面說明量刑理論考量犯罪行為外，應進一步考量其餘事由的正當性，如果過度著重犯行，則復歸與修復的應對模式，就不容易成為量刑結論的選項。而且，法院量刑過程的論理，就不會著重於排序抽象刑罰目的，法院必須具體說明，本案選擇賦予痛苦為何是適當的應對方式，是否會嚴重妨害行為人復歸社會並修復關係？即便於我國刑法典中，自由刑與罰金刑仍是常見的量刑方式，但法院亦得進行具體的刑度調整，比如說行為人具有完整的社會支援系統、被害人願

意原諒犯行並展開修復，因此沒有必要施加太多強制力，破壞不同應對模式的開展契機。因此，本文見解的貢獻，並非建立完全不同於既有論述的架構，而是清楚說明量刑與犯罪應對方式的關聯，並提出整合各種事由的基本框架。

最後，不同類型的個案，其「適當」的犯罪應對方式一定不同，涉及實作技藝與跨學科專業的合作，本文確實無法處理如此多面向的問題，至多只能指出，應正面看待量刑理論與犯罪應對方式的關聯，並提出大致方向，但後續應如何細緻發展，則須由未來研究補足。

## 第二款 批判功能

批判功能則評價不同量刑概念與事由的適格性，並得出反面排除或正面證立的效果。若特定考量讓國家強制力過度擴散，並超出罪責、平等與重複評價禁止原則的範疇，則應排除於量刑理論外。比如說，法院不得因行為人不佳的犯後態度，或者是未來的再犯風險評估，提高量刑結論的強制力程度，否則違反罪責原則<sup>114</sup>中，行為人僅就自身犯行負責，而非就其性格或未來預測負責的基本限制。但若行為人表現出良好的犯後態度，或經由評估後並無顯著的風險因子，本文認為得成為量刑考量面向，並發揮減輕效果。前者理由是未提高強制力，且行為人願意面對自己造成的侵害，得指向復歸或修復式應對方式的可行性提升，且評估應對方式的整體侵害後，減輕甚至避免施加自由刑，會是比較適當的犯罪應對方式。後者理由則同樣是未提高強制力，且行為人未具備顯著的風險因子，則代表其社會連帶與環境是健全的，若施加過度自由刑，反而破壞行為人原先強韌的連帶，甚至提高風險因子，此時按照應對方式的評估，則選擇社區內處遇、轉向或猶豫措施，會是比較好的應對方式。

上開操作顯示出，一旦清楚設定量刑目的，則得提供融貫的量刑事由評價基準，先探問不同的量刑事由是否不當提高強制力，此時須合乎罪責、平等與重複評價禁止原則的限制。如果未造成過度強制力，則進一步思考特定量刑事由，其呈現在個

---

<sup>114</sup> 本文對罪責原則有不同的修正見解，但仍肯認行為人僅就自身犯行負責的說明，進一步論述會在第五章第二節中處理。

案中的具體情形為何，並由刑罰節制原則，評估得採用的應對方式中，個別造成的不利後果，並選擇適合個案的應對方式。



### 第三項 小結

本章從既有論述如何看待量刑目的起手，發現量刑目的之命題緊密掛鉤於刑罰目的，而如此論證方式讓量刑目的喪失整合與批判功能。接著，本文著重討論公正應報觀點與限制應報理論，並指出應報觀點無法解釋量刑的重要命題，尤其是對量刑手段的扁平理解。限制應報論則意識到量刑的兩大核心命題，限制強制力與面對複雜性，但卻對複雜性採取錯誤回應方式，因而受限於不同刑罰目的與量刑原則的堆疊，而未直指核心。最終，本文調整既有論證方式，直接從量刑本身特質，建構出具備整合與批判功能的量刑目的，從刑事政策觀點，具體「選擇適當的犯罪應對方式」，並於國家強制力存在時，發揮節制強制力的作用，否則會造成不適當的應對結論。

本文設定的量刑目的提供後續的理論框架，接下來就可以回答本文後兩個的問題意識，若採取本文的量刑目的，則應該如何建構行為人圖像？並且如何按照量刑目的與行為人圖像，建立刑法第 57 條的基本框架？





## 第五章 重構刑法第 57 條的基本框架

本章的目標是重構刑法第 57 條的基本框架，第一節會先說明本文預期的量刑框架，應採取具體脈絡式的行為人圖像來看待並設想行為人。第二節則說明具體脈絡式的行為人圖像，如何達成量刑目的，並於論述過程中，重新修正刑法第 57 條「行為人之責任」的實質意義。第三節則綜合量刑目的、具體脈絡式的行為人圖像，以及修正刑法第 57 條「行為人之責任」，提出初步的量刑基本框架。

### 第一節 具體脈絡式的行為人圖像

本節先檢討最高法院建構行為人圖像的不同方式，分別是自主負責的犯罪者，以及具體脈絡式的行為人圖像，接著指出行為人圖像的敘事結構性質，以及若選擇具體脈絡式的理解，則應具備何種基本面向。

#### 第一項 最高法院描繪的行為人圖像

如同本文第一章的論述，目前最高法院描繪行為人圖像的有兩種不同方向，有法院將行為人視作自主負責的犯罪者，著重犯行的嚴重程度，並認為行為人必須負起完全責任，但亦有法院選擇還原行為人的生命歷程及犯行成因，並給予不同的責任評價。本文會具體描述上開作法的代表性個案，並說明必須採取後者，作為描繪行為人圖像的基本方向。

#### 第一款 自主負責的犯罪者圖像

本文選擇的代表性個案為鄭捷、黃麟凱與翁仁賢案，上開個案最終均死刑定讞，而其中兩位行為人已經遭到法務部下令執行。為避免論述重心偏移，本文不會逐一檢討個案的歷審判決，僅檢討法院量刑時著重的面向，確認法院如何建構出一個自主負責的犯罪者，而得正當化永久隔離社會的決定。

## 第一目 鄭捷案

首先是鄭捷案<sup>1</sup>。本案的犯罪事實並不複雜，鄭捷於 2014 年，在行進中的捷運車廂內，持刀進行無差別殺人，造成四人死亡與二十二個殺人未遂結果。

如同本文第二章的說明，最高法院 105 年度台上字第 984 號判決把行為人視作自主負責的犯罪者，其方式是由量刑事由的分類開展，先著重鄭捷的「行為相關事由」，其犯罪動機具倫理特別可責性，而犯罪手段與情節特別殘暴，並造成嚴重破壞性、危險性的結果，屬於最嚴重罪行。但行為人就其犯行的負責程度，須另外檢視「自我相關事由」，而法院認為自我相關事由分別指向「歸因外在」與「不得歸因外在」<sup>2</sup>，當行為人的犯行得追溯至家庭、學校與社會因素，並導致其辨識或控制能力減損，法院得減輕量刑，但若犯行無法找到外於行為人自身的因素，則代表犯行出自行為人的自由意志，法院就得要求行為人對犯行完全負責。

最高法院則把鄭捷潛在的犯行原因，如無法於人際互動中面對挫敗、壓抑自身情緒，並以不正確的方式應對<sup>3</sup>，全部歸因為行為人自身選擇，而不願意繼續探究其生命歷程及轉捩點，僅著重「正常」家庭與未受到校園霸凌的部分，卻未深入理解鄭捷犯行的理由，無視其深層心理與生命歷程的關聯，把一切歸因於法院無從探知的行為人偏差選擇。因此，鄭捷被描繪為殘酷的行為人，而且欠缺任何被理解的可能性，當法院面對一個「我們」無法同理的異者，具備永久排除實效的死刑就是正當選擇。

---

<sup>1</sup> 本案歷審判決，由臺灣新北地方法院 103 年度矚重訴字第 1 號刑事判決宣判死刑，而臺灣高等法院 104 年度矚上重訴字第 6 號判決亦宣判死刑，而最高法院 105 年度台上字第 984 號判決則駁回上訴，全案死刑定讞。

<sup>2</sup> 對於本判決看待量刑事由的批評，請參閱：謝煜偉，「教化可能性」在死刑量刑判斷上的意義與定位—從最高法院 102 年度台上字第 170 號判決到 105 年度台上字第 984 號判決之演變，臺北大學法學論叢，105 期，頁 164-166（2017 年）。

<sup>3</sup> 本案最後事實審援用大量精神鑑定報告的分析結論，得稍微接近行為人的生命歷程，請參閱臺灣高等法院 104 年度矚上重訴字第 6 號判決。

## 第二目 黃麟凱案

接著是黃麟凱案<sup>45</sup>。本案事實為黃麟凱和女友分手後，兩人仍有金錢往來而產生糾紛。2013 年 10 月 1 日時，黃麟凱以鑰匙進入前女友住處，被前女友母親發覺，黃麟凱先以童軍繩將其勒斃後，等待前女友返家，當黃麟凱見前女友返回住處後，先以童軍繩反綁，並與前女友性交，再以童軍繩將其勒斃。

由於歷審的量刑論述無實質差異，而以最後事實審與定讞判決為主要分析材料。臺灣高等法院 105 年度軍上重更（一）字第 2 號判決的量刑面向，先說明黃麟凱的犯行動機如何令人無法理解，並復述其殺害被害人的細節，然後考量被害遺族的情緒，再加上道德評價作結。法院接下來轉向犯後態度，指出黃麟凱雖然曾道歉，卻對強制性交的事實提出抗辯，足認黃麟凱未深切檢討其心理缺失與反社會人格，僅想迴避重刑，而法院最終援引心理衡鑑報告及鑑定人到庭陳述，突顯黃麟凱目前的心理及人格情形，行為人須具備真正動機後並採取完整治療，才得改善。但法院認為目前矯治機關未提供充足治療資源，且黃麟凱並未完全認罪而無改善動機，整體而言無法教化，未來仍存在再犯危險<sup>6</sup>。

因此，法院著重描述犯行、犯後態度與不高的矯治可能，但未調查行為人相關的量刑事由，黃麟凱的生命歷程如何形塑其心理模式，又如何影響親密關係的發展及人際互動，完全是一片空白。法院僅得仰賴既有卷證，確認行為人「目前」情形，建構出殘酷且不願悔改的犯罪者圖像，但黃麟凱如何走到現在的處境，並沒有任何材料。亦即，本案法院建構自主負責的犯罪者圖像，其方式是描繪犯行與犯後態度，並淡化行為人的社會面向，讓黃麟凱只剩下殘酷犯行被看見，其餘面向則未成為量刑主軸，而面對殘酷的犯罪者，則應施加相等刑罰，死刑成為無須懷疑的結論。

<sup>4</sup> 本案歷經五個審級，地方法院認定黃麟凱成立殺人罪與強制性交殺人罪，分別宣判無期徒刑及死刑，上訴至高等法院，法院駁回上訴，後來第一次上訴至最高法院，法院撤銷原判決並發回更審；進入高等法院更一審後，仍駁回上訴，第二次上訴至最高法院後，法院認為上訴無理由，故駁回上訴，全案定讞。

<sup>5</sup> 本案歷審案號依序為：由新北地方法院 102 年度軍重訴字第 1 號判決、臺灣高等法院 104 年度軍上重訴字第 1 號判決、最高法院 105 年度台上字第 682 號判決、臺灣高等法院 105 年度軍上重更（一）字第 2 號判決、最高法院 106 年度台上字第 810 號判決。

<sup>6</sup> 臺灣高等法院 105 年度軍上重更（一）字第 2 號判決：「目前監所之情況，無法提供適切之心理治療，且接受心理治療後，仍須進入社會中，也要有好的心理治療模式維繫，治療後的改變始完整；況丙○○（即黃麟凱）僅擔心己身因審判結果遭受不利，未曾深度瞭解自己目前人格、心理狀態，是否確有接受心理治療之真正動機、意願及能力，顯然有疑…… 足見對於丙○○之教化顯非易事」。

### 第三目 翁仁賢案

最後是翁仁賢案<sup>78</sup>。本案事實亦不複雜，翁仁賢因長年無法與家人順利相處，致使積怨已久。2016年2月6日時，其決定縱火燒死在家聚餐的親人，最終導致六人死亡及四人燒傷的結果，而死亡的被害人包含翁仁賢的父母。

歷審著重的量刑面向大同小異，故本文同樣以最後事實審及定讞判決為主要分析對象。首先，臺灣高等法院 107 年矚上重更一字第 1 號刑事判決認定，翁仁賢縱火殺人的犯行屬於「情節最重大之罪」，理由為殺害父母親並造成多人生命與身體法益侵害，讓被害人陷於長期痛苦與創傷。接著，並援用心理衡鑑報告，認為翁仁賢的人格與心理模式已穩定，且欠缺自我認知與改變意願，縱然投入矯正資源，亦無教化與避免再犯的作用<sup>9</sup>。最後，法院進行刑法第 57 各款適用時，把翁仁賢與親人長年互動下的挫敗經驗，視作常見的生活衝突，只因行為人個性孤僻，無法正常與親人互動，並敵視所有人釋放的善意，是翁仁賢的心理模式過度解讀與反應，其犯行為自身問題而不得減輕<sup>10</sup>。此外，最高法院 108 年台上字第 940 號刑事判決，並未指摘本案事實與量刑論述，僅補充刑法第 272 條的修法理由，是行為人

<sup>7</sup> 本案歷經五個審級，地方法院認定翁仁賢成立殺害直系血親尊親屬，宣判死刑，後上訴至最高法院，法院維持相同結論，第一次上訴至最高法院，法院認為部分事實與程序事項未交代清楚，故撤銷原判決並發回更審。高等法院更一審仍維持殺害直系血親尊親屬的死刑結論，接著第二次上訴至最高法院，由於本案適用法條修正，法院撤銷原判決後自為判決，依然認定翁仁賢成立殺害直系血親尊親屬，宣判死刑，全案定讞。

<sup>8</sup> 本案歷審案號依序為：臺灣桃園地方法院 105 年矚重訴字第 4 號刑事判決、臺灣高等法院 106 年矚上重訴字第 4 號刑事判決、最高法院 107 年台上字第 1603 號刑事判決、臺灣高等法院 107 年矚上重更一字第 1 號刑事判決、最高法院 108 年台上字第 940 號刑事判決。

<sup>9</sup> 臺灣高等法院 107 年矚上重更一字第 1 號刑事判決大量援用鑑定報告的敘述：「被告主觀窄化的生命經驗，致其活在自己建構的世界當中，採取簡化、固著、僵化的扭曲認知模式，拒絕接受任何新之訊息與建議，長年在此種扭曲認知中，引發自我錯誤解讀及負面情緒的惡性循環，使其對環境（他人）採取負向與敵意的觀點。被告此種自青少年時期以來即開始發展之穩定性格與思考模式，又缺乏自我覺察與審視，未能意識自己心智狀態（含情緒與認知）或自己生命態度可能有問題，加上被告表現出強烈抗拒改變的意願，是被告堅守偏執、僵化自我概念之態度與人格特質，實難藉由司法教化而產生顯著改變。又被告僵化的壓力因應模式，自認為受害者的觀點，以及情緒控管問題，習慣將挫折轉向具有敵意的被動式攻擊，若回到原有的社會情境與家庭脈絡中，在被告無改變被動攻擊因應方式前，將來若遇到相同壓力或被告自覺難以承受壓力時（如仍覺被輕忽與不公平對待），仍舊容易出現報復外在與消滅外在壓力之攻擊方式，被告實亦難以再社會化。」

<sup>10</sup> 臺灣高等法院 107 年矚上重更一字第 1 號刑事判決中，把犯行歸因於翁仁賢自身問題的論述不少，比如說：「被告家人實未對被告有何刻意之虐待或折磨，被告卻認家人對其虐待、折磨，致其對家人產生十幾年之怨與痛，萌生殺害全家人滅滿門之動機而為本案犯行……被告之犯罪動機、目的甚為自私、殘忍，並無任何值得憐憫之處，可責性甚高。」；「被告自陳個性孤癖，人際關係不佳，常孤立自己，從小就不能跟鄰居玩等情，被告既自恃甚高、孤芳自賞，即應獨善其身，不應禍延他人」

因被害人行為不當，如施虐或暴力對待才犯行時，法院應具備裁量空間，避免刑罰過苛，但翁仁賢並沒有相同情形，給予極刑並無不妥。

本案建構自我負責的行為人圖像，其方法是把行為人自述的生命歷程，與其目前的人格與心理模式切割。翁仁賢並沒有受到父母虐待，但是家庭中的互動方式、手足間的發展差異以及旁人期待，是一種細微卻真實存在的壓力，法院並未探問，上開經歷如何造就翁仁賢的人格。法院囑託的心理衡鑑中，曾提及翁仁賢的創傷來自家庭，亦描述行為人被迫放棄就讀農牧科，但法院未深入研究，而直接採取「行為人自身有問題，才會因小事而惹起殺機」的描述方式，至於翁仁賢唯一的興趣是農牧，被迫放棄是否等同喪失人生的藏身處，連帶致使後來就業不順而受到親人異樣眼光，都不是量刑主軸。因此，在法院描述之下，翁仁賢天生就有異常的人格與心理模式，是泯滅人性的非人，必須被排除於社會之外，而死刑即成為唯一選擇。

但量刑時建構的行為人圖像，並不只有自我負責式的犯罪者，而有其他不同的建構方式。

## 第二款 具體脈絡式的行為人圖像

### 第一目 吳敏誠案

首先是吳敏誠案<sup>1112</sup>，本案不僅是最高法院首次開啟量刑辯論，並提出許多重要的量刑理論面向，尤其是第三次上訴至最高法院時，法院提出的教化可能性、刑法第 57 條的實證調查與社會人面貌，均深刻影響往後實務的量刑論述。

---

<sup>11</sup> 本案歷經九個審級，歷審均認定吳敏誠成立殺人罪，但量刑結果不同。地方法院宣告無期徒刑，後上訴至高等法院並改判死刑，然後第一次上訴至最高法院，法院指摘量刑程序瑕疵及行為人得否教化論述不清後，撤銷原判決並發回更審；高等法院第一次更審仍維持死刑結論，後第二次上訴至最高法院，法院認為必須釐清無期徒刑與死刑的差異，以及本案行為人永久隔離於社會的必要性，因此撤銷原判決並發回更審；高等法院第二次更審依然宣告死刑，接著第三次上訴至最高法院，法院指摘量刑程序事項，並提出刑法第 57 條的存貨盤點與教化可能性概念後，撤銷原判決並發回更審；高等法院第三次更審改變見解，直接駁回上訴，維持一審的無期徒刑結論，並第四次上訴至最高法院，法院最終駁回上訴，全案終告定讞。

<sup>12</sup> 本案歷審案號依序為：臺灣士林地方法院 99 年度重訴字第 5 號判決、臺灣高等法院 99 年度上重訴字第 60 號判決、最高法院 100 年度台上字第 2261 號判決、臺灣高等法院 100 年度上重更（一）字第 21 號判決、最高法院 100 年度台上字第 7302 號判決、臺灣高等法院 101 年度上重（二）字第 2 號判決、最高法院 102 年度台上字第 170 號判決、臺灣高等法院 102 年度上重更（三）字第 2 號判決、最高法院 105 年度台上字第 1567 號判決。

本案犯罪事實單純，吳敏誠在 2009 年 12 月 1 日，由於與前女友復合未果，決定至前女友工作的托育中心談判，但兩人發生爭執，吳敏誠就對前女友開槍，最終造成死亡結果。由於本案經歷多次審理，且涉及無期徒刑與死刑的轉折，為避免論述失焦，本文會著重更二與更三審，以及第三次最高法院及最後定讞判決，檢視法院如何轉換看待吳敏誠的視角。

臺灣高等法院 101 年度上重（二）字第 2 號判決中，出現兩種不同的行為人圖像，一種側重吳敏誠的生命歷程，如吳敏誠因外型缺陷，經常被欺負與嘲弄，父親的教養方式與家庭暴力行為，以及因學歷不佳而就業困難，但上開歷程與其犯行的關聯，並沒有專業解析<sup>13</sup>。但另一種則著重吳敏誠的前科與本次犯行大致相同，都是與女友發生糾紛後，而衝動將其殺害，以及對前妻經常施加物理與言語暴力，得知吳敏誠的心理與行為模式已經定型，無從矯治<sup>14</sup>。法院最終選擇後者的描述方式，著重吳敏誠犯行情節與後果的嚴重性，且具備高度再犯危險，均屬泯滅人性而一般人無法容忍，自應宣告死刑。

最高法院 102 年度台上字第 170 號判決反對上開結論。法院先建構量刑基準，著重量刑時應考量多元刑罰目的，且須由實證調查方式，探知行為人的全人格形成因素，才得作出有無教化可能的結論。但本文第二章已經討論過上開基準，故僅說明法院應如何調查，才得完整理解吳敏誠的全人格形成因素。最高法院認為吳敏誠犯行時，處在親密關係緊張與經濟困難的雙重壓力下，且吳敏誠自幼因外表被嘲弄，又目睹父親對母親的暴力，上開事實是否造就其與親密異性相處的偏差模式，

---

<sup>13</sup> 本次審理並未囑託專家鑑定，而是傳喚吳敏誠的胞弟說明吳敏誠的生命歷程，臺灣高等法院 101 年度上重（二）字第 2 號判決指出：「被告從小功課比較差，外表也有缺陷有兔唇，個性比較孤僻，我們在眷村長大，在村裡頭經常被同儕欺負，一些行為也比較不正常，所以父親對被告要求很高，我們家四個小孩都會被體罰，父親常常用皮帶或水管打我們，也和母親常打架，幾乎每個禮拜都會發生，我和兩個姐姐，於求學過程及出社會後交際情形都很好，但被告因為外表關係，還有和兄弟姊妹比較，會比較自卑.....被告出社會後，他因為高中肄業，我和姐姐都是專科以上畢業，所以他從事的工作就只能找比較低下的工作.....」

<sup>14</sup> 臺灣高等法院 101 年度上重（二）字第 2 號判決指出：「被告該前案犯情，被告係於賓館結識前案被害人後，時有往來，僅因某次與前案被害人出遊，前案被害人向被告借款未果，出言奚落被告之小事，被告竟基於殺人之犯意，取長約 25 公分之工具刀朝前案被害人左胸刺入，刺穿心臟深及左肺下葉，致前案被害人死亡，被告於棄屍後自戕未成，委託其弟吳敏華報案自首.....。核與本案情節頗多近似之處。被告於受上開徒刑執行完畢後，再為本案犯行，已見先前徒刑之執行對其並無真正之效果，且被告或對與自己有血緣關係之家人尚可容忍，惟對外人，遇有不順遂其意或與之有言語衝突者，被告即有可能持如刀械或槍彈之兇器以對，被告本性顯極具危險性，縱被告早年有如證人吳敏華所述之遭遇，亦不能對被告此一極具危險性之個性予以忽視。」

法院必須全面調查，才得確認其人格形成背景，並正確回答是否有教化可能的終極命題<sup>15</sup>。

臺灣高等法院 102 年度上重更（三）字第 2 號判決為本案重要轉折，關鍵在於法院囑託專家進行全面心理衡鑑，包含人格發展、矯治可能性及再犯風險。本鑑定分為「未來矯治與再犯評估」與「過去人格形成」兩大主軸。首先，再犯評估面向，吳敏誠展現避免再犯的意念，不再建立與異性的親密關係，且具備正面的社會網絡，如兄弟與家庭關係，只要搭配適當心理治療，其再犯危險並不高<sup>16</sup>。接著，過去人格形成面向，吳敏誠的生命歷程中，面臨許多風險因子，分別指向個人及家庭，且欠缺適當保護因子，讓吳敏誠無法發展出自尊，而無從應對負面事件<sup>17</sup>。法院援引上開鑑定結論，並調查行為人的過去生活面向後，描繪出受困過去創傷而無法正常與人交往，並在關係與經濟壓力下行凶，卻仍願意改變自己，並受到完整社

<sup>15</sup> 最高法院 102 年度台上字第 170 號判決：「雙方原本有共組家庭計畫之與被害人之關係，及因失業、背負債務，經濟上負擔超出其能力範圍之債務，承受極大之經濟壓力，加以與被害人多次爭執感情不穩定，形成本案發生之背景因素與犯案動機，以及上訴人因自幼即有「脣顎裂」之顏面缺陷，經常受人嘲笑欺侮而生自卑感，對人際關係產生不信任，因不善社交，較無法控制情緒，往往情緒反彈劇烈，而易與人起衝突，且為家暴家庭之目睹兒，自幼目睹父親對母親施暴，種下日後以暴力行為施加於親密異性之遠因等成長背景、生活狀況等各情，是否屬實，並未翔實調查說明，而未依法全盤審酌其有利與不利之科刑因素，其審酌之刑罰裁量事實已然不足。」

<sup>16</sup> 臺灣高等法院 102 年度上重更（三）字第 2 號判決援引心理衡鑑報告的內容：「若被告仍依附於他的家庭，他的「傷害性」將會降低，繼續維持婚姻關係也能幫助被告展現更多自制力。因此，在這 16 年間，被告前妻與其女兒似乎提供被告一個安全網，而這個安全網將能降低他再犯的風險。根據相關研究有力的證據顯示，家庭所提供的支持在避再犯可能性中扮演決定性的角色。被告的家人已明確表達出他們對被告的支持。鑑定人詢問被告：『他如何避免自己再犯？』，被告不假思索地回答：『不要再交女朋友』，這指出被告知道他無法維持健康的親密關係，被告也表示他將會把心力放在他的家庭上，關心他的兩位女兒。總結來說，藉由適當的個人避免再犯的努力、正面的家庭關係與支持、針對情緒管理的心理治療（若為必要），再加上獲釋後不再受到可能再犯的風險（例如：失去重要關係）等等，本案被告的再犯風險率是不高的。」

<sup>17</sup> 臺灣高等法院 102 年度上重更（三）字第 2 號判決援引心理衡鑑報告的內容：「被告在成長過程中經歷了幾項犯罪風險因子，三項個人風險因子為性格與氣質（低自尊、自我概念脆弱、混亂的身分認同）、低智商與低成就、衝動性；三項來自家庭的風險因子為父母疏於管教、雙親間的衝突、分裂的家庭，而這些因素則可能增加被告犯罪的可能性。當然一個很合理的問題產生：「為什麼被告的其他三位手足並沒有受到像他一樣的影響？」其中一個手足不同於被告的重要因素在於他們在校的表現不錯、擁有朋友、沒有被霸凌，因此他們在生活中有較多的保護因子。在發展心理學中，能促進健康發展的一個重要特質即為復原力(resilience)，而韌力的一個核心，則是建立在自尊上。自尊與復原力是構成兒童發展成功因應策略的基礎，以至於他們能夠更適宜地處理負面事件。孩童若在某一方面具有高自尊（如：學校），則這可成為孩童專注與繼續發展的領域，同時也是能使孩童暫時從家暴環境分心的正向點。然而，被告並沒有在任何領域擁有高自尊，所以也沒有所謂的正向分心點可專注，這也是為什麼他並沒有如他的三位手足能正常發展至成人階段的原因。依鑑定人所見，被告的童年與青少年成長過程非常孤獨，這樣的孤寂感也促使他尋求愛與認同。」

會網絡保護的行為人圖像。面對一個有前因後果，且無再犯危險的行為人，原先的死刑結論會喪失正當性，而最後定讞判決亦認同上開見解。

本案建構的行為人圖像，從一個無法理解的再犯者，轉變為遭遇無法歸責自身的創傷，且有社會網絡願意承接的社會人，而上開轉折具備以下意義。首先，法院必須由跨領域的實證調查，得到不同論述材料，才具備不同行為人圖像的開展契機，否則僅僅重述犯行情節，只會深化泯滅人性的非人意象。接著，本案雖然援引心理衡鑑的風險與保護因子分析，但其論述主軸依舊是「再犯危險評估」，而不是理解全人格形成因素後，調整行為人的責任，宣告吳敏誠無期徒刑的主要理由，是再犯危險性不高，而非過往經歷得減輕其責任。但本文認為脈絡化行為人圖像，不只有評估未來再犯，並調整應對方式的效果，還具備重構刑法第 57 條「行為人之責任」的契機。因此，本案論述方向侷限行為人圖像的發揮空間。

## 第二目 武張孝慈案

接著是武張孝慈案<sup>1819</sup>。本案事實是武張孝慈於友人甲及其男友乙共同經營的應召站中，擔任接送小姐至應召地點的司機。武張孝慈為購買接送車輛，曾與乙借款，並約定從薪資中扣除固定金額，但武張孝慈隨後發現乙設定的利息過高，導致借款越還越多。甲則向武張孝慈女友的家人，告知其擔任應召站司機，並誣指武張孝慈運送毒品，並跟武張孝慈說，若無法如期還清債務，就叫其女友下海協助還債。武張孝慈得知後，在 2014 年 6 月 5 日向甲與乙表示辭意，但被兩人拒絕，武張孝慈即趁甲與乙酒醉睡著時，把兩人勒斃並縱火燒燬其住所。

臺灣新竹地方法院 104 年原重訴字第 2 號刑事判決，認為武張孝慈僅出自細故，而造成兩人死亡的嚴重犯行，且面對甲乙給予的情緒刺激，行為人並沒有選擇冷靜處理，反而採取極端方式<sup>20</sup>。武張孝慈殺人後，選擇縱火湮滅罪證，並未考慮

<sup>18</sup> 本案歷經三個審級，歷審均認定武張孝慈案成立殺人罪，但量刑結果並不同。地方法院宣告無期徒刑，後上訴至高等法院，改判為有期徒刑 25 年，檢方則再上訴至最高法院，但法院認為並無上訴理由，駁回上訴，全案定讞。

<sup>19</sup> 本案歷審案號依序為：臺灣新竹地方法院 104 年原重訴字第 2 號刑事判決、臺灣高等法院 105 年原上重訴字第 1 號刑事判決、最高法院 107 年台上字第 283 號刑事判決。

<sup>20</sup> 臺灣新竹地方法院 104 年原重訴字第 2 號刑事判決指出：「被告於本案犯罪時年滿 21 歲，心智已臻成熟且身體強健，卻不思另覓正當職業以具體行動爭取女友父母親之認同，或在證人莊旭晨協助下理性與被害人謝仁杰仔細核算債務金額及爾後清償方式，詎僅因上揭細故，即萌生殺害被害人謝仁杰、吳家卉 2 人之犯意。被告雖辯稱其犯罪係受到被害人吳家卉講叫其女友下海還錢之言語刺





其餘住戶的生命安全，之後還試圖誤導偵辦方向，其手段兇殘且犯罪計劃縝密<sup>21</sup>。不過，武張孝慈並無犯罪前科，且犯後向被害人遺族表達真摯悔悟，並無宣告死刑必要<sup>22</sup>。

面對相同犯罪事實，臺灣高等法院 105 年原上重訴字第 1 號刑事判決，則著重武張孝慈與被害人甲乙的互動中，兩人不只就財產事項欺凌、恐嚇行為人，並揚言影響武張孝慈的親人與女友，故其犯行動機並不是出自細故<sup>23</sup>。法院並囑託醫院鑑定武張孝慈的人格特質及形塑過程、犯行的心理機轉，以及矯治、再犯與再社會化可能性。鑑定意見則呈現出武張孝慈從小備受歧視，且受到父親暴力對待，而未培養出向外界求助的能力，形成目前的人格模式，一旦承受被害人的高壓互動，容易採取極端模式，但行為人年紀尚輕，其人格發展尚未成熟，仍具備矯治機會<sup>24</sup>。

---

激云云，然其聽聞上開言語並未情緒激憤立刻動手，猶能繼續與被害人謝仁杰、吳家卉在客廳飲酒、觀看電視、談話，直到被害人 2 人均酒後睡著，才決意動手殺害，可見被告仍有時間及餘裕可以冷靜思考解決問題之方式，或不受阻攔地離開租屋處，之後再徐圖解決之道。」

<sup>21</sup> 臺灣新竹地方法院 104 年原重訴字第 2 號刑事判決指出：「被告為逃避罪責，卻不惜連同其他無辜住戶之生命一同葬送，其犯罪手段實屬冷酷.....誤導證人林美媛及警方之後查案之方向，使眾人懷疑係被害人謝仁杰、吳家卉 2 人互相殘殺或放火，以避免自身遭查獲；另被告棄屍完畢返回新竹後，改為駕駛被害人謝仁杰所有之 Y 車外出購買汽油空桶、加油、及將汽油桶載回租屋處，藉以營造係被害人謝仁杰購買汽油、放火之假象，在在可徵被告犯罪計畫縝密，顯非一時氣憤所為。」

<sup>22</sup> 臺灣新竹地方法院 104 年原重訴字第 2 號刑事判決未宣告死刑的理由為：「被告於本案犯行之前並無犯罪紀錄，素行良好.....及終能坦承犯行且在庭哭泣向被害人謝仁杰、吳家卉之家屬道歉之犯後態度，兼衡被告犯行所造成對社會善良風俗及公共安全之危害程度非輕，被害人謝仁杰、吳家卉寶貴性命之喪失，以及前述犯罪動機、目的、手段，暨被告高職畢業之智識程度，平常只與母親聯繫而與兄姐俱無往來之家庭狀況等一切情況」。

<sup>23</sup> 臺灣高等法院 105 年原上重訴字第 1 號刑事判決指出：「被告殺害被害人己○○、乙○○之動機，係包括受被害人己○○、乙○○共同或分別計收前揭 3 萬元借款之高額利息、被告欲辭去「馬伕」工作，卻遭乙○○要求還清借款始能辭職，並語帶恐嚇稱將直接向被告家人討債、又向被告女友戊○○之父、母告知被告擔任其應召站「馬伕」、復誣指被告販毒，更要求被告女友至該應召站『下海』賺錢幫忙還款等因素，並非僅因其無法償還積欠之前揭 3 萬元，即對本件被害人痛下殺手」

<sup>24</sup> 臺灣高等法院 105 年原上重訴字第 1 號刑事判決援用鑑定報告結論：「被告出生在原住民族家庭，在原住民族部落成長，卻因血統不純而受歧視，又因與兄姊年齡差距較大，缺乏手足陪伴成長，年幼時活潑好動，有過動傾向，常不守規矩，小時父親常對其施暴，國小會與同學打架，國中時期道德發展漸趨薄弱，換過多所學校，曾曠課、曠家，並與多名女友發生性關係，有自以為是的行為標準，國中畢業後即離家，缺乏家庭支持，亦缺乏家庭約束力，遇事沒有求助的習慣，加上過早社會化，缺乏正常及完整之學習成長機會.....。被告在與本案兩名被害人相處時，因生活方式及對方之性格等，使其產生高度壓力，且兩名被害人在爭吵或壓迫其服從時，會口不擇言對其進行威脅及嗆聲，而因被告之妄想及邊緣性人格特質，或加上長期使用毒品及酒精等器質性因素，使其對此等危害之存在信以為真（妄想性人格易懷疑別人會對其傷害），並過度感受到其女友及自己家人受到的威脅（邊緣性人格特別重視與親人及情人的情感關係），甚至形成被害意念（idea of persecution），接近被害妄想（delusion of persecution），而產生只有讓對方消失才能解決問題之念頭.....而因被告缺乏家庭支持，過早社會化，缺乏正常及完整之正面學習成長機會，殺人時年僅 21 歲，人格發展尚未穩定與成熟，且其仍有是非對錯觀念，故應有矯正教化之可能。」

法院考量武張孝慈的生命歷程、犯行動機與犯後態度後，認為其犯行雖嚴重，但並無宣告死刑或無期徒刑的必要，而最後定讞判決亦同意上開見解。

歷審法院均未對武張孝慈宣告死刑，但其描繪的行為人圖像仍產生重大變化。一審並沒有站在行為人的具體處境，而是由理性旁觀者的視角看待整個犯行，無論是設定過高利息、讓女友的親人得知自己未被社會接受的工作，甚至威脅讓女友下海，都不應該導致武張孝慈行兇，反而應該積極證明自己、協商並理性面對。因此，法院仍然把行為人視作無從理解的犯罪者，其犯行動機出自一般人都能正常面對的情境，而武張孝慈的人格及心理模式異常，才會選擇犯行。二審則調整詮釋框架，由行為人觀點來思考上開事件對犯行的意義，並囑託專業協助法院理解武張孝慈，於是論述轉向說明行為人與被害者的互動過程中，如何讓武張孝慈備感壓力而忍無可忍，以及生命歷程中的節點如何造就其人格模式，導致武張孝慈無法適當應對上開處境。由於行為人不只是自主負責的犯罪者，而是有辦法被我們理解的人，雖然法院無法認同犯行與侵害，但卻能夠同理武張孝慈犯行的脈絡，並給予較為寬容的犯罪對應方式。

二審法院選擇具體脈絡化犯行後，開展出理解行為人的契機，並給予比較柔軟的量刑結論。但本判決沒有清楚說明脈絡化的行為人圖像，如何連結至從輕量刑，法院僅提到刑法第 57 條「行為人之責任」與「一切情狀」，並帶到犯行危害、目的與動機的用詞，就直接得出有期徒刑的結論，欠缺完整推論。本文認同法院如此建構行為人圖像的取徑，但仍須思考具體脈絡的行為人圖像，如何鑲嵌進量刑理論，並回應正當性與具體效果的提問。

### 第三款 小結

檢視完兩種不同的行為人圖像後，本文認為量刑理論不應該只呈現自主負責的犯罪者形象，而必須著重具體脈絡下的行為人圖像。若只重視前者，則會把犯行歸因至無法理解的人格與心理模式，由行為人自主負責，再貼附泯滅人性的非人標籤後，給予嚴厲痛苦。但是當法院願意檢視行為人的過去經歷，就會發現要走到犯行，並非全然出於行為人無從理解的犯行意志，而須奠基在許多行為人無法掌控的事實，相互疊加後成為當下犯行的具體條件。一旦解析出上開事實與條件，行為人

就不只是泯滅人性的非人，而容有不同的看待方式，並連帶開啟不一樣的應對選擇。

但上開說明終究只是選擇結論，仍須提供特定圖像與量刑理論連結的正當理由，本文接下來會區分為三個面向說明。首先，目前建構具體脈絡的方向並不一致，如吳敏誠案著重再犯預防面向，而武張孝慈案則強調行為人犯行的具體理由與生命歷程的影響。因此，本文會正面說明，建構具體脈絡下的行為人圖像時，應把握的核心概念為何？接著，目前法院並未說明須重視具體脈絡的理由，亦即，量刑理論與具體脈絡的連結並不清楚，而本文認為須從行為人圖像與量刑目的的關連說明。最後，具體脈絡下的行為人圖像發揮的量刑效果，不應侷限於教化可能的命題，而是得提供刑法第 57 條「行為人之責任」的解釋框架。

## 第二項 多元交織的行為人圖像

本文認為建構具體脈絡的核心概念有兩大面向。第一，法院建構的自主負責或具體脈絡的圖像，並非本體論式的存在，而是取決於法院如何擷取、組織不同事件，並選擇詮釋框架，故行為人責任圖像的本質是一套敘事結構。第二，選擇具體脈絡式的敘事結構，則核心就不是殘酷犯行，也不是行為人「自主」選擇犯行的個人責任論述，而是借助跨領域專業，結合心理、社會、生物及犯罪學式的調查，試圖說明行為人自主選擇的「條件」以及「發展過程」。以下詳細說明本文論點。

### 第一款 行為人圖像作為敘事結構

至 1970 至 80 年代，人文社會學科開始質疑實證研究的方法，實證研究方法定位自身為外於社會的觀察者，卻抽離真實世界的社會與歷史紋理，忽略個體經驗如何詮釋並中介，而敘事轉向（the narrative turn）則是不同於實證研究的觀點，其重視個體如何理解（understanding）、組織並賦予自身經歷意義<sup>25</sup>。因此，敘事的核心概念是情節安排，個體會把經驗世界中的各種事件加以排序、重組與簡化，並賦予其情節（emplotment），而事件序列與個人經驗則成為彼此的因果，且被放置在一個總體框架裡，個別事件本身不再是孤立，而是藉著與其他事件的關聯，指向共

<sup>25</sup> Ivor F. Goodson & Scherto R. Gill, *The Narrative Turn in Social Research*, 386 COUNTERPOINTS. 17, 18-20 (2011).

同意義。但必須留意，敘事並不是將所有經驗與事件都完美反映，而是經由行為人的重組與選擇，讓經驗與事件更符合故事中的情節與最終意義<sup>26</sup>。

但敘事轉向的本質是個體對自身經驗的詮釋，而法院建構行為人圖像時，卻是以權威性的第三者地位，詮釋行為人的犯行脈絡並呈現出特定圖像。不過，兩者的基本結構是相同的，當檢辯訴說自身版本的訴訟事實時，亦著重情節、角色與修辭，並建構對過去事實的詮釋框架，並不會因為敘事者的差異，而否認敘事結構存在<sup>27</sup>。相同道理，當法院量刑時，其基本前提就是敘事核心概念，如何建構事件次序與因果關聯，並選擇特定意義框架加以詮釋，法院得擷取生命歷程與人格形塑過程，亦得聚焦犯殘酷行程度及無從理解的行為動機，或決定是否借助跨領域學科的分析，最終都須確認行為人選擇犯行的條件與過程，建構出行為人是自主負責選擇為惡，還是因不同條件交錯而走向犯行的敘事結構。

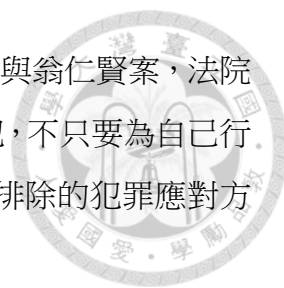
因此，影響行為人圖像建構結果的關鍵，就是如何建立敘事結構，如何選擇情節、設定敘事起點並安排事件次序、篇幅與出現頻率，最終形塑出特定詮釋框架，因而呈現截然不同的行為人圖像。比如說，李佳玟教授採取敘事分析的框架，著重審檢辯如何描述鄧如雯殺夫，並指出兩種不同的敘事結構相互競逐，一個是受暴婦女如何在父權體制的壓迫下，最終迫使選擇犯行加以抵抗，另一個則是單純報復殺人，並帶出對父權體制被侵犯的焦慮，而最終法院選擇前者的敘事結構，著重行為人受到性侵與長期家暴的生命歷程，不僅僅是殘酷的犯罪者，還是一個既有體制的受害者，並從輕量刑<sup>28</sup>。亦有論者採取訪談方式，試圖由行為人的主體經驗，建構選擇犯行的敘事結構，如楊秀宜老師透過訪談一名犯下殺人罪的少年，得知其生命歷程中的父母離異及校園暴力經驗，如何形塑出行為人用暴力解決衝突的行為模式<sup>29</sup>，行為人不只是觸法的惡質少年，而是因受過傷而犯錯的人。回到本文選擇的典型案列，吳敏誠與武張孝慈案的行為人圖像變化，並不是來自法院發現嶄新事實，而是選擇不同重點事件及詮釋框架，強調犯行殘忍程度與行為人的自主意志，

<sup>26</sup> 蕭阿勤，敘事分析，收於：瞿海源、畢恆達、劉長萱、楊國樞編，社會及行為科學研究法：質性研究法，2版，臺北：東華，頁147-149（2016年）。

<sup>27</sup> Laura Hanft Korobkin, *The Maintenance of Mutual Confidence: Sentimental Strategies at the Adultery Trial of Henry Ward Beecher*, 7 YALE J.L. & HUMAN. 1, 10 (1995).

<sup>28</sup> 李佳玟，女性犯罪責任的敘事建構—以鄧如雯殺夫案為例，臺大法學論叢，34卷6期，頁17-46（2005年）。

<sup>29</sup> 楊秀宜，一位少年殺人犯的生命經驗之敘事研究，諮商輔導學報，18期，頁9-19（2008年）。



或者是延伸敘事框架，包含至生命歷程的影響。但鄭捷、黃麟凱與翁仁賢案，法院並沒有改變敘事結構，行為人只被呈現為無法被理解的殘酷罪犯，不只要為自己行為負責，還因為我們欠缺對行為人的具體理解，而正當化隔離排除的犯罪應對方式。

行為人圖像的敘事結構，不僅根本決定行為人被呈現的模樣，還因為行為人形象的差異，是得理解的「人」抑或理解不能的「非人」，進而影響法院如何選擇犯罪應對方式。法院如何建構行為人圖像，對量刑理論非常重要，但敘事結構不是過去事實的完全鏡射，而是法院擷取與詮釋的結果，並不存在本體論式的敘事，法院無法探知絕對正確的行為人圖像。不過，對於如何建構行為人圖像，本文認為量刑理論不應採取消極態度，縱然不存在本體論式的絕對敘事，但不代表量刑時必須接受任何敘事結構，而應指出何種建構方向有助於達成量刑目的。

## 第二款 具體脈絡的多元性

接著，本文會先參考刑罰廢止論的論述，說明建構具體脈絡式行為人圖像時，其敘事結構應包含的基本元素與方向，並從當代犯罪學與社會學的基本預設，提供具體的操作方向。

### 第一目 刑罰廢止論的啟示

本文選擇由敘事結構觀點來理解行為人責任圖像，其實受到刑罰廢止論（*penal abolitionism*）相當影響<sup>30</sup>。廢止論者詳細說明，刑事司法系統如何看待行為人與犯罪事件，如何設定關注焦點並剔除特定面向，會影響如何建構責任及選擇應對方式，而重構責任與應對方式的契機，則繫諸於如何鬆動既有詮釋框架。本文會先介紹廢止論者的基本論點，再說明其論述提示的可能解方。

首先，廢止論重要旗手 *Louk Hulsman* 看待刑事司法系統的方式，源自一個基礎命題：犯罪（*crime*）並不是一個本體論（*ontological*）的實存，其認為刑事司法

<sup>30</sup> 廢止論（*abolism*）作為刑事司法系統的批判取徑，並不是內部一致的理論派別，不同論者的廢止目標差異非常大。最保守的主張是針對特定刑罰制度提出意見，包含監獄改革論者與死刑廢止論者，亦有維持刑事司法系統，但對其運作邏輯提出批判者，如 *Nils Christie*，最激進的主張，則是針對犯罪概念本身與國家為主的刑事司法系統之存在必要，提出根本質疑，如 *Louk Hulsman*。因此，廢止論一詞的真正指向，仍須由實際論述內容才能確定。

系統指涉為「犯罪」的事件，相比其餘造成不愉快的事件，並沒有任何本質差異，都會造成個人或群體損害<sup>31</sup>。兩者不同之處僅在於，犯罪由刑事司法系統負責處理並抗制，其餘事件則不是，但特定事件被指涉為法律上(legally)的「非法」，Hulsman 認為根本理由，是刑事司法系統選擇用犯罪框架看待特定事件<sup>32</sup>。因此，如果揚棄「犯罪」框架看待侵害事件，則有不同解讀的存在。

因此，Hulsman 拒絕使用「犯罪」指涉偏離秩序的負面事件，而選擇使用問題情境 (problematic situation) 當作分析框架<sup>33</sup>。兩者不只是單純用語差異，「問題情境」強調紛爭是社會生活的一部分，防止紛爭的方式是影響社經結構，並提供人們更具正面意涵的應對方式。Hulsman 認為問題情境的核心概念，必須根植於經驗世界與當事人利益，而非刑事司法系統的內部邏輯<sup>34</sup>，故問題情境的詮釋框架，其主要元素就不是刑事司法語言，如預防與再社會化，而是詮釋框架 (frame of interpretation) 以及焦點 (focus)。Hulsman 指出，選擇不同詮釋框架看待事件，則著重焦點會產生差異，當選擇自然 (nature) 詮釋框架，會把不幸事件定位為意外 (accident)，若採用社會 (social) 詮釋框架，則又得分別解讀為歸因個人或結構<sup>35</sup>。當人們賦予事件意義 (give meaning) 時，會因不同詮釋框架而著重不同素材，進而影響人們如何應對事件。

而廢止論另外一位重要論者 Nils Christie 則指出，刑事司法系統預設二元對立 (dichotomized) 邏輯，行為人不是有罪就是無罪，不是好就是壞，並導致兩項運作特點。第一，刑事司法系統簡化行為人與行為的圖像，著重個別行動 (act) 而非互動 (interactions)，關注當下的行為「時點」(a point in time) 而非行為的過程 (process)，行為鑲嵌的複雜社會脈絡及情節序列，被剔除於刑法語言外，如家暴而反擊的謀殺，被簡化為單純的殺人罪<sup>36</sup>。第二，偏重人格 (personality) 或生物 (biological) 系統，而不注重社會 (social) 系統，致使刑事司法系統傾向由行為人負起個人責任，但未考量行為人的社會脈絡與社會責任，法院中常出現的協力者

<sup>31</sup> Louk Hulsman, *Critical criminology and the concept of crime*, 10 CONTEMP. CRISES. 63, 66 (1986).

<sup>32</sup> Louk Hulsman, *supra* note 31, at 65.

<sup>33</sup> Louk Hulsman, *supra* note 31, at 72.

<sup>34</sup> Rolf S. De Folter, *On the methodological foundation of the abolitionist approach to the criminal justice system. A comparison of the ideas of Hulsman, Mathiesen and Foucault*, 10 CONTEMP. CRISES. 39, 44 (1986).

<sup>35</sup> Louk Hulsman, *supra* note 31, at 72-75.

<sup>36</sup> Nils Christie, *Images of man in modern penal law*, 10 CONTEMP. CRISES. 95, 96 (1986).

是生物與精神醫學者，而非社會學者，則得發現個人被簡化為孤立個體，必須獨自承擔結果<sup>37</sup>。

Hulsman 與 Christie 均指出刑事司法系統的簡化式邏輯，把複雜的社會事實切割為刑法語言得運用的片段，社會人被化約成犯罪者，並且建構出個人式的責任歸屬，而未考量社會面向，而行為人選擇犯行的社會脈絡，以及相連的重要事件，則非刑事司法系統的關注焦點。Hulsman 則進一步指出「犯罪」只是其中一種詮釋問題情境的框架，若找到有別於「犯罪」的框架，則得設想完全不同的應對方式。

若從廢止論觀點檢視既有量刑實務與理論，則得開展不同的思考方向。首先，詮釋行為人與犯行的框架，並不是只有對犯罪者賦予痛苦，只要轉換詮釋框架，如何看待行為人並選擇應對方式，就會有完全不同想像。因此，重構量刑理論的基本前提，必須先確認量刑理論要如何看待行為人，無論是建構行為人責任或選擇應對方式，都無法脫離詮釋行為人與犯行的框架。而且，檢視我國實務見解後，更加清楚顯示描繪行為人及犯行的方式，會根本影響如何揀選量刑事由與最後量刑結論。因此，量刑理論的重要關鍵是如何設定行為人圖像，其建構方向會影響量刑理論實質內容。

接著，量刑理論應如何選擇行為人圖像，若延用廢止論的基本預設，則其核心要素必須納入社會面向，還原行為的具體社會脈絡與條件，不是只描述犯行當下的狀態，而須詳細交代犯行的具體情節，避免複雜的侵害事件，被化約為行為人的自主決定，讓量刑理論走向純粹個人責任，並連帶讓應對方式單一化，封鎖構想責任及應對方式的想像空間。因此，行為人圖像的核心內涵，必須包含行為人選擇犯行的社會條件與脈絡，並產生調整個人責任與應對方式的效果。不過，我國實務雖然已有類似見解，但並沒有清楚說明社會條件與脈絡的概念，而有釐清必要，而本文選擇當代犯罪學論述，檢視其如何看待行為人及犯行的關係，提供具體脈絡式行為人圖像的建構方向。

---

<sup>37</sup> Nils Christie, *supra* note 36, at 96-97.

## 第二目 當代犯罪學觀點

當代犯罪學的主要探問是人為何會犯罪，並試圖建立行為人與犯罪的因果關係，但不同犯罪學理論，其主張的基本預設及處理方式亦有根本差異<sup>38</sup>。有從涉及行為的基因、腦造影與神經科學的面向，指出如情緒控管與社交能力不佳，無法忽視個體無法控制的生物徵相，亦有著重社會面向，如行為人的社會處境與結構性因素，如貧窮、不平等與資本市場經濟，並分析出促成 (motivating) 與抑制 (control) 犯罪的因子，或探討不同文化脈絡，如同儕、街頭次文化如何形塑出行為人認知犯行的結構<sup>39</sup>。上開理解犯罪成因的觀點並非互斥，生物及社會因素都無法得出犯罪宿命，當代犯罪學並未預設單一因素導致犯行，而是著重行為人的生命歷程中，生物、社會、心理因素間如何交互作用<sup>40</sup>。亦即，犯罪學著重犯行成因的多元性質，反對單一歸因至行為人自由意志，就算是日常活動與機會理論<sup>41</sup>，也不會完全否認不同因素的作用，只是著重犯行與理性選擇的面向。犯行來自多元成因的犯罪學預設，得指示行為人圖像的基本建構方向，由於犯行不只是自主選擇，而是涉及生物、社會與心理面向的成因、條件與發展過程，行為人實質受制於無法歸責自己的因素。本文認為具體脈絡式的行為人圖像，其核心要素就是指出犯行的多元成因，避免自主選擇及個人責任式的敘事結構，成為單一行為人圖像。

回頭檢視我國的典型個案，若法院採取具體脈絡式的行為人圖像，主要參考精神鑑定與心理衡鑑的分析內容，而行為人的犯行成因，多指向生物與心理學式面向，如因精神障礙而無法控制行為，或因生命經驗致使人格發展不完全，卻少見社會學式分析。雖然心理衡鑑報告會側面提及社會面向，如家庭、學校與日常生活中的互動經驗，以及發展過程，但關注焦點仍是個人性質及特殊經驗，如同 Nils

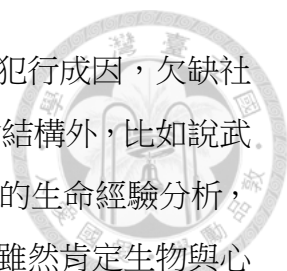
<sup>38</sup> 由於犯罪學涉及的理論與研究方法面向非常多，本文無法詳細介紹，只能簡單說明基本走向與預設，若須理解犯罪學的基本理論地圖，中文論述請參閱：許春金，*犯罪學*，8版（2017年）。英美論述請參閱：FRANCIS T. CULLEN & PAMELA WILCOX EDS. *THE OXFORD HANDBOOK OF CRIMINOLOGICAL THEORY* (2012)，本書收錄不同犯罪學理論的當代論述，得作為入門引導。

<sup>39</sup> Francis T. Cullen & Pamela Wilcox, *supra* note 38, at x-xii.

<sup>40</sup> Francis T. Cullen & Pamela Wilcox, *supra* note 38, at x；周儵嫻，*刑法第 57 條科刑量表建置的犯罪學觀點*，*軍法專刊*，62 卷 6 期，頁 34-36（2016 年）

<sup>41</sup> 不過目前正流行的日常活動 (Routine activity theory) 與機會理論 (Opportunity theory)，則揚棄犯行成因得歸因至行為人個別特質，如生物或社會面向，並選擇理性人預設，把犯行視作成本利益衡量的理性選擇 (rational choice)。因此，其理論核心並不是行為人，而著重犯罪事件本身，故相對應的犯罪抗制方式，則是有效運用資源並提高犯罪的成本，如犯罪熱點、情境控制與部署監控技術。上開理論與技術的說明及批判，請參閱：Tom Gash 著，堯嘉寧譯，*被誤解的犯罪學：從全球數據庫看犯罪心理及行為的十一個常見偏誤*，頁 311-342（2018 年）。





Christie 的批評，量刑傾向生物及人格層次，並由個人特質理解犯行成因，欠缺社會脈絡與系統的觀點，讓具體脈絡式的行為人圖像，抽離自社會結構外，比如說武張孝慈案中，其原住民族背景及成長歷程，都只停留在個人層次的生命經驗分析，而未提及支撐特定身分認同與互動模式的族群因素。因此，本文雖然肯定生物與心理學式的犯行成因分析，提供法院深入理解行為人的契機，但行為人、犯行及社會的關係，亦得提供不同觀點，故本文會從犯罪社會學與批判犯罪學的基本關懷，說明若以社會面向看待犯行，則關注焦點會如何轉移。

### 第三目 社會學式觀點

Eileen Leonard 由社會學觀點看待犯罪，社會學預設人不只被個體處境 (personal situation)，同時也被宏觀社會系統 (social system) 影響，如資源與權力分配的模式、共同的文化脈絡。因此，人的行動並非真空，任何只訴諸個人的分析語彙都具備一定危險性，不僅過度強調個人意志，而忽略選擇條件與脈絡的作用，亦把政策解方導向轉變個人特質。若由個人式觀點看待犯罪，則問題化犯行的框架，就會聚焦於具有頑劣性格者，而刑事政策就容易轉向隔離或給予個人痛苦<sup>42</sup>。但社會學觀點並不採取如此問題化的方式，而是著重因種族、性別與階級的差異，造成權力及資源分配的不平等，如何形塑出個人選擇犯罪的條件<sup>43</sup>。亦即，由社會學觀點理解犯行，則著重各式社會條件如何讓犯行成為可能，而非真空設想個人的自由意志作用。

批判犯罪學中的諸多流派，如馬克思主義與女性主義犯罪學，其問題化犯罪的方式，則與主流犯罪學有相當大的差異。批判犯罪學並未把社會類別視作個人特徵，而是視為關係性的現象 (relational phenomena)，如種族問題來自非裔與歐裔美國人間的歷史與權力關係，性別問題則是男性與女性的互動關係中，被結構化的社會角色。因此，人與犯行間的因果關係，就不只停留於特定社會類別會導致犯罪，而是描述特定關係中的權力及秩序部署，並探究誕生脈絡，而犯行則是特定關係運作後的結果<sup>44</sup>。因此，批判犯罪學真正著重的並不是人為何犯行，而是研究特定關

---

<sup>42</sup> EILEEN B. LEONARD, CRIME, INEQUALITY AND POWER 16-18 (2015).

<sup>43</sup> EILEEN B. LEONARD, *supra* note 42, at 22-28.

<sup>44</sup> MICHAEL J. LYNCH & RAYMOND MICHALOWSKI, PRIMER IN RADICAL CRIMINOLOGY: CRITICAL PERSPECTIVES ON CRIME, POWER AND IDENTITY 14-17 (4th ed. 2006).

係的運作機制如何造成犯行，故犯行成因並非個人意志，而是結構化的互動關係形塑出的權力與秩序機制。

由社會學與批判犯罪學的基本關懷看待犯行，著重核心就是犯行的社會條件、權力及資源分配以及特定關係機制，而不是個人的自由意志與人格特質。因此，具體脈絡式的行為人圖像中，社會面向應著重行為人的社會條件、關係及脈絡，而不是僅著重個人的生物特質與心理發展。

### 第三款 小結

如何建構具體脈絡式的行為人圖像，其實已經有許多知識領域的研究成果，法院並不需要自己精通上開知識，並親自調查所有資料，而是與不同專業跨界合作，由鑑定方式收集詳細的報告。法院只需要掌握具體脈絡式的行為人圖像，並願意面對行為人的多元性，並作為量刑評價的基礎。因此，具體脈絡式的行為人圖像，真正問題並不是如何建構與調查，而是如何架接至量刑理論中，並轉譯為法律內部邏輯。本文以下會從量刑目的著手，試圖從量刑理論的內部邏輯中，建立具體脈絡式的行為人圖像之正當性。

## 第二節 量刑目的與具體脈絡式的行為人圖像

本節說明具體脈絡式的行為人圖像，比起自主負責的犯罪者圖像，更符合本文設定的量刑目的。首先，會先解釋刑法第 57 條「行為人之責任」的實質內涵，並找出非個人責任的論述空間，並由具體脈絡式的行為人圖像，有效節制量刑施加強制力。再來，從個別化量刑的觀點，說明具體脈絡式的行為人圖像，有助於選擇適當的犯罪應對方式。

### 第一項 具體化刑法第 57 條「行為人之責任」

刑法第 57 條並不當然容納具體脈絡式的行為人圖像，由於本條「行為人之責任」的文意與實質內容，經常導出規範責任與行為責任的結論，並封鎖不同責任建構方式，但本文並不認為如此解釋是正確的。因此，本文會重新解讀刑法第 57 條「行為人之責任」，並找出具體脈絡式的行為人圖像之運作空間。



## 第一款 量刑中的罪責原則

主流論述看待刑法第 57 條「行為人之責任」的方式，基本均理解為量刑必須受到罪責原則拘束，故等同為罪責原則的明文化，而如此理解方式顯示出兩項基本論調。第一，量刑理論受限於規範責任與行為責任的概念，過度著重自由意志與犯行本身，壓縮非個人式責任的運作空間。第二，罪責原則具備限制作用，避免法院因再犯預防目的，施加過度強制力。

### 第一目 規範責任與行為責任

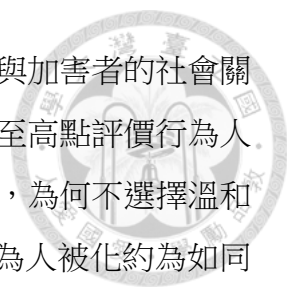
首先，量刑理論中的罪責原則，其實質內涵指向犯罪論要素，包含行為客觀與主觀不法、違法與責任，排除行為人的個別特質，聚焦為構成犯罪的要素，屬於行為責任<sup>45</sup>。因此，「行為人之責任」的論述方向，就會偏向行為責任的基礎前提，人必須為自身犯行負責的陳述，其實奠基於自由意志為核心的規範責任，其預設行為人具備行為及意思自由，所以能自行選擇合法或非法行為，若行為人最終選擇實行侵害，刑法就得加以非難<sup>46</sup>。規範責任論的核心要素，著重行為的規範命令，行為人有自由意志且不應實行侵害，並成為刑法得對非難其行為的前提。但規範並不是完全忽略現實，當行為與意思自由受到嚴重壓抑，如行為人具備生心理的特殊情況、受到欺瞞或者強制，致使無法正確認知規範或控制行為時，則基於行為人不具意思能力，或欠缺期待可能性<sup>47</sup>，而得出刑法不得非難的結論。

但規範責任再加上行為責任的論述，若作為刑法第 57 條「行為人之責任」的唯一內涵時，而未進一步考量其餘面向，則會造成非預期的嚴罰後果與排除機制。當規範責任與行為責任匯流於量刑，則評價重心會著重於：行為人「得否」就自身「犯行」負責，但行為人得否負責的核心要素，繫諸於規範責任論中的「他行為可能性」及「期待可能性」，亦即，行為人有沒有其餘行為選項？從規範觀點來看，只要行為人的自主意志未被根本性剝奪，就會得出「具備」行為與意思自由的結論，行為人永遠都有選擇合法行為的機會。

<sup>45</sup> 林山田，刑法通論，10 版，頁 523（2008 年）；柯耀程，刑法總則，頁 433-434（2014 年）。

<sup>46</sup> 高金桂，自由與罪責，軍法專刊，59 卷 4 期，頁 147-148（2013 年）；潘佳苡，刑事責任本質之反思—重新建構現代的責任觀，國立臺灣大學法律學研究所，頁 60-62（2018 年）。

<sup>47</sup> 高金桂（註 46），頁 162-167。



因此，法院就能直接抽離犯罪事件的複雜脈絡，得無視被害與加害者的社會關係，省略加害者的人格形塑過程是否受到外在因素影響，並站在至高點評價行為人「未選擇合法行為」，不斷質問行為人為何不能與他人好好相處，為何不選擇溫和方式處理問題？由於排除整體行為的現實條件與發展過程，行為人被化約為如同超人的存在，一旦發揮自身意志就得避免犯行。但因此，行為人得否負責的提問並不重要，只要不具備喪失責任能力的情形，答案就是行為人「得」就自身犯行負責。此時，量刑評價重心就只剩下「犯行」本身，著重侵害與情節的嚴重性，再加上行為人得自主負責，行為人圖像容易呈現為自主負責的犯罪者，並且正當化嚴厲刑罰與永久排除機制，無法有效節制強制力。

因此，刑法第 57 條「行為人之責任」應如何看待規範與行為責任，並於其論證基礎上，補充不同的考量面向，則是量刑理論必須回答的問題。

## 第二目 限制作用

罪責原則著重行為人犯行，不只有自由意志及非難前提的規範宣稱意義，亦有限制刑法非難範圍的作用。如本文先前的整理，我國實務操作及理論詮釋，大多認同刑法的非難重心是行為人自身犯行，而刑罰對應至犯行須均衡，不得違反刑罰與罪責相當。亦即，罪責原則以犯行為中心，限制非難對象並劃定刑罰範圍，若適用至量刑理論，則意味著由行為人犯行決定實際量刑上限，且不得因為行為人的性格、未來再犯危險與規範再確認之目的，而施加超過犯行的強制力<sup>48</sup>。上開限制作用清楚指出，並不容許無關於犯行本身的事由，發揮提高量刑上限的理由。

若檢視實務及學理如何操作罪責原則的限制作用，則方式相當不同。如本文第二章的說明，最高法院對罪責原則的實質內容，主要由法院就個案綜合考量，包含刑法第 57 條各款事由、多元刑罰目的、刑事政策，故比起限制作用，最高法院看待罪責原則的方式，反而是法院應全盤考量個案的宣稱。

學理的操作方式亦不相同。第一種操作方式把限制作用視為「框架」，由犯行劃定出量刑上限，只要量刑結果不超過上限，法院得容許威嚇、再犯預防目的發揮

---

<sup>48</sup> 林山田，評二〇〇五年的刑法修正內容，收於二〇〇五年刑法修正總評，頁 13-14（2007 年）；陳子平，刑法總論，2 版，頁 303（2008 年）；柯耀程（註 45），頁 436-438；王皇玉，刑法總則，5 版，頁 614-616（2019 年）。

加重與減輕作用<sup>49</sup>，甚至解讀刑法第 57 條各款時，得直接引入社會倫理目的，並對不知悔改的行為人提高刑度<sup>50</sup>。上開操作把限制作用消極理解為量刑框架，無法適當控制並指引法院適用量刑事由，且論者並沒有說明犯行本身的實質對應內容，應指向犯罪論的不法及有責，還是包含犯行情節，抑或是刑法第 57 條各款事由，容易讓許多非犯行相關考量，藉著情節外衣與刑法第 57 條各款的倫理性解釋，滲透至量刑框架的設定，最後淪為外框與內涵都模糊不清，實質架空罪責原則的限制作用。

第二種操作則把限制作用視作量刑的解釋核心，盧映潔教授認為刑法第 57 條各款事由，必須屬於犯罪行為的前提與實質內容，才具備量刑適格性<sup>51</sup>，堅守行為責任的立場，避免法院恣意判斷。因此，罪責原則中的犯行，清楚指涉犯罪論的不法與有責要件，但面對犯罪論外的社會與心理事實，論者傾向全面排除，認為只要無關乎罪責，均不得納入量刑考量<sup>52</sup>。如此操作方式讓量刑具備核心指引，但全面排除犯行以外的量刑事由，讓生物、心理與社會面向無力施展，落入自主負責的犯罪者圖像，整體量刑會走向個人責任，封鎖架接不同責任圖像的空間。

第三種操作則著重如何保留限制作用，並兼容未指向犯行的量刑事由。李茂生教授認為刑法第 57 條各款事由，僅具備劃定行為責任的效果，故解釋時必須鑲嵌於犯罪論要素<sup>53</sup>，先把各款事由定性至違法與責任階層後，建立起「先違法後責任」的架構，並安排先後審酌順序，最終得出緊密扣連至犯行的宣告刑。但論者並未完全排除行為人特質與刑事政策考量，如人格、生活背景與刑罰對個人的負面效果評估，而把宣告刑視作新的量刑上限，保留法定刑下限後，讓行為人相關事由產生作用<sup>54</sup>。謝煜偉教授認為刑法第 57 條各款，得區分為犯罪論相關事由，如指向違法性、責任的「犯情因素」，具備劃定責任刑上限的效果，以及指向行為人個別屬性或刑事政策的「一般情狀因素」，僅具有責任刑下修的刑罰減輕效果，發揮行為責

<sup>49</sup> 林山田（註 45），頁 523；陳子平（註 48），頁 303。

<sup>50</sup> 林山田（註 45），頁 528-534。

<sup>51</sup> 盧映潔，我國刑法修正案有關增減刑罰及保安處分規定之探討與評析，月旦法學雜誌，121 期，頁 259-261（2005 年）。

<sup>52</sup> 盧映潔（註 51），頁 260。

<sup>53</sup> 李茂生，量刑因子的調查與辯論，法官協會雜誌，15 期，頁 110-112（2013 年）。

<sup>54</sup> 李茂生（註 53），頁 113。



任的刑罰限制作用<sup>55</sup>。論者正確理解限制作用的核心，並不是全面排除無關乎犯行的事由，只要類型化不同量刑事由並確認其方向性，則得避免行為人因性格、未來再犯預測與社會觀感，受到國家不當施加強制力，並留下讓不同責任圖像與刑事政策運作的空間。

本文認同第三種操作方式對限制作用的理解。限制作用未必導出排除行為人相關與刑事政策考量的結論，以犯行作為量刑加重門檻及上限，從來不等於量刑應拒絕生物、心理及社會脈絡觀點，讓評價過程只剩下犯行與自主負責的犯罪者，只要避免行為人因犯行以外的因素，受到未受節制的強制力，縱然納入具體脈絡式的行為人圖像，並不會當然違反罪責原則。

因此，接下來的問題就是，如何重新定位規範責任與行為責任概念，由量刑觀點檢視罪責原則，轉化刑法第 57 條「行為人之責任」的實質內容，並撐開具體脈絡式的行為人圖像之適用空間。

## 第二款 重新調整罪責原則的量刑定位

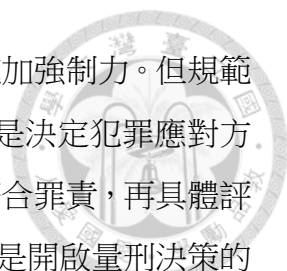
犯罪論中的責任原則與罪刑均衡原則，無法完全解釋刑法第 57 條「行為人之責任」的內涵，前者著重責任能力與他行為可能性，攸關刑法得否非難的前提，而後者則強調不同犯行間的嚴重程度次序，須對應至相符合的刑罰嚴厲程度。但本文認為，「行為人之責任」處理的命題，並不只是行為人得否負責，而是如何評價行為人負責程度，並選擇適當的應對方式。因此，有必要調整刑法第 57 條「行為人之責任」的考量面向，而不是完全等同規範責任及行為責任共構的評價重心，而應柔化規範責任非難行為人當下未選擇合法的行為，而未重視造就犯行的條件與發展過程，並導正行為責任過度聚焦犯行嚴重程度。

### 第一目 規範責任僅具備量刑前提性質

重新檢視行為人得否就自身犯行負責的命題，會發現規範責任論的核心命題，其實是探問行為人是否具備為行為負責的「前提」，並採用自由意志作為解方，而衍生出的行為與意思自由，以及著重選擇不同行為的機會。因此，行為人得否負責，

---

<sup>55</sup> 謝煜偉，「教化可能性」在死刑量刑判斷上的意義與定位—從最高法院 102 年度台上字第 170 號判決到 105 年度台上字第 984 號判決之演變，臺北大學法學論叢，105 期，頁 167-169（2017 年）。



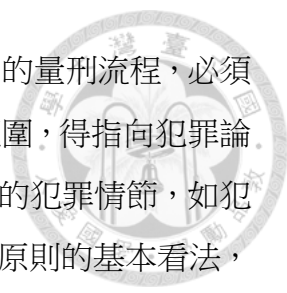
最終指向是否具備刑法非難的前提，亦即，國家得否對行為人施加強制力。但規範責任的核心命題，卻不是量刑真正重要的命題。由於量刑本質是決定犯罪應對方式，必須建立在國家得非難的前提上，具備犯行不法且行為人符合罪責，再具體評價行為人與犯罪事件，並決定如何應對。規範責任論的命題，只是開啟量刑決策的基本前提，根本未處理如何具體評價與應對，當法院說明行為人須為犯行負責時，至多宣示行為人具備非難前提，得往後進行具體評價及選擇應對的流程，但並未回應量刑的實質問題。

因此，法院進行量刑時，不應僅止於行為人具備為行為負責的「前提」，而是確認行為人得受刑法非難後，再進一步確認行為人的犯行成因與發展過程，具體評價行為人應負責的「程度」，並選擇實際應對方式。但規範責任的命題，無法完整處理量刑過程，當法院只著重規範責任的結論，直接得出行為人應負起完全個人責任，並給予嚴厲刑罰時，其實未真正回應行為人的負責程度，並無法適當評估適當的應對方式。本文認為，量刑理論必須於行為人得負責的規範基礎上，額外考量不同面向，才算是走完所有量刑過程。

## 第二目 行為責任無法回答個人責任程度

確認規範責任於量刑理論中的定位後，接著須說明如何確認行為人的負責程度。由於得選擇合法行為的規範宣稱，其作用為連結行為人、犯行與非難前提，並未提供具實效的量刑指引，故罪責原則的行為責任面向，才是真正指引量刑結論的概念，並延續量刑評價的重心，進一步推導出：行為人就犯行負責後，犯行嚴重程度則決定刑罰嚴厲程度。上開論證預設兩項前提，分別是犯行必須由個人負責的歸責方向，以及犯行等同於個人負責程度，但本文認為以上推論均有待商榷。

首先是個人責任的歸屬方式。如同本文前面論述，當法院按照犯罪論，認定行為人具備因果歸屬與非難前提，還必須進一步考量有別於規範責任的面向，才得回應行為人的負責程度與應對方式。如同本章第一節的說明，實然面向已經指出犯罪成因的多元性，不應該只著重自由意志的面向，還必須看到生物、心理與社會面向的多元交織影響。如果法院把犯行單一歸因至個人自由為「惡」意志，就停止後續調查，則是過度簡化量刑過程。因為規範責任的結論，至多得出行為人應為犯行負責，但如何評價負責程度並選擇應對方式，則須考量其餘面向，才得完整回應。



接著，由犯行直接得出個人負責程度的論證，混合兩個不同的量刑流程，必須清楚區別兩者效果與考量事實。首先，犯行的指涉對象有不同範圍，得指向犯罪論中的不法與有責要素<sup>56</sup>，以及與犯罪論無關，但和犯行緊密連結的犯罪情節，如犯罪手段的反社會程度、犯罪目的與動機<sup>57</sup>。按照法益保護與罪責原則的基本看法，犯行反映行為人的負責程度上限，以及國家得施加的強制力多寡，若犯行嚴重程度高，則預設國家得施加較多強制力處理，若行為人犯殺人罪，則殺死一個跟十個人，會容許法院對後者施加較多強制力。因此，犯行嚴重程度至多設定出負責程度的上限，卻無法直接推論個別行為人的具體負責程度。行為人負責程度並非處理犯行是否嚴重，而是行為人是否基於非自主因素才選擇犯行，如生命經驗與人格養成的關聯，或者社會結構限縮其行為選擇，涉及個別行為人過往與當下犯行的整體考察。因此，若法院評價犯行嚴重程度後，就直接得出行為人負責程度高，則是把負責上限等同實際負責程度，而未真正完成量刑過程。

本文由兩個例子說明犯行嚴重程度與行為人負責程度的差異。第一，當甲與乙都犯下竊盜罪，且侵害財產價值相同時，只從犯行無法評價兩人就自己犯行的負責程度有多少，法院必須調查兩人的生活背景與犯行目的，並得知甲因長期失業而行竊，乙則只是打發時間，法院才能得出甲的負責程度比較輕微。第二，當甲犯下殺人罪，而乙再次犯下竊盜罪，單從犯行至多得出，法院得對甲施加比較多強制力，但還是無從得知兩人各自的負責程度，當法院進行調查，發現甲長期受到被害人家暴對待，最終無法忍受才反擊，而乙又只是打發時間才行竊，則法院能得出甲的負責程度輕微，而乙則未下降的結論。

因此，犯行嚴重程度與個人負責程度雖然都會對量刑產生效果，但兩者的效果與考量事實並不相同，不應混為一談。從效果來說，當行為人進行嚴重犯行時，僅說明其負責上限比較高，但不必然得出實際負責程度高，且應施加嚴厲強制力的結論，但相反，若行為人的犯行輕微，則其負責上限會較低，若從生命歷程無法得出任何減輕責任的事由，也不會超出犯行設定的負責上限。從考量事實來說，個人負

---

<sup>56</sup> 柯耀程，刑法總則，頁 433-434（2014 年）。

<sup>57</sup> 但犯罪情節涉及許多量刑理論的基本問題，如是否屬於罪責的指涉範圍，作為量刑事由的正當性基礎，以及如何決定加重減輕的方向與權重。本文會於第三節簡單說明目前見解。





責程度須調查與犯行侵害無涉的事實，如目的、情節、生命經歷與社會位置與類別等等，才得勾勒出具體的責任圖像，並評價自由意志與非個人因素如何交錯。

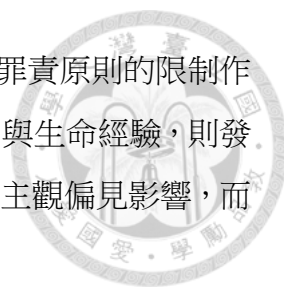
### 第三目 重解刑法第 57 條「行為人之責任」

本文認為從量刑觀點看待罪責原則後，可以得出三個重要結論。第一，自由意志的規範宣稱，僅具備開啟量刑程序的前提效力，不應得出完全個人責任的結論。第二，犯行嚴重程度與負責程度分屬量刑不同流程，兩者都會影響量刑結論，但效果與考量事實並不同，前者著重犯行，後者則勾勒出具體個人的真實面貌，並與自由意志預設的理念型之人相比，揭示出兩者的落差異與衝突。第三，罪責原則並未排除與犯行無關的量刑事由，只要經過類型化並設定量刑方向，避免行為人受到不當強制力，則量刑時評價行為人相關事由及刑事政策，並不違反罪責原則。

按照上開結論，刑法第 57 條「行為人之責任」於量刑過程的運作，不應只停留於規範責任與犯行嚴重程度，否則無法完整評價行為人的負責程度，也無從解釋無涉於犯罪論的量刑事由，如行為人的生命經驗與刑事政策，對於量刑理論的重要性。若由本文設定之量刑目的，並結構化上開對既有論述的批判，得進一步詮釋本條「行為人之責任」的量刑意義。

首先，行為人得選擇不同行為的規範宣稱，只作為開啟後續量刑的基本前提，僅指出行為人應對行為負責，但無法直接判斷出行為人的實質負責程度與負責方式。

接著，奠基在行為人得負責的前提，量刑理論不只考量犯行相關事由，亦須評價行為人的實質負責程度，借助不同專業領域的觀點，呈現出自由意志與外在條件的複雜關係。至於犯行與實質負責程度的關聯，本文認為先按照犯行嚴重程度，確認出量刑強制力的上限，再從行為人相關的生物、心理與社會面向，容許大幅下修負責程度。本文如此主張的理由，是結合犯行嚴重程度與自由意志的規範宣稱，其預設邏輯是行為人得完全自主負責時，容許國家施加的強制力上限，但純粹自由意志下的犯行僅是理念型宣稱，協助法院決定量刑範圍與起始點，但最終行為人應負起多少責任，則須檢視具體的犯行脈絡。況且，本文想要說明量刑理論不應只停留於犯行，而應容許不同考量，開展不同犯罪應對方式的想像，並有效節制強制力，



而非完全解構既有的刑法與量刑理論預設。因此，本文並未排斥罪責原則的限制作用，當犯行相關事由確立負責程度的上限後，行為人的犯行成因與生命經驗，則發揮減輕效果，不得往上提高強制力，否則會受到政治目的、法院主觀偏見影響，而流於性格責任的弊端。

最後，法院會審視行為人的具體情形，並於下修後的負責範圍內，選擇適當的犯罪應對方式，避免施加過度強制力，而法院選擇應對方式的主要理由，就不一定要完全反映行為人責任，而得根據不同刑事政策目的，再往下調整最終量刑種類與強制力程度。

因此，本文認為刑法第 57 條「行為人之責任」，並不是消極指出限制框架，並僅著重犯行，而是涉及如何定位自由意志的規範宣稱、犯行嚴重程度、實質負責程度與最終量刑結論的關聯。縱然行為人得為行為負責，但量刑過程不僅僅如此，還須進一步檢視行為人的負責程度，避免個人責任式的論理，讓個人對自己無法控制的因素，承擔過多強制力。而且適當的犯罪應對方式，並不是負責程度的完全鏡射，若有刑事政策考量，如對個案施加監禁，會妨礙復歸或修復關係，則應容許減輕量刑，甚至選擇不同應對方式，負責程度僅僅發揮消極限制作用，無須全部換價成賦予痛苦的量。本文試圖於行為人為犯行負責的主流前提上，指出行為人負責多少、如何負責，並不是單單由自由意志與犯行嚴重程度決定，須進一步考量不同面向，而刑法第 57 條「行為人之責任」，不只是罪責原則的明文化，而得連結至量刑目的，撐出不同考量的運作空間。

### 第三款 負責程度應採取具體脈絡式觀點

一旦確立刑法第 57 條「行為人之責任」的實質意義，必須評價行為人具體負責程度時，則具體脈絡式的行為人圖像，就有相當充足的著力點。如果選擇自主負責的犯罪者圖像，讓行為人負起完全個人責任，就會落入本文批評，既然自由意志的規範宣稱，無法處理負責程度，而自主負責的犯罪者圖像，又奠基於自由意志之上，則會得到相同結論，無論是自由意志的規範宣稱，或者是自主負責的犯罪者圖像，都無法處理負責程度的探問。

具體脈絡式的行為人圖像揭示犯行的多元成因，包含生物、心理與社會面向，並具體勾勒出犯行條件與發展過程，有助於釐清行為人的自由意志與外在條件的交錯關係，並提供法院減輕個人責任的契機。因此，具體脈絡式的行為人圖像不只能處理負責程度，且指出犯行中非個人控制的成因，比起自主負責的犯罪者圖像，得更有效限縮個人責任，並節制隨之而來的節制力。

## 第二項 多元犯罪應對想像的前提

本文接著要說明，具體脈絡式的行為人圖像，得提供選擇犯罪應對方式的基本前提，法院必須全面評估個案的具體情形，如犯行、行為人具體的行動條件與過程，如社會及心理面向的事實。當法院理解完整的個案情形，而非片面的犯行描述，則有助於作出個別化量刑，且因全面評估個案，法院容易看見不同個案的特質，不會只專注賦予痛苦的選項，而能夠從多元應對方式中，選擇最貼合個案情形的量刑結論，符合本文設定的量刑目的。因此，本文先釐清個別化量刑的內涵，再進行下一步論證。

### 第一款 個別化量刑的基本概念

個別化量刑( individualized sentencing )的基本概念，得參考 William W. III Berry 的論述，其分析美國聯邦最高法院對個別化量刑的適用趨勢。首先，美國討論個別化量刑的脈絡，具有制度與法律規範的獨特性。由 1970 年代開始，復歸為主的刑罰福利體制喪失正當性，許多州轉向公正應報的量刑模式，但嚴罰傾向的法與秩序邏輯，亦同時滲透至量刑相關法律，尤其針對特定犯行，大幅限縮法院裁量空間，如法定最低刑度及法定死刑<sup>58</sup>。因此，個別化量刑的核心概念，即法院得全面評價相關證據，則被立法者架空，尤其當個案符合法定量刑要件，卻同時具備減輕因子時，法院只得選擇嚴重的量刑結論<sup>59</sup>。

論者指出個別化量刑的主要理由，為行為人獨特性( offender uniqueness )與懲罰差異性( punishment differentness )。首先，個別行為人的犯行情節及個人特質都不同，法院必須評估行為人的特殊情形，才得決定合適的量刑。犯行情節( crime

<sup>58</sup> William W. III Berry, *Individualized Sentencing*, 76 WASH. & LEE L. REV. 13, 24-27 (2019).

<sup>59</sup> William W. III Berry, *supra* note 58, at 42-43.

itself)，如侵害程度、手段、被害者性質等具體情節，並按照其性質，個別指向加重或減輕方向<sup>60</sup>，而個人特質不只包含典型可責事由，如行為人主觀目的、計劃縝密程度以及分工程度，還涉及行為人個別特質與生命經歷，如受暴經驗、心智尚未成熟或缺陷，以及行為人是否悔悟，都應成為法院考量面向，才得完整評估行為人的獨特性<sup>61</sup>。

接著，懲罰差異性則涉及不同刑罰種類的特質，以及個別行為人承受刑罰的差異性。就前者而言，美國聯邦最高法院顯示兩極化的檢驗基準，嚴格審視死刑與不得假釋的終生監禁，並基於其帶來的嚴重後果，必須具體審視行為人的個別情形，但對上開種類外的刑罰種類，則降低審查密度，未嚴格適用個別化量刑，等同變向宣示非死刑與終生監禁的刑罰，法院得片面看待個案情形，並施加不適當的刑罰<sup>62</sup>。就後者來說，美國聯邦最高法院則評估死刑與終生監禁對不同行為人的差異影響，如少年與老人，但同樣受到上開針對兩極化檢驗基準的批判<sup>63</sup>。

論者的分析框架顯示出個別化量刑的主軸，分別是法院裁量空間、行為人個別特質，以及刑罰種類差異，由於法院裁量空間涉及立法及司法的任務分配，屬於權力分立的問題，並非本文核心提問。因此，接下來僅以行為人個別特質與刑罰種類差異為標的，說明具體脈絡式的行為人圖像，如何有助於個別化量刑的主軸，並連帶提供多元應對方式的基本前提。

## 第二款 具體脈絡有助於選擇犯罪應對方式

首先，按照 William W. III Berry 上開說明，行為人個別特質包含犯行以及行為人面向，前者與犯罪論高度相關，無論法院選擇何種行為人圖像，只要進行一般調查流程，就會得到相關資訊。但行為人面向則不同，如果要調查行為人的生命歷程及心智狀態，法院必須接納具體脈絡式的行為人圖像，若著重自主負責的犯罪者圖像，行為人個別特質並不重要，最多囑託精神醫學專家鑑定，以確認行為人是否具備責任能力，至於行為人為何選擇犯罪，是否有特殊條件與發展過程，則非探問重心。當法院選擇具體脈絡式的行為人圖像，行為人的個別特質則成為調查重心，法

<sup>60</sup> William W. III Berry, *supra* note 58, at 52-53.

<sup>61</sup> William W. III Berry, *supra* note 58, at 55-58.

<sup>62</sup> William W. III Berry, *supra* note 58, at 63-65.

<sup>63</sup> William W. III Berry, *supra* note 58, at 64.

院不僅須借助精神醫學，還要與心理、社會、社工及犯罪學專業跨界合作，才得全面理解行為人選擇犯行的條件與發展過程。因此，調查行為人的個別特質，必須仰賴具體脈絡式的行為人圖像，才得達成，兩者具備高度相容性。

接著，論者論述刑罰種類差異的面向，分別是刑罰種類本身的差異，以及刑罰對行為人的效果差異。先就刑罰種類本身的差異來說，延續論者對最高法院見解的批評，刑罰種類本身的差異，並不只存在於極刑與非極刑間，只要是對行為人賦予痛苦的刑罰，都須考量其種類的差異。不過，論者並未掌握刑罰種類差異的核心，無法清楚呈現刑罰種類差異，如何連結至個別化量刑，但只要調整論述重心，兩者關聯就會非常清楚。不同刑罰種類本身的差異，並不只是侵害權利程度高低，而是各自具備不同的刑事政策效果，如同本文先前論證，從死刑、終生監禁、罰金，到刑罰轉向與替代措施，如緩刑、社區內處遇與復歸方案，都有各自的刑事政策方向。由於量刑過程不只是單純決定賦予多少痛苦，而是須評估個案的具體情形，並思考不同應對方式適用至個案時，一但與具體情形相互作用後，得否真正落實其刑事政策目的。因此，個別化量刑是具體考量犯罪應對方式的當然結果，如果未分析應對方式的實質差異，則法院無法就不同個案，選擇適當應對方式。

因此，本文認為刑罰種類本身的差異，得擴展為犯罪應對方式的刑事政策差異，而個別化量刑的其中一個面向，就是正確理解並選擇適合個案的應對方式，且法院必須意識到應對方式的多元性質，不是只有賦予痛苦的選項。因此，自主負責的犯罪者圖像會妨害選擇應對方式的多元性，當法院聚焦於犯行本身的嚴重程度時，容易連結到死刑與監禁刑，且未著重調查行為人的具體情形，讓法院欠缺行為人的風險與保護因子之全面評估，並無法理解行為人目前的具體生活環境與社會連帶，則刑罰轉向與替代方案，如緩刑、社區內處遇，即喪失其附麗的基礎事實，連帶致使法院拒絕選擇相關應對方式。若採納具體脈絡式的行為人圖像，則會清楚呈現個案的具體情形，讓法院具備充足的背景資訊，並具體評估不同應對方式的適性，而不會侷限於賦予痛苦的單調應對想像。

至於刑罰對行為人的效果差異，本文亦從選擇應對方式的面向理解，而不侷限於賦予痛苦的選項，連帶應轉換刑罰為應對方式，才得包含不同面向的應對方式，



並完整探問對行為人的效果差異，並分別檢驗其正面與負面效果，確認應對方式欲達成的目的及侵害，為功利主義式的檢驗邏輯。

以監禁刑為例，其基本機制是透過物理方式把行為人隔絕於社會外，並藉由一連串機構內的行刑及處遇制度，企圖改造行為人的肉體與心智結構，由隔絕與規訓技術，避免行為人再度危害社會<sup>64</sup>，但上開運作機制並非對行為人的正面效果，而是犧牲個體來換取社會「利益」<sup>65</sup>。監禁刑的負面效果則相當具體，除賦予行為人痛苦外，還會根本破壞其社會連帶，並對其親人造成身心理、經濟與社會層次的外溢侵害<sup>66</sup>，甚至加固不平等的社會結構<sup>67</sup>。又或者以社區內處遇或緩刑為例，其正面效果是避免刑罰破壞其社會連帶與環境，反而提高再犯風險因子，並且協助行為人積極復歸，負面效果則是改變行為人，涉及法律家長主義與規訓邏輯。

但不同應對方式的正面與負面效果評估，必須奠基在個案的具體情形，如行為人的風險與保護因子、社會連帶健全程度、社會結構位置，如果只關注行為人自主意志的規範宣示以及犯行嚴重程度，則忽略應對方式對行為人的效果差異，整體評估框架會限縮於犯行與痛苦量如何對應，至於個案中與犯行無直接關聯的特質，是否讓應對方式造成過度侵害，或導出不同的應對想像，都不是自主負責的犯罪者圖像的主要元素。但若採取具體脈絡式的行為人圖像，則提供比較多個案資訊，讓法院得具體評估應對方式的正面與負面效果，有助於排除對個案造成嚴厲侵害的應對方式，並按照個案情形，選擇比較適合的應對方式，而不侷限於賦予痛苦。

因此，當法院選擇具體脈絡式的行為人圖像後，其法院評估行為人特質，並如何從多元選項中，選擇適合個案情形的應對方式時，得奠基在全面且具體的個案情形，真正落實個別化量刑及多元選擇應對的想像，而達成選擇適當犯罪應對方式的量刑目的。

<sup>64</sup> 李茂生，圓形監獄與行刑制度—以日本行刑實務中的分類制、累進制、階段制為題材，收於權力、主體與刑事法—法邊緣的論述，頁 14-19（1998 年）。

<sup>65</sup> 但監禁的社會利益，其實奠基在人口分類與差異排除機制，但如此運作模式最終會強化絕對單一秩序觀並限制人的選擇可能性，請參閱：謝煜偉，寬嚴並進刑事政策之省思，月旦法學雜誌，126 期，頁 148-150（2005 年）。

<sup>66</sup> Emily W. Andersen, "Not Ordinarily Relevant": Bringing Family Responsibilities to the Federal Sentencing Table, 56 B.C.L. REV. 1501, 1502 (2015).

<sup>67</sup> RICHARD S. FRASE, JUST SENTENCING: PRINCIPLES AND PROCEDURES FOR A WORKABLE SYSTEM 218-221 (2012).



### 第三項 小結

本文認為具體脈絡式的行為人圖像，對量刑理論而言並不只是純粹外部觀點，而是有助於量刑目的之概念。一旦描繪出行為人的具體犯行脈絡，並撕下自主負責的犯罪者標籤，讓行為人走向犯行的過程，以「得被理解的人」的框架被看見，其效果並不只是柔化個人責任，還開展出不同犯罪應對方式的想像。

## 第三節 重構刑法第 57 條的量刑架構

本節會從本文設定的量刑目的、具量刑觀點的「行為人之責任」解讀，以及具體脈絡式的行為人圖像，重構刑法第 57 條的量刑架構，並提出本文設想的初步框架。

### 第一項 基本預設與操作架構

重構刑法第 57 條的量刑架構前，本文必須說明選擇的基本預設，並從中建構操作架構。第一，本文重新設定量刑目的，指出量刑應著重如何選擇適當的犯罪應對方式，並於國家施加強制力時，有效發揮節制作用。第二，檢視刑法第 57 條「行為人之責任」，並由量刑目的觀點，賦予不同思考層次，先讓犯行嚴重程度掛鉤至自由意志的規範宣稱，確認國家施加強制力的上限，再檢驗行為人的實質負責程度，綜合評價自由意志與外在條件的交錯作用，往下修正得出具體負責程度，並指出量刑就是選擇適當應對方式，只要不超出具體負責程度，得就刑事政策目的，再向下調整量刑結論，不必完全反映責任程度。第三，具體脈絡式的行為人圖像，反對簡化的自主犯罪敘事，而著重多元交織的犯行成因，與本文主張的量刑目的及行為人責任觀點更加契合。

按照上開基本預設，本文重新架構刑法第 57 條的操作模式。首先，必須先確立如何選擇適格的量刑事由，並不是與犯行或行為人有關聯的事實，都具備成為量刑評價對象的資格。刑法第 57 條規定量刑應考量「一切情狀」，但並未詳細說明其內涵，僅列舉十款指向各自不同的事由，無法提供法院有效指引。既有論述採取刑罰目的之取徑，檢驗特定事由是否屬於應報、復歸與預防，但本文已經說明，由複數目的作為量刑核心指引，欠缺整合與批判功能，而應從量刑目的觀點，審查量刑



事由的適格性。因此，本文認為個別事由的適格性，必須指向量刑目的，讓法院面對犯行時，得有效節制強制力，或者協助選擇適當的應對方式，並具體區分為犯行、行為人與應對方式相關事由。

接著，本文對刑法第 57 條「行為人之責任」的修正論述，著重於規範層面的自主意志與具體負責程度的差異，以及量刑結論不必然完全反射責任，而得容納刑事政策目的，而上開說法不只重新解讀行為人責任的意義，還得提供法院操作量刑事由的基本模式。第一，法院必須先考量犯行相關事由，確認行為人的犯行嚴重程度，並由法定刑下限開始往上疊加，其意義是自由意志的規範宣稱，當行為人具備完全個人責任時，容許國家施加強制力的極限，但此評價結果僅作為規範的責任刑定點，並不是最終量刑結論。第二，法院接著評價行為人相關事由，借助不同知識領域的觀點，勾勒出行為人走向犯行的多元成因，如生物、心理與社會面向，呈現出具體脈絡式的行為人圖像，並揭示自由意志與外在條件的交錯後，大幅下修第一階段的量刑定點，而得出具體的責任刑定點。第三，法院最終必須評價應對方式相關事由，並根據具體脈絡式的行為人圖像，參考不同刑事政策目的，並詳細評估不同方式對個案的影響。由於量刑是選擇應對方式的過程，而最適合個案的應對方式，不一定得完整反映具體責任刑，應容許法院按照不同刑事政策目的，宣告比具體責任刑低的量刑結論。

但我國目前的法律設計，若適用本文提出的量刑架構，會遇到實作困難，而須進一步說明。由於我國刑法典的設計，仍然多以自由刑與罰金刑為主，並沒有復歸方案與修復式會議的量刑結論，且緩刑、易刑與保安處分，又各自具備相對嚴格的適用要件，並不是任何個案都得避免刑罰。因此，本文認為仍應先評價犯行與行為人相關事由，決定具體責任刑的定點後，再按照法律規定的差異，而產生三種不同適用路徑。第一，若具體責任刑的定點，符合刑法第五章之二或第九章的易刑與緩刑要件，則就應對方式相關事由，決定個案是否應選擇刑罰轉向措施。第二，若具體責任刑的定點，並不符易刑或緩刑要件，卻落於不同應對方式間，如法院得選擇罰金刑、自由刑與死刑，則須評價應對方式相關事由，法院必須說明應對方式對個案的具體影響，以及如何選擇對個案最適當。第三，若具體責任刑的定點，落於自由刑或罰金刑內，法院僅得決定徒刑期間或數額時，則考量應對方式相關事由



時，其重心在於檢驗自由刑的弊端，法院應說明監禁是否會妨礙個案復歸與修復關係，如果個案會遭受明顯損害，法院應減輕量刑結論，減少刑罰造成的不利益。

總結來說，本文把量刑事由類型化為犯行、行為人與應對方式相關事由，並安排評價先後次序。法院先評價犯行相關事由而得出規範責任刑，再檢視行為人相關事由，並下修規範責任刑後，得到具體責任刑，並以具體責任行為上限，考量應對方式相關事由，選擇最適當的個案應對方式，作出最終宣告刑。

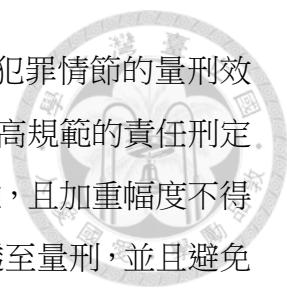
上開架構與目前主流見解相比，似乎沒有根本的差異。但本文核心並非解構既有論述，而是試圖說明清楚，量刑理論為何必須同時關照犯行、行為人的具體脈絡與刑事政策目的？為何具體脈絡式的行為人圖像，是量刑過程中適當的呈現？如果本文先提供一個基本框架與理由，則後續量刑研究的走向，就可以朝向如何探究行為人的犯罪成因與具體脈絡，如何評估不同的應對方式，而不是停留在行為人如何惡性重大、泯滅人性的修辭。

## 第二項 犯行、行為人與應對方式的對應事由

本文以下說明犯行、行為人與應對方式相關事由，各自具備的量刑意義與得對應的具體事實。

### 第一款 犯行相關事由

首先，本文認為犯行相關事由的核心要素，是與犯罪論相關的不法及有責要素，比如說，與構成要件相關者，如法益侵害大小、種類及程度，犯行手段造成的法益侵害危險性，與違法性相關者，如過當防衛與避難的減刑考量，而與罪責相關者，則是刑法明文規定的責任能力下降，如精神障礙與心智缺陷導致辨識與控制能力顯著減損。至於涉及法益侵害危險程度的預備、未遂，行為人主觀的故意與過失，以及成為分則犯罪要件的事實，則立法者已經由法定刑上下限的方式，於法定量刑範圍中進行評價，法院量刑時無須再行考慮。但真正困難的問題，是與犯罪論不直接相關，但涉及犯行情節及嚴重程度相關的事實，如被害人為弱勢或具備脆弱性質、被害與加害者間有權力關係，如男性對女性、漢人對原住民、移工、行為人手段兇殘、犯罪計畫完整，是否應容許法院評價，甚至提高規範的責任刑？



本文目前認為有兩種可行的處理方式。第一種是全面排除犯罪情節的量刑效果，僅保留與犯罪論相關的要素，第二種則是允許法院評價並提高規範的責任刑定點，但是要求法院論述理由時，必須明確與犯罪論相關要素分離，且加重幅度不得超過犯罪論相關要素。本文認為第一種作法得防止倫理價值滲透至量刑，並且避免法院因社會壓力而提高量刑，但可能造成法院欠缺評價彈性，而一律先提高規範的責任刑度，再審視個案是否存在得減輕的犯罪情節，再決定往下調整刑度，會有全面提高刑度的危險。第二種作法雖然有顯著妥協痕跡，但並不是沒有好處，由於法院必須分離犯罪論與犯罪情節相關事由，不只提高說理義務，並且得讓行為人清楚知道，法院如何計算量刑的起始點。

本文舉個例子說明，比如行為人患有嚴重厭女症，並因此殺害自己的妻子，且作案過程兇殘，連續攻擊數十刀才罷手。按照第一種做法，法院不得考量犯罪情節，只能說明生命法益侵害的嚴重性，但其實法院仍然受到倫理價值影響，因此從重量刑，暫定十五年有期徒刑，且無輕微情節，因此不得往下減。第二種作法，法院則必須先撇除犯行情節，只就生命法益侵害給出特定刑度，然後必須具體說明厭女、殺妻與行為兇殘，各自得加重的理由，並由法益保護原則，限制上開情節加重的幅度。本文目前傾向第二種處理方式，與其徒勞地在口頭上阻止社會情感滲入，不如正面承認社會情感存在，並透過量刑階段的可視化，強迫法院分層說理，並讓辯護人得更細緻進行辯護，或許才有辦法真正改善量刑恣意的問題。

### 第二款 行為人責任相關事由

行為人責任相關事由的實質內容，高度重疊於具體脈絡式的行為人圖像，必須解析出行為人走向犯行的多元成因，詳細描述其生物、心理與社會面向，如人格發展與重大生命歷程事件、行為人的社會結構位置、資源分配不均與權力關係，甚至是國家整體制度設計。法院的任務並不是解析出絕對的犯罪原因，而是透過檢視上開事由，讓行為人從自主負責的犯罪者，還原為具體脈絡下的行動者，描繪出一套不同於自主犯罪者的敘事結構，揭示出自由意志與外在條件的複雜交錯。本文認為，當行為人的生命歷程被攤開在眼前，都得發現只要一點點變動，比如說完善社會連帶、健全的親密關係，或是社會與政府願意投注資源並伸出援手，行為人走向

犯行的結局，或許都有辦法被扭轉，而上開條件的欠缺，若以個人責任與行為責任的論述，全部歸責於一人邪惡或不堅定的意志，則過於苛刻。

但上開相關事由顯然無法由法院獨自進行，必須仰賴與不同知識領域的合作，並敞開心胸聆聽其他專業的意見，並建立完整合作機制與團隊，才有機會充實資料，扎實描繪出行為人走向犯行的過程，目前實務常見的精神鑑定報告、心理衡鑑與有論者提倡的量刑情狀鑑定<sup>68</sup>，都是值得進一步完善的制度。本文只是於理論層次提出可能的架接空間，但仍須由實務進行最重要的調查與跨界合作。

### 第三款 應對方式相關事由

應對方式相關事由的實質意義，首先是指出隔離無害化與再犯危險控管，並非唯一的犯罪應對方式邏輯，死刑、監禁並不是僅存或最好的應對方式。當法院正視行為人的具體生活條件後，則得納入不同應對方式的影響評估，從而選擇最適合個案的量刑結論，如緩刑、社區內處遇、罰金刑，或者就死刑、監禁的隔離無害化目的，以及對行為人的各種負面影響詳加評估，進而減輕強制程度甚至迴避。再來，量刑結論亦得考量不同刑事政策及處遇方案的實踐機會，比如說，若被害與加害雙方得開展修復式會議，法院得因此作為減輕量刑的理由，讓尚未正式成為刑罰替代手段，或未被制度化的犯罪應對方式，得具備影響量刑的效果。

因此，法院得於個案中考量應對方式的效應，如評估監禁造成的社會連帶斷裂與後續的犯罪循環，亦得評估復歸與矯正資源的投注，考量個案接受不同方式的適性，或者得檢驗刑罰手段對特定族群再製不平等結構。量刑結論未必要掛鉤並如實反映行為人責任，反而有連結具體刑事政策目的之契機。

---

<sup>68</sup> 謝煜偉，量刑事實之調查與量刑情狀鑑定，檢察新論，23期，頁35（2018年）。

## 第六章 結論

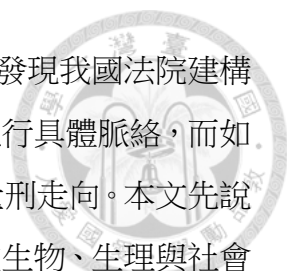


### 第一節 本文研究回顧

回顧本文在第一章提出的問題意識，分別是如何選擇量刑目的、如何建構行為人的責任圖像，以及如何進行刑法第 57 條的基本操作。為回答上開問題，本文第二章先回顧既有理論性研究的成果，發現論者對刑法第 57 條各款應如何操作多有說明，但對如何擇定量刑目的並建構行為人圖像，卻缺少完整論述，連帶無法正面說明，量刑為何得同時考量犯行與行為人因素？接著，本文第三章考察我國目前量刑改革的主要參考對象，即美國、英格蘭及蘇格蘭模式，雖然三種模式的設計與細節並不同，但對本文提問有著相同的回應方式，均指出量刑必須考量許多面向及手段，從複數刑罰目的、犯罪嚴重程度，再到監禁與非監禁手段的適用門檻，但卻未說明全面考量的理由，且相較犯行的細緻描繪，三種模式都扁平呈現行為人，除去犯行外，幾乎看不到行為人的面容。上開衝突讓本文繼續往下探究，並確認是公正應報論的理論預設導致這樣的如此結果。

於是開啟本文第四章的論述。首先，本文先檢討英美論述如何看待量刑目的，卻發現量刑目的由消極限制原則與刑罰目的組成，量刑的實質面向等同於刑罰目的。但本文並不認同如此作法，除非刑罰目的命題有助於處理量刑重要問題，否則應修正兩者的連結。再來，本文以應報觀點為討論重心，並附帶討論預防、復歸與修復觀點，是否得完整回應量刑理論的重要命題，最終發現應報觀點無法處理如何選擇不同量刑手段，只得用賦予痛苦的刑罰邏輯，不當理解所有量刑手段，而其餘觀點則無法處理強制力，或者適用範圍過於狹隘。

接著，本文回顧以應報為核心，並兼顧不同考量的限制應報論，比較不同版本後發現，限制應報論採取不同目的之先後排序，試圖節制強制力並處理量刑複雜性。本文指出限制應報論正確掌握到量刑的關鍵問題，卻採取錯誤回應方式，由於未正面回應量刑的複雜性核心，最終受限於不同刑罰目的與量刑原則的堆疊，無法提供融貫的理論解釋。最終，本文調整既有論證方式，著重量刑本身涉及國家施加強制力與刑事政策，並設定出選擇適當應對方式的目的，並於國家選擇施加強制力時，必須加以節制。



最後，本文第五章嘗試重構刑法第 57 條的基本框架。本文發現我國法院建構行為人圖像時，有兩種截然不同的走向，分別強調自主負責與犯行具體脈絡，而如此差異不只顯示行為人圖像本身的敘事性質，還實質影響法院量刑走向。本文先說明具體脈絡式的行為人圖像，必須指出犯行的多元成因，並著重生物、生理與社會面向，再由量刑目的證立具體脈絡式圖像的正當性。其中，具體脈絡式圖像得有效節制強制力，是因為刑法第 57 條「行為人之責任」，並不只是罪責原則的明文規定，而涉及自由意志的規範宣稱與具體負責程度，一旦選擇具體脈絡式圖像，則得有效減輕個人責任，至於有助於選擇應對方式，則是因為個別化量刑的前提是掌握個案具體情形。

本文最後則由量刑目的、具體脈絡式的行為人圖像，以及修正後的刑法第 57 條「行為人之責任」，提出初步的量刑基本框架。先區分出犯行、行為人與應對方式相關事由，接著由犯行相關事由決定出規範性質的量刑定點，再由行為人相關事由，描繪出行為脈絡，指出自由意志與非個人條件的交錯，容許法院按照個人具體情形，決定具體的量刑定點，最後讓法院得考量刑事政策目的，無須完全反映行為人責任，而選擇最適當的應對方式。

## 第二節 面對量刑複雜性的應有態度

本文處理主題為量刑理論，並試圖由量刑目的與具體脈絡式的行為人圖像，建構出不同的理論框架，雖然最終結果仍不完美，但無論是設定量刑目的、建構行為人圖像，或把行為人與刑事政策帶入到刑法第 57 條中，本文都採取一個基本態度，面對複雜且難解的量刑命題，正確回應態度並不是簡化，而是正視複雜性，並提供兼具脈絡化與結構化的解方，而不是採取去除歧異並達成一致性的理論框架。

我國目前量刑改革方向，有不斷朝後者前進的態勢，從量刑趨勢系統到量刑準則的倡議，都把歧異與不一致當作主要回應問題。但量刑複雜性不只源自行為人具體情節不同，亦涉及擇定應對方式的諸種考量，如果選擇簡化並達成量刑一致性的結果，則容易喪失看待行為人與應對方式的不同契機，從明尼蘇達、英格蘭與蘇格蘭模式中，都得清楚看見行為人的面容被抹去，只剩下扁平的犯行與犯罪者意象。本文並非容許量刑恣意性，但解決恣意性的方式，並不是只有簡化後的一致性，也

有保留複雜性，著重量刑結構化並加強說理義務的方式。本文無法預測目前量刑改革最終走向，但若未正視量刑複雜性的本質，而一味追求量刑一致性，無論採取什麼改革策略，都會讓行為人、應對方式與量刑本身，喪失開展出不同想像的契機。



## 參考文獻



### 中文文獻

David Garland 著，周盈成譯（2006 年），控制的文化：當代社會的犯罪與社會秩序，臺北：巨流。[David Garland. 2002. *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society* Chicago: University of Chicago Press.]

Tom Gash 著，堯嘉寧譯（2018 年），被誤解的犯罪學：從全球數據庫看犯罪心理及行為的十一個常見偏誤，臺北：臉譜。[Tom Gash. 2016. *Criminal: The Truth About Why People Do Bad Things* London: Penguin UK.]

王正嘉（2016 年），論死刑之裁量與界限：以兩公約與比較法為出發，國立臺灣大學法學論叢，45 卷 2 期，頁 687-754。

王皇玉（2009 年），論刑罰的目的，收於：刑罰與社會規訓－台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變，頁 3-34，臺北：元照。

——（2019 年），刑法總則，5 版，臺北：新學林。

吳景芳（1996 年），量刑與餘罪，中興法學，40 期，頁 45-61。

吳燦（2018 年），被告再犯或教化可能性之鑑定與其在死刑量刑程序中之定位，檢察新論，23 期，頁 15-26。

宋威紅（2018 年），論危險犯罪人的復歸策略—以英格蘭與威爾斯的危險犯罪人法案為思索契機，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

李佳玟（2005 年），女性犯罪責任的敘事建構—以鄧如雯殺夫案為例，臺大法學論叢，34 卷 6 期，頁 1-56。

——（2019 年），從美國模範刑法典之量刑模式論我國死刑量刑準則，中研院法學期刊，25 期，頁 41-129。

李茂生（1980），刑事政策與刑罰制度，刑事法雜誌，24 卷 6 期，頁 22-47。



——（1998年），圓形監獄與行刑制度—以日本行刑實務中的分類制、累進制、階段制為題材，收於：權力、主體與刑事法—法邊緣的論述，頁4-60。

——（2011年），死刑存廢論再考—分析反對廢除死刑者的深層心理，臺灣法學雜誌，169期，頁71-89。

——（2013年），量刑因子的調查與辯論，法官協會雜誌，15期，頁100-113。

沈幼蓀、鄭政松（2016年），終極裁判：《刑法》第57條之外的量刑判準，社會分析，12期，頁113-143。

周憐嫻（2016年），刑法第57條科刑量表建置的犯罪學觀點，軍法專刊，62卷6期，頁29-61。

林山田（2007年），評二〇〇五年的刑法修正內容，收於：二〇〇五年刑法修正總評，頁3-48；臺北：元照。

——（2008年），刑法通論，10版，臺北：自版。

林伯樺（2014年），責任與量刑關係之研究——由刑法與刑罰目的之重新考察，國立中正大學法律學系研究所博士論文。

——（2014年），量刑基準與犯罪後態度之關係，國立中正大學法學集刊，43期，頁59-126。

林志峰、周憐嫻（2013年），影響賄選行賄罪量刑之因素，刑事政策與犯罪研究論文集，16期，頁109-130。

林尚諭（2019年），英國量刑委員會與量刑準則，司法周刊別冊，1963期，頁4-21。

林慈偉（2015年），從公政公約論死刑裁判之人權基準——最高法院近年相關裁判之綜合評析，收於：慾望與權利：社會變遷下的刑事法脈動，頁291-360。

邱筱涵（2019年），蘇格蘭量刑委員會，司法周刊別冊，1963期，頁22-35。





柯耀程（2006年），刑罰裁量的變遷與展望，收於：法學叢刊雜誌社編，*跨世紀法學新思維：法學叢刊創刊五十週年*，頁 521-557，臺北：法學叢刊雜誌社。

——（2014年），*刑法總則*，臺北：三民。

洪千涵（2008年），修復式正義對被害人損害影響—以泰雅族為例，*國立臺北大學犯罪學研究所*。

胡宜如（2009年），建立刑事判決量刑準據之研究，彰化：臺灣彰化地方法院。

涂裕斗（2018年），從比較法觀點論我國死刑判決主要判斷基準之研究—以「兩公約」國內法化後我國死刑判決為中心，*臺灣法學雜誌*，347期，頁 91-118。

高金桂（2013年），自由與罪責，*軍法專刊*，59卷4期，頁 141-167。

許春金（2013年），*犯罪學*，8版，臺北：三民。

許家馨（2014年），應報即復仇？—當代應報理論及其對死刑之意涵初探，*中研院法學期刊*，15期，頁 207-282。

許華孚、卓雅莘（2011年），原住民地區修復式正義之實踐與啟發，*警學叢刊*，41卷5期，頁 275-299。

郭豫珍（2013年），當代量刑輔助制度的改革與比較，收於：*量刑與刑量：量刑輔助制度的全觀微視*，頁 1-111，臺北：元照。

陳子平（2008年），*刑法總論*，2版，臺北：自版。

陳竹上、邱美月、賴月蜜（2013年），婚姻暴力事件進入家事調解程序之可行性探討：跨界整合及在地實證觀點，*成大法學*，25期，頁 79-121。

曾淑瑜（2003年），量刑基準之比較研究，*華岡法粹*，29期，頁 151-189。

楊秀宜（2008年），一位少年殺人犯的生命經驗之敘事研究，*諮商輔導學報*，18期，頁 1-31。

廖福特（2014年），「公民與政治權利國際公約」國內法化之影響：最高法院死刑相關判決之檢視，*國立臺灣大學法學論叢*，43卷特刊，頁 911-956。



潘佳苙（2018年），刑事責任本質之反思—重新建構現代的責任觀，國立臺灣大學法律學研究所。

盧映潔（2005年），我國刑法修正案有關增減刑罰及保安處分規定之探討與評析，月旦法學雜誌，121期，頁256-272。

蕭宏宜（2012年），量刑原則與罪罰相當，臺灣法學雜誌，214期，頁118-135。

薛智仁（2018年），罰金刑體系之改革芻議，臺大法學論叢，47卷2期，頁761-838。

謝如媛（2007年），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，14期，頁271-314。

——（2014年），緩刑的刑事政策意涵：嚴罰趨勢下的寬典？，臺大法學論叢，43卷4期，頁1609-1664。

——（2018年），少年修復式司法的批判性考察—從少年的最佳利益到利益衡平？，政大法學評論，152期，頁125-186。

謝煜偉（2005年），寬嚴並進刑事政策之省思，月旦法學雜誌，126期，頁131-157。

——（2014年），重新檢視死刑的應報意義，中研院法學期刊，15期，頁139-206。

——（2017年），「教化可能性」在死刑量刑判斷上的意義與定位—從最高法院102年度台上字第170號判決到105年度台上字第984號判決之演變，臺北大學法學論叢，105期，頁133-186。

——（2018年），量刑事實之調查與量刑情狀鑑定，檢察新論，23期，27-36。

——（2020年），當弦外之音成為主弦律—評釋字第775號解釋兼論解釋公布後之量刑新趨勢，月旦法學雜誌，294期，頁33-55

羅皓瑋（2018），追求再犯預防及其省思—以緩刑制度為中心，國立政治大學法律學研究所碩士論文。

蘇俊雄（1999年），量刑法理與法制之比較研究，法官協會雜誌，1卷2期，頁25-56。

——（2000年），刑法總則 III，4版，臺北：自版。



## 英文文獻

Allen, Francis A. 1981. *The Decline of the Rehabilitative Ideal: Penal Policy and Social Purpose*. New Haven: Yale University Press.

Andersen, Emily W. 2015. "Not Ordinarily Relevant": Bringing Family Responsibilities to the Federal Sentencing Table. *Boston College Law Review* 56:1501-1536.

Ashworth, Andrew. 2015. 6th ed. *Sentencing and Criminal Justice*. New York: Cambridge University Press.

Berry, William W. III. 2019. Individualized Sentencing, *Washington and Lee Law Review* 76:13-92 ().

Christie, Nils. 1986. Images of man in modern penal law. *Contemporary Crises* 10:95-106.

Cottingham, John. 1979. Varieties of Retribution. *The Philosophical Quarterly*. 116:238-246.

Cullen, Francis T. 2013 Rehabilitation: Beyond Nothing Works. *Crime and Justice* 42: 299-376.

Cullen, Francis T., and Pamela Wilcox. eds. 2012. Preface Pp. ix- xiv in *The Oxford Handbook of Criminological Theory* edited by Francis T. Cullen & Pamela Wilcox. New York: Oxford University Press.

De Folter, Rolf S. 1986. On the methodological foundation of the abolitionist approach to the criminal justice system. A comparison of the ideas of Hulsman, Mathiesen and Foucault. *Contemporary Crises* 10:39-62.

Duff, R.A. 2003. *Punishment, Communication, and Community*. New York: Oxford University Press.

Goodson, Ivor F., and Scherto R. Gill, *The Narrative Turn in Social Research*, 386 Counterpoints. 17, 18-20 (2011).

Frase, Richard S.. 2005. Sentencing Guidelines in Minnesota :1978-2003. *Crime and Justice* 32:131-219

———.2012. *Just Sentencing: Principles and Procedures for a Workable System*. New York: Oxford University Press.

———. 2016. Sentencing Policies and Practices in Minnesota. Available at <https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199935383.001.0001/oxfordhb-9780199935383-e-148?result=3&rskey=CXMMoL>

———. 2019. Forty Years of American Sentencing Guidelines : What Have We Learned ? . *Crime and Justice* 48:79-135.

Hart, H.L.A. 2008. Prolegomenon to the Principle of Punishment. Pp. 1-27 in *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, 2d ed. edited by H.L.A Hart & John Gardner. New York: Oxford University Press.

Hudson, Barbara. 1987. *Justice Through Punishment: A Critique of the Justice Model of Corrections*. London: MacMillan Education.

Hulsman, Louk. 1986. Critical criminology and the concept of crime. *Contemporary Crises* 10:63–80.

Korobkin, Laura Hanft. 1995. The Maintenance of Mutual Confidence: Sentimental Strategies at the Adultery Trial of Henry Ward Beecher. *Yale Journal of Law and the Humanities* 7:1-48.

Leonard, Eileen B. 2015. *Crime Inequality and Power*. Oxon: Routledge.

Lynch, Michael J., and Raymond Michalowski. 2006. 4th ed. *Primer in Radical Criminology: Critical Perspectives on Crime, Power and Identity*. New York: Criminal Justice Press.

Martinson, Robert. 1974. What works? Questions and answers about prison reform. *The Public Interest* 35:22-54.

Morris, Norval. 1974. Future of Imprisonment: Toward a Punitive Philosophy *Michigan Law Review* 72:1161-1180.

Roberts, Julian V. 2019. The Evolution of Sentencing Guidelines in Minnesota and England and Wales. *Crime and Justice* 48:187-253.

———. 2015. Justifying Criminal History Enhancements at Sentencing. Pp.11-19 in *Criminal History Enhancements Sourcebook*, 2d ed. edited by Richard S. Frase, Julian V. Roberts, Rhys Hester & Kelly Lyn Mitchell. Minnesota: Robina Institute of Criminal Law and Criminal Justice.

Roberts, Julian V., and Richard S. Frase. 2019. Retributivist Perspectives on an Offender's Criminal or Crime-Free Past Pp.23-40 in *Paying for the Past: The Case Against Prior Record Sentence Enhancements* edited by Julian V. Roberts & Richard S. Frase. New York: Oxford University Press.

Robinson, Paul H. 2008. *Distributive Principles of Criminal Law: Who Should be Punished How Much*. Oxford: Oxford University Press.

Slobogin, Christopher. 2020. Limiting Retributivism and Individual Prevention. Working paper. Available at <https://ssrn.com/abstract=3318321>.

Tonry, Michael. 1993. Sentencing Commissions and Their Guidelines. *Crime and Justice* 17:137-195.

———. 1996. *Sentencing Matters*. New York: Oxford University Press.

———. 2013. Sentencing in America:1975-2025. *Crime and Justice* 42:141-198.

von Hirsch, Andrew. 1993. *Censure and Sanctions*. Oxford: Clarendon.

von Hirsch, Andreas. 2017. *Deserved Criminal Sentences: An Overview*. Oxford: Hart.

von Hirsch, Andrew., and Andrew Ashworth. 2005. *Proportionate Sentencing: Exploring the Principles*. Oxford: Oxford University Press.