

最高檢察署

刑事大法庭言詞辯論意旨書

(110 年度台上大字第 5660 號)

檢察官 蔡瑞宗

蔡秋明

林麗瑩

李進榮

林俊言

本案提案之法律問題

關於被告成立累犯以及應加重其刑之事項，檢察官應否基於「改良式當事人進行主義」之精神，踐行主張並指出證明方法之責任。亦即，依司法院釋字第 775 號解釋（下稱釋字第 775 號解釋）所揭示，將累犯「必」加重其刑變更為「可裁量」事項之意旨，法院於審酌被告是否適用累犯規定而加重其刑時，程序上應否先由當事人（尤其是檢察官）就被告構成累犯以及應加重其刑之事項，主張並指出證明方法後，法院才需進行調查與辯論程序，而列為是否加重其刑之裁判基礎？

目錄

壹、本件提案之法律問題	1
貳、與法律爭點相關之本案事實	1
參、本案所涉及之我國法律條文與立法理由	2
一、刑事訴訟法第 47 條第 1 項	2
二、刑事訴訟法第 161 條第 1 項、第 163 條第 2 項	2
肆、本案法律問題之實務見解	2
伍、本案所涉之外國立法例與實務見解	3
一、日本法	3
(一)量刑事實為法院應依職權認定事項，量刑事實經檢察官主張者，檢察官始負舉證責任	3
(二)累犯是法定加重事由，法院應依職權適用	3
(三)提案裁定肯定說所引日本最高裁判所最高裁判所大法庭昭和 33 年 2 月 26 日決定，係指法院依職權調查累犯加重事由後，應使當事人知曉，與檢察官是否應主張累犯並負舉證責任無涉	4
(四)小結	6
二、美國法	6
(一)美國量刑程序相對審判程序為職權進行	6
(二)量刑前的調查程序：由法院之觀護官進行調查並製作量刑前調查報告	7
(三)量刑聽審程序：不適用審判程序的證據法則，法官得依職權調查	8
(四)量刑的正當法律程序要求：用以加重超越法定最高本刑的事實，必須經過陪審團審理，並適用超越合理懷疑的證明程度，但	

前科除外	9
(五)量刑的上訴審查：量刑偏離量刑準則所量定的區間，法院有說明義務	10
(六)檢察官在量刑程序上的角色：協力義務，原則上沒有主張的責任，也沒有明顯的舉證責任	12
(七)提案裁定文中肯定說引用之美國聯邦巡迴法院判決，並無要求檢察官對前科負主張及舉證的責任	13
1. McKenzie 一案：	14
2. Bryant 一案：	14
3. 小結：	14
三、德國法	15
(一)罪行認定與量刑程序統合，法院職權進行，適用相同的程序原則	15
(二)以行為罪責為量刑基礎：依照幅的理論(Spielraumtheorie)，以罪責框定個案刑度上、下限（罪責原則）	17
(三)檢察官在量刑上的角色：程序合法的監督者	18
(四)累犯加重規定廢除後，被告前科仍為重要的量刑事項，法院有調查義務	19
(五)量刑的上訴審查：前科如果對被告量刑有重要性，法官有調查及說明義務	20
四、外國法啟示	21
陸、本署對本案法律問題之意見	22
一、累犯加重於釋字第 775 號解釋公布後，仍屬法定加重事由，法院應依職權調查審酌，為合義務之裁量並於判決理由中說明，並無控訴原則之適用	23
(一)釋字第 775 號解釋內涵：累犯加重規定原則合憲。法院必須在個案中審酌加重後有無過苛，而違反罪刑相當性	23

(二)以警告模型將累犯加重納入罪責原則內涵：引入德國聯邦憲法法院解釋·····	24
1. 累犯加重處罰的前提是行為人就犯罪的類型和情節而言，沒有因先前的定罪有所警惕而應受到非難·····	25
2. 累犯的規定不允許以一個公式化的方式處理前科，而應該由法官在每個具體個案審酌·····	25
3. 釋字第 775 號解釋亦以符合罪責原則為前提，但限於個案過苛時方違憲·····	26
二、釋字第 775 號解釋理由書對科刑資料調查與辯論的指示，僅提及調查的順序，無法推論累犯的成立及應加重事項由檢察官主張，並負指出證明方法之責任·····	27
三、司法院對累犯的修法意見：須符合平等原則及憲法保障人民基本權之精神，法官應於每個個案依立法理由之基準裁量，並說明理由·····	27
四、個案累犯是否納入法院量刑審酌，不應視檢察官有無主張及端賴檢察官之舉證，法院必須依職權調查，否則有侵害罪責原則、公平審判原則等違憲疑慮·····	28
(一)量刑為審判權核心事項·····	28
(二)德國聯邦憲法法院：量刑事項涉及罪責原則、公平審判原則，不得由當事人或法院任意處分·····	29
1. 罪責原則下，量刑事項不得任由當事人或法院處分·····	29
2. 量刑規則涉及公平審判·····	30
3. 各國的協商實務，都不允許偏離被告罪責的協商·····	30
(三)累犯規定若委諸法院自由裁量或以控訴原則操作，將遭遇憲法訴訟審查之危機·····	31
五、刑事訴訟法第 161 條第 1 項、第 163 條第 2 項規定下，法院對審判核心事項仍有調查義務·····	33

六、累犯適用問題不在舉證，而是資料判讀(法院的事實認定)，應藉由科技改善前科資料表，並增加量刑調查的輔助人力，以解決實務困境	34
七、量刑之正當法律程序：被告資訊充分獲知權	35
八、結論	36

最高檢察署檢察官刑事大法庭言詞辯論意旨書

111 年度台庭蒞字第 3 號

提出人 最高檢察署檢察官蔡瑞宗

上訴人

即被告 張邱群 年籍詳卷

上列被告因違反槍砲彈藥刀械管制條例案件，最高法院提案庭(刑事第八庭)就本提案之法律問題所擬採為裁判基礎之法律見解，認與最高法院先前裁判之法律見解歧異，已於 111 年 1 月 19 日裁定將此法律問題提交最高法院刑事大法庭裁判(110 年度台上大字第 5660 號)，茲將本署刑事大法庭言詞辯論意旨分述如下：

壹、本件提案之法律問題

關於被告成立累犯以及應加重其刑之事項，檢察官應否基於「改良式當事人進行主義」之精神，踐行主張並指出證明方法之責任。亦即，依司法院釋字第 775 號解釋(下稱釋字第 775 號解釋)所揭示，將累犯「必」加重其刑變更為「可裁量」事項之意旨，法院於審酌被告是否適用累犯規定而加重其刑時，程序上應否先由當事人(尤其是檢察官)就被告構成累犯以及應加重其刑之事項，主張並指出證明方法後，法院才需進行調查與辯論程序，而列為是否加重其刑之裁判基礎？

貳、與法律爭點相關之本案事實

(提案裁定所列之基礎事實)

上訴人張邱群因涉犯非法寄藏可發射子彈具殺傷力之槍枝、殺人未遂罪嫌，經檢察官提起公訴，起訴書未請求對上訴人所為上開犯行依累犯規定加重其刑。法院於審理時，檢察官亦未就上訴人成立累犯以及應加重其刑之事項，有所主張並指出證明方法。事實審法院於判決時，自行認定上訴人犯行成立累犯，並依累犯規定加重其刑。

(補充基礎事實)

事實審法院(第一審、第二審)於審理時，均於調查證據最後時，

依職權調查卷附被告之前科紀錄表，提示雙方當事人表示意見，被告、辯護人及檢察官均表示無意見。判決時，第一審法院審酌被告曾有違反槍砲彈藥刀械管制條例之前案，並有構成累犯之前科紀錄，顯見被告對於刑罰之反應力顯然薄弱，適用累犯之規定加重，亦不致生被告所受之刑罰超過其所應負擔罪責，導致其人身自由因此遭受過苛之侵害，而有不符憲法罪刑相當原則，進而牴觸憲法第 23 條比例原則之情形，符合累犯應加重其刑之立法意旨，而參照司法院釋字第 775 號解釋意旨，認定上訴人犯行成立累犯，並依累犯規定加重其刑。第二審法院判決則認為第一審刑罰裁量職權之行使，既未逾越法律所規定之範圍，亦無濫用權限之情形，難遽謂原判決就此部分之量刑有何不當。

參、本案所涉及之我國法律條文與立法理由

一、刑事訴訟法第 47 條第 1 項

二、刑事訴訟法第 161 條第 1 項、第 163 條第 2 項

肆、本案法律問題之實務見解

對於成立累犯及應加重其刑之事項，檢察官無主張並指出證明方法之責任(係法院應依職權調查之事項)

判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第 378 條定有明文；又依法應於審判期日調查之證據未予調查，致適用法令違誤而顯然於判決有影響者，該項判決即屬違背法令，得提起非常上訴，復經司法院釋字第 181 號解釋在案，故事實審法院對於被告有無累犯之事實，應否適用刑法第 47 條規定加重其刑，即屬法院認定事實與適用法律之基礎事項，客觀上有調查之必要性，應依職權加以調查。(例如本院 88 年度台非字第 28 號；106 年度台非字第 194 號；109 年度台非字第 180、168、157、113、62 號；110 年度台非字第 193、184、122、112、106、18 號等判決意旨參照)

惟提案庭擬變更見解，認有無成立累犯之事實及應否加重其刑，

應採控訴原則，由檢察官主張並負指出證明方法之責任。亦表徵賦予檢察官程序選擇權及尊重其起訴處分(裁量)之意思等。

伍、本案所涉之外國立法例與實務見解

一、日本法

(一)量刑事實為法院應依職權認定事項，量刑事實經檢察官主張者，檢察官始負舉證責任

關於量刑事實的舉證責任，日本學說有三種不同見解：(一)檢察官舉證說：本說主張量刑相關事實，為實體法事實或準用犯罪事實之事項，應適用日本刑事訴訟法(以下簡稱日本刑訴法)第 335 條第 1 項之「成罪事實」(罪となるべき事実)，由檢察官負舉證責任¹。(二)區分說：不利於被告事項由檢察官舉證，有利於被告事項由被告舉證²。(三)非檢察官舉證責任說：不少法官在實務上採行之³，即認為量刑事實如非與犯罪行為本身有關者，諸如犯罪之種類、罪質、犯行動機、態樣、手段、被害結果大小、程度、數量等，則其舉證不應分配給檢察官，至於被告前科、性格(反社會性、常習性、犯罪傾向、粗暴性、精神之未成熟性)、被告之反省、悔悟情形、社會的制裁、損害賠償等一般情狀(情狀事實)，沒有舉證責任分配問題⁴，亦即為法院應依職權認定事項⁵。

(二)累犯是法定加重事由，法院應依職權適用

累犯是刑法所規定刑之加重事由，作為生成判決主文所依據之理由，其認定須在理由中說明⁶，累犯作為加重事由若於犯罪事實中未

¹ 田宮裕，刑事訴訟法(新版)，有斐閣，1996 年 3 月，302 頁；川出敏裕，舉證責任と推定，收錄於松尾浩也・井上正仁(編)刑事訴訟法の争点(第 3 版)，有斐閣，2002 年 4 月，158 頁。

² 上口裕，刑事訴訟法(第 2 版)，成文堂，2011 年 1 月，370 頁。

³ 原田國男，量刑事實の立証，收錄於木谷明(編著)刑事事實認定の基本問題(第三版)，成文堂，2015 年 11 月，440 頁註 1。

⁴ 原田國男，量刑事實の立証，木谷明(編著)刑事事實認定の基本問題(第三版)，成文堂，2015 年 11 月，440 頁；杉田宗久，量刑事實の証明と量刑審理，收錄於大阪刑事實務研究會(編)量刑実務大系 4，判例タイムズ社，2011 年，164、170 頁。

⁵ 謝煜偉，量刑事實之調查與量刑情狀鑑定，檢察新論 23 期，2018 年 2 月，31 頁。

⁶ 最大判昭 24・5・18 刑集 3 卷 6 号 734 頁，<https://reurl.cc/k72zlr>(最後瀏覽：2022 年 3 月 9

予判示，則有理由不備之違法⁷，為日本實務之作法⁸。量刑為法院應依職權認定事項，自不得恣意為之，累犯係導出主刑過程中，須適用之加重規定，法院未依職權適用或適用有誤，屬於日本刑訴法第 380 條所稱量刑法律之適用有誤明顯影響判決⁹，得上訴二審；若以其適用或不適用，有量刑顯為不當，如不撤銷原判決顯然違背正義者(日本刑訴法第 411 條¹⁰)，亦得為上訴三審之理由。

(三)提案裁定肯定說所引日本最高裁判所最高裁判所大法庭昭和 33

年 2 月 26 日決定，係指法院依職權調查累犯加重事由後，應使當事人知曉，與檢察官是否應主張累犯並負舉證責任無涉

檢察官於公判庭陳述關於犯罪事實及法律適用之意見(即論告)時，自明治 30 年代起，均會陳述其就該案之科處何種刑罰種類及其刑度之「求刑」意見，最高裁判所認此合憲，並表示法院之量刑不受檢察官求刑意見之拘束，檢察官求刑係屬正當並未違法¹¹，嗣此檢察官求刑並主張，乃形成其訴訟上慣例¹²。

因此，檢察官如主張被告為累犯，應加重其刑，自會提出相關之證據，而法院如再自依職權調查累犯事由，如有未遂行證據調查程序

日)。判例要旨：<https://reurl.cc/2Ded8E>(最後瀏覽：2022 年 3 月 9 日)。

⁷ 大決昭 3・1・28 集 7 卷 33 頁，<https://reurl.cc/akgWmY>(最後瀏覽：2022 年 3 月 9 日)。

⁸ 大塚仁、中山善房、古田佑紀、河上和雄(編集)，大コンメンタール刑法(第 4 卷)第 43 条-第 59 条，青林書房，2013 年 10 月，434 頁(安東章執筆)。

⁹ 伊藤栄樹、亀山継夫、小林充、香城敏磨、佐々木史朗、増井清彦(合著)，注釈刑事訴訟法第六卷，立花書房，1998 年 7 月，180-182 頁(小林充執筆)。

¹⁰ 第 411 條規定：「第三審法院對於無第 405 條各款規定之事由，但認為有左列事由，如不撤銷原判決顯然違背正義時，得以判決撤銷原判決。一、違反法令足以影響判決者。二、量刑顯為不當者。三、重大事實誤認則以影響判決者。四、有得為再審聲請之事由者。五、判決後刑罰已廢止、變更或大赦者。」原文是：「第四百十一条 上告裁判所は、第四百五条各号に規定する事由がない場合であつても、左の事由があつて原判決を破棄しなければ著しく正義に反すると認めるときは、判決で原判決を破棄することができる。

一 判決に影響を及ぼすべき法令の違反があること。

二 刑の量定が甚しく不当であること。

三 判決に影響を及ぼすべき重大な事実の誤認があること。

四 再審の請求をすることができる場合に於ける事由があること。

五 判決があつた後に刑の廃止若しくは変更又は大赦があつたこと。」

引自 e-Gov 法令検索，刑事訴訟法，<https://reurl.cc/dXorWk>(最後瀏覽：2022 年 3 月 9 日)。

¹¹ 最判昭 24・3・17 刑集 3 卷 3 号 318 頁，<https://reurl.cc/3jW8x8>(最後瀏覽：2022 年 3 月 9 日)。判決要旨：<https://reurl.cc/02GVZb>(最後瀏覽：2022 年 3 月 9 日)。

¹² 遠藤邦彦，量刑判断の総論的検討，收錄於大阪刑事実務研究会(編)量刑実務大系 1，判例タイムズ社，71 頁。

(日本刑訴法第 305 條第 2 項¹³)，是否違法，最高裁判所大法庭昭和 33 年 2 月 26 日駁回上訴決定¹⁴，認定法院依職權調查累犯(刑之加重事項)後，應使當事人知曉，否則屬違法。以下說明之。

案例事實：侵入住宅竊盜未遂案件，第一審法院¹⁵就警察、檢察官所製作之筆錄、身上調查書、前科調書、指紋照會回答書等，經辯護人之同意為適法之證據調查程序，訊問被告前科調書所載是否無誤，經被告回答無誤，嗣第一審法院認定被告為累犯而量處有期徒刑 8 月。二審法院¹⁶認為一審法院認定被告為累犯之資料不充分，依日本刑訴法第 279 條，函檢察署調取被告前案紀錄，但卻未如同一審法院於公判庭中調查此證據，也未告知被告，仍認定被告為累犯。被告以二審法院並未將其向檢察署所調查之前科資料，依日本刑訴法第 305 條第 2 項行證據調查程序，有日本刑訴法第 405 條¹⁷之判決違反判例之情，並認為亦有日本刑訴法第 411 條量刑不當顯然違背正義之情，而提起上訴。最高裁判所大法庭昭和 33 年 2 月 26 日決定駁回其上訴。

最高裁判所認為：上訴理由不符合日本刑訴法第 405 條，量刑也無顯然違背正義之情。作為累犯加重理由之前科，雖不屬於日本刑訴法第 335 條之「成罪事實」，然前科係作為刑之法定加重理由的事實，

¹³ 第 305 條第 2 項：「關於法院依職權調查文書證據，審判長應自行朗讀文書或命陪席法官或法院書記官為之。」原文是：「第三百五条② 裁判所が職権で証拠書類の取調べをするについては、裁判長は、自らその書類を朗読し、又は陪席の裁判官若しくは裁判所書記官にこれを朗読させなければならない。」引自 e-Gov 法令検索，刑事訴訟法，<https://reurl.cc/dXorWk>(最後瀏覽：2022 年 3 月 9 日)。

¹⁴ 最大決昭 33・2・26 刑集第 12 卷 2 号 316 頁，<https://reurl.cc/bkg1ev>(最後瀏覽：2022 年 3 月 9 日)。判決要旨：<https://reurl.cc/jk2X6L>(最後瀏覽：2022 年 3 月 9 日)。

¹⁵ 金沢簡易裁判所昭和 31 年 10 月 20 日判決，LEX/DB 24003186。

¹⁶ 名古屋高等裁判所金沢支部昭和 32 年 3 月 30 日判決，LEX/DB 24003187。

¹⁷ 日本刑事訴訟法第 405 條規定：「對於高等裁判所所為第一審或第二審判決，得以左列事項上訴第三審：(第 1 款)有違憲法或解釋憲法有誤。(第 2 款)作出違反最高裁判所判例之判斷。(第 3 款)於無最高裁判所判例之情形，作出違反大審院或該當第三審法院之高等裁判所判例或本法施行後相當於二審法院之高等裁判所判例的判斷。」原文是：「第四百五条 高等裁判所がした第一審又は第二審の判決に対しては、左の事由があることを理由として上告の申立をすることができる。

一 憲法の違反があること又は憲法の解釈に誤があること。

二 最高裁判所の判例と相反する判断をしたこと。

三 最高裁判所の判例がない場合に、大審院若しくは上告裁判所たる高等裁判所の判例又はこの法律施行後の控訴裁判所たる高等裁判所の判例と相反する判断をしたこと。」引自 e-Gov 法令検索，刑事訴訟法，<https://reurl.cc/dXorWk>(最後瀏覽：2022 年 3 月 9 日)。

因為在實質上準同犯罪構成事實犯罪事實，其認定應依證據為之，其證據調查程序應依日本刑訴法第 305 條。即法院依其職權所調取檢察署回覆之被告前科資料，屬於證據書類，應依日本刑訴法第 305 條第 2 項為證據調查程序(審判長應自行朗讀文書或命陪席法官或法院書記官為之)。

(四)小結

作為認定累犯之前科，係證據書類，檢察官如主張被告有累犯情事應加重其刑，則應提出相應之證據。而量刑事實，如被告前科、性格、被告之反省、悔悟情形、社會的制裁、損害賠償等一般情狀(情狀事實)，沒有舉證責任分配問題，係法院應依職權認定事項。法院如依其職權調查累犯(刑之加重事項)後，應行日本刑訴法第 305 條第 2 項之證據調查程序，使當事人知曉，如調取後未踐行此程序，係屬違法。

二、美國法

(一)美國量刑程序相對審判程序為職權進行

美國刑事訴訟程序分成兩大階段，前階段原則為由陪審團審判的定罪程序，第二個階段則是由職業法官進行的量刑程序。在量刑程序並無當事人進行主義之適用並有糾問的色彩¹⁸，依照美國聯邦法典第 18 篇即聯邦犯罪和刑事程序法(Title 18, U.S. Code, Crimes and Criminal Procedure，以下均以 18U.S.C. 代表之)第 3661 條之規定：「為使法院達到妥適量刑之目的，不得限制法院獲取及斟酌一切有關已定罪被告之相關資訊，包括該被告之背景、個性、行為」¹⁹，量刑程序由法官依職權進行，沒有控訴原則不告不理的適用，與陪審

¹⁸ 參照：張明偉，美國聯邦量刑指南適用之研究及其對臺灣的啟示，興大法學，第 28 期，2020,11，第 296-373 頁 (頁 298)；See. William T Pizzi, Sentencing in the US: An Inquisitorial Soul in an Adversarial Body? Crime, Procedure, and Evidence in a Comparative and International Context, Ch. 4, John Jackson, Maximo Langer, Peter Tillers, eds., Hart Publishing, 2008, 69-71 <https://ssrn.com/abstract=1331636>

¹⁹ 18 U.S.C. §3661 : No limitation shall be placed on the information concerning the background, character, and conduct of a person convicted of an offense which a court of the United States may receive and consider for the purpose of imposing an appropriate sentence.

團審理犯罪認定事實時，依控訴原則由當事人雙方主導程序、證據調查之攻防的當事人進程序完全不同。

(二)量刑前的調查程序：由法院之觀護官進行調查並製作量刑前調查報告

除上開 18 U.S.C. §3661 之原則性規定外，規範量刑程序進行的聯邦法規，主要的是 18U.S.C. §3553 、聯邦刑事程序規則第 32 條 (Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 32，以下引註 rule 32, fed. r. crim. p)。量刑程序由法官開啟，除有正當理由外，不得有不必要的遲延(In General. The court must impose sentence without unnecessary delay.)²⁰。除了極少數案件外²¹，程序上原則先交由觀護官(Probation officer)進行所有與量刑有關事實調查與蒐集(pre-sentence investigation)，包括詢問被告、及其他可提供訊息之人、調取文件等。詳言之，觀護官會廣泛調取本案相關資料，除了審判程序上決定被告有罪之證據資料外，被告之前科資料、入出國境資料、身心健康資料、調查被告個人及家庭背景、詢問被告、訪談被告之親屬，及調查被告之財務狀況等等²²，這些都屬於適用聯邦量刑準則所需的要項²³。就量刑前的調查，相當於法官的助手²⁴，觀護官隸屬於法院²⁵，為法官的量刑進行調查及準備工作，其調查具有一定獨立性，在調查程序中雖然要從當事人即檢、辯與被告雙方獲取資訊，並尊重兩方提供的意見，但同時必須讓資料更豐富，以協助法院妥適量刑²⁶。觀護官在完成量刑前之調查後，製作一份量刑前調查報

²⁰ rule 32(b)(1), fed. r. crim. p

²¹ 例外情況依 rule 32(c)(1)(A)(i)(ii), fed. r. crim. p

²² rule 32(d)(2), fed. r. crim. p 參照許金釵，美國聯邦量刑準據之研究—兼論我國建立量刑準據之可行性，臺中高等行政法院出國報告，民國 95 年，第 69 頁

²³ Demleitner/Douglas A. Berman/Marc L. Miller/ Ronald F. Wright, Sentencing Law and Police, 2013, 533.

²⁴ 參照吳巡龍，美國的量刑公式化，收於氏著新刑事訴訟制度與證據法則，2003 年，學林出版社，頁 376。

²⁵ 參照美國聯邦法院網站：

<https://www.uscourts.gov/services-forms/probation-and-pretrial-services>

²⁶ Demleitner/Douglas A. Berman/Marc L. Miller/ Ronald F. Wright, supra note 23, at 536-540,

告(presentence)提交法院²⁷，並最遲必須在量刑前 35 天將量刑前調查報告送達被告、辯護人及檢察官²⁸。而當事人於收到量刑報告之 14 天內，如有異議(objections)，必須以書面方式提出，觀護官接到異議後，得邀集雙方討論、繼續調查、修正報告，至遲於量刑期日 7 日前向法院提出量刑前調查報告，若有未決之異議應一併提出，以及其對該未決異議之意見²⁹。

量刑前調查報告之內容，主要適用聯邦量刑準則(Federal Sentencing Guideline)³⁰及量刑委員會的政策聲明(policy statement³¹)，亦即按量刑準則以被告之犯行級數與犯罪紀錄點數與級數計算後得出量刑區間，並建議適當量刑種類、提供刑度因子及所有可偏離量刑之事實；此外，並須提出關於被告生活素行與人格資訊，包括被告先前犯罪紀錄、財務狀況、影響被告行為之情況，以助於決定課處何種刑罰或矯正措施、對被害人各種影響的資訊等；法院所需之其他資訊，包括 18 U.S.C. § 3553(a) 所列的各項審酌事項³²。

(三)量刑聽審程序：不適用審判程序的證據法則，法官得依職權調查

法院量刑時會進行聽審程序，聽取檢察官、辯護律師及被告之意見，雙方均可對觀護官的量刑前調查報告特別是量刑建議，提出意見，甚至互相討論。如果有未出現在量刑前調查報告的資訊，也必須整理成書面提供檢、辯雙方並陳述意見。被告有表達減輕其刑的權利。此外，法院就未決之爭點(dispute)，得准許雙方提出證據、證人，並得傳喚證人到庭作證，證人亦得以經署押之書面證詞為之(適用 rule 26.2f, fed. r. crim. p)。並讓被害人出庭並有陳述意見之機會。³³法官納入量刑考量的重要事項，必須顯示有足夠的可靠性，即

²⁷ rule 32(c)(1)(A), fed. r. crim. p

²⁸ rule 32(e)(2), fed. r. crim. p

²⁹ rule 32(f),(g), fed. r. crim. p

³⁰ 關於聯邦量刑準則之介紹，參照許金釵，前揭文；吳巡龍，前揭文，頁 365-374。

³¹ 量刑委員會的政策聲明為 United States Sentencing Commission Guideline Manual，以下引用縮寫為 U.S.S.G. Manual。對法官之量刑具有拘束力，參見 28 U.S.C §994(c)。

³² rule 32(d), fed. r. crim. p

³³ rule 32(i), fed. r. crim. p

達證據優勢標準(Preponderance of the evidence) 的證明程度³⁴。

若法院認有偏離量刑可能，而該資訊未出現在量刑前調查報告或當事人所提出之文件時，法院應具體舉述認為可偏離之原因，並合理地通知當事人³⁵

法官認定量刑事實除了應由陪審團認定之法定事由外(何謂應由陪審團認定之事實，參見本文以下正當法律程序之要求說明之)，均可參酌觀護官製作的量刑前調查報告表。法院在判定當事人的爭點時，可參酌其認為重要的資訊，只要該資訊的正確性，有顯示足夠可靠性的證據加以支持即可，並不適用證據法則下關於證據能力規定(admissibility under the rules of evidence)³⁶。實務上，量刑大量使用傳聞證據³⁷，甚至於審判程序因違法蒐證侵害被告權利而遭到排除的證據，在非死刑量刑案件也經常允許於量刑程序使用³⁸。

(四) 量刑的正當法律程序要求：用以加重超越法定最高本刑的事實，必須經過陪審團審理，並適用超越合理懷疑的證明程度，但前科除外

美國實務早期對量刑程序的看法，認為與判定罪行的審判程序有實質上的不同，認為美國憲法增修條文第五、第六條³⁹等被告刑事訴訟上的權利，並不適用於量刑程序，畢竟在量刑程序只是決定已被認定有罪的被告如何處罰的程序⁴⁰。此時期最高法院意見的主要代表判決為 McMillan 案及 Williams 案⁴¹，基本上是不承認被告程序保障權，量刑法官可以在陪審團認定的事實外，自己獲取並認定其他量刑事實，

³⁴ Demleitner/Douglas A. Berman/Marc L. Miller/ Ronald F. Wright, supra note 23, at 450; . U.S.S.G.Manual §6A1.3 and Commentary

³⁵ rule 32(g), fed. r. crim. p

³⁶ U.S.S.G.Manual §6A1.3

³⁷ Id.

³⁸ Demleitner/Douglas A. Berman/Marc L. Miller/ Ronald F. Wright, supra note 23, at 546

³⁹ 被告有不自證己罪、緘默權；被告有接受陪審團審判、快速審判、資訊告知、不利證人對質詰問權、辯護依賴權

⁴⁰ Demleitner/Douglas A. Berman/Marc L. Miller/ Ronald F. Wright, supra note 23, at 444-445,

⁴¹ Samuel Williams v. New York 337 U.S. 241 (1949); Dynel McMillan v. Pennsylvania 477 U.S. 79 (1986)

其證明程度僅需優勢證據標準即可，甚至不用開示予被告，而不適用審判程序中的證據法則⁴²。雖然法院實務陸續給予被告在量刑程序上的權利，包括聘請律師⁴³、請求調查有利證據⁴⁴、緘默權(法院不能因為被告拒絕陳述而給予更高的刑度)⁴⁵等，但並未擴大到其他程序權利。80 年代開始，美國進行大規模量刑改革，主要是為減少量刑歧異的嚴重現象，訂定了大量的實體量刑法則，但還是很少碰觸程序的證據法則、舉證責任及聽審程序⁴⁶。

不過 McMillan 及 Williams 案兩案以來，實務習以為常的法官可以使用審判外的資訊予以量刑，甚至不用開示予被告的作法，在 2000 年開始受到挑戰，接連在 Apprendi⁴⁷ 及 Blakely(非聯邦法院案件)⁴⁸ 案中，法院確立了：任何可加重刑度超越法定最高刑度的事實，都必須經過陪審團審理，並以超越合理懷疑(beyond a reasonable doubt)的程度證明之。不過兩案都提及了一個例外，就是被告之前的定罪紀錄(prior conviction)即前科，是不適用上開原則的，這個例外於 Almendarez-Torres⁴⁹ 一案中即已確認前科作為加重量刑因子，不適用上開須經陪審團認定及超越合理懷疑之證明標準。最高法院在 Almendarez-Torres 案援用 McMillan 案，認為作為提高刑度的量刑事實，憲法並未要求立法者必須將其視為犯罪的要件(an element of the crime)，再犯(recidivism)作為加重量刑的因子(factor)，並未違反憲法要求，其證明程度適用自 McMillan 案以來所建立的量刑因子證明標準⁵⁰，亦即達優勢證據的標準即可。

(五) 量刑的上訴審查：量刑偏離量刑準則所量定的區間，法院有說明

⁴² Demleitner/Douglas A. Berman/Marc L. Miller/ Ronald F. Wright, supra note 23, at 449-451

⁴³ Menpa v. Rhay, 389 U.S. 128 (1967)

⁴⁴ Brady v. Maryland, 373 U.S. 83 (1963)

⁴⁵ Griffin v. California, 380 U.S. 609(1995)

⁴⁶ Demleitner/Douglas A. Berman/Marc L. Miller/ Ronald F. Wright, supra note 23, at 446.

⁴⁷ Apprendi v. New Jersey, 530 U.S. 466 (2000)

⁴⁸ Ralph Blakely, Jr. v. Washington 542 U.S. 296 (2004)

⁴⁹ Almendarez-Torres v. United States, 523 U.S.224 (1998)

⁵⁰ Id. at 242-248

義務

原本依照 18 U.S.C. §3553(b)(1)及 §3742(e)，聯邦量刑準則計算的量刑區間，對於聯邦法院是有拘束力的，未依照準則所算出區間的量刑，且無正當事由的話，是為違法量刑，上訴法院應撤銷之(18 U.S.C. §3742(e))。不過在布克案⁵¹最高法院宣告上開兩條規定無效後，聯邦量刑準則已不具強制力。

布克案雖宣告依聯邦量刑準則計算的刑度區間具強制力的條款失效，但其餘規定仍有效，法官量刑時必須一併審酌準則與其他刑罰目的，特別是 18 U.S.C. § 3553(a)所列的刑罰目的與量刑審酌事項，盡量避免量刑歧異。上訴審法院對於偏離量刑準則的量刑，仍應以 18 U.S.C. 3553(a)之規定及其他實務上重要的量刑因素，來審酌原審法院之量刑是否有不合理性(unreasonableness)⁵²。量刑法官雖然有較大的裁量空間，但量刑準則仍是具體化聯邦量刑法最佳參考指標⁵³，一般量刑法官仍先依量刑準則計算被告之犯罪等級與前科點數定出量刑區間，即前所述由觀護官製作之量刑前調查報告內容的量刑建議。

布克案之後，上訴法院會以在布克案所宣示的合理審查標準(reasonableness review)審查依量刑準則所為之量刑，上訴審通常會形式審查下級審法院量刑是否參考量刑準則所為，只要定刑在準則所計算出的區間內，理由不用詳細說明，但如下級審定刑落在準則計算的區間外(a non-Guideline sentence)，判決必須詳細說明為何高於或低於量刑準則所建議量刑區間之理由，亦即在偏離量刑準則量刑時，法官有說明的義務(duty to explain)⁵⁴，因此量刑準則依然扮演

⁵¹ United States v. Freddie J. Booker 543 U.S. 220 (2005)

⁵² 摘錄布克案判決文，引自 Demleitner/Douglas A. Berman/Marc L. Miller/ Ronald F. Wright, *supra* note 23, at 193.

⁵³ 參照張明偉，前揭文，頁 306；許金釵，前揭文，頁 56。

⁵⁴ Demleitner/Douglas A. Berman/Marc L. Miller/ Ronald F. Wright, *supra* note 23, at 213；另實務運作詳，前揭文，at199-218；張明偉，前揭文，第 308 頁；許金釵，前揭文，第 50,51 頁。

了法官量刑上的重要依據。

(六)檢察官在量刑程序上的角色：協力義務，原則上沒有主張的責任，也沒有明顯的舉證責任

在美國提到檢察官在量刑上影響力，主要是指檢察官對一個犯罪事實可以選擇以何罪名起訴，如上所述，不同的罪名在量刑級數上扮演重要分量，因此檢察官選擇如何起訴，就決定了後端量刑的刑度⁵⁵。此外美國大部分的刑事案件，係透過被告與檢察官認罪協商決定刑度，因此大部分案件並非透過法官量刑程序由法官決定刑度，而是檢察官與被告的協商⁵⁶。然而認罪協商的結果仍要經法官審查，法院除了審查協商的罪名是否已充分反映被告實際犯行之嚴重性，且須無損於法律所定的量刑目的及量刑準則之規範⁵⁷。而認罪協商所得的刑度通常會遠輕於經定罪後量刑程序法官所判定的刑度⁵⁸，但是同樣的，除非符合除外條款，協商的刑度仍必須在依照量刑準則所計算出的區間內，否則法官應拒絕同意協商的刑度⁵⁹。

至於量刑程序上，因有濃厚的職權色彩，不適用如定罪審理程序的證據法則，沒有明顯的舉證責任。檢察官雖為當事人之一方，但其角色為接近公益之代表人，在量刑程序上，檢察官的義務毋寧是確保被告和受害者受公平對待，並協助法院獲取妥適的量刑。美國聯邦檢察官準則對檢察官在量刑程序上的任務，即規定如下⁶⁰：為確保相關事實完整準確地提請量刑法院注意，檢察官應配合觀護官準備量刑前調查報告、審查量刑前調查報告；並以準確且令人信服地支持政府量刑建議的方式，強調關鍵事實和量刑考量因素；應對調查報告進行補充或更正；在沒有觀護官事先做量刑前調查報告的案件，必須做實際

⁵⁵ Demleitner/Douglas A. Berman/Marc L. Miller/ Ronald F. Wright, supra note 23, at 127.

⁵⁶ Id. at 487.

⁵⁷ U.S.S.G.Manul §6B1.2(a)

⁵⁸ Demleitner/Douglas A. Berman/Marc L. Miller/ Ronald F. Wright, supra note 23, at 121

⁵⁹ U.S.S.G. §6B1.2(b),(c)

⁶⁰ The principles of federal prosecution 9-27.720 , See <https://www.justice.gov/jm/jm-9-27000-principles-federal-prosecution>

的論告；並因應辯向法院論述；且應依法院之要求，澄清辯方有爭執的重大事項，並提供機會與受害者。

而從前面量刑程序說明可知，在法官進行量刑聽審程序前，是由觀護官進行量刑事項的調查，檢辯雙方會取得觀護官所做的量刑調查報告。在聽審程序上，檢察官代表政府(公共利益)，通常會依照觀護官所做的量刑前調查報告進行論告，當然也可對量刑調查報告提出意見及並提出自己的量刑建議，若被告或辯護人對加重事由提出異議或主張有減輕事由，檢察官也應審酌是否適當，而加以反駁或舉證證明之，此時檢察官才負有對其主張之事項負有優勢證據的舉證責任⁶¹。有學者認為⁶²，檢察官的舉證責任與審判階段密切結合，但在量刑程序則無。檢察官可以求刑，建議一個特定刑度，但檢察官沒有義務去證明刑度是妥適的，妥適量刑是法官的責任，不管檢察官有無求刑。此一見解與歐陸法刑事訴訟對量刑的基本看法一致。也可見在職權進行的量刑程序上，檢察官相較於主動積極的法官，扮演著補充性的角色。

(七)提案裁定文中肯定說引用之美國聯邦巡迴法院判決，並無要求檢察官對前科負主張及舉證的責任

貴院本件提案裁定中，肯定說援引美國聯邦巡迴法院 McKenzie(United States v. McKenzie, 539 F.3d 15, 18-19 [1st Cir. 2008])及 Bryant(U. S. v. Bryant, 571 F.3d 147, 153-157 [1st. Cir. 2009])兩案為依據，以支持被告累犯之前科資料應由檢察官主張並負指出證明方法之責任。惟查，該兩案僅可說明前述目前美國實務對於前科紀錄作為加重刑度的量刑因子，其證明程度須達優勢證據標準(preponderance evidence)，內容並未有何足以支持檢察官應負提出主張並指出證明方法之責任的見解。

⁶¹ See U.S.S.G §6A1.3

⁶² William T Pizzi, supra note 18, at 70.

1. McKenzie 一案：

本案被告上訴爭執兩點：第一，其 2006 年的商店竊盜犯罪所得僅為價值 21 美金的物品，不應算入其犯罪紀錄；第二，法院引用電腦化的案卷報告(Computerized Docket Report)作為上開前科其的證據是不足的。上訴法院判決指出原審(區法院)判定觀護官的量刑前調查報告妥適的標列被告 2006 年商店竊盜(shoplifting)，列入被告的犯罪紀錄點數，並同意檢方引用 Spaulding 案支持量刑前調查報告，是妥適的，被告的指摘無理由；對於第二點，上訴法院肯認法院電腦化的前案報告作為前科的證據，足以該當優勢證據標準的要求，而依該案判決文中所顯示的，電腦化前案報告紀錄應該是由觀護官調取作為量刑前調查報告內容的，而非由檢方主張並提出。

2. Bryant 一案：

本案被告爭執區法院將紐約、Suffolk 高等法院的判決納入犯罪紀錄而認定其構成常業犯(career offender)而加重其量刑點數是違法的。判決理由中指出當被告對量刑前調查報告內的認定有爭執時，檢方(判決用語為 “政府” The Government)，不應僅依賴觀護官的量刑前調查報告；亦即當被告將量刑前調查報告認定的前科記錄作為爭點(dispute)時，檢方需有足夠的證據證明該前科紀錄的存在。該案上訴法院認為前科的證明，必須是司法性的紀錄(judicial records)，認為量刑前調查報告內的前科紀錄所引的來源是國家犯罪資料中心 (NCIC)或紐約州警方資訊網的資料是非司法性的紀錄(non-judicial record)，並不如法院判決影本或其他法院文件等司法性紀錄般記載判決事實，可靠性是不夠的。上訴法院認為，原審判決有明顯瑕疵之處在於，法院應該要求政府即檢方提出其他足資信賴的來源，以確認量刑報告上開前科紀錄的真實性。

3. 小結：

本案提案裁定肯定說所引上開判決，僅反映本意旨書所述美國量

刑程序實務運作。亦即量刑程序是由法院依職權發動，委由觀護官作量刑前調查，製作量刑前調查報告交由法院，並開示給檢辯雙方。判決文中” The government bears the burden of establishing by a preponderance of evidence of a prior conviction for sentencing enhancement purpose” 文義雖為「認定作為加重刑度目的定罪判決(前科)，政府方(即檢方所代表)負優勢證據證明程度的責任」，但程序上實質進行調查舉證的，應為觀護官，法院也可依職權調查，這段話實際上當指事實(此處為前科)最後無法達到優勢證據標準加以證明時，由檢方負擔不能證明的不利益(不加重刑度)。法院基本上是依據量刑前調查報告為量刑或本於職權調查，量刑程序沒有控訴原則的適用，不待檢察官或辯護人之主張或舉證。

檢辯雙方在量刑聽審程序也是針對量刑前調查報告進行攻防，也可以提出新事證，請求調查，特別是當被告爭執量刑報告的量刑事項時，若法院認須補強證據，亦可要求檢方進行證據補強，基本上量刑因子的證明程度，僅須優勢證據標準，就前科量刑因子而言，需要的是司法性的前科紀錄，警方的紀錄是不足的；而電腦資訊化的案件報告即符合優勢證據標準的證明。附帶說明的是，當被告有爭執涉及量刑因子事實的存在時，法院除可要求檢方提供證明外，亦可主動蒐集證據或令觀護官再進行調查(18 U.S.C. §3661、U.S.S.G. Manual §6A1.3(b))。

三、德國法

(一) 罪行認定與量刑程序統合，法院職權進行，適用相同的程序原則

德國的刑事訴訟是典型的職權進行主義，法院有澄清義務(德國刑事訴訟法第 244 條第 2 項)。在控訴原則下，案件經檢察官起訴後，即由法院主導審判，並依職權進行證據調查與事實認定。檢察官與辯護人則立於協助法院發現真實的角色。但檢察官與法官同樣擔負著對被告有利、不利事項均應予注意的義務。由於訴訟程序並未區分定罪

與量刑程序，於證據調查階段，做為當事人之檢察官、被告及其辯護人，均有聲請調查證據權利，但原則上法院應依職權調查與本案判決有關的事實與證據，不待當事人聲請，亦即判決所有適用實體刑事法的事實，包括所有與罪責及量刑有關之事實，都落在職權調查範圍內⁶³。證據調查程序終結後，檢辯雙方進行言詞辯論，也是一併就罪責、量刑統體論告及答辯⁶⁴。

而量刑是事實審法院的任務，法院必須從審判程序中所獲得關於行為人行為、人格全面的圖像為基礎，確認有利被告、不利被告的情狀，並將這些情狀互相權衡，依照法律規定得出在個案中妥適的刑度⁶⁵。所有法院斟酌的事項，都必須是已在言詞審理中調查過的，法院於審判後縱於卷宗中發現與量刑有關的事證，但未曾提出於言詞審理過程中，也不能逕採為量刑根據⁶⁶。從正當法律程序而言，法院雖有廣泛不受當事人主張限制的調查採證職權，但所有作為量刑基礎或根據的事證(除法定例外，如公眾週知之事實)，都必須在言詞審理程序中讓當事人知悉，經合法的證據調查程序⁶⁷。而量刑相關的證據法則與罪行認定的證據法則相同，都適用嚴格證明法則、法院澄清義務(Aufklärungspflicht)及疑利被告原則(in dubio pro reo)等⁶⁸。例外情況，是對於被告生活經歷，包括家庭生活狀況、教育程度、職業等，法院可委託輔助人員在審判程序外進行調查並提出報告，就此部分，即適用自由證明，但如被告有所爭執報告內容，法院可以該受託調查的輔助人員為證人進行訊問⁶⁹。

不過量刑程序上，有較多的證據是以文書證據的證據方法調查。前科如做為量刑上的加重事由，除了依據聯邦中央紀錄的前案資料表

⁶³ LR-StPO, Band 6, Aufl.27 2020, §244, Rn.40

⁶⁴ §258 StPO. Vgl. LR-StPO Band 6/Teil2, 26 Aufl. 2013, §258 Rn.27ff

⁶⁵ BGHSt 29, 319 (320); Vgl. KK-StPO 8.Aufl. 2019, §267 Rn.25

⁶⁶ LR-StPO Band 6/Teil2, 26. Aufl. 2013, §261 Rn.20; KK-StPO, §261 Rn.19; So schon RGRspr.2 529 ; RGSt 1 81; BGH StV 1985 401, LR, §261, Rn.20

⁶⁷ LR-StPO Band 6/Teil2, §261 Rn.14ff; KK-StPO, §261 Rn.16ff.

⁶⁸ Schäfer/Sande/van Gemmeren, Strafzumessungsprozess, 5.Aufl. 2012, S.381ff.

⁶⁹ A.a.O, S.383.

(Auszüge aus dem Bundeszentralregister)為文書證據進行調查⁷⁰，如果前案犯行內容對於本案量刑是重要的，則以前案法院之判決為文書證據，踐行調查程序(提示並朗讀與本案相關之要旨)，判決內容所認定的事實，在本案就可以直接以該判決為文書證據加以採認⁷¹。

(二)以行為罪責為量刑基礎：依照幅的理論(Spielraumtheorie)，以罪責框定個案刑度上、下限(罪責原則)

就量刑的實體內容而言，在德國刑法總則編第三章行為效果的第二節量刑，以第 46 條至第 51 條共 7 個條文(其中第 48 條累犯加重規定已廢除)，為量刑一般原則和於特定具體狀況適用的量刑規範。法院在量刑上享有廣泛的裁量空間，但量刑的裁量一般均認為不是自由的裁量，而是受法律拘束的裁量⁷²。法院必須以法律對量刑的一般規定(第 46 條)和特殊規定(例如第 47 條 6 個月以下短期自由刑為例外情形)為依據，刑法第 46 條作為量刑一般規範，框定了法院量刑的基本架構，正如同我國刑法第 57 條的地位，發揮指導法院裁量個案刑度的作用。該條建構定刑的兩種類型規範，第一類(即該條第 1 項)是建立在刑罰的目的論上，第二類(即該條第 2 項)是例舉各項重要量刑情狀，均可以成為是有利或是不利行為人的因子⁷³。

根據德刑法第 46 條第 1 項第 1 句的規定，量刑的基礎是行為人的罪責(die Schuld des Täters)，也就是說刑度不得逸脫罪責的基礎，本句設定的罪責基礎公式，導出刑罰是對行為人有責的不法之抵償(ausgleichen)⁷⁴，聯邦憲法法院即揭示刑罰應與罪責相當，不得過度⁷⁵；而此處罪責相當，不單是基於應報原則，而是經由刑罰的一般預防來實現法益的保護⁷⁶。而該條第 2 句則規定，在定刑時要考量刑

⁷⁰ A.a.O., S.384.

⁷¹ A.a.O., S.187.

⁷² Jescheck/ Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeine Teil, 5., vollst. neubearb. und erw. Aufl. 1996, S.871

⁷³ A.a.O., S.876.

⁷⁴ A.a.O., S.877

⁷⁵ BVerfGE 6, 389 (439), 45, 187 (256-259)

⁷⁶ Jescheck/ Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeine Teil, 5., vollst. neubearb. und erw.

罰對未來行為人在社會上生活(即復歸社會或再社會化)被期待應發揮的影響，很明顯的是基於刑罰特別預防功能的觀點。一般認為上述該條前後兩句所揭示的刑罰目的量刑原則，存在刑罰目的的自相矛盾(Antinomie der Strafzwecke)⁷⁷，一方面是考量罪責的嚴重程度，一方面是著重行為人再社會化的考量，兩者將會導出不同的刑度，造成量刑適用上的衝突。在具體量刑上如何調和兩者，學說很多，不多贅述，德國實務發展了所謂幅的理論(Spielraumtheorie)，即，以行為人的行為罪責為基礎劃定刑罰的上下限，法院可於此一區間內考量對行為人復歸社會可期待的效果(特別預防目的)，給予具體的刑度，但原則上不能逾越罪責區間的上下限⁷⁸。

同條第2項則條列了法院量刑時必須審酌的情狀，包括針對行為人對犯罪的內在觀點(如行為人的行為動機、目的)、客觀的行為不法(行為方式、手段及所生影響)；有些則涉及行為人的人格及刑罰必要性的問題(如素行、人際關係、經濟情況，犯後態度特別是有否努力與被害人修復等等，有些純粹為犯罪行為的不法內容和罪責內容，有些則是基於預防觀點的考量因素，而這些條列的情狀，是開放的，僅在反應基於罪責、考量預防目的，所開展出來法院應注意的事實範圍⁷⁹。

以上的說明，主要在強調，德國法上，行為人的行為罪責是法院量刑的根本界線，基於其他刑罰目的不管是一般預防或特別預防的考量，均不能逾越罪責相當的界線，此即罪責原則⁸⁰。

(三)檢察官在量刑上的角色：程序合法的監督者

如上所述，德國刑事訴訟是典型的職權進行，在控訴原則下，就檢察官起訴的效力範圍內，法院就犯罪構成要件、不法、罪責及犯罪

Aufl. 1996, S. 877.

⁷⁷ A.a.O., S. 879

⁷⁸ BGHSt 7, 28 (32); 20, 264 (266f); 27, 2 (3); Vgl. Jescheck/ Weigend, a.a.O., S 880.

⁷⁹ Vgl. Jescheck/ Weigend, a.a.O., S 886.

⁸⁰ BGHSt 20, 264 (267); BGH NJW 1987, 3015

成立後的法律效果，都依職權進行證據蒐集和調查，而且犯罪的認定與量刑程序統合進行。檢察官作為形式當事人一方，仍享有聲請調查證據的權利，但實務上檢察官在審判程序中很少行使此權，一方面起訴時，已將必要的證據提出，一方面是法院基於其澄清義務，會主動充分調查⁸¹。不過，有必要時，檢察官個案上為了詳盡的蒐集證據，仍會聲請調查證據。基於其客觀義務，檢察官毋寧是程序合法進行、遵守法定形式的監督者⁸²，因此德國法上沒有所謂實質的舉證責任，但因為量刑仍有疑利被告原則之適用，在窮盡調查義務後，量刑事實仍有不明時，應為有利被告之判斷。

檢察官在結辯論告時，會就量刑表示意見，並依照檢察機關內部的基準具體求刑，但是檢察官的求刑並不拘束法官，一般即用聲請(beantragen)稱之⁸³。

(四)累犯加重規定廢除後，被告前科仍為重要的量刑事項，法院有調查義務

德國在1986年廢止了刑法第48條累犯加重的總則一般規定，但被告的前科紀錄仍是最重要的量刑要素(bedeusamste Strafzumessungsgründe)⁸⁴，主要是在刑法第46條第2項例示的量刑審酌情狀—被告之素行(Vorleben)上，法院基於其澄清義務，必須主動調查並考量被告的前科狀況⁸⁵。德國的實務根據聯邦憲法法院對舊法累犯加重規定的合憲論述〔詳下述陸、一、(二)〕，發展了警告模型(Warnungsmodell)或稱跨越模型(Überwindungsmodell)，認為前科的加重，理由在於被告越過先前有罪判決警告所築起的抑制門檻(Hemmschwellen)，當顯露出較高的犯罪能量而再犯，此次犯行即具

⁸¹ Vordermayer von Heintzel-Heinegg, Handbuch für den Staatsanwalt, 6.Aufl. 2019, 5.Teil. 2.Kapitel Sitzungsdienst und Plädoyer, Rn.32

⁸² Nr.127 Abs.1 RiStBV

⁸³ Vgl. Vordermayer von Heintzel-Heinegg, a.a.O., Rn.63ff

⁸⁴ BGHSt 24 198, 200

⁸⁵ LR-StPO Band 6, Aufl.27 2020, §244 Rn.41

有責任升高之狀況⁸⁶。不過此處需要強調：前科作為素行重要的內容與前科作為累犯的加重，基礎論證仍稍許不同，作為被告素行的考量上，視為行為人個人生活經歷、人品及人格一環，所據的刑罰目的雖然仍以行為罪責為基礎，但兼有特別預防觀點⁸⁷。相對於累犯法定加重的規定，重點是行為罪責的加重。而前科如果是放在被告的素行考量，及德國刑法第 46 條第 1 項第 2 句的特別預防觀點來看，被告的前科顯示過去科處的刑罰並不能使行為人有一個合規範的社會生活，這種考量之下，有時加重刑度反而無法達到特別預防的效果，在具體狀況下，如過去有科處罰金刑的前科，此次對被告科處自由刑並予以緩刑，應較能得到及時的警告作用⁸⁸。因此被告的前科作為量刑的重要因素，不一定是如同累犯的加重刑度結果，在特別的狀況，也有可能是減輕⁸⁹。

(五) 量刑的上訴審查：前科如果對被告量刑有重要性，法官有調查及說明義務

量刑的決定既然是法律的適用，事實審法院的裁量受到法律拘束，法律審可對事實審法院的量刑進行合法性審查。法院量刑受到合法性審查的事項，除了實體法的規定外，程序違法事由(第 344 條第 2 項)主要仍涉及法院的澄清義務與說明義務，以及調查程序的合法性。以澄清義務的違反而言，指對於重要的量刑事實，應調查而未調查，應審酌而未審酌。就前科的調查而言，法院未調取被告之前案紀錄表，或者對有疑問的前案紀錄疏未查明，都構成澄清義務的違反⁹⁰。又如將前科納入量刑評價，卻未踐行合法的調查程序(以書證提示並給予

⁸⁶ BGHSt 23,237(238); 43,106(108); Kinderhäuser/ Neumann/ Paefgen, StGB, 5.Aufl. 2017, §46 Rn.67; Schäfer/Sande/van Gemmeren, a.a.O. S183f,

⁸⁷ 參照王皇玉，釋字第 775 號與累犯加重處罰——以德國法與我國法之比較為中心，收錄於主體、理性與人權的彼岸：李茂生教授六秩晉五祝壽論文集，頁 127-153 (137); Vgl.Jescheck/ Weigend, a.a.O., S. 892f; Schäfer/Sande/van Gemmeren, a.a.O., S.182ff

⁸⁸ Vgl.Jescheck/ Weigend, a.a.O., S. 893; Schäfer/Sande/van Gemmeren, a.a.O., S.182ff

⁸⁹ Vgl. Schäfer/Sande/van Gemmeren, a.a.O., S.183

⁹⁰ BGHSt NStZ-RR 2010, 236, 237; BGHSt, 20 205. Vgl. LR-StPO, Band 6, Aufl.27 2020, §244 Rn.41

辯論機會)，亦屬違法判決⁹¹。

就說明義務而言，依照德國刑事訴訟法第 267 條規定的羅列，刑事判決必須書面並附詳細理由。該條第 3 項規定，有罪判決理由應指出適用之刑法並說明決定量刑的情狀；對於法定加重或減輕事由，亦有說明義務，例如舊刑法第 48 條累犯加重規定仍存在時，如已構成累犯的法定要件，法院即有義務在理由中交代，按照聯邦憲法法院指示的個案審酌意旨，說明應加重或不應加重的理由⁹²。

說明義務並不要求法院要逐一就量刑事由加以條列說明，毋寧是法院對作為決定法律效果的、認為已證明的事實，以一個整體觀察 (Gesamtschau) 方式，進行評斷、互為權衡審酌的說明⁹³。

對於審酌罪行的不法性、罪責性以及罪行的嚴重性上，屬於特別重要的情狀，法院必須在量刑考慮並說明理由⁹⁴。在累犯加重廢除後，雖然不一定每個判決都要在理由中交代被告前科狀況，但前科是量刑重要事項，如有上開審酌上的必要性，對於前科及該前科犯行的認定必須在判決理由內交代，這也在法律審審查範圍內，且不能只是按前科紀錄表羅列犯罪紀錄⁹⁵，但如有就量刑評價的觀點，簡短綜整說明是足夠的⁹⁶。

四、外國法啟示

日本、美國、德國刑事訴訟制度分別為改良式當事人、當事人進行或職權進行原則，制度或有所不同，但在量刑程序上均為由法官主導的職權進行，不受當事人主張拘束，得職權調查其認為重要的量刑事實或資訊。檢察官基本上立於協助法官妥適量刑的角色，即使在美

⁹¹ LR-StPO Band 6/Teil2, Aufl.26 2013, §261 Rn.20 : etw OLG Düsseldorf VRS 64(1983) 128; OLG Koblenz VRS 65 (1983) 379;

⁹² Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht Allg. Teil, Teillband 2, 6.neu.u.erw. Aufl., 1984, S.573.; OLG Karlsruhe NJW 76, 433

⁹³ LR-StPO Band 6/Teil2, 26 Aufl. 2013, §267 Rn.87

⁹⁴ Fischer, StGB, 67 Aufl.,2020, § 46 Rn. 107; BGH Beschl. v. 21.9.2005-5 StR - wistra 2005, 458.

⁹⁵ Vgl.Schönke/Schröder/Stree/Kinzig, StGB, 29 Aufl. 2014, §46 Rn. 65. BGH NStZ/D 4,134; BGH MDR/D 76,13;BGH StV 84,151, wistra 88,64

⁹⁶ Fischer, a.a.O., §46 Rn.38b

國，檢察官並不似在審判程序般有明顯的舉證責任，至多在被告爭執相關量刑事實，而該事實無法達相關的證明程度時，由檢方負擔不能證明的不利益。此外，在英國、澳洲等傳統英美法體系的國家，也都是以量刑為法官之職權，在量刑階段，檢察官只是立於協助法官妥適量刑角色⁹⁷。在德、日、美檢察官均可以具體求刑，但對法官只是建議性質，並無拘束力。

前科為重要的量刑事項。在美國為量刑準則之量刑表上分級計點的刑度加重因子，與被告之犯罪類型與態樣的分級交叉計量得出被告刑度區間，法官原則上在此區間內決定被告刑度；日本與我國相同仍有累犯加重的一般規定，法院應依職權調查，法院未依職權適用或適用有誤，屬於日本刑訴法第 380 條所稱量刑法律之適用有誤明顯影響判決，得上訴二審。德國雖已廢除一般累犯加重規定，但前科仍是審酌被告素行的重要事項，法院應依職權調查，對於足以影響被告量刑之前科，必須納入審酌並在理由說明。

陸、本署對本案法律問題之意見

依據法律進行罪責相當之妥適量刑，係審判之核心職權，量刑程序應由法院依職權調查各項加重、減輕或免除之事由，包括累犯是否加重，均不待當事人主張及舉證。惟如檢察官主張被告有應加重之事由，應指出證明之方法。

累犯加重之規定，於司法院釋字第 775 號解釋後，仍屬法定加重事由，惟法官於具體個案中應審酌是否加重，有無罪刑不相當之過苛情形，為合義務之裁量並於判決理由中說明

刑事訴訟制度無論採當事人進行或職權進行，量刑程序均為法院

⁹⁷ The Attorney General's Guidelines on the Acceptance of Pleas and the Prosecutor's Role in the Sentencing Exercise paragraph B:4 provides:

“...The prosecution advocate represents the public interest, and should be ready to assist the court to reach its decision as to the appropriate sentence.

<https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/sentencing-overview>

澳洲部分參見：The role of counsel for the prosecution in sentencing proceedings for offences under the Occupational Health and Safety Act

依職權進行、職權調查；但程序之進行，在當事人進行主義或改良式當事人進行下，法院應讓當事人先行陳述或主張，但法院仍應適時將量刑相關事證資料，提供當事人知悉並表示意見。

被告如有累犯之前科紀錄，檢察官縱未主張，法院仍有依職權審酌之義務。

理由如下：

一、累犯加重於釋字第 775 號解釋公布後，仍屬法定加重事由，法院應依職權審酌，為合義務之裁量並於判決理由中說明，並無控訴原則之適用

(一)釋字第 775 號解釋內涵：累犯加重規定原則合憲。法院必須在個案中審酌加重後有無過苛，而違反罪刑相當性

刑法第 47 條第 1 項有關累犯加重之規定，釋字第 775 號解釋認為不生違反憲法一行為不二罰原則之問題。惟該號解釋認為：「其不分情節，基於累犯者有其特別惡性及對刑罰反應力薄弱等立法理由，一律加重最低本刑，於不符合刑法第 59 條所定要件之情形下，致生行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪責之個案，其人身自由因此遭受過苛之侵害部分，對人民受憲法第 8 條保障之人身自由所為限制，不符憲法罪刑相當原則，牴觸憲法第 23 條比例原則。於此範圍內，有關機關應自本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨修正之。於修正前，為避免發生上述罪刑不相當之情形，法院就該個案應依本解釋意旨，裁量是否加重最低本刑。」上開解釋文指出個案如不分情節，一律加重，致個案有過苛情況，不符罪刑相當、違反憲法比例原則，才有牴觸憲法的問題，亦即只有在一律加重的適用方式下才違憲。

因此，本號解釋並未將累犯加重解釋為法院得自由裁量，相反的，從本號解釋理由書一開始即強調司法院歷來的解釋，已將罪責原則納入憲法保障意旨：「刑罰法律，基於無責任無處罰之憲法原則，人民僅因自己之刑事違法且有責行為而受刑事處罰(本院釋字第 687 號

解釋參照)。刑罰須以罪責為基礎，並受罪責原則之拘束，無罪責即無刑罰，刑罰須與罪責相對應(釋字第551號及第669號解釋參照)。亦即國家所施加之刑罰須與行為人之罪責相當，刑罰不得超過罪責。」可證本號解釋脈絡，累犯加重規定是在罪責原則之內，成為衡量行為人罪責要素之一，因此法院必須在每個個案中依職權調查是否成立累犯，並審酌加重後是否過苛。誠如蔡明誠大法官於部分協同意見書所述：「將刑罰加重之法律效果與累犯之構成要件相連結時，使該規定納入國家刑罰領域在實質上所確定責任原則之適用範圍。」法院無從自由裁量。

(二)以警告模型將累犯加重納入罪責原則內涵：引入德國聯邦憲法法院解釋

學界、實務界提出刑法第47條第1項累犯加重處罰的憲法爭議，除違反一事不二罰(雙重評價禁止)外，大多環繞在其是否違反罪責原則⁹⁸。至於釋字第775號解釋如何將累犯加重調和入罪責原則內，除了指出刑罰超過行為人所應負擔罪責，人身自由遭受過苛之侵害的個案，不符罪刑相當原則外，解釋文並未多加說明。但從解釋理由書一、第一段：「…行為人前因犯罪而經徒刑執行完畢或一部之執行而赦免後，理應產生警惕作用，返回社會後能因此自我控管，不再觸犯有期徒刑以上之罪。然而行為人卻故意再犯後罪，足見行為人有其特別惡性，…」之脈絡可以推論，本號解釋採取的論證基礎，係所謂的警告模型(Warnungsmodell)⁹⁹，即德國聯邦憲法法院於1979年認定德國舊刑法第48條累犯加重規定合憲¹⁰⁰的論據。

⁹⁸ 國內學者意見參見：王皇玉，前揭文；黃惠婷，由刑罰目的探討累犯加重刑罰的正當性，矯正期刊，第9卷第1期，109年1月，第1-35頁；謝煜偉，當弦外之音成為主旋律——評釋字第775號解釋間論解釋公布後之量刑新趨勢，月旦法學雜誌 第294期(2019.11)，第33-55頁；許恆達，月旦法學雜誌，第319期(2021.12)，第181-193頁。

⁹⁹ Vgl. Kinderhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Aufl. 2017, §46 Rn.67

¹⁰⁰ BVerfG Beschluß vom 16. 1. 1979 - 2 BvL 4/77；本文以下引用 NJW 1979 1037

1. 累犯加重處罰的前提是行為人就犯罪的類型和情節而言，沒有因先前的定罪有所警惕而應受到非難

德國在其舊刑法第 48 條有一般累犯加重之規定，雖於 1986 年廢除，之後僅特定犯罪之累犯有加重規定(如德國刑法第 176a 條第 1 項對於兒童性侵害之累犯加重)。在廢除累犯加重規定前，一如釋字第 775 號解釋前後一般，學界對累犯加重有諸多質疑，聯邦憲法法院於 1979 年即針對刑法累犯加重規定做出並未違反罪責原則的合憲判決，理由中並反駁了諸多對累犯加重有違罪責原則的質疑，指出：刑法第 48 條(累犯)刑罰的加重規定，加重處罰的前提是行為人“就犯罪的類型和情節而言，沒有因先前的定罪有所警惕而應受到非難”這樣的論述，使實體法的累犯條款納入了罪責原則。進一步說，“任何無視先前定罪所形成的抑制衝動(Hemmungsimpulse)的人，可能以增加犯罪能量的方式行事，因而提高了其責任非難(Schuldvorwurf)。立法者將第 48 條的適用繫於個案中，基於前案判罪定刑對被告的警告作用，而加重被告的罪責¹⁰¹。

2. 累犯的規定不允許以一個公式化的方式處理前科，而應該由法官在每個具體個案審酌

憲法法院並指出「累犯的規定不允許以一個公式化的方式處理前科，而應該由法官在每個具體個案審酌，就被告犯行的種類和情節觀察，其是否並未因之前的定罪有所警惕而需要給予非難」¹⁰²。

憲法法院將累犯加重的規定，分成形式要件與實體要件，條文規定累犯構成的要件為形式要件，個案滿足法律規定的形式要件後，實體上尚須審查符合法律要件的前科是否對行為人發生警告效果(Warneffekt)。在此依據的行為責任概念(Tatschuld-Beriff)當然不能作狹隘理解，法院也要將行為人的心理因素、人格特質與生活狀況

¹⁰¹ BVerfG, NJW 1979, 1037

¹⁰² Leitsatz von BVerfG, Beschluß vom 16. 1. 1979 - 2 BvL 4/77, NJW 1979, 1037

納入其整體綜合考量中¹⁰³。累犯加重，也不應僅限於前科與本次犯行為同種類犯罪，將不同類型的犯罪納入累犯加重考量，這是立法者的形成自由，個案中不能否認不同類的犯罪也有可能使行為人責任加重的情狀，前科不能以公式化的方式來考量。警告效果應該從先前行為的判罪與本次行為的內在關聯來判斷，兩個行為間有一個可從犯罪學上理解的關聯、一個犯罪的持續性或者說是行為責任重要的關聯性

¹⁰⁴。

上開憲法法院的理由，將累犯的加重調和入罪責原則，累犯可能使得被告在個案中應負擔罪責加重，但憲法法院強調，累犯加重的規定，並不是說只要有法定要件的前科紀錄，一定會有非難責任的提高，而是前科紀錄使行為人立於進一步可能加重其罪責的特定前提下，至於是否因而加重了行為人的責任，必須在每個個案中，由事實審法官調查並審酌¹⁰⁵。

3. 釋字第 775 號解釋亦以符合罪責原則為前提，但限於個案過苛時方違憲

如前所述，釋字第 775 號也在理由書一開始即強調罪責原則。但對累犯加重涉及違憲的部分，大法官僅提及「一律加重最低本刑，於不符合刑法第 59 條所定要件之情形下，致生行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪責之個案，其人身自由因此遭受過苛之侵害部分」不符罪刑相當、違反比例原則，似乎除了必須逐案審酌是否加重外，不加重之情形應屬例外(即人身自由遭受過苛侵害時)，因此在本號的協同意見書、部分不同意見書，大法官間對該號解釋產生累犯得加重、得不加重等不同看法，學界亦有批判¹⁰⁶。但如照解釋文文義，自當限於

¹⁰³ BVerfG, NJW 1979, 1038

¹⁰⁴ Ebenda.

¹⁰⁵ Ebenda.

¹⁰⁶ 參見謝煜偉，當弦外之音成為主旋律——評釋字第 775 號解釋間論解釋公布後之量刑新趨勢，月旦法學雜誌 第 294 期 (2019.11)，第 33-55 頁；許恆達，月旦法學雜誌，第 319 期 (2021.12)，第 181-193 頁。

法院就個案如依累犯規定加重，有徒刑過苛時，才不加重¹⁰⁷。

縱然在釋字第 775 號解釋之後，對累犯的加重規定應如何適用有如上的分歧看法，惟法院依法審判，累犯作為法定加重事由的規定，迄今仍是合憲的法律存在，法院必須依照釋字 775 號解釋意旨，以符合罪責原則的方式，在個案為累犯規定的適用，不論個案最後加不加重，均應於判決理由中就其審酌詳加說明¹⁰⁸。

二、釋字第 775 號解釋理由書對科刑資料調查與辯論的指示，僅提及調查的順序，無法推論累犯的成立及應加重事項由檢察官主張，並負指出證明方法之責任

另外，雖然關於量刑程序並不在釋字第 755 號聲請釋憲範圍，但解釋理由書中另針對科刑資料之調查與辯論特別指示：

「為使法院科刑判決符合憲法上罪刑相當原則，法院審判時應先由當事人就加重、減輕或免除其刑等事實（刑法第 47 條第 1 項及第 59 條至第 62 條參照）及其他科刑資料（刑法第 57 條及第 58 條參照），指出證明方法，進行周詳調查與充分辯論，最後由法院依法詳加斟酌取捨，並具體說明據以量定刑罰之理由，俾作出符合憲法罪刑相當原則之科刑判決。」

上開解釋理由，僅提及科刑程序調查進行的順序，應先由當事人提出主張與舉證，法院再進行周詳之調查與充分辯論。至於法院調查範圍是否限於當事人之主張？特別是關於累犯之適用，是否應由檢察官主張並指出證明方法，實無從自解釋文導出此結論。

三、司法院對累犯的修法意見：須符合平等原則及憲法保障人民基本權之精神，法官應於每個個案依立法理由之基準裁量，並說明理由

釋字第 775 號解釋後，法務部依照該號解釋指示，提出累犯修法

¹⁰⁷ 參見本號解釋詹森林大法官協同意見書；大法官黃虹霞協同意見則認僅得於極特殊個案方得不加重。另謝煜偉亦同此見解，前揭文，頁 45。

¹⁰⁸ 即使適用上採「得加重」說，學者亦認為到最後個案無論加不加重，都需要在判決中交代理由。參見謝煜偉，前揭文，頁 45。

草案¹⁰⁹，司法院不同意法務部草案將累犯得否加重之裁量限縮於特定之罪，並提出對案，主張將目前累犯加重規定之「應」加重，改為「得」加重，以符合憲法揭示之罪刑相當原則、比例原則及平等原則。所有犯罪一律適用，由法官依個案裁量，使罪當其責、罰當其罪，與目前司法改革保障人權之基本精神一致¹¹⁰。

司法院並於理由中強調：論者或以改採「得」加重其刑，較為抽象，恐同一情節因法官裁量寬嚴不同，而有加重與否之不同結果。然而，關於裁量加重之判斷基準，係規定於立法理由，法官並非毫無基準恣意裁量，且法官對裁量結果負有說理義務，當事人如有不服可提起上訴救濟，濫行裁量之可能性低¹¹¹。足證司法院見解亦認累犯加重改為個案裁量後，法官必須於每個個案依罪責原則、比例原則等基準審酌，無論結果是否加重，均應說明理由，避免任意裁量。

四、個案累犯是否納入法院量刑審酌，不應視檢察官有無主張及端賴檢察官之舉證，法院必須依職權調查，否則有侵害罪責原則、公平審判原則等違憲疑慮

(一) 量刑為審判權核心事項

量刑為事實審的原始本質任務(Ureigenste Aufgabe des Tatrichters)¹¹²，法院從審判程序中廣泛獲取關於行為人行為、人格全面的圖像為基礎，確認有利被告、不利被告的各種情狀，並將這些情狀相互權衡，哪些情狀或事項具有哪種意義(有利或不利)、或賦予何程度的重要性，都屬於法院本於權責的衡量¹¹³，並由其依照法律規定，符合論理法則、經驗法則，衡量出在個案中妥適的刑度，而不能由其他人取代其依法的獨立判斷，對量刑情狀的評價、權衡與決定，

¹⁰⁹ 立法院 110 年 2 月 24 日印製之立法院院總字第 246 號議案關係文書(政府提案第 17399 號)，案由：行政院、司法院函請審議「中華民國刑法第四十七條及第四十八條條文修正草案」案

¹¹⁰ 參見立法院上開議案，第 27 頁草案條文對照表說明欄。

¹¹¹ 同上註，第 34 頁草案條文對照表說明欄。

¹¹² BayObLG München, Urteil v. 16.07.2020 – 207 StRR 236/20; *äbnl.* BGHSt 3 STR 132/12; NJW 2003, 2037

¹¹³ Vgl. KK-StPO 8. Aufl. 2019, §267 Rn.24

法律審也都必須加以尊重，謹守審查界限¹¹⁴。這也就是為何不管是職權進行的或當事人進行的刑事訴訟制度，量刑程序由法官主導、依職權調查。檢察官或其他訴訟參與人的主張，包括檢察官的具體求刑，或成文的量刑指南、量刑準則均僅是建議性質，不能拘束法院本於其從個案中獲得的判斷。

當然，法官量刑應依據罪責原則並符合罪刑相當性避免過苛。而累犯是否加重，因學說之不同，立法例上也有不同，而一旦採累犯加重之規定者，刑罰加重之法律效果與累犯之規定連結時，立法者已將累犯納入國家刑罰領域在實質上所確定責任原則之適用範圍¹¹⁵。準此，如果將累犯是否納入個案量刑事項一節，委諸控訴原則、處分權原則，將造成個案衡量罪責的基準不同，顯然侵害了量刑的罪責原則，而當發生個案均有累犯加重必要且無過苛的情況時，僅因檢察官之主張或不主張，而產生有依累犯加重/累犯但不加重的差別待遇，量刑竟可適用不同規則，實有悖於平等原則、公平審判原則。

(二)德國聯邦憲法法院：量刑事項涉及罪責原則、公平審判原則，不得由當事人或法院任意處分

1. 罪責原則下，量刑事項不得任由當事人或法院處分

量刑是法院在罪責原則之下，以行為人的行為責任為基礎，審酌個案中各種量刑重要情況，而給予被告一個罪責相當的刑度，不容許任由當事人及法院自由處分，此為德國聯邦憲法法院 2013 對德國審判中的量刑協商規定 (§257c StPO) 為合憲判決時，所清楚指明¹¹⁶。而釋字第 775 號解釋，亦是以罪責原則為基礎，僅在避免個案有刑度過苛的狀況，而非可解釋為個案法官可任意決定是否適用累犯規定，甚至交由檢察官決定是否主張而任意處分。

上開德國憲法法院判決即指出協商的規定不能使法官不受量刑

¹¹⁴ Vgl. KK-StPO, a.a.O.; Fischer, StGB, 67 Aufl. 2020, §46 Rn.153b; BGHSt 3, 179; 24, 268

¹¹⁵ BVerfG, NJW 1979, 103.

¹¹⁶ Vgl. BVerfG NJW 2013, 1058

的規則(Strafzumessungsregel)拘束，相關規定(指德國刑事訴訟法第 257c 條第 3 項)授權法院能做的是，在對案件所有情況及綜合性的量刑審酌以自由心證評價後，提出一個刑度的上下區間，如此正如罪責原則所要求的，不僅將有罪宣告排除於協商之外，更確保了依據量刑原則而得的罪責相當性，不任由訴訟相關參與人處分¹¹⁷。除了追訴機關(檢察機關)依規定對微罪放棄追訴(不起訴)的情形外，憲法位階的罪責原則也不容立法機關任意處分¹¹⁸。

2. 量刑規則涉及公平審判

又依據公平審判原則賦與被告程序上的權利與協助，其詳細的內容以及設計首先是立法機關任務，然後在法律規定的範圍內，就由法院在其法律解釋和適用的義務下來加以確認。如果整體觀察訴訟法包括其經由法院的解釋與適用，發生了無法獲得符合法治國必要的結果或犧牲法治國不可放棄的部分，就是對公平審判的侵害。雖然有效率的司法也是法治國原則所採認的，但迅速審判的需求必須顧及公平審判的要求¹¹⁹。

憲法法院認為，在罪責原則以及與其密切相連的實體真實發現和公平審判、法治國原則、無罪推定、法院中立等原則下，不容許將審判中真相、法律涵攝以及量刑原則的運作，放任訴訟參與人(指包括檢、辯、被告及輔佐人等)或法院自由處分，因為這些最終都會與處理罪責問題的判決連結。法院必須拒絕與訴訟參與人以類似契約方式的合意，任意處置發現真相的義務，而脫離罪刑相當的誡命。法官和檢察官都必須拒絕以判決之名，行拍賣之實，任由正義被交易¹²⁰。

3. 各國的協商實務，都不允許偏離被告罪責的協商

不僅德國聯邦憲法法院揭示協商判決規定，不能違背量刑原則而脫逸罪責原則的拘束，前述論及美國檢察官與被告辯護人的認罪協商，

¹¹⁷ A.a.O., S.1068f

¹¹⁸ A.a.O., S.1067

¹¹⁹ A.a.O., S.1061f

¹²⁰ A.a.O., S.1068

必須接受法官審定，被告所認的罪、雙方商定的刑度，不能偏離被告應有的罪責與量刑準則所定的刑度區間(參見前述伍、二、(六))。足證不管是否當事人進行，罪責不能協商交易，是普遍的價值。我國刑事訴訟法第七編之一協商程序規定，除重罪案件排除協商之外(第455-2條第1項)，對顯失公平、顯與法院認定之事實不符者(第455-4條第1項第3,5款)，法院均應拒絕以協商為判決，亦同上述罪責不得協商處分之意旨。此外，實務上對輕微案件(同法第449條第3項簡易判決僅得宣告緩刑或得易科罰金或得易服社會勞動之有期徒刑)，被告於偵查中自白，得向檢察官表示願受科刑之範圍或願意接受緩刑之宣告(即依同法第451-1條第1項一般所謂非正式之偵查中協商)，若被告所涉罪名最輕本刑為6個月以上，且有故意犯罪受徒刑宣告之前科紀錄，檢察官即不會同意，因為量刑上將可能不符可緩刑或易科罰金或易服社會勞動之要件，亦足證檢察官縱可與被告協商刑度，但仍必須在法律所框定的罪責範圍內¹²¹。

綜上，即便是協商程序，量刑也不能任當事人自由處分、偏離罪責原則，更何況是一般經過通常審理程序，由法院主導的量刑程序下，更不可就個別法定量刑事由藉控訴原則之名，任由當事人處分。如果累犯加重，將來個案是繫於檢察官是否主張而由檢察官處分，可能侵及司法審判的核心(罪責的量定)，也將違反罪責原則，顯有違憲疑慮。

(三)累犯規定若委諸法院自由裁量或以控訴原則操作，將遭遇憲法訴訟審查之危機

個案被告是否經認定為累犯，除了涉及量刑加重外，對被告後續刑之執行至關重要，現行刑事執行法規仍有許多以累犯為要件而加嚴處遇之規定，例如提報假釋最低執行期間較高(刑法第77條第1項)、

¹²¹ 參照林鈺雄，刑事訴訟法 下冊，2020.9.，頁356-357；對我國協商判決之憲法疑義，參照頁367-368；楊雲驊，刑事訴訟新增「協商程序」之探討(下)，月旦法學教室 第21期，頁105。

在監執行期間不得報准日間外出（監獄行刑法第 26 條之 2 第 3 項第 2 款）、受刑進級責任分數逐級加成（行刑累進處遇條例第 19 條第 3 項）、不得被遴選至外役監受刑（外役監條例第 4 條第 2 項第 3 款）等，姑不論這些規定是否合理，在矯正機關執行實務上，受刑人均非常在意判決結果是否經法院認定為累犯。

因此累犯實務操作如採提案庭之肯定說，在有上述違憲疑慮的情況下，當發生個案均有累犯加重必要且無過苛的情況時，僅因檢察官之主張或不主張，甚至檢察官沒有主張累犯加重之個案，被告累犯之情節更為重大，卻仍享有不必認定累犯加重之優惠，而檢察官有主張累犯加重之個案情節稍輕，卻必須依累犯規定加重其刑，後者個案之被告必認其遭受量刑上之差別待遇，而受有不利終局裁判，並可以主張貴院這樣的見解，將個案罪責認定的要素交由檢察官單方面處分，將違背憲法的罪責原則、公平審判及平等原則，即可依照憲法訴訟法第 59 條第 1 項提起憲法訴訟。法院如採自由裁量，不加重無庸理由交代，亦將發生個案間因不同法院審判而產生差別待遇之狀況，亦將面臨憲法訴訟之危機。

提案庭的肯定說除有不符罪責原則、公平審判原則，讓渡司法審判核心職權之疑義外，更恐有侵害實體正義之嫌。黃昭元大法官與許志雄大法官兩位在釋字第 775 號解釋協同意見書針對刑法第 48 條判決確定後，發現累犯更定其刑之規定違憲一節指出：「雖使實體正義難免受到影響，但基於一事不再理及正當法律程序原則追求程序正義之本旨，此乃不得不忍受之代價。」大法官對於確定判決後是否可再依累犯更定其刑，尚且再三權衡實體正義與其他重要憲法權利，更何況仍在審理程序中，法官尚有依職權調查之權限時，更不該輕言放棄實體正義之追求。

五、刑事訴訟法第 161 條第 1 項、第 163 條第 2 項規定下，法院對審判核心事項仍有調查義務

我國刑事訴訟法第 161 條第 1 項所指檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法。此處的犯罪事實，一般指被告犯罪之構成要件事實，文義上並未包括量刑事實，此解釋亦符合前開介紹之各國量刑實務見解。當然相關犯罪成立的事實，包括犯罪動機、情節、手段、所生損害等也同時是量刑審酌的事項，經過調查證據程序後，當然也成為量刑事實。至於其他量刑事實，如被告之生活狀況、品行包括被告前科、智識程度等，應屬法院為了確定被告所負之刑責，應依職權探求之範圍。參照同法第 163 條第 2 項本文之規定，法院為發現真實本有依職權調查之權限，本不受當事人主張之限制。再依同項但書之規定，於公平正義之維護有重大關係，法院並負有應依職權調查證據之義務，對於與被告刑罰罪責有關之事項，涉及量刑是否符合罪責，是否過度等關係被告之個案正義的實現，當屬公平正義之核心事項，法院應有職權調查之義務。

雖然貴院 101 年度第 2 次刑事庭會議決議(一)將第 163 條第 2 項但書所指法院應依職權調查之「公平正義之維護」事項，限縮解釋，應以「利益」被告為限，惟參照法院組織法第 57-1 條立法理由，貴院決議制度於大法庭制度施行後，當然廢止，不待明文規定，關於貴院先前已作成之決議，僅是貴院先前「曾經」表示的法律見解，已無通案拘束力，因此有該條第三項賦予人民二年內仍可聲請釋憲之規定，而量刑事項參諸前揭有關罪責原則、司法審判核心的論證，益徵其應落入刑事訴訟法第 163 條第 2 項但書於公平正義之維護有重大關係之事項，法院有義務職權調查。累犯加重規定業經釋字第 775 號認定原則合憲，仍屬法定加重事由，事涉公平審判，若不能依據刑事訴訟法第 163 條第 2 項但書認為法院有調查義務，僅有同條本文裁量調查之適用，此見解亦將導致有上開在陸、四、內所提之違憲疑義。

參諸前揭在德國、及刑事訴訟為改良式當事人進行的日本量刑制度，量刑事項特別是與前科有關的加重事由，都屬法院應依職權調查認定之事項，不待檢察官主張證明。甚至在絕對當事人進行的美國刑事訴訟制度，量刑程序也是職權進行，由法院依職權或委由觀護官調查量刑事項，檢察官處於舉證的補充地位。綜上，累犯加重採控訴原則，委由檢察官主張並舉證實無論理基礎，也無比較法上的根據，且恐將引起違憲爭議。

六、累犯適用問題不在舉證，而是資料判讀(法院的事實認定)，應藉由科技改善前科資料表，並增加量刑調查的輔助人力，以解決實務困境

目前實務上累犯適用問題，不在累犯的證據證明，因為我國刑事前案紀錄、法院判決資訊化建置完整，各機關資訊連線交換均無縫接軌。但累犯認定確實造成法院極大負擔，貴院受理之非常上訴案件經撤銷原判決者，幾乎半數為累犯宣告違誤所致¹²²，惟遭認定違法撤銷之理由，與前科舉證證明無關，也鮮少與法院之裁量審酌有關，而是在判讀前科資料認定要件時發生錯誤(即事實認定發生錯誤)，特別是關於「前案執行完畢」、「五年後再犯」的認定與計算上佔了極大比例¹²³。在這些違誤之中，因「被告假釋期間再犯，假釋在指揮書刑期期滿後，原判決作成前撤銷」、「被告假釋期間再犯，假釋在指揮書刑期期滿，且原判決作成後撤銷」兩類，又占了一半以上¹²⁴，後者為不可抗力，但其他錯誤均是可以以技術克服的，反而非可藉由交察官主張或舉證就可以免除法官的判讀與認定。目前我國司法機關前科資料複雜判讀困難，特別是前科累累之人，加上數罪併罰反複定執行刑，更增加資料的複雜度，前科表有時厚達數公分，判讀確實困難容易出錯。但目前資訊科技發達，應該可以透過程式設計，讓前科表呈現方式更

¹²² 呂尚恩，累犯違誤之實證研究—分析 107 年至 109 年 6 月止之非常上訴案件，司法新聲 第 137 期，學員論著，第 66-88 頁(頁 69)

¹²³ 參見呂尚恩，前揭文，頁 72 表三

¹²⁴ 同前註。

符合法院在認定相關法律要件時的需要，例如將符合累犯的前科，提列出來，並附註簡要假釋、撤銷假釋、入出監時間等，法官不必再自行人工判讀，而容易出錯。此外，也可仿美國觀護官、德國法院委託輔助人員協助法官作量刑調查的制度，法院設置專責輔助人力，整理個案量刑事證與資料，法院可專注於其核心工作—量刑事項的審酌與權衡，特別是被告構成累犯時，是否個案應該加重罪責，有無罪責相當或過苛情形等。科技或輔助人力可以協助法官更專注核心任務，而不必為了技術問題而影響法的重要原則。

七、量刑之正當法律程序：被告資訊充分獲知權

釋字第 775 號解釋理由針對量刑程序指示，應先由當事人就加重、減輕或免除其刑等事實及其他科刑資料，指出證明方法，進行周詳調查與充分辯論，最後由法院依法詳加斟酌取捨，並具體說明據以量定刑罰之理由，俾作出符合憲法罪刑相當原則之科刑判決。以此為正當法律程序之要求。上開釋字解釋理由所示當事人在程序上的表達權雖然重要，然而作為被告聽審權重要一環的資訊請求權，亦不容忽視¹²⁵。在法院審理程序調查證據告一段落後，掌握最多量刑資料的應該就在法院的卷證資料內。正如前所介紹德國、美國的量刑程序，法院可將所有在審判程序中出現的已證明的證據資料納入量刑考量，美國量刑程序甚至允許法官將審判外的資訊，若跟本案有關，收納入本案考量中，在進行聽審程序前，先讓雙方當事人取得量刑前的調查報告，當中包括量刑相關因子、量刑區間等資訊，讓當事人對量刑先取得充分資訊後，才會進行量刑聽審程序。因此為充分落實正當法律程序，除讓當事人在言詞辯論前，充分閱卷外，適時將法院可能審酌的量刑重要事項，提示當事人注意，及時陳述意見，亦是將來量刑程序改革應該關注的方向。

¹²⁵ 參照林鈺雄，刑事訴訟法(上冊)，2020.9，171 頁。

八、結論

綜上所述，本署認為：量刑係事實審法院審判的核心事項，法院對於關係被告罪責認定的各項加重、減輕或免除事由，包括累犯是否加重均應依職權調查審酌。不僅釋字第 775 號解釋理由書無法推導出累犯加重應先由檢察官主張並指出證明之方法，法院方有調查義務；甚而如將累犯加重繫於檢察官是否主張或舉證，將侵害刑法基本的罪責原則，造成個案適用之量刑基準不同，而有違憲疑慮。

依照釋字第 775 號解釋，是否構成累犯及應否加重，應該由法官在具體個案審酌，就被告犯行的種類與情節觀察，其是否並未因之前的定罪有所警惕而需要給予非難。即審酌被告是否對於刑罰之反應力顯然薄弱，適用累犯之規定加重，亦不致其所受之刑罰超過其所應負擔罪責，導致其人身自由因此遭受過苛之侵害等，而為合義義務之裁量，並於判決理由中加以說明審酌經過。

而檢察官立於控訴方，同時負有對被告有利、不利之事項均應注意的客觀義務，就量刑事項亦應協助法院達成妥適量刑之目的，對於量刑事實應積極有所主張，並指出證明之方法。檢察官可以具體求刑，但檢察官的求刑只是對法官的建議，而無拘束力，日本實務見解亦同。

釋字第 775 號解釋既認刑法第 47 條第 1 項累犯加重之規定原則合憲，僅法官須個案審酌加重是否有過苛情形，則累犯依然為法定加重事由，如被告有累犯之前科紀錄，檢察官縱未主張，法院仍有依職權審酌之義務。雖在改良式當事人進行下，法院應讓當事人先行陳述或主張，惟法院依職權調查之相關事證，仍應先適時提供當事人知悉，並表示意見，以符合正當法律程序之要求。

爰依刑事訴訟法第 386 條提出言詞辯論意旨書。

此致

最高法院

中 華 民 國 111 年 3 月 21 日

檢察官 蔡瑞宗

蔡秋明

林麗瑩

李進榮

林俊言