

## 新興法律問題學術研討會

## 修復式司法作為量刑基準之探討

第54期學習司法官 楊舒涵

## ◆ 目次 ◆

壹、緒論	一、賠償式正義與修復式正義之差異
一、研究動機、目的	二、單純引用修復式正義思潮為量刑標準之合適性
二、研究方法	三、「修復式司法程序」與「犯罪後之態度」之比較
貳、現行刑事審判中引用修復式正義於量刑標準之情形	四、修復式司法程序後之效果及對法院是否有影響或拘束
一、修復式正義介紹	肆、結論與建議
二、各國運用修復式正義為量刑依據之情形	一、結論
三、我國運用修復式正義為量刑依據之情形	二、建議
參、修復式司法程序運用於量刑之探討	

## 壹、緒論

## 一、研究動機、目的

我國刑法量刑權採法律拘束性原則，事實審法官得於法定刑度之範圍內，參照刑法第57條規定之量刑標準<sup>1</sup>，審酌應行注意之事項及一切情狀，對個案科以最妥適之刑

<sup>1</sup> 刑法第57條規定「科刑時應以行為人之責任為基礎，並審酌一切情狀，尤應注意下列事項，為科刑輕重之標準：一、犯罪之動機、目的。二、犯罪時所受之刺激。三、犯罪之手段。四、犯罪行為人之生活狀況。五、犯罪行為人之品行。六、犯罪行為人之智識程度。七、犯罪行為人與被害人之關係。八、犯罪行為人違反義務之程度。九、犯罪所生之危險或損害。十、犯罪後之態度。」



罰裁量。刑之量定係事實審法院得予自由裁量之事項，苟已斟酌刑法第57條各款所列情狀，而未有逾越法定刑之範圍，或濫用其權限，且亦非明顯違背正義者，即不得遽指為違法，以為上訴第三審之理由<sup>2</sup>。我國並未如美國普遍建立量刑標準，因此事實審法院於量刑上，有相當之裁量空間，且本條係規定應審酌及注意之事項，未規定不得以其他事項為輔佐，故法官於案件中，認有其他法理較本條之審酌事項更應為注意者，亦非不得引用之。法院除依據同條之事項進行個案審酌外，以當前之刑事政策或思潮作為量刑之基礎，而對個案作出最妥適之刑罰裁量，並非違法，且為可茲贊同並可廣為推行之舉。

我國之刑事司法體系，長期以來均以應報式刑罰之思想為主軸，然而事後之懲罰，可能使加害人逃避責任，對社區及民眾之傷害也難以回復，並且經常忽略對被害人之正義<sup>3</sup>。隨著國際上被害人人權之提升，我國司法體系中，也逐漸引入修復式司法（Restorative Justice）之概念，用於刑事審判之量刑標準之中，判決引用修復式司法之思潮，認為為了實際修復被害人創傷與社會關係，而需採用修復式司法之刑事政策，作為量刑之標準。惟於現行法院採用修復式司法為量刑基礎，尚多僅單純引用修復式司法之理念，本案偵審中未必合於修復式司法程序，故何種情形下引用修復式司法之思潮作為量刑標準，始能謂適合適法，仍有討論的空間。

## 二、研究方法

文獻蒐集：蒐集本國與國外有關修復式正義之相關文獻，參閱文獻中與本議題有關之理念及規定，作為討論之依據。

個案討論：查詢101年7月起至102年8月止，法院於量刑時引用修復式正義理念之判決為基礎，討論判決以此思潮為量刑之標準及情形，以討論案件事實套用此理念作為量刑基礎之可行性及適合性。

## 貳、現行刑事審判中引用修復式正義於量刑標準之情形

### 一、修復式正義介紹

修復式正義是以回復犯罪所造成損害為目的之活動，是一個使犯行的所有有關當事人共同聚在一起處理犯罪的過程。其以社會的觀點看待犯罪問題，認為犯罪是對個人及社區關係的傷害，而非僅為違反法律而應受處置。修復式正義尋求加害者、被害

<sup>2</sup> 參照最高法院72年台上字第6696號、75年台上字第7033號判例。

<sup>3</sup> 參閱許春金，人本犯罪學—控制理論與修復式正義，頁455，增訂二版，2009年。

者及社區共同參與修復及治療，藉著對話、溝通發現問題，進而回復損害、治療創傷，為社會開創更好的和平及福祉<sup>4</sup>。

修復式正義之實踐，雖無特定形式，然須有一定之要件，如參與者、參與者間之互動以及程序要件。因修復式正義為一種關係式正義，因此當原有之社會關係受到破壞，受到影響之各方當事人均應參與程序，此包括加害者、被害人、社區人員如加被害人家庭成員、社區成員等，另調解員或促進者亦為程序進行之必要角色。而參與者間之互動，係指參與者之間可透過各種方式進行對話，如透過調解員或支持團體進行對話或引導進行對話，參與者亦可在安全的環境下，直接進行對話。另程序的進行，必須出於參與者的完全自願，參與者在程序中面對面地進行溝通、說出實話，讓彼此透過討論、釐清事件之始末或細節，以使事實真相更清楚，在程序中很重要的一是讓對方感受到真誠、尊重，或可以互相表達情緒、述說感受等方式，產生同理心，瞭解對方立場，以化解誤會，使創傷得到治療<sup>5</sup>。

程序結束後，會希望藉由程序進行得到協議的結果，在雙方互相瞭解，關係逐漸被修復後，目標將會是由各方參與者達成協議，以解決事件，並達到彌補、賠償的效果。若當事人利用修復式正義程序達成互相溝通、諒解，達成彌補或賠償的協議，進而修復被破壞之關係，減少對於被害人及社會之危害，應認法院得以此為酌輕量刑之原因。

## 二、各國運用修復式正義為量刑依據之情形

紐西蘭於2002年修正審判法(The Sentencing Act)，明文將修復式正義作為量刑標準，依該法第8條j款規定<sup>6</sup>，法院於量刑時，必須將修復式司法程序中發生的結果或確信可能發生的結果，列入量刑的考慮。此外，同法第10條亦規定須將對被害人的補償、道歉，或如何彌補其損失、傷害之約定列入量刑的考量內。使法院於量刑時，除了犯罪人本身及犯罪行為之嚴重性外，特別要求應將修復結果納入，並應考量被害人及其家族於犯罪後所受之對待，以提升被害人於刑事審判體系中之地位，並配合其他刑事程序中修復式司法之運用，達到真正的關係及損害修復。<sup>7</sup>

4 參閱許春金，同前揭註3，頁442-51。

5 參閱許春金，同前揭註3，頁495-510。

6 第8條 Principles of sentencing or otherwise dealing with offenders

In sentencing or otherwise dealing with an offender the court—

(j) must take into account any outcomes of restorative justice processes that have occurred, or that the court is satisfied are likely to occur, in relation to the particular case (including, without limitation, anything referred to in section 10).

7 參閱林輝煌、趙燕利，2012年紐西蘭、澳洲「修復式司法」考察報告，頁15-23，2012年6月。



澳洲首都特區(ACT)政府於2011年7月1日修正施行刑法修復式司法章(Crimes Act 2004)，對於修復式司法制度有詳盡的規定<sup>8</sup>，對於量刑的部分，於協議達成後，法院可考量加害人在修復式程序中表示承擔責任，但法官不會被強制要求必須從輕量刑，即法官於程序進行後仍可考量加害人參與程序的各種因素，或達成之協議等作為量刑的標準，但對於法官是否從輕量刑並無強制力，法官仍可依心證判斷之。

然亦有學者反對將修復式正義之概念採於量刑之基準上，其認為宣告有罪的被告應與其犯罪行為受刑相當比例的刑罰，修復式司法既非以刑罰為目的，何以能左右刑責，且若刑罰不能與其犯罪行為的非難程度成比例，將使同類型案件的刑責不一致，使被告能於事後以悔改的方式得到較輕的量刑<sup>9</sup>。

### 三、我國運用修復式正義為量刑依據之情形

2002年聯合國經濟與社會委員會草擬「刑事案件中使用修復式司法方案之基本原則」(Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters, ECOSOC Res. 2000/14, U.N. Doc. E/2000/INF/2/Add.2 at 35 (2000))，將此原則作為各國施行修復式正義之綱領，現亦有80個以上的國家已經以各種模式實踐修復式司法<sup>10</sup>。我國司法體系中，顯然亦受到此風潮之影響，除法務部已推動修復式司法試行方案，由各地檢署推動完整的修復式司法程序外，亦有許多法院將修復式司法的概念，運用於量刑上。

現審判實務上以修復式司法為量刑之判決，地方法院以高雄地方法院為首，然而查閱該院101年7月起至102年8月止之100則以修復式正義為量刑基礎之判決，其中共90則引用「刑法目前除朝寬嚴並進之刑事政策外，亦需以被害人為中心的修復式正義之刑事政策為思量，亦即以加害人向被害人真實悔過與補償及社群共同參與為基礎，使被害人創傷與社會關係獲得實際修復，社會和諧得以復歸，法秩序得以維持。」<sup>11</sup>之語句，作為量刑判斷之基礎，此語句確實表達出修復式正義重視被害人及社區參與，以達回復損害及修復關係目的之精神，然而將此語句引用於判決書中，對於各該案件是否適當，與修復式正義之中心思想是否一致，仍為應考慮之事項。此外有引用修復式正義之概念，認被告應賠償被害人，以修復其犯罪所造成之損害<sup>12</sup>，而以被告確有承諾

8 參閱林輝煌、趙燕利，同前揭註7，頁24-34。

9 參閱西村春夫監譯，ゲリー・ジョンストン(Gerry Johnstone)著，修復司法の根本を問う，頁36-37，初版，2006年。

10 參閱細井洋子、西村春夫、高橋則夫，修復的正義の今日・明日，頁161，初版，2010年10月10日。

11 如：臺灣高雄地方法院101年度訴字第480號刑事判決、102年度訴字第478號刑事判決等。

12 如：臺灣高雄地方法院101年度簡上字第584號刑事判決等。

賠償被害人損害，或已有賠償行為，作為宣告緩刑或減輕量刑之依據。

此100則判決中，僅少數判決實際進行修復式程序處理加被害人雙方之關係，其中一案係違反保護令罪，原被告於偵查中經轉介至財團法人呂旭立紀念文教基金會進行修復式司法之對談，並經評估為已達對話目的而結案。雖法院以被告於審理中之陳述情形，「尚難認被告與甲○○目前相處之方式符合檢察官為渠等安排修復式司法協商時之期待，然甲○○於本院審理中稱被告確實有在改，足見被告仍有意願為維持婚姻盡其努力，…」<sup>13</sup>，本案並以「修復式司法對話之程序後，其行為確有改變，」據以宣告緩刑2年緩刑期間付保護管束，期許雙方化解心結，共同維持家庭生活之和諧。其如同紐西蘭審判法中量刑之規定般，將修復式司法進行之結果及其他相關要素列為量刑之參考標準，雖我國刑法尚未有此立法例，仍值得讚同及效仿。

另臺灣臺中地方法院100年度簡上字第440號刑事判決「參酌被告自偵查時起即多次表示願意談和解，亦同意送修復式司法，均有詢問筆錄在卷可按，可知被告亦有悔改之意，…，期待渠二人藉由此次偵審程式，了解至親間之紛爭徒留遺憾，…」予以宣告緩刑2年。臺灣臺南地方法院101年度簡字第2113號刑事簡易判決以「審酌被告漠視法院核發之民事通常保護令裁定，以上開方式對被害人為騷擾行為，確屬不當，惟經檢察官以修復式司法試行方案，轉介相關機構處理被告與被害人之關係後，被告與被害人進行對話，和平完成離婚程序，被告並向被害人道歉及書立悔過書，獲被害人體諒，…」亦宣告緩刑。兩案亦經由修復式司法程序，使加被害人進行對話，促使加害人體認到自己應負的責任，而對被害人道歉或賠償，獲得被害人原諒，而以此為量刑之標準，可茲贊同。

## 參、修復式司法程序運用於量刑之探討

### 一、賠償式正義與修復式正義之差異

賠償式正義(Restitution Justice)和修復式正義(Restorative Justice)經常被混淆，賠償固然為修復式正義重要部分，然而兩者並非相同，單純的賠償亦不符合修復式正義之本質與目的<sup>14</sup>。賠償本身主要為金錢之支付，加害人對於被害人的損害進行回復，係基於有損害即有賠償之平衡法理，對於加害人雖可能具有威嚇性，即藉由使加害人財物或勞力之付出，回復被害人之損害，並使加害人承擔責任。然賠償之主要目的，並非

<sup>13</sup> 參閱臺灣高雄地方法院102年度易字第544號刑事判決。

<sup>14</sup> 參閱許春金，同前揭註3，頁452。





修復被害人之情感傷害，其賠償未必需經由對話達成協議，對於加害人復歸社會亦未必有助益，且較重於財產上的回復，對於被害人因犯罪所受之被害創傷、社會對於加害人行為的負面觀感等均未予以修復，自無法與修復式正義之思潮相當。

且縱使加害人不願意主動賠償，或兩人於賠償之金額上無法達成協議，被害人亦可經由民事訴訟之程序，對加害人請求損害賠償，經由法院之判決及強制執行，使損害得到回復，與以自願性對話為主軸，重視關係之修復，無法以法院強制力促其形成，且實質上提升被害人於刑事程序中地位之修復式正義實有差異。

又現行實務審判中，若加害人犯後對於被害人進行賠償或道歉，通常以刑法第57條第9款「犯罪所生之危險或損害」或第10款「犯罪後之態度」為標準進行量刑審酌而減輕量刑，即審酌犯罪人於犯後態度良好，主動認罪，或向被害人道歉賠償、減輕損害等，而予以減輕量刑，此即足以將被告之道歉賠償行為與量刑之關係說明清楚，亦有法律依據，實無須再引用無法律依據之修復式正義思潮，而為減輕之依據。且即使加害人犯罪後願意表達悔改之意，而對被害人道歉或進行賠償，對於被害人地位之提升，被害人創傷以及與社會關係之修復等，亦未必有所助益，此與修復式正義之本質，仍有差距。

最高法院74年台上字第5236號判例意旨為，「原判決於量刑時，已就上訴人之犯罪情節及上訴人犯罪後之態度，與被害人家屬成立和解，賠償損害等一切情狀，予以綜合考量，並依累犯及自首之規定加減其刑後，在法定刑內科處其刑。上訴意旨既未指摘原判決科刑有何違背法令，單純就科刑輕重為爭執，並請求依刑法第59條酌減其刑，自非適法之第三審上訴理由。」由此可知，早年實務即已認被告與被害人家屬成立和解、賠償損害等，可認為量刑考量之基礎，並係以刑法第57條第10款「犯罪後之態度」為依據，此並非現今方有之刑事政策，亦非新興之思潮，更非修復式正義之中心思想。

鑑於賠償與修復式正義具有其差別性，若法院於量刑中引用修復式正義之概念，而實際上加害人僅對被害人進行賠償，甚或根本未進行賠償，僅因有道歉或悔改之意而為概念之引用，是否無需將修復式正義之思潮列出，而僅列第10款犯罪後之態度良好為說明理由即已充足，或另應有更具體之關係修復之事實，能充分說明以修復式正義思想為量刑之理由，尚可使推論更為完整，前後不致產生矛盾或疑異。

## 二、單純引用修復式正義思潮為量刑標準之合適性

刑法第57條為法院量刑應特別注意事項，要求法院審酌一切情狀，為科刑輕重之標準，然法條並未否定其他事由作為量刑標準之可行性，亦賦予事實審法院裁量權。

然若法院裁量時僅將法律之抽象規定，或理論之概念羅列於判決書中，而未說明各該事項之具體情形，及本案引此條文或理論之依據或原由，則判決亦有違法之可能。如最高法院94年台上字第2131號判決即以「判決於科刑之理由，如僅載稱審酌被告之品行、犯罪之動機、目的、手段、犯後態度等一切情狀，因如此記載，均僅為法律抽象之一般規定，並未說明各該事項之具體情形，其量刑是否妥適無從據以斷定，自有判決理由未備之違法。」認定事實審之量刑係違法，故量刑之妥適性，應以將事實如何合於法律規定或理論概念具體說明，始得據以引為量刑之標準，若僅抽象地引出法條，而未具體說明，仍有判決違法之可能。

因此法院於判決中引用修復式正義之思潮，為量刑之基礎，應說明加害人如何向被害人真實悔過與補償，以及社群如何共同參與本案，並應說明被害人創傷與社會關係是如何獲得實際修復，諸如加害人與被害人及其他關係人是如何經由對話瞭解對方之想法與動機，而在瞭解之後加害人對於被害人之創傷及損害，已經由具體之行為使其修復，或承諾特定行為以為修復，而增進社會和諧，使加害人得以復歸，法秩序得以維持。如此方得認為已為說明，或說明與事實之間確實具有關聯性，而可謂已盡說明義務。

查部分判決中先引用當前刑事政策及修復式正義之思潮，然於本案事實中，被告並未對原告有任何賠償或道歉之行為，如「量刑應以刑罰應報、預防之功能目的以及當前刑事政策為本，因應個案而做出最妥適之刑罰裁量。而刑法目前除朝寬嚴並進之刑事政策外，…，社會和諧得以復歸，法秩序得以維持。…。末以被告犯後迄未對告訴人為任何賠償或未置一語道歉，而未以自身之努力修復任何犯罪被害，且未陳明所犯細節，亦未表示任何願受刑律制裁與悔悟之犯後態度…。」<sup>15</sup>如此一來引用修復式正義之思潮，將無法據以說明加被害人之關係，亦未表明本案事實與量刑標準之關係，且尚不能引以作為加重量刑之原因。因此，於引用修復式司法作為量刑標準時，建議以加被害人及關係人間確曾進行修復式司法之程序者為宜，無論最終是否達成協議，法院均可參考加害人於程序中之態度及行為，以及達成之協議等因素，據以作為量刑之標準為最佳，次之則以加害人對於被害人有實際之賠償及道歉行為，表現出其悔意，或雖無正式之修復式司法程序，然兩人間尚有以其他形式之對話達成賠償協議者，亦可引用此思潮。

### 三、「修復式司法程序」與「犯罪後之態度」之比較

15 參照臺灣高雄地方法院102年度易字第186號刑事判決。



修復式司法重視事後的修復，被告事後自願與被害人或其他關係人，依據一定的程序進行對話，向對方表達自己的行為考量及事後想法，以期能藉由同理對方感受，一方面使被告體會被害人的痛苦，進而主動願意對被害人進行修復，另一方面使被害人瞭解被告行為的動機及原因，而能對其體諒或減輕自己被害的創傷。

犯罪後態度規範範圍則相當廣泛，舉凡被告犯後是否願意道歉、認錯，是否願意賠償、和解，對於自己行為是否有悔意等均屬之，而被告是否願意進行修復程序，程序中態度如何，是否有依據協議而行為，或可認屬犯罪後之態度之一部，然而修復式司法程序更重視情感上的接觸、溝通，以及關係之修復，因此被告進行修復式司法程序中之行為，未必可概以「犯罪後之態度」為量刑之依據，應再引用其他的刑事政策或新興思潮為依據，然若被告僅向被害人道歉，或當事人間僅達成賠償協議或其他和解，應不可認已行修復式司法程序或已達修復式司法精神，而引用修復式司法之理念為量刑之基礎。

#### 四、修復式司法程序後之效果及對法院是否有影響或拘束

於與修復式正義概念並不相符之情形，引用其概念據以量刑，雖有未盡妥適之處，而對於運用修復式司法程序後之案件，對於檢察官之決定或法院量刑將能有如何之影響，討論如次。

「刑罰之量定，固屬法院自由裁量之職權行使，惟刑事審判之量刑，旨在實現刑罰權之分配的正義，故法院對科刑判決之被告量刑，應符合罪刑相當原則，使罰當其罪，以契合人民之法律感情。」<sup>16</sup>揭示我國之量刑採法律拘束性原則，只要法院未逾量刑自由裁量權之外部界限，對於刑度之裁量，有相當的空間，因此除刑法明定科刑時應審酌之情狀外，一般亦鼓勵法院更進一步參酌整體刑法目的及相關刑事政策而為符合比例原則、平等原則之個案衡量<sup>17</sup>，因此以修復式司法程序進行之對話、行為或達成之協議等事件為量刑之基礎，應可贊同。又緩刑之宣告與否，亦屬實體法上賦予法院得為自由裁量之事項，惟法院行使此項職權時，仍應受一般法律原則之支配<sup>18</sup>，於不違法之前提下以修復式正義之思潮為宣告緩刑之衡量標準，不僅可以緩刑付保護管束之方式督促被告履行協議，亦可以諭知必要命令之方式，使合適之協議內容具有強制力，被告若未履行即可能受到撤銷緩刑之不利效果，故認修復式司法程序實可與緩刑制度配合，以加強程序中所達成協議之效力。

16 參照最高法院95年度台上字第1779號刑事判決。

17 參閱最高法院100年度台上字第21號刑事判決。

18 同前揭註16。



又修復式司法程序實行後，能否依據程序的推行過程或被害人於程序中之行為作為量刑基礎，即在此種由促進者主持並作成紀錄之程序中，被告所為之悔過、道歉等行為，以及程序之進行情形能否作為量刑之基礎，討論如次。依刑事訴訟法第310條第3款規定「有罪之判決書，應於理由內記載科刑時就刑法第57條或第58條規定事項所審酌之情形，」實務上認量刑依據之事實，僅以自由證明為已足，無須如構成要件事實般為嚴格證明，然而「刑事訴訟法第288條第4項規定審判長應於被訴事實訊問後，始得就被告科刑資料為調查，將論罪事實與科刑之調查程序予以分離，旨在避免與犯罪事實無關之科刑資料影響職業法官認定事實之心證，而此所謂科刑資料當係指刑法第57條或第58條所規定之內容，亦即科刑之標準與基礎應如何具體審酌取捨之問題。此等資料雖以自由之證明為已足，必也經過調查，使當事人、辯護人等有陳述意見之機會，始有刑事訴訟法第310條第3款所定情形，否則所謂之審酌並記載於有罪之判決書云云，即失所據，其刑之量定自不足據以斷定，並有判決理由不備之違背法令。…，所踐行之訴訟程序與科刑審酌，於法均難謂無違。」<sup>19</sup>亦即修復式程序的進行內容，經法官依程序調查後，應使被告等人有陳述意見之機會，再將之作為科刑資料即與法無違。

我國現修復式司法程序於各地方法院檢察署推動試行方案，並無法律依據，若在程序進行後達成協議，可能被害人及相關人獲得補償或其他關係修復等結果，除於告訴乃論案件告訴人撤回告訴之情形，在程序上僅會結案送回檢察官，供其參考，檢察官或法院可依犯罪後態度良好而據以為緩起訴處分或宣告緩刑或為量刑基礎，如此即較被告只有在法院內對法官表示悔意較為具體並確實，檢察官可以緩起訴處分附帶必要命令，強制加害人履行其所達成之協議，若檢察官認為不宜為緩起訴處分而起訴者，法院並可依據程序進行中被告的表現、態度、其行為是否已有改變、其是否已承諾或實際減輕損害等，以及是否達成協議、達成如何之協議等因素，綜合法律第57條各款量刑應審酌事項及一切情況而為最適宜之量刑，縱使程序進行後未達成協議，或加害人不願為任何修復，亦非不可作為考量之基礎。

19 參照最高法院100年度台上字第2261號刑事判決。



然因修復式正義的過程必須出於參與人完全的自願，故對於加害人於程序中達成之協議，是否仍應基於自願履行，即地檢署或法院是否需以其他形式對協議形成實質上的拘束力，即有考量之必要。法院或地檢署若以緩刑或緩起訴附條件之方式，運用刑法第74條第2項各款，或刑事訴訟法第253條之2第1項各款之規定命加害人為協議之行為，若加害人不履行即必面臨撤銷緩刑或緩起訴之後果，應考量法院或地檢署宣告緩刑或為緩起訴處分與修復式司法程序之因果關係，若法院或地檢署係因加害人經過修復式程序後與被害人達成一定協議，而據以減輕量刑而宣告緩刑或緩起訴，即應認協議為法院或檢察官作成減輕決定之條件，若被告未履行即可撤銷原決定。然因法官並不因加被害人達成協議而被強制要求需從輕量刑，若被告之行為依一般標準即應宣告緩刑或為緩起訴處分，法官並未因此予以較輕之量刑，即不應將加害人協議事項附加於條件之中，使加害人可能因未履行協議而撤銷原決定。又部分判決雖有引用修復式正義之思潮，然緩刑之內容與修復式司法程序達成之協議尚無關聯，雖有命被告道歉、賠償而可認對被害人強制補償，或命支付一定金額、命為義務勞務，而可使被告對於社會付出心力而進行修復、補償，或使社會能接納被告，然此與修復式司法程序尚無關聯，此情形與因修復式司法程序而宣告緩刑之情形尚有差異。

當事人之協議內容可能不適於執行，而不應列於附帶命令中，如桃園地檢署試行之修復式司法方案中，即有以「保證不再賭博」為協議內容，然此等內容若做為必要命令之內容即恐難以執行，而不應列為應履行之必要命令。然若法院已因而減輕量刑，被告卻未履行，則原處分亦無從撤銷，對於被害人的權益即可能有影響，促進者於程序引導中，應盡量使協議內容具體且具有可執行性，避免以模糊概括之語句為協議內容。又被害人是否能直接以協議契約為依據請求執行，即有關此協議之定性，若將此定性為民法上之和解契約，即可能另依民事程序請求加害人為一定之作為或不作為，惟此仍應考量民事上之法理。

當檢察官或法官以現行法律規定實質上賦予協議強制力，或於未履行時將予以撤銷之不利益，則需考量若有情事變更之情形，協議應如何完成。一般為緩起訴處分或宣告緩刑而有附帶應履行義務之情形，多為繳交一定金錢或履行一定時數義務勞務，於履行上較無情事變更之問題，然而修復式司法程序當事人所達成的協議，係由當事人自由為之，協議之內容不一而足，如桃園地檢署修復式司法案件即有以「給被害人新臺幣2000萬元」、「保證互不侵擾」等為協議之內容，此些內容若列為附帶應履行之必要命令，即應考量情事變更之情形。澳洲ACT政府施行之刑法修復式司法章第55

條，即有規定召集人可因情事變更而對原協議進行修正<sup>20</sup>，然而我國法律並無作成刑事處分後可因情事變更聲請修改命令之規定，未履行命令雖非強制撤銷原處分之事由，然亦有相對撤銷之可能，故就此等協議如欲納為必要命令，應考量情事變更之可能性。

## 肆、結論與建議

### 一、結論

(一) 以修復式司法程序過程中之各種情況為量刑事實應可贊同

因量刑事實之證明，採自由證明主義，因此若當事人間已進行修復式司法程序，不論進行結果如何，應認法院均得依據程序進行中發生之事件或結果，為刑罰之裁量。然而因法官及檢察官於現行方案中均未親身參與程序，僅以促進者之報告為依據，因此於採用此事實為量刑依據前，應再詢問被告對此報告有陳述意見之機會。又法院亦應配合被告其他行為，綜合而為量刑，自不待言。

(二) 量刑理由應與事實相關，並盡說明之義務

法院應依據事實量刑，即將與量刑標準相符之事實，涵攝於量刑事由之中，並說明何以為此刑罰之裁量，即於量刑理由中應具體敘述被告之行為，而此行為符合何種量刑標準、刑事政策或思潮，而得以作為刑罰裁量之標準。因此法院於量刑時，若僅將條文或刑事政策的內容寫出，而列出之標準與事實無關，即不得謂已盡說明義務。故法院若於未實際運用修復式司法之案件中，卻引用修復式司法之精神據以為量刑之標準，而未具體說明其引用之緣由或適用之情形，則恐有違背法令之疑慮。而賠償與修復之概念未盡相同，被告對被害人道歉或賠償之行為，未必即符合修復式司法之精神，而得引用修復式司法之理念為量刑之基礎。

### 二、建議

(一) 量刑標準得將被害人列入標準或參考因素

觀察現行量刑標準之規定，可發現量刑多以犯罪行為及犯罪行為人之狀態為依

20 CRIMES (RESTORATIVE JUSTICE) ACT 2004 - SECT 55 Amendment of agreement

(1) The convenor may amend a restorative justice agreement on the application of a required participant in the conference, or the convenor's initiative, if the convenor considers that the amendment is necessary or desirable—

(a) to respond to a change in the situation of any suitable victim or parent, or the offender; or

(b) to correct an error.



據，如犯罪之手段、所生危險或損害以及違反義務之程度為關於犯罪行為之量刑標準，而犯罪行為人之生活狀況、品行、智識程度等為犯罪行為人個人之狀態，僅犯罪行為人與被害人之關係，有將被害人列入考量，然此係與對被害人之保障尚無關聯。查現今實務中量刑多有以被告與被害人是否和解，是否道歉及賠償等等為量刑或是否為緩刑宣告之依據，此多引用「犯罪後之態度」，惟此規定全以被告之觀點切入，對於被害人之地位則有所忽略。為因應現今刑事政策提升被害人保護之思潮，可於量刑規定中增加多元且具體之標準，如此不僅能減少法院量刑之歧異，減少因對量刑不服之上訴，亦可提升被害人於刑事程序中之地位。

#### (二) 修復式程序中行為對法院之效力，建議可仿澳洲明定規範

因現行修復式司法程序進行後於刑事程序上有如何之效力，尚無明確之規範，建議可將效力明定於法規中，使檢察官或法官依據程序中行為為刑罰之裁量能具有正當性及合法性。如何可避免有意願之被告因不確定進行程序是否有意義，或擔心程序中行為對其產生不利益，而拒絕參與程序，程序進行後，也可使檢察官或法院有明確依據而為適當之處分或量刑。

## 參考文獻

1. 許春金，人本犯罪學－控制理論與修復式正義，台北市：許春金出版：三民經銷，增訂二版，2009年。
2. 林輝煌、趙燕利，2012年紐西蘭、澳洲「修復式司法」考察報告，2012年6月。
3. 西村春夫監譯，ゲリー・ジョンストン(Gerry Johnstone)著，修復司法の根本を問う，初版，2006年。
4. 細井洋子、西村春夫、高橋則夫，修復的正義の今日・明日，初版，2010年10月10日。