

新興法律問題學術研討會

說或不說？要怎麼說——談自白與犯後態度之關係¹

第54期學習司法官 蕭淳尹²

◆ 目次 ◆

壹、前言與文獻文顧	肆、虛偽矯飾供述不實在量刑上之應然評價
貳、犯罪後之態度之內涵—從刑罰目的出發	伍、結論
參、緘默與單純否認犯罪在量刑上之應然評價	

壹、前言與文獻文顧

不論在全球的範圍或以我國範圍為度，在量刑這個領域的研究，迄今都仍相對有限。就我國以言，目前量刑的研究，大致可分為三大類。第一類是研究外國量刑制度的改革和變遷，並期望外國制度之介紹能為我國日後之改革提供參考³。至於第二類，則是研究我國法院法官在各種犯罪事件中的量刑，並期望透過量化和質化之研究，來打開法官量刑之黑盒子，甚或希望能揭露法官量刑時之偏見，以求協助法院精進量

1 本文原發表於法務部司法官學院於民國103年2月21日舉辦之「新興法律問題學術研討會」，作者感謝評論人臺灣高等法院郭豫珍法官提出之寶貴意見。當然一切文責仍由作者自負。

2 作者為台灣大學法律學研究所基礎法學組碩士，現於法務部司法官學院受訓。

3 此類文獻，如吳景芳，德國量刑準則之立法檢討（上），《刑事法雜誌》，1980年8月，24卷4期，38-54頁；吳景芳，德國量刑準則之立法檢討（下），《刑事法雜誌》，1980年10月，24卷5期，31-44頁；吳景芳，日本量刑基準之立法沿革與檢討，《刑事法雜誌》，1997年6月，41卷3期，88-110頁；吳巡龍，美國的量刑公式化，《月旦法學雜誌》，2002年6月，85期，166-176頁；許金釵，布克案之後美國聯邦量刑準據的調適，《東吳大學法學研究》，2007年6月，26期，85-104頁。



刑，進而促成量刑實務之改變⁴。至於第三類，主要針對量刑審酌事由的目的論及其概念內涵著眼，希望能理清法官量刑時什麼情狀應納入考量，什麼情形則不應以之衡酌，以求作為法院日後量刑之參考⁵。

本文所要談的問題，是自白與刑法第57條第10款犯罪後態度之關係。精確來說，是「討論被告拒不自白時，法院是否得將其評價為犯後態度不佳，從而作為量刑之審酌事由」，因此應屬前揭第三類之量刑研究。不過在進入實質內容討論前，由於法學實踐理性之本質，是以上開研究主題究竟能給予實務工作什麼樣的指引，研究者必須先予說明。而要澄清這一點，則必須先了解目前實務在這個問題的看法。

就此以言，實務上最高法院多數情況對於本文的提問，處理方式可謂相當隱晦而模糊。如102年度台上字第3742號判決就認為：「…倘其刑之量定並未逾越公平正義之精神，客觀上亦不生量刑畸重之裁量權濫用，自不得僅因判決書記載「事後否認犯行，毫無悔意」等用語文字，即遽謂係剝奪被告之緘默權，將被告合法行使抗辯權之內容作為量刑標準之審酌⁶」。如若最高法院確認為不應以事後否認犯行從重量刑，就算無法確認下級法院是否確實因為被告否認犯行而予以從重量刑，至少也應於判決理由中指出下級法院前揭記載之不法，以求更明確地提醒下級法院將被告否認犯行作為量刑審酌事由本身就於法不合。惟最高法院捨此而不為，自難脫曖昧不明之評。

至於學界對於本文提問的探討，則已有相當成果。目前多數見解會將拒不自白區分為兩種行為態樣，其一為保持緘默或單純否認，另一為虛偽矯飾供述不實。於前者

4 此類文獻，早期相對較少，但近年如雨後春筍般出現，如郭豫珍與劉文仕，刑罰酌減條款在審判實務上的運用—以臺灣高等法院及其分院加重竊盜案判決為例，《警察法學》，2006年10月，5期，363-398頁；楊維倫，法還是不入家門為上？論家庭暴力案件量刑之影響因素，《犯罪與刑事司法研究》，2008年10月，11期，99-132頁；陳玉書等，殺人罪量刑準則之實證分析，《中央警察大學犯罪防治學》，2011年9月，13期，77-114頁；林錦芳，妨害性自主罪量刑分析研究，《刑事法雜誌》，2011年10月，55卷5期，17-40頁；郭豫珍，審判不公？超法規因素對法官量刑的影響，《法學叢刊》，2011年10月，56卷4期，56-88頁。

5 此類文獻，如吳景芳，人格責任論在量刑基準理論中之意義，《刑事法雜誌》，1982年12月，26卷6期，31-75頁；吳景芳，由行為責任立場論刑罰目的在量刑基準中之意義（1），《刑事法雜誌》，1983年10月，27卷5期，89-99頁；吳景芳，由行為責任立場論刑罰目的在量刑基準中之意義（2），《刑事法雜誌》，1983年12月，27卷6期，4-34頁；蘇俊雄，量刑法理與法制之比較研究，《法官協會雜誌》，1999年12月，1卷2期，25-56頁；郭豫珍，刑罰裁量的理論變遷與犯罪防治，《中央警察大學警學叢刊》，2004年7月，35卷1期，49-68頁；周漾沂，論刑法五十七條量刑要素之基礎，《刑事法雜誌》，2004年6月，48卷3期，95-116頁；蕭宏宜，量刑原則與罪責相當，《台灣法學雜誌》，2012年12月15日，214期，118-135頁。

6 相似意旨，參102年度台上字第605號判決、101年度台上字第478號判決、98年度台上字第5827號判決。

之情形，不能因之認定被告犯後態度不佳因而從重量刑，而後者之情形則反之⁷。就前者之理據，林山田指出：「法官不應把行為人利用刑事訴訟法所賦予的權利，而行防衛的行為，當作不利於行為人的刑罰裁量事實⁸」，而其後之學者則進一步點出林山田所未說清楚的刑事訴訟法所賦予的權利，便為不自證己罪之權。至於就後者之理據而論，多數學者之文獻僅有結論並引註德國學界之文獻，而未見提出實質理據，僅王士帆以不自證己罪之界線以及被告在不自證己罪之權下在刑事程序是否有「說謊權」之論爭為切入點，為以下論證⁹：

不自證己罪保障被告無義務主動、積極配合國家追訴，也無義務提出不利於己之事證…但是，不自證己罪保障之射程僅止於此，不強求被告負起真實義務，不表示被告得享有說謊權（Recht zur Lügen），不自證己罪不額外保障被告故意供述不實或杜撰虛構案情，胡亂加油添醋，帶審判法院兜圈子，影響審判發展。如被告東拉西扯，對已臻明瞭的案情虛構事實來調查方向的情形，事後驗證供述不實，被告「供述不實／虛偽陳述」之部分，仍可以犯罪後態度不佳為由（《刑法》§ 57(10)），作為量刑加重之依據。

不過學界目前也出現僅認同不能以被告行使緘默權或單純否認而從重量刑，但不認為被告為虛偽供述得從重量刑之意見。如盧映潔指出¹⁰：

刑法第57條已宣示量刑時須以行為人的罪責為基礎，與罪責無涉的事項應排除在量刑考量之外，有關被告在刑事訴訟中的表現或態度其實是與犯罪行為的罪責評價沒有直接關聯，也就是不影響犯罪行為的建構及促進。

從以上回顧，可知在不自證己罪與緘默權保障之誡命下，法院不得將被告行使緘默權或單純否認犯罪評價為犯後態度不佳從而從重量刑，已屬我國學界一致共識。不過被告超越緘默或單純否認，進一步為虛偽供述時，是否得從重量刑，我國學界見解就未完全一致。多數學者採肯定見解，但理由僅泛泛為被告虛偽供述已超出不自證己

7 參林山田，論刑罰裁量，收錄於：《刑事法論叢（一）》，自版，1987年，2版，100-101頁；張麗卿，《刑事訴訟法理論與運用》，五南，2004年，9版，118頁；王士帆，《不自證己罪原則》，春風煦日學術基金，2007年，124-127頁；劉邦繡，被告犯後態度在法院量刑上之評價，《軍法專刊》，2011年2月，57卷1期，151-155頁。此外，亦有部份學者僅討論到前者或後者之情形，而其結論並不出以上多數見解之外，如柯耀程，《刑法總論釋義—修正法篇》，元照，2005年，531頁。（認為：行為人…如犯罪之後，即使已經被確認，仍舊狡辯脫罪，乃至於運用各種關係，以規避制裁者，其情並無可囿恕）；王兆鵬，《刑事被告的憲法權利》，自版，1999年，53-56頁。（認為若法院得對保持緘默之被告科以較重之刑，緘默權的增訂將成為具文。且審判中被告保持緘默的原因極為複雜，有可能係出於律師策略上的建議，故被告之緘默並不真正代表其犯後並無悔意，對之科以較重之刑並不公平）。

8 林山田，註7文，100-101頁。

9 王士帆，註7書，126頁。

10 盧映潔，刑罰的適用，《月旦法學教室》，2006年1月，39期，83-84頁。



罪之保障範圍。惟即便被告虛偽供述不在不自證己罪保障範圍，是否就沒有其他得茲認為不能因而從重量刑之論據，則未見討論；至於採否定見解之少數學者，則係以被告在訴訟上表現無法連結至行為罪責為其基礎，但刑法第57條雖明言量刑應以行為人的罪責為基礎，但基礎二字未必要解釋為任何量刑事由都必須與行為人罪責之形成有所連結。就此以言，否定見解之理由，亦嫌過於粗糙。

本文認同被告單純行使緘默權或單純否認不應成為從重量刑之事由，而其理由亦同前揭先進，蓋此屬被告之不自證己罪和緘默權保障下當然之解釋；然而本文主張不能僅以被告虛偽供述已超出不自證己罪之保障範圍，就認定被告虛偽供述得從重量刑，其理由在於：法庭實務上，被告即便有意為虛偽不實之供述，亦可單純否認犯罪，讓到庭之辯護人有計劃地虛偽供述。在此情形，實際上有計畫地虛偽供述者究為辯護人，將辯護人之行為等同被告之行為，並非所宜，但若如此解釋，則將可能出現被告同樣有虛飾狡辯之意，但僅因是否有財力聘請律師讓律師代其如是作，就在量刑上獲得不同評價之不公平結果，而此一不公平結果又無法透過其他方式修正，因此乃不得不認定即便被告虛偽矯飾，亦不得從重量刑。而此一論點之提出，便為本文對於我國學界之貢獻。

為求證立以上主張，以下本文將分成幾個部分依次說明。首先是透過考察刑罰之目的，定位刑法第57條第10款之「犯罪後之態度」之內涵及理據。其次，在這樣的內涵及理據下，說明若單就刑法第57條第10款之內涵與定位而論，被告行使緘默權或單純否認犯罪，作為從重量刑之事由，並無不合之處，僅因對刑事被告之不自證己罪和緘默權之保護此一重要價值，方不能將之評價為犯後態度不佳而從重量刑。最後，則說明雖然被告虛偽供述相較於被告僅保持緘默或單純否認犯罪，在抽象思考上確實應當在犯後態度上給予不同評價，惟在實際地法庭訴訟上，這樣的抽象思考會造成應受相同對待之被告受不同評價而生不公，而該不公又無法透過制度之修正予以改善，因此兩害相權取其輕下，僅能否認將被告供述不實評價為犯後態度不佳而從重量刑之可能。¹¹

11 在本段結尾，作者謹回復評論人之意見。評論人質疑全文僅11頁，文獻回顧卻占了3頁，文獻回顧比重似乎過重，且寫論文應先確立研究方向，其次才作文獻回顧，本文直接進行文獻回顧似乎太快，又量刑實證研究之本意，應有積極希望協助法院精進量刑之目的等語。作者完全認同量刑實證研究之本意，應有積極希望協助法院精進量刑之目的，並已就原文與其不符部分修正。然對於其他評論人之指謫，作者仍有不同看法，爰自辯如下：

首先，本文本節之標題為「前言與文獻回顧」，而作者已在前言點出本文所要研究的標的就是「討論被告拒不白時，法院是否得將其評價為犯後態度不佳，從而作為量刑之審酌事由」，因此評論人所稱本文直接進行文獻回顧等語，應屬誤解。

貳、犯罪後之態度之內涵—從刑罰目的出發

刑法第57條第10款明言：「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：…十、犯罪後之態度」，本文關懷的被告拒不自白與量刑之關係，其實體法上所本便為本款。而要探究本款之內涵為何，首先應探明這樣的規範如何出現，又怎麼會施行於台灣社會。

眾所周知，台灣社會於1895年6月17日起，以迄1945年10月25日國民黨政權領導之中華民國政府「光復」台灣為止，人民都生活在日本帝國法秩序下，因此也要到1945年10月25日，於1935年開始施行於中華民國法秩序的「中華民國刑法」（以下稱1935年刑法）方施行於台灣。當時這部「中華民國刑法」第57條第10款規定：「科刑時應審酌一切情狀，尤應注意左列事項，為科刑輕重之標準：…十、犯罪後之態度」，可見犯罪後之態度，早在當時就已經成為國家法秩序下量刑必須特別審酌之事由，僅本文中尚無「科刑時應以行為人之責任為基礎」之規定而已。

若追本溯源，系爭規範最早出現在1918年「刑法第二次修正案」之第62條之第1項第10款，經1928年施行之「中華民國刑法」（以下稱1928年刑法）而成為實定法，並為1935年刑法保留。由是，刑法第二次修正案何以將本款放入，便值得進一步探究。當時1918年刑法第二次修正案，對於本款是如此說明的：

科刑得當誠非易事…故最近瑞士及德國刑法準備草案皆於總則中特設專條，臚舉科刑時應審酌事項，以指導法官之留意…第十款所謂犯罪後之態度，例如犯人犯罪後因悔悟而力謀恢復原狀或賠償損害者¹²…

從1918年刑法第二次修正案之說明，可清楚得知這套科刑審酌模式，其規範內容與理論基礎都是從歐陸而來。若係由外移植而來，產生這套理論基礎的社會中，是哪些人，在怎樣的世界觀和國家觀，又是在如何的脈絡下生成之，便屬妥切界定本款實質內涵之關鍵，因此以下乃必須回顧現代刑罰之目的觀演變。

此外，學術論文之結構，以及章節之比重，本無定式。況本文所以文獻回顧比重較重，係因本文採取一般社會科學論文寫作方式。而一般社會科學之論文寫作，文獻回顧時就必須將系爭研究標的過往在學術界之研究成果回顧清楚，並據以指出作者寫作之文章究竟能在既有文獻之上，提出什麼新的論點或見解（包括和既有文獻定論相左之見解，或是和既有文獻定論見解相同，但理由構成不同），也就是本文在學術上的貢獻為何。從而，在法學論文中，本文的文獻回顧或許偏長，但如果就一般社會科學文獻而論，本文的章節比重編排，應尚屬合理。

12 黃源盛等，《晚清民國刑法史料輯注（上）》，元照，2010年，653-654頁。



自古以來，刑罰之目的即存在應報及預防兩大觀點¹³，就前者來說，其最原始的思維即認為刑罰的目的在於報應犯罪人對他人所造成之惡害，即以牙還牙以眼還眼。不過到了近代，歐陸哲學家為應報的刑罰目的觀加入除了同害復仇外更多的支持理據。如康德（Immanuel Kant）便主張國家所以可以且應當對犯罪人施以應報性的處罰，理由便在犯罪人在以自由意志進行犯罪行為時便產生了罪責，國家施以對等性的惡害因之即成為平衡為惡者罪責所當為，若國家不予對應的處罰，還是違反正義的表現。黑格爾（Georg Wilhelm Friedrich Hegel）則更進一步認為：「犯罪是對法律的否定，而刑罰就是對於此等否定的否定，因此可以視為一種對於犯罪的取消」。而從市民社會（Civil Society）的興起來看，應報理論主張刑罰必須與罪責對應，也有節制國家權力，讓市民社會得以蓬勃發展的積極作用。

就預防觀點的刑罰目的觀來說，此種觀點雖然也不是近代才首度出現，但近代出現的預防觀點下的刑罰目的觀，則是為了回應應報論而生。而其又可大別為一般預防理論與特別預防理論。其中一般預防理論又可區分為「消極的一般預防理論」以及「積極的一般預防理論」，前者以費爾巴哈（Paul Johann Anselm von Feuerbach）為鼻祖，認為刑罰之目的，在於透過對犯罪人的刑罰產生對社會一般大眾之心理強制，以遏止日後社會大眾之犯罪，白話講即所謂「殺雞儆猴」。而積極的一般預防理論，則認為刑罰之目的在於透過對犯罪行為之非難，平復法規範受到的破壞，而前述黑格爾「否定的否定」之說，正可為此一理論之基礎。

至於特別預防目的下的刑罰觀，則認為刑罰目的在於透過刑罰預防個別犯罪人再度犯罪。而其大體有兩個理論源頭，一為19世紀興起的犯罪學實證學派，一為19世紀末期建立馬堡學派的李斯特（Franz von Liszt）。應報論最重要的基礎，在於「自由意志」的存在，已如前述，然而實證學派在對於一個一個犯罪人犯罪成因的研究中，卻愈發認為犯罪人所以為犯罪行為，往往源於遺傳、生理、社會環境、教育、職業、疾病等眾多因素，而自由意志存在此一先驗命題，在眾多情況其實並無法妥切解釋犯罪行為何以發生，因此可謂動搖了應報論之根基。特別預防目的觀的鼻祖李斯特則認為刑罰的運用必須以目的思想為前導，具體而言可分為三個層面，第一是確保社會大眾不受到犯罪人之侵害，第二為以刑罰威嚇犯罪人使之不敢再度犯罪，第三則是矯正犯罪人使之不至再犯。刑罰除了威嚇，亦應有矯正之功能，也就此確立。

13 以下關於刑罰目的觀的一般說明，參中義勝，刑法における人間像，收錄於：《現代刑罰法大系（第一卷）—現代社会における刑罰の理論》，日本評論社，1982年，71-96頁；王皇玉，《刑罰與社會規訓—台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變》，元照，2009年，3-32頁。

以上三種刑罰目的觀，在19世紀末乃至20世紀初的學界曾有激烈對抗，不過二戰之後，各家論者多已兼採其他刑罰目的觀，以彌補己方之不足¹⁴。刑罰目的觀之爭論雖未就此畫下句點，但至此也已經不至水火不容。

綜上所述，不論應報主義、一般預防主義或是特別預防主義，都是在特定的歷史脈絡下發展而來，也各有其優點與不足之處。就此以言，在解釋適用刑法第57條之量刑審酌事由時，應採取如何之目的觀，便生疑義。我國學界目前大致已有共識的是，法官在量刑時，不應再考量一般預防目的，理由在於一般預防目的在立法者形塑犯罪構成要件時就已經充分考量，若於量刑時再予考量，將有雙重評價之不合理使然¹⁵。

不過即便不考量一般預防目的，是否應考量特別預防目的呢？有論者主張特別預防目的雖然在量刑上有其功能上的意義，但操作上卻缺乏可驗證的標準，因此基於法安定性的考慮，不應基於特別預防目的之考量從重或從輕量刑，僅須附隨於易科罰金或緩刑之要件考量即可¹⁶，因此該位論者甚至主張「至於像「犯後之態度」這種與行為完全無關的要素，如果是基於特別預防目的的考慮，就是一個多餘的要素¹⁷。」

本文認為該位論者之主張，固非無見，但犯罪後之態度既然已白紙黑字規範在刑法典中，作為法官量刑時應特別審酌之事由，實無可能僅以一句「多餘的要素」就棄之不論。因此此一主張或可作為立法論之參考，但應無可能在解釋論層次主張。

此外，犯罪後之態度，也並非與行為罪責全無連結之可能性。如行為人本在意圖為自己不法所有之犯意下，竊取他人之名貴手錶既遂，事後心有所悟，故主動將之歸還於被害人得支配之領域之情形，應可認行為人之前竊盜他人動產之行為罪責，已因其主動歸還之犯後行為而降低。刑法第347條第2項明定擄人勒贖既遂後，未經取贖而釋放被害人者，減輕其刑；取贖後而釋放被害人者，得減輕其刑，立法雖有保護被擄之人安全的考量，因此以減輕其刑鼓勵擄人者釋放被害人，但若以罪責原則的觀點，也正是行為人犯罪既遂後，主動釋放在自己實力支配下的被害人，降低了行為罪責，因此才有立法減輕其刑之正當性，從而可知行為人犯罪後之態度之具體內涵，仍可能與行為罪責有所連結才是。

在前開觀點下，接下來要問的問題是：是否應當將作為量刑審酌事項之犯罪後之態度之內涵，限縮在與行為罪責有關連性的範圍呢？

14 參吳景芳，德國量刑準則之立法檢討（下），《刑事法雜誌》，1980年10月，24卷5期，31頁。

15 參周漾沂，註5文，99-100頁；蕭宏宜，註4文，125頁。

16 參周漾沂，同前註，100-104頁。

17 周漾沂，同前註，113頁。



本文在此的立場是，並無必要作此一限縮，只要行為人在犯罪後之具體行為或不行為，確實彰顯了行為人悔悟或毫無悔悟之意，在特別預防目的下，就可作為量刑之審酌依據。其理由如下。

首先，刑法第57條於94年修法時，加入「科刑時應以行為人之責任為基礎」之內容，其立法理由僅謂「原法僅就科刑之標準予以規定，並未對科刑之基礎設有規範。為使法院於科刑時，嚴守責任原則，爰參考國外之立法例，明定以行為人之責任為科刑輕重之標準¹⁸」。是可知修正理由也僅談到科刑輕重之標準應以罪責為基礎，而未明言所有的量刑審酌事由都要與行為罪責直接連結。此外，當時修法時在量刑上參考最重要的外國立法例，即德國刑法第46條，其第1項規定：「行為者之責任為刑之量定之基礎。刑罰應考慮對於行為者未來社會生活可期待發生之影響¹⁹。」可見在比較法上，即便已明定刑罰應以行為罪責為刑之量定之基礎，法院量刑時考量特別預防之需求，亦無任何違和之處。此外，同條第2項第6款之規定：「行為後行為者之態度，特別是為填補損害之努力與被害人和解之努力²⁰。」將與行為罪責完全拉不上邊的「與被害人和解之努力」列入量刑時應特別審酌之事項之一。除了因應被害者復興運動外，也唯有以特別預防之角度，才能為這樣的立法尋得合理性論據。最後，將犯罪後之態度此一量刑審酌事項與罪責原則脫鉤，在量處是否宣告死刑時，更是重要至極。我國在簽署了「公民與政治權利國際公約」（International Covenant on Civil and Political Rights, hereinafter ICCPR）以及「經濟社會文化權利國際公約」（International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, hereinafter ICESCR），「公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法」亦於2009年12月12日起生效後，對於死刑之宣告，必須符合ICCPR第6條第2款及第6號一般性意見（General Comment）之嚴格規範²¹。至此之後，科處犯罪人死刑，必須慎之又慎，除行為人所犯之罪之行為罪責已臻極其重大外，尚須確認行為人確實已無透過矯治而復歸社會之可能，方能符合前揭

18 立法院公報處，院會紀錄，《立法院公報》，2005年，94卷5期，276-277頁。

19 吳景芳，註14文，39頁。

20 參王正嘉，犯罪被害人影響刑事量刑因素初探，《國立中正大學法學集刊》，2012年10月，36期，81頁。

21 ICCPR第6條第2款：「凡未廢除死刑之國家，非犯情節重大之罪，且依照犯罪時有效並與本公約規定及防止及懲治殘害人群罪公約不抵觸之法律，不得科處死刑。死刑非依管轄法院終局判決，不得執行。」及第6號一般性意見（General Comment）第7段：「委員會認為，「最嚴重罪行」這個詞的意義必須嚴格限定，它意味著死刑應當是十分特殊的措施。由第六條的規定來看，死刑的判處只能按照犯罪時有效並且不違反本《公約》規定的法律行之。《公約》規定的程式保證必須遵守，包括有權由一個獨立的法庭進行公正的審訊、無罪假定原則、對被告方的最低限度保證和由較高級法庭審查的權利，這些是尋求赦免或減刑等特定權利以外的權利。」

國際人權法規對於死刑宣告之嚴格要件。而行為人確實已無透過矯治而復歸社會之可能，便是在特別預防觀點下，審酌一切情事，確認行為人已無矯治可能而僅能使之永遠與世隔絕。最高法院102年度台上字第4289號判決中所謂：「…死刑之剝奪生命，具有不可回復性。且現階段刑事政策，非在實現以往應報主義之觀念；除應重視社會正義外，更應重視教化功能，期行為人能重新適應社會生活。除非犯罪情節最重大之罪，手段兇殘，罪無可逭，顯然無從教化矯正，否則不得科處死刑…」，即係此意，應值贊同。

綜上，在刑法第57條第10款未明文犯罪後之態度必須要限於與行為罪責連結之事由、比較法制上同樣規定量刑應以行為人行為罪責為基礎的德國，甚至明文賦予特別預防目的在量刑中的一席之地，還在犯罪後之態度下加入與被害人達成和解之努力此一與行為罪責沾不上邊之審酌事由、加上特別預防目的在限縮死刑宣告，符合國際人權法標準之重要性，應可認犯罪後之態度此一量刑事由，其內涵不應僅包含與行為罪責有所連結之因素，亦應包含與行為罪責尚無連結，但與特別預防觀點關聯之因素。而所謂與行為罪責尚無連結，但與特別預防觀點關聯之因素，具體以言，即是行為人犯罪後是否有所悔悟。

參、緘默與單純否認犯罪在量刑上之應然評價

在確立了量刑時須考量的兩大刑罰目的觀，即罪責相當原則及特別預防後，其次便可討論緘默或單純否認犯罪在量刑上應如何評價。前已述及，刑法第57條第10款之犯罪後之態度，其內涵除包含得與犯罪者之行為罪責有所連結之情狀外，也包含客觀上得以之判斷行為人特別預防可能性之一切情狀，特定來說即是可資判斷被告對其犯罪行為是否有所悔悟之一切情狀，即便該情狀與行為人之行為罪責欠缺連結亦然。準此，緘默或單純否認犯罪，在這樣的概念內涵下，其實並無不得作為量刑上審酌事由之理。蓋犯罪後緘默或單純否認犯罪，而不願坦然接受國家法制裁，確實也體現了行為人悔悟之心不足，此在特別預防之觀點下，在所犯之罪非屬得科處死刑之罪時，有科處較長之自由刑之必要；在所犯之罪為得課處死刑之重大之罪時，甚得作為判定行為人是否已臻無矯治與教化之可能性，而必須使之永久與世隔絕之審酌事由之一。只是這樣的論證，是否有過於簡單之處呢？是的，前揭論證確實過於簡單了，而其理由在於全然未考量當前刑事訴訟上已成為普世原則之不自證己罪原則。

不自證己罪原則，其核心內涵為被追訴者並無義務積極自證犯罪。此一價值同於



前揭刑罰目的觀，在將原被告都當作刑事程序客體的傳統中國法文化中也不存在，而是從歐美國家導入台灣社會。據王士帆之考察，不自證己罪原則在歐美社會，觀念上最早可回溯到聖經，其後在中世紀教會法和世俗王權亟欲以刑罰鞏固權力之下，此一觀念並無落實空間，在英國，必須經歷16、17世紀的長期奮鬥、在德國也必須經歷19世紀的長期奮鬥，方才確立了此一重要原則²²。就台灣社會來說，雖然在日治時代的1896年隨著台灣總督府以1896年律令第四號將日本1880年刑法依用到台灣²³，但就連日本都也是在第二次世界大戰戰敗後被同盟國接管，被迫重新制憲時，才在1947年5月3日施行之「日本國憲法」第38條第1項中，明定不自證己罪原則²⁴，當時的殖民地台灣自然仍尚未能接觸到不自證己罪原則之分毫。

到了中華民國政府接收台灣後，當時的1934年刑事訴訟法通篇亦無不自證己罪原則或類似規定之設。直至1967年重訂刑事訴訟法之第156條明定緘默權之保護、重訂第181條明定證人之拒絕證言權、1997年12月21日修正刑事訴訟法第95條增加權利告知規定，方可認我國法秩序下已有不自證己罪原則存在之實。

既然我國已經完全承認了任何刑事被告都無義務積極證明對其之控訴，那麼在此有問題者即是，被告緘默或單純否認犯行基於特別預防之刑罰目的，原本得視作量刑審酌事由，但在不自證己罪原則之價值下，是否應當退讓？

採否定見解者，理由不外乎認為不自證己罪原則僅要求法院不得妨礙被告緘默或單純否認犯罪，更不能因被告緘默論定犯罪事實，但也就僅限於此，當被告犯罪事實已經嚴格證明程序認定後，到了法院量刑層次不自證己罪原則便不應再是法院量刑時所需考量。只是質言之，這樣的論述其實本身並無論述可言，蓋其僅泛言不自證己罪原則僅禁止因被告「不說」而推斷犯罪事實，而不禁止因被告不說而從重量刑，但卻未能進一步說明此二情形應當區別處理之理據為何，從而實屬無效之論證。

本文若要替否定見解尋找理由，或許可謂：不禁止法院因被告緘默或單純否認犯罪而認定犯罪事實，對於被告行使不自證己罪特權之心理強制，與不禁止法院因被告緘默或單純否認犯罪事實而從重量刑，對於被告行使不自證己罪特權之心理強制，其強制之程度仍屬不同。前者白話講是「你不說代表你心虛，如果沒有其他證明你沒做的事證，我就會以此認定你有做」，後者是「我不會因為你不說認定你有做，但如果因為其他事證讓我確信你有做，我就會判得更重」，前者的情況被告受心理強制之程

22 關於不自證己罪在歐美萌芽乃至發展成熟之歷史，參王士帆，註7書，23-45頁。

23 王泰升，《台灣法律史概論》，元照，2009年，241頁。

24 王士帆，註7書，45-47頁。

度更高，蓋前者已經直接推翻無罪推定原則，讓緘默或單純否認之被告處在有罪推定之不利情境下，後者被告仍在無罪推定原則保護之下，其心理強制僅在於有可能因此受較不利之量刑而已。

然而不自證己罪原則既曰刑事被告都無義務積極證明對其之控訴，便意味著受心理強制之因素是否與無罪推定原則競合其實並無關宏旨，重要的是不能讓被告行使不自證己罪之特權受到任何心理強制，否則所謂無義務積極證明對己之控訴，便徒成空言。是以本文對於被告緘默或單純否認犯罪在量刑上的評價，在考量不自證己罪原則下，得出的結論僅能是：雖然在特別預防之刑罰目的下，將被告緘默或單純否認犯罪當作從重量刑之審酌事由之一並無不妥，但在考量必須讓被告得毫無瞻顧地行使不自證己罪特權後，特別預防目的在此必須退讓，法院不得以被告緘默或單純否認犯行作為從重量刑事由。

肆、虛偽矯飾供述不實在量刑上之應然評價

前已述及，不自證己罪原則地內涵僅是任何被告皆無義務積極證明對其之控訴，但被告在刑事程序中虛偽矯飾供述不實，顯然就已不在不自證己罪之保障範圍。然而不在不自證己罪之保障範圍，不代表就沒有其他必須予以考量是否就此從重量刑之因素。對此，讓我們先來看看一個案例。

例一：甲被檢察官起訴違反刑法第339條之普通詐欺罪，甲於偵查之警詢中，就委任律師，對於警察和檢察官之訊問，皆僅以「我沒有做」等語置辯，而到了審判庭，甲於合議庭前表示：「我真的沒有犯罪，其他的我交給我的律師來說。」而委任律師則在明知甲確有詐欺情事的狀況下，仍在法庭上持續抗辯甲無犯罪事實，並盡其所能提出「證據」希望說服法院甲並無詐欺之犯罪事實。最終法院經過嚴格證明程序後，認定甲確有詐欺情事。試問此時法院得否以被告虛偽矯飾供述不實，犯後態度非佳，因而對甲從重量刑？

在這個案例中，我們看到了被告甲確實有詐欺之犯行，而甲在偵查與審判程序中所為，也僅是單純否認犯罪，而並未積極地虛偽矯飾供述不實，但甲的委任律師卻在審判庭上，積極對法院為不實之抗辯與陳述。此種被告僅是單純否認犯罪，但卻與委任律師合謀，由委任律師在法庭上為積極之不實供述的狀況，法院在量刑上又應如何評價呢？



一個可能的想法，是將委任律師的積極虛偽不實供述，也連結至被告身上，視作被告本人之不實供述。雖然如此之連結，乍看之下明顯與自己責任原則有違，但從法制上，似乎也不是全然說不過去。蓋被告為求誤導法院，不論如何積極虛偽不實供述，在我國刑法之偽證罪僅處罰證人，並不處罰被告的情況下，都不會有任何刑事或行政之責任，但律師則不然。蓋律師法第28條明定律師對於委託人、法院、檢察機關或司法警察機關，不得有矇蔽或欺誘之行為。若違反本條，依同法第39條第1項甚至應付懲戒。而律師可能受到的懲戒，在同法第44條之規定下，包括警告、申誡、停止執行職務二年以下、以及最重的除名。換言之，雖然我國刑法也沒有針對律師在法庭積極虛偽不實辯護的罪名，但律師在法庭虛偽不實辯護，依法仍須負行政責任。在這個情況下，被告本人未要求律師積極不實辯護，但律師卻以其本意在刑事程序積極不實辯護之情況，實殊難想像²⁵。因此將律師之積極虛偽不實辯護直接連結到被告本人，認定被告犯後態度不佳從而從重量刑，即無不妥。

前揭想法，論理固屬有據，但本文認為其仍有以下兩個盲點。第一，即便確如前揭論述所言，在制度的誘因下，律師不存在替當事人積極虛偽不實辯護之誘因，但欠缺誘因終究不等於絕不會如是作。換言之，前揭論述本身其實有個理性人預設，即律師之行為應當都是符合理性的，因此不會出現不理性的辯護行為。基本上本文承認理性人預設在多數情況應當都是正確的，但仍會出現例外狀況，而在此種例外狀況，前揭將律師在被告未要求下替被告積極虛偽辯護之行為連結至被告身上的論述，就是違反自己責任原則的。

第二個盲點，則在於前揭論述，對於制度之「實效性」未有足夠之關注。蓋律師在刑事程序積極為虛偽不實辯護，依律師法第28條確實可能受到懲戒，但從「中華民國律師公會全國聯合會」於2007年所整理的「律師懲戒案例選輯」中，我們可以看到16個因違反律師法第28條遭到懲戒之案例中，無一為律師在法庭為虛偽辯護而受懲戒者²⁶。本文推測根本因素，在於律師為辯護行為時，除了要打破控方在訴訟上建構的犯罪事實外，亦常須建構一套被告無罪的故事以求說服法院。若律師建構的這套故事和法院最終認定的不同，律師就要依律師法第28條受懲戒，那麼律師辯護的功能，便會大受限縮，進而影響刑事被告受律師實質有效辯護之權利，因此實務上並不會因律師

25 此一疑問，為司法官學院第54期學員陳怡潔與筆者討論時，向筆者提出的質疑。在試圖回應這個疑問的同時，筆者方得以將自己的論述更加深化，謹此致謝。

26 中華民國律師公會全國聯合會，《律師懲戒案例選輯》，中華民國律師公會全國聯合會，2007年，103-155頁。

在法庭上辯護時建構的事實和法院認定的有所不一，就讓律師移付懲戒，從而也讓積極虛偽辯護之律師得以逃脫於律師法第28條之外。既然律師積極為虛偽不實辯護在實務上幾乎不可能受到懲戒，又如何能說律師沒有誘因在被告未為要求時積極為虛偽不實辯護呢？

綜上，當被告保持緘默或單純否認犯罪，而律師積極為虛偽辯護時，若將律師之虛偽不實辯護連結至被告，將違反自己責任原則，並不妥適。但若如此解釋，則將可能出現被告同樣有虛飾狡辯之意，僅因是否有財力聘請律師讓律師代其如是作，或沒有財力聘請律師僅能自己作，就在量刑上獲得不同評價，而違反平等原則，而此一違反平等原則之結果，又無法透過其他方式修正。在權衡究竟應當避免造成因是否有資力請律師就導致量刑上之不公，還是避免讓要求律師為虛偽不實辯護之被告得以逃脫較重之量刑上，本文在價值上還是傾向前者，因此乃不得不認定即便被告虛偽矯飾，亦不得從重量刑。

伍、結論

被告拒不自白時，法院是否得將其評價為犯後態度不佳，從而作為量刑之審酌事由，目前實務見解尚未統一，最高法院的態度也頗為曖昧。相對於此，學界則將拒不自白區分為保持緘默／單純否認以及為虛偽矯飾／供述不實，多數見解並認為在前者之情形，在不自證己罪原則的要求下，不能因之以被告犯後態度不佳從重量刑；而後者之情形，則因為被告所為已超出自證己罪保障範疇，故以犯後態度不佳從重量刑並無問題。本文透過對我國刑法第57條第10款之立法史考察，確立了特別預防目的也是該款所謂犯罪後之態度必須予以考量之範圍。因此純粹以特別預防目的之觀點而論，被告保持緘默／單純否認本得作為從重量刑之理由，惟因不自證己罪原則之考量，方不能以被告保持緘默／單純否認從重量刑。而被告虛偽矯飾／供述不實的情形下，雖然該行為已不在不自證己罪原則保護範圍，但考量法庭實務上，被告即便有意為虛偽不實之供述，亦可單純否認犯罪，讓到庭之辯護人有計劃地虛偽供述。在此情形，實際上有計畫地虛偽供述者究為辯護人，將辯護人之行為等同被告之行為，並非所宜，但若如此解釋，則將可能出現被告同樣有虛飾狡辯之意，但僅因是否有財力聘請律師讓律師代其如是作，就在量刑上獲得不同評價之不公平結果，而此一不公平結果又無法透過其他方式修正，因此乃不得不認定即便被告虛偽矯飾，亦不得從重量刑。



參考文獻

1. 中華民國律師公會全國聯合會，《律師懲戒案例選輯》，中華民國律師公會全國聯合會，2007年。
2. 中義勝，刑法における人間像，收錄於：《現代刑罰法大系（第一卷）－現代社会における刑罰の理論》，日本評論社，1982年。
3. 王士帆，《不自證己罪原則》，春風煦日學術基金，2007年。
4. 王正嘉，犯罪被害人影響刑事量刑因素初探，《國立中正大學法學集刊》，2012年10月，36期，57-94頁
5. 王兆鵬，《刑事被告的憲法權利》，自版，1999年。
6. 王皇玉，《刑罰與社會規訓－台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變》，元照，2009年。
7. 王泰升，《台灣法律史概論》，元照，2009年。
8. 立法院公報處，院會紀錄，《立法院公報》，2005年，94卷5期。
9. 吳巡龍，美國的量刑公式化，《月旦法學雜誌》，2002年6月，85期。
10. 吳景芳，人格責任論在量刑基準理論中之意義，《刑事法雜誌》，1982年12月，26卷6期，31-75頁。
11. 吳景芳，日本量刑基準之立法沿革與檢討，《刑事法雜誌》，1997年6月，41卷3期，88-110頁
12. 吳景芳，由行為責任立場論刑罰目的在量刑基準中之意義（1），《刑事法雜誌》，1983年10月，27卷5期，89-99頁
13. 吳景芳，由行為責任立場論刑罰目的在量刑基準中之意義（2），《刑事法雜誌》，1983年12月，27卷6期，4-34頁
14. 吳景芳，德國量刑準則之立法檢討（上），《刑事法雜誌》，1980年8月，24卷4期，38-54頁
15. 吳景芳，德國量刑準則之立法檢討（下），《刑事法雜誌》，1980年10月，24卷5期，31-44頁
16. 周漾沂，論刑法五十七條量刑要素之基礎，《刑事法雜誌》，2004年6月，48卷3期，95-116頁
17. 林山田，論刑罰裁量，收錄於：《刑事法論叢（一）》，自版，1987年，2版。

18. 林錦芳，妨害性自主罪量刑分析研究，《刑事法雜誌》，2011年10月，55卷5期，17-40頁
19. 柯耀程，《刑法總論釋義—修正法篇》，元照，2005年。
20. 張麗卿，《刑事訴訟法理論與運用》，五南，2004年，9版。
21. 許金釵，布克案之後美國聯邦量刑準據的調適，《東吳大學法學研究》，2007年6月，26期，85-104頁。
22. 郭豫珍，刑罰裁量的理論變遷與犯罪防治，《中央警察大學警學叢刊》，2004年7月，35卷1期，49-68頁。
23. 郭豫珍，審判不公？超法規因素對法官量刑的影響，《法學叢刊》，2011年10月，56卷4期，56-88頁。
24. 郭豫珍與劉文仕，刑罰酌減條款在審判實務上的運用—以臺灣高等法院及其分院加重竊盜案判決為例，《警察法學》，2006年10月，5期，363-398頁。
25. 陳玉書等，殺人罪量刑準則之實證分析，《中央警察大學犯罪防治學》，2011年9月，13期，77-114頁。
26. 黃源盛等，《晚清民國刑法史料輯注（上）》，元照，2010年。
27. 楊維倫，法還是不入家門為上？論家庭暴力案件量刑之影響因素，《犯罪與刑事司法研究》，2008年10月，11期，99-132頁。
28. 劉邦繡，被告犯後態度在法院量刑上之評價，《軍法專刊》，2011年2月，57卷1期，143-158頁。
29. 盧映潔，刑罰的適用，《月旦法學教室》，2006年1月，39期，80-89頁。
30. 蕭宏宜，量刑原則與罪責相當，《台灣法學雜誌》，2012年12月15日，214期，118-135頁。
31. 蘇俊雄，量刑法理與法制之比較研究，《法官協會雜誌》，1999年12月，1卷2期，25-56頁