

從我國妥適量刑法草案談德國之無須量刑準則

林臻嫻

摘要

我國為提升量刑之妥適、透明、公平及合理可預測性，於 2021 年 7 月 28 日完成《刑事案件妥適量刑法草案》，欲引進具有拘束性之量刑準則。然最早引進量刑準則的美國，如今已顯現許多苦果，最嚴重的是量刑準則無法體現刑法的個別化矯治功能，僅彰顯公平的關押政策，形成「大監禁」(mass incarceration) 結果，引發改革呼聲，認應改採德國模式。

德國自 1960 年起進行刑法改革，引進日額罰金刑以取代短期自由刑，及由實務發展幅理論（或稱裁量理論）以輔助《德國刑法》第 46 條規定，再藉由擴張整備保安監禁（sicherungsverwahrung）等保安處分措施，以強化建構社會安全網，補充刑罰不足，使無須量刑準則，也能使量刑公平、輕緩且一致（fairly moderate and consistent），並保持低監禁率的優良傳統，德國不迷信量刑準則的發展經驗，實值我國參考借鏡。

關鍵字：刑事案件妥適量刑法草案、量刑準則、德國量刑、保安監禁處分、社會安全網

壹、前言

司法院為提升量刑之妥適、透明、公平及合理可預測性，於 2021 年 7 月 28 日完成《刑事案件妥適量刑法草案》之擬訂並籌設「刑事案件量刑準則委員會」(Sentencing Guidelines Council, 簡稱「量準會」)，以完善刑事案件量刑法制¹。雖草案並非採行美國數字式及參考性之量刑準則²，而是採英格蘭敘述式及拘束性之量刑準則³。然最早引進量刑準則的美國，如今已顯現許多苦果，最嚴重的是準則無法體現刑法的個別化矯治功能，僅彰顯公平的關押政策，形成「大監禁」(mass

incarceration) 結果，引發改革呼聲，認應改採德國模式⁴。

美國前總統歐巴馬於 2017 年 1 月在《哈佛法學評論》發表〈總統在提升刑事司法改革角色〉文中，即提到美國的監禁人數是世界之冠，美國的人口總數只占全世界的 5%，但監禁率卻占全世界的 25%⁵。在 2019 年 6 月美國威斯康辛州東區地區法官 Lynn S. Adelman 亦投書媒體，認 1984 年的《量刑改革法案》成立量刑委員會並訂定量刑準則，正是造成大監禁的源頭，應該對這種結果負責⁶；且當初為避免法官量刑歧異始創設量刑準則，然被告為避免被法官依量刑準則量刑，更傾向於接

-
- 《註 1》見司法院，〈司改 2.0 量刑改革續航 完成「刑事案件妥適量刑法草案」〉新聞稿，2021 年 7 月 30 日，<https://www.judicial.gov.tw/tw/cp-1887-465733-974e3-1.html>，最後瀏覽日期：2022 年 1 月 2 日。
- 《註 2》美國在 1980 年代引進數字式的量刑準則 (Sentencing Guidelines)，用以確保法官量刑公平一致，原先具有強制性的拘束力，至 2005 年 1 月 12 日美國聯邦最高法院在布克案 (U.S. v Booker, 453, U.S. 220 (2005)) 案中，宣告上開 18 U.S.C. § 3553(b)(1) 以及 § 3742(e)25，即關於強制規定部分違憲而無效。從此，聯邦量刑準則僅具參考性，不具強制性，但聯邦量刑準則仍具重要性。許金釵，〈美國聯邦量刑準據之研究——兼論我國建立量準據之可行性〉，公務出國報告，1996 年 3 月，司法院，頁 3-5。
- 《註 3》有關英格蘭與威爾斯量準則之介紹，可參見林尚諭，〈英格蘭與威爾斯量準則委員會〉，《司法周刊》，第 1963 期 (司法文選別冊)，108 年 8 月 2 日，頁 4-21。
- 《註 4》Rebecca Wasif, Reforming Expansive Crime Control & Sentencing Legislation in an Era of Mass Incarceration: A National and Cross-national Study, 27 U. Miami Int'l & Comp. L. Rev. 1745-202 (2020), Available at: <https://repository.law.miami.edu/umiclr/vol27/iss1/7>, last visited 2022/1/2.
- 《註 5》Obama, Barack, The President's Role in Advancing Criminal Justice Reform, *Harvard Law Review*, 130 Harv. L. Rev. 811 (2017), <https://harvardlawreview.org/2017/01/the-presidents-role-in-advancing-criminal-justice-reform/>, last visited 2022/1/2.
- 《註 6》Lynn S. Adelman, Opinion: The tough-on-crime law Democrats are overlooking, *The Washington Post*, June 30, 2019, <https://www.washingtonpost.com/opinions/2019/06/30/theres-another-tough-on-crime-law-democrats-should-focus-their-criticism/?noredirect=on>, last visited 2022/1/2.

受認罪協商之結果，現有超過 90% 以上的案件並非由法院判決，而是由量刑協商決定，故法官的量刑裁量權實際上轉移至不受準則拘束的檢察官，更難避免量刑歧異，且造成更不公平之結果⁷。

反觀德國，近年來犯罪率上升，亦有主張引進量刑準則之改革呼聲⁸，然德

國非常自豪至今沒有實施所謂的量刑準則，藉由自 1960 年起之刑法改革，引進日額罰金取代短期自由刑，及由實務發展幅理論（或稱裁量理論）⁹ 以輔助《德國刑法》第 46 條，再藉由擴張整備保安監禁（sicherungsverwahrung¹⁰）等保安處分，建構社會安全機制，補充刑罰不

《註 7》 Cornelius Nestler, Sentencing in Germany, 7 *Buff. Crim. L. Rev.* 109-110 (2003). 汪貽飛，〈中國式量刑指南能走多遠——以美國聯邦量刑指南的命運為參照的分析〉，《政法論壇》，第 28 卷，第 6 期，2010 年 11 月，頁 112-113。

《註 8》 德國在 2018 年 9 月舉辦的第 72 屆德國法律人協會（the seventy-second Conference of the Association of German Jurists (Deutscher Juristentag)）之研討會上，即有討論美國、英國、澳洲等國之量刑準則，主張德國的量刑制度應該要改革，以使量刑更為一致，但至今仍未改變現況。Clara Herz, Striving for Consistency: Why German Sentencing Needs Reform. *German Law Journal*; Toronto Vol.21, Iss.8, 1627-1628 (2020). Mehmet Arslan, The Main Determinants Of Sentencing Decisions In Germany. *Law & Justice Review*, Year: 10, Issue: 19, December 2019 29, (2020).

《註 9》 BGH Nov. 10, 1954, 7 BGHST 29 (32); BGH Aug. 4, 1965, 20 BGHST 264 (267); BGH Oct. 27, 1970, 24 BGHST 132 (133).

《註 10》 國內學者有譯為「保安監禁」，林鈺雄，〈德國刑訴逐條釋義（上）——羈押及暫時逮捕（§§ 112 ff. StPO）〉，《月旦刑事法評論》，第 8 期，2018 年 3 月，頁 6。亦有譯為「保安監禁之收容」，如 Armin Frühauf 著，薛智仁譯，〈德國的刑罰與保安處分〉，《月旦法學雜誌》，第 169 期，2009 年 4 月，頁 239。Jorg Kinzig 口述，馬躍中譯，〈德國刑事制裁體系改革現狀〉，《軍法專刊》，第 63 卷，第 1 期，2017 年 1 月，頁 168。或譯為「保安監禁處分」者，如 Hans-Jürgen Kerner 著，許澤天、薛智仁譯，〈德國刑事追訴與制裁〉，元照出版，2008 年 11 月，頁 104 以下。潘怡宏，〈刑法監護處分制度之修正芻議——取徑德國、奧地利與瑞士刑法〉，《刑事政策與犯罪防治研究專刊》，第 28 期，2021 年 6 月，頁 149。陳俊榕，〈德國精神病學處分之沿革與現制〉，《臺灣海洋法學報》，第 30 期，2021 年 6 月，頁 64。或有翻譯為「安全管束監禁」者，如盧映潔，〈德國安全管束監禁制度之介紹——兼論我國死刑廢除替代方案之思考方向〉，《成大法學》，第 17 期，2009 年 6 月，頁 127-187。周佳宥，〈德國事後安全管束監禁制度之合憲性研究——以制度發展與調整為研究中心（2004～2013 年）〉，《憲政時代》，2014 年 10 月，頁 107-111。Helmut Satzger、王士帆，〈《歐洲人權公約》對德國刑法及刑事訴訟法之影響——探討基礎理論與重要問題〉，《台灣法學雜誌》，第 189 期，2011 年 12 月，頁 59。亦有將「保安監禁」、「保安收容」、「預防拘留」混用者，見林明傑、鄧閔鴻，〈從美英紐德荷之性侵者刑後強制治療看臺灣之困境與出路〉，《世新法學》，第 11 卷，第 2 期，2018 年 6 月，頁 207。我國於 2020 年 12 月 31 日大法官釋字第 799 號中，詹森林大法官之部分不同意見書伍中，則將德國此一 sicherungsverwahrung 制度，譯為「防範性看管、預防性監禁、保安監禁」。

足¹¹，故無須量刑準則也能使量刑公平、輕緩且一致（fairly moderate and consistent）¹²，並保持低監禁率的優良傳統，相對於美國，並未受到政治上重刑化呼聲的影響¹³，且對於已廢死刑的德國，扮演重要之角色¹⁴。德國不迷信量刑準則的發展經驗，實值我國借鏡，以下茲介紹之。

貳、1960 年德國刑法改革後以罰金刑為主

一、無期徒刑

德國於 1949 年二戰後廢除死刑，故最嚴厲的刑罰就是終身自由刑，即無期徒刑。而無期徒刑只適用於犯《德國刑法》第 211 條謀殺罪，及其他造成他人死亡等嚴重犯罪¹⁵，德國聯邦憲法法院於 1977

年肯認無期徒刑的合憲性，但認為縱使是謀殺等重罪犯，應也要有機會能重返社會¹⁶。故於 1981 年修正《德國刑法》第 57-1 條，使遭判處無期徒刑者，亦有機會得以假釋，依照 1998 年的調查，各邦的無期徒刑平均監禁時間，約為二十年¹⁷。

二、有期徒刑

依《德國刑法》第 38 條第 2 項規定，是一月以上十五年以下，又區分為輕罪（vergehen）及重罪（verbrechen）。1969 年修法時一個重要改革就是限制短期自由刑，要求以更多罰金刑取代短期自由刑。《德國刑法》第 47 條第 1 項規定：「只有在行為或行為人之人格有特殊情狀，為影響行為人或防衛法秩序而有宣告自由刑之必要性時，法院始得宣告六個月以下自由刑」。第 2 項規定：「在法律未規定罰金

《註 11》德國因為有保安監禁等保安處分之存在，可減輕法官量刑時許多壓力，因不需考慮行為人的危險性，且再犯可僅僅當作量刑因子，以此確保法官能以行為人之罪責作為量刑原則並妥適量刑。Tatjana Hörnle, Moderate and Non-Arbitrary Sentencing Without Guidelines: The German Experience, Vol. 76:189, *Law and Contemporary Problems*, 204(2013). Available at: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol76/iss1/9>, last visited 2022/1/2.

《註 12》Hans-Joerg Albrecht, Sentencing in Germany: Explaining Long-Term Stability in the Structure of Criminal Sanctions and Sentencing, *Law and Contemporary Problems*, Vol.76, No.1, 211-212 (2013). Tatjana Hörnle, *supra note 11*, at 189-190.

《註 13》Cornelius Nestler, *supra note 7*, at 129.

《註 14》盧映潔，同《註 10》，頁 182。

《註 15》Totschlag, STGB § 2121, and treason, § 9411, and for crimes such as kidnapping, §§ 239ai, 239bii, robbery, § 251, and arson, § 307, that cause the death of another. Hans-Joerg Albrecht, *supra note 12*, at 215.

《註 16》BVerfG, 187 (1977).

《註 17》Armin Frühauf 著，薛智仁譯，同《註 10》，頁 238-239。

刑，且不應科以六個月以上之自由刑時，若無依第 1 項宣告自由刑之必要性，法院得宣告罰金刑。若法律加重自由刑之下限，在前句的情形應依法定自由刑下限定其罰金刑下限；三十日之日數等於一個月自由刑」¹⁸。

另《德國刑法》第 56 條緩刑之適用條件亦修法放寬，且藉由減輕法官在給予被告緩刑時之理由說明義務，提供法官予被告緩刑的誘因。現若是宣告被告處一年以下有期徒刑者原則上應予緩刑，兩年以下有期徒刑者仍有緩刑機會，超過兩年者始不得緩刑；宣告緩刑時，法院得同時附加緩刑條件，如行為監督（保護管束等）。如緩刑期間再犯罪或違反緩刑條件情節重大，可撤銷緩刑¹⁹。

而上開《德國刑法》第 47 條第 1 項所指「只有在行為或行為人之人格有特殊情狀，為影響行為人或防衛法秩序而有宣告自由刑之必要性時」之情形，常見於「累犯」(recidivism) 之情形，尤其是重複同種特定犯罪之累犯，通常就會構成要科處

自由刑的例外²⁰。亦即，典型的累犯犯罪歷程，會從量刑階梯的初級開始量起，初犯通常是罰金刑，再犯可能仍有緩刑，但繼續再犯就會判處須監禁的自由刑²¹。

故除非符合《德國刑法》第 47 條第 1 項所指之例外情形，否則法院僅得判處罰金刑。即法官就一般低度或中度情節之犯罪，原則上應判處日額罰金刑，若判處有期徒刑一年以下者，原則上應予被告緩刑，例外要判六月以下有期徒刑，或判處一年以下有期徒刑卻未予緩刑者，法官須在判決中詳細敘述理由，即法官的量刑裁量權，是被法律明文限制為以「罰金優先，緩刑優先」²²，並以判決理由之說明義務來限縮法官的量刑裁量空間²³。理由是為避免短期自由刑有害於行為人之再社會化²⁴。也就是說，儘管法官量刑時必須注意所欲實現之刑法目的，主要雖然是應報及預防，但此並不必然等同於拘禁刑，拘禁只有在被視為是實現應報及預防之必要時，始得為之，監禁視為是相對嚴重之刑罰²⁵。

《註 18》此條翻譯，引自薛智仁，〈限制短期自由刑之制裁體系改革方向——兼評易服社會勞動之增訂〉，《政大法學評論》，第 116 期，2010 年 8 月，頁 252，《註 16》。

《註 19》Armin Frühauf 著，薛智仁譯，同《註 10》，頁 237。

《註 20》德國在 1986 年廢除累犯加重規定，但量刑時仍可審酌被告之前科，例外是 2003 年修法後，使性侵犯的累犯，得作為量刑之加重要件，Hans-Joerg Albrecht, *supra* note 12, at 215.

《註 21》Thomas Weigend, Sentencing in West Germany, 42 *Md. L. Rev.* 65 (1983).

《註 22》*Id.*, at 60-61. Hans-Joerg Albrecht, *supra* note 12, at 215.

《註 23》Hans-Joerg Albrecht, *supra* note 12, at 215.

《註 24》馬躍中譯，同《註 10》，頁 167。

《註 25》Cornelius Nestler, *supra* note 7, at 127-128.

三、日額罰金刑 (System von Tagessatzgeldstrafe)

依《德國刑法》第 40 條規定，日額罰金刑是以一定之日數（五日至三百六十日），乘以一定日額（1 歐元以上，3 萬歐元以下），得出一個罰金刑的總額²⁶。日額高低通常是基於被告的月薪而來，日數則反映犯罪之嚴重程度。依《德國刑法》第 43 條之規定，除非被告無法繳納罰金，始可以自由刑替代之，一日額罰金等同於一日自由刑。若行為人犯數行為時，最多可處以七百二十天之日額罰金（即所謂的依《德國刑法》第 54 條第 2 項定執行刑）²⁷。

德國自 1969 年修法後至 2010 年間，罰金刑約占總案件的 80%，幾乎很穩定²⁸，學者統計德國 2010 年成年人受刑罰之資料，發現罰金刑占 82%，緩刑附帶觀護條件則占 13%，而監禁刑僅占 5%²⁹，可知金錢制裁的手段在德國刑事執行中，占有相當重要的比率。針對未能完成支付罰金而須入監服完殘刑之受刑人，檢察官得依《德國刑法》第 43 條適用《德國刑事訴訟法》第 459e 條，易刑為公益勞動之執

行³⁰。若有特殊情況（如非因個人因素而持續失業、處於貧困狀態難以維生等），檢察官亦得依《德國刑事訴訟法》第 459d、459e 條等規定，免除其執行。且據德國 2010 年聯邦全國再犯統計資料，罰金刑相較於自由刑之制裁，不管是成人或少年，均顯示出較少之再犯率³¹。

參、司法實務發展幅理理論以補充《德國刑法》第 46 條

一、實體法上之量刑原則

1969 年《德國刑法》改革法案，在第 3 章「犯罪之法律效果」的第二部分「刑罰之裁量」中，揭示法官量刑之基本法則。是以罪責為量刑之基礎，而以特別預防為目標之原則³²，且主要量刑之指導即規定在《德國刑法》第 46 條：

（一）第 46 條第 1 項前段規定：「刑罰之裁量應以行為人之責任為基礎」，即宣示「罪責原則」之重要性，亦即應以行為人之「責任」作為衡量刑罰目的之基礎，並為量刑的最高界限³³。

（二）第 46 條第 1 項後段則規定：「量刑另

《註 26》Häns-Jürgen Kerner、馬躍中，〈德國普通刑法與少年刑法對金錢制裁之重大意涵〉，《國立中正大學法學集刊》，第 40 期，2013 年 7 月，頁 196-197。

《註 27》同前註，頁 197-198。

《註 28》Hans-Joerg Albrecht, *supra* note 12, at 220.

《註 29》Häns-Jürgen Kerner、馬躍中，同《註 26》，頁 199-200。

《註 30》同前註，頁 201。

《註 31》同前註，頁 205-206。

《註 32》蘇俊雄，〈量刑法理與法制之比較研究〉，《法官協會雜誌》，第 1 卷，第 2 期，1999 年 12 月，頁 52。

《註 33》同前註，頁 52-53。

應考慮刑罰對行為人將來社會生活所能期待的功能」，此即「特別預防條款」。準此，《德國刑法》已明確表示未接受以責任平衡為獨特目的的絕對刑罰理論。正如德國聯邦法院之判決³⁴所指出：刑罰的裁量，只有同時表現出其為實踐預防性的保護任務之必要工具時，方稱適當³⁵。

- (三)《德國刑法》第46條第2項規定，則強調「個別化量刑」(individualized sentencing)，即「法院在量刑時必須就所有對行為人有利與不利之情狀，加以衡量」。主要的衡量事項則包括：行為人的犯罪動機與目的、行為人所表露之情操與行為時之意志、違反義務的程度、行為的方式與行為所應歸責的效果、行為人的履歷、個人及經濟上之情況，以及犯罪後的態度，尤其是為補救損害所做的努力³⁶。德國在1986年12月通過的《被害人保護法》，在減輕刑罰的要素中新增「損害彌補」，即修正擴充第46條第2項之規定，在行為人有努力彌補損害及為達與被害

人調和之努力，補償了被害人全部或絕大部分之損失者，法院得減輕其刑，刑度為一年以下有期徒刑或三百六十日額罰金以下罰金刑者，得免除其刑。亦即行為人透過損害補償之過程，實際上等同已服一定刑罰，故刑罰之多種目的已經實現，制裁就可被相對減輕³⁷。

- (四)第46條第3項規定：「屬於法定犯罪構成要件之事實情狀，不得予以考慮。」此即將「重複評價禁止原則」予以明文化，以為司法者行使刑罰裁量上的準則³⁸。
- (五)第46條未提到「量刑一致性原則」。即在德國，量刑一致性(sentencing consistency)並不是一個法律上被承認的量刑原則。亦即只要被告的量刑是法官依法而為之者，被告是無法向法院主張平等原則，即要求其要與其他被告之相同案件為相同之量刑³⁹(*treat like cases alike*)，畢竟每個犯罪行為人都是獨一無二(unique)，故難以想像有所謂的相同案件(*like case*)⁴⁰。是依德國聯

《註34》BGH 24, 40, 42.

《註35》蘇俊雄，同《註32》，頁53。

《註36》同前註，頁54。

《註37》Häns-Jürgen Kerner、連孟琦，〈德國犯罪被害人地位之強化——綜覽刑事政策、刑法、刑事訴訟以及實務領域之最新發展〉，《月旦刑事法評論》，第6期，2017年9月，頁64。

《註38》蘇俊雄，同《註32》，頁54。

《註39》BVerfG, 2 (1998), Clara Herz, *supra note 8*, at 1627.

《註40》Hans-Joerg Albrecht, *supra note 5*, at 235.

邦憲法法院歷來之見解，均認德國憲法所保護者，乃僅被告有不受法院恣意量刑之權利⁴¹（only protect against arbitrary sentencing）；即若法官在量刑時，未能提供合法解釋理由，始會違反德國憲法第 3 條規定之平等原則（principle of equality）⁴²。故於同一法院的不同庭之間，甚至於同一法院的同一庭先後之量刑基準即使有所變化，如有在理由中提供合法之解釋理由，則仍難認為已違反或侵害平等原則⁴³。但也有少數論者認為，不一致的量刑（disparity in sentencing）可能違反歐洲人權公約第 3 條及公政公約第 49 條之規定⁴⁴。

（六）另第 46 條亦未提到「一般預防原則」⁴⁵，即法條中對一般預防的目的並無特別之規定。有認為刑法本即

具有維護法律秩序與社會和平的基本任務，所以無待法律特別加以規定，其理自明⁴⁶。亦有認為就人性尊嚴及人權的思想而言，任何一個人均非他人的工具；以加重某一個人的刑罰作為達到阻嚇其他人犯罪的手段，該人已經成為教化社會大眾的工具，而喪失了其作為一個人的主體性，此不僅違反人權原則，亦與現代「刑事政策的人道化」原則有違⁴⁷，故應排除一般預防原則⁴⁸。

我國於 95 年修正刑法第 57 條規定⁴⁹時，法務部之立法說明中即提及：「應以行為人之責任為科刑之基礎，蓋責任原則不僅為刑事法律重要基本原則之一，且為當代法治國家引為科刑之基礎。舊法僅就科刑之標準予以規定，並未對科刑之基礎設有規範。為使法院於科刑時嚴守責任原則，爰仿德國刑法第 46 條第 1 項、日本改

《註 41》BVerfG, 14 (1951), BVerfG, 108 (1987), BVerfG, 135 (2006).

《註 42》Clara Herz, *supra* note 8, at 1627.

《註 43》蘇俊雄，同《註 32》，頁 33。BVerfGE, 1.332 (345 f.)，美國亦有同意此種看法之學者，Richard A. Bierschbach & Stephanos Bibas, What's Wrong With Sentencing Equality?, 102 *VA. L. REV.* 1447, 1515 (2016).

《註 44》Clara Herz, *supra* note 8, at 1627 note 21.

《註 45》Thomas Weigend, *supra* note 24, at 43. Mehmet Arslan, *supra* note 8, at 13.

《註 46》蘇俊雄，同《註 32》，頁 53。

《註 47》同前註，頁 39。

《註 48》同前註，頁 49-50。

《註 49》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。」

正刑法草案第 48 條第 1 項之立法例修正之。」故可知我國刑法第 57 條之量刑原則乃仿德國刑法第 46 條，是以罪責原則為基礎，並以個別化之特別預防目的作為量刑目標，亦未將「一致原則」或「一般預防原則」等納入刑法明文規定之量刑原則，我國現行司法實務上亦認為罪刑相當與否，係以反映責任之不法內涵本體為判斷準據，而非求諸與「他案」量刑之相比較，尤以「他案之刑度裁量與本案不法內涵之衡量無關」，亦即並非犯罪行為人責任之所由，自不得資為個案本身量刑輕重之依據⁵⁰。

二、程序法：德國法院量刑特色

(一) 基於當事人同意之協商判決

德國在 2009 年為促進訴訟經濟及保障速審權等理由，引進協商判決制度，規定在《德國刑事訴訟法》第 257c 條⁵¹，若檢察官、被告及辯護人均同意者，法院得

對已經認罪的被告給予較輕刑度之判決。但法院仍要依職權發現真實，若被告是否有罪仍屬有疑問，則不允許進行協商，且協商不能影響被告受公平審判及聽審等權利；此外，協商的刑度必須是在法定刑度之內始可為之。聯邦憲法法院對此於 2013 年 3 月 19 日做出《德國刑事訴訟法》第 257c 條為合憲之判決⁵²。但實務上使用協商判決之比率似仍不高。

(二) 基於法官職權主義之量刑

除上開協商判決外，《德國刑事訴訟法》中其實並無制定任何有關科刑程序的相關規定，量刑主要仍是依該法第 244 條第 2 項⁵³規定，由法院依「職權主義」為之 (inquisitorial investigation of court)，即認量刑主要是基於法院的自由裁量權，故原則上亦是由法官依職權調查、認定，無須由當事人（包含檢察官）進行舉證；且既依職權主義量刑，更不用去區分事實

《註 50》此最高法院 108 年度台上字第 3728 號刑事判決意旨參照。但國內有學者認為，憲法第 7 條之平等原則應得作為與他案比較之量刑原則，故憲法之平等原則在個案量刑上得否適用，非無爭議。相關可參見蘇凱平，〈以平等原則建立量刑原則的意義與價值：臺灣高等法院 105 年度交上易字第 117 號刑事判決評析〉，《台灣法學雜誌》，第 393 期，2020 年 6 月，頁 31-42。蘇凱平，〈以司法院量刑資訊作為量刑之內部性界限？——評最高法院 108 年度台上字第 3728 號刑事判決〉，《月旦裁判時報》，第 98 期，2020 年 8 月，頁 85-94。

《註 51》《德國刑事訴訟法》第 257c 條條文之中文翻譯介紹，盧映潔，〈德國刑事訴訟依協商為判決之制度發展與實踐〉，《國立中正大學法學集刊》，第 53 期，2016 年 10 月，頁 77-78。

《註 52》同前註，頁 79。

《註 53》《德國刑事訴訟法》第 244 條第 2 項的規定為：法院為探究真實，依職權應就對判決有意義的事實及證據方法加以探究。同前註，頁 75，註 7。

認定與量刑兩階段⁵⁴，亦無嚴格證據排除法則⁵⁵。

雖說法院必須依職權來調查量刑之資料，然實際上德國刑法第 47 條第 1 項已經限制法官對於中度或低度嚴重之犯罪，原則上只能處以日額罰金刑⁵⁶，故法院量刑時，沒有預先準備的量刑前調查報告⁵⁷，量刑的資料通常只有被告的前科及月薪，並無其他有關被告的個別資料，有關訴訟中獨立量刑資料僅占 6%，審理中討論約

五分鐘到一小時⁵⁸。量刑前法官可以看到前科，檢辯雙方都可以提供量刑的建議 (sentencing recommendation)。檢方的具體求刑通常具有很強的影響力，即法院通常視檢方具體求刑為量刑的上限。據研究，德國判決有超過二分之一的量刑是與檢察官求刑一致，若未一致，差距通常也不會太大⁵⁹。

在德國是由專業具有獨立性的法官⁶⁰進行量刑。但重罪部分，量刑可能由職業

《註 54》曾有主張要改革為如同美國的二階段，但未能成功，因擔心會增加整體訴訟的期間。Thomas Weigend, *supra* note 24, at 64.

《註 55》*Id.*, at 61-62.

《註 56》*Id.*, at 65.

《註 57》*Id.*, at 63. 對照美國是在被告被判定有罪之後，始開始由專業法官進行量刑程序（但死刑案件除外），即先由聯邦調查官 (probation officer) 進行量刑前調查 (presentence interview) 並製作量刑前報告 (presentence report, 以下簡稱 PSR)，主要的法律規範定在聯邦刑事訴訟規則第 32 條 (Rule 32 of the Federal Rules of Criminal Procedure, 以下簡稱 Rule 32)。依據 Rule 32(d) (2) 應包括：(A) 被告的情狀：諸如 (i) 任何先前的犯罪記錄，(ii) 被告人的財務狀況，和 (iii) 任何影響被告人行為的情況，可能有助於判處刑罰或給予矯正待遇；(B) 評估並提供犯罪受害人有關經濟、社會、心理、醫療影響的訊息；(C) 酌情提供被告可獲得的非監獄方案的性質和範圍以及資源，其他則包括法定刑的範圍及與量刑準則有關量刑最高與最低範圍的計算等。依據 Rule 32(d)(f) 在量刑聽證程序前的三十五天，調查官必須將 PSR 副本提供給被告及檢察官，兩造如果對 PSR 的事實或法律有異議的話，則必須在十四天內提出異議，異議方必須向被異議的另一方和調查官提供異議的副本。調查官收到異議後，則可以與當事人開會討論如何解決異議，也可進一步進行調查，並酌情修改 PSR。最後，調查官至少應在量刑聽證前七天前向法院和當事方提交最後的 PSR 和附件，包括尚未能解決的異議意見以及調查官對這些異議的看法。Deborah Young, Fact-Finding at Federal Sentencing: Why the Guidelines Should Meet the Rules, 79 *Cornell L. Rev.* 299, 369-370 (1994)。

《註 58》Thomas Weigend, *supra* note 24, at 63. Cornelius Nestler, *supra* note 7, at 127.

《註 59》Thomas Weigend, *supra* note 24, at 55.

《註 60》《德國基本法》規定了法官在事務上的獨立性和人身上的獨立性。所謂事務上的獨立性，是指法官在司法裁判中不受任何指令約束，只服從法律和其他法律規範（《德國基本法》第 97 條第 1 款）；所謂人身上的獨立性，是指法官在原則上不得在違背其意願的情況下被解除公職、退休和調任（《德國基本法》第 97 條第 2 款）。

法官與素人法官一起完成，採三分之二多數決制，故有妥協部分，未必能在判決理由中完整呈現評議過程⁶¹。因量刑是一個相當複雜的過程，須考慮到各式各樣的法定與非法定情節，因此要建立一個簡明扼要的量刑標準，是相對困難的⁶²。故在量刑過程中，一個非常重要的問題是去確立量刑的基準，即找出一個「通常案件」(average case, regelfall)，或者說「中度嚴重」(medium severity, durchschnittsfall)案件作為量刑標準⁶³。對此，德國實務認為，對於一個「通常案件」的犯罪，量刑的起點並不是法定刑的中間點⁶⁴，而是法定刑內靠近最低法定刑度的「三分之一」區域⁶⁵，始可避免量刑不合比例地嚴厲⁶⁶。此「三分之一標準」亦對德國量刑實務產生重要影響，並確保量刑的輕緩與均衡。

因為《德國刑法》對於量刑的規範性指導非常有限，包括就刑法目的並非充分清楚，如就一般預防目的是否為量刑目的之一，即有很大爭論，且未就第 46 條第 2

項那些個別化量刑因子，究竟是要法院作為加重或減輕要件做出明文規範。另外，法官應該要從法定刑之中間或從下三分之一刑度開始量起，亦均未置一詞⁶⁷。故德國聯邦最高法院 (BGH) 發展出「幅理論」(spielraumtheorie) 或稱「裁量理論」⁶⁸ (margin or leeway theory)。此說認為「責任相當的刑罰裁判」，並非一種「定點方式」(punktfoermige grosse) 的刑度大小決定，而是在最低的起碼刑度與最高刑度限制之間，委由法官考量不同的刑罰目的而為裁量。德國聯邦最高法院見解認為：「刑罰裁量之基礎，乃是行為的輕重程度及行為人的責任程度，法官可以在此基礎之上，亦顧及威嚇及保安之刑罰目的而定出刑度，但不可為預防目的而超越公正刑罰的界限。」⁶⁹ 此為德國司法實務通說⁷⁰。

即法官在量刑時，應以行為人本次所犯之個別犯行之「罪責」，在一般法定刑內建立一個特定的量刑框架 (framework of guilt theory) 後，再依預防目的在此一框架幅度 (margin) 內，對行為人量刑，

《註 61》Thomas Weigend, *supra* note 24, at 65, 68.

《註 62》Cornelius Nestler, *supra* note 7, at 126.

《註 63》Tatjana Hörnle, *supra* note 11, at 194.

《註 64》BGH Jan. 13, 1983, 4 NSTZ 217 (1983).

《註 65》Hans-Joerg Albrecht, *supra* note 5, at 233.

《註 66》Tatjana Hörnle, *supra* note 11, at 195.

《註 67》Clara Herz, *supra* note 8, at 1631.

《註 68》中文資料可參見蘇俊雄，同《註 32》，頁 46-47。

《註 69》同前註，頁 46。

《註 70》同《註 9》。

即以犯行之罪責作為預防目的之界線。但實務上依此理論，並不要求法官在判決理由中，詳細說明如何依罪責原則找出框架範圍，亦不用一步步地（step-by-step approach）交代如何依個別被告判斷預防的邏輯，只要在判決理由中提到罪責及預防的理由即可能被上級審維持⁷¹。

此理論主要認為刑罰對應於犯罪的判斷必然受社會脈絡與文化等因素的影響而具有變動性，故從罪刑相當之判斷的本質來看，將刑罰符合罪刑相當的程度理解為「一段幅度」，只要刑罰坐落於該幅度範圍內即屬合比例⁷²，即此理論並不要求法官只能在一個定點量刑，而是允許在一個幅度內量刑，故此理論實際上無法告訴法官如何量刑才正確，能否稱為是一種量刑理論實亦有疑問⁷³。即幅理論承認事實上不可能會存在一個單一且完全正確而公平的量刑，縱使是採相對於幅理論的「點理論」（punktstrafetheorie），亦無可能。採幅理論的優點是避免如何選出那個點的困難，但完全未提供更進一步的量刑

標準⁷⁴。

有學者認為，上級審不願提供過於細節的量刑規則，以「一段幅度」來保持量刑時的模糊（vagueness），是為避免過多爭執量刑的案件來到上級審，此才是幅理論之實際功能⁷⁵。有認為也可稱此一理論為司法裁量的「黑盒子模式」理論（method of black-box-model），也必然無可避免的帶來法官對於罪責分級的不一致性（inevitable inconsistencies of guilt-grading），因為如何將罪責分級，除了依照案件的事實，無法被實踐操作，只是淪為社會學所稱之「（符號）象徵互動論」（symbolic interactionism）。因為幅理論依賴罪責原則，但光是罪責的定義本身，在每位法官而言，可能都不相同；但運用幅理論，可以緩解罪責不確定性的弱點，甚至可以正當化刑法的目的論⁷⁶。

故在德國，區域性的量刑差異，甚至於在同一地區都存在個別量刑差異，此量刑歧異確實是存在的，且不管是在地方（邦）或者聯邦的層級都是⁷⁷。但德國法官

《註 71》 Franz Streng, Sentencing in Germany: Basic Questions and New Developments, *German Law Journal*, Vol.8, No.2, 155-156 (2007).

《註 72》 范耕維，〈罪刑相當原則之理論初探——以釋字第 775 號解釋為楔子〉，《月旦法學雜誌》，第 301 期，2020 年 6 月，頁 138。Franz Streng, *supra note 71*, at 159.

《註 73》 Mehmet Arslan, *supra note 8*, at 17-18. Tatjana Hörnle, *supra note 11*, at 194.

《註 74》 Franz Streng, *supra note 71*, at 157.

《註 75》 Tatjana Hörnle, *supra note 11*, at 194.

《註 76》 Franz Streng, *supra note 71*, at 156-159.

《註 77》 Tatjana Hörnle, *supra note 11*, at 201-202. Mehmet Arslan, *supra note 8*, at 28. Clara Herz, *supra note 8*, at 1628-1629.

的量刑能維持基本一致，主要靠的還是法官的專業、職業路徑及法官選任的模式，且專業性的程度是重要的。在德國法官的法學教育中，需要對比例原則及正義有很強的承諾⁷⁸。

三、上級審之量刑審查

依《德國刑事訴訟法》第267條第3項規定：「刑事判決理由中，另須將其所引用法條及量刑之情況，詳加說明。刑法對於一般犯罪情節輕微之情形，規定必須處分時，如確屬情節輕微或何以在審判中相反之聲請未被採用，均應在判決理由中，予以說明。此對於刑法第47條科以自由刑之情形亦有準用。對於刑法通常可認為符合加重條件之案件，何以不被認為特別加重之情形，判決應列舉其理由。如加重條件並不存在，亦可認為特別重大之情形，準用第二項之規定（於判決書理由中表示是項事由之適用或不適用）。將被告宣告緩刑或何以對於緩刑之聲請未予以採用，亦須在判決書理由中敘明：此亦準用於刑罰保留之警告與免刑之情形。」⁷⁹以利上訴

審之審查，除非檢辯雙方都已經放棄上訴權，始可不撰寫量刑理由⁸⁰。

過去在德國量刑被視為是法官完全自由的裁量權，即量刑被認為是事實認定的一部分，故並非法律審的上級審得以審查的，但今日德國認為法官的量刑決定，乃是適用法律的一個重要部分⁸¹。一般簡單案件的量刑，寫法通常很制式（common formula），如「基於犯行的本質及被告的人格特質，判處如主文所示之刑度為必要且充分」，也就是法官只要簡單列出所有的量刑事實即可，平均可能只花四分鐘⁸²。但現在實務認為，量刑理由的說明幅度應該與量刑的嚴重程度成正比，即如果量刑愈接近最高刑度，則量刑理由應愈充分，若不充分也可能會被上訴審撤銷⁸³。

案件上訴後，上訴審仍可以審查原審判決量刑是否妥適，如量刑理由前後矛盾不一致⁸⁴，或如錯誤未審酌加重或減輕事由⁸⁵，或者根本偏離通常的刑度⁸⁶，均得以量刑不合法予以撤銷之。由此亦可知德國維持實務上之量刑不要過度偏離、過度不一致的方式，並非訴諸外在的影響，而

《註78》Tatjana Hörnle, *supra* note 11, at 206. Mehmet Arslan, *supra* note 8, at 29.

《註79》蘇俊雄，同《註32》，頁36。

《註80》Thomas Weigend, *supra* note 24, at 67. Hans-Joerg Albrecht, *supra* note 12, at 215.

《註81》Thomas Weigend, *supra* note 24, at 69. Hans-Joerg Albrecht, *supra* note 12, at 234.

《註82》Thomas Weigend, *supra* note 24, at 67.

《註83》BGH October 22, 2002, 2003, 8 NSTZ-RR 52. Hans-Joerg Albrecht, *supra* note 12, at 235.

《註84》BGH Jan. 9, 1961, 17 BGHST 35.

《註85》BGH Dec. 7, 1990, 1991, 10 NSTZ 231.

《註86》BGH Feb. 27, 1992, 1992, 12 NSTZ 381.

是增加法官誘因，儘量去維持與過去類似的刑罰，降低嚴重偏離通常量刑模式的機會，即主要是透過司法機關內部的自我控制（self control）來實現⁸⁷。

但須注意的是，因為德國法院特殊的制度，聯邦最高法院理論上雖掌理全德國刑事上訴案件的最終審，但實際上只有非常少數的案件得以上訴至聯邦最高法院，而在這些案件中，聯邦最高法院能去審酌原審量刑適當與否，更是非常有限⁸⁸。

另外，德國聯邦憲法法院也承認上訴審的量刑審查標準，應尊重事實審法院的量刑決定本質上並不僅是一個計算的過程（not a mere calculation process）⁸⁹。但聯邦憲法法院仍會審查量刑是否有符合罪責原則，認為這是憲法保障的人性尊嚴，但相較於聯邦最高法院，不該期待聯邦憲法法院有能力去作為刑事案件量刑的最後審，因其已受理過多的公民申訴案件；且如同過去聯邦憲法法院曾經認為無期徒刑不得假釋之規定違憲⁹⁰外，其主要功能在限制立法者突然因為某些社會事件，而急遽拉高某些罪名的法定最高刑度，可能會

違憲⁹¹。

肆、以保安監禁處分建構社會安全網

有學者分析，德國不像美國須透過量刑準則，始得妥適量刑之原因，在於德國與美國在傳統歷史上，就政治、經濟和文化上對於懲罰（punitive）的看法有所不同，且德國法學教育及德國法官是採職業法官制度，不像美國是採選舉產生，不容易受到政治上如重刑化之輿論影響，特別是德國法官對於藉由重刑的（一般）預防作用通常是比較悲觀的⁹²。另有學者認為，《德國刑法》是著重在民主原則（democratic in principle），因為刑法是市民法，而法官在決定量刑時也是以作為市民之身分為之，應得自由選擇對個別被告正確且公平的刑罰，強制性的量刑準則會與法官的自我概念產生衝突⁹³，此些都是德國無須量刑準則即可維持妥適量刑之因素之一⁹⁴；但不容忽視的另一項重要因素，即在於德國有保安監禁制度，得作為社會安全機制，使法官在量刑時得卸除必須考量行為人之危險性及再犯率等壓力，從而

《註 87》Hans-Joerg Albrecht, *supra note 12*, at 230-231, 235.

《註 88》Tatjana Hörnle, *supra note 11*, at 193. Clara Herz, *supra note 8*, at 1632.

《註 89》BVerfG, 105 (2002). Clara Herz, *supra note 8*, at 1632.

《註 90》BVerfG, 187 (1977).

《註 91》Tatjana Hörnle, *supra note 11*, at 195-196.

《註 92》Tatjana Hörnle, *supra note 11*, at 202-210. Mehmet Arslan, *supra note 8*, at 29.

《註 93》Franz Streng, *supra note 71*, at 154.

《註 94》Cornelius Nestler, *supra note 7*, at 109-111.

得以保留以罪責為主要原則之妥適量刑模式⁹⁵。以下即就保安監禁在德國之內容與始末，予以簡短介紹：

一、保安處分之種類

德國刑事制裁體系採雙軌制，一軌是刑罰（*strafe*），另一軌是矯正及保安處分（*die maßregeln der besserung und sicherung*）。德國保安處分大致可分為以下兩種模式共六種處分方式⁹⁶：

（一）門診模式（*Ambulanter Art*）：

屬不拘束人身自由之措施，包括：

1. 行為監督處分（*führungsaufsicht*），《德國刑法》第 67h 至 68g 條。
2. 剝奪駕駛許可處分（《德國刑法》第 69 至 69b 條）。
3. 職業禁止處分（*berufsverbot*），《德國刑法》第 70 至 70b 條。

（二）入院模式（*Stationäre Maßregeln*）：

屬會拘束人身自由之措施，包括：

1. 收容於戒癮場所：針對酒精成癮或

毒癮的被告，可收容於戒癮場所處分（*unterbringung in einer entziehungsanstalt*）：此規定於《德國刑法》第 64 條，將有酒精成癮或毒癮的被告「收容於戒治所」，定有最高兩年之收容期限。此類似我國《毒品危害防制條例》第 20 條之觀察勒戒、強制戒治處分。

2. 收容於「精神病院」（*unterbringung in einem psychiatrischen krankenhaus*）：此規定在《德國刑法》第 63 條⁹⁷，基於「無罪責，無刑罰」之原則，對於無責任能力（刑法第 20 條）或限制責任能力（刑法第 21 條）所施行之違法行為，法院得宣告收容於精神病院；但以行為人及行為整體評估顯示，該行為人因其精神狀況很可能將來會施行重大違法行為，且將對被害人之心裡或身體造成重大損害或重大危險或導致嚴重之經濟損失，並有公共危險者為限。若非重大違法犯行，法院僅於特別情況下，可預期行為人依其狀態會再犯此類重大違法行為時，始可宣告收容於精神病院⁹⁸。此類似我國《刑法》第 87 條之刑事監護處分制度，但實則與德國不同。

《註 95》 Mehmet Arslan, *supra note 8*, at 29.

《註 96》 馬躍中，〈我國刑事監護制度的現狀與未來——德國法的觀點〉，《刑事政策與犯罪防治研究專刊》，第 25 期，2020 年 8 月，頁 65-74。

《註 97》 裁定安置於精神病院之成效，相較於單純處以監禁刑，再犯率明顯降低：1997 年統計安置於精神病院之再犯率：兩年內之再犯率為 17%；五年後之再犯率為 36.2%，2008 年 Bezzel 所做的一年內再犯率為 15.4%。德國聯邦統計局所做的再犯統計，2010 受刑法第 63 條之處分，三年內的再犯率只有 4.5%，若同時有自由刑之宣告，則再犯率為 14.1%。馬躍中，同前註，頁 71-72。

《註 98》 陳俊榕，同《註 10》，頁 73。

3. 收容於保安監禁處所⁹⁹：針對「性犯罪」或「暴力犯」之累犯被告，得為保安監禁收容處分（sicherungsverwahrung），規定在《德國刑法》第 66 至 66c 條。法院宣告保安監禁的方式，有三種¹⁰⁰：

- (1) 在刑事判決中一併宣告（《德國刑法》第 66 條）。
- (2) 在刑事判決中保留宣告（《德國刑法》第 66a 條）：即法院在判決時無法充分確定是否要宣告，但最晚要在被告假釋前六個月決定是否要宣告。
- (3) 事後宣告（《德國刑法》第 66b 條）：被告如因犯侵害生命、身體、個人自由、性自主決定權或強盜等重罪而被判處有罪，在刑罰執行完畢六個月前，由法院進行是否要為事後保安監禁之審判，如有事實足認被告仍有危險性時，得事後宣告保安處分，但一定要有新的預測事實為基礎，不得以判決前已知之事實為基礎，於 2008 年 7 月開始，事後保安監禁也適用於少年（《德國少年法院法》第 7 條第 2 至 4 項）。此類似於我國對於性侵犯之強制治療，但無論是適用範圍及執行等，均有很

大不同。

二、德國保安監禁處分擴張之歷史

德國近半世紀來並非沒有恢復死刑的呼聲，但仍可以維持一個沒有死刑的社會，除堅信生命的基本價值之外，德國的保安監禁制度也扮演重要的安全閥角色，用以維護大眾共同生活的安全，保護公眾免於犯罪侵害的恐懼，達到保障社會安全的保安監禁，得輔助自由刑。但其逐漸朝嚴峻化發展，此從 1996 年發生數起震驚社會的女童性侵、謀殺案，引發社會憤怒開始，在 1997 年頒布《打擊性犯罪和其他主要犯罪法》（The Law to Combat Sex Offences and other Major Criminal Offences），於 1998 年生效。同時新增德國刑法第 67d 條，使原本 1969 年重新建構之保安監禁¹⁰¹，原本僅限於十年之上限規定被取消，改為除非被監禁人已無人身危險性和再犯可能性的前提下，始得釋放，使保安監禁變成得無限期的「不定期」監禁。此 1998 年的新法，依刑法及施行法之規定，自生效起得溯及既往，即新法對於先前已被法院判處保安監禁且在執行中的被告亦有適用。德國對於收容於保安監禁處所之人與受刑罰執行之人，先前並

《註 99》過去是設置於監獄內，未與監獄設施明顯區隔。在 M 訴德國案後，依照明顯區隔原則，此保安監禁措施雖仍然設在監獄內，但與監獄設施有明顯區隔，此可詳本文後述。

《註 100》盧映潔，同《註 10》，頁 142-148。

《註 101》德國此一制度之演進及因應 1998 年新法之擴大適用，可參見盧映潔，同《註 10》，頁 132-156。周佳宥，同《註 10》，頁 107-110。

沒有給予太大的差別，類似刑罰，亦遭受批評，認保安監禁實際上成了事實上的不定期「刑」。保安監禁在德國總理施洛德於 2001 年發表「最好永遠關起來」之口號，更加速推動擴張¹⁰²，於 2003 年更通過《性犯罪法規修正法案》，將保安監禁進一步擴展至 18 至 21 歲之年輕成年人（2007 年再延伸至 14 歲以上之未成年人亦可），於 2004 年德國聯邦憲法法院判決，肯認此種保安監禁之保安處分合憲¹⁰³。然此爭議最後上訴至歐洲人權法院。

三、歐洲人權法院之審查

雖然德國聯邦憲法法院確認保安監禁的合憲性，然卻在歐洲人權法院遭到重大挫折，從 M 訴德國案（*M. v. Germany*）開始，德國的保安監禁制度不斷在歐洲人權法院受到挑戰，這系列判決深刻影響保安監禁在德國的發展。

（一）M 訴德國案¹⁰⁴

上訴人 M 於 1971 至 1975 年之青少年期間，多次犯結夥竊盜及強盜罪遭判刑，並 4 次越獄。出獄後，再因謀殺、結夥搶劫、恐嚇取財等罪，被判處六年有期徒刑。服刑完後，又再度搶劫、殺人。法院審理時，根據專家提出之精神報告，認定 M 具有精神障礙，而減輕其刑責。M 在服刑期間，又曾攻擊刺傷獄警，再遭判刑，自 1984 年被移到精神病院接受治療，1985 年間脫逃，期間與同夥殺害一名醫院義工及計畫搶劫，而被判處五年有期徒刑，法院並同時宣告保安監禁處分，其自 1991 年服刑期滿後，移到 S 監獄執行保安監禁，法院多次拒絕其停止保安監禁之請求。

2001 年 M 在德國境內上訴後最終均失敗，故而上訴至歐洲人權法院，主張其被判處超過十年的保安監禁，已違反歐洲人權公約第 5 條第 1 項¹⁰⁵ e 款人身自由

《註 102》德國背景可參見盧映潔，〈由一九九八年德國之「對抗性犯罪及其他危險犯罪法」論德國性犯罪之現況及其相關處遇措施〉，《政大法學評論》，第 61 期，1999 年 6 月，頁 455-478。Armin Frühauf 著，薛智仁譯，同《註 10》，頁 235。

《註 103》BVerfG 738, 758 (2004). 蕭宏宜，〈電子監控與性犯罪者——借鑑美國經驗？〉，《高大法學論叢》，2012 年 3 月，第 7 卷，第 2 期，頁 131-134。周佳宥，同《註 10》，頁 109-110。

《註 104》*M. v. Germany*, No.19359/04, ECHR(2009). App. No.19359/04, Eur. Ct. H.R. (2010). 案例事實與爭點整理可參考周佳宥，同《註 10》，頁 106-107。Peer Lorenzen，〈歐洲人權法院針對精神障礙罪犯罪刑之判例研究〉，《台灣人權學刊》，第 3 卷，第 2 期，2015 年 12 月，頁 147-148。林明傑、鄧閔鴻，同《註 10》，頁 208-210。

《註 105》公約第 5 條第 1 項之規定：1. 每個人都享有自由和人身安全的權利。不得剝奪任何人的自由，除非依照法律規定的程序在下列情況中：(a) 由具有管轄權的法院定罪後對某個人的合法監禁；(b) 由於不遵守法院合法的命令，或者為了保證履行法律所規定的任何義務，而對某人予以合法逮捕或者監禁；(c) 如果有理由足以懷疑某人實施了犯罪行為，或者如果合理地認為有必要防止某人犯罪，或者是在某人犯罪後防止其脫逃，為了將其送交有關的法律當局，而對其實施的合法的逮捕或者監禁；(d) 基於實行教育性監督的目的而根據合法命令監禁一個未成年人，或者為了將其送交有關

權不受剝奪與第 7 條第 1 項¹⁰⁶ 刑罰禁止溯及既往的規定。歐洲人權法院審理後認定：德國保安監禁之執行，在刑事執行法中並沒有獨立之規定，而是準用（*mutatis mutandis*）有期徒刑之規定，且未在執行手段與場所上和刑罰有實質區別或為上訴人提供治療處遇，即保安監禁也是在監獄內執行，幾乎等同於刑罰，故仍須適用「禁止溯及既往原則」之約束，否則即違反罪刑法定主義（*nulla poena sine lege*）。

歐洲人權法院最後於 2010 年判處德國的保安監禁違反歐洲人權公約第 5 條第 1 項與第 7 條第 1 項的規定，命德國賠償上訴人非財產損失 5 萬歐元，且要在 2013 年 5 月 31 日前進行修法。

（二）德國對於 M 訴德國案之回應

為因應歐洲人權法院對於 M 訴德國案之判決，德國於 2010 年 10 月 5 日修正刑法第 66b 條，並於 2011 年 1 月 1 日生效，

1. 將保安監禁限制於特殊類型案件，主要是性犯罪及嚴重暴力犯罪；2. 使保安監禁之收容安置須能顯著區別於普通刑罰之執行，並修正《德國刑法》第 68b 條，將「電子監控」（*elektronische Überwachung*）納入保護管束（觀察）之手段，即接受保安監禁之人於釋放後，須配帶電子腳鐐，使其自由，但也保護公共安全¹⁰⁷。

另在 2011 年 5 月 4 日，德國聯邦憲法法院復裁決宣告《德國刑法》第 66c 條，與《德國基本法》第 100-1 條不符，應予修正。但為避免衝擊過大，德國聯邦憲法法院並未立即宣告相關規定違憲，而給立法部門約兩年的修法時間¹⁰⁸。這個判決促使德國國會於 2012 年 12 月 5 日通過《調整聯邦保安監禁法實踐誠命原則法》（*Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung*），該法於 2013 年 6 月正式施行¹⁰⁹。除修正《德國刑法》

的法律當局而對其予以合法的監禁；(e) 基於防止傳染病蔓延的目的而對某人予以合法的監禁，以及對精神失常者、酗酒者，或者是吸毒者，或者流氓予以合法的監禁；(f) 為防止某人未經許可進入國境，或者為押送出境，或者是引渡，而對某人採取行動並予以合法的逮捕或者監禁。https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ZHO.pdf, last visited 2022/1/2.

《註 106》公約第 7 條規定：一、任何人之行為或不行為，在其發生時根據國內法或國際法並不構成刑事犯罪，不應認為犯任何刑事罪。所處刑罰不得重於犯罪時所適用的刑罰。二、本條不應妨礙對任何人的行為或不行為進行審判或懲罰，如何該行為或不行為於其發生時根據文明國家所承認的一般法律原則是刑事罪。

《註 107》馬躍中，〈德國電子監控制度之探討〉，《高大法學論叢》，第 8 卷，第 2 期，2013 年 3 月，頁 74。張麗卿，〈社區矯正法制之比較法檢討——以德日法制為借鑑〉，《月旦法學雜誌》，第 279 期，2018 年 7 月，頁 124-126。Jorg Kinzig 口述，馬躍中譯，同《註 10》，頁 167-172。

《註 108》BVerfG, 2 (2011).

《註 109》周佳宥，同《註 10》，頁 132。

第 66c 條第 1 項第 1 款規定，實施保安監禁須基於完整之行為評估報告，且必須清楚說明治療執行計畫，若欠缺此計畫即執行保安監禁，係違反比例原則。同條第 2 項規定，實施必須於可能範圍內給予最小程度之限制，儘量使受監禁人之生活條件與一般生活條件相同，並禁止於監獄或其分支機構內實施。且依據《德國刑法》第 67d 條第 2 項第 2 款之規定，六個月內執行機關必須提出第 66c 條第 1 項第 1 款規定之評估報告與執行計畫，否則即會違反比例原則。此外，新法規定必須每年重新審查，若執行已超過十年者，每九個月必須重新審查一次是否有繼續執行之必要¹¹⁰。德國各邦也都致力於增加改善保安監禁之場所，雖多仍附設於監獄中，然與監獄之空間上有絕對之區隔，並提供完整醫療，以降低受保安監禁之人將來對社會之危害，不僅活動空間較大，管理方式也更為寬鬆。

(三) Bergmann 訴德國案¹¹¹ (2016 年)

2014 年 6 月 17 日，Bergmann 對德國

政府提出訴訟，認為對其執行的保安監禁超過行為時法定的最高十年年限，故違反歐洲人權公約第 5 條第 1 項 e 款對人身自由之保障以及第 7 條第 1 項之禁止溯及既往原則。Bergmann 在 1966 至 1984 年間共 5 次犯罪，其中 3 次為針對兒童的性犯罪，於 1986 年，經法院判處十五年有期徒刑，並同時判處保安監禁。於 2001 年十五年刑期期滿後，Bergmann 開始服第一次保安監禁，至 2011 年 6 月 11 日已服滿十年保安監禁，然之後法院延長其保安監禁期限。期間 Bergmann 多次拒絕執行機關提供的治療，至歐洲人權法院受理時，其已被監禁超過二十七年，時年 69 歲。

歐洲人權法院經審理後，認為 Bergmann 所罹患之「性虐待症」(sexual sadism) 屬於「真正之精神異常」(true mental disorder)，已符合歐洲人權公約第 5 條第 1 項 e 款所指的被剝奪自由的「精神不健全」(unsound mind) 範圍，如有在適當機構為精神上的照護 (appropriate institution for a mental health patient)，即符合歐洲人權公約第 5 條第 1 項 e 款之要求¹¹²，故認為德國法院對 Bergmann 判處

《註 110》周佳宥，同《註 10》，頁 133。林明傑、鄧閔鴻，同《註 10》，頁 210-211。

《註 111》*Bergmann v. Germany*, No.23279/14, 7 January 2016。同年，另一個案件 *W.P. v. Germany*, No. 55594/13, 6 October 2016, 也是在處理公約第 5 條有關 unsound mind 的問題。See Dyer, Andrew, Can Charters of Rights Limit Penal Populism?: The Case of Preventive Detention, *Monash University Law Review*, Vol.44, No.3, 520 (2018)。

《註 112》歐洲人權公約第 5 條第 1 項 e 款明文授權可合法拘留精神障礙者，但歐洲人權法院的判例，長久以來必須滿足三個最起碼的前提：(1) 除緊急案件外，真正的精神障礙都必須由具有管轄權的主管機關依據客觀醫學專業進行認定；(2) 該精神障礙須屬於一種須強制監護的障礙，或達到須強制監

之保安監禁，並未違反公約第 5 條第 1 項 e 款規定。又進一步審查，Bergmann 並非被關押於普通監獄的保安監禁區，而是作為一個精神不健全者被收容於 R 監獄的保安監禁中心，接受心理障礙治療。保安監禁中心的場地空間更大，受監禁人被賦予更多自由活動的權利，此對降低其人身危險性的治療有重要意義，故認德國對 Bergmann 適用改革後之保安監禁之執行方式，已經能顯著區別於有期徒刑之執行，故不再屬於公約第 7 條第 1 項所指的刑罰。

2016 年 1 月 7 日，歐洲人權法院對本案做出判決，認為德國對 Bergmann 實施的保安監禁並未違反歐洲人權公約第 5 條第 1 項 e 款與第 7 條第 1 項等規定，判德國勝訴。

儘管過去德國的保安監禁曾因其不定期性、溯及既往與違反比例原則，在歐洲人權法院和德國聯邦憲法法院屢受挫敗，但其立法修正的腳步卻未停止，主要原則也未受到動搖。尤其是 M 訴德國案

敗訴之後，德國陸續在各邦之監獄內建立起先進的保安監禁中心，為有性癮癖或毒癮、酒精依賴和有精神障礙的行為人，提供專業的醫療團隊，進行積極的治療處遇，力求將保安監禁的執行方式與有期徒刑之執行，能實質且明顯的區分開來，故在 2015 至 2016 年間，歐洲人權法院在審理 Bergmann 案時，已無法再將適用 2013 年 5 月改革後新法之保安監禁認定為實質意義上的刑罰，而不再受到歐洲人權公約第 7 條第 1 項禁止溯及既往原則的約束，縱使在 2017 年的 *Ilmseher* 案¹¹³、*Becht* 案¹¹⁴，德國就修法後之部分均為勝訴，僅針對修法前之保安監禁期間，必須賠償上訴人之損失。故經歷刑法修正之後，德國的保安監禁制度，已能通過歐洲人權公約之要求且趨於穩定。靠著改革保安監禁處分，建構完善的社會安全網，使其不須依靠重刑化政策，亦不須靠量刑準則，即得以保安處分補助自由刑之不足，兼顧人權及社會對安全的需求，如對於有精神障礙無責任能力，且有再犯重大犯罪風險之行

的程度；(3) 繼續監禁的合法性依此類障礙所持續的時間而定。原則上，精神病患的拘留地只有醫院、診所或其他適合執行的機構，方為合法。Peer Lorenzen, 同《註 104》，頁 147。See Dyer, Andrew, *Id.*, at 561.

《註 113》*Ilmseher v. Germany*, No.10211/12 and 27505/14, 4 December 2018. 針對 *Ilmseher* 從 2011 年 5 月到 2013 年 6 月移到修法後之保安監禁中心此段期間，德國政府承認未將 *Ilmseher* 收容於適當處所，故願與 *Ilmseher* 和解並予以補償，故歐洲人權法院就此部分不受理。Overview of the Case-law of the ECHR in 2018, 22-24. https://www.echr.coe.int/Documents/Short_Survey_2018_ENG.pdf, last visited 2022/1/2.

《註 114》*Becht v. Germany*, No.79457/13, 6 July 2017. 歐洲人權法院於 2017 年 7 月 6 日判決認德國對 *Becht* 自 2012 年 4 月 9 日至 2013 年 5 月間，即於刑法改革前之保安監禁，亦違反人權公約第 5 條和第 7 條，判決德國政府應賠償上訴人非財產損失 7,000 歐元。

爲人，除得宣告收容於精神病院，亦得再易爲收容於保安監禁中心，且兩者均得爲不定期處分，故縱在犯罪率提高的現代，刑罰仍能維持輕緩、妥適。

伍、結論

我國爲提升量刑之妥適、透明、公平及合理可預測性，欲引進具有拘束性之量刑準則。然我國就有關量刑指導的實體法規定是刑法第 57 條，是仿德國刑法第 46 條規定，就量刑的程序法上之規定，也與英美完全不同，在將來《國民法官法》上路後，也較接近德國的參審制或日本的裁判員制度，即不管是事實認定或量刑判斷，都是合審合判，而非如英美的陪審制，有事實認定與量刑二分的階段，在素人國民參與事實認定決定有罪後，才由專業的職業法官單獨來進行量刑（除死刑案件，量刑亦須組成陪審，由陪審員決定），故欠缺量刑之相關資料。即我國在量刑上，並不像英美，是在定罪之後的專門階段進行，且有調查官先爲量刑調查後，製作量刑前調查報告予法官參酌適用¹¹⁵，故縱引進英美式量刑準則，若無調查官先製作量刑前調查報告，亦無可能準確適用量刑準則，改革若先天不足，復欠缺後天

配套，能否成功實值觀察。

且《憲法訴訟法》施行後，除《刑事案件妥適量刑法草案》所定之量刑準則、及其拘束性的本身，均可能必須先接受違憲審查¹¹⁶外，刑事法院確定之個案裁判之量刑，依《憲法訴訟法》第 59 條第 1 項之規定，亦可能成爲違憲審查之標的，我國憲法法庭將如同德國聯邦憲法法院之角色，一方面要避免過多爭執個案量刑不當之案件全部湧進憲法法庭，一方面要具體解釋有關憲法第 7 條之平等原則應如何適用於個案裁判之量刑上，即依《刑事案件妥適量刑法草案》所定之量刑準則，是否代表平等原則有保障被告與其他案件之被告受相同刑度之權利？此些自量刑可能引發之憲法爭議，均有待將來憲法法庭之審查發展。

最後，從小燈泡案、臺鐵殺警案、屏東挖眼案等，均凸顯我國刑事制裁體系，雖亦承襲德國之雙軌制，然我國有關保安處分之規定，卻相當簡陋過時，頻受挑戰檢驗，如對於性侵犯之「強制治療」，釋字第 799 號雖肯認合憲，但要求法務部應予改革，而針對組織犯罪防制條例等之「強制工作」，在釋字第 812 號則直接被宣告違憲，我國對於社會安全網的建構，與德國

《註 115》參《註 57》

《註 116》美國除 2005 年的 *Booker* 案對於量刑準則之強制性拘束力曾有違憲之爭論外，早自 1989 年的 *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361 (1989) 案中，即有挑戰 1984 年的量刑改革法案中，授予國會過多權力，而違反美國憲法三權分立原則，是認聯邦量刑委員會本身之存在即非合憲之爭議，但該案並未經聯邦最高法院認定違憲。

相比，實有顯著之不足。國會應傾力將改革重心放在保安處分上，建構起完善的社會安全網，以兼顧人權及社會對安全的需求，使法院在個案量刑時，得堅持以行為人之罪責為基礎，並以特別預防為目標之

原則，而不必考量行為人之危險性及再犯率等問題，因刑罰有其極限，將重心放在刑罰或量刑準則上，實屬本末倒置，畫錯重點。

(作者林臻嫻為維也納大學經濟與法律碩士、臺灣高等法院臺南分院法官)

參考文獻

- 汪貽飛，〈中國式量刑指南能走多遠——以美國聯邦量刑指南的命運為參照的分析〉，《政法論壇》，第 28 卷，第 6 期，2010 年 11 月，頁 108-120。
- 周佳宥，〈德國事後安全管束監禁制度之合憲性研究——以制度發展與調整為研究中心（2004-2013 年）〉，《憲政時代》，2014 年 10 月，頁 103-138。
- 范耕維，〈罪刑相當原則之理論初探——以釋字第 775 號解釋為楔子〉，《月旦法學雜誌》，第 301 期，2020 年 6 月，頁 131-148。
- 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〉，公務出國報告，1996 年 3 月，司法院。
- 林明傑、鄧閔鴻，〈從美英紐德荷之性侵者刑後強制治療看臺灣之困境與出路〉，《世新法學》，第 11 卷，第 2 期，2018 年 6 月，頁 195-226。
- 林尚諭，〈英格蘭與威爾斯量刑委員會〉，《司法周刊》，第 1963 期（司法文選別冊），108 年 8 月 2 日。
- 林鈺雄，〈德國刑訴逐條釋義（上）——羈押及暫時逮捕（§§ 112 ff. StPO）〉，《月旦刑事法評論》，第 8 期，2018 年 3 月，頁 6。
- 馬躍中，〈德國電子監控制度之探討〉，《高大法學論叢》，第 8 卷，第 2 期，2013 年 3 月，頁 67-117。
- 馬躍中，〈我國刑事監護制度的現狀與未來——德國法的觀點〉，《刑事政策與犯罪防治研究專刊》，第 25 期，2020 年 8 月，頁 49-83。

- 陳俊榕，〈德國精神病學處分之沿革與現制〉，《臺灣海洋法學報》，第 30 期，2021 年 6 月，頁 59-91。
- 張麗卿，〈社區矯正法制之比較法檢討——以德日法制為借鑑〉，《月旦法學雜誌》，第 279 期，2018 年 7 月，頁 118-138。
- 潘怡宏，〈刑法監護處分制度之修正芻議——取徑德國、奧地利與瑞士刑法〉，《刑事政策與犯罪防治研究專刊》，第 28 期，2021 年 6 月，頁 95-242。
- 薛智仁，〈限制短期自由刑之制裁體系改革方向——兼評易服社會勞動之增訂〉，《政大法學評論》，第 116 期，2010 年 8 月，頁 239-291。
- 蘇俊雄，〈量刑法理與法制之比較研究〉，《法官協會雜誌》，第 1 卷，第 2 期，1999 年 12 月，頁 25-56。
- 蘇凱平，〈以平等原則建立量刑原則的意義與價值：臺灣高等法院 105 年度交上易字第 117 號刑事判決評析〉，《台灣法學雜誌》，第 393 期，2020 年 6 月，頁 31-42。
- 蘇凱平，〈以司法院量刑資訊作為量刑之內部性界限？——評最高法院 108 年度台上字第 3728 號刑事判決〉，《月旦裁判時報》，第 98 期，2020 年 8 月，頁 85-94。
- 盧映潔，〈由一九九八年德國之「對抗性犯罪及其他危險犯罪法」論德國性犯罪之現況及其相關處遇措施〉，《政大法學評論》，第 61 期，1999 年 6 月，頁 455-478。
- 盧映潔，〈德國安全管束監禁制度之介紹——兼論我國死刑廢除替代方案之思考方向〉，《成大法學》，第 17 期，2009 年 6 月，頁 127-187。
- 盧映潔，〈德國刑事訴訟依協商為判決之制度發展與實踐〉，《國立中正大學法學集刊》，第 53 期，2016 年 10 月，頁 71-140。
- 蕭宏宜，〈電子監控與性犯罪者——借鑑美國經驗？〉，《高大法學論叢》，2012 年 3 月，第 7 卷，第 2 期，頁 99-144。
- Armin Frühauf 著，薛智仁譯，〈德國的刑罰與保安處分〉，《月旦法學雜誌》，第 169 期，2009 年 4 月，頁 235-243。
- Clara Herz, Striving for Consistency: Why German Sentencing Needs Reform. *German Law Journal*; Toronto, Vol.21, Iss. 8, 1625-1648 (2020).
- Cornelius Nestler, Sentencing in Germany, *7 Buff. Crim. L. Rev.* 109-138(2003).
- Deborah Young, Fact-Finding at Federal Sentencing: Why the Guidelines Should Meet the

- Rules, 79 *Cornell L. Rev.* 299(1994).
- Dyer, Andrew, Can Charters of Rights Limit Penal Populism?: The Case of Preventive Detention, *Monash University Law Review*, Vol.44, No.3, 520 (2018).
- Franz Streng, Sentencing in Germany: Basic Questions and New Developments, *German Law Journal*, Vol.8, No.2, 153(2007).
- Hans-Joerg Albrecht, Sentencing in Germany: Explaining Long-Term Stability in the Structure of Criminal Sanctions and Sentencing, *Law and Contemporary Problems*, Vol.76, No.1, 211-236 (2013).
- Hans-Jürgen Kerner 著，許澤天、薛智仁譯，《德國刑事追訴與制裁》，元照出版，2008 年 11 月。
- Hans-Jürgen Kerner、馬躍中，〈德國普通刑法與少年刑法對金錢制裁之重大意涵〉，《國立中正大學法學集刊》，第 40 期，2013 年 7 月，頁 187-251。
- Hans-Jürgen Kerner、連孟琦，〈德國犯罪被害人地位之強化——綜覽刑事政策、刑法、刑事訴訟以及實務領域之最新發展〉，《月旦刑事法評論》，第 6 期，2017 年 9 月，頁 60-72。
- Helmut Satzger、王士帆，〈《歐洲人權公約》對德國刑法及刑事訴訟法之影響——探討基礎理論與重要問題〉，《台灣法學雜誌》，第 189 期，2011 年 12 月，頁 39-61。
- Jorg Kinzig 口述，馬躍中譯，〈德國刑事制裁體系改革現狀〉，《軍法專刊》，第 63 卷，第 1 期，2017 年 1 月，頁 165-185。
- Lynn S. Adelman, Opinion: The tough-on-crime law Democrats are overlooking, *The Washington Post*, June 30, 2019.
- Mehmet Arslan, The Main Determinants Of Sentencing Decisions In Germany. *Law & Justice Review*, Year: 10, Issue: 19, December 2019 29, (2020).
- Peer Lorenzen，〈歐洲人權法院針對精神障礙罪犯量刑之判例研究〉，《台灣人權學刊》，第 3 卷，第 2 期，2015 年 12 月，頁 139-150。
- Obama, Barack, The President's Role in Advancing Criminal Justice Reform, *Harvard Law Review*, 130 Harv. L. Rev. 811. (2017).
- Rebecca Wasif, Reforming Expansive Crime Control & Sentencing Legislation in an Era of

Mass Incarceration: A National and Cross-national Study, 27 *U. Miami Int'l & Comp. L. Rev.* 174 (2020).

Richard A. Bierschbach & Stephanos Bibas, What's Wrong With Sentencing Equality?, 102 *VA. L. REV.* 1447 (2016).

Tatjana Hörnle, Moderate and Non-Arbitrary Sentencing Without Guidelines: The German Experience, Vol.76:189, *Law and Contemporary Problems*, 204 (2013).

Thomas Weigend, Sentencing in West Germany, 42 *Md. L. Rev.* 37 (1983).