

以違法偵查作為量刑因子之正當化根據： 一個刑罰理論的觀察

范耕維*

<摘要>

目前我國並無將違法偵查訂為量刑因子之明文，將減刑作為違法偵查之法律效果的判決亦不多見。但以日本為例，雖與我國同樣將證據排除法則作為違法偵查之法律效果，但已有為數不少的判決將減刑作為違法偵查之法律效果。縱然如此，違法偵查作為量刑因子的理由為何，仍有爭議。對此，本文取徑於刑罰理論的觀點，從違法偵查與刑罰間的關係出發，嘗試說明違法偵查作為量刑因子的依據。亦即，本文將取徑於溝通應報理論，將國家透過刑罰對於被告之非難，理解為國家與被告間之溝通。在此前提下，本文進一步認為作為刑罰之前提的刑事程序本身，也同樣是國家與被告之溝通行為的一部分。而以犯罪嫌疑為發動依據的偵查行為，更可被解讀為與刑罰相似，事實上帶有非難性質的溝通行為。因此，當國家進行違法偵查時，可理解為國家與被告間存在不當的溝通行為。此時，為排除違法偵查對國家與被告間之溝通所造成的不良影響，本文主張在國家透過刑罰與被告進行溝通的過程

* 中央研究院法律學研究所博士後研究員，日本一橋大學法學博士。本文初稿承蒙兩位匿名審查委員指出筆者思考未盡周全之處，並惠賜寶貴的參考意見，使本文得以較完整的樣貌面世，特此致謝。此外，也感謝畏友政大法研所羅浩瑋先生提出寶貴的建議與批判，使本文更具可讀性，惟一切文責由筆者自負。

E-mail: fanfangarcon@gate.sinica.edu.tw

- 投稿日：03/18/2019；接受刊登日：06/20/2019。
- 責任校對：黃品瑜、何思奕、顏良家。
- DOI:10.6199/NTULJ.201912_48(4).0007

中，應限縮國家可施加非難之權限，調整其可施加的刑罰輕重，賦予違法偵查影響量刑之正當性依據。

關鍵詞：違法偵查、量刑因子、溝通、刑罰理論、溝通應報理論、公平遊戲理論、積極一般預防理論、刑事責任、國家違法挑唆

◆目次◆

壹、前言

貳、日本現況：實務判決與學說見解之考察

一、公平、正義的觀點之肯定說

二、積極一般預防理論的觀點之肯定說

三、程序法觀點之肯定說

四、否定說

五、小結

參、以違法偵查作為量刑因子之容許性及其作為量刑因子之性質

一、違法偵查作為量刑因子的容許性：以對否定說之批評為中心

二、違法偵查作為具有獨立意義的量刑因子類型：重新檢視量刑上之考量對象

三、小結：兼論衡平說的難題

肆、以違法偵查作為量刑因子之正當化根據：一個溝通應報理論視角的觀察

一、問題的釐清：取徑於刑罰理論之觀點的說明

二、取徑於結果主義之刑罰理論的解釋與其問題

三、取徑於應報主義之刑罰理論的嘗試：溝通應報理論觀點下的解釋

四、小結：違法偵查於量刑判斷之架構中的定位

伍、違法偵查可適用量刑上之考量的類型：量刑因子的範圍劃定

一、違法偵查得否作為量刑因子的判準：是否對溝通造成不當影響

二、違法偵查作為量刑因子與適用程序審判的判準：犯罪人是否仍在溝通關係中

陸、結論