國民法官判決與上訴審角色

中

文／林信旭

（文接上期）

2. 從超越合理懷疑觀點來看

（1）決定有罪、無罪的關鍵點，在於證明程度是否已到達超越合理懷疑該門檻。二審法院的事實誤認審查基準，亦應與該合理懷疑概念，保持整合性、對應性。

（2）適用參審程序的案件，既然仍容許被告提起上訴，再次爭執事實認定，二審法院對於一審的有罪認定如抱持合理懷疑，該利益應歸被告，從而，在撤銷一審有罪判決的情形，應容許二審法院採取心證優先說[26]。

3. 從刑事審判基本原則、設計上訴之目的來看

（1）刑事審判最重要的無疑就是避免處罰無辜，因此，從「罪證有疑利歸被告」原則衍生出：（原則上）由檢察官負舉證責任、證明有罪應達必要高度證明程度（須超越合理懷疑）此兩個下位原則。從而，因一審有罪與否，二審法院介入一審法院事實認定的程度自容許有異，對於被告有利方向，應可以介入，對被告不利方向原則上應不可以介入，如此片面操作應不違反導入參審制的趣旨[27]。

（2）設計上訴的主要目的之一，既在期待二審法院於一審作出錯誤的有罪判決時，發揮救濟被告的機能，則以二審法官的立場來看，自應絕對避免處罰無辜的被告。

4. 從二審審理方式來看

（1）基於書面具有「再現可能性」的特質，二審法院審查書面的結果，可以發揮審查（關係人）之供述有無變遷翻轉，或與客觀事實有無矛盾、齟齬該優點。

（2）經二審法院審查結果，對於一審的有罪認定，如抱持懷疑的話，即是合理的懷疑。於此情形，如因一審是適用參審程序即須尊重而不可更動的話，顯然是違反正義的。且不可以因參審（或）使判決結果帶有民主正當性，就率認為：「未犯罪者，有不受處罰的權利」該基本價值必須退讓。

（3）因一審落實直接、言詞審理原則，在「程序公正性」面向，固然較（相對）偏重書面審理的二審法院優質，但二審法院既認一審的有罪認定有合理懷疑，在「判決被告有罪，為不正義」之前，程序公正性的要求，似也不得不讓步。

（4）從而，於一審判決有罪時，其事實認定縱尚難認已達「法則違反」該程度，仍應使二審法院的心證，優先於一審法院的認定[28]。

5. 從防止誤判觀點來看

（1）適用參審程序的案件，相較於傳統的職業法官方式，審理、評議時間較為緊促，實難否定誤判的可能性會隨之提高。

（2）適用參審程序案件，立法者也肯認並維持：對於一審判決，仍得以「事實誤認」為由提起上訴，足認，立法者不因導入參審制度，而否認防止誤判的重要性。

（3）準此，經二審法院審查結果，對於一審有罪判決，如認仍有合理懷疑，難以維持一審的有罪認定時，相較於尊重「參審制度」該政策的優越性，更應重視防止誤判、避免牽連無辜，故一審有罪的事實認定，縱尚難認已達「法則違反」程度，仍應使二審法院的心證，優先於一審法院的認定[29]。

（三）本文以為

1. 本法第 91 條及其立法理由載明：「上訴審法院應本於參審宗旨，妥適行使審查權限，而不宜輕易逕以閱覽第一審卷證後所得不同心證，即予撤銷」，並未區別一審判決結果為何。

2. 實施參審程序後，對於適用參審程序的一審判決，立法者仍維持檢察官的上訴權能，可見，二審的機能、職責除救濟被告外，另包含更正一審的誤判，而既然是誤判，不管一審判決結果有罪、無罪與否，都有這樣的可能性。

3. 不論一審判決認為有「合理懷疑」或「無合理懷疑」，應均包含國民法官的意見在內，而非僅限於職業法官的觀點。

4. 從審理方式來看，不管有罪、無罪與否，一審參審程序也都是力行直接、言詞審理方式，並沒有不同。

5. 從而，積極說單憑判決結果，採片面構成操作，於現行法制下，似尚難率加贊同[30]。

肆 關於量刑不當部分

一、雖有少部分學者指出：量刑事實與一般犯罪事實認定固沒有什麼差異，多元多樣的國民知識及經驗是有益的，但一般來說，國民並不具有關於「量刑目的、基準」、「量刑事實有利、不利方向的評價、衡量」、「具體刑量決定」等知識、經驗，應尚難認為其等有健全社會常識，故應不存在尊重國民量刑判斷的基盤。又雖然經由專家的提示分享，無法否定國民也有涵養關於量刑知識的能力，但即使在身為專家的職業法官間，仍爭論未定的量刑規則，僅透過一回裁判，即要加深國民理解，實是相當困難，從而，就量刑層面來說，除量刑情狀事實認定外，實找不出應特別尊重國民判斷的理由，故參審判決與職業法官判決無異，仍應期待二審法院適正審查[31]。但：

（一）壓倒性的一致見解似認為：實施參審之後，關於量刑審查部分，二審應採取謙抑、慎重的立場，尊重一審量刑，除非有重要量刑事實誤認或漏未審酌等相當極端且不合理等情形，否則應維持一審的量刑判斷[32]。

（二）從日本實施裁判員制度後的統計情形來看，實務基本上也是採取忠實於「尊重論」的立場，最大限度地尊重裁判員判決，檢察官多未以量刑不當為由提起上訴，二審以被告主張量刑不當為由，撤銷一審判決的事例也急遽減少[33]。

二、關於上開「尊重論」，似可進一步說明如下

（一）反映國民良識的參審判決與（身為專家）二審職業法官的量刑意見縱有不同，不可憑此就輕易變更參審判決[34]。

（二）對參審國民要求遵循（由職業法官判決所形成）較狹隘的量刑趨勢，與量刑上應反映國民感情的參審制度意旨相背，所以，量刑幅度應較先前量刑趨勢寬廣，原則上只要收斂在責任刑框架內，即不生違法問題。

（三）從行為責任觀點來看，於具體個案量刑時，就重要量刑因子在認定、評價上，如沒有什麼問題，量刑結果只要收斂在量刑趨勢範圍內，基本上就應加以尊重。

（四）基於公平性觀點，與量刑趨勢的乖離程度如果已到達通常難以容許的程度，若有提出具體性、說服性的理由，二審固仍應予以尊重，但如果沒有心恪盡「根據提示義務」的話，則不免受量刑不當的質疑[35]。

三、關於二審量刑審查事項，參考下述文獻[36]，似可整理為如圖一、二（請見 3 版），供實務作為參考出發點。以下因篇幅關係及討論具象化，爰鎖定「量刑事實是否評價不當」及「宣告刑有無逸脫量刑趨勢」部分，提出日本 3 則參審案例進一步說明。

四、關於量刑事實評價是否不當部分

（一）關於被告罹患亞斯柏格症（以下稱系爭病症）案例：

1. 事實概要：被告自小就罹患系爭病症，從小學 5 年級時就開始過著幾乎繭居在家的生活（長達約 30 年），期間被告為了重新生活，曾向雙親拜託轉校或搬家，但未償所願，竟將此情主觀臆測為是被害人（即被告姐姐）從中作梗所致，因而懷恨在心。之後更完全惡意曲解被害人行為，對被害人的恨意愈發嚴重激化。之後，被害人遞送生活用品給被告，並留下一紙條，上面寫著：「自己覓食及出錢買東西」，被告看到該張紙條後，主觀想像被害人將對自己不利，而決意殺害被害人，遂將萬能菜刀帶到自己房間內準備殺人。嗣被害人前來探訪被告，被告即持該把萬能菜刀，朝被害人心窩部及左上腕部等處多回刺殺，致被害人傷重不治死亡。

2. 本案量刑爭點

（1）被告所罹系爭病症對本案犯行原委、動機形成過程所生影響，於犯情評價方面，應否相當程度審酌，並作為減輕責任非難的有利量刑因子？

（文轉三版）

註釋

26 中川孝博，〈裁判員制度のもとにおける控訴審のあり方〉，刑事辯護 43 號，2005 年 7 月，第 63 頁；石塚章夫，〈裁判官と事実認定〉，法律時報 77 巻 11 號，2005 年 10 月，第 48 頁。

27 杉森研二，前揭註 21，第 755 頁。

28 井戸俊一，〈刑事控訴審における事実誤認の審査方法について〉，判例タイムズ 1359 號，2012 年 1 月，第 69 頁、第 70 頁。

29 遠藤和正、冨田敦史，〈事実認定の審査〉，判例タイムズ 1276 號，2008 年 11 月，48 頁。

30 石井一正，〈刑事控訴審の理論と実務〉，2010 年 5 月 30 日第 1 版第 1 刷，第 429 頁。

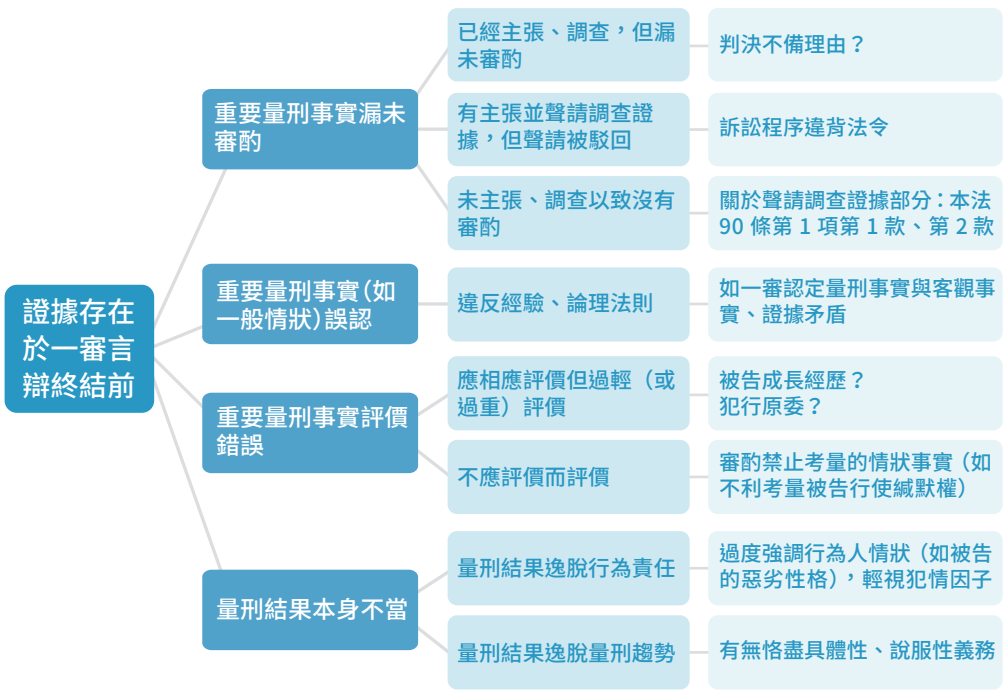
31 松宮孝明，〈控訴審における量刑審査の展望〉，刑事弁護 74 號，2013 年 4 月，第 25 頁。

32 龍岡資晃，〈裁判員制度と刑事裁判についての若干の覚え書〉，載於「小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集（下）」，2006 年，第 730 頁；今崎幸彦，〈裁判員裁判における審理及び制度運営上の課題〉，判例タイムズ 1255 號，2008 年 2 月，第 18 頁；中山博之，〈本特集の趣旨（特集：裁判員裁判と控訴審のあり方）〉，刑事弁護 68 號，2011 年 10 月，第 14 頁；丹羽敏彦，〈裁判員裁判と控訴〉，載於「実例刑事訴訟法Ⅲ」，2013 年 11 月 10 日初版第 3 刷，第 319 頁；松澤伸，〈〔海外における量刑への市民参与〕デンマークの参審制〉，刑事弁護 44 號，2005 年 10 月，第 62 頁；日本最高裁判所白木勇裁判官於第 1 小法庭平成 24 年 2 月 13 日判決中所提補充意見也表示：實施參審，應容許具有一定幅度的認定及「量刑」，如果沒有這樣的體認，參審制度應難以成立及維繫。

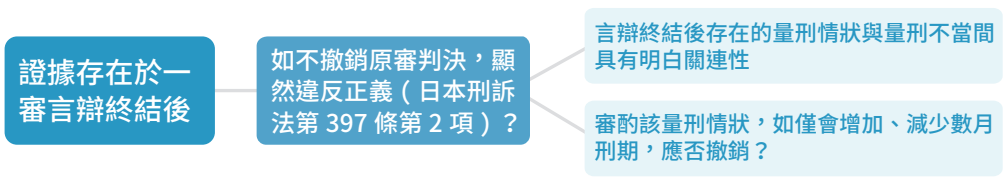
33 小池信太郎，〈裁判員裁判における量刑―最高裁平成 26 年 7 月 24 日判決の意義〉，法律時報 86 巻 11 號，2014 年 10 月，第 2 頁。但有論者認為相較於裁判員制度實施初期，最近數年二審尊重裁判員判決的傾向，似較不明顯，後藤昭，〈裁判員制度がもたらしたもの〉，法律時報 90 巻 12 號，2018 年 11 月，第 113 頁、第 114 頁。

34 千葉勝美裁判官於最高裁判所第 2 小法庭平成 27 年 2 月

法源法
www.lawba
檢索全部法規、司法判解、行政函釋、裁判書、起訴書、論著
法
服務
TEL:02-2
廣告
109年
已經
法官主持調解
專業勞動法庭



圖一：量刑證據存在一審言辯終結前



圖二：量刑證據存在一審言辯終結後

（文接二版）

（2）被告欠缺反省，是否已達足以推認有再犯可能性的程度？

3. 大阪地方裁判所（以下稱大阪地裁）平成 24 年 7 月 30 日判決：

（1）被告所罹系爭病症對本案犯行原委及動機，固難認為沒有影響，但此犯情事實不值得重視。

（2）被告反省不足，加上收容系爭病症機構不足，應認被告有再犯之虞，於量刑上應列為重要量刑因子。

（3）另一併審酌其他量刑因子，判處被告有期徒刑 20 年（以下有期徒刑刑期均僅簡稱年數）（檢察官求刑 16 年）。

4. 大阪高等裁判所（以下稱大阪高裁）平成 25 年 2 月 26 日判決：

（1）關於被告實施本案犯行原委及動機形成過程，存在著不能僅苛責於被告的系爭病症特有障害，該量刑事實於量刑責任評價上，應予以斟酌。決意殺害被害人，實施加害行為固然是基於被告意思，選擇剝奪無任何過失被害人生命的手段，應受嚴厲非難。但系爭病症障害對本案犯行原委及動機形成過程的影響，在理解本案犯行的實體上是不可欠缺的要素，在犯情評價方面，應受相當程度斟酌，並往有利方向擺盪，一審判決未適切詮釋本案犯行實體，在此限度內，就足以減輕被告責任非難方向的重要量刑因子，尚難認為沒有評價錯誤之情。

（2）原判決沒有考量被告置身狀況，以被告反省不充分為由，強烈憂慮被告有再犯之虞，是有疑問的。蓋被告反省之心固難認為充分，但評價他已逐漸深化反省之心，亦是可能的。至少，應尚難認為：被告欠缺反省之心，已達足以推認他有再犯可能性的程度。

（3）爰一併審酌其他一般情狀因子，以量刑不當為由，撤銷原判決，判處被告 14 年。

（二）關於犯行偶發性及飲酒等作用性案例：

1. 被告與被害人 2 人，前於 1995 年離婚，2009 年 8 月時許，2 人復合開始一起生活，同年 12 月，被告懷疑被害人有外遇，曾對被害人施加暴力。但 2 人在朝向再婚、謀求修復關係的進程中，一起去伊豆旅行，2010 年 2 月 16 日早上，被告一覺醒來，發覺被害人不在房間內，湧現「被害人是不是外遇」的主觀臆測，對於剛回到旅店的被害人，即在旅店大廳對被害人施加：以拳頭毆打臉部及頭部等部位，被害人跌倒後又用腳踢踹她腹部，更抓住她的頭髮，用膝蓋踢胸腹部等暴行，使被害人因此受有肋骨骨折、腸間膜損傷等傷害，嗣約 2 小時後，被害人因腸間膜損傷引發出血性休克，不治死亡。

2. 本案爭點：下述 2 點可否作為有利量刑因子？

（1）本案是起因於被告懷疑（妄想）被害人外遇，屬偶發性事件。

（2）被告執拗的暴行態樣，是因飲酒酩酊等影響所致。

3. 靜岡地方裁判所沼津支部判決：

（1）犯行契機縱認是偶發性所致，但審酌緊接於此的執拗暴行態樣、堅決傷害犯意，強調偶發性實難認為相當。

（2）固難否認飲酒有促進暴行的影響性，但犯行當時，被告僅處於輕微酒醉程度，另參酌犯行前、後的被告言行舉止，飲酒這一點對犯行當時的被告行動，應難認有何作用力。

（3）另審酌其他因子，判處被告 12 年。

4. 東京高等裁判所平成 23 年 3 月 10 日判決：

（1）本案是起因於：被告睡醒時，發覺被害人不在身旁，未經冷靜判斷即強烈懷疑被害人有外遇，無法抑制頓時湧現的怒氣，從相關證據可以證明，基於對被害人的愛情、執著心，被告往往猜疑性地看待瑣碎事項，以為被害人有外遇。就動機面來說，固然是欠缺熟慮、自私我執，並沒有什麼可以酌量的餘地。但以前開偶然因子為契機，由猜疑外遇轉生的怒氣急遽惡化、即刻釀成本案犯行來看，犯行偶發性乃是不可忽視的特徵因子，應相當程度地對被告為有利斟酌。

（2）犯行發生後約 1 時 30 分許，經實施酒測結果，被告呼氣濃度約為每公升 0.21 至 0.29 毫克，尚難認為高濃度，但由於被告於前一晚一併服用酒精及睡眠促進劑，而有明顯的易怒性、易亢奮性、被刺激性等亢進狀態，招致被告處於無法自制的激動狀態，對於暴行的執拗性顯然是有影響的。雖然從暴行的苛烈性、執拗性等足以推認犯行態樣的惡質性，於量刑上是可以作為不利評價的因子，但一併服用酒精及睡眠促進劑亦有相當程度的影響力，應足以作為削弱不利評價的因子。

（3）原審就上開偶發性，及併用酒精及睡眠促進劑對於暴行態樣執拗性的影響評價，尚難認為無誤，另一併審酌其他量刑因子及量刑趨勢，爰撤銷原判決，量處被告 8 年。

（三）本文簡釋：

1. 固有論者認為：關於量刑因子有利、不利方向的評價、衡量，性質上屬於法令解釋、適用，例如精神疾病患者，犯行當時判斷能力相當低下（但尚未達刑法第 19 條第 1 項、第 2 項責任能力欠缺或不足的情況），參酌刑法第 19 條旨趣，應將上開事實評價為量刑減輕因子，且責任能力程度與責任分量乃立於正比例關係，精神障害對於犯行如有一定程度影響，量刑時往責任分量減輕方向考量，應是妥當的，如一審判決未為有利審酌，或為不利益考量，其本身已該當量刑不當，二審法院應予撤銷糾正[37]，似較偏向肯定上開（一）、（二）案例中二審職業法官的觀點。

2. 但導入參審制度的旨趣之一，既在於反映國民正當法律感情，發揮國民健全良識，應當然包含將國民多樣價值觀、多元意見反映投射於量刑判斷中，如因國民法官與二審法官對量刑事實評價有所不同，就輕易否定國民法官的評價，司法整體不僅陷於自我矛盾，難以增進國民對於司法的信賴，更喪失參審意義，難以跨出職業法官的審判框架[38]。因此，除非一審判斷有偏見、偏頗等特別情事，否則關於量刑事實評價，沒有國民參審的二審法院，原則上似以盡量認許國民法官的評價為宜[39]。

3. 具體適用量刑準則時（如行為責任主義，各法定刑所揭露出對法益侵害性、程度的法評價意義，應與犯情相區別的一般情狀於量刑時的階層定位等），經參審國民反映他（她）們多元社會常識、法律感情的結果，對各量刑要素評價後折射出的光譜振幅，原可預期會呈現出多樣的評價判斷，與純粹由職業法官所作出的量刑評價有所不同，乃導入參審制度原設想到的結果，二審法院本應以謙遜的態度審查看待[40]，不也正因如此，判決因而更接地氣、更符合國民期待嗎？又二審如可輕易以「評價不同」等同於「評價錯誤」為由輕易撤銷一審判決，或包裝成「量刑判斷的性質非屬純粹的事實問題，而是接近於法律適用」，認為以此來否定一審判斷，並不牴觸參審制意旨，那麼可能會招來：「說到底還是法官說了算」，或「職業法官拐個彎，以搖筆桿作文的方式即可否定制度本身」的質疑。

4. 關於犯罪事實成否也有須評價部分（如因果關係、防衛是否正當等[41]），如認犯罪事實評價部分，屬於事實認定層次，二審原則上須加以尊重，但就量刑事實評價部分，二審可無視參審國民的評價，這樣的操作似難認具有一貫性、整合性。

（下期待續）

（作者為臺灣高等法院花蓮分院法官兼庭長）

註釋

3 日判決所提補充意見。

35 東京高等裁判所刑事部陪席裁判官研究会（つばさ会），前揭註 22，第 15 頁；大島隆明，前揭註 20，第 391 頁、第 392 頁。

36 大澤裕等，〈裁判員裁判における第一審の判決書及び控訴審の在り方〉，2009 年 5 月 21 日第 1 版第 2 刷，第 113 頁至第 116 頁；中桐圭一，〈量刑の審査〉，判例タイムズ 1275 號，2008 年 10 月，第 68 頁；岩瀬徹，〈裁判員裁判における量刑と控訴審におけるその審査〉，ジュリスト臨時増刊 1479 號，2015 年 4 月，第 195 頁。

37 中桐圭一，前揭註 36，第 68 頁；松宮孝明，〈控訴審における量刑審査の展望〉，刑事弁護 74 號，2013 年 4 月，第 25 頁；安田拓人，〈精神の障害が量刑に及ぼす影響〉，法学教室 450 號，2018 年 3 月，第 142 頁。

38 原田國男，前揭註 3，第 81 頁；後藤昭；〈裁判員裁判の無罪判決と検察官控訴〉，刑事弁護 68 號，2011 年 10 月，第 16 頁。

39 原田國男，前揭註 19，第 45 頁；東京高等裁判所平成 22 年 5 月 26 日判決參照。

40 酒巻匡，前揭註 10，第 401 頁、第 402 頁；本庄武，〈アスペルガー障害と量刑〉新・判例解説 Watch（法学セミナー増刊）14 號，2014 年 4 月，第 144 頁、第 145 頁。

41 前田雅英等編著〈條解刑法・第 3 版〉，2013 年 10 月 30 日，第 3 版第 1 刷，第 81 頁、第 115 頁、第 116 頁。

法律網 ank.com.tw
一欄式檢索、各類資料進階檢索
原資訊
專線 509-3536
年元旦 施行!
勞動事件法
勞工雇主雙贏 解決勞資糾紛
法院 www.judicial.gov.tw/