臺灣高等法院臺南分院
收狀 日期 111. 5. 17 上午
循字第 1264 號 時
收狀者：尤乃玉 分

正本

# 刑事 綜合辯論意旨 狀

| | |
|---|---|
| 案　　號 | 臺灣高等法院臺南分院 111 年度國模上重訴字第 1 號 |
| 股　　別 | 仁股 |
| 被　　告 | 王進豐<br>住詳卷 |
| 選任辯護人 | 陳威延律師<br>法律扶助基金會台南分會<br>設台南市中西區忠義路二段 14 號 8 樓<br>電話：(06) 228-5550#32 |

**為被告涉犯殺人案件，依法提呈綜合辯論意旨事：**

本書狀要旨

壹、本案辯護之架構 ..... 4
貳、於國民法官法下，二審法院關於「量刑事項」之審查架構及基準 ..... 4
一、於我國國民法官法下，二審為「續審制兼事後審制」、「接近事後審兼續審制」或「改良式的覆審」 ..... 4
二、與本案爭點相關者為於國民法官法下，二審關於「量刑事項」之審查 ..... 6
三、於國民法官法下，二審關於「量刑事項」之審查架構及標準 ..... 6
四、日本裁判員制度施行後，其二審量刑審查事項之類型化 ..... 8
五、小結 ..... 10
參、依目前實務之運作，並參考國內外相關文獻之見解，於國民法官法施行下，原則上司法院量刑資訊系統查詢結果實質上應有拘束法官之效力，例外情形，如：司法院量刑資訊系統查詢結果無法體現個案情形，然於此情形，應「具體」於判決中敘明其如何加重量刑以致量刑已逸脫司法院量刑資訊系統查詢結果。若原判決之量刑已逸脫司法院量刑資訊系統查詢結果，而判決中亦無具體明確敘明逸脫理由，即有量刑之違誤或判決不備理

臺灣高等法院臺南分院 值日室 111. 5. 16 18:19
臺灣高等法院臺南分院 書記官 111. 5. 17 劉素玲

擬正本件遵辦。

由之違誤..... 11
一、我國實務之情形..... 11
二、司法院量刑資訊系統查詢結果於國民法官法之重要性..... 14
三、小結..... 16
肆、我國實務上，於重大刑事案件中，尤其是侵害生命權之案件，均會要求法院應就刑法第57條所規定之科刑事項進行盤點，以力求科刑正確妥適，而刑法第57條規定共10款應特別注意之科刑事項，屬重要之量刑因子，不因檢辯雙方將其列為爭點與否而改變其重要之本質，而以盤點方式就刑法第57條所規定之事項進行量刑之討論，亦有助於國民法官充分溝通與討論，並做出適切、公平及正義之量刑，故原判決自應於評議過程中，就刑法第57條所規定之科刑事項充分討論，並將討論之結論盤點式地記載之，以保障被告，避免不合理、不正當之裁判，且訴訟關係人可藉判決理由明其裁判原因，以為上訴聲明，並為上級審法院審查原判決當否之依據，不因國民法官法第88條之規定而有所不同..... 16
一、我國實務上，於重大刑事案件中，尤其是侵害生命權之案件，均會要求法院應就刑法第57條所規定之科刑事項進行盤點，以力求科刑正確妥適..... 17
二、刑法第57條規定共10款應特別注意之科刑事項，屬重要之量刑因子，不因檢辯雙方將其列為爭點與否而改變其重要之本質，自應判決中清楚顯現，以保障被告，避免不合理、不正當之裁判，且訴訟關係人可藉判決理由明其裁判原因，以為上訴聲明，並為上級審法院審查原判決當否之依據：..... 18
三、我國實務上要求對於重大刑案應就刑法第57條所規定之事項進行盤點，並於判決理由中詳細記載，不因國民法官法第88條之規定而有所不同..... 19
四、以盤點方式就刑法第57條所規定之事項進行量刑之討論，有助於國民法官充分溝通與討論，並做出適切、公平及正義之量刑..... 20
五、小結..... 21
伍、就上訴理由爭點之說明..... 21
一、原審判決後，存在足以變動原審量刑基礎、而與刑法第57條第9、10款有關之重要

之量刑因子..... 21
二、原審判決時，有漏未審酌原已存在、與刑法第 57 條第 1、2、4 款有關之重要量刑因子..... 24
三、原審判決以被告有殺人未遂等前科認其素行不良，而大幅超越司法院量刑趨勢建議系統之查詢結果(建議刑度為 15 年 7 月，建議量刑區間則為 14 年 7 月至 16 年 7 月)，判處被告無期徒刑，有判決不備理由之違誤..... 27
陸、依刑法第 57 條之盤點與司法院量刑趨勢建議系統資料，本案建議量刑區間應為：10 年至 13 年 7 月間..... 31
一、關於本件被告刑法第 57 條規定之科刑事由，謹參考刑事案件量刑及定執行刑參考要點，進行盤點如下：..... 31
（一） 犯罪之動機、目的及犯罪所受之刺激..... 31
（二） 犯罪之手段..... 31
（三） 犯罪行為人之生活狀況、品行及智識程度..... 32
（四） 犯罪行為人與被害人之關係..... 32
（五） 犯罪行為人違反義務之程度..... 33
（六） 犯罪所生之危險或損害..... 33
（七） 犯罪後之態度..... 34
（八） 小結：..... 34
二、司法院量刑趨勢建議系統資料..... 35
三、總結..... 35

## 壹、本案辯護之架構

一、於民國(下同)111 年 4 月 22 日準備程序中所整理之上訴理由爭點為(參鈞院卷第 150 頁)：

一、原審判決後，是否存在足以變動原審量刑基礎、而與刑法第 57 條第 9、10 款有關之重要之量刑因子？

二、原審判決時，是否有漏未審酌原已存在、與刑法第 57 條第 4 款有關之重要量刑因子？

三、原審判決以被告有殺人未遂等前科認其素行不良，而大幅超越司法院量刑趨勢建議系統之查詢結果（建議刑度為 15 年 7 月，建議量刑區間則為 14 年 7 月至 16 年 7 月），判處被告無期徒刑，是否有判決不備理由之違誤？

二、因上開上訴理由之爭點，涉及國民法官法施行下二審之審理原則，及國民法官法施行下與目前相關實務之解釋適用等問題，係屬先決議題，故本案之辯護，擬先就上開先決議題先為說明，嗣後再就本案上訴為理由進行說明，先予敘明。

## 貳、於國民法官法下，二審法院關於「量刑事項」之審查架構及基準

### 一、於我國國民法官法下，二審為「續審制兼事後審制」、「接近事後審兼續審制」或「改良式的覆審」

(一)按「行國民參與審判之案件，除本法有特別規定外，適用法院組織法、刑事訴訟法及其他法律之規定。」國民法官法第 4 條定有明文。次按「國民法官不具第十二條第一項所定之資格，或有第十三條、第十四條所定情形者，不得為上訴之理由。」、「當事人、辯護人於第二審法院，不得

聲請調查新證據。但有下列情形之一，而有調查之必要者，不在此限：一、有第六十四條第一項第一款、第四款或第六款之情形。二、非因過失，未能於第一審聲請。三、於第一審辯論終結後始存在或成立之事實、證據。有證據能力，並經原審合法調查之證據，第二審法院得逕作為判斷之依據。」、「行國民參與審判之案件經上訴者，上訴審法院應本於國民參與審判制度之宗旨，妥適行使其審查權限。」、「第二審法院認為上訴有理由，或上訴雖無理由，而原審判決不當或違法者，應將原審判決經上訴之部分撤銷。但關於事實之認定，原審判決非違背經驗法則或論理法則，顯然影響於判決者，第二審法院不得予以撤銷。第二審法院撤銷原審判決者，應就該案件自為判決。但因原審判決有下列情形之一而撤銷者，應以判決將該案件發回原審法院：一、諭知管轄錯誤、免訴、不受理係不當者。二、有刑事訴訟法第三百七十九條第一款、第二款、第六款、第七款或第十三款之情形。三、已受請求之事項未予判決。四、諭知無罪，係違背法令而影響於事實之認定，或認定事實錯誤致影響於判決。五、法院審酌國民參與審判制度之宗旨及被告防禦權之保障，認為適當時。」國民法官法第 89、90、91、92 條分別定有明文。是以，國民法官法於上訴審部分，僅有四條規定，若未規定者，依國民法官法第 4 條規定，則應回歸適用法院組織法、刑事訴訟法及其他法律之規定。

(二)而我國刑事訴訟法關於二審之設計，乃係採覆審制度，原則上是就第一審調查之證據資料，重新重覆審理，包括原審中未發現之新證據資料，由法官依重新調查之證據所得，重新認定事實、適用法律及量刑，也就是說「覆審制」的審理對象或範圍是「案件」本身，是對於案件為完全的重覆審理，並非僅依第一審判決基礎之資料加以「覆核」而已，此與採取「事後審制」的第二審，僅就上訴人表明之上訴理由中指摘的第一審「判決」作為對象，事後「審查」該判決妥當與否的訴訟構造，全然不同(參附件四第 1 頁)。然因上開國民法官法第 89~92 條等四條之規

定，就上訴範圍、證據調查聲請、審查權限、原判決撤銷等有所限制，因此，或有認為我國國民法官法下二審為「續審制兼事後審制」、「接近事後審兼續審制」或「改良式的覆審」(參附件四第 1 頁、附件五第 1 頁、附件六-頁碼第 12 頁)。

**二、與本案爭點相關者為於國民法官法下，二審關於「量刑事項」之審查**

(一)按本件兩造上訴理由均係對原審量處之刑之部分表示不服，依刑事訴訟法法第 348 條第 3 項規定，本件上訴審理範圍針對量刑部分，其餘犯罪事實、適用法條、證據、理由、及沒收等部分，不在本件上訴審理之範圍，故 鈞院將以原審認定之上開部分為基礎，僅就量刑資料為調查、辯論(參 鈞院卷第 141 頁)。是以，本件僅就量刑資料為調查及辯論。

(二)又被告及辯護人於 鈞院新提出 1.和解書、2.衛生福利部中央健康保險署保險對象門診申報紀錄明細、3.109 年 5 月 2 日藥品明細及收據、兩造提出之 4.司法院量刑趨勢建議系統查詢結果資料，鈞院亦准為新證據調查(參 鈞院卷第 149 頁)，故本件亦無證據調查必要性之爭點。

(三)綜上，本件僅就量刑資料為調查及辯論，並無證據調查必要性之爭點，故與本案爭點相關者為於國民法官法下，二審關於量刑事項之審查，故以下謹就於國民法官法下，二審關於「量刑事項」之審查架構及標準為敘明。

**三、於國民法官法下，二審關於「量刑事項」之審查架構及標準**

(一)按「行國民參與審判之案件經上訴者，上訴審法院應本於國民參與審判制度之宗旨，妥適行使其審查權限。」國民法官法第 91 條定有明文。而本條文規範目的，其實僅在凸顯我國國民法官法，因「參考」日韓制度，一方面在一審程序中引進一般國民法律感情參與審判，二審仍維持由職

業法官做為覆判之上級審，一旦涉及判決實質內容之歧異，必然產生第一審加入一般國民意見與第二審職業法官專業判斷應如何相互折衝的問題，因此倡言第二審應本於「尊重」國民參審裁判之立場，原則上儘量維持原判決，不要任意撤銷(參附件四第 2 頁)。

(二)次按「第二審法院認為上訴有理由，或上訴雖無理由，而原審判決不當或違法者，應將原審判決經上訴之部分撤銷。但關於事實之認定，原審判決非違背經驗法則或論理法則，顯然影響於判決者，第二審法院不得予以撤銷。」國民法官法第 92 條第 1 項分別定有明文。依陳運財教授之見解，國民法官法第 92 條第 1 項但書「事實」，解釋上，應指第一審法院應經嚴格證明之對象事項，包括構成要件該當事實、阻卻違法或責任事由之事實等。不包括訴訟程序之事實、狹義的科刑情狀之事實(參附件六-頁碼第 31 頁)。因此，相較於犯罪事實及法律適用，量刑事實及評價之二審審查，並不受限於「非違背經驗法則或論理法則，顯然影響於判決者」，故量刑事實及評價之審查範圍應較為寬廣。

(三)**基於上開規定，關於二審「量刑事項」所衍生的標準，可能有：**

1、甲說：第二審上訴對於量刑之審查，雖無國民法官法第 92 條第 1 項但書之適用，然而揆諸第 91 條所示審查原則，仍不宜輕言撤銷原判。茲應重視者，第一審於評議過程中，審判長務須對於量刑事項，運用司法院建置之量刑趨勢建議系統，向參與審判之國民法官提供詳盡解說，耐心充分溝通，俾求量刑恰當。倘若原判決失之過重或過輕，且**其量刑理由有欠完備**，而經合法上訴者，第二審仍有撤銷糾正之責(參附件七第 2 頁)。

2、乙說：(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(二)對參審國民要

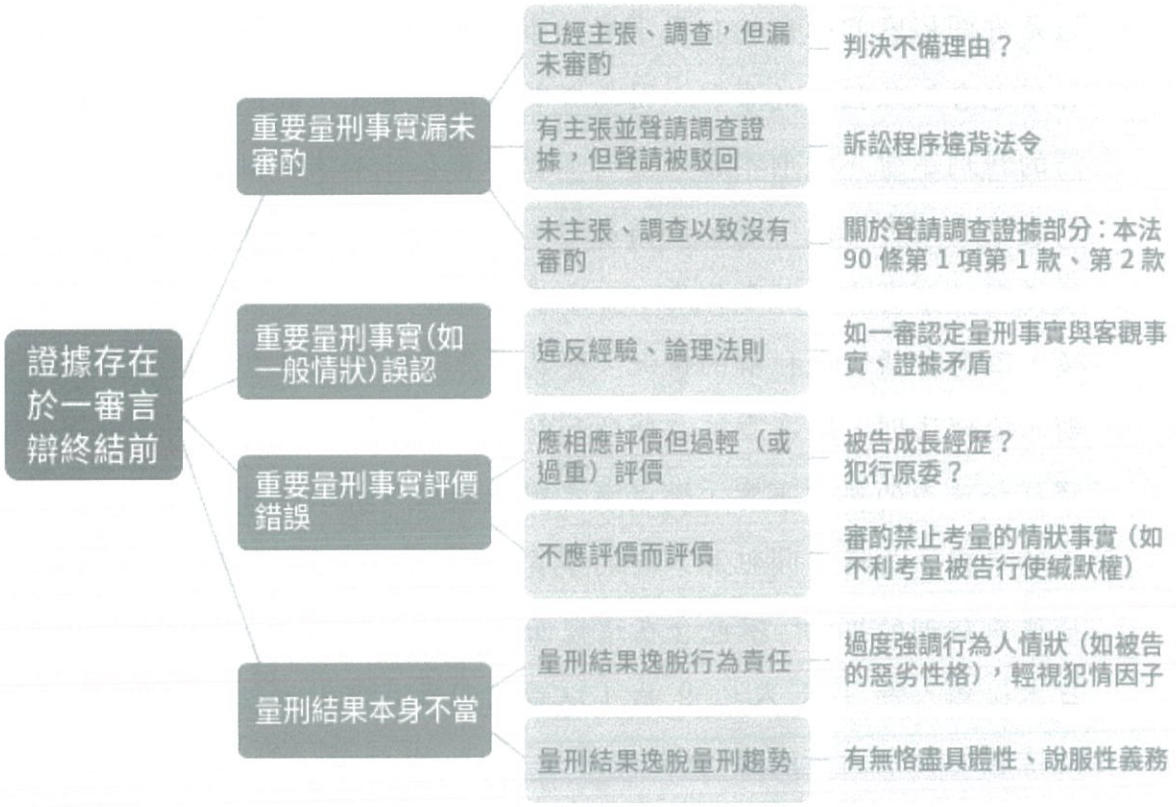
求遵循（由職業法官判決所形成）較狹隘的量刑趨勢，與量刑上應反映國民感情的參審制度意旨相背，所以，量刑幅度應較先前量刑趨勢寬廣，原則上只要收斂在責任刑框架內，即不生違法問題。（三）從行為責任觀點來看，於具體個案量刑時，就重要量刑因子在認定、評價上，如沒有什麼問題，量刑結果只要收斂在量刑趨勢範圍內，基本上就應加以尊重。（四）基於公平性觀點，與量刑趨勢的乖離程度如果已到達通常難以容許的程度，若有提出具體性、說服性的理由，二審固仍應予以尊重，但如果沒有心恪盡「根據提示義務」的話，則不免受量刑不當的質疑(參附件五第 3 頁)。

3、丙說：採「裁量濫用標準」(AbuseofDiscretionStan-dard)，即二審高度尊重一審的量刑結果，只有一審濫用裁量權時，始得撤銷一審判決。所謂濫用裁量權的情形，如量刑結果並非在法定刑範圍內，或未落在司法院量刑資訊系統及量刑趨勢建議系統的量刑分布區間內或與量刑分布區間差異過大，定執行刑時逾越內部性界限或外部性界限，均屬之(參附件八第 3 頁)。

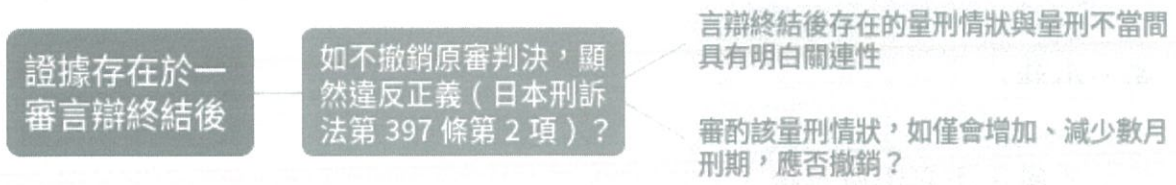
4、丁說：我國最高法院對於下級審之量刑，咸以量刑輕重係屬事實審法院得依職權自由裁量之事項，苟已斟酌刑法第 57 條各款所列情狀而未逾越法定刑度，不得遽指為違法；且在同一犯罪事實與情節，如別無其他加重或減輕之原因，下級審之量刑亦無過重或失輕之不當情形，則上級審法院對下級審法院之職權行使，原則上應予尊重之一貫見解，是同為職業法官之量刑裁量，上級審既應尊重下級審之裁量，基於國民參審係引進國民多元觀點、情感、健全的社會常識之政策目的及制度設計（人數優勢）之應然面而言，第二審法院對於國民參審判決之量刑，更應加以尊重，不得任意撤銷改判，自不待言(參附件四第 3 頁)。

**四、日本裁判員制度施行後，其二審量刑審查事項之類型化**

(一)依林信旭法官於國民法官判決與上訴審角色乙文，根據日本文獻整理出日本裁判員制度施行後，二審量刑審查事項類型，可先區分成：量刑證據存在一審言辯終結「前」或「後」之類型。而前者更可再分成：重要量刑事實漏未審酌、重要量刑事實（如一般情狀）誤認、重要量刑事實評價錯誤、量刑結果本身不當等(參下圖、附件五第 4 頁)。




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

(二)又依陳運財教授於 110 年 12 月 14 日臺灣高等法院臺南分院國民法官上訴審模擬法庭-第一輪次活動座談會議所提，及李麗玲法官於 110 年 10

月 1 日臺灣高等法院花蓮分院國民法官上訴審模擬法庭-第 1 輪次活動座談會中，所引用日本學者三井誠之資料，亦可證明量刑證據存在一審言辯終結「後」，如：和解，係日本裁判員制度下二審常見撤銷原判決之理由態樣，此參照：

「在日本法有關這個事實，因為一開始就決定不可以用心證優先，應該用法規違反的角度來看，所以有關事實認定在日本多數的看法認為它應該是有關檢察官起訴的犯罪事實的事實而言，不包含狹義的科刑事實，也不包含訴訟程序的事實；因為有關科刑的事實，我們知道主要就是所謂的科刑不當、量刑不當，量刑不當其實在日本法，根據統計我印象中最起碼應該有八成，甚至更高左右，都是因為一審判決之後有和解。有這樣新的事實產生，來作為二審審查的範圍，如果是這一種一審判決之後，因為有新達成和解的情況，那其實原審科刑的事實沒有違反經驗法則、論理法則，因為事後有新的和解產生，如果這個事實認定也把它解釋包含狹義的科刑事實，變成沒有辦法撤銷，所以在日本法有關事實認定的事實，是指有關犯罪事實的事實，而不包括訴訟程序的事實，不包括狹義科刑的事實，不包含在這裡面。」（參附件九-頁碼第 36 頁）、「以日本撤銷人數 113 人之 9 成，以量刑不當為理由，但都是基於判決後之情狀（日本刑事法第 393 條第 2 項），基於第 381 條量刑不當僅有 13 人，肯認裁判員審判有一定裁量之幅度，儘可能尊重其判斷」即明（參附件十-頁碼第 11 頁）。

## 五、小結

於國民法官法施行後，二審關於量刑之審查架構基準，雖尚無明確之標準，然透過相關條文之解釋、參考外國立法例及日本裁判員制度施行後二審量刑事項之類型化，或可初步勾勒出二審對於量刑之審查架構基準，即先以客觀證據為基礎所定出之量刑因子，運用司法院建置之量刑

趨勢建議系統作為量刑基準，審視原判決有無逸脫量刑基準，若有，則進行步審事其有無具體說明理由或理由有無違誤。

**參、依目前實務之運作，並參考國內外相關文獻之見解，於國民法官法施行下，原則上司法院量刑資訊系統查詢結果實質上應有拘束法官之效力，例外情形，如：司法院量刑資訊系統查詢結果無法體現個案情形，然於此情形，應「具體」於判決中敘明其如何加重量刑以致量刑已逸脫司法院量刑資訊系統查詢結果。若原判決之量刑已逸脫司法院量刑資訊系統查詢結果，而判決中亦無具體明確敘明逸脫理由，即有量刑之違誤或判決不備理由之違誤**

**一、我國實務之情形**

(一)按「(三)刑事審判之量刑，旨在實現刑罰權之分配正義，並與犯罪情節有關。故法院對有罪之被告科刑，應符合罪刑相當之原則，使輕重得宜，罰當其罪。刑法第57條首段規定：『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』，其中第10款明定『犯罪後之態度』，即為上揭所應審酌之事項。宣告刑之擇定，雖屬審判法院之自由裁量權，但仍應受比例原則、罪責相當原則所支配，然而是類原則，猶嫌抽象，如何將之具體呈現，每人心中不免各有一把尺。刑事訴訟法第310條第3款所定：『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』，用意即在於揭露審判者之量刑心證，用昭折服，並受公評。法院組織法第105條第3項規定：『關於刑事，如法官之意見分三說以上，各不達過半數時，以最不利於被告之意見順次算入次不利於被告之意見，至達過半數為止。』亦多發生於刑度之選擇，自當慎重其事。衡諸實際，因為法定刑多以年、月作為單位，法官擇定時，同以此成為考量基數，然則一旦決定，訴訟相關人員（被告、被害人、告訴人及其等家屬等）即須承擔結果，尤其

被告可能度日如年，絕非月、年如同一日。司法要貼近人民，審判品質之提升，誠為不二良方，量刑審酌是否客觀、公正，足以直接打動人心，理由愈備，愈能服人。上開刑法第57條首段規定「應以行為人之責任為基礎」，當指經認定有罪之行為，不包括「無罪」或「不另為無罪諭知」部分之被訴犯嫌。倘一方面判決「無罪」或「不另諭知無罪」，另方面將此等被訴部分併入有罪部分加以評價，致量刑上顯然逾越一般標準（俗稱「行情」），即與上揭規定不相適合。本件原判決採信B女之證詞，認定上訴人於案發當日返回A女、B女住處，親自認錯道歉，並於案發後，積極與B女洽談和解，曾支付新臺幣30萬元和解金予B女，嗣後B女如數歸還等旨（見原判決第8至10、14、15頁），乃原審於維持第一審量刑時，似未就此上訴人犯罪後之態度，列為量刑斟酌之因素，似欠妥適。又原審認定上訴人係犯刑法第224條之1對未滿14歲之女子犯強制猥褻罪，該罪法定刑是「3年以上10年以下有期徒刑」，參照司法院為求量刑公平，廣泛蒐集不同個案，依統計、分析等方法，評估法院量刑之落點，供作法官審理個案參考而建置之「妨害性自主罪量刑資訊系統」，檢索96至104年適用該罪判決之查詢結果，共計740筆，最低刑度是4月（1件），最高刑度6年（2件），平均刑度3年6月，若將檢索條件設定「強制力態樣：其他違反被害人意願之強制手段；犯罪態樣：以性器以外身體部位碰觸被害人性器以外之身體部位（例如用手摸胸、摸臀）；前案紀錄：無；（被害人）所生損害：精神創傷；（被告）犯後態度：不佳」（與本案情節相似），則有28筆判決，最低刑度是3年1月（1件），最高刑度4年8月（1件），平均刑度3年8月，有上揭量刑資訊系統資料可憑，則本件原判決維持第一審所處之有期徒刑4年6月，實已超過上揭相類案情所處之平均刑度非少，既僅認定掀衣摸胸、時間短暫，大腿（或腳）部位，是否堪認受猥褻？猶有疑義，則自形式上觀察，易使人引發是否將另諭知無罪之其他9次犯嫌部分，在此有罪部分計入評價之

聯想，是否適宜？似有再行斟酌餘地。」最高法院107年度台上字第3897號刑事判決可資參照。

(二)次按「(一)撤銷改判理由：原審認被告所涉犯行事證明確，予以論罪科刑，固屬卓見。惟刑事審判之量刑，旨在實現刑罰權之分配正義，並與犯罪情節有關。故法院對有罪之被告科刑，應符合罪刑相當之原則，使輕重得宜，罰當其罪。刑法第57條首段規定：「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。」即在揭示：宣告刑之擇定，雖屬審判法院之自由裁量權，但仍應受比例原則、罪責相當原則所支配(最高法院108年度台上字第3166號裁判參照)。查本案被告雖持有數量非寡如附表編號1至5所示槍彈及附表編號6所示之槍砲主要組成零件之槍管1支，且被告該次行為符合累犯加重其刑之規定，惟觀諸本案尚無證據顯示被告持該改造槍枝作非法用途，尚未對人身安全構成具體危害，且槍砲彈藥刀械管制條例第8條第4項之法定刑度為3年以上10年以下有期徒刑，併科700萬元以下罰金，併參考司法院量刑資訊系統查詢(本院卷第145至153頁)，就違反槍砲彈藥刀械管制條例第8條第4項者，量刑因子為持有非制式手槍2枝、非制式獵槍1枝及持有制式子彈11至20顆等條件，原審就被告所犯本案非法持有可發射子彈具殺傷力之手槍犯行量處有期徒刑5年10月，確有就相類似案件所量處之刑度為重，難謂符合比例原則及罪刑相當原則，即非允當。則被告上訴以原審量刑過重為由而指摘原判決不當，為有理由；至被告上訴以其符合槍砲彈藥刀械管制條例第18條第1項、第4項之自首及供出槍彈來源，並請求依刑法第59條規定酌減其刑云云，雖無理由，業據本院析述論駁如前，惟原判決既有上開可議之處，自屬無可維持，應由本院予以撤銷改判。」臺灣高等法院110年度上訴字第2672號刑事判決可資參照(本判決經最高法院111年度台上字第538號刑事判決維持)。

(三)準此，我國實務上確實有參考司法院量刑資訊系統查詢結果，做為判斷就相類似案件所量處之刑度，是否符合比例原則及罪刑相當原則，而屬允當者。

(四)惟認為我國司法院雖亦已設置量刑資訊系統或量刑趨勢建議系統，非但學者普遍認為因數據量較少，尚無法作為客觀之依據外，最高法院迄今仍認為「量刑資訊系統」內之相關數據、「量刑資訊因子統計資料」並非抽象法規範，無拘束法院之效力，僅供法院量刑之參考，並非據此剝奪或限縮法官審酌個案情節適切量刑之裁量權限，且「犯罪情節各案不同，難以比附援引」，自不得僅因法院量刑結果與統計資料未盡相符，任意擷取其統計平均數據執以指摘原判決違法或違反比例原則、平等原則，亦不在少數(參附件四第 3 頁)。

(五)綜上，我國目前實務對於司法院量刑資訊系統查詢結果對於法院是否有所拘束，尚屬不明確。

**二、 司法院量刑資訊系統查詢結果於國民法官法之重要性**

(一)按朱石炎法官認為：第一審於評議過程中，審判長務須對於量刑事項，運用司法院建置之量刑趨勢建議系統，向參與審判之國民法官提供詳盡解說，耐心充分溝通，俾求量刑恰當(參附件七第 2 頁)。

(二)次按林信旭法官認為：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(參附件五第 3 頁)。

(三)再按，文家倩法官認為：採「裁量濫用標準」，即二審高度尊重一審的量刑結果，只有一審濫用裁量權時，始得撤銷一審判決。所謂濫用裁量權的情形，如量刑結果並非在法定刑範圍內，或未落在司法院量刑資訊系統及量刑趨勢建議系統的量刑分布區間內或與量刑分布區間差異過大，定執行刑時逾越內部性界限或外部性界限，均屬之(參附件八第 3

頁）。

（四）另參考日本裁判員制度：依日本現行刑事上訴制度，「量刑不當」亦可作為獨立的上訴理由，所謂「量刑不當」係指量刑在法定範圍內，因刑度過重或過輕，致量刑欠缺相當性而言。惟日本量刑時應考量之因素，未如我國刑法第57、58條設有明文規定20，係由實務判決及學說發展出量刑之基準法則。…且在預計施行裁判員制度前之2008年4月1日，日本最高裁判所亦開發出一套「裁判員量刑検索システム」22，提供裁判員於量刑評議時，輸入相關量刑因子進行檢索，期使裁判員得理解過往類似案件，法官究竟是如何量刑之大致「量刑傾向」（以量刑分布圖表，用一定幅度區間顯示），以此作為個案量刑時的範疇，再針對個案之其他一般情狀如被告犯後態度、改善更生意願等來決定個案之具體刑度落點在量刑傾向之偏上、偏下範圍或者決定是要大幅度之逸脫。換言之，先以客觀證據為基礎所定出之量刑因子，藉由電腦分析確定出大致「量刑傾向」作為量刑參考後，才由裁判員加入多元之國民觀點、情感或健全的社會常識反映在個案之具體量刑評議上，以避免引進國民意思的量刑，淪為個人之直覺反應(參附件四第3頁）。

（五）末按，王正嘉教授於審議式法庭-人民參與刑事審判一書中敘明，為了實踐量刑結果符合法律原理原則，使量刑標準之判斷合宜，法官應對於參與的人民詳盡說明量刑本質，並提供適當量刑工具，而所謂適當之量刑工具，參考其量刑基準章節所述：「法官擁有的刑罰裁量權甚廣，英國、美國、澳洲等為求量刑公平合理、避免歧異，於多年研究後陸續發展出不同的量刑模式。我國於2010年間因高雄地院一件性侵幼童的判決引發『白玫瑰運動』，司法院為回應社會大眾對公平、透明、妥適量刑的要求，自2011年2月起，開始著手建構『量刑資訊系統』、研議『量刑行情建議』，除上述量刑資訊檢索及量刑行情建議功能外，並制定各類犯罪之『量刑審酌事項參考表』。量刑工具的運用將有助於增加司法

透明度，避免產生犯罪情狀相似之同類案件各被告間，因不同法官審判而產生量刑歧異，使量刑能符合罪刑相當、比例與平等原則，並減少無謂上訴，達到司法節能之目的，成就公平信實的司法；這個量刑一致性的趨向，在人民參與審判也無法避免。」，其亦認為進入評議程序時，應提出「量刑審酌事項參考表」，就刑法第57條各情形逐一列舉並說明何情形為加重(減輕)量刑因子，及提供「量刑資訊系統-量刑分布統計圖」供參考(參附件十一-頁碼第296-299頁)。

(六)準此，於國民法官法施行下，司法院量刑資訊系統查詢結果顯然可作為國民法官適度量刑的重要工具，而於二審時，其則得作為原審量刑是否符合比例原則及罪刑相當原則之審查依據及標準。

**三、小結**

依目前實務之運作，並參考國內外相關文獻之見解，於國民法官法施行下，原則上司法院量刑資訊系統查詢結果實質上應有拘束法官之效力，例外情形，如：司法院量刑資訊系統查詢結果無法體現個案情形，然於此情形，應「具體」於判決中敘明其如何加重量刑以致量刑已逸脫司法院量刑資訊系統查詢結果，而非以通稿式的論斷：司法院量刑資訊系統查詢結果，無拘束法院之效力，僅供法院量刑之參考，並非據此剝奪或限縮法官審酌個案情節適切量刑之裁量權限，且「犯罪情節各案不同，難以比附援引」云云。若原判決之量刑已逸脫司法院量刑資訊系統查詢結果，而判決中亦無具體明確敘明逸脫理由，即有量刑之違誤或判決不備理由之違誤。

**肆、我國實務上，於重大刑事案件中，尤其是侵害生命權之案件，均會要求法院應就刑法第57條所規定之科刑事項進行盤點，以力求科刑正確妥適，而刑法第57條規定共10款應特別注意之科刑事項，屬重要之量刑因子，不因檢辯雙方將其列為爭點與否而改變其重要之本質，而以盤點方式就刑法第57條所規定之事項進行量刑之討論，亦有助於國民法官**

**充分溝通與討論，並做出適切、公平及正義之量刑，故原判決自應於評議過程中，就刑法第57條所規定之科刑事項充分討論，並將討論之結論盤點式地記載之，以保障被告，避免不合理、不正當之裁判，且訴訟關係人可藉判決理由明其裁判原因，以為上訴聲明，並為上級審法院審查原判決當否之依據，不因國民法官法第88條之規定而有所不同**

**一、我國實務上，於重大刑事案件中，尤其是侵害生命權之案件，均會要求法院應就刑法第57條所規定之科刑事項進行盤點，以力求科刑正確妥適**

(一)按「刑事審判在於評價證據、依據認定事實適用法律，以及裁量刑罰，其中證據判斷與刑罰裁量，在自由心證原則之下，固然享有裁量餘地較寬、受到法規範約束相對減小之領域，但證據判斷除受刑事訴訟法第一百五十五條第二項嚴格證明法則之外部性界限，同時並應受經驗法則與論理法則等內部性界限之支配，而法官在刑罰裁量思維之過程，其刑種選擇與刑度運用，關係人民自由與權利之保障，當然必須在受法律性拘束原則之裁量下而為決定，始能確保科刑裁量之明確性與客觀性，避免取決於法官之恣意或任性而浮動。又科刑過程不外乎(1)刑罰目的之確定（應報主義、一般預防主義及特別預防主義），(2)科刑事由之確認，(3)科刑之權衡（即依據刑罰目的與科刑事由，評價其影響科刑之意義；綜合考量各種科刑事由在科刑決定上之重要程度；根據綜合考量，決定一定刑種與刑度之具體刑罰）等階段。科刑是否正確或妥適，端視在科刑過程中對於各種刑罰目的之判斷權衡是否得當，以及對科刑相關情狀事證是否為適當審酌而定。我國刑法第五十七條規定，首先指出『科刑時應以行為人之責任為基礎』，宣示以行為人之責任作為衡量刑罰目的之基礎，確立罪責原則在科刑上之重要性，故法院進行刑罰裁量時，必須依據行為人之罪責程度以決定刑罰之輕重。同條規定繼而強調法院在科刑時，『並審酌一切情狀』，即必須就所有對犯罪行為人有利與不利

之情狀，加以衡量，而且特別例示科刑輕重之標準尤應注意之十款事項，即①犯罪之動機、目的，②犯罪時所受之刺激，③犯罪之手段，④犯罪行為人之生活狀況，⑤犯罪行為人之品行，⑥犯罪行為人之智識程度，⑦犯罪行為人與被害人之關係，⑧犯罪行為人違反義務之程度，⑨犯罪所生之危險或損害，⑩犯罪後之態度等。其中有屬於與行為事實相關之裁量事由者，亦有屬於犯罪行為人之人格與社會生活情形者。至所謂『一切情狀』，則指全盤情形而言，包括刑罰目的之考慮、刑事政策之取向、犯罪行為人刑罰感應力之衡量等在內。」最高法院 102 年台上字第 170 號判決意旨可資參照。另最高法院 102 年度台上字第 5251 號、111 年度台上字第 264 號等刑事判決意旨相同。

(二)準此，科刑是否正確或妥適，端視在科刑過程中對於各種刑罰目的之判斷權衡是否得當，以及對科刑相關情狀事證是否為適當審酌而定，刑法第 57 條規定強調法院在科刑時，『並審酌一切情狀』，即必須就所有對犯罪行為人有利與不利之情狀，加以衡量，而且特別例示科刑輕重之標準尤應注意之十款事項。是以，於重大刑事案件中，尤其是侵害生命權之案件，會要求法院應就刑法第 57 條所規定之科刑事項進行盤點，以力求科刑正確妥適。

**二、刑法第 57 條規定共 10 款應特別注意之科刑事項，屬重要之量刑因子，不因檢辯雙方將其列為爭點與否而改變其重要之本質，自應判決中清楚顯現，以保障被告，避免不合理、不正當之裁判，且訴訟關係人可藉判決理由明其裁判原因，以為上訴聲明，並為上級審法院審查原判決當否之依據：**

(一)按「四、又刑事訴訟法第 308 條所定有罪判決書應記載之犯罪事實及理由，係指法院基於調查證據結果認定之犯罪構成要件事實，及其主文所生之根據而言。而判決書之所以應敘述理由，一在防止裁判者之恣意，

藉以保障被告，避免不合理、不正當之裁判；其次，訴訟關係人可藉判決理由明其裁判原因，以為上訴聲明，並為上級審法院審查原判決當否之依據。是若判決所載理由已適合該二目的，即難謂有不備理由之違法情形。」最高法院109年度台上字第4074號刑事判決可資參照。

(二)又刑法第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。」，故刑法第57條明文規定共10款應特別注意之科刑事項，該等事項應屬重要之量刑因子，不因檢辯雙方將其列為爭點與否而改變其重要之本質，渠等既屬重要之量刑因子，自應於評議時充分討論，並於判決中清楚顯現，以保障被告，避免不合理、不正當之裁判，且訴訟關係人方可藉判決理由明其裁判原因，以為上訴聲明，並為上級審法院審查原判決當否之依據。

**三、我國實務上要求對於重大刑案應就刑法第57條所規定之事項進行盤點，並於判決理由中詳細記載，不因國民法官法第88條之規定而有所不同**

(一)按「行國民參與審判之案件，除本法有特別規定外，適用法院組織法、刑事訴訟法及其他法律之規定。」、「有罪之判決書，有關認定犯罪事實之理由，得僅記載證據名稱及對重要爭點判斷之理由。」國民法官法第4條、第88條分別定有明文。

(二)次按「有罪之判決書，應於理由內分別情形記載下列事項：一、認定犯罪事實所憑之證據及其認定之理由。二、對於被告有利之證據不採納

者，其理由。三、科刑時就刑法第五十七條或第五十八條規定事項所審酌之情形。四、刑罰有加重、減輕或免除者，其理由。五、易以訓誡或緩刑者，其理由。六、諭知沒收、保安處分者，其理由。七、適用之法律。」刑事訴訟法第 310 條定有明文。

(三)經查，依國民法官法第 88 條之文義解釋，有關「認定犯罪事實」之理由，方得僅記載證據名稱及對重要爭點判斷之理由。反之，倘非有關認定犯罪事實之部分，則不應依該條規定為記載，而應依國民法官法第 4 條準用刑事訴訟法第 310 條規定為記載。而刑法定 57 條乃係規定量刑之重要判斷基礎，並非「認定犯罪事實」之範疇，故我國實務上要求對於重大刑案應就刑法第 57 條所規定之事項進行盤點，並於判決理由中詳細記載，應不因國民法官法第 88 條而有所不同。

**四、 以盤點方式就刑法第 57 條所規定之事項進行量刑之討論，有助於國民法官充分溝通與討論，並做出適切、公平及正義之量刑**

(一)按王正嘉教授於審議式法庭-人民參與刑事審判一書中指出：「事實上對專業法官而言，評議並非易事，對於無法律背景的人民而言，是否能勝任評議工作更是一大考驗。人民面對評議困難在於難以區分犯罪事實與量刑的不同，以及不易判斷量刑標準。」、「量刑工作並不容易，量刑比認定犯罪事實更具法律困難度，必須討論犯罪行為如何科刑，是否適用刑法第 59 條及第 57 條各款、是否給予緩刑、是否處以死刑等。量刑評議過程須透過不斷討論，來呈現法定量刑標準的判斷，以作出符合個案公平正義的判斷，不致輕判或重判」(參附件十一-頁碼第 288-289 頁)，足見人民對於評議過程，尤其是量刑標準判斷不易。

(二)次按王正嘉教授於審議式法庭-人民參與刑事審判一書中敘明，為了實踐量刑結果符合法律原理原則，使量刑標準之判斷合宜，法官應對於參

與的人民詳盡說明量刑本質，並提供適當量刑工具，並於量刑判斷架構下指出：「在理解量刑為何後，從行為人責任出發，在量刑上可以透過法定刑先劃出一個上下限，並決定行為人所為行為之責任大框架，而在此框架內，在考量第 57 條各個有利或不利事項，作出調整，最後依照量刑行情來作最後量刑決定，這是日本量刑實務作法。而我國 2005 年的刑法修正中，刑法第 57 條規定已經以行為人的責任為基礎，因此也可以參考此作法來進行。」（參附件十一第 297 頁），足見以盤點方式就刑法第 57 條所規定之事項進行量刑之討論，有助於國民法官充分溝通與討論，並做出適切、公平及正義之量刑。

## 五、小結

我國實務上，於重大刑事案件中，尤其是侵害生命權之案件，均會要求法院應就刑法第 57 條所規定之科刑事項進行盤點，以力求科刑正確妥適，而刑法第 57 條規定共 10 款應特別注意之科刑事項，屬重要之量刑因子，不因檢辯雙方將其列為爭點與否而改變其重要之本質，而以盤點方式就刑法第 57 條所規定之事項進行量刑之討論，亦有助於國民法官充分溝通與討論，並做出適切、公平及正義之量刑，故原判決自應於評議過程中，就刑法第 57 條所規定之科刑事項充分討論，並將討論之結論盤點式的記載之，以保障被告，避免不合理、不正當之裁判，不因國民法官法第 88 條之規定而有所不同。

## 伍、就上訴理由爭點之說明

### 一、原審判決後，存在足以變動原審量刑基礎、而與刑法第 57 條第 9、10 款有關之重要之量刑因子

(一)按「現今刑事司法制度，除重視社會正義實現外，更應重視教化功能，使行為人能回歸社會生活。基於修復式司法理念，使加害者認知其罪行

造成之傷害，反省其自身應負之刑責，藉由與被害人、被害人家屬或相關之成員進行對話，尋求彌補被害人等情感創傷與填補實質所受損害，修復因衝突而破裂之社會關係，並使行為人得以復歸社會。而刑法第57條第9款、第10款所規定之『犯罪所生之危險或損害』、『犯罪後之態度』為法院科刑時應審酌事項，其就被告犯罪後悔悟之程度而言，包括被告是否為和解、賠償之努力、有無達成和解、賠償損害，國家有責權衡被告接受國家刑罰權執行之法益與確保被害人損害彌補之法益，使二者在法理上力求衡平，從而被告積極填補損害之作為，當然列為有利之科刑因素。本件上訴人與告訴人秦毓美、王瓏皓（被害人王啟佑之配偶、子）於第一審調解時，因雙方所提調解方案落差過大，無法達成共識，有臺灣新北地方法院《刑事》調解事件報告書附卷可稽（參見第一審審交易卷第165頁），上訴人於原審亦表明除了新臺幣（下同）200萬元強制責任險保險金額外，其他賠償金額則交由民事裁判決定等語（參見原審卷第64頁）。而原審判決後，告訴人等依本件犯罪事實所提出侵權行為損害賠償訴訟事件，經臺灣新北地方法院109年度訴字第1575號民事判決上訴人與臺北汽車客運股份有限公司（下稱臺北客運）連帶給付秦毓美、王瓏皓各134萬3,948元、115萬6,053元及法定利息在案，復據臺北客運匯款而全數付訖，有上訴人提出由告訴人等出具之清償證明，及彰化銀行匯款回條聯影本附卷可考（參見本院卷第123、125頁）。原審於審理時已知悉本件另有民事爭訟中，上訴人亦稱將依民事裁判之結論賠付告訴人，關於上訴人是否已為賠償？或有無盡其真摯努力填補損害？與上訴人犯後態度之量刑事實有關，對上訴人之利益，屬有重大關係之事項，原審未為審酌、說明，尚嫌理由欠備。」最高法院110年度台上字第1795號刑事判決可資參照，另最高法院104年度台上字第3699號刑事判決意旨之見解相同。足見於我國實務上，刑法第57條第9款、第10款所規定之「犯罪所生之危險或損害」、「犯罪後之態度」為

法院科刑時應審酌事項，其就被告犯罪後悔悟之程度而言，包括被告是否為和解、賠償之努力、有無達成和解、賠償損害，國家有責權衡被告接受國家刑罰權執行之法益與確保被害人損害彌補之法益，使二者在法理上力求衡平，從而被告積極填補損害之作為，當然列為有利之科刑因素。

(二)次按，依前揭林信旭法官於國民法官判決與上訴審角色乙文所述，根據日本文獻整理出日本裁判員制度施行後，二審量刑審查事項類型確實存在量刑證據存在一審言辯終結「後」之類型。復依陳運財教授於 110 年 12 月 14 日臺灣高等法院臺南分院國民法官上訴審模擬法庭-第一輪次活動座談會議所提，及李麗玲法官於110年10月1日臺灣高等法院花蓮分院國民法官上訴審模擬法庭-第 1 輪次活動座談會中，所引用日本學者三井誠之資料，亦可證明量刑證據存在一審言辯終結「後」，如：和解，係日本裁判員制度下二審常見撤銷原判決之理由態樣。

(三)經查，被告於 鈞院審理期間與被害人家屬達成和解，被害人家屬並表示願意原諒被告，不再追究被告之刑事責任，並請求法院從輕量刑(參被證一)，且由被告誠摯請求被害人家屬原諒、達成和解，並已為部分給付等行為，亦可證明被告犯後確實有所悔意，且犯罪所生之危險或損害亦應有所降低。依上開刑事判決意旨，刑法第 57 條第 9 款、第 10 款所規定之「犯罪所生之危險或損害」、「犯罪後之態度」為法院科刑時應審酌事項，則被告於原審判決後，賠償被害人家屬所受損失，積極彌補犯罪所生損害之犯後態度，應屬足以影響法院量刑輕重之判斷；又量刑證據存在一審言辯終結「後」，如：和解，亦係日本裁判員制度下二審常見撤銷原判決之理由態樣。且原判決量刑理由說明：「又被告雖曾請律師代為提出和解方案，惟經陳清裕家屬認為該方案第一期賠償金類過低，遂表示不予接受後，被告即未再提出替代方案或有何積極彌補之作為，直至本院審理程序終結前，始第一次向陳清裕家屬鞠躬致歉，尚難認被告是誠

心悔悟或犯後態度良好。」，足見原審國民法官亦重視被告有無與被害人和解。在在均顯現：被告誠摯請求被害人家屬原諒、達成和解，並已為部分給付等行為，確實屬於原審判決後，存在足以變動原審量刑基礎、而與刑法第57條第9、10款有關之重要之量刑因子。

**二、原審判決時，有漏未審酌原已存在、與刑法第57條第1、2、4款有關之重要量刑因子**

(一)按我國實務上，於重大刑事案件中，尤其是侵害生命權之案件，均會要求法院應就刑法第57條所規定之科刑事項進行盤點，以力求科刑正確妥適，此有最高法院102年台上字第170號、102年度台上字第5251號、111年度台上字第264號等刑事判決意旨可資參照，而刑法第57條規定共10款應特別注意之科刑事項，屬重要之量刑因子，不因檢辯雙方將其列為爭點與否而改變其重要之本質，已詳如前述。

(二)次按，依林信旭法官於國民法官判決與上訴審角色乙文，根據日本文獻整理出日本裁判員制度施行後，二審量刑審查事項類型中，若量刑證據存在一審言辯終結前者，其類型確實包含:「重要量刑事實漏未審酌」(參附件五第4頁)。

(三)再按，日本大阪地方裁判所平成24年7月30日判決、大阪高等裁判所平成25年2月26日判決之判決摘要(參附件五第3-4頁)：

「關於被告罹患亞斯柏格症(以下稱系爭病症)案例(大阪地方裁判所(以下稱大阪地裁)平成24年7月30日判決、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.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？

（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。」

（四）經查，本件被告於107年8月起，與女友吳秀麗共同居住在承租的台南市○○區○○路000號0樓0室套房，而被害人於約108年4月間搬來居住在隔壁的0室套房，自被害人搬來後，因被害人長期於晚間發出噪音行為嚴重影響被告之睡眠，被告亦有多次向房東反映無果，此有證人林榮坤(房東)及證人吳秀麗於原審時到庭證述可稽(參原審卷第185-217頁)。又被告於原審時已為說明，被害人搬來居住於被告隔壁後，因其晚間發出噪音之行為，導致被告長期失眠而需就醫之情形(參原審第285頁)，而由被告之民國108年9月1日至109年9月5日間，衛生福利部中央健康保險署保險對象門診申報紀錄明細表影本乙份(參被證二)及其109年5月2日之藥品明細及收據影本乙份(參被證三)，足證：被告

確實因此長期失眠而需求助於醫療院所，並需服用藥物治療，而屬行為人之生活狀態，而被告長期因被害人行為失眠而須服用藥物，為不能苛責於被告之緣由，此亦屬被告為本案之犯罪動機之一，並犯罪時所受之刺激等有關，而與本案發生有密不可分之關係。

(五)參照上開我國最高法院102年台上字第170號等刑事判決意刑法，第57條規定共10款應特別注意之科刑事項，均屬重要之量刑因子，應予盤點審酌；再參照大阪高等裁判所平成25年2月26日判決之判決意旨，如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特有障害，該量刑事實於量刑責任評價上，應予以斟酌。並在犯情評價方面，應受相當程度斟酌，並往有利方向擺盪，如原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。足見：被告因此長期失眠而需求助於醫療院所，並需服用藥物治療，而被告長期因被害人行為失眠而須服用藥物，為不能苛責於被告之緣由，屬行為人之生活狀態，亦屬被告為本案之犯罪動機之一，並犯罪時所受之刺激等有關，而與本案發生有密不可分之關係，故原審判決時，有漏未審酌原已存在、與刑法第57條第1、2、4款有關之重要量刑因子甚明。

**三、原審判決以被告有殺人未遂等前科認其素行不良，而大幅超越司法院量刑趨勢建議系統之查詢結果（建議刑度為15年7月，建議量刑區間則為14年7月至16年7月），判處被告無期徒刑，有判決不備理由之違誤**

(一)按依目前實務之運作，並參考國內外相關文獻之見解，於國民法官法施行下，原則上司法院量刑資訊系統查詢結果實質上應有拘束法官之效力，例外情形，如：司法院量刑資訊系統查詢結果無法體現個案情形，然於此情形，應「具體」於判決中敘明其如何加重量刑以致量刑已逸脫

司法院量刑資訊系統查詢結果。若原判決之量刑已逸脫司法院量刑資訊系統查詢結果，而判決中亦無具體明確敘明逸脫理由，即有量刑之違誤或判決不備理由之違誤，已詳如前述。

(二)次按，依林信旭法官於國民法官判決與上訴審角色乙文，根據日本文獻整理出日本裁判員制度施行後，二審量刑審查事項類型中，若量刑證據存在一審言辯終結前者，其類型確實包含：「量刑結果本身不當」，並細分：量刑結果逸脫行為責任，如：過度強調行為人情狀（如被告的惡劣性格），輕視犯情因子；量刑結果逸脫量刑趨勢，而未恪盡具體性、說服性義務(參附件五第4頁)。

(三)次按，日本大阪地裁平成24年3月21日判決、大阪高裁平成25年4月11日判決、最高裁判所第1小法庭平成26年7月24日判決之判決摘要(參附件五第5頁)：

「(一)事實概要：

被告2人（甲、乙）共謀傷害，於2010年1月27日，在大阪府住處，甲以手掌強烈摑打被害人（當時年齡為1歲8月）頭部1回，致被害人頭部撞擊地板，受有急性硬腦膜下血腫等傷害，延至同年3月7日因腦腫不治死亡。

(二)大阪地裁平成24年3月21日判決、大阪高裁平成25年4月11日判決：

審酌犯情及一般情狀因子後，基於以下理由，對被告2人分別量處15年（檢察官各求刑10年）：

1. 關於求刑部分：未考量犯行背景存在著長期未保護、虐童的惡質性，及未充分審酌：妄想把責任推卸給次女的犯罪後態度。

2. 關於社會情勢部分：在高度要求尊重兒童生命的社會情勢

下，量處較先前嚴厲的刑度，應符合法律修正及社會情勢。

3. 關於同種案件量刑趨勢部分：因登錄數量有限，無遺漏地把握量刑因子是有困難的，不光是檢視各個判斷的妥當性，要與本案進行精確比較，也有困難。加上量刑趨勢僅是作為量刑參考，在事實上、法律上都不能拘束本案，故量刑結果縱然逸脫同種案件的量刑分布，也難立即認為不當。

4. 對被告2人涉犯傷害致人於死罪，各量處15年，既然均收斂在有選擇餘地的法定刑範圍內，應尚難認為過重而有量刑不當之情。

（三）最高裁判所第1小法庭平成26年7月24日判決：（包含白木勇裁判官所提補充意見，以下稱系爭最高判決）

1. 經由裁判先例的累積，可以依各個犯罪類型形塑出一定的量刑趨勢。先例集積本身，雖不能直接與法規範性劃上等號，並不具有法的拘束力，且會伴隨社會情勢及國民意識變化等原因而徐緩變化，尤其行參審制之後，不難想像對於先例集積結果可能產生一定程度的變化，自然不要求須遵照量刑趨勢為量刑，但是在量刑決定時，量刑趨勢應具有指針意義。

2. 量刑既為裁判一環，為獲得外界認可折服，除了應客觀適切評價量刑因子外，更要求量刑結果不得損害公平性，行參審案件也不例外。由於審酌量刑趨勢乃是擔保量刑判斷過程適切與否的重要要素，自不因其是否為參審案件而有所不同。反面來說，如果忽視量刑趨勢對於量刑判斷的重要性，量刑評議無異淪落成在沒有合理指針的導引下，所進行的直觀意見交換而已。

3. 行參審案件，如以改變量刑趨勢意圖進行量刑作業，固難率加否定。但基於公平性觀點，具有改變意圖的量刑判斷，為

了得到認可折服，針對不應以先前量刑趨勢作為前提的量刑因子（如在形成量刑趨勢的先例中，不存在或未被意識到的因子），應具體地、說服性地載明於合議庭判斷中。

4. 本案下級審量刑，已偏離量刑趨勢，大幅超過檢察官求刑，且難認為已揭示具體性、說服性根據，量刑顯然不當，爰撤銷下級審判決，對被告2人各量處10年、8年。」

(四)經查，原判決量刑理由認定：「被告曾有持水果刀、磚塊之殺人未遂，及用嘴咬、以手挖眼睛之方式傷害他人等前科，顯見被告素行不佳，短期自由刑之處罰未能有效地使被告反省改過。」、「綜合考量上述情狀及司法院量刑趨勢建議系統之查詢結果，決定判處被告『無期徒刑』之處罰」。惟司法院量刑趨勢建議系統之查詢結果(建議刑度為15年7月，建議量刑區間則為14年7月至16年7月），其應已含括犯罪行為人之前科等各種資料而成，原判決卻判處被告無期徒刑，大幅逾越司法院量刑趨勢建議系統之查詢結果，顯然過於側重被告之前科紀錄，亦未於原判決理由中詳細「具體」說明其理由。

(五)則原判決量刑結果逸脫行為責任，側重被告之前科紀錄，過度強調行為人情狀，而輕視犯情因子；且基於公平性觀點，原判決具有改變意圖的量刑判斷，卻未於先前量刑趨勢作為前提的量刑因子，具體地、說服性地載明於合議庭判斷中，導致量刑結果逸脫量刑趨勢，顯未恪盡具體性、說服性義務，依目前實務之運作，並參考國內外相關文獻之見解，原審判決以被告有殺人未遂等前科認其素行不良，而大幅超越司法院量刑趨勢建議系統之查詢結果（建議刑度為15年7月，建議量刑區間則為14年7月至16年7月），判處被告無期徒刑，顯有判決不備理由之違誤。

**陸、依刑法第57條之盤點與司法院量刑趨勢建議系統資料，本案建議量刑區間應為：10年至13年7月間**

**一、關於本件被告刑法第57條規定之科刑事由，謹參考刑事案件量刑及定執行刑參考要點(參附件十二)，進行盤點如下：**

**(一)犯罪之動機、目的及犯罪所受之刺激**

1、依刑事案件量刑及定執行刑參考要點第9點規定及其說明：「審酌犯罪之動機、目的及犯罪所受之刺激，宜考量其反社會之傾向及惡質之程度。」、「犯罪之動機、目的及犯罪所受之刺激具有密切關係，均為認定行為人罪責之重要依據。例如，於行為人均係犯殺人罪之情形，倘行為人係基於被害人長期對其實施家暴行為後而殺人，則其反社會之傾向較弱、惡質程度亦低，宜從輕量刑。反之，如行為人與被害人素昧平生，僅係未發洩心中對社會之不滿情緒，而無差別之殺人，則其反社會傾向顯著，惡質程度亦高，宜從重量刑。」

2、經查，被告長期因被害人行為失眠而須服用藥物，為不能苛責於被告之緣由，此亦屬被告為本案之犯罪動機之一，並犯罪時所受之刺激等有關，而與本案發生有密不可分之關係，依上開刑事案件量刑及定執行刑參考要點第9點規定及其說明，被告之犯罪之動機、目的及犯罪所受之刺激，並非因其反社會之傾向，亦非源自於其惡質本性，其反社會之傾向較弱、惡質程度亦低，宜從輕量刑，而具有減輕量刑因子。

**(二)犯罪之手段**

1、依刑事案件量刑及定執行刑參考要點第10點規定及其說明：「審酌犯罪之手段，宜考量犯罪之具體方法及手段之強度。如為數人共同犯罪之情形，宜一併考量行為人與共犯間之分工及參與程度。」、「鑑於犯罪之手段為重要之犯罪情狀量刑事由，且犯罪手段往往不勝枚舉，難以羅列，法院於量刑時宜考量行為人實施犯罪之具體方法及該手段所造成法益侵

害之強度。如行為人有縝密之犯罪計畫，依一般社會通念，堪認犯罪手段殘忍，自宜從重量刑。」

2、經查，本件被告係以鐵鎚鈍器攻擊被害人，致使被害人發生死亡之結果，然依原判決認定：「被告是因晚上休息時間，聽到陳清裕房內發出噪音干擾，前往爭論後仍心有不甘，竟萌生殺意……」（參原判決第 3 頁），足見被告並非有縝密之犯罪計畫，依上開參考要點第 10 點規定及其說明反面解釋，依一般社會通念，其犯罪手段尚非殘忍。

**（三）犯罪行為人之生活狀況、品行及智識程度**

1、依刑事案件量刑及定執行刑參考要點第 11 點規定及其說明：「審酌行為人之生活狀況、品行及智識程度，宜考量行為人對刑罰之感受性、犯罪是否有生理或病理之因素、屬於慣性或癮性犯罪、更生環境之風險因子及保護因子。」、「行為人之生活狀況、品行、智識程度為行為人情狀量刑事由，雖與犯罪無直接之關係，然為評估行為人再犯之危險性及違法性意識程度之重要審酌事項，故於本點提示應綜合考量之事項。舉例而言，如考量行為人素行良好，並無前科，堪認其遵法意識及對刑罰之感受性均非薄弱，僅係一時失慮而為偶發之犯罪，其更生環境之保護因子眾多，如具有完善之家庭支援系統，法院自宜從輕量刑。」

2、經查，被告因被害人之行為，長期失眠而需求助於醫療院所，並需服用藥物治療，而屬被告生活狀態之一環，依上開刑事案件量刑及定執行刑參考要點第 11 點規定及其說明，被告犯罪與其病理或生理因素有所關聯，而具有減輕量刑因子。

**（四）犯罪行為人與被害人之關係**

1、依刑事案件量刑及定執行刑參考要點第 12 點規定及其說明：「審酌行為人與被害人之關係，宜考量行為人與被害人之親疏遠近、交誼深淺、行為人是否對於被害人負有教養、扶助、保護、照顧等義務，及行為人是否因被害人之行為而犯罪等一切情狀。」、「行為人與被害人之關係為兼

具犯罪及行為人情狀之量刑審酌事由，為確認罪責程度、裁量刑度之重要審酌事項。行為人與被害人之關係往往不一而足，難以臚列完備，本點僅列出實務上較為關注之事由，提醒法院宜予注意。舉例而言，於傷害案件，倘行為人係被害人之看護，對被害人具有照顧義務，卻對其為傷害犯行，自宜從重量刑。」

2、經查，被告與被害人係鄰居關係，而被告因被害人之行為，長期不睦、細故頻生，被告更因此失眠而需求助於醫療院所，並需服用藥物治療，此亦為本案發生之原因之一，依上開刑事案件量刑及定執行刑參考要點第12點規定及其說明，因被害人之行為亦為而被告犯罪之緣由之一，應具有減輕量刑因子。

**(五)犯罪行為人違反義務之程度**

依刑事案件量刑及定執行刑參考要點第13點規定：「審酌行為人違反義務之程度，宜考量注意義務之內容、行為人遵守該義務之期待可能性，及違反該義務之情節。」惟本件並非違反注意義務之犯罪類型，爰不予探討本項。

**(六)犯罪所生之危險或損害**

1、依刑事案件量刑及定執行刑參考要點第14點規定及其說明：「審酌犯罪所生之危險，宜考量對法益侵害之程度、範圍、犯罪之時間、地點，及危險係持續性或一時性。審酌犯罪所生之損害，宜考量可歸責於犯罪之直接或間接財物損害、被害人生理及心理之傷害、被害人受此損害之影響輕重程度、犯罪之時間、地點，及損害係持續性或一時性。」、「犯罪所生之危險或損害屬於犯罪情狀之量刑審酌事由，為決定行為人罪責程度之重要因素。舉例言之，於放火罪之案件，宜考量犯罪對社會公共安全之侵害程度、放火之時間為白天或深夜、地點是否為人口聚集之處等項；於妨害性自主案件，除應考量行為人之性自主遭侵害之嚴重程度以外，亦宜一併審酌因犯罪所造成被害人之身體傷害、精神創傷、因犯罪

所生之就醫診療費用、被害人因此侵害而影響日後生活之狀況等。」

2、 經查，被告所犯之行為造成被害人死亡結果，其犯罪所生之危險或損害，難謂不重。惟考量被告對法益侵害之程度、範圍、犯罪之時間、地點，及危險係持續性或一時性、財物損害等，應無特別加重之量刑因子。

**(七)犯罪後之態度**

1、依刑事案件量刑及定執行刑參考要點第15點規定及其說明：「審酌行為人犯罪後態度，宜考量是否悔悟及有無盡力賠償被害人之損害。審酌悔悟態度，宜考量行為人是否自白、自白之時間點、為了修復損害或與被害人和解所為之努力，並不得以被告緘默，作為認定態度不良之依據。審酌行為人有無盡力賠償被害人之損害，宜綜合考量其與被害人溝通之過程、約定之賠償方案及實際履行之狀況，不得僅以是否與被害人達成民事和解之約定為唯一依據。」、「犯罪後態度為兼具犯罪及行為人情狀之重要量刑事由，應如何判斷，宜有明確規範。舉例而言，倘行為人犯罪後，業於偵審中自白、參與修復式司法方案或調解程序而展現悔悟之誠意、實際賠償被害人所受損害，可認為犯罪後態度良好者，宜從輕量刑。又審酌行為人之悔悟態度，除應考量行為人是否自白外，亦宜斟酌其係於訴訟程序之何階段為自白，行為人於不同審級自白，或於訴訟程序之不同階段自白者，法院從輕量刑之程度亦宜有所不同，以適切反映其犯罪後之態度。」

2、經查，被告於 鈞院審理期間與被害人家屬達成和解，被害人家屬並表示願意原諒被告，不再追究被告之刑事責任，並請求法院從輕量刑(參被證一)，且由被告誠摯請求被害人家屬原諒、達成和解，並已為部分給付等行為，亦可證明被告犯後確實有所悔意。依上開刑事案件量刑及定執行刑參考要點第15點規定及其說明，被告與被害人家屬達成和解，並盡力賠償被害人之損害，而具有減輕量刑因子。

(八)小結：

經逐一檢視刑法第 57 條各款情事，綜合考量審酌被告殺害被害人，其行為所造成之結果難謂不大。惟被告於本案犯罪中，具有：1、犯罪之動機、目的及犯罪所受之刺激，並非因其反社會之傾向，亦非源自於其惡質本性，其反社會之傾向較弱、惡質程度亦低；2、被告犯罪與其長期失眠之病理或生理因素有所關聯；3、被告與被害人係鄰居關係，而被告因被害人之行為，彼此長期不睦、細故頻生，被告更因此失眠而需求助於醫療院所，並需服用藥物治療，因被害人之行為亦為而被告犯罪之緣由之一；4、被告與被害人家屬達成和解，並盡力賠償被害人之損害等諸多減輕量刑因子，此應於量刑中顯現，方屬適當。

**二、司法院量刑趨勢建議系統資料**

查因被告與被害人家屬於原審判決後始成立和解，故被告謹陳報量刑因子已有所變更之司法院量刑趨勢建議系統關於刑法第 271 條第 1 項殺人既遂罪資料(參被證四)，供 鈞院參酌。由上開資料觀之，若具有「已獲得被害人或其家屬原諒」、「與被害人或其家屬和解並依和解條件旅行」之減輕因子者，以最有利或最不利於被告之其他量刑因子，綜合判斷，建議量刑區間應為：10 年至 13 年 7 月間，且該等資料之量刑因子應已含括犯罪行為人之前科等各種資料而成，屬客觀公正之量刑範圍資料。

**三、總結**

綜上所述，被告於本案中具有諸多減輕量刑因子，但無特別須加重之量刑因子，則參照司法院量刑趨勢建議系統關於刑法第 271 條第 1 項殺人既遂罪資料，被告應量處之刑，實不應逸脫該建議量刑區間即 10 年至 13 年 7 月間。而原判決所處之刑，因原審言詞辯論後具有重要之量刑減輕因子出現，原審未及審酌，且原審判決亦有漏未審酌之刑法第 57 條有關之重要量刑事實，亦無詳述敘明判處被告無期徒刑，大幅逾越司法院量刑趨勢建議系統之查詢結果理由，在在足徵原判決對被告所處之

刑，實屬過重，並有嚴重違誤，實難以維持，為此，懇請 鈞院撤銷原判決，並參考上開司法院量刑趨勢建議系統關於刑法第271條第1項殺人既遂罪資料，於10年至13年7月刑度間，從輕量刑。

**柒、綜上，呈請 鈞院鑒核。**

謹　　狀

臺灣高等法院臺南分院刑事庭　公鑒

附件四：國民參與審判案件之上訴審(上)(中)(下)乙文，王邁揚法官撰。

附件五：國民法官判決與上訴審角色(上)(中)(下)乙文，林信旭法官撰。

附件六：陳運財教授2021年11月19日於臺灣臺南地方法院講授「國民法官制度下第二審上訴之審理結構」之簡報檔第1、12、31頁。

附件七：國民參審案件上訴審之構造乙文，朱石炎法官撰。

附件八：二審在國民法官制之角色(上)(下)乙文，文家倩法官撰。

附件九:110年12月14日臺灣高等法院臺南分院國民法官上訴審模擬法庭-第一輪次活動座談會議會議紀錄第1、36頁。

附件十：110年10月1日臺灣高等法院花蓮分院國民法官上訴審模擬法庭-第1輪次活動座談會會議紀錄第1、11頁。

附件十一：王正嘉教授於審議式法庭-人民參與刑事審判乙書，封面、第288-289、295-299頁。

附件十二：司法院頒布之刑事案件量刑及定執行刑參考要點及說明。

中　華　民　國　111　年　05　月　16　日

被　　告：王進豐

選任辯護人：陳威延律師

# 國民參與審判案件之上訴審（上）

文／王邁揚

## 壹 前言

蔡總統為因應社會對司法改革的呼聲，在其第一任期就主動召開「司法改革國是會議」，經數個月分組研討，於106年8月12日總結出會議成果，其中以推動「人民參與刑事程序」作為第一要務，亦以強化言詞、直接審理原則，建立金字塔化的刑事訴訟程序，作為司法改革之重要目標[1]。司法院在同一年分別成立「國民參與刑事審判法案研議委員會」及「刑事上訴制度變革研修委員會」，先後完成「國民參與刑事審判法草案」及「刑事訴訟法部分條文修正草案」，各於立法院第9屆會期送請審議，嗣因委員改選屆期不連續之故，2草案均退回司法院。前者，於本（第10）屆會期再送立法院審議，即便在部分民團堅持採取「陪審制」的反對聲浪下，終在僅將法律名稱變更，小幅度的修正條文內容後，於109年7月22日三讀通過「國民法官法」（下稱本法），主要條文自112年1月1日起施行。另一方面，攸關刑事訴訟金字塔化的「刑事訴訟法部分條文修正草案」（下稱刑訴金字塔化草案），目前仍在司法院研議中，因行政院對部分條文尚有意見，將來立法時程尚未可知[2]。

不可諱言的，本法的主要架構，是參考「日本裁判員」制度而來，而日本研修制度設計之初，就二審程序應否同步採用國民參審或嚴格限制上訴，曾有過廣泛討論，最終結論仍採行現行制度，乃裁判員參與審判的上訴案件，仍適用刑事訴訟法，不作特別立法或任何修正，換言之，由裁判員參與審判的案件與一般刑事案件所進行的上訴程序，沒有任何差別[3]。反之，我國刑事第二審程序現為「覆審制」[4]與日本現行「控訴審」程序顯然不同[5]。簡單地說，「覆審制」原則上是就第一審調查之證據資料，重新重覆審理，包括原審中未發現之新證據資料，由法官依重新調查之證據所得，重新認定事實、適用法律及量刑，也就是說「覆審制」的審理對象或範圍是「案件」本身，是對於案件為完全的重覆審理，並非僅依第一審判決基礎之資料加以「覆核」而已，此與採取「事後審制」的第二審，僅就上訴人表明之上訴理由中指摘的第一審「判決」作為對象，事後「審查」該判決妥當與否的訴訟構造，全然不同。所以，將來我國刑事第二審，若由3位職業法官以現行「覆審制」方式，或本於上級審之優越心態（證），來審理行國民參與審判的上訴案件，本質上有不相適合之嫌[6]。如果任意將原判決撤銷改判，也有加速崩解一般民眾對國民參審制度信心的可能。是本文大膽預測刑訴金字塔化草案在國民法官法施行前，仍無法同步施行的情形下，適與日本立法進程恰恰相反，故認我國將來行國民參與審判的上訴程序，有預先研討可能的爭議問題，以謀因應對策。

## 貳 我國行國民參審案件之上訴審架構

本法第90條至第92條3個有關上訴審的條文（本法第89條僅限制國民法官不具備積極資格或有第13條、第14條所列消極資格，不得作為上訴之理由，無關於上訴審構造問題，不在本文討論重點），早在「國民參與刑事審判法草案」公聽會時期，司法院當時即已明白宣示，要藉此等條文作為二審程序「還在覆審」的限制[7]。從以下的分析，雖然看得出來這些條文原取材自日本實務，或因而使我國行國民參與審判案件之上訴審結構上有「接近事後審兼續審制」之取向[8]，但本文以為，在刑事訴訟金字塔化未能同步修正實施，我國刑事二審仍在「覆審制」的基本架構上，僅僅利用這3個條文來限制二審程序，用以維護作為「司法改革指標」的國民參審制度，實在有些蒼白無力，更難保無制度之爭議發生。

## 參 關於第二審法院調查證據之範圍及限制

本法第90條第1項規定「當事人、辯護人於第二審法院不得聲請調查新證據，但有下列情形之一，而有調查之必要者，不在此限：一、有第六十四條第一項第一款（當事人、辯護人均同意且法院認為適當者）、第四款（為爭執審判中證人證述內容而有必要者）或第六款（如不許提出顯失公平者）之情形。二、非因過失，未能於第一審聲請。三、於第一審辯論終結後始存在或成立之事實、證據」。其立法說明指出「本法第六十四條第一項前段就當事人、辯護人於準備程序終結後，已規定不得再聲請調查新證據，是於提起第二審上訴後，如仍許當事人、辯護人聲請調查新證據，將失卻國民參與審判落實集中審理之精神，惟就上開例外情形若猶不准聲請調查證據、實屬過苛，特設例外以為衡平……但仍以第二審法院認為有調查必要者為妥，乃附加必要性條件」等語。又其第2項規定「有證據能力，並經原審合法調查之證據，第二審得還作為判斷之依據」，故解釋上係二審法院認定有證據能力、且原審法院之認定亦無錯誤之意，始無庸再次踐行調查證據程序。因此可見，二審法院就行國民參審之上訴案件，非係以第二個事實審地位全面地重新調查對當事人有利、不利之證據。當事人、辯護人於上訴後，在第二審聲請調查證據，應受上開規定之限制，且由法院審酌其必要性，是兼有「續審制」之特色，應無疑義。

然此條文與刑訴金字塔化草案第361條之6規定「因不得已之事由而未能於原審辯論終結前聲請調查證據，或辯論終結後發現新事實、新證據，『致原審判決有前條（即原審判決認定事實錯誤顯然影響於判決，或科刑、宣告沒收、保安處分顯然不當）之上訴理由者』，得提起上訴。」「前項之新事實、新證據，指辯論終結前已存在而發現在後，及辯論終結後始成立之事實或證據」[9]相互比較結果，並佐以同草案第361條之8第2項「依第三百六十一條之六第一項規定提起上訴者，其上訴書狀應敘述理由，並釋明因不得已而未能及時聲請調查證據之原因，或發現新事實、新證據之時點，『同時』提出證據調查之聲請，記載其與待證事實之關係」規定，可見刑事金字塔化草案針對得在第二審程序聲請調查「新事實、新證據」，是以「事實誤認顯然影響於判決」或「科刑、宣告沒收、保安處分顯然不當」為上訴理由者為限，且聲請調查之證據，限制在原審「因不得已之事由不能即時調查者」，當事人並應釋明其原因、於上訴狀中聲請並記載與待證事實之關係，其程序要求更為嚴格。

而國民參審案件因採行「卷證不併送」主義，且為徹底落實直接、集中、言詞審理之「公判」程序，乃加重「準備程序」關於證據開示、篩選、集中調查之準備工作，故自本法第47條至第63條明定準備程序應處理之事項，要求於各事項處理完畢後，應與當事人、辯護人確認整理結果及「審理計畫內容」，宣示準備程序終結。因此國民參審案件是「必」行準備程序，與其他刑事案件依刑事訴訟法第273條規定「得」行準備程序有所不同。

關於當事人或辯護人聲請調查之證據，法院認為不必要者，本法第62條第2項已明定應於準備程序終結前以裁定駁回之，更於同條第3項具體規定「一、不能調查。二、與待證事實無重要關係。三、待證事實已臻明瞭無再調查之必要。四、同一證據再行聲請」等情形，「應」認為不必要。同條第6項則規定「審判期日始聲請……調查之證據，法院應於調查該證據前，就其證據能力有無為裁判；就聲請調查之證據認為不必要者，亦同」，依該條立法說明「七、當事人聲請或法院依職權調查之證據，均應盡可能於準備程序中即決定其證據能力及調查必要性。但因第六十四條第一項但書所定情形，致不及於準備程序中聲請……亦非無有，基於『發現真實之使命』，自不能一概不予調查，但於此情形下，法院仍應就該等證據之證據能力，預為決定，又法院認聲請調查證據不必要者，亦同」等語可知，當事人或辯護人以本法第64條第1項所定各款事由，於審判期日始聲請調查證據者，法院應依第62條第6項規定，於調查證據前，預以裁定決定其證據能力（第64條第3項亦規定「違反第一項之規定者，法院應駁回」），如經

（文轉三版）

### 註釋

1 見總統府司法國是會議成果報告，2017年9月8日。

2 我國96年8月15日版「國民參審試行條例草案」，於第二編第一章、第二章分別規定國民參審之第二審、第三審規定，多達38條；而106年所提出「國民參與刑事審判法草案」是否為配合刑事訴訟金字塔化，故將上訴審程序條文回歸刑事訴訟法修正，針對國民參審的上訴部分僅規定4條文，就不得而知。

3 時任日本司法制度改革推進本部「裁判員制度・刑事檢討會」座長的井上正仁教授更認為以「尊重第一審」作為基礎架構，第二審回歸「事後審」，即可與裁判員制度互相合致。

4 最高法院30年上字第2565號判例及98年度台上字第7962號判決意旨。

5 日本戰前刑事訴訟之控訴審（第二審），亦採行覆審制，於1948年修正時改為「審查」第一審判決之事後審制，惟幾十年來的實際操作結果，就第一審判決有針對事實誤認的處理，允許調查新證據，且若上訴審撤銷原判決，部少發回原審，原則上自為判決，故與「事後審」所具有的「法律審」性質漸行漸遠，因而學者認為日本現行第二審上訴制度難以單純的「事後審制」原型來理解，而以「續審式的事後審」稱之。

6 朱石炎「國民參審案件上訴審之構造」，司法周刊第2022期。

7 司法院前秘書長呂太郎於106年12月19日國民參與刑事審判法草案公聽會稱：「……即使最壞的程度，法律通過兩年以後，刑事訴訟法還沒有改，還在覆審，我們也必須對覆審這樣的制度來作重大的限制，事實的認定除了違背經驗法則或論理法則，這是很嚴重的，否則不可以改判，要盡量尊重國民法官的意見」。

8 同註6。

9 行政院認此條文限制上訴之理由，較聲請再審之事由更加嚴格，故建請司法院參酌現行刑事訴訟法第420條規定修正本條之上訴要件。

一欄式檢索、各類資料進階檢索

（文接二版）

法院裁定無證據能力或無調查必要者，就不得於審判期日主張或調查之（第 62 條第 7 項），同條第 8 項復明定「裁定不得抗告」。

是第 64 條第 1 項第 1、4、6 款何以猶列為得於上訴後第二審聲請調查證據之例外，立法者僅委以二審法院審酌調查之「必要性」為節制（實則第 64 條第 1 項第 1 款之「法院認為適當」、第 4 款之「必要」、第 6 款之「顯失公平」，均為裁量），忽視於國民參審制度應以第一審為重心之程序設計，論理上並非無疑。尤其，未明文規定當事人、辯護人聲請調查之始點及應否調查原因之釋明，二審法院若不允許調查，當事人得否抗告等事項，在無其他法律可以援用的情形下，顯有發生程序爭議的可能。況且，由本法第 90 條第 1 項「當事人、辯護人於第二審法院，不得聲請調查新證據。但有下列情形之一，而有調查之必要者，不在此限」之文義觀之，解釋上前述調查新證據之例外與刑事訴訟金字塔化改採「事後審兼續審制」之上訴要件或理由無關，意即，此條規定僅止於當事人上訴「後」聲請調查新證據之限制而已，是將來刑訴金字塔化草案如修正施行，則可能形成普通法之規範嚴格、特別法要件較為寬鬆之疑慮，故本文以為基於對國民參審案件應採取限制上訴之立場，將來前述金字塔化草案施行後，自當適用較嚴格之規定，排除本法第 90 條第 1 項但書之適用，即此條但書之適用時機，應侷限在上訴審程序仍採行「覆審制」階段，以為節制。

此外，本條立法說明中更特別敘明「有關第二審法院依職權調查證據部分，未在本條規定之列，自應回歸適用刑事訴訟法之相關規定」，因此本條所謂第二審調查新證據之限制與例外，僅限於當事人、辯護人聲請調查部分。然而，行國民參審案件之第二審法院依職權調查證據之事項及範圍，本法未若 96 年 8 月 15 日版「國民參審試行條例草案」第 78 條或刑訴金字塔化草案第 366 條均明定第二審法院得依職權調查之範圍及事項。反觀現行刑事訴訟法中僅於第 393 條、第 394 條及第 429 條之 3，分別限制第三審法院及再審程序法院職權調查之範圍，但因目前第二審程序猶採行「覆審制」，與第一審通常程序並無二致，應以刑事訴訟法第 163 條第 2 項「法院為發見真實，『得』依職權調查證據。但於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，法院『應』依職權調查之」作為唯一的法律依據。因此，若本於前述立法說明意旨，似指第二審法院基於發現真實之目的及公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，仍得（應）依職權調查事實及證據，惟如此操作之結果與「限制覆審」的初衷及第二審法院原則上應「尊重」國民參審關於事實認定之精神，豈不相互矛盾？因此，本文認為此部分之立法說明，反而有誤導第二審法院「得依職權」調查證據，以發現真實，不受任何限制之疑慮。基於「事後審」之精神，將來第二審法院審理行國民參與審判之上訴案件，切莫本於上級審之優越地位，正義使者上身，自宜參考 96 年版「國民參審試行條例草案」第 78 條、刑訴金字塔化草案第 366 條及現行刑事訴訟法第 393 條、第 394 條等規定，自我節制行使職權調查之權限[11]。

## 肆 第二審法院對國民參審判決之審查密度

本法第 91 條規定「行國民參與審判之案件經上訴者，上訴審法院應本於國民參與審判制度之宗旨，妥適行使其審查權限」。其中「本於…… 宗旨」、「妥適…… 審查」用語抽象，不易讓人瞭解真意，故參酌其立法說明：「國民參審制度之重要目的，在於使國民與法官共同參與刑事審判，反映一般國民之正常法律感情，以增進人民對司法之瞭解與信賴，為貫徹此意旨，上訴審法院應本於國民參與審判制度之『宗旨』，妥適行使其審查權限，而不宜輕易遁以『閱覽』第一審卷證後所得不同心證，即予撤銷」等語，並綜合第 92 條第 1 項但書「但關於『事實之認定』，原審判決非違背經驗法則或論理法則，顯然影響於判決者，第二審法院不得予以撤銷」之反面解釋及其立法說明「…… 有關事實之認定，第二審法院原則上應尊重國民於第一審判決所反映之正當法律感情，除第二審法院認為第一審判決認定事實違背經驗法則或論理法則，顯然影響於判決外，原則上不得遽予撤銷」等語，由此可見，本條文規範目的，其實僅在凸顯我國國民法官法，因「參考」日韓制度，一方面在一審程序中引進一般國民法律感情參與審判，二審仍維持由職業法官做為覆判之上級審，一旦涉及判決實質內容之歧異，必然產生第一審加入一般國民意見與第二審職業法官專業判斷應如何相互折衝的問題，因此倡言第二審應本於「尊重」國民參審裁判之立場，原則上儘量維持原判決，不要任意撤銷。

惟本文認為若干問題尚有深入探討的餘地：

### 一、尊重論的內涵

所謂「尊重」下級法院之判決，就第二審法院審查權之行使而言，實質上係「限制」之同義詞[12]。但依釋字第 752 號解釋意旨，上訴既因人民之人身、財產等權利可能遭受法院「誤判」侵害，本質上有誤判救濟之性質，則第二審法院應本此覆判審之地位，檢視原審判決有何違法或不當，論理上不應就原審判決之組織不同而別其處理態度。尤其，我國第二審現仍採取覆審制，原則上是以第二次事實審之地位全面地重新調查對當事人有利、不利之證據，無須受原審之認定所拘束，在審級構造上而言，對於初次受有罪判決之被告而言，保障似更為周全，形式上根本不存在有本條立法說明所指第二審遜以「閱覽」第一審卷證後所得不同心證，即予撤銷第一審判決之可能性，是以上開法條及立法說明徒以上訴審「本於國民參與審判制度之宗旨」、「尊重國民於第一審判決所反映之正當法律感情」等抽象宣言，來限制第二審法院對第一審國民參審判決之審查密度，理由似乎不夠充分。

事實上，上級審應尊重國民參審判決的論調，源於日本引進裁判員制度，為研議現行第二審程序是否應同步修正時所提出[13]，如同當時任司法制度改革推進本部「裁判員制度・刑事檢討會」座長的井上正仁教授於立法座談會之發言「維持第二審僅由職業法官負責審理之現狀，但以『尊重第一審』作為基礎架構…… 故回歸制度原則，即可與裁判員制度合致」等語，可見日本尊重論之最初意義，是把「尊重」第一審之旨趣用貫徹第二審之「事後審」屬性來表達[14]，且因裁判員制度導入後，第一審直接、口頭審理主義更加貫徹，相較於以卷證資料為中心的第二審，訴訟構造上更具有優越性，因此在日本於第一審行裁判員審判，研討第二審之審查密度時機，提出所謂「尊重」論調，限制二審恣意調查證據、撤銷改判，回歸「事後審」之本質，顯得理所當然。

其後日本最高裁判所第一小法庭於 2012 年 2 月 13 日對俗稱「巧克力罐」案件，藉由闡述日本刑事訴訟法第 382 條所指「事實誤認」之上訴理由，申言第二審法院本於「事後審」之構造，所應行之審查方式，乃是將第一審判決「審理過」的證據信用性評價及證據的綜合判斷，對照論理法則、經驗法則檢討有無不合理之處。所謂「事實誤認」係指第一審法院對照論理法則、經驗法則有所不相當而言。因此，上訴審判斷第一審判決有「事實誤認」之時，必須具體指出第一審判決有何違反經驗法則，論理法則之處。如此詮釋，於第一審導入裁判員制度，澈底落實直接、口頭主義之情況下，更加妥適等語[15]。自此判決後，日本學界及實務界長年以來，關於事實誤認之上訴案件，第二審法院得以撤銷改判之理論基礎之「心證優越說」與「經驗法則、論理法則違背說」爭論，最高裁判所藉由就「裁判員制度」之宗旨及（直接、言詞審理主義）程序上尊重之說明，可算是有一槌定音的效果。

是以，前述本法第 91 條之立法說明「…… 上訴審法院應本於國民參與審判制度之宗旨，妥適行使其審查權限，而不宜輕易遁以閱覽第一審卷證後所得『不同心證』即予撤銷」及本法第 92 條第 1 項但書「但關於事實之認定，『原審判決』非違背經驗法則或論理法則，顯然影響於判決者，第二審法院不得予以撤銷」等語，顯然是將日本最高裁判所上開判決意旨予以明文化。然其「關於事實之認定…… 顯然影響於判決」，所指「事實」範圍究竟如何，本法立法理由則未指明，本文以為日本最高裁判所上開判例既係針對日本刑事訴訟法第 382 條有關「事實誤認」之上訴理由為申論，而日本學界通說認為該條所謂「事實」除須嚴格證明之構成要件、違法性、有責性事實外，尚包括刑之加重、減輕、免除事實，則可供我國實務參考[16]。

（下期待續）

（作者為連江地院院長）

## 註釋

10 朱石炎先生前揭文認為「惟如原審法院急於依本法第 58 條命為證據之開示或未依第 62 條為准駁之裁定，復未於判決理由有所說明，而該證據在客觀上攸關事實之認定，非經調查，難以發見真實，第二審法院以現制『覆審制』立場，自得依刑訴第 163 條第 2 項規定，本其職權，調查重要證據，不受原審判斷之拘束」，即與本文見解不同。

11 李嘉興「第二審法院對國民參加刑事審判審查基準之確立」，司法院帶職帶薪自行進修研究報告，第 8 頁，司法院網站。

12 池田修「解說裁判員法」第 265 頁所附裁判員制度，刑事檢討會「考えられる裁判員制度の概要についての説明」。

13 後藤昭「裁判員制度の無罪判決と検察官控訴」，季刊刑事弁護，2011 年（No.68）第 16 頁。

14 刑事審判集 66 卷 4 号 482 頁，李與該判決之白木勇法官更在判決補充稿：「儘管當前刑事第二審實務，意識到自己是事後審，仍有許多法院關於事實之認定及量刑，首先形成自己心證再與第一審判決之認定、量刑作為比較，如有差異，就照自己的心證，變更第一審判決，這與事後審預設之情形不同…… 裁判員制度實施後，上開判斷方法有改變之必要…… 裁判員制度係為反映裁判員種種觀點、感覺之判斷，因此，在裁判員參與之裁判，應該容許其有某一程度之認定、量刑。如果不能體認這一點，裁判員制度就沒辦法走下去了，不是嗎？在裁判員制度下，第二審應儘可能尊重裁判員參與之判斷，基於相同的理由，本判決重視第二審的事後審性質，肯認第二審的事實誤認的審查，應以第一審判決所為證據信用性之評價、證據之綜合判斷，按論理法則、經驗法則是否可以認為是不合理的觀點為之」。

15 但本法第 83 條立法理由指出「科刑事項」包括法律上加重或減輕、免除刑罰事由之認定（例如累犯、過當防衛、自首成立與否，或其他屬於刑法總則之加重事項）。

# 國民參與審判案件之上訴審

文／王邁揚

中

（文接上期）

## 二、事實錯誤的審查

第二審法院要如何「審查」第一審國民參與審判判決關於事實之認定，違反經驗法則、論理法則[14]？本法立法說明僅泛稱不宜逕以「閱覽」第一審「卷證」後所得不同心證即予撤銷而已，原則上採行「覆審制」也不可能有此粗糙的作法，已如前述。因此依日本最高裁判所上開判例意旨所能導出之結論或第二審以「事實誤認」撤銷原判決之應有做法，乃要求第二審法院若要將第一審判決以「事實誤認」之上訴理由撤銷，必須就第一審判決「已審理」過之證據信用性評價或各個證據之綜合判斷，充分且具體地說明有何違反一般人之生活經驗，或事理推斷之過程有何不合理之處。若無法明確充分的說明，則第二審法院不得逕以「審級上」的心證優越，撤銷原審判決。換言之，此一限制還是屬於「尊重」國民參審，依已調查之證據所為事實認定之範疇。準此，當事人於第二審若依本法第90條規定聲請調查新事實、新證據，而第二審法院亦就新事實、新證據重新認定之結果，足以推翻原審判決之事實認定時，自當不受此但書之限制[15]。

## 三、量刑事項的審查

第二審法院對於國民參與審判之量刑審查，雖有學者直接認為無本法第92條第1項但書適用之餘地[16]。然依第91條規定「上訴審法院應本於國民參與審判制度之宗旨，妥適行使其審查權限」等語觀察，豈能將反映一般國民之正當法律情感之量刑，被排除在第二審法院「尊重」之外？尤其，依日本現行刑事上訴制度，「量刑不當」亦可作為獨立的上訴理由[17]，所謂「量刑不當」係指量刑在法定範圍內，因刑度過重或過輕，致量刑欠缺相當性而言。惟日本量刑時應考量之因素，未如我國刑法第57、58條設有明文規定[18]，係由實務判決及學說發展出量刑之基準法則。而在裁判員制度引進前，法官量刑判斷是受到「量刑相場」（量刑行情）之限制。惟基於引進國民多元觀點、情感、健全的社會常識反映在刑事判斷，作為導入裁判員制度之主要目的，平成19年由司法研修所編撰之研究報告即認為在量刑幅度上，相較於僅由職業法官參與量刑之場合，應承認裁判員參與之裁判，量刑上可有更寬廣之幅度、第二審職業法官應以更謙遜的態度、容許這樣的差異[19]。且在預計施行裁判員制度前之2008年4月1日，日本最高裁判所亦開發出一套「裁判員量刑檢索システム」[20]，提供裁判員於量刑評議時，輸入相關量刑因子進行檢索，期使裁判員得理解過往類似案件，法官究竟是如何量刑之大致「量刑傾向」（以量刑分布圖表，用一定幅度區間顯示），以此作為個案量刑時的範疇，再針對個案之其他一般情狀如被告犯後態度、改善更生意願等來決定個案之具體刑度落點在量刑傾向之偏上、偏下範圍或者決定是要大幅度之逸脫。換言之，先以客觀證據為基礎所定出之量刑因子，藉由電腦分析確定出大致「量刑傾向」作為量刑參考後，才由裁判員加入多元之國民觀點、情感或健全的社會常識反映在個案之具體量刑評議上，以避免引進國民意思的量刑，淪為個人之直覺反應。

又基於「尊重」裁判員裁判的立場，故學者進一步指出第二審法院如要撤銷原審判決時，應限於原審法院對於極為重要之量刑因子有很明顯的疏漏或誤認、或對於與量刑有關之重要事實的評價產生過大的錯誤（例如對於主要犯罪情狀完全不重視，卻過度強調被告前科或惡劣性格作為科處重刑之依據），或共犯間量刑上顯有不均衡之情形外，否則第二審原則上仍應尊重第一審的量刑判斷。就此，我國學者也提出「…… 第一審於評議過程中，審判長務須對於量刑事項，運用司法院建置之量刑趨勢建議系統，向參與審判之國民法官提供詳盡解說，耐心充分溝通，裨求量刑恰當」之建議[21]，或因上開日本實務之操作有感而發，其中要求審判長就量刑事項（因子），應詳盡、耐心向國民法官解說一事，本文深表贊同。但其結論「倘若原判決失之過重或過輕，且其量刑理由有欠完備，而經合法上訴者，第二審仍有撤銷糾正之責」。

本文則以為我國最高法院對於下級審之量刑，咸以量刑輕重係屬事實審法院得依職權自由裁量之事項，苟已斟酌刑法第57條各款所列情狀而未逾越法定刑度，不得遽指為違法；且在同一犯罪事實與情節，如別無其他加重或減輕之原因，下級審之量刑亦無過重或失輕之不當情形，則上級審法院對下級審法院之職權行使，原則上應予尊重之一貫見解，是同為職業法官之量刑裁量，上級審既應尊重下級審之裁量，基於國民參審係引進國民多元觀點、情感、健全的社會常識之政策目的及制度設計（人數優勢）之應然面而言，第二審法院對於國民參審判決之量刑，更應加以尊重，不得任意撤銷改判，自不待言。至於前述日本之量刑檢索系統作為大致量刑傾向的參考一事，我國司法院雖亦已設置量刑資訊系統或量刑趨勢建議系統，非但學者普遍認為因數據量較少，尚無法作為客觀之依據外，最高法院迄今仍認為「量刑資訊系統」內之相關數據、「量刑資訊因子統計資料」並非抽象法規範，無拘束法院之效力，僅供法院量刑之參考，並非據此剝奪或限縮法官審酌個案情節適切量刑之裁量權限，且「犯罪情節各案不同，難以比附援引」，自不得僅因法院量刑結果與統計資料未盡相符，任意擷取其統計平均數據執以指摘原判決違法或違反比例原則、平等原則[22]，與前述日本最高裁判所之思維方向尚有不同。

## 伍 關於原審判決之撤銷問題

本法第92條第1項本文規定「第二審法院認為上訴有理由，或上訴雖無理由，而原審判決不當或違法者，應將原審判決『經上訴之部分』撤銷」，有關事實之認定錯誤，上訴審應以原審判決違背經驗法則或論理法則，顯然影響於判決者為限，方可撤銷部分，前已述及不再贅述。其餘可能的爭議，本文以為：

### 一、本法係採事後審，應優先適用

從司法院前秘書長在立法公聽會之發言，可知此條文是作為第二審仍採行「覆審制」時之限制，惟若將此條文與刑訴金字塔化草案第369條、第369條之1所定第二審「自為判決」及「發回原審事由」比較結果，足認本法第92條亦係採取「事後審」之精神或取向，來節制第二審之審查權限。蓋第二審採取「覆審」現制，原判決有違法不當，除論知管轄錯誤、免訴、不受理為不當者，「得」發回原審法院外，其餘情形均應將原判決經上訴部分撤銷，自為判決，本不因原判決有：1、論知管轄錯誤、免訴、不受理係不當；2、有刑事訴訟法第379條第1款（法院之組織不合法）、第2款（依法律或裁判應迴避之法官參與審判）、第6款（除有特別規定外，被告未於審判期日到庭而逕予審判）、第7款（依本法應用辯護人之案件或已經指定辯護人之案件，辯護人未經到庭辯護而逕行審判）或第13款（未經參與審理之法官參與判決）；3、已受請求之事項未予判決；4、論知無罪，係違背法令而影響於事實之認定，或認定事實錯誤致影響於判決；5、法院審酌國民參與審判制度之宗旨及被告防禦權之保障，認為適當等情形，反而應發回原判決法院，第二審法院不得自為判決。是以，將來施行國民參審時，本文預計刑訴金

（文轉三版）

## 註釋

15 就審查方法而言，日本學說上提出消極「幅度審查」及積極「點的審查」2種。前者係檢討第一審法院所認定之事實是否在「第二審法院所容許」之經驗或論理法則之範圍內；後者，則以「第二審認為適當」之經驗或論理法則適用於具體個案，所導出之事實與原審認定不同，即可認為原審之事實認定違反經驗或論理法則。惟此積極之審查方法，相當容易淪為「心證優越說」之結果。

16 韓國大法院2010判例明確指出「…… 抗訴審除有透過新的證據調查程序發現與原審認定相反之充分可接受之顯著事實外，不得廢棄第一審判決」。

17 同註6。

18 見日本刑事訴訟法第381條，據悉，司法院及行政院就我國刑事訴訟法第348條上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之，已達共識，或有可能先就此條文送立法院審議。

19 日本於昭和49年（1974）提出改正刑法草案，原擬採取德國立法方式明定量刑規範，於改正草案第48條第1項規定「刑之量定必須與犯人之責任對應」（刑は、犯人の責任に応じて量定しなければならない），與我國刑法第57條開宗明義「科刑時應以行為人之責任為基礎」等語相當。草案同條第2項列舉量刑事情（因子）應考量「犯罪抑制及犯人之改善更生為目的」則為我國法所未規定外，其他大致亦與我國刑法第57條所列事項類似，但最後未經立法通過。

20 大澤裕等合著「裁判員裁判における第一審の判決及び控訴審の在り方」，司法研修所編2009年，第113至116頁。

21 電腦主機設在最高裁判所，其他實施裁判員裁判之各地方裁判所或分所均設有專線，非議時可直接連線檢索。

22 同註6。

23 最高法院104年度台上字第1351號、105年度台上字第2196號、106年度台上字第413、1514號、107年度台上字第696、3323號、108年度台上字第591、1391、1562、1867號等判決。

24 我國96年版國民參審試行條例草案第85條第3項亦規定第二審法院撤銷原判決者，以自為判決為原則，僅於原審判決論知管轄錯誤、免訴、不受理係不當而撤銷者，及未論知管轄錯誤而撤銷者，應以判決發回原審法院。

25 同上註之試行條例草案第87條亦有類似規定，且規定判決得不經言詞辯論，其立法說明指稱「為求法院管轄之正確，第二審法院因原審判決未論知管轄錯誤係不當而撤銷之者，應以判決將案件發交或移送該管第一審或第二審法院」。

植根法律事務所 劉指派號：07792998 公司：植根綜合法律事務所有限公司 TEL:(02)2707-2848 FAX:(02)2708-4428 黃茂榮 著作 定價900元 訂購未滿1000元請自付郵資 植根法律事務所 JUDICIAL 司法 訂閱 辦法 費用 如 請 帳 500 司法院

（接二版）

字塔化條文尚不能同步施行，第二審如仍為「覆審」現制時，自應優先適用此特別法規定（尤其是上開第5點）自不待言。

**二、以第二審自為判決為原則**

單純就「事後審」的訴訟結構而言，當第二審法院認為原判決有違法或不當，理論上是以發回原審或發交下級審為原則，自為判決為例外，惟基於刑訴金字塔化草案第369條的立法說明「為避免案件無謂發回，延宕訴訟」及本條立法說明「如再發回原審法院重為審理，不僅徒增被告訟累，亦造成原審法院重啟國民參與審判程序之不必要勞費」等理由，暨日本實務上，上訴審如撤銷原審判決無論是否係裁判員審判案件，均以自為裁判為常態，確有維持訴訟經濟之功能，故本條規定採取上訴審如撤銷原判決，以自為判決為原則，待有下述例外情形時，以充分保障被告審級利益為前提，方發回原審法院，可為贊同[四]。

**三、關於第92條第2項第1款**

本款以原審判決論知管轄錯誤、免訴、不受理係不當者，作為以判決發回原審之理由，似沿用目前刑事訴訟法第369條第1項但書規定。乃因原審判決未就實體事項為裁判，為維護當事人之審級利益，自應將案件發回原審法院，應予認同。但本文認為本法第83條第2項規定「免訴、不受理或管轄錯誤之認定，以包含國民法官及法官雙方意見在內過半數之同意決定之」，但得為「免訴」、「不受理」及「管轄錯誤」判決之各種情形，係刑事訴訟法第302條至第304條所明定，要件明確，與引進國民多元觀點、情感、健全的社會常識之國民參審宗旨無關，是否也宜由國民法官參與評決，尚有討論的空間。

再者，現行刑事訴訟法第369條第2項明定「第二審法院因原審判決未論知管轄錯誤係不當而撤銷之者，如第二審法院有第一審管轄權，應為第一審判決」，刑訴金字塔化草案第369條之2亦規定「第二審法院因原審判決未論知管轄錯誤係不當而撤銷之者，應以判決將案件發交或移送該管第一審或第二審法院。但如第二審法院有第一審管轄權，應為第一審判決」，此種原審未論知管轄錯誤而為實體判決之情形，本法未設有特別規定[五]，若遇有此情形，日後有無必須適用上開規定處理之必要，本文以為尚有疑慮。蓋案件是否為特定法院所管轄，乃程序先決問題，且參與審判之國民法官係由該地方法院管轄區域內繼續居住4個月以上之候選人選出，若發生「無管轄權卻誤為有管轄權」之情形或爭議，法院及當事人、辯護人豈會直到判決宣示均無人提出爭執或異議？基於訴訟經濟及判決安定之考量，應可認為縱有程序瑕疵，但已經治癒，且參照國民法官如未具備本法第12條第1項積極資格，尚非明顯有違反公平法院之說明，待上訴到第二審，第二審法院在無人異議之情況下，方依職權認定原判決之管轄有誤，撤銷發回，是否有當，不言可喻。

基此，本文認為即便第二審法院就案件是否由原審法院管轄容有疑義，惟參審判決既「未」為管轄錯誤之判決而為實體判決，因本無礙於被告防禦權之行使，又承前開尊重論之說明，無論本法施行後，前述相關條文是否修正，解釋上應無現行刑事訴訟法第369條第2項規定之適用。但為杜絕理論爭議，宜修法明定之。

**四、關於第92條第2項第2款**

本款以原判決有1. 法院之組織不合法、2. 依法律或裁判應迴避之法官參與審判、3. 除有特別規定外，被告未於審判期日到庭而逕予審判、4. 依刑事訴訟法應用辯護人之案件或已經指定辯護人之案件，辯護人未經到庭辯護而逕行審判、5. 未經參與審理之法官參與判決之情形，作為第二審法院以判決發回原審之原因，同為本法第92條第2項及刑訴金字塔化草案第369條之1第1項第2款所明定，大體上基於被告程序權利及審級利益，此部分規定事項可予認同。

惟針對國民參審案件而言，所謂「法院之組織不合法」究指何義，本文基於本法第89條的立法說明，認為解釋上應指其中職業法官之資格或合議庭人數不符法律規定，而不包括特定國民法官資格不符之情形。至於「依法律或裁判應迴避之法官參與審判」、本法第92條第2項係以「有刑事訴訟法第379條第2款」文句規定之，從文義解釋，所指「法官」應限定職業法官而非國民法官自明，因為特定國民法官候選人如有本法第15條所示與案件具有特定關係或「有具體事證足認其執行職務有難期公正之虞」而不得被選任為國民法官或備位國民法官之情形，於選任程序當事人或辯護人得聲請拒卻之，或縱使已被選任後亦得聲請法院裁定「解任」之，是國民法官之不予選任或解任，程序上與「法官之當然迴避或裁判迴避」顯有不同，因此所謂「依法律或裁判應迴避之法官參與審判」者，應指「職業法官」，不包括國民法官。同理，「未經參與審理之法官參與判決」者，解釋上亦為相同之認定。

**五、關於第92條第2項第3款**

刑訴金字塔化草案第369條之1第1項第3款及本法第92條第2項第3款，均明定「已受請求之事項未予判決」作為第二審法院不得自為實體判決，應以判決發回原審之情形之一。何謂「已受請求之事項未予判決」？本法立法說明未詳述情形，僅稱有此情形「因可能涉及當事人之審級利益」等語，反觀刑訴金字塔化草案第369條之1則說明「四、檢察官就被告之全部犯罪事實以裁判上一罪或實質上一罪起訴者，因其刑罰權單一，在審判上為一不可分割之單一訴訟客體，法院自應就全部犯罪事實予以合一審判，以一判決終結之，如僅就其一部加以審認，而置其他部分不論，即屬現行條文第379條第12款所稱『已受請求之事項未予判決』之違法，迭經實務著有見解可參。原審判決若有上述已受請求未予判決之違背法令情形，無異就起訴效力所及之犯罪事實未為任何裁判，而嚴重影響當事人之審級權益，爰增訂為第1項第3款撤銷原審判決發回之事由」等語，是本法第92條第2項第3款既未指明何屬國民參審判決「已受請求之事項未予判決」情形，但基於條文文義相同，規定意旨相同，則適用範圍應與上開草案之說明所指情形一致，解釋上應無疑義。

惟上開說明所舉事例，乃涉及實質上一罪或裁判上一罪應如何合一審判之問題，實務上「未予判決」之部分，如果亦成立犯罪，通常屬於輕罪，或被重罪所吸收或從一重處斷之結果，僅在判決理由交待相關規定即可，判決主文不會顯現以輕罪之論罪，主文所顯現的是已判決之重罪；即便輕罪認定無罪，亦在判決中敘明不另為無罪之論知，故由第二審逕於判決理由補充交待，實際上不甚礙於被告防禦權之行使，原判決果有此情事，刑訴金字塔化草案第369條之1第2項規定「經當事人雙方合意，並經第二審法院認為適當者，得自為判決」，同理，基於國民參審之特殊性及訴訟經濟與判決安定性等考量，第二審法院實無僅因此種枝節事項，而將全部判決發回之必要，徒增程序之勞費。從而本法第92條疏未規定於此情形當事人得合意由第二審法院自為判決，則宜修法增補之。

**六、關於第92條第2項第4款**

以原判決「論知無罪，係違背法令而影響於事實之認定」或「論知無罪，係因認定事實錯誤致影響於判決」，作為第二審法院以判決發回原審之原因，亦同為刑訴金字塔化草案第369條之1第1項第4款及本法第92條第2項第4款所明定。惟前者另設有「但經依第366條之1第1項但書（即關於訴訟程序及得依職權調查之事項）、第2項（即以事實認定錯誤提起上訴並聲請調查新事實、新證據，且已依法調查者）規定，就該事實或證據調查者，不在此限」之但書規定，作為第二審法院可自為判決，無庸發回之依據，本法則無，是否因考量國民參審之特殊性，故不設此但書作為例外，並非無疑。蓋因此部分均涉及原審之「事實認定」而為無罪判決，經第二審法院審查後認有適用法令錯誤而影響於事實之認定或認定事實錯誤，致影響於判決者，若得依上開但書規定自為判決之結果，第二審法院必將改判被告有罪，縱使被告仍得上訴第三審，但其審級利益顯受影響，況且還以第二審職業法官之「有罪」心證，取代第一審國民參審之「無罪」心證，正當性顯然薄弱，故將判決發回原審法院再重組國民參審合議庭較為妥適之故。本文由此推測本法係「故意」不設如前述之例外規定，將來就法條之適用，應詳加區別。

惟綜合本條第1項但書「關於事實之認定，原審判決非違背經驗法則或論理法則，顯然影響於判決者，第二審法院不得予以撤銷」規定，是就本條款之理解，應僅限於原判決被告無罪之場合，由檢察官上訴後，第二審法院審查後認為原判決關於認定「無罪」之事實推論，「顯然」有違背經驗法則或論理法則者，可撤銷原判決，但為維護被告之審級利益，不能自為判決，有發回原審之必要。至於「論知無罪，係違背法令而影響於事實之認定」，乃違背法令影響於事實之認定，例如違背法令而將不利於被告之證據排除，致為被告無罪之論知，本屬違背法令之範疇，顯無關於事實認定有無違背經驗法則或論理法則之問題，附此敘明。惟若加入該項不利於被告之證據，得否改判被告有罪，則屬於證據綜合判斷之問題，理應發回原審由國民參審合議庭重新審酌。又基於「明示其一、排除其他」之法律解釋原則，本條款適用之範圍僅限於原審為被告無罪之判決，應無疑義。

是於原審在檢察官起訴犯罪事實範圍內，判處被告較輕罪名之場合，例如檢察官以殺人未遂罪名起訴，而原審國民參與審判合議庭評決結果為重傷害或普通傷害罪，檢察官不服提起上訴，第二審法院審查結果，如認原判決就被告主觀犯意之認定明顯有違背經驗法則或論理法則，檢察官上訴有理由，文義解釋上當無依本條款必應發回原審法院之適用，但本文以為，基於前述第二審法院原則上應尊重第一審國民參審判決宗旨，此時宜善用下述第5款之規定，以判決將案件發回原審法院，仍然不宜自為判決。

（下期待續）

（作者為連江地院院長）

新刊 法學方法與現代民法（增訂七版）
000元省 買 65 元 增城熱賣中
WEEKLY 周刊
訂閱
幣400元
訂閱 劃撥 號 4377 戶 司法周刊

（文接上期）

# 國民參與審判案件之上訴審（下）

文／王邁揚

## 七、關於第 92 條第 2 項第 5 款

本法第 92 條第 2 項第 5 款規定「法院審酌國民參與審判制度之宗旨及被告防禦權之保障，認為適當時」，應以判決發回原審法院，乃前述各事由之概括規定，當為前開各款事實均不合致時，始有適用本款發回之餘地。然何謂「國民參與審判制度之宗旨」之內涵，前已述及，不再贅述。另就審酌被告防禦權之保障，本文以為凡依第二審心證結果，無論罪名或量刑均可能重於原判決之判斷時，即屬適當，應將案件發回原審為宜，不能僅以相關罪名均已在第二審告知，被告已為言詞辯論，即可認被告防禦權受到充分保障，自為判決。反之，若改判較原審判決為輕之罪名或量刑，即無礙於被告防禦權之保障，基於訴訟經濟之考量，當由第二審法院自為判決，無庸為無益之發回。

## 陸、關於國民參審程序之回復問題

國民參審案件經第二審發回原審法院後，當然回復第一審程序，固不待言，惟本法關於發回更審後之相關程序，法無明文，其中第 92 條之立法說明亦僅有「…… 發回原審法院依國民參與審判程序重為審理」等語而已，至於發回後是否應重組合議庭？如何組織？是否應將原已進行之程序全部捨棄、從頭來過？已經揭露的證據，如何避免新組合議庭的預斷？種種問題，都值得深入探討研究[1]。

本文認為，依目前實務普遍做法，第二審判決如經最高法院撤銷發回後，即自動迴避原合議庭組織，基於相同理由，國民參審之第一審判決如經第二審以上開理由判決發回原審法院「依國民參與審判程序重為審理」時，當先分案由不同於原合議庭之（受命）法官受理，此時該法官必已接觸該案之全部卷證，則本法規定之「卷證不併送原則」（或起訴狀一本主義）應再無適用之餘地。然基於法官迴避理論並參以日本裁判員法第 48 條第 1 項「裁判員及候補裁判員之任務，於宣示終局判決時終了」規定，自應重新進行國民法官及備位國民法官之選任程序，本於訴訟經濟之考量，則不宜全盤否定前已進行之合法程序效力，再行完全的覆審。故準備程序有無進行之必要，當視第二審判決所指摘之事由，如為程序瑕疵之補正，沿用之前已集中整理之爭點及審理計畫即可，若發回事由關乎事實認定或量刑，行準備程序之目的，則應針對第二審判決指摘之部分，予雙方當事人補充主張之機會。

惟因重組合議庭之結果，應為審判程序之更新，基於直接、言詞審理主義之要求，前已調查之證人（包括第二審），猶應於審判期日進行交互詰問，僅佐以之前筆錄內容喚醒記憶或彈劾其證詞，不應以朗讀筆錄方式取代。實際訴訟如何指揮，宜由審判長就個案情形彈性調整。而本文一貫認為，唯有第二審認為原審判決有關事實之認定，顯然有違經驗法則或論理法則，或關於量刑事項之誤認，致將為被告不利之認定時（例如無罪改判有罪；輕罪改判較重之罪），方有發回原審之必要，故強調關於實體認定事項，為避免重組的國民法官心證受污染或不當影響，應嚴禁任何人於審判庭陳述原判決遭發回之理由[2]。當然，為求程序一致，避免減損民眾對新制的信心，在無法律明確規定的情形下，宜由司法院制訂相關指導原則，供法院作為參考依循。

（作者為連江地院院長）

### 註釋

[1] 井上正仁教授於 107 年 5 月 3 日在臺南地院演講「日本裁判員裁判與上訴」時亦不諱言，日本裁判員案件經第二審發回之實際案例少，按照個案自行探索適當的運作方式。

[2] 司法院於 103 年度組團考察日本裁判員制度時，於 103 年 6 月 26 日赴東京大學與井上正仁、大澤裕教授座談時，針對日本裁判員案件經第二審撤銷發回更審之作法，大澤裕教授指：「日本法律規定凡是撤銷發回的情形，第二審判決對於發回後的第一審有拘束力，不能有相異的判斷，如果第一審行裁判員裁判，第二審必須告訴第一審裁判員不能為與第二審內相異的判斷，而且第一審還必須進行更新審理的程序，須將先前第一審的程序以法庭播放錄影方式重新現行」等語，見考察報告第 118 頁。

WEEKLY 周刊 歡迎 高參 一、本刊歡迎兼顧理論與實務、探討司法制度、法學新知的作品。文長宜在八千字以內，以利一次刊出。文後請加註作者服務機關及職稱，以利參考。二、本刊並歡迎司法人員的故事。

# 遠親不如近鄰

## —令人唏噓的拆屋還地事件

文／趙信義

俗話說「遠親不如近鄰」，這句話只說對一半，能夠當鄰居也算前世修來的因緣福份，鄰居關係雞犬相聞，和睦景象確實比遠在天邊的親戚好。老子《道德經》：「甘其食，美其服，安其居，樂其俗。鄰國相望，雞犬之聲相聞，民至老死，不相往來」，正是老子無為而治的最高境界。但是，如果碰上不講理，不友善，非常惡劣的近鄰，那恐怕會成為夢魘。

在法院強制執行案例中，拆屋還地事件的複雜性一直是執行人員不可承受的重，執行人員戒慎恐懼的心境可想而知。此類事件如複雜程度高，執行時間往往要數年之久才能執行完畢，對執行人員及債權人、債務人都是難以抹滅的折磨。輪分到這件拆屋還地案件，詳讀判決書後，引發我的好奇心，拆除的標的竟是一間豬寮，從判決主文無法具體瞭解物體拆除範圍，乃排定期日赴現場履勘。

為期執行順利完成，定拆除房屋期日前應作充分準備，如有界址不明情形，須函請地政機關派員於執行期日在現場指界，如債務人有拒不履行情形，宜先函請電力、自來水、瓦斯等機構派員到場協助，切斷水電、瓦斯。履勘期日經債權人會同地政測量人員引導至位於新北市林口區偏僻農村的執行標的，鄰里房屋摻雜坐落，系爭豬寮坐落於債務人住家屋後，從外觀審視似已廢棄許久，部分屋角甚至已經傾圮。經地政人員就判決書測量成果圖量定拆除範圍，令人訝異的是，待拆除範圍只是廢棄豬寮一面長度約 50 公尺、寬度約 10 公分的牆面，債務人廢棄的豬寮佔用鄰地的範圍只是一條寬度約 20 公分，長度約 50 公尺細長的土地，土地緊鄰溝渠，外觀上並無任何利用價值。令人好奇債權人為何會發動這件民事訴訟？現場製作履勘筆錄時，詢問雙方當事人有無轉圜餘地，豈料引起兩方人員爭吵。

原來債權人、債務人是毗鄰而居 50 餘年的老鄰居，債權人向林口區公所承租一塊鄉村用地作為道路使用，雙方長期因土地使用問題爭執不斷，已衍生民事、刑事官司數件；債權人提起債務人越界建築訴訟，經民事法院審理後，測量結果顯示債務人所有之豬寮確實越界佔用債權人所承租的土地。二審判決確定，經債權人聲請強制執行，但債務人的立場始終認為判決違法，豬寮已存在 30 餘年，債權人都沒有異議，為何在雙方關係交惡後提起訴訟，且豬寮已荒廢數年，並未阻礙債權人行使權利，主張債權人聲請執行無理由。

我向債務人說明，執行人員只能依確定判決主文意旨執行，勸諭債務人是否自行將廢棄的豬寮拆除，返還土地給債權人。債務人主觀上仍認為執行程序違法，不願自動履行拆除責任，並聲稱債權人可拆除牆面，但如導致非拆除範圍的豬舍倒塌，債權人就要負擔損害賠償責任。債權人則請求依法處理，堅持拆除。這樣一件拆屋還地事件，摻雜個人恩怨因素，顯難轉圜，拆除工程必須由專業人員鑑定，避免衍生其他法律爭議。

再次會同土木結構技師公會技師到場履勘，技師現場勘查後，面露難色，因為拆除工程的難度超過他的專業範圍，廢棄豬寮已呈現傾倒現象，樑柱一旦拆除勢必整個坍塌，如果僅拆除判決的範圍，必須重建新的牆面支撐，工程費用不僅龐大，從社會公益角度而言，毫無意義。詢問債權人、債務人意見，當事人雙方均仍堅持己見，且陳稱積怨已深，必須讓對方得到教訓才能消除心頭之恨；眼見無妥協空間，執行程序只能繼續進行。數月後，承辦土木結構技師出具一本厚厚鑑定報告書，鑑定費用約逾 20 萬元。

突然有一天，本股收到債權人撤回強制執行狀，驚喜之餘讚美債權人還算是良善之人，但經仔細核對債權人印章似乎有些異樣，原來，債務人盜刻債權人印章，偽造債權人撤回強制執行狀。異想天開的行為又衍生出一件刑事案件，本股只得依職權告發債務人偽造文書罪，移送地方檢察署偵辦，最後債務人遭判處有期徒刑 6 月，債務人內心的恨意及無知讓自己再度陷入更難堪的境地。

經過數次履勘程序及訊問，最終債權人提出拆除計劃書，同意以牆壁打洞的方式把牆壁打掉，但保留主要樑柱，避免整個豬寮全部倒塌。這件拆屋還地事件歷經 3 年時間執行完畢，執行費用逾 90 萬元，由債權人先行預納費用，再依法由債務人負擔全部的執行費用。這件毫無意義的拆屋還地事件，因債務人無力負擔執行費用，經債權人聲請查封、拍賣其住家房屋抵償，雙重打擊之下，債務人高齡老父悲憤離世，令人不勝唏噓。

「夫法者，所以興功懼暴也。律者，所以定分止爭也。令者，所以令人知事也。」法律規範的意義在於使民眾面臨紛擾爭議事件時，得以理性謹慎行事，知所進退，而非作為報復工具。綜觀本件拆屋還地事件的歷程，債權人、債務人雙方積恨甚深，雖然比鄰而居，但已形同恐怖的夢魘，從第三者角度觀之，毋寧是兩敗俱傷。「遠親不如近鄰」，這種說法只對了一半，應該改成「遠親不如友善的近鄰」。

（作者為新北地方法院一等書記官）

WEEKLY 周刊 訂閱 一年400元 訂閱 劃撥 號 4377 戶 司法周刊

# 國民法官判決與上訴審角色

文／林信旭

## 前言

一、歷經數十年研議、叩關，設計規劃國民參與刑事審判制度的國民法官法（以下稱本法）終於要在 2023 年 1 月 1 日正式施行。本法就一審適用國民法官程序（以下視文句前後脈絡或簡稱為「參審程序」）案件，不論在合議庭成員、卷證不併送、審理程序或評決要件等方面，與傳統由職業法官擔當的刑事案件，都有相當大的不同。至於上訴審部分[1]，本法僅設計 4 條（即第 89 條至第 92 條，以下稱系爭上訴規定），對於二審程序的運作，可能有不少部分需留待實務、學理填補。

二、在刑事訴訟歷史上，一審程序如有鉅大變革，往往牽動上訴程序的變化，上訴程序不僅要配合一審程序相應調校，尊重一審國民參與審判（以下或稱參審）裁判與否，更成為左右二審走向的關隘。又因上訴程序的運作，同時會回饋、波及影響一審程序[2]，故有論者較誇張地描述：「二審法院如果不斷輕易地撤銷經由參審程序作成的事實認定及量刑判斷，參審制度大概就難以再繼續維持下去，因此似無法否定：二審的審理及裁判，有掌控參審制度榮枯的可能性」[3]，「二審法院的運作情況如何，不僅對參審制度本身會造成重大影響，甚足以左右一國刑事司法的命運」[4]。

三、承上所述，關於適用參審程序案件，在一般素人參與、程序大幅變動、增訂系爭上訴規定，尊重國民正當法律感情、彰顯國民主權理念，及維繫參審制度存續等背景的交錯環繞之下，本文主要想討論的是：

（一）對二審的審理構造有何影響？即二審是否會往事後審（兼續審制）構造偏移？二審審理方式是否應相應調整？

（二）關於事實誤認審查基準部分，本法第 92 條第 1 項但書（以下稱系爭但書）似採「經驗、論理法則違反說」（以下稱法則違反說），是否會因一審判決為「有罪」判決或「無罪」判決，以致審查基準有所不同？

（三）就量刑審查部分，除抽象地、觀念地強調應尊重一審的量刑判斷外[5]，是否可嘗試繪製一審查圖表，供二審法院作為量刑審查的出發點？並提出具體案例，讓討論更加具象？

## 適用國民法官程序案件，二審是否往事後審（兼續審制）構造偏移？

一、關於這個問題，已有法官前輩分別指出「國民法官案件的二審採續審制兼事後審制」；或「續審制兼採事後審查制之混和制，立法構造上，以續審為原則，事後審為例外」[6]。但因本法第 90 條第 2 項、第 91 條、第 92 條第 1 項、第 2 項具有事後審查的特徵，第 90 條第 1 項另有限制續審的意旨，針對適用國民法官程序的上訴案件，在現行刑事訴訟法（以下稱刑訴法）的覆審構造下，二審似兼採事後審查及限制續審的機制[7]，從而，解讀為：行參審案件，二審會往「事後審（兼續審制）」構造偏移似也是一可能的思考方向，至於理由部分，詳述如下：

（一）本法第 90 條第 2 項規定：有證據能力，並經原審合法調查之證據，第二審法院得逕作為判斷之依據。立法理由略為：「具備證據能力，且已於原審經合法調查，而得作為證據之資料，如再重複……調查人證、書證及物證之程序，非但無助於當事人訴訟權益，更與訴訟經濟有違，而無從實踐有效率之刑事審判」。可知，行參審的二審上訴案件，二審法院無須再立於「第二個」第一審角色，進行從頭重覆調查的覆審程序，而是審視一審業已調查完畢的證據，檢討原判決事實認定等是否允當，與立於事後審構造的日本刑訴法第 394 條[8]難認有何軒輊，就此部分，應認已向覆審構造訣別。

（二）區別事後審、續審、覆審的指標因子略為：審判對象（對象為案件本身的話，是續審、覆審；事後檢討原判決當否的話，為事後審）；審判資料（原則上限定審查證據資料的話，為事後審，不限定的話為續審、覆審[9]）。查：

**1.** 本法第 90 條第 2 項立法理由略為「上訴案件固應……以檢視『原審判決』是否有經驗法則或論理法則之違誤」，第 92 條第 1 項立法理由載明：「除第二審法院認為『第一審判決』認定事實違背經驗法則或論理法則，顯然影響於判決外，原則上不得違予撤銷」。

**2.** 本法第 90 條第 1 項本文規定：……於第二審法院，不得聲請調查新證據。立法理由略為：提起第二審上訴後，如仍准許聲請調查新證據，將喪失參審落實集中審理之精神，因此有必要限制於二審聲請調查新證據。

**3.** 所以，從審判對象、資料來看，適用參審程序的二審構造，立法者似有意往事後審方向偏移。

（三）關於一審適用參審程序與二審的關係，一般認為在二審僅由職業法官組成的前提下，除非二審立於法則違反說的「事後審查」觀點，否則實難以正當化二審為何可以撤銷一審的事實認定[10]。查系爭但書規定：關於事實之認定，原審判決非違背經驗法則或論理法則，顯然影響於判決者，第二審法院不得予以撤銷，明顯採法則違反說，由於該說與事後審構造較為相容親近[11]，所以從這一點來看，立法者對適用參審程序的二審，似有往事後審制偏移的意味。

（四）行參審之案件上路後，可預期於準備程序應明確整理爭點，嚴選證據，於公判庭應更徹底貫徹直接、言詞審理原則，並藉由連日、集中審理，致力於在公判庭形成心證，由於一審審理風貌的轉變，立基於此基礎的一審，所形成的心證質地似較為優越[12]。相較於此，二審既未直接接觸證據，應不得無條件否定一審判斷，連帶牽引二審審查姿態應往更謙抑方向修正，與事後審於本質上的制約相對映，從而，參審對於上訴審的最大影響，應就是二審似應往事後審方向純粹化、徹底化[13]。

（五）從比較法觀點來看，日本於設計國民參與刑事審判的裁判員制度時，在容許對裁判員判決提起上訴，且二審仍由職業法官組成的前提下，亦面臨二審法院撤銷一審的事實認定時，應如何正當化的問題。對此，他們認為：運用上應更加徹底落實二審法院的事後審性格，如此才足以正當化「僅由職業法官組成的二審法院」為何可以審查、撤銷一審判決[14]。查本法有不少條文似係借鏡日本裁判員法[15]，從而，日本裁判員法的因應操作，應也可作為我國二審法院定位、走向的參考。

二、承上一、，本法第 4 條規定，行參審之案件，除本法有特別規定外，適用刑訴法等規定，立法理由也提到參審仍為刑事審判之一種，是依刑訴法第 364 條規定，二審審判，除本章有特別規定外，應準用一審審判規定。但依本法適用參審程序案件，二審既已往事後審（兼續審制）方向偏移，下述二審程序，似會因此產生變動：

（一）關於調查證據部分：本法第 90 條第 2 項立法理由已載明，經一審合法調查，得作為證據之資料，無須重複依本法第 73 條第 1 項等規定進行交互詰問、提示、使辨認、宣讀、告以要旨或交付閱覽等調查人證、書

（文接三版）

## 注釋

1 本文提到的上訴審，專指二審，不包含三審。

2 後藤昭，〈上訴制度のあり方〉，刑事弁護 33 號，2003 年 1 月，第 34 頁。

3 原田国男，〈量刑をめぐる諸問題―裁判員裁判の実施を迎えて〉，判例タイムズ 1242 號，2007 年 8 月，第 81 頁；龍岡資晃，〈上訴審のあり方〉，論究ジュリスト，2012 年，第 79 頁。

4 石井一正，〈「裁判員制度のもとにおける控訴審のあり方」の連載終了に当たって〉，判例タイムズ 1278 號，2008 年 11 月，第 22 頁。

5 城下裕二，〈裁判員制度における量刑〉，法律時報 81 卷 1 號，2009 年 1 月，第 20 頁。

6 文家偉，〈國民法官制之上訴審查—以美國上訴審查標準為例〉，月旦裁判時報 101 期，2020 年 11 月，第 94 頁（但同法官於 2021 年 5 月司法院舉辦座談會中所提書面資料第 1 頁，似另補充為「二審之定位—事後審兼續審制」）；吳秋宏，〈「國民法官制度與上訴審審理」專題講座座談參考資料〉，2021 年 5 月，第 6 頁。

7 陳瑾財，〈我國國民法官制度下第二審上訴之審理結構〉，2021 年 5 月，第 6 頁；又朱石炎教授則認為：本法對於第二審上訴，已有接近「事後審兼續審制」之取向，朱石炎，〈國民參審案件上訴審之構造〉，司法周刊第 2022 期，2020 年 9 月 25 日，第 2 版；另邱鼎文法官表示：「本法修訂 4 個條文修正覆審制，期待朝事後審兼續審制方向運作」，〈「國民法官制度與上訴審審理」座談會與談意見〉，2021 年 5 月，第 1 頁。

8 日本刑訴法第 394 條規定：經一審採列之證據，於二審亦得作為證據。

9 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 238 頁，第 430 頁；日本最高裁判所大法庭昭和 46 年 3 月 24 日判決也表示：二審原則上如定調為事後審的話，二審並不是與一審立於相同立場審理案件本身，而是以一審判決為對象，對該判決進行事後審查。

10 酒巻匡，〈裁判員裁判と控訴審の在り方：課題と展望〉，刑法雜誌 54 卷 3 號，2015 年，第 396 頁。

11 同前註 4，第 31 頁。

12 田淵浩二，〈裁判員裁判と量刑不当〉，法と心理 14 卷 1 號，2014 年，第 38 頁。

13 的場純男，〈控訴審から見た裁判員制度〉，載於「植村立郎判事退官紀念論文集」，2011 年 7 月 20 日第 1 刷，第 596 頁、第 606 頁；酒巻匡，〈裁判員制度と上訴審の在り方〉，載於「刑事訴訟法の争点」，2013 年 12 月 30 日發行，第 21 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 17 頁。

14 井上正仁，〈「考えられる裁判員制度の概要について」の説明〉，2003 年 10 月 28 日，瀏覽網址：https://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/saibanin/dai28/28siryou3.pdf，最後瀏覽日期：2021 年 6 月 10 日。

15 這一點應可從第 9 條、第 10 條、第 15 條等諸多條文看

（又接二版）

證及物證的程序。

（二）關於辯論次序部分：刑訴法第 289 條第 1 項、第 2 項前段固規定：「調查證據完畢後，應命依下列次序就事實及法律分別辯論之：一、檢察官。二、被告。三、辯護人。」「前項辯論後，應命依同一次序，就科刑範圍辯論之。」但於事後審構造下，因二審任務在於判斷一審判決的當否，所以似應先由提起上訴者，指摘原判決之瑕疵，次由他造當事人反駁。參以，日本二審實務似也是由提起上訴者根據上訴書狀先行進行辯論，終了後再由對造當事人，對上訴表示意見或提出反駁[1]。適用參審程序的二審構造既已偏向事後審兼續審制，是否仍應硬套刑訴法第 289 條第 1 項、第 2 項前段的辯論次序，似有檢討必要性。

（三）關於訊問被告部分：刑訴法第 288 條第 3 項規定：「除簡式審判程序案件外，審判長就被告被訴事實為訊問者，應於調查證據程序之最後行之。」最高法院 97 年度台上字第 2881 號、107 年度台上字第 2958 號判決均認為：訊問被告被訴事實……有必要時方始為之。具體個案……有無行被訴事實訊問必要，乃屬事實審法院行審判程序時依職權自由裁量事項，苟認無調查必要，而未予訊問，亦無違法。參以日本最高裁判所第 1 小法庭昭和 25 年 10 月 12 日裁定，亦認為：二審並非一審程序的覆審，因此對於一審判決認定事實、適用法律的事後審查程序，不必然要給予被告陳述及最終陳述的機會。準此，適用參審程序的二審構造，既已偏向事後審兼續審制，是否仍無差別要踐行刑訴法第 288 條第 3 項的訊問被告程序，似難認為無疑。

（四）關於通知被害人到場部分：刑訴法第 271 條第 2 項規定：「審判期日，應傳喚被害人或其家屬並予陳述意見之機會。但……法院認為不必要或不適宜者，不在此限。」適用參審程序的二審既已往事後審兼續審制偏移，加上本法第 90 條第 1 項前段已明定，證據資料（應包含量刑資料）原則上以一審言辯終結前為據，如果二造當事人沒有提出聲請，在當事人進行之訴訟結構下，二審法院是否仍有必要依職權傳喚被害人或其家屬到場，似非無研究餘地。

三、關於事實誤認部分

關於系爭但書的文義射程為何？是否僅限於一審判決結果為「無罪」判決？如一審判決結果為「有罪」判決，是否應改採「心證優先說」[2]？也就是說：是否會因一審判決結果為有罪或無罪，致二審法院的事實誤認審查基準有所不同（即一審有罪→心證優先說；一審無罪→法則違反說）？對此，似有下述不同看法：

（一）**消極說**：不會因一審判決結果為何（有罪或無罪），致二審法院的事實誤認審查基準有所不同（即不論一審判決有罪、無罪，均一體適用法則違反說），理由如下：

**1.** 從文義上來看

不論在性質上、定義上，或者一審判決結果是有罪、無罪，抑或提起上訴者是檢察官或被告，對於證據信用性評價或證據、間接事實的綜合評價，系爭但書並沒有為任何的區別，故不管一審判決結果為何，「法則違反說」都發揮同樣的判斷審查作用。相對地，如依積極說（詳下述）操作，會因一審判決結果為有罪或無罪的不同，而有相異的審查基準。例如在檢察官起訴殺人，一審否認殺意、認定傷害致人於死的案件，如二造當事人都不服，分別提起上訴時（檢察官主張被告有殺意，被告否認有傷害故意），究要如何操作？[3]

**2.** 從制度設計旨趣及尊重國民法官判斷觀點來看

（1）歷史事實真相並非先驗存在，導入參審意旨、目的，在於反映國民健全良識、觀點及視野，就事實認定部分來說，3 個人的眼睛，應尊重 9 個人的眼睛於直接觀察包含證人供述態度等證據資料後所作出的綜合判斷[4]，所以由職業法官所組成的二審法院，縱對於一審法院的有罪認定存有疑義（惟認該有罪認定還沒有達到法則違反的程度），此時如認：二審法院的心證，優先、凌駕於一審國民法官法庭的心證，似與制度的設計旨趣，難認具有整合性[5]。

（2）導入參審的目的之一，在於反映國民正當法律感情，彰顯國民主權理念，豐富法院判斷的視角及內涵（本法第 1 條及其立法理由參照），上訴審法院自應本於參審制度宗旨，妥適行使審查權限，不宜輕易選以閱覽第一審卷證後所得不同心證，即予撤銷（本法第 91 條及其立法理由參照）。也就是說：為了貫徹參審制度旨趣，二審法院應盡量尊重一審法院的判斷，對一審法院作出的事實認定應避免（過度）介入[6]，對一審有罪判決如採心證優先說，顯與上開規定及意旨難認相容。

（3）不論一審判決結果為何，都是國民社會常識等的反映：

適用參審程序的一審判決，既然已反映、融合非法律專家的廣泛知識、經驗，自不會因一審判決為有罪或無罪，而有所差異。二審法院如不能具體指出一審判決有何法則違反之情，僅單憑自己的心證疑義，即以此優先、凌駕國民法官法庭的認定判斷，不管在實定法上，或理論上，都難以正當化[7]。也就是說：二審法院明明無法基於「法則違反說」，具體指摘且提出足以令人信服的根據，僅憑一審法院的認定與二審有異，因而對被告為有罪判決仍有疑義，即予撤銷一審判決的話，則二審法院的判斷、本身即頗難認為合理[8]。

**3.** 從適用參審程序的特殊評決要件來看

從本法第 83 條第 1 項的特殊評決要件來看，單憑職業法官或國民法官的一方意見，均無法形成而作出合議庭的事實認定。但職業法官雖僅是少數意見，他（她）如果能得到國民法官多數意見的贊同（如職業法官 1 人，國民法官 5 人以上），即可形成並作出合議庭的事實認定。準此，立法者既已肯認在此情形下，可以作出事實認定，如反過頭來認為：因一審職業法官沒有扮演好擔負維繫自律性的角色，此時二審法院應遞補介入，而以心證不同為由，凌駕一審作出的事實認定，似有無視本法第 83 條第 1 項規定的疑義。

**4.** 從比較實務觀點來看

日本最高裁判所下述幾則裁判，似一致認為不論一審判決結果為何（有罪或無罪），均一體適用「法則違反說」，否認一審判決如為有罪，應採「心證優先說」該不同審查基準[9]。

| | |
|---|---|
| 第 1 小法庭 | 平成 24 年 2 月 13 日判決 |
| | 平成 25 年 10 月 21 日裁定 |
| | 平成 26 年 3 月 10 日裁定 |
| | 平成 26 年 3 月 20 日判決 |
| | 平成 26 年 7 月 8 日裁定 |
| 第 3 小法庭 | 平成 25 年 4 月 16 日裁定 |

（二）**積極說**：系爭但書的射程距離，限於一審判決為「無罪」判決，如為「有罪」判決，應採心證優先說（即一審有罪→心證優先說；一審無罪→法則違反說），理由如下：

**1.** 從本法第 83 條第 1 項特殊評決要件來看

（1）裁判並非判斷者的利害及好惡，為保障人權，本應依法審理裁決（法的自律性），而且不可以因導入、引進參審制度，而使被告立於更不利的地位。

（2）本法第 83 條第 1 項規定：「有罪之認定，以包含國民法官及法官雙方意見在內達三分之二以上之同意決定之。未獲該比例人數同意時，應論知無罪之判決或為有利於被告之認定。」本條項立法理由略為：為同時反映法官專業意見及國民法官正常法律感情，認定被告罪責須包含法官及國民法官雙方意見在內達 2/3 以上之同意，俾使有罪之認定更具超越合理懷疑之正當性。可知，對被告為不利的罪責（事實）認定，至少應包含 1 名職業法官的意見，如果職業法官都不贊成的話，即無法為有罪認定，在這樣的特殊評決要件下，可見，對於一審適用參審程序的事實認定，批判的對象並非國民法官，而是職業法官，就觀念來說，二審法院就一審有罪認定部分，是針對潛在的職業法官贊成部分，與審查傳統職業法官的判決並無不同，故仍應採以同樣的基準（心證優先說），以擔保裁判自律性。

（3）承上（1）、（2）所述，身為法律專家的職業法官，不管與國民法官的意見是否一致，他（她）仍應擔負維繫自律性（保障人權）的任務，一審法官如無法成功扮演該角色（如一審 2 名職業法官認定無罪，僅 1 名認定有罪，並有 5 名以上國民法官認定有罪，依本法第 83 條第 1 項規定，應為有罪認定。但在傳統職業法官審理的案件，此時應對被告為無罪的論知），二審法官應遞補完成該任務。簡單地說：由職業法官組成的二審法院，對於國民法官參與作成的有罪認定，仍得以有合理懷疑存在為由，撤銷一審有罪判決[10]。

（下期待續）

（作者為臺灣高等法院花蓮分院法官兼庭長）

註釋

出來：王逸揚，〈國民參與審判案件之上訴審（上）〉，司法周刊第 2046 期，110 年 3 月 19 日，第 2 版。更直言：「本法的主要架構，是參考『日本裁判員』制度而來」。

[1] 青柳文雄等共著，《註釋刑事訴訟法第 4 卷》，1982 年 3 月 1 日初版 1 刷，第 177 頁、第 178 頁。

[2] 心證優先說一般係指：一審法院的事實認定固還未到違法則違反誠程度，但因一、二審法院關於證據取捨選擇或證據綜合判斷有所不同，應認二審法院的心證優位於一審法院的認定。東京高等裁判所刑事部部總括裁判官研究会，〈控訴審における裁判員裁判の審査の在り方〉，判例タイムズ 1296 號，2009 年 7 月，第 8 頁。

[3] 酒巻匡，前揭註 10，第 398 頁、第 399 頁。

[4] 原田國男，〈裁判員裁判の量刑と控訴審〉，法と心理 14 巻 1 號，2014 年，第 47 頁。

[5] 大島隆明，〈裁判員裁判と控訴審の役割：実務家の視点から〉，刑法雑誌 54 巻 3 號，2015 年，第 380 頁、第 381 頁。

[6] 杉森研二，〈裁判員制度導入後の控訴審〉，載於「鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集（下巻）」，2007 年，第 757 頁。

[7] 東京高等裁判所刑事部陪席裁判官研究会（つばさ会），〈裁判員制度の下における控訴審の在り方について〉，判例タイムズ 1288 號，2009 年 4 月，第 9 頁。

[8] 小森田恵樹，〈保護責任者遺棄致死被告事件について，被害者の衰弱状態等を述べた医師らの証言が信用できることを前提に被告人両名を有罪とした第 1 審判決に事実誤認があるとした原判決に，刑訴法 382 条の解釈適用を誤った違法があるとされた事例〉，ジュリスト 1501 號，2017 年 1 月，第 98 頁。

[9] 小森田恵樹，前揭註 23，第 98 頁；檜井英夫，〈覚せい剤を密輸入した事件について，被告人の故意を認めながら共謀を認めずに無罪とした第 1 審判決には事実誤認があるとした原判決に，刑訴法 382 条の解釈適用の誤りはないとされた事例〉，ジュリスト 1484 號，2015 年 9 月，第 112 頁。

[10] 後藤昭，〈裁判員裁判と控訴審の役割〉，刑法雑誌 54 巻 3 號，2015 年，第 369 頁。

家事調解，可里生
關係不再　愛永在
法院家事調解制度讓您不需訴訟，透過法院所選任具專業知識和經驗的調解委員，
法院
WEEKLY
周刊
訂閱
訂閱
4377
戶
司法周刊

# 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[11]。

**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[12]。

（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[13]。

**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[14]。

**（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[15]。

## 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[16]。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[17]。

（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[18]。

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[19]。

（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[20]。

三、關於二審量刑審查事項，參考下述文獻[21]，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蝸居在家的生活（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：「自己見食及出錢買東西」，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）

## 注釋

[11] 中川孝博，〈裁判員制度のもとにおける控訴審のあり方〉，刑事弁護 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。

[12] 杉森研二，前揭註 21，第 755 頁。

[13] 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。

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

[15] 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。

[16] 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。

[17] 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〉，裁於「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〉，裁於「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。

[18] 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，最近數年二審等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。

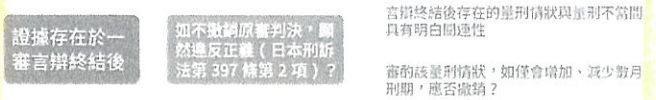
[19] 千葉勝美裁判官於最高裁判所第 2 小法庭平成 27 年 2 月

法源法律網 www.lawbo
檢索全部法規、司法判解、行政函釋、裁判書、起訴書、論著
TEL:02
109 已經
事業勞動法庭

一欄式檢索、各類資料進階檢索
裁判書
509-3536
年元旦施行!
勞動事件法
解決勞資糾紛
勞工權益有保障
法院




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，浮現「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[3]，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[4]。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[5]。

**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[6]，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[7]），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。

[3] 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。

[4] 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；中川圭一，〈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。

[5] 中川圭一，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，〈情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。

[6] 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。

[7] 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。

[8] 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（法学セミ十一増刊）14 號，2014 年 4 月，第 144 頁、第 145 頁。

[9] 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。

# 國民法官判決與上訴審角色

文／林信旭

下

（又接上期）

五、關於宣告刑（大幅）逸脫量刑趨勢部分

**（一）事實概要：**

被告 2 人（甲、乙）共謀傷害，於 2010 年 1 月 27 日，在大阪府住處，甲以手掌強烈摑打被害人（當時年齡為 1 歲 8 月）頭部 1 回，致被害人頭部撞擊地板，受有急性硬腦膜下血腫等傷害，延至同年 3 月 7 日因腦腫不治死亡。

**（二）大阪地裁平成 24 年 3 月 21 日判決、大阪高裁平成 25 年 4 月 11 日判決：**

審酌犯情及一般情狀因子後，基於以下理由，對被告 2 人分別量處 15 年（檢察官各求刑 10 年）：

**1.** 關於求刑部分：未考量犯行背景存在著長期未保護、虐童的惡質性、及未充分審酌：妄想把責任推卸給次女的犯罪後態度。

**2.** 關於社會情勢部分：在高度要求尊重兒童生命的社會情勢下，量處較先前嚴厲的刑度，應符合法律修正及社會情勢。

**3.** 關於同種案件量刑趨勢部分：因登錄數量有限，無遺漏地把握量刑因子是有困難的，不光是檢視各個判斷的妥當性，要與本案進行精確比較，也有困難。加上量刑趨勢僅是作為量刑參考，在事實上、法律上都不能拘束本案，故量刑結果縱然逸脫同種案件的量刑分布，也難立即認為不當。

**4.** 對被告 2 人涉犯傷害致人於死罪，各量處 15 年，既然均收斂在有選擇餘地的法定刑範圍內，應尚難認為過重而有量刑不當之情。

**（三）最高裁判所第 1 小法庭平成 26 年 7 月 24 日判決：**（包含白木勇裁判官所提補充意見，以下稱系爭最高判決）

**1.** 經由裁判先例的累積，可以依各個犯罪類型形塑出一定的量刑趨勢。先例集積本身，雖不能直接與法規範性劃上等號，並不具有法的拘束力，且會伴隨社會情勢及國民意識變化等原因而徐緩變化，尤其行參審制之後，不難想像對於先例集積結果可能產生一定程度的變化，自然不要求須遵照量刑趨勢為量刑，但是在量刑決定時，量刑趨勢應具有指針意義。

**2.** 量刑既為裁判一環，為獲得外界認可折服，除了應客觀適切評價量刑因子外，更要求量刑結果不得損害公平性、行參審案件也不例外。由於審酌量刑趨勢乃是擔保量刑判斷過程適切與否的重要要素，自不因其是否為參審案件而有所不同。反面來說，如果忽視量刑趨勢對於量刑判斷的重要性，量刑評議無異淪落成在沒有合理指針的導引下，所進行的直觀意見交換而已。

**3.** 行參審案件，如以改變量刑趨勢意圖進行量刑作業，固難率加否定。但基於公平性觀點，具有改變意圖的量刑判斷，為了得到認可折服，針對不應以先前量刑趨勢作為前提的量刑因子（如在形成量刑趨勢的先例中，不存在或未被意識到的因子），應具體地、說服性地載明於合議庭判斷中。

**4.** 本案下級審量刑，已偏離量刑趨勢，大幅超過檢察官求刑，且難認為已揭示具體性、說服性根據，量刑顯然不當，爰撤銷下級審判決，對被告 2 人各量處 10 年、8 年。

**（四）本文簡釋：**

**1.** 本案例直球對決「同種案件公平性」、「個別案件妥當性」此相剋、碰撞的量刑理論根本問題。系爭最高判決基於公平性觀點，一方面強調審酌量刑趨勢的重要性，另一方面以揭示具體性、說服性根據為條件，容認參審案件可以調整量刑趨勢。但從同判決課予「根據提示義務」來看，系爭最高判決似偏向肯定量刑趨勢有（一定程度）拘束力，且不容許急遽式變更量刑趨勢[1]。由於在法定刑範圍內，把行為人的行為直接換算為一定量刑是相當困難的，所以國民法官法庭為量刑決定時，參考量刑趨勢應是不可欠缺的[2]。又因量刑趨勢可發揮國民法官與職業法官（不管是否同合議庭），或其他國民法官交流互動的功能，有助於參審制度的健全發展。準此，統計歸納並建構更完備的量刑趨勢，對於參審程序行將上路的我國，似已刻不容緩[3]。

**2.** 綜觀本案例歷審判決，系爭最高判決似認為如以非犯情因子為由，科處超過量刑趨勢之刑罰，恐會發生斟酌與行為責任相異質要素，量處超過行為責任刑度的結果，故為避免違反行為責任主義，認被告犯罪後態度、社會情勢等非犯情事實（即一般情狀、預防考量因子），應不在具體性、說服性根據的射程內。只有犯情事實（犯罪態樣惡質性、結果重大性、行為人主觀要素等）中，有特別值得非難的因子存在時，才得作為具體性、說服性根據[4]。按量刑事實評價錯誤，宣告超過行為責任刑度時，應已違反量刑基本原則[5]，日後行參審程序時，如有國民法官不太重視犯情事實，過度審酌被告惡劣性格等一般情狀，合議庭法官似宜作出適宜說明，除了避免參審評議僅是流於直觀感情表述的場域外，更要避免作出量刑評價錯誤或論知明顯偏離量刑趨勢的刑度。

**3.** 反映國民感情（如職業法官先前對一定犯罪類型評價過輕或過重）而徐緩變更量刑趨勢，固為參審審判被期待的功能之一，但過度的偏離量刑趨勢，往往有不對稱於行為責任構造的「隱形評價錯誤」疑慮[6]，行參審程序固然或可以較簡潔的形式製作判決書[7]，但為解消「隱形評價錯誤」及國民法官基於偏見逸脫量刑趨勢的疑慮，一審判決書對此點似宜敘明具體性、說服性的理由。

**4.** 刑法是以法益侵害為主軸，建構犯罪規定的基本架構，如容許作出破壞該基本架構的量刑判斷，不僅違反量刑趨勢，甚至還有違反罪刑法定主義及法治主義之虞，從日本實施裁判員制度的經驗來看，裁判員或有過度重視被害感情，甚提及應重新檢討罪質之情。因此，行參審案件評議時，職業法官似宜向國民法官詳細說明上情，避免輕忽各犯罪類型的區別及相互關係（如將「傷害致死」殺人化，「強制猥褻」強制性交化），作出破壞刑法基本架構的量刑判斷，此時「具體性、說服性根據論」，不僅可以有效防止、規制量刑判斷跨越基本架構，甚得以此作為說服國民法官的素材[8]，二審法院似也可以此作為量刑審查之方法。

**5.** 除往偏重（不利）方向逸脫外，基於量刑判斷的公平性及量刑程序適正性，往被告有利方向逸脫時（即量刑明顯低於量刑趨勢），似也在系爭最高判決射程距離內[9]。

## 伍 結語

國民法官制度是世紀重大司改工程，對包含一、二審的整體刑事司法，應會帶來深遠影響。在此參審制度下，二審的應然運作，端視如何精確掌握刑事審判理念、基本構造，同時調和參審目的、旨趣及刑事訴訟目的。二審的應然運作除了擔保、支撐參審制度的順暢、適正推動外，更進一步影響、波及其他非參審案件，可見二審在此重大司改工程中，不僅無法缺席、置身事外，更扮演關鍵性樞紐角色。在距離國民法官法施行日期已迫在眉睫之此刻，爰整理提出上述報告內容，供有興趣者參考、指正，並期盼有拋磚引玉的效果。

（作者為臺灣高等法院花蓮分院法官兼庭長）



## 註釋

[1] 城下裕二，〈傷害致死の事案につき懲役10年の求刑を超えて懲役15年に処した第一審判決及びこれを是認した原判決が量刑不当として破棄された事例〉，新・判例解説 Watch（法学セミナー増刊）通報判例解説17號，2015年10月，第189頁；亀井源太郎，〈量刑傾向と量刑〉，法学教室別冊附録414號，2015年3月，第44頁。

[2] 東京高等裁判所平成22年6月29日判決參照。

[3] 司法院目前固有建制「量刑趨勢建議系統」，但該系統提供查詢的犯罪類型似尚嫌不足，朱石炎，〈國民參審案件上訴審之構造〉，司法周刊第2022期，2020年9月25日，第3版。

[4] 岡光泽，〈傷害致死事件（最一小判平26.7.24）最高裁で量刑不当による破棄自判がされた事例〉，刑事弁護80號，2014年10月，第73頁；城下裕二，〈裁判員裁判と「同種事犯の量刑傾向」——最高裁平成26年7月24日判決を契機として〉，札幌学院法学31卷2號，2015年3月，第143頁，第144頁。

[5] 川出敏裕，〈控訴審の審査〉，論究ジュリスト31號，2019年，第121頁。

[6] 小池信太郎，〈傷害致死の事案につき、懲役10年の求刑を超えて懲役15年に処した第1審判決およびこれを是認した原判決が量刑不当として破棄された事例〉，論究ジュリスト18號，2016年，第224頁，第226頁。

[7] 今崎幸彦，〈「裁判員制度導入と刑事裁判」の概要　裁判員制度にふさわしい裁判プラクティスの確立を目指して〉，判例タイムズ1188號，2005年11月，第12頁，第13頁。

[8] 原田國男，〈量刑論〉，法学教室418號，2015年7月，第36頁，第38頁。

[9] 伊藤博路，〈傷害致死の事案で懲役10年の求刑を超えて懲役15年に処した第一審判決及びこれを是認した原判決が量刑不当として破棄された事例〔最高裁平成26.7.24判決〕〉，名城ロースクール・レビュー33號，2015年，第110頁；東京高等裁判所平成28年6月30日判決參照。

植根 教育法律實務
劃撥帳號：07929998 戶名：植根雜誌社有限公司 TEL (02)2707-2848 FAX (02)2708-4428
黃茂榮 著作 定價 900 元
訂購未付費請自行購買 植根法律
仍隨私權洩愾
公證 1 2 3 4

PDF-XChange Product
Click to buy NOW!
www.tracker-software.com

# 國民法官制度下第二審上訴之審理結構

2021/11/19

於台灣台南地方法院

成功大學法律系 陳運財

PDF-XChange Product Click to buy NOW! www.tracker-software.com

# 第一部分：總論／理論檢討

- **4. 國民法官法第90條及第92條之特別規定，改變了什麼？如何定位？**
- 改良式的覆審：在維持現行刑事訴訟法第二審覆審制的結構下(依刑訴法第364條規定準用第一審審判)，針對適用國民法官法庭審判的第一審案件的上訴，兼採事後審查及限制續審的機制。
- (1)事後審查的特徵
  - a. 第91條：「上訴審法院應本於國民參與審判制度之宗旨，妥適行使其審查權限。」
  - b. 第90條第2項：「有證據能力，並經原審合法調查之證據，第二審法院得逕作為判斷之依據」（得以書面審查，具審查審之性質）。
  - c. 第92條第1項嚴謹第二審法院撤銷原判決之要件
  - d. 第92條第2項限制第二審法院得自為判決之職權
- (2)限制性的續審：第90條第1項

PDF-XChange Product Click to buy NOW! www.tracker-software.com

# 第二部分：各論 / 問題檢討

## 7. 國民法官法第92條第1項但書之解釋

(1)第92條第1項但書所謂之「事實」

解釋上，應指第一審法院應經嚴格證明之對象事項，包括構成要件該當事實、阻卻違法或責任事由之事實等。不包括訴訟程序之事實、狹義的科刑情狀之事實。

(2)並不以對判決主文內容有影響作為唯一標準;對於構成要件評價造成更動亦屬可撤銷之範圍。例如：

a. 同一構成要件內的事實誤認：對於犯罪情節（主觀犯意、行為、結果、犯罪目的等）

b. 異於原審所認定之構成要件該當事實：不同罪名、未遂／既遂、共犯之參與型態（共同正犯／教唆／幫助）

# 國民參審案件上訴審之構造

文／朱石炎

國民法官法（以下稱本法）依其第113條規定，除關於地方政府造具國民法官初選、複選名冊，建置檢核系統，蒐集、處理、利用個人資料等極少數條文自公布日施行外，其餘條文目前尚未施行。本法原經司法院所提草案名稱為國民參與刑事審判法，更改名稱後，極易被誤認為法官法之特別法，無從顯示其係刑事訴訟特別程序法之地位。

本法為刑事訴訟法（以下簡稱刑訴）之特別法，凡地方法院第一審公訴案件符合參審規定者，必須優先適用國民參審特別程序；且對於參審案件判決後之上訴程序，亦有連帶影響。爰就參審案件上訴審之構造問題，撰成短文探討。

國民參審案件，依本法第2條第4款、第3條第1項及第82條、第83條規定，由法官3人及「國民法官」[1]6人共同組成「國民法官法庭」，9人共同進行合議審判，並共同進行評議，依序討論事實之認定、法律之適用[2]與科刑，而為有罪、無罪、免訴、不受理、管轄錯誤以及有罪科刑事項之評決。俟民國112年國民參審新制施行後，地方法院第一審公訴案件須經「國民法官法庭」審判者，其審理程序與刑訴所定通常程序頗有差異。因此，國民參審案件經上訴者，第二審法院如仍按照事實覆審現制進行審理，即嫌不相適合。

日本自平成21（西元2009）年5月實施裁判員制度以來，已逾11年。本法深受日本裁判員法影響，參審案件第二審上訴之審查基準，如何方稱恰當，實有參考該國司法實務見解之必要。日本最高裁判所於實施裁判員制度3年後，其平成24（西元2012）年2月13日（刑集66-4-482）具有指標意義之判例，對於經由裁判員參與合議審判案件，認為就事實認定部分，第二審上訴（日稱控訴）之審查，應持謙抑態度，俾能符合裁判員參審之本旨。

原案公訴內容、係指被告以營利為目的，非法輸入覺醒劑[3]，在日本成田機場當場查獲，認為涉有違反覺醒劑取締法及違反關稅法等罪嫌。被告以受託攜帶巧克力盒不知盒內裝放覺醒劑，在主觀上欠缺認識置辯；檢方則以被告承認受託攜帶假護照入境，獲酬30萬圓，且被查獲時應對無狀甚為狼狽等間接證據，指被告所辯不實。第一審經裁判員參與合議審判，認為罪證不足，諭知無罪判決。檢察官提起第二審上訴（日稱控訴），高等裁判所撤銷原判，改判被告有罪，宣告懲役10年併科罰金600萬日圓。案經提起第三審上訴（日稱上告），最高裁判所判決結果，撤銷高等裁判所之判決，駁回檢察官所提控訴，於是被告無罪確定。最高裁判所平成24.2.13.判例見解，認為日本法上控訴審之性質，以事後審為原則，並非居於第一審同一立場審理案件，而係以當事人訴訟活動作基礎所形成之第一審判決為對象，予以事後審查。第一審之審理，採行直接、言詞審理原則，關於爭點事項，已直接傳訊證人，並審酌其證述時之態度等情狀，判斷其信用性，據以綜合判斷，而為事實之認定。從而，控訴審審查原審是否誤認事實，應就第一審判決對於證據信用性之評價，或對於證據之綜合判斷，對照論理法則及經驗法則，有無不合理之情形，進行事後審查。所稱「誤認事實」之控訴理由[4]，應作如此詮釋。以導入裁判員制度為契機，在第一審直接審理、言詞審理徹底化之情況下，持此觀點，更加妥適。本案控訴審並未具體指明第一審判決有何上述不合理之情形，遽行撤銷改判，即屬適用法則不當。此案係由最高裁判所第一小法廷5位裁判官全員一致評決。（其中，裁判官白木勇之補充意見，強調裁判員制度實施後，第一審經裁判員參與合議審判，在量刑判斷[5]及事實認定方面，常能反映裁判員之各種觀點及感覺，控訴審對於原審依其審理所為判斷，應盡量予以尊重。）相隔6年後，上述判例仍為平成30（西元2018）年7月13日判例（刑集72-3-324）所沿用。

關於事實審上訴之構造，一般謂其類型有3，即：續審、覆審、事後審。我國刑訴第二審上訴採取覆審制，行之將近百年，與德國Berufung相似，德國學者比喻以eine zweite Erstinstanz（意指第二個第一審）相稱[6]，甚為貼切。其實，第一審距離事實發生時點較近，易於發見真實，本應以第一審之審判為中心，確切認定事實。現行刑訴第二審上訴為事實覆審，必須全面重複審理，所憑訴訟資料大多照舊，鮮有新增，未必有助於發見真實，反使第一審產生依賴感。刑訴主管機關司法院，早已注意及此，謀求革新。在民國84年施故院長啟揚先生主持為期1年之司法改革委員會中，即經研議確認第二審以事後審為原則、第三審為嚴格法律審之修法目標，俾能建立金字塔型之審級架構。隨後歷任院長，接續致力於相同目標，皆受諸多法外因素阻撓，未竟其功。民國107年6月，司法院依第二審改採事後審兼續審制、第三審改為嚴格法律審兼許可上訴制之立法原則，研提刑訴部分條文修正草案，致函行政院會銜進行立法程序，行政院依舊延宕不決。上述審級革新，迄今20餘年，未有進展。

日本控訴審本來即係採取事後審兼續審制，第一審刑事審判實施裁判員制度後，經裁判員參與合議審判所為判決，當事人如提起控訴，依循其制，尚無窒礙。輔以最高裁判所平成24.2.13.上述判例，更能順利接軌。我國刑訴在未完成金字塔型審級架構前，第二審仍須進行事實覆審，將來本法施行後，勢必影響國民參審制度之成效。

依本法第90條第2項規定：「有證據能力，並經原審合法調查之證據，第二審法院得逕作為判斷之依據。」同條第1項並就當事人於第二審之聲請調查新證據設有若干限制。又依第92條第1項但書規定，關於事實之認定，原審判決非違背經驗法則或論理法則，顯然影響於判決者，第二審法院不得予以撤銷。同條第2項更明定，第二審法院如撤銷原審判決時，原則上應就該案件自為判決。由此觀之，本法對於第二審上訴，已有接近事後審兼續審制之取向。惟因刑訴基本構造未變，第二審仍為覆審制，此與日本控訴審對於控訴理由設其嚴格限制者尚有差距。

目前與國民參審新制施行日期相距達2年有餘，本文至盼於規劃準備實施新制之同時，積極推動上述建立金字塔型審級架構之刑訴部分條文修正草案，能在本法施行前，及早完成立法程序，以期同步施行、順利接軌。此乃理想目標。

倘若原地踏步，屆時審級架構仍未完成調整，由於現制第二審須就原案上訴範圍，對於事實及法律兩方面，作完全重複之審理，仍以事實審立場，本於重複審理之心證，而為認事、用法、量刑，據以作出判決，即與參審制不相適合。本文試提下列建議：

（一）國民參審案件審理程序，較通常程序更加精緻，參與審判之「國民法官」6人，有其不同生活背景與人生閱歷，得以充分反映素民之正當法律感情，將來第二審法院受理第一審「國民法官法庭」判決之上訴案件，對於原審所為判斷，應以盡量尊重為原則；並依本法第91條規定，體認參審制度本旨，妥適行使審查權限。如以原審認定事實有誤為由而撤銷原判決時，即應具體指明對照經驗法則、論理法則究竟有何違背情事，方與本法第92條第1項但書規定相符。惟如原審法院怠於依本法第58條命為證據之開示，或未依第62條為准駁之裁定，復未於判決理由有所說明，而該項證據在客觀上攸關事實之認定，非經調查，難以發見真實者，第二審法院以現制事實覆審立場，自得依刑訴第163條第2項規定，本其職權，調查重要證據，不受

（文持三版）

## 註釋

1 法官，乃係憲法第80條及第81條明定之職稱，具有憲法上地位，不容套用；且依法官法第1條第2項規定，法官與國家之關係，為法官特別任用關係（與德國法官法所稱Richterverhältnis相當），非屬此種關係者，不容以法官相稱。日本實施裁判員制度，使用裁判「員」稱謂以示與裁判「官」有別。德國法官法第1條明定榮譽職法官（ehrenamtliche Richter）與職業法官同具審判權限，並於第1編第6章就榮譽職法官列有專章，而Schöffen（參審員）即為榮譽職法官，在德國具有法官地位。本法使用「國民法官」稱謂，旨已揭示「國民」二字，筆者認為難脫混淆參用法官職稱之嫌。再者，國民法官必須年滿23歲，已是公民，用語有文情學、至於改稱「國民法官法」，本審是否受日本法之影響，其實日本法全名為「關於裁判員參加刑事審判之法律」，充分顯示其係刑事訴訟特別程序法之地位，所謂「裁判員法」者，此乃簡稱，不可受其誤導。

2 關於法令之解釋，依本法第69條第1項規定，專由法官合議決定之，因此，依第82條所定終局評議程序，對於法律之適用，國民法官參與討論時，旨可反映素人法律感情，最終仍應由法官抉擇。

3 苯丙胺類及甲基安非他命、冰毒等興奮劑暨其相類製品。

4 日本刑訴第382條。

5 日本刑訴第381條。

6 Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, §54, Rn17., 29Aufl., 2017.

7 司法院自民國100年開始，依據刑事定讞案件資料，陸續建置若干罪名類型之量刑資訊，提供法官查詢，俾能盡量縮小同類案件之量刑差距，新見成效。

8 日本案例（最高裁判所平成26年即西元2014年7月24日判例，刑集68-6-925）：某夫婦虐童案，係成傷害致死罪名，檢察官起訴求刑10年，第一審經裁判員參與合議審判結果，重判各15年；控訴審維持原判；上告審最高裁判所將控訴審及第一審判決均予撤銷，自為改判被告夫、妻分別處以懲役10年、8年，綜合最高裁判所終審判決理由要旨，認為第一審以檢察官之求刑，並未針對虐童急質性及被告於犯罪後之態度，予以充分評價，且量刑檢索系統所示量刑傾向，蒐集案件數量不足，因而量處超過檢方求刑更重之刑，就裁判員參審之功能而言，固非毫無可取；惟累積案例顯示某類案件量刑傾向，係審的量刑情狀之存在事實，縱使欠缺法規範性，仍然有其量刑基準之機能，裁判員參審案件改變過往先例累積之量刑傾向，難無不可，仍須係有與同類裁判相較之公平性。控訴審及以一審量刑尚未逾越法定刑度而予維持，對於何以否定歷來量刑傾向可供量刑審的？並未敘述具體且具說服力之理由，認案量刑過重，如不撤銷自判，顯然違反正義，充予撤銷改判。（按照日本刑訴第411條第2款規定，案件雖不具備上告之法定理由，倘若原判決量刑甚為不當，如不撤銷顯然違反正義者，仍得將原判決撤銷。我國刑訴第三審目前尚非嚴格法律審，司法院民國107年6月所提修正草案第397條之1第3款，擬仿照採取類似規定。）

植根雜誌社 劃撥帳號：07929998 戶名：植根雜誌社有限公司 TEL:(02)2707-2348 FAX:(02)2708-4428
黃茂榮 著作 定價900元
訂購未滿 請自付郵
植根法律
JUDICIAL 司法 訂閱辦法
全年
費用新
如蒙 請郵
帳 5005 帳
司法院

新制
試題詳解
法學方法與現代民法（增訂七版）
1000元考
書 65 元
書城熱賣中
WEEKLY
周刊
訂閱
400元
訂閱
改劃撥
號
4377
戶
司法周刊

# 消費者債務清理條例
## 第64條之2增訂後對實務之影響 下

文／李怡諄

（文接上期）

### 參 消債條例第64條之2增訂後實務運作之問題及困境

而在消債條例第64條之2增訂前，法院本可藉由債務人於聲請之際所提出之財產及收入狀況說明書，審查債務人所為更生或清算之聲請是否符合法律之要件，並決定程序之進行。而先前實務之運作亦多有因債務人為圖不正當脫免其債務之履行，故於財產及收入狀況說明書為不實之陳報，包括隱匿財產及收入，或虛列支出等，而經法院由債務人所提出之支出明細及相關文書證據予以抽絲剝繭，進而調查相關事證，作為日後准否債務人開啟更生或清算程序，甚至在更生事件中，日後可否依消債條例第56條第2款之規定裁定開始清算程序，或依同條例第63條第1項第9款裁定不認可更生方案，再依消債條例第65條第1項之規定，轉為清算程序，甚至可能因調查之結果，限制法院得依職權認可更生方案之權（消債條例第64條第2項第2款），或於清算程序終結或終止後債務人應否免責之標準[1]，以均衡維護債務人及債權人雙方之利益[2]。然消債條例第64條之2增訂後，如嚴格貫徹該條文內容及意旨，客觀上將使法院無客觀存在之文書作為調查之「線頭」，恐怕將導致債權人之債權無法獲得應有之保障，並連帶影響法院進行債務清理之程序進行。尤有甚者，可能將使法院淪為債務人之「橡皮圖章」，而不當犧牲合法債權人之權益。

是以在消債條例第64條之2增訂後，如債務人主張其必要支出金額即為其住居所區域最低生活費用之1.2倍，而未提出任何原因、明細及相關佐證，法院於辦理消費者債務清理事件應如何達成兼顧債務人勞費及債權人利益？此即為一重要之課題。就此首先將面臨到之爭議，即涉及應如何適用法規。依現行消債條例第44條之規定：「法院認為必要時，得定期命債務人據實報告更生聲請前二年內財產變動之狀況，並對於前條所定事項補充陳述、提出關係文件或為其他必要之調查。」而消債條例第82條第1項亦明定：「法院裁定開始清算程序前，得依職權訊問債務人、債權人及其他關係人，並得定期命債務人據實報告清算聲請前二年內財產變動之狀況。」此應即賦與法院在必要時，仍可命債務人提出必要之說明及相關證明文件。

然現下可能立即出現之問題，即為縱法院依消債條例第44條或第82條第1項之規定，通知債務人提出關係文件及補充陳述，甚或到院據實報告，然債務人收受法院之通知後，仍援引消債條例第64條之2之規定，堅拒提出相關證明文件或到院陳述，則此時法院應如何處置？

筆者淺見以為，因消債條例第64條之2可謂為針對同條例第43條、第81條所為之內部性、細部性規範，在消債條例第44條及82條分別定有前述明文之情形下，由條文立法之結構以觀，消債條例第64條之2之規定，似應理解為在債務人初時聲請更生或清算時，如依該條主張其每月必要支出之數額，或可「暫時」免於財產及收入狀況說明書載明原因、種類，以及提出其他相關證明文件；惟法院仍可在收案審查後，於認有必要之情形下，再命債務人提出，如債務人仍不提出，即可分別依消債條例第44條、第46條第3款，或第82條第2項，駁回更生或清算之聲請。

惟此時有疑義者，如何認為「有必要」命債務人提出財產及收入狀況說明書中有關必要支出及證據？此當然涉及個案之認定。筆者淺見以為，為達消債條例均衡債權人及債務人雙方權益保障之目的，應賦與法院較為寬廣之審查及裁量權，亦即法院於審酌債務人所提出之其他聲請資料後，如認債務人仍有重新提出財產及收入狀況說明書及相關證明文件供法院審酌，或到院為必要之陳述時，債務人即有依法提出之義務。諸如，由實務面觀察，債務人於聲請更生或清算時，在填寫財產及收入狀況說明書時，往往於收入面描述的較為保守，多僅以申報所得稅之所得予以填載，惟於支出部分，則多採較為寬鬆的金額概算，則如此即容易出現形式上入不敷出的狀況，此時即有加以調查之必要。再者，以債務人支出內容而言，衡情占比較大者，多為居住之房租支出，而以高雄地區為例，105年度統計房屋費用之支出，約佔整體支出之22%，比例甚高，此亦將實際影響債務人可供用於清償債務之數額，原則上自均有加以調查之必要[3]。況自一般實務觀察，如非作為家庭主要經濟收入者，債務人因常居住於父母親屬所有之不動產之中，常無實際居住費用之支出，是以如債務人非獨居而係與家庭或其他親友共同居住者，益見此部分應有命債務人予以陳報之必要，不宜遽以消債條例第64條之2第1項所定之標準而予以認定，免失公平。再者，如債務人有應扶養之人，是否應即機械式的操作消債條例第64條之2第2項之規定，即將每一應受扶養之人亦均以最低生活費用之1.2倍計算？蓋除該債務人可能並無實際居住費用支出者外，另共同生活之人，因生活共通之故，部分費用可能有減省之空間，諸如水電、瓦斯，以及居住費用之支出者，因此類費用並非按使用人數而予以加乘；又例如債務人歷年收入均較低，甚至已近或低於該區域之最低生活費用，或低於該區域最低生活費用1.2倍，自難想像能常年每月借貸支出，其自不可能仍可以最低生活費用計算支出，自有調查之必要等，不一而足。

### 肆 結論及建議

綜上，債務人已然背負龐大之債務，而平日已為維持日常生活所需而日夜奔波工作，如在聲請更生或清算之程序，再課以繁瑣之手續及義務，對債務人而言，或為不可承受之重。是以為兼顧債務人程序之保障，並妥適有效降低法院之負擔，消債條例第64條之2之增訂或有必要：然在債權人之債權亦應在某程度上予以妥適保障，以符公平正義原則之要求下，消債條例第64條之2之規定，似不應作為限制法院於審理消費者債務清理事件之絕對限制，以符公平之原則。又為求杜絕前揭文中所提出之爭議，消債條例第64條之2第1項，似可修正為：「債務人必要生活費用，『得』以最近一年衛生福利部或直轄市政府所公告當地區每人每月最低生活費一點二倍定之。」另第3項，似應可考慮修正為：「債務人主張其表明每月必要支出之數額依第1項定之者，『暫』毋庸記載原因、種類及提出證明文件。」並增列第4項：「前項規定，如法院認有必要，仍依第44條、第82條等相關規定辦理。」

（作者為高雄高分院法官）

### 註釋

1 例如依臺灣臺北地方法院103年度消債職聲免字第16號民事裁定書之內容所載，承審法官即係由債務人所陳報之租金支出明細，與其妊子於債務人聲請清算時所出具之房租記載證明所示之房租數額有差異，而認定其有消債條例第134條第8款不應免責之事由，而予以不免責之裁定。此外，亦多有法院以債務人於財產及收入狀況說明書所載之內容，與其後債務人陳行陳報之支出內容有重大出入，而最終為債務人不免責之裁定，例如臺灣高雄地方法院104年度消債職聲免字第103號民事裁定。是以如嚴格依辦理消費者債務清理事件應行注意事項第22點第2項所定，則將使法院喪失可供審查之機會。

2 因目前實務運作上，債務人之收入狀況調查有極大之障礙及困難，蓋有為數不少之債務人，均係主張其任職於未立案或未辦請營利事業登記之小攤販，故並無財稅資料可供查核，故多僅能以債務人自行提出之個主張明書，甚或是收入切結書，進行認定其收入之數額，故實務上法院亦多由債務人所出具之財產及收入狀況說明書，比對其所主張之收入狀況是否為合理及真實，如債務人為不實收入之主張，即應依法為不免責之裁定；事例部分可參見臺灣高雄地方法院105年度消債職聲免字第6號民事裁定。是此部分目前亦恐將因注意事項第22條第2項之規定，而使法院在調查債務人收入狀況上，更為困難。

3 筆者於實務上曾遇有不同債務人於聲請更生或清算時，均主張有房租之支出，且均提出房屋租賃契約書，然筆者偶然發現有不同且無任何親屬關係之人均於相同之時期僅居於同一住址，且人數非少，筆者分別通知渠等表示意見，部分聲請人就即撤回聲請，是類此之情形，自均有予以調查之必要。

（文接二版）

原審判斷之拘束。

（二）第二審上訴對於量刑之審查，雖無本法第92條第1項但書之適用，然而揆諸第91條所示審查原則，仍不宜輕言撤銷原判。茲應重視者，第一審於評議過程中，審判長務須對於量刑事項，運用司法院建置之量刑趨勢建議系統[1]，向參與審判之國民法官提供詳盡解說，耐心充分溝通，俾求量刑恰當。倘若原判決失之過重或過輕，且其量刑理由有欠完備，而經合法上訴者，第二審仍有撤銷糾正之責。惟該系統提供查詢之犯罪類型尚嫌不足，在本法施行前，宜針對應行國民參審案件之犯罪類型，從速優先增建資訊，以應需求。至於法律適用當否之審查，不論原判決有無國民參審，與本法第91條無涉，自不待言。

（三）現制第三審尚非嚴格法律審，且未採許可上訴制，本法僅第91條對於第三審上訴有規範效果（立法說明雖謂該條係「明示第二審法院之審查基準」，惟查條文文字，未如第90條、第92條標明「第二審法院」字樣，且其所屬第4章第6節節名泛稱「上訴」，宜解為包含第三審在內）。因此，第三審法院亦應體認該條意旨，妥適行使其審查權限。其中對於刑訴第379條第10款之規定，本文建議參照最高法院101年度第2次刑事庭會議決議，以限縮應用為宜。至於量刑輕重，固屬事實審法院自由裁量事項，惟如有逾越界限情事，量刑顯然不當者，即應認為違法（參考過往80台非473號判例意旨），如不影響於事實之確定，可予撤銷糾正並自為判決。

（作者為司法院顧問）

# 二審在國民法官制之角色 上

文／文家倩

## 壹 前言

國民法官法（下稱本法）於民國109年7月22日經立法院三讀通過，並於109年8月12日經總統公布，將於112年1月1日施行，近日全國各地院密集舉辦模擬法庭，高院也開始注意到國民法官新制施行後相關的因應作為。未來本法正式施行後，為避免造成國民法官過重負擔，實現集中審理原則，一審將會密集進行審理程序，案件進行時程將會比目前同類型案件快速許多，可預見國民法官案件短期間內即會上訴到二審。此外，一審對於國民法官案件的相關裁定，部分得抗告到二審，二審馬上會面臨抗告及上訴審查的問題。因此，雖然二審沒有國民法官參與審理及判決，但二審對於國民法官制的抗告及上訴審查，具有舉足輕重的地位，實為國民法官制能否發揮立法意旨的關鍵。有鑑於此，本文整理與二審審查有關的規定及概念，供二審於國民法官法施行前之準備及參考，以利日後正式施行時，二審有明確而一致的操作基準。

## 貳 抗告相關規定

### 一、不行國民參與審判之裁定

本法第6條第1項規定：「應行國民參與審判之案件，有下列情形之一者，法院得依職權或當事人、辯護人、輔佐人之聲請，於聽取當事人、辯護人、輔佐人之意見後，裁定不行國民參與審判：一、有事實足認行國民參與審判有難期公正之虞。二、對於國民法官、備位國民法官本人或其配偶、八親等內血親、五親等內姻親或家長、家屬之生命、身體、自由、名譽、財產有致生危害之虞。三、案件情節繁雜或需高度專業知識，非經長久時日顯難完成審判。四、被告就被訴事實為有罪之陳述，經審判長告知被告通常審判程序之旨，且依案件情節，認不行國民參與審判為適當。五、其他有事實足認行國民參與審判顯不適當。」如法院轄區內多數備選國民法官與被告熟識或有私誼恩怨，有客觀事證可認國民法官無法公正行使職權，屬第1款之情形[1]；被告係黑道人士或有暴力行為，有客觀事證可認國民法官本人或親屬受到威脅或危害，屬第2款之情形；重大貪污案件的事實及證據繁多，且需高度專業知識，非一般國民能輕易理解，可預期審理期間甚長，對國民法官造成過重負擔，屬第3款之情形；被告坦承犯罪，且檢辯對於量刑事項無重大爭執，並無反映國民法律感情之特殊需求，屬第4款之情形；性侵害案件之被害人表示不願行國民參與審判，保障被害人之隱私權及自決權，屬第5款之情形。同條第3項規定，法院判斷是否不行國民參與審判時，應審酌公共利益（含妥速實現刑罰權、增進國民對於司法之瞭解與信賴、國民法官得以適切陳述其意見[2]）、國民法官與備位國民法官之負擔，及當事人訴訟權益之均衡維護。又同條第4項規定，法院裁定不行國民參與審判時，當事人得抗告，抗告法院認為抗告有理由者，應自為裁定，立法理由則揭示，法院裁定駁回不行參與國民審判之聲請時，不得抗告[3]。

本法第7條第1項規定：「檢察官以被告犯應行國民參與審判之罪與非應行國民參與審判之罪，而合併起訴者，應合併行國民參與審判。但關於非應行國民參與審判之罪，法院得於第一次審判期日前，聽取當事人、辯護人及輔佐人之意見後，裁定不行國民參與審判。」為避免造成國民法官過重負擔，就檢察官合併起訴之案件，法院就非屬國民參與審判之罪部分，得裁定不行國民參與審判，法院判斷是否不行國民參與審判時，亦應審酌第6條第3項所示之因素，自屬當然。又第7條第2項規定，該裁定當事人得抗告，抗告法院認為抗告有理由者，解釋上與第6條第4項相同，應自為裁定。而不行國民參與審判之裁定，經抗告法院裁定後，依刑事訴訟法第415條第1項前段規定，不得再抗告。

### 二、證據開示之裁定

本法第53條第1項規定：「檢察官於起訴後，應即向辯護人或被告開示本案之卷宗及證物。但有下列情形之一者，檢察官得拒絕開示或限制開示，並應同時以書面告知理由：一、卷宗及證物之內容與被訴事實無關。二、妨害另案之偵查。三、涉及當事人或第三人之隱私或業務秘密。四、危害他人生命、身體之虞。」第55條第1項規定：「辯護人或被告依前條第1項、第2項、第4項規定向法院聲請調查證據之情形，應即向檢察官開示下列項目：一、聲請調查之證據。二、聲請傳喚之證人、鑑定人或通譯於審判期日前陳述之紀錄，無該紀錄者，記載預料其等於審判期日陳述要旨之書面。」由於國民法官制採卷證不併送（即起訴狀一本），為保障辯方的卷證資訊獲知權，確保檢辯雙方武器對等，在不影響另案偵查秘密、他人隱私或業務秘密、他人生命、身體法益之情形下，檢察官、辯護人均有一次性的證據開示義務。

本法第57條規定，檢辯認他造未依法開示證據者，得聲請法院裁定命開示證據。法院審酌開示證據可能導致危害國家安全、特定人人身安全、湮滅證據，或有妨害另案偵查之虞，及對被告防禦權影響程度[4]，得指定開示之日期、方法或附加條件，並應先聽取他造意見。法院為判斷是否開示證據，認有瞭解當事人、辯護人所持有或保管證據狀況之必要時，得命當事人、辯護人向法院提出該證據，此係非公開程序，檢閱程度以足資形成開示與否之判斷為限，法院於作成判斷後，應即將該證據返還提出之當事人，並不得使任何人檢閱、抄錄、重製或攝影[5]。又證據開示之裁定，得抗告。抗告法院應即時裁定，認為抗告有理由者，應自為裁定。經抗告法院裁定後，依刑事訴訟法第415條第1項前段規定，不得再抗告。

### 三、罰鍰之裁定

候選國民法官有據實填寫調查表、於選任期日到場及據實陳述之義務，違反者依第99條規定處以罰鍰；國民法官、備位國民法官有宣誓義務，違反者依第100條規定處以罰鍰；國民法官、備位國民法官於審判期日有到場義務，國民法官於終局評議時有到場及陳述義務，違反者依第101條規定處以罰鍰；國民法官、備位國民法官有遵守法庭秩序之義務，違反者依第102條規定處以罰鍰。又第103條規定，前開罰鍰之裁定，得抗告。經抗告法院裁定後，依刑事訴訟法第415條第1項第6款規定，得再抗告。

### 四、不得抗告之裁定

本法明示規定不得抗告之裁定如下：國民法官法第32條關於選任程序之裁定，第35條關於聲請撤銷國民法官解任裁定之裁定，第36條關於國民法官辭任之裁定，第61條關於聲請撤銷檢察官限制閱卷之裁定，第62條關於證據能力及調查必要性之裁定。至於本法未明示規定得抗告或不得抗告之裁定，則回歸刑事訴訟法第404條第1項規定，屬於判決前關於訴訟程序之裁定，不得抗告。若當事人以前開各該事由提出抗告，係抗告不合法律上之程式，依刑事訴訟法第411條規定裁定駁回。

## 參 上訴相關規定

### 一、證據調查部分

本法第90條規定：「（第1項）當事人、辯護人於第二審法院，不得聲請調查新證據。但有下列情形之一，而有調查之必要者，不在此限：一、有第64條第1項第1款、第4款或第6款之情形。二、非因過失，未能於第一審聲請。三、於第一審辯論終結後始存在或成立之事實、證據。」「（第2項）有證據能力，並經原審合法調查之證據，第二審法院得逕作為判斷之依據。」考量一審以法庭活動為中心，貫徹言詞審理及直接審理原則，提高心證的透明度，在一審堅實的審理程序下，基於訴訟經濟的考量，讓二審審理程序適度簡化，不重新調查證據，避免二審以書面審理取代一審言詞審理的心證認定。因此，二審原則上引用一審調查證據的結果，當事人不得提出新證據，二審亦不得調查新證據，僅於前述例外情形

（文持三版）

### 註釋

1 模擬法庭中曾有辯護人以職業素經媒體大幅報導為由，認為符合本法第6條第1項第1款之情形，惟單純經媒體大幅報導，並未釋明有何事證足認行國民參與審判有難期公正之虞，並不構成本款情形。

2 本法第6條第3項立法理由參照。

3 本法第6條第4項之立法理由：當事人聲請法院不行國民參與審判而經法院以裁定駁回者，僅係維持原國民參與審判程序之進行，未涉及程序重大變更，況且如嗣後因情事變更又發生第1項各款事由者，當事人仍得再行聲請法院裁定不行國民參與審判，自無賦予當事人聲請抗告救濟之必要。

4 本法第57條第2項立法理由參照。

5 本法第57條第3項立法理由參照。

6 關於證據整理及證據師選之闡述，參照司法院刑事廳編印之「國民參與刑事審判制度之理論與實務」，108年12月，第9至11頁。

7 本法第62條第6項、第9項立法理由參照。

8 有關美國上訴審查標準及國民法官制上訴審查標準之比較分析，參照拙著「國民法官制之上訴審查—以美國上訴審查標準為例」，月旦裁判時報第101期，109年11月，第93至103頁。

JUDICIAL 司法 徵稿啟事 三、院網站。 四、文稿一律不退件，請自留底稿。 五、稿件一經刊登，酌送稿酬，並寄贈該期刊物。
JUDICIAL 司法 訂閱辦法 本刊每 全年
費用新
如蒙 請郵 帳 5005 帳 司法院

（文接二版）

下，當事人始得提出新證據，二審亦得調查新證據，就證據調查部分採行續審制。

（一）調查必要性

為探究二審得調查新證據之例外情形，首應關注一審關於證據調查必要性之裁定及失權效之規定。本法第 62 條規定：「（第 1 項前段）法院應於準備程序終結前，就聲請或職權調查證據之證據能力有無為裁定。」「（第 2 項）當事人或辯護人聲請調查之證據，法院認為不必要者，應於準備程序終結前以裁定駁回之。」「（第 3 項）下列情形，應認為不必要：一、不能調查。二、與待證事實無重要關係。三、待證事實已臻明瞭無再調查之必要。四、同一證據再行聲請。」「（第 7 項）證據經法院裁定無證據能力或不必要者，不得於審判期日主張或調查之。」一審於準備程序終結前，應就調查必要性為裁定，考量國民法官不具備法律專業，容易在龐雜凌亂的證據中混淆失焦，故應嚴格篩選證據，減少重複性證據，以加深國民法官對證據內容的印象，若有多項證據的待證事實相同，只要調查最佳、最優證據（即待證事實最廣、證據價值最高）即可，其他次佳、次優證據則無調查必要性[1]。茲舉例如下：

1. 證人之訊問及偵查筆錄可證明某一待證事實，倘檢辯有聲請傳喚證人，證人在審理中之證述即為最佳、最優證據，應傳喚證人於審理中到庭作證即可。至證人於警詢及偵查中之證述，縱因符合傳聞例外之規定而有證據能力，為避免調查重複性證據，並避免以書面審理取代言詞審理，應認警詢及偵查筆錄無調查必要性，惟可於交互詰問時提出作為彈劾證據使用，若彈劾後證人仍無法回復警詢或偵查中之證述，警詢或偵查筆錄才例外具有調查必要性[2]。另證人死亡或傳拘不到或有刑事訴訟法第 159 條之 3 之情形時，警詢或偵查筆錄也例外具有調查必要性。

2. 鑑定報告可證明某一待證事實，倘檢辯有聲請傳喚鑑定人，鑑定人在審理中之陳述即為最佳、最優證據，應傳喚鑑定人於審理中到庭陳述即可。至鑑定報告縱因符合鑑定程序仍有證據能力，為避免調查重複性證據，並避免以書面審理取代言詞審理，應認鑑定報告無調查必要性，惟可於交互詰問時提出作為彈劾證據使用。

3. 被告之警詢及偵查筆錄可證明某一爭執事實，因檢辯可於審理中詢問被告，被告在審理中之供述即為最佳、最優證據，應於審理中詢問被告即可。至被告於警詢及偵查中之供述，縱因屬任意性陳述而有證據能力，為避免調查重複性證據，並避免以書面審理取代言詞審理，應認警詢及偵查筆錄無調查必要性，惟可於詢問被告時提出作為彈劾證據使用。

4. 死者之死因及身體外觀等事實，有相驗筆錄、相驗屍體證明書、檢驗報告書、解剖筆錄、解剖鑑定書、案發現場照片、相驗照片、解剖照片等可資證明，但上開證據之待證事實相同，屬於重複性證據，應調查最有價值之一項或數項書證即可，如僅調查解剖鑑定書一項證據或解剖鑑定書及相驗照片二項證據，其他書證則無調查必要性。惟死者照片（包括死者現場照片、相驗照片、解剖照片）之調查宜審慎，因一般人看到死者照片容易產生震懾感及心理壓力，且易因個人主觀感受而產生預斷，故倘非必要，不宜調查死者照片，縱要調查死者照片，亦應以黑白、變色或縮小照片之方式調查。

5. 案發現場照片有數張（如同一場景或同一物品之照片有數張），只要調查其中最有價值之數張即可（如視角最廣，解析度最高，物品細節最清楚等），其他照片則無調查必要性。

6. 將數份證據彙整為一份統合偵查報告，只要調查統合偵查報告即可，至於統合偵查報告中記載之各項證據則無調查必要性。

（二）失權效

本法第 64 條第 1 項規定：「當事人、辯護人於準備程序終結後不得聲請調查新證據。但有下列情形之一者，不在此限：一、當事人、辯護人均同意且法院認為適當者。二、於準備程序終結後始取得證據或知悉其存在者。三、不甚妨害訴訟程序之進行者。四、為爭執審判中證人證述內容而有必要者。五、非因過失，未能於準備程序終結前聲請者。六、如不許其提出顯失公平者。」為使審判程序依準備程序所擬定審理計畫集中、迅速且有效率進行，避免檢辯於審理中提出新主張及證據，使準備程序所進行爭點整理及擬定審理計畫徒勞無功，造成國民法官過重負擔，故有失權效之規定。惟前述失權效之例外情形應審慎認定，避免檢辯就準備程序裁定無調查必要性之證據，以失權效之例外為由，重新聲請調查。在失權效之例外情形，依第 62 條第 5 項規定，因所憑之基礎事實改變，法院應重新就調查必要性為裁定。茲就失權效之例外情形舉例如下：

1. 證人於審理中證述新事實及新證據時，屬「為爭執審判中證人證述內容而有必要」之情形，該新證據即有調查必要性，於審理中得調查該新證據。

2. 證人於審理中翻供，可以警詢或偵查筆錄彈劾，若彈劾後證人仍無法回復警詢或偵查中之證述，屬「為爭執審判中證人證述內容而有必要」之情形，警詢或偵查筆錄例外具有調查必要性，於審理中得調查警詢或偵查筆錄。

3. 於審理中證人死亡或傳拘不到或有刑事訴訟法第 159 條之 3 之情形時，警詢或偵查筆錄例外具有調查必要性，屬「不甚妨害訴訟程序之進行」、「非因過失，未能於準備程序終結前聲請」或「如不許其提出顯失公平」之情形，得調查證人之警詢或偵查筆錄。

由於一審於準備程序終結後原則上不得聲請調查新證據，二審原則上亦不得調查新證據，避免檢辯於二審提出新主張及證據，使一審之審理過程流於形式，防堵檢辯於一審判決結果不利於己方時，將訴訟戰場放到二審，則一審國民法官參與之美意將成為具文。因此，本法第 90 條第 1 項但書即二審調查新證據之例外情形應從嚴認定，解釋上應較第 64 條第 1 項但書即失權效之例外情形更為嚴格，避免檢辯就一審準備程序裁定無調查必要性之證據，重新聲請調查。

## 二、上訴審查部分

本法第 91 條規定：「行國民參與審判之案件經上訴者，上訴審法院應本於國民參與審判制度之宗旨，妥適行使其審查權限。」第 92 條第 1 項規定：「第二審法院認為上訴有理由，或上訴雖無理由，而原審判決不當或違法者，應將原審判決經上訴之部分撤銷。但關於事實之認定，原審判決非違背經驗法則或論理法則，顯然影響於判決者，第二審法院不得予以撤銷。」考量國民法官制之目的在於納入國民多元豐富的生活經驗及價值觀點，反映人民的法律感情，倘二審職業法官全部重新認定事實，推翻一審國民法官參與後的心證，則一審納入國民法官多元經驗及價值的美意將成為具文。因此，二審並非基於一審調查證據之結果及自行調查新證據之結果重新認定事實，而係限縮二審之事實認定權限，僅審查一審有無違反論理法則或經驗法則致明顯影響事實認定，就上訴審查部分採行事後審制，原則上尊重一審的判決結果。

本法第 92 條第 2 項規定：「第二審法院撤銷原審判決者，應就該案件自為判決。但因原審判決有下列情形之一而撤銷者，應以判決將該案件發回原審法院：一、論知管轄錯誤、免訴、不受理係不當者。二、有刑事訴訟法第 379 條第 1 款、第 2 款、第 6 款、第 7 款或第 13 款之情形。三、已受請求之事項未予判決。四、論知無罪，係違背法令而影響於事實之認定，或認定事實錯誤致影響於判決。五、法院審酌國民參與審判制度之宗旨及被告防禦權之保障，認為適當時。」明白揭示二審撤銷一審判決時，以自為判決為原則，惟涉及當事人審級利益或為反映人民法律感情之情形，則發回一審。

（一）上訴審查基準

本法雖揭示二審原則上尊重一審的判決結果，惟並未明確規定具體之上訴審查標準，考量美國的二審係採事後審制，與本法就上訴審查部分採事後審制近似，且美國的一審部分案件適用陪審制，與國民法官制同屬人民參與審判制度之一種，故參酌美國之上訴審查基準，擷取其中與國民法官制相容之部分，以資國民法官制之二審運作參考[3]。依照審查標的之不同，上訴審查標準如下：

1. 審查標的為事實問題：採「明顯錯誤標準」（Clearly Erroneous Standard），即雖然有證據支持一審判決結果，但二審檢閱全部卷證資料後，認為一審判決有認定事實的明顯錯誤，始得撤銷一審判決，若依據卷證資料，可以推論出兩種可能結果，或有可能推論出一審判決結果時，即使二審所認定的結果與一審不同，一審判決結果仍非屬明顯錯誤，二審不得撤銷一審判決。

2. 審查標的為法律問題：採「無害錯誤法則」（Harmless Error Rule），即一審判決有違背法令的錯誤時，若該錯誤屬「無害錯誤」，則二審不得撤銷一審判決，若該錯誤非屬「無害錯誤」，則二審得以撤銷一審判決。所謂「無害錯誤」，係指未影響被告重要權利的錯誤，即被告權利未因該錯誤而受到實質損害。如未為新舊法比較（但最終適用最有利於被告之法條）、構成要件解釋之違誤（如持有槍枝或寄藏槍枝，構成要件雖有不同，但屬同一罪名）、論罪之差異（如想像競合犯，漏未論以其中一項輕罪）、證據能力認定之違誤（惟剔除無證據能力之證據後，並未明顯影響判決結果）等輕微的判決違法，但實質上並未影響判決的最終罪名或量刑結果，均屬無害錯誤。

本法第 89 條規定：「國民法官不具第 12 條第 1 項所定資格，或有第 13 條、第 14 條所定情形者，不得為上訴之理由。」國民法官不符合積極資格或具消極資格時，係法院組織不合法，惟非明顯有違反公平法院之情形，不得為上訴理由，即採無害錯誤之意涵。若以此為上訴理由，係上訴不合法律上之程式，依刑事訴訟法第 362 條規定裁定駁回。

（下期待續）

（作者為臺灣高等法院法官）

# 二審在國民法官制之角色（下）

文／文家倩

（文接上期）

3. 審查標的混合事實及法律問題：若與事實問題較為相關，採「明顯錯誤標準」，若與法律問題較為相關，採「無害錯誤法則」，惟事實問題與法律問題難以涇渭分明時，須視該問題本質上究屬事實問題或法律問題而定。如須事實認定完成後，始可涵攝到法律構成要件，據以適用法律，倘因事實不明致無法適用法律，或事實認定錯誤致法律適用錯誤，此等情形仍與事實問題較為相關；但倘事實已臻明確，只是該事實是否符合犯罪構成要件有所疑義，此情形本質上仍屬法律問題。

4. 審查標的為量刑問題：採「裁量濫用標準」（Abuse of Discretion Standard），即二審高度尊重一審的量刑結果，只有一審濫用裁量權時，始得撤銷一審判決。所謂濫用裁量權的情形，如量刑結果並非在法定刑範圍內，或未落在司法院量刑資訊系統及量刑趨勢建議系統的量刑分布區間內或與量刑分布區間差異過大，定執行刑時逾越內部性界限或外部性界限，均屬之。又適用刑法第59條時，若僅空泛敘述該類型案件的法定刑過重，並未具體考量被告個人的犯罪情狀及行為人情狀，亦屬裁量濫用。

（二）上訴問題舉例

依照上述審查基準，上訴審查時可能遇到的問題如下：

1. 二審認為有變更起訴法條之情形時，得否撤銷一審判決？

表面上觀之，變更起訴法條係屬法律問題，但變更起訴法條之原因通常為二審事實認定與一審不同，本質上屬於事實問題，應採「明顯錯誤標準」，僅於一審判決有認定事實的明顯錯誤，二審始得撤銷一審判決。

2. 檢辯以「應調查之證據未予調查」為由提起上訴，二審得否撤銷一審判決？

一審為調查必要性之裁定後，當事人原則上不得聲請調查新證據，且第62條之調查必要性裁定不得抗告，為避免檢辯就一審之調查必要性裁定重行爭執，就一審是否有應調查之證據未予調查之情事應審慎認定。

3. 檢辯以「判決不備理由或理由矛盾」為由提起上訴，二審得否撤銷一審判決？

視判決理由矛盾之情形本質上係法律問題或事實問題而定，若係證據取捨及推論過程導致事實認定之不同，屬於事實問題，應採「明顯錯誤標準」，若係判決理由有違背法令之情形時，屬於法律問題，應採「無害錯誤法則」。

4. 檢辯以「選任程序過程中有所不當（如候選國民法官或國民法官之人數、選任方式、詢問候選國民法官之方式、附理由拒卻之裁定等）」或「國民法官之解任或辭任有所不當」為由提出上訴，二審得否撤銷一審判決？

因第32條之選任程序裁定、第35條之聲請撤銷國民法官解任裁定、第36條之國民法官辭任裁定均不得抗告，為避免檢辯就上開各該事項重複爭執，二審不得以上開事由撤銷一審判決。

5. 檢辯以「對方未依法開示證據」為由提出上訴，二審得否撤銷一審判決？

檢辯對證據開示與否有爭執時，應由一審為證據開示裁定，且證據開示裁定得抗告，裁定確定後即不得再為爭執，為避免檢辯就一審之證據開示裁定重行爭執，二審不得以上開事由撤銷一審判決。

6. 檢辯以「法院駁回不行國民參與審判之聲請有所不當」為由提出上訴，二審得否撤銷一審判決？

檢辯不行國民參與審判之聲請經裁定駁回者不得抗告，為避免檢辯就不行國民參與審判之聲請駁回裁定重行爭執，二審不得以上開事由撤銷一審判決。

7. 檢辯以「證據法則錯誤」或「證據裁定違法」（如採用違法取證或傳聞證據等無證據能力之證據）為由提起上訴，二審得否撤銷一審判決？

證據法則係屬法律問題，應採「無害錯誤法則」，倘剔除無證據能力之證據後，並未明顯影響判決結果，二審即不得撤銷一審判決，反之則得撤銷一審判決。

除前開規定外，其餘有關上訴之期間、程序等事項，回歸刑事訴訟法第3編第2章之第二審相關規定。又本法就三審部分並無規定，應回歸刑事訴訟法第3編第3章之第三審相關規定，惟解釋上仍應依照本法第91條所示「本於國民參與審判制度之宗旨，妥適行使其審查權限」。而三審係法律審，審查標的為法律問題，審查標準與二審相同，採「無害錯誤法則」，避免檢辯以法律問題包裝事實問題之方式上訴，或於三審重行爭執前開2、4、5、6所示之程序事項。

## 肆 再審相關規定

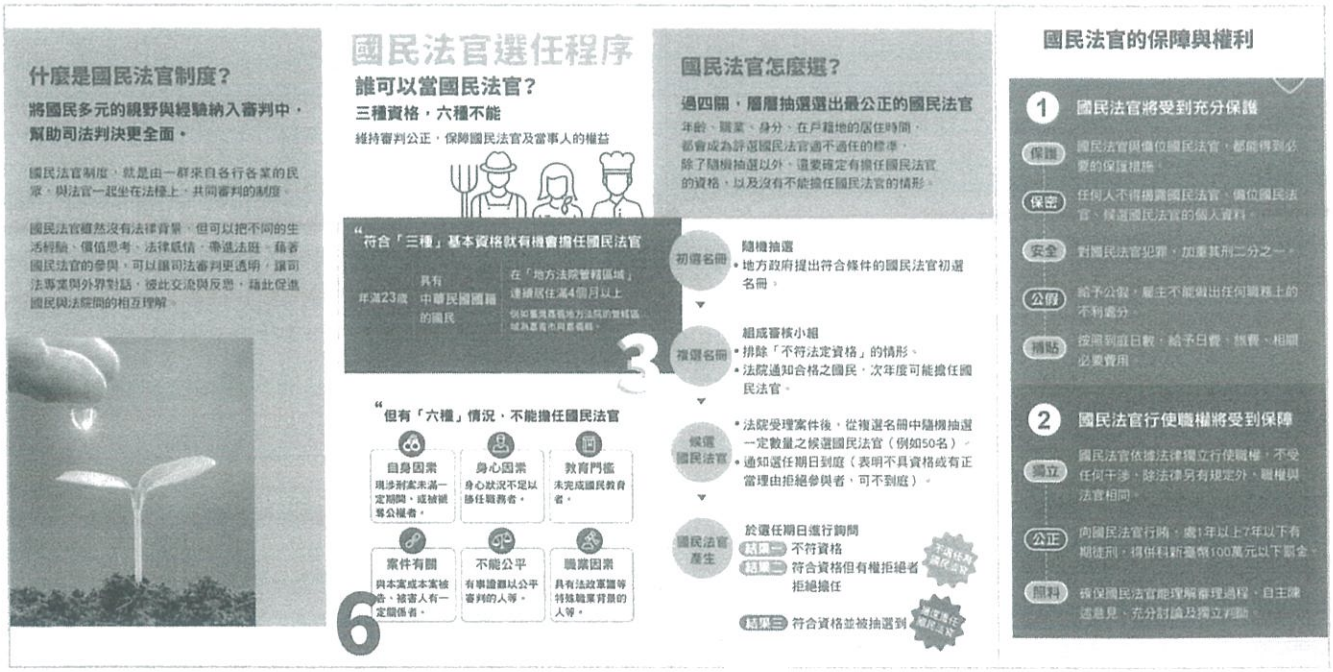
本法第93條規定：「判決確定後，參與判決之國民法官因該案件犯職務上之罪已經證明，且足以影響原判決者，亦得聲請再審。」除刑事訴訟法所規定之再審事由外，新增此一再審事由。其餘有關再審之事由、期間、程序等事項，回歸刑事訴訟法第5編之再審相關規定。

## 伍 結論

本法將於112年1月1日施行，正式施行後，國民法官案件短期間內即會抗告及上訴到二審，本文整理抗告及上訴之相關規定，就抗告部分包括得抗告之不行國民參與審判之裁定、證據開示之裁定、罰鍰之裁定及不得抗告之裁定，就上訴部分提出二審調查新證據及上訴審查之標準及舉例，並簡述三審之審查標準，另補充再審相關規定，供二審於本法施行前先行準備，期能掌握本法之立法意旨進行抗告及上訴審查，達到國民法官制之立法目的。

（作者為臺灣高等法院法官）

## 國民法官新制文宣



# 臺灣高等法院臺南分院國民法官上訴審模擬法庭-第一輪次活動座談會議紀錄

時　　間：110年12月14日下午2時30分
地　　點：本院中棟6樓會議室
主 持 人：葉院長居正
出席人員：如報到單

紀　錄：蔡双財

**本院葉院長居正：**

陳教授、最高法院邱法官、嘉義地院胡院長、另外我們司法院陳法官、本院的蔡庭長、楊庭長、各位檢察官朋友，本院的庭長、法官、律師道長、先進、司法院李科長、媒體朋友，大家午安，大家好。

我們今天舉辦國民法官上訴審模擬法庭，早上進行審理、評議，另外還有宣判，感謝我們成大法律系系主任陳老師陳教授，還有最高法院邱法官全程給我們指導，還有司法院陳思帆法官也遠道而來，不辭辛勞，我們表示感謝；還有另外我們今天的合議庭，章檢察官，還有我們簡公辯，還有各位參與的人員備極辛勞，過程中雖然有一些意想不到程序的問題，但基本上是圓滿完成，我們這個國民法官上訴審的模擬法庭本來就是要發掘問題，我們不怕有問題，就怕發掘不到，我們發掘問題之後，我們能夠改正更精進，才是我們模擬法庭最重要的目的。

從上一次11月30日的準備程序到今天的審理庭，我們承辦的庭非常辛苦，但是我們國民法官是素人走入法庭，所以我們第一步程序要讓他體會到我們的公正，還有對於法庭

的想法。

在日本法有關這個事實，因為一開始就決定不可以用心證優先，應該用法規違反的角度來看，所以有關事實認定在日本多數的看法認為它應該是有關檢察官起訴的犯罪事實的事實而言，不包含狹義的科刑事實，也不包含訴訟程序的事實；因為有關科刑的事實，我們知道主要就是所謂的科刑不當、量刑不當，量刑不當其實在日本法，根據統計我印象中最起碼應該有八成，甚至更高左右，都是因為一審判決之後有和解。有這樣新的事實產生，來作為二審審查的範圍，如果是這一種一審判決之後，因為有新達成和解的情況，那其實原審科刑的事實沒有違反經驗法則、論理法則，因為事後有新的和解產生，如果這個事實認定也把它解釋包含狹義的科刑事實，變成沒有辦法撤銷，所以在日本法有關事實認定的事實，是指有關犯罪事實的事實，而不包括訴訟程序的事實，不包括狹義科刑的事實，不包含在這裡面。

不過他們對量刑不當的判斷，當然會比較採取所謂幅度的方式來審查，也不是說那個點，時點是不是妥當，不是，這個案件可能是判大概10年到12年是適當的，那他判10年，我二審也尊重，所以他是用幅度來審查而不是點的審查；基於透過這樣的幅度審查，盡量來尊重裁判員科刑認定的結果，我想這個方向或許也值得我們去參考，如果這樣的話，回到我國第92條第1項但書的事實認定，或許我們把他解釋為不包含狹義的科刑事實也無妨，就回到量刑不當，只要你認為是不當，這個不當我們一定的幅度來作判斷的話，那應該也可以達到尊重國民法官有關科刑認定的結果。

法定刑的加重或減輕是本案的自首，那是法定科刑的事由，背後確實涉及到是不是在犯罪未發覺之前，行為人陳述

# 臺灣高等法院花蓮分院

## 國民法官上訴審模擬法庭-第1輪次活動座談會會議紀錄

壹、 時間：110年10月1日15時30分至17時30分

貳、 地點：本院法庭大樓3樓簡報室

參、 出席人員：詳簽到單

肆、 主持人：洪院長曉能　　紀錄：蘇萱

伍、 議程：

一、主持人（洪院長曉能）致詞：

座談會開始，本院辦理本次模擬法庭，於9月3日行準備程序，今日上午進行審理程序，下午評議、宣判等，算是已告一段落，感謝本次參與模擬法庭之審、檢、辯各位先進及扮演案件角色同仁，並感謝2位評論員遠道而來的指導，各位貴賓的熱情參與，財團法人法律扶助基金會花蓮分會提供支援、協助，及本院籌劃同仁的辛苦，藉此機會一併感謝。

首先介紹2位評論員，1位是臺灣基隆地方法院李院長麗玲，李院長審判經驗非常豐富，行政歷練也很完整，目前基隆地院也正在推行模擬法庭活動，有很多寶貴經驗，等一下可以提供我們一些指導。另1位是東華大學范教授耕維，范教授是日本一橋大學法學博士，研究專長是有關刑事的法律，對於量刑，還有罪刑相當原則方面有很深入的研究及心得，也有發表很多文章於期刊，2位評論員分別有實務經驗及學理基礎，相信等一下會給我們很多指導及啟發。

另外也介紹幾位首長，1位是臺灣高等檢察署花蓮檢察分署朱檢察長家崎，臺東律師公會蕭理事長芳芳。另外有很多遠道而來的法官、法官助理，非常感謝各位的參與。

國民法官法即將於112年開始施行，上訴審雖然沒有國民法官之參與，但是也會面臨國民法官參與審判案件上訴、抗告審查的問題，所以我們也應該要體察立法規範及宗旨，適切的審理，為新的制度尋求合適的方向，本次模擬法庭雖然著重在量刑方面，但是新的制度審理過程不管是程序操作或是法律適用，大家可以共同

三井誠：

（一）除從裁判員制度之趣旨來看，顯相當不合理時（例如，忽略極為重要之量刑事實、對重要事實之評價有重大錯誤、不重視犯罪之動機而過度強調一般情狀、以性格惡劣為由而科以重刑等）以外，尊重第一審之判斷。

（二）應持從國民之觀點來看也可能為該種判斷之謙虛態度，於此意義下做為第二審而應容許第一審裁量之幅度，也會變得較向來廣。以日本撤銷人數 113 人之 9 成，以量刑不當為理由，但都是基於判決後之情狀（日本刑事法第 393 條第 2 項），基於第 381 條量刑不當僅有 13 人，肯認裁判員審判有一定裁量之幅度，儘可能尊重其判斷。

王邁揚謂：基於「尊重」學者主張要撤銷原審判決時，應限於對於極為重要之量刑因子有很明顯的疏漏或誤認、或對於量刑有關之重要事實的評價產生過大的錯誤（對於主要犯罪情狀完全不重視，卻過度強調被告前科或惡劣性格作為科刑重要依據），或共犯間量刑上有不均衡之情形外。

吳秋宏認為量刑原則上要高度尊重第一審國民法官法庭，依照事實認定法理操作，第二審應審查第一審事實欄所記載的犯罪事實，假設認事用法跟第一審一樣，要由不服第一審量刑上訴哪一方具體指摘，第一審科刑調查辯論程序哪裡違法。第一審科刑判決有無違反重複評價禁止原則、內外部界限、或屬於第一審判決後才發生，且會影響判決結果量刑的重要情狀沒有審酌，或同案被告間就情節比較顯失公平，不能像現在很抽象，很低門檻就通過上訴具體理由的指摘，操作上應比較傾向事後審模式處理。

(三)法律適用

法律適用當否之審查，不論原判決有無國民參審，與本法第 91 條無涉。

文家倩：

美國第二審係採事後審，與本法部分法條相近，參考其審查標準如下：

科際整合法學叢書
004

Series on
Interdisciplinary
Legal
Studies

王正嘉——著
Wang, Jiang-Jia

# 審議式法庭
## 人民參與刑事審判

A Deliberative Court:
Lay People's Participation
in Criminal Trials

臺大出版中心
NATIONAL TAIWAN UNIVERSITY PRESS

259

而最後還要端賴合議體的評議程序進行。

## 參、審議式法庭的評議程序

犯罪事實或量刑經過證據提示與辯論後，最後就進入合議體如何評價事實與證據的證據力，進而形成心證、確認心證，並作出裁決。為求達成審議式法庭理念，評議的過程勢必運用許多的工具與方法，來促進審議性的討論。

### 一、人民面對的評議困難

事實上對專業法官而言，評議並非易事，對於無法律背景的人民而言，是否能夠勝任評議工作更是一大考驗。人民面對的評議困難在於難以區分犯罪事實與量刑的不同，以及不易判斷量刑標準。以下分述之。

#### （一）區分犯罪事實認定與量刑

關於犯罪事實認定程序與量刑程序之區分，雖然已經成為共識，但尚未採取「嚴格程序二分論」。參與審判的人民並非如專業法官受過訓練，能明確區分犯罪事實認定與量刑，而容易將兩者混為一談，例如將被告前科、被害人陳述或感情等量刑因素，誤用到犯罪事實是否成立的認定。為確保「犯罪事實認定的純粹性」，避免在判斷上造成混亂，或無意識地將量刑事實反映在犯罪事實認定之危險，必須盡可能將清楚地非關犯罪事實，有關量刑事由證據調查，與犯罪事有關證據之調查相區分」。



#### （二）判斷量刑標準

量刑工作並不容易，量刑比認定犯罪事實更具法律困難度，必須討論犯罪行為如何科刑，是否適用刑法第59條[37]及第57條[38]各款、是否給予緩刑、是否處以死刑等。量刑評議過程須透過不斷討論，來呈現法定量刑標準的判斷，以作出符合個案公平正義的判斷，不致輕判或重判。

### 二、職能區分：法律解釋、適用與事實認定的進行

專業法官與素人國民法官合議體的審判中，適用法律是兩者的共同責任，而法律適用的前提是法律解釋，對於受過嚴格的法律訓練之專業法律人來說，法條的解釋與適用是相對駕輕就熟的，但在人民參與刑事審判中，要讓素人國民法官也能達到相類似程度，並得以恰如其分地適用法律，就必須靠合議體的評議中的制度設計與實踐了。

在制度設計上，合議庭有適用法律權限，「關於證據能力及證據調查必要性之判斷、訴訟程序之裁定、法令之解釋，專由法官合議決定之」（草案第69條第1項）。因此區分了法律適用與法令解釋，整體的合議審判體必須適用法律，但法令的解釋卻專屬於專業法官。事實上法律解釋與法律適用乃一線之隔，在法律

37 刑法第59條：「犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，得酌量減輕其刑。」

38 刑法第57條：「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。」

少在人民參與的審判中，必須透過準備程序的整理，將若干不必要證據排除。

就此而言，在量刑的程序問題上，專業法官有責任讓對法律健全正當的社會意識，反映在量刑中，此就草案第69條規定，法令之解釋專由法官合議決定之，而同草案第46條規定，審判長指揮訴訟，不得讓國民法官產生預斷或偏見，也要隨時為必要之釐清或闡明，在此有關法令的正確解釋，也包含隨時必要之釐清與闡明，而非屬法官個人的預斷或偏見，需經由不斷評議交換意見，縱使無法達成全員同意的最終意見，但得出結論的過程也應該得以互相接受，此時才可說是程序上正當評議。

### （二）從量刑理論、基準與方法來看

行為人的行為應科以如何之刑，是否適用刑法第59條或如何適用刑法第57條各款，是否應給予緩刑，以及是否處以死刑等，都是量刑理論在適用上極為困難的難題，也是進入量刑程序之前，必須先讓參與人民理解的問題；即使進入量刑評議，必須透過評議中不斷討論，來呈現出法定量刑基準的判斷，在此一個完整的量刑基準說理是必要的，必須讓參與審判人民了解，而且除區分犯罪事實證據與量刑證據外，運用量刑工具也是一個方法。特別我國近來逐漸建構各種量刑資訊系統，利用「量刑審酌事項參考表」與「量刑資訊系統－量刑分布統計圖」，作為法官量刑評議之重要參考，而人民參與也應如此，依照刑法第57條以行為責任為基礎來作出量刑，由上級審擔負事後審查功能，使量刑合乎量刑基準。此外，將來也應該仿效日本近年作法，持續建立起彙集裁判員審判的量刑資訊系統。



### （三）本書觀點

量刑與事實認定問題相比，要更抽象，更具法律困難度，因此在陪審制度當中，大多將之認為是法律問題，並非陪審員所能參與，專屬法官權限。就我國目前的各個草案，皆將量刑視為人民得以參與的客體程序，從多次模擬審判的觀察、參與者訪談及法律人的看法可知，基本上採取偏向否定人民參與的立場為多，但司法院與其他在立法院待審查的人民參與審判之全部草案，都將量刑歸屬到專業法官與素人國民法官的合議體所處理，基本上本書認為仍應該由專業與素人法官的合議體來處理。首先，如同本書第二章曾提到，將刑罰當成一個社會制度，從刑罰的規範性，就容有考量民意的空間，此理由之一；其次，最近我國人民參與刑事審判的契機，誠如第三章所提及，刑罰的輕重一直是媒體與民眾的關心重點，如果排除人民參與，本改革的意義就少掉一半。

就此來說，應該探究的是，如何在量刑評議中建構一個好的制度，使一般人民可以了解量刑的問題，所以可以參考日本實際作法，思考如何在制度與實踐上建構審議式量刑，說明如後。

## 四、審議式量刑程序建構

為能達到人民參與刑事審判的立法目的，引進「人民正當法律感情」，量刑程序不能一味地依照專業法官的量刑方式來進行，而應該考量人民參與審判的特性，調整量刑程序。在日本裁判員的實務上，認為裁判員要達成適當正確且公平的量刑，首先必須讓裁判員能夠了解到合於該案案情的量刑本質，並說出相應的量刑意見，為此，必須讓當事人的量刑主張與證據，合乎到量

刑本質上，而其前提是要先理解量刑本質為何[47]。甚至認為這項本質應該為專業法官與素人國民法官共有，這是最首要的，進而才是裁判員理解量刑判斷的結構[48]。

此外，法官與人民同桌評議，對雙方而言皆是一大挑戰。雙方對於審判的思維不同，使用的慣性語言不同，為了促進評議順利進行，除了適宜的制度設計外，雙方心態皆要有所調整。

鑑此，為了實踐量刑結果符合法律原理原則，使量刑標準之判斷合宜，法官應對於參與的人民詳盡說明量刑本質，並提供適當量刑工具，說明如下。

## （一）量刑本質的說明

量刑本質當然必須由法官向全體合議體成員說明，其中有幾點必須說明的。

首先刑罰乃是對於行為人犯罪行為的責任應報非難，所以量刑判斷的基準本質必須是被告的犯罪行為，因此必須嚴守行為責任與責任主義立場，從行為而非行為人為中心對象來思考量刑判斷，而刑法條文所規定的法定刑，乃是個別犯罪類型行為相對應刑罰輕重的規定，因此也要遵循刑罰均衡原則判斷個別刑罰。據此，所謂相應於犯罪行為的刑事責任之刑罰，是：(1) 從犯罪事實的具體內容來看是相當的；(2) 也包含著與其他類似案例相比之公正與公平在內，必須理解該事件的內容為何的一切情況。參與的人民往往流於「情」，容易同情被告這個「行為人」，因此法官應解說量刑本質，使人民了解量刑的其他因子，以促進多面向的思考。

47 井田良等，裁判員裁判における量刑評議の在り方について，頁3（2012年）。該研究報告並做成量刑本質的說明，在138頁以下。

48 井田良等（註47），頁12。



## （二）量刑判斷架構

在理解量刑為何後，從行為人責任出發，在量刑上可以透過法定刑先行劃出一個上下限，並決定行為人所為行為之責任大框架，而在此框架內，在考量第57條各個有利或不利事項，作出調整，最後依照量刑行情來作最後量刑決定，這是日本量刑實務作法[49]。而我國2005年的刑法修正中，刑法第57條規定已經以行為人的責任為基礎，因此也可參考此作法來進行。

按照草案與上述作法，在歷經前述準備程序、證據與辯論後，進入評議程序：(1) 共同討論（併請參與人民逐一對案件爭點表示意見）；(2) 提出「量刑審酌事項參考表」，就刑法第57條各情形逐一舉例並說明何情形為加重（減輕）量刑因子；(3) 提供「量刑資訊系統－量刑分布統計圖」供參考；(4) 被告有無刑法第59條酌減評議；(5) 進行量刑中間評議；(6) 進行量刑終局評議。但應該注意，參與的人民並非依照一己主觀與直覺來判斷，應該要對其詳細說明量刑的原理，給予發問機會，善盡草案第57條第1項：「觀審法庭討論時，審判長應詳盡說明本案事實與法律之重要爭點，整理各項證據之調查結果，並予國民法官、法官充分討論之機會。」在此充分討論的氣氛的形成，作為合議體的專業法官要負擔很大責任，自不待言。

## （三）量刑基準

法官擁有的刑罰裁量權甚廣，英國、美國、澳洲等為求量

49 井田良等（註47），頁6。

刑公平合理、避免歧異，於多年研究後陸續發展出不同的量刑模式。我國於2010年間因高雄地院一件性侵幼童的判決引發「白玫瑰運動」，司法院為回應社會大眾對公平、透明、妥適量刑的要求，自2011年2月起，開始著手建構「量刑資訊系統」[50]、研議「量刑行情建議」[51]，除上述量刑資訊檢索及量刑行情建議功能之外，並制定各類犯罪之「量刑審酌事項參考表」[52]。量刑工具的

50 結合刑事法官、統計、資訊專業及編碼人員，從各類犯罪之法院判決書中，蒐集判決書上記載之刑法第57條各款量刑審酌事由，建置量刑資訊系統。使用者可在輸入相同或類似的量刑因子後，顯示相關判決的平均刑度、最高刑度、最低刑度及量刑分布情況，並可分析各種犯罪的量刑行情，也可以提供各類犯罪量刑時應考量的具體事由，與其對量刑影響力的大小，讓審判者得以完整掌握量刑全貌。目前司法院建構完成之量刑資訊系統，罪名有妨害性自主罪、不能安全駕駛罪、槍砲案件、幫助詐欺罪、毒品案件、竊盜案件、搶奪罪暨強盜罪、殺人案件、普通傷害案件與肇事逃逸罪等，並陸續擴充中。除審判者外，亦開放予一般民眾查詢。參見司法院量刑資訊系統，http://sen.judicial.gov.tw/（最後瀏覽日：2018年10月28日）。

51 為使量刑改革精益求精，提供法官更多元、更客觀之量刑參考資訊，蒐集各類犯罪之法院判決，以統計迴歸方法，分析法官量刑時考量之量刑因子與其對量刑影響力大小，並召開焦點團體會議，匯集審、檢、辯、學及相關民間團體對於分析實務判決所得之量刑因子及其影響力討論所形成之意見，據以提供各類犯罪之量刑行情，供法官參考，使法官不僅得以完整掌握量刑全貌，且能融入社會公平正義之情感，反應社會各方之價值與期待。參見司法院量刑改革專區，http://www.judicial.gov.tw/work/work02/work02-40.asp（最後瀏覽日：2018年10月27日）。

52 參考英國之論理式量刑基準模式，重點論述量刑之原則與法官應注意事項，邀集審、檢、辯、學及相關婦幼、被害人保護民間團體等焦點團體研議相關犯罪法官量刑時，應注意審酌從重或從輕之量刑事項，製作量刑審酌事項參考表供法官參考，以彌補法官有限之社會生活經驗。目前已完成焦點團體建議法院辦理妨害性自主罪、與家庭暴力有關犯罪、不能安全駕駛罪、提供人頭帳戶等資料幫助詐欺罪、竊盜罪、搶奪罪、強盜罪、殺人罪、傷害致死罪、毒品案件、人口販運犯罪及違反槍砲彈藥刀械管制條例案件之量刑審酌事項參考表。參見司法院量刑審酌事項參考手冊，http://sen.judicial.gov.tw/pub_platform/Reference_book.pdf（最後瀏覽日：2018年10月27日）。



運用將有助於增加司法透明度，避免產生犯罪情狀相似之同類案件各被告間，因不同法官審判而產生量刑歧異，使量刑能符合罪刑相當、比例與平等原則，並減少無謂上訴，達到司法節能之目的，成就公平信實的司法；這個量刑一致性的趨向，在人民參與審判也無法避免。

## 五、評議的負面因素與克服

### （一）評議的應然

評議程序是整個審判的精華，讓法官與人民同桌交流，對彼此而言皆是新鮮體驗。人民參與審判引入的不是單純的代表式民主，而是要求「健全」、「正當」的人民法律感情。雖人民參與審判植基於國民主權、民主主義原理，然而關於刑事法理論中制約多數暴力、保障人權的自由主義原理，也不容忽視。因此，人民參與審判作出的判決仍應符合法律原理原則，才有其正當性可言。為了實踐量刑結果符合法律原理原則，使量刑標準之判斷合宜，法官應對於參與的人民詳盡說明量刑本質，並提供適當量刑工具，給予犯罪人一個「應得」的刑罰。

評議並非僅是獲致結論的會議，要讓參與人民也有發言機會（或義務），可以「上車下車」般自由議論與轉換自己意見[53]，法官必須在此有關刑事事件的公共事項上，創設出一個公共審議場域，讓從國民選出的代表，能夠伴隨著法官，在有關某個刑事被告事件上，就犯罪是否成立與量刑多寡公共事項，透過深思熟

53 原田國男（註40），頁361。

# 刑事案件量刑及定執行刑參考要點

中華民國 107 年 8 月 7 日司法院院台廳刑一字第 1070021860 號函訂定下達全文 27 點

一、為期刑事案件之量刑及定執行刑，臻於妥適，提升刑罰之可預測性，並避免不合理之歧異，彰顯裁判之公平與妥當，特訂定本要點。

二、量刑時，除應注意法律相關規定外，並宜綜合考量下列刑罰目的：

(一) 對於不法侵害行為給予相應責任刑罰之應報功能。

(二) 矯正行為人並使其復歸社會之特別預防功能。

(三) 適切發揮嚇阻犯罪、回復社會對於法規範之信賴，及維護社會秩序之一般預防功能。

三、法院於法定刑範圍內裁量刑罰時，不得就該當各類犯罪之構成要件之事實為重複評價。

四、法院於量刑時應兼衡有利與不利行為人之各種情狀，而為決定。

五、法院於必要時，得囑託鑑定人、醫院、學校或其他相當之機關、團體為精神、心理鑑定或量刑前社會調查報告。

六、法院於審酌刑法第五十七條所列事項時，應體察法律規範之目的，並符合比例原則及平等原則。

七、宣告刑之酌定，宜審酌下列事項後為之：

(一) 犯罪之動機、目的、犯罪時所受之刺激、犯罪之手段、行為人與被害人之關係、行為人違反義務之程度、犯罪所生之危險或損害、犯罪之計畫及共犯間之分工情形等項，以衡量行為人之罪責。

(二) 行為人之生活狀況、品行、智識程度、犯罪後之態度、年齡及個性等項，以評估行為人再犯之危險性及違法意識之程度。

八、判斷行為人之責任，應具體審酌其客觀危害及主觀惡性之程度。

行為人所造成之客觀危害程度，宜綜合考量犯罪手段及所生之危險或損害。

行為人主觀惡性之輕重，宜就其教育程度、生活經驗及工作歷練等衡酌其犯罪之認知程度，並考量行為人之前科紀錄（不以同一罪名為限），綜合判斷之。

行為人如有少年前科紀錄者，並宜注意少年事件處理法第八十三條之一第一項視為未曾受保護處分或刑之宣告、第二項紀錄塗銷、兒童權利公約第十號一般性意見第六十六點後段關於成人訴訟中不應使用該紀錄及用以加重其刑之規定。

九、審酌犯罪之動機、目的及犯罪所受之刺激，宜考量其反社會之傾向及惡質之程度。

十、審酌犯罪之手段，宜考量犯罪之具體方法及手段之強度。如為數人共同犯罪之情形，宜一併考量行為人與共犯間之分工及參與程度。

十一、審酌行為人之生活狀況、品行及智識程度，宜考量行為人對刑罰之感受性、犯罪是否有生理或病理之因素、屬於慣性或癮性犯罪、更生環境之風險因子及保護因子。

十二、審酌行為人與被害人之關係，宜考量行為人與被害人之親疏遠近、交誼深淺、行為人是否對於被害人負有教養、扶助、保護、照顧等義務，及行為人是否因被害人之行為而犯罪等一切情狀。

十三、審酌行為人違反義務之程度，宜考量注意義務之內容、行為人遵守該義務之期待可能性，及違反該義務之情節。

十四、審酌犯罪所生之危險，宜考量對法益侵害之程度、範圍、犯罪之時間、地點，及危險係持續性或一時性。

審酌犯罪所生之損害，宜考量可歸責於犯罪之直接或間接財物損害、被害人生理及心理之傷害、被害人受此損害之影響輕重程度、犯罪之時間、地點，及損害係持續性或一時性。

十五、審酌行為人犯罪後態度，宜考量是否悔悟及有無盡力賠償被害人之損害。

審酌悔悟態度，宜考量行為人是否自白、自白之時間點、為了修復損害或與被害人和解所為之努力，並不得以被告緘默，作為認定態度不良之依據。

審酌行為人有無盡力賠償被害人之損害，宜綜合考量其與被害人溝通之過程、約定之賠償方案及實際履行之狀況，不得僅以是否與被害人達成民事和解之約定為唯一依據。

十六、量刑宜一併具體考量各類犯罪之量刑因子，參酌司法院量刑資訊系統、量刑趨勢建議系統及量刑審酌事項參考表之建議而為妥適裁量。

十七、法院宜參考「量刑資訊系統」，審酌實務上類似案件之平均刑度、最高刑度、最低刑度及量刑分布全貌。如有顯著偏離，法院宜為說明，以排除裁量結果係因非理性之主觀因素所致之量刑歧異。

十八、法院宜參考「量刑趨勢建議系統」，審酌焦點團體對於各犯罪類型所建議之量刑因子及刑度區間，以契合社會之法律感情。

十九、酌科罰金及併科罰金者，除應依刑法第五十八條之規定審酌行為人資力及犯罪所得之利益外，尤宜注意罰金數額對行為人之懲罰效果。如犯罪所得之利益超過罰金最多額時，得於所得利益之範圍內酌量加重。

審酌行為人資力，宜考量其收入、財產及基本生活支出。

審酌犯罪所得，宜考量因犯罪所得數額及其他一切利益。

二十、法院依刑法第四十一條第一項本文之規定，宣告得易科罰金者，宜考量行為人之資力，以維持刑罰執行之有效性及資力各異之行為人間刑罰執行之公平性。

二十一、依刑事訴訟法第三百一十條第三款記載量刑審酌事由時，宜避免於判決書中過度揭露行為人之個人資料，以維護行為人之隱私及名譽。

二十二、法院於酌定執行刑時，不得違反刑法第五十一條之規定，並應體察法律規範之目的，謹守法律內部性界限，以達刑罰經濟及恤刑之目的。

法院依刑法第五十一條第五款及第六款定執行刑者，宜注意刑罰邊際效應隨刑期而遞減及行為人所生痛苦程度隨刑期而遞增之情形，並考量行為人復歸社會之可能性，妥適定執行刑。

二十三、執行刑之酌定，宜綜合考量行為人之人格及各罪間之關係。

二十四、審酌各罪間之關係，宜綜合考量數罪侵害法益之異同、對侵害法益之加重效應及時間、空間之密接程度。

各罪間之獨立程度較高者，法院宜酌定較高之執行刑。但仍宜注意維持輕重罪間刑罰體系之平衡。

二十五、行為人所犯數罪係侵害不可替代性或不可回復性之個人法益者，宜酌定較高之執行刑。

二十六、刑法第五十七條所列事項，除前述用以判斷各罪侵害法益之異同、對侵害法益之加重效應、時間及空間之密接程度、行為人之人格與復歸社會之可能性外，不宜於定執行刑時重複評價。

二十七、本要點供法院裁量刑罰時參考，不影響審判權之獨立行使。

# 刑事案件量刑及定執行刑參考要點

| 規　　定 | 說　　明 |
| --- | --- |
| 一、為期刑事案件之量刑及定執行刑，臻於妥適，提升刑罰之可預測性，並避免不合理之歧異，彰顯裁判之公平與妥當，特訂定本要點。 | 為揭示本要點之宗旨，爰訂定本點。 |
| 二、量刑時，除應注意法律相關規定外，並宜綜合考量下列刑罰目的：<br>(一) 對於不法侵害行為給予相應責任刑罰之應報功能。<br>(二) 矯正行為人並使其復歸社會之特別預防功能。<br>(三) 適切發揮嚇阻犯罪、回復社會對於法規範之信賴，及維護社會秩序之一般預防功能。 | 一、關於刑之量定，除刑法第一編「總則」第八章「刑之酌科及加減」定有規定外，亦應注意其他法律之相關規定，如少年刑事案件之量刑，宜併考量少年事件處理法之保障少年健全之自我成長，調整其成長環境，並矯治其性格之立法目的，及該法第七十四條、第七十八條、第七十九條及第八十三條之一第一項等規定。<br>二、刑罰乃國家對行為人違反禁止規定之非難評價，國家行使刑罰權，即應先釐清實現刑罰之目的，以刑罰之目的及功能作為量刑之指導原則。 |
| 三、法院於法定刑範圍內裁量刑罰時，不得就該當各 | 禁止雙重評價原則係禁止法院於刑罰裁量時，將法律所規定之構成 |

| | |
|---|---|
| 類犯罪之構成要件之事實為重複評價。 | 要件事由，當作刑罰裁量事實，重複審酌而作為裁量之依據。蓋立法者於立法之際，即已將構成要件之規定，作為形成刑罰裁量範圍之量刑外部性界限，其於刑罰決定過程中業經考量，並據以評價行為人之犯罪輕重，故法院自不得再執此為裁量宣告刑輕重之標準。例如過失致人於死亡之案件，法院不可將被害人死亡之結果作為刑罰裁量事實加以審酌。爰參考德國刑法第四十六條第三項：「已屬法律構成要件要素之情狀，不得審酌之」之規定，於本點明訂之。 |
| 四、法院於量刑時應兼衡有利與不利行為人之各種情狀，而為決定。 | 刑罰裁量事實中有對行為人不利而可作為加重裁量之依據者，亦有對行為人有利而可作為減輕裁量之依據者。法院於量刑時，對於兩類不同評價方向之刑罰裁量事實應同時兼顧，給予同等之注意，以為公正衡量。爰參酌德國刑法第四十六條第二項前段：「法院裁量時，應衡量有利與不利行為人之情狀」而為規定。 |
| 五、法院於必要時，得囑託鑑定人、醫院、學校或其他相當之機關、團體為精 | 審判長依刑事訴訟法第二百八十八條第四項就被告科刑資料進行調查時，得請相關專業領域之鑑定 |

| | |
|---|---|
| 神、心理鑑定或量刑前社會調查報告。 | 人、機關、團體為精神、心理鑑定或量刑前社會調查報告，以知悉及評價刑法第五十七條各款事由之具體情狀。 |
| 六、法院於審酌刑法第五十七條所列事項時，應體察法律規範之目的，並符合比例原則及平等原則。 | 法定刑雖係外部界限，但並非於法定刑內量刑即屬妥適。個案量刑時，仍須以行為人之責任為基礎，於法律內部性界限，體察法律規範之目的，依比例原則及公平正義原則，妥適裁量，期能符合量刑之目的。 |
| 七、宣告刑之酌定，宜審酌下列事項後為之：<br>(一) 犯罪之動機、目的、犯罪時所受之刺激、犯罪之手段、行為人與被害人之關係、行為人違反義務之程度、犯罪所生之危險或損害、犯罪之計畫及共犯間之分工情形等項，以衡量行為人之罪責。<br>(二) 行為人之生活狀況、品行、智識程度、犯罪後之態度、年齡及個性等項，以評估行為人再犯之危險性及違法意識之程度。 | 刑法第五十七條各款事項之性質各有不同，有屬於單純之犯罪情狀者，如犯罪之手段、犯罪所生之危險或損害等；有屬於兼具犯罪及行為人情狀者，如犯罪之動機、目的、犯罪時所受之刺激、行為人與被害人之關係、違反義務之程度、犯罪後之態度等。此等具有犯罪情狀之事實，因與犯罪有關，法院宜綜合考量此等具有犯罪情狀性質之量刑事由，以確認行為人之罪責程度。至單純屬於行為人情狀者，如刑法第五十七條所列之犯罪行為人之生活狀況、品行、智識程度及犯罪後之態度，與行為人之年齡及個性等，因與犯罪無直接之關係， |

| | |
|---|---|
| | 僅能藉以評估行為人再犯之危險性及違法性意識之程度，於行為人責任之限度內，妥適量刑。 |
| 八、判斷行為人之責任，應具體審酌其客觀危害及主觀惡性之程度。<br>行為人所造成之客觀危害程度，宜綜合考量犯罪手段及所生之危險或損害。<br>行為人主觀惡性之輕重，宜就其教育程度、生活經驗及工作歷練等衡酌其犯罪之認知程度，並考量行為人之前科紀錄（不以同一罪名為限），綜合判斷之。<br>行為人如有少年前科紀錄者，並宜注意少年事件處理法第八十三條之一第一項視為未曾受保護處分或刑之宣告、第二項紀錄塗銷、兒童權利公約第十號一般性意見第六十六點後段關於成人訴訟中不應使用該紀錄及用以加重其刑之規定。 | 一、判斷行為人之責任，應有明確規範，法院宜就行為人所造成之客觀危害程度及其主觀惡性之輕重併為考量，爰於本點提示應綜合考量之事項。<br>二、考量法院於分案時，均依「臺灣高等法院全國前案系統查詢作業規範」第五條規定，主動查詢被告或少年之前案資料，並列印附卷，供法官審理案件參考。故提醒法官注意少年事件處理法第八十三條之一第一項所定視為未曾受各該宣告、第二項塗銷少年前科紀錄及有關資料之規定，以及兒童權利公約第十號一般性意見第六十六點後段「為了避免實行歧視和/或未經審訊作出判決，少年犯檔案不應在處理其後涉及同一罪犯的案件的成人訴訟中得到使用（見《北京規則》第 21.1 點及第 21.2 點），該檔案也不得用來加重此種今後的宣判。」之意 |

| | |
|---|---|
| | 見（兒童權利公約施行法第二條及第三條參照）。 |
| 九、審酌犯罪之動機、目的及犯罪所受之刺激，宜考量其反社會之傾向及惡質之程度。 | 犯罪之動機、目的及犯罪所受之刺激具有密切關係，均為認定行為人罪責之重要依據。例如，於行為人均係犯殺人罪之情形，倘行為人係基於被害人長期對其實施家暴行為後而殺人，則其反社會之傾向較弱、惡質程度亦低，宜從輕量刑。反之，如行為人與被害人素昧平生，僅係未發洩心中對社會之不滿情緒，而無差別之殺人，則其反社會傾向顯著，惡質程度亦高，宜從重量刑。 |
| 十、審酌犯罪之手段，宜考量犯罪之具體方法及手段之強度。如為數人共同犯罪之情形，宜一併考量行為人與共犯間之分工及參與程度。 | 鑑於犯罪之手段為重要之犯罪情狀量刑事由，且犯罪手段往往不勝枚舉，難以羅列，法院於量刑時宜考量行為人實施犯罪之具體方法及該手段所造成法益侵害之強度。如行為人有縝密之犯罪計畫，依一般社會通念，堪認犯罪手段殘忍，自宜從重量刑。又於數人共同犯罪之情形，亦宜考量行為人於共犯結構中之角色地位及對於犯罪之實際參與程度，爰於本點提示應綜合考量之事項。 |
| 十一、審酌行為人之生活狀 | 行為人之生活狀況、品行、智識程 |

| | |
|---|---|
| 況、品行及智識程度，宜考量行為人對刑罰之感受性、犯罪是否有生理或病理之因素、屬於慣性或癮性犯罪、更生環境之風險因子及保護因子。 | 度為行為人情狀量刑事由，雖與犯罪無直接之關係，然為評估行為人再犯之危險性及違法性意識程度之重要審酌事項，故於本點提示應綜合考量之事項。舉例而言，如考量行為人素行良好，並無前科，堪認其遵法意識及對刑罰之感受性均非薄弱，僅係一時失慮而為偶發之犯罪，其更生環境之保護因子眾多，如具有完善之家庭支援系統，法院自宜從輕量刑。 |
| 十二、審酌行為人與被害人之關係，宜考量行為人與被害人之親疏遠近、交誼深淺、行為人是否對於被害人負有教養、扶助、保護、照顧等義務，及行為人是否因被害人之行為而犯罪等一切情狀。 | 行為人與被害人之關係為兼具犯罪及行為人情狀之量刑審酌事由，為確認罪責程度、裁量刑度之重要審酌事項。行為人與被害人之關係往往不一而足，難以臚列完備，本點僅列出實務上較為關注之事由，提醒法院宜予注意。舉例而言，於傷害案件，倘行為人係被害人之看護，對被害人具有照顧義務，卻對其為傷害犯行，自宜從重量刑。 |
| 十三、審酌行為人違反義務之程度，宜考量注意義務之內容、行為人遵守該義務之期待可能性，及違反該義務之情節。 | 行為人違反義務之程度為兼具犯罪及行為人情狀之量刑審酌事由，為確認罪責程度、決定刑度之重要審酌事項。舉例言之，於交通事故之過失傷害案件中，宜審酌行為人本應遵守之交通規則為何，依交通 |

| | |
|---|---|
| | 事故發生時之天候、照明、視距及路面狀況所評估行為人遵守該交通規則之期待可能性，及行為人實際駕駛車輛違規之情節等情形，以妥適量刑。 |
| 十四、審酌犯罪所生之危險，宜考量對法益侵害之程度、範圍、犯罪之時間、地點，及危險係持續性或一時性。<br>審酌犯罪所生之損害，宜考量可歸責於犯罪之直接或間接財物損害、被害人生理及心理之傷害、被害人受此損害之影響輕重程度、犯罪之時間、地點，及損害係持續性或一時性。 | 犯罪所生之危險或損害屬於犯罪情狀之量刑審酌事由，為決定行為人罪責程度之重要因素。舉例言之，於放火罪之案件，宜考量犯罪對社會公共安全之侵害程度、放火之時間為白天或深夜、地點是否為人口聚集之處等項；於妨害性自主案件，除應考量行為人之性自主遭侵害之嚴重程度以外，亦宜一併審酌因犯罪所造成被害人之身體傷害、精神創傷、因犯罪所生之就醫診療費用、被害人因此侵害而影響日後生活之狀況等。 |
| 十五、審酌行為人犯罪後態度，宜考量是否悔悟及有無盡力賠償被害人之損害。<br>審酌悔悟態度，宜考量行為人是否自白、自白之時間點、為了修復損害或與被害人和解所為之努力，並不得以被 | 犯罪後態度為兼具犯罪及行為人情狀之重要量刑事由，應如何判斷，宜有明確規範。舉例而言，倘行為人犯罪後，業於偵審中自白、參與修復式司法方案或調解程序而展現悔悟之誠意、實際賠償被害人所受損害，可認為犯罪後態度良好者，宜從輕量刑。又審酌行為人之悔悟態度，除應考量行為人是否 |

| | |
|---|---|
| 告緘默，作為認定態度不良之依據。<br>審酌行為人有無盡力賠償被害人之損害，宜綜合考量其與被害人溝通之過程、約定之賠償方案及實際履行之狀況，不得僅以是否與被害人達成民事和解之約定為唯一依據。 | 自白外，亦宜斟酌其係於訴訟程序之何階段為自白，行為人於不同審級自白，或於訴訟程序之不同階段自白者，法院從輕量刑之程度亦宜有所不同，以適切反映其犯罪後之態度。 |
| 十六、量刑宜一併具體考量各類犯罪之量刑因子，參酌司法院量刑資訊系統、量刑趨勢建議系統及量刑審酌事項參考表之建議而為妥適裁量。 | 各類犯罪之動機、目的、手段、所生之危險或損害等，均有不同，量刑因子亦各有特殊性，法院於量刑時，自宜為具體考量。又司法院為提升量刑之妥適性、改善量刑歧異之現象，陸續製作「量刑資訊系統」、「量刑趨勢建議系統」及「量刑審酌事項參考表」，爰促請法院於量刑時參考使用。 |
| 十七、法院宜參考「量刑資訊系統」，審酌實務上類似案件之平均刑度、最高刑度、最低刑度及量刑分布全貌。如有顯著偏離，法院宜為說明，以排除裁量結果係因非理性之主觀因素所 | 犯罪雖因行為人之具體個別犯罪情節不同而難有統一之量刑標準，然相類似案件之量刑分布卻可供法院量刑時，檢驗個案裁量結果是否確有過重、過輕之用，故促請法院於量刑時參考量刑資訊系統所提供之統計分析。 |

| | |
|---|---|
| 致之量刑歧異。 | |
| 十八、法院宜參考「量刑趨勢建議系統」，審酌焦點團體對於各犯罪類型所建議之量刑因子及刑度區間，以契合社會之法律感情。 | 為使法院量刑得以融入社會之法律感情，司法院建置「量刑趨勢建議系統」，就不同犯罪類型，邀集相關之審、檢、辯、學、政府機關及民間團體，共同討論各罪之量刑因子，並建議相對應之刑度區間。爰促請法院於量刑時參考量刑趨勢建議系統所提供之量刑因子及建議之刑度區間。 |
| 十九、酌科罰金及併科罰金者，除應依刑法第五十八條之規定審酌行為人資力及犯罪所得之利益外，尤宜注意罰金數額對行為人之懲罰效果。如犯罪所得之利益超過罰金最多額時，得於所得利益之範圍內酌量加重。<br>審酌行為人資力，宜考量其收入、財產及基本生活支出。<br>審酌犯罪所得，宜考量因犯罪所得數額及其他一切利益。 | 罰金係剝奪行為人財產權之刑罰，如何審酌，宜有所規範。又罰金與沒收制度雖均係對行為人財產之干預，然酌科罰金時，斟酌犯罪所得之原因僅係作為量刑之參考，而非如沒收制度旨在剝奪犯罪之不法利得，宜予以區別。再者，刑法及特別刑法之刑罰規定中不乏併科罰金者，併科罰金之標準亦宜有所規範，以供參考。 |

| | |
|---|---|
| 二十、法院依刑法第四十一條第一項本文之規定，宣告得易科罰金者，宜考量行為人之資力，以維持刑罰執行之有效性及資力各異之行為人間刑罰執行之公平性。 | 鑑於自由刑倘准易科罰金，折算標準應為換取自由而無從豁免之代價，法院宜考量行為人之收入、身分以評估行為人之資力而定折算之標準，方能在財力優劣參差者間維持刑罰執行之有效性及公平性等。 |
| 二十一、依刑事訴訟法第三百一十條第三款記載量刑審酌事由時，宜避免於判決書中過度揭露行為人之個人資料，以維護行為人之隱私及名譽。 | 各級法院依法院組織法第八十三條第一項之規定，均於司法院網站刊載裁判書全文，以接受全民之監督及公評，並利學術研究。然量刑審酌事由多涉及行為人個人資料，為避免因過度揭露個人資料而有侵害行為人隱私及名譽之疑慮，爰促請法院注意。 |
| 二十二、法院於酌定執行刑時，不得違反刑法第五十一條之規定，並應體察法律規範之目的，謹守法律內部性界限，以達刑罰經濟及恤刑之目的。<br>法院依刑法第五十一條第五款及第六款定執行刑者，宜注意刑罰邊際效應隨 | 一、數罪併罰合併定應執行刑，旨在綜合斟酌犯罪行為之不法與罪責程度，及對犯罪行為人施以矯正之必要性，而決定所犯數罪最終具體應實現之刑罰，以符罪責相當之要求，爰揭示定執行刑之原則。<br>二、刑罰的輕重無法自行反映出規範意義上之區別，而有待裁判理由將犯罪所生之不法侵害與刑罰之輕重進行連結，方 |

| | |
|---|---|
| 刑期而遞減及行為人所生痛苦程度隨刑期而遞增之情形，並考量行為人復歸社會之可能性，妥適定執行刑。 | 得反映具體刑罰所代表之規範意義。換言之，四年有期徒刑所乘載之不法與罪責程度不當然等於二年有期徒刑的兩倍。又行為人因有期徒刑或拘役之執行，其所感受之痛苦往往日趨增加。然有期徒刑及拘役之刑期越長，刑罰所具有矯治行為人之效果愈低，且復歸社會之阻礙益增。此外，於執行數罪中部分之刑罰時，往往足已發揮刑罰嚇阻犯罪之功能，且使社會對於法規範之信賴回復至相當程度，即刑罰之必要性隨刑罰之執行而漸趨減輕。從而，刑罰功能之邊際效應往往隨刑期之執行而遞減。國家實施刑罰權既不應脫離刑罰之目的，而抽象決定執行刑，自宜注意隨刑期之執行，所生刑罰邊際效應遞減及行為人痛苦程度遞增之情形。又關於多數有期徒刑及拘役之定執行刑，併宜注意行為人之年紀與生活狀況等情形，避免刑之執行造成行為人復歸社會之阻礙。 |

| | |
|---|---|
| 二十三、執行刑之酌定，宜綜合考量行為人之人格及各罪間之關係。 | 定執行刑之裁量標準，我國法無明文，爰參考德國刑法第五十四條第一項：「個別宣告刑之一有無期徒刑者，併合刑為無期徒刑。其他所有情形，併合刑之制定係由提高所宣告之最重刑，於不同種之刑罰係由提高最重刑罰種類為之。此處，應整體評估行為人之人格與個別犯罪之關係」之規定而為規定。 |
| 二十四、審酌各罪間之關係，宜綜合考量數罪侵害法益之異同、對侵害法益之加重效應及時間、空間之密接程度。<br>各罪間之獨立程度較高者，法院宜酌定較高之執行刑。但仍宜注意維持輕重罪間刑罰體系之平衡。 | 一、數罪併罰定執行刑程序係授權法院對行為人所犯數罪為總檢視，進行充分而不過度之評價，從而，法院自宜詳予審酌各罪間之關係，以為總體評價。爰提示審酌各罪間之關係宜綜合考量之事項。<br>二、於數罪侵害之法益各不相同、各犯罪行為對侵害法益之效應亦相互獨立，及犯罪之時間、空間亦非密接之情形，可認各罪間之關係並非密切，各罪之獨立性較高，且行為人透過各罪所顯示之人格面亦不相同，自宜酌定較高之執行刑。反之，如數罪侵害之法益均屬相同、對侵害法益之效應有限，及犯罪之時間、空間亦 |

| | |
|---|---|
| | 甚為密接之情形，則可認各罪間之關係獨立性偏低，且行為人透過各罪所顯示之人格面亦無不同，自宜酌定較低之執行刑。舉例言之，被告犯多次施用毒品罪者，考量其所犯係屬戕害被告個人身心健康之病患型犯罪，且其多次施用行為對於危害社會法益之加重效應非重，自宜酌定較低之執行刑。又於綜合考量數罪時，宜併予注意輕重罪間刑罰體系之平衡，避免多數輕罪刑罰併計之結果重於一次重罪所執行之刑罰。 |
| 二十五、行為人所犯數罪係侵害不可替代性或不可回復性之個人法益者，宜酌定較高之執行刑。 | 立法者係以刑罰作為制裁法益破壞行為之法律手段。數罪所侵犯者，如屬於具有不可替代性、不可回復性之個人法益，如殺人、重傷害及妨害性自主等罪，縱使各罪之時間及空間具有密切關係，然於併合處罰時，仍宜酌定較高之執行刑，以符合刑罰之法益保護機能。 |
| 二十六、刑法第五十七條所列事項，除前述用以判斷各罪侵害法益 | 刑法第五十七條所列事項於個別犯罪量處刑罰時即已斟酌在內，為避免責任非難之重複，自不宜於定 |

| | |
|---|---|
| 之異同、對侵害法益之加重效應、時間及空間之密接程度、行為人之人格與復歸社會之可能性外，不宜於定執行刑時重複評價。 | 應執行刑時，再行斟酌。 |
| 二十七、本要點供法院裁量刑罰時參考，不影響審判權之獨立行使。 | 刑之量定為刑法賦予法院得為自由裁量之事項，本要點係作為法官妥適量刑之參考，自不影響審判權之獨立行使。 |