最高法院刑事判決

111年度國模台上字第1號

上　訴　人　臺灣高等檢察署檢察官越方如、邱智宏、陳孟黎

上　訴　人

即　被　告　王志明

選任辯護人　鄭嘉欣律師

戴紹恩律師

劉佩瑋律師

上列上訴人等因被告家暴殺人案件，不服臺灣高等法院中華民國110 年11月1日第二審判決（110 年度國模上訴字第1號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署109年度模偵字第1號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

書記官 楊盈茹

理　由

一、按刑事訴訟法第377 條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

二、第三審法院就行國民參與審判案件審理之原則

（一）我國為彰顯國民主權之理念，透過國民直接參加司法權的運作，以強化司法民意基礎，乃制定國民法官法（下稱本法）。其目的係欲使自一般國民中抽選的國民法官，得以全程參與審理程序，親自見聞訴訟之進行，更可於裁判時與法官本於對等立場就論罪科刑為評議，進而充足法院判斷的視角

與內涵。且為使具體制度設計能使刑事審判的各項原理原則獲得確保，以達公平法院之目標，包含：1、採行法官3人及國民法官6人共同組成（本法第3條第1項）。2、限制並排除有不公平審判疑慮之國民法官（本法第12條至第16條）；且透過不附理由不選任特定國民法官，及解任國民法官制度，以確保適格性（本法第28條、第35條、第36條）。3、 國民法官有公平誠實執行職務之義務（本法第9條第2項）。4、法官、檢察官、辯護人有促使審理迅速易懂之義務（本法第45條）。5、 法官應說明必要法令及整理爭點或評議內容，使國民法官易於理解（本法第66條、第69條第2 項、第71條、第82條）。6、評議門檻之特別規定（本法第83條）。7、評議內容之守密義務（本法第85條第1項）。8、保障國民法官及其親屬之安全（本法第96條）等，均足以有效保障國民法官制度之公平性與中立性。

（二）本法在彰顯國民主權之前提下，透過前述規定以保障國民法官制度之公平性與中立性，則第二審法院，對於國民法官法庭所為的第一審判決（下稱國民法官第一審判決），自應本於該宗旨，妥適行使審查權限（本法第91條）。詳言之，第二審法院對於國民法官第一審判決所採行之態度如何，將影響國民法官制度之運作。如果第二審法院積極調查證據並形成新的心證，則第二審將偏向於續審制（或現行第二審的覆審制）；相對的，如果第二審法院嚴守以審查當事人所提出的上訴理由為中心，只有在少數例外的情形下，始調查新證據，則第二審將偏向於事後審的構造。

（三）就此，雖然本法並未就第二審應採取何種方式審理國民法官第一審判決予以規範，但可想見的，如果第二審法院以心證替代的立場，輕易地撤銷國民法官第一審判決，將使國民法官第一審判決流於形式，顯非本法所欲彰顯國民主權之目的。從而，依本法第91條立法理由所表徵「國民參與審判制

度之重要目的，在於使國民與法官共同參與刑事審判，反映一般國民之正當法律感情，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」，第二審或可以國民法官第一審判決為審理對象，本事後審之方式審理之。此外，第二審法院作為事實審之終審，就事實之認定或量刑部分，若完全採行事後審，不允許當事人或辯護人提出新證據（例如第一審判決後被告已賠償被害人、或被害人已表示願意原諒被告等於第一審未出現的新證據），將失第二審就事實或量刑救濟之功能。從而，遇此情形，當可緩和事後審之適用，本續審制之精神，依本法第90條第1 項規定，准許當事人或辯護人聲請調查新證據。亦即，第二審可兼採事後審及續審制之方式審理案件。

（四）國民法官第二審既如前述，可兼採事後審及續審制的方式審理案件。則：

1、就第二審採取續審制以審理案件的部分，因第二審判決具事實審之功能，第三審的審理方式，與現行審理其他非國民法官之案件相同。

2、就第二審採取事後審以審理案件的部分，因本法未就第三審上訴有特別規範，則依本法第4 條適用刑事訴訟法（下稱刑訴法）之結果，仍應依刑訴法中有關第三審上訴之規定予以審理案件。換言之，此時第三審是依刑訴法有關第三審上訴之規定，審酌第二審判決本事後審之判斷，是否有誤；若有違誤，該違誤是否已影響於判決，以決定應予維持、撤銷發回（發交）法院或自為判決。

三、原判決本事後審之立場，綜合全案證據資料，認第一審以上訴人即被告王志明（下稱被告）有第一審事實欄所載殺人犯行，就事實之認定並無違背經驗法則及論理法則；第一審未合法調查之訴訟程序違法及調查必要性認定之適用法則，雖

有部分不當，但不影響於判決結果；第一審之量刑無所憑事實錯誤或裁量失當之情。因而維持第一審論處被告殺害直系血親尊親屬罪刑之判決，駁回檢察官及被告在第二審之上訴。經核原判決所為論斷說明，俱有卷內證據資料可資參照，從形式上觀察，並無足以影響判決結果之違法情形存在。

四、關於訴訟程序違背法令部分

（一）第二審審查國民法官第一審判決之訴訟程序違背法令部分

1、第二審應如何本事後審之立場，審查國民法官第一審判決之訴訟程序違背法令一事，本法未定有明文。為避免僅因不影響判決的訴訟程序違法，即由職業法官撤銷國民法官第一審判決，恐與前述本法所欲彰顯國民主權之目的有違。解釋上，第二審當可類推適用刑訴法就第三審上訴所為之規定，作為審查訴訟程序違背法令之內涵。

2、從而，就第二審而言，如果國民法官第一審判決是屬於刑訴法第380 條訴訟程序違背法令的情形，以該等違背法令之情形，已顯然影響於判決為限，始得撤銷第一審判決。換言之，僅是訴訟程序違背法令有影響判決的可能性，並不足以構成撤銷事由；必須是如果沒有該訴訟程序違背法令之情形，會產生與原判決不同判決的高度蓋然性，始足構成撤銷事由。

3、本件原判決已說明第一審未合法調查「現場勘察報告」、「完整現場照片14張」、「相驗照片25張」、「被告傷勢照片5張」、「臺灣新北地方法院106年度家護字第522 號民事通常保護令」、「臺灣新北地方法院107年度重簡字第358號判決及該案聲請簡易判決處刑書」等證據（下稱勘察報告等證據），即行判決，訴訟程序確有違法。然因原審已於審理時，將第一審未合法調查之證據，依法提示、告以要旨或供辨認，以為合法調查；且納入現場勘察報告等證據，仍可得出與第一審所為相同之犯罪事實（及責任能力）之認定，並不

影響於判決結果，而不予撤銷等情。經核原判決將另行合法調查之證據，與第一審合法調查之證據綜合觀察下，既仍認第一審判決之認定並無違誤，與本法第92條第1 項所揭示尊重第一審國民法官審判認定事實之本質，即無違背，而無違法可指。檢察官上訴意旨以第一審判決係在缺乏現場勘察報告等證據之情況下所作成，原判決認第一審判決該等違誤並未影響於判決結果，與本法第92條第1 項所揭示尊重第一審國民法官審判認定事實之本旨相違，而有適用法則不當之違法。係置原判決明白論敘於不顧，殊非適法之上訴第三審理由。

（二）新證據部分

1、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。」該條之規定是呼應同法第64條第1 項本文，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，使國民參與審判案件，得於第一審落實集中審理之精神。故於提起第二審上訴後，原則上不應准許當事人、辯護人聲請調查證據，以促使當事人、辯護人於國民法官第一審案件中認真攻防，避免訴訟延滯，而達成本法第68條所欲彰顯之集中審理精神。

2、本法第90條第1 項，如前所述有促進訴訟及集中審理的意涵，避免於第二審調查新證據，導致訴訟延滯或忽視國民法官制度的功能。從而，倘於第二審所聲請調查的證據，是曾於第一審訴訟過程中調查過，或主張調查而實際並未調查的證據（即曾顯現於第一審的證據），則非該條項所欲規範的範圍。亦即：

（1）就第一審已經調查過的證據，重新聲請調查者。例如：針

對第一審已經交互詰問過的證人，以未臻明確為由，聲請在第二審再行調查。因曾顯現於第一審，並不屬新證據，與本條項之適用無關。此時，依本法第4條，應適用刑訴法第163條之2、第196條等規定，定其應否調查的標準。

（2）在第一審曾聲請調查的證據，但被第一審法院認無調查之必要而駁回，以致未調查的證據。因曾顯現於第一審，同不屬新證據，亦與本條項之適用無關。在此情形下，仍依本法第4條，適用刑訴法第163條之2 等規定，定其應否調查的標準。換言之，應檢視第一審駁回調查證據之聲請是否正確，若正確，則不予調查；若不正確，仍得予調查。

3、另外，本法第90條第1 項僅規範當事人及辯護人聲請調查新證據，並不影響第二審法院於符合刑訴法第163條第2項之情形下，得依職權調查新證據，自屬當然。

4、本件原判決已說明本法第90條第1 項所指之「新證據」，指非因過失，未於第一審聲請，或於第一審辯論終結後始存在或成立的證據。至於當事人或辯護人於第一審聲請調查之證據，因第一審法院認為無調查之必要而予駁回，而未能提出於第一審法院之證據，並不屬該條項所指的新證據，不受該條的規範。經核原判決之說明並無違誤。被告上訴意旨以本法第90條第1 項的「新證據」，並未區分是否曾於第一審提出聲請，原判決將「第一審認定有證據能力但未經合法調查之證據」、「當事人於第一審聲請調查但被駁回之證據」，均認為不是該條項所稱的「新證據」，有適用法則不當之違法。同係就原判決明白論敘於不顧，並非適法之上訴第三審之理由。

（三）品格證據部分

1、所謂品格證據，是指可以用來證明或特定一個人性格，或是一個人特定作為或不作為的傾向。基於習性推論禁止之法則，除非被告主動提出品格證據以為抗辯，否則，並不容許由

檢察官提出被告之品格證據資為證明犯罪事實之方法，俾免導致錯誤之結論或不公正之偏頗效應。惟被告之品格證據，倘由檢察官提出供為證明被告犯罪之動機、機會、意圖、預備、計畫、認識、同一性、無錯誤或意外等事項，而與被告犯罪事實具有關聯性，如被訴縱火之被告，其先前作案之手法有其特殊性，與本案雷同，檢察官雖不可提出被告以前所犯放火事證以證明其品格不良而推論犯罪，但可容許提出作為係同一人犯案之佐證。此等證據之調查，屬犯罪事實調查證據之範疇，除經檢察官提出者外，如屬審判中案內已存在之資料，而攸關待證事實之認定，即應由法院依法定之證據方法踐行調查證據程序，使當事人、辯護人等有陳述意見之機會，始得作為判斷之依據。

2、品格證據之提出與否，如前所述，於訴訟中是以原則排除、例外允許之方式為之。就此，原判決已說明本件犯罪事實為被告弒母，而被告與被害人間平常相處狀況，或先前有無衝突、紛爭，可作為判斷被告動機、犯意之依據。因而認第一審駁回檢察官聲請調查的臺灣新北地方法院106 年度家護字第522號民事通常保護令、同院107年度重簡字第358 號判決及該案聲請簡易判決處刑書等證據（下稱民事通常保護令等品格證據），尚有不當。經於原審另行調查該等民事通常保護令等品格證據，就犯罪事實（含責任能力）之認定，仍可得出與第一審相同之結果，而認第一審未准許調查該等證據之訴訟程序違法，並未顯然影響於判決。被告上訴意旨以原判決忽略品格證據應該是採取原則排除、例外容許的判斷方式，而非權衡法則，並認原審調查民事通常保護令等品格證據，所行訴訟程序及法令之適用係屬違法。經核原審既係將民事通常保護令等品格證據，作為認定被告犯罪動機、犯意之依據而予以調查，依前揭說明，屬例外得供為品格證據使用之情形，即無違法。至原判決就品格證據之適用雖認為應

依權衡法則處理，然結論上並未影響該等證據之調查，於判決結果不生影響。被告執此理由提起上訴，並非適法上訴第三審之理由。

五、就事實誤認部分

（一）國民法官第一審判決是由國民參與，依直接審理、言詞審理原則進行訴訟，並調查雙方當事人就相關爭點所提出之證據，本自由心證原則，認定事實。在本法彰顯國民主權之意旨下，第二審有關事實誤認的審查，應從第一審判決就證據證明力的評價予以綜合觀察，依本法第92條第1 項但書所示，只有在第一審判決就事實認定已違反經驗法則或論理法則時，方得予以撤銷。換言之，第二審就事實認定部分，並非以追求百分之百無誤之事實為己任，只要判斷第一審事實認定是否合理（未違反經驗法則、論理法則），即屬足夠。

（二）原判決就事實認定部分，以國民法官第一審判決認定被告行為動機是因為被告照顧被害人而未工作，且被害人催促被告結婚，並規勸被告不要喝酒及吸食強力膠，導致二人關係緊張等情，與卷內證據相符；被告當時有完全責任能力，而無刑法第19條第1項、第2項之情形，均無違背經驗法則、論理法則。原判決之說明並無違誤可指。檢察官上訴意旨以被告殺人的動機不是被告為了照顧被害人未工作致關係緊張，而是被害人半夜受被告驚嚇而責備被告，致發生口角，因認原判決有事實誤認之情。就此，檢察官並未具體指出原判決所維持之第一審判決，就事實認定部分，與論理法則或經驗法則有何違反之處，非適法上訴第三審之理由。被告上訴意旨稱其確有於事前使用強力膠及酒精，致辨識能力及控制能力降低，而有刑法第19條第1項、第2項之情形，原判決未予適用，已有理由不備之違法；況縱本件有刑法第19條第3 項原因自由行為之適用，亦應調查被告究係故意或過失之原因自由行為，原審未予調查，有調查未盡之違法等語。經核就

刑法第19條第1項、第2項部分，係置原判決明白論敘於不顧；而原判決既未認被告因原因自由行為而無刑法第19條第1項、第2 項之適用，自無被告上訴意旨所稱有未調查其是故意或過失之原因自由行為之違法可指。被告此一指摘，同非適法之上訴第三審理由。

六、就量刑部分

（一）國民法官第一審就量刑部分，依本法第83條第3 項規定，是由國民法官與法官共同評議決定之，自應予以高度尊重。詳言之，第二審就量刑審查部分，並非是比較第一審量刑與第二審所為判斷之量刑是否一致，而是審查第一審之量刑，是否有依刑法第57條，以被告之責任為基礎，審酌各款量刑因子後，而予適用；所說明之量刑情狀，是否欠缺合理性。除非有極度不合理（例如：忽略極為重要的量刑事實、對重要事實的評價有重大錯誤、量刑裁量權之行使違反比例原則、平等原則）之情形外，原則上均應尊重第一審量刑裁量權之判斷。

（二）本件原判決已說明第一審於量刑時，審酌刑法第57條各款量刑因子，以被害人就花錢欲為被告迎娶大陸地區新娘而遭詐騙，以及規勸被告不要喝酒、吸食強力膠等事而與被告關係緊張；被告為照顧罹病之被害人而未工作、殺害被害人造成無法回復的結果、專科畢業、無業、品行不佳等一切情狀，為整體評價，處被告有期徒刑18年，未逾越法定刑範圍，亦無裁量權違法或濫用之情；檢察官所指量刑基礎事實有所誤認，並不足採，而維持第一審之量刑。經核原判決所審酌及說明之事項，並無違誤。檢察官上訴意旨指摘被害人並不需要被告照顧，且大陸地區新娘未入境、被害人規勸被告不要喝酒、吸食強力膠等，並不能合理化被告殺人之動機，不應作為刑度減輕之量刑因子等語，係就原判決已說明之事項，再為爭執，尚非適法上訴第三審之理由。

七、依上所述，本件檢察官及被告之上訴皆違背法律上之程式，均應駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　7　　月　　6　　日

刑事第六庭審判長法　官　李英勇

法　官　洪兆隆

法　官　楊智勝

法　官　邱忠義

法　官　吳冠霆

本件正本證明與原本無異

書記官　楊盈茹

中　　華　　民　　國　　111　　年　　7　　月　　11　　日