最高法院刑事判決

111年度國模台上字第3號

上　訴　人　臺灣高等檢察署臺中檢察分署檢察官謝名冠

上　訴　人

即　被　告　王　瑋

選任辯護人　武燕琳律師

　　王庭鴻律師

上列上訴人等因被告殺人案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國111年7月1日第二審判決（111年度國模上訴字第1號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署110年度參模偵字第6號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回

理　由

壹、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非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。本件原判決綜合全案證據資料，本於事實審法院之推理作用，認定上訴人即被告王瑋（下稱被告）有如其事實欄所載，基於殺人犯意，持水果刀刺入李貞葳左胸，刀徑割斷李貞葳左側第 5肋軟骨，再穿刺前方心包囊壁、右心室、心室中膈、左心室、後方心包囊壁及至左側肋膜腔內，導致李貞葳左側肋膜腔出血、左側肺臟塌陷及縱膈腔出血而當場死亡之犯行，因而撤銷第一審關於罪刑部分之判決，改判仍論被告以殺人罪，處有期徒刑8年6月（另維持

第一審關於諭知扣案水果刀 1把沒收部分之判決，而駁回上訴人對於此部分在第二審之上訴），已詳敘其所憑證據及認定之理由（被告於警詢、偵查、第一審及原審審理時均自白本件殺人犯行不諱），俱有卷存證據資料可資覆按，從形式上觀察，原判決並無足以影響其判決結果之違法情形存在。

貳、上訴人等上訴意旨

一、檢察官上訴意旨略以：被告於案發當時之精神狀況，經檢察官在偵查中囑託衛生福利部草屯療養院（下稱草屯療養院）對被告施以鑑定，該院所出具之精神鑑定報告書中，關於被告人格特質及涉及其犯罪動機判斷者，係影響量刑輕重而具有調查必要性之資料。乃原審徒以上開資料所顯示之內容，均業經鑑定證人即草屯療養院精神科醫師謝宜芳於第一審審理時鑑定證述甚詳，而得據為量刑之參酌為由，遽謂前揭鑑定報告書並無調查之必要而不予調查，則原審對於被告科刑資料之調查難謂完備，其所為之量刑自屬不當云云。

二、被告上訴意旨略以：凡涉及科刑事項之相關重要資料，均屬法院應於審判期日調查之證據，而草屯療養院對被告施以精神鑑定所出具之精神鑑定報告書內，記載被告因工作及感情因素出現憂鬱情緒、負面思考及自殺意念等症狀，經診斷為環境適應障礙，堪可證明被告係在身心欠佳之狀況下殺害李貞葳，縱令尚不足據以認定被告於行為時之責任能力有何缺損，但上述情狀足以證明被告本件殺人犯行之惡性非重，而屬於對其有利之重要量刑因子，原審未提示調查前開鑑定報告書，遽行量處被告有期徒刑8年6月，殊嫌過重云云。

參、上級審法院對於第一審行國民參與審判程序案件之下級審判決關於量刑所為審查之基準

一、量刑概說

㈠、司法個案之刑罰裁量，或簡稱為量刑，從廣義而言，在一般量刑程序，係指對於刑法或刑事特別法所規定各該犯罪之法

定本刑，透過類型化或特殊化加重或減輕事由之調整，於框定其所形成之處斷刑上下限後，再依刑法第57條稱為「科刑」之狹義量刑規定，以行為人之責任為基礎，審酌一切情狀，並注意該條各款所列舉事項，進而宣告個案刑罰種類及其刑期或額數，或斟酌宜否暫緩執行之過程。至於數罪併合處罰定其應執行之刑，亦屬量刑之範疇，然係強調應就反映行為人人格特性之所犯各罪為綜合性整體審視的特別量刑程序。

㈡、國家對於特定不法行為制定刑罰法律而予入罪處罰時，考量為其所規制具有法益侵害性社會事實之多樣性，因採相對法定刑制，亦即制定多種類得選擇科處之主刑或單一從刑，且其中關於有期徒刑、拘役或罰金部分，依刑法總則第33條第3款、第4款及第5款之規定，復得有刑度高低之選擇。簡言之，各式犯罪之法定刑範圍，恆有相當之幅度，以使其與所涵攝之無窮盡個案間保持抽象連繫與尚待具體化之填補空間。刑罰法律對於特定犯罪既然僅制定一個刑罰框架範圍，而將個案諭知特定具體刑罰之權力授予事實審法院行使，惟個案量刑係就罪責抵償及犯罪預防目的為一體化判斷之複雜過程，鑑於人類有限之認知與評價能力，欲得唯一且純粹之正確刑罰，殊難苛求，故應認為對於實現國家刑罰權分配正義之個案而言，其公正刑罰之落點亦具有相當之幅度，允應容許法官就此有裁量空間，以達刑罰個別化之實質平等原則，學理名為量刑之「幅的理論」、「裁量空間理論」或「活動空間理論」。

二、量刑瑕疵

判決量刑之瑕疵，可區分為對於攸關刑罰效果之法律解釋暨適用有所違誤之「量刑錯誤」，與對於科刑事由即情狀事實之認定暨評價未臻妥適之「量刑不當」。兩相對照以觀，前者主要為法律問題，後者則以事實問題之成分居多。具體而

言，「量刑錯誤」涉及適用法律錯誤即不適用法則或適用不當之問題，其可能發生在上述廣義量刑之各階段中，例如：法定刑變更之新舊法律比較適用錯誤、應加減刑罰卻未加減刑罰、刑罰加減比例計算錯誤、宣告非法定之刑罰種類、宣告或應執行之刑度逾越法律限制、漏未宣告應科處之刑罰、易刑折算標準不符合法律規定、不得緩刑而宣告緩刑，或所宣告之緩刑期間逾越法定限制等情況。而「量刑不當」主要發生在前述狹義量刑階段，即科刑結果雖在制定法之規範限制內，而未逾越刑罰裁量之外部性界限，但有無濫用裁量權限或逾越法律秩序理念指導下之內部性界限，以致明顯違反公平、比例及罪刑相當原則之情形，則產生疑義。狹義量刑若逾越或濫用刑罰裁量權限，導致科刑明顯輕重失衡，亦即有「量刑明顯不當」之情況者，由於此乃逸脫法的羈束之瑕疵，且縱係裁量事項，亦應受法之制約，故而應劃歸為量刑錯誤之問題，除此之外，「量刑非明顯不當」者，依前揭量刑幅的理論之說明，尚不得認為違背法令。

三、國民參與審判法制違憲隱憂之因應對策

法之發現，從來即非侷限於某單一條文或部門法律本身規定之孤立視角，而係從其在整體法秩序脈絡之定位發掘其關聯意義。國民參與審判制度之第二審及第三審審判主體，相較於一般刑事訴訟固無差異，然其第一審非同一般之審判主體而為特別法庭，並適用特別之刑事訴訟程序（國民法官法第3條及第92條第1項立法理由參照），非無招惹違憲之疑慮，此窺日本施行關於裁判員參加刑事審判法制所發生之違憲爭議即明。假設國民法官法同難免遭受違憲之質疑，但非無作合憲性解釋（按指具有違憲爭議之法律存在多種合理之可能解釋，若採其中一種解釋之結果，可使該法律仍具有存在之意義，則應選擇該種具有規範保全功能而可使該法律獲致合憲判斷之解釋。此與本於憲法規範意旨之法律解釋，係指基

於憲法基本權利客觀價值秩序對普通法秩序之輻射效力，而對法律作具有憲法意識解釋之概念尚有不同）之空間，則在現階段避免其具有違憲疑慮因子之產生，亦即對於第一審行不同審判程序案件的上訴審程序之相關法律解釋與適用，儘量採取可彌合其間落差之見解，以促進整體法秩序之融合自洽，毋寧係適當之作法。

四、第二審之體制定位、訴訟功能與對第一審量刑之審查基準

㈠、現行刑事訴訟制度對於非行國民參與審判案件之第二審係採事實覆審制，依刑事訴訟法第 364條關於準用第一審審判之原則性規定，應就第一審判決經上訴之部分為完全重覆之審理，對於卷內所有證據資料，重新踐行調查程序，並就證據調查結果，本於自身確信之心證認事用法並量刑，不受第一審判決論斷之拘束，而非僅複覈第一審採為判決基礎之訴訟資料而已。故同法第369條第1項前段規定「第二審法院認為上訴有理由，或上訴雖無理由，而原判不當或違法者，應將原審判決經上訴之部分撤銷，（除因第一審判決諭知管轄錯誤、免訴、不受理係不當而撤銷者，為維護當事人之審級利益，得以判決將該案件發回第一審法院外，原則上應）就該案件自為判決」。惟對照國民法官法第92條第 1項前段及同條第 2項前段同有「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」及「第二審法院撤銷原審判決者，應就該案件自為判決」之相類規定，且基於第二審對於第一審無論是否行國民參與審判程序案件之審判，僅應侷限在規範事物本質不同之必要範圍內始得為合理差別對待之考量，難謂第一審行國民參與審判程序之第二審程序，已完全揚棄覆審制之結構與體制定位，祇不過為因應國民參與審判法制，乃就相關連事項往事後審兼續審制稍加挪移，而分別於國民法官法第90條規定「（第1 項）當事人、辯護人於第二審法院，（原則

上）不得聲請調查新證據」、「（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」、同法第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」，以及同法第92 條第1項但書規定「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」而已。

㈡、在第二審法院就第一審判決關於「事實認定」之範疇，應妥適行使其審查權限，除違背經驗法則或論理法則且顯然影響於判決者外，不得予以撤銷，國民法官法第91條及第92條第1 項但書之規範意旨甚為明確。然第二審法院就第一審判決關於「量刑」之審查基準為何？法文則不甚明晰。依同法第92條第1 項但書立法理由併敘「第二審法院以原審判決有認定事實以外之不當或違法而撤銷時，則適用刑事訴訟法之相關規定」之意旨，法制設計似傾向於認為上訴審法院對下級審法院（包括第二審對於第一審，以及第三審對於第二審）量刑之審查基準，除應遵照同法第91條關於上訴審法院應本於國民參與審判制度宗旨妥適行使審查權限之抽象指引規範外，與一般刑事訴訟案件無異。再者，從比較法之觀點而言，考諸日本刑事訴訟制度之法制內容與實務運作，其第二審（控訴審）程序並未因案件於第一審是否行裁判員參加刑事審判程序有所不同，而該國學界多數見解認為其第二審實際上為續審式之事後審制，法律容許當事人以「量刑不當」作為控訴理由，且若因不得已之事由在第一審辯論終結前未能請求調查的證據所能證明之事實，或第一審辯論終結後判決前發生之事實，足以使人相信有控訴申請理由所指之量刑不當情形時，得依當事人或辯護人之請求或依職權進行調查；又控訴法院認為必要時，亦得依職權調查第一審判決後足以影響量刑之情狀，而依調查結果，認為如果不撤銷原判決顯

然違反正義時，得以判決撤銷原判決（日本刑事訴訟法第381條、第382條之2第1項、第2項、第393條第1項、第2項及第397條第2項參照）。我國刑事訴訟體制之第二審，相較於日本上開刑事訴訟制度，既難以去除其事實覆審之相關規制與屬性，此於第一審絕大多數行一般刑事訴訟程序案件之第二審程序尤然，則對於行國民參與審判程序之第一審判決量刑的審查權限，似應採較日本法制寬泛之見解，始較契合我國刑事第二審偏向覆審制之體例定位，惟仍應受國民法官法第91條關於上訴審法院應本於國民參與審判制度宗旨妥適行使其審查權限規定之限制，自不待言。

㈢、從而，第二審法院對於第一審行國民參與審判程序所為判決量刑之審查，得以「量刑錯誤」及「量刑不當」（無論明顯與否）為由，撤銷改判。但在後者之情形，除非有足以影響量刑輕重之重要情狀為第一審所疏漏或未及審酌等例外情形，否則於體察國民法官正當法律情感之立法規範意旨下，不宜由職業法官所組成之第二審，以自身之量刑替代第一審行國民參與審判程序所為判決之量刑。

五、第三審之體制定位、訴訟功能與對第二審量刑之審查基準

㈠、本院作為刑事訴訟終審機關，職司第三審上訴案件之審理裁判，職責功能在於確保下級審對於法律適用之一致性與平等性，屬性為具有事後審性格之法律審。而國民法官法雖係刑事訴訟法之特別法，然其兩者與諸如軍事審判法、少年事件處理法及刑事妥速審判法等相關刑事程序事項之規定，同屬構成整體刑事程序法制之一部，統由本院為合法性之監督與控制，並受憲法平等原則與正當法律程序原則之拘束。本院於現行刑事訴訟制度下，尚非嚴格法律審，且未採許可上訴制，依刑事訴訟法第 377條「上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之」之規定，法律審審查之對象為第二審法院之判決，而非第二審法院所審理之案件本身，且

不因第一審判決是否行國民參與審判程序而異。故當事人就第一審行國民參與審判程序之判決提起第二審上訴，經第二審法院為維持或撤銷改判之判決後，再經當事人提起第三審上訴，仍應以第二審判決違背法令為理由，並依據卷內訴訟資料於上訴理由書狀具體指摘第二審判決不適用何種法則或如何適用不當，始符合第三審上訴之法律程式要件。

㈡、茲有疑義者，本院審理第一審行國民參與審判程序之第三審上訴案件，是否有國民法官法第91條「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」規定之適用？考察立法理由雖謂該條係「明示第二審法院之審查基準」云云，然揆以同法第 1條所揭櫫「反映國民正當法律感情」及「彰顯國民主權理念」之立法旨趣，復觀上開第91條條文係列在該法第四章「審理程序」之第六節「上訴」中，且相較於同節第90條第 1項及第92條關於限制聲請調查新證據與撤銷原審判決之規定均係以「第二審法院」為規範之對象，而第91條既明文「上訴審法院」應本於國民參與審判制度宗旨妥適行使其審查權之意旨，對比之下，應認為該條規定對於第三審法院同具有規範之效力，故本院對於第一審行國民參與審判案件之第三審上訴案件之審判，亦應受其拘束。

㈢、刑罰之量定（指狹義量刑），於受實質平等及比例原則拘束之範圍內，係實體法所賦予事實審法院得依職權自由裁量之事項；從反面而言，即事實審之量刑，若無明顯違背公平、比例及罪刑相當原則者，尚不能任意指摘為違法，向為本院審查事實審法院（狹義）量刑違法與否之基本標準，此於第一審行國民參與審判程序之案例，為免招致不合理差別待遇之質疑，容以同其基準為宜。況考察日本已發生行裁判員審判程序案件，在殺傷人身性命及性侵害等類型者，有從重量刑之嚴厲化傾向，其最高裁判所甚且就明顯逸脫行一般刑事

訴訟程序常例刑度之案件，依其刑事訴訟法第411條第2款關於若有量刑甚為不當事由之場合，如不撤銷原判決顯然違反正義時，亦得以判決撤銷原判決之規定，撤銷第二審所為維持第一審行裁判員審判程序判決之判決，並自為判決改量處較低刑度（日本最高裁判所第 1小法庭平成26年（西元2014年） 7月24日判決）。借鑑日本上開案例，檢視我國國民法官法立法目的之一，雖在於「反映國民正當法律情感」，然理解所謂「正當」云者，除須踐行法定審判程序以為其判決具有合法正當性之擔保外，復須與其他絕大多數單純由職業法官為審判主體所為判決之量刑，亦處於均衡之地位，而在整體上維持公平關係，始克當之。質言之，國民法官法第91條關於上訴審法院應本於國民參與審判制度宗旨妥適行使其審查權限之特別規定，其規範效力應以無明顯違背實質平等及比例原則為界限，以免被告經特別法庭於第一審行特別刑事訴訟程序所為之量刑，相較於行一般刑事訴訟程序案件之量刑，有著特別苛重之刑罰，而造成罪刑輕重失衡之現象。

㈣、從而，第三審法院對於第二審維持或撤銷第一審行國民參與審判程序所為判決之「量刑錯誤」或「量刑明顯不當」得加以審查，至於「量刑非明顯不當」者，則不與焉。而第二審法院已否本於國民參與審判制度宗旨妥適行使其審查權限，以及個案有無足以影響量刑輕重之重要情狀為第二審所疏漏或未及審酌等情形，均屬量刑不當明顯與否之判斷因素。

六、判斷「量刑不當」明顯與否之實踐

㈠、以上論述為上級審（包括第二審及第三審）應如何檢驗第一審行國民參與審判程序之量刑是否違反實質平等及比例原則於規範面之說明，另從技術面而論，為達合理適法審查之目的，非明瞭相類情節案件之量刑概況，難竟其功。具體以言，即尚須探究所謂之一般量刑行情為何？此不得不借助科技資訊手段，亦即透過檢索司法院量刑資訊暨趨勢系統（含「

量刑資訊系統」與「量刑趨勢建議系統」）以明其梗概，期使國民法官與職業法官秉此共同之認識基礎，整合彼此觀點差異，以精緻化之量刑方法與過程，達致罰當其罪之目的，並儘量避免相類案件量刑結果差異過於懸殊。倘第一審判決所科處被告之刑度，明顯超乎相類情節案件之量刑行情，然依卷存證據資料顯示，第一審已依國民法官法第 4條準用刑事訴訟法第288條第4項關於科刑資料調查之規定，提示上述司法院量刑資訊暨趨勢系統檢索結果等資料加以調查，並依國民法官法第79條第 2項規定命當事人及辯護人為科刑範圍之辯論，進而為其個案量刑之參酌，且由職業法官於判決內具體敘明個案有何相異於一般相類案例的責任應報或預防需求之特殊情狀，而有逸脫常例刑度從重或從輕量刑必要之理由者，即難認其量刑明顯違背實質平等或比例原則而屬違法。此時，上訴審法院即應回歸國民法官法第91條關於應本於國民參與審判制度宗旨妥適行使其審查權限之規定，在下級審判決並無其他不當或違法之情形時，予以維持，而駁回當事人之上訴。

㈡、至若第一審之量刑，相較於相類情節案件之量刑行情，雖有落差，然未達顯然之程度，而仍屬針對個案為個別化量刑之範疇，且無違實質平等或比例原則者，依刑事訴訟法第 310條第3款及第4款之規定，於判決理由內分別記載「科刑時就刑法第57條（科刑）或第58條（科罰金）規定事項所審酌之情形」、「刑罰有加重、減輕或免除者，其理由」等事項，堪為刑罰裁量所由之必要說明即為已足。蓋罪刑相當與否，係以犯行所對應責任之不法內涵本體為判斷準據，原不假外求於與他案量刑之相比較，尤以他案之刑度裁量與本案行為不法內涵之衡量無關，要非犯罪行為人責任之所由，自不得資為個案本身量刑輕重之依據。是司法院量刑資訊暨趨勢系統之定位與作用，在我國法規及司法實務採規範性之整體量

刑模式（此乃相對於步驟或階段量刑以及技術性量刑指南等模式而言）體例之下，祇供個案量刑之參考，並無法規範之拘束效力，僅於有相關特例之情況下，作為外部衡平比較之參照資料而已。第一審或第二審法院就大幅逸脫常例刑度區間之量刑，須相應說明其論斷之理由，若未加以說明而無從供上級審為妥當性甚或合法性之判斷，則屬判決理由是否完備之問題。良以，對於刑罰干預人民權利之合法性要求，恆伴隨刑度之加劇而增加，不同刑度對應著不同程度之合法性需求，所科予判決說明其理由之分量，自有差異，亦即判決量刑理由說明之要求，相應於刑罰強度而提高。另外，關於死刑之量處，有其嚴格且迥異於其他刑罰之正當法律程序，因與本案量刑爭議無關，不予論述，附此敘明。

肆、本件原判決依憑調查包括被告供承持刀殺害李貞葳身亡之任意性自白，以及堪為其自白憑信性補強佐證等相關證據資料，綜據全案辯論意旨，認定被告確有本件被訴殺人之犯行，已詳述其憑據及理由，採證認事尚無違經驗、論理及相關證據法則；另以檢察官指摘第一審判決違誤之上訴意旨雖不可採，然被告指摘第一審法院之量刑不當，為有理由，因而撤銷第一審關於罪刑部分之判決，改判仍論被告以殺人罪，並敘明何以量處有期徒刑8年6月之理由，於法亦無違誤。其中關於量刑部分，先就有無法定加重或減輕事由說明略以：被告於案發當時之是非辨識及行為控制能力並無顯著減低之情形，而無從依刑法第19條第 2項關於責任能力受限者得減輕其刑之規定據以減輕其刑；又被告於偵查機關尚未發覺其所為本件犯行前，即因悔悟而主動撥打 110報案電話向警方自首而接受裁判，酌情得適用刑法第62條前段之規定減輕其刑；而被告本件犯行經依上開自首規定減刑後之最低處斷刑度已非苛重，且斟酌相關犯罪情狀態樣，亦難認其犯罪有何特殊之原因、背景或環境而足以在客觀上引起一般同情之情形

，尚無適用刑法第59條規定酌量減輕其刑之餘地等旨；再詳敘其如何以被告之責任為基礎，依刑法第57條各款所列事項逐一審酌相關情狀而科刑之意旨。尤就其中關於第一審行國民參與審判程序所未及審酌有利於被告之重要情狀說明略以：被告於第一審判決後，經與被害人家屬以賠償金額新臺幣300 萬元達成民事和解並給付完畢，且獲得被害人家屬之寬宥，勉力修復其犯罪所造成之傷害，悛悔彌過之犯後態度尚稱良好，第一審判決於量刑時未及審酌上情，洵對被告不利而影響量刑之公平妥當，衡諸國民法官法第91條關於上訴審法院應本於國民參與審判制度宗旨妥適行使審查權限之規範意旨，應認第一審判決之量刑未臻允洽，而應予撤銷改判，並於審酌上揭情狀後量處適當之刑等旨綦詳。核原判決對於本件刑罰有無加重或減輕事由之論斷，以及量刑情狀之評價暨刑度輕重之裁量，並未逾越法律性之外部界限，或濫用法律所賦予其得行使之裁量權限，且無明顯違背公平、比例及罪刑相當原則等法律性內部界限之情形，自不能任意指摘為違法。本件上訴人等上訴意旨均非依據卷內資料具體指明原判決之量刑，究有如何逾越法律明文規範或濫用裁量權限之違法，或有其他明顯輕重失衡或不當之情形，徒就原審刑罰裁量職權之適法行使，暨原判決已明確論斷說明之事項，任意加以指摘，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合，揆諸首揭規定及說明，其等上訴均為違背法律上之程式，應併予駁回。

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　　10　　月　　6　　日

刑事第一庭審判長法　官　郭　毓　洲

法　官　林　英　志

法　官　林　靜　芬

法　官　楊　力　進

法　官　蔡　憲　德

本件正本證明與原本無異

書記官

中　　華　　民　　國　　111　　年　　10　　月　　7　　日