國民法官法案件之第二審程序
—以規範之分析與檢討為中心

五之五

文／邱鼎文

（文接上期）

就此，日本最高裁判所在著名的虐童致死案件[110]中指出：「縱然是裁判員案件，也必須與其他裁判之結果保持公平性，自不待言，在評議時，也應要求審判主體共同瞭解迄今為止大致的量刑趨勢後，並以此為出發點，而適切地深化該案件的評議。」「第一審判決就檢察官之求刑，認為未充分評價本件犯行背後虐待幼童之惡質性及被告 2 人態度之問題性等情事，就量刑檢索系統所顯示的量刑趨勢，也說明該系統之登錄個數不足而無從檢驗其判斷的妥當性，並就如同本件被認為行為責任重大之虐童犯罪科處迄今所無的嚴峻處罰，認為是符合法律修正及社會情勢等內容，而得出大幅超過檢察官求刑宣告刑接近法定刑上限之結論。由此來看，第一審判決未必贊同迄今為止之趨勢，明顯認為超出趨勢之重刑為適當。當然，如同前述，改變迄今為止的趨勢而進行量刑，也不能否定是裁判員審判的功能。但為使上開量刑從量刑判斷公平性的觀點也被認同，**就存在不應以向來量刑趨勢作為前提之情事，審判主體應有更具體而有說服性的表示**[111]。從而觀諸本案，第一審強烈地反映其所指出之社會情勢於本案的量刑，超出迄今為止之量刑趨勢，並大幅超越公益代表人之檢察官有期徒刑 10 年的求刑，而量處有期徒刑 15 年之刑度，難謂已表示具體而有說服性的依據。其結果，只能說本件第一審已達到量刑判斷甚為不當之程度。同時，原審判決僅以第一審判決之量刑已收斂於有選擇餘地之法定刑範圍內，無合理理由即認同第一審判決之量刑，本院也認為甚為不當，且如不予撤銷顯著違反正義。」

從以上之案例來看，最高裁判所認為在量刑評議方面，程序上應考量「與其他裁判之結果保持公平性」且「審判主體於評議時應共同瞭解迄今為止大致的量刑趨勢」，而深化量刑評議[112]。且就形成如此量刑之實質理由方面，最高裁判所認為，本案側重於對一般情狀事由之評價（社會情勢），即作出大幅超越檢察官求刑而接近法定刑上限之宣告刑，就「存在不應以向來量刑趨勢作為前提之情事」方面卻未說明具體且具有說服性之理由，故有量刑甚為不當。如果從此判決理由論述之前後脈絡來看，最高裁判所在本案中所持之態度，似一方面認同素人參與量刑應存有一定之幅度，另一方面，也從平等原則之角度來檢視個案量刑，而抱持要求謹慎及說理義務之態度。在現階段本法案件所討論之量刑趨勢改變[113]（重刑化現象）下，上開日本重要案例之見解，實有供我國第二審法院審查第一審量刑時之參考價值。附帶一提的是，施行細則第 307 條並未特別區分有關死刑之量刑審查標準，惟考量死刑之性質與其他自由刑不同，除本法及施行細則訂有特別規定外[114]，實務上就死刑案件亦要求踐行量刑前鑑定程序[115]，未來此類案件如何精緻量刑與審查，仍有進一步討論之必要。

二、第一審言詞辯論終結後足以影響科刑之情狀未及審酌

所謂「於第一審言詞辯論終結後足以影響科刑之情狀未及審酌」，依立法說明可知，是指第一審言詞辯論終結後，**量刑基礎發生變動**之情形，例如，被告於第一審判決後與被害人達成和解或賠償被害人等[116]。事實上，第一審言詞辯論終結後量刑基礎發生變動之情形，除了達成和解或賠償被害人外，其他如：得被害人宥恕、已確認被告有工作、住居所或監督人、被告有深切反省之情況等屬於對被告有利之情狀；或被告犯罪後行狀不佳、不履行和解條件或被害人取消宥恕等屬於對告不利之情狀，均是可能影響量刑基礎的重要一般情狀事實，適用上均應包含在內[117]。值得討論者是，因本條所指「足以影響科刑之情狀」是指「一般情狀」[118]，則第一審言詞辯論終結後**犯情事實發生變化**（例如，殺人未遂案件，被害人於第一審言詞辯論終結後死亡之情形即是）時，是否也屬施行細則第 307 條之適用對象？就此，施行細則第 307 條所沿襲之相關日本刑事訴訟法規定，通說及實務見解均認為，第二審法院就上開情形仍得依第 393 條第 2 項[119]規定調查事實，調查結果如符合日本刑事訴訟法第 397 條第 2 項[120]不撤銷原判決顯然違反正義之規定時，得以判決撤銷原判決[121]。參考日本法之見解及因應實務運作之需求，如當事人、辯護人主張此上訴理由時，既然也屬於施行細則第 307 條所欲規範之「量刑基礎發生變動」的類型，自宜以類推適用之方式，肯認有該條之適用，以期完備。

再者，有關「第一審言詞辯論終結後足以影響科刑之情狀未及審酌」，施行細則第 307 條明定為維持之例外情形，是基於第二審審理時之量刑基礎已改變，而有重新斟酌刑度必要，已如前述。然而，如果有第一審言詞辯論終結後達成和解之情形，就視為必然撤銷第一審判決之事由，可能將架空國民法官參與量刑之制度目的，並有產生訴訟上道德風險之疑慮。就此，日本論者有認為在裁判員案件應特別注意避免當事人將原本應在第一審進行之訴訟活動留待第二審判斷，而有損於事後審本來之趣旨，且辯護人應盡可能進行賠償及和解，使此等事由成為第一審判斷之素材[122]。也有認為，該項本為「事後審制」之例外規定，於原審判決後之情狀出現而撤銷原審判決時，不能評價為不尊重第一審裁判員量刑判斷之結果[123]。以上見解，實可理解為是分別著眼於「事後審制」或「續審制」之不同觀點所得出之結論。於引進裁判員制度前，就原審判決後之情狀，實務上向來也有以原審判決時量刑過輕，故縱於原審判決後賠償損害，仍於撤銷原判決後自判而諭知相同刑期的作法[124]，惟大部分則是以原判決時點雖有不當，但考慮原判決後之情狀並無不當，而駁回上訴[125]；於引進裁判員制度後，也有見解指出，原審判決後之情狀如僅是導致第一審判決稍減數月之刑期時，因該等情狀亦有不影響裁判員量刑結論之可能性，基於原則上尊重裁判員量刑之觀點，應檢討是否仍有如此運用第 397 條第 2 項而予撤銷之必要[126]。**本文認為，由於第一審判決後足以影響科刑之情狀因個案情形而有不同，我國未來實務運作上或可衡量：該情狀未能在第一審成為判斷素材之原因（例如，和解有無盡真摯之努力等）、如由國民法官參與判斷時可能影響科刑之程度（例如，該情狀是否成為重要爭點、判決書理由是否敘及等），及與其他同案被告或類似案件量刑之公平性等各項要素，綜合判斷是否應尊重第一審判決之量刑結果而予駁回，或應發揮第二審之救濟功能，撤銷自判或發回原審重新量刑。**

玖 發回更審之標準

第二審法院撤銷原審判決後究應自為判決或發回更審，牽涉第二審法院之審級屬性。例如，採「覆審制」之我國刑事訴訟法規定原則自判、例外發回[127]，採「事後審兼續審制」之日本刑事訴訟法，則是規定原則發回、例外自判[128]。不過，如果對照日

（文轉三版）

註釋

110 最高裁判所平成 26 年 7 月 24 日第一小法廷判決（即所謂「寢屋川事件」），刑集 68 卷 6 号 925 頁。本案最高裁判所撤銷第一審判處兩名被告（即死者之父母）均有期徒刑 15 年（檢察官求刑 10 年）及第二審維持之判決，並分別改判有期徒刑 10 年及 8 年。

111 事實上，本案第一審判決之量刑理由已詳細敘及被告 2 人之犯罪情狀及一般情狀事由，並非完全未說明理由，最高裁判所引述第一審判決之量刑理由如下：「關於量刑情狀，(1) 就犯罪行為本身之情狀（犯情）方面，第一審判決指出：①父母虐待兒童致死之行為責任重大，②行為態樣危險且惡劣，③結果嚴重，④行為過程是因自私的動機驅使，且存在不照顧且習慣性的兒虐，⑤評價認為被告 2 人之責任並無差別。(2) 就一般情狀方面，指出：①墮落的生活態度，②不肯面對罪行的態度，③將致死前施予暴行的行為責任，推卸給被害人之姐姐（當時 3 歲）的態度。就各判處 15 年有期徒刑之理由，認為 (1) 檢察官之求刑未充分考量：①犯行背景事實之在長期間未照顧被害人等本案虐童行為之惡質性，②將一部分責任推卸給次女之被告 2 人態度的問題性，(2) 就同類案件之量刑趨勢來看，由於法院量刑檢索系統之登錄數有限，在決定量刑時難以全面掌握考慮的要素，不僅無法驗證各判斷之妥當性，也難以與本案情節為正確的比較，有鑑於防止兒虐案件等近來法律修正高度要求尊重兒童生命之社會情勢，如同本案行為責任重大的兒虐案件，科處到目前為止更為嚴峻之刑罰實合乎法律修正與社會情勢，故認為對被告 2 人判處接近傷害致死罪法定刑上限之刑為適當。」見前註判決，第 2 頁。

112 白木勇法官於本案提出補足意見：「量刑先例或其累積之量刑趨勢，其本並不具有拘束力，並可能隨著社會情勢或國民意識的變化而漸漸改變。然而，處罰之公平性是包含裁判員案件之全體刑事審判的基本要求，將同類案件之量刑趨勢納入考慮而判斷量刑之重要性，在裁判員案件亦毫無相異之處。若非如此，量刑評議將會淪為在無合理標準之狀態下，僅憑直覺的意見交換。因而，為確保量刑判斷之客觀合理性，身為法官，即有必要在量刑評議時，以該案件之法定刑作為基礎，介紹作為參考之大致上的量刑趨勢，應在審判主體全體具有共通之認知後進行評議，並且適切地向裁判員說明，向來同類案件是考慮何種因素為量刑判斷，或如此之量刑趨勢為何以及是在何種意義上應成為討論之起點等事項。如此一來，才可能實現充分理解量刑趨勢之意義及內容後，由裁判員和法官實質交換意見之結果。經由這樣的過程，如審判主體為與量刑趨勢相異之判斷而使累積之裁判例逐漸產生變化時，正是反映國民感情之量刑判斷而為裁判員審判之健全運作。」「在本案，法官與裁判員之量刑評議，似有未必是依循應有方式之形式而進行之疑問，且可能與本案第一審之量刑判斷相關。身為法官，應充分說明重要之事項，並於裁判員正確理解後進行評議，此牽涉裁判員與法官間之實質互動合作。我想指出的是，適切地進行評議是法官之重要職責，受理裁判員案件之法官，有必要重新嘗試思考這一點。」。

113 同註 1。

114 本法第 83 條第 3 項有特別多數決之規定，施行細則第 274 條則有針對評議與評決方法之注意規定。

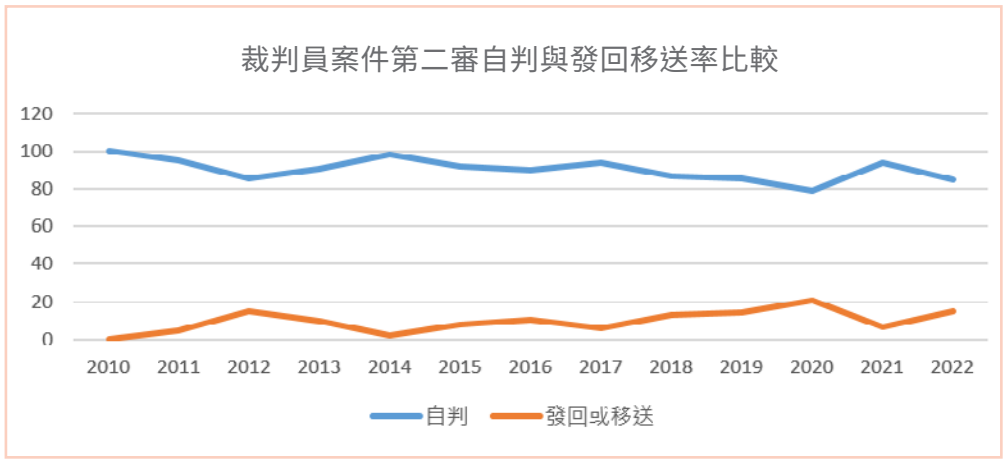
115 例如，最高法院 111 年度台上字第 413 號判決意旨。

116 本條立法說明四。

117 松尾浩也等編，註 32，第 1163 頁。

118 請參施行細則第 295 條立法說明二、施行細則第 307 條立法說

行政訴訟 都市計畫審理 8大 統一救濟途徑 預先解決紛爭 確保法秩序之安定 迅速的救濟程序
LINE 快來揪團當新時代法律達人！



（文接二版）

本自裁判員制度施行後的統計資料，如上表[129]所示，實際上歷年來日本實務仍以自判占絕大多數，平均比例為 90.4%[130]。

雖然日本實務以自判之情形占多數，但引進裁判員制度後，亦不乏有第二審法院認為由裁判員再進行審理為適當之案例。例如，在檢察官起訴被告運輸毒品進入日本境內之案件，第二審法院發回之理由即指出：「關於是否適於自判，有鑑於原審是由裁判員參與而進行審理、判決，就事實認定及量刑以反映國民意見為本旨之裁判員制度之趣旨，考慮原審及本院之訴訟經過、狀況，及預想撤銷發回後第一審之審理狀況等，本院認本件以將案件發回第一審而委由包含裁判員之審理、判決為適當[131]。」另外，在檢察官起訴被告殺害前女友並於行為前後在網路上散布被害人裸照之裁判員案件中，第二審法院發回之理由也指出：「特別是如同原審判決所指出，本案在因異性關係糾紛而衍生之殺人案件中，是犯罪情狀相當惡劣，也是備受社會關注之案件，有鑑於其類似案件並非甚多，再度由裁判員參與之合議庭進行審理，並決定應如何評價包括被告於網路公開被害人裸照等一連串行為與本案量刑重點之殺人罪間之關係，及應如何定位被告刑事責任之嚴重程度，以適當正確之量刑資料作為基礎而重新評議，並量定適切之刑度，可謂符合裁判員制度之本旨。因而，本院依刑事訴訟法第 400 條本文，將本案發回東京地方裁判所，並判決如主文[132]。」可見，於撤銷第一審判決後決定自判或發回更審之際，除了基於訴訟經濟、有無影響審級利益及於撤銷之時點是否已成熟而適於自判等標準外，於裁判員制度施行後，日本第二審法院並考慮到尊重引進裁判員制度趣旨之朝向發回的積極要素，及減輕參與裁判員更審負擔之朝向自判的消極要素，而妥為判斷[133]。

本法第 92 條第 2 項所規定原則自判、例外發回之模式，乍看之下，雖與「事後審制」之屬性並不協調，惟縱使是採「事後審兼續審制」之日本，如前所述，實務運作之結果反而大部分是自判而非發回，而有續審化的批評[134]。可見，檢討我國第二審程序是否能貫徹「事後審制」之實務運作，與其執著於制度設計，毋寧更應重於釐清自判或發回之標準，始有其實益。據此，有別於日本刑事訴訟法之規定，本法第 92 條第 2 項但書考慮避免增加被告訟累、重啟國民參與審判程序之不必要勞費（以上為自判部分）、當事人審級利益、有另由國民法官認事用法反映正當法律感情之必要（以上為發回部分）等各項因素[135]後，明定第二審法院發回更審之各款事由，以明確化發回更審之標準。施行細則第 308 條就其中第 5 款之概括條款，並進而規定：「本法第九十二條第二項但書第五款所稱法院審酌國民參與審判制度之宗旨及被告防禦權之保障，應考量本法之立法目的、國民法官與備位國民法官之理解與負擔，且均衡維護公共利益與當事人、被害人或其他訴訟關係人之權益，審慎為之。」以資補充。

本款所謂「本法之立法目的」，包括反映國民正當法律感情、增進國民對於司法之瞭解及信賴、彰顯國民主權理念；所謂「國民法官與備位國民法官之理解與負擔」，包括國民法官與備位國民法官對於原審及第二審合法調查之證據，有無獲知及理解之困難等；所謂「公共利益」，包括以適當方式實現國家刑罰權、以經濟及具效率方式使用司法資源等；所謂「當事人、被害人或其他訴訟關係人權益」，則包括當事人之審級利益、當事人、被害人或其他訴訟關係人所付出之程序勞費、檢察官實行公訴之順暢、被告防禦權之保障等[136]。從尊重國民參與審判制度之宗旨及第二審程序貫徹「事後審制」運作之立法理念來看，原審判決之瑕疵如牽涉國民法官認定事實之權限時，撤銷後即有適用本款規定發回更審之可能。不過，如考慮施行細則第 308 條所定之各項因素，及本法並非採用素人獨占事實認定權限之制度、第二審法院亦兼具事實審性質等情況，顯然不能解釋為只要牽涉事實認定時，即應發回原審法院。此從該條立法說明二舉出：「檢察官、辯護人對於是否判處死刑有所爭議，或對於量刑議題有重大爭執，而第二審法院認為有重要量刑事實尚未經調查」等情形作為適宜發回之例，亦得印證。因此，未來實務就本款之適用，應可依個案情形妥為考慮施行細則第 308 條所列之因素，而形成一定之標準。

拾 結語

從以上的分析與檢討可知，本法及施行細則所描繪「事後審兼續審制」之第二審程序，其特徵有：**一、以上訴理由為調查核心**：原則上以兩造援引第一審證據或筆錄之上訴理由作為調查之核心，例外關於兩造上訴理由未敘明部分，僅就「明顯重大而容易發現」之瑕疵，始予調查；**二、嚴謹判斷新證據之要件及調查證據之必要性**：就本法第 90 條第 1 項但書各款要件及兩造聲請調查證據之必要性，從貫徹集中審理、當事人有無「可歸責性」及「事後審查」之觀點，為嚴謹之判斷；**三、限縮法院職權調查證據之義務**：就上訴理由未敘明部分，限於第一審判決有「明顯重大而容易發現」之瑕疵且為「利益被告事項」時，第二審法院始有職權調查證據義務；**四、事實認定之審查，主要採法則違反說之審查標準，並兼含其他型態**：就第一審判決證據評價類型之事實認定，主要採取法則違反說而非心證優先說之審查標準，並宜將本法第 92 條第 1 項但書、施行細則第 295 條第 1 項第 1 款及第 305 條之文字，理解為例示規定，以兼含其他例如具備再審事由、違反其他類似程度之法則等事實誤認而不合理之型態；**五、違背法令之審查，採蓋然性說**：就第一審判決違背法令之瑕疵，採取有無影響於判決結果之蓋然性審查標準，第一審訴訟程序違背法令或適用法令違誤之瑕疵非顯然影響於判決時，即應予維持而不得撤銷；**六、量刑之審查，容許合理而公平之幅度**：第一審判決之量刑，原則上承認有一定幅度而予以維持，例外有具體理由認有認定或裁量不當，或有於第一審言詞辯論終結後足以影響科刑之情狀未及審酌之情形，始予撤銷[137]；**七、撤銷後依個案情形妥為判斷應否發回更審**：於撤銷第一審判決後，應考量本法之立法目的、國民法官與備位國民法官之理解與負擔，且均衡維護公共利益與當事人、被害人或其他訴訟關係人之權益，妥為判斷是否符合發回更審之要件。

另外，針對本法適用刑事訴訟法上訴審程序方面，施行細則第 310 條規定：「行國民參與審判案件之上訴審程序，於適用刑事訴訟法第三編關於上訴審之規定時，應本於本法第九十一條所揭示國民參與審判制度之宗旨，妥適為之。」未來第二審法院除依本法及施行細則進行「事後審兼續審制」之實務運作外，宜藉由施行細則第 310 條之規定進行合乎制度宗旨之解釋，以調和本法及刑事訴訟法上訴審程序之運作。

（作者為彰化地方法院庭長）

註釋

明一。

119 條文詳參註 31。

120 第 397 條第 2 項規定：「依第三百九十三條第二項規定調查之結果，認如不撤銷原判決顯然違反正義時，得以判決撤銷原判決。」此規定向來在日本實務運作上，則有較寬鬆之傾向。東京高等裁判所刑事部部總括裁判官研究会，註 77，第 13 頁。

121 松尾浩也等編，註 32，第 1164 至 1165、1168 頁；三井誠等編，註 62，第 637 至 638 頁（平木正洋執筆）；後藤昭等編，註 93，第 1112、1116 頁（田淵浩二執筆）；伊丹俊彦等編，註 72，第 1116 至 1117、1124 至 1125 頁。

122 司法研修所，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，法曹会，2009 年 4 月，第 115 至 116 頁。

123 石井一正，註 46，第 485 頁。

124 例如，東京高等裁判所昭和 47 年 9 月 20 日判決，高集第 25 卷 4 号 413 頁。

125 松尾浩也，註 32，第 1167 頁。實務見解例如，東京高等裁判所平成 8 年 7 月 25 日判決，高集第 49 卷 2 號第 417 頁。

126 中桐圭一，裁判員制度のもとにおける控訴審の在り方 (5) 大阪高等裁判所陪席会 -- 量刑の審査，判例タイムズ，第 1275 号，2008 年 10 月，第 71 至 72 頁。

127 刑事訴訟法第 369 條第 1 項規定。學者亦謂：「茲應注意者，第二審法院撤銷原審判決而得將原案發回原審法院之情形，僅以第三六九條第一項但書為限。原審判決縱有諸如本法第三七九條第二款、第六款、第七款、第八款、第十三款等程序違法情事，第二審法院仍應本於事實覆審之職能，撤銷原判自為判決，不得發回原審法院。」朱石炎，註 19，第 546 頁。

128 日本刑事訴訟法第 400 條規定：「依前二條規定之理由以外之理由撤銷原審判決者，應以判決將案件發回原法院或移送與原法院同級其他法院。但第二審法院依卷宗及在原法院及第二審法院所調查之證據認得直接判決者，得就被告案件自為判決。」

129 日本裁判所網站 https://www.courts.go.jp/index.html。（最後瀏覽日期：2024 年 5 月 8 日）。

130 最高為 2010 年（平成 22 年）之 100%，最低為 2020 年（令和 2 年）之 79.2%。

131 大阪高等裁判所平成 24 年 3 月 2 日判決，LEX/DB 文献番号 25480530。

132 本案中，第二審法院認為第一審判處趨近同類型案件上限之刑度，是因准許檢察官調查未經起訴之餘罪（被告於網路公開被害人裸照等一連串行為而涉嫌加重誹謗罪之）事實，且實質上作出之量刑也如同處罰該餘罪，故以第一審訴訟程序違背法令為由而予以撤銷。東京高等裁判所平成 27 年 2 月 6 日判決，LEX/DB 文献番号 25505813。

133 松尾浩也等編，註 32，第 1172 頁。

134 據論者分析，其中又以第一審判決後足以影響量刑情狀而撤銷者占多數，其他以訴訟程序違背法令、適用法令違誤、事實誤認及量刑不當等理由撤銷者，亦多自為判決。小島正夫・細谷泰暢，裁判員制度の下における控訴審の在り方（7）控訴審の判決，判例タイムズ，第 1278 号，2008 年 11 月，第 16 至 17 頁；石井一正，註 46，第 473 頁。

135 本法第 92 條立法說明二。

136 本條立法說明二。

137 不包含死刑之審查在內，理由已如前述。

訴訟計畫審查程序 重點 便利民眾參與訴訟 即時有效之保全程序 防止發生濫訴之缺失 正當法律程序保障 法院 www.judicial.gov.tw/ 廣告 E@ 司法資訊報你知！ 友募集中 廣告