

論國民法官法案件以量刑不當 提起第二審上訴之審查

林臻嫻

摘要

本文主要在探討於適用國民法官法之重大案件中，當事人一方以國民法官法庭之量刑不當為由，提起一部上訴時，因國民法官法第 90 條第 1 項規定就第二審調查新證據之程序上，已改採「原則禁止，例外允許」之「限制續審制」，則該「新證據」是否亦包括「新量刑證據（資料）」等問題；以及依國民法官法第 91 條規定，第二審法院針對量刑上訴之審查基準，應採「原則尊重，例外撤銷」之精神，以充分尊重第一審法院融入國民正當法律情感之量刑，避免動輒撤銷，危及國民法官法制度之存續。再從實務上常見之量刑上訴理由，包括：一、原審判決就量刑因子事實漏未審酌。二、原審判決後影響量刑之重要基礎事實已有所變更。三、原審判決對於極為重要之量刑事實有所誤認。四、原審判決對於量刑有關之重要事實的評價產生過大的錯誤。五、原審量刑大幅逾越量刑行情等「五大類型」，期能建立「例外撤銷」之審查基準，供將來實務參酌，然在涉及死刑之案件上，是否有必要發展出與非死刑案件不同之審查基準，則待進一步研究發展。

關鍵字：量刑審查、限制續審制、國民法官法、第二審、一部上訴

壹、前言

審判乃「人」所從事的工作，無論是職業法官或國民法官，均不免有事實誤認、法令適用錯誤或量刑不當之可能，要期待能完全避免錯誤恐屬無稽；然若有誤判之情形卻置之不理，不僅對司法公信有所傷害，對於被告亦屬難以承擔之苦痛與權益侵害，故公民與政治權利公約第 14 條第 5 項即強調有關被告受有不利利益裁判，上訴救濟乃重要基本人權保障¹。

此於 112 年 1 月 1 日國民法官法正式生效施行後，適用國民法官法特定類型之重大案件，在國民法官法庭宣示判決後，兩造當事人應仍有依法提起上訴之權利，自不待言。然國民法官法中，針對第二審之上訴條文僅有第 89 至 92 條等四條特別規定，就其餘未設特別規定之部分，依國民法官法第 4 條之規定，則應回歸適用刑事訴訟法，即刑事訴訟法第 344 條以下未牴觸國民法官法第 89 至 92 條規定者，仍有具體適用之餘地。

貳、以量刑不當之上訴為量刑上訴

一、量刑上訴之「上訴範圍」

於 110 年 6 月 16 日公布，同年月 18 日生效施行之刑事訴訟法第 348 條第 3 項

規定：「上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之。」修法理由三並提及，為尊重當事人設定攻防之範圍，並減輕上訴審審理之負擔，容許上訴權人僅針對刑、沒收或保安處分一部提起上訴，其未表明上訴之犯罪事實部分，則不在第二審之審判範圍。

而國民法官法中，就上訴事由亦未設有任何特別限制，當事人上訴時若已經明示僅就判決之量刑為一部上訴時，得稱為「量刑上訴」，上訴審審理之範圍，僅及於原審量刑是否妥適之部分，就當事人並未表明要上訴之犯罪事實認定部分，自不在第二審之審判範圍內，此於適用國民法官法之案件與其他適用刑事訴訟法之案件，並無不同。

二、量刑上訴之「上訴理由」

有關刑之量定，乃指於事實認定後，在法律限制拘束下，所為之自由裁量權行使，故針對量刑上訴之理由，不外是針對有關量刑因子之「事實認定」、「法令適用」及「裁量行使」等三大類。若再進一步細分，與「事實認定」有關者諸如：1. 原審判決就量刑有關之事實認定有無錯誤；2. 原審判決就量刑有關之重要事實有無漏未審酌；3. 原審判決後是否有出現足以影響變動原審量刑基礎之新事實。與「法令適用」有關者如：1. 原審判決對於各有

《註 1》林裕順，〈人民參審上訴制度之比較研究——以日本法制檢討為中心〉，《月旦法學雜誌》，第 282 期，107 年 10 月，頁 39-40。

關量刑事實之法律評價是否妥適；2. 原審判決適用與量刑有關之法令有無違誤。另與「裁量行使」有關者，原審所定之各罪宣告刑及數罪之定應執行刑，有無逾越法律之內、外部界限；有無違反比例原則、平等原則、罪刑相當原則等²，實務亦常見以大幅超越「量刑行情」³（如大幅超越我國司法院量刑檢索系統所示之量刑區間），主張為裁量濫用情事。

有關當事人就量刑上訴之理由大抵不外上述幾類，此於適用國民法官法之案件與其他適用刑事訴訟法之一般案件，並無不同。然依國民法官法第 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。」⁴所謂事實之認定，上開法條文義並未區分是與認定犯罪事實或與量刑事實有關者，應均

有適用，故如當事人僅就量刑上訴，並是主張原審認定量刑之因子事實有誤為由，提起上訴請求撤銷原判決時，應於上訴理由中一併具體指明原審判決理由，對照經驗法則、論理法則，究竟有何違背情事，方與該條但書規定相符⁵。

三、量刑上訴之第二審審查範圍

再依國民法官法第 92 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，而原審判決不當或違法者，應將原審判決經上訴之部分撤銷。」此與刑事訴訟法第 369 條第 1 項規定乃屬完全相同（然但書部分則為國民法官法特有限制）。即縱使當事人表明之「上訴範圍」僅限於量刑，但第二審法院上訴審查之範圍，則不以上訴理由所明確指明部分為限，即不限於上訴人之上訴理由所記載之

《註 2》蘇俊雄，〈量刑權之法律拘束性——評最高法院八十六年台上字第七六五五號判決〉，《月旦法學雜誌》，第 54 期，88 年 10 月，頁 168。最高法院 80 年台非字第 473 號判例亦同此意旨。

《註 3》所謂量刑行情（又可稱量刑傾向、量刑趨勢、量刑相場），一般認為是對於同種類、同性質、同程度的行為為內容之事件，適用同樣的刑罰是妥當的，故透過裁判先例的累積自行形成量刑行情。本庄武著，黃士軒譯，〈刑事裁判與量刑的現況〉，《月旦法學雜誌》，第 293 期，108 年 9 月，頁 71。但日本與德國相同，縱認為有所謂之「量刑行情」，亦並非會是以一個單獨的「點」來呈現，而會是以一個有上、下限度之「幅」的範圍來呈現。

《註 4》日本裁判員法並無如我國此條般之類似規定，但有論者認為我國此一立法，是將日本最高裁判所就「巧克力罐事件」的判決意旨，予以具體明文化。王邁揚，〈國民參與審判案件之上訴審（上）〉，《司法周刊》，110 年 3 月 19 日，第 3 版。所謂「巧克力罐事件」（チョコレート缶事件），最一判平 24、2、13 刑集 66 卷 4 號，頁 482。上開判例作成後，揭示兩個重要意義，即在裁判員制度實施之後，二審對於一審有無事實誤認的審查，不能再以心證代替為之，而是要對照論理法則、經驗法則等，除非一審判決的事實認定過程確有不合理始能破棄，以此作為審查基準，且為要擔保這個基準，在二審要破棄第一審判決的事實認定時，必須在判決中附具理由說明。

《註 5》朱石炎，〈國民參審案件上訴審之構造〉，《司法周刊》，109 年 9 月 25 日，第 2 版。

事項⁶，即二審審查之範圍，雖是先以當事人「上訴有無理由」為據，然於上訴無理由時，仍須進一步審查「原審判決本身」有無不當或違法；若原審判決有明顯之不當或違法，而屬無可維持即非屬無害錯誤時，則仍可能構成撤銷原審判決之事由。

至於原審判決並「無」不當或違法，但於原審判決後，始出現足以影響變動原審判決量刑基礎之「新」事實（如原審判決後行為人始與被害人達成和解或賠償完畢）時，原審判決仍可能無可維持，而遭撤銷，此乃彰顯第二審法院存在之目的仍是要具體救濟當事人之權益，此於適用國民法官法之案件與其他適用刑事訴訟法之案件，亦無不同。

參、量刑上訴時二審得否調查新證據

一、國民法官法就第二審調查證據已改採「限制續審制」

因國民法官法第 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⁷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。」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。」⁸

故第二審原則上得引用一審調查證據的結果，並非如現行刑事訴訟法所採之「覆審制」，是以第二個事實審之地位，全面重新調查對被告有利、不利之證據，故適用國民法官法案件上訴後，當事人、辯護人原則上是不得提出新證據，第二審亦不得調查新證據，僅於特殊例外下，當事人始得提出新證據，第二審亦得調查新證據，故就證據調查部分，適用國民法官法案件之第二審程序是採行「續審制」⁹或「限制續審制」¹⁰，亦有稱是「(事後審)兼有『續審制』¹¹之特色」。但亦有認為其他大部分國民法官法所未規定之第二審程序規定，仍依該法第 4 條回歸適用刑事訴訟法第 344 條以下覆審制之規定，故國民法官法二審程序雖對證據調查與事實認定有較嚴格之條件限制，然應仍不失刑事訴訟法

《註 6》 顏榕，〈日本二審法院對於一審訴訟程序之審查及二審調查證據之基準——兼評我國臺灣高等法院 110 年度國模上訴字第 1 號判決〉，《萬國法律》，第 242 期，111 年 4 月，頁 18。

《註 7》 無調查必要者，如刑事訴訟法第 163-2 條及第 196 條等情形。

《註 8》 此所指之證據，應包含刑事訴訟法第 288 條第 4 項所規定，不以有證據能力者為限之「科刑資料」，第二審法院應得逕作為判斷量刑之依據。

《註 9》 文家倩，〈二審在國民法官制之角色（上）〉，《司法周刊》，109 年 12 月 11 日，第 2-3 版。

《註 10》 林信旭，〈國民法官判決與上訴審角色（上）〉，《司法周刊》，111 年 2 月 11 日，第 2 版。

《註 11》 王邁揚，同《註 4》，第 2 版。同此見解者，朱石炎，同《註 5》，第 2 版。

「覆審制」之基本性格，似認適用國民法官法之案件上訴二審之程序是否確已改爲事後審或續審制，仍屬有疑¹²。

然依國民法官法第 90 條規定，適用國民法官法上訴之案件，調查證據部分，既已不同於其他適用刑事訴訟法之一般案件，於上訴第二審時，因係採覆審制之訴訟架構，對於當事人聲請調查新證據部分，並無嚴格之限制，然就適用國民法官法之案件上訴第二審時，乃設有相當嚴格之限制。

二、第二審原則不得「依聲請」調查之「新證據」是否包括「量刑證據」

再依刑事訴訟法第 288 條第 3 至 4 項規定：「除簡式審判程序案件外，審判長就被告被訴事實爲訊問者，應於調查證據程序之最後行之。審判長就被告科刑資料¹³之調查，應於前項事實訊問後行之。」法條明文既將審判長調查之階段視「證據」及「科刑資料」而有不同之區別，且法條文義既採用「科刑『資料』」而非「科刑『證

據』」，顯見立法者乃有意將單純與科刑有關之「資料」，和刑事訴訟法第 154 條以下有關證明被訴事實之「證據」做出區別，以明確排除第 12 章與證據有關之規定（包括不受傳聞法則、非法取證之證據能力之適用等）。

是單從現行刑事訴訟法來看，第 288 條第 3 項所謂之「證據」僅限於針對「被訴事實」者，而依該條第 4 項調查之「科刑資料」則是單純針對「量刑」不涉及犯罪事實之部分，而實務見解向來認若爲證明犯罪事實存否之證據，限於有證據能力者，且必須以嚴格證明爲之，然「科刑資料」若不涉及犯罪事實者，則不以有證據能力者爲限，且得以自由證明方式爲之，不需嚴格證明¹⁴。

故國民法官法第 90 條第 1 項所規定之「新證據」，於與「被訴事實」有關之證據，固必然受到該條之限制，並無疑義；然若當事人是以量刑不當提起上訴，並欲在第二審法院提出與量刑有關之新證據或科刑資料（如爲證明於原審判決後有和解、賠

《註 12》李啓明，〈臺灣高等法院高雄分院 110 年度國民參審上訴審模擬法庭心得報告（上）〉，《法務通訊》，第 3091 期，111 年 1 月 21 日，第 5 版。

《註 13》有關我國刑事訴訟法第 288 條科刑資料之比較，可參見林臻嫻，〈談我國被害人意見陳述制度與日本法之比較〉，《檢察新論》，第 29 期，100 年 5 月，頁 220-222。

《註 14》如最高法院 106 年度台上字第 3732 號判決意旨：倘爲單純科刑情狀之事實，諸如犯罪行爲人之生活狀況、犯罪行爲人之品行、犯罪時所受之刺激、犯罪後之態度等等，則以自由證明爲已足。另最高法院於 71 年度台上字第 5658 號判例意旨：所謂自由證明，係指使用之證據，其證據能力或證據調查程序不受嚴格限制而已，其關於此項科刑審酌之裁量事項之認定，仍應「與卷存證據相符」，始屬適法。然在刑之「加重」要件，如「構成累犯之事實」，是否類似「犯罪構成要件之事實」，亦須由檢察官負舉證責任，且爲嚴格證明，於大法官釋字第 775 號解釋及最高法院 110 年度台上大字第 5660 號裁定出現後，似已不無疑問。

償之和解書、匯款單等)，或在第二審法院欲聲請調查與量刑有關之新證據或科刑證據（如聲請傳喚情狀證人或為情狀鑑定¹⁵等）時，則此些與「量刑」有關之證據是否受到上開第 90 條第 1 項之限制（即原則不得調查，例外始得允許），則非無疑問。

然參諸第 90 條立法理由引用同法第 64 條第 1 項前段，即當事人、辯護人於準備程序終結後，已不得再行聲請調查新證據，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。因此，實有必要限制當事人、辯護人於第二審法院聲請調查證據之權限。

如同國民法官法第 64 條立法理由指出：國民參與審判程序之運作，應隨時注意確保國民法官參與意願、減輕國民法官負擔，國民參與審判制度始能順利運行長久。為使審判程序原則得依準備程序所擬審理計畫集中、迅速且有效率進行，避免當事人或辯護人於審判階段才不斷提出新的主張¹⁶與證據，甚至故意遲滯訴訟程序，將使法院於準備程序中所進行之爭點整理及擬定之審理計畫均徒勞無功，無端加重國民法官審理案件之負擔。

故若當事人於第一審程序中，欲提出

與量刑有關之證據或科刑資料，或欲聲請情狀鑑定，或在科刑調查階段，欲進行情狀證人之訊問等，檢、辯雙方仍應在「準備程序」時即行提出，即雙方應先活用司法法院之量刑資訊系統，就須檢索之量刑因子事實為何、該量刑事實屬加重或減輕事由等情，先整理為「量刑爭點」，並提出須調查量刑證據或科刑資料之方法、範圍等¹⁷，於準備程序終結後，依國民法官法第 64 條規定，原則上自亦不得再聲請調查新的「量刑證據或科刑資料」，以避免至國民法官選任後，於審判程序中，才突然聲請調查，必將延滯訴訟，且加重國民法官之負擔。

亦即，若將國民法官法第 64 條規定「新證據」之解釋，僅限於狹義與證明被訴事實有關之證據，而不包括「量刑證據或科刑資料」，而不去限制當事人得至審判階段才提出新的量刑主張與證據，則無異仍將使法院於準備程序中所進行之爭點整理及擬定之審理計畫徒勞無功，且無端加重國民法官負擔。故解釋上國民法官法第 64 條當事人、辯護人於準備程序終結後，原則上不得聲請調查之「新證據」，應包括「量刑證據或科刑資料」。

同理，上訴之第二審法院縱無國民法官

《註 15》情狀證人之訊問、情狀鑑定，見謝焯偉，〈從量刑目的論形構量刑框架及量刑理由之判決架構〉，《法官協會雜誌》，第 22 卷，109 年 12 月，頁 98-99。

《註 16》國民法官法第 90 條原則禁止聲請調查「新證據」，但是否禁止提出「新主張」，或提出「新爭點」，則有爭議，見李啓明，同《註 12》，第 4 版。

《註 17》吳志強，〈正義不該從偏見探尋——論國民法官法「終局評議及判決」之制度設計〉，《法律扶助與社會》，第 6 期，100 年 3 月，頁 25。

官參與，而無加重國民法官負擔之問題，然依國民法官法第 90 條之立法理由，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之第一審落實集中審理之精神，且可能會使當事人、辯護人在第一審隱藏或保留對其有利且重要之量刑證據或科刑資料，故不提出或聲請調查，於受到第一審不利之判決後，始於上訴第二審中提出，作為量刑之新證據或科刑資料，若因此導致第一審經國民法官參與融入其國民感情之量刑，動輒遭撤銷，無異亦將使國民法官制度為要落實第一審事實審堅實審理之目的完全落空¹⁸。

故國民法官法第 90 條、第 64 條等立法意旨，落實國民參與審判集中審理精神，當事人、辯護人於第二審法院，原則上不得聲請調查之「新證據」，除有關認定被訴事實之新證據外，自亦應包括與量刑有關之新證據或科刑資料。此參考日本刑事訴訟法 393 條第 1 項有關第二審調查新證據之限制，亦包括與判斷原審量刑是否不當有關之證據，乃屬相同¹⁹（但應特別注意日本刑事訴訟法第 393 條第 2 項中尚有針對第二審法院得就第一審判決後始發生之情狀事實，得依職權自由調查之特別

規定，此乃國民法官法中所無者）²⁰。

故當事人、辯護人於第二審法院，始欲提出與量刑有關之新證據或科刑資料（如為證明於第一審判決後有和解、賠償之和解書、匯款單等），或在第二審法院欲聲請調查與量刑有關之新證據（如聲請傳喚情狀證人或為情狀鑑定）時，自應先由第二審法院審理之合議庭評議後，視該新證據是否符合國民法官法第 90 條但書之各款例外情形及有無調查之必要性，始為判斷是否應於第二審進行調查。

三、第二審法院得否逕「依職權」調查與量刑有關之新證據

再依國民法官法第 90 條之立法理由一中，雖亦提到「至有關第二審法院依職權調查證據部分，並未在本條規定之列，故自應回歸適用刑事訴訟法之相關規定，併予敘明」，亦即，在符合刑事訴訟法第 163 條第 2 項規定：「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。」惟法院於依同條第 3 項規定，為前項依職權調查證據前，仍應予當事人、代理人、辯護人或輔佐人陳述意見之機會。

《註 18》有關我國當初推動人民參審制度，即是為規劃配套「起訴狀一本主義」、強化「堅實第一審」，以及架構「金字塔型」審級制度之目的，見林裕順，同《註 1》，頁 24-41。

《註 19》該條規定所指之證據，乃是二審法院判斷上訴是否有理由（包括量刑不當或事實誤認）所不可欠缺時，二審法院必須要調查該證據，見顏榕，同《註 6》，頁 31。

《註 20》曾淑瑜，〈日本刑事訴訟法第二審之構造及其上訴理由〉，《法學叢刊》，第 186 期，91 年 4 月，頁 72。

是於適用國民法官法之案件上訴二審時，當事人、辯護人始聲請調查與量刑有關之新證據或科刑資料時，固將受到國民法官法第 90 條之限制；然若符合上開法院「得」或「應」依職權調查之事項時，於給予當事人、代理人、辯護人或輔佐人陳述意見之機會後，法院似仍得或應依職權調查量刑證據或科刑資料。

然參照日本實務經驗，第二審原則上應以當事人之上訴理由書及答辯作為法院審理的重心，在未爭執、未成為上訴理由之部分，應避免積極調查造成突襲性裁判，相應的證據調查應該循此基準，將重心放在當事人爭執之事項上。除原審有無違背法令部分，法院得依職權調查後曉諭當事人為確實的攻擊防禦，然而就涉及事實認定或量刑範疇，在相較於現行刑事訴訟法所採之「半套、改良式」之當事人進行主義，從國民法官法第一審已全面改採卷證不併送、起訴狀一本主義²¹之全套「當事人進行主義」訴訟架構，第二審法院就刑事訴訟法第 163 條第 2 項職權進行之

運用，應更為謹慎限縮，始符立法意旨。基本上應委由當事人自行判斷要進行何種主張，在二審中原則上也應該遵循這樣的原則，就事實調查、量刑部分，不應為職權調查之重點²²。

肆、第二審法院就量刑上訴之審查基準……原則上應尊重原判決

依國民法官法第 91 條明文規定：「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。」此條立法理由更明確提及：「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（本法第 1 條）。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，而不宜輕易逕以閱覽第一審卷證後所得之不同心證，即予撤銷，爰訂定本條，以明示第二審法院之審查基準。」

《註 21》我國國民法官法第 43 條規定：「(第 1 項) 行國民參與審判之案件，檢察官起訴時，應向管轄法院提出起訴書，並不得將卷宗及證物一併送交法院。(第 2 項) 起訴書應記載下列事項：一、被告之姓名、性別、出生年月日、身分證文件編號、住所或居所或其他足資辨別之特徵。二、犯罪事實。三、所犯法條。(第 3 項) 前項第二款之犯罪事實，以載明日、時、處所及方法特定之。(第 4 項) 起訴書不得記載使法院就案件產生預斷之虞之內容。(第 5 項) 刑事訴訟法第一百六十一條第二項至第四項之規定，於行國民參與審判之案件，不適用之。」立法理由說明：為落實集中審理、當事人進行為主的審理模式，及貫徹公平法院的精神，爰參考日本刑事訴訟法第 256 條第 6 項(等)規定，訂定第 2 項至第 4 項。此條即代表在行國民參與審判之案件，檢察官提起公訴應採行「起訴狀一本主義」，及「卷證不併送主義」。

《註 22》顏榕，同《註 6》，頁 36。同此見解者，王邁揚，同《註 4》，第 2-3 版。

可知上訴審審查之標準，原則上並不採行「心證比較優先說」，且此條並未特別區分是針對「事實誤認」或「量刑不當」，均是如此。是依國民法官法第 91 條之明文規定，國民法官法庭所為之量刑，因乃屬「反映一般國民之正當法律感情」，是較諸無任何特別規定之第一審職業法官法庭所為之量刑，第二審法院理應更為「尊重」國民法官法庭所為之量刑，不宜輕易撤銷，以利國民法官制度之長久維繫。

故雖有認為：「身為法律素人之國民法官對於各量刑因子之審酌及量刑標準，均完全陌生，量刑困難，實不難想像。……二審法院在尊重第一審國民法官判決之前提下，仍應對一審之量刑予以實質審查，方能期判決之公平正義」之少數看法²³。然多數論者咸認為，在量刑上第二審法院必須保持謙抑、慎重之立場，原則上應尊重原審之判斷，例外在原審量刑有明顯之錯誤或不當時，始得予以撤銷。否則，若不充分尊重國民法官法庭直接審理後之量刑判斷，任意予以撤銷原判，自為判決，乃無從反映國民就量刑之正當法律情感，

此制度要無從維持運行，可稱為是「尊重論」之審查標準²⁴。

舉日本裁判員制度實施經驗為例，依日本最高裁判所事務總局於 2012 年 12 月公布之「裁判員裁判實施狀況檢證報告書」²⁵（裁判員裁判実施狀況の検証報告書）之調查，以裁判員制度實施至平成 24 年 5 月末為止之數據，比起過去一審僅由職業裁判官審理時期（平成 18 至 20 年），第二審法院廢棄一審判決之比率，確有顯著降低，以量刑不當為由廢棄者，由 5.3% 降到 0.6%，以一審判決後量刑情狀有變更者（如有和解賠償等）為由廢棄者，亦從 8.4% 降到 5.0%²⁶，可看出裁判員制度實施後，比較由職業法官所為之一審判決，第二審法院原則上係充分尊重有裁判員參與作成之一審判決結果，較少廢棄原判²⁷。

伍、例外得撤銷原審量刑類型

但何種情形為第二審法院例外得撤銷原審量刑之類型？國內論者有介紹日本裁判員制度實施之經驗²⁸，並認我國之國民法官制度，第二審法院若基於尊重立場，

《註 23》李啓明，〈臺灣高等法院高雄分院 110 年度國民參審上訴審模擬法庭心得報告（中）〉，《法務通訊》，第 3092 期，111 年 2 月 7 日，第 4 版。

《註 24》王邁揚，同《註 4》，第 3 版。

《註 25》是以統計方式公布有關裁判員裁判實施三年之後之各項變化。

《註 26》《裁判員裁判實施狀況檢證報告書》，最高裁判所事務總局，2012 年 12 月，頁 115，圖 79。

《註 27》大島隆明，〈裁判員裁判と控訴審の役割——実務家の視点から〉，《刑法雜誌》，第 54 卷，第 3 号，有斐閣，2015 年 7 月 30 日，頁 378。

《註 28》日本裁判員制度施行至今，已累積不少有關第二審法院以量刑不當撤銷一審判決之案件類型，如：1. 量刑因素過大評價、過小評價；2. 量刑事實認定錯誤；及 3. 逸脫量刑行情。李嘉興，〈第二審法院對國民參加刑事審判審查基準之確立〉，司法院進修研究報告，2017 年 10 月，頁 34-37。

要撤銷原審判決之量刑時，應僅限於：
1. 原審判決對於極為重要之量刑因子有很明顯的疏漏或誤認；2. 或對於量刑有關之重要事實的評價產生過大的錯誤（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 3. 共犯間量刑顯有不均衡等情形²⁹。另有認為第一審量刑大幅逸脫司法院量刑趨勢建議系統之範圍，則屬裁量濫用，亦構成得例外撤銷原審量刑之事由³⁰。以下僅從實務上常見之量刑上訴類型加以討論。

一、原審判決就極為重要之量刑因子事實漏未審酌

國民法官法庭有關量刑之評議，固是由職業法官與國民法官共同評議後始為決定，但受命之職業法官仍須負責撰寫判決。而依國民法官法第 88 條之特別規定，有關適用國民法官法案件之判決中就「認定犯罪事實之理由」，是得僅記載證據名稱及對重要爭點判斷之理由。但就量刑部分判決應如何記載？可否簡化為之？則未有特別之規範，故似應回歸刑事訴訟法

第 310 條第 3 款規定，「就刑法第 57 條或第 58 條規定事項所審酌之情形」，仍必須在判決理由中加以說明³¹。

然司法院刑事廳認為，雖然刑法第 57 條各款均為量刑時應注意之事項，但從「當事人進行主義」的觀點，當事人有決定依量刑爭點而設定舉證之先後與強度的權限，法院對此問題之態度應與罪責之爭點相同而予以尊重。因此，量刑評議時並非逐一就刑法第 57 條各款「均質」地進行檢討，反應依檢辯雙方舉證、論告所強調的重要性程度，給予相應程度的討論，以判斷何者之主張較為可採。評決時，也非針對雙方當事人主張之當否，就刑法第 57 條各款逐一以多數決的方式決定，而應在針對量刑事項全部討論完畢且形成心證後再為評決，始為妥當³²。

至於理想的國民法官法一審判決書的製作，則不僅是「格式」或「寫法」的問題，更重要者是如何反映國民參與審判後形成之成果，發揮判決書應有的機能。故如果案件重要爭點為量刑，則依當事人重視之量刑事項及於辯論時主張之內容，於評議時作具體的檢討後予以說明，毋庸羅列刑

《註 29》王邁揚，同《註 4》，第 2 版。

《註 30》文家倩，〈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，頁 102。

《註 31》吳志強，同《註 17》，頁 28，《註 58》。同此見解，邱鼎文，〈國民法官法案件之一審判決書（下）〉，《司法周刊》，2089 期，111 年 1 月 14 日，第 4 版，《註 43》。

《註 32》司法院刑事廳編輯，〈國民參與刑事審判制度之理論與實務〉，司法院出版，108 年 12 月，頁 51。邱鼎文，〈國民法官法庭運作與問題解析〉，《司法周刊》，第 2040 期（司法文選別冊），110 年 1 月 29 日，頁 41。

法第 57 條各款有利不利被告事項，作齊頭式的檢討³³。

如過往最高法院即認為：刑法第 57 條，係指法院應就繫屬個案犯罪基於責任原則為整體評價及綜合考量，不可摭拾其中片段，遽予評斷，且衡酌之對象亦不限於條文中所列 10 款情形；另所謂「尤應注意下列事項，為科刑輕重之標準」，則指法官於進行科刑裁量時，倘遇有與刑法第 57 條所列各款有關而足以影響刑之輕重之個別情況，於量刑時應予「特別注意並融合判斷」，非指就本條所列各款量刑因子均須於判決內逐一論述，始為適法³⁴。

亦即，量刑係法院就繫屬個案犯罪之整體評價，故其判斷當否之準據，應就判決之「整體觀察」為綜合考量，不可摭拾其中片段，遽予評斷或為指摘。原判決縱未逐一系列記其罪刑審酌之相關細節，於結果並無影響³⁵。

而最高法院向來所採此「整體觀察說」，乃類似德國之法制及實務看法。此觀諸德國刑法第 46 條第 2 項規定：「法院在量刑時必須就所有對行為人有利與不利

之情狀，加以衡量。」而德國刑事訴訟法第 267 條亦規定：「刑事判決必須以書面為之，並附具詳細理由。」該條第 3 項並規定：「有罪判決理由應指出適用之刑法並說明決定量刑的情狀。」而德國司法實務向認定該條項之說明義務，並非要求法院要逐一就各種量刑事由加以條列式的說明，而是允許法院對於會影響量刑之法律效果，且已被認定證明的事實，以一個「整體觀察」(gesamtschau)之方式，進行評斷、互為權衡審酌的說明即可³⁶。

故國民法官法庭製作之有罪判決書，固仍應就刑法第 57 條或第 58 條規定事項所「審酌之情形」，加以說明；但關於判決量刑審酌之說明上，似亦得參考國民法官法第 88 條立法理由所提及「在審判與評議程序之相關程序均已臻完善前提下，自宜適度簡化判決書記載之內容，使法官得有更多時間及精力，專注於法庭活動及與國民法官之討論、評議上」，在量刑說明上予以適度簡化，亦可能有現實上不得不之考量³⁷，此在第二審法院審查第一審判決理由中針對量刑所為之說明，究竟有無針

《註 33》邱鼎文，同《註 31》，第 4 版。

《註 34》最高法院 110 年度台上字第 6286 號刑事判決意旨參照。

《註 35》故上訴意旨泛言原判決量刑未逐一審酌刑法第 57 條之一切情狀，有理由欠備之違法，並非第三審上訴之適法理由。此最高法院 111 年度台上字第 1009 號刑事判決意旨參照。

《註 36》LR-StPO Band 6/Teil2, 26 Aufl. 2013, § 267 Rn.87.

《註 37》因國民法官法庭所為之量刑，可能是經由妥協折衝所得之結果，職業法官未必能就每個人或多數決所審酌之量刑事項，得出一致之邏輯或理路，此亦反映國民法官法庭之量刑是揉合國民法律感情，不全然能在判決中以說理之方式具體完全為呈現。

對刑法第 57 條各款量刑事實有漏未審酌之違誤時，仍應將此列為考量之點。

然而，最高法院自 102 年度台上字第 170 號判決所揭示之意旨略以：「於法定刑包括死刑之案件，如考慮選擇科處死刑，本於恤刑意旨，除須符合上開諸項原則外，其應審酌之有利與不利於犯罪行為人之科刑因素，尤其刑法第 57 條所例示之 10 款事由，即應逐一檢視、審酌，以類似盤點存貨之謹密思維，具實詳予清點，使犯罪行為人係以一個『活生生的社會人』而非『孤立的犯罪人』面目呈現，藉以增強對其全人格形成因素之認識，期使刑罰裁量儘量能符合憲法要求限制人民基本權利所應遵守之比例原則。」³⁸

而適用國民法官法者正多屬法定刑包括死刑之案件，則國民法官法庭於量刑時，針對刑法第 57 條 10 款事由中，當事人並未特別主張要列為爭點，亦未提出任何證據或科刑資料請求調查者，在「不加重國民法官負擔之前提」下，國民法官法庭是否仍應以類似「盤點存貨」之謹密思維，逐一「依職權」進行調查？並於量刑評議時，逐一評決出具體之理由，始得於判決理由中逐一說明各款事由審酌之情形？但此似又與上開司法院刑事廳從國民法官法已採「當事人進行主義」之觀點來

看，第一審判決書之量刑理由，應充分尊重當事人設定之爭點，故毋庸羅列刑法第 57 條各款有利不利被告之事項，做齊頭式的檢討等，不無矛盾之處。故於國民法官法正式施行後，最高法院 102 年度台上字第 170 號判決所揭示之「盤點存貨」說，究應如何適用，或有難行之處。

然若考量國民法官法第 83 條第 3 項規定：「有關科刑事項之評議，以包含國民法官及法官雙方意見在內過半數之意見決定之。但死刑之科處，非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，不得為之。」即國民法官法已就死刑與非死刑案件，於評議門檻為不同之限制規範，則第二審法院在審酌原審判決有無漏未審酌刑法第 57 條各款事項時，是否亦應區分，於涉及死刑之案件，國民法官法庭於量刑評議時，若未逐一盤點審酌刑法第 57 條各款事項，並於判決理由中說明審酌之情形，仍可能會構成上訴審撤銷量刑之事由；但在未涉及死刑之其他案件，若國民法官法庭於量刑評議時，雖未就刑法第 57 條各款事項，逐一盤點審酌，但已確有就當事人實際列為量刑爭點，並有進行科刑調查之重點部分予以審酌，並於判決理由中說明審酌之情形者，則未必即能構成上訴審撤銷之事由。

《註 38》有關此判決之評釋，可參見謝煜偉，〈論「教化可能性」在死刑量刑判斷上的意義與定位——從最高法院 102 年度台上字第 170 號判決到 105 年度台上字第 984 號判決之演變〉，《臺北大學法學論叢》，第 105 期，107 年 3 月，頁 133-186。

二、原審判決後影響量刑之重要基礎事實已有所變更

若當事人是在第一審判決後，始與被害人達成和解或調解成立，或始全部或部分賠償被害人之損害時，我國實務向來認為得以被告犯罪態度，或犯罪所生之實際損害已有所改變，故第一審法院原依刑法第 57 條第 9、10 款所為之量刑基礎，已有重大之變動不同，故應構成得撤銷第一審由職業法官法庭所為之量刑，自為改判之事由³⁹。

將來針對適用國民法官法案件，若是以被告於一審判決宣判後，始與被害人達成和解或調解成立，或始賠償被害人之損害時，因被告犯罪後之態度確已有不同，被害人所受之損害程度亦因有受到實際填補而有改變，則第二審應仍得以此作為「例外」撤銷原審量刑，自為改判之事由，以鼓勵被告在一審判決後，仍能盡力尋求填補被害人損害之動機，結論上與其他一般案件應無不同。

此參酌日本裁判員制度施行以來，大多數第二審法院撤銷之理由是量刑不當，而且是依日本刑事訴訟法第 393 條第 2 項之撤銷，即第二審法院依同法第 393 條第

2 項之規定，依職權調查原第一審判決後始發生之情狀結果，認為不撤銷原判決明顯違反正義（例如「已舉證證明」原判決後和解成立之事實）者，乃屬最為常見撤銷原審判決量刑之理由⁴⁰，此亦乃因第一審判決後，當事人已成立和解或賠償被害人，雖原判決量刑沒有不當，但基於重視對當事人為具體之救濟，依事後發生之情事撤銷原判決自有其立法目的⁴¹。如以日本 2020 年第二審撤銷一審判決之統計資料為例，結案被告共 380 人，遭撤銷改判之被告有 42 人，占 11.1%。進一步觀察撤銷原因，撤銷改判之 42 人中，有高達 19 人係經第二審法院依日本刑事訴訟法第 393 條第 2 項為依據撤銷，即有超過 45% 之案件是因當事人於一審判決後有新的量刑情狀出現，致一審判決之量刑無可維持，而遭二審法院撤銷，自為改判⁴²。

另德國於 1986 年通過之「被害人保護法」，擴充原刑法第 46 條第 2 項之規定，在行為人有努力彌補損害及為達與被害人調和之努力，若有補償被害人全部或絕大部分之損失者，法院得減輕其刑，於刑度為一年以下有期徒刑或三百六十日額罰金以下罰金刑者，得免除其刑。此乃因行為人透過損害補償之過程，實際上等同

《註 39》最高法院 106 年度台上第 936 號判決意旨參照。

《註 40》三井誠著，吳秋宏、邱鼎文譯，〈日本刑事上訴審之構造及其運用——特別是與裁判員審判之關連〉，《月旦裁判時報》，第 62 期，106 年 8 月，頁 60、56。

《註 41》曾淑瑜，同《註 20》，頁 72。

《註 42》令和 2 年における裁判員裁判の実施状況等に関する資料，<https://www.saibanin.courts.go.jp/vc-files/saibanin/2021/R2-103-2.pdf>，最後瀏覽日期：111 年 8 月 8 日。

已服一定刑罰，故刑罰之多種目的已經實現，制裁就可被相對減輕⁴³。

三、原審判決對於極為重要之量刑事實有所誤認

依國民法官法第 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。」此條規定並未區分「被訴事實」或「量刑因子事實」之認定，故均有適用。基此，第二審法院要以原審判決就量刑事實有所誤認而予撤銷，必須符合以下兩要件：

(一) 屬違背經驗法則或論理法則

舉刑法第 57 條 10 款量刑因子事實為

例，我國學者有將之分為「行為因素」（如侵害結果、行為手段等）、「行為人因素」（如前科、品性、智識狀況等）及「難以歸類前兩者之其他因素」（如被害情感、社會影響等）三種⁴⁴；亦有分為「犯罪之情狀」（犯罪之動機、手段、結果及對社會之影響）、「行為人之屬性」（行為人之年齡、性格、經歷及環境）、「犯罪後之情事」三種者⁴⁵。

實務見解則將之分為兩大類：一是「屬於犯罪構成要件之要素」者，應予嚴格證明，於論罪證據之階段依各項證據方法之法定調查程序（如刑事訴訟法第 164 至 166 條等規定）進行調查；一是「單純科刑情狀之事實」，則以自由證明為已足⁴⁶。然刑法第 57 條各款事由，何者是屬與犯罪事實構成要件要素相關為應嚴格證明之事項？何者屬僅與量刑情狀事項相關而為自由證明事項？並非完全明確⁴⁷，實務亦多

《註 43》Hans-Jurgen Kerner 著，連孟琦譯，〈德國犯罪被害人地位之強化——綜覽刑事政策、刑法、刑事訴訟以及實務領域之最新發展〉，《月旦刑事法評論》，第 6 期，106 年 9 月，頁 64。

《註 44》謝煜偉，〈「永山基準」臺灣版？——死刑量刑基準的具體化 / 最高法院 102 台上 5251 判決〉，《臺灣法學雜誌》，第 249 期，103 年 6 月，頁 216-217。

《註 45》曾淑瑜，〈論殺人罪之量刑〉，《法務部廖正豪前部長七秩華誕祝壽論文集——刑法卷》，五南出版社，105 年 7 月。

《註 46》最高法院 102 年度台上字第 170、4742、5091 號，104 年度台上字第 2601 號，106 年度台上字第 3732 號，107 年度台上字第 1655、2198 號等判決意旨參見。

《註 47》有學者從根本上批評，要將前揭刑法第 57 條第 1 至 10 之各款事由清楚界定，基本上是不可能的。因事實上，有些事項是處於犯罪事實與量刑事實的臨界，甚難區分，不應該以形式之事由作為判斷事由，而應實質考量。若某事項會牽涉責任存在與否或責任範疇的確認（如刑的加重減輕）時，應予嚴格證明；反之，如僅牽涉到責任量刑的確定項目，則是自由證明。李茂生，〈量刑因子之調查與辯論〉，《法官協會雜誌》，第 15 卷，102 年 12 月，頁 106。

有不一致⁴⁸。

至於其他涉及到刑法總則或分則之加重、減輕要件之事實，如被告是否構成刑法第 47 條累犯之事實？或是否構成刑法第 62 條自首之事實等？有些影響法定刑，有些則僅影響處斷刑，此些加重、減輕要件之事實認定，究竟是採嚴格證明或自由證明？亦有爭論⁴⁹。故原審就這些與刑法第 57 條所例示之 10 款量刑因子事實中單純與行為人有關之事實，或僅與刑之加重、減輕要件有關之事實（即排除與犯罪事實有關之認定，因犯罪事實本身並不在量刑上訴之範圍內，自應全以原審認定之事實為依據），原則上本即得依自由證明之方式而為認定，第二審法院審查後，若原審就量刑事實之認定，並無違背經驗法則或論理法則，自不得於心證比較後，自為認定並撤銷原審判決。

（二）屬「顯然」影響於判決

即非屬於「無害錯誤」，如針對刑法第 57 條第 6 款犯罪行為人之智識程度此一量

刑事事實因子，若被告之智識程度實際上是為高中畢業，但原審判決誤認為是高職畢業，而被告究竟是高中畢業與高職畢業，對原審判決之量刑縱有些許之影響，然應很難認會達到「顯然」之影響，故當事人若以此為由提起上訴，自應視為是「無害錯誤」，不得撤銷原審判決。

四、原審判決對於量刑有關之重要事實的評價產生過大的錯誤

有論者舉例：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⁵⁰，即是否對於刑法第 57 條第 5 款有關犯罪行為人之品行此一量刑事實有過度評價，卻對刑法第 57 條第 3 款、第 9 款等與犯罪之手段、犯罪所生之危險或損害等主要犯罪情狀有評價不足之問題。

但「『評價』事實」與「『認定』事實」畢竟不同，事實認定容有判斷之對、錯問題，然評價卻屬個人之價值觀、態度及感情等，沒有所謂之對、錯；尤其是從導入

《註 48》舉最高法院為例，71 年度台上字第 5658 號判例例示第 7 款是自由證明事項，102 年度台非字第 42 號例示第 5 款是自由證明事項，103 年度台上字第 3705、3908 號例示第 1 款是自由證明事項，106 年度台上字第 2358 號例示第 10 款是自由證明事項，106 年度台上字第 2301 號例示第 9 款是自由證明事項，95 年度台上字第 2909 號、102 年度台上字第 4742 號判決，例示第 2、4、5、10 是自由證明事項，106 年度台上字第 2714 號判決，例示第 2、4、5、9、10 是自由證明事項，107 年度台上字第 774 號，例示第 4、5、10 是自由證明事項，107 年度台上 3185 號認為 4、5、6 是自由證明事項，第 3、8、9 則是嚴格證明事項。

《註 49》如引發爭議之最高法院 110 年度台上大字第 5660 號裁定意旨，似認為刑法第 47 條有關累犯加重要件中，構成累犯之事實，必須由檢察官負舉證責任為嚴格證明，不得由法院依職權而為自由證明。

《註 50》王邁揚，〈國民參與審判案件之上訴審（中）〉，《司法周刊》，110 年 3 月 26 日，第 2 版。

國民參與審判制度的旨趣之一，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，更喪失引進國民法官制度之意義，難以跨出職業法官的審判框架。

因此，除非一審判斷有偏見、偏頗等特別情事，否則關於量刑事實之評價，在沒有國民參與審判的第二審法院，原則上應依國民法官法第 91 條規定之尊重論，以儘量認許國民法官就量刑事實因子的評價為宜，不得輕易以此為由，撤銷原審由國民法官法庭所為且融入國民正當法律感情之量刑⁵¹。

但此看法仍非全無爭議，如日本裁判員制度實施後，最高法院於 2014 年 7 月 24 日就夫妻虐童事件之判決⁵²，即為適例，該案適用裁判員法審理後，第一審判決有罪並強調是考量防治兒童家暴的社會風潮，故判處夫妻二人各十五年有期徒刑，是該案檢察官具體求刑十年的 1.5 倍。上訴後，第二審法院亦認量刑並無不

當，予以維持。上訴至最高法院後，撤銷原一、二審之判決，改判父親十年刑期，母親八年刑期。主要理由即認為：要尊重裁判員制度的立法意旨，本判決認同裁判員判決評議為能反映國民的良識，或可改變、調整歷來量刑行情或慣習標準，但調整的前提，應有合理說明，方能容許。但此次原裁判員所為之判決沒有提出合理性的說理，蓋以所謂社會大眾要求防治兒童家庭暴力的風潮，應為刑罰輕重考量的次要量刑因子，即客觀、合理與平等才是量刑時最優先考量，且同時適用於一般裁判以及裁判員裁判，並指出趨勢或先例應列為量刑首要指標之重要性⁵³。

因此，融入國民法官感情之量刑，仍不得恣意，必須在比較過去同種類案件之量刑行情或傾向，在上開框架內，將其他非屬行為本身之量刑因子，如行為人本身之情狀、被害人被害之感覺、社會大眾之情感、刑事政策等就各量刑因子事實，予以充分且適當之評價後，始為妥適之量刑，且若量刑確有超越過往同種類案件之量刑行情或傾向時，則必須在判決理由中，妥為說明理由。

《註 51》林信旭，〈國民法官判決與上訴審角色（中）〉，《司法周刊》，111 年 2 月 18 日，第 3 版。

《註 52》此判決之介紹，另可參見三井誠著，吳秋宏、邱鼎文譯，同《註 40》，第 63-64 頁。林信旭，〈國民法官判決與上訴審角色（下）〉，《司法周刊》，111 年 2 月 25 日，第 2 版。林臻嫻，〈日本裁判員制度下之量刑審查難題〉，《國會月刊》，第 44 卷，第 2 期，105 年 2 月，頁 26-45。

《註 53》井上正仁著，林裕順譯，〈日本人民參審與刑事司法改革〉，《刑事政策與犯罪研究論文集》，第 22 期，108 年 10 月，頁 24。

五、原審量刑大幅逾越量刑行情

另有認為，所謂量刑「濫用裁量權」的情形，即指國民法官法庭所為之量刑結果，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，均屬之，故第二審法院審查後，自得認原審量刑為「裁量濫用」予以撤銷⁵⁴。此見解似認為我國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，有類似美國聯邦量刑準則（sentencing guideline）⁵⁵的效力，故認為量刑結果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，即屬裁量濫用。

然反對論者則認為，此見解與我國現行司法院量刑資訊系統及量刑趨勢建議系統之相關規範，以及最高法院歷來相關之實務見解⁵⁶，顯有差異，第二審法院不宜僅以原審量刑結果未落在司法院量刑資訊系統的量刑分布區間內，或與量刑分布區間差異過大，即直接視為是屬「裁量濫用」，並撤銷原審之量刑⁵⁷。因每一案件被告均有其個別性，不可能有兩個完全相同之案件，故難單純以量刑行情來判斷量刑裁量是否濫用。若單以逸脫量刑行情，即認為量刑不當，恐有疑問⁵⁸。

況司法院固於110年7月28日已完成《刑事案件妥適量刑法草案》，欲建立具有拘束性之量刑準則⁵⁹，然尚未通過立

《註 54》文家倩，同《註 30》，第 102 頁。

《註 55》美國在 1980 年代引進數字式的量刑準則（Sentencing Guidelines），用以確保法官量刑公平一致，原先具有強制性的拘束力，至 2005 年 1 月 12 日美國聯邦最高法院在布克案（*U.S. v Booker*, 453, U.S. 220 (2005)）中，宣告上開 18 U.S.C. § 3553(b)(1) 以及 § 3742(e)25，即關於強制規定部分違憲而無效。從此，聯邦量刑準則僅具參考性，不具強制性，但聯邦量刑準則仍具重要性。許金釵，〈美國聯邦量刑準據之研究——兼論我國建立量刑準據之可行性〉，司法院公務出國報告，司法院，95 年 3 月，第 3-5 頁。

《註 56》最高法院 106 年度台上字第 2229 號刑事判決意旨：司法院建制之量刑系統，僅為蒐集不同個案，依統計、分析等方法，評估法院量刑之落點，供作法官審理個案之參考。而每一個案犯罪情狀有別，尚難據此拘束法院對個案於法定刑範圍內之自由裁量，或進而指摘個案之量刑為違法。最高法院 104 年度台上字第 1351 號、105 年度台上字第 2196 號、108 年度台上字第 1867 號等判決意旨亦以：量刑資訊系統內之相關數據，量刑資訊因子統計資訊並非抽象法規範，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酌罰個案情節適當量刑之裁量權限，且犯罪情節個案不同，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。

《註 57》王邁揚，同《註 50》，第 2 版。

《註 58》曾淑瑜，〈刑事訴訟法草案中以「科刑不當」為上訴理由之研究〉，《華岡法粹》，第 36 期，95 年 11 月，頁 65-66。原田國男，〈量刑判斷的實際〉，立花書房，2004 年 9 月，頁 90-91。

《註 59》見司法院，〈司改 2.0 量刑改革續航 完成「刑事案件妥適量刑法草案」〉新聞稿，110 年 7 月 30 日。
<https://www.judicial.gov.tw/tw/cp-1887-465733-974e3-1.html>，最後瀏覽日期：111 年 8 月 2 日。

法。現行司法院發布之「刑事案件量刑及定執行刑參考要點」(下稱參考要點)第 16 點固規定：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。第 17 點後段則規定：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。然訂定說明已說明：「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。」即此參考要點並無任何事實上或法律上之拘束力。

故國民法官法庭所為之量刑，司法院上開量刑資訊系統、量刑趨勢建議系統及量刑審酌事項參考表之建議等等，亦應維持為量刑時「宜」參考之事項。此除司法院刑事廳認為：審判長在科刑評議時，縱有運用司法院量刑資訊系統時，仍應先適切說明其於量刑參考上之意義，以免形成權威印象，而有礙國民法官自由形成量刑之判斷⁶⁰。其他論者亦贊同，司法院量刑檢索系統之運用上更大的問題，是形式上看似可以消除量刑歧異，但仍然無法實踐刑罰個別化之理念，而且過去量刑行情的歸納也僅是裁判實然面的統計結果，而非就量刑更深刻的目的、原理原則等核心事

項為應然面之考量，因此，即便在評議階段欲運用這類量刑資訊系統，審判長亦應清楚地向國民法官們說明該等系統之作用與限制，以免誤導⁶¹。

綜上，從國民法官法之立法宗旨，即包括要能反映一般國民之正當法律感情之量刑，故尚不得以上開單純由數據作成統計結果之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等之建議區間，作為剝奪國民法官在形成和表達量刑意見時之不當影響。且縱國民法官法庭所為之量刑，是落在司法院量刑趨勢建議系統之查詢區間「外」，或有大幅逸脫或偏離之情形，若有在判決中充分妥適說明其量刑之具體理由，應未必即屬裁量濫用而得構成上訴審撤銷原審量刑之事由。

陸、結論

本文限於篇幅與能力，僅能集中探討適用國民法官法案件針對量刑上訴之調查證據及審查基準等問題，且有感於我國國民法官法固參照日本裁判員法之規定甚多，然對照日本裁判員法中並無第二審上訴之相關規定，而是回歸刑事訴訟法處理；而日本刑事訴訟法因於戰後已改採「事後審兼續審制」⁶²，與我國現行刑事訴訟法仍採「覆審制」之訴訟架構，有根本

《註 60》司法院刑事廳編輯，同《註 32》，第 48 頁。邱鼎文，同《註 32》，頁 37-38。

《註 61》林慈偉，〈國民法官的判死練習題：模擬法庭旁聽的幾點觀察〉，《全國律師》，第 25 卷，第 12 期，110 年 12 月，頁 54。

《註 62》有關日本刑事訴訟第二審之構造，可參見曾淑瑜，同《註 20》，頁 51-78。三井誠著，吳秋宏、邱鼎文譯，同《註 40》，頁 52-53。

之不同，縱我國在國民法官法中特設第 89 至 92 條等四條規定，以排除刑事訴訟法之適用，然在無特別規定時，仍必須回歸刑事訴訟法之規定，將來在第二審審查適用國民法官法之上訴案件時，法律規範上將會有嚴重不足或矛盾，無怪乎許多論者甚為憂心，乃疾呼應盡快修正刑事訴訟法中第二審之規定，始不致產生扞格困擾⁶³。

此外，於適用國民法官法之重大案件中，許多法定刑仍存在有死刑之刑種，故國民法官法庭所為、融入國民正當法律感情之量刑，是否會使判處死刑之案件增加，亦是受到最多關注矚目的地方；而參照仍有死刑之日本，其刑法即實體法上並無類似我國刑法第 57 條之類似規定，我國刑法第 57 條乃是繼受自早已廢除死刑之德國刑法第 46 條而來，故日本實務發展出有

關死刑之永山基準，與我國實務發展出之存貨盤點或教化可能性理論等，就欲建立迴避死刑之標準上，基本意義固屬相同，然實質內涵上，自屬仍有差別。

而我國依國民法官法第 91 條所規定「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」，及第 92 條但書「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」，透過解釋建立起第二審法院審查量刑上訴之基準亦為「原則尊重，例外撤銷」，是否亦將同樣適用於第一審國民法官法庭判處死刑之案件上，或將如同日本司法實務般，就涉及死刑之案件與非死刑之案件逐步發展出不同之適用審查基準⁶⁴，自值得國人繼續觀察。

(作者林臻嫻為維也納大學經濟與法律碩士、臺灣高等法院臺南分院法官)

《註 63》我國於 88 年舉行全國司法改革會議，當時就第二審改採「事後審制」，以建構金字塔型訴訟架構等均達成共識，司法院並早於 90 年 8 月 28 日即參酌日本刑事訴訟法第二審構造，修正我國刑事訴訟法相關條文，並已提出草案，送交立法院審議；然迄今歷經刑事訴訟法多次修正，仍未通過。此段修法歷史可參見曾淑瑜，同《註 20》，頁 51；及王參和，〈我國刑事第二審構造改採事後審制之探討〉，《月旦法學雜誌》，第 152 期，96 年 12 月 15 日，頁 135-136。故司法院雖為與即將上路之國民法官法互相搭配，拉近現制刑事訴訟法與國民法官新制之法制差距，已提案修正刑事訴訟法第 366-1 條、第 369 條等，明定一般刑事案件之第二審亦改採「續審制」，且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；當事人等於第二審法院，不得聲請調查新證據之原則及例外，及有維持當事人審級利益之必要時，第二審法院得將案件發回原審法院等，並已於 111 年 5 月 25 日經會銜行政院後，將草案函送立法院審議，然因刑事訴訟法第二審訴訟架構全面改採「續審制」，將影響衝擊當事人之上訴權益以及律師之執業生計，是否能順利通過，仍未可知。

《註 64》有關日本最高裁判所，就第一審裁判員案件，於判處死刑與非死刑之一般案件，於上訴之量刑審查上可說有不同之標準等相關介紹，可參見井上正仁著，林裕順譯，同《註 53》，頁 22-26；三井誠著，吳秋宏、邱鼎文譯，同《註 40》，頁 63-66；范耕維，〈論國民法官制度下之第二審死刑量刑審查：日本法的借鏡與反思〉，《全國律師》，第 25 卷，第 12 期，110 年 12 月，頁 17-29。

參考文獻

- 三井誠著，吳秋宏、邱鼎文譯，〈日本刑事上訴審之構造及其運用——特別是與裁判員審判之關連〉，《月旦裁判時報》，第 62 期，2017 年 8 月，頁 51-67。
- 大島隆明，〈裁判員裁判と控訴審の役割——実務家の視点から〉，《刑法雜誌》，第 54 卷，第 3 号，有斐閣，2015 年 7 月 30 日，頁 374-394。
- 文家倩，〈二審在國民法官制之角色（上）〉，《司法周刊》，2020 年 12 月 11 日，第 2-3 版。
- 文家倩，〈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，2020 年 11 月，頁 93-103。
- 井上正仁著，林裕順譯，〈日本人民參審與刑事司法改革〉，《刑事政策與犯罪研究論文集》，第 22 期，2019 年 10 月，頁 1-33。
- 王參和，〈我國刑事第二審構造改採事後審制之探討〉，《月旦法學雜誌》，第 152 期，2007 年 12 月 15 日，頁 135-163。
- 王邁揚，〈國民參與審判案件之上訴審（上）〉，《司法周刊》，2021 年 3 月 19 日，第 2-3 版。
- 王邁揚，〈國民參與審判案件之上訴審（中）〉，《司法周刊》，2021 年 3 月 26 日，第 2-3 版。
- 令和 2 年における裁判員裁判の実施状況等に関する資料，<https://www.saibanin.courts.go.jp/vc-files/saibanin/2021/R2-103-2.pdf>，最後瀏覽日期：111 年 8 月 8 日。
- 本庄武著，黃士軒譯，〈刑事裁判與量刑的現況〉，《月旦法學雜誌》，第 293 期，2019 年 9 月，頁 70-80。
- 司法院刑事廳編輯，《國民參與刑事審判制度之理論與實務》，司法院出版，2019 年 12 月。
- 朱石炎，〈國民參審案件上訴審之構造〉，《司法周刊》，2020 年 9 月 25 日，第 2-3 版。
- 見司法院，〈司改 2.0 量刑改革續航 完成「刑事案件妥適量刑法草案」〉新聞稿，110 年

7月30日。<https://www.judicial.gov.tw/tw/cp-1887-465733-974e3-1.html>，最後瀏覽日期：111年8月2日。

吳志強，〈正義不該從偏見探尋——論國民法官法「終局評議及判決」之制度設計〉，《法律扶助與社會》，第6期，2021年3月，頁1-34。

李茂生，〈量刑因子之調查與辯論〉，《法官協會雜誌》，第15卷，2013年12月，頁100-113。

李啓明，〈臺灣高等法院高雄分院110年度國民參審上訴審模擬法庭心得報告（上）〉，《法務通訊》，第3091期，2022年1月21日，第3-5版。

李啓明，〈臺灣高等法院高雄分院110年度國民參審上訴審模擬法庭心得報告（中）〉，《法務通訊》，第3092期，2022年2月7日，第4-6版。

李嘉興，〈第二審法院對國民參加刑事審判審查基準之確立〉，司法院進修研究報告，2017年10月。

林信旭，〈國民法官判決與上訴審角色（上）〉，《司法周刊》，2022年2月11日，第2-3版。

林信旭，〈國民法官判決與上訴審角色（中）〉，《司法周刊》，2022年2月18日，第2-3版。

林信旭，〈國民法官判決與上訴審角色（下）〉，《司法周刊》，2022年2月25日，第2版。

林裕順，〈人民參審上訴制度之比較研究——以日本法制檢討為中心〉，《月旦法學雜誌》，第282期，2018年10月，頁24-41。

邱鼎文，〈國民法官法法庭運作與問題解析〉，《司法周刊》，第2040期（司法文選別冊），2021年1月29日，頁1-42。

邱鼎文，〈國民法官法案件之一審判決書（下）〉，《司法周刊》，2089期，2022年1月14日，第4版。

林慈偉，〈國民法官的判死練習題：模擬法庭旁聽的幾點觀察〉，《全國律師》，第25卷，第12期，2021年12月，頁44-57。

林臻嫻，〈談我國被害人意見陳述制度與日本法之比較〉，《檢察新論》，第29期，2021

年 5 月，頁 208-228。

林臻嫻，〈日本裁判員制度下之量刑審查難題〉，《國會月刊》，第 44 卷，第 2 期，2016 年 2 月，頁 26-45。

范耕維，〈論國民法官制度下之第二審死刑量刑審查：日本法的借鏡與反思〉，《全國律師》，第 25 卷，第 12 期，2021 年 12 月，頁 17-29。

原田國男，〈量刑判斷の實際〉，立花書房，2004 年 9 月。

許金釵，〈美國聯邦量刑準據之研究——兼論我國建立量刑準據之可行性〉，司法院公務出國報告，司法院，2006 年 3 月。

《裁判員裁判實施狀況檢證報告書》，最高裁判所事務總局，2012 年 12 月，頁 115，圖 79。

曾淑瑜，〈日本刑事訴訟法第二審之構造及其上訴理由〉，《法學叢刊》，第 186 期，2002 年 4 月，頁 51-78。

曾淑瑜，〈刑事訴訟法草案中以「科刑不當」為上訴理由之研究〉，《華岡法粹》，第 36 期，2006 年 11 月，頁 49-96。

曾淑瑜，〈論殺人罪之量刑〉，《法務部廖正豪前部長七秩華誕祝壽論文集——刑法卷》，五南出版社，2016 年 7 月。

謝煜偉，〈「永山基準」臺灣版？——死刑量刑基準的具體化 / 最高院 102 台上 5251 判決〉，《台灣法學雜誌》，第 249 期，2014 年 6 月，頁 212-218。

謝煜偉，〈從量刑目的論形構量刑框架及量刑理由之判決架構〉，《法官協會雜誌》，第 22 卷，2020 年 12 月，頁 86-104。

謝煜偉，〈論「教化可能性」在死刑量刑判斷上的意義與定位——從最高法院 102 年度台上字第 170 號判決到 105 年度台上字第 984 號判決之演變〉，《臺北大學法學論叢》，第 105 期，2018 年 3 月，頁 133-186。

顏榕，〈日本二審法院對於一審訴訟程序之審查及二審調查證據之基準——兼評我國台灣高等法院 110 年度國模上訴字第 1 號判決〉，《萬國法律》，第 242 期，2022 年 4 月，頁 17-40。

蘇俊雄，〈量刑權之法律拘束性——評最高法院八十六年臺上字第七六五五號判決〉，《月



論國民法官法案件以量刑不當提起第二審上訴之審查

且法學雜誌》，第 54 期，1999 年 10 月，頁 167-172。

Hans-Jurgen Kerner 著，連孟琦譯，〈德國犯罪被害人地位之強化——綜覽刑事政策、刑法、刑事訴訟以及實務領域之最新發展〉，《月旦刑事法評論》，第 6 期，2017 年 9 月，頁 60-72。