



【國民法官法】

## 裁判員裁判案件量刑判斷的法則

——最高裁平成26年7月24日第一小法庭判決（刑集38卷6號  
925頁、判時2250號103頁）\*

■朱朝亮 最高檢察署檢察官

### 壹、事實概要

本件為傷害致死的裁判員判決案件，被告X夫與Y妻二人對其三女（1歲8月）經常施加種種暴行，就此相互認識為容認之共謀後，由X夫對三女以手掌朝其顏面，施予一次重擊頭部碰撞床等之暴行後，因受急性硬腦膜下血腫等傷害，致急性腦硬膜下血腫，腦腫脹而死亡。雖辯護人爭執暴行存在、死因、共謀等問題，但第一審判決在認定上開犯罪事實後，對被告二人都宣告法定刑上限15年懲役<sup>1</sup>。（日本刑法第205條傷害致死罪法定刑20年以下3年以上有期徒刑。本件量刑行情上限10年，且檢察官僅對二人求刑10年懲役。）

第一審判決加重量刑15年懲役，理

由為：一、檢察官求刑未充分評價被告二人：（一）長期間不保護兒童背景的虐童惡質性，（二）把責任推卸次女的態度問題性。二、即使考量同類犯罪量行情，受限法院量刑檢索系統先例登錄數量，因不能掌握量刑應考慮要素之全部，無法檢證先例判斷妥當性，也難與本案件正確的進行比較。「因此，鑑於為防止兒童虐待的最近修法傾向，可以看出意含要求提高兒童生命尊重的社會情勢。如本案這般行為責任重大的虐童案件，因足認其符合今後應嚴格科罰的最近修法意旨與社會情勢，科處被告二人接近傷害致死罪法定刑上限的主文刑度，應是妥適的。」

就此，X與Y皆控訴二審，除主張事實誤認外，也主張量刑不當。控訴審

DOI：10.53106/207798362023070133009

關鍵詞：量刑行情、量刑法則、量刑三階段論、行為責任禁止超過原則

\* 井上正仁、大澤裕、川出敏裕編，刑事訴訟法判例百選，ユリスト別冊，有斐閣，十版，2017年5月，212-215頁。

<sup>1</sup> 日本刑法第203條及第12條之規定：傷害身體致死者，處3年以上20年以下有期徒刑。

就量刑不當主張部分以：不能說第一審判決就有關犯情與一般情狀的評價有誤；次就檢察官求刑10年，存在上述諸點問題的說明，也看不出其有違誤之處；再就同類案例量刑行情，即使量處較量刑檢索條件所示量刑分布更重之刑度，也不能就說是量刑不當。因此就第一審各判15年懲役的量刑，以「尚在法定刑中有選擇餘地之範圍內，應可接受」之理由，駁回X與Y二人控訴。X與Y因此皆上告三審。

## 貳、上告法院之判決要旨

本件上告審判決，雖以X與Y上告意旨不合法駁回。但依職權調查後，基於下列理由，將原判決及一審判決，依刑事訴訟法（下稱「刑訴法」）第411條第2款撤銷後<sup>2</sup>，自判X夫10年懲役、Y妻8年懲役。

一、我國刑法在一個犯罪構成要件之中，以涵蓋種種可能犯罪類型為前提，而規定寬闊的法定刑度。因此，裁判時雖應一面以行為責任原則為基礎，一面考量該當犯罪行為相應刑度而為量刑之宣判。但由於裁判先例的積集，也形成個別犯罪類型一定的量刑行情。這種先例積集的量刑行情本身，雖然不能說是直接帶有法的規範性，但當決定量刑時，仍具有所謂指標性的意義。故量刑作為裁判之判斷，為能被認同，除應

要求對本案量刑要素為客觀適切的評價外，為免損害量刑結果之公平性，將迄今通案之量刑行情納入視野而為判斷，也成為擔保該當量刑判斷程序適切的重要要素。

二、此作法，即使在裁判員裁判，也是同樣妥當的。固然裁判員制度旨在讓刑事裁判納入國民觀點而導入。從而有關量刑，可以說當然設想就裁判員裁判導入前之先例積集結果，從國民觀點予以相應變格。此意含在裁判員裁判時，不應不要求先對裁判員裁判導入前之量刑行情，進行嚴格調查、分析，即逕按導入前之量刑行情而為量刑。但毋庸贅言，即使是裁判員裁判，仍應使其與其他同類裁判之結果，保持適當的公平性，故當其為量刑評議時，裁判庭（指職業法官與裁判員之全體，下同）仍應先作成迄今大致量刑行情的共識之後，再以此為出發點，要求就本案深入進行相應量刑的評議。

三、依此觀點來看本案第一審裁判，如僅就其「除參考同種犯罪外，也參考就死亡結果有故意案例之量刑行情，再就本案犯情應有量刑等已盡心為議論之評議」之判示，可以理解本案大致已按上述所謂「應先以通案之量刑行情為出發點後，再進行本案之量刑評議」之要求，而為量刑評議。

但第一審判決接著就檢察官之求

<sup>2</sup> 日本刑訴法第411條規定：上告法院縱無第405條各款之合法上告事由，但有下列情由，認非撤銷原判決即顯然違反正義時，得以判決撤銷原判決。一、違反法法令足以影響判決結果者。二、量刑顯為不當時。三、重大事實誤認足以影響判決結果者。四、有相當得為再審請求之事由者。五、判決後刑罰已廢止、變更、大赦者。撤銷原判決後，依同法第413條但書規定，若上告法院依訴訟記錄、認得直接判決時，得就被告案件自為判決。

刑，以其未充分評價被告二人犯行背後之虐童惡質性與犯後之態度問題性；又以量刑檢索系統顯示之量刑行情，因系統登錄件數不充分，無法驗證其判斷妥當性後，逕以如本案這樣堪認行為責任重大的虐童案件，因符合從今以後應嚴格科罰的最近修法意旨與社會情勢之說明後，遽科處大幅超過量刑行情及檢察官求刑，且接近法定刑上限的宣告刑。若依其說明，第一審判決明顯認為裁判員裁判案件之量刑，未必應與迄今行情同調。縱即超出量刑行情，從重量刑亦是適當的。固然如前所述，裁判員裁判之導入，意含變動迄今量刑行情之意圖，這是裁判員裁判不能正面否認的預定使命。但大幅超出量刑行情這樣的量刑判斷，為能從公平性觀點被接受，即應就何以迄今量刑行情不能作為本案量刑前提之情事，在裁判庭之判斷中具體的、有說服力的判示出來。

四、因此就本案來看的話，其為強列反映所指最新修法意旨及社會情勢等情事，而跨越迄今的量刑行情，復大幅超出身為公益代表者檢察官10年懲役求刑，而為15年懲役的量刑。難謂已指出其具體的、有說服力的根據。其結果，堪說第一審之量刑判斷，已達甚為不當之情事。同時，控訴審就一審量刑，任意跨越迄今量刑行情，及就本案之量刑評議「在法定刑中尚有裁量之餘地範圍內，竟以最新修法意旨及社會情勢之一

般情狀重大為由，逕從重判處接近法定刑上限的15年懲役，」一節，沒有合理理由的說明，遽以「應可接受」為由，認同第一審之量刑評議，亦甚為不當，足認有不依職權撤銷原判決，即顯著違反正義之理由（白木勇法官補充意見）。

### 參、學者解說<sup>3</sup>

#### 一、問題的所在

上告審會出現本件判決，其背景乃因上告審意識到裁判員裁判之現狀，有如下列之憂心乃至危機感。

（一）因就量刑檢索系統量刑資料（量刑分布圖表化）提示作法的對錯，及第一審法官提示的時期與方法，有量刑資料提示不會背離將國民多樣感覺反應在量刑判斷的裁判員制度本旨嗎？不會被批判法官在誘導裁判員嗎？

法官不會過度關心裁判員的量刑評議嗎？不提供充分必要量刑行情資料是不行的嗎？等等質疑，故上告判旨一、二及補充意見乃判示：量刑行情資料提示的重要性，並強列促使在進行本案之量刑評議之前，即應先提示通案之量刑行情，並以此為出發點，再進行本案之量刑評議。

（二）因常見量刑任意超過量刑行情及檢察官求刑情事，故上告判旨三乃判示：

<sup>3</sup> 三好幹夫，量刑判斷の方法，收錄於：井上正仁、大澤裕、川出敏裕編，刑事訴訟法判例百選，ユリスト別冊，有斐閣，十版，2017年5月，213-215頁；原田國男，裁判員裁判の量刑の在り方——最高裁平成26年7月24日判決をめぐる，刑事法ジャーナル，成文堂，42號，2014年11月，43頁。

當量刑大幅超過通案量刑行情及檢察官求刑時，裁判庭應將其超出量刑行情及檢察官求刑的理由，具體的、有說服力的判示出來。

(三) 因先前最高法院之判例<sup>4</sup>已傳達，控訴審身為事後審之定位，就事實認定宜採取謙抑立場，尊重一審事實判斷之訊息。加上導入裁判員裁判後，既旨在促使法院尊重裁判員代表公眾法感的量刑判斷，致常見如本案這般，控訴審就一審之量刑判斷，僅以本案超過量刑行情及求刑之從重量刑「應可接受」，未說明合理理由遽駁回上訴。故有上告判旨四判示：控訴審若僅以所謂「應可接受」，沒有合理理由的說明，逕認同第一審量刑，即違反控訴審之事後審查職責。

(四) 因法官恐遭批判誘導裁判員之虞，致過度自我節制與裁判員的關係，結果在量刑評議時，不敢充分扮演法律專家職責，常造成裁判庭量刑評議過程之耗時及勞費，乃有上告判旨二及補充意見，要求法官應該當案件深入進行相應量刑之評議情事。

為維持發展裁判員制度，就上述憂心，所應克服最基本且深刻的問題即在(四)，即評議時法官與裁判員關係之定位。雖此問題與(一)也有關係。

但從最高法院會對本案出手的情事微妙，及最高法院以補充意見詳述其不得不以職權調查撤銷自判原因，併異常論及進行量刑評議時，法官應扮演法律專家職責等諸考量，不是其已發覺量刑評議時，因法官怕受誘導裁判員之非

難，致影響量刑效能的內幕真相，已達應憂慮的嚴重事態嗎？這就是最高法院憂心之所在。

雖然迄今裁判員制度之整體推動順利，但若舉出有關量刑課題的話，其中問題(四)揭示的，可說是制度全體的、本質的、內在的問題。從問題(一)到(三)揭示的，則是量刑現象面的問題。本案可以說，迄本判決出現止，歷經5年裁判員裁判實施後，就有關量刑問題現況，最直接的呈現。本件上告判決藉由審判職權，擔當上開實務殊值憂心情狀的改善任務。雖其判示，既非陳述一般的量刑基準，也不能說本判決等同判例，但僅就最高法院為使裁判員裁判案件之量刑妥適化，所發揮的積極地指導力，勢必對日後第一審之審判實務產生重大直接影響力。

## 二、量刑判斷的法理架構

裁判員裁判量刑判斷的法理架構，與從來法官量刑判斷的法理架構，並沒有任何變動。其主軸即基於行為責任的犯情(行為態樣、動機、結果等犯罪本身的情狀)為判斷。雖也併應考量一般預防及特別預防的一般情狀(行為責任以外之情事)，但其考量僅能在依行為責任劃定的刑的幅度內(觀念上存在的責任刑或責任框)為考量。相對於此，量刑行情(或稱量刑基準、量刑傾向)則是從先例抽出而成，有幅度的、具體的量刑大致行情。亦即在觀念上存在責任刑的框限內，替代責任刑的實際基準(常伴3年到5年左右的數值)。此等觀

<sup>4</sup> 最一小判平成24.2.13，刑集66卷4號，482頁。

點，在裁判實務上，並無異論<sup>5</sup>。上述觀點，在一件患有亞斯伯格症候群的被告，因受精神障礙影響殺害其姊的案例，二審撤銷過度重視一般情狀的一審判決後，予減刑的大阪高判平成25.2.26<sup>6</sup>案件中，即有一般預防及特別預防的一般情狀事由，僅能在行為責任框定的刑的幅度內為考量意旨（學者稱行為責任禁止超過原則<sup>7</sup>）之判示。可知本判決亦採同樣的思惟。

### 三、量刑行情的本質

本判決稱量刑行情是先例的積集，雖然沒有法的規範性，但可以說具有量刑決定時的指標作用。其應作為量刑指標的理由，即如判旨一的說明。量刑行情，既是事實的積集，也是迄今裁判的量刑實際，因具有寬鬆（常伴隨3年到5年左右的數值）的規範性，而被接受。第一審判決量刑如脫逸觀念上存在的責任刑時，雖其量刑或多或少可認是觀念上的違法或不當，但即使沒有達觀念上的違法或不當，只要超出迄今量刑行情的話，就有可能會遭控訴審評價為量刑不當，而依刑訴法第397條第1項規定，以量刑不當撤銷之。另對於檢察官的求刑，雖在裁判員裁判，希望要較之以往，增加量刑辯論時，應予被告就檢察官之從重求刑抗辯及主張其應從輕量刑之機會。但在迄今量刑行情限度內，得將檢察官之求刑，作為代表公益立場的參考意見，則迄今都沒變動。故量刑如

欲超出檢察官之求刑，即應如本件之一審判決，在理由中具體說明檢察官求刑未充分評價被告犯情之處，始得逾越檢察官之求刑。

### 四、量刑行情資料提示的正當性

如補充意見所說，法官在評議時，縱即發生誘導裁判員量刑評議那樣非難情事，但法官為將量刑的相關思惟法則，向裁判員正正當當的為說明，本即應提示相關量刑行情資料。此時法官提示的正當性，即在於：（一）就要如何為刑之量定，而就犯罪之違法性、有責任、刑罰目的等刑法基本理論，及各刑罰法規的規範意旨等等，基於解釋相關量刑法規之前提，而為量刑資料提示。蓋依裁判員法第6條第2項第1款規定，此屬裁判官專屬職權事項。（二）雖然量刑要素之評議，沒有量刑資料也能為之，但量刑之具體數據，有不依靠量刑資料即無法得知之性質，故在量刑評議時，即不能不為量刑資料之提示。（三）量刑資料提示，可資為與同類案件間，量刑公平性的說明。其中（一）之說明，旨在量刑評議時，不致於再有所謂以被告悔悟反省、再犯可能性、被害感情等一般情狀，便開始量刑之情事。不論如何，刑量首先應重視行為責任，此即法官應向裁判員為積極說明的正當性根據。就此等認知，通過法官研究會，在場法官都有充分共識。

<sup>5</sup> 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，司法研究報告書，63輯3號，25頁。

<sup>6</sup> 判例タイムズ1390號，判例タイムズ社，2013年8月，375頁。

<sup>7</sup> 川崎一夫，体系的量刑論，成文堂，1991年7月，83-90頁。

## 五、以量刑檢索系統基準化之必要

正如本案判決所示，在比較法上，我國法定刑的幅度極為寬闊，即使是同樣殺人罪，有殺嬰、誘拐殺人、保險目的殺人等種種社會類型，依其各個社會類型量刑實務會形成不同的刑度。因此，為進行適正量刑，掌握各該社會類型檢索出現之刑的幅度，即屬必要且有益之事。量刑檢索系統，即為表現量刑幅度的工具。以此為量刑基準，而向裁判員提示，在法定刑委諸司法裁量權限範圍內，因旨在確保量刑的一般公平性，故向其提示的正當性，應無庸置疑的。

## 六、本判決的意義及其後的實務狀況

自裁判員裁判啟航後，在看不到前方航路的航行中，本判決就有關量刑的判斷方法、量刑評議、判決理由的應然面等等，明確指出基本的量刑思惟法則，意義是重大的。可以說具有達成量刑評議指針的效果。裁判員裁判如此邊走邊重複微調，或許可以成為優於超過數十年經驗的航海者，但如檢視本判決之後的第一審判決，就通案之量刑行情參考方式，及就本案量刑評議結果之合理理由說明，仍有讓人不放心的感覺。

此觀之本案判決出現後的第一審判決，大多數在其判決文中，通案之量刑行情參考方式，皆清楚記載在評議時，依量刑檢索系統使用的量刑行情資料；另詳細地指出其檢索條件與檢索結果的第一審判決，也不少；即使非如此記載，依上網檢索取得的多數第一審判決

書，也大致記載稱：其量刑屬同類案件中重的、比較重的、比較輕的、輕的評價類型，以之作為其判決量刑正當性的有力依據。再者，就本案量刑評議結果之合理理由說明，由於一再強調行為責任，已看不到如制度施行之初，在量刑評議一開始，即將一般情狀大模大樣正式提出的情事；判決文上也將其與行為責任完全區別，並在量刑理由之末，附加記載：「綜上，本件在依犯情設定的刑度框限中，就一般情狀考慮調整的結果，處以被告主文所示之刑是適當的」的類型，也是相當的多。可以說宛如已成定型化例稿。

## 七、本判決之後的現狀問題點

本判決將通案之量刑行情資料的提示，置於本案之量刑評議出發點的位置。稱出發點者，本來只是理念上名詞，但從到處可見，在量刑理由開頭先寫出量刑行情檢索結果，再從檢索結果說明量刑理由的判決書，則經由量刑行情刑度數字的影響，有可能出現在第一審量評議開頭，向其為量刑行情資料提示的裁判庭，因看到量刑行情刑度數字後就沒有聲音，造成量刑的空洞化<sup>8</sup>。固然從評議開頭即提示量刑行情資料，這種方式一定是可以合理化評議的時間與勞費，不會再有往昔來自裁判員的訴苦或來自當事人的批判時所稱：量刑評議過度耗時之情事，因耗時評議也非上告判決的本旨。但如綜覽第一審判決，煞費苦心的定位前述各社會類型內的量刑行情位置，因此得以確保最低限度之量

<sup>8</sup> 對此有危懼感者，如波床昌則，刑事法ジャーナル，成文堂，43号，2014年2月，179頁。

刑公平性要求，卻就所謂達成規範目的意旨的量刑正當性說明責任（指詳細說明依被告具體的行為責任及行為人預防責任之），僅憑通案之量刑行情刑度數字，逕作為說明本案量刑具體妥當性之根據，仍然不能說是足夠的。例如就求處無期徒刑的強盜殺人案件，當被告否認時，通常就犯罪事實之認定說明，會占判決理由的重大比重。但如見到僅用三行「未看出量刑有應處法定刑下限的特別情事」的量刑陳述，這樣的量刑陳述，即難謂已就本案量刑之具體妥當性，進行完備的量刑評議。故量刑行情資料的提示，也不該有招致量刑評議的空洞化情事之發生。

本來，在裁判員裁判之下，死刑除外，就刑的公平性（包括一般公平性與具體妥當性），本來即不應有刑度應絕對清楚的看法。因裁判員制度既旨在讓公意能反映在量刑上，則就刑的公平性，本來就不應以絕對清楚為前提。因此就量刑事實與量刑要素為量刑評議時，如為量刑行情資料之提示後，便輕率地突然作出量刑判斷之結果，這樣的量刑評議方式，雖然刑度絕對可以看清楚，符合一般公平性要求，但其量刑之具體妥當性，一定不會令人滿意。再者，雖然法院要表現的比什麼都重視刑的一般公平性，這是不得不接受的事實。但如刑的一般公平性及具體妥當性都要絕對清楚，則就主觀的、客觀的訴之合併問題，及共犯者判決書的證據調查問題，全部都得儘可能朝積極調查方向而運作，如此一來，即有必要留意，

整體裁判員制度運作是否有朝精緻司法回歸的危險性。此外，固然今後也將徹底按各個犯罪之社會類型，來掌握量刑行情。但如量刑，僅依社會類型掌握量刑行情就足夠的話，恐怕就不能說發揮國民參加的實質。蓋依社會類型細分化的犯罪構成要件，可能有僅設定事實上的量刑上限與下限，就等同完成量刑評議之虞。由於今後檢索量刑行情可見之刑的幅度，將不再如往昔係以手工或傳統裁量方式所得的不明確數據，而是依賴電腦系統使其明確化的精準數據。其案例積集可說事實已達變更犯罪構成要件的精緻化程度。本來在法定刑與委諸司法裁量權限範圍限度內，不但已能確保量刑的公平性，也能促使量刑的正當化。但如一旦量刑，僅須依賴社會類型掌握量刑行情就足夠的話，可能會導致：「再無維持寬廣法定刑的必要，只要依賴立法機關依職權更細分犯罪構成要件類型，並使其成文化，才是正辦。」的批評。

如此，過度依賴量刑檢索系統進行的量刑判斷，在減少出現超出量刑行情那樣判決的反面，必然伴隨量刑僵硬化的負面評價，且與裁判員制度旨在反映國民多樣意見不相符的危險性。此乃當然且應常有此意識之必要<sup>9</sup>。蓋依裁判員制度之本旨，如其量刑反而較之法官時代的量刑，更進一步被齊一化，如此其量刑的具體妥當性，真的是會成重大問題的。至少就量刑行情，在思惟上，不是應該認其頂多只是劃定量刑輕重的上限與下限的作用而已吧<sup>10</sup>，不該僵硬的

<sup>9</sup> 同樣憂心者，如前田雅英、榆井英夫、曹時67卷8號，法曹會，2015年8月，2448頁。

<sup>10</sup> 龍岡資晃，裁判員制度導入刑事裁判，2016年，學習院法務研究10號，166頁，另見：

或草率的逕按量刑行情而量刑吧。

按裁判員裁判施行當初，就被期待能讓法官與裁判員在反復量刑談論中，從多角度對量刑孕育出的豐富看法。惟就裁判員裁判的量刑現狀，為導入國民評價觀點，即有從所謂依賴「國民視野及感覺與法曹專門性的經常交流<sup>11</sup>」，確保量刑的正當性，及從所謂能否持續朝達成其本來目的方向務實運作之大局觀點，重新反省之必要。本判決雖僅抑制一時病理現象而投入的藥劑，但從長遠眼光來看時，仍有必要密切注意，癒後不要造成重大副作用，應予溫和守護，再麼說裁判員制度迄今只不過僅七年多的時光。

## 八、死刑求刑事件之量刑問題

最後就死刑事件來說，即使在裁判員裁判，死刑與否，性質上刑的公平性是絕對被要求的，因此與先例進行比較，是無法避免而且是必須的。但最高裁判所就同樣是殺害複數被害人的無差別殺人裁判員裁判案件，卻有維持第二審肯認第一審死刑判決，而駁回上告之死刑確定判決者<sup>12</sup>；有二件對撤銷第一審死刑判決改判無期徒刑之控訴審判決，經檢察官上告後，裁定駁回上告之無期徒刑確定判決者<sup>13</sup>。雖然永山基準後，在被害人一人之案件，已傾向強烈迴避死刑，但此終究因廢死是世界趨勢，除了歐美各國明顯採取廢死動向

外，即使聯合國旨在廢除死刑的公民權利和政治權利國際公約第二任擇議定書，現狀也大致傾向廢死。但是由於我國在高度經濟成長下，一向誇耀體感治安良好的時代已經過去；奧姆真理教、秋葉原等妖魔般大量殺傷事件的發生，更釀成社會的重大不安；加上在所謂應重視被害人參加訴訟的被害人感情等社會背景下，輿論仍強烈期待維持死刑，此依平成26年度輿論調查，贊成全面廢止意見僅為9.7%<sup>14</sup>。甚至在平成28年10月的日本辯護士連合會舉行的人權擁護大會，更作成排除廢死的宣告。故廢止死刑的動態，恐怕無法有力化。當前狀況也沒有改變的徵兆。尤其最近國際恐怖組織威嚇的增加、無差別殺人犯行不論誰都可能成為被害人的犯情，讓社會不安更加深刻化。在特定案件如不加予極刑，即無法維持對社會秩序信賴感的社會現實中，國民感情仍在延續這樣時代的氛圍中。

就在維持或廢止死刑的爭議中，上述最高法院駁回檢察官上告的二個裁定中，以同一文義判示：從死刑應被期待慎重適用與確保量刑公平性的觀點，認死刑應不同其他有期刑的量刑評議與基本方針，乃具體指出裁判員裁判之死刑量刑法則：「首先應從迄今積集的裁判先例，就選擇死刑應被考量的量刑要素及各要素重要之程度、事實根據等進行檢討；其次應進行本案之量刑評議，此

file:///C:/Users/light-chu/Downloads/houmukenkyu\_10\_139\_168.pdf。

<sup>11</sup> 最大判平成23.11.13，刑集65卷8號，1285頁。

<sup>12</sup> 最小判平成28.6.16，裁判所WEB「平26(あ)452號」等。

<sup>13</sup> 最二小決平成27.2.3，刑集69卷1號，1頁，及最二小決平成27.2.3，刑集69卷1號，99頁。

<sup>14</sup> 參見內閣府網頁<https://survey.gov-online.go.jp/h26/h26-houseido/zh/z08.html>。



時應檢討本案量處死刑時，依應被考量之量刑要素及各要素重要程序之事實調查結果，作為裁判體評議的共識；再由此量刑事實之共識出發，進行量刑輕重的評議，此程序是不可欠缺的」，「當進行評議時，如按各要素被賦予的重要程度、事實根據，經綜合評價已得出死刑結論後，還有必要再就死刑選擇，是否真的是不得已的選擇，再進行深入的議論。再進行此評議時，為肯認死刑真的是不得已的選擇，裁判庭即有必要就其判斷進行具體的、有說服力根據的表述，控訴審亦應就第一審認判處死刑真的是不得已選擇的表述理由，進行實質審查，以判斷是否是合理的理由」。一般來說，死刑案例通常是：犯行態樣極其殘忍、被告人犯罪性格缺乏矯正可能性、對遺族的被害感情極其重大等等，這些就是裁判庭決意量處死刑的理由。至於上述二件駁回上告的裁定，其判處無期徒刑，除因殺害之被害人皆僅一人外，尚以沒有殺人之計劃性（永山基準附加），作為此二案件迴避死刑的正面理由。上述二裁定指出的被害人數，對裁判員來說，訊息明確且相應理解的可能性很高。故未來被害人一人的殺人案件，可能會強化迴避死刑的傾向。

按死刑與否為擇一的選擇，非刑期數量的選擇。自不必從詳述量刑行情之刑期數量著手，而應從迄今積集的裁判先例中，選擇死刑應被考量的通案量刑要素及各要素重要之程度、根據等處進行檢討，以維護其通案之一般的公平性。次再憑以進行本案之量刑事實調

查、死刑辯論後，即使評議結果已得出應死刑之判斷。此時仍應再常審思本件案情是否真屬非死刑不能抵償的犯行。尤其應就量刑要素的重要程度盡力評議（如犯意之計畫性、行為之殘虐性等），憑以作成死刑判決。以維護本案死刑判決之具體妥當性，故有上述裁判員裁判案件死刑量刑法則之判示。誠是死刑量刑的正論。由於是否應判處死刑，僅憑被害人數或被告殺人有無計劃性等理由之說明，本來就沒辦法分辨清楚的<sup>15</sup>。今後亦難僅憑此作為是否死刑的判斷，也是不變的。既死刑是究極之刑，其決斷便應在堪受批評的成熟量刑評議中進行，此對裁判員來說，也是無比重要的課題。

#### 肆、評釋

本案上告審判決，點出裁判員裁判的六個重要問題，一、一般案件，裁判員裁判的量刑法則為何？二、裁判員裁判可以超出迄今量刑行情為量刑嗎？三、一般情狀如新修法意旨及社會情勢等，可否作為從重量刑之理由？四、控訴審可以撤銷裁判員裁判之量刑嗎？如何事後審查量刑違失？五、死刑案件，裁判員裁判的量刑法則為何？六、先提示量刑行情可能造成量刑評議空洞化或僵硬化問題，如何解決？

##### 一、一般案件，裁判員裁判量刑法則為何？

按刑事司法正義，可分一般公平性的正義及具體妥當性的正義。二者常難

<sup>15</sup> 對此有指摘的，如角田正起，刑事法ジャーナル，成文堂，46號，2015年11月，134頁。

以同時兼顧。通常採在維護一般的公平性範圍內，兼顧個案的具體妥當性之作法。此於量刑正義之要求，亦然。換言之，亦應先維護通案的一般公平性後，再兼顧個案的具體妥當性。凡無重大理由任意超出通案量刑行情之量刑不公，且未完整說明本案罪刑相當理由之量刑不當者，或雖符合通案量刑行情，但未完整說明本案罪刑相當理由者，或雖完整說明本案罪刑相當理由，但卻任意超出通案量刑行情者，皆屬違反正義之違法量刑，均該當上級審應予撤銷救濟之事由<sup>16</sup>。此量刑法則，於一般案件及死刑案件，於普通裁判案件及裁判員裁判案件，皆有適用。

就此，本件上告審判決，首先即指出，雖裁判員裁判本意含納入國民視野及感覺，以變動迄今量刑行情之意圖。但量刑作為裁判之判斷，為能被認同，除應要求對量刑要素為客觀適切的評價外，為免損害量刑結果之公平性，將迄今量刑行情納入視野而為判斷，也成為擔保該當量刑判斷程序適切的重要要素。因此乃要求裁判庭為量刑評議時，應先作成迄今大致量刑行情共識後，再

以此為出發點，深入本案之犯情及一般情狀進行相應量刑的評議。換言之，縱使是裁判員裁判案件，實現量刑正義之程序，仍應循先透過通案之量刑行情定位，以維護迄今量刑的一般公平性正義，次再本諸行為責任禁止超過原則<sup>17</sup>及量刑要素禁止重複評價原則<sup>18</sup>，按量刑三階段論法理，深入評議本案被告行為責任及行為人責任等量刑要素後，始決定其罪刑相應之刑度，俾兼顧量刑的具體妥當性正義。

由於依量刑三階段論為量刑評議決策時，應逐步按：刑罰框探知、責任框認定、預防框判斷，以三階段逐一進行量刑評價判斷。其中上述行為責任之「責任框限」，實務上所呈現之具體上下框限，即通案之「量刑行情上下框限（因實務上常伴隨2年到5年的裁量空間）」。蓋量刑行情本即按同一犯罪構成要件之各種社會犯罪行為類型，依裁判先例累積形成之通案上下刑度。如同樣是殺人，有殺嬰、誘拐殺人、姦殺、保險目的殺人等等社會類型，依各別社會類型形成不同刑度之量刑行情。其本質實即該社會類型犯罪通案之行為責任

<sup>16</sup> 此觀之美國憲法第8條修正案明定不得施予「殘酷」及「非常」之刑罰(nor cruel and unusual punishments inflicted.)。其中稱殘酷者，指本案之量刑，未具體審酌被告之行為責任及行為人預防責任，致違反罪刑相當原則，欠缺具體妥當性。稱非常者，指本案之量刑，超過通案之一般公平性。可見量刑，應符合通案之一般公平性與本案之具體妥適性，二者皆為量刑正義不可欠缺之要素。

<sup>17</sup> 川崎一夫，同註7，83-90頁，即本件上告意旨1所指：「量刑評議時，應以行為責任原則為基礎，考量該當犯罪行為為相應刑度而為量刑之宣判」之原則。及本文解說2所指：「基於行為責任的犯情為判斷。雖併應考量一般預防及特別預防的一般情狀，但其考量僅能在依行為責任劃定的刑的幅度內為考量。」之法理架構。

<sup>18</sup> 德國刑法第46條第3項規定：「屬於法定犯罪構成要件之事實情狀，不得予以考慮。」此即「重複評價禁止原則」之明文化，同為法官量刑裁量的準則。同前註，49頁。

框限<sup>19</sup>。故前述上告審所要求：「量刑評議時，即應先作成迄今大致量刑行情共識後，再以此為出發點，深入本案之犯情及一般情狀進行相應量刑的評議。」，實務運作時即指：於法定刑罰框（法定刑度及處斷刑度）探知後，當接續為責任框認定時，即應先確定本案犯罪類型，在通案量刑行情之上下框限，次按通案量刑行情之上下框限，依本案犯情之輕重，決定被告行為責任應否從重或從輕量刑。再依本案一般情狀之輕重，決定被告預防責任應否從輕或不減。最後再總結得出被告之宣告刑度。

## 二、裁判員裁判可以超出迄今量刑行情為量刑嗎？

由於量刑行情本身，是判決先例的積集，是迄今裁判的實際量刑，為維護法的安定性及公平性，其先例的拘束性，雖沒有法的規範性，但於量刑決定時仍具有指標性之作用，不因導入裁判員裁判，意含納入國民視野及感覺，以變動迄今量刑行情之意圖，即可對迄今量刑行情，視而不見。故如裁判庭量刑有意超越迄今量刑行情，為能從一般公平性的觀點被認同，即應在其判決理由中，就昔日量刑行情作為量刑前提之事實不存在，在裁判庭的判斷中具體的、有說服力的說明，始符合量刑正義的一般公平性要求。此觀之本案第一審判決，雖遵循上述以通案之量刑行情為出

發點，再進行個案之量刑評議要求。但其有意跨越迄今量刑行情，且大幅超越檢察官10年懲役求刑時，卻未在裁判庭判斷中，具體的、有說服力的說明本案超出通案量刑行情之理由，遽從重量處接近法定刑上限的15年懲役，顯然違反量刑之一般公平性正義，當然違法。

## 三、一般情狀如新修法意旨及社會情勢等，可否作為從重量刑之理由？

按刑法第57條之「量刑事實」，依其性質可分「犯情」及「一般情狀」。其中稱犯情者，指與「犯罪構成要件之行為及結果質量相關」之情狀。稱一般情狀：指與「犯罪人性格、被害人情感、社會環境情狀、國家刑事政策等相關」之情狀。如此為質的區分，其目的有三：（一）在以「犯情」決定「責任框」內涵。以「一般情狀」決定「預防框」內涵；（二）本諸「責任上限禁止超過原則」，僅能以「犯情」之輕重，作為刑罰從重或從輕事由，至於「一般情狀」之輕重，僅能作為從輕或不減事由；（三）有關「犯情」事實，如為刑罰加重因素，有爭議時應嚴格或適度證明。有關「犯情」及「一般情狀」事實，如為刑罰減輕因素，僅需自由證明。

就本件一審以「新修法意旨及社會情勢」作為從重量處15年懲役之事由，因就量刑要素之性質言，其非屬與「犯罪構成要件之行為及結果質量」相關之

<sup>19</sup> 故量刑行情框限與刑罰框限及預防框限，無關。因刑罰框中，法定刑框已有刑分各本條之法定刑度為其上下框限；處斷刑框也有刑總規定之法定應（得）加減刑度為其上下框限。而就預防框，因個案被告人性格、被害人感情、所處社會時空環境，及特別預防可能及必要性之刑事政策等等，皆因人而異，且重在求其具體妥當性，自無一般行情可言。

「犯情」，而屬與「社會環境情狀、國家刑事政策」相關之「一般情狀」，依行為責任上限禁止原則，即不得以「一般情狀」之重大，作為本案應從重量刑之理由，否則即違反罪刑相當原則。故本件上告審乃指出：一審判決為強列反映所指最新修法意旨及社會情勢等情事而跨越迄今的量刑行情，而從重為15年懲役量刑，甚為不當，難謂已指出其具體的、有說服力的根據。

#### 四、控訴審可以撤銷裁判員裁判之量刑嗎？如何從事後審查一審之量刑？

控訴審身為事後審定位，縱有應對一審之事實認定採謙抑尊重之判例要求<sup>20</sup>，及導入裁判員裁判旨在促使法院尊重裁判員代表公眾法感量刑判斷之意旨，但仍應分別就一審量刑是否違反量刑行情之通案一般公平性，或違反罪刑相當原則之本案具體妥當性，加予事後審查。本件控訴審，除就第一審判決任意超出量刑行情，卻未說明具體有說服力理由，違反通案一般公平性之違失，有漏未審查糾正之違失外，復就第一審判決為本案之量刑評議時，將本質為一般情狀之新修法意旨及社會情勢，作為從重宣告接近法定刑最上限之刑度，不但違反行為責任上限禁止超過原則，且在法定刑中尚有裁量餘地範圍內，未就本案犯情與一般情狀，深入說明本案罪刑相當之理由，就本案之具體妥當性要

求言，亦有量刑不當之違失。詎就此二項違失，控訴審卻以「應可接受」，沒有更合理理由的說明，遽認同第一審之量刑。顯未盡其事後審之規範適用審查義務，已該當不依職權撤銷控訴審判決，顯然違背正義之理由。

#### 五、就死刑案件之裁判員裁判量刑法則

因死刑與否為擇一的選擇，非刑期數量的裁量。自不必如一般案件，量刑評議時先從詳述量刑行情之刑量著手。此時不同於一般案件，上告審上述二裁定指出，死刑量刑時，為從死刑應被期待更慎重適用與確保量刑公平性之觀點，仍應先從迄今死刑先例所考量的死刑量刑要素及各要素重要程度、事實根據等著手，向國民法官進行詳細說明及解釋，以維護死刑判決之通案一般公平性。次再就檢討所得死刑應考量之量刑要素、程度及事實依據，進行本案之量刑事實調查、舉證、辯論及評議。嗣評議結果初步已得死刑之判斷。此時應再審思本件案情是否真屬非死刑不能抵償的犯行。此時尤其應就量刑要素的重要程度如：結果之重大性、態樣之殘虐性、犯罪之計劃性、動機之惡質性等盡力評議，迄得出死刑乃不得已之結果，始能憑以作成死刑判決。以完備死刑判決之具體妥當性及適用嚴謹性。

#### 六、先提示量刑行情可能造成量刑評議

<sup>20</sup> 即二審對一審事實誤認之撤銷改判，不該採昔日覆審制之審級心證優位說，而採事後審制之法則違反說。換言之，當二審欲撤銷一審改判時，應具體說明一審之事實認定，有何違反經驗法則、論理法則、證據法則之理由。參見，謝煜偉，法院組織金字塔化之挑戰與回應，檢察新論，25期，2019年2月，201-206頁。

## 空洞化或僵硬化問題，如何解決？

由於各個社會類型量刑行情資料的提示，為維護量刑的一般公平性所必要，復能合理化量刑評議的時間及勞費，乃要求量刑評價時應以量刑行情資料之提出為出發點，再進行量刑評議。至於外界所謂因量刑行情資料之提示，可能造成因量刑評議無言而空洞化或逕依行情量刑之僵硬化指摘，則反而要求法官進行量刑評議時，不必忌諱外界有法官誘導裁判員的批評，應更扮演法律專家角色，蓋惟有依賴國民視野及感覺與法曹專門性的有效交流，才能維護個案量刑的具體妥當性，故此時法官應就要如何為刑之量定，而就尊重量刑行情之必要性、犯罪行為之違法性、有責任、刑罰報應、預防目的論等等刑法之基本理論，及各刑罰法規規範之意旨等等，基於正確適用相關法規之解釋前提，而為量刑重點之提示，蓋此乃法官之法定責職。

## 七、結論

鑑於我國量刑法制因採法官職權裁量主義，由於常未說明本案具體從重量刑之理由，致明顯較之通案（量刑行情）過重之量刑不公<sup>21</sup>，及就本案未具體審酌犯情及一般情狀輕重，顯然違反罪刑相當原則之量刑不當<sup>22</sup>，皆難以上訴救濟，此即國人常對司法無法信服的

重要原因之一。

為改善我國量刑上述問題點，並兼顧量刑正義本有一般公平性及具體妥當性之雙重要求。首先即有必要按個別犯罪構成要件之各種社會類型，建立其量刑行情檢索系統，提供法官量刑參考。並應要求：量刑行情本質雖僅是量刑之指標性，但既是判決先例的積集，為使其與其他同類裁判之結果，保持適當的公平性，如欲超出該社會類型之量刑行情或身為公益代表人之檢察官求刑而為量刑時，即應特別具體說明其何以超出量刑行情及檢察官求刑之理由，否則仍屬量刑不公之違法。其次，為使本案量刑符合罪刑相當原則，以免不當量刑之出現。應如上告審所指：裁判員量刑為量刑評議時，（一）於一般案件，應先作成迄今大致量刑行情的共識後，再以此為出發點，對該當案件深入進行相應的量刑評議。此時裁判庭應在法定刑可裁量餘地範圍內，深入本案具體之犯情與一般情狀，進行量刑相應加減權衡的評議。（二）於死刑案件，應先迄今死刑先例所考量的死刑量刑要素及各要素重要之程度、事實根據等向國民法官進行詳細說明及解釋，以維護死刑判決之通案一般公平性。次再就檢討所得死刑應考量之量刑要素、程度及事實依據，進行本案之量刑事實調查、舉證、辯論及評議。經綜合評價得出死刑結論後，此時仍應再審思本件案情是否真屬非死

<sup>21</sup> 最高法院108年度台上字第782號判決所示：「因為量刑輕重屬於法官職權自由裁量事項，如果沒有顯然失當，違反公平正義、比例原則及罪刑相當原則，不能任意指摘為違法。」

<sup>22</sup> 最高法院100年度台上字第21號判決所示：「縱屬犯罪類型雷同，仍不得將不同案件裁量之行使，比附援引為本案之量刑輕重比較，以之視為量刑有濫用之情事，此與所謂相同事務應為相同處理，始符合比例原則與平等原則之概念，迥然有別。」

刑不能抵償的犯行。尤其應就量刑要素的重要程度，如結果之重大性、態樣之殘虐性、犯罪之計劃性、動機之惡質性等盡力評議，憑以作成死刑判決，以完備死刑判決之具體妥當性。最後裁判庭併為盡其規範理由說明之義務，即應在判決理由中詳載量刑評議時憑依之量刑事實、加減基準及規範目的，且其記載應達足使當事人知悉量刑加減理由，憑以聲明上訴，復可供上級憑以審查已否符合罪刑相當之正當性。

最後為完備我國量刑之客觀成文基準及正當法律程序，建議修正刑法第57條之成文量刑基準如下：

科刑時應先以犯罪行為責任為基礎，後審酌行為人之社會預防責任。

審酌犯罪行為責任時，應考量下列與犯罪行為質量相關之犯情輕重，作為從重或從輕之量刑事由：

- (一) 犯罪動機、目的之倫理可責性。
- (二) 犯罪之計劃性及犯罪時所受刺激。
- (三) 犯罪手段之殘虐性、態樣之模仿性。
- (四) 再犯同質重罪之常習性、惡質性。
- (五) 義務違反之程度。
- (六) 犯罪所得及所生危險及實害。
- (七) 共犯之地位、任務及角色。

審酌行為人之社會預防責任時，應考量下列與犯罪人格、被害人、社會環境、刑事政策相關之一般情狀輕重，作為從輕或不減之量刑事由：

- (一) 犯罪行為人家庭生活狀況之

社會歸復能力。

(二) 犯罪行為人品格素行之反社會性格。

(三) 犯罪行為人智識程度之自律能力。

(四) 犯罪行為人心理評估之矯治可能。

(五) 犯罪後之態度。

(六) 偵審之協力。

(七) 犯罪行為人與被害人、社會關係之修復狀況。

(八) 刑事政策之功能。

第二項之量刑從重事由，檢察官應負舉證責任，併應予被告辯明機會。

第二項及第三項之量刑從輕事由，應予被告主張及釋明機會。

第三項被告主張或釋明之量刑從輕事由，檢察官不同意者，應釋明或反證其不應從輕之理由。♣

(本文已授權收錄於月旦知識庫及月旦系列電子雜誌www.lawdata.com.tw)