

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

范耕維*

壹、前言

由於死刑制度本身的高度爭議性，每當個案有受死刑判決宣告的可能時，「法院判死與否」往往成為焦點所在。而此現象在目前政府大力宣傳的國民法官制度上路後，恐怕也不會因國民加入刑事審判而消失。自國民法官法第5條第1項所規定的適用對象觀之，如殺人罪由於該當於該項第1款之「所犯最輕本刑為十年以上有期徒刑之罪」，而其法定刑中包含死刑此選項，故死刑案件未來勢必仍屬適用國民法官審判的範圍。在此狀況下，當反映國民法感情的國民法官加入審判時¹，其是否會對現行實務運作下的死刑量刑基準產生影響或促成改變，以及是否會導致死刑判決數量顯著增減等，都會成為必須關注的課題。

然而，不僅是國民法官制度下第一審的死刑量刑發展，會成為值得觀察的重點。當上訴權人針對第一審法院之死刑判決提出上訴，且以量刑不當作為上訴理由時，第二審法院應如何對第一審中國民法官參與下所為

之死刑量刑進行審查（以下簡稱：死刑量刑審查），也同樣是必須處理的課題。而此課題的核心，就在於依照國民法官法的立法意旨，當第一審的死刑判決可評價為反映國民法感情之結果時，僅由職業法官組成的第二審法院應如何在尊重國民法官的量刑結果之餘，兼顧死刑必須求其慎重而進行上訴審查之要求。簡言之，第二審法院對一審判決為死刑量刑審查時，職業法官應如何調和謹慎審查之要求與國民法官制度的設計意旨，其實是另一個必須面對的重要課題，也是本文欲討論的主題。

事實上，這個主題可放在更宏觀的脈絡，也就是「國民法官制度下，第二審應如何對一審量刑進行審查」的架構下進行討論。詳言之，依國民法官法之規定，未來適用國民法官制度審理之案件中，第二審除同法第90條規定之例外情形可調查新證據外，原則上不調查新證據。同時，依同法第92條第1項，第二審也不會重新進行全面性的事實認定，而僅會審查第一審有無違反論理法則、經驗法則顯然影響事實認定或判決違背法令之情

*本文作者係國立東華大學法律學系助理教授，日本一橋大學法學博士

註1：國民法官法第1條：「為使國民與法官共同參與刑事審判，提升司法透明度，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，特制定本法」。

形。如此一來，國民法官制度下的第二審顯然與刑事訴訟法所採的覆審制相異，可謂是偏向兼具續審制與事後審制的性質²。誠然，台灣未來實行國民法官新制後的上訴狀況，還有待實施後之實證研究。但是，若觀察採取相似之裁判員制度且二審性質為事後審制的日本法制發展，上訴理由集中於量刑不當，而且強調透過二審來修正一審量刑的現象³，並非沒有同樣出現在我國新制度下的可能。若是如此，則面對以國民法律感情為基礎的一審判決，由職業法官組成的二審法院，如何在兼顧國民法官制度意旨的同時，能夠兼及量刑相關的法理（如：量刑公平性、罪責原則等），進而確立審查第一審量刑之範圍與標準，都可說是未來國民法官制度下的第二審，必須開始思考的問題。

目前，我國高等法院也已開始進行國民法官制度下的二審模擬審判，即可說是針對國民法官制度下第二審應如何對一審量刑進行審查的課題，開始進行準備工作⁴。同時，國內也已有文獻，係由美國法所採的裁量濫用標準（Abuse of Discretion Standard）出發⁵，

提出解決此課題的具體方案。然而，無論是模擬審判或相關文獻的討論，其實尚有更細緻化的空間。亦即，應在第二審量刑審查的脈絡下，思考是否區分選科結果尚存在生死之別的死刑與自由刑⁶，並建構不同的量刑審查標準。具體言之，根據國民法官法第83條第3項：「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2/3以上之同意，不得為之」，立法部門顯然認為二者有別，故在量刑評議階段設有相異的門檻⁷。至於二者的差異何在，考量死刑與無期徒刑的選擇為生死之別，其顯非單純刑量上差異，二者間並不存在連續性的關係，故可謂死刑量刑基準與以刑量判斷為核心的自由刑量刑，存在本質上的區別，其是以何種狀況下刑罰會由自由刑質變為剝奪生命之死刑⁸，作為主要關照對象。在此脈絡下，本文將先以第二審對第一審死刑量刑之審查為主題。至於自由刑量刑的部分，則留待他文為之。

在本文中，筆者將由對外國法相關制度的

註2：文家倩（2020），〈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》，101期，第93-94頁。

註3：日本於2009年實施裁判員制度後，根據2010年的統計，在上訴二審的事件中，以量刑不當作為上訴理由之被告人，在全體事件中佔了73.2%，在裁判員對象事件中佔了79.6%，呈現出被告對裁判員裁判結果的不滿，集中於量刑的趨勢。見：本庄武（2011），〈量刑審查〉，《刑事弁護季刊》，68號，第68頁。

註4：〈花蓮、高雄高分院完成首場國民法官上訴審模擬〉，《司法週刊》，第2075期，第4版（2021年）。

註5：文家倩，前揭註2，第102-103頁。

註6：如最高法院110年度台上字第4957號刑事判決：「僅剝奪人身自由之『無期徒刑』，與完全剝奪生命權之『死刑』，雖均得用以防禦對社會之潛在危害，但兩者選科結果卻有生死之別」。

註7：不過，應注意到單從條文來看，無法逕自推論立法部門對二者差異的認知為何：究竟是程度上的量差，亦或本質上的性質差異。

註8：稗田雅洋（2018），〈裁判員裁判と量刑〉，收於：《裁判員裁判と刑法》，第96頁。

觀察為起點，進一步思考國民法官制度下的第二審對一審死刑量刑進行審查時，可能產生的問題與值得注意的重點。不過，考量到國民法官制度與陪審制間的差異，以及我國目前未有量刑指引（sentencing guideline）制度，故將不以美國法作為主要觀察對象，而是以採行與我國制度相似之裁判員制度的日本，作為觀察重點。另外，必須先說明者，考量到國民法官制度尚未實際上路，缺乏對台灣制度運作的實證觀察，故本文亦非嚴格意義上的比較法文章。換言之，在欠缺經驗面向考察的狀況下，本文將不會主張將日本實務發展直接移植至我國。相反地，筆者僅是欲透過對日本裁判員制度操作狀況的簡介（本文貳），以之作為我國的借鏡，反思在我國死刑量刑發展的脈絡下，未來國民法官制度下的第二審對一審判決為量刑審查時，值得注意的問題點，並提出可能的思考方向（本文參）。

貳、借鏡：日本控訴審法院為死刑量刑審查之代表案例

本文中，筆者將聚焦於日本實施裁判員制度後，控訴審（也就是下述案例的第二審）以量刑不當為由，將第一審由裁判員所為之死刑判決廢棄的首二件案例：東京高裁平成25年6月20日第10刑事部判決（下稱：高裁

判決①）、東京高裁平成25年10月8日第10刑事部判決（下稱：高裁判決②），來進行介紹與分析⁹。

一、東京高裁平成25年6月20日第10刑事部判決

（一）案件事實與第一審判決概要

本案被告X曾因口角後情緒激亢而將妻子殺害後，意圖全家自殺而對自家放火，並造成女兒死亡，而有因殺人、放火等罪名服刑20年之前科。本案中，X於出獄半年後，基於強盜目的而入侵公寓某戶，在發現被害人之後，決意殺害其並搶奪財物，故持菜刀刺向被害人頸部，將其殺害。

針對本案，第一審的東京地方裁判所（採裁判員審判）著重於X的前科部分而作出死刑判決。詳言之，第一審判決認為X雖然在服刑期間認知自己奪去二人生命的罪行，且可能對生命尊嚴的認知有所深化，但僅出獄半年的時間，就基於強奪財物之目的而做出奪人生命的犯行，對人的生命過於輕視而應受較高的非難。在此評價下，即使已經慎重地檢討對被告有利而應審酌之因子，一審法院認為X基於堅強殺意所為殺害行為之態樣可謂冷酷無情、犯罪結果極為重大，以及X雖有奪去二人生命之前科，卻以強盜財物目的而奪去被害人生命等，屬於應特別重視之因子，故僅能作出死刑之選擇。

註9：本段落介紹之判決內容與要旨，見：石田寿一（2015），〈最高裁時の判例刑事(1)事件被告人を死刑に処した裁判員裁判による第1審判決を量刑不当として破棄し無期懲役に処した原判決の量刑が維持された事例 [最高裁第二小法廷平成27.2.3決定] (2)事件被告人を死刑に処した裁判員裁判による第1審判決を量刑不当として破棄し無期懲役に処した原判決の量刑が維持された事例 [最高裁第二小法廷平成27.2.3決定]〉，《ジュリスト》，1481号，第68-70頁。

（二）本判決概要

本文中，高裁判決最終廢棄一審判決並自為判決（無期徒刑）。首先，本判決針對死刑性質與量刑，進行以下說明。第一，死刑是極其嚴峻的刑罰，自應慎重地適用之。第二，在判決死刑是否相當的判斷上，由於死刑與無期徒刑不同，其不具有連續性，而在性質上屬於相異的刑罰選擇，故像是有期徒刑這樣允許一定範圍、幅度的思考方式，也不適於使用在死刑選擇與否的判斷中。第三，死刑與無期徒刑的區別，依然求諸於最高裁第二小法庭1983年7月8日判決所樹立的「永山基準」¹⁰，透過考量該基準所提出的量刑因子，並參考過去所累積之案例後，進行判斷。第四，雖然在不同個案中，對不同因子考量的比重有別，因此僅進行案例比較，並無意義。但是，透過過去案例的累積，所能觀察到的量刑傾向，由於可能作為評價案件重大程度時的資料，故仍應被作為參考。

接著，本判決針對一審判決所著重的前科與量刑間的關係，進行說明。第一，在被害者僅一名、侵入時難以確定已有殺意且事前欠缺殺害計畫的狀況下，難謂自始即存在殺意的案件。因此，若排除對前科的考量，本案實難作出死刑之選擇。由此可看出，前科在一審量刑中扮演的比重。第二，從目前累積的判決中，應注意到在死刑選擇之際，存在重視前科的傾向。而在這些存在重視前科

而選擇死刑之傾向的案件中，多數狀況是因殺人罪或強盜殺人罪而被判處無期徒刑後假釋者，再次實行與前科具類似性的強盜殺人罪之情形，或者是受到類似於無期徒刑的長期有期徒刑者，該服刑之前科內容與新犯下的強盜殺人罪間，能夠認為有顯著類似性之情形。第三，主要理由在於，在無期徒刑或與其長度相似的有期徒刑的處遇過程中接受矯正且被假釋者，雖然受到充分的矯正處遇，卻仍無視於法定應遵守事項而再度實行強盜殺人時，明顯表現出輕視法規範的姿態且欠缺改善更生的可能性。

最後，回到案件本身，本判決說明廢棄原判決的理由。第一，被告X的前科是類似於無期徒刑，而具有相當長刑期的有期徒刑，但其前科內容為與配偶爭吵後基於同歸於盡心理所為之殺人，與以取得利益為目的之強盜殺人間，難認有類似性。第二，接續前一點，X並非重複犯下具顯著相似性之重大犯罪，故難謂有欠缺改善更生可能性之情形。第三，在扣除前科則難以判決死刑的本文中，綜合上述理由，基於前科而選擇死刑是有疑問的。換言之，一審判決存在過度重視X奪人生命之前科的情形，因而在死刑與無期徒刑二種相異刑罰的選擇上有所違誤。

二、東京高裁平成25年10月8日第10刑事部判決

（一）案件事實與第一審判決概要

註10：該判決指出「對犯行的罪質、動機、態樣，特別是殺害手段方式的偏執性及殘虐性、結果的重大性，特別是被殺害者人數、遺族的被害情感、社會的影響、犯人的年齡、前科、犯行後情狀等各種因子合併考察之際，認為其罪責誠屬重大，且無論由罪刑均衡的角度或一般預防的角度來看，極刑乃是不得已的場合，不得不說死刑的選擇是被允許的（參照：LEX/DB 24005886）。

本案被告Y於二個月的期間內，共犯下以下罪行：1.侵入住居、竊盜3件；2.侵入住居、強盜致傷；3.侵入住居、強盜致傷、強盜強姦、監禁與竊盜；4.侵入住居、強盜殺人、竊盜、侵入建物、現有人住建物放火、毀損屍體；5.強盜致傷；6.侵入住居、強盜強姦未遂。其中，唯一涉及殺人者為第4案的「松戶事件」¹¹。在該事件中，Y入侵位於日本千葉縣松戶市某公寓某戶中，為奪取現金與提款卡，持刀刺殺第二天早上返家的被害人一名。之後，Y前往ATM提領現金，且為煙滅犯罪痕跡，於翌日再度入侵該公寓，於屍體周圍放火並燒毀該屍體。此外，Y曾因強盜致傷、強盜強姦等罪而二度入獄，前述一連串犯行皆是在出獄未滿三個月內為之。

針對本案，第一審的東京地方裁判所（採裁判員審判），同樣作出死刑判決。其量刑理由在於，考量松戶事件犯行態樣與犯罪結果之惡性極其重大，且其他事件中強盜致傷、強盜強姦之犯行亦屬惡性重大。此外，由同類型之前科與短期間內反覆為犯行觀之，Y人格的反社會性相當明顯，無法評價其有深切反省，而且缺乏更生可能性。由這幾點來看，即使被害者人數僅一名且無法認定Y的殺害行為具有計畫性，其刑事責任仍可謂誠屬重大¹²。

（二）本判決概要

本判決中，關於死刑性質與量刑的部分，

論述上與高裁判決相同，詳參前文（貳、一、（二））。以下，首先就本判決對松戶事件之評價，進行說明。本判決認為該事件可說是本案量刑判斷的中心，但關於即將殺害前的事態發展並不明朗，故無論從何種意義來看，都無法評價為是計畫性的殺害行為。如此一來，從判決先例所呈現的傾向來看，被殺害的被害人僅一名的強盜殺人案件中，當該殺害行為欠缺計畫性的狀況下，可以發現死刑不被選擇的傾向。

針對以被告Y人格與短時間內反覆犯行為由，而作出死刑判決的一審判決，本判決則認為：雖然本案各犯行都可能對生命身體帶來嚴重危險，但扣除松戶事件，其他犯行皆未伴隨殺意，而且也都不是如法定刑中包含死刑的多數犯罪般，是為了達成個人利益慾望之目的而奪取他人生命的犯罪行為。因此，即使相當重視松戶事件之外其他犯行的重大惡性與危險性，從這些犯行的法定刑來看，也難以做出死刑的選擇。同時，若檢視被告Y的前科時，也都不是奪取他人生命、具有殺意的行為。

總結以上，本判決認為對照本案狀況與過往判決先例呈現出的傾向，當一審判決做出不同於該傾向的判斷時，從死刑應當謹慎適用的觀點來說，有必要提出合理且具有說服力的理由。根據此論點，本判決認為一審判決選擇與無期徒刑在本質上相異的死刑時，難謂已提出合理且具說服力之理由。同時，

註11：國內對此案件及其審理之全面性介紹。見：呂寧莉（2017），〈死刑與無期徒刑之抉擇：從日本高等裁判所撤銷裁判員之松戶事件死刑判決談起〉，《司法週刊》，1870期，第2-3頁。

註12：村井宏彰（2011），〈裁判員裁判レポート適正・公平な手続と訴訟指揮が実践されないまま死刑判決が下された事例〉，《刑事弁護季刊》，68号，第92-98頁。

本判決認為即使充分考量松戶事件的嚴重性，在該案件中僅有一名被害人且殺害行為無論如何都不具有計畫性的狀況下，本案實難評價為不得不選擇死刑的情形。此外，從松戶事件以外其他犯行的犯罪情狀與一般情狀來看，即使認為這些犯行的犯罪情狀重大、惡質，甚至考量被害人家屬的處罰情緒等一般情狀，而認為被告Y具有前科、欠缺反省，而且具有反社會人格時，同樣難以評價本案為不得不選擇死刑的情形。據此，本判決認為一審判決在本質相異的刑罰選擇上，存在無法免於遭廢棄結果的違誤。

三、判決評析

事實上，上述裁判所涉及的問題眾多，當討論上訴審階段應如何審查一審死刑判決時，無可避免將觸及死刑與無期徒刑間，在量刑判斷上的差異。而有關此差異的討論，在理論意義上，更涉及量刑判斷應採取「幅的理論」或「點的理論」之爭議¹³，以及死刑與自由刑在理論採擇上是否相同的爭論¹⁴。不過，考量篇幅有限，而且「死刑與自由刑各應採何種量刑理論」及「控訴審對第一審死刑及自由刑判決之審查有何差異」可謂為不同層次之問題。因此，本文僅聚焦於後者，亦即作為二審之控訴審對一審判決為量刑審

查的部分，進行分析與說明。

而在上述裁判中，我們可以發現到在裁判員制度下，日本控訴審法院對死刑及自由刑之量刑審查有所差異，且主要呈現在兩個面向：1. 審查立場上對一審判決尊重程度之選擇；2. 對量刑因子審查密度的高低。換言之，這二個面向是觀察日本實務上，控訴審對一審裁判員所為死刑量刑判斷之審查，最適宜的切入點。以下，本文即以此觀察為前提，依序分二點進行說明。

（一）日本控訴審對死刑量刑與自由刑量刑審查上的立場差異

日本在採取裁判員制度的狀況下，根據使國民的看法與觀點反映於審判中之目的，對於第一審有關有期徒刑刑期之量刑裁量的幅度，採取相較於過去更為放寬的立場。在此脈絡下，控訴審法院對一審量刑判斷的審查中，基本上對一審裁量的刑罰程度本身，採取尊重的立場。而控訴審廢棄一審判決的狀況，則多集中在一審判決對量刑因子之認定與評價，發生法律上錯誤之情形（如：過低評價被告的反省態度、過低評價影響犯罪動機之精神障礙）¹⁵。

不過，不同於將有期徒刑刑期理解為一段「幅度」的立場，考慮到死刑是在生與死之間做出選擇，將死刑或無期徒刑的判斷理解

註13：「幅的理論」指在調和責任與預防來建構量刑基準時，將量刑責任所對應之刑罰程度理解為一定的幅度，凡在該幅度內之量刑，皆符合罪刑相當之要求，並允許在該幅度內考量犯罪預防之必要性，決定最終之宣告刑。見：武內謙治、本庄武（2019），《刑事政策学》，第188頁。

註14：有關此爭議之討論，見：小池信太郎（2013），〈量刑における幅の理論と死刑・無期徒刑〉，《論究ジュリスト》，4号，第83頁；本庄武著、黃士軒譯（2019），〈刑事裁判與量刑的現況〉，《月旦法學雜誌》，293期，第79頁。

註15：小池信太郎（2014），〈裁判員裁判における量刑：最高裁平成26年7月24日判決の意義〉，《法律時報》，86卷11号，第1-2頁。

為是對一個「點」（選擇生或死）的審查，在日本一直是有力的主張¹⁶。也正因如此，裁判員制度實行後，面對應尊重一審裁判員審判結果的意旨，控訴審法院對一審選擇死刑或無期徒刑之量刑判斷進行審查時，其所採的立場為何？是否仍維持此種「點的審查」的傾向？就成為有待觀察的課題¹⁷。

在上述發展脈絡下，本文介紹的兩則高裁判決中，由於提到如「在判決死刑是否相當的判斷上，由於死刑與無期徒刑不同，其不具有連續性，而在性質上屬於相異的刑罰選擇，故像是有期徒刑這樣允許一定範圍、幅度的思考方式，也不適於使用在死刑選擇與否的判斷中」之內容，立場上明顯將死刑與無期徒刑理解為本質相異的刑罰選擇。同時，此二判決在與一審判決採取相異判斷時，認為即使一審判決是裁判員與職業法官在評議中窮盡討論的結果，仍選擇廢棄一審判決。綜合這些面向，可以說日本實務在裁判員制度實施後，控訴審對一審死刑判決進行審查時，是在偏向「點的審查」的立場下，採取以控訴審的判斷為優先，講求量刑公平性的立場。如此一來，日本實務在裁判

員制度實施後，控訴審法院對一審死刑判決及有期徒刑判決的量刑審查，可說是採取雙重標準的立場：承認一審對有期徒刑之刑期量定，有較寬廣的裁量幅度，尊重一審有期徒刑判決；對一審關於死刑或無期徒刑之選擇，採取控訴審優先的立場¹⁸。

而此雙重標準之立場的產生，根據日本學者小池信太郎的看法，可能源自於「有期徒刑之判斷」與「死刑或無期徒刑的選擇」間，明確判斷之困難程度與效果嚴厲程度的差異。首先，有期徒刑的刑期量定是在具連續性的數量中做出選擇，縱然設定相對明確的量刑基準，在明確化的程度上仍有其限度。此外，自由刑所帶來的實質上不利益的程度，對不同人來說，感受上也有所差異。因此，當有期徒刑之刑期與應受懲罰的程度間未能完全對應時，縱或有不公平的狀況，人們可能也不會那麼樣的敏感¹⁹。相對地，雖然死刑與無期徒刑的選擇相當困難，但既然是在性質相異的二者中選擇，相對來說會有較明確的基準存在²⁰。同時，由於死刑及無期徒刑的選擇結果，可說是生與死的差異，故而人們對裁判者的偏誤所造成的不公

註16：大澤裕等（2009），〈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〉，《司法研究報告書》，61輯2号，第117-118頁。

註17：原田國男（2007），《裁判員裁判と量刑法》，第103-104頁。

註18：小池信太郎（2014），〈裁判員裁判による死刑判決を控訴審が量刑不当により破棄した初の事例および2番目の事例〉，《刑事法ジャーナル》，42号，第82頁。

註19：但本文對此持懷疑立場，在人們對不利益的感受不同的狀況下，也難以否定人們對自由刑產生不公平的結果時，敏感度可能不會降低或依然會很在意數月或數天的差別。對此，較適宜的作法可能是透過實驗法（experiment）等，對人們有關自由刑程度的感知，以及該感知與對死刑感知間的差異進行檢測後，再來進行具實證基礎的因果推論。

註20：日本目前對死刑及無期徒刑之選擇，嘗試分析判決並明確化其基準者，已累積不少文獻。如：渡邊一弘、岩井宜子（2006），〈近年の死刑判決の量刑基準：数量化による検討〉，《犯罪学雜誌》，第72卷第6号，第165-176頁；永田憲史（2010），《死刑選択基準の研究》。

平，僅會有較小的容忍度。在這樣的狀況下，要援引裁判員制度之目的，來說服人們接受生死選擇上的不公平，這樣的想法必然會被抗拒²¹。

（二）日本控訴審量刑審查中判決先例的意義與對量刑因子審查之重點

在日本實務對裁判員制度下的死刑或無期徒刑之選擇與有期徒刑刑期量定，採取雙重標準的前提下，接下來的疑問是：當控訴審法院對一審法院有關死刑或無期徒刑之選擇，採取控訴審優先並維持量刑公平性的立場時，實際審查時的差異何在。對此，我們可由本文所介紹的判決，與以有期徒刑的上訴審審查為討論核心的日本最高裁判所平成26年7月24日第一小法庭（下稱：最高裁平成26年判決）判決間的比較談起。

最高裁平成26年判決所處理的案例事實，是兩名被告將一歲的幼女虐待致死的傷害致死案件。該案中，面對檢察官求刑（十年有期徒刑），第一審的裁判員裁判認為求刑無法充分評價被告的惡性，且對於兒童虐待施以嚴罰，符合當時日本社會情勢，故對雙親各自宣告十五年的有期徒刑。而且，此判決上訴後，為控訴審法院所維持。不過，日本最高裁判所在最高裁平成26年判決中，撤銷一審判決，並對丈夫與妻子各宣告十年與八年的有期徒刑。在此判決中，以下幾點是應注意的：第一，量刑以行為責任為原則。因此，應有必要將透過判決先例的累積，依照

犯罪類型的不同而呈現出的量刑傾向，作為大略的標準；第二，量刑傾向的性質上，並沒有規範上的拘束力。但是，事實上量刑傾向應在量刑時被考慮，在裁判員制度下，仍有必要將目前為止大略的量刑傾向作為合議庭的共識，並以此為出發點，深化對於系爭案件的評議；第三，為使量刑受到肯定，量刑的公平性是受到要求的。對此，即可透過將量刑傾向納入考慮，來擔保量刑判斷的適切性。當然，考慮到裁判員審判的功能，無法否定有在量刑中變更目前量刑傾向的情形。但是，由量刑公平性的觀點來看，此時即有必要指出具體且有說服力的理由，說明為何不以量刑傾向作為量刑的前提。換言之，若無法指出具體且具說服力的理由時，原則上應尊重量刑傾向²²。

而與針對有期徒刑而發的最高裁平成26年判決進行對照，可發現本文所介紹判決中，雖然在講求量刑公平性，以及認為在量刑時與裁判先例間進行詳細的案例比較並無意義等面向上，與最高裁平成26年判決相同。但是，由於本文介紹判決係聚焦於死刑判決，亦即死刑與無期徒刑的選擇上，故可發現以下與最高裁平成26年判決不同之處：第一，死刑的選擇必須慎重為之；第二，不同於最高裁平成26年判決僅是將過往先例累積而成的大略的量刑傾向，作為評議時的出發點。本文介紹的判決認為過去死刑判決所累積出，關於死刑選擇時應考量之因子，以及對

註21：小池信太郎，前揭註18，第82-83頁。

註22：原田國男（2014），〈裁判員裁判の量刑の在り方：最高裁平成26年7月24日判決をめぐって〉，《刑事法ジャーナル》，42号，第43-46頁；三好幹夫（2017），〈量刑判斷の方法〉，收於：井上正仁等編，《刑事訴訟法判例百選》，10版，第212-213頁。

各因子的根據、重要性程度的檢討結果，也應該成為審判庭的共識，並在評議時作為討論的起點；第三，最高裁平成26年判決只要求在量刑脫離量刑傾向時，才必須提出具體而有說服力的理由。但是，本文介紹的判決認為在選擇死刑判決時，應該就死刑為不得不的選擇一事，提出具體而具說服力的理由。

透過上開比較，可發現在裁判員制度實行後，日本實務有關控訴審對量刑審查的討論，主要聚焦在尊重裁判員制度之意旨與維持量刑公平性間的衡量。而當此衡量被置於死刑選擇應謹慎為之的前提下時，維持量刑公平性就成為較受重視的面向，也具體展現在前述判決對於過去判決先例的重視上。故在本文介紹的兩則判決中，都強調在死刑量刑中，對過往判決先例所呈現之量刑傾向，應經嚴密調查與分析。而且，當過往判決先例呈現死刑應屬不相當的傾向時，若一審仍認為不得已而必須判死，則必須提出具體且具說服力的依據。筆者認為，這一點更清楚地呈現在兩則判決與平成26年最高裁判決間，對於量刑審查層次的差異上。亦即，當控訴審對一審死刑判決進行量刑審查時，其不僅止於審查形式上的量刑結果是否偏離過去判決先例所呈現的大略傾向，還需更深一

層次地檢視形塑最終量刑結果的量刑因子，審查對象包括「單一量刑因子的個別評價（如：高裁判決①審查一審判決對前科的評價）」與「複數量刑因子的整體評價（如：高裁判決②審查一審判決綜合計畫性、被害人數等後，對被告犯罪情狀的整體評價）」。在此脈絡下，當一審判決對死刑的選擇，有偏離過往量刑傾向的狀況時，其所受要求不僅止於對量刑結果的偏離提出說明，而是必須更深入地對一審審判者們如何對量刑因子進行評價來形成該結果，提出具體而有說服力的論據。可以說，此做法為死刑設定了較高的門檻，同時也與「死刑應慎重為之」的預設相契合。不過，當一審量刑偏離過去的量刑傾向時，所謂「具體、具說服力的理由」的標準為何，特別是在裁判員制度實行後，考量此制度具有反映國民法感情的意旨，勢必會有承認偏離量刑傾向之例外狀況，則例外的範圍何在，依然是上述判決未予說明，但必須解答的疑問²³。

參、反思：國民法官制度下上訴審之死刑量刑審查

本段將嘗試在我國死刑量刑基準發展的脈絡下，反思未來國民法官制度上路後，二審

註23：此問題存在高度理論意義。當過往判決先例形成量刑傾向時，特別是職業法官審理下所形成者，可以說是透過法學思維、法解釋，形成對往後死刑量刑的框架。但在裁判員制度下，可以說是透過國民素樸的法感情或非法學的思考，嘗試突破或修正該框架。此時，究竟何種狀況下可修正該框架、修正的界限何在，就涉及如何理解量刑中法規範與國民法感情間的關係。此外，具法哲學意義的問題是當裁判員針對審理的個案追求正義時，若與過往判決累積形成的量刑傾向產生衝突時，該個案正義與通案正義、公平性等價值間，應如何衡量與選擇。考量本文主題設定，此二問題另於它文說明。

對一審所為死刑判決進行審查時，前述日本實務的發展，可能帶給我國哪些啟示。對此，考慮到國民法官制度下的第二審對一審死刑判決進行審查時，是由職業法官組成的合議庭來審查經由國民法官評議的量刑結果，無疑地會發生與日本相似的問題：尊重國民法官法感情與維持量刑公平性、相當性間的衝突。亦即，當一審判決反映的是國民的法律感情，二審法院若撤銷原判決，即可能會損及國民法官制度所追求的國民對司法之信賴²⁴，但二審若採消極審查的態度，也可能會損及公平性、相當性等內在於量刑基準的要求。

關於此問題，筆者認為就如國民法官法第83條立法理由所提及：「死刑之科處，涉及國家對人民生命權之剝奪，基於正當法律程序之要求，其評決門檻宜與自由刑及財產刑加以區別，謹慎為之」，若能正確認識到死刑與無期徒刑雖然都是將犯罪人徹底排除於社會之手段，但因效果上存在剝奪生命與否的差異，故對剝奪生命的死刑仍應謹慎為之。則在一審設有較高門檻的同時，第二審也應採較嚴格的標準進行審查。在此理解下，從純理論面向來說，筆者認為日本實務偏向尊重上訴審、維持量刑公平性的傾向，實屬可供參考的方向。亦即，筆者認為在死刑案件中，考量其剝奪生命的性質，自應對

何種狀況下可剝奪生命權，透過刑罰理論的辯證與價值取捨，來預先設定由量刑基準、量刑因子所形塑的框架，並透過判決累積來使該框架明確化。同時，縱使國民法官制度講求使國民法感情反映於量刑中，其原則上仍應受此框架劃定的界限所限制，僅有在國民法感情或想法可透過刑罰理論等路徑，來對量刑基準、量刑因子的概念解釋與法律評價進行修正，以此作為具體而有說服力的論據時，才可例外地做出偏離過往先例的量刑判斷。

當第二審審查一審死刑判決時，由於死刑或無期徒刑是二選一的選項，不同於有期徒刑刑期是一段連續的幅度，故依照上開脈絡，審查重點不在於刑度是否比過往先例呈現的量刑行情來得重或輕，而是依過去判決累積所確立的量刑基準及對該基準下各量刑因子的評價，該選擇是否有偏離現存基準或量刑因子之評價的狀況²⁵。不過，接著的疑問就會是，此處所謂的「偏離」所指為何？對此，可供發想的起點是日本學者井田良的看法，其認為在裁判員制度下，無可避免地一般國民的意見、法感情會反映於判決，並漸漸地影響既有的量刑基準，此時有兩點是須注意的：第一，國民的意見與情感與以刑罰理論為基礎，所形成之量刑判斷的本質上框架間，是否相契合；第二，以向來量刑基

註24：日本即有裁判員表示上訴審法院廢棄一審死刑判決，否定裁判員審判的結果，造成其無力感，也使人必須進一步探問裁判員制度的意旨為何。見：〈死刑判決の破棄裁判員に無力感を与える〉（網址：<https://www.sankei.com/article/20200203-NQOIZEGC3FJF3JUFMD7TWWD5UA/>）（最後瀏覽日：2021年10月30日）。

註25：此審查方向也與本文介紹的日本判決趨勢相似。亦即，由於死刑與自由刑不同，故不只是審查刑度是否偏離大略的量刑傾向，而是更深一層次檢討量刑基準、量刑因子等是否正確適用。

準為基礎的修正而進行之量刑水準的變動，是否違反公平性的要求²⁶。若將此看法置於我國國民法官制度的脈絡下，或可設想當第二審法院對一審所為死刑判決進行審查時，審查的重心可放在該判決「是否與我國實務對量刑基準之適用及對量刑因子之評價相契合」及「是否與我國死刑判決先例形成的量刑趨勢有所偏離」。同時，由於這些審查純粹是對法律見解為之，不涉及新證據的提出或對事實之重新認定，故也與國民法官制度所採之上訴審結構不相衝突。

以下，對應上述兩個未來上訴審對量刑審查的重心，筆者將從「1.對量刑基準與量刑因子的審查為中心」與「2.死刑判決先例的累積或量刑基準內涵的明確化」這兩個面向切入，指出未來國民法官制度下第二審量刑審查的發展方向與可能遭遇的問題。

一、以對量刑基準與量刑因子的審查為中心²⁷

承上述，考量死刑的特性，本文認為第二審審查國民法官所為一審死刑判決時，應以其關於死刑及無期徒刑之選擇，是否與我國實務所採「死刑量刑基準」以及「對量刑因子之評價」相契合，作為判斷重心。

首先，我們先看到後者，也就是第二審量

刑審查中「量刑因子」的層次。在此層次中，第二審法院應可針對一審量刑時「對特定因子內容、要件之理解是否正確」、「對特定因子之評價（加重、減輕）是否正確」、「對特定因子是否過度重視」與「對複數因子的整體評價是否正確」等面向，進行審查。此部份可參考前述高裁判決^①的作法，該判決審查一審關於前科之適用時，認為單就該因子來看，由於該案犯行並無與先前犯行間的顯著相似性，故不應評價為可支持死刑判決的因子。另外，從該案牽涉的複數因子進行整體觀察，可發現抽離前科因子時，依先前判決先例，該案的犯罪情狀並不足以判決死刑，故出現過度重視前科因子的問題。可以說，該判決正是透過對量刑因子之審查，得出廢棄一審死刑判決的結論。

至於在我國脈絡下，未來可能的爭論或許會發生在死刑量刑中，對於「教化可能性」此概念的應用上。在我國死刑量刑基準的發展中，自最高法院102年度台上字第170號判決將「無教化可能性」作為選科死刑之要件後，教化可能性此概念就進入我國死刑量刑基準中。爾後，在最高法院102年度台上字第5251號判決所提出的死刑量刑基準中，更呈現出與日本永山基準不同的本土發展：在法院適用刑法第57條進行第一階段「犯行罪責

註26：井田良（2014），〈いま死刑制度とそのあり方を考える〉，收於：井田良、太田達也編，《いま死刑制度とそのあり方を考える》，第18頁。

註27：此處其實隱含一個與事實調查層面相關的爭議，也就是「是否可以一審判決漏未審酌重要量刑事實」為由上訴，以及上訴審法院應如何應對此主張。事實上，當某量刑事實的審酌與否，顯然足以影響量刑結果時，由於漏未審酌可能存在違反經驗法則與論理法則的狀況，自有允許上訴的空間。然而，假若允許此種上訴時，下個爭議會是：判斷一審法院是否漏未審酌量刑事實的標準為何？亦即，究竟是判決書未予記載就算漏未審酌，或者要一審卷證中存在相關事證或主張才有成立漏未審酌的可能，都還有討論的必要。

程度」的討論後，在第二階段中，判斷的核心就是作為死刑迴避事由的「教化可能性」²⁸。在此脈絡下，若此概念繼續作為我國死刑量刑基準的一環，則「過度重視教化可能性之判斷（理由一）」以及「教化可能性的適用與評價有誤（理由二）」，皆有可能成為未來死刑量刑審查的重點與廢棄原審判決的理由。

以理由一來說，如學者謝煜偉的觀察，當下級審法院適用教化可能性的概念時，出現「只要確認無教化可能性，就可以判死」的現象，過度放大該概念在死刑量刑中的角色²⁹。本文認為，未來國民法官制度上路後，若一審死刑判決仍出現此種過度重視教化可能性的狀況時，上訴審即可能以之作為審查對象與廢棄一審判決的理由。不過，在理由二的部分，則可能反而為上訴審審查死刑判決帶來困擾。理由在於，如學者謝煜偉就曾指出，我國法院看似採取實證方式調查教化可能性，實際上卻是將無人可代替法院判斷的問題（被告是否接受矯治後，仍無一丁點改變可能？），推給鑑定專家處理³⁰。在此狀況下，若未來第二審必須就理由二進行審查時，假若我國實務繼續將教化可能性的判斷置於死刑量刑基準中，且維持適用上混亂的現況，其勢必面臨教化可能性概念不明且欠缺判斷標準，故自身也難以審查的窘境。在此意義上，如何修正乃至於思考是否揚棄死刑量刑中「教化可能性」之適用，會是我國

實務必須思考的重點。

接著，目光轉回前者，也就是第二審量刑審查中「量刑基準」的層次。誠然，在本文介紹的日本實務判決中，並未審查一審判決適用死刑量刑基準的當否。但是，考量到我國不同於日本實務已存在長期適用的永山基準，從尚在發展、調整死刑量刑基準的本土脈絡來看，應有將一審判決如何適用死刑量刑基準納入第二審量刑審查的空間。對此，筆者認為未來第二審法院可針對一審判決的量刑部分，審查「是否考量目前死刑量刑基準所包含之刑罰目的」、「對各目的之考量順序，是否符合該基準之設定」、「是否存在忽略某階段之判斷或過度重視某階段之情況」等面向。例如當量刑係以刑法第57條所強調的罪責程度為基礎，接著才審查教化可能性時，前述死刑量刑過度重視教化可能性的狀況中，一審判決也可能因忽略形塑量刑基準的應報目的與責任判斷，而有被第二審廢棄的可能。

二、死刑判決先例的累積與量刑基準內涵的明確化

接下來，必須指出的是，上述對一審判決適用量刑基準與量刑因子的建議要得以運作，事實上有賴於法院實務已形成相對穩定的量刑基準與對各因子的適用方向。如本文介紹之日本判決，其審查基礎都建立在日本量刑實務上，對死刑量刑基準、量刑中的犯

註28：謝煜偉（2016），〈最高法院在死刑量刑判斷中的角色與功能：日本與臺灣的比較〉，收於：葉俊榮編，《變遷中的東亞法院：從指標性判決看東亞法院的角色與功能》，第168-180頁。

註29：謝煜偉（2018），〈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》，105期，第142頁。

註30：謝煜偉，前揭註29，第147頁。

罪情狀事由、屬於一般情狀事由的前科等因子之適用，已透過判決先例的累積，形成相對穩定的適用標準。但是，考量自2012年最高法院開始進行死刑量刑言詞辯論後迄今，死刑定讞人數僅16人，加上此過程中最高法院對死刑量刑基準進行數次調整，我國現況與日本顯有差異，實難宣稱已透過判決先例，形成穩定的量刑基準，更甬論形成量刑因子如何評價、如何適用的明確標準。

如前述高裁判決^②中，控訴審廢棄一審死刑判決的理由，就是從判決累積的先例來看，整體性評價犯罪情狀相關的量刑因子（如：計畫性、被害人數）時，該案應非不得不判處死刑的狀況。但是，如前所述，我國最高法院102年度台上字第5251號判決雖然確立二階段的死刑量刑基準，但第一階段關於犯情責任的認定中，並未具體說明犯罪情節應達何等程度才得選擇死刑。而在之後的最高法院105年台上字第1567號判決中，同樣沒有在犯罪情節是否達到選擇死刑門檻上，進行更多說明。更甚者，在鄭捷隨機殺人案的最高法院105年台上字第984號判決中，則是在犯罪情節中，又切出所謂情節最嚴重的區塊，並認為在該範圍內無需考量教化問題。但是，綜觀我國死刑量刑基準的建構，自始就沒有說清楚怎樣的犯罪情狀會達到死刑責任的程度³¹。在此發展脈絡下，未來我國二審法院審查一審死刑判決時，實難如日本法院一般，透過既有先例來對量刑基準、量刑因子等適用進行審查。正因如此，本文認為：縱然我們可以從理論上或參考外國法制，嘗試指出第二審對一審死刑判決進

行審查時，可著墨的部分何在。但是，若我國法院未能充實犯罪情節與死刑門檻間的論述，並進一步建構相對明確的死刑量刑基準時，未來國民法官制度下的上訴審量刑審查，勢必將面臨困難，也難以達成維持量刑相當性、公平性的目標。

肆、結論

綜上所述，本文主張未來國民法官制度上路後，第二審針對一審死刑判決的審查，可將重點放在判決是否正確適用死刑量刑基準，以及是否正確就量刑因子進行評價，適用等面向。不過，筆者必須提醒，本文處理者並非孤立的課題，而是與我國實務對死刑量刑基準之發展，存在密切的關連。因此，包括「我國死刑量刑基準過度重視教化可能性判斷」、「教化可能性內涵不明且欠缺明確標準」、「未釐清教化可能性與犯行罪責間的體系關係」、「未正確說明何種犯罪情狀屬於情節最重大之罪行」等問題，在未妥善處理的狀況下，勢將連動的造成上訴審審查面臨困境。

此外，本文所處理者僅為死刑量刑的上訴審審查。換言之，居判決中絕大多數的有期徒刑判決，未來國民法官制度上路後，二審法院究竟應如何進行量刑審查，包括釐清以量刑不當為理由上訴者的各種類型，以及思考二審法院面對不同類型應如何審理，都會是人們聚焦於國民法官第一審審判的同時，不容忽視的課題。

註31：謝煜偉，前揭註29，第159頁。