裁判字號：最高法院 102 年台上字第 170 號刑事判決

裁判日期：民國 102 年 01 月 10 日

裁判案由：殺人

最高法院刑事判決　　一〇二年度台上字第一七〇號

上　訴　人　吳敏誠

選任辯護人　尤伯祥律師

　　周漢威律師

　　李艾倫律師

上列上訴人因殺人案件，不服台灣高等法院中華民國一０一年六月二十九日第二審更審判決（一０一年度上重更㈡字第二號，起訴案號：台灣士林地方法院檢察署九十八年度偵字第一六七七三號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷，發回台灣高等法院。

理　由

一、本件原判決認定上訴人甲〇〇有如其犯罪事實欄所載持槍殺死被害人黃瓊瑤之犯行等情，因而撤銷第一審所為該部分科處無期徒刑之判決，改判諭知上訴人死刑及相關從刑，固非無見。

二、惟查：

㈠、我國現行法律仍保有死刑，依據民國九十八年十二月十日公布施行之「公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法」第二條規定，兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。第三條規定，適用兩公約規定，應參照其立法意旨及兩公約人權事務委員會之解釋。公民與政治權利國際公約（下稱公約）第六條要求科處死刑應符合公約相關規定，公約人權事務委員會第32號一般性意見第59段亦要求在最終處以死刑之案件，應嚴格遵守公正審判之正當程序保障。由於死刑係終結人民一切權利之極刑，處刑之後，人民之生命權即不復存在，因此，判處死刑之案件，不惟論罪（或稱定罪）階段需踐行實質正當之法律程序，於科刑（或稱刑罰裁量、量刑）階段亦應受正當法律原則之拘束。我國刑事審判程序之核心，在於證據調查與言詞辯論，蓋真實之發見須依憑證據，而心證之形成更由來於此。證據調查分為論罪證據之調查與科刑資料（證據）之調查，其調查先後順序，依刑事訴訟法第二百八十八條第三項、第四項規定，係以審判長就被告被訴事實之訊問為分界，將論罪事實與科刑之調查程序予以分離，亦即論罪證據調查之後，始就被訴事實訊問被告，於被訴事實訊問後方能調查科刑資料，立法目的在避免與犯罪事實無關之科刑資料影響職業法官認定

事實之心證，同時亦在規範法院刑罰裁量之免於逸脫或出於恣意。所謂「科刑資料」，係指刑法第五十七條或第五十八條規定刑之量定所關之事實而言，其中科刑情狀所關之事由，如已屬於犯罪構成要件之要素者，固應予嚴格證明，於論罪證據之階段依各項證據方法之法定調查程序（如刑事訴訟法第一百六十四條至第一百六十六條等規定）進行調查；倘為單純科刑情狀之事實，諸如犯罪行為人之生活狀況、犯罪行為人之品行、犯罪時所受之刺激、犯罪後之態度等等，則以自由證明為已足。此部分科刑資料調查之方法如何，法無明文，然單純作為科刑應審酌情狀之事實，僅其調查證據之程序不受嚴格限制而已，因此凡與科刑有關之事項與資料，自仍必須在此一階段經過一定之調查，使當事人、辯護人等有陳述意見之機會，並得以對不利之科刑資料進行防禦，而非僅限於調查屬於被告品格證據之前案判決執行情形之一項，且此之調查，解釋上當然亦包括依刑事訴訟法第二百八十八條之一第二項規定，審判長應告知被告得以提出或聲請調查對其有利之科刑證據，始與同法第二百八十八條第四項修法意旨相契合。又法院於調查證據完畢後，依刑事訴訟法第二百八十九條第一項規定所進行關於當事人、辯護人就事實上及法律上意見陳述或主張，即所謂之「言詞辯論」。本條項所稱「法律辯論」，係指有關犯罪構成要件及法律效果之辯論，而法律效果之辯論即包括刑罰部分。是此一言詞辯論程序，不僅限於被告有無犯罪事實之認定，並包括檢察官向法院具體請求對被告應科何種刑罰之意見，及被告、辯護人對於科刑種類與範圍（包括上訴後對下級審判決科處之刑罰）之陳述或答辯（九十五年十二月八日司法院大法官第一二九五次不受理決議參照）。是以，所稱「事實及法律」之辯論，自應基於審判程序所已調查之證據（論罪資料與科刑資料）予以申辯。辯論後，依同條第三項規定，審判長應予當事人就科刑範圍表示意見之機會，期使法院不致於偏聽一方科刑之主張。鑑於現行上開制度究仍與「科刑辯論」不盡相同，為符合兩公約保障人權之規定及強化量刑程序，茲立法院審議中之刑事訴訟法第二百八十九條修正案，已明定當事人、辯護人就事實及法律辯論後，應就科刑範圍辯論之，並給予到場之告訴人、被害人或其家屬就科刑範圍表示意見之機會，俾科刑更加精緻、妥適。而依現制，待所調查之證據辯論後，其屬於論罪之證據資料者，因攸關犯罪事實之認定，故有證據取捨之證明力判斷問題，倘為科刑之證據資料，則屬於罪責確定後如何定其刑罰之情狀表徵，不問利於被告與否，均應作為科刑具體審酌之事由，僅生法官在科刑衡酌上對於有利與不利情狀事證之輕重權比而已，無由據以排斥不用，此即刑之量定所以必須審酌一切情狀，亦為刑事訴訟法第三百零八條所定「有罪之判決書，應於理由內記載科刑時就刑法第五十七條或第五十八條規定事項所審酌之情形」

旨趣所在。凡此量刑之程序規定，乃保障被告訴訟基本權之正當法律程序，一般案件適用之，於死刑案件尤應嚴格遵守，始符合上開公約規定及人權事務委員會解釋之相關要求。刑事訴訟法關於科刑資料調查之條文修正實施將近十年，審判實務卻多僅止於調查被告之前案紀錄一項，鮮少及於其他，考其原因，乃出於事實審各審級法院審判筆錄，係依司法院九十二年八月印行之「刑事審判實施詢問及詰問操作手冊」所設計之「審判筆錄」例稿建置（見該手冊第九十一頁），審判長並依此進行審判期日之調查證據，未能深入瞭解修法之意旨，有以致之。本件於本院第一次發回時，業已特別指明與犯罪事實無關之科刑資料之調查，應於被訴事實訊問後行之，始符規定。上訴人於原審以書狀記載待證事實，明白表示「就量刑部分，為利鈞院審酌刑法第五十七條規定之事項」，聲請傳訊證人吳敏華、吳家欣。原審就此本屬於單純情狀之科刑事實，仍在被訴事實「訊問前」之論罪證據階段進行調查，對於其他科刑資料之調查，則僅調查上訴人之前案科刑執行情形。揆之說明，其所踐行之訴訟程序，未遵守公正審判之正當程序保障，即難謂適法。

㈡、刑事審判在於評價證據、依據認定事實適用法律，以及裁量刑罰，其中證據判斷與刑罰裁量，在自由心證原則之下，固然享有裁量餘地較寬、受到法規範約束相對減小之領域，但證據判斷除受刑事訴訟法第一百五十五條第二項嚴格證明法則之外部性界限，同時並應受經驗法則與論理法則等內部性界限之支配，而法官在刑罰裁量思維之過程，其刑種選擇與刑度運用，關係人民自由與權利之保障，當然必須在受法律性拘束原則之裁量下而為決定，始能確保科刑裁量之明確性與客觀性，避免取決於法官之恣意或任性而浮動。又科刑過程不外乎⑴刑罰目的之確定（應報主義、一般預防主義及特別預防主義），⑵科刑事由之確認，⑶科刑之權衡（即依據刑罰目的與科刑事由，評價其影響科刑之意義；綜合考量各種科刑事由在科刑決定上之重要程度；根據綜合考量，決定一定刑種與刑度之具體刑罰）等階段。科刑是否正確或妥適，端視在科刑過程中對於各種刑罰目的之判斷權衡是否得當，以及對科刑相關情狀事證是否為適當審酌而定。我國刑法第五十七條規定，首先指出「科刑時應以行為人之責任為基礎」，宣示以行為人之責任作為衡量刑罰目的之基礎，確立罪責原則在科刑上之重要性，故法院進行刑罰裁量時，必須依據行為人之罪責程度以決定刑罰之輕重。同條規定繼而強調法院在科刑時，「並審酌一切情狀」，即必須就所有對犯罪行為人有利與不利之情狀，加以衡量，而且特別例示科刑輕重之標準尤應注意之十款事項，即①犯罪之動機、目的，②犯罪時所受之刺激，③犯罪之手段，④犯罪行為人之生活狀況，⑤犯罪行為人之品行，⑥犯罪行為人之智識程度，⑦犯罪行為人與被害人之關係，⑧犯罪行為人違反義務之程度

，⑨犯罪所生之危險或損害，⑩犯罪後之態度等。其中有屬於與行為事實相關之裁量事由者，亦有屬於犯罪行為人之人格與社會生活情形者。至所謂「一切情狀」，則指全盤情形而言，包括刑罰目的之考慮、刑事政策之取向、犯罪行為人刑罰感應力之衡量等在內。論者有謂刑法第五十七條所例示之各款，多屬抽象性提請注意之情狀，此等情狀對於科刑究竟有如何之意義，既無由從條文中窺知，實務亦乏例示，欠缺標準及可預測性。即以刑法第二百七十一條第一項殺人罪為例，法定刑範圍從十年以上有期徒刑、無期徒刑至死刑，可裁量之範圍極廣，尤其在僅剝奪人身自由之「無期徒刑」與完全剝奪生命權之「死刑」之間，雖均得用以防禦無教化可能之人對社會之潛在危害，但刑法第五十七條並未提供可茲法院在此二者間選擇之具體標準。根據國內學者之比較法研究成果，外國立法例上所定殺人罪量刑考量因素以可責性、社會保障與犯後態度三個概念為據，其中可責性概念包括預謀犯罪、手段惡性、被害人年齡、犯罪與被害人關係、武器的使用、弱勢被害人、殺害特定職業（如警察）、受雇殺人、重罪結合犯、犯罪時有兒童或老人在場、其他實質危害（家屬傷痛、社會影響）、殺人動機為貪念、被害者的責任、為隱藏其他犯罪、為政治目的而殺害政治人物、行為人判斷力減弱、行為人為青少年或老人、行為人不幸背景、行為人身心障礙、受被害人刺激、為保護他人而殺人等項，社會保障概念有犯罪前科、緩刑或假釋狀態等，犯後態度則包含認罪、犯後行為（滅證、毀壞屍體）、犯後悔悟等（賴宏信，求刑與量刑歧異性與量刑標準之探索；以0000－0000年之殺人罪為例），其所考量之因素，均較我國刑法第五十七條之規定具體。因此，法院於行使刑罰裁量之決定行為時，除應遵守憲法位階之平等原則，公約保障人權之原則，以及刑法所規定之責任原則，法理上所當然適用之重複評價禁止原則，以及各種有關實現刑罰目的與刑事政策之規範外，更必須依據犯罪行為人之個別具體犯罪情節、所犯之不法與責任之嚴重程度，以及行為人再社會化之預期情形等因素，在正義報應、預防犯罪與協助受刑人復歸社會等多元刑罰目的間尋求衡平，而為適當之裁量。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，尤其刑法第五十七條所例示之十款事由，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」。從而犯罪行為人何以顯無教化矯正之合理期待可能，而不得不施以極刑對待，必須考量犯罪行為人之人格形成及其他相關背景資訊，以實證調查方式進行評估（例如科刑

前之調查報告），如科處死刑必也已達無從經由終身監禁之手段防禦其對社會之危險性，且依其犯罪行為及犯罪行為人之狀況，科處死刑並無過度或明顯不相稱各情，且均應於判決理由內負實質說明之義務，否則即難謂其運用審酌刑法第五十七條各款之情形符合所適用之法規之目的，而無悖乎實體法上之正當法律程序。本件原判決撤銷第一審所為上訴人無期徒刑之判決，改判諭知死刑，其據以審酌之科刑事由，不外上訴人先前已有與本案性質相近之殺人前科，本案犯罪手段如何殘酷之描述，犯後並未賠償損害，且被害人家屬亦拒絕賠償，在事證明確之情況下，即使上訴人在法院審理時坦承殺人犯行，並自稱：後悔云云，亦難認有悛悔之實據。又上訴人於前案出獄後，仍不能改變其本性，於本件犯案時已四十四歲，性格與價值觀及反應模式已趨於定型，是否仍有教化之可能性，殊值懷疑，兼以其遇有衝突或不順其意或覺得有受辱者，極可能持兇器以對，本性極具危險性，無論於任何社會（含監獄）皆有再犯之虞，為維護被害人之權益，並避免有再恣意剝奪他人生命之可能，乃處以死刑等旨。就上訴人於原審所主張：其與被害人交往長達三年，雙方原本有共組家庭計畫之與被害人之關係，及因失業、背負債務，經濟上負擔超出其能力範圍之債務，承受極大之經濟壓力，加以與被害人多次爭執感情不穩定，形成本案發生之背景因素與犯案動機，以及上訴人因自幼即有「脣顎裂」之顏面缺陷，經常受人嘲笑欺侮而生自卑感，對人際關係產生不信任，因不善社交，較無法控制情緒，往往情緒反彈劇烈，而易與人起衝突，且為家暴家庭之目睹兒，自幼目睹父親對母親施暴，種下日後以暴力行為施加於親密異性之遠因等成長背景、生活狀況等各情，是否屬實，並未翔實調查說明，而未依法全盤審酌其有利與不利之科刑因素，其審酌之刑罰裁量事實已然不足。再就所謂上訴人「無教化可能性」部分，原判決僅以上訴人已有前案受刑經驗，仍然未改本性，其性格已定型，據以推認即便上訴人長期在監執行仍有再犯之虞，為屬無從教化矯正之徒。然查，上訴人除於七十九年間因傷害案件經判處罰金一千五百元，及於八十二年間因殺人罪經判處有期徒刑八年確定，於八十三年二月二十四日起經服刑矯正後，於八十五年三月十三日假釋出獄並付保護管束（九十年五月十三日保護管束期滿）外，別無其他前案紀錄。是則，上訴人出獄後其保護管束執行狀況如何，其犯案前之工作狀況及生活情形，以及上訴人之人格因素等等，不惟係屬刑法第五十七條第四款、第五款之科刑事由，並可供為上訴人是否尚有教化、得否再社會化之參考依據，即有調查之必要性。上訴人於前案之受刑經驗僅二年餘，如較之依現行刑法第七十七條第一項規定無期徒刑之執行須有悛悔實據，並執行逾二十五年始得假釋，而依實證統計，無期徒刑假釋執行期間比法律規定多百分之三十，因此論者有將無期徒刑

之量化定義為三十年者（余麗貞，台灣地區殺人案件量刑因素之研究）。依此情形，如以科處無期徒刑而言，則上訴人得以期待假釋之期，似已近耄耋之人。究竟上訴人是否確實顯無教化矯正之合理期待可能，而無由以其他刑罰替代，原判決在未以實證調查，且無相關資料足以就有無改造之可能性進行評估前，遽以主觀之見地，謂上訴人即使在監獄執行仍有再犯之虞，難認有教化之可能，即失所據，其死刑之量定是否妥適自無從據以斷定，理由亦嫌欠備。

㈢、綜上所述，上訴意旨執以指摘原判決違背法令，為有理由，應認仍有撤銷發回更審之原因。

三、至於本次言詞辯論相關議題之「國家禁反言、上訴具體理由與不利益變更禁止原則之關聯」部分，茲說明如下：按禁反言係源自誠信原則所導出禁止矛盾行為或出爾反爾，破壞相對人正當信賴之法律原則，依司法院釋字第五二七號解釋理由書第二段所載：「又地方制度法既無與司法院大法官審理案件法第五條第一項第三款類似之規定，允許地方立法機關部分議員或代表行使職權適用憲法發生疑義或發生法律牴觸憲法之疑義，得聲請本院解釋，各級地方立法機關自不得通過決議案，一面又以決議案有牴觸憲法、法律、或其他上位規範而聲請解釋，致違禁反言之法律原則」等語，係以禁反言原則拘束各級地方立法機關之立法及釋憲聲請之適例，及行政程序法第八條規定之意旨，足徵禁反言之法律原則得以拘束公法及私法各權之行使。檢察官於以實現國家刑罰權為目的之刑事追訴程序，不論係其偵查或公訴職務之執行，自仍受上開原則之拘束，但其違反禁反言之效果如何，則應分別情形以觀。舉例以言，如檢察官與被告達成「認罪並向公庫或指定之公益團體支付一定之金額，即給予一定期間緩起訴」條件之協議，被告據此向檢察官認罪。惟檢察官嗣後並未依協議結果為緩起訴處分，而仍予以起訴者，此屬檢察官偵查裁量結果之作為，其起訴固仍屬有效，但被告既係因信賴檢察官而為一定行為，基於保護人民正當合理之信賴，並參酌刑事訴訟法第四百五十五條之七規定「法院未為協商判決者，被告或其代理人、辯護人在協商過程中之陳述，不得於本案或其他案件採為對被告或其他共犯不利之證據」之相同法理，則被告先前向檢察官之認罪及因此所為之不利陳述，即應予以排除，不得作為證據。又如，檢察官於起訴時，苟依偵查結果認確有對被告具體求刑之必要，為彰顯檢察官審慎求刑之態度，已於起訴書就刑法第五十七條所列情狀事證，詳細說明求處該刑度之理由，公訴檢察官復接續於審理階段，依刑事訴訟法第二百八十九條第三項規定，於辯論後，審酌被告犯後態度等其他情狀，就被告科刑部分提出具體事證，表示與起訴檢察官求處相同刑度之意見，而第一審法院亦科處與起訴檢察官之求刑及公訴檢察官科刑意見相同之刑度，嗣因被害人或告訴人不服判決，依刑事訴訟法第三百

四十四條第三項規定，以量刑過輕為理由，請求檢察官上訴者，檢察官對此提起上訴之請求，本有裁量之權，不受請求之拘束。倘檢察官裁量之結果，認為所為具體求刑並無不當，自應對此之請求予以駁回，以示擔當；如依循被害人或告訴人之請求而以當事人名義提起上訴，固有主張有違禁反言原則，其上訴不合法者，但法院之科刑並不受檢察官求刑之拘束，則在法無明文規定不得上訴之情形（如刑事訴訟法第四百五十五條之一第二項），尚不得以此作為限制檢察官之上訴，然此際檢察官之上訴，無不以著重在被告不利事證方面，即應本於公益角色，以法律專家之身分，協助弱勢之被害人或告訴人以達其上訴之目的。是其上訴理由書狀之記載，自不受告訴人或被害人所具備理由之拘束，惟至少須達到法律所規定合法之上訴門檻為最低標準，然後再由第二審公訴檢察官接棒而為。蓋我國刑事訴訟法對於被害人權益之程序保障，並無如德國、日本刑事訴訟法設有「被害人訴訟參加」制度，使其取得類似於當事人之地位，故被害人之權益保障，胥賴檢察官盡力維護，始克竟全功，此與辯護人居於輔助被告之立場，應確切、實質之維護被告之權益，同其旨趣，並均為其等職務倫理規範所要求。又刑事訴訟法第三百四十四條第五項規定之「依職權逕送上訴」，於此不問被告意思如何，依同條第六項規定，即視為被告已提起上訴，本不生第二審上訴未附具體理由即不能上訴之問題（其第三審上訴，亦然），故由被告上訴者，即無適用同法第三百六十一條第二項「應敘述具體理由」規定之餘地。至檢察官為被告之不利益上訴，則仍有上開規定之適用，此為檢察官及辯護人一致之見解，本院亦同此認定。而刑事訴訟法第三百六十一條第二項立法理由說明：「二、提起第二審上訴之目的，在於請求第二審法院撤銷、變更原判決，自須提出具體理由。爰增訂第二項，明定上訴書狀應敘述具體理由。三、至上訴理由是否具體，係屬第二審法院審查範圍。」至所稱「具體理由」，則指須就不服之判決為具體之指摘而言。本件第一審檢察官依告訴人之請求，提起第二審上訴，其上訴書狀記載：「原審判決被告殺人等罪，固與法相符，惟原審既認『被告與被害人0生有感情及財務糾紛，經多次要求復合不成，並多次要求與被害人見面未果，竟攜槍前往被害人工作地點，嗣與被害人相見後，因情感糾紛憤而當場持槍殺害之，案發後復攜槍逃亡數日，造成被害人家屬難以回復之傷痕，並對社會治安危害非輕，以及其先前同樣因感情糾紛而殺人之素行，竟未能記取教訓妥適處理情感問題，而再犯本件殺人之罪』云云，可見被告惡性匪淺，且其行為對被害人之家人造成無法彌補之傷痛，行重大至極，理應處以死刑，原審卻僅定應執行無期徒刑，實有未洽」等語。辯護人於本院則主張：本件起訴及公訴檢察官均具體求處無期徒刑，第一審法院亦依其求刑判處無期徒刑，然依檢察官上訴理由書

狀之所載，全然係照抄第一審判決無期徒刑之科刑事由（見第一審判決第二四頁倒數第四行至第二五頁第五頁），然後再附加「可見被告惡性匪淺，且其行為對被害人之家人造成無法彌補之傷痛，行重大至極，理應處以死刑，原審卻僅定應執行無期徒刑，實有未洽」等詞，如不含標點符號，只有五十六個字，並未具體指摘原判決之認事、用法有何違誤，或就量刑事由之調查、衡酌與取捨，有何濫用刑罰裁量權之情事，實與泛稱原判決量刑過輕無殊等語。據以質疑檢察官之第二審上訴不符具體理由。辯護人所指上情，是否可採，此為第二審法院應依職權審查之事項，且攸關檢察官第二審之上訴是否合法，以及本件第二審上訴有無不利益變更禁止原則之適用。案經發回，原審法院於更審判決時允宜予以說明。再刑事訴訟法第三百零八條已於九十三年六月二十三日修正，構成要件以外之其他適用法律事實，例如刑法總則之加重或減輕事由，已無須在犯罪事實欄中記載（見該條修正理由），則單純屬於被告品格證據之前案科刑執行情形，乃科刑資料，既與犯罪事實無所關涉，當亦不宜記載於犯罪事實欄。原判決事實欄一記載上訴人犯殺人罪之前案科刑執行情形，雖未違法，究屬不宜，均附此敍明。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十七條、第四百零一條，判決如主文。

本案經檢察官江明蒼、朱富美到庭執行職務。

中　華　民　國　一〇二　年　一　月　十　日

最高法院刑事第七庭

審判長法官　賴　忠　星

法官　呂　丹　玉

法官　李　嘉　興

法官　張　惠　立

法官　吳　　燦

本件正本證明與原本無異

書　記　官

中　華　民　國　一〇二　年　一　月　十六　日

K

資料來源：司法院法學資料檢索系統