

最高法院刑事判決

115年度台上字第1766號

上訴人 劉彩萱

選任辯護人 陳雨凡律師

黃任顯律師

謝孟羽律師

上訴人 劉若琳

選任辯護人 陳奕廷律師

林俊宏律師

曾維翎律師

上列上訴人等因妨害自由致死案件，不服臺灣高等法院中華民國115年1月27日第二審判決（114年度國審上重訴字第4號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署113年度偵字第3002、6418、9602號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

一、按國民參與刑事審判案件（下稱國審案件）上訴於第三審應依國民法官法（下稱國審法）第4條、第91條及其施行細則（下稱本法施行細則）第310條之規定，本於國民參與審判制度之宗旨，妥適審查第二審判決之判斷是否有違誤。又上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之，刑事訴訟法第377條定有明文。如果上訴第三審之理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為

01 第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為
02 違背法律上之程式，予以駁回。

03 二、本件第一審國民參與審判判決認定上訴人劉彩萱、劉若琳
04 （下合稱上訴人等）有其事實欄所載，均為成年人，自民國
05 112年9月4日起至同年12月23日晚間10時止共同接續對劉彩
06 萱負責全日照護之A童（000年0月生，姓名詳卷）施以凌虐
07 或以他法妨害其身心健全或發育、故意傷害A童成傷或妨害A
08 童之行動自由，直至A童於112年12月23日晚間因長期營養不
09 良、身心狀況惡化，出現嘔吐、手腳冰冷、食慾不振及活動
10 力下降情形，並於翌日凌晨0時21分失去意識，經送醫仍因
11 低血容性休克不治身亡之犯行，因而論處上訴人等共同犯成
12 年人故意對兒童施以凌虐而妨害自由致死罪刑（競合犯行為
13 時之刑法第286條第1項、第3項之凌虐兒童妨害身心發展致
14 死、兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段、刑法
15 第277條第2項之成年人故意傷害兒童致死罪，分別處劉彩萱
16 無期徒刑，褫奪公權終身、劉若琳有期徒刑18年）。檢察官
17 僅就第一審判決關於劉若琳之量刑部分提起上訴；上訴人等
18 均就第一審判決之全部提起上訴，原審審理後，以第一審判
19 決有關事實之認定部分俱未違反經驗、論理法則；適用法律
20 及訴訟程序暨量刑部分亦無違法、不當情形，故維持第一審
21 判決之結果，駁回檢察官及上訴人等在第二審之上訴，已詳
22 述其駁回上訴之理由；所為論斷，均有卷存證據資料可資覆
23 按，從形式上觀察，原判決尚無足以影響判決結果之違背法
24 令之情事。

25 三、上訴人等之上訴意旨，分述如下：

26 (一)劉彩萱部分：

27 1.關於認定事實部分：伊沒有提供燒焦食物給A童，不能僅以證
28 人MIRA（姓名詳卷）臆測之詞認定伊餵食A童燒焦食物，因為
29 依MIRA之證詞，她只知道伊放置之鍋巴不見了，然後聞到攪拌
30 機中有鍋巴的味道，然後看到伊將食物拿到廁所餵A童，她沒
31 有親眼看到伊把打碎的食物放進紙碗裡，且伊門是關上的，MI

01 RA看不到裡面的情形，關於MIRA未親自見聞伊餵食A童燒焦食
02 物之證詞有利於伊，但原審並未審酌上開有利於伊之證詞，復
03 誤認伊是辯稱平日將廚餘攪碎後都倒進水槽裡，實際上伊是供
04 稱平日將廚餘倒到甲地（地址詳卷）後門的水溝裡，況且市面
05 上確有廚餘機是利用打碎的方式處理，原審未綜合全部證詞為
06 整體評價，所為論斷違反經驗法則、論理法則，並據以為從重
07 量刑之理由，有判決理由不備及理由矛盾之違法。

08 2.關於訴訟程序部分：

09 ①本法施行細則第161條第3項明白採取「高度門檻」之權衡法
10 則，其文意既為「『顯然』高於」，即係為防止法院以抽象的
11 效率或偏見疑慮，率爾排除辯方提出之防禦證據，依該條規
12 定，法院應以准許為原則而以排除為例外。然伊於第一審審理
13 時聲請調查35項證據中只准許5項，且其中1項還是部分准許，
14 致關於A童為有毒品危害之高風險家庭，在交付伊照顧之前即
15 有營養吸收不良之健康問題、自撞、自摔所造成之傷勢等對伊
16 有利之主張，無從呈現。另量刑證據之聲請調查部分，第一審
17 亦僅准許伊聲請之23項證據中之2項，致伊無法證明伊早已向
18 家人、友人、社工、兒童福利聯盟反應伊面臨照護A童之困
19 境，但未獲置理、協助等有利於量刑之主張，相較於國審法審
20 理之效率而言，後者並未顯然高於伊提出有利證據以釐清事實
21 之正面效益。原判決僅抽象概括以「高度尊重」維持第一審調
22 查證據之範圍，等同將前開法定權衡之門檻架空，有濫用刑事
23 訴訟法第163條之2審查調查必要性之權限，影響伊訴訟防禦
24 權。另其駁回聲請之理由說明，未就各項證據之證明目的與待
25 證事實之重要性作出具體認定，說明其權衡結果，顯然是以
26 「裁量濫用原則」取代「法定要件加上高門檻權衡」，架空第
27 二審之救濟功能，判決違背法令。再：

28 (1)被告之緘默權及辯護人之有效辯護權，為刑事訴訟法之核心保
29 障。被告陳述外之其他證據係評價被告陳述是否可信之證據方
30 法，難以「被告可以自行陳述」之旨，作為駁回被告之證據調
31 查聲請之理由，第一審以伊可以自行說明為由，不當駁回原判

01 決附表（下稱附表）六甲證30、51、63、丙證17、28等調查證
02 據之聲請，使伊及伊之辯護人（下稱辯方）「以多元證據交互
03 補強」的高強度防禦，降格為「單憑被告自述承擔全部風險」
04 的低強度守備，此種以被告防禦能力下降為代價，換取法院程
05 序便利之作法，客觀上屬辯護權之不當限縮，亦使被告之防禦
06 權行使增加了憲法所不容許之負擔，將法定界限之逾越錯置為
07 裁量取捨之問題。

08 (2)刑事訴訟法第163條之2所定關於調查證據之必要性，並不包含
09 辯方檢驗證據能力之有無及準備交互詰問所必須取得之基礎資
10 料之調取與保全。鑑定意見是原始資料2次加工之結論，辯方
11 欲有效攻防鑑定證據，通常必須掌握原始材料，鑑定人曾經參
12 考與法庭已調查是不同的，不能等同辯方取得資料而為有效對
13 質之機會。倘若法院准許以鑑定報告作為核心證據，卻否准辯
14 方調取鑑定報告所憑基礎資料之聲請，以為實質防禦，自會損
15 及法院對於鑑定報告之證據能力及證明力之實質審查。伊已多
16 次請求調取並扣押附表六甲證71之書面資料，然第一審未依本
17 法施行細則第136條第1項、刑事訴訟法第274條、第133條第1
18 項、第138條之規定依法調取、扣押，反以辯方沒有提出鑑定
19 報告有何未判讀之缺失，即認無調查之必要，違反武器平等原
20 則，並混淆證據調取與保全與公判庭上進行證據調查兩個不同
21 層次之程序，而為循環論證，違反刑事訴訟法保障防禦權、確
22 保證據可對質之原則。

23 (3)資料送鑑定並不是刑事訴訟法第163條之2第2項所列不必要之
24 類型之一，第一審否准附表六甲證28、57、58、62之證據，造
25 成武器不平等之結果，第一審未依本法施行細則第161條第1、
26 2項具體審酌證明目的、待證事實重要性及其影響程度，更未
27 依同條第3項為權衡，原判決僅以屬裁量而未達恣意予以概括
28 尊重，實質侵害伊之防禦權，並使前開規定形同具文，不利於
29 國民參與審判制度宗旨之落實，構成刑事訴訟法第378條之違
30 背法令。

01 (4)第一審法院以檢察官未主張A童死因為體內軟組織內體液堆積
02 造成，作為否准調取附表六甲證71之理由，係以檢方攻防策略
03 限縮辯方得提出之防禦方向，用法錯誤。蓋提出替代解釋成
04 立，即可指出檢方推論鏈之斷裂與其他可能性，此即足以動搖
05 罪責之認定，否則無異剝奪辯方檢驗證據科學性以及發現死因
06 真相之權利。

07 (5)第一審就證據調查聲請否准之比例甚高，且理由多以「片
08 段」、「重複」、「人證優先」、「可由被告說明」等類型化
09 之理由為憑，未從本法施行細則第161條第3項所明定之「危害
10 程度是否顯然高於其正面效益」角度說明否准之理由，此觀諸
11 附表六甲證46、47、48、50、54、55、56、74、28、57、58、
12 62之駁回理由即明。辯方之敘事被迫碎片化甚至無法成立，實
13 質侵害辯方之有效辯護權，何況伊聲請之多位證人及多項證據
14 均未有證明同一待證事實情形，而均為交叉印證、建構各證詞
15 之可信性，不同證人或證據資料，來源包含社工、訪視員、友
16 人、家人、保母、醫師，由多重之觀察位置、接觸時點與資訊
17 來源差異，用以建立與檢方主張事實全然不同之推論鏈基礎以
18 撼動檢方推論並建構合理懷疑，當屬必要。揆諸前揭規定要求
19 法院對於調查證據准否，必須考量待證事實之重要性及該證據
20 對認定事實影響程度，第一審僅以甲證21、53證據業經准許調
21 查而否准附表六甲證46、47、48、50之調查，未具體說明究竟
22 哪一些證據是累積而無法提供額外之證明效果，未踐行上開規
23 定之要件審酌。原判決概括以尊重第一審之裁量維持第一審駁
24 回之裁定，等同將辯護權誤削為「只准許被告用法院挑選的那
25 幾塊拼圖」，違反前開規定之規範目的，適用法則違誤。

26 (6)人證優先並非當然正確之證據法則，書證反能避免記憶偏誤，
27 第一審排除附表六甲證54之調查，是以法院偏好取代法定要件
28 之審酌，亦逾越刑事訴訟法第163條之2必要性審查之界限。尤
29 其A童過往健康及家庭背景屬與伊之行為與A童死亡結果的因果
30 鏈有無替代原因、檢方起訴事實有無合理懷疑之重要拼圖。若
31 第一審將A童家庭背景及過往健康狀態與A童有無遭不當對待切

01 割而否准附表六甲證55、56、74之聲請，形同先替檢方鎖定單
02 一因果敘事，使辯方失去提出替代解釋與打斷檢方推論鏈之證
03 據基礎，對被告權益與正當程序之損害甚鉅。

04 綜上，第一審否准辯方所提前述證據調查之聲請，均違背法
05 令，然原判決均未予以糾正，仍予維持，判決適用法則不當。

06 ②原判決未依刑事訴訟法第245條第1項、國審法第43、46、82、
07 91條及本法施行細則第81、98、243條詳予審究本件第一審國
08 民法庭已受媒體報導及輿論污染，但第一審法院並未採取足以
09 排除或降低偏見風險之具體措施，例如：(1)未對上訴人聲請傳
10 喚之證人為適當之隱蔽、(2)未制止鑑定人在鑑定意見帶入個人
11 情緒及對外接受媒體採訪及其團隊對外發布公開信、(3)未妥適
12 處理旁聽敵意與辯方助理席位安排、(4)在辯方主張不行國民參
13 與審判程序、不公開行準備程序時，均僅以相信國人之媒體識
14 讀能力而拒絕辯方之聲請，導致辯方的證人遭媒體、網路輿論
15 撻伐，已違反憲法第8、16條、公民與政治權利國際公約（下
16 稱公政公約）第14條、聯合國人權事務委員會第32號一般性意
17 見第21、25、30段所保障之依正當法律程序受法院審判之權利
18 及無罪推定。惟原判決未依上開規範共同揭示之制度目的，審
19 查偵查、起訴資訊外流及偏頗報導對程序公正之影響等程序瑕
20 疵，將各不公正情形切碎處理、逐一排除，即將國家是否提供
21 一個合法正當法律程序要求之審查方法，誤解為法官有無受媒
22 體影響之審查，與本院108年度台抗字第921號裁定所揭示之
23 「就各種情形，作個別具體觀察」之審查要求不符，有判決理
24 由不備、違反論理法則及適用法則不當之違法。

25 (二)劉若琳部分：

26 1.關於認定事實部分：

27 ①原判決認定伊未恢復受綑綁A童之行動自由，係憑伊自承將澡
28 盆扶正再將A童放入澡盆內之供詞，但原判決未說明何以伊亦
29 同時供稱之後有替A童鬆綁並牽A童至客廳及替A童蓋上被子等
30 語，何以不被採信之理由，且卷附對話紀錄並未提及鬆綁之
31 事，亦不能憑此認定伊沒有幫A童鬆綁，反而因劉彩萱至丙地

（地址詳卷）接回A童時，A童已無綑綁之事，可以證明伊所述有替A童鬆綁之事，與客觀事實相符，是原判決認定伊未使A童恢復行動自由之事，違反經驗法則、論理法則並有判決理由未備之違誤。

②遍尋全卷並無證據顯示伊知悉A童有腳跨置於牆上及其時間久暫，且伊甫至甲地，難以一眼即知A童營養不良，沒有證據證明伊知悉A童營養不良，況MIRA證稱劉彩萱準備燒焦食物給A童時，伊並不在場，無法期待伊察覺A童營養不良。另A童縱有水腫情形，但伊既非主要照顧者，當不知其水腫之原因及是否達應送醫之程度。原判決認定伊使A童腳跨牆上及未送A童就醫，違反經驗法則、論理法則、證據裁判主義，有判決理由未備之違誤。

③從MIRA證稱伊在112年12月最後1次見到A童時，未見到A童有任何傷，是看到A童傷快好了等語，以及案發前劉彩萱有帶A童去小兒科、牙科看診，但醫師都沒有見聞A童有明顯傷勢之情，以及法醫許倬憲證稱：皮下組織的傷不一定從皮膚看得到等語，暨伊與A童之互動不多，伊最後見到A童時，A童傷勢亦已經痊癒。A童身體狀況急轉直下時復身處於伊所不在場之乙地（地址詳卷），客觀上伊無法預見A童因劉彩萱之照顧行為會造成A童死亡結果，但原判決認定伊知悉A童有立即要就醫之傷勢存在，對於A童之死亡有預見可能性，未依憑證據，復未說明不採信前揭對伊有利之證據，判決理由不備。

④伊離婚之後對於娘家高度依賴，尤其對劉彩萱更有情感依賴需求，此與伊人格測驗、心理鑑衡結果相符，可知伊看到劉彩萱文字訊息時，並未發覺劉彩萱對A童有不當對待行為。伊只是被動接收劉彩萱傳送之A童照片，實無任何與劉彩萱討論謀議行為。原判決未區分「助成」與「促成」之不同，亦未考量伊是事後被動接收訊息之事，率認伊與劉彩萱有犯意聯絡，此部分伊於第一審已提出此答辯，然遭第一審之審判長制止並駁回伊之辯護人所提出異議，就此程序上之爭議，原判決以「前未提出而遲至罪責辯論才提出」等旨說明伊第二審所為之上訴無

理由，與卷內事證不符，屬錯誤地苛責辯護人違反集中審理及限制續審制之精神，有違反證據裁判主義、判決不適用法則及理由不備之違法。

2.關於訴訟程序部分：

①本案經媒體廣泛報導，參考美國聯邦最高法院曾以陪審員存在現實有罪預斷而撤銷有罪判決之案例，另有「本來有罪預斷」之案件移轉管轄之案例，以本案所形成之敵意社會氛圍，應認國民法官已經形成現實有罪預斷，本應裁定不行國民參審，然原判決單以檢察官有更正起訴書中之餘事記載、本件第一審審判長已經為審前說明之舉，認定國民法官絕對無預見及偏見，與國審法第6條第1項規定不符，適用法則不當。

②依附表三甲證41-2鑑定人丘彥南醫師擬於解說先行程序使用之簡報檔「R6-鑑定人丘彥南醫師簡報（第4版）.PPTX」之內容，該備忘稿欄位可見大量鑑定人與檢察官討論如何提出未經法院證據裁定准許提出之證據，顯見丘彥南醫師表現出明顯偏袒檢察官之立場，其欠缺中立性情形更可能對整體鑑定團隊的判斷產生影響，檢察官已違法為證人指導（witness coaching），於此辯方早於第一審即以鑑定人欠缺中立性而拒卻之，第一審亦曾駁回該拒卻之聲請，附表三甲證38、41-1、41-2等證據乃違反刑事訴訟法第202條鑑定中立性規定而無證據能力，然原判決認為此部分「未見辯護人主張」云云，與卷證資料不符。又第一審法院就鑑定人簡報檔所使用照片之證據裁定，是在第一審法院114年3月10日裁定不准辯方調查之聲請後，經檢察官私下以電子郵件方式向第一審法院聲請調查，在「未告知」辯方且未提供辯方繕本之情形下，裁定准許調查，復遲至審理前1日始提供給辯方知悉，致辯方無法進行充分之準備，違反公政公約第14條第3項第2款之規定，不得作為本案認定事實之證據。再原判決無視「臺大兒醫鑑定團隊的一封信」已經列明為「臺大兒醫鑑定團隊」，仍以該信件是否是鑑定人所提供尚屬不明，不採信鑑定人不中立之事實，有判決理由未備、判決不適用法則或適用法則不當之違誤。

01 ③第一審審判長對於本案之訴訟指揮有以下違法情事，原判決未
02 予糾正，仍認於法無違，亦有適用法則不當之情事，茲分述如
03 下：

04 (1)選任程序之重點應係要排除有不合理偏見、預斷心證之人，而
05 詢問問題是否與案件理論相關應非重點，就國民法官選任辦法
06 第9條第2項第2款之判斷，應著重於詢問問題對國民法官之看
07 法有無不當刺探，原判決關於伊主張第一審選任程序時辯護人
08 遭法院禁止提問一事，認無違國民法官選任辦法第9條第2項規
09 定之見解，於法不合。

10 (2)證人王凱弘另案經偵辦偽證罪，但業經不起訴處分，如允准檢
11 察官以敵性證人有偽證案偵辦中作為證據，不能避免檢察官以
12 刻意對其敵性證人發動偽證偵查以彈劾其憑信性之可能，將使
13 國民法官對該證人不信任，而影響審判之結果。是以原判決認
14 定第一審審判長駁回辯護人異議之訴訟指揮並無違誤，與本法
15 施行細則第188條第1項第5款規定避免國民法官產生預斷意旨
16 背道而馳，適用法則不當。

17 (3)第一審審判長在辯護人提出「風險降低概念」時，竟指示國民
18 法官注意此與審前說明之指示不一樣，則國民法官在面對審判
19 長上開指示後會讓國民法官對辯方產生質疑、不信任，該審判
20 長之訴訟指揮，已違反國審法第46條規定。且如依原判決所
21 述，辯方不得提出與合議庭相異之法律見解，即無異使法律見
22 解定於一鎚而不能交流討論，此結論荒謬至極。原判決未慮及
23 此，僅以辯護人仍有繼續陳述，便認定第一審審判長訴訟指揮
24 適當，為對實質辯護之重大誤解與蔑視。再辯方於第一、二審
25 程序之罪責階段，始終為無罪答辯，但縱為無罪答辯，仍需於
26 科刑階段先就被告可能成立犯罪之情形，進行科刑出證及辯
27 論，基於實質有效之辯護意旨，辯方必須針對被告所有成罪可
28 能性均善盡辯論之責，並無限制主張無罪之被告，不能在科刑
29 辯論時就可能之罪名均進行答辯，是以縱使在準備程序時未形
30 成是否成立幫助犯之爭點，但法官及國民法官之評議不受準備
31 程序形成爭點之拘束，非無可能評議之結果是成立幫助犯，當

然有提出之必要性，原判決逕認辯護人係為矛盾之訴訟策略，第一審審判長前述作為係善盡訴訟照料義務，無異使國民參與審判制度在擇定訴訟策略時，成為以被告人身自由為賭注之零和遊戲，使被告之行為處於唯有成立共同正犯或無罪之可能，形同直接限制甚至剝奪被告憲法上答辯有利事證之基本權利，更因個案在實體法上無法適用刑法第30條之規定而違反罪刑法定原則，原判決仍認第一審審判長未有指揮訴訟不當情事，適用法則不當。

3.關於適用法律部分：

原判決認定伊自願承擔保護A童之義務，具保證人地位，但未界定伊自願承擔之具體期間，與刑法第15條第1項規定不符。所謂自願承擔義務之認定，應以主動承按照顧保護客體之具體行為為起點，迄至主要照顧者接手照顧保護客體時為終點。原判決並未敘明伊承擔義務之具體時間，即認為伊有全面性自願承擔保護義務之事，然伊仍有自己托育之幼童，且照顧幼童之地點是在丙地，事實上並無可能全天候協助劉彩萱看顧A童，原判決泛稱伊自願承擔A童保護義務，與本院之前判決所論述之保證人義務之歸責原則有違。另依共同正犯之功能性犯罪支配理論及共同正犯逾越（過剩）法理，伊與劉彩萱亦不成立共同正犯，原審認定伊與劉彩萱為共同正犯，適用法則不當。

四、惟按：

1.證據之取捨及事實之認定，為事實審法院之職權，如其判斷無違經驗法則或論理法則，復已敘述其憑以判斷之心證理由，即不能任意指為違法。又國審案件之上訴，關於事實之認定，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，國審法第92條第1項定有明文。

①原判決已綜合卷內證據資料，依證據調查之結果，卷內有利、不利上訴人等之證據，說明第一審判決所認定之事實並未違反經驗法則、論理法則之理由，包含附表一編號6事實之認定，係依憑MIRA親眼見聞劉若琳將裸體躺地上雙腳抬高跨於甲地1樓通往地下室門上之A童腳移至旁邊而未使A童站立等情，核與

01 劉若琳自白及劉彩萱供述相符等旨之論斷（見原判決第42至44
02 頁），難指其理由不備、理由矛盾或違反經驗法則、論理法
03 則、證據裁判法則。

04 ②再：

05 (1)用以證明犯罪事實確具有相當程度真實性之證據，不以證明犯
06 罪構成要件之全部事實為必要，亦不以直接證據為必要。原判
07 決已說明第一審認定附表一編號11之事實，並非僅以MIRA之證
08 詞為憑，尚綜合A童之照片、影片。且MIRA雖非親眼見聞A童遭
09 餵食燒焦廚餘之情，然其證詞中關於燒焦廚餘不見、攪拌機內
10 有該廚餘味道及顏色、劉彩萱將之倒入紙碗後拿至廁所餵食A
11 童等間接事實推認劉彩萱有前述以燒焦物餵食A童之情並未違
12 反經驗法則、論理法則之理由甚詳（見原判決第19頁），難指
13 為違法。

14 (2)本件第一審判決認定附表一編號9之事實為「劉彩萱……見遭
15 綁住手腳置於桶內之A童試圖掙扎、踢翻桶子，竟未予適當照
16 顧或協助其脫困，而係將A童扶正置回桶內3次」，並未載明劉
17 若琳見該情狀未為協助之時間久暫，尚無從以A童交還劉彩萱
18 時已經被鬆綁之情，率認原審未糾正第一審判決前述事實之認
19 定為違法。

20 (3)依刑法第17條規定之反面解釋，加重結果犯以行為人對於結果
21 之發生有預見之可能性為必要，該所謂預見可能性乃指通常一
22 般人依該等客觀情狀有預見結果發生之可能而言，與行為人主
23 觀上預見其發生有別，前者就結果之發生為預料之外，然客觀
24 上有預見結果發生之可能而令負其加重結果責任；後者屬對結
25 果之發生有明知或容任之故意，2者應負之責任有別，不得不
26 辨。依原判決之認定及卷附資料，劉若琳自111年11月10日取
27 得居家式托育服務登記，有照顧幼童之專業職能。第一審綜合
28 卷內證據資料，認定劉若琳於附表一編號1所示時地故意傷害A
29 童後與劉彩萱討論如何規避責任而非選擇將A童送醫，並於附
30 表一編號3、4、5、6、7、8、9、12所示之時地親見A童遭妨害
31 自由或聽聞、接收到A童被劉彩萱妨害自由、傷害、凌虐之影

01 像時未為任何作為，甚至嘻笑附和之情或於單獨看管A童時僅
02 移動正遭妨害自由A童位置等情，認定劉若琳與劉彩萱有妨害
03 自由、傷害、凌虐行為之犯意聯絡與行為分擔，客觀上就A童
04 死亡結果之發生有預見之可能性，尚未悖於經驗法則、論理法
05 則，原判決本於同旨而予維持，自無違誤。

06 2.本件檢察官起訴上訴人等故意犯罪而發生死亡結果，依國審法
07 第5條第1項第2款之規定，應行國民參與審判程序。雖上開案
08 件得依職權或當事人、辯護人、輔佐人之聲請裁定不行國民參
09 與審判程序，然是否不行國民參與審判程序係第一審法院得依
10 職權裁量之事項。第一審法院已審酌公共利益、國民法官與備
11 位國民法官之負擔、當事人訴訟權益各項因素後，認定本案情
12 節並無不行國民參與審判為適當之情形（見第一審法院113年
13 度國審訴字第1、5、6號裁定及原審法院113年度國審抗字第13
14 號裁定），經核於法並無不合，則原判決依國審法行第二審審
15 理程序，尚無違法不當之可言；況原判決已說明本件行國民參
16 與審判程序如何並無因媒體影響而難期公正之情，暨國民參與
17 審判與陪審制不同，不得比附援引等旨（見原判決第21至24
18 頁）。上訴意旨再事爭執本案不應行國民參與審判程序，自非
19 適法之上訴第三審之理由。

20 3.國民法官、備位國民法官之選任，首重確保審判者之公正性及
21 實現來自不同領域、背景之國民多元參與之制度精神，以融合
22 多元價值並反映國民正當法律感情，是以對候選國民法官所為
23 詢問，應依上開精神妥適為之，不能以探究候選國民法官於本
24 案可能之心證為主要目的，更不應利用提問內容，於事前使候
25 選國民法官對即將審判之個案產生不當之偏見或預斷，以免喪
26 失公平審判之精神而違反國民參與審判之初衷。上訴意旨指摘
27 國民法官之選任程序瑕疵部分，雖非屬國審法第89條所列之不
28 具備同法第12條第1項所定之資格及同法第13、14條所定之不
29 得執為上訴理由之情形，然依原判決之認定及卷附資料，從劉
30 若琳否認犯罪所持辯解各詞及其選任辯護人辯護各節均在強調
31 其信任姊姊劉彩萱之行為客觀上不可能導致A童死亡結果來

看，辯護人對候選國民法官詢以「如果有一個熟識的人跟你說，這件事情沒有問題，我通常會相信也不會再查證，是或否？」、「請問若有一句話是，我相信直覺，我覺得一個人可信的話，我就會把他所有的話當真，是或否？」、「若我信錯了別人，導致做錯了決定，那就是我自己的責任，是或否？」等問題，顯然均攸關劉若琳之前揭辯解可否被受詢問人採信，審判長以前揭問題有刺探候選國民法官心證之疑慮而予禁止（見選任程序卷宗第433頁），核屬依國民法官選任辦法第9條第2項第2款規定之適法職權行使。原判決已經說明審判長此部分之訴訟指揮尚無違法不當之理由甚詳（見原判決第56、57頁），於法並無不合。

4.按除刑事訴訟法第379條情形外，訴訟程序雖係違背法令而顯然於判決無影響者，不得作為上訴之理由，同法第380條定有明文。國審案件之上訴，應依事後審及限制續審制之精神，秉持謙抑原則，妥適尊重第一審法院之判決結果，以達到反映國民正當法律感情及增進國民對於司法信賴之立法目的，是以第一審縱有訴訟程序違背法令或適用法令違誤之事由，如果除去該瑕疵，未對第一審判決產生影響，第二審法院即應尊重第一審法院之判決結果，不得逕予撤銷，此觀本法施行細則第306條之立法意旨即明。是以國審案件，以第一審審判長對訴訟指揮有違誤提起第二審之上訴，倘該違誤情形並未影響判決結果，無論第二審判決就此部分之論斷是否合適，均不得執為上訴第三審之理由。又前開所謂足以影響判決之結果，應達到與國審法第92條第1項但書相同之撤銷標準，即非僅止於有撤銷之可能，而應達到有顯然影響判決結果之蓋然性而言，自不待言。

①第一審為上訴人等有罪之認定，固說明證人王凱弘之證詞中關於平日A童有罵髒話、磨牙及向後倒之異常舉止部分，不足為有利於上訴人等之認定等旨，然依第一審判決之認定，其未採信上開證詞之理由為：(1)王凱弘與劉彩萱之母子關係，憑信性低、(2)王凱弘在甲、乙地停留時間非長，以及(3)王凱弘對於A

01 童受托育之管道並不清楚等情為理由，並未以王凱弘另案因偽
02 證罪遭偵查為由（見第一審判決第14頁），亦即第一審法官並
03 未受檢察官對王凱弘詰問以「……是否因為涉及偽證罪，以被
04 告身分接受地檢署偵查？」，王凱弘答稱：「是」之影響，故
05 縱使證人回答「否」或審判長不准許檢察官提問，王凱弘之證
06 詞亦難以被採納，是第一審審判長之上開訴訟指揮不足以影響
07 判決之結果，不得作為上訴第三審之理由。

08 ②依國審法第45條第1款、第47條第2項第3款、本法施行細則第1
09 47條第1項之規定，法院應依照檢察官、被告及辯護人主張之
10 待證事實，妥適整理爭點，並載明爭執與不爭執事項。審判長
11 為避免國民法官對於本案之爭點、當事人之主張及證據內容產
12 生混淆誤解，亦應善盡訴訟照料義務為必要之闡明或釐清，國
13 審法第46條、本法施行細則第98條第1項分別定有明文。第一
14 審審判長對於辯護人為劉若琳辯護時係說明以：「辯護人上開
15 說明不在審前說明之內容，或與審前說明之內容不同」、「幫
16 助犯不在爭點」等旨（見第一審卷七第623、624、627頁、卷八
17 第274、275頁），核屬依國審法第46條、本法施行細則第98條
18 第1項之規定，就本案審理後之爭點為闡明及釐清，以免造成
19 國民法官之混淆，觀諸劉若琳之辯護人於第一審審理期日之全
20 辯論意旨，其辯護人已就其如果經認定成立幫助犯即應予減刑
21 等旨為實質辯護，亦即第一審審判長前開訴訟指揮實際上未生
22 阻止之效果，且依卷附證據資料調查之結果，以及原判決理由
23 欄中已論述此部分事實認定及法律適用之結果（見原判決第4
24 7、48頁），難認劉若琳之實質辯護權受到審判長該等訴訟指
25 揮之影響，該訴訟指揮亦顯不足以影響判決，不得作為適法之
26 上訴第三審理由。

27 ③公政公約第14條第3項第2款規定被控刑事犯罪之被告享受給予
28 充分之時間及便利，準備答辯並與其選任之辯護人聯絡之保
29 障，旨在避免突襲而影響被告之防禦，如果准許調查證據之通
30 知送達被告之時間距離審理期日較近，依該證據之性質，並不
31 影響被告之防禦，即無足以影響判決之結果，當不得作為上訴

01 第三審之理由。鑑定人簡報檔所使用之照片本屬辯方聲請調查
02 之證據，亦即該照片之內容為辯方事先知悉存在之資料，且照
03 片之內容本身一望即知，即便較晚通知辯方該證據准予調查，
04 對劉若琳之防禦權難謂有何影響，該準備時間之長短，非足以
05 影響判決結果之事項，非得執為合法之上訴第三審理由。

06 5.按當事人、代理人、辯護人或輔佐人聲請調查之證據，法院認
07 為不必要者，得以裁定駁回之。下列情形，應認為不必要：
08 一、不能調查者。二、與待證事實無重要關係者。三、待證事
09 實已臻明瞭無再調查之必要者。四、同一證據再行聲請者，刑
10 事訴訟法第163條之2定有明文。另國審案件之檢察官、辯護人
11 或被告應慎選證據，非有必要，宜避免下列行為：一、基於矛
12 盾之主張而聲請調查證據。二、以多項內容重複之證據證明雙
13 方不爭執之事實。三、以多項內容重複且不具必要性之累積證
14 據證明特定事實。四、為妨害訴訟程序進行而提出大量證據。
15 另法院基於實現本法第四十五條、第四十六條之規範目的，認
16 為調查特定證據有下列情形之一者，得權衡其對國民法官法庭
17 以公正、客觀、中立方式審理之危害程度是否顯然高於其正面
18 效益，妥適決定是否准許調查：一、有誤導、混淆國民法官法
19 庭之疑慮。二、有使國民法官法庭產生不公正之預斷或偏見之
20 疑慮。三、大量提出不必要之證據調查，造成國民法官法庭過
21 度負擔，本法施行細則第156、161條第3項定有明文。上開法
22 院得考量之因素及其考量之結果，屬事實審法院得依職權裁量
23 之事項。本法施行細則第161條第3項關於「得權衡其對國民法
24 官法庭以公正、客觀、中立方式審查之危害程度是否顯然高於
25 其正面效益」之文義，僅在使法院注意得為如何之權衡，以實
26 現國審法第45、46條之規範目的，難以解釋為應以准許為原
27 則，以駁回聲請為例外。

28 ①依原判決之認定及卷附資料，劉彩萱聲請調查附表六所示之證
29 據數量超過50項，且聲請交互詰問之證人人數高達9人，倘從
30 寬全數或多數予以准許，當非國民法官時間、精力所能負擔，
31 且第一審以附表六各編號所示劉彩萱聲請調查之證據各有該等

01 編號所示之非必要調查之理由（見原判決第97至111頁），觀
02 諸前開理由，與前揭刑事訴訟法、本法施行細則第161條第3
03 項、第156條所列舉之事項以及前開施行細則所揭示之慎選證
04 據、權衡法則均相關且無扞格，難率指第一審有裁量濫用情
05 事，亦無損及上訴人等防禦權可言。況國審案件固非採覆審
06 制，而對新證據之調查定有特別規定，然國審案件之第二審仍
07 屬事實審，基於審級救濟之精神及國審法第90條第1項之反面
08 解釋，當事人、辯護人本得就第一審曾經聲請過而未調查或經
09 調查而仍未查明之證據釋明其待證事實及其調查之必要性，於
10 第二審提出調查證據之聲請，由第二審法院依前述規定權衡有
11 無調查之必要，以為救濟。如果當事人、辯護人上訴第二審
12 後，迄至言詞辯論終結前均未提出前開調查證據之聲請，即表
13 示該當事人對於第一審所為駁回聲請調查之裁定已經甘服而無
14 庸由第二審再裁量有無調查之必要性，難以原判決未指摘第一
15 審之前述裁定違法不當率指原判決適用法則不當。

16 ②依卷附資料，上訴人等經第二審受命法官諭知至遲應於114年1
17 0月14日提出證據調查之聲請後，上訴人等及其等辯護人並未
18 向原審聲請調查附表六甲證65、32以外之證據，且受命法官於
19 114年11月10日再詢以「就審理期日調查之範圍、次序及方
20 法，有何意見？」時，皆答以「沒有意見」、「請辯護人回
21 答」或表示希望調整新證據之調查順序等語（見原審卷三第10
22 5、238頁），另原審審判長亦於審理時再度確認本件調查證據
23 範圍，劉彩萱及其辯護人俱未表示要聲請調查附表六所示之證
24 據（見原審卷四第168頁），原審乃依原定調查證據之方法、
25 範圍、次序進行審理，已難認原審有應於審判期日調查之證據
26 未予調查之情形，劉彩萱據此指摘原判決未糾正第一審前開駁
27 回聲請之裁定違法，非適法之上訴第三審理由。

28 6.按人民得請求受公正而獨立之法院依正當程序予以審判之權
29 利，乃憲法第16條保障人民訴訟權之核心內容之一。公政公約
30 第14條第1項中段亦訂明：「任何人受刑事控告或因其權利義
31 務涉訟須予判定時，應有權受獨立無私之法定管轄法庭公正公

開審問」，刑事訴訟法、國審法及其施行細則之諸多規定均以前述核心事項為目的，其中國審法第46條所定審判長「應注意法庭上之言詞或書面陳述無使國民法官、備位國民法官產生預斷之虞或偏見之事項，並隨時為必要之闡明或釐清」，亦旨在實現上開訴訟權利之實現。原判決就第一審審判長之訴訟指揮已逐一依卷附資料說明如何並無違法、不當（見原判決第24至27頁），經核其論述，並未脫逸於前揭公平審判正當法律程序目的之實現，尚難以其論斷並未強調正當法律程序或提及刑事訴訟法第245條第1項、國審法第43、46、82、91條及本法施行細則第81、98、243等規定即謂其審查第一審訴訟程序之方法錯誤、論理跳躍、破碎化而有理由不備及違反憲法第8、16條、公政公約第14條、聯合國人權事務委員會第32號一般性意見第21、25、30段之情形。

7.所謂證據能力，係指證據得提出於法庭調查，以供作認定犯罪事實之用，所應具備之資格；此項資格僅須證據與待證事實具有自然關聯性，符合法定程式，且未受法律之禁止或排除，即能具備。倘鑑定報告或鑑定人之證述與待證事實具備自然關聯性，其製作或供述過程均已符合刑事訴訟法所定法定程式而未受法律之禁止或排除，即已具備證據之適格。至鑑定報告或鑑定人之證述經合法調查後是否為法院所採納，容屬事實審法院本於證據調查之結果所為之證據之取捨，與證據是否適格係屬二事，不容混淆，尚難以當事人在鑑定前曾經為刑事訴訟法第200條第1項之拒卻鑑定之主張、鑑定報告所憑之資料並未經法院調取、扣押、鑑定人於法庭內外之主觀情緒或未經合法調查之信件等節，任意質疑鑑定報告或鑑定人有失公正，進而率指該等鑑定報告、鑑定人之證述均違反刑事訴訟法第202條之規定並否定其等證據之適格。附表三「證據編號」欄所示甲證38、甲證41-1、甲證41-2分屬國立臺灣大學醫學院附設醫院兒童醫院兒少保護醫療中心所作成之鑑定報告以及鑑定人呂立醫師、丘彥南醫師針對A童傷勢所為之鑑定證詞，可供作為認定上訴人等犯罪事實之用，自與待證事實具備自然關聯性，且前

述報告或證詞之作成均符合法定程式，並未受法律禁止或排除，當均具備證據能力。原判決已詳為說明上開編號甲證38、甲證41-1、甲證41-2等證據如何俱有證據能力並如何業經合法調查而可資為認定事實所憑之證據甚詳（見原判決第11至12頁，其中第12頁第17、18列之「……拒卻之權，未見辯護人主張」固與卷證不符，惟辯方拒卻之主張業經第一審審判長駁回，此誤載不影響判決結果），並就劉彩萱之辯護人爭執該甲證41-2之證據能力所為辯護各詞，說明第一審檢察官如何對上開鑑定人並無證據指導之情，予以指駁（見原判決第14頁），經核於法並無不合。

8. 刑法之共同正犯，其正犯性理論係「一部行為全部責任」原則，依一般採用之犯罪共同說，共同正犯之成立，各參與犯罪之人，在主觀上具有明示或默示之犯意聯絡（即共同行為決意），客觀上復有行為之分擔，即可當之。即便行為人僅參與後階段之行為，然基於強化參與結構對法益侵害之功能，利用其加入前他人已經實行之部分構成要件行為，以更新後之參與結構，接續參與構成要件行為以增加法益侵害之可能性，亦應認其有犯意之聯絡與行為之分擔，而應對法益侵害之實現同負其罪責，尚不得以行為人未全程為分擔行為即認為行為人與共犯間沒有犯意聯絡與行為分擔。是行為人與共犯共同犯罪決意之聯絡，明示或默示自己僅予部分之構成要件之實行行為，仍應共負其責，斷無割裂一接續之犯罪行為為作為犯及不作為犯之理。本件原判決認定劉若琳對於A童凌虐、傷害、妨害自由行為有犯意聯絡及行為分擔（見原判決第2、3頁所引第一審判決事實所載「……共同基於……」、「…共同凌虐、……分工情形……」、原判決第47頁），已認定劉若琳係基於共同犯罪決意而為一接續作為犯罪，揆諸前揭說明意旨，於法並無不合，且劉若琳既已有分擔作為，即無論述不作為犯應如何具備保證人責任之必要，本件原判決關於不作為犯保證人地位之論述應屬贅論。劉若琳上訴意旨復執此無關判決本旨之贅論，指摘原判決未敘明其不作為犯成立保證人地位係以何時為起點及

01 以何時為終點，暨任意主張劉若琳不具犯罪支配地位，依共同
02 正犯逾越法理，亦不成立共同正犯，俱非適法之上訴第三審之
03 理由。

04 五、綜上，上訴人等前揭上訴意旨，或係重執其等在原審辯解各
05 詞，或係執其等個人主觀意見，就原審適法審查第一審判決
06 之職權行使，任意指摘，均難認係上訴第三審之適法理由。
07 至上訴人等其他上訴意旨亦未依據卷內訴訟資料，具體指摘
08 原判決有何違背法令之情形，應認上訴人等之上訴，俱違背
09 法律上之程式，均予以駁回。

10 據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

11 中 華 民 國 115 年 7 月 23 日

12 刑事第二庭審判長法官 林立華

13 法官 王敏慧

14 法官 莊松泉

15 法官 鄭富城

16 法官 陳如玲

17 本件正本證明與原本無異

18 書記官 游巧筠

19 中 華 民 國 115 年 7 月 27 日