

# 日本最高裁判所對於死刑判決的量刑審查—以平成 11 年 12 月 10 日判決為核心的觀察

吳天雲<sup>\*</sup>

## 【目次】

- 壹、前言
- 貳、死刑量刑審查與本案判決
  - 一、最高裁判所之死刑量刑審查
  - 二、本案判決
- 參、日本死刑之量刑
  - 一、選擇死刑之量刑過程
  - 二、各個量刑因子之評價方法
- 肆、本案與我國實務之檢討
  - 一、本案判決之檢討
  - 二、我國實務之檢討
- 伍、結語
- 參考文獻

---

<sup>\*</sup> 臺北科技大學智慧財產權研究所兼任助理教授。

## 摘 要

量刑不當也是上訴理由之一，特別是鑑於死刑的最後手段性質，通常都會較為詳盡的說明是否選擇之理由，容易窺見審查之判斷過程。對此，本文考察日本最高裁判所罕見之認為判處無期徒刑顯著違反正義應該選擇死刑之平成 11 年 12 月 10 日判決，以該案例做為核心，輔以其他案例，觀察日本實務思考方式，以供我國實務參考。

**關鍵詞：**量刑、死刑、上訴、最高法院

## 壹、前言

日本刑事訴訟法明定量刑不當得為上訴理由<sup>1</sup>，所謂量刑不當係指第一審之宣告刑逾越合理的裁量範圍；其次，量刑重大不當，若未廢棄原審判決即顯著違反正義（下稱正義條款），得為上訴最高裁判所之理由<sup>2</sup>，但是後者實際上非常消極的適用，所謂顯著違反正義，係指若有量刑重大不當事由即會影響主文而難以維持原判決<sup>3</sup>。昭和 22(1947)年成立之最高裁判所，原則上尊重第二審之量刑，之後 60 年間適用正義條款廢棄第二審判決之案件僅有 25 件，廢棄量刑是極為例外之措施<sup>4</sup>。雖然涉及應否選擇死刑而上訴最高裁判所之案件不少，但是最高裁判所認為第二審迴避死刑判決顯著違反正義之案件更是鳳毛麟角。一般而言，故意殺人的被害者（下稱被害者）人數是日本實務選擇死刑之決定性量刑因子，自後述確立死刑量刑基準之最高裁判所昭和 58(1983)年 7 月 8 日判決（下稱永山判決）後<sup>5</sup>，至令和 4(2022)年，日本確定之死刑判決共計 203 件（被害者 2 人 101 件，1 人 20 件，其餘 3 人以上）<sup>6</sup>，被害者 1 人更經最高裁判所認為違反正義條款而廢棄無期徒刑判決者，僅有平成 11(1999)年 12 月 10 日判決（下稱本案）<sup>7</sup>，

<sup>1</sup> 日本刑事訴訟法第 381 條：「以量刑不當為上訴理由時，上訴理由書應援用訴訟記錄及原法院調查證據顯現之足信量刑不當的事實。」第 393 條第 2 項：「上訴法院認為必要時，得依職權調查第一審判決後影響量刑之情況。」第 397 條：「有第 377 條至第 382 條及第 383 規定之事由時，應以判決廢棄原判決。」（第 1 項）「依第 393 條第 2 項規定調查結果，如未廢棄原判決即認為顯著違反正義時，得以判決廢棄原判決。」（第 2 項）

<sup>2</sup> 日本刑事訴訟法第 411 條：「最高裁判所雖無第 405 條規定之事由，如有下列事由未廢棄原判決即認為顯著違反正義時，得以判決廢棄原判決：……二、量刑重大不當。……」

<sup>3</sup> 松尾浩也監修（2009），《條解刑事訴訟法》，頁 1037、1092-1093，弘文堂，四版。

<sup>4</sup> 原田國男（2011），《裁判員裁判と量刑法》，頁 197-198，成文堂。

<sup>5</sup> 刑集 37・6・609 頁。

<sup>6</sup> 永田憲史（2024），〈最高裁において永山事件第一次上告審判決以降令和 4 年末までに確定した死刑判決一覧〉，載：《關西大學法學論集》，73 卷 6 号，頁 63-112。

<sup>7</sup> 刑集 53・9・1160 頁。

可見該案除了被害者人數之外，尚有最高裁判所選擇死刑之堅實理由，相信對於我國實務的量刑判斷有值得借鏡之處。對此，本文先行簡述日本之量刑實務，進而依據本案之判例解說<sup>8</sup>，說明該案事實、判決理由與最高裁判所調查官之判例解說，進而利用其他日本案例比較考察，藉以窺見最高裁判所之死刑量刑審查方法，以供我國實務參考。

## 貳、死刑量刑審查與本案判決

### 一、最高裁判所之死刑量刑審查

最高裁判所之死刑量刑審查涉及的問題即為量刑基準（合理的裁量範圍）為何？如何決定選擇死刑？上訴審如何審查量刑？

#### （一）量刑傾向與量刑基準

量刑的定義之一，係指由法院在法定刑或加重、減輕之處斷刑範圍內裁量決定宣告刑（刑罰種類與數量）之程序。因為日本近八成刑事案件被告均自白犯罪，量刑才是多數被告主要的關心事項。量刑基準與刑罰論是一體兩面，既然刑罰本質是應報，同時達成一般預防與特別預防之目的。因此，量刑之一般指南係指行為者責任，並考慮一般預防與特別預防之目的。此外，日本法律並無量刑基準之明文，惟類推日本刑事訴訟法第 284 條：「依據犯人性格、年齡與境遇、犯罪之輕重及犯罪後之情況認為無追訴必要時，得不提起公訴。」利用緩起訴規定做為量刑基準<sup>9</sup>。

<sup>8</sup> 日本刑事訴訟法第 405 條：「對於高等裁判所之第一審或第二審判決有下列事由之一，得提起上訴：一、違反憲法或錯誤解釋憲法；二、判斷違反最高裁判所判例。……」其中，最高裁判所設置判例委員會選擇值得公開發表之裁判，刊登於最高裁判所判例集。此外，負責該判例之調查官編集判例解說，刊登於最高裁判所判例解說。參閱中野次雄（2009），《判例とその読み方》，頁 105-108，有斐閣，三訂版。

<sup>9</sup> 田口守一（2012），《刑事訴訟法》，頁 434，弘文堂，六版。另日本刑法改正草案第 48 條：「刑罰應反映犯罪行為人之責任而量定。」（第 1 項）「適用刑罰之際，應考

做為量刑基礎之事實即為「情狀」，兼指屬於犯罪事實（犯罪情狀）與非屬犯罪事實之情狀（一般情狀或狹義情狀），前者如「犯罪之動機、方法、結果」，屬於行為者責任之重要事項。後者如「犯罪行為人之年齡、性格、經歷及環境」等，做為判斷行為者社會危險性與改善可能性之事實，屬於特別預防之重要事項；其次，即使量刑基準與情狀已經明確，但是可以預見不同法院的考量不同而導致量刑差異，如果類似的情狀發生顯著差異時，當然不符合平等原則與刑事政策。因此，日本實務藉由檢察官之求刑與上訴審的量刑審查等方法而形成量刑傾向（量刑相場），試圖將量刑標準化<sup>10</sup>。

進一步問題則為量刑傾向與量刑基準之關係，量刑傾向是日本實務長年形成認為相同種類、性質或程度之案件應該考量適用相同程度的刑罰；其次，檢察官之求刑對於量刑程序非常重要，由於求刑也是依據量刑傾向做為前提，逾越求刑之量刑極為罕見而形成量刑的上限。因此，雖然量刑傾向並無規範的拘束力，但是日本實務一般認為具有事實的拘束力。此外，日本實務也是依據裁量空間理論（Spielraumtheorie，幅的理論），責任程度是量刑最基本的要素，抑制犯罪與更生改善之一般預防與特別預防的刑事政策目的，應該在責任的範圍內考慮。責任有一定的範圍，在此範圍內依照刑事政策目的而量刑。對於日本實務而言，量刑傾向大致符合責任的範圍，違反量刑傾向即屬違反責任主義之違法量刑。因此，關於量刑基準，涉及應該依據何種量刑基準，以及實際依據何種量刑基準等二個問題，亦即「應為」與「存在」的量刑基準，量刑傾向即屬後者<sup>11</sup>。

---

慮犯罪行為人之年齡、性格、經歷及環境、犯罪之動機、方法、結果及社會的影響、犯罪後之態度與其他情事，並以抑止犯罪及犯罪行為人之更生改善為目的。」（第 2 項）「適用死刑應特別慎重。」（第 3 項）

<sup>10</sup> 川出敏裕、金光旭（2018），《刑事政策》，頁 149-150，成文堂，二版。另日本刑事訴訟法第 293 條第 1 項：「調查證據終了後，檢察官應就事實及法律之適用陳述意見。」

<sup>11</sup> 原田國男（2008），《量刑判斷の實際》，頁 1-4，立花書房，三版。

即使是日本於平成 21（2009）年實施裁判員制度後，為了符合平等原則，由國民選出之裁判員也並非可以當然推翻以前之量刑傾向。例如父母共同對 1 歲 8 個月之幼兒傷害致死之案例，檢察官求刑 10 年有期徒刑而第一審（裁判員裁判）判處 15 年，並經第二審維持。最高裁判所平成 26（2014）年 7 月 24 日判決（下稱平成 26 年判決）認為違反正義條款之理由係「為了符合量刑公平性之觀點，關於以往量刑傾向存在不應做為前提之情事，裁判成員的判斷應該表示具體、具有說服力之理由<sup>12</sup>。」該案判例解說指出日本刑法係以單一構成要件內包含各種犯罪類型做為前提而規定寬廣之法定刑，例如殺人罪為死刑、無期徒刑或 5 年以上有期徒刑（第 199 條），具體可罰範圍則委由法院判斷，可以預定基於案例累積，在同一構成要件依據犯罪類型而形成量刑傾向。因此，依據犯罪類型之量刑傾向，其正當性不僅是類型相同案件之刑罰公平性觀點，也是基於量刑本質是科處行為相應刑罰之行為責任觀點，但是量刑傾向本身並無法規範的性質，而是表示行為責任之範圍並做為量刑的參考。當然量刑傾向並非絕對，也會因為社會情勢而變化，惟量刑傾向係依據案例累積而逐步變動，如果沒有具體、具有說服力之理由而做出突出的量刑，依據行為責任與刑罰公平性之觀點並不容許<sup>13</sup>。又如因為殺人等罪服刑 20 年，執行完畢後僅半年即依據奪取金錢之目的進入住宅後殺害被害者 1 人，第一審（裁判員裁判）判處死刑而第二審改為無期徒刑之案例。最高裁判所平成 27（2015）年 2 月 3 日裁定（下稱平成 27 年裁定）指出「原本裁判結果對於任何人而言都應該是公平，...死刑是最後的刑罰，基於應該慎重適用與確保公平性之觀點而慎重檢討案例累積之結果<sup>14</sup>。」

---

<sup>12</sup> 刑集 68・6・925 頁。

<sup>13</sup> 檜井英夫（2015），〈傷害致死の事案につき，懲役 10 年の求刑を超えて懲役 15 年に処した第 1 審判決及びこれを是認した原判決が量刑不当として破棄された事例 [第一小法廷平成 26.7.24 判決]〉，載：《法曹時報》，67 卷 8 号，頁 302、315。

<sup>14</sup> 刑集 69・1・1 頁。

## （二）死刑之量刑因子與量刑判斷

雖然死亡被害者 4 人，因為被告犯罪時僅 19 歲而且成長階段遭遇悲慘經歷，第二審廢棄死刑改為無期徒刑之案件，惟最高裁判所認為違反正義條款之「永山判決」，指出合併考察犯罪之罪質（例如照護原因之同一構成要件內形成不同責任非難程度情事）、動機、態樣，特別是殺人手段、方法的執拗性與殘虐性、依據被害者人數之結果重大性，特別是被殺害者之個數、遺族被害感情、社會影響、犯人之年齡、前科、犯行後情狀等各種事由之際，認為其罪責誠屬重大、無論從罪刑均衡抑或一般預防觀點可以處以極刑時，應允許選擇死刑。永山判決經我國文獻介紹與實務數次援引<sup>15</sup>，可以窺見對於我國實務也有一定的影響。

日本學者表示日本實務依據犯罪情狀決定量刑之大致架構（大致沿襲責任的範圍），再從中考慮一般情狀而決定最終之量刑，審酌一般情狀時會由量刑大致架構中考慮一層或二層有利、不利被告之情事。至於犯罪情狀包括犯罪事實，例如犯罪方法（殘忍性、執拗性、危險性、巧妙性、反覆性與模仿性）、結果之程度態樣、共同正犯之地位與任務等，以及密切關連之事項，例如犯罪誘因、直接動機（反社會性、私欲性、情欲性）、準備情況、計畫性、被害者方面之行為或情事、被告事後之行為與心情、對於社會的影響（結果重大性）等。而一般情狀包括與被告有關之年齡、前科、經歷與生活史、健康狀態、家庭環境，以及涉及被害者與社會方面之努力賠償、謝罪、和解、處罰情感之強弱、社會情況與法規之變化；其次，一般情狀以特別預防做為核心，但是也有屬於一般預防（如處罰情感）或刑事政策（如協助偵查）之要素。依據犯罪情狀選擇死刑，再依據一般情狀迴避死刑，亦

---

<sup>15</sup> 最高法院 108 年度台上字第 940 號判決、臺灣高等法院 110 年度上重更三字第 8 號與上重更一字第 3 號判決、臺灣高等法院 109 年度上重訴字第 50 號判決、臺灣高等法院 108 年度侵上重訴字第 1 號判決；謝煜偉（2014），〈「永山基準」臺灣版？——死刑量刑基準的具體化／最高法院 102 臺上 5251 判決〉，載：《臺灣法學雜誌》，249 期，頁 212-217。

即犯罪情狀做為量刑之上限，一般情狀僅做為減輕刑罰之考慮要素（下稱日本實務型之量刑方法）<sup>16</sup>。前開見解近時也影響我國實務（如後述）。

### （三）量刑審查

量刑審查對象係：1.量刑事實有無誤認；2.量刑事實之評價有無錯誤；3.量刑結論是否妥當<sup>17</sup>。至於第三審之量刑審查，相較於第二審更附加「重大」與「顯著違反正義」之要件，可以預見因為量刑不當而廢棄是相當限制之情況<sup>18</sup>。

## 二、本案判決

### （一）本案事實與訴訟經過

因強盜殺人罪判處無期徒刑假釋之被告<sup>19</sup>，與 K（無期徒刑確定）共謀，計畫殺害 87 歲之獨居女性並強取金錢，以巧言誘使被害人前往山中，使用石頭用力攻擊後腦導致失去意識，再用事先準備的繩子絞殺並取得存摺，隨後分次前往銀行提領合計約 31 萬日圓之現金。雖然檢察官對於被告求刑死刑，惟第一審判處無期徒刑，理由係「被告刑責重大固不待言，並非不能理解檢察官之求刑意見。然而，觀察被告應該斟酌之情狀，儘管本案是計畫性之強盜殺人犯行，但是觀察被害者狀況而逐步決定犯行，而且臨時尋找犯罪場所等情況，計畫性程度不高；其次，被告被逮捕後立即自白犯罪，其後一直自覺罪責重大，

<sup>16</sup> 原田國男（2009），〈裁判員裁判と死刑適用基準〉，載：《刑事法ジャーナル》，18 号，頁 54、57。

<sup>17</sup> 中桐圭一（2008），〈量刑の審査〉，載：《判例タイムズ》，1275 号，頁 67-68。

<sup>18</sup> 檜井英夫，同註 13，頁 306。

<sup>19</sup> 日本刑法第 236 條第 1 項：「以強暴、脅迫強取他人財物者，為強盜罪，處 5 年以上有期徒刑。」第 241 條：「強盜致人負傷者，處無期徒刑或 6 年以上有期徒刑。致死者，處死刑或無期徒刑。」該罪除了加重結果犯之外，也包括認識死亡或傷害結果之故意犯（最高裁判所昭和 23 年 6 月 12 日判決【刑集 2・7・676 頁】）。從而該罪兼及我國刑法之加重結果犯與結合犯。



已有受到極刑之覺悟，合併考量先前認真服刑而容許提早假釋等情況，無法否定沒有更生改善之餘地；再者，相較於過去 10 年判處無期徒刑假釋中犯強盜殺人罪判處死刑之案例，被告的情狀之中，殺害方法之執拗性、殘虐性、以前經歷等部分惡質程度較低。就此部分，判處被告極刑不免感覺躊躇。」第二審維持第一審之量刑判斷，其後檢察官依據量刑不當與違反判例之理由，向最高裁判所提起上訴。

## （二）本案判決理由

最高裁判所對於檢察官之上訴理由，認為包含違反判例部分，實際上是主張量刑不當，並非適法之上訴理由，惟原判決因為量刑重大不當而不免於廢棄並依職權加以判斷，本案判決理由除了援用永山判決外，並說明「依據前述，本案的強盜殺人係帶走獨居老年婦女至山中絞殺並強取所有財物之案例，犯行之罪質與結果極為重大，遺族的處罰情感嚴厲，不能無視對於社會之影響。被告實行犯行之動機，係因沈迷柏青哥，反覆向金融業者借貸難以償還而導致極為輕易的實行犯行，並無應該同情之部分。至於殺害的手段方法，係使用石頭用力攻擊頭部導致失去意識，以繩子纏繞脖子，兩位碩壯男性再用力全力拉扯，更合併考量為了湮滅證據將遺體拋棄懸崖並放置不理等部分，不得不認為是冷酷與殘虐。關於與共同正犯 K 之關係，被告計畫並實行全部的本案強盜殺人犯行，自始至終的主導犯行，其後更獨自使用強取之存摺，實行詐欺等犯行；其次，本案強盜殺人犯行後，阻止 K 的自首意思，持續無業且沈迷柏青哥之生活，事後情狀欠佳。而且，被告因強盜殺人罪判處無期徒刑假釋中再次實行本案強盜殺人犯行，此部分不外是非常惡質。特別是前件強盜殺人案係被告因賭博而難以償還借貸，卻以菜刀脅迫鄰居家庭主婦奪取現金，決意殺害認識之同女而隱避自己犯行後逃走且敢於實行，本案強盜殺人係為償還因為遊樂之借貸而利用認識女性之善意，計畫性的實行犯行，關於此部分具有顯著之類似性。正因如此，前案假釋中實行本案強盜殺人被告之反社會性、犯罪性，仍然無法輕視。綜合以上各點，雖然本案殺害之被

害者僅有 1 人，但是被告之罪責極為重大，限於沒有應該特別酌量之情事，不得不選擇死刑。」

本案判決理由接著說明「相對的，原判決與其肯定之第一審判決說明有前述三個應該酌量之情事。第一，關於計畫性程度較低的部分，的確被告事前謀議之際，尚未討論殺害被害者時間、地點等細節；其次，拜訪被害者後，決定確認是否有可以奪取之金錢再實行殺人；再者，也可以認為帶出被害者之後再尋找實行殺害之地點。然而，既然被告在事前謀議過程，已經決定使用繩子絞殺被害者奪取財物之基本內容。為了做好準備，購買犯罪時使用之繩子和工作手套，並將繩子捆綁並打結以增加強度。訪問被害者之後，為了確認被害者是否持有現金，假裝生病進入其他房間查看存摺或者試探性的向受害者借貸等方法，以臨機應變之方式巧妙的處理。此外，帶出被害者後，長時間維持殺害意思並持續尋找適當場所迄於實現犯行。對照此種情事，評價本案強盜殺人之計畫性程度較低並不相當。第二，關於被告仍有更生改善餘地的部分，被告在逮捕後比較早期的階段就自白全部犯行，第一審及原審維持自白的同時，也陳述受到極刑之覺悟；其次，觀察先前服刑之態度，另也可以發現假釋後努力經營健全社會生活之形跡。然而另一方面，被告在接受近親援助等相當優惠環境下開始假釋生活，但是不久就沈迷柏青哥而反覆借貸，以至於發生本案強盜殺人之結果；其次，被告對於被害者家屬完全沒有謀求慰問謝罪之措施。因此，認為被告自白表示反省之認定是過大的評價。第三，相較於以前判處無期徒刑假釋中再犯強盜殺人罪而選擇死刑之案例，被告情狀惡質程度更低之部分，前述案例在永山判決之後確定的裁判，均選擇死刑，前述案例對比特別是被殺害被害者 1 人之案例，依據前述被告之情狀，作為全體，到底無法評價為惡質程度較低而可以迴避死刑之程度。依前，原判決及其肯定之第一審判決說明的應該酌量情事，尚無法認為是不能選擇被告死刑之充分理由。因此，原判決在量刑時錯誤評價應該考慮事實之結果，肯定被告判處無期徒刑之第一審判決的量刑，其量刑重大不當，若未廢棄則顯著違反正義。」

### （三）本案判例解說

本案判決之判例解說，本文依據最高裁判所調查官之敘明如下<sup>20</sup>。

本案檢察官之上訴理由，認為原判決的量刑判斷違反永山判決與其後最高裁判所多次肯定之死刑判決。大致而論，永山判決表示選擇死刑之一般標準，雖然重大影響以後的日本實務，但是該案不外是以個別、具體事件作為前提之判決，並非沒有考慮其他的量刑因子；其次，各個量刑因子的重要性及其綜合評價，應依據具體情況而個別的考慮。本案判決基於此種考量，認為違反判例之主張實質上僅是量刑不當之主張。不過，本案判決引用並再度確認永山判決，表示永山判決列舉的各個量刑因子具有一般的類型性，可以做為日後之指引。

永山判決列舉之死刑量刑因子，在結果重大性特別附加「被殺害者之個數」。的確，對於死刑之量刑，被害者之個數當然具有重要的意義。本案判決前約 3 年，廢棄死刑改為無期徒刑之殺害 1 人詐取保險案件，判決表示「計畫殺害 3 人結果殺害 1 人」<sup>21</sup>，特別說明被害者 1 人之情事。不過，如果認為複數被害者是選擇死刑之要件係屬錯誤，永山判決並未否定被害者 1 人更綜合其他情狀而應該選擇死刑之情況，實際上永山判決之後被害者 1 人仍選擇死刑之案例不少，觀察這些案件內容，即使被害者僅有 1 人，對照動機、計畫性、犯行態樣與前科，屬於犯罪情節特別惡劣且罪責重大之案件，仍得選擇死刑，先前案例即表示「關於被害者 1 人之案件，考量各種情事，當然也有不得不肯定極刑之情況」<sup>22</sup>。

本案是被害者 1 人之案件，本案判決除了說明本案強盜殺人之罪質、結果重大性、動機及殺害方法惡質性之外，更指出被告在共同正

<sup>20</sup> 飯田喜信（2002），第一審判決の無期懲役の科刑を維持した控訴審判決が量刑不当として破棄された事例 [平成 11.12.10 第二小法廷判決]，載：《法曹時報》，54 卷 4 号，頁 229-249。

<sup>21</sup> 最決平成 8・9・20 刑集 50・8・571 頁。

<sup>22</sup> 最判平成 11・11・29 裁判集刑事 276 号 595 頁。

犯關係中居於主導的地位，而且被告前科與本案具有類似性，不能輕視假釋中實行本案之被告的反社會性、犯罪性，最後綜合以上各點，說明「被告之罪責極為重大，限於沒有應該特別酌量之情事，不得不選擇死刑」。

本案判決考量被告罪責程度時，判決內容特別重視被告因強盜殺人罪判處無期徒刑假釋中再犯同種之強盜殺人罪。本案檢察官上訴理由書指出，判處無期徒刑假釋中再犯強盜殺人等重大犯罪之案例，最高裁判所自永山判決後確定案件計有 5 件（強盜殺人 3 件，殺人 2 件），均重視無期徒刑之前科而選擇死刑。因此，在永山判決後，判處無期徒刑假釋中再犯強盜殺人等重大犯罪者均選擇死刑，即使被害者 1 人亦無例外，本案判決即沿襲以前案例並加以肯定<sup>23</sup>。

至於嚴厲處罰判處無期徒刑假釋中再犯強盜殺人等重大犯罪者之理由，係因在服刑期間已經受到充分之矯正處遇，結果卻再度實行凶惡犯罪，不得不判斷已無更生改善之可能性；其次，觀察永山判決後確定死刑之案例，關於犯罪之動機、手段與態樣，大部分都肯定與判處無期徒刑前科之類似性，並由此認識被告顯著之反社會性、犯罪性，成為選擇死刑之重要理由<sup>24</sup>。因此，本案判決比較被告之前科，指出「具有顯著之類似性」，進而評價「前案假釋中實行本案強盜殺人被告之反社會性、犯罪性，仍然無法輕視」。

再者，本案第一審判決認為相較於判處無期徒刑假釋中犯強盜殺人罪判處死刑之案例，被告的殺害方法之執拗性、殘虐性與以前經歷等部分，惡質程度更低。相對的，本案判決表示「對比特別是被害者 1 人之案例，依據前述被告之情狀，作為全體，到底無法評價為惡質程度較低而可以避免選擇死刑之程度」。如同前述，依據發生本案之經過、動機與態樣，可以肯定本案與被告前科具有顯著之類似性，

<sup>23</sup> 前田雅英（2001），〈死刑と無期の限界(下)--五件の最高裁判例の意味〉，載：《判例時報》，1740 号，頁 167。

<sup>24</sup> 原田國男（2002），〈上告審の量刑審査と量刑破棄事例の研究(下)〉，載：《判例時報》，1766 号，頁 18。

無法輕視被告之反社會性、犯罪性，推測此種情事係「作為全體」評價的一種情狀。

共同實行凶惡犯罪之案件中，究竟是主導的地位還是從屬的地位，是選擇死刑的決定因素<sup>25</sup>。本案判決特別說明本案的全部計畫與實行，被告自始自終居於主導地位，也依沿襲以往案例。

本案判決表示「被告之罪責極為重大，限於沒有應該特別酌量之情事，不得不選擇死刑」，接著依序檢討原判決與第一審判決列舉之三種情事，分別為比較先前無期徒刑假釋中再犯之案例、計畫性程度與更生改善之餘地。關於犯罪計畫性，並非永山判決明文列舉之量刑因子，本案判決前、後有關是否選擇死刑之案例，均認為欠缺計畫性或者程度較低時，列為選擇死刑之消極理由，例如「並非依據殺人與奪取財物之事前計畫」<sup>26</sup>、「殺人部分難以認為是事先精心策劃」<sup>27</sup>、「無法認為是決意犯罪而逐步著手準備」<sup>28</sup>。依據事件的不同，計畫性的內容和進行情況也有很大差異，並且前開案例都相應的受到消極評價。本案第一審判決認為「觀察被害者狀況而逐步決定犯行，而且臨時尋找犯罪場所等情況，計畫性質不高」。相對的，本案判決認為被告決定犯行之基本事項，事先準備，以臨機應變之方式巧妙的處理，更長時間維持殺害意思並持續尋找適當場所迄於實現犯行，結論即為第一審判決的評價並不相當。評價計畫性之際，應該注意殺意強固性、繼續性部分<sup>29</sup>；其次，本案判決說明包含計畫性在內的三種應該酌量情事，對照「尚無法認為是不能選擇被告死刑之充分理由」之內容，既然本案大致肯定具有計畫性，推測無法做為可以迴避死刑應該酌量之情事。

關於更生改善餘地之部分，第一審判決列舉從偵查階段開始都自

---

<sup>25</sup> 前田雅英，同註 23，頁 166。

<sup>26</sup> 最決平成 11・12・21 裁判集刑事 277 号 533 頁。

<sup>27</sup> 同註 22 判決。

<sup>28</sup> 最決平成 11・12・16 裁判集刑事 277 号 407 頁。

<sup>29</sup> 前田雅英，同註 23，頁 166。

白犯罪、已有受到極刑之覺悟與先前認真服刑態度等情況。相對的，本案判決指摘被告假釋不久就沈迷柏青哥而反覆借貸以至於發生本案，對於被害者家屬完全沒有謀求慰問謝罪之措施，進而導出「認為被告自白表示反省之認定是過大的評價」。

其他案例也說明「過度重視事後行為觀察被告人性、被告惡劣的成長情況與表明謝罪之意思等主觀情事並不適當」<sup>30</sup>，可以理解本案判決也是相同之思考。另一方面，也有案例認為被告深刻的反省悔悟是迴避死刑方向之酌量<sup>31</sup>。因此，被告反省悔悟對於選擇死刑應該何種程度的重視是值得議論之問題<sup>32</sup>，但是並非「特別」應該酌量情事之問題，被告之反省、自白無法認為達到此種程度之情事。

如此，本案判決認為原判決列舉之酌量情事，無法認為是迴避死刑之充分理由。因此，結論即為不外是選擇死刑，原判決因為量刑不當而不免於廢棄。與此相關，有見解認為最高裁判所之量刑審查是幅度或寬度的審查，如果是死刑或者無期徒刑都可以的幅度內，雖然也可能選擇死刑，但是不應推翻判處無期徒刑之原判決<sup>33</sup>。假設肯定前開理論，本案情況屬於超過此種幅度範圍而僅能選擇死刑；其次，本案廢棄後並未自為判決而是發回原審。鑑於選擇死刑之重大性，應該發回更為慎重的審理，永山判決亦同；再者，儘管本案判決屬於案例判斷而沒有表示新的死刑基準，但是無疑可以做為今後處理相同案例之重要指南，合併觀察本案前、後的案例，均可以做為選擇死刑的重要參考資料。

---

<sup>30</sup> 同註 22 判決。

<sup>31</sup> 同註 26 判決。

<sup>32</sup> 城下裕二（2000），〈最近の判例における死刑と無期懲役の限界〉，載：《ジュリスト》，1176 号，頁 69。

<sup>33</sup> 原田國男（2002），〈上告審の量刑審査と量刑破棄事例の研究(上)〉，載：《判例時報》，1765 号，頁 10。

## 參、日本死刑之量刑

本案判決表示被告罪責重大不得不選擇死刑之理由係考量犯行之罪質與結果、處罰情感、社會影響、動機、殘虐性、共同正犯關係、事後情狀，特別強調與前科具有顯著類似性（無期徒刑假釋中再次實行）。至於量刑重大不當之原因係考量計畫性程度、更生改善可能性與違反量刑傾向（比較以前判處無期徒刑假釋中再犯強盜殺人罪而選擇死刑之案例）。首先，永山判決列舉之要素甚多，如何形成選擇死刑之決定？其次，本案當中有永山判決列舉之量刑因子，也有沒有列舉之量刑因子例如計畫性，各個量刑因子之內容與影響程度如何？這些量刑因子如何形成量刑結果？事實上日本並無案例加以說明。因此，本文先行介紹日本學說歸納之選擇死刑的量刑過程，利用其他學說、案例說明各個量刑因子之內容與影響程度，進而以本案說明量刑因子形成量刑的過程並加以檢討。

### 一、選擇死刑之量刑過程

平成 27 年裁定指出「評議時依據案例累積觀察可見之考慮要素，計有犯罪之罪質……犯行後情狀等，但是導出結論時，基於各個要素之輕重和理由而綜合評價。」本案判例解說也表示各個量刑因子的重要性及其綜合評價，應依據具體情況而個別的考慮；其次，檢討量刑因子時困難之處在於量刑因子並非分別、獨立的作用，通常是集體、類型的作用，所以檢討量刑因子必需不斷的意識其他量刑因子與其相關之關係<sup>34</sup>。因此，各個量刑因子對於選擇死刑之影響程度並不相同而且相互影響。

---

<sup>34</sup> 遠藤邦彦（2011），〈量刑判断過程の總論的検討〉，載：大阪刑事実務研究会編，〈量刑実務大系 第1巻 量刑総論〉，頁 122，判例タイムズ社。

又如前所述，日本實務型之量刑方法認為依據犯罪情狀選擇死刑，再依據一般情狀迴避死刑，因此有關犯罪情狀之量刑因子具有重要性。詳言之，首先日本實務並無檢察官沒有求刑死刑而選擇死刑之案例，也沒有被害者沒有死亡卻選擇死刑之案例，所以兩者是選擇死刑之前提；其次，被害者人數一向是最重要的量刑因子，特別是被害者 3 人以上容易傾向選擇死刑，但是並非絕對之基準。因此，先依據被害者人數篩選後，再考量有無以下因子與其程度。第一，以下是影響程度重大之量刑因子：（一）首先認為重要的是犯行之罪質與目的，特別是擄人勒贖之目的，即使被害者 1 人也強烈的傾向選擇死刑，詐取保險之目的亦同。如果基於其他利益目的或者其他目的而被害者 2 人以上，且存在後述的其他加重因子時，也可以看出選擇死刑之傾向；其次，基於性慾之目的時，選擇死刑的可能性比以前更高。相對的，單純的暴力犯罪類型即難以選擇死刑，特別是因為被害者通常被視為有問題或有過失，例如加害者與被害者均為暴力集團成員並無選擇死刑之案例；（二）如果有殺人前科又再次殺人，也非常容易選擇死刑。殺害被害者 1 人判處無期徒刑假釋中再次故意殺害 1 人（總計被害者 2 人），大概也會選擇死刑，此種情況易於觀察犯罪深化之傾向。相同的，依據觀察犯罪傾向之觀點，利用不同機會殺害複數被害者，相較於利用同一機會殺害複數被害者，前者更容易選擇死刑。此因儘管沒有服刑卻再次逾越規範之障礙，可以觀察強烈的犯罪傾向。後者情況，如果沒有罪責相當重大之情況，則容易迴避死刑；（三）共同正犯關係並非永山判決列舉之量刑因子，但是居於主導地位者容易選擇死刑，即使並非主導地位卻是居於對等地位或者負責重要任務者也易於選擇死刑。相對的，居於從屬地位者則大概迴避死刑；（四）計畫性亦非永山判決列舉之量刑因子，卻是重要的量刑因子，特別是事先計畫殺人之擄人勒贖案例選擇死刑的可能性極高<sup>35</sup>。

其次是儘管影響程度不大卻仍有一定影響之量刑因子：（一）形成

---

<sup>35</sup> 永田憲史（2010），《死刑選択基準の研究》，頁 21-23，関西大學出版部。



動機之原因，相較因為健全的社會生活，特別是因為遊樂、賭博而形成取得利益之動機，後者容易嚴格的評價；（二）執拗性與殘虐性，通常多是刺殺、絞殺等方法，如果殺害方法特異時，即會嚴格之評價。又如多次或者長時間，也容易嚴格的評價；（三）遺族被害情感，但是不會因為嚴厲的被害情感而將判處無期徒刑相當之案件而選擇死刑。反面言之，遺族宥恕是可以選擇死刑卻選擇無期徒刑之案件的重要量刑因子；（四）社會影響通常涉及罪責之重大性，多數已在其他量刑因子內評價，一般難以影響量刑結果，但是高度模仿可能性等情況，在例外情形仍具有一定影響力；（五）反省悔悟、生育經歷、以前生活狀況等屬於推測更生改善可能性之行為者情事，日本實務一般傾向重視實行行為與結果，但是並非沒有完全考量，仍會斟酌而具有一定程度的影響力；其次，目前日本無期徒刑執行等同終身刑，對於更生改善可能性的影響力極低<sup>36</sup>。

結論即為選擇死刑重要前提係檢察官求刑死刑與故意殺人既遂，依據被害者人數篩選後，大致上考量有無犯行之罪質與目的、殺人前科、殺人次數、共同正犯之主導性、計畫性與被害等重大影響的量刑因子與其程度，判斷是否選擇死刑後，再依據其他具有一定程度影響的量刑因子與其程度，加上若干的修正與補充。日本實務大致根據被害者人數與重大影響的量刑因子做為判斷核心，行為者情事對於選擇死刑的影響不大<sup>37</sup>。

## 二、各個量刑因子之評價方法

綜上觀察，日本實務依據裁量空間理論（應為基準）與量刑傾向（實際基準），實現刑罰目的並確保公平性。至於選擇死刑之判斷，依據犯罪情狀選擇死刑，再依據一般情狀迴避死刑，各個量刑因子對於

---

<sup>36</sup> 永田憲史，同前註，頁 23-24。

<sup>37</sup> 永田憲史，同註 35，頁 25。

選擇死刑之影響程度並不相同而且相互影響，至於各個量刑因子如何評價？依據學說、案例說明如次。

### （一）被害者人數

人的生命既然是最重要之法益，被害者人數當然是影響應否選擇死刑之重要量刑情事，但是最後判斷之際，有關法益侵害行為意思決定之非難程度即為重要問題，例如因為突然產生之殺意而在同一地點快速連續殺害 2 人，相較於事先計畫殺害 2 人或者利用不同時機敢於殺害 2 人，非難程度當然有所不同<sup>38</sup>。因此除了被害者人數外，亦應考量其他涉及責任非難之量刑因子。

### （二）計畫性

依據日本之研究報告，自 1980 年代至 2009 年判處死刑確定案件，被害者 2 人之強盜殺人案件，多數是自始即有殺人故意的類型（65 人內 48 人即 73.8%）<sup>39</sup>，如果沒有計畫性，即需補充其他要素，例如利用同一機會或短時間內重複殺人<sup>40</sup>。平成 27 年裁定說明「侵害生命的危險性更高，同時輕視生命的程度更大，可以增加行為之非難」。該案判例解說表示針對侵害生命之強盜殺人的犯罪，一般而言從早期階段就計畫、進行準備後再實行殺害被害者時，危險性更高<sup>41</sup>。

屬於被害者 1 人之案例，例如為了報復強姦致傷罪被害者向警察

<sup>38</sup> 遠藤邦彦（2016），〈殺人事案における量刑事情の整理等に関する実践的視点とその留意点〉，載：井田良等編，《新時代の刑事法学--椎橋隆幸先生古稀記念 上巻》，頁 514-515，信山社。

<sup>39</sup> 司法研修所編（2012）《裁判員裁判における量刑評議の在り方について》，頁 113、120，法曹会。

<sup>40</sup> 本庄武（2013），〈強盜殺人一件、強盜致死・強盜致傷一件等の事案につき、無期懲役の量刑が維持された事例[最高裁第一小法廷平成 21.12.17 決定]〉，載：《判例時報》，2187 号，頁 175。

<sup>41</sup> 石田寿一（2017），〈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[第二小法廷平成 27.2.3 決定]〉，載：《法曹時報》，69 卷 3 号，頁 289。

告訴，於執行完畢後不久即殺害被害者，最高裁判所平成 16（2004）年 10 月 13 日判決（下稱平成 16 年判決）肯定第二審廢棄第一審判處無期徒刑改為死刑的判斷，表示「本案殺人是基於此於特異動機且極為自私與無理之犯行，實行犯罪之經過並無酌量之餘地。此種犯行基於高度計畫性與強固之殺意，使用高度殺傷力之刀刃的犯行態樣也是冷酷與殘虐。剝奪被害者生命之結果重大，遺族的被害情感極為嚴厲，造成社會之影響重大，被告於昭和 52 年因為殺害認識少女判處 10 年有期徒刑之前科，對照以上各種情事，也充分考量被告表示反省態度等應該斟酌之情事，被告之罪責極為重大，不得不肯定廢棄第一審無期徒刑而判處死刑之原判決<sup>42</sup>。」

另一方面，有時又認為欠缺計畫性並非「特別」有利被告情事，例如殺害分別年齡 23 歲、11 月母女並性侵前者，事後竊取財物之案件，第一審、第二審選擇無期徒刑之理由係並無計畫性、僅有竊盜前科無法認為有顯著犯罪傾向、犯罪時年滿 18 歲又 30 日並表示反省仍有更生可能性、母親自殺等可以同情之生活環境與影響性格的可能性，以及相較近時案例選擇無期徒刑並無不當等。其後如同本案，最高裁判所平成 18（2006）年 6 月 20 日判決（下稱平成 18 年判決）適用正義條款，廢棄第二審肯定之第一審無期徒刑判決，指出固然是否具有計畫性之非難程度不同，但是計畫強姦的凶惡犯罪，實行時因為壓制反抗或防止犯罪發覺而逐步決意並實行殺害被害者，無法認為殺害行為具有偶發性。即使欠缺計畫性，也不足以評價為迴避死刑應該審酌之特別有利情事<sup>43</sup>。該案是被害者 2 人之案件，依據以往案例處於選擇死刑界限的位置。就罪質、動機與態樣而言，性犯罪的動機固然惡質，但是行為態樣相較通常案件並無殘虐性。被害者情感應該考慮與罪責相應之情感反應，亦即客觀的被害情感。又認為欠缺計畫性並非特別

---

<sup>42</sup> 判例時報 1889 号 146 頁。

<sup>43</sup> 判例時報 1941 号 38 頁。

有利之酌量情事，從而該判決背離以往日本實務之見解<sup>44</sup>。

相對的，也有計畫性的殺害 2 名被害者卻迴避死刑之案例，例如因為不倫關係等原因負擔鉅額債務，基於詐取保險之目的，偽裝車禍溺斃妻子與岳母。最高裁判所平成 21 年 1 月 14 日裁定（下稱平成 21 年 1 月裁定），對於第二審廢棄第一審死刑改為無期徒刑之判決，表示「本案是高度利欲性之案件，……其動機極為惡質；其次，犯行態樣是為了取得保險金，在無人目擊之傍晚時刻，將妻子與岳母同乘之車輛偽裝成事故沈入海中，係基於確定殺意之計畫的犯行。……殘留尚未死亡仍有意識的被害者，任由車輛沈入海中致其死亡，也可以認為是殘酷、無情。奪取 2 人尊貴生命的結果重大；其次，也是親屬的遺族也表示極為嚴厲之處罰感情。因此，被告之罪責極為重大，應該屬於值得考慮對於被告選擇死刑之案件。然而，……被告並未預先檢查犯行場所，而是到達後才開始尋找犯行場所，難以認為依據嚴密、周到的犯罪計畫而實行，被告至 64 歲以前並無前科，至少無法認為實行殺人等凶惡犯罪之傾向，除了前述有關借貸經過外，作為社會人士過著大致普通的生活。雖然在第一審途中否認自白，主張係過失事故，但是第二審承認係因詐取保險而實行殺害行為，最終表示反省、悔悟之態度。考慮各種情事，判處被告無期徒刑之原判決，無法認為若未廢棄量刑即顯著違反正義<sup>45</sup>。」

以往基於詐取保險目的殺害被害者 2 人之確定死刑案件，均屬於高度計畫性之情況。該案問題在於選擇死刑時，要求的計畫性程度是仔細周密還是只要計畫因果經過之基本部分即為已足？第一審判決認為，被告實行犯行之際，發生車輛撞擊船柱的意外情況，被告卻未動搖而仍敢於犯行，臨機應變的因應類似高度之計畫性。相對的，第二審判決認計畫草率且不具體，相較高度計畫性之案件難以選擇死刑。不過，臨機應變的因應可以證明欠缺計畫性，但是不得不認為相較於

<sup>44</sup> 平川宗信（2007），〈光市母子殺害事件上告審判決〉，載：《ジュリスト》，1332 号，頁 162。

<sup>45</sup> 判例タイムズ 1295 号 188 頁。

依據計畫認真實行之高度計畫性，惡質程度仍有差異。如果基於詐取保險目的合併高度計畫性，即使殺害 1 人也容易判處死刑<sup>46</sup>。

### （三）動機

犯罪動機是選擇死刑之主要因素。復如擄人勒贖殺害被害者 1 位，選擇死刑理由係造成被害者親屬之不安與痛苦的卑劣犯行而值得嚴厲的非難<sup>47</sup>。雖然動機涉及法益侵害行為意思決定之非難程度，但是有關動機之事實對於量刑的影響力又分為三種，首先是影響犯罪類型之動機，例如詐取保險與疲勞照護的非難程度即有不同；其次係相同犯罪類型中，對於具體非難可能性具有一定程度影響之動機，例如因為照護精疲力竭，或者對於不聽話的被照護者感到憤怒；再者，幾乎不會影響量刑之動機，例如因為社會生活可以預見程度的噪音<sup>48</sup>。

### （四）犯行態樣

犯行態樣的惡質性是重要的量刑情事，除了殘虐性之外，量刑理由可見者如執拗、殘忍、強烈、危險、卑劣、冷靜沈著、巧妙等，犯行態樣是代表包含特別肉體、精神痛苦在內之法益侵害危險的要素，但是也有無視法益程度之涉及責任的考量，可能有二重評價的危險<sup>49</sup>。

例如被告將被害者押入自用車內監禁後性侵，其後想早點找人一起施用毒品而決意殺害被害者，使用膠帶綑綁雙手再以煤油淋澆後燒殺之案例，第一審諭知無期徒刑理由係自始並無殺人計畫、成長過程有可以酌量情況與並無侵害他人生命犯罪之前科。但是最高裁判所平成 20（2008）年 2 月 29 日判決（下稱平成 20 年判決）肯定第二審廢

<sup>46</sup> 永田憲史（2011），〈第一審で死刑が言渡されたものの、控訴審で破棄されて無期懲役が言渡された事件に対し、検察官が死刑選択基準に関する判例違反を主張して上告した事例[最高裁平成 21.1.14 決定]〉，載：《関西大学法学論集》，61 卷 3 号，頁 65。

<sup>47</sup> 最判平成 10・4・23 判例タイムズ 972 号 151 頁。

<sup>48</sup> 遠藤邦彦，同註 38，頁 514-515。

<sup>49</sup> 遠藤邦彦，同註 38，頁 514-515。

棄無期徒刑改為死刑的判斷，表示「被告基於滿足自身性慾之自私動機，逮捕、監禁並強姦沒有過錯之被害者以實現目的，雖然曾經一度考慮釋放被害者，卻擔心犯行被發現，基於早點處分被害者去使用毒品之極端自我中心和無情的思想，以極其殘虐方法將煤油倒在意識清醒的被害者後點火燒殺。本案結果當然重大，受害者父母……當然對被告表達強烈的處罰情感。此外，以前述方法殺害被害者的本案犯行，對於社會造成重大影響。被告（列舉前科）……，自平成 13 年假釋後約 9 個月就實行本案犯行，不得不認為被告根深之犯罪傾向更為深化、凶惡化，明顯欠缺改善更生之可能性。因此，被告罪責過於重大，考量本案犯行並非基於周全計畫、表示反省態度等應該斟酌等情事，也不得不加肯定原判決之死刑科刑<sup>50</sup>。」

該案最大特徵即為殺害方法之殘忍性，性犯罪對於量刑也具有重要之意義。影響選擇死刑之因子，動機與目的具有重要之功能，擄人勒贖行為利用被害者親屬之憂慮，強烈影響刑罰加重，類似可以加重非難之類型如詐取保險的殺人行為，又如平成 16 年判決之對於被害者的仇恨。該案動機並未達到擄人勒贖之重大程度，但是明顯不是否定選擇死刑之要素。第一審判處無期徒刑之理由係不能認為是基於周到計畫之犯行，但是第二審判決指出被告以不劣於計畫犯行的方法迅速採取行動，強調欠缺計畫性並不相當；其次，前科當然是加重量刑之事由，但是除了無期徒刑假釋中再次殺人情況，通常並非決定性之量刑因子，儘管被告並無殺人前科，惟矯正教育並未成功，假釋不久實行殘虐的犯行，即使無法斷定具有顯著侵害生命傾向，也無法做為有利之認定<sup>51</sup>。

## （五）前科

<sup>50</sup> 判例タイムズ 1265 号 154 頁。

<sup>51</sup> 前田雅英（2010），〈被害者一名の殺人等の事案につき死刑の量刑が維持された事例--三島女子短大生焼殺事件上告審判決[最二判平成 20.2.29 判決]〉，載：《判例時報》，2060 号，頁 193-194。

關於前科加重刑罰之依據，警告理論認為雖然已受刑罰卻再次實行犯罪而增加責任非難，但是質疑見解認為再犯僅是表示更生失敗，無法直接做為加重刑罰之依據<sup>52</sup>。也有認為存在前科未必當然加重刑罰，僅是在責任判斷階段審酌非難可能性與必要性，在特別預防判斷階段推論再犯可能性之情事<sup>53</sup>。

相對的，也有認為因為犯罪而受有期徒刑之執行時，除了初犯者之不可以犯罪的普通反對動機外，因為以前刑罰之感受與執行刑罰的教化改善結果，也應該直接面對不要再次犯罪之反對動機，如果排除後者的反對動機又再次犯罪，可以課處更重的非難。特別是殺人、強盜殺人之重罪執行完畢或假釋期間再次實行相同犯罪的典型情況，基於刑法目的是保護法益之觀點，無視法益的程度更大，可以課處更重程度的非難。此時前科是做為犯罪情節而加重責任<sup>54</sup>。

另一方面，前科與犯罪欠缺關連性，即無法非難被告無視前科之刑罰與判決已經警告是犯罪卻再次犯罪。關於殺人、強盜殺人等涉及死刑、無期徒刑之重大犯罪，存在相同前科對於再犯量刑具有重大影響，實行過去相同犯罪，不僅增加行為責任，也增加行為者危險性，也可以認為欠缺或者顯著減少矯正可能性。相對的，再犯與前科欠缺關連性或者時間間隔甚久時，刑罰的警告機能希薄化，影響量刑的程度較低<sup>55</sup>。因此，平成 27 年裁定提及「具有有期徒刑前科者於執行完畢後再次實行犯罪時，關於再次犯罪行為之非難程度，應該具體考察前科與再次犯罪行為之關連性，造成再次犯罪行為之經過而個別的判斷。」該案判例解說表示再次犯罪之非難程度，應該具體考察前科與

<sup>52</sup> 高山佳奈子（2007），〈難波宏「前科，前歴と量刑」について〉，載：《判例タイムズ》，1238 号，頁 64-65。

<sup>53</sup> 野村健太郎（2014），〈量刑における前科の考慮〉，載：高橋則夫等編，《曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集 下巻》，頁 47，成文堂。

<sup>54</sup> 井田良、大島隆明、園原敏彦、辛島明（2012），〈裁判員裁判における量刑評議の在り方について〉，載：《司法研修所司法研究報告書》，63 輯 3 号，頁 67-69。

<sup>55</sup> 難波宏（2007），〈前科，前歴等と量刑〉，載：《判例タイムズ》，1238 号，頁 32、45、53-54。

再次犯罪之關連性、再次實行犯罪之經過而各別的判斷<sup>56</sup>。

### （六）共同正犯關係

首先應考量「共同正犯整體行為」的要素，例如犯罪之種類、罪質、犯行之目的或動機、方法、態樣、結果、社會影響等情況，做為全體成員之共同基礎；其次，依據各個行為人地位、行為過程（謀議、準備、實行至犯罪後）的任務、動機或犯意之強弱、參與態度是否積極、主導或從屬關係等，評價共同正犯關係中的地位或任務。至於涉及選擇死刑之案件，應考量共同正犯間之刑罰均衡性，當然應該要求地位、任務之差異<sup>57</sup>。

例如第一犯行是強盜殺人 1 人，第二犯行為強盜致死與強盜致傷各 1 人之案例，最高裁判所平成 21 年 12 月 27 日裁定（下稱平成 21 年 12 月裁定）表示「因為前述犯行致 2 人死亡，1 人負重傷，結果極為重大，被害者與遺族之處罰情感嚴厲。……無論那個犯行均造成社會重大衝擊。而且被告在第一犯行 3 週餘即實行第二犯行。對照此種情事，被告刑事責任極為重大，也可以考慮選擇死刑。然而另一方面，關於第二犯行，被告共同謀議內容係以刀刃脅迫被害者夫妻奪取金錢與提款卡，探知密碼後提領現金，無法認為被告存在殺害被害者夫妻之共同謀議與殺人故意，對於共同正犯中 1 人之殺害被害者夫妻的行為，被告僅於強盜致死與強盜致傷之範圍內負擔責任。而且，被告並非第二犯行之主犯。被告因為妻子發出悲鳴，先生大聲喊叫後，立即逃出屋外，招呼其他共同正犯逃走，不如說自實行犯罪當中，其言行就限於消極的態度。更考慮被告詳細陳述事實、表示反省與犯行當時 19 歲等各種情事，維持被告第一審無期徒刑判決之原判決，無法認為量刑若未廢棄即顯著違反正義<sup>58</sup>。」

即使是自始計畫共同殺害 2 人之情況，多數案件因為參與程度低

<sup>56</sup> 石田寿一，同註 41，頁 292。

<sup>57</sup> 木山暢郎（2011），〈共犯事件と量刑〉，載：註 34 書，頁 325、336-337、339。

<sup>58</sup> 判例時報 2100 号 159 頁。



於其他共同正犯而選擇無期徒刑<sup>59</sup>。另一方面，該案被告對於第二犯行之態度消極，雖然是利用不同機會導致 2 名被害者死亡，但是無法窺見強烈的侵害生命之犯罪傾向；其次，離開現場並招呼他人逃走的消極參與，屬於從屬參與型態中最從屬的性質；再者，第二犯行欠缺計畫性，第一犯行的殺人行為亦非依據計畫而是衝動的實行犯罪，即使犯行時已經成年也可以迴避死刑<sup>60</sup>。

又如 2 人在約 2 年 4 個月期間內共同故意殺害 6 人（其中 3 人分別為 13 歲、10 歲與 5 歲）、傷害致死 1 人，並將遺體處理至不留痕跡之案件，最高裁判所平成 23（2011）年 12 月 12 日判決（下稱平成 23 年判決），對於第二審廢棄第一審死刑改為無期徒刑之判決，表示「本案連續犯行之首謀與主導者係 X（死刑確定），被告因為 X 而處於限制與他人交流之生活中，更加上 X 反覆使用包含電擊等異常暴行與長期虐待，造成判斷能力低下……，被告為了意圖脫離 X，又受到強烈程度之激烈且頻繁的電擊，陷於難以不從 X 指示之狀態，追隨 X 參與連續的犯行。而且，自偵查開始階段即積極自白證據極為欠缺的各件犯行，對於解明事實貢獻重大，表示真摯的反省悔悟之情，並無前科，在涉及 X 之前也可以肯定正常生活等情事，對於被告判處無期徒刑之原判決，無法認為量刑重大不當若未廢棄即顯著違反正義<sup>61</sup>。」

關於是否選擇死刑成為爭點之案件，最高裁判所習慣表示全員一致之意見，本案是第二件有表示反對意見之案件。本案被害者合計 7 人，基於利益或者封口滅證之目的，方法係電擊與虐待後放置不理而衰弱致死，罪責非常重大而容易選擇死刑之案件。該案確認選擇死刑時，重視共同正犯關係究竟是主導抑或從屬，評價方法則依據加害者之關係、家庭暴力與虐待之被害者性格及心理狀態；其次，被告判斷

<sup>59</sup> 本庄武，同註 40，頁 175。

<sup>60</sup> 永田憲史（2012），〈第一審で無期懲役が言渡され、控訴審で無期懲役が維持された事件に対し、検察官が死刑選択基準に関する判例違反を主張して上告した事例 [最決平 21 年 12 月 17 日裁判集刑 299 号 1275 頁]〉，載：《關西大學法學論集》，62 卷 1 号，頁 48-49。

<sup>61</sup> 判例時報 2144 号 153 頁。

能力低下，又陷於難以不從 X 指示之狀態，即使是屬於通常共同正犯關係中居於從屬地位也會選擇死刑之極為重大案件，也可以迴避死刑<sup>62</sup>。

### （七）被害者

涉及被害者與其親屬之量刑因子，首先是被害回復（如返還贓物）、賠償或和解，基本上是量刑重視之要素，不僅會於量刑理由內說明，第一審判決後賠償或和解，第二審法院通常依日本刑事訴訟法第 393 條第 2 項廢棄原判決，最高裁判所也有相當數量案件適用正義條款而廢棄第二審判決<sup>63</sup>。被告盡力被害回復，特別是屬於一種表現深刻反省態度，是考慮減少特別預防必要性之情事，但是對於量刑之影響力，依據犯罪類型而有很大差異，例如財產犯罪的影響程度較高而易於宣告緩刑，但是對於生命犯罪，無法認為回復重要的損害，不會重大影響量刑；其次涉及被害情感，又可分為被害者與其家屬之被害情感，日本實務量刑理由多會記載後者，但是影響程度並不明確。被害情感是構成要件以外之結果，其程度反映犯罪結果的大小，但也可能涉及處罰必要性與犯罪後態度之減少特別預防必要性；再者，相較於被害情感，處罰情感的主觀性質更強，即使考量也只是做為一般情狀加以考慮，影響的程度不高<sup>64</sup>。

### （八）社會影響

社會法益以外犯罪對於社會的心理影響，首先是因為犯罪惡質

<sup>62</sup> 永田憲史（2013），〈第一審で死刑が言渡されたものの、控訴審で破棄されて無期懲役が言渡された事件に対し、検察官が死刑選択基準に関する判例違反を主張して上告したところ、一名の裁判官が刑訴法 411 条 2 号による破棄を相当とする反対意見を述べた事例[最高裁平成 23.12.12 判決]〉，載：《関西大学法学論集》，63 卷 4 号，頁 110-111。

<sup>63</sup> 横田信之（2008），〈被害者と量刑(3)〉，載：《判例タイムズ》，1247 号，頁 50。

<sup>64</sup> 横田信之（2013），〈犯罪被害者と量刑〉，載：《刑法雑誌》，52 卷 3 号，頁 54-55、59-60。

性、重大性造成社會心理影響，大致是因為犯罪殘虐性或者故意剝奪多數人性命而「有害社會一般健全的法感情」，僅是犯罪惡質性與結果重大性的另外一種觀點；其次，相同行為者在相同地域內反覆實行竊盜、強制性交或殺人等，使當地產生不安全感，難以做為責任要素加以考慮，但是基於防止模仿犯之必要性，可以在行為責任的範圍內考慮一般預防之必要性<sup>65</sup>。

### （九）行為者屬性

屬性係指特徵或性質，有完全或者通常不會變化之屬性，例如性別或國籍。也有經常變化者，例如生活環境、職業、參加暴力團體、經濟狀態、家庭或健康等。也有非並終身不變者，例如精神障礙。審判時即應預測變化可能性、改善效果與更生環境的影響等因素。其中，年齡涉及更生可能性與難以形成反對動機之責任非難程度要素，勞動習慣與家庭環境是涉及特別預防之要素。經濟狀態又可分為幾種情況，首先是行為者依據行為時經濟狀態而形成行為動機，例如貧困竊盜或者浪費等不良生活態度；其次為審判時之經濟狀態，涉及刑罰效果與對於家庭之影響。至於生育環境包括物理與心理環境，前者如經濟狀況或者欠缺家庭照護，後者如人際關係等，因為不良環境而形成強烈犯罪傾向時，也是涉及更生可能性與責任非難程度之要素。所謂性格，係以生來的素質做為基礎，藉由接觸環境之體驗而形成之人格，但是日本實務並未直接或獨立將性格做為量刑因子，首先是因為性格包含之要素通常也涉及犯罪行為，性格鑑定通常也無法期待做為量刑資料之效果；其次，通常依據犯罪情狀與前科等資料判斷動機、再犯可能性時，也足以考量被告之性格；再者，犯罪與性格欠缺關連性時，也欠缺做為情狀之意義，例如交通過失案件證明被告勤勉工作之性格

---

<sup>65</sup> 水島和男（2006），〈犯罪の社会的影響と量刑〉，載：《判例タイムズ》，1206 号，頁 32-33。

大概沒有任何效果<sup>66</sup>。

### （十）反省態度

考量犯罪後態度可分為三種情況，首先是有關犯罪事實本身之犯罪後態度，例如中止未遂；其次是無關犯罪事實本身，但是有關刑事程序之犯罪後態度，例如自首、自白、滅證或逃亡等；再者，即為無關犯罪事實與刑事程序之犯罪後態度，例如就職、脫離暴力團體等。就節省訴訟資源之刑事政策與社會安全感之一般預防而言，自白可以做為有利被告之量刑理由，若能同時表示反省悔悟也可做為特別預防的考量，但是反省悔悟極難認定，應該依據外部的態度與行動而適當的判斷。此外，犯罪後態度對於量刑之影響，涉及與犯罪行為之關係而有所差異，原本犯罪後態度對於量刑之影響即低，特別是與違法、責任無關之善行，對於量刑的影響極為輕微<sup>67</sup>。

### （十一）小結

關於各種量刑因子何者具有重要性之問題，既然原則應該依據責任而量刑，核心應是作為犯罪要素之量刑情況（結果重大性、手段危險性、犯罪時心理狀態如動機、強烈犯罪意思如計畫等）<sup>68</sup>。量刑應以行為責任做為基礎，違法判斷內容係行為規範違反性與惹起結果之評價，責任判斷內容則為依據規範形成意思或控制動機可能性之評價，責任判斷又分為知的要素（行為違法之認識可能性）與控制動機的要素，前者兼含責任能力之辯識能力與違法性認識可能性，後者包含責任能力之控制能力與適法行為期待可能性<sup>69</sup>。因此，關於量刑如何測

<sup>66</sup> 米山正明（2007），〈被告人之属性と量刑〉，載：《判例タイムズ》，1225号，頁5、13、28-30、32、35-36。

<sup>67</sup> 川合昌幸（2008），〈被告人之反省態度等と量刑〉，載：《判例タイムズ》，1268号，頁48、50、54-55、60。

<sup>68</sup> 井田良（1996），〈量刑理論の体系化のための覚書〉，載：《法學研究：法律・政治・社会》，69卷2号，頁305；原田國男，同註11，頁8。

<sup>69</sup> 井田良（2018），《講義刑法学・総論》，頁396-398，有斐閣，二版。

量責任非難程度，分別由犯罪性（輕視法益）之程度與遵守規範容易抑或困難等二個方面考量，除了積極的考量惡性程度，同時也考量遵守法秩序精神者有無不能迴避犯行之消極的欠缺惡性程度。從而，日本實務重視犯行動機與計畫性之加重量刑因子，即由惡性的積極面加以考量，另外也從要求遵守規範是否困難，亦即惡性的消極面加以評價<sup>70</sup>。

具體而言，有關違法、責任之量刑因子：1.客觀的法益侵害程度（結果或危險）；2.法益侵害行為之意思決定，包含：（1）犯意（輕視或無視法益），例如殺意程度或計畫性之有無、程度；（2）意思決定之自由（他行為可能性），例如行為時判斷能力之程度、能否取得其他方法；（3）動機惡質性與程度，例如動機之反社會性與私利性等的有無、程度<sup>71</sup>。至於一般情狀，基於量刑以行為責任做為基礎之前提，自然居於次要的考量。另就量刑證據之證明力而言，依據證據認定之過去犯罪事實，量刑判斷具有更高之說服力<sup>72</sup>，故如更生可能性大多包含預測未來的不確定性，僅應做為迴避死刑方向的考慮要素<sup>73</sup>。

因此，觀察日本實務型之量刑方法，在判斷選擇死刑時，除了檢察官求刑與被害人死亡之前提外，基於行為責任，被害人人數是最重要的量刑因子，但是也會從積極、消極二方面考量重大影響責任非難程度之其他量刑因子，各個量刑因子對於選擇死刑之影響程度並不相同而且相互影響。例如平成 23 年判決之被害人 7 人，惟從期待可能性程度較低之消極面考量責任非難程度而迴避死刑。

## 肆、本案與我國實務之檢討

<sup>70</sup> 樋口亮介（2018），〈責任非難の意義--複数の視点の析出と構造化の試み〉，載：《法律時報》，90 卷 1 号，頁 14。

<sup>71</sup> 遠藤邦彦，同註 38，頁 511-512。

<sup>72</sup> 遠藤邦彦，同註 34，頁 61。

<sup>73</sup> 原田國男，同註 4，頁 241。

如前所述，量刑審查涉及量刑事實有無誤認或者評價錯誤之問題，本案並無誤認量刑事實，因此最高裁判所廢棄理由即為「原判決在量刑時錯誤評價應該考慮事實之結果」的評價錯誤，進而否定結論。本文依據前述日本案例之觀察，進而檢討本案判決的妥當性，最後考察我國最高法院對於死刑量刑審查之妥當性，並觀察憲法法庭 113 年憲判字第 8 號判決所示之量刑基準。

## 一、本案判決之檢討

本案判例解說提及本案判決前、後尚有數件涉及選擇死刑之案件，日本學者指出本案是應該選擇死刑量刑因子最多者，從而最高裁判所廢棄原判決之判斷自屬當然<sup>74</sup>。相對的，質疑本案判決之意見如次：（一）雖然被告是計畫者，但是與 K 都是各自負擔任務參與犯罪，認為「自始至終的主導犯行」是過高的評價；（二）認為被告前科與本案「具有顯著之類似性」，故「被告之反社會性、犯罪性，仍然無法輕視」，但是前科是否具有警告機能不無疑問，也未必具有特別預防之高度必要性；（三）認為被告「事後情狀欠佳」，利用無關行為責任的犯罪後態度作為加重刑罰或阻止減輕之依據也有疑問；（四）本案並非偶發犯行，但是「隨機應變」不如說是並無確定、堅實之事前計畫，「長時間維持殺害意思」也只是沒有決定殺害時間、場所之當然結果，即使無法否定計畫性也無法認為是周到的計畫，認為具有高度（或者不能說低）計畫性並不妥當；（五）反省不能過大評價，相較過去案例無法評價為惡質程度較低也有疑問<sup>75</sup>。

日本學者提及如果選擇死刑或無期徒刑都可以的案件，最高裁判所不會認為若未廢棄即「顯著違反正義」，例如平成 21 年 1 月裁定之被害者 2 人，事先計畫因果經過基本部分，目的係償還因為不倫關係

<sup>74</sup> 前田雅英，同註 51，頁 192。

<sup>75</sup> 城下裕二（2009），《量刑理論の現代的課題》，頁 174-181，成文堂，增補版。

導致的借貸，最高裁判所也表示「應該屬於值得考慮對於被告選擇死刑之案件」。因此，如果第二審維持第一審之死刑判決，可以認為最高裁判所也會維持。反面言之，最高裁判所對於第二審之無期徒刑判決認為選擇死刑係屬相當時，也會認為尚未達到「顯著違反正義」而應該廢棄的程度<sup>76</sup>。從而，最高裁判所認為本案被告有「非死不可」的理由為何？首先就量刑傾向而言，本案判決最後指出「相較於以前判處無期徒刑假釋中再犯強盜殺人罪而選擇死刑之案例，……均選擇死刑」，且「無法評價為惡質程度較低而可以迴避死刑之程度」。因此，本案之量刑傾向即為選擇死刑，本案的犯罪情狀與一般情狀並不足以做出違背量刑傾向之決定，亦即欠缺平成 26 年判決的「具體、具有說服力」之理由，至於各個量刑因子依序檢討如次。

### （一）被害者人數

如前所述，被害者人數是日本實務選擇死刑之重要量刑因子，但是也會審酌其他量刑因子。相對的，本案被害者僅有 1 人，屬於通常可以迴避死刑之案件。

### （二）計畫性

如前所述，日本實務重視計畫性，認為增加法益侵害之危險性而值得非難責任，故如被害者 1 人之平成 16 年判決表示「基於『高度』計畫性與強固之殺意」。相對的，又認為計畫性也有程度的差異，例如平成 21 年 1 月裁定只有計畫因果經過之基本部分並非選擇死刑的理由。另一方面，只要具有性犯罪之計畫或動機，即使欠缺殺人之計畫性，審酌其他量刑因子後也並非有利情事，例如被害者 2 人之平成 18 年判決。又如被害者 1 人之平成 20 年判決，除了殘虐性外，「動機極為惡質」且以「不劣於計畫犯行的方法迅速採取行動」。

觀察本案，雖然本案被告沒有決定具體之實行時間、地點，但是

---

<sup>76</sup> 永田憲史，同註 46，頁 65-66。

「為了做好準備，購買犯罪時使用之繩子和工作手套，並將繩子捆綁並打結以增加強度」，說明法益侵害之危險性；其次，本案判例解說表示「長時間維持殺害意思並持續尋找適當場所迄於實現犯行」，而且「評價計畫性之際，應該注意殺意強固性、繼續性部分」，說明輕視法益與長時間決意違反規範之程度，值得更重的責任非難。

### （三）動機

本案動機係因不良生活態度難以償還借貸，當然是影響非難可能性程度的事實，但是相較於擄人勒贖與詐取保險之案件，並非日本實務容易選擇死刑之理由，另本案亦非高度計畫性的平成 16 年判決之仇恨被害者「特異動機且極為自私與無理之犯行」，至少並非可以減少責任非難之情況。

### （四）犯行態樣

殘虐性是考量法益侵害危險與無視法益程度之事實，但是本案相較於平成 20 年判決燒殺之「極其殘虐方法」，恐怕無法認為特別的具有殘虐性，至少並非可以減少責任非難之情況。

### （五）前科

如前所述，日本實務認為前科應該依據情況，始能做為選擇死刑之要素。依據行為責任論，客觀上相同之犯罪，前科者具有不可再次犯罪之動機而應該更重的非難，但是長時間沒有前科且有更生之成果，過去前科與被告現在情況並無關連性時，不應做為考量要素<sup>77</sup>；其次，所謂沒有關連性，係指並未再次實行有罪判決前科之犯罪，否則僅能非難被告無視一般性的警告<sup>78</sup>。相對的，具有關連性，受到不可以再次實行有罪判決前科相類行為之警告，已有反省機會卻再次實

---

<sup>77</sup> 原田國男，同註 11，頁 11。

<sup>78</sup> 難波宏，同註 55，頁 32。



行，值得更重的非難。至於「顯著」類似性係以動機、目的做為核心之要素，如果犯罪型態已經具有高度類似性，更可以相對的增加類似性之要素<sup>79</sup>

因此，能否依據前科加重責任應該考量前科：1.次數、輕重與內容（警告效果之強弱）；2.時間（警告效果之持續性）；3.與犯罪之內容關連性（保護法益與行為規範內容具有類似性則警告效果更強）；4.行為者之資質、能力與再次犯罪之具體經過（因為前科妨礙更生則無法充分非難無視警告效果）<sup>80</sup>。雖然平成 27 年裁定的被告是執行完畢不久再次犯罪（警告效果之持續性），但是「與前科的關連性稀薄」（警告效果不強），而且也有「自暴自棄之後實行本案的可能性」（無法非難無視警告效果）。相對的，本案被告「因強盜殺人罪判處無期徒刑假釋中再次實行本案強盜殺人犯行」（警告效果之強弱與持續性），前科與本案都起因於「難以償還借貸」的強盜殺人犯行，兩者「具有『顯著』之類似性」（保護法益與行為規範內容具有類似性則警告效果更強），而且「相當優惠環境下開始假釋生活」（可以非難無視警告效果）。從而，相較於沒有前科或者其他前科之情況，本案被告違反規範之程度更高，值得更重的責任非難。

## （六）共同正犯關係

如前所述，共同正犯關係也是決定選擇死刑之要素，例如平成 21 年 12 月裁定被告之從屬地位與表示消極態度，或者平成 23 年判決被告之欠缺期待可能性，均屬可以迴避死刑的情況。但是本案被告不僅「自始至終的主導犯行」，與 K 也是分擔實行犯行，屬於居於對等地位或負責重要任務，屬於容易選擇死刑之情況。

<sup>79</sup> 伊藤博路（2016），〈被告人を死刑に処した裁判員裁判による第一審判決を量刑不当として破棄して無期懲役に処した原判決の量刑が維持された事例〉，載：《名城ロースクール・レビュー》，35 号，頁 126-127。

<sup>80</sup> 小池信太郎（2014），〈量刑における前科〉，載：《刑事法ジャーナル》，39 号，頁 60。

### （七）其他

本案判決指出之其他量刑因子，例如「遺族的處罰情感嚴厲」或「對於社會之影響」，通常涉及犯罪結果的大小，影響量刑的程度不大；其次，「事後情狀欠佳」部分，屬於無法加重責任之一般情狀，僅能做為迴避死刑之考量；再者，有關「更生改善餘地」部分，應該依據外部的態度與行動而適當的判斷，所以本案判決指出僅以「自白表示反省之認定是過大的評價」，本案判例解說也認為並非「特別」值得酌量之情事。

### （八）小結

如果依據犯罪情狀選擇死刑，再依據一般情狀迴避死刑，本案判決列舉之量刑因子，涉及前者有犯行之罪質與結果、動機、殘虐性、共同正犯關係與前科，處罰情感與社會影響僅有象徵性的作用，涉及後者的是包含反省態度的事後情狀；其次，量刑因子通常是集體的作用，日本實務又認為量刑傾向表示行為責任的範圍，綜合本案之犯罪情狀，除了計畫性與前科之顯著類似性足以更為加重行為責任，相較於前述列舉之最高裁判所案件，儘管一般情狀不足以迴避死刑，應該屬於最高裁判所不會認為若未廢棄即「顯著違反正義」，亦即選擇死刑或無期徒刑都可以的案件。

進而言之，本案被告「非死不可」的原因，僅剩下「相較於以前判處無期徒刑假釋中再犯強盜殺人罪而選擇死刑之案例，……均選擇死刑」，如果迴避死刑即違反量刑傾向，而本案「無法評價為惡質程度較低而可以迴避死刑之程度」，亦即本案之行為責任與量刑傾向相同。前述日本學者也指出「殺害被害者 1 人判處無期徒刑假釋中再次故意殺害 1 人（總計被害者 2 人），大概也會選擇死刑」。歸根究底，如同平成 26 年判決之「當然應該與其他的裁判結果保持適當之公平性」，以及平成 27 年裁定之「死刑是最後的刑罰，基於應該慎重適用與確保公平性之觀點而慎重檢討案例累積之結果」，日本實務量刑之核心理念即為量刑傾向，最高裁判所認為本案迴避死刑「顯著違反正義」之主

要原因，即為違背量刑傾向而違反行為責任與量刑公平性。

本案判決之後，日本實務對於死刑的量刑因子與量刑傾向有無變動？本案判決的判例解說指出本案再次援引並確認永山判決；其次，如前所述，依據刑罰公平性之觀點，無法容許異常的量刑變化。此外，量刑的基礎是責任，核心應是作為犯罪要素之量刑情況，先前日本學者指出日本實務大致根據被害者人數與重大影響的量刑因子做為判斷核心。以先前列舉案例觀察本案以後之被害人未滿 3 人的案件，量刑傾向與量刑因子的影響重大程度也大致沒有變化，例如殘虐性（平成 20 年判決）、計畫性（肯定死刑如平成 16 年判決，否定死刑如平成 27 年裁定、平成 21 年 1 月裁定與平成 21 年 12 月裁定），欠缺計畫性、殘虐性的量刑因子，卻肯定死刑案例僅有平成 18 年判決而已，但是慮及該案的性犯罪動機（動機惡質性），以及殺害幼兒的意思決定（他行為可能性），也無法認為該案偏離量刑傾向，更可以看出日本實務並未拘泥於特定量刑因子。

## 二、我國實務之檢討

### （一）量刑之一般情況

實務工作者的既存印象是量刑審理未被重視<sup>81</sup>；其次，我國實務通常認為量刑不受其他共同正犯或案件之拘束，因此「具體個案行為人之犯罪情節互異，無從比附援引其他共犯被告或他案之量刑情形<sup>82</sup>」，即使司法院量刑資訊暨趨勢系統亦不例外<sup>83</sup>。另一方面，關於上訴審之量刑審查，實務工作者指出量刑會因濫用或逾越裁量權限而

---

<sup>81</sup> 黃佳彥（2020），〈關於國民法官法案件的量刑審理〉，載：《法官協會雜誌》，22 期，頁 126。

<sup>82</sup> 最高法院 112 年度台上字第 2828 號、第 1803 號、第 1695 號、第 1379 號、第 1319 號、第 565 號判決。

<sup>83</sup> 最高法院 108 年度台上字第 3728 判決。

被認為違法者，事例尚鮮<sup>84</sup>。實際上既然沒有類似量刑傾向之標準，所以也無從審查。

## （二）死刑之量刑

我國學者分析我國 2008 年至 2013 年有關死刑之案件，最高法院之量刑理由不明，屬於「直感型」的死刑判決<sup>85</sup>。迄 2014 年「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」（下稱兩公約）施行後，多數判決全面或部分的依據刑法第 57 條檢討，屬於「混合兩公約之檢討型」，2014 年至 2017 年的量刑架構檢討重點在於犯罪後態度、應報、教化可能性與犯罪行為程度，而且多數重點在於教化可能性，如果肯定即無法選擇死刑<sup>86</sup>。

自從 2014 年之後，最高法院均會陳述兩公約之內容，進而表示「事實審法院在檢察官求處死刑之案件，對於刑法第 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<sup>87</sup>。」最後「以行為人之責任為基礎，審酌刑法第 57 條各款所列情狀，予以整體評價」<sup>88</sup>。

更近幾年，雖然最高法院均會說明日本實務型之量刑方法（先考量犯罪情狀再考量一狀情狀），例如最高法院 112 年度台上字第 1291

---

<sup>84</sup> 蔡憲德（2020），〈司法量刑實務之概觀與評析〉，載：《法官協會雜誌》，22 期，頁 115。

<sup>85</sup> 例如最高法院 100 年度台上字第 6851 號判決：「手段極為兇狠毒辣，罔顧人命，泯滅人性，造成不可彌補之人命損失，並嚴重危害社會之安全，自屬人神共憤、天理難容；……始終未曾提及有何後悔知錯之情，反而設詞為上開之辯解，以圖卸責，……足認上訴人惡性重大、人性盡失，日後已無改過遷善之可能。」以前實務慣用「人神共憤」等形容詞作為選擇死刑的理由，但是並未區別責任與預防之量刑事實。

<sup>86</sup> 李茂生、周懷嫻、林育聖、許博鈞、宋建銘、周芊妤（2020），〈量刑に対する裁判員と裁判官との差異--死刑に関する事案を中心に〉，載：《早稲田大学法務研究論叢》，5 号，頁 136。

<sup>87</sup> 最高法院 105 年度台上字第 2337 號與第 1567 號、102 年度台上字第 5251 號與第 170 號判決。

<sup>88</sup> 最高法院 113 年度台上字第 880 號、111 年度台上字第 413 號、110 年度台上字第 4957 號、108 年度台上字第 940 號與第 343 號、106 年度台上字第 3149 號判決。

號判決表示「刑法第 57 條量刑事由，於死刑案件之審酌，得區分為與犯罪行為事實相關之『犯罪情狀』即犯罪的具體情節（例如犯罪之動機與目的、犯罪時所受之刺激、犯罪之手段、犯罪行為人與被害人之關係、犯罪行為人違反義務之程度、犯罪所生之危險或損害等），及與犯罪行為人相關之『一般情狀』即罪犯的個人情狀（例如犯罪行為人之生活狀況、品行、智識程度、犯罪後之態度等）。必先審查『犯罪情狀』是否為『情節最重大之罪』，是否為適用死刑之範疇，再綜合犯罪行為人之性格與社會生活情形之『一般情狀』，考量得否求其生。」但是該判決進而表示「……縷析：1.犯罪動機、目的：……基於報復之動機而為本案犯行，應對被告為不利之評價。……9.犯罪所生危害或損害：被告放火之行為導致 9 人死亡。10.犯罪後之態度：……犯後態度欠佳<sup>89</sup>。」並未考慮量刑因子之輕重，而是「盤點存貨」，或者最高法院陳述日本實務型之量刑方法，但是對於第二審的「盤點存貨」之量刑方法，並沒有重新審酌量刑因子之輕重<sup>90</sup>。因此，儘管最高法院說明日本實務型之量刑方法，實際上仍是自己「盤點存貨」，或者逕行肯定第二審「盤點存貨」的量刑。

不過，近期又否定「盤點存貨」，表示應該審酌量刑因子之輕重程度，例如「刑法第 57 條所稱『尤應注意』各款事項，為科刑輕重之標準，係要求法官於量刑時對於本條所列 10 款事項，因特別攸關量刑程度之輕重，應予留意，而『非』指任何案件之量刑均應毫無間隙、遺漏，一律以類似『盤點存貨』之謹密思維，對於刑法第 57 條 10 款所列事項逐一檢視、審酌<sup>91</sup>。」又如「本件強盜殺人犯行確具相當程度之計畫性，其等動機乃在於奪取被害人之天珠，犯罪之方法、態樣雖

<sup>89</sup> 最高法院 111 年度台上字第 718 號判決之量刑方法亦同。

<sup>90</sup> 最高法院 112 年度台上字第 4689 號（臺灣高等法院高雄分院 111 年度囑上重訴字第 1 號）、第 4688 號（臺灣高等法院 111 年度上重訴字第 29 號）、第 1784 號（臺灣高等法院 111 年度上重訴字第 44 號）與 111 年度台上字第 2045 號（臺灣高等法院 110 年度上重訴字第 31 號）判決。

<sup>91</sup> 最高法院 113 年度台上字第 1778 號判決。

屬殘暴，但尚未達於極度殘虐、執拗之程度<sup>92</sup>。」或者「屬臨時起意之偶發性犯行，亦即其非具計畫性預謀槍殺蔡○，惡性及應受非難程度與……謀劃害命取財容屬有間。……遠距離持槍射擊 3 槍，雖手段殘忍，仍與近距離行刑式槍殺被害人或手段具有殘虐性、折磨歷程之殺人態樣有別，……相較無差別、隨機殺人之被害對象及情節，難謂更具較高的違反道德及倫理可非難性，情節輕重程度尚有不同<sup>93</sup>。」

另一方面，又認為兩公約所謂「犯罪情節屬最嚴重」之「intentional」係指直接故意<sup>94</sup>，惟最高法院誤解原意早有前例，例如將「knowing」誤認為直接故意<sup>95</sup>，後來亦承認「intentional」「不宜照譯為直接故意」，但是「應限縮在直接故意者，方屬情節最重大之罪，殆無疑義」<sup>96</sup>。然而，既然承認前提誤認，卻又堅持結果無誤，難免造成「將錯就錯」的違和感。此外，即使被害者 9 人<sup>97</sup>、甚至 46 人<sup>98</sup>，縱使屬於「低度教化可能性」，但是「難謂其已經完全無教化可能性」仍可以迴避死刑。

近時憲法法庭 113 年憲判字第 8 號判決（下稱憲法法庭判決）先於主文表示死刑「僅得適用於個案犯罪情節屬最嚴重」，進而說明：1. 未必故意之不法內涵及主觀罪責內涵通常較輕，故僅限於行為人係基於直接故意、概括故意或擇一故意而殺人既遂，始屬犯罪情節最嚴重之情形；2. 再綜合考量被告之犯罪動機與目的（預謀連續或恣意無差別）、所受刺激、犯罪手段（如殘忍手段或共同正犯參與程度）、所生危險或損害（如殺害多人）、行為人違反義務之程度、與被害人之關係等犯罪情狀，足以該當個案犯罪情節最嚴重之情形；3. 確屬最嚴重之情形，仍須衡酌行為人之一般情狀，以判斷是否有再犯類似最嚴重犯罪之高度危險，且無更生教化、再社會化之可能。形式上也是日本實務

<sup>92</sup> 最高法院 113 年度台上字第 189 號判決。

<sup>93</sup> 最高法院 112 年度台上字第 1046 號判決。

<sup>94</sup> 最高法院 110 年度台上字第 3266 號判決。

<sup>95</sup> 最高法院 108 年度台上大字第 3101 號裁定。

<sup>96</sup> 最高法院 110 年度台上字第 4958 號判決。

<sup>97</sup> 最高法院 112 年度台上字第 1291 號判決。

<sup>98</sup> 臺灣高等法院高雄分院 111 年度囑上重訴字第 1 號判決。

型的量刑方法，可說是綜合近期最高法院見解。

### （三）檢討

#### 1. 盤點存貨

我國學者表示往往前後矛盾，形成任由法官「綜合判斷」之迷走現狀<sup>99</sup>。造成此種印象之原因，實務工作者指出我國實務並未區別責任與預防之量刑事實而是綜合判斷，將本屬迴避死刑之一般情狀，誤為選定死刑之犯罪情狀，反而成為選定死刑之重要理由，造成因為人格責任而選擇死刑<sup>100</sup>；其次，量刑亦應適用禁止重複評價原則，我國實務見解亦同<sup>101</sup>，例如在法定刑範圍內量刑時，重複考量立法者確定法定刑曾經考量之要素，造成該要素不相當的比重<sup>102</sup>。刑法第 57 條所列各款有涉及責任者（如犯罪所生之危險或損害），有考量特別預防者（如犯罪後之態度）<sup>103</sup>。但是「盤點存貨」表示「以行為人之責任為基礎，斟酌刑法第 57 條各款所列情狀」，既然已經肯定行為責任是死刑，又再依據刑法第 57 條有關責任內容（如犯罪所生損害）而維持死刑，等同重複考量立法者確定法定刑曾經考量之要素；再者，平成 27 年裁定指出「導出結論時，基於各個要素之輕重和理由而綜合評價」，但是「盤點存貨」併同考量是否選擇死刑應該是最重要與通常沒有影響力之量刑因子，沒有說明量刑之輕重與理由而欠缺說服力。

<sup>99</sup> 謝煜偉（2012），〈認真看待死刑量刑〉，載：《司法改革雜誌》，93 期，頁 52-53。

<sup>100</sup> 朱朝亮（2020），〈從量刑法則之應然談我國現行量刑實務問題〉，載：《法官協會雜誌》，22 期，頁 53-54。

<sup>101</sup> 最高法院 112 年度台上字第 4951 號判決：「刑法上所謂『重複評價禁止原則』，係指禁止於量刑時就立法者已經考慮並賦予特定法律效果之情狀，重複再以之為量刑根據之評價。我國刑法第 57 條關於刑之酌科，未若德國刑法第 46 條第 3 項明定：『已屬法定構成要件要素之情狀，（量刑時）不得審酌之。』然法院於行使刑罰裁量時，於法理上固然有『重複評價禁止原則』之適用。」

<sup>102</sup> 井田良，同註 68，頁 303。

<sup>103</sup> 陳子平（2015），《刑法總論》，頁 775，自刊，三版。

## 2. 日本實務型

關於日本實務型之量刑方法，最高法院並未說明量刑評價之過程。如前所述，儘管最高法院說明日本實務型之量刑方法，實際上仍是自己「盤點存貨」，或者逕行肯定原判決「盤點存貨」的量刑，當然無法避免「盤點存貨」的量刑問題。

另就實質觀察，量刑應以行為責任做為基礎，涉及法益侵害程度之被害者人數當然是選擇死刑之首要量刑因子。前述日本學說指出「日本實務大致根據被害者人數與重大影響的量刑因子做為判斷核心」，本案判例解說也表示「被害者之個數當然具有重要的意義」，「即使被害者僅有 1 人，對照動機、計畫性、犯行態樣與前科，屬於犯罪情節特別惡劣且罪責重大之案件，仍得選擇死刑」；其次，本案判例解說指出「各個量刑因子的重要性及其綜合評價，應依據具體情況而個別的考慮」，平成 27 年裁定表示基於各個要素之輕重和理由而綜合評價，不會偏重單一量刑因子。如前所述，法益侵害行為之意思決定，包含犯意、意思決定之自由與動機惡質性等，犯意之輕視法益程度僅是其中一個要素。故如平成 23 年判決之虐待後放置不理而衰弱致死被害者 7 人案例，可以認為是即使是未必故意也應該選擇死刑。固然直接故意輕視生命程度更高，惟即使是臨時起意也可能是直接故意，未必具有計畫性，例如平成 20 年判決之情況。平成 27 年裁定說明做好相應準備並實行時，侵害生命的危險性更高，直接故意未必有事先準備增加法益侵害危險之情況，責任非難之程度並不相同；再者，計畫性與殘虐性也是我國實務選擇死刑之重要考量要素<sup>104</sup>，也未必排除未必故意。又如平成 20 年判決之手段殘虐性，我國刑法可見者如加重強制性交罪之「凌虐」也是加重刑罰之理由。

如前所述，各個量刑因子對於選擇死刑之影響程度並不相同而且相互影響，責任非難程度，分別由犯罪性（輕視法益）之程度與遵守

---

<sup>104</sup> 陳玉書、林健陽、賴宏信、郭豫珍（2011），〈殺人罪量刑準則之實證分析〉，載：《中央警察大學犯罪防治學報》，13 期，頁 95-96。



規範容易抑或困難等二個方面考量，限定未必故意不能選擇死刑恐有未妥之處。要言之，過度綜合判斷使外界無法知悉「各個要素之輕重和理由」，限於單一或者少數量刑因子而選擇死刑，反而排除其他形成責任之量刑因子，恐非適當的量刑方法；其次，人的生命既然是最重要之法益，被害者人數當然是選擇死刑之重要量刑情事，我國實務卻置於次要的量刑因子；再者，在日本實務型之量刑方法中，一般情狀僅能做次要的考量，就證明力而言，更生可能性大多包含預測未來的不確定性，本案判例解說也表示「並非『特別』應該酌量情事」。相對的，我國實務極為重視教化可能性，但是自己也承認「被告是否有教化之可能」係「屬無可預期之事」<sup>105</sup>。

### 3. 量刑之公平性

如同先前之檢討，最高裁判所認為本案「相較於以前判處無期徒刑假釋中再犯強盜殺人罪而選擇死刑之案例，……均選擇死刑」，認為原判決違反量刑傾向，本案判例解說指出「本案判決考量被告罪責程度時，判決內容特別重視被告因強盜殺人罪判處無期徒刑假釋中再犯同種之強盜殺人罪」，表示本案被告之行為責任，重視行為責任與量刑公平性。除了本案，平成 26 年判決與平成 27 年裁定也強調公平性。為何日本實務重視量刑之公平性？如果法官等法的適用者之裁量權過於廣泛，難以預見其決定時，即有害於法的安定性（什麼行為產生何種法律效果之安定且可能預見的狀態）<sup>106</sup>；其次，同等案件實現同等量刑係實現平均的正義，當然依據案件實際內容而違反量刑傾向也可能是妥當的量刑<sup>107</sup>。換言之，公平量刑使得量刑具有預測可能性而結合罪刑法定主義之思想，而且也提供一般預防、特別預防發揮適當機能之前提要件，從罪刑均衡的觀點也應該重視量刑之公平性，但是為了使量刑判斷具有說服力則量刑應有妥當性，亦即實質的公平性，亦

<sup>105</sup> 最高法院 111 年度台上字第 2471 號判決。

<sup>106</sup> 金子宏等編（1999），《法律學小辭典》，頁 1051-1052，有斐閣，三版。

<sup>107</sup> 原田國男，同註 11，頁 92。

即量刑應該適當的反映案件各個情況<sup>108</sup>。

我國實務在行政罰領域，如同日本之刑事實務，重視符合平等原則之裁罰基準，如因情節特殊而有必要加重或減輕應敘明理由<sup>109</sup>。刑事實務僅偶見「倘共同正犯間情節輕重明顯不同，卻科處同一之刑，其量刑輕重顯然失衡，即於平等原則有悖」<sup>110</sup>。此外，我國學說也表示法官恣意與違反平等原則是量刑的根本問題<sup>111</sup>，故期待長期累積建立適合的量刑標準<sup>112</sup>，或者建立「成文化的客觀量刑基準」，避免反覆無常之裁量風險<sup>113</sup>。因此，近時我國學說均試圖研擬妥適之量刑方法<sup>114</sup>。另一方面，關於上訴審之量刑審查，我國實務工作者指出平等原則可以是基於罪責原則進行量刑的起點，應與量刑行情（相類案件之量刑統計結果）相互比較而調整量刑的可預測性，並作為上訴審審查量刑的基準，只有無正當理由的重大偏離量刑行情才構成違法<sup>115</sup>。該說類似日本實務之見解，但是問題在於我國實務原則上並無量刑傾向可供參考。

#### （四）小結

關於死刑之量刑審查，相較於日本實務，我國實務並未重視公平性；其次，「盤點存貨」的判斷方法使外界無法知悉「各個要素之輕重和理由」，也有重複審酌量刑因子而違反禁止重複評價原則之疑慮；再者，近時又傾向日本實務型之量刑方法，但是實際運用情況多為「盤

<sup>108</sup> 遠藤邦彥，同註 34，頁 81-82。

<sup>109</sup> 最高行政法院 109 年度上字第 376 號判決。

<sup>110</sup> 最高法院 110 年度台上字第 4957 號判決。

<sup>111</sup> 林鈺雄（2020），《新刑法總論》，頁 661，元照，八版。

<sup>112</sup> 馬躍中、戴仲峰、許華孚、伍開遠、許家源（2019），〈刑事案件具體求刑與量刑之比較研究〉，載：《刑事政策與犯罪防治研究專刊》，23 期，頁 41。

<sup>113</sup> 朱朝亮，同註 100，頁 81。

<sup>114</sup> 謝煜偉（2020），〈從量刑目的論形構量刑框架及量刑理由之判決架構〉，載：《法官協會雜誌》，22 期，頁 86-104；廖晉賦（2018），〈量刑責任之初探〉，載：《法官協會雜誌》，20 期，頁 179-208。

<sup>115</sup> 許辰舟（2020），〈平等原則與刑罰裁量--再訪臺灣高等法院 105 年度交上易字第 117 號刑事判決〉，載：《臺灣法學雜誌》，393 期，頁 49-50。

點存貨」，而且相較於日本實務，我國實務通常過度重視單一量刑因子（如直接故意）或一般情狀，更認為被害者人數屬於次要的量刑因子，輕視生命價值與刑法保護法益之目的，亦非適當的量刑方法。

就未來而言，我國實務之死刑量刑傾向，依據近年的變化，可以大別於「直感型」（盤點存貨之前）、「盤點存貨」與「日本實務型」等三個階段，最後由憲法法庭判決總結我國實務發展的「日本實務型」（存在的量刑基準）。關於前述三種量刑傾向之可能疑問，本文業已說明。然而，十數年間量刑傾向多次變動，可以預見過去我國實務可以判處死刑之案件，按照憲法法庭判決可能無法判處死刑之情況。對此問題，憲法法庭判決表示「確定終局判決所認定之個案犯罪情節如非屬最嚴重，而仍判處死刑者，得請求檢察總長提起非常上訴」。惟憲法法庭判決所示之量刑基準既有疑慮，非常上訴後，最高法院對於相關案件死刑判決重新進行量刑審查時，仍恐難免於爭議，未來或有重新審視之必要。

另如前所述，日本實務於平成 26 年判決指出裁判員裁判也不允許重大偏離量刑傾向，平成 27 年裁定表示死刑判斷亦無例外。日本學說指出，依據裁判員制度施行後之統計（2009 年 6 月至 2012 年 5 月），殺人既遂案件的量刑同時趨向重罰化與寬刑化，性犯罪趨向重罰化，放火罪趨向寬刑化，違反安非他命取締法部分則無變動。至於死刑判決，仍然謙抑的使用。從平成 27 年裁定觀察，並沒有期待反映國民多元的觀點與感覺。儘管如此，死刑判斷對於裁判員之意義，是死刑與其他刑罰之性質不同，一般民眾會認識此種案件需要更加謹慎的判斷；其次，即使裁判員沿襲以往職業法官之判斷方法，仍有自主迴避死刑的可能性；再者，提供一般民眾認真思考死刑制度之機會<sup>116</sup>。就我國的國民法官制度而言，既然憲法法庭判決已明示死刑之量刑基準，國民法官也無法更動，所謂「反映國民正當法律感情」的功能，

<sup>116</sup> 本庄武（2021），〈裁判員裁判と量刑、そして死刑〉，載：一橋大学刑事法部門編，『裁判員裁判の現在--その 10 年の成果と課題』，頁 92-93、99-100，現代人文社。

恐怕亦有其侷限性。

## 伍、結語

選擇「極刑」之標準是量刑的重要爭議。日本實務型之量刑方法，其核心是形成行為責任與公平性之量刑傾向，實際案件則優先審酌形成行為責任的量刑因子，再考量特別預防，符合「幅的理論」。相對的，近時我國實務形式上使用日本實務型之量刑方法，惟實際考察其內容，既無標準足以確保量刑公平性，實際案件更偏重單一量刑因子或一般情狀，可說是徒有日本實務型之量刑方法的「軀殼」卻無其「靈魂」。儘管可以看出我國實務已經體認量刑因子也有輕重程度，但是尚在逐步摸索，何日才能形成具有公平性且足以反映行為責任之量刑實務恐有待觀察。

## 參考文獻

### 一、中文

#### (一) 專書

陳子平 (2015), 《刑法總論》, 自刊, 三版。

林鈺雄 (2020), 《新刑法總論》, 元照, 八版。

#### (二) 期刊

朱朝亮 (2020), 〈從量刑法則之應然談我國現行量刑實務問題〉, 載：  
《法官協會雜誌》, 22 期。

馬躍中、戴仲峰、許華孚、伍開遠、許家源 (2019), 〈刑事案件具體  
求刑與量刑之比較研究〉, 載：《刑事政策與犯罪防治研究專刊》,  
23 期。

許辰舟 (2020), 〈平等原則與刑罰裁量--再訪臺灣高等法院 105 年度  
交上易字第 117 號刑事判決〉, 載：《臺灣法學雜誌》, 393 期。

陳玉書、林健陽、賴宏信、郭豫珍 (2011), 〈殺人罪量刑準則之實證  
分析〉, 載：《中央警察大學犯罪防治學報》, 13 期。

黃佳彥 (2020), 〈關於國民法官法案件的量刑審理〉, 載：《法官協會  
雜誌》, 22 期。

廖晉賦 (2018), 〈量刑責任之初探〉, 載：《法官協會雜誌》, 20 期。

蔡憲德 (2020), 〈司法量刑實務之概觀與評析〉, 載：《法官協會雜誌》,  
22 期。

謝煜偉 (2012), 〈認真看待死刑量刑〉, 載：《司法改革雜誌》, 93 期。

謝煜偉 (2014), 〈「永山基準」臺灣版？--死刑量刑基準的具體化／最  
高法院 102 臺上 5251 判決〉, 載：《臺灣法學雜誌》, 249 期。

謝煜偉 (2020), 〈從量刑目的論形構量刑框架及量刑理由之判決架  
構〉, 載：《法官協會雜誌》, 22 期。

## 二、日文

### (一) 專書

- 中野次雄(2009),《判例とその読み方》,有斐閣,三訂版。
- 井田良(2018),《講義刑法学・総論》,有斐閣,二版。
- 木山暢郎(2011),〈共犯事件と量刑〉,載:大阪刑事実務研究会編,《量刑実務大系 第1巻 量刑総論》,判例タイムズ社。
- 司法研修所編(2012),《裁判員裁判における量刑評議の在り方について》,法曹会。
- 本庄武(2021),〈裁判員裁判と量刑、そして死刑〉,載:一橋大学刑事法部門編,《裁判員裁判の現在--その10年の成果と課題》,現代人文社。
- 永田憲史(2010),《死刑選択基準の研究》,関西大學出版部。
- 田口守一(2012),《刑事訴訟法》,弘文堂,六版。
- 松尾浩也監修(2009),《条解刑事訴訟法》,弘文堂,四版。
- 城下裕二(2009),《量刑理論の現代的課題》,頁174-181,成文堂,増補版。
- 原田國男(2008),《量刑判断の実際》,立花書房,三版。
- 原田國男(2011),《裁判員裁判と量刑法》,成文堂。
- 野村健太郎(2014),〈量刑における前科の考慮〉,載:高橋則夫等編,《曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集 下巻》,成文堂。
- 遠藤邦彦(2011),〈量刑判断過程の総論的検討〉,載:大阪刑事実務研究会編,《量刑実務大系 第1巻 量刑総論》,判例タイムズ社。
- 遠藤邦彦(2016),〈殺人事案における量刑事情の整理等に関する実践的視点とその留意点〉,載:井田良等編,《新時代の刑事法学--椎橋隆幸先生古稀記念 上巻》,信山社。

### (二) 期刊

小池信太郎(2014),〈量刑における前科〉,載:《刑事法ジャーナル》, 39 号。

川合昌幸(2008),〈被告人の反省態度等と量刑〉,載:《判例タイムズ》, 1268 号。

中桐圭一(2008),〈量刑の審査〉,載:《判例タイムズ》, 1275 号。

井田良(1996),〈量刑理論の体系化のための覚書〉,載:《法學研究: 法律・政治・社会》, 69 卷 2 号。

井田良、大島隆明、園原敏彦、辛島明(2012),〈裁判員裁判における量刑評議の在り方について〉,載:《司法研修所司法研究報告書》, 63 輯 3 号。

水島和男(2006),〈犯罪の社会的影響と量刑〉,載:《判例タイムズ》, 1206 号。

平川宗信(2007),〈光市母子殺害事件上告審判決〉,載:《ジュリスト》, 1332 号。

本庄武(2013),〈強盗殺人一件、強盗致死・強盗致傷一件等の事案につき、無期懲役の量刑が維持された事例[最高裁第一小法廷平成 21.12.17 決定]〉,載:《判例時報》, 2187 号。

永田憲史(2011),〈第一審で死刑が言渡されたものの、控訴審で破棄されて無期懲役が言渡された事件に対し、検察官が死刑選択基準に関する判例違反を主張して上告した事例[最高裁平成 21.1.14 決定]〉,載:《関西大学法学論集》, 61 卷 3 号。

永田憲史(2012),〈第一審で無期懲役が言渡され、控訴審で無期懲役が維持された事件に対し、検察官が死刑選択基準に関する判例違反を主張して上告した事例[最決平 21 年 12 月 17 日裁判集刑 299 号 1275 頁]〉,載:《關西大學法學論集》, 62 卷 1 号。

永田憲史(2013),〈第一審で死刑が言渡されたものの、控訴審で破棄されて無期懲役が言渡された事件に対し、検察官が死刑選択基準に関する判例違反を主張して上告したところ、一名の裁判官が刑訴法 411 条 2 号による破棄を相当とする反対意見を述べ

- た事例[最高裁平成 23.12.12 判決]》，載：《関西大学法学論集》，63 卷 4 号。
- 永田憲史（2024），〈最高裁において永山事件第一次上告審判決以降令和 4 年末までに確定した死刑判決一覧〉，載：《關西大學法學論集》，73 卷 6 号。
- 石田寿一（2017），〈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[第二小法廷平成 27.2.3 決定]〉，載：《法曹時報》，69 卷 3 号。
- 伊藤博路（2016），〈被告人を死刑に処した裁判員裁判による第一審判決を量刑不当として破棄して無期懲役に処した原判決の量刑が維持された事例〉，載：《名城ロースクール・レビュー》，35 号。
- 米山正明（2007），〈被告人の属性と量刑〉，載：《判例タイムズ》，1225 号。
- 李茂生、周憐嫻、林育聖、許博鈞、宋建銘、周芊妤（2020），〈量刑に対する裁判員と裁判官との差異--死刑に関する事案を中心に〉，載：《早稲田大学法務研究論叢》，5 号。
- 前田雅英（2001），〈死刑と無期の限界(下)--五件の最高裁判例の意味〉，載：《判例時報》，1740 号。
- 前田雅英（2010），〈被害者一名の殺人等の事案につき死刑の量刑が維持された事例--三島女子短大生焼殺事件上告審判決[最二判平成 20.2.29 判決]〉，載：《判例時報》，2060 号。
- 城下裕二（2000），〈最近の判例における死刑と無期懲役の限界〉，載：《ジュリスト》，1176 号。
- 原田國男（2002），〈上告審の量刑審査と量刑破棄事例の研究(上)〉，載：《判例時報》，1765 号。
- 原田國男（2002），〈上告審の量刑審査と量刑破棄事例の研究(下)〉，載：《判例時報》，1766 号。



原田國男（2009），〈裁判員裁判と死刑適用基準〉，載：《刑事法ジャーナル》，18 号。

高山佳奈子（2007），〈難波宏「前科，前歴と量刑」について〉，載：《判例タイムズ》，1238 号。

楡井英夫（2015），〈傷害致死の事案につき，懲役 10 年の求刑を超えて懲役 15 年に処した第 1 審判決及びこれを是認した原判決が量刑不当として破棄された事例[第一小法廷平成 26.7.24 判決]〉，載：《法曹時報》，67 卷 8 号。

樋口亮介（2018），〈責任非難の意義--複数の視点の析出と構造化の試み〉，載：《法律時報》，90 卷 1 号。

横田信之（2008），〈被害者と量刑(3)〉，載：《判例タイムズ》，1247 号。

横田信之（2013），〈犯罪被害者と量刑〉，載：《刑法雑誌》，52 卷 3 号。

難波宏（2007），〈前科，前歴等と量刑〉，載：《判例タイムズ》，1238 号。

飯田喜信（2002），〈第一審判決の無期懲役の科刑を維持した控訴審判決が量刑不当として破棄された事例[平成 11.12.10 第二小法廷判決]〉，載：《法曹時報》，54 卷 4 号。

# **Judicial Review of Death Sentences of the Supreme Court of Japan: An Investigation Centered on the Judgement on 10th December 1999**

Tien Yun Wu

## **Abstract**

Inappropriate sentencing causes a request for appeals. Since the death penalty is the ultimate punishment, the ruling usually details the grounds which reveal the procedure of reviewing sentences in the court of appeals. In this regard, this article dives into an unusual judgement of the Supreme Court of Japan on 10th December 1999 acknowledging that the life imprisonment was a clear violation of justice and the death penalty should be sentenced. Aligned with this ruling, supportive cases jointly describe the Japanese rationales, which might shed light on the judicial path for Taiwanese practice.

**Keywords:** sentencing; capital punishment / death penalty; appealing; Supreme Court

---

\* Adjunct Assistant Professor of Institute of Intellectual property, National Taipei University of Technology.