第二章　罪責認定程序與量刑認定程序分離

一、罪責認定程序與量刑認定程序二分論產生之背景

罪責認定程序與量刑程序分離之問題是於 1925 年在英國倫敦舉辦第 9 次國際監獄會議中提出，因為是在刑罰執行實務家之會議中提出，某程度可以看出該次會議係以「刑罰個別化」之想法為背景，亦即為了「刑罰個別化」有必要調查行為人之人格，為了作上開調查，認為須另設特別之訴訟階段，排除公開審判原則，並得到受有罪判決被告之協力進行人格調查。其後 1929 年在波蘭的布雷斯勞爾（ブレスラウ）會議，學者依英美刑事訴訟法正式的提出罪責認定程序與量刑認定程序分離之理論，認為行為之評價和行為者人格之評價並非不能分離。 戰後在西德，最初是始於律師界的討論，在學界也可說是有力的主張[5]。

二、國民參與審判後更加可能發生之問題

日本大阪地方裁判所於平成 19 年 10 月 10 日至 12 日舉行之森一郎案件模擬裁判，該案件最大的爭點是罹患統合失調症之被告的責任能力之有無，該案件法院所委託精神鑑定的結論是心神喪失，甚至在偵查階段之簡易鑑定結論也是心神耗弱，依該案件之證據關係、當時法官之感受，應該至少是認定精神耗弱之案件（該案件旁聽之數名審判長間，在精神鑑定人之證人訊問完畢後達成上開一致之意見），在最後評議時，裁判員之半數（即 3 名裁判員）認為被告有完全的責任能力，3 名裁判員及 3 名職業法官則認為是精神耗弱，最後認定是精神耗弱。聽取評議時及評議

[5] 福井厚著「西ドイツにおける刑事手続二分論」153 頁。

後感想座談會的裁判員發言內容，得知不僅是堅持完全責任能力之裁判員，連認為是精神耗弱者者亦不免受到被害者遺族被害感情強烈的衝擊，甚至最理性發言的裁判員也吐露：「審理中檢察官朗讀被害者遺族之筆錄令人刻骨銘心。」[6]。另外在東京地方裁判所刑事第 20 庭所舉辦之模擬裁判，也同樣在事後的問卷調查中，2 名裁判員明確的回答「在判斷責任能力時考慮了遺族筆錄及意見陳述內容」[7]等，均是在國民參與審判之案件，將單純量刑事實納入認定責任能力有無之案例。

三、德國參審制下之實驗[8]

德國於 1976 年在下薩克森州（ﾆｰﾀﾞｰｻﾞｸｾﾝ）的州司法省之協助下，進行了罪責與量刑程序分離的實驗。由於德國刑事訴訟法第 243 條以下之有關公判審理之規定較為簡單而有形塑之空間，實驗即成為可能。

實驗計劃不區分自白案件和否認案件，區分為行為認定程序和法律效果認定程序 2 部分。第 1 部分為審理被告是因故意或過失所犯之違法行為等問題；第 2 部分是審理刑罰等制裁及責任能力之問題。將責任能力放在第 2 部分，是因限制責任能力問題是量刑問題，責任能力之審理經常伴隨著對被告人格領域隱私權之深度侵害，故應放在第 2 部分，以限縮侵害之可能。但另一方面，鑑於責任能力又涉及第 1 部分犯罪行為之認定，於例外之情形，放在第 1 部分去處理。

---

[6] 杉田宗久著「裁判員裁判の理論と実践」211 頁。

[7] 田岡直博「特集、裁判員制度と實體法〔個別事例の檢討〕責任能力」刑事弁護 56 号 70 頁。

[8] 本庄武著「ドイツの参審制と量刑手続—手続二分論を中心に」刑事弁護 No.44.2005 年 54 頁。

向來之審判實務，經常在程序開始之人別訊問，進行被告之前科、經歷、收入家庭關係等行為人之主觀之情事進行詢問，但人別訊問理應僅止於被告同一性確認，因此，其外的因素原則上應在第 2 部分審理。但亦承認有例外情形，即行為者主觀之情事在罪責之認定上不可或缺時，例如為證明罪責行為，動機的了解是必要的情形、特殊之行為態樣必須以前科來推斷時，允許在第 1 部分審理。第 1 部分審理終了後，為中間評議及中間裁定，如獲得無罪確信則省略第 2 部分，直接為無罪之判決。

實驗在辦理輕罪之區法院進行，由職業法官所組成之獨任法院，及由參審員參加之參審裁判為對象，上開實驗共有 13 名法官參加，總計有 185 件案件之審判。另在作為比較的對照組，則是由參加裁判之法官審理 276 件的傳統方式的審判，及未參加實驗的法官審理 171 件傳統的審判。

實驗之結果證明：⑴罪責和量刑程序分離是可行的：雖然有批評行為和行為者無法區分，但實驗結果並無特別之困難。⑵關於量刑認定程序是否充實，因為在短時間的實驗，不能得知確切的答案，但在量刑審理上，扣除辯論外，採分離審理所花之時間較對照組為長，被認為是有某種意義的差別；關於訴訟關係人發言之次數，較傳統的審判方式為多，被認為是有某種意義的差別；證據方法之數量上雖亦較傳統之審判為多，但無統計上之意義；在量刑要素之數量上較傳統之審判方式更多，主要在於：義務違反之程度、行為態樣、經歷、個人量刑因素等。就整體而言，可以評價較傳統之審理方式更為充實。⑶程序之遲延方面：將罪責與量刑分開審理時，變成雙重的辯論、評議，因為中斷審判程序而延遲訴訟程序是最常被批評的，實驗結果也確實較一般審判程序所花之時間為長，縱使在未經量刑辯論之無罪審判亦

同。訴訟程序進行的效率問題，為了量刑審理的充實化之理想，不得不被犧牲。雖說直接遲延之程度並不嚴重，但間接的會給法官、檢察官帶來過多的負擔，以致增加沒有處理的案件，因此案件的限制是必要的。亦有人指出是因為程序不熟悉、在旁觀察者的存在而謹慎進行程序、對個別問題的集中，是招致審理長期化的可能原因。

惟在德國，於 80 年代公布由ﾀﾞﾙｰﾌﾟ提出立法草案，迄未完成兩階段論的改革，實務上亦未普遍地採行程序分離。但是實驗結果運用是可行的，亦有其優點。德國未實現的原因，或許考量到既然沒有採用起訴狀一本主義，也就不能徹底的解決偏見預防之問題，加上刑罰個別化的最大目的，在使犯罪者復歸社會，有其困境也未可知[9]。

四、罪責認定程序與量刑認定程序分離的必要性根據

關於分離罪責認定程序與量刑認定程序，有關分離之必要性的根據為何，在過去討論中，有種種的主張，不只是在日本，同時參考德國討論，加以整理的話，其根據中適合於日本現況之大致情形而言，可以整理出如下 5 點：

（一）罪責認定單純性的確保

藉由將罪責認定程序和量刑程序明確的區分，可以從程序上防止單純的量刑證據，特別是有關科刑和被害感情之證據，影響對被告罪責之認定。

（二）基於刑罰個別化的要求

[9] 本庄武前揭著「ドイツの参審制と量刑手続—手続二分論を中心に」57 頁。

藉由量刑程序從罪責認定程序區分出來，可以將量刑程序證據法的限制從嚴格證明中加以適當的緩和，得為被告之改善、更生及社會防衛等情狀，收集更廣泛的量刑資料。這樣不只是偏重於客觀犯罪事實等情事，得進行更加符合個案的個別量刑。

（三）消除辯護人的兩難

不區分量刑程序與罪責認定程序時，主張被告無罪之辯護人苦於是否併就量刑事實為舉證，但是將量刑程序從罪責程序區分出來的話，辯護人在罪責認定程序後之中間評議得出有罪的結論後，可以安心從事量刑舉證，上開兩難得以解除。

（四）訴訟程序的有效運用

於中間評議得出無罪之結論之情形，可免除之後的量刑程序，能夠謀求訴訟程序的效率化。

（五）被告隱私的保護

有關無罪之被告，因為不進行量刑程序，可以阻止前科等不欲人知的隱私在公開法庭上被揭露[10]。

刑罰個別化的要求曾蔚為風潮，特別是在德國、法國，是相當有力之主張，但日本之量刑實務，量刑證據（除去有關罪體部分外，所謂有關一般情狀部分）的調查，在理論上雖以自由之證明說為多數之見解，但在實務上，大致上均依嚴格證明，且縱採嚴格的證明法則，亦無不妥之處，故不存有僅在量刑程序必須緩和證據法則限制的必要性。在以行為責任主義為基調之日本量刑實務上，為了刑罰個別化應該調查的量刑證據，不得不說無論在質或量的方面之比重偏低。有關訴訟程序的有效運用部分，認為操作分離論反而會阻礙訴訟程序的效率，因為必須反覆二次的論

[10] 杉田宗久著「裁判員裁判の理論と実践」205－207 頁。

告、辯論和評議，故訴訟程序可能產生若干遲延，參照實務之現狀，占多數人不認為有促進訴訟效率，因此，持訴訟程序有效應用之理由仍有疑問。與上開說法比較，因裁判員制度的導入，解除辯護人的兩難的說法，其重要性較之前為高。雖然辯護人之兩難本身，從職業法官裁判之時代即存在，職業法官也相當程度理解辯護人的兩難。假定認為主張無罪之辯護人也必須進行量刑之舉證，在事實認定之際不加考慮，是否可以純粹的進行事實認定？對一般市民而言，是否能理解一方面主張無罪，一方面同時進行以有罪為前提的量刑舉證之矛盾的訴訟活動就是個疑問，此點不能否定有進一步影響事實認定之可能。

關於被告隱私的保護，日本至今似乎未曾討論過，且僅會在無罪判決有差別，但在裁判員裁判時代卻仍是不容忽視的問題。在德國，以程序分離論運用之實踐案例為基礎，作成、提出之「刑事訴訟法審判期日程序對案」中，應該導入立法上之程序分離論之根據的一開始，也是舉出這樣的理由。

如依上所述，在目前，基於刑罰個別化的要求和訴訟程序的有效運用之根據並沒有如此高的重要性，解除辯護人的兩難一說有相當之說服力，再者，關於被告隱私的保護雖也是次要之根據，但卻有難以忽視之存在感。但僅僅這些，仍不足以大膽地說有相當的根據，認有必要因此改變目前的審判程序。其最大的根據仍須求之於罪責認定單純化的確保。單純的量刑證據，尤其是關於被告之前科、被害者求刑之被害感情等不應影響被告罪責之認定，正因為有罪責認定單純化之原理，所以以裁判員制度之導入為契機，新設罪責、量刑程序區分調查之規定（刑事訴訟規則第 198 條之 3 參照）。

日本司法制度改革推進本部之裁判員制度刑事檢討會的主席

提案認為：「必須區別專門就有關量刑的調查，與有關公訴事實存否的證據調查」，但並未納入法律案。然而為了使裁判員容易了解證據調查的進行，上開想法是重要的，身為辯護人，特別是有事實爭執關係之案件，在言詞辯論前的準備程序，應該在舉證過程中努力反映上開旨趣。特別是在爭執無罪的案件，審判長應藉由訴訟指揮，設法區分罪責審理程度與量刑審理程序[11]。

五、區分罪責認定程序與量刑程序二分論之目的——預斷排除等

區分為罪責認定主體與量刑認定之主體：如此一來，不僅罪責認定之主體可以專心於犯罪事實之認定，辯護人亦可從幾近百分之百的有罪率中，一方面主張無罪，一方面要求從輕量刑之兩難辯護中解脫，充分的行使防禦權。其次，將判斷證據能力有無與判斷證據證明力之主體分開，必然的證據能力之判斷會趨於嚴格。

罪責認定程序和量刑認定程序之程序分離論，無論是解釋論、運用論或立法論上，從現行刑事訴訟法施行當初即被主張。其根據在於預斷排除、單純化罪責認定程序證據之嚴格適用，及實現刑罰個別化之量刑程序的合理化。如從採取起訴狀一本主義，象徵著預斷排除、罪責認定程序、證據能力之嚴格限制等現行刑事訴訟法之建制來看，在容許範圍內，徹底的區分罪責認定程序及量刑程序，乃當然的結論。從而，在現行刑事訴訟法的架構下，除徹底貫徹起訴狀一本主義外，在否認犯罪事實之事件，依法院的訴訟指揮，實質的區分罪責認定程序和量刑程序，在罪

[11] 後藤昭ほか「実務家のための裁判員法入門」124 頁。

責認定程序，儘可能地限制檢察官及辯護人的開頭陳述內容、舉證事項、證據調查之範圍於罪責問題，在罪責認定程序終了後，再為量刑證據調查，是可行的[12]。

六、分離之程度及方法

在裁判員制度之下，於開頭陳述中提及前科對於事實認定的影響，較諸職業法官審判的影響更大。因為身為市民的裁判員未受有法律專業訓練，不習慣依證據為嚴格之事實認定，況且在審判程序一開始，檢察官提及被告前科，裁判員即會懷有預斷的危險。一旦有了先入為主的預斷，除非能提出相當程度之彈劾證據，否則難以去除所生之影響。雖說在立法論上，贊成罪責認定程序與量刑認定程序分離論的學者已是多數[13]，但具體區分的程度、及如何的區分乃是下一步的議題。並非單純將認定有罪無罪之證據調查，與為量刑而調查之程序分離，先進行前者，即可謂已完成。如無先就有關有罪無罪之中間判斷，僅在被認定有罪時才進入量刑程序時，因為不能排除量刑資料對罪責判斷的影響，所以並無意義，如果是那麼說的話，接著的問題是中間判斷的法律性質，產生是否承認中間判決的拘束力？可否獨立地對中間判決聲明不服等問題，此外，是否有將罪責認定之主體與量刑認定之主體分開之必要？有無限定案件之必要？責任能力、主觀要素的認定應該在哪一程序中進行？如何適用證據法則等之困難問題必須解決。

現行法並無中間判決之制度，因此是否應該對中間判斷承認

---

[12] 石松竹雄著「手続き二分論の見直し：冤罪防止の見地から」65 頁。

[13] 山田道郎著「冒頭陳述、手続き二分及び裁判員制度」鈴木茂嗣先生古稀論文集下 735 頁。

拘束力？關於這一點，有認為將依據嚴格的證據法則認定的第一階段之判斷，反覆地在第二階段的量刑程序被提出有其疑義。有認為倘是對被告不利的方向不應被允許，但對被告有利方向應被容許[14]。關於此點，在裁判員裁判應為如何的思考？首先，有提出活用評議制度者，亦即在否認案件的開頭陳述，認為特別是在裁判員參加的公判程序，應該限於罪責問題，隨時召開評議，確認為有罪後，才進入量刑程序。但在罪責審理間進行中間評議，就罪責問題，倘依據暫時得出之結論，會變成在沒有檢察官的論告及辯護人之辯論狀態下，僅有法院之判斷，而且是依程序上不透明的方法形成判斷，終致論告及辯論淪為形式，使刑事訴訟法之當事人進行主義倒退，不應該允許。另有提出利用中間論告及中間辯論後的中間評議的實質程序分離案，亦即有關罪責的證據調查完畢後，讓檢察官和辯護人就罪責為中間論告和中間辯論，裁判員和法官進入中間評議，因為評議是可以隨時進行的。假設評議結果是有罪的話，不宣示評議結果，再開審理程序，進入有關量刑證據之調查。之後再由檢察官及辯護人就量刑為論告及辯論後進入量刑評議程序，為最終之評議。如果在中間評議是無罪之情形，就直接判決無罪，這樣的提案雖被評價為妥當，但問題是在中間論告、中間辯論以前的評議會形成某種判斷結果，從而，縱令評議是可能，就罪責方面，接近於實質決定那樣的評議，至少應該在中間論告及中間辯論後行之。至於中間評議的拘束力，因為未正式宣示，即無所謂拘束力之問題[15]。

如前所述，關於事實認定程序和量刑認定程序分離，從很早

[14] 岩瀬徹著「手続き二分論」熊谷編公判法大系Ⅱ140 頁以下。
[15] 山田道郎上揭著 737-738 頁。

開始就經長期的討論，在裁判員參與審理的案件，把量刑事實和事實認定明確的分開，為了排除裁判員判斷的混亂或無意識地將量刑事實反映至事實認定的危險，該是理想的[16]。

參考上開見解可以考慮作如下之訴訟程序之進行：

① 進行關於罪責程序證據之調查。

② 終結關於罪責之辯論。

③ 為中間論告及中間辯論。

④ 進行中間評議及表決。

⑤ 評議結果為無罪時，為無罪之宣告。

⑥ 評議結果為有罪時，進入量刑程序。

⑦ 進行有關量刑證據之調查。

⑧ 終結關於量刑程序之辯論。

⑨ 進行量刑評議及表決。

⑩ 宣示判決[17]。

七、適用之案件類型

原則上，有關事實．法之評價有爭執之事件應該適用是比較理想，但是另一方面，此一運用，如考慮在公判程序中有一重要的中間評議，擔心程序會有若干遲延的話，突然就將上開所有案件列為對象事件進行，恐非良策，初期以裁判員裁判之案件中，以①就被告之責任能力有激烈爭執之案件；②在案件性質上或是否為犯罪行為人之案件作為適用之對象是比較妥適的，透過上開案件，進行罪責與量刑分離之實務運作穩健之後，再逐漸擴大適

[16] 原田国男著「裁判員裁判における量刑判断」現代刑事法 6 巻 5 号（No.61.2004）48 頁。

[17] 上田国広教授著「裁判員裁判と手続き二分論」刑事弁護季刊 2005 年 no44。

用之對象，應該是比較理想[18]。美國與日本戰前施行陪審裁判時，均僅在有關否認犯罪之案件，方採雙階之訴訟程序。亦即，先為有罪或無罪之審理，經評議表決後，認為有罪時，再進入量刑審判程序，區別在於美國之量刑審理會另定公判期日；日本則是在有罪評議後，立即進入量刑的審理，如此一來，能使審判程序更為清晰明確，在有罪、無罪的罪責判斷程序亦可以排除前科等偏見上之有害證據。

八、罪責認定程序與量刑程序分離是否應取得當事人之同意

在進行罪責認定與量刑認定程序分離程序時，當然在公判前整理程序，須依照該旨趣草擬審理計劃。證據調查之範圍、順序、方法的決定是屬於法院的裁量事項（日本刑事訴訟法第 297 條參照），為了程序的順利進行，只要可行，勸導當事人，事先取得當事人之同意是較為理想的。在事務之性質上，很難想像辯護人會反對；檢察官應該也沒有特別反對之理由。檢察官理解公平之觀念，該不會有借助前科之存在、被害者之強烈處罰感情想要贏取被告有罪之權宜想法。

九、聲請調查量刑證據之時點

主張無罪之被告方，即使在公判前整理程序請求調查量刑證據，因裁判員並未參與公判前整理程序，且因為量刑證據調查請求本身，並不是在裁判員參與之罪責認定程序要被調查證明，在公判前整理程序，法院對被告方確認量刑證據調查請求之有無，在某種場合，即使希望請求，一般亦不會給辯護人帶來兩難之處

[18] 杉田宗久著「裁判員裁判の理論と実践」235 頁。

境；在檢察官因為沒有辯護人那樣的兩難問題，所以在公判前整理程序，被要求須事先完成包括量刑證據之全部證據之證據調查請求[19]。

[19] 杉田宗久著「裁判員裁判の理論と実践」239-240 頁。