

壹 前言

蔡總統為因應社會對司法改革的呼聲，在其第一任期就主動召開「司法改革國是會議」，經數個月分組研討，於 106 年 8 月 12 日總結出會議成果，其中以推動「人民參與刑事程序」作為第一要務，亦以強化言詞、直接審理原則，建立金字塔化的刑事訴訟程序，作為司法改革之重要目標¹。司法院在同一年分別成立「國民參與刑事審判法案研議委員會」及「刑事上訴制度變革研修委員會」，先後完成「國民參與刑事審判法草案」及「刑事訴訟法部分條文修正草案」，各於立法院第 9 屆會期送請審議，嗣因委員改選屆期不連續之故，2 草案均退回司法院。前者，於本（第 10）屆會期再送立法院審議，即便在部分民團堅持採取「陪審制」的反對聲浪下，終在僅將法律名稱變更，小幅度的修正條文內容後，於 109 年 7 月 22 日三讀通過「國民法官法」（下稱本法），主要條文自 112 年 1 月 1 日起施行。另一方面，攸關刑事訴訟金字塔化的「刑事訴訟法部分條文修正草案」（下稱刑訴金字塔化草案），目前仍在司法院研議中，因行政院對部分條文尚有意見，將來立法時程尚未可知²。

不可諱言的，本法的主要架構，是參考「日本裁判員」制度而來，而日本研修制度設計之初，就二審程序應否同步採用國民參審或嚴格限制上訴，曾有過廣泛討論，最終結論仍採行現行制度，乃裁判員參與審判的上訴案件，仍適用刑事訴訟法，不作特別立法或任何修正，換言之，由裁判員參與審判的案件與一般刑事案件所進行的上訴程序，沒有任何差別³。反之，我國刑事第二審程序現為「覆審制」⁴與日本現行「控訴審」程序顯然不同⁵。簡單地說，「覆審制」原則是就第一審調查之證據資料，重新重覆審理，包括原審中未發現之新證據資料，由法官依重新調查之證據所得，重新認定事實、適用法律及量刑，也就是說「覆審制」的審理對象或範圍是「案件」本身，是對於案件為完全的重覆審理，並非僅依第一審判決基礎之資料加以「覆核」而已，此與採取「事後審制」的第二審，僅就上訴人表明之上訴理由中指摘的第一審「判決」作為對象，事後「審查」該判決妥當與否的訴訟構造，全

國民參與審判案件之上訴審

文／王邁揚

上

然不同。所以，將來我國刑事第二審，若由 3 位職業法官以現行「覆審制」方式，或本於上級審之優越心態（證），來審理行國民參與審判的上訴案件，本質上有不相適合之嫌⁶。如果任意將原判決撤銷改判，也有加速崩解一般民眾對國民參審制度信心的可能。是本文大膽預測刑訴金字塔化草案在國民法官法施行前，仍無法同步施行的情形下，適與日本立法進程恰恰相反，故認我國將來行國民參與審判的上訴程序，有預先研討可能的爭議問題，以謀因應對策。

貳 我國行國民參審案件之上訴審架構

本法第 90 條至第 92 條 3 個有關上訴審的條文（本法第 89 條僅限制國民法官不具備積極資格或有第 13 條、第 14 條所列消極資格，不得作為上訴之理由，無關於上訴審構造問題，不在本文討論重點），早在「國民參與刑事審判法草案」公聽會時期，司法院當時即已明白宣示，要藉此等條文作為二審程序「還在覆審」的限制⁷。從以下的分析，雖然看得出來這些條文原取材自日本實務，或因而使我國行國民參與審判案件之上訴審結構上有「接近事後審兼續審制」之取向⁸，但本文以為，在刑事訴訟金字塔化未能同步修正實施，我國刑事第二審仍在「覆審制」的基本架構上，僅僅利用這 3 個條文來限制二審程序，用以維護作為「司法改革指標」的國民參審制度，實在有些蒼白無力，更難保無制度之爭議發生。

參 關於第二審法院調查證據之範圍及限制

本法第 90 條第 1 項規定「當事人、辯護人於第二審法院不得聲請調查新證據，但有下列情形之一，而有調查之必要者，不在此限：一、有第六十四條第一項第一款（當事人、辯護人均同意且法院認為適當者）、第四款

（為爭執審判中證人證述內容而有必要者）或第六款（如不許提出顯失公平者）之情形。二、非因過失，未能於第一審聲請。三、於第一審辯論終結後始存在或成立之事實、證據」。其立法說明指出「本法第六十四條第一項前段就當事人、辯護人於準備程序終結後，已規定不得再聲請調查新證據，是於提起第二審上訴後，如仍許當事人、辯護人聲請調查新證據，將失卻國民參與審判落實集中審理之精神，惟就上開例外情形若猶不准聲請調查證據，實屬過苛，特設例外以為衡平……但仍以第二審法院認為有調查必要者為妥，乃附加必要性條件」等語。又其第 2 項規定「有證據能力，並經原審合法調查之證據，第二審得逕作為判斷之依據」，故解釋上係二審法院認定有證據能力、且原審法院之認定亦無錯誤之意，始無庸再次踐行調查證據程序。因此可見，二審法院就國民參審之上訴案件，非係以第二個事實審地位全面地重新調查對當事人有利、不利之證據。當事人、辯護人於上訴後，在第二審聲請調查證據，應受上開規定之限制，且由法院審酌其必要性，是兼有「續審制」之特色，應無疑義。

然此條文與刑訴金字塔化草案第 361 條之 6 規定「因不得已之事由而未能於原審辯論終結前聲請調查證據，或辯論終結後發現新事實、新證據，『致原審判決有前條（即原審判決認定事實錯誤顯然影響於判決，或科刑、宣告沒收、保安處分顯然不當）之上訴理由者』，得提起上訴。」「前項之新事實、新證據，指辯論終結前已存在而發現在後，及辯論終結後始成立之事實或證據」⁹相互比較結果，並佐以同草案第 361 條之 8 第 2 項「依第三百六十一條之六第一項規定提起上訴者，其上訴書狀應敘述理由，並釋明因不得已而未能及時聲請調查證據之原因，或發現新事實、新證據之時點，『同時』提出證據調查

之聲請，記載其與待證事實之關係」規定，可見刑事金字塔化草案針對得在第二審程序聲請調查「新事實、新證據」，是以「事實誤認顯然影響於判決」或「科刑、宣告沒收、保安處分顯然不當」為上訴理由者為限，且聲請調查之證據，限制在原審「因不得已之事由不能即時調查者」，當事人並應釋明其原因、於上訴狀中聲請並記載與待證事實之關係，其程序要求更為嚴格。

而國民參審案件因採行「卷證不併送」主義，且為徹底落實直接、集中、言詞審理之「公判」程序，乃加重「準備程序」關於證據開示、篩選、集中調查之準備工作，故自本法第 47 條至第 63 條明定準備程序應處理之事項，要求於各事項處理完畢後，應與當事人、辯護人確認整理結果及「審理計畫內容」，宣示準備程序終結。因此國民參審案件是「必」行準備程序，與其他刑事案件依刑事訴訟法第 273 條規定「得」行準備程序有所不同。

關於當事人或辯護人聲請調查之證據，法院認為不必要者，本法第 62 條第 2 項已明定應於準備程序終結前以裁定駁回之，更於同條第 3 項具體規定「一、不能調查。二、與待證事實無重要關係。三、待證事實已臻明瞭無再調查之必要。四、同一證據再行聲請」等情形，「應」認為不必要。同條第 6 項則規定「審判期日始聲請……調查之證據，法院應於調查該證據前，就其證據能力有無為裁判；就聲請調查之證據認為不必要者，亦同」，依該條立法說明「七、當事人聲請或法院依職權調查之證據，均應盡可能於準備程序中即決定其證據能力及調查必要性。但因第六十四條第一項但書所定情形，致不及於準備程序中聲請……亦非無有，基於『發現真實之使命』，自不能一概不予調查，但於此情形下，法院仍應就該等證據之證據能力，預為決定，又法院認聲請調查證據不必要者，亦同」等語可知，當事人或辯護人以本法第 64 條第 1 項所定各款事由，於審判期日始聲請調查證據者，法院應依第 62 條第 6 項規定，於調查證據前，預以裁定決定其證據能力（第 64 條第 3 項亦規定「違反第一項之規定者，法院應駁回」），如經

（文轉三版）

註釋

1 見總統府司法國是會議成果報告，2017 年 9 月 8 日。

2 我國 96 年 8 月 15 日版「國民參審試行條例草案」，於第二編第一章、第二章分別規定國民參審之第二審、第三審規定，多達 38 條；而 106 年所提出「國民參與刑事審判法草案」是否為配合刑事訴訟金字塔化，欲將上訴審程序條文回歸刑事訴訟法修正，針對國民參審的上訴部分僅規定 4 條文，就不得而知。

3 時任日本司法制度改革推進本部「裁判員制度・刑事檢討會」座長的井上正仁教授更認為以「尊重第一審」作為基礎架構，第二審回歸「事後審」，即可與裁判員制度互相合致。

4 最高法院 30 年上字第 2565 號判例及 98 年度台上字第 7962 號判決意旨。

5 日本戰前刑事訴訟之控訴審（第二審），亦採行覆審制，於 1948 年修正時改為「審查」第一審判決之後審制，惟幾十年來的實際操作結果，就第一審判決有針對事實誤認的處理，允許調查新證據，且若上訴審撤銷原判決，鮮少發回原審，原則上自為判決，故與「事後審」所具有的「法律審」性質漸行漸遠，因而學者認為日本現行第二審上訴制度難以單純的「事後審制」原型來理解，而以「續審制」稱之。

6 朱石炎「國民參審案件上訴審之構造」，司法周刊第 2022

期。

7 司法院前秘書長呂太郎於 106 年 12 月 19 日國民參與刑事審判法草案公聽會稱：「……即使最壞的程度，法律通過兩年以後，刑事訴訟法還沒有改，還在覆審，我們也必須對覆審這樣的制度來作重大的限制，事實的認定除了違背經驗法則或論理法則，這是很嚴重的，否則不可以改判，要盡量尊重國民法官的意見」。

8 同註 6。

9 行政院認此條文限制上訴之理由，較聲請再審之事由更加嚴格，故建議司法院參酌現行刑事訴訟法第 420 條規定修正本條之上訴要件。



檢索全部法規、司法判解、行政函釋、裁判書、起訴書、論著

法源法
服務
TEL: 02-2

司法

訂閱辦法

本刊每年



費用新臺

如蒙
請郵
帳

5005
帳

司法院

(文接二版)

法院裁定無證據能力或無調查必要者，就不得於審判期日主張或調查之（第 62 條第 7 項），同條第 8 項復明定「裁定不得抗告」。

是第 64 條第 1 項第 1、4、6 款何以猶列為得於上訴後第二審聲請調查證據之例外，立法者僅委以二審法院審酌調查之「必要性」為節制（實則第 64 條第 1 項第 1 款之「法院認為適當」、第 4 款之「必要」、第 6 款之「顯失公平」，均為裁量），忽視於國民參審制度應以第一審為重心之程序設計，論理上並非無疑。尤其，未明文規定當事人、辯護人聲請調查之始點及應否調查原因之釋明，二審法院若不允許調查，當事人得否抗告等事項，在無其他法律可以援用的情形下，顯有發生程序爭議的可能。況且，由本法第 90 條第 1 項「當事人、辯護人於第二審法院，不得聲請調查新證據。但有下列情形之一，而有調查之必要者，不在此限」之文義觀之，解釋上前述調查新證據之例外與刑事訴訟金字塔化改採「事後審兼續審制」之上訴要件或理由無關，意即，此條規定僅止於當事人上訴「後」聲請調查新證據之限制而已，是將來刑訴金字塔化草案如修正施行，則可能形成普通法之規範嚴格、特別法要件較為寬鬆之疑慮，故本文以為基於對國民參審案件應採取限制上訴之立場，將來前述金字塔化草案施行後，自當適用較嚴格之規定，排除本法第 90 條第 1 項但書之適用，即此條但書之適用時機，應侷限在上訴審程序仍採行「覆審制」階段，以為節制。

此外，本條立法說明中更特別敘明「有關第二審法院依職權調查證據部分，未在本條規定之列，自應回歸適用刑事訴訟法之相關規定」，因此本條所謂第二審調查新證據之限制與例外，僅限於當事人、辯護人聲請調查部分。然而，行國民參審案件之第二審法院依職權調查證據之事項及範圍，本法未若 96 年 8 月 15 日版「國民參審試行條例草案」第 78 條或刑訴金字塔化草案第 366 條均明定第二審法院得依職權調查之範圍及事項。反觀現行刑事訴訟法中僅於第 393 條、第 394 條及第 429 條之 3，分別限制第三審法院及再審程序法院職權調查之範圍，但因目前第二審程序猶

採行「覆審制」，與第一審通常程序並無二致，應以刑事訴訟法第 163 條第 2 項「法院為發見真實，『得』依職權調查證據。但於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，法院『應』依職權調查之」作為唯一的法律依據。因此，若本於前述立法說明意旨，似指第二審法院基於發見真實之目的及公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，仍得（應）依職權調查事實及證據，惟如此操作之結果與「限制覆審」的初衷及第二審法院原則上應「尊重」國民參審關於事實認定之精神，豈不相互矛盾？因此，本文認為此部分之立法說明，反而有誤導第二審法院「得依職權」調查證據，以發見真實，不受任何限制之疑慮。基於「事後審」之精神，將來第二審法院審理行國民參與審判之上訴案件，切莫本於上級審之優越地位，正義使者上身，自宜參考 96 年版「國民參審試行條例草案」第 78 條、刑訴金字塔化草案第 366 條及現行刑事訴訟法第 393 條、第 394 條等規定，自我節制行使職權調查之權限¹⁰。

肆 第二審法院對國民參審判決之審查密度

本法第 91 條規定「行國民參與審判之案件經上訴者，上訴審法院應本於國民參與審判制度之宗旨，妥適行使其審查權限」。其中「本於……宗旨」、「妥適……審查」用語抽象，不易讓人瞭解真意，故參酌其立法說明：「國民參審制度之重要目的，在於使國民與法官共同參與刑事審判，反映一般國民之正當法律感情，以增進人民對司法之瞭解與信賴，為貫徹此意旨，上訴審法院應本於國民參與審判制度之『宗旨』，妥適行使其審查權限，而不宜輕易逕以『閱覽』第一審卷證後所得不同心證，即予撤銷」等語，並綜合第 92 條第 1 項但書「但關於『事實之認定』，原審判決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」之反面解釋及其立法說明「……有關事實之認定，第二審法院原則上應尊重國民於第一審判決所反映之正當法律感情，除第二審法院認為第一審判決認定事實違背經驗法則或論理法則，顯然影響於判決外，原則上不得遽予撤銷」等語，由此可

見，本條文規範目的，其實僅在凸顯我國國民法官法，因「參考」日韓制度，一方面在一審程序中引進一般國民法律感情參與審判，二審仍維持由職業法官做為覆審之上級審，一旦涉及判決實質內容之歧異，必然產生第一審加入一般國民意見與第二審職業法官專業判斷應如何相互折衝的問題，因此倡言第二審應本於「尊重」國民參審裁判之立場，原則上儘量維持原判決，不要任意撤銷。

惟本文認為若干問題尚有深入探討的餘地：

一、尊重論的內涵

所謂「尊重」下級法院之判決，就第二審法院審查權之行使而言，實質上係「限制」之同義詞¹¹。但依釋字第 752 號解釋意旨，上訴既因人民之人身、財產等權利可能遭受法院「誤判」侵害，本質上有誤判救濟之性質，則第二審法院應本此覆審之地位，檢視原審判決有何違法或不當，論理上不應就原審判決之組織不同而別其處理態度。尤其，我國第二審現仍採取覆審制，原則上是以第二次事實審之地位全面地重新調查對當事人有利、不利之證據，無須受原審之認定所拘束，在審級構造上而言，對於初次受有罪判決之被告而言，保障似更為周全，形式上根本不存在有本條立法說明所指第二審逕以「閱覽」第一審卷證後所得不同心證，即予撤銷第一審判決之可能性，是以上開法條及立法說明徒以上訴審「本於國民參與審判制度之宗旨」、「尊重國民於第一審判決所反映之正當法律感情」等抽象宣言，來限制第二審法院對第一審國民參審判決之審查密度，理由似乎不夠充分。

事實上，上級審應尊重國民參審判決的論調，源於日本引進裁判員制度，為研議現行第二審程序是否應同步修正時所提出¹²，如同當時任司法制度改革推進本部「裁判員制度・刑事檢討會」座長的井上正仁教授於立法座談會之發言「維持第二審僅由職業法官負責審理之現狀，但以『尊重第一審』作為基礎架構……故回歸制度原則，即可與裁判員制度合致」等語，可見日本尊重論之最初意義，是把「尊重」第一審之旨趣用貫徹第二審之「事後審」屬性來表達¹³，且因裁判員制度導入後，第一審直接、口頭審理主義更加貫徹，相較於以卷

證資料為中心的第二審，訴訟構造上更具有優越性，因此在日本於第一審行裁判員審判，研討第二審之審查密度時機，提出所謂「尊重」論調，限制二審恣意調查證據、撤銷改判，回歸「事後審」之本質，顯得理所當然。

其後日本最高裁判所第一小法庭於 2012 年 2 月 13 日對俗稱「巧克力罐」案件，藉由闡述日本刑事訴訟法第 382 條所指「事實誤認」之上訴理由，申言第二審法院本於「事後審」之構造，所應行之審查方式，乃是將第一審判決「審理過」的證據信用性評價及證據的綜合判斷，對照論理法則、經驗法則檢討有無不合理之處。所謂「事實誤認」係指第一審法院對照論理法則、經驗法則有所不相當而言。因此，上訴審判斷第一審判決有「事實誤認」之時，必須具體指出第一審判決有何違反經驗法則、論理法則之處。如此詮釋，於第一審導入裁判員制度，澈底落實直接、口頭主義之情況下，更加妥適等語¹⁴。自此判決後，日本學界及實務界長年以來，關於事實誤認之上訴案件，第二審法院得以撤銷改判之理論基礎之「心證優越說」與「經驗法則、論理法則違背說」爭論，最高裁判所藉由就「裁判員制度」之宗旨及（直接、言詞審理主義）程序上尊重之說明，可算是有「槓定音」的效果。

是以，前述本法第 91 條之立法說明「……上訴審法院應本於國民參與審判制度之宗旨，妥適行使其審查權限，而不宜輕易逕以閱覽第一審卷證後所得『不同心證』即予撤銷」及本法第 92 條第 1 項但書「但關於事實之認定，『原審判決』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」等語，顯然是將日本最高裁判所上開判決意旨予以明文化。然其「關於事實之認定……顯然影響於判決」，所指「事實」範圍究竟如何，本法立法理由則未指明，本文以為日本最高裁判所上開判例既係針對日本刑事訴訟法第 382 條有關「事實誤認」之上訴理由為申論，而日本學界通說認為該條所謂「事實」除須嚴格證明之構成要件、違法性、有責性事實外，尚包括刑之加重、減輕、免除事實，則可供我國實務參考¹⁵。

（下期待續）
（作者為連江地院院長）

註釋

- ¹⁰ 朱石炎先生前揭文認為「惟如原審法院怠於依本法第 58 條命為證據之開示或未依第 62 條為准駁之裁定，復未於判決理由有所說明，而該證據在客觀上攸關事實之認定，非經調查，難以發見真實，第二審法院以現制『覆審制』立場，自得依刑訴第 163 條第 2 項規定，本其職權，調查重要證據，不受原審判斷之拘束」，即與本文見解不同。
- ¹¹ 李嘉興「第二審法院對國民參加刑事審判審查基準之確立」，司法院帶職帶薪自行進修研究報告，第 8 頁，司法院網站。
- ¹² 池田修「解說裁判員法」第 265 頁所附裁判員制度・刑事檢討會「考えられる裁判員制度の概要についての説

- 明」。
- ¹³ 後藤昭「裁判員制度の無罪判決と檢察官控訴」，季刊刑事弁護，2011 年（No.68）第 16 頁。
- ¹⁴ 刑事審判集 66 卷 4 号第 482 頁，參與該判決之白木勇法官更在判決補充稱：「儘管當前刑事第二審實務，意識到自己是事後審，仍有許多法院關於事實之認定及量刑，首先形成自己心證再與第一審判決之認定、量刑作為比較，如有差異，就照自己的心證，變更第一審判決，這與事後審預設之情形不同……裁判員制度實施後，上開判斷方法有改變之必要……裁判員制度係為反映裁判員種種觀點、感覺之判斷，因此，在裁判員參與之裁判，應該容許

- 其有某一程度之認定、量刑。如果不能體認這一點，裁判員制度就沒辦法走下去了，不是嗎？在裁判員制度下，第二審應儘可能尊重裁判員參與之判斷，基於相同的理由，本判決重視第二審的事後審性質，肯認第二審的事實誤認的審查，應以第一審判決所為證據信用性之評價、證據之綜合判斷，按論理法則、經驗法則是否可以認為是不合理的觀點為之」。
- ¹⁵ 但本法第 83 條立法理由指出「科刑事項」包括法律上加重或減輕、免除刑罰事由之認定（例如累犯、過當防衛、自首成立與否、或其他屬於刑法總則之加重事項）。