國民參與審判案件之上訴審（中）

文／王邁揚

（文接上期）

二、事實錯誤的審查

第二審法院要如何「審查」第一審國民參與審判判決關於事實之認定，違反經驗法則、論理法則[16]？本法立法說明僅泛稱不宜逕以「閱覽」第一審「卷證」後所得不同心證即予撤銷而已，原則上採行「覆審制」也不可能有此粗糙的作法，已如前述。因此依日本最高裁判所上開判例意旨所能導出之結論或第二審以「事實誤認」撤銷原判決之應有做法，乃要求第二審法院若要將第一審判決以「事實誤認」之上訴理由撤銷，必須就第一審判決「已審理」過之證據信用性評價或各個證據之綜合判斷，充分且具體地說明有何違反一般人之生活經驗，或事理推斷之過程有何不合理之處。若無法明確充分的說明，則第二審法院不得逕以「審級上」的心證優越，撤銷原審判決。換言之，此一限制還是屬於「尊重」國民參審，依已調查之證據所為事實認定之範疇。準此，當事人於第二審若依本法第 90 條規定聲請調查新事實、新證據，而第二審法院亦就新事實、新證據重新認定之結果，足以推翻原審判決之事實認定時，自當不受此但書之限制[17]。

三、量刑事項的審查

第二審法院對於國民參與審判之量刑審查，雖有學者直接認為無本法第 92 條第 1 項但書適用之餘地[18]。然依第 91 條規定「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」等語觀察，豈能將反映一般國民之正當法律情感之量刑，被排除在第二審法院「尊重」之外？尤其，依日本現行刑事上訴制度，「量刑不當」亦可作為獨立的上訴理由[19]，所謂「量刑不當」係指量刑在法定範圍內，因刑度過重或過輕，致量刑欠缺相當性而言。惟日本量刑時應考量之因素，未如我國刑法第 57、58 條設有明文規定[20]，係由實務判決及學說發展出量刑之基準法則。而在裁判員制度引進前，法官量刑判斷是受到「量刑相場」（量刑行情）之限制。惟基於引進國民多元觀點、情感、健全的社會常識反映在刑事判斷，作為導入裁判員制度之主要目的，平成 19 年由司法研修所編撰之研究報告即認為在量刑幅度上，相較於僅由職業法官參與量刑之場合，應承認裁判員參與之裁判，量刑上可有更寬廣之幅度，第二審職業法官應以更謙遜的態度，容許這樣的差異[21]。且在預計施行裁判員制度前之 2008 年 4 月 1 日，日本最高裁判所亦開發出一套「裁判員量刑検索システム」[22]，提供裁判員於量刑評議時，輸入相關量刑因子進行檢索，期使裁判員得理解過往類似案件，法官究竟是如何量刑之大致「量刑傾向」（以量刑分布圖表，用一定幅度區間顯示），以此作為個案量刑時的範疇，再針對個案之其他一般情狀如被告犯後態度、改善更生意願等來決定個案之具體刑度落點在量刑傾向之偏上、偏下範圍或者決定是要大幅度之逸脫。換言之，先以客觀證據為基礎所定出之量刑因子，藉由電腦分析確定出大致「量刑傾向」作為量刑參考後，才由裁判員加入多元之國民觀點、情感或健全的社會常識反映在個案之具體量刑評議上，以避免引進國民意思的量刑，淪為個人之直覺反應。

又基於「尊重」裁判員裁判的立場，故學者進一步指出第二審法院如要撤銷原審判決時，應限於原審法院對於極為重要之量刑因子有很明顯的疏漏或誤認、或對於與量刑有關之重要事實的評價產生過大的錯誤（例如對於主要犯罪情狀完全不重視，卻過度強調被告前科或惡劣性格作為科處重刑之依據），或共犯間量刑上顯有不均衡之情形外，否則第二審原則上仍應尊重第一審的量刑判斷。就此，我國學者也提出「…… 第一審於評議過程中，審判長務須對於量刑事項，運用司法院建置之量刑趨勢建議系統，向參與審判之國民法官提供詳盡解說，耐心充分溝通，裨求量刑恰當」之建議[23]，或因上開日本實務之操作有感而發，其中要求審判長就量刑事項（因子），應詳盡、耐心向國民法官解說一事，本文深表贊同。但其結論「倘若原判決失之過重或過輕，且其量刑理由有欠完備，而經合法上訴者，第二審仍有撤銷糾正之責」。

本文則以為我國最高法院對於下級審之量刑，咸以量刑輕重係屬事實審法院得依職權自由裁量之事項，苟已斟酌刑法第 57 條各款所列情狀而未逾越法定刑度，不得遽指為違法；且在同一犯罪事實與情節，如別無其他加重或減輕之原因，下級審之量刑亦無過重或失輕之不當情形，則上級審法院對下級審法院之職權行使，原則上應予尊重之一貫見解，是同為職業法官之量刑裁量，上級審既應尊重下級審之裁量，基於國民參審係引進國民多元觀點、情感、健全的社會常識之政策目的及制度設計（人數優勢）之應然面而言，第二審法院對於國民參審判決之量刑，更應加以尊重，不得任意撤銷改判，自不待言。至於前述日本之量刑檢索系統作為大致量刑傾向的參考一事，我國司法院雖亦已設置量刑資訊系統或量刑趨勢建議系統，非但學者普遍認為因數據量較少，尚無法作為客觀之依據外，最高法院迄今仍認為「量刑資訊系統」內之相關數據、「量刑資訊因子統計資料」並非抽象法規範，無拘束法院之效力，僅供法院量刑之參考，並非據此剝奪或限縮法官審酌個案情節適切量刑之裁量權限，且「犯罪情節各案不同，難以比附援引」，自不得僅因法院量刑結果與統計資料未盡相符，任意擷取其統計平均數據執以指摘原判決違法或違反比例原則、平等原則[24]，與前述日本最高裁判所之思維方向尚有不同。

伍 關於原審判決之撤銷問題

本法第 92 條第 1 項本文規定「第二審法院認為上訴有理由，或上訴雖無理由，而原審判決不當或違法者，應將原審判決『經上訴之部分』撤銷」，有關事實之認定錯誤，上訴審應以原審判決違背經驗法則或論理法則，顯然影響於判決者為限，方可撤銷部分，前已述及不再贅述。其餘可能的爭議，本文以為：

一、本法係採事後審，應優先適用

從司法院前秘書長在立法公聽會之發言，可知此條文是作為第二審仍採行「覆審制」時之限制，惟若將此條文與刑訴金字塔化草案第 369 條、第 369 條之 1 所定第二審「自為判決」及「發回原審事由」比較結果，足認本法第 92 條亦係採取「事後審」之精神或取向，來節制第二審之審查權限。蓋第二審採取「覆審」現制，原判決有違法不當，除諭知管轄錯誤、免訴、不受理為不當者，「得」發回原審法院外，其餘情形均應將原判決經上訴部分撤銷，自為判決，本不因原判決有：1、諭知管轄錯誤、免訴、不受理係不當；2、有刑事訴訟法第 379 條第 1 款（法院之組織不合法）、第 2 款（依法律或裁判應迴避之法官參與審判）、第 6 款（除有特別規定外，被告未於審判期日到庭而逕予審判）、第 7 款（依本法應用辯護人之案件或已經指定辯護人之案件，辯護人未經到庭辯護而逕行審判）或第 13 款（未經參與審理之法官參與判決）；3、已受請求之事項未予判決；4、諭知無罪，係違背法令而影響於事實之認定，或認定事實錯誤致影響於判決；5、法院審酌國民參與審判制度之宗旨及被告防禦權之保障，認為適當等情形，反而應發回原判決法院，第二審法院不得自為判決。是以，將來施行國民參審時，本文預計刑訴金

（文轉三版）

註釋

16 就審查方法而言，日本學說上提出消極「幅度審查」及積極「點的審查」2 種。前者係檢討第一審法院所認定之事實是否在「第二審法院所容許」之經驗或論理法則之範圍內；後者，則以「第二審認為適當」之經驗或論理法則適用於具體個案，所導出之事實與原審認定不同，即可認為原審之事實認定違反經驗或論理法則。惟此積極之審查方法，相當容易淪為「心證優越說」之結果。

17 韓國大法院 2010 判例明確指出「…… 抗訴審除有透過新的證據調查程序發現與原審認定相反之充分可接受之顯著事實外，不得廢棄第一審判決」。

18 同註 6。

19 見日本刑事訴訟法第 381 條，據悉，司法院及行政院就我國刑事訴訟法第 348 條上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之，已達共識，或有可能先就此條文送立法院審議。

20 日本於昭和 49 年（1974）提出改正刑法草案，原擬採取德國立法方式明定量刑規範，於改正草案第 48 條第 1 項規定「刑之量定必須與犯人之責任對應」（刑は、犯人の責任に応じて量定しなければならない），與我國刑法第 57 條開宗明義「科刑時應以行為人之責任為基礎」等語相當。草案同條第 2 項列舉量刑事情（因子）應考量「犯罪抑制及犯人之改善更生為目的」則為我國法所未規定外，其他大致亦與我國刑法第 57 條所列事項類似，但最後未經立法通過。

21 大澤裕等合著「裁判員裁判における第一審の判決及び控訴審の在り方」，司法研修所編 2009 年，第 113 至 116 頁。

22 電腦主機設在最高裁判所，其他實施裁判員裁判之各地方裁判所或分所均設有專線，評議時可直接連線檢索。

23 同註 6。

24 最高法院 104 年度台上字第 1351 號、105 年度台上字第 2196 號、106 年度台上字第 413、1514 號、107 年度台上字第 696、3323 號、108 年度台上字第 591、1391、1562、1867 號等判決。

25 我國 96 年版國民參審試行條例草案第 85 條第 3 項亦規定第二審法院撤銷原判決者，以自為判決為原則，僅於原審判決諭知管轄錯誤、免訴、不受理係不當而撤銷者，及未諭知管轄錯誤而撤銷者，應以判決發回原審法院。

26 同上註之試行條例草案第 87 條亦有類似規定，且規定判決得不經言詞辯論，其立法說明指稱「為求法院管轄之正確，第二審法院因原審判決未諭知管轄錯誤係不當而撤銷之者，應以判決將案件發交或移送該管第一審或第二審法院」。

植根法律
劃撥帳號：07929998 戶名：植根雜誌社有限公司 TEL:(02)2707-2848 FAX:(02)2708-4428
黃茂榮 著作 定價 900 元
訂購未滿 請自付郵
植根法律書
JUDICIAL 司法 訂閱辦法
本刊每 全年
費用新臺
如蒙 請郵政 帳 5005 帳
司法院

法律網
的最佳平台
法學方法與現代民法（增訂七版）
1000元者
資 65 元
書城熱賣中
L WEEKLY
周刊
周出刊
訂閱
幣400元
訂 閱
劃撥
號
4377
戶
司法周刊

（文接二版）

字塔化條文尚不能同步施行，第二審如仍為「覆審」現制時，自應優先適用此特別法規定（尤其是上開第 5 點）自不待言。

二、以第二審自為判決為原則

單純就「事後審」的訴訟結構而言，當第二審法院認為原判決有違法或不當，理論上是以發回原審或發交下級審為原則，自為判決為例外，惟基於刑訴金字塔化草案第 369 條的立法說明「為避免案件無謂發回，延宕訴訟」及本條立法說明「如再發回原審法院重為審理，不僅徒增被告訟累，亦造成原審法院重啟國民參與審判程序之不必要勞費」等理由，暨日本實務上，上訴審如撤銷原審判決無論是否係裁判員審判案件，均以自為裁判為常態，確有維持訴訟經濟之功能，故本條規定採取上訴審如撤銷原判決，以自為判決為原則，待有下述例外情形時，以充分保障被告審級利益為前提，方發回原審法院，可為贊同[25]。

三、關於第 92 條第 2 項第 1 款

本款以原審判決論知管轄錯誤、免訴、不受理係不當者，作為以判決發回原審之理由，似沿用目前刑事訴訟法第 369 條第 1 項但書規定。乃因原審判決未就實體事項為裁判，為維護當事人之審級利益，自應將案件發回原審法院，應予認同。但本文認為本法第 83 條第 2 項規定「免訴、不受理或管轄錯誤之認定，以包含國民法官及法官雙方意見在內過半數之同意決定之」，但得為「免訴」、「不受理」及「管轄錯誤」判決之各種情形，係刑事訴訟法第 302 條至第 304 條所明定，要件明確，與引進國民多元觀點、情感、健全的社會常識之國民參審宗旨無關，是否也宜由國民法官參與評決，尚有討論的空間。

再者，現行刑事訴訟法第 369 條第 2 項明定「第二審法院因原審判決未論知管轄錯誤係不當而撤銷之者，如第二審法院有第一審管轄權，應為第一審判決」，刑訴金字塔化草案第 369 條之 2 亦規定「第二審法院因原審判決未論知管轄錯誤係不當而撤銷之者，應以判決將案件發交或移送該管第一審或第二審法院。但如第二審法院有第一審管轄權，應為第一審判決」，此種原審未論知管轄錯誤而為實體判決之情形，本法未設有特別規定[26]，若遇有此情形，日後有無必須適用上開規定處理之必要，本文以為尚有疑慮。蓋案件是否為特定法院所管轄，乃程序先決問題，且參與審判之國民法官係由該地方法院管轄區域內繼續居住 4 個月以上之候選人選出，若發生「無管轄權卻誤為有管轄權」之情形或爭議，法院及當事人、辯護人豈會直到判決宣示均無人提出爭執或異議？基於訴訟經濟及判決安定之考量，應可認為縱有程序瑕疵，但已經治癒，且參照國民法官如未具備本法第 12 條第 1 項積極資格，尚非明顯有違反公平法院之說明，待上訴到第二審，第二審法院在無人異議之情況下，方依職權認定原判決之管轄有誤，撤銷發回，是否有當，不言可喻。

基此，本文認為即便第二審法院就案件是否由原審法院管轄容有疑義，惟參審判決既「未」為管轄錯誤之判決而為實體判決，因本無礙於被告防禦權之行使，又承前開尊重論之說明，無論本法施行後，前述相關條文是否修正，解釋上應無現行刑事訴訟法第 369 條第 2 項規定之適用。但為杜絕理論爭議，宜修法明定之。

四、關於第 92 條第 2 項第 2 款

本款以原判決有 1. 法院之組織不合法、2. 依法律或裁判應迴避之法官參與審判、3. 除有特別規定外，被告未於審判期日到庭而逕予審判、4. 依刑事訴訟法應用辯護人之案件或已經指定辯護人之案件，辯護人未經到庭辯護而逕行審判、5. 未經參與審理之法官參與判決之情形，作為第二審法院以判決發回原審之原因，同為本法第 92 條第 2 項及刑訴金字塔化草案第 369 條之 1 第 1 項第 2 款所明定，大體上基於被告程序權利及審級利益，此部分規定事項可予認同。

惟針對國民參審案件而言，所謂「法院之組織不合法」究指何義，本文基於本法第 89 條的立法說明，認為解釋上應指其中職業法官之資格或合議庭人數不符法律規定，而不包括特定國民法官資格不符之情形。至於「依法律或裁判應迴避之法官參與審判」，本法第 92 條第 2 項係以「有刑事訴訟法第 379 條第 2 款」文句規定之，從文義解釋，所指「法官」應限定職業法官而非國民法官自明，因為特定國民法官候選人如有本法第 15 條所示與案件具有特定關係或「有具體事證足認其執行職務有難期公正之虞」而不得被選任為國民法官或備位國民法官之情形，於選任程序當事人或辯護人得聲請拒卻之，或縱使已被選任後亦得聲請法院裁定「解任」之，是國民法官之不予選任或解任，程序上與「法官之當然迴避或裁判迴避」顯有不同，因此所謂「依法律或裁判應迴避之法官參與審判」者，應指「職業法官」，不包括國民法官。同理，「未經參與審理之法官參與判決」者，解釋上亦為相同之認定。

五、關於第 92 條第 2 項第 3 款

刑訴金字塔化草案第 369 條之 1 第 1 項第 3 款及本法第 92 條第 2 項第 3 款，均明定「已受請求之事項未予判決」作為第二審法院不得自為實體判決，應以判決發回原審之情形之一。何謂「已受請求之事項未予判決」？本法立法說明未詳述情形，僅稱有此情形「因可能涉及當事人之審級利益」等語，反觀刑訴金字塔化草案第 369 條之 1 則說明「四、檢察官就被告之全部犯罪事實以裁判上一罪或實質上一罪起訴者，因其刑罰權單一，在審判上為一不可分割之單一訴訟客體，法院自應就全部犯罪事實予以合一審判，以一判決終結之，如僅就其一部加以審認，而置其他部分不論，即屬現行條文第 379 條第 12 款所稱『已受請求之事項未予判決』之違法，迭經實務著有見解可參。原審判決若有上述已受請求未予判決之違背法令情形，無異就起訴效力所及之犯罪事實未為任何裁判，而嚴重影響當事人之審級權益，爰增訂為第 1 項第 3 款撤銷原審判決發回之事由」等語，是本法第 92 條第 2 項第 3 款既未指明何屬國民參審判決「已受請求之事項未予判決」情形，但基於條文文義相同，規定意旨相同，則適用範圍應與上開草案之說明所指情形一致，解釋上應無疑義。

惟上開說明所舉事例，乃涉及實質上一罪或裁判上一罪應如何合一審判之問題，實務上「未予判決」之部分，如果亦成立犯罪，通常屬於輕罪，或被重罪所吸收或從一重處斷之結果，僅在判決理由交待相關規定即可，判決主文不會顯現以輕罪之論罪，主文所顯現的是已判決之重罪；即便輕罪認定無罪，亦在判決中敘明不另為無罪之論知，故由第二審逕於判決理由補充交待，實際上不甚礙於被告防禦權之行使，原判決果有此情事，刑訴金字塔化草案第 369 條之 1 第 2 項規定「經當事人雙方合意，並經第二審法院認為適當者，得自為判決」，同理，基於國民參審之特殊性及訴訟經濟與判決安定性等考量，第二審法院實無僅因此種枝節事項，而將全部判決發回之必要，徒增程序之勞費。從而本法第 92 條疏未規定於此情形當事人得合意由第二審法院自為判決，則宜修法增補之。

六、關於第 92 條第 2 項第 4 款

以原判決「論知無罪，係違背法令而影響於事實之認定」或「論知無罪，係因認定事實錯誤致影響於判決」，作為第二審法院以判決發回原審之原因，亦同為刑訴金字塔化草案第 369 條之 1 第 1 項第 4 款及本法第 92 條第 2 項第 4 款所明定。惟前者另設有「但經依第 366 條之 1 第 1 項但書（即關於訴訟程序及得依職權調查之事項）、第 2 項（即以事實認定錯誤提起上訴並聲請調查新事實、新證據，且已依法調查者）規定，就該事實或證據調查者，不在此限」之但書規定，作為第二審法院可自為判決，無庸發回之依據，本法則無，是否因考量國民參審之特殊性，故不設此但書作為例外，並非無疑。蓋因此部分均涉及原審之「事實認定」而為無罪判決，經第二審法院審查後認有適用法令錯誤而影響於事實之認定或認定事實錯誤，致影響於判決者，若得依上開但書規定自為判決之結果，第二審法院必將改判被告有罪，縱使被告仍得上訴第三審，但其審級利益顯受影響，況且逕以第二審職業法官之「有罪」心證，取代第一審國民參審之「無罪」心證，正當性顯然薄弱，故將判決發回原審法院再重組國民參審合議庭較為妥適之故。本文由此推測本法係「故意」不設如前述之例外規定，將來就法條之適用，應詳加區別。

惟綜合本條第 1 項但書「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」規定，是就本條款之理解，應僅限於原判決被告無罪之場合，由檢察官上訴後，第二審法院審查後認為原判決關於認定「無罪」之事實推論，「顯然」有違背經驗法則或論理法則者，可撤銷原判決，但為維護被告之審級利益，不能自為判決，有發回原審之必要。至於「諭知無罪，係違背法令而影響於事實之認定」，乃違背法令影響於事實之認定，例如違背法令而將不利於被告之證據排除，致為被告無罪之諭知，本屬違背法令之範疇，顯無關於事實認定有無違背經驗法則或論理法則之問題，附此敘明。惟若加入該項不利於被告之證據，得否改判被告有罪，則屬於證據綜合判斷之問題，理應發回原審由國民參審合議庭重新審酌。又基於「明示其一、排除其他」之法律解釋原則，本條款適用之範圍僅限於原審為被告無罪之判決，應無疑義。

是於原審在檢察官起訴犯罪事實範圍內，判處被告較輕罪名之場合，例如檢察官以殺人未遂罪名起訴，而原審國民參與審判合議庭評決結果為重傷害或普通傷害罪，檢察官不服提起上訴，第二審法院審查結果，如認原判決就被告主觀犯意之認定明顯有違背經驗法則或論理法則，檢察官上訴有理由，文義解釋上當無依本條款必應發回原審法院之適用，但本文以為，基於前述第二審法院原則上應尊重第一審國民參審判決宗旨，此時宜善用下述第 5 款之規定，以判決將案件發回原審法院，仍然不宜自為判決。

（下期待續）

（作者為連江地院院長）