國民法官判決與上訴審角色

文／林信旭

上

壹 前言

一、歷經數十年研議、叩關，設計規劃國民參與刑事審判制度的國民法官法（以下稱本法）終於要在 2023 年 1 月 1 日正式施行。本法就一審適用國民法官程序（以下視文句前後脈絡或簡稱為「參審程序」）案件，不論在合議庭成員、卷證不併送、審理程序或評決要件等方面，與傳統由職業法官擔當的刑事案件，都有相當大的不同。至於上訴審部分[1]，本法僅設計 4 條（即第 89 條至第 92 條，以下稱系爭上訴規定），對於二審程序的運作，可能有不少部分需留待實務、學理填補。

二、在刑事訴訟歷史上，一審程序如有鉅大變革，往往牽動上訴程序的變化，上訴程序不僅要配合一審程序相應調校，尊重一審國民參與審判（以下或稱參審）裁判與否，更成為左右二審走向的關隘。又因上訴程序的運作，同時會回饋、波及影響一審程序[2]，故有論者較誇張地描述：「二審法院如果不斷輕易地撤銷經由參審程序作成的事實認定及量刑判斷，參審制度大概就難以再繼續維持下去，因此似無法否定：二審的審理及裁判，有掌控參審制度榮枯的可能性」[3]，「二審法院的運作情況如何，不僅對參審制度本身會造成重大影響，甚足以左右一國刑事司法的命運」[4]。

三、承上所述，關於適用參審程序案件，在一般素人參與、程序大幅變動、增訂系爭上訴規定，尊重國民正當法律感情、彰顯國民主權理念，及維繫參審制度存續等背景的交錯環繞之下，本文主要想討論的是：

（一）對二審的審理構造有何影響？即二審是否會往事後審（兼續審制）構造偏移？二審審理方式是否應相應調整？

（二）關於事實誤認審查基準部分，本法第 92 條第 1 項但書（以下稱系爭但書）似採「經驗、論理法則違反說」（以下稱法則違反說），是否會因一審判決為「有罪」判決或「無罪」判決，以致審查基準有所不同？

（三）就量刑審查部分，除抽象地、觀念地強調應尊重一審的量刑判斷外[5]，是否可嘗試繪製一審查圖表，供二審法院作為量刑審查的出發點？並提出具體案例，讓討論更加具象？

貳 適用國民法官程序案件，二審是否往事後審（兼續審制）構造偏移？

一、關於這個問題，已有法官前輩分別指出「國民法官案件的二審採續審制兼事後審制」；或「續審制兼採事後審查制之混和制，立法構造上，以續審為原則，事後審為例外」[6]。但因本法第 90 條第 2 項、第 91 條、第 92 條第 1 項、第 2 項具有事後審查的特徵，第 90 條第 1 項另有限制續審的意旨，針對適用國民法官程序的上訴案件，在現行刑事訴訟法（以下稱刑訴法）的覆審構造下，二審似兼採事後審查及限制續審的機制[7]，從而，解讀為：行參審案件，二審會往「事後審（兼續審制）」構造偏移似也是一可能的思考方向，至於理由部分，詳述如下：

（一）本法第 90 條第 2 項規定：有證據能力，並經原審合法調查之證據，第二審法院得逕作為判斷之依據。立法理由略為：「具備證據能力，且已於原審經合法調查，而得作為證據之資料，如再重複…… 調查人證、書證及物證之程序，非但無助於當事人訴訟權益，更與訴訟經濟有違，而無從實踐有效率之刑事審判」。可知，行參審的二審上訴案件，二審法院無須再立於「第二個」第一審角色，進行從頭重覆調查的覆審程序，而是審視一審業已調查完畢的證據，檢討原判決事實認定等是否允當，與立於事後審構造的日本刑訴法第 394 條[8]難認有何軒輊，就此部分，應認已向覆審構造訣別。

（二）區別事後審、續審、覆審的指標因子略為：審判對象（對象為案件本身的話，是續審、覆審；事後檢討原判決當否的話，為事後審）；審判資料（原則上限定審查證據資料的話，為事後審，不限定的話為續審、覆審[9]）。查：

1. 本法第 90 條第 2 項立法理由略為「上訴案件固應…… 以檢視『原審判決』是否有經驗法則或論理法則之違誤」，第 92 條第 1 項立法理由載明：「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」。

2. 本法第 90 條第 1 項本文規定：…… 於第二審法院，不得聲請調查新證據。立法理由略為：提起第二審上訴後，如仍准許聲請調查新證據，將喪失參審落實集中審理之精神，因此有必要限制於二審聲請調查新證據。

3. 所以，從審判對象、資料來看，適用參審程序的二審構造，立法者似有意往事後審方向偏移。

（三）關於一審適用參審程序與二審的關係，一般認為在二審僅由職業法官組成的前提下，除非二審立於法則違反說的「事後審查」觀點，否則實難以正當化二審為何可以撤銷一審的事實認定[10]。查系爭但書規定：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，明顯採法則違反說，由於該說與事後審構造較為相容親近[11]，所以從這一點來看，立法者對適用參審程序的二審，似有往事後審制偏移的意味。

（四）行參審之案件上路後，可預期於準備程序應明確整理爭點，嚴選證據，於公判庭應更徹底貫徹直接、言詞審理原則，並藉由連日、集中審理，致力於在公判庭形成心證，由於一審審理風貌的轉變，立基於此基礎的一審，所形成的心證質地似較為優越[12]。相較於此，二審既未直接接觸證據，應不得無條件否定一審判斷，連帶牽引二審審查姿態應往更謙抑方向修正，與事後審於本質上的制約相對映，從而，參審對於上訴審的最大影響，應就是二審似應往事後審方向純粹化、徹底化[13]。

（五）從比較法觀點來看，日本於設計國民參與刑事審判的裁判員制度時，在容許對裁判員判決提起上訴，且二審仍由職業法官組成的前提下，亦面臨二審法院撤銷一審的事實認定時，應如何正當化的問題。對此，他們認為：運用上應更加徹底落實二審法院的事後審性格，如此才足以正當化「僅由職業法官組成的二審法院」為何可以審查、撤銷一審判決[14]。查本法有不少條文似係借鏡日本裁判員法[15]，從而，日本裁判員法的因應操作，應也可作為我國二審法院定位、走向的參考。

二、承上一、，本法第 4 條規定，行參審之案件，除本法有特別規定外，適用刑訴法等規定，立法理由也提到參審仍為刑事審判之一種，是依刑訴法第 364 條規定，二審審判，除本章有特別規定外，應準用一審審判規定。但依本法適用參審程序案件，二審既已往事後審（兼續審制）方向偏移，下述二審程序，似會因此產生變動：

（一）關於調查證據部分：本法第 90 條第 2 項立法理由已載明，經一審合法調查，得作為證據之資料，無須重複依本法第 73 條第 1 項等規定進行交互詰問、提示、使辨認、宣讀、告以要旨或交付閱覽等調查人證、書

（文轉三版）

註釋

1 本文提到的上訴審，專指二審，不包含三審。

2 後藤昭，〈上訴制度のあり方〉，刑事弁護 33 號，2003 年 1 月，第 34 頁。

3 原田國男，〈量刑をめぐる諸問題— 裁判員裁判の実施を迎えて〉，判例タイムズ 1242 號，2007 年 8 月，第 81 頁；龍岡資晃，〈上訴審の在り方〉，論究ジュリスト，2012 年，第 79 頁。

4 石井一正，〈「裁判員制度のもとにおける控訴審の在り方」の連載終了に当たって〉，判例タイムズ 1278 號，2008 年 11 月，第 22 頁。

5 城下裕二，〈裁判員制度における量刑〉，法律時報 81 卷 1 號，2009 年 1 月，第 20 頁。

6 文家倩，〈國民法官制之上訴審查— 以美國上訴審查標準為例〉，月旦裁判時報 101 期，2020 年 11 月，第 94 頁（但同法官於 2021 年 5 月司法院舉辦座談會中所提書面資料第 1 頁，似另補充為「二審之定位— 事後審兼續審制」）；吳秋宏，〈「國民法官制度與上訴審審理」專題講座座談參考資料〉，2021 年 5 月，第 6 頁。

7 陳運財，〈我國國民法官制度下第二審上訴之審理結構〉，2021 年 5 月，第 6 頁；又朱石炎教授則認為：本法對於第二審上訴，已有接近「事後審兼續審制」之取向，朱石炎，〈國民參審案件上訴審之構造〉，司法周刊第 2022 期，2020 年 9 月 25 日，第 2 版；另邱鼎文法官表示：「本法僅訂 4 個條文修正覆審制，期待朝事後審兼續審制方向運作」，〈「國民法官制度與上訴審審理」座談會與談意見〉，2021 年 5 月，第 1 頁。

8 日本刑訴法第 394 條規定：經一審採列之證據，於二審亦得作為證據。

9 石井一正，〈刑事控訴審の理論と実務〉，2010 年 5 月 30 日第 1 版第 1 刷，第 238 頁、第 430 頁；日本最高裁判所大法庭昭和 46 年 3 月 24 日判決也表示：二審原則上如定調為事後審的話，二審並不是與一審立於相同立場審理案件本身，而是以一審判決為對象，對該判決進行事後審查。

10 酒巻匡，〈裁判員裁判と控訴審の在り方：課題と展望〉，刑法雜誌 54 卷 3 號，2015 年，第 396 頁。

11 同前註 4，第 31 頁。

12 田淵浩二，〈裁判員裁判と量刑不当〉，法と心理 14 卷 1 號，2014 年，第 38 頁。

13 的場純男，〈控訴審から見た裁判員制度〉，載於「植村立郎判事退官紀念論文集」，2011 年 7 月 20 日第 1 刷，第 596 頁、第 606 頁；酒巻匡，〈裁判員制度と上訴審の在り方〉，載於「刑事訴訟法の争点」，2013 年 12 月 30 日發行，第 21 頁；今崎幸彦，〈裁判員裁判における審理及び制度運営上の課題〉，判例タイムズ 1255 號，2008 年 2 月，第 17 頁。

14 井上正仁，〈「考えられる裁判員制度の概要について」の説明〉，2003 年 10 月 28 日，瀏覽網址：https://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/saibanin/dai28/28siryou3.pdf，最後瀏覽日期：2021 年 6 月 10 日。

15 這一點應可以從第 9 條、第 10 條、第 15 條等諸多條文看

廣告
為您解決離婚、夫妻財產分配、贍養費、監護權、探視權及扶養費等家事爭議，如果調解成功，和法院確定判決有一樣的效力。
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

（文接二版）

證及物證的程序。

（二）關於辯論次序部分：刑訴法第 289 條第 1 項、第 2 項前段固規定：「調查證據完畢後，應命依下列次序就事實及法律分別辯論之：一、檢察官。二、被告。三、辯護人。」「前項辯論後，應命依同一次序，就科刑範圍辯論之。」但於事後審構造下，因二審任務在於判斷一審判決的當否，所以似應先由提起上訴者，指摘原判決之瑕疵，次由他造當事人反駁。參以，日本二審實務似也是由提起上訴者根據上訴書狀先行進行辯論，終了後再由對造當事人，對上訴表示意見或提出反駁[16]。適用參審程序的二審構造既已偏向事後審兼續審制，是否仍應硬套刑訴法第 289 條第 1 項、第 2 項前段的辯論次序，似有檢討必要性。

（三）關於訊問被告部分：刑訴法第 288 條第 3 項規定：「除簡式審判程序案件外，審判長就被告被訴事實為訊問者，應於調查證據程序之最後行之。」最高法院 97 年度台上字第 2881 號、107 年度台上字第 2958 號判決均認為：訊問被告被訴事實……有必要時方始為之。具體個案……有無行被訴事實訊問必要，乃屬事實審法院行審判程序時依職權自由裁量事項，苟認無調查必要，而未予訊問，亦無違法。參以日本最高裁判所第 1 小法庭昭和 25 年 10 月 12 日裁定，亦認為：二審並非一審程序的覆審，因此對於一審判決認定事實、適用法律的事後審查程序，不必然要給予被告陳述及最終陳述的機會。準此，適用參審程序的二審構造，既已偏向事後審兼續審制，是否仍無差別要踐行刑訴法第 288 條第 3 項的訊問被告程序，似難認為無疑。

（四）關於通知被害人到場部分：刑訴法第 271 條第 2 項規定：「審判期日，應傳喚被害人或其家屬並予陳述意見之機會。但……法院認為不必要或不適宜者，不在此限。」適用參審程序的二審既已往事後審兼續審制偏移，加上本法第 90 條第 1 項前段已明定，證據資料（應包含量刑資料）原則上以一審言辯終結前為據，如果二造當事人沒有提出聲請，在當事人進行之訴訟結構下，二審法院是否仍有必要依職權傳喚被害人或其家屬到場，似非無研究餘地。

三、關於事實誤認部分

關於系爭但書的文義射程為何？是否僅限於一審判決結果為「無罪」判決？如一審判決結果為「有罪」判決，是否應改採「心證優先說」[17]？也就是說：是否會因一審判決結果為有罪或無罪，致二審法院的事實誤認審查基準有所不同（即一審有罪→心證優先說；一審無罪→法則違反說）？對此，似有下述不同看法：

（一）消極說：不會因一審判決結果為何（有罪或無罪），致二審法院的事實誤認審查基準有所不同（即不論一審判決有罪、無罪，均一體適用法則違反說），理由如下：

1. 從文義上來看

不論在性質上、定義上，或者一審判決結果是有罪、無罪，抑或提起上訴者是檢察官或被告，對於證據信用性評價或證據、間接事實的綜合評價，系爭但書並沒有為任何的區別，故不管一審判決結果為何，「法則違反說」都發揮同樣的判斷審查作用。相對地，如依積極說（詳下述）操作，會因一審判決結果為有罪或無罪的不同，而有相異的審查基準。例如在檢察官起訴殺人，一審否認殺意、認定傷害致人於死的案件，如二造當事人都不服，分別提起上訴時（檢察官主張被告有殺意，被告否認有傷害故意），究要如何操作？[18]

2. 從制度設計旨趣及尊重國民法官判斷觀點來看

（1）歷史事實真相並非先驗存在，導入參審意旨、目的，在於反映國民健全良識、觀點及視野，就事實認定部分來說，3 個人的眼睛，應尊重 9 個人的眼睛於直接觀察包含證人供述態度等證據資料後所作出的綜合判斷[19]，所以由職業法官所組成的二審法院，縱對於一審法院的有罪認定存有疑義（惟認該有罪認定還沒有達到法則違反的程度），此時如認：二審法院的心證，優先、凌駕於一審國民法官法庭的心證，似與制度的設計旨趣，難認具有整合性[20]。

（2）導入參審的目的之一，在於反映國民正當法律感情，彰顯國民主權理念，豐富法院判斷的視角及內涵（本法第 1 條及其立法理由參照），上訴審法院自應本於參審制度宗旨，妥適行使審查權限，不宜輕易逕以閱覽第一審卷證後所得不同心證，即予撤銷（本法第 91 條及其立法理由參照）。也就是說：為了貫徹參審制度旨趣，二審法院應盡量尊重一審法院的判斷，對一審法院作出的事實認定應避免（過度）介入[21]，對一審有罪判決如採心證優先說，顯與上開規定及意旨難認相容。

（3）不論一審判決結果為何，都是國民社會常識等的反映：

適用參審程序的一審判決，既然已反映、融合非法律專家的廣泛知識、經驗，自不會因一審判決為有罪或無罪，而有所差異。二審法院如不能具體指出一審判決有何法則違反之情，僅單憑自己的心證疑義，即以此優先、凌駕國民法官法庭的認定判斷，不管在實定法上，或理論上，都難以正當化[22]。也就是說：二審法院明明無法基於「法則違反說」，具體指摘且提出足以令人信服的根據，僅憑一審法院的認定與二審有異，因而對被告為有罪判決仍有疑義，即予撤銷一審判決的話，則二審法院的判斷，本身即顯難認為合理[23]。

3. 從適用參審程序的特殊評決要件來看

從本法第 83 條第 1 項的特殊評決要件來看，單憑職業法官或國民法官的一方意見，均無法形成而作出合議庭的事實認定。但職業法官雖僅是少數意見，他（她）如果能得到國民法官多數意見的贊同（如職業法官 1 人，國民法官 5 人以上），即可形成並作出合議庭的事實認定。準此，立法者既已肯認在此情形下，可以作出事實認定，如反過頭來認為：因一審職業法官沒有扮演好擔負維繫自律性的角色，此時二審法院應遞補介入，而以心證不同為由，凌駕一審作出的事實認定，似有無視本法第 83 條第 1 項規定的疑義。

4. 從比較實務觀點來看

日本最高裁判所下述幾則裁判，似一致認為不論一審判決結果為何（有罪或無罪），均一體適用「法則違反說」，否認一審判決如為有罪，應採「心證優先說」該不同審查基準[24]。

第 1 小法庭	平成 24 年 2 月 13 日判決
	平成 25 年 10 月 21 日裁定
	平成 26 年 3 月 10 日裁定
	平成 26 年 3 月 20 日判決
	平成 26 年 7 月 8 日裁定
第 3 小法庭	平成 25 年 4 月 16 日裁定

（二）積極說：系爭但書的射程距離，限於一審判決為「無罪」判決，如為「有罪」判決，應採心證優先說（即一審有罪→心證優先說；一審無罪→法則違反說），理由如下：

1. 從本法第 83 條第 1 項特殊評決要件來看

（1）裁判並非判斷者的利害及好惡，為保障人權，本應依法審理裁決（法的自律性），而且不可以因導入、引進參審制度，而使被告立於更不利的地位。

（2）本法第 83 條第 1 項規定：「有罪之認定，以包含國民法官及法官雙方意見在內達三分之二以上之同意決定之。未獲該比例人數同意時，應論知無罪之判決或為有利於被告之認定。」本條項立法理由略為：為同時反映法官專業意見及國民法官正當法律感情，認定被告罪責須包含法官及國民法官雙方意見在內達 2/3 以上之同意，俾使有罪之認定更具超越合理懷疑之正當性。可知，對被告為不利的罪責（事實）認定，至少應包含 1 名職業法官的意見，如果職業法官都不贊成的話，即無法為有罪認定，在這樣的特殊評決要件下，可見，對於一審適用參審程序的事實認定，批判的對象並非國民法官，而是職業法官，就觀念來說，二審法院就一審有罪認定部分，是針對潛在的職業法官贊成部分，與審查傳統職業法官的判決並無不同，故仍應採以同樣的基準（心證優先說），以擔保裁判自律性。

（3）承上（1）、（2）所述，身為法律專家的職業法官，不管與國民法官的意見是否一致，他（她）仍應擔負維繫自律性（保障人權）的任務，一審法官如無法成功扮演該角色（如一審 2 名職業法官認定無罪，僅 1 名認定有罪，並有 5 名以上國民法官認定有罪，依本法第 83 條第 1 項規定，應為有罪認定。但在傳統職業法官審理的案件，此時應對被告為無罪的諭知），二審法官應遞補完成該任務。簡單地說：由職業法官組成的二審法院，對於國民法官參與作成的有罪認定，仍得以有合理懷疑存在為由，撤銷一審有罪判決[25]。

（下期待續）

（作者為臺灣高等法院花蓮分院法官兼庭長）

註釋

出來；王邁揚，〈國民參與審判案件之上訴審・上〉，司法周刊第 2046 期，110 年 3 月 19 日，第 2 版，更直言：「本法的主要架構，是參考『日本裁判員』制度而來」。

16 青柳文雄等共著，〈註釋刑事訴訟法第 4 卷〉，1982 年 3 月 1 日初版 1 刷，第 177 頁、第 178 頁。

17 心證優先說一般係指：一審法院的事實認定固還未到達法則違反該程度，但因一、二審法院關於證據取捨選擇或證據綜合判斷有所不同，應認二審法院的心證優位於一審法院的認定。東京高等裁判所刑事部部総括裁判官研究会，〈控訴審における裁判員裁判の審査の在り方〉，判例タイムズ 1296 號，2009 年 7 月，第 8 頁。

18 酒巻匡，前揭註 10，第 398 頁、第 399 頁。

19 原田國男，〈裁判員裁判の量刑と控訴審〉，法と心理 14 巻 1 號，2014 年，第 47 頁。

20 大島隆明，〈裁判員裁判と控訴審の役割：実務家の視点から〉，刑法雜誌 54 巻 3 號，2015 年，第 380 頁、第 381 頁。

21 杉森研二，〈裁判員制度導入後の控訴審〉，載於「鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集（下巻）」，2007 年，第 757 頁。

22 東京高等裁判所刑事部陪席裁判官研究会（つばさ会），〈裁判員制度の下における控訴審の在り方について〉，判例タイムズ 1288 號，2009 年 4 月，第 9 頁。

23 小森田恵樹，〈保護責任者遺棄致死被告事件について，被害者の衰弱状態等を述べた医師らの証言が信用できることを前提に被告人両名を有罪とした第 1 審判決に事実誤認があるとした原判決に，刑訴法 382 条の解釈適用を誤った違法があるとされた事例〉，ジュリスト 1501 號，2017 年 1 月，第 98 頁。

24 小森田恵樹，前揭註 23，第 98 頁；楡井英夫，〈覚せい剤を密輸入した事件について，被告人の故意を認めながら共謀を認めずに無罪とした第 1 審判決には事実誤認があるとした原判決に，刑訴法 382 条の解釈適用の誤りはないとされた事例〉，ジュリスト 1484 號，2015 年 9 月，第 112 頁。

25 後藤昭，〈裁判員裁判と控訴審の役割〉，刑法雜誌 54 巻 3 號，2015 年，第 369 頁。

家事調解，關係不再 愛永在
法院家事調解制度讓您不需訴訟，透過法院所聘任具專業知識和經驗的調解委員，
法院
www.judicial.gov.tw/
WEEKLY 周刊
周出刊
訂閱
幣400元
訂閱
劃撥
號
4377
戶
司法周刊