國民法官參與審判案件之上訴審審理權限評析（上）

文／邱忠義

壹 前言及案例爭點介紹

為增進國人對於即將於明年（2023 年）1 月 1 日上路之國民法官參與審判制度上訴審操作的理解，筆者藉由於 2021 年 11 月 30 日、同年 12 月 14 日，擔任臺灣高等法院臺南分院 110 年度國模上訴字第 1 號殺人案件（國民法官參與第一審審判）上訴審模擬法庭活動之評論員，全程觀察、記錄上訴審準備與審判程序開庭及評議過程之機會，提出國民法官參與審判案件之上訴審審理權限評析報告，供各界指教。

本件案情係一家暴殺人案件，被告與被害人為夫妻，兩人因故爭吵，被告在住處持扣案菜刀砍殺被害人當場死亡。本件由國民法官參與審判之第一審即臺灣嘉義地方法院認定：本件事證明確，但被告在犯罪偵查機關尚未發覺其持菜刀殺害被害人前，即向員警自首接受裁判，乃援引刑法第 62 條規定減輕其刑，論處被告犯刑法第 271 條第 1 項之殺人罪刑（有期徒刑 10 年），暨宣告沒收扣案菜刀。被告不服提起上訴，主要的理由：（1）原審於審判程序提示卷附被害人彩色血腥屍體照片時，未為必要性「篩選」或予以「黑白化」或「縮小化」處理，會惡化國民法官對被告之觀感，不利於量刑，足見原審踐行之訴訟程序違背法令。（2）本案被告殺人時極可能是因長期憂鬱症發作所導致，原判決未適用刑法第 19 條第 2 項規定減輕其刑，適用法則不當。為此，聲請上訴審法院囑託醫院鑑定被告行為時之精神狀態，是否已達於刑法第 19 條第 2 項所定行為時因精神障礙致辨識其行為違法或依其辨識而行為之能力顯著降低之情形，否則顯失公平。（按其他上訴理由，與本文所探討之主題較無關聯性，略之）

檢察官雖未上訴，但於上訴審亦積極主張：案發後第一時間抵達現場之許姓員警雖證稱被告符合自首要件，惟依相關執行逮捕通知書、通知親屬通知書、解送人犯報告書上所載時間及原因，搭配若再傳喚非第一時間到場之鄭姓、張姓員警到庭作證，應可「澄清」被告是否果真符合自首要件，爰請求上訴審調查上開證據。

本件案情雖較為單純，但以上訴審通常聚焦於國民法官法第 90 至 92 條之運用而言，被告及檢察官於上訴審之主張所帶出的相關爭議點，與複雜案件實無分軒輊，堪為典型模板。

貳 上訴審審理權限評析及建議

本節區分 3 單元：上訴審之審查權限、第一審判決量刑因子之檢驗，以及第二審當庭宣判儀式之演示（落實以法庭活動為中心之正當程序）加以討論，並提出看法，俾先進指教。

一、上訴審之審查權限

（一）「限制續審制」精神（類似「事後審」操作模式）

1.「例外容許」調查證據模式

從上訴審合議庭在準備程序中決定各種有爭執之證據是否調查時，筆者觀察到一項饒富彈性的操作模式：合議庭在討論國民法官法第 90 條之規定時，似乎這樣解釋也可以，那樣解釋亦無不可。不過，本文對於國民法官法第 90 條規定之根本理解是：既然本制度是採取一個類似「限制續審制」的概念（實際操作起來頗類似於「事後審」模式），則本條但書各款應該是一聲請調查證據之「例外容許」模式，自應從嚴解釋，以落實「原則禁止」之立法要求，不能從寬解釋而變成「原則容許」。質言之，第 1 款所定「有第六十四條第一項第一款、第四款或第六款之情形。」包括當事人同意、爭執證人供述證據能力、顯失公平（即參酌再審程序之新證據基準）等情形，這是第 1 類型；另外第 2、3 款則是同一類型，即當事人無可歸責性。其中第 2 款是「非因過失，未能於第一審聲請調查證據。」第 3 款則為「於第一審辯論終結後始存在或成立之事實、證據。」之類似於再審「新規性」（資料未判斷性）之標準，此款基本上亦係無可歸責性之例外容許調查模式。

基於此，合議庭就被告及辯護人依國民法官法第 64 條第 1 項第 6 款所稱「如不許其提出顯失公平者」而聲請對被告行為時之狀態為精神鑑定，以證明被告有刑法第 19 條第 2 項情形一節，合議庭參酌再審程序關於新證據之解釋，認為除非某一新證據不予調查，可能造成本案將來尚須以再審制度予以糾正，則此項新證據於上訴審時如不許其提出並調查，即顯失公平者，始得謂之。而經綜合全案相關事證，查無被告有任何精神障礙或心智缺陷之事證，且被告及辯護人均未提出診斷證明書或相關醫療紀錄等事證，以補強調查必要性，其聲請調查與前述顯失公平之情形不相適合，應駁回其證據調查之聲請等旨。亦係堅守「例外容許應從嚴解釋」之精神，誠值贊同。

2.「最佳證據原則」與「調查必要性」之交互運用

基於上開例外容許應從嚴解釋之理解，本文贊同合議庭最後的結論。不過，檢察官所提出之上開 3 項文書證據（通知書、報告書等），合議庭認為第一審依據第 1 位到現場員警之證詞加以審認，即為已足，所持理由為：此係「最佳證據原則」之踐行。嚴格言之，關於最佳證據原則（the Best Evidence Rule）[1]，合議庭似有將其擴大運用之傾向，最佳證據原則一般被普遍理解之意涵，是指為證明書面文件、錄音、錄影或照片等文書或紀錄中之「內容」為真，當事人應提供文件內容之原始證據（文書）供佐之「訴訟證明規則」。換言之，法院關於證據之調查，應盡量以原本、直接之原始證據為宜，不能隨意由派生、間接之替代證據所取代。例如卷存若只有文件「影本」，最好能有「原本」，因為影本之筆跡、指印究否為真，易生爭議，是「原本」自係最佳證據[2]。我國法院變通之作法是，請當事人提出原本，在庭上勘驗後，立即影印附卷，註明與原本相符字樣，俾免爭議。是以，合議庭認為第一現場證人即足以證明待證事實時，自無須退而求其次以文書替代，亦係最佳證據原則之概念，此點可能是參考日本模式，也就是包括：如果有第一時間在場之直接證人可以證明，就不必找其他較為間接之證人，因間接證人沒有辦法直接證明被告到底有無自首，亦無須以其他「文書原本」來替代。

這是個饒富深意的論點，但非無爭議性。簡言之，最佳證據原則概念之擴張運用，不是「最原始的」最佳證據原則的概念，按照英美法系的一般說法，最佳證據規則適用於書證，是指原始文字、材料之效力優於複製文件。不過，隨著複製技術、計算機技術等現代科技不斷發展，此原則在若干國家或地區也發生了一些變通，包括在法律所定某些例外情況下，複製文件之效力等同於原本文件。原則上，收集、調取之書證理當是原件。只有在取得原件確有困難，例如原件不便搬運、不易保存或依法應當返還被害人時，才可以拍攝足以反映原件外形或內容之照片、影像。這也意味著上開最佳證據規則，漸漸不僅適用於書證，亦適用於物證。但「人證與人證」間，「人證與書證、物證」間的替代，似乎是另一個層次的問題，與最佳證據原則之關聯性如何？值得繼續觀察[3]。

從另外一個角度以言，要處理合議庭就檢察官上開證據調查之聲請，不妨從另外一個觀點切入，亦即證人

（文轉三版）

註釋

1 見蘇凱平，論數位證據之原件、複製品與最佳證據法則—最高法院 107 年度台上字第 3724 號等 8 則刑事判決評析，月旦法學雜誌，第 311 期，第 88-93 頁（2021 年 4 月）。

2 *See eg.*, United States Of America, V. Cordell Lester Smith, 23-35 (4th Cir. 2008, WL 938532); Jenkins v. City of San Antonio Fire Dept., 12 F. Supp. 3d 925, 88 Fed. R. Serv. 3d 635 (W.D. Tex. 2014); 35 Am. Jur. Proof of Facts 2d 147 (Originally published in 1983)

3 比較：日本司法實所稱之最佳證據（最良の証拠），與美國法最佳證據原則之意涵截然不同，是指為免進行冗長、無益之訴訟程序，而徒費司法資源，在實行彈性並廣泛之證據開示的同時，司法實務也意識到應該將當事人之攻防主張節選至僅剩「必要之點」，因而也須進一步整理支持待證爭點事實之「必要證據」，使證據最佳化，強調重複或無益之證據應予簡化而不予調查。見最高裁判所事務総局，裁判員制度 10 年の総括報告書，7 ページ（2019.5）。（“…… 公判前整理手続において、柔軟かつ幅広い証拠開示が早期に行われるようになり、当事者の主張……も必要なポイントに絞ったものとすることが意識されるようになった。具体的には、当事者においても、公判前整理手続において整理すべき「争点」とは何かが意識されるようになり、…… 同時に、整理された争点を判断するために最良の証拠（ベスト・エビデンス）は何かという観点からの証拠整理の必要性も意識されるようになった……”）

4 見日本刑事訴訟規則第百八十九条の二：証拠調べの請求は、証明すべき事実の立証に必要な証拠を厳選して、これをしなければならない。併参鍛冶　伸明，各地の三者模擬裁判で現れた論点（特集模擬裁判員裁判を検証する），季刊刑事弁護，45 号（通巻 45 号），50 ページ（2006.1.10）；永田　憲史，裁判員裁判による死刑判決を維持した控訴審の判断を是認した事例，法学セミナー増刊　速報判例解説，Vol.16 新・判例解説，182 ページ（2015.4.25）〔当該判例：最高裁判所第一小法廷，平成 26 年 10 月 16 日平成 24 年（あ）第 736 号〕。

5 基本上，若基於防免干擾審判、預斷排除等理由而主張應嚴選證據，則應對於認事、用法及量刑有決定權之國民法官及職業法官一體適用，不宜差別待遇。

JUDICIAL 司法 徵稿啓事
三、文稿內容應符合學術倫理規範，請勿違反學術社群共同接受的行為準則；並請適當遮掩個資及其他法定限制公開事項。
六、文稿除紙本刊登外，亦置司法院網站；並酌計稿酬，寄贈該期刊物。
七、刊出文稿一律不退件，請自留底稿。稿件如經採用，文責自負。

論請求法院核定租金之訴之效力

文／郭任昇

下

（文接上期）

陸 本件與請求法院增減租金或地租之訴之異同

為因應土地價值之昇降，導致原約定之土地租金或地上權地租恐顯失公平，為使合理分配當事人間之風險及不可預見之損失，民法第 442 條規定：「租賃物為不動產者，因其價值之昇降，當事人得聲請法院增減其租金。但其租賃定有期限者，不在此限。」民法第 835 條之 1 第 1 項規定：「 地上權設定後，因土地價值之昇降，依原定地租給付顯失公平者，當事人得請求法院增減之。」上開請求法院增減租金或地租之訴實屬民法第 227 條之 2 一般性情事變更原則的具體化規範[12]，同樣都是賦予租賃或地上權法律關係之當事人得訴請法院調整租金或地租，而形成新的租金或地租數額之法律效果，均屬形成之訴。

土地之所有人或出租人依民法第 442 條或第 835 條之 1 第 1 項之規定，請求法院調整增加租金或地租，經法院判決准許時，究係自所有人或出租人為調整租金或地租之意思表示時起，抑或自判決確定時起，發生拘束當事人之效力？臺灣高等法院暨所屬法院 104 年法律座談會曾進行討論，該座談會研討結果為：「不動產所有人依民法第 442 條或民法第 835 條之 1 第 1 項提起請求增加租金之訴，如起訴前之租金並未按原約定租額付清，則法院准許增加之判決，得自出租人調整租金之意思表示時起算；如起訴前未為此項意思表示者，即不得溯及請求調整，法院應判決宣示自原告起訴時起增高租金，且非以自起訴狀繕本送達於被告時起增高租金。但均應自判決確定時起，依判決主文所宣示日期發生拘束力。」依據該座談會的結論，請求法院增減租金或地租之訴所調整的租金或地租，若起訴前已向被告為調整租金或地租之意思表示，則應自該意思表示時起算最新之租金或地租，起算點亦與乙說見解一致。

然而，乙說不合理限縮出租人的租金請求時期，造成出租人之租金損失無法依不當得利之法律關係向承租人請求，已說明如上。但上開法律座談會結論則不會有如此疑慮，因土地所有人或出租人縱然自調整租金或地租之意思表示起，起算新的租金或地租數額，但於此之前，仍有原約定之租金或地租可主張，不會有租金或地租無法請求之情形，與本案例於核定租金前並無租金之約定並不相同。因此，民法第 425 條之 1 第 2 項核定租金之訴關於租金之請求起點並不適合參考上開法律座談會結論。

柒 結論

民法第 425 條之 1 第 2 項請求法院核定租金之訴性質上為形成之訴，形成之訴於判決確定時，發生形成力，若形成判決之內容係使其標的之法律關係溯及既往而發生、變更或消滅者，則於發生形成力之際，其所形成之法律效果即溯及既往發生效力。乙說之所以認定請求法院核定租金之訴，僅得自請求核定之意思表示時起算，不得請求承租人給付該意思表示前之租金，可能是受到最高法院 105 年度台上字第 875 號民事判決（請求法院酌定地上權地租之訴）及臺灣高等法院暨所屬法院 104 年法律座談會結論（請求法院增減租金或地租之訴）的影響，但未深究租賃契約之法律性質，過度限制出租人租金請求之時期，導致甲所有之 A 土地長期遭乙占用，於其請求核定租金之意思表示前之時期，卻無法請求租金或相當於租金之不當得利，形成法規範之破口。乙說認為甲請求法院核定租金之訴，僅得自請求核定之意思表示時起算租金，或許有避免出租人長期未請求法院核定租金而導致法律關係懸而未定之考量，但乙對於甲主張之長期租金，並非不能以 5 年之短期時效抗辯之，如此時效抗辯之機制已足以衡平這樣的顧慮。因此，仍應回歸租賃關係之雙務及有償契約之性質，使本案之形成判決於確定時，發生形成力，而形成發生確定過去租金數額之法律效果（溯及效力）[13]，溯及自法定租賃關係成立時起算租金[14]，以本案例情形而言，甲請求乙自 104 年 2 月 1 日（A 土地所有權移轉登記予原告之日）起給付租金，應為有理由。

（作者為高雄地方法院法官、國立臺北大學法律系博士生）

註釋

12 葉啟洲教授認為：「民法第 227 條之 2 規定於債編總論，為情事變更原則的一般性規定。在債編各論中，亦有針對各種債之關係做更具體的規範，例如：民法第 442 條，約定當不動產的價值變動，當事人得聲請法院增減租金。另外，在親屬編中亦有類似規定，民法第 1121 條，針對扶養的程度及方法，當事人可以透過法院請求變更。」對於情事變更原則的構成要件，葉教授認為應包含①情事變更的發生；②情事變更發生於法律關係成立後及消滅前；③情事變更非行為當時所得預料；④情事變更係不可歸責於當事人之事由；⑤造成依法律效果履行顯失公平。參見，葉啟洲（2018），〈臺灣民法上之情事變更原則〉，《月旦民商法雜誌》，62 期，第 55-58 頁。

13 其實，最高法院在 102 年度台上字第 197 號民事判決就點出這樣的溯及效力，認為請求法院核定租金之訴固屬形成之訴，兼寓確認之性質，這樣的見解與本件一、二審判決站在同一陣線，不過，該判決並未明確指出租金之請求時點為法定租賃關係成立時，該判決指出：「而請求法院核定地租，屬形成之訴，在法院核定之前，無從為租金之給付，且上訴人使用系爭土地並非不當得利，故法院核定租金數額之判決，與依民法第四百四十二條請求調整租金之性質非完全盡同，自不限於核定之後始得請求，該判決兼寓確認之性質，而有溯及效力。」

14 臺灣高等法院暨所屬法院 110 年法律座談會民事類提案第 2 號之審查意見亦採取與本文相同之結論。

（文接二版）

許姓員警已經是屬於第一時間到現場之最直接證據，所為證言已印證了被告自首此一待證事實之存在，且事證已臻明確，至於檢察官所聲請之其他證據，與待證事實已沒有重要關係，自屬「無調查必要」。因為既然採取一個最直接、最明確的證人許姓員警之證詞，已足認定被告符合自首之事實，基本上是屬於國民法官採證、認事職權適法行使的層面，並非證據能力的問題，除非明顯認為所採取證據法則有違誤，否則應該尊重下級審國民法官參與審判所為認定。

3. 不能審查「證明力」高低

關於檢察官主張應傳喚其他非第一時間到場之員警及調查上開 3 項文書，係具有「澄清」許姓員警證詞內容之作用，符合國民法官法第 90 條例外容許規定一節，惟檢察官並未否定許姓員警證詞之證據能力，故所謂「澄清作用」，只是希望上訴審調查其他證據以「減低」許姓員警證言證明力之強度，此已屬證明力高低判斷的問題，基於例外容許調查應從嚴解釋之精神，檢察官之主張自不符合國民法官法第 90 條例外容許調查（須爭執證人供述之證據能力）之範疇。從而可知，是類案件之上訴門檻將愈來愈高，如未能具體指出第一審判決有何違背法令或顯失公平等情事，恐難上訴成功。

（二）證據「嚴選」與影響國民法官心證之權衡

關於第一審審理時，提示「必要且不可或缺」的殺人現場血腥照片（即刺激性證據），用以證明被告下手兇殘程度（被害者被害時之淒慘狀況）之犯罪情狀，該照片應否「嚴選」[4]之問題，與司法實務過去經常討論的議題為：警察突然取出刺激性證據這一招對「被告」為不法取證等情不同。例如刻意提示極度血腥照片，甚至將被告帶至血腥現場，迫使被告害怕、不舒服而認罪，亦即以此法突破被告心防，致生有無影響被告供述任意性之疑義。惟本件所探討者，乃血腥照片若是「必要且不可或缺」，如同合議庭在評議時所討論者，是供「國民法官」及「職業法官」一起直接審理共見共聞之證據，此不失為最接近事實真相之證據，也是最佳的證據，倘國民法官不能接觸、見聞此種最直接之證據，而予以加工處理後再給國民法官觀看，能否充分落實直接審理原則，不無疑義。易言之，倘將相關血腥照片予以加工處理使之黑白或縮小化（亦可稱二次性或替代性證據），或經篩選後，再提出給國民法官觀看，則因國民法官只能接觸片段、失真之證據，會不會亦陷入另一種隧道視野？若未能接觸完整證據，如何能謂已能充分明瞭被告下手之兇殘程度（被害者被害時之淒慘狀況）而符合直接審理原則？又如何能發現真實？也就是說，過度強調嚴選證據，國民法官可能無從全面見聞「必要且不可或缺」的關鍵證據，這些證據除非被證據排除而不能出現於公判庭上，否則僅為免國民法官不舒服（精神負擔）而挑選證據或予以加工處理，但職業法官卻可以全部見聞，此種操作，不僅不是公平審判[5]，就直接審理原則以言，亦非最佳方案。

（本文感謝最高法院吳燦院長之指正，惟文責自負。）

（下期待續）

（作者為最高法院法官）

一、本刊歡迎兼顧理論與實務、探討司法制度、法學新知、足供讀者參考的作品；並歡迎司法人、事及法院的故事。
二、作品如以偵、審中案件，及未確定案件為主題，或作者為文稿議題之關係人士，請勿來稿。
四、文長宜在7200字以內，以利一次刊出。文內引用資料請加註解，以利參考。
五、本刊對來稿有權潤飾斟酌，對有疑義之內容將洽請作者再行檢視；不願接受刪改者，請加註說明。