最高法院 111 年度國模台上字第 4 號判決　目錄

壹、原判決撤銷第一審判決發回更審之主要理由---------- 1
貳、國民參與審判案件上訴審審理原則---------- 1
一、國民參與審判制度的立法宗旨與價值---------- 1
二、國民參與審判案件上訴審之本質---------- 2
(一)背景說明
(二)國民參與審判案件上訴審之法律適用
(三)國民參與審判案件第二審之構造
三、國民參與審判案件第二審法院上訴理由之審理原則---------- 4
(一)第二審上訴未限制上訴理由
(二)第二審法院依職權調查上訴書狀未載明之事項，應予當事人、辯護人陳述意見之機會
四、國民參與審判案件第二審證據調查之審查原則---------- 6
(一)新證據的調查採「限制續審制」的原理及精神
(二)本法第 90 條第 1 項之「新證據」
(三)本法第 90 條第 1 項但書容許第二審調查「新證據」之例外
(四)當事人、辯護人聲請調查其他證據(非屬新證據)
(五)第二審證據調查必要性之判斷標準
(六)第二審依職權調查證據的必要性判斷標準
五、國民參與審判案件第二審法院對第一審判決事實認定之審查標準-------- 9
六、國民參與審判案件第二審法院對第一審判決訴訟程序違背法令或適用法則違誤之審查標準 --------- 10
七、國民參與審判案件第二審法院對第一審判決科刑違法或不當之審查標準 --------- 10
八、本法第 92 條第 2 項但書第 5 款之審酌標準---------- 10
(一)本法之立法目的
(二)發回第一審更審後新組成的國民法官與備位國民法官對於案件之理解與負擔
(三)公共利益的維護
(四)當事人、被害人或其他訴訟關係人權益之維護
九、本院審查國民參與審判案件之原則---------- 11
參、經查:
一、原判決關於訴訟程序違背法令之審查---------- 12
二、原判決關於自首之調查---------- 13
三、本法第 92 條第 2 項但書第 5 款之適用---------- 15
四、原判決有撤銷發回之原因
肆、原判決關於證據調查聲請之其他瑕疵---------- 16

最高法院刑事判決

111年度國模台上字第4號

上　訴　人　臺灣高等檢察署檢察官許鈺茹

上　訴　人

即　被　告　陳張紅花

選任辯護人　李宏文律師

　　張百欣律師

上列上訴人等因被告家暴殺人案件，不服臺灣高等法院中華民國111年7月22日第二審判決(110年度國模上訴字第4號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署109年度模偵字第1號)，提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院。

理　由

壹、原判決撤銷第一審判決發回更審之主要理由

本件原判決認定：㈠第一審關於不爭執事項之認定，援引未經合法調查及無證據能力之證據，有違反證據法則之明顯重大違誤，影響事實認定。㈡第一審未調查或論述上訴人即被告陳張紅花是否具自首減刑事由，實質影響最終量刑結果。二者皆屬國民法官新制著眼之重要範疇，且涉及審級利益，因而撤銷第一審之科刑判決，依國民法官法(下稱本法)第92條第1項前段、第2項但書第5款之規定，發回臺灣桃園地方法院。固非無見。

貳、國民參與審判案件上訴審審理原則

一、國民參與審判制度的立法宗旨與價值

我國隨著民主政治的逐漸落實以及社會日趨開放多元，為彰顯國民主權理念，透過國民直接參與司法權的運作，強化司法民意基礎，並提升司法透明度，反映國民正當法律感情，增進國民對於司法之瞭解與信賴，因此制定國民法官法。

模妙股

國民直接參與審判的價值在於：使自一般國民中隨機抽選的國民法官，得以全程參與刑事案件審理程序，親自見聞刑事訴訟程序的進行。刑事審理程序因為國民的參與需更加透明、好理解。國民法官可立於對等立場就論罪科刑與法官實質評議，實現國民與法官的溝通對話，進而充足法院判斷的視角與內涵，在法院的判決中展現國民對於公平正義的期待與價值觀。亦即，透過本法審議式民主的運作，國民參與審判的案件可納入國民多元豐富的生活經驗及價值，反映國民感情，提高判決正確性及司法公信力，本法第1條之規定即國民參與審判制度的立法宗旨與價值所在，亦為本法第91條、第92條第2項但書第5款所謂之「國民參與審判制度之宗旨」。

二、國民參與審判案件上訴審之本質

㈠背景說明

國民參與審判係刑事審判的一種，本法係刑事訴訟法的特別法。由國民法官參與的刑事審判第一審，制度上導入國民法官與法官合審合判、卷證不併送、證據開示、證據自主調查、失權效等設計，與一般刑事審判案件的第一審制度設計有別。

至於案件訴訟救濟應循如何之審級、程序及相關要件，則應由立法機關衡量訴訟案件之種類、數量、性質、訴訟政策目的、訴訟制度之功能及司法資源之有效運用等因素，以法律為合理之規定，屬立法權之裁量行使，為立法形成自由。無論立法機關裁量採取何種上訴救濟制度，均應與第一審審理方式做制度性的關聯思考。換言之，第一審的審理方式勢必影響上訴審的審理制度。

國民參與審判制度，在我國屬初步實行，基於成本效益之考量與司法資源之限制，僅適用於較具指標性的重大案件及犯罪涉及對生命法益侵害等國民通常高度關心之案件(本法第5條)，制度實行之初，案件數量較少，立法機關斟酌上述各種因素，在上訴審金字塔訴訟制度立法完成前，裁量以較為

簡單的立法程序，彰顯上訴審「事後審兼限制續審」(詳如後述)的原理與精神，期能透過嚴謹、確實的程序運作，周全保障重大案件當事人及訴訟關係人之權益，並體現國民參與審判制度的立法宗旨與價值。

㈡國民參與審判案件上訴審之法律適用

本法第四章第六節「上訴」第89條至第92條及第一章總則第4條之規定即係立法機關衡量上述各種因素，就國民參與刑事審判案件所設計的訴訟救濟特別立法。因此，國民參與審判案件之上訴案件，除適用本法第89條至第92條之特別規定外，其餘未規定之部分，依本法第4條適用刑事訴訟法之相關規定。

其中本法第91條「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。」之規定，係上訴審之規範原則。該條立法理由載明「上訴審法院應本於國民參與審判之宗旨，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之不同心證，即予撤銷，爰訂定本條，以明示第二審法院之審查基準。」由此可知，第二審蘊含事後審之原理與精神。至於第二審法院得否貫徹實現上開事後審之原理與精神，有賴第三審法院本於相同精神審查第二審關此之法律適用，以確立符合上述國民參與審判制度立法宗旨與價值之標準。

㈢國民參與審判案件第二審之構造

我國現行一般刑事訴訟案件之第二審係採覆審制，就上訴案件為完全而重覆的審理，第二審法院應本於職權認事用法，不受第一審之拘束。而「續審制」係指第一審所為判決前之審理程序及證據資料繼續予以援用，僅就新的證據予以補充調查而為案件審判所行之方法，仍具事實審之功能。「事後審制」則係依第一審判決當時的證據資料予以審查原判決當否之審判方式，須受原判決認定事實之拘束，原則上不得為新事證之調查，又可分單純法律審查及法律與事實同時審查的事後審。

因國民參與審判案件之第一審已採上述的特殊制度設計，與一般刑事審判案件不同。立法機關已相應為制度性關聯思考，並為以下特別設計：

本法第90條第1項前段規定，於第二審原則上不得聲請調查新證據。第二審法院原則上係以閱覽第一審卷證而形成心證，而第二審係由法官審理，並無國民法官之參與，倘第二審法官並未調查證據，僅以閱覽第一審卷證之心證而重新認定事實，逕行推翻第一審國民法官參與審判後之心證，將無法達成納入國民多元價值及反映國民法律感情之立法目的。此由本法第91條及第92條第1項但書之規定，亦足資佐證。因此，以國民參與審判之第一審事實認定為基礎，原則上不為新事證的調查之第二審，就審理程序的角度，已納入「事後審制」之原理與精神。

本法第90條第1項規定第二審原則上不得聲請調查新證據，僅於符合同條項但書例外規定，並有調查必要時，始能調查新證據。該條第2項則規定有證據能力，並經原審合法調查之證據，第二審法院得逕作為判斷依據。制度設計上係為落實第一審集中審理之精神，促使當事人重視第一審，儘量於第一審提出證據，避免當事人於第二審始提出新主張及證據，使第一審流於形式，無法達成國民法官參與審判及反映國民法律感情之立法目的。因此，援用國民參與審判之第一審證據資料，於例外時接續補充調查新證據之第二審，就證據調查之角度，已參採「限制續審制」之原理與精神。

因此，從案件審理程序及從證據調查的角度觀察，國民參與審判案件之第二審有「事後審兼限制續審」之原理與精神，有別於一般刑事訴訟案件第二審所採取之「覆審制」。

三、國民參與審判案件第二審上訴理由之審理原則

㈠第二審上訴未限制上訴理由

在本法第91條的規範原則下，除本法有關上訴之特別規定外，第二審依本法第4條適用刑事訴訟法有關第二審上訴之規定。因此，除了本法第89條規定國民法官不具本法第12條

第1項所定資格，或有本法第13條、第14條所定情形，不得為上訴理由外，國民參與審判之第二審未限制上訴理由，當事人對於國民參與審判之第一審判決之事實認定、法律適用（包含實體法與程序法）或科刑判斷不服者，均可提出上訴。又本法第92條第1項但書規定，關於事實認定，非於原審判決違背經驗法則或論理法則顯然影響於判決者，第二審法院不得撤銷。第二審法院審查國民參與審判之第一審判決有無上開事由，始得予以撤銷作成不同認定，原則上第二審應尊重第一審之事實認定，此規定係對第二審以事實認定錯誤撤銷第一審判決的限制。而此處之「事實認定」除犯罪事實之認定外，亦包含法定刑罰加重、減輕之基礎事實認定。至於第二審法院就第一審法院適用法律(含實體法與程序法)或科刑判斷之審查，本法並未明文規範，依本法第91條之規範原則，第二審法院原則上應尊重第一審法院就審理程序、法律適用及科刑之判斷。

㈡第二審法院依職權調查上訴書狀未載明之事項，應予當事人、辯護人陳述意見之機會

依刑事訴訟法第366條規定，第二審法院應就原審判決上訴的部分調查之。因此，上訴理由狀載明之上訴理由，第二審法院有調查義務，自應予以調查。

由於國民參與審判之第二審案件，係以事後審查之角度審查原審判決有無不當或違法，而非以覆審之角度自行認定事實及適用法律，故第二審主要係就上訴理由所指摘事項認定原審判決有無違法或不當。

又第二審上訴並未限制上訴理由，解釋上第二審法院在上訴範圍內似不受上訴理由拘束，就上訴書狀未載明之事項，得本於職權調查。然而，依上述有關第二審訴訟結構的分析，國民參與審判案件之第二審，就審理程序之角度，已納入「事後審制」之原理及精神。國民參與審判案件之第二審法院如認有必要職權調查上訴理由所未敘及的事項，其必要性之判斷標準應回歸本法第91條之立法宗旨，亦即於上訴理由

未指摘之事項，縱使屬於上訴範圍，第二審法院僅於有相當理由認原審判決有違法或不當之情形，始予調查。如第二審法院認有依職權調查上訴理由所未載明之事項時，為避免法院自行調查未曾經上訴人主張之事項，致有突襲性裁判之疑慮，就上訴理由未敘明之部分，第二審法院依職權調查前，應依刑事訴訟法第163條第3項之規定，予當事人、辯護人及輔佐人陳述意見之機會。

四、國民參與審判案件第二審證據調查之審查原則

㈠新證據的調查採「限制續審制」的原理及精神

依本法第90條第1項之規定第二審原則上不調查新證據，僅於符合該條項但書的例外規定，且有必要時，始能調查新證據。此項規定係為讓當事人、辯護人能在第一審提出所有的主張與證據，實質尊重國民參與審判之第一審判決。況本法第64條第1項前段就當事人、辯護人於第一審準備程序終結後，已規定不得再聲請調查新證據，倘上訴於第二審後，當事人重新聲請調查新證據得毫無限制，將使國民參與審判的第一審流於形式，無法達成本法第1條及第91條的立法宗旨。因此，行國民參與審判案件之第二審就證據調查之角度而言係採「限制續審制」之原理與精神，業如前述。

㈡本法第90條第1項之「新證據」

依本法第64條調查新證據失權效之立法目的與精神，解釋本法第90條第1項所稱之「新證據」，係指於第一審準備程序終結前，當事人、辯護人未聲請調查之證據。亦即以當事人、辯護人是否於第一審「聲請調查」為判斷標準。包含當事人、辯護人未曾提出證據調查聲請及提出聲請後撤回聲請之情形。至於證據雖經當事人、辯護人於第一審準備程序終結前聲請，並經法院裁定准許調查，若當事人於第一審法院審理中未能踐行調查程序，依其情形足認其已無聲請調查之意思者，視同已撤回調查之聲請。本條之「新證據」非僅限於第一審辯論終結後始存在之證據，亦包含第一審辯論終結前已存在之證據（無論發現在前或發現在後），且罪責證據

及科刑證據亦包含在內。

㈢本法第90條第1項但書容許第二審調查「新證據」之例外

國民參與審判之第二審法院於當事人、辯護人聲請調查新證據時，應審查是否符合本法第90條第1項但書之例外情形，若新證據之聲請調查不符合上述例外情形，第二審法院就該證據調查之聲請應予駁回。有關本法第90條第1項但書規定，舉其大要說明如下：

⑴有本法第64條第1項第1款、第4款或第6款之情形

①當事人、辯護人均同意，且法院認為適當者

本諸當事人進行主義之精神，倘當事人、辯護人均同意，法院亦認適當，當可調查該新證據。

②為爭執審判中證人證述內容而有必要者

指用以爭執、減損特定證人審判中證述證明力之彈劾證據。此種新證據的調查是否符合例外之規定，應注意必要性的判斷，以平衡上訴審個案救濟與尊重國民參與審判之宗旨。

③如不許提出顯失公平者

此處「公平」的觀念，不宜漫無限制，而與第二審採「事後審兼限制續審」之原理與精神相背離。基於憲法公平法院原則，可參考刑事訴訟法第163條第2項但書「公平正義之維護」，以當事人聲請調查之新證據係用以證明有利於被告之事項為限，並注意辯護人是否提供實質有效辯護及被告防禦權之保障。

⑵非因過失，未能於第一審聲請

為落實第一審集中審理、言詞審理及直接審理，此處所謂非因過失，未能於第一審聲請之情形，應以當事人不知特定證據之存在或雖知特定證據存在，但事實上於第一審無法聲請調查等情形為主。若當事人於第一審係因訴訟策略之考量，未聲請調查特定證據，或是撤回特定證據之調查，此時即不是「非因過失」，不符合但書之規定。

㈣當事人、辯護人聲請調查其他證據（非屬新證據）

特定證據曾經國民參與之第一審法院調查完畢或當事人、辯

護人於第一審準備程序終結前聲請調查，經第一審法院以無調查必要性及無證據能力裁定駁回證據調查之聲請者，因當事人、辯護人已盡其促進訴訟的義務，且該項證據亦非至第二審始行出現，均非本法第90條第1項所稱之新證據。

㈤第二審證據調查必要性之判斷標準

當事人、辯護人於第二審聲請調查新證據，符合本法第90條第1項但書例外之規定，或其他再聲請調查證據時，第二審法院審酌證據調查之必要性時，依刑事訴訟法第163條之2規定為之。

惟因應第一審國民參與審判案件之特性，及上述第二審特別之審理方式，除依刑事訴訟法第163條之2考量調查必要性外，另宜考量該等證據若予調查，仍無撤銷變更判決結果之可能時，為無調查必要性。此外，特定證據曾經國民參與之第一審法院調查完畢者，第二審法院宜考量該證據於第一審是否調查未盡，而有再行調查之必要；當事人、辯護人於第一審準備程序終結前聲請調查之證據，經第一審法院裁定駁回證據調查者，第二審法院於審酌調查必要性時，宜考量國民參與審判制度之宗旨，及第一審裁定駁回之理由。此處需考量國民參與審判制度之宗旨，乃是因為國民參與審判之第一審證據調查，制度上從參與審判之國民法官、備位國民法官之觀點有特殊之考量與設計，例如：需注意偏見、預斷之防免（本法第46條）、證據調查之內容需簡明易懂（本法第45條）及證據調查之程序須適度簡化（本法第52條第4項）等，第二審法院自應基於本法第91條立法意旨考量國民參與審判制度之宗旨及第一審法院駁回調查證據聲請之理由而為妥適審查。

㈥第二審依職權調查證據的必要性判斷標準

依本法第90條立法理由，有關第二審法院依職權調查證據部分，並未在本條規定之列，故自應回歸適用刑事訴訟法之相關規定。

國民參與審判之第一審採卷證不併送制度，證據調查亦以當

事人自主開示、自主調查為原則，且第二審已納入「事後審制」原理及精神運作，為貫徹本法第91條尊重國民參與審判之宗旨，於第二審已限制當事人、辯護人依本法第90條之規定，以不調查新證據為原則的情形下，宜嚴謹第二審法院依職權調查證據必要性的判斷，避免發生失衡現象。

依上揭脈絡，國民參與審判之第二審法院依刑事訴訟法第163條第2項前段規定，依職權調查證據時，應保持法官中立之角色，防止突襲性裁判，在當事人未主張調查之情形下，可於準備程序先依刑事訴訟法第273條第1項第5款進行曉諭或闡明，並依刑事訴訟法第163條第3項給予當事人、辯護人陳述意見的機會。

至於第二審法院依刑事訴訟法第163條第2項但書所指法院應依職權調查之「公平正義之維護」事項，宜參考實務基準，採目的性限縮之解釋，以職權調查之證據係用以證明有利於被告之事項為限，以符合整體法秩序理念。至於案內存在形式上不利於被告之證據，檢察官未聲請調查，如不調查顯有影響判決結果之虞，且有調查可能者，第二審法院得依刑事訴訟法第273條第1項第5款規定，曉諭檢察官為證據調查之聲請，並踐行刑事訴訟法第163條第3項之規定聽取當事人、辯護人之意見。

五、國民參與審判案件第二審法院對第一審判決事實認定之審查標準

本法第92條第1項但書規定，關於事實認定，原審判決非違背經驗法則或論理法則，顯然於判決有影響，第二審法院不得予以撤銷。第二審法院以事實認定錯誤而撤銷原審判決時，應於判決理由中敘明原審判決有何違背經驗法則或論理法則之情事，及該等事情如何影響於判決結果。所謂違背經驗法則或論理法則，需有具體理由認為第一審依證據所為事實認定欠缺合理性。如僅係第二審法院關於證據評價之見解或價值判斷與第一審判決有所不同，而雙方各有所據者，不屬之。

六、國民參與審判案件第二審法院對第一審判決訴訟程序違背法令或適用法則違誤之審查標準

國民參與審判之第二審結構上已納入「事後審兼限制續審」之原理與精神，已如前述，自應尊重第一審法院之判決結果，以貫徹本法第1條、第91條之立法宗旨與精神。避免僅因不影響判決結果訴訟程序違背法令或適用法令違誤，即由法官撤銷國民法官參與審判之第一審判決。從而，第一審法院之判決縱有訴訟程序違背法令或適用法令違誤之事由，如非屬判決當然違背法令之瑕疵，而且顯然於判決無影響者，因除去該違背法令之部分，仍須為相同之判決，對於被告之重要權益並無實質損害，此種訴訟程序違背法令或適用法令違誤顯然於判決無影響，第二審法院得不予撤銷，有「無害錯誤審查原則」（無害瑕疵）之適用（刑事訴訟法第380條參照）。例如：判決引用未經合法調查之證據，但該證據內容未涉及核心事實；認定證據能力違誤，但排除無證據能力之證據後，並未影響於判決結果；認定證據調查必要性之違誤，如排除該無調查必要性之證據後，並未影響判決結果，均有「無害錯誤審查原則」之適用。

七、國民參與審判案件第二審法院對第一審判決科刑違法或不當之審查標準

第一審判決之科刑事項，除有具體理由認有認定或裁量不當，或有於第一審言詞辯論終結後足以影響科刑之情狀未及審酌之情形外，第二審法院宜予以維持。

八、本法第92條第2項但書第5款之審酌標準

本法第92條第2項規定，第二審法院撤銷原審判決者，原則上應自為判決，然符合該條項但書第5款規定「法院審酌國民參與審判制度之宗旨及被告防禦權之保障，認為適當時」，應發回原審法院。第二審法院判斷案件是否發回原審法院時，應綜合考量下列事項：

㈠本法之立法目的

審酌案件是否發回時，宜考量本法之立法目的即本法第1條

所示反映國民正當法律感情、增進國民對於司法之瞭解與信賴及彰顯國民主權。

㈡發回第一審更審後新組成的國民法官與備位國民法官對於案件之理解與負擔

第二審法院依本法第92條第2項但書規定將案件發回原審法院者，回復第一審程序，仍有國民法官之參與，其性質為行國民參與審判案件之第一審程序，適用本法第一章至第四章第五節關於第一審之規定。案件發回原審法院，法官收案時已接觸該案全部卷證，就原審、第二審已合法調查之證據，不適用本法第43條卷證不併送之規定，就此更審法院無庸再行調查，審理本案之國民法官原則上得閱覽撤銷發回更審前的卷證資料。但新組成之國民法官與備位國民法官如無適當方法理解案件爭點、證據內容、歷審判決結果及撤銷發回之原因，則很難立於與法官對等立場實質討論評議，有違國民參與審判的制度宗旨。因此，審酌案件是否撤銷發回時，亦應考量發回更審是否造成國民法官對於案件之理解困難與負擔。

㈢公共利益的維護

審酌案件是否發回時，宜考量案件之成熟度及如何以適當方式實現國家刑罰權或以更經濟及具效率方式使用司法資源。

㈣當事人、被害人或其他訴訟關係人權益之維護

審酌案件是否發回時，宜考量當事人之審級利益；當事人、被害人或其他訴訟關係人所付出之程序勞費；檢察官實行公訴之順暢及被告防禦權之維護等。

九、本院審查國民參與審判案件之原則

第三審法院係屬法律審，有糾正第二審判決違法之任務。第三審法院審查第二審法院判決有無違法，應以第二審法院有無依「事後審兼限制續審制」之原理與精神，妥適尊重第一審法院判決結果之角度出發。則本院就國民參與刑事審判案件之審查原則係以本法第91條為規範原則，並採取以下之方式：

㈠就第二審採取事後審原理及精神審理案件，因本法就第三審上訴，未有特別規範，依本法第4條規定，適用刑事訴訟法有關第三審上訴之規定審理案件。亦即在本法第91條的規範原則下，本院應依刑事訴訟法第三審上訴之規定，審酌第二審本於事後審之判斷，是否正確；第二審判決若有違誤，該違誤是否已影響於判決，以決定應予維持、撤銷發回（發交）或自為判決。

㈡就第二審採取限制續審制原理及精神審理案件，第二審仍具有事實審功能，依本法第4條規定，適用刑事訴訟法有關第三審上訴之規定，在本法第91條的規範原則下，審理方式與現行審理一般非國民參與審判之刑事案件相同。

㈢除前2種情形外之第二審有關一般上訴事項，依本法第4條規定，適用刑事訴訟法有關第三審上訴之規定，在本法第91條的規範原則下，審理方式與現行審理一般非國民參與審判之刑事案件相同。

參、經查：

一、原判決關於訴訟程序違背法令之審查

國民參與審判之第二審構造上已納入「事後審兼限制續審」之原理與精神，已如前述。第二審自應秉持本法第91條及第1條之立法目的與精神，原則上尊重第一審法院之判決結果。第一審判決縱有訴訟程序違背法令之事由，倘顯然於判決無影響者，除去該違背法令之部分，仍須為相同之判決，亦即訴訟程序違背法令於判決顯無影響者，參照刑事訴訟法第380條之意旨，有「無害錯誤審查原則」之適用。

原判決說明:第一審判決關於不爭執事項，係依憑被告偵查中供述、證人陳再來、陳致遠、李冬鑾偵查中之證述及扣案菜刀等證據而為認定。上開供述證據，未經第一審檢察官提出附卷及經合法調查；證物菜刀則因未開示，經第一審法院當庭諭知無證據能力。原審判決以上開認定，違反證據法則，且該等違誤明顯重大，尚難憑採「無害瑕疵」原則，影響事實認定等旨。

惟，被告偵查中供述、陳再來、陳致遠、李冬鑾偵查中之證述，原經檢察官於第一審準備程序終結前聲請調查，第一審法院審酌後認無調查必要，而予以駁回（見第一審卷一準備程序筆錄）；扣案菜刀，第一審法院原認定有證據能力而准予調查，於審理程序時，法院以該證物未開示為由，諭知無證據能力。是第一審判決援引上開證據判斷認定本件不爭執事項，確有違反證據法則之訴訟程序上瑕疵。然，細繹原判決引為判斷不爭執事項之證據，除上述違反證據法則有瑕疵之各該證據外，尚有被告之全戶戶籍資料查詢結果、桃園市政府警察局大園分局轄區內死亡案之現場初步勘查報告（含現場勘驗照片、現場圖、刑案現場勘察及沙發血跡噴濺照片、現場測繪圖）、內政部警政署刑事警察局鑑定書、桃園市政府警察局大園分局扣押筆錄、扣押物品目錄表、被告案發時所穿染有被害人血跡之上衣及褲子1件、法務部法醫研究所鑑定報告等非供述證據，可資為憑。除去該等違背證據法則之證據，依上述其他經合法調查之證據，尚未達足以稀釋或動搖確信心證之形成，仍應為相同之認定。況檢察官、被告及辯護人於原審準備程序，均表示對於本案不爭執事項均不爭執（見原審卷第164至165頁），是該等訴訟程序違背法令部分，顯然於判決無影響，依上開說明，有「無害錯誤審查原則」之適用。原判決未能體查國民參與審判之第二審結構上已納入「事後審兼限制續審制」之原理及精神，依本法第91條及第1條之立法目的及精神，原則上尊重第一審法院判決結果，亦未能勾勒違背證據法則所誤引之證據是否具認定不爭執事項之核心價值。況檢察官既已就該等證據聲請調查，亦可依上揭貳、四、㈥之說明所示，妥慎為依職權調查證據之必要性判斷後，為適當之處置。原判決未能考量本法制度設計之特點，認該等違誤明顯重大，未說明理由即不採「無害錯誤審查原則」，逕將第一審經國民法官參與之判決撤銷發回更審，有不備理由及適用法則未當之違法。

二、原判決關於自首之調查

為貫徹本法第91條尊重國民參與審判的基本精神，有關當事人、辯護人於第一審及原審均未曾提及，亦未聲請調查的上訴人自首問題，應參採事後審精神，法院不宜主動依職權審查。倘原審認有必要依職權介入調查，為防止突襲性裁判及保障被告的防禦權，法院依職權介入調查前應依刑事訴訟法第163條第3項之規定予當事人、辯護人陳述意見之機會。

原判決說明：依陳再來、陳致遠於第一審之證詞及桃園市政府警察局大園分局轄區內死亡案之現場初步勘察報告等證據，誠難斷言警方是否已有確切之根據得合理之可疑，將被告提昇為「犯罪嫌疑人」地位，而認其犯罪已被「發覺」，而認被告是否成立自首減刑事由尚有未明，第一審對於此等對被告有利之事實全未調查或加以論述，影響量刑等旨。

惟：國民參與審判之第一審採卷證不併送制度，證據調查原則上亦係由當事人開示、自主調查。本件第一審行準備程序時，被告並未主張自首，當事人雙方亦未將「自首」列入爭點，有關「被告是否自首」事證，並未於第一審審理程序提出。第一審未就被告是否符合自首列入調查或於判決中予以論述，自屬當然。本案上訴後，於原審進行準備程序時，被告亦未主張自首，檢察官、被告及辯護人亦均未將「被告是否自首」列入爭執事項。雖然行國民參與審判案件之第二審無卷證不併送之適用，承審法官得以閱覽全卷，但依上述說明，原審應參採「事後審兼限制續審」之原理及精神，如認有必要依職權介入調查當事人未主張之事項時，為防止突襲性裁判，宜審慎為之，並依刑事訴訟法第163條第3項之規定，予當事人、辯護人陳述意見之機會。然原審於準備程序並未依同法第273條第1項闡明本案是否應增列被告符合自首要件之爭點，亦未就法院宜否依職權調查，依同法第163條第3項請當事人、辯護人表示意見，嗣於審判期日，當事人、辯護人就科刑資料進行調查辯論時，亦未闡明或諭知雙方是否就被告符合自首要件聲請調查或辯論，即逕行以被告是否成立自首減刑之事由尚有未明，將第一審判決撤銷發

回，所踐行之訴訟程序，難謂適法。縱認被告是否符合自首一節，係對其有利之事項，原審如認符合依同法第163條第2項但書規定，為維護公平正義，應依職權調查證據，亦應依同條第3項請當事人、辯護人就調查證據表示意見，原審未踐行上開程序逕予撤銷發回，適用法則難認允當。

三、本法第92條第2項但書第5款之適用

依本法第92條第2項規定，第二審法院撤銷原審判決者，原則上應自為判決，但依該條但書第5款之規定，第二審法院審酌國民參與審判制度之宗旨及被告防禦權之保障，認為適當時，應發回原審法院。而第二審法院判斷案件是否發回原審法院時，應綜合考量本法之立法目的、發回第一審更審後新組成的國民法官與備位國民法官對於案件之理解與負擔、公共利益的維護及當事人、被害人或其他訴訟關係人權益之維護。

原判決說明:前述違反證據法則之違誤對於事實認定有實質影響、自首事項對於最終量刑結果有實質影響，且涉及審級利益，屬國民法官新制著眼之重要範疇，經審酌國民參與審判制度之宗旨及被告防禦權之保障，將判決撤銷發回第一審等旨。

惟：原判決並未具體說明將第一審判決撤銷發回，輕易推翻國民參與審判之第一審判決，何以能反映國民法律感情，增進國民對於司法之瞭解與信賴及彰顯國民主權，而認符合國民參與審判制度之宗旨？亦未具體說明如何審酌本案若發回第一審更審後重新選任並組成國民法官法庭，國民法官及備位國民法官對於案件之理解與負擔。且未考量倘本案運用「無害錯誤審查原則」，不爭執事項之事實認定，是否顯然於判決無影響？原判決亦忽略適用本法之審判程序，其第二審仍具事實審功能，倘能審慎職權介入當事人未主張或未爭執之事實（見貳、三、㈡說明）；或就被告有無適用自首規定減刑，妥適依刑事訴訟法第163條第2項但書、第3項之規定依職權調查、認定（見貳、四、㈥說明），亦能以更經濟

且有效率之方式適當行使國家刑罰權。再者，本案第一審國民法官法庭已對被告進行實質審判，並未損及其審級利益，亦未損及被告之防禦權。原判決泛言本件有本法第92條第2項但書第5款之適用，並未說明具體審認理由，有理由欠備之違法。

四、以上，或為上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，且攸關第二審於國民參與審判案件所扮演之角色認知及對於第一審審查之標準，以及國民參與審判案件第二審審判制度之發展，應認原判決有撤銷發回之原因。

肆、原判決關於證據調查聲請之其他瑕疵

一、本件被告援引本法第90條第1項但書第1款、第2款、第64條第1項第4款、第6款等規定，聲請重新鑑定被告有無刑法第19條第2項規定之適用，或就原鑑定結果為審查鑑定。該等新證據之聲請調查，原審自應審查是否符合本法第90條第1項但書例外之規定。原判決理由說明：本件新證據之調查並無「為爭執審判中證人證述內容而有必要」、「如不許提出顯失公平」、「非因過失未能於第一審聲請」等情形，而不准予調查。復說明：併審查本法第90條第1項但書其餘所列情形，認不准予調查上開新證據等旨。是原審併予審查被告所未主張之本法第90條第1項但書其餘所列調查新證據例外事由，然基於上述國民參與審判案件第二審之結構分析，國民參與審判案件之第二審法院如認為有必要依職權調查上訴理由未主張的事項，宜回歸本法第91條之立法意旨，並依刑事訴訟法第163條第3項之規定，予當事人、辯護人陳述意見之機會，原判決逕自審查被告未主張之第90條第1項但書其他事由，並未予當事人、辯護人陳述意見之機會，容有失當。

二、檢察官於原審聲請調查被告於偵查中之供述及陳再來、陳致遠、李冬鑾於偵查中之證述，此等證據業經第一審法院裁定無調查必要，而駁回證據調查聲請，非屬新證據。檢察官於第二審聲請再予調查時，第二審法院審酌調查必要性時，宜考量國民參與審判制度之宗旨，及第一審裁定駁回之理由。

原判決認檢察官於第二審聲請調查之上開證據，係屬新證據，且未具理由即認無本法第90條第1項但書各款所列情形，逕予駁回，有適用法則不當及不備理由之違法。

三、本案經原審撤銷發回第一審，未為實體判決，上開證據調查之審查違誤，與判決結果無涉，附此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　10　　月　　27　　日

刑事第五庭審判長法　官　李　錦　樑

法　官　周　政　達

法　官　錢　建　榮

法　官　林　婷　立

法　官　蘇　素　娥

本件正本證明與原本無異

書記官

中　　華　　民　　國　　111　　年　　10　　月　　31　　日