

111 年度國模台上字第 2 號案件之法律鑑定意見書

成功大學法律系陳運財

2022/11/16 於最高法院

※ 相關爭點

1、爭點一：

- (1) 本件第一審檢察官調查提示扣案電擊棒、柴刀之過程及所為之陳述，是否符合國民法官法第 76 條、刑訴法第 155 條第 2 項之規定？所為陳述會否造成國民法官產生預斷或偏見之虞？第一審審判長關於此部分證據調查程序所為之訴訟指揮，有無違法或不當？
- (2) 本爭點與刑訴法第 288 條之 3 之關係為何？
- (3) 第二審對於第一審訴訟程序之適法性，應如何審查？現行第三審審查第二審裁判所執之無害錯誤(瑕疵)原則，於第二審判決有無適用餘地？

2、爭點二：

- (1) 刑訴法之第二審訴訟構造，為覆審制，該法第 364 條規定準用同法第 308 條、第 310 條關於第一審有罪判決書之記載事項，因此第二審之有罪判決，應於判決書記載犯罪事實及相關理由。惟國民法官制度之第二審有罪判決書應如何記載？刑訴法上開規定有無及如何準用？當事人上訴意旨未指摘之事項，第二審法院應如何處理？凡此，均與第二審之訴訟構造(覆審制？續審制？事後審制？或兼有前開性質？)及其審判對象(案件本身？第一審判決？上訴理由？或者兼有之？)有關。因此，應先予釐清。
- (2) 第二審就第一審有罪判決之上訴審理結果，其態樣可概分為：一、上訴駁回(上訴不合法、上訴無理由)；二、撤銷發回原審法院；三、撤銷自為有罪判決；四、撤銷自為無罪判決。關於國民法官案件之第二審判決書之記載事項(即如何準用第一審之審判規定)，會否因上訴結果，而異其結果？
- (3) 倘當事人上訴第二審，祇明示就第一審判決之量刑聲明不服(刑訴法第 348 條第 3 項參照)，關於未聲明上訴之罪責、沒收等部分，是否發生移審效果？抑或已經確定？就此情形，第二審審判對象及判決書之記載事項，有無不同？未聲明上訴部分之罪責、沒收等事項，要否記載？

一、證物之提示與聲明異議

按現行刑事訴訟法之規定，關於審判期日證據調查之方式，係按證

據方法之種類不同而異其規範。首先，依第 164 條之規定，可為證據之證物係由審判長於法庭上提示被告辨認；依第 165 條之規定，可為證據之書證或筆錄，係由審判長於法庭上向被告朗讀或告以要旨；至於，人證之調查，則依第 166 條以下之規定，由當事人以交互詰問方式進行調查。其中，第 164 條及 165 條之所以分別規定由審判長依職權分別提示證物辨認或朗讀書證內容，只要係因第 264 條第 3 項規定採取起訴卷證併送之關係。而歷來審判實務的運作，一般均先進行人證的交互詰問之程序，此部分係當事人進行；之後，再進行證物的提示以及書證的朗讀，此部分由法院職權進行。其中，有關證物的提示，是由審判長將證物交由庭務員分別提示給當事人或辯護人確認後，再依第 288 條之 1 第 1 項之規定，詢問當事人有無意見。

相對的，由於國民法官法第 43 條採取卷證不併送，且進一步落實當事人主導證據調查，當事人聲請調查可為證據之書證或準文書，由聲請人向國民法官法庭、他造當事人、辯護人等宣讀或告以要旨(第 74 條及 75 條)；當事人聲請調查之證物，由聲請人提示於國民法官法庭、他造當事人、辯護人等辨認(第 76 條)。問題是，在卷證不併送的機制下，於國民法官法庭之審理程序中，當事人或辯護人如何就其聲請之證物進行提示辨認？以及如何宣讀書證或告以要旨？對於他造當事人或辯護人進行的提示證物等調查程序，認有違法或不當者，他造當事人得否聲明異議？法院應如何處理等，由於國民法官法並未增設具體規範，不免在適用上引發爭議。以下，針對第 76 條有關提示證物之規定，先行檢討。

首先，所謂證物，是指以物之存在或狀態為證據之物。例如供犯罪使用之凶器、附著血跡之被害人衣服等。依第 76 條之規定，證物之調查方法係由聲請調查之當事人或辯護人在國民法官法庭上，向職業法官及國民法官、他造當事人、辯護人或輔佐人提示辨認該物的存在或狀態。

依日本審判實務之運作，為明示證物之同一性或待證事實與證物之關聯性，證物之提示，往往會於人證交互詰問或詢問被告時提示辨認，例如於詰問作為證人之被害人時，提示染有血跡的被害人衣物，證立被害的情形；詢問被告時，提示刀械，確認其是否拿來作為本案的凶器¹。

由此可見，如果待證事項，僅是單純證明物理的存在或狀態，聲請調查之當事人或辯護人可以透過獨立的調查程序，將該證物提示於國民法官法庭及訴訟關係人確認即可。至於，若要展示於法庭上，用以證立證物的同一性或待證事實與證物的關聯性時，則有必要透過詰問人證或

¹ 參照三井誠、酒卷匡，入門刑事手続法，2017 年，頁 181。

詢問被告的方式，始能為實質有效的調查²，而非單獨由當事人或辯護人展示證物，同時自行闡釋或評價證物具有同一性或關聯性。而且，證物提示的對象，亦包含證人、鑑定人等訴訟關係人。

其次，我國刑事訴訟法第 167 條之 1 至第 167 條之 6 針對當事人或辯護人有關人證之交互詰問、第 288 條之 3 就審判長或受命法官有關證據調查或訴訟指揮所為之處分，分別賦予當事人或辯護人有聲明異議權。審判長調查證物或書證，未依第 164 條提示辨認或依第 165 條宣讀筆錄時，當事人或辯護人自得依第 288 條之 3 之規定向法院聲明異議，並無問題。然而，因國民法官法採行卷證不併送及當事人主導證據調查之結果，於國民法官法庭審判時，當事人或辯護人調查證物，如發生有未向他造當事人提示辨認，或提示之同時，自行闡釋證物與犯罪事實之關聯性或評價具有同一性等違反調查程序之情形，他造當事人或辯護人得否聲明異議，請求審判長為必要之處分？其依據如何，乃存有疑義。

本文認為，異議權係當事人或辯護人聲請調查證據及進行證據調查程序中，為有效進行攻擊防禦，維護其訴訟權益，對於訴訟關係人有關證據調查之行為、或審判長有關證據調查或訴訟指揮所為之處分，認有違反訴訟法之規定或不當者，得聲明不服，以請求更正等救濟之權利。論者有謂此一異議權，目的並非在譴責，而是當事人之間彼此共同使證據調查有秩序進行的協力性質，並具有監督程序公正的內涵，因此，異議，不僅是權利，也同時具有一定的義務性質³。

再者，在現行刑事訴訟法下，對於審判長有關證物或書證之證據調查不服者，尚且得依第 288 條之 3 之規定聲明異議，於適用國民法官法庭審判時，遇他造當事人或辯護人違反國民法官法第 74 條至第 76 條有關調查書證或證物之規定，如果解釋上不容許當事人或辯護人有聲明異議權，反而限縮當事人的訴訟權益，則實與國民法官法強調落實第一審當事人進行的理念相背離，顯非妥適。而此種當事人或辯護人調查證物或書證有違法或不當之情形，解釋上，不宜認為他造當事人或辯護人必須先依國民法官法第 46 條之規定促請審判長發動職權為必要之闡明或釐清後，遇審判長訴訟指揮不作為時，再依刑事訴訟法第 288 條之 3 之規定聲明異議。此種橋接繞道的處理方式，不僅徒增勞費，也混淆了應有的異議的對象，亦非允當。尤其是關於國民法官法第 46 條之適用，本文

² 日本刑事訴訟規則 199 條之 10 規定：「訴訟關係人就有關文書或物件之作成、同一性或其他類此事項詰問證人時，如有必要，得提示該文書或物件（第 1 項）。前項文書或物件，於證據調查未終結前，應預先給予對造閱覽之機會。而如對造無異議，不於此限（第 2 項）。」

³ 平野龍一，刑事訴訟法，1984 年，有斐閣，頁 258。

認為審判長基於本條之注意義務及闡明義務而發動訴訟指揮，應力求慎重，因為針對一造當事人或辯護人的證據調查，審判長過度積極以防止預斷或偏見為由，未經他造聲明異議，即發動職權介入干預或制止，反而容易使法庭上的國民法官對於被制止的一造當事人或辯護人的訴訟行為形成失敗或無效的印象或心證，而有害於公平審判的維持。

綜上，對於當事人或辯護人違反國民法官法第 74 條至第 76 條有關書證或證物之調查程序時，依刑事訴訟法第 163 條第 1 項之規範意旨，應認他造當事人或辯護人亦得聲明異議，且關於異議之程序、審判長有關異議之處理及必要處分等，類推適用刑事訴訟法第 167 條之 2 至第 167 條之 6 之規定。

二、無害錯誤法理於第二審上訴之適用⁴

刑事訴訟法第 369 條第 1 項規定，第二審法院如認為上訴有理由，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。依此項規定，不論是當事人於第二審之上訴主張有理由或是法院依職權調查發現原審判決不當或違法，第二審法院均應將原審判決予以撤銷。此乃為符合由上級審糾正下級審的錯誤判決，以救濟當事人之上訴目的所設之規範。國民法官法第 92 條第 1 項前段本文規定「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。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。」基本上，亦同其旨趣。

惟關於第三審上訴，刑事訴訟法第 380 條規定「除前條情形外，訴訟程序雖係違背法令而顯然於判決無影響者，不得為上訴之理由」，學理上一般稱此條規定係就得上訴之理由，採取所謂無害錯誤法則以限制當事人的上訴⁵。蓋原審訴訟程序違背法令的類型及程度，態樣繁多，倘一有違背，而完全不考量其是否於判決有無影響，即均容許當事人得提起第三審上訴，不僅缺少救濟實益，同時造成第三審法律審查的過重負擔，故設此條規定，以合理限制當事人得上訴第三審的管道。

在美國法的上訴審採取法律審的結構下，無害錯誤法則是與「未提出視為放棄法則」併列作為上訴審基於當事人進行原則實施審查的標準的二項重要的判例法原則。此項法則，亦適用及於美國聯邦最高法院審

⁴ 以下本文有關無害錯誤之適用，援引自筆者發表於向陽公益基金會舉辦之《國民法官制度》系列論壇（七）「國民法官案件上訴審之架構」，發表報告「論國民法官法第二審法院之撤銷判決」之部分內容，2022 年 10 月 28 日。

⁵ 王兆鵬，刑事訴訟講義，2006 年，頁 745。

查下級審法院判決有無發生憲法違誤的情形⁶。另一方面，日本刑事訴訟法第 379 條規定，除了同法第 377 條及第 378 條所定之絕對上訴事由外，以訴訟程序違背法令顯然影響於判決作為聲明上訴第二審之理由者，其上訴理由書應援引訴訟紀錄及原審法院調查證據所顯現之事實，而足認具有影響於判決之違反法令事由。依此項相對之上訴第二審事由之規定，限於原審訴訟程序違背法令顯然影響於判決者，始得作為上訴理由；如對於判決無影響時，再諭知相同的判決，亦缺乏撤銷實益，因此列為相對之上訴事由⁷。此項規定，亦具有無害錯誤法則的內涵。

而我國刑事訴訟法第 380 條係規定於第三審的專章中，在解釋及運作上，僅適用於具有法律審性質的第三審上訴程序，至於在採行覆審制的第二審上訴，並無此項無害錯誤法則之適用。因此，依現行刑事訴訟法第 369 條第 1 項規定，第二審法院如認為上訴有理由，或上訴雖無理由，而原審判決不當或違法者，不論其違背法令之情形是否顯然影響於判決，第二審法院均應將原審判決經上訴之部分撤銷，而不得以當事人指摘之訴訟程序違背法令顯然於判決無影響為由，駁回其上訴。

1、無害錯誤法理之援用

在此值得省思檢討的是，依據國民法官法第 91 條之規定，「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」，如果國民法官法庭的審判一有訴訟程序違背法令，僵化的不區分其違背法令的類型及情節，只要經當事人提起上訴，第二審法院認為上訴有理由，即應撤銷該判決的話，久而久之，將造成國民對於國民參與審判制度的信賴，逐漸蛀蝕國民法官制度的根基。職是之故，行國民參與審判案件之訴訟程序雖有違背法令，惟並不影響於判決者，依現行刑事訴訟法之規定，當事人雖得對原判決提起第二審上訴，惟此種情形，是否容許二審法院僅於判決書中指摘該違背法令之處，惟仍維持原判決而不加以撤銷？在我國近兩年來實施國民法官法模擬審判的過程中，出現了爭議。

在一場有關模擬國民法官審判實務的座談會中，有如下一項提案謂：「一審依國民法官法第 62 條第 1 項前段或同條第 6 項前段規定為證據裁定時，將無證據能力之證據裁定為有證據能力，並以該證據作為判斷依據（例如對於公務員違法取得之證據，誤依刑事訴訟法第 158 條之 4 認有證據能力等情形），二審得否以原審證據裁定違法或適用證據法則

⁶ 王兆鵬，同前註，頁 735、749。

⁷ 園原敏彥，第 379 條〔控訴申立ての理由と控訴趣意書(3)——訴訟手續の法令違反〕，收錄於三井誠、河源俊也、上野友慈、岡慎一編，新基本法コンメンタール刑事訴訟法，日本評論社，2018 年 4 月，第 3 版，頁 623。

不當為由，撤銷一審判決？⁸」關於此項爭議問題，存有下列三說：

第一，肯定說。此說認為依據國民法官法第 92 條第 1 項前段明文規定：「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。」倘原審法院將無證據能力之證據裁定為有證據能力，並以該證據作為判斷依據，乃適用證據法則不當，得為撤銷之理由。

第二，否定說。此說主張國民法官法第 62 條第 8 項規定，法院依同條第 1 項所為關於證據能力之裁定，不得抗告。此乃判決前關於訴訟程序之裁定，既不得抗告，二審即無從就此部分加以審酌。

第三說，無害錯誤法則說，是採取折衷的見解，認為基於下述理由：(1)依刑事訴訟法第 380 條之規定，應視原審排除無證據能力之證據後，是否影響判決結果而定。若有影響，得撤銷；若無影響，不得撤銷。(2)因國民法官案件之第二審已兼採部分事後審及續審的精神。(3)參考美日採取無害錯誤法則作為限制上訴事由的比較法的觀點，第二審法院審查結果，如果認定國民法官第一審判決是屬於刑訴法第 380 條訴訟程序違背法令的情形，而該等違背法令之情形顯然於判決無影響者，得不撤銷第一審判決⁹。

本文亦認為基於國民法官法第 91 條要求上訴審法院應妥適行使審查權限之意旨，自不應一旦認定國民法官法庭判決存有訴訟程序的瑕疵，即動輒予以撤銷。該訴訟程序違背法令如屬於刑事訴訟法第 380 條所定之情形，第二審法院亦得援引無害錯誤之法理，僅於判決理由中指摘原審訴訟程序違背法令之處即可，無庸撤銷原判決。論據如下：

第一，是基於上訴之目的。上訴係對不服原判決之聲明救濟的管道，以糾正原判決之錯誤，並救濟因該項錯誤判決承受不利益之當事人。原判決雖有訴訟程序上之瑕疵，惟於判決無影響者，即使由上訴審法院加以撤銷，實質上亦無助於當事人利益之保護¹⁰。

第二，是前置適用無害錯誤之法理的合理性。當事人提起二審上訴所主張之訴訟程序違背法令的情形，如顯然於判決無影響，縱使還是要由第二審法院予以撤銷改判，惟其判決結果仍維持與原審判決相同，此種情形，當事人若不服而再執相同理由提起第三審上訴，依據刑事訴訟法第 380 條規定，仍屬不得為上訴第三審之合法理由而將被駁回。如此

⁸ 參照國民法官制度法律問題座談會提案彙編第 30 號，2021 年 8 月，頁 194 以下。

⁹ 此項爭議問題的提案機關及審查法院之多數見解，均採取無害錯誤法則說。

¹⁰ 黃東熊，刑事訴訟法論，1987 年，頁 563；蔡墩銘，刑事訴訟法論，1999 年，頁 454。

將造成第二審法院的撤銷原判決的作用徒具形式，反而增加訟累。因此，對於國民法官法庭判決存有屬於刑事訴訟法第 380 條所定之顯不影響於判決之訴訟程序的瑕疵，將無害錯誤之法理前置適用於第二審上訴，第二審法院無庸撤銷原判決，不僅符合國民法官法第 91 條之意旨，亦有助於合理分配上訴審法院審理案件的負擔。

第三，一般而言，訴訟程序之違法或不當，係出於職業法官組成的合議庭或審判長有關證據調查之必要性、證據能力有無之判斷或訴訟程序之指揮所致，若此種訴訟程序之瑕疵對於國民法官法庭之判決並無影響，卻仍要予以撤銷，則未免矯往過正，長此以往，也會造成對於國民法官法庭判決的信任危機。

第四，基於與第 92 條第 1 項但書規定解釋之衡平考量。同條項但書規定「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。」按此項規定之意旨，基於尊重國民法官法庭事實認定的結果，雖其部分事實的推論有違背經驗法則或論理法則，但綜合評價下顯然不影響於判決者，第二審法院仍不得予以撤銷。而審判的作用，無非在於依據證據認定事實，進而適用法律，對於國民法官法庭所為的事實認定，雖有違反經驗法則或論理法則，尚且要顯然影響於判決，才可加以撤銷。相較之下，作為認定事實之前提基礎的證據調查等訴訟程序的違誤，若不區分其是否會影響及於判決，一律均應由上訴審法院予以撤銷的話，將與上述有關事實認定違誤之情形限制第二審法院撤銷職權的規定之間輕重失衡。在此意義下，國民法官法庭判決認定事實雖有違背經驗法則或論理法則之情形，惟顯然不影響於判決者，既然第二審法院不得予以撤銷，則對其顯不影響於判決之訴訟程序的違誤，舉重明輕，第二審法院亦不應加以撤銷。

據此，國民法官法庭判決倘有屬於刑訴法第 380 條所定之訴訟程序違背法令的情形，第二審法院自得援引無害錯誤之法理，無庸將國民法官法庭判決撤銷，而僅於判決理由中說明原審訴訟程序違誤之處即可。在此，期待第二審法院就此項論點能盡速達成共識，也同時能獲得第三審最高法院的支持。

不過，針對援引刑事訴訟法第 380 條所謂無害錯誤之法理適用及於第二審法院對於國民法官法庭所為判決的審查，關於當事人釋明上訴理由的程度、訴訟程序違背法令的類型範圍以及認定有害或無害的基準如何的問題，仍必須進一步予以檢討釐清。

2、當事人上訴時無釋明之義務

首先，所謂無害錯誤之法理，應僅是作為規範第二審法院是否撤銷

原判決之審酌論據，而非直接成為拘束當事人提起第二審上訴之合法理由。具體言之，刑事訴訟法第 380 條無害錯誤法則之規定，是立法者直接對於當事人得提起上訴第三審理由之限制，故當事人如要以第 379 條以外之訴訟程序違背法令為由，提起第三審上訴，必須釋明該訴訟程序違背法令顯然影響於判決，始屬適法之上訴理由，若未釋明者，第三審法院得以該上訴不合法為由，駁回其上訴。相對的，刑事訴訟法第 361 條第 2 項僅規定當事人提起第二審上訴時，其上訴書狀應敘述具體理由，並未要求當事人針對第一審訴訟程序違背法令的上訴主張，必須進一步釋明該違誤顯然影響於判決。故在現行法下，第二審法院自不得以當事人對於其主張屬於第 380 條所定訴訟程序違背法令之情形，因未釋明有何影響於判決為由，認其上訴不合法逕予駁回，而仍應就其上訴理由為實體調查，以查其上訴有無理由。

因此，在本文中所主張的援引第 380 條無害錯誤的法理適用及於國民法官法的第二審上訴，並不是直接用來作為限制當事人得上訴第二審之理由，亦不強行要求當事人對於其主張屬於第 380 條所定訴訟程序違背法令之情形，必須同時釋明其顯然影響於判決，否則即將以上訴不合法予以駁回。援引無害錯誤之法理，僅是作為第二審法院調查當事人有關訴訟程序違背法令之上訴主張時，雖認定原審確有訴訟程序之違誤，然該項違誤顯然於判決無影響者，得依此項法理，不撤銷原判決，仍以上訴無理由予以駁回。是以，對於國民法官法庭第一審判決，當事人如以屬於第 380 條所定訴訟程序違背法令之事由提起上訴，第二審法院不得遽以當事人應釋明該項違誤如何影響於判決卻未釋明為由，即以上訴不合法逕予駁回；而仍應以其上訴合法為前提，進行實體審查，於決定上訴有無理由，是否予以撤銷時，始適用無害錯誤之法理。

3、刑事訴訟法第 379 條第 10 款與無害錯誤法理之適用

其次，屬於刑事訴訟法第 380 條所定訴訟程序違背法令之類型範圍。依此條規定，以訴訟程序違背法令為由提起第三審上訴，應受本條無害錯誤法則之限制者，並不包括第 379 條所列之訴訟程序違背法令之情形。此乃基於第 379 條中所列之情形或因法院組織不合法、依法律或裁判應迴避之法官參與審判、或因未依法賦予被告行使防禦之機會、強制辯護案件辯護人未到庭為實質辯護等有違公平審判或侵害被告防禦權或審級利益等重大之訴訟程序違誤，故明定為當然違背法令之判決類型，得直接作為上訴第三審之事由，無庸另行釋明或考量該項違誤是否顯然影響於判決。國民法官法第 92 條第 2 項第 2 款規定，原審判決有刑事訴訟法第 379 條第 1 款、第 1 款、第 6 款、第 7 款或第 13 款之情形，即應撤銷原判決而將該案件發回原審法院，亦在維護當事人審級利益及受公平審判之權利，換言之，

第二審法院倘認定國民法官法庭之判決存在這些訴訟程序違背法令之類型，即不得再援引所謂無害錯誤之法理，審酌該等違誤是否顯然影響於判決，而作成不予撤銷的決定。

在此有必要檢討釐清的是，刑事訴訟法第 379 條第 10 款所謂「依法應於審判期日調查之證據而未予調查者」之情形，解釋上，是否仍應適用第 380 條無害錯誤法則，僅於此款訴訟程序違背法令致顯然影響於判決者，始需予以撤銷？這是一個傳統上涉及以第 379 條第 10 款之事由作為判決當然違背法令，而得上訴第三審之妥當性、類型之界定不易以及該判決確定後得否提起非常上訴的爭議課題，本文在此並不擬深入檢討此項爭議的沿革以及實務與學說之間見解的比較，而僅就本款規定與第 380 條規定之關係為必要之說明。

首先，72 年司法院解釋第 181 號指出：「非常上訴，乃對於審判違背法令之確定判決所設之救濟方法。依法應於審判期日調查之證據，未予調查，致適用法令違誤，而顯然於判決有影響者，該項確定判決，即屬判決違背法令，應有刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款規定之適用。」觀察此項解釋可見，於判決確定後，發現該判決存有依法應於審判期日調查之證據而未予調查之情形，限於致適用法令違誤，而顯然於判決有影響者，始屬於判決違背法令，而得為非常上訴之理由，且因非僅屬訴訟程序違背法令，故最高法院應適用刑事訴訟法第 447 條第 1 項第 1 款規定予以撤銷。不過，由此項解釋吾人並無法立即明確推論出來，在判決確定之前，當事人如要依第 379 條第 10 款規定提起第三審上訴，必須是該項證據調查之違誤，致適用法令違誤，而顯然於判決有影響者，始為合法的上訴理由。之後，78 年司法院釋字第 238 號進一步補充解釋指出：「刑事訴訟法第三百七十九條第十款所稱『依法應於審判期日調查之證據』，指該證據在客觀上為法院認定事實及適用法律之基礎者而言。此種證據，未予調查，同條特明定其判決為當然違背法令。其非上述情形之證據，未予調查者，本不屬於上開第十款之範圍，縱其訴訟程序違背法令，惟如應受同法第三百八十條之限制者，既不得據以提起第三審上訴，自不得為非常上訴之理由。」此號解釋直接將第 379 條第 10 款所謂應於審判期日調查之證據，限縮解釋為客觀上屬於「法院認定事實及適用法律之基礎者」，始得依該條規定提起第三審上訴，以及得於判決確定後，作為非常上訴的理由；反之，如果非屬於「法院認定事實及適用法律之基礎者」，則仍應受同法第 380 條之限制，既不得據以提起第三審上訴，自不得為非常上訴之理由。

由此可見，釋字 238 號解釋已將第 379 條第 10 款規定原本屬於判決當然違背法令的絕對事由，予以相對化；第 379 條第 10 款規定之情形，亦涵攝進來第 380 條無害錯誤法則的審查範圍。附帶一提的是，近年有關研議刑事訴訟程序上訴制度的修法趨勢，多數見解主張應移除第 379 條第 10

款，對於原審有應於審判期日調查之證據而未予調查，致有違背訴訟法之程式上錯誤，或其已造成事實認定錯誤，而影響於判決時，依第 380 條之規定循求救濟即為已足。本文贊成上述研議修法的見解，而在未修法通過前，基於落實釋字 238 號解釋的意旨，何種證據應予調查，及其調查之程序或方法等有關證據調查之訴訟程序違背法令之情形，仍應依第 380 條之規定判斷其是否顯然影響於判決，而認定得否上訴第三審。

在釐清了有關刑事訴訟法第 379 條第 10 款與第 380 條之間的關連後，針對國民參與審判案件的第一審判決，經當事人提起上訴，如第二審法院認定原審的訴訟程序違背法令之情形，包括證據未予調查、或調查程序及方式違誤等，顯然於判決無影響者，基於刑訴法第 380 條無害錯誤之法理，得不撤銷第一審判決。問題在於，所謂顯然於判決無影響之無害的標準，應如何判斷，是接下來必須檢討的課題。

4、關於無害錯誤之審查標準

第二審法院審查國民法官法庭判決的訴訟程序違背法令是否顯然於判決無影響，其判斷標準如何，自可參酌歷來最高法院適用刑事訴訟法第 380 條所採取的見解。

所謂影響於「判決」，其範圍是指判決主文及理由。目前有關第 380 條是否無害的判斷標準，最高法院的見解似仍浮動。這本屬個案認定的問題，由於訴訟程序違誤的多樣性，且前後的訴訟程序往往彼此具有關聯，所以甚難期待以一成不變的、統一的標準來全盤檢驗。例如，文字上有使用「對於判決主旨顯然不生影響」作為論據¹¹、或直接引用司法院釋字 238 號解釋所謂之「客觀上為法院認定事實及適用法律之基礎者」¹²、亦有以是否有礙於被告防禦權之行使作為審查標準者¹³，其中，最值得參考的是，最高法院 95 台上 1695 判決在法理上提供了較詳細的論述：「證明同一事實之證據，如有二種以上，而其中之一種縱有採證違反法則之情形，然如除去該部分，綜合案內其他證據，仍應為同一事實之認定者，則原審此項違誤並不影響於判決，仍不得據以提起第三審上訴」。對此，學說上有稱之為是採取「極充分證據」的判斷標準¹⁴。

於美國判例法上，關於無害錯誤法則的適用，則有更豐富及多樣發展。論者整理分析判決的違誤對於判決是否無害，美國有「顯著權利」、「影響結果」二種不同的標準。其中，後者又有「極充分證據」、「影響心證」、「正確結果」以及「重複證據」等四種不同判斷方式。所謂「極

¹¹ 參照 72 台上 4542。

¹² 參照 78 台非 90。

¹³ 參照 96 台上 1391。

¹⁴ 王兆鵬，刑事訴訟講義，2006 年，頁 747。

充分證據」是指上訴審法院將該錯誤證據排除後，如仍有其他極充分的合法證據足以維持原審判決結果者，則認屬無害錯誤，反之即屬有害。所謂「影響心證」是僅判斷錯誤之證據是否可能影響審判者心證的形成，若該錯誤證據可能影響原審裁判者的心證，即屬有害錯誤¹⁵。美國聯邦最高法院歷年來的相關見解，主要在「極充分證據」與「影響心證」二種判斷方式之間搖擺¹⁶。

另依日本刑事訴訟法第 379 條規定，除了第 377 條及第 378 條所列之絕對上訴事由外，以其他訴訟程序違背法令提起上訴者，應釋明「顯然影響於判決」，始為合法之上訴理由。日本最高法院判例指出¹⁷，所謂「顯然影響於判決」，是指若無該項違背法令，就該判決的效力及內容而言，即有作成與既有的判決內容相異的判決的蓋然性而言，違背法令光只是有影響判決之可能性，尚不足够，而必須具有相當高度的蓋然性¹⁸。此項採取比較連結訴訟程序之違誤是否會導致相異之判決效力或內容的因果關係的判斷方式，實質上是接近於上述所謂「極充分證據」的判斷方式。

上述「極充分證據」、「影響心證」等判斷方式，均屬抽象的標準，以何者為妥適，有時難免會因訴訟程序違背法令的具體事實的不同，而影響判斷方式的選擇。惟本文認為，刑事訴訟程序是由前後眾多的訴訟行為串連組成，其中某一特定的訴訟行為違背法令時，對於判決內容及效力會造成何種影響，往往必須整體觀察其與前後的訴訟行為的關係。因此，若只評價特定之違誤是否可能影響審判者心證的形成，作為無害或有害的認定標準，恐流於主觀，且忽略了因果關係的要素的判斷，故應優先採取「極充分證據」的判斷方式為妥。

三、關於適用國民參與審判案件之第二審上訴的結構與判決書的記載

1、關於第二審的審理結構

國民法官法中有關上訴審查的條文計有 89 條至第 92 條，其中，第 89 條是因應國民法官不具備積極資格或有一定的消極事由的情形得否聲明不服所設的規定，專屬於國民法官法下的規範，並不影響現行刑事訴訟法既有的上訴審結構，在此不論。對於現行上訴審審理結構會造成影響的是第 90、91、92 條。這 3 條相應於刑事訴訟法的特別規定，對於既有的第二審審理結構究竟會帶來怎樣的變革，如何加以定位？論述如下

¹⁵ 王兆鵬，同前註，頁 741 以下。

¹⁶ 王兆鵬，同前註，頁 749。

¹⁷ 日本最大昭 30 年 6 月 22 日刑集 9 卷 8 號 1189 頁。

¹⁸ 松本時夫、土本武司編著，條解刑事訴訟法，1996 年 4 月，頁 819。

首先，本文認為在引進國民參與刑事審判制度下，關於第二審上訴不應繼續維持由現行職業法官採行覆審制的方式進行審理，而應往事後審查審方向進行修正，而目前國民法官法第 90、91、92 條是為落實以國民法官法庭為事實審理的重心所必要的事後審查的基礎規範。

或許從觀察的角度及著重點的不同，難免會見仁見智，定位不易。若是強調第 90 條第 1 項規定，可能會理解為「覆審的續審化」，亦即認為將來對於國民法官法庭的一審判決提起上訴，上訴審應採行續審，僅就判決後發現的新證據續行調查即可，並援用第 90 條第 1 項作為依據。具體言之，具有第 90 條第 1 項但書所列之 3 款情形，譬如當事人、辯護人均同意，且法院認為適當，為爭執審判中證人證述內容而有必要、不許當事人提出顯失公平或當事人非因過失，未能於第一審聲請調查新證據等情形，此時仍得於第二審法院聲請調查新證據。若著重此點，將來國民法官參與案件的第二審結構即可能定位為覆審的續審化。然而，若是從第 90 條第 2 項、第 91 條及第 92 條規定觀察，是具有事後審查的重要特徵。

具體言之，依據第 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。所以，將來第二審法院對於國民法官法庭判決的審查，審判期日前的書面審查愈形重要，至於審判期日則是針對上訴理由，就當事人合法聲請調查的新證據或第二審法院例外認應依職權調查之證據進行審理即可。其次，國民法官法第 92 條有兩項重要的規範，第 1 項但書是嚴謹第二審法院得撤銷原審判決之要件，針對事實誤認部分，第二審法院審查後如欲撤銷一審判決關於事實之認定，必須具體指摘原審判決哪裡違反經驗法則或論理法則。另外，第二審法院認為上訴有理由，或認上訴雖無理由但有訴訟程序或判決違背法令之情形，將原判決撤銷後，原則上是自為判決。但國民法官法基於尊重國民法官法庭判決結果，於第 92 條第 2 項但書增列了 5 款規定要求第二審法院將原審判決撤銷後，應將案件發回原審法院，重新組成國民法官法庭更行審理。此兩項規定，均深具事後審查的特徵。而除了上述第 90 條及第 92 條的明文規定外，實際上在事後審查審的運作上，扮演關鍵地位的是，第 91 條指導原則的解釋。有關第二審法院得依職權調查的對象、調查新證據的範圍，審判期日的進行方式乃至於判決理由的

¹⁹ 本文有關審理結構之敘述，援引自筆者發表於向陽公益基金會舉辦之《國民法官制度》系列論壇（七）「國民法官案件上訴審之架構」，發表報告「論國民法官法第二審法院之撤銷判決」之部分內容，2022 年 10 月 28 日。

寫法等，都可能因適用第 91 條之指導原則，落實事後審查的方式及程度的不同，而影響既有覆審制的運作。

綜上，固然吾人甚難立即而明確地以傳統的上訴審結構的分類方式來定義我國國民法官法下的第二審審理結構，不過觀察立法者針對第二審進行審查的證據法則、以及限縮法院撤銷及自為判決的職權的相關規範，已相當程度採取了事後審查審的機制，另例外的兼具續審的精神，無庸置疑。

2、第二審法院職權調查之補充性

基於事後審之定位，第二審之審查，原則上應以上訴理由所指摘的事項為對象，這是屬於第二審法院調查、判斷的義務。至於，上訴理由書所未記載的事項，僅於認為有必要時，得依職權調查之。惟應注意下列幾點事項：

第一，關於案件之客觀範圍，應受第 348 條一部上訴效力之拘束，尊重當事人的一部上訴權及當事人設定的攻防範圍（參照本文後述四）。

第二，所謂認有必要之情形，於國民法官法下第二審上訴採取改良式事後審的結構下，對於上訴理由書所未記載的事項，法院職權調查更應屬補充性質，限於不介入調查顯違反正義之情形。

第三，第二審法院於認有必要依職權調查事實，於調查證據前，應予當事人或辯護人陳述意見之機會（刑訴法第 163 條第 3 項）。

第四，於審判期日，如有調查當事人聲請之新證據或法院職權調查之證據，均應呈現於法庭賦予他造或當事人辯論之機會。

第五，被告同意審判外之警詢筆錄作為證據，而未於第一審聲請傳喚該陳述筆錄之證人，於第二審上訴時始主張聲請傳喚該證人之情形，不應列為職權調查事實的範圍，而應依第 90 條第 1 項之規定，審慎判斷有無第 64 條第 1 項第 4 款及第 6 款之事由，決定是否容許。

3、判決書之製作

如上所述，由於適用國民參與審判案件的第二審上訴已相當程度改採事後審的機制，第二審法院審查原判決有無訴訟程序違背法令、事實誤認、量刑不當或適用法令違誤，原則上應以原審判決時為審查基準，並依訴訟紀錄及原審依法調查之證據進行審查。因第二審法院除依法調查新證據外，並未完全踐行直接審理，故關於有無事實誤認，應基於證據內容，審查原審判決理由敘述形成心證過程的論理法則或經驗法則是否合理，否則依第 92 條第 1 項但書之規定，不得如同覆審制一般以自己

形成之心證優越的取代原審國民法官法庭的心證，且依據 92 條第 2 項之規定，第二審法院審查結果，因原審判決諭知無罪係因違背法令而影響於事實之認定，或諭知無罪係因認定事實錯誤致影響於判決等情形而將原判決撤銷後，應以判決將該案件發回原審法院依國民參與審判程序重為審理。可見對於適用國民參與審判案件的第二審法院的判決書的記載方式，應以符合事後審的定位製作，而不受現行刑事訴訟法有關第二審覆審制之下判決書記載方式的規範，基本上，其判決理由原則上針對上訴理由（訴訟程序違背法令、事實誤認、量刑不當）進行論述檢討即可。

其中，如果第二審法院維持原審有罪判決，駁回當事人上訴之情形，或認定與原審所適用的罪名相異的有罪判決時，基於第 91 條事後審查之精神，無庸準用刑事訴訟法第 308 條及第 310 條所定之有罪判決理由應記載事項。試舉判決理由的扼要記載方式如下：

(A) 駁回被告對有罪判決之上訴之理由說明

1. 原審認定之犯罪事實摘要
2. 上訴理由(原審訴訟程序違背法令或事實誤認等之主張)
3. 逐一論述檢討上訴理由之爭點

上訴人之主張

原判決之判斷要旨

針對有關證據調查違背法令等相對的訴訟程序違背法令等事由，論述顯然不影響於判決，或說明原審判決之認定於論理法或經驗法則上並無不合理之處

→ 上訴無理由

4. 關於量刑不當之主張

上訴理由

原審判決之量刑理由要旨

說明原審判決的量刑判斷，其作為基礎的量刑情狀及其評價並無不合理之處 → 上訴無理由

(B) 撤銷原有罪判決而自判無罪或較輕罪名之判決理由

1. 關於原審訴訟程序違背法令或事實誤認等之主張
2. 原審判決之經過及認定
3. 第二審法院針對上訴之爭點，調查事實結果所檢討釐清之事實

例如確認偵查程序的違法性、以及適用違法證據排除法則而認定無證據能力之理由，並說明該訴訟程序違背法令影響於判決。

→ 上訴有理由

4. 說明綜合評價證據後，指摘原審判決之有罪認定違反經驗法則等而影響判決結果，撤銷原判決自為無罪(或較輕罪名)之判決。

(C) 撤銷無罪判決後發回更審之上訴理由記載：

1. 關於原審訴訟程序違背法令或事實誤認等之主張
2. 原審判決之經過及認定
3. 第二審法院針對爭點，調查事實結果所檢討釐清之事實
指摘原審因訴訟程序違背法令而影響於判決。→ 上訴有理由
如有必要可進一步論述事實誤認而影響於判決之情形。
4. 依第 92 條第 2 項第 4 款規定，發回另組國民法官法庭續行調查重新認定事實的必要。

四、第二審法院之審理範圍

2021 年 6 月 16 日修正公布刑事訴訟法第 348 條，強化當事人一部上訴權的維護，以及落實當事人進行原則於上訴審的審理程序。修正要點有三：其一，刪除第一項後段有關「擬制全部上訴」之規定，彰顯當事人提起「上訴得對於判決之一部為之」。其二，增訂第二項但書規定：「但有關係之部分為無罪、免訴或不受理者，不在此限。」此乃基於「避免被告受到裁判之突襲，並減輕被告訟累，且當事人既無意就此部分聲明上訴，將之排除在當事人攻防對象之外，亦符合當事人進行主義之精神」，故限縮所謂單一案件之審判不可分原則於上訴審的適用。第三是，為尊重當事人設定攻防之範圍，並減輕上訴審審理之負擔，增訂第三項規定：「上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之。」

而早於上述第二點修正，審判實務已先基於「當事人攻防對象論」，對於刑事訴訟法第 267 條、修正前之第 348 條第 2 項有關審判及上訴不可分之規定，採取體系及目的性限縮解釋。最高法院 109 年度台上大字第 3426 號刑事裁定認為基於妥速審判法第 9 條規範目的，為維護法規體系的一貫性，且基於尊重當事人一部上訴權，以及國家刑罰權之實現植基於追訴權行使之法理，並避免被告受突襲性裁判之觀點，認應限縮案件單一性之效力，指出「檢察官以裁判上或實質上一罪起訴之案件，其一部於第一、二審均不另為無罪之諭知，僅被告就得上訴第三審之有罪部分提起上訴，該不另為無罪諭知部分已確定，並非第三審審判範圍。」

針對第一審國民法官法庭所為之判決，當事人得否為一部上訴及上訴審法院之審判範圍如何，並未直接另設特別規定，因此，依國民法官法第 4 條，仍應適用新修正之刑事訴訟法第 348 條之規定，自不待言。惟在法理上，由於國民法官法第 91 條規定，要求上訴審法院「應本於國民參與審判制度之宗旨，妥適行使其審查權限」，故於刑事訴訟法第 348 條規定適用及於行國民參與審判之案件之上訴程序時，是否應採取較一般刑事案件之上訴不可分原則更限縮之解釋，仍有檢討的餘地。

關於第 348 條規定之解釋，依上訴案件之態樣及理由，類型複雜多樣，論點眾多，以下，先針對爭點二之（3）所示倘當事人僅明示就第一審判決之量刑聲明不服，關於未聲明上訴之罪責等部分，是否發生移審效果？抑或已經確定？就第 348 條第 3 項規定之解釋進行檢討。

1、日本法之攻防對象論

首先，必須釐清的是，日本審判實務有關當事人攻防對象論的發展。於 1971 年日本最高法院大法庭首先確立了所謂「攻防對象論」作為規範上訴審法院審理範圍的法理，指出「縱使起訴事實於一審判決中，有罪之部分與無罪部分構成牽連犯及包括一罪，惟其各部分各自該當於一個構成要件，得分別獨立成立一個訴因。其中無罪之部分，對被告而言並無聲明不服之利益，檢察官亦未提起上訴，因此可視為當事人之間已將無罪部分置於攻防對象之外。此部分，理論上雖謂已移審而繫屬於上訴審，惟作為事後審之第二審上訴法院倘逕依職權予以調查而自為有罪判決者，依刑訴法第 402 條之規定，被告雖不會被宣告較重於一審判決之刑，惟仍將對被告造成突襲性裁判。鑑於上述現行刑事訴訟之基本結構，特別是第二審上訴的性質，本案第二審法院之職權發動，已踰越可容許之限度，應認為違法²⁰。」之後，於 2013 年日本最高法院進一步將「攻防對象論」適用及於單純一罪有關共犯參與的案例類型上，對於檢察官以被告開設職業賭場之共同正犯（本位訴因）起訴之案件，第一審法院判決被告成立開設職業賭場幫助犯（程序上先經檢察官追加為預備之訴因），僅被告提起第二審上訴，檢察官並未聲明不服。第二審法院依職權調查結果，認為原審法院有影響判決結果之事實誤認為由，撤銷後自為判決被告成立開設職業賭場之共同正犯。對此，日本最高法院裁判指出，由於檢察官並未提起第二審上訴，就該時點而言應可認為檢察官已放棄對於被告共同正犯之本位訴因之犯行訴追，因此該本位訴因在第二審審判當時，可解釋為已脫離出當事人間之攻防對象外。此種情形，第二審法院再依職權，就本位訴因加以調查而自判被告有罪，已超越職權發動所容許的限度，而構成違法²¹。

關於一部上訴之效力，日本刑事訴訟法第 357 條規定：「上訴，得對裁判之一部為之。未聲明為一部上訴者，視為全部上訴。」雖無我國新修正之刑事訴訟法第 348 條第 2 項之規定，不過於上述適用攻防對象論之法理之情形，實質上產生了一部上訴之效果。惟應注意的是，該條條文中，並未明定如同我國刑事訴訟法第 348 條第 3 項就科刑等為一部上訴之規定。依日本刑事訴訟法第 381 條規定：「以量刑不當為由聲請第二審上訴者，上訴理由書應援引訴訟紀錄及原審法院調查證據所顯現之事實，而足認量刑

²⁰ 日本最高裁大法庭昭和 46 年 3 月 24 日裁定，刑集 25 卷 2 號 293 頁。

²¹ 日本最高裁第一小法庭平成 25 年 3 月 5 日裁定刑集 67 卷 3 號 267 頁。

不當。」本條規定與日本刑事訴訟法第 377 條至第 383 條併列，同屬於規定當事人得上訴於第二審之事由及上訴理由書應記載之內容，並非有關一部上訴效力之規定。而依第 392 條規定，第二審法院應調查第二審上訴理由書所記載包含之事項(第 1 項)。第二審法院就第二審上訴理由書所未記載，但與第 377 條至第 382 條及第 383 條所定事由有關之事項，得依職權調查(第 2 項)。

可見就單純一罪之範圍內，當事人上訴理由書僅就科刑聲明不服，提起第二審上訴時，原則上第二審法院就上訴理由所指摘之事項應負調查之義務，惟對於上訴理由所未主張，但與第 377 條至第 382 條及第 383 條所定之其他得上訴之事由，第二審法院如認有必要，亦得依職權進行調查，並不受當事人聲請上訴理由所限制。換言之，第二審法院針對原審判決有無科刑不當，負調查義務的同時，基於審查審的立場，亦得依職權審查原審判決是否適用法則不當、訴訟程序有無違背法令或有無事實誤認致影響於判決之情形等。日本審判實務上最高法院所確立的攻防對象論，迄今並未擴及適用於僅主張科刑不當之上訴亦具有一部上訴之效力。

值得一提的是，日本法上的攻防對象論所衍生的一項法理的爭點：未經當事人上訴之無罪部分，究竟是否具有移審之效力，是否已經確定的問題。依上述日本最高法院之見解，不另為無罪諭知之部分，仍移審至上訴審中，並未確定，只不過第二審法院不得作為審判的範圍而已。惟對此，在學理上，有論者主張移審效力否定說，或謂無罪部分與有罪部分已無不可分之關係；或認為檢察官並未對無罪部分聲明不服，就此範圍可解釋為檢察官撤回上訴，因此該部分未發生移審效果。另外，亦有論者採取一部確定說，主張未經上訴之無罪部分已確定；或有謂無罪部分已發生片面之拘束力，上訴審法院不得再於訴訟程序中為被告不利益之認定等見解²²。

2、第 348 條第 3 項規定之解釋

本項規定的修正理由說明指出，為尊重當事人設定攻防之範圍，並減輕上訴審審理之負擔，容許上訴權人僅針對刑、沒收或保安處分一部提起上訴，且「其未表明上訴之認定犯罪事實部分，則不在第二審之審判範圍」，賦予針對科刑不當之上訴亦具有一部上訴的效力，似推翻了歷來審判實務採取的罪刑不可分的通說見解。問題在於，所謂的「其未表明上訴」之認定犯罪事實部分所指為何？以及所謂「不在第二審之審判範圍」，是指未聲明上訴之犯罪事實部分，仍發生移審效果，惟第二審法院不得依職權調查？抑或已經於原審確定？此項我國前瞻地超前日本刑事訴訟法的立法例的解釋，值得從上訴之目的、科刑之前提事實、既判力之範圍以及確定後之

²² 參照藤永幸治等編，《大コンメンタール刑事訴訟法第六卷》，1996 年，頁 324 以下。

救濟程序等綜合考量檢討。

第一，的確，為貫徹尊重當事人設定攻防之範圍，且避免對被告造成突襲性裁判，考量與第 348 條第 2 項但書規定之間的衡平，當事人僅就科刑（或沒收、保安處分）聲明不服時，亦應使其具有一部上訴之效力，未經聲明且與科刑之前提事實無關之犯罪事實部分，上訴審法院不得再發動職權，列為審判之對象。然而，作為主張科刑不當之原因事實或前提事實，多樣而複雜，應個別判斷其主張不當之原因是否與構成犯罪之事實存否相關聯，始能決定有無第 348 條第 3 項之適用，亦即，第二審法院得否基於審查審的立場，將相關的犯罪事實部分列為審判的範圍，認定其上訴是否有理由，進而為妥適之量刑。

例如，(1)關於法定之刑罰加重或減輕事由，可能涉及行為人與被害人有無特定的身分關係、是否符合中止未遂、過當防衛、刑法第 19 條第 2 項減輕責任能力事由等，均與犯罪主體、行為或手段、與發生之結果有無因果關係等犯罪情狀相關；(2)主張是否有刑法 59 條所定情輕法重之情形，亦應考量行為人主觀之惡意及客觀之犯行；(3)量刑不當之原因，如係主張原審認定刑法第 57 條第 1 至 3 款、第 8、9 款等事由之違誤，則因與犯罪之動機、手段、違反義務之程度或犯罪所生之損害等犯罪情狀相關，第二審法院倘不得就此等相關之犯罪事實進行調查，審查原審判決有無事實誤認，實無法判斷當事人主張有無理由，原審究竟有無量刑不當。因此，形式上，當事人雖僅以量刑不當作為上訴理由，第二審法院仍應具體確認其主張之原因事實或前提事實是否與犯罪事實相關，若是，則該相關之犯罪事實部分亦屬於第二審法院審理之範圍，而不生所謂科刑之一部上訴效力之問題。在此意義下，會有第 348 條第 3 項科刑之一部上訴效力規定之適用者，解釋上，應以不涉及犯罪事實本身之刑法第 57 條第 4 至 7 款、第 10 款等與行為人有關之狹義的科刑情狀、或是否該當於累犯、自首等作為上訴理由之情形²³。

第二，以原審判決有關狹義的科刑情狀、或累犯、自首的認定違誤為由提起的一部上訴，固有第 348 條第 3 項之適用，與該上訴理由所表明之原因事實無關之犯罪事實部分，雖不在第二審審判之範圍，惟基於下述理由，該犯罪事實仍發生移審之效果，俟該上訴審判決不得再聲明不服時，與科刑結果同時確定。(1)依據刑法第 57 條之規定，法院之科刑應以被告之責任為基礎，綜合審酌一切情狀，且其科刑之裁量應符合比例原則、平等原則。當事人僅就狹義的科刑情狀聲明不服，倘逕認其未表明之犯罪事

²³ 於日本法上，僅屬狹義之科刑情狀之誤認，究係量刑不當或事實誤認，亦存有歧異。審判實務關於賠償之事實認定錯誤，判例見解曾定位為事實誤認（日本刑訴法 411③），而非量刑不當。參照最判昭 47・2・17 最高裁判集 183・241。

實部分不生移審效力而告確定，則當第二審法院發覺原審有其他上訴理由以外之科刑上的重大違誤，不予以撤銷顯違反正義之情形，卻無從介入審查而加以救濟，而必須等該判決確定之後再循非常救濟程序因應處理，如此無異於矯枉過正，而損及判決確定前之上訴制度本應具有救濟誤判之機能。(2)同一被告單純一罪之犯罪事實與科刑部分，若分別於下級審、上級審先後確定，存在二個確定判決，之後如尋求再審救濟程序，將可能割裂成不同審級的二個法院分別管轄，不僅影響救濟的實效，亦可能發生法院之間認定事實的不一致或矛盾²⁴。

第三，倘被告僅就原審判決有關狹義的科刑情狀不服提起上訴，檢察官未上訴之情形，基於尊重被告的一部上訴權、維護正當程序，且避免對被告造成突襲性裁判的觀點，檢察官於第二審審判中不得再行爭執原審有關自首之認定有誤。

另外一提的是，倘原審法院認定為數罪併罰之案件，且已定應執行刑之情形，固然亦允許當事人僅就各罪之刑或對併罰所定之應執行刑為一部上訴，其效力不及於所認定之各犯罪事實。惟當事人如僅對數罪併罰之部分罪之刑提起上訴，因關係上訴審定應執行刑之問題，故與有關係之他罪部分之刑，應視為已上訴，亦屬於第二審法院審判之範圍。

3、關於第 348 條第 2 項但書之擴張解釋

原審認定裁判上一罪之各部分雖均有罪，惟當事人之一方僅就其中一部提起上訴，他造當事人則均未聲明不服，此種情形是否亦有一部上訴效力之適用？設例 1：被告涉嫌開車故意撞擊甲乙二人共乘之機車，甲死亡乙受普通傷害，檢察官以殺人既遂及殺人未遂二罪之想像競合起訴被告。國民法官法庭判決被告對甲之部分成立殺人罪，惟對乙之部分僅成立傷害罪。僅被告就殺人罪提起上訴，檢察官則未聲明不服。第二審法院如認原審判決有違法，得否一併將未經上訴的傷害部分撤銷，逕行改判或發回？

其次，就單純一罪之情形，設例 2：檢察官以被告涉嫌教唆殺人提起公訴，經國民法官法庭判決被告幫助殺人罪，僅被告不服而上訴第二審，檢察官則未聲明不服。第二審法院得否改判為教唆殺人罪？

本文認為，基於(1)國家刑罰權之實踐應植基於追訴權的行使的觀點、(2)維護正當程序：國家不應利用被告行使上訴權之救濟程序，中途搭霸王車（憲法第 8 條的觀點）、(3)一部上訴權的尊重，否則將迫使被告撤回上

²⁴ 至於，就非常上訴程序而言，要檢驗前後二個有關犯罪事實及科刑的確定判決有無違背法令，有時也有合併檢討審查的必要。如僅撤銷其中一項確定判決，其效力是否及於該單純一罪之其他部分，亦可能衍生疑義。

訴以免反而遭受二審法院不利益之認定(憲法第16條訴訟權的觀點)、(4)當事人之間不列為攻防對象之範圍，倘第二審上訴倘逕依職權予以調查，已超越職權發動所容許的限度，對被告造成突襲性裁判，關於上述二項設例，均應採取否定見解。

另外，於第二審上訴程序中，檢察官得否再行函送具裁判上一罪之案件併辦？亦有待斟酌。本文認為，應區分檢察官是否已對國民法官法庭判決不服而提起上訴或僅由被告上訴之情形分別檢討：

(1)經檢察官提起上訴，限於第二審法院認其上訴有理由而有撤銷一審判決之必要者，容許檢察官得就裁判上一罪的部分函送併辦²⁵。若檢察官上訴無理由，並無撤銷原判決之情形者，不得再函送併辦。

(2)僅被告提起上訴，檢察官未上訴之情形，與前述設例之論據相同，不應容許檢察官於第二審上訴程序中再函送併辦。

²⁵ 關於檢察官在不妨害犯罪事實同一性之範圍內，得否於第二審上訴程序追加或變更訴因，判例見解認為，依訴訟紀錄、原審及第二審法院所調查之證據，認為撤銷原判決而自為判決亦不害及被告防禦之實質利益時，應許可檢察官變更或追加訴因之聲請。參照最判昭和30.12.26刑集9卷14號3011頁。