國民法官法上訴審之實務思維*

上

文／吳冠霆

壹 前言

2023 年 1 月 1 日起，我國已正式施行國民法官制度。依國民法官法第 113 條之規定，2023 年就「故意犯罪而生死亡結果者」之案件（國民法官法第 5 條第 1 項第 2 款），適用國民法官制度；2026 年起，更將「所犯最輕本刑為 10 年以上有期徒刑之罪」之案件（國民法官法第 5 條第 1 項第 1 款），一併納入適用國民法官制度。上開案件並未賦予當事人有選擇不予適用國民法官制度之權利，僅在國民法官法第 6 條第 1 項中，法院得依職權或當事人、辯護人、輔佐人之聲請，裁定不行國民法官制度。可見該制度對於實務衝擊甚大。

國民法官制度，固然對第一審會是極大的挑戰，但畢竟相關條文規範相當明確，整部國民法官法也都是圍繞著第一審制度的新創予以規定。從而，對參與第一審程序的司法人員而言，是「學習」一個嶄新的制度，不論學習結果之好壞，都是站在同一個基礎上予以適用。與此相對的，是參與國民法官上訴審制度的司法人員所遇到的難處與困境。在施行前各高院或最高法院的模擬案件中，經常出現始料所未及的問題。例如，國民法官第一審判決被告無罪，檢察官提起上訴後，在第二審審理中，就科刑部分，是否需依刑事訴訟法（下稱刑訴法）第 364 條準用第 289 條第 2 項為辯論？蓋法院如果認為檢察官上訴無理由，而欲依國民法官法第 4 條準用刑訴法第 368 條駁回上訴時，無罪判決無科刑問題，並無辯論必要；如果認為檢察官上訴有理由時，依國民法官法第 92 條第 2 項第 4 款，並不得自行判決，而應以判決將該案件撤銷，並發回第一審法院，自亦無就科刑為辯論之必要。就該問題，雖然國民法官法施行細則後來在訂定時，有將此等情形列入得不行科刑辯論之情形[1]，但因擔心有逾越母法及刑訴法之情，僅規定「得」不就科刑範圍辯論之，亦可見此問題之棘手。

國民法官上訴審之所以在我國會造成極為嚴重的問題，主因恐怕在於規範密度不足。國民法官法就第二審上訴部分，僅以第 89 條至第 92 條 4 個條文予以規範，就第三審上訴部分甚至並未做任何規定，均是造成上訴審適用上困難之處。雖然國民法官法施行細則已極力彌補規範不足之處（見國民法官法施行細則第 295 條至第 310 條），但施行細則畢竟不是法律，或可供為實務上之參考，然終無一槌定音的效果。再者，眾所皆知的是，我國國民法官制度是以日本的裁判員制度為藍圖，加以修正。日本引進裁判員制度後，雖未就上訴審部分予以修正，然在二次大戰後，日本第二審上訴制度已由覆審制改成事後審制；第三審上訴更是採取嚴格法律審，僅能以違反憲法、違反判例、不撤銷顯然違反正義等，作為上訴事由[2]。此與我國第二審仍是以覆審制為審理原則，第三審以法律審兼採部分事後審方式審理，大相徑庭。從而，在我國法上，有關國民法官上訴審制度，究應如何適用，確實是一個極大問題。

本文擬從上訴審構造、事實認定錯誤、關於違背證據法則及訴訟程序違背法令、新證據、量刑等各該部分予以論述。茲說明如下。

貳 上訴審構造部分

一、第二、三審的訴訟構造

有關刑事第二審的構造，可分為三種[3]：

（一）覆審制：以案件為審理對象，對於第一審已經進行的證據調查，仍重新進行調查與審理，且在事實的認定上，並不受第一審認定的限制，屬於「第二次的第一審」。之所以採用此制度，主要是為了慎重起見，以減少誤判；然其缺點則為過度浪費司法資源，且會使當事人將證據留待第二審始提出，而形成如同我國目前實務特重第二審的「大肚型」結構。

（二）續審制：係指延續原審的審理程序，審理的對象雖然也是案件本身，但對於證據的調查予以尊重，而補充新的資料。當認為上訴有理由時，可自行認定並撤銷原判決，屬於「繼續的第一審」。此時，第二審是回復到「第一審言詞辯論終結前」的那一刻，並接續進行審理。之所以採用此制度，乃是因訴訟經濟，且可促使當事人在一審認真為攻擊防禦；然其缺點則有違反直接審理的疑慮。

（三）事後審制：所審理的對象為原審判決，乃針對原判決所適用的法令有無違誤進行審查。原則上僅能就上訴理由書所指摘的內容及原判決所認定的事實做有限度的審查。又因審查的對象是原審判決而非自行認定事實，所以若原判決有違誤，以撤銷發回原審為原則，僅於例外的情形下始自行判決。日本現行刑訴法原則上採之。

前揭三種制度，我國刑訴法就第二審上訴原則上採用覆審制（民事訴訟法則採取續審制），此可由刑訴法第 364 條第二審原則上準用第一審審判之規定，以及刑訴法第 369 條第 1 項本文所揭示以自為判決為原則等，即可得知。此外，在例外的情形，如刑訴法第 361 條第 2 項、第 3 項、第 367 條上訴書狀未敘述具體理由，經命補正而未補正時，法院得予駁回其上訴[4]；或第 196 條證人已由法官合法訊問，且於訊問時給予當事人詰問之機會，不得再行傳喚等，則兼採事後審制或續審制的精神，以減少司法機關負擔[5]。

上開有關刑事第二審的構造，在國民法官法下，該如何適用？就此，固可依國民法官法第 4 條規定，準用刑訴法而與現制仍採行覆審制，然此可能會著重於第二審判決，而使國民法官第一審判決流於形式，顯與國民法官法第 1 條反映國民正當法律感情相違[6]。從而，理論上不應採取覆審制。

至於採行續審制或事後審制何者為佳？就此學界與實務尚無定論。若從國民法官法第 90 條第 1 項限制調查新證據，以及同條第 2 項：「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。」允許第二審直接引用第一審調查所得之證據為判斷依據的角度觀察，似乎是比較傾向續審制的精神[7]。而若從國民法官法第 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。」；以及第 92 條第 1 項僅能以違反經驗法則、論理法則，且影響於判決作為撤銷第一審認定事實不當之理由、第 2 項第 4 款就第一審論知無罪判決認為不當時，並非自行判決而是應發回第一審重新審理等條文觀察，則明顯具有事後審制的精神[8]。

從而，依國民法官法的解釋，第二審除採用覆審制較難認與國民法官法的精神一致外，不論採行續審制或事後審制，解釋上都可行。因此，未來實務運作上，可能會視情形單採續審制的方式（如僅就科刑部分上訴，主張第一審辯論終結後被告與告訴人已和解，請求調查該和解資料，並從輕量刑，第二審依該請求調查和解資料）、單採事後審制之方式（如主張第一審認定事實有違反經驗法則或論理法則之處，並因此錯誤判決被告無罪，第二審從形式上調查第一審之事實認定究竟有無違反經驗法則、論理法則），或綜合續審制及事後審制（如依續審制之方式就第一審未合法調查的證據，在第二審重新為合法調查；就主張法令解釋錯誤部分，依事後審制之精神予以審查）作為上訴審理方式。

國民法官的第二審既然採取續審制或事後審制的審理方式，則第三審審理方式及思考邏輯，可能就會出現：

（文轉三版）

註釋

* 本文相關見解曾於 2023.2.20 最高檢察署內部研習會提出簡報，值此國民參與審判施行伊始，特修正並補足全文投稿司法周刊，期能拋磚引玉，使新制推動順暢。

1 依國民法官法施行細則第 309 條第 2 項規定：「第二審法院因第一審判決無罪，而駁回上訴或以判決將案件發回第一審法院之情形，其經斟酌認為適當者，得不就科刑範圍辯論之，並得不賦予到場之告訴人、被害人或其家屬或其他依法得陳述意見之人，就科刑範圍表示意見之機會。」認可以不行科刑辯論。

2 田口守一，刑事訴訟法，第 3 版，第 382-386 頁，弘文堂，2001 年。另有關日本第二審上訴制度的演變過程，可見後藤昭著，林裕順譯，日本刑訴二審沿革與裁判員制度，月旦法學雜誌第 293 期，第 30-33 頁，2019 年 10 月。

3 顏榕，國民參與審判下之二審法院對於事實認定之審查，中原財經法學第 48 期，第 169-171 頁，2022 年 6 月。

4 若為覆審制，當事人提出上訴時只要表明對原判決不服之意，無庸提出具體理由，理論上第二審即應認上訴合法。但如此一來將造成司法機關負擔過重，是該條已有採用事後審制之精神。

5 在覆審制下，若本直接審理原則及言詞審理原則之精神，在第二審聲請傳喚先前已在法院作過證的證人，只要符合刑訴法第 163 條之 2 所揭示之關聯性、必要性、可能性等證據調查三原則，即應再予傳喚。然此會增加司法機關及證人負擔，故該條已有續審制（在第一審所為之訴訟行為，在第二審同有效力）之精神。

6 最高法院 111 年度國模台上字第 1 號模擬判決。國民法官法施行細則第 300 條亦稱：「行國民參與審判案件之第二審法院，應本於國民參與審判制度之宗旨，妥適行使審查權限，不宜僅以閱覽第一審卷證後所得之不同心證，即撤銷第一審法院之判決。」

7 何賴傑教授 2022 年 5 月於臺灣高等法院模擬法庭座談時，即表明國民法官法第 90 條第 2 項為續審制之規定。但陳運財教授於多次演講中，表明由國民法官法第 90 條第 2 項，上訴審法院得以書面審查，可見此具有事後審之性質。又關於此之續審制，依目前實務界及學界之說法，或可稱為「接枝式的續審制」、「限制性（嚴格）的續審制」、「覆審的續審制」等等。

8 陳運財，（最高法院）111 年度國模台上字第 2 號案件之法律鑑定意見書，第 12-13 頁，2022 年 11 月 16 日。https://www.judicial.gov.tw/tw/dl-171622-437fd876a7f-942369905154c801ec07e.html，最後瀏覽日 2023/03/21。

9 最高法院 111 年度國模台上字第 1 號模擬判

法源法 www.lawba 檢索全部法規、司法判解、行政函釋、裁判書、起訴書、論著 服務 TEL:02-2 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 電 02-236

法律網 ank.com.tw 一欄式檢索、各類資料進階檢索 原資訊 專線 509-3536 WEEKLY 周刊 周出刊 訂閱 幣400元 訂 閱 劃撥 號 4377 戶 司法周刊 話 618798

（文接二版）

（1）就第二審採取續審制以審理案件的部分，因第二審判決具事實審之功能，第三審的審理方式，與現行審理其他非國民法官之案件相同。（2）就第二審採取事後審以審理案件的部分，第三審是依刑訴法有關第三審上訴之規定，審酌第二審判決本於事後審之判斷，是否有誤；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）法院或自為判決等不同的審理方式[9]。

二、因訴訟構造不同所延伸的問題

（一）上訴理由記載部分

採行國民法官的第二審審理，如前所述是可能採行續審制兼事後審制的審理方式，則有關上訴理由部分，解釋上或與日本法較為相近，可分為：（1）第一審訴訟程序違背法令（2）事實誤認（3）法令之解釋錯誤（4）量刑不當等理由[10]。又既然不採取覆審制，則第二審法官於收案後，與一般刑事案件並非完全相同，理論上應先為上訴理由等程序審查[11]，以決定是否可不經調查，直接審結或撤銷發回[12]。從而，雖然並沒有明文規定，但上訴理由中，應該要明確記載第一審有如何違法不當之情形，導致第二審法院應予撤銷第一審判決[13]。例如：「第一審判決所認定的事實如何違反經驗法則或論理法則，而顯然影響於判決」（國民法官法第 92 條第 1 項但書）、「第一審訴訟程序或法令之解釋錯誤如何解釋錯誤」、「第一審量刑如何不當」（此等部分均詳後述）。依國民法官法施行細則第 295 條之規定，第二審法院若認記載未臻完備者，並得曉諭上訴人適時說明之。

此外，在事後審制的思維下，既然應明確記載第一審有如何違法不當之情形，導致第二審法院應予撤銷第一審判決。則跟現制有很大不同的地方，在於有關爭點的部分，可能會由當事人所設定。日本實務即有因此認為從第二審的訴訟程序來看，當事人如果沒有以訴訟程序違背法令作為第一審上訴至第二審的上訴理由的話，則在第二審中，就沒有主張第一審判決違法的問題[14]。從而，可以想見的第二審審理方式，乃以第一審訴訟資料為基礎，參酌上訴理由及答辯書，進行調查；若主張新證據、證明量刑不當或足以影響判決之事實誤認，經認為有理由時，並會由檢察官及辯護人辯論。

（二）關於第一審判決無罪部分

在一般刑事案件第一審判決無罪者，第二審本於覆審制，仍可自行認定事實並判處有罪，此並無疑義。

但在國民法官案件第一審判決被告無罪，經檢察官認為該判決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而提起上訴之情形，第二審法院若認檢察官上訴無理由時，固得依刑訴法第 368 條駁回其上訴；但若認上訴有理由時，依國民法官法第 92 條第 2 項第 4 款之規定，並不得為實體判決，而應以判決將案件發回第一審法院。從而，在此等案件中，檢察官上訴書中無庸提及任何有關科刑之犯罪情狀及一般情狀，也不用要求於第二審調查何種證據（蓋若該證據之存在可能翻轉無罪判決時，理論上應回到第一審調查），反而應加強說明第一審有何嚴重違背法令之情形。例如：於國民法官第一審審理中，檢察官聲請傳喚某目擊證人，該證人亦非不能調查，且該證人之證詞對被告有罪之認定有決定性影響，然第一審之職業法官卻誤予駁回調查之聲請，此時，檢察官於上訴理由書中得引用該證人之警詢或偵查筆錄，說明第一審該違背法令情形，將可能翻轉裁判結果；或第一審事實認定有何違反經驗法則、論理法則並影響於判決之情。

參 關於事實認定錯誤之上訴部分

關於第二審法院應以何種方式審查第一審事實認定錯誤部分，學說上主要有心證優先說與法則違反說二種[15]。

所謂心證優先說，是指第一審的事實認定固然未達到法則違反的程度，但因為第一審及第二審關於證據取捨的選擇或證據證明力的判斷有所不同，而應以最後參與審判的第二審心證優先於第一審，並進而取代於第一審之事實認定結果。

所謂法則違反說，是指第二審法院在事實審查上面，並不是以自己心證優先的角度介入審查，而是必須判斷第一審所認定的事實，究竟有無違反經驗法則、論理法則等情形。若第一審的事實認定並未違反經驗法則或論理法則，縱使第一、二審的心證不同，也不能撤銷第一審判決。

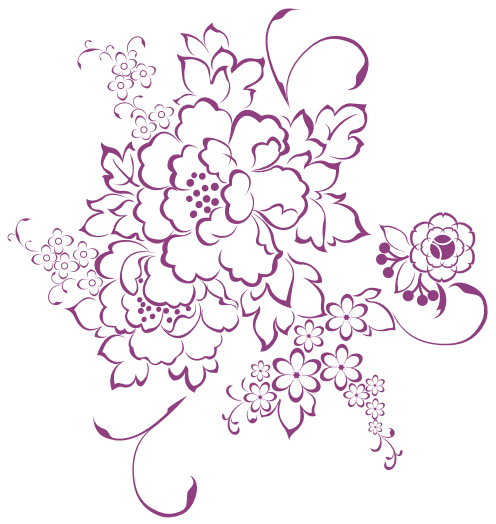
就上開二種情形，國民法官法第 92 條第 1 項但書規定：「但關於事實之認定，原審判決非違背經驗法則或論理法則，顯然影響於判決者，第二審法院不得予以撤銷。」明示採取法則違反說的立場[16]，此在事後審的角度觀之，亦屬當然。從而，關於事實的認定，若第一審法院的認定並未違背經驗法則或論理法則，即應予以尊重而予以維持。國民法官法施行細則第 305 條基此亦規定：「（第 1 項）第二審法院以事實認定錯誤而撤銷原審判決時，應於判決書內記載原審判決違背經驗法則或論理法則，顯然影響於判決之理由。（第 2 項）前項之違背經驗法則或論理法則，需有具體理由認為第一審依證據所為事實認定欠缺合理性，始足當之。」最高法院在模擬案件中，同表示：「國民法官第一審判決是由國民參與，依直接審理、言詞審理原則進行訴訟，並調查雙方當事人就相關爭點所提出之證據，本自由心證原則，認定事實。在本法彰顯國民主權之意旨下，第二審有關事實誤認的審查，應從第一審判決就證據證明力的評價予以綜合觀察，依本法第 92 條第 1 項但書所示，只有在第一審判決就事實認定已違反經驗法則或論理法則時，方得予以撤銷。換言之，第二審就事實認定部分，並非以追求百分之百無誤之事實為己任，只要判斷第一審事實認定是否合理（未違反經驗法則、論理法則），即屬足夠。」[17]。

針對該二法則的內容，實務係認「所謂論理法則係經由對於事物之歸納及演繹方法之思考，取得一定之推理原則，使用此推理原則，常能獲致正確之結論，其作用，在於判別證據是否適合於事實之認定，及其認定是否合理妥當而正確；經驗法則為基於吾人日常生活經驗而來，屬於一種客觀普遍之定則，可為大多數人接受，絕非主觀或狹隘之個人意見。」[18]簡而言之，論理法則是經由一個前提事實所衍伸的推理結果，其事實與所推理的結果之間，必須具備合理性。如果事實與所推理的結果並不具備合理性時，與論理法則即有所違背。亦即，論理法則是指前提事實與所衍伸的結果之間，必須符合「因為…所以…」的邏輯推理關係。舉例而言，在「外面有人撐傘經過」此一前提下，如果得出「外面可能正在下雨」此一結論，符合「因為有人撐傘，所以可能在下雨」此一邏輯推理，所以與論理法則相符；但如果是得出「外面不可能正在下雨」此一結論，則「因為有人撐傘，所以不可能下雨」此一推理過程，在邏輯上並不符合，也就難認為與論理法則相符。

至於經驗法則是吾人日常生活經驗所得的定則，並不是個人主觀的推測或意見，而是可為大多數人接受的內容。也就是生活中反覆踐行的常態現象，屬一般人所普遍可以體察與感受的內容[19]。舉例而言，人類日常的生活經驗是人不可能同時出現在臺北市與臺中市，所以如果某甲被起訴在臺北市有殺人行為，若其有該時點出現在臺中市的不在場證明，則依照經驗法則，其不可能是本件行為人。又，人類日常的生活經驗是現場所留存的指紋與某甲相符，則依照經驗法則，該指紋就不可能是某乙所有。所以，如果現場指紋鑑定的結果只與某甲相符，則無從以該指紋鑑定，作為某乙犯罪的證據（至於可否依其他證據證明某乙犯罪，乃別一問題）。

（下期待續）

（作者為臺灣高等法院法官）



註釋

決。國民法官法施行細則第 300 條立法理由中，亦指出：「依本法規定，行國民參與審判案件之第二審審理兼容『事後審』及『限制續審』之制度內涵。」

10 福井厚，刑事訴訟法講義，第 3 版，第 408-412 頁，法律文化社，2007 年。另外，有再審事由時，依日本刑訴法第 383 條，亦可作為上訴二審事由。

11 國民法官法施行細則第 301 條即規定：「第二審法院於第一次審判期日前行準備程序，除刑事訴訟法第 273 條第 1 項所定事項外，並宜確認下列各款事項：一、上訴之範圍及（施行細則）第 295 條第 1 項、第 2 項所定相關事實或情節、所援引之證據或相關筆錄。二、對上訴理由之意見。三、上訴理由之重要爭點。四、有關經原審合法調查證據之意見。」

12 如國民法官法第 309 條第 1 項前段即規定：「第二審法院因第一審判決有本法第 92 條第 2 項但書第 1 款至第 3 款情形之一，而以判決將該案件發回第一審法院者，得不經言詞辯論為之。」

13 因檢察官本即為法律專家；國民法官案件依國民法官法第 5 條第 5 項規定，均屬強制辯護案件，而實務認為第一審之辯護人有代撰上訴書之義務（如最高法院 98 年度台上字第 5354 號判決），故要求於上訴理由中為該等記載，應無窒礙難行或侵害被告權利之情。

14 日本最高裁判所 2014 年 4 月 22 日判決，刑事裁判集第 730 頁，第 68 卷第 4 號。引自顏榕，註 3 文，第 185 頁。

15 引自國民法官制度法律問題座談會提案彙編第 167 頁，2021 年 8 月 5-6 日。

16 法則違反說在多數情形下（如第一審認定 A 罪，第二審認定 B 罪；第一審認為無罪，第二審認為有罪），若第一審並無違反經驗法則、論理法則之情形，第二審即便與第一審認定不同，仍不得撤銷。但在第一審認定有罪，第二審認定無罪時，基於「任何人不得對無罪之人判決有罪」之刑訴法鐵則，是否應例外改採心證優先說，允許第二審法院判決被告無罪，則有爭議。因此非本文重點，容另為文表示。

17 最高法院 111 年度國模台上字第 1 號模擬判決。

18 最高法院 110 年度台上字第 682、1981 號、109 年度台上字第 4809 號等判決參照。

19 吳燦，刑事審判之經驗法則案例研究，司法周刊第 2065 期，2021 年 7 月 30 日，第 2 版。