國民法官法之第一審更審程序（上）

文／邱鼎文

壹 前言

國民法官法（下稱本法）已於 112 年 1 月 1 日正式施行，其中第 92 條第 2 項但書所定第二審法院撤銷第一審判決而發回更審之事由，顯然較刑事訴訟法第二審程序之規定更加廣泛，第二審法院撤銷第一審判決而發回更審之程序（下稱更審程序）如何進行，可預料將成為未來第一審法院的新課題。因此，本文嘗試以國民法官法施行細則（下稱施行細則）第五編「更審審理」第 290 條至第 294 條之規定為基礎，輔以日本學理及實務見解，探討更審程序之進行方式，期能拋磚引玉並供實務運作參考。

貳 更審程序之法律適用、迴避及預斷排除

一、法律適用

依本法第 92 條之立法說明[1]可知，本法立法當時已預定更審程序適用本法規定行國民參與審判，施行細則第 290 條並明定：「案件經第二審法院發回原審法院者，除本法或本編有特別規定外，適用本法第一章至第四章第五節關於第一審之規定[2]。」而確立更審程序之法律適用，原則上仍應重新選任國民法官、備位國民法官，並依本法規定進行第一審程序。本條所稱「適用本法第一章至第四章第五節關於第一審之規定」，是指國民法官法第一章「總則」、第二章「適用案件及管轄」、第三章「國民法官及備位國民法官」、第四章「審理程序」第一節「起訴」、第二節「基本原則」、第三節「準備程序」、第四節「審判期日」及第五節「終局評議及判決」等關於第一審之規定；所稱「除本法或本編有特別規定外」，則指本法第 6 條第 1 項各款、第 7 條第 1 項但書等所示例外得裁定不行國民參與審判[3]之情形，及本編第 291 條至第 294 條之規定[4]。

在此可資討論者是，檢察官合併起訴應行國民參與審判及非應行國民參與審判之罪，且第二審法院僅將非應行國民參與審判之罪撤銷發回第一審法院時，是否仍應重行國民參與審判程序？從本法第 7 條第 1 項本文之規範意旨[5]來看，第二審法院既僅將非應行國民參與審判之罪撤銷發回，顯已無合併審理之程序利益，解釋上更審程序似非當然應行國民參與審判程序。為免爭議，施行細則第 291 條第 3 項則基於保障被告於前審接受國民參與審判之程序利益，及維護程序適用之一致性[6]，規定：「本法第七條第一項本文之情形，第二審法院將非應行國民參與審判之罪發回原審法院者，亦適用前二項規定處理之。」確立縱僅有非應行國民參與審判之罪發回更審，更審法院仍應行國民參與審判程序。惟如更審法院認有符合本法第 6 條第 1 項各款或第 7 條第 1 項但書得裁定不行國民參與審判之事由時，為免造成國民法官之過大負擔，自仍得裁定不行國民參與審判程序[7]。

二、迴避

基於公平審判原則，除事實上無國民法官專庭或無新的專庭法官，或無法自地方法院轄區內選任新的國民法官進行審理外，更審程序原則上應由未曾參與之法官及國民法官擔任審判主體。據此，施行細則第 291 條規定：「案件經第二審法院發回原審法院者，除法令另有規定外，由未參與原審審理之法官及國民法官處理之（第 1 項）。於原審法院已設置國民法官專庭之情形，前項未參與原審審理之法官為國民法官專庭之法官。但因原審法院國民法官專庭法官員額不足，致不能由國民法官專庭法官處理時，不在此限（第 2 項）[8]。」宣示審判主體迴避之原則及其例外之情形。所謂「除法令另有規定外」，例如，本條第 2 項但書所示國民法官專庭法官員額不足之情形即是。針對因法院規模、專庭人力配置等因素致法官員額不足，而無法由未參與審理之法官處理之情形，本條立法說明[9]亦指出：「可由法院依該院事先擬定之抽象事務分配規則處理之；或依刑事訴訟法第十條第一項規定，由直接上級法院以裁定將案件移轉於其管轄區域內與原法院同級之他法院，直接上級法院如依職權或地方法院之聲請審酌是否移轉案件，得參考該地方法院當年度司法事務分配、代理次序及合議庭配置表等資料；在案件經裁定移轉於其他地方法院審理後，案件即繫屬於其他法院，受移轉而審理該案之法院應從該地方法院之備選國民法官複選名冊中抽選出候選國民法官，至於決定是否裁定移轉管轄之際，法院當應一併審酌該案是否適於改由受裁定移轉地方法院轄區之國民參與審判，併予說明。」而就法官迴避之部分予以規定。至於國民法官部分如因地方法院轄區居民人數不多，於個案中已無法由未參與原審審理之國民法官審理時[10]，依本條立法說明之同一理由，應可適用刑事訴訟法第 10 條裁定移轉管轄，或適用國民法官法第 6 條第 1 項第 1 款、第 5 款規定而裁定不行國民參與審判，以資因應。

如前所述，第二審法院僅將非應行國民參與審判之罪撤銷發回第一審法院時，依施行細則第 291 條第 3 項規定，仍應重行國民參與審判程序。基於公平審判原則，此種情形亦適於由未參與原審審理之法官及國民法官處理。因此，本條第 3 項規定：「本法第七條第一項本文之情形，第二審法院將非應行國民參與審判之罪發回原審法院者，亦適用前二項規定處理之。」而肯定有迴避原則之適用。至於個案如由曾參與原審審理之法官或國民法官處理時，嗣後始發現未迴避之情形時，依目前實務見解之脈絡，似仍無違憲或判決當然違背法令之問題[11]，惟仍須考慮此種訴訟程序違背法令之瑕疵，是否已影響於原審判決[12]。

（文轉三版）

註釋

1 立法說明二：「如原審判決諭知管轄錯誤、免訴、不受理係不當，或有刑事訴訟法第三百七十九條第一款、第二款、第六款、第七款或第十三款各款或已受請求事項未予判決，或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，因可能涉及當事人之審級利益，或應由國民法官正確適用法令、認定事實後反映其正當法律感情，因此，第二審法院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，始較妥適。」

2 立法說明一：「第二審法院依本法第九十二條第二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**，自適用本法第一章至第四章第五節關於第一審之規定，爰訂定本條。」

3 本條立法說明二。

4 均詳後述。

5 本法第 7 條立法說明一：「檢察官以被告犯應行國民參與審判之罪及非應行國民參與審判之罪而合併起訴者，為避免程序割裂，造成當事人訴訟程序上之額外負擔，允宜由法院合併行國民參與審判。」

6 本條立法說明四雖稱：「由於該部分業經第一審行國民參與審判，為保障當事人之審級利益，反映國民正當法律感情，該部分經發回後，仍應依國民參與審判程序重為審理。」惟更審程序與前次第一審程序相同，均是重新進行第一審程序，並無審級利益可言，且立法當時本法第 5 條既已考量立法本旨（本法第 1 條）而擇定適用案件之範圍，顯見非應行國民參與審判之罪本無反映國民正當法律感情之必要。因此，第 3 項規定之理由，似在於保障被告於前審接受國民參與審判之程序利益及維護法律適用之一致性，較具說服力。

7 施行細則第 290 條立法說明二：「更審法院於案件發回後，依具體情形認有本法第六條第一項各款情形之一者，得裁定不行國民參與審判；就非應行國民參與審判之罪，視具體情形，亦得依本法第七條第一項但書規定裁定不行國民參與審判。」

8 日本刑事訴訟法第 20 條第 7 款亦有相類規定：法官就案件曾參與依第三百九十八條至第四百條而撤銷發回或移送之原判決，或裁判基礎之證據調查時，應迴避執行職務。

9 本條立法說明一。

10 例如，離島地區即可能發生無符合資格且足額之候選國民法官進行選任程序之情形。

11 法官部分，請參照憲法法庭 112 年憲判字第 14 號判決主文一：「刑事訴訟法第 17 條第 8 款規定所稱法官『曾參與前審之裁判者』，係指法官就同一案件之審級救濟程序，『曾參與下級審之裁判』，不包括『曾參與發回更審前同審級法院之裁判』之情形，與憲法第 16 條保障訴訟權之意旨，尚無違背。於此範圍內，司法院釋字第 178 號解釋毋庸補充或變更。」及刑事訴訟法第 379 條第 2 款「依法律或裁判應迴避之法官參與審判者」；國民法官部分，目前雖尚無實務見解，但如依前述實務見解之相同法理，及本法第 89 條、第 16 條第 1 項第 9 款等規定之體系解釋，結論似屬相同。

12 施行細則第 306 條規定：「第一審有訴訟程序違背法令或適用法令違誤者，第二審法院得考量其於原審判決之影響，為適切之判決。」

13 平場安治，刑事訴訟法初版，高文社，1965 年 1 月，頁 284。

14 該條規定：「案件經上訴法院發回或移送者，依以下規定為之：一、至第一次審判期日為止之羈押處分，由法院為之。二、第一百八十八條但書（註：即第一次審判期日前不得聲請調查證據）之規定，不適用之。三、證據保全之聲請及本法第二百二十六條或第二百二十七條（註：均為第一次審判期日前檢察官聲請詰問證人之規定）之證人詰問之聲請，不得為之。」

15 第 292 條立法說明。

16 第 290 條立法說明二。

17 法曹會，刑事訴訟規則逐條說明 - 第 2 編第 3 章 - 公判，1989 年 12 月，頁 149-150；船田三雄，公判手続の更新，收於：熊谷宏等編，公判法大系Ⅲ第 3 編公判・裁判（2），1981 年 5 月，頁 101-102；東京高等裁判所昭和 40 年 11 月 2 日裁定，判例時報 440 号，頁 20。

18 田淵浩二，予断排除の原則・再考，静岡大学法政研究，

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 訴訟外 解決 機構查 已上 免打官 ADR的 迅速 經濟 隱密 和諧 多樣 自主 便利 乾淨・透明・ 司 http://www.ju

（文接二版）

三、預斷排除

由於更審程序前，歷審法院已累積相當卷證，且更審法院為掌握發回後更審審理之範圍，於準備程序整理爭點及證據前，也不得不參照卷證加以確認，現實上不可能視而不見或退還當事人[13]。又更審程序既無法採行卷證不併送制度，本法第 44 條所定第一次審判期日前由未參與本案審理之法官處理強制處分、證據保全事項之規定，即無適用之必要。因此，施行細則第 292 條參考日本刑事訴訟規則第 217 條[14]，規定：「案件經第二審法院發回原審法院者，關於原審或第二審已審理及判決之事項，不適用本法第四十三條、第五十二條第三項及第五十四條第三項準用第五十二條第三項之規定。前項情形，有關強制處分及證據保全事項之處理，不適用本法第四十四條規定。」所謂「原審或第二審已審理及判決之事項」，是指該案原審及第二審審理之卷證資料、調查證據及辯論之相關事項及判決認定之結果[15]，無排除預斷之必要。至於，更審程序前未經合法調查之證據，或當事人、辯護人於更審程序始聲請調查之證據等，自應依本法規定，而仍有預斷排除原則之適用[16]。

在此可能產生的疑問是，法官於審判期日前研閱卷證，是否會形成偏頗之心證，而違反預斷排除原則？日本實務上就更審程序之情形，認為：預斷排除原則是為防止法官於審理前，經由未經證據法則篩選之證據而形成偏頗的心證，如已依證據法則給予當事人充分爭執證據能力、證明力之機會，並由當事人在審判時參與而為合法、適當之調查，即與承繼偵查機關單方蒐集之證據資料有別，法官即使先研閱卷證，亦不違反預斷排除原則[17]。如從預斷排除原則之主要目的，在於確保公平法院的實現[18]，且此項目的之實現，原即有賴於不同程度之排除預斷機制[19]之角度來看，更審法院於審判期日前事先研閱歷審卷證，如是為整理爭點及證據而作成審理計畫之目的，應無違反預斷排除原則之問題。

參 更審程序之進行

更審程序之進行，除依施行細則第 290 條之規定應適用本法第一章至第四章第五節關於第一審之規定外，施行細則第 293 條及第 294 條亦規定更審法院於準備程序及審理程序應特別注意之事項，爰析述如後。

一、準備程序

（一）確認「歷審判決結果及撤銷發回之原因」

施行細則第 293 條第 6 項規定：「更審案件之審理，應以適當方式使國民法官、備位國民法官理解本案爭點、證據內容、歷審判決結果及撤銷發回之原因，並注意避免造成其時間與精神上之過重負擔。」故準備程序整理爭點與證據時，更審法院即有必要釐清「歷審判決結果及撤銷發回之原因」及「本案爭點、證據內容」，而作成審理計畫，使國民法官得於審理時瞭解上開事項，並於評議時與法官進行實質對等之討論而形成心證[20]。本條所稱「歷審判決結果及撤銷發回之原因」，指歷審有罪無罪之判決結果及**撤銷發回之理由**，尤其是撤銷發回之理由，將不可避免地影響及於「本案爭點、證據內容」，故有必要於準備程序時先予確認。在此應先探討的是，第二審判決之撤銷理由，對於第一審法院有無拘束力？首先，本法雖無類似日本裁判所法第 4 條之明文規定[21]，惟實務向來肯認第三審撤銷判決之理由原則上對於第二審法院具有拘束力[22]，然就第二審撤銷判決理由之拘束力問題，或因刑事訴訟法採行「覆審制」而多由第二審法院自為判決[23]，故未被突顯，僅能以「事實上拘束力」之形式發揮影響力。由於審級制度具有維持審判組織階層而據以達到完成統一法律適用之目的，且對於不法或不當之裁判亦得發揮國家救濟被告個人地位之機能[24]，而成為保障人民訴訟權不可或缺之重要機制[25]，第二審法院之撤銷理由，實有制約第一審判決錯誤或濫權之功能。又撤銷理由所指摘之處，如經更審法院詳為審理，將有利於發現真實，其未經撤銷之部分，亦有保護原判決撤銷前當事人致力攻防結果之程序上利益[26]，並得避免案件反覆來回於上下級審間而難以確定，減少被告不斷應訴之風險。尤以本法施行後，如因審級間見解不一，導致不斷發回更審而增加國民參與審判之負擔，亦間接損及司法之信賴。故我國法目前雖無明文，但基於審級制度與上訴制度之「糾正與救濟」、「發現真實」及「訴訟經濟」等考量，應肯認第二審判決之撤銷理由，對於第一審法院具有拘束力。

其次，關於第二審判決撤銷理由之拘束力範圍方面，則屬於撤銷理由之法律上或事實上判斷的效力問題。實務見解雖認為撤銷理由之法律上及事實上判斷均具有拘束力[27]，惟基於本法第 1 條引進國民參與審判之立法目的、第 91 條及第 92 條第 2 項但書第 3 款至第 5 款所示尊重國民法官認定事實權限之制度宗旨，撤銷理由之拘束力範圍，似應僅限於法律上之判斷，事實上之判斷部分，則應由參與更審程序之國民法官法庭，本於直接原則及言詞審理原則形成心證，而不應承認具有拘束力[28]，以免失卻前述法律規範之本旨。又所謂法律上判斷，指第二審法院基於「事後審兼續審制[29]」所示關於法令之解釋適用、原審判決違背經驗法則及論理法則，及違背法令而影響事實認定之理由等。且法律上判斷之拘束力，是以判斷基準時之狀態存續為前提，如更審時發生法令變更，或案件前提事實有異時，拘束力即解除[30]。

再者，就第 1 次第二審撤銷理由之拘束力是否及於同審級法院方面，雖因目前法無明文，而難排除同審級法院持不同見解之可能性。惟基於前述審級制度與上訴制度之「糾正與救濟」、「發現真實」及「訴訟經濟」之同一理由，避免同審級法院之見解矛盾而反覆撤銷第一審判決，致增加國民參與審判之勞費與負擔，如兩造未上訴或上訴經第三審法院駁回後，**於相同之法令及卷證條件下**，似應肯定第 1 次第二審撤銷理由之法律上判斷，對於第 2 次以後之第二審法院有拘束力，較為妥適。

（下期待續）

（作者為彰化地方法院庭長）



註釋

8 卷 1 號，2003 年 10 月，頁 5 以下。

19 例如，刑事訴訟法第 17 條、第 18 條規定之法官迴避事由、第 161 條之 3 規定之自白調查順序；本法第 43 條第 1 項規定之卷證不併送制度、第 52 條第 3 項、第 54 條第 3 項規定之準備書狀限制記載事項，及第 57 條第 3 項法院為證據開示裁定前之調查等，均屬之。

20 第 293 條立法說明六。

21 日本裁判所法第 4 條明定：「上級審法院裁判之判斷，就該案件拘束下級審法院。」刑事訴訟法、法院組織法、本法及施行細則雖無明文，但我國民事訴訟法第 478 條第 4 項、行政訴訟法第 260 條第 3 項及公務員懲戒法第 80 條第 3 項，則有類似規定。

22 最高法院 104 年度台上字第 3909 號判決指出：「刑事第三審撤銷發回判決理由所指示之點（意見），對更審法院有無拘束力，我刑事訴訟法雖無如民事訴訟法第四百七十八條第四項之明文規定，法院組織法亦未有如日本裁判所法第四條，設有上級審之判斷就該事件有拘束下級審效力之通則性規定，**惟如不承認發回判決意見之拘束力，勢必使案件反覆來回於上、下審級間，有礙案件之確定，不能合理維持審級制度目的，上訴亦將失其所以糾正之意義。因此基於審級制度之必然，除屬於附帶說明性質之事項，即所謂之『傍論』者外，對於發回理由之法律上及事實上之判斷，承認有拘束力，確有其必要性**。本院三十年上字第七八五號判例明示『第三審發回所指示之點，在第二審法院固應受其拘束，若更審法院於指示範圍以外，另有證據可憑，未嘗不可採為判決之資料。』即在闡明斯旨並補法制上之不足。依此判例所示，除非更審法院『另有證據可憑』之情形，否則，判斷上均應受第三審發回意旨之拘束，於指示範圍內，依所指示之點為判決。」宣示第三審法院撤銷發回之判決，對於第二審法院有拘束力。另外，最高法院 30 年上字第 785 號判例意旨亦指出：「第三審發回所指示之點，在第二審法院固應受其拘束，若更審法院於指示範圍以外，另有證據可據為被告有罪或無罪之判決者，未嘗不可採取原判決於本院發回更審時所指示範圍以外，參酌案內各證據，維持第一審對於被告諭知無罪之判決，原無違法之可言。」

23 最高法院 28 年上字第 3559 號判例：「第二審法院認為上訴有理由，而將原審判決經上訴之部分撤銷者，除第一審判決有諭知管轄錯誤、免訴、不受理係不當之情形外，依刑事訴訟法第三百六十一條第一項前段規定，應就該案件自為判決，不得發回第一審法院。」

24 小野清一郎，審級制度と上訴の限界，法学評論，弘文堂，1938 年 7 月，頁 308-309。

25 大法官釋字第 396 號解釋文「保障訴訟權之審級制度，得由立法機關視各種訴訟案件之性質定之。」同此意旨者，例如釋字第 442 號、第 512 號、第 574 號、第 639 號等。

26 岡次郎，差戻後の公判手続，收於：熊谷宏等編，公判法大系Ⅲ，日本評論社，1981 年 6 月，頁 120。

27 前註 22。

28 附帶一提者是，日本通說及實務因前述裁判所法之明文規定，而均認發生拘束力之範圍包含法律上及事實上之意見。惟即使如此，於裁判員制度施行後，實務見解多從尊重裁判員參與之角度，將認為適於由裁判員進行事實認定（大阪高等裁判所平成 24 年 3 月 2 日判決，LEX/DB 文献番号 25480530）或由裁判員與法官共同量刑（東京高等裁判所平成 27 年 2 月 6 日判決，LEX/DB 文献番号 25505813）之案件，發回第一審法院更審。學說上亦有主張事實上判斷不應有拘束力，且撤銷判決拘束力之範圍應縮小至因違反採證法則、經驗法則或訴訟程序違背法令而導致事實誤認等情形之見解（松宮孝明，控訴審破棄判決の拘束力について，刑法雜誌，40 卷 1 号，2000 年 10 月，頁 89、91）。

29 施行細則總說明六、部分：「行國民參與審判案件之第二審納入事後審與續審之原理，並以此原則明確規範具體之程序操作方式。（第二百九十五條至第三百十條）」明白指出本法第二審程序之審級屬性為事後審兼續審制。

30 吉田智宏，逐条実務刑事訴訟法，伊丹俊彦・合田悦三編集（代表），立花書房，2018 年 11 月，第 1134 頁。