國民法官參與審判案件第二審審理構造與檢察官移送併辦關係

文／林信旭

四之一

壹 前言

一、依國民法官法（以下稱本法）行國民參與審判之案件，因第一審判決有國民法官參與判斷[1]，第二審訴訟構造似已對應兼容（兼採）「事後審兼限制續審制」。又因國審案件，除本法另有特別規定外，依本法第 4 條規定，仍「適用」刑事訴訟法（以下稱刑訴法）之規定，形式上觀察，依刑訴法第 364 條規定，仍得準用刑訴法第 267 條等相關規定，檢察官於第二審審理中（判決宣示前），與國審案件立於裁判上、包括上一罪等（以下合稱裁判上一罪）之他部犯罪事實（以下稱他部事實），似仍得請求移送併辦，故事後審兼限制續審制內涵與檢察官請求移送併辦機制，於國審案件之第二審訴訟程序，似會交織（錯）碰撞。準此，傳統「覆審制[2]」構造，以第一審判決未及審酌他部事實為由，一律撤銷第一審判決，並自為判決的運作模式，得否無條件繼續援用？如有衝突矛盾，應如何調整修正？等相關問題似為本法上路施行後，可預見會面臨的重大問題。

二、為此，爰先檢視國審案件，第二審訴訟構造兼容事後審兼限制續審制之相關明文依據及實務見解，繼而討論兼容事後審兼限制續審制構造與檢察官請求移送併辦相關問題，最後再一併探討本法第 90 條、第 92 條相關疑義，以就教於諸位先進。

貳 依本法施行細則第六編上訴審審理相關規定立法理由及最高法院判決，國審案件第二審審理構造兼容事後審兼限制續審制元素，且似更往事後審兼限制續審制方向傾斜

一、本法施行細則第六編上訴審審理相關規定立法理由如下：

1. 第 300 條：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。

2. 第 301 條：行國民參與審判案件之第二審，既兼容「事後審制精神」，係以事後審查之角度審查原審判決有無不當或違法，而非自行重新認定事實及適用法律[3]。

3. 第 303 條：行國民參與審判案件之第二審，既兼容「事後審兼限制續審制」之精神，當係以事後審之角度審查原審判決有無違法或不當，而非自行重新認定事實及適用法律。

4. 第 304 條：行國民參與審判案件之第二審審理既兼容「事後審兼限制續審制」之精神，行國民參與審判案件，第二審法院當立於「事後審查」之立場，妥適行使其審查權限。

5. 第 306 條：行國民參與審判案件之第二審法院，係兼容「事後審兼限制續審制」精神，應秉持謙抑原則，妥適尊重第一審法院之判決結果，以達到反映國民正當法律感情及增進國民對於司法信賴之立法目的。

二、最高法院 113 年台上字第 3856 號判決：行國民參與審判案件之第二審法院係兼容「事後審及限制續審」之精神，秉持謙抑原則，尊重第一審法院之判決結果，原不得任意以所認定之事實與第一審不一致即撤銷第一審判決，此觀本法第 92 條第 1 項、本法施行細則第 305 條之規定即明。

三、從上開說明可知，國審案件之第二審審理兼容事後審兼限制續審制內涵（元素），且「有別」於一般刑事訴訟案件第二審所採取之覆審制，係以事後審之角度審查原審判決有無違法或不當，而非自行重新認定事實及適用法律。按區別事後審、續審、覆審的決定指標之一為：第二審法院審理案件本身為續審、覆審，事後審查第一審判決當否則為事後審[4]，故國審案件之第二審審理構造，似可認為更傾向於事後審兼限制續審制。

（下期待續）

（作者為臺灣高等法院花蓮分院庭長）

註釋

1 以下將本法第 5 條第 1 項各款案件，稱為「對象案件」，又因檢察官得將對象案件與其他案件合併起訴（依本法第 5 條第 4 項及立法理由，第一審行國民參與審判程序，雖不得追加起訴，但似得合併起訴對象案件以外其他案件），爰將對象案件以外之其他案件稱為「非對象案件」。又以下視行文適宜性、簡約性，或將國民法官參與審判案件簡稱為「國審案件」。

2 如刑訴法第 373 條立法理由即明載：我國刑事訴訟第二審係「覆審制」，最高法院 112 年度台上字第 991 號判決亦判示：第二審法院基於我國現制採「覆審制」之訴訟結構。

3 關於立法理由提到「以事後審角度審查原審判決有無違法或不當，非自行重新認定事實」部分，似認為第二審法院無庸自行重新認定事實，但：

(1)本法施行細則第 300 條明定：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，同細則第 310 條立法理由又提到：第二審法院得閱覽經第一審法院合法調查之證據資料，並得以此為基礎為事實認定，似又認為第二審法院於閱覽卷證後，仍可能會有（甚至當然會有）形成心證（事實認定）的活動，而非一片空白。

(2)最高法院 113 年台上字第 3856 號判決意旨亦提到：不得任意以所認定之事實與第一審不一致即撤銷第一審判決，似乎亦認第二審法院於實際操作上，仍會認定事實，只是不得任意以所認定之事實與第一審不一致即撤銷第一審判決。

(3)就事實誤認上訴理由的審查方法而言，第二審法院係採取經證據判斷，形成事實存否之心證，再與第一審判決之認定相互比較之方法，縱採取經驗法則違法說，此手法亦是不可欠缺的，石井一正，「裁判員制度のもとのおける控訴審の在り方」の連載終了に当たって，判例タイムズ 1278 号、第 24 頁，2008 年 11 月。或有認為：（日本）現行第二審（控訴審）是… 事後審，第二審法院應就事實部分自行形成心證，並與原審心證進行比較，除此之外，別無其他判斷方法，石丸俊彦等，新版刑事訴訟の実務・下、第 482 頁以下，2005 年，轉引自小川育央，裁判員制度のもとにおける控訴審の在り方 1，判例タイムズ 1271 号、第 81 頁，2008 年 8 月。

(4)又於第二審法院閱覽（調查）第一審卷證資料後，對於事實部分於「腦海中」似不可避免會描繪浮現一圖像，且第二審法院對於事實如無任何心證（或圖像），又如何認定第一審事實認定，有違反經驗、論理法則之情形發生？

因此，於實務操作上，第二審法院固非自行重新認定事實，但似不可避免仍會形成一定心證。

4 石井一正，同註 3 之(3)。

（文接二版）

出勞工期待[45]；定期契約期滿，無資遣費，舉輕以明重，試用期滿，無須發給資遣費[46]。

實務判決就此亦尚無定論。有認為試用期間僅屬雇主考核新進員工之制度，無排除勞動基準法資遣費制度之適用[47]；亦有認為雙方當事人原則上均應得隨時終止契約，並無須具備勞基法所規定之法定終止事由，且亦無資遣費相關規定之適用[48]。

本文認為參考國外採行試用期間的制度[49]，在歐盟、英國、德國、日本、美國，一般情況下，雇主終止試用勞動契約，並無給付資遣費之義務。韓國則是解僱連續工作 3 個月以上的所有勞工，都必須遵守預告解僱及資遣費的規定。可見，試用期間終止勞動契約，雇主需否發放資遣費，並無一致的做法。我國試用期間解僱是否需給付資遣費，在目前法無明文的情況下，本文認為應與試用期的法律性質環環相扣。在一般解僱情況下，倘持試用期契約等同勞動契約，且終止勞動契約須回歸勞基法規定處理，則脈絡上，若是雇主以勞基法第 11 條終止勞動契約，勢必亦應依照勞基法第 17 條規定給予試用勞工資遣費；假如主張勞動契約在試用期間開始時即已成立生效，但雇主在試用期擁有較寬鬆的解僱權利，不以勞基法規定為限，那麼在試用期終止勞動契約時，雇主應該不需發給勞工資遣費，法理上才會一致。

肆 結論

由於勞基法目前未明文規範試用期間，實務上勞工與雇主就試用期間勞雇雙方權利義務，因法規付之闕如，產生爭議。最能直接解決此問題的方法當然就是透過法律規範設計的途徑。惟在現今尚無明文規範的情形下，站在契約自由，尊重私人間的法律關係，同時考量勞工仍處於較弱勢的一方，保障勞工權益，避免雇主濫用試用制度的立場，本文認為依照勞工所任工作性質，假如須經相當期間觀察是否具備專業能力，而有約定試用之必要，應肯認勞雇雙方試用約定合法。至於試用期間長短，依照目前社會現況試用期多約定 3 至 6 個月，原則上應該已經足夠雇主檢驗勞工能力是否符合其所應徵之職位。倘若要約定超過 6 個月的試用期間或者是延長試用期間，則應檢視該職務有無特殊性，雇主是否具正當理由，有無經勞工同意等，在個案中審視試用期間長短是否妥適、允許當事人延長試用期間。雇主於試用期間或期滿，終止勞動契約，則同最高法院所採取的標準即雇主的解僱有無權利濫用或出於不正當動機，至於是否發放資遣費，如果是傾向試用期間解僱寬鬆的觀點（解僱權保留說），就偏向雇主不需發給。最後藉由本篇文章就「試用期間」此一議題提出一點看法，以期能起到拋磚引玉的效果。

（作者為嘉義地方法院法官）

外紛爭 (ADR) 詢平台 線曜 司 EASY GO 七大優點 性 性 性 性 性 法 院 dicial.gov.tw/ 廣告 WEEKLY 周刊 周出刊 訂閱 幣400元 訂 閱 劃撥 號 4377 戶 司法周刊 話 618798