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

四之三

（文接上期）

（二）但國審案件第二審審理構造既已傾向事後審兼限制續審制，從事後審審理構造來看，第二審法院並非與第一審法院立於相同立場審理案件本身，更非重新調查證據獨自形成心證，而係以當事人訴訟活動為基礎所形成的第一審判決為對象，依照訴訟紀錄事後檢討第一審判決內容有無錯誤[24]。且基於第一審集中主義觀點，防止直至第二審審理時始提出爭點，有無瑕疵之判斷，原則上應以第一審判決時為基準[25]。故第二審法院的角色原則上在於援用第一審法院判決時點的證據資料，據以檢視判斷第一審判決本身之當否，係以第一審判決為審理對象，案件本身退至背後，僅於撤銷第一審判決時，案件本身始浮現成為審判對象[26]，如第一審判決本身並無事實誤認或法令違反，似即應駁回上訴，並退併辦，無併案審理餘地。亦即：依事後審立場，併案他部事實對於撤銷第一審判決並不生影響，有無撤銷事由專以第一審判決本身決定，第二審法院認為上訴無理由時，無須亦不得審酌他部事實，即應駁回上訴，第一審判決如無何違誤，單憑檢察官於第二審審理階段併案他部事實，（且他部事實與本案事實於實體上皆成罪）即當然撤銷第一審判決，似與事後審構造難認無間，亦難認合理[27]。

（三）準此，究應側重事後審兼限制續審制構造，或繼續維持傳統覆審制建制下所謂「起訴不可分（審判不可分、上訴不可分）」思維，可能須待進一步討論。但國審案件第二審審理構造既已傾向事後審兼限制續審制，訴訟構造內涵業已改變。也就是說：於第二審審理時移送併辦他部事實，即一律撤銷第一審判決的覆審制基礎業已鬆動，仍否紋風不動，繼續無條件援用起訴（審判、上訴）不可分觀念，似非無疑義。尤其，如認第一審法院未及審酌他部事實，（形式上）該當本法第 92 條第 2 項但書第 3 款規定，即應發回重為審理，不僅徒增被告訟累，亦造成第一審法院重啟國民法官參與審判程序之勞費，故本提問，是否宜參照昭和 42 年判決之見解，尚難僅以第一審判決未及審酌他部事實為由，即予撤銷第一審判決？

三、關於第二審法院應自為判決，或撤銷第一審判決發回第一審法院？

（一）（於檢察官僅起訴對象罪前提下）如第一審判決本身有事實誤認或法令違反之情，且他部事實與對象罪間復有裁判上一罪關係，依本法第 92 條第 2 項但書第 3 款規定（形式上）似應一律發回第一審法院，且因第一審國民法官合議庭就他部事實未加（未及）判斷，他部事實未能反映國民健全良識，注入國民正當法律感情，如第二審法院逕就他部事實審理，並自為判決，或有一定程度牴觸國民參與審判旨趣之疑。又因第一審法院就他部事實未加審判，第二審法院逕予審理判決，就他部事實而言，是否有損及被告審級利益，亦難認無疑。

（二）但他部事實相對於對象罪部分如係屬「輕罪」（非對象罪，法定刑較輕），最終結果仍依重罪對象罪之法條處斷，且對象罪部分不符本法第 92 條第 2 項但書規定，依同條項本文規定應自為判決，為避免重啟第一審法院國民參與審判程序不必要之勞費，案件久懸未決，增加被告訟累，損害被告受迅速審判權利，或其他關係人負擔，甚引發外界對於國民參與審判程序無效率之質疑，另參照本法施行細則第 308 條立法理由關於撤銷發回例示要件「對於是否判處死刑有所爭議，或對於量刑議題有重大爭執，而第二審法院認為有重要量刑事實尚未經調查」，如認本提問尚未達到此程度，是否得不（或不宜）撤銷發回？

（三）承上（二），進一步言之，如他部事實相較於對象罪部分係屬輕罪，且對象罪部分不符本法第 92 條第 2 項但書規定，依同條項本文規定應自為判決，當事人及辯護人復「明示」同意由第二審法院自為判決，為尊重當事人的程序意向（處分），且因當事人及辯護人明示同意，已較不致損及當事人審級利益、被告防禦權，另考量司法資源、效能、國民負擔，及設計第二審的主要目的在於修正第一審判決的（可能）錯誤，為適足發揮該功能，第二審法院自為判決無疑是最適切的[28]。從而，類此情形是否不得（或不宜）撤銷發回？

（四）如檢察官合併起訴對象案件與非對象案件，嗣於第二審法院審理中，檢察官僅就非對象案件請求併案審理他部事實，如第二審法院認對象案件部分應上訴駁回或撤銷自為判決（無須發回第一審法院），縱非對象案件本身有事實誤認或法令適用錯誤，考量非對象案件本無須行國民參與審判程序，僅是因與對象案件合併起訴，而「搭便車」適用國民參與審判程序，既然對象案件部分業經上訴駁回或撤銷自為判決，已無便車可搭，關於非對象案件部分，是否由第二審法院自為審理判決即可，不須亦不宜撤銷發回第一審法院？

（五）承上（四），檢察官僅就非對象案件請求併案審理，如第二審法院認對象案件部分應依本法第 92 條第 2 項但書第 4 款發回第一審法院更為審理，如非對象案件本身並無事實誤認或法令適用錯誤之情，第二審法院固不得以檢察官移送併辦他部事實為由，撤銷非對象案件，並就非對象案件一併發回第一審法院更為審理。但如非對象案件本身有事實誤認或法令適用錯誤之情，此時關於非對象案件究應一併發回第一審法院更為審理，或得由第二審法院自為判決？或依他部事實相對於非對象罪本案部分究為輕罪或重罪而定？可能須待進一步討論。

（文轉三版）



竹　山　風　情

水彩／游語涵（臺中地院書記官）

註釋

24 日本最高裁判所第一小法庭平成 24 年 2 月 13 日判決；井上正仁，「考えられる裁判員制度の概要について」の説明，平成 15 年 10 月 28 日，https://lawcenter.ls.kagoshima-u.ac.jp/shihouseido_content/sihou_suishin/kentoukai/saibanin/dai28/28siryou3.pdf（最後瀏覽日期：2025 年 6 月 5 日）。

25 田淵浩二，インターネットコメンタール刑事訴訟法 - 第 3 編第 2 章控訴〔前注〕，瀏覽網址：https://www.law-library.jp/inkom/LawFrame.aspx?type=151（最後瀏覽日期：2025 年 6 月 5 日）。

26 真野英一，刑事上訴審の研究、第 283 頁、第 284 頁，昭和 45 年 3 月。

27 辻本典央，〈控訴審における訴因変更〉，判例解說 Watch 23 号、第 195 頁、第 196 頁，2018 年 10 月。

28 西野喜一，〈裁判員制度下の控訴審〉，判例タイムズ 1237 号、第 126 頁，2007 年 6 月。

29 最高法院 113 年度台上字第 1689 號判決認：僅被告明示就第一審判決（量）刑一部上訴，檢察官未上訴情形，第二審法院不應准許檢察官為擴張第一審判決認定犯罪事實部分移送併辦之請求。

30 日本最高裁判所大法庭昭和 46 年 3 月 24 日裁定參照。

植根法律
民法總則（增訂四版）
稅法總論（第一冊增訂四版）
黃茂榮 著作 定價 700 元
黃茂榮 著作 定價 800 元
劃撥帳號：07929998 戶名：植根雜誌社有限公司 TEL:(02)2707-2848 FAX:(02)2708-4428
訂購未滿 請自付郵
植根法律
行政訴訟 堅實第
行政訴訟制 提供民眾更 及時、有效
巡迴
完整 裁決 解決
保障 原住民 弱勢兒 之權益
漸進擴大 強制律師 代理
防杜濫訴

法律網 的最佳平台
法學方法與現代民法（增訂七版）二刷
侵權行為法（債法總論 第五冊）初版
加值型營業稅法 初版
黃茂榮著 定價900元
1000元者 贈65元
書城熱賣中
訴訟 第一審
度里程碑 為專業、 的權利救濟
回法庭
善替代 判之紛爭 決機制
民族、 兒少 益
大 師
陪同開庭
訴
法院 icial Yuan

（文接二版）

四、關於量刑上訴與請求併案審理關係：

檢察官未上訴，被告依刑訴法第 348 條第 3 項規定，僅就量刑部分提起上訴，檢察官原則上固不得請求移送併辦[29]。但檢察官如僅就量刑部分提起上訴，於其自身得上訴期間內，就第一審判決認定之犯罪事實、論罪部分，既無請求第二審法院變更之意思，攻防對象似已鎖定在量刑部分，且於國審案件第二審構造已傾向事後審兼限制續審制建制下，事後審查範圍似應環繞於檢察官主張之上訴理由，不宜逾越上訴旨趣範圍[30]。另參照昭和 42 年判決、相關日本最高裁判所實務見解，（則於上訴期間屆滿後）檢察官得否利用量刑上訴請求移送併辦，似非無再討論餘地。最高法院大法庭 112 年台上大字第 991 號裁定多數意見，是否須限縮僅適用於非國審案件？

五、第一審判決本身有事實誤認或適用法令錯誤之情，經第二審法院審酌本法設計嚴謹詳盡準備程序、國民參與審判旨趣、檢察請求併案審理時間點等，得否以檢察官遲至第二審審理時始請求併辦他部事實，時間點遲誤為由而退併辦？

（一）審酌檢察官歸責事由之有無、程度（併辦經過、原委）、個案性質、辯護人對應、預估增加調查證據（數量）多寡等，如認為不必然破壞本法第 64 條第 1 項、第 90 條第 1 項規定，且尚難認為當然遲誤請求併辦時期，亦不必然牴觸國民參與審判旨趣時[31]。為解明事實真相、適正實現刑罰法令，似不得單以請求併案時期係遲至第二審審理時，即率退併辦[32]。

（二）惟因本法第 47 條第 2 項第 1 款明定，於第一審準備程序應處理「起訴效力所及之範圍」，考量檢察官歸責事由、程度等，於第一審準備程序時檢察官原即有請求移送併辦契機，竟怠忽請求併辦，而固著於原起訴對象、範圍，足以破壞準備程序旨趣，削弱證據調查失權效效力，有無可能評價認為濫用權限、違反誠信原則，而考量退併辦，不予審理[33]，且得認為不該當刑訴法第 379 條第 12 款已受請求事項未予判決之當然違背法令？並無本法第 92 條第 2 項但書第 3 款之適用？

伍 國審案件第二審審理構造與自為判決、撤銷發回原審法院關係（關於本法第92條相關問題）

一、關於本法第92條第1項但書「關於事實之認定」射程範圍為何：

有論者認為應限定須經嚴格證明之事實，至於訴訟法事實及單純一般情狀之事實，則不屬之[34]。茲有疑義的是：

（一）單純一般情狀事實：

本法第 92 條第 1 項立法理由略以：有關於事實之認定，第二審法院原則上應尊重「國民於第一審判決所反映之正當法律感情」，除…認為第一審判決認定事實違背經驗法則或論理法則，顯然影響於判決外，原則上不得遽予撤銷。查國民法官參與認定之事實，除犯罪構成要件之事實（犯情事實）外，關於一般情狀事實（如刑法第 57 條第 4、5、6、10 款）似應亦包含在內，以反映其正當法律感情[35]。且本法施行細則第 305 條立法理由載敘：本法第 92 條第 1 項但書所稱事實認定，包括該當於犯罪構成要件之事實、阻卻違法性、有責性事由之事實、刑之加重、減免事由之事實、客觀處罰條件之事實、從刑及沒收之前提事實「等」，似無將一般情狀事實，排除於本法第 92 條第 1 項但書範圍外之意。又縱認一般情狀事實不適用嚴格證明法則，亦無法推論出該部分事實無須由國民法官一併參與認定，而須採取不同審查基準。準此，為何要將一般情狀之事實排除於本法第 92 條第 1 項但書射程範圍之外？為何要與其他犯罪構成要件事實等，（可能）採取相異的審查基準？

（二）訴訟法事實：

依本法第 69 條第 1 項規定，關於證據能力，證據調查必要性與訴訟程序之裁定等訴訟法事實之認定，似專由職業法官決定，將國民法官排除在外。但依本法第 92 條第 1 項立法理由：「關於『事實之認定』，… 除第二審法院認為第一審判決『認定事實』違背經驗法則或論理法則，顯然影響於判決外，原則上不得遽予撤銷」，從其文義射程可能性來看，似不必然將訴訟法事實排除在外。又國審案件之第二審法院，已兼容事後審兼限制續審制，應秉持謙抑原則，妥適尊重第一審法院之判決，如將訴訟法事實排除本法第 92 條第 1 項但書之外，認第二審法院就訴訟法事實得採「心證優先說」審查基準，能否與事後審兼限制續審制精神相呼應？再關於訴訟法事實，如採心證優先說，因第一、二審法院就訴訟法事實認定不同，證據裁定相應可能有異[36]，連帶實體法事實認定亦可能變動，準此，能否達成本法尊重第一審法院判決之政策目的？

二、本法第92條第2項但書第4款的諭知無罪部分，其射程範圍是否包括「不另為無罪諭知部分」：

按裁判上一罪，其中部分不能證明犯罪者，「本應諭知無罪判決」，惟因裁判上一罪關係，故於判決理由（欄）敘明不另為無罪諭知，該不能證明犯罪部分仍屬無罪判決，又實質上或裁判上一罪，不另為無罪諭知部分，應屬已經實體審理之無罪判決（最高法院 109 年度台抗大字第 1221 號裁定、107 年度台上字第 2696 號判決意旨參照）。是依上述裁判意旨，不另為無罪諭知部分，仍屬無罪判決，（形式上）似為本法第 92 條第 2 項但書第 4 款射程效力所及。為此，以下爰區分數類型加以討論：

（一）關於裁判上一罪類型：

查不另為無罪諭知部分如非屬對象罪，相對於有罪（對象罪）部分亦屬「輕罪」，因依想像競合犯等裁判上一罪從一重處斷，不另為無罪部分縱有認定事實錯誤之情，仍係依重罪處斷，或可認為不影響判決（本旨），而不在本條項射程範圍內，且不另為無罪量刑部分固未經國民法官判斷，但有罪部分既經國民法官審理判決，並參與量刑，審酌本法設計旨趣在於：一定重大案件由職業法官與國民法官共同審判量刑，上述情形如不發回原審，似難認與本法設計旨趣有悖。相對於此，不另為無罪諭知部分如係屬於「重罪」，且為對象罪，或可認為認定事實錯誤影響判決，可能須依本條款規定發回第一審法院。

（二）關於合併起訴類型 1：

如檢察官係合併起訴對象案件與非對象案件，且非對象案件有不另為無罪諭知部分，第二審法院審理結果認對象案件應駁回上訴或自為判決，考量非對象案件僅係「搭便車」而行國民參與審判程序，既然對象案件應駁回上訴或自為判決，已無便車可搭，縱非對象案件有不另為無罪諭知部分，是否仍以由第二審法院自為判決為宜？

（三）關於合併起訴類型 2：

第二審法院審理結果如認對象案件應發回第一審法院，非對象案件雖有不另為無罪諭知部分，但該部分係屬於輕罪時，依上述說明，就非對象案件是否仍宜由第二審法院自為判決？相對於此，非對象案件不另為無罪諭知部分，係屬於重罪時，究應一併發回，或仍得由第二審法院自為判決，可能須進一步討論。

（下期待續）

（作者為臺灣高等法院花蓮分院庭長）

註釋

31 日本東京高等裁判所平成 30 年 3 月 20 日裁定參照。

32 日本東京高等裁判所令和 4 年 5 月 20 日判決參照。

33 西野吾一，〈公判前整理手続後の訴因変更〉，別冊ジュリスト 232 号、第 131 頁，2017 年 4 月。

34 邱鼎文，〈國民法官法案件之第二審程序— 以規範之分析與檢討為中心，五之三〉，司法周刊 2210 期、第 2 版，113 年 5 月 31 日；三井誠、河原俊也、上野友慈、岡慎一等編，新基本法コンメンタール刑事訴訟法〔第 2 版〕、第 561 頁（園原敏彦執筆），2014 年 4 月。

35 本法第 8 條規定：國民法官之職權，除本法另有規定外，與法官同，立法理由載明：國民法官之職權，包含全程參與審判程序之進行，以及於評議中與法官合議，就事實認定、法令適用、刑之量定共同作成判斷，是以國民法官於其所參與審理之個案，除本法第 69 條第 1 項前段所列事項外，原則上與（職業）法官職權應無分軒輊。

36 如第一審法院認被告於警詢、偵訊之自白係非基於強暴、脅迫方法取得，應有證據能力，但第二審法院認被告上開自白係以強暴、脅迫方法取得，應無證據能力，如將被告上開自白剔除，如其他證據不足以認定被告有罪，即有可能影響實體法事實認定。