國民法官法上訴審之實務思維

中

文／吳冠霆

（文接上期）

上開有關經驗法則、論理法則的說明，固屬吾人學習刑訴法中的基礎問題，但實際應如何運用？並非如想像中如此簡單。茲舉日本法上通稱「巧克力罐事件」[20]之案件予以說明。

該案件的被告由國外搭乘飛機飛往日本成田機場，並把近 1 公斤的毒品分裝後，分別藏入 3 罐巧克力罐中，再將之放入背包，以手提行李方式，將背包帶上飛機。之後，被告在入境日本時經海關人員查獲，其辯稱巧克力罐是受友人委託走私護照帶回日本，且於國外收受假護照時受託將巧克力罐併帶回日本轉送他人。被告另稱當時雖曾想過巧克力罐中說不定有毒品而心感不安，但經確認罐身並無開封痕跡而感到釋懷，且接受海關人員檢查時，主觀上一直不認為巧克力罐中藏有毒品，因而否定有走私毒品之情。

第一審（裁判員）審理結果，認為被告雖然有收受 30 萬日幣及機票等報酬而帶回巧克力罐，且巧克力罐的重量、被告接受海關人員檢查時的言行也有異常，但因綜合被告將裝有偽造護照的袋子放在行李底部，卻將巧克力罐放在容易被檢視的最上層等情，認為被告否認犯罪尚有可信之處，判決被告無罪[21]。

第二審審理結果，則以被告就如何自國外攜帶巧克力罐返國的經過前後多次矛盾，且隱瞞受走私毒品罪尚在審判中的友人委託運送偽造護照之情事，認定被告所述不可採；並綜合檢察官所提出的間接證據等，認定被告有走私毒品的認識，因而撤銷第一審無罪判決，改判被告有罪。被告隨即提起上訴。

對於被告的上訴，日本最高裁判所撤銷第二審的判決，並自為判決駁回檢察官的上訴，故第一審的無罪判決因而確定。最高裁判所指出：「刑訴法原則上視第二審之性質為事後審，第二審並非和第一審持相同之立場審理案件，而是以當事人之訴訟活動為基礎所形成的第一審判決為對象，為事後性的審查。…… 故第二審認定事實錯誤的審查，應從第一審判決所進行的證據證明力的綜合判斷，對照論理法則、經驗法則是否不合理的觀點予以審查，並認為不合理者，始屬適當。從而，第二審認定第一審判決所認定的事實錯誤，應具體明示第一審判決之事實認定，對照經驗法則、論理法則後不合理處為必要，此在以引進裁判員制度為契機，而於第一審貫徹直接審理、言詞審理的狀況下，實屬妥適。…… 本件第二審判決並未充足說明判決被告無罪的第一審判決，對照經驗法則、論理法則有何不合理之處，因認第二審之判決有所違誤，因而駁回檢察官之上訴，維持第一審之無罪判決。」

上開「巧克力罐事件」日本最高裁判所的見解，若以我國法的角度觀之，或許會覺得不可思議。畢竟第一審事實認定錯誤，而第二審依據檢察官所舉的證據，認定出正確的事實，豈有違法可言？就此，於我國法下，如此的解釋確屬正確，此即為覆審制的展現，因為第二審是重複的第一審，則不同的事實審依據相同的證據認定出不同的事實，雖非常態，但也並非絕無僅有。然如前述，在以事後審制兼續審制的國民法官案件中（或日本的裁判員制度），上開「巧克力罐事件」日本最高裁判所的見解只能說是符合國民法官法第 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。」之意旨。此亦係前開所述最高法院 111 年度國模台上字第 1 號模擬判決所指：「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。」的精神所在。也就是說，第二審並不是要重新認定一個事實，而是去審視第一審所認定出來的事實，有無違反經驗法則、論理法則之處，且顯然影響於判決，必須予以撤銷。

基此，在國民法官制度下，試舉一例以為說明。被告某甲開車搭載女友某乙，因與某丙所駕駛（並搭載某丙之女友某丁）之車輛發生行車糾紛。某甲遂持放在車上的水果刀攻擊某丙，並造成某丙死亡。該案經檢察官以某甲涉犯殺人罪為由，提起公訴。第一審國民法官法庭審理後，以某乙證述某甲只是輕微刺向某丙為可採，並認某丁證述當時某甲的表情很猙獰為不可採，且佐以某甲與某丙並不認識而無深仇大恨等間接事實，認定某甲並無殺人犯意，僅成立傷害致死罪。就此，檢察官提起上訴。就上訴理由部分，並不是「某乙證述某甲只是輕微刺向某丙如何不可採，某丁證述某甲表情猙獰如何可採，可見被告某甲應有殺人犯意」；而應該是「第一審以某乙所述只是輕微刺向某丙而無殺人犯意、某甲與某丙不相識無深仇大恨而無殺人犯意如何違反經驗法則、論理法則」。比方說「原判決雖認某甲只是輕微刺向某丙，但某甲明顯是瞄準某丙的心臟刺去，所以不論某甲下手是否輕微，均無法如原審所導出並無殺人犯意的結論。故原審以某乙所述認定某甲無殺人犯意，顯然違反論理法則」（因為是朝向心臟刺去，所以導出無殺人犯意，與論理法則不合）；「對不認識無深仇大恨的人不見得一定無殺人犯意，如果有一定的原因，即使對不認識的人，亦可能有殺人的犯意（如無差別殺人）。一般人縱使有行車糾紛，也不會持刀攻擊對方，本件某甲僅因車輛擦撞之細故，即持刀攻擊某丙，可見依一般人之經驗法則，無從逕認某甲無殺人犯意。從而，原判決僅因某甲不認識某丙，即認為某甲不會有殺人犯意，與經驗法則及論理法則均有違背。」亦即，依一般人之經驗法則，不會僅因行車糾紛即持刀攻擊對方，某甲僅因此細故即持刀攻擊某丙，並非一般人所為，故原審以一般人不會僅因行車糾紛而起殺人犯意進而推論某甲無殺人犯意，與經驗法則有違；況依論理法則，對不認識的人不一定就不會有殺人犯意，原判決認為對不認識的人一定不會有殺人犯意，與論理法則亦屬有違。

肆 關於證據法則、訴訟程序違背法令的上訴

就違背證據法則、訴訟程序違背法令的上訴部分，首先應說明者，乃此與前述應高度尊重第一審國民法官認定不同，而應允許上訴審本於法律上之理解而予以認定[22]。此乃依國民法官法第 69 條第 1 項前段：「關於證據能力、證據調查必要性或訴訟程序之裁定及法令之解釋，專由法官合議決定之。」可知，有關證據法則、訴訟程序之解釋，是專屬於職業法官為之；則同屬職業法官之上訴審法院仍應依相關法令予以認定、適用。再者，國民法官法第 92 條立法理由中，指出：「第二審法院以原審判決有認定事實以外之不當或違法而撤銷時，則適用刑事訴訟法之相關規定」，同可得知上訴審法院有關證據法則、訴訟程序部分進行審查時，不需要受到國民法官法庭見解的拘束，可本上訴審法院觀點，決定國民法官法庭法律適用是否有誤。

其次，就訴訟程序違背法令的第二審上訴理由部分，日本法上分為（1）絕對上訴理由：訴訟程序違背法令的情形中，特別重大的事由。如判決之法院非依法律組成；不得參與判決的法官參與判決；（2）相對上訴理由：限於該錯誤明顯影響於判決者[23]。此等規範內容，當可作為我國參考。具體而言，在具有事後審制性質的國民法官第二審上訴案件，該如何決定訴訟程序違背法令，解釋上可以類推刑訴法第 379 條規定作為上訴理由。當然，既稱「類推適用」，則性質不同或另有明文規定之處，自不在適用範圍內。例如，法院之組織不合法者，乃刑訴法第 379 條第 1 款判決當然違背法令之事由，然國民法官法第 89 條已規定：「國民法官不具第 12 條第 1 項所定之資格，或有第 13 條、第 14 條所定情形者，不得為上訴之理由。」是遇有此等情形，當不得類推適用刑訴法第 379 條作為上訴事由。

再者，刑訴法第 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。」實務基此規定，延伸出無害瑕疵（或無害錯誤）法則。藉以避免僅以訴訟上之些許瑕疵，即造成第三審過重負擔。諸如在當事人未爭執證據存在及同一性情形下，未為實物提示、或就已具證據能力之供述證據，遂再依刑訴法第 159 條之 5 之同意法則處理、或除去違法取得之證

（文轉三版）

註釋

20 日本最高裁判所 2012 年 2 月 13 日第一小法庭判決，刑事裁判集第 482 頁，第 66 卷第 4 號。該案件之中文評論亦可見林裕順，國民法官與正當法律程序保障，月旦法學雜誌第 324 期，第 18-21 頁，2022 年 5 月。

21 亦即，走私毒品的罪遠重於走私護照，如果被告真想走私毒品，應該是會將裝有毒品的巧克力罐放置於下層，護照放置於上層比較合理，但被告竟相反放置，可見其不知道巧克力罐內為毒品。該案件是裁判員審判首次全面判決無罪的案件，並經檢察官以認定事實錯誤為由提起上訴；也是第二審就裁判員案件首次採納檢察官之上訴而判決全面有罪的案件，故在日本成為很大的社會話題。見三井誠著，吳秋宏、邱鼎文譯，日本刑事上訴審之構造及其運用，月旦裁判時報第 62 期，第 61 頁，2017 年 8 月。

22 蘇凱平，論國民參與刑事審判的上訴審查標準，萬國法律第 242 期，第 10 頁，2022 年 4 月。

23 三井誠，註 21 文，第 53 頁。

24 分見最高法院 97 年度台上字第 2049 號判決、99 年度台上字第 6420 號判決、100 年度台上字第 5504 號判決。

25 陳運財，註 8 文，第 6-7 頁。

26 國民法官法施行細則第 295 條參照。

27 文家倩，國民法官上訴審之定位及審查標準（中），司法周刊第 2140 期第 3 版，2023 年 1 月 13 日。

28 文家倩，註 27 文。

植根法律
數位法律資訊
劃撥帳號：07929998 戶名：植根雜誌社有限公司 TEL:(02)2707-2848 FAX:(02)2708-4428
加值型營業稅法
初版
黃茂榮 著作 定價 900 元
請自付郵
植根法律書
迅速、妥
之商業事件
商業
審理
7大
01 設置專
採二級
、妥適
大商業
02 律師強
由律師
格之人
，提升
03 科技
以線上
，並得
式審理
04 調解前
應由具
識之人
行調解
05 當事人
得列舉
造查詢
以評估
06 引進專
得聲明
意見，
專業性
07 秘密保
文書、
及營業
法院發
乾淨・透明・便
司 法
http://www.juc

法律網
的最佳平台
侵權行為法（債法總論 第五冊）初版
黃茂榮 著作 定價 900 元
價 65 元
書城熱賣中
適、專業
件審理程序
事件
理法
重點
專業法院
二審制，迅速
、專業處理重
事件
強制代理
或具有律師資
代為程序行為
審判效能
之運用
系統傳送書狀
以遠距訊問方
前置程序
備相關專門學
為調解委員先
人查詢制度
必要事項向他
或請求說明，
訴訟策略
專家證人
專家證人提供
強化事實審之
保持命令
勘驗物等如涉
秘密，得聲請
秘密保持命令
之司法
便民禮民・效能
法 院
dicial.gov.tw/
廣告

（文接二版）

據，依其他獨立證據，仍可為同一事實之認定者…… 等等[24]，均屬適例。此法則於國民法官第二審上訴案件，是否同有適用？就此，學者認為依國民法官法第 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。」之規定，可見不應僅以些微程序瑕疵，撤銷國民法官之判決；又於判決無影響的有瑕疵的判決，即使由上訴審法院撤銷，實質上亦無助於當事人利益之保護；且若不允許第二審法院依無害瑕疵法則處理，將來上訴第三審時，第三審仍有該法則之適用，殊途同歸等理由，認為在國民法官第二審上訴案件，仍應有此法則之適用[25]。

上開認為國民法官第二審上訴案件，應同有無害瑕疵法則之適用之見解，個人亦贊同之。最高法院在模擬案件中，亦指出：「就第二審而言，如果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，以該等違背法令之情形，已顯然影響於判決為限，始得撤銷第一審判決。換言之，僅是訴訟程序違背法令有影響判決的可能性，並不足以構成撤銷事由；必須是如果沒有該訴訟程序違背法令之情形，會產生與原判決不同判決的高度蓋然性，始足構成撤銷事由。」

國民法官第二審就證據法則、訴訟程序違背法令既以採行事後審為原則，則於提起第二審上訴時，針對國民法官第一審判決以證據法則、訴訟程序違背法令時，應援引其相關事實或情節，以利第二審法院審查[26]。且如前述，為使第二審得以判斷是否有無害瑕疵法則之適用，於上訴書中仍宜記載第一審該等違法情事如何已影響於判決，以致於第二審法院應予撤銷之理由。

附帶說明者，在美國法上訴審是併採取「無害瑕疵法則」、「未提出視為放棄法則」[27]。則在國民法官第二審上訴案件，是否會有「未提出視為放棄法則」之適用？

美國法上的「未提出視為放棄法則」，乃在當事人進行主義下，強調當事人於原審主張權利之責任。若當事人未於原審就該錯誤提出異議，上訴時就負有證明該錯誤為明顯錯誤的舉證責任[28]。就此，我國實務在某些案件中，確實有提及「未提出視為放棄」法則之適用[29]。不過，因為法無明文在國民法官上訴案件仍有此法則之適用；且若要採行此法則，將可能逼使當事人及辯護人在第一審國民法官法庭審理過程中，不斷就訴訟過程予以爭執而導致訴訟長期化的結果，此與國民法官法第 45 條等希望減少國民法官時間與精神過重負擔的精神相悖。故個人以為，國民法官案件，當無採用「未提出視為放棄法則」之必要。

伍 關於新證據的部分

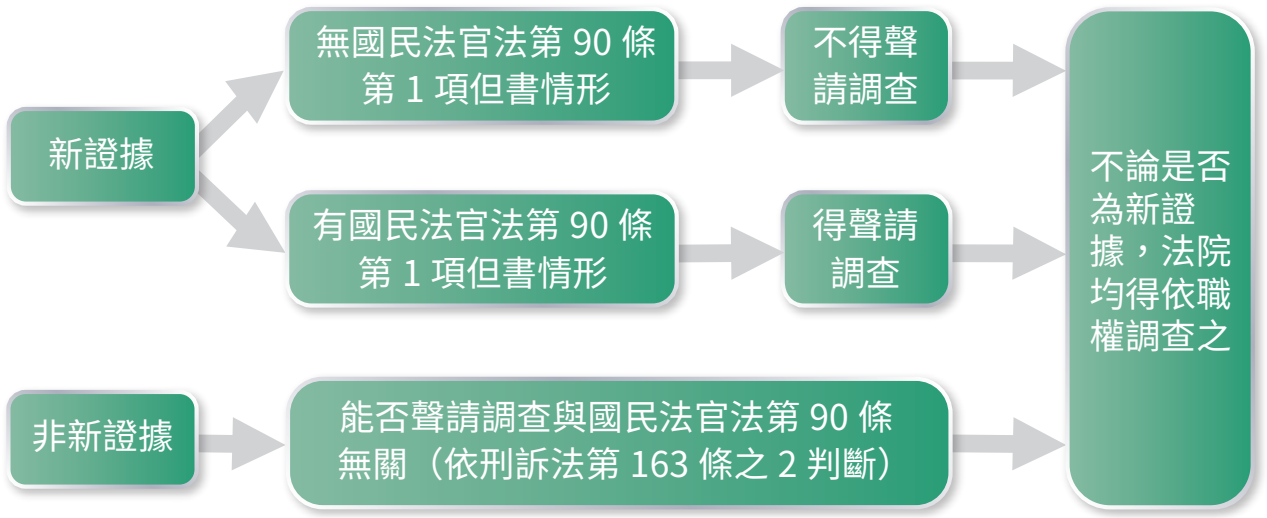
國民法官法第 90 條限制當事人及辯護人，於第二審法院原則上不得調查新證據。該條主要理由是因為依國民法官法第 64 條第 1 項前段就當事人、辯護人於準備程序終結後，已規定不得再聲請調查新證據，是於提起第二審上訴後，如仍許當事人、辯護人聲請調查新證據，將失卻國民參與審判落實集中審理之精神[30]。簡言之，為了促使當事人、辯護人於國民法官第一審案件中，認真為攻擊及防禦，避免訴訟延滯，以達到國民法官法第 68 條所彰顯集中審理的精神，該等規定自有其必要性。當然，如前所述，第二審作為事實審終審，某程度仍應有作為救濟第一審不當或不及為事實認定或量刑認定的機制。因此，在符合國民法官法第 90 條第 1 項但書之例外情形下，仍許可調查新證據[31]。

國民法官第二審案件既以限制調查新證據為原則，則有關「新證據」的內涵，即為重要。就此，依國民法官法施行細則第 296 條所為定義性的說明，係指「未於第一審法院調查之證據，且未經當事人、辯護人於第一審準備程序終結前聲請調查者」屬新證據。包括：（1）未曾提出證據調查聲請。（2）提出聲請後未經調查即撤回聲請之情形。（3）證據雖曾經當事人、辯護人於第一審準備程序終結前聲請並經法院裁定准許調查，惟未於第一審法院審理中踐行調查程序，經曉諭提出後仍不提出，足認其已無聲請調查之意思者[32]，視同已撤回調查之聲請等情形在內。是以，如果是屬於上開所指之新證據，則在國民法官第二審案件審理中，除非有國民法官法第 90 條第 1 項但書的例外情形，否則即不得聲請法院調查之。

再者，國民法官法第 90 條既然是在規範新證據，則若不屬於「未於第一審法院調查之證據，且未經當事人、辯護人於第一審準備程序終結前聲請調查者」，也就是在定義上屬於「非新證據」者，是否能於第二審審理中聲請法院調查，即與該條無關，而應回到刑訴法的相關規定予以審酌。例如[33]：（1）就第一審已經調查過的證據，重新聲請調查者。如針對第一審已經交互詰問過的證人，以未臻明確為由，聲請在第二審再行調查。應依國民法官法第 4 條，適用刑訴法第 163 條之 2、第 196 條等規定，定其應否調查的標準，與國民法官法第 90 條的新證據無關。（2）在第一審曾聲請調查的證據，但被第一審法院認無調查之必要而駁回，以致未調查的證據者。同應依國民法官法第 4 條，適用刑訴法第 163 條之 2 等規定，定其應否調查的標準，與國民法官法第 90 條的新證據亦無關聯。

此外，應說明者，乃國民法官法第 90 條只是在規範當事人及辯護人聲請調查證據，並不影響法院依職權調查證據。故縱使在第二審所欲調查之證據，確屬國民法官法第 90 條第 1 項所指之新證據，且無該項但書所指例外得於第二審聲請調查證據之情形，當事人仍可請求法院依職權調查之。如此，法院或許會考量刑訴法第 163 條第 2 項等立法意旨，仍裁量依職權調查證據之。

綜上，有關新證據的調查與否，大概可圖示如下：



陸 關於量刑的上訴部分

國民法官的量刑部分，依國民法官法第 83 條的規定，是以國民法官併職業法官的相對多數意見決定，死刑案件更須達 3 分之 2 以上，可見上級審對於國民法官的量刑應給予高度尊重。詳言之，第二審就量刑審查部分，並非是比較第一審量刑與第二審所為判斷之量刑是否一致，而是審查第一審之量刑，是否有依刑法第 57 條，以被告之責任為基礎，審酌各款量刑因子後，而予適用；所說明之量刑情狀，是否欠缺合理性。除非有極度不合理（例如：忽略極為重要的量刑事實、對重要事實的評價有重大錯誤、量刑裁量權之行使違反比例原則、平等原則）之情形外，原則上均應尊重第一審量刑裁量權之判斷[34]。

前揭說明乃是在事後審的精神下，所得出應有的結論。不過，國民法官第二審制度之所以要有續審制的性質在內，主要在於要緩和事後審制下可能導致第一審終結後，被告因已無再受另一次量刑審酌之可能，而不願與被害人和解，導致不論被告或被害人，均無法因審級制度而獲取較能接受的刑度或補償。從而，針對量刑部分的上訴，第二審於認為有必要時，就第一審判決後發生之事實（如第一審判決後被告已與被害人和解並予賠償完畢），得依聲請或職權予以調查，並採為量刑之依據。而且，縱使第一審量刑時未及審酌事後的和解情形而並無瑕疵，法院仍可因該新產生的量刑證據，撤銷第一審之量刑[35]。

基於以上說明，即可理解國民法官法施行細則第 307 條所指「第一審判決之科刑事項，除有具體理由認有認定或裁量之不當，或有於第一審言詞辯論終結後足以影響科刑之情狀未及審酌之情形外，第二審法院宜予以維持。」之涵義。

（下期待續）

（作者為臺灣高等法院法官）

註釋

29 如最高法院 111 台上字第 5600 號判決：「當事人或辯護人對於原審審判長有關證據調查或訴訟指揮之處分不服者，除有特別規定外，依刑事訴訟法第 288 條之 3 規定，固得向法院聲明異議，而法院則應就聲明之異議裁定，然此項聲明異議權之行使有其時效性，當事人或辯護人本得聲明異議而未適時為之者，除有因其訴訟程序瑕疵重大而影響判決結果之情形外，應認其聲明異議權業已喪失，而不得執為第三審上訴之合法理由。」

30 國民法官法第 90 條立法理由參照。

31 關於該條例外得調查新證據之具體內容，甚有討論價值，國內多有討論（如張永宏，論國民法官法二審之證據調查，月旦裁判時報第 126 期，第 82-109 頁，2022 年 12 月），為免過度增加篇幅而模糊焦點，容另為文討論。

32 此乃依國民法官法第 74 條等規定，國民法官案件之證據調查，因採行當事人進行主義，已改由當事人提示，故如法院已准許調查該證據，然經曉諭而未提出者，當可認為有撤回調查該證據之意。而既已撤回該證據之調查，訴訟上即應視為未曾提出，故於第二審欲再提出者，自屬國民法官法第 90 條所指的「新證據」，原則上不准提出。

33 最高法院 111 年度國模台上字第 1 號模擬判決參照。

34 最高法院 111 年國模台上字第 1 號模擬判決。

35 三井誠，註 21 文，第 55 頁。