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

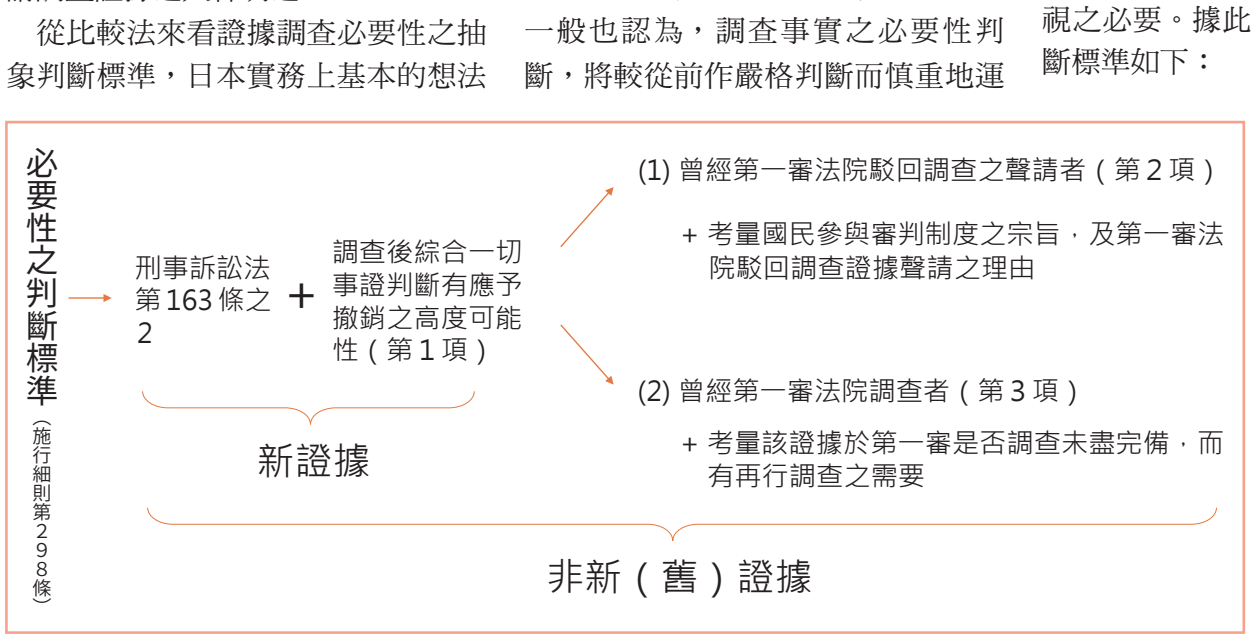
文／邱鼎文

（文接上期）

三、必要性之判斷標準

當事人、辯護人於第二審聲請調查證據，第二審法院審酌證據調查之必要性時，原則依刑事訴訟法第 163 條之 2 規定為之，惟於第一審行國民參與審判案件之第二審審理，因應第一審國民參與審判之特性，以及第二審審查模式，除上開考量事項以外，尚有其他宜審酌之事項[52]。因此，施行細則第 298 條第 1 項規定第二審法院審酌證據調查之必要性時，宜考量調查該證據後綜合一切事證判斷結果，是否足認有認定事實、適用法令或量刑之瑕疵而應予撤銷之高度可能，而規範第二審法院判斷證據調查必要性之標準。此處所稱「應予撤銷之高度可能」，是指第二審法院審酌調查該證據後，單獨或結合先前經原審合法調查之證據並綜合判斷結果，可能產生合理懷疑，認第一審判決可能存有前開瑕疵而有不當或違法之蓋然性，不以獲致確定之心證為必要[53]。再者，同條第 2 項至第 4 項規定：兩造聲請調查之證據曾經第一審法院駁回調查之聲請者，第二審法院審酌調查之必要性時，並宜考量國民參與審判制度之宗旨及第一審法院駁回調查證據聲請之理由，妥適為之；曾經第一審法院調查者，第二審法院審酌調查之必要性時，並宜考量該證據於第一審是否調查未盡完備，而有再行調查之需要[54]，且有關必要性之事由，應由聲請調查證據之人釋明之。

從比較法來看證據調查必要性之抽象判斷標準，日本實務上基本的想法是調和第一審集中審理及發現實體真實之要求[55]，亦即，比較檢討：如予調查，就一般而言是否會助長輕視第一審集中審理之趨勢（反之，如不調查對於輕視第一審集中審理有多少抑制效果），及如不調查該證據，在發現實體真實、追求個案具體妥當性方面，將會遺漏第一審之違誤至何種程度，而進行綜合判斷[56]。於裁判員制度施行後，更強調貫徹第二審之事後審性質，從第一審集中審理的角度，嚴格斟酌證據調查之必要性[57]。另外，從統計數據來看，戰後日本第二審實務上，有經常進行證據調查之情形，但近年來確有逐漸下降之趨勢，有半數案件僅陳述上訴理由及答辯即審理終結而判決，且進行證據調查者，大部分是爭執量刑不當之案件，而僅就量刑情狀簡單詢問被告、調查情狀證人或是書證（陳報狀、和解書、陳情狀等）[58]。在引進裁判員制度後之現在，因為強調貫徹第二審之事後審性質，在回顧經常運用事實調查之過去實務運作狀況後，認為應較過去更為限制之看法，甚為有力，一般也認為，調查事實之必要性判斷，將較從前作嚴格判斷而慎重地運用[59]。由前述台日之對比可知，施行細則第 298 條第 1 項將必要性之判斷納入「應予撤銷之高度可能」的考量，其理由也是為貫徹第一審集中審理及第二審事後審查之性質。



四、得調查新證據之要件

本法及施行細則均未規定或說明本法第 90 條第 1 項但書各款要件之適用標準，然而各款適用之寬嚴，牽涉調查證據數量之多寡，也是影響第二審法院是否能朝事後審制方向運作之重要因素，自宜釐定其適用標準。又本法第 90 條第 1 項限制當事人、辯護人於第二審程序調查新證據之規定，是延續第一審程序第 64 條第 1 項集中審理之精神而來[60]，該條採用之失權效法理，目的在於促使當事人、辯護人於一定期間內聲請調查證據，以避免遲滯訴訟程序、破壞審理計畫，同時也反映出防止訴訟突襲、維護審判活動公平性之意義，判斷標準則是著眼於兩造是否具有「可歸責性」。因此，但書各款要件之解釋，除事後審制的角度外，也有以當事人、辯護人是否具有「可歸責性」檢視之必要。據此，本文認為各款之判斷標準如下：

（一）第 90 條第 1 項但書第 2 款「非因過失，未能於第一審聲請者」及第 3 款「於第一審辯論終結後始存在或成立之事實、證據」等情形，無論從事後審或貫徹集中審理之角度來看，當事人、辯護人均不具「可歸責性」，事實上第 3 款「於第一審辯論終結後始存在或成立之事實、證據」之情形，則顯然是採取限制續審制。舉例而言，前者如：第一審終結前證人之行方不明，其後始知悉其所在；後者則如：第一審辯論終結後，被告與被害人始達成和解或尋獲被告犯罪所用之工具等情形即是。

（二）就「當事人、辯護人均同意且法院認為適當者」（第 64 條第 1 項第 1 款）部分：本款是從當事人進行主義角度，肯認兩造對於調查證據之主導權，惟為能貫徹集中審理及第 91 條所揭示事後審查之精神，立法討論當時即附加「法院認為適當者」為要件，以資調節[61]。有關適當性之判斷，參酌第 64 條之立法說明，宜依個案情形，視於第二審同意調查該證據是否將影響第一審之集中審理、有無故意遲滯訴訟之情形而定。另外，從事後審制的角度來看，未來第二審法院審酌適當性要件時，亦宜考慮兩造所聲請調查證據之**待證事實，是否於第一審言詞辯論終結前已存在**[62]，以免因當事人、辯護人未積極表示意見，而產生浮濫調查及擴散爭點之結果。

（三）就「為爭執審判中證人證述內容而有必要者」（第 64 條第 1 項第 4 款）部分，雖然本款是指彈劾證據，但基於集中審理及「可歸責性」之觀點，如彈劾證據可於第一審程序中彈劾使用，或依本法第 64 條規定聲請作為實質證據而調查，但卻不提出時，原則上不應允許於第二審程序聲請作為實質證據調查（但仍得於第二審程序中彈劾使用），以防止故意不於第一審程序彈劾或聲請調查，再利用本款規定於第二審作為實質證據而聲請調查之情形。亦即，本款必要性要件之判斷，似宜特別注意有無刻意迴避於國民法官法庭交互詰問之情事，以維護第一審國民參與審判集中審理之要求及審判之公平性。

（四）就「如不許其提出顯失公平」（第 64 條第 1 項第 6 款）部分，因本款為概括條款，目的是為避免重要證據無法依其他各款准予調查而有礙公平正義之實現[63]，從貫徹當事人

（文轉三版）

註釋

52 施行細則第 298 條立法說明一。

53 本條立法說明二。

54 兩造如為聲請重新傳喚已經第一審法院詰問完畢之證人於第二審到庭作證者，並有刑事訴訟法第 196 條之適用，見本條立法說明四。

55 河上和雄等編，註 37，第 389 頁（小林充執筆）。

56 松尾浩也等編，註 32，第 1161 頁。

57 例如，東京高等裁判所平成 23 年 8 月 9 日判決：「有鑑於刑事訴訟法採取第一審集中審理及第二審事後審查第一審判決即所謂的事後審查審性格，本條第 1 項本文之調查，運用上應予慎重。如允許檢察官於第二審就第一審舉證不足之處全面性的重新舉證，將助長當事人輕視第一審集中審理趨勢之結果。」東高時報 62 卷 64 頁；東京高等裁判所平成 24 年 1 月 30 日判決：「如以引進裁判員制度而謀求第一審集中審理之必要性來看，運作上期望第二審法院作為事後審而自第一審審理及判決有無瑕疵之觀點，限於確有必要之情形始進行事實之調查，依第 393 條第 1 項本文之依職權為事實之調查，即是以此觀點為基礎之合理裁量而有進行之必要，自應避免於必要性薄弱時進行事實之調查。」判タ 1404 号 360 頁。

58 石井一正，註 46，第 253 頁。

59 石井一正，註 46，第 261 至 262 頁。依統計資料顯示，自 2012 年起至 2020 年止實施調查證據之比例，即有自 55.4% 下降至 39.1% 之情形。川上博之，控訴審の現状と弁護活動の工夫：特集の趣旨にかえて、刑事弁護，114 号，2023 年 4 月，第 10 頁。

60 本法第 90 條立法說明一。

61 「國民參與刑事審判法案研議委員會」第 14 次會議，第 72 至 73 頁。

62 對照日本刑事訴訟法第 393 條第 1 項及第 2 項之規定可知，該條第 1 項所定調查之對象事實，即是以原審判決時已存在者為限。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 3 版〕，日本評論社，2018 年 3 月，第 638 頁（平木正洋執筆）。第 393 條條文，詳參註 31。

63 「國民參與刑事審判法案研議委員會」第 14 次會議，第 68 頁。另外，民事訴訟法第 447 條之立法理由謂：「審判所追求者，為公平正義之實現，如依各個事件之具體情事，不准許當事人提出新攻擊或防禦方法，顯失公平者，應例外准許當事人提出之，否則法院之裁判殆失其意義。」

64 模擬法庭中曾有認為應以「聲請調查之新證據用於證明有利於被告事項者」為限之見解（最高法院 111 年度國模台上字第 4 號判決，第 7 頁；臺灣高等法院 111 年國民法官上訴審模擬法庭第 2 輪次第 5 場座談會會議紀錄，第 13 至 14 頁，均源自註 3 網址）。惟本款規定與刑事訴訟法第 163 條

JUDICIAL
司法
徵稿啓事
一、本刊歡迎各界賜稿，內容應符合學術倫理規範，請勿違反學術社群共同接受的行為準則；並請適當遮掩個人資料及其他法定限制公開事項。
二、本刊審查實行雙向匿名制，作者姓名、服務機關及其他可辨識作者身分之資訊，請勿出現於稿件內文中。
三、文稿內容應符合學術倫理規範，請勿違反學術社群共同接受的行為準則；並請適當遮掩個人資料及其他法定限制公開事項。
四、本刊採用稿件，每篇酌致稿酬，並贈送當期刊物。
五、本刊採用稿件，得為文字修潤或內容刪減。
六、文稿一律不退件，請自留底稿。稿件如經採用，文責自負。
七、刊出文稿除紙本刊登外，亦置司法院網站；並酌計稿酬，寄贈該期刊物。

第九十條第一項但書各款之解釋（例外從嚴）

各款	參考標準
當事人、辯護人均同意，且法院認為適當者。（第 90 條第 1 項第 1 款、第 64 條第 1 款）	1. 調查該證據是否影響第一審集中審理、有無故意遲滯訴訟。 2. 審酌適當性要件時，宜考慮兩造所聲請調查證據之待證事實，是否於第一審言詞辯論終結前已存在，以免因當事人、辯護人未積極表示意見，而產生浮濫調查及擴散爭點之結果。
為爭執審判中證人證述內容而有必要者。（第 90 條第 1 項第 1 款、第 64 條第 4 款）	本款必要性要件之判斷，宜特別注意有無刻意迴避於國民法官法庭交互詰問之情事，以維護第一審國民參與審判集中審理之要求及審判之公平性。
如不許其提出顯失公平者。（第 90 條第 1 項第 1 款、第 64 條第 6 款）	宜著眼於「兩造對審之公平性」，而非證據之內容有利或不利。
非因過失，未能於第一審聲請。（第 90 條第 1 項第 2 款）	集中審理及「可歸責性」。
於第一審辯論終結後始存在或成立之事實、證據。（第 90 條第 1 項第 3 款）	集中審理及「可歸責性」。

（文接二版）

對等及第二審事後審查之角度來看，本款「顯失公平」之解釋，似宜著眼於「兩造對審之公平性」，而非證據之內容有利或不利[64]。

五、調查之效力

本法第 90 條第 2 項規定：「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。」此因重複調查非但無助於當事人訴訟權益，更與訴訟經濟有違，而無從實踐有效率之刑事審判。惟當事人、辯護人於第一審為達交互詰問目的所提示之書物證等特定資料，除已附合於交互詰問內容，而成為對證人、鑑定人、通譯提問或回答之一部分者，事實上並未經證據裁定及合法調查，應不能當然作為第二審法院判斷之依據[65]。因此，施行細則第 297 條規定：「當事人、辯護人於第一審詰問證人、鑑定人、通譯時提示之資料，未經法院裁定以之為證據並調查完畢者，非本法第九十條第二項所稱經合法調查之證據。」以免爭議。其次，就當事人、辯護人於第二審始聲請調查之證據，如經第二審法院准許調查，並合法調查完畢者，得作為判斷之依據。」以資明確。再者，為貫徹預斷排除原則、避免審判程序冗長、證據污染第二審法院之心證，及第二審法院依未予調查之書證、物證獨自形成心證，而有架空國民參與審判制度宗旨之虞，施行細則第 299 條第 2 項規定：「證據如經第二審法院裁定無證據能力、無調查之必要，或新證據不符合本法第九十條第一項但書規定，不得於審判期日主張或調查之。」如當事人、辯護人自行將上開證據提出於第二審法院，第二審法院得依刑事訴訟法第 273 條第 1 項第 4 款規定為妥適之處置，例如，認為並不適合接觸或閱覽該證據內容時，自得退還或命其取回之[66]。

另外，針對案件經第三審法院發回第二審更審之情形，施行細則第 302 條規定：「案件經第三審法院發回第二審更審之情形，有證據能力，並經原審或前審合法調查之證據，得逕為更審法院判斷之依據（第 1 項）。前項情形，宜注意使當事人、辯護人或輔佐人對爭執證明力之證據有表示意見之機會（第 2 項）。」以實踐有效率之刑事審判，並兼顧兩造之意見。

伍 職權調查證據

刑事訴訟法第 163 條第 2 項規定法院有依職權調查證據之權利及義務，向來實務就法院職權調查證據義務部分，乃基於檢察官負實質舉證責任、公平法院及無罪推定原則，而將刑事訴訟法第 163 條第 2 項但書所謂「公平正義之維護」，為目的性限縮，解釋為專指利益被告之事項[67]。本法及施行細則雖未就第二審法院職權調查證據作特別規定，惟本法第 90 條之立法說明已指出「… 至有關第二審法院依職權調查證據部分，並未在本條規定之列，故自應回歸適用刑事訴訟法之相關規定」，則刑事訴訟法第 163 條第 2 項規定及上開實務見解，於本法案件之第二審程序自仍適用。雖然如此，本法與刑事訴訟法在採行當事人進行原則與適用強制辯護之程度，及第二審程序審級屬性等方面，既均不同，第二審法院就本法案件與一般案件之職權調查證據義務，宜有合理之區別[68]。由於如同前參、所述，第二審法院限於「明顯重大而容易發現」之違法或不當始有職權調查義務，基於本法案件與非本法案件之公平性、本法所採用之當事人進行原則、第二審程序事後審兼續審之性質，及與向來實務見解之均衡性等考量，**就上訴理由未敘明部分，應限於第一審判決有「明顯重大而容易發現」之瑕疵且為「利益被告事項」時，第二審法院始有職權調查證據義務，較為合理**。又為兼顧本法當事人進行原則及第二審程序事後審查之立法理念，第二審法院於有此情形時，亦宜先依刑事訴訟法第 273 條第 1 項第 5 款之規定，曉諭兩造聲請調查證據，如兩造均不聲請調查時，始由第二審法院依職權調查證據。

陸 事實認定之審查

就第二審法院審查原審判決事實認定之標準，本法第 92 條第 1 項但書參考日本實務「法則違反說（或稱「不合理說」）」之見解[69]，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。」施行細則第 305 條亦規定：「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 1 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（第 2 項）。」以具體化實務運作之標準。

本法第 92 條第 1 項但書及施行細則第 305 條所稱之「事實認定」，是指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[70]，此與日本法之解釋相同，限定於**應經嚴格證明之事實**，至於訴訟法上之事實及單純一般情狀之事實，則不屬之[71]。在此值得討論者是，本法第 92 條第 1 項但書及施行細則第 305 條之規定，與日本最高裁判所判決意旨所述「事實認定對照論理法則、經驗法則『等』而可稱為不合理」之內容，容有差異，乍見之下，似已就事實認定部分排除其他非違反經驗法則及論理法則但不合理之事實誤認型態。然而，實務上事實誤認之型態，並非僅有違反經驗法則與論理法則之情形，例如：於第二審時始發現被告在第一審頂替他人之罪，真正犯人另有其人[72]，或認定事實違反其他法則[73]等即是。故於有上開情形時，即有以事實誤認為理由而撤銷原審判決之可能性。其次，本法第 92 條立法說明一亦指出：「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。」並無完全排除其他事實誤認形態之意。即便是前開含有「等」字之日本最高裁判所判決意旨，論者多數亦認為，上開判例所示之審查標準，不僅只限定經驗法則與論理法則，「類此程度而得成為事實認定標準之法則[74]」亦是合理性審查之標準，並未限定事實誤認只有違反經驗法則與論理法則之型態[75]。再者，刑事訴訟法第 154 條第 2 項、第 155 條第 1 項就犯罪事實之認定，已規定應由法院依證據本於確信自由判斷，判斷過程不得違背經驗法則及論理法則，對照本法第 91 條及第 92 條之立法理由一、來看，第 92 條第 1 項但書再予規定，顯是為強調第二審為「事後審查審」的立法理念。

（下期待續）

（作者為彰化地方法院庭長）

註釋

第 2 項但書之規範目的與性質不同，似無作相同解釋之必要。

65 施行細則第 297 條立法說明。

66 施行細則第 299 條立法說明三。

67 最高法院 101 年度第 2 次刑事庭會議決議（一）參照。實務判決，例如，最高法院 112 年度台上字第 961 號，亦同此旨。

68 日本刑事訴訟法第 393 條（條文詳參註 31）之規定，形式上雖與第二審法院職權調查證據之義務相關，然因該條之規範方式、學理及實務之問題討論與本法有異，難以參採，爰不予介紹，附此說明。

69 其指標性案件為最高裁判所平成 24 年 2 月 13 日第一小法廷判決（即所謂「巧克力罐案（チョコレート缶事件）」），刑集 66 卷 4 号 482 頁。該判決意旨說明：「刑事訴訟法有關第二審的性質，原則上為事後審，第二審並非與第一審以相同的立場而審理案件本身，而是以將當事人訴訟活動作為基礎而形成之第一審判決作為對象，對其進行事後的審查。有鑑於在第一審，是採用直接審理主義及言詞審理主義，直接調查關於爭點之證人而以其作證時之態度等為基礎，判斷供述的可信性，並且綜合這些事證預定進行事實認定，第二審對於事實誤認的審查，應該從第一審判決所為之證據可信性的評價，及證據的綜合判斷，對照論理法則、經驗法則等是否可謂為不合理的觀點來進行，刑事訴訟法第 382 條所謂的事實誤認，解釋為第一審判決的事實認定對照論理法則、經驗法則是否不合理，實屬適當。因此，第二審為認定第一審判決有認定事實之錯誤，可以說有必要具體表示第一審判決的事實認定，對照論理法則、經驗法則不合理之處的必要。此項表示，以引進裁判員制度為契機，於第一審強化直接審理主義、言詞審理主義之狀況，更顯現其適當性。」

70 施行細則第 305 條立法說明三、第 295 條立法說明二。

71 三井誠等編，註 62，第 627 頁（園原敏彥執筆）。

72 見伊丹俊彥、合田悅三編集代表，逐条実務刑事訴訟法，立花書房，2018 年，第 1099 頁。就此種類型，日本刑事訴訟法第 383 條第 1 款訂有「該當得聲請再審之事由」之第二審上訴理由，以資因應。

73 例如，被告於第一審法院坦承犯行，但除自白外並無其他適格之補強證據，惟第一審法院仍依被告自白認定有罪而違反補強法則之情形。

74 例如，斎藤司、論理則・経験則の意義・機能をめぐる現状と課題、法律時報 95 巻 3 号，2023 年 3 月，第 50 頁。

75 論者亦認為，巧克力罐案判決並未說明「論理法則、經驗法則等」之用語所指為何，今後仍有賴累積類此個案之具體判斷，而更加明確化其內涵。上岡哲生，最高裁判所判例解說刑事篇平成 24 年度，第 143 頁。

一、本刊歡迎兼顧理論與實務、探討司法制度、法學新知、足供讀者參考的作品；並歡迎司法人、事及法院的故事。來稿請聯繫（02）23618577 分機 844 或 849。
二、作品如以偵、審中案件，及未確定案件為主題，或作者為文稿議題之關係人士，請勿來稿。
三、本刊對來稿有權潤飾斟酌，對有疑義之內容將洽請作者再行檢視；不願接受刪改者，請加注說明。
四、文長宜在 7200 字以內，以利一次刊出。文內引用資料請加註解，以利參考。
五、