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

五之四

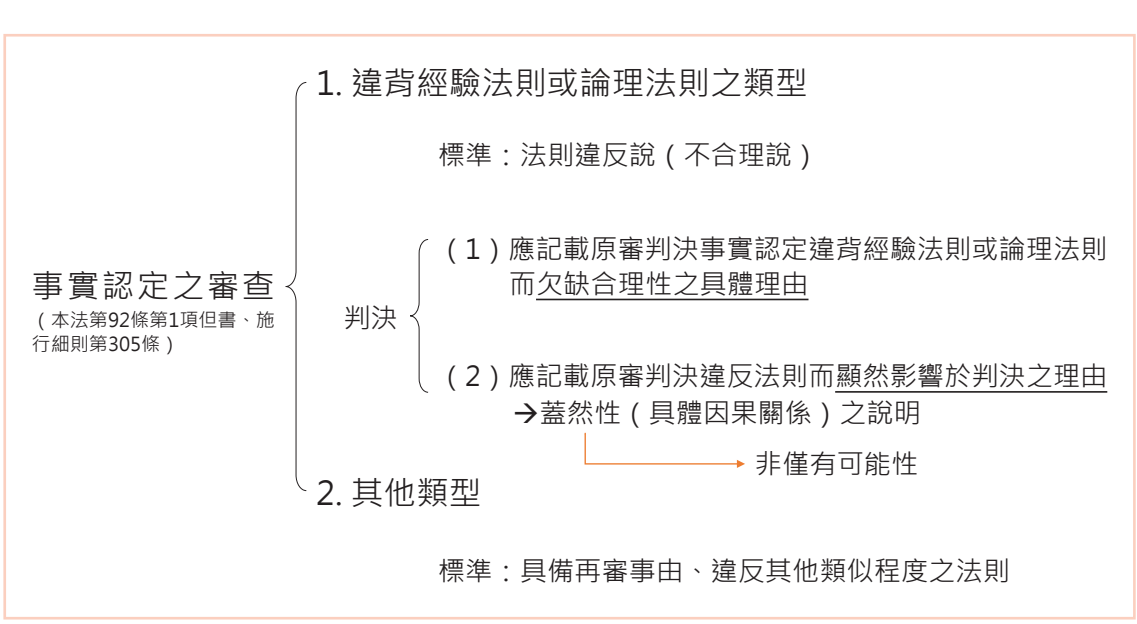
文／邱鼎文

（文接上期）

且採取經驗法則及論理法則或其他類似程度之法則，以及具備再審事由等相對於「心證優先說」嚴格之審查標準，也才能作為第二審職業法官合議庭撤銷第一審國民法官法庭所認定事實之正當化基礎。因而，雖然實務上事實誤認以違反法則之類型占多數，但如綜合前述實務現實狀況、立法理由及比較法之見解，**第 92 條第 1 項但書之規範目的，應在於明示第二審法院就證據評價採取「法則違反說」而非「心證優先說」之審查標準**，避免尊重國民參與審判結果及第二審程序朝事後審方向運作之理念落空，並未排除其他事實誤認而不合理之型態[76]。因而，本文認為，在無法藉由擴張解釋「經驗法則或論理法則」之概念以包涵前述事實誤認態樣之情形下，本法第 92 條第 1 項但書、施行細則第 295 條第 1 項第 1 款及第 305 條之文字，均宜理解為**例示規定**，較為合理妥適。

其次，所謂「經驗法則」，是指一般人基於日常生活所得之經驗，客觀上為大多數人所普遍接受之原則；「論理法則」則指經由事物之歸納及演繹方法，取得一定之推理原則及邏輯法則；「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，至於僅第二審法院關於證據評價、適用法則之見解或價值判斷與第一審判決有所不同，而雙方各有所據者，自不屬之[77]。「違背論理法則或經驗法則」之具體例，施行細則第 305 條立法說明二也指出：（一）所憑證據之內容顯不明確；（二）比附某種證據而為不合理之推定；（三）所憑證據與認定事實無關聯性；（四）所憑證據與事理顯然矛盾；（五）證據本身存有瑕疵；（六）積極證據不足以證明犯罪事實，僅以被告辯解不成立持為論罪之依據；（七）認定犯罪事實之證據，其判斷欠缺合理性及妥當性；（八）就同一證據或相對等證據，其所為判斷相互矛盾；（九）僅以特定陳述係於先後不同時期陳述，持為判斷證明力強弱之標準等情形為例。就此，日本實務見解則舉：供述信用性之判斷與客觀證據或事實相矛盾而明顯不合理、由間接事實推認主要事實時，未考慮或遺漏重要之客觀證據或事實而明顯不合理等型態[78]為例，亦可供參考。由於對於經驗法則可能有各種不同的看法，如果不能指摘第一審判決違反具有高度確實性的經驗法則而明顯不合理的話，恐無法獲得國民的理解[79]。基於本法反映國民正當法律感情之立法目的，第二審法院宜確認所指之經驗法則，是否為客觀上為大多數人所普遍接受，而非僅憑職業法官認知之經驗，即推翻第一審之認定。

另外，本法第 92 條第 1 項但書及施行細則第 305 條所謂「顯然影響於判決」之意，是指如無違背經驗法則或論理法則，即有作成與現存判決內容不同之**蓋然性**，亦即違背經驗法則或論理法則與判決內容間有具體之因果關係，如只有影響判決之可能性，則不屬之[80]。參考日本實務見解，所稱「顯然影響判決」之蓋然性，是以檢討有無影響判決內容為主，而事實誤認影響判決之內容，有可能為**對於構成要件評價之影響及對於判決主文之影響**[81]。對於構成要件評價之影響，如係認定不同之構成要件該當事實的情形，自屬影響於判決。既未遂、共犯態樣、過失犯之過失內容之誤認，因影響到構成要件之評價，原則上解釋為已影響判決[82]。相對於此，同一構成要件範圍內之事實誤認，則應檢討對於主文之影響，如認定事實之結果，影響有罪、無罪之認定、刑之宣告或免除、沒收或追徵之有無時，均顯然影響於判決[83]。但如為將未必故意錯誤認定為直接故意等犯罪情狀不生太大差異之情形，日本實務見解即認為非顯然影響於判決[84]。



柒 違背法令之審查

本法第二審程序「係兼容事後審及限制續審制精神，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，故第一審法院之判決縱有訴訟程序違背法令或適用法令違誤之事由，倘未影響於判決者，第二審法院自應尊重第一審法院之判決結果，而非僅因第一審有訴訟程序違背法令或適用法令違誤之瑕疵，即撤銷第一審法院之判決[85]。」因此，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。」本條文字雖僅規定「得考量其於原判決之影響，為適切之判決」，惟從立法說明所述「第二審法院以第一審有訴訟程序違背法令或適用法令違誤而影響於判決之情形，而撤銷原審判決

（文轉三版）

註釋

76 因此，綜合本文於參、及伍、部分所述，本法第 92 條第 1 項本文所述「第二審法院認為上訴有理由，或上訴雖無理由，而原審判決不當或違法者，應將原審判決經上訴之部分撤銷。」不能再沿襲向來覆審制實務對於刑事訴訟法第 369 條第 1 項本文之解釋，而以第一審判決與第二審審理結果所應為之判決是否相同為斷，更應從事後審制觀點，將「上訴有理由」解釋為兩造指摘原審判決訴訟程序違背法令、事實誤認、適用法令錯誤或量刑不當之上訴理由成立，「上訴雖無理由，而原審判決不當或違法」則指兩造指摘之上訴理由雖不成立，但第二審法院就具有職權調查義務之事項（即前參、所述，原審判決有「明顯重大而容易發現」之瑕疵）進行調查或依職權調查證據（即前伍、所述，限於「利益被告事項」）結果，認定原審判決有不當或違法之情形，始合乎事後審制之結構。

77 施行細則第 305 條立法說明二。最高法院第 2 場次模擬法庭即採此見解，同註 3 網站，最高法院 111 年度國模台上字第 4 號判決書第 9 頁（最後瀏覽日期：2024 年 5 月 8 日）。

78 東京高等裁判所刑事部部総括裁判官研究会，控訴審における裁判員裁判の審査の在り方，判例タイムズ 1296 号，2009 年 7 月，第 8 頁。

79 東京高等裁判所刑事部陪席裁判官研究会〔つばさ会〕，裁判員制度の下における控訴審の在り方について，判例タイムズ 1288 号，（2009 年 4 月，第 8 頁。

80 施行細則第 305 條立法說明三。

81 松尾浩也等編，註 32，第 1144 頁。

82 三井誠等編，註 62，第 627 至 628 頁（園原敏彥執筆）。

83 同註 82。

84 東京高等裁判所昭和 53 年 2 月 23 日判決，刑事裁判月報 10 卷 1・2 号 75 頁。惟因我國實務見解就是否為公民與政治權利國際公約第 6 條第 2 項所要求「情節最重大之罪（the most serious crimes）」，似限於直接故意（例如，最高法院 110 年度台非字第 222 號判決意旨），於此種情形即難與日本實務作同一解釋，特此指明。

85 施行細則第 306 條立法說明一。

86 關於此項實務發展之原則，可參考最高法院 100 年度台上字第 5504 號判決意旨。本條立法說明用語雖稱「無害錯誤法則」，惟實務判決用語則多以「無害違誤（／錯誤／瑕疵）審查原則」稱之。由於此項原則與美國法無害錯誤法則（harmless error rule）之理論基礎似有差異，且實務就此原則亦有運用至事實誤認之情形（例如：最高法院 111 年度台上字第 1830 號判決），故引用時，宜予區別。

87 本條立法說明二、三。

88 本法施行前最高法院所舉辦之模擬法庭，亦以類推適用刑事訴訟法第 380 條規定之方式，而採此見解。例如，最高法院 111 年度國模台上字第 2 號模擬法庭認為：「事實誤認非顯然影響於判決者，第二審不得撤銷，依舉重明輕之法理，第二審就第一審訴訟程序之無害瑕疵，自應容許類推適用刑事訴訟法第 380 條規定之無害錯誤（瑕疵）審查原則。」（見判決書第 4 頁）；111 年度國模台上字第 4 號模擬法庭見解認為：「如非屬判決當然違背法令之瑕疵，且顯然於判決無影響者，因除去該違背法令之部分，仍須為相同之判決，亦即訴訟程序違背法令或適用法令違誤顯然於判決無影響者，參照刑事訴訟法第 380 條之意旨，有『無害錯誤審查原則』之適用。」（見判決書第 10、12 至 13 頁）。

89 本條立法說明一。

90 本條規定：「除前二條（註：指第 377 條及第 378 條所定絕對的第二審上訴理由）情形外，以訴訟程序違反法令且此違反顯然影響於判決為理由而聲明第二審上訴者，上訴理由書狀應援引卷宗及原審法院調查證據所顯現而足信有顯然影響於判決之違反法令之事實。」

91 本條規定：「以適用法令錯誤且該錯誤顯然影響於判決為理由聲明二審上訴者，上訴理由書狀應指出該錯誤及該錯誤顯然影響於判決之處。」

JUDICIAL 司法
徵稿啓事
一、本刊為司法研究實務之園地，歡迎各界賜稿。
二、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；並請適當遮掩個資及其他法定限制公開事項。
三、文稿內容以司法實務及法學研究為主題，或作者為文科請題之關係人，請勿來稿。
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。

（文接二版）

時，亦應於判決理由中敘明其具體理由」，及指出本條為實務所承認「無害違誤（／錯誤／瑕疵）審查原則[86]」之明文化等脈絡[87]來看，應可認**本條實質上是指：第一審訴訟程序違背法令或適用法令違誤之瑕疵如非顯然影響於判決時，即應予維持而不得撤銷**[88]。

本條所稱之「訴訟程序違背法令或適用法令違誤」，係指原審判決違反程序法或實體法[89]。本法及施行細則雖未詳予說明，惟參照日本刑事訴訟法第 379 條[90]及第 380 條[91]規定之解釋可知，所謂「訴訟程序違反法令」之範圍，是指成為原審判決直接基礎之審判程序有違反法令之情形[92]，包含自起訴後至判決為止之整體程序就刑事訴訟法規之解釋或適用有誤，或誤認訴訟法上之事實、違反程序法令[93]，而其結果導致訴訟程序被視為無效等情形。例如：以自白作為唯一證據認定犯罪事實者[94]即是。所謂「適用法令違誤」之法令範圍，則是指刑罰法令，包括犯罪事實所適用之法條、刑之加重減免規定、判決前羈押日數之算入、易服勞役、緩刑、保護管束、沒收、追徵等附隨於刑罰處分之法令等，均包含在內[95]。再者，所謂「顯然影響於判決」，是指如無違反法令，即有作成與現存判決內容不同「蓋然性」之因果關係，如違反法令只有影響判決之「可能性」，則非屬之[96]。

至於此項因果關係存在之舉證責任，從「顯然」之文義來看，則應解釋為由主張上訴理由者負擔[97]。如同前述，雖然本條所稱「適用法令違誤」或「訴訟程序違背法令」之範圍，概念上也包含刑事訴訟法第 378 條及第 379 條之上訴理由，但解釋上如個案符合判決當然違背法令之事由自應撤銷，而不得再適用本條規定審酌。

另外，本條立法說明就未顯然影響判決內容之具體態樣，舉例說明：①未為新舊法比較，但最終適用最有利於被告之法條；②適用構成要件之違誤，但與應適用之構成要件屬同一罪名，如刑法第二百二十一條之強制性交罪，適用脅迫之構成要件有誤，應適用恐嚇之構成要件[98]；③論罪之違誤而未影響判決結果者，如想像競合犯，漏未論以輕罪[99]；④判決引用未經合法調查之證據，但該證據內容未涉及核心事實；⑤認定證據能力之違誤，但排除無證據能力之證據後，並未影響判決結果；⑥認定調查必要性之違誤，如將無調查必要性之證據予以調查，但排除該無調查必要性之證據後，並未影響判決結果；⑦審前說明有違誤，惟未影響判決結果；⑧審判長對國民法官、備位國民法官之指示有違誤，惟未影響判決結果；⑨關於選任程序之裁定有違誤，惟未影響判決結果；⑩審判長之訴訟指揮有違誤，惟未影響判決結果等情形。其中，除①②③為適用法令違誤之例外，其餘則均為訴訟程序違背法令之例，可資參考。

捌 量刑之審查

一、第一審判決之科刑事項認定或裁量不當

所謂「科刑事項之認定」，是指刑法第 57 條第 4 款至第 6 款、第 10 款所定屬於犯情以外一般情狀事實之認定[100]，此部分之事實認定，我國通說實務認為並不適用嚴格證明法則[101]。至於裁量是否適當之審查，本法僅於立法理由說明適用刑事訴訟法之相關規定[102]，並未特別規定審查原審判決量刑之標準，為期明確，施行細則第 307 條從「裁量濫用原則」及「國民參與審判立法目的」之觀點，規定：「第一審判決之科刑事項，除有具體理由認有認定或裁量不當，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。」而建議採取原則維持、例外撤銷之審查方式[103]。就量刑之審查標準，日本過去實務採取心證比較之審查方式[104]，裁判員制度施行後，從反映國民感情、健全社會常識之制度趣旨，並期望貫徹第二審為事後審等觀點，認為除原審判決之量刑明顯有相當不合理之情形（例如，明顯漏未審酌極重要的量刑情狀、對量刑事實中重要事實之評價有極大錯誤，或完全不重視犯罪情狀而過度強調一般情狀，而以行為人素行不佳作為科處重刑之依據等）外，原則上應尊重第一審之判斷[105]。因此，關於量刑之審查，第二審法院並非以其宣示判決時認為適當之刑與第一審宣告刑是否一致為標準，而是對照實務上所存在、具有一定幅度的具體量刑標準，視其有無偏離及偏離之程度如何，而加以判斷[106]。

所謂「科刑事項之認定或裁量不當」之情形，立法說明舉例：（一）未審酌相關法律規範之目的，逾越內部性界限[107]，如審酌毒品危害防制條例對於施用毒品者之思維，仍側重於犯人身分之處罰，未著重其為病患之特質；（二）**未依行為責任之輕重科以刑罰**，亦即不重視犯罪所生之危險或損害、犯罪之手段及犯罪之動機或目的等犯罪情狀，僅重視被告是否自白認罪、賠償損害、被害人之科刑意見及被告之社會復歸可能性等一般情狀，甚至僅憑行為人之人格或性格，即科處與行為人之行為責任不相當之刑罰，而違反罪刑相當原則；（三）於個案事實之本質相同時，科以相異之刑罰，為無正當理由之差別待遇，違反平等原則；（四）僅於量刑理由中重複記載抽象構成要件，而未具體考量個案犯罪情狀，以致於無法瞭解本案相較於其他同種類案件應從重或從輕之理由，抑或僅以刑罰規範目的作為加重處罰之依據，而有違反重複評價禁止原則之情形；（五）**誤認或遺漏重要量刑事實**（如被告與被害人達成和解卻漏未審酌）、**錯誤評價重要量刑事實**（如第一審判決認為被告雖罹患精神疾患，但既未達刑法第 19 條第 2 項責任能力減輕程度，則於考量刑法第 57 條所定事項時，亦一概不能納入作為科刑審酌事項，作為從輕量刑的事由）、科刑顯失公平（例如，共犯間量刑顯失均衡、量刑嚴重偏離類似案件之量刑情形，卻未具體說明理由）等[108]。對照前述日本實例，施行細則第 307 條之規定，顯然是參考日本法之見解而訂定。

本條規定原則上尊重國民參與審判之量刑結果，立法說明並指出撤銷時應於判決中敘明具體理由[109]。惟第二審法院審查第一審法院量刑之形成過程，有無應注意之處？且如認為第一審之量刑存有瑕疵而應撤銷時，撤銷理由須具體敘明至何種程度始屬完備？

（下期待續）

（作者為彰化地方法院庭長）

註釋

92 松尾浩也等編，註 32，第 1133 頁。

93 後藤昭・白取祐司編，新・コンメンタール刑事訴訟法〔第 3 版〕，東京：日本評論社，2018 年 7 月，第 1085 頁（田淵浩二執筆）。

94 最高裁判所昭和 33 年 10 月 10 日第二小法廷判決，裁判集刑 128 号 265 頁。

95 後藤昭等編，註 93，第 1090 至 1091 頁（田淵浩二執筆）。

96 最高裁判所昭和 30 年 6 月 22 日大法廷判決，刑集 9 巻 8 号 1189 頁（三鷹事件）。

97 三井誠等編，註 62，第 624 頁（園原敏彥執筆）。

98 日本實務也認為：適用構成要件、法定刑規定之錯誤，除適用法條與法定刑相同且構成要件之評價並無重大差異外，原則上均屬影響於判決（最高裁判所昭和 32 年 1 月 17 日裁定，刑集 11 巻 1 号 23 頁）；適用未遂、共犯、兩罰規定發生遺漏或錯誤時，亦應為相同解釋（東京高等裁判所平成 1 年 5 月 10 日判決，東高刑時報 40 巻 5 ～ 8 号 19 頁）。

99 日本實務亦認為：構成要件之評價無誤，僅罪數評價或適用加重、減輕規定發生錯誤之情形，應依有無影響宣告刑之「蓋然性」決定是否影響於判決。因而，處斷刑範圍誤為加重，但宣告刑結果仍為正確處斷刑範圍內的較低度刑，均不影響於判決（最高裁判所昭和 30 年 3 月 16 日大法廷判決，刑集 9 巻 3 号 461 頁）

100 施行細則第 295 條立法說明二。

101 學說方面，例如：王兆鵬・張明偉・李榮耕著，註 19，第 99 頁；朱石炎，註 19，第 192 頁；林永謀，刑事訴訟法釋論（中冊），2010 年 12 月，改訂版，第 19 頁；林俊益，刑事訴訟法概論（上冊），2022 年 9 月，第 22 版，第 455 頁。實務方面，例如：最高法院 110 年度台上字第 6053 號刑事判決謂：「與犯罪事實有密切關連之『犯罪情節事實』者（如犯罪之手段、違反義務之程度、所生危險或損害等），應經嚴格證明，其於論罪證據調查階段，依各證據方法之法定調查程序進行調查即足當之；其為『犯罪行為人屬性』之單純科刑事實者（如犯罪行為人之生活狀況、品行、智識程度、犯罪後之態度等），則以自由證明為已足，其證據能力或證據調查程序不受嚴格限制。」

102 本法第 92 條立法說明一。

103 本條立法說明一。

104 例如，日本最高裁判所白木勇法官於前述巧克力罐案件中之協同意見即指出：「迄今為止，刑事第二審之審查實務，僅管意識到事後審屬性，但卻基於卷宗而就事實認定或量刑，先自行形成心證，再與第一審判決之認定、量刑相互比較，如有差異，則依循自己心證而變更第一審判決之認定、量刑的情形甚多。雖然此與原本所謂的事後審查相當不同，但可以說與請求第二審重新檢視第一審判決之當事人意向，也有相合致之處，而逐漸定型。此種手法，重視第二審自行形成之心證，容易自然而然的就形成優先針對重點的事實認定、量刑審查的方向。但是，採取這樣的手法，縱然第一審判決之認定、量刑與自己的心證不同，認同某種程度之差異是在容許範圍內之緩和運用，也非不存在，只是難說是占絕大部分。從原審的判決文字來看，也可以解讀為是依照上開手法而進行本案的審查。然而，裁判員制度施行後，這樣的判斷手法有改變的必要。例如，裁判員所參與的審判主體所為之量刑，不認同容許範圍之幅度而要求作出判斷，原來就會變成強人所難之事。事實認定也屬相同，已預定反映裁判員各式各樣的觀點與感覺。因此，在裁判員案件，應容許某種幅度程度的認定與量刑，如果沒有這樣的認知，恐怕裁判員制度是無法成立的。」

105 伊丹俊彥等編，註 72，第 1084 頁。

106 松尾浩也等編，註 32，第 1140 頁。

107 如為逾外部界限，例如，處斷刑範圍之計算錯誤，如刑之加重、減輕不符合刑法第 64 條至第 72 條之規定，則屬於「適用法令違誤」之範疇。見施行細則第 307 條立法說明五。

108 本條立法說明三。

109 施行細則第 307 條立法說明二。從本法第 4 條適用刑事訴訟法第 310 條第 3 款、第 4 款之規定，亦應如此。

WEEKLY 周刊

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。

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、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。