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

四之二

（文接上期）

參 國審案件第二審審理構造既傾向於事後審兼限制續審制，第二審法院如何因應檢察官於第二審審理程序始請求併案審理他部事實

一、問題的提起：

檢察官於第二審審理時，始請求併辦審理與國審案件立於裁判上一罪關係的他部事實，第二審法院如認他部事實與國審案件於實體法上立於裁判上一罪關係：

（一）是否仍應以第一審判決不及（漏未）審理他部事實為由，撤銷第一審判決[5]，同時依本法第 92 條第 2 項但書第 3 款規定，以已受請求之事項未予判決為由，將該案件一律發回第一審法院？

（二）或須第一審判決本身有「事實誤認」或「違反法令」（包含訴訟程序違背法令）時，經撤銷第一審判決，始得審理他部事實（即以撤銷第一審判決，為審理他部事實的前提條件）而為判決，如第一審判決本身並無何違誤，是否應即駁回上訴，並退回檢察官併辦他部事實？

（三）（於檢察官合併起訴對象、非對象案件）是否會因第一審判決本身「事實誤認」或「違反法令」（包含訴訟程序違背法令）部分，為對象案件或非對象案件之不同，而為相異操作？

（四）檢察官僅以量刑不當為由提起上訴，並於第二審審理時請求併辦他部事實，如第二審法院認第一審判決本身有量刑不當，得否審理判決他部事實？或仍得（應）退併辦？

二、以下爰舉日本最高裁判所一則實例，試加說明討論：

案例事實概要：

（一）被告為使消防車得以通過村里道路，經比對地籍圖，認告訴人甲（以下稱甲）所有園林住宅石牆（前手所有者時代所建造），有突出約 70 公分至村里道路，遂於指揮當地住民整修道路作業之際，未經甲同意，削除甲住宅石牆前開突出部分、拆除挖去堆砌石牆之青石 43 個，並砍伐樹木 4 株，經甲提起告訴。

（二）檢察官偵查起訴被告涉犯日本刑法第 261 條毀損罪，經第一審法院審理後，認被告犯毀損罪，判處罰金日幣 1 萬元，緩刑 2 年。

三、檢察官於第二審審理時追加新訴因[6][7]經過如下：

（一）檢察官、被告對第一審判決分別提起上訴。檢察官上訴意旨略為：一審判決量刑不當；辯護人上訴意旨略為：本案告訴為無效（石牆、樹木業與道路附合，甲非所有權人），且被告無毀損犯意。

（二）檢察官於第二審審理時，主張因被告拆除石牆青石，致土地境界不明，另涉犯日本刑法第 262 條之 2 境界毀損罪[8]（該罪與原起訴毀損罪立於想像競合犯裁判上一罪關係），因而追加新訴因（此部分「相當於」請求併辦他部事實）。

四、東京高等裁判所（以下稱東京高裁）昭和41年7月15日判決如下：

（一）（程序部分）容許檢察官追加日本刑法第 262 條之 2 境界毀損罪訴因・罰條。

（二）如係道路之公共用物，並無民法附合規定之適用餘地，檢察官、被告上訴均無理由。

（三）第一審法院認被告有毀損事實固非無見，惟因檢察官於第二審審理時，追加與本案毀損罪有想像競合犯的境界毀損罪新訴因・罰條，故依第一審法院所認定之犯罪事實，被告所為除犯一般毀損罪外，另犯日本刑法第 262 條之 2 境界毀損罪，第一審法院僅以毀損罪論處，適用法令非無違誤，且該違誤對判決顯有影響，爰撤銷第一審判決，認被告犯一般毀損罪及境界毀損罪（該 2 罪成立想像競合犯裁判上一罪關係），判處被告罰金 1 萬元。

五、日本最高裁判所第一小法庭昭和42年5月25日判決（以下稱昭和42年判決）如下[9]：

被告對東京高裁之判決不服，上訴至最高裁判所，昭和 42 年判決判示如下：

（一）按第一審判決如有事實誤認、法令違反，得預見（有可能）被撤銷時，第二審法院容許檢察官追加新訴因・罰條，固尚難認為違法。但第二審法院得就新追加訴因・罰條審理判決，其前提須第一審判決有事實誤認、法令違反，可能為第二審法院撤銷，且撤銷為相當時，第二審法院始得就追加新訴因為審理判決。

（二）如以第一審判決當時之訴因來看，第一審判決本身並無何錯誤，單以（檢察官於第二審法院）追加新訴因為由，認第一審判決未及審酌（認定）新訴因存在，而未適用罰條，即認第一審判決有事實誤認、法令違反，因而撤銷第一審判決，應係不被容許的。蓋現行日本刑訴法上的控訴審（第二審），除日本刑訴法第 393 條第 2 項規定外，其本質是以審查第一審法院本身是否有無違誤的「事後審查審」。

（三）以本案第一審「當時」的訴因・罰條來看，東京高裁一方面認為第一審判決本身並無何違誤，另一方面單以檢察官追加之新訴因，亦成立

（文轉三版）



青田街老屋

街角
遇見寧靜淡泊的巷弄
日式庭園老屋的風韻與美好
像一幅復古木刻版油畫
時間彷彿凝結在風中

走讀城市老屋咖啡廳
在城市一方小角落
淡泊氛圍 閒適恬靜
讓人期待靜謐思緒的詩意
喚起記憶中的城市風華

趙信義
新北地院前一等書記官

註釋

5 (1)最高法院 92 年度台非字第 95 號判決：有裁判上一罪關係，即為起訴效力所及，如僅就已起訴部分審判，而漏未就併辦部分調查審理判決，即屬已受請求之事項未予判決之違法。
(2)最高法院 96 年度台非字第 210 號判決：應受審判之對象（範圍），乃指起訴書（或自訴狀）所記載之被告「犯罪事實」（包括起訴效力所及之具有同一案件關係之犯罪事實）而言。而起訴係一種訴訟上之請求，犯罪已經起訴，產生訴訟繫屬及訴訟關係，法院即有審判之權利及義務。
(3)最高法院 111 年度台上字第 5651 號判決：國家就裁判上或實質上一罪之單一案件，僅有單一刑罰權。是法院就單一案件有全部管轄權，而有起訴不可分、審判不可分、上訴不可分諸原則之適用（刑事訴訟法第 267 條、第 348 條第 2 項參照）。就單一案件之全部犯罪事實，法院僅就其中一部分加以審認，乃屬刑事訴訟法第 379 條第 12 款所稱「已受請求之事項未予判決」之違法。
(4)最高法院 111 年度台非字第 120 號判決：法院如對於起訴效力所及之事項，未經判決，自構成已受請求之事項，而未予判決之違背法令。
(5)最高法院 113 年度台上字第 1643 號判決：國家就裁判上或實質上一罪之單一案件，僅有單一刑罰權，… 就單一案件之全部犯罪事實，法院僅就其中一部分加以審認，乃屬刑事訴訟法第 379 條第 12 款所稱「已受請求之事項未予判決」之違法。

6 判例、通說似認為：訴因為審判對象，係檢察官以時日、場所、方法所特定，而以犯罪事實為內容之主張，上口裕，刑事訴訟法、第 296 頁、第 298 頁，2009 年 5 月。

7 追加訴因型態似得略分為：(1)追加與原起訴訴因立於「預備」或「擇一」關係的新訴因；(2)追加與原起訴訴因立於想像競合等裁判上一罪關係的新訴因，土木武司，刑事訴訟法要義、第 266 頁，平成 10 年 5 月；伊藤榮樹等共著，新版注釋刑事訴訟法（第 4 卷）、第 351 頁、第 352 頁，平成 9 年 6 月；伊丹俊彥、合田悅三等編著，実務刑事訴訟法、第 734 頁（中村功一執筆），令和元年 5 月。上開(2)類型似與我國現制檢察官請求併辦審理關於裁判上一罪

法源法
www.lawba
檢索全部法規、司法判解、行政函釋、裁判書、起訴書、論著
服務
TEL:02-2
JUDICIAL
司法
訂閱辦法
本刊每
全年
費用新臺
如 蒙
請郵政
帳
5005
帳
司法院
電
02-236

法律網
ank.com.tw
一欄式檢索、各類資料進階檢索
原資訊
專線
509-3536
WEEKLY
周刊
周出刊
訂閱
幣400元
訂 閱
劃撥
號
4377
戶
司法周刊
話
618798

（文接二版）

犯罪為由，即認第一審判決適用法令錯誤，撤銷第一審判決，應認東京高裁判決違反法令且對判決產生影響，如不予撤銷明顯違反正義。

六、昭和42年判決簡釋：

（一）如不致損及被告實質利益，於第二審審理階段，檢察官得請求追加新訴因，第二審法院如（預見）認有撤銷第一審判決可能，得准許追加新訴因：

第二審法院如預見有可能撤銷第一審判決，且不致損及被告實質利益，於第二審審理階段，應得准許追加新訴因[10]，且不必然違反事後審構造[11]。蓋第一審判決是否有撤銷理由，未至判決最後階段，尚難確定，故（預想日後）有撤銷第一審判決可能，預先追加新訴因應認有其必要性，且撤銷第一審判決與自為判決多同時為之，為預設日後撤銷第一審判決並自為判決，自須預先追加新訴因。但第二審法院如認為上訴（明顯）無理由，已預計駁回上訴時，准許追加新訴因應是無意義的[12]。

（二）第二審法院審查「對象」（標的）為第一審舊訴因，待撤銷第一審判決，於第二審審理階段追加之新訴因始（浮現）成為審判對象，亦即，撤銷第一審判決為判決新訴因的停止條件（或前提）[13]，申言之：

1、審查第一審判決當否階段，追加新訴因被畫出判斷因子外，檢察官於第二審審理時追加新訴因，對於第二審法院撤銷第一審判決事由之判斷並不生影響，不得將新追加訴因納入考量，而認第一審判決有事實認定錯誤或法令違反[14]。如第一審判決對舊訴因之判斷並無何違誤，縱預見新訴因成立，且可能會發生與實體乖離之情形（純以實體法思考，似有評價不足之疑，須重新評價），由於新訴因係在撤銷第一審判決後，才浮現成為實體審判之對象，故不得以與實體乖離為由，撤銷第一審判決。又縱第二審法院因此對先前裁准新訴因未為判斷，亦難認有何不當，蓋容許追加新訴因，不過是基於事前的預測，並不強制第二審法院即須撤銷第一審判決，追加新訴因後，如仍駁回上訴，僅是追加新訴因終局不生效力而已，尚難認追加新訴因程序本身溯及轉為違法[15]。

2、日本的第二審法院（控訴審）原則上係「事後審查」第一審判決或訴訟程序「作成當時」適法或當否之審級，並非就案件本身加以審判，而係事後審查第一審判決之當否[16]。縱於（實體法上）新訴因與舊訴因立於想像競合犯裁判上一罪關係，第一審判決僅認定檢察官前所主張舊訴因，並適用罰條，未一併認定新訴因，（因檢察官起訴時及第一審審理時未主張新訴因）要屬當然，尚難認有何事實誤認或適用法令錯誤。因此，第二審法院原則上應僅審查第一審判決判斷舊訴因及量刑是否不當，如以第一審判決未列為審判對象之新訴因作為判斷因子，據以檢視第一審判決之當否，或因於第二審審理階段追加與舊訴因立於裁判上一罪的新訴因，即必然撤銷第一審判決的話，無異於將第二審構造詮解為以「案件本身」為審理對象的續審（覆審）制，顯與刑訴法所設計的第二審事後審構造、性格明顯矛盾背馳[17]，故應不得以第一審法院未一併認定新訴因，逕作為撤銷第一審判決的理由。

3、小結：日本刑訴法原則上將第二審訴訟構造定調為事後審，第二審並非與第一審立於相同立場審理案件本身，而係以當事人之訴訟活動為基礎所形成的第一審判決為對象，事後審查第一審判決之當否[18]，縱檢察官於第二審法院審理時追加新訴因，如未撤銷第一審判決，追加新訴因並不成為現實審判對象。相對於此，第一審判決如有事實誤認或法令違反（含訴訟程序違背法令[19]），而遭撤銷時，（因上訴後）案件本身仍會移審繫屬第二審法院，第二審法院即須檢視案件本身，新訴因即成為判決對象（即以撤銷第一審判決為停止條件，於條件成就時，始得一併判決新訴因）[20]。

（三）以量刑不當為理由，撤銷第一審判決時，似不容許認定新訴因：

（實務上）第二審法院得就追加新訴因併予審理，其前提條件為：第一審判決有事實誤認、法令違反（含訴訟程序違背法令）。如第二審法院以第一審判決量刑不當為理由，撤銷第一審判決並自為判決，只須以第一審判決所認定之事實適用法令即已足，無庸另行認定事實[21]。從而，依昭和42年判決，第二審法院以量刑不當為理由，撤銷第一審判決時，似不容許認定新訴因[22]。但有論者似認為：第二審法院以量刑不當為由撤銷第一審判決時，第二審法院仍不妨為事實認定，對於追加新訴因應不得置之不論，於此情形，第二審法院亦得自為判決，認定新訴因[23]。

肆 國審案件第二審審理構造傾向事後審兼限制續審制後，第二審法院得否（或如何）借鏡參照昭和42年判決，以因應檢察官於第二審審理程序始請求併案審理他部事實

一、國審案件上訴至第二審法院時，檢察官如發現與國審案件有裁判上一罪之他部事實，得否請求併辦審理？

（一）按刑訴法第267條規定：檢察官就犯罪事實一部起訴者，其效力及於全部，依刑訴法第364條規定，第267條於二審程序準用之。

（二）又國審案件第二審審理構造固傾向事後審兼限制續審制，但依本法第4條規定，刑訴法於國審案件仍得「適用」。

（三）又依昭和42年判決，第二審縱採事後審，檢察官於第二審審理時，如不致損及被告實質利益，仍得追加新訴因。故本提問，是否宜採肯定說？

二、〈於檢察官僅起訴對象罪犯罪事實前提下〉是否須第一審判決有事實誤認或法令違反（含訴訟程序違背法令）時，第二審法院始得撤銷第一審判決？得否單純以他部事實與對象罪間（於實體法上）立於裁判上一罪關係，第一審判決未及審酌他部事實，即撤銷第一審判決？

（一）因刑訴法第267條就國審案件於第二審審理程序（形式上）似仍有準用餘地，起訴效力似及於立於裁判上一罪關係之他部事實，第一審判決就他部事實既未及審酌，而有已受請求事項未予判決之疑義，（形式上）似又該當本法第92條第2項但書第3款規定，第二審法院似應撤銷第一審判決並發回原審法院。

（下期待續）

（作者為臺灣高等法院花蓮分院庭長）

註釋

他部事實相類。

8 日本刑法第262條之2規定：損壞、移動、除去境界標誌，或以他法致無法辨識土地境界者，處5年以下有期徒刑或日幣50萬元以下罰金。

9 日本最高裁判所第2小法庭平成30年3月19日判決引用該則昭和42年判決，再次確認：第二審法院固裁定許可追加重大過失致死罪新訴因，但身為事後審的第二審法院，得就追加新訴因審理、判斷，其前提係以第一審判決有事實誤認或法令違反為由而遭撤銷時，始得為之，如第一審判決本身並無錯誤，第二審法院應不能審理追加之新訴因並為判決。

10 日本最高裁判所第一小法庭昭和29年9月30日裁定、第二小法庭昭和30年12月26日判決，第一小法庭昭和39年5月7日裁定，大阪高等裁判所昭和62年10月2日判決，東京高等裁判所平成30年3月20日裁定參照。

11 駒澤貞志，〈控訴審における訴因変更〉，別冊ジュリスト1号、第159頁，1965年3月。

12 小野慶二，〈訴因・罰条の追加変更〉，別冊ジュリスト74号、第219頁，1981年10月；萩原太郎，〈控訴審における訴因罰条の追加〉，別冊ジュリスト51号、第229頁，1976年9月。

13 吉田正治，〈控訴審における訴因の変更〉，判例タイムズ349号、第77至79頁，1977年9月；伊藤榮樹等共著，同註7第406頁、第408頁。

14 小野慶二，〈訴因・罰条の追加変更〉，別冊ジュリスト89号、第234頁，1986年9月。

15 萩原太郎，同註12；石井一正，刑事控訴審の理論と務、第291頁，2010年5月。

16 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、第6頁，2009年7月。

17 萩原太郎，同註12；土木武司，同註7第456頁。

18 日本最高裁判所大法庭昭和46年3月24日裁定。

19 但有論者似認為，如僅係對第一審判決認定之事實，認有適用法令錯誤之情時，似不容許認定新訴因，吉田正治，同註13。

20 萩原太郎，同註12第228頁；日本最高裁判所裁判官團藤重光於第一小法庭昭和58年2月24日判決提出之補充意見。

21 日本最高裁判所第三小法庭昭和29年4月13日判決，第一小法庭昭和30年12月1日判決，第二小法庭昭和35年6月13日裁定、昭和35年3月25日判決參照。

22 同註12。

23 平野竜一，刑事法講座㈥、1260頁，轉引自吉田正治之同註13。