

國民參與審判下之二審法院 對於事實認定之審查*

顏 榕**

要 目

壹、前 言	三、小 結
貳、上訴審構造	肆、我國法
一、覆審制	一、國民法官法之特殊設計
二、續審制	二、國民法官法下之二審構造
三、事後審制	三、調查事項及新證據的範圍及基準
參、日本法	四、對於一審認定事實錯誤之審查基準
一、概論：日本刑訴之上訴審	伍、結 論
二、導入裁判員制度後第二審法院的變化	

關鍵字：國民法官法、二審構造、事實認定、事實誤認、經驗法則、論理法則、裁判員制度、續審制、覆審制、事後審

投稿日期：110年04月09日；接受刊登日期：110年12月02日

* 本文為科技部補助專題研究計畫【國民參與審判中上訴審對於事實認定之審查】（編號：109-2410-H-305-071-）之研究成果。

** 國立臺北大學法律學系助理教授，日本國立一橋大學法學研究科法學博士。

壹、前言

我國於2021年7月22日正式三讀通過「國民法官法」，並預計於2023年元旦施行¹。同時，為了迎接即將在2023年施行的人民參與審判制度，目前國內學者亦已蓄積了許多研究，同時，也因為司法院於2018年再次提出「國民參與刑事審判法草案」與日本裁判員制度有許多相似之處²，以日本裁判員制度為研究對象的中文文獻亦有相當的累積³。而如今通過之「國民法官法」基本上承襲了2018年再次提出「國民參與刑事審判法草案」，在制度之類似性上，日本裁判員制度或可供我國借鏡之。

不可諱言，日本裁判員制度實際運作當中，也出現了諸多問題。如由裁判員審理之第一審，其第二審訴訟程序係由職業法官

¹ 「國民參與的司法，凝聚全民的司法」-立法院三讀通過國民法官法新聞稿，司法院全球資訊網，<https://www.judicial.gov.tw/tw/cp-1887-252367-e1b88-1.html>（2020/07/31，造訪）。

² 林裕順，人民參審、證據調查——三天審結、簡捷為要，月旦法學教室，第202期，頁55-56（2019）。

³ 與本研究有關之部分，如：參林裕順，人民參審上訴制度之比較研究——以日本法制檢討為中心，月旦法學雜誌，第282期，頁24-41（2018）；參三井誠著（吳秋宏、邱鼎文譯），日本刑事上訴審之構造及其運用——特別是與裁判員審判之關連，裁判時報，第62期，頁51-67（2017）；參後藤昭著（林裕順、李怡修譯），裁判員制度事實認定爭議之上訴救濟，月旦法學雜誌，第222期，頁161-171（2013）；參後藤昭著（林裕順譯），日本刑訴二審沿革與裁判員制度，月旦法學雜誌，第293期，頁28-41（2019）；參莊杏茹，公民參與刑事審判之上訴審量刑審查問題——日本最高法院二〇一四年七月二十四日第一小法庭判決研析，成大法學，第32期，頁1-68（2016）；參林裕順，最高法院上訴救濟變革與展望——日本「裁判員」新制運作下之比較研究，月旦法學雜誌，第208期，頁29-46（2012）；參張永宏，論國民參與刑事審判制度之第二審上訴制度構造——以日本裁判員法及我國國民參審試行條例草案為對象，政大法學評論，第113期，頁83-183（2010）等。

所負責審理，此時，日本實務上也產生了第一審裁判員裁判與第二審職業法官做出不同之事實認定的情況。然日本裁判員法第1條明文提及裁判員法係為了使從國民當中選任的裁判員透過與法官共同參與刑事審判過程，增加國民對於司法的理解與信賴，是以導入裁判員制度重要理由之一應可認為使人民瞭解刑事審判程序並能認同⁴，學說上並強調此制度同時有強化司法之民主基礎⁵，使判決能夠反映民意。再者，日本自裁判員裁判施行以來，裁判員法上並沒有特別針對裁判員裁判第二審之審判程序有特別規定，換言之，裁判員裁判的第二審審理，依舊是適用刑事訴訟法之一般程序。因此，當第二審法院對於裁判員裁判事件之事實認定，與第一審裁判員裁判所為之事實認定有所不同時，要如何說明及解決關於裁判員制度上訴第二審後的事實審理認定與第一審不同時的情況，自日本最高法院於2012年做出相關判決後，在學說及實務界引起相當大的討論。

在日本最高法院平成24年（2012）2月13日的判決中，其第二審判決將第一審裁判員裁判所為之無罪判決，以事實認定有誤為理由而撤銷，就此部分，最高法院指摘第二審法院並沒有詳細說明第一審裁判員裁判之判決究竟有何違反「論理法則、經驗法則」之處，並以此為理由而撤銷二審法院之判決。而該第一審判決之裁判員裁判，亦為施行裁判員裁判以來第一起全面無罪之判決，同時亦為第一起第二審法院以事實誤認為理由撤銷第一審裁

⁴ 參日本裁判員法第1條：「本法考量從國民中選任裁判員與職業法官共同參與刑事訴訟程序，將有助於國民對於司法的理解以及司法信賴的提升，因而就關於裁判員所參與之刑事裁判，制定裁判所法、刑事訴訟法之特別規則及其他必要之事項。」

⁵ 參田口守一，裁判員制度の理論的基礎，刑事法ジャーナル，第13号，頁2-7（2008）；柳瀬昇，討議民主主義理論に基づく裁判員制度の意義の再構成，情報コミュニケーション学学際研究，第2卷，頁52-53（2013）。

判員裁判之事件。然而，另一方面，亦有認同第二審法院得以第一審的裁判員裁判有事實誤認而撤銷之最高法院判決。在有不同見解之情況下，本文認為對於日本最高法院的態度、學說上的解釋及日本第二審的構造，有詳加研究之必要。特別是刑事訴訟二審的構造，影響二審所扮演之角色及對一審審查之標準，進而影響對於一審判決之審查，二者息息相關；然而對此部分，因我國長期以來都是職業法官進行審判且採取覆審制，新的國民法官法下二審構造應該如何詮釋及適用二審審判程序，有進一步研究之必要。

同時，在我國國民法官法中，於第89條至第92條中針對一審採用國民參審之判決，上訴後二審法院之相關審理規範，其與一般職業法官所為之審理程序做出部分不同之設定，限縮了二審法院調查證據及對事實認定之權限。其中第92條第1項中就第二審法院關於事實認定的部分，認為僅有在二審法院認定一審法院所為之事實認定違反「經驗法則、論理法則」且顯然影響於判決時可撤銷；但同時亦保留了二審法院在必要情況下，可依當事人聲請或職權調查證據（同法第90條參照）。然而，二審法院在調查證據上之積極與否，將相當影響是否能遵守國民法官法中所述僅就違反經驗法則、論理法則為撤銷，且在二審之審理程序中，由職業法官進行審理，程序部分仍適用刑事訴訟法，就此部分，國民法官法僅有4條條文規範二審的審理規則，其條文規範密度是否足夠實務運用，恐怕也是行國民參審制度所必須面對的問題。

因此，本文主要以日本法為比較對象，一、先介紹一般上訴審構造後，再論述二、日本刑訴二審的發展、導入日本裁判員制度後二審法院對於調查事項及證據的範疇、以及對一審認定事實的審查分別探究，最後是三、我國國民法官法之分析及二審的構造，及二審對於調查事項及證據的範疇、以及對於一審國民法官

所為事實認定之審查加以分析，期能從比較法上得到參考素材並給予我國日後行國民法官法時適用之參考標準。

貳、上訴審構造

刑事訴訟制度中，法院依據證據認定事實及適用法律，但是不論採取何種法制度，恐都無法避免判決出現違誤，因此，需要有制度來補救；刑訴中的上訴乃是對於未確定判決，請求上級法院變更或撤銷原判決以達救濟的方式，其目的在於糾正事實認定、法令解釋及量刑上的錯誤，使法令解釋能夠統一及讓被告得到救濟。具體上，讓受有裁判上不利益的當事人，能夠向上級審法院請求救濟⁶。就上訴審的構造而言，展現在上級審與原判決之關係，可分為覆審制、續審制與事後審制。

一、覆審制

在覆審制下，上級審之審理對象為案件本身，對於第一審已經進行之證據調查，仍應重新進行審理，同時在事實認定上毋庸受限於第一審之認定。採用此種覆審方式之法制度，係在上訴審之審判中，重複與第一審相同之審判程序，並且自為事實認定及量刑之目的下，進行證據調查。而上訴審法院，並不先審查原審法院是否有上訴人所指摘之上訴理由，在審判程序中對案件本身為全面性之審理，故覆審制又被稱為「第二次之第一審」⁷。有學者認為立法者採取覆審制乃是基於慎重之考量，藉由兩次對事實的審理而減少誤判的機率，然而缺點恐是在兩次一樣的訴訟中浪費司法資源⁸，且使得當事人將部分訴訟資料留到二審才提出，且

⁶ 白取祐司，刑事訴訟法，頁487，日本評論社，第9版（2017）。

⁷ 黃朝義，刑事第二審構造及其未來走向，月旦法學雜誌，第143期，頁35（2007）。

⁸ 吳巡龍，從美國上訴制度檢討我國刑事訴訟上訴審修正草案，台灣

二審離事發更遠，也無法達到減少誤判的目的。

二、續審制

係指延續原審之審理程序，審理之對象雖也為案件本身，但對已經為證據調查之證據加以尊重，而補充新的證據資料，例如對原審未加以調查之資料可加以調查；當上訴審認為上訴有理由時，當可自為認定、自為判決，撤銷原審法院之判決。一般而言，可稱為「繼續的第一審」。有學者認續審制雖然較符合訴訟經濟的目的，但反面而言，亦有違反直接審理原則的疑慮⁹。

三、事後審制

與前述二者不同，採事後審制之下，上級審所審理之對象為「原審判決」，係針對原判決所適用之法令有無違誤審查，就上訴理由書中指摘的上訴理由有無理由做認定，亦僅得就原審之事實認定做有限度之審查，且不得就原審已經調查過之證據或新證據再行調查，係針對原審判決之當否進行認定，一般而言，事後審查制度之上訴審亦可稱為「事後審查審」或是「審查審」¹⁰。然而學者亦提出，事後審制需仰賴堅實之第一審審判程序，蓋若第一審無法落實確實之審判程序時，對當事人特別是被告的保障即顯不足¹¹。此外，因審查對象為原審判決，在認定原審判決應廢棄時，應發回原審重為審理，僅於例外情況得自為判決。

因覆審、續審制下二審有較多空間可調查證據、審理事實，多與事實審搭配；事後審則是審查原判決有無違誤，多為法律審所採。然而上開三種模型中，各國立法例在具體設計制度時，仍

本土法學雜誌，第67期，頁122（2005）。

⁹ 前揭註，頁124。

¹⁰ 黃朝義，前揭註7。

¹¹ 黃朝義，前揭註7，頁38。

會有細部調整，或是綜合型態出現¹²，如使二審同時擔任事後審與續審制的設計方式。目前我國現行刑訴二審制度乃是採取覆審制，基本上在二審中就所有程序重新進行。

而在導入國民法官法後，二審程序限制當事人、辯護人聲請調查新證據的範圍，且就第一審事實之認定，限於違背經驗法則或論理法則之時，二審法院始得撤銷。與現行法下二審運作方式相當不同，也涉及到國民法官法中二審構造的認定。如前所述，考量我國國民法官法多處以日本裁判員為參考對象，特別是日本最高法院在平成24年（2012）判決的裁判員事件中，亦要求二審需審查一審法院的事實認定有無違背經驗法則、論理法則，與我國國民法官法上訴章節中第92條第1項但書亦規定「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。」，二者在撤銷一審事實誤認的標準上似有共通之處。

因之，以下首先於參、日本法中介紹日本之二審上訴審構造，其後為日本導入裁判員制度後，二審對於調查事實、證據及認定一審法院的事實誤認的判決及學說。後在肆、我國法中檢討我國現行刑訴與國民法官法條文的規定，並比較二國上訴制度之異同及可能的建議。

參、日本法

一、概論：日本刑訴之上訴審

日本刑訴原則上採取三級三審制，在二審（控訴審）中承認違反法令、事實誤認、量刑不當等上訴理由，具有事實審的性

¹² 何賴傑，刑事第二審程序部分條文改革對案，全國律師，第9卷第10期，頁34（2005）。

質，在審判對象上原則上以一審判決（原判決）為對象，綜合考量二審法院得為證據調查之程度，一般評價為緩和之事後審¹³；而在三審（上告審）中則僅限於違反憲法、判例作為上訴理由，原則上為法律審。

二審（控訴審）程序，是對地方法院或是簡易法院所為之第一審判決，向高等法院上訴。其審判對象為一審判決，於程序中審查其事實及法律上是否正確合法，上訴人必須提出上訴理由書及記載上訴理由，就上訴理由書所包含之事項為其應調查（義務）的範圍，而就未包含在上訴理由內的事項，第二審法院也可以因為要判斷該事項是否可能成為上訴理由或與其有無關聯時，依裁量決定是否要為職權調查（日本刑事訴訟法第392條第1項、第2項¹⁴，以下簡稱日本刑訴）¹⁵。再者，因二審為事後審，故原則上是以原審的證據來判斷原判決宣判時原審判決是否正確，證據調查原則上也是以一審中出現過的證物為中心，僅在例外情況下方能調查新證據。

在二審的審理程序中，法院將重點放在當事人的上訴理由書及答辯書，審視原審檢送的一審訴訟紀錄及證據調查的結果，原則上以此為基礎來進行二審的審理，對於經過一審調查之證據，原則上毋庸再經過一次嚴格證明意義下的證據調查，審理書面資

¹³ 日本二審（控訴審）在例外情況下仍會考量一審判決後的情事作為判斷基礎，因而學者有認為事後審之性格較之緩和。池田修、前田雅英，刑事訴訟法講義，頁531，東京大學出版會，第6版（2018）。

¹⁴ 日本刑訴第392條：「二審法院對於上訴理由書中所包括之事項，必須為調查。二審法院對於不包括於上訴理由書中之事項，如認屬第377條至第382條及383條所規定之事由相關事項，亦得依職權調查之。」

¹⁵ 宇藤崇等，刑事訴訟法，頁489，有斐閣，第2版（2018）。

料已足（參日本刑訴第394條¹⁶）¹⁷。日本二審並不採取卷證不併送（起訴狀一本）的制度¹⁸。

三審（上告審）程序，係以高等法院所為之第一審或是第二審判決為對象，而向最高法院上訴之。三審（上告審）和二審（控訴審）同樣是事後審，同時也是最終的違憲審查及統一法令解釋的法律審，也擔任了救濟個案違法程序之功能（日本刑訴第411條）。上訴三審之上訴理由，可分為權利型上訴及裁量型上訴。就權利型而言，其上訴理由限於違反憲法、解釋憲法有誤及違反判例（日本刑訴第405條）。除了權利型之外，因最高法院仍同時負有統一解釋法令之功能，如是對於解釋法令有重要事項之事件，可以依據裁量而受理該事件，也稱為裁量型上訴（日本刑訴第406條）。且因最高法院仍負有救濟個案之功能，就算上訴理由不符合權利型上訴，在有日本刑訴第411條所規定之情況：有影響判決之法令違法、量刑顯有不當、影響判決之重大事實誤認、再審事由、判決後有刑之廢止、變更或是大赦，不廢棄原判決則顯著違反正義之時，最高法院仍得依職權撤銷原判決¹⁹。

雖然日本刑訴二審與三審均為事後審，然而，其第二審同時有事實審的性質，且對於二審得調查事實及新證據之範圍給予法院相當之裁量權限，也讓二審構造會因為實務之操作而有相當大的詮釋空間。為了解二審的構造及運作方式，以下先於（一）說明現行日本法上對於二審得調查事項及證據的範圍，再於（二）

¹⁶ 日本刑訴第394條：「於第一審中可作為證據之證據，在第二審（控訴審）中亦得為證據。」

¹⁷ 然在二審欲廢棄一審之無罪判決而自行改判為有罪判決時，近期日本實務見解認為不得僅以書面審理為之，詳見下列參、二、（一）、3.中之討論。

¹⁸ 宇藤崇等，前揭註15，頁488。

¹⁹ 池田修、前田雅英，前揭註13，頁534、544。

整理日本刑訴由戰前演變至今的變化。

（一）二審調查事實及證據的範圍

上訴二審理由大致可分為訴訟程序違反法令（日本刑訴第377條²⁰、第378條、第379條²¹）、適用法令有所違誤（日本刑訴第380條²²）、事實誤認（日本刑訴第382條²³）、量刑不當（日本刑訴第381條²⁴）及符合再審事由（日本刑訴第383條²⁵）等五類。在審理時，二審主要以當事人的上訴理由為中心來審查原判

²⁰ 日本刑訴第377條：「以左列事由作為上訴二審之理由時，在上訴理由書中，應附有得充分證明此事由的檢察官或是辯護人的保證書。一、為判決之法院並非依照法律所組成。二、依法不得參與判決的法官參與判決。三、違反關於公開審判的情形。」

²¹ 日本刑訴第378條：「以左列事由作為上訴二審之理由時，在上訴理由書中，應引用足以使人相信，在於訴訟記錄及原審裁判所調查過的證據中所顯現事實中，存有該等事由的相關事證。一、足認有違法管轄或管轄錯誤之情形。二、違法受理或駁回起訴。三、對於已受請求審判之案件未予判決，或是對未受請求審判之案件予以判決。四、判決理由不備或矛盾。」；第379條：「除前兩條之情況外，以訴訟程序違反法令且該違法已明顯地影響判決作為上訴二審之理由時，上訴理由書中，應引用足以使人相信，在於訴訟記錄及原審裁判所調查過的證據中所顯現事實中，存有明顯地應會影響判決之錯誤的違反法令。」

²² 日本刑訴第380條：「以適用法令錯誤且該錯誤已明顯地影響判決作為上訴二審之理由時，在上訴理由書中，應敘明該錯誤及明顯影響判決之處。」

²³ 日本刑訴第382條：「以認定事實錯誤且該錯誤已明顯地影響判決作為上訴二審之理由的情況下，在上訴理由書中，應引用足以使人相信，在於訴訟記錄及原審裁判所調查過的證據中所顯現事實中，存有明顯地應會影響判決之錯誤的相關事證。」

²⁴ 日本刑訴第381條：「以量刑不當作為上訴二審之理由的情況下，在上訴理由書中，應引用足以使人相信，在於訴訟記錄及原審裁判所調查過的證據中所顯現事實中存有量刑不當的相關事證。」

²⁵ 日本刑訴第383條：「以左列事由作為上訴二審之理由時，在上訴理由書中，應附有可釋明該事由存在的資料。一、存有和聲請再審相同的事由。二、判決後有刑的變更、廢止或大赦。」

決有無違法之處。二審法院所審理的範圍上，如為上訴理由中所包含的事項，法院即應調查之（參日本刑訴第392條第1項²⁶），也稱之為義務的調查範圍；雖然不屬於上訴理由中所包含之事項，但二審法院認為該事項可能成為上訴理由或與其有關時，得依職權調查（參日本刑訴第392條第2項²⁷），為職權（裁量）性調查。但二審法院如職權調查不在當事人上訴理由中之事項，恐有對當事人造成突襲等疑慮，這部分的問題特別展現在一審中一部有罪、一部無罪（一罪關係）的事件中，被告僅上訴一審中一部有罪部分，而檢察官亦未對無罪部分上訴，此時二審法院得否職權調查無罪部分即有爭議。關於此部分，日本最高法院在昭和46年（1971）3月24日裁定中²⁸，認為就此種一罪關係中一部有罪、一部無罪的案件中，僅有被告就有罪部分上訴至二審，無罪部分未經雙方當事人上訴，自非雙方爭執的對象及雙方攻防的對象，就算移審到二審，身為事後審之二審依職權調查並自判為有罪，對當事人造成突襲性裁判，其職權調查已超過容許的程度，應認定其為違法²⁹。

二審法院對於上訴理由、答辯書中所指摘理由，原則上以原審所檢送的訴訟紀錄、證據為基礎來進行審查，但是在光憑藉一審的訴訟紀錄及證據並不足以判斷的情況下，法院為了調查上訴理由而認為有必要之時，得基於當事人或辯護人的請求或依據職

²⁶ 日本刑訴第392條第1項：「二審法院對於上訴理由書中所包括之事項，必須為調查。」

²⁷ 日本刑訴第392條第2項：「二審法院對於不包括於上訴理由書中之事項，如認屬第377條至第382條及第383條所規定之事由相關事項，亦得依職權調查之。」

²⁸ 最大決昭和46年3月24日刑集第25卷2号，頁293。參林裕順，前揭註3，人民參審上訴制度之比較研究——以日本法制檢討為中心，頁31。

²⁹ 宇藤崇等，前揭註15，頁490-492。

權來「調查事實」。所調查的對象，原則上限於原一審判決所呈現出的事實，然而如果是發生在第一審判決之後的事實，是屬於1.刑的廢止、變更或大赦（日本刑訴第383條第1項第2款），或是2.將會影響量刑的情狀（日本刑訴第393條第2項³⁰），則屬於例外事由而得調查之。此外，就算是發生在第一審判決之前的事實，只要沒有成為一審判決的基礎事實，原則上也不是二審得調查的對象，但此處有例外規定，如果是3.有不得已之事由而導致第一審辯論終結前無法聲請調查的證據，由該證據可證明之事實，且為證明有事實誤認或是量刑不當所不可欠缺時，例外應進行調查（日本刑訴第382條之2³¹、第393條第1項但書³²）。最後，如屬於4.再審事由，也可以例外進行調查（日本刑訴第383條第1款）³³。

然而就不屬於上開1.至4.項中的事實，二審法院可否調查一審沒有出現的資料一事，雖日本最高法院昭和59年（1984）9月20日裁定中³⁴，認為法院得依據日本刑訴第393條第1項本文，在

³⁰ 日本刑訴第393條第2項：「二審法院在認為有必要時，得職權調查在第一審判決後所生之足以影響量刑的情狀。」

³¹ 日本刑訴第383條之2：「在有不得已之事由而導致第一審辯論終結前無法聲請調查的證據，如該證據得證明之事實中，有足使二審法院相信有前兩條所規定之上訴理由，就算並非在訴訟紀錄或是經一審之調查證據所呈現的事實之中，該事實在上訴理由書也可以援用之。在第一審辯論終結後、判決前所產生之事實，如足使二審法院相信前兩條所規定之上訴理由，則同前項規定。於前兩項的情況下，在上訴理由書中，應附有釋明該項事實的資料。在第1項之情況下，就有不得已之事由而導致無法聲請調查證據之事由，也必須添附資料釋明之。」

³² 日本刑訴第393條第1項：「第二審法院在認為有必要就前條為調查時，可依檢察官、被告或辯護人之請求，或是依職權為事實之調查。但有同法第382條之2之釋明，且係為證明刑之量定不當或足以影響判決之事實誤認所不可欠缺之情形為限，應予調查。」

³³ 宇藤崇等，前揭註15，頁492。

³⁴ 最決昭和59年9月20日刑集第38卷9号，頁2810。可參下列（二）、

有必要時調查一審未曾調查的新的證據資料，允許二審調查新的證據資料，就此職權調查部分是否應受一定的限制，學說上尚有不同看法，但上開最高法院裁判例則為實務較一致的看法³⁵。

由上述可知，二審得調查的對象，並不嚴格限定於上訴理由，例外情況下也容許調查新證據。因之，實務上如何具體運用，將影響對於二審構造的解讀及當事人的訴訟活動³⁶。整體而言，在制度設計上雖希望二審居於事後審的立場，盡量不積極地調查證據及上訴理由、答辯書以外的範圍，但也有一定程度的例外事項使二審法院可以有職權調查的空間，綜合了事後審與事實審性質的日本二審法院，或與日本刑訴在戰前賦予二審的任務及其後最高法院的任務轉型有所關聯，以下扼要介紹日本刑訴二審的發展脈絡史，也可看出其二審救濟事實層面（事實誤認、量刑不當）的機能仍一直存續。

（二）戰前至今的演變

1. 二戰前之大正刑事訴訟法

日本戰前之大正刑事訴訟法，對於二審乃是採取覆審制的審級構造。對於上訴二審的理由並沒有限制，上訴人也沒有提出上訴理由的義務，再者大正刑訴法第407條規定二審之審理方式概括性地準用第一審之審理方式。第二審審判程序中，在人別訊問後，上訴人並不用先陳述上訴意旨，而是由檢察官陳述被訴事件之要旨，此外，縱使上訴人有提出上訴理由，二審法院的審判範圍也不受其限制，二審法院係以被起訴之事件整體為審判對象，對於證據調查的範圍、新事實及新證據的提出也沒有任何限制。

3. 中之介紹。

³⁵ 宇藤崇等，前揭註15，頁490-492。

³⁶ 石井一正，刑事控訴審の理論と實務，頁232，判例タイムズ社（2010）。

同時，以自為判決為原則³⁷。

此外，大正刑訴時期之一審審判過程，在證據調查上主要係以訊問被告以及朗讀書證為主要的調查方式³⁸，學者認為相較於現行日本刑訴中重視證人的交互詰問等人證的調查，大正刑訴二審採取覆審制度在訴訟經濟及現實面上也沒有過多的困難點³⁹。

2. 日本現行刑訴法立法之時

二戰之後日本刑訴進行了全面的修正，就二審審判對象部分，在日本刑訴第372條規定「上訴二審，以對地方法院或是簡易法院所為之第一審判決為之」，明文規定其審判對象為「第一審判決」；其次，相較於大正刑訴中二審準用一審程序、原則上沒有限制對於證據調查的範圍、及沒有限制上訴理由⁴⁰；現行日本刑訴則規範上訴人應提出上訴理由書、明示其上訴二審的理由，二審法院審理的範疇基本上限於上訴人所指摘上訴理由的部分，判決形式也以駁回或撤銷發回為原則。

以審判對象來看，二戰後之日本刑訴將其明文規範為「第一審判決」，從這點來看明顯具有事後審的性格，以構造上來看較適合法律審的態樣；然而上訴二審理由大致可分為訴訟程序違反法令、適用法令有所違誤、事實誤認、量刑不當及符合再審事由等五類，這也表示日本第二審仍可審查事實誤認、量刑不當，再配合立法時（非現行法）的第393條第1項但書規定「第一審辯論終結前無法聲請調查的證據，經釋明其無法聲請調查證據之理由後，如該證據對於刑的量定是否不當或是對於判決所認定之事實有無違誤產生影響時，應調查該證據。」對於新證據的調查亦有

³⁷ 後藤昭，刑事控訴立法史の研究，頁248，成文堂（1987）。

³⁸ 前掲註，頁250。

³⁹ 白取祐司，前掲註6，頁496。

⁴⁰ 後藤昭，前掲註37，頁250。

限度的開放⁴¹。被認為是同時具有法律審與事實審功能之事後審構造⁴²。

有認此與大正刑訴的上訴審構造、二戰後日本最高法院的功能與現行刑訴的修正有所關聯，大致可分為下列兩點說明。(1) 增加第二審為法律審的機能：負責第三審管轄的日本最高法院，在二戰後日本憲法的要求下，負有合憲性審查與統一法令解釋的功能，而為了減輕最高法院的負擔，在大正刑事訴訟法下負責事實審的第二審，在修法後也承擔了部分法律審的角色。(2) 第一審審判程序的充實：現行法下採用嚴格證明法則，也重視直接審理、言詞審理原則，如再繼續採用覆審制或續審制，容許第二審和第一審為一樣之證據調查，則第一審為事實認定的意義與重要性將隨之降低⁴³。

然而，這樣身兼審查事實與法律的事後審具體要如何運用，從日本歷次修法與實務上對於第二審法院能否再行調查證據及自行認定事實之部分觀察，二審法院可自行調查證據的範圍逐漸擴張，似不完全符合事後審之精神，直到裁判員裁判後似又往事後審的方向靠攏。以下首先介紹昭和28年（1953）之刑事訴訟法修法與其後在昭和59年（1984）之最高法院裁判例。

3. 昭和28年（1953）之修法與昭和59年（1984）9月20日 裁定

在昭和28年（1953）的刑訴修法中，新增了第382條之2及第393條第2項。在有不得已之事由而導致第一審辯論終結前無法聲

⁴¹ 宮城啓子，控訴審の役割，刑事法ジャーナル，第33号，頁45（2012）。

⁴² 平野龍一，控訴審の構造，收錄於刑事法研究 第5卷 裁判と上訴，頁146，有斐閣（1982）。平野教授也指出作為事後審的事實審本身在運用上即有困難與容易產生矛盾之處。

⁴³ 宇藤崇等，前掲註15，頁517-518。

請調查的證據可證明之事項，且該事項是為了證明事實誤認或是量刑不當所不可欠缺時，二審法院例外可調查該事項；且二審法院在認有必要時，得依職權調查第一審判決後所生將會影響量刑之事由。在擴大二審可調查事實、證據之下，某程度也反映了當時實務工作者希望二審擔負真實發現的角色⁴⁴，以及在二審中維持修正認定事實錯誤的機能⁴⁵。然而此次修法，卻使第二審事後審的構造再次受到挑戰。

之後日本最高法院在昭和59年（1984）9月20日裁定中⁴⁶，就日本刑訴第382條之2第1項之「不得已之事由」做出了新的解釋。此判決中認為，當事人有無釋明「不得已之事由」，關乎第二審法院有無依據日本刑訴第393條第1項但書調查新證據之義務⁴⁷。但是另外一方面，日本刑訴第393條第1項本文已規定，對於在第一審判決前已存在之事實，就算第一審法院並未為證據調查或是並未經聲請調查，或是欠缺釋明「不得已之事由」等同條但書的要件，但如果第二審法院認為屬於判斷第一審判決妥適與否所需要的證據時，亦可依裁量進行證據調查。根據這個最高法院判決的解釋，「不得已之事由」會成為限制當事人提出證據調查之限制，然而並不會對於第二審法院造成調查證據的障礙事由⁴⁸。而根據日本最高法院這個判決，可以看出賦予第二審法院確認是否有事實誤認的角色與任務。

⁴⁴ 宮城啓子，前揭註41，頁45-46。

⁴⁵ 高橋正太郎，市民裁判官の参加した第一審判決の第二審における取り扱い，島大法学，第61卷第3・4号，頁176（2018）。

⁴⁶ 最決昭和59年9月20日刑集第38卷9号，頁2810。

⁴⁷ 日本刑訴第393條第1項：「第二審法院在認為有必要就前條為調查時，可依檢察官、被告或辯護人之請求，或是依職權為事實之調查。但有同法第382條之2之釋明，且係為證明刑之量定不當或足以影響判決之事實誤認所不可欠缺之情形為限，應予調查。」

⁴⁸ 宮城啓子，前揭註41，頁45-46。

4. 現行法下之運用

在實務運作上，經歷前開昭和28年（1953）之修法及昭和59年（1984）9月20日裁定後，現行實務上運作之結果整體來說，（1）事實誤認與量刑不當為重要上訴理由；（2）第二審法院對於新證據的調查有相當裁量之空間；（3）自為判決反而成為常態、發回為例外⁴⁹。換言之，目前在日本現行第二審上訴制度之實際運用，在允許新證據調查、原則上自為判決等部分，與續審制架構有類似之處⁵⁰。

雖然對於日本二審得在某程度內審查新證據、原判決未審查之新事實的部分，學說上對於是否可以稱為事後審有不同的看法，但整體而言，事後審之概念蘊含著對於原審判決之審查（包含事實認定等）採取較為保守的態度⁵¹，特別是要求當事人要具體指摘上訴理由，且原則上需以原判決存在之證據資料為基礎而提出上訴理由於二審法院之前提下，二審法院原則上仍是以事後的角度來審查一審判決，因之學說仍多認目前之日本二審仍屬於緩和的事後審構造⁵²。

二、導入裁判員制度後第二審法院的變化

在日本實務運作上，自昭和28年（1953）修法後二審對於證據調查採取較積極的態度⁵³，似乎並不全然貫徹事後審的立場來審查第一審判決。自從裁判員裁判施行以來，二審並未為新的修法，依舊適用原有刑訴二審制度，在原有的二審架構下，二審的角色應否有所改變，較多數學說認為雖然刑事訴訟法並未修法，

⁴⁹ 參張永宏，前揭註3，頁95-97。

⁵⁰ 三井誠、酒卷匡著（陳運財、許家源譯），日本刑事程序法入門，頁306，元照出版有限公司（2021）。

⁵¹ 後藤昭著（林裕順譯），前揭註3，頁32。

⁵² 後藤昭著（林裕順譯），前揭註3，頁32；石井一正，前揭註36。

⁵³ 宮城啓子，前揭註41，頁47。

但在運用上應更加貫徹事後審的審理方式⁵⁴，司法實務中法院也多是採取這樣的態度，如在2009年由日本司法研修⁵⁵所出版的司法研究報告「裁判員裁判之第一審判決書及上訴二審之理想方式」⁵⁶，即有提及在立法過程的重要討論「司法制度改革推進本部之裁判員制度・刑事檢討會」中，除討論如何妥適建構裁判員制度之外，對於第二審應採取如何的應對方式，則以在維持目前上訴二審制度之下，「第二審並非調查全新的證據而獨自形成心證，而是以第一審判決為前提，以事後審查的觀點進一步確認相關紀錄及其判斷是否有所違誤，如果是採取這樣的觀點的話，應該可以正當化僅由職業法官所構成的第二審法院來審查甚至廢棄第一審裁判員裁判」⁵⁷，「尊重裁判員也參與審判之第一審裁判，希望第二審此種事後審的本質能被徹底貫徹」⁵⁸，認為第二審以居於事後審的立場，審查第一審裁判原判決，也較能尊重第一審所為之事實認定。

就事後審的本質的部分，學說上認為應該要考量下列幾個部分：(一)減少第二審調查事實的比例(尊重第一審的審理)、

⁵⁴ 井上正仁，「考えられる裁判員制度の概要について」の説明，ジュリスト，第1257号，頁148(2003)；酒巻匡，裁判員裁判と控訴審の在り方：分科会の趣旨，刑法雑誌，第54卷第3号，頁355(2015)。

⁵⁵ 日本的司法研修所係隸屬於日本最高法院下的研修機關，主要提供法官研究及司法考試及格後的修習生進一步修習與訓練為其目的。參日本最高法院網站：司法研修所について，最高裁判所，<https://www.courts.go.jp/saikosai/sihokensyujo/sihokensyujo/index.html> (2020/07/25，造訪)。

⁵⁶ 司法研修所，裁判員裁判における第一審の判決書及び控訴審の在り方，頁103-105，法曹会(2009)；東京高等裁判所刑事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，第1296号，頁5-6(2009)。

⁵⁷ 司法研修所，前掲註，頁92-93。

⁵⁸ 司法研修所，前掲註56，頁5-6。

(二)減少廢棄判決的比例(尊重第一審的審理及判斷)、(三)在審查是否有事實誤認時從是否有違反論理法則、經驗法則的觀點來審理(尊重第一審的審理及判斷)⁵⁹。在裁判員制度施行後,二審法院就上述三個面向都是偏向消極作為。就二審調查證據的部分,在平成18年(2006)到平成20年(2008)之間,第一審為職業法官時,第二審調查證據的比例為78.4%;平成24年(2012)6月到30年(2018)之間,第一審為裁判員裁判時,第二審調查證據的比例為53.6%,相較於實施裁判員制度3年後第二審調查證據的比例為63.1%,可看出第二審調查證據的比例持續下降⁶⁰。此外,此處二審調查證據的比例看起來雖然較高,但有相當程度是對於被告的詢問(應不視為新證據)或是情狀證據的調查⁶¹,與日本戰前完全重新調查證據的狀況迥然不同。從這個統計資料來看,第二審在審查事實認定是否有誤而調查證據之部分,可以看出是採取較謙抑的態度。

2012年第一件日本最高法院審查二審廢棄第一審裁判員裁判之判決⁶²,基本上乃是以裁判員裁判導入後,第一審已落實直接審理主義,二審具有更加貫徹事後審的性質之正當性,應以論理法則、經驗法則的觀點來審查第一審判決,然最高法院在此判決的法庭意見當中,雖並未限定於裁判員裁判之二審,但以裁判員制度為契機所為之論述應無疑問⁶³。

⁵⁹ 植村立郎,最近の薬物事犯を中心とした最高裁判例に見る刑事控訴事件における事実誤認について,刑事法ジャーナル,第40号,頁35(2014)。

⁶⁰ 最高裁判所,裁判員制度10年の総括報告書,頁22,最高裁判所事務総局(2019)。

⁶¹ 三井誠、酒卷匡著(陳運財、許家源譯),前掲註50,頁298。

⁶² 最判平成24年2月13日刑集第66卷4号,頁482。

⁶³ 川出敏裕,控訴審の審査,論究ジュリスト,第31号,頁116(2019)。

然而，就第二審法院廢棄第一審裁判員裁判的部分，以殺人罪等15項罪名來觀察，在平成18年（2008）到平成20年（2010）之間，一審為職業法官（非裁判員裁判）的二審的廢棄率為17.6%，一審為裁判員裁判的二審廢棄率為6.6%。然而，在平成24年（2014）6月至平成30年（2020）12月的平均值來看，廢棄率再次上升來到10.9%⁶⁴。由上開廢棄一審裁判原判決的統計數字可看出，廢棄率雖一度下降後又再次升高，對於「尊重裁判員所為之一審裁判」背後實質理由，以及涉及其他憲法或是刑事訴訟法價值的衝突，應該有加以研究之必要。

以下，首先就導入裁判員裁判後調查事項及證據的部分為分析，其次為日本最高法院及學說對於二審審查一審法院事實誤認的探究。

（一）二審調查事項及證據的範圍及基準

在引進裁判員裁判後，裁判員裁判上訴二審的程序部分，並未有任何修法，仍是適用日本刑事訴訟法上關於二審的規定。有部分實務及學說上秉持著尊重裁判員制度或是落實事後審的價值，有傾向消極的態度，然而，在最高法院令和2年（2020）1月23日判決中⁶⁵，則是再次審視二審的角色的機會。以下就裁判員制度施行後，二審法院調查事項、調查新證據的範圍與上開令和2年判決的意義，做進一步分析介紹。

1. 調查事項之範圍

近年中可以從兩個日本最高法院的判例中看到對於第二審調查事實的範圍，採取較為消極的態度。一為在臨近裁判員制度施行前起訴秘魯國籍被告殺害七歲女童事件。在此事件中，第二審

⁶⁴ 最高裁判所，前掲註60，頁60。

⁶⁵ 最判令和2年1月23日刑集第74卷1号，頁1。

就第一審駁回被告聲請調查其在檢察官面前所為筆錄的部分，依據職權調查此事項，並以該份筆錄對於爭點之一的確認犯罪行為為場所有必要性，認為第一審判決中就該筆錄的任意性並沒有充分舉證，因之認為第一審的訴訟程序中有應調查未調查的違誤。日本最高法院在最判平成21年（2009）10月16日判決中⁶⁶，指摘第二審法院：對於委由第一審法院首次為證據調查與否的判斷如為合理的裁量，且當事人也沒有主張違法的情況下，依據職權認定一審有審理不完全的違法部分，乃是有解釋法令適用錯誤的違誤。

其二是在秋田發生的辯護人被殺害的事件。日本最高法院在平成26年（2014）4月22日判決中⁶⁷，原審之二審法院認為一審法院就殺人行為之前的未發射子彈行為的重要事實部分，未經爭點化，係違反訴訟法令；然而最高法院則認為上開被告行為已經經過實質攻防，雖然沒有明確列入爭點當中，也不應解釋為未將此部分明確爭點化進而認定事實乃是違法，且附帶說明了「從原審（第二審）的訴訟程序來看，被告及檢察官雙方當事人，都沒有以訴訟程序違反法令作為上訴理由，在上訴理由中也沒有主張原審該判決部分為問題點」⁶⁸。

學者亦有認為上開兩則判決中，可以看出最高法院對於第二審法院依職權審查當事人沒有主張的事項，乃是採取消極的態度。過去日本第二審法院雖然容易傾向為了發現真實而為職權主義式的調查及判斷，但最高法院似乎傾向認同第一審及第二審應該採取偏向當事人主義的運用方式⁶⁹。

⁶⁶ 最判平成21年10月16日刑集第63卷8号，頁937。

⁶⁷ 最判平成26年4月22日刑集第68卷4号，頁730。

⁶⁸ 最判平成26年4月22日刑集第68卷4号，頁730。

⁶⁹ 岩瀬徹，裁判員制度の下における上訴審のあり方，收錄於裁判所

2. 調查新證據的範疇

此外，在是否允許新的證據調查的部分，因日本刑事訴訟法第393條第1項、第382條之2等關於規範二審調查證據部分並未修法、裁判員法也沒有相關的規定且亦未有判例變更之情況下，裁判員施行後二審應該容許新證據的調查到何種程度的部分，大致可分為兩種看法。(1) 為認為刑訴第393條第1項本文的解釋應該跟先前一樣，採取上述昭和59年(1984)9月20日裁定的立場，在第一審判決前已存在之事實，就算屬於第一審法院並未為證據調查或是並未經聲請調查的新證據、欠缺同條但書的要件，第二審法院認為必要時仍可調查⁷⁰。(2) 則是採取限縮的看法，認為至少就裁判員沒有機會看到的情報，不應該使其成為第二審職業法官做為判斷依據的新的素材⁷¹。此外，就第二審採納新證據的基準，學說上提出應考量的部分有(1) 第一審集中審理的強化⁷²、(2) 採行徹底之事後審⁷³、(3) 是否可以明顯看出應該在第一審為證據調查⁷⁴、(4) 使裁判員制度能順利運作⁷⁵、(5) 發現真實的可能性⁷⁶、(6) 第二審作為事實審的意義與使命⁷⁷、

は何を判断するか、頁211、岩波書店(2017)。

⁷⁰ 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，第1288号，頁11(2009)。

⁷¹ 植野聡等，裁判員制度のもとにおける控訴審の在り方(2)大阪高等裁判所陪席会 控訴審の訴訟手続(1)，判例タイムズ，第1272号，頁57(2008)。

⁷² 宮城啓子，裁判員制度の導入と上訴，現代刑事法，第32号，頁60(2001)。

⁷³ 加藤克佳，裁判員制度における判決と上訴の構想，刑法雑誌，第43卷第3号，頁461(2004)。

⁷⁴ 東京高等裁判所刑事部陪席裁判官研究会(つばさ会)，前掲註70，頁12。

⁷⁵ 植野聡等，前掲註71。

⁷⁶ 植野聡等，前掲註71，頁58。

(7) 和審理前準備程序的整合性⁷⁸。其中(1)及(2)向來是縮小第二審證據調查的根據，現在則更加強調這個部分；(3)及(5)則是採用新證據時應該考量的部分；(4)及(7)則是裁判員制度施行後的要求⁷⁹。

雖然有上述不同的觀點，但大致上可以統整從「裁判員裁判的尊重」、「事後審的意義」及「第二審的功能與角色」三個部分來觀察⁸⁰。如強調「裁判員裁判的尊重」這個新加入的要素，則通常會傾向減少調查新證據的方向。

然而，就第二審本身做為事後審及第二審的功能部分，日本最高法院在非裁判員的案件令和2年(2020)1月23日判決中，再次確立二審如果要廢棄一審無罪判決而自為有罪判決，則需要親自調查證據，直接審理、言詞審理原則在二審亦有適用，不得僅以卷宗書面資料來廢棄一審無罪判決。此判決雖非裁判員事件，但判決中亦提到了實施裁判員法之後的狀況，本文認為有高度介紹之價值。

3. 第二審的角色與意義：令和2年(2020)1月23日判決⁸¹

(1) 事實概要

被告因涉犯竊盜、詐欺及詐欺未遂而被起訴。第一審認定被告在平成27年(2015)5月觸犯1件竊盜罪、1件詐欺罪及3件詐欺

⁷⁷ 西田時弘，裁判員制度のもとにおける控訴審の在り方(3)大阪高等裁判所陪席会 控訴審の訴訟手続(2)，判例タイムズ，第1273号，頁105-106(2008)。

⁷⁸ 杉森研二，裁判員制度導入後の控訴審，收錄於鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集(下卷)，頁741，成文堂(2007)。

⁷⁹ 高橋正太郎，刑事控訴制度の機能と新証拠の許容範囲，法学研究論集，第41号，頁10(2014)。

⁸⁰ 前掲註。

⁸¹ 最判令和2年1月23日刑集第74卷1号，頁1。

未遂罪，判處有期徒刑2年6個月、緩刑4年；另就被告在同年3月被起訴的3件詐欺，則諭知無罪判決。被告及檢察官均以第一審有事實誤認而上訴至第二審。

第二審中，被告主張所有犯罪事實的行為人均非自己，但二審法院並不採信被告的辯解，並以事實誤認為理由廢棄第一審判決。第二審訴訟過程中，第二審法院本身沒有親自為證據調查，係憑藉訴訟紀錄及第一審已經調查過的卷內的證據資料，認為第一審判決認定被告無罪部分，依據論理法則、經驗法則來看顯有不合理之處，以事實誤認廢棄一審判決，並自為有罪之判決，判處有期徒刑2年6個月。然而二審不親自為證據調查即認定被告有罪的部分，與先前日本最高法院判例的意旨並不相符；二審判決就此部分以該先前最高法院判例是否還能適用於現下的刑事訴訟運作模式仍有疑問，認為不親自調查證據而判處被告有罪並不違法。被告及檢察官均以判決違背判例等理由而上訴至第三審。後最高法院以第二審法院判決違背判例撤銷發回更審。

（2）判決要旨

昭和31年（1956）7月18日大法庭判決〔以下簡稱昭和31年（1956）7月18日判決〕中⁸²，認為就算在第二審當中，被告仍享受憲法第31條、第37條等保障之權利，審理程序中受直接審理原則、言詞辯論原則的保障，被告在公開法庭，而法院在被告面前進行適法的證據調查程序並使被告有機會對其陳述意見，如果無法保障上開程序的進行，則應認為被告享有不受有罪判決的權利。上開大法庭判決認為，「在此前提下，本件中，第一審法院認為無法確定存有被告犯罪事實而諭知無罪判決的情況下，第二審法院廢棄第一審判決，且是在僅憑藉訴訟紀錄及第一審所調查

⁸² 最大判昭和31年7月18日刑集第10卷7号，頁1147。

證據之資料，直接認定存有被告犯罪之事實而判處有罪，此乃是侵害被告上開憲法上的權利及直接審理原則、言詞審理原則，在此情況下不得不認為是違反刑訴第400條但書的規定而不應容許之。」並廢棄第二審判決，而將案件發回第一審審理。其後，昭和31年（1956）9月26日大法庭判決也是採取相同的看法⁸³。之後，也有數個依循這個判例意旨的最高法院案例，根據日本憲法第31條、第37條的精神及直接審理原則、言詞辯論原則的意涵而解釋日本刑訴第400條但書之適用，實務上確立了第一審法院認為無法確定存有被告犯罪事實而諭知無罪判決，第二審法院廢棄第一審判決，認定犯罪事實之時，必須要自為事實的調查，以確保被告的權利與利益。

原審判決認為應該變更判例的理由，舉出了①刑訴法的構造及運用已經有重大改變，第一審係基於嚴選的證據來進行審理，第二審僅得在具體指摘第一審判決根據論理法則、經驗法則顯不合理時才能以事實誤認廢棄一審判決；②偵查中導入國選辯護制度及實施偵訊時的錄音錄影，因之被告行使緘默權的狀況也增加了；③本件如果要為了不牴觸判例而同意檢方請求之證據調查，就會變成要調查沒有調查的必要性且不具有在第一審辯論終結前因不得已的事由而無法為調查的事由的證據等，因之認為前開最高法院判例在現下恐已無存在的正當性，第二審法院就算沒有自為證據調查，實際上也不會對被告的權利或是利益有所影響。

然而，原審判決所舉出的刑訴法制度與運用的變化，係以導入裁判員制度為契機，為了實現更加妥適的刑事審判，特別是在一審中，應決定犯罪事實的存否及判斷量刑所必要範圍內應盡可能為充實的審理，基於審判中心主義的理念，盡可能落實刑事裁判中基本原則直接審理、言詞辯論之實質化，因之，同樣由直接

⁸³ 最大判昭和31年9月26日刑集第10卷9号，頁1391。

審理、言詞辯論原則之理念所引導出的上開判例，在現在也沒有喪失其正當性。因之，本院認為原審判決舉出上列理由主張現在應變更判決的部分，並沒有理由。

(3) 評析

日本刑訴第400條但書規定：第二審法院根據訴訟紀錄及第一審法院、第二審法院所調查之證據，可以直接為判決之時，二審法院可自行為判決。從法條文字上來看，並沒有要求二審要自為證據調查，同時日本早期的判例也是採取這樣的立場⁸⁴。

然而對於此種廢棄一審無罪判決、二審在沒有證據調查的情況下自為有罪判決的情況，開始有法官認為從憲法保障被告防禦權及直接審理、言詞審理的角度來思考訴訟程序〔參最判昭和29年（1954）6月8日刑集第8卷6号第821頁中之少數意見〕；之後前述之昭和31年7月18日判決，變更過去的判例，認為第一審法院認為無法確定存有被告犯罪事實而諭知無罪判決的情況下，第二審法院廢棄第一審判決，且是在完全未自為證據調查之情況下自為有罪判決，不得不認為是違反日本刑訴第400條但書的規定而不應容許之。昭和31年（1956）7月18日判決中雖有4名法官表示反對意見，但之後的最高法院依然維持相同的立場⁸⁵。

確實對於具有事後審性格的第二審，是否仍需跟第一審為同樣的證據調查才能維持直接審理、言詞辯論原則，容有不同看

⁸⁴ 河上和雄等，大コンメンタール刑事訴訟法（第二版）第9卷，頁466-467，青林書院，第2版（2011）。

⁸⁵ 高平奇恵，控訴審が第一審の無罪判決を破棄し有罪の自判をする場合には事実の取調べを要するとした事案，新・判例解説Watch・速報判例解説，第27卷，頁199-200（2020）。關於日本二審法院撤銷一審無罪判決、自為有罪判決之部分，可參三井誠、酒卷匡著（陳運財、許家源譯），前揭註50，頁305-306。

法，但是，在廢棄無罪判決的情況下，之所以要就事件的核心事項為證據調查，乃是為了避免僅就書面審理而導致誤判危險性發生在真實無罪的被告上而導致冤罪的危險，含有這樣政策上的判斷。質言之，在判例理論當中，要求二審義務性為事實、證據調查，應在審理程序中於法庭上調查成為有罪認定之重要證據資料、賦予被告辯解的機會，以確保其程序保障；此外，更蘊含有避免僅以書面認定有罪而造成事實誤認的危險性這樣的價值判斷在內⁸⁶。

此判決中所引用之昭和31年（1956）7月18日判決距今已超過60年，此間刑訴法經過數次大幅度的修法及運用上的改變，然而憲法及刑訴法上對於直接審理原則、言詞辯論原則的要求及被告程序上的保障，在歷次變更當中更應該受到重視及保障，應也是本件判例的重要意義之一⁸⁷。

此外，在觀察二審是否因導入裁判員而有往事後審的方向轉變時，除其對於事實及證據調查的積極與否之外，二審對於第一審裁判員裁判所為的事實認定，如何審查也是一個觀察的重點。蓋越保持事後審的審查態度，對於一審的事實認定亦會有較高程度的尊重。日本最高法院在裁判員裁判施行後，也產生了由職業法官所組成之第二審法院，認為裁判員裁判之第一審判決有事實誤認之情況，而日本最高法院在數個裁判員裁判中，再次對二審法院審查一審事實誤認之基準做出說明。首先就日本最高法院數個相關判決做一整理介紹。

⁸⁶ 高平奇惠，前揭註，頁201-202。

⁸⁷ 蛭田円香，犯罪の証明がないとして無罪を言い渡した第1審判決を控訴裁判所が何ら事実の取調べをすることなく破棄し有罪の自判をすることと刑訴法400条ただし書，ジュリスト，第1551期，頁102（2020）。

（二）對於一審判決「事實誤認」之審查

日本刑訴上訴二審的理由，有一類為「事實誤認」，即原審判決對於事實的認定有所違誤，且該違誤已明顯影響原判決的判斷（日本刑訴第382條參照）。此處所稱之「事實」係指影響實體法適用的事實而言；「誤認」則包含了證據取捨認定上的錯誤導致的認定事實錯誤等。然而二審如何判斷一審的事實認定是否有所違誤，學說上向來有心證優先說及經驗法則、論理法則違反說兩種不同的看法⁸⁸。1.採心證優先說者，認為所謂的「事實誤認」係指，原判決之心證（認定之事實），與第二審法官之心證（認定之事實）並不相同時，刑訴法規定應該優先以第二審法官的心證為優先。而2.經驗法則、論理法則違反說則認為，所謂的「事實誤認」係指，原判決所認定的事實已違反論理法則、經驗法則，若無法指摘原判決所認定之事實違反論理法則、經驗法則，刑事訴訟法優先保障原審判決所認定的事實⁸⁹。

本件為日本最高法院，首次就二審法院審查裁判員所為之一審裁判事實認定時，就其審查標準做出說明，除了回應上述學說爭議之外，亦影響對於二審的定位，為相當具有重要性之判決。

1. 平成24年（2012）2月13日判決（判例1）⁹⁰

（1）事實概要

在本件中，第一審裁判員裁判為無罪判決，而第二審判決廢棄一審判決（自為有罪判決），最高法院廢棄二審之判決，維持一審無罪判決。

⁸⁸ 宇藤崇等，前揭註15，頁486。

⁸⁹ 原田國男，事實誤認の意義：最高裁平成24.2.13判決を契機として，刑事法ジャーナル，第33号，頁38（2012）。

⁹⁰ 最判平成24年2月13日刑集第66卷4号，頁405。

本件為被告搭乘飛機將998.79g的毒品放在巧克力罐中，以手提行李的方式將毒品帶入日本境內的運送毒品案件。被告對於主觀上是否知悉巧克力罐內之物品一事有爭執。而①第一審的裁判員裁判認為被告對於罐中藏有毒品一事並沒有認識因而做出無罪判決。②第二審（高等法院）則認為第一審法院對此部分之事實認定有所違誤，因此廢棄第一審法院的判決，並自行認定被告應有故意而自為判決判處10年有期徒刑、罰金600萬元日幣及沒收。③最高法院則以日本刑訴第411條第1款為由，廢棄第二審法院之判決而使第一審的無罪判決確定。

（2）審理過程及一、二審判決

本件的爭點在於被告帶著巧克力罐進入日本時，是否在主觀上有認識到巧克力罐中藏有毒品。檢方認為基於個別の間接事實，及被告在關稅檢查前之言行舉止，可推論出被告主觀上有所認識。而被告則主張他是被委託從馬來西亞帶著偽造的護照入境日本，在馬來西亞被請求帶巧克力罐來的時候，雖然覺得有點奇怪，但看巧克力罐的外觀並沒有任何異常之處，主觀上並沒有認識到其中藏有毒品。

第一審判決認為光憑檢察官用以證明被告主觀上有所認識の間接事實，並無法證明被告具有主觀上的故意，因此判處無罪。對於一審無罪判決，檢察官上訴二審，主張一審判決有事實誤認。二審則認為被告對於攜帶本件巧克力罐進入日本的過程，其陳述前後不一致，且試圖隱瞞部分事實，其陳述並沒有信用性，此外，亦認為根據檢察官所主張的相關間接事實，應可推論認定被告有主觀上認識，無法認同第一審判決對於上開間接事實的判斷及推論，因此以具有足以影響判決的事實誤認，將第一審判決廢棄並自為審判，判處被告有期徒刑10年及罰金600萬元日幣，並沒收3袋毒品。

(3) 最高法院關於事實誤認的判斷

最高法院在本判決中提出了關於審查事實誤認的基準。首先，就日本刑訴第382條之「事實誤認」之意義，「刑訴法原則上將第二審設定為事後審，因之，第二審法院並不是和第一審法院居於相同的立場而審理案件，而是以當事人之訴訟活動為基礎而形成的第一審判決為審理對象，應以事後審查的觀點來進行。第一審採取直接審理原則、言詞辯論原則，直接調查與爭點相關之證人，並審酌證人的態度等而判斷其供述的信用性，並在綜合相關證據後做出事實認定，本院考量上述一審的狀況，認為二審在審查一審判決是否有事實誤認時，應觀察第一審所調查證據的信用性評價或證據的綜合評價，是否就經驗法則、論理法則來看有不合理之處，而為論斷。刑訴法第382條之事實誤認，應該解釋為依據經驗法則、論理法則來看，第一審的事實認定有不合理之處時，即屬之。因此，第二審法院如果要認定第一審法院有事實誤認時，必須要具體說明第一審法院在事實認定時在哪個部分依據經驗法則、論理法則來看是顯然不合理的。同時就此部分，也因為導入了裁判員裁判，使得第一審在落實直接主義、言詞辯論原則上更為徹底，其正當性也更加堅實。……因此，就本案而言，如果（第二審法院）沒有依據上述說明具體論斷判決被告無罪之第一審判決依據經驗法則、論理法則來看有何不合理之處，即無法認定第一審有事實誤認。」

就被告是否對於運輸毒品有認識的部分，最高法院認為「關於第二審判決中對間接事實評價的部分，並沒有充分說明第一審判決的論斷依據經驗法則、論理法則有何不合理之處，因之，應該認為無法否定第一審所為之判斷。」、「根據上述說明，對於認為憑藉間接事實不足以推論被告對於違法藥物有認識、無法否定被告的抗辯的第一審判決，原審判決（第二審判決），並沒有充

分論證依據經驗法則、論理法則有何不合理之處，因之，認定第一審判決有事實誤認的第二審判決，乃是錯誤適用刑訴第382條而有違法之處，而此違法對於判決明顯具有影響，如不廢棄第二審判決將顯違反正義。」最高法院將第二審判決廢棄、駁回上訴後，被告無罪之第一審判決即告確定。此外，白木勇法官對於本件做出了補充意見。

（4）白木勇法官的補充意見

白木勇法官認為在過去的日本二審實務當中，二審雖然對於自己是事後審的部分有所自覺，但在認定事實或量刑上，還是多以自己的心證來取代一審的判斷，本件二審判決亦是採取這樣的判斷方式。「然而，在裁判員裁判施行之後，上述的判斷方式應有改變之必要。舉例而言，加入裁判員的審判主體所進行之量刑判斷，如要求不容許一定彈性程度的判斷，本質上而言即有所困難。就事實認定而言亦是如此，蓋當初本就預期判決中會反映出裁判員不同的觀點與感覺而所下的判斷。於此，在裁判員裁判當中，應該容許一定彈性程度的事實認定與量刑。如不做這樣的理解，恐怕裁判員裁判也無由成立。在裁判員裁判制度下，第二審應在盡可能尊重有裁判員加入的第一審法院的判斷，其理由就如同上述。」

其亦認為本件判決中提出應重視第二審的事後審性格，「就第二審所為之事實誤認之審查，第一審判決對於證據的信用性評價、證據的綜合判斷，應依據論理法則、經驗法則來判斷是否有不合理之處，以這樣的觀點來進行審查，就此部分敬表贊同，然而，我想強調的部分是，第一審的判斷如依照論理法則、經驗法則來看並沒有不合理之時，應該認為這就是屬於應該容許之範圍內的判斷，保持這樣的觀點而為審查應為制度下相當重要的一部分。」

(5) 評析

上述日本最高法院判決中，就被告的陳述的信用性的評價或是間接事實的評價，其認為二審就算跟第一審採取不一樣的結論，但無法認定根據經驗法則、論理法則來看第一審的判斷乃是不合理的情況下，不應該是以自己所形成的心證與第一審的認定相互比較，而是以第一審的判斷是否合理，作為判斷的標準⁹¹，可明顯看出對上述日本刑訴第382條「重大之事實誤認」的審查基準乃是採取「經驗法則、論理法則違反說」。且適用日本刑訴第382條之要件及事實，應是具體闡明「第一審判決的事實認定，依據經驗法則、論理法則有不合理之處」。如無法充分說明適用日本刑訴第382條之要件確實存在，應依照日本刑訴第411條第1款⁹²「有足以影響判決之違反法令」為由而廢棄二審判決⁹³。此外，日本刑訴第382條之事實誤認，應是只有在原一審判決所為之事實誤認已明顯影響到判決時，方構成上訴理由。且該上訴理由中，必須援引訴訟紀錄及根據原審裁判所調查之證據中所顯現的事實⁹⁴。

此外，認為應採取尊重一審裁判原裁判、採取徹底事後審的實質理由，大致上可分為下列兩類，有認僅由職業法官所構成的二審法院，應該尊重由裁判員加入的一審法院的判決；亦有認為在裁判員裁判中，第一審的審理乃是確實落實直接主義、口頭主

⁹¹ 川出敏裕，前揭註63，頁117。

⁹² 日本刑訴第411條：「上訴第三審法院（最高法院），對於不符合第405條之事由，但有左列事由且非廢棄原判決則顯有違反正義之情況下，得以判決廢棄原判決。一、有足以影響判決之違反法令。」

⁹³ 田淵浩二，控訴審における事實誤認の審査——最判平24.2.13の意義，法律時報，第84卷第9号，頁49（2012）。

⁹⁴ 宇藤崇等，前揭註15，頁486。

義，因之以書面審理為主的二審法院要批判第一審法院的判斷有所困難。前者是認為應該尊重裁判員參與的審判，後者則是從直接審理主義出發的論點。前開平成24年（2012）2月13日判決乃以導入裁判員制度作為契機，使一審落實直接審理主義，二審則應更加落實事後審作為論述方式⁹⁵。學者亦指出最高法院「並不需要全面性審查第一審判決之事實認定」。在此意義下，也可以認為是較尊重第一審判決之審查形式⁹⁶。

此判決強調，第二審應充分論證依據論理法則、經驗法則，第一審判決有何不合理之處並具體指明之，現下學說及實務上普遍對於要求第二審說明何處違反經驗法則、論理法則一事，幾乎也沒有反對的意見⁹⁷，然而，具體而言應如何理解「經驗法則、論理法則」之違反，在學說上引起眾多討論。首先是對於廢棄有罪判決與無罪判決是否應該採取一樣的審查標準，再來是經驗法則、論理法則的內容應該如何理解、在操作上是否具有可行性。以下就上開判決後日本最高法院數個關於二審撤銷第一審事實認定的判決，區分為無罪認定的審查與有罪認定的審查兩大類，逐一做一分析比較，嘗試回應上開的兩個爭議。

2. 無罪認定的審查標準

針對第一審裁判員判決無罪，而後第二審以事實誤認為理由廢棄之最高法院裁判例，尚有最決平成25年（2013）4月16日裁定、最決平成25年（2013）10月21日裁定及最決平成26年（2014）3月10日裁定。

⁹⁵ 後藤昭，裁判員裁判と控訴審の役割，刑法雜誌，第54卷第3号，頁359（2015）。

⁹⁶ 田淵浩二，前掲註93。

⁹⁷ 岩瀬徹，前掲註69。

(1) 平成25(2013)4月16日裁定(判例2)⁹⁸

與上開判例1不同，日本最高法院在平成25年判決中，則是維持了第二審有罪的認定。以下先介紹判決之概要。

I.事實概要

在本案中，第一審判決被告無罪，第二審法院則為有罪認定，第三審則維持二審的有罪認定。爭點在於被告對於自己所運送之包裹內有毒品一事是否有認識。毒品5967.99g被藏在國際運送的包裹(紙箱)中，而被告則是收受該藏有毒品之包裹之人。被告針對是否對於包裹內之內容物(毒品)有所認識及有無共謀提出爭執。而①第一審之裁判員裁判，認為發送包裹時對於包裹內有毒品具有認識，但否定其共謀，②第二審法院以第一審判決有事實誤認而廢棄第一審判決，認定被告有共謀的合意與故意而為有罪之認定，③最高法院認為第二審法院對於刑訴第382條的解釋並沒有違誤，因此駁回上訴。這也是第一件裁判員裁判所為的無罪判決，在以事實誤認為理由而被二審廢棄後，最高法院維持二審見解的判決。

II.最高法院關於事實誤認的判斷

在引用上開平成24年(2012)2月13日判決的同時，第二審法院認定第一審判決之事實認定依據經驗法則來看有不合理之處，「被告在認識到輸入之包裹內有毒品藏匿、受犯罪組織關係者之委託而收取該包裹，該行為應為輸入毒品之重要行為，……應該可以推認被告和犯罪組織關係者對於共同輸入毒品一事具有默示的合意」、「在沒有特殊情事之下，應該認定被告不僅只有對輸入毒品的故意同時還有共謀之合意」。

因之，本件就第二審法院所認定之「在沒有特殊的情事下，

⁹⁸ 最決平成25年4月16日刑集第67卷4号，頁549。

第一審法院竟未考量被告與寄送毒品之人，對運送毒品一事有默示的情況下，二者應具有信賴關係等情事，逕行否認有共謀關係之部分，依據經驗法則來看顯然不合理」，最高法院認為第二審之判斷係屬正當，並認定「第二審法院就第一審判決中之事實認定的部分，已經具體說明哪些部分明顯違反經驗法則」。

(2) 平成25年(2013)10月21日裁定(判例3)⁹⁹

I. 概要

本件係將2481.9g的毒品分為兩包而放置於飛機內手提行李之內而將之搬運輸入之事件，而被告則爭執對於該毒品並沒有認識。一審無罪，二審廢棄一審判決改為有罪認定，之後最高法院駁回二審上訴維持二審有罪的判斷。

①一審的裁判員裁判認定，本件輸入毒品一事與輸入毒品組織有關連性，然而不可否認該組織有方法可以讓搬運者在不知情的狀況下替其搬運(內藏毒品之)行李，因之認定被告對於內藏毒品一事並不知情而判處無罪。②第二審法院則以第一審法院有事實誤認而廢棄第一審法院之判決，其次，對於「回收毒品的經驗法則」部分，第二審法院認為「關於這種犯罪，不論搬運者是運送毒品組織之人或是假裝成一般人，完全沒有受到任何指示、對受託搬運之物的回收方法完全沒有受到指示的情況，在現實上時無法想像的」，因之認定被告對於運送毒品一事具有故意，而自為有罪判決。③最高法院則認定第二審法院對於刑訴第382條的解釋，並沒有錯誤，因此駁回上訴。

II. 最高法院關於事實誤認的判斷

「關於此種犯罪，在沒有上述所說的特別之情事之下」，「應該可以認定運送毒品之人，就如何回收毒品一事，一般是受毒品

⁹⁹ 最決平成25年10月21日刑集第67卷7号，頁755。

組織相關人的指示而搬運藏有毒品的行李」，「本件中，並沒有存在特殊的情事」，最高法院因之認為二審認定被告具有故意之判斷，並無不妥。

再者，針對一審判決，「對於應該適用此種犯罪的經驗法則有所誤認，或是僅依據抽象的可能性就否定基於經驗法則等合理的推認，就此部分，應可說是適用經驗法則之違誤，如同第二審判決所述，第一審判決否定被告的故意的結論乃是錯誤的」。

(3) 平成26年(2014)3月10日裁定(判例4)¹⁰⁰

I. 概要

本件係將約4004.17g的毒品放置於飛機內手提行李之內而將之搬運輸入之事件，共犯有4名分別為A、B、C、D，A使B為搬運毒品，而D則經由C的關係而進行搬運毒品的角色。在被告是否有參與共謀的這個爭點上，被告爭執其是否為A的上游角色。第一審判決無罪、第二審廢棄一審判決、第三審則駁回上訴。

①第一審裁判員裁判中認定「A陳述本件關於輸入毒品之相關事宜都是受到被告的指示，關於A的陳述，並不能認為其陳述有高度可信性」，而被告陳稱去關西機場僅是因為A之委託的部分，「就其整體供述觀之也無法認定其為虛偽之供述」，因之否定被告和A有共謀或是幫助的故意，做出無罪判決。②第二審法院對於第一審法院的判斷，(I)從客觀上的通聯紀錄來看，「其中多數和被告間之通話紀錄，可以明確推認是與本件輸入毒品相關的聯繫」，「只憑藉其他部分就認為應無法僅由通聯記錄增強A的信用性」並不合理，(II)被告以外之第三人給與A關於輸入毒品的指示的可能性，「在證據上也僅止於抽象的可能性，然而僅根據這個抽象的主張，就強烈認定存有除了被告以外之第三人的可能

¹⁰⁰ 最決平成26年3月10日刑集第68卷3号，頁87。

性」，而第一審法院僅僅因為這個原因而否認A的陳述的信用性，「從經驗法則來看顯然不合理」，實無法予以認同。

II. 最高法院關於事實誤認的判斷

最高法院則認為，「通話紀錄與A的供述可以充分互為印證」，「第一審判決並沒有充分考量作為客觀證據的通話紀錄的性質，誤判了該證據之證據價值，並對於A的供述與通話紀錄的統合性做出了過於嚴苛的要求，第一審判決對於A的整體供述與通話紀錄的統合性的部分並未進行充分的考量，逕行認定A的供述與通話紀錄有所矛盾之部分，其判斷明顯有不合理之處，應認為依據經驗法則來看顯然有不合理之處。」

再者，「第一審判決認為指示A進行輸入毒品者，很有可能為被告以外之第三人，就此部分的根據有四個部分」，然而，「不論哪一個部分，從其指摘的情事來看都很難直接推導出指示A進行輸入毒品者為被告以外之第三人」，「被告在平成20年8月之後，包含本件輸入毒品時共有5次，在A擔任車手的運送毒品時，被告也一同前往關西空港，因此認定確實和本件輸入毒品有所關聯」，因之認定第一審判決之判斷並不合理，違反經驗法則。

3. 有罪認定的審查標準

(1) 平成26年(2014)3月20日判決(判例5)¹⁰¹

I. 概要

本件，第一審判決有罪(各被告均為6年有期徒刑)，第二審廢棄一審判決自為無罪判決，第三審(檢方上訴)則廢棄二審判決，將案件發回第二審更審。

被害人C為被告A的妹妹。C患有重度的精神分裂症，在平成

¹⁰¹ 最判平成26年3月20日刑集第68卷3号，頁499。

21年（2009）4月左右，在自己家裡遭到兩名被告之虐待，而兩名被告為了不被他人發現虐待C，在共謀之後，於同年8月5日開始，不給予C生存所必須之保護，其後C在心肺呼吸停止的狀態下被送到醫院，同年8月20日C死亡。本件為有義務遺棄致死罪之共犯事件。

然而，本件中，同年7月29日見過被害人C到醫院的醫生E的證詞，與同年8月5日見過被害人C的飲食店店員的證詞的信用性具有爭議，第二審法院肯定各證詞的信用性，認為第一審判決由經驗法則、論理法則來看並不合理，認定第一審法院事實認定有所違誤。

II. 最高法院關於事實認定錯誤的判斷

最高法院首先引用平成24年（2012）2月13日判決，並且針對第二審判決中關於①證人醫生E關於觀察被害人C及陳述其外表之證言的部分，明明有可以支撐其信用性的證據，第二審法院卻未予考量；及明顯無法依據②證人醫生E之證言中，關於被告A之說明的部分來認定①部分沒有信用性，但第二審判決卻以此為由認定②的部分沒有信用性，因此可認為第二審判決對於E證言的信用性並沒有妥適評價，也沒有具體說明第一審法院基於E證言而為之事實認定以經驗法則、論理法則來看是不合理的。

（2）平成26年（2014）7月8日判決（判例6）¹⁰²

I. 概要

本件係檢察官起訴被告對於深夜歸家的女高中生為猥褻行為、並以鈍器毆打被害人頭部將之殺害。第一審主要以①目擊證人D的證詞：在離案發時間相當接近的時候，於案發現場附近看到被告與被害人一起行走，②被告如果不是犯人，難以想像其會

¹⁰² 最決平成26年7月8日判時2237号，頁141。

知悉被害人所遺留下來的物品的特徵等，判定被告有罪。第二審則以①目擊證人D證詞的信用性並不足夠，②被告能夠說明被害人所遺留下來的物品的特徵等，不排除是受到偵查機關的暗示或影響，因此認為，一審法院認定被告乃是犯人的判斷，仍存有合理的懷疑，認定被告就是犯人的第一審判決的事實認定，依照論理法則、經驗法則等來看，顯然有不合理之處，因此以事實誤認為理由而廢棄第一審判決，自為無罪判決。第三審則駁回了上訴，維持二審的無罪判決。

II. 最高法院關於事實誤認的判斷

最高法院在本件中，就①目擊證人D的證詞的部分，認為前期偵查中供述內容與其後在審判中供述內容的變遷相當不自然，有受警察誘導或影響之可能性，肯認第二審否定目擊證人的證詞信用性的判斷，其次，②關於被告可說明被害人所遺留下來的物品的特徵等，觀察其供述前後的狀況，前期的供述相當曖昧，而在遭受多次偵訊後，其供述內容逐漸具體化，不能排除是遭到偵查機關的影響等原因。

此外，「也無法看到其餘能推論出被告是犯人的事實，認定被告為犯人的部分仍存有合理的懷疑之第二審判決，可以說是具體指摘第一審判決在事實認定上依據經驗法則、論理法則來看具有不合理之處而具有事實誤認，並沒有錯誤解釋刑事訴訟法第382條，第二審判決本身也無事實誤認的狀況。」

(3) 平成30年(2018)7月13日判決(判例7)¹⁰³

I. 概要

日本最高法院在2014年接連做出3件裁判，均是關於二審審查一審事實認定有無違誤，其後在2018年再次做出相關裁判。本

¹⁰³ 最判平成30年7月13日刑集第72卷3号，頁324。

件第一審裁判員裁判為有罪判決，而第二審判決廢棄一審判決中有罪判決的部分；後經被告及檢察官上訴至最高法院，三審廢棄二審之判決，發回更審。

被告因在某旅館二樓物色財物時，被該旅館之管理人員（被害人）發現，二人因此產生衝突，被告把被害人的頭撞向牆壁、用繩子勒住其脖子等，並在現場取得23萬多元現金，後被害人在住院時因傷勢過重導致敗血症、臟器衰竭死亡。一審認為本件被告即為犯人，否定其強盜故意，成立殺人罪及竊盜罪，判處18年有期徒刑。被告及檢察官雙方均上訴二審。

二審認為一審認定被告為真犯人的根據，主要根據間接事實的堆疊推論，認為一審判決對於數個間接證據的個別評價，以經驗法則、論理法則來看，明顯地有不合理之處，再者，對於隔天被告將千元現金230張存入自己銀行中是因為自己工作業務上相關的辯解，也有可能成立，結論上而言，一審判決僅以被告有可能有犯案的機會，作為認定有罪的根據，並未充分地舉證，因之以事實認定有所違誤為由，廢棄一審判決，並自為無罪判決。

II. 最高法院關於事實誤認的判斷

最高法院在本件中，延續先前的見解，主要以二審是否有具體指摘出一審明顯地違反經驗法則、論理法則之處為審查標準。其認為二審判決就個別間接證據分別評價、而未為整體評價，「整體而言，僅是將第一審判決的說理切斷、就個別推理加以檢驗，欠缺綜合評價根據情況證據而有一定推論程度的間接事實的觀點，無法評價第一審判決所認定的事實有明顯地違反經驗法則、論理法則之處。認為第一審判決有事實認定錯誤之原審判決，具有錯誤解釋適用刑訴第382條之違法，而此違法影響判決甚為明顯，如不予以廢棄將明顯違反正義」。

4. 有罪與無罪審查之差異

由判例1（巧克力罐事件）之後，可看出上述所有日本最高法院判決均以第二審有無具體指摘出一審的事實認定是否違反論理法則、經驗法則，來做為審查二審判決的判斷基準。

然而，亦有學者認為，對於有罪認定與無罪認定的審查標準不應相同，其認為觀察日本最高法院在巧克力罐事件與上開2. 無罪認定的審查標準中的3則判決中，此4件判決應該不只是因為第二審的論述方式有無符合具體指摘「一審的事實認定是否違反經驗法則、論理法則」而為駁回與否的結論，在判例1中，日本最高法院亦表明了其認為第一審的無罪判決並沒有不合理之處，說明了自己的心證。換言之，就算第二審判決把其認為第一審判決何處有不合理之處具體表明，日本最高法院的結論應該也不會改變¹⁰⁴。因之，應可認為在第二審認為有合理的懷疑之時，就可以廢棄第一審的有罪判決，只是必須具體說明其合理的懷疑的理由。審查有罪認定與無罪認定之標準，並不需要有一致性，審查第一審有罪判決的實質基準仍在於是否有合理懷疑。且以裁判員法第67條規定裁判員裁判的評決方式來看，原則上雖採取單純的多數決，但若是對被告不利的判決，附有多數決人數中至少要有1人是專業法官之條件限制。換言之，應該理解為不能因民主主義而否定法的自律性與人權保障¹⁰⁵。

相反地，亦有學者認為，如認為對於有罪認定的審查僅需有合理的懷疑而不需要說明經驗法則、論理法則的違反，則事實誤認的範圍將會產生差異；且雖然第二審認為第一審判決存有合理懷疑，與第二審判決認為第一審判決之有罪認定有論理法則、經

¹⁰⁴ 後藤昭，前揭註95，頁366。

¹⁰⁵ 後藤昭，前揭註95，頁368；後藤昭著（林裕順、李怡修譯），前揭註3，頁167。

驗法則上不合理之處，看起來是兩個不同的概念，但在實際上，如第二審對於被告被起訴事實有合理懷疑之時，這與根據相同證據資料而認定已達到無合理懷疑程度的第一審判決，二者的論理內容即有不同之處，此時如二審的判斷是具說服力的論理，應該可以具體指摘根據經驗法則、論理法則，第一審判決的有罪認定乃是有不合理的部分¹⁰⁶。

5. 經驗法則、論理法則的內容

除了上述對於有罪認定、無罪認定的審查標準是否需一致的爭議之外，如何理解日本最高法院所稱論理法則、經驗法則的內容，亦引發相當之討論。在施行裁判員制度之初，由實務見解提出經驗法則、論理法則的違反某程度依賴法官在個案中的運作，但至少客觀證據與待證事實無法合理連結、有明顯矛盾之時，或是與其有相等程度的不合理的狀況下，應可認為有經驗法則、論理法則的違誤¹⁰⁷。

其後，在平成24年（2012）2月13日判決（判例1）及數個最高法院判決出現後，有學者提出，事實認定本就是在個案當中之證據資料下，做出個別的判斷，要予以類型化有其界限存在，並不是所有案件都將其相關的經驗法則予以抽象、定型化地抽出整理之。在上開最高法院的判例中，也只有判例3中的第二審法院，有將經驗法則以抽象、定型化的方式表現出，對於「回收毒品的經驗法則」部分，以「關於這種犯罪，不論搬運者是運送毒品組織之人或是假裝成一般人，完全沒有受到任何指示、對受託搬運之物的回收方法完全沒有受到指示的情況，在現實上是無法

¹⁰⁶ 川出敏裕，前揭註63，頁118。相同見解：大島隆明，裁判員裁判と控訴審の役割——実務家の視点から，刑法雜誌，第54卷第3号，頁382（2015）。

¹⁰⁷ 東京高等裁判所刑事部陪席裁判官研究会（つばき会），前揭註70，頁8。

想像的」論述之。日本最高法院在保留例外情況的可能性之下，認為「關於此種犯罪，在沒有上述所說的特別之情事之下」，認可第二審判決所提出之經驗法則¹⁰⁸。

然而，與上述情況不同，個案中對於個別證據評價不同而成為問題之判例4中，爭議點即在對於共犯供述信用性的評價。第一審否定共犯指稱其是受被告的指使的陳述的信用性，認為不成立共謀；而第二審則認為第一審沒有充分考慮到通聯紀錄的性質本身當然不會有記載內容、過度要求通聯紀錄與共犯陳述的整合性及以有可能是第三者給共犯下指示來否定共犯陳述的信用性，明顯地並不合理，因之根據上述來推論被告應無參與共謀的部分，不得不認為是依據經驗法則來看不合理的判斷，因此廢棄第一審判決。日本最高法院認為在本案中，第二審已經具體指摘，根據經驗法則、論理法則來看第一審判決之事實認定有所不合理之處，因此維持第二審法院的判決。本件事實認定的重點其實在對於共犯供述之評價，最高法院在本裁定中並沒有明示評價該證據時應適用的經驗法則，而是以第二審所指摘的情事下第一審否定共犯陳述信用性的判斷有不合理之處，來認定第二審已經具體說明依據經驗法則來看有不合理之處¹⁰⁹。

如同上開判例4，具有強烈個案性、難以一般性或抽象化的經驗法則來判斷的情況下，第二審法院在審查第一審的事實認定時，實際上似仍是以第一審在評價證據的信用性（證明力）或是為證據的綜合判斷時，從第二審的角度來看是否明顯的不合理，如認為顯不合理，即認為其有經驗法則等的違反。在這樣的認知下，判例1的意旨應該是在於，要求第二審法院必須明確具體說明第一審法院的哪一些部分，具有哪部分的不合理之處，並不是

¹⁰⁸ 川出敏裕，前揭註63，頁119。

¹⁰⁹ 川出敏裕，前揭註63，頁119-120。

要求每個案件中都要有一般性、抽象性的經驗法則存在，在第二審法院能夠具體說明之時，就算沒有抽象性的經驗法則的違反，其判斷也是具有正當性的¹¹⁰。此外，亦有學者認為，雖然判例1強調第二審法院應該具體說明一審判決何處違反「經驗法則、論理法則」，然而，其內容卻不明確。最終只能委由法官合理的判斷來審查。如果採取這樣的立場，對於事實誤認的審查，其實就是由第二審法院來看維持（一審所為的）事實認定的過程是否很困難、是否顯不合理。因之，就事實誤認的審查，應不要過度強調有無違反經驗法則、論理法則。畢竟二審仍具有事實審的性格，這點是無法抹滅的。判例1中強調經驗法則、論理法則的部分，似可以認為乃是要求相較於過去的判決的方式，現在應該更加重視具體指摘出第一審判決不合理之處，而不是要求每個案件中第二審都必須論述出抽象、一般性的經驗法則¹¹¹。

三、小 結

（一）兼具事後審與事實審之二審法院的定位

由前開介紹日本自戰前至導入裁判員裁判後二審法院的變化〔參、一、（二）戰前至今的演變〕，可以看出在調查事實與證據方面，如果採取越積極主動的態度，如昭和28年（1953）的修法及昭和59年（1984）9月20日裁定中，將日本刑訴第393條本文第1項本文解釋為二審法院得在認為有必要之時，職權調查未經一審調查過的證據，在二審接觸更多一審未出現的證據資料下，也越容易形成新的心證，即較偏離嚴格的事後審的立場。而在裁判員制度導入後，二審對於調查事項與證據的態度則偏向較為消極的態度，傾向具體審查一審判決有無違誤，而非僅以自己的心證來取代，這樣的運作則較容易偏向事後審的立場。

¹¹⁰ 川出敏裕，前揭註63，頁120。

¹¹¹ 岩瀨徹，前揭註69，頁216。

在日本二審法院的演變中，可以觀察出在同時具有事實審與事後審功能之下，對於二審構造的解釋，相當程度取決於實務上對於調查新事項、證據的容許程度¹¹²，及對一審事實認定的審查寬嚴程度。

裁判員制度施行後，日本最高法院在令和2年（2020）1月23日判決中，則再次重申了二審仍然擔負事實審功能，特別是在廢棄無罪判決而自為判決之時，對於被告的程序保障、直接審理原則及言詞辯論原則，依舊未有改變。雖然在此情況下，似乎未能徹底貫徹事後審的精神，但在二審仍有事實審救濟被告之任務之下，作出部分折衷應為可以接受的結論。

（二）尊重裁判員裁判的意義

日本在裁判員施行後，並沒有針對裁判員制度而設立新的二審相關規定，而前開日本最高法院平成24年（2012）2月13日判決（判例1）中，係就解釋及運用上盡量落實事後審制，並搭配落實直接審理、言詞辯論原則之充實之一審審理制度，希望藉此達到尊重一審判決的目的。值得注意的是，在該判決中日本最高法院並未使用「因為是裁判員裁判所以二審應該予以尊重」，而是以「導入裁判員制度作為契機，使一審更加落實直接審理主義，二審則應更加落實事後審的審理方式」作為論述方式。雖係以裁判員為契機，但在日本最高法院的論述下，落實事後審的精神也可擴散於非裁判員之案件，似乎無意要明顯區分裁判員制度及非裁判員制度的差異。

（三）調查事項及證據的方式

在現行日本上訴二審制度之中，二審法院原則應調查經上訴理由中指摘的部分，在例外情況下得職權調查非屬於上訴理由中

¹¹² 石井一正，前揭註36。

的事項。然而就其得職權調查的範圍，首先在昭和46年（1971）3月24日裁定中¹¹³，就一部上訴中，未經當事人爭執的他部無罪部分，基於事後審的角色及避免突襲性裁判，應不屬於得職權調查的對象，此外，在較近期的日本最高法院判決中¹¹⁴，除了審判對象外，就當事人未主張事項如程序是否違法等，日本最高院亦認為，二審法院不應過度積極依職權調查。

而就調查證據的部分，雖然以統計數字來看，似乎第二審在調查證據的比例在導入裁判員制度後有所降低¹¹⁵，但是就分析是否應該調查新證據時，學說上則是提出此涉及對於裁判員裁判的尊重、事後審的角色及第二審的功能與角色這幾個層面¹¹⁶。換言之，越消極調查事項及新證據，越容易維持一審裁判員裁判的結果，較容易偏向事後審的角色。在日本二審未修法之狀況下，調查事證的積極與否，相當程度取決於其二審實務對於自身的定位。

此外，此處值得注意的是，前述令和2年（2020）1月23日判決中，再次強調直接審理原則、言詞辯論原則於二審中適用之正當性及保障被告權益並不因訴訟制度變遷而有所改變，認定二審不得在未有證據調查之下逕自廢棄原審的無罪判決。學說上亦有強調這是避免僅就書面審理造成誤判導致冤罪的危險性，具有政策及價值上的判斷¹¹⁷。本文亦贊同前述學說的看法，雖日本多數學說認為目前其二審為事後審，然而也不能否認其同時作為事實

¹¹³ 參本文參、一、（一）二審調查事項及證據的範圍處之說明。

¹¹⁴ 最判平成21年10月16日刑集第63卷8号，頁937、最判平成26年4月22日刑集第68卷4号，頁730。參本文參、二、（一）、1.調查事項之範圍處之介紹。

¹¹⁵ 最高裁判所，前揭註60。

¹¹⁶ 高橋正太郎，前揭註79。

¹¹⁷ 高平奇惠，前揭註85，頁201。

審的功能，第二審作為事實審防止誤判之功能仍應予以維持，以政策或是價值選擇上做出較不容易產生誤判的方式，不管訴訟構造或是審判主體經歷何種變更，都應加以堅持。

（四）事實誤認的審查

減少廢棄一審裁判員裁判及審查一審事實誤認的基準的部分，自平成24年（2012）2月13日判決（判例1）後，基本上對於事實誤認的審查基準，已經確定「依照經驗法則、論理法則來看，第一審判決的事實認定有不合理之處」來審查。然而就其具體內容：

1. 有罪無罪審查標準是否一致部分

日本實務及多數學說，認為對於廢棄一審有罪及一審無罪判決，均是採取相同的標準；少數學說則認為審查有罪認定與無罪認定之標準，並不需要有一致性，審查第一審有罪判決的實質基準仍在於是否有合理懷疑¹¹⁸。

如前所述，在裁判員制度施行後，多數見解認為應該貫徹第二審事後審的性格，故對於審查標準係採取相對嚴格之經驗法則、論理法則違反說，然而，刑事訴訟上的罪疑惟輕原則，並不因具有事實審性格之二審在政策上採取何種構造而有所差異，職業法官如就裁判員裁判所為一審有罪之事實認定產生懷疑，此時廢棄一審判決之實質標準即應是對於該有罪判決產生合理懷疑，因之，本文贊同日本少數學說之看法。

2. 經驗法則及論理法則的內涵

在裁判員制度施行之初，在實務上有提出至少在客觀證據與待證事實無法合理連結、有明顯矛盾之時，或是與其有相等程度

¹¹⁸ 後藤昭，前掲註95，頁368。

的不合理的狀況下，應可認為有經驗法則、論理法則的違誤¹¹⁹，此外，學說上多認為在具有強烈個案性、難以一般性或抽象化的經驗法則來判斷的情況下，實際上似仍是以第一審在評價證據的信用性（證明力）或是為證據的綜合判斷時，從第二審的角度來看是否明顯的不合理，此外，平成24年（2012）2月13日判決（判例1）的意旨應該是在於，要求第二審法院必須明確具體說明第一審法院的哪一些部分，具有哪部分的不合理之處，並不是要求每個案件中都要有一般性、抽象性的經驗法則存在¹²⁰。亦有學者提出，就事實誤認的審查，應不要過度強調有無違反經驗法則、論理法則。畢竟二審仍具有事實審的性格，這點是無法抹滅的。判例1中強調經驗法則、論理法則的部分，似可以認為乃是要求相較於過去的判決的方式，現在應該更加重視具體指摘出第一審判決不合理之處¹²¹。

本文原則上贊同上開學說之見解，蓋經驗法則、論理法則在個案中充滿太多種可能與不可預測性，要求二審法院具體審查第一審法院判決邏輯，可以認為是相較於過去的判決多直接以自己的心證取代一審的心證，要求現在的第三審該更加重視具體指摘出第一審判決不合理之處，強調論理的方式，使得撤銷一審判決要有更多的說明及說理上的難度。

¹¹⁹ 東京高等裁判所刑事部陪席裁判官研究会（つばさ会），前掲註70，頁8。

¹²⁰ 川出敏裕，前掲註63，頁120。

¹²¹ 岩瀬徹，前掲註69，頁216。

肆、我國法

一、國民法官法之特殊設計

我國在制度設計上，就一審之部分案件適用國民法官法，同時，不同於日本裁判員制度原則上仍適用刑訴一審程序及上訴二審程序，我國在國民法官法中選用了不同於過往刑訴程序的卷證不併送制度（起訴狀一本），上訴審亦於國民法官法第90條至第92條做出了不同於原本刑訴中的設計。

此外，在國民法官法的第1條「為使國民與法官共同參與刑事審判，提升司法透明度，反映國民正當法律感情，增進國民對於司法之瞭解及信賴，彰顯國民主權理念，特制定本法。」強調反映國民法律感情，增進國民對司法的瞭解及彰顯國民主權理念，同時將「增進國民對於司法之瞭解及信賴」，與「彰顯國民主權」作為本法的立法目的¹²²。在刑事程序當中導入民主化的內涵，在理念上可呼應司法民主化，亦有助於落實國民主權原理及對於刑事司法制度的理解¹²³。然而此處司法民主化的精神，學說有認仍應考量司法制度中本具有之救濟少數等作用，因之司法民主化的重點應在於人民的實質參與，包含與職業法官間對等的表決權與溝通¹²⁴。同法第1條將「彰顯國民主權理念」的部分亦置

¹²² 關於在人民參與司法制度當中「增進國民對於司法之瞭解及信賴」與「彰顯國民主權」此二目的的定位與影響，可參王正嘉，我國關於人民參與刑事審判論述的系譜，收錄於審議式法庭：人民參與刑事審判，頁36-50，國立臺灣大學出版中心（2020）。

¹²³ 陳運財，國民參與刑事審判之研究——兼評日本裁判員制度，月旦法學雜誌，第180期，頁131-132（2010）；陳運財，如何建構人民信賴的司法體系——追求權責相符的刑事審判制度，檢察新論，第21期，頁9（2017）。

¹²⁴ 前揭註，如何建構人民信賴的司法體系——追求權責相符的刑事審判制度。此外，亦有學者提出由公民與職業法官共同參與程序、共

入立法精神，除在肯認司法民主化之外，亦在具體理解本法時可由「國民主權理念」做為指導性價值之一。換言之，因為有國民法官實質參與，使得一審的判決有了民主的正當性，也具備應予尊重的正當性。

其次，就反映國民法律感情的部分，展現在國民法官參與之事實認定與量刑上，也影響到二審對於國民法官法之一審案件，應如何審查的問題。在國民法官法的制度設計上，於上訴章節中明文闡明「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。」（國民法官法第91條參照），並於立法理由中明文「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，而不宜輕易逕以閱覽第一審卷證後所得之不同心證，即予撤銷……」，揭示了對於經國民參與之一審判決予以尊重的立法判斷，這也反映了同法第1條所揭示之「彰顯國民主權理念」價值，應可認為經過國民參與的一審判決，具有民主主義的價值，尊重一審判決，應具有其正當性。

再者，國民法官法上訴章節中試圖在同法第91條所揭示的精神下限縮證據調查及使廢棄一審的事實認定難度增高，以達尊重適用國民法官法之一審判決。然而，以抽象的尊重國民法官法制度來指導二審的具體運作，實務運作上仍可能遇到諸多困難點，在個案判例的累積形成定見之前，我國在立法時大量參考之日本裁判員制度下所形成的實務判決及學說應可給我國適用類似制度上的參考資訊。

同討論之審議式民主，避免將司法民主化的概念陷於代議式民主之多數決概念中，提供其制度之正當性，詳見王正嘉，人民參與刑事審判目的之再考，收錄於審議式法庭：人民參與刑事審判，頁157-163，國立臺灣大學出版中心（2020）。

以下，先就二、國民法官法下之二審構造中，就我國刑訴二審上訴構造做一簡要介紹，以便於其後說明國民法官法的上訴構造的要素，之後是在三、調查事項及新證據的範圍及基準中，分析調查事項與證據的問題，以及四、對於一審認定事實錯誤之審查基準中，就二審如何操作論理法則、經驗法則及如何審查一審事實認定的部分做一說明，最後為伍、結論。

二、國民法官法下之二審構造

我國現行刑事訴訟法（以下簡稱刑訴）下，第二審上訴仍採取覆審制¹²⁵，雖未於法條上明文規範審判範圍為公訴事實，但（一）於第364條規定審判程序原則上準用第一審程序；（二）第369條第1項規定二審法院不受上訴理由限制：於刑訴第350條第1項、第365條、第361條第2項規定上訴人應具體提出上訴理由，若未具體提出上訴理由，依據刑訴第376條為上訴不合法之事由，但由於刑訴法中第二審法院並不受上訴理由拘束（撤銷原判決事由），得本於職權調查證據，自行認定事實，是刑訴法第369條第1項即規定「第二審法院認為上訴有理由，或上訴雖無理由，而原判不當或違法者，應將原審判決經上訴之部分撤銷，就該案件自為判決。」；（三）對於事實及證據之調查未有限制，原則上須對所有證據再次調查，亦未對調查新事實新證據有所限制；（四）原則上採取自為審判（刑訴第368條、第369條參照），由上述各點均可觀察出我國第二審採取覆審制，可將之視為「第二次之第一審」¹²⁶。同時在覆審制的構造下，因二審法院得重新

¹²⁵ 陳樸生，刑事訴訟法實務，頁493，自版，再訂2版（1999）；張麗卿，刑事訴訟第二審事實審之構造，月旦法學雜誌，第61期，頁18（2000）。

¹²⁶ 黃朝義，訴訟制度：第二講——二審構造與訴訟制度，月旦法學教室，第22期，頁80（2004）。此外對於我國二審構造之分析，可參張永宏，前揭註3，頁100-103。

認定事實，其在審查事實誤認時，採取心證優先說，認為所謂的事實誤認係指原判決之心證（認定之事實），與第二審法官之心證（認定之事實）並不相同時，應該優先以第二審法官的心證為優先。

相對於現行刑訴二審的覆審制度，國民法官法第89條至第92條中做出了不同的設計，諸如限制證據調查等部分，特別是不同於現行法的續審與事後審的設計，以下分析之。

（一）續審制與事後審制之要素

國民法官法之第89條至第92條中，規範了關於國民參審上訴相關規定。相較現行刑訴法二審的規定，國民法官法主要做出了以下幾點不同的規範：1.上訴審應本於國民參與審判制度之宗旨，妥適行使其審查權限，2.為尊重國民參與審判所形成之第一審判決結果，當事人、辯護人於第二審法院，原則上不得聲請調查新證據，3.且就第一審事實之認定，限於以違背經驗法則或論理法則始得撤銷，4.如有撤銷第一審判決之情形時，原則上應就該案件自為判決，以免徒增被告訟累及不必要之勞費¹²⁷。質言之，對於證據調查的範圍，以及二審法院撤銷一審法院事實誤認的理由做出限制，其餘部分仍準用刑事訴訟法二審的規定。

然而，國民法官法下的二審應解釋為覆審制、續審制或事後審制，恐有進一步研究之必要。首先，我國學者就覆審制、續審制或事後審制三者的不同，提出以三個檢驗點加以觀察。1.上訴合法性門檻：原則上事後審制之上訴門檻較高，續審制其次，覆審制則最低，蓋事後審通常以原審判決適用法律錯誤為上訴理由，當事人也必須具體說明原審判決違背法令的事由，因之最為

¹²⁷ 參國民法官法第89條至第92條立法理由，立法院公報，第109卷第53期，頁70-72（2020）。

困難；相反地，覆審制與續審制下可以事實認定錯誤或是法律適用違法上訴，難度較低。2.證據調查方式：證據調查方式的不同，關乎上訴法院對於下級審法院的違失應該如何進行審理及調查。因事後審制主要在救濟下級審法律適用不當之違誤，覆審制及續審制則主要救濟下級審認定事實錯誤，故在事後審制之下不需要重新認定事實，可採書面審理即可，覆審及續審制下則需審理犯罪事實，就下級審認定事實錯誤及法律適用錯誤均會成為二審審查對象，故通常需要調查證據、審理事實。此外，就續審制而言，得承認下級審證據調查結果及事實認定。3.法院判決形式：事後審制以書面審理為主，在下級審法律適用違誤涉及事實認定時，因未為調查而不得自行判斷，而只能發回更審；覆審制及續審制下因二審法院多有自為審理，原則上以自為判決為原則、撤銷發回為例外¹²⁸。此外，從前述日本學說上的討論，可再輔以4.審查對象：係為原審判決或是公訴事實，來判斷是否為事後審制¹²⁹，如係事後審制，二審審查對象主要為原審判決；覆審及續審的審查對象主要為公訴事實。

國民法官法在上訴章節中並未如日本刑訴直接規範審查對象為一審判決，此時，可先由上開學者所提出之三個檢驗點來檢測，最後由條文架構上分析對於一審判決審查的狀況及其他相關事項。

1. 就上訴門檻的部分

國民法官法上訴章節中並未規範僅得以適用法令錯誤提起上訴，就回歸刑訴的情況下，在有具體敘明上訴理由之下（刑訴第361條第2項參照），事實認定錯誤或是法律適用違法均為得提起上訴之理由；此外，二審法院之審理範圍，也未如日本刑訴第

¹²⁸ 何賴傑，前揭註12，頁35-36。

¹²⁹ 參本文參、一、（二）、1、2處之說明。

392條第1項規定第二審法院原則上僅針對上訴意旨所指摘之理由進行審查（例外才得職權進行調查），而是在國民法官法第92條部分規定不論上訴有無理由，二審法院如認為原判決違法或不當，就應該撤銷原判決，較類似我國現行刑訴二審之設計（刑訴第369條參照）¹³⁰，就此部分較偏向給予法院廣泛審查權限之續審制或覆審制。

2. 證據調查方式

國民法官法第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」，同條第1項則規定當事人、辯護人原則上不得在第二審程序中聲請調查新證據，但例外情況下得調查新證據。此外，根據立法理由之說明，國民法官法之二審與現行刑訴相同，同樣保持法官職權調查證據之權限；此外，亦強調二審法院調查新證據時，應考量「個案縱有上開得於第二審法院聲請調查之例外事由，仍應以第二審法院認有必要始進行調查為妥，爰附加調查必要性之要件」¹³¹。由同條第2項承認一審證據調查之結果與同法第90條第1項例外承認當事人得聲請調查證據及法院得職權調查證據之下，二審法院仍有調查證據的裁量空間，似較偏向續審制的設計，此外，就二審可以使用第一審證據調查之結果作為審查依據，有學者認為此部分帶有事後審查的概念¹³²。

3. 法院判決形式

國民法官法第92條第2項規定，第二審法院撤銷原審判決者，原則應自為審判，但為可能影響當事人審級利益或為考量應

¹³⁰ 不同之處在於「事實認定」部分給予一審較高之尊重，此部分於下列另行討論具體適用之建議。

¹³¹ 參立法院公報，第109卷第53期，頁70（2020）。

¹³² 陳運財、曾昭愷，國民法官法的觀察與期待——專訪（二），法務通訊，第3044期，頁6（2021）。

盡可能使認定事實反映國民法官正當法律感情的情況下¹³³，則例外發回更審；此部分與事後審制以發回為原則之設計較不相同，而偏向續審制的設計；此外，就撤銷一審無罪判決與撤銷一審有罪判決做出不同的價值判斷，亦為法制上的特色之一。

4. 審判對象

雖國民法官法上訴章節中並未特別規範第二審之審判對象，但由上訴理由不拘束二審法院及二審法院仍可職權調查證據權限來看，審判對象包含了公訴事實；然而，本法相當具有特色的部分是，於同法第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」，就事實認定部分，要求二審法院審查一審法院判決是否有違反經驗法則、論理法則，而不是採取心證優先說，此處二審也必須仔細審酌一審判決，似可理解為立法者有意使二審法院亦須審查原審判決之事實認定過程，就原審認事用法有無違法做出審查，就此部分亦具有事後審制之性格¹³⁴。

5. 立法特別考量

國民法官法第91條規定「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。」並在其立法理由中明確說明「國民參與審判制度之重要目的，在於使國民與法官共同參與刑事審判，反映一般國民之正當法律感情，以增進人民對司法之瞭解與信賴（本法第一條）。為貫徹此意旨，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，而不宜輕易逕以閱覽第一審卷證後所得之不同心證，即予撤銷，爰訂定本條，以明示第二審法院之審查基

¹³³ 參立法院公報，第109卷第53期，頁71-72（2020）。

¹³⁴ 陳運財、曾昭愷，前揭註132。

準」¹³⁵，要求二審法院特別對於本法立法意旨之一「反映國民正當法律感情」，即事實認定上要求予以尊重，亦與現行刑訴制度有相當大的差異。

由上述分析，在國民法官法上訴制度中，1.對於上訴門檻並沒有太嚴格的限制，偏向續審或覆審制度、2.證據調查部分則讓法院在一定條件下可為新證據的調查，同時明文承認可使用一審調查過的證據，亦有續審制的要素、3.判決形成部分，以自為判決為主、發回更審為輔，同時具有續審制的性格、4.審判對象雖沒有在條文中明確規定，但因同法第92條第1項但書之規定，似可理解為立法者有意使二審法院審查原審判決有無違反經驗法則、論理法則，就此部分亦具有事後審之性格。同時，5.就國民法官法第91條所揭示之立法意旨，在在顯示希望在國民參與審判中展現國民的法感情，因此在事實認定部分特別要求對於裁判員裁判之尊重。可以觀察到國民法官法二審的設計中，二審可為有限度的事實調查，亦須對原審判決之適法與否做出審查，似同時有事實審及法律審的功能，以及具有續審制及事後審的要素。

（二）日本二審制度運行之參考

如前所介紹，日本的二審同時具有法律審及事實審的功能，為較緩和的事後審制；在構造上與我國將來國民法官法的二審有部分類似之處。日本二審事後審的角色是否能徹底落實，仍取決於實務運作上二審對於調查事實、證據的積極程度，以及對於一審法院事實認定採取何種審查態度。觀其自戰後至導入裁判員制度後的演變〔參、一、(二)戰前至今的演變〕，可知在二審法院越發積極調查證據、自我形成心證的狀況下，即與事後審的精神越遠；相反地，在裁判員制度導入後，居於較謙抑的二審角色之

¹³⁵ 參立法院公報，第109卷第53期，頁71（2020）。

下，減少職權調查事項及證據調查，則可達到較落實事後審的二審角色。

我國國民法官法對於二審的制度設計，有事實審及法律審的功能，同時亦具有續審制及事後審制的色彩，但在僅有4條條文之下，二審法院將來在運作上可能將會有相當大的空間。從前述日本的經驗來看，如果我國將來二審對於發現真實、允許調查新證據的部分越發積極，則出現與國民法官一審判決不同的心證可能性也越高，此時，在制度設計面會越偏向重視個案事實救濟的續審制；反之，如二審法院將自身定位為偏向事後審的角色，對於事實認定較尊重一審判決，消極調查證據，則會偏向事後審的角色。

然而在國民法官法第91條指導性原則之下，希望對一審的判決有較高的尊重，在1.調查事實、證據及2.對一審事實認定的審查上，或可以較謙抑的立場出發，以下就調查事實證據、審查一審事實認定提出相關分析。

三、調查事項及新證據的範圍及基準

（一）調查事項的範圍

刑訴法的上訴二審相關規範中，不論是論罪科刑或是法令適用錯誤，均可成為上訴之理由。刑訴二審採取覆審制的構造之下，二審法院審理的對象為案件本身，調查之範圍不會受到上訴理由限制，除刑訴第366條規定，二審法院應就原審判決經上訴之部分調查之外，在二審亦適用一審規定之下，亦可適用第163條第2項之規定，對於其認為有必要之部分為職權調查。

在國民法官法上訴二審案件中，在未有特別規定下，仍應適用刑事訴訟法之規定，因之依據刑訴法第366條之規定，就當事人上訴理由中主張原審不當違法之處，為應調查範圍，應無疑

問。如非為刑訴第366條中當事人於上訴理由或答辯狀中主張之事由，國民法官法第92條第1項規定「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。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」，似未明確規範二審得審理之範圍，就非在上訴理由等當事人主張的部分，亦得為判斷之範疇而為得調查之範圍。

日本上訴二審制度中，則規定如屬於上訴理由中所包含的事項，法院即應調查之；非屬於上訴理由中所包含之事項，但二審法院認為該事項可能成為上訴理由或與其有關時，得依職權裁量性調查（參日本刑訴第392條第1項、第2項）。雖其二審與我國國民法官法制度上訴審（二審）未完全相同，尤其日本二審中有較明確規範上訴人之上訴理由部分（參日本刑訴第377條、第378條、第380條、第382條、第381條及第383條），亦與我國國民法官法之規定有所不同，但二者同時兼具事實審、法律審及我國國民法官二審亦有部分事後審查功能的部分則為共通。就調查事實範圍部分，特別是法院得職權調查的部分，似可提供我國一些適用上的觀點。就該國最高法院裁判例中，對於未經當事人上訴的一部無罪的部分，認為基於事後審、一審當事人主義的架構及避免突襲性裁判的考量，認為二審法院依據職權調查且變更為有罪之自為判決部分，已逾越職權調查的範圍。此外，在裁判員制度施行後，由日本最高法院較近期的兩個判決，也可看出對於二審法院職權調查事項的範圍，亦採取較消極的態度，除前述所說一部未經上訴的情況外，就個別證據或是未經上訴的程序爭點部分，亦包含在內¹³⁶。

而目前國民法官法的上訴二審制度中，在兼具備續審制、事

¹³⁶ 參本文參、三、（三）調查事項及證據的方式中之說明。

後審制的架構下，是否要完全如日本的解釋方式，當然有待更多討論與實踐，也毋庸全面接受。不過，在防止突襲性裁判此共通原則，及國民法官法第91條指導性原則及帶有事後審查的設計下，對於雙方當事人未爭執的部分，在發動職權調查時應採取較謹慎的態度，並同時注意對於被告防禦權的保障，避免突襲性裁判。

（二）調查新證據的範疇

承上所述，在刑訴法第366條之規定下，當事人就原審判決提出上訴部分，應調查之。故在此範圍內，二審法院應有加以調查之義務。同時，國民法官法第90條第2項規定，有證據能力並經原審合法調查之證據，二審法院得逕作為判斷之依據，二審法院毋庸如同覆審制下再重新逐一以嚴格證明的方式來調查證據。因之，如為原審程序中本就出現且有證據能力、經合法調查的證據資料，二審自可以此作為判斷根據。然如當事人聲請調查原審未經調查過的新的證據資料，國民法官法則於第90條第1項本文及但書中設有規定，原則上當事人、辯護人於二審法院，不得聲請調查新證據；但在1.當事人、辯護人均同意，且法院認為適當者、2.為爭執審判中證人證述內容而有必要者、3.如不許其提出顯失公平者、4.非因過失，未能於第一審聲請、5.於第一審辯論終結後始存在或成立之事實、證據之情況下，且法院認為有審理必要性時，得例外在二審中調查新的證據。

立法理由中亦以「本法第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。因此，實有必要限制當事人、辯護人於第二審法院聲請調查證據之權限。惟個案如有第64條第1項第1款、第4款或第6款之情形，或非因過失而未能於第一審聲

請，或於第一審辯論終結後始存在或成立之事實、證據，如仍一概不准當事人、辯護人聲請調查證據，實屬過苛，爰訂定第一項，以資衡平。再者，個案縱有上開得於第二審法院聲請調查之例外事由，仍應以第二審法院認有必要始進行調查為妥，爰附加調查必要性之要件，以資明確。……」¹³⁷，係為考量一審行國民參審案件中，當事人雙方聲請證據調查受有限制，為落實一審之集中審理因而原則上於二審限制當事人之證據聲請，同時也是有別於刑訴二審程序為覆審制之不同立法設計。

就例外得調查新證據的部分，國民法官法第90條第1項但書第2款、第3款，是規範在原審難以審酌到的新事證，如允許調查這些證據，與立法目的之「落實一審集中審理精神」較未有明顯衝突。而同法第64條第1項第1款、第4款及第6款，立法理由中僅稱如「不准當事人、辯護人聲請調查證據，實屬過苛」，就聲請證據調查的部分，仍使法院保留一定裁量，特別是同法第64條第1項第6款「如不許其提出顯失公平者」之解釋空間相當廣泛，也賦予二審法院相當大的裁量空間決定是否要調查一審未曾出現過的證據。如法院傾向在二審程序中廣泛承認「如不許其提出顯失公平者」的範圍，亦將使二審程序較偏離事後審的角色、偏向續審制的構造，在政策或價值判斷上積極調查證據或有利於再次審查案件本身，但恐不利於維持國民法官參與之一審判決。整體而言，仍應考量一審之集中審理的落實及整體尊重一審判決等立法精神，宜謹慎為之。

此外，國民法官法則於第90條之立法理由中亦有提及「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，併予敘明。¹³⁸」明文說明二

¹³⁷ 參立法院公報，第109卷第53期，頁70（2020）。

¹³⁸ 參立法院公報，第109卷第53期，頁70（2020）。

審法官仍得職權調查證據，適用刑事訴訟法相關規定。根據此立法理由之說明，當事人（辯護人）在二審聲請調查新證據之時，需要受到國民法官法第90條第1項但書的限制；而法官職權調查證據的情況下，則回歸刑事訴訟法第163條第2項相關規定，在法院「為發見真實，得依職權調查證據」，於職權調查證據之情況下，似乎並未受國民法官法第90條第1項但書各種條件的限制。這樣的解釋方式，似與前述昭和59年（1984）9月20日裁定後日本實務上對於二審調查新證據的解釋相當類似¹³⁹，受新證據調查限制的僅有當事人，而不包含二審法院。然而在導入裁判員制度之後，此日本最高法院之判例雖未經變更，但整體而言可見二審有較消極證據調查之傾向。在此也可以看出在是否要積極調查證據上，仍相當取決二審實務對於自身定位的理解，係要偏向落實事後審的審理方式，或是著重事實審在個案中的事實調查。

再觀我國國民法官法雖對二審職權調查證據並未有特別規定，但如考量同法第91條要求「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。」，二審法院雖仍得依據職權調查，但此涉及國民參與審判所形成之第一審判決結果之維持與否，以及二審對於自身定位要偏向事後審或是帶有調查事實色彩的續審制，特別是在當事人聲請證據調查有相當限制下，如由法院發動職權調查毫無限制，在解釋上亦恐有失衡之虞。至少於職權證據調查上，除應賦予兩造表示意見及攻擊防禦機會外，似宜先曉諭由當事人聲請，而非過度介入，保持法官中立之角色，且在調查證據的必要性上，似亦可參考同法第64條第1項第6款「如不許其提出顯失公平者」的程度為判斷標準之一；其次，在程序保障層面上，應考量被告權益維護及避免突襲性裁判。此部

¹³⁹ 最決昭和59年9月20日刑集第38卷9号，頁2810。參本文參、一、（二）、4.昭和59年（1984）9月20日裁定處之介紹。

分仍期待將來實務更多案例的累積與分析。

此外，與證據調查有關的部分，尚有國民法官法第91條立法理由「為貫徹此意旨，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，而不宜輕易逕以閱覽第一審卷證後所得之不同心證，即予撤銷，爰訂定本條，以明示第二審法院之審查基準」，其認為二審不該僅以卷宗資料及一審調查過的證據的書面資料來撤銷一審判決，一方面可視為揭示前述尊重一審判決的基本政策，但反面來說，若要撤銷一審判決，二審則需親自進行某程度之證據調查以形成心證；就此部分，前述令和2年（2020）1月23日判決或可提供我國一些適用上的參考¹⁴⁰。在該判決中，日本最高法院強調了二審在廢棄一審無罪判決時，有義務性為事實、證據調查，在審理程序中應於法庭上調查成為有罪認定之證據資料並賦予被告辯解的機會，以確保其程序保障；學者亦提出此判決蘊含有避免僅以書面認定有罪而造成事實誤認的危險性這樣的價值判斷在內¹⁴¹。且避免處罰無辜之人的價值，應為跨越國境之共通價值，在解釋我國國民法官法第91條立法理由時，應特別強調在二審撤銷一審無罪判決時，不得僅憑藉書面資料，應自行對重要證據為一定之調查。

四、對於一審認定事實錯誤之審查基準

（一）經驗法則、論理法則的操作

國民法官法第92條第1項規定「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。但關於事實之認定，原審判決非違背經驗法

¹⁴⁰ 最判令和2年1月23日刑集第74卷1號，頁1。參、二、（一）、3.第二審的角色與意義：令和2年（2020）1月23日判決。

¹⁴¹ 高平奇惠，前揭註85，頁201-202。

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。」在立法上要求二審法院應尊重國民於第一審判決所反映之正當法律感情，審查一審法院之事實認定時，非有違背經驗法則、論理法則，且顯然影響判決者，不得撤銷。同時呼應同法第1條之立法精神，在有民主正當性的國民參與之下，國民所反映出價值判斷下所為的事實認定，應受到尊重。

此處之採取二審要具體說明「經驗法則、論理法則」之方式，我國國民法官法與前開日本最高法院平成24年（2012）2月13日判決（判例1）所提出之標準相同，日本最高法院係以導入了裁判員裁判，使得第一審在實行直接主義、言詞辯論原則上更為徹底，要求二審法院具體說明第一審法院之事實認定何處明顯違反經驗法則、論理法則，其前提根據並非完全是因為導入裁判員裁判此一制度上的原因，亦有落實二審居於事後審立場審查一審判決之要求。在具體的運作上，日本學說上指出具有強烈個案性、難以一般性或抽象化的經驗法則來判斷的情況下，實際上似仍是以第一審在評價證據的信用性（證明力）或是為證據的綜合判斷時，從第二審的角度來看是否明顯的不合理，如認為顯不合理，即認為其有經驗法則等的違反¹⁴²。平成24年（2012）2月13日判決（判例1）中強調經驗法則、論理法則的部分，似可以認為乃是要求相較於過去的判決的方式，現在應該更加重視具體指摘出第一審判決不合理之處，而不是要求每個案件中第二審都必須論述出抽象、一般性的經驗法則¹⁴³。

而此處經驗法則、論理法則的操作，其實在我國過去實務中亦可看到，最高法院在指摘原審判決有事實認定上的錯誤時，原審判決之事實認定違反經驗法則與論理法則亦屬於其中之一，如

¹⁴² 川出敏裕，前揭註63，頁120。

¹⁴³ 岩瀨徹，前揭註69，頁216。

最高法院99年度台上字第993號刑事判決中即指出：按證據之證明力如何，雖屬事實審法院自由判斷之職權，然其所為判斷仍應受經驗法則與論理法則之支配，非可自由任意為之，且法院應斟酌調查所得之各項直接、間接證據，本於推理作用而為綜合判斷，不得僅將卷內各項證據，予以割裂觀察而單獨評價，否則即不合於論理法則，遽行判決，即有違誤¹⁴⁴。指摘前審法院的事實認定有論理法則或經驗法則的問題，在操作技術上應非不可達成，然而從前開日本的實務經驗來看，應該特別留意的是，此處乃是要求二審有更高的說理程度，要逐步針對一審判決中認定事實的具體環節有何錯誤之處，一一挑出說明如何違反論理法則或經驗法則，不能僅是在判決中交代自己心證形成方式即可，也間接使二審撤銷一審判決需要更多的說理、難度也間接增高，誠如我國學者所言，此但書的規定，係要求二審的心證與一審不同時，不可貿然以自己的心證來取代一審的判斷，需要具體指摘一審在何處有違反經驗法則或論理法則之處，亦彰顯出二審居於事後審查的立場¹⁴⁵。

（二）對於有罪或無罪判決審查之差異

1. 程序上之不同設計

國民法官法第92條第2項中，規定在二審法院撤銷原審判決之情況下，原則上二審應自為審判，但於符合同條但書時，應發回一審更為審判。立法理由主要以二審自為判決較能達成訴訟經濟、避免訟累，而就例外發回一審的部分，係以有審級利益或是再度由國民法官判斷之必要性為主要理由¹⁴⁶。其中特別值得注意的是，同條但書第4款「四、諭知無罪，係違背法令而影響於事實

¹⁴⁴ 最高法院96年度台上字第5003號刑事判決亦同此意旨。

¹⁴⁵ 陳運財、曾昭愷，前揭註132。

¹⁴⁶ 參立法院公報，第109卷第53期，頁72（2020）。

之認定，或認定事實錯誤致影響於判決。……」明文規定，就一審判決無罪，而二審法院認為一審判決有事實誤認或違背法令而影響於事實之認定之時，應將判決發回原審。相對地，二審撤銷一審有罪之判決，原則上應是根據同法第92條第2項本文，由二審法院自為判決。

將無罪判決與有罪判決做出不同的區別，立法理由中僅以「應由國民法官正確適用法令、認定事實後反映其正當法律感情」作為說明，然而，如行國民法官法案件在一審中認定為有罪，而二審職業法官認為無罪，就認定事實不同之處，似乎也可套用相同說法：發回更審由國民法官認定事實後反映其法律感情、由國民法官再次做出事實認定，單就「尊重國民法官反映法律感情」此點來看，似乎看不出區分撤銷有罪與無罪判決的區別。

此處「尊重國民法官反映法律感情」固然可以從同法第1條「彰顯國民主權理念」引導出具有民主主義的正當性，然而，刑事訴訟中最基本的防止冤罪等人權保障，並不會因為「尊重國民法官反映法律感情」而有退縮，如果肯認這樣的想法，對於二審之職業法官要撤銷一審之有罪判決時，表示二審法院對於一審有罪認定抱持懷疑態度，此時直接由二審法院撤銷，並無礙於被告的權益保障，亦可能防止一審做出錯誤的事實認定而導致冤案；相反地，職業法官要撤銷一審之無罪判決時，並無前開防止冤罪這樣的價值在內，因之，就撤銷一審有罪判決做出較為慎重的判斷，並發回由國民法官組成之一審審理，就立法政策上來看具有其正當性。

2. 心證門檻的差異

此外，日本最高法院平成24年（2012）2月13日判決（判例1）與我國國民法官法第92條第1項但書，均以一審之事實認定是

否違反「論理法則、經驗法則」作為二審得否撤銷之基準。然此處撤銷一審有罪判決或無罪判決時，是否要採取相同的標準，日本在學說上亦有不同的看法，多數認為在採取經驗法則、論理法則說之下，不論二審是要撤銷一審的有罪或是無罪判決，均應該具體指摘出一審何處違反經驗法則、論理法則說，標準應為一致；少數則認為審查有罪認定與無罪認定之標準，並不需要有一致性，在第二審對於一審的有罪判決有合理的懷疑之時，即可廢棄之，只是必須具體說明其合理的懷疑的理由。審查有罪認定與無罪認定之標準，並不需要有一致性，審查第一審有罪判決的實質基準仍在於是否有合理懷疑¹⁴⁷。本文亦較贊同後者的看法，蓋產生合理懷疑的無罪門檻並不會因改變訴訟制度而有差異。

觀我國國民法官法下，對於二審係因一審事實認定有誤而撤銷時，其對於撤銷有罪或是撤銷無罪判決，是否均要採取相同的判斷標準，本文認為在二審認為應為無罪而撤銷一審有罪判決時，此時實質的心證門檻仍在於是否對於有罪判決有合理懷疑，如有合理之懷疑，此時能合理說明動搖心證的部分，即應可認為符合撤銷標準，蓋此時防止冤錯案的價值判斷應可高於尊重一審國民法官判決的價值；反之，在二審認為一審的無罪判決認定有誤，應為有罪判決時，此時應要求二審法院具體說明一審判決何處違反經驗法則、論理法則，二審法院應有較高的說明、論理門檻，此時一審經國民法官參與之裁判，具有彰顯國民主權的民主正當性價值，而二審的撤銷判決並無防止冤案的價值，此時要單純以二審職業法官的「經驗法則、論理法則」優於一審的國民法官判決，恐有違立法意旨且亦無合理的價值判斷說明。換言之，在立法政策尊重一審國民法官加入的事實判斷時，也不能使被告陷於冤錯案的危險中，在上訴審法院認為實無法達成有罪門檻

¹⁴⁷ 後藤昭，前揭註95，頁366。

時，此時保護無辜被告的價值應高於尊重一審的事實認定，二審法院在具體說明無罪心證門檻理由後即應符合撤銷一審有罪判決之門檻。

最後，根據同法第92條第2項但書第4款之規定，如二審因不認同國民法官一審之事實認定，撤銷一審無罪判決而發回更審後，經國民法官之一審再次做成無罪判決，此時依照現行法，仍可再度上訴至二審，如此恐產生反覆撤銷發回之情況，除增加被告訟累、不利於訴訟經濟之外，亦可能較難達成國民法官法中彰顯國民法感情的立法價值；此外，在我國刑事妥速審判法第8條亦有就一定條件下獲無罪判決後，禁止上訴最高法院之規定，其立法理由係以「則檢察官、自訴人歷經多次更審，仍無法將被告定罪，若仍允許檢察官或自訴人就無罪判決一再上訴，被告因此必須承受更多之焦慮及不安，有礙被告接受公正、合法、迅速審判之權，與『無罪推定原則』相悖。且合理限制檢察官、自訴人之上訴權，可使檢察官、自訴人積極落實實質舉證責任，爰於本條明定此項無罪判決不得上訴於最高法院。」，如將來國民法官法案件中亦有一審為無罪判決、二審撤銷發回、一審國民法官法庭再次為無罪判決、再度上訴遭二審撤銷之情況，似可思考司法成本與本法尊重國民法官判決、防止冤罪等價值，參考刑事妥速審判法之規定，設立一定上訴的限制，如經兩次一審判決無罪後，不得再以事實認定錯誤上訴二審，或是根本在此情況下禁止上訴等。

伍、結 論

在立法政策下，因國民法官法第1條「為使國民與法官共同參與刑事審判，提升司法透明度，反映國民正當法律感情，增進國民對於司法之瞭解及信賴，彰顯國民主權理念，特制定本

法。」強調反映國民法律感情，增進國民對司法的了解及彰顯國民民主權理念，特別是「彰顯國民民主權」部分具有民主主義正當性，以此作為尊重一審國民法官判決的正當理由應可認同。相較於日本最高法院在平成24年（2012）2月13日判決（判例1）中，將重點置於經裁判員裁判之一審審判過程已確實落實直接審理原則、言詞辯論原則，是更應該落實事後審、尊重一審判決之論述方式，我國國民法官法第1條直接說明彰顯國民民主權，重視民主主義正當性，並在上訴章節中搭配設計對於廢棄一審判決採取較高難度的經驗法則、論理法則標準，應為合理的制度設計。

在二審構造的部分，國民法官法上訴章節同時具有續審制與事後審制之色彩，且兼備事實審及法律審的性質，然而在國民法官法僅有4條條文規範之下，二審的構造相當程度取決二審法院調查事實及新證據的態度，及對審查一審事實認定的寬嚴程度。而在國民法官法第91條指導性原則及帶有事後審的設計下，如為雙方未爭執事項部分，二審在發動職權調查時似應採取較謹慎的態度，而將重點放在當事人經上訴爭執的部分；調查新證據部分，如放寬對於新證據的調查，將使二審程序較偏離事後審的角色、偏向續審制中調查事實的色彩，在考量落實一審之集中審理等立法精神下，對於新證據的調查亦宜謹慎為之；另於職權證據調查上，除應賦予兩造表示意見及攻擊防禦機會外，似宜先曉諭由當事人聲請，避免造成突襲，特別是在當事人聲請證據調查有相當限制下，如由法院發動職權調查毫無限制，在解釋上亦恐有失衡之虞。

但是考量同法第91條立法理由及前開日本最高法院令和2年（2020）1月23日判決及保障被告權益、避免處罰無辜之人，在二審撤銷一審無罪判決時，應不得僅憑藉書面資料，就重要證據應為一定之證據調查，蓋避免處罰無辜之人的價值，在國民法官

制度中亦應該受到維持。

在這樣的理解下，對於二審在審查一審之事實認定有無違反「經驗法則、論理法則」時，本文認為在撤銷有罪與無罪判決上，應具有不同之標準，撤銷有罪判決時，其具體適用之標準仍在「對於有罪判決有無合理之懷疑」，蓋此時防止冤罪的價值判斷應可高於尊重一審國民法官判決的價值；相對地，在撤銷無罪判決時，應要求二審能具體說明一審判決何處違反「經驗法則、論理法則」，就算是對於證據評價之不同，二審亦有更高的說明及論理義務。此外，誠如前述日本學說上的討論，「經驗法則、論理法則」實際上似仍是以第一審在評價證據的信用性（證明力）或是為證據的綜合判斷時，從第二審的角度來看是否明顯的不合理¹⁴⁸，似可以認為乃是要求相較於過去的判決的方式，現在應該更加重視具體指摘出第一審判決不合理之處¹⁴⁹。

同時，在立法政策上，對於撤銷一審無罪與撤銷一審有罪判決做出不同設計（參同法第92條），在此部分，或可解釋為在防止冤案、處罰無辜之人的基本價值，在彰顯國民主權之尊重國民法官裁判面前也不應退縮。

如二審因不認同國民法官一審之無罪事實認定，撤銷一審無罪判決而發回更審後（同法第92條第2項但書第4款），經國民法官之一審再次做成無罪判決，似可參考刑事妥速審判法第8條之精神，再行思考司法成本與本法尊重國民法官判決、防止冤罪等價值，於將來修法時，在此情況下對於再行上訴做出一定限制。

¹⁴⁸ 川出敏裕，前揭註63，頁120。

¹⁴⁹ 岩瀨徹，前揭註69，頁216。

參考文獻

書 籍

- 陳樸生，刑事訴訟法實務，自版，再訂2版（1999）。
- 三井誠、酒卷匡著（陳運財、許家源譯），日本刑事程序法入門，元照出版有限公司（2021）。
- 司法研修所，裁判員裁判における第一審の判決書及び控訴審の在り方，法曹会（2009）。
- 石井一正，刑事控訴審の理論と實務，判例タイムズ社（2010）。
- 白取祐司，刑事訴訟法，日本評論社，第9版（2017）。
- 池田修、前田雅英，刑事訴訟法講義，東京大学出版会，第6版（2018）。
- 宇藤崇、松田岳士、堀江慎司，刑事訴訟法，有斐閣，第2版（2018）。
- 河上和雄、中山善房、古田佑紀、原田國男、河村博、渡辺咲子，大コンメンタール刑事訴訟法（第二版）第9卷，青林書院，第2版（2011）。
- 後藤昭，刑事控訴立法史の研究，成文堂（1987）。

期刊論文

- 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——特別是與裁判員審判之關連，裁判時報，第62期，頁51-67（2017）。
- 何賴傑，刑事第二審程序部分條文改革對案，全國律師，第9卷第10期，頁34-51（2005）。
- 吳巡龍，從美國上訴制度檢討我國刑事訴訟上訴審修正草案，台灣本土法學雜誌，第67期，頁121-164（2005）。
- 林裕順，最高法院上訴救濟變革與展望——日本「裁判員」新制運作下之比較研究，月旦法學雜誌，第208期，頁29-46（2012）。

- 林裕順，人民參審上訴制度之比較研究——以日本法制檢討為中心，月旦法學雜誌，第282期，頁24-41（2018）。
- 林裕順，人民參審、證據調查——三天審結 簡捷為要，月旦法學教室，第202期，頁55-60（2019）。
- 後藤昭著（林裕順、李怡修譯），裁判員制度事實認定爭議之上訴救濟，月旦法學雜誌，第222期，頁161-171（2013）。
- 後藤昭著（林裕順譯），日本刑訴二審沿革與裁判員制度，月旦法學雜誌，第293期，頁28-41（2019）。
- 張永宏，論國民參與刑事審判制度之第二審上訴制度構造——以日本裁判員法及我國國民參審試行條例草案為對象，政大法學評論，第113期，頁83-183（2010）。
- 莊杏茹，公民參與刑事審判之上訴審量刑審查問題——日本最高法院二〇一四年七月二十四日第一小法庭判決研析，成大法學，第32期，頁1-68（2016）。
- 張麗卿，刑事訴訟第二審事實審之構造，月旦法學雜誌，第61期，頁18-19（2000）。
- 黃朝義，訴訟制度：第二講——二審構造與訴訟制度，月旦法學教室，第22期，頁80-93（2004）。
- 黃朝義，刑事第二審構造及其未來走向，月旦法學雜誌，第143期，頁31-46（2007）。
- 陳運財，國民參與刑事審判之研究——兼評日本裁判員制度，月旦法學雜誌，第180期，頁131-149（2010）。
- 陳運財，如何建構人民信賴的司法體系——追求權責相符的刑事審判制度，檢察新論，第21期，頁3-12（2017）。
- 陳運財、曾昭愷，國民法官法的觀察與期待 專訪（二），法務通訊，第3044期，頁3-6（2021）。
- 川出敏裕，控訴審の審査，論究ジュリスト，第31号，頁115-122（2019）。
- 大島隆明，裁判員裁判と控訴審の役割——実務家の視点から，刑法

- 雑誌，第54巻第3号，頁374-394（2015）。
- 井上正仁，「考えられる裁判員制度の概要について」の説明，ジュリスト，第1257号，頁139-150（2003）。
 - 田口守一，裁判員制度の理論的基礎，刑事法ジャーナル，第13号，頁2-7（2008）。
 - 田淵浩二，控訴審における事実誤認の審査——最判平24.2.13の意義，法律時報，第84巻第9号，頁48-53（2012）。
 - 加藤克佳，裁判員制度における判決と上訴の構想，刑法雑誌，第43巻第3号，頁451-462（2004）。
 - 西田時弘，裁判員制度のもとにおける控訴審の在り方（3）大阪高等裁判所陪席会 控訴審の訴訟手続（2），判例タイムズ，第1273号，頁105-108（2008）。
 - 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，第1288号，頁5-19（2009）。
 - 東京高等裁判所刑事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，第1296号，頁5-15（2009）。
 - 柳瀬昇，討議民主主義理論に基づく裁判員制度の意義の再構成，情報コミュニケーション学学際研究，第2巻，頁48-65（2013）。
 - 後藤昭，裁判員裁判と控訴審の役割，刑法雑誌，第54巻第3号，頁358-373（2015）。
 - 原田國男，事実誤認の意義：最高裁平成24.2.13判決を契機として，刑事法ジャーナル，第33号，頁37-43（2012）。
 - 宮城啓子，裁判員制度の導入と上訴，現代刑事法，第32号，頁57-61（2001）。
 - 宮城啓子，控訴審の役割，刑事法ジャーナル，第33号，頁44-49（2012）。
 - 酒巻匡，裁判員裁判と控訴審の在り方：分科会の趣旨，刑法雑誌，第54巻第3号，頁353-357（2015）。
 - 高平奇恵，控訴審が第一審の無罪判決を破棄し有罪の自判をする場

合には事実の取調べを要するとした事案，新・判例解説Watch・速報判例解説，第27巻，頁199-202（2020）。

- ▶高橋正太郎，刑事控訴制度の機能と新証拠の許容範囲，法学研究論集，第41号，頁1-18（2014）。
- ▶高橋正太郎，市民裁判官の参加した第一審判決の第二審における取り扱い，島大法学，第61巻第3・4号，頁167-196（2018）。
- ▶蛭田円香，犯罪の証明がないとして無罪を言い渡した第1審判決を控訴裁判所が何ら事実の取調べをすることなく破棄し有罪の自判をすることと刑法400条ただし書，ジュリスト，第1551期，頁99-102（2020）。
- ▶植村立郎，最近の薬物事犯を中心とした最高裁判例に見る刑事控訴事件における事実誤認について，刑事法ジャーナル，第40号，頁31-73（2014）。
- ▶植野聡、今泉裕登、出口博章，裁判員制度のもとにおける控訴審の在り方（2）大阪高等裁判所陪席会 控訴審の訴訟手続（1），判例タイムズ，第1272号，頁50-61（2008）。

專書論文

- ▶王正嘉，人民參與刑事審判目的之再考，收錄於審議式法庭：人民參與刑事審判，頁129-163，國立臺灣大學出版中心（2020）。
- ▶王正嘉，我國關於人民參與刑事審判論述的系譜，收錄於審議式法庭：人民參與刑事審判，頁35-57，國立臺灣大學出版中心（2020）。
- ▶平野龍一，控訴審の構造，收錄於刑事法研究 第5巻 裁判と上訴，頁145-170，有斐閣（1982）。
- ▶杉森研二，裁判員制度導入後の控訴審，收錄於鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集（下巻），頁741-758，成文堂（2007）。
- ▶岩瀬徹，裁判員制度の下における上訴審のあり方，收錄於裁判所は何を判断するか，頁208-227，岩波書店（2017）。

摘 要

國民法官法案件上訴至二審後，其審理程序與現行刑訴法之設計有諸多不同。國民法官法限縮了二審法院調查證據及對事實認定之權限，除了違反程序法令之情況，認為僅有在二審法院認定一審法院所為之事實認定違反「經驗法則、論理法則」時可撤銷；但同時亦保留了二審法院在必要情況下，可依當事人聲請或職權調查證據。

而日本裁判員制度上訴至二審後，亦和我國一樣，由職業法官審理有國民參與審判的一審案件，且日本最高法院亦在近年在判決中要求二審法院應僅有在一審法院違反「經驗法則、論理法則」時方可撤銷，兩國具有相似的問題點與法制背景。

因此，本文分為對於上訴審制度之探究、裁判員制度導入後日本二審法院之變化、日本實務與學說對於事實誤認之看法等，希望藉由日本法上的經驗，給予我國日後實施國民法官法時，二審審查一審判決時參考標準。

Determined Facts that Can Be Investigated by Appellate Courts Under the Framework of Lay Participation in the Criminal Trial System

Jung Yan

Abstract

In Taiwan, the National Judges Act (hereinafter, the ACT) follows a different approach from that of the existing criminal procedure law, especially in the appellate court of second instance. In general, the ACT limits the amount and the number of determined facts that an appellate court can investigate. Except in the case of a procedural violation, an appellate court can overturn the verdict of a district court when the facts determined by the district court violate empirical laws or principles of logic. On the other hand, the ACT allows the appellate court, either on the parties' application or on the court's own initiative, to investigate evidence when necessary.

In a recent verdict (2011, no. 757, February 13, 2012), the Supreme Court of Japan stated that an appellate court should overturn the verdict of a district court only when it violates empirical laws or principles of logic. At first glance, both Taiwan's ACT and Japan's system seem to employ the same approach to ex-post review. However, Taiwan's ACT provides greater flexibility for appellate courts to determine which evidence they can investigate, which is a key aspect distinguishing it from the ex-post review system in Japan.

This study focuses on: (1) the operation of the appeal system, (2) the verdicts of Japanese appellate courts after lay participation was adopted in the criminal system, and (3) the views of the Supreme Court of Japan regarding instances of factual misapprehensions by appellate courts. Adopting examples from Japanese law may allow Taiwan to improve its ACT and prepare for lay participation in the criminal system in the future.

Keywords: National Judges Act, structure of proceedings at the court of second instance, fact-finding, misrecognition of facts, rules of experience, principles of logic, Saiban-in system, the continuous hearing system, the retrial mechanism, reviewing court system

中原財經法學