

行政院國家科學委員會專題研究計畫 期末報告

不對稱上訴之研究(第 2 年)

計畫類別：個別型
計畫編號：NSC 100-2410-H-029-023-MY2
執行期間：101年08月01日至102年07月31日
執行單位：東海大學法律學系

計畫主持人：陳運財

計畫參與人員：碩士班研究生-兼任助理人員：侯珮琪
博士班研究生-兼任助理人員：李永瑞

公開資訊：本計畫可公開查詢

中華民國 102 年 10 月 31 日

中文摘要：本研究計畫從法理及制度層面，針對不對稱上訴進行比較法研究。

首先，就美國聯邦刑事上訴制度觀察，雖然傳統見解認為提供被告上訴審查的管道並非憲法上所要求的權利，惟一旦建立上訴審查機制，(1)其上訴事由不得予以恣意的限制。(2)上訴管道不得因被告經濟地位的不同而受差別待遇，因此被告享有接受指定辯護提起上訴之權利。(3)基於正當法律程序，採行「惡意量刑禁止原則」，禁止發回更審之法院出於妨礙被告行使上訴權益之目的而科以較重於原審判決之刑，以保障刑事被告之合法上訴權益。(4)特別是基於聯邦憲法增修條款第五條所謂禁止雙重危險之規範，對於陪審或職業法官的無罪評決，不容許國家機關再行追訴；即便該項無罪判決可能是基於某些法官諭示或證據上的錯誤，檢察官亦不得上訴以尋求撤銷。背後主要的政策考量是避免檢察官窮盡國家龐大的資源打擊被告而可能招致無辜被告遭受處罰的風險。

相對的，在日本法上對於檢察官上訴權之限制問題，學理上有不少論者分從解釋日本憲法第 39 條係禁止雙重危險之觀點、檢察官追訴權限抑制論、「有疑者利歸被告」原則論、「迅速裁判」論或上訴之性格論，主張應限制檢察官對無罪判決之上訴。但是，日本最高法院大法庭判決曾指出，一審之程序與二審上訴、以及三審上訴之程序，就同一案件而言，無非是持續中之一個危險的各部分，因此容許檢察官就被告之無罪判決提起上訴，並不違反憲法第 39 條。因此，日本刑事訴訟法基本上對於當事人的上訴權並未採取不對稱的設計。

針對我國刑事妥速審判法第 8 條的運作狀況觀察發現：本條規定適用門檻設定必須自「第一審繫屬日起已逾六年」之時間要件存有不合理性、發回次數應「經最高法院第三次以上發回」之要件以及設定無罪次數累積之二種不同類型之間衍生不均衡等問題。本文建議除了應再透過實證研究具體掌握實務上最高法院撤銷發回之原因並比較判決結果逆轉的證據關係，以釐清案件久懸不決的原因外，基於無罪推定的保障，第一審之無罪判決應具事實上推定之拘束力，被告不受檢察官以事實誤認為由蒙受第二次被追究的風險。檢察官所剩餘的追訴權僅基於公益代表人監督裁判統一法律解釋之目的，得以原審判決違背法令提起第二審上訴。同時，基於上訴之目的論、上訴審之構造及追訴權窮盡等觀點，本文認為經事實審法院累積二次無罪判決者，檢察官對此即不得再行上訴。

針對我國刑事妥速審判法第 9 條的運作狀況觀察，檢察

官及自訴人依本條規定上訴第三審的 187 件中，經最高法院撤銷原判決並發回更審之案件僅 4 件。其中，檢察官或自訴人援引有關刑事訴訟法第 377 至 379 條等規定之判例或司法院解釋作為上訴理由者，最高法院均以刑事妥速審判法第 9 條第 2 項之規定予以駁回的運作，最具爭議。本文認為從立法過程及本條之規範目的、維護自訴人訴訟權益、以及基於與非常上訴救濟管道之間之衡平觀點，原判決如有違反第 379 條等之相關判例或司法院解釋之情形，仍得作為上訴第三審之事由。將來，第三審應如何設計為嚴格法律審，應回歸刑事訴訟法整體檢討修正。

中文關鍵詞： 上訴權、不對稱上訴、上訴利益、追訴權、無罪推定、禁止雙重危險

英文摘要： Our project has focused on the comparative legal systems and judicial theories about the asymmetrical appeal. On Article 8 of The Criminal Speedy Trial Act (T.C.S.T.A.), we have found many problems of the element in this article like the period of the trial must be over 6 years, the times of remandment and acquittal verdicts. We suggest that the elements above should be reviewed by empirical researches on the verdicts of the Supreme Court and analyzing the reasons of remandments. Not only to clarify the reason a case costing such a long time, but also avoid the defendants being prosecuted again when the prosecutors appealing on matters of facts. We here suggest on the basis of the public interests, the prosecutors can only appeal on legal errors and shouldn't be allowed to appeal after the second acquittal verdict from the trial on matter of facts.

On Article 9 of the T.C.S.T.A., in the 187 cases that the prosecutors (including the plaintiff of private prosecution) had appealed, there are only 4 cases being remanded. And the prosecutors appealed on the verdicts violating the precedents of criminal procedure code article 377 to 379 had been overruled by the Supreme Court according to the Article 9 Section 2 of the T.C.S.T.A.. But we here suggest, according to the legislation reason, the purpose of this article, the right of a private prosecution plaintiff and the balance between the appeal system

and extraordinary appeal system, about the verdicts violating the precedent of the criminal procedure code 377 to 379, the prosecutors should also be allowed to appeal. And this should be legitimated back in the Criminal Procedure Code.

英文關鍵詞： right to appeal, asymmetrical appeal, advantages to appeal, power to prosecute, presumption of innocence and double jeopardy.

行政院國家科學委員會補助專題研究計畫 期末結
案報告

不對稱上訴之研究

計畫編號：NSC 100-2410-H-029 -023-MY2

計畫期限：100年8月1日至102年7月31日

主持人：陳運財教授 東海大學法律學系

研究助理：李永瑞、侯珮琪

目次

- 中、英文摘要
- 一、研究目的與方法
 - (一) 研究目的
 - (二) 研究方法
- 二、美日比較法之整理分析
 - (一) 美國聯邦上訴制度概述
 - (二) 美國法上之雙重危險禁止原則
 - (三) 美國法有關檢察官上訴之限制
 - (四) 日本法狀況概述
- 三、我國刑事妥速審判法第 8 條之解釋及實務運作
 - (一) 法條解釋與學說
 - (二) 實務運作狀況
 - (三) 問卷調查及分析檢討
 - (四) 修法檢討
- 四、我國刑事妥速審判法第 9 條之解釋及實務運作
 - (一) 法條解釋與學說
 - (二) 實務運作狀況
 - (三) 問卷調查結果與最高法院判決統計結果比較分析
- 五、發現與建議
 - (一) 發現
 - (二) 建議
- 六、參考文獻

附錄：

- 一、座談會紀錄
- 二、問卷調查資料
- 三、赴日本京都大學法學院訪談調查心得報告

中文摘要：

本研究計畫從法理及制度層面，針對不對稱上訴進行比較法研究。

首先，就美國聯邦刑事上訴制度觀察，雖然傳統見解認為提供被告上訴審查的管道並非憲法上所要求的權利，惟一旦建立上訴審查機制，(1)其上訴事由不得予以恣意的限制。(2)上訴管道不得因被告經濟地位的不同而受差別待遇，因此被告享有接受指定辯護提起上訴之權利。(3)基於正當法律程序，採行「惡意量刑禁止原則」，禁止發回更審之法院出於妨礙被告行使上訴權益之目的而科以較重於原審判決之刑，以保障刑事被告之合法上訴權益。(4)特別是基於聯邦憲法增修條款第五條所謂禁止雙重危險之規範，對於陪審或職業法官的無罪評決，不容許國家機關再行追訴；即便該項無罪判決可能是基於某些法官諭示或證據上的錯誤，檢察官亦不得上訴以尋求撤銷。背後主要的政策考量是避免檢察官窮盡國家龐大的資源打擊被告而可能招致無辜被告遭受處罰的風險。

相對的，在日本法上對於檢察官上訴權之限制問題，學理上有不少論者分從解釋日本憲法第 39 條係禁止雙重危險之觀點、檢察官追訴權限抑制論、「有疑者利歸被告」原則論、「迅速裁判」論或上訴之性格論，主張應限制檢察官對無罪判決之上訴。但是，日本最高法院大法庭判決曾指出，一審之程序與二審上訴、以及三審上訴之程序，就同一案件而言，無非是持續中之一個危險的各部分，因此容許檢察官就被告之無罪判決提起上訴，並不違反憲法第 39 條。因此，日本刑事訴訟法基本上對於當事人的上訴權並未採取不對稱的設計。

針對我國刑事妥速審判法第 8 條的運作狀況觀察發現：本條規定適用門檻設定必須自「第一審繫屬日起已逾六年」之時間要件存有不合理性、發回次數應「經最高法院第三次以上發回」之要件以及設定無罪次數累積之二種不同類型之間衍生不均衡等問題。本文建議除了應再透過實證研究具體掌握實務上最高法院撤銷發回之原因並比較判決結果逆轉的證據關係，以釐清案件久懸不決的原因外，基於無罪推定的保障，第一審之無罪判決應具事實上推定之拘束力，被告不受檢察官以事實誤認為由蒙受第二次被追究的風險。檢察官所剩餘的追訴權僅基於公益代表人監督裁判統一法律解釋之目的，得以原審判決違背法令提起第二審上訴。同時，基於上訴之目的論、上訴審之構造及追訴權窮盡等觀點，本文認為經事實審法院累積二次無罪判決者，檢察官對此即不得再行上訴。

針對我國刑事妥速審判法第 9 條的運作狀況觀察，檢察官及自訴人依本條規定上訴第三審的 187 件中，經最高法院撤銷原判決並發回更審之案件僅 4 件。其中，檢察官或自訴人援引有關刑事訴訟法第 377 至 379 條等規定之判例或司法院解釋作為上訴理由者，最高法院均以刑事妥速審判法第 9 條第 2 項之規定予以駁回的運作，最具爭議。本文認為從立法過程及本條之規範目的、維護自訴人訴訟權益、以及基於與非常上訴救濟管道之間之衡平觀點，原判決如有違反第 379 條等之相關判例或司法院解釋之情形，仍得作為上訴第三審之事由。將來，第三審應如何設計為嚴格法律審，應回歸刑事訴訟法整體檢討修正。

關鍵詞：上訴權、不對稱上訴、上訴利益、追訴權、無罪推定、禁止雙重危險

Abstract

A Study on Asymmetrical Appeal

Our project has focused on the comparative legal systems and judicial theories about the asymmetrical appeal.

According to our observations on the federal appeal system, although the traditional opinion of the Supreme Court held that it isn't a constitutional right to appeal, once there was a legitimated appeal structure: (a) there should be no abuse on the restriction of the writs in criminal procedure; (b) the limitation of the access for indigent defendants to appellate review should be in the equal protection; (c) under due process of law, vindictive sentencing is constitutionally barred to avoid deterring a defendant's exercise of the right to appeal; (d) especially due to the double jeopardy clause of the Fifth Amendment, the verdict of an acquittal and a judgment in pursuant which even based on legal errors can't be recalled by an appellate review upon an appeal by the Government. The underlying idea here is to protect an individual from being repeatedly prosecuted by the state with all its resources and power and subjecting him in a danger to be found guilty.

On the contrary, commentators had interpreted Constitution Article 39 from many aspects, such as the double jeopardy theory, restraint of prosecution power, principle of "In Dubio Pro Reo", speedy trial theory and the substance of appellate review, and thus suggested that appeals following the acquittal verdicts by prosecutors should be restrained. However, the Supreme Court of Japan had held that the jeopardy in the first, second and the third instance is a continuous one in the same case. Therefore, it isn't against the Constitution allowing the Government to appeal after a verdict of acquittal. Hence, there isn't an asymmetric appeal structure in Japan.

On Article 8 of The Criminal Speedy Trial Act (T.C.S.T.A.), we have found many problems of the element in this article like the period of the trial must be over 6 years, the times of remandment and acquittal verdicts. We suggest that the elements above should be reviewed by empirical researches on the verdicts of the Supreme Court and analyzing the reasons of remandments. Not only to clarify the reason a case costing such a long time, but also avoid the defendants being prosecuted again when the prosecutors appealing on matters of facts. We here suggest on the basis of the public interests, the prosecutors can only appeal on legal errors and shouldn't be allowed to appeal after the second acquittal verdict from the trial on matter of facts.

On Article 9 of the T.C.S.T.A., in the 187 cases that the prosecutors (including the plaintiff of private prosecution) had appealed, there are only 4 cases being remanded. And the prosecutors appealed on the verdicts violating the precedents of criminal procedure code article 377 to 379 had been overruled by the Supreme Court

according to the Article 9 Section 2 of the T.C.S.T.A.. But we here suggest, according to the legislation reason, the purpose of this article, the right of a private prosecution plaintiff and the balance between the appeal system and extraordinary appeal system, about the verdicts violating the precedent of the criminal procedure code 377 to 379, the prosecutors should also be allowed to appeal. And this should be legitimated back in the Criminal Procedure Code.

Keywords: right to appeal, asymmetrical appeal, advantages to appeal, power to prosecute, presumption of innocence and double jeopardy.

一、研究目的與方法

(一) 研究目的

我國的上訴制度，近來在立法及實務運作上發生了幾項值得觀察的重大變化。首先是，為因應我國傳統實務案件久懸未決及被告速審權遭受嚴重侵害的現象，民國（下同）99年5月制定公布了刑事妥速審判法，其中，有關上訴制度部分，第9條規定，案件於第一審判決無罪，第二審（含更審法院）仍維持第一審所為無罪判決者，檢察官非以判決所適用之法令抵觸憲法、判決違背司法院解釋或判例為由，不得上訴第三審法院。第8條進一步規定，案件自第一審繫屬日起已逾六年且經最高法院第三次以上發回後，含最後之更審無罪判決已達三次以上者，檢察官對該無罪判決，不得上訴於最高法院。片面或不對稱的針對檢察官之第三審上訴，於合於一定要件下改採所謂嚴格法律審，或禁止其上訴。

其次為，受到刑事妥速審判法制定公布的影響，檢察實務的運作也有令人矚目的不同趨勢發展。歷經5年多紛爭的聯電疑涉大陸蘇州和艦背信等案件，於更一審仍經法院判決無罪後，與傳統多仍逕為提起上訴的往例不同，台灣高等檢察署基於檢察官就起訴之被告犯罪案件，應負實質舉證責任，認為本案在檢察官起訴後，既經一、二審（含更一審）連續三次判決無罪，雖尚未達妥速審判法所定不得上訴之要件，惟檢察官倘若仍然就無罪判決一再上訴，被告將承受更多的焦慮及不安，有礙被告接受公正、合法、迅速審判的權利，因此基於刑事妥速審判法立法精神，決定不再上訴（參見：工商時報2010年10月8日，〈和艦案曹興誠、宣明智無罪定讞〉）。

上述妥速審判法兩項條文的規範，廣義而言，均屬實質上對於檢察官上訴權的限制。惟如細究觀察，前者第8條乃直接禁止檢察官對於無罪判決之上訴；後者第9條則屬包含上訴理由等上訴審結構的不對稱的調整。

立法者為何片面或不對稱的限制檢察官的上訴機會及上訴理由，其法理或政策基礎何在，是否源自於所謂一事不再理或落實被告受無罪推定之保障？如果要進一步貫徹此等立法意旨，則在立法論上，現行刑事訴訟法有關其他檢察官在訴訟程序中得聲明不服，例如提起第二審上訴、為受判決人之不利益聲請再審等規範，是否亦有一併研議修正的必要，自值得檢討。

另一方面，誠如聯電案以及拉法葉軍購弊案部分被告案件無罪判決確定過程中所提供的重要論點之一，亦即檢察官對於下級審法院之無罪判決，即便尚未達刑事妥速審判法第8條所定之要件，惟在符合何種標準或條件下仍以捨棄上訴為宜？此種情形，不僅事關被告免受國家機關不合理追訴之地位安定

性的保障，更牽動民眾對於檢察權公正行使的信賴問題，亦有進一步探究的必要。

爰此，本研究計畫擬從檢察官追訴權及當事人上訴權的觀點，參酌妥速審判法第 8 及第 9 條的立法意旨及運作狀況（第 8 條已於 2010 年 9 月施行、第 9 條則於 2011 年 5 月施行），有體系的檢討刑事程序中檢察官對於法院裁判聲明不服的救濟機制應否、以及如何限制；相對的，如何擴張保障被告上訴權的相關機制的多樣而複雜的課題。

（二）研究方法

具體研究方法如下：

由於本研究關涉之論點或課題多樣複雜，為能分從法理、政策面及實務運作層次，較長期的持續且有體系的進行比較法及實證研究，因此擬以兩年為期：第一年先就法理及制度進行不對稱上訴之比較法研究。此部分將參酌美、日兩國有關上訴權之性質、根據及上訴目的觀等，探討檢察官與被告之間上訴權之差異。特別是，美、日兩國關於一事不再理效力或禁止雙重危險之規範，如何適用至檢察官對無罪判決聲明不服的問題。其次，第二年針對刑事妥速審判法第 8 條及第 9 條施行後的運作狀況、以及實務上檢察官捨棄上訴之原審無罪判決，進行判決理由的分析研究，再佐以對擔任案件之檢察官實施問卷調查或必要之訪談，瞭解其捨棄上訴的判斷標準或考量因素。最後，根據第一年的研究結果，並參酌我國檢察實務有關上訴權的運作的問題特徵，研議如何從檢察官之上訴應受權力節制、以及擴張保障被告上訴利益的觀點，探討刑事訴訟程序上訴之救濟管道的設計問題。

1、資料的收集及文獻探討

有關不對稱上訴（asymmetrical appeal）概念及制度的形成，乃受美日等國憲法禁止雙重危險（double jeopardy）保障被告人權觀念的影響，因此，比較法的探討，對本研究計畫的執行上有不可或缺的重要性。本計畫將先收集美國聯邦最高法院依憲法第 5 增修條款免於雙重危險之保障而禁止檢察官對無罪判決上訴的相關案例、以及美、日兩國有關不對稱上訴之學說，分別探討其相關理論與實踐經驗。藉由國外文獻的之發展脈絡，對照我國新法之制度設計，取其適於搭配之制度或理論，作為我國不對稱之上訴制度修法的參考依據。

2、判決分析及問卷調查

為求瞭解刑事妥速審判法第 8 及第 9 條的實施狀況，將收集整理高等法院相關判決，分析在個案上適用法定要件的判斷因素。同時，為瞭解檢察實務對於無罪判決捨棄上訴的判斷標準或考量因素，以台灣高等法院及其分院檢察署檢察官為對象，實施問卷調查。做法上，預定先進行有關檢察官追訴權之行使、上訴權之捨棄與否的問卷調查，瞭解實務上檢察官對於無罪判決捨棄上訴的運

作狀況。

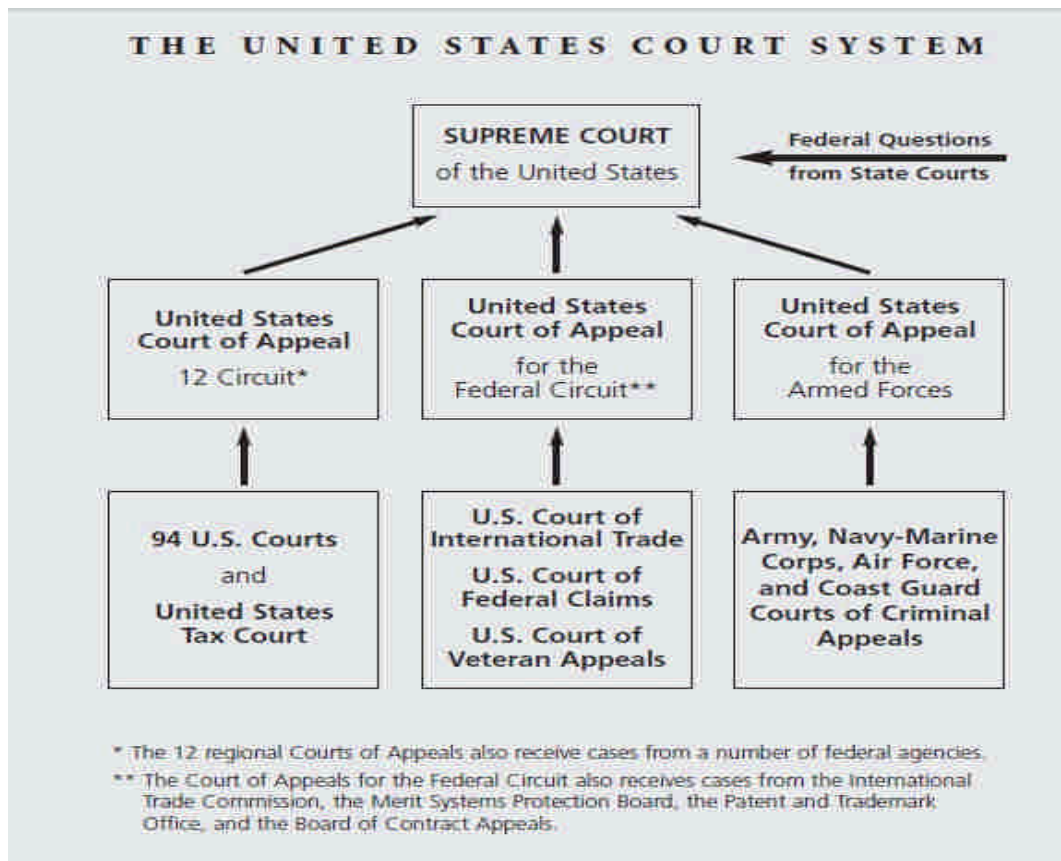
3、座談討論法

本計畫目的既然以在理論上釐清被告上訴權與檢察官上訴權之性質、依據及上訴目的觀的差異，以及上訴制度受無罪推定原則影響為目的。因此，如何使刑事訴訟制度參與者相互對話、交換意見，明確找出個別角色之間的疑慮與問題所在，實屬不可或缺之參考依據。故於第二年度針對本計畫初步研究所得，邀請學者專家進行研討，徵詢並交換意見，藉以修正研究所得。

二、美日比較法之整理分析

(一) 美國聯邦上訴制度概述

聯邦訴訟制度流程圖¹



美國之刑事訴訟上訴可分為直接上訴 (direct appeal) 與間接救濟 (collateral remedy)，前者係指當事人直接就對其不利之裁決向上訴法院或州最高法院 (或聯邦最高法院) 上訴，後者係指在被告於管轄之州最高法院窮盡救濟途徑仍然無

¹ 聯邦訴訟制度流程圖，摘自 United States Department Of State, Outline Of the U.S. Legal System (Bureau of International Information Programs 2004) p. 21.

法回復其憲法上權利時，可向聯邦法院請求作成令狀來救濟（review by writ），例如人身保護令（Habeas Corpus）。

1、上訴權之性質：

（1）上訴權並非憲法上權利：

由於美國聯邦憲法並未就被告之上訴權作相關規定，故在刑事訴訟制度上，遲至 1879 年聯邦才立法授權巡迴法庭有審查下級審之權利，且直到 1889 年才賦予聯邦最高法院有藉由令狀（writ）作為間接上訴之方式給予當事人救濟之機會。

在 *Mckane v. Durston*²案中，被告對於州法院駁回其保釋及上訴聲請聲明不服，聯邦最高法院就被告所提出該州有憲法上義務提供被告就有罪判決請求上訴審審查機會之主張，認為就有罪判決上訴並非絕對之權利，也不是州憲法或法律明文之權利，就一個終局裁決請求再次審查並非普通法（common-law）也不是正當法律程序中的必要要素，而是屬於一州之立法裁量。³

這樣的見解有逐漸鬆動的趨勢，在 *Jones v. Barnes*⁴案中，雖然大多數仍然維持 *Mckane* 案之見解，但已有不同意見⁵出現。雖然聯邦最高法院仍然堅持上訴審審查並非被告於憲法上之權利，但仍然強調上訴審查是美國刑事訴訟程序上一個重要的基本要素，目前聯邦與各州均已立法賦予刑事訴訟被告上訴權⁶，有的州並沒有二審法院，重罪案件之被告向州最高法院上訴之權利仍受州最高法院裁量之限制，但比起 *Mckane* 案，被告於此已至少有取得上訴審審查之機會。

（2）許可上訴制

如前所述，雖然目前聯邦最高法院對於當事人上訴權並非憲法權利之見解逐漸鬆動，但是仍然認為上訴權屬各州之立法裁量範圍，因此就二審來說，由於各州多已規定被告可至少可獲得一次救濟之規定，故就二審之上訴而言，被告之上訴屬於權利上訴⁷，也就是說在各州之刑事法規定下，被告上訴屬於其權利之行使，就上訴審而言，必須受理該上訴案件，並加以審判。但就檢察官之上訴部

² 153 U.S. 684, 14 S.Ct. 913, 38 L.Ed. 867 (1894).

³ *Supra* note 2, “An appeal from a judgment of conviction is not a matter of absolute right, independently of [state] constitutional or statutory provisions allowing such appeal. A review by an appellate court of the final judgment in a criminal case, however grave the offense of which is accused is convicted, was not at common-law and is not now a necessary element of due process of law. It is wholly within the discretion of the State to allow or not to allow such a review.” Quoted in Wayne R. Lafave & Jerold H. Israel, *supra* note 11 at 1137(2nd ed. West P. 1992). See also John L. Worrall, *Criminal Procedure: From First Contact to Appeal*, at 438 (3rd ed. Pearson Education Inc.2009).

⁴ 463 U.S. 745, 103 S.Ct. 3308, 77 L.Ed.2d 987 (1983).

⁵ Brennan 大法官 與 Marshall 大法官均作成不同意見書。Wayne Lafave & Jerold H. Israel, *Criminal Procedure*, at 1137(West P. 1992).

⁶ 此處所謂之上訴權係指各州立法賦予當事人至少一次獲得救濟的機會，就多數州係指賦予當事人二審救濟之機會，但各州規定均有所不同。例如加州之刑事程序上訴規定將案件分為重罪或輕罪而有不同管轄之上級審法院，就重罪判決之被告部份以原則上可上訴之方式規定於 California Penal Code §1237，而輕罪判決之被告其上訴權則是以法律列舉可上訴之案件種類方式規定於 California Penal Code §1466 (b)。

⁷ 王兆鵬，《上訴二審鴻溝之填補》，〈法令月刊〉，第 61 卷 2 期，2010 年 2 月，頁 53。

份，則另外規定。而在第二審判決後，由於被告之上訴權並非憲法權利，若無特別規定，如被告不服二審判決提起上訴請求移審（writ of certiorari），此時第三審法院（通常為州最高法院或聯邦最高法院）則對該上訴案件之受理與否擁有裁量權，也就是採行許可上訴制⁸，簡單來說，就該案件之受理與否，第三審法院無須釋明理由。

而該移審案件之聲請受理與否，以聯邦案件來說，其判斷標準有三：

- a. 就被上訴之二審判決，該聯邦上訴法院就具有聯邦重要性之問題，其見解與聯邦其他聯邦上訴法院或州最高法院之見解相衝突；或二審審判程序悖離一般公認之審判程序，或容許下級審背離一般程序之審判程序。
- b. 州最高法院就具有聯邦法重要性之問題作成與其他州最高法院或聯邦上訴法院相衝突之見解。
- c. 州最高法院或聯邦上訴法院就具有聯邦法重要性但聯邦最高法院尚未作成意見之問題作成判決，或就具聯邦重要性之問題作成與聯邦最高法院在相類似案件之見解相衝突之判決。⁹

2、上訴制度：事後審

一般認為上訴制度可分為覆審制、續審制及事後審制三種，美國之上訴審係採事後審制¹⁰，原則上當事人於上訴程序中不得提出新事實或新證據，上訴審法院係依原審之卷宗證物，審查原判決有無違誤，詳細已如第二章第一節所述。其中上訴審之審理範圍包含事實認定及適用法令之違誤，二者均屬錯誤（error），而當事人所提出之上訴理由受未提出即視為放棄之原則（raise-or-waive rule）之拘束，原則上當事人若未於原審審判程序中指出事實審法院之違誤以保留其權利，則不得在上訴審法院中主張。上訴審涉及事實面之審理僅在於就檢察官所提出之證據認定是否足以證明所控罪名之成立¹¹，而其餘法律面的違誤則依無害錯誤法則（harmless error rule）¹²及當然發回錯誤（reversible errors/ automatic reversal）

⁸ 吳巡龍，《從美國上訴制度檢討我國刑事上訴審修正草案》，〈台灣本土法學雜誌〉，第 67 期，2005 年 2 月，頁 124。王兆鵬，同前註。

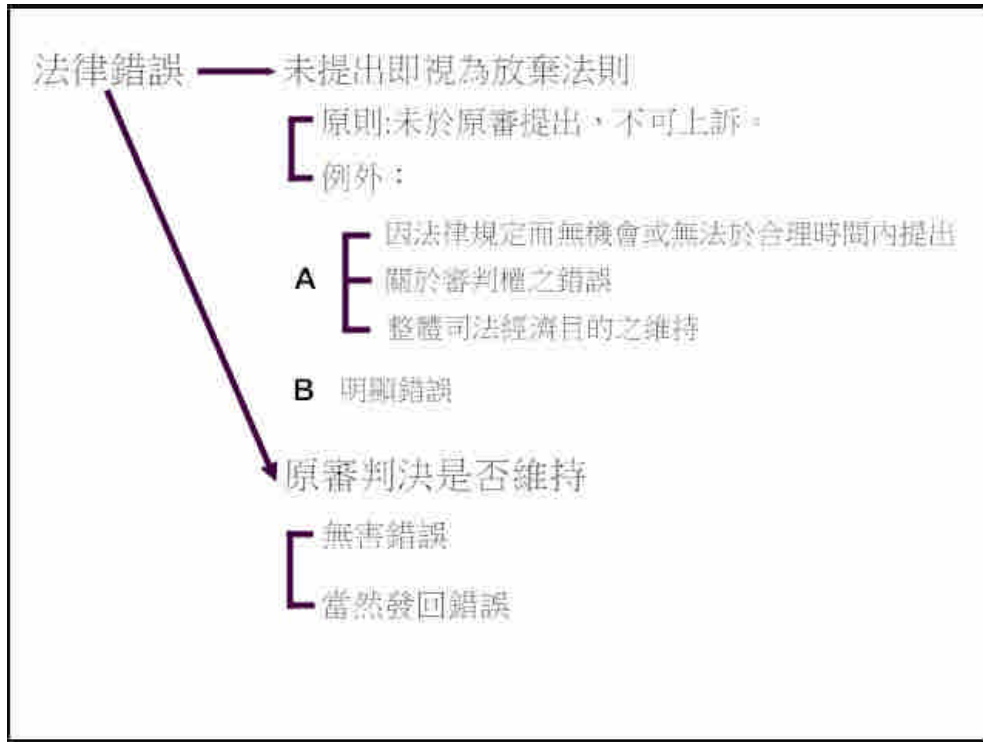
⁹ Rules of the Supreme Court of the United States, Rule 10: “Review on a writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion. A petition for a writ of certiorari will be granted only for compelling reasons. The following, although neither controlling nor fully measuring the Court's discretion, indicate the character of the reasons the Court considers: (a) a United States court of appeals has entered a decision in conflict with the decision of another United States court of appeals on the same important matter; has decided an important federal question in a way that conflicts with a decision by a state court of last resort; or has so far departed from the accepted and usual course of judicial proceedings, or sanctioned such a departure by a lower court, as to call for an exercise of this Court's supervisory power; (b) a state court of last resort has decided an important federal question in a way that conflicts with the decision of another state court of last resort or of a United States court of appeals; (c) a state court or a United States court of appeals has decided an important question of federal law that has not been, but should be, settled by this Court, or has decided an important federal question in a way that conflicts with relevant decisions of this Court.”

¹⁰ 王兆鵬，《法律審之上訴審理》，〈當事人進行主義之刑事訴訟〉，元照，初版第 1 刷，2002 年 10 月，頁 256。

¹¹ Wayne R. Lafave & Jerold H. Israel, supra note 5, at 1199 (West P., 1992)

¹² 是否無害係從重要權利之侵害（substantial right test）與對審判結果之影響（outcome-impact）

來審理，無害錯誤法則在部份憲法錯誤之情形亦有適用。若上訴審法院認為原審之判決有違誤，原則上會撤銷原判決，並發回原審更審，這是採行事後審制的當然結果。



上訴審審查是否推翻原審判決之審查基準

3、上訴理由及禁止惡意量刑原則

以下就美國聯邦刑事上訴程序之上訴理由以及上禁止惡意量刑原則加以介紹：

(1) 未提出即視為放棄 (raise-or-waive rule)

a. 原則：

美國之刑事訴訟制度係採當事人進行主義 (adversary system)，訴訟程序之進行原則上由當事人主導，就上訴審法院之審理亦採事後審制，也就是說若主導程序進行之當事人未就程序之錯誤提出異議，而令上訴審得於事後糾正原審之違失，對原審法院並不公平，因此在上訴審審查中適用頻率最高的即是未提出即視為放棄法則¹³。

未提出即視為放棄法則係指原則上對於原審法院之錯誤，當事人若未於原審審判中指出並保留其權利，即不得在上訴審中主張。

未提出即視為放棄法則之法理基礎除了前述之當事人進行主義外，就訴訟

兩者來判斷。Wayne R. Lafave & Jerold H. Israel, supra note 5, at 1160-1161 (West P., 1992). United States Department of State, Outline Of the U.S. Legal System, at 117 (Bureau of International Information Programs 2004).

¹³ Wayne R. Lafave & Jerold H. Israel, supra note 5 at 1158 (West P., 1992).

進行之公平性而言，當事人於得主張權利時，即應該提出主張，始可讓他方有回應反駁之機會，若未於原審提出，又使其可以在上訴審中主張，將會造成對造程序利益上之不公平。另外命當事人須適時提出其權利主張也有助於審判效率之提昇、訴訟經濟之促進，尤其就訴訟經濟而言，在採行事後審制之美國，若另當事人得在原審未主張的情況下，另外在上訴審指摘原審之違失，若上訴審認為該主張有理由，即會發回原審更審，對國家及當事人來說，又必須另外耗費可觀之時間與費用。¹⁴

b. 例外：

就未提出視為放棄原則亦有下列例外情形，當事人若未於原審提出異議，仍可於上訴審中提出¹⁵：

- (a) 若當事人因法律之規定而無法在適當時機或沒有機會提出時，仍可將之作為上訴理由；
- (b) 有關審判權之錯誤，若原審未針對審判權錯誤主張，仍可在上訴審提出；
- (c) 基於整體司法經濟之目的，若該違誤在之後的其他審判程序仍有發生的高度可能性或該爭議係關於公共政策或被大眾矚目者，類似我國法上之「統一法令解釋之目的」；
- (d) 明顯錯誤 (plain error)，係為防止司法的不正義¹⁶ (miscarriage of justice)，避免堅持當事人進行主義而造成之公平正義目的之不達，若原審之違誤屬於明顯錯誤，即令當事人在原審未主張，原審法院得依職權直接更正，上訴審法院得依職權審查。

就最後之明顯錯誤來說，各州對於明顯錯誤之判斷標準均有不同規定，就聯邦案件而言，明顯錯誤係指該明顯之錯誤或瑕疵影響當事人重要權利者¹⁷，各州所採之用語均為相類似之嚴重的、異常的、高度偏見的、明瞭的或不更正會導致司法不公等。¹⁸但也有部份州將明顯錯誤作類型化規定，一般來說違反憲法規定之錯誤比較會被視為明顯錯誤。¹⁹

聯邦最高法院於 *Johnson v. United States*²⁰ 判決根據先前之案例²¹ 歸納提出明

¹⁴ 王兆鵬，前註 10 書，頁 258。

¹⁵ Wayne R. Lafave & Jerold H. Israel, supra note 4 at 1159-1160.

¹⁶ 王兆鵬，前註 10 書，頁 260。

¹⁷ Fed. R. Crim. P. Rule 52(b): “Plain errors or defects affecting substantial rights may be noticed although they were not brought to the attention of the court.”

¹⁸ 王兆鵬，前註 10 書，頁 261。

¹⁹ Yale Kamisar, Wayne R. LaFave, Jerold H. Israel, and Nancy King, *Modern Criminal Procedure*, at 1560 (West Group, 10ed, 2002).

²⁰ *Johnson v. United States*, 520 U.S. 461 (1997), 466-467. 本判決中所明確提出之標準較為簡略：

(1) 必須有錯誤存在；(2) 該錯誤必須明顯；(3) 該錯誤所影響者為重要之權力，若符合前三要件，上訴法院雖可裁量審酌是否主動審理該錯誤，惟仍應注意該錯誤是否司法公平、司法之廉潔性 (integrity) 或司法程序於公眾之名譽。

²¹ 主要為 *United States v. Olano*, 507 U.S. 725 (1993), 731-737.

顯錯誤之初步要件，並持續加深發展至今，關於明顯錯誤之要件即包含以下²²：

(a) 必須有錯誤發生；(b) 該錯誤至為明確而非僅為可能有爭議之錯誤；(c) 該錯誤所影響者為重要之權利，且該錯誤將會影響判決結果，以及 (d) 該錯誤嚴重影響司法公平、司法之廉潔性 (integrity) 或司法程序於公眾之名譽。

但是目前能夠以原審法院有明顯錯誤而成功上訴之例子非常少，誠如先前所述，在當事人進行主義之限制下，是否於原審提出異議通常會被視為當事人之訴訟策略，若法院認為辯護人係故意不提出異議時，通常都不會認為該違失為明顯錯誤。

(2) 無害錯誤法則 (Harmless Error)

有關原審判決之法律錯誤，依聯邦最高法院之見解可分為當然發回錯誤及無害錯誤。

在英法法之發展中，早期上訴法院一旦發現原審法院之錯誤，幾乎一概發回原審重審，此即為有害錯誤法則²³，在採陪審制之英法法下，理論上若上級審發現下級審之錯誤，為避免書面審理之上訴審推翻陪審團所作成之裁決，故應以發回更審為原則，但是審判程序難免發生錯誤，反覆發回更審造成訴訟延滯，往往判決尚未確定，當事人就已死亡，因此英國國會於一八七三年制定法律，規定若該審判錯誤非實質錯誤 (substantial wrong) 或未達將導致司法不正義之程度，上級審法院無須發回更審。²⁴而在美國，雖然一開始繼承英國法的有害錯誤法則，但實務上太多案件係因不影響判決結果的錯誤而遭上訴法院撤銷發回，故於 1919 年，聯邦法規制定了無害錯誤法則，並成為許多州效法之基礎，於 1960 年代，全美各州均已採用無害錯誤法則²⁵。

在聯邦刑事訴訟規則中規定，上訴法院若認為原審之判決確實有違誤，於事實審之架構下，原則上必須撤銷原判決並發回原審法院更審，原審法院必須重新召集陪審團、進行相關證人之詰問等等審判程序，對於司法資源明顯耗費甚大，因此若該錯誤對於當事人之重要權利並無影響，則為免司法資源之無謂浪費，上訴審法院可審酌選擇維持原判決²⁶。

²² United States v. Marcus(560 U. S. (2010) (Docket No. 08-1341))案中，被告 Glenn Marcus 認為原審法院就其連續犯之數行為橫跨修法前後，未於審判中指示陪審團應僅就被告於修法後入罪之行為加以審理，導致陪審團有可能僅就被告之修法前行為形成心證而作成有罪判決，有違聯邦憲法第 1 條第 9 項第 3 款之不溯即既往原則，被告雖未在原審即時提出此項抗辯，但認為這是一個明顯錯誤，因而以此上訴聯邦第二巡迴法庭。聯邦第二巡迴法庭則認為在陪審團有可能僅就修法前之犯罪行為作成有罪裁決的前提下，原審法院未於審判中闡明，致陪審團就被告之全部連續數行為作成有罪判決即已違反憲法，因而認定為一明顯錯誤而撤銷原有罪判決，檢方於是向聯邦最高法院聲請移審令 (writ of certiorari)，聯邦最高法院就原審之違失認定不合第 3 及第 4 個要件，並非明顯錯誤，因而撤銷聯邦第二巡迴法庭之判決。

²³ Exchequer Rule，國內學者將之譯為有害錯誤法則。王兆鵬，前註 10 書，頁 266。

²⁴ 王兆鵬，同前註。

²⁵ Wayne LaFare, Jerold Israel, Nancy J. King and Orin S. Kerr, Criminal Procedure, at 1320 (West P., 5th, 2009).

²⁶ Fed. R. Crim. P. Rule 52(a): “Harmless Error. Any error, defect, irregularity or variance which does not affect substantial rights shall be disregarded.”

無害錯誤法則即是上訴審法院於受理該上訴案件後，用以判斷該法律錯誤是否足以影響判決結果進而有推翻原判決必要之審查標準。而該法律錯誤若於結果有影響，聯邦最高法院針對是否因此推翻原判決，依據系爭問題是否牽涉聯邦憲法所保障之權利而有不同判斷標準：

a. 無害錯誤之定義及判斷標準：

此類錯誤多屬於證據法上或程序法上之錯誤²⁷，由於許多屬於各州立法自由，故在適用此類法律之解釋上不受聯邦最高法院之見解拘束。無害錯誤係指該法律錯誤並未侵害被告之實質權利或該法律錯誤之存在並不會影響判決結果，上訴審應認該錯誤為無害錯誤，反之，上訴審即應撤銷原審判決並發回更審。至於如何判斷該法律錯誤之存在與否將影響判決結果，主要有四個標準²⁸：

(a) 正確結果：

(b) 極充分證據

(c) 重複證據

(d) 該錯誤是否影響判決結果：影響心證。

目前幾乎已經沒有法域採用「正確結果」這個標準，除了因為審酌全案所有證據來判斷原審審判結果是否正確，將會導致上訴審介入事實審理外，採用這個標準也會導致被告受公平審判之權利遭到侵害，所以在 *Kotteakos* 案²⁹中，Rutledge 大法官就指出上訴審法院應該評價的是該法律錯誤對於心證的形成有何影響（effect on the judgment test），現今多數見解也是以這個概念為出發點。現在多數州係採用該錯誤是否影響心證的標準，也就是說該錯誤是否會對陪審團之心證造成影響，包括如果本案存在有其他極具證明力或同樣會使罪名成立之合法證據，則相較之下該錯誤對本案判決之結果影響也就顯得相對輕微，則該錯誤就可能被認為無害³⁰，這樣的標準實質上已經包含極充分證據、重複證據兩個標準。

b. 於判決結果無影響之心證門檻：

而法院就該法律錯誤是否無害不論採何種判斷標準，就錯誤影響判決結果之可能性，法院應形成何程度之心證，各州亦有不同之標準。例如加州最高法院就認為除非有合理可能性認為該瑕疵不存在會使結果更有利於被告，上訴審應維

²⁷ 聯邦最高法院於 *Rose v. Clark*(479 U.S. 570, 576-577)判決中歸納列舉以下錯誤屬於適用無害錯誤法則：未容許對證人之偏見進行反詰問（failure to permit cross-examination concerning witness bias）、剝奪被告審判中之在場權（denial of right to be present at trial）、就被告之拒絕作證形成不當評價（improper comment on defendant's failure to testify）、准許被告未受律師協助時所進行之指認作為證據（admission of witness identification obtained in violation of right to counsel）、准許被告未受律師協助時之自白作為證據（admission of confession obtained in violation of right to counsel）以及准許違反聯邦憲法第四修正案搜索扣押規定所取得之證據（admission of evidence obtained in violation of the Fourth Amendment）等。

²⁸ 王兆鵬，前註 10 書，頁 271。

²⁹ *Kotteakos v. United States*, 328 U.S. 750 (1946).

³⁰ Wayne R. LaFare & Jerold H. Israel, supra note 5, at 1162 (West P., 1992). Yale Kamisar, Wayne R. LaFare, Jerold H. Israel, and Nancy King, supra note 20, at 1566-1567

持原判決。³¹

但最高法院於 *Chapman v. California* 案³²中，則採取較嚴格的心證標準：於涉及聯邦憲法所保障權利之案件中適用，上訴審僅在有超越合理懷疑之確信 (beyond a reasonable doubt) 認定該錯誤不會對該判決結果發生影響時才會維持原判，若未有該確信，該錯誤即非無害錯誤，也有許多州採取此較為嚴格之心證程度³³。

Chapman 案判決同時也提供了二階段的無害錯誤判斷標準：

- (a) 先判斷該錯誤屬於無害錯誤或者當然發回錯誤之適用範圍；
- (b) 若該錯誤適用無害錯誤法則，則法院必須以 *Chapman* 案判決所訂之標準來判斷該錯誤對原審判決造成之影響。

(3) 當然發回錯誤

在前述 *Chapman v. California* 判決中，聯邦最高法院除表明並非所有與憲法有關之錯誤均為當然發回之錯誤外，並明確指出「於審判中使用不具任意性之自白作為對被告不利之證據」(using a coerced confession against a defendant in a criminal trial)³⁴、「剝奪被告受律師協助之權利」(depriving a defendant of counsel)³⁵、「法官違反中立」(trying a defendant before a biased judge)³⁶等情形嚴重影響審判之公平，所以相對於前述之無害錯誤，應為當然發回之錯誤，但並未明確提出一套判斷標準。

經過十四年後，聯邦最高法院在 *Arizona v. Fulminante*³⁷ 判決中，明確將涉及聯邦憲法所保障之權利的法律錯誤分為兩種：結構性瑕疵 (structural defects) 與審判錯誤 (trial error)，若該錯誤屬於結構性瑕疵，例如受律師協助之權利以及法官違反中立，因為該瑕疵已影響訴訟程序之架構 (the framework within which the trial proceeds)，則為當然發回錯誤；若該錯誤屬於審判錯誤，例如採用不具任意性的自白，則為無害錯誤之適用範圍³⁸。

又在當然發回錯誤中，持續引發爭議的也包含違憲錯誤是否均為當然發回錯誤，但從 *Chapman* 案之後，聯邦最高法院逐漸明白宣示並非所有違憲之錯誤

³¹ *People v. Watson*, 46 Cal.2d 818 (1956).

³² *Chapman v. California*, 386 U.S. 18 (1967). 被告 *Chapman* 與其同夥被控擄人勒贖、強盜及謀殺等最，於一審審判中，被告等並未出庭作證，檢察官即就被告之未出庭作證作出不利之推論，本案一審判決被告等有罪。於上訴審中，聯邦最高法院認為檢察官於法庭中該不利之推論確實剝奪了被告憲法上之權利 (不自證己罪)，被告並主張由於該錯誤為涉及憲法之法律錯誤，上訴審應撤銷原判決，加州最高法院認定該錯誤屬於無害錯誤，但聯邦最高法院提出涉及聯邦憲法之法律錯誤案件，雖然並非理所當然應一概予以發回 (判決中亦提及侵害某些類型憲法權利確實為當然發回之錯誤)，但若無超越合理懷疑之確信可認定該法律錯誤於結果無害，即應將該判決撤銷並發回，聯邦最高法院最後撤銷原審判決並發回重審。

³³ Wayne R. Lafave & Jerold H. Israel, *supra* note 5, at 1163 (West P., 1992).

³⁴ *Payne v. Arkansas*, 356 U.S. 560 (1958).

³⁵ *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963).

³⁶ *Tumey v. Ohio*, 273 U.S. 510 (1927).

³⁷ *Arizona v. Fulminante*, 499 U.S. 279 (1991).

³⁸ 這部份的認定也就推翻了 *Chapman* 案判決之見解。

均為當然發回錯誤，也就是說特定的違憲錯誤仍有被認定為無害錯誤的可能，雖然目前聯邦最高法院仍然沒有提出一個明確的判斷標準，但從 Chapman 判決中可以肯定的是若一個違憲錯誤被認定為無害錯誤，則其適用心證標準，自然應採較嚴格的審查標準。

(4)惡意量刑禁止原則

此原則之出發點在於：被告於一審有罪判決後上訴，上訴審將原審判決撤銷並發回更審時，更審法院可否處以較原一審判決更重之刑罰？是否違反美國憲法第五修正案之雙重危險禁止原則？

惡意量刑禁止原則（the prohibition against Vindictiveness）係指基於憲法第十四修正案之正當法律程序，聯邦最高法院認為若法院於更審時所判處之刑度較原審為加重時，應推定其為惡意，除非法院能提出事實與理由就加重非出於惡意加以說明並推翻該惡意推定，否則該加重之判決即違背了正當法律程序。

惡意量刑禁止原則之爭點包含如何判斷量刑法官之惡意、前後兩次審判之量刑者是否必須相同以及被告認罪協商後上訴，上訴審將該程序撤銷並發回更審後，是否也適用本原則。

關於量刑者是否須相同，聯邦最高法院認為若第一是審判係由陪審團量刑，但更審為法官量刑之案件，因為不同裁判者間不會存有惡意也無法對被告增加量刑（更審法官亦為第一次對被告量刑），故不適用惡意量刑禁止原則。³⁹ 而若前後兩次量刑所屬程序不同時，因為兩次量刑所考量之基礎不同，就更審法官加重量刑本身係出於惡意並無合理之可能性，且認罪協商程序已經撤銷，第二次之刑度亦無從與不存在之第一次判決比較，故不適用惡意量刑禁止原則。

關於判斷惡意加重量刑之標準及「加重」之判斷標準藉由聯邦最高法院作成之相關判決簡述如下：

a. North Carolina v. Pearce

惡意量刑禁止原則始於 North Carolina v. Pearce 案⁴⁰，被告 Pearce 因強制性交與傷害罪被法院判決有罪並處以十二至十五年之徒刑，服刑幾年後，被告獲得上訴審撤銷其原判決並發回更審。更審法院仍舊判決被告有罪，並判處了八年有期徒刑，至此加上 Pearce 先前以服刑之刑期以超過第一次判決之十五年有期徒刑，被告於是向聯邦法院聲請人身保護令（habeas corpus）。

在本案中，聯邦最高法院認為憲法並未禁止在被告第二次被定罪時加重刑度，故雙重危險禁止原則並不包含禁止再次定罪時判處更長之刑期，但是在雙重危險禁止原則之下，被告於更審前所服之刑期應一併記入前後所判決之刑期。

而是基於正當法律程序之要求，為免法官出於報復之心態對被告加

³⁹ Colten v. Kentucky, 407 U.S. 104 (1972); Chaffin v. Stynchcombe, 412 U.S. 17 (1973).

⁴⁰ North Carolina v. Pearce, 395 U.S. 711 (1969).

重量刑，於更審時原則上不應對被告科以較原審更重之刑罰，除非法院能明確提出被告於第一次判刑之後有可被證實之行為，並以該行為作為加重重量刑之理由。⁴¹

在 Pearce 案之後，由於將加重重量刑事由限定在第一次判刑之後，導致範圍過於狹隘，各州法院在適用上發現了諸多不公平及浪費訴訟資源之現象，於是聯邦最高法院於 Wasman v. United States 判決中對上述之標準提出修正。⁴²

b. Texas v. McCullough⁴³：

本案之爭點包含：

1 不同量刑者是否適用惡意量刑禁止原則：

本案被告 McCullough 因謀殺罪而受審，第一次審判時，被告選擇由陪審團量刑，於判決後，上訴審以檢察官之起訴有不當行為

(misconduct) 准許被告重新審判之聲請，案件發回重審，第二次審判時，主持該審判之法官與原審相同，檢察關於第二次審判時傳喚了兩個原審未傳喚之證人，證實被告為共同犯罪之行為人中殺死被害人之人，更審法官於是基於此新事實加重重量刑。

聯邦最高法院對此延續其一貫見解，認為不適用惡意量刑禁止原則已如前述。

2 可否已第一次量刑前之行為作為加重重量刑之事由：

聯邦最高法院提出「客觀資訊」(objective information) 之判斷標準，認為惡意量刑禁止原則之出發點來自於保障被告之上訴權及使量刑更為妥適，雖然若更審可以考量足以加重被告量刑事由之客觀資訊，造成更審知刑度較原審為重，會使被告畏懼上訴，但這樣的寒蟬效應(chilling effect) 在憲法上並不構成禁止法官於量刑時將相關資訊納入考量之事由。

就本案來說，更審中傳喚的兩名新證人之證詞使檢察官之關鍵證人的證詞可信度大為提高，而且客觀地證實了被告在整起謀殺罪中佔主導地位，另外也凸顯出被告於上一個刑期屆滿出獄不久後馬上又犯案，相較於常人對社會之危害的確較大，這些都足以作為加重重量刑之正當事由，因此認為更審法官加重重量刑並未違反惡意量刑禁止原則。

⁴¹ 但也有部份大法官提出不同意見，White 大法官便在部份協同意見書中表示作為加重事由之行為只要是為原審法官於量刑時所不知者即可，不應限定在第一次判刑之後發生者始得作為加重事由，Id, 395 U.S., at 751. 另外 Black 大法官則在部份協同部份不同意見書中表示他並不認為聯邦最高法院基於憲法上正當法律程序之規定有要求法官提出加重重量刑事由之權利，惡意任何時點都可能存在，形成惡意之原因也不勝枚舉，因此過去聯邦最高法院並未要求法官於量刑時應提出明確之量刑事由，故在更審也應該尊重法官在量刑上之裁量權。

⁴² 但本案聯邦最高法院並未就 Pearce 案之見解作大幅度修正，僅是說明被告於第一次判刑之後另外或其他有罪判決時，該有罪判決亦得作為加重重量刑之事由。Wasman v. United States, 468 U.S. 559 (1984).

⁴³ Texas v. McCullough, 475 U.S. 134 (1986)

(二)美國法上之雙重危險禁止原則

美國憲法第五修正案：「任何人均不應因同一罪名而受兩次生命身體之危險。」就字面上看來似乎僅指單一程序就同一犯罪重複審判個人，但是在聯邦最高法院的解釋下，本條的適用遠超過上述的文義解釋範圍。雙重危險禁止條款散見於美國許多其它法律條文中，隨著聯邦最高法院就不同個案所作成之判決解釋，顯示出雙重危險原則之內涵本身是浮動的，會隨時代演進而有不同發展。⁴⁴

而就雙重危險條款中最重要也直接的就是再行審判 (retrial) 的部份。再審的部份可以區分為：1. 同一審判權中之同一罪名；2. 不同審判權中之同一罪名。(Dual Sovereignty)其中比較有爭議的是同一審判權中，不同法律規定中之同一罪名，是否為雙重危險禁止原則所適用？本文所討論的重點在於雙重危險禁止原則下對檢察官之上訴權限制，上述雙重危險禁止於再審部份之爭議，並非本文重點，故僅就雙重危險中之立法目的及危險附著之時點加以說明。

1、理論沿革

(1)普通法之發展

早在西元前 355 年，希臘法學家迪摩西尼 (Demosthenes) 即已主張法律禁止對同一人就同一事件進行二次審判。而這個法理延續到 13 世紀，英國普通法 (common law) 因其刑事訴訟體系之發展⁴⁵，而出現在無罪判決後 (autrefois acquit) 以及有罪判決後 (autrefois convict) 的規定，被告在判決後，可以以該判決對抗國家就同一事實再行追訴。⁴⁶

早期英國法關於雙重危險禁止條款之適用範圍僅限於「判決後」，分別有：禁止無罪判決後再次審判 (autrefois acquit)、禁止有罪判決後的再次審判 (autrefois convict)、已被剝奪民事行為能力 (autrefois attain) 以及對已獲赦免的被告 (former pardon)，不得再次對其進行審判。⁴⁷

(2)美國憲法第五修正案

美國繼受英國普通法後，在憲法第五修正案中規定了人民在刑事案件中的權利，包括除法定特殊情形外，未經大陪審團起訴不能進行審判、雙

⁴⁴ Blackmun 大法官在 *United States v. DiFrancesco* 判決 (449 U.S. 117, 101 S.Ct. 426, 66L.Ed.2d. 328 (1980).) 中提及，最高法院在過去 10 年中已經審理過 20 件以上之雙重危險的案件，其中聯邦最高法院認為雙重危險條款並不是一個可以隨便運用的條款，在反覆論證推敲的同時也浮現出許多基本原則被作為本條款的實質內涵。

⁴⁵ 在 13 世紀時，英國普通法的審判分為皇室法庭與宗教法庭，因為審判體系的重疊，故發展出雙重危險的概念。

⁴⁶ Wayne R. Lafave & Jerold H. Israel, *supra* note 11 at 1056. (West P. 1992). Joshua Dressler & George C. Thomas III, *Criminal Procedure: Principles, Policies and Perspectives* at 1306 (2nd ed. 2003) 轉引自蔡羽玄，〈以一事不再理論檢察官之上訴權〉，《台大法學論叢》，第 40 卷第 2 期，2010 年 8 月，頁 780。

⁴⁷ 沈宜生，《刑事不對稱上訴制度》，國立政治大學法律研究所博士學位論文，2010 年，頁 20。

重危險禁止、證人之拒絕證言權、剝奪人民之生命、自由或財產應經正當法律程序、徵收人民財產應予補償等⁴⁸，其中關於雙重危險禁止中所謂的「生命、身體」之危險，普遍認為包含死刑、無期徒刑、有期徒刑及罰金刑，聯邦最高法院則認為此條款延續普通法之概念（*autrefois acquit* 及 *autrefois convict* 所指的判決包含對重罪、輕罪及微罪(misdemeanors)所作成之裁決），適用於所有刑事案件⁴⁹。

而早期美國憲法第五修正案所規定的雙重危險禁止條款僅適用在聯邦案件，但是在 *Benton v. Maryland* 判決⁵⁰之後，聯邦最高法院將第五修正案連結到第十四修正案⁵¹之正當法律程序，進而使雙重危險條款適用到聯邦各州。

2、雙重危險禁止原則之核心價值

關於雙重危險禁止原則之立法目的、核心價值，傳統學說上有許多討論，認為包含：避免冤獄、防止騷擾被告、避免漫長的審判所帶來的痛苦、確保裁決的終局性、禁止重複處罰等⁵²，惟從聯邦最高法院所作出的判決見解來分類，本文以為本原則的核心價值應在於維持裁決之終局性⁵³與對被告之保護，並在此前提下衍生出前述之避免冤獄、避免訴訟延滯等各種效果。

(1) 裁決終局性（Verdict Finality）的維護

就雙重危險禁止原則下裁決終局性之維護功能，如同 *Blackmun* 大法官在 *DiFrancesco* 案判決⁵⁴中所提到的，關於「裁決之終局性」（Finality of Judgment）的解釋通常會是雙重危險禁止原則所要保護的標的「之一」，而且是較為重要的部份。⁵⁵

如果容許一個終局裁決作成後，因為一些程序上的瑕疵而產生效力上的變化，進而得以對被告再行審判，人民便會對司法喪失信心，認為訴訟並無實益，法院也因此會一再重複審理同一個案件，由這個想法出發即可推

⁴⁸ The U.S. Constitution Amendment 5th: “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use without just compensation.”

⁴⁹ *Ex parte Lange*, 85 U. S. 163 (1873).

⁵⁰ 395 U.S. 784 (1969).

⁵¹ The U.S. Constitution Amendment 14th section I: “All persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.”

⁵² 王兆鵬，《一事不再理》，自版，初版第1刷，2008年4月，頁9-15。蔡羽玄，前揭註18文，頁802

⁵³ 判決終局性的維持是否為雙重危險禁止原則之核心利益在學說上有不同看法，有認為應是基於對人民之保障制定雙重危險禁止原則，進而發生了維護判決終局性的間接效果。王兆鵬，同前註，頁12。

⁵⁴ *United States v. DiFrancesco*, 449 U.S. 117, 101 S.Ct. 426, 66L.Ed.2d. 328 (1980).

⁵⁵ *Id.*, at 432.

理出維護裁決終局性之目的，除了保護被告免於承受被追訴之壓力外，應尚有節省訴訟成本及避免積案之目的。相較於維持訴訟經濟之目的，聯邦最高法院認為前者應為維持裁決終局性之主要目的。⁵⁶就像在 DiFrancesco 判決中所解釋的一樣，藉由雙重危險條款中關於裁決「終局性」(finality) 及「安定性」(integrity)之維護，聯邦最高法院從許多不同面相來檢視政府違反雙重危險禁止原則重複追訴的不利結果。

既然雙重危險禁止原則的中心概念在於裁決之終局性，是否因此雙重危險原則應該也只適用於終局裁決作成後之審判程序？如前所述早期普通法上雙重危險禁止原則所適用之抗辯事由為無罪判決、有罪判決與處罰 (pardon)，若延續這樣的看法，的確會認為雙重危險禁止僅適用於終局裁決作成後之程序。然而，聯邦最高法院認為在普通法的概念下，裁決終局性保障被告之功能將會被剝奪。⁵⁷例如審判在終局裁決作成前，因為一特定訴訟行為而生之法律效果即被終結，進而剝奪了被告取得無罪判決的機會，在這樣的情形下容許檢察官對被告重複追訴，任其規避一個可能發生的無罪判決的終局性，會讓檢察官可以藉由讓審判程序提早結束取得一個重新組成陪審團並對被告重新審判的機會。

因此，聯邦最高法院認為此時雙重危險禁止原則在「存在有終局裁決」上的堅持，反而隔絕了被告「讓自己的審判於進行之審判庭終結」這個重要權利之保護，因此應認為在終局裁決作成前即有本原則之適用⁵⁸。放棄在「存在有終局裁決」要件上之堅持不只是防止了檢察官藉由操縱審判終結的時點來取得重新追訴的機會，就算沒有前述檢察官之操縱，被告之權利還是會因為審判並非以判決終結而受到侵害，每個陪審團都有其特性，比起新的陪審團，現有之陪審團的立場可能會比較傾向被告，同時，先不論在事實認定上可能發生的差異，如果政府可以再行追訴，他就會藉由第一次審判之經驗取得辯方攻擊防禦策略以及知悉自己策略之弱點的優勢，這也是雙重危險禁止原則另一個想要間接禁止的結果。⁵⁹

維護裁決之終局性(尤其是無罪裁決的終局性)，同時也會促使檢察官在審判前積極且充分蒐集證據，不會為了一定目的而濫行起訴，在審判中也會盡力盡力舉證促進真實之發現，提昇其追訴品質，法院於審理時也會基於雙重危險的規定，而謹慎審理，進而達到訴訟經濟之效果。

但是從另一方面來說，可以看出聯邦最高法院雖然將雙重危險禁止原則之作用定位在維護裁決效力的安定性這個核心利益，但亦認為在必要時(如前述那些潛在的傷害)也有可以為其他利益而稍作退讓，這樣的見解相較於維護判決終局性這個絕對標準，也賦予了個案解釋的衡平空間。

⁵⁶ Wayne R. Lafave & Jerold H. Israel, *supra* note 12 at 1056.

⁵⁷ *Id.*, at 1057.

⁵⁸ *Wade v. Hunter*, 336 U.S. 684.

⁵⁹ *United States v. DiFrancesco*, *supra* note 12, at 433.

(2) 保障被告之權益

關於雙重危險禁止原則的立法目的，Blackmun 大法官在 DiFrancesco 案判決中引述 Black 大法官在 Green v. United States⁶⁰判決中經常被引用的意見，指出雙重危險的制度設計目的在於：「憲法上雙重危險禁止之制定目的在於保護個人免於就同一罪名反覆被追訴直至獲判有罪之風險。……其中包含的是在英美法體系中根深柢固的一個概念：不應容許擁有充足資源及強大權力的國家執意就以審判過的罪名反覆對個人入罪，使他承受不名譽、金錢損失、精神折磨及逼迫他生活在焦慮不安的狀態下，然後使得就算是無辜的人也會被判有罪。」

a. 無辜被告之保護

關於無辜被告之保護是從 Blackmun 大法官所謂的無罪判決對於被告之「特殊重量」(special weight)出發的，而這個所謂的「刑事終局判決的公眾利益(public interest)」在這邊會被認為「太過重要以至於就算無罪判決之作成是建立在嚴重錯誤的基礎上，該受無罪判決之被告仍不應被再次追訴」。⁶¹這個「絕對終局性」(absolute finality)的基礎即建立在「縱使有錯誤判決發生的可能性，容忍檢察官藐視原審判決並許其再次追訴所生的高風險仍然無法讓人接受」這樣的前提上⁶²，也就是說縱使原判決有發生錯誤之可能性，但是一旦開啟了讓政府可以再次追訴的大門，對無辜被告來說遭受冤獄的機率變大幅提高，因此為避免發生冤獄並保護被告，在雙重危險禁止原則之下，就無罪評決部份應具有絕對之終局性。

尤其在美國法上，由於陪審團本身具有代表社會良知參與審判之性質，因此在陪審團審判中通常不能避免陪審團依其特殊權力無視證據作成無罪評決的可能性（故也有認為禁止雙重危險原則的立法目的之一在於維持陪審團作成無罪評決的權力。⁶³），因此若在無罪評決的絕對終局性上讓步，等於是接受一個無罪評決會因為一些程序上瑕疵而失去終局性，直到多次審判中某梯次的陪審團作成有罪評決為止，而一個經過反覆審判而生的評決，其發生冤獄的風險高到讓人無法容忍對無罪評決之絕對終局性作任何例外解釋，因此為保障無辜被告之權益，應保持無罪評決之絕對終局性，如果被告的清白已經透過一個終局判決確認了，透過雙重危險禁止原則之適用，憲法就會因此推定第

⁶⁰ 355 U.S. 184 (1957). 檢察官於一審以一級謀殺罪起訴被告 Green，一審之陪審團作成二級謀殺罪之判決，被告上訴後，二審法院認為上訴有理由發回更審，在更審中檢察官又再度請求以一級謀殺罪為判決，法院也以一級謀殺罪作成判決。聯邦最高法院認為在第一次審判中，法院及陪審團已就一級謀殺罪為實質審理，成立二級謀殺罪等於認定一級謀殺罪不成立，因此被告就一級謀殺罪之控訴已經經歷完整風險，故檢察官於更審中請求以一級謀殺罪作成裁判違反雙重危險禁止原則。

⁶¹ Arizona v. Washington, 434 U.S. 497 (1978).

⁶² Wayne R. Lafave & Jerold H. Israel, supra note 12 at 1056.

⁶³ 蔡羽玄，前揭註 18 文，頁 808。

二次審判是不公平的。

b. 有罪被告之保護

就被告權利保護而言，雙重危險禁止原則在無罪判決中可以發揮避免前述不公平現象之功能，在有罪判決中也是一樣的。對接受審判的被告來說，整個審判程序為其所帶來的就是持續至審判結束之焦慮不安，因此一個被判決有罪的被告也會想要單純的接受判決並結束整個審判。

事實上容許檢察官在有罪判決作成後再行追訴的結果之一就是給國家一個尋求更重罪刑之判決的機會。而就被告有平靜接受自己的有罪判決之權利而言，聯邦最高法院也表示如果就被判決有罪之被告來說，允許檢察官再行追訴所造成的最大不利益不在於再次被定罪，而是緊接在第二次有罪判決之刑罰，這也正是憲法所要避免的實際危險，因此在 *DiFrancesco* 案之判決中也引用 *North Carolina v. Pearce* 判決中提到的：「雙重危險條款所要限制的是在無罪判決後就同一罪名的第二次審判、在有罪判決後就同一罪名的第二次審判以及就同一罪名所為之多重刑罰。」⁶⁴

從對被告之保障為基礎，雙重危險禁止原則也會產生禁止重複處罰的效果，被告的行為觸犯了同一法域下的不同罪名，如果在「同一罪名」之範圍內，重複追訴就會被雙重危險禁止原則所禁止，進而產生不重複處罰的效果。而不論是或判無罪之被告，或被判決有罪之被告，從避免人民受漫長訴訟折磨的角度出發，雙重危險禁止也會發生速審的效果。

而聯邦最高法院在 *Green* 案判決中提到雙重危險禁止原則亦有避免政府壓迫（government oppression）之功能，但是相較於刑事審判程序對無辜被告的所產生之威脅，避免政府濫權顯然是較為次要的功能，雙重危險禁止原則能避免國家透過刑事追訴將額外的負擔強加在（無論是清白或有罪的）個人身上讓他去承受由重複追訴所造成的不名譽、財產損失及精神折磨等不正待遇。

雙重危險條款就學說上的討論而言，多分為兩派，一類認為係有多重目的的憲法保障，另一派則認為是憲法上為了保障「判決之終局性」而設。⁶⁵然而這兩種見解彼此間並不互斥，甚至必須互相參考折衷，因此雙重危險禁止在不同的個案中，基於不同的價值考量就會出現不同的判斷標準。雙重危險

⁶⁴ 395 U.S. 711, 89 S.Ct. 2702, 23 L.Ed.2d. 656 (1969). 其中就避免多重處罰部份而言，該保障之絕對性並不如該判決之文義所表示的程度，而且較多討論著重在該多重處罰是否逾越了同一罪名所能判處的刑罰或其無法使先前就同一罪名所處的刑罰更完備。Wayne R. LaFave & Jerold H. Israel, *supra* note 12 at 1057.

⁶⁵ Wayne R. LaFave & Jerold H. Israel, *supra* note 12 at 1058.

原則之內涵也會隨著時間而有所改變。事實上，也有見解認為雙重危險雖有其歷史源由但並非類似正當法律程序之概念⁶⁶，事實上在個案中有時法院也會出現超出本原則歷史內涵的解釋。

例如在「同一罪名」的討論上，法院通常會傾向當時現有的普通法以外的方向去解釋，因為過去並未有如同現在的完整審判紀錄，無法完全將過去的判決見解直接適用在本案中。Grady v. Corbin 判決⁶⁷中即跳脫了傳統就「同一罪名」為兩罪名間構成要件比較的標準，而是以一罪之犯罪行為是否以另一罪之犯罪行為作為其實行行為之基礎來判斷。⁶⁸

而就「有終局裁決存在」之要件上，在 Asche v. Swensen 案⁶⁹中，聯邦最高法院認為禁反言（collateral estoppel）原則實為憲法第五修正案中之雙重危險禁止原則之基礎，故在本案中第一個陪審團既然已經認定共同被告之一並非行為人，則按禁反言原則，應認被告在憲法上有不再就同一罪名受審之權利，雖然本案不同於傳統見解自雙重危險禁止原則來維護被告不因同一罪名受第二次審判之權利，但也承認禁反言原則包含於雙重危險禁止原則之內涵中。

從以上的敘述可以看出，聯邦最高法院對於雙重危險禁止原則的解釋與適用，本身就錯綜複雜，所以許多學者也批評雙重危險禁止制度的體系不連續且雜亂無章，多過於偏向技術性解釋，容易被檢察官及法官操縱。⁷⁰事實上聯邦最高法院自己也曾經在 Albernez 案中表示雙重禁止原則本身的確就像是一片從來不停止挑戰司法解釋導航性能的茫茫大海。⁷¹

⁶⁶ Richardson v. United States, 468 U.S. 317, 104 S.Ct.3081, 82 L.Ed.2d. 242 (1984); Gore v. United States, 457 U.S.386, 78 S.Ct. 1280, 2 L.Ed.2d. 1405 (1958).

⁶⁷ 495 U.S. 508 (1990).

⁶⁸ 關於同一罪名之判斷，聯邦最高法院一開始係採用 Blockburger 標準，在 Blockburger v. United States 案中創造了在累積處罰（cumulative sentencing）中，將憲法雙重危險禁止條款個案適用的公式：「在這邊應該認為若要認定該同一行為所該當的不同法規之罪之間究竟為同一罪名或不同罪名，應該比較其中一個罪名是否要求較另一罪名多的事實證明要件。」（284 U.S. 299, 52 S.Ct. 180, 76 L.Ed. 306 (1932)），之後在 Brown v. Ohio 案中，聯邦最高法院則認為：「如果就禁止在同一審判中連續處罰之目的來看，被告所犯之兩個罪名為同一的話，在禁止其連續追訴也是一樣的道理。如果法官不能在同一訴訟程序中就兩個罪名連續累積刑責，那檢察官也同樣不能在連續的訴訟程序中致力獲致相同結果。」（432 U.S. 161 (1977)）延續了在 Blockburger 建立的判斷標準，而接在 Brown 案後的就是 Harris v. Oklahoma 案（433 U.S. 682），聯邦最高法院在 Illinois v. Vitale 案（447 U.S. 410(1980)）中，在判決中以 Harris 案為例子說明，Harris 被兩個人指證其在一場超商搶劫中射殺了店員，雖然持械強盜在本案已被作為謀殺罪之證據，Harris 之後還是被就強盜罪起訴，聯邦最高法院認為雖然謀殺罪的成立表面上看來不須要以強盜之事實作為證據來建構，但其他重罪仍然有可能被包含在謀殺罪中。與其說聯邦最高法院是在比較兩罪之間之要件，不如說是在判斷前者是否必須以後者為基礎，如果有這樣的情形發生，則就是 Blockburger 標準中的「同一」。就同一罪名之判斷，聯邦最高法院仍然還有其他判斷標準，詳參王兆鵬，前揭註 24 書，頁 19-37。

⁶⁹ 397 U.S. 436, 90 S.Ct. 1189, 25 L.Ed.2d. 469 (1970).

⁷⁰ Wayne R. Lafave & Jerold H. Israel, supra note 12 at 1058.

⁷¹ 在本案中，聯邦最高法院則是處理關於累積處罰的問題，法院認為 Blockburger 標準只是在沒有更確實的基礎下，用以補充立法目的的一個方法而已。因此在 Missouri v. Hunter 案（459 U.S. 359, 103 S.Ct. 673, 74 L.Ed.2d 535 (1983).）中，聯邦最高法院則認為如果立法者在兩個不同法規下制定了累積處罰的授權，不管那兩個規定是否符合 Blockburger 標準下關於同一罪名之描述，

3、危險附著之時點

至於「危險」(jeopardy)於審判程序之哪個特定時點始附著(attachés)?意即在審判程序進行到何階段後,若審判因故未能以終局裁決作結,被告仍能夠在嗣後之再審中主張雙重危險抗辯?

聯邦最高法院在 *United States v. Jorn* 判決⁷²中指出被告所承受之審判的危險應是在事實審理開始之後,也就是說由於檢察官在聯邦刑事及刑事訴訟法 18 U.S.C. §3731 之規定下,可以就審前裁定(pretrial order)聲請救濟,因此被告在事實審理開始前尚未被置於危險中,而事實審理何時開始,在陪審團審與法官審間有不同之時點。

a. 陪審團組成宣誓後(empaneled and sworn)

聯邦最高法院在 *Downum v. United States* 案⁷³及 *Serfass v. United States* 案⁷⁴中即表示在有陪審團審判的案件中,雙重危險禁止原則的效果在陪審團組成且宣誓後即發生效力,也就是說在陪審團宣誓後,在判決前審判因故終結的情況下,即推定再次就同一罪名追訴會發生前述雙重危險所生的不利,且為保護被告在原有之陪審團中所得的利益,而認為再行追訴應被禁止。

b. 第一位證人宣誓後

聯邦最高法院在 *Crist v. Bretz* 判決⁷⁵中從被告有權利使其審判在特定之時點結束(valued right to have his trial completed by a particular tribunal),這樣受憲法保障的權利出發,如果在陪審團審判下,陪審團宣誓後,審判程序便正式進入事實審理,應保障被告之程序權益的話,那麼同樣地,在職業法官的審理下,應該在第一位證人開始宣誓作證時,事實審理即開始,危險即已附著。

(三) 美國法有關檢察官上訴之限制

聯邦最高法院認為根據憲法第五修正案之規定,基於雙重危險禁止之原則,檢察官原則上就一審之判決無上訴權,但也因此聯邦刑事與刑事訴訟法及各州之刑事訴訟規則在檢察官之抗告權部份有放寬之規定,美國法原則上不許當事人就非終局性之裁決上訴抗告,但在檢察官部份,則明文在立法授權範圍內放寬檢察官可就中間裁定上訴。⁷⁶

法院解釋建構法律的功能會被限制,檢察官可依此追訴,法官或陪審團也可以依據該條文在單一審判中判處累積處罰。*Albernaz Et Al. v. United States*, 450 U.S. 333 (1981).

⁷² *United States v. Jorn*, 400 U.S. 470 (1971).

⁷³ 372 U.S. 734 (1963).

⁷⁴ 420 U.S. 377 (1975).

⁷⁵ 437 U.S. 28 (1979).

⁷⁶ 在英國法上對檢察官上訴權之限制也有類似規定,檢察官對皇冠法院之無罪判決及刑罰判決均不得上訴,主要理由與美國法上雙重危險禁止原則的立法核心價值與利益相類似。但是為了統

1. 就一審判決之上訴

(1) 就一審無罪判決之上訴

在美國法上，基於憲法第五修正案之規定，檢察官若缺乏特定法律授權，則無上訴請求對被告作成不利裁決之權利，被告若於一審獲判無罪，則不會被再次追訴⁷⁷，聯邦最高法院在 *United States v. Sanges* 判決中即已明白表示：「除非立法者於憲法授權範圍內，法律明文規定了可由檢察官再次請求審查該判決，否則被告曾經被審判且由法庭釋放者，即不應再因相同事由而使其痛苦。」⁷⁸ 因此雖然美國國會於 1907 年修法允許檢察官在特定情況下上訴(appeal)，聯邦最高法院隨即延續 *Sanges* 案之立場，嚴格限制了該條文之解釋空間。⁷⁹

而在 *Kepner v. United States* 判決⁸⁰中，聯邦最高法院認為憲法第五修正案中雙重危險禁止原則所保護者除了避免被告受到第二次懲罰，還有保護被告免於就同一罪名再次被審判之目的，因此被告於有管轄權之法院作成無罪判決後，就已經完整經歷了危險，若上訴法院接受檢察官之上訴，則上訴審有可能會撤銷該無罪判決，自然會將被告至於第二次危險中，因此檢察官對被告之無罪判決上訴，等於令被告再承受另一次危險，違反雙重危險禁止條款。⁸¹

檢察官也曾經試圖藉由總則性之規定⁸²來主張其上訴之權利，聯邦最高法院對此則表示：「由政府上訴在刑事案件中實為特殊、例外且不應受特殊待遇的，過去的判決顯示法院在國會充分授權之前，一直拒絕開啟政府上訴的途徑，而在國會授權之後，也嚴密限制了該條文之授權範圍。」進而駁回了該上訴。⁸³

一法律之解釋與適用，維持公眾對司法的信心，英國 1972 年刑事審判法和 1988 年刑事審判法分別賦予檢察總長對皇冠法院在導致被告無罪的審判過程中於法律問題的裁判是否正確聲明不服的權利（此類上訴不會影響被告的無罪判決），對於有罪判決量刑過輕的案件，以及對審前程序中法院所作之程序性裁定等，提請上訴法院審查的權利。沈宜生，〈英國上訴制度〉，《法學新論》，第 27 期，2010 年 12 月，頁 136-138。

⁷⁷ *United States v. Martin Linen Supply Co.*, 430 U.S. 564, 571 (1977). 在本判決中，聯邦最高法院將此原則定位為雙重危險禁止原則中最具歷史也最基本之原則。

⁷⁸ 144 U.S. 310, 12 S.Ct. 609, 36 L.Ed. 445 (1892): “In either case, the defendant, having been once put upon his trial, and discharged by the court, is not to be again vexed for the same cause, unless the legislature, acting within its constitutional authority, has made express provision for a review of the judgment at the instance of the government.”

⁷⁹ Wayne R. Lafave & Jerold H. Israel, *supra* note 3 at 1147.

⁸⁰ 195 U.S. 100 (1904).

⁸¹ *Id.*, 195 U.S., 134 (1904). 但是在 *Kepner* 判決中，Holmes 大法官、White 大法官及 Mckenna 大法官作成了不同意見書，認為上訴審只是原審的延續，兩個審級間的危險是一個繼續的危險 (one continuing jeopardy)，憲法第五修正案並未規定禁止法院對同一人在同一案件 (the same case) 中進行第二次審判，且允許檢察官就無罪判決上訴，對被告來說並未造成更大危險，故檢察官就原審無罪判決上訴並不違反雙重危險禁止條款。

⁸² 例如聯邦刑事與刑事訴訟法 18 U.S.C. §1291 之規定。

⁸³ *Carroll v. United States*, 354 U.S. 394, 400 (1957). “Appeals by Government in criminal cases are something unusual, exceptional, not favored. The history shows resistance of the Court to the opening of an appellate route for the Government until it was plainly provided by the Congress, and after that a close restriction of its uses to those authorized by statute.”

而除了由陪審團作成無罪之評決後由法官作成之無罪判決及法官基於法律爭點 (issue of law) 所作成之無罪判決外，由於起訴罪名與實際判決之罪名間輕重的區別，根據聯邦刑事訴訟規則之規定，陪審團在下列三種情形可以就與起訴罪名不同之罪名作成有罪評決：(1) 判決成立之罪名必然包含於所控罪名之中；(2) 所控罪名之未遂罪；(3) 包含於所控罪名之輕罪的未遂罪⁸⁴，若檢察官起訴之罪為重罪，但陪審團所作成之有罪評決其罪名為輕罪，聯邦最高法院在 *Green v. United States* 案中指出這類有罪判決，實際上包含了對重罪作成之無罪判決，也就是說在 *Green* 案中，第一次審判之陪審團對於被以一級謀殺罪起訴之 *Green* 作成了二級謀殺罪之有罪評決，即表示陪審團認為就一級謀殺罪，*Green* 應為無罪，檢察官即不可再就一級謀殺罪部份起訴，更審判決被告一級謀殺罪成立已違反雙重危險禁止原則。

而多數見解認為危險於審判程序中之事實審理開始時即已附著，故在完整的一審程序後，被告實已經歷完整之風險，未免其蒙受再次受審之不利利益，故檢察官就一審無罪之判決原則上不得上訴。

此類之無罪判決包含由陪審團作成無罪評決後由法官作成無罪判決、法官審理後作成之無罪判決⁸⁵以及僵局陪審 (deadlocked jury) 時由法官作成之無罪判決還有由於法官之錯誤裁定而導致之無罪判決⁸⁶等，檢察官均不得就無罪判決上訴。

(2) 就一審之有罪判決上訴

檢察官就有罪判決之上訴，如前雙重危險禁止原則所述，因憲法第五修正案而被禁止。⁸⁷同樣地，在討論到雖然作成有罪判決，但審判程序中因法官之裁定而有形成無效審判之可能時，除非有被告上訴的情形⁸⁸，檢察官就該有罪判決仍然會因為違反雙重危險禁止而不得上訴。

⁸⁴ Fed. R. Crim. P. 11(c): “ Lesser Offense or Attempt. A defendant may be found guilty of any of the following:(1) an offense necessarily included in the offense charged;(2) an attempt to commit the offense charged; or(3) an attempt to commit an offense necessarily included in the offense charged, if the attempt is an offense in its own right.”

⁸⁵ *United States v. Morrison*, 429 U.S. 1 (1976).

⁸⁶ *Sanabria v. United States*, 437 U.S. 54 (1978)..

⁸⁷ 美國法上檢察官對於一審判決所成立之罪名、判處之刑度不服，基於雙重危險禁止原則，不得上訴，與我國法之規定完全不同。但是也曾發生過檢察官雖未就本案判決上訴，卻利用其他方式來達到對罪名、刑度表示不服並取得其滿意之判決結果，*Ciucci v. Illinois* 案 (356 U.S. 571 (1958)) 中，被告 *Ciucci* 被控涉嫌先縱火在謀殺其妻與三子，檢察官先起訴妻子的部份請求判決成立一級謀殺罪並求處死刑，在該審判中檢察官詳細地呈現了全部四個被害人被害的相關證據，包括被告如何冷血地先召集全家人回家後，縱火並開槍射擊家人頭部，該陪審團之後作成了二級謀殺並判處監禁刑。檢察官隨後又就其中一個小孩的死亡部份起訴，一樣的證據被呈現在審判庭中，這次陪審團再度作成一樣的判決。檢察官再度就另一個孩子的死亡起訴，一樣的模式，這次的陪審團終於作成一級謀殺判處死刑的判決，被告上訴至依利諾州最高法院，州最高法院認定不違反雙重危險禁止原則。

⁸⁸ *United States v. Dinitz*, 424 U.S. 600 (1976).被告就判決主張審判無效而上訴時，聯邦最高法院認為此時被告等於默示放棄雙重危險禁止條款之保護，因為若上訴審法院認為被告之主張有理由而撤銷原判決發回更審時，此時之更審並不違背雙重危險禁止條款，檢察官自可再次進行追訴。

(3) 得上訴之例外情形

就終局裁決來說，如前所述，在檢察官聲明不服的部份有雙重危險禁止原則的適用，所以原則上關於法院之終局裁決（例如一審判決），檢察官不得上訴，聯邦最高法院認為縱使無罪判決係出於法院之錯誤裁定，被告仍然已經承受完整危險，因此在被告得到無罪判決後，檢察官仍然不得就該無罪判決上訴。⁸⁹

但是為了避免有司法的不正義（miscarriage of justice）之情形，以及衡平個案正義的目的，聯邦刑事訴訟規則 18 USC §3731⁹⁰規定了政府就特定類型的終局裁決在未違反憲法雙重危險條款的前提下，可以提起抗告，而聯邦最高法院認為在以下的情況，被告並未再次經歷危險：

⊕ 陪審團判決有罪，但法院作出無罪判決：此時檢察官上訴，上訴審法院只須撤銷原審判決，並認可原審陪審團之判決即可，無須再次審判，此時檢察官之上訴不違反雙重危險禁止條款。⁹¹

⊙ 原審法官未經事實審理即作成無罪判決：聯邦最高法院認為此時審判並未確實就控訴之犯罪事實為檢驗，且檢察官也未充分舉證，被告並未承受危險，故檢察官就該無罪判決上訴並不違反雙重危險禁止條款。⁹²

2. 就裁定之抗告

美國法上，當事人對法院之裁決不服想提起上訴或抗告時，原則上應該受終局裁決原則（Final Judgment Rule）的拘束，若一個裁決不具終局性，則

⁸⁹ 多數情形是原審法院錯誤排除檢察官之證據，導致檢察官舉證之證明度無法達到有罪門檻（*Sanabria v. United States.*），或該無罪判決係由原審法官之錯誤指示作成（*Fong Foo et. al. v. United States*, 369 U.S.141 (1962).）

⁹⁰ 18 U.S.C. §3731 Sec.1: “In a criminal case an appeal by the United States shall lie to a court of appeals from a decision, judgment, or order of a district court dismissing an indictment or information or granting a new trial after verdict or judgment, as to any one or more counts, or any part thereof, except that no appeal shall lie where the double jeopardy clause of the United States Constitution prohibits further prosecution.”

⁹¹ *United States v. Wilson*, 420 U.S. 332 (1975). 本案中，原審之陪審團已作成一有罪判決，然而法院因被告在裁判作成後之動議（post-verdict motion），認為檢察官延滯起訴以致侵害被告受公平審判之權利（right to a fair trial），進而駁回檢察官之起訴。檢察官遂就該起訴駁回裁定抗告，上訴法院認為本案已經事實審理，故檢察官之抗告違反雙重危險禁止條款，而駁回檢察官之抗告。後檢察官向聯邦最高法院聲請移審令（writ of certiorari），聯邦最高法院認為在原審經過事實審理且作成有罪判決後，任何對被告有利之裁決，檢察官就該裁決上訴，上訴審撤銷該裁決後，也只是回到被告未提出該動議之狀態，被告並不會因此再度承受審判之危險，並不違反雙重危險禁止原則。

⁹² *Scott v. United States*, 437 U.S. 82 (1978). 本案的問題在於法院因檢察官延滯起訴而在審判中駁回檢察官之起訴，此時檢察官可否就該起訴駁回之裁定抗告。在這邊，聯邦最高法院認為「就政府所擁有的資源與權力，不應允許其據此反覆嘗試將人民以相同罪名入罪。」，這樣的保障應該僅限於非因被告主張而作成之駁回裁定（defense-requested dismissal）而獲判無罪的被告，因為在 *Scott* 案中，被告 *Scott* 因違反聯邦相關藥物之法規而被就數罪先後起訴（joinder），審判中，因法院認為被告主張檢察官就後起訴之罪名延滯起訴，致使其無法充分防禦為有理由，故駁回後起訴之罪名，並就先起訴之部份為無罪判決。聯邦最高法院認為：在檢察官尚未充分舉證證明被告之犯罪事實前，被告即選擇以無關事實上有罪與否的方式終止審判程序，並未承擔審判之危險，故聯邦最高法院認為被告只有在原審經過事實審理後作成無罪判決時才受到雙重危險禁止原則之保護。

不管檢察官或被告均不得上訴，但是就檢察官之上訴權，基於憲法雙重危險禁止條款，檢察官就一審判決不論有罪或無罪，原則上均不得上訴，為求衡平，達到發現真實，也避免因過度堅持終局裁決原則而導致有個案不正義之情形（例如被告因為法院之錯誤裁定而無罪，從此逍遙法外。），除了終局性之裁定，檢察官可對之抗告外，聯邦刑事訴訟規則於 18 U.S.C §3731 第二項規定了檢察官可就特定的中間裁定（interlocutory orders）提起抗告。

a. 審前之裁定

如前所述審判開始前，危險尚未附著，此時檢察官就法院之裁定為抗告並不違反雙重危險禁止原則，以下就美國實務上曾出現過較重要的裁定抗告類型分別介紹。

①起訴駁回之裁定

在美國，刑事案件之起訴有分由通過大陪審團審查之起訴（an indictment）及由檢察官直接起訴（an information），大多數的法域在重罪案件部份採大陪審團起訴審查制度，若檢察官之起訴未通過起訴審查，法院即會駁回檢察官之起訴（dismissal）。

法院駁回檢察官起訴有可能是因為檢察官所提出之證據未達起訴門檻（insufficiency of the accusatory pleading）⁹³、檢察官之起訴違反雙重危險禁止（Prior jeopardy）、檢察官之起訴違反速審條款⁹⁴、不當追訴（prosecutorial misconduct）等等⁹⁵。

在起訴駁回裁定抗告的部份，因為該裁定具有終局性所以符合終局性原則，且危險尚未附著，檢察官對該裁定之抗告並不違反雙重危險禁止原則，檢察官自可就該駁回起訴之裁定抗告。⁹⁶

②證據排除之裁定

證據排除裁定並不具有終局性，是一中間裁定，各州對於檢察官就具有中間性質的審前決定之抗告也有不同之處理方式，例如有的州會規定被告不可就對其不利之中間決定上訴，雖然有些州確實會允許就審前之中間裁定無條件的抗告。⁹⁷如果不允許檢察官就中間決定立即聲明不服，一個錯誤的審前裁定有可能導致檢察官在審判中敗訴，但被告獲判無罪時，基於雙重危險禁止條款，會禁止其更行追訴導致程序終結，也

⁹³ 美國法上關於檢察官起訴之證據的證明程度大致可分為「相當理由」（probable cause）與「證據形式上有罪」（prima facie），prima facie 之概念在英美法被廣泛的應用，在侵權法中也有 prima facie 概念之應用，係指一個案件初步成立與否所需具備之要件是否完備，而在刑事程序上，所謂的「證據之形式上有罪」，是較「相當理由」程度更高的證明，也就是指就檢察官所提出之證據，作最有利檢察官之解釋，是否足以支持裁判者形成被告有罪之確信。目前美國實務上多數採取此一標準。

⁹⁴ 王兆鵬，〈建構我國速審法之芻議—以美國法為參考〉，《新刑訴·新思維》，元照，2004年，頁239-240。

⁹⁵ Wayne R. Lafave & Jerold H. Israel, supra note 5 at 1148.

⁹⁶ 至於審判開始後，法院裁作成駁回起訴之裁定，該裁定檢察官可否提起抗告，則因審判開始後危險已附著，故有不同之規定。

⁹⁷ Wayne R. Lafave & Jerold H. Israel, supra note 5 at 1148,1150.

就是說同意證據排除之裁定本身對於削弱檢察官追訴核心的效果可說是不亞於駁回起訴之裁定，這是開放檢察官可就中間裁定抗告的最主要理由⁹⁸，但許多法域也都將可抗告之範圍限制在該被排除之證據對於檢察官之追訴係屬重要之證據。⁹⁹

由於對中間裁定提起抗告為終局裁決原則之例外，故法律規定多會將此抗告權限制在特定類型之中間裁定內，並且就相關標準加以規定¹⁰⁰，聯邦法¹⁰¹及一些州法則要求「該抗告並非為延滯訴訟而提出，且該被排除之證據須是在刑事程序中對犯罪事實有實質重要性之證據資料。」並要求檢察官提出書面釋明該證據排除若不存在，將會對審判結果有何實質影響。在其他法域，這樣的確認書（certification）並非必需，但是檢察官必須證明若除排除該證據，此一結果將會對審判的裁判有實質影響。¹⁰²

但是這樣的規定也有可能成為當事人攻擊防禦的武器，在 *United States v. Helstoski* 判決¹⁰³中檢察官即藉由取得一個有證據能力（evidentiary）爭議的審前決定（determination），利用此規定去得到上訴審法院就該對其不利之證據能力裁定（在審判開始後即不得抗告）的再次審查。在該案中，檢察官於法院在被告所提出之起訴駁回請求（motion to dismiss）之駁回裁定中指出憲法言論免責之條款會禁止檢察官提及被告（前國會議員）之立法相關活動（於國會會期內之言論），後隨即向法院請求了一個「相關證據於法院採納可能性」之審前裁定，在地區法院作成一個不利於檢察官之裁定後（因為該裁定被視為一個證據排除之裁定），依聯邦刑事訴訟規則 18 U.S.C. §3731 之規定就該被排除之證據其

⁹⁸ 但是也有一些法域，會因為檢察官若可針對對其不利的中間決定抗告，勢必會延滯訴訟（相較於一個審前決定構成的終局裁決，只會在上訴審發生這樣的效果），同時也因為該等中間決定仍然為檢察官將案件送入審判程序留有空間，因此而未規定檢察官就非終局之裁決抗告。Wayne R. Lafave & Jerold H. Israel, supra note 5 at 1149.

⁹⁹ 也有過一些情況是檢察官提出證明該證據排除之裁定將會削減成功追訴之合理可能性因而提起抗告。Id.

¹⁰⁰ 大多數允許檢察官就中間裁定抗告之法域並不在證據排除裁定外再行擴張授權範圍。然而有些法域則同時授權就其他法定之裁定檢察官亦可抗告。而在某些州授權檢察官可抗告之審前中間裁定條文則不限於特定事項之裁定。也有不少州允許法院以辯方提出抗告之審查標準來裁量檢察官可否提起抗告。也有一些州賦予檢察官就「有合理可能造成嚴重減損或終結追訴」之中間裁定有抗告權。Wayne R. Lafave & Jerold H. Israel, supra note 5 at 1150.

¹⁰¹ 18 U.S.C. §3731 Sec.2 : “An appeal by the United States shall lie to a court of appeals from a decision or order of a district court suppressing or excluding evidence or requiring the return of seized property in a criminal proceeding, not made after the defendant has been put in jeopardy and before the verdict or finding on an indictment or information, if the United States attorney certifies to the district court that the appeal is not taken for purpose of delay and that the evidence is a substantial proof of a fact material in the proceeding.”

¹⁰² 在賦予檢察官抗告權但不要求其提出確認書或其他特殊表示（special showing）之法域或許是直接假設檢察官除非認為該被排除之證據係對該單一案件非常重要或該證據排除有法理上諸多爭議，否則應該不會就該證據排除裁定抗告。Wayne R. Lafave & Jerold H. Israel, supra note 5 at 1149.

¹⁰³ 442 U.S. 477 (1979).

重要性提出必要之證明後取得上級審之審查機會。

同樣地，在被告的立場，因為條文之授權僅限於可就審前證據排除裁定抗告，被告或可藉由表示異議取得一個危險附著後之裁定來阻止上訴審查，但在典型的排除違法取得之證據請求中，州法一般若未禁止也會使這個策略難以實行，幾乎所有法域均要求該異議行為須在審判前提出，然而大多數法域同時也容許法院在有限的裁量範圍（discretion）中接受被告於審判中請求證據排除之動議。很明顯地，法院在裁量時必須考慮到這個動議提出的時點對於檢察官抗告權利的影響。

除了上述之審前裁定允許檢察官抗告外，在 1984 年修正之聯邦保釋法（The Bail Reform Act of 1984）亦規定檢察官可就地區法院之審前釋放裁定抗告。¹⁰⁴有些州法則允許檢察官可就諸如允許或駁回審判地之變更聲請（change of venue）、駁回未公開證人之保護令等提起抗告。¹⁰⁵

（2）危險附著後之裁定

⓪判決作成前

在審判開始後、判決作成前，若法院以裁定排除某些證據，檢察官可否就該裁定抗告，由於此時尚無判決出現，程序尚未終結，因此沒有違反雙重危險禁止之疑慮，但必須考量到若容許檢察官於審判進行中抗告，不可避免地會有訴訟延滯的效果，進而違反速審的規定，這與審前就證據排除裁定抗告是一樣的，只要程序進行中容許當事人就中間裁定聲明不服都會有這樣的疑慮，但是如同在審前允許檢察官就證據排除裁定提起抗告一樣，某些證據排除的裁定的確會造成檢察官舉證不足進而敗訴，在 *State v. Malinovsky* 判決¹⁰⁶中，對於檢察官於判決前向州上訴法院就審判中證據排除之裁定提起抗告，州最高法院此時只要該抗告不會對被告受快速審判之權利造成影響即時進行，且檢察官亦證明該抗告之提出並非意在拖延訴訟，且該被排除之證據對於檢察官之追訴有實質重要性，則認為該抗告為合法。

Ⓛ判決作成後

在判決作成後，檢察官可否就審判中之證據排除裁定提起抗告，因為判決作成後，被告已經完整經歷危險，受到雙重危險禁止條款之保護，此時若肯認檢察官就證據裁定抗告之權利，則一旦檢察官抗告成功，案件因此必須重新審理，則會違反雙重禁止條款。¹⁰⁷

¹⁰⁴ 18 U.S.C. §3145(c) : “(c) Appeal From a Release or Detention Order.— An appeal from a release or detention order, or from a decision denying revocation or amendment of such an order, is governed by the provisions of section 1291 of title 28 and section 3731 of this title. The appeal shall be determined promptly. A person subject to detention pursuant to section 3143 (a)(2) or (b)(2), and who meets the conditions of release set forth in section 3143 (a)(1) or (b)(1), may be ordered released, under appropriate conditions, by the judicial officer, if it is clearly shown that there are exceptional reasons why such person’s detention would not be appropriate.”

¹⁰⁵ Wayne R. Lafave & Jerold H. Israel, *supra* note 5 at 1150.

¹⁰⁶ 573 N.E.2d 22 (1991).

¹⁰⁷ 通常是檢察官的起訴違反被告「不受審判」之權利，例如起訴違反對被告速審權之保障、違

(a) 「有罪判決效力停止」裁定¹⁰⁸

多數案例是在陪審團作成有罪判決後，法院以裁定停止陪審團作成之有罪判決的效力，此時檢察官可否就該裁定抗告，這種情形在多數法域都有法規授權，這些條文並未受到強烈反對的理由如下：該裁定會構成一個終局裁決；在這類裁定作成前，被告已經被判有罪，上訴審之審查並非在於要求一個新的審判程序，而僅在於回復原有之判決；該裁定必須建立在與被告事實上有罪與否無關之基礎上（例如法院無審判權。）¹⁰⁹，因此並未違反雙重危險禁止原則。

(b) 起訴駁回之裁定

如同前述之 Scott 案，被告被控之數罪名中，於陪審團就先起訴的部份罪名作成有罪判決後，後起訴的其他罪名被法院認定有起訴遲延的情形將之駁回，檢察官就該駁回裁定提起抗告，聯邦最高法院認為這種情形因為法院尚未就後起訴之罪名作事實審理，因此不在雙重危險禁止條款之適用範圍內。但若檢察官就駁回起訴之裁定提起抗告之目的在於使其所訴被告之罪名再為事實審理，以求推翻前事實上為無罪之裁決，此時縱使檢察官係就起訴駁回裁定為抗告，亦為雙重危險禁止原則之違反。¹¹⁰

聯邦上訴制度下就當事人間可上訴之範圍比較：

	被告	檢察官
終局裁決	可以上訴抗告	在不違反雙重危險禁止條款之前提下才可上訴抗告
中間裁定	原則上不可上訴抗告 例外： 駁回被告聲請交保或駁回 被告之雙重危險抗辯	證據排除裁定 18 U.S.C. § 3791 Sec.2

反雙重危險禁止、憲法言論免責權等等。蔡羽玄，前揭註 39 文，頁 815。

¹⁰⁸ “an order arresting judgment”，係指法院於陪審團作成有罪判決後，基於一定原因而用以使該有罪判決不生效力之裁定。

¹⁰⁹ Wayne R. Lafave & Jerold H. Israel, supra note 5 at 1150-1151.

¹¹⁰ United States v. Jenkins, 420 U.S. 358 (1975).聯邦最高法院在 Jenkins 案中認為在危險附著後，雙重危險禁止原則賦予被告可因該終局裁決（不管是有罪或無罪）而免於再次受審。因此檢察官就危險附著後事實上使被告無罪的裁決所提起之抗告或上訴，只要其目的在於就其所訴被告之罪名再為事實審理以求推翻該無罪之裁決，均會受到雙重危險禁止條款之拘束而被禁止。因此本案中被告 Jenkins 因為主張拒服兵役的自由（conscientious objector claim）而未報到入伍，而當地的兵役徵召委員會又不願意讓他緩徵，檢察官以被告未入伍服役向大陪審團請求起訴，法官依其職權駁回該起訴（bench trial），表示 Jenkins 在兵役徵召委員會審查完其拒絕服役之主張前，均可暫緩入伍。檢察官就該起訴駁回裁定提起抗告，上訴法院駁回該抗告，認為 18 U.S.C. §3731 之規定下，原審之駁回裁定係基於犯罪事實成立與否之判斷（Jenkins 有合法暫時不入伍之權利）且檢察官之抗告涉及本案被告罪名成立與否，違反雙重危險禁止原則，故不得上訴。檢察官又對上訴法院之判決上訴，聯邦最高法院則以上述理由維持原判決。

(四) 日本法狀況概述

1、日本法刑事上訴制度概觀

關於上訴審的結構，立法例上一般存有三種型態：其一，覆審制，即由上訴審就上訴部分為重覆審理。其二，續審制，即接續下級審審判之結果，以判決前之證據資料為審理基礎，並調查判決後新發生之證據，以認定事實。其三，事後審查制，即以原判決時為基點，依據原審判決的所調查之證據及訴訟資料，審查有無違背法令或事實誤認之情形，之所以稱審查審，乃其審理程序係先就原判決是否有上訴人所指摘之違法，若有，上訴審法院始就所到達之判決內容是否妥當進行審查¹¹¹。

於二次大戰後，日本刑事審判制度在組織上，仍維持三個審級的結構，惟因第一審改採當事人進行原則，引進傳聞法則且落實直接審理等關係，事實問題不宜再重覆審理；同時，因最高法院成為行使違憲審查權的終審機關，為較能專責處理憲法爭議問題，有必要將一般的法律問題，委由下級審負責處理，因此對於第二審上訴做了大幅的變革，改採所謂事後審查審，上訴有理由者以撤銷發回為原則¹¹²。另一方面，刑事訴訟之第三審上訴則專以處理憲法解釋之爭議及有限度的統一法令之解釋為目的，形成了所謂金字塔型的審級救濟結構¹¹³。

闡此日本現行上訴審的構造，特別在第二審上訴時，雖如上述原則上採取所謂的事後審查制，但在法律規定上及實務運作上並未貫徹純粹的事後審查制¹¹⁴，即：法律規定上仍將事實誤認（參第 378 條第 4 款「判決不附理由或理由矛盾」及第 379 條「審理未盡」）及量刑不當（參第 381 條）列為上訴事由，並容許第二審法院得為證據調查（參第 393 條但書規定有關第 382 條之 2 之釋明及量刑不當或事實誤認），而實務運作上對上訴有理由者則反而多自為判決，極少發回原審，同時，對於有關證據之調查，則不採學說之「限制說」，而採「無限制說」，即檢察官上訴案件中，有關新證據之調查，不問對被告是有利或不利，第二審上訴法院為判斷第一審判決之妥當與否認有必

¹¹¹ 黃東熊，《刑事訴訟法論》，1999 年，頁 644。

¹¹² 田宮裕，《刑事訴訟法》，1999 年，頁 462。

¹¹³ 日本刑事訴訟法第 405 條規定：「對於高等法院所為之第一審或第二審判決，得以有左列事由作為理由，聲請上訴：一、違反憲法或憲法之解釋有違誤者。二、其判斷違背最高法院之判例者。三、無最高法院判例存在時，其判斷違背大審院或相當於第三審上訴之高等法院所為之判例，或本法施行後相當於第二審上訴之高等法院所為之判例者。」除了上開第 405 條明定得上訴第三審之事由外，為補充唯一終審機關之最高法院統一法令解釋的功能，另設有裁量許可上訴制度，原審判決雖無第 405 條規定得提起第三審上訴之事由，但其所涉及之法律見解具有原則上之重要性時，當事人得於上訴期間內，聲請第三審法院裁定許可上訴。另外，為兼顧當事人具體救濟之上訴制度的目的，第 411 條並兼採職權撤銷的機制。

¹¹⁴ 三井誠・酒卷匡，《入門刑事手続法》[第 4 版]，有斐閣，2006 年，頁 274 以下。

要時得依其裁量為證據之調查¹¹⁵。換言之，日本第二審上訴於規定上雖以事後審查審為原則，但因上述法律規定及實務運作緣故，實際上則顯有續審化的特徵¹¹⁶。

其次，在第三審上訴時，當事人上訴第三審的管道，除了刑事訴訟法第405條明定得上訴之事由外，為補充唯一之終審機關之最高法院統一法令解釋的功能，另設有裁量許可上訴制度，原審判決雖無第405條規定得提起第三審上訴之事由，但其所涉及之法律見解具有原則上之重要性時，當事人得於上訴期間內，聲請第三審法院裁定許可上訴¹¹⁷。另外，為兼顧當事人具體救濟之上訴制度的目的，第411條並兼採職權撤銷的機制。亦即，最高法院雖認為原審判決無第405條所定之上訴理由，然顯有影響判決結果之違背法令者、顯有影響判決結果之重大事實誤認者、科刑或宣告保安處分顯然不當者等情形，如不予撤銷顯違正義時，仍得撤銷原審判決，以資救濟。

同時，二次大戰後，日本最高法院僅由十五位法官組成，分成三個小法庭掌理民、刑事及行政訴訟案件，且具有最終之違憲審查權，採一元單軌制。遇有法令等違憲之判斷或變更判例之情形，依法應由大法庭審理¹¹⁸。於刑事程序中，原判決是否違反憲法或憲法之解釋有無違誤，自應容許當事人向行使違憲審查之終審法院提起上訴；另外，基於統一法令解釋之任務，原審判決有無違背最高法院判例，因具有高度之調整必要性，亦宜由當事人向最高法院聲請審查。因此，上開日本刑事訴訟法第405條乃將原判決違反憲法或判例，直接定為得上訴第三審之事由。

要言之，日本刑事訴訟第三審上訴其實兼具有違憲審查、統一法令解釋（含判例調整機能及其他法令重要事項之解釋）以及具體救濟個案的機能¹¹⁹。

2、日本法上有關事後審查審之內容

關於日本事後審查審之構造，由於關於第二審上訴之審查基準及所審查之資料範圍之看法，略有不同，學理上又有「嚴格事後審說」、「續審接枝說」及「審查審說」之差別¹²⁰，茲扼要敘述如下：

「嚴格事後審說」主張審查基準應以原判決時為準，審查之資料應以原

¹¹⁵ 福井厚，《刑事訴訟法講義》[第3版]，法律文化社，2007年，頁415。

¹¹⁶ 白取祐司，《刑事訴訟法》[第4版]，日本評論社，2007年，頁435。

¹¹⁷ 惟實務上在日本有關許可上訴制度的運作，因為關於法令解釋上之重要事項，一般可透過判例之累積予以涵括；而關於統一解釋法令，依日本刑訴法第411條第1款職權撤銷之規定亦可收相同之效果，又因當事人對於聲請受理上訴之法律問題之判斷及聲請理由書的製作並不熟稔，導致此項規定流於形式，罕有適用。藤永幸治等編，《大コンメンタール刑事訴訟法(第六卷)》，1996年，頁517以下。自1984至1991年的7年間利用裁量許可上訴者合計僅有12件。參照松尾浩也，《刑事訴訟法(下)》，1999年，頁246以下。

¹¹⁸ 小林直樹，《憲法講義(下)》，1992年，頁332、335。

¹¹⁹ 日本最高法院透過刑事訴訟法第411條職權撤銷之規定，實際上可收到具體救濟個案的功能到何種程度，端視最高法院處理案件的能量、以及下級審審理程序的充實狀況等而定，具有高度的司法政策運用的特質。實務運作上，當事人所提的第三審上訴，大多數均屬請求最高法院依第411條發動職權，對此不具法定上訴事由之情形，最高法院亦予以積極的回應。參照田宮裕，前註112書，頁490以下。

¹²⁰ 藤永幸治等編，前註117書，頁73以下。

審所調查過之證據以及在原審辯論終結前聲請調查卻被駁回之證據為限。「續審接枝說」認為第二審上訴就書面審查而言固屬事後審，惟關於事實之調查，則應部分移植續審制之機能，故應以第二審判決時為審查之基準，而原審程序中已存在而未發現的新證據以及原判決後發生之情事，亦可列入調查範圍。至於，「審查審說」之見解則強調，所謂之事後審雖可判斷原判決之結論是否妥當，惟第二審上訴審若以原審未發現之證據作為撤銷原判決之依據，將助長當事人輕視第一審而至第二審始提出證據聲請調查之傾向，故第二審調查事實之範圍應予以限制，以符合事後審之精神。

其中，特別就原判決有無事實誤認，第二審上訴應立於何種立場予以審查，基本上又有所謂「心證優越說」及「法則違反說」的不同想法。前者是指關於原判決認定事實之審查，第二審法院本身應從所調查之證據形成心證，再與一審之事實認定進行比較，兩者如有不一致，以第二審上訴審之心證為優先。後者係謂第二審法院原則上僅基於一審之記錄，審查一審事實認定中之證據評價及其所持之推論，有無違反論理法則及經驗法則，亦即旨在審查第一審認定事實之過程是否具有合理性¹²¹。實務運作上，由於一、二審之判斷主體的同質性、認定事實所憑資料的同質性以及二審法官積極追求真相的思維，不少第二審法院不受當事人在第一審所為主張或舉證範圍所拘束，自行追求真相，續行調查證據，且實質上採取與一審法官同樣的思考及判斷方式，閱讀卷證而形成心證，如認有不一致之情形時，即將一審判決撤銷而自為判決，造成了第二審上訴的續審化及心證優先化¹²²。

3、日本法上有關限制檢察官上訴與雙重危險禁止原則之論述

檢察官對於無罪判決得否提起上訴的爭議，多半是由有無違反一事不再理或禁止雙重危險的觀點進行檢討，亦即，檢察官的上訴權，於判決確定前，是否亦受一事不再理或禁止雙重危險效力的規範。

對照美國與日本的實務見解，可發現兩者之間處理此項爭議的論據的南轅北轍。按美國憲法增修條款第 5 條規定：『任何人不得因同一罪名 (the same offense) 而蒙受雙重處罰之危險 (double Jeopardy)』。因之，1896 年美國聯邦最高法院於 Ball 乙案判決中，被告三人涉嫌謀殺罪名，經合併審判結果，其中二人有罪、一名共同被告獲判無罪。經上訴審以起訴存有重大瑕疵為由撤銷發回後，更為審理之結果三名被告均被判有罪。最高法院認為基於憲法第 5 增修條款禁止雙重危險之保障，對於原先獲判無罪之被告，不得再行追訴¹²³。之後，1904 年聯邦最高法院 Kepner 乙案判決確認上述 Ball 判決之見解¹²⁴，多數之法庭意見指出，無罪判決已終了風險，隨著檢察官上訴而撤銷無罪判決

¹²¹ 司法研修所編，《裁判員裁判における第一審の判決書および控訴審の在り方》，2009 年，頁 105。

¹²² 司法研修所編，同前註，頁 95。

¹²³ Ball v. United States, 163 U.S. 662 (1896).

¹²⁴ Kepner v. United States, supra note 75.

後之第二次審判，將置被告於雙重之危險；聯邦檢察官若對無罪判決上訴，將致使被告重新面對危險之門，而有憲法禁止雙重危險條款之適用。

相對的，日本憲法第 39 條規定：「任何人就其實行時適法之行為或已被定為無罪之行為，不得被追究刑事責任；又對於同一之犯罪，不得重覆追究刑事責任。」明示了禁止溯及處罰及一事不再理保障人權的精神。一般認為此項一事不再理之規定，乃受到美國憲法禁止雙重危險之影響所制定，且因刑事訴訟法改採具當事人進行精神的訴因制度的結果，現今多數說乃從禁止雙重危險的觀點，理解一事不再理的本質，著重於減輕被告的程序負擔的觀點¹²⁵。但是，日本最高法院大法庭（昭和 25 年 9 月 27 日刑集 4 卷 9 號 1805 頁）判決指出，一審之程序與二審上訴、以及三審上訴之程序，就同一案件而言，無非是持續中之一個危險的各部分，因此容許檢察官就被告之無罪判決提起上訴，並不違反憲法第 39 條¹²⁶。

究竟追訴處罰的風險，是否因無罪判決的產生即行終了，檢察官若再對無罪判決提起上訴，將構成另一次新的風險？或是包含上訴審在內的整體訴訟程序僅構成一次追訴處罰的危險，因此檢察官對無罪判決提起上訴，並不構成違反一事不再理，美日最高法院採取了截然不同的價值判斷。美國法方面，因其聯邦最高法院已經做出判例明白確立檢察官針對無罪判決上訴乃違反雙重危險禁止原則，故在美國法上已無重大爭論。相對的，因日本最高法院並未採取同樣的觀點，因此，在日本法上，對於檢察官針對無罪判決提起上訴之問題，仍存在重大爭議。底下茲扼要整理說明之。

(1) 日本法上初期的爭論—憲法第 39 條是否採雙重危險原理

針對應如何理解日本憲法第 39 條的規定，曾有不同的理解，即：針對憲法第 39 條的重點細部探討的話，有關學說的傾向，略可細分為：1、重點置於一事不再理(前段後半與後段全體均應解為一事不再理規定,如美濃部達吉教授)、2、重點置於雙重危險禁止(前段後半與後段全體均應解為雙重危險禁止規定,如平野龍一教授)，以及 3、將兩者併立地加以考察(即前段後半乃關於大陸法系確定力規定，後段才是英美法雙重危險禁止之規定,如團藤重光教授)三種見解¹²⁷。

有關日本憲法第 39 條的解釋，是否為採用雙重危險原理，有肯定說及否定說的對立。前者，乃從憲法制定過程來看乃繼受美國憲法，及憲法第 39 條的英譯亦使用 double jeopardy 的譯文，故主張檢察官不可上訴的見解，依此說，乃將第 39 條前段後半與後段全體地解為係規定雙重危險禁止；後者，則以憲法第 39 條並非採用「英美法系之雙重危險的制度」，認此等規定僅係為強化「大陸法系一事不再理的原則」而已，故檢察官得上訴到判決確定為止，依此說，第 39 條前段後半為有關確定力的規定，後段才是

¹²⁵ 田宮裕，前註 112 書，頁 447。

¹²⁶ 松尾浩也，《刑事訴訟法(下)》，1999 年 3 月，頁 190。

¹²⁷ 伊志嶺惠徹，檢察官上訴に関する若干の考察，沖大論叢 9 卷 1 號，1969 年 2 月 28 日，頁 79 以下。

有關雙重危險禁止的規定。

關於這點，田宮裕教授早年即從憲法第 39 條制定過程及憲法全體之傾向觀察認為，應解為係採用雙重危險之原理，惟認為「憲法採用雙重危險原理與檢察官上訴應認為違憲二者間並無論理的必然性」，因此，對於主張危險繼續論之昭和 25 年的先導案例(leading case)乃給予積極的評價，其說被稱為「柔軟的檢察官上訴合憲論」，一般認為其對於所謂「通說(合憲論)」的形成具有重大的影響。此後，憲法第 39 條乃採用雙重危險之原理，惟此所謂的危險係繼續的危險，是檢察官上訴乃屬合憲的實務與學說即告確定。

相對於上開實務及學說，乃有依雙重危險之原理等觀點試圖禁止檢察官上訴，即對於判例通說之危險繼續論妥當與否問題進行討論者。到目前為止，有關檢察官針對無罪判決的事實問題上訴的議論持續不斷地深化著，試圖根據憲法第 39 條直接禁止檢察官的上訴，而於第二審上訴上限制檢察活動。此後，則不限於有關針對無罪判決的事實問題之檢察官上訴，即針對無罪判決的法律問題之檢察官上訴與以量刑不當為理由之檢察官上訴，已越來越廣闊，乃認以事實誤認為理由的檢察官上訴違反憲法第 39 條，但以違反法令、違反憲法為理由的檢察官上訴，因有統一法令解釋之必要，則並不違反第 39 條。而以量刑不當為理由的檢察官上訴，因有一貫性地宣告量刑的必要，也不違反第 39 條¹²⁸。

(2) 日本法上有關檢察官上訴「上訴合憲論」與「上訴違憲論」之爭論

相對於檢察官上訴合憲論的實務與學說，日本法上則陸續出現許多反對而持檢察官上訴違憲論的論述，至其研究方法路徑(approach)因各有不同，茲扼要整理分述如下：

⊕ 雙重危險禁止原則論

最初，認為憲法第 39 條係採雙重危險論之代表學者為田宮裕教授，其原採取檢察官上訴與雙重危險並不抵觸的立場，惟其嗣後亦抱持重大疑問而進行根本性的反省，以考量到雙重危險之效力並不同於既判力，而屬被告刑事人權之一，故基於時代思潮與程序的考量而伸長柔軟的性質，改主張「危險乃因終結事實審之第二審上訴判決而發生，故檢察官提起第三審上訴時應認為已觸及雙重危險」¹²⁹。

另外，則有認為，既然已將雙重危險從確定力中解放，則不僅是第三審上訴，即對第一審判決為第二審上訴，亦應認為涉及雙重危險為是¹³⁰。

¹²⁸ 高倉新喜，〈檢察官上訴の研究：二重の危険の原理の観点から〉，北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル第 1 號，1994 年 11 月，頁 71 以下。

¹²⁹ 田宮裕，〈最高裁と事實審査—八海事件をめぐる—〉，收於氏著《刑事訴訟とデュー・プロセス》，有斐閣，1979 年初版 3 刷，頁 384。

¹³⁰ 高倉新喜，前註 128 文，89 頁、74 頁以下。松田龍彦，憲法第 39 条と二重危険法理—特に政府による再度の訴追に関する若干の考察—松山大学論集 18 卷 3 号，2006 年 8 月 1 日，109 頁以下。渥美東洋，《全訂 刑事訴訟法》，有斐閣，2006 年全訂版，頁 482 以下。另外，中野目善則，〈檢察官上訴と二重の危険〉，比較法雜誌 17 卷 1 号，1983 年，頁 49。轉引自白取祐司，〈名張事件—一審無罪・二審死刑の不条理〉，法学セミナー 510 号，1997 年 6 月，頁 14 以下。白取祐司教授本身主要則強調雙重危險禁止原則此項論點以及下述檢察官追訴權限抑制論。

2 檢察官追訴權限抑制論

由抑制檢察官追訴權限出發的論據，則是基於實質論的方法論，則以既然檢察官、警察官具有強力的偵查權限獨占公訴權而已盡力追訴證明的結果(一審判決)，應不得賦予再次為有罪證明的機會。例如小田中聰樹教授即認為，相較於被告方面的防禦能力較低，檢察方面於權限上及組織上具強大的追訴能力，以繼續危險的概念對檢察方面一審追訴活動的失敗而於第二審上訴時予以優渥的救濟是否真的妥當提出高度疑問¹³¹。另如川崎英明教授亦強調「抑制強力追訴力的必要性」而對雙重危險違憲說予以認同亦屬同旨¹³²。

3 上訴之性格論

憲法第 39 條成立的結果，即廢止對不利益再審，蓋此等再審乃抵觸第 39 條前段「已被認定為無罪之行為」，其結果，再審乃被純化為拯救對無辜者誤判的非常救濟程序。同此而論，在屬通常救濟程序的上訴亦有此問題存在。村井敏邦教授即認為，首先，根據上訴乃對誤判之通常救濟手段的位置，對於有罪方向的誤判，即應絕對地加以避免。再者，免於誤判的救濟，既然具有「救濟」的意涵，若以此為手段所提起的上訴，亦應僅承認被告的上訴權，至於檢察官的上訴，並無承認的必要¹³³。

4 「疑者利益歸於被告」原則論

若無超越「合理懷疑」的證明，被告不得被認定為有罪。因此，一審法院認定無罪後，已生「合理的懷疑」，是對無罪判決上訴，乃違反「疑者利益歸於被告」原則。例如一審法院認為無罪即已生「合理的懷疑」，通常於第二審上訴時已難以挽回，是對無罪的判決提起上訴，乃違反「疑者利益歸於被告」原則。熊本典道律師即認為，事實審法院就事實問題已對之為一次無罪的判斷，再由上級法院為有罪的判斷，果真可以稱為「已盡到超越合理懷疑程度的證明」乃有疑問¹³⁴。

5 「迅速裁判」論

最後，有從憲法保障被告接受迅速裁判權利的角度認為，承認檢察官上訴，乃侵害憲法第 37 條第 1 項被告受迅速裁判權利之保障。故於檢察官上訴時，應注意對被告此等具體權利的保障。熊本典道律師亦強調這一點¹³⁵。

4、日本裁判員制度實施後對上訴制度之影響

¹³¹ 小田中聰樹，〈控訴審における事実取調〉，收於氏著《刑事訴訟と人權の理論》，成文堂，1983 年初版，頁 391。

¹³² 川崎英明，〈二重の危険と檢察官上訴〉，別冊判夕・刑事訴訟法の理論と実務，1980 年，頁 356。轉引自白取祐司，前註 130 文，頁 14。

¹³³ 村井敏邦，刑事訴訟法，日本評論社，1996 年，頁 312。轉引自白取祐司，前註 130 文，頁 14。

¹³⁴ 熊本典道，刑事訴訟法論集，有斐閣，1988 年，頁 514。轉引自白取祐司，前註 130 文，頁 14。

¹³⁵ 熊本典道，同前註。轉引自白取祐司，前註 130 文，頁 14。

日本於2009年5月21日正式實施所謂裁判員制度，於刑事訴訟中納入市民與職業法官共同參與刑事裁判。關此裁判員制度之實施，不可避免的也會牽涉到針對一審之無罪判決，檢察官上訴應否有所限制的問題，茲先就其立法過程中有關上訴制度之研議略作介紹，再就實務運作過程中所產生之問題與爭論略作說明。

(1)日本引進裁判員制度時立法過程中有關上訴審之研議

如前所述，在日本引進裁判員制度的研議過程中，如何配套設計應有的上訴制度，也是爭議的重要課題之一。

首先，負責研議司法改革方向的司法改革審議委員會所作成的意見書指出，為確保裁判員主體性、實質性的參與，關於審判程序各種環節精緻的運用，應視需要調整相關法令，裁判員法庭之判決書，基本上仍同樣由法官製作。同時，對於裁判員法庭之判決結果，應容許當事人對於事實誤認或量刑不當，作為上訴之理由¹³⁶。

由於司法改革審議委員會僅略指出適用裁判員審理之案件，仍有可能發生錯誤，而應透過上訴審予以救濟，至於針對裁判員案件之上訴制度，是否以及如何進行調整，意見書中並未具體指摘。因此，關於第一審適用裁判員審理之案件，其第二審上訴是否亦要同採裁判員制度？檢察官對第一審裁判員審理所為之無罪判決，得否以認定事實錯誤為由提起上訴，或對於有罪判決之上訴，其上訴理由是否應限於法律問題等，之後成為起草裁判員法暨刑事訴訟法研修會討論的議題。

在研修會的討論過程中，從最激烈至相對緩和的第二審上訴改革方案計有下述五個提案：(1)第二審上訴亦由裁判員參與審理及裁判，同時改採覆審制。(2)若有撤銷原判決之情形，第二審上訴亦應採取由裁判員合議審判。(3)第二審上訴仍維持由職業法官審理及裁判，惟限於原判決之訴訟程序違背法令或適用法令違誤之情形，得自為判決；其他有量刑不當或事實誤認之情形者，不得自為判決，而應發回更審。(4)第二審上訴仍維持由職業法官審理及裁判，量刑不當之情形亦可自為判決，僅限於事實誤認之情形，不得自為判決。(5)第二審上訴仍維持由職業法官審理及裁判，惟關於事實誤認及量刑不當之撤銷事由，予以嚴格限制¹³⁷。

其中，第四案雖亦屬有力的見解，不過在眾說紛紜的討論中，相對多數的意見認為，只要第二審上訴能落實事後審查審的旨趣，審查原判決內容有無瑕疵，則第二審上訴仍以維持現行法之規定為宜。亦即，多數意見認為引進裁判員制度時，仍有透過第二審上訴匡正認定事實錯誤或量刑不當之必要，應回歸現行刑事訴訟法事後審查審之原點，第二審上訴如能單純化為基於一審之記錄，檢視該判決內容有無錯誤之角色，改變向來續審

¹³⁶ 參照司法制度改革審議會意見書—21世紀の日本を支える司法制度—2001年6月12日，司法改革審議會，頁107。

¹³⁷ 池田修，解說裁判員法(第2版)，2009年，頁136。

化的運用，則無須變更第二審上訴規定之理由，亦無庸變更相關法規¹³⁸。

職是，關於適用裁判員審判之第一審案件，其第二審上訴並未另設任何特別規定，仍依現行刑事訴訟法之規定，僅由三名職業法官組成的合議庭進行事後審查，此種情形，等同於容許第二審三名職業法官的判斷可推翻第一審由國民參與審判的判決結果。究竟實務的運作是否將如立法者所樂觀期待的，第二審應盡可能的尊重裁判員法庭的判斷，貫徹事後審查審的精神，改變過去撤銷原判決後自為判決之續審化的運作，值得觀察。

依日本法務省所公布的統計資料顯示，2009年由職業法官審理之通常審判案件之上訴第二審案件中，被告上訴者占89.6%；檢察官上訴者占3.2%。相對的，裁判員制度自2009年5月起實施至2011年3月底為止的期間內，不服審理結果上訴第二審的案件中，被告上訴者占99.2%；檢察官上訴僅占0.5%。被告對於裁判員案件提起上訴者，主要是以量刑不當為由¹³⁹。

論者分析指出，引進裁判員制度後，上訴審法官之間就二審之應然面，仍存有與傳統案件相同的爭論。基於積極發現真實之立場者認為，第二審上訴作為最終之事實審，應如同歷來一般，詳細檢視一審之錯誤，積極致力於發現真實之立場，不僅容許在二審提出新的主張，且不應猶豫地進行證據調查，以期發現真實，這是心證優先說的想法。相對的，亦有部分法官強調，對於一審裁判員審判之結果，應給予最大限度的尊重，經由裁判員制度的引進，第二審法官宜擺脫向來等同於積極發現真實的形象，僅基於當事人之主張、舉證加以斟酌，貫徹事後審查審的立場，這是尊重裁判員審判的見解，裁判員合議庭的判斷倘無違反論理法則及經驗法則，第二審法院即不應予以撤銷¹⁴⁰。

實則，一般而言，承認對刑事裁判得由市民參與，無論是採取陪審制或參審制的國家，除非在上訴審中亦採取導入市民參與的思考方式，否則是限制上訴的。特別是在陪審制底下，事實認定被認為是陪審團的專屬權限，一般對於以事實誤認為理由上訴乃加以否定。相對的，在依職業法官進行第一審裁判的國家，則頗有差異，一般乃認為對於上訴得分為事實問題及法律問題兩個層面。而在認定上訴有理由時，承認由上級法院撤銷下級審的判決自為判決者較多。由於撤銷自為判決，下級審裁判的效力即為消失，而由上級審法院的裁判取代下級審法院的裁判。日本在採取裁判員制度時，為貫徹市民參加的理念，本亦有於第二審上訴中導入裁判員制度以具有推翻一審之判斷的正統性，以謀求與被告之上訴權利的調和，但在

¹³⁸ 池田修，同前註，頁135。

¹³⁹ 裁判員制度に関する検討会第6回会議（2011年6月8日開催）議事録，頁6。

<http://www.moj.go.jp/content/000077220.pdf>（最後到訪日2012/4/20）。

¹⁴⁰ 井上正仁，日本國民參加司法之現況及展望，2012年3月26日於功成大學國際會議廳演講資料，台灣高等法院台南分院主辦。

立法時並未解決這個問題而成為現狀¹⁴¹。

職是，在上訴審雖採事後審之原則但實態上卻是續審化的現狀下，雖說在徹底的直接審理原則及言詞審理原則下應尊重一審的判斷，惟若由事後審之上訴制度為出發點來思考的話，著眼於被告方之上訴與檢察官之上訴法律性質的差異，即前者因是著重於無辜不處罰與上訴之權利性故於上訴審時應保障其充分的審理，相對的後者則應以朝向設定原理性之制約的方向為宗旨。蓋：檢察官於第一審審判時負有舉證責任對於訴因事實進行證明活動。其證明活動至少應使法官抱持有罪之主觀確信，是由檢察官對無罪判決上訴而於上訴審時就事實證明而為追加的證明即無必要性，即於上訴審時對於此等事實的調查，乃與採徹底的言詞審理原則而於一審時充分地審理的要求有所不符。規定上雖不能完全地否定檢察官上訴，但對其允許的界限，應限定在有法令解釋適用之統一及一貫性之確保的公益目的的情形¹⁴²。

(2)日本引進裁判員制度後有關上訴審之實務運作檢討

日本引進裁判員制度後，實務運作上，基本上雖然第二審法院基於尊重裁判員制度，傾向於維持原判決，但也逐漸出現第二審法院糾正第一審裁判員合議庭判斷的情形。其中，又以因當事人間於第一審判決後和解成立等情節，撤銷量刑而自為判決之情形居多。亦有因原審認定被告行為時處於精神耗弱之判斷有誤，改認定合於心神喪失，故撤銷有罪判決而自為無罪判決的案例。相對的，較有爭議的是，第二審法院因證據評價的不同，撤銷一審之無罪判決，而自為改判有罪的案例¹⁴³。

本案的事實關係是，被告受A委託，從馬來西亞攜帶內藏約1公斤安非他命的三個巧克力罐返回日本成田機場，在通過海關檢查處時被發現，遂被以走私安非他命罪起訴。被告辯稱，其係受A委託走私假護照而到當地與某男子見面時，除了裝有偽造護照的袋子，也代為保管巧克力罐，當時以為是要給A的土產。當時雖然覺得裏面可能裝有安非他命而感到不安，但因外觀上沒有異樣，認無問題就一併攜帶返國等語，而以不知道有安非他命之存在為由，主張無罪。對此，檢察官主張，從被告受到因走私安非他命而受審中之A委託，相互約定報酬，並由對方負擔機票費用將巧克力罐帶回，且巧克力罐重量不尋常（雖然標示每罐裏面裝有380公克的巧克力，但罐重超過1公斤），同時在海關檢查時，被告的言行舉止和辯解不自然等事實顯示，被告一定知悉內含安非他命。2010年6月22日，第一審由千葉地裁組成裁判員合議庭審理結果認為，綜合檢察官的各項主張仍難以遽認被告知悉安非他命之存在，本件既無法排斥被告之主張，觀諸常

¹⁴¹ 水谷規男，「裁判員裁判と上訴・再審問題の課題」，法律時報 79 卷 12 號，『刑事訴訟法の課題』特集，2007 年 11 月 1 日，頁 73 以下。

¹⁴² 水谷規男，同前註，頁 74 以下。

¹⁴³ 井上正仁，前註 140 演講資料。

情難以確信被告知悉巧克力罐內藏有違法物品，因此判決被告無罪。檢察官不服，提起上訴。

第二審東京高等法院經審查原審所調查之證據，並依職權調查檢察官在原審撤回之證據，認定被告於逮捕後，就保管巧克力罐之經過供詞反覆，且一旦依偵查情勢的發展，自身供述無法自圓其說時，隨即改變而為虛偽供述，由於被告單憑外觀即排除罐內可能裝有安非他命之不安的辯解不自然且不合理，綜合其難以採信之供述及檢察官於第一審所指出之事實等，應認被告知悉巧克力罐內藏有安非他命為適當；原判決證據評價及認定事實錯誤，予以撤銷，改判被告有期徒刑 12 年，併科罰金 600 萬日圓。被告不服，上訴第三審最高法院。

2012 年 2 月 13 日日本最高裁第一小法廷對於裁判員審判案件之二審審理之應然面之爭，做成了具有重大影響的判決。最高法院首先指摘第二審上訴之性質原則為事後審，並非與一審持相同立場進行案件之審理，而係以當事人訴訟活動為基礎所作成之第一審判決為對象，進行事後的審查。由於第一審係採直接審理原則及言詞審理原則，當庭直接詰問證人，而基於當時作證之態度等判斷供述的可信性後，綜合全般情況而認定事實。因此，第二審上訴有關認定事實有無錯誤之審查，應從第一審判決所為之證據可信性評價及證據綜合判斷，參照論理法則、經驗法則，是否可評價為不合理，進行審查。此項審查的觀點，因引進裁判員制度更貫徹直接審理原則及言詞審理原則的關係，而更加妥當。本案關於第一審判決認定事實之合理性，難謂被告之辯解已完全不自然、不合理，而檢察官主張之各項事實及其他間接事實，其實也能作為說明被告不知為安非他命之事實，因此難謂東京高院之判決已充分指摘第一審之判決內容，經參照論理法則、經驗法則有何不合理之處，因此將原有罪判決撤銷，自為駁回檢察官之二審上訴。第一審裁判員合議庭之無罪判決，因此確定。

多麼充滿張力而戲劇性的逆轉！對於此項高等法院撤銷裁判員合議庭所為之無罪判決而自為有罪判決的案例，部分論者指出如果高院與地裁所採的證據一樣，只是心證不同，看法不同的問題時，高院應尊重裁判員審判認定的結果，不可撤銷，而應維持原判決¹⁴⁴。而在制度改革方面，為避免此種撤銷而自為有罪判決的情形發生，應設定上訴審的審查範圍或框架；或是片面的就事實認定的部分，限制檢察官的上訴權¹⁴⁵。在此一情勢下，日本最高法院上述判決可謂是當頭棒喝，明示對於第一審裁判員審判之案件，第二審上訴審應立尊重裁判員判斷之立場，貫徹事後審查審的性質，關於原判決之事實認定，非有違背經驗、論理法則之情形，不得撤銷原審判決，明確表達了第二審上訴應尊重裁判員審判，以及採取違反論理

¹⁴⁴ 此之論者見解，係筆者於 2011 年 7、8 月間至日本調查裁判員制度的實施狀況時，訪談白取祐司教授（北海道大學法學部）、佐藤博史律師、前田裕司律師、中山博之律師之受訪意見。在此謹對受訪者提供寶貴意見，表示謝意。

¹⁴⁵ 同前註，前田裕司受訪意見。

法則及經驗法則說的立場¹⁴⁶。此項判決，不僅回應裁判員法之立法關係人的期待，針對適用裁判員審判的第二審上訴定立了審查的基本原則，同時對於傳統刑事案件的第二審上訴的實務運作，應可發揮促使其回歸立法意旨之事後審查的作用。

事實上，此項判決並非從雙重危險禁止的立論根據出發，而係以第二審判決對第一審判決應參照論理法則、經驗法則就其事實認定有不合理之處進行審查。最後將第二審有罪判決撤銷駁回，第一審裁判員之無罪判決，因而確定。日本法界人士因此乃認為，有鑑於就事實認定乃反映市民感覺為裁判員制度之制度旨趣，故此項判決尊重第一審之無罪判決，對第二審撤銷自為判決的情形予以限制，其態度應屬適當¹⁴⁷。

另一方面，相對的，仍有學者係從憲法雙重危險禁止原則出發來檢討檢察官上訴應予限制者，即：日本憲法第 39 條如認係採雙重危險禁止原則者，則檢察官對於下級審之無罪判決以事實認定錯誤或為求較重之刑而提起上訴時，是否違反本條乃有疑義。如前所述，判例乃將所謂的危險解為，「同一事件中從訴訟程序開始到確定判決為止之一個繼續的狀態（繼續的危險）」（最大判昭和 25 年 9 月 27 日），即「判決尚未確定的狀態下危險也尚未終了」，因此，檢察官的上訴並不違反雙重危險禁止之原則。若依這樣的「危險」之解釋的話，即將雙重危險之禁止與一事不再理全部歸為同一。不過，有憲法學者於裁判員制度正式實施以前即認為，於裁判員制度實施後，此種解釋乃有予以再檢討的可能性¹⁴⁸。

關此可能性的論據，有憲法學者即認為，從裁判員制度導入，一審的定位乃類似於採取陪審制度的英美制度來看，應回歸於「本來的雙重危險說」。即：既然已裁判使被告暴露於危險中，自不容許因檢察官上訴而使其受到再度依裁判追訴的危險。亦即，於被告受過一次無罪判決宣告之「已經無罪」的場合，應認為檢察官之上訴乃違反憲法第 39 條之規定¹⁴⁹。

事實上，由於日本採取裁判員制度後，對於第二審仍維持現狀由職業法官進行事後審查，關於此項「尊重一審」的基本原則，即為當初在研修裁判員法草案時的共識，因「尊重一審」，故此，就事實誤認，原則上應發回更審。理由是，上訴審由職業法官等構成，撤銷原判決時，就有無撤銷事由的審理後，倘進一步應進行證據之調查有所必要，自應發回原審，由加入裁判員之新的合議體進行審理。從而，第二審上訴事後審查制乃得成為與裁判員制度之旨趣合致的制度，亦即，此（即尊重一審・上訴審僅作

¹⁴⁶ 井上正仁，前註 140 演講資料。

¹⁴⁷ 第二東京弁護士会会長 澤井英久，裁判員裁判上告審逆転無罪判決に関する会長声明，2012 年（平成 24 年）2 月 14 日 11（声）第 8 号，<http://niben.jp/info/opinion20120214.html>（last visited at 2012/5/25）。

¹⁴⁸ 長谷部恭男，憲法[第 4 版]，新世社，2008 年 3 月，頁 271-272。

¹⁴⁹ 渋谷秀樹，憲法，有斐閣，2007 年 12 月 28 日，頁 247-248。

事後審查)在制度上乃屬一脈相通的¹⁵⁰。

關此尊重裁判員審判的見解，在裁判員制度實際運作近三年以來，基本上已然形成趨勢。根據日本最高法院與最高檢察署日前針對裁判員制度實施前後裁判員裁判與職業法官裁判之上訴審結果的比較所公開發表的「裁判員選任程序及審判狀況之總結」報告顯示，撤銷一審判決的比例從17.6%降至6.7%。此狀況顯示基於反映市民感覺的旨趣，在上訴審中尊重裁判員們的判斷之傾向已然浮現¹⁵¹。同時，至今年4月為止，起訴4708人，已對3690人宣告判決，對於起訴之判決的比例為78%，第1年為32%，第2年則上昇為68%，審理遲滯的現象已經大幅改善；而在上訴審時尊重一審裁判員的傾向正在逐漸增強中¹⁵²。

綜合上述可知，目前在日本，即使在2009年5月21日起正式實施裁判員制度後，針對限制檢察官上訴的問題，基本上仍是維持制度實施前的二個論述方向，即：從憲法雙重危險禁止原則的觀點及從上訴制度應尊重一審判斷採取事後審查的觀點分別地進行考察。不過，由於裁判員制度於立法當時並未針對上訴制度做任何相對應的變動，其研議中的共識即為「應尊重一審裁判員之判斷・上訴審僅得作事後審查」，因此，於裁判員制度正式實施後，學說似較多從後者之觀點來檢討檢察官針對無罪判決上訴之合理性。

三、我國刑事妥速審判法第8條之解釋及實務運作

(一) 法條解釋與學說

2010年5月制定公布刑事妥速審判法(以下簡稱「速審法」)有關上訴制度部分，第9條規定，案件於第一審判決無罪，第二審(含更審法院)仍維持第一審所為無罪判決者，檢察官或自訴人非以判決所適用之法令抵觸憲法、判決違背司法院解釋或判例為由，不得上訴第三審法院。第8條進一步規定，案件自第一審繫屬日起已逾六年且經最高法院第三次以上發回後，含最後之更審無罪判決已達三次以上者，檢察官或自訴人對該無罪判決，不得上訴於最高法院。上述兩項片面針對檢察官或自訴人之第三審上訴的規範，均屬實質上對於檢察官或自訴人上訴權的限制，在合於一定要件下，分別改採所謂嚴格法律審或禁止其上訴，對於刑事訴訟上訴制度的實務運作及法制發展影響深遠，值得關注¹⁵³。

¹⁵⁰ 曾任「裁判員制度・刑事檢討會」主席的井上正仁教授於「裁判員制度をめぐる」座談會發言，ジュリスト1268期，『裁判員の導入』特集，2004年6月1日，頁44。

¹⁵¹ 「1審判決破棄6・7%...裁判員の判断尊重」，読売新聞，2012年5月18日，<http://www.yomiuri.co.jp/national/news/20120518-OYT1T01017.htm> (last visited at 2012/5/25)。

¹⁵² 「審理の滞留大幅改善、裁判員制度施行から3年」，日本經濟新聞，2012年5月22日，<http://www.nikkei.com/news/latest/article/g=96958A9C93819695E0E3E2E1E68DE0E3E2E7E0E2E3E09180EAE2E2E2> (last visited at 2012/5/25)。

¹⁵³ 加上最高法院101年度第二次刑事庭會議決議(101年1月17日)指出，刑事訴訟法第163條第二項但書所指法院應依職權調查之「公平正義之維護」事項，依目的性限縮之解釋，應以利益

其中，第8條，是在一定的要件之下，對第二審法院更審的無罪判決，禁止檢察官提起第三審上訴，此對檢察官或自訴人之上訴權給予相當大的限制。根據立法理由，其立法意旨主要有四點，其實每一點都值得進一步推敲、斟酌，茲先予揭示如下：『刑事訴訟法已改採改良式當事人進行主義，檢察官對於起訴之案件，自訴人對於提起自訴之案件，均應負實質舉證責任。若案件自第一審繫屬日起已逾六年，且經最高法院發回更審三次以上，此時若第二審法院更審仍維持第一審所為無罪判決，或其所為無罪之更審判決，如於更審前曾經同審級法院二次以上為無罪判決者（即連同最後一次更審判決在內，有三次以上為無罪判決），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。』

由以上的文字敘述可見，立法者用於限制檢察官及自訴人上訴權的論據，主要有四點：（一）訴訟構造的理由，因改採當事人進行原則，有積極落實檢察官及自訴人實質舉證責任的必要¹⁵⁴。（二）倘容許檢察官或自訴人一再對無罪判決提起上訴，將造成被告更多的焦慮及不安。（三）合於「無罪推定原則」。（四）基於被告速審權的保障，倘容許檢察官或自訴人一再對無罪判決提起上訴，有礙其接受公正、合法、迅速審判之權。

第一點是在強調檢察官的實質舉證責任，第二點及第三點、第四點都是偏向從被告的觀點來觀察，第二點是不要因為檢察官的上訴讓被告承受過度的焦慮以及不安，第三點是藉由禁止檢察官的上訴，立法者認為比較符合無罪推定的原則，當時立法背景主要是連結在迅速審判的觀點上，惟不少檢察官對這樣的立法意旨提出質疑認為，第8條的立法規定，其實不必然跟迅速審判有關，因為如果要達成迅速審判的目的，重點應該是如何在審判程序裡面去規範如何迅速審理，

被告之事項為限，否則即與檢察官應負實質舉證責任之規定及無罪推定原則相牴觸，無異回復糾問制度，悖離整體法律秩序理念。將來，檢察官對於第二審(含更審)所為之無罪判決要提起第三審上訴，可謂是已趨近於不可能的任務。依筆者檢索最高法院裁判書之結果，速審法第9條自100年5月19日施行，迄101年2月15日止，檢察官依同條第1項第1款及第2款提起上訴之案件為零，依同條項第3款提起上訴之33件(含自訴案件3件)，均遭最高法院駁回上訴。

¹⁵⁴ 論者有主張：在當事人主義對抗式的訴訟模式裡，要考慮雙方地位是否對等，前提假設是對國家的不信任，與職權主義科層化的訴訟模式對國家官僚體系絕對信任不同，故此，國家只能攻擊被告一次的想法相當合理，可以導出雙重危險禁止，即：一個事實審，只給國家一次攻擊被告的機會，讓被告陷於有罪的風險只有一次，這就是禁止檢察官上訴的原因，因為檢察官的上訴必然帶給被告重審的危險。因此，在對抗式訴訟模式下，限制檢察官的上訴權就是應該的，必然的、十分正當的。參刑事妥速審判法研討會，尤伯祥發言，台灣法學雜誌162期，2010年10月15日，頁84。惟亦有論者主張：英美法兩個重要但我國法不具備的特徵：第一是英美採陪審團制度，第二是美國上訴審已經是法律審，我國二審還是事實審，二者法制存在這樣的差異，所以我們沒有理由引進英美的限制檢察官上訴制度。參刑事妥速審判法研討會，林超駿報告，同上，頁80。或者，就我國現狀言，至少應有兩次無罪判決，或其存在之理由。參林超駿，初論速審法限制檢方對無罪案件之上訴—美國刑事不對稱上訴法制簡介，司法周刊1503期，99年8月5日，2-3版。

若是真的要求合於無罪推定原則，應該是最高法院從無罪推定的觀點來審酌檢察官的上訴有沒有理由，故應仍容許檢察官上訴，由最高法院把關即可，不需為了貫徹無罪推定，非要限制檢察官上訴第三審不可¹⁵⁵。

至於速審法第8條的適用要件本身¹⁵⁶，包括：(一)期間的部分，規定要「第一審繫屬後達六年」¹⁵⁷；(二)次數的部分，條文則規定要「經最高法院三次以上發回」¹⁵⁸。然而，這樣的限制檢察官及自訴人之上訴權的規定，究竟是否合理？¹⁵⁹是應該將其門檻降低？還是應把門檻提高？在在均值得深入思考檢討。

¹⁵⁵ 參吳巡龍，從美國制度檢視我國速審法限制上訴，台灣法學雜誌216期，2013年1月15日，頁62-71。氏認我國訴訟遲延的原因在第三審濫行發回更審，故以限制檢察官單方上訴，既違背司法正義，也不能大幅改善訴訟遲延現象，而應嚴格限制最高法院發回次數以一次為限。另外，亦有張升星法官持相同見解主張，速審法第8條限制檢察官上訴權規定不當，立法理由說是違反無罪推定原則，但為何第三審不能用？既然不能定罪，就算檢察官上訴，最高法院不能上訴駁回嗎？參刑事妥速審判法兩週年檢討學術研討會，張升星法官發言，台灣法學雜誌217期，2013年2月1日，頁147。張升星法官最早即曾針對「六年發回三次」之要件，批評略謂：「六年更審三次」等標準，這些「魔術數字」究竟有什麼學理根據？「六年更審三次」和「七年更審二次」的差別何在？為什麼前者可以適用速審法，後者卻不行？這種恣意的法律歧視，能夠通過憲法「平等權」的檢驗嗎？（司法卸責？速審法的魔術數字，2009年10月5日聯合報）。人命關天的司法判決，卻被《速審法》搞成像是集點換Hello Kitty的荒謬劇碼，必須蒐集三次無罪判決才能解套（最高法院的救援投手？，中國時報2010年8月30日）。這個標準的學理根據何在？恐怕難以通過憲法平等權的檢驗。如果「已逾七年且經最高法院第二次以上發回」或「已逾五年且經最高法院第四次以上發回」者，又應如何處理？（「刑事妥速審判法」的立法商榷，台灣法學143期，2010年1月1日，頁146）。張升星法官並認為：未能妥速審判真正的原因是最高法院撤銷發回纏訟經年的實務積弊，制定第8條是轉移焦點，虛擬改革。又本條片面限制「檢察官」不得針對無罪判決繼續上訴，但卻未對相同條件下，判決「有罪」時，限制被告不得繼續上訴。此乃審級制度的扭曲傾斜，等於鼓勵被告繼續纏訟，如此藉由訴訟程序之扭曲而企求妥速審判，正是妥速審判法的最大諷刺！（程序扭曲與正義失衡—妥速審判法之實證觀點，台灣法學雜誌216期，2013年1月15日，頁72以下）。

¹⁵⁶ 關此第8條的要件，根據曾參與立法協商的司法院刑事廳長林俊益表示：第8條「六年」之期間，乃因第7條「侵害速審權」之「八年」而來，關此「八年期間」則是立法院立法協商而來，司法院與柯建銘委員及謝國樑委員的共識是：一個國家對一個案件的審理最長的合理期間就是八年。因此，拖延八年就會侵犯被告的速審權。而當更三審的案件，已經繫屬六年了，因八年就會侵害到速審權，六年到八年只有兩年，需要預防，所以，第8條規定，一審曾經判無罪，二審曾有兩個無罪，或者一審曾經判有罪，二審有三個無罪，這種條件下的無罪判決，檢察官不能再上訴。參中華民國憲法學會舉辦「刑事妥速審判法座談會會議紀錄」，林俊益廳長發言，憲政時代季刊36卷3期，2011年1月，頁269。惟對此時間要件，論者頗有認為，除理論基礎為何有疑義外，時間著實過長，且等於明（暗）示，只要沒有超過這期間，就不會有速審權的侵害，適用結論便顯突兀而令人難以接受，建議第七條或第八條八年或六年之審判期間適度縮短（如二到四年），並因應實際個案需要，列舉合理的法定障礙事由而從審判期間中予以排除，參李榮耕，簡評新制定之刑事妥速審判法，法學新論40期，2013年2月，頁42以下；另外，比較日本法制，時間經過長短，應非迅速審判與否關鍵，上訴救濟結構調整不同審級分工協力，提升審判品質方為正辦。參林裕順，最高法院上訴救濟變革與展望，月旦法學208期，2012年9月，頁35。

¹⁵⁷ 根據司法院發布「法院適用刑事妥速審判法應行注意事項」八、關於第八條部分：(二)本法第八條所定六年期間之計算，自第一審繫屬日起算，第二審、第三審及發回更審之期間均累計在內。案件若經再審、非常上訴，自判決確定日起至更為審判繫屬前之期間，應予扣除。

¹⁵⁸ 司法院發布「法院適用刑事妥速審判法應行注意事項」八、關於第八條部分：(三)本法第八條所定「經最高法院第三次以上發回後」，包含最高法院第三次發回之情形。

¹⁵⁹ 對此，論者頗多主張，最高法院習於撤銷發回才是訴訟遲延的原因，故應採「立法限制撤銷論」，修正刑訴法第401條限制最高法院撤銷發回次數為「一次」（法官籲請改革最高法院行動聯盟則主張「二次」），才是促進迅速審判的解藥。參刑事妥速審判法兩週年檢討學術研討會，吳巡

根據最高法院第一次針對速審法第 8 條所為的判決，亦即，最高法院 100 年度台上字第 3791 號判決略謂：『按刑事妥速審判法第 8 條針對檢察官、自訴人就無罪判決上訴之禁止，係以無罪推定原則為基礎，對於案經第三審發回三次以上久懸超過六年猶未能確定之案件，卷存證據資料既經事實審反覆多次調查審認，猶無法將被告定罪，顯見檢察官、自訴代理人未能盡其實質舉證責任，即應使最後一次更審（含第三次更審在內）無罪判決於事實審定讞，不得再上訴於第三審法院，此乃刑事訴訟法第三百四十四條第一項之特別規定，其目的顯在保護被告避免訟累，俾落實被告有接受公正、合法、迅速審判之權，與同法第三百七十六條係基於訴訟經濟之考量，對輕微案件貴在迅速審結所設之第三審上訴禁止，同其旨趣。本條禁止上訴之情形有二：（甲）、案經第一審為被告無罪之判決後，迭經上訴，第二審更審結果仍然維持第一審所為無罪判決，（乙）、案經第一審為被告有罪之判決後，屢經上訴，更審前曾經第二審二次以上改判無罪，第二審更審結果仍然改判無罪者，則此等最後一次更審無罪判決即告確定；學理上稱此為不對稱上訴，其中（甲）部分，與本法第九條第三審上訴限制競合，應優先適用本條。所謂六年失權期間，自案件繫屬第一審法院之日起，算至檢察官、自訴人提起第三審上訴之日止，不問有無可歸責之延滯事由；所稱無罪判決，或維持第一審所為無罪判決之更審判決，必係經實體上之審理，以確定本案刑罰權有無之實體判決，不及於就訴訟要件是否具備，與有無違背訴訟法之規定，所為之形式判決，且除單純一罪（含數罪併罰）案件得以判決主文所宣示者為據外，實質上或裁判上一罪案件，解釋上應併就判決理由內已敘明不另為無罪之判決部分，為總括整體性之觀察判斷，定其各罪是否符合本條之規定，始符立法本旨。』

由是可知，關於速審法第 8 條，根據無罪次數累積的情形，可分為二種類型¹⁶⁰：甲類是，第一審判決無罪，且第二審更審三次以上，最後一次仍維持無罪¹⁶¹；乙類則是，第一審判決有罪，且第二審包括最後一次更審判決無罪，共計達三次判決無罪¹⁶²。至於六年期間的計算，根據立法理由的說明，案件若經再審或非常

龍檢察官、錢建榮法官、林鈺雄教授發言，台灣法學雜誌 217 期，2013 年 2 月 1 日，頁 130、136-137、140。另有主張限為「三次」，略謂：配合速審法第 8 條規定，修正刑訴法第 401 條，加入但書：「發回之次數以三次為限，如已逾三次，第三審即應即為判決，不受第 394 條第 1 項規定之限制」。參林臻嫻，我國刑訴法第 401 條為何需要加入但書？台灣法學 203 期，2012 年 7 月 1 日，頁 1 以下。

¹⁶⁰ 司法院發布「法院適用刑事妥速審判法應行注意事項」八、關於第八條部分：（一）本法第八條，下列案件，經第二審法院更審為無罪判決者，檢察官、自訴人不得上訴於最高法院：

1、自第一審繫屬日起已逾六年且經最高法院第三次以上發回後，第二審法院更審維持第一審所為無罪判決。

2、自第一審繫屬日起已逾六年且經最高法院第三次以上發回後，第二審法院為無罪之更審判決，如於更審曾經同審級二次以上無罪判決。

¹⁶¹ 司法院發布「法院適用刑事妥速審判法應行注意事項」八、關於第八條部分：（四）本法第八條前段所謂「案件第一審繫屬日起已逾六年且經最高法院第三次以上發回後，第二審法院更審維持第一審所為無罪判決」，係指第一審判決無罪，於符合自第一審繫屬日起已逾六年且經最高法院第三次以上發回之要件後，最後一次第二審法院更審判決仍然維持第一審所為無罪判決者而言。

¹⁶² 司法院發布「法院適用刑事妥速審判法應行注意事項」八、關於第八條部分：（五）本法第八

上訴，自判決確定日起至更為審判繫屬之期間，應予扣除，連同案件前已繫屬之期間，前後合併計算。

（二）實務運作狀況

關於實務就速審法第 8 條具體運作的情形，此處乃根據本條施行（99 年 9 月 1 日）後至 102 年 6 月 15 日就司法院法學資料檢索系統檢索所得，總共 35 件，進行分析檢討的結果，略作實際運作情形的初步探討。

1、無罪確定歷時期間

首先，這 35 件的無罪確定歷時期間總共平均是「九年八個月」，都遠遠超過六年。當然，這是因為在新法制定施行之前就有已經累積更審多次的案子，因速審法第 8 條制定公布施行的關係而作成，因此，不管是正面還是負面的評價，可以發現速審法第 8 條確實具有「清理積案」的功能。

由此可以看出，歷時最久的案件長達「十八年六個月」，這是一件過失致死的案件，直到更九審判決無罪後才正式確定，就是適用速審法第 8 條的案件。

2、案件類型

其次，這 35 件的案件類型，以(1)「違反貪污治罪條例的案件」類型居最多數，共有 19 件佔 54.2%，另外，(2)「涉及生命法益犯罪的案件」類型，包括殺人、傷害致死還有像剛剛提的過失致死的案件，共有 8 件佔 22.9%，此外，還有較少不過也往往是久懸不決的案件類型，則是(3)「偽造文書案件」類型，一般而言可能會同時涉及詐欺罪，也就是可能涉及以前牽連犯裁判上一罪的問題，總共有 2 件佔 5.7%。

3、無罪次數累積類型

再者，根據累積的無罪次數區分類型來看，亦即，如前所述，「一審無罪，在二審更審三次以上最後一次判決無罪者」，此即**甲類型**，總共有 18 件；相對地，「一審有罪，在二審更審三次以上判決無罪的」，亦即**乙類型**，也共有 17 件。據此可知，在累積無罪類型上，並無太大差別存在。

不過，其中，曾經連續累積無罪次數達 7 次的有 1 件、6 次的有 1 件、5 次的則有 4 件。在此，有一情況確實值得重視的就是，從一審到更審適用妥速審判法第 8 條確定無罪之前，也就是從頭到尾都沒有發生有罪無罪逆轉現象的情形，歷審均為無罪判決者，有 6 件佔 17.1%。在這 6 件當中，有一件是所謂的「八掌溪事件」，歷審都是無罪判決，但也是直到更四審才因速審法公佈施行的關係而

條後段所謂「案件第一審繫屬日起已逾六年且經最高法院第三次以上發回後，第二審法院為無罪之更審判決，如於更審曾經同審級二次以上無罪判決」，係指第一審法院為有罪判決，於符合自第一審繫屬日起已逾六年且經最高法院第三次以上發回之要件後第二審法院連同最後一次更審無罪判決在內，有三次以上為無罪判決者而言。

定讞。

針對此種類型的案件，值得思考的便是，為何會如此？是否檢察官在偵查終結提起公訴時、就證據精緻的程度來看，是有問題的？相對的，如果在撤銷一次、二次更審後，一直都是無罪判決時，檢察官是不是還需要繼續上訴？就是上訴理由的考量為何？這是在這一類型的案件當中，值得思考的問題。

4、逆轉案件

另外，就案件曾經有過逆轉的情形，歷審過程曾經有罪無罪逆轉的案件（簡稱逆轉案件）。總共有 29 件約佔 82.9%，其中，還是以違反貪污治罪條例案件佔多數有 16 件佔 55.2%。

(1)逆轉的次數：有關逆轉的次數：5 次(5 件)、4 次(2 件)、3 次(16 件)、2 次(6 件)，基本上，分布並不具有規則性，有逆轉達五、四、三次的，也有逆轉二次的。

(2)逆轉的類型：關於逆轉的類型，在逆轉案件裡，有一、二審都曾經諭知有罪的，即就一審、二審都判有罪，但最後撤銷後發回更審後逆轉過來，而且在更審達三次的過程中也有再逆轉的狀況存在，就是「**a.一審二審均曾諭知有罪**」的情形有 9 件大約佔 31%，比較集中在貪污罪的情況。關於這種類型，從一個檢察官積極發現真實的角度來看，也就是從所謂維護公平正義、特別是從比較屬於發現真實的立場來看，對於速審法第 8 條的規定，值得質疑的地方應該是：以這 9 件來看，「更審的無罪判決，是不是還有空間，是不是可能在判決上有違法或是心證上有違反經驗法則的問題？若有，為何不容許檢察官再提上訴第三審？」

相對地，逆轉案件裡面也包括「**b.一審二審均曾諭知無罪**」的情形，即一二審都是作成無罪判決的，到更審之後才逆轉回有罪，最後又逆轉為無罪的，也有 5 件大約佔 17%，也都是比較集中在貪污罪的部分（共 4 件）。據此觀察來看，針對第 8 條的要件，將來如果有必要修正者，從這裡的實際運作狀況來看，可以得到一個觀察或啟示就是，需不需要就案件類型來作規範？

此外，這裡還有一種案件，就是在逆轉案件中「**c.無罪累積達到七次**」的情形，也有 1 件，這也是一個比較具有特色的案件。

根據適用第 8 條的這 35 個案件類型來作分析，可以看出其中逆轉的態樣真是千變萬化，很難加以作一個規則性的整理。不過，從這 35 個案件的運作狀況來看，其實便可發覺幾個不合理的現象，值得從具體觀察的角度來思考「**第 8 條的適用要件規定是否妥適**」這個問題。

5、問題觀察及分析檢討

首先是「**時間門檻**」的問題，即速審法第 8 條設定「**須第一審繫屬日起已逾六年**」這個時間門檻的規定合不合理的問題。立法者之所以會設定時間門檻為「六年」，主要應是估算到要達三次發回更審，實務運作上，大概需要六年的時間，

基於這個原因所作合理的估算。惟，從這 35 個案件的運作狀況來看，亦即從過去長期累積的這些多次發回的案件來看，便可發覺六年門檻的設定可能並不合理。最主要的是因為，在新法開始施行後，現在實務運作就案件審理已有加速腳步，因此，要累積三次撤銷發回更審，其實已經不需要六年，可能四年或至少五年就可以累積三次。

在這種情況下，根據這 35 個案件來比較，舉個比較對稱的例子就是，第一種是從一審、二審都是無罪，而四年已經累積五次的無罪判決，亦即撤銷發回中也有兩次達到無罪，第二種則是一個已經繫屬達七年的案件，而這個七年的案件，在歷審過程中曾經逆轉。從發現真實的角度來看，其實第一種類型就是自始都是無罪的類型，應該不用等到六年就可以早點確定，這是從均衡的角度，特別是從發現真實的角度來作對照觀察，可以質疑這項時間門檻的部分。因此，速審法第 8 條設定六年的時間門檻，可能並不是一個合理的時間門檻。

其次則是「發回次數」的問題，即速審法第 8 條要求「須經最高法院第三次以上發回」次數要件的問題。設定這樣的門檻，也會發生在不同的無罪累積類型下可能會造成不均衡的現象同樣的問題。所以，是不是真的要嚴格設定三次以上發回，在立法上也是值得討論的問題。

再者則是「甲乙類型之間不均衡」的問題，亦即速審法第 8 條將適用要件分成兩種類型：甲類型跟乙類型，這兩個類型之間，其實也有不均衡的問題，特別是如果從發現真實的角度來看，一樣也有不均衡的現象存在。

根據上述問題的具體觀察，初步來看，是否應在累積一定的二審無罪判決案件中禁止檢察官提起上訴第三審的問題，除了必須回歸立法理由加以釐清之外，其實應該要更周延地從比較歷審判決逆轉的證據關係，以釐清案件久懸不決的原因，特別是應該從上訴目的論的觀點出發探討，同時，由於現行法一、二審都是採事實審，重覆審理，故應檢討我國目前上訴審的構造。甚且，問題關鍵當在：追訴權概念的釐清，亦即，追訴權究竟有無窮盡的問題？就其窮盡的時點如何劃出界線？這是思考速審法第 8 條時，應綜合這些觀點來作比較週延的論述。

(三)問卷調查及分析檢討

其次，則是本計畫就速審法的規定，針對高檢署的檢察官實問卷調查的結果，所作數據分析的部分。於此須先說明者是：此次研究計畫所作問卷調查的統計數據分析，就研究方法而言，並非嚴謹的統計學上的調查分析，而只是就實務運作及立法理論觀點針對高檢署檢察官的意見及人數比例所進行初步的意向調查而已，合先敘明。

1、問卷調查狀況

(1)施行前之捨棄第三審的情形

首先，在速審法第 8 條施行之前的部分，本計畫問卷調查所欲瞭解的是，實務上，對一、二審都是無罪的案件，或者撤銷發回更審累積一定無罪次數的案件，

高檢署檢察官是否會為了積極發現真實的目的而持續不斷地提起上訴至最高法院？還是會根據案件情況作權衡分析，若原審的無罪判決並無特別顯著的判決違法，或是判決程序雖有瑕疵但不會影響判決結果，而對案件捨棄上訴？換言之，在沒有法律明文依據之前，檢察官是否也會斟酌一定的情况，包括追訴權的觀點，或是被告利益的觀點，進行裁量而捨棄上訴？其實，根據問卷調查的結果，可以看到也有不少的檢察官是持這樣的態度。這裡分成幾種情況：

- a. 第一種是「一審、二審均為無罪判決」的案件類型，受訪的 66 位檢察官中有 50 位檢察官，曾經有捨棄上訴的經驗，大約佔 64.7%。不過，這種案件數量都很少，不過，初步來看，這種案件其實很少，但辦過這類型案件的檢察官其實不在少數。
- b. 第二種是「一審為有罪判決而二審改判為無罪判決」的案件類型，也有部分的檢察官曾經捨棄過上訴，66 位裡面有 28 位，大約佔 42.4%。
- c. 另外則是「經最高法院撤銷原審無罪判決並發回更審後，更審法院仍作成無罪判決」的案件類型，此時捨棄第三審上訴的檢察官，66 位裡面也有 18 位，大約佔 27.3%。
- d. 再者則是「經最高法院第三次發回後，經更審法院維持第一審所為無罪判決」的案件類型，這是參考妥速審判法第 8 條的適用要件而設問，施行之前，符合這樣標準的案件，捨棄上訴的比例就降為 14 位，大約 21.2%。
- e. 最後就是「經最高法院第三次發回後，經更審法院作成無罪判決，且該案件於更審前曾經同審級作成二次以上無罪判決」的案件類型，亦即更審三次以上且累積三次以上無罪判決而捨棄上訴的情形，施行以前有 10 位，大約佔 15.2%。

這是在修法之前的狀況，由此可以看出，雖然法尚無明文規定，但有部分高檢署的檢察官，其實在其職權審酌綜合考量之下，也有捨棄上訴的情形存在。

(2) 施行前之捨棄理由

根據問卷調查顯示，在修法之前，承辦案件的檢察官捨棄上訴時的主要理由，最多的就是，「(a) 調查途徑已窮仍不能證明被告有罪」約佔 33.5%，以及「(b) 無罪判決並無違背法令」約佔 33.5%。亦即，第一個就是「調查途徑已窮仍不能證明被告有罪」，即檢察官認為調查途徑其實已經窮盡，第二個就是「無罪判決並無違背法令」，即檢察官經審酌後認為，高院更審無罪判決並沒有違背法令，因此捨棄上訴，加起來將近七成的案件。第三個就是「(c) 原判決雖有瑕疵但並沒有顯然影響判決的結果」約佔 10.4%，因此捨棄上訴，也值得注意。

最後兩個則是，「(d) 一事不再理、或被告已一再經法院無罪判決基於維護被告權益」，即基於斟酌被告利益的觀點而為捨棄上訴，約佔 13.1%，以及「(e) 無罪推定原則」，即基於無罪推定原則的觀點而捨棄上訴，約佔 9.6%。

根據上述問卷調查數據可知，根據被告利益觀點或無罪推定觀點而捨棄上訴者畢竟還是比較少數，多數的檢察官見解，就是否對第二審判決提起第三審上訴

的問題，基本上，還是回到訴訟法的法理，從「原判決有沒有違背法令」的觀點來審酌。第一、二、三種理由加起來，總共將近八成，由是可知，檢察官多數都是根據這種訴訟法的觀點作為捨棄上訴的理由。

其中，第三個理由也就是「判決雖有瑕疵但並未顯然於判決有影響」部分，其實頗為值得注意，亦即，雖然判決有瑕疵但檢察官不會因為要積極發現真實就認為一定要提起第三審上訴，大概有一成左右的檢察官是從這個觀點來看的。

在法沒有明文規定之前，檢察官會基於上面這些理由來捨棄上訴，接著，當然，這裡值得關注的就是捨棄之程序機制的問題。

(3) 施行前之捨棄的程序機制

在施行前，針對案件第三審上訴的捨棄與否問題，究竟檢察體系有無一定的內部的程序機制？根據此次問卷調查的數據顯示，「(a)依檢察機關內部規定」即佔 50%，另外「(b)承辦檢察官自行決定」則約佔 32.8%，「(c)由機關首長召集會議研商決定」則約佔 2.5%，「(d)由主任檢察官決定」約佔 0.8%，至於「(e)其他」則約佔 9.8%。

由於上訴第三審與否確實是影響被告權利很重大的決定，當然，如果從積極發現真實來講，對檢察官也是很重要的裁量決定，因此，是否上訴第三審的權衡基準，如何透過程序的機制將捨棄與否的基準予以客觀化，乃屬非常重要的議題。

(4) 施行後之運作狀況分析

接著，則是速審法第 8 條施行之後的一個運作的問卷調查，在「施行後」這裡，受訪者則是 78 位，與上述「施行前」是 66 位，之所會不一樣的原因就是，這次接受調查的檢察官，有些在新法施行之前還沒有到高檢署，是施行後才到高檢署，所以「施行後」這邊人數增加了大概 12 位。

- a. 在受訪的 78 位高檢署檢察官裡面，曾辦過第 8 條的案件的人有 32 人
- b. 而所承辦的第 8 條的案件，絕大多數的情形，約有 96% 以上，因高等法院在判決裡大都會註明「這個案件符合第 8 條的要件，不得上訴」。
- c. 至於高檢署檢察官收到高院無罪判決書註明的因為有第 8 條的適用而不得上訴，這時候承辦檢察官會如何處理？根據問卷調查顯示，第一個就是「a. 報請檢察長同意簽結不再上訴」，有 25 位；第二個則是「b. 進一步再請示上級檢察官檢討再評估是否有符合第 8 條的規定」，有 3 位，至於第三個「c. 自行簽結」則是 1 位，最後一個「d. 沒有作答」的是 3 位。

(5) 施行後雖不合規定仍捨棄上訴之情況

接著，與上述「修法之前雖法無明文規定也有部分檢察官是有捨棄上訴的情況」進行對照而設計問卷，根據問卷調查顯示，新法施行之後，對於雖尚不符合第 8 條累積無罪次數的限制，即還沒有達到六年，也還沒有達到發回更審三次的情形，是否會因第 8 條甚至可能包括第 9 條規定的影響，檢察官就捨棄上訴？此

時，捨棄上訴會不會比修法之前更積極，還是說會因速審法的修正而引起部分檢察官的反彈，反而造成捨棄上訴比修法前更不積極？本研究計畫希望能夠了解此種問題狀況，因此在問卷裡有作此題目設計。這裡分為幾種類型：

- a. 第一種類型就是「**一審、二審均為無罪判決，惟尚未符合第 8 條要件**」的情形，此時，在 78 位檢察官裡有 59 位表示有過這樣的經驗，就是雖尚未符合第 8 條的要件，但一、二審無罪就捨棄上訴，有 59 位檢察官捨棄上訴，比例高達 75.6%。如果與修法前的 60 位來作比較來看，數據上其實是有一些比例的成長，值得肯定。
- b. 第二種類型就是「**一審為有罪判決而二審改判為無罪判決**」的情形，曾經捨棄上訴第三審者，78 位檢察官裡有 34 位表示有過這樣的經驗，佔 43.6%，這個部分與修法前作比較，也有一定比例的增加。
- c. 第三種類型就是「**最高法院撤銷原審無罪判決並發回更審，更審法院作成無罪判決**」的情形，雖尚不符合第 8 條的要件，檢察官就捨棄上訴的有 21 位約佔 26.9%，這個部分與修法前作比較，大概比較持平。

(6) 施行後之捨棄理由

最後，本研究計畫在問卷裡面也設計請檢察官能夠就其捨棄上訴的理由來作回答，與第 8 條施行之前亦即在舊法時期，捨棄上訴的理由來作對照比較。

上述(施行後)捨棄第三審上訴之理由，與施行前之捨棄理由相較，基本上並無顯著之變化。值得注意的是，基於無罪推定原則或一事不再理、維護被告權益作為捨棄上訴之理由的比例，反而略有下降。

2、問卷調查之分析檢討

基本上，與速審法施行之前比較，尤以上述(1)之情形捨棄上訴第三審之比例有比較顯著的提高。

為何一審無罪二審無罪的案件在速審法施行之後，有比較多比例的檢察官願意放棄捨棄上訴？本研究計畫推測，此種情形主要應係受到速審法第 9 條上訴第三審理由限制之影響。因為在問卷裡就捨棄上訴理由有特別提問是，基於無罪推定或基於一事不再理的觀點，或是說為了要維護被告接受迅速審判權利的觀點，而為捨棄上訴。不過，根據問卷調查數據顯示，勾選這些理由的檢察官人數，其實比例是下降的，因此，檢察官在這第 8 條施行之後捨棄上訴的比例略有提高，惟這個比例的提高應不是出於維護被告的權益，所以，比較合理的推論應該是，受到速審法第 9 條限制上訴理由限制的影響，這是一個初步的觀察。

(四) 修法檢討

關於我國刑事妥速審判法第 8 條之解釋適用及運作狀況、問卷調查結果及分析檢討，已分別敘述如上，以下則根據上開解釋適用及運作狀況的分析說明，再

就立法論進行簡要之檢討論述。

就立法論而言，速審法第 8 條及第 9 條之規定，將來應配合刑事訴訟法上訴制度的修正，一併回歸至訴訟法做完整的體系規範為宜。在第 8 條立法理由中，除了檢察官的上訴確實會讓被告承受過度的焦慮及不安屬於實際因素外，其餘幾點，如：舉證責任論、無罪推定原則或維護速審權等論據，要各自獨立地合理妥適說明速審法第 8 條的制定，其實，都存有體系上的界限，難以自圓其說。這也突顯了第三審上訴結構的設計，除了必須維持以統一法令之解釋為目的外，必須同時考量作為終審法院之最高法院處理案件的能量、以及應發揮救濟具體個案至何種程度之高度政策判斷的需求。不過，理論上，基於節制檢察官追訴權與落實無罪推定原則的觀點，本應進一步修正刑事訴訟法，規定對於第一審所為之無罪判決，即有限縮檢察官或自訴人得上訴第二審事由之必要。

本研究認為，起訴案件於判決確定前，係一整體遂行追訴的程序，檢察官的追訴權並未因無罪判決而完全喪失，但因檢察官追訴權的實體基礎，已經法院拒絕一次，基於無罪推定的保障，被告之無罪應具事實上推定之拘束力，不應以事實誤認為由再蒙受第二次被追究的風險。此種情形下，檢察官所剩餘的追訴權，乃基於公益代表人監督裁判統一法律解釋之目的，得以原審判決違背法令提起上訴。要言之，源自於追訴權之檢察官上訴權，為衡平被告之權利保障及一定的政策考量，關於無罪判決，對檢察官應形成相當程度的上訴障礙。

因此，刑事妥速審判法第 8 條禁止檢察官上訴之規定，可再研議放寬，無庸另設繫屬已逾 6 年、3 次以上發回之要件限制，案件只要累積兩次事實審之無罪判決者，即應限制檢察官或自訴人之上訴權，亦即經第一審及第二審無罪判決，或第一審有罪、第二審上訴無罪，經被告上訴後，最高法院撤銷發回，更審結果再為無罪判決者，此種情形，即應禁止檢察官提起第三審上訴¹⁶³。

四、我國刑事妥速審判法第 9 條之解釋及實務運作

（一）法條解釋與學說

1. 立法意旨

刑事訴訟法已改採改良式當事人進行主義，檢察官對於起訴之案件，自訴人對於提起自訴之案件，均應負實質舉證責任。案件於第一審判決無罪，第二審法院仍維持第一審所為無罪判決，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，因此合理限制檢察官、自訴人之上訴權，使其等於上開情形下，提起上訴之理由以落實嚴格法律審之理由為限，可使檢察官、自訴人更積極落實實質舉證責任，爰明定於第二審法院(包含更審法院)維持一審無罪判決之情形下，提起上訴(包含檢察官、自訴人提起上訴)之理由，限於本條第一項各款嚴格法律審之理

¹⁶³ 詳參陳運財，不對稱上訴制度之初探，檢察新論第 9 期，2011 年 1 月，頁 65 以下。

由。

2. 適用要件

刑事妥速審判法第九條係規定除有同法第八條之情形外，就第二審法院維持第一審法院之無罪判決提起上訴者，應受上訴理由之限制，其要件包含：

- (1) 非屬第八條適用之案件，包含自第一審繫屬日起尚未逾六年、或第一審判決無罪、第二審判決有罪，更一審判決無罪，而尚未符合更審三次以上之情形等。
- (2) 本條適用案件之上訴事由限於：判決所適用之法令抵觸憲法、判決違背司法院解釋以及判決違背判例。
- (3) 第三審法院若認為所適用之法令卻有抵觸憲法，則應依司法院釋字第 371 號解釋意旨，裁定停止訴訟程序，聲請大法官解釋。
- (4) 依第九條第二項規定，若非屬本條第一項法定上訴事由，最高法院不得依職權審查原審判決有無違背法令，而撤銷發回。
- (5) 從第九條第二項之規定出發，最高法院目前多數見解均指出原審判決違反刑事訴訟法第三百七十七條至第三百七十九條、第三百九十三條第一款相關之司法院解釋、判例亦不得作為上訴之事由：「刑事訴訟法第三百七十七條至第三百七十九條、第三百九十三條第一款，於上揭案件之審理，不適用之，即不得執為上訴第三審之理由；則各該規定相關之司法院解釋、判例亦同無適用，以徹底符合嚴格法律審之法旨。¹⁶⁴」

3. 學說見解

首先就本條規定之立法意旨明確指出係從無罪推定原則出發，論者認為係屬對無罪推定原則之誤解，自各國際公約之規定觀之，可知無罪推定原則係適用於被告經判決有罪前，若被告已被判決有罪，自應停止無罪推定原則之適用。¹⁶⁵然而本條之規定係適用於第一審及第二審均為無罪判決之案件，前述之理論是否足以作為廢止本條規定之理由自非無疑。

另就立法意旨中指出本條之規定亦包含對被告速審權之保障，亦有論者認為於聯邦刑事訴訟制度中之速審 (speedy trial)，係指使被告迅速接受第一審審判之謂，而與本條所規定之第三審上訴有本質上極大之差異，聯邦最高法院至今就被告是否有迅速上訴之權利仍未表示意見，而觀諸本條之適用要件與「時間」、「合理審判時間受審判」毫無關連，本質上應與速審權無關。¹⁶⁶

又本條對於控方上訴採取嚴格之上訴事由限制，有論者認為在我國目前刑

¹⁶⁴ 最高法院 102 年度台上字第 2180 判決、102 年度台上字第 1912 號判決、101 年度台上字第 6237 號判決、101 年度台上字第 2771 號判決、100 年度台上字第 7257 號判決以及 100 年度台上字第 4119 號判決均為相同意旨。

¹⁶⁵ 吳巡龍，《從美國制度檢討我國速審法》，刑事妥速審判兩週年檢討學術研討會，〈台灣法學雜誌〉，第 216 期，2013 年 1 月，頁 63。

¹⁶⁶ 朱富美，《刑事妥速審判法第 9 條施行週年現況與檢討-由判決統計論立法政策得失》，刑事妥速審判兩週年檢討學術研討會，〈台灣法學雜誌〉，第 216 期，2013 年 1 月，頁 118-119。

事審判第二審仍為事實審之前提下，將會造成當事人無從就第二審之違法判決請求救濟，而且第九條第一項所列各款事由，均有事實上窒礙難行之處：

(1) 判決所適用之法令牴觸憲法：

首先無罪判決內宣示所適用之法令多數為刑事訴訟法第 301 條第 1 項、第 154 條第 2 項，本無牴觸憲法之餘地，縱使把無罪判決內所引用之最高法院判例或決議納入本款之「法令」中，根據大法官解釋釋字第 687 號解釋，卻也同時明確指出最高法院之判例、決議並非法官可據以聲請憲法解釋之客體。又再從第三審之管轄機關為最高法院觀之，若限制上訴第三審須以判決所適用之法令牴觸憲法為限，實質上已將最高法院置於違憲審查之管轄機關地位。¹⁶⁷

除此之外，我國目前第二審仍採取覆審制，最高法院長年以來之職權均為審查第二審判決是否違法，驟然於下級審制度未改革之際，即突然將違憲審查納入上級審之職權，在整體訴訟架構上未免失衡。又第九條第一項第一款之規定僅限於判決所適用之法令牴觸憲法，卻就原判決或其訴訟程序本身違反憲法之規定時，當事人得否聲請第三審上訴並未予以明定，不免產生適用上之疑義，基於糾正個案判決或訴訟程序違憲之必要性、與同項第 2 款及第 3 款之間之衡平，應將原審判決或其訴訟程序本身違反憲法規定納入上訴事由中。¹⁶⁸

(2) 判決違背司法院解釋：

關於本款規定主要之批評在於第九條第一項將判決僅違背法令之情形自上訴事由中排除，卻容許以違反解釋法律之司法院解釋上訴第三審，令人費解¹⁶⁹ 惟自限縮上訴事由之嚴格法律審觀點出發，將上訴事由限制於判決違反具有統一法令解釋、拘束全國各機關及人民效力之司法院解釋，與將判決單純違背法令之情形排除於上訴事由之外並非當然有矛盾之處。

(3) 判決違背判例：

首先批評者仍認為本款之規定係將判例置於高於法律之位階，就法官個案審判而言，依據司法院大法官解釋釋字第 216 號、530 號解釋以及第 687 號解釋李震山大法官之部份不同意見書見解均指出法官必須依法獨立審判，判例僅係供其參考，並不受判例之拘束，若執意將上訴事由限制為判決違背判例始得向第三審提起上訴，將會導致法官實質上喪失獨立審判之精神及空間，甚而在重要判例遭廢止後，會發生當事人無從就重大違法之判決上訴請求救濟之窘境，進而有最高法院

¹⁶⁷ 楊雲驊，〈刑事妥速審判法第 9 條「嚴格限制上訴」之評析與改革建議〉，刑事妥速審判兩週年檢討學術研討會，〈台灣法學雜誌〉，第 216 期，2013 年 1 月，頁 98-101。

¹⁶⁸ 陳運財，〈刑事妥速審判法第九條限制上訴第三審事由之檢討〉，〈月旦法學雜誌〉，第 209 期，2012 年 10 月，頁 64。就審判程序違背憲法規定，卻無法依第九條第一項第一款規定向第三審提起上訴之質疑，亦為其他學者所認同。楊雲驊，同前註 167，頁 107。

¹⁶⁹ 楊雲驊，同前註 167，頁 102。

藉由選擇判例造法之虞。¹⁷⁰

然最高法院所著之判例，仍可由最高法院刑庭會議予以變更，並不會因為第九條第一項第三款之制定而使最高法院選取之判例具有法律效力，且本款之所以將原判決違背最高法院判例優先於一般違背法令之情形容許作為上訴事由，是因為判例係就具體個案之判決中因有關法令之重要事項有統一見解之必要而作成，故判決違背判例者，自宜直接列為最高法院審查之事項，以收統一解釋法令之目的。¹⁷¹再從最高法院所著判例中包含抽象之法令原則性解釋，也有個案作成具體結論者，就後者引用之情形觀之，最高法院就相同之法令均選取多則不同之判決見解作為判例，亦即判例之引用並非僅以要旨相同即可援引，最高法院於審查控方以判決違反判例為上訴事由時，仍然將判例之原因事實與本案事實加以比較，於原因事實相近者，始就該判決有否違背控方所提出之判例加以審查，蓋法律之解釋本為多元，最高法院既負有統一法令解釋之重要功能，將上訴之事由限於違反已統一之法令解釋，自有貫徹實踐此一功能之效果。

另外就判決違背判例之時點，由於本款並未明確規定，就上訴事由所援引之判例於上訴前遭廢止，或於上訴審審查中，發現有變更原判例之必要時，應如何進行審理程序以及如何作成判決，在現行實務運作上似仍有加以具體並制度化之須要。¹⁷²

- (4) 最高法院多數見解依本條第二項規定，將刑訴法第三百七十八條至第三百七十九條、第三百九十三條第一款相關之司法院解釋及判例排除於上訴事由之外：

如前所述，目前最高法院之多數見解將本項所涉條文之相關司法院解釋及判例排除於上訴事由之外，除事實上造成上訴事由更進一步的大幅度限縮外，最高法院雖以彰顯其法律審性質、積極落實控方之舉證責任等為由作成如此解釋，惟自本項規定之文義觀之，本已非當然可擴張至相關司法院解釋及判例，最高法院就本項見解仍有法理上正當性之欠缺，且亦會加劇第三審上訴與非常上訴間審理強度之落差。¹⁷³

4. 檢察實務之見解¹⁷⁴：

依據本計畫對於各高檢署檢察官之問卷調查結果顯示，檢察實務對於本條規定多認為其要件限制過於嚴格，應加以修正（佔受訪檢察官之 65.4%），其理

¹⁷⁰ 楊雲驊，同前註 167，頁 102-108。

¹⁷¹ 陳運財，前揭註 168，頁 71。

¹⁷² 陳運財，前揭註 168，頁 70。

¹⁷³ 陳運財，前揭註 168，頁 74。

¹⁷⁴ 此處之意見均出自本次研究計畫於 102 年 3 月至 5 月間進行之問卷調查結果，該問卷調查以各高檢署之檢察官為調查對象，本次發放問卷 149 份，有效回收份數 78 份，回收率為 52.34%。以及 102 年 6 月 28 日於東海大學舉行之「刑事妥速審判法限制第三審上訴實務運作檢討座談會」會間座談紀錄。

由主要在於就審判之遲滯，於現行實務上主要應歸咎於最高法院依刑訴法第三百七十九條第十款之規定，過度介入事實調查，導致案件多次來回於更審法院與最高法院之間¹⁷⁵，造成訴訟程序持續多年無法確定，而致被告處於長期之焦慮而身心俱疲，甚而提高冤假錯案之機率，然速審法卻忽視最高法院延滯訴訟之現實，片面限制控方之上訴權，甚至於立法後，最高法院進而就法定之上訴事由再行限縮之解釋排除本條第二項相關之司法院解釋及判例，多數受訪檢察官（69.2%）認為並非妥適，其中理由即在於認為最高法院並未就排出相關判例適用提出充分之說理及法源依據（72.2%）以及該解釋過度限縮控方之上訴權，可能造成當事人對於當然違背法令及判例之判決無法上訴請求救濟（64.8%）。

另外就原審判決本身或訴訟程序有牴觸憲法之情形時，大多數受訪檢察官（82.1%）亦認為應屬可上訴第三審之事由，以上之修正建議方向於學界與實務界均獲多數認同，應認實具參考價值。

其他意見諸如認為若要達成妥速審判之目的，應係另訂審判期程之規定，而非一味限制控方之上訴權，且第二審採行覆審制始為訴訟延滯之原因，應係先就第二審加以改革，過度限縮檢察官之上訴權，會導致法院之判決無法獲得有效監督等，均為的見。

（二）實務運作狀況

1. 最高法院判決統計

自民國 100 年 5 月 19 日本條生效時起至 102 年 8 月止，經高等法院實質審理後作成維持第一審無罪判決，並經檢察官或自訴人上訴於第三審之案件，共有 208 件。

其中檢察官、自訴人以本條之理由上訴第三審，經最高法院撤銷原判決並發回更審之案件共有 4 件：101 年度台上字第 5534 號判決、101 年度台上字第 4483 號判決、101 年度台上字第 950 號判決以及 101 年度台上字第 879 號判決，以上四件均是以本條第一項第三款之判決違背判例為由上訴。除以上四件外，扣除因與他部份罪名為實質上一罪而經撤銷發回之案件後，共有 203 件案件遭最高法院以上訴不合法律程式為由（刑訴法第 395 條）駁回。

檢察官、自訴人以原審判決牴觸憲法、違背司法院大法官解釋為由上訴之案件共有 9 件。

於 208 件案件中，檢察官、自訴人以原審判決違背判例為由上訴第三審之案件共有 112 件，其中所援引之判例遭最高法院認定為本條第二項相關判例而非合法上訴理由之案件有 55 件，佔全部以本款為上訴理由案件之 49.1%。

2. 速審法第九條施行前後之間卷調查結果

本次問卷調查分別就本條規定施行前，受訪之高檢署檢察官就相同類型案件之捨棄上訴率及上訴後遭駁回之機率，與本條施行後受訪之高檢署檢察官之捨棄

¹⁷⁵ 吳巡龍，前揭註，頁 71。

上訴率及上訴駁回率加以比較，再從施行前之主要上訴理由與本條上訴理由限制之規定加以比較分析，以觀察本條施行對於實務上檢察官就第一審、第二審均為無罪案件上訴之影響。

(1) 本條施行前有 74.6% 之受訪檢察官曾經捨棄就第一審、第二審均為無罪判決之案件提起第三審上訴，相較於「經最高法院第三次發回後，第二審法院更審維持第一審所為無罪判決」以及「經最高法院三次發回後，其所為無罪之更審判決，於更審前曾經同審級為二次以上之無罪判決」此二類型捨棄上訴之比例要高出許多¹⁷⁶，而在受訪檢察官中有 22% 之檢察官就此類第一審、第二審均為無罪判決之案件一概捨棄上訴。

就受訪檢察官於施行前針對此類案件向第三審提起上訴後，最高法院發回率在 40% 以下者佔 33.3%，其中包含 25% 有就此類案件上訴經驗之檢察官其發回率回 0%。

(2) 本條施行後就此類案件曾經有捨棄上訴經驗之受訪檢察官佔 75.6%，而就曾經上訴之受訪檢察官之經驗，高達 87.5% 之受訪檢察官表示該類上訴第三審之案件 96% 至 100% 之比例遭最高法院以上訴不合法律程式駁回，主要之駁回理由為原審判決並無上訴意旨所指違背判例之情形（46.9%）以及上訴意旨所援引之判例屬於本條第二項所列規定之相關判例（43.8%）。

(3) 於本條施行前，受訪檢察官上訴第三審之主要事由分別為：依刑訴法規定應於審判期日調查之證據而未予調查（刑訴法第 379 條第 10 款，91%）、除刑訴法有特別規定外，已受請求之事項未予判決，或未受請求之事項予以判決者（刑訴法第 379 條第 12 款，57.7%）以及判決不載理由或所載理由矛盾者（刑訴法第 379 條第 14 款，94.9%）。在本條施行後，單就本條適用之案件，受訪檢察官之主要上訴理由分別為：判決違背刑訴法第 379 條相關之判例（75%）、判決違背本條第二項以外之判例（37.5%）以及判決違背司法院解釋（28.1%）。

（三）問卷調查結果與最高法院判決統計結果比較分析

從受訪檢察官捨棄就第一審、第二審均為無罪判決之案件提起第三審上訴之比例來看，本條規定之施行並未明顯提高捨棄第三審上訴之比例，可見針對此類案件，檢察官上訴之心態普遍較為保守，而因為本條規定嚴格限制檢察官之上訴事由，再加上最高法院對於本條第二項做擴張適用的結果，本條之施行的確造成此類案件上訴之駁回率大幅提高，獲最高法院撤銷發回之案件相當罕見。問卷調查之結果亦與最高法院判決統計之結果相符，可以合理推測控方就此類案件上訴之意願本就不高，隨著本條施行期間越來越

¹⁷⁶ 前者佔受訪檢察官之 20.9%，後者則佔受訪檢察官之 14.9%。

久，最終或會造成控方就此類案件除有明確之上訴事由及必要，否則均不會輕易上訴，對於本條立法意旨之貫徹，不可謂無正向影響。

然就上訴理由觀之，受訪檢察官之主要上訴理由不外為刑訴法第 378 條及第 379 條，尤其第 379 條所列之各款事由向來為大多數控方上訴之理由，最高法院多數見解認定本條第二項所列規定之相關判例均不得作為上訴事由，事實上已經對控方之上訴造成極大限制。除經最高法院認定上訴意旨所主張之判例屬於本條第二項之相關判例而駁回之案件佔本條第一項第三款上訴案件幾近半數外，值得注意的是，最高法院就本條第二項規定之適用，出現少數因個案而有不同認定，例如 101 年度台上字第 4897 號判決被理由中認定 26 年渝上字第 8 號判例屬刑訴法第 155 條之相關判例，可成為本條第一項第三款之上訴理由，但在大多數判決（例如 101 年度台上 6056 號判決、101 年度台上字第 5585 號判決等）中卻被認定為屬於刑訴法第 378 條之相關判例，而依本條第二項規定予以駁回。另外，在 101 年度台上字第 950 號判決中，對於本判例是否屬於本條第二項之相關判例隻字未提，逕認上訴主張確有理由而撤銷該原審判決發回更審，可知最高法院就本條第二項所為之擴張解釋除有法理上之不備外，在實務運作上亦會造成判決間不一致之問題。

再從最高法院判決之統計結果來看，雖然本條生效至今已逾 2 年，以符合本條第一項規定之事由上訴第三審之案件仍然僅佔此類上訴案件之 60.5%，仍有不少案件係以判決違背法令、法則等為理由上訴，扣除少數自訴案件，顯示仍有不少高檢署檢察官明知法規已有變更，仍沿用舊習以施行前之事由上訴，上訴之品質控管仍有待加強，就此類案件上訴之必要性，建議由法務部制定統一之檢察機關內部上訴審查程序，並於各高院檢察署設立審查小組處理無罪案件之上訴審查，以因應檢察官上訴權受大幅限制後，如何能提昇上訴之正確率並節制追訴權之濫用，俾使於第一審及第二審均獲無罪判決之被告，在無罪推定原則的保障之下，能儘早自冗長之訴訟程序中解脫。

五、發現與建議

（一）發現

1、美國上訴制度之特色

就美國聯邦刑事上訴制度觀察，雖然傳統見解認為提供被告上訴審查的管道並非憲法上所要求的權利，惟一旦建立上訴審查機制，(1)其上訴事由不得予以恣意的限制。(2)上訴管道不得因被告經濟地位的不同而受差別待遇，因此被告享有接受指定辯護提起上訴之權利。(3)基於正當法律程序，採行「惡意量刑禁止原則」，禁止發回更審之法院出於妨礙被告行使上訴權益之目的而科以較重於

原審判決之刑，以保障刑事被告之合法上訴權益。(4)特別是基於聯邦憲法增修條款第五條所謂禁止雙重危險之規範，對於陪審或職業法官的無罪評決，不容許國家機關再行追訴；即便該項無罪判決可能是基於某些法官諭示或證據上的錯誤，檢察官亦不得上訴以尋求撤銷。背後主要的政策考量是避免檢察官窮盡國家龐大的資源打擊被告而可能招致無辜被告遭受處罰的風險。

2、日本法學說與實務之爭議

在日本法上對於檢察官上訴權之限制問題，學理上有不少論者分從解釋日本憲法第 39 條係禁止雙重危險之觀點、檢察官追訴權限抑制論、「有疑者利歸被告」原則論、「迅速裁判」論或上訴之性格論，主張應限制檢察官對無罪判決之上訴。但是，日本最高法院大法庭判決曾指出，一審之程序與二審上訴、以及三審上訴之程序，就同一案件而言，無非是持續中之一個危險的各部分，因此容許檢察官就被告之無罪判決提起上訴，並不違反憲法第 39 條。因此，日本刑事訴訟法基本上對於當事人的上訴權並未採取不對稱的設計。

3、美日之比較檢討

對照日本與美國實務見解，可發現兩者之間處理此項爭議的論據的南轅北轍。日本憲法第 39 條規定：「任何人就其實行時適法之行為或已被定為無罪之行為，不得被追究刑事責任；又對於同一之犯罪，不得重覆追究刑事責任。」明示了禁止溯及處罰及一事不再理保障人權的精神。一般認為此項一事不再理之規定，乃受到美國憲法禁止雙重危險之影響所制定，且因刑事訴訟法改採具當事人進行精神的訴因制度的結果，現今多數說乃從禁止雙重危險的觀點，理解一事不再理的本質，著重於減輕被告的程序負擔的觀點¹⁷⁷。但是，日本最高法院大法庭（昭和 25 年 9 月 27 日刑集 4 卷 9 號 1805 頁）判決指出，一審之程序與二審上訴、以及三審上訴之程序，就同一案件而言，無非是持續中之一個危險的各部分，因此容許檢察官就被告之無罪判決提起上訴，並不違反憲法第 39 條¹⁷⁸。相對的，美國聯邦最高法院基於憲法第 5 增修條款禁止雙重危險之保障，認為陪審或職業法官一旦達成實體的無罪判決，危險即已實現終了，隨著檢察官上訴而撤銷無罪判決後之第二次審判，將置被告於雙重之危險；檢察官若對無罪判決上訴，將致使被告重新面對危險之門，而有憲法禁止雙重危險條款之適用。

究竟追訴處罰的風險，是否因無罪判決的產生即行終了，檢察官若再對無罪判決提起上訴，將構成另一次新的風險？或是包含上訴審在內的整體訴訟程序僅構成一次追訴處罰的危險，因此檢察官對無罪判決提起上訴，並不構成違反一事不再理，美日最高法院採取了截然不同的價值判斷。對此，我國刑事妥速審判法是採取了折衷的處理模式，是相當值得探討的立法體例。

4、我國刑事妥速審判法第 8 條的運作狀況

針對我國刑事妥速審判法第 8 條的運作狀況觀察發現：

¹⁷⁷ 田宮裕，前註 109 書，頁 447。

¹⁷⁸ 松尾浩也，前註 123 書，頁 190。

(1)「**時間門檻**」的設定問題：本條規定適用門檻設定必須自「第一審繫屬日起已逾六年」之時間要件存有不合理性。從過去長期累積的多次發回的案件來看，累積所需無罪次數的所需時間長短不一。以所分析的 35 案件觀察，即發生第一種係從一審、二審都是無罪，而四年已經累積五次的無罪判決，撤銷發回中有兩次達到無罪；第二種則是一個已經繫屬達七年的案件，而這個七年的案件，在歷審過程中曾經逆轉。從發現真實的角度來看，其實第一種類型就是自始都是無罪的類型，應該不用等到六年就可以早點確定，這是從發現真實的角度來作對照觀察，可以質疑這項時間門檻的部分。尤其在新法開始施行後，現在實務運作就案件審理已有加速腳步，因此，要累積三次撤銷發回更審，其實已經不需要六年，可能四年或至少五年就可以累積三次，一律設定「**須第一審繫屬日起已逾六年**」的時間門檻的規定並不合理。

(2)發回次數應「**經最高法院第三次以上發回**」之要件衍生的不均衡問題：速審法第 8 條要求「**須經最高法院第三次以上發回**」次數要件的問題。設定這樣的門檻，也會發生在不同的無罪累積類型下可能會造成不均衡的現象同樣的問題。所以，是不是真的要嚴格設定三次以上發回，在立法上也是值得討論的問題。

(3)設定無罪次數累積之二種不同類型之間衍生的不均衡問題：「**甲、乙類型之間不均衡**」的問題，亦即速審法第 8 條將適用要件分成兩種類型：甲類型跟乙類型，這兩個類型之間，其實也有不均衡的問題，特別是如果從發現真實的角度來看，一樣也有不均衡的現象存在。

5、我國刑事妥速審判法第 9 條的運作狀況

(1)檢察官及自訴人依本條規定上訴第三審的 187 件中，經最高法院撤銷原判決並發回更審之案件僅 4 件。

(2)檢察官或自訴人援引有關刑事訴訟法第 377 至 379 條等規定之判例或司法院解釋作為上訴理由者，最高法院絕大多數係以刑事妥速審判法第 9 條第 2 項之規定予以駁回的運作。

(3)因為本條規定嚴格限制檢察官之上訴事由，再加上最高法院對於本條第二項做擴張適用的結果，本條之施行的確造成此類案件上訴之駁回率大幅提高，獲最高法院撤銷發回之案件相當罕見。

(4)雖然最高法院各庭絕大多數見解認定本條第二項所列規定之相關判例均不得作為上訴事由，惟仍有少數因個案所涉及之相關判例是否列入刑訴法第 378 條或第 379 條相關判例之範圍，而認定結果不同。

(二) 建議

本文認為，在權利的性質、依據、上訴的目的觀以及受無罪推定原則適用的影響等，可看出檢察官與被告之間的上訴權存在著本質上的差異。而此種差異，正足以合理化、正當化對於檢察官上訴權的限制。至於，所謂的訴訟平等原則或武器對等原則，係指於合法的訴訟繫屬中，當事人之間主張、聲請或調查證據上之攻擊防禦的地位應力求對等的見解；相對的，有關上訴權的限制，係是否形成訴訟之前提，屬上位概念，兩者分屬不同層次的問題。更何況，一般所謂的訴訟

平等或武器對等，主要用來強調應提升處於弱勢之被告防禦權的保障，而非再錦上添花的用於加碼檢察官追訴的權力。故要難以所謂訴訟對等原則，主張檢察官之上訴權不可單獨加以限制。

進一步言之，相對於被告憲法上訴訟權及審級救濟之正當程序的保障，檢察官之上訴權主要係源自於國家具體實現刑罰權之追訴權。追訴權固附有請求權之性質，惟更具權力之本質，當因時效完成或案件曾經判決確定等訴訟障礙之事由，致追訴權消滅或欠缺追訴利益之情形，追訴權即應消極的不行使。因此，源自於追訴權之檢察官上訴權，特別是對無罪判決，亦應因衡平被告之權利保障及一定的政策考量，而形成上訴障礙。

首先，是無罪推定所形成的上訴門檻。案件既經事實審法院諭知無罪，即便案件尚未確定，檢察官之追訴權仍未完全耗盡，然而作為當事人之檢察官既已於原審盡其主張及調查證據之能事，猶無法說服法院確信被告有罪，則其基於追訴權而得行使上訴的範圍，應受推定無罪之阻隔。換言之，被告於無罪推定原則下，應享有受該無罪判決保護的安定地位，實不宜再容許檢察官以事實誤認為由提起上訴。其次，基於被告受正當程序及訴訟權之保障、追訴權力節制的觀點以及審判結構兼採當事人進行，有關上訴之目的，應以具體救濟被告權益為主；透過檢察官監督裁判的角色，由上級審撤銷原審違法判決以統一法令之解釋的功能，應退居其次。另外，政策上試圖窮盡有限的國家資源，不斷地對無罪判決提起上訴，遑論被告，亦無法建立民眾對司法的信賴。

基於以上論述，本文認為現行刑事訴訟法未區別檢察官及被告之上訴權而分設不同的聲明不服的機制，並非妥適。

1、在立法論上，對於檢察官之上訴，應立於權力節制的觀點，為求落實其實質舉證責任及無罪推定原則，有必要進一步研議限制檢察官對無罪判決之上訴。第一審法院倘已諭知被告無罪判決，被告即應受無罪推定之實質保障，除原審判決有違背法令之情形，為求統一解釋法令之公益目的者外，檢察官不宜再就事實誤認部分提起上訴。因此，檢察官之上訴，宜限縮為僅以原審法院之無罪判決有違背法令之理由，始得提起第二審上訴。惟為顧及特殊情況發現真實之正義要求，第二審法院雖認檢察官之上訴無所定之上訴理由，但原審法院顯有影響判決結果之重大事實誤認，如不予撤銷顯違正義時，可例外容許第二審法院得依職權予以撤銷。

2、刑事妥速審判法第8條禁止檢察官上訴權之規定，可再研議修正，提早設定形成檢察官對無罪判決上訴的障礙，不待案件歷經繫屬已逾六年、三次以上發回之條件限制，案件只要累積兩次事實審之無罪判決者，即應限制檢察官或自訴人之上訴權，亦即經第一審及第二審無罪判決，或第一審有罪、第二審上訴無罪，經被告上訴後，最高法院撤銷發回，更審結果再為無罪判決者，此種情形，即應禁止檢察官提起第三審上訴。

3、從立法過程及本條之規範目的、維護自訴人訴訟權益、以及基於與非常上訴救濟管道之間之衡平觀點，原判決如有違反第379條等之相關判例或司法院解釋之情形，仍得作為上訴第三審之事由。第三審應如何設計為嚴格法律審，應

回歸刑事訴訟法整體檢討修正。

4、建議法務部制定統一之檢察機關內部上訴審查程序，並於各高院檢察署設立審查小組處理無罪案件之上訴審查，以因應檢察官上訴權受大幅限制後，如何能提昇上訴之正確率並節制追訴權之濫用，俾使於第一審及第二審均獲無罪判決之被告，在無罪推定原則的保障之下，能儘早自冗長之訴訟程序中解脫。

六、參考文獻

(一)中文文獻

1. 期刊論文

- 王兆鵬，《上訴二審鴻溝之填補》，〈法令月刊〉，第 61 卷 2 期，2010 年 2 月。
- 吳巡龍，《從美國上訴制度檢討我國刑事上訴審修正草案》，〈台灣本土法學雜誌〉，第 67 期，2005 年 2 月。
- 蔡羽玄，〈以一事不再理論檢察官之上訴權〉，《台大法學論叢》，第 40 卷第 2 期，2010 年 8 月，頁 780。
- 沈宜生，〈英國上訴制度〉，《法學新論》，第 27 期，2010 年 12 月。
- 陳運財，〈不對稱上訴制度之初探〉，《檢察新論》，2011 年 1 月，第 9 期。
- 林超駿，〈初論速審法限制檢方對無罪案件之上訴——美國刑事不對稱上訴法制簡介〉，《司法周刊》，2010 年 8 月 5 日，1503 期。

2. 專書

- 王兆鵬，《當事人進行主義之刑事訴訟》，元照，初版第 1 刷，2002 年 10 月。
- 王兆鵬，《美國刑事訴訟法》，自版，初版，2004 年 9 月
- 王兆鵬，《新刑訴·新思維》，元照，2004 年。
- 王兆鵬，《一事不再理》，自版，初版第 1 刷，2008 年 4 月
- 黃東熊，《刑事訴訟法論》，三民，增訂初版，1999 年。

3. 學位論文

- 沈宜生，《刑事不對稱上訴制度》，國立政治大學法律研究所博士學位論文，2010 年。

(二)日文文獻

1. 專書

- 三井誠·酒卷匡，《入門刑事手続法》[第 4 版]，有斐閣，2006 年。
- 小田中聰樹，收於氏著《刑事訴訟と人權の理論》，成文堂，1983 年初版。
- 小林直樹，《憲法講義(下)》，1992 年，東京大学出版会。
- 白取祐司，《刑事訴訟法》[第 4 版]，日本評論社，2007 年。

司法研修所編，《裁判員裁判における第一審の判決書および控訴審の在り方》，法曹会，2009年。

司法改革審議会，《司法制度改革審議会會意見書—21世紀の日本を支える司法制度》，司法改革審議会，2001年6月12日。

田宮裕，《刑事訴訟とデュー・プロセス》，有斐閣，1979年初版3刷。

田宮裕，《刑事訴訟法》，有斐閣，1999年。

池田修，解説裁判員法—立法の経緯と課題[第2版]，弘文堂，2009年。

長谷部恭男，《憲法》[第4版]，新世社，2008年。

松尾浩也，《刑事訴訟法(下)》，弘文堂，1999年。

渋谷秀樹，《憲法》，有斐閣，2007年。

渥美東洋，《全訂 刑事訴訟法》，有斐閣，2006年。

福井厚，《刑事訴訟法講義》[第3版]，法律文化社，2007年。

藤永幸治等編，《大コンメンタール刑事訴訟法》(第六卷)，1996年，青林書院。

2. 期刊論文

水谷規男，〈裁判員裁判と上訴・再審問題の課題〉，法律時報 79 卷 12 號，『刑事訴訟法の課題』特集，2007年11月1日。

井上正仁，〈裁判員制度をめぐって〉座談会發言，ジュリスト 1268 期，『裁判員の導入』特集，2004年6月1日。

白取祐司，〈名張事件—一審無罪・二審死刑の不条理〉，法学セミナー510号，1997年6月。

伊志嶺恵徹，〈検察官上訴に関する若干の考察〉，沖大論叢 9 卷 1 号，1969年2月28日。

松田龍彦，〈憲法第39条と二重危険法理—特に政府による再度の訴追に関する若干の考察—〉，松山大学論集 18 卷 3 号，2006年8月1日。

高倉新喜，〈検察官上訴の研究：二重の危険の原理の観点から〉，北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル第1号，1994年11月。

3. 其他資料

井上正仁，〈日本國民參加司法之現況及展望〉，2012年3月26日於成功大學國際會議廳演講資料，台灣高等法院台南分院主辦。

「1審判決破棄6・7%...裁判員の判断尊重」，読売新聞，2012年5月18日，<http://www.yomiuri.co.jp/national/news/20120518-OYT1T01017.htm> (last visited at 2012/5/25)。

「審理の滞留大幅改善、裁判員制度施行から3年」，日本経済新聞，2012年5月22日，<http://www.nikkei.com/news/latest/article/g=96958A9C93819695E0E3E2E1E68DE0E3E2E7E0E2E3E09180EAE2E2E2> (last visited at 2012/5/25)。

澤井英久(第二東京弁護士会会長),「裁判員裁判上告審逆転無罪判決に関する
会長声明,2012年(平成24年)2月14日11(声)第8号」,
<http://niben.jp/info/opinion20120214.html> (last visited at 2012/5/25)。

(三) 英文文献

United States Department Of State, Outline Of the U.S. Legal System (Bureau of
International Information Programs 2004)

Wayne Lafave & Jerold H. Israel, Criminal Procedure. (West P. 1992)

Yale Kamisar, Wayne R. LaFave, Jerold H. Israel, and Nancy King, Modern Criminal
Procedure. (West Group, 10ed, 2002)

John L. Worrall, Criminal Procedure: From First Contact to Appeal (3rd ed. Pearson Education
Inc.2009).

附錄：

一、座談會紀錄

刑事法學座談會

——刑事妥速審判法限制第三審上訴之實務運作檢討——

研討內容大綱

一、引言報告

針對刑事妥速審判法第 8 條及第 9 條限制檢察官、自訴人上訴第三審規定之實踐狀況，根據問卷調查結果進行分析檢討，作為本次座談之基礎報告。

報告人：陳運財教授（東海大學法律系）

二、與談及綜合研討

（一）方向

由與談人及報告人針對刑事妥速審判法限制第三審上訴權之問題特徵及形成原因，進行評論檢討，以作為尋求未來上訴制度改革方向之參考。

（二）與談人

石木欽庭長（最高法院）

蔡秋明主任檢察官（台灣高檢署智慧財產分署）

吳萃芳檢察官（台中高分檢）

施慶堂主任檢察官（高雄分檢）

林志忠律師（台中律師公會）

（三）預定研討題綱

請就與您相關領域之問題，惠賜意見：

- （1）就您的研究或實務經驗觀察，法務部或各地高檢署是否有針對刑事妥速審判法限制上訴第三審規定之施行而採取相應之措施？相對的，對於辯護人為被告行使防禦策略有何影響？司法院或最高法院有無以決議或相關座談採取因應措施？
- （2）在您的實務經驗中，檢察官或自訴人（代理人）對於第二審判決提起第三審上訴之意願是否有受到刑事妥速審判法公布施行的影響？
- （3）根據本次問卷調查之結果，刑事案件雖尚未符合妥速審判法第 8 條之要件，惟仍約有三成左右填寫問卷的高分檢檢察官表示曾捨棄第三審

上訴，其主要考量除認為原審判決無違背法令之處外，次要之原因為「調查途徑已窮，無法證明被告有罪」，因而捨棄上訴第三審。實務運作上，檢察官於捨棄第三審上訴時，是否有一定之標準及程序？

- (4) 您是否贊成檢察官或自訴人(代理人)對於第二審法院諭知被告無罪之判決，以法院應依職權調查證據而未予調查為由，提起第三審上訴？
- (5) 對於高檢署檢察官上訴第三審之案件，實務運作上有無相關內部之績效規定？
- (6) 部份受訪之檢察官表示於民國 100 年以後，上訴第三審案件經最高法院撤銷發回之比率大幅減少，依您的觀察，是否與妥速審判法的施行有關？
- (7) 關於刑事妥速審判法第八條之規定設有「六年」期間之限制，您認為是否合理，有無必要？
- (8) 刑事妥速審判法第八條除就審理期間設定六年之門檻限制外，就發回次數及無罪判決之次數亦以「經最高法院第三次以上發回後，第二審法院更審維持第一審所為無罪判決，或其所為無罪之更審判決，如於更審前曾經同審級法院為二次以上無罪判決者」加以限制，關於此項次數之限制規定，您認為是否合理，有無必要？
- (9) 刑事妥速審判法第九條第二項規定「刑事訴訟法第三百七十七條至第三百七十九條、第三百九十三條第一款規定，於前項案件之審理，不適用之。」最高法院多數判決認為原無罪判決違反此項規定所相關條文之判例亦屬於不得上訴第三審之範圍，您認為最高法院採取此項見解是否妥適？如此見解是否已過度限縮檢察官或自訴人之上訴權？
- (10) 刑事妥速審判法第九條規定就第一審、第二審均為無罪之案件，僅得以「判決所適用之法令牴觸憲法、判決違背司法院解釋、判決違背判例」為理由上訴第三審，片面地限制了檢察官及自訴人之上訴權，您認為僅針對追訴一方做如此之規定是否合理？是否應回歸刑事訴訟法對於被告之第三審上訴權同採嚴格法律審之規範？

附錄：會議議程表

刑事法學座談會

——刑事妥速審判法限制第三審上訴之實務運作檢討——

- 1、日期：2013 年 6 月 28 日(星期五) 下午 2 時 30 分至 5 時
- 2、地點：東海大學法律學院 L205
- 3、議程：

時 間	議 程
14:00-14:30	報 到
14:30-15:00	引言報告：刑事妥速審判法限制第三審上訴實務運作狀況 之檢討 報告人：陳運財教授（東海大學法律系）
15:00-15:45	與談研討 與談人： 蔡秋明主任檢察官（台灣高檢智慧財產分署） 吳萃芳檢察官（台中高分院檢） 施慶堂主任檢察官（高雄高分檢） * 與談發表每人各十五分鐘
15:45-16:00	茶 敘
16:00-16:30	與談研討 與談人： 林志忠律師（台中律師公會） 石木欽庭長（最高法院）
16:30-17:00	綜合座談
17:00--	散 會

主辦單位：東海大學法律學系
 行政院國家科學委員會
 聯絡人：侯珮琪 東海大學法律學系研究生
 電話：04-23590229
 傳真：04-23597549
 thaliachi@gmail.com
 地址：407 台中市東海大學 820 信箱

刑事妥速審判法限制第三審上訴實務運作檢討座談會紀錄

2013/6/28

於東海大學法律學院 L 205 研討室

主持人陳運財教授：

今天非常感謝在座五位的實務專家，能夠在這麼熱的天氣從台北從高雄到台中的東海大學來參加我們今天的座談會。那我個人真的感到非常榮幸，今天這個座談主要是個人執行國科會的兩年期研究計畫針對刑事妥速審判法第8條、第9條，目前學理上一般把它稱為所謂不對稱上訴這樣的機制，做的一份研究計畫，對這兩條實務的運作我們有做一個初步的問卷調查，那在做問卷調查的同時也針對第8條，第8條是從99年9月1號開始，第9條是大約2年前，從100年5月19號開始適用實施，那麼就這兩個條文，針對最高法院相關判決做一個初步分析，那今天就是把初步數據的分析（感謝這一次在施主任、蔡檢察官的大力幫忙），包含我們用通訊的方式請金門跟花蓮高分檢做的問卷調查，呈現出來。

那其實對學術研究來講問卷調查是相當困難的，一般回收率都很低不到兩成，這次在各位的幫忙之下，我想也造成署裡面同仁的困擾，我們也要催問卷真的很不好意思，這次回收率大概有五成左右，這是我歷年執行計畫回收率最高的一次，那在這邊特別感謝各位的幫忙，那今天主要就是把實務的運作的狀況做一個呈現，也利用這個難得的機會來請教各位專家的意見，希望讓我們這個計畫可以更加的充實。

其實我們知道第8條、第9條的制訂，當時基本上是放在這個妥速審判概念之下，由立法院制訂通過，不過這兩條以我一個研究者的觀點來看，是相當具有台灣特色的條文，我們知道將近這20年來刑事訴訟的修正，就好像是留德主張留德的觀點，留日主張留日的觀點，留美是留美的觀點，可是我們知道訴訟法很重要的應該是本土的觀點，其實這幾年就我個人的學術研究經驗來看，會覺得說好像我們學術界有些沉悶或壓迫，好像碰到問題就看德國怎麼做、看日本怎麼做的，就要把它繼受過來解決台灣的問題，其實我覺得這有一定的風險，所以覺得做學術研究有些沉悶，好像在做代理人的工作。事實上就好像學界在批判實務，如果今天要學術實務能夠交流，我想反過來，實務也應該來批判學術，那我就是說，如果做這樣的一個互動，這完全是一個良性的互動，那我們的訴訟法學就不須要我們繼續做代言人，反過來應該是人家來學我們，這樣我們的學者就不用那麼辛苦跑到國外去留學，因為訴訟法其實是滿本土的，重點就是如何在實務的運作裡面去形成解決自己本土觀點的問題。

整個來講，我們的妥速審判法雖然有很多的批評，有很多的不同意見存在，不過我覺得第8條、第9條，可以講是目前台灣在刑事訴訟裡面很有特色的一個規定，當然理論以及立法的說明不見得非常明顯完善，那目前這兩個法已經通過了，我們怎麼樣讓這兩個條文能夠更符合、往更能解決我們實際問題的方向來運作甚至修正，我想這個問題很值得我們來做研究，那今天真的非常感謝五位先進能在百忙之中趕來，提供各位寶貴的看法。

引言報告

刑事妥速審判法限制第三審上訴之實務運作檢討

報告人陳運財教授（以下簡稱陳）：

一開始我們還是就同一般座談的方式，由我來做引言報告，之後再依序請各位先進來做評論以及意見的提供，基本上這個引言報告先前已經連同書面資料一起寄給各位，所以我這邊扼要地來跟各位說明。

報告的順序先是介紹一下第8條的要件，然後再看第8條最高法院目前相關的判決案件類型分析，之後再介紹這次在各位的幫忙之下問卷整體的情況，第9條介紹也是延這樣的一個順序來跟各位做報告，最後再簡單做個檢討分析。

首先我們就第8條我們知道他是在一定的要件之下，對第二審法院更審的無罪判決禁止檢察官提起第三審上訴，這是對檢察官上訴權相當大的限制，這邊我整理出來的主要立法理由有四點，其實都值得我們進一步去推敲斟酌。

第一點是在強調檢察官的實質舉證責任，第二點跟第三點第四點都是比較從被告的觀點來看，第二點是不要因為檢察官的上訴讓被告承受過度的焦慮以及不安，那第三點是藉由禁止檢察官的上訴，立法者認為比較符合無罪推定的原則，當然當時立法通過主要是被連結在迅速審判的觀點，當然在這次的問卷調查裡面，有不少高檢署檢察官對這樣立法意旨提出質疑，認為說，第八條這樣的立法規定其實不必然跟迅速審判有關，因為如果要達成迅速審判的話，重點應該是如何在審判程序裡面去規範去迅速審理，如果說真的要合於無罪推定的話，那應該是最高法院從無罪推定的觀點來檢審酌察官的上訴有沒有理由，應該是還是容許檢察官上訴，由最高法院把關就可以了，不須要為了貫徹無罪推定，非要限制檢察官上訴第三審不可，這個看法也有一定的道理存在，所以這個部分也滿值得我們再去做討論、釐清。

當然我想在這個實證調查裡面，其實我們可以再去思考的就是說，第八條適用要件本身有沒有可以再深入思考的地方，包括例如期間的部份，條文規定是要一審繫屬後達六年，這樣的限制規定到底合不合理？是應該要再把他降低還是要把門檻拉長？另外還要求要經過最高法院三次以上發回，那這個發回的部份，按照累積的無罪類型，我分為A類型跟B類型，A類型就是一審曾經判過無罪，最後再發回更審三次以上的最後一次更審是維持無罪判決，這是第一個類型。另外一個類型就是一審是有罪判決，不過經過上訴之後，在二審經過發回三次更審，累積達三次無罪判決，這時禁止檢察官上訴第三審，有這幾個適用的要件，那這些要件到底在實務的運作上，發生什麼樣的問題？等一下再從具體運作的狀況，跟各位來做報告。

首先我們看一下，第8條從2010年9月1號實施到2013年6月11號為止，在我們透過司法院的裁判資訊系統，檢索到總共有相關35件當然這邊有部分是屬於性侵案件，並沒有在資訊公開的部分就無法檢索到，或許那邊也有部分的案件有適用到第八條也不一定，那這邊純粹是在公開的範圍內收集到的35件來分

析，在各位今天手上的資料最後面有附件整理，總共是 35 件。就這 35 件我們做了幾個初步的觀察，供各位參考：首先這 35 件的無罪確定歷時總平均九年八個月，所以其實都是遠遠超過六年，不過這也是因為他在新法制定施行之前就已經是累積更審很多次的案子，因為妥速審判法的第 8 條制定公布實施關係，所以當然在這邊，不管是正面還是負面的評價，我們就發現到他有清理積案的功能。在這邊可以看得出來，那這裡面歷時最久的案件是長達十八年六個月，那是一個過失致死的案件，到更九審無罪確定之後，大概在一年多前就是適用第 8 條確定的案件。

那接下來我們看一下這 35 件的案件類型，以違反貪汙治罪條例，被告多以公務員居多，共有 19 件佔 54.2%，那另外涉及生命法益的犯罪包括殺人、傷害致死還有像剛剛提的過失致死的案件一共有 8 件佔 22.9%，另外還有較少不過也往往是久懸不決的案件類型，偽造文書的案件，他可能會搭配詐欺，也就是以前可能涉及裁判上一罪的問題總共有 2 件。

我們比較關心的、我想也滿有趣的的就是從他累計的無罪次數區分類型來看，剛剛提到就是一審是無罪的這種我們稱為是 A 類型，就總共有 18 件；相對地，一審是有罪的，在二審更審三次以上無罪判決的 B 類型有 17 件，所以這邊倒沒有看出有什麼差別，不過在這裡面有一個情況確實滿值得我們重視的就是這裡面有六件，是歷審從一審到更審適用妥速審判法第八條確定無罪之前，他的歷審都是無罪判決，就是他沒有發生有罪無罪逆轉的現象，有六件佔 17.1%。

我想這邊各位可能比較熟悉的的就是八掌溪事件，歷審一直是無罪判決，不過也是到更四審才因為妥速審判法的關係才確定下來，在這樣的類刑案件，我們當然就會思考到底為什麼會這樣子？是不是檢察官在偵查終結提起公訴的時候、就證據精緻的程度來看有問題？相對如果說在經過撤銷一次兩次更審後，一直都是無罪的話，那檢察官是不是還是需要繼續上訴？就是上訴理由的考量，在這一類型的案件當中，我們必須要去思考。

那這六件裡面，曾經連續累積無罪次數達七次的有一件，六次的有一件，五次的有四件。這就是剛剛我們所關心的逆轉案件的問題。那這個逆轉案件我們試著想找出一些類型，不過很遺憾地還是沒有辦法精準地去類型化，那這邊我們試著整理出來的結果包含：逆轉案件這邊有 29 件，其中還是以貪汙治罪條例案件佔多數，那這逆轉的次數基本上並不具有規則性，所以裡面有逆轉達五次的，也有逆轉兩次的，在逆轉案件就是我們比較關心的就是這裡面有一二審曾經都諭知有罪的，就一審二審都判有罪，那最後撤銷後發回更審後逆轉過來，而且逆轉在更審達三次的過程中也有再逆轉的狀況存在，那就是有佔大概 31%，那我想可能特別是從一個比較積極發現真實的檢察官的立場來講，也就是從所謂維護公平正義、特別是從發現真實的立場來看，他對於妥速審判法第 8 條的規定，我想會提出質疑的地方應該是：以這九件來看，會認為說：「咦？是不是還有空間，可能更審的無罪判決是不是在判決上有違法或是心證上有違反經驗法則？如果有話，為什麼不容許檢察官再提上訴第三審？」我想這個部分從檢察官積極發現

真實的角度來看，會有保留甚至會有質疑的空間應該是集中在這個部分。

相對地，逆轉案件裡面也包括一二審是作成無罪判決的，那到更審之後才逆轉回有罪，那最後又逆轉為無罪的部分也有，那你看也都是比較集中在貪汙罪的這個部分，所以我們將來如果針對第八條有必要去做修正的話，這邊我們就得到一個小小的觀察或啟示，就是需不需要就案件類型來做規範？

那在這裡面有一個案件是在逆轉案件中無罪累積達到七次也有一件，這是一個比較具有特色的案件，如果從剛剛我們對於適用第8條的這35個案件類型來做分析，請各位參酌書面資料最後兩頁，如果無罪的部分我們用紅色把它標出來的話，這邊可以看出其中態樣真的是滿千變萬化的，很難加以做一個規則性的整理，只不過就是在對照這35個案件裡面，其實我們發覺了幾個不合理的現象，可以讓我們從具體的觀點來思考規定就是是否妥適。

首先就是設定六年這個門檻合不合理的問題，那當然我想立法者會設定六年主要是因為估算到要達三次發回更審，在目前的實務運作上，大概要六年的時間，所以我想這個六年應該是基於這個原因而來的一個合理估算，那我們今天從這35個案件來看，會發覺六年時間的設定可能不合理，最主要是因為在適用過去長期累積的這些多次發回的案件來看，也許不明顯，可是如果今天當我們在新法律開始實施後，我們的案件審理有加速腳步，那其實要累積三次撤銷發回更審，可能四年就可以累積三次，當然達到六年或是八年累積三次的都還是會有，可是還是可能出現四年或五年就累積達到三次的案件。所以如果在這個樣子的情況下，從這35個案件來比較，我們舉個比較對稱的例子就是說，他從一審二審都是無罪，那如果是四年已經累積五次的無罪判決，也就是說他撤銷發回中也有兩次達到無罪，跟一個已經繫屬達七年的案件，而這個七年的案件，曾經在過程中是有逆轉的，從發現真實的角度來看，其實第一種類型就是自始都是無罪的類型，應該可以讓他不用等到六年就可以早點確定，這是從這種均衡的角度，特別是發現真實的角度來做對照的話，因此設定六年的這個時間可能並不是合理時間的設定。

第二個部份就是在要求發回三次以上的要件，這樣的門檻也會發生同樣我們剛剛所提的，在不同的無罪累積類型之下，也可能會造成不均衡的現象，所以是不是真的要嚴格設定三次以上發回，在立法上也是個可以去討論的問題。

另外一個問題是，他有分兩個類型，就是A類型跟B類型之間，這兩個類型之間其實也有我們剛剛提到不均衡的問題，特別是如果我們從發現真實的角度來看，一樣也有不均衡的現象存在，所以我個人初步的看法是在：要不要在累積一定的二審無罪判決案件中，禁止檢察官提上訴第三審，那這個部分我們除了必須回歸立法理由去釐清之外，其實應該要更周延地從比較歷審判決的證據關係來釐清案件久懸不決的原因。特別應該還是要從上訴目的論出發，同時檢討我國目前上訴的構造。因為我們現在一二審都是採事實審，重覆審理的觀點。

還有就是我個人的想法在於追訴權這個概念的釐清，追訴權有沒有這個窮盡的問題？那就窮盡的時點如何去劃分界線？這是我們在思考第八條的時候，可

以綜合這些觀點來做比較週延的論述。

接下來就針對第八條這次我們實施行問卷調查的結果做一些數據的分析。這邊首先要跟各位先進報告是：我們這次研究計畫所做的統計調查，並不是很嚴密的統計學上的分析調查。因為如果要做統計學上的分析調查所需的樣本數，甚至要做所謂線性回歸分析的話，可能要累積相當的份數，可能至少要達到五百份，所以我們這種調查基本上只是個意向的調查，針對實務運作及立法論觀點的調查，此處的分析都是比較初步的、人數比例的分析整理而已，並沒有很嚴謹，在這邊就研究方法先提出來像各位說明，希望各位先進能做這樣的理解。

首先在妥速審判法第八條施行之前的部份，其實我滿關心的就是我們實務上高檢署檢察官在還沒有施行妥速審判法之前，對於一二審都是無罪的案件，或者說對於撤銷發回更審也累積一定無罪次數的案件，是不是都會，用這樣的用語可能不是很適當，會不會說為了要積極地發現真實，而一直不斷地提起上訴至最高法院？還是說會在案件裡面去做一些權衡分析，如果說這個原審的無罪判決，其實並沒有特別顯著的判決違法，或者說判決程序有瑕疵但並不會影響判決的結果，會不會對案件捨棄上訴？也就是說在沒有法的明文依據之前，檢察官是否也會斟酌一定的、包括追訴權的觀點，或是被告利益的觀點，他也會做裁量而捨棄上訴？其實我們看到也有不少的檢察官是持這樣的態度。

那我們這邊有大概整理幾種情況：第一種是對一二審都是無罪判決的類型，受訪的 66 位檢察官中有 50 位檢察官曾經有捨棄上訴的經驗，不過就是說這種件數都很少，這邊其實須要進一步去分析的是，在整個的上訴第三審的案件裡面，這些捨棄上訴的案件所佔的百分比大概有多少，這是我們必須再去做進一步的分析的，不過初步來看這些案件其實很少，但有辦過這類行案件的檢察官其實不在少數，案件量少，可是有做過的人其實不在少數。

那第二個就是，一審是有罪二審改判無罪的案件，那也有部分的檢察官曾經捨棄過上訴，66 人裡面有 28 人，另外就是經過最高法院撤銷，原審無罪，撤銷發回更審後，更審法院仍然作成無罪判決，這時候捨棄第三審上訴的檢察官，也有 18 位。

接下來就是參考妥速審判法第八條的要件來問施行之前符合這樣標準的案件中，有沒有捨棄上訴的例子，那比例當然也就降為 21.2%。那最後就是，更審三次以上且累積三次以上無罪判決而捨棄上訴的部份，這裡有十個人。這是在修法之前的情形，其實我們看得出來有部分高檢署的檢察官，在他們的職權綜合考量之下，雖然法無明文規定，可是也有捨棄上訴的情況存在，這邊我們特別整理出來在修法之前，承辦案件的檢察官捨棄上訴時的主要理由，最多的就是前面這兩個，一跟二，加起來就是近七成的比例都是認為調查途徑已窮仍不能證明被告有罪，那第二個就是，經過審酌之後，高院的無罪判決或高院的更審無罪判決，並沒有違背法令，所以就捨棄上訴，那另外第三個也滿值得注意，就是原判決有瑕疵可是並沒有顯然影響判決的結果，所以捨棄上訴，那最後兩個是從被告的觀

點出發，不過這個畢竟還是佔比較少數，那多數基本上是回到法理，回到訴訟法，檢察官要不要對二審判決提起三審上訴，還是回到原點，看原判決有沒有違背法令，從這觀點來看。那一二三總共加起來將近八成，是由這個觀點做為捨棄上訴的理由。

這裡面第三個部分其實是我覺得滿值得去關照的，就是說雖然有瑕疵，但是檢察官就不再因為要積極發現真實，或所謂的窮追猛打、一定要提三審上訴，那檢察官大概一成左右是從這個觀點來看。

在法沒有明文規定之前，檢察官會基於上面這些理由來捨棄上訴，當然這邊比較關注的就是他的程序機制，有沒有一定的、內部的、檢察一體的適用，那大概應該可以看得出來，當然我想這個比較可以聽聽我們在座的幾位在高檢署先進的意見，主要還是因為機關內部的規定，不過也滿值得注意的就是說，有大概百分之三十是由檢察官自行決定的，那所以這中間他權衡的標準，要怎麼去透過程序的機制來把他客觀化，因為這個確實是影響被告的權利很重大的決定，如果從積極發現真實來講，對檢察官也是很重要的裁量決定，那這個程序的機制為何呢？等一下可以請在座的檢察實務的先進給我們提供意見。

那接下來我們就來看第八條實施之後的一個運作的狀況的分析。在這邊受訪者有 78 人，跟剛剛的 66 人會不一樣就是因為這次接受訪問的檢察官，有些是在新法實施後才到高檢署，所以這邊人數增加了大概十幾個人，人數有不一致是因為這個原因。那麼在受訪的七十八位高檢署檢察官裡面，到目前曾辦過第八條案件的人有三十二人，那他們所承辦的第八條的案件那絕大多數的情形，就百分之九十六以上高等法院在判決裡都會註明這個案件符合第八條的要件不得上訴。

那麼高檢署檢察官收到高院無罪判決書註明因為有第八條的適用而不得上訴，這時候承辦檢察官會怎麼做？那我這邊有做了一些整理，第一個就是報請檢察長同意簽結不再上訴，有二十五位，還有進一步再請示上級檢察官檢討再評估是否有符合第八條的規定有三位，自行簽結有一位，沒有做答的是三位。

接下來的話，跟剛剛修法之前我們有提到的雖然法沒有明文規定檢察官也有一部分檢察官是有捨棄上訴的情況，那我們來看那新法施行之後，是不是因為第八條甚至當然也可能包括第九條規定的影響，對於雖然還不符合第八條累積無罪次數的限制，也還沒有達到六年，也還沒有達到發回更審三次，那有沒有檢察官就捨棄上訴；捨棄上訴會不會比修法之前更積極，還是說這個捨棄上訴因為法律的修正會引起部分檢察官的反彈，反而造成他們捨棄上訴反而比修法前更不積極捨棄？我很希望能了解這樣的一個狀況，所以在問卷裡面有這樣題目的設計。我們來看一下幾個類型，第一個就是一二審都判無罪的，可是還是不符合第八條的要件，那這時候有沒有檢察官捨棄上訴？我覺得滿肯定的，在回答的七十八位檢察官裡面有五十九位說他們有過這樣的經驗，雖然還不符合第八條的要件，就是一二審無罪他就捨棄上訴，那麼有五十九位就高達 75.6%。如果跟剛剛的修法前的那六十人來做比較的話，那其實他是有一些的數據上的成長。

對於第二個類型：一審有罪二審改判無罪那這時候就捨棄上訴，七十八位

裡面有三十四位檢察官有這樣的經驗佔 43.6%，那跟修法前做比較，也有一定比例的增加。那第三個類型就是最高法院曾經推翻原審的無罪判決撤銷發回更審，而更審還是做成無罪判決，雖然不符合第八條的要件，檢察官也就捨棄上訴的佔 26.9%，這個部分跟修發前大概就比較持平。不過這邊就第一類型跟第二類型上來看，確實有捨棄上訴運作經驗的檢察官在比例上有增加。

那這樣的增加到底他背後的原因是什麼？我也試著進一步去做分析，因為我們在問卷裡面也有設計請檢察官能夠就他捨棄上訴的理由來做回答，那我們跟剛剛一樣，在第八條制訂公布之前，在舊法時期的捨棄上訴的理由來做比較。我個人目前的推測來看，為什麼一審無罪二審無罪的案件在妥速審判法施行公布之後，有比較多比例的檢察官願意放棄捨棄上訴？我個人推測主要是因為第九條上訴第三審理由限制的影響，因為在我們的捨棄上訴理由裡面有特別問到說是不是基於無罪推定或是基於一事不再理的觀點，或是說為了要維護被告接受迅速審判權利的觀點來捨棄上訴，不過我們發覺就是說勾選這個理由的人數的其實比例其實是下降的，所以感覺上雖然檢察官在第八條施行之後捨棄上訴的比例有提高，不過這個比例的提高，倒不是出於維護被告的權益，比較合理推論應該是回到第九條限制上訴理由限制的影響，那這是一個初步的觀察。

接下來我們就來看第九條的部分，第九條是對一二審無罪判決的狀況之下，片面限制檢察官上訴最高法院的事由，一般就稱所謂採嚴格法律審，必須檢察官主張原判決所適用的法令有抵觸憲法，或是判決本身有違反司法院解釋或違背最高法院判例，在新法實施後，在法理跟實際運作上我想比較值得做檢討的就是第二項，第九條第二項有提到就是說 377 條到 379 條，還有 393 條的第一款規定就前項案件的審理不適用之，這邊應該是規範最高法院在審理檢察官第三審上訴的時候不受到這幾個條文的拘束。不過目前最高法院，應該可以講就是多數庭的見解，就是最高法院實務的一個比較一致的實務見解，認為如果檢察官以原判決違背判例為由提起第三審上訴，可是他援用的判例如果涉及是 377 到 379 或是 393 相關判例的話，那根據第九條第二項就把檢察官的上訴形式程序駁回，所以等於說這第一項第三款的違背判例不包括 377 到 379 還有 393 的判例，做了限縮解釋，結果就是又把檢察官上訴三審的門檻拉高。這個規定到最高法院對第二項的解釋採這樣更嚴格的標準是不是妥適？其實也滿值得我們去檢討。那這是一個第九條的一個適用的要件，這邊就比較單純，那時間關係我就把他跳過去。

我們先看一下幾個有關第九條統計的數據，這邊是民國 100 年 5 月 19 號到今年 5 月 31 號的判決統計，一樣我們是從司法院的檢索系統來看，那麼目前適用妥速審判法第九條檢察官提起第三審上訴的案件，當然應該也包括自訴案件在內，我們檢索到的總共有 187 件，檢察官透過第九條上訴的 187 件案件中，最高法院認為上訴有理由撤銷發回更審只有 4 件，所以這個比例非常的低，再加上因為去年最高法院針對刑事訴訟法 163 第 2 項但書所做的解釋，就是所謂公平正義的維護，只限於被告有利的事項，不包括對被告不利的事項，在這號解釋出來也

包括第九條的規定之下，其實檢察官要去挑戰一二審無罪判決的上訴，可以講比登天還難，可以講是不可能的任務，我們從這個數據可以看出來，因為上訴成功的比例，就是 187 件裡面只有四件而已。

如果再花點時間來補充，這四件通過的裡面有三件，我印象裡面有涉及偽造文書裡面外加詐欺的案件，那檢察官所引用的判例都是，就是原審法院的心證採證違反經驗法則，早期應該是民國五十幾年的一個判例，他用這個判例他上訴成功，那另外一件是貪汙治罪條例的案件，檢察官是援引刑法 122 條應該是違背職務收受賄賂罪，那上訴成功有撤銷發回。

進一步來看，絕大多數案件是被駁回，被駁回的理由最大宗的 183 件是因為上訴不合法律的程式為理由駁回，那這裡面我們看紅色字體，有 44 件，那一開始傳給大家的檔案裡面有個文字的錯誤，這邊 44 件駁回就是因為第九條第二項的關係，因為這些案件中檢察官引用 379 條的判例做為他上訴第三審的理由，最高法院認為說 379 的判例是屬於第九條第二項的範圍，所以就以違反第九條第二項規定為由駁回檢察官的上訴，這邊是一個駁回統計的數據，供各位參考。

針對第九條的我們做的問卷調查的結果，受訪的 78 位高分檢的檢察官有適用第九條提起上訴的，也就是有碰過第九條，一二審無罪而他提起上訴的經驗的有 60 位檢察官，那他們提起上訴第三審的理由，裡面有 11.5%主張判決適用的法令有牴觸憲法，17.3%主張法院的判決違背司法院的解釋。

接下來就違反判例這邊可以分為兩個部分，一個是跟 379 有關的，這個比例非常的高，一個是跟 379 以外的，就二三點，所以這個部分也跟剛剛那個數據，也有相吻合，所以我們可以看就是說檢察官引用第九條以原判決違反判例來提上訴其實應該是滿常見的，不過這樣的案件提上訴之後，那目前最高法院都是認為根據第九條第二項的關係，檢察官不可以以這個做為上訴的理由因此被程序上駁回，那我想這個部分是一個在實務運作上滿值得去討論的一個重要的議題。在我們的問卷調查結果來看，曾經以 379 相關判例提起上訴的受訪檢察官約佔全部受訪檢察官的 50%，其他數據的部分時間關係我就不再提出。

最後做一個扼要的檢討分析，針對妥速審判法第八條跟第九條的立法，從立法論來看，那就是高檢署受訪的檢察官裡面，或許剛剛我們講說，事先我們可以預測到的，不過我們這樣講可能就不是很誠懇或客觀，在受訪的人當中，主張要把第八條禁止檢察官對累積一定次數的無罪判決，不得上訴第三審的規定，那麼有大概 64%的檢察官認為應該要廢除掉，認為不應廢除的就是有 21 個人，佔 26.9%，沒有表達意見的大概就 7 個人，佔 9%。主張廢除的理由，一開始也跟各位報告過了，那部分的檢察官認為說，其實第八條所定的這個情況，即便容許檢察官上訴也沒有違反無罪推定或一事不再理，當然這邊可能就是大家對於無罪推定到底保護的內涵是什麼，還有一事不再理或所謂禁止雙重的危險，所謂危險發生的時期要把他定調在哪邊，可能就是理解並不一樣，就會導出這個法理見解的不同，我想最重要的就是，絕大多數高分檢的檢察官還是認為無罪判決，還是可能有判決違背法令的地方，所以如果基於發現真實的角度，從維護公平正義的角

度來講，為什麼不容許檢察官提第三審上訴？最後再由最高法院法官職權去做糾正就可以了。我想這是多數反對第八條立法的檢察官中滿一致的看法。

相對地，第九條就是一二審都無罪，那麼在訴訟法裡面，就是說他不是訴訟法規定而是在妥速審判法裡面，片面地來限制檢察官上訴第三審的理由，採嚴格法律審，這樣的一個規定的妥適性如何呢？有高達 65% 的高分檢檢察官認為這樣會過於嚴格，而應該要加以修正，大概有 21% 認為嚴格但是沒有修正的必要，其他認為寬嚴適中，或認為規定還是很寬鬆者應該加以修正的，大概就是佔很低的比例，所以就這個規定來講，應該就是佔三分之二以上、比較絕對多數的檢察官還是認為應該要做修正，但修正理由其實也有滿多不同意見，在這邊沒有辦法一一呈獻，但其中也有滿具說服力的理由，認為應該要回到訴訟法來做整體的規範，也就是說第九條限制檢察官上訴第三審的理由採嚴格法律審，部分檢察官認為還是有理由根據，不過應該要放到訴訟法，同時也要跟他的對造當事人，也就是被告上訴權部份一體地來做修正，應該是一個比較合理的立法模式，而不是單純放在妥速審判法，這在透過回應意見裡面都看得到，所以其實這個問題的分析，如同一開始我跟各位報告的，還是應該要回到整個的立法理由，第八條、第九條的立法理由來思考。為什麼對於檢察官上訴第三審要設定前後兩個門檻？一個是第九條上訴理由的限制，一個是第八條累積一定無罪次數之後禁止檢察官上訴，為什麼要設定分別這兩個門檻？其實就我個人的觀察來講，立法理由好像是主管這個法案立法的司法院，在修法的過程陸續把他補充上去的，其實就我個人的意見來講，我並不全然認為這個立法理由是比較具有說服力的。

我個人的看法認為其實就光是以刑事的所謂的當事人進行、落實檢察官的舉證責任，或是速審權的觀點，分別從這些觀點來對檢察官的上訴做一定的限制，其實我覺得說服力都還是有不足的地方，因為畢竟不是一個比較抽象的一個理論，那我覺得對檢察官的一個上訴權限制其實應該比較主要還是回到上訴的目的，還有上訴審的結構，再搭配那個價值，那個價值確實還是從無罪推定的角度來綜合論述，應該是一個比較好的處理的方式。

所以我會比較從所謂的檢察官追訴權窮盡的觀點來看這個問題，就是說他應該是在上訴審的結構之下，我們怎麼來思考檢察官基於積極發現真實以及維護公平正義的角度，那應該要在怎麼樣的時點在追訴權行使上設定一定的門檻？或者說什麼時點追訴權應該是窮盡的，不能再濫行上訴？從這樣的一個觀點來做考察，應該是一個比較好的方式，最後就是針對第九條第二項，剛剛有講過了，我也建議、也贊成有關限制檢察官提上訴第三審的事由，但應該要回到刑事訴訟法中在第三審上訴部份來做整體的規範，而不是片面地單純放在妥速審判法，因為確實這個跟迅速審判並沒有直接的關聯。

我這邊也特別提到從正當性的觀點也好，或是從維護自訴人權益的觀點也好，以及我們在一個判決還沒確定之前，片面地限制檢察官對一二審無罪的判決上訴第三審採嚴格法律審，可是這個案件確定之後其實我們還有非常上訴，那非

常上訴並沒有這麼嚴格法律的規定，顯然這中間有不均衡的現象存在。特別是針對第九條第二項，我個人目前認為最高法院以第九條限制檢察官以引用 379 的判例，然後以第九條第二項來認定這不符合上訴第三審的事由，就論理的說明，我個人認為其實還不夠充足。我認為第一項是容許檢察官引用原判決違反判例作為上訴的理由的話，那不管他是 379 也好，377 也好，應該都可以容許上訴第三審，這是我個人初步的看法。

我想超過了一點時間，做以上的一個簡單的報告，請各位先進指教。

陳：我們接下來是不是按照順序？我想在座各位已經都很熟了，要不要再介紹，今天這邊最高法院石木欽石庭長。這邊是林志忠林律師，林律師目前擔任台中律師公會理事長，很辛苦，我想這比較是服務性質的。接下來是蔡秋明蔡檢察官，接下來是在台中高分檢吳萃芳檢察官，然後是高雄施慶堂施主任檢察官，接著我們就照順序來發表與談意見。

智慧高分檢蔡秋明檢察官（以下簡稱蔡）：

院長、各位先進，今天我剛剛聽完院長的報告，我覺得我們應該要付錢來聽，而不是來這邊拿一個鐘點費，有一點慚愧。

我想我從剛剛院長報告的最後那邊談起好了，院長最後提到妥速審判法第九條這樣的一個規定，事實上是一個片面的，跟所謂的迅速審判基本上是沒有關聯的規定，應該回歸基本面，而我認識的基本面就是：你應該就是去訂在第三審，應該去採取一個嚴格法律審。如果是事實問題、事實認定問題，不應該容許做為第三審上訴的理由，這應該嚴格執行，我想嚴格執行事實上不須要訂這個法也可以達到減少這個更審、以及過多自訴的問題，因為這個問題、這個法，事實上他並不是為了要促進審判的速度而把審判的時間減少，不是，是因為我們原來的設計的理想是說，我們應該窮盡一切可能去探究事實，也就是所謂的發現真實，這樣的一個理想，而這樣的理想，以我們的司法資源沒有辦法應付的，會造就一再更審，因為都有而權利，所有被告這應該是非常清楚的，只要有機會，他一定會上訴，而以檢察官來講，如果判無罪，在某一種心理作用下，他還是會提上訴，但是這樣的情況不應該存在。

我們訂這個法，主要是要解決這個問題，而不是說我們把一個訴訟制度導向一個比較正常的發展，我認為不是。現在這個法訂了，那問題有沒有解決？有解決，對於那種一再發回更審，特別是剛剛院長所提到的那九件，每一次都判無罪的，還提上訴、還發回更審，也不曉得為什麼還發回更審？可能石庭長會比較了解，這裡面有很多不是法律問題的問題。我覺得這是一種法律的文化，或是甚至是一種當地文化，為什麼會有這種東西，我覺得問題非常非常複雜，不是我們今天能夠談的。那對於這些問題，妥速審判法是有解決問題，這個法不是沒有用，但畢竟這是個偏方，不是一個比較正常的改革應該有的做法，所以我一向覺得說，既然我們現在已經理解到不應該再去追求那種窮盡一切可能去發現真實，這

樣一個非常虛幻的、非常不切實際的理想，那我覺得我們就應該回歸基本面，最高法院就本於法律審，應該要完全做統一解釋法令的工作，甚至我認為第二審就應該做法律審，第一審判決有罪了，有法律的原因再上訴到二審，第一審如果判無罪，但有法律的原因可以上訴到第二審，沒有適用法令的原因、沒有法律適用的問題，而是事實認定的問題，我認為都不應該上訴第三審。退而求其次，最少也應該學日本，這是一個事後審，有事後發生的新事實，我們再容許例外地就事實的認定，上訴到第二審，這是我的理想。我覺得如果能夠採取這樣能夠採取比較大膽的，其實大多數國家是這樣的，特別是英美法系的國家，第一審判無罪就不能上訴了，那很確定了，就不用以後再怪檢察官為什麼判無罪了還上訴。因為法律不准上訴，你就沒得上訴了嘛！就沒這個問題，很簡單就解決了！

所以我認為這是一個立法的問題，當然剛剛院長提到這是本土化，我認為這是本土化，但是本土化通常都是為了解決問題，但是如果這個問題已經相當程度的解決，我們必須要再反省說，我們要不要繼續走這種比較偏斜的、比較偏狹的做法？我個人是比較採取比較保留的，所以我現在呼應剛剛院長所提到的回歸基本面，有法律的錯誤，還禁止自訴人或是公訴人去提起上訴，這真的是很沒有道理的。所以為了解決問題訂立一個這樣的法，事實上會跟多數國家的或者說整個多數的世界刑事訴訟制度的原則不符。為什麼沒有辦法解決前面題到的問題，反而立法只要判兩次就不能上訴到第三審，這是沒有理由的。

其它的部分我想就大致上我在高檢署待了幾年，這邊上訴到底是一個什麼樣的機制、做一個什麼樣的決定，就個人的一點經驗分享。老實講，整個控制上訴的機制，其實非常簡單，就是由檢察官去獨立行使職權，但是這個獨立行使職權是怎麼樣運作？因為我們所有的案子，你去蒞庭的判決回來之後，你收受判決之後，必須要送閱，送閱是怎麼送？我們收到這個判決以後，從內部一登，我們送給主任檢察官，主任檢察官最後再由檢察長核可認可，但是你在這邊要表示意見：一件案子有兩種，哪一種是可以上訴的，法律已經不能上訴的，這是易字的案件，那上字的案件可以上訴的，你必須要做決定。

有罪無罪是另一回事，你要做決定說這一件我認為應該上訴，或是說我認為這一件不應該上訴，就這麼簡單。所以我們在題目裡面這邊，有題目詢問捨棄上訴是因為檢察機關內部規定，或者是檢察官自行決定？在我來看是檢察官自行決定，但是也不能說整個檢察機關沒有參與，只能說這邊檢察官有參與，但是原則上檢察機關裡面的作法是這樣的。在台灣，我認為檢察機關的內部獨立，事實上是貫徹得相當地徹底，除非有非常非常特殊的狀況，那特別是在高檢來講，很少那種案子說，除非非常特別的案子，那可能指定這個案子你來辦，比如說之前的江國慶案，第一審認為不應該起訴，高檢這邊這個是不太一樣的狀況，這是再議，就是說發回還是要駁回這個再議聲請的部分，基本上他可能比較重大的、比較社會矚目的，檢察長可能說這件麻煩由你來辦，這樣子的案子一百件不到一件。所以基本上所有的上訴的案件都是透過這個機制解決的，因此受訪檢察官會很難決定說應該要填寫一還是二，因為在這種情況就是這個樣子。因為這個機制

就是這個樣子，所以你說這個東西到底是內部有沒有規定？事實上是沒有規定。我看是沒有規定，事實上、基本上，他沒有一個有文字書面的規則在那邊，就是說檢察機關辦理上訴案件應行注意事項之類的東西，沒有，我認為是沒有。

基本上我認為這是檢察官自行決定的，那也不管是主任來講，那檢察長來講，那當然為什麼呢？他審核包括其它案件的審核，一樣嘛，這跟再議案件的審核是一樣的。比如說你認為這個可能有一點的問題，但事實上大部分的主任檢察官跟檢察長都非常非常的尊重檢察官的決定，除非你這個決定是顯然錯誤的，比如說這個再議案件或是上訴案件，你沒有發現特別是上訴的案件，我（主任檢察官或檢察長）從來沒有去蒞庭，你去蒞庭，你會比較了解，我再去把判決從頭看到尾，認為這個案子雖然你覺得不應該上訴，但我覺得你應該上訴才對，這樣的情形幾乎沒有，從來沒有聽過，不是我沒有碰過而已，是我沒有聽過，所以我認為原則上應該是檢察官自己的決定，接下來再報請檢察長同意簽結不再上訴。

這邊有 25 人那請示上級長官，在符合第八條部份有 3 人，這裡沒有簽結的問題，我們上訴的案件不是用簽呈的方式上去的，上訴的案件基本上就是送閱簿，我就是登在上面，我自己加註說這個判決有沒有違背法令，因為第三審上訴一定是違背法令，沒有違背法令或是有違背法令那要上訴的，基本上我會說要上訴，那趕快去寫上訴書，不然就是先去聲明上訴這樣子。所以我們並不是用簽結的方式，所以這個問題設計出來，有時候回答的人可能不知道怎麼樣怎麼回答，這個是有一點小小的問題，這邊做一個報告。

至於沒有相應速審法施行的措施，我們回到第一個預定討論的題綱，根據我們的經驗，法務部有沒有針對妥速審判法採取相應的措施，我先講我的觀察，等一下兩位學長還有檢察長也許有不同的想法或者是我有疏忽的部份。我所知道的是沒有，因為那時候我人在美國，剛施行的時候我人不在高檢，說不定那時候有，但我的理解是沒有這樣的一個相應的措施。因為一個法律規定出來，他規定的好或不好，我們必須要斟酌，就是依照這個法令，能上訴就上訴、不能上訴就不能上訴，那這是第一點。

上訴的意願會不會受到刑事妥速審判法公布施行的影響？我覺得跟法律上不能說沒有影響，心理上應該是有的，比較大的影響倒不是這個，比較大的影響是政策的問題。就是最高法院最近一兩年對於不合法律程式的上訴都積極駁回，駁回的非常多，那我們認為這個上訴可能沒有用了，這樣的心理的影響比這個妥速審判法訂的影響還大。我認為這個影響比較大，因為你上訴沒有用。上訴有沒有用，上訴一兩次就知道，會被燙到嘛！你不用再去碰，這是第二個問題。

第三個問題，這邊院長也比較肯定的，就是說其實在之前妥速審判法訂立之前，就有很多檢察官，特別是在第二審判無罪，不管第一審是不是也是無罪就捨棄上訴，決定不上訴，這樣的情況其實也都在百分之六十幾到百分之七十幾，其實是相當高的，所以原則上並沒有說受到妥速審判法的影響這樣大。我自己的觀察認為是沒有。

再來是捨棄上訴有沒有一定的標準跟程序？我的理解個別個案各自認定，

所以我認為檢察機關對這點並沒有。其中有一個很重要的原因，為什麼檢察機關，特別是在高檢，沒有訂這些東西？基本上，在高檢上訴，基本上是一個比較不受重視的部分，就是說去出庭，以高檢來講，對於重大的案件有重大的蒞庭小組，就是說特別重大的案件，其它的部分，因為台北的案件重大的案件實在是太多了，三四位檢察官其實沒有辦法處理這麼多案件，所以這三四位檢察官配置檢察事務官。其他檢察官沒有任何人是有配置檢察事務官，但是我們現在的機制是到二審還是一樣事實審，全部重來包括交互詰問、包括這個聲請傳喚證人，所有全套全部來，跟一審基本上是差不多。但事實上第一審已經審理過了，所以讓人會覺得說第二審、第一審都審理得那麼詳細了，現在又是所謂的改良式當事人進行主義，為什麼第二審還要在花那麼多的精神？但是很不幸的，現在我們的制度還是一樣是重覆審理，就是完全是覆審制，但是在二審，完完全全沒有給予人力，但是很多案件在第二審確定，這是一個很可怕的現象，現在越來越多（因為包括最高法院駁回的比例非常高）的案件在第二審確定。

這些第二審確定的案件，包括應該判有罪但是因為許多原因，法律的原因或者是政策的原因，或者是說現在這些可能是司法行政的政策、司法院這方面政策的問題，可能沒有辦法去上訴，這種情形是很多的，所以我覺得這是一個很奇怪的現象。在第二審，照理說現在是重覆審理，照理講應該要給第二審的檢察官很足夠的公訴資源，但是沒有，因為現在高檢署的再議審核其實負擔非常重，負擔這麼重，你一個案子叫他去蒞庭、再叫他去做 Power Point、再去做積極的論告、再去做詰問，基本上是不可能，我認為是強人所難，那這樣的制度設計就很奇怪了，不然第二審就把他改成法律審，最少應該改成事後審，不應該是全面的覆審，然後叫這些檢察官去做，比如說你一個人的人力做兩個人的工作，現在的狀況是這樣。

所以我剛剛講說，為什麼沒有任何的 guideline 或者任何的 rule 來規範說你到底要不要上訴？就跟這個很有關係。就是說在第二審，我認為覆審是很不好的，我認為說你在第二審要做事實審，我們也願意，因為大部分現在到高檢的檢察官，都經過公訴的歷練，我們認為是沒有問題的，但是人力有問題，就會變成如果要去把案件好好像一審那種方式去蒞庭，你會累死。我覺得這是一個制度殺人，就是一個奇怪的制度，我覺得不應該這樣子。這是目前到底有沒有這樣的標準跟程序，在我看到的東西是沒有。

另外一個就是內部績效的規定。我們有內部績效規定，績效規定可能其實是影響上訴意願相當重要的因素，所謂的內部的規定就是，視上訴的維持率大概是多少，基本上原則是看這個，就是說上訴的成績的計算，它是看你的維持率，你上訴以後被駁回或是被發回，被發回那當然成績很高，如果被駁回的話，可能就沒有成績了，在這種情況下，如果今天駁回的比例這麼高，就一定抑制檢察官上訴的意願，其實當時司法院已經預想到這個結果，才會訂這樣的政策出來，基本上是有效的，以抑制檢察官上訴來講，是相當有效的。

最近我在智財發生了一件事情很有趣，監察院審計部來一個文說你們上訴

的維持率怎麼比去年降低了百分之五十，也就是說我上訴被駁回的比例比去年高了百分之五十，那是什麼原因大家知道嗎？這是因為我們上訴非常少，第一個原因當然是因為現在最高法院駁回率非常高。現在第二個問題就是上訴少，分母小的話，比重就重阿，可能比如說我上訴四件好了，駁回兩件我的成績只有百分之五十，因為在智財的案件能夠上訴的案件本來就非常少，因為抑制非常多。而且在智財第二審法院他們非常喜歡和解，因為智慧財產權基本上就是侵害私權的案件，它的民事性非常高，刑事性就沒那麼高，所以比較容易和解。所以這種狀況會造成這個程序其實沒有意義。

第一個沒有意義的原因是現在已經沒有考績了，法官法通過以後就沒有考績了，你看表達良好或不良好，那要判不良好並不是那麼容易，我想不會因為一些成績而受到影響，就是說小小的成績受到影響。

那在發回的比例來說，第三審把最高法院撤銷發回的比例大幅減少，也就是駁回率大幅增加，是不是跟妥速審判法有關？我覺得這兩個東西是不是有關我很難講，我很難做判斷，等一下石庭長可以做一個分析。我的想法是說，當時為了解決最高法院積案的問題，以及一再發回更審這些案件，久懸不決的現象，所以設立這個法。另一方面在政策上就是決定由最高法院原則上就盡量駁回，這樣的一個政策，兩個政策是併行的，各自發揮的作用，當然也有合併的作用，但我不認為說最高法院這樣的發回比例大幅減少跟妥速審判一定有關。當然如果是跟這個法律用得到的案件當然有關，是不是跟這個法律有關係以外，還有這政策的問題。

這個政策的問題是外面看不到的，只能從後來的統計數字看出近幾年發回的就很少，所以我看不出來他有什麼特別關聯。除非這個發回是依照妥速審判法，當然就有關。

另外六年的時間，我覺得很有道理。就是說到底為什麼要設六年？這六年好像不得不設，因為好像沒有六年的話就沒有速了，妥速審判法就沒有速了。這樣的速不是 speedy trial，這個跟美國憲法修正條文第六條是不一樣的，跟任何一個 speedy trial act 也不一樣。因為其他的速審規定是在限制檢察官多久要起訴，逮捕人多久要起訴，起訴以後你一定要到公訴，基本上是這樣，跟歐洲人權法院第六條 Fair Trial 所下面涵攝的概念，必須要一個合理的時間，這個當然跟我們的速審法不一樣，其他國家沒有這個東西，也就是說如果沒有設一個六年就沒有這個速的話，那這個速當然就騙人，不是妥速審判法是要解決的問題，我想這是一個障眼法。

原則上我看到的問題基本上就是這些，所以容我再重複一遍，我認為今天妥速審判法既然法訂出來了，問題也解決了，就應該把他回到正常改革的方向，剛剛院長所提到的這樣的方向，這個才是應該要走的大路，我先做一個與談發表到這邊，謝謝。

台中高分檢吳萃芳檢察官（以下簡稱吳）：

院長、各位與會先進，基本上我先就我資料來做簡要的報告，再就提問題綱來做簡要的說明。首先我很感謝有這個機會，放個暑假來這邊悠美的環境聆聽院長非常用心的報告，並對院長花很多時間就相關的案例做整理，致以最高的敬意。

第二個部分就是回應剛剛蔡檢察官所提到的，其實檢察官會碰到的問卷調查，我覺得在座各位應該對我們所有的檢察官同仁，報以一個褒揚的肯定。為什麼？因為在我們法官法施行以後，檢察官跟法官的評定只有良好或不良而已，所以除非基本上這個檢察官在辦案過程當中有非常明顯的、不適當的、違法的事跡，否則基本上檢察官都是評定是良好的，也就是說不會影響他的考績。可是各位看這個問卷的調查報告，多數檢察官還是積極認為二審檢察官應該發揮對於違法判決彈劾的這個角色，也就是說二審檢察官還是很積極地對他的職責積極奉獻，我覺得這邊大家應該給予二審檢察官一個很大的肯定，因為說實話如果二審檢察官比較偷懶一點的話，混水比較好摸魚嘛，既然就不容易被評定為不良的話，那很多案件，尤其速審法這麼嚴格的限制第三審上訴，就減少寫上訴書的書類，何樂而不為？找任何一個理由，很簡單地回覆請求我上訴第三審告訴人，或者是找一個理由跟上級說明說案件怎麼樣不適合提起第三審上訴，就結案了。對於二審檢察官來講，這是很容易解決的，但是各位看到二審檢察官的問卷調查，大家發現我們還是積極地認為現行的速審法第八條跟第九條有很大的問題存在，所以希望能夠修正這個第八條跟第九條的規定。所以大家應該對二審檢察官的角色，他們現行的心態，我覺得應該給予很大的肯定。

再來回應蔡檢察官也提到，其實二審檢察官的成績的計算，在民國八十八年十一月二十二號我們法務部就已經有訂一個台灣高等法院檢察署加強二審檢察官功能實施要點，這個實施要點裡面就已經一再強調，到現在，我們沒有針對速審法做特別的規定，我再次強調我們沒有針對速審法來調整說怎麼樣來調整檢察官的功能，就這個部分沒有特別做任何特別規範。只有在八十八年就沿用這個對二審功能要求要加強，加強功能裡面第二條就有一個加強實行公訴，那在加強實行公訴這一個條文裡面，就已經有說明檢察官在對於蒞庭的案件，蒞庭的時候要認真的蒞庭，然後在收受裁判的時候要仔細審酌有沒有違法或不適當的事項，然後對於上訴當事人聲請我們檢察官上訴要如何審慎，都有明文規範，這個是第一點。

那再來呢在一百零一年就是法官法制訂之後，也是速審法施行之後，在一百零一年一月六號，我們也訂了一個各級法院及分院檢察署團體績效評比辦法，因為法官法有規範，各個法院檢察署都要進行這個團體的績效評比，在這一個辦法裡面，我們也有規範檢察官所屬的地檢署或是高檢署，每年他的績效的評比。其中有一個很重要的要項是辦案維持率，辦案維持率這點是很客觀的。為什麼？因為法院不是我們管的，所以你的辦案維持率是很客觀的，也就是你的起訴正確性有多少，所以這個是很客觀的數據，全國來評比說為什麼你這個檢察署你的辦案維持率這麼低或是這麼高，他有一個客觀的數據可以做參考，這個評比佔分佔

的滿大的。所以檢察署的主任檢察官、檢察長，對於這個部分的辦案成績會很在意，也就是說我們二審檢察官他上訴到三審他的維持率有多少，這個是很重視的，那更不用提在這個法官法施行之前，法官法施行之前二審檢察官的成績基本分八十分，這八十分裡面，如果上訴正確性太低的話是扣分的，上訴比如說剛剛蔡檢察官講的就是說你的分母小，然後你上訴駁回率高的話，剛剛還講四件駁回兩件那你只有五十分。現在據我觀察，我隨機去找等一下跟各位報告幾件，就發現說我找了四件最高法院認真去選的判決四件裡面檢察官上訴就有三件被駁回，所以你四分之一成功率的話，就不及格，只有二十五分，所以你的辦案成績會非常低，所以各個檢察署他很在意這個辦案的維持率。這個是自然的基礎，我們用客觀的數據來對檢察官進行檢討，法律適用的正確性與否，以及整個檢察體系對於事實認定的正確性，這是一個很重要的檢討數據。

然後在法官法施行以前，二審檢察官他上訴的案件是這樣來計算：如果你那一年發回的件數，你上訴第三審發回的件數，不到五件的話，抱歉你那一年的辦案成績是不計算的，所謂的不計算是你基本上只有七十分，就要靠其它的比如說你有自動檢舉，我們鼓勵二審檢察官在審查再議案件或是蒞庭案件的時候要認真閱卷，那發現有犯罪嫌疑，你主動去檢舉出，後來偵辦成功了，判有罪，這個就可以加分，只能靠這樣的分數來加分。所以很多外界誤解說檢察官到二審以後就涼了阿、沒什麼事情做阿，只要蒞庭那一審都做好了照著做就好了，依法判決四個字就解決了，其實不是這樣。這是內行人才知道原因是出在哪裡。所以二審本身，檢察官就有這樣的相關規範來督促我們來注意這個正確性。

再回來看這個速審法施行之後，我找到有幾件最高法院我查了四件隨機的以判決時間來算四件比較重大的案件，四件裡面就有三件被駁回只有一件發回。另外我看到有幾件發回的，三件裡面有兩件發回（經確認後此處所舉之案件均非適用速審法之案件）很感謝石庭長，我發現的幾件發回的案件，都是石庭長他很審慎的適用妥速審判法第九條的規定給予發回，那確實我很佩服。發回的理由講的真的是讓閱讀判決的人一看，確實這真的是很嚴重的瑕疵。我今天在場有機會親自見到石庭長，給予最高的敬意。那幾件判決各位我也放在那個資料裡面，各位可以看他真的寫得非常好。

不過駁回的判決裡面我倒是很有意見，這個四件裡面三件都駁回。三件裡面講的理由呢，他一直很嚴格地在限縮，就誠如陳院長所提到，一直嚴格地在限縮妥速審判法第九條所謂違法上訴的理由，尤其針對這個判例本身是有關於 377 到 379 的判例，是有牽涉到 377 到 379 的判例，什麼叫應調查的證據未調查、判決不附理由，他們連判例都限縮在裡面，也就是說如果這個判例這裡面的內容是牽涉到 379 法律條文解釋的話，上訴理由是引這個判例的話，那抱歉，這個就不符合法律程式，予以駁回，就嚴格到這個程度。

有一些上訴理由是針對事實上法律認定的問題，還有一些是牽涉到法律條文本要解釋的問題，都因為這個部分就把他砍掉了，我覺得這是一個非常荒謬的法律解釋。因為我覺得回到剛剛我們陳院長也提到的上訴第三審的制度，我

們要回歸上訴制度、上訴目的，上訴的目的是要來糾正判決本身的瑕疵跟錯誤，如果這個瑕疵跟錯誤是在整個案情裡面屬於很嚴重的、而且是法律適用上的錯誤，即使是第一審判無罪、第二審判無罪，為什麼到第三審不能用這個理由適用妥速審判法第九條來他上訴呢？我覺得這是違背本來設計二審檢察官來監督二審判決的立法目的，這是我個人的看法。

這裡我找了幾個判決，其中有一個 100 年台上 2266 號，貪汙治罪條例的判決。個判決很遺憾地我們檢察署有一位檢察官，他涉嫌貪汙治罪條例被起訴，其中有一部分就是在討論他違法使用搜尋系統調閱當事人的一些年籍資料，以及向警察機關調取通聯記錄，就是跟電信公司調通聯紀錄，而調取通信紀錄後，他把這個資料賣給一些涉案的當事人，讓這個當事人可以進行某些圖利的行為、某些利益交換的行。在這個案子裡面，檢察官上訴第三審，其中一個主要的理由就是在解釋那個圖利，那如果照這個判決書來看，這一個判決認為這個通聯紀錄本身沒有經濟價值，所以這個檢察官把這個東西洩漏給這個當事人，這個當事人當然相對地就給他錢、他就收賄，他認為這個部分不構成就是說圖利罪，不構成公務員圖利罪，就是貪汙治罪條例裡面的圖利罪。這個案件檢察官上訴理由主要爭執點就是：通聯記錄到底有沒有經濟價值？這個已經牽涉到法律要件的解釋的問題，圖利的那個利要怎麼樣去認定，是不是一定要在市場交易有一個明確的市場交易價值才算？還是說像這種事實上確實是有他的供需需求、有這樣的犯罪市場的也包括在裡面？所以這個判決是針對在這一個人。

第二件是 102 年台上字 2270 號判決，這是一個殺人案件，這個殺人案件駁回上訴的理由是：檢察官上訴是就殺人，案情就是被害者在一個百貨公司樓上那種夜間的 CLUB 被殺死，現場有一個證人，在原本的警詢裡面指證說是被告殺人，後來調查的結果認為這個證人在現場可能燈光昏暗，所以指證是不是有效有爭執，被告到底有沒有涉嫌這個殺人案件。檢察官上訴理由是在原審時，對於被告當時所穿的衣服或鞋子到底是被告借來的或買來的，被告先後講的供述不一致，被查獲當時跟之後講的不一致。還有當時原審沒有深入調查、沒有去傳承辦的員警，訊問他是根據什麼線索來依據被告的穿著認為他有涉嫌，就是那個查案的過程你怎麼抓到被告的？那個過程以我們後來看這個判決書的人來講，這一點很重要，為什麼認為這個人涉嫌，查獲的過程是很關鍵的。為什麼些爭點一審、二審都沒有查清楚，然後二審判無罪？檢察官上訴理由確實在本案是一個關鍵點，為什麼第三審沒有支持檢察官上訴給予維持？沒有撤銷發回原審而直接就駁回檢察官的上訴？他駁回上訴的理由就是說他不符合速審法的規定，不符合可以提起第三審的要件。就是說從這個案例裡面來看，我覺得檢察官上訴所主張二審判決裡面還是有一些重大的瑕疵存在。

還有一件（這件各位可能在網路上調不到）102 年台上字 2200 號，這一件是妨礙性自主的案件，一部分判有罪一部分判無罪，那判無罪的部分，我看他的理由主要就是這個被害人指述是被告對他性侵害，而前面認為他有罪的理由就是說被害人很相信被告有神力，他假借神鬼說他有這個神力，然後對這個被害人說

你如果不跟我發生性行為，你就會受到業障，跟我發生性行為，我才能夠幫你消這些業障，然後讓你避免很多災厄。他是用這樣的方式來對這個被害人來進行性行為。性行為發生的次數非常多，後半部判無罪的理由就是說，雖然有證人證述說這個被害人在他所指述的無罪的這幾件犯罪過程當中，被害人已經發現說不對，對於被告是不是真有這樣神力開始起疑了，然後跟這些證人求證，跟他說他很害怕，因為這個被告說你如果不再繼續跟我發生這樣的行為，你會發生什麼樣什麼樣的天譴，已經有證人做這樣指述，但那是聽轉述，所以是傳聞證據。最高法院駁回，認為說他不符可以上訴第三審，就直接駁回。檢察官請求上訴他主要的理由就是應該傳喚被害人去報警的過程，因為這一件距離發生性行為已經很久了，到底被害人什麼樣的情況下他去報警？報警的過程處理的過程、還有A女當時報案的情緒反應，應該要傳當時的員警來了解。還有是不是應該調當時第一線那位陪同被害人來做第一次訊問的女警？基本上我們都嚴格要求說要有錄影，我不曉得說這件有沒有，檢察官當時是要求說要去查證這個部分。就這件來講，各位想想看這樣的瑕疵，是不是也適合、應該撤銷這個二審的無罪判決，來就這個部分來調查？而且上訴理由主張他當時在二審的時候，就已經主張要調查，但法院沒有調查，所以上訴第三審是因為這樣的理由請求上訴。我覺得撇開這些數據或是速審目的，如果這個二審判決確實有這樣的瑕疵，難道不適合撤銷二審判決再做調查嗎？這個是我的懷疑。

還有幾件因為時間的關係，我就簡單把幾件，就我找到的石庭長他們那一庭很妥適地適用，然後撤銷發回的判決。我覺得講的非常有道理的有幾件判決提供案號給各位做參考，那一件是101年台上字1547號，還有一件是101年台上字1231號，都是一二審判無罪然後檢察官上訴第三審改判有罪成功的，還有一件不是石庭長這一庭的，99年台上7400號，這一件雖然是速審法施行之後的案件的，判決日子是99年11月25號，不過那時候是沒有第九條的適用，是只有第八條的適用，所以這個是99年台上字7400號這件也都是一二審判無罪，但是上訴第三審成功然後撤銷發回，二審再繼續調查。

因為時間的關係我簡單地回應我們今天題綱的這幾個問題，基本上我是認為二審檢察官如果從剛剛的數據，就是說我上網隨機找的這個數據來看，二審檢察官現在要上訴第三審，成功率非常非常低，低到大概比我隨機取大概只有四分之一的可能性，那以這樣的上訴成功率對二審檢察官提起上訴的動機跟他的熱誠來講是一大斷傷，對二審檢察官來講是一大挫折，再加上他嚴格適用就是擴張速審法第九條就是只要牽涉到的377到379的判例也都不允許提起上訴的話，那麼對檢察官上訴第三審這樣的動機會更低。

我一直在思考檢察官這個角色，檢察官這個角色其實是中立的，我們一方面面對的是被告，一方面我們也有很成功為被告的利益提起上訴，像我個人以前擔任二審檢察官辦過好幾件都是因為二審判錯，他沒有累犯他把他用累犯來重判，上訴成功撤銷。還有法律適用錯誤，明明他那時候有不在場證明，那後來發現有這樣的證據，所以上訴第三審成功，像這一類的案件，這樣的一個上訴成功

率，我們不禁思考檢察官在面對被害的一方，我們怎麼樣來對被害人來做交待，其實我們一方面面對被告一方面也面對被害人，檢察官的角色他不是只有積極地對被告行使追訴權，我們同時也要考量到被害人這邊。我們法律規範的目的在哪裡？假如沒有辦法達到懲罰犯罪，讓社會治安達到我們所謂的公平與正義的時候，那麼這個社會的法律規範的目的是不能夠達成的。如果到最後被害人家屬覺得說那我的小孩被殺了，但被告因為速審法結果就放掉了，那到底誰要對這個事件負責，是家屬嗎？上天在懲罰家屬嗎？是事實上我們經常碰到的狀況，就是被害人會寫信，沒辦法上訴他就會寫信給檢察官，有的是指責檢察官怎麼沒有辦法主張正義，有的是對這個制度產生寒心然後寫出他的報怨。

所以我個人認為這個制度，尤其速審法第九條嚴格限縮了檢察官的上訴意願，我個人比較支持的是至少這個速審法第九條一定要修正，那修正的方向我比較認同就是陳院長方才提的就是說他應該回歸訴訟法規範，我們嚴格來思考第三審的上訴，到底要做什麼樣架構的改變，才能夠避免浮濫的上訴。方才其實我有跟各位說明，因為二審檢察官的上訴成績會影響到，即使在現在也會影響到，檢察署本身的績效評比，所以濫訴濫行上訴的情況，其實是機率是非常非常低的，因為每個檢察署每隔三年就要做績效評比，你拿出來的辦案成績率、上訴成績率如果非常低的話，你怎麼樣去跟外部解釋說我們檢察官是很認真妥適地在適用法律。這是很難的。

我個人總結是人認為：速審法第九條確實是要修，而且應該是在訴訟法修。對於最高法院他嚴格限縮第九條的上訴第三審，把這個 377 到 379 要適用違反 377 到 379 這樣的判例，以主張違反這樣的判例都不能上訴第三審，我認為這個根本上就是違反上訴審訴訟架構本身的立法意旨，然後我認為這個速審法第八條確實有達到要解決我們長期以來有很多案件拖延沒有辦法確定的現象，只是在第二款就是所謂方才陳院長所謂的 B 項的那一項，我覺得要檢討，有一些重大的瑕疵就像剛才我講的，有一些上訴理由確實牽涉到整個案情重大的瑕疵，對案情有重大的影響，這個部分是不是可以開一個門來做救濟？我個人是主張這樣，簡要地作這樣的報告，謝謝。

主持人陳運財教授

時間關係我們在施主任與談之前要不要休息一下？好不好看大家的意見還是舊繼續好了我看這麼精彩不要冷場好了

高雄高分檢施慶堂主任檢察官（以下簡稱施）：

院長各位先進大家好，我是高雄高分檢的施慶堂。我要報告的主要基調大概都被蔡檢察官講完了，所以我就回到最高法院堅定他法律審的角色，這樣一切的事情迎刃而解。我想我用一個比較誇張、比較哀怨的方式來做報告才比較有吸引力。

為什麼要講哀怨？速審法對於檢察官這個族群來講，真的是一個讓人非常鬱卒的法令。在檢察官角度來看，案件一再發回更審，讓他好幾年甚至一二十年都不能確定，我們認為這明明是法官審理的怠惰，我再強調一次審理的怠惰，但是法官不檢討說用什麼方式趕快把他審完，反而用限制檢察官上訴，然後減刑大優待，用這個方式來處罰檢察官，因為我們追訴犯罪就打了很大折扣，一方面也傷害了被害人的權益，所以檢察官當然大大不以為然。所以今天有這個機會來講，我想雖然一樣，但是我還是要花幾分鐘來吐吐嘈，以解我個人兩年來的悶氣。

我先舉一個對照組的例子，大家肯定不會覺得我胡說八道。偵查案件也有遲延不決的問題，大概沒有像說一二十年拉，但是四五年、七八年的也有。我在一審的時候，辦過那種偵續 11 的案件，那大概八年了，我處分以後一樣再發回，就變成偵十二，不知道哪個倒楣鬼去接的，那還是有這個問題。法務部在解決這種偵查案件遲延不決的方式，讓我覺得就比較高明了，不像司法院這麼粗糙。我們大概是跟速審法立法同時，法務部有一個很簡單的行政命令，偵續案件發回三次以上，二審檢察官你不可以再繼續發回，你只能做兩個選擇：第一個，你就自行偵查然後駁回；或者是就直接命令起訴，一個案子搞七八年再調查事實毫無意義了，就做個了結。事實上就最後有權利講話的人做個了結，這樣才合乎邏輯。為什麼會司法院這樣限制檢察官上訴？我們覺得不合乎邏輯。解決的方法我覺得這樣子（如法務部的方式）才對，不是嗎？所以我們認為司法院把案件辦到一半，然後告訴當事人說你不可以上訴，這樣怎麼會有道理？這樣沒有道理。

第二個部分我要報告說，案件會遲延確實是法官的責任，不是檢察官的責任。我聽人家說案件會遲延，就是你們檢察官起訴草率、舉證不足，讓我們事實遲遲不能確定，這樣講我們當然很不服氣，我們當然每個案子都很有把握才會起訴，我們立場是這麼說的。其實這是一個很重要的癥結，因為在我們這邊是偵查不公開，案件是蓋起來的，只有檢察官看得到卷證，老實講思惟有限，當卷證公開以後很多人檢視這個案件，有很多調查證據的方法、蒐集證據的方法還有攻擊防禦方法才出現，所以不見得是檢察官起訴草率。只不過你要用一個很好的遊戲規則，把這些調查證據的方法，一次把他解決，這才是正確的審理方式。所以你說我草率起訴，我說我不服氣、我大不服。

第二個我們認為現在不是有一個叫神主牌的法律叫做無罪推定原則嗎？你如果認為檢察官舉證不足，那就大膽判無罪嘛！把責任很清楚地宣告這個檢察官舉證不足所以判無罪。那你為什麼不敢？一直在那邊摸來摸去，然後說你舉證不足再發回，這是什麼意思？這很清楚是不對的。當然回歸到蔡檢察官的基調，最高法院是法律審，大家都清楚得很，但是如果說最高法院嚴格遵守他們法律審的角色，我相信案件不會搞這麼久，絕對不會搞這麼久，那只不過如果仔細去看以往的，現在也許好一點，以往的那種發回更審的判決書，你會發現每個最高法院的法官，我講誇張一點，意圖染指事實的認定。每一個都有這種心態！都認為其實自己最高明，你們講的都不對，我講的才對，所以你要調查這個、你要調查那個，其實這都是事實的認定。如果不相信，仔細去看一看，有脈絡可循。

舉一些比較具體的例子，本來這個刑事訴訟法 379 條第 1 項判決當然違背法令有 14 款，其中第 10 款應該調查的證據未予調查跟第 14 款判決不載理由或所載理由矛盾，其實我個人認為這兩個跟事實認定的界限非常模糊，其它的是違背法令傷害到被告的權利，那是很清楚的，那這兩個跟事實認定其實非常模糊，我個人認為至少在運用這兩個條款作為發回更審的理由上，要比較限縮比較保守地去解釋，不要漫無限制地使用這兩個法條去發回更審。但是其實去仔細看發回更審的判決，大部分一定要用這兩條那才能夠完成，幾乎都有這兩條。我舉個例子來說，一個證人其實來了三次了，他所講的證詞其實主結構差不多，但是細節有點不同，如果這個最高法院不爽這個事實認定，那很容易，就講說證人在這裡講這樣、在那裏講那樣，而為什麼這邊法院不採，是不是要再發回把他查清楚，這個叫做判決不依據證據，為什麼不直接講說你不採信？其它要發回實在太容易了。因為這種心態，如果你是二審的檢察官，你經常會發現其實你所有的訴訟當事人，含被告、證人、被害人，這十幾年來已經到法庭上做證了十幾次，但是大家還是很努力在問這些證人被告或是關係人十幾年前的那些芝麻小事，但是天曉得，我問你上個禮拜的事情你到底知不知道？我問你十件大概八件是不記得的，何況十幾年的事情，所以這個事情是很荒謬。大家明知道都在那裡撒謊，大家都在那邊演戲，但是一而在再而三在那裏演，還是更二更三更四更五，莫可奈何讓判決沒有確定的一天，那所以我很清楚認為、堅信案件費時十數年不能定讞，主要職責的原因在於最高法院不能堅守他法律審的角色。速審法立法的時候沒有仔細考慮這個原因，反而誣讞檢察官起訴草率讓事實無法確定，又處罰檢察官及被害人上訴來減少案件，這兩年來大家事看到成果了，就像院長、蔡檢察官他們都認為成果是看到了，但是用這種粗暴跟不正義的方式減少案件，我們覺得不以為然。

最後的關於這個議題的主結論，我認為既然成效已經達到了，真的是達到了，我聽石庭長說現在已經沒了倉庫，但布袋還有，這是在可以控制的範圍之下，是不是真的要考慮把這個粗暴跟不正義的法律真廢掉，回到刑事訴訟法的基本面？最重要的是最高法院的心態，真的要調整，不要再染指事實！回歸法律審的角。

至於院長給我們出的十題功課，我還是簡單報告一下，我想高雄高分檢還是有幾個比較值得提出來參考的。那兩位學長報告過的，我就不再重複。關於第一個問題，速審法實施以後，法務部也就是上級這邊有沒有一個因應方案？據我了解，法務部最高檢、高檢大概沒有，但是高雄高分檢有一個，因為速審法第九條不是規定一審判無罪二審無罪以後，那原則上就不能上訴了嗎？我們林檢察長比較英明，他覺得說這樣我們以前不就通通做白工了嗎？檢警調縣那麼認真，可是一審無罪、二審無罪就死定了，對追訴犯罪有很大的影響。所以他叫我們組成一個叫無罪逆轉勝的方案，二審檢察官對於一審判無罪的案件要特別加強公訴的實施。當然具體上有些規定，但是我們真的比較認真，舉證論告跟一審連繫，我想大家如果有興趣，我還有一個我們方案的實施要點，提供給各位參考。

第二個部分就是說對於要不要上訴到底是應遵守什麼樣的機制？剛剛蔡檢察官講的重點還是在檢察官自行決定。我們還是有組成一個比較特別的小組，這個跟妥速審判法到底有沒有關係，我想多多少少有一點關係，應該也是在今年年初總長特別交待各高分檢的檢察長，要仔細去研議案件接到以後到底要不要上訴，不要說無謂地人家判無罪，就反彈、就去上訴，不要這樣，要仔細研究看看。甚至組成一個二審改判無罪妥適上訴研議小組，也就是說一審本來是有罪的，二審被改判無罪，二審檢察官面子掛不住，但是不要因為面子就堅持要上訴、非上訴不可，所以我們就妥適研議，由承辦檢察官報告，有三個主任檢察官、檢察長當召集人，然後檢察官在對這種案件要去報告一審起訴的理由、檢察官起訴的理由，一審判有罪的理由，二審為什麼會改判無罪，然後到底要不要上訴。當大家會審，尤其是報告檢察處理那種更三更四的案件，從頭到尾那很累阿，要報告這個案件，就好像細胞死了好幾千億，準備三四天當然很緊張，但因此我們發現其實經過這種震撼教育，真的大家能夠很仔細地去審慎評估到底要不要上訴，根據我們實施下來，幾乎有一半以上一審有罪二審無罪但是我們大膽地說不要上訴，有一半，如果要具體數據我可以提供。

因為時間有限，我最後講一個他們兩個不敢講的問題，就是院長有問我們說贊不贊成檢察官以因為沒有依職權調查證據這個理由提起上訴，這個根本的原因就是說我們贊不贊成、法院要不要依職權調查證據的問題，這個很重要。大概所有的檢察官都不贊成，這裡人不多，唯獨我敢大膽說其實我主張在任何時間、任何時段的審理，法官都不應該依職權調查證據。我有兩個理由：第一個任何人，如果說是審判者你，如果依職權調查證據表示你對這個證據是有所期待的，一定是在你的期待之下去調查證據，所以如果按照你的方式去調查證據，方向一定會偏掉，即使調查證據的結果不符合你的預期，但你恐怕也會盡量朝你自己想要的目標去做結果，所以我認為如果要維持一個公正客觀的審判官的話，任何時期都不應該依職權調查證據，這個話我講我負責。但是不是無條件地要實施？不是無條件，以現在的狀況，大概真的不行，因為現在二審檢察官實行公訴的狀況還是不頂理想。我剛剛不是報告過嗎？案件其實是浮動的，證據還有調查範圍，什麼都會變動，除非我們實施堅實的一審，大家窮盡所有的力量在一審，通通把他打完，以後通通不可以再用別的方法來搞這個案件，否則如果說要法官不依職權調查證據，那在二審的檢察官還是要有足夠的力量去跟人家打仗那才可以。這是我基本的意見，如果說等一下有時間的話，我再做報告謝謝。

主持人陳運財教授

好謝謝剛剛三位檢察官精采的給我們做這個與談，有很多寶貴意見，我們是不是稍事休息，我們就休息到三十五就休息十分鐘左右，那我們再來繼續開始。那我們接下來是不是麻煩林律師。

台中律師公會理事長林志忠律師（以下簡稱林）：

謝謝院長。各位在場的檢察官以及庭長就是檢座跟庭長都是我學長，因為我是二十九期司法官退下來的當律師的，因為有學弟學長跟同學都在擔任法官檢察官都有，妥速審判法施行以後，我們見面的時候也會討論，所以我可以聽到多元的資訊。剛剛三位檢察官所說的，很多的論點其實我都是贊同的，其實我是院長的學生，因為在辯護的時候，曾經從院長的文章來說服法官，所以院長努力在做這個實務的研究，對台灣司法的修法貢獻有很大的一個幫助，這個是我必須要特別感謝院長的一點。

妥速審判法他當時立法的動機，我記得在 2008 年好像是 8 月陳長文大律師在蘋果投了一篇文章，引起很大的震撼。他有舉到一個銀行的案件，不知道是不是他當時承辦的案件，但是告訴我們這個當事人的案件歷經了二十一年才能夠確定。這是相當可怕的一件事情，一個人能有多少個二十一年？那我個人在接觸的案件中，我有一個案件是民國八十四年五分局的警員集體被訴的案件，我的當事人在無罪確定時已經經過十一年。我在民國八十九年替南投縣長旁邊重要幕僚計畫室主任辯護，他得到無罪確定判決時，也經過十年。所以我親身貼近當事人受到司法判決長期一再發回的這種折磨，其實是非常非常嚴重，所以剛才院長有講到說妥速審判法第八條、第九條他的立法理由裡面，可能他理論基礎還不是這麼紮實，但是立法理由都有提到被告的焦慮和不安，這是一個親身體驗可以看到的事情。從我的立場來看，我作為被告的辯護人，如果我接到無罪判決之後然後檢察官又上訴，其實當時會對檢察官覺得很失望。為什麼還要上訴？這案子已經兩次無罪、三次無罪了，為什麼還要上訴？可是上訴之後又發回，對最高法院又非常失望，要對這一個案子兩次三次。所以我說司法院的立場，我非常同意檢察官所說的，因為速審法是司法院提案，所以他就把責任推給檢察官，從檢察機關限制上訴，讓你切斷他，至少讓被告能夠趕快脫離這個苦海，他當時的立法目的應該是這樣。那我想這個到底是因還是果？其實我們長期案件就是有這樣拖延的情況，所以立法者才會去想到。院長說這是非常有本土特色的條文，可是我個人並不認為這是一個妥當的修法計畫。為什麼？應該是要回歸到刑事訴訟法，把堅實的第一審作好，應該要徹底採行起訴狀一本主義，把審判程序作妥適的修正，二審改為事後審，然後第三審就是做他的嚴格法律審，其實應該朝這個方向。

如同施檢座還有蔡檢座所講的，我非常同意這樣一個看法，不過就是因為現實讓司法院做了這樣的決策，司法院遇到事情，就會提出一個方法，不是一個訴訟理論上有遠見的計畫，而是一個滿足社會各界的要求或是立法委員的要求或是民意的要求。這樣的一個修法動向，像最近的觀審制也是這樣，像關審制到底怎麼做、司法院投入多少經費，我們看日本的那個人民參審條例以及韓國的陪審制，我們就會覺得台灣這個觀審制一定會出大問題。所以我個人比較傾向雖然我們都不滿意妥速審判法，他這樣立法的設計我們都不滿意，但是他真的實質有效解決被告，特別是受無罪判決的被告，長期在司法體系裡面受到精神上的折磨，

是真的有幫助，我個人很貼近的看這條是這樣。

比如說我最近遇到的判決，一審二審無罪，可是檢察官幾乎都不會提上訴，不管是基於什麼樣捨棄上訴的理由，從被告的立場來看這確實是有很大的幫助。但是像剛剛檢察官提到說這樣的機制在二審無罪判決還是有違背判例或是法令的時候，依照我們現在妥速審判法第九條第二項的規定，他就不得作為上訴最高法院的理由，那我個人是不太贊同最高法院採取這樣的立場。院長在所列的研討提綱裡面，第四個問題就提到，你是不是贊成檢察官或自訴人對第二審法院諭知被告無罪的判決，以法院應依職權調查證據而未調查為由提起第三審上訴。如果檢察官在第二審他已經有主張要調查某項證據，而這項證據跟待證事實有關聯，有調查的必要性，那你為什麼不查？那你要上訴第三審時，最高法院說這因為跟379條第10款相關，所以依照妥速審判法規定擴充解釋說你這個也不能算是合法上訴理由。我認為這個對檢察官是非常不公平的，如果檢察官他在原審就有主張應該調查ABC的證據，而法院又不調查，最後原判決的結果A跟B是跟待證事實有相當的關聯、有調查的必要性，但你又不給他一個上訴的機會，這對檢察官確實是不公平。但是如果檢察官在一二審都沒有主張說要調查這個證據，那我說你在實行公訴的時候，自己都沒有去主張，你事後才要去跟最高法院吵說為什麼原審不依職權調查，我認為這個時候最高法院把他駁回我是可以接受的。所以我個人的看法可能要分情況，如果檢察官在原審已經有主張調查跟待證事實有必要的關聯性，那應該准許他上訴，那如果檢察官都沒有主張我覺得不宜讓他再作為上訴的理由。

那院長提到說部份受訪的檢察官表示在一百年之後上訴第三審經最高法院撤銷發回的比例大幅減少，依照我的觀察，我認為跟妥速審判法應該沒有很大的關聯，應該是跟政策有關係。因為我們在執業的時候，早在民國八十八年、八十九年開始，那撤銷發回率幾乎都快高達四成五，那一直縮到現在一百年五月剛剛那個資料裡面102年五月已經發回率也只有占13.61%。這個可以說是當時從最高法院楊仁壽院長，他擔任院長以來就是有這個政策，當時的說法是推到法院來，這樣比較司法化，所以組織要改造。最高法院不可能說留那麼多案子，幾個大法官而已，怎麼有辦法審那麼多案子，所以就大量地駁回。從這個立場來看，我們有時候也會問：難道二審的事實審法官，從民國八十幾年到民國一百年有這麼大的進步嗎？這個就回到施檢察官所講的，他檢察官覺得沒有錯，也就是說最高法院在當時就介入了太多的事實。甚至像屏東縣議長那個案子，他好幾次發回都是在子彈打到哪個地方、打幾顆子彈，人都已經死了，打幾顆子彈有那麼重要嗎？這都做發回的理由。好像兩次還是三次，所以才回被台中地院的法官寫文章在報紙上痛罵。最高法院自己不願意去堅守作為法律審、統一解釋的重要機關，動不動就要介入事實，就跟檢察官講的一樣覺得自己最厲害，因為最高法院法官都從事實審來的，他看不到我覺得你亂判，就介入找些理由發回，所以案件就懸而不決，最後就把這個帳算給檢察官。當然從律師的角度來看，算給誰我都無所謂，因為只要對被告好就是好。我是覺得目前修法的狀態，除了現在實際的狀況

之外，還是有一再發回的情況下，我覺得這個法條是本土化、非常有特色的，而且是應該值得我們肯定的。

對於第八條的部份，我覺得六年的限制根本沒有必要。為什麼呢？因為如果最高法院他發回更審已經三次，那第二審至少有三次無罪判決，說實在的，表示檢察官要拿到無罪判決其實可能性較低，我們這樣說，就是說從機率上來看被告獲得有罪判決已經不太可能，或者是說從機率上來看，司法審判會對被告造成錯誤的可能性已經很小了。所以為什麼要六年？可能他五年就走了，最高法院發回三次以上，可是他已經拿到三次的無罪判決，其實已經可以讓被告離開這個司法程序，就是我們律師常講的你可以下車了，不要在這班車上面動來動去。

我們今天經過這樣的座談會，我們大概可以建立的共識就是我們檢辯雙方其實大家心裡都很清楚，這個責任最高法院應該要負起來，最高法院不應該拋棄自己法律審的身分，過度介入事實。第二點，最高法院應該把無罪推定的原則或者是禁止雙重危險這樣的一個理論，常常放在你的腦袋裡面，你該讓他確定的時候不確定，為什麼還要一再的更二更三更四更五？像本案裡面過失致死案而已，就發了快九次還是幾次，長達十八年都沒有辦法確定。這個當然令立法者會背負很大的壓力，他在當時要做妥速審判法修正的時候，他勢必聽到人民的聲音。所以我們在辯方的立場來看是感觸很深，我個人已經大概把他的背景因素還有我自己實務上的經驗，做一個簡單扼要的說明。

其它關於陳院長所提到的妥速審判法第八條發回次數這個部份，經最高法院第三次以上發回後，第二審法院以更審維持第一審法院無罪判決，或者對更審判決他再同級法院有兩次以上無罪判決這個限制有沒有必要，這個無關於立法論，我個人認為說其實這個限制應該是沒有必要的。如果說無罪判決在第一審第二審都已經為無罪判決的話，在更審他也已經拿到兩次以上無罪判決的話，我認為這個時候你給他限制是可以的，因為這個時候表示檢察官的起訴的基礎沒有辦法獲得法院的認同，所以我個人認為在這個地方的限制也是沒有必要的。以上我做簡單的報告，檢辯雙方都陳述完畢了，現在就等最高法院的審判長來做一個裁示，謝謝。

最高法院石木欽庭長（以下簡稱石）：

陳老師、還有在座參予與談的先進、在座的女士先生，我想不知道是不是陳老師刻意安排我在最後一個來做與談？剛才幾位對於最高法院的角色有褒也有貶，我想等一下再做一個整合性回答好了。

首先我很佩服陳老師對於這個議題、對於妥速審判法限制檢察官上訴權的問題，他以問卷調查的方式去做一個統計資料去論斷，從實務上去證實這個條文所牽涉的問題，然後做一個建議，我非常佩服也給我很多啟發。剛才各位律師檢察官與談報告所提的意見，我認為都是屬於法律人在各自的單位、各自的角色所表示的意見，我認為是非常的可取，都給我很大的思考。

我想我先就對於第八條第九條他所涉及的相關法律問題，從最高法院實務

上的角色來看這個問題解決的方法。我想首先公布最高法院在九十九年九月二十一號做成的 99 年第 9 次的刑事庭會議決議。這個決議內容事實上是只有針對第七條的規定，而他的決議內容是關於全盤的通案適用原則和規範作為審判參考。我個人認為這個決議是說他不是針對我們最高法院刑事庭的決議通常所做成的決議，應該是屬於司法院 530 號解釋的，認為最高審判機關有規則制訂權的這個意旨，所做的規則制定的一個發布，我個人是這個解讀的。其次就是說司法院在妥速審判法施行的九十九年八月十六號也發布了一個法院適用刑事妥速審判法應行注意事項，這個是法院適用應行注意事項的一般原則性規定，而這個規定(事實上就是從最高法院的決議)還有這兩個司法院所發布的注意事項，是現在實務上適用妥速審判法的重要依據，但是都沒有就陳老師所提到的八條、九條有所著墨。

我想我們就來看一下這裡面最高法院，剛才吳檢察官也提到、施檢察官也提到的，就是說最高法院的發回比例越來越高，跟妥速審判法有沒有關係？因此我特別從統計室找了資料，就是各位手上的資料，他是從一百年五月份開始到一百零二年五月份，剛好整整兩年的期間，也幾乎就是妥速審判法其中相對條文施行期間，看這個發回比例的話，你可以看到從最高 20.3%到最低的 7.76%那我粗略統計一下，大概平均就是 14.81%，也就是說這兩年來最高法院案件的發回比例已經低到 14.81%。這邊不論是適用妥速審判法的案件或是一般的上訴案件就是這個數字，那從這個數字可以看出來最高法院近幾年來已經逐漸在扮演他法律審的角色。剛才林律師提到說是不是因為這幾年就已經所謂的二審、一審已經足夠堅強到令最高法院有這樣低發回的情形？我同意他的看法，我們裡面有很多判決，就我們很多同仁來講他叫做含淚駁回，為什麼如此？就是說我們雖然看到裡面有不合法的地方、有違法的地方，但是這個上訴理由中並沒有具體指摘原判決如何違法，我們整體來觀察這個判決基本上沒有錯，因此我們就用程序判決把他駁回。所謂程序判決大家大概都不太了解，什麼叫做程序判決？就是說你根本不合乎上訴到最高法院的門檻，你根本沒有進入我們可以受理實質審判的這個門檻，我們就說你上訴不合法上程式把你駁掉。

最主要的原因就是因為二審事實審裡面，具有太多違法的情事，而上訴人並未具體指摘這些違法的情事。當然如果由妥速審判法來看的話，就是沒有具體去指摘違背第九條的憲法、司法院解釋或者違背判例這種情形之下，他必須把你駁掉。這個地方就順便提到說剛才吳檢察官提到說他提到有兩件 102 年台上 2270 號跟 102 年 202 號這兩個案件，我聽你提到的情形主要來說兩件都是屬於應調查而未調查的事項，好像沒有提到說檢察官上訴意旨裡面有沒有去指摘說原判決有沒有去違背哪一則判例。假設違背某個司法院解釋，但你的上訴理由裡面沒有具體說最高法院有這個判例、司法院有這個解釋，沒有引用這個判例、這個解釋，只是籠統說明有應調查而未調查的情形，應該調查而二審沒有調查，這個時候你是所謂應該撤銷發回，但是我可以跟吳檢察官說明的就是，因為這是屬於剛剛我所說的，上訴理由裡面沒有去具體指摘原判決如何違背法令，在普通判決裡面就

是如何違背法令，在妥速審判法案件裡面就是如何違背我們第九條裡面的這三款情形，這是我想就先說明的地方。

其次，剛才陳老師所寫的資料裡面說五月三十一號為止有四件是撤銷發回的，那我就以 101 年 950 號判決這個為例的話，他發回理由有四點，他發回四點裡面分別認為他採證認事違背最高法院 74 台上第 1599 號、26 年渝上字第 8 號、31 年上字第 1312 號、30 年上字第 128 號、76 台上第 4986 號、32 年上字第 67 號以及 44 年台上 702 號判例，而將原判決撤銷發回。也就是說這一件的檢察官他非常清楚地舉出這些判例，然後就原判決認定事實、適用法律有違背這個判例的情形來上訴最高法院，最高法院實體審酌的結果認為確實有違背這判例，因此就把他撤銷發回。當然他以判例為先、下面論述原判決如何審酌有違背判例的情形在上訴理由裡面也說明了，可見二審如果採證認事違背論理法則或是經驗法則，檢察官上訴裡面確實引用最高法院相關的判例為指摘的依據，就是我剛才跟吳檢察官所說的，你必須要引用這些判例作為你指摘的依據，得到最高法院認同而撤銷發回這是正常的一件事情。這同時也是基於個案救濟原則，以個案判定如果採證認事太過離譜，最高法院仍然會為適當的判決，我剛才說最高法院為了減少發回的情形，除非你是判決太過離譜，才會個案介入事實認定，否則以目前這種發回比例這麼少的情形之下，我想各位也知道說他實在不可能去個案介入事實的認定。

其實我也用這個機會順便回答剛才施主任跟林律師所說的，最高法院太過介入事實的調查，但是依目前我們的 379 條應調查未調查第 10 款，事實上我們最高法院還不是一個嚴格法律審，他是一個事後審的設計。你假設上訴人有具體指摘你，應調查而未調查，而這個事項足以影響判決結果，這就是最高法院判例所說的，你要應調查而未調查足以影響認定事實的結果，最高法院不得不撤銷發回，就是因為這一條的關係。現在最高法院的庫存從九千多件降到現在的零庫存，最高法院早就建議司法院要把這一條拿掉，還有 380 條訴訟程序違背法令與判決結果不生影響得為上訴第三審的理由，我們也希望他修改為不只是訴訟程序違背法令，判決及訴訟程序違背法令，然後不影響判決結果的時候，不得為上訴第三審的理由。也就是說我們希望那些於對判決結果不生影響的程序違法、判決違法，都不是上訴三審的理由。但是這沒有通過。各位不曉得有沒有注意你們所接收到的最高法院判決，有很多最高法院的判決已經擴張了 380 號解釋的適用，他已經把他擴張到判決違法的領域裡面，但是他隱藏在所謂訴訟程序違法這個概念之下，這是我跟各位說明的。

好再來看一下這個就如同陳教授所說的，第九條第二項妥速審判法排除刑事訴訟法第 377 到 379 以及 393 這個規定的適用，最高法院大多數的判決都是認定這個條文所做的判例是包含在內的、是不適用的。剛才我想很多位與談人連陳教授都認為最高法院這個解釋是不對的，事實上我可以跟各位報告，這是最高法院一個通說，大部份的庭都採取這個見解。事實上我個人拜讀陳教授的另外一個大作，就是說那刑事妥速審判法第九條限制上訴第三審事由之檢討一文，登載在

月旦法學，對於最高法院限制第九條第一項第一二三款適用範圍，提出了五點理由支持他的論點，的確令人深思，至少令人思考這種觀點確實是具有參考價值的。我記得我跟陳教授參加司法院舉辦有關於刑事訴訟法成效評估委員會開會的時候，陳教授在會議中提到這一點，因為會後時間很短，我就請教陳教授，陳老師你對於這個觀點是怎麼樣，他有簡單跟我說，那時候因為時間很短，我沒有辦法了解他的精髓，那但是我記住了這觀點，在我們評議的時候，我也把這個法律的意見提出我們庭裡面討論，可惜我們庭裡面大多數的同仁還是認同我們本院大多數的見解。因此依我個人的認知，本院大概是對於這種見解沒有第二說，但是假使最高法院仍然要繼續維持這種見解的話，不應該僅以結論式的論述，事實上應該要有理由，說為什麼要這樣解釋？如果沒有法理的論述的話，就如陳老師所說的，最高法院的見解是不可採的。假設最高法院如果要維持這個情形的話，不應僅以這個結論作為論述，他應該要提出足以說服他人的法理論述才行，我個人認為應該是要這樣子。

至於最高法院如何認定檢察官上訴理由所指違背判例的字號，這就是實務上認定九條二項下面的判例也不得為上訴的理由，那最高法院到底如何去論斷的？事實上是看我們最高法院所編的判例彙編，在這幾個條文下的判例就是所謂的這些判例不得以這個違背判例為理由來提起第三審上訴。也就是說最高法院事實上就是看上訴人具體指摘原審判決違背哪一個判例、哪一個解釋，然後我們就去對照這個判例彙編裡面這些判例，到底是不是列在這幾個條文之下。如果是的話，他只做形式上的審查就把你不合法駁掉，大概就是這樣子。那因為只做形式上的審查，我個人認為實在也有討論的空間，因此在陳教授的大作裡面，他主張說第九條一項適用是否應該以原判決瑕疵顯然於判決有影響才得作為合法上訴的理由，即便認為有此一情形的話，也無庸撤銷原判決，但是可由最高法院於駁回判決中宣示原判決所持的法律見解是違背司法院的解釋或判例以資糾正。並且認為違背第九條第二項所列條文的判例解釋也屬於最高法院統一解釋法律的功能的項目應該也加以審查，對這點我個人是贊同陳教授的見解的。

那繼續前面所說的是不是要對原判決顯然有影響才能作為上訴的理由？依照最高法院程序判決的通例，對於檢察官所指違背判例的情形，原判原審都會說必定都會實質審認或說明原判決採證認事的法律適用是否違背判例，在理由中會說明，如認為沒有違背就會認為檢察官上訴不合法上訴程式把他駁回。若認為雖然違背該判例但認為該瑕疵顯然對於判決不生影響的時候，也就是我剛才所說的刑事訟法 380 條的擴大適用，則以排除瑕疵的方法認為於判決本旨不生影響，容以違背法律上的程式予以駁回，這時候最高法院的判決實際上已經審酌陳教授所說的情形，或許他審酌後僅僅是輕描淡寫，沒有陳教授所說的，必須要去論述他違背法律程式或違背法律邏輯上的論述，沒有很清楚寫法律上的見解，那不能夠詳述法理論述，因而引起陳教授的誤會，我想這是最高法院有待加強的地方。

其次就是剛剛所說的違背九條二項條文下的判例檢察官上訴的時候，我個人贊同最高法院應該是實質的審查原判決是否有違背判例，如果有違背判例的時

候就應該去統一法律見解，這是終審法院的職權，在判決書內詳述其法理的論述。雖然最高法院仍然認為這個違法情形是屬於第九條二項剛剛我所說的，那些條文下面的判例是不得上訴三審，還是從程序上去駁掉他，但是他已經有對原來事實審、原判決違背法令的情形，在判決中論述清楚了，也就可以達到剛才陳教授所說的在第一項情形同樣糾正事實審法律論述統一法令解釋的功能，我想這個我是贊同的，事實上這一庭也曾經這樣判過。我簡單舉就是 99 年台抗 602 號裁定，我簡單說明一下就是說，特偵組檢察官在第二審審判中依貪汙治罪條例第十條第四項，洗錢防制法第十四條第二項的規定逕行扣押被告的財產，我想這個大家應該也很清楚就是阿扁案件的就是逕行扣押，但是被告就依刑事訴訟法 416 條對檢察官的處分行為聲明異議，高等法院准了說這個檢察官可以這樣扣押財產，當然是審酌其中部份財產是否不應該扣押的這個情形，那被告對於這個裁定抗告本院，本庭審酌的結果認為依照 418 條是不得抗告的，那這情形之下我們其實前面寫了一大片特偵組檢察官不能在審判中逕行扣押被告刑事訴訟法 33 條以外的得為證據這些以外的財產，這是違法的，就是把這個判決書裡面就把這個原裁定違法情形說明地很清楚，但是因為依照 418 條第一項前段規定，我們不能准予抗告還是把你抗告駁回，這是非常有名的一件裁定。這個裁定駁回以後，他是不是沒有救濟了？但是特偵組檢察官從善如流，他依照裁定意旨向台灣高等法院聲請扣押被告這些財產。事後我也知道說以後這個案件的處理方式在事實審法院、一審法院非常地不一致，但是從我們這個裁定以後，他們已經得到一個統一使用的見解，這個就是我所說的，在判決裁定中縱然你要駁回，我們應該也在理由中採取教示的目的，在判決書裡面或是裁定書裡面詳細敘明原判決違法，我想這樣的話就會達到剛才陳老師所說的，如何在判決中指摘原判決違背法令的情形。當時我們在做這個裁定的時候，最高法院也有很多同仁的意見是認為說你只要依照 418 條直接駁掉就好為什麼還要寫一大堆，我想這是我們這庭具有所謂的比較先進的一個看法，認為有統一法律見解的必要性，所以我們就做出了這方面的見解。那最高法院要不要朝這個方向去作為？我想以後這是最高法院各個審判庭是否願意朝這個方面做的問題，我們這庭所拋出的方向，應該以後也會有得到其它各庭的效法才對。

另外提到八條這個六年的期間我想這是立法形成的問題，我個人也贊成陳教授所說的在他合乎無罪的判決情形之下，也應該就不准他上訴，也就是陳教授在他這個分析裡面就是基於無罪推定原則就是檢察官上訴權是基於追訴權而來，而檢察官通常在這個時候是基於公訴公益人的代表，當判決違法的時候才得作為上訴的理由，若僅僅事實上的爭執是不得上訴的，這個見解我個人是非常表示贊同的，我就簡單說明這些，謝謝。

陳：謝謝諸位先進寶貴的意見。雖然說今天檢方先進，還有林律師有提到過去案件久懸不決的問題，我想真的須要坐下來，進行比較深入的分析，我們比較遺憾的是只知道問題是哪些，問題的嚴重性跟程度怎麼去定調，程度確實可能有不

同。當然我們不能講說這叫共犯結構，不能這樣講，講共犯結構的話，問題沒有辦法釐清，所以就比較遺憾。

我想滿大一個問題就是：確實通常會認為最高法院是一般所謂的法律審，但是我比較理解為事後審查，特別剛才提到 379 第 10 款或 14 款，其實他背後多少會跟事實有關聯，所以說事實跟法律問題其實有時候他的界限並不是很明確，除非說要回到一定的遊戲規則，就是統一法令的解釋，所以即使他可能會因為應調查而未調查影響事實的認定，那也應該是先看有沒有實際應調查而未調查，而這個應調查未調查，必須回到 92 年所修正的刑訴法精神來看，這部份我們贊成林律師剛才的講法，如果檢察官在原審第二審有聲請調查證據，確實這個證據如不調查會有影響事實的結果，可是二審法院卻沒有正當理由未加以調查，或是說他調查未盡，進而做成無罪判決，其實應該容許檢察官還有繼續向最高法院爭執的機會。相對來說，如果檢察官怠於聲請調查，這時候檢察官就不宜再指摘法院違反職權調查義務提起上訴，這樣審慎把他釐出來之後，應該就真的可以回到問題的本質面來看待。

首先當然要很感謝剛剛五位先進所提供寶貴的意見，就我個人的初步研究心得，在第九條的部份，當時草案出來以後，我也主張第九條應該要回到訴訟法，也就是從上訴審的結構來做修正，應該是一審落實堅實的事實審，二審改採事後審查審，那時候再考慮第三審是不是採嚴格法律審。那麼在思考檢察官跟被告這邊的所謂訴訟權的觀點，是不是要做某種程度不對稱的設計來做思考，這是有關第九條的部份。

第八條的部份，也很感謝這次問卷調查結果的意見回應，當然也包括這 35 個案件的調查研究，我會思考說怎麼去較明確地擬出一條「檢察官的追訴權到什麼樣的範圍才是有窮盡」的方向來思考，這部份我應該會比較接近林律師的看法，還是要回到我們上訴審的結構，如果將來我們上訴審的結構，二審是採所謂事後審，最高法院採嚴格法律審這樣設計之下，那我們認為說二審如果有累積兩次維持無罪的情況，在這個部份檢察官就不宜再提起上訴，不過可能要再設定例外情況，這個例外情況目前我還再做一些分析，因為這還要回去再看一下案件的判決理由，所以我今天沒有辦法提供初步的看法，這是我個人簡單淺薄的想法。

我們現在也超過了二十分鐘的時間，是不是可以再保留十分鐘給各位先進看這個問題？希望再補充論述或是對剛剛彼此之間的見解有沒有要回應的，那我們就在十分鐘內一個人三分鐘內做補充的說明。

蔡：謝謝院長，還有謝謝剛剛石庭長的與談。

我剛剛報告有幾點漏掉想做補充，就是第九條大家都認為是不洽當的方式，我再舉一個例子就是第九條他兩次無罪判決以後，這個案子基本上就完了，因為在第九條第二項大部份就如同剛剛石庭長所提到，在最高法院的通說是認為只要跟 379 條有關的判例全部都不適用，這樣的擴張解釋就是幾乎沒有適用的機會，幾乎沒有成功的機會了。他有一個很重要的功能就是有一個我稱為無罪誘發

的功能，就是第二審無罪判決的誘發功能，他會有這個傾向，因為我第二審判無罪這個案子就結束了。我覺得這個功能要特別去注意，說因為這是不當的、是非常負面的功能、是有問題的！所以我覺得這一條應該要修正。

再來就是無罪推定，是不是可以用無罪推定來合理化、正當化這一套法律？這部份我比較保留。為什麼我比較保留？因為我認為刑事訴訟法第 154 條第 1 項，基本上是一個錯誤規定，無罪推定要一直到確定的時候才結束，在確定之前都推定為無罪。那在第一審如何為有罪判決？都還沒確定，你要怎麼做有罪判決？所以這是一個很錯誤的，至少在措詞上、在用語上是一個很錯誤的規定。我們的妥速審判法第六條，事實上是沒有這樣規定，至少沒有這個毛病，但是這條規定在這裡是比較沒有意義的，因為看不到任何的效果，也就是說這條規定在整個妥速審判法實務的操作裡面，事實上看不到任何的效果。

無罪推定在第一次的、最少在事實審判決，通常解釋是（從世界性、國際上來講）多數認為在事實審、第一審作出來的判決前，接下來基本上他事實認定的功能就越來越少。我認為在第一審判決出來，無罪推定就沒有意義了，他本來就判無罪了無推定可言，他何必再推定？判有罪的話，無罪推定就消失了。那再來是法律要不要准許上訴，上訴理由為何？這是上訴審的操作以及上訴功能的問題，這已經沒有無罪推定的問題，所以我認為在第一審，至少在事實審判決以後不能再有無罪推定的問題，因為這會造成一個很大的矛盾。這個後來也有人講，好像都是檢察官講的，就是吳巡龍檢察官，我很早在一篇文章裡面就主張說無罪推定到判決確定還推定無罪，這樣的功能基本上是錯的，我認為在邏輯上是不通的，那這是在做一個說明。

剛剛檢察長講說檢察官會不會沒有依職權調查證據來上訴，這個問題我剛沒有看很清楚，如果我的話，我的立場是如果檢察官他要法官依職權調查證據，我覺得很好，他要發揮正義感，這有什麼不可以呢？事實上、基本上法官有這個職權，但是如果你沒有聲請然後，他也沒有依照職權去調查證據，我認為你不能用法官沒有依職權調查證據就上訴，這個是沒道理的，這基本上是檢察官的事，但是他可以依職權去這樣做，他可以裁量到底要不要去收集證據，或者說到底要不要去調查證據。調查證據是一個很模糊的概念，最高法院事實上花了很多力氣去處理這個問題，這個問題基本上是著重在調查證據是檢察官的事情，基本上是這樣子的，這個就不用再多談。我沒有像檢察長講的，都不應該調查證據。事實上大部份檢察官的意見，可能跟我的比較接近，如果法官要調查證據那我很高興阿。我在蒞庭的時候，老實講，我們都非常尊重法官，如果審判長他很有正義感要依職權調查證據我當然非常稱讚他，不過果沒有，我覺得說我們不應該用這個理由去做上訴。

最後一點是就剛剛林律師提到司法院要最高法院化，這個東西是完全騙人的。就是說整個司法改革，當時司法院所提出來的對於司法院的定位這些承諾，到最後大部份都無疾而終，都是作為當時政治手段。我認為是要達成某些目標的政治手段，這些承諾完全是廢話，根本就是騙人的。現在事後再講一些理由說現

在行不通，當然將來也許有其它的因素，可能可以把最高法院法律審的功能發揮到極致的話。把案件減少其實對律師的影響也非常大，有一些反彈聲音到最後無疾而終，因為我個人當時親身參予全國司法改革會議，當時是陳老師是主導人物之一，這些東西理想到現在看起來都是騙人的，這是最後我要講的話，就是非常讓人失望，謝謝。

吳：院長、各位先進，我補充一下。

剛才感謝石庭長回應說這幾個駁回判決應該是上訴理由沒有寫到具體指摘他違反判例，因為我是直接抓最高法院的判決，對於檢察官的上訴理由也只抓摘要，所以看不出來說這個二審檢察官上訴到底有沒有引用哪些判例。不過裡面有兩個判決，有寫到跟判例是屬於 377 到 379 的判例的話，縱使你有指摘出這個判例也不算數，也不可以上訴第三審。我看到這邊有兩件他就直接指摘這點，然後就是駁回了。所以我想他駁回的重點主要就是放在說檢察官上訴理由是主張他違反 377 到 379 的判例，可能有提到這一點，所以他才把他駁回。所以這個部份我做一下補充。

我個人的看法是最高法院如果說通說就是認為 377 到 379 的相關判例也算，我也非常認同石庭長的說法，他應該說明理由，為什麼只要判例牽涉到 377 到 379，你就一律不可以上訴？要有一個有說服力的理由讓人追尋，否則難以服眾，尤其這幾個案例，檢察官上訴的爭執點都真的是對於該案關鍵的爭執點，那二審並沒有做這部份有說服力的說明，判決是有瑕疵的，以上報告。

施：我補充兩點。

第一點，我回應剛剛林律師所講的，最高法院現在清倉大拍賣成功的原因到底是速審法還是什麼原因？林律師說跟速審法關係應該不大，最主要是因為現在最高法院政策的指導，讓他們不太染指事實，所以成功，這個我是大力的贊同。因為你從數據看起來，我這裡有一個 2007 年最高法院發回的比例是高達 42.56%，現在只剩下項最近的 102 年 5 月 13.61%，幾乎快到三分之一。這個當然是減少案件最大宗，當然速審法有貢獻，但是剛剛簡報上幾個案子而已，貢獻不大。所以我們認為真正解決這種積案問題的，還是在最高法院他們態度。

當然我們還是期待最高法院是一個嚴格的法律審，把 379 的第 10 款、第 14 款做比較嚴格、比較保守的解釋，這樣運用起來一定是沒有問題的這是第一個。

第二個，如果說在這前提之下覺得速審法有貢獻，那最重要的是最高法院的觀念改變的話，我當然是大力主張其實速審法不用了，但是如果說一定還要有，因為他算是一個功臣，不能兩下就把他踢走的話、還是要修的話，我覺得限制檢察官上訴這個部份，是不是不要片面的？我舉個例子來講，一個學生完成一個作業以後，老師看過覺得寫得不好，要學生回去重寫。但寫完以後，老師就不看了！哪有這種道理？叫你重寫以後，我來看一看，覺得你好，那沒問題。為什麼最高法院都已經講說這個判得不好，人家重新判了以後，他不再表示意見？我

想這個是不完美的結束，在做事情的邏輯上也是不對的，所以還要速審法存在的話，其實不要片面限制檢察官的上訴，寧可像我剛剛講的那樣，法務部很高明，去限制不要發回。為什麼要限制檢察官不能上訴？這都是可以討論的。

補充第二點，關於速審法第九條最高法院的通說，這部份我曾經跟朱朝亮朱主任在高雄高分檢的時候，做了一個很大的奮戰，我們深不以為然！我們覺得說從左邊讀過去、右邊讀過來、上面讀下來、下面讀上去，法條都沒有那個意思！明明說那判例可以阿！為什麼不可以？當然我們也深思過說法條本身說不可以了，為什麼根據法條所做的解釋可以？覺得這是一個立法的缺漏。那立法的缺漏可以用解釋來克服阿！所以我們就勸檢察官用這個例子上訴，一直上訴！結果就是灰頭土臉阿！剛剛列的44件，大概有34件是我們貢獻的，結果高雄高分檢從全國辦案第一名就變成墊底，林檢察長也罵我，說你們愛玩嘛！但是朱主任已經調走了，只剩下我挨罵。

石：我回應剛剛兩位先進的意見，事實上最高法院已經朝著嚴格法律審的方向在邁步，所以說他的撤銷發回比例降低是這個原因。事實上的話，第九條就是以後刑事訴訟法修正第三審上訴先驅的試驗，這可以先跟各位預告，我想陳老師應該也很清楚。

其次我這邊有個數據，我沒有把他提出來，就是最高法院確定案件關於妥速審判法第九條，裡面違違背憲法的上訴理由是三件，違背司法院解釋的是七件，違背判例的是八十八件，但是上訴理由未具體敘明的有七十三件，就是剛才我跟吳檢察官所說的，他只有籠統說明違法，但沒有具體說明違背哪些判例有七十三件，簡單補充謝謝。

林：今天接受了很多先進的觀念，我想提出的是司法院跟法務部還有學界是不是可以再思考，在刑事訴訟法做一個修正，反正常常在修嘛、最近也剛修，就是說把妥速審判法這些不合理的部份，在刑事訴訟法裡面做一個修正，現在就要推動觀審制，當然施行條例還沒有通過，這個好像勢必要走，所以是不是我們的有權機構，像法務部、司法院，應該共同討論如何修正刑事訴訟法，而不是像妥速審判法這樣，因為有這樣的問題，所以用這樣的法律來解決老百姓的不滿或實務上出現的怪現象，我覺得這是台灣法律修改一個很不好的現象。所以我是比較期待說官方是不是能檢討，把刑事訴訟法做一個大修，這樣的話我們今天討論的內容也可以繼續發展，謝謝。

陳：今天時間真的耽誤很多，吳檢察官好像另外有行程的安排。

最後在這邊還是要再一次感謝五位實務先進，能在百忙之中撥空，做這樣意見的提供跟指導，感謝大家。

我回應剛剛林律師這樣的期待跟建議，那目前司法院刑事訴訟研修委員會，那我個人是委員之一，七月份開始之前已經有討論一些主題了，接下來七月

份開始就是要討論上訴的部份，我也會把各位的想法整理之後，提出來跟這個委員會盡力說明，當然大方向是希望能夠把八條、九條回歸到刑事訴訟法，來做統籌的規範，至於具體的要件其實第九條第二項我一開始也跟最高法院持不同的看法，最主要是因為在目前我們二審事實審之下，我們的第九條第二項，如果把跟377、379的相關判例都認為不能上訴，我想比日本的嚴格法律審還要嚴格，其實這個風險，如果從發現真實的角度來看，風險是存在的。所以這個部份我會盡我個人的能力希望能夠反映出來。今天再最後一次謝謝各位的參與。

二、問卷調查資料

「刑事妥速審判法」限制第三審上訴之實施狀況調查問卷

各位女士、先生，您好：

我們是東海大學法律研究所的老師與研究生，針對國科會委託研究「不對稱上訴之研究」計畫，擬進行一份有關「刑事妥速審判法」限制第三審上訴之實施狀況的問卷調查，煩請您於百忙之中撥冗惠予協助。

刑事妥速審判法於99年5月制定公布，其中有關上訴制度部分，第9條規定，案件於第一審判決無罪，第二審（含更審法院）仍維持第一審所為無罪判決者，檢察官非以判決所適用之法令抵觸憲法、判決違背司法院解釋或判例為由，不得上訴第三審法院。第8條進一步規定，案件自第一審繫屬日起已逾六年且經最高法院第三次以上發回後，含最後之更審無罪判決已達三次以上者，檢察官對該無罪判決，不得上訴於最高法院。上述兩項條文片面或不對稱的針對檢察官之第三審上訴，於合於一定要件下改採所謂嚴格法律審，或禁止其上訴，廣義而言，均屬不對稱上訴的規範。另外，或許是受到刑事妥速審判法制定公布的影響，近年來也有部分個案雖尚未達妥速審判法所定不得上訴之要件，例如聯電案及拉法葉軍購弊案部分被告案件的二審無罪判決，檢察實務認為倘若檢察官仍然就無罪判決一再上訴，被告將承受更多的焦慮及不安，有礙被告接受公正、合法、迅速審判的權利，因此基於刑事妥速審判法立法精神，決定不再上訴。此種異於往常的運作趨勢的發展也頗令人矚目。

妥速審判法採取片面或不對稱的限制檢察官上訴管道的法理或政策基礎何在，新法施行後實務的運作狀況以及對檢察實務追訴或證明活動造成如何的影響，無疑的是學界及實務關注的焦點。同時，誠如聯電案及拉法葉軍購弊案部分被告案件無罪判決確定過程中所提供的重要論點：即便尚未達刑事妥速審判法第8條所定之要件，惟在符合何種標準或條件下仍以捨棄上訴為宜？此種情形，不僅事關被告免受國家機關不合理追訴之地位安定性的保障，更牽動民眾對於檢察

權公正行使的信賴問題，亦有進一步探究的必要。本研究為瞭解妥速審判法限制第三審上訴規定的實施狀況、以及檢察實務對於無罪判決捨棄上訴的判斷標準或考量因素，期待希望藉由您豐富的實務經驗與精闢見解，共同探尋制度與實務的平衡點。

本問卷關於對於各位所填寫之資料皆僅作為學術研究之用，還望您撥冗填寫本問卷，您的任何意見都會成為我們的寶貴資料。在您百忙之餘，本問卷之設計將引導您在最短的時間內輕鬆的完成，謝謝您的合作。

順祝 新春愉快
心想事成

陳運財 李永瑞 侯珮琪 敬啟

2013 年 3 月

一、基本資料

01. 請問您擔任檢察官至今約有____年，其中擔任於高檢署擔任檢察官約有____年
02. 您服務之地檢署為：
台灣高分檢 台中高分檢 台南高分檢 高雄高分檢
花蓮高分檢
03. 您目前是否隸屬於專股處理特別案件？
是 否
04. 承上題，您專股承辦之案件係：
財產犯罪 暴力犯罪 經濟犯罪 貪瀆 毒品 其他：

二、妥速審判法施行前實務運作狀況

01. 您是否承辦過「經最高法院第三次發回後，第二審法院更審維持第一審所為無罪判決」但捨棄上訴之案件？
是（____件） 否（接 0.4 題）
02. 承上題，若是，您捨棄上訴的考量為何（可複選）？
無罪推定原則 調查途徑已窮、仍不能證明被告有罪 被告已一再經法院無罪判決、維護被告權益 無罪判決並無違背法令 一事不再理、禁止雙重危險原則 判決雖有瑕疵但並未顯然於判決有影響
其他：_____

03. 承 01. 題，關此捨棄上訴，是否曾經檢察機關內部程序或相關機制？
無、自行決定 依檢察機關內部規定 由機關首長召集開會研商決定 由機關首長自行決定 其他：_____
04. 您是否承辦過「經最高法院第三次發回後，其所為無罪之更審判決，於更審前曾經同審級為二次以上無罪判決」但捨棄上訴之案件？
是（____件） 否（接 0.7 題）
05. 承上題，若是，您捨棄上訴的考量為何（可複選）？
無罪推定原則 調查途徑已窮、仍不能證明被告有罪 被告已一再經法院無罪判決、維護被告權益 無罪判決並無違背法令 一事不再理、禁止雙重危險原則 判決雖有瑕疵但並未顯然於判決有影響
其他：_____
06. 承 04. 題，關此捨棄上訴，是否曾經檢察機關內部程序或相關機制？
無、自行決定 依檢察機關內部規定 由機關首長召集開會研商決定 由機關首長自行決定 其他：_____
07. 您是否承辦過「一審、二審均為無罪判決」但捨棄上訴之案件？
是（____件） 否（接 11. 題）
08. 前述放棄上訴案件在您曾承辦之第一審及第二審均無罪之案件中，其所佔比例約為？
 0%~20% 21%~40% 41%~60% 61%~80%
81%~100%
09. 承 07. 題，若是，您捨棄上訴的考量為何（可複選）？
無罪推定原則 調查途徑已窮、仍不能證明被告有罪 被告已一再經法院無罪判決、維護被告權益 無罪判決並無違背法令 一事不再理、禁止雙重危險原則 判決雖有瑕疵但並未顯然於判決有影響
其他：_____
10. 承 07. 題，關此捨棄上訴，是否曾經檢察機關內部程序或相關機制？
無、自行決定 依檢察機關內部規定 由機關首長召集開會研商決定 由機關首長自行決定 其他：_____
11. 您是否曾就第一審與第二審均為無罪判決之案件上訴第三審？
 是，每年平均為_____件 否（接 13. 題）

12. 承上題，前述案件中經最高法院撤銷發回更審之案件，每年平均為_____件

13. 您是否承辦過「一審為有罪判決而二審為無罪判決」但捨棄上訴之案件？

是（_____件） 否（接 16. 題）

14. 承上題，若是，您捨棄上訴的考量為何（可複選）？

無罪推定原則 調查途徑已窮、仍不能證明被告有罪 被告已一再
經法院無罪判決、維護被告權益 無罪判決並無違背法令 一事不再
理、禁止雙重危險原則 判決雖有瑕疵但並未顯然於判決有影響
其他：_____

15. 承 13. 題，關此捨棄上訴，是否曾經檢察機關內部程序或相關機制？

無、自行決定 依檢察機關內部規定 由機關首長召集開會研商決
定 由機關首長自行決定 其他：_____

16. 您是否承辦過「一審為重罪判決而二審改為輕罪判決（例如一審為殺人有罪
判決而二審改為過失致死有罪判決）」但捨棄上訴之案件？

是（_____件） 否（接 19. 題）

17. 承上題，若是，您捨棄上訴的考量為何（可複選）？

罪疑唯輕原則 調查途徑已窮、仍不能證明被告有罪 被告已一再
經法院無罪判決、維護被告權益 無罪判決並無違背法令 一事不再
理、禁止雙重危險原則 判決雖有瑕疵但並未顯然於判決有影響 其
他：_____

18. 承 16. 題，關此捨棄上訴，是否曾經檢察機關內部程序或相關機制？

無、自行決定 依檢察機關內部規定 由機關首長召集開會研商決
定 由機關首長自行決定 其他：_____

19. 您是否承辦過「撤銷發回更審又為無罪判決」但捨棄上訴之案件？

是（_____件） 否（接 22. 題）

20. 承上題，若是，您捨棄上訴的考量為何（可複選）？

無罪推定原則 調查途徑已窮、仍不能證明被告有罪 被告已一再
經法院無罪判決、維護被告權益 無罪判決並無違背法令 一事不再
理、禁止雙重危險原則 判決雖有瑕疵但並未顯然於判決有影響
其他：_____

21. 承上題，關此捨棄上訴，是否曾經檢察機關內部程序或相關機制？

- 無、自行決定 依檢察機關內部規定 由機關首長召集開會研商決定
由機關首長自行決定 其他：_____

22. 依您的經驗，就曾承辦之上訴第三審案件，曾以下列何項事由作為上訴之主要事由，各類事由於所佔之比例各約為？（可複選）

- 原審法院之組織不合法者，佔_____％
依法律或裁判應迴避之法官參與審判者，佔_____％
依刑訴法應於審判期日調查之證據而未予調查者，佔_____％
除刑訴法有特別規定外，已受請求之事項未予判決，或未受請求之事項予以判決者，佔_____％
判決不載理由或所載理由矛盾者，佔_____％
其他刑訴法第 379 條所規定之情形，佔_____％
原審訴訟程序有違背法令且顯然於判決有影響之情形，佔_____％
其他：_____，佔_____％

23. 依您的經驗，所承辦之上訴第三審案件遭最高法院駁回上訴之比例約為？

- 0%~20% 21%~40% 41%~60% 61%~80%
81%~100%

24. 承上題，您以原審判決違反 379 條第 10 款為主要上訴理由，而遭最高法院駁回之案件比例為？

- 0%~20% 21%~40% 41%~60% 61%~80%
81%~100%

25. 承 23. 題，您以原審判決違反 379 條第 12 款為主要上訴理由，而遭最高法院駁回之案件比例為？

- 0%~20% 21%~40% 41%~60% 61%~80%
81%~100%

26. 承 23. 題，您以原審判決違反 379 條第 14 款為主要上訴理由，而遭最高法院駁回之案件比例為？

- 0%~20% 21%~40% 41%~60% 61%~80%
81%~100%

三、妥速審判法施行後實務運作狀況

01. 您有無承辦過符合刑事妥速審判法第八條之要件之案件？
是（ ____ 件） 否（接 0.3 題）
02. 若符合第八條之要件，高等法院判決書是否曾註明不得上訴？
是 否
03. 承上題，若高等法院判決書已註明符合第八條之要件而不得上訴者，您會如何處理？
自行簽結 報請檢察長同意簽結不再上訴 請示上級檢察官再檢討有無符合第八條之要件以決定是否上訴 其他： _____
04. 若高等法院之無罪判決書並未註明不得上訴之情形，您是否會審酌該無罪判決有無符合第八條之要件？
是 否
05. 承上題，若是，您會如何處理？
自行判斷後若認為符合第八條即自行簽結不再上訴 報請檢察長同意簽結不再上訴 請示上級檢察官再檢討有無符合第八條之要件以決定是否上訴 其他： _____
06. 您有無承辦過案件雖不符合刑事妥速審判法第八條之情形但卻捨棄上訴之情形？
是 否（接 09. 題）
07. 承上題，若是，您捨棄上訴的考量為何（可複選）？
無罪推定原則 調查途徑已窮、仍不能證明被告有罪 被告已一再經法院無罪判決、維護被告權益 無罪判決並無違背法令 一事不再理、禁止雙重危險原則 判決雖有瑕疵但並未顯然於判決有影響
其他： _____
08. 承上題，關此捨棄上訴，是否曾經檢察機關內部程序或相關機制？
無、自行決定 依檢察機關內部規定 由機關首長召集開會研商決定 由機關首長自行決定 其他： _____
09. 您是否承辦過「一審、二審均為無罪判決」，適用刑事妥速審判法第九條之案件？
是，每年平均為 ____ 件 否（接 13. 題）

10. 承上題，於您承辦過之「一審、二審均為無罪判決」案件中是否曾捨棄上訴？

是，每年平均為____件 否（接 13. 題）

11. 承 09. 題，若是，您捨棄上訴的考量為何（可複選）？

無罪推定原則 調查途徑已窮、仍不能證明被告有罪 被告已一再
經法院無罪判決、維護被告權益 無罪判決並無違背法令 一事不再
理、禁止雙重危險原則 判決雖有瑕疵但並未顯然於判決有影響
 其他：_____

12. 承 09. 題，關此捨棄上訴，是否曾經檢察機關內部程序或相關機制？

無、自行決定 依檢察機關內部規定 由機關首長召集開會研商決
定 由機關首長自行決定 其他：_____

13. 您是否承辦過「一審為有罪判決而二審為無罪判決」但捨棄上訴之案件？

是（____件） 否（接 16. 題）

14. 承上題，若是，您捨棄上訴的考量為何（可複選）？

無罪推定原則 調查途徑已窮、仍不能證明被告有罪 被告已一再
經法院無罪判決、維護被告權益 無罪判決並無違背法令 一事不再
理、禁止雙重危險原則 判決雖有瑕疵但並未顯然於判決有影響
 其他：_____

15. 承上題，關此捨棄上訴，是否曾經檢察機關內部程序或相關機制？

無、自行決定 依檢察機關內部規定 由機關首長召集開會研商決
定 由機關首長自行決定 其他：_____

16. 您是否承辦過「一審為重罪判決而二審改為輕罪判決（例如一審為殺人有罪
判決而二審改為過失致死有罪判決）」但捨棄上訴之案件？

是（____件） 否（接 19. 題）

17. 承上題，若是，您捨棄上訴的考量為何（可複選）？

罪疑唯輕原則 調查途徑已窮、仍不能證明被告有罪 被告已一再
經法院無罪判決、維護被告權益 無罪判決並無違背法令 一事不再
理、禁止雙重危險原則 判決雖有瑕疵但並未顯然於判決有影響 其
他：_____

18. 承 16. 題，關此捨棄上訴，是否曾經檢察機關內部程序或相關機制？

無、自行決定 依檢察機關內部規定 由機關首長召集開會研商決

定 由機關首長自行決定 其他：_____

19. 您是否承辦過「撤銷發回更審又為無罪判決」但捨棄上訴之案件？

是（____件） 否

20. 承上題，若是，您捨棄上訴的考量為何（可複選）？

無罪推定原則 調查途徑已窮、仍不能證明被告有罪 被告已一再
經法院無罪判決、維護被告權益 無罪判決並無違背法令 一事不再
理、禁止雙重危險原則 判決雖有瑕疵但並未顯然於判決有影響
其他：_____

21. 承 19. 題，關此捨棄上訴，是否曾經檢察機關內部程序或相關機制？

無、自行決定 依檢察機關內部規定 由機關首長召集開會研商決
定 由機關首長自行決定 其他：_____

22. 就您曾承辦適用刑事妥速審判法第九條之案件中，曾以下列何項事由作為上訴之主要事由，各類事由於所佔之比例各約為？（可複選，未曾承辦者請續答第四部份）

判決所適用之法令抵觸憲法，佔_____％
 判決違背司法院解釋，佔_____％
 判決違背刑訴法第 379 條相關之判例，佔_____％
 判決違背刑訴法第 379 條以外之判例，佔_____％
 其他：（請概略說明上訴事由）

_____, 佔_____％

23. 就您依刑事妥速審判法第九條規定提起上訴之案件中，經最高法院以無理由駁回上訴之比例約為？

80%~85% 86%~90% 91%~95% 96%~100%

25. 承上題，於遭最高法院駁回上訴之案件中，最高法院駁回之主要理由為下列何者？（可複選）

原審判決適用之法令並無抵觸憲法，佔_____％
 上訴理由主張原審判決所違背之司法院解釋、判例，屬於本法第 9 條第 2 項所列規定之相關判例，佔_____％
 上訴理由對於原判決究竟有何適用法令抵觸憲法、違背司法院解釋或違背判例等情事，未依據卷內訴訟資料具體指摘，佔_____％
 原審判決所為論斷，核無違背客觀存在之經驗法則與論理法則，亦無判

決理由矛盾或違背上訴理由所主張之司法院解釋、最高法院判例之意旨，佔_____%

上訴理由之主張雖為有理由，惟原審判決之瑕疵顯然於判決無影響，佔_____%

其他：(請概略說明上訴事由)

_____, 佔_____%

四、對於妥速審判法第 8 條、第 9 條之意見及修法建議

(一) 妥速審判法第八條

01. 您認為，關於妥速審判法第八條規定之廢除？

是 (請續答第 (二) 部份) 否

02. 承上題，如認為妥速審判法第八條應予廢除，您的理由為何？

並不違反無罪推定原則 並不違反一事不再理、禁止雙重危險原則
 無罪判決有違背法令處 其他：_____

03. 您認為，速審法第八條規定以「案件自第一審繫屬日起已逾六年」為期間要件，此項期間是否太長？

是 否

04. 承上題，如認為太長，您建議適當的期間為何？

五年 四年 三年 二年 一年 無須限制

05. 您認為，速審法第八條規定以「經最高法院第三次發回後，第二審法院更審維持第一審所為無罪判決，或其所為無罪之更審判決，如於更審前曾經同審級為二次以上無罪判決」為次數要件，此項次數是否過度？

是 否

06. 承上題，如認為過度，您建議適當的次數為何？

二次發回 一次發回 第二審法院累積二次無罪即可

(二) 妥速審判法第九條

07. 本條第 1 項規定，除第 8 條之情形外，第二審法院維持第一審所為無罪判決，提起上訴之理由，以下列事項為限：一、判決所適用之法令牴觸憲法。二、判決違背司法院解釋。三、判決違背判例。同條第 2 項規定，刑事訴訟法第 377 條至 379 條、393 條第 1 款之規定，於前項案件之審理，不適用之。您認為本條之規定是否過度嚴格而有修正之必要？

- 是，本條規定過度嚴格，應加以修正
- 否，本條規定雖然嚴格，但尚無修正之必要
- 否，本條規定寬嚴適中，尚無修正之必要
- 否，本條規定仍顯寬鬆，應加以修正

08. 本法施行後，最高法院多數見解認為本條第 2 項所定之「刑事訴訟法第 377 條至 379 條、393 條第 1 款之規定，於前項案件之審理，不適用之」，係包含各該規定（特別是刑訴法第 379 條）相關之司法院解釋、判例，您認為最高法院如此之見解是否妥適？

- 是（接下題）
- 否（接 11. 題）

09. 您認為最高法院如此見解妥適之理由為何？（可複選）

- 有助貫徹實踐嚴格法律審之立法意旨
- 有助無罪推定原則之貫徹
- 有助保障被告接受公正、合法、迅速審判之權利
- 此見解並未溢脫本項規定之文義解釋射程範圍，最高法院自得本於職權作成相關解釋
- 其他：（請概略敘述理由）

10. 您認為最高法院如此見解並非妥適之理由為何？（可複選）

- 最高法院並未就排除相關判例適用提出充分之說理及法源依據
- 有害於最高法院發揮統一法令解釋之功能
- 對於自訴案件之訴訟權保障而言，係增加法律所無之限制
- 過度限縮檢察官及自訴人之上訴權，可能造成當事人對於當然違背法令及判例之判決無法上訴請求救濟
- 其他：（請概略敘述理由）

11. 本法施行後，最高法院曾有判決指出，本條第 1 項各款之適用，應以原判決之瑕疵顯然於判決有影響者，作為合法上訴之要件。您認為最高法院如此之見解是否妥適？

- 是（接下題）
- 否（接 14. 題）

12. 您認為最高法院如此見解妥適之理由為何？（可複選）

- 符合上訴制度之立法目的
- 判決之瑕疵於判決結果無影響者並無具體個案救濟之效，當事人之上訴並無上訴利益
- 有助於建立金字塔型的審級構造，增進審判效能
- 其他：（請概略敘述理由）
-

13. 您認為最高法院如此見解並非妥適之理由為何？

- 本條規定之條文內容並未作如此之限制
- 最高法院本身仍有發揮統一法令解釋功能之職權
- 本條第 1 項各款事由之限制並非基於個案救濟之目的而立法
- 其他：（請概略敘述理由）
-

14. 本條第一項第 1 款之上訴事由僅規定「判決所適用之法令抵觸憲法」，您認為若原審判決之內容本身有抵觸憲法之情形，例如原審組織不合法，違反法定法官原則或法官應行迴避而未迴避，違反公平審判原則，是否亦應屬於可上訴第三審之事由？

- 是 否

15. 本條所適用之案件，係第二審維持第一審無罪判決之案件，您認為若該案件雖於第一審獲有罪判決，惟於第二審法院（含更審）曾獲判二次無罪判決，此類案件是否亦得適用本條之規定？

- 是 否

16. 對於本條之規定，您認為尚有如何之缺失，或應作如何之修正？

※ 感謝您於公務繁忙之際撥冗填寫本問卷，若您願意就與本問卷有關之議題接受訪談或參與座談，請於以下空白處留下姓名及聯絡方式（電話、電子郵件及所屬機關），以便我們與您聯絡相關事宜。如果您願意提供我們與本問卷相關議題有關之實務經驗（例如您印象中較為重要之案件相關資訊），也請您不吝留下案號或其他相關資料，您的分享與參與都將使我們的研究成果更為豐富及深入，

謝謝您。

三、赴日本京都大學法學院訪談調查心得報告

(為執行國科會「不對稱上訴之研究」專題研究，前往日本蒐集相關資料出國報告)

日本刑事上訴構造與裁判員制度

日本在引進裁判員制度的立法過程中，有關上訴制度有無必要改革及如何改革的討論，可提供我國相關制度設計的借鏡。

1、第二審事後審查審的續審化

關於上訴審的構造，立法例上一般存有三種型態：其一，覆審制，即由上訴審就上訴部分為重覆審理。其二，續審制，即接續下級審審判之結果，以判決前之證據資料為審理基礎，並調查判決後新發生之證據，以認定事實。其三，事後審查制，即以原判決時為基點，依據原審判決的所調查之證據及訴訟資料，審查有無違背法令或事實誤認之情形，之所以稱審查審，乃其審理程序係先就原判決是否有上訴人所指摘之違法，若有，上訴審法院始就所到達之判決內容是否妥當進行審查¹⁷⁹。

於二次大戰後，日本刑事審判制度在組織上，仍維持三個審級的結構，惟因第一審改採當事人進行原則，引進傳聞法則且落實直接審理等關係，事實問題不宜再重覆審理；同時，因最高法院成為行使違憲審查權的終審機關，為較能專責處理憲法爭議問題，有必要將一般的法律問題，委由下級審負責處理，因此對於第二審上訴做了大幅的變革，改採所謂事後審查審，上訴有理由者以撤銷發回為原則¹⁸⁰。另一方面，刑事訴訟之第三審上訴則專以處理憲法解釋之爭議及有限度的統一法令之解釋為目的，形成了所謂金字塔型的審級救濟結構¹⁸¹。

關於日本事後審查審之構造，學理上又有「嚴格事後審說」、「續審接枝說」

¹⁷⁹ 黃東熊，前註 108 書，頁 644。

¹⁸⁰ 田宮裕，前註 109 書，頁 462。

¹⁸¹ 日本刑事訴訟法第 405 條規定：「對於高等法院所為之第一審或第二審判決，得以有左列事由作為理由，聲請上訴：一、違反憲法或憲法之解釋有違誤者。二、其判斷違背最高法院之判例者。三、無最高法院判例存在時，其判斷違背大審院或相當於第三審上訴之高等法院所為之判例，或本法施行後相當於第二審上訴之高等法院所為之判例者。」除了上開第 405 條明定得上訴第三審之事由外，為補充唯一終審機關之最高法院統一法令解釋的功能，另設有裁量許可上訴制度，原審判決雖無第 405 條規定得提起第三審上訴之事由，但其所涉及之法律見解具有原則上之重要性時，當事人得於上訴期間內，聲請第三審法院裁定許可上訴。另外，為兼顧當事人具體救濟之上訴制度的目的，第 411 條並兼採職權撤銷的機制。

及「審查審說」之差別，此三說關於第二審上訴之審查基準及所審查之資料範圍之看法，略有不同¹⁸²，茲扼要敘述如下：

「嚴格事後審說」主張審查基準應以原判決時為準，審查之資料應以原審所調查過之證據以及在原審辯論終結前聲請調查卻被駁回之證據為限。「續審接枝說」認為第二審上訴就書面審查而言固屬事後審，惟關於事實之調查，則應部分移植續審制之機能，故應以第二審判決時為審查之基準，而原審程序中已存在而未發現的新證據以及原判決後發生之情事，亦可列入調查範圍。至於，「審查審說」之見解則強調，所謂之事後審雖可判斷原判決之結論是否妥當，惟第二審上訴審若以原審未發現之證據作為撤銷原判決之依據，將助長當事人輕視第一審而至第二審始提出證據聲請調查之傾向，故第二審調查事實之範圍應予以限制，以符合事後審之精神。

其中，特別就原判決有無事實誤認，第二審上訴應立於何種立場予以審查，基本上又有所謂「心證優越說」及「法則違反說」的不同想法。前者是指關於原判決認定事實之審查，第二審法院本身應從所調查之證據形成心證，再與一審之事實認定進行比較，兩者如有不一致，以第二審上訴審之心證為優先。後者係謂第二審法院原則上僅基於一審之記錄，審查一審事實認定中之證據評價及其所持之推論，有無違反論理法則及經驗法則，亦即旨在審查第一審認定事實之過程是否具有合理性¹⁸³。實務運作上，由於一、二審之判斷主體的同質性、認定事實所憑資料的同質性以及二審法官積極追求真相的思維，不少第二審法院不受當事人在第一審所為主張或舉證範圍所拘束，自行追求真相，續行調查證據，且實質上採取與一審法官同樣的思考及判斷方式，閱讀卷證而形成心證，如認有不一致之情形時，即將一審判決撤銷而自為判決，造成了第二審上訴的續審化及心證優先化¹⁸⁴。

2、裁判員制度之上訴審走向之爭議

在日本引進裁判員制度的研議過程中，如何配套設計應有的上訴制度，也是爭議的重要課題之一。

首先，負責研議司法改革方向的司法改革審議委員會所作成的意見書指出，為確保裁判員主體性、實質性的參與，關於審判程序各種環節精緻的運用，應視需要調整相關法令，裁判員法庭之判決書，基本上仍同樣由法官製作。同時，對於裁判員法庭之判決結果，應容許當事人對於事實誤認或量刑不當，作為上訴之理由¹⁸⁵。

由於司法改革審議委員會僅略指出適用裁判員審理之案件，仍有可能發生錯誤，而應透過上訴審予以救濟，至於針對裁判員案件之上訴制度，是否以及如何

¹⁸² 藤永幸治等編，前註 114 書，頁 73 以下。

¹⁸³ 司法研修所編，前註 133 書，頁 105。

¹⁸⁴ 司法研修所編，同前註，頁 95。

¹⁸⁵ 參照司法制度改革審議會意見書—21 世紀の日本を支える司法制度—2001 年 6 月 12 日，司法改革審議會，頁 107。

進行調整，意見書中並未具體指摘。因此，關於第一審適用裁判員審理之案件，其第二審上訴是否亦要同採裁判員制度？檢察官對第一審裁判員審判所為之無罪判決，得否以認定事實錯誤為由提起上訴，或對於有罪判決之上訴，其上訴理由是否應限於法律問題等，之後成為起草裁判員法暨刑事訴訟法研修會討論的議題。

在研修會的討論過程中，從最激烈至相對緩和的第二審上訴改革方案計有下述五個提案：(1)第二審上訴亦由裁判員參與審理及裁判，同時改採覆審制。(2)若有撤銷原判決之情形，第二審上訴亦應採取由裁判員合議審判。(3)第二審上訴仍維持由職業法官審理及裁判，惟限於原判決之訴訟程序違背法令或適用法令違誤之情形，得自為判決；其他有量刑不當或事實誤認之情形者，不得自為判決，而應發回更審。(4)第二審上訴仍維持由職業法官審理及裁判，量刑不當之情形亦可自為判決，僅限於事實誤認之情形，不得自為判決。(5)第二審上訴仍維持由職業法官審理及裁判，惟關於事實誤認及量刑不當之撤銷事由，予以嚴格限制¹⁸⁶。

其中第四案雖亦屬有力的見解，不過在眾說紛紜的討論中，相對多數的意見認為只要第二審上訴能落實事後審查審的旨趣，審查原判決內容有無瑕疵，則第二審上訴仍以維持現行法之規定為宜。亦即，多數意見認為引進裁判員制度時，仍有透過第二審上訴匡正認定事實錯誤或量刑不當之必要，應回歸現行刑事訴訟法事後審查審之原點，第二審上訴如能單純化為基於一審之記錄，檢視該判決內容有無錯誤之角色，改變向來續審化的運用，則無須變更第二審上訴規定之理由，亦無庸變更相關法規¹⁸⁷。

職是，關於適用裁判員審判之第一審案件，其第二審上訴並未另設任何特別規定，仍依現行刑事訴訟法之規定，僅由三名職業法官組成的合議庭進行事後審查，此種情形，等同於容許第二審三名職業法官的判斷可推翻第一審由國民參與審判的判決結果。究竟實務的運作是否將如立法者所樂觀期待的，第二審應盡可能的尊重裁判員法庭的判斷，貫徹事後審查審的精神，改變過去撤銷原判決後自為判決之續審化的運作，值得觀察。

3、最高法院能否撥亂反正？

依日本法務省所公布的統計資料顯示，2009年由職業法官審理之通常審判案件之上訴第二審案件中，被告上訴者占89.6%；檢察官上訴者占3.2%。相對的，裁判員制度自2009年5月起實施至2011年3月底為止的期間內，不服審理結果上訴第二審的案件中，被告上訴者占99.2%；檢察官上訴僅占0.5%。被告對於裁判員案件提起上訴者，主要是以量刑不當為由¹⁸⁸。

論者分析指出，引進裁判員制度後，上訴審法官之間就二審之應然面，仍存

¹⁸⁶ 池田修，前註134書，2009年，頁136。

¹⁸⁷ 池田修，同前註，頁135。

¹⁸⁸ 裁判員制度に関する検討会第6回会議（2011年6月8日開催）議事録，頁6。
<http://www.moj.go.jp/content/000077220.pdf> (最後到訪日 2012/4/20)。

有與傳統案件相同的爭論。基於積極發現真實之立場者認為，第二審上訴作為最終之事實審，應如同歷來一般，詳細檢視一審之錯誤，積極致力於發現真實之立場，不僅容許在二審提出新的主張，且不應猶豫地進行證據調查，以期發現真實，這是心證優先說的想法。相對的，亦有部分法官強調，對於一審裁判員審判之結果，應給予最大限度的尊重，經由裁判員制度的引進，第二審法官宜擺脫向來等同於積極發現真實的形象，僅基於當事人之主張、舉證加以斟酌，貫徹事後審查審的立場，這是尊重裁判員審判的見解，裁判員合議庭的判斷倘無違反論理法則及經驗法則，第二審法院即不應予以撤銷¹⁸⁹。

實務運作上，基本上雖然第二審法院基於尊重裁判員制度，傾向於維持原判決，但也逐漸出現第二審法院糾正第一審裁判員合議庭判斷的情形。其中，又以因當事人間於第一審判決後和解成立等情節，撤銷量刑而自為判決之情形居多。亦有因原審認定被告行為時處於精神耗弱之判斷有誤，改認定合於心神喪失，故撤銷有罪判決而自為無罪判決的案例。相對的，較有爭議的是，第二審法院因證據評價的不同，撤銷一審之無罪判決，而自為改判有罪的案例¹⁹⁰。

本案的事實關係是，被告受A委託，從馬來西亞攜帶內藏約1公斤安非他命的三個巧克力罐返回日本成田機場，在通過海關檢查處時被發現，遂被以走私安非他命罪起訴。被告辯稱，其係受A委託走私假護照而到當地與某男子見面時，除了裝有偽造護照的袋子，也代為保管巧克力罐，當時以為是要給A的土產。當時雖然覺得裏面可能裝有安非他命而感到不安，但因外觀上沒有異樣，認無問題就一併攜帶返國等語，而以不知道有安非他命之存在為由，主張無罪。對此，檢察官主張，從被告受到因走私安非他命而受審中之A委託，相互約定報酬，並由對方負擔機票費用將巧克力罐帶回，且巧克力罐重量不尋常（雖然標示每罐裏面裝有380公克的巧克力，但罐重超過1公斤），同時在海關檢查時，被告的言行舉止和辯解不自然等事實顯示，被告一定知悉內含安非他命。2010年6月22日，第一審由千葉地裁組成裁判員合議庭審理結果認為，綜合檢察官的各項主張仍難以遽認被告知悉安非他命之存在，本件既無法排斥被告之主張，觀諸常情難以確信被告知悉巧克力罐內藏有違法物品，因此判決被告無罪。檢察官不服，提起上訴。

第二審東京高等法院經審查原審所調查之證據，並依職權調查檢察官在原審撤回之證據，認定被告於逮捕後，就保管巧克力罐之經過供詞反覆，且一旦依偵查情勢的發展，自身供述無法自圓其說時，隨即改變而為虛偽供述，由於被告單憑外觀即排除罐內可能裝有安非他命之不安的辯解不自然且不合理，綜合其難以採信之供述及檢察官於第一審所指出之事實等，應認被告知悉巧克力罐內藏有安非他命為適當；原判決證據評價及認定事實錯誤，予以撤銷，改判被告有期徒刑12年，併科罰金600萬日圓。被告不服，上訴第三審最高法院。

2012年2月13日日本最高裁第一小法廷對於裁判員審判案件之二審審理之

¹⁸⁹ 井上正仁，前註137演講資料。

¹⁹⁰ 井上正仁，同前註。

應然面之爭，做成了具有重大影響的判決。最高法院首先指摘第二審上訴之性質原則為事後審，並非與一審持相同立場進行案件之審理，而係以當事人訴訟活動為基礎所作成之第一審判決為對象，進行事後的審查。由於第一審係採直接審理原則及言詞審理原則，當庭直接詰問證人，而基於當時作證之態度等判斷供述的可信性後，綜合全般情況而認定事實。因此，第二審上訴有關認定事實有無錯誤之審查，應從第一審判決所為之證據可信性評價及證據綜合判斷，參照論理法則、經驗法則，是否可評價為不合理，進行審查。此項審查的觀點，因引進裁判員制度更貫徹直接審理原則及言詞審理原則的關係，而更加妥當。本案關於第一審判決認定事實之合理性，難謂被告之辯解已完全不自然、不合理，而檢察官主張之各項事實及其他間接事實，其實也能作為說明被告不知為安非他命之事實，因此難謂東京高院之判決已充分指摘第一審之判決內容，經參照論理法則、經驗法則有何不合理之處，因此將原有罪判決撤銷，自為駁回檢察官之二審上訴。第一審裁判員合議庭之無罪判決，因此確定。

多麼充滿張力而戲劇性的逆轉！對於此項高等法院撤銷裁判員合議庭所為之無罪判決而自為有罪判決的案例，部分論者指出如果高院與地裁所採的證據一樣，只是心證不同，看法不同的問題時，高院應尊重裁判員審判認定的結果，不可撤銷，而應維持原判決¹⁹¹。而在制度改革方面，為避免此種撤銷而自為有罪判決的情形發生，應設定上訴審的審查範圍或框架；或是片面的就事實認定的部分，限制檢察官的上訴權¹⁹²。在此一情勢下，日本最高法院上述判決可謂是當頭棒喝，明示對於第一審裁判員審判之案件，第二審上訴審應立尊重裁判員判斷之立場，貫徹事後審查審的性質，關於原判決之事實認定，非有違背經驗、論理法則之情形，不得撤銷原審判決，明確表達了第二審上訴應尊重裁判員審判，以及採取違反論理法則及經驗法則說的立場¹⁹³。此項判決，不僅回應裁判員法之立法關係人的期待，針對適用裁判員審判的第二審上訴定立了審查的基本原則，同時對於傳統刑事案件的第二審上訴的實務運作，應可發揮促使其回歸立法意旨之事後審查審的作用。

4、小結

對於裁判員案件提起上訴者，被告方面主要是以量刑不當為上訴理由，檢察官方面提起上訴者非常少。上訴審法院基於尊重裁判員制度，雖然傾向於維持原判決，但也出現高等法院對於經裁判員裁判無罪之案件，予以撤銷而自為有罪判決的案例，對於此種情形，固有部分論者主張就制度改革方面，應該設定上訴審的審查範圍或框架；或是片面的，就事實認定的部分，限制檢察官的上訴權。惟酒卷匡教授及研擬裁判員法草案之多數委員認為只要回歸刑事訴訟第二審上訴

¹⁹¹ 此之論者見解，係筆者於2011年7、8月間至日本調查裁判員制度的實施狀況時，訪談白取祐司教授（北海道大學法學部）、佐藤博史律師、前田裕司律師、中山博之律師之受訪意見。在此謹對受訪者提供寶貴意見，表示謝意。

¹⁹² 同前註，前田裕司受訪意見。

¹⁹³ 井上正仁，前註137演講資料。

原先所預定的事後審査審的結構予以適用為已足。

裁判員裁判の運用と課題に関する質問事項

このたび、インタビューをお引き受けいただき誠にありがとうございます。質問事項は用意しておきましたが、おおざっぱで、まとまりのないものなので、すべてお答えくださる必要がありません。ご関心のあるところお話いただければと願っております。よろしく願いいたします。

台湾・東海大学法学部 陳運財

2012/01

A. 実施状況の問題点について

1. 公判前整理手続については、次のような問題点が指摘されているが、どう思われますか。

(1) 公判前整理手続の長期化と事件の滞留

○公判前整理手続きについては、平均 5.4 月がかかりました。その中、否認事件（6.7 月）と自白事件（4.6 月）とでは、所要期間がそれほど差がないようです。

(2) 争点や証拠整理がやり過ぎられたこと

○裁判員は「裁判員向けに用意された事件」に接するだけになり、法律の専門家ではない裁判員の関与により健全な社会常識を刑事裁判に反映させるという裁判員制度の基本的な趣旨に反することにもつながりかねない。

○証拠の総量を減らすことによって負担はかなり軽減されるが、それが行き過ぎると、真相解明に有益な証拠まで切り捨てられるおそれもある。

(3) 証拠開示について、弁護側からは、少なくとも検察官の手持ち証拠のリストが交付されるべきではないかとの不満がある。

2. 裁判員選任手続きについて、次の問題点が指摘されているが、どう思われますか。

(1) 呼び出しに応じて選任手続期日に出席したが（判決人員一名に平均 32.1 名の裁判員候補者）、最終的に裁判員・補充裁判員に選任されなかった者が多数あった。 □「せっかく仕事の調整などしたのに」という不満も □ 呼び出しに適當の母数はどうあるべきか。

(2) 当事者には裁判員候補者を忌避するための判断材料が乏しい。

(3) 自白事件でも、1 名の裁判官と 4 名裁判員との小裁判体ではなく、3 名の裁判官と 6 名の裁判員での裁判体で審理されていますが。

(4) 死刑求刑が予想される事件について、質問手続きで分かった死刑廃止論者の取扱いは難しいが、どう思われますか。

3. 審理状況について

(1) 公判前整理手続に相当の期間をかけているが、公判の審理は、大半の事件で3～5日、長くて10日以内に終了する。ただ、公判開廷回数については、否認(4.5回)と自白(3.5回)とではそれほど差がないのですが、どう思われますか。

(2) 当事者は、法廷で見て聞いて分かる立証、弁論を工夫して努力しているが、検察官は依然として捜査報告書や調書による朗読で証拠調べを行うことがよく見かけられると指摘されているが、どう思われますか。

(3) 証人の証言・被告人の陳述の後、裁判員も比較的積極的に質問していると評価されるようですが、公平な裁判の観点から、裁判員による積極的証拠調べ(質問など)の限界はいかがでしょうか。

(4) 弁護側からは、否認事件で、量刑に関する証拠調べがやり難いとの指摘があるが、罪責に関する証拠調べと量刑に関する証拠調べはいつそう区別されるべきではないかとの問題提起について、どう思われますか。

4. 評議について、

○ 一般的に、評議の雰囲気は、話しやすく、議論の充実度は十分に議論できたというのが経験者の大方の意見ですが、素人の裁判員は職業裁判官とは対等的に議論できたと思われますか。

5. 判決について

○ 終局区分別人員(2009.8～2011.3)

終局人員	有罪	無罪	公訴棄却 ・移送	控訴人員
2,099	2,055 (97.9%)	5 (0.24%)	39 (1.86%)	668 (32.43%)

(1) 裁判員裁判の導入で、裁判官・裁判所は「判断者」の役割に徹するようになり、裁判員とともに**状況証拠に対する慎重姿勢**がみられたりして、検察官からは「事実認定の考え方が厳しすぎる」、「立証のハードルが高くなる事件が増えている面がある」との声があがっていますが、どう思われますか。

6. 量刑と裁判員の負担について

(1) 全般的には、裁判官のみの裁判の場合と顕著な差はないようですが、強姦致傷や殺人などの重大な事件では重くなる傾向がみられると指摘されるが、どう思われますか。

(2) 被害者に対する謝罪・示談などが有利な事情として考慮されにくいことなど、弁護側からは、情状酌量の求めが困難化したとの指摘があるが、どう

思われますか。

(3) 最高裁事務局「量刑検索システム」が開発され、裁判員裁判による量刑の参考になるが、一般国民の感覚を反映するという制度趣旨に反しないかとの一部に不満もあがっているが、どう思われますか。

(4) 事実認定と違い、高度の法的専門性が求められる量刑判断は精神的負担が重いことから、少なくとも死刑求刑事件を裁判員の職務から外した方がよいという意見は聞かれますが、どう思われますか。

7. 控訴について

(1) 控訴申立は、被告人側からの、量刑不当を理由とする控訴申立はメインで、検察官からの控訴申し立ては非常に少ない（例えば2009.8～2010.5に、検察官からの控訴申立はなかった）。最高検方針で「国民の視点、感覚などが反映された結果はできる限り尊重」といわれますが、どう思われますか。

(2) 控訴裁判所は、裁判員制度の趣旨を尊重し、原判決維持の傾向がみられるが、高裁は、裁判員裁判で無罪だったケースを破棄して有罪を自判した事例が出ましたが、どう思われますか。

8. 終身の守秘義務について

裁判員に終身という守秘義務を負う期間が長く、そして内容の不明瞭さ、記者会見で述べられる感想との選別の困難さが問題提起されています。裁判員の守秘義務については、緩和されるべきだとの主張がしばしば聞かれますが、どう思われますか。

B. 影響と変化について

1. 法曹三者の意識・スタンスの変革

(1) 検察機関の対応では、効果的な立証を狙い、捜査と公判それぞれの専従をなくし、捜査から公判までの一貫作業を取り入れています。こうした運用についてはどう思われますか。

(2) 弁護側には、検察側は組織的に準備ができることとは対照的に、組織力やアピール力の差は歴然と認められます。いずれは刑事弁護専門の公設辩护人制など、組織的・継続的な防御態勢の確立が必要になると指摘されるが、どう思われますか。

(3) 裁判員裁判の導入によって、精密司法から核心司法へ、司法の視座の転換は避けられないといわれますが、どう思われますか。

2. 捜査への影響について

裁判員裁判の導入によっては、裁判員に理解しやすくなるために、捜査で証拠収集の方法にも変革を及ぼすことになるが（例えば取調べの可視化の動き）、その方向性についてどう思われますか。

3. 刑事訴訟法規の解釈・運用

（１）証拠法の厳格化については、裁判員裁判の導入によって、証拠能力は裁判官が、証明力は裁判官と裁判員が判断するとのルールが定着することになり、不適切な証拠を裁判員に提示させないように、証拠能力の判断が厳格化される傾向がありますが、どう思われますか。（例えば、類似前科による立証を認めなかった東京地裁のケースがあるが）。

（２）被疑者取調べの任意性の争いについては、公判前の整理手続きにおいて、三人の職業裁判官のみによる調査で判断されてしかるべきでしょうか。それとも、裁判員も含めて公開の法廷で、被告人質問と取調べ状況に関する証人尋問などで、証拠取調べが行われた上で、裁判員の意見も聞いて、三人の職業裁判官が合議決定をすべきものでしょうか。

4. 実体法規の解釈、適用への影響について

裁判員裁判の導入によって、下記のように実体法上の主観的要件、または犯罪阻却事由の判断は厳しくなったり、緩やかになったりするのではとの予測はありませんか、どう思われますか。

- （１）主観的構成要件要素について（故意、意図の認定）
- （２）客観的構成要件要素について（実行の着手時期、既遂時期の判断、因果関係の判断など）
- （３）違法阻却事由について（正当防衛や緊急避難、業務上正当な行為）
- （４）責任阻却事由について（心神喪失や期待可能性の判断）
- （５）その他、たとえば、錯誤（方法の錯誤につき、具体的符合説と法定的符合説の争い）、安楽死など

5. 裁判員制度の実施によって、一般事件の刑事手続きの運用への影響についてはどう思われますか。

C. 制度一般に関する検討課題とその改善策

1. 裁判員選任手続きについて

（１）理由を付さない忌避制度は維持されるべきでしょうか。どう改善されるべきでしょうか。

（２）選任の方法については、何か改善する余地があると思われますか、あると思われたら、その改善方法はどうなるでしょうか。

(3) 被害者等のプライバシー保護の観点から、性犯罪被害者と居住地域が同じ候補者は、最初から選任手続に呼び出さないように制度を変更すべきであるとの意見については、どう思われますか。

2. 制度の選択について

なぜ陪審ではなく、参審制を取り入れたのか。陪審か参審かの選択においては、訴訟構造（職権主義対当事者主義）との関係はどう思われますか。

3. 対象事件について

(1) 縮小方向に、例えば覚せい剤事件、通貨偽造など特に国民常識を反映させる必要のない事件を対象事件から除外するといった問題提起がありますが、どう思われますか。

(2) なお、裁判員の負担を軽減する観点から、長期重大複雑事件や死刑事件を対象事件から除外すべきとの意見については、どう思われますか。

(3) 逆に、拡大方向として、重大事件でなくても、被告人が否認するような事件でも、裁判員対象事件に入れ加えるべきだとの意見については、どう思われますか。

4. 被告人の選択権について

違憲問題を解消し、対象事件でない被告人との公平さも考慮して、対象事件でも、被告人には裁判員裁判か職業裁判官のみの裁判を選択できる権利が認められるべきだとの意見については、どう思われますか。

5. 裁判員の権限について

(1) 裁判員の量刑負担を軽減するため、量刑を裁判員の職権から除外すべきだとの意見については、どう思われますか。

(2) 裁判官と対等の権限を保つために、ドイツの制度と同じく、訴訟手続に関する判断（被告人の身柄に関する裁判・証拠の採否の判断等）は裁判員にも権限を与えるべきだとの問題提起については、どう思われますか。

6. 評決のルールについて

(1) 有罪に関する評決要件は、職業裁判官と裁判員いずれも過半数の賛成が必要だとの意見については、どう思われますか。

(2) 死刑事件を対象事件とした以上、誤判防止など慎重を期するために、評決要件は、全員一致でなければならないとの問題提起については、どう思われますか。

7. 控訴について

裁判員事件で、事実誤認を検察官からの控訴申立理由から除外すべきだとの

問題提起については、どう思われますか。

以上

ご回答ありがとうございました



2012年1月30日於京都大學時計台前與法科大學院酒卷匡教授合影.

國科會補助計畫衍生研發成果推廣資料表

日期:2013/10/31

國科會補助計畫	計畫名稱: 不對稱上訴之研究
	計畫主持人: 陳運財
	計畫編號: 100-2410-H-029-023-MY2 學門領域: 刑法學
無研發成果推廣資料	

100 年度專題研究計畫研究成果彙整表

計畫主持人：陳運財		計畫編號：100-2410-H-029-023-MY2					
計畫名稱：不對稱上訴之研究							
成果項目		量化			單位	備註（質化說明：如數個計畫共同成果、成果列為該期刊之封面故事...等）	
		實際已達成數（被接受或已發表）	預期總達成數（含實際已達成數）	本計畫實際貢獻百分比			
國內	論文著作	期刊論文	1	1	100%	篇	
		研究報告/技術報告	0	0	100%		
		研討會論文	0	0	100%		
		專書	0	0	100%		
	專利	申請中件數	0	0	100%	件	
		已獲得件數	0	0	100%		
	技術移轉	件數	0	0	100%	件	
		權利金	0	0	100%	千元	
	參與計畫人力 （本國籍）	碩士生	0	0	100%	人次	
		博士生	0	0	100%		
		博士後研究員	0	0	100%		
		專任助理	0	0	100%		
國外	論文著作	期刊論文	0	0	100%	篇	
		研究報告/技術報告	0	0	100%		
		研討會論文	0	0	100%		
		專書	0	0	100%		章/本
	專利	申請中件數	0	0	100%	件	
		已獲得件數	0	0	100%		
	技術移轉	件數	0	0	100%	件	
		權利金	0	0	100%	千元	
	參與計畫人力 （外國籍）	碩士生	0	0	100%	人次	
		博士生	0	0	100%		
		博士後研究員	0	0	100%		
		專任助理	0	0	100%		

<p>其他成果 (無法以量化表達之成果如辦理學術活動、獲得獎項、重要國際合作、研究成果國際影響力及其他協助產業技術發展之具體效益事項等，請以文字敘述填列。)</p>	<p>無</p>
--	----------

科 教 處 計 畫 加 填 項 目	成果項目	量化	名稱或內容性質簡述
	測驗工具(含質性與量性)	0	
	課程/模組	0	
	電腦及網路系統或工具	0	
	教材	0	
	舉辦之活動/競賽	0	
	研討會/工作坊	0	
	電子報、網站	0	
	計畫成果推廣之參與(閱聽)人數	0	

國科會補助專題研究計畫成果報告自評表

請就研究內容與原計畫相符程度、達成預期目標情況、研究成果之學術或應用價值（簡要敘述成果所代表之意義、價值、影響或進一步發展之可能性）、是否適合在學術期刊發表或申請專利、主要發現或其他有關價值等，作一綜合評估。

1. 請就研究內容與原計畫相符程度、達成預期目標情況作一綜合評估

達成目標

未達成目標（請說明，以 100 字為限）

實驗失敗

因故實驗中斷

其他原因

說明：

2. 研究成果在學術期刊發表或申請專利等情形：

論文： 已發表 未發表之文稿 撰寫中 無

專利： 已獲得 申請中 無

技轉： 已技轉 洽談中 無

其他：（以 100 字為限）

2012 年 10 月，刑事妥速審判法第九條限制上訴第三審事由之檢討，月旦法學雜誌第 209 期，第 58-75 頁。

3. 請依學術成就、技術創新、社會影響等方面，評估研究成果之學術或應用價值（簡要敘述成果所代表之意義、價值、影響或進一步發展之可能性）（以 500 字為限）

本研究計畫從法理及制度層面，針對不對稱上訴進行比較法研究。

首先，就美國聯邦刑事上訴制度觀察，雖然傳統見解認為提供被告上訴審查的管道並非憲法上所要求的權利，惟一旦建立上訴審查機制，(1)其上訴事由不得予以恣意的限制。(2)上訴管道不得因被告經濟地位的不同而受差別待遇，因此被告享有接受指定辯護提起上訴之權利。(3)基於正當法律程序，採行「惡意量刑禁止原則」，禁止發回更審之法院出於妨礙被告行使上訴權益之目的而科以較重於原審判決之刑，以保障刑事被告之合法上訴權益。(4)特別是基於聯邦憲法增修條款第五條所謂禁止雙重危險之規範，對於陪審或職業法官的無罪評決，不容許國家機關再行追訴；即便該項無罪判決可能是基於某些法官諭示或證據上的錯誤，檢察官亦不得上訴以尋求撤銷。背後主要的政策考量是避免檢察官窮盡國家龐大的資源打擊被告而可能招致無辜被告遭受處罰的風險。

相對的，在日本法上對於檢察官上訴權之限制問題，學理上有不少論者分從解釋日本憲法第 39 條係禁止雙重危險之觀點、檢察官追訴權限抑制論、「有疑者利歸被告」原則論、「迅速裁判」論或上訴之性格論，主張應限制檢察官對無罪判決之上訴。但是，日本最高法院大法庭判決曾指出，一審之程序與二審上訴、以及三審上訴之程序，就同一案件而言，無非是持續中之一個危險的各部分，因此容許檢察官就被告之無罪判決提起上訴，並不違反憲法第 39 條。因此，日本刑事訴訟法基本上對於當事人的上訴權並未採取不對稱的設計。

針對我國刑事妥速審判法第 8 條的運作狀況觀察發現：本條規定適用門檻設定必須自「第一審繫屬日起已逾六年」之時間要件存有不合理性、發回次數應「經最高法院第三次以上發回」之要件以及設定無罪次數累積之二種不同類型之間衍生不均衡等問題。本文建議除了應再透過實證研究具體掌握實務上最高法院撤銷發回之原因並比較判決結果逆轉的證據關係，以釐清案件久懸不決的原因外，基於無罪推定的保障，第一審之無罪判決應具事實上推定之拘束力，被告不受檢察官以事實誤認為由蒙受第二次被追究的風險。檢察官所剩餘的追訴權僅基於公益代表人監督裁判統一法律解釋之目的，得以原審判決違背法令提起第二審上訴。同時，基於上訴之目的論、上訴審之構造及追訴權窮盡等觀點，本文認為經事實審法院累積二次無罪判決者，檢察官對此即不得再行上訴。

針對我國刑事妥速審判法第 9 條的運作狀況觀察，檢察官及自訴人依本條規定上訴第三審的 187 件中，經最高法院撤銷原判決並發回更審之案件僅 4 件。其中，檢察官或自訴人援引有關刑事訴訟法第 377 至 379 條等規定之判例或司法院解釋作為上訴理由者，最高法院均以刑事妥速審判法第 9 條第 2 項之規定予以駁回的運作，最具爭議。本文認為從立法過程及本條之規範目的、維護自訴人訴訟權益、以及基於與非常上訴救濟管道之間之衡平觀點，原判決如有違反第 379 條等之相關判例或司法院解釋之情形，仍得作為上訴第三審之事由。將來，第三審應如何設計為嚴格法律審，應回歸刑事訴訟法整體檢討修正。