

第二章 刑事上訴制度之探討

第一節 刑事上訴制度之意義與目的

「上訴」乃對（一）未確定之判決，以（二）原審判決認定事實或適用法令錯誤，或訴訟程序違背法令，當事人或其他有權上訴之人不服原判決，請求（三）上級法院撤銷或變更原判決之救濟方法¹。法院經由審判，對具體案件之紛爭，本於國家賦予之審判權所為之判決，為維護其公信力，縱發現錯誤，亦不得自行變更，以免使判決處於不安定之狀態。但裁判難免有錯誤、違法或不當情事，因之設立上訴制度以資救濟，期確保裁判之公正適法。再就關於法令之解釋，法官難免有仁智之見，更有賴具權威性之上級法院之判斷糾正，以統一解釋，避免分歧²。

所謂刑事審判，係依法定程序，認定事實、適用法令，於認為有罪之情形下並進一步為刑罰之量定。惟其終歸為人之行為與技術的一種，於（一）刑事訴訟程序的遵守、（二）事實的認定、（三）法令的適用、（四）量刑的判斷上，終究無法完全避免錯誤的產生。為了糾正此等錯誤判決，救濟訴訟當事人（尤其是被告），成為上訴制度的第一個目的。另一方面，就整體審判制度而言，統一法令（程序法與實體法）的解釋適用以及量刑標準，為吾人所期待。為了防範錯誤的裁判與不統一的量刑於未然，謀求統一的法律解釋適用與量刑標準，成為上訴制度的第二個目的。雖有將上訴制度之重心置於當事人之救濟者，但由於上訴審裁判如未對原審判決加以糾正，也能夠發揮前述第二種機能，持相反觀點者於是認為，上訴制度統一的法律解釋適用與量刑標準的功能應優先於救濟當事人之目的³。附帶一提，對於

¹ 田宮裕，刑事訴訟法（新版），有斐閣，1999年12月30日，頁459。

² 褚劍鴻，上訴概論與日本控訴審之比較研究，刑事法雜誌第四十一卷第三期，1997年6月，頁17。

³ 三井誠、馬場義宣等，新刑事手續（Ⅲ），悠悠社出版，2002年6月，頁389。

上訴目的之一在於救濟「錯誤判決」，用語上過於草率，正確的說法應為糾正包含全部訴訟法律程序在內之原審判決⁴。

關於上訴制度之目的，有主張應以統一法令之解釋及適用為主要目的，附帶的發現實體真實（特別是被告具體之救濟）；亦有認為上訴制度應以具體救濟被告為重⁵。第一審審判依所定之訴訟程序認事用法，如有違誤，自應透過上訴制度予以糾正，以達統一法令之解釋及適用，而隨著糾正原判決之違誤，實質上同時可對事實認定錯誤及量刑不當問題予以具體救濟；此外，對事實認定錯誤與量刑之糾正，固然著重在當事人個別的救濟上，但量刑的統一亦為其重要考量，上訴制度顯然係為超越救濟被告之目的而存在。從而，上訴之目的應著重於統一法令之解釋及適用。尤其，若過度偏重於實體真實之發現，特別是被告具體救濟，勢必要擴張上訴之理由，擴大上訴審之調查範圍及上訴審之職權化，如此將使第一審集中審理、當事人進行之公判中心的重要性受到輕忽，同時造成濫行上訴。再者，支持上訴制度之人力及物力等問題，亦是現實上必須列入考量的重要因素，若過度期待上訴審發現真實以救濟具體個案，將造成上訴審過重之審理負擔，導致審判長期化，反使真正應獲得具體救濟者有無法獲得救濟之虞⁶。

上訴的目的究竟是要以統一法令之解釋及適用為主、抑或應以具體救濟被告為重，其定位牽涉到上訴制度的設計與選擇，尤以第二審上訴為最。如強調發現真實（特別是救濟被告），則第二審上訴會偏向選擇覆審制，如以統一解釋法令回主，則將朝向事後審制設計。

⁴ 田宮裕，前揭書，頁 460。

⁵ 參照藤永幸治等編，大コンメンタール刑事訴訟法（第六卷），青林書院，1996 年，頁 5。

⁶ 陳運財，論刑事訴訟上訴制度之重構，全國律師，1999 年 5 月，頁 30；藤永幸治等編，前揭書，頁 5-6。

第二節 審級制度與上訴制度

第一項 審級制度之意義與目的

一般而言，法院之裁判在事實認定方面，因法官個人之主觀認定差異往往有別，法律之適用，仁智互見亦屬難免。法院裁判若有事實認定錯誤或者法律適用不當之情形而毫無救濟途徑，不僅影響當事人權利，亦損及司法威信。故有審級制度之規定，由上級法院依法定程序糾正下級法院不當之裁判⁷。

審級制度，除意味裁判機關有上下級關係之存在外，同時亦藉此使上訴—即對裁判不服之提起，成為可能。由於其具備上下統制之性格，因之，審級制度所顯示者乃中央集權主義，並係國家主義及超個人主義之產物。但因其亦欲使受錯誤裁判而獲不利益之當事人得到救濟，是以包含有個人主義與自由主義之精神，雙方於此競合而併存⁸。

今日刑事訴訟中之審級與上訴制度，係因法國大革命後，糾問程序之廢絕、英國刑事訴訟之仿倣，於西元一八〇八年「治罪法」（Code d'instruction criminelle）—即法國舊刑事訴訟法之制定，而確立其型態。此「治罪法」係基於將公訴與自訴分開，刑事之公訴原則上僅屬於檢察官，對此被告得以辯論防衛自己之公訴主義、言詞辯論主義的理念而設；同時，為對應於「重罪刑」（peine criminelle）、「輕罪刑」（peine correctionnelle）、「違警罪刑」（peine de police），乃承認以此為三分法之法院組織。對於違警法院、輕罪法院之第一審判決，允許其分別向輕罪法院、上訴法院提出第二審之上訴（至於陪審法院則不得為第二審之上訴）；且對不得為第二審上訴或第二審法院所為之判決，允許其向「撤銷法院」（Court de cassation）為撤銷之聲明（第三審上訴）。因是公訴主義、辯論主義及三審制度，於焉完成，經十九世紀以迄今日，終成為大陸法系之刑事訴訟中

⁷ 楊建華，普通法院審級制度之檢討與建議，輔仁法學第五期，頁2。

⁸ 林永謀，審級制度與刑事之上訴，法令月刊第四十卷第三期，頁14。

難以動搖之傳統。其所以如此，就意識形態而言，審級制度在歷史上係伴隨上下階級統治之行政官僚而成立，其一方面係欲維繫裁判組織之上下階級統制，藉此保障法律適用之統一——即國家主義、中央集權主義；他方面乃出於欲救濟被告使免於不法、不當之裁判，以國家權力保障個人地位之自由主義、個人主義之要求⁹。

第二項 審級制度與上訴制度之關係

法院設立審級，係就同一訴訟，由上級法院重加審理，藉以保障裁判之公正，獲得人民之信賴，良以訴訟推鞠，多一次之審問，即多一次糾正錯誤之機會，而上級法院，係由學驗均優之資深法官擔任審判，並組成合議庭，同負其責，因能達成設立審級之目的。尤以最高法院終審判決，有統一解釋法律之效，而為下級法院所遵守，故審級制度在司法制度上，極受重視，並為舉世各國所一致採用¹⁰。

法院審級之劃分，各國立法例並不一致，有採四級三審制者，有採四級二審制者，有採三級三審制者。其採四級三審制者，又因終審機關之不同，分為一頭四級三審制與二頭四級三審制二種。我國舊法院編制法及前刑事訴訟法即採二頭四級三審制，分法院為初級法院、地方法院、高等法院及最高法院四級；而裁判，即以經過三審而終結。其以初級法院為第一審者，經地方法院極高等法院而終結，以地方法院為第一審者，經高等法院及最高法院而終結。日本刑事訴訟法，即採一頭四級三審制，均以最高裁判所為終審法院。目前我國法院審級管轄，依法院組織法第九條、第三二條及第四八條規定，地方法院管轄刑事第一審訴訟案件，不服地方法院之第一審裁判者，得上訴第二審高等法院，不服高等法院之第二審裁判者，得上訴於第三審最高法院，最高法院為終審法院，對其裁判，不得再行上訴，是採三級三審制。但依刑事訴訟法第四條規定，關於內亂、外患及妨害國交罪之刑事案件由高等法院管轄第一審，而最高法院為終審法院；又刑事訴訟法第三七六條所列之案件，經第二審判決者，不得上訴於最高

⁹ 林永謀，前揭文，頁 14-15。

¹⁰ 程恩澍，我國現行審級制度需否加以改定之商榷，收錄於司法制度及法院組織專論選輯，1983 年 7 月，頁 126，轉引自翁慶珍，刑事訴訟上訴審構造之研究，中正大學法律學研究所碩士論文，2003 年 6 月，頁 41。

法院，均係採三級二審制，為三級三審之例外。另簡易程序案件，係由地方法院簡易庭管轄第一審，而由地方法院合議庭管轄第二審，屬相當特殊之例外。

綜上所述，足見現行刑事訴訟法對於審級事務管轄之分配情形，除少數例外之案件外，高等法院僅負擔刑事第二審之管轄，而絕大多數通常案件第一審之管轄，均分配給地方法院，而對於法律審之審級管轄而言，除最高法院掌理外，別無其他管轄法院。如此之審級制度規定，是否分配合理，有無倚重倚輕失衡之處，非無檢討改進之必要。又刑事訴訟上訴制度係刑事各審級訴訟構造之一部分，因此，能與審級制度完全脫離之上訴救濟制度，是不可能存在的。職是，上訴制度與審級制度間，存有相互依存之關係¹¹。

¹¹ 翁慶珍，刑事訴訟上訴審構造之研究，中正大學法律學研究所碩士論文，2003年6月，頁41。

第三節 刑事上訴制度之立法類型

第一項 德國刑事上訴制度簡介

第一款 審級制度現況

德國之法院，除職司違憲審查之聯邦憲法法院（Bundesverfassungsgericht）外，依法院之功能，有勞動法院（Arbeitsgericht）、社會法院（Sozialgericht）、財政法院（Finanzgericht）、行政法院（Verwaltungsgericht）等特別法院，及管轄民刑事事件之通常法院。通常法院由聯邦最高法院（Bundesgerichtshof）、邦高等法院（Oberlandesgericht）、地方法院（Landgericht）以及區法院（Amtsgerichtshof）組成，以聯邦最高法院為終審法院，相當我國之最高法院。另外，就刑事訴訟，於區內設有參審法院（Schöffengericht），於地方法院內設陪審法院（Schwurgericht）¹，二者均有參審員或陪審員之業餘法官參與審判²。

依德國刑事訴訟法及法院組織法之規定，其刑事訴訟採四級三審或四級二審制。刑事案件之繫屬及審級如何，依案情之輕重來決定第一審法院。由於案件之輕重，檢察官能為初步之認定，因此檢察官有相當程度之裁量權，以決定由何一法院為第一審法院，而對之提起公訴³。一般而言⁴：

- （一）輕微案件（四年以下有期徒刑之罪）：以區法院（獨任法官）或參審法院（法官一或二名及參審員二名組成）為第一審法

¹ 陪審法院往昔為刑事司法機關中成員最多的裁判機關，包括三位職業法官及六位榮譽法官，但自 1975 年後，就只有為特別管轄權之大刑事庭，由三位職業法官及二位榮譽法官所構成。詳參 Claus Roxin 著、吳麗琪譯，德國刑事訴訟法，1998 年 11 月，頁 46-47。

² 劉福聲、池啓明，限制上訴第三審範圍之研究，司法研究年報第十七輯第八篇，1997 年 6 月，頁 221。

³ 劉福聲、池啓明，前揭研究報告，頁 221-222。

⁴ 以下整理自 Claus Roxin 著、吳麗琪譯，前揭書，頁 40-51；劉福聲、池啓明，前揭研究報告，頁 221-222。

院。區法院獨任法官對自訴的犯罪案件，以及所處最高刑度不超過二年之輕罪，有管轄權（法院組織法第二四條、第二五條）；參審法院則對不屬於獨任法官所管轄之輕罪、不屬於較高審級法院管轄之犯罪，以及刑事案件最高刑度於各案中可預期不超過四年有期徒刑或其主刑或從刑可預期為心理治療或保護管束者，有管轄權（法院組織法第二四條、第二五條、第二八條、第二九條）。

- (二) 比較重大之案件：以地方法院大刑事庭（法官二或三名及參審法官二名組成）為第一審法院（法院組織法第七四條、第七四條之一、第七四條之三、第七六條）。大刑事庭之管轄權屬於接收性之管轄（Auffangzuständigkeit），亦即其對不屬其他裁判機關（不管是更高或更低審級者）管轄之案件，為第一審之裁判。
- (三) 國家安全之犯罪案件：以邦高等法院刑事法庭（Strafenat）（由五或三位職業法官組成）為第一審法院。法院組織法第一二〇條所列舉的（重大）侵害國家安全犯罪案件均屬之。

刑事案件之上訴程序，第二審上訴依德國刑事訴訟法第三一二條規定：「對於區法院法官與參審法院之判決得提起上訴」；第三審上訴依同法第三三三條規定：「不服地方法院上訴庭、陪審法院與高等法院之判決者，得提起第三審上訴」⁵。因此，不服區法院（獨任法官）或參審法院之判決，首先可向地方法院之小刑事庭（由一位職業法官及二位參審法官組成）提起第二審上訴（法院組織法第七六條），不服該上訴法院之判決者，再向邦高等法院提起第三審上訴（法院組織法第一二一條、第一二二條）。但重大刑事案件以地方法院大刑事庭為第一審判決時，如對其判決不服，只能向聯邦最高法院提起第三審上訴⁶；攸關國家安全之犯罪案件，既以邦高等法院為第一審管轄法院，也只能上訴於聯邦最高法院刑事庭（法院組織法第一三五條）⁷。另外，不服區法院判決之人，如其乃就實體法及程序法之違背法令有所指摘者，亦得直接對區法院之判決提起第三審上訴。由於

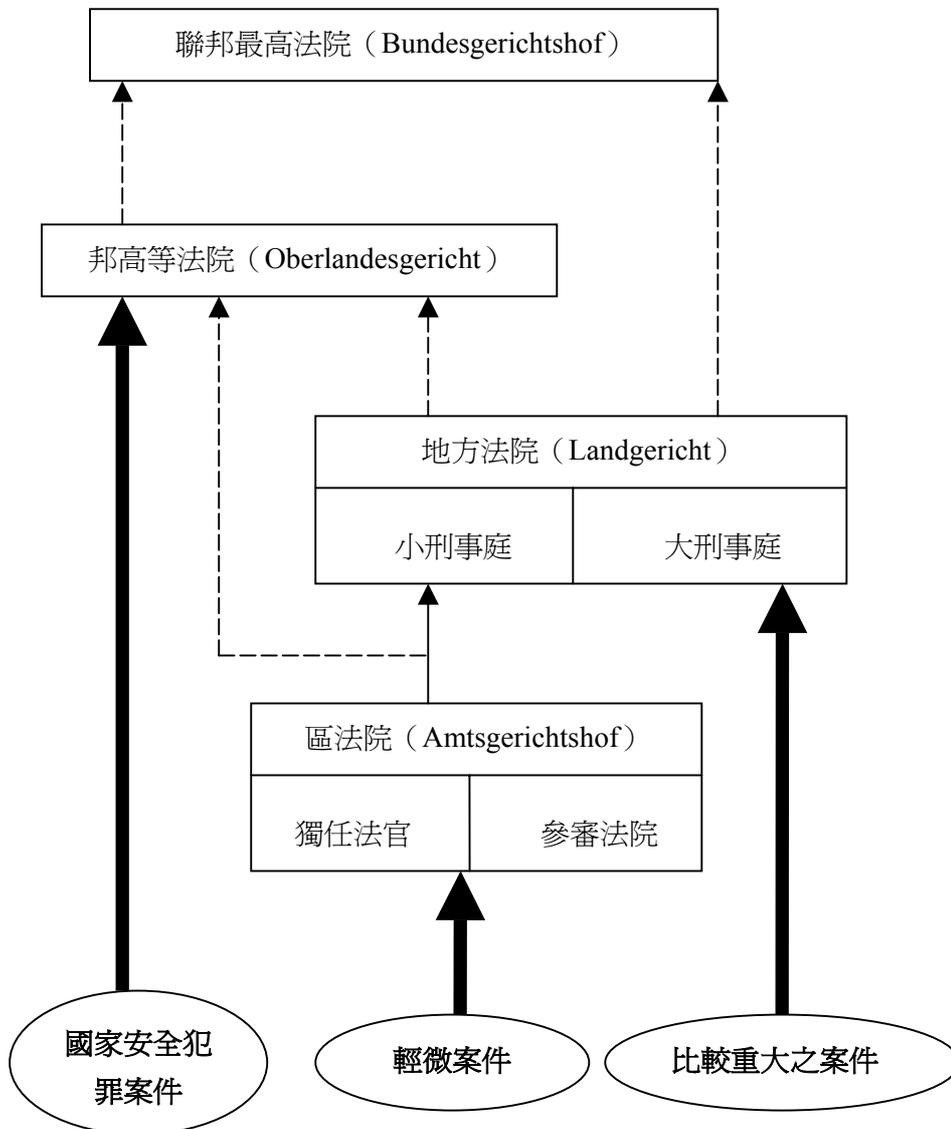
⁵ 蔡墩銘譯，德日刑事訴訟法，五南圖書出版公司，1993年7月，頁119、123。

⁶ 例外於地方法院為第一審法院所為之判決，有違背邦法令之情形，始得向邦高等法院提起上訴。Claus Roxin 著、吳麗琪譯，前揭書，頁50。

⁷ 劉福聲、池啟明，前揭研究報告，頁222-223。

在此情形下略去了地方法院為第二審法院的程序，因此此種直接提起第三審上訴之訴訟程序也被稱為越級第三審上訴（Sprungrevision）（刑訴法第三三五條）⁸。

茲就前述德國審級制度之現況繪製圖表如下：



圖表一：德國刑事訴訟審級制度

⁸ Claus Roxin 著、吳麗琪譯，前揭書，頁 585。

從圖表一可清楚觀察，依德國的刑事訴訟制度，輕微之案件能提起第二審、第三審上訴，反而較重大之案件並無第二次之事實審，對其第一審之判決僅能提起法律審之第三審上訴，此為該國刑事訴訟制度之特點。這個現象緣於立法當時，多數見解認為上訴審的審理須經過漫長的時間，程序拖的愈久，證據調查愈困難，第二審法院顯然難以如同第一審法院較易獲得證據資料；且因時間之經過，證人陳述其經歷之事實時，或因記憶失誤、或受外界影響、或加入其個人事後之判斷，很難為詳細而真實之陳述，反而與初供不一致，極易造成認定事實之困惑，因此第二審判決未必比第一審正確⁹。再者，對於犯罪事實重大且犯罪事實須廣泛審理之案件，從案件一開始審理，即應儘可能徹底且仔細審理；容許其對於某些有疑問之事實爭點，於下一個事實審級再為調查審理之想法，本不應於法官心態中出現；但對於輕微案件之審理，則有不同之利益狀況，即輕微案件之第一審事實審理，原則上應以較為迅速且簡易之方式進行，因而其隱藏有較大之錯誤判決危險，對此等判決，即應有第二次對於事實重新審理之機會，此即為上訴審第二審為事實審之理由。雖然德國對於重大案件並無第二次事實審之審理機會，但由於管轄重大案件之第一審邦高等法院，其法庭構成（有三位職業法官）及人員素質經驗，皆優於區法院，且對於被告辯護權亦受到較強之保障，因而該規定並未受到強烈之挑戰¹⁰。

第二款 上訴審構造

一、第二審上訴—覆審制

德國刑事訴訟法第二審上訴審（Berufung）之性質，主要採取覆審制。「覆審」乃上訴審法院就原第一審調查之證據資料，重新重複審理調查之意，包括原審中未發現之新提出事實及證據資料，由法官依重新調查之證據資料，認定事實而予裁判，不受原審拘束，其實施之訴訟程序與第一審實施者，完全無異¹¹。因其為完全而重複之審

⁹ 劉福聲、池啓明，前揭研究報告，頁 222-223。

¹⁰ 何賴傑，上訴審改革之理論與方向，收錄於「如何建立一套適合我國國情的刑事訴訟制度」，學林文化事業有限公司出版，2000年4月，頁 341。

¹¹ 褚劍鴻，前揭文，頁 19。

理，可說是完整的「第二個事實審」或「第二個第一審」。本於「第二個第一審」之覆審特性，第二審法院應於上訴範圍內，重新就事實與法律為全面的審查。由於其功能並不限於審查第一審判決之當否，因此，提起第二審上訴，既不以第一審判決有所違法或不當為前提，也不以附具上訴理由為必要，並且，第二審之判斷資料，應以第二審為準，縱使於第一審判決後，始行發生之法令變更或當事人始行主張之事實或提出之證據，第二審法院皆應本其職權認事用法¹²。

在覆審制中，第二審法院既應本其心證，重新為實體之形成，倘第二審之事實認定與第一審一致，則應認為上訴無理由駁回之；倘第二審認定之事實與第一審認定有所出入，則應撤銷原判決，就該案件自為判決。由於覆審制之第二審審理目的在於重新審理、自行認定事實而為判決，故撤銷原判決之處分僅為附隨於其自行判決之處分¹³。

德國第二審採覆審制的構造，理由在於：上訴第二審的案件是由獨任法官或參審法庭所審理的輕微案件，其調查程序及主審程序多半以籠統的方式迅速進行，故需要再一次事實審理，以作為保障判決正確性的安全瓣。此係對於判決正確性和訴訟經濟要求兩相衡量的結果：相較於重罪案件，佔實務大多數的通常案件，其犯罪事實可以較快速地調查和闡明，通常在區法院即能獲得迅速且相對正確的決定。如果通常案件的準備程序、法院組織，乃至主審程序，都如同重罪案件般謹慎繁複，則第二次事實審自屬冗餘，且如此一來，通常案件的第一審訴訟程序，不僅將過於繁冗，訴訟成本亦將大為提高，卻不見得能獲得比現行制度更正確的判決結果。又因通常案件在第一審迅速審理，故第二審的審理程序和證據調查的時點尚不致離犯罪事實太遙遠，因此重覆事實審的流弊較不會出現¹⁴。

全面覆審或許有助於降低法院誤判之機會，但其無上訴理由之限制，易造成輕視第一審判決之嫌而助長濫訴；次則因程序之重複，有悖於訴訟經濟之要求；再則二審審理時點離犯罪發生已有相當時間差

¹² 林鈺雄，刑事訴訟法（下），2000年12月，頁739。

¹³ 黃東雄、吳景芳，刑事訴訟法論，三民書局，2001年10月，頁574-575。

¹⁴ 參照 Peters, Strafprozess, §74 I, 轉引自張紘璋，刑事訴訟第二審上訴制度之研究，政治大學法律學研究所碩士論文，2001年六月，頁47-48。

距，不僅證據因新鮮度降低而失真，甚或予當事人偽造、變造證據或勾串證人之機會，再一次之事實審理，未必有助於真實之發現。除此之外，第二審重覆第一審所踐行之主審程序，造成法院負擔過重，同時降低了第一審法院的權威性¹⁵。另外，由於德國第三審上訴法院相反於原先的法定構想，愈來愈常對前一審之事實認定加以檢驗，亦使得上訴第二審的必要性遭致懷疑¹⁶。

惟德國第二審構造並非純然之覆審形式，而是覆審制與續審制之混合體。觀諸德國刑事訴訟法第三二三條第二項、第三二四條第一項、第三二五條前段¹⁷，即可知之。基此，於第一審出庭之證人、鑑定人無必要再從新審訊時，於第二審即不必出庭；證人於第一審所為之訊問筆錄，可以直接朗讀，以代替證人之訊問，但若證人已受傳喚或被告已聲請傳喚，則須當事人同意，始得以朗讀代替訊問，亦即直接審理原則於此受到限制¹⁸。

二、第三審上訴—法律審之事後審查審

德國之第三審上訴亦是針對不服判決而設，但與第二審上訴相異的是，其只對法律問題進行審查。相對於被指稱為「第二次的第一審」之第二審上訴，純粹為一第二審程序（ein reines Zweitinstanzverfahren）¹⁹。

（一）第三審上訴之目的

¹⁵ 參照 Peters，前揭書，§74 I，轉引自張紘璋，前揭論文，頁 47。

¹⁶ Claus Roxin 著、吳麗琪譯，前揭書，頁 572。

¹⁷ 德國刑事訴訟法第三二三條第二項規定：「第一審曾傳訊之證人或鑑定人，如對其為重覆之訊問，於事實之闡明顯無必要時，毋庸再為傳訊。」第三二四條第一項規定：「審判期日依第二四三條第一項之規定開始後，報告者在證人不在場之情況陳述該案程序進行之經過，第一審判決對上訴有重大關係者應予以朗讀。如檢察官、辯護人與被告不要求時，判決理由無庸予以朗讀。」第三二五條規定：「訴訟程序進行之報告及調查證據得朗讀文書；第一審審判期日訊問證人及鑑定人之筆錄，如證人或鑑定人係經再度傳喚或被告在審判期日前即時提出聲請者，非經檢察官或被告之同意，不得朗讀，但如有第二五一條及第二五三條規定之情形者，不在此限。」參蔡墩銘譯，前揭書，頁 121。

¹⁸ 何賴傑，前揭文，頁 345。

¹⁹ Claus Roxin 著、吳麗琪譯，前揭書，頁 585。

關於第三審上訴之目的，此問題在德國長久以來即具爭論：究竟是為了確保法律的統一性、為了個案的公平性的實現或二者均有之。通說「結合理論」（Vereinigungstheorie）則主張二者兼具，認為追求統一之法律解釋適用與實現個案的正義，概念上無法分開，兩者皆應為法律審之目的²⁰。

惟持反對見解者批評，上述三種有關第三審上訴之討論其實均不相當，通說之結合理論誤認了一種情形，即雖然實質上公正、公平的裁判決不會妨礙到法律的統一性，然而一著重於法律統一性之裁判卻可能由於與實際案情不相符，而造成實質上嚴重的不公平。有關法律統一性的理論即因刑事訴訟法之立法演進過程而被推翻，而個案公平之理論則因第三審訴訟程序中有限的資料（依德國刑訴法第三五一條，不得重新調查證據），只能片斷的被實現，也不能單獨成為第三審上訴之目的。因此，第三審上訴之目的應是在維護一實際可行的法律保護，僅對事實審的法官所完成的裁判中無關時間、也與審理事實問題的審級法官之自然事務無涉的部分，向第三審上訴法院提出，聲請審核。因此立法者乃將事實問題（此指將隨時間消逝而愈形困難的事實認定，尤其是證人記憶散失的部分）交由「事實審之法官」負責做最終的判斷，而第三審法院之任務，則依刑訴法第三三七條之規定，限制在違背法令之認定及對法律問題之審核上²¹。

因認定事實之違誤與適用法律之違誤，兩者是否能明確的予以區別（只有後者方為法律審之審理對象），於理論上仍存有極大爭議，實務上，則係以事實審法院與法律審法院之「責任劃分」（Verantwortungsteilung）方式作為操作準則：即法律審法院不必從事事實審法官最根本的任務，特別是指犯罪事實及證據之調查，且法律審認定原審判決之違誤，係只要透過閱讀原審卷宗資料及上訴書面資料，即可辨識者即是。透過如此之「工作劃分方式」（Leistungsmethode），於大多數情形，即可以迴避區分事實違誤或法律違誤之困難²²。

²⁰ 何賴傑，前揭文，頁 348。

²¹ Claus Roxin 著、吳麗琪譯，前揭書，頁 588。

²² Vgl. Sarstedt/Hamm, Die Revision in Strafsachen, Rn 9. 轉引自何賴傑，前揭文，頁 345。

（二）法律審之事後審查審

所謂事後審查審，即以第一審判決為基礎，僅就原審訴訟卷宗證物所有資料，事後審查該判決事實認定及法律適用有無違誤，亦即事後審查原審判決之當否，而非本諸事實審之職責，自行調查證據，逕予認定事實而為判決。故其審判，先審查當事人所指摘原判決不當是否有理由，必認為有理由時，始就該案件之內容加以審查，與覆審制或續審制，自始就該案件直接加以審查、自為判決不同²³。在性質上，覆審制與續審制所為之審判對象，係以案件為主；相對的，事後審查審則係審查原判決當否之問題，兩者頗有不同²⁴。因此，在事後審查審，強制當事人上訴時須附具上訴理由；上訴法院於撤銷原判決後，原則上應將案件發回或發交更審，例外才對案件自為判決。

事後審查審又分為僅就法律問題為事後審查之「法律審」，與就法律問題、事實問題雙方面為事後審查之「事實審」。屬於法律審之事後審查審，僅以原審判決（與原審判決之審判筆錄）為審查判斷之基準，以決定原審判決有無違背法令。事實審之事後審查審在審查原判決是否妥當時，所得使用之證據資料則較為寬鬆，只要有利於判斷原審判決妥當與否之證據與資料，皆可加以審查²⁵，至於何種範圍得例外使用未經原審法院所調查之新證據資料則有爭議。

德國之第三審（Revision）構造上屬於法律審之事後審查制。依德國刑訴法第三三七條第一項規定，判決違背法令者始得提起第三審上訴，亦即上訴人必須以判決違背法令為上訴理由來提出第三審上訴，而第三審法院之任務即在於審查原審判決是否在程序法或實體法上有違背法令之事由存在。

（三）限制第三審上訴制

²³ 陳丁坤，刑事訴訟第二審上訴立法例之比較研究，刑事法雜誌第三十三卷第四期，頁11。

²⁴ 黃朝義，刑事上訴審構造問題，東吳大學法律學報第十三卷第一期，2001年8月，頁108。

²⁵ 黃朝義，前揭文，頁108。

所謂限制上訴制，乃指得上訴第三審案件之要件，刑事訴訟法均有明文規定，只要上訴符合法定之要件，終審法院即應受理上訴而加以裁判，並無裁量之權。德國刑訴法第三三七條就第三審上訴理由規定：「I 判決違背法令者，始得提起第三審上訴。II 法條之不適用或適用不當者，為違背法令。」復於第三三八條規定判決為當然違背法令之八種情形，同此可見德國刑事訴訟第三審上訴採取限制上訴制²⁶。

三、德國上訴制度之改革方向

德國刑事訴訟法之上訴制度，由於前述對第二審存在價值之爭議，至八〇年代止，有不少學者及官方意見對於德國之上訴制度提出改革草案。各草案在細節上雖有不同，但基本方向係廢止或修正第二次事實審，而擴張法律審。其中最具代表性者，係學者 Karl Peters 與 Fezer。

（一）Peters 的「擴張法律審（Erweiterung der Revision）」主張

德國學者 Karl Peters 於 1978 年第五十二次德國法學家年會（der 52. Deutscher Juristentag），提議對上訴審予以根本的改革。Peters 的改革建議，重點在於程序上的雙軌制以及擴張法律審職權，尤其後者更直接導致第二審事實審的廢止。其主要論點如下²⁷：

1. 對於微罪案件，另創設「宣示刑罰程序」（Strafbescheid-verfahren），藉著簡化通常程序之進行，加速案件之處理。而對區法院獨任法官依「宣示刑罰程序」所宣示之「刑罰命令」（Strafbescheid），係以聲明異議（Einspruch）代替通常上訴程序方式處理，且係由同為區法院之參審法院管轄。
2. 將第二審（Berufung）與第三審（Revision）合併成一個審級，稱為「判決不服」（Urteilsruege）審。該審級仍以現行法

²⁶ 翁慶珍，前揭論文，頁 58-59。

²⁷ 何賴傑，前揭文，頁 350-351。

- 之第三審法院職權為本，然擴張第三審法院調查證據職權而創設之新的上訴審級，因而現行之第二審即無保留必要而廢除。
3. 改變既有的事務管轄（Sachliche Zuständigkeit）分配。亦即將原管轄通常案件第一審之參審法院，變成管轄「宣示刑罰程序」之第二審法院；原管轄通常案件之第一審獨任法官，改為只管轄「宣示刑罰程序」之第一審。最重要的改變是，將原管轄普通案件之第二審地方法院（Landgericht）降格為管轄普通案件第一審之法院。因而原則上，刑事案件只有兩個審級管轄，以往四級三審訴訟制度因而徹底改變。
 4. 第三審上訴之上訴理由，主要係指對於重要犯罪事實之正確性或法律效果之選擇或裁量，存有嚴重之疑慮者。且如下級審對於罪責與刑罰問題之確定，可為上訴理由時，第三審法院亦可自行調查事實級證據，並可依此而自為有罪科刑之判決，藉此代替第二審調查事實之功能。

（二）Fezer 的「限制第二審上訴（beschränket Berufung）」主張

一般認為，對第二審的指摘可以兩點概括之：1.程序重複未必有利於發現真實；2.程序重複增加法院工作負擔，造成訴訟不經濟的後果。然而針對第一點，Fezer 則主張，對於許多第一審判決的錯誤，的確透過程序之重複而獲得糾正；況且，隨著時間推移容易增加證據滅失之機會，亦非第二審上訴專有之缺點，如果擴張法律審之判決發回率仍高，則對案件更為審理之原審法院也無法避免這個問題；若是擴張法律審之事實調查職權，同樣的問題也會在擴張法律審中發生。因此 Fezer 認為重點在於第二點，以減輕第二審法官之工作量與負擔為其主要理由，而對現行第二審上訴作限制，即可達成減輕法院負擔之目的。此一限制可表現在兩方面，一為提起第二審上訴必須附具上訴理由，二為對第二審主審程序之進行加以限制²⁸。

針對德國之上訴制度雖有前述改革提議，在德國因變動過大，且對第二審之價值存廢未獲共識，因而只停留在構想階段，但就其將第

²⁸ 參照 Fezer, Möglichkeiten einer Reform der Revision in Strafsachen, 頁 289 以下，轉引自張紘璋，前揭論文，頁 64-66。

二審改為如第三審之事後審查制，且得以事實認定以及刑罰裁量為上訴理由，以及擴張事後審之調查事實之職權諸方面來看，和日本控訴審有異曲同工之妙，此一在德國僅停留於構想之改革建議，在日本卻於戰後已付諸實施²⁹。

第三款 上訴程序與審理

一、第二審上訴

(一) 第二審上訴之提起

第二審上訴應於判決宣示後一週內，向第一審法院提起（德國刑事訴訟法第三一四條）。如第二審上訴逾期後才提起，第一審法院將以上訴不合法裁定駁回；不服此項裁定，得於裁定送達後一週內，由提起抗告之人聲請第二審上訴法院裁判之（同法第三一九條）。如第二審上訴為在期間內所提起，則第一審法院即將卷宗移送檢察機關，再由其轉交第二審上訴法院之檢查機關，此檢察機關再於一週內送交法院之審判長（同法第三二〇條、第三二一條）。提起第二審上訴，原則上不需附具上訴理由，此乃採取覆審制之當然結果。

第二審上訴可僅限於對一定範圍提起，即針對原判決特定之爭點來提起。如果上訴人並未對上訴之範圍加以限制或其所加限制並無理由，則視為其所指摘者為原判決全部（同法第三一八條）³⁰。須注意者，對判決之一部提起上訴，僅在符合第二審本質時才允許。所謂第二審之本質係指第二審法院能夠就上訴部份獨立自為判斷，不論上訴人是否僅限於對原判決之一部或全部提起上訴，第二審法院均須就事實面及法律面進行審理。如欲僅限於對實體法問題提起上訴，因不符合第二審本質，而必須依同法第三三五條規定提出「越級上訴」³¹。

²⁹ 張紘璋，前揭論文，頁 68。

³⁰ 在德國第二審採取覆審制之訴訟模式下，審判的對象實質上係以案件本身為主，因此，對於原判決之批判理由＝上訴理由並未被要求或重視。即便在立法技術層面上要求具備上訴理由，其目的不外乎為規範濫行上訴、或在於限制上訴之辯論範圍與得以變更原判決之範圍，在本質上與審判構造並無直接關係。黃朝義，前揭文，頁 127。

³¹ 參照 Peters，前揭書，§74 I，轉引自張紘璋，前揭論文，頁 50。

因依同法第三一八條，上訴人得限定對於原審判決提起上訴之範圍，德國對於當事人就第二審上訴所加之限制是否合法之判斷標準，約略如下³²：

1. 數被告一罪或一被告數罪，而僅一被告或僅就一罪上訴：所謂一罪，包括法律上一罪（惟德國實體法規定與我國不同）與事實上一罪，其處理原則與我國相同，對事實上一罪，上訴人不能僅就個別事實問題、法律上理由、特定證據之調查或個別構成要件要素之認定提起上訴，如加限制即非合法。
2. 實務及學界認為，對於原審判決認定之罪名與刑罰得分開決定是否提起上訴，亦即當事人得就原審判決之罪名（犯罪事實之認定與法律適用）不提起上訴，而只針對原審判決之一般法律效果（例如有無宣告緩刑）提起上訴。例如：原審判決某甲竊盜，處有期徒刑一年，被告對於判決竊盜之犯罪事實及罪名並不爭執，僅認為刑罰有期徒刑一年過重而就該部分提起上訴。此時第二審法院應以原審判決所認定之事實及適用之法律為前提，不再審理調查，而僅限於對刑罰或其他法律效果部分進行審理。此原則有助於減輕第二審負擔，惟若關於罪責與刑罰認定之間有緊密關聯時，即不能單獨對量刑上訴。例如被告責任能力之程度，或原審判決理由無法顯示證立量刑基礎之事實。

最近德國對於第二審上訴之修正，對於輕微案件之上訴，改採許可制，因而並非任一符合法定程式之第二審上訴，皆會自動發生上訴效果。該上訴受理制（Annahmeberufung），依德國刑事訴訟法第三一三條規定，只能針對輕微案件為之，主要適用案例是不超過十五日日額之罰金刑案件。只有當法院認為該等上訴案件，並非「顯無理由」（*offensichtlich unbegründet*）³³時，該上訴始被受理，否則即以裁定

³² 王梅英，德國刑事訴訟法上訴第二審的性質，載於司法院刑事訴訟法研究修正資料彙編（九），第1077-1078頁，轉引自張紘瑋，前揭論文，頁50-51。

³³ 該項新規定之「顯無理由」一詞，乃借自德國刑事訴訟法第三審上訴第三四九條第二項規定，第三審法院對於檢察官聲請之第三審上訴，如認為顯無理由時得以裁定駁回之，亦即法官依書面審查原判決是否違背程序及實體法，如原判決顯然並無違背法律，則第三審法院應認上訴無理由而以裁定駁回之。德國之立法者認為，學說及實務對第三審上訴「顯無理由」之判斷標準亦可適用於微罪案件之第二審上訴，以減輕第二審法院之工作負擔。相關討論請詳參張紘瑋，前揭論文，頁56-62。

駁回該上訴。立法者雖意圖以此減輕上訴審之工作負擔，惟由於「顯無理由」之判斷標準，並非精確之法律概念，因而是否未來真能發生減輕上訴審工作負擔之效果，恐仍係未定之天³⁴。

（二）第二審上訴之審理

德國第二審係對訴訟標的之重新審理（*Neuverhandlung des Verfahrensgegenstandes*）。在第二審程序中如同第一審必須踐行德國刑事訴訟法第二一四條、第二一六條至第二二五條關於主審程序準備（*Vorbereitung der Hauptverhandlung*）之規定。依同法第三三二條規定，原則上第一審即主審程序（*Hauptverhandlung*）之規定，皆適用於第二審，故第二審程序之進行亦依據第一審程序之原則為之，言詞審理原則、公開審理原則與直接審理原則等，於第二審上訴中均適用之³⁵。

第二審上訴之準備程序大致上與第一審相同（同法第三二三條第一項）。以下為應特別注意的部分：1.對在第一審中曾被訊問過之證人及鑑定人，如對其再次的訊問對案件之澄清顯無必要時，得不傳喚之，但對被告在提起第二審上訴時所提及之人應予注意（同法第三二三條第二項、第四項）；2.新證據方法之提出不受限制，均應予以准許³⁶。

審判程序之進行一般而言與第一審相同，但有以下之相異處：1.毋庸朗讀起訴罪狀（*Auklagesatz*），然製作判決書之法官應就迄今所進行之訴訟結果作一報告。在此同時，只要是該被提起上訴之判決對第二審上訴具重要性，則亦應被朗讀之；當檢察官、辯護人及被告同意放棄判決理由之朗讀時，則毋須朗讀（同法第三二四條第一項）。2.依同法第三二五條前段規定，法院審理可朗讀第一審所為之訊問筆錄，以代替證人之訊問，此即使得直接審理原則（同法第二五〇條）受到限制；不過，當證人再次被傳喚或被告聲請再次傳喚證人時，則非經當事人之同意不得朗讀（同法第三二五條後段）。值得注意的

³⁴ 何賴傑，前揭文，頁 345-346。

³⁵ 參照 Peters，前揭書，§74 I，轉引自張紘璋，前揭論文，頁 51。

³⁶ Claus Roxin 著、吳麗琪譯，前揭書，頁 575。

是，即便證人並未再度被傳喚，或被告已明確表示同意朗讀該證言，如該當證言極具重要性，法院仍必須基於其澄清義務（Aufklärungspflicht，同法第二四四條第二項），親自訊問證人³⁷。

（三）第二審上訴法院之裁判

第二審法院之裁判可分為兩類，第一類是不經主審程序之裁定，第二類原則上為經主審程序之判決，例外方為裁定。不經主審程序之裁定，包括停止程序之裁定及上訴不許可而駁回之裁定。經主審程序之判決，包括程序判決及實體判決。第二審法院應先檢驗上訴之形式要件是否具備，若在主審程序中始發現上訴之形式要件不具備，應認上訴不許可而以判決駁回之。實體判決則包括：1. 第二審法院認為原審判決並無違誤，應認上訴無理由而以判決駁回之；2. 若第二審法院認為上訴有理由，則應撤銷原判決而自為判決（同法第三二八條第一項）³⁸。

1987年刑訴法修正後，廢除對案件任意性的（fakultative Zurückverweisung）發回更審之規定，惟同法第三二八條第二項則仍舊對以下案例規定應義務性的發回更審：若區法院誤認有管轄權時，第二審上訴法院必須以判決之方式撤銷第一審判決，並將案件發交有管轄權之法院審判。在發回更審時，第一審法院並不受第二審上訴法院的法律見解所拘束，此與同法第三五八條第一項之規定相反，其明文規定須受第三審上訴法院之法律見解拘束³⁹。

二、第三審上訴

（一）第三審上訴之提起

第三審上訴應於判決宣告後一星期之內，向原審法院書記官室以筆錄或書狀提起之（德國刑訴法第三四一條）。上訴人應聲明原判決

³⁷ Claus Roxin 著、吳麗琪譯，前揭書，頁 575-576。

³⁸ 張紘璋，前揭論文，頁 54-55。

³⁹ Claus Roxin 著、吳麗琪譯，前揭書，頁 577。

上訴之範圍、撤銷之請求（第三審上訴之聲請）與請求之理由。請求之理由必須列舉其錯誤之事實說明原判決是否因程序規定抑或因其他法律規定之違誤而應予以撤銷（同法第三四四條）⁴⁰。

德國第三審上訴既為法律審之事後審查審，因此限於原判決違背法令者，方得提起第三審上訴。不過，純以事實審法官違背法令為理由，尚不足使第三審上訴成功，此項理由還必須是相對的或絕對的第三審上訴理由。依同法第三三七條第一項規定，原則上第三審上訴之提起只能以判決違背法令為理由，但如果錯誤之發生對裁判不生影響者，則該違背法令仍不得成為第三審上訴之理由。至於絕對的上訴理由，依同法第三三八條規定，在所舉之八種情形中，其介於違背法令及判決內容間之因果關係，被認為是存在的。在這些特別重大的程序違反之案例中，第三審上訴不須顧及是否有具體的判決影響，即告理由成立，因為其顯示該訴訟程序的法治國家基礎已全然未受維護。此外，雖然一具有因果關係的違背法令成立，如所違背之程序法條文乃單純為被告之利益而制定時（例如最後陳述權、強制辯護；有關審判公開性之規定則不屬之），則檢察機關不得據此為被告之不利益而聲請撤銷判決（同法第三三九條）⁴¹。

（二）第三審上訴之審理

1. 第三審上訴法院之預先審查（Vorprüfung）

當上訴人未遵守第三審上訴之提出及補提理由之規定時，第三審法院得不經言詞審判即將該第三審上訴以裁定駁回之（同法第三四九條第一項）。第三審法院亦得對顯無理由的第三審上訴以裁定駁回之（同條第二項）。此種裁定駁回需有檢察官之聲請，亦即檢察機關及法院必須一致認為該第三審上訴顯無理由；如該第三審上訴係由檢察官提起，當其為無理由時，亦得由檢察機關向第三審法院聲請駁回之。此外，為了保障被告權益，同條第三項規定，檢察機關應就其聲請及其理由通知提起上訴之人，該上訴人得於二週內提交書面答辯。

⁴⁰ 蔡墩銘譯，前揭書，頁 125、126。

⁴¹ Claus Roxin 著、吳麗琪譯，前揭書，頁 594-598。

德國實務上約有 80% 的上訴第三審案件依同法第三四九條第二項被駁回。但有論者認為，為了減輕法院之工作負擔，此種裁定駁回之運用實過於頻繁，如當裁定駁回時，才在裁判理由中發現該法官並不中立，然因判決已告確定，已無法對此表示不服而提起法律救濟。此外，該項裁判無須敘述理由，則就法治國家的觀點來看，亦有疑問。如果第三審法院認為為被告利益而提起之第三審上訴聲請有理由者，即得以裁定撤銷原判決經上訴部份（同條第四項）。此種情形對顯然成立絕對的第三審上訴理由之案例，尤有適用⁴²。

2. 審判程序

第三審法院必須受下級法院事實認定的拘束，因此不得為證據調查。只有在以程序錯誤為理由而提起之第三審上訴，並且無法從審判筆錄中判斷該錯誤成立與否時，才例外得為證據調查。在程序上訴時，原則上只對特別提起上訴之程序錯誤部分為再次審查（同法第三五二條第一項）；相對的，對於正面及負面的程序要件（告訴、法律效力確定、中止[Niederschlagung]、時效），第三審法院均應依職權加以審核，即使對這些要件並未提起上訴，因為此處涉及第三審上訴法院得否自行對案件事實再加審理。當提起事實上訴時，則須從實體法角度對全部範圍加以審核，即使被提起上訴之部分為一特定之錯誤，且此項錯誤並不成立；如果只就程序錯誤提起第三審上訴時，第三審法院則不得為實體法上的審查⁴³。

（三）第三審上訴法院之裁判

第三審法院首先審查，第三審上訴之提起是否合乎法律的規定，如未符法律規定，則第三審法院在此訴訟階段即將該第三審上訴以判決不許可而駁回之。

如第三審法院認為上訴應被許可者，則（1）如認下級法院之判決無誤，將該第三審上訴以無理由判決駁回之；（2）如認第三審上訴應

⁴² Claus Roxin 著、吳麗琪譯，前揭書，頁 599-600。

⁴³ Claus Roxin 著、吳麗琪譯，前揭書，頁 601-603。

被許可且理由成立時，則只要該違背法令對原判決（同法第三五三條第一項）及原判決所依據之認定造成影響時，即應撤銷原判決及原判決所依據之認定（同條第二項），此際並不需要將所有被作為判決之事實認定均加以撤銷，只需將受到該違背法令影響的事實認定撤銷即可⁴⁴。

因為第三審上訴法院無法親自為案件事實之重新調查，因此原則上需將案件發回原審級法院更審。發回更審時係將案件發回原法院之其他裁判機關（Spruchkörper），或同邦同一審級之法院（同法第三五四條第二項）。為使判例見解統一，新的事實審之法官在法律上乃受作為撤銷依據之判斷的約束（同法第三五八條第一項）。當下級法院重新完成之裁判又得被提起第三審上訴時，此項拘束力即獲得了保障。依多數說之見解，第三審法院在這類案例中須受原裁判之拘束（第三審上訴法院之自我拘束力，Selbstbindung des Revisionsgerichts）⁴⁵。

只有在例外情形下，即在無其他事實的陳述下，只請求第三審法院諭知無罪判決、或中止訴訟程序、或請求獲判絕對特定的刑罰（eine absolute bestimmte Strafe）、或當第三審法院與檢察機關所提出之聲請具一致性，均認為適於以法定最輕之刑罰時，則第三審上訴法院才自行為裁判⁴⁶。

三、不利益變更禁止

⁴⁴ 如該項法律錯誤只涉及責任能力之問題，而非對外在事實的確認，則此外在事實的認定無需更改，且其必須作為新的審判程序中新判決之依據。參閱 BGHSt 14,30，轉引自 Claus Roxin 著、吳麗琪譯，前揭書，頁 604。

⁴⁵ BGHSt (GrS) 33,356 ; BGH StrV 86,284，轉引自 Claus Roxin 著、吳麗琪譯，前揭書，頁 604。

⁴⁶ Claus Roxin 著、吳麗琪譯，前揭書，頁 603-605。

不利益變更禁止原則適用於第二審、第三審上訴以及再審⁴⁷。當被告自己、其法定代理人或檢察機關為其利益而提起法律救濟時，則判決在法律效果的種類及刑度上，均不得為不利被告的更改，除非該被告自動放棄該不利益變更禁止之保護。如檢察機關欲對被告求以更重之刑，則須自己為被告之不利益而提起上訴⁴⁸。而依明確條文內容得知，不利益變更之禁止只是就刑罰而言，非就罪責判斷而言⁴⁹。

⁴⁷ 德國刑訴法第三三一條第一項：「第二審上訴如僅由被告或為被告之利益而由檢察官或被告之法定代理人提起者，不得為被告之不利益而欲之較重之犯罪法律效果之種類與刑度而變更判決。」同法第三五八條第二項：「原判決如僅由被告、為被告利益而由檢察官或被告之法定代理人提起第三審上訴者，不得為被告之不利益而諭知較重之法律效果之種類與刑度而變更判決。本項規定於送入精神醫療機構或禁戒機構之命令，不適用之。」同法第三七三條第二項：「如檢察官或受判決人之法定代理人為受判決人之利益而為再審之聲請者，不得諭知較原判決為重之犯罪法律效果之種類或刑度而為不利於原受判決人之判決。本項規定於送入精神醫療機構或禁戒機構之命令，不適用之」，引自蔡墩銘譯，前揭書，頁 123、130 及 134。

⁴⁸ 對檢察機關為被告之不利所提起之法律救濟所為之裁判，亦得為有利被告之變更。參德國刑訴法第三〇一條：「任何檢察官所提起之上訴，均有導致有利於被告或撤銷裁判之效力。」，引自蔡墩銘譯，前揭書，頁 115。

⁴⁹ Claus Roxin 著、吳麗琪譯，前揭書，頁 567-568。

第二項 美國刑事上訴制度簡介

除聯邦之外，美國各州均有其獨立之司法制度，各州均具有實施於其州內之法律，與解釋、適用州法律之完整的法院組織。蓋在十八世紀殖民時代，個殖民地各自為政，以致形成完全互不相干之司法制度。至一七八九年，依聯邦憲法之規定召開之第一屆國會，又創設一套完全獨立之聯邦司法制度，因此，乃有與州司法制度相分離，而互無關係之聯邦司法制度出現。州法院僅管轄違反各該州憲法、法律之案件；聯邦法院則管轄違反聯邦憲法、法律之案件，且各有其完整之上訴系統，互不相關聯¹。

第一款 審級制度現況

一、聯邦司法制度

關於聯邦司法制度，聯邦憲法規定：「聯邦司法權屬於最高法院及聯邦國會隨時制定設置之下級法院。……」（第三條第一節），至於其具體組織，包括最高法院在內，完全委諸於國會制定設置之。聯邦法院組織主要分為三級，亦即，地方法院（district courts）、上訴法院（courts of appeals）與最高法院（Supreme Court）²。

聯邦地方法院為具有普通管轄權之事實審法院，除管轄民刑事案件之審判外，並得審查行政機關所為之裁決。其不論為陪審審判或非陪審審判，原則上均採獨任制。聯邦地方法院之上為聯邦上訴法院。上訴法院於一九四八年以前，稱為巡迴法院（circuit courts），不過由於交通之發達，上訴法院逐漸趨向於在同一固定處所開庭，而不再巡迴。上訴法院之審判不採陪審制，而由三名上訴法院法官組成合議庭

¹ 黃東熊，美國刑事訴訟制度，收錄於氏著「刑事訴訟法研究（第二冊）」，1999年4月，頁356-357。

² 此外尚有具有有限管轄權之例外法院，惟與普通刑事訴訟有關者，為地方法院、上訴法院與最高法院，故其餘例外法院於此不加贅述。

為之。由於上訴於最高法院設有嚴格限制，且不易獲准上訴，故對大多數聯邦案件而言，上訴法院為事實上之終審法院³。

不服上訴法院之判決得上訴於最高法院。聯邦最高法院不僅為聯邦之最高上訴法院，且在某些特定條件下，亦有權審查州之終審法院的判決。美國上訴審判權案件之來源有五種，第一類是來自於州終審法院之判決（必須與聯邦問題有關，並且已用盡救濟程序）；第二類是來自於十三個聯邦上訴法院之判決；第三類則是聯邦地方法院之判決；第四類則是來自於國會依據憲法第一條所設立法院之判決；最後一類則是來自於屬地法院（the territorial courts）之判決。

最高法院之上訴案件管道，以下列三種為主：第一類是當然上訴案件（*appeal as a matter of right*）。此類案件之當事人，享有當然上訴之權利，最高法院必須受理，就下級法院判決實體部分是否有理由而作出判斷。不過從一九二五年後，可進入此管道之上訴案件便不斷受到限制，於一九八八年時，更是將大部分原屬於此管道之案件廢除。時至今日，能利用此管道上訴最高法院之案件，多為由下級法院三個法官所作，並且與選舉權有關案件之判決。第二類上訴案件則是國內學界所稱之移審制度（*certiorari*），係指訴訟當事人要求最高法院命令下級法院將案件移送，以使最高法院有機會審理該案，屬於必須經最高法院發移審令始能上訴之案件，目前居於最高法院上訴審判權案件量之絕大部分。於此程序中，最高法院對於是否准許案件上訴有完全之裁量權限，是美國最高法院用以篩選案件之重要機制。第三類之所謂照會（*certification*）案件，僅限於聯邦上訴法院法官得以其所處理案件中之有關聯邦法律問題，請求最高法院表示意見，案件量並不多⁴。

聯邦最高法院設於華府，別無分院。包括首席法官（*Chief Justice*）在內，總共僅有九名法官（*Justice*）。最高法院審理案件並不分庭，而以全院推事構成一合議庭。聯邦最高法院為名符其實之「最

³ 黃東熊，前揭文，頁 360-361。

⁴ 林超駿，概論美國最高法院移審制度之歷史演變與當下之運作模式，月旦法學雜誌第 116 期，2005 年 1 月，頁 52-53。

高」法院，其上已無任何機構得審查聯邦最高法院之判決，故當事人即使不服聯邦最高法院所為之判決，亦無救濟途徑⁵。

二、各州司法制度

美國各州均有不同於其他州之司法制度，不過，各州均設有普通管轄權之事實審法院，但其名稱因州而異⁶。不論其名稱為何，各州之事實審法院均以單一法官構成法庭（陪審審判或非陪審審判均同）。除具有普通管轄權之事實審法院以外，大多數之州均在其下另設有治安法官法院（justice of the peace court），以處理輕微案件。同時，亦有若干州有兩種以上具有普通管轄權之事實審法院，與管轄輕微案件、小額案件之初級法院。

有二十七州，在事實審法院之上，僅有最高級法院，而無中間上訴法院。最高級法院，大多數之州（至少有三十九州），均稱為最高法院（supreme court）。其餘之二十三州則具有中間上訴法院，中間上訴法院亦因州而異其名稱⁷。須注意者，有許多州即使設有中間上訴法院，但其實質並非中間上訴法院。蓋於此等州，關於某些案件，乃由事實審法院直接上訴於最高法院；而關於另外某些案件，則以中間上訴法院為終審法院，故其最高法院與中間上訴法院之關係，乃屬事務管轄之分配關係，而非屬上訴階層之審級關係。同時，即使以中間上訴法院構成上訴之一審級的州，亦對得上訴最高法院之案件，設有甚為嚴格之限制。是故，大體而言，州之審級制度，不論有無中間上訴法院，均以二審終結為原則⁸。

三、被告上訴並非憲法上的權利

⁵ 黃東熊，前揭文，頁 362-363。

⁶ 例如：有稱為地方法院（district court）、高級法院（superior court）、巡迴法院（circuit court）、郡法院（county court）或普通訴訟法院（court of common pleas）等，甚至，亦有稱為最高法院（supreme court）者。

⁷ 有稱為上訴法院（court of appeals, or court of appeal）、地方上訴法院（district court of appeal）、高級法院（superior court），亦有稱為最高法院上訴審組（appellate division of supreme court）者。

⁸ 黃東熊，前揭文，頁 364--366。

在美國，被告之上訴權並非憲法所保障之權利，僅是法律制定出來之權利⁹。但被告不服聯邦地方法院的判決，幾乎不受限制而得上訴於聯邦上訴法院¹⁰。當事人固得以請求案件移送命令（writ of certiorari）的方式向聯邦最高法院提起上訴，惟此非屬當事人之權利，乃屬最高法院之裁量範圍。如以上訴（appeal）之方式向最高法院聲明不服，只要合乎得提起上訴之法定要件，形式上雖屬當事人之權利，但實質上聯邦最高法院仍得審查其是否合乎上訴要件，與請求案件移送命令並無甚差異，其結果，是否准許上訴，亦變成裁量權範圍之事，故謂「上訴為當事人之權利」，嚴格言之，並非事實¹¹。

第二款 上訴審構造與審理

一、禁止重複審判原則

「禁止重複審判原則（double Jeopardy）」是指在同一司法權內，同一被告就同一犯罪只能被審判一次。因此第一審無論被告選擇陪審團審判或法官審判，檢察官通常僅能對中間裁判（interlocutory orders，例如駁回起訴、證據排除、沒收物之發還、被告之釋放）提起抗告，對於事實審之判決結果，僅允許被告上訴（被告對中間判決原則上則不得上訴）。若是判決無罪，無論訴訟程序有無錯誤，檢察官均不得上訴，否則即違反「禁止重複審判原則」。因聯邦與各州有各自獨立之司法審判權，故不受本項原則之限制，例如被告行為同時違反州法及聯邦法，雖然該州起訴後法院判決無罪，聯邦檢察官仍可因同一行為違反聯邦法再提起訴追¹²。在法律有特別規定時，檢方得針對某些具有危險性之被告，以「量刑過輕」提起上訴，此時，上訴審得改量處較重之刑，但不得加重至死刑¹³。

⁹ McKane v. Durston, 153 U.S. 684 (1894); Griffin v. Illinois, 351 U.S. 12 (1956)，轉引自陳瑞仁，美國上訴制度，台灣本土法學雜誌第 67 期，2005 年 2 月，頁 166。

¹⁰ 黃東熊，前揭文，頁 453。

¹¹ 黃東熊，前揭文，頁 459、462、362。

¹² 吳巡龍，從美國上訴制度檢討我國刑事訴訟上訴審修正草案，台灣本土法學雜誌第 67 期，2005 年 2 月，頁 125；陳瑞仁，前揭文，頁 165。

¹³ United States v. DiFrancesco, 449 U.S. 117 (1980); Bullington v. Missouri, 451 U.S. 430 (1981) 轉引自陳瑞仁，前揭文，頁 167。

二、上訴審採事後審查審制

美國之刑事審判，由於基本上採取陪審制，因此其審判制度偏重第一審，上訴審不僅完全屬事後審，而且被認定有罪之被告上訴之情形並不多。上訴審於審理上訴案件時，與事實審不同，並不推定被告為無罪，蓋被告已在事實審被認定有罪，則上訴審自無適用「無罪推定」原則之餘地。同時，上訴審之審理乃於事後，居於上訴審之立場，依事實審之審判紀錄而審查事實審之審判是否合法，認定被告有罪是否合乎證據法則而已，不調查證據，更不召集陪審來對案件為審判，而以雙方當事人（律師與檢察官）之辯論為主¹⁴。審理之結果，上訴審所得為之判決為確認原判決或撤銷原判決，或將原判決所認定之犯罪事實或所科之刑，修改為較低度之犯罪事實或較輕之刑，或將案件發回事實審法院再審判。上訴審如撤銷事實審之判決，其實際上之意義為判被告無罪，因此，檢察官對上訴審此種判決只有服從而已。除此以外，對審判程序之問題，上訴審亦得確認，撤銷或修改原審所為程序。

三、上訴第三審之限制

聯邦及各州之最高法院對於上訴第三審之案件採「許可上訴制」（writ of certiorari），最高法院有裁量權決定是否受理，其裁量標準有三¹⁵：（1）聯邦上訴法院就重要之聯邦法律見解與其他聯邦上訴法院或州最高法院見解不一致；（2）州最高法院就重要之聯邦法律見解與其他州最高法院或聯邦上訴法院見解不一致；（3）州法院或聯邦上訴法院認為重要之聯邦法律問題尚待解決或與聯邦最高法院先前見解不一致。美國聯邦最高法院係採四位同意原則（rule of four），即需有九位大法官中之四位同意上訴，才接受該案。另外，最高法院不許可上訴之案件並不表示最高法院同意下級法院之見解，而僅表示最高法院認為目前沒有表示意見之必要。對於有原則重要性之法律問題，而下級法院見解歧異者，最高法院若認為尚不宜表示意見時，仍可能

¹⁴ 黃東熊，前揭文，頁 450、456。

¹⁵ Rules of the Supreme Court of the United States, Rule 10.

不予受理，俟觀察其他法院相關之見解而產生較成熟之意見，且有類似案件聲請上訴第三審時，再予以受理¹⁶。

關於州憲法及州法律，以州最高法院之判決或裁定為終審，但聯邦憲法或聯邦法律之見解影響該判決結果，而當事人認為州最高法院關於聯邦憲法或法律之見解有誤者，亦可向聯邦最高法院聲請上訴，故聯邦最高法院之案源可能來自聯邦高等法院或州最高法院。另外，當州刑事被告之聯邦憲法權利被州政府侵害，且被告已依州法規定用盡所有該州之法律救濟方式，但仍無法回復其權利時（例如已經由州最高法院判決），被告亦可向聯邦地方法院請求救濟，兩造並可依聯邦訴訟程序上訴，此種程序稱為請求人身保護令（habeas corpus）。在美國，當上訴法院撤銷事實審判決發回更審時，法院需重新踐行選任陪審員程序，所有證人均需再次接受交互詰問，故相當耗費司法資源¹⁷。

第三款 美國刑事上訴之違背法令

美國上訴審查制度將原審法院違背法令稱為「錯誤」，原審所犯錯誤得分為三大類型：明顯錯誤（plain error）、無害錯誤（harmless error）、當然發回錯誤（reversible error）。其職司事後法律審的上訴審，對事實審的下級法院極為尊重，審查非常寬鬆。如原審法院有錯誤，當事人卻未主張提出，原則上視為當事人放棄權利，維持原審判決；如當事人提出主張，原審仍犯錯誤，若無害於判決結果，亦維持原審判決；甚至原審所違犯之法規範，是最高位階的憲法規範，亦得適用無害錯誤法則，只要不影響判決的結果，仍維持原審判決。以下即分別析述之¹⁸。

一、「明顯錯誤（plain error）」與「未提出視為放棄法則（raise-or-waive rule）」

¹⁶ 吳巡龍，前揭文，頁 125-126。

¹⁷ 吳巡龍，前揭文，頁 126。

¹⁸ 本款介紹整理自王兆鵬，美國刑事訴訟法，頁 552-576；吳巡龍，前揭文，頁 126-130。

所謂「未提出視為放棄法則」，指除少數例外情形外，對於第一審法院之錯誤，訴訟當事人若未於原審審判中指出並保留其權利，不得在第二審法院主張。美國因採兩造對抗制度（adversary system，即我國通稱之當事人進行主義），為尊重兩造對抗制度之精神及確保司法經濟，當事人對於法院程序事項之錯誤決定未及時提出異議，或當事人一造所提出之證據有禁止之事由，但他造無論因策略運用或因疏忽，而未即時提出異議，均應自負其責而視為放棄，不得再於上訴審主張。

有關此理論基礎的要義，在 *State v. Applegate* 判決曾詳細論述：（一）此為當事人進行主義的必然結果。在當事人進行主義下，訴訟之爭執及證據應由當事人自行架構提出於法院，再由法院裁判。（二）確保公平性。當訴訟當事人得主張權利時，應即提出主張，以利他方當事人有回應及反駁之機會。未於原事實審法院提出，嗣後即不得提出，以確保對他方當事人之公平。（三）提升審判效率。促使當事人於事實審提出一切的主張，提升審判程序的效率。（四）下級審未發生錯誤，上級審不應干涉。當事人於下級審從未主張並提出問題，下級審即無機會為正確之裁判，若因此指摘下級審錯誤裁判，實無理由。（五）確保司法經濟。此法則最主要的目的為司法經濟，若無此法則，敗訴之一方得上訴，上訴審必須發回更審，造成國家與他造當事人必須負擔重新審判的費用；如當事人初始在原審提出主張，即得在原審解決該爭執，得節省當事人與國家上訴審及更審的費用。

「未提出視為放棄法則」並非完全沒有例外，若屬於「明顯錯誤」（plain error），法院若不依職權介入將傷害司法正義的極端情形，雖當事人未即時提出異議，事實審法院亦得依職權更正，若未更正，當事人仍得以之為上訴理由或於上訴審主張；甚至當事人未於審判中主張、亦未於上訴審提出，上訴審法院亦得依職權更正。美國聯邦刑事訴訟規則 Rule 52(b) 規定：「明顯錯誤或瑕疵影響重要權利者，即令當事人未主張，法院仍能處理之。¹⁹」聯邦最高法院曾對聯邦管轄之案件提出符合明顯錯誤的四個要件：錯誤、明顯、影響顯著權

¹⁹ Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 52 (b), "Plain error. Plain errors or defects affecting substantial rights may be noticed although they were not brought to the attention of the court." 轉引自 吳巡龍，前揭文，頁 127。

利、嚴重影響公平正義或司法程序的公正聲譽²⁰。為尊重當事人進行主義的精神，同時當事人在原審異議與否、證據提出與否，常被視為訴訟技巧或謀略，因此此種例外之容許十分罕見。

二、無害錯誤法則 (harmless-error analysis)

如當事人在原審指出法院之錯誤，則得請求上訴審審查原審之錯誤。「錯誤」(error)依上訴法院是否應發回原審重新審判而分為適用「無害錯誤法則」之錯誤及不適用該法則之「當然發回錯誤」。原審法院雖有錯誤，但該錯誤對於判決結果或顯著權利無害者，不發回審判，稱為「無害錯誤法則」(harmless-error analysis)。美國聯邦刑事訴訟規則 Rule 52(a)規定：「任何錯誤、瑕疵、不規則、差異，不影響顯著權利者，得不予考量。²¹」在判斷錯誤是否為無害時，上訴審法院應檢視全部卷宗，判斷系爭證據若為正確之取捨，是否會影響被告顯著之權利。亦即上訴審之審查標準，不是下級審有無錯誤，而是錯誤對被告顯著權利的影響為何。

美國聯邦最高法院解釋：「憲法係賦予刑事被告受公平之審判，而非完美無瑕之審判。²²」例如檢察官提出某項證據或作某項詰問，被告認為該證據或該問題應不被容許而提出異議，結果法院容許該證據或詰問，縱上訴審法院認為該證據或問題確實有禁止之事由，若其他證據極為充足，或該錯誤不影響原審判決結果，即屬「無害錯誤」。其理論基礎有三：(1) 證據法或訴訟法的設計並非完美無瑕，不可能完美適用於每一個個案；且個案上適用證據法或程序法時，也不可能完美的不發生些微錯誤。(2) 上訴審審查程序不完美。上訴審法院無法知悉或評估錯誤對陪審團員(事實決定者)的影響，以及該

²⁰ “there must be (1) ‘error,’ (2) that is ‘plain,’ and (3) that ‘affects substantial rights’ ... (4) the error ‘seriously affects the fairness, integrity, or public reputation of judicial proceedings.’ ” *Johnson v. United States*, 520 U.S. 461(1997). 轉引自王兆鵬，前揭書，頁 556。

²¹ Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 52 (a), “Harmless error. Any error, defect, irregularity or variance which does not affect substantial rights shall be disregarded.” 轉引自王兆鵬，前揭書，頁 558。

²² *Delaware v. Van Arsdall*, 475 U.S. 673, 681 (1986). “As we have stressed on more than one occasion, the Constitution entitles a criminal defendant to a fair trial, not a perfect one.” 轉引自吳巡龍，前揭文，頁 127。

錯誤對陪審團員評議（deliberation）時的影響。（3）節省司法資源。刑事審判的中心目的在決定被告有罪與否，在提升公眾對於司法程序的尊敬與信心，應專注於審判的公平性，而不是不重要的錯誤。若不論錯誤對判決結果的影響為何，即一律發回更審，只會鼓勵當事人濫用司法資源，導致人民對司法的鄙視。

美國聯邦最高法院於 *Rose v. Clark* 案中列舉適用「無害錯誤法則」之錯誤²³，包括禁止對證人之偏見作反詰問（failure to permit cross-examination concerning witness bias）、不准被告於審判中在場（denial of right to be present at trial）、就被告在審判中拒絕作證作不當評論（improper comment on defendant's failure to testify）、違反被告於指認時受律師協助之權利（admission of witness identification obtained in violation of right to counsel）、違反律師辯護權取得被告自白而准許提出作為證據（admission of confession obtained in violation of right to counsel）、違反聯邦憲法增修條文第四條關於搜索扣押之規定所取得之證據應禁止而容許（admission of evidence obtained in violation of the Fourth Amendment）等錯誤，均屬於適用「無害錯誤法則之錯誤」。

在判斷是否為無害錯誤時，上訴審法院應先判斷原審所違反之法律，是否與被告顯著權利有關，以及是否影響該權利之利益。其步驟如下：第一，探求原審所違反法律規範之性質及目的，如該規範與被告的實質權利無關，而僅為一般形式規定，則原審之錯誤得視為無害錯誤。第二，如法律之規範與被告之實質權利有關，則進一步探討該權利所保護之利益是否受影響，若錯誤不會影響該權利所保護之利益，視為無害。例如法律規定起訴書應載檢方之全部證人，檢察官未遵守，但在審判前檢察官已主動告訴辯護人漏載證人之年籍資料，則法規範雖與被告顯著權利有關，但錯誤未影響被告之利益，視為無害錯誤²⁴。

²³ *Rose v. Clark*, 478 U.S. 570, 576-77 (1986). 轉引自 吳巡龍，前揭文，頁 127。

²⁴ Yale Kamisar, Wayne R. LaFare, Jerold H. Israle, and Nancy King, *Modern Criminal Procedure*, at 1590 (West Group, 9d. 1999). 轉引自王兆鵬，前揭書，頁 559。

在認定原審錯誤影響被告之顯著權利後，各法院判斷是否為「無害」之標準，有兩種不同之類型：「顯著權利」標準（substantial right test）與「影響結果」標準（outcome-impact test）。「顯著權利」標準，以被告權利是否因錯誤而受實質損害，為是否發回之唯一標準。上級審只能自權利規範之目的及利益，判斷該權利之利益是否被侵害，而不應考慮其他。如權利之利益被侵害，則視為有害錯誤，至於侵害該權利是否會影響判決的結果，則非所問。法院及學者認為屬於此類型者，多為有關**審判程序結構**之權利，例如未遵守選任陪審團的程序規定、陪審團員來自該管轄區以外的地方、認罪聲明有瑕疵、管轄錯誤等等。上級審發現有違反此類權利的錯誤發生，不論其與判決結果關係為何，一律視為有害錯誤，發回更審。「顯著權利」標準最常被引用之理論基礎有二：第一，被歸類於此一類型的權利，多為審判結構性的權利，違反權利對於判決結果的影響為何，臆測性的成分居多，不可能精確判斷是否會影響結果，因此不宜以「影響結果」標準作為分析方式。第二，屬於此類型之權利，立法賦予被告權利的目的，常與審判結果的真實性無關，而有獨自存在的價值，例如選任陪審團員不得種族歧視。為了保存這些權利的價值，不論是否會影響判決結果，皆不得視為無害。

「影響結果」標準則以權利的違反是否會影響判決結果，作為是否發回更審的標準。只要錯誤不影響判決結果，即不發回更審。屬於此類型的錯誤，多為有關於**證據提出的錯誤**，例如證據能力的認定（如傳聞陳述）、交互詰問之准否、檢察官及辯護人所提出的辯論、審判前與證據有關的裁定（如證據開示）、對陪審團有關證據評估的指示。此種錯誤，雖然侵犯被告顯著權利所保護之利益，但未必會影響判決的結果。「影響結果」標準的理論基礎在於，審判最重要的目的，在決定被告是否有罪，如得證明被告有罪之心証達於無庸置疑的程度，即令原審法院發生錯誤，該錯誤亦不應視為有害。惟批評「影響結果」標準者則認為，該標準將上訴審轉為事實審，越俎代庖代替事實審法院決定是否會影響判決結果；而且即令被告為有罪之人，亦應有受公平審判之權利，不能僅因其為有罪之人，即坐視其權利被違反而不能得到上訴救濟。

三、當然發回錯誤（automatic reversal）

一九六〇年以前，聯邦最高法院只要發現下級審法院有憲法錯誤，皆判決發回更審，亦即「無害錯誤」不適用於憲法權利的違反。在一九六七年之 *Chapman v. California* 案²⁵，聯邦最高法院針對憲法錯誤，正式採用無害錯誤法則。聯邦最高法院表示，憲法錯誤得區別為兩種，其一為「當然發回錯誤」，其一為「無害錯誤」。前者，法院表示：「有些憲法權利，為公平審判所不可或缺的權利，違反權利永不得視為無害錯誤」²⁶。法院指出「使用非任意性自白作為不利被告之證據」（using a coerced confession against a defendant in a criminal trial）、「違反律師辯護權」（depriving a defendant of counsel）及「法官失去中立性」（trying a defendant before a biased judge）等三種錯誤嚴重影響公平審判，為「當然發回錯誤」。若不是當然發回錯誤，其他憲法錯誤則得適用無害錯誤法則，其審核標準必須是上訴法院產生「無庸置疑」的心證，認定憲法的錯誤未助成判決結果的形成²⁷。至於何種憲法錯誤屬於無害錯誤，何種屬於當然發回錯誤，法院則未定出判斷標準。

嗣後在一九八六年之 *Rose v. Clark* 案²⁸，聯邦最高法院宣示，憲法錯誤原則上適用無害法則，例外始為當然發回錯誤。惟此「原則例外」的宣示招致學者的批判，認為法院見解只重視結果，卻忽略憲法在真實發現以外，尚有其他目的及價值，特別是憲法有些規定的目的在保護其他重要價值而刻意妨害真實發現，例如憲法增修條文第四條禁止不合理的搜索扣押，目的在保護隱私，但卻會妨害真實的發現。有些憲法權利規定，雖不以妨礙發現真實為目的，但也未必會提升真實發現，例如陪審團的選任不得有種族歧視²⁹。

²⁵ *Chapman v. California*, 386 U.S. 18(1967). 轉引自王兆鵬，前揭書，頁 566。

²⁶ “there are some constitutional rights so basic to a fair trial that their infraction can never be treated as harmless error.” 386 U.S. 18(1967). 轉引自王兆鵬，前揭書，頁 567。

²⁷ The appellate court believes “beyond a reasonable doubt that the error complained of did not contribute to the verdict obtained.” 386 U.S. 18(1967). 轉引自王兆鵬，前揭書，頁 567。

²⁸ *Rose v. Clark*, 478 U.S. 570, 577-78, (1986). 轉引自王兆鵬，前揭書，頁 571。

²⁹ Yale Kamisar, Wayne R. LaFare, Jerold H. Israle, and Nancy King, *Modern Criminal Procedure*, at 1611 (West Group, 9d. 1999). 轉引自王兆鵬，前揭書，頁 573。

於一九九一年的 *Arizona v. Fulminante* 案，美國聯邦最高法院終於提出「無害錯誤法則」及「當然發回錯誤」之區分標準。該院將錯誤分為「結構瑕疵」（Structural defects）與「審判錯誤」（Trial error）。「違反律師辯護權」及「法官失去中立性」係「結構瑕疵」，屬於「當然發回錯誤」，因為此類型錯誤影響司法公平正義形象至鉅，與單純審判錯誤不同，不僅該錯誤對判決結果之影響難以評估，且有獨立保護之必要，故原審法院發生此種錯誤，不論是否影響判決結果，上訴審法院均須撤銷發回更審³⁰。所謂「審判錯誤」³¹，指審判過程中，法官對於證據取舍裁定的錯誤，此與審判結構無關，僅為某單項證據是否得為證據的問題，應適用無害錯誤法則，例如違反被告受律師協助權利所取得的證據。本案認為以「被告非任意性自白」為證據屬於「審判錯誤」，並非當然發回錯誤，仍適用「無害錯誤法則」判斷是否影響原判決，上訴審非當然必須撤銷原判決，亦即就「被告非任意性自白」部分，推翻 *Chapman v. California* 案之判例法。

除了「結構瑕疵」與審判錯誤的分類外，也有學者提出所謂的「公理不容」理論（public intolerance rationale）³²。有學者認為即令所發生的憲法錯誤非「結構瑕疵」，但如果會影響公眾對法院公平正義的形象時，亦應認為係當然發回的錯誤。例如挑選大陪審團員有種族歧視的情形，被告經此一大陪審團起訴，但法院依公平合法的審判程序判決被告有罪，聯邦最高法院認為大陪審團選任的錯誤，並非無害錯誤，為當然發回錯誤³³。此時即不能以「結構瑕疵」或「審判錯誤」的分析方式解釋，只能以「公理不容」的理論解釋。

³⁰ “Each of these constitutional deprivations is a similar structural defect affecting the framework within which the trial proceeds, rather than simply an error in the trial process itself. Without these basic protections, a criminal trial cannot reliably serve its function as a vehicle for determination of guilt or innocence, and no criminal punishment may be regarded as fundamentally fair.” 499 U.S. 279 (1991). 轉引自吳巡龍，前揭文，頁 129。

³¹ 所謂的審判錯誤，其定義為“error which occurs during the presentation of the case to the jury, and which may therefore be quantitatively assessed in the context of other evidence presented in order to determine whether its admission was harmless beyond a reasonable doubt.” 499 U.S. 279 (1991). 轉引自王兆鵬，前揭書，頁 573。

³² Charles H. Whitebread & Christopher Slobogin, *Criminal Procedure*, at 779 (Foundation Press, 1993). 轉引自王兆鵬，前揭書，頁 575。

³³ *Vasquez v. Hillery*, 474 U.S. 254 (1986). 轉引自王兆鵬，前揭書，頁 575。

第三項 日本刑事上訴制度簡介

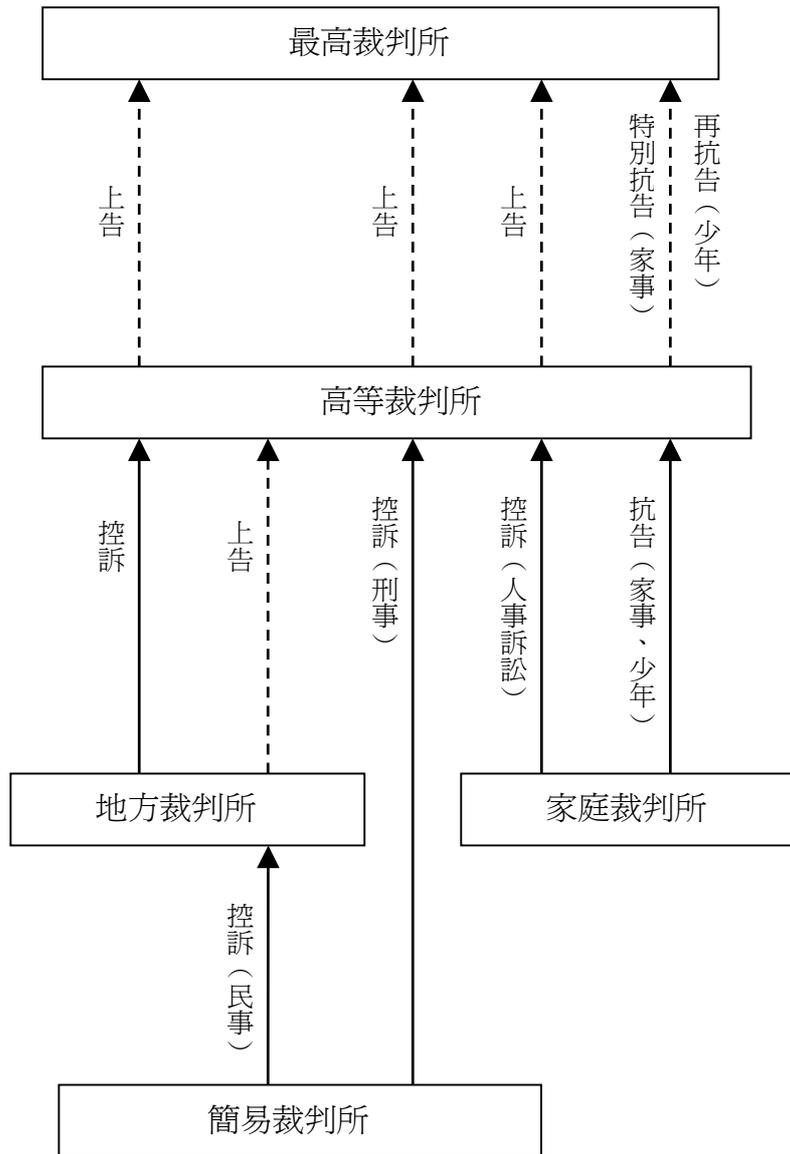
第一款 審級制度現況

日本現行審級制度採三審制。於刑事訴訟中，無論第一審管轄法院是地方裁判所（裁判所法第三三條第一項第二款）、簡易裁判所（同法第二四條第二款）或家庭裁判所（同法第一六條第四款），第二審法院均為高等裁判所，第三審法院則為最高裁判所，此與民事訴訟在某些情形中，高等裁判所為第三審法院相異。不過在某些例外由高等裁判所進行第一審審判的情形（同法第十六條第四款），則直接向最高裁判所提起第三審上訴（同法第七條第一款），此際非採三審制而係「二審制」¹。

茲將日本目前審級制度簡略圖示如下²：

¹ 白取祐司，三審制の意義，載於松尾浩也、井上正仁等編，法律學の争点シリーズ（6）刑事訴訟法の争点，有斐閣，平成 14 年 4 月 25 日，頁 208。

² 引自日本最高裁判所網站 <http://www.courts.go.jp/>。



圖表二：日本刑事訴訟審級制度

第二款 上訴審構造

針對第一審（地裁、家裁、簡裁）判決向第二審法院（高裁）提起的第二審上訴，日本稱為「控訴」；對高等裁判所之判決提出之上訴，或對通常第一審判決越級向最高裁判所提起之上訴，則稱為「上告」。

一、第二審上訴（控訴審）—事後審查審

因戰前日本刑事訴訟法繼受自法、德二國，其「日本治罪法」、「明治刑事訴訟法」以及「大正刑事訴訟法」之控訴審採「覆審制」，上訴不須具備上訴理由，控訴審直接進行審理，其舊刑事訴訟法之立法理由書即說明「控訴審法院與原審完全獨立而為第二審之審理，與原審判決結果之當否無關，係再次對案件進行判決」。現行刑事訴訟法則受到英美法之影響，對舊制作根本性的變革，將控訴審事後審化。其將聲請控訴理由類型化並於條文中列舉，控訴審法院則以上訴人提出之控訴意旨書為中心，審查第一審判決之當否。其所列舉之控訴理由包括訴訟程序違背法令、適用法令錯誤、量刑不當及事實誤認等，範圍相當廣泛³。

學說通說及實務判例⁴均認現行控訴審採事後審制。現行控訴審由覆審改採事後審之理由，可從第一審構造的變化以及上告審（第三審上訴）機能的改變加以說明。首先，因戰後受英美法之影響，第一審當事人主義化，以第一審為公判的中心，徹底落實言詞審理、直接審理主義，若控訴審再重覆進行第一審的程序，不啻輕視第一審之審理，除了加重證人的負擔，事實認定也不可能強過鮮活的第一審審理，並不適當。其次，最高裁判所被賦予審查法令是否違憲之任務，其餘一般法令違反無涉憲法審查之情形，則須由控訴審來分擔，此際，如再要求控訴審必須為事實之認定，無異是過大的負擔，因此就

³ 松尾浩也，「上訴・再審」，載於「刑事訴訟法判例百選第七版」，有斐閣，1998年8月，頁207。

⁴ 最一小判昭和二六・七・一七，刑集五卷八号一四四八頁。

事實認定的部分，控訴審僅作事後的審查⁵。另有認為基於防止預斷原則，第一審既然採行起訴狀一本主義之訴訟型態，如第二審仍採行覆審制，則同樣是事實審理，第二審卻能於審判期日前接觸卷證，如此將與第一審採行起訴狀一本主義的旨趣失衡⁶。事後審制在條文的具體呈現上例如：控訴意旨書必須記載控訴理由，其必須以訴訟紀錄以及原審法院調查證據呈現之事實為依據、控訴審法院之判決以撤銷發回為原則等等⁷。

由於前述日本戰後之背景而必須改變控訴審的構造，當初最高裁判所之草案是以大正刑事訴訟法之上告審規定，移植成為控訴審的規定，使控訴審由事實審變為法律審化，由覆審制變為事後審查審制。然而，基於當時國內反對事後審者認為，對於原有兩次事實審機會的控訴審構造轉變為只有一次事實審機會的控訴審構造，恐有侵害被告權利之嫌，因此，於草案中增加「事實誤認」以及「量刑不當」作為控訴理由之規定，並且在仍維持事後審制的架構之下，於昭和二十三年的國會審議過程，以及在昭和二十八年的修正案中，擴大控訴審法院得調查新事實新證據的可能及增訂據此得辯論之規定（參照第三八二條之二、第三九三條第一項但書及第二項）後，致使日本控訴審於性質上，又有事實審的性格，以致於日後實務審理上，日趨具有續審的性格。因此現行日本控訴審的性格雖為事後審構造，但是，並非為單純的事後審構造，於現行法之規定上，其性質極為複雜⁸。

關於事後審之構造，於日本之學理上有「嚴格事後審說」、「續審接枝說」及「審查審說」之對立，此三說關於第二審上訴之審查基準時點及審查資料之範圍，看法略有不同⁹：

⁵ 平田元，控訴審の構造，載於松尾浩也、井上正仁等編，「法律學の争点シリーズ（6）刑事訴訟法の争点」，有斐閣，平成14年4月25日，頁210；田宮裕，刑事訴訟法（新版），1999年12月30日，有斐閣，頁484。

⁶ 三井誠，日本刑事上訴制度，收錄於「刑事訴訟起訴狀一本主義及配套制度」法條化研究報告（下），最高法院學術研究會編印，民國九十年十月，頁450。

⁷ 平田元，前揭文，頁210。

⁸ 王參和，日本刑事控訴審構造之研究，中興大學法律學研究所碩士論文，1999年6月，頁49。

⁹ 藤永幸治等編，大コンメンタール刑事訴訟法（第六卷），青林書院，1996年，頁73-74；平田元，前揭文，頁210-211；田宮裕，前揭書，頁485-486。

（一）嚴格事後審說

審查基準以原判決時為準，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。而刑訴法第三八三條第二款以及第三九三條第二項為審查基準時之例外規定；第三八二條之二、第三八三條第一款、第三九三條第一項但書則為審查資料範圍之例外規定。因例外規定禁止寬鬆解釋，再加上第三九三條第一項本文，原則上即不容許調查新證據。此說以團藤重光及高田卓爾二位教授為代表。

（二）續審接枝說

此說首先從歷史上、理論上將控訴審區分為二種類型：「事後審—法律審—書面審理主義」以及「覆審—事實審—言詞審理主義」。控訴審就書面審查而言固屬事後審，惟關於事實之調查，則部分移植續審制之機能，故審查基準應以第二審判決時為準，審查資料之範圍則包含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，在調查事實之場合，並容許訴因或法條之變更。此說為小野清一郎教授所主張。惟有批評者認為，一旦解為續審，法院原則上即應自為判決，但依現行法第四〇〇條之規定，並非控訴審一旦開始調查事實即必定自為判決，不能以第四百條但書作為理論之基礎；此外亦有認為，如此解釋於實際運作上將會導致續審化之結果。

（三）審查審說

此說又分為平野說及平場說。

平野龍一教授主張，所謂嚴格事後審說，不過是主張所謂事後審係審查原判決之判斷過程，因此對於審查基準時點及審查資料之範圍加諸前述之限制。但事後審本質上最主要的特徵僅在於審查原審判決之結論客觀上是否正確，而非審查原判決之判斷過程，也不在求自己形成心證。因此，理論上本不須如嚴格事後審說一般，就判斷基準時及審查資料範圍加以限定。惟在當事人主義下，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（第三八二條、第三八二條之二參照），以符合事後審之精神。因此說強調「審查」，而非「事後」的概念，就容許調查的證據資料顯得較為寬鬆。

平場安治教授更主張，判斷原審判決當否，應以控訴審終局判決時為基準時，其得審查資料之範圍亦同。依據前述嚴格事後審論之諸例外規定，例如本法第三八三條第一款以再審請求作為控訴理由，無疑亦承認控訴審得援用、調查新事實、新證據。有批評者認為，此說以本法例外規定（第三八三條、第三九二條第二項）為決定審查基準時之依據，但如依前述本說之理論，本質上即允許以原判決後之事實來審查原判決，第三八三條等原即無規定之必要。從現行法之規定導出其本質論不僅論理方式顛倒，亦有循環論證之危險。

二、第三審上訴（上告審）—嚴格法律審

關於上告審的構造，並不像前述控訴審一般有諸多爭議存在。因上告理由限於所謂的違反憲法與違反判例之法律問題，無疑的，上告審之構造為法律審之事後審查審。又依刑訴法第四一一條規定，事實誤認亦為職權撤銷事由，只限於此種情形上告審法院方為事實審查。惟上告審以書面審理為原則，與控訴審相較，僅有在極端例外的情形下才調查事實，因此並非純粹的事實審¹⁰。

日本最高裁判所依該國憲法第八十一條，為行使違憲審查權之終審法院，違反憲法因此必然作為上告理由（刑訴法第四〇五條第一款）。其次，作為全國唯一的終審法院，最高裁判所負有統一法令解釋之使命，由此觀點來看，特別在調整法令見解的功能上，違反判例亦成為上告理由之一（同法第四〇五條第二款、第三款）。為了補充統一法令解釋的機能，另有上告受理制度的設計，有關法令解釋之重要事項的案件，最高裁判所得依裁量決定是否受理（同法第四〇六條）。此外，上告仍不失為通常上訴之一環，當事人的具體救濟亦有必要加以考慮，原判決如有刑訴法第四一一條規定之事由，如不撤銷顯然違反正義時，最高裁判所得依職權撤銷原判決¹¹。

¹⁰ 藤永幸治等編，前揭書，頁487。

¹¹ 田宮裕，前揭書，頁490-491。

總之，上告具有違憲審查、統一解釋法令以及具體救濟之三項機能。實際上問題在於，於具體救濟之機能上，上告審應承擔到如何的程度，必須考量最高裁判所之處理能力以及下級審訴訟程序之充實程度，依據高度司法運用政策加以形成¹²。不過一般認為，上告的首要目的還是在於憲法判斷和法令解釋的統一，具體救濟僅為次要的、補充的機能¹³。

第三款 上訴程序與審理

一、第二審上訴（控訴審）

（一）第二審上訴之提起

檢察官或被告得提起上訴（第三五一條）；被告之輔佐人或法定代理人、原審之代理人或辯護人，只要不與被告明示之意思相反，可為被告利益獨立行使上訴權。容許檢察官為被告不利益上訴，尤其是對於被告無罪判決提起上訴，有見解認為其違反憲法第三十九條之二重禁止危險，惟通說及判例均認為承認檢察官上訴並不違憲¹⁴。日本雖無如英美法承認「二重危險」的原則，但因檢察官上訴會使被告花費更多時間和經濟負擔，所以法律規定當檢察官提起上訴時，不問有無理由且不問原判決是否已被撤銷，聲請上訴後的羈押日數當然均計入刑期（第四九五條第二項第一款）。只有檢察官上訴時，當法院作出上訴不受理判決或撤回上訴時，不僅不得讓被告負擔訴訟費用（第一八一條第三項），而且國家須補償被告因上訴而在該審級所生的費用（第一八一條之四），以謀求對被告的保護¹⁵。

上訴權人須於原審判決宣告之日起（始日不算入）十四天內，向原審法院提出控訴聲明書（第三五八條、第三四二條、第三七三條、

¹² 田宮裕，前揭書，頁 491。

¹³ 龍岡資晃，上告審の権限と機能，載於松尾浩也、井上正仁等編，「法律學の争点シリーズ（6）刑事訴訟法の争点」，有斐閣，平成 14 年 4 月 25 日，頁 214；土本武司著，董璠輿、宋英輝譯，日本刑事訴訟法要義，1997 年 5 月，頁 421。

¹⁴ 小林充，刑事訴訟法（第二版），現代法律，平成 15 年 3 月，頁 237；最判昭 25.9.27 刑集 4 卷 9 號 1805 頁。

¹⁵ 土本武司著，董璠輿、宋英輝譯，前揭書，頁 411。

第五五條第一項、第三七四條)。控訴聲明除了在控訴權已消滅後作成者外，原審法院應速將訴訟紀錄及證物移送控訴審法院(刑事訴訟規則第二三五條)¹⁶。控訴法院於收受原審訴訟紀錄及證物後，應訂二十一日以上之期限，命上訴人提出控訴意旨書，上訴人必須遵守此指定之期間¹⁷。

上訴人必須於控訴意旨書中簡潔明確的記載控訴理由(刑事訴訟規則第二四〇條)。其原則上必須援用在訴訟紀錄以及經過原審法院調查之證據中所呈現的事實；惟在以量刑不當或事實誤認為控訴理由時，則得援引因不得已之事由致使在原審辯論終結前未能請求調查之證據所能證明之事實，以及原審辯論後終結前所發生之事實(第三八二條之二第一項、第二項)¹⁸。

(二) 第二審上訴理由

控訴理由大致可區分為：(1) 訴訟程序違背法令、(2) 事實誤認、(3) 法令適用錯誤以及(4) 量刑不當四種。近來實際運作情形，被告提起上訴的理由中，量刑不當約占七成，事實誤認僅佔三成，訴訟程序違背法令及法令適用錯誤約占一成(合計超過百分之百，係因有不少案件同時主張兩個以上上訴理由)；檢察官提起上訴之理由，量刑不當約占三分之二，事實誤認占二成，法令適用錯誤約占一成，訴訟程序違背法令則不到一成¹⁹。

(1) 訴訟程序違背法令

重大訴訟程序違背法令的情形，不論對原判決有無影響，如符合第三七七條及第三七八條所列舉之事項，得提起上訴，此稱為絕對控訴理由。其他訴訟程序違背法令的情形，必須其違反顯然影響於判決時，方得提起上訴(第三七九條)，此為相對控訴理由。

(2) 事實誤認

¹⁶ 小林充，前揭書，頁 246。

¹⁷ 池田修、前田雅英，刑事訴訟法講義，東京大學出版會，2004 年 6 月初版，頁 424。

¹⁸ 小林充，前揭書，頁 247。

¹⁹ 寺崎嘉博、長沼範良、田中開，刑事訴訟法，有斐閣，2001 年 9 月，頁 292。

事實誤認顯然影響於判決者，得為控訴理由（第三八二條）。這裡的「事實」，日本通說認為與作為嚴格證明對象的事實一致²⁰，至於刑罰量定事實以及訴訟法上事實，則不包含在內²¹。所謂「誤認」係指，從容許作為控訴審判斷資料的證據中，無法肯認原審所認定的事實，而非指原判決所認定的事實與客觀上的事實不相符²²。

（3）法令適用錯誤

法令適用錯誤亦必須顯然影響於判決者，方得提起第二審上訴（第三八〇條）。所謂適用法令錯誤係指，對於認定之事實適用實體法上產生錯誤。法令適用錯誤的審查基準時點為原審判決時，惟於第三八三條有例外之規定。

（4）量刑不當

此處所指為在處斷刑範圍內之刑罰量定不當。量刑的裁量屬於羈束裁量，其逾越亦可當作是法令違反的一種，考量到該問題的重要性與特殊性，以及容許與其性質相稱程度自由之審查應屬有益（以量刑不當為控訴理由占壓倒性多數），因此量刑不當成為獨立的控訴理由。裁量的加重減免、酌量減刑當然包含在內，緩刑宣告、未決羈押日數的算入、易科罰金的處分、選舉權或被選舉權的停止均屬此處所指之量刑問題²³。

（5）其他

有得請求再審事由，或判決後刑罰已經廢止、變更或經大赦者，亦得提出第二審上訴（第三八三條）。

（三）第二審上訴之審理

1. 審判程序

控訴審之審理，除有特別規定外，準用關於第一審審判的規定（第四〇四條）。除被特別命令到庭的情形外，被告原則不負到庭義

²⁰ 福井厚，刑事訴訟法講義，法律文化社，1996年3月初版，頁390。

²¹ 小林充，前揭書，頁245。

²² 田宮裕，前揭書，頁491。

²³ 田宮裕，前揭書，頁491。

務，即使到庭，亦無辯論能力（第三九〇條）。辯護人以律師為限（第三八七條）。在法庭上，檢察官及辯護人都應當根據控訴意旨書來進行辯論（第三八九條）。所謂辯論，是指關於有無控訴理由陳述意見²⁴。

2. 職權調查的界限

第三九二條第一項規定，控訴法院對於控訴意旨書所包括的事項，應進行調查；同條第二項規定，控訴意旨書中雖未包括，然而與法定控訴理由有關事項，得依職權進行調查。上告法院依第四一四條規定，亦準用之。日本刑訴法就當事人主張之上訴理由部分，課與上訴法院職權調查的義務；上訴理由雖未主張，但能成為上訴理由之事由，則認為上訴法院得裁量依職權進行調查。此處上訴法院的調查，係在法庭外所自由進行的「不拘形式的（インフォーマル）一種證據調查」。具體而言，包含閱讀原審訴訟紀錄、控訴意旨書、答辯書等，並就原審法院所移送的證據加以調查²⁵。

由於審判對象範圍原則上委由當事人設定，控訴審的事後審查以當事人主張的控訴意旨為中心，職權調查被認為是居於補充的、擔保的地位，如此一來，在當事人攻防對象以外的事實，即便在控訴審法院繫屬中，也應解為已超越職權調查的界限。例如，對於有科刑上一罪關係之 A 罪有罪、B 罪無罪之第一審判決，被告提起上訴，雖然 B 罪亦繫屬於控訴審法院，但因其在當事人攻防對象之外，故不允許控訴審法院就 B 罪部分依職權進行調查並自為有罪之判決²⁶。相對於此，以非兩立之事實主張擇一訴因的情形，第一審法院不認定之訴因則非攻防對象以外之事實，例如，關於單一交通事故的過失態樣，同時主張本位訴因與預備訴因時，第一審認定預備訴因有理由，被告人如提起上訴，本位訴因亦在攻擊防禦對象之列²⁷。

²⁴ 土本武司著，董璠輿、宋英輝譯，前揭書，頁 415。

²⁵ 宮城啓子，職權調查の限界，載於松尾浩也、井上正仁等編，「法律學の争点シリーズ（6）刑事訴訟法の争点」，有斐閣，平成 14 年 4 月 25 日，頁 212。

²⁶ 此為所謂「攻防對象論」，詳參日本最大決昭 46・3・24 刑集 25 卷 2 号 293 頁（新島ミサイル事件）。池田修、前田雅英，前揭書，頁 425；田口守一編，争点ノート刑事訴訟法，法學書院，1997 年 4 月，頁 277-278。

²⁷ 最決平 1・5・1 刑集 43 卷 5 号 323 頁，池田修、前田雅英，前揭書，頁 425-426。

3 事實之調查

法院在進行上述調查時，如認為有必要，可根據當事人的請求或依職權進行事實調查（第三九三條第一項本文）。其方式只要不違背當事人主義、公開審理及直接審理之要求，可以適當的方法進行，未必一定採用嚴格的證據調查方式進行調查。不論訴訟法上的事實或實體法上的事實，都是調查的對象。實體法上的事實，基於事後審查的性質，原則上應以第一審曾經調查過的證據以及在第一審辯論終結前當事人曾請求調查的證據為限。惟例外關於第三八二條之二，即在第一審辯論終結前因不得已之事由未能請求調查之證據所能證明的事實，以及在第一審辯論終結後判決前發生的事實，以為了證明量刑不當或事實誤認所不可或缺之情形為限，應進行調查（第三九三條第一項但書）。對於第一審判決後發生足以影響刑罰量定的情狀，法院認為有必要時，亦得依職權進行調查（第三九八條第二項）。由於此種調查的結果可能撤銷原判決（第三九七條第二項），屬於事後審查原則的重大例外²⁸。

（四）第二審上訴法院之裁判

1. 控訴駁回

控訴審法院於上訴理由書提出逾越期間、上訴理由書未記載理由等提起上訴程序有違法之情形，應以裁定駁回控訴（第三八五條、第三八六條第一項）。已開始審理後，始判明控訴的聲明違反法令上的方式，或是於控訴權消滅後提起時，控訴審法院應以判決駁回控訴（第三九五條）。經過控訴審審理後，若發現其不具備該當控訴理由之事由時，亦應為控訴駁回之判決（第三九六條）。

2. 撤銷原判決

日本刑訴法第三九七條第一項規定：「具有第三七七條至第三八二條及第三八三條所規定之事由時，應以判決撤銷原判決」；同條第二項：「依據第三九三條第二項規定進行調查之結果，認為如不撤銷原判決顯違反正義時，得用判決撤銷原判決」。是以控訴法院審理後，如認為具備控訴理由時，應以判決撤銷原判決；根據第三九三條

²⁸ 土本武司著，董璠輿、宋英輝譯，前揭書，頁 415-416。

第二項之規定，依職權對於原審判決後足以影響刑罰量定的情節，進行調查之結果，如不撤銷原判決顯係違反正義時，得用判決撤銷原判決。又依同法第四〇一條：「為被告之利益而撤銷原判決者，如撤銷之理由為提起控訴之共同被告所共通時，亦應為該共同被告之利益而撤銷原判決」。

撤銷原審判決之後，控訴審法院應再為發回判決、移送判決或自為判決：

- (1) 以諭知管轄錯誤或公訴不受理係不合法為理由撤銷原判決時，應以判決將該案件發回原審法院（第三九八條）。
- (2) 以認定管轄係不合法為理由撤銷原判決時，應以判決將該案件移送有管轄權之第一審法院。但控訴法院對該案件有第一審管轄權時，應自為第一審審判（第三九九條）。
- (3) 以第三九八條、第三九九條以外之理由撤銷原判決時，應以判決將該案件發回原審法院、或移送於與原審法院同級之其他法院（第四〇〇條本文）。此乃基於控訴審係對原審判決進行事後審查之性格，撤銷原判決後必須以發回更審為原則。
- (4) 如控訴法院依據訴訟紀錄與原審法院及控訴法院所調查之證據，認為得直接判決時，始得例外的於撤銷原判決後，自為判決（第四〇〇條但書）。本條但書之例外規定，在實際的運用上，為了避免審判拖延、避免當事人訴訟上勞費等訴訟經濟之考量，控訴審法院自為判決的情形佔有相當多數²⁹。此種適為自判的情形例如，以法令適用錯誤或量刑不當為理由撤銷原判決時，大部分均具備適合自為判決的情狀；以事實誤認為理由撤銷原判決時，為了調查控訴理由有無而為事實之調查，如就公訴事實被告已經充分進行攻擊防禦，亦可認為控訴法院得自為判決³⁰。

自為判決的問題在於，對於訴訟紀錄以及原審法院調查過的證據，必須加以如何之調查？原審忽略訴訟條件之欠缺而為實體判決，或對於原審認定之事實僅有法律適用上之錯誤，此際控訴法院得直接

²⁹ 池田修、前田雅英，前揭書，頁 428。

³⁰ 寺崎嘉博、長沼範良、田中開，前揭書，頁 292。

撤銷原審判決並自為適正之判決，並無異論³¹。另一方面，在控訴法院撤銷原審無罪宣告自為有罪判決，或撤銷原審判決較輕罪名之認定，改論以較重罪名之情形，判例與通說均認為，依據憲法第三一條所要求的直接審理主義、言詞辯論主義，控訴審必須經過事實之調查，不得僅以第一審證據、資料的書面審理，即重新改判³²。惟判例就改判被告重刑之自為判決，則認為不須經過事實之調查³³。

3. 公訴不受理之裁定

如原審法院未為公訴不受理之裁定係屬違法時，控訴審法院不必再將原判決撤銷，即應直接為公訴不受理之裁定（第四〇三條第一項）。

二、第三審上訴（上告審）

（一）第三審上訴之提起

得提起上告之人與上告手續，與提起控訴的情形相同。因此，得提起上訴之人，為原審辯護人（第三五五條）、有上訴權之人（第三五一條、第三五三條）或其代理人。於甫判決後接受被告選任的辯護人，也能基於包括代理權提出上訴，此點判例亦加以確認（甫判決後受被告的選任，最大判 49.1.12 刑集三卷一號二〇頁；沒有上訴權之選任權者的選任，最大判 88.2.17 判時一二六七號一六頁）。上告之提出，從告知裁判之日起始日不算入十四日以內（第三五八條、第五五條、第四一四條、第三七三條），向原審法院（第四一四條、第三七四條）提出上告聲明書。上告意旨書提出的最終日係由最高法院指定者，必須是自指定通知書送達上訴人之翌日算起二十八日以後（刑訴規則第二五二條）³⁴。

³¹ 小林充，前掲書，頁 252。

³² 最大判昭 31・7・18 刑集 10 卷 7 号 1147 頁、最大判昭 31・9・26 刑集 10 卷 9 号 1391 頁、最判昭 34・5・22 刑集 13 卷 5 号 773 頁參照。田宮裕，前掲書，頁 482-483；小林充，前掲書，頁 252。

³³ 最判昭 30・6・22 刑集 9 卷 8 号 1189 頁參照。

³⁴ 大出良知、川崎英明、神山啓史、岡崎敬等，刑事弁護，日本評論社，1999 年 5 月，頁 166。

（二）第三審上訴理由

依日本刑事訴訟法第四〇五條之規定，上告理由限於原判決違反憲法或違反判例兩種情形。

1. 違反憲法或對憲法的解釋有錯誤（第四〇五條第一款）

「違反憲法」係指，於原審判決理由中並未有憲法上的解釋，然而於原判決內容或訴訟程序有違反憲法的情形。例如，以自白作為認定犯罪事實之唯一證據（憲法第三八條第三項）、對於已經無罪判決確定之事實復為有罪之判決（憲法第三九條）³⁵、未予指定國選辯護人的情形（憲法第三七條第三款）³⁶。「憲法解釋錯誤」則指，原審判決理由中對憲法的解釋與適用發生錯誤。此處原判決對於憲法之解釋是否必須為「明示」，有「積極說」與「消極說」之對立，判例與學界多數採「消極說」³⁷。此外，判例認為，第一審判決違反憲法，如未經過第二審控訴審之判斷，不得成為第三審上告之理由³⁸，此係由於上告審乃對於控訴審之判決進行審查，一審判決違反憲法並不能說是「原判決」違反憲法之故³⁹。

2. 作出與最高法院判例相反的判斷，或作出與大審院及現行法施行後作為控訴法院的高等法院判例相反的判斷（第四〇五條第二款、第三款）

以違反判例作為上告理由，從允許變更判例加以考量，並不是承認判例具有法律上的拘束力，而是如通說所認為，最高裁判所作為唯一的最上級審法院，透過對於判例違反的審查，間接謀求法令解釋之統一，以確保法安定性之存在。其次，「單純違背法令」並非得提起上告之理由，特別限於違反判例始能成為上告理由，係考量到最高裁

³⁵ 福井厚，前揭書，頁 397。

³⁶ 小林充，前揭書，頁 252。

³⁷ 最大判昭和 31・6・13 刑集 10 卷 6 号 830 頁參照。福井厚，前揭書，頁 398。

³⁸ 最決昭 39・11・18 刑集 18 卷 9 号 597 頁參照。

³⁹ 香城敏磨，上告理由としての憲法違反，載於松尾浩也、井上正仁等編，「法律學の争点シリーズ（6）刑事訴訟法の争点（新版）」，有斐閣，平成 3 年 6 月 5 日，頁 248；福井厚，前揭書，頁 398。

判所的負擔，避免其最重要的機能－憲法問題的審查受到妨礙，並與控訴審就全部法令違反審查之機能加以區別⁴⁰。

此處所謂判例，係指於具體事件中法院所指示之結論上的判斷，其判斷超越原來事件，於其他同類型之案件之適用上亦屬妥當之謂。而成為結論前提之一般法律論以及與該結論相對照的論述理由，則屬於「傍論」，並非「判例（主論）」⁴¹。具體事件的認定、關於量刑上的判斷，或最高裁判所撤銷高等裁判所之判決，亦不能稱為判例（最決昭 51・9・14 刑集 30 卷 8 号 1611 頁）⁴²。

其次，除了依第四〇五條提起之上告外，包含有關法令解釋之重要事項的案件，限於在該判決確定前，最高裁判所亦得依據法院規則之規定，自行作為上告審而受理該案件（第四〇六條）。依第四〇六條及刑事訴訟規則第二四七條、二五四條及第二五七條之規定，承認以下三種情形最高裁判所得受理上告：（1）第二審法院對於以原判決違憲作為唯一之上訴理由者，認為相當時，得以裁定將該上訴案件移送最高法院（「案件移送」制度）；（2）對於第一審判決認定應適用之法令違反憲法之判斷，當事人認有不當等情形，得逕向最高法院提起第三審上訴（「飛躍上訴」制度）；（3）對於高等院所為之第一審判決或第二審判決，若該案件包含有關法令解釋上之重要事項時，當事人得向最高法院聲請受理該案件之上訴，上述三種情形，分別經最高法院之裁量，得許可其上訴⁴³。即使在上訴理由被認為不存在的情形，於具備刑訴法第四一一條各款事由，「如不撤銷原判決顯然違反正義」時，第三審法院有撤銷原判決之權限。在實務運作上，大體上於主張刑訴法第四〇五條上訴理由之際，促使法院依據第四一一條第一款依職權撤銷原判決，是很普遍的，因而第三審上訴受理的聲請是十分罕見的⁴⁴。

⁴⁰ 安廣文夫，上告理由としての判例違反，載於松尾浩也、井上正仁等編，「法律學の争点シリーズ（6）刑事訴訟法の争点（新版）」，有斐閣，平成 3 年 6 月 5 日，頁 250。

⁴¹ 田宮裕，前掲書，有斐閣，頁 492。

⁴² 小林充，前掲書，頁 255。

⁴³ 陳運財，論刑事訴訟上訴制度之重構，全國律師，1999 年 5 月，頁 34。

⁴⁴ 大出良知、川崎英明、神山啓史、岡崎敬等，前掲書，頁 169。

（三）依職權撤銷事由

聲請第三審上訴的理由，雖為原判決違反憲法與違反判例（刑訴法第四〇五條）。實際上，期待最高法院依據刑訴法第四一一條以職權撤銷判決的聲請相當多，復且最高法院撤銷原判決的事例也多是依職權之撤銷。然而，上訴人有權利要求判斷者，仍以刑訴法第四五〇條之事由為限⁴⁵。

由於最高裁判所亦有對具體事件加以適正救濟之機能，即便不符合第四〇五條權利上訴之規定，如具有（1）有足以影響判決之違反法令之事項者、（2）量刑甚為不當者、（3）有錯誤認定足以影響判決之重大事實者⁴⁶、（4）有符合得以聲請再審情形之事由者、（5）判決後刑罰已經廢止或變更或經大赦等事由，不撤銷原判決顯然違反正義時，最高裁判所亦得依職權撤銷原判決（第四一一條）。由於第四一一條並不是將各款事由作為正式的上告理由，因此，即使以具有符合該款規定的事由為理由提出上告時，法院不負接受義務，也不能避免法院根據第四一四條、第三八六條第一項第三款為上告不受理之裁定。不過，由於法院依職權審查是否具有這些事由，有時是能夠撤銷原判決的，因此，以違反重要的法令、誤認重大的事實、量刑不當等理由，促使法院依職權撤銷的上告聲請便普遍化了⁴⁷。

（四）第三審上訴之審理

除了法律有特別規定以外，上告審之手續準用控訴審之規定（第四一四條）。就上告意旨書所包含之事項，上告法院必須加以調查（第四一四條、第三九二條第一項）；上告意旨未包括之事項，上告法院即無職權調查之義務（最一小判昭和 30・9・29 刑集 9 卷 10 号 2102 頁參照）⁴⁸。學說上就有關第四〇五條及第四一一條之事由，上告審是否有職權調查之義務，則有（1）例外具有職權調查義務說、

⁴⁵ 大出良知、川崎英明、神山啓史、岡崎敬等，前掲書，頁 169。

⁴⁶ 判例擴大解釋至「足以懷疑有錯誤認定重大事實之顯著事由」者，最判昭 28・11・27 刑集 7 卷 11 号 22303 頁（二俣案件）參照。

⁴⁷ 土本武司著，董璠興、宋英輝譯，前掲書，頁 423。

⁴⁸ 龍岡資晃，前掲文，頁 214。

- (2) 絕對訴訟條件與第四〇五條事由例外的有職權調查義務說、
(3) 第四一一條事由職權調查義務否定說等等⁴⁹。

上告審為純粹之事後審、法律審，其審理採取以一、二審紀錄為中心的審理方式，僅於死刑案件、有可能將原判決撤銷之案件等等例外的情形，始展開公判期日進行言詞辯論⁵⁰。上告審於公判期日不必傳喚被告，被告不僅沒有到場的義務，亦不享有此項權利⁵¹。上告法院依據上告意旨書及其他文書，認為上告聲請無理由已經明確時，得不經辯論，直接為上告不受理之判決（第四〇八條）。

通說認為，第三九三條第一項本文有關控訴審調查事實之規定，於上告審亦準用之，同時不限於訴訟法上之事實，實體上之事實亦容許上告法院進行調查⁵²。第三九三條第一項但書是否在準用之列，則有肯定說與否定說之別⁵³。第三九三條第二項之準用，判例採否定見解⁵⁴，學說上有消極說與積極說之對立。消極說從立法經過及上告審之構造、性格，認為上告審無須依職權對原審判決後足以影響刑罰量定之情節進行調查；積極說則認為，因為並無準用排除之規定以及實際上的必要性，認為第三九三條第二項亦應在準用之列⁵⁵。

關於事實調查的方法，判例提出以「公判顯出」之方式，亦即將該證據物於公判時提出，令訴訟關係人閱覽，賦予當事人爭執之機會，於訴訟紀錄中敘述整理⁵⁶。由於「公判顯出」之方式並非嚴格證明之證據調查程序，判例認為僅能以之判斷撤銷原判決理由之有無

⁴⁹ 藤永幸治等編，前揭書，頁 543。

⁵⁰ 池田修、前田雅英，前揭書，頁 432；大出良知、川崎英明、神山啓史、岡崎敬等，前揭書，1999 年 5 月，頁 168。

⁵¹ 土本武司著，董璠輿、宋英輝譯，前揭書，頁 423。

⁵² 藤永幸治等編，前揭書，頁 587。

⁵³ 藤永幸治等編，前揭書，頁 588。

⁵⁴ 最判昭 52・12・22 刑集 31 卷 7 号 1147 頁參照。

⁵⁵ 藤永幸治等編，前揭書，頁 593。

⁵⁶ 如松川事件第一次上告審之「訪問筆錄」，最大判昭 34・8・10 刑集 13 卷 9 号 1419 頁參照；藤永幸治等編，前揭書，頁 588。

⁵⁷。至於能否以之作為自為判決之資料則大有問題，至少在自為無罪判決時得加以使用⁵⁸。

（五）第三審上訴法院之裁判

1. 駁回上告之裁定

提起上告違反法令上之方式，或係在上告權消滅後提起已經明確時，上告法院應以裁定駁回上告（第四一四條準用第三八五條第一項）。未於提出期間內提出上告意旨書、上告意旨書違反法令之規定、或於依第四〇五條提起上告，上告意旨書中所記載之上告理由顯然不符合該條之事由時，應為上告駁回之裁定（第四一四條準用第三八六條）。

2. 駁回上告之判決

經上告審調查之結果，判明上告之聲請違反法令上之方式，或係在上告權消滅後提起時，應為上告駁回之判決（第四一四條準用第三九五條）。上告法院依據上告意旨書或其他文書，認為提起上告無理由已經明確時，得不經言詞辯論，以判決駁回上告（第四〇八條）；或於經言詞辯論後，認為上告無理由時，以判決駁回上告（第四一四條準用第三九六條）。雖然具備上告事由，但顯然對於判決無影響者，或雖違反判例，然上告法院認為變更判例而維持原判決為適當時，同樣應以判決駁回上告（第四一〇條第一項但書、第二項）。

3. 撤銷原判決

上告法院在具有第四〇五條各款所規定之事由時，應以判決撤銷原判決（第四一〇條第一項本文）。雖不具備法定上訴理由，但有第四一一條各款事由，如不撤銷原判決顯然違反正義時，上告法院亦得依職權撤銷原判決。撤銷原判決後，並應分別為下列判決：

- （1）以違法認定管轄為理由而撤銷原判決時，應以判決將案件移送有管轄權之控訴法院或有管轄權之第一審法院（第四一二條）。

⁵⁷ 最大判昭 34・8・10 刑集 13 卷 9 号 1419 頁參照。

⁵⁸ 最判昭 45・6・19 刑集 24 卷 6 号 299 頁參照，田宮裕，前掲書，頁 494。

(2) 依前條以外之事由撤銷原判決時，應以判決將案件發回原審法院或第一審法院，或移送於同級之其他法院。但上告法院依據訴訟紀錄和原審法院及第一審法院所調查之證據，認為得直接判決時，得重新判決被告案件（第四一三條）。但書之規定，並非不許上告審為事實調查的場合，以親自調查之證據為判決之基礎⁵⁹。上告法院自為判決時，亦應注意有不利益變更禁止原則之準用（第四一四條準用第四〇二條）⁶⁰。

4. 公訴不受理之裁定

第一審法院或原審法院未為公訴不受理之裁定係屬違法時，上告法院應為公訴不受理之裁定（第四一四條準用第四〇三條第一項）。

5. 上告審判決的訂正與確定

上告審的判斷雖然是終審的判斷，但刑訴法仍規定了聲請訂正判決的制度，以作為糾正上告審判決的方法。即使對於上告駁回之裁定，依據第四一四條準用第三八六條第二項、第三八五條第二項，也允許自告知之日起三日內聲明異議⁶¹。上告審判決宣告之日起十日內，依據檢察官、被告、辯護人之聲請，在發現其判決內容有錯誤時，得以判決加以訂正（第四一五條）。因此，上告審的判決，於訂正聲請之期間經過後，或於作出訂正之判決或訂正聲請駁回之裁定時，始行確定（第四一八條）。

三、不利益變更禁止

日本刑訴法第四〇二條規定：「關於由被告提起控訴或為被告之利益而提起控訴之案件，不得宣告較重於原判決之刑罰」，另依同法第四一四條，上告審準用之。日本通說認為，本項原則乃在避免被告對於上訴權之行使有所躊躇⁶²。由被告本身或有權代理被告上訴之人所為之上訴，始有本項原則之適用，檢察官為被告利益而提起上訴的

⁵⁹ 小林充，前揭書，頁 257。

⁶⁰ 福井厚，前揭書，頁 402。

⁶¹ 最大決昭 30・2・23 刑集 9 卷 2 号 372 頁參照。

⁶² 最大判昭 27・12・24 刑集 6 卷 11 号 1363 頁參照。

情形，則不包括在內⁶³。如雙方均為上訴，但檢察官之上訴遭法院裁定駁回時，亦應認為仍有不利益變更禁止原則之適用⁶⁴。此處所禁止者為「重刑」之變更，只要不論知較重於原審判決之刑，認定重於原審判決之罪名則不在禁止之列。至於是否屬於「較重之刑」，必須綜合觀察原審與上訴審法院宣告之刑，實質上判斷對被告有無不利⁶⁵。

⁶³ 最判昭 53・7・7 刑集 32 卷 5 号 1011 頁參照。

⁶⁴ 福井厚，前掲書，頁 469。

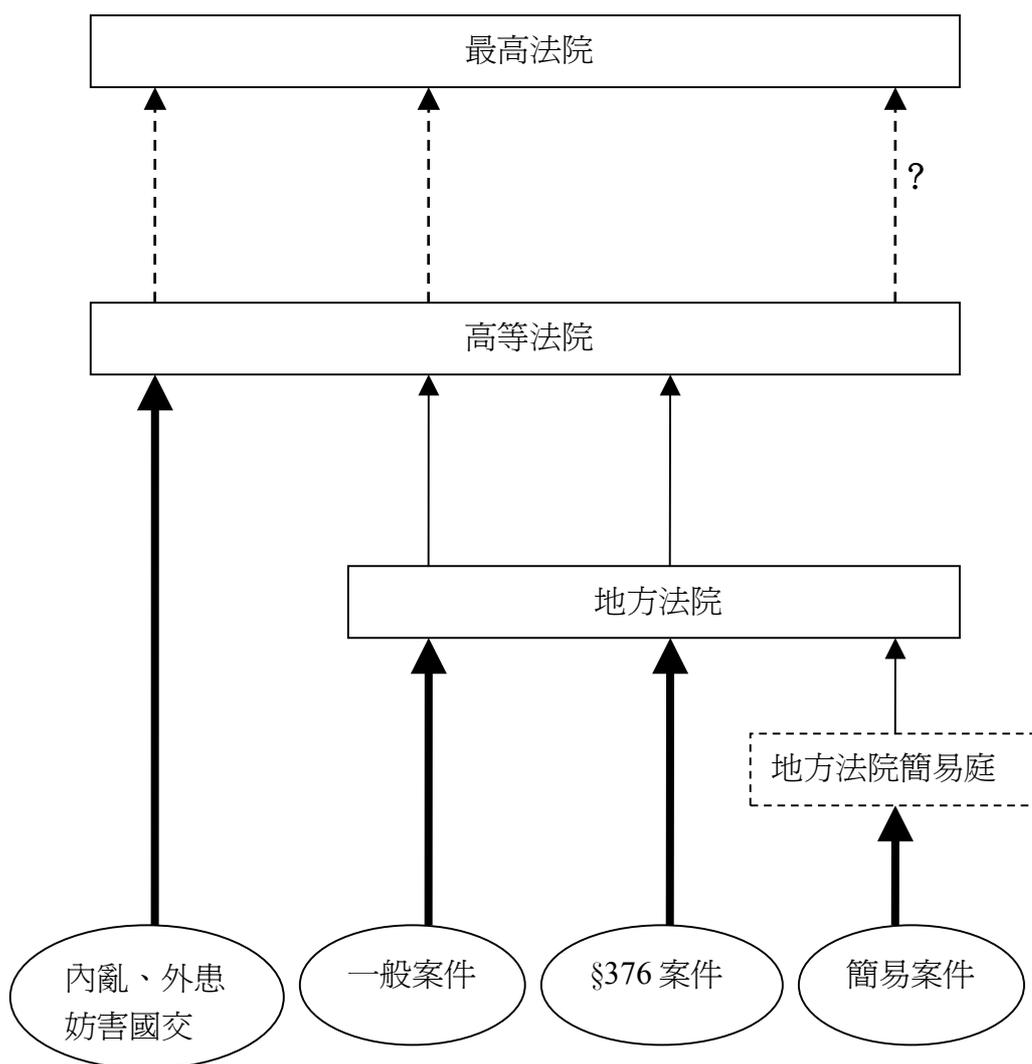
⁶⁵ 最決昭 39・5・7 刑集 18 卷 4 号 136 頁參照。

第四項 我國刑事上訴制度簡介

第一款 審級制度現況

我國法院審級管轄，依法院組織法第九條、第三十二條及第四十八條規定，地方法院管轄刑事第一審訴訟案件，不服地方法院之第一審裁判者，得上訴第二審高等法院，不服高等法院之第二審裁判者，得上訴於第三審最高法院，最高法院為終審法院，對其裁判，不得再行上訴，是採三級三審制。但依刑事訴訟法第四條規定，關於內亂、外患及妨害國交罪之刑事案件由高等法院管轄第一審，而最高法院為終審法院；又刑事訴訟法第三百七十六條所列之案件，經第二審判決者，不得上訴於最高法院，均係採三級二審制，為三級三審之例外。另簡易程序案件，係由地方法院簡易庭管轄第一審，而由地方法院合議庭管轄第二審。

茲就前述我國審級制度之現況繪製圖表如下：



圖表三：我國刑事訴訟審級制度

第二款 上訴審構造

一、第二審上訴—覆審制

我國於民國十七年及二十四年公佈之刑事訴訟法，大體上是參考日本大正十一年之舊刑事訴訟法，基本上採大陸法系之職權主義，第二審上訴構造則採「覆審制」。

依我國刑訴法第三五〇條第一項規定：「提起上訴，應以上訴書狀提出於原審法院為之。」依此觀之，提起第二審上訴並無強制上訴人應

敘明上訴理由之規定，上訴人縱未敘明上訴理由，亦難指其於法定程式有何不合。故在我國目前情形，只要有上訴權人不服原審判決，均得上訴於第二審。此與事後審查制之特點「當事人必須附具上訴理由，且上訴時必須具體指摘原判決有法律上、事實認定上或量刑上之瑕疵存在始可」有別。另在我國刑事訴訟法第二章中，並未有如民訴法第四四八條：「在第一審所為之訴訟行為，於第二審亦有效力」得認為是採續審制之特別規定，同時，刑訴法第三六四條規定：「第二審之審判，除本章有特別規定外，準用第一審審判之規定」；第三六六條規定：「第二審法院，應就原審判決經上訴部份調查之。」因此，我國現行之行是第二審，顯採覆審制，要無疑義。

另就最高法院見解觀之，二十三年上字第四四五八號判例：「第二審有審理事實之職責，當事人在第二審提出新證據，自為法之所許」；三十年上字第一三八〇號判例：「第二審須就合法上訴之部分，從新調查被告有利或不利之證據，而為事實上之審認，不得專就第一審卷宗所具之資料，未經調查程序而為判決」；三十年上字第二五六五號判例：「刑事訴訟法對於第二審之上訴書狀並無應敘述上訴理由之明文，亦未規定第二審法院之調查應以上訴理由所指摘之事項為限，則凡第一審判決而已上訴之部分，無論曾否敘述上訴理由，第二審均應調查裁判，原審對於已經上訴之部分，以上訴意旨未加指摘，竟為不附理由之判決，顯屬違法」。綜觀上述判例意旨，可知我國刑事第二審上訴的審理，係以第二審判決時為基準時，不特於第一審前後所發現之證據，或係第二審審理時所發現之證據，無論為當事人提出或聲請調查，抑或法院依職權調查所得，均在第二審調查審理的範圍之內，我國刑事第二審上訴構造係採取典型之覆審制，至為灼然¹。

二、第三審上訴—法律審之事後審查審

（一）法律審之事後審查審

我國法所稱第三審上訴，指不服高等法院未確定之第二審或第一審裁判，以違背法令為理由，上訴於最高法院者而言。

我國第三審上訴具有下列特質²：

¹ 翁慶珍，刑事訴訟上訴審構造之研究，中正大學法律學研究所碩士論文，2003年6月，頁133-135。

² 呂潮澤，我國刑事法律審制度之檢討，司法研究年報第二十一輯第十篇，2001年11月，頁11-12。

1. 就審級之性質以論，第三審上訴以統一法令之解釋及適用為審級設計上之主要功能，其職責主要在糾正下級審法院判決適用法令之違誤，不在事實審認，故偏屬法律審（縱非純粹或嚴格的法律審），此與第二審上訴以合法確定事實之終審為主要功能，採事實覆審制，就第一審判決結果仍應重複為事實之調查及認定者迥異。
2. 就上訴理由而言，第三審上訴，非以原判決違背法令不得為之，並須提出上訴理由書狀具體指摘原審判決違背何項法令及其違背之事實為必要（刑訴法第三七七條、第三八二條、六十五年台上第二八三六號、六十九年台上第二七二四號判例），第二審上訴則無上開理由及程式之限制。
3. 就事實之調查而言，第三審判決原則上應以第二審判決所確認之事實為判決基礎，並以上訴理由所指摘之事項為限。除關於訴訟程序及得依職權調查之事項外，不須為事實之調查（同法第三九三條、第三九四條第一項），當事人亦不得於上訴理由中主張新事實或新證據（十九年上字第一五〇四號、七十三年台上字第五二三〇號判例）。相對的，第二審則應就合法上訴部份，重新調查而為事實之認定不得專就第一審卷宗所具之資料，未經調查程序而為判決。

（二）限制上訴制

我國現行刑事訴訟第三審上訴亦採「限制上訴制」。得上訴第三審之案件，除限於原審判決有違背法令之情形外，另於刑事訴訟法第三七六條規定不得上訴第三審之案件，與他國立法例相較，顯得極為特殊。其不得上訴三審案件之類別，以刑度及罪名為基準：

1. 以「刑度」為限制基準

依八十四年十月修正之刑訴法第三七六條第一款規定，最重本刑為三年以下有期徒刑、拘役、或專科罰金之罪，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院。此之所謂「最重本刑」，係指最重法定刑而言。又此項法定行刑度是否因法定原因加重其刑而有所延伸，非無疑義。實務見解大致認為應視其刑之加重係因總則之加重或分則之加重而有不同：總則之加重屬處斷刑之加重，非法定刑之延伸，縱處斷刑因加重事由而超過有期徒刑三年，但其法定刑仍然不變，不得上訴第三審；分則之加重，係就犯罪類型變更之個別犯罪行為，予以加重處罰而成立另一獨立之罪刑，其法定刑因而變更，即非原來法定刑罪名之案件，倘因加重而逾三年有期徒刑，自非屬本款之案件，仍得上訴第三審³。

³ 劉福聲、池啓明，限制上訴第三審範圍之研究，司法研究年報第十七輯第八篇，1997年6月，頁269-275；呂潮澤，前揭研究報告，頁14-16。

2. 以「罪名」為限制基準

同條第二款至第七款列舉「二、刑法第三百二十條、第三百二十一條之竊盜罪。三、刑法第三百三十五條、第三百三十六條第二項之侵占罪。四、刑法第三百三十九條、第三百四十一條之詐欺罪。五、刑法第三百四十二條之背信罪。六、刑法第三百四十六條之恐嚇罪。七、刑法第三百四十九條第二項之贓物罪。」等罪之案件，經第二審法院判決者，不得上訴於第三審法院。此六款之規定重在「罪名」，凡犯此六款罪名之案件，概屬不得上訴於第三審法院，縱因有分則加重其刑規定之適用，致超過法定本刑三年以上之刑度，仍不得上訴於第三審法院。

惟案件是否屬於本條所列各款罪名之範圍，究應如何認定？因本條文規定之簡略，在實務上造成相當多的困擾。是否以起訴法條為準？抑或以第一審、第二審判決適用之法條為準？向來見解甚為分歧；若再加以雙方當事人對罪名有無爭執之條件，以為認定之標準，益增錯綜複雜⁴。另外，實質上或裁判上一罪之案件，其中一部分雖屬本條所列罪刑，本不得單獨提起上訴，但如其他非屬本條所列罪刑部分，已提起合法上訴者，基於審判不可分之原則，該屬本條所列罪刑之部分，仍得依同法第三四八條第二項規定，依「有關係之部分」而視為已上訴⁵。

第三款 上訴程序與審理

一、第二審上訴

(一) 第二審上訴之提起

不服地方法院第一審判決而上訴者，應向管轄之第二審高等法院為之（第三六一條）。至於對簡易案件之上訴，由該管地方法院合議庭管轄（第四五五條之一）。提起第二審上訴，應於判決送達後十日內⁶，以上訴書狀提出於原審法院為之（第三四九條、第三五〇條）。原審法院應對上訴合法與否加以審查，如認為上訴不合法律上之程式或法律上不應准許⁷或其上訴權已經喪失者⁸，應以裁定駁回之。但其不合法律上之程式可補正者，應定期間先命補正（第三六二條）。

⁴ 詳細介紹請參見劉福聲、池啓明，前揭研究報告，頁 281-296；呂潮澤，前揭研究報告，頁 17-22。

⁵ 二七渝上字第一六六三號判例參照。

⁶ 相對於民事訴訟法第四四〇條上訴期間為二十日之規定，實嫌過短，草案爰修正為二十日，以保障當事人之權益。

⁷ 例如：無上訴權人之上訴、無上訴利益之上訴（被告之法定代理人、配偶、原審之代理人或

本法無明文規定必須於上訴書狀敘述上訴理由，因此縱未敘明理由，亦不得認為上訴違背法律上程式，此為採全面覆審制之必然，並不以指摘第一審判決有何瑕疵為必要。惟若上訴人於提起上訴時，已於上訴書狀附具上訴理由，或於嗣後補提上訴理由書，亦非法之所禁。

（二）第二審上訴之審理

第二審法院首先仍須依職權⁹就上訴是否合法加以審理，如認上訴有第三百六十二條前段之情形者，應以判決駁回之。但其情形可以補正而未經原審法院命其補正者，審判長應定期間先命補正（第三六七條）。

第二審法院認上訴合法後，則進入第二階段對上訴有無理由之審理：

1. 因採覆審制，除了對案件為完全重複之審理外，更是作為救濟第一審之上訴程序，甚至實務見解尚且認為第二審得補正第一審之瑕疵¹⁰，據此，第二審之裁判，除有特別規定外，準用第一審審判之規定。第一審所應踐行之程序，於第二審除有特別規定外，均準用之。
2. 第二審法院應就原審判決經上訴之部分調查之（第三六六條）。所稱「原審判決經上訴部份」，即指上訴之範圍。由於上訴得僅對原審判決之一部為之（第三四八第一項前段），其有關係之部分視為亦已上訴（第三四八條第二項），因此，原審判決已經一部上訴之部分以及其他有關係之部分，皆屬「經上訴部份」；反之，原審判決之其他部分，則屬「未經上訴部份」，已經先行確定，產生部份之既判力，第二審法院不得逕予審判，否則一來違反不告不理，二來亦違反既判力之機制，三來也使一部上訴制度失其意義¹¹。
3. 至其所稱調查，其內容亦不以上訴理由所指摘者為限，凡經第一審判決而已上訴之部分，無論曾否敘述上訴理由，第二審均應調查裁判¹²。

辯護人為被告之不利益上訴；原審之代理人或辯護人之上訴與被告明示意思相反；自訴人為被告之利益而上訴；被告為自己之不利益而上訴），陳樸生，刑事訴訟法實務（再訂版），1999年6月，頁496。另有認為，未經下級法院判決而上訴、於判決宣示前之上訴、對已確定之判決上訴，亦屬上訴為法律上不應准許之情形，見褚劍鴻，刑事訴訟法論（下冊），1998年9月，頁645-646。

⁸ 例如：捨棄上訴或撤回上訴，陳樸生，刑事訴訟法實務（再訂版），民國88年6月，頁496。另有認為尚包含提起上訴逾越上訴期間、被告在上訴期間內死亡之情形，見褚劍鴻，前揭文，頁646。

⁹ 四十七年台上第五六九號判例參照。

¹⁰ 七十三年台非字第一一六號判例：「第二審訴訟為事實審兼法律審，從而第一審訴訟程序縱有瑕疵，亦因第二審重新審理而已補正，即難再指為違法。」

¹¹ 林鈺雄，刑事訴訟法（下冊），2000年12月，頁746。

¹² 三〇上字第二五六五號判例參照。

第二審乃事實審，故第二審法院必須就合法上訴之部分，重新調查被告有利或不利之證據，而為事實審理。又第一審對於當事人聲請調查之證據，若未予調查，第二審法院自應予以審酌；若仍置之不理，即有違證據法則。此均為採覆審制使然。

（三）第二審上訴法院之裁判

1. 駁回上訴之判決

上訴有刑事訴訟法第三七六條前段不合法之情形，依同法第三六七條之規定，判決駁回上訴。

依刑事訴訟法第三六八條規定：「第二審法院認為上訴無理由者，應以判決駁回之」。所稱「上訴無理由」，係指原審判決認定事實、適用法律均無違誤者而言，因此，在一造上訴有理由、他造上訴合法但無理由之情形，亦應認為有理由，而毋庸依本條規定駁回上訴。而上訴有無理由，應視第一審判決與第二審審理結果所應為之判決是否相同為斷，與上訴論旨之是否成立無關；縱令上訴論旨不能成立，而原判決確係不當者時，第二審仍應就上訴範圍內認定其上訴為有理由¹³。

2. 撤銷原判決

（1）撤銷原判決後自為判決

刑事訴訟法第三六九條第一項前段規定：「第二審法院認為上訴有理由，或上訴雖無理由，而原判不當或違法者，應將原審判決經上訴之部份撤銷，就該案件自為判決。」如前述，上訴有無理由，應是以第一審與第二審審理結果是否相同為斷，而與上訴論旨能否成立無關，因此，條文雖將「上訴有理由」與「上訴雖無理由而原判不當或違法」並列，但兩者之結果並無不同，嚴格而言，後者亦屬「上訴有理由」之情形¹⁴。所謂「自為判決」，不僅指自為有罪、無罪之判決而言，尚包含自為免訴、不受理或管轄錯誤之判決，凡是第一審法院所得為之判決，二審法院均得為之，此為覆審制之性質使然也。又由於覆審制之第二審審理目的在於重新審理、自行認定事實而為判決，故撤銷原判決之處分僅為附隨於其自行判決之處分¹⁵。

（2）發回原審法院

¹³ 陳樸生，前揭書，頁 501；三十年上字第八九二號判例、四十七年台上第四八四號判例參照。

¹⁴ 林鈺雄，前揭書，頁 753。

¹⁵ 黃東雄、吳景芳，刑事訴訟法論，三民書局，2001 年 10 月，頁 574-575。

刑事訴訟法第三六九條第一項但書規定：「但因原審判決諭知管轄錯誤、免訴、不受理係不當而撤銷之者，得以判決將該案件發回原審法院。」本項用語曰「得」而不曰「應」，故通說主張就此案件，二審法院得斟酌情形裁量發回第一審法院抑或自為判決¹⁶。因此等判決既未經原審法院為實體上之裁判，為保全被告之審級利益，自宜以判決將案件發回原審法院更為第一審之審判¹⁷。

(3) 自為第一審判決

刑訴法第三六九條第二項規定：「第二審法院因原審判決未諭知管轄錯誤係不當而撤銷之者，如第二審法院有第一審管轄權，應為第一審之判決。」此指第二審法院對案件本來兼具土地管轄權（第五條）以及第一審事物管轄權之情形（第四條但書），此時，第一審未諭知管轄錯誤判決，其判決違背法令，既經提起第二審上訴，第二審法院自應依法撤銷原審判決後，自為第一審判決。若該第二審法院雖有事物管轄權但其土地管轄權屬於其他高等法院者，應撤銷原審判決並自為管轄錯誤判決，再將案件移送管轄之高等法院（第三六四條、第三〇四條）¹⁸。

二、第三審上訴

(一) 第三審上訴之提起

不服高等法院第二審或第一審判決而上訴者，應向最高法院為之（第三七五條第一項）。提起第三審上訴，應於判決送達後十日內，以上訴書狀提出於原審法院為之（第三四九條、第三五〇條）。原審法院應對上訴合法與否加以審查，如認為上訴不合法律上之程式或法律上不應准許或其上訴權已經喪失者，應以裁定駁回之。但其不合法律上之程式可補正者，應定期間先命補正（第三八四條）。除有前述應裁定駁回

¹⁶ 陳樸生，前揭書，頁 506；褚劍鴻，前揭書，頁 656；林山田，刑事程序法，增訂五版，五南圖書出版，2004 年 9 月，頁 696。

¹⁷ 黃東熊教授著眼於當事人審級利益之保護，其認為第二審法院撤銷不當之原審判決後，（一）如原審法院對案件已為實體審理，且審理程度已達可為實體判決，卻誤以為對該案件應為管轄錯誤、免訴或不受理之判決，此時第二審法院應自為實體判決，蓋當事人在原審已就該案件為充分言詞辯論，原審法院實質上已完成實體審理，故原審不法拒絕實體審判之瑕疵，得因第二審法院自為實體判決而治癒原審之瑕疵；（二）如原審法院對案件並未為實體審理或其審理程度尚未達於可為實體判決程度，即遽為不當之形式判決，此時第二審法院應將原審判決撤銷發回原審法院，因第二審無從比較原審與其本身實體審理之結果，若第二審逕為實體判決，即成為第一次之實體審判，將影響當事人之審級利益，詳見氏著，前揭書，頁。林鈺雄教授亦認為，條文所稱之「得」，固然表明第二審得自由裁量自為判決或發回更審，但就其規範目的而言，原審判決是否已經充分之言詞辯論，不失為裁量之基準，詳見氏著，前揭書，頁 753。

¹⁸ 林鈺雄，刑事訴訟法（下冊），2000 年 12 月，頁 754。

上訴之事由外，原審法院於接受答辯書或提出答辯書之期間已滿後，應速將該案卷宗及證物，送交第三審法院之檢察官。第三審法院之檢察官接受卷宗及證物後，應於七日內添具意見書送交第三審法院。但於原審法院檢察官提出之上訴書或答辯書外無他意見者，毋庸添具意見書。無檢察官為當事人之上訴案件，原審法院則應將卷宗及證物逕送交第三審法院。（第三八五條）

因第三審為法律審之事後審查審，且採行書面審理原則，並且提起第三審上訴必須具體旨摘原審判決有何違背法令之處，因此第三審上訴之上訴書狀，應敘述上訴之理由，與第二審上訴不同。所謂上訴書狀應敘述上訴理由，係指上訴書狀本身應敘述上訴理由而言，非可引用或檢附其他文書代替¹⁹。其未敘述者，得於提起上訴後十日內補提理由書於原審法院，未補提者，原審法院毋庸命其補提（第三八二條第一項）。若已逾十日之補提期間，但第三審法院尚未判決前，參照第三審法院未判決前仍得補提上訴理由書之規定（第三八六條第一項），應認只要第三審判決前，仍得補提上訴理由書於第三審法院；若已逾十日補提期間，且於第三審判決前未補提者，則第三審法院應以判決駁回之。

（二）第三審上訴之審理

第三審法院對上訴案件之審理，除有下列特別規定並適用刑事訴訟法第三編第一章通則外，原則上準用第一審審判之規定（第三八七條）。

1. 原則上不經言詞辯論

第三審法院之判決，不經言詞辯論為之（第三八九條第一項本文）。亦即採行書面審理原則，而非言詞辯論原則。但法院認為有必要者，得命辯論（同項但書）。此項辯論，基於法律審之特性，主要在於法律意見之表達，因此「非以律師充任之代理人或辯護人，不得行之」（同條第二項）。

2. 不適用強制辯護

強制辯護與指定辯護之規定，於第三審之審判不適用之（第三八八條）。第三審為法律審，不再審理事實，且原則採取書面審理，自無辯護人辯護之必要。但本法第二十七條選任辯護人之規定，於第三審仍適用之，因選任辯護人之規定，依司法院院字第三七二七號解釋，不以須經言詞辯論之案件為限，在書面審理中，亦得選任辯護人。至自訴人委

¹⁹ 六五台上第二八三六號判例、六九台上第二七二四號判例參照。

任代理人代為訴訟行為，依同法第三八七條，第三審之審判原則準用第一審之規定，自亦同之。

3. 調查範圍受上訴理由指摘事項的限制

第三審上訴調查之範圍，除基於不告不理原則，以經上訴之部分為限外，依刑事訴訟法第三九三條本文之規定：「第三審法院之調查，以上訴理由所指摘之事項為限」。因第三審之定位，純粹是針對不服事項的救濟審，因此其調查範圍，也僅止於當事人不服而據以為上訴理由所指摘的事項²⁰。

惟下列事項，縱使上訴人未為指摘，第三審法院仍得依職權調查之（同條但書），但以先有合法之上訴為前提：

- (1) 第三百七十九條各款所列之情形。
- (2) 免訴事由之有無。
- (3) 對於確定事實援用法令之當否。
- (4) 原審判決後刑罰之廢止、變更或免除。
- (5) 原審判決後之赦免或被告死亡。

4. 調查事實之限制

由於第三審性質為法律審，且原則上不行言詞辯論，因此，必須經過嚴格證明的事實，第三審法院不能依職權調查之，縱然在上訴效力或上訴理由所指摘之範圍內，亦只能以第二審判決所確認之事實為認定基礎。刑事訴訟法第三九四條第一項前段即規定：「第三審法院應以第二審判決所確認之事實為判決基礎」。

惟於同項但書之情形，則得例外自行調查事實：「但關於訴訟程序及得依職權調查之事項，得調查事實。」所謂「訴訟程序」指第三七九條各款以外之訴訟程序而言²¹；得依職權調查之事項，則指第三九三條但書之五種情形。上述事實之調查，並不以經言詞辯論為必要，故得以受命法官行之並得囑託他法院之法官調查。調查之結果，認為起訴程序違背規定者，第三審法院得命其補正；其法院無審判權而依原審判決後之法令有審判權者，不以無審判權論（第三九四條第二項、第三項）。就調查結果之判斷而言，第三審法院本身並不適用有疑唯利被告原則，例如，當調查結果無法判斷到底訴訟程序有無違背法令之時，並不能據此為對被告有利之事實認定，反而應推定原審訴訟程序之踐行並未違背法令²²。

²⁰ 林鈺雄，前揭書，頁 794。

²¹ 陳樸生，前揭書，頁 534。

²² 林鈺雄，前揭書，頁 794。

(三) 第三審上訴法院之裁判

1. 駁回上訴之判決

(1) 上訴不合法（形式上駁回）

上訴第三審之案件，應以判決違背法令為理由，是否違背法令，應就上訴人之上訴理由書狀加以審查，至原判決究有無違法與上訴是否以違背法令為理由，係屬二事；如上訴理由書狀非以判決違法為上訴理由，其上訴第三審之程式即有欠缺，應認上訴為不合法²³。

第三審法院認為上訴不合法，即上訴有不合法律上程式、上訴為法律上所不應准許或上訴權已喪失之情形，應以判決駁回之；逾第三百八十二條第一項所定十日期間，而於第三審法院未判決前，仍未提出上訴理由書狀者亦同（第三九五條）。

(2) 上訴無理由（實體上駁回）

第三審法院對於上訴案件經形式上調查認為程序合法者，方進一步為實體上之審查，如認上訴為無理由，應以判決駁回之（第三九六條第一項）。有無理由乃依其調查之結果，如認上訴所指摘之意旨為無理由者，及依職權應行調查之事項調查結果，亦認為原判決並無違背法令之情形，或雖違背法令，而顯然於判決無影響者，應以判決駁回上訴²⁴。此點與第二審上訴有無理由之判斷標準，亦即應視第一審判決與第二審審理結果所應為之判決是否相同為斷者，並不相同，此乃因第二審採覆審，上訴不須附具理由；而第三審採事後審，上訴須具體指摘上訴之理由，且其得調查之範圍原則上以當事人所指摘事項為限，故上訴無理由係指上訴理由內所指摘之意旨不能成立。

第三審法院為駁回上訴之判決時，如有合於緩刑之情形時，得逕行諭知緩刑（第三九六條第二項）。至違背法令而於判決無影響之情形，雖得認上訴為無理由而駁回之，但應於理由內說明。例如原判決僅主文論罪之用語不當，而其援用之科刑法條並無錯誤者；或原判決之理由內漏引法條，而與科刑並無出入者等是²⁵。

2. 撤銷原判決

(1) 自為判決

²³ 七一年台上字第七七八號判例參照。

²⁴ 褚劍鴻，前揭書，頁 715；陳樸生，前揭書，頁 537。

²⁵ 褚劍鴻，前揭書，頁 715；陳樸生，前揭書，頁 537。

第三審法院因原審判決有下列情形之一而撤銷之者，應就該案件自為判決。但應為第三九九條之發回原審法院或第四〇〇條之發交審判之判決者，不在此限（第三九八條）：

- A. 雖係違背法令，而不影響於事實之確定，可據以為裁判者（同條第一款）。即原審判決所認定之事實，與違背法令，不生任何關係。即事實之認定，不因違背法令而影響其正確與否之問題。此時，第三審法院，自可依據原審認定之事實，適用確當之法律，撤銷原審判決而自為判決²⁶。
- B. 應諭知免訴或不受理者（同條第二款）。原審法院應諭知免訴或不受理之判決未諭知，而為有罪或無罪之判決者，第三審法院應撤銷判決，而自為免訴或不受理之判決。
- C. 有第三百九十三條第四款或第五款之情形者（同條第三款）。此係指原審判決後刑罰廢止、變更或免除（第三九三條第四款），或被告經赦免或死亡²⁷之情形者（第三九三條第五款）。第三審法院於上述情形，應撤銷原判決，依變更後有利被告之法律，自為科刑、無罪、免訴或不受理判決。

（2）發回第二審或第一審法院

第三審法院因原審判決諭知管轄錯誤、免訴或不受理係不當而撤銷之者，應以判決將該案件發回原審法院。但有必要時，得逕行發回第一審法院（第三九九條）。第三九九條規定兼具維護審級利益之功能，所稱「有必要時」，如第一審已經誤為程序判決，而第二審並未予撤銷改判而又誤予維持者，因第一、二審皆未為實體判決，故直接發回第一審更為裁判²⁸。惟既曰「得」，於具體案件是否逕行發回第一審，第三審法院仍有裁量權。學者指出，由此可知，所謂「維護被告審級利益」，乃非絕對，蓋審級乃為考慮法院審判之方便及減低誤判之蓋率而設，而非專為當事人之利益而設，從有由高等法院管轄第一審案件之規定觀之亦然²⁹。

（3）發交第二審或第一審法院

第三審法院因原審法院未諭知管轄錯誤係不當而撤銷之者，應以判決將該案件發交該管第二審或第一審法院（第四〇〇條本文）。但第四

²⁶ 褚劍鴻，前揭書，頁 716。

²⁷ 此所謂被告死亡，係指被告死亡於合法上訴之後者。如為不合法上訴，則原審判決已因無合法上訴而確定，自難因被告死亡而撤銷原判決，諭知不受理判決。二八滬上字第一七三號判例、八五台非二三七號判決參照。

²⁸ 林鈺雄，前揭書，頁 798。

²⁹ 黃東熊，刑事訴訟法論，1999年3月，頁 714。

條所列之案件，經有管轄權之原審法院為第二審判決者，則不以管轄錯誤論（第四〇〇條但書）。

（4）發回更審或發交審判

第三審法院因前三項以外之情形而撤銷原審判決者，應以判決將該案件發回原審法院，或發交與原審法院同級之他法院（第四〇一條）。例如與認定事實有關之證據，未依法於審判期日調查，致影響於原審判決事實之確定；或原審判決後，卷證如有滅失或因水濕莫辨字跡等情事，第三審法院亦不得自為調查而為事實認定，應發回原審法院更為審判。如恐原審法院或有其他不能獲得公正審判之情事者，亦可將該案件，發交與原審法院同級之他法院審判³⁰。

三、不利益變更禁止原則

依刑事訴訟法第三七〇條規定：「由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑。但因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限」，可知二審法院之裁判，有不利益變更禁止原則之適用，亦即，由被告上訴、或為被告之利益而上訴者，除因原審判決適用法條不當者外，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑。適用不利益變更禁止原則須符合以下三要件：1. 由被告上訴或為被告利益而上訴，且上訴合法；2. 檢察官或自訴人並未為被告之不利益而提起合法上訴；3. 非因適用法條不當而撤銷原審判決。

如符合前述三項要件，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑。所稱較重於原審判決之「刑」，涉及判決主文所諭知之刑的輕重比較，包括主刑與從刑。惟實務見解認為，緩刑期間並無不利益變更之限制，第二審原審撤銷緩刑之宣告，加長原審宣告緩刑之期間³¹，並不違反本條規定；另外，易刑（如易服勞役）處分之折算標準不同，亦僅係刑之執行問題，與輕重無關，亦不適用本條規定³²。至於宣告保安處分的部分是否有此原則之適用，亦有肯否之爭，持否定見解者認為，所謂重於原審判決之「刑」，係指「刑罰」而言，因保安處分性質上非屬刑罰，故不適用之³³；持肯定見解者認為，保安處分性質上固與刑罰不同，但對被告而言仍係一不利益處分，應有適用³⁴。刑事訴訟法修正草案原則採取肯定見解，於第三七〇條增列第二項：「前項規定，於諭知拘束自由之保安

³⁰ 褚劍鴻，前揭書，頁 720。

³¹ 二八上字第三三一號判例參照。

³² 二六渝上字第九八八號判例參照。

³³ 八七台上字第三二六一號判決參照。

³⁴ 黃東熊，前揭書，頁 661。

處分準用之」，惟限於拘束自由之保安處分（強制工作、感化教育等）始有適用，其餘之保安處分則不適用不利益變更禁止原則。

第二審、再審與非常上訴，因刑事訴訟法第三七〇條、第四三九條以及第四四七條第二項但書之規定，有不利益變更禁止原則之適用並無疑義。惟第三審與更審程序是否亦適用此原則，則有爭議。我國通說與實務見解均認為，由於第三審無準用第三七〇條之規定，又無相當之條文，因此此項原則並不適用於第三審之程序。採肯定見解者則認為，「禁止不利益變更原則」既基於不使被告畏懼上訴而妨害其上訴權行使之考量而產生，若此原則僅適用於第二審，豈非不欲見被告上訴於第三審？因此，以法無明定為理由，而否定此原則得適用於第三審，乃屬「法律條文家」之見解，完全忽略此原則之精神³⁵。又依刑事訴訟法第三九八條第一項，第三審既得自為量刑，若允許其諭知較重於原審判決之刑，將無法保障被告之上訴權；另外，自同法第四三九條規定觀之，若判決確定在第三審，於再審程序亦有此原則之適用，故應採肯定見解為妥。刑事訴訟法修正草案第三八七條規定：「第三審之審判，除本章有特別規定外，準用第二審審判之規定」，則準用第三七〇條之結果，亦採肯定見解。

更審程序是否有不利益變更禁止原則之適用，亦即更審法院是否亦不得諭知較重於發回前原審判決之刑，亦有爭論。持否定說者認為，原判決既經撤銷而不存在，自無拘束更審法院之可言；持肯定見解者則認為，其審理程序既應依第二審程序，則自有第三七〇條之適用，如該案件原來係由被告或為被告之利益而上訴第三審，第二次之第二審判決不得諭知較重於第一次第二審判決之刑³⁶。從「不利益變更禁止原則」之目的係為使被告能毫不猶豫提起上訴之觀點，再加上我國第三審判決以撤銷發回更審為原則，為落實救濟被告之目的，本文認為應以肯定見解為妥。

第四節 小結—各國上訴制度比較分析

德國、美國、日本以及我國上訴制度簡要介紹如上，本章最後則試著在同中求異、在異中求同，針對各國上訴制度具備之特色，分析比較如後。

一、上訴制度結構之比較

³⁵ 黃東熊，前揭書，頁 715。

³⁶ 傅文民，關於減少刑事第三審發回更審之若干研究，輔大法律學研究所碩士論文，1989年7月，頁 136。

（一）審級制度之構成

裁判之錯誤，有誤在事實者，有誤在法律者。因分上訴法院為事實審與法律審：事實審重在事實之救濟，法律審則重在法律之救濟。又因其審級職權分配之不同，而異其審判程序³⁷。在大陸法系，原則上事實審多為二次，法律審一次。在英美法系，原則上第一審採陪審制，由人民組成之陪審團認定事實，嚴格的要求程序公正進行，陪審團為事實審，其認定之事實即為確定。故事實審只有一次，上訴審則為法律審³⁸。

各國均將第三審上訴設定為針對法律之點，向最高法院提起之上訴，對於能否提起第三審上訴之要件亦有相當明確之規定。應予注意者，第三審上訴與第二次上訴並不能畫上等號：德國之重罪案件，第三審上訴為最初也是最後之上訴；德、日就某些案件亦有飛躍上訴制度之設，如當事人對第一審認定之犯罪事實不爭執，僅認為其適用法令有誤者，得直接向最高法院提起第三審上訴。

關於第二審上訴，由於英美法制採陪審審判，故其就第二審再設定為事實審一事上，採取相當消極之態度，頂多限於治安法官所為之微罪裁判，第二審方為重覆之事實審理。大陸法系之第二審雖多採覆審制，但在重罪案件，則無所謂第二審上訴（例如德國與法國）；相對的，輕罪案件則允許其提出第二審上訴，進行與第一審相同之全面直接的重覆審理。形成此種現象之原因，一方面因為重罪案件之審理程序審慎周到，無再次審理之必要，而另一方面，輕罪案件的審理程序則相對的較為簡略，故有必要予以誤判救濟³⁹。

我國審級制度之構成雖亦為三級三審，惟大部分案件皆須歷經三審始告終結，相較於德國重罪案件是二審終結、輕罪案件三審終結；美、日對於得上訴三審之限制則極為嚴格，顯得極為特殊。

（二）上訴審構造與上訴目的

上訴制度之目的，一般從具體救濟被告與統一法令解釋兩種加以說明。隨著目的著重在具體救濟或統一解釋法令的不同，對審級制度就會產生不同的解釋。有學者認為，從審級制度係官權的、中央集權的本質

³⁷ 陳樸生，刑事訴訟之第二審與第三審，法令月刊第二十二卷第十期，頁4。

³⁸ 褚劍鴻，上訴概論與日本控訴審之比較研究，刑事法雜誌第四十一卷第三期，1997年6月，頁18。

³⁹ 田宮裕，前揭書，頁462。

加以理解，因此應特別著重在法令解釋的功能。確實，由於事實認定、量刑會因地域及法官個性而產生相當不一致的情形，除了法令解釋之外，難以符合所謂由「公平法院」（日本憲法第三七條）進行審判。然而，雖說為了擔保「公平」審判，如果過度依賴上級審對下級審的審查，則存在與憲法所保障法官獨立審判不相容之憂慮。另外一方則認為，如從上訴要求具備上訴利益和不利益變更禁止原則加以觀察，審級制度應著重在被告具體救濟之目的⁴⁰。

德國法與法國法對於重罪並無第二審，而係直接上訴最上級法院⁴¹；英國法與美國法則對於事實問題得否提起上訴採取消極的態度，因此渠等重視上訴制度統一法令解釋與適用的機能。而在現行日本法中，由於其控訴審具備法律審查的功能，如有違背判例的情形更進一步受到最高法院的審查，因此，前開機能也確實受到重視⁴²。惟日本控訴審一般雖認為係事後審，但從救濟被告之觀點考量，容許調查對被告有利的新證據⁴³；上告審以「有足以影響判決之重大事實誤認」為職權撤銷事由之一，亦與被告之具體救濟有關。不過關於上訴制度之目的，到底應以統一法令之解釋及適用為主要目的，附帶的發現實體真實，或亦應以具體救濟被告為重，日本學界仍有爭議存在⁴⁴。

（三）第二審上訴制度之比較

第二審上訴之立法例有「覆審制」、「續審制」與「事後審查審」三種型態。所謂覆審制，係指由第二審就上訴部分為完全重覆審理並自為判決；所謂續審制，指二審接續第一審審判之結果，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，自為判決；其三，事後審查審制，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，審查有無違背法令及事實誤認之情形，其審理程序係先審查原判決是否有上訴人所指摘之違法，若有，上訴審法院始就原審判決內容是否妥當進行審查，如認上訴有理由以撤銷原判決發回更審為原則。

⁴⁰ 白取祐司，三審制の意義，載於松尾浩也、井上正仁等編，「法律學の争点シリーズ（6）刑事訴訟法の争点」，有斐閣，平成14年4月25日，頁208。

⁴¹ 德國此處所指之重大案件，非如我國刑法第四條之僅限於內亂、外患、以及妨害國交等罪，而係包含了較大的範圍。張紘璋，前揭論文，頁118。

⁴² 田宮裕，前揭書，頁460。

⁴³ 小田中聰樹，ゼミナール刑事訴訟法（上），有斐閣，1986年，頁217，轉引自白取祐司，前揭文，頁208。

⁴⁴ 參照藤永幸治等編，大コンメンタール刑事訴訟法（第六卷），青林書院，1996年，頁5。

英美法國家由於採陪審制度，事實認定是專屬於陪審團的權限，因此，對於第一審陪審團所做出的事實認定，原則上不得表示不服而上訴至上級法院，因此英美法上，不允許當事人以關於「事實認定」以及「刑罰量定」的事實問題提起上訴。其刑事第二審乃為單純的事後法律審構造，專就原審法院的訴訟紀錄及已經提出之證據，審查原判決是否合法，認定被告有罪是否合乎證據法則，與大陸法系的第二審乃為事實覆審有所不同。日本戰後由於受英美法之影響，現行刑事控訴審改採事後審的構造，不過於立法之時，考量如果將控訴理由限於「訴訟程序違背法令」（第三七九條）與「法令的適用錯誤」（第三八〇條），而使其變成純粹的法律審，則與過去關於事實問題得上訴至控訴審的國民法感情不相符合，因此乃增加「事實誤認」以及「量刑不當」為控訴理由⁴⁵。德國二審雖採覆審制，但適用情況並不全面，德國的許可上訴制設置在第二審而非第三審，對於輕微案件如認為上訴沒有實益，再救濟效益已不大，法院可以拒絕被告上訴。德國之第二審亦非純然之覆審制，兼有續審之性質。我國所有刑事訴訟案件則均得不附理由上訴第二審，第二審並採完全之覆審制。

（四）第三審上訴制度之比較

今日之先進各國，無論其為大陸法系或英美法系，其立於審級制度最頂層之最高法院，無不以法律之統一適用（法的統一）暨經由判例之創設以促進法律之發展（法的形成）為其最優先之任務。第三審均係就「法律之點」為事後審查而設立之審級，其不服之理由以判決違背法令為限，且原則上僅以上訴理由所指摘之事項為審查之對象，故為有限之上訴（*beschränktes Rechtsmittel*）⁴⁶。第三審原則上以審查原判決之妥當與否為目的，故屬事後審查審；而其功能不再於重新爭執事實，僅在於以事後審之角度，審查當事人不服下級審之審判，其訴訟程序之踐行及適用之法律有無違背法令，故第三審亦屬於法律審，各國立法例，關於第三審上訴制度之構造，恆為法律審之事後審查審，因此第三審上訴也稱為法律審之上訴，具有事後審查之法律救濟審之功能⁴⁷。

考量終審法院案件的負荷以及功能的發揮，各國司法制度均對上訴第三審設計出限制的要件。在立法例上，由前揭介紹可知，有限制上訴制與裁量許可上訴制二種。「限制上訴制」乃於刑事訴訟法明定上訴第三審案件限制之要件，只要上訴符合法定之要件，終審法院即應受理上

⁴⁵ 王參和，前揭論文，頁 112-113。

⁴⁶ 林永謀，審級制度與刑事之上訴，法令月刊第四十卷第三期，頁 16-17。

⁴⁷ 翁慶珍，前揭論文，頁 58。

訴而加以裁判，德國、日本及我國刑事訴訟法採之，惟上訴第三審之理由及其範圍，則有寬嚴之不同；「裁量許可上訴制」乃最高法院對於上訴案件選擇重要者，或認為該案件所爭執之問題對於公共利益有重大影響，且適合審理者，始得上訴最高法院，英美法採之。

「限制上訴制」明文規定上訴第三審之要件，適用上清楚明確為其優點，惟各國立法就限制第三審上訴之要件寬嚴不一，而限制不當將影響人民之訴訟權益。此外，對於某些案件因具有特殊急迫性且牽涉對公眾有重大影響之事項，因不在得上訴第三審要件之列，終審法院亦無法受理並為適正之裁判，徒使公眾利益未克及時維護。採行「裁量許可上訴制」，最高法院不僅可選擇公眾全體與當事人共同關切之課題、至關重要的原則，作出指標性、引導性的適正裁判，跳脫當事人個人之法律救濟，以維護最高法院之最高、終審的風格，亦可依其負荷程度而決定受理案件之多寡。但由於其所受理的案件佔極少數比例，大部分的案件被排除在外，而且駁回案件不須附具任何理由，對於個案之法律救濟，難謂無何影響⁴⁸。

（五）美國刑事上訴判決違背法令與我國之比較

美國刑事上訴制度將原審判決違背法令稱為「錯誤」，分為三大類型：明顯錯誤（plain error）、無害錯誤（harmless error）與當然發回錯誤（reversible error）。為尊重當事人主義之精神，美國法有所謂「未提出視為放棄法則（adversary system）」，我國刑訴法過去因採職權調查原則，故制度上未有類似之設計，惟改採改良式當事人進行主義之後，依同法第一五九條之五第二項規定，當事人就傳聞證據未於言詞辯論終結前聲明異議者，即視為有同條第一項之同意，不得再聲明不服，可認為美國此項當事人失權法則之引進。「明顯錯誤（plain error）」則為「未提出視為放棄法則」之例外，若屬於明顯錯誤，雖當事人未即時提出異議，當事人仍得於上訴理由中主張，上訴審法院亦得依職權更正之，而我國刑訴法第三九三條第一款，就第三七九條所列之情形，雖當事人未於上訴理由中主張，第三審法院仍得依職權調查之，為相類似之規定。原審法院雖有錯誤，但該錯誤對於判決結果或顯著權利無害者，不發回審判，稱為「無害錯誤法則（harmless error）」，我國刑訴法第三八〇條亦規定，訴訟程序雖違背法令，而顯然於判決無影響者，不得為上訴理由。不適用無害錯誤法則而當然應撤銷原審判決之情形，稱為「當然發回錯誤（reversible error）」，我國刑訴法第三七九條列舉當然違背法令

⁴⁸ 翁慶珍，前揭論文，頁 60-62。

之事由，此項規定即與美國因「結構瑕疵」所產生之「當然發回錯誤」法理相似⁴⁹。

二、不利益變更禁止原則

日本刑事訴訟法第四百零二條規定：「被告提起控訴或為被告之利益而提起控訴之案件，不得諭知較重於原判決之刑。」對於上告審，依日本刑事訴訟法第四百十四條，亦準用此項規定，且撤銷發回更審後，亦有此項原則之適用。德國法之規定與日本法同。我國刑事訴訟法第三百七十條：「由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原判決之刑。但因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限。」第三審因無準用之規定，我國通說與實務見解均認為，此項原則並不適用於第三審之程序；撤銷發回更審後，是否有此項原則之適用，亦有肯否二種見解。我國對於不利益變更禁止原則，僅限同一事實同一法條之認定⁵⁰，因原審判決適用法條不當而撤銷之者，被告仍有可能被諭知較重之刑。例如，檢察官起訴傷害致死之案件，原審亦認傷害致死罪成立，僅被告不服提起上訴，倘第二審法院撤銷原審法院判決之傷害致死罪，改判殺人罪，而諭處被告較重之刑（當然程序上，應踐行變更罪名之告知並賦予辯明及防禦的機會始可），因屬原審判決適用法條不當而撤銷之情形，故形式上並不違反第三七〇條之規定。然而，此種處理情形，已損及被告的上訴利益，尤其別是原審較輕判決的信賴利益，且不當增加其程序上的危險負擔，有違上訴目的，並不妥當。將來，就立法論而言，為貫徹使被告能不遲疑的提起上訴之政策目的，以及理論上，檢察官既未就原判決為被告之不利益提起上訴，則不論原判決適用法條有無不當之情形，關於由被告上訴或為被告之利益而上訴之案件，上訴審均不得諭知較重於原審判決之刑⁵¹。

⁴⁹ 吳巡龍，從美國上訴制度檢討我國刑事訴訟上訴審修正草案，台灣本土法學雜誌第 67 期，2005 年 2 月，頁 137。

⁵⁰ 褚劍鴻，前揭文，頁 41。

⁵¹ 參酌日本刑事訴訟法第四〇二條，以上開示例言之，第二審法院雖得改判殺人罪，不過所諭知之刑仍不得重於原判決傷害致死罪之刑。陳運財，我國刑事訴訟上訴審構造之檢討，「刑事訴訟起訴狀一本主義及配套制度」法條化研究報告（下），最高法院學術研究會編印，2001 年 10 月，頁 508-509。