

## 第三章 我國刑事上訴制度運作現況與檢討

### 第一節 實務運作問題狀況概觀

為了明瞭我國現行上訴制度之運作現況，以下先根據幾則司法院統計數據進行初步觀察<sup>1</sup>。

#### 一、上訴率

民國八十一年至九十年間，對第一審判決不服，上訴二審之比例，在 27.17% 至 36.27% 之間，上訴率偏高。相同的，上訴第三審之比例，扣除刑訴法第三七六條輕微案件不得上訴，就其他得提起上訴案件上訴第三審之比例，在 48.46% 至 58.06% 之間，比第二審上訴率更是高出許多。若單就數據比較，經過兩個審級救濟後，當事人之不服率竟比僅經一個審級救濟者來的高，換句話說，賦予當事人提起上訴之結果，並未增加當事人對法院的信服度。不過這樣的分析仍須配合以下幾點觀察：（一）第一審大部分案件與第二審案件相較來的單純，而這些爭議性不大不會再上訴的案件，亦列入第一審上訴率的分母加以計算，自然會稀釋掉一審上訴率；（二）第二審的案件來源除了因事物管轄、不服一審判決上訴外，尚有來自第三審法院撤銷發回之案件，這些案件都具備著爭議性高、重大且複雜之特色，以當事人的心態而言，如果仍有救濟之管道，自當充分利用，而我國第三審並非嚴格法律審的設計，正好提供了這樣的空間，因此縱然有上訴理由之設，亦無助於上訴率之減低。

#### 二、上訴理由

一審上訴二審之理由中，主張事實認定錯誤或認定不明者，佔 29.03%；否認犯罪者，佔 20.58%；至調查證據不詳或未予調查者，亦達 15.18%；雖因刑訴法第三百五十條，並無應敘述上訴理由之規定，致上開上訴理由統計表所臚列理由或有重疊之虞，而生統計觀察上之限制，惟大體言之，涉事實部分者，甚或達六成四。同樣的，上訴三審之理由中，也以事實認定錯誤或認定不明，佔 25.0% 為最多，次則以證據調查不詳或未予調查，佔 20.8%<sup>2</sup>。

<sup>1</sup> 以下數據引自司法院司法統計公務統計分析，<http://www.judicial.gov.tw/juds/twjp.doc>。

<sup>2</sup> 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

### 三、維持率

民國八十三年至九十二年間，第一審判決維持率在 57.95 至 67.43 之間，平均維持率為 59.85%；第二審判決維持率在 52.9 至 69.1 之間，平均維持率為 60.31%。亦即平均每十個上訴案件中，高達四件會被撤銷，一、二審皆然。從帳面上的數據直接觀察，裁判品質似乎與法官之經驗資歷沒有正相關，一、二審的裁判品質均屬有待改進。但我們殊難想像，辦案經驗豐富的第二審法官，其判決維持率亦僅有六成，問題究竟何在？仍有進一步討論的必要。

### 四、最高法院刑事上訴發回或發交更審案件次數（民國八十二年至九十一年）

次數 件數 年份	一次	二次	三次	四次	五次	六次	七次	八次 以上	合計	占判決 件數百 分比
82年	1596	268	90	31	9	3	2	3	2002	26.32%
83年	1654	398	129	34	12	5	6	3	2241	30.22%
84年	1651	444	155	41	17	6	2	6	2322	33.54%
85年	1943	586	223	94	20	9	2	9	2886	43.35%
86年	2133	680	252	121	64	17	4	4	3275	40.47%
87年	1176	475	197	97	59	36	19	6	2065	43.02%
88年	1740	644	273	156	58	32	22	11	2936	36.49%
89年	2465	735	375	128	63	30	20	27	3843	45.20%
90年	2438	585	348	180	75	27	13	21	3687	43.87%
91年	2138	786	329	125	83	31	16	15	3523	43.86%

圖表一：最高法院刑事上訴發回或發交更審案件次數

近十年來，最高法院撤銷發回更審比率平均約 40% ，與第二審判決維持率配合觀察，第三審對第二審覆審裁判品質支持度並不高。從救濟被告的角度而言，第三審發回案件的比例高，不必全以負面的評價看待，但直接暴露出來的問題則為，第三審顯然認為二審判決的正確率有待提升。最值得注意的現象是，迄民國九十一年，經最高法院撤銷發回三次以上之案件，累計竟達 599 件，經發回四次以上者亦有 270 件之多。我們不免懷疑，這麼多的案件經一再發回而遲遲無法定讞，到底是二審功能確實如此不堪，或是第三審也有濫行發回之嫌<sup>3</sup>？

## 五、最高法院刑事上訴案件發回或發交更審原因

期 別	刑事上訴案件發回或發交更審原因									發 回 件 數 占 判 決 件 數 百 分 比 (%)
	合 計	事 實 認 定 錯 誤 、 不 符 或 不 明 或 記 載 不 明	調 查 證 據 不 詳 或 未 予 調 查	判 決 理 由 矛 盾	判 決 不 適 用 法 則 或 適 用 不 當	其 他 理 由 不 備	未 採 用 證 據 未 說 明 理 由	其 他		
89 年	件 3,843	1,256	1,205	401	316	214	95	356	45.20	
	% 100	32.68	31.36	10.44	8.22	5.57	2.47	9.26		
90 年	件 3,687	1,144	1,125	509	299	251	88	271	43.87	
	% 100	31.03	30.51	13.80	8.11	6.81	2.39	7.35		

圖表二：最高法院刑事上訴案件發回或發交更審原因

三審發回更審者，以事實認定錯誤或認定不明為最高，達 32% ；調查證據不詳或未予調查則居次，亦有 31% ，兩者其實不分軒輊；第三則為第三七九條第十四款判決不載理由或所載理由矛盾者。雖然第三審原則上應以第二審所確定之事實，審查第二審判決在法律適用上有無違

<sup>3</sup> 依據法官協會於八十五年間對全國律師的一項調查顯示，固然律師界大都認為第二審判決被廢棄或撤銷之主要責任在第二審，但亦有百分之七十認為其廢棄發回理由欠缺說服力，有百分之六十六認為「部分有濫行發回之嫌」。蔡炯燉，由訴訟制度之變革及司法人力資源談金字塔訴訟制度之建立，法官協會雜誌創刊號，1999年6月，頁158。

誤，不過這些位居前三名之發回理由，均可歸類為事實問題，可見我國第二審雖採覆審制，就事實全部重新審理，但第三審卻對第二審之事實認定沒有太好的評價。許多第二審法官抱怨，最高法院似乎極少支持第二審所認定之事實，常挑別一些「事實上已難以查明之事實」或一些「枝節之程序」問題，撤銷第二審判決，簡直是雞蛋裡挑骨頭<sup>4</sup>。從統計數字來看，此等批評似非全然無據。

由上述五項統計數據可見，一審上訴二審之理由中，以主張事實認定錯誤或認定不明者，居大多數，經第二審審理結果，認上訴有理由，撤銷改判比率高達四成以上，其中多數第二審亦指出原判決確有事實認定錯誤、調查證據不詳或未予調查的情形。至於，第三審上訴審也沒給第二審的覆審多好的評價，從撤銷發回更審的理由中可發現，以刑訴法第三七九條第十款應於審判期日調查的證據而未予調查者、與同條第十四款判決不載理由或所載理由矛盾者占絕大多數，又有發回更審的比例偏高、發回次數甚多的運作情形。從這些現象觀察，我們首先可以得到的一個結論是：覆審制之功能未如預期，無論從上訴率、維持率或發回理由來看，均指向二審覆審有虛工的現象。其次則是同一案件經多次發回情形，不僅造成法院積案，亦難昭人民信服。至於造成同一案件多次發回的癥結在何處，或謂二審裁判品質不彰，或謂三審介入事實認定濫行發回，實際情形如何則需要進一步觀察分析方可明瞭。

## 第二節 最高法院撤銷發回更審現況之觀察與分析

就前節所述司法院統計數據直接顯現之問題特徵，有認為係肇因於第二審裁判品質不彰，亦有認為係最高法院過於吹毛求疵發回過度，也有看法認為問題的源頭在於偵查以及起訴品質粗糙。統計數據所顯示者畢竟為問題之表面，或可從其中窺出問題之端倪，惟我國上訴制度真正問題癥結所在，仍必須透過更深入之案件觀察，綜合比較，方可排除一些情緒性、基於本位主義的爭論，客觀的直指問題之核心與困境。在此，本文擬沿用一份於民國九十二至九十三年間，針對經最高法院撤銷發回更審六次以上之案件所為之實証調查研究資料<sup>5</sup>，作為實務運作檢討之基

<sup>4</sup> 蔡炯燉，前揭文，頁150。

<sup>5</sup> 該實証調查資料係配合陳運財教授「刑事上訴審構造之研究」，行政院國家科學委員會專題研究計畫所實施之實証調查。該計畫係由陳運財教授主持，邱仁楹、蘇亦洵協助，於民國九十二至九十三年間，針對民國八十五年至九十二年十月，於司法院網站登載並公開，經撤銷發回六次以上案件之最高法院判決（計九十六個案件，五〇八個判決）為研究整理對象。關於研究詳細內容，請參閱陳運財、邱仁楹，「最高法院撤銷發回更審原因之檢討」，刑事法學研討會－最高法院撤銷發回更審實務運作之檢討，東海大學法律學系主辦，2004年6月25日，載於東海法學研究第二十二期，2005年6月。

礎，試圖透過這些第三審之發回判決來掌握第二審法院審理上之問題，並觀察第三審法院有無以合於現行刑事訴訟法之規定進行審判。案件分析後仍有待澄清之部分，筆者輔以問卷訪談，以最高法院及高等法院法官（共計三位最高法院法官、四位高等法院法官）為調查對象，以求整體了解實務運作狀況及實際運作需求。

## 第一項 基礎統計

### 第一款 各類型案件發回數量

在九十六件發回案件中，各類型案件數量統計結果為：貪污 26 件（其中包含圖利 10 件、賄賂 9 件、侵占 4 件、詐取財物 2 件、竊盜 1 件）、殺人（含擄人勒贖、盜匪殺人）15 件、毒品 14 件、偽造文書（含有價證券）12 件、盜匪 4 件、過失致死 4 件、誣告 3 件、重傷害 1 件、妨害風化 1 件、詐欺（含一件背信詐欺）2 件、背信（含一件背信詐欺）3 件、侵占 4 件、竊盜 2 件、違反銀行法 4 件、違反選罷法 1 件、違反證交法 1 件。其中以貪污案件所佔最多，其次為殺人案件、毒品案件以及偽造文書案件。

### 第二款 各類型案件平均發回次數與遲延時間

根據該計畫的統計資料顯示，各類型案件之平均發回次數為毒品（7.6 次）>殺人（7.5 次）>偽造文書（7.4 次）>過失致死（7 次）=貪污（7 次）>盜匪（6.5 次）。各類型案件平均遲延時間為偽造文書（10.25 年）>過失致死（9 年）>貪污（8.8 年）>殺人（7.7 年）>毒品（6.2 年）>盜匪（5 年）。以此基準計算出平均每次發回前後經過時間為偽造文書（1.4 年）>過失致死（1.3 年）=貪污（1.3 年）>殺人（1 年）>盜匪（10 個月）>毒品（9 個月）。

### 第三款 各判決構成發回理由之數量

每次撤銷發回所指摘之判決違法理由數，總平均為 3.28 個<sup>6</sup>。其中，雖然亦有僅以一個發回理由而撤銷發回者，不過相當罕見，絕大多數都是指摘三至四個理由而發回。

<sup>6</sup> 平均撤銷發回理由數量之計算方式，係以各類型案件總發回理由之數量除以各類型案件發回判決之數量。計算出的結果分別為：貪污圖利 3.3 個、賄賂 3.5 個、侵占 2.59 個、詐取財物 4.55 個、竊盜 4 個；殺人 3.3 個；毒品 3.4 個；偽造文書 3.3 個；盜匪 3.5 個；過失致死 3.59 個；誣告 4.23 個；銀行法 3 個；重傷 2.25 個；妨害風化 2.5 個；詐欺 3.11 個；背信 3.2 個；侵

#### 第四款 分析檢討

就上述統計數據觀察，最常被最高法院多次發回的案件類型，除了偽造文書之外，其餘之貪污、殺人及毒品案件等均為重大案件。參照實務訪談之結果，可以發現重罪案件被多次發回的傾向較高，主要肇因於最高法院對重罪案件的審查態度比較慎重，把關較為嚴謹<sup>7</sup>。最高法院對於重罪案件的發回比例之高，易使人產生是否為了發回而發回的疑慮。不過根據接受訪談的最高法院法官表示，基本上發回理由的指摘都是以「對於判決有影響者為基礎」，不會因為輕罪或重罪案件而有不同之處。而亦有最高法院法官指出，宣告死刑、無期徒刑案件應依職權送交上級審，不需附理由具體指摘，此時最高法院無法透過選案審查制度<sup>8</sup>從程序上駁回上訴，須進入實體審查，再加上對於證據、理由等方面把關嚴格，所以容易導致一再發回。至於偽造文書會遭多次發回，多是因為有無授權等事實認定的問題，尤其在大宗的偽造文書案件中，被告所偽造之文書或有價證券數量一多，事實往往牽扯糾纏，不易釐清<sup>9</sup>；大宗的

---

占 3.67 個；竊盜 2.09 個；選罷法 3 個；證交法 2.75 個。總平均 3.28 個。

<sup>7</sup> 在最高法院的撤銷發回判決中，特別是針對判處死刑、無期徒刑案件，常可見到「案關重大，自應不厭其詳，有加以調查究明之必要」等用語。

<sup>8</sup> 有鑑於我國刑事訴訟法未對第三審上訴理由書狀應記載之事項、內容及程式作明確之規定，上訴理由書狀應如何記載，始足認已具備指摘原判決違背法令之程式要求，不無疑義；同時同法第三九三條但書及第三九四條第一項但書，對第三審法院之調查以上訴理由所指摘之事項為限之原則，分別設有諸多得依職權調查事項之例外規定，使法律審與事實審之分際混淆不明，乃至以往未認真要求並嚴格審核上訴理由書狀記載內容是否具備法律上之程式（亦即具體指摘原判決違背法令），逕作實體上審理，造成第三審上訴之浮濫，司法院乃於民國七十年十二月二十三日以司法院（七十）院台廳一字第○六六四九號函頒訂「最高法院就上訴第三審有關認定違背法令之界限與得自為裁判之範圍應行注意事項」，最高法院據而於七十一年二月間起成立刑事審查庭，專門負責審查刑事第三審上訴理由書狀是否具體指摘原判決違背法令為上訴理由之職責。其審查對象，除（1）顯屬上訴不合法案件（如依刑事訴訟法第三七六條所列不得上訴第三審之案件、上訴逾期、未附第三審上訴理由書狀），（2）被告在押、在監、戒治中之案件，（3）非常上訴案件，（4）違反貪污治罪條例、懲治走私條例、公職人員選舉罷免法案件，（5）其他重大刑案，（6）繫屬法院已逾五年以上之久懸案件，（7）上更三以上案件等應提前分案案件外，凡刑事第三審上訴案件，須先送刑事審查庭作程序上之審查，凡其上訴理由狀，經審查認非具體指摘原判決違背法令者，概以其上訴違背法律上之程式，適用刑事訴訟法第三八四條前段、第三九五條前段之規定，從程序上駁回上訴，唯有經審查庭審查而未從程序上駁回其上訴者，始再經保密分案，另分由保密庭進行實體上之審理。有關選案審查制度之詳細介紹，請參見呂潮澤著，我國刑事法律審制度之檢討，司法院八十九年度研究發展項目研究報告，司法研究年報第二十一輯第十篇，民國九十年一月出版，頁 340 以下。

<sup>9</sup> 有受訪高等法院法官表示：偽造文書究竟是在什麼時間、什麼地點做的，很多事情法院查不出來，例如合會冒標的情形，民國幾年幾月幾日在什麼地方、冒標的金額、冒過多少次，連被告都早已不復記憶，最高法院卻要求說明；又例如辦理過戶要填很多文件，所以要把整個卷宗調出來，從頭到尾看有哪些文件，必須在主文中，甚至在事實欄（或附表）說明被告偽造什麼文件，文件上面是什麼人？什麼姓名？在第幾行？幾個印章幾個印文？幾個指印？這麼的鉅細靡遺，所以要發回是非常容易的事。

偽造文書案件，法律關係也相當複雜，尤其在裁判上一罪的認定上，常有見解不一之情形。

其次，透過前述各類型案件平均發回次數之比較，除了可看出何種案件之平均發回次數最多外，再與其平均遲延時間相互對照，可分析出各類型案件審理所需時間，並觀察案件類型是否會影響審理順序之排定。從上述數據可得知，發回次數與遲延時間二者並未呈現明顯正相關。偽造文書案件之平均發回次數較毒品案件少，遲延時間卻較毒品案件為長。對於案件審理上有無優先順序，受訪法官均表示，原則上還是依照收案順序辦理，但如果是人犯在押或少數重大刑案，會考慮予以優先審理。至於結案時間，自是等待審理成熟方為判決，不過有時考慮結案壓力，會就案件難易度略作分配。當然，事實關係的複雜度也會影響結案時間，偽造文書案件即為典型的例子。

再則，從個別判決發回理由的數量來看，以單一理由發回之情形非常少見，大多數為三至四個。從這裡可衍生出兩個問題：首先，對於發回理由之數量，最高法院是否有內規或慣例存在？其次，同一案件經多次發回，每次發回數量不只一個，發回理由也不盡相同，最高法院是否有未一次指摘完畢的問題？

針對第一個問題，受訪最高法院法官均表示，發回理由之數量與決定是否發回無關，亦無所謂的內規存在，如果違背法令之情形對於判決結果有影響，縱然僅有一個，即應撤銷發回。根據筆者觀察，在最高法院的撤銷發回判決中，通常都會有一個最主要的發回理由（顯然影響於判決結果者），搭配幾個附帶的理由（於判決結果無顯然影響者）一併指摘，但何者為主要、何者為附帶？判決書中一般都未明白表示。這裡產生的疑問是，附帶的理由如不影響原判決結果，是否仍須於判決書上指摘？對此，或有認為顯然於判決無影響之違背法令，亦屬違背法令，雖不得據為上訴第三審之理由，但案件既尚未判決確定，最高法院於發回更審時，本其審級監督之功能，一併加以指摘糾正，可收統一法律適用之效<sup>10</sup>。惟本文認為應以否定見解為妥，既「顯然於判決無影響」，縱然當事人有爭執，亦非得上訴第三審之理由，最高法院本即無須加以審酌；再者，顯然於判決無影響之違背法令，最高法院若不願視而不見，或可在判決理由的最後補充指示原審法院更正即可，無須與主要發回理由併列指摘，反而招致斷章取義、為了發回而吹毛求疵的批評與誤解。

---

<sup>10</sup> 林朝榮，刑事法學研討會－最高法院撤銷發回更審實務運作之檢討－，書面資料，東海大學法律學系主辦，2004年6月25日。

其次，對於「是否並非一次指摘完畢」之疑慮，除了上訴理由所載最高法院必須加以回應外，得依職權調查之部分，就最高法院工作量觀之，如遇案件事實證據複雜時，事實上或有難以一次詳加調查完備之困難。不過即便如此，依刑訴法第三九三條之規定，第三審法院之調查，原則上以上訴理由所指摘之事項為限，例外始得依職權調查證據<sup>11</sup>，而依職權調查之事項一般又以判決違背法令之重大事項為範圍，故除非高等法院於發回更審中有新的違法，否則法理上最高法院如果有未一次指摘完畢之情形，就事後審查審而言，實難辭其咎。

此項問題，亦牽涉到最高法院法官是否僅就當事人於上訴理由中所指摘的部分進行審查的問題。觀察撤銷發回之判決理由的記載形式，其具有下述特徵：先敘述起訴事實，接著記載原審認定結果云云……「固非無見，惟查」（此類型屬檢察官上訴者）；或者是原審認定之犯罪事實云云……「固非無見，惟查」（此類型屬被告上訴者），不論何種情形，在「惟查」後的理由敘述，基本上並無區分上訴人指摘或依職權調查事項，而是混合在一起指摘<sup>12</sup>。因此，單就判決文往往無法看出發回之理由是基於上訴人之主張或職權調查之結果。依刑訴法第三九三條之規定，第三審法院之調查，原則上以上訴理由所指摘之事項為限，例外始得依職權調查證據，此項事後審查審規定的性格，自應反映於撤銷發回之判決書中。此外，高等法院於第二審更審中，除調查最高法院撤銷發回判決所指示之事項外，其他應予釐清之證據或事實亦應予以調查審認，而非僅以最高法院發回指示之事項為限。但實務運作上，受發回之法院通常僅針對發回指示之事項加以補充，少有再為通盤之審認，此為二審審理上之瑕疵，亦為導致案件再度被發回的可能原因之一。

## 第二項 發回理由之觀察與分析檢討

從各發回原因總數量觀察，以未盡調查能事而發回為最多，九十六件案件均曾以此原因發回；其次則為理由不備的八十九件、理由矛盾的八十五件以及判決不適用法則或適用不當的七十二件<sup>13</sup>。該研究統計的結

<sup>11</sup> 七十三年台非第一三四號判例參照：「被告因搶劫案件，經台灣高等法院判處有期徒刑十五年，被告不服提起上訴，本院以其違背刑事訴訟法第三百七十七條之規定，不得提起第三審上訴，乃依同法第三百九十五條前段規定認其上訴為不合法，予以駁回，此項程序上之判決，與實體上具有既判力之確定判決有別。是被告縱有現役軍人身分，普通法院對之無審判權，但其受理訴訟違法者應為第二審之確定判決，而非本院上開之程序判決，非常上訴意旨既未就本院駁回上訴之程序判決指摘有何違法，而受理訴訟當否等屬於第三審得依職權調查之事項，又以先合法之上訴為前提（刑事訴訟法第三百九十三條），本院上開程序判決自無從逕行進入職權調查，上訴人對之提起非常上訴，即難認為有理由。」

<sup>12</sup> 至多於判決理由最末書寫：「以上或為上訴意旨指摘所及，或為本院得依職權調查之事項，應認原判決有撤銷發回更審之原因」。

<sup>13</sup> 該研究首先將發回理由區別為五大項：未盡調查能事、理由不備、理由矛盾、事實瑕疵以及

果與司法院統計數據不謀而合，同是以刑訴法第三七九條第十款與第十四款為發回理由運用之大宗。

### 第一款 刑訴法第三七九條第十款之運用

無論從司法院統計數據或從前揭研究計畫統計觀察，刑訴法第三七九條第十款：「依本法應於審判期日調查之證據而未予調查者」為最常運用之發回理由，普遍亦認為該款係造成最高法院一再發回判決，造成案件審理負擔之元兇。為求對實務運作更精緻的理解，以下將區別案件類型，參考前揭實證研究所觀察實務上實際運作該款的情形，檢討最高法院之發回是否合理？該款之適用是否過於浮泛？以作為第四章分析刑訴法第三七九條第十款解釋適用之基礎以及探討該款存廢之參考。

#### 一、毒品案件

根據該研究觀察顯示，毒品案件中最常被指摘應調查之證據未予調查，除了主觀構成要件<sup>14</sup>的認定外，關於客觀構成要件則主要圍繞在犯罪行為時間及次數<sup>15</sup>、是否著手以及具體犯罪情狀<sup>16</sup>之調查。販賣毒品重量、販毒所得款項之多寡、運送毒品所得之報酬若干、毒品及所得價款之流向等，因牽涉到毒品危害防治條例義務沒收的問題，亦為發回原因之大

---

判決不適用法則或適用不當。所謂未盡調查能事主要指刑訴法第三七九條第十款，其下再分為就審判範圍認定之調查不詳與證據調查不詳或未予調查（包含未經合法調查）。理由不備下則區分證據取捨不備理由、完全不備理由與所憑證據不足之情形。理由矛盾包含理由欄間矛盾、理由與卷證資料矛盾、事實與理由矛盾（包含無事實有理由、採用之證據與所認定之事實不相適合）以及主文與理由矛盾。事實瑕疵指單純事實欄誤載、事實與事實矛盾、事實與主文矛盾之情形。判決不適用法則或適用不當下則再分別就實體法則、證據法則、程序法則適用之違反加以歸納。只要於撤銷發回判決理由欄中曾加以指摘之事項，該次研究均加以列入分類，不論其單獨是否即夠成撤銷發回理由，例如部分最高法院得自為判決之不適用法則或適用不當或顯係單純誤載之情形，畢竟透過數據統計，亦較容易看出第二審法院審理上常發生之缺失，以供參考。

<sup>14</sup> 具體情形例如：被告主觀犯意為何？販售圖利、運送、僅受託寄放、買斷毒品亦或僅幫忙出售？販毒行為，究係施打而持有毒品，或另行起意販賣？

<sup>15</sup> 例如：被告等究於八十一年九月初及八十二年三月下旬之何日駕漁船直航大陸地區接運海洛因？（90台上6024）證人羅某於偵查中供稱，其於被查獲一週前、半月前、一週餘前向上訴人等購買海洛因，而羅某係在八十六年十一月四日為警查獲，依此證據資料，似不難認定其犯罪時、日，原審未詳加認定，籠統記載上訴人之犯罪時間為八十六年十月間，有欠明確，尚非妥適（90台上516）。原判決認定方姓被告「多次」持用變造護照出入境，其時間及次數未明確認定（86台覆79）。原判決對於上訴人等最後一次販賣之行為，究竟為何時？未明白記載，此與法律之適用有關（毒品危害防治條例於八十七年五月二十日公佈施行）（88台上962）。

<sup>16</sup> 例如：原判決僅認定上訴人持兩小包海洛因欲以十三萬元之價格售予李某，尚未成交之際即為警當場查獲，究竟當時是否僅止於想賣之意思，或已著手於販賣之行為？原判決未為明確之認定記載，亦不足為適用法律，論以販賣未遂犯之依據。（88台上2371）被告至泰國與毒販尹力「接洽」走私毒品的情形如何，有無尹力其人（89台上1608，該案以此原因發回有四次之多）。

宗。未予合法調查之情形則以未將證據（磅秤、夾鏈袋、鑑定通知書、檢查紀錄表等等）提示、宣讀或告以要旨為常見。毒品牽涉共犯案件佔有相當的比例，最高法院審查時主要以**共犯間有無犯意聯絡、犯意聯絡的範圍**，原審未予調查或調查不詳而發回。

## 二、殺人案件

殺人案件經指摘調查未盡之情形，其一為主觀構成要件的認定，例如：直接故意或間接故意？未必故意或過失？犯意形成之時點為何。其二，在客觀構成要件上，實施犯罪行為之過程及態樣<sup>17</sup>、究竟有無殺人行為<sup>18</sup>，為最高法院審查的重點。另外，被告主張有利於己之證據，例如：被告辯稱具有不在場證明、刑求抗辯以及其他有利於己之證據未予調查或調查不詳，亦常遭指摘。在未予合法調查部分，則以「原審並未向上訴人提示證物令其辨認」較為常見。

## 三、偽造文書案件

偽造文書事實關係輾轉牽扯的特性，直接反映在界定審判範圍的困難上。因審判範圍調查未盡而遭發回之具體情形例如：已判刑確定之共犯另簽發本票作為借貸利息之部分，是否出於偽造，與系爭本案之間有無裁判上一罪之關係，未予審究；偽造有價證券，是否牽連偽造私文書等。**有無得到本人之授權、是否為無權處分**，為偽造文書案件最常見的發回理由，十二件偽造文書案件中有七件曾以此調查未盡而遭發回。

## 四、貪污案件

根據該研究計畫統計，在發回六次以上之案件中，以貪污案件占最多數，一般認為與其係重罪案件有相當大的關聯。在貪污之圖利罪部分，全部十件均曾因調查未盡遭發回，主要態樣包含：是否該當於行為人**主管或監督事務**、是否為貪污罪之**主體**、有無為**違背職務或違法行為**、被告是否有**圖利之犯意**、所得者是否為**不法利益**以及**圖利金額**之計算。貪污之賄賂罪部份，全部九件均曾以此款為發回原因，具體情形例

<sup>17</sup> 例如：原審認定射擊被害人的角度，跟解剖結果不符合（85台上1265）；汽車如何落海？關涉上訴人之犯罪態樣（87台上749、87台上2518、88台上652、88台上7174、90台上523）；被告當時車速為何？距撞及地點多遠時始發現被害人，致煞車不及（85台上2073）；就告訴人所供述被告殺害被害人之手法，應予究明（89台上6349）。

<sup>18</sup> 例如：自殺或他殺（尿失禁的原因，發回多次：85台上3118、89台上1391、89台上6391、90台上5802）；汽車落海是否意外（被告如何跳車，如何從海裡打開車門逃出，發回多次：86台上1981、87台上749、87台上2518、90台上523）；意外死亡或係被告出手摀住口鼻致死（85台上2835、86台上5075、87台上4085、89台上2705）。

如：主觀上有無對價關係的認識<sup>19</sup>、賄賂數額之認定<sup>20</sup>、證人證詞是否具備任意性以及未予深入調查不在場證明等證據應調查卻未調查或調查不詳。其中，又以主觀犯意有無、賄賂數額之認定最為常見。綜觀貪污案件歷次的發回理由，多集中在構成要件事實調查未盡，例如：有無對價關係、是否具備圖利之犯意、有無違背職務之故意、是否係職務上之行為、圖利或賄賂金額之認定等。

## 五、分析檢討

首先就毒品案件部分，實證調查結果顯示，高院判決經常因為犯罪主觀構成要件應調查未予調查而遭發回。被告主觀犯意為何成為主要撤銷發回理由，一則可能基於證明主觀犯意原本就比較困難，再則可能因為毒品案件之型態多種（計有運送、販賣、施打、意圖販賣而持有、單純持有等），行為人的主觀犯意將影響法律之適用，例如：客觀事實為被告持有毒品，但其究係意圖販賣而持有或僅係單純持有，則取決於被告主觀上有無營利意圖，而兩者之法定刑相差甚鉅（前者為無期徒刑或十年以上有期徒刑，後者為三年以下有期徒刑、拘役或罰金）。在主觀構成要件上，調查被告之販毒紀錄、毒品來源、持有數量或可證明，而最高法院要挑剔的，應是就這些已呈現出來的證據，足不足以支持高院之判決結果。由於主觀犯意如何，牽涉事實認定的問題，一般認為如被告主觀犯意不足證明，最高法院無法直接基於罪疑為輕原則判處被告罪刑，而仍需將判決撤銷發回，由原審法院重為事實之認定。

犯罪行為時間、次數亦屬客觀構成要件之重要事實，事實審之認定固應盡可能明確詳實，但於毒品犯罪之情形，尤以被告具備「多次」之運輸、販賣或施打行為時，法院對於如此「多次」犯罪行為之時間、次數，要認定記載到如何程度，即為問題所在。犯罪時間、次數之認定，應以能夠辨別犯罪之同一性，且與犯罪構成要件、刑罰加減免除等事由不生影響為已足。在符合上述條件下，綜合其他證據觀察，如已達足以認定被告有罪之心證，那麼被告究竟於八十一年九月初及八十二年三月下旬之何日駕漁船直航大陸地區接運海洛因（90 台上 6024），或者原判決認定方姓被告「多次」持用變造護照出入境，其時間及次數（86 台覆 79），該確切之時間及次數，或許連當事人都不復記憶，對此，最高法院如要求事實審法院為鉅細靡遺的調查與記載，顯屬不可能的任務。筆者以為，此種情形如果當事人就此並未爭執，最高法院似不應撤銷發回，當然，如確有調查不能之情形，事實審法院也必須在判決書中詳細

<sup>19</sup> 例如：出獄後宴請被告吃飯，與在獄中包庇私賣香煙有無對價關係（89 台上 3771）。

<sup>20</sup> 例如：酒家簽帳單之紀錄是否上訴人所得之不正利益（92 台上 3564）。

說明。販賣毒品的數量、金額、所得款項、毒品及所得價款之流向等涉及沒收與量刑的問題，從前揭實證研究顯示，亦為證據調查不詳或未予調查之主要發回理由。不過如同前述犯罪行為時間、次數之認定，如有多次且大量之毒品交易行為，其確切數量能否明白加以掌握，本質上即有困難存在，最高法院能否以此為原因多次發回，恐有審究餘地。

其次就殺人案件部分，從該研究觀察竟然發現，在經過六次以上的撤銷發回更審後，爭執重點竟仍停留在被告到底有無殺人、被害人究係自殺或他殺等最基本的事實問題上，實在令人感到訝異。肇致此種現象之因素，主要應在於案發初期對於證據蒐集的不完備、現場犯罪跡證的保全過於草率或鑑定不夠詳盡所導致。就此情形，筆者以為如就現存證據，不足以達到確信被告有罪之心證，應即本於無罪推定之原則尋求解套之方法，而非膠著在這些調查不能事實之澄清上。相同的問題也出現在被告實施犯罪行為之過程與態樣的認定上，這裡亦為最高法院相當關心的重點，而應予釐清的實益或許在於有無殺人故意的推論或量刑的問題<sup>21</sup>。惟若當事人間就實施犯罪行為之認定並無爭執，且不影響其殺人罪該當時，此部分應非屬最高法院依刑訴法第三九三條但書得依職權調查之範圍，實無加以指摘之必要。

有無得到本人之授權、是否為無權處分，為偽造文書案件最為常見的發回理由。受訪法官均表示，在口頭授權或概括授權的情形，由於沒有書面以資證明，時間一久便很難釐清，特別是在供述不一致之情形，採證上尤其難以認定。在這裡如能令被害人以證人之身分具結，使其在偽證罪的負擔下為供述，應是可以解決的方法之一。刑事訴訟法修正後第一六一條第一項規定：「檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法」，明定檢察官舉證責任之內涵，除應盡提出證據外，尚應「指出其證明之方法」，用以說服法官，使法官「確信」被告犯罪構成事實之存在。同時，本人授權之有無既然直接影響偽造文書構成要件之成立與否，檢察官對此即應盡實質的舉證責任，而非僅仰賴承審法官積極的介入釐清。

最後在貪污案件的部分，由於貪污案件犯罪類型相當多，在罪名的認定上一般認為較難掌握。同時，貪污罪構成要件之調查本質上有其困難度存在，例如：犯罪構成要件如有以公務員違背依法執行之職務為要

---

<sup>21</sup> 受訪的高等法院法官表示：對於「如何殺」這部分，最高法院十分在意，是殺人還是傷害，當然必須做判斷，然而有時候會很吹毛求疵，要求說明這裡幾刀那裡幾刀、刀的走勢如何、深多少寬多少，光是結論出來仍不夠，包括「動態式的回應」亦必須說明，例如到砍下來是因為舉手起來擋，所以刀才會這樣走勢。當然這和量刑有關係，我們都會去認定，不過最高法院還是問「這個刀傷怎麼來的？」這樣的指摘，對於最高法院意義僅在於了解如何殺人。

件，則職務範圍如何界定，各機關規定可能各不相同，並不容易調查清楚；違背職務、裁量濫用與單純便民之間如何區分，亦是問題所在<sup>22</sup>，這裡會影響到犯意有無以及是否具備對價關係之認識。此外，基於貪污犯罪行為的隱密性，大多只存在間接證據堪為認定犯罪事實之線索，再加上供述證據之信用性一般偏低（挾怨報復可能性高，被告陳述過去亦有任意性之問題），在採嚴格證明法則之下，貪污罪亦不容易成立。這裡同時也牽涉到檢察官之起訴是否過於草率，而造成法院對事實認定之困難。至於圖利或賄賂金額之認定，畢竟不影響犯罪成立與否，最高法院應尊重高等法院的判斷，不該過度介入個案真實之發現。

是否該當於刑訴法第三七九條第十款「應於審判期日調查之證據」，應分從是否滿足「調查必要性<sup>23</sup>」與「調查可能性」加以判斷。綜合前述觀察分析，於絕大多數案件，最高法院對於有無調查必要均有加以斟酌，如係枝節性問題，不影響原判決確認事實者，一般不會以未盡調查能事而發回<sup>24</sup>。不過，最高法院所為之指摘方式的確有欠具體，例如僅抽象而概括的指出「實情若何？」而未就原審何項證據未予調查，為何未予調查致判決違背法令做具體的指摘，此點仍有待改善。

造成多次發回的重要關鍵，主要在於有無「調查可能性」的認知上，最高法院對是否具備「調查可能性」的認定標準，顯然較事實審法院來得寬鬆。證據資料是否調查不能屬於事實問題，應由事實審法院判斷並詳加說明如何調查不能。事實審法院如已詳細說明證據調查不能之情形，最高法院即應尊重之，不得以事實認定不明加以發回。誠然，最高法院依刑訴法第三七九條第十款對於是否為「應於審判期日調查之證據」而未予調查既有審查權限，是否調查不能，自亦為其判斷應否發回審查基準之一。不過，所謂「調查可能性」之標準仍嫌抽象，於不同的法官可能存在有不同的認定。對於久懸不決的案件，如確已無其他證據可資調查，事實關係又不明者，實應基於無罪推定原則而為判決，而非僵持在這些已經調查不能的證據中。

此外，關於多次發回更審案件之發回原因集中在應調查證據未予調查，而且癥結存在於證據有無調查可能的問題，應可溯源於偵查蒐證粗糙以及檢察官實質舉證責任的未落實。就此部分而言，如果無法有效提

---

<sup>22</sup> 據受訪高等法院法官表示，因為不容易認定，所以判決書上關於心證形成之過程不好書寫，很容易被發回，尤其第一次上訴一定會被發回。

<sup>23</sup> 關於有無調查必要性之判斷標準，可參照最高法院七十七年第五、六、七、十一次刑事庭會議決議。

<sup>24</sup> 但仍有少數係針對無調查必要之情形作發回，例如 87 年台上 4268 號毒品案件判決，最高法院發回要求調查毒品及販毒所得價款之流向。

昇偵查品質、慎重篩選起訴案件，上訴制度的改革只不過是治標之舉而非治本之道。

## 第二款 刑訴法第三七九條第十四款之運用

本款與刑訴法第三七九條第十款，同為最高法院最常據以撤銷發回之理由。所謂判決不載理由，包含判決根本未載理由，或所載理由不完備。傳統見解認為，判決不載理由，不以不載認定事實所憑之證據為限，即判決所由生之有關訴訟程序事項及其應適用之法律，未於理由內加以說明者，亦包括在內<sup>25</sup>。所稱判決所載理由矛盾，則包含理由與主文牴觸、理由與事實牴觸、理由間牴觸或所載與卷證資料矛盾之情形。

根據該實證研究發回理由數量之統計，九十六件發回六次以上之案件中，有八十九件曾因判決不備理由遭發回，有八十五件曾以理由矛盾為發回原因，其所佔比例之高，直接令人對第二審裁判品質產生疑慮。

### 一、證據取捨不備理由

有罪之判決書，包括科刑或免刑之判決，應於理由內記載認定犯罪事實所憑之證據及其認定之理由（刑訴法三一〇條第一款）。對於當事人之舉證、證人之供述、物證之鑑定等，認為可採或不足採者，法院均應說明其取捨之理由。在證據取捨不備理由中，根據該實證研究，以不採對被告有利之證據而未說明理由最為常見。此現象或許肇因於以被告不服原審判決上訴第三審為絕大多數<sup>26</sup>，故反映於上訴理由中加以指摘。

其次，則是在供述不一致的情形下（同一被告或證人前後之供述、共同被告間、證人間、證人與被告間之供述不一），原判決在作證據取捨時未說明理由。原判決疏未交代心證之情形諸如：(1)理由內說明「已據被告某某供承不諱，並據同案被告某某於警訊或偵查中供明」，但依卷內資料，上開各人前後之供述並不相符，原判決未予取捨<sup>27</sup>；(2)理由僅籠統說明其供述前後不一致，但究竟如何不一致則未詳細剖析說明理由<sup>28</sup>。在第一種情形，原審法院如根本未察覺有相歧異之情況，遽引該不一致供述作為判決之基礎者，則亦同時構成理由矛盾之違法。於第二種情

<sup>25</sup> 陳樸生，刑事訴訟法實務（再訂版），1999年6月，頁522。

<sup>26</sup> 該實證研究以不服該案最後一次更審結果之上訴人為統計標準，統計結果為：由檢察官上訴17件；被告上訴為66件，為最大宗；自訴人上訴2件；雙方均上訴有11件。

<sup>27</sup> 參照89台上1034號判決。

<sup>28</sup> 參照90台上145號判決。

形，原審法院既已察覺有供述不符之情形，何以不加詳細說明？或許有兩種可能性：其一為判決理由之記載不夠精緻，蓋證據之取捨，法院雖有自由判斷之權，但對於取捨之理由，應詳為闡述，方足以昭折服，這是裁判品質的問題；其二為某些證據取捨之理由，本質上就不容易為具體之交代<sup>29</sup>。心證取捨未交代理由或難以交代的原因或與其一、事實審法院未嚴格區分證據能力與證明力之問題，將有無證據能力之問題亦列入法院自由心證之範圍；其二、未賦予當事人或辯護人等辯論證據證明力之適當機會；其三、未追究到庭證人為不一致陳述時可能涉及的偽證之罪責，以擔保其據實陳述，釐清真實等運作息息相關。

與其他類型案件相較，根據該實證調查，於毒品案件中，以「供述不一致」的證據取捨不備理由為發回原因，頗為常見。有關毒品案件之犯罪時間、次數、數量、金額，或由於犯罪行為之長期性及瑣碎性，導致證人或行為人本身都不復記憶，而由於記憶之混亂，自然容易產生供述不一致之情形。加上共犯案件在此類犯罪上亦佔有相當的比例，對於犯罪行為細節供述，也很難不生齟齬。最高法院即有判決指出：「證人之陳述有部分前後不符，或相互間有所歧異時，究竟何者為可採，法院本得依其自由心證予以斟酌，若其基本事實之陳述與真實性無礙時，仍非不得予以採信，非謂一有不符或矛盾，即認其全部均為不可採信。…該證人就購買海洛因之時間、地點、數量及金額，前後所供雖不盡一致，但就購買海洛因基本事實之陳述則無二致。…原判決以證人前後所供非全然一致，即認證人之證言為無足採信，其採證顯與證據法則有違。<sup>30</sup>」頗值參考。是以，在供述不一致的情形下，究竟以何者為可採，事實審法院仍得依證據法則，本於自由心證予以斟酌，作合理之比較，定其取捨，若其取捨判斷無從認為確實有違日常客觀之經驗法則，自不得指為違背法令，有最高法院八十一年度台上字第五三〇三號判決及八十二年度台非字第一四一號判決可參。且證人就同一事實之陳述前後略有出入此乃各人之記憶不清，或細節未交待清楚，或其描述用語不同，省略片段情節，或記錄之詳簡有異所致，倘其主要陳述一致，即尚難因其細節稍有紛歧即將全部證言捨棄不採，亦有最高法院七十三年度台上字第三九九八號判決可參。

---

<sup>29</sup> 多數受訪法官均認為，被告或證人的供述次數一多，高等法院必須要一一釐清，無論取或捨，每個都要做認定，難免會有遺漏，不過原則上，這些供述證據必須會影響判決，才能加以指摘。最高法院法官指出，高院法官現在製作判決書，都利用電腦複製的技術，將筆錄全文複製貼上不加濃縮，亦不明確指出所供何處採為判決依據，當然構成理由不備。高院法官則回應，之所以將全部的證詞都寫入判決書，逐一判斷，是因為擔心最高法院沒看到，就以理由不備發回，其實不需書寫那麼多也可以看出心證形成的過程。

<sup>30</sup> 詳參 92 台上 1713 號判決。

## 二、其他理由不備之情形

理由為判決主文成立之根據，於有罪之判決，理由更為認定事實之基礎。理由可分三種，即事實之理由、證據之理由以及法律之理由。除前述之證據取捨不備理由外，依據該實證調查，其餘應記載理由卻未記載、或記載不明之情形，對照相同實證調查所顯現之未盡調查能事之事由（刑訴法第三七九條第十款）部分，兩者有相當大的合致性。可推測而知的是，因未盡調查能事在先，故導致理由不備之果，二者有表裡的關係，端視最高法院以何者包裝為發回之原因。將來如透過修法將第三七九條第十款加以刪除，最高法院對不欲使之確定的案件，是否會轉以理由不備的方向加以指摘（依照第三九三條第一款，是否不備理由亦為最高法院得依職權調查之事項，不待當事人指摘），令人存有想像的空間。

造成理由不備的情形，或多或少應與裁判品質有關，一方面可能因為法官人力資源不足工作量大，一方面是敬業精神的問題。不過，在證據數量龐雜之情形下，得心證理由之敘述，難期萬無一失，若最高法院有心發回，從理由不備挑取毛病甚為容易。關此一節，係因過去採職權主義折服式審判構造所造成之窘境<sup>31</sup>。本法若能遵循當事人主義之原理，切實修正成說服是審判構造，問題當可迎刃而解。蓋說服式審判構造之法官，只問自己是否已被負有舉證責任之當事人說服，而分別為被告有罪或無罪之判決，並不須交代得心證之理由以折服當事人，從而，理由不備之問題，自然消弭於無形<sup>32</sup>。

<sup>31</sup> 在當事人主義，係採「說服式審判構造」，檢察官就被告之為有罪，對法院負有「說服之責任」（burden of persuasion），而法官本其超然聽訟之立場，只問是否業經說服，即逕以之為判斷之基礎，而無須於終局判決中說明得心證之理由。例如，採行當事人主義之日本，其法院所為之有罪判決（意謂業經檢察官說服），只須列出證據標目，而無庸逐一說明所以取捨證據之理由，其所為之無罪判決（意謂未經檢察官說服），亦僅說明作為審判對象之訴因，其事實未獲證明而已；又如採行當事人主義之美國，負責認定事實之陪審（jury），其所為被告有罪、無罪之評決（verdict），亦均不附理由。反之，在職權主義，則採「折服式審判構造」，雖稱檢察官就被告犯罪事實，有「舉證責任」，惟法院因發現真實之必要，仍「應依職權調查證據」，事實審法院本於調查所得之資料，以自由心證認為證言一部為真實者，固得採取或捨棄其一部，以為裁判之根據，但其所以採取或捨棄一部分之心證理由，應詳為闡述，方足以昭折服。又有罪判決認定之事實，必須與真正事實相合，始能合乎法律之精神，保持判決之威信。若認定之事實不當或尚欠明確，則不惟不能遽以適用法律，且其判決內容，恐有枉縱。故審理事實之法院對於案內一切與罪名之成否、論罪科刑有關之證據，除認為不必要者外，均應詳為調查，細心推求，俾所認定之事實，適法真實，其成信讞。是採「折服式審判構造」之職權主義，就得心證之理由，輒以「昭折服」、「成信讞」為能事。詳參林朝榮，主義變遷中之我刑事訴訟法（下），台灣本土法學雜誌第五十期，2003年9月，頁84-85。

<sup>32</sup> 林朝榮，前揭研討會書面報告（同註10）。

另外，在撤銷發回判決書的製作上，最高法院往往直接指摘仍有何種事實未予釐清或審究<sup>33</sup>。在撤銷發回理由中，書寫上宜先確認其是否為作為爭點之待證事實，若是，就有必要調查之事實是否未予調查，調查之後，於心證之取捨有無違反經驗法則或論理法則、有無說明理由、原審是否將待證事實作為敘明的對象。在前揭「理由不備是果，未調查證據是因」的情形中，最高法院應本諸審查審之態度針對因的部分具體指摘，說明何種證據屬應調查而未予調查，而非直接指摘「事實不明」。

### 三、理由矛盾

該實證調查將「理由矛盾」之發回原因區分出四種態樣：理由欄間矛盾、理由與卷證資料矛盾、事實與理由矛盾以及主文與理由矛盾。據其統計，實務上以「事實與理由矛盾」以及「理由欄間矛盾」之情形最常出現，在所蒐集毒品類型案件中，更是全部均曾經最高法院以「事實與理由矛盾」作為原因發回，數量相當驚人。

造成如此現象的原因可分析如下：(1)原審法院單純疏漏，於裁判書製作完成後，未再詳細檢查一遍；(2)最高法院於審查時，未探求原審判決敘述之真意，反而斷章取義予以指摘；(3)對於證據取捨的過程，何者採用、何者不採，原審法院未交代清楚或有敘述上的問題，導致理由間或與事實欄前後對照產生矛盾；(4)於引用卷證資料時，書寫過於籠統，未經篩選節錄而把全部的資料內容一併引用上去，產生其中部分理由與卷證資料矛盾的現象。

參照筆者實務訪談的結果，針對第一點，由於工作量的負荷，高院法官完成判決書後無力再檢查的現象的確存在。其中，如僅是單純之筆誤，最高法院表示為自行將之更正，不會作為發回之理由。針對第二點，最高法院否認有此情形存在，不過現行第二審判決書的份量以及繁雜程度，多少會影響最高法院法官審查的密度。第三點情形，肇因於利用電腦製作判決書的便利，複製剪貼的過程發生錯誤卻未發覺。總的來說，理由矛盾之情形主要起因於裁判品質的問題，與法理論應無多大關聯。

另外，此部分有一值得注意的問題特徵：判決書中大幅的引述警訊或偵查筆錄的內容，如筆錄內容前後不一或矛盾，而高等法院未慎審取捨，自容易被最高法院挑出作為理由矛盾之發回原因。而此種偏重偵查

---

<sup>33</sup> 指摘方式例如：「究竟實情如何，原審未予究明，即遽行判決，即有未合」、「究竟實情如何，原審未予究明，即遽認……云云，自嫌速斷」。

筆錄，重書面審查的實務運作，不僅不符直接審理或傳聞法則的要求，同時造成法院心證的形成及取捨難以說明清楚的窘境。

### 第三款 判決不適用法則或適用不當

判決不適用法則或適用不當者，為違背法令（刑訴法第三七八條），為法定上訴第三審之理由（同法第三七七條）。根據該實證調查，判決不適用**實體法則**或適用不當出現較多之情形如：不依特別法優於普通法適用（尤其在貪污罪）、法律變更未依刑法第二條為比較適用（毒品、貪污、盜匪）、犯罪型態認定錯誤（間接正犯、共同正犯、既未遂之認定）、法律效果認定錯誤（沒收追繳、從一重處斷的認定、刑法第五九條或第五七條適用不當、毒品與貪污罪主刑與從刑割裂適用不同法律）、罪數認定錯誤（例如將繼續行為之一部割裂，刑法第五五條或第五六條之適用或不適用係不當）。

判決不適用**證據法則**或適用不當之情形最常見者為不符自白補強法則（被告或共同被告自白），出現在毒品、殺人及盜匪案件。判決不適用**程序法則**或適用不當之情形則有：未踐行九五條第一款之告知義務、在毒品案件則見強制辯護案件未經辯護，或未與被告最後陳述機會之情形。另外，已受請求事項未予判決或未受請求事項予以判決在貪污、偽造文書以及毒品案件均頗為常見。

理論上，適用法則或適用不當之情形如為(1)構成要件該當涵攝錯誤、(2)犯罪型態之認定錯誤、(3)單純引用法條不當、(4)判決程式違法、(5)刑罰宣告不當等情形，如不影響事實之確定，依刑訴法第三九八條第一款，最高法院本來應該撤銷原判決並自為判決。最高法院如能積極運作本款，加強自為判決之功能，應可部分減少撤銷發回判決之數量。惟據筆者觀察經撤銷發回多次之案件，判決不適用法則或適用不當之情形，最高法院不會在撤銷發回理由中單獨指摘，通常併存有其他影響事實認定之發回理由存在，導致無法自為判決。

同時值得注意者，多次發回之案件，其實被告對原審所認定之事實並無重大爭執，所不服者僅量刑問題而已，卻仍必須於上訴理由中牽強的指摘原審判決違法的部分。此種情形，最高法院雖如認為量刑過重，往往挑出一些輕微或枝節的審理未盡等違法做為發回原因，而造成訴訟遲延的原因之一。解決之道在於，如未影響事實之確定者，最高法院可依法自為判決，為適當的科刑。將來修法對於量刑的部分，以宣告死刑或無期徒刑之案件為限，應容許被告直接以量刑不當為由，提起第三審

上訴，並由第三審自為判決，避免醉翁之意不在酒的上訴及無謂的發回。

### 第三項 同一原因經多次發回

#### 第一款 觀察發現

依據該實證調查顯示，同一案件有以同一原因多次發回之情形，並且為數不少，似乎亦為造成同一案件經多次發回更審的要素之一。在該調查所蒐集之九十六件案件中，以同一原因（最高法院指摘之內容均相同）發回三次以上之案件，有三十五件之多（佔 36%）。該同一原因以未盡調查能事最多，計有 28 個，其次為理由不備之 9 個，不適用法則或適用不當之 7 個以及理由矛盾之 3 個。以下則為所占比例最高之未盡調查能事部分，其一再發回事項究竟為何，針對重要案件類型之簡單整理：

1. 毒品案件：對於被告等人運輸巨量毒品入台之目的，是否旨在販售圖利，抑僅係受託運輸，原審未詳加調查；毒品來源如何，是否被告基於販賣之意思購入；證人所供與被告不相符合，應予釐清；證人之證言何以有諸多瑕疵，可否採信。
2. 偽造文書：證人證言是否真實；是否為共同正犯未予認定。
3. 貪污：犯意聯絡之有無；犯罪構成要件之調查<sup>34</sup>；圖利金額的認定；被告之自白是否與事實相符。
4. 殺人：有無殺人與殺人方法之認定<sup>35</sup>；共同被告間有無共同殺人之犯意；槍枝來源<sup>36</sup>；被告等之對話錄音於審判期日未提示或予以閱覽<sup>37</sup>。

<sup>34</sup> 依據農地重劃條例第五條第三款及第二十三條第三項規定，重劃區內耕地出售時，毗鄰土地之「現耕」所有權人始有優先購買權，並非毗鄰土地之全部所有權人均有優先購買權；則何人為「現耕」所有權人，有無收受標售通知，與上訴人是否成立犯罪至有關係，本院歷次發回意旨均指出，應予查明，乃更審判決，仍依據土地登記簿謄本之記載，將毗鄰土地之各所有權人，逐一臚列，並未查明是否為「現耕」，致其違誤之情形仍然存在（90 台上 7899）。

<sup>35</sup> 例如：就被告主張有利之證據資料，未詳加調查斟酌，此與被告實施殺人方法之認定有關（91 台上 3978）。被害人死亡前是否有第三人介入與之發生性行為，攸關被告與被害人死亡有無關聯之判斷（91 台上 1316）。綜合三位法醫師之證詞、刑事警察局鑑驗書以及臺大醫院法醫諮詢回覆書，被害人究係遭他人摀住口鼻致死或意外死亡尚不明瞭，應予究明（89 台上 2705）。汽車如何落海？上訴人有無可能開門跳車？均涉及原審所認定之犯罪態樣有無可能辦到（90 台上 523）。

<sup>36</sup> 原判決認定其附表所示之槍械及子彈，均係被告於八十三年十一月間向鄭某所借得而單純持有，並於鄭某死亡後，藏放於上述小山坡上，而繼續非法持有等情，無非係採用被告在警訊及偵審中之供述，為唯一之論據。惟據卷查被告於警訊初供與共犯黃某於偵查中供陳，似乎該槍枝為顏某所有，若渠等所陳相互印證屬實，則被告供稱上開槍、彈係伊向已死亡之鄭某所借用一節是否可信？即非全無研求餘地。以上疑點與判斷上開槍、彈之真正來源，以及被告等未經許可持有槍、彈之起迄時間攸關，自有深入根究調查明白之必要。本院前二次發回意旨對此均

## 第二款 分析檢討

根據該觀察所得，在九十六個分析案例中以同一未盡調查能事之原因，前後發回達三次以上者，竟有三十五件之多，占百分之三十六。此類型的案件，往往在最高法院撤銷發回的判決書中，發現有近乎嚴厲或不耐煩的指摘；相對的，部分高等法院更審之結果，則認為最高法院過度介入事實問題而予以不客氣的批評，火藥味十足。實際情形究竟是如同最高法院所言，高院故意置之不理、事實認定素質有問題抑或敬業精神不夠等；還是正如高等法院指稱，最高法院過度介入事實問題，強人所難云云。究竟真相如何，有待平心靜氣的檢討原因所在及解決之道。

首先，在法理上必須釐清的是，最高法院指摘之發回理由有無拘束高院判斷的效力問題。第三審就發回更審所為之法律上判斷，固足以拘束原審法院<sup>38</sup>；第三審以認定事實錯誤為理由，撤銷第二審判決予以發回時，其發回判決之拘束力係指第二審依其所調查之證據，不得認定如第二審判決所認定之事實，從而不許第二審更審時再依相同證據資料，為與被撤銷之原判決相同之事實認定，但如證據資料有變動時，自無此限制。故第二審更審中，重新調查證據而發現與發回前不相同之認定事實資料時，即可不受第三審發回判決之拘束，而依新證據資料，重新認定事實。

受訪法官多數認為，最高法院發回理由，於法律見解的部分，對於高等法院有拘束力；撤銷發回理由中指示何種證據或事實未予調查而應調查之部分，最高法院慣以「疑問句」、間接的口吻暗示高等法院解套的方向（例如暗示如何適用法律或應認定如何之事實），對此，高等法院於審查時固得不接受此項引導，但仍必須針對發回的理由逐一具體回應。另外，因第三審法院得依職權調查是否為應調查而未予調查之程序上事實，其因此所做出的有無調查必要之事實上判斷，應承認其拘束力。

根據該實證調查，經最高法院一再發回之同一原因，主要仍是針對犯罪行為成立與否之構成要件的基本事實。同一原因究竟為何會一再重複被指摘？從最高法院指摘方式，或可窺出端倪。

---

已詳加指明，乃原審仍未詳查，判決內對此亦未加以論敘說明，致此項瑕疵依然存在，自屬無可維持（92 台上 5928）。

<sup>37</sup> 91 台上 6121 號判決。

<sup>38</sup> 最高法院七十七年度第十一次刑事庭會議決議壹、四參照。

第一種情形是，對於有無調查必要性之認知不同。最高法院對於相同原因的指摘從證據「未予詳加調查」變成「理由不備」<sup>39</sup>。這部分涉及到高等法院就同一爭點有無調查（例如鑑定）之必要說明不清，導致仍無法說服最高法院。而依據受訪的最高法院法官表示，這部分只要高院法官說理清楚，事實認定的部分會尊重高院法官的判斷<sup>40</sup>。因重要證據漏未調查致事實未明而有疑義時，第三審法院得否依職權調查事實，而逕為犯罪事實之認定？有肯否二說：肯定說認為，依本法應於審判期日調查之證據未予調查，依刑訴法第三九四條第一項既得調查事實，故第三審法院自得依職權調查事實以為判決之基礎。相對的，否定說認為，第三審法院只得就原審判決所採證據是否經合法調查、有無應調查之證據未予調查等依職權調查之，縱因該證據未予調查以致事實不明，第三審法院亦無從依職權加以調查而逕為事實之認定<sup>41</sup>。目前係以否定說為多數說。筆者認為，證據是否應調查而未予調查、有無經合法之調查程序等事項，第三審法院固得依職權調查，惟因目前第三審係採事後審查，而且以法律審查為其主要任務，是以，積極調查證據以釐清原實體事實真

<sup>39</sup> 例如，舉一則有無調查必要性在認知變遷上極為典型的案例。91 台上 3978 呈現的殺人犯罪事實中，最高法院第四次發回時指摘：「原判決認定姜坤源將陳福來以自用小客車載至阿里山公路五十七公里八百公尺處之正在修路危險路段，又將陳福來騙至駕駛座，姜坤源則站在車外將車發動，使陳福來人車跌落山谷死亡等情，於理由欄內，引姜坤源在警訊中供認：「我站在右側車外，以手發動引擎，將人車推入谷」之自白為其論據。然姜坤源於原審審理中，具狀主張國內之汽車，駕駛座均在左側，該跌落山谷之自用小客車係手排車而非自動排檔，案發地點係上坡路段，如於汽車熄火停車且迎坡面情形下，欲重新發動引擎使汽車向上坡路段前行，必須坐於駕駛座，雙腳分踩離合器與油門，雙手操方向盤及手排擋方能為之，伊身高僅一百六十分，自汽車右側車外欲啟動引擎，並使該車向前行駛跌落山谷，實不可能，復具狀表示該現場路旁之排水溝甚為窄淺，五十公分不到，不可能躲入該路旁之排水溝長達十小時之久，請求勘驗現場或委由專業人士鑑定。原審就姜坤源主張之上揭有利之證據資料，未予調查斟酌，更未於原判決內敘明其不足採納之理由...」云云，第五次發回時則指摘：「原審本次更審時，仍未依本院前次發回意旨，就姜坤源主張前揭有利之證據資料，詳加調查斟酌，於原判決理由欄二內，僅以姜坤源於檢察官偵查中所稱與陳福來爭著發動引擎，應係指其自己在車外與駕駛座之陳福來爭著發動引擎甚明，即謂姜坤源聲請勘驗現場或鑑定無其必要，對於姜坤源主張立於車外右側，依經驗法則不可能啟動引擎使該車前駛跌落山谷之證據資料，猶無隻字片語敘及不足採納之理由，仍有判決理由不備之違誤...」第六次發回時指摘：「惟查國內之汽車，駕駛座均在左側，啟動手排車輛之引擎，必須打開電門開關，究竟該車電門開關設在何處？在駕駛座有人之情況下，他人是否可從車外打開電門開關，於發動後衝落山谷前是否可及時脫身跳開，上訴人所辯是否合乎情理？原判決未就上開事項根究明白，則上開理由之說明，似仍不足以充分解釋上訴人當時何以與陳某爭相發動引擎，以及上訴人如何能在車外啟動引擎而使該車向前衝墜山谷。究竟實情如何？此與上訴人實施殺人方法之認定有關，自有深入根究明白，並於理由內詳加闡述說明之必要。本院前次發回意旨，對此已詳加指明。乃原判決對此項疑點仍未詳予剖析敘述明白，徒依上訴人在偵查中所陳：其與陳某爭著發動引擎，當時其很猶豫，突然一震掉下山谷等語，遽認上訴人係於陳某坐在駕駛座時，在車外發動引擎，而使該車往前衝墜山谷。其理由尚欠完備，自有可議...」（89 台上 7514、90 台上 5268、91 台上 3978）。

<sup>40</sup> 但有高院法官表示，最高法院有時發回理由意旨說明不清，高院當然搞不清楚指摘之真意所在。有時即使高院說的再清楚，它想要發回它還是會發回，想要有罪還是駁回確定，例如最高法院認定「告訴人片面指述，且指述有瑕疵」，就這樣的指摘而已，但之後多找兩個告訴人，就可以認定一個人有罪，被最高法院確定。

<sup>41</sup> 陳樸生，前揭書，頁 532。

偽不明的部份，原非屬第三審主動依職權介入的範圍，基本上以否定見解為妥。不過，基於無罪推定之法理，最高法院依憑原審所調查之證據，從經驗法則及論理法則，不足確信被告犯罪者，得逕為無罪之終審判決，是將來在思考上可以解套的辦法。

第二種情形是，對於調查可能性的認知不同。最高法院就同一犯罪事實疑點，會一再發回要求調查某些證據（例如主觀犯意的認定、共犯間有無犯意聯絡、殺人行兇過程牽涉到被告究竟有無殺人之時）。這部分就會回到上述第三七九條第十款「調查不能」的問題，此時如果上訴人於上訴理由中並未爭執，最高法院法官卻仍以「實情若何？」等等，一再發回要求高院詳查細節，問題癥結則在於最高法院過度介入事實認定，而忽略事實審法院就待證事實是否存有調查不能之狀況。當然，如確有調查不能的情形，高院法官自應於理由中說明清楚，並嚴守證據裁判原則，對此，最高法院自應尊重高等法院的判斷。

#### 第四項 判決結果發生逆轉或搖擺之情形

##### 第一款 觀察發現

依據該實證調查統計，九十六件經撤銷發回六次以上之判決中，共有五十件案件曾出現判決結果改變之現象，其中包含貪污案件 13 件、毒品案件 8 件、偽造文書 8 件、殺人案件 6 件、過失致死 4 件、違反銀行法 3 件、竊盜 2 件，至於背信、侵占、妨害風化與違反選罷法案件則各有 1 件。如分別以各類型案件數量為分母，計算各該類型發生判決結果改變現象之比例，則偽造文書案件之比例大於毒品案件，其次為貪污案件及殺人案件<sup>42</sup>。以下為幾則典型的案例類型：

##### 1. 毒品案件：九十一年度台上第六五二五號判決

問題癥結在於共犯之間本身陳述不一，且補強證據薄弱，共同被告於審判中否認有販賣意圖。高等法院更四審認定共同被告自白之間陳述不一致，該自白與真實不符，無法作為證明被告共同連續販賣毒品之依據，惟最高法院認高等法院對於共同被告自白證明力之推論違背論理法則及經驗法則，以此為由，撤銷發回高等法院。之後，高等法院

---

<sup>42</sup> 偽造文書案件十二件中有八件，比例約為 66%；毒品案件十四件中有八件，比例約為 57%；貪污案件二十六件中有十三件，比例為 50%；殺人案件十五件中有七件，比例約為 47%。

認定該共同被告之自白得為有罪判決之依據，至更六審均維持被告有罪之判決。

2. 貪污之圖利罪：九十二年度台上第一一七一號判決

民眾與公務員共同對主管事務圖利罪，該民眾之部分至更八審才改判無罪，主要因為該兩人之私人交誼如何、有無與公務員共同圖利之動機、犯意聯絡等無法證明，改判無罪。

公務員圖利部分，以八十七年度台上第二〇〇六號判決所示案件為例，高等法院採信被告未主持鄉公所工程開標之職務，另五千元賄款的補強證據不足（不利被告之證據已相當明確，僅因被告翻供或證人之陳述之改變，而為與先前不同之認定）。最高法院則認為，依證據顯示，被告主持工程招標會議之事實，應屬可信；另外證人之陳述，應具相當之真實性，可作為被告有收受賄款之補強證據。本案爭點在於證據取捨的問題。有無賄款之交付、補強證據是否可信，均有疑義，就有無違反職務行為之事實認定亦有困難。

3. 殺人案件：九十一年度台上一三一六號判決

本案高等法院原判決被告有罪，經最高法院發回，後改判被告無罪，最高法院仍為發回。本案主要爭執之點在於：法醫之鑑定報告無法確定被害人是否他殺；被害人體內有第三人之精液反應，可疑有第三人介入；被告始終未有自白；被告在偵查中與更審中，對於犯罪過程的供述不一致，最高法院認被告有保留隱匿或故意誘導犯罪偵查之方向之嫌，有待釐清。最後經台南高分院九十一年度上重更（八）第一七〇號判決被告無罪，檢察官雖提起上訴，亦經最高法院以九十二年度台上字第四一四八號判決上訴駁回，被告獲無罪確定，共遭羈押二千三百三十六日。

4. 偽造文書：九十三年度台上一九二一號判決

更二審判決被告等人（上訴人）意圖供行使之用，而偽造有價證券之罪名，被告不服上訴。最高法院認為，告訴人與被告已達成和解，對被告有利，法院為何不採；被告有無犯罪動機之說明，與卷證資料不符。更三審改判無罪，檢察官不服上訴，最高法院以有無犯罪之故意，應詳加調查而發回。更四審改判有罪，被告不服上訴，最高法院指摘授權是否屬實，應詳查之。更五審維持被告有罪判決，最高法院以對於被告有利之證據，為何不採，究竟有無授權而發回。其後更六、七、八及九審，均維持被告偽造有價證券之判決。

## 第二款 分析檢討

觀察前述案例，導致判決結果改變的主要因素，似為證據價值判斷的問題。最高法院挑剔高等法院證據取捨心證形成的過程，以之為發回理由，高院法官如不能找到新證據或補強說明證據取捨的理由，為了避免案件再度發回，自然會揣摩上意將案件改判，在這樣的情形下，不排除最高法院對於判決結果已有一定的想法存在。

再來就是法官間不同的生活經驗和法律見解，會導致同案異判的結果，尤其是在證據呈現五五波的情形。這個部分除了應加強檢察官實質的舉證責任外，事實審法院無罪推定觀念的落實也很重要。

同一案件判決結果發生搖擺的情形亦頗為常見。高院法官表示，同一案件判有罪被發回、判無罪也被發回的情形屢見不鮮，令人無所適從。最高法院法官則說明，最高法院審查的是從證據呈現到犯罪事實認定之間的推論過程，至於最終事實認定之判決結果，並非最高法院所能干預。根據筆者之觀察，經第三審法院撤銷發回後再經上訴之案件，常因法官之更易，在相同爭點的判斷上產生分歧的結果，而造成內容不一致的多次發回，對此，最高法院表示已有更二審以後由同一法官承辦的內規存在，應有助於問題的紓解。惟本文以為，根本的解決之道在於，應參考日本實務見解，承認第三審之撤銷判決效力，亦拘束其後之第三審<sup>43</sup>，否則，其後之第三審判決若不受原發回裁判之拘束，而得自由為不同之判斷，下級審法院之更審判決將有極大可能再度被撤銷發回，整個更審程序不過徒勞；同時基於第三審為法律審，為收統一法律見解之效果，亦有承認之必要。

產生疑問的是，依現行法，第三審法院得否「依訴訟卷宗及事實審調查證據之結果」自為判決，諭知「無罪」（不能證明犯罪或行為不罰）？若可，則產生是否與第三百九十四條、第三百九十八條第一款牴觸之疑義。將來在第三審改採嚴格法律審之下，原審如有影響判決結果之重大事實誤認情形，立法應例外賦予終審法院有撤銷而自為判決的職權，以符合正義之要求。

---

<sup>43</sup> 日本最高裁判所昭和四三、一〇、二五判決（八海事件第三次上告判決），刑集二二、一一、九六一。

### 第三節 小結－實務運作綜合觀察

多次發回更審的案件，正是刑事訴訟未能迅速彰顯公平正義的致命傷所在。透過這些串連二、三審的更審案件，除了能掌握第二審法院審理上之問題，同時並可觀察第三審法院有無以合於現行刑事訴訟法之規定進行審判，進而具體呈現出現行上訴制度運作的問題癥結，對於日後尋求建構適合國情之上訴制度，應有助益。

#### 一、發回原因之整體觀察

（一）最常被最高法院運用為發回理由者，當屬刑訴法第三七九條第十款。本款所謂「應調查而未予調查」，主要包括審判範圍內之事實漏未調查、調查必要性以及調查可能性三個部分。關於調查必要性，其中固有少數案件，最高法院所指摘之未調查或釐清的事實，與系爭案件構成犯罪要件之事實關聯甚低，屬於枝節或不影響判決結果的事項，惟絕大多數發回原因之指摘事項，均屬與發回案件該當構成要件之基本事實有關之事項，例如主觀犯意的有無、如有共犯，則彼此有無犯意聯絡關係、以及犯罪行為的時間、地點、態樣或次數、客體之數量或數額等，原審判決未予詳查或審究。可見就此部分而言，如果一味批評最高法院關於調查必要性之指摘過於吹毛求疵，流於以偏概全。反之，有無調查可能性的認知不同，則是造成多次發回的重要因素。第三七九條第十款運作不良的主要關鍵，在於調查不能的判斷上。有無調查之可能，屬事實問題，高等法院事實審理之結果，對已盡調查能事，卻已無調查可能者，自應善盡說明義務，若對此高院已說明清楚，最高法院自應尊重高院的認定；相對的，高院之事實審理如真有調查可能，而竟未予調查，此種判決違法，自應予以譴責。同時，如果當事人就這些調查不能的事實並未爭執，最高法院也不應以積極的以職權介入審查。

再者，關於多次發回更審案件之發回原因集中在應調查證據未予調查，而且癥結存在於證據有無調查可能的問題，正如歷來多數的評論，應可溯源歸咎於偵查蒐證粗糙及起訴的不精緻。就此部分而言，上訴審制度的改革，充其量僅屬下游的工程而已，如果無法有效提昇偵查品質、慎重篩選起訴案件，強化刑事程序的上游工程，上訴制度的改革將只不過是空中樓閣而已。

（二）刑訴法第三七九條第十四款判決不備理由或理由矛盾的部分，亦屬多次發回原因的大宗。其原因固多起因於案件重大複雜，且原

審判決書的製作未力求精確所致，泰半可歸咎於裁判品質的不彰。在判決不備理由的部分，因所謂的「未盡調查能事」與「理由不備」之間有一定的因果關係存在（未盡調查能事在先，故導致理由不備之果），既然第二審法院「未盡調查能事」頻於被指摘，同時構成「理由不備」導致十四款運用比率亦居高不下，也是可以想像的。在「理由矛盾」部分，最值得注意的問題特徵是，二審法院於判決書中往往大幅的引述警訊或偵查筆錄的內容，如筆錄內容前後不一或矛盾，而高等法院未慎審取捨，自容易被最高法院挑出作為理由矛盾之發回原因。而此種偏重偵查筆錄，重書面審查的實務運作，同時造成法院心證的形成及取捨難以說明清楚的窘境。本文認為高院採證上應以法庭上經具結之證人的證言或直接訊問被告之陳述為主；證言或陳述不一，必須以偵查筆錄為證者，應審酌其是否合於傳聞法則之例外，如審判外之證言相對較可信者，應說明其取捨之理由。

（三）有大部分多次發回之案件，其實被告對原審所認定之事實並無重大爭執，所不服者僅量刑問題而已，惟仍必須牽強的指摘原審判決違法的部分，最高法院如亦認為量刑過重，往往亦會以審理未盡的違法做為發回原因的指摘。此種情形屬量刑問題，卻牽累至犯罪事實，成為造成訴訟遲延的原因之一。解決之道，如未影響事實之確定者，最高法院可依法自為判決，為適當的科刑。

（四）同一原因經多次發回的情形亦屢見不鮮，而這些經最高法院一再指摘之同一原因，主要仍是針對犯罪行為成立與否之構成要件的基本事實。這部分又可回歸到前述對於調查必要性與調查可能性認知不同的問題。我們誠難想像二審法官會對於發回理由完全置之不理，或謂對於第三審法官在判決書中積極引導二審法官發現真實的指揮式用語，第二審法官並不受拘束，但如確無調查必要或有調查不能之情形，在三審法官表示對此存有疑慮之後，仍應於判決理由中詳為說明，以達無合理懷疑的境界。

## 二、第三審運作未盡之處

### （一）重罪發回的現象

依筆者觀察，最高法院對於重罪案件（尤其經宣告死刑、無期徒刑案件），有原則上發回的傾向。最高法院法官亦普遍表示，基於終審的壓力以及人情之常，重罪案件在審查把關上，的確比較嚴格，心證上會要求達到確信的程度，「案關重典，自應不厭其詳，有加以調查究明之

必要」。誠然，對於重大案件要求第一次上訴三審即告確定，或屬過苛；但對於部分更審經年難以定讞之死刑案件，被告及其家屬長期陷於求生不得求死不能之煎熬，被害人之正義亦遲遲無法獲得伸張，整個司法體系招致「朗朗乾坤，青天何在」之批評誠屬理所當然。除了無罪推定的觀點應予落實外，應予反思者，既然生命刑的操作如此令人為難，到底犯下何等暴行之人讓國家必須「除之而後快」？蓄意殺人是殘酷的暴行，那麼國家殺人又該如何評價？死刑之存廢確實值得檢討。當然，我們不是因死刑案件屢屢發回難以確定，而考慮廢除死刑，而是在死刑本身上思考，去省思在靜穆的司法理性裡，可否以刑罰剝奪人的性命<sup>44</sup>。

## （二）判決書的撰寫

整體而言，撤銷發回之判決理由的記載形式具有下列特徵：先敘述起訴事實，接著記載原審認定結果云云……「固非無見，惟查」（此類型屬檢察官上訴者）；或者是原審認定之犯罪事實云云……「固非無見，惟查」（此類型屬被告上訴者），不論何種情形，在「惟查」後的理由敘述，基本上並無區分上訴人指摘或依職權調查事項，而是混合在一起，一併指摘。依刑訴法第三九三條之規定，第三審法院之調查以上訴理由所指摘之事項為原則，例外的始依職權調查證據。此項事後審查審的性格，自應反映於撤銷發回之判決書中。

判決書寫的第二點特徵是，最高法院往往指摘仍有何種事實未予釐清或審究，指摘方式有欠具體。例如僅抽象而概括的指出「實情若何」？而未就原審何項證據未予調查，為何判決違背法令做具體的指摘，此種情形，自屬有待改善。最高法院宜先確認是否為爭點之待證事實，若是，就有必要調查之事實是否未予調查，調查之後，於心證之取捨有無違反經驗法則或論理法則、有無說明理由、原審是否將待證事實作為敘明對象，指明具體原因，而非抽象的結果釋示而已。亦即，第三審上訴理由既以判決違背法令為限，則依事後審查審的性格，第三審法院如認上訴有理由，則應具體指摘原審判決的何項訴訟程序或判決違背何項法令，對下級審法院有明示及統一解釋法令之效果，而非僅籠統的表示何項事實未予審究研求。

## （三）審查的態度

---

<sup>44</sup> 袁從楨，刑事法學研討會－最高法院撤銷發回更審實務運作之檢討－，書面報告，東海大學法律學系主辦，2004年6月25日。

首先，依據筆者觀察，同一案件經多次發回，每次發回數量不只一個，發回理由也不盡相同，顯然最高法院有未一次指摘完畢的問題。以最高法院的工作量為衡，事實上或難盡免，惟依刑訴法第三九三條之規定，第三審法院之調查，原則上以上訴理由所指摘之事項為限，例外始得依職權調查證據，而依職權調查之事項又以重要法律原則是否遵守、訴訟條件是否具備以及法律適用當否之明顯重大事項為主，故除非高等法院於發回更審中有新的違法，否則法理上最高法院如果有未一次指摘完畢之情形，就事後審查而言，實難辭其咎。

其次，觀察撤銷發回之比例與發回理由，不難發現，最高法院積極的擔任起實體真實發現領航者的角色。依修法前刑訴法第一六一條及第一六三條之規定，事實審法院一肩扛起釐清犯罪事實之責任，如未充分滿足依職權調查證據之義務，依刑訴法第三七九第十款之規定，判決當然違背法令。同法第三九三條但書、第三九四條第一項又規定，第三七九條之事項第三審法院得依職權調查並得調查事實，不以當事人於上訴理由中有所指摘為限，更無異給予第三審法院積極運作的空間。如同前述觀察特徵，最高法院在判決書中，往往指摘仍有何種事實未予釐清或審究，或者以疑問句之方式提示是否仍有何種證據未予調查？是否有何等事實認定的可能性存在？在冥冥中指引著真實發現的道路。縱然我國第三審並非嚴格法律審，審查範圍及於原審法院違背法令有無造成認定事實錯誤之情形<sup>45</sup>，但最高法院在態度上仍應秉持者「事後審查」的觀點，將審查重心置於，就卷內呈現出來的證據，是否足以支持事實審法院認定的真實，而非一再於判決書中積極要求事實審法院完全釐清真實，甚至指引辦案方向。附帶說明者，雖然受訪之最高法院法官均表示，判決中導引式用語，只是提供高等法院思考上可能的解套方向，最終事實確定當然取決於事實審法院，但筆者以為，縱然這些暗示對高等法院並無法律上的拘束力，但高院法官為了避免再度發回，難免揣摩上意予以呼應，實質上無異已介入了事實審認定事實之權限。

第三，為了減少第三審上訴之浮濫，加重第三審實體審理的負荷，最高法院成立刑事審查庭制度，凡上訴理由狀經審查認非具體指摘原判決違背法令之規定者，概以其上訴違背法律上之程式，從程序上駁回其上訴。實施多年以來，經審查庭終結駁回上訴而確定，占該年度所有終結上訴案件，約百分之二十五至百分之三十三<sup>46</sup>，比例相當的高。有律師表示，以上訴不合法律程式駁回上訴，等於是說律師的狀紙不及格，最

<sup>45</sup> 此部分請參見第四章第二節之說明。

<sup>46</sup> 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，頁 341-342。

高法院在操作上是「為駁回而駁回」<sup>47</sup>。是否「為駁回而駁回」，筆者對此無實證研究，不便懸揣。不過，在立法上擴大限制不得上訴第三審之案件、最高法院積極以上訴不合法程序將案件駁回，以求紓解訟源之同時，相對的，對於同一案件，最高法院卻一再的發回，發回理由也有不一次指摘清楚的情形，態度上顯有矛盾<sup>48</sup>。

### 三、第二審運作未盡之處

#### (一) 證據裁判原則未予落實

二審判決最令三審詬病之處，在於不反省己身所掌握證據的貧弱，一味擴張僅有的證據，而為被告有罪的認定。例如毒品案件，二審認定有五次販賣毒品的事實，但其中有二次證據不足，此時僅能認定三次，擴張到五次自屬理由不備或調查未盡。此外，在某些更審經年之案件，由於起訴之初證據掌握即有不足，加上證據散失亡佚，縱然法院例外依職權介入也確有調查不能之情形下，我們不得不承認，時間拖的越久對被告的確越為有利，二審法院即應基於無罪推定原則而為被告無罪之判決。

#### (二) 撤銷發回後更審判決書的製作

在撤銷發回後更審判決書的製作上，筆者觀察，二審法官一般均不會再從頭製作一份新的判決書，而是以更審前之判決為藍本，針對最高法院發回的部分加以補強說明。在最高法院存有未一次指摘完畢的現象下，同一個案件便因此有極大可能再度以不同理由被發回。撤銷發回理由固然應予重視，但案經發回，即已回復第二審判決前之程序，關於當事人聲請調查以及法院依職權所應調查之一切證據，均仍應予調查，不得僅以第三審發回之點為限<sup>49</sup>。

二審法官常針對判決結果，認為同一個案件判無罪也被發回，判有罪也被發回，而對最高法院多所批評。如此批評並不妥當，首先，認定事實畢竟屬於事實審法官之職責，最高法院法官所能審查者僅是由證據推論到結果的過程有無違背法令的情形；其次，二審更審時更不應結果

<sup>47</sup> 汪紹銘，刑事法學研討會－最高法院撤銷發回更審實務運作之檢討－，書面報告，東海大學法律學系主辦，民國 93 年 6 月 25 日。

<sup>48</sup> 汪紹銘，前揭研討會書面報告。

<sup>49</sup> 林山田，刑事程序法，五南圖書出版，2004 年 9 月，頁 728；褚劍鴻，刑事訴訟法論（下），台灣商務印書，1998 年 9 月，頁 723；最高法院 24 年上字 1904 號、28 年上字 3278 號、29 上字 394 號判例參照。

論的透過發回更審理由，揣摩上意到底是認為有罪還是無罪，再來找理由加以支持，而應確實透過證據調查形成心証。證據如有調查不易、不能之情事，須於理由中詳盡說明，而不是片面指控最高法院一再發回要求調查不能之證據。

#### 四、三審法官與二審法官的無奈

除了前開二、三審間對於發回原因之發交指示與更審處理未盡明確妥善外，就這些纏訟經年多次更審，已由幾十位法官經手過的案件，如果病灶所在僅是一句裁判品質不彰所能囊括，顯然並未貼近問題的核心。真正令人對刑事司法感到灰心之處在於，案發多年之後，法院卻還在為發現事實真相傷透腦筋，訴訟長期在審級間徘徊，一審再審十數載！三審法官對此表示無力，只要是認定事實不明確，便無法依法自為判決，就算十次也只能發回；對於事實認定的介入，更是寬鬆法律審賦予的職權，第三七九條第十款既然存在，便不可能不予審查適用。相對的，二審法官亦是哀鴻遍野，一方面因為案件量與完全覆審的沉重負擔本就易於影響裁判品質，重點在於，與案發時點漸行漸遠的二審，早已因證據變造湮滅、被告人證一再翻異口供，反使真實發現陷入五里霧中，剪不斷、理還亂，對於三審法院指摘的事實不明，根本無力解決。而案件在二、三審壓力鍋中循環時，一審法官、檢察官甚至最初偵查機關的責任又在哪裡？

當法官們認事用法都在依法審判的前提下，當積案的造成無法完全歸咎於人為的疏失時，當認真的法官與不認真的法官同樣慘遭案件一再發回的命運之後，當被告與辯護人試圖透過上訴制度稽延訴訟以求射倖性的獲得有利判決的心態產生之際，可以確實得到的真正問題癥結點在於，現行一、二審為事實審兼法律審，第三審為寬容法律審的制度，無法提供一個合理的上訴救濟管道，實有進一步檢討改革之必要。