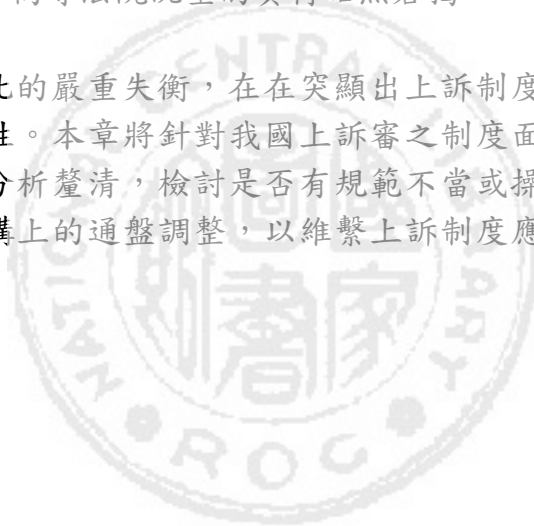


第四章 我國刑事上訴制度面之檢討

從上一章實務運作檢討中，目前上訴制度弊端之所在，最明顯的現象即是造成案件多次的重複審理，宛如「溫室效應」一般，在二審與三審間徘徊流動，遲遲無法定讞，不但無法擔保真實的發現、浪費司法資源，甚而招致民怨，對司法威信大打折扣，二審與三審法官間亦有不必要的誤解存在。

如初步的就我國上訴制度的設計來看，問題的重點在於，第二審上訴之提出不需附具上訴理由，對事實進行全面重覆的審理，並以自為判決為原則。如此不但造成當事人濫行上訴、輕一審重二審之心態，也形成第一審程序耗費訴訟資源卻做白工之現象。依傳統大陸法系之觀點，唯有藉由不斷的評斷與認定，方能達到發現真實的功能，但是因此而導致的濫行上訴，不但延滯訴訟，更容易造成證據的偽造、變造或滅失，反不利實體正義的追求。又上訴三審之案件，因最高法院不再調查事實，只要發覺認定事實有問題，勢必發回更審。二審法院一則前門洞開，必須接收大量由一審湧入之案件，再則最高法院發回更審的比例又大，加之全面覆審，一審已進行過之證據調查程序二審須再重新為之，高等法院沉重的負荷昭然若揭。

審級制度功能如此的嚴重失衡，在在突顯出上訴制度面臨結構性檢討的必要性與急迫性。本章將針對我國上訴審之制度面，對於幾個重要的相關規定予以分析釐清，檢討是否有規範不當或操作不當的問題，甚或必須面臨結構上的通盤調整，以維繫上訴制度應有的目的與功能。



第一節 第二審採取覆審制之得失

我國現行第二審採覆審制，與第一審擁有相同之權限，對於已經上訴之部分，無論是否敘述上訴理由，均應對案件進行完全重複之審理，如認為上訴有理由或上訴雖無理由而原判決違法或不當者，應將原判決撤銷而自為判決（刑訴法第三六九條第一項前段）。

採用覆審制之用意，無非是希望藉由對第一審認定事實之全面重覆審理，以降低法院誤判之機會，其利在於詳慎。惟其弊在於重覆繁累，尤其，易使當事人輕視第一審重視第二審，造成浮濫上訴之情形¹。茲就採行覆審制所呈現之缺點分述如下：

- 一、採取覆審之主要考量或在於真實的認定事實，惟第二審審理時距案發時間久遠，不僅證據因新鮮度降低而失真，甚者或予當事人偽造、變造證據或勾串證人之機會，再一次之事實審理，實際上未必有助於真實之發現。
- 二、其無上訴理由之限制，於第二審審理時，更可任意請求調查新事實、新證據，第二審並以自為判決為原則，易造成當事人輕視第一審判決而助長濫訴。
- 三、第一審調查過之證據資料，第二審仍應全面進行調查，其程序重複之嚴重，未必有助於真實發現，卻徒然稽延訴訟增加訟累，浪費第一審司法資源，有悖於訴訟經濟之要求。

除了上開覆審制所擁有的先天上缺點外，依我國現制，第二審法院認為上訴有理由，而將原審判決經上訴部份撤銷者，除第一審判決有管轄錯誤、免訴或不受理係不當之情形外，依第三六九條第一項前段之規定，應就該案件自為判決，是經第一審為實體判決者，一經上訴，無再發回或發交第一審之餘地；其經第二審判決而上訴者，除第三九八條各款所列情形，應由第三審予以撤銷，就該案件自為判決外，均應發回或發交第二審，我國刑事訴訟制度以第二審為中心，極為明顯²。

德國就重罪案件及通常案件（輕微至中等案件）分別設有不同之第一審及上訴程序，處理通常案件之第一審法院雖然亦有相當程度的案件負擔而不能如對重罪案件般對每一件案件皆為謹慎審理，但由於案件性質的關係，尚不致引起重大爭議，因而其第二審仍為覆審。反之，我國刑事訴訟法第四條規定高等法院為第一審管轄的案件，範圍過於狹小，

¹ 張麗卿，刑事訴訟第二審事實審之構造，月旦法學雜誌第 61 期，2000 年 6 月，頁 18。

² 陳樸生，刑事訴訟法實務，1999 年 6 月，頁 495。

因而仍有許多重大案件仍是兩次事實審。誠如前述覆審容易導致輕忽第一審之事實調查功能，增加重大案件於第一審審理草率的可能性，從而連帶造成第二審事實審理上的困難，覆審制在我國所發揮的事實審理或糾正第一審錯誤的功能恐怕並不如德國³。

我國第二審採取覆審制並以第二審為中心之運作結果，第二審必須就合法上訴之部分重新調查對被告有利或不利之證據，而為事實審理，不得僅就第一審未經調查部分判決，亦不得以證據在第一審並未提出而不予調查；另外，對於當事人聲請調查及法院應依職權調查之一切證據，均應予調查，不得僅以第三審撤銷發回之點為限，所以第二審被戲稱為「大肚子」。上述情形經常導致第一審審判流於書面審查、自由心證浮濫以及當事人訴訟權益未受充分保障，所以當事人不服第一審上訴比例甚高，而第二審在採行覆審之結構下，亦存在著與第一審通常審判程序相同之問題，且調查證據及認定事實因時日的經過更形困難，當事人不服又請求上訴，最高法院亦無法倖免於案件負擔的夢魘⁴。另從第二審因調查未盡而遭發回更審之比例居冠、案件長期徘徊在二、三審間遲遲無法定讞的現象觀察，不僅最高法院認為第二審認定事實之功能不彰，根本的原因在於，經過長時間的洗禮，二審法官對於犯罪事實的釐清早已無力回天，第二審覆審之結果，非但無助於其澄清真實目的的達成，對於人權保障及真實發現更有不利之影響。

第二節 第三審調查證據及認定事實之界限

第一項 我國第三審上訴理由

我國現行第三審上訴採「限制上訴制」，非以判決違背法令為理由，不得為之（刑訴法第三七七條），因此一般簡稱我國第三審為「法律審」。所稱違背法令，係指不適用法則或適用法則不當而言（第三七八條）；本法又於第三七九條列舉十四款判決當然違背法令之事由、於第三八〇條規定訴訟程序違背法令之情形，均得為第三審上訴之理由。除了判決違背法令外，原審判決後刑罰有廢止、變更或免除之情形，雖與原審裁判時之合法性無關，本不得指摘原判決違法而為第三審上訴理由，惟該判決並未確定且影響被告權益至鉅，故本法第三八一條特別規

³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，1991年6月，頁291。

⁴張麗卿，前揭文，頁18-19。

定得以之為上訴第三審理由，此為非以原判決違背法令為由不得上訴第三審之例外。

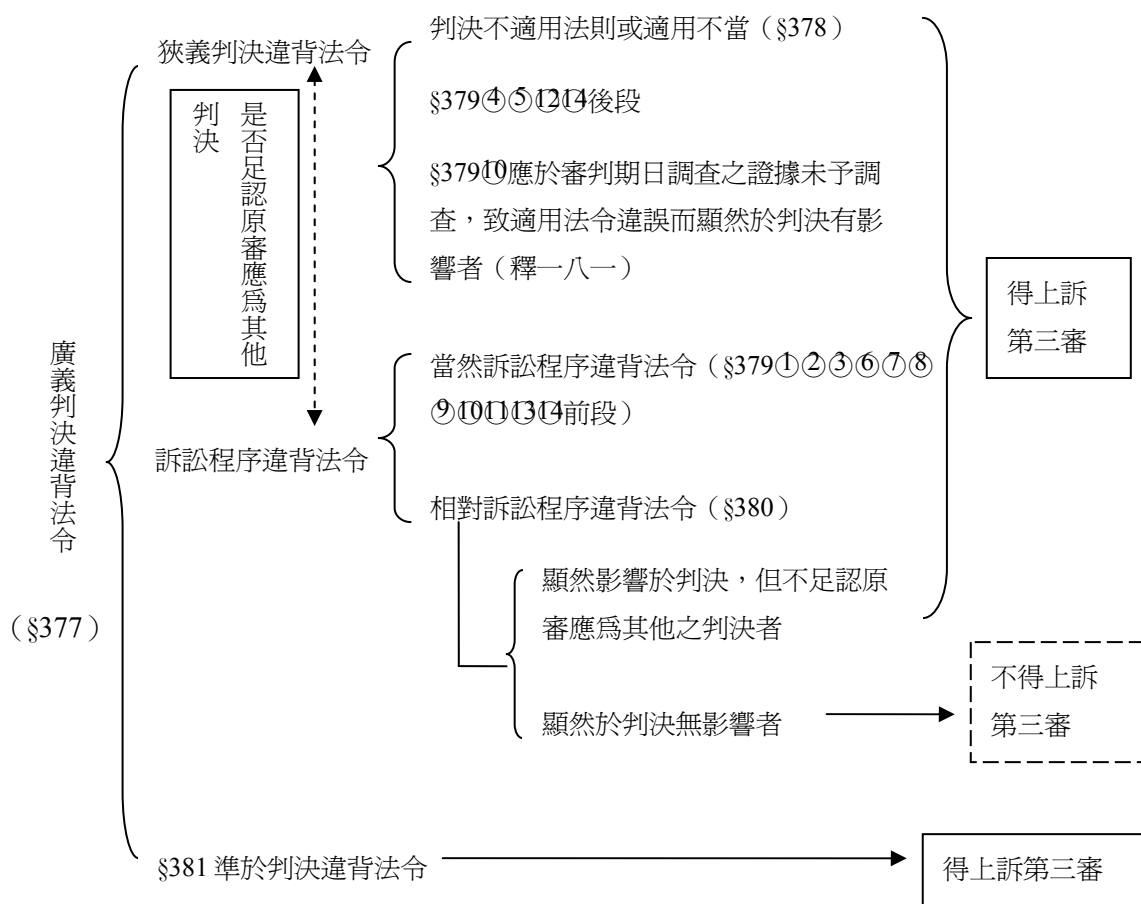
第一款 判決違背法令

傳統見解認為，第三七七條至第三七九條所謂判決違背法令，指廣義判決違背法令。原判決之違背法令（廣義），因其影響內容不同，得大別為狹義判決違背法令與訴訟程序違背法令二種。其違背法令足以直接影響判決之結果者，曰狹義判決違背法令；原審之訴訟程序雖違背法令，但尚不足認為應為其他判決者，曰訴訟程序違背法令。廣義之判決違背法令，包含訴訟程序違背法令在內；狹義之判決違背法令，則指除訴訟程序違背法令外之判決違背法令而言。

狹義之判決違背法令，乃指不適用判決主文所由生之法則或適用不當。而所稱法則，包括實體法則與程序法則，違背證據法則一般納入後者。稱訴訟程序違背法令，係指原審踐行之訴訟程序違背法律上之規定，但不足以認為應為其他判決之情形而言，例如刑訴法第三七九條第一、二、三、六、七、八、九、十、十一、十三款以及十四款前段判決不載理由屬之。至同條第四、五、十二款以及第十四款後段之判決所載理由矛盾致適用法令有違誤者，實務上則認為係屬（狹義）判決違背法令⁵。另依司法院大法官會議解釋第一八一號，同條第十款應於審判期日調查之證據未予調查，致適用法令違誤而顯然於判決有影響者，亦歸屬（狹義）判決違背法令之範圍。此外，第三七九條所未列舉之一般訴訟程序違背法令情形，則必須以非顯然於判決無影響者為限，始得提起第三審上訴（第三八〇條），一般稱此為「相對訴訟程序違背法令」，以與前述「當然訴訟程序違背法令」相區別。「當然訴訟程序違背法令」因違背訴訟制度上之基本原則，本質上即已於判決之合法性有重要影響，故特別規定不必再以「顯然於判決有影響」為條件，排除第三八〇條之限制；「相對訴訟程序違背法令」因泛指違背一般訴訟程序訓示繁瑣之規定，故必擇其中顯然於判決有影響者，始准據為提起第三審上訴，至於對判決有無影響，應視個案情節，就其訴訟程序之違背，與認事用法採證之合法性之間，有無具體之因果關係而定⁶。茲將上述傳統實務見解繪製圖表如下：

⁵ 參最高法院二十九年二月二十二日民刑庭總會決議（經最高法院九十一年第七次刑庭決議宣告部分不再援用）、最高法院六十四年七月十五日民刑庭總會決議、41年台非字第47號判例（經最高法院九十一年第七次刑庭決議宣告部分不再援用）、86年台非字第148號判例。

⁶ 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78。



圖表一：我國第三審上訴之限制—判決違背法令

傳統見解對於判決違背法定的認定有幾點疑義值得檢討：

- 廣義判決違背法令包括狹義之判決違背法令與訴訟程序違背法令，但其「是否足認原審應為其他判決」之區別標準相當模糊。更甚者，並不直接影響判決之訴訟程序違背法令，又區分為「是否顯然於判決無影響」兩種情形，有疊床架屋之虞。有學者即指出，單就區別標準而言，直接以違背法令情形是否影響判決為斷即可，只要因其違背法令而致判決結果有所不同者，或者無法排除此種可能性者，即得作為上訴第三審之理由，根本毋庸區分其屬判決違背法令或訴訟程序違背法令⁷。本文認為此等見解值得參考，蓋區分判決違背法令或訴訟程序違背法令，依我國現行法之規定，只有在非常上訴才有實益（刑訴法第四四七條第一項參照）；即便依現行通說之見解，將判決違背法令的情形作如此複雜之區分，操作到最後，也是以是否可能影響於判

⁷ 林鈺雄，刑事訴訟法（下冊），2000年12月，頁788。

決作為標準，其主要欲過濾掉的，從前開圖表得知，不過就是顯然於判決無影響的訴訟程序違背法令的這個部分。

二、從第三八〇條之文義解釋，顯然將第三七九條各款排除在第三八〇條適用之外，亦即，只要符合第三七九條十四款當然違背法令之事由，不須再透過第三八〇條標準之檢驗，即得上訴第三審；另從立法目的以觀，第三七九條所列各款，除少部分為狹義判決違背法令之情形外，其餘均屬重大瑕疵之訴訟程序違背法令，為避免因個案法官相異之判斷標準致生爭議，同時為使這些特別重大之程序違反均能透過上訴第三審救濟，以維護法治國家之基礎⁸，故將其列為絕對上訴第三審事由，直接擬制該違背法令之情形與判決結果間有因果關係，毋庸再依第三八〇條進行個案審查。惟依最高法院二十九年二月二十二日民刑庭總會決議：「訴訟程序違法，不影響於判決者，不得提起非常上訴」，並未排除第三七九條各款之訴訟程序違法；七十八年台非字第九〇號判例「縱其訴訟程序違背法令（指第三七九條第十款），如應受同法第三八〇條之限制者，仍不得據為非常上訴之理由」；八十年台上字第四四〇二號判例「此種訴訟程序之違法（指第三七九條第十款），顯然於判決無影響，依同法第三八〇條之規定，並不得執為第三審上訴之理由」等實務見解，將第三七九條第十款之違背訴訟程序，詮釋為應受同法第三八〇條之限制，抑且進而擴大認定第三七九條各款均同有第三八〇條之適用⁹，無異使此二條文適用上之互動關係，陷於渾沌不明¹⁰。同時，既已明文擬制第三七九條違背法令之情形與判決結果間有因果關係，於第三審上訴，實無必要再將第三七九條十四款事由割裂為狹義判決違背法令與訴訟程序違背法令，總之都是得上訴第三審。

三、實務上將第三七九條各款當然違背法令之事由，一再透過第三八〇條予以限縮解釋，毋寧是為了減輕最高法院負擔之考量，上訴人如未於理由狀內具體敘明違背法令之結果如何顯然於判決有影響，即可依同法第三九五條從程序上駁回之。第三七九條各款是否均宜列入判決當然違背法令事由，固非無檢討餘地，惟仍不可將第三七九條錯誤涵攝，漠視其「判決當然違背法令」之明文，一再造成法律解釋與體系上的混淆。

⁸ Claus Roxin 著、吳麗琪譯，德國刑事訴訟法，三民書局，民國 87 年，頁 593-594。

⁹ 28 年上字第 2303 號判例、30 年上字第 457 號判例、55 年台上字第 1915 號判例、70 年台上字第 3933 號判例、71 年台上字第 1401 號判例、71 年台上字第 4936 號判例、72 年台上字第 4542 號判例、72 年台上字第 2960 號判例、74 年台上字第 1740 號判例、80 年台非字第 190 號判例參照。

¹⁰ 呂潮澤，前揭研究報告，頁 82。

第二款 事實誤認與第三審上訴理由

最高法院一直以來所普遍遭受的，莫過於「並未嚴守法律審的立場，一味介入事實的認定」之批評。如此控訴，實是對現行第三審之設計與定位有所誤解。通說使用「法律審」一語稱呼第三審，以與第二審覆審之事實審相區隔，過度簡化了事實與法律的關係，並以為第三審只處理法律問題，而令人產生第三審不得審查原審判決有無事實誤認的錯覺，並不妥適¹¹。

首先，我國第三審所採者為「寬鬆之法律審」，而非「嚴格之法律審」。本法所定得為第三審上訴理由之「違背法令」，包羅廣及憲法、法律、命令、條約、司法院大法官會議解釋、最高法院判例、證據法則等，非若日本刑訴法原則上以違反憲法、對憲法之解釋有錯誤、作出與最高法院、大審院之判例或高等法院終審判例相反之判斷為限者嚴謹¹²。

其次，我國之第三審除具法律審性質外，實際上並兼及事實之事後審查。以違背法令為第三審上訴理由，而欲與第一、二審加以區隔，定然會涉及法律問題與事實問題如何分別的議題，不過何者為事實問題？何者為法律問題？兩者是否確屬對立之概念？有無辦法作明確之劃分？間或牽涉深奧之哲學問題，確實令人難以掌握。不過，上訴理由應如何限制，此為立法政策上的問題，而非本質的必然，事實誤認並非不得作為第三審上訴之理由，第三審本質上亦非不得審理事實，僅係如此規定，是否有利於真實之發現或技術上有無困難或其效果如何之問題¹³。回歸我國現行法規規定，上訴意旨僅漫指原判決認定事實錯誤，固非以違背法令為上訴理由，惟法院於採證上為價值判斷時，違反經驗法則或論理法則，以致於形成不合理的心證，造成事實誤認的情形，依目前通說及實務的見解，則認判決如有違背經驗法則或論理法則者，仍屬判決違背法令，得作為上訴第三審之事由¹⁴；即所謂判決不載理由或所載理由矛盾，亦兼採證上及認定事實之理由不備或矛盾，刑訴法第三一〇條第一款既規定，有罪之判決書應記載認定犯罪事實所憑之證據及認定之理由，若其「理由不備或矛盾」時，成為第三審上訴之理由（第三七九條第十四款），立法之目的，不外為使事實認定中「違背法令」之審查成

¹¹ 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501。

¹² 呂潮澤，前揭研究報告，頁1-2。

¹³ 林瑞斌，論事實認定錯誤及其救濟—以上訴審為中心，輔大碩士論文，頁209。

¹⁴ 陳運財，前揭文，頁502。

為可能¹⁵；另第三七九條第十款所定之當然違背法令事由，更是深涉事實審法院取捨證據認定事實之職權行使¹⁶。由此得知，依現行刑訴法規定，得執為第三審上訴之理由涵蓋甚廣，遠超過純粹法律適用問題之範疇。再加上同法第三九三條但書及第三九四條但書之規定，第三審得依職權調查事實的範圍，擴及第二審判決所確認之事實及上訴理由所指摘之事項之外，更形賦予第三審法院肩負部份事實之事後審查職責。

第三審過分強調個案正義之維護，不免置二、三審之功能於不分；惟依現行法之規定，第三審之審查之範圍，不限於糾正原判決之違背法令，以統一法令之適用，有無事實誤認的問題，實質上已在第三審審查的範圍之內。在此意義下，第三審於統一法令之適用外，並有具體救濟當事人對原審法院違法所確認事實錯誤之機能。只不過第三審不逕行調查新證據，重新為事實之認定，事實不明時，最終仍應由第二審調查確認，兩者對事實之調查界限及義務性的程度不同而已。要之，以法律審之用語，簡稱現今之第三審，並不貼切，實質上應定位為「事後審查審」，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¹⁷。

第三款 量刑不當得否據為第三審上訴理由

在筆者觀察的案例之中，不乏出現，被告其實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加以指摘。依我國現行法之規定，非以判決違背法令為理由，不得上訴第三審的前提下，當事人得否僅針對量刑表示不服，而提起第三審上訴，即成問題。

依德國通說的見解，量刑並非事實問題，而是一種法律適用的形式。惟由於言語上無法清楚地對被告之人格加以理解及表達，於是也使得對原本即具重要性的「整體情況」(Gesamtsituation)無法掌握，因此對量刑非無限制地均得提起第三審上訴：一、因為事實審法官必須將其為刑罰裁判之量刑理由敘明於判決中，如此一來第三審上訴法院即得審查，該量刑理由是否符合公認的量刑原則，或是否有法律錯誤；二、量刑的最後一階段乃為，對量刑因素之權衡考量，以及作成特定刑罰之決定，第三審上訴法院並非對所有範圍均得審查，德國第三審法院大多首先檢驗，是否成立恣意獨斷的適用刑罰上限或下限的情形，而新近則

¹⁵ 林永謀，事實問題、法律問題與第三審上訴理由之判決違背法令（下），載於軍法專刊第三十七卷第二期，頁 24-25。

¹⁶ 呂潮澤，前揭研究報告，頁 2。

¹⁷ 陳運財，前揭文，頁 502。

主張，應對聯邦最高法院給予事實審法官廣大的判斷空間加以限縮，即要求將之限制在行為人之人格上可供傳遞表達之細微部份¹⁸。

裁判上刑罰加重或減免之原因事實，相對於法定事實，因屬裁判官所得自由裁量之事項¹⁹，單純就刑之量定，原則上被認為非上訴第三審之理由²⁰。不過，國家行使刑罰權均有其一定之目的，關於「刑罰」當亦有其法律性的界限，在此限度內應受第三審之統制，刑法第五十七條既規定有量刑輕重之一般標準，則在此法律性的拘束範圍內，關於刑之量定之裁量應受其限制。依刑訴法第三一〇條第三款，刑罰量定亦應記載理由，目的即在使第三審之事後審查成為可能，而其未有記載時則為理由不備²¹。刑罰裁量既應受該法規目的及法律全體理念所指導，則對於全然喪失權衡之量刑，當應認係違背法令，得受第三審法院之審查。

而在關於刑法第五十九條的適用上，有見解認為，不得單憑第二審未適用刑法第五十九條即謂判決不適用法則或適用不當作為上訴第三審之理由，亦即，犯罪情狀在客觀上確實情堪憫恕，而第二審未適用刑法第五十九條酌減其刑者，判決確定前，當事人固得上訴第三審，第三審於認為上訴有理由，即原判決有其他違法判決之原因時，第三審應將原判決撤銷自為判決，並適用刑法第五十九條酌減其刑或發回原審法院；若原判決無其他違法之原因者，不得以原判決未適用刑法第五十九條為違法，而撤銷原判自為判決²²。惟，刑法第五十九條酌量減輕其刑規定，該法條「犯罪之情狀可憫恕」之概念，係屬不確定之法律概念、價值概念，其適用也應作為一個法律問題而成為第三審上訴理由²³，若犯罪情狀在客觀上實殊值憫恕，而判決並未適用刑法第五十九條酌減其刑，或犯罪情狀欠缺可憫恕者，而法院確適用該條酌減其刑，在判決未確定前，均得單獨以此為由上訴第三審。

¹⁸ Claus Roxin 著、吳麗琪譯，前揭書，頁 593-594。

¹⁹ 陳樸生，前揭書，頁 532。

²⁰ 七十四年台上五二三六號判例：「原判決於量刑時，已就上訴人之犯罪情節及上訴人犯罪後之態度，已與被害人家屬成立和解，賠償損害等一切情狀，予以綜合考量，並依累犯及自首之規定加減其刑後，在法定刑內科處其刑。上訴意旨既未指摘原判決科刑有何違背法令，單純就科刑輕重為爭執，並請求依刑法第五十九條酌減其刑，自非適法之第三審上訴理由。」

²¹ 林永謀，前揭文，頁 25。

²² 詳參戴見草，刑法第五十九條酌量減輕其刑之探討，文化大學法律學研究所碩士論文，1999 年，頁 78-79；林國賢，關於刑法第五十九條之適用問題，法令月刊第三十六卷第一期，頁 11。88 台上 3293：「復按刑法第五十九條規第徵酌量減輕其刑，必於犯罪之情狀，在客觀上足以引起一般同情而確可憫恕者，始有其適用，且量刑輕重及有無適用刑法第五十九條規定減輕其刑之必要，係屬事實審法院依職權自由裁量之事項，苟已斟酌刑法第五十七條各款所列情狀而未逾越法定刑度，自不得指為違法；本件原判決於量刑時，已就上訴人素行、犯罪情節及犯罪後之態度等一切情狀，予以綜合考量，在法定刑內科處其刑，上訴意旨徒以原判決未適用刑法第五十九條酌減其刑為違法云云，自非適法之第三審上訴理由。」

²³ 林永謀，前揭文，頁 25。

我國實務上一向認為在法定本刑範圍內，刑罰應予如何量定，屬事實審法院得予自由裁量之事項，倘未有逾越法定刑之範圍、未明顯違背正義者，量刑之輕重並非適法之第三審上訴理由。近年來之第三審判決則陸續出現「罪刑相當」之用語，來審查下級審對量刑之裁量是否妥適：「...又按於法定刑期內之量刑，固屬法院自由裁量之職權，但此項裁量權之行使，並非漫無標準，仍應符合罪刑相當之原則，始為適法」²⁴；「按刑事審判之量刑，在於實現刑罰權之分配的正義，故法院對有罪之被告科刑，應符合罪刑相當之原則，使罰當其罪，以契合人民之法律感情」²⁵；「刑事審判旨在實現刑罰權之分配的正義，故法院對有罪之被告科刑，應符合罪刑相當之原則，使罰當其罪，此所以刑法第五十七條明定科刑時應審酌一切情狀，尤應注意該條所列十款事項以為科刑輕重之標準，此項原則於刑事訴訟法第三百七十條所定不利益變更禁止原則之例外情形，亦有其適用；故第一審判決認定有牽連犯關係之輕重二罪俱能證明而從一重罪論科，被告上訴於第二審法院，第二審認定輕罪部分不成立犯罪，雖因第一審判決適用法條不當而將之撤銷改判，但此時所認定之犯罪情節已屬較輕，除非第一審量刑失輕，第二審判決如仍維持原宣告刑而未說明理由，即難謂與罪刑相當原則及不利益變更禁止原則之旨意無悖」²⁶等等。此種情形多半係上訴人曾於上訴理由中指摘，惟仍非唯一之上訴理由；最高法院撤銷發回之判決，亦非以違背罪刑相當為單一或主要發回理由，可見實務上對於量刑不當與判決違背法令之認定，仍然相當保守。

綜上說明，刑罰量定固牽涉事實問題且屬事實審法院自由裁量之事項，並不表示其絕對不得作為第三審上訴之理由。在宣告刑超出法定刑之範圍或法律上要求加重減免刑罰未予加重減免時，已非單純量刑不當，得直接以「違背法令」上訴第三審，應無疑義；惟在法定刑的範圍內之宣告刑，如超出法院合理裁量的範圍而有輕重失衡的情形，因法官之裁量仍須受法規目的及法律理念所指導，有其內部界限存在，其違反此一法律性拘束時，亦應認為係「違背法令」²⁷。再者，裁判上之刑罰加重減免事實，通說既認屬自由證明之事項，在不影響犯罪事實之認定下（刑訴法第三九八條第一項），實務上甚至承認第三審法院得自為改判²⁸，因此，於我國第三審採寬鬆法律審的前提下，再加上論罪與量刑事實

²⁴ 87台上3563判決。

²⁵ 86台上5313判決。

²⁶ 86台上3763判決。

²⁷ 林永謀，前揭文，頁25。

²⁸ 最高法院民刑庭總會二四、七決議：「原判決量刑失當，本院加重其刑時，係屬撤銷原判決，自為改判之案件，無論上訴意旨所指摘之點是否成立，均應適用第三百九十七條以上訴為

並非不可分，實無需作過度嚴格的解釋，似可容許上訴人單獨以量刑不當為由，提起第三審上訴。

雖然如此一來，勢將擴張法律審之職權，但現行第三審審查範圍既然及於原審法院違背法令有無造成認定事實錯誤之情形，已兼有具體救濟當事人之機能，則不應排除量刑不當作為上訴理由之可能，同時可避免當事人繞道上訴與法院迂迴指摘的現象，直搗問題核心，而在單就量刑不服的情形，第三審法院亦應積極自為判決，可有效減少積案發回的問題。當然，若仿日本刑訴法第四百十一條第三款，立法增訂可直接以「量刑甚為不當」作為撤銷原審判決之理由，適用上將可更清晰明白。

有關「量刑」的根本問題實在於，目前實務運作存在著輕忽量刑調查的弊端。雖然刑訴法第二八八條第四項規定，對被告科刑資料之調查，應於對被告之事實訊問後行之，但揆諸目前實務運作，卻罕見有踐行此項調查程序者。以死刑判決而言，要做出「被告應該永久與社會隔離」的判斷，除了從卷內證明被告犯罪情狀的證據資料來看以外，恐怕還需調查刑法第五十七條第五款至第八款所規定等事項，才能得到被告已無可能復歸社會的結論。對量刑調查程序的輕忽，使得實務上多有僅因被告罪無可憫即量處死刑，卻不說明何以罪無可憫，也不交代被告是否仍有復歸社會可能的死刑判決，是否有「濫殺」之嫌，實在值得注意。刑訴法第二八八條第四項規定在辯論終結前，而非規定在宣告被告有罪後始進行科刑資料調查，是否使法官因忌憚招致表露有罪心證的誤會，而不願認真調查科刑資料？是否使答辯無罪或較輕之罪的被告因害怕被誤為有罪，而不願聲請與科刑有關之證據調查？換言之，此項規定是否因不合理而形同虛設？即有檢討之必要。定罪與量刑是科刑判決的兩大部分，本不應偏廢，錯誤、不合理的量刑同樣是應以上訴救濟的判決瑕疵，現行輕忽量刑調查之弊端，更是有先行改進之必要²⁹。

有理由撤銷之，並引第三百九十八條改判」。

²⁹ 尤柏祥，二審改爲事後審不可輕忽的配套措施，刑訴新制修法動向之說明與對話座談會書面資料（台中場），中華民國律師公會全國聯合會等主辦，民國 94 年 2 月 26 日，頁 109。

第二項 第三審之職權調查

第一款 第三審得依職權調查之事項

第三審係以第二審判決為對象進行事後之審查，其審查應以當事人聲明不服之意旨為中心，於當事人對於得撤銷原判決事由之主張有所疏忽時，第三審法院基於實現公平審判的目的，始應依職權補充性的介入調查。九十一年修法改採當事人主義後，更應為如此解釋，審判對象與範圍的設定，原則上應委由當事人決定。

依刑訴法第三九三條前段規定，第三審之調查以上訴理由所指摘之事項為限，因此第三審法院僅就當事人於上訴理由書狀中主張之上訴理由，有審查之權限；其未經當事人主張者，僅於符合同條但書之五款情形，始得例外依職權調查，其所以如此者，係由於此等事項在公益上認為重要之故³⁰。因第三九三條但書規定為「得」依職權調查之，而非「應」依職權調查，故一般咸認職權調查屬第三審法院之權利，而非義務³¹。至何者為「得」、何者為「不得」依職權調查，有論者認為應以其究係違背實體法抑為訴訟法，而異其效果³²：

- 一、違背實體法應予職權調查。「對於確定事實援用法令當否」（第三九三條第三款）即此之例。蓋我國第三審除負有統一法令適用之任務外，同時亦應維護具體正義，為達此目的，對於原判決適用實體法之當否，自非主動予以審查不可。惟此所謂得依職權調查者，僅以「原判決所確定之事實」為基礎，亦即僅對該事實是否有實體法適用之錯誤予以調查，至於原判決事實確定之當否，則非職權調查之對象。
- 二、雖非可謂為違背實體法，但係準用違背實體法之情形，而得為上訴第三審理由者，亦許得予職權調查。「原審判決後刑罰之廢止、變更、免除，或遇有赦免或被告死亡者」（第三九三條第四款、第五款），即此之例。蓋此等情形，或係科刑之實體法已經修正，或因

³⁰ 林永謀，前揭文，頁 27。

³¹ 惟有見解肯認第三審法院負有職權調查義務，見何賴傑，刑事法院依職權調查證據之範圍與限制，台灣本土法學雜誌第二期，1999 年 6 月，頁 40；28 上 2002 號判例：「……刑事訴訟法第三八五條第四款（即現行法第三九三條第三款）著有明文，第二審判決之適用法則，既應以該判決所確定之事實為基礎，如原審並未將被告之犯罪事實明確認定，遽為有罪裁判，則其援用之法令，與所認定之事實，顯不相符，原判決即屬用法不當，上訴意旨雖未指摘及之，第三審法院仍應以職權將其撤銷」。

³² 林永謀，前揭文，頁 27-28。

行政上處分已使刑罰權消滅，或因刑罰之主體已不復存在，而其結果則與實體法適用之錯誤相同，是其除被告死亡外，仍係專以「原判決所確定之事實」為基礎予以審查。

- 三、違背訴訟法之情形，僅在關於訴訟條件是否具備為限，許其得依職權進行調查。如法院管轄錯誤、應受理而不受理或不應受理而受理、免訴事由之有無（第三七九條第四、五款，第三九三條第一款、第二款）等，是此之例。其所以然者，乃因欠缺訴訟條件，即不得為實體判決也。
- 四、其他違背訴訟法之情形，如事實認定違背法令（採證違法、判斷違法）及訴訟程序之違背法令等，則可不依職權予以調查，而僅以上訴理由書狀所指摘者為限予以調查之，即使其得為上訴理由之訴訟程序違背法令甚為明顯亦然。蓋此之違背法令，多與事實之確認有關，而事實之確定權，係專屬於事實審法院，其所為證據之調查、取捨、評價暨所作之判斷，復屬自由裁量之範圍，第三審法院原則上不予過問，於當事人對之有違背法令之指摘時，始須予以調查。

依第二章實務觀察所得，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，並未反映於撤銷發回之判決書中。亦即，從判決理由，無法看出法院所指摘發回之事由，曾否經當事人予以指摘。以發回最為普遍適用之第三七九條第十款與第十四款而言，依現行法第三九三條第一款之規定，屬於法院得依職權調查之事項，最高法院或許依此而認為不須特別表明當事人對此部分有無聲明不服。而更值得檢討之地方在於，第三七九條第十款是否應列入第三審得依職權調查事項之中。第三七九條之設，乃因其各款事由違背訴訟制度上之基本原則，本質上即已於判決之公平公正有重要影響，就公益之維護而言，第三九三條第一款將第三七九條全部納入第三審法院不待當事人聲明即得依職權調查之範圍，原無疑問。惟第三七九條第十款深涉事實審法院調查證據認定事實之職權行使，是否宜列入當然違背法令之事由中，歷來即有不少反對意見³³，加上其一併被納入法院得依職權調查之範圍，在制度的設計上，非但過度膨脹第三審法院之職權，強化其官權色彩，更使其與第二審事實審間之責任分工難以釐清，不免提供第三審法院左右事實認定之廣大操作空間³⁴。

³³ 本文對此亦持否定見解，相關討論請參見本章第四節。

³⁴ 七十七年第十一次刑事庭會議決議雖指出：「...五、原審是否已依職權調查證據，必須上訴意旨就原審證據調查之結果，如何仍未得有充分之心證，且依其審理之結果，如何尚有其他證據足供調查，而此項證據復如何與待證事實有關，確屬發見真實所必要等，予以具體指明，第三審始得就其所言情形予以審查，並就第三審得依職權調查之事項而予調查。...」然此見解顯然與現行法之規定有悖。

第三九三條第三款「對於確定事實援用法令之當否」，應指法院對於實體法的解釋與適用是否妥當。事實確定乃事實審法院之職權，故第三審法院應以第二審判決所確認之事實為判決基礎，因之，第三審法院所得依職權調查者，乃限於依據原審判決所確定之事實，審查其所援用法令是否適當。此與事實誤認或不明或原判決所載事實不明，致適用法令有違誤之情形應予區別。事實誤認例如，對構成累犯之前提事實誤認，導致誤用累犯加重處罰之規定，固然亦有援用法令不當之情形。然而，有關實體法適用前提事實之認定，原則上屬於事實審法院裁量之事項，除非該裁量逾越法律性的拘束而有違背法令之情形（如違反證據裁判原則、違背經驗法則或論理法則等），原則上不成為第三審上訴理由，因此對於事實認定之過程，第三審法院不應依職權介入審查，該事實已在第二審被形式的確定，僅於上訴人指摘事實審法院於判斷過程中有違反經驗法則或論理法則之情形時，始得由第三審進行調查，調查之對象亦非該事實究竟有無誤認本身，而係應從事實審法院認定所憑之證據是否合法暨所為之判斷是否合乎法則予以觀察。以前開構成累犯之前提事實誤認之例，援用法令不當之果，為事實誤認之因所造成，因此應歸屬於事實誤認之範疇，不在第三九三條第三款「對於確定事實援用法令之當否」法院得依職權調查適用之列。

事實認定不明或判決所載事實不明之情形亦同，事實既不明確，第三審法院根本無從審查其援用法令之當否，因此也不在第三九三條第三款「對於確定事實援用法令之當否」法院得依職權調查適用之列。論者有謂「**第二審並未將被告之犯罪事實，明確認定，遽為有罪之判決，則其援用之法令，與所認定之事實即屬不相符合，原判決即屬用法不當，第三審應依職權，將其撤銷**」³⁵，此說明易使人產生誤解，認為第三審法院得引用本款，依職權審查事實認定是否不明，進而導致無法正確援用法令，並不妥適。

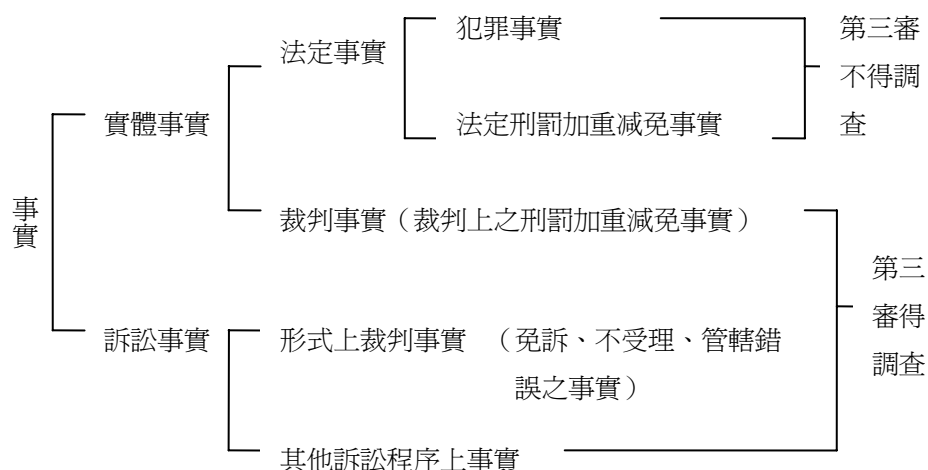
第二款 第三審之事實調查

刑訴法第三九四條第一項規定：「第三審法院應以第二審判決所確認之事實為判決基礎。但關於訴訟程序及得依職權調查之事項，得調查事實。」如僅從本條但書字面上之理解，而謂依本法應於審判期日調查之證據未予調查（第三七九條第十款）、判決所載理由矛盾（第三七九條第十四款）及對確定事實援用法令之當否（第三九三條第三款），依第三九四條第一項但書規定既得調查事實，是因重要證據漏未調查或應調查而不予調查，以致原確定判決並未記載事實或所載事實不明，因而

³⁵ 褚劍鴻，刑事訴訟法論（下），1998年，商務出版，頁710。

所確認之事實與論罪科刑所援用之法令是否適當發生疑義時，第三審法院得依職權調查事實以為判決之準據者，如此解釋實忽略第三審為法律審之事後審查審之特性。第三審法院調查第二審判決有無違背法令，而影響於事實之確定，係以該案件之訴訟卷宗及所附證據為其根據，即以第二審之資料，審查第二審判決之當否，僅憑書面之間接審理，故第三審於統一法令之適用外，雖有具體救濟當事人對原審法院違法所確認事實錯誤之機能，然第三審法院不逕行調查證據而為事實之認定，事實最後仍應由第二審確定，兩者對事實之調查界限，不容混淆³⁶。職是，第三九四條第一項但書「關於訴訟程序及得依職權調查之事項，得調查事實」中之「事實」如何理解，有進一步討論之必要。

陳樸生教授認為³⁷，所謂「事實」有實體事實與訴訟事實兩種。實體事實有法定事實與裁判事實之分，法定事實又包括犯罪事實及法定刑罰加重減免原因事實，應經嚴格證明；裁判事實係指為裁判上刑罰加重減免之原因事實而言，本屬法官得自由裁量之事項。訴訟事實則指形式上裁判事實及其他訴訟程序上之事實而言，形式上裁判事實如諭知免訴、不受理、管轄錯誤事實，不經言詞辯論為之。應經言詞辯論程序始得認定之事實，非第三審所得依職權調查之事實；不經言詞辯論程序即得認定之事實，如裁判事實及訴訟事實，第三審則得依職權調查其事實而為認定。



圖表二：我國第三審之事實調查

³⁶ 最高法院七十七年第十一次刑庭決議參照。

³⁷ 陳樸生，前揭書，頁 532-534。

簡言之，因第三審不再進行證據調查程序，應經嚴格證明之事實即不在第三審所得調查範圍之內，不經言詞辯論程序即得認定之事實，始為本條但書所指事實；另第三審既為法律審，其所得予調查之事實，仍應侷限於訴訟法上之事實，即就本條但書所規定得調查事實之事項而言，除第三九三條第四、五款，或因刑罰權之消滅、刑罰主體不復存在，特予規定外，餘仍均屬訴訟法上之事實³⁸。

解釋上，第三九三條第三款「對於確定事實援用法令之當否」，應指法院對於實體法的解釋與適用是否妥當；至此款所為得調查「事實」，應係指調查該有罪判決所應記載之事實是否足供實體法之適用而言，非指確定事實之本身，更非指事實之審理³⁹。依本法應於審判期日調查之證據未予調查（第三七九條第十款）致事實未明而有疑義時，第三審法院只得就原審判決所採取之證據曾否經調查程序及有無應調查證據而未予調查加以審酌，縱因該證據未予調查致事實不明，第三審法院亦無從依職權加以調查，逕為事實之認定。

第三節 法院職權調查義務之界限－第三七九條第十款之解釋與適

用

刑事訴訟程序係為確定國家刑罰權而設的訴訟程序，在此程序裡，被告究竟「有無」犯罪事實以及所為「何種」犯罪事實，直接涉及到國家刑罰權的事實判斷與適用，在證據裁判主義（刑訴法第一五四條）及有罪判決書必須記載「認定犯罪事實所憑之證據及其認定之理由」的法定義務要求下（刑訴法第三一〇條第一款），證據如何在審判程序中出現，經適法調查而可為認定起訴事實存否的依據，為無分何種類型刑事訴訟程序所共同關切的焦點⁴⁰。我國刑事訴訟法根據民國八十八年全國司法改革會議所達成的共識，於民國九十一年一月十八日針對第一六一條及一六三條作出重大修正。第一六一條修正目的主要使檢察官負起實質舉證責任，並藉由「起訴審查」促使檢察官慎重起訴；第一六三條之修正除明確界定法院與檢察官權責，並揭禁當事人調查證據主導權之大原

³⁸ 林永謀，前揭文，頁 27。

³⁹ 林永謀，前揭文，頁 27-28。

⁴⁰ 楊雲驊，新法下檢察官的舉證責任及法院的調查義務－評最高法院九十一年度第四次刑事庭會議，月旦法學第八十九期，2002 年 10 月，頁 234。

則，僅於當事人主導之證據調查後，仍無法發現真實時，始斟酌個案情形，無待當事人之聲請，主動依職權介入調查。前述修正導致法院應依職權調查證據範圍的變動，直接影響到刑事訴訟法第三七九條第十款的解釋與適用。

刑訴法第三七九條第十款將法院應於審判期日調查之證據而未予調查，列為判決當然違背法令之事由。關於該款之內容，依傳統學者見解，係指：1.未於審判期日踐行調查證據程序；2.受命法官或受託法官於審判期日前調查之證據，未於審判期日踐行調查程序者；3.當事人或辯護人聲請調查之證據，確有調查之必要者；4.證據雖經調查，而其內容未明瞭者；5.未經蒐集或調查之證據，為發現真實應行調查，且事實上並非無調查之途徑者⁴¹。大法官釋字第二三八號亦作出解釋：「刑訴法第三百七十九條第十款所稱『依本法應於審判期日調查之證據』，指該證據在客觀上為法院認定事實及適用法律之基礎者而言。此種證據，未予調查，同條特明定其判決為當然違背法令。其非上述情形之證據，未予調查者，本不屬上開第十款之範圍，縱其訴訟程序違背法令，惟如應受同法第三百八十條之限制者，即不得據以提起第三審上訴，自不得為非常上訴之理由。」此等對第三七九條第十款之理解，在刑訴法第一六一條、第一六三條修法後，亦應從當事人進行的觀點重新詮釋。尤其從第三章之實務觀察中，本款為最高法院撤銷發回原因之最大宗，一般亦認為本款的運用不當為造成法院積案的元兇之一，而在修法後，事實審法院依職權依職權調查證據之實質內涵到底有無改變？事實審法院所負調查義務是否果真因而限縮？為了重新理解第三七九條第十款，均有必要予以釐清說明。

第一項 九十一年修法前法院職權調查之義務

修正前刑訴法第一六一條規定：「檢察官就被告犯罪事實，有舉證責任。」由於規定過於簡略，加以修正前第一六三條第一項另規定：「法院因發現真實之必要，應依職權調查證據。」傳統見解於是認為，如檢察官已就被告之犯罪事實舉證而使法院得有合理可疑，其形式的舉證責任已盡，法院為發現真實起見，仍應依職權調查證據⁴²，也就是法院實質上負起了調查證據的全部責任，從合法起訴所需「有合理犯罪可疑」到「無合理懷疑而可確信為真實」之判決要求，其間差距由法院負責補足。如此一來，不僅造成法官與檢察官角色混淆，有球員兼裁判之譏，其接續蒐集不利被告之證據，亦有令刑事訴訟回歸糾問模式之嫌。再

⁴¹ 陳樸生，前揭書，頁 521。

⁴² 陳樸生，前揭書，頁 224。

者，最高法院屢屢以「應於審判期日調查之證據而未予調查」將案件一再發回更審，法院職權調查證據範圍的擴張，是否為造成積案與案件久懸不決的原因之一，亦頗值得深思。有學者即指出，這般要求法院上窮碧落下黃泉地積極調查，事實審法院構成刑訴法第三七九條第十款所定應於審判期日調查之證據而未予調查的違法，就隨之愈多，上訴第三審案件發回更審之比例居高不下，增添了審判實務沉重的處理案件負擔⁴³。

為了挽救證據調查漫無邊際的情況，實務產生了二項自我限縮調查範圍之途徑：首先，將應依職權調查之證據，限於在客觀上為法院認定事實及適用法律之基礎者（釋二三八）；其次，最高法院認為，法院並無蒐集證據之義務，刑事訴訟法第三百七十九條第十款所謂應行調查證據之範圍，係以第二審審判中案內所存在之一切證據為限，案內所不存在之證據，自不得命原法院為發現真實，應依職權從各方面蒐集調查（最高法院七十七年第十一次、七十八年第三次刑事庭會議決議，87台非1號判決同旨）。

綜合實務見解，當事人於事實審法院判決前仍可聲請調查證據⁴⁴，而決定是否「應」於審判期日調查之證據，係指於第二審審理中已存在之證據，包括用以證明證據憑信性之證據⁴⁵，且與待證事實有重要關係，客觀上為法院認定事實及適用法律之基礎而應行調查之證據而言⁴⁶，其並須調查主證據之內容已足明瞭，必要部份均已調查清楚，始能謂已盡調查之能事⁴⁷。惟調查之方法，早期判例嚴格要求作為判決基礎之證據，務必於審判期日踐行調查程序，方為適法，即令被告經合法傳喚無正當理由於審判期日未到庭時，亦應踐行上述調查程序⁴⁸。但晚近實務上則認為，證物被警查獲當時，被告既然在場知情，且對其犯行自白不諱，即無需提示辨認以擔保證物之真正，故未在審判期日提示調查該項證據，不能認為有應於審判期日調查之證據而未予調查之違法⁴⁹。復以當事人如對此

⁴³ 陳運財，論「改良式」當事人進行原則，收錄於「刑事訴訟法之最新增修與實踐」，台灣刑事法學會叢書，學林文化事業有限公司，2002年9月，頁49。

⁴⁴ 41台上438號。

⁴⁵ 74台上6444。

⁴⁶ 64台上2962、71台上3606、72台上3035：「刑事訴訟法第三七九條第十款所稱應調查之證據，係指與待證事實有重要關係，在客觀上認為應行調查者而言。本件上訴人與吳某將偽造背書之支票交付周某，而詐購茶葉得手時，犯罪已成立，如何將詐得之茶葉轉售，售與何人，得款若干，如何朋分價金？均屬犯罪後處分贓物之行為，於犯罪之成立並無影響，原審認為上訴人犯罪已臻明確，無須調查處分贓物之情形而未予調查，自不能指為應調查之證據未予調查。」

⁴⁷ 31上字87、49台上873、72台上7035。

⁴⁸ 24台上1819、44台上1425、46台上414、47台上778號。

⁴⁹ 72台上3467號。

並未爭執，亦未於第三審上訴理由內加以指摘時，不宜認為有未盡調查能事之違誤⁵⁰，則採取較寬之態度⁵¹。

從前述實務見解可知，事實審法院應依職權調查之證據，除了必須是客觀上為法院認定事實及適用法律之基礎者，同時認為事實審法院對於證據僅有調查義務而無蒐集義務。不過，在舊法第一六三條第一項採職權調查原則的要求下，證據是否存在於案內，屬有無調查可能之問題，與法院調查義務之問題本身無關，且調查應包含蒐集的概念⁵²。此條由最高法院自創的路徑，不但違背法律明定的法院「蒐集」、調查證據之權限與義務（刑訴舊法第二七九條、第三二六條），並且有相對化法院澄清義務的危險⁵³。

最高法院於九十年第七次刑事庭會議決議，廢止六十一年台上第二四七七號判例「事實審法院應予調查之證據，不以當事人聲請者為限，凡與待證事實有關之證據，均應依職權詳加調查，方足發現真實。」；六十四年台上第二九六二號判例「事實審法院應予調查之證據，不以當事人聲請者為限，凡與待證事實有關之證據，均應依職權調查，方足發現真實，否則仍難謂無刑事訴訟法第三七九條第十款之違法。」與二十五年上字第三七〇六號判例：「審理事實之法院，對於被告之犯罪證據，應從各方面詳予調查，以期發現真實，苟非調查之途徑已窮，而被告之犯罪嫌疑仍屬不能證明，要難遽為無罪之判斷。」對於證明被告有罪之職責，法院不再全面主動依職權調查。不過，舊法第一六一條究竟要求檢察官應舉證至何程度？舊一六三條第一項職權調查義務的範圍，又應有何新的界限？仍屬不明⁵⁴。

第二項 九十一年修法後法院職權調查之義務

現行法第一六一條第一項：「檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法。」第一六三條第一項：「當事人、代理人、辯護人或輔佐人得聲請調查證據，並得於調查證據時，詢問證人、鑑定人或被告。審判長除認為有不當者外，不得禁止之。」同條第二項：「法院為發見真實，得依職權調查證據。但於公平正義之維護或對被告之利

⁵⁰ 72台非229號。

⁵¹ 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，民國86年6月，頁341-342。

⁵² 何賴傑，事實審法院蒐集證據之義務—評最高法院87年度台非字第1號判決，政大法學評論第六十一期，1999年6月，頁445。

⁵³ 林鈺雄，前揭書，頁780。

⁵⁴ 陳運財，前揭文（同註43），頁50。

益有重大關係事項，法院應依職權調查之。」此次修正將刑事訴訟程序由原來之職權原則，改採所謂的「改良式當事人進行主義」，亦即：一、確立檢察官之「實質舉證責任」，且反應於證據調查程序中，檢察官應負第一次「形式舉證責任」；二、有關證據調查之範圍、順序及方式，原則上改由當事人主導、依當事人之聲請，且由當事人踐行調查，法院僅於當事人主導之證據調查後，仍無法發現真實時，始斟酌個案情形，無待當事人之聲請，主動依職權介入調查。

為因應修正之新法，最高法院於九十一年四月三十日作成第四次刑事庭會議決議，作為實務運作之準據，擇其要者如下：

- 一、為貫徹無罪推定原則，檢察官對於被告之犯罪事實，應負實質舉證責任。刑事訴訟法修正後第一百六十一條（下稱本法第一百六十一條）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」，明訂檢察官舉證責任之內涵，除應盡「提出證據」之形式舉證責任（參照本法修正前增訂第一百六十三條之立法理由謂「如認檢察官有舉證責任，但其舉證，仍以使法院得有合理的可疑之程度為已足，如檢察官提出之證據，已足使法院得有合理的可疑，其形式的舉證責任已盡…，」）外，尚應「指出其證明之方法」，用以說服法院，使法官「確信」被告犯罪構成事實之存在。此「指出其證明之方法」，應包括指出調查之途徑，與待證事實之關聯及證據之證明力等事項。同條第二、三、四項，乃新增法院對起訴之審查機制及裁定駁回起訴之效力，以有效督促檢察官善盡實質舉證責任，藉免濫行起訴。
- 二、刑事訴訟法修正後第一百六十三條（下稱本法第一百六十三條）釐訂法院與檢察官調查證據責任之分際，一方面揭櫫當事人調查證據主導權之大原則，並充分保障當事人於調查證據時，訊問證人、鑑定人或被告之權利（同條第一項）；另一方面例外規定法院「得」及「應」依職權調查證據之補充性，必待當事人舉證不足時，法院始自動依職權介入調查，以發見真實（同條第二項）；再增訂法院依職權調查證據前，應踐行令當事人陳述意見之程序（同條第三項），以貫徹尊重當事人查證之主導意見，確保法院補充介入之超然、中立。
- 三、本法第一百六十三條第二項但書，雖將修正前同條第一項規定「法院應依職權調查證據」之範圍，原則上減縮至「於公平正義之維護或對於被告之利益有重大關係事項」之特殊情形，用以淡化糾問主義色彩，但亦適足顯示：法院為發見真實，終究無以完全豁免其在必要時補充介入調查證據之職責。

- 四、本法第一百六十三條第一項增列「審判長除認為有不當者外，不得禁止之」之規定，係專為充分保障當事人、代理人、辯護人或輔佐人於調查證據時，訊問證人、鑑定人或被告之權利而設，此與同項規定當事人聲請調查證據之當否，應由法院逕依司法院大法官會議釋字第二三八號解釋暨相關判例見解判斷另予准駁者無關。
- 五、依本法第一百六十三條之規定，法院原則上不主動調查證據，僅於左列情形，始有調查證據之義務：
 - (一) 當事人、代理人、辯護人或輔佐人聲請調查而客觀上認為有必要。
 - (二) 本條第二項但書規定應依職權調查之證據。
 - (三) 本條第二項前段規定法院為發見真實，經裁量後，在客觀上又為法院認定事實，適用法律之基礎者。
- 六、本法第一百六十三條第二項前段「法院得依職權調查證據」，係指法院於當事人主導之證據調查完畢後，認為事實未臻明白仍有待澄清時，得斟酌具體個案之情形，無待聲請，主動依職權調查之謂。從而，法院於當事人聲請調查之證據調查完畢後，除依同條規定應調查之證據外，其他凡經認為有助於發見真實而足以影響判決結果之證據存在，且有調查之可能者，皆屬得依職權調查之證據。
- 七、本法第三百七十九條第十款規定「法院應於審判期日調查之證據」，綜合實務見解，原則上指該證據具有與待證事實之關聯性、調查之可能性，客觀上並確為法院認定事實適用法律之基礎，亦即具有通稱之有調查必要性者屬之（司法院大法官會議釋字第二三八號解釋；七十一年台上字第三六〇六號、七十二年台上字第七〇三五號、七十八年台非字第九〇號、八十年台上字第四四〇二號判例；七十七年八月九日七十七年度第十一次刑事庭會議貳之甲第十四項決議意旨參照），除依法無庸舉證外，並包括間接證據、有關證據憑信性之證據在內，但應摒除無證據能力之證據，且以踐行調查程序，經完足之調查為必要，否則仍不失其為本款調查未盡之違法，復不因其調查證據之發動，究竟出自當事人之聲請，抑或法院基於補充性之介入而有差異。本法第一百六十三條第二項前段所定法院為發見真實，「得」依職權調查之證據，原則上固不在「應」調查證據之範圍，惟如為發見真實之必要，經裁量認應予調查之證據，仍屬之。
- 八、法院於依職權調查證據前，經依本法第一百六十三條第三項之規定，踐行令當事人陳述意見之結果，倘遇檢察官、自訴人對有利或不利於被告之證據，表示不予調查，或被告對其有利之證據，陳述放棄調查，而法院竟不予調查，逕行判決者，如其係法院「應」依職權調查之證據，而有補充介入調查之義務時，此項義務，並不因

檢察官、自訴人、被告或其他訴訟關係人陳述不予調查之意見，而得豁免不予調查之違誤。惟於法院「得」依職權調查證據之情形，法院既得參酌個案，而有決定是否補充介入調查之裁量空間，自不得徒以法院參照檢察官、自訴人、被告或其他訴訟關係人之查證意見後，不予調查，遽指即有應調查而不予調查之違法。

第一款 法院是否仍負實體真實發現及職權調查證據之義務

第一六一條修法理由強調，檢察官應立於當事人之地位，對於被告進行訴追，應負提出證據及說服之實質舉證責任。第一六三條修法理由略謂，為貫徹無罪推定原則、維護被告訴訟權益、實現公平法院之理想，法院應居於客觀中立、超然、之立場，在當事人互為攻擊、防禦之訴訟架構下，依據實質正當法律程序之原則進行審判，僅於當事人主導之證據調查後，仍無法發現真實時，始斟酌個案情形，無待當事人之聲請，主動依職權介入調查；在強化當事人進行色彩的刑事訴訟架構中，法院依職權調查證據變成僅具補充性質。立法理由已明白表示，修法之目的與立場，係將過去由法院職權進行的主軸，調整為「當事人進行原則」，審判程序中有關證據調查的範圍、順序及方法，原則上委由當事人主導。

在落實無罪推定及當事人進行的訴訟構造之前提下，於審判程序證據調查結束後，檢察官如未能證明被告犯罪成立超越合理懷疑之程度者，法院即應諭之被告無罪之判決，而由檢察官負最終結果敗訴之不利益負擔，理論上，並不生法院於事實真偽不明時，仍負有職權調查的義務，否則將架空檢察官舉證責任之規定，公平審判及當事人進行之精神亦將受到侵蝕⁵⁵。然而，立法者無意完全放棄法院實體真實發現之義務，因而於第一六三條第二項設有但書之規定，於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，法院有依職權調查證據之義務。最高法院九十一年第四次刑事庭會議決議亦認為，該修法雖減縮法院應依職權調查證據之範圍，但「法院為發現真實，終究無以完全豁免其在必要時補充介入調查證據之職責」。而決議雖言法院之「職責」，不過，依該條但書之規定，法院對於發現真實絕非僅止於「職責」或「職權」，而是「義務」⁵⁶。

⁵⁵ 陳運財，刑事訴訟之舉證責任與推定，收錄於「刑事證據法則之新發展－黃東雄教授七秩祝壽論文集」，學林文化事業有限公司，2003年6月，頁467。

⁵⁶ 何賴傑，新法之刑事法院職權調查證據，收錄於「刑事證據法則之新發展－黃東雄教授七秩祝壽論文集」，學林文化事業有限公司，2003年6月，頁418。

在刑事訴訟以發現真實為目的之要求下，正確的認事用法屬於法院之職責，承認法院於必要時應以補充性的姿態依職權介入證據調查以澄清真實，應無疑義，畢竟在目前的社會情感下，我們無法要求法院完全視若無睹或袖手旁觀。而這裡所謂的法院證據調查權，乃基於刑事訴訟發現真實之目的，要求審判者必須澄清真實所賦予之權利，與訴訟構造係採當事人進行或職權進行並無本質上的差異，所不同者乃在於審判者何時、基於何種理由發動其調查證據權。因此必須特別強調的是，刑訴法第一六一條既然使檢察官負實質舉證責任，且第一六三條第一項規定由當事人主導證據調查，以落實公平審判，則法院證據調查權之發動，自應解釋為補充當事人調查證據之不足，屬於第二次、補充的性質；且為落實公平審判及當事人進行的精神，法院應盡可能的避免直接強勢介入調查，如有逾越當事人聲請調查證據範圍而有行職權調查之必要時，程序上仍以先指出證明方法，曉諭當事人或辯護人聲請調查為宜，亦即，此種情形仍維持由當事人進行調查證據之型態，而非由法院逕依職權為之；如為職權調查，為尊重當事人準備訴訟的需要，亦應先聽取當事人或辯護人之意見（第一六三條第三項）。此外，在當事人進行的訴訟構造下，法院補充性的依職權調查證據，基於當事人武器實質對等之考量，解釋上自應以有利於被告之證據調查為主，不利證據之調查為輔，亦即，依第一六三條第二項但書規定之兩種事由，運作上自應以對被告利益有重大關係之事項為主，而以於公平正義之維護有重要關係事項為輔⁵⁷。法院如違反本項但書之調查義務，其判決應構成刑訴法第三七九條第十款規定「依本法應於審判期日調查之證據未予調查之違法」。

第二款 第三七九條第十款應有之解釋與適用

最高法院於九十一年第四次刑事庭會議決議認為，於下列情形，法院有調查證據之「義務」：一、當事人、代理人、辯護人或輔佐人聲請調查而客觀上認為有必要；二、第一六三條第二項但書規定應依職權調查之證據；三、第一六三條第二項前段規定法院為發見真實，經裁量後，在客觀上又為法院認定事實，適用法律之基礎者。因此解釋上，第三七九條第十款所謂「應於審判期日調查之證據而未予調查者」，既與法院調查義務的範圍相呼應，則適用本款之事由，似指前揭決議所指之三種情形，以下分別討論之。

一、當事人聲請調查證據

⁵⁷ 陳運財，前揭文（同註 55），頁 468-469。

就當事人聲請調查證據的部分，如該證據有調查之必要，法院不應駁回卻予以駁回，甚至置之不理者，上級審法院應透過本款之規定，以糾正事實審法院不尊重當事人調查證據主導權的糾問做法⁵⁸。當然，我們不能完全期待當事人能理性客觀的處理此一權限，因此最高法院認為該證據應限於「客觀上認為有必要」者，始屬法院應調查之範圍。

不過，最高法院決議仍然採取過去實務的見解，不區分調查證據之發動係出於當事人之聲請或法院依職權介入，均以「證據具有與待證事實之關聯性、調查之可能性，客觀上並確為法院認定事實適用法律之基礎，亦即具有通稱之有調查必要性者」，作為適用第三七九條第十款之標準，而且強調「不因其調查證據之發動，究竟出自當事人之聲請，抑或法院基於補充性之介入而有差異」。學者即指出，依此項見解，對於當事人聲請調查之證據，事實審法院倘以上開所謂「調查必要性」的嚴格基準作為准駁之依據，將有不少當事人認有調查必要之證據，法院卻認無必要而駁回其聲請，則要落實第一審為當事人主導證據調查之堅實事實審的目的，勢難實現⁵⁹。

有論者在此表示，法院對當事人聲請調查之證據未予調查時，有無構成本款之違法，判斷標準應係審究該事實審法院未予調查之原因，是否符合刑訴法第一六三條之二之事由（事實審法院未調查之證據是否為不能調查者、與待證事實無重要關係者、待證事實已臻明瞭無再調查之必要者、同一證據再行聲請調查者），倘該事實審未予調查之原因符合刑訴法第一六三條之二第二項之規定時，自無本款之違法；反之，若事實審在無第一六三條之二第二項之事由下，竟對當事人聲請調查之證據不與調查時，則其判決即有本款判決當然違背法令之違法⁶⁰。此項標準原則上值得參考，惟該條文用語上所謂「與待證事實無重要關係者」，應注意不能以傳統「必要性理論」之嚴格標準加以理解。傳統必要性理論其目的在於限縮法院應依職權調查的範圍，減少最高法院動輒以調查未盡為撤銷發回之理由，所以在理解上從正面為之，亦即，該證據在客觀上確為法院認定事實即適用法律之基礎者，方屬應依職權調查之證據。相反的，在九十一年修法後，法院職權調查之角色已退居例外補充的地位，就當事人聲請調查之證據，於審查「是否與待證事實有重要關係」時，原則上應盡量尊重聲請人的意見，除非法院具有充分之理由足認無調查該項證據之必要，始得駁回。如果當事人對於法院在調查必要性有

⁵⁸ 陳運財，前揭文（同註43），頁72。

⁵⁹ 陳運財，前揭文（同註55），頁473。

⁶⁰ 吳冠霆，論公訴案件中事實審法院職權調查證據，軍法專刊第五十卷第四期，2004年4月，頁53。

無之判斷上不服，或未具合理之理由卻駁回證據調查聲請者，均得為依第三七九條第十款提起上訴之理由。

應予附帶說明的是，最高法院於審查事實審法院對於當事人聲請調查之證據未予調查是否有本款之違法時，不應以刑訴法第一六三條第二項但書「於公平正義之維護」或「被告之利益有重大關係」為判斷標準。蓋當事人聲請調查證據與法院職權調查證據，二者間僅有原則與補充關係，但並無依存關係可言。若法院未依當事人聲請調查證據已經違法時，根本無須討論未調查之證據是否為法院應依職權調查之證據⁶¹。

二、第一六三條第二項但書「應依職權調查」部分

司法院提出之第一六三條第二項草案，原為「法院為發現真實，得依職權調查證據」而無但書之設計，嗣因立法院公聽會上有學者批評，在目前被告委任律師辯護尚未充分普及之情形下，如此修正尚不足以保障無資力委任辯護律師之被告權益，司法院幾經思考，乃同意修正加上「但於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，法院應依職權調查之」⁶²。本條但書之附加，顯見立法者不願放棄法院職權調查之義務，此不但與修法主軸採當事人進行原理上有所扞格，使法院審理角色分裂，所謂「於公平正義維護」的冠冕堂皇抽象概念，更是大啟法院積極依職權介入調查的方便之門，使得個案上如何操作職權調查，均存乎法官一心，誠屬憾事。除非日後修法將本條但書刪除，在主義之奉行上求取一貫，如今既已明文化，我們也僅能從法律解釋論上加以彌補。

（一）對被告利益有重大關係之事項

為了顧及檢察官與被告間的武器落差，尤其在被告未選任辯護人之情形，基於照護被告之義務，法院應負擔職權調查之義務，以維護被告訴訟權益。且在現行卷證併送制度下，偵查卷內所存在之資料，多為不利被告之證據，故此時法院為被告利益「調查」證據，解釋上應包括蒐集證據在內⁶³。

法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第九十六點指出，「對被告利益有重大關係之事項」係指該等事實或訴訟資料之存在對被告有直接且

⁶¹ 吳冠霆，前揭文，頁 53-54。

⁶² 蔡清遊，刑事訴訟法第一六一、第一六三條修正後之新思維、新作為，司法週刊第 1067 期第二版，2002 年 1 月 23 日。

⁶³ 吳冠霆，前揭文，頁 56。

重大之利益，例如案件是否具備阻卻違法、阻卻責任、得或應減輕或免除刑罰等有利於被告之情形，法院均應特加注意，依職權主動調查。

此外，有關訴訟法上之事實，例如起訴案件是否曾經判決確定、或追訴權時效是否已完成等有關訴訟條件欠缺之問題，由於起訴案件如不具備訴訟條件，則被告享有毋庸就犯罪事實是否存在進行防禦之妨訴利益，故縱使被告未提出抗辯，法院亦應依職權調查，如察有疑義者，應曉諭負舉證責任之檢察官證明之。檢察官聲請調查之被告自白有無任意性，縱使被告未能提出抗辯，解釋上，法院亦應依職權調查，察有可疑為非任意性者，應曉諭負舉證責任之檢察官證明該項自出於被告自由意志，否則應認其不具證據能力⁶⁴。

(二) 於公平正義之維護有重大關係之事項

何謂於「公平正義之維護」之維護有重大關係之事項？法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第九十六點指出，所謂「公平正義之維護」之重大事項，例如案件攸關國家、社會或個人重大法益之保護，或牽涉整體法律目的之實現及國民法律感情之維繫者均屬之；而法院就「公平正義」之規範性概念予以價值補充時，必須參酌法律精神、立法目的、依據社會之情形及實際需要，予以具體化，以求實質之妥當，是以法院於訴訟程序之進行，除須遵循正當程序原則外，於作成判決時，亦須將相關理由記載明確，不宜過於簡略含糊。

惟上揭注意事項提出之參考標準實在過於抽象且寬鬆，對於此一抽象法律概念的解釋並無太大幫助。事實上，在已向當事人進行原則傾斜的我國刑訴法中，即便無欲完全排除法院依職權介入之色彩，以「公平正義維護」之模糊用語增列本款但書，仍屬極為不妥。基本上，公平正義乃「法律之法律」，無論實體法、程序法，均係公平正義理念之實踐。欲實現公平正義之法律，應透過正當法律程序，故訴訟過程是否遵守正當法律程序，與公平正義之維護有關，且對被告有重大利益。而實體法適用正確性之追求，亦應認「於公平正義之維護」有關，但卻未必符合被告之利益。本於證據裁判主義，法院為發現真實，正確適用實體法，就待證事實，於檢察官舉證不足之情況下，依職權調查證據，難認無關公平正義，但如此一來，但書之規定，顯又使修正回到原點⁶⁵，不符合淡化法院依職權發現真實之立法意旨。

⁶⁴ 陳運財，前揭文（同註 43），頁 72。

⁶⁵ 劉秉鈞，法院職權調查之範圍，收錄於「刑事證據法則之新發展－黃東雄教授七秩祝壽論文集」，學林文化事業有限公司，2003 年 6 月，頁 374

因此，「於公平正義之維護有重大關係之事項」有從嚴解釋之必要。有學者參考德國法制，以當事人證據調查聲請駁回理由作為對法院職權調查義務之限制，因此我國亦得考慮以刑事訴訟法第一六三條之二作為刑事訴訟法第一六三條第二項但書法院職權調查義務之限制，因而解釋上得認為，法院對於存有刑訴法第一六三條之二事由之證據，即不負依職權調查證據之義務⁶⁶。不過，若是參照本文前述法院對當事人聲請調查之證據未予調查時，有無構成本款之違法，應以刑訴法第一六三條之二之事由為判斷標準，本項學說見解運作之結果將導致當事人主導證據調查的修法重點被漠視。蓋不論證據是否已經當事人提出，只要不符合第一六三條之二，法院均有依職權介入調查之義務，無異重彈以職權原則為本位的舊調。

另有見解指出，本款但書所謂「於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，法院應依職權調查之」云云之「公平正義」及「被告利益」，應從狹義解釋為：與「被告利益」攸關之證據，法院若不依職權調查之，將不足以維護「公平正義」而言。依如是解，法院應依職權調查之證據，僅限對被告有利之證據，而不及於對被告不利之證據。蓋對被告有利之證據，在被告或其辯護人不知聲請調查之場合，法院發動職權逕予調查，正諳合「無罪推定」之民主憲政根本原理；反之，對被告不利之證據，在檢察官不知聲請調查之場合，若法院發動職權逕予調查，則無異取檢察官之舉證責任而代之，並貽與檢察官聯手攻擊被告之譏⁶⁷。不過筆者以為，若將「公平正義之維護」限縮於對被告有利方有適用，同款但書即有「對被告利益有重大關係事項」之規定，「公平正義之維護」用語即成贅文⁶⁸。本見解雖完全符合立法走向理論上之一貫性，無論從審檢關係定位或是無罪推定觀念的落實，均值得讚許，無奈草案送審後，立法部門增列但書將「被告利益」與「公平正義之維護」並列⁶⁹，不得不將之分別解釋。

「公平正義之維護」應解釋為對被告不利之事項，但非指所有對被告不利之事項，只要涉及公平正義之維護，法院均應依職權強勢介入調查。解釋上應指法院透過當事人調查證據之過程、或其職務上已知之事

⁶⁶ 何賴傑，前揭文（同註 56），頁 428。

⁶⁷ 林朝榮，主義變遷中之我國刑事訴訟法（下），台灣本土法學雜誌第五十期，2003 年 9 月，頁 88；朱石炎，刑事訴訟法（上），2003 年 10 月，頁 183-184。

⁶⁸ 從另一個角度來看，公平正義之維護，本即包含被告利益維護之觀念，如此一來，「對被告利益有重大關係事項」則成贅文。

⁶⁹ 詳參立法院公報第九十卷第五十二期，頁 7-37；立法院公報第九十卷第五十七期，頁 269-287。

項，發覺有足以影響判決結果之證據存在，客觀上具有強烈調查證據的必要性，而檢察官未聲請調查，且有調查之可能者，基於「公平正義之維護」，法院如未調查，始發生違反調查義務之問題。在適用上應予注意者，為符合當事人進行之精神，本於檢察官應負實質舉證責任以及法院應依職權調查證據係屬補充性質的立場觀之，原則上必須由檢察官主導證據調查結束，始容許法院依此項但書之規定，逾越檢察官聲請調查證據之範圍，依職權調查不利被告之證據。在程序上，法院宜先指出證明之方法，曉諭檢察官提出該項證據聲請調查，較為妥適⁷⁰。法院發動職權調查證據前，應先予當事人、代理人、辯護人或輔佐人有就證據調查範圍、順序及方法陳述意見之機會，避免以突襲性之證據調查作為判決基礎，影響當事人訴訟權益⁷¹。

綜上所述，法院如違反本項但書之調查義務，其判決應構成刑訴法第三七九條第十款規定「依本法應於審判期日調查之證據未予調查之違法」。惟前已述及，最高法院決議仍然採取過去實務的見解，不區分調查證據之發動係出於當事人之聲請或法院依職權介入，均以「證據具有與待證事實之關聯性、調查之可能性，客觀上並確為法院認定事實適用法律之基礎，亦即具有通稱之有調查必要性者」，作為適用第三七九條第十款之標準，而且強調「不因其調查證據之發動，究竟出自當事人之聲請，抑或法院基於補充性之介入而有差異」。當事人主導證據調查的結果，真偽不明時，法院本即應依第一六一條第一項及第三〇一條之規定，以檢察官未能證明犯罪為由，諭知無罪判決；此種情形，上級審法院，尤其第三審法院如果繼續援用上開「調查必要性」之基準直接作為第一六三條第二項但書法院職權調查義務之根據，則可能過度放寬法官職權介入證據調查的空間，致加重法官的糾問色彩，而取代檢察官舉證之角色⁷²。

三、第一六三條第二項本文「經裁量後必須調查」？

⁷⁰ 陳運財，前揭文（同註 55），頁 470-471。另有見解更限縮解釋認為，此時所謂法院應依職權調查證據，原則上應指就非屬犯罪事實部份而對被告不利之事項；至於犯罪事實部份，則指法院應督促檢察官詳為舉證而言，而非法院有蒐集對被告不利之義務。詳見吳冠霖，前揭文，頁 55。

⁷¹ 法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第九十六點參照。

⁷² 陳運財，前揭文（同註 55），頁 473-474。黃朝義教授亦認為，依此延續傳統實務見解之解釋內容不難發現，法院應否於審判期日調查之證據，與修法後所強調的，「強化檢察官舉證責任、以及以當事人聲請調查證據為主軸」之構想似乎無關，決議之內容可謂完全無視修法後之刑訴法第一六一條與第一六三條之規定。詳見氏著，舉證責任與證據調查，台灣本土法學雜誌，第四十二期，2003 年 1 月，頁 156。

基於刑事訴訟發現真實之目的，除當事人聲請調查之證據外，應容許法院得後續、補充的介入證據之調查，第一六三條第二項本文即屬法院得依職權調查證據裁量權之規定。有學者主張，本項「得」字只是授權法院在以當事人為主導的證據調查程序裡，仍具有調查證據的權限而已，並非對於犯罪事實認定有影響的證據，法院有權「裁量」調查或不調查⁷³。不過多數見解仍以法院具有調查證據裁量權理解之⁷⁴，畢竟參照但書「應」之規定，不得不肯認法院於此享有裁量權限。因此，依本項規定，除於維護公平正義或對被告利益有重大關係事項外，法院得依裁量決定是否依職權調查證據，而不負職權調查之義務。法院縱然裁量決定調查某項證據，但仍係其裁量之範圍而非轉換成義務。

惟最高法院於九十一年第四次刑事庭會議決議卻認為，「於下列情形，法院有調查證據之『義務』：……第一六三條第二項前段規定法院為發見真實，經裁量後，在客觀上又為法院認定事實，適用法律之基礎者。」「本法第一百六十三條第二項前段所定法院為發見真實，『得』依職權調查之證據，原則上固不在『應』調查證據之範圍，惟如為發見真實之必要，經裁量認應予調查之證據，仍屬之。」其引用「裁量收縮」理論，指出法院的裁量權並非毫無限制，在個案上可能發生選擇可能被降至只有一種的情況，只有這一種方屬沒有瑕疵的裁量決定，其他裁量決定均屬違反法院職權調查義務，構成第三七九條第十款之違法。本文以為該決議見解並不妥適，最高法院於此另闢蹊徑使用裁量收縮理論，而不考慮此等情形是否屬於本項但書之事項，似有不當。學說上構成裁量縮減的重要原因以重要法益的確保為主軸，故依最高法院的見解，因裁量縮減至零而必須調查的部分，幾乎可以肯定均屬與被告之利益有重大關係的事項，因此法院直接受到法律規範（本項但書）的拘束，而毋庸迂迴透過裁量收縮理論才能課以法院調查義務⁷⁵。

將第一六三條第二項本文亦納入第三七九條第十款保護的範圍，除有上開混淆本文與但書解釋的情形外，相較於舊法之規定，無異將本款適用擴張至法院依裁量調查證據，反與一向致力於限縮本款適用之立場背道而馳。縱令為了使上級審法院對於下級審法院「裁量逾越」或「裁量濫用」情形得加以審查，解釋上亦可透過刑訴法第三八〇條訴訟程序違背法令加以救濟，同時必須當事人對此項違法附具具體理由加以爭執，第三審法院不得依職權加以調查。

⁷³ 楊雲驊，前揭文，頁 244。

⁷⁴ 陳運財，前揭文（同註 43），頁 66；何賴傑，前揭文（同註 56），頁 420。

⁷⁵ 楊雲驊，前揭文，頁 244；何賴傑，前揭文（同註 56），頁 424。

四、小結

綜上所述，新法修正後符合第三七九條第十款當然違背法令之事由，除未經合法調查之違法（未於審判期日踐行調查程序）外，對於事實審法院是否有未予調查（含調查未盡）之違法，包含下列兩種情形：

- 一、就當事人聲請調查之部分，若無刑訴法第一六三條之二所指情形，法院不應駁回而予以駁回者，法律審法院審查事實審法院有無第三七九條第十款違法應以此為主要審查事由。
- 二、就第一六三條第二項但書應依職權調查證據之部分（當事人未聲請調查者），除於被告利益有重大關係事項外，為了避免事實審法院仍抱持過去糾問心態，利用修正第一六三條第二項所謂公平正義的維護為由而積極介入證據調查，關於第三七九條第十款則應儘可能的採取嚴格的限縮解釋，以維繫事實審法院應行澄清真實的底限即可⁷⁶。適用上應注意，事實審法院對該證據之存在，須明知或可得而知，同時該證據在客觀上須具有強烈的調查必要性，而檢察官未聲請調查，且有調查之可能者。第一六三條第二項本文則不在本款適用範圍內。

誠然，縱使不符合「公平正義」或「被告重大利益」之維護，也僅能認為法院不負職權調查義務而已，並不能直接推論到法官亦不能依裁量調查證據，縱令違反法院調查證據之補充性，對於不應依職權調查之證據予以依職權調查，或對於得依職權調查之事項，不顧當事人反對，仍予調查，法院亦無違法可言，但亦不能據此一再強調我國刑事訴訟法仍然具有調查原則的色彩。必須再三重申的是，我國刑事訴訟法修法的走向既已朝當事人主導的方向前進，在條文的解釋與運作上，以法院職權介入為本位的官權思考邏輯即應有所改變。如果連現行刑事訴訟法究竟係採職權調查或當事人進行為主軸都無法獲得共識，戀棧職權調查模式者依舊緊抓著法院應積極介入兩造之攻擊防禦，方能有助於實體真實發現的思考模式來解讀新刑事訴訟法，到最後往往僅會陷入意識形態的爭執，畢竟兩種訴訟型態各有其一貫之條理與邏輯，多有難相假借之處。

第三項 第三百七十九條第十款應予刪除

本文以為，基於下列幾點理由，第三七九條第十款實應予刪除：

⁷⁶ 陳運財，前揭文（同註43），頁72。

- 一、依司法院大法官解釋第二三八號解釋意旨，所謂「應於審判期日調查之證據」，係指該證據在客觀上為法院認定事實及適用法律之基礎者。依實務之解釋，實質上等同於是否該當本款違法，仍須判斷有無影響於判決，與立法將之列為「當然違背法令」之事由，不無矛盾。
- 二、從立法例上觀察，德、日刑事訴訟法亦均未將「應於審判期日調查之證據而未予調查者」列為絕對上訴之理由。
- 三、於判決有影響之證據而未予調查者，依同法第三八〇條之反面解釋，原即可據為第三審上訴理由；若事實審法院縱曾予調查，亦無從動搖原判決就犯罪事實之認定者，即於判決顯無影響，此證據未予調查之訴訟程序雖違背法令而顯然於判決無影響，並不在第三七九條第十款適用之範圍內，且依第三八〇條之規定，亦不得執為第三審上訴之理由⁷⁷。因此，本款若予刪除，仍有第三八〇條可資救濟，並不影響權利保護。
- 四、何種證據應予調查，及其調查之方法如何，有無未盡調查之能事，原應屬事實審法院之職權，除有違背法令之情事，法律審之第三審法院原則上似不宜過問。
- 五、依刑訴法第三九三條但書規定，第三七九條第十款為第三審法院得依職權調查之事項，不待當事人於上訴理由書中指摘，第三審亦得依職權加以調查。但誠如前述，於新法修正後，有關證據調查之範圍、順序及方式，原則上既已改由當事人主導，則配合刪除第三七九條第十款的另一項實益，在於尊重當事人調查證據的主導權。如雙方當事人對原審法院關於證據之調查並未爭執，第三審法院則不必再依第三九三條但書規定以職權介入乃致徒增紛擾。同時，只要在得以落實檢察官實質舉證責任之情形下，該款所能適用的機會微乎其微，蓋因何種證據與事實有關，何種證據得以利用，檢察官應該最為熟悉，基本上法官如秉持著法庭上客觀第三者之運作型態，本款之適用應不以法官職權調查證據為主⁷⁸，是故，逕將該款列為所謂當然違背法令之事由，有欠妥適。

綜上，如為摒除第三審對事實認定的介入，落實嚴格之法律審，第三七九條第十款應無再予規定之必要，以適用第三八〇條之規定為已足。如是，除可避免法律審與事實審之界限混淆，並可適度減少案件發回更審之機會以及第三審之負荷。

⁷⁷ 七一台上三六〇六號判例參照。

⁷⁸ 黃朝義，刑事訴訟法《制度篇》，元照出版，2002年8月，頁244。

第四節 第三審自為判決與撤銷發回更審之界限

第一項 第三九八條第一款之解釋與適用

根據前述實證調查之結果，多次發回更審案件之發回原因，主要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判斷上。最高法院七十七年度第十一次刑事庭會議決議曾指出：「重大刑事案件之犯罪事實，因案發之初，搜集證據欠完備，或證據之憑信力疑問，或積極證據與消極證據紛亂，致影響真實之發見，事後歷經第一、兩審法院審理，亦未能發見確鑿之證據，事實極欠明確，難為妥適之判決此種案件設若已經第三審法院多次發回更審，且就案內一切情況觀察，調查之途徑已窮，或屬無益之調查，似此，第三審法院不應再行撤銷發回，本證據裁判主義之原則，論罪之證據既甚為薄弱，第三審即應為有利於被告之判斷，而予判決使之確定，以免案件久懸多年不能定讞」，一方面點出了目前多數案件久懸未決的癥結，並認應回歸無罪推定的大原則，值得激賞。但觀察實務運作現狀，該決議見解似乎並未落實在具體案件之審理中，最高法院於被告上訴之案件，因事實關係明確，不足認定被告有罪，而直接自行改判被告無罪之情形亦未嘗見。撇開法官是否願承受壓力改判無罪的主觀爭辯不談，值得思考的問題是，對於無益發回（調查途徑已窮、無法查明之發回）之情形，是否係因現行法上最高法院有不能自為判決（改判無罪）的困境存在？

就現行第三審採事後審查審的角度而言，最高法院撤銷原判決後，應以發回或發交更審為原則，但基於訴訟經濟的考量，於某些例外情形，始應自為判決。第三審法院認為上訴有理由時，除了依據刑訴法第三九七條，將原判決經上訴部份撤銷外，並應依法自為判決，或為發回（發交）更審判決（刑訴法第三九八條至第四〇一條）。而第三審自為判決與發回更審之界限何在，亦即第三審得自為判決的範圍，需視刑訴法第三九八條之適用範圍如何而定。該條規定：「第三審法院因原審判決有左列情形之一而撤銷之者，應就該案件自為判決。但應為後二條之判決者，不在此限：一、雖係違背法令，而不影響於事實之確定，可據以為裁判者。二、應諭之免訴或不受理者。三、有第三百九十三條第四款或第五款之情形者。」其中第二款及第三款所指情形，固可依第三〇二條、第三〇三條及第三九三條第四款、第五款明確解釋，惟第一款「雖係違背法令，而不影響於事實之確定」所謂為何，卻使人不甚明瞭。傳統教科書對於該條之解釋，亦僅為「即原判決所認定之事實，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問題。第三審法院，自可依據原審認定之事實，適用確當之法律，將原審判決撤銷，自為判決」⁷⁹，至於原審判決之違背法令情形如何始該當該款，則少有具體說明。

一、第三九八條第一款之「違背法令」

首先，該款所謂「違背法令」，究指廣義之判決違背法令或狹義之判決違背法令？如限於狹義之判決違背法令，是否僅限於違背實體法則，而不包括違反程序法則之情形？這裡存有爭議。就第一個問題，多數認為訴訟程序之違背法令若認為得合法上訴，必已影響於判決，關於裁判基礎之事實確定，亦應認其已受有影響，因此本款之「違背法令」應限於狹義之判決違背法令，與第三七七條至第三七九條「判決違背法令」指廣義者不同⁸⁰。就第二個問題，本款限於狹義之判決違背法令，是否僅限於違背實體法則之情形，採否定見解者認為，狹義之違背法令本包括判決不適用程序法則或適用程序法則不當，因此，此項之違背法令不限於違背實體法不可⁸¹。持肯定見解則認為，本款所謂「違背法令」應限於違背實體法而言，蓋若違背訴訟法，其就事實確定之本身已屬違背法令，亦即該事實之本身已不足以言確定，何來自為判決？即令為刑事訴訟法第三七九條以外之訴訟程序違背法令，既已其認為合法上訴，依同法第三八〇條之規定，當必影響於判決，其關於裁判基礎事實之確定，當應認其亦受影響，此係就法律規定本身作觀察；再就訴訟制度而言，我國不承認第三審得為事實之審理，是以得逕行自為判決者，應以不影響於事實之確定為前提，故應限於違背實體法，否則，第三審豈非得以原判決違背法令為由而予撤銷，並逕為事實認定並自為判決⁸²？

本文以為，主要適用本款的情形應指，並未變更原審所認定的犯罪事實，而只是對於相關法律解釋適用的錯誤或量刑不當或就原審所認定之一部犯罪事實加以判決的情形。本款之適用可與第三九三條第三款配合觀察，思考之原點同在於「第三審沒有確認事實之權限」的基本概念，所欲規範的重心應在於判斷具體之犯罪事實是否與刑法條款之抽象規定相符合，而可適用該條款定罪科刑之「包攝」(Subsumtion)的過程。第三九三條第三款「對於確定事實援用法令之當否」，依本章第二

⁷⁹ 褚劍鴻，前揭書，頁 716。同旨見林山田，前揭書，頁 727。

⁸⁰ 傅文民，關於減少刑事第三審發回更審之若干研究，輔仁大學法律學研究所碩士論文，1988年七月，頁 9-11。

⁸¹ 此為多數見解，詳參傅文民，前揭論文，頁 11。

⁸² 林永謀，事實問題、法律問題與第三審上訴理由之判決違背法令（下），載於軍法專刊第三十七卷第二期，頁 26。

節第二項第一款之說明，係指法院對於實體法的解釋與適用是否妥當。蓋事實確定乃事實審法院之職權，第三審法院所得依職權調查者，限於依據原審判決所確定之事實，審查其所援用法令是否適當。本款之情形亦同。在違反實體法則之情形，此時第三審自為判決時，對於原審所認定的事實並未重新形成心證加以變更，係以原審認定之犯罪事實為基礎，符合第三審之功能定位。至於前述採否定見解者認為，本款之違背法令包含「不適用程序法則或適用程序法則不當」應屬未洽。一般所指「狹義判決違背法令中之違背程序法則」之情形，主要如（1）免訴事由之有無；（2）法院受理或不受理訴訟不當；（3）法院所認管轄之有無係不當；（4）上訴是否合法；（5）違背證據法則⁸³。前三種情形，已於第三九八條第二款、第四〇〇條及第四〇一條中有所規範；第五種違背證據法則之情形，將影響犯罪事實之確定，第三審法院無從自為判決，亦非本款所指違背法令的情形。因此，僅以「狹義之違背法令本包括判決不適用程序法則或適用程序法則不當」為由，即認為違背程序法則亦有適用，理由並不充分。

二、第三九八條第一款之「不影響於事實之確定」

其次，該款所謂「不影響於事實之確定」所指「事實」為何？前述七十七年度第十一次刑事庭會議決議明確指出：「刑事訴訟法第三百九十八條第一款所謂『不影響於事實之確定』，係指不影響於重要事實之確定而言，下列事實應認為重要事實：（1）犯罪構成要件之事實；（2）法定刑罰加重或減免之原因事實；（3）阻卻違法性事由之事實；（4）阻卻責任性事由之事實；（5）特別經驗法則（專指具有特別知識或經驗者始得知之事實）；（6）其他習慣、地方制定自治法規及外國法之類，依法應予適用者亦屬要證事實，自應經事實審調查證明為必要。至於量定刑罰之事實，裁判上刑罰加重、減免之原因事實，訴訟法上之事實，公眾週知之事實及事實於法院已顯著或為其職務上所已知者等等，此或無庸舉證，或為第三審得依職權調查，或屬各級法院所得自由裁量，解釋上應不包括在內。」

首先，有見解主張本決議區分「不影響於事實之確定」之「事實」係以事實應經嚴格的證明或只須自由的證明作為判斷標準，如原判決違背法令致影響前者事實之確定，無可據以為裁判者，第三審只有撤銷發回更審；如違背法令致影響後者事實之確定，第三審應本其逕行調查結果而自為判決⁸⁴。因第三審不再進行證據調查程序，應經嚴格證明之事實

⁸³ 陳樸生，前揭書，頁224。

⁸⁴ 開正懷，第三審運作之新構想——刑事第二審與第三審調查證據認定事實職權之界線與第三

即不在第三審所得調查範圍之內，第三審亦應尊重下級審依嚴格證明所認定的事實，而依自由證明所認定之事實原則上則不足以拘束第三審，第三審得本其固有立場而為事實之認定，故以事實應經嚴格的證明或只須自由的證明為判斷標準，以說明本款之「事實」，不僅符合該條立法旨趣，適用上亦較明確，應可贊同⁸⁵。

其次，決議認為「犯罪構成要件事實」屬於本款所謂之「事實」，必須不影響「犯罪構成要件事實」之認定，第三審方得自為判決。惟不影響「犯罪構成要件事實」之認定究何所指？係指「不影響同一犯罪構成要件成立」之事實，或是只要在同一上訴事實範圍內，只要不影響事實審法院對於基本社會事實之認定，第三審法院即得變更法條自為判決，仍然不甚明瞭。如將本款「事實」理解為「經嚴格證明，符合同一構成要件之事實」，以裁判經濟的角度而言固然失之過嚴，但如解為「基本社會事實」則失之過寬，不僅（1）因第三審原則上採書面審查，有害被告防禦權之行使，易造成突襲性裁判；（2）第三審審查的對象係原審判決認事用法之結果，而非就起訴事實本身進行審理（3）事實審除了正確認定犯罪事實外，正確的適用法律當然亦為其身為裁判者之任務，如在基本社會事實同一之範圍內，第三審法院均得無視原審之判斷自為判決，無異弱化事實審法院適用法律的功能。本文以為，為兼顧訴訟經濟、被告防禦權之維護與法院審判範圍理解上之一貫，再加上法律問題的審查原本即為第三審的任務，判斷本款「事實」範圍的標準應可參酌區別案件同一性之「構成要件之事實共通說」⁸⁶加以理解。同時基於第三審為法律審之事後審查審，不再調查證據認定事實，對本款「事實」之理解更應限縮在「足以支持第三審其後所認定罪名之構成要件」上。同時，不影響「犯罪構成要件事實」之認定，第三審既得自為判決，如果第二審僅是犯罪細部事實的認定不清或認定錯誤，既不影響罪名之成立，第三審更不應以事實誤認或事實不明為由，而撤銷發回更審。

三、第三九八條第一款之「可據以為裁判者」

審法院擴張自為判決之範圍，法令月刊第三十九卷第五期，頁 8。

⁸⁵ 傅文民，前揭論文，頁 79。

⁸⁶ 所謂「構成要件之事實共通說」係指，關於起訴事實同一性之判斷，除應要求基本之社會事實同一外，檢察官所起訴之構成甲犯罪構成要件之甲事實，與之後法院所認定之該當於乙構成要件之乙事實，應具有相當程度的共通性，始可認為具有同一性。詳參陳運財，「論起訴事實之同一性—評最高法院八十六年度台非字第一八七號刑事判決」，月旦法學雜誌第六十二期，2000年7月，頁 154-155。

依本文前述之理解，除了第三審法院自為裁判後所變更之罪名與原審判決結果之間，兩者之構成要件的重要部份必須符合外，原第二審所確認之犯罪事實亦必須足以支持第三審所認定罪名之構成要件，第三審始得自為判決。另外，第三審法院依本款之規定自為判決者，實與事實審法院援引刑訴法第三〇〇條變更檢察官起訴所引用之法條相類似，總則九五條第一款亦有罪名變更後應再告知之規定，從被告防禦權行使之角度觀察，此時第三審法院應依第三八九條但書之規定行言詞辯論，賦予雙方當事人就法律適用之結果有辯明及防禦之機會⁸⁷。

在我國第三審採事後審查審之下，得適用本款自為判決必須上訴有理由，卻又不能變更原審之事實認定，得適用之情形實在相當有限。實務在運用本款之態度上，也顯的相當消極。以民國九十年為例，全部8133件的上訴第三審案件，最高法院自為判決的案件僅有34.5件，絕大部分的處理方式為駁回上訴或發回更審⁸⁸。

第二項 第三審得否自為無罪判決

惟不論前述對第三九八條第一款之「事實」採取何種見解，該款所謂「不影響於事實之確定」所指「事實」，均指「有罪認定」之事實，最高法院方得撤銷原判變更法條自為判決。因此，於被告上訴之案件，苟調查途徑已窮，依現存證據不足認定被告有罪，最高法院亦無法本無罪推定直接依據第三九八條第一款自行改判被告無罪，只能透過第三七九條第十款或第十四款之指摘撤銷發回更審，由原審法院自行改判，這是最高法院所面臨無法自為判決的困境之一，如原審法院仍堅持有罪的認定，則不免造成案件上下來回，遲遲無法定讞。

職是，應加以考慮者為是否允許第三審法院得依訴訟卷宗及事實審調查證據的結果自為判決，諭知被告無罪，擴大第三審自為判決的功能？如單就撤銷發回之實益觀察，在調查途徑已窮或已屬無益調查之情形，第三審即應為有利於被告之判斷，本於證據裁判主義自為判決，避免案件久懸不定。但被告有罪與否，畢竟涉及犯罪構成要件事實之認定，須經嚴格的證明，即應依經言詞辯論之證據調查程序而為認定，而

⁸⁷ 予以附帶說明者，採事後審查審，其重點在於審查的基準點以及審查時得使用證據及訴訟資料的範圍，並不表示審查之方法一定是採行書面審查，關於證人之調查雖不似第一審受直接審理或傳聞法則嚴格之限制，惟關於判斷原判決有無違誤時，原則上仍由檢察官及辯護人雙方就上訴意旨陳述意見，進行辯論，法院如有調查事實，其結果亦有使其行言詞辯論的必要，非謂法律審或事後審查審，即可當然限制當事人行言詞辯論的訴訟權益。參照陳運財，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503。

⁸⁸ 司法院公務統計分析，<http://www.judicial.gov.tw/>。

第三審法院之調查程序原則上既不行言詞辯論，自無權依未經言詞辯論程序調查所得之證據，為實體事實之認定，而諭知無罪之判決⁸⁹。縱令否定犯罪事實存在之證據是否須經嚴格證明仍有爭議，若承認第三審得自為無罪判決，恐怕亦與第三九四條第一項前段以及「法律審之審查審」構造難以配合⁹⁰。因此，我國若欲增設如同日本刑訴法第四一三條但書上告法院自為判決的規定：「……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」，立法體例上與結構上，均有再做調整之必要。日後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，應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。

第三項 量刑不當與自為判決

如上訴理由中已具體指摘原審刑罰量定有違背實體法則之情形，最高法院七十七年度第十一次刑事庭會議決議指出：「第三審依訴訟卷宗內之證據資料，如認原判決有下列情形之重大違誤而撤銷之者，並應就該案件自為判決。（一）原判決對刑罰之量定，所為或未為裁判上酌減、免刑，裁量權之運用顯有違法者，第三審應自行量處適度之刑。……刑事訴訟法第三百九十八條第一款所謂『不影響於事實之確定』，係指不影響於重要事實之確定而言。至於量定刑罰之事實，裁判上刑罰加重、減免之原因事實，訴訟法上之事實，公眾週知之事實及事實於法院已顯著或為其職務上所已知者等等，此或無庸舉證，或為第三審得依職權調查，或屬各級法院所得自由裁量，解釋上應不包括在內……」。最高法院七十年第六次刑事庭決議亦指出，於第二審判決未認定酌減其刑之事實，第三審法院於撤銷改判時，可依職權逕行認定⁹¹。

⁸⁹ 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7。

⁹⁰ 詳參傅文民，前揭論文，頁70。

⁹¹ 提案：院長交議：關於「刑法第五十九條與第五十七條之適用，其間應如何定其分際？又第二審判決未認定酌減其刑之事實，第三審法院可否依職權逕行認定？」之問題，實務上頗多爭議，認有求取見解一致之必要，茲有下開二說。

甲說：

一、刑法第五十七條所列各款事項，固為科刑輕重之標準而定，但同法第五十九條酌減其刑之標準，因須就犯罪情狀主觀及客觀兩方面考察，故如審酌第五十七條各款情形，發見其可寬恕及憫恤時，例如犯罪之動機，至可憫諒，犯罪實害極其輕微，或事後已有補救之行爲等等，亦皆得據為酌減其刑之原因。其餘就犯人之環境、年齡、性格及資力等等，經考量後，認為其犯罪有可憫恕者，並得依五十九條減輕其刑。其法定刑為唯一死刑之案件，無選科其刑之餘地，遇有情輕法重之情形，尤應考慮有無適用五十九條之情狀。

二、第三審法院固應以第二審判決所確認之事實為其判決基礎，但此事實係指法定事實，包括犯罪事實及法定刑罰加重或減免原因之事實而言。至刑法第五十九條裁判上之酌減，性質上屬於刑罰裁量之範圍，其所依據之犯罪情狀，包括案內一切資料，被告犯罪情狀是否顯可憫

學說上對於量刑資料第三審可否自為調查認定並自行量處適度之刑，則有不同見解。有認為關於量刑資料之事實，以自由證明為已足，第三審可自為調查認定，從而亦得自行量處適度之刑；有認為量刑事實亦屬嚴格證明之範疇；有認為即使量刑資料之事實以自由的證明為已足，並非就此事實之斟酌可不經任何程序，應予當事人爭辯之機會，或將之呈現於公判庭使當事人知悉，更有主張以經合法的正式證據調查程序為必要⁹²。如依傳統教科書之有力見解，第三審法院不得調查認定之事實，指犯罪事實及法定刑罰加重或減免之法定事實，至於裁判上刑罰加重或減免之裁判事實則不在此限⁹³，第三審法院得依職權調查其事實而為認定，同時，不僅其調查方式不受拘束，亦無需經言詞辯論或法定之證據調查程序，第三審法院可憑原判決之記載及卷內可信之一切訴訟資料，為綜合之觀察及考慮而自為酌減⁹⁴。

恕，第三審得就案內一切資料自行審酌，不以第二審確認之事實之範圍為限（參照前大理院五年上字第九一號判例）。

乙說：

一、刑法第五十九條之酌量減輕，必於犯罪之情狀可憫恕時始得為之，至情節輕微等等，僅可為法定刑內從輕科刑之標準，不得據為酌量減輕之理由，蓋刑法第五十七條之規定，為法定刑內科刑輕重之標準，而酌量減輕其刑，必須犯罪另有特殊之原因與環境等等，在客觀上足以引起一般同情，認為即予宣告法定低度刑猶嫌過重者而言（參照本院二十八年上字第一〇六四號，四十五年台上字第一一六五號，五十一年台上字第八九九號判例）。故第五十七條所稱之「情狀」，與第五十九條所稱之「情狀」，各有其不同之領域。

二、事實可分為「實體事實」與「訴訟事實」兩種，關於犯罪事實及法定刑罰加減之原因事實，固為實體事實，即刑法第五十九條所定得據以酌量減輕其刑之可憫恕之犯罪情狀，亦屬實體事實之範圍，均須經調查及辯論程序，以嚴格之證明始得認定，至實體事實以外之訴訟事實，始不須經辯論程序即得認定，如免訴不受理管轄錯誤等是。故第二審判決中如無可堪憫恕之犯罪情狀之記載，第三審法院不得依職權逕行認定，而適用刑法第五十九條之規定予以裁判。

決議：刑法第五十九條規定，犯罪之情狀可憫恕者，得酌量減輕其刑，同法第五十七條規定，科刑時應審酌一切情狀，尤應注意左列事項（共十款）為科刑重輕之標準，兩條適用上固有區別，惟所謂「犯罪之情狀」與「一切情形」云云，並非有截然不同之領域，於裁判上酌減其刑時，應就犯罪一切情狀（包括第五十七條所列舉之十款事項），予以全盤考量，審酌其犯罪有無可憫恕之事由（即判例所稱有特殊之原因與環境等等，在客觀上足以引起一般同情，以及宣告法定低度刑，是否猶嫌過重），以為判斷。故適用第五十九條酌量減輕其刑時，並不排除第五十七條所列舉十款事由之審酌，惟其程度應達於確可憫恕，始可予以酌減。關於第三審法院撤銷原判決自為判決時，依法應有刑法第五十七條之量刑權，已無疑義。至於第三審法院可否逕行適用刑法第五十九條酌量減刑規定一節，雖有爭論，但按之刑法第五十九條與第五十七條同屬審判人員自由裁量之職權範圍，於依法自為實體上之判決時，仍以採肯定說為宜（參照我國前大理院五年上字第九一號判例）。因審酌犯罪情狀是否可憫恕之事由，在第三審法院應憑原判決所記載（包括事實理由）及卷內可信之一切資料，加以綜合判斷，此與須經事實審調查辯論程序所認定之法定事實（為犯罪構成要件之事實及法定刑罰加減之原因事實），尚有不同，前述大理院判例自行認定被告犯罪情狀可以憫恕，而自為酌減，其理由意即在此。惟第三審審酌卷內一切資料，認為犯罪情狀可以憫恕，判決酌減其刑，而原判決則認為犯罪情狀無可憫恕之處者，在第三審判決應詳敘其理由，並說明原判決認為情無可恕如何不當，方為理由完備。

⁹² 相關見解請參照傅文民，前揭論文，頁 53-56。

⁹³ 陳樸生，前揭書，頁 532。

⁹⁴ 林國賢，關於刑法第五十九條之適用問題，法令月刊第三十六卷第一期，頁 11。

綜上所述，學說及實務多數認為刑罰量定之事實並非刑訴法第三百八十九條第一款之「事實」，依該款規定第三審法院本即可進行調查、認定後自為判決，似毋庸再增訂條文作為第三審自為判決之依據，最高法院應積極加以運用，使被告能獲得直接迅速之個案救濟，如認為就量刑調查結果，有必要給予當事人辯論之機會，以維護審判之公正客觀者，並得命為辯論（第三八九條第一項但書）。

第五節 其他問題檢討

第一項 職權上訴之檢討

刑訴法第三四四條第四項、第五項規定：「宣告死刑或無期徒刑之案件，原審法院應不待上訴依職權逕送該管上級法院審判，並通知當事人。前項情形，視為被告已提起上訴。」此等規定旨在保障人權，因宣告死亡或無期徒刑，關係個人之生命及長期自由之喪失，為避免原判決有所疏失，故不待當事人上訴，由原審法院依職權移送上訴法院審判，視為被告已提起上訴⁹⁵。

依據本研究前述之觀察發現，最高法院對於重罪案件，尤其是經宣告死刑或無期徒刑者，審查上十分嚴格慎重，自是大大增加此類案件遭到發回的比例。再加上此類擬制上訴案件，排除刑訴法第三五四條撤回上訴以及同法第三九五條後段逾期不補提上訴理由書駁回上訴之適用；同時，若再經被告提起上訴，原審法院亦毋庸審查被告所提之上訴是否合法，並無認定其上訴為不合法而裁定駁回其上訴之權限，仍應依職權將案件逕送上級法院審判，縱被告所提起之上訴不合法，亦毋庸諭知駁回其上訴之判決。這些經擬制合法上訴之案件，既然無法從程序上將上訴駁回，如最高法院審查上過於審慎，不欲使之儘速確定，從下級審實體審理的過程中，自是容易找到可供發回的瑕疵存在；最高法院即便欲自為判決，更礙於同法第三九八條之規定，自為認定的空間相當有限，間接導致遲遲無法定讞的現象產生。

⁹⁵ 判決不適用刑法第五十九條之違背法令，經上訴第三審或非常上訴後，因最高法院均得撤銷原判決而自行判決，故於被告利益，能為適當之救濟；在判決適用刑法第五十九條不當之違背法令，若係對最高法院之判決提起非常上訴，因原判決並不利於被告，故僅將違背法令之部分撤銷即可，對被告利益並無影響，然卻違反法律之公平性甚鉅。參汪紹銘，刑法第五十九條實務見解之研究，軍法專刊第三十五卷第四期，頁 39。

⁹⁶ 褚劍鴻，前揭書，頁 620。

死刑係生命刑，執行後如發現冤獄，勢必無法補救，為保障人權，宣告死刑之案件不待上訴逕依職權送該管上級法院審判固無問題。惟無期徒刑則屬自由刑，被告如受無期徒刑之判決後折服，願及早日入監執行，自應尊重其意願，不能剝奪其不上訴之程序利益而強行擬制上訴。況過去於實務的運作，曾發生第二審法院判處被告無期徒刑，被告並未上訴，而原審法院依法律規定職權逕送上訴，第三審法院認為原判決違法撤銷更審，第二審法院更審改判死刑，再提起上訴後，第三審法院判決駁回上訴確定，嗣不久被告亦遭執行槍決⁹⁷，反見荒謬所在。有鑑於此，在司法院版的刑事訴訟法修正草案中，將宣告無期徒刑之案件逕依職權上訴的部分刪除，應是可以支持的修法。

第二項 第三七六條限制第三審上訴之疑義

我國刑事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，以「刑度」及「罪名」為基準，規定不得上訴三審案件之類別⁹⁸，與他國立法例相較（德、日之刑事訴訟法，即未設置以罪名或刑罰程度為標準，而限制第三審上訴之規定），顯得極為特殊。

我國刑事訴訟法第三七六條原為限制輕微案件不得上訴第三審之規定⁹⁹，本法於民國八十四年修正時，為再度減輕第三審法官之負荷，於是擴大不得上訴第三審法院之案件，不再以刑法第六十一條所列之輕微案件為限。然而，第三審上訴採行法律審之目的既然在於審查原審判決有無違法、有無影響於事實之認定，以統一法令之解釋，則理論上，不論案件之種類或輕重，倘原審判決違背法令，而有由第三審法院予以審查糾正，以收統一法令解釋目的之必要者，均應容許其提起第三審上訴始為合理¹⁰⁰。更有論者認為，限制不得上訴第三審案件之規定，立法者未考慮人民之平等權與訴訟權，顯屬違憲¹⁰¹。以另一角度觀察，愈是輕

⁹⁷ 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215。

⁹⁸ 詳參本論文第二章第三節第二款之說明。

⁹⁹ 原條文規定：「刑法第六十一條所列各罪之案件經第二審判決者，不得上訴於第三審法院。」在制度上一直被視為是減輕第三審審理案件負擔的重要機制。

¹⁰⁰ 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509。

¹⁰¹ 「刑事案件有無必要上訴第三審法院，關鍵點乃在於有無法律爭論點，而不在於案件之輕重。況且，存有法律問題爭論之案件，並不限於重大案件，即使是輕微案件，也有可能於刑事實體法上存在須待最高法院表示法律見解，並用以統一法律見解之情況，例如誹謗罪（刑§310）雖屬輕微案件（刑§61①），但涉及憲法保障之表現自由（憲§11），其與憲法如何分界與調適之問題，因本法第三七六條不得上訴第三審之規定，故使最高法院無從表示其法律見解。

微案件，對民眾日常生活之影響愈大，以刑法第三一〇條誹謗罪為例，其雖屬輕微案件，但涉及憲法保障之表現自由，如不准此類案件上訴最高法院，將使最高法院無從表示其法律見解，以資法令之統一適用，最高法院又何能扮演法律的先驅角色，又何能發揮統一解釋法令之功能¹⁰²？

司法院於民國九十三年一月向立法院提出之「刑事訴訟法部分條文（上訴編至附帶民事訴訟編）修正草案」，即刪除本條之規定，參照本文前述說明，誠屬可採之修法。惟其修正理由謂「現行本條之規定，係依案件之類型及法定刑度，禁止輕罪案件上訴第三審法院，其考量或在於緩和第三審法院之負擔，但在第三審上訴已採嚴格法律審，上訴事由僅限於原審判決所適用之法令抵觸憲法、違背司法院解釋或判例之情況下（修正條文第三百七十七條參照），應可大幅度減少第三審上訴案件之數量。從而，上開考慮之基礎已不復存在，為符合審級制度及憲法維護人民訴訟權之精神，爰刪除本條規定，使第三審上訴之要件悉依上訴理由為規範，而不受案件類型及刑罰輕重之限制」，仍基於「案件負擔」將來可望減輕之考量，方廢除本條規定，而未從第三審「統一解釋法令」之功能出發，此處修正理由之說明稍嫌美中不足。

第三項 對於簡易判決處刑之上訴

依刑訴法第四五五條之一第一項規定：「對於簡易判決有不服者，得上訴於管轄之第二審地方法院合議庭」；同條第二項規定：「依第四百五十一條之一之請求所為之科刑判決，不得上訴」；同條第三項規定：「第一項之上訴，準用第三編第一章及第二章之規定」。被告向檢察官表示願受科刑之範圍或願受緩刑之宣告，經檢察官據以向法院為請求，或被告於審判中，逕向法院表示願受科刑範圍或願受緩刑宣告，法院依其表示所為之判決，被告不得上訴。除此之外，當事人或其他有上訴權人對於第一審簡易判決不服者，可上訴管轄第二審地方法院合議庭，並且準用上訴通則及第二審上訴的規定。由於準用上訴與第二審之通常程序，因此第二審地方法院合議庭受理簡易判決之上訴案件，應依通常程序審理，

因此，透過本法之規定，剝奪特定被告之第三審上訴權，實屬違憲之舉。本法第三七六條原以刑法第六十一條之輕微犯罪為限，規定不得上訴第三審，本已屬違憲，1995年修正時，更一味只想減輕最高法院之負擔，而未考慮人民之平等權與訴訟權，反而擴大不得上訴第三審之罪名，犧牲被告之訴訟權，以減輕法官之負擔，.....如此之修法，更擴大違憲之範圍，顯實不當.....」林山田，刑事程序法，五南出版，2004年9月，頁702-703。

¹⁰² 翁慶珍，前揭論文，頁228。

關於簡易判決之第二審上訴之審理程序，有下列幾個問題值得檢討：

一、簡易判決上訴審不得再採書面審理

依第四五五條之一第三項規定，不服簡易判決之上訴，準用刑事訴訟法第三編第二章第二審上訴之規定，故簡易判決之第二審上訴審理程序，應回復事實審之通常審判程序，地方法院合議庭之審理應踐行公開審理、直接主義、言詞審理及辯論原則¹⁰³。何況，被告對於採書面審查之一審簡易判決處刑結果既已聲明不服，自應彌補其原被剝奪之受通常程序審判之權利，以保障其受公開審判、與證人對質及詰問權等訴訟權益，故簡易判決第二審上訴之審理，不應再採書面審理¹⁰⁴。將來第二審如修法改採事後審查審，就經簡易判決處刑案件之上訴二審則應分別處理，法院應重新賦予其受通常審判及與證人對質詰問等權利，踐行與第一審通常程序相同之事實審理，應採覆審制較為妥當。

二、簡易判決上訴審得否為被告一造缺席判決

地方法院合議庭審理簡易判決之第二審上訴，被告經合法傳喚，無正當理由不到庭者，得否不待其陳述逕行判決？如從第四五五條之一第三項文義解釋，既準用第三七一條之規定，似可為被告一造缺席判決。惟有學者持否定見解，認為刑訴法第三七一條之規定，係以被告於第一審事實審之通常審判程序中，已充行使其訴訟權益進行防禦為其前提，故於第二審上訴中，被告經合法傳喚無正當理由不到庭者，可視為其任意放棄訴訟權益，故不問判決結果如何，第二審上訴審法院均得為被告一造之缺席判決；惟第一審之簡易判決係採書面審理，被告並未被賦予有到庭陳述、為言詞辯論或與證人對質或行詰問之機會，既然被告對第一審簡易判決之適用法律或量刑結果不服而提起上訴，倘第二審之地方法院合議庭仍得準用第三百七十一條之規定逕為一造缺席判決，由於此項判決即行確定，將導致從訴訟繫屬開始至終局判決確定為止，被告始終未能到庭陳述辯明以及詰問證人等之機會，在此情形下之法院判決，顯失公平公正之基礎¹⁰⁵。從保障被告訴訟權益之觀點而言，應以否定見解為妥，因此關於簡易判決之第二審上訴，應無準用第三百七十一條之餘地，不得因被告無正當理由不到庭，而為一造缺席判決。實務運作則

¹⁰³ 陳運財，刑事訴訟之簡易判決程序，台灣本土法學雜誌第十七期，2000年12月，頁55。

¹⁰⁴ 參照林俊益，刑事簡易判決之上訴，月旦法學雜誌第六二期，2000年7月，頁19。

¹⁰⁵ 陳運財，前揭文（同註103），頁55。

直接依第四五五條之一第三項準用第三七一條之規定，認得不待其陳述逕行判決¹⁰⁶。

三、得上訴第三審案件之處理

由於民國八十六年十二月修法前之第四四九條第一項規定，得適用簡易程序之案件範圍，以第三七六條所列不得上訴第三審之案件為限，故第三七六條所列案件以外之得上訴第三審之案件，自無適用簡易程序之餘地，倘當事人對下級審法院之判決不服，自得循三級三審之救濟程序提起上訴。惟修法後，為擴大簡易程序適用案件之範圍，刪除第四四九條第一項對於第三七六條輕微案件之限制，故形式上，得上訴第三審之案件，倘非屬強制辯護案件，且其所科之刑係以宣告緩刑、得易科罰金之有期徒刑及拘役、或罰金者，亦得不經通常審判程序而逕以簡易判決處刑。如此一來，倘當事人對第一審之簡易判決不服，向地方法院合議庭提起上訴，則對於簡易程序之第二審判決，當事人得否對其再提起第三審上訴，即發生疑義，尤其是原「得上訴第三審之案件」是否會因以簡易判決處刑，而導致不得上訴於第三審之問題¹⁰⁷。

簡易判決之上訴，因刑訴法第四五五條之一第三項僅準用第三編第一章及第二章第二審上訴之規定，並未設有準用上訴第三審之相關規定，故實務及學說均認簡易判決係以第二審之地方法院合議庭為終審，不得再上訴第三審¹⁰⁸。例如，檢察官依通常程序起訴之案件，經法院訊問，被告自白犯罪（例如刑法第三二五條第一項之搶奪罪），認為宜以簡易判決處「有期徒刑二年，緩刑五年」，檢察官認為「不宜宣告緩刑」而上訴於管轄之第二審地方法院合議庭，合議庭認為檢察官上訴無理由，駁回上訴時，檢察官再提起之三審上訴，應認為上訴不合法；惟從第三七六條之規定觀之，當事人對於搶奪罪之第二審判決並非不得上訴於第三審，此即新法未統一修正「輕微案件」之範圍所產生的問題¹⁰⁹。

將來修法如能將「輕微案件」之範圍，調整回「第三七六條所規定之案件」，問題固可迎刃而解，在現行法之解釋下，針對此類本得上訴

¹⁰⁶ 88簡上86號判決、88簡上270號判決等參照。

¹⁰⁷ 陳運財，前揭文（同註103），頁56；林俊益，前揭文，頁345。

¹⁰⁸ 即便強行解釋依通常審判程序得上訴第三審之案件，倘依簡易判決處刑後，仍得上訴至第三審，但其第三審之法院，係管轄該地方法院合議庭之高等法院抑係最高法院，不免爭議，若認為是最高法院，但依第三百七十五條之規定，向最高法院所提起之第三審上訴，以不服高等法院之第二審或第一審判決者為限，對於簡易程序之地方法院合議庭第二審判決，依現行法之規定，技術上並無法再向最高法院提起第三審上訴。參陳運財，前揭文（同註103），頁56。

¹⁰⁹ 林俊益，刑事訴訟法概論（下），學林文化事業有限公司，2003年7月，頁346。

第三審之案件，則應以回復通常審判程序，做為解決之道。具體言之，依通常程序當事人得循三級三審上訴至最高法院之案件，倘適用簡易程序，實際上當事人如有不服，將僅能以地方法院合議庭為第二審之終局審判，顯然有害當事人之審級利益，失之公允，從而，應認此類案件依簡易判決處刑，顯失公平，符合第四百五十一條之一第四項但書第四款規定之情形，不宜依簡易判決處刑，故檢察官應避免對於得上訴第三審之案件聲請簡易判決處刑；若檢察官提出聲請，法院宜依第四百五十二條之規定，改適用通常審判程序審理之；倘法院仍逕為簡易判決，當事人不服而提起上訴者，第二審之地方法院合議庭，應依第四百五十五條之一第三項規定準用第三百六十九條第二項規定，撤銷原簡易判決，並由該合議庭改依第一審通常程序審判¹¹⁰，如此一來，當事人對此判決自可依通常程序上訴高等法院，對高等法院之判決倘再有不服，得依法提起第三審上訴¹¹¹。

為使由地方法院合議庭管轄之簡易處刑第二審判決亦得上訴第三審，民間版草案第三七五條修正：「不服第二審法院之判決或高等法院之第一審判決而上訴者，應向司法院為之」，值得肯定。

第四項 更審程序與第二審上訴之撤回

在多次撤銷發回更審下，被告及其家人被套牢於漫長、磨人的訴訟中，原先希冀透過上訴獲得改判的心願，經由一再的煎熬折騰，早已幻化為大海泡沫，無論結局如何，只求早日從中解脫。在更審程序中，上訴人能否為求訴訟的早日終結而撤回原對第一審判決不服而提起之第二審上訴，實務上向來卻採取否定見解。刑訴法第三百五十四條規定：「上訴於判決前，得撤回之」，四十六年台上四八六號判例依照法條文義上解釋認為：「刑事案件撤回第二審上訴，應於第二審裁判前為之，經第三審發回更審後，即不得撤回」。學說一般亦表示，雖經上訴法院發回更審，恢復其判決前之狀態，但該案既經上訴法院判決，自無再聲請撤回之餘地，且經第三審發回更審後，亦不得撤回其第二審上訴¹¹²，因第三審發回更審之判決，當事人及第二審法院均應受最高法院判決之

¹¹⁰ 對於地方法院誤以簡易處刑之救濟，司法院民國 80 年 12 月 3 日（80）廳刑一字第 1447 號函復台灣高等法院：「應依刑事訴訟法第四百五十五條之一第三項規定準用同法第三百六十九條第二項規定，以原審未諭知管轄錯誤係不當而撤銷之，並由該合議庭依第一審通常程序處刑，被告對此判決自可依通常程序上訴高等法院」。法院辦理刑事訴訟簡易程序案件應行注意事項第十四點：「對於簡易判決之上訴，準用刑訴法第三編第一章及第二章之規定。管轄第二審之地方法院合議庭受理簡易判決上訴案件，應依通常程序審理。其認為有刑訴法四五二條之情形者，應撤銷原判決，逕依通常程序為第一審判決」。

¹¹¹ 陳運財，前揭文（同註 103），頁 56。

¹¹² 陳樸生，前揭書，頁 490。

拘束，此項發回更審，雖恢復第二審判決前之狀態，但原第二審判決，因撤銷已不存在，自與撤回上訴限於判決前為之之本旨，即不相合，自不應准許¹¹³。

惟，刑訴法第三百五十四條所以限制「判決前」始得撤回上訴，理由在於「上訴人認為不必上訴者，法律亦應許其撤回，以免續行審判之煩，惟既經裁判後應遵循裁判之諭知，不許任意撤回。」在第三審撤銷發回第二審時，原第二審判決既被撤銷，就該更審程序而言，尚無判決存在，並不符合「既經裁判後應遵循裁判之諭知」之要求；再者，更審程序中上訴人主張撤回上訴，表示甘服第一審之判決，更是符合「上訴人認為不必上訴者，法律亦應許其撤回，以免續行審判之煩」。另外，第三審判決拘束當事人及法院，僅在於不得為與第三審發回判決有拘束力部分相牴觸之主張與判決，尚難謂上訴人因此即必須接受第二審法院裁判，而喪失撤回上訴之權¹¹⁴。或許於上訴審法院判決後，容許上訴人撤回上訴，將影響法院裁判之威信¹¹⁵，但當事人對裁判既然已無不服，併從有利於案件之終結考量，承認其於更審中得撤回上訴，實質上並無不妥。尤其在我國現行刑事訴訟法改朝當事人進行原則方向修正之今日，上訴人既無欲再針對被訴事實進行爭執，如何再積極的主導證據調查並進行攻擊防禦？雖然對於第二審更審判決提起第三審上訴後，仍得撤回其第三審上訴¹¹⁶，使判決歸於確定，但整個更審審程序在上訴人無心訴訟的情形下，不過是無謂的勞費與徒勞的等待罷了，更遑論更審法院裁判威信之維護。因此，不妨承認更審程序中第二審上訴之撤回，多少有助懸宕多年案件之解決，使上訴人能本其自由意志脫離長期訴訟的漩渦。

第六節 小結—困境與契機

依據本章對於我國上訴制度之檢討，在不調整現行二、三審上訴制度的架構下，減少案件發回二審可考慮的方向有：（1）刪除第三七九條第十款之規定。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」，依刑訴法第三九三條但書規定，為第三審法院得依職權調查之事項，不待當事人於上訴理由書中指摘，第三審即得依職權加以調查，又依同法第三九四條之規定，並得調查事實。本款規定實深涉事實審法院取捨證據認定事實之職權行使，如雙方當事人對原審法院關於證

¹¹³ 褚劍鴻，前揭書，頁 634。

¹¹⁴ 傅文民，前揭論文，頁 136-137。

¹¹⁵ 褚劍鴻，前揭書，頁 634。

¹¹⁶ 陳樸生，前揭書，頁 490。

據之調查並未爭執，第三審法院應不必再依第三九三條但書規定以職權介入乃致徒增紛擾。(2) 加強第三審法院自為判決的功能，尤其是當事人對於量刑不服時，除可容許僅以量刑問題提起上訴外，第三審法院並應積極運用第三九八條第一款自為判決。(3) 承認更審程序中第二審上訴之撤回，多少有助懸宕多年案件之解決，使上訴人能本其自由意志脫離訴訟。(4) 刪除經宣告無期徒刑之案件逕依職權上訴之規定。

除了前述僅須修正實務運作態度或經小幅度修法即可解決之問題外，現行我國刑事上訴制度實仍存有下列困境，讓筆者不得不認為有全盤重構之必要：

- 一、無論從真實發現或訴訟經濟之觀點，二審全面進行覆審誠屬不當之立法。
- 二、我國刑訴法雖賦予第三審得對事實問題進行事後審查之權限，惟不承認第三審得為事實之審理，是以其得逕行自為判決者，除因上訴不合法、無理由而以判決駁回外，依同法第三九八條第一款，如認上訴有理由而欲自為判決者，限於應以不影響於事實之確定為前提，實際得適用之範圍十分狹窄。尤其在無益發回（調查途徑已窮、無法查明之發回）之情形，最高法院即無法本無罪推定直接依據第三九八條第一款自行改判被告無罪，只能透過第三七九條第十款或第十四款之指摘撤銷發回更審，由原審法院自行改判，這是最高法院所面臨無法自為判決的困境，如原審法院仍堅持有罪的認定，則不免造成案件上下來回，遲遲無法定讞。
- 三、第三審法院指摘的事實不明，二審法院因離案發時間之距離，且實務認為事實審法院只須就卷宗內的證據，進行第一六四條以下之程序，而沒有蒐集證據的義務，亦即限於第二審審判中存在的證據，第二審法院實已無法究明。
- 四、三個審級的權責不明、角色重疊。為有效運作審級制度，分工的觀點應予強調，每一次程序的進行，都應有其新的意義存在。現制賦予第三審職權調查事實之權限，致使第三審過分強調個案正義之維護，不免置二、三審之功能於不分；二審與一審更是完全無法區別，吾人無法理解為何一定要經過二次的事實認定方足以擔保實體真實的發現，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？一審虛工現象之造成、權威性之喪失，誠屬必然。

當程序的一再重複其實已無助於真相的發掘釐清，剩下的只是不斷的算計與疲憊感，弔詭的是操作上卻非如此不可時，上訴制度之改革著實為刻不容緩之課題。