

第五章 我國刑事上訴制度之改革

第一節 刑事訴訟上訴制度改革之軌跡

第一項 改革緣起與經過

我國現行刑事訴訟法自民國二十四年制訂施行以來，已經超過一甲子。其間雖然經過數度修正，逐漸確立刑事訴訟固有之內在價值—公平正義，一路往保障被告基本人權之路邁進¹，但無可諱言的，適用迄今，仍有諸多難以切合當前社會實際需要之處。司法院刑事廳即曾指出現行刑事制度所遭遇的主要難題在於：一、訴訟程序過分職權化，以致法院、檢察官、被告之三方關係失衡；二、案件量膨脹，刑事司法負擔過重，影響裁判品質及裁判速度²。在民國九十一年修正刑訴法改採當事人進行原則、規定檢察官應負實質舉證責任；民國九十二年再度修正，採行傳聞法則，關於證據調查之程序及方式則參酌美日交互詰問制度，證據調查改以當事人對證人、鑑定人行交互詰問為重心後，雖然現行所謂「改良式當事人進行主義」仍有不少盲點存在，但前述第一點審檢辯三方關係失衡的現象，應可獲得有效之治療，並有助於落實第一審公判為事實審的中心。

就第二點案件量負擔之問題，不僅造成法院審理案件負荷過重、降低裁判品質，趕結案的結果，不免忽視了被告行使防禦權的機會，而積案下所造成的訴訟遲延，更是有害於正義的迅速實現。而刑事案件的負荷的效應，無可避免的波及到上訴審，其結果，刑事上訴制度的修正，一直是實務界相當關切的課題，除了司法業務研究年報紛紛囑請各級法院法官針對「如何減少民刑事上訴案件發回更審」、「刑事第二審可否改採事後審為原則並明定其上訴理由」、「限制上訴第三審範圍」等問題進行研究，並且多次具體反映在刑事訴訟法的修正上。例如，民國七十九年增訂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，以減輕高等法院之負荷；八十四年修正第三七六條之規定，擴大不得上訴於第三審之案件範圍，以減輕最

¹ 詳見陳運財，刑事訴訟之回顧與展望，月旦法學雜誌第45期，1999年2月，頁20-22。

² 司法院刑事廳，全國司法改革會議中有關刑事訴訟制度改革之議題，律師雜誌第二三八期，頁46-50。

高法院審理案件的負擔。八十二年司法院刑事訴訟法修正委員會提案修正第二審的構造，引進續審的色彩；又在八十四年及八十九年兩次修正刑事訴訟法部分條文的過程中，司法院先後提案刪除第三百七十九條第十款「依法應於審判期日調查之證據未予調查者」之規定，以避免因此款發回更審，拖延訴訟，惟此項提案，因被質疑可能不當限縮當事人上訴的權益，致未審議通過。另一方面，最高法院七十七年第十一次刑事庭會議決議及七十八年第三次刑事庭決議則指出，刑事訴訟法第三七九條第十款所謂應行調查證據之範圍，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，自不得命法院應依職權從各方面詳加調查，解釋上「調查」證據並不包括「蒐集」證據內³。

上開的修法及實務運作的特徵，都有一個共通的目的，即是試圖減少上訴審審理案件或調查證據的負擔。但這些頭痛醫頭的處理方式不僅治絲益棼，其始終未就真正病灶所在痛下針砭，更是不免令人有「鋸箭療傷」之感慨。八十八年舉行的全國司法改革會議中，將來落實第一審為堅強事實審，第二審上訴改採「事後審查制」，第三審則採行「嚴格法律審」，司法院之組織及審級結構，將以「一元單軌制」為終極目標之提案，為會議中絕大多數的看法，雖然最後未達成共識，卻已勾勒出未來上訴制度改革的方向。

第二項 司法院版修正草案簡介

司法院為建構公平正義訴訟制度，以完成改造跨世紀現代司法制度之理想目標，於民國八十八年七月六日至八日召開全國司法改革會議，就刑事訴訟制度之改革達成「落實第一審為堅強之事實審」、「第二審研採事後審查制」、「第三審研採嚴格法律審兼採上訴許可制」、「適度修正非常上訴制度」等多項共識，並依其原則，並配合司法院之終審機關化，研擬修正刑事訴訟法第一編「總則」第十章「被告之羈押」、第三編「上訴」、第四編「抗告」、第五編「再審」、第六編「非常上訴」、第八編「執行」、第九編「附帶民事訴訟」等相關條文，計修正七十五條、增訂三十三條、刪除二十條，共計一百二十八條。司法院復於民國九十三年一月向立法院提出此「刑事訴訟法部分條文（上訴編至附帶民事訴訟編）修正草案」，雖未審查通過，惟司法院並不排除於九十四年向立法院再次提出官方版草案。以下則針對該草案上訴審部分相關修正作一簡介⁴：

³ 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497。

⁴ 整理自司法院刑事訴訟法部分條文修正草案總說明；陳恆寬，刑事訴訟制度新制實施成效檢討暨上訴制度修正方向之簡介，全國律師雜誌，2004年5月，頁14-17；康樹正，刑事訴訟法

第一款 上訴通則

- 一、修正職權上訴制度，僅宣告死刑之案件應依職權逕送上級法院審判（修正條文第三百四十四條第五項）。
- 二、上訴期間延長為二十日（修正條文第三百四十九條）。

第二款 第二審上訴修正要點

一、第二審上訴原則採行事後審制，提起上訴須具備法定上訴理由

除簡易案件之第二審上訴係由該管地方法院之合議庭管轄外，對於上訴於高等法院之第二審上訴案件，原則上改採事後審制。第二審以第一審判決為基礎，事後審查第一審判決所為事實認定及法律適用有無違誤，亦即事後審查原審判決妥當與否。配合事後審查制，改採法定上訴理由主義，上訴書狀並應敘述理由，具體指摘原審判決有何違法之處。（修正條文第三百六十一條之一、第三百六十一條之三、第三百六十一條之四）

二、兼採續審制以補事後審制之不足

第二審上訴仍具有個案救濟之目的，應兼採續審制，以濟事後審制之不足。如當事人因不得已之事由，未能於原審言詞辯論終結前，聲請調查證據，或原判決辯論終結後判決前，發生新事實，致使原審判決事實認定錯誤影響於判決，或造成科刑、宣告保安處分顯然失當時，參考日本刑事訴訟法第三八二條之二之立法例，應容許提起第二審上訴。（修正條文第三百六十一條之五）

三、第二審構造具有法律審之性質

改採事後審制後，第二審不再以事實審之地位自行調查證據、認定事實，具有法律審之色彩，故除有特別規定外，上訴非以原審判決違背法令致影響於判決為理由，不得為之。又以上開事由提起第二審上訴者，其上訴書狀應敘述理由，並引用卷內訴訟資料具體指摘原審判決違背法令致影響於判決之事項。（修正條文第三百六十一條之一、第三百六十一條之二、第三百六十一條之三）

四、原審判決認定事實錯誤顯然於判決有影響，或科刑、宣告保安處分顯然不當時，得為上訴理由

第二審上訴係關於事實認定及法律適用之事後審，若原審判決認定事實錯誤顯然於判決有影響，或科刑、宣告保安處分顯然不當時，自得允許當事人或其他有上訴權人提起上訴。此時，為便於第二審法院審查原審判決有無前開瑕疵，上訴人應於上訴書狀敘述理由，並引用卷內訴訟資料，具體指摘原審判決認定事實錯誤顯然影響於判決，或科刑、宣告保安處分顯然不當之事項。（修正條文第三百六十一條之四）

五、原審判決有再審之原因、刑罰有變更、免除或被告經赦免或死亡者，得提起第二審上訴

第二審上訴係以審查原審判決認事用法是否妥適為目的，如原審判決後，發現有本法第四百二十條、第四百二十二條所定之再審原因，或刑罰有變更或免除，或被告經赦免或死亡者，為救濟原判決之不當，得提起上訴請求撤銷改判。（修正條文第三百六十一條之六）

六、第二審法院應以原審調查之證據及原判決確認之事實為判決基礎，就上訴理由所指摘之事項為調查

為配合第二審上訴制度之改造，爰修正第三百六十六條，規定第二審法院應以原審調查之證據及原判決確認之事實為判決基礎，就上訴理由所指摘之事項為調查。但下列事項得依職權調查：一、與第三百六十一條之二、第三百六十一條之四第一項、第三百六十一條之五第一項、第三百六十一條之六第一項規定上訴理由有關係之事項；二、免訴事由之有無；三、適用法條之當否；四、第一審判決後，足以影響科刑、宣告保安處分之情形。（修正條文第三百六十六條）

七、第二審法院以撤銷原審判決後自為判決為原則，以發回原審法院或發交、移送該管第一審或第二審法院為例外

為避免案件無謂發回，延宕訴訟，爰參考我國刑事訴訟法第三百九十八條及日本刑事訴訟法第四百條但書之法例，第二審法院撤銷原審判決者，除法律另有規定外，應自為判決。（修正條文第三百六十九條）

第三款 第三審上訴制度修正要點

一、司法院為最高審判機關

配合司法院之最高審判機關化，本法第三百七十五條關於「最高法院」用語爰予修正為「司法院」。

二、第三審上訴採行嚴格法律審，明定得上訴第三審之理由，限於原審判決所適用之法令牴觸憲法、違背司法院解釋或判例者等三種情形

第二審上訴已改以事後審制為原則，審查糾正原判決違背法令之錯誤，同時兼採續審制，補充性地發見真實而求個案之救濟，在此前提下，第三審法院應更彰顯其法律審之性質，就第三審上訴之事由予以嚴格限定，以與第二審上訴之功能有所區別，始可形成金字塔型之審級構造，促使上訴制度合理化，爰明定得上訴第三審之事由，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者等三種情形。（修正條文第三百七十七條、刪除第三百七十六條、第三百七十八條至第三百八十一條）

三、增設裁量許可上訴制度

第三審法院乃負有統一解釋法令任務之終審法院，為防止濫行上訴，促使司法資源合理有效運用，固應將第三審上訴之理由予以嚴格限定。惟高等院所為之第一審或第二審判決，縱然無法定得提起第三審上訴之事由，但其所涉及之法律見解如具有原則上之重要性時，宜使第三審法院有審查之機會，爰增設「裁量許可上訴制度」，以充分發揮第三審法院統一解釋法令之機能。（修正條文第三百七十七條之一）

四、第三審法院個案聲請釋憲義務

由於司法院組織定位調整之近程規劃及在憲法第七十八條修正之前，法令之抽象違憲審查權與法令之統一解釋權，仍歸屬於司法院憲法法庭。故第三審法院就上訴或裁定許可上訴之案件，對原審判決所適用之法律或命令，確信有抵觸憲法之疑義或有變更司法院解釋之必要者，應以裁定停止審判，並添具意見書將案件移送憲法法庭解釋，於憲法法庭議決後，始繼續審判。而第三審法院依憲法法庭解釋之結果，如認為維持原審判決係屬適當者，應以判決駁回上訴。（修正條文第三百九十四條之一、第三百九十六條）

五、賦予第三審法院依職權撤銷原審判決之權限

第三審法院雖為嚴格之法律審，但為維護當事人之權益，亦有個案救濟之必要，例如發現原審判決顯有影響於判決結果之違背法令、重大事實誤認、科刑或宣告保安處分顯為不當、有得聲請再審之原因、判決後刑罰已廢止、變更、免除或經赦免等情形時，縱使原審判決所適用之法令並未抵觸憲法、亦未違背司法院解釋或判例，但第三審法院認為不將原審判決撤銷顯然違反正義時，得依職權將原審判決撤銷。（修正條文第三百九十七條之一）

第三項 民間版修正草案簡介

為因應司法院提出刑事訴訟法「上訴審至附民編」之官方修法條文，民間司法改革基金會、台大法學院刑事法研究中心、律師公會全國聯合會、台北律師公會，迅速於九十三年三月成立『刑事訴訟修法小組』，共同研擬民間版本對照條文⁵。

民間版修正草案與司法院版草案在重構上訴審的立法大方向上大致相同，對於民國八十八年全國司法改革會議達成之「落實第一審為堅強之事實審」、「第二審研採事後審查制」、「第三審研採嚴格法律審兼採上訴許可制」、「適度修正非常上訴制度」等共識，同樣給予支持。惟對於司法院積極推動刑事訴訟法「上訴審至附民編」之修法，民間團體意見認為，在現行第一審審判品質尚難令人信服之情形下，如驟然將上訴審改為嚴格事後審，無異於犧牲人民之訴訟權益來減輕法官之工作負擔，對此深感無法接受。因此，民間團體認為在現階段實不適宜提出上訴審之修法，目前雖迫於情勢必須提出民間之對照版本，但堅持修法必須以下列條件為前提⁶：

- 一、刑訴上訴審之修法，需在確立人事制度金字塔化的前提之下，才能考慮建立訴訟制度的金字塔化刑事訴訟上訴審之修法，應待「法官法」與「司法院組織法」…等法案立法通過後，在健全人事制度前提下，才能再進行第二階段之修法。
- 二、司法院需進行相關實證研究，確信人民已信賴第一審之審判，而審判品質也已確實提後，才能繼續推動上訴審之修法。司法院必須透過實證調查研究，證實刑訴新制實施後，人民對於一審司法信賴有顯著提升，且法院的裁判品質（行交互詰問案件的裁判維持率）也已達到至百分之八十，否則不宜驟然通過修法，提高上訴第三審的門檻，或限縮提起再審、非常上訴的範圍。
- 三、官方需等待民間對於刑事訴訟「交互詰問」等新制度熟悉後，才能繼續推動修法。

⁵ 民間版與官方版修正草案對照表請參見附錄。相關重要條文之比較評析，則於本章第二節以下加以討論。

⁶ 詳見民間版刑事訴訟法部分條文修正草案說明。

四、司法院不能只注重修法刑事訴訟之改革，需一併考量其他配套措施，才能有具體之成效，例如（一）改善目前法官輕忽量刑調查的弊端，且重大刑案中之量刑，「罪」與「罰」應分離調查；（二）偵查中律師權的落實：應保障律師與當事人間的秘密諮詢權、強化法律扶助在偵查中對於犯罪嫌疑人之保障；（三）律師法的再改革：有關律師懲戒規定之修改，以及律師的調查權等…皆需考量修法；（四）刑事訴訟法第一百五十九條之一第二項應刪除；（五）修改監獄行刑法與羈押法：應改善現行監獄在當事人與訪客會面時，加以錄音之現況；（六）進行檢審合理工作量的評估與調查：為落實現已實施之刑事訴訟新制，應先考量整體檢審合理工作量的調配，或可改善二審實施新制成效不彰之弊。

第四項 修法前提及施行日程

司法院於九十三年一月向立法院提出「刑事訴訟法部分條文（上訴編至附帶民事訴訟編）修正草案」後，民間卻以修法前提仍未落實，諸如須先確立人事制度金字塔化、須先提升裁判品質使人民產生信賴、須待民間對於交互詰問制度熟悉之後、以及其他配套措施尚未一併完成等因素，跳出來為下一波刑事訴訟針對上訴制度之改革踩煞車。律師界更表示，刑訴新制之實施，已造成律師執行刑事辯護案件之案源萎縮（餅變小）及案件困難度增加（餅變硬），因此對第二階段之修法，多抱持審慎的態度，且基於第一審實施交互詰問的經驗發現，達到堅實第一審的理想甚遠，新制仍有改進的空間⁷。

主張暫緩修法之理由，分別以應先人事制度金字塔化、落實第一審為堅強事實審以及強化偵查中辯護權之保障等相關配套措施後，始宜進行上訴審的修法工作，固非無見。惟針對下述問題，仍有研求之餘地：

其一，民國九十二年修法後，我國刑事訴訟制度已從「職權主義」轉型為「改良式當事人進行主義」，修法的主要目標在於建構第一審為堅強之事實審，徹底彰顯人權保障與社會公益之維護，並提升審判效能。在可預見的未來，我國刑事訴訟制度將朝向完全當事人進行主義之道路邁進。從修法體例上來看，當事人進行主義強調公平審判的理念，審、檢定位有明確之劃分，法官扮演的角色為超然中立之聽訟者，證據調查改由兩造當事人主導，檢察官負實質舉證責任，採行傳聞法則，證據調查以當事人對證人、鑑定人行交互詰問為重心，且針對爭議案件採

⁷ 羅秉成，餅變小、變硬、變「難吃」—從辯護律師角度談刑訴新制的衝擊與實踐，司法改革雜誌第 53 期，2004 年 10 月，頁 22-23。

行合議審理，制度的設計無非以落實第一審公判為整個刑事訴訟程序之重心。如此一來，上訴程序必然應進行調整，始能促進整體訴訟程序之正當化、合理化。目前即已產生的現實的問題為，新制施行後，第二審訴訟程序應如何進行。由於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」，加以現制第二審仍為覆審之事實審，故就第二審如何「準用」新制第一審的規定（如是否有必要踐行交互詰問程序等），引起爭議。以台灣高等法院本院而言，即有觀察者指出實踐情形有「一院多制」的混亂狀況，加以台灣高等法院檢察署因人力不足等問題，無法全部全程配合蒞庭（尤以準備程序缺席情形較為常見），遭致詬病新制的實施只是「半套」而已⁸。

其二，對上訴制度修法持保留態度者，令其感到卻步的主要理由，無非是目前刑訴新制之運作尚未成熟，從不服一審判決之上訴率觀察，距離堅實第一審之落實尚有一段距離，如貿然改第二審為事後審查審、第三審為嚴格法律審，恐有害被告之訴訟權益。不過現實的問題在於，在維持第二審為覆審的結構下，當事人輕忽第一審的態度即不可能被矯治，第一審制度的設計縱由當事人主導證據調查，在雙方無意全力進行攻擊防禦的心態下，一審又如何成為堅實的事實審？甚且，第一審審判品質是否已全面實質上提升，交互詰問是否已全面操作順遂，其評斷標準又在何處？目標達成之時日是否難以確切期待？因此本文以為，即使第一審尚未充分獲得人民或律師界的信賴，在上訴審的設計上，如能妥適規範上訴之理由、調查範圍、調查之方式以及如上訴有理由者，第二審應以撤銷發回為原則，仍可儘速推動上訴審的修法工作。

其三，要落實第一審為堅實事實，除了交互詰問等機制外，更重要的仍應迅速採行卷證不併送以及訴因制度等當事人進行原則的配套措施。由於現行起訴程式仍維持卷證併送，法院依舊於審判期日前即已接觸不利於被告之卷證，形成先入為主之偏見，仍無法扭轉法院與被告對立之型態，難以完全褪去糾問之色彩，實現公平之審判。尤其，因不採訴因制度，在具有潛在擴張性的公訴範圍內，法院仍得變更法條為有罪之判決，被告防禦之對象並非對造當事人之檢察官，而是法院，仍不符公平法院之理念，而且實際上，於具潛在擴張性的公訴範圍內，被告仍有受法院突襲性裁判之虞，故在欠缺合理期待及信賴保護之情形下，被告較不易認罪或傾向否認罪狀到底而一再上訴。另外，即便檢察官全程蒞庭，因法院已詳查卷證，依其固定心證為強力訴訟指揮之下，調查證據之範圍、程序及方式終將仍由法院主導，檢察官蒞庭提出證據調查之

⁸ 羅秉成，刑訴新制上訴審與其未來的變革－從辯護律師的角度觀察與分析，刑訴新制修法動向之說明與對話座談會（台中場）書面資料，2005年2月26日。

必要性大大減低，蒞庭實行公訴不免流於形式，同時以當事人交互詰問為調查證據之重心的法庭活動，亦難以實踐⁹。

第二節 上訴審重構應有之觀點

第一項 憲法訴訟權保障與上訴制度

在思考上訴審如何重構之前，不論將來第二審改採續審制或事後審查審，首先必須注意到的問題即是，此種變更是否會侵害當事人憲法上所保障的訴訟權或審級利益？

憲法第十六條規定人民有訴訟權。所稱訴訟權，乃人民在司法上之受益權，不僅指人民於其權利受侵害時得提起訴訟請求權利保障¹⁰，尤應保障人民於訴訟上有受公正、迅速審判，獲得救濟之權利¹¹。釋字第三九六號解釋理由書指出：「憲法第十六條所定人民之訴訟權，乃人民於其權利遭受侵害時，得訴請救濟之制度性保障，其具體內容，應由立法機關制定法院組織與訴訟程序有關之法律，始得實現。惟人民之訴訟權有其受憲法保障之核心領域，為訴訟權必備之基本內容，對其若有欠缺，即與憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨不符。本院釋字第二四三號解釋所謂有權利即有救濟之法理，即在指明人民訴請法院救濟之權利為訴訟權保障之核心內容，不容剝奪。保障訴訟權之審級制度，得由立法機關視各種訴訟案件之性質定之」；釋字第四一八號及第四四二號則言：「憲法第十六條保障人民有訴訟之權，旨在確保人民有依法定程序提起訴訟及受公平審判之權利。...」。

分析我國大法官解釋對於訴訟權的理解，可歸結於以下幾點：（一）憲法對人民訴訟權的保障乃是一種制度性的保障，關於法院組織、訴訟程序，立法機關固然有一定的形成空間，惟「有權利即有救濟」乃是訴訟權保障的核心內容，就此，立法者有義務提供適當的組織、程序規定；（二）立法機關本於前述權限，固得對訴訟權之行使作合理的限

⁹ 陳運財，論刑事訴訟上訴制度之重構，全國律師雜誌，1999年5月，頁28-30。

¹⁰ 大法官釋字第243號：「中央或地方機關依公務人員考績法或相關法規之規定，對公務員所為之免職處分，直接影響其憲法所保障之服公職權利，受處分之公務員自得行使憲法第十六條訴願及訴訟之權。該公務員已依法向該管機關申請復審及向銓敘機關申請再復審或以類此之程序謀求救濟者，相當於業經訴願、再訴願程序，如仍有不服，應許其提起行政訴訟，方符有權利即有救濟之法理。...」

¹¹ 參照大法官釋字第446號解釋理由書。

制，但其限制不得違反憲法比例原則的要求；（三）為落實憲法基本權的規定，應提供其確實之訴訟保障¹²。因此，憲法第十六條保障訴訟權的方式，應該具備類似德國基本法第十九條第四項「有效權利保障（Effektivität des Rechtsschutzes）」的內涵，據此，人民不僅得以要求利用法院，同時也保障一些訴訟程序的形成，以達到權利保障與公正審判的目的。我國憲法有關訴訟基本權之規定相當簡略，惟解釋上應該可以從訴訟權中進一步具體導出。這些基本原則不僅客觀上左右著訴訟權與訴訟實務的法律原則，同時本身也是基本權。其中包括法定法官之要求（gesetzlicher Richter）、法律上之聽審（das rechtliche Gehör）、訴訟程序上之武器平等（die prozessuale Waffengleichheit）以及公平審判之要求（das Fairness-Gebot）¹³。

另外，立法者在形塑訴訟制度時，要求審級制度的提供是否亦為訴訟權保障所及？此種透過司法權發動來針對司法權本身進行權利救濟之要求，是否為憲法訴訟權保障之內涵？我國司法院大法官一直以來均認為，「**訴請法院救濟**」與「**正當法律程序之保障**」方為訴訟權保障之核心內容，至於「**審級制度**」則屬所謂立法形成事項，被排除在訴訟權保障必然不可遺漏的「**核心範圍**」之外。在釋字第五七四號中，大法官重申：「憲法第十六條所規定之訴訟權，係以人民於其權利遭受侵害時，得依正當法律程序請求法院救濟為其核心內容。而**訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件**，則由立法機關衡量訴訟案件之種類、性質、訴訟政策目的，以及訴訟制度之功能等因素，以法律為正當合理之規定」。該號解釋理由書亦說明：「**審級制度**為訴訟程序之一環，有糾正下級審裁判之功能，乃司法救濟制度之內部監督機制，其應經若干之審級，得由立法機關衡量訴訟案件之性質及訴訟制度之功能等因素定之，尚難謂其為訴訟權保障之核心內容（本院釋字第三九六號、第四四二號及第五一二號等解釋參照），而要求任何訴訟案件均得上訴於第三審，始與憲法保障人民訴訟權之意旨相符」。

以刑事訴訟程序而言，國家實現刑罰權的審判程序，只要於第一審能落實公平而正當的審理，對於審理結果，被告如有不服，予以有聲明不服之救濟管道，使上級審有糾正錯誤判決的機制存在，即應認已滿足憲法保障人民訴訟權的核心價值。換句話說，憲法上所保障的訴訟權，並未要求國家對於刑事案件除了應設第一審審判程序外，更要進一步提供**第二次重覆審理**機會。因此，第二審上訴改採續審制或事後審查審，仍

¹² 陳愛娥，「有效權利保障」與「行政決定空間」對行政訴訟制度的影響，收錄於行政訴訟論文集編，司法院，1998年5月，頁57。

¹³ 程明修，訴訟權（上），法學講座雜誌第31期，正點文教出版顧問有限公司，2005年1月，頁3-11。

滿足人民聲明不服之管道，並保有糾正誤判之機制，對於憲法保障人民之訴訟權，並無侵害，且在兼顧司法資源合理有效運用的利益考量下，亦符合比例原則¹⁴。同時，刑事訴訟第二審將來若採行事後審查審，如發覺原審判決違背法令而足以影響事實認定者，仍以發回原審更為適法之事實審理為原則，與覆審制相較，僅是形式上在覆審制下的第二次事實審理係由第二審自為判決，事後審查審原則上則以發回原審處理的方式上之差異而已¹⁵，並不會剝奪被告接受事實審理的機會。

第二項 從上訴制度與刑事訴訟目的觀之

刑事訴訟的目的，在於以合乎司法形塑的裁判，發現實體真實並回復法的和平秩序¹⁶。刑事訴訟的目的，可以說是刑事訴訟法的根本，支配著整個刑事訴訟制度的設計與操作，在重構刑事訴訟上訴制度時，自應考慮實體正義之實現與法安定性之維護。

就實體正義實現之觀點言，第二審不採覆審制，未必即違反發現真實的要求。首先，相較於第一審，第二審法院未必即處於更有利之時點位置而更能發現真實，對於第一審事實認定錯誤，不一定能適時救濟，與其重新調查事實形成心證，不如給予當事人於第一審更充分攻防辯論之機會；其次，第二審採取覆審制，從人性觀點言，不免造成當事人輕一審重二審之心態，將重要證據留待第二審始行提出或聲請調查，第一審發現真實之功能則被漠視；再者，如果第二審之重覆審理真能擔保真實發現倒也無妨，但從司法院統計數字觀察，不服二審上訴的理由，以應調查之證據未予調查、判決不載理由或所載理由矛盾者居多，經第三審撤銷發回的比例也以此二者為大宗，可見多次重覆審理無法擔保真實之發現；另外，關於法官之證據評價，越多審級，其所可能產生之歧異性越大¹⁷，如以一次事實審，能徹底完成犯罪事實之審理，應是較佳的選擇。附帶一提，在目前採行覆審制下，經檢察官提起上訴，原判決無罪之案件可能撤銷改判有罪，即使僅被告為自己的利益提起上訴，如原審判決有適用法條不當之情形，仍有可能由較輕之罪名改判為較重之罪名或諭知較重之行，採行覆審亦並非當然有利於被告¹⁸。

¹⁴ 陳運財，前揭文（同註3），頁514。

¹⁵ 陳運財，前揭文（同註3），頁515。

¹⁶ 林鈺雄，論刑事訴訟之目的，收錄於氏著「刑事法理論與實踐」，學林文化事業有限公司出版，2001年8月，頁4。

¹⁷ 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347。

¹⁸ 陳運財，前揭文（同註3），頁516。

又如本論文第二章第一節探討上訴制度之目的所述，上訴之目的若過度偏重於實體真實發現，特別是被告之具體救濟，勢必要擴張上訴理由，擴大上訴審之調查範圍及上訴審之職權化，如此不僅造成濫行上訴，案件久懸不決，反而有害法安定性之形成、有損法和平性之回復。支持上訴制度之人力及物力等問題，亦是上訴目的在現實上必須列入考量的重要因素。因此在思考上，上訴制度之重構應以統一法令之解釋及適用為主要目標加以理解，附帶的方為發現實體之真實（特別是被告具體之救濟）。

第三項 訴訟制度與上訴審構造之關係

第一款 當事人主義、職權主義與上訴制度

在英美法採當事人主義下之上訴制度與大陸法系採職權調查原則下之上訴制度，分別著重在不同的功能與面向。在英美法系，一審公判程序為整個審判程序重心所在，於公判程序前之發動偵查，與公判程序後之上訴救濟制度，均係以充實公判程序與支持公判程序進行為目的，上訴法院並非替代一審行使事實認定之法院，是否構成犯罪，僅能在一審公判程序中，依據當事人論爭之訴訟結構進行判斷。上訴程序之進行，主要在否定第一審程序中，違反當事人主義基本規範所為之事實認定，並為使事實認定得以在一審公判程序中再度獲得審查，而將訴訟案件發回一審重新審理¹⁹。相對的，採行傳統職權主義的國家，依其法律規範之特色，從一審之公判程序至上訴之第二審法院，自始自終連續不斷為事實之認定，其二審不是採行承繼第一審事實認定之續審方式，即為採行直接承續至一審為止之所有訴訟資料，進而重新再為事實認定之覆審模式；最終審則以法律觀點之監督為主，負責法令統一解釋之工作。換言之，從偵查至上訴審為止，其所關心與審判之對象，皆以案件為主，持續不斷的在累積案件紀錄與訴訟資料²⁰。

我國司法改革計畫第一審採當事人主義以強化第一審之事實審理功能，第二審並將因此改為事後審制，而關於司法改革的討論也常常有下列論點：當事人主義較能發現真實，故採當事人主義即可採事後審制，而職權主義較不利於事實審理，因此往往與第二審採覆審制相提並論等等，從前述英美法系與大陸法系的訴訟結構觀之，實際呈現的訴訟模式

¹⁹ 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6月，頁110。

²⁰ 黃朝義，前揭文，頁111。

的確是當事人進行＝事後審、職權調查＝覆審或續審，惟若從現實之存在即導出理論之必然，此種論點似過於簡化。

所謂職權調查原則，乃法院應本其職權，獨立自主地探究案件之實質真實，不受程序參與者所提供訴訟資料與所聲請調查證據之拘束²¹。在職權調查原則下，法院既不受限於當事人提出之證據，且法院無法由當事人提出之證據獲得確信時，應依職權調查證據以發現真實，若法院未盡證據調查之能事而導致不利於當事人之不利益，自亦不能由當事人負擔，有學者認為此即為第二審採覆審構造之因，為防止法院職權濫用或不用，予當事人第二次調查證據、辯論證據證明力之機會²²。不過，刑事訴訟採行職權調查原則，並無導出第二審上訴應採覆審制之必然性。所謂職權調查原則，專就審判程序而言，乃指證據調查之範圍、程序及方法，由審判者主導，不受當事人主張所拘束，此項審理原則與上訴審介入審查原判決的政策問題，並無直接的因果關聯，而且只要第一審能盡職權調查之能事，積極發現真實，第二審即使僅審查原判決有無違法或事實誤認，而未為完全的重覆審理，應不發生違反職權調查原則之問題²³。德國第二審採行覆審制的主要理由，從其對重大案件僅設有兩個審級、對迅速簡易審理之輕罪案件方容許第二審上訴之設計觀之，亦非懷疑職權調查之第一審發現真實的功能，而係與第一審之充實度和被告之程序保障息息相關²⁴。

或謂，在當事人主義訴訟制度中，當事人為訴訟主體，證據蒐集、調查的權益及責任都在當事人，而且當事人主義又注重證據的時間性，要求對己有利之證據須盡可能於第一審提出，而不得留至二審作為秘密武器，因此，若當事人舉證有所失誤，應由當事人自負其不利益，不得在於第二審提出；審理既集中在第一審，且有交互詰問等直接審理及言詞審理主義之貫徹，有利真實發現，則第二審構造宜採事後審制，而不再調查證據。如此論點亦有值得推敲之處。蓋當事人主義之精神在於保障雙方當事人之權利平等、地位平等，但其設想兩造之能力與資力相等，實際上殊屬罕見；理論上，當事人主義要求兩造將手中證據顯露無疑，但實際上當事人往往提出有利證據、隱匿不利證據，交互詰問更時常淪為買弄訴訟技巧的工具，反而引導出許多似是而非的證言，與真相漸行漸遠；當事人主義設想由訴訟結果獲益者為當事人，故認當事人必定熱心進行訴訟，但實際上，對於因訴訟結果而有蒙受損害之虞的當事

²¹ 林山田，別迷失在主義的叢林中——為職權原則與調查原則伸冤，台灣本土法學雜誌第一期，1999年，頁14。

²² 陳樸生，第一審中心與第二審中心，軍法專刊第十三卷第二期，頁7-8。

²³ 陳運財，前揭文（同註3），頁517。

²⁴ 張紘璋，刑事訴訟第二審上訴制度之研究，政治大學碩士論文，2001年6月，頁118-119。

人所採取之拖延戰術，卻無有效防止之策，仍無法避免訴訟遲延之情事發生。由上述情形觀之，當事人主義未必即較職權調查原則有助於真實之發現。所謂當事人主義之重點，係在於對當事人權利地位平等，被告與檢察官同為訴訟主體，而非偵查之客體²⁵；當事人主義最大之優點，與其認為是實體真實的發現，不如說是對於被告程序權利的保障，使其不至淪為偵查或糾問之客體，亦能在程序保障下有效行使攻擊防禦之權利²⁶。

採當事人進行主義既然未必較職權主義有利於發現真實，何以外國立法例就其第二審仍採事後審制？究其考量點，乃在於欲落實以第一審公判為中心，避免當事人輕視一審審理，而使當事人能於第一審充分的防禦攻擊。因此，第一審程序之重點應在於實體真實發現與被告所受程序保障之間的衡量，其平衡點方為審視第二審究應採何種構造之基準²⁷。

第二款 陪審制、職業法官與上訴制度

美國刑事訴訟採陪審制，其犯罪事實之認定委由陪審團為之，陪審團一旦評決被告無罪，該評決即將被絕對尊重，檢察官對於判處被告無罪之案件，一般不得提起上訴，而被告對於有罪判決，可以審判中所生之法律上瑕疵為理由，提起第二審上訴，其「事實認定一次性」的特質充分被顯現²⁸。採陪審制之國家，上訴審結構必然採行以法律問題為審查重心之事後審查審，蓋因一個案件重覆兩次進行陪審之審理並不妥當，尚且一旦承認得進行兩次之陪審，非旦造成費用之浪費，亦可能使訴訟陷於長期不確定之狀態。以陪審裁判為主軸之英美法系國家，一方面排除容易使一般國民產生錯誤證明力評價的證據資料（如傳聞證據等），同時在以「國民之聲音即為神明之聲音」之陪審法制下，由於上訴審係由職業法官組成，如承認得針對事實問題提起上訴，亦有違「國民之聲音即為神明之聲音」的內涵²⁹。

以職業法官進行審判之歐陸法系國家，不僅所有證據之證據價值委由職業法官依其經驗進行評價，對其認定過程中所可能發生之錯誤，亦認為得藉由上訴制度達到救濟之目的，期待透過層層審查，以達到正確

²⁵ 黃東雄、吳景芳，刑事訴訟法論，三民書局，2001年10月，頁46。

²⁶ 黃東雄，論當事人主義，收錄於氏著「刑事訴訟法研究」，三民書局，1981年4月，頁175。

²⁷ 張紘璋，前揭論文，頁118。

²⁸ 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118。

²⁹ 黃朝義，前揭文，頁113-114。

之判斷。以職業法官為審判主軸之訴訟制度，雖不若陪審裁判強調事實認定的一次性，上訴審就事實問題不得加以審查，惟就實際而論，基於第二審與第三審應有的任務與權責之分擔，尤其第三審法院的功能可能作某種程度的調整（例如處理憲法層次的問題），以及為建立刑事審判程序之金字塔結構時，上訴制度之結構調整問題亦不容忽視³⁰。

第四項 司法院之定位與第三審上訴

依我國憲法之規定，司法院為國家最高司法機關，掌理民事、刑事、行政訴訟之審判及公務員之懲戒（憲法第七七條）。司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權（憲法第七八條）。由憲法條文觀之，司法院應為民、刑、行政等訴訟案件之最終審判機關，同時擁有釋憲權。然而實際上，司法院除設有大法官會議負責解釋憲法，統一解釋法律及命令外，並未實際掌理民事、刑事，行政訴訟之審判以及公務員之懲戒。依據法院組織法、行政法院組織法及公務員懲戒法等之規定，民、刑、行政訴訟及公務員懲戒案件分別由最高法院、行政法院及公務員懲戒委員會掌理；而司法院則設民事廳、刑事廳、行政訴訟及懲戒廳，掌理司法行政業務，承司法院院長之令，監督各級法院及公務員懲戒委員會，導致司法院本身有流於司法行政機關化的傾向。長期以來，學理及實務上即有諸多見解不斷強烈批評，此種現制不僅與憲法第七十七條之意旨不符，同時造成司法行政凌駕審判，有損司法權之獨立，因此，如何使司法院審判機關化，回歸憲法之本旨，同時杜絕司法行政不當干涉審判權，是司法改革迫切面臨的重大、根本課題³¹。

針對此項課題，於民國八十八年舉行的全國司法改革會議中，司法院、民間團體、以及最高法院學術研究會共提出五個具體的方案，供會議中討論³²：

甲案（一元多軌制）

- （1）司法院內設各庭，行使釋憲權與審判權。
- （2）大法官組成憲法法庭，掌理釋憲權、政黨違憲解散權及政務官的懲戒權。

³⁰ 黃朝義，前揭文，頁 115。

³¹ 參照全國司法改革會議第一組議題資料，頁 1，全國司法改革會議籌備會委員會編印。轉引自陳運財，司法院之定位與刑事訴訟第三審上訴之重構，東海法學研究第十四期，1999 年，頁 164。

³² 參照司法院編印，全國司法改革會議實錄（下輯），1999 年，頁 886-887；李仁森，司法權的觀念—由日本「客觀訴訟」與司法權觀念之論爭反思我國司法院定位問題，全國律師，2003 年 3 月，頁 12。

- (3) 司法院另設民事訴訟庭、刑事訴訟庭及行政訴訟庭，分別掌理民、刑事及行政訴訟（現制公務員懲戒事務官部分併入）審判權，並負責統一法律見解。

乙案（多元多軌制）

- (1) 司法院保留。
- (2) 大法官會議憲法法庭化，掌理解釋憲權、政黨違憲解散權及政務官的懲戒權（政務官的懲戒權部分，民間團體版認為政務官無懲戒之問題）。
- (3) 最高法院、行政法院維持現制，分別掌理民、刑事及行政訴訟（現制公務員懲戒事務官部分於行政法院設公務員懲戒庭審理）審判權。

丙案（多元多軌制）

- (1) 司法院保留，由大法官會議負責解釋憲法及政黨違憲案件之審理。
- (2) 最高法院、行政法院及公務員懲戒委員會均維持現制，分別掌理民、刑事訴訟終審審判、行政訴訟終審審判及公務員懲戒等審判權。

丁案（一元單軌制）

司法院設置大法官十三至十五人，掌理民、刑事、行政訴訟之審判、公務員之懲戒、憲法之解釋及政黨違憲解散權。

戊案（二元二軌制）

- (1) 司法院改制為憲法法院及最高法院。
- (2) 憲法法院掌理憲法之解釋及政黨違憲案件之審理；最高法院掌理民、刑事、行政訴訟及公務員懲戒之審判權。

司改會議最終討論的結果，針對司法院的定位問題，達成了以修正甲案為近程目標，丁案為終極目標的具體結論。亦即，就過渡時期言，先採一元多軌制，將司法院審判機關化，司法院內設各庭，行使釋憲權與審判權。其中大法官組成憲法法庭，掌理解釋憲權、政黨違憲解散權及政務官的懲戒權；司法院另設民事、刑事及行政訴訟庭，分別掌理民、刑事及行政訴訟（現制公務員懲戒事務官部分併入）審判權，如各該庭間之法律見解發生歧異時，以各該庭聯合法庭的方式統一各庭法律見解，並以司法院院長為主席。最後，就終極目標言，採一元單軌制，司法院設置大法官十三至十五人，分掌民、刑事訴訟、行政訴訟之審判及公務員之懲戒，憲法解釋及政黨違憲解散權。

不論是近程目標之一元多軌制或終極目標之一元單軌制，司法院之定位，實與審級制度以及訴訟架構息息相關，司改會議雖暫時勾勒出未

來上訴制度改革之方向，但在會議結論上，訴訟構造的修正竟與組織上審判機關改造的問題脫鉤，即有學者對此表示就整體宏觀的司法改革寄予擔憂³³。將來第三審上訴制度之設計，應與司法院之定位作一併之思考，此部分牽涉到國家機關實際上究竟能提供何種型態、多少能量的司法資源，與組織上審級制度的設計息息相關。將來司法院之組織定位若採行上開之一元多軌或多元多軌制，由於釋憲權由大法官會議組成憲法法庭掌理，且第三審法院之組織、庭數並無太大之變革，故採行任何一案對於第三審上訴審之重構實質上並無影響；反之，若採行丁案之一元單軌制，則第三審上訴之理由及訴訟進行方式自應另有不同之思考及設計。

依據司改會議就司法院定位擬定的三階段改革時程，原訂於自九十二年十二月三十一日起採一元多軌制，司法院內完成設置憲法法庭，設置民事訴訟庭、刑事訴訟庭及行政訴訟庭各數庭的目標，行使釋憲權與審判權。惟因朝野未能達成共識，現行運作仍維持乙案之多元多軌制，即便依原訂辦理期限，完全整併為一元單軌制，最快亦要等到民國九十九年底，因此本文其後就第三審修正草案，暫從多元多軌制的角度加以評議分析。

第三節 第二審上訴之重構

第一項 續審或事後審查審的選擇

刑事訴訟整體所形成之司法體系是一種包括了人力、資力、時間之司法資源，如何將有限的訴訟資源作最有效的分配，以達刑事訴訟之目的，於立法政策上必須加以考量。從訴訟經濟的角度來看，審級救濟是降低裁判錯誤率、保障司法給付品質的重要制度，但審級救濟同時也代表整體司法資源的消耗，對個案的當事人來說，則是司法給付的遲延，因此第二審上訴制度合理化的目標即在於，如何使第二審糾正錯誤的功能發揮的越高，程序成本能夠越低，而不是無限制上訴³⁴。

在覆審制下，重覆的證據調查，不免造成訴訟資源的浪費，從成本效益考量，不如將事實審集中於第一審，避免程序浪費，對第二審上訴

³³ 陳運財，前揭文（同註3），頁498。

³⁴ 蘇永欽，案件負擔與審判遲延，收錄於氏著「司法改革的再改革」，月旦出版社，1998年10月，頁329-330。

採事後審制或酌採續審制，使上訴審的資源能用在真正需要的案件，方是合理的訴訟資源配置之道。

刑事訴訟第二審的構造，在立法例上有覆審制、續審制及事後審查審制。覆審制在我國運作之結果，如前揭第三章、第四章所述，其顯不可行明若觀火。於思考第二審重構之方向，吾人可從續審制或事後審查審制來加以選擇。

針對第二審上訴制度，司法院曾於民國八十二年提出修正草案，將現行的「覆審制」，一部酌改為續審制。其增訂第三六六條之一：「第一審所採納之證據，第二審法院亦得以之為證據（第一項）。以第一審之證據作為證據時，適用第一百六十二條、第一百六十四條及第一百六十五條之規定（第二項）」、第三六六條之三：「第二審法院應就新事實、新證據及第一審漏未調查之事實、證據調查之」，界定第二審應職權調查證據之範圍。為兼顧被告訴訟權益，另增訂第三六六條之二規定：「第一審已調查之證據，如有爭議，且於判決有影響者，亦得依聲請或依職權調查之。」有學者認為該草案之規定為溫和且漸進之改革方式，可謂係自現行刑事訴訟法施行以來，對於上訴制度最具前瞻性之具體改革方案³⁵，不過最後並未引起迴響。

司法院雖然已依八十八年司改會之決議，研擬草案改第二審為事後審查審制，並已向立法院提出，然坊間並非全無不同意見，有認為二審仍應維持覆審制，但兼採事後審制或續審制³⁶；有認為採行續審制為妥³⁷；更有主張應細分案件及程序類型，分別訂定第二審制度的方向³⁸。不過大致上來說，其主要之分歧點在於第二審究竟是以續審制或以事後審查制為主軸，方屬妥適的問題。

本文認為，第二審修法後應改以事後審查審為主軸，茲說明如下：
一、刑事訴訟乃針對過去已發生之犯罪，透過蒐集及調查證據的程序，以確認系爭事實存在與否，故認定事實、適用法律的審判程序，應以一次的程序，集中作充分且滿足當事人訴訟權益的方式為之³⁹。尤其

³⁵ 何賴傑，前揭文，頁 345。

³⁶ 「刑事訴訟上訴制度」學術研討會，刑事程序法研討會、台灣本土法學雜誌主辦，2005 年 1 月 8 日台灣大學法律學院第五會議室，陳瑞仁之發言，登載於台灣本土法學雜誌第六十七期，2005 年 2 月，頁 148、152。

³⁷ 何賴傑，前揭文，頁 345。

³⁸ 前揭「刑事訴訟上訴制度」學術研討會，楊雲驊、林鈺雄之發言，頁 150。

³⁹ 陳運財，前揭文（同註 3），頁 522。

- 關於被告、證人之供述以及法官之證據評價，越多審級，其歧異性越大，以一次事實審即能徹底完成犯罪事實之審理，應是較佳之選擇。
- 二、如採行續審制，普遍受到的質疑是，有無違反直接審理原則之要求？如第一審直接審理的保障能完備充足，從頭到尾有受到「一次性」的程序基本權保障，第二審並非不得限縮一部分的事實審理。以對質詰問權為例，歐洲人權法院的基本看法是，對質詰問是刑事被告最低的程序保障，但對質詰問在哪個程序階段踐行（如第一審或第二審），並不是重點，重點在於一次性的保障⁴⁰。因此以違反直接審理原則，反對第二審採行續審制，其理由並不充分。
- 三、酌採續審制，其前提乃建立在第二審仍應依職權調查新證據，其結果如認上訴有理由，此時自然仍以第二審自為判決為目標。然而，既要自判為目標，又要放寬直接審理的要求，將造成第二審認定事實關係上的困難，則第二審如何真正形成足以推翻原判決所認定之事實，即生疑義⁴¹。另外，二審如採續審制，其引用一審筆錄加上調查新證據而認定的事實可以推翻一審的認定並自為判決，無異認為二審部分的書面審理加部份的直接審理，優於一審法官經由直接言詞審理所形成之心證，對於一審的權威性實有損害。
- 四、如容許於第二審再提新證據，仍將與覆審制同樣，造成第一審形同虛設的缺失，續審制運作到最後會有覆審化的現象。
- 五、在理論上，改採事後審查審，於憲法訴訟權保障，並無侵害，亦不違背刑事訴訟之目的，已如前述。又從上訴之目的觀之，訴訟程序應以第一審為發現真實之重心，若無判決違背法令之情形，其判決結果自應予以尊重，因此，第二審上訴應從審查之觀點檢討有無上訴理由，而不宜為求發現真實，再就案件重覆審理。就政策論，第二審採行審查審，較能使當事人重視第一審事實審之功能，減輕上訴審審理案件之負荷⁴²。
- 六、續審或事後審查審之抉擇，尚須考量在不得不為第二次事實認定的情形，是第二審自為判決還是撤銷發回一審較為妥當？如從減少發回以避免程序拖延，且法院審理上之違法不應由當事人承擔程序上不利利益之觀點，似應採行續審，盡量讓第二審自為判決。惟如此一來，二審等於是一審之善後工程，落實第一審堅實事實審的功能又將再度遭到架空。為有效運作審級制度，審級分工與責任歸屬的觀點應予強調。民國九十二年修法後，我國刑事訴訟制度的設計並以落實第一審公判為整個刑事訴訟程序之重心；其次，日後司法院審判機關化後，僅擔任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

⁴⁰ 前揭「刑事訴訟上訴制度」學術研討會，林鈺雄之發言，頁150。

⁴¹ 陳運財，前揭文（同註3），頁522。

⁴² 陳運財，前揭文（同註3），頁522。

情形，則須由第二審來分擔，此際，如再要求第二審必須為事實之認定，無異是過大的負擔，因此就事實認定的部分，第二審僅作事後的審查即為已足。

- 七、民事訴訟第二審之所以採行續審制，係著眼於訴訟標的有隨時間經過而發展之特性，同時為使兩造當事人的紛爭能儘可能的解決。相對的，刑事犯罪事實是在過去某時點曾經發生的、一次性的歷史事實，犯罪事實的擴大限於未遂演變成既遂的情形，此與民事訴訟標的隨時間發展的情況有異，故刑事訴訟第二審不應如民事訴訟第二審採行續審制⁴³。
- 八、將來第二審上訴改採事後審查審，不僅是事後之「法律審」，糾正原判決違背法令之錯誤，以促進刑事訴訟程序之正當化及合理化，同時也是事後之「事實審」，事實誤認及量刑不服均得上訴於第二審。另參酌日本學說及操作的經驗，關於事後審查審的構造又有「嚴格事後審說」、「續審接枝說」與「審查審說」之差別，此三說對於第二審上訴之審查基準及所審查之資料範圍之看法略有不同⁴⁴。將來之修正宜以「審查審說」作為基點，原則上第二審上訴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，例外的，關於原判決認定事實錯誤或量刑不當之情形，亦得容許原判決辯論終結前因不得已之事由未能聲請調查之證據、以及原判決辯論終結後判決前所生之事實，作為第二審調查證據之範圍，以符合個案之具體救濟。

第二項 上訴第二審之理由

第一款 上訴理由之設置

不同於我國現行刑事訴訟法上訴二審無須附具上訴理由，第二審改採事後審查審制後，上訴理由除了可沿用並簡化現行第三審之上訴理由⁴⁵外，並得參考日本之立法例，以原審認定事實錯誤、量刑不當以及符合再審事由為上訴第二審之理由⁴⁶。

⁴³ 筑間正泰，「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3年6月5日，頁240。

⁴⁴ 詳見本論文第二章第三節第三項之說明。

⁴⁵ 司法院刑事廳為因應全國司改會共識及司法具體革新措施，於九十年間提出第二審採事後審制之立法原則與分析中，即建議宜限定第二審上訴之理由及程式，並認似可考慮在第二審中援用現行第三審之上訴事由為判決違背法令之具體上訴理由。轉引自，張紘璋，前揭論文，頁141。

⁴⁶ 陳運財，論刑事訴訟上訴制度之重構，全國律師，1999年5月，頁32。

現行日本刑事訴訟法將第二審規定為事實及法律之事後審，於第三百八十四條明定，限於具有第三百七十七條至第三百八十二條及第三百八十三條所規定之理由，始得提起第二審上訴。申言之，所限定之上訴理由大致上有違背法令（第三百七十七條至第三百八十條）、量刑不當（第三百八十一條）、認定事實錯誤（第三百八十二條）以及符合再審事由（第三百八十三條第一款）、刑罰之變更廢止（第三百八十三條第二款）等。一般將前開上訴理由區分為絕對上訴理由與相對上訴理由，前者係指如具有法律特別規定之客觀情事，違背法令者，則不論是否影響判決，均可據以提起上訴，第三百七十七條、三百七十八條之規定即是；後者指違反其他法令，限於明顯影響判決者，始得為上訴理由，第三百七十九條、三百八十條、三百八十二條即是⁴⁷。

按我國刑事訴訟法第三百七十九條所規定當然違背法令之事由，其中第一、二、三、四、五、十二以及十四款之事由與日本絕對上訴理由（日刑訴第三百七十七條、三百七十八條）之規定大致相同，另第十三款規定未經參與審理之法官參與判決者，其法院組織當然不合法，亦可謂絕對上訴理由；其餘第六到十一款之規定，似均屬日本刑事訴訟法第三百七十九條規定之相對上訴理由⁴⁸。我國刑事訴訟法第三百七十八條規定，判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，構成上訴三審之理由，類似日本刑事訴訟法第三百八十條之法令適用錯誤；我國刑事訴訟法第三百八十一條有關刑罰變更、廢止或免除規定則類似日本刑事訴訟法第三百八十條第二款之規定。故基本上，得以我國現行刑訴上訴第三審之理由，作為將來得上訴第二審之理由。

另外對於誤認事實、量刑不當以及有符合再審事由之情形，亦應容許提起第二審上訴，惟上訴人必須於上訴理由中具體指摘依原判決調查證據所呈現之事實，足認有量刑不當或顯有影響判決結果之事實誤認，且當事人所能援用之新證據或新事實應以原審辯論終結前因不得已之事由未能聲請調查之證據以及原審辯論終結後判決前所生之事實為限（日刑訴法第三百八十一條、三百八十二條、三百八十二條之二、三百八十三條參照）。

第二審上訴既有法定理由之設，則應於上訴書狀內敘明上訴理由，並在一定期間內提起。上訴未敘明上訴理由者，應於一定期限內補提理

⁴⁷ 曾淑瑜，日本刑事訴訟第二審之構造及其上訴理由，法學叢刊第一八六期，頁 54。

⁴⁸ 吳水木，刑事第二審可否改採事後審為原則並明定其上訴理由之研究，司法研究年報第十七輯第十四篇，1997 年六月，頁 44。

由書，未附理由且未補提者，第二審法院應認上訴不合法以裁定駁回之。除敘明上訴理由外，並須引用原審訴訟卷證資料及經原審法院調查之證據中，足以認為上訴理由存在之事項，具體指摘，避免上訴理由空泛，使法院從事無謂之調查⁴⁹。

第二款 上訴第二審之一般性理由—原審判決違背法令

司法院版修正草案新增第三六一條之一：「上訴於第二審法院，除有特別規定外，非以原審判決違背法令致影響於判決為理由，不得為之。判決不適用法則或適用法則不當者，為違背法令。」其修正理由略為，緣於我國現行第二審上訴採行覆審制之運作不當，加上九二年修法後，第一審審判已行合議制，並踐行交互詰問法庭活動，使當事人有充分陳述及答辯之機制，對被告防禦權與辯護權均有完備保障，若再於第二審採行覆審制，不限定上訴理由，則無異助長濫行上訴，徒然浪費司法資源而已。在第一審適用通常程序之案件須採合議審判，並踐行交互詰問程序，其事實認定受嚴格證據法則之支配，同時配合刑事訴訟法第三十一條及法律扶助法之制定，關於被告辯護權能之保障更加強化，故第一審已具有堅強事實審之構造，堪為第二審上訴改行事後審制之基礎。草案乃參考日本之立法例，採行所謂的「事後審制」，除有特別規定外，非以原審判決違背法令，不得為第二審上訴之理由，並於同條第二項規定判決違背法令之意涵，以資適用。

依據本論文第四章之實務觀察以及本節第一項之檢討結果，司法院草案將第二審改採「事後審查審」之立法方向，並以原上訴第三審之「判決違背法令」移作第二審上訴之理由，應屬妥適。惟與現行條文第三七七條相異之處，草案第三六六條之一除「原審判決違背法令」外，並增列「致影響於判決」方得為上訴理由。其修正理由表示：「考察我國現行刑事訴訟法第三百七十八條之立法沿革，其係承襲德國刑事訴訟法第三百三十七條規定而來，以德國刑事訴訟法第三百三十七條係使用『beruhe』（基於）一詞，故『違背法令』與判決間須有因果關係，即該違背法令足以達影響判決之程度，始得為上訴之理由，不論其係違反實體法或訴訟法，日本舊刑事訴訟法第四百十一條即從此例，以判決違背訴訟法而言，我國現行刑事訴訟法第三百八十條亦揭示本旨。以上訴之目的而言，若耗費司法資源於當事人無利害關係之爭點，實違訴訟經濟原則，於當事人權利之維護，更毫無助益，故須判決違背法令致影響於判決者，始得為提起第二審上訴之事由。」有論者表示，設若判決之

⁴⁹ 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，1989年8月，頁21。

「違背法令」與判決間並無因果關係，如仍准予當事人提起上訴，無異是耗費司法資源於當事人無利害關係之點，實有違訴訟經濟原則，草案之規定，似乎已採取美國法之「無害錯誤法則」，為值得肯認之立法⁵⁰。不過筆者以為，參照以下幾點理由，上訴第二審之違背法令並不須以「致影響於判決」為前提：

- 一、第二審上訴之目的，主要在提供當事人針對裁判救濟之機會，門檻不宜過高。現行第三審第三七七條尚不以判決違背法令致影響於判決為上訴理由，草案第二審既採事後審兼續審制，似乎不需如此嚴格。
- 二、上訴人所主張之上訴理由是否「致影響於判決」，應為上訴有無理由之概念。如上訴人未依草案第三六一條之三於上訴書狀中敘明理由，並引用卷內訴訟資料，具體指摘原審判決違背法令致影響於判決，法院依第三六二條以上訴不合法律上程式裁定駁回，反而有直接介入實體審查的疑慮，徒增困擾。參照現行刑訴法第三八〇條雖規定：「除前條情形外，訴訟程序雖係違背法令而顯然於判決無影響者，不得為上訴之理由」，在實務運作上，依第三審法院調查之結果，如認為原判決雖違背法令，而顯然於判決無影響者，係依同法第三九六條以上訴無理由從實體上判決駁回，而非依同法第三九五條從形式上予以判決駁回⁵¹。
- 三、除了個案救濟外，第二審實亦具備統一解釋法令之效用，亦當針對原審關於法令之適用進行事後審查。凡原審有違背法令之情事者，均應允許其上訴，否則其僅能仰賴非常上訴救濟，更顯迂迴。
- 四、某些立法賦予被告權利之目的，與審判結果的真實性無關，卻有其獨立存在之價值，如有違反，縱然不致影響判決結果，仍應基於公平審判之目的而允許其上訴。
- 五、美國法上所謂「無害錯誤」法則，為決定案件是否發回更審之標準。亦即，原審法院雖有錯誤，但對於判決結果或顯著權利無害者，不發回重新審判⁵²，而非決定得否提起上訴之理由。觀諸我國草案之立法美意似為「無害錯誤」法則之引用，但實際上與美國法仍屬有間，第三六一條之一之規定在於拉高上訴門檻，而非決定是否發回之標準。

民間版草案第三六一條之一則規定：「上訴於第二審法院，除有特別規定外，非以原審判決違背法令為理由，不得為之。判決不適用法則

⁵⁰ 翁慶珍，前揭論文，頁 217。

⁵¹ 褚劍鴻，刑事訴訟法論（下冊），台灣商務印書館發行，1998 年 9 月，頁 715；陳樸生，刑事訴訟法實務（再訂版），1999 年 6 月，頁 537。

⁵² 相關介紹請參閱王兆鵬，上訴審理，收錄於氏著「美國刑事訴訟法」，元照出版，2004 年 9 月，頁 557 以下。

或適用法則不當者，為違背法令。」將「致影響於判決」字樣去除，應屬較可採之立法。

另外，民間版草案增設第三六一條之三：「除前條情形外（指當然違背法令之事由），訴訟程序雖係違背法令而顯然於判決無影響者，不得為上訴之理由」，屬訴訟程序違背法令之概括規定，與草案第三六一條之二當然違背法令之事由可相互呼應，解釋與操作上則可比照現行法第三八〇條辦理。本條之規定亦牽涉到「當事人聲請調查之證據，原審無正當理由未予調查或駁回其聲請」該如何處理的問題，這部份將於下文討論之。

第三款 絕對上訴第二審之理由—判決當然違背法令

司法院版修正草案新增第三百六十一條之二：「有下列情形之一者，其判決為當然違背法令致影響於判決：

- 一 法院之組織不合法者。
- 二 依法律或裁判應迴避之法官參與審判者。
- 三 禁止審判公開非依法律之規定者。
- 四 法院所認管轄之有無係不當者。
- 五 法院受理訴訟或不受理訴訟係不當者。
- 六 除有特別規定外，被告未於審判期日到庭而逕行審判者。
- 七 依本法應用辯護人之案件或已經指定辯護人之案件，辯護人未經到庭辯護而逕行審判者。
- 八 除有特別規定外，未經檢察官或自訴代理人到庭陳述而為審判者。
- 九 依本法應停止或更新審判而未經停止或更新者。
- 十 未與被告以最後陳述之機會者。
- 十一 除本法有特別規定外，已受請求之事項未予判決或未受請求之事項予以判決者。
- 十二 判決不載理由或所載理由矛盾者。」

其修正理由略為：「……於判決違背訴訟法，多係判決以外之事實，尤其程序上錯誤更然，欲當事人證明此等程序違反與判決間之因果關係存在，有時甚為困難，且若干訴訟法規定之事項，亦涉及訴訟之基本原則，因此現行刑事訴訟法第三百七十九條第一款至第三款、第六款至第十一款、第十三款，乃就重大之違背訴訟法之情形，明定為判決當然違背法令，亦即一有各該款事由時，當然認其違背法令對判決發生影響……第二審上訴既採行事後審制，以其兼有法律審之屬性，為糾正原審判決違背法令之瑕疵，除於前條第二項規定判決違背法令之內容外，亦有將判決違背訴訟法，應視為當然影響判決之上訴事由予以明文列舉之必要。爰參考我國刑事訴訟法第三百七十九條之規定及參考日本刑事訴訟法第三百七十七條、第三百七十八條、第三百八十條之立法例，增

列本條，規定判決當然違背法令且影響於判決之情形，以臻明確」，因而本條係參酌現行刑事訴訟法第三七九條之規定，惟刪除原條文第十款「依本法應於審判期日調查之證據而未予調查者」，以及第十三款「未經參與審理之法官參與判決者⁵³」。

首先，在草案的用語上，既已謂「其判決為當然違背法令」，則其後就不必再畫蛇添足加上「致影響於判決」的用語，因所謂「當然違背法令」即擬制此等違背法令之情形與判決結果之間有因果關係存在。另外，筆者建議將「有下列情形之一者，其判決為當然違背法令」之用語，改為如最高法院版草案之「判決有下列情形之一者，當然違背法令」。因原來「有下列情形之一者，其判決為當然違背法令」之用語，易被誤解為所列各款情形，均屬涉及實體事項之判決違法，並非妥適，應予修正為「判決有下列情形之一者，當然違背法令」，使本條之用語與第三六四條之一之判決違法之用語相同，均屬廣義概念，包含訴訟程序違法之情形⁵⁴。

其次，是否將現行三七九條第十款「依本法應於審判期日調查之證據而未予調查者」明定為當然違背法令之事由，司法院版採否定見解，認為「相較他國立法例.....均未將類似本款調查證據事項，列為法律審之絕對上訴理由。.....證據調查及認定事實之問題，本屬事實審法院之職權，若原審有應於審判期日調查之證據而未予調查，致有違背訴訟法之程序上錯誤，或其已造成事實認定錯誤，而影響於判決時，即屬修正條文第三百六十一條之一或第三百六十一條之四第一項所規定情形，無庸再將其特別列為判決當然違背法令之上訴第二審事由」。相對的民間版則認應增訂第三六一條之二第二項：「除前項情形外，當事人聲請調查之證據，原審無正當理由未予調查或駁回其聲請，或依本法第一百六十三條第二項但書規定，應調查之證據而未予調查，致影響於判決者，得為上訴之理由」。

原第三七九條第十款「依本法應於審判期日調查之證據而未予調查」，因民國九一年刑訴法修正後，關於證據調查之範圍、順序及方式已委由當事人主導，故對法院而言，除非符合第一六三條第二項但書，應無所謂「依法應調查」而未予調查之情形；至於，當事人聲請調查之

⁵³ 立法理由表示：「同法條（第三七九條）第十二款所定『未經參與審理之推事參與判決』屬於本修正條文第一款『法院組織不合法』情形之一種，無須獨立列為判決當然違背法令之事由」。

⁵⁴ 參照最高法院學術研究會建議修正刑事訴訟法部分條文對照表之理由說明，「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764。

證據，法院認無必要者，當事人於原審程序自得聲明異議，倘再經法院駁回，如認其訴訟程序違背法令，或其已造成事實認定錯誤，而影響於判決時，當事人自得依司法院版修正草案第三六一條之一、第三六一條之四第一項，或民間版草案第三六一之三提起上訴，故毋庸再將其特別列為判決當然違背法令之上訴第二審事由。民間版第三六一之二第二項之特別規定，可能考慮引進當事人進行之精神後，法院官權糾問運作的心態根深蒂固，難免損及當事人聲請調查證據之權利，故直接明文得作為上訴第二審之事由，以發揮規範導正之作用，值得支持，適用上也較為清晰明白，惟於立法結構上，不宜於第三六一條之二當然違背法令一併規範，應移置於民間版第三六一條之三以下。此外，第二審法院審理後，認為確有當事人聲請調查之證據，原審無正當理由未予調查或駁回其聲請，或依本法第一六三條第二項但書規定，應調查之證據未予調查，而致影響於判決者，為求落實第一審由當事人進行、集中審理、言詞審理等目標，以第一審為發現真實之重心，同時考量第二審有限之人力物力等資源，實際上無法繼續採行與第一審同樣之當事人進行及言詞審理等訴訟型態，應以發回第一審更審為必要。

第四款 事實誤認

除了判決違背法令的部分外，司法院版草案參考日本刑事訴訟法第三八二條新增第三六一條之四第一項，認為原審判決認定事實錯誤顯然影響於判決時，亦得為上訴第二審之理由。民間版亦肯認事實誤認得為上訴第二審之理由（該版本草案第三六一條之五第一項），惟在事實認定錯誤之情況下，只要「足以」影響原審判決，應即得提起上訴，故條文用語改為「原審判決認定事實錯誤足以影響判決，……得提起上訴」。

草案將「事實誤認」、「量刑不當」以及「得聲請再審原因」等，一併作為第二審上訴理由，無非將第二審定位於事實認定及法律適用的事後審查審。第二審上訴改採事後審查審制，固然以維持裁判抽象的法安定性為主要目的，然原審判決顯有事實誤認、量刑不當、再審等事由，如不例外允許當事人提起上訴，亦非審級制度設計之目的⁵⁵。考量第二審仍具有個案救濟之目的，同時兼顧我國國民之法感情，仿日本法構造容許當事人以「事實誤認」、「量刑不當」為第二審上訴理由，應屬妥當。

⁵⁵ 翁慶珍，前揭論文，頁 221。

第五款 量刑不當

司法院版草案參考日本刑事訴訟法第三百八十一條，於第三六一條之四第一項後段（民間版第三六一條之五第一項後段）規定，原審判決科刑、宣告保安處分顯然不當者，亦得提起第二審上訴。

誠如本論文第四章第二節第三款所述，量刑雖屬法院裁量判斷之事項，惟並非毫無限制，仍應受比例原則及評等原則等一般法律原則拘束，故量刑是否妥當，上訴法院應有審查的權限。由於本項「量刑上訴」之規定，當事人以後得僅就量刑的部分表示不符，不必再重新調查證據及爭執罪名，審判程序可逕行進入「量刑程序」，此對律師辯護負擔而言，非常具有實益⁵⁶。另外，正如前述第三章有關最高法院撤銷發回更審之觀察，在許多案例中，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作為上訴理由；最高法院如認為量刑過重，往往亦會以審理未盡的違法做為發回原因加以迂迴指摘。因此，當第二審改採事後審查審制後，明文承認得單獨以「量刑」作為上訴理由，實有助於更精準的針對當事人不服的問題點來加以審查。

就前述「事實誤認」與「量刑不當」，當事人雖得以之為上訴第二審理由，惟必須於上訴理由書中引用卷內訴訟資料並具體指摘，足認有量刑不當或顯有影響判決結果之事實誤認（司法院版草案第三六一條之四第二項），且所能援用之新證據或新事實應以原判決辯論終結前因不得已之事由未能聲請調查之證據以及原判決辯論終結後判決前所生之新事實或新證據為限（司法院版草案第三六一條之五）。

在此特別提出者，（一）司法院版第三六一條之四第二項之規定，為上訴權人提起上訴時得援引證據資料之範圍，同時亦屬上訴審法院審查之範圍，與上訴理由之規定本身不同，不宜與同條第一項併列，應另設獨立條文規範；（二）因不得已之事由，未能於原審辯論終結前聲請調查證據，或在第一審辯論終結後判決前發生之新事實，民間版及司法院版均認為得援引作為有事實誤認、量刑不當等情形而提起上訴之根據，惟此條規定屬上訴時得援引證據資料之範圍，並非獨立之上訴理由，用語上不宜使用「得提起上訴」，且在體例上，可與上述司法院版原第三六一條之四第二項所規定之情形併列。

⁵⁶ 朱朝亮，刑訴修法之說明及對話，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，2005年2月26日。

第六款 再審事由及判決後刑罰的廢止、變更或大赦

此外，司法院版草案第三百六十一條之六第一項（民間版第三百六十一條之七第一項）規定：「原審判決後，有下列情形之一者，得提起上訴：

- 一 第四百二十條或第四百二十二條所定得聲請再審之原因者。
- 二 刑罰之廢止、變更或免除者。
- 三 被告經赦免或死亡者。

依前項規定提起上訴者，應於上訴書狀內敘述理由並指出證明之方法。」

蓋第二審上訴係以審查原審判決認事用法是否妥適為目的，如原審判決後，發現有本法第四百二十條、第四百二十二條所定之再審原因，或刑罰有變更或免除，或被告經赦免或死亡者，為救濟原判決之失當，應得提起上訴請求撤銷改判⁵⁷。

第三項 審查基準

改採事後審查審後，第二審原則上乃以原審判決宣告時之資料為審查之基礎，亦即審查之資料僅限於原審判決使用過的資料為主。不過在日本學理上，對於第二審上訴之審查基準及所審查之資料範圍，有「嚴格事後審說」、「續審接枝說」與「審查審說」之不同見解。

「嚴格事後審說」認為，上訴審法院在審查原判決時，應以原判決宣判時之情形為審查基準，審查資料應限於原審法院已調查過以及言詞辯論終結前請求調查卻被駁回之證據為限。「續審接枝說」認為，上訴審法院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精神，得自由調查原審法院未調查之新證據、資料，決定原判決是否妥當之基準時，以上訴審法院判決時為準。「審查審說」認為，事後審查審的實質內涵強調的是「審查」的概念，而不是「事後」的概念，所審查的不是原判決判斷的過程，而是審查原判決的結論是否具備客觀的妥當性，因此在上訴審得使用的資料上，若由新證據可審查出原判決有誤判的情形，亦應加以採用；但是，為了避免當事人輕視第一審，乃認為其得使用的資料範圍應以第一審的證據為限⁵⁸。

⁵⁷ 司法院刑事訴訟部分修正草案新舊條文對照表暨說明，民國九十二年十二月送交立法院審議版，第三六一條之六修正理由。

⁵⁸ 詳細請參閱本論文第二章第三節第三項有關日本上訴制度之介紹。

「嚴格事後審說」雖符合事後審之精神，卻無法滿足當事人請求上級審予以救濟及發現真實之期待，與我國國情不符；若採行「續審接枝說」，則將造成第一審當事人主義、集中審理等原先修法目的無法貫徹，且導致第二審為求發現真實而過度職權化以及增加案件負擔等問題。因此，應以「審查審說」作為基點，上訴審查資料原則上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（法律審之性質）；關於原判決認定事實錯誤或量刑不當之情形（事實審之性質），例外的，容許原審辯論終結前因不得已之事由未能聲請調查之證據以及原審辯論終結後所生之事實，作為第二審調查證據之範圍，以符合個案之具體救濟⁵⁹。

司法院版草案第三六一條之五（民間版第三六一條之六），為滿足個案具體救濟之目的，乃參考日本刑訴法第三八二條之二之立法例，就事實誤認或量刑不當之情形，即例外容許上訴權人得援引原審辯論終結前，因不得已之事由致未能聲請調查之證據，以及原審辯論終結後判決前所生之事實，作為上訴理由之根據，而成為第二審調查證據之範圍。所謂「不得已之事由」，在日本學說尚有（一）物理不能說、（二）心理不能說以及（三）片面構成說之爭議。「物理不能說」認為，所謂「不得已之事由」，係指當事人並不知該證據存在，或雖知該證據存在，卻不知該證據存在何處或滯留國外而無法取得，例如證人所在不明或滯留國外。「心理的不能說」主張，「不得已之事由」不限於物理的不能，尚包括心理的不能，亦即，雖當事人已知該證據所在，但根據已經請求調查之證據，其認為已有十足之勝算把握，故而未再情求調查之情形，仍屬此處之「不得已之事由」。「片面構成說」則認為，就有利於被告的證據，應採「心理不能說」，對被告不利之證據，則依「物理不能說」辦理⁶⁰。如從落實第一審為事實審之重心觀察，解釋上應以「物理不能說」為妥適。「心理不能說」過度偏重實體真實發現，倘容許當事人過於自信以致未於原審請求調查之證據，於二審再度提出，並配合司法院版草案以撤銷後自為判決為原則，不免造成輕視第一審，減損第一審改採事後審查審之基本精神。

第四項 得依職權調查之範圍

司法院版草案第三六六條（民間版亦同）第一項規定：「第二審法院，應以原審調查之證據及原判決確認之事實為判決基礎，就上訴理由所指摘之事項為調查。但下列事項，得依職權調查之……」參酌現行第

⁵⁹ 陳運財，論刑事訴訟上訴制度之重構，全國律師，1999年5月，頁31-32。

⁶⁰ 藤永幸治等編，大コンメンタル刑事訴訟法（第六卷），青林書院，1996年，頁276。

三審上訴第三九三條及第三九四條之立法體例，民間及司法院版第三六六條第一項當中之「第二審法院應以原審調查之證據及原判決確認之事實為判決基礎」及應「就上訴理由所指摘之事項為調查」之原則，因分屬第二審上訴是否具法律審查性質及其調查範圍之問題，故宜仿我國刑訴法第三九三條、第三九四條或日本刑訴法第三九二條、第三九三條之體例，予以分別規定。

因第二審改採事後審，明文規定上訴權人應明示上訴理由，故第二審法院之調查事項，自應以上訴理由書所具體指摘之事項為限，第二審法院對此有調查義務。惟基於第二審負有實現糾正判決違背法令之職責、補充性的維護被告權益、確認有無具備訴訟條件等程序及實體正義守護者之角色，就上訴權人未予指摘之部分事項，仍得依職權調查⁶¹。至於第二審法院得依職權調查之範圍，由於長期以來第一審未落實事實審理，裁判品質不彰，難以透過上訴審法律制度的改變，短時間內即有所改善，故宜維持上訴審法院適度的職權調查的空間，以資因應。民間版本第三六六條第一款僅保留第三百六十一條之二之規定，範圍過於侷限，並不妥適，而以司法院版本第三六六條為可採，就得為上訴理由之事項、免訴事由之有無、適用實體法之當否等，得不待上訴權人指摘，而依職權調查。惟其中所列之第三百六十一條之五第一項屬援引資料之問題，其上訴理由本可直接適用第三六一之四，故在此無庸明列為第二審得職權調查之範圍。

司法院及民間版第三六六條第一項第四款均參考日本刑訴法三九三條第二項之立法例，承認原審判決後，發生足以影響科刑、宣告保安處分之新事實，第二審法院得依職權調查。惟依此款規定，可能造成上訴第二審案件當事人雖未爭執或主張量刑等問題，卻均得成為職權調查之對象，如是將與第二審採行事後審查之性格相違。當然，本款之設置，使上訴人不及於上訴理由中援引，於判決後始發生影響量刑之事實，二審法院得依職權調查，以兼顧裁判的具體妥當性，且參考日本實際運作之結果，有鼓勵被告於第一審判決後與被害人和解之效果存在，並使第二審法院得就量刑部分自為認定，無庸僅因量刑不當即發回第一審。然程序上仍宜先經上訴權人主張，第二審法院始行依職權調查之。

司法院版同條第三項之規定：「上訴人於原審聲請調查之證據，原審未予調查或駁回其聲請，致認定事實錯誤顯然影響於判決或科刑、宣告保安處分顯然不當者，第二審法院應就該證據調查之。」（民間版同旨）此項屬於調查程序之規定，非關得依職權調查範圍之問題，故體例

⁶¹ 參照最高法院學術研究會建議修正刑事訴訟法部分條文對照表之理由說明，「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775。

上應置於第三六六之一以下，較為妥適。而真正的重點是，如果要落實第二審上訴為事後審查審的性格，上訴有理由係以撤銷發回為原則，此種情形，第二審法院自不應就該未經調查之證據逕行調查。第二審法院審理後，如認當事人聲請調查之證據，原審無正當理由未予調查或駁回其聲請，或依本法第一六三條第二項但書規定，應調查之證據未予調查，而致影響於判決者，為求落實第一審由當事人進行、集中審理、言詞審理等目標，以第一審為發現真實之重心，同時考量第二審有限之人力物力等資源，實際上無法繼續採行與第一審同樣之當事人進行及言詞審理等訴訟型態，應以發回原審依法調查為適當。

至於第二審就本條所列之職權調查事項，究竟有無調查之必要，自應審酌該等事項是否與上訴理由書之記載有關、或上訴人於審理中有無請求發動職權調查、有無糾正原判決違背法令之必要、或是否非予調查，顯然違背正義等觀點，以作為決定是否依職權調查之根據⁶²。

第五項 原審所採證據之證據能力

司法院版第三六六條之一所謂「於原審可得為證據之證據，第二審法院得無庸調查，逕予採納」之規定，再加上第二審法院以自為判決為原則的話，將造成第二審覆審制的復辟。再者，「得無庸調查，逕予採納」之用語，不免被誤解為形成心證而採信（證明力的問題），並不妥當。如果要保留此項有關證據能力的規範，宜加上幾個要件限縮：其一，原審可得為證據之證據中，應合於司法院版第三六六條第一項所定之範圍（如原則上以上訴人上訴理由所指摘事項有關之證據為限），第二審始有作為證據調查之餘地。其二，參酌民間版本之修正意見，對於該項證據，當事人並無爭執者，始承認在第二審有證據能力。其三，合於上述二要件下，雖認有證據能力，惟第二審審查結果，即使認定原審有事實誤認之情形而足以影響判決，亦應以撤銷發回為原則⁶³。

第六項 是否應經言詞辯論

司法院版第三六六條之二規定：「第二審法院依第三六六條之規定為調查後，認有行言詞辯論之必要者，應命為辯論」，可知立法者對第二審之審理方式有意以書面審查為原則，言詞辯論為例外。民間版第三

⁶² 參照最高法院學術研究會建議修正刑事訴訟法部分條文對照表之理由說明，「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 90 年 10 月，頁 776。

⁶³ 陳運財，刑訴修法之說明及對話，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，2005 年 2 月 26 日。

六六條之二則規定：「除法律另有規定外，第二審法院之判決應經言詞辯論」，其認為除了修正草案所舉原審關於管轄錯誤、免訴或不受理判決外，以經言詞辯論為原則。

第二審朝事後審查審兼採續審的方向修正後，兼具有事實審與法律審之性質，如第二審受理案件涉及事實爭議，例如以事實誤認或量刑不當提起上訴者，既例外容許二審法院於必要時得調查事實，且得自為判決，此時自宜由兩造到庭就上訴意旨為辯論，並由第二審法院踐行言詞審理；如第二審就法律適用之正確與否為判斷，除就該法律適用存在爭議以言詞辯論求其釐清，並無件件都行言詞辯論之必要，故以司法院版本為可採。惟司法院版既認原則上無行言詞辯論之必要，第三六九條卻規定撤銷後以自為判決為原則、發回為例外，前後觀念顯屬矛盾。

行言詞辯論之時，僅限於具律師資格之人有辯論能力（草案第三六六條之二第二項），並就法院調查事實之結果進行辯論，而被告有到場陳述意見的權利，但並無到庭之義務（草案第三六六條之五）。

第七項 第二審上訴之判決

司法院版草案第三百六十九條第一項規定：「第二審法院認為上訴有理由，或上訴雖無理由，而原審判決有第三百六十一條之一、第三百六十一條之二、第三百六十一條之四第一項、第三百六十一條之五第一項、第三百六十一條之六第一項規定之上訴事由之一者，應將原審判決經上訴之部分撤銷」；第二項規定：「第二審法院依第三百六十六條第一項第四款之規定調查事實後，認原審判決科刑或宣告保安處分顯然不當者，得將原審判決經上訴之部分撤銷」；第三項規定：「第二審法院依前二項之規定撤銷原審判決者，除法律另有規定外，應就該案件自為判決。」觀此修正條文之規定，第二審法院之判決，係以撤銷原審判決後自為判決為原則。其修正理由說明：「第二審法院撤銷原審判決時，應就該案件自為判決或應為移送或發回之處理，應有明確規定，為避免案件無謂發回，延宕訴訟，爰參考我國刑事訴訟法第三百九十八條及日本刑事訴訟法第四百條但書之法例，於第三項規定第二審法院撤銷原審判決者，除法律另有規定外，應自為判決。」

民間版草案對此有強烈之不同意見，其認為第二審法院撤銷原判決者，應以發回更審為原則，自為判決為例外，故刪除司法院修正條文第三百六十九條第三項，並增列第三六九條之一：「第二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。但應為後三條之判決者，不在此限：一、雖有得為上訴之理由，而不影響於事實之確

定，可據以為裁判者。二、應諭知免訴或不受理者。三、有前條科刑或宣告保安處分不當之情形者。四、有第三百六十一條之七第一項第二款或第三款之情形者」；增列第三六九條之四：「第二審法院因前三條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」。

本文以為，為符合第二審上訴係以事後法律審查（以原判決有無違背法令）為主，且同時落實第一審為事實審之重心，第二審法院審查結果，對於有理由之上訴，自應將原判決經上訴之部分撤銷，以發回更審為原則，應以民間版本較為可採：

- 一、司法院版草案修正總說明既謂第二審上訴以事後審為原則，為符合體例上之一貫，第二審法院對於有理由之上訴，應以撤銷原判決發回更審為原則。例外於依據訴訟紀錄與原法院及第二審法院所調查之事實，認為事實已臻明確、或訴訟條件有欠缺、或有關量刑問題得直接判決時，始得自為判決（日本刑訴法第四百條參照）⁶⁴。司法院版以自為判決原則，顯然偏重於續審之精神，與其所訂定之修法方向，不無扞格之處。
- 二、如將來第二審仍以自為判決為原則，固可收迅速審理之效，但自為判決的前提，愈是需要經過嚴格之證據調查程序，否則將違反訴訟法之基本精神。如此一來，實際運作之結果，無疑將回到現行覆審制之老路，第一審為事實審中心之功能，將再度遭到架空。
- 三、司法院版修正理由僅謂：「為避免案件無謂發回，延宕訴訟」，所以將來第二審仍應以自為判決為原則，其理由甚為薄弱。以現行第三審發回第二審案件量之多，得到將來第二審如以撤銷發回更審為原則，二審亦勢必大量發回一審之結論，不免流於臆測，其實，第一審作為堅實事實審倘能普獲信任，應無慮於第二審會否浮濫發回更審。同時，第二審改採事後審制後，其例外自為判決的要件，則應從以下幾點加以考量（一）參照事件審理過程，已達到適為判決的狀態；（二）未有因審級省略而造成之不利益；（三）客觀的觀察，確信自為判決的結果，較發回或移送後所為之第一審判決，對被告而言未有不利益；（四）從所謂的審級利益加以考量，亦有認為「尤其是在對被告不利益之自判，應限縮在極為例外的情形」⁶⁵，非謂僅為了避免發回，即應盡量自為判決。

⁶⁴ 得例外自為判決之類型例如：一、第一審未查明欠缺訴訟條件的事實，而為實體判決的情形（應為公訴不受理或免訴判決、原審判決後刑罰變更廢止免除或大赦者）；二、未變更第一審認定之事實，以法令適用錯誤或量刑不當撤銷原判決時；三、基於原審所調查之證據，認定新事實時；四、於控訴審進行新事實的調查，據此認定新事實的情形。參照藤永幸治等編，前揭書，頁425。

⁶⁵ 藤永幸治等編，前揭書，頁424-425。

第四節 第三審上訴之重構

第一項 上訴第三審之理由

在第二審上訴採事後審查原則，由高等法院及其分院以事後審查糾正原判決違背法令之錯誤，同時透過限制性續審，補充性的發現實體之真實以求個案具體之救濟之前提下，相對的，第三審上訴應定位於統一解釋法令為其主要目的，旨在糾正原判決重大違背法令之情形。故允許第三審上訴之提起，應以有關法令解釋之重要事項為限（採嚴格之法律審），如此方可達成三級三審制呈現金字塔之結構，使上訴制度合理化，收到垂直分工之效果⁶⁶。

司法院版草案第三七七條規定：「上訴於第三審法院，非以原審判決有下列情形之一為理由，不得為之：一 所適用之法令抵觸憲法者。二 違背司法院解釋者。三 違背判例者。」民間版同條則規定：「上訴於第三審法院，非以原審判決抵觸憲法，或違背司法院解釋或判例者，不得為之。」兩者均承認判決違背司法院解釋或違反判例，為提起第三審上訴之理由；在判決違憲的部分，兩者用語上則有不同，司法院版認為必須是判決「所適用之法令」抵觸憲法者，民間版則認為只要「判決抵觸憲法」，即得成為第三審上訴理由。

第一款 判決違憲

原審判決可能產生違背憲法的情形，有「規定違憲」或「適用違憲」之態樣。規定違憲的部分，依司法院定位方案之一元多軌或多元多軌制，判決所適用之法令是否違憲，仍屬大法官憲法法庭掌理之抽象違憲審查之職權。司法院基於「…法院組織調整之過渡階段，原審判決所適用之法令是否抵觸憲法之抽象違憲審查，雖屬司法院憲法法庭之職權，但為貫徹憲法維護人權之精神，原審判決倘若有所適用之法令抵觸憲法之情形時，應准許上訴權人直接提起第三審上訴，由受理案件之司法院刑事訴訟庭以裁定停止審判後，移送司法院憲法法庭先行解釋，當事人無庸等待該判決確定後，始依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款之規定聲請解釋，復據解釋之結果再聲請非常上訴或再審，以節省

⁶⁶ 陳運財，前揭文（同註 59），頁 34。

程序之勞費…」⁶⁷，因認「所適用之法律抵觸憲法者」為得上訴第三審法院情形之一，並於草案第三九四條之一規定：「第三審法院就上訴或裁定許可上訴之案件，對原審判決所適用之法令，確信其有抵觸憲法之疑義或有變更司法院解釋之必要者，應以裁定停止審判，並添具意見書，將案件移送憲法法庭解釋，於憲法法庭議決後，繼續審判」。依照司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款之規定，由人民發動聲請釋憲，必須符合（一）其憲法上所保障之權利遭受不法侵害、（二）須指摘確定終局裁判所引用之法律或命令有抵觸憲法之疑義、（三）須用盡審級救濟程序之要件⁶⁸，如從維護人民權益並從節省程序不利益觀察，司法院版草案允許當事人以判決所適用之法令抵觸憲法為由提起第三審上訴，並直接由最高法院裁定停止訴訟程序移送憲法法庭，立意甚佳。

惟，原判決所採之訴訟程序若有違背憲法規定或大法官會議解釋之意旨（亦即適用違憲的部分），本即應由最高法院本諸憲法保障刑事基本權之精神，予以糾正並具體救濟個案，以促使刑事訴訟之實用憲法化、正當化⁶⁹。是故，原判決所採之訴訟程序若有抵觸憲法或大法官會議解釋者，應得成為第三審上訴理由。同時在司法院完成一元單軌制之終極目標前，適用違憲的部分屬於最高法院自行即得加以審理之主要情形之一，無如前者所述之規範違憲，只能透過停止審判聲請釋憲程序解決後再行審理。而司法院版所訂第三審上訴理由，並不包括此種適用違憲之態樣，故本文以為，在用語上，應以民間版本之「原審判決抵觸憲法」為妥。

第二款 違背司法院解釋

在行憲之前，司法院之院字或院解字解釋，乃司法院就具體案件之法令適用重要事項認有統一法律見解之必要所作成，其具有補充法令不備、闡釋法律意旨之功用。在行憲之後，根據憲法第七十九條第二項規定，有關憲法解釋及法令之統一解釋，固由司法院大法官會議掌理，但其性質仍屬司法院之解釋，而依大法官釋字第一八五號解釋意旨，司法院所為憲法解釋及統一法令解釋，均具有拘束全國各機關及人民之效力，如原審判決違背司法院解釋者，自應許其提起第三審上訴，由第三審法院予以糾正⁷⁰。

⁶⁷ 修正理由參照。

⁶⁸ 吳庚，憲法的解釋與適用，作者自版，2004年6月，頁378-388。

⁶⁹ 陳運財，前揭文（同註59），頁34。

⁷⁰ 司法院版修正理由參照。

另外關於原審判決違背判例之情形，司法院與民間版草案均以之為得直接上訴第三審之理由，惟本文認為，考量判例之位階低於法律，在一般違背法令之情形尚須透過裁量許可上訴（草案第三七七條之一）或不予撤銷顯然違反正義時（草案第三九七條之一），第三審始予以審理，僅違背判例不宜直接作為上訴第三審之理由，將其設定為許可上訴之事由即可。

第二項 裁量許可上訴制度

第三審法院乃負有統一解釋法令任務之終審法院，為防止濫行上訴，促使司法資源合理有效運用，應將第三審上訴之理由予以嚴格限定，依司法院草案第三七七條，限於二審判決違背司法院解釋、判例，或其所適用之法令牴觸憲法，方可提起第三審上訴，此部分屬於「限制上訴制」。惟高等法院所為之第一審或第二審判決，縱然無前條規定得提起第三審上訴之事由，但其所涉及之法律見解仍具有原則上之重要性時，仍宜使第三審法院有予以審查之機會，故司法院版草案（民間版同）增訂第三百七十七條之一：「原審判決雖無前條規定得提起第三審上訴之事由，但其所涉及之法律見解具有原則上之重要性時，當事人得於上訴期間內，聲請第三審法院裁定許可上訴」，採行「裁量許可上訴制度」，以充分發揮第三審法院統一解釋法令之機能⁷¹。

英美兩國最高法院上訴構造，均採裁量許可上訴制。在英國，向最高法院（貴族院）提起上訴，須獲得上訴法院或貴族院之許可；在美國，各州最高法院及聯邦最高法院對上訴案件有裁量權決定是否審理上訴案件，亦即最高法院得選擇自己認為重要的案件來審理，而選擇的標準一般係視該案件之特殊急迫性、一般重要性或對公共利益及社會有重要影響等因素而決定（縱使是小案件，但在法律解釋上具有原則之重要性時，仍得上訴於最高法院）⁷²。我國將來修法通過後，原則上雖採限制上訴制，並嚴格限縮三審上訴事由，惟如有草案第三七七條以外之法令解釋上重要事項，是否有統一解釋之必要，仍宜使第三審法院有介入審查的機會，採行「裁量許可上訴制」因此有其必要性。

得適用本條之情形例如，原審判決違背最高法院之判例者、原審所引之解釋或判例違背本法或其他法律之規定者，以及其他涉有法令解釋之重要事項者。最高法院之判例乃最高法院就具體案件之判決中因有關法令之重要事項有統一法律見解之必要所精選，而具有補充法令之不

⁷¹ 司法院版修正理由參照。

⁷² 翁慶珍，前揭論文，頁 231。

備，闡明法令真意之作用之先例，故判決適用法令或其訴訟程序違反最高法院判例，亦屬於廣義的重大違背法令之情形，應容許當事人以此作為上訴第三審之理由，請求最高法院統一判例之適用。另於具體個案中，不免發生當事人認為原審判決所援引之判例違背新法之規定，而該判例卻未經檢討變更之情形，此時因可能涉及法令解釋上之重要事項而有變更判例之必要，亦應容許透過裁量許可上訴制度，促使第三審法院發動職權，變更不合時宜之舊有判例，以收統一解釋法律之目的。其他原審判決違背法令之情形，如就確保裁判之一致性或所涉及之法律見解具有原則上之重要性，亦有本條之適用。

至於「所涉及之法律見解具有原則上之重要性」之標準，其用語過於抽象，其解釋論之發展，在相當程度上將會受到第三審上訴制度目的論之影響。如立於「法律統一解釋」之立場，則對「具有原則上重要性」之解釋將會趨於嚴格，且將傾向於要求具有超越個案救濟之重要性；若立於「當事人權利保護」之立場，則較會觀照具體個案違背法令救濟之重要性⁷³。有見解即主張宜參考美國聯邦最高法院訴訟規則第十條⁷⁴，至少在修法理由中增加：「第三審法院為前項法律見解具有原則重要性之認定時，應參酌下列事項：一、下級法院間之法律見解是否不一致；二、下級法院之法律見解是否與第三審先前見解不一致；三、雖無前二款所列情形，所涉及之法律見解是否涉及人民之重要權利」等裁量參考標準，以提高最高法院決定是否許可上訴之預測性⁷⁵。

第三項 第三審法院依職權撤銷原審判決之部分

將來第三審固然應定位以統一解釋法律為主要目的，旨在糾正原判決重大違背法令之情形，故上訴理由應以有關法令解釋之重大事項為限，惟例外遇有具體救濟個案之必要時，吾人不能期待最高法院視若無睹，仍宜賦予其得依職權撤銷之之明文依據，以兼顧法的安定性及具體妥當性。司法院版草案第三百九十七條之一即參考日本刑訴法第四一一條「職權撤銷」之機制，規定：「第三審法院認為原審判決雖無第三百七十七條所定之上訴理由，而有下列情形之一者，如不予撤銷顯違正義時，得撤銷原審判決：（一）顯有影響判決結果之違背法令者。（二）顯有影響判決結果之重大事實誤認者。（三）科刑或宣告保安處分顯然不當者。（四）有得聲請再審原因之情形者。（五）判決後刑罰已廢

⁷³ 黃國昌，為誰存在之金字塔型訴訟制度？—對新修正民事訴訟第三審許可上訴制之評析—，台灣本土法學雜誌第 46 期，2003 年 5 月，頁 52。

⁷⁴ 參照本論文第二章第三節第二項第二款之說明。

⁷⁵ 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 140。

止、變更、免除或經赦免者。」其中第一款事由旨在補充第三審統一解釋法令之任務，第二至第四款規定乃例外賦予第三審法院最終事實審的功能，使當事人能獲得具體救濟。應予注意者，本條規定純屬法院得依職權發動之事由，並非合法之上訴理由。

所謂不予撤銷「顯違正義」係指，當原判決存在的本身或原判決之效果所產生的法的狀態，從法理念的角度來看實在令人難以接受，作為最高司法責任單位的最高法院，為了維護司法公正性以及人民對司法之信賴，而不得忽視之情形，最高法院應從正義、理念、衡平等上位觀點，依據個案情節審慎彈性的運用本款之規定⁷⁶。

第五節 小結—兼論其餘應有之配套措施

依據本章對於我國刑事上訴重構之檢討，本文認為將來第二審應改採事後審查審，第三審則改採嚴格法律審。第二審改採事後審查審後，上訴理由可沿用並簡化現行第三審之上訴理由外（法律審查），並得參酌日本之立法例，以原審認定事實錯誤、量刑不當以及符合再審事由為上訴第二審之理由（事實審查），以具體救濟當事人。至於現行法第三七九條第十款「應於審判期日調查之證據而未予調查者」則應予刪除。將來第二審之設計應參酌日本之「審查審說」，上訴審審查所憑資料原則上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。至於原判決認定事實錯誤或量刑不當之情形，例外容許原審辯論終結前因不得已之事由未能聲請調查之證據以及原審辯論終結後判決前所生之事實，亦得作為上訴第二審得援引之資料。第二審法院之調查事項，應以上訴理由書所具體指摘之事項為限，例外維持上訴審法院適度的職權調查的空間（包括前述得上訴理由之有無、免訴事由之有無、適用法條之當否）。至於原審判決後，發生足以影響科刑、宣告保安處分之新事實，程序上仍宜先經上訴人主張，第二審法院始行依職權進行調查。第二審法院審查結果，對於有理由之上訴，應以撤銷原判決後發回更審為原則，例外於依訴訟紀錄及第二審法院所調查之事實，認為事實已臻明確或僅屬量刑問題得逕行判決時，始得自為判決。

在第二審上訴採事後審查審，由高等法院及其分院以事後審查糾正原判決違背法令之錯誤，並補充性的發現實體之真實以求個案具體之救濟之下，第三審上訴之定位應隨之調整於統一解釋法令為其主要目的，旨在糾正原判決重大違背法令之情形。法定得上訴第三審之理由，應限

⁷⁶ 藤永幸治等編，前揭書，頁 424-425。

於原判決違背憲法、違反司法院之解釋例或大法官會議非關釋憲之其他法律解釋。高等法院所為之第一審或第二審判決，如無前述得提起第三審上訴之事由，但其所涉及之法律見解仍具有原則上之重要性時，仍宜使第三審法院有予以審查之機會，就此則應酌採「裁量許可上訴制度」，以充分發揮第三審法院統一解釋法令之機能。第三審改採嚴格法律審之下，原審判決雖無法定之上訴理由，惟如具備（一）顯有影響判決結果之違背法令者、（二）顯有影響判決結果之重大事實誤認者、（三）科刑或宣告保安處分顯然不當者、（四）有得聲請再審原因之情形者、（五）判決後刑罰已廢止、變更、免除或經赦免者，不予撤銷顯然違反正義時，應賦予終審法院得逕依職權撤銷之，如認依其調查所得訴訟資料及原審法院或原第一審法院調查之證據，可據以為裁判者，並得就該案件自為判決，以符合正義之要求。

廢除了第二審的覆審制，如何加強當事人對第一審判決結果之信賴，即成為首要課題。為了實現公平法院之理念，應建構權責分明的訴訟模式，將偵查程序與審判程序明顯區隔，在偵查階段，檢警確實蒐證、檢察官慎重起訴；在公判程序中，檢察官應積極扮演追訴者的角色，所提證據受嚴謹證據法則之規範，並善盡實質舉證責任，使法官能以一客觀中立第三者之心態形成心證、認定事實。調查證據之範圍、程序及進行方式必須委由當事人主導，透過當事人就爭點之攻擊防禦將真實呈現於公判庭，並配合採行傳聞法則，證據調查則以當事人對證人及鑑定人之交互詰問為中心。我國刑事訴訟法第二百六十四條第三項卷証併送之規定亦應刪除，方能排除法院之預斷，落實以當事人為主之法庭活動。此外，亦應採行訴因制度，除因訴因之特定得使法庭中之交互詰問得有效進行外，更可方便被告防禦權之行使。實施當事人交互詰問時，尚須注意辯護制度之強化，擔保當事人武器平等⁷⁷。同時透過第一審法官陣容之加強，第一審判決理由書之充實化，方能落實第一審公判為事實審中心。事實上，上訴制度之改革僅屬下游之工程而已，如果無法有效提升偵查品質、審重篩選起訴案件，同時強化第一審事實審功能等上游工程，上訴制度的改革將不過僅為空中樓閣。

第二審改採事後審查審後，不利益變更禁止原則仍有予以維持之必要，避免被告恐受更不利益判決而畏懼提起上訴，畢竟具體救濟被告為上訴制度目的之一。至若在第一審採行當事人進行之訴訟構造後，關於由被告上訴或為被告之利益而上訴之案件，若檢察官並未對原判決為被告不利益提起上訴，則不論原判決適用法條有無不當，基於貫徹當事人進行理念，上訴審均不宜諭知較重於原審判決之刑，另外更基於被告對

⁷⁷ 黃朝義，刑事訴訟法《制度篇》，元照出版，2002年8月，頁191-199。

原審較輕判決信賴利益的保護，且防止不當增加其程序上之負擔，第三百七十條但書應予廢除⁷⁸。又為避免將來解釋上之爭議，應明文規定第三審上訴以及撤銷發回更審後，亦有不利益變更禁止原則之適用⁷⁹。

⁷⁸ 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，民國九十年十月，頁 508。

⁷⁹ 陳運財，前揭文（同註 59），頁 32。