

## 第六章 結論

「上訴」乃對未確定之判決，以原審判決認定事實、適用法令有錯誤或訴訟程序違背法令，當事人及其他有上訴權人請求上級法院撤銷或變更原判決之救濟方法。法院經由審判，對具體案件之紛爭，本於國家賦予之審判權所為之判決，為維護其公信力，縱發現錯誤，亦不得自行變更，以免使判決處於不安定之狀態。惟考量法院在事實認定方面，因法官個人之主觀認定差異往往有別，法律之適用，仁智互見亦屬難免。法院裁判若有事實認定錯誤或者法律適用不當之情形而毫無救濟途徑，不僅影響當事人權利，亦損及司法威信。故有審級制度之規定，由上級法院依法定程序糾正下級法院不當之裁判。

我國現行刑事訴訟上訴審之結構，第二審採覆審制，與第一審同為事實審，原則上仍應踐行通常審判程序調查證據、認定事實，且因採全面覆審，對上訴理由並未加以限制；第三審則為寬容之法律審，具有事後審查之性質，上訴理由非以判決違背法令不得為之。從制度上之設計，吾人不難看出，立法者期待藉由法官對事實不斷的認定，達到刑事訴訟發現實體真實之功能，相較於統一法令之解釋及適用，上訴制度之目的更偏重於當事人（被告）之具體救濟。「圓桶型」訴訟制度運作一甲子的結果，產生了所謂「三多」現象——二審上訴多、二審撤銷原判多、三審發回更審多，這三多使得案件壅塞，法院積案無法消化，許多案件更是一審再審十幾年，遲遲無法定讞，不僅法官抱怨連連、被告苦不堪言，一般民眾更是霧裡看花，司法威信蕩然無存。

為了解構現行上訴制度存在之困境，本文首先從製造二、三審間緊張關係的源頭——經最高法院多次撤銷發回更審的案件——加以觀察，這些撤銷發回更審的案件連結了分別存在於二、三審之弊端與難題，有助本文瞭解實務運作狀況及實際運作需求，對於本文接下來探討我國現行上訴規範之妥當性，以及日後上訴制度應有之改革方針，配合外國之立法例，提供研究之基礎。民國八十八年舉行的全國司法改革會議，初步形成了「刑事第一審成為堅實之事實審，第二審採行事後審查審，第三審採行嚴格法律審或研採上訴許可制」之改革方向，關於司法院之組織及結構，則以「一元單軌制」為終極目標，勾勒出未來上訴制度改革之輪廓，司法院亦據此共識研擬相關修正草案向立法院提出。本論文最後則透過本版司法院草案與民間與之對應另行提出之民間版草案之對照比較，藉以尋求適合我國國情之上訴審建構與模式。

以下即根據本論文研究所得，歸結如下：

## 一、實務運作與現行法制檢討

(一) 刑訴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」，為最常見之撤銷發回理由。關於調查必要性之指摘，最高法院所為之指摘方式有欠具體，例如僅抽象或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，此部分有待改善。再者，有無調查可能性的認知不同，是造成多次發回的重要因素。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，最高法院並應尊重高院的認定。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，應本於無罪推定原則而為認定。

新法修正後，除未經合法調查之違法（未於審判期日踐行調查程序）外，適用本款之情形應限於其一，當事人聲請調查之證據，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（以此為主）；其二，第一六三條第二項但書應依職權調查證據之部分（以此為輔），目前本款遭積極運用之情形，應可望依此獲得緩解。惟本文以為，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。另誠如前述新法修正後，改採當事人進行主義，將來如配合刪除第三七九條第十款的另一項實益，則在於尊重當事人調查證據的主導權，如當事人對原審法院關於證據之調查並未爭執，第三審法院則無法再依第三九三條但書規定以職權介入審查，徒增紛擾。

(二) 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。此部分最值得注意的問題特徵是，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。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。理由不備之情形，除與裁判品質有關外，亦係因過去採職權主義折服式審判構造所造成之窘境。

本法若能遵循當事人主義之原理，切實修正成說服式審判構造，問題當可迎刃而解。

(三) 多次發回之案件中，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情形不在少數，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，成為致使訴訟遲延的原因之一。本文認為，量刑應可單獨成為上訴之理由。刑罰量定固牽涉事實問題且屬事實審法院裁量之事項，但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；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」。其次，如未影響事實之確定者，最高法院更應積極運用第三九八條第一款自為判決，為適當的科刑。

(四) 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。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，二審法院即應回歸無罪推定原則來處理。

#### (五) 制度困境

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。惟本文以為，我國第三審所採者為「寬鬆之法律審」，而非「嚴格之法律審」，第三審除具法律審性質外，實際上並兼及事實之事後審查。蓋判決如有違背經驗法則或論理法則者，以致於形成不合理的心證，造成事實誤認的情形，屬判決違背法令，得作為上訴第三審之事由；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；另外，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。

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。

除了前述多次發回更審操作上之弊端與困境外，我國圓桶形之上訴制度結構，本身即有其不合理性存在。其一、二審採完全之覆審制顯屬不當之立法，完全覆審的沉重負擔除了影響裁判品質，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，俟三審法院指摘事實不明，亦已無法究明。其二，三個審級的權責不明、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。

職是之故，本文認為我國現行刑事上訴制度實有予以改革之必要。

## 二、建議—上訴制度之重構

在思考上訴制度應如何重構之前，以下幾點問題必須予以釐清：

首先，關於憲法訴訟權之保障與審級利益之問題，不論將來第二審改採續審制或事後審查審，均不會侵害當事人憲法上所保障的訴訟權或審級利益。依我國司法院大法官之見解，訴訟權保障之核心內容為「訴請法院救濟」與「正當法律程序之保障」，至於「審級制度」則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，並非訴訟權保障之核心內容。以刑事訴訟程序而言，國家實現刑罰權的審判程序，只要能於第一審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，憲法並未要求刑事案件必須提供第二次事實重覆審理之機會。而審級制度之設計，既不屬於憲法第十六條訴訟權保障之「核心領域」而委由立法者決定，因此，只要能夠針對被告之救濟提供公平正當之機制，並符合憲法第二十三條比例原

則之要求，除非其所為之形成、裁量有悖於憲法本質內容，否則僅屬立法政策之當否，尚不生違憲與否之問題。將來第二審上訴改採事後審查審，仍提供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。另外，採行事後審查審亦不會剝奪被告接受事實審理的機會，因其判決以撤銷發回原審為原則，由第一審做兩次的事實認定。

其次，上訴的目的究竟是要以統一法令之解釋及適用為主、抑或應以具體救濟被告為重，其定位牽涉到上訴制度的設計與選擇。本文認為上訴制度之目的應著重於統一法令之解釋與適用，避免因強調被告具體救濟而擴張上訴理由、擴大上訴審之調查範圍及造成上訴審之職權化，致使案件久懸不決。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）。

再者，刑事訴訟採行職權調查原則或當事人進行主義，並無導出第二審上訴應採何種制度之必然性。衡量第一審程序之實體真實發現功能與被告所受程序保障，其平衡點方為審視第二審究應採何種構造之基準。

第四、八十八年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「一元多軌」制為近程目標，「一元單軌」為終極目標的具體結論。亦即在過渡時期先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。最後採一元單軌制，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。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。

#### （一）第二審應改採事後審查審

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，若第二審再重覆進行第一審的程序，不啻輕視第一審之審理，除了加重證人的負擔，事實認定也不可能強過鮮活的第一審審理，並不適當。其次，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足。因此本文認為，將來第二審應改採事後審查審。

改採事後審查審後，提起第二審上訴即須附具上訴理由。上訴理由除了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，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。

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。本文認為，將來第二審之設計應以「審查審說」作為基點，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，第二審法院對此有調查義務。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（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），以資因應（司法院版草案第三六六條第一項）。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（司法院版草案第三六六條第一項第四款），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。

為符合第二審上訴係以事後法律審查（原判決有無違背法令）為主，並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，自應以撤銷原判決後發回更審為原則（以民間版之規定為可採）。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。為配合第二審判決以撤銷發回為原則，司法院版第三六六條第三項之規定：「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），應予刪除。

## （二）第三審應改採嚴格法律審

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，以與第二審在功能上有所區別。

法定得上訴第三審之理由，應限於原判決違背憲法、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，就此則應同時採行「裁量許可上訴制度」（司法院版草案第三百七十七條之一），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，原審判決雖無司法院版草案第三百七十七條所定之上訴理由，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。

## （三）上訴審之其他相關改革

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。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，另基於被告對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。

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，應回復事實審之通常審判程序，以彌補被告原被剝奪之受通常程序審判的權利，不應再採書面審理。將來修法改採事後審查審後，就經簡易判決處刑案件之上訴二審亦應分別處理，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，故應採覆審制較為妥當。又簡易判決之上訴，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。加上民國八十二年修法後，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，不經通常審判程序逕以簡易判決處刑後，則對於簡易處刑之第二審判決，將導致原「得上訴第三審之案件」反而不得上訴於第三審之結果。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。

此外關於刑訴法第三七六條，以「刑度」及「罪名」為基準，規定不得上訴第三審案件之限制，從第三審「統一解釋法令」之功能觀察，本即非合理之規範。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，方屬合理。司法院版修正草案刪除本條之規定，誠屬可採之修法。

#### （四）改革的時點

本文以為，即使目前第一審之運作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、調查之方式再加上上訴有理由者，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。對上訴制度修法持保留態度者，無非是基於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。然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」，檢察官負實質舉證責任，採行傳聞法則，證據調查改由兩造當事人主導，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。而更現實的問題在於，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？

#### （五）其餘應有之配套措施

廢除了第二審的覆審制，如何加強當事人對第一審判決之信賴，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。在實施當事人交互詰問後，尚須注意辯護制度之強化，擔保當事人武器平等。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。