

國立臺灣大學社會科學院國家發展研究所

碩士論文

Graduate Institute of National Development

College of Social Sciences

National Taiwan University

Master Thesis

違背法令作為第三審上訴理由之研究

— 以刑事審判實務為中心

A Study on an Appeal to the Third Trial Instance for the
Reason that the Judgment is Contrary to Law-With Focus
on the Practice of Criminal Trial

李英勇

Ying-Yung Lee

指導教授：陳顯武 博士

Advisor: Hsien-Wu Chen, Ph.D.

中華民國 100 年 7 月

July, 2011

國立臺灣大學碩士學位論文
口試委員會審定書

本論文係李英勇君 (P92341018) 在國立臺灣大學國家發展研究所完成之碩士學位論文，於民國 100 年 7 月 18 日承下列考試委員審查通過及口試及格，特此證明

口試委員： 陳顯武 (指導教授)

蔡清遊 鄭文中

所長：周維諒

誌謝

對於所有幫助過筆者，使本文得以順利完成的人，筆者在此都要誠摯地對他（她）說一聲謝謝！本文，在形式上是筆者的論文，實質上，可以說是眾多學界、實務界的前輩研究成果的部分再延續。當然要感謝他們，尤其是實務方面，提供了豐富的案例。如本文內容有稱得上創見與發見之處，只能說是筆者參酌相關文獻，就實務上處理事務之心得加以闡述罷了。

本文在研究計畫審查階段，即承蒙口試委員蔡教授清遊、鄭教授文中及兼指導老師陳教授顯武，指出計畫大綱中宜加修正及補強之處，使筆者得以即時增修，至最後論文口試時，三位教授均再提供寶貴意見，筆者得以再次增、刪、研酌，使本文內容增色不少。在此申謝。

指導老師陳教授顯武，對筆者的關愛，不限於學業，並及於筆者的工作等各方面，在此，要特別表達感謝之意。

其他幫助過筆者的人：筆者的家人（包括元氣兔）、親朋好友，及在研究本文期間服務過的司法院（刑事廳）、最高法院、高等法院、地方法院的長官、同仁，所參加之登山社同好……等等，筆者想了很久，其間雖有親疏、遠近之分，如果不將部分姓名列出並特別感謝，好像不夠敬意與誠意。但又想到如果只列名一部分，恐掛一漏萬，最後還是覺得不要列舉部分人的大名為宜。在此，筆者要再次萬分感謝所有幫助過筆者的人。

千言萬言，還是一句「謝謝您！」「Thank you very much.」「ありがとうございます。」

李英勇謹識

民國 100 年 7 月 25 日

於台北市

中文摘要

刑事訴訟法第 377 條規定：「上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。」刑事訴訟法就上訴第三審之理由既設有限制，且第三審定位為法律審，何以實務上仍有案件經多次發回，久懸而未能確定，致引發各界批評。爰以刑事審判為中心，研究違背法令作為第三審上訴理由，及其所衍生之各項問題。

目前刑事訴訟第一審雖已採改良式當事人進行主義，但第二、三審訴訟制度並未配合修正，第二審仍採行重複第一審之覆審制，第三審並未採取嚴格之法律審，致生事實與法律問題難分，第二、三審職權界限欠明之情形。因之本研究首先探討我國審級制度之構造及第三審之特色，並說明審級制度之設計，三級三審制之實務運作，將來如何形塑金字塔型審級構造。及闡述事實審與法律審之意義，與其區別，復說明我國第三審之特色，得上訴之案件、上訴理由之限制、職權調查事項等範圍均與第二審有所不同。又刑事妥速審判法之部分條文業已施行，該法第 8 條限制檢察官、自訴人提起第三審上訴之權，其第 9 條規定符合該條情形，採取嚴格法律審，該法明文排除原刑事訴訟法關於上訴第三審若干規定之適用，其對於現行第三審上訴之影響，亦加研討。其次，從法位階之觀點考察判決違背法令，說明法位階之意涵，依序就憲法、法律、命令等層次及其他法則予以考察，並就法院審理案件時，關於違憲疑義之處理等相關問題加以研究。再者，就違背法令予類型化之分析，闡釋違背法令之意義及其類型，並就爭議問題提出探討。本研究既以刑事審判為中心，則就第三審之實務流程，及其裁判之情形，自應研析，期對實務之運作現況，提出改進意見。另就實務法規及功能加以檢討與因應，從實務與法制二個面向檢討，以求其改進之道。

經由本研究發現，對於刑事訴訟之司法行政、審判實務提出改進意見，並就司法院大法官審理案件法第 5 條、刑事訴訟法等法制方面提出修法建議。近程目標希望有助於第二審避免或減少判決違背法令情形之發生，使案件能妥適確定，達到司法節能之目的；中、遠程目標，則為修正相關法制，徹底解決案件久懸之問題，以符各界對於妥速審判之期待。

關鍵詞：判決違背法令、法位階、審級制度、事實審、法律審、第三審上訴理由、違憲審查權。

Abstract

Article 377 of the Code of Criminal Procedure provides, "An appeal may not be made to a court of the third instance except for the reason that the judgment is contrary to law." Since the Code of Criminal Procedure has imposed restrictions on grounds of filing appeals to third trial instance and the third instance is designed to be a de jure trial, how can there be ever-pending cases as to which multiple remands are ordered, hence inducing criticisms from all circles? Therefore, the study is centered on criminal trials with focus on an appeal to the third trial instance for the reason that the judgment is contrary to law and the various issues resulting therefrom.

At present, although the court of first instance has adopted a reformatory adversarial system, the courts of second and third instances have not revised their practice accordingly. The court of second instance still adopts a review system that repeats what is conducted in the first instance whereas the court of third instance does not a strictly de jure trial, hence resulting in a situation where questions of facts and laws are intertwined and the authorities of courts of second and third instances ambiguous. Accordingly, this study will set out by firstly probing into the structure of the R.O.C.'s system of trial hierarchy and the characteristics of the third trial instance, and will then explain the design of the system of trial hierarchy, the trial practices of the three-level courts and trials, and how the pyramided trial hierarchy may be formed in the future. Moreover, the meanings of de facto trials and de jure trials and their distinctions will be elaborated. The study will also dwell on the differences between the appeals to the third trial instance and to the second trial instance by explaining their characteristics, limitations on the grounds for appeals, as well as the scope of *ex officio* investigations. Furthermore, certain provisions of the Criminal Speedy Trial Act have been put into force. Article 8 of said Act limits the right of both public and private prosecutors to make appeals to the third trial instance whereas Article 9 thereof provides for strict de jure trials if the conditions of said Article 8 are met. As said Act clearly excludes the application of certain provisions of the Code of Criminal Procedure with respect to the appeals to the third trial instance, the influence on the existing state of making appeals to the third trial instance will also be studied. Secondly, the concept of judgments contrary to law will be reviewed from the standpoint of the hierarchy of laws, with the implications of hierarchy of laws being elaborated, the Constitution, laws, orders and other legal principles being sequentially reviewed, as well as the treatment of issues of unconstitutionality by the trial courts being studied. In addition, the judgments contrary to law will be analyzed by their types, with the meanings and types of judgments contrary to law being elaborated and the issues associated therewith being studied. Since this study is centered on the criminal trials, the flow path of the third trial instance and the adjudicative process should be studied and analyzed so as to offer opinions for improvements as to the existing trial practices. Furthermore, the laws and practices and the functions thereof are reviewed, with critical review being done from both aspects of the practices and the legal framework so as to proffer means of improvements.

It is through the findings of this study that opinions for improvements as to the judicial administration and trial practices with respect to criminal procedure will be proposed, and that the recommendations for amendments to Article 5 of the Constitutional Interpretation Procedure Act, Code of Criminal Procedure and other legal

frameworks will be offered. The short-term objective is to help the court of second instance to avoid or reduce the situations where the judgments are contrary to law so as to reach adequate conclusion of the cases, hence achieving the goal of judicial economy. The mid- and long-term objective is to amend the relevant legal frameworks to thoroughly resolve the problem of ever-pending cases so that the expectations from all circles for fair and speedy trials will be met.

Keywords: Judgment Contrary to Law, Hierarchy of Laws, System of Trial Hierarchy, De Facto Trial, De Jure Trial, Ground for Appeal to Third Trial Instance, Judicial Review over Unconstitutionality.



目錄

口試委員會審定書	i
誌謝	ii
中文摘要	iii
英文摘要	iv
目錄	vi
圖目錄	ix
表目錄	x
第一章 緒論	1
第一節 問題之提出及研究動機	1
第二節 現況概述與研究目的	3
第一項 現況概述	3
第二項 研究目的	7
第三節 文獻回顧	8
第四節 研究範圍	9
第五節 研究途徑、方法及架構	10
第一項 研究途徑	10
第二項 研究方法	10
第三項 研究架構	10
第二章 我國審級制度之構造及第三審之特色	13
第一節 前言	13
第二節 審級制度之設計	13
第一項 概說	13
第二項 審級制度	14
第一款 三級三審制	15
第二款 上訴審構造	16
第三節 事實審與法律審	18
第一項 意義	18
第二項 事實審	19
第一款 第一審	19
第二款 第二審	20
第三項 法律審	24
第四項 法律審與事實審之區別	25
第四節 我國第三審之特色	26
第一項 案件範圍之限制	26
第二項 上訴理由之限制	31
第三項 職權調查之限制	32
第四項 刑事妥速審判法之限制	32
第五節 小結	34
第三章 從法位階之觀點考察判決違背法令	37
第一節 概說	37

第二節 法位階之意涵	38
第三節 從法位階之考察	39
第一項 憲法層次	39
第一款 憲法意識	39
第二款 適用憲法	40
第二項 法律層次	44
第三項 命令層次	54
第四項 其他法則	60
第四節 小結	64
第四章 違背法令之類型化分析	67
第一節 違背法令之意義	67
第二節 違背法令之類型	67
第一項 絕對與相對違背法令	67
第一款 絕對違背法令	67
第二款 相對違背法令	100
第三款 區別實益	101
第二項 訴訟程序與判決違背法令(狹義)	102
第一款 訴訟程序違背法令	102
第二款 判決違背法令	102
第三款 區別實益	103
第三項 違背程序與實體法則	104
第一款 違背程序法則	104
第二款 違背實體法則	105
第四項 積極與消極違背法令	106
第一款 積極違背法令	106
第二款 消極違背法令	108
第四節 小結	109
第五章 第三審實務流程及其裁判情形之研析	111
第一節 前言	111
第二節 審理流程	111
第一款 審查庭	112
第二款 分案	114
第三節 訴訟特性	115
第一項 書面審理	115
第二項 調查之限制	116
第四節 裁判情形	117
第一項 程序判決與實體判決	117
第一款 程序判決	117
第二款 實體判決	125
第三款 區別實益	126
第二項 駁回與撤銷判決	128
第一款 駁回判決	128
第二款 撤銷判決	129

第五節 案件終結及其類型之研析	135
第一項 終結情形分析	135
第二項 類型研析	137
第六章 實務法規及功能之檢討與因應	141
第一節 概說	141
第二節 實務面之檢討與因應	141
第一項 涉及違憲疑義之處理	141
第二項 關於刑事訴訟法第 380 條之適用	142
第三項 第二、三審職權及功能之再釐清	149
第四項 判例、決議之適時檢討	151
第一款 配合法律之修正	151
第二款 與大法官解釋意旨不符部分	152
第五項 適時統一法律見解	153
第六項 其他事項	154
第一款 前案紀錄及判決資料檢索	154
第二款 刑事參考手冊之編訂	155
第三款 累犯之檢討	156
第三節 刑事妥速審判法之施行與因應	159
第四節 法制面之檢討與因應	161
第一項 司法院大法官審理案件法之修正	161
第二項 第二、三審法制之檢討	161
第三項 實體法方面之檢討	168
第七章 結論	171
第一節 主要發現	171
第一項 實務面	171
第二項 法制面	172
第二節 建議	172
第一項 實務作法	172
第一款 關於司法行政方面	172
第二款 關於審判功能方面	173
第二項 修法建議	174
參考文獻	177
附錄一	184
附錄二	188

圖目錄

圖 1 本研究架構圖	11
圖 2 99 年最高法院刑事上訴案件發回或發交更審原因統計	136



表目錄

表 1 刑事案件審判系統簡表	16
表 2 法令適用一覽表	66
表 3 最高法院刑事上訴案件發回或發交更審原因	84
表 4 刑事案件檢查一覽表	111
表 5 刑事訴訟上訴第三審終結件數—按終結(審判)情形	135
表 6 刑事訴訟上訴第三審科刑人數—按罪名別分	137



第一章 緒論

第一節 問題之提出及研究動機

在各界殷殷期盼下，我國終於在民國 88 年 7 月 8 日召開了全國性之「司法改革會議」¹，雖啟動了司法改革列車，並預定於 92 年 6 月 30 日完成之刑事訴訟制度之變革。然而改革五車迄今未能依預定時程到站。以至於「建立金字塔型之審級構造」部分，僅完成第一審之修法程序，第二審（改採事後審）、第三審（嚴格法律審兼採上訴許可制）上訴制度之改革，則未能如期完成修法程序，更遑論司法法院轉型為最高審判機關等更複雜議題。

依前述司法改革會議決議，我國刑事訴訟法於 92 年 2 月 6 日修正公布（部分條文自同年 9 月 1 日施行，下稱 92 年修正刑事訴訟法），作大幅度之修正，第一審案件行通常審判程序者，採行合議審判，並引進交互詰問、傳聞法則等法制。因原預定之上訴制度，未能同步完成修法。致第二審仍為覆審制，負有認定事實與適用法律之職權，第三審亦因採行較寬容之法律審，並非嚴格之法律審。原來已存在之癥結，即案件於第二、三審間來回更審之問題²，仍未能有效解決，而無法形塑金字塔型之審級結構。再者地方法院上訴於高等法院之案件，除有法律規定之情形外，高等法院均應自為調查事實並為判決，不能發回地方法院，而高等法院判決後，又因最高法院調查事實之範圍，受到限制³，遇有事實欠明瞭之情形，須撤銷發回更審，致形成圓桶型之訴訟結構。每因事實認定欠明，案件於高等法院、最高法院間反覆更審，其經多次發回，未能確定，外界頗多批評。實務方面對於第三審發回更審案件過多，亦曾表達案件發回之情形，已相當嚴重，此已非個案個人之問題，而是整個結構之問題⁴。尤其監察院就「第一銀行押匯弊案」進行調查，其調查結果略以：自 69 年 1 月 12 日第一審法院判決後，歷經更 12 審，於 96 年 8 月 23 日 3 名被告無罪定讞，共歷時 28 年半，耗費司法資源等情，對第

¹司法改革會議獲致多項結論及各項改革時程，詳司法院印行，全國司法改革會議具體措施暨時間表，1999 年 7 月 26 日。本文西元年份，均以 4 位數表示，民國年份則以 2 位數表示。

²最高法院亦受理高等法院管轄第一審案件所為判決，智慧財產法院第二審判決之上訴案件，及軍事審判法第 181 條第 2、4 項之案件。

³刑事訴訟法第 394 條第 1 項規定，關於訴訟程序及得依職權調查之事項，第三審法院得調查事實。

⁴參看陳貽男，論刑事審判集中化，台灣高等法 89 年度研究發展項目研究報告，台灣高等法院印行，2000 年 12 月，頁 1051。

二、三審法院多所指責。調查意見更嚴加批評⁵。刑事案件在第二、三審間來回更審，久懸不能確定，不僅耗費大量司法資源，且訴訟當事人及相關人員（如被害人、告訴人等）須長時間奔波於法院，將來縱經判決被告有罪定讞，對被害人方面有遲來正義之憾。如係無罪確定，被告又經拘束人身自由之羈押處分，則對被告人權更是一大侵害。案件何以會在第二、三審間，久懸不決？在法制及實務上均有檢討、改進之必要。

依現狀，高等法院法官必須辦理地方法院之上訴案件及最高法院發回更審之案件，辦案負擔固屬沈重。而最高法院雖採限量分案，但該院刑庭每位法官每月分受案件 18 件⁶，工作負擔亦甚繁重，司法院為減少最高法院之積案，雖增加辦案人力，惟至 100 年 5 月刑事未結案件仍達 2848 件⁷。最高法院依現制雖為法律審，但每因事實審法院調查證據不詳盡，認定事實欠明，而須發回更審。依統計資料顯示，發回件數占裁判件數之百分比，89 年時達 45.2%，嗣逐漸下降至 100 年 2 月的 21.29%。發回比率由 10 件大約發回 4 件多，減少至 10 件發回 2 件，雖大為降低。然從統計資料發現：92 年修正刑事訴訟法，引進傳聞法則，關於採證違法而被發回之案件，由 92 年、93 年間之 83、63 件，增加到 94、95 年的 207、242 件，此後亦均達 2 百餘件，此一事實值得注意、追蹤。至於歷年來發回更審件數最多者，始終為「調查證據不詳或未予調查」一項，其件數雖從 89 年的 1205 件高峰，至 98 年降為 700 件，惟仍占當年度發回總件數（2398 件）的 29.19%，致第三審法官大多耗費心力在涉及事實審法院事實之認定上，未能專注於法律見解之深究與創新，實與最高法院作為法律審之特質相違背⁸。

關於上訴第三審法院案件之範圍，刑事訴訟法第 376 條已有所限制，同法第 377 條更明定，上訴於第三審法院，非以「判決違背法令」為理由，不得為之。同法第 378 條並以立法解釋之方式，將「違背法令」定義為：「判決不適用法則或適用不當者」。第三審雖稱為法律審，但作為上訴理由之違背法令，其所謂法則⁹之

⁵參考監察院 98 年 4 月 22 日（98）院台司字第 0982600184 號函，其略以：「依監察法之規定，對於司法工作之核心內容尚非監察權得以糾正，惟罔顧司法人權，案件延宕不決，自應嚴加譴責，以儆來茲。」

⁶18 件係統計之折計件數，如係聲請案或裁定，以 3 件或 2 件折計 1 件。

⁷查閱司法院網站，司法統計，公務統計，月報項下「最高法院刑事案件辦理概況」。

⁸蔡清遊，我國刑事上訴制度之修法方向，中華法學，10 期，2003 年 12 月，頁 56。

⁹在民事訴訟方面，依民事訴訟法第 467 條係規定：「上訴於第三審法院，非以『原』判決違背法令者，不得為之。」與刑事訴訟法第 377 條法條用語，僅加一「原」。又為民、刑事用語有所區別，

範圍，非常廣泛，舉凡法律之原理、原則、法理，比例原則、經驗法則、論理法則等無所不包，幾無確切之界限可言。現行第三審之訴訟構造及以「判決違背法令」為上訴理由之相關規定，是否適當？則關於違背法令作為第三審上訴理由，自有從法制面與實務面加以分析探討之必要。

第二節 現況概述與研究目的

第一項 現況概述

憲法第 16 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，至訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件，應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。依司法院釋字第 512 號解釋，大法官認為：各級法院受理之案件及訴訟制度之功能，認係屬立法機關立法裁量之範疇（或稱為立法自由形成自由之範圍、立法形成空間）。關於審級制及訴訟程序得以法律正當合理規定，俾有效運用有限之司法資源，兼顧人民訴訟權益之保護（釋字第 418 號解釋同一旨趣）。

現行刑事訴訟關於第二審係事實審兼法律審¹⁰。第二審上訴制度，係採覆審制，其職權與第一審相同，就第一審所調查之事實及證據，第二審法院仍須重新調查，以踐行直接審理之義務，當事人得於第二審聲請調查於第一審所未調查之證據，亦即第二審須就經上訴之部分為重新審理。採行覆審制，雖有對於下級審不當及違法之錯誤判決，能發揮糾正及救濟之功能，但易使當事人任意上訴，致上訴有浮濫之嫌，況忽視第一審審理而偏重第二審，將導致第一審之空洞化，關鍵、重要證據均在第二審始聲請調查或提出。惟因第二審較之第一審，其審理時距離犯罪時點已較久，證據易滅失，加以有串證作偽之虞，反較難發現真實。雖再次就事實加以審理，未必能獲致優於第一審之認定事實之正確結果，事實之再次覆審，恐有浪費司法資源之嫌。至於事後審制，係以第一審判決結果為其審查基礎；上訴審查純係就下級審判決是否有違誤而為事後審查，第二審法院不得以原審判決後之事實或證據，認定原判決有違誤之處；當事人亦不得於第二審審理時，聲明或調查事實或證據。惟如此專以法律適用之違誤為審查範圍之審理方式，

民事訴訟法第 468 條係規定：「判決不適用法規或適用不當者，為違背法令。」

¹⁰參照最高法院 73 年台非字第 116 號判例意旨。以下所引用之最高法院判例、判決，關於判例載為○○年○○字第○號判例；判決則載為○○年度○○字第○號判決。

有時對於實體真實發現恐有不足之處，因而於例外情形，容許第二審法院自行調查未為第一審法院所認定之犯罪事實。就此而言，兼有續審制之特點。

上訴最高法院須以違背法令為理由，實務上認為法律所定「以判決違背法令為理由」，係上訴於第三審法院之法律上程式，如欠缺該必備之程式，為上訴不合法，應從程序上駁回。此一問題曾引發違憲與否之爭議，雖經大法官解釋並未違憲（參照司法院釋字第 302 號解釋）。惟實務採行此一作法，易導致上訴不合法與上訴無理由，界限模糊，實體與程序事項區分欠明之情形，依統計資料顯示大多數之最高法院刑事判決，係從程序上以不合法駁回上訴確定¹¹。

違背法令，如依法位階觀察，規範可分為憲法、法律（有關刑事之法律係由中央立法並執行之）、命令（廣義之命令包括法規命令、職權命令與行政規則）或其他法則等層次。關於刑事訴訟案件以往較少直接引據憲法規定為裁判依據。但自釋字第 384 號解釋¹²後，將被告之詰問權提高至憲法層次，法院實務上始漸有援引憲法規定為裁判依據者¹³。而人民、法人或政黨對確定終局裁判所適用之法律或命令發生抵觸憲法之疑義者，聲請解釋，其所稱法令之範圍廣泛，包括法律、命令、行政規則，行政函釋等。關於最高法院在具體個案之外，表示其適用法律之見解者，依現行制度有判例及決議二種。判例經人民指摘違憲者，視同命令予以審查，已行之有年（參照釋字第 154、177、185、243、271、368 號及第 372 號等解釋），最高法院之決議原僅供院內法官辦案之參考，並無必然之拘束力，與判例雖不能等量齊觀，惟決議之製作既有法令依據（法院組織法第 78 條及最高法院處務規程第 32 條），又為代表最高法院之法律見解，如經法官於裁判上援用時，自亦應認與命令相當，許人民依規定，聲請司法院解釋¹⁴。惟其聲請須俟裁判確定

¹¹依司法院網站發布之「刑事訴訟上訴第三審終結件數」統計資料顯示，最高法院 2010 年總計 8286 件判決，其中駁回總計 6168 件（撤銷 2118 件），以不合法駁回 6111 件，無理由駁回者 57 件。

¹²該號解釋闡釋：檢肅流氓條例（已於民國 98 年 1 月 21 日廢止）第六條及第七條授權警察機關得逕行強制人民到案。無須踐行必要之司法程序；第 12 條關於秘密證人制度，剝奪被移送載定人與證人對質結問之權利，並妨礙法院發見真實；第 21 條規定使受刑之宣告及執行者，無論有無特別預防之必要，有再受感訓處分而喪失身體自由之虞，均逾越必要程度，欠缺實質正當，與首開憲法意旨不符。又同條例第 5 條關於警察機關認定為流氓並予告誡之處分，人民除向內政部警政署聲明異議外，不得提起訴願及行政訴訟，亦與憲法第 16 條規定意旨相違。

¹³如最高法院 100 年度台上字第 1340 號判決意旨，指出刑事被告詰問證人之權利，屬憲法第八條第一項規定「非由法院依法定程序不得審問處罰」之正當法律程序所保障之權利。未予被告詰問證人之機會，與憲法上開規定有違。

¹⁴司法院釋字第 374 號解釋理由書參照。

後，始得為之。各級法院法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義者，各級法院得以之為先決問題，裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請司法院大法官解釋，司法院釋字第 371、572、590 號著有解釋。各級法院法官固得聲請大法官會議解釋，然依實務上運作情形，大都由地方法院、高等法院法官聲請解釋¹⁵。最高法院法官於審理個案遇有所適用之法令有牴觸憲法之疑義，應如何處理？法律與命令是否有所不同？法官於審判案件時，對於各機關就其職掌所作有關法規釋示之行政命令，固未可逕行排斥而不用，仍得依據法律表示其合法適當之見解（司法院釋字第 137 號參照），法官是否即不得聲請？而依前揭說明，人民聲請大法官解釋時，判例及決議均列為「命令」之一環。然法官聲請時，是否得以之為聲請解釋之標的¹⁶。此於我國就釋憲採集中審查制，普通法院法官於審理案件，認為法律有違憲疑，有初步審查之職責，得聲請解釋；其他法令部分是否均不得聲請？最高法院變更判例或決議之前，法官如認判例、決議有牴觸憲法之疑義，下級審法院法官，如不得聲請解釋，則第一、二審法院法官，除得於具體個案表示不同於判例或決議之法律見解外，有無其他適合之處理方式（如經由高等法院法律座談會，建請最高法院檢討判例、決議）。

關於最高法院就特定個案之發回意旨，更審後高等法院應否受其拘束？是否因與所涉及係事實認定問題或對法令適用所表示之法律見解，而有所區別。實務上最高法院曾就該院對同一個案表示之法律見解，如先後有所不同，其效力如何，表示：刑事訴訟，法律設有審級制度，旨在由上級審以裁判糾正下級審之違法或不當判決，期使憲法規定國家之司法權得以正確行使，人民之權利得以確保，且第三審係終審法院，為法律審，就具體個案所為法律上之意見，於發回更審後，對於下級法院有拘束力，自不容下級審為相異之法律上判斷。在多次發回更審之情形，以前或因案件尚欠明瞭，該院發回更審法律上之意見，容有未盡相同之處，但以前之發回意旨，已時過境遷，應以最後一次發回更審之意見為準，所不待言

¹⁵尚無由最高法院法官（合議庭）聲請解釋，至於釋字第 592 號解釋，係最高法院以機關名義就 582 號聲請補充解釋。

¹⁶100 年 4 月 22 日大法官就臺灣高雄地方法院張震法官聲請為審理臺灣高雄地方法院 99 年度審訴字第 3293 號違反毒品危害防制條例案件，認所應適用之最高法院 95 年度第 7 次及 97 年度第 5 次刑事庭會議決議，有違憲之疑義，聲請解釋案。決議：應不受理（會台字第 10319 號）。

等語之見解¹⁷。就事實之調查部分，第三審發回更審之案件，雖就上訴意旨所指摘之範圍內，認為某種證據應行調查未經第二審踐行調查之程序為發回之原因，但案經發回，即已回復第二審之通常程序，關於當事人聲請調查及法院依職權所應調查之一切證據，均仍應予調查，不得僅以第三審發回之點為限¹⁸。

事實審法院（包括智慧財產法院、高等法院、軍事法院）如忽視最高法院之發回意旨，未為調查或說明，最高法院認事實欠明一再為同一指摘，而發回時，實務上應如何避免此類情形發生，及如何因應處理。又事實審法院審理結果，以檢察官所舉各項證據，尚不能證明被告有被訴之犯罪，而為無罪之判決。最高法院以調查未盡、事實未釐清為由而發回，是否與無罪推定原則相契合，易引起爭議？有罪之案件如僅被告上訴，基於不利益變更禁止、罪疑惟輕等原則、實務上就法律文義欠明事項，採取對有利於被告之解釋結果（犯罪事實一部不成立犯罪，因認定之犯罪事實減少，如未相對減輕其刑，實務上認係實質上為不利於被告之判決），法律修正、減刑或被告事後與被害人和解、賠償損害等情形，易產生上訴後大都愈判愈輕之情形，此種現象在現行刑事訴訟制度，實屬難以避免之結果，但每為社會大眾所不解。

原判決確有違背法令之情形，且構成撤銷之原因。何種情形僅原判決撤銷即可，不必發回或自為判決，又發回更審與自行改判，刑事訴訟法第 398 條第 1 款規定，係以雖係違背法令，而不影響於事實之確定，可據以為裁判者，為區分標準。影響於事實之確定者是否以構成要件事實，或有重要性之事實為限。以往實務上，認為主文、事實、理由前後須相互呼應為由，累犯應於事實、理由分別記載，經修正刑事訴訟法第 308 條有罪之判決書應記載「犯罪事實」，且得與理由合併記載，事實、理由中有一加以記載即可，得以減少發回之情形¹⁹。實務上就販賣毒品案件，曾因用於聯絡販毒之用之手機，其 SIM 卡是否為被告或共同正犯所有不明為原因之一，而發回之案例²⁰。類此情形是否可以避免發生。宣告死刑、無期

¹⁷參照最高法院 88 年度台上字第 1412 號判決意旨。在該判決指摘第二審法院關於最高法院第七、八次發回更審，係採「信託關係」之法律上判斷，並闡述此一見解為該院「民、刑事相同一致之見解」，就個案言，原審自應尊重審級制度而受拘束等語。

¹⁸最高法院 29 年上字第 394 號判例意旨參照。

¹⁹最高法院 95 年度台上字第 5913 號判決意旨以：原判決關於上訴人累犯之加重，事實，理由合併記載，自不違法。

²⁰如最高法院 99 年度台上字第 1286 號判決，將之列為發回原因之一。

徒刑之案件，對於其他不詳姓名之共同正犯是否為兒童或少年，未扣案槍枝是否有殺傷力、未扣案之物是否為毒品等事實未明白認定，以致無從判斷其適用法律之當否，而加以發回者，加強事實審認定事實之功能，是否可以減少此類案件之發回。

原判決採證雖有瑕疵，但依其他證據仍得為同一認定，或原判決未援引上訴意旨所指有瑕疵部分之證據，為判決基礎等，原判決雖有瑕疵，但於判決顯不生影響時，亦認無撤銷之必要。又依刑事訴訟法第 380 條規定，似僅限於訴訟程序上之瑕疵，然經由司法院釋字第 238 號解釋，及實務上運作結果，似已不限於訴訟程序上之瑕疵。經由此部分之擴大適用，是否能減少不必要之發回。如屬肯定，則關於何種瑕疵始對判決顯不生影響，亦有究明之必要。然未就前揭職權調查之事項為審查。關於訴訟程序或判決雖有違背法令之瑕疵，但不影響於判決結果或判決本旨時，仍應將上訴駁回，有無影響於判決結果或本旨，如何判斷，是否有可供參考之原則？

刑事妥速審判法（99 年 5 月 19 日制定公布²¹），就案件上訴於最高法院，設有別於現行一般案件上訴於第三法院之特別規定，採行不對稱之上訴制度，並排除刑事訴訟法關於第三審上訴部分條文之適用。刑事妥速審判法固然係適用於自第一審繫屬之日起已逾 8 年之案件，所採行之特別訴訟程序。而刑事妥速審判法關於第二審維持第一審所為之無罪判決，得上訴者，其提起上訴之理由，限於：判決所適用之法令抵觸憲法、違背司法院解釋、違背判例，與司法院、行政院原會銜於 93 年 1 月 7 日提出於立法院之刑事訴訟法部分條文修正草案，關於第三審上訴採行嚴格法律審之上訴理由，並無不同²²。刑事妥速審判法該一規定，能否擴及到有罪判決之案件，甚至適用於一般刑事案件，如屬可行，自應修正納入刑事訴訟法，並有周詳之相關配套措施。

第二項 研究目的

現行訴訟制度，第一審已改採改良式當事人進行主義，但第二、三審部分因

²¹刑事妥速審判法係於 99 年 5 月 19 日公布，其第 5 條第 2 至 4 項自公布後二年即 101 年 5 月 19 日施行；第 9 條自公布後一年即 100 年 5 月 19 日施行；其他條文施行日期，司法院於 99 年 5 月 19 日以院台廳刑一字第 0990012198 號令發布定自 99 年 9 月 1 日施行。

²²參照 93 年 1 月 7 日司法院、行政院函請立法院審議之刑事訴訟法部分條文修正草案（經立法院編為議案關係文書院總第 161 號，政府提案第 9512 號，詳可由立法院國會圖書館，立法院法律提案系統查閱，下稱 93 年刑事訴訟法部分條文修正草案）第 377 條。

法律未能配合修正，仍沿舊制，實務運作上，不免衍生問題。本文由現行實務運作出發，兼及法制面，檢討實務運作上發生之問題，分析其成因，探討因應之道。從關於第二、三審職權之調查證據、認定事實之界限，第三審審查之事項是否僅限於法律問題，而不及於事實問題，如事實認定欠明，致影響於適用法令當否之判斷，或因採證不當而影響於事實之認定者，最高法院得否審酌。將來第三審如改採嚴格法律審兼採上訴許可制，依原擬議之修正刑事訴訟法草案規定，「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致影響於判決為理由，不得為之。」²³現行上訴第三審理由「判決違背法令」之審查標準，於將來第二審改採事後審，實務運作仍具其重要性，自有深入研究之必要。

探討判決違背法令，在實務上常見之類型及其適例，如違背法令是否即構成撤銷之原因，何種情形雖於法令有違，但並無撤銷之必要，除宣告死刑、無期徒刑之案件，最高法院應依職權審核原判決適用法令之當否外，就其他案件，就所為之審查，其範圍為何，是否以上訴人之上訴意旨所指摘者，符合「判決違背法令」之法律上程式要件，始進行職權調查之事項，抑於程序上審查時，亦兼注意及於職權調查之事項。最高法院應依職權調查之事項，是否必須以上訴意旨已達「判決違背法令」之門檻，才進行職權調查事項。又被告上訴時能否為不利於己之指摘、自訴人提起上訴時，是否僅得主張對被告不利之事項，及相關之重要問題，均詳加研究，以供各界參考。近程目標期有助於第二審避免或減少判決違背法令情形之發生，使案件能妥適確定，達到司法節能之目的；中、遠程目標，則為研議修正相關法制，徹底解決案件久懸之問題。

第三節 文獻回顧

關於第三審上訴理由之問題，舉其重要文獻，有司法院前大法官林永謀，最高法院前院長陳樸生（其後，任司法院大法官）關於判決違背法令之理論與實務，多所闡釋²⁴。司法院大法官池啟明（時任最高法院法官，96年10月1日任大法官）

²³參照 93 年刑事訴訟法部分條文修正草案第 361 條第 1 項。

²⁴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（上），軍法專刊，37 卷 1 期，1991 年 1 月，頁 14-19；及其（下），軍法專刊，37 卷 2 期，1991 年 2 月，頁 22-28。陳樸生，審判之違背法令於事實之影響，刑事法雜誌，3 卷 12 期，1959 年 12 月，頁 1-11。呂潮澤，我國刑事法律審制度之檢討，最高法院 89 年度研究發展計畫項目，2000 年。

與最高法官前法官劉福聲合著²⁵，限制上訴第三審範圍之研究，就第三審上訴之特性有所闡述。89年間，最高法院前庭長呂潮澤著有「我國刑事法律審制度之檢討」²⁶，就第三審法律審性質，及相關判例、實務見解加以探討。司法改革會議，原已確定刑事訴訟法第二、三審之修法方向，當時之司法院刑事廳廳長蔡清遊（96年10月1日榮任司法院大法官），亦就第二、三審上訴制度之改革，撰有「我國刑事上訴制度之修法方向」一文，詳加闡述²⁷。學者方面，王兆鵬教授，就法律審關於判決發生違背憲法之瑕疵之論述²⁸。林鈺雄教授所著「無影響於判決之程序瑕疵—刑事訴訟法第380條之體系分析」，對於刑事訴訟法380條之適用，說明第三審為「有限之救濟」，及瑕疵之情形與因果關聯²⁹。另有碩士論文，討論關於上訴審之問題，及第三審撤銷發回之情形³⁰。

林大法官永謀等人就此問題作過部分探討，但因刑事訴訟法於92年間之修正，採行交互詰問，證據法則方面納入傳聞法則³¹，關於法院調查證據職權亦多作修正，且因訴訟構造規劃採行金字塔型訴訟制度，或因法律修正或因刑事妥速審判法之施行，本文期以相關文獻（研究）既有之成果為基礎，進一步作更寬廣及深化之研究。

第四節 研究範圍

本文係以第三審上訴理由之「判決違背法令」為研究主軸，並以刑事審判義務為中心。且基於最高法院為法律審之性質，分析違背法令之類型，及目前實務運作之情形，探討問題之癥結，尋求解決之方案，提出建議。至於將來最高法院組織是否調整，併入司法院，即有關司法院是否審判機關化之問題，本文

²⁵詳劉福聲、池啓明（池大法官係關於刑事部分之作者），限制上訴第三審範圍之研究，司法研究年報第17輯第8篇，司法院秘書處，1997年6月。

²⁶呂潮澤，我國刑事法律審制度之檢討，最高法院89年度研究發展計畫項目，2000年。

²⁷詳參蔡清遊，我國刑事上訴制度之修法方向，頁52-60。

²⁸王兆鵬，法律審之上訴審理，臺灣本土法學雜誌，31期，2002年2月，頁47-72。

²⁹收錄於最高法院學術研究會編印，最高法院98年度第一次學術研討會—祝賀洪庭長清江優遇，最高法院學術研究會叢書（18），2010年4月，頁83-124。

³⁰如：王參和，日本刑事控訴審構造之研究，國立中興大學法律學系碩士論文，1999年6月。王易鈞，刑事上訴制度之研究，國防大學管理學院法律學研究所碩士論文，2007年5月。邱仁楹，從最高法院撤銷發回更審狀況論刑事上訴制度之重構，東海大學法律學系碩士論文，2005年6月。翁慶珍，刑事訴訟上訴審構造之研究，國立中正大學法律學研究所碩士論文，2003年6月。

³¹關於證據法則在實務上之運用，詳參石木欽，改良式當事人進行主義之證據法則—以審判實務為中心，國立臺灣大學社會科學院國家發展研究所碩士論文，2007年6月。

雖於相關部分提及，但非本研究之重點。又本文既以我國刑事審判實務為中心，關於外國相關法制及其實務運作情形，僅於相關之處加以說明或論述，並未專章方式探討。至於目前司法院研議中「人民觀審制」之新措施，因與本研究尚無直接影響，並不在討論之列。

第五節 研究途徑、方法及架構

第一項 研究途徑

本文係以我國刑事審判實務為中心，就上訴第三審之理由「判決違背法令」作研究，而研究途徑（Approach）係指有關研究者對於研究對象，如何進行研究。本研究主要係經由實務角度切入，輔以學界之見解，以為選擇問題及相關資料之參酌，並據以進行觀察、歸納或分析，予以理解、詮釋。

違背法令作為第三審上訴理由，從事有系統之探討，分析違背法令之類型。參考目前學術研究成果學術研究成果法規範面，實務上如何認為上訴具備第三審上訴理由，或雖指摘原判決違法，但與法律所定違背法令之情形，不相適合。所指摘係事實問題抑法律問題，二者如何區分。原判決雖屬違背法令，但與判決結果或判決本旨不生影響，是否得執為第三審上訴理由，亦加探究分析，整理相關爭點提出研究意見。

第二項 研究方法

法律學是社會科學之一環，有別於自然科學係以實證方法以印證理論之正確或可行性，社會科學有其研究之方法。本文除有關法規面部分之論述外，試圖從實務資料、案例，歷來相關研究文獻加以歸納分析，而獲致研究之目的。本研究運用之主要方法有：（一）案例分析法：關於違背法令類型，舉出實務相關判決，作個案之分析，期從案例中探討最高法院認定判決違背法令，所為判斷之參考標準。（二）文獻探討法：蒐集專書、期刊、論文等相關文獻，作一系統性之整理、分析，探討其理論依據，所採見解，在既有之研究基礎上，強化廣度，並作進一步探究，期使本問題之研究更加透澈，而有助於實務及理論之運用。（三）統計分析法：運用司法院現有之統計資料，就有關本研究之相關事項，其呈現之情形，能有效供作實證研究參考之準據。（四）比較研究法：外國相關法制及實務運作之情形，值得我國借鏡之處，亦於相關之處加以說明或論述，酌予比較分析。

第三項 研究架構

本文擬先探討我國第三審上訴之構造及其特色，復就違背法令部分，由法制面與實務面加以研究，其架構如次：

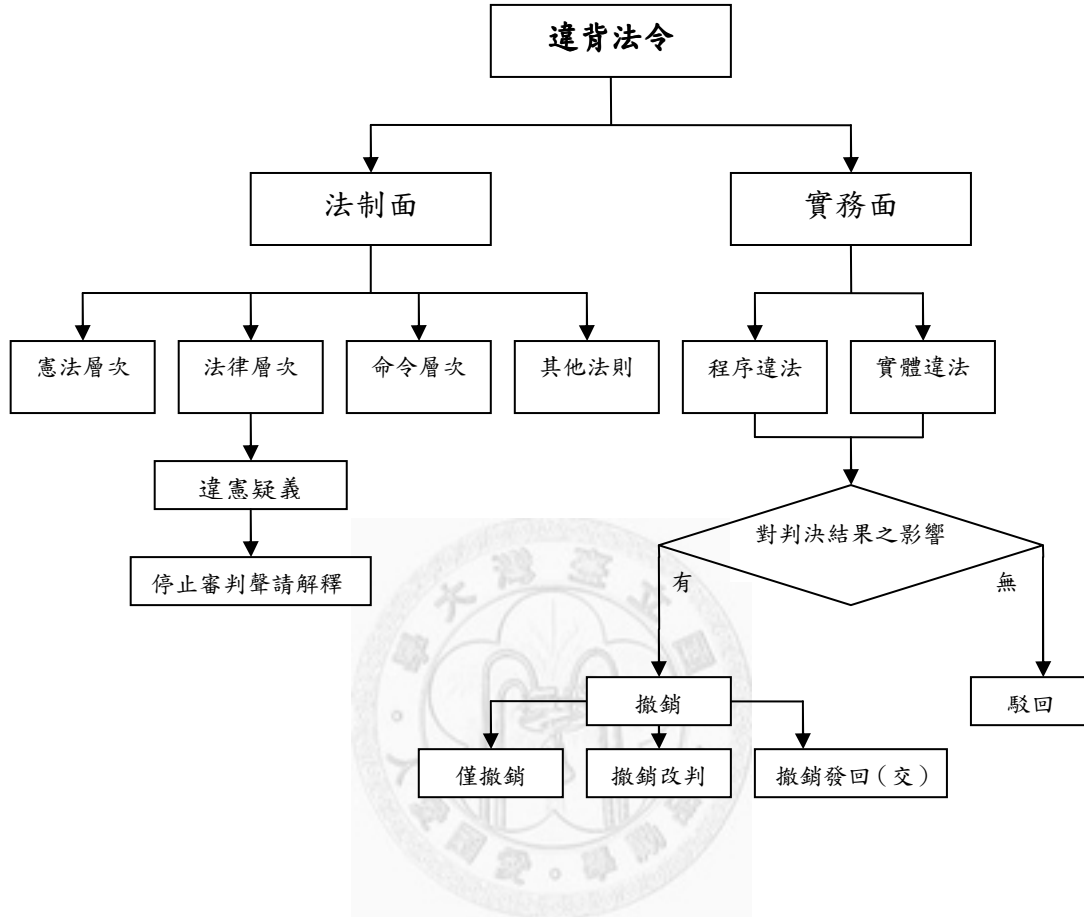


圖 1 本研究架構圖

資料來源：本研究整理。

本論文共分為七章，第一章緒論首先說明研究動機、研究目的及問題之所在，並就文獻回顧釐定研究範圍、研究方法及其途徑等項。第二章探討我國審級制度之構造及第三審之特色，就審級制度之設計，三級三審制之實務運作如何形塑金字塔型審級構造。事實審與法律審之意義，及其區別，復就我國第三審之特色上訴之案件、上訴理由之限制、職權調查事項等範圍均與第二審有所不同。刑事妥速審判法之部分條文業已施行，該法第 8 條限制檢察官、自訴人提起第三審上訴之權，其第 9 條規定符合該條情形，採取嚴格法律審，並排除原刑事訴訟法關於上訴第三審若干規定之適用，亦值研討其對於現行第三審上訴之影響。第三章則

從法位階之觀點考察判決違背法令，首先說明法位階之意涵依序就憲法、法律、命令等層次及其他法則，暨關於法院審理案件時就違憲疑義之處理等加以研究。第四章就違背法令作類型化之分析，闡述違背法令之意義及違背法令之類型。第五章探討第三審之實務流程，並就其裁判情形之研析，以瞭解實務之現況，俾提出改進意見。第六章針對實務法規及功能之檢討與因應，實務與法制二個面向加以檢討。第七章結論，總結本論文在實務、法制方面之研究發現，提出改進意見及修法建議。



第二章 我國審級制度之構造及第三審之特色

第一節 前言

我國刑事訴訟採三級三審制為原則，第一審負有調查證據、認定事實及適用法律之職權，第二審因採覆審制，就上訴部分重為調查證據、認定事實並適用法律，而非以上訴意旨指摘之事項為限，縱上訴無理由，而原判決不當或違法者，亦應將原判決經上訴之部分撤銷，並就該案件，自為判決。例外於原判決有刑事訴訟法第 369 條第 1 項但書所定之情形，始得以判決將案件發回原審法院。

第三審法院定位為法律審，然因原則上應以第二審判決所確認之事實為判決基礎，如遇第二審判決事實認定尚欠明瞭，或因訴訟程序違背法令，判決理由欠備、矛盾，致影響於事實之確定者，無從自為判決。

依上說明，第三審訴訟之審理，與第二審上訴，有所不同，在我國之審級構造下，第三審法院有何特色，而有別第一、二審之處，自有探討說明之必要。

第二節 審級制度之設計

第一項 概說

憲法第 16 條規定人民有訴訟之權，所謂訴訟權包括民事、刑事、行政訴訟，本文研究範圍限於刑事訴訟部分。依刑事訴訟法第 3 條規定，刑事訴訟之當事人係檢察官、自訴人及被告。人民如係犯罪之被害人得依法定程序提起訴訟，以自訴人之身分立於原告之地位³²。檢察官於審判期日所得為之訴訟行為，於自訴程序，由自訴代理人為之，即應就自訴之犯罪事實負舉證責任。刑事訴訟中被告係當事人之一方，亦係接受審判之對象，其有依法定程序受公平審判之權利。

憲法保障人民訴訟權，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，至訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件，應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，司法院釋字第 393 號、第 396 號、第 418 號、第 442 號解釋闡釋甚明³³，此據司法院釋字第 512 號解釋理由書詳加論述³⁴。

³²92 年修正刑事訴訟法第 319 條第 2 項，自訴之提起，須委任律師行之。

³³釋字第 393 號解釋認：行政法院 76 年判字第 1451 號判例與憲法第 16 條保障人民訴訟權之規定尚無抵觸；第 396 號認：公務員懲戒委員會之議決，公務員懲戒法雖規定為終局之決定，然尚不得因其未設通常上訴救濟制度，即謂與憲法第 16 條有所違背（惟說明依憲法第 82 條及釋字第 162

第二項 審級制度

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（司法院釋字第 396 號、第 442 號及第 512 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。我國民事訴訟法採審級救濟制度，以三級三審制為建構原則。第三審固有救濟之功能，但其性質為法律審，著重統一法律之解釋與適用，以維法律見解之一致性，故立法機關得衡酌訴訟事件之性質，以定其第三審上訴之程序要件。此經大法官於釋字第 574 號解釋理由書中，就民事訴訟制度所為之闡釋，刑事訴訟亦同其旨趣。

憲法第 16 條所謂人民有訴訟之權，乃人民在司法上之受益權，指人民於其權利受侵害時，有提起訴訟之權利，法院亦有依法審判之義務而言，經司法院釋字第 154 號解釋理由載明。此項權利之行使，究應經若干審級，憲法並未設有明文，自應衡量訴訟案件之性質，以法律為合理之規定，非必任何案件均須經相同審級，始與憲法相符³⁵（釋字第 160 號解釋）。關於訴訟救濟應循之審級制度及相關程序，立法機關得衡量訴訟性質以法律為合理之規定。此屬立法機關之立法形成自由。又審級制度並非訴訟權保障之核心內容，立法機關非不得衡量訴訟案件之性質、訴訟制度之功能及司法資源之有效運用等因素，決定是否予以限制，迭經司法院解釋在案，有如前述。大法官於 97 年 3 月 21 日釋字第 639 號解釋重申斯旨，認刑事訴訟法第 416 條第 1 項第 1 款規定：「對於審判長、受命法官、受託法官或檢察官所為下列處分有不服者，受處分人得聲請所屬法院撤銷或變更之：一、關

號解釋意旨，公務員懲戒制度，須予檢討修正）。第 418 號認：關於違反道路交通管理處罰條例案件，聲明異議、抗告已予當事人申辯及提出證據之機會，符合正當法律程序，與憲法第 16 條保障人民訴訟權之規定尚無抵觸。第 442 號解釋認：民國 83 年 7 月 23 日修正公布之公職人員選舉罷免法第 109 條規定，選舉訴訟採二審終結，不得提起再審之訴，係立法機關自由形成之範圍，符合選舉訴訟事件之特性，於憲法保障之人民訴訟權尚無侵害，且為增進公共利益所必要，與憲法第 23 條亦無抵觸。

³⁴釋字第 512 號解釋係就：民國 81 年 7 月 27 日修正公布之「肅清煙毒條例」（87 年 5 月 20 日修正公布名稱為：「毒品危害防制條例」）第 16 條前段規定：「犯本條例之罪者，以地方法院或其分院為初審，高等法院或其分院為終審」，就第二審法院所為有期徒刑以下之判決，若有違背法令之情形，亦有一定救濟途徑。對於被告判處死刑、無期徒刑之案件則依職權送最高法院覆判，顯已顧及其利益，尚未逾越立法機關自由形成之範圍，於憲法保障之人民訴訟權亦無侵害，與憲法第 7 條及第 23 條亦無抵觸。另有釋字第 574 號解釋。

³⁵我國現行民事、刑事、行政訴訟之審判及公務員之懲戒，依其性質，審級救濟方式，尚非相同。

於羈押……之處分」，第 418 條第 1 項前段及第 2 項分別規定：「法院就第 416 條之聲請所為裁定，不得抗告。」「依本編規定得提起抗告，而誤為撤銷或變更之聲請者，視為已提抗告；其得為撤銷或變更之聲請而誤為抗告者，視為已有聲請。」旨在求訴訟之迅速進行，並對直接影響人民自由之決定賦予即時救濟之機會。雖限制了人民提起抗告之權利，但上開規定為立法機關基於訴訟經濟之考量所為合理之限制，未逾立法裁量之範疇，與憲法第 16 條、第 23 條尚無違背。

對於第一審法院之判決不服者，向第二審法院提起上訴，對次第二審判決不服，並得依法更向第三審法院提起上訴。此種審級關係，有上級審法院、下級審法院之分，各級法院均獨立行使審判權，在審判上雖不受上級法院之指揮監督，但上級法院在具體個案上有審查下級法院判斷當否之權限，下級法院於此應受上級法院之判斷之拘束。

第一款 三級三審制

三級三審制，所謂三級係指法院組織，依法院組織法第 1 條規定，法院分為下列三級：地方法院、高等法院、最高法院。而三審則指審級而言，可分為第一審、第二審、第三審。至於刑事訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件，應由立法機關衡量訴訟案件之種類、性質、訴訟政策目的，及訴訟制度之功能等因素，以法律為正當合理之規定。立法院衡量上開情形，於刑事訴訟法作正當合理之規定，依現行法制，其情形如附表 1 所示。

表 1 刑事案件審判系統簡表

法院		程序		
		通常程序 ³⁶	簡易程序	協商程序
地方法院	簡易庭		第一審（事實審） 獨任制	簡式、通常審判程序、簡易程序中均得協商。
	合議庭	第一審（事實審） 合議制（三人）	第二審（事實審） ³⁷ 合議制（三人）	
高等法院		第二審（事實審） ³⁸		原則不得上訴， 但有法定例外情形，得上訴。 合議制（三人）
		合議制（三人）		
最高法院		第三審（法律審）		（註） ³⁹
		合議制（五人）		

資料來源：本研究整理

第二款 上訴審構造

訴訟制度上訴審之構造，依學理上來分，可分為⁴⁰：

一、覆審制

所謂覆審制者，乃完全按照第一審之審判程序，對案件經上訴之部分重覆為審理。無視原審之審判結果，與原審之判決結果無關，就案件重新進行審理，因有

³⁶通常審判程序在第一、二審均得經合議庭依第 273 條之 1 第 1 項裁定行簡式審判程序，第一審有刑事訴訟法第 284 條之 1 所定情形者，由法官一人獨任審判。

³⁷依刑事訴訟法第 451 條之 1 之請求所為之科刑判決，不得上訴；至於得上訴之簡易判決，地方法院合議庭審理結果，認應為被告無罪之判決，應將第一審有罪判決撤銷，並自為第一審判決，改判諭知無罪。此時如檢察官對該判決提起上訴，其救濟途徑與通常審判程序相同。

³⁸依法院組織法第 32 條第 1 款規定「關於內亂、外患及妨害國交之刑事第一審訴訟案件。」此時高等法院係第一審，依刑事訴訟法第 375 條第 1 項規定，如不服高等法院之第一審判決而上訴者，應向最高法院為之。因就高等法院所為第一審判決提起上訴，並非經第二審判決，自不受刑事訴訟法第 376 條，不得上訴於第三審法院規定之限制。

³⁹協商判決得否上訴於第三審法院，實務上有不同見解。肯定說：依協商程序所為之科刑判決，除有刑事訴訟法第 455 條之 4 第 1 項第 1 款、第 2 款、第 4 款、第 6 款、第 7 款所定情形之一，或協商判決違反同條第 2 項之規定者外，不得上訴；又第二審法院認為依協商程序所為判決之上訴有理由者，應將原審判決撤銷，將案件發回第一審法院依判決前之程序更為審判，此觀刑事訴訟法第 455 條之 10 第 1 項、第 3 項之規定自明。被告上訴指摘有例外得上訴之理由，法律並無限制其不得上訴於第三審法院之明文，尚非不得上訴，應依情形，如上訴不合法程序，應從以程序上判決駁回（參照 100 年度台上字第 861 號判決）。如認其上訴為有理由時，應撤銷發回。參照 99 年度台上字第 4996 號判決意旨。否定說：協商判決不得上訴於第三審法院，觀諸刑事訴訟法第 455 條之 10、第 455 條之 11 第 1 項規定甚明（參照 100 年度台上字第 1239 號判決）。關於此一問題，仍欠一致，有待最高法院統一法律之適用。

⁴⁰此外我國刑事訴訟曾設有覆審審制度，如已修正之戡亂時期肅清煙毒條例第 17 條，詳請參陳樸生，從覆審審制與事後審制談第二審審判程序，政大法學評論，第 25 期，1982 年 6 月，頁 1-9。

稱第二審上訴為「第二次之第一審」⁴¹或「第二回之第一審」⁴²，所踐行者係第二審程序。第二審之程序與第一審之程序完全重複，應重為調查證據、認定事實及量刑。其審理對象係「案件」而非「原判決」本身。第二審法院與原審法院之判斷不同，不同就卷內原有證據之證明力或因調查新證據之結果，第二審均得撤銷原判決，不論原判決適用實體或訴訟程序法令違誤、量刑不當，均係第二審審查之範圍，除涉及當事人之審級利益者，得發回第一審外，應自為判決。藉重複之審理，以求發現真實，但對案件重複審理，實有違訴訟經濟原則⁴³。

二、續審制

所謂續審制是指第二審審理上訴案件時，對於已經第一審調查之證據、資料不需再行調查，於第二審仍為有效，第二審延續第一審之審理程序及各種訴訟資料，補充新的證據資料繼續審理案件，是第二審有如第一審程序之再開辯論，學者乃有稱續審制下之第二審是為「繼續之第一審」⁴⁴者。再者，續審制與覆審制相同，其目的非在於審查第一審判決是否妥當，因此，當事人上訴時，不需提出上訴理由，僅表明對於第一審判決不服之意，即為已足。而其審理上訴案件之最後目的，乃在於對於上訴案件自行判決，是以，第二審續行調查後之結果，與第一審的認定有所不同時，第二審法院應撤銷原判決並自行判決。

我國民事訴訟第二審採續審制，依民事訴訟法第 477 條規定當事人原則上在第二審不得提出新攻擊或防禦方法，同法第 478 條並規定在第一審所為之訴訟行為，於第二審亦有效力。由於續審制在第一審出現之證據，第二審無庸再為直接調查，於第二審亦有效力⁴⁵，即得據以認定事實而為判決，雖符合訴訟經濟之要求，惟與刑事訴訟直接審理之基本原則不相適合，而為一般刑事訴訟所不採。

三、事後審

事後審乃事後審查審制之簡稱，係指事後審查原判決是否妥當為目的之上級

⁴¹Claus Roxin 著，吳麗琪譯，德國刑事訴訟法，三民書局股份有限公司，1998 年 1 月初版，頁 585。
黃朝義，刑事上訴審構造問題，東吳大學法律學報，13 卷 1 期，2001 年 8 月，頁 107。

⁴²參照張麗卿，刑事訴訟第二審事實審之構造，月旦法學雜誌第 61 期，1990 年 6 月，頁 18。

⁴³蘇素娥、宋松環，從實務角度談刑事第二審訴訟之改革，檢察新論，9 期，2011 年 1 月，頁 16。

⁴⁴參照陳丁坤，刑事訴訟第二審上訴立法例之比較研究，刑事法雜誌，第 33 卷第 4 期，1989 年 8 月，頁 10。

⁴⁵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 17 輯第 14 篇，1997 年 6 月，頁 4。

審構造。其在構造上，僅係事後審查原判決是否妥當，因此，事後審制之審判標則係「原判決」，而非「案件」本身。在採事後審制構造之法院，於審理上訴案件時，並非對於「案件」本身加以審判，而僅是對於第一審判決即「原判決」事後審查其是否妥當；反之，在覆審制或續審制之下第二審，法院是以「案件」本身為其審判對象，法院在審理上訴案件時，不論第一審判決為何，必須重複或接續對於「案件」本身加以審理。另由於事後審制之第二審構造，乃以原法院之觀點，事後審查原判決是否妥當、有無瑕疵為其目的，因此，上訴人提起上訴時，須附上訴理由（即須指摘原判決有如何之瑕疵），俾上訴審審查原判決是否妥當，上訴始為合法。乃事後審制構造上特色。

上訴人在附上訴理由具體指摘原判決不當之處後，法院自應調查原判決是否有上訴人所指摘之不當，而於調查後，若認為原判決並無上訴人所指摘不當情形，則自應認上訴為無理由而加以駁回，反之，若認為原判決有上訴人所指摘之不適時，則自應認上訴為有理由，而將原判決加以撤銷。於撤銷原判決之後，因為事後審制乃僅在於審查原判決是否妥當，而非對於案件自行判決為目的，因此，撤銷原判決後，原則上應將案件發回原法院或發交於與原法院同級之法院審判⁴⁶。

以上區分所謂覆審制、續審制、事後審制之區分，只是其原型（Urtypus）或其理念型（Idealtypus），現今各國刑事訴訟法大多參酌實際需要兼容並蓄兼採之⁴⁷。如日本之控訴審（相當於我國之第二審上訴）係關於事實問題和法律問題之事後審，亦具有部分續審之性質⁴⁸。

第三節 事實審與法律審

第一項 意義

事實審與法律審之區別，主要在於審判之功能，事實審係以調查證據、認定事實為主軸，法律審係審查法律適用之當否為核心。事實審並非單純認定事實，亦涉及法律適用之問題。如某甲徒手毆打某乙致死，乙之死亡與被毆打之間有因

⁴⁶日本刑事控訴（上訴第二審）訴訟原則上雖採行事後審制，但有若干學說，舉其重要者有：嚴格事後審、審查審、控訴審審判時說等，詳見王參和，日本刑事控訴審構造之研究，國立中興大學法律學系碩士論文，1999年6月，頁60-79。

⁴⁷何賴傑，從刑事妥速審判法之制定看上訴審之問題－政策面之檢討，檢察新論，9期，2011年1月，頁5。

⁴⁸土木武司著，董璠輿、宋英輝合譯，日本刑事訴訟法要義，五南圖書出版公司，1997年5月初版1刷，頁412。

果關係，則某甲所觸犯之罪名，依其情形可能有傷害致人於死、重傷致人於死、或殺人，此時事實審法院須依調查證據之結果，認定事實，並適用法律，據以論罪科刑。而事實之認定，有屬於犯罪者，有屬於刑罰者，前者稱為犯罪事實，後者稱為刑罰事實，犯罪事實，指犯罪構成要件事實，不以特別構成要件之事實為限，包括犯罪之形式（是否既遂，共犯關係）及其個數等事實。刑罰事實則為刑罰加重減輕免除原因及確定刑罰範圍之事實，如係犯罪構成要件之一部者，本屬犯罪事實，例如刑法第 17 條之加重結果犯是⁴⁹。法律審雖以審查原判決適用法律之當否為主，並應以事實審判決所確認之事實為判決之基礎。但原判決違背法令，如影響於事實之確定，其亦無從判斷原判決適用法律之當否。如前所述之案例，甲對乙究係基於傷害、重傷、殺人之犯意而為該犯行，尚欠明瞭時，最高法院自無從判斷原判決所論罪科刑之當否。

第二項 事實審

第一款 第一審

我國法院之審級有三級，刑事案件之第一審，除法律規定（法院組織法第 32 條第 1 款）係由高等法院管轄者外，均係由地方法院管轄，因第一審負有調查證據、認定事實及適用法律之職權。且其著重在事實之認定，與審查法律適用之當否為職責之法律審有別，一般稱之為事實審。當前司法改革之目標，係建構堅實之第一審，刑事訴訟不採當事人進行主義，但引進若干當事人進行主義之精神，採取改良式當事人進行主義，第一審行通常審判程序之案件，均已採合議制審判，並明定貫徹無罪推定原則、加強檢察官之舉證責任。

事實審、法律審是相對之用語。事實審並非侷限於認定事實，而不適用法律，其主要意涵係經由公開審判程序⁵⁰，直接審理、踐行調查證據，言詞辯論等程序，就有證據能力並經合法調查之證據，為證據證明力之判斷，藉以認定犯罪事實，並據以適用法律，其審判有認事與用法兩部分。法律審並不直接為事實之調查，原則上以第二審判決所確認之事實為判決之基礎，判斷其法律適用之當否。地方、高等法院法律見解之不一致，最高法院運用統一法律適用之職權，發揮審級制度之司法架構功能。

⁴⁹陳樸生，審判之違背法令於事實之影響，刑事法雜誌，3 卷 12 期，1959 年 12 月，頁 4。

⁵⁰除有法定不公開審判之情形外，審判程序應於公開法庭行之。

第一審為事實審，主要任務在於認定事實，其重點在於就檢察官（自訴人）、被告及其辯護人之攻擊、防禦之舉證與言詞辯論。為落實司法改革，強化事實第一審認定事實之功能，第一審刑事訴訟通常審判程序係由法官三人組成合議庭審判⁵¹。由其中一人擔任受命法官行準備程序，原則上由其撰寫判決書，一人擔任審判長，主持審判庭及評議，另一人陪席法官，應參與審判庭及評議。

第二款 第二審

上訴人不服第一審判決提出上訴後，第一審法院應先就該上訴之合法與否為審查。若上訴不合法，因案件尚未繫屬第二審，第一審以裁定駁回上訴；如已具備其他上訴合法要件，其上訴書狀，記載「理由後補」或未附理由，上訴人應於上訴期間屆滿後 20 內補提上訴理由於原審法院，逾期未補提者，原審法院應定期命補正，逾期未補正者，其上訴不合法法律上之程式者，應以裁定駁回之，觀之刑事訴訟法第 361 條第 2 項及第 362 條前段規定甚明。從而法院因被告上訴未敘述上訴理由裁定命被告補正而被告逾期仍未補正者，即屬上訴不合法法律上程式，應以裁定駁回之。

第一審法院除為前述裁定駁回之情形外，應將案件卷宗證物送交第二審法院，送交案件即發生案件繫屬於第二審法院之效果。受理案件繫屬後，第二審法院應先為合法性之審查。若上訴有不合法之情形，因訴訟關係已發生，法院須以判決駁回上訴；又其情形可以補正而未經原審法院命其補正者，審判長應先定期命補正，如上訴合法，則案件進入實體審理。

對於第二審上訴之提起，就其上訴書狀之記載，原未設何規定，上訴第二審上訴書狀原可不附任何理由，為防止任意上訴，嗣民國 96 年 7 月 4 日修正刑事訴訟法第 361 條增訂第 2 項規定「上訴書狀應敘述具體理由。」依其立法理由略以：提起第二審上訴之目的，在於請求第二審法院撤銷、變更原判決，自須提出具體理由。爰增訂第二項，明定上訴書狀應敘述具體理由。又因目前第二審並非如第三審係法律審，故上訴理由無須如第 377 條規定以原判決違背法令為限，乃屬當然。上訴書狀必須具備理由，雖為上訴必備之程序，惟上訴書狀未記載理由者，亦不宜逕生影響上訴權益之效果，爰增訂第 3 項，明定得於上訴期間屆滿

⁵¹刑事訴訟法第 284 條之 1 於 96 年 3 月 21 日修正規定：「除簡式審判程序、簡易程序及第 376 條第 1 款、第 2 款所列之罪之案件外，第一審應行合議審判。」

後二十日內自行補提理由書於原審法院，以保障其權益。又原審法院對上訴書狀有無記載理由，應為形式上之審查，認有欠缺，且未據上訴人自行補正者，應定期間先命補正，爰於第三項後段明定。至上訴理由是否具體，係屬第二審法院審查範圍，不在命補正之列。又雖已逾法院裁定命補正期間，並不當然發生失權效果，在法院尚未據以為裁判前，仍得提出理由書狀以為補正，乃屬當然，均一併敘明⁵²。

依前揭新增條文規定，上訴書狀應敘述具體理由；又第二審法院認為上訴書狀未敘述理由或上訴有刑事訴訟法第 362 條前段之情形者，應以判決駁回之，同法第 361 條第 2 項、第 367 條前段亦有明文。則何謂具體理由，如何始得稱為具體理由，實務上認為：所謂具體理由，必係依據卷內既有訴訟資料或提出新事證，指摘或表明第一審判決有何採證認事、用法或量刑等足以影響判決本旨之不當或違法，而構成應予撤銷之具體事由，始克當之（例如：依憑證據法則具體指出所採證據何以不具證據能力，或依憑卷證資料，明確指出所為證據證明力之判斷如何違背經驗、論理法則）；倘僅泛言原判決認定事實錯誤、違背法令、量刑失之過重或輕縱，而未依上揭意旨指出具體事由，或形式上雖已指出具體事由，然該事由縱使屬實，亦不足以認為原判決有何不當或違法者（例如：對不具有調查必要性之證據，法院未依聲請調查亦未說明理由，或援用證據不當，但除去該證據仍應為同一事實之認定），皆難謂係具體理由，俾與第二審上訴制度旨在請求第二審法院撤銷、變更第一審不當或違法之判決，以實現個案救濟之立法目的相契合，並節制濫行上訴。最高法院曾以：被告之上訴意旨就第一審判決究有何具體事由，致判決不當或違法，並無一語涉及，自非屬得上訴第二審之具體理由。依上揭說明，原審應以上訴人之第二審上訴不合法法律上程式，判決駁回，乃卻仍撤銷第一審判決，另為對上訴人科刑之實體判決，其判決自屬違背法令。上訴人之第三審上訴雖未指摘及此，但為該院得依職權調查之訴訟程序事項，應認原判決有發回更審之原因⁵³。上訴第二審須記載具體理由，其上訴始合於法律上之程式，以節制濫行上訴。

⁵²參照 96 年 7 月 4 日修正刑事訴訟法第 361 條增訂第 2 項之立法理由。

⁵³最高法院 97 年度台上字第 892 號判決意旨參照。

覆審制與續審制下之第二審，雖亦有強制要求上訴必須提出上訴理由，始認其上為合法，我國刑事訴訟法就第二審上訴規定應敘述具體理由，是否已兼採續審制或事後審制之精神。然因現行第二審之構造並非以審查原判決是否妥當為目的，而係以自行對案件判決為目的。因刑事訴訟法第 361 條第 2 項規定須附具體理由，係立法政策，為避免濫行上訴而設。該條修正後，實務上就第二審上訴是否已朝事後審之方向，解釋刑事訴訟法第 361 條之具體理由。觀之最高法院 99 年台上字第 290 號、99 年台上字第 4568 號、99 年台上字第 4700 號、99 年台上字第 5865 號等判決意旨均指明：現行刑事訴訟法就第二審上訴係採行覆審制，就第一審判決經上訴之部分，為完全重複之審理，並據以認事、用法及量刑，而非單純書面審核第一審判決有無不當或違法而已。則被告於第一審未提出之抗辯或未聲請調查之證據，於第二審始行提出或聲請，仍為法所不禁，第二審自應予以審酌、調查，縱其所舉證據經調查結果並無可採，要屬上訴有無理由之範疇，尚難遽謂係未敘述具體理由。實務上尚未肯定第二審往事後審或續審制方向發展之情形⁵⁴。

上訴符合前揭要件，因我國刑事訴訟制度之第二審，係採覆審制，就案件經上訴部分，為完全重覆之審理，關於依憑調查證據之結果，本於自由心證，認定事實、適用法律及為刑罰量定等，與第一審有同樣之職權，第二審就審理之結果，除法律另有規定者外，原則上應自為判決，刑事訴訟法第 369 條第 1 項乃規定：「第二審法院認為上訴有理由，或上訴雖無理由，而原判不當或違法者，應將原審判決經上訴之部分撤銷，就該案件自為判決。但因原審判決諭知管轄錯誤、免訴、不受理係不當而撤銷之者，得以判決將所謂法律另有規定，該案件發回原審法院」。

第二審仍為事實審，有綜核全案證據，認定事實之權，被告上訴意旨以本件收據之筆跡、紙質、印色等已經第一審認為無訛，指原審之認定與第一審不同為違法，自無可採（29 年上字第 332 號判例）。又第二審法院原有審理事實之職權，如就其審理之結果，本於自由心證⁵⁵，認定之事實與第一審判決有異，予以變更，……自非法所不許（29 年上字第 337 號判例）。

⁵⁴蘇素娥、宋松璟，從實務角度談刑事第二審訴訟之改革，檢察新論，9 期，2011 年 1 月，頁 17。

⁵⁵自由心證一語，實係刑事訴訟法第 155 條第 1 項規定，證據之證明力，由法院本於確信自由判斷。然並非毫無限制，其判斷不得違背經驗法則及論理法則。其詳參閱林鈺雄，自由心證：真的很「自由」嗎？，臺灣本土法學雜誌，27 期，2001 年 10 月，頁 13-38。

關於第一審之瑕疵得否補正一節，實務上有認為：第二審訴訟乃第一審訴訟之續行，為事實審兼法律審，從而第一審訴訟程序縱有瑕疵，亦因上訴第二審重新審理而已補正，即難再指為違法（73年台非字第116號判例）。該案例為：被告謝○○殺人案件經台灣雲林地方法院判決後，被告不服上訴於台灣高等法院台中分院業經被告選任邱○○律師為辯護人，並經該辯護人於審判期日出庭為被告辯護有原案卷宗可按，則其第一審訴訟程序上之瑕疵，已因第二審重新審理而予補正。嗣被告之配偶獨立上訴於最高法院，因第二審判決於法無違，第三審判決駁回上訴，予以維持，揆諸首開說明，即無違法可言。另一判例則謂：地方法院審判案件，以法官一人獨任或三人合議行之，為法院組織法第三條第一項所明定。故地方法院審判案件，如行合議審判，應以法官三人合議行之，始屬適法。而地方法院於審理個別案件時，經裁定行合議審判，並為準備審判起見，指定受命法官於審判期日前訊問被告及蒐集或調查證據後，該受理訴訟之（狹義）法院組織即確定，不容任意加以變更。受命法官於訴訟程序上之職權，復設有一定之限制，並非等同於（狹義）法院或審判長，觀之刑事訴訟法第279條、第167條、第168條、第178條及第416條第1項第1款等相關規定甚明。因之，受命法官踰越權限，於訴訟程序中規避合議審判，僭行審判長職權，致法院組織不合法所為之審判，非但所踐行之程序顯然違法，抑且足使被告應受法院依相關法律規定與程序公平審判之訴訟權受有侵害。此項侵害被告訴訟權之不合法審判之重大瑕疵，當亦不能因上訴於上級法院審判而得以治癒。本件第一審法院係採合議審判，由審判長法官陳某、法官簡某、法官吳某組織合議庭，並裁定由受命法官吳某於審判期日前，訊問被告及蒐集或調查證據。乃受命法官逕自指定審判期日，自為審判長進行言詞辯論，定期宣判，其法院之組織及所踐行之審判程序，即非合法。此經89年台上字第1877號判例要旨載明。前述二個判例，前一判例認為強制辯護之案件，第一審審判期日未由辯護人到庭辯護之瑕疵，得於第二審加以補正。後一判例則認關於法院組織不合法所為之審判，不能因上訴於上級法院審判而得以治癒。

實務上另有：原第二審判決雖認被告在第二審之上訴為無理由，惟因第一審判決有認定事實錯誤及適用法則不當之情形，乃將不當且違法之第一審判決撤

銷，改判論處被告意圖勒贖而擄人而故意殺人（累犯）罪刑。則該第一審判決既因不當且違法，經糾正撤銷，而原判決，就第一審審理被告擄人勒贖而故意殺被害人案件時，以法官邱○○一人獨任審判，與「法院辦理重大刑案注意事項」第12項之規定有違部分，未予審認、說明，縱使不無疏漏，惟前開訴訟程序違法，並非足認第二審原應為其他之判決，此項瑕疵，於判決結果顯無影響，依刑事訴訟法第380條規定，自難執此指摘該判決違法。則最高法院94年度台上字第3481號刑事判決認被告在第三審之上訴為無理，予以駁回，亦於法無違（參照最高法院95年度台非字第60號判決）。此案係第二審判決業已將程序有瑕疵之第一審判決撤銷改判，僅未就第一審有該項瑕疵之情形特別加以說明，然此一訴訟程序之瑕疵，於判決結果顯無影響，依刑事訴訟法第380條規定，尚難執此指摘該判決違法。此一判決與89年台上字第1877號判例要旨之案例事實（該判例係第二審維持第一審無罪之判決，駁回檢察官在第二審之上訴）並不相同，合予敘明。就前揭89年台上字第1877號判例，學者有主張：該法院組織不合法之瑕疵甚為重大，不但剝奪被告之審級利益，且侵及被告受憲法第16保障之訴訟權，認第二審法院亦不應自為判決，而應將案件發回原審法院，由第一審法院合議庭之法院組織重行判決，為避免程序繁複，建請最高法院類推刑事訴訟法第400條規定，直接將案件發回第一審法院⁵⁶。

日本刑事訴訟法關於上訴，規定於第三編，其第一章係「通則」，第二章為「控訴」，第372條規定係指對地方法院、家事法院或簡易法院所為之判決提起之上訴；第三章「上告」係指對高等院所為之第一審或第二審提起之上訴⁵⁷。關於上訴第二審、第三審用語有別。

第三項 法律審

在上訴審名稱上，我國刑事訴訟法係以「第二審」、「第三審」稱之⁵⁸。第二審仍為事實審。第三審係就不服高等院所為之第二審或第一審判決之上訴，就「法

⁵⁶何賴傑，刑事法院組織不合法之程序瑕疵－最高法院89年度台上字第1877號判決評釋，台灣本土法學雜誌，31期，2002年2月，頁102。89年度台上字第1877號一案，最高法院係將之撤銷發回原法院。

⁵⁷日本刑事訴訟法第405條至第418條。

⁵⁸學者有認為「第一審」、「第二審」、「第三審」，易使人誤解是否指第一次、第二次、第三次之審理，德國、日本對於第二審分別以Berufung、控訴；就第三審以Revision、上告，不同名稱稱之，值得參考。見何賴傑，從刑事妥速審判法之制定看上訴審之問題－政策面之檢討，檢察新論，9期，2011年1月，頁12。

律之點」為事後審查所設之審級⁵⁹。第三審法院原則上不重新認定事實，應以第二審判決所確認之事實為判決基礎，第三審法院係以審查原審判決妥當與否為目的，其所為之審查係從法律等觀點進行審查，屬於法律審之事後審查審⁶⁰，一般簡稱為法律審。其以審查原判決違背法令為職責，此與前述地方法院為事實初審，高等法院之上訴審為事實之覆審，就第一審判決上訴之範圍為重覆之審理，亦不上訴意旨所指摘者為限，縱上訴無理由，原判決有違法或不當者，仍應予撤銷改判，二者有所不同。覆審制與事後審制之區別，即在於上訴理由是否有所限制，及是否以上訴理由之有無為審查之對象。

對於不服第一審判決所提起之上訴，刑事訴訟法僅規定上訴應敘述具體理由，就其理由究係事實上爭執或法律爭議，並無限制。對於第三審上訴，因其係審查原判決適用法律之當否。因此其不服之理由，依刑事訴訟法第 377 條規定，以判決違背法令為限。原則上以上訴人之上訴理由所指摘之事項為審查對象，就此部分而言，第三審為有限之上訴⁶¹。

第四項 法律審與事實審之區別

我國現行刑事訴訟，第一、二審係事實審，第三審為法律審，上訴審審查之範圍，有以法律問題與事實問題予以觀察，即第二審兼及事實問題及法律問題；第三審僅審查法律問題。此種區分，雖有其方便性，但並不周延。因何者為事實問題、何者係法律問題，有時並非可以截然畫分，況訴訟法或實體法均有可能涉及事實認定之事項。又犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實，刑事訴訟法第 154 條第 2 項定有明文。事實之認定與所憑證據有密不可分之關係，則證據法則之適用，採證之當否，顯難以截然劃分。事實問題、法律問題二者既難以簡單之方式界定分辨，尚不足作為區別事實審、法律審之單一標準。

雖如前述，但單純之事實上之爭執，而未指摘原判決如何違背法令，則應認非以判決違法為上訴理由。實務上有：上訴第三審，須以法律上之理由為其法定要件，不包括事實上之理由在內；亦即其上訴必限以指摘原判決違背法令之法律上理由，不得徒以事實認定之當否或事實問題之爭執等事實上之理由而為之。檢

⁵⁹林永謀，審級制度與刑事之上訴，法令月利，40 卷 3 期，1989 年 3 月，頁 16。

⁶⁰黃朝義，刑事訴訟法，新學林出版股份有限公司，2009 年 9 月 2 版，頁 648、649。

⁶¹參照林永謀，第三審與非常上訴審所謂之「判決違背法令」，軍法專刊，34 卷 10 期，1988 年 10 月，頁 5-12。

察官就被告強制猥褻被害人部分之上訴意旨，核屬單純之事實上爭執，既非以判決違法為上訴理由，即不涉原判決違背法令之問題，自不得執為被告對被害人強制猥褻部分第三審上訴之適法理由⁶²。

第四節 我國第三審之特色

刑事訴訟法第 377 條規定上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。實務上認為此係上訴第三審之法律上程式之一。

第一項 案件範圍之限制

刑事訴訟法就上訴第三審上訴法院案件，明定不得上訴之範圍⁶³。其於第 376 條規定：下列各罪之案件，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院。

- 一、最重本刑為三年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪。
- 二、刑法第 320 條、第 321 條之竊盜罪。
- 三、刑法第 335 條、第 336 條第 2 項之侵占罪。
- 四、刑法第 339 條、第 341 條之詐欺罪。
- 五、刑法第 342 條之背信罪。
- 六、刑法第 346 條之恐嚇罪。
- 七、刑法第 349 條第 2 項之贓物罪。

關於上訴案件範圍之限制部分，有以下問題值得探討：

一、區別標準

是否屬刑事訴訟法第 376 條所列案件，得否上訴於第三審法院？實務上認定之標準，約有：（一）以起訴法條為準。有以：「第一審起訴時如非刑法第 61 條之案件，而第二審判決為刑法第 61 條所列之罪者，若當事人就此有所爭執，主張為非第 61 條之案件，仍得上訴第三審。例如檢察官（自訴人）提起公訴（自訴）主張被告涉犯殺人未遂之罪嫌，第二審判決被告犯普通傷害罪，檢察官（自訴人）仍主張為殺人未遂而提起第三審上訴）……」⁶⁴。主張此說者，係認第一審、第二審之公訴檢察官或第二審到庭檢察官，係以起訴法條為論據，其起訴或上訴主張

⁶²參照最高法院 99 年度台上字第 1928 號判決。

⁶³就此有學者主張：針對刑事訴訟法第 376 條之特定犯罪（而非全部犯罪）之第三審上訴權，透過立法加以剝奪，此等法律規定有無侵害平等權與訴訟權，不無疑義等語。見林山田，刑事程序法，五南圖書出版有限公司，2000 年 5 月三版 1 刷，頁 648。

⁶⁴參照最高法院 29 年 2 月 16 日民刑庭總會決議第五案。

非屬刑事訴訟法第 376 條所列之罪，第一、二審法院雖依同法第 376 條所列之罪，對被告論罪科刑，但檢察官已有所爭執，自得上訴於第三審法院。(二) 以第二審判決論處之罪名為據。實務上認為：「第一審起訴時，為刑法第 61 條之案件，而第二審判決不屬於刑法第 61 條所列之罪者，得上訴於第三審。⁶⁵」(三) 依第二審確認之事實，顯然不屬於第 376 條所列之罪，以原判決認定之事實為準，而非以主文宣告之罪為準。關於 1. 公訴案件，實務上認為：「就第一、二審所認定事實，顯然不屬於刑法第 61 條之案件，而一、二兩審判決書均誤引該條所舉之罪刑，當事人在第二審言詞辯論終結前，亦未有爭執者，無司法院大法官會議釋字第 60 號解釋之適用。」⁶⁶。即仍得上訴於第三審法院。「檢察官在原審言詞辯論終結前，未就起訴法條有所爭執，即按確認之事實又非顯然不屬於刑法第 61 條之案件，既經原審判決，即不得上訴於第三審法院。」⁶⁷。2. 自訴案件部分，依刑事訴訟法第 320 條第 2 項第 2 款規定，自訴狀雖應記載所犯法條，惟一般係以自訴之犯罪事實為認定其是否屬同法第 376 條所列之罪，即以自訴事實為認定標準⁶⁸。(四) 以在第二審言詞辯論終結前，對於罪名是否有所爭執為斷。司法院釋字第 60 號解釋載述：「最高法院所為之確定判決有拘束訴訟當事人之效力，縱有違誤，亦僅得按照法定途徑聲請救濟。惟本件關於可否得以上訴於第三審法院，在程序上涉及審級之先決問題，既有歧異見解，應認為合於本會議規則⁶⁹之第 4 條規定予以解答。查刑法第 61 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，刑事訴訟法第 368 條（現行法第 376 條）定有明文，倘第二審法院判決後檢察官原未對原審法院所適用之法條有所爭執而仍上訴，該案件與其他得上訴於第三審之案件亦無牽連關係。第三審法院不依同法第 387 條（現行法第 395 條）予以駁回，即與法律上之程式未符。至案件是否屬於刑法第 61 條所列各罪之範圍，尚有爭執者，應視當事人在第二審言詞辯論終結前是否業已提出，如當事人本已主張非刑法第 61 條所列各罪，第二審仍為認係該條各罪之判決者，始得上訴於第三審法院。」

⁶⁵同上 29 年決議。除非依第二審所確認之事實，其適用法條有顯然錯誤者外，不失為簡要之區別標準。

⁶⁶最高法院 45 年 7 月 2 日、45 年度第 5 次民刑庭總會決議第五案。

⁶⁷參照最高法院 48 年台上字第 1000 號判例。

⁶⁸參照最高法院 28 年上字第 2727 號、52 年台上字第 921 號判例。

⁶⁹司法院大法官會議規則，原為司法院所發布之命令，後經立法院於 47 年 7 月 21 日制定為「司法院大法官會議法」，82 年 2 月 3 日修正為司法院大法官審理案件法。

認當事人於第二審言詞辯論終結前，對於案件應屬於得上訴第三審罪名，有所爭執，縱第二審以刑事訴訟法第 376 條所列之罪名論處，仍得提起第三審上訴。此時，因第二審判決係認被告所犯屬第 376 條所列之罪名，因上訴利益之故，其不得提起第三審上訴。僅檢察官（對公訴、自訴案件）或自訴人（對自訴案件）以非第 376 條所列之罪起訴或上訴，經第二審判決認屬第 376 條所列之罪名，依其起訴或上訴之主張，對罪名有所爭執，得提起第三審上訴⁷⁰。決定案件得否上訴於第三審法院時，應依個案具體情形，參酌上開標準綜合觀察，尚非以單一標準為判斷依據。

依上所述，案件得否上訴於第三審法院，以第二審判決主文之罪名為據者，非屬第 376 條所列之罪，自得上訴於第三審法院。如屬第 376 條所列之罪，以檢察官或自訴人在第二審言詞辯論終結前對罪名有無爭執為斷，如已爭執非屬第 376 條所列之罪，則仍得上訴於第三審法院（僅檢察官或自訴人得提起第三審上訴）。至於第二審判決依其所確認之事實，如顯非第 376 條所列之罪，並不因其主文依該條之罪名論處，即認不得上訴於第三審法院⁷¹。

某公司之代表人因執行業務，犯擅自以重製之方法，侵害他人之著作財產權為常業罪，第二審法院除適用修正前著作權法第 94 條判處該公司代表人有期徒刑一年二月外，並適用同法第 101 條第 1 項判處某公司罰金新台幣二萬元。某公司及其代表人均不服，提起第三審上訴，關於該公司上訴部分，實務上認為該罪係專科罰金之罪，其上訴自非合法⁷²。然就此類之規定⁷³似宜檢討，是否修法，關於法人部分得例外一併提起上訴，避免公司代表人之上訴部分，經撤銷後改判無罪時，法人部分卻已先行判刑確定，而發生判決歧異之情形。

二、限於第二審判決

刑事訴訟法第 376 條所列之罪經第二審判決者，不得上訴於第三審法院；又原審法院認為上訴不合法律上之程式或法律上不應准許或其上訴權已經喪失者，應以裁定駁回之，刑事訴訟法第 362 條前段定有明文。前揭規定，依據刑事訴訟

⁷⁰學者有將之歸納為三種標準者：1、起訴法條標準說，2、判決標準說，3、爭議標準說。詳參林鈺雄，刑事訴訟法（下），元照出版有限公司，2007年9月5版，頁349、350。

⁷¹花滿堂，刑事第三審上訴之限制，收於刑事第三審上訴及非常上訴制度之探討，最高法院學術研究會編印，2009年2月，頁143、144。

⁷²參照89年3月28日最高法院89年度第3次刑事庭會議決議（一）。

⁷³類此之規定，例如銀行法第127條之4第1項等。

法第 455 條之 1 第 3 項之規定準用同法第 3 編第 2 章第二審上訴規定之結果，於不服簡易程序第一審判決上訴經第二審判決之案件亦有其適用。且刑事訴訟法第 455 條之 1 第 3 項規定，關於簡易判決之上訴，僅規定準用第 3 編第 1 章及第 2 章第二審上訴之規定，未有準用第三審之相關規定，解釋上應以第二審之地方法院合議庭為終審法院。而刑事訴訟法第 361 條規定，不服地方法院之第一審判決而上訴者，應向管轄之第二審高等法院為之，同法第 375 條第 1 項規定，不服高等法院之第二審或第一審判決而上訴者，應向最高法院為之。基此，刑事訴訟法第 455 條之 1 第 1 項既已明文規定，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，是簡易判決之第二審法院係「地方法院合議庭」，則簡易案件第二審判決並非「高等法院」之判決，故依刑事訴訟法第 361 條、第 375 條之規定，簡易案件之第二審判決不得上訴高等法院或最高法院（民國 92 年 11 月 26 日臺灣高等法院暨所屬法院 92 年法律座談會刑事類提案第 30 號研討結果、88 年 12 月臺灣高等法院暨所屬法院 88 年法律座談會刑事類提案第 64 號研討結果參照）。如係高等法院所為第一審判決，雖屬刑事訴訟法第 376 條第 1 款之罪，仍得上訴於最高法院。例如刑法第 110 條、第 112 條、第 117 條、第 118 條關於外患、妨害國交罪章，第一審由高等法院管轄之案件，是其適例。

三、總則加重與分則加重

第 376 條第 1 款是以刑度為依據，最重本刑為三年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪。則最重法定本刑三年（連本數）以下有期徒刑之罪，即不得上訴第三審。最重本刑係指最重法定本刑而言。法定本刑亦稱法定刑，即刑法分則或刑事特別法就某種犯罪予以規定刑罰。除法定刑外，法律上尚有加重刑罰之規定。(1) 總則加重：刑法總則中就一般犯罪應予加重刑罰之共通條件所規定者，即所謂刑法總則之加重，係單純的刑之加重，為概括性之規定，所有罪名均一體適用。刑法分則中就某種犯罪類型變更之個別犯罪予以加重刑罰之特別事由予以規定，將罪與刑包括在內，而成立另一獨立之罪，即所謂刑法分則之加重，僅限於各該特定之犯罪或可得而確定之犯罪，始有其適用。此乃基於立法上之便宜，實際上與伸長法定刑無異，已係獨立之罪刑規定，而非單純的刑之加重。因之如原係刑法總則加重，例如刑法第 47 條累犯、修正前刑法第 56 條連續犯、兒童及少年福利法第 70 條第 1 項前段，其中利用兒童犯罪為間接正犯，其加重係概括性之規定，

對一切犯罪皆有其適用，自屬刑法總則加重性質之加重，(2) 分則加重：分則之加重，其加重之類型大約以下類型：(1) 行為人特定者，例如第 270 條「公務員包庇他人犯本章（指賭博罪章）各條之罪者，依各該條之規定，加重其刑至二分之一。」(2) 被害人特定者，例如第 116 條「對於友邦元首或派至中華民國之外國代表，犯故意傷害罪、妨害自由罪或妨害名譽罪者，得加重其刑至三分之一。」兒童及少年福利法第 70 條後段，對兒童犯罪之加重，係對被害人為兒童之特殊要件予以加重處罰，乃就犯罪類型變更之個別犯罪行為予以加重，自屬刑法分則加重之性質。(3) 行為人及被害人均特定者，例如第 170 條（直系血親卑親屬）「意圖陷害直系血親尊親屬，而犯前條之罪者（指誣告罪），加重其刑至二分之一。」毒品危害防制條例第 9 條：「成年人對未成年人犯前三條之罪者，依各該條項加重其刑至二分之一。」(4) 犯罪方法特定者，例如第 296 條之 1 第 3 項「以強暴、脅迫、恐嚇、監控、藥劑、催眠術或其他違反本人意願之方法犯前二項之罪者（指買賣人口罪），加重其刑至二分之一。」(5) 犯罪物品達一定數量者，如毒品危害防制條例第 8 條第 6 項「轉讓毒品達一定數量者，加重其刑至二分之一」上述加重類型，有一共通原則，即均限於犯特定之罪名。而其特定之方式，又以下列四種型態出現：限於犯特定一罪者，例如刑法第 295 條「對於直系血親尊親屬犯前條之罪者（指遺棄罪），加重其刑至二分之一。」限於犯特定數罪者，例如刑法第 250 條「對於直系血親尊親屬犯第 247 條至第 249 條之罪者，加重其刑至二分之一。」限於犯特定章節之罪者，例如第 270 條「公務員包庇他人犯本章（指賭博罪章）各條之罪者，依各該條之規定，加重其刑至二分之一。」限於犯刑法特定範圍之罪者，例如第 134 條前段「公務員假借職務上之權力、機會或方法，以故意犯本章以外各罪者，加重其刑至二分之一。」以上四種型態，其特定之方式雖有一罪、數罪、多罪之別，但有其共通之原則，即其罪名均已特定，而成立另一獨立之罪。

刑法總則之加重，係概括性之規定，所有罪名均一體適用；刑法分則之加重，係就犯罪類型變更之個別犯罪行為予以加重，成為另一獨立之罪名。兒童及少年福利法第 70 條第 1 項前段，其中利用兒童、少年犯罪為間接正犯，其加重係概括性之規定，對一切犯罪皆有其適用，自屬刑法總則加重之性質。至於對兒童、少年犯罪之加重，係對被害人為兒童、少年之特殊要件予以加重處罰，乃就犯罪類

型變更之個別犯罪行為予以加重，自屬刑法分則加重之性質。如屬分則加重後其最重本刑逾三年有期徒刑者，即得上訴於第三審法院。

據上所述，第 376 條所列之罪之案件，其第 1 款係以法定本刑為準，經刑法分則，加重法定本刑逾三年有期徒刑，即非屬此款之罪，例如：上訴人所犯刑法第 349 條第 1 之贓物罪，依同法第 134 條加重其刑二分之一後，其法定本刑已伸長至 4 年 6 月以下有期徒刑，而非同法第 61 條第 1 款所列之案件，自不受不得上訴於第三審法院之限制⁷⁴。同條第 2 款至第 7 款所定係以罪為標準，注重在罪，與第 1 款所定以刑為標準，注重在刑者不同，因之原屬第一款所定本刑為三年以下有期徒刑之案件，因刑法分則條文加重之結果，其最重本刑超過三年有期徒刑時，即非該款所列之案件，自不受刑事訴訟法第 376 條之限制，其因總則條文加重則否，至第二款至第五款之罪，則縱因分則條文加重至五年以上時，亦仍無上訴於第三審法院之餘地⁷⁵。至於非屬該條列舉之罪名，如電業法第 106 條第 3 款之竊電罪，雖同屬竊盜行為之一種，但因非刑法第 320 條、第 321 條之竊盜罪，經第二審判決，得上訴於第三審法院。如屬前述各罪，經第二審判決者，即不得上訴於第三審法院，不論其所採行者係通常審判程序、簡式審判程序而有不同。

第二項 上訴理由之限制

刑事訴訟法第 377 條雖明文限制第三審上訴理由。然有受判決人就最高法院 79 年度台上字第 4611 號刑事判決，主張其為該案之被告，該案判決略以「上訴於第三審法院，非以判決違背法令，不得為之」，刑事訴訟法第 377 條定有明文。被告徒為事實上之爭執，自非適法之上訴，而駁回被告所提之第三審上訴。因以：「憲法第 16 條規定人民有訴訟之權，自包括不服第二審法院判決聲明上訴並受第三審法院裁判之權利，以上訴非判決違背法令為理由之法律，並非防止妨礙他人自由，避免緊急危難，維持社會秩序，或增進公共利益所必要，刑事訴訟法第 377 條之規定，核與憲法第 16 條抵觸，應屬無效。」聲請大法官解釋，大法官認為：憲法第 16 條固規定人民有訴訟之權，惟此項權利應依如何之程序行使，審級如何劃分，應否將第三審法院定為法律審，使司法訴訟程序之利用臻於合理，屬立法裁量問題，應由立法機關以法律妥為規定。其限制第三審上訴之理由，即係基於

⁷⁴參照最高法院 52 年台上字第 1554 號判例要旨。

⁷⁵參照最高法院 42 年台上字第 616 號判例要旨。

上述意旨，為增進公共利益所必要，並未逾越立法裁量範圍，為憲法第 23 條之所許，與憲法第 16 條保障人民訴訟權之本旨並無牴觸⁷⁶。

原審判決後，刑罰有廢止、變更或免除者，得為上訴之理由。刑事訴訟法第 381 條定有明文。原審判決後處罰之實體規定（即刑罰法律），既經廢止、變更或免除者，對於被告有利⁷⁷，有此種情形，自許上訴人執為上訴理由，以求救濟。

第三項 職權調查之限制

第三審法院之調查，以上訴理由所指摘之事項為限。但下列事項，得依職權調查之：

- 一、第 379 條各款所列之情形。
- 二、免訴事由之有無。
- 三、對於確定事實援用法令之當否。
- 四、原審判決後刑罰之廢止、變更或免除。
- 五、原審判決後之赦免或被告死亡。

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。

第四項 刑事妥速審判法之限制

刑事妥速審判法之施行，對第二、三審訴訟產生之影響。尤其關於第三審上訴之規定，該法第 9 條第 2 項規定排除刑事訴訟法若干規定之適用特別規定。其第 8 條規定：案件自第一審繫屬日起已逾六年且經最高法院第三次以上發回後，第二審法院更審維持第一審所為無罪判決，或其所為無罪之更審判決，如於更審前曾經同審級法院為二次以上無罪判決者，不得上訴於最高法院（於 99 年 9 月 1 日施行）。同法第 9 條規定：除前條情形外，第二審法院維持第一審所為無罪判決，提起上訴之理由，以下列事項為限：一、判決所適用之法令牴觸憲法。二、判決違背司法院解釋。三、判決違背判例（於 100 年 5 月 19 日施行）。

⁷⁶參照釋字第 302 號解釋文解釋理由書，見司法院印行，司法院大法官解釋（五），2009 年 10 月版，頁 166。

⁷⁷依刑法第 2 條第 1 項規定，採從舊從輕原則：行為後法律有變更者，適用行為時之法律。但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律。

上開二條文，第 8 條直接禁止檢察官、自訴人上訴，其司法院提案時係以；刑事訴訟法已改採改良式當事人進行主義，檢察官對於起訴之案件，自訴人對於提起自訴之案件，均應負實體舉證責任，若案件自第一審繫屬日起已逾六年，且經最高法院發回更審三次以上，此時若第二審法院更審仍維持第一審所為無罪判決，或其所為無罪之更審判決，如於更審前曾經二次以上之無罪判決者（即連同最後一次更審判決在內，有三次以上為無罪判決），則檢察官、自訴人歷經多次更審，仍無法將被告定罪，若仍允許檢察官、自訴人就無罪判決一再上訴，被告因此必須承受更焦慮及不安，有礙被告接受公正、合法、迅速審判之權，與無罪推定原則相悖，且合理限制檢察官、自訴人之上訴權，可使檢察官、自訴人積極落實舉證責任⁷⁸。學者有由檢察官之上訴權係源自於國家具體實現刑罰權之追訴權，檢察官在刑事程序中因雖屬一造當事人，然基於公益代表人身分，對被告有利、不利之事項，亦應一律注意，又檢察官之追訴權具有權力之本質，應受節制之觀點如以觀察⁷⁹。況在美國憲法有禁止重複危險之規定，被告一審判決無罪時，無論是陪審團或法官所判，且不論該案件之審判結果有無錯誤，檢察官就此案件皆不得上訴，否則違反重複危險之規定⁸⁰。關於該法第 9 條之案件，刑事訴訟法第 377 條至第 379 條、第 393 條第 1 款規定，於前項案件之審理，不適用之（此一條文已於 100 年 5 月 19 日施行）。符合該條規定之案件，上訴第三審採取嚴格法律審，使該類案件上訴要件更加嚴格。

司法院原於 93 年提出之刑事訴訟法修正草案刪除第 376 條其立法理由為：「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 377 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。」第 377 條之立法說明為：「第二審上訴已以事後審查制為原則由高等法院及其分院以事後審之地位，審查糾正原判決違背法令之錯誤，同時兼採續審制，

⁷⁸參司法院原草案第 9 條立法理由說明，立法院審查會修正通過，改列第 8 條。

⁷⁹陳運財，不對稱上訴制度之初探，檢察新論，9 期，2011 年 1 月，頁 67。

⁸⁰王兆鵬，美國刑事訴訟法，元照出版有限公司，2004 年 9 月初版第 1 刷，頁 21。

以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，如此始可形成金字塔型之審級構造，促使上訴制度合理化，提升審判之效能。」條文草案為：「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、所適用之法令牴觸憲法者。二、違背司法院解釋者。三、違背判例者⁸¹。」此即採嚴格法律審。

刑事妥速審判法採取嚴格法律審之精神，固能解決目前實務上所遇到部分問題，惟僅適用於第二審維持第一審無罪之判決，尚不及第二審改判無罪或有罪判決之案件，而其上訴之限制部分，其中關於判決所適用之法令牴觸憲法一節。檢察官或自訴人以此理由提起上訴時。法官應如何處理？按憲法乃國家最高規範，法官均有優先遵守之義務，各級法院法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義者，自應許其先行聲請解釋憲法以求解決，無須受訴訟審級之限制。既可消除法官對遵守憲法與依據法律之間可能發生之取捨困難，亦可避免司法資源之浪費。是遇有前述情形，各級法院得以之為先決問題裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，依釋字第371號解釋，聲請司法院大法官解釋。最高法院法官如認判決所適用之法令有牴觸憲法，即有違憲之疑義時，是否均得裁定停止審判，聲請大法官解釋者，或僅限於判決所適用之法律有牴觸憲法之疑義時，始得為之，判決所適用之命令牴觸憲法，是否包括在內，容於本文第三章再行探討。

第五節 小結

我國刑事訴訟法就第一審雖完成相關法制之修正，但第二、三審仍依舊制。第二審為覆審制之構造，實務上被告縱於第一審就被訴事實為有罪之陳述，經審判長告知被告簡式審判程序之旨，並聽取當事人、辯護人之意見後，依刑事訴訟法第273條之1第1項裁定進行簡式審判程序，依同法第273條之2其證據調查不受第159條第1項之限制。然於其提起第二審上訴後，仍得否認犯罪，並得就證人於審判外之陳述之證據能力加以爭執，及聲請詰問，現行法律對此無任何限制。就被告而言，其最為關心之事固為法院就犯罪事實之如何認定，以及量刑是否得當，

⁸¹見93年刑事訴訟法修正草案第376、377條條文及立法理由說明。

由於第二審之設置，被告得以經由再次就事實之重複審理，期待獲取對自己有利之事實認定與量刑之適當。因此，第一審判決經上訴後，第二審法院除形式判決，得依刑事訴訟法第369條第1項但書將案件發回原審法院外，其他案件即完全脫離第一審，而第二審仍是事實審，第二審法院必須就合法上訴之部分，重新調查被告有利或不利之證據，而為事實的審理，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⁸²。對於第二審判決不服提起上訴時，由於第三審事實認定依第394條第1項規定，係以第二審確認之事實為判決基礎，因此，除有第398條規定之情形，最高法院可自為判決外，倘若影響事實之明確時，則最高法院應依第401條將案件發回第二審法院，第二審法院就該遭最高法院發回更審之部分，對於當事人聲請調查及法院應依職權所應調查之一切證據，均應予以調查，不得僅以第三審發回之點為限，事實之調查乃集中於第二審，第二審乃被戲稱為「大肚子」⁸³。而第三審上訴，就上訴理由雖設有限制，然僅規定非以判決違背法令為理由，不得上訴於第三審法院，甚為抽象，範圍廣泛。上訴第三審案件，未採嚴格法律審，多因調查未盡、事實欠明，無從為適用法律當否之判斷而發回。就違背法令相關問題有加以探討之必要。違背法令之範圍，如何界定與適用，宜先從法位階之觀點加以考察，再進行類型化之分析。

⁸²王參和，我國刑事第二審構造改採事後審制之探討，司法官訓練所學員法學研究報告（網路版），頁 2056。

⁸³參照張麗卿，刑事訴訟第二審事實審之構造，月旦法學雜誌第61期，1990年6月，頁18。



第三章 從法位階之觀點考察判決違背法令

第一節 概說

上訴於第三審法院，非以違背法令為理由，不得為之，刑事訴訟法第 377 條定有明文。須以判決違背法令為理由，該項要件為第三審上訴之法律上程式之一。何謂「違背法令」，關於法令，有其形式上、實質上之意義。形式意義之法令，是指中央法規標準法第 4 條所定之法律，及同法第 7 條之命令；實質意義之法令，除形式意義之法令外，是否包括憲法、條約、習慣法或其他法則，即涉及法源之問題。學者有認為，法令指憲法、法律與行政命令而言⁸⁴。至於以違背法令作為第三審上訴理由，原判決有如何之瑕疵，始足構成違背法令。

我國刑事訴訟法第 377 條規定：「上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。」同法第 378 條復就違背法令一詞為立法解釋。上開規定繼受德國刑事訴訟法第 337 條規定。德國刑事訴訟法第 337 條：「(第一項)判決違背法令者，始得提起第三審上訴。(第二項)法條之不適用或適用不當者，為違背法律。⁸⁵」我國規定為違背法令，不以違背法條為限。

判決不適用法則或適用法則不當，為違背法令。關於法則，刑事訴訟法未規定其範圍，在解釋上包括刑罰法令、訴訟法規，法律與法律有同等效力之條約、命令、其他法則，足以影響於判決者，均屬於法則之範疇。判決消極不適用應適用之法則或適用錯誤。第三審既採限制性之事後審，為有限之上訴，不可能完全確保所有裁判之正確。上訴第三審理由限於違背法令，即法則之不正確適用。法則之適用，係以抽象之法令為大前提，特定事實為小前提，依邏輯三段論法得出特定結論。違背法令係將法則作為評價基準，法院有正確適用法令之義務，其不適用或適用不當，均構成上訴第三審之理由。而是否違背法令單純由客觀面觀察，至於法官何以適用法則不當或不適用法則，在所不問。違反經驗法則，解釋上得

⁸⁴黃東熊，刑事訴訟法論，三民書局股份有限公司，1995 年 3 月 3 版，頁 600。

⁸⁵此係蔡墩銘教授之中文翻譯，見其所譯德日刑事訴訟法，五南圖書出版股份有限公司，1993 年 7 月，(德國刑事訴訟法部分)頁 124。前大法官林永謀，則譯為「上訴第三審僅得以判決係基於違背法律為理由。不適用法規或適用不當，為違背法令。」：第三審與非常上訴審所謂之「判決違背法令」，軍法專刊，34 卷 10 期，1988 年 10 月，頁 6。並參閱 Claus Roxin 著，吳麗琪譯，德國刑事訴訟法，三民書局股份有限公司，1998 年 1 月初版，頁 589、590，有關該德國刑事訴訟法第 337 條之說明。

為上訴第三審之理由，我國學說及實務均認經驗法則係法律問題⁸⁶。又關於價值概念、法律性標準，如「公共秩序」「重大事由」等尚非全然由法官自由裁量，在評價上是否違背法令？攸關法則適用之當否。

第二節 法位階之意涵

法律實證主義者力倡「規範科學的法學」為精神態度之思想。「規範科學的法學」乃承認成文法規屬於純粹當為規則，且以一定法規既經成立為前提，依純粹形式理論科學之方法，而加以研究。法律實證主義可分為一般法學、分析法學、純粹法學等學派。其中純粹法學係以凱爾生（Hans Kelsen，1881—1973）為代表之維也納學派，係就實證法之純粹認識，所主張之理論。純粹法學係有關實證法之純粹理論，即純粹就法規本身作其實證研究，排除實證法規之社會、政治、倫理之研究方法。認為法規係獨立當為法則。對實證法加以純粹之分析，實證法之構造，在邏輯上是由具體之低層次規範與對其賦予妥當性之高層次規範所組成，且在法律體系中。國家之憲法為其基本規範（Grundnorm⁸⁷），居於最高地位，故能對一切低層次規範予其效力發生之根據。凱爾生依此見解開展「法階層說」⁸⁸。

「法階層說」或稱法位階說（Stufentheorie des Rechts）又稱「法律層級構造理論」⁸⁹，凱爾生主張法律制度是一個有層次之體系（Legal system），下級規範之權威乃來自上級規範，層層上溯到最上級，最後止於最高之「基本規範」。基本規範從何而來，則非屬法律問題，而係於一個先驗邏輯之預設命題。從同一個基本規範源出效力之所有法規範，則組成一個規範體系或法秩序。從實證法之面向觀察，此基本規範即為憲法。由憲法依序制定法律、訂定命令⁹⁰。

⁸⁶參看林永謀，事實問題、法律問題與第三審上訴理由之判決違背法令（下），軍法專刊，37卷2期，1991年2月，頁23-24。

⁸⁷Grundnorm一詞，通常譯為「基本規範」，但有譯為「基礎規範」者，其並說明：Grundnorm在純粹法理論中相當於凱爾生所使用之「原初規範」（Ursprungnorm）及法律邏輯意義上之憲法（Verfassung im rechtslogischem Sinne），其充當整個法律體系中一切規範之最終Geltungsgrund，德文字根Grund兼有基礎理由之雙重含義，因之譯為「基礎規範」等旨。參看Hans Kelsen著，張書友譯，純粹法理論（係譯自英譯本Introduction to the Problems of Legal Theory），中國法制出版社，2008年12月第1版，頁83。本文從通說之中文譯名。

⁸⁸洪遜欣，法理學，1982年12月初版，頁98、103。

⁸⁹凱爾生（或譯為凱爾森、凱爾遜）之學說，參看Hans Kelsen著，張書友譯，純粹法理論（係譯自英譯本Introduction to the Problems of Legal Theory），中國法制出版社，2008年12月第1版。並參照陳櫻琴，純粹法學派宗師—凱爾生，月旦法學雜誌第66期，2000年1月，頁205-211。

⁹⁰參看陳櫻琴，純粹法學派宗師—凱爾生，頁208；詹鎮榮，論地方法規之位階效力—地方制度法第三十條「中央法破地方法之辨正」，成大法學，第12期，2006年12月，頁8、9。

一個國家之法體系，猶如一圓錐形，法院之判決以及行政機關之處分等，是構成此圓錐形之底層，此部分與實際之社會接觸，而發生規範之作用基本規範係最高位階，亦是法律秩序之最終效力依據（即憲法）。一般規範則指源自於基本規範之法律規範（如法律、命令），同時為個別規範之效力依據。個別規範則是基於一般規範，就具體個案情形而發生者（如法院之裁判）。

在此理論之關係下，如以靜態觀察，居於下位之個別規範，是由上位之一般規範賦予效力者；如由動態觀察，是較抽象之上位規範透過較為具體之下位規範以實現其規定之過程；因而維持法律秩序之統一性。就國內法律體系而言，法律是由憲法賦予效力，以實現憲法之意旨；命令是由法律賦予效力，以實現法律之規定；法院之裁判亦復如是。因此法律不能抵觸憲法，命令不能抵觸憲法或法律。

憲法為國家最高規範，法律抵觸憲法者無效，法律與憲法有無抵觸發生疑義而須予解釋時，由司法院大法官掌理，此觀憲法第 171 條、第 173 條、第 78 條及第 79 條第 2 項規定甚明。命令與憲法或法律抵觸者無效，憲法第 172 條亦有明文。中央法規標準法第 11 條亦規定：法律不得抵觸憲法，命令不得抵觸憲法或法律，下級機關訂定之命令不得抵觸上級機關之命令。

第三節 從法位階之考察

第一項 憲法層次

我國係採成文憲法之國家，所謂憲法係指「中華民國憲法」、「中華民國憲法增修條文」。而大法官針對憲法內容條文所為之解釋，亦具有憲法位階之效力⁹¹，例如釋字第 384 號解釋將被告之「詰問權」提升至憲法層次，釋字第 603 號解釋則肯認「資訊隱私權」亦為憲法所保障之權利。

第一款 憲法意識

憲法在規範層級中之最高性（釋 371 號）；憲法之效力既高於法律（釋 601 號），法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉，為憲法第 80 條所明定。二年實務上有多件聲請案係由法院聲請大法官解釋，如大法官於 100 年 5 月 27 日作成之釋字第 687 號（關於稅捐稽徵法第 47 條第 1 款規定）、99 年 7 月 30 日釋字第 680 號（關於懲治走私條例第 2 條第 1 項規定）、99 年 7 月 16 日

⁹¹李惠宗，案例式法學方法論，新學林出版股份有限公司，2009 年 10 月 1 版 1 刷，頁 21。

釋字第 679 號（司法院院字第 2702 號及釋字第 144 號，關於易科罰金之解釋）、98 年 12 月 25 日釋字第 669 號（關於槍砲彈藥刀械管制條例第 8 條第 1 項規定）等號解釋，係由法官聲請。由上開資料可知法官於審理案件時，已注意所適用之法律有無牴觸憲法，最高法院於具體個案亦有逕援引憲法規定為據，各級法官之憲法意識已大幅提升。學者於 2008 年時所稱：大法官從釋字第 153 號解釋以來，儘管已經有為數不少的解釋與判例有關，但普通法院的憲法冷漠，事實上未見大幅改善⁹²。此似屬過去情形，而非現況。

第二款 適用憲法

憲法既為國家法律體系中之最高規範，法官為裁判時，自有適用憲法（即法則之一種）相關規定之義務。法院實務上直接於援用憲法規定，為其裁判之依據者。例如：

（一）正當法律程序之保障

刑事訴訟為確定國家具體的刑罰權之程序，以發現實體的真實，使刑罰權得以正確行使為其宗旨。此項實體，應經訴訟程序而成，本訴訟制度之要求，無論採職權進行主義，抑採當事人進行主義，法院均居於公平第三人之立場，就當事人之攻擊、防禦，基於辯論而形成其心證，而為裁判。刑事司法之實踐，保障人權為其重要之使命，法院為實現實體正義，不可忽略程序正義之踐行。憲法第 8 條第 1 項規定，人民身體之自由應予保障，非由法院依法定程序，不得審問處罰。第 16 條規定，人民有訴訟之權。從而，人民之訴訟權應予保障，法院應依正當法律程序以公平審判。憲法前揭二規定均有關正當法律程序之保障⁹³。茲舉例說明如下：

1、告知罪名

實務上有以：刑事訴訟法第 95 條第 1 款規定「訊問被告應先告知犯罪嫌疑及所犯所有罪名。罪名經告知後，認為應變更者，應再告知。」乃被告在刑事訴訟程序上應受告知之權利，為憲法第 8 條第 1 項正當法律程序保障內容之一，旨在

⁹²蘇永欽，從體系功能的角度看大法官的規範違憲審查—走向適切回應社會變遷的司法積極主義（下），法令月刊，59 卷 7 期，2008 年 7 月，頁 17。

⁹³正當法律程序之保障之情形，有屬於憲法第 8 條者、有屬於第 16 條者，前者如：告知罪名，為憲法第 8 條第 1 項正當法律程序保障內容之一；後者如：刑事被告在刑事訴訟程序中是否獲得合法有效之權利保護程序，屬憲法第 16 條人民訴訟權保障之核心。

使被告能充分行使防禦權，以維審判程序之公平。而其所謂「犯罪嫌疑及所犯所有罪名」，除起訴書所記載之犯罪事實及所犯法條外，尚包含依刑事訴訟法第 267 條規定起訴效力所擴張之犯罪事實及罪名，暨依同法第 300 條規定變更起訴法條後之新罪名。法院就此等新增之罪名、事實或變更之罪名，均應於其認為有新增或變更之時，隨時但至遲於審判期日前踐行告知之程序，使被告知悉而充分行使其防禦權，始能避免突襲性裁判，而確保其權益。如法院於審判期日，就起訴效力所及之擴張犯罪事實或變更起訴法條之同一性事實，未依刑事訴訟法第 96 條、第 288 條之 1、第 289 條等規定踐行調查辯論程序，即命辯論終結，逕行就起訴效力所及之擴張犯罪事實及罪名或變更起訴書所引之法條而為判決，就此等擴張之事實及新罪名而言，實已剝奪被告依同法第 96 條、第 288 條之 1、第 289 條等規定所應享有而同屬憲法上訴訟基本權保障範圍內之辯明罪嫌及辯論（護）等程序權，尤屬直接違背憲法第 8 條第 1 項所稱「非由法院依法定程序不得審問處罰」之規定，剝奪其正當法律程序之保障，而於判決顯然有影響，自應認該判決為違背法令（100 年度台上字第 25 號判決意旨參照）。

2、詰問權

案例（1）：憲法第 16 條保障人民之訴訟權，就刑事被告而言，包含其在訴訟上應享有充分之防禦權。刑事被告詰問證人之權利，即屬該等權利之一，且屬憲法第 8 條第 1 項規定「非由法院依法定程序不得審問處罰」之正當法律程序所保障之權利。為確保被告對證人之詰問權，證人於審判中，應依法定程序，到場具結陳述，並接受被告之詰問，其陳述始得作為認定被告犯罪事實之判斷依據。又被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據。而所謂被告以外之人，不以證人為限，共同被告、正犯、共犯及被害人於審判外之陳述，均屬之，為確保被告對證人適格者之詰問權，於審判中均應到場具結陳述，並接受被告之詰問，其陳述始得作為認定被告犯罪事實之判斷依據（100 年度台上字第 1614 號判決意旨參照）。（2）憲法第 16 條規定人民有訴訟之權，乃屬人民在司法上之受益權。人民於其權利因他人之犯罪而受侵害時，固得向法院提起訴訟，請求國家科處犯罪人以刑罰。惟刑事訴訟乃實現國家刑罰權之程序，為實現國家刑罰權而對犯罪者之追訴處罰，固為國家之職責，然國家之刑罰權一旦發動，對人民以罪刑相繩，人民之生命、身體、自由、名譽、財產即受國家強

制力之剝奪，後果極為嚴厲。處罰犯人雖有必要，但不能因而害及被告之基本人權及程序之公正。是以刑事訴訟法上之程序規定，實為對犯罪嫌疑人及刑事被告如何得以免於國家刑罰權不當之行使所為之保障而設。因之刑事被告在刑事訴訟程序中是否已獲得合法有效之權利保護程序，當屬憲法第 16 條人民訴訟權保障之核心。現行刑事訴訟法已改採「改良式當事人進行主義」之訴訟制度，證據調查為整個審判程序之核心，而交互詰問為當事人進行主義之刑事訴訟制度運作之主軸，其目的在於確保真實之發現，而發現真實為獲致刑罰權正確行使結果之當然前題，於司法審判程序中，自不容任意剝奪被告對證人詰問之權利⁹⁴。(3) 證人以聞自他人（即原始證人）在審判外之陳述作為內容之陳述，因非陳述其親自聞見或經歷之事實，而屬傳聞之詞，即無從藉由被告與其對質及對其詰問，以擔保其陳述內容之真實性，如以之作為不利被告之證據，即侵害被告憲法上之對質詰問權，除法律另有規定外，應認不具證據能力（100 年度台上字第 1307 號判決意旨參照）。

（二）違反憲法對於基本人權之保障

刑事偵查技術上所謂「釣魚者」，係指對於原已犯罪或具有犯罪故意者，以設計引誘之方式，使其暴露犯罪事證，而加以逮捕或偵辦者而言。而所謂「陷害教唆」，則指行為人原不具犯罪之故意，純因司法員警之設計教唆，始萌生犯意，進而實行犯罪構成要件之行為者而言。前者，純屬偵查犯罪技巧之範疇，並未違反憲法對於基本人權之保障，且於公共利益之維護有其存在必要性，故因之所蒐集之證據資料，原則上非無證據能力。而後者，因係以引誘或教唆犯罪之不正當手段，使原無犯罪故意之人因而萌生犯意實行犯罪行為，再進而蒐集其犯罪之證據，予以逮捕偵辦，此種誘人犯罪之手段顯已違反憲法對於基本人權之保障，且已逾越偵查犯罪之必要程度，對於公共利益之維護並無意義，其因此所取得之證據資料，應不具有證據能力（100 年度台上字第 386 號判決意旨參照）。

（三）違反憲法第 23 條之比例原則

槍砲彈藥刀械管制條例第 8 條第 1 項規定：「未經許可，製造、販賣或運輸鋼筆槍、瓦斯槍、麻醉槍、獵槍、空氣槍或第四條第一項第一款所定其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲者，處無期徒刑或五年以上有期徒刑，併科新

⁹⁴最高法院 100 年度台上字第 2477 號判決意旨參照。

台幣一千萬元以下罰金。」其中以未經許可製造、販賣、運輸具殺傷力之空氣槍為處罰要件部分，不論行為人犯罪情節之輕重，均以無期徒刑或五年以上有期徒刑之重度自由刑相繩，對違法情節輕微、顯可憫恕之個案，法院縱適用刑法第 59 條規定酌減其刑，最低刑度仍達二年六月以上之有期徒刑，無從具體考量行為人所應負責任之輕微，為易科罰金或緩刑之宣告，尚嫌情輕法重，致罪責與處罰不相對應。首揭規定有關空氣槍部分，對犯該罪而情節輕微者，未併為得減輕其刑或另為適當刑度之規定，對人民受憲法第八條保障人身自由權所為之限制，有違憲法第 23 條之比例原則，應自本解釋公布之日起至遲於一年屆滿時，失其效力，司法院大法官會議於 98 年 12 月 25 日著有釋字第 669 號解釋，槍砲彈藥刀械管制條例因而於 100 年 1 月 5 日修正，其第八條增列第六項「犯第一項、第二項或第四項有關空氣槍之罪，其情節輕微者，得減輕其刑」之規定，此法律之變更顯有利於上訴人，則上訴人本件犯行之違法情節是否輕微，得否減輕其刑，與事實認定有關，且於上訴人之利益有重大關係，自應詳加調查審酌，原審未及調查審酌，即非適法（100 年度台上字第 537 號判決意旨參照）。

（四）違反憲法保障之訴訟權

實務上認為：被告在刑事訴訟法上應享有充分之防禦權，為憲法第 16 條保障人民訴訟權之核心領域（司法院釋字第 582 號解釋參照）。此防禦權包含消極性的緘默權（刑事訴訟法第 156 條第 4 項後段）、無罪推定（同法第 154 條第 1 項），及積極性的受辯護人協助之權利（一般稱為辯護倚賴權），同法第 95 條所定訊問被告前之告知義務，其中第 1、2 款即屬於前者，第 3、4 款則屬於後者。是辯護倚賴權，為被告防禦權之重要內容，公民與政治權利國際公約第 14 條第 3 項第四款即規定，被告到庭受審，得由其選任辯護人答辯；未選任辯護人者，應告以有此權利；法院認為審判有此必要時，應為其指定公設辯護人，如被告無資力酬償，得免付之。刑事審判強制辯護適用範圍，亦由最輕本刑三年以上有期徒刑或高等法院管轄第一審之案件，擴大至因智能障礙無法為完全陳，暨低收入戶而有必要法律協（扶）助之被告（刑事訴訟法第 31 條第 1 項、公設辯護人條例第 2 條、法律扶助法第 4 條第 2 項）。演變至今，強制辯護案件由國家公權力介入，對於弱勢者保障此防禦權，更為辯護倚賴權之最大發揮（99 年台上字第 5079 號判決意旨參照）。又以：刑事訴訟為使當事人之地位對等，於刑事訴訟法第一編第四章，特設

辯護人、輔佐人及代理人（或稱訴訟關係人），以輔助當事人為訴訟行為。刑事辯護制度係為保護被告之利益及維持審判之公平而設，其功能在輔助被告防禦對造檢察官或自訴人對被告所實行之攻擊，囿於被告一般均欠缺法律智識，且處於被訴立場，難期能以冷靜態度，克盡防禦之能事，故由辯護人補其不足，俾與檢察官或自訴人立於平等之地位而受法院公平之審判，此為人民依憲法第 16 條享有之訴訟權所衍生之基本權（100 年度台上字第 2219 號判決意旨參照）。

第二項 法律層次

法律層次依其係有關程序事項抑實體事項規定，分為程序法、實體法。關於刑事訴訟程序，規定刑事訴訟程序之法律，除以「刑事訴訟法」為法律名稱之「形式意義之刑事訴訟法」外，尚包括實質意義之刑事訴訟法。例如刑事妥速審判法有關刑事訴訟程序之規定；法院組織法關於法院組織及其職權，審判之用語，裁判之評議等規定，均屬於實質之刑事訴訟程序規定。

實務上有就法律之意旨，而為闡釋，刑事訴訟法關於證據方面，例如證人之證言部分：被害人乃被告以外之人，本質上屬於證人，其陳述被害經過，亦應依人證之法定偵查、審判程序具結，方得作為證據⁹⁵。毒品施用者所稱向某人購買毒品之供述，必須補強證據佐證，係指毒品購買者之供述縱使並無瑕疵，仍須有補強證據佐證而言，以擔保其供述之真實性。又所補強者，固非以事實之全部為必要，然仍須與施用毒品者關於相關毒品交易之供述具有相當程度之關聯性，而得本於彼此間之相互作用，使一般人確信其供述為真實⁹⁶。

實體法係指有關犯罪構成要件及其處罰之法律，主要係刑法及其特別法，暨行政法中有關刑罰之規定。程序法，有關程序事項之規定，得以類推援引。如關於證據能力之規定是。實體法之實體事項有關罪刑之規定，原則上禁止「實定法外之漏洞補充」，不得有類推解釋、目的性擴張，尤其是法律續造或司法造法之適用⁹⁷。此乃因罪刑法定原則，禁止類推適用，比附援引，而且必須符合構成要件明確性原則。

國際法一般雖認屬法源之一種⁹⁸，但尚非以法律之效力直接適用。條約亦非得

⁹⁵最高法院 93 年台上字第 6578 號判例意旨。

⁹⁶參照最高法院 96 年度台上字第 1029 號判決意旨。

⁹⁷呂潮澤，法律之司法補充解釋問題，刑事法雜誌，48 卷 3 期，2004 年 6 月，頁 11。

⁹⁸林紀東，法學緒論，五南圖書出版股份有限公司，2008 年 2 月 2 版 1 刷，頁 15。

作為直接在國內法院予以適用，條約僅係使國家負有就某重事項之義務。法院須俟立法院完成立法時，始得適用。例如：依中美共同防禦條約，於民國 55 年 1 月 28 日制定「中美共同防禦期間處理在華美軍人員刑事案件條例」第 1 條規定：中華民國政府本於合作精神，為期圓滿執行中美共同防禦條約，依據「中華民國與美利堅合眾國間關於在中華民國之美軍地位協定」（以下簡稱在華美軍地位協定）處理在華美軍人員刑事案件，特制定本條例。而「中華民國與美利堅合眾國關於在中華民國美軍地位協定」第 20 條第 1 項規定「本協定及其經協議修正之規定除雙方同意提早終止外，應在中華民國 43 年 12 月 2 日簽訂之中美共同防禦條約有效期間繼續生效。」（按「中美共同防禦條約」於 68 年 12 月 31 日終止效力）。是其適例。

關於條約⁹⁹，在實務上，曾認為：刑事訴訟法第 159 條第 1 項關於被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，不能作為證據之規定，學理上稱為傳聞證據之禁止（或排除），係為保障被告之反對詰問權，落實正當法律程序所標榜之直接、言詞審理主義而設計，非絕無例外，例如同法第 159 條之 1 至第 159 條之 5、第 206 條及組織犯罪防制條例第 12 條第 2 項即是，其中同法第 159 條之 2 基於證據資料愈豐富，愈有助於發現真實、實現正義之理念，容許審判外之警詢筆錄，在具有特信性及必要性之條件下，得為證據；第 159 條之 5 更因承認當事人之證據處分權，於法院認為適當（居於客觀、公正立場而為裁量）之情形下，傳聞資料許為適格之證據，門檻愈為放寬，無非兼顧實務之需要。本此法理，並參諸同法第 158 條之 4 關於證據取得適法性有爭議之情形，由法院依法益權衡法則處理之理論，倘被告在我國境外犯重罪，遭訴於我國有管轄權之法院，而其相關之共犯或證人則先在外國法院受審或作證，如該國與我國簽定有司法互助之條約或協定，且本互惠原則，亦承認我國法官依法之訴訟行為效力，可依同法第 159 條之 1 第 1 項規定，認該被告以外之人在該國法院之供述，具有證據能力。除此之外，所為之供述，若與其人嗣在我國法院審理中到庭受訊問之陳述不符，而該先前之陳述具有較為可信之特別情況，且為證明被告犯罪事實存否所必要，我國法院復

⁹⁹至於條約與法律之效力，何者優先，有認為條約批准在先，應將法律牴觸之點修正，條約批准在後，原則上以條約效力為優先。參看管歐，法學緒論，五南圖書出版股份有限公司，2007年12月72版1刷，頁124。

認為先前陳述所處之環境與附隨條件，足保任意性無虞而適當時，該外國法院製作之筆錄，仍可賦予證據能力，否則任令正義不彰，不啻違反刑事訴訟之最終目的，亦不合證據能力之認定標準不妨放寬，證明力之判斷要求乃須從嚴之大原則。上訴人之妻陳○○在上訴人逃匿期間，既由上訴人之父代為委任律師協助，並備適當之「傳譯」，瓜地馬拉國法院始就其被訴幫助上訴人等擄人勒贖之刑事案件進行準備及審判程序，有我國駐瓜國大使館函送之該案各相關司法文書暨中文譯本在卷得徵，訴訟條件堪認客觀、公正，任意陳述足獲保障，陳○○旅居瓜國多年，能夠幫忙上訴人之母看顧雜貨店務，當非無基本之當地語言能力，一再堅稱上訴人涉案情節無隱且不移，嗣遭判罪確定並執行，假釋返台，在我國本件第一審法院審理中到庭作證、詰問翻供，原判決援引刑事訴訟法第 159 條之 2 之法理，認為陳孟玉先前在瓜國法院之陳述，具有較可信之特別情況，且為證明上訴人犯罪事實存在所必要，堪屬適格之證據，立論雖稍欠周延，結論並無不合，況上訴人之辯護人在原審審判長提示上揭瓜國筆錄等各項證據資料時，當庭陳明：「對於瓜地馬拉之筆錄、判決、譯文等所有訴訟文書之形式真正不爭執，但對上開文書內容，我們認為不實在」等語，有該審判筆錄可稽，顯然符合同法第 159 條之 5 第 1 項之明示同意作為證據之要件，茲於第三審復行爭執，難為法之所許（98 年度台上字第 7049 號判決意旨參照）¹⁰⁰。

至於國際公約如未經立法程序，公約內容僅能以「法理」形式加以引用，不能直接發生法律效力。近期我國有將國際公約國內法化之例。如立法院制定「公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法」、「消除對於婦女一切形式上歧公約施行法」¹⁰¹。各該公約即生國內法之效力。實務上在公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約¹⁰²（簡稱為兩公約）施行法未生效前，即有加以引用者，載稱：司法院釋字第 582 號及第 592 號解釋，已釋明除有不能詰問之情形外，被告以外之人（含共同正犯及同案共同被告）應於審判中到庭由被告對之行使反對詰問權，以充分保障憲法第 16 條所揭示之人民基本訴訟（防禦）權，甫於 98 年 4 月 22 日經總統公布之公民與政治權利國際公

¹⁰⁰立法院於 91 年 1 月 16 日通過行政院函請審議之「駐美國臺北經濟文化代表處與美國在台協會間之刑事司法互助協定案」（簡稱「台美刑事司法互助協定」）

¹⁰¹前揭公約因我國已制定法律，納為國內法之一部，已國內法化。

¹⁰²至於司法院審判法令，行政措施與兩公約之關連，詳請參看司法院印行，人權為本，司法為民，2009 年 8 月，頁 9-80。

約第 14 條第 3 項第 5 款上段亦有相同之意旨¹⁰³。於該法生效後，最高法院多件裁判引據前揭公約之規定。例如認為辯護倚賴權，係被告防禦權之重要內容，並引用公民與政治權利國際公約第 14 條第 3 項第 4 款之規定（「被告到庭受審，得由其選任辯護人答辯；未選任辯護人者，應告以有此權利；法院認為審判有此必要時，應為其指定公設辯護人，如被告無資力酬償，得免付之。」¹⁰⁴）

司法院大法官就刑事法律所為之解釋，宣告法律某部分違憲，其係以司法機關發揮立法者功能，有廢止法律之意義，此種解釋具有法律位階之效力，如釋字第 669 號解釋，宣告槍砲彈藥刀械管制條例第 8 條第 1 項關於空氣槍部分，對犯該罪而情節輕微者，未併為得減輕其刑或另為適當刑度之規定，對人民受憲法第八條保障人身自由權所為之限制，有違憲法第 23 條之比例原則。又大法官解釋宣告判例（例如釋字 582 號解釋宣告最高法院最高法院 31 年上字第 2423 號及 46 年台上字第 419 號判例，應不再援用）、法規命令（如釋字 657 號解釋宣告所得稅法施行細則第 82 條第 3 項規定違反憲法第 19 條租稅法律主義）、行政規則（如釋字 640 號解釋財政部臺灣省北區國稅局於 86 年 5 月 23 日訂定之財政部臺灣省北區國稅局書面審核綜合所得稅執行業務者及補習班幼稚園托兒所簡化查核要點第 7 點，有違憲法第 19 條租稅法律主義）、函釋（釋字第 339 號解釋，宣告財政部 66 年 12 月 20 日臺財稅字第 38572 號函釋「凡未按規定貼查驗證者，不再問其有無漏稅，均應按該條文規定以漏稅論處」，應不予援用）違憲時，則各該解釋亦具有法律位階之效力¹⁰⁵。

關於法律層次部分，探討法律有牴觸憲法之疑義時，法官應如何處理，及法律賦予法官裁量事項，其裁量權之行使是否有違法之問題。

一、聲請解釋

（一）司法院大法官審理案件法規定

依 82 年 2 月 3 日修正公布之司法院大法官審理案件法第 5 條第 2 項規定：「最高法院或行政法院就其受理之案件，對所適用之法律或命令，確信有牴觸憲法之疑義時，得以裁定停止訴訟程序，聲請大法官解釋。」同條第 3 項規定：聲請解釋不合前二項規定者，應不受理。

¹⁰³參照最高法院 98 年度台上字第 4482 號判決意旨。

¹⁰⁴參照最高法院 99 年度台上字第 5079 號判決。

¹⁰⁵參見李惠宗，案例式法學方法論，頁 22。

依前揭規定：一、得聲請解釋者：限於最高法院、最高行政法院就其受理之案件。二、聲請解釋之客體，須為具體訴訟案件為裁判時所應適用之法律或命令。三、該法律或命令對原因案件裁判有影響，其違憲與否構成該原因案件之先決問題。四、法官必須先行停止原因案件之訴訟程序，聲請大法官。至於其他各級法院法官審理案件遇有應適用之法律，確信有牴觸憲法之疑義，如不得拒絕適用法律，縱係「惡法亦法」，不但法官適用法律時發生困擾，司法亦難成為實現社會正義最後一道防線。

（二）釋字第 371 號解釋

因台灣台南地方法院 81 年 3 月法律座談會，有下列一則法律問題：受處分人因違反使用牌照稅法、證券交易稅條例、契稅條例、印花稅法、房屋稅條例案件，對於地方法院處罰之裁定提起抗告，未依使用牌照稅法第 36 條第 2 項、證券交易稅條例第 14 條第 4 項、契稅條例第 31 條第 5 項、印花稅法第 27 條第 2 項、房屋稅條例第 21 條第 3 項規定、先向主管稽徵機關提繳保證金或繳清稅款、原審法院應如何處理？討論結果採取乙說之見解，即「按法院辦理具體案件時，有審查有關法律是否牴觸憲法之權限。如認法律與憲法牴觸而無效時，得拒絕適用之。本題所列上開稅法相關條文之規定，依司法院大法官會議釋字第 288 號解釋同一法理，法院應認將使未能依此規定辦理之受處分人喪失抗告之機會，係對人民訴訟權所為不必要之限制，與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨有所牴觸，自應拒絕適用。本題原審法院不能因受處分人抗告未先提繳保證金或繳清稅款認為不合法定程序，而應將卷證檢送抗告法院審理。」函報台灣高等法院後亦採乙說，經陳報司法院，司法院於 81 年 5 月 16 日以(81)廳刑一字第 6474 號函復同意採乙說之結論¹⁰⁶。

立法院於 81 年 6 月 30 日以 (81) 台院議字第 1761 號函聲請略以：按「審查法律是否牴觸憲法」的原因可分別為：（一）形式違憲（二）實質違憲。所謂「形

¹⁰⁶刑事法律問題研究第 8 輯，頁 457-460。惟查司法院於 81 年 6 月 20 日即以(81)廳刑一字第 400 號函，就該院 81 年 5 月 16 日(81)廳刑一字第 6474 號復函，同意採乙說修正略以：惟法律違憲審查權，依憲法第 79 條第 2 項及第 78 條之規定，屬大法官之職權，各級法院之法官並無此項權限，乙說理由中之「法院辦理具體案件時，有審查有關法律是否牴觸憲法之權限，如認法律與憲法牴觸而無效時，得拒絕適用」之文義，涉及違憲審查權，易滋造成不必要之誤會，宜予刪除。特將原核定乙說之理由修正為：本題所列上開稅法相關條文之規定，依司法院大法官會議釋字第 288 號解釋之同一法理，於受處分人提起抗告時，雖未先提繳保證金或繳清稅款，原審法院亦不能以抗告不備法定程序認為不合法，而應將卷證送抗告法院審理。」

式違憲」是指法律不依憲法所定程序制定，在我國，法律之制定須經三種程序，（一）立法院通過（二）總統公布（三）行政院院長副署或行政院院長及有關部會首長之副署，三種要件欠缺其一，此種法律形式都是違憲的。學者及實務見解皆認為普通法院具有此項審查權限。所謂「實質違憲」是指法律內容與憲法內容之規定相抵觸，……為保障法律的合憲性，乃設置大法官會議審查之，藉此法律審查制度之建立，亦可達到維護法律安定的效果，並深含尊重立法院之立法權的精神。司法院之法律見解，常為普通法院引為審判依據，具有賦予法院行使職權的命令效力，依該院 81 年 5 月 16 日以 81 廳刑一字第 6474 號行文的法律見解，是賦予一般法官於審理案件時，擁有「實質違憲審查權」的權限，提案聲請解釋之立法委員主張：憲法第 80 條「法官依法獨立審判」，是指法官於適用法律時，僅具有「形式違憲審查權」，若認為該法律內容抵觸憲法內容之規定，應停止審判，而以獨任法官或審判庭之名義直接聲請大法官會議解釋。司法院的該項法律見解恐會對憲法第 80 條、第 170 條造成適用上的疑義，並引發對憲法第 171 條、第 173 條，司法院組織法第 3 條，司法院大法官會議法（已修正為司法院大法官審理案件法）第 2 條、第 3 條有關憲法解釋機關及職權範圍的爭議¹⁰⁷。

大法官就此聲請作成第 371 號解釋，認為：憲法為國家最高規範，法律抵觸憲法者無效，法律與憲法有無抵觸發生疑義而須予以解釋時，由司法院大法官掌理，此觀憲法第 171 條、第 173 條、第 78 條及第 79 條第 2 項規定甚明。又法官依據法律獨立審判，憲法第 80 條定有明文，故依法公布施行之法律，法官應以其為審判之依據，不得認定法律為違憲而逕行拒絕適用。惟憲法之效力既高於法律，法官有優先遵守之義務，法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有抵觸憲法之疑義者，自應許其先行聲請解釋憲法，以求解決。是遇有前述情形，各級法院得以之為先決問題裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請司法院大法官解釋。司法院大法官審理案件法第 5 條第 2 項、第 3 項之規定，與上開意旨不符部分，應停止適用。

依該號解釋可知：一、法官認為法律違憲時，不得逕行拒絕適用，只能向大法官聲請解釋。二、得聲請解釋者不限於最高法院與最高行政法院，而是各級法院法官，即行使審判權之各級法院之獨任法庭與合議法庭。三、聲請解釋之客體

¹⁰⁷司法院印行，司法院大法官解釋（七），2009 年 10 月，頁 29。

必須是具體訴訟案件為裁判時所應適用之法律，不包括命令。即限於認為法律違憲，如果認為命令違憲，因法官本身得逕行拒絕適用，故不須聲請解釋¹⁰⁸。四、該法律必須是對原因案件裁判有影響，其違憲與否因而構成該原因案件之先決問題。五、法官須先行停止原因案件之訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律違憲之具體理由¹⁰⁹。雖該號解釋確立各級法官得聲請釋憲之依據，但何謂受理之案件，對所適用之法律，確信有牴觸憲法之疑義等情，並非十分明確。何謂「先決問題」，尤欠明瞭，是否法官一有疑義，即得聲請解釋？釋字 572 號解釋詳加闡釋。

（三）釋字 572 號解釋

法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義者，各級法院得以之為先決問題，裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請大法官解釋，業經司法院釋字第 371 號解釋在案。其中所謂「先決問題」，係指審理原因案件之法院，確信系爭法律違憲，顯然於該案件之裁判結果有影響者而言；所謂「提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由」，係指聲請法院應於聲請書內詳敘其對系爭違憲法律之闡釋，以及對據以審查之憲法規範意涵之說明，並基於以上見解，提出其確信系爭法律違反該憲法規範之論證，且其論證客觀上無明顯錯誤者，始足當之。如僅對法律是否違憲發生疑義，或系爭法律有合憲解釋之可能者，尚難謂已提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由。台灣基隆地方法院法官聲請意旨，以其審理殺人等案件時，認須適用刑法第 271 條第 1 項之規定，確信刑法第 33 條第 3 款之本文，牴觸憲法第 7 條、第 15 條、第 23 條規定及其他憲法原則，乃依司法院釋字第 371 號解釋提出釋憲聲請，請求宣告有期徒刑十五年之上限規定立即失效，使各級法院法官在量刑時，得就個案宣告二十年至五十年之長期自由刑，並請闡明無期徒刑不應適用假釋規定等語。司法院審理該聲請案件，應依職權適用該院釋字第 371 號解釋，認有補充解釋之必要，應予補充解釋。

釋字第 371 號解釋所稱，各級法院得以其裁判上所應適用之法律是否違憲為先決問題，裁定停止訴訟程序，聲請解釋憲法，其中所謂「先決問題」，係指審

¹⁰⁸參看蔡清遊，從釋字第 662 號解釋談我國法規違憲審查之要件及拘束，中華法學，13 期，2009 年 11 月，頁 52。

¹⁰⁹參看許宗力，司法權的運作與憲法—法官作為憲法之維護者，2008 年 5 月 12 日，發表於台灣大學法律學院翁岳生教授榮退演講暨學術研討會。

理原因案件之法院確信系爭法律違憲，顯然於該案件之裁判結果有影響者而言。如系爭法律已修正或廢止，而於原因案件應適用新法；或原因案件之事實不明，無從認定應否適用系爭法律者，皆難謂系爭法律是否違憲，為原因案件裁判上之先決問題。本件縱依聲請意旨為解釋，宣告刑法第 33 條第 3 款本文規定違憲，惟基於人權之保障及罪刑法定、刑罰從新從輕原則（按民國 95 年 7 月 1 日施行之修正刑法第 2 條已改為從舊從輕原則），憲法解釋不得使原因案件之刑事被告更受不利益之結果。是法院對原因案件之刑事被告仍應依有利於該被告之現行法為裁判，本件系爭法律是否違憲，自於裁判之結果無影響。至無期徒刑應否適用假釋規定，並非本件法官於審理案件時所應適用之法律。故其聲請，核與上揭要件不符，應不受理。

釋字第 371 號解釋所謂「提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由」，係指聲請法院應於聲請書內詳敘其對系爭違憲法律之闡釋，以及對據以審查之憲法規範意涵之說明，並基於以上見解，提出其確信系爭法律違反該憲法規範之論證，且其論證客觀上無明顯錯誤者，始足當之。如僅對法律是否違憲發生疑義，或系爭法律有合憲解釋之可能者，尚難謂已提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由。本件聲請意旨，就刑法第 33 條第 3 款本文關於自由刑為上限之規定，如何牴觸憲法第 7 條、第 15 條及第 23 條之闡釋，對其客觀上形成確信法律為違憲之具體理由亦尚有未足。

此號解釋係就聲請人之聲請認應不受理，然依職權就釋字第 371 號為補充解釋。關於法官聲請釋憲案，有多位大法官提出協同意見書中，闡釋甚詳。其中尤以實務界出身之楊仁壽大法官（96 年 9 月 12 日轉任最高法院院長）指出：本件解釋，係就司法院釋字第 371 號解釋：「法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義者，……各級法院得以之為先決問題，裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請解釋」中，所謂「先決問題」及「提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由」，予以補充。其理論架構及論點，其均表贊同。其中所謂「先決問題」，該解釋認為「係指審理原因案件之法院，確信系爭法律違憲，顯然於該案件之裁判結果有影響者而言」，亦即原因案件之裁判，係以系爭法律有效為依據，如經審理原因案件之法院審查結果，確信系爭法律無效時，將會得出與該法律有效時不同之結論，即

與此相當。言簡意賅，一目了然，無待深論。惟關於「提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由」部分，格於傳統上附帶的「併予指明」之解釋方式，僅點到為止，隱晦之處，仍所不免。所謂「合理之確信」，其義云何，並不明確。楊大法官認為，所謂「合理之確信」，應包括二個層面。第一個層面，必須審理案件之法官，對於應適用之法律，認為有牴觸憲法疑義，已獲得其主觀之確信。第二個層面，則應保障其「主觀之確信」合理化，亦即須從「擬制之第三人」立場，加以研判，法官所認應適用之法律牴觸憲法之疑義，有合理性者，始足當之。並就法官之職權與責任，及提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，認為如僅對法律是否違憲發生疑義（按：指未涵攝），或未詳敘其對系爭違憲法律之解釋及對據以審查之憲法規範意涵之說明（按：指未具備涵攝之外部正當性），或系爭法律有合憲解釋之可能，個案審判法院未善盡解釋與適用法律之職責（按：指未具備涵攝之內部正當性），皆不能謂已描述「違憲審查」三段論法之基本結構，自不能認為已提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由¹¹⁰。

（四）釋字第 687 號解釋

大法官關於各級法院法官聲請釋憲案，已有前揭解釋可資遵循，惟法官仍就聲請解釋之客體是否僅限於法律存有疑義。就大法官肯認為命令之最高法院判例聲請解釋，大法官復明白表示：聲請人聲請解釋之最高法院 69 年台上字第 3068 號、73 年台上字第 5038 號判例部分，因判例乃該院為統一法令上之見解，所表示之法律見解，與法律尚有不同，非屬法官得聲請解釋之客體。上開二聲請解釋部分，均核與司法院釋字第 371 號及第 572 號解釋所定之聲請解釋要件有所不合，應不予受理¹¹¹。

基於以上各解釋，確立了法官得聲請解釋之法源依據，對於法官得否就判例聲請解釋，雖大法官仍有不同意見¹¹²，然法官僅得對判決所適用之法律有牴觸憲法之疑義，始得聲請大法官解釋一節，實於釋字第 371 號解釋，即告確立。因此法官就法律以外之命令（包括判例、決議），自均不得聲請解釋。

¹¹⁰楊仁壽大法官，於釋字第 572 號解釋協同意見書，就法官於何種情形得聲請解釋有詳盡之闡釋，可供法官聲請解釋之參考。

¹¹¹參照 100 年 5 月 27 日，司法院釋字第 687 號解釋理由書。

¹¹²大法官許玉秀、陳新民於司法院釋字第 687 號解釋提出部分不同意見書、不同意見書，主張法官得就判例聲請解釋之不同意見。

二、職權裁量

刑事被告如何量定其刑及是否宣告緩刑，為求個案裁判之妥當性，法律固賦與法官裁量權，但此項裁量權之行使，並非得以任意或自由為之，仍應受一般法律原則之拘束，即必須符合所適用法律授權之目的，並受法律秩序之理念、法律感情及慣例等所規範，若故意失出，尤其是違反比例原則、平等原則時，得認係濫用裁量權而為違法（86 年度台上字第 7655 號判決參照）。

法律賦予事實審法院裁量權部分，原審依實體法或程序法得依職權自由裁量之事項（例如：刑事訴訟法第 208 條第 1 項之得送鑑定、刑法第 59 條所定刑之酌減之類），不得任意指摘以為上訴第三審之理由，可逕由程序上予以駁回。實務上有：刑法第 59 條之規定，係裁判上之酌減，乃法院於職權範圍內得為酌定之事項，除其裁量權之行使，明顯違反比例原則外，不得任意指為違法（93 年度台上字第 1159 號判決意旨參照）。

關於法律層次，應再說明者，乃關於司法造法之問題，司法造法為自由法論之核心問題之一，其有關法官有關法律有欠缺、漏洞時可自由創造法律之見解，無異承認法官於某一程度的範圍內亦有準於立法者之造法功能。另除自由法論外，現有許多法理論亦支持此見解，例如凱爾生之純粹法學，此向來被誤認為概念法學，然凱爾生於《法的純粹理論》（Pure Theory of Law）中，明言反對概念法學，一般人所以易犯錯誤，乃因純粹法學一般被視為法實證主義的典型理論，而法實證主義又被視為概念法學，故一般認為純粹法學有流於概念法學的傾向。一般之法律規範及行政命令、行政處分、判決、私人間的契約，此階層構造，其靜態來看，等於法律之妥當性貨效力依據的關係，即判決何以有效，以其係根據法律來作成判決，法律之所以有效，以其係根據憲法而制定；他方面由動態來看，是一種創法之過程，立法者主要任務是依據憲法來制定法律，亦是在造法，二者任務上或工作性質上，原理上並無二致，完全皆具有造法之功能，唯一差異是立法者立法時所擁有的裁量權比法官依法作成判決時之裁量權要廣泛些，此乃因憲法上的文字較籠統、抽象而不特定，故於憲法下，立法者立法之可能性，裁量之餘地較寬，法官是依法律來裁判，法律規定自然比憲法具體，裁量之餘地必然較

窄¹¹³。在法律層次之法則中，容許法官適度造法，以應社會及實際需要，似較為宜。

第三項 命令層次

所謂「命令」之涵義為何，見解分歧。通說認為「命令」乃指行政機關針對未來一般事項所為之抽象性規定，包括所謂之「法規命令」「職權命令」與「行政規則」¹¹⁴。亦即，與中央法規標準法所謂之「命令」相同。中央法規標準法第3條只限定命令之名稱，然未區別何者應為法規命令之名稱，何者應為行政規則之名稱。

行政程序法第150條第1項規定：「本法所稱法規命令，係指行政機關基於法律授權，對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定。」法規命令因係以一般不特定之多數人為規範對象，且發生外部法律效果，故與針對下級機關或屬官所為一般、抽象規範機關內部秩序及運作，僅發生對內法律效果之「行政規則」（同法第159條第1項參照）有別。此外，由於法規命令之訂定，係基於法律之授權，而非本於自身之權力，又與中央法規標準法第7條規定各機關依其法定職權訂定之「職權命令」不同¹¹⁵。此外，從憲法之權力分立設計架構以觀，法規命令作為行政之立法行為，不僅只存在於中央行政機關而已，更不排除在地方自治團體層級中，由地方行政機關依據法律或自治條例之授權，得制定具法規命令性質之自治規則或委辦規則。地方制度法第27條第1項規定：「直轄市政府、縣（市）政府、鄉（鎮、市）公所就其自治事項，得依其法定職權或基於法律、自治條例之授權，訂定自治規則。」由此文義得知，地方制度法立法者在形塑自治規則類型之自治法規時，亦比照中央行政命令之傳統分類模式，將自治規則進一步區分為本於法定職權而訂定之「地方職權命令」或「地方行政規則」，以及基於自治條例授權制定之「地方法規命令」兩種類型¹¹⁶。

¹¹³楊日然，法理學，三民書局股份有限公司，2005年10月初版1刷，頁193、194。

¹¹⁴湯德宗，行政程序法論—論正當行政程序，元照出版有限公司，2003年10月二版第1刷，頁235。

¹¹⁵貪污治罪條例第6條第1項第5款之圖利罪於90年11月7日修正公布，增列「明知違背法令」文句，以符構成要件明確化之原則。該款所稱「違背法令」之「法令」，依立法理由說明：「係指包括法律、法律授權之法規命令、職權命令、自治條例、自治規則、委辦規則等，對多數不特定人民就一般事項所作對外發生法律效果之規定」而言。98年4月22日該款再行修正為「明知違背法律、法律授權之法規命令、職權命令、自治條例、自治規則、委辦規則或其他對多數不特定人民就一般事項所作對外發生法律效果之規定」，可供參考。

¹¹⁶參見翁岳生，論命令違法之審查，收錄於：氏著，行政法與現代法治國家，國立台灣大學法學叢

行政機關將命令區分為：授權命令、職權命令，授權命令又分為法規命令與非法規命令，兩者雖均有法律授權，但前者對外部發生效力，後者未對外部發生效力。另有法律之解釋性或裁量基準之行政規則等¹¹⁷。法官於審判案件時，對於各機關就其職掌所作有關法規釋示之行政命令，固未可逕行排斥而不用，但仍得依據法律表示其合法適當之見解。法官依據法律獨立審判，憲法第 80 條載有明文。各機關依其職掌就有關法規為釋示之行政命令，法官於審判案件時，固可予以引用，但仍得依據法律，表示適當之不同見解，並不受其拘束，司法院釋字第 137 號解釋即係本此意旨；司法行政機關所發司法行政上之命令，如涉及審判上之法律見解，僅供法官參考，法官於審判案件時，亦不受其拘束。惟如經法官於裁判上引用者，當事人即得聲請大法官解釋¹¹⁸。大法官及各級法院享有法規命令之司法審查權限，即予肯定。就大法官而言，依據憲法第 78 條、第 79 條第 2 項規定之集中型違憲審查制度，大法官享有命令違憲審查權。而就各級法院法官而言，憲法第 80 條保障法官依據法律獨立審判。所謂依據法律，係指以法律為審判之主要依據，除法律外，與憲法或法律不相牴觸之有效規章，亦均可作為裁判之依據。從而，各級法院在審理具體個案時，自得審查對裁判具有重要關連性之法規命令的適法性。就法規命令之司法審查部分，我國學說向來係採「分權制度」，由大法官以及各級法院共同享有法規命令之審查權限，而非僅由大法官所獨占¹¹⁹。認為普通法院之法官、行政法院之法官及公務員懲戒委員會之委員均有審查命令之合法性，而有拒絕適用違法命令之權限¹²⁰。

司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款規定，人民於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生牴觸憲法之疑義者，得聲請解釋憲法。其中所稱命令，並不以形式意義之命令或使用法定名稱（如中央法規標準法第 3 條之規定）者為限，凡中央或地方機關依其職權所發布之規章或對法規適用所表示之見解（如主管機關就法規所為之函釋），雖對於獨立審判之法官並無法律上之拘束力，若經法官於確定

書（2），1987年6月再版，頁109-129。

¹¹⁷行政院法規委員會編印，行政機關法制作業實務，2005年12月，頁373。

¹¹⁸參照司法院釋字第137、216號解釋。

¹¹⁹關於於分權制度之問題，詳參蘇永欽，司法權的分權問題－司法院第620號解釋方法論的商榷，法令月刊，58卷1期，2007年1月，頁4-26。

¹²⁰翁岳生，論命令違法之審查，收錄於：氏著，行政法與現代法治國家，頁129。

終局裁判所引用者，即屬前開法條所指之命令，得為違憲審查之對象，迭經司法院著有解釋在案（釋字第 216 號、第 238 號、第 336 號等號解釋）。至於司法機關在具體個案之外，表示其適用法律之見解者，依現行制度有判例及決議二種。判例經人民指摘違憲者，視同命令予以審查，已行之有年（參照釋字第 154 號、第 177 號、第 185 號、第 243 號、第 271 號、第 368 號及第 372 號等解釋），最高法院之決議原僅供院內法官辦案之參考，並無必然之拘束力，與判例雖不能等量齊觀，惟決議之製作既有法令依據（法院組織法第 78 條及最高法院處務規程第 32 條），又為代表最高法院之法律見解，如經法官於裁判上援用時，自亦應認與命令相當，許人民依規定聲請司法院解釋¹²¹。

大法官所得審查之命令，範圍甚廣，包括法規命令、職權命令、行政規則、函釋、判例、決議、案例。終審法院作成之判例、案例或決議，大法官先後以解釋納入違憲審查之標的，成為我國違憲審查制度最大之特色¹²²。

釋字第 153 號解釋就最高法院 50 年台抗字第 242 號判例是否違憲，加以審查，開啟了大法官對終審法院判例作違憲審查之門，然就判例得否為違憲審查之標的，於該號解釋時，即有大法官持不同意見¹²³。大法官於次一號解釋就行政法院（已改制為最高行政法院）46 年度裁字第 41 號判例加以審查，持不同意見之大法官以：一、司法院大法官會議法第 4 條第 1 項第 2 款（已修正為司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款）規定之「法律或命令」不包括「可為各級法院裁判之依據」之「判例」在內。憲法第 78 條規定：「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權」。故司法院大法官會議法第 2 條、第 3 條第 1 項第 2 款、第 4 條第 1 項第 1、2 款、第 7 條、第 13 條所規定之「法律」、「命令」之含義，均應與憲法第 78 條所規定者相同。關於「法律」之定義，憲法第 170 條明定：本憲法所稱之法律，謂經立法院通過，總統公布之法律。關於「命令」之意義憲法未設定，依中央法規標準法第 3 條，應指各機關就一般事項所發布，有法規性質之條文而言。「判例」並非憲第 170 條所定之法律，無待辭費。同時，「判例」既非最高審判機關發之命令（無發布之權），司法院依法亦無對外發布將「判例」

¹²¹參照司法院釋字第 374 號解釋理由書。

¹²²蘇永欽，從體系功能的角度看大法官的規範違憲審查—走向適切回應社會變遷的司法積極主義（上），法令月刊，59 卷 6 期，2008 年 6 月，頁 81。

¹²³參看前大法官姚瑞光於司法院解釋字第 153 號解釋之不同意見書。

作為該院命令之權，故「判例」並非命令，亦甚明顯。人民對於確定終局裁判所適用之「法律」或「命令」，發生有牴觸憲法之疑義者，固得聲請解釋憲法，「法律」或「命令」以外之判例，雖得為終局裁判之依據，但顯非司法院大法官會議法第 4 條第 1 項第 2 款所定之「法律」或「命令」，就該條項款而言，即非司法院大法官會議解釋之對象，故該條項規定之「法律」或「命令」，應專指憲法第 170 條規定之法律及中央法規標準第 3 條規定之命令而言，不包括「判例」在內。又「判例」，在法律上並無拘束力。如果「判例」違法，或因法律已經修正，「判例」縱未變更，亦無拘束力之可言。退步言之，「判例在事實上，縱有拘束力，亦因有拘束力者，未必即為「法律」或「命令」（宗教之教規及一般社會道德，均有相當拘束力，但不能謂教規或道德，有法律或命令之性質）。本件解釋理由書謂「判例在未變更前，有其拘束力」云云，顯無法律或法理之依據。二、在體制上不容司法院大法官會議就「判例」有無牴觸憲法，加以解釋。憲法第 77 條規定：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。故最高法院就民事、刑事訴訟方面，為國家最高之審判機關；行政法院就行政訴訟方面，為國家最高之審判機關。此二最高審判機關之任何一件裁判，在體制上均具有「適法性」（法律審、終審）及「最高性」，除依法定程序如再審、非常上訴等變更外，任何機關無權對於該項具有「適法性」及「最高性」之裁判，再加審核其當否。最高法院及行政法院之「判例」，係由庭長從一般裁判中，擇其可為範例者選出，或經全體庭推開會（判例會議）通過，或經詳加審核後，呈經司法院核定，始能成立，其「適法性」及「最高性」更無可疑。雖事實上仍有少數不當之「判例」存在，但係由於人的因素所致，不因此而影響其「適法性」及「最高性」。此項不當之「判例」，僅得經由變更判例會議程序自行變更之，不容任何司法機關再加審核，解釋其是否牴觸憲法。倘司法院大法官會議得將「判例解釋為牴觸憲法或不牴觸憲法，則不但最高法院及行政法院之上，尚有上級法院，且司法院之上，尚有上級司法機關，憲法第 77 條規定司法院為國家之最高司法機關，無異已由司法院大法官會議所取代，與此有關部分之憲政體制，破壞無遺，自非憲法之所許。司法院大法官會議法制定當時，未將「法律或命令」以外之其他可為確終局裁判之依據者，列入得由人民聲請司法院大法官會議解釋之範圍，其故在此。或有謂：立法機關制定之「法律」，行政機關發布之「命令」，有牴觸憲法情事

者，得由司法院大法官會議解釋。同理，司法機關作成之「判例」，如有抵觸憲法疑義，自亦得由司法院大法官會議加以解釋。殊不知前二者係法立法、行政、司法權力互相制衡之當然結果，並世各法治國家皆然。至對於國家最高審判機關之裁判（判例），任何法治國家，絕無得由另一司法機關加以審核，解釋其是否抵觸憲法之事例¹²⁴。

惟大法官於釋字第 154 號解釋理由書闡釋：司法院大法官會議法第 4 條第 1 項第 2 款（已修正為司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款）關於確定終局裁判所適用之「法律或命令」，乃指確定終局裁作為裁判依據之法律或命令或相當於法律或命令者而言。依法院組織法第 25 條（本條已修正）規定：「最高法院各庭審理案件，關於法律上之見解，與本庭或他判決先例有異時，應由院長呈由司法院院長召集變更判例會議決定之。¹²⁵」及行政法院處務規程第 24 條（已修正）規定：「各庭審理案件關於法律上之見解，與以前判例有異時，應由院長呈由司法院院長召集變更判例會議決定之。¹²⁶」足見最高法院及行政法院判例，在未變更前，有其拘束力，可為各級法院裁判之依據，如有違憲情形，自應有司法院大法官會議法第四條第一項第二款之適用，始足以維護人民之權利之旨。

我國最高法院判例自 16 年至 94 年，總共有效適用之刑事判例有 3577 則¹²⁷。判例要旨在裁判上有拘束各級法院之效力，遂因此實務上之運作而產生，成為我國司法上之物色，不同於英美法系一判決一判例之情形¹²⁸。至於最高法院決議性質，依最高法院印行決議時載明：「本院決議原在統一本院民、刑事庭各庭之法律見解，俾供各庭辦案參考，並不具拘束力，與本院判例係經報請司法院備查，具有司法解釋性質者迥異。第以社會不斷演進，法令及判解諸多更新，本院決議

¹²⁴參看前大法官姚瑞光於司法院解釋字第 154 號解釋之不同意見書。

¹²⁵現行法院組織法第 57 條規定：（第一項）最高法院之裁判，其所持法律見解，認有編為判例之必要者，應分別經由院長、庭長、法官組成之民事庭會議、刑事庭會議或民、刑事庭總會決議後，報請司法院備查。（第二項）最高法院審理案件，關於法律上之見解，認有變更判例之必要時，適用前項規定。

¹²⁶民國 100 年 4 月 25 日修正發布之最高行政法院處務規程第 27 條規定：「本院之裁判，其所持法律見解，認有編為判例之必要者，應經由庭長、法官聯席會議，以現職辦案人員總額三分之二多數決議後，報請司法院備查。」「關於訴訟事件法律上之見解，認有變更判例之必要時，適用前項規定。」

¹²⁷參照最高法院印行，最高法院判例要旨，16 年至 94 年，頁 3。惟其後部分判例經最高法院刑事庭會議決議不再援用、刪除、廢止者，實際有效判例較該數量為少。

¹²⁸最高法院前院長吳啓賓於《最高法院判例要旨》之序中所述，見該判例要旨第 1 頁。

自亦應力求適應。¹²⁹」由此可知判例與決議性質、效力尚所不同，判例在實務上具有較強之拘束力。

論者有以：判例僅係法院裁判時，適用法規所表示之法律上見解，其與憲法第 78 條所規定之須經立法院審議通過之法律及命令性質迥異，在無明確法源依據下，自不可相提並論。惟因審判機關將判例之法效力與法令等同視之，致大法官自釋字第 153 號解釋，迭次對最高法院及最高行政法院之判例，甚至將公務員懲戒委員會之再審字議決案例¹³⁰當作解釋之客體¹³¹，並宣告相關判例或案例，與憲法有無牴觸，或應否再予援用，大法官於釋字第 374 號解釋，將最高法院統一法律見解之 75 年 4 月 22 日第 8 次民事庭決議內容解釋為違憲。而在審判系統上，最高法院乃最高審判機關，如認法院之裁判有違法或其他不當情形者，亦僅得依法提起上訴、抗告、再審、非常上訴，或依法定程序謀求救濟，而各該救濟途徑，均有限制條件，以求司法裁判之妥當性與安定性。如於法院裁判確定後，受不利裁判之當事人得另向大法官聲請釋憲，而動搖法院確定裁判之基礎，則不免使外界衍生大法官係第四審之疑慮¹³²。實係一值得關注之問題。

依前所述法官依據法律獨立審判，違憲審查之工作，既非司法機關獨力承擔，在司法機關內部分工更不是全部歸屬大法官，事實上，除了最上游之憲法機關權限爭議及憲法增修條文明定政黨解散、總統副總統彈劾案是由大法官審理，最下游之人民涉及各種訴訟案件是在各級法院之審判權範圍，大法官無置喙餘地外，中間的所有違憲爭議，包括所有規範有無違憲爭議，都屬於大法官與法官競合管轄。憲法第 171 條雖明定法律之違憲審查權由大法官獨占，但經釋字第 371、572 號等解釋，法官雖無認定法律違憲之權，體制上仍有「審查」法律是否違憲，可否作合憲解釋之權責，因此絕對不能說我國法官與法律之違憲審查無涉。至於比

¹²⁹最高法院印行，最高法院決議（17 年至 95 年刑事部分），頁 2「例言」所載。

¹³⁰公務員懲戒委員會依其處務規程第十八條，設立「案例編輯委員會」，負責案例之編輯，就審議之案件，擇其案情或法律見解足以為例者，選輯為案例，作為案件審議之重要參考。大法官認其所選輯之「案例」與最高法院或最高行政法院之判例或決議相當。參照司法院釋字第 395 號解釋理由書。

¹³¹例如司法院釋字第 374 號係對最高法院 75 年 4 月 22 日第 8 次民事庭決議；釋字第 395 號係就公務員懲戒委員會之再審字第 335 號、第 351 號、第 411 號、第 452 號、第 478 號、第 486 號、第 489 號及第 497 號等案例要旨；釋字第 153、154、177、185、243、271、368、372、382、393、413、416、423、430、437、448、462、482、569、574、576、582、587 等號解釋係針對最高法院民、刑事判例而為解釋。

¹³²參照許正順，日本法律審判例有關事實擷取及裁量上訴制度之研究（中），司法周刊第 1465 期，2009 年 11 月 6 日，第 3 版。

法律位階低之各種規範，法官不但有權審查，且有權認定違法或違憲而不予適用（附理由），大法官及法官各以不同之原因、程序從事規範審查，僅審查結果發生不同之效力而已¹³³。亦有主張：司法院解釋有法律效力，法官依據法律獨立審判，仍應受司法院解釋所持見解之拘束，以維法律適用之統一及正確，惟司法院之解釋，不能對訴訟案件為具體之審查，以免形成第四審，始足以維持解釋與審判之界線，使司法功能得以充分發揮等論旨¹³⁴，此一論述實值參考。

第四項 其他法則

除前述以外，判決所適用之法則，亦包括法律原理、原則、法理等。刑事關於罪刑部分，依罪刑法定主義，法無明文，固不為罪。但類推適用、目的性限縮，在平等原則、規範目的、法理及事物本質等原則，所為之類推適用、目的性限縮等，則屬法理之運用¹³⁵，此常見於證據法則方面。又相關原則，如已為憲法、法律、命令所明文規定，即屬前述之憲法、法律、命令層次之範疇。實務上適用之各項法則：諸如比例原則、平等原則、不自證己罪原則¹³⁶、罪刑相當原則、罪疑唯輕原則¹³⁷、經驗法則、論理法則等等。茲舉數例研討：

一、比例原則

憲法第 23 條比例原則之規定，司法院釋字第 554 號解釋，婚姻關係存續中，配偶之一方與第三人間之性行為應為如何之限制，以及違反此項限制，應否以罪刑相加，各國國情不同，應由立法機關衡酌定之。刑法第 239 條對於通姦者、相姦者處一年以下有期徒刑之規定，固對人民之性行為自由有所限制，惟此為維護婚姻、家庭制度及社會生活秩序所必要。為免此項限制過嚴，同法第 245 條第 1 項規定通姦罪為告訴乃論，以及同條第 2 項經配偶縱容或宥恕者，不得告訴，對於通姦罪附加訴追條件，此乃立法者就婚姻、家庭制度之維護與性行為自由間所為價值判斷，並未逾越立法形成自由之空間，與憲法第 23 條比例原則之規定尚無違背¹³⁸。此時之比例原則係適用於憲法層次。

¹³³蘇永欽，從體系功能的角度看大法官的規範違憲審查—走向適切回應社會變遷的司法積極主義（下），法令月刊，59 卷 7 期，2008 年 7 月，頁 15。

¹³⁴參照楊與齡，司法院解釋與訴訟審判之關係，法令月刊，39 卷 2 期，1988 年 2 月 1 日，頁 6。

¹³⁵楊仁壽，法學方法論（第二版），三民書局股份有限公司，2010 年 5 月第 1 刷，頁 369。

¹³⁶不自證己罪原則，詳參王士帆，不自證己罪，公益信託基金春風煦日學術基金，2007 年 6 月。

¹³⁷罪疑唯輕原則，詳參林鈺雄，罪疑唯輕原則之適用範圍，臺灣本土法學雜誌，106 期，2008 年 5 月，頁 211-218。

¹³⁸關於通姦罪是否違反比例原則，及應否除罪化，徐昌錦，通姦除罪化—案例與實證分析，五南圖

二、經驗法則、論理法則

證據之證明力，由法院本於確信自由判斷，但不得違背經驗法則及論理法則，刑事訴訟法第 155 條第 1 項定有明文。所謂經驗法則，係指吾人基於日常生活經驗所得之定則，並非個人主觀上之推測（最高法院 31 年上字第 1312 號判例參照）。又所謂論理法則，係指理則上當然之法則，一般人均不致有所懷疑之理論上定律，具有客觀性，非許由當事人依其主觀意見任意主張¹³⁹。無論經驗法則或論理法則，均具有客觀性、合理性，非許當事人任憑己意，憑空自作主張，指摘原判決係違背經驗法則、論理法則，而執為適法之第三審上訴理由。經驗法則、論理法則¹⁴⁰，原屬法則之一，然因前揭刑事訴訟法第 155 條第 1 項但書明定。此時法院就證據證明力之判斷如違背經驗法則、論理法則，即已屬違反法律之規定。

三、法理

在證據法則方面，實務上常有引據相關法理之情形，茲舉例說明：（一）援引刑事訴訟法第 156 條第 2 項之法理者。如：「被害人與被告係立於相反之立場，其所述被害情形，或難免渲染誇大，不盡不實，故被害人陳述其被害經過，於偵審中除有不得令其具結之情形，應依人證之法定程序使令具結外，依刑事訴訟法第 156 條第 2 項規定之相同法理，仍應認有補強證據之必要性，非別求其他證據，以增強其陳述之憑信性，自不足資為被告犯罪事實判斷之依據。此之補強證據，係指該被害人陳述本身以外之別一證據，而與其陳述具有關連性，且俱無瑕疵可指，並因兩者之相互利用，而得以證明其所指之犯罪事實具有相當程度之真實性者而言，並仍有嚴格證明法則之適用。」認第二審判決認定上訴人有妨害性自主犯行，主要係以證人 A 女之證詞及卷附財團法人基督教門諾會醫院驗傷診斷書為據。稽之系爭驗傷診斷書固記載 A 女之處女膜有微小陳舊裂傷，然造成處女膜裂傷之原因不止一端，上訴人既否認與 A 女有性交之行為，則 A 女處女膜上揭裂傷究竟如何得供為擔保 A 女所述犯罪事實為真實之補強證據，即有再詳加論敘剖析之必要。原審並未進一步調查，為必要之論斷及說明，遽採為論處上訴人犯罪之基礎，尚嫌速斷，不足以昭折服，難謂無調查職責未盡及判決理由欠備之違背法令（99

書出版股份有限公司，2006 年 6 月初版 1 刷，該書第 46 至 57 頁從適當性、必要性及衡量性等項詳細之探討。

¹³⁹參照最高法院 96 年度台上字第 785 號判決意旨。

¹⁴⁰關於經驗法則及論理法則在實務上之運用，詳參陳祐治，刑事訴訟與證據法系列(3)－經驗法則及論理法則，法令月刊，59 卷 8 期，2008 年 8 月，頁 86-104。

年度台上字第 7053 號判決意旨參照)。(二)依第 159 條之 3 立法時所憑藉之相同法理者：「傳聞證言」或「傳聞書面」復具備特別可信性及證明犯罪事實存否所不可或缺之必要性嚴格條件時，現行法雖尚無認之係屬傳聞例外之明文，但為發現真實以維護司法正義，本諸同法第 159 條之 3 立法時所憑藉之相同法理，當例外得作為證據(99 年度台上字第 3378 號判決意旨參照)。

關於量刑部分，雖屬法律賦予法院裁量權，但仍受到法則之支配¹⁴¹。實例上有認為：刑之量定，固屬於實體法上賦予法院得為自由裁量之事項，但法院行使此項職權時，仍應受比例原則、平等原則等一般法律原則之支配，亦即必須受法律秩序之理念、法律感情及慣例等所規範，非可恣意為之。量刑雖屬法院裁量權行使之範圍，是量刑之輕重，應符合罪刑相當之原則，並斟酌客觀上之適當性、相當性與必要性，予以適度之判斷，使罰當其罪，以維護公平正義，始為適法。原判決於量刑時以被告身為郵務人員，對職務上秘密之事項應謹慎保密，竟任意洩漏公共工程招標資料，幫助他人圍標，危害政府採購之公正性，惟念其犯後坦承犯行，態度良好等一切情狀，乃量處有期徒刑二年，並依中華民國 96 年罪犯減刑條例減為有期徒刑一年，雖未逾越法律外部性界限。但被告已因本案遭羈押一年又二十五日，原判決所宣告之有期徒刑顯較被告遭羈押之日數為短，果爾，原判決於個案裁量權之行使，是否合於比例原則、平等原則、法律感情及慣例？要非全無研酌餘地；又緩刑之宣告，除應具備一定條件外，並須有可認為以暫不執行刑罰為適當之情形，始得為之。被告既經原判決科處有期徒刑二年減為有期徒刑一年，復因本案遭羈押一年又二十五日，則依刑法第四十六條第一項折抵有期徒刑後，實質上已無執行刑可言，若此，原判決對被告宣告緩刑，是否仍有「暫不執行為適當」之具體理由？似未予闡述，逕予宣告緩刑，難謂無判決理由欠備之違誤(100 年度台上字第 791 號判決意旨參照)。

量刑部分係事實審法院之職權，如量刑運用之法則違誤，亦構成違背法令，目前刑事訴訟法第 289 條第 3 項規定，審判長應予當事人就科刑範圍表示意見之機會。實務上於審判期日詢問檢察官、被告(如有辯護人、被害人、告訴人亦以一併詢問為宜)之意見，並定期宣判時，宣示判決時除有罪、無罪外，如有罪並論

¹⁴¹關於刑之裁量，詳請參李文福，論刑度與裁量，中正大學法律研究所碩士論文，2006 年 6 月。其第四章「刑度裁量之範圍與根據」，第五章「刑度裁量之實務與檢討」，頗值參考。

知刑度。如為求量刑精緻化將來就部分案件似可參考美國法制，修正為先論知有罪、無罪，如有罪時，再就量刑部分為辯論後，再行宣示刑度¹⁴²。

數罪併罰之定應執行之刑，係出於刑罰經濟與責罰相當之考量，並非予以犯罪行為人或受刑人不當之利益，為一種特別的量刑過程，相較於刑法第 57 條所定科刑時應審酌之事項係對一般犯罪行為之裁量，定應執行刑之宣告，乃對犯罪行為人本身及所犯各罪之總檢視，除應考量行為人所犯數罪反應出之人格特性，並應權衡審酌行為人之責任與整體刑法目的及相關刑事政策，在量刑權之法律拘束性原則下，依刑法第 51 條第 5 款之規定，採限制加重原則，以宣告各刑中之最長期為下限，各刑合併之刑期為上限，但最長不得逾三十年，資為量刑自由裁量權之外部界限，並應受法秩序理念規範之比例原則、平等原則、責罰相當原則、重複評價禁止原則等自由裁量權之內部抽象價值要求界限之支配，使以輕重得宜，罰當其責，俾符合法律授與裁量權之目的，以區別數罪併罰與單純數罪之不同，兼顧刑罰衡平原則。個案之裁量判斷，除非有全然喪失權衡意義或其裁量行使顯然有違比例、平等諸原則之裁量權濫用之情形，否則縱屬犯罪類型雷同，仍不得將不同案件裁量之行使比附援引為本案之量刑輕重比較，以視為判斷法官本於依法獨立審判之授權所為之量情裁奪有否裁量濫用之情事。況刑法上之共同正犯，於科刑時仍應審酌刑法第 57 條各款情狀，為各被告量刑輕重之標準，並非必須科以同一之刑（100 年度台上字第 698 號判決參照）。

國際公約之原則，有時具普世價值，而採為法則加以適用。至於外國法之規定，有時與犯罪是否成立攸關，此時外國法為一待證事實，須以證據證明。實務上有：刑法第 7 條但書：「但依犯罪地之法律不罰者，不在此限。」，本件被告丙與甲係於中華民國領域外之柬埔寨王國金邊市結婚之事實，業據告訴代理人乙於偵查及原審調查中指述，並有卷附「柬埔寨王國結婚證明書」原文及中文影本各乙份附卷足憑，被告對於其重婚之行為地係在柬埔寨王國金邊市一節亦不否認，則依刑法第 3 條之規定，「本法於在中華民國領域內犯罪者，適用之。」被告為中華民國人民，既在中華民國領域外犯重婚罪，該重婚罪又非最輕本刑三年

¹⁴²參看 Floyd Feeny、Joachim Herrmann 合著，郭志媛譯，一個案例 兩種制度（One Case - Two Systems）－美德刑事司法比較，中國法制出版社，2006 年 6 月 1 版，頁 384-388。美國將認罪與科刑分兩階段處理，實值我國學習，參照王兆鵬，美國刑事訴訟法，元照出版有限公司，2004 年 9 月初版第 1 刷，頁 19。

以上有期徒刑之罪，與刑法第七條之規定不相符合，自無適用我國刑法處罰之餘地，被告行為自屬不罰，尚難逕論被告以罪責(台灣高等法院 92 年度上訴字第 1601 號判決意旨參照)。

至於民間習慣是否為法則之一種，實務上曾有：上訴人所割取者，既係某甲之湖草，此項湖草在該地方是否有任人割取之習慣，即是否合於民法第 790 條第 2 款之規定，與上訴人之犯罪能否成立，至有關係，刑事訴訟以採職權調查主義為原則，上訴人對此雖未有所主張，但既為法院適用法律所應解決之前提事實，仍不能不予調查¹⁴³。認係一待證事實，而非屬法則之適用。

各項法則之適用，有時涉及規則與原則之區別問題¹⁴⁴，在個案上某一原則不再被適用於該個案上，如有另一相對立之原則經衡量結果，則此二原則有相同之初步印象。至於規則間有所衝突時，即產生選擇規則適用之問題。

第四節 小結

判決違背法令依法位階由憲法、法律、命令而到一般法則，其效力之強度亦依位階，茲以附表 2 說明，法官依據憲法、法律而為裁判，命令或其他法則，法官得表示其確信之見解。判決不得違背憲法，所適用之法律不得抵觸憲法，命令有抵觸憲法或法律，法官得排斥不用，判例、決議或其他法則亦然。各級法院雖均得闡釋法律、命令，最高法院有統一法令見解之職權(見司法院釋字第 592 號解釋理由書)。各級法院以附帶方式為規範之違憲審查，於個案裁判如認違憲被排斥而不適用。相關爭議如進入終審法院，統一見解，發生被排斥之法規命令、行政規則即形同廢止。如涉及憲法之解釋，因憲法第 78、79、173 條，係以大法官之解釋為據，此部分不至侵害終審法院之終審權與其審判權隱含之最高解釋法權。我國此一制度所要考量是分工之效率。依目前現制大法官仍不能審查終審法院之個案裁判，而未侵入普通法院之獨立王國，維護了終審法院最高審判機關之完整，但另一方面因有機會對於終審法院處理疑難案件的統一見解，作抽離於個案決定、無關法律解釋正確性之違憲審查，看看憲法觀點有沒有被適當的納入考量，從而也彰顯了大法官憲政秩序最高維護者之權威。這一條學者稱之為「黃金

¹⁴³此原係 32 年上字第 1208 號判例，雖於 91 年 12 月 17 日經最高法院 91 年度第 18 次刑事庭會議決議不再援用，然就習慣所表示之見解，仍具參考價值。

¹⁴⁴陳顯武，論法學上規則與原則之區分—由非單調邏輯之觀點出發，臺大法學論叢，34 卷 1 期，2005 年 1 月，頁 1-45。

中線」的「判例憲法訴願」，可說是我國發展出來的集中審查模式最主要的創新¹⁴⁵。大法官與各級法院法官在違憲審查之程度、功能有所差異，憲法解釋機關，與刑事審判法院各有所司，尤其在命令、其他法則於個案裁判如認違憲、違法即得排斥而不適用。如經最高法院統一見解，則被排斥之法規命令、行政規則，即無適用之餘地而形同廢止。



¹⁴⁵蘇永欽，從體系功能的角度看大法官的規範違憲審查—走向適切回應社會變遷的司法積極主義（下），法令月刊，59卷7期，2008年7月，頁16。

表 2 法令適用一覽表

法位階層次	適用與否	依據
憲法	適用	釋字第 371 號
法律	1、無違憲疑義，應予適用。 2、有違憲疑義，裁定停止審判，聲請解釋。 3、法官不得逕宣告法律違憲。	1、憲法第 80 條、釋字第 371 號 2、憲法第 171 條第 2 項、釋字第 371 號
命令	1、命令牴觸憲法、法律、上級機關之命令時，不予適用。 2、得依據憲法、法律對於命令表示其合法適當之見解（說明如何違法或違憲而不予適用，而非逕行不用） 3、法官對判決所適用之命令是否違法有審查權。	1、憲法第 172 條、釋字第 137 號，中央法規標準法第 11 條 2、釋字第 38 號
其他法則	法官本於確信適用或不適用	釋字第 137 號 具體個案應受上級法院法律見解之拘束

資料來源：本研究整理

第四章 違背法令之類型化分析

第一節 違背法令之意義

我國現行刑事訴訟法第 378 條之立法沿革，係承德國刑事訴訟法第 337 條規定而來，其用語係使用「beruhe」一詞，其意為「基於」違背法令與判決間須有因果關係，即該違背法令足以影響判決之程度，始得為上訴之理由，日本舊刑事訴訟法第 411 條採之，我國現行刑事訴訟法第 380 條即揭示斯旨。上訴之目的，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，更無幫助，須判決違背法令致影響於判決者，始得為提起第三審上訴之理由。

所謂判決違背法令，刑事訴訟法第 378 條明定，判決不適用法則或適用法則不當，為違背法令。此之違背法令，其範圍如何尚非全無爭議，多數認為刑事訴訟法第 377 條所稱之判決違背法令包括同法第 378 條及第 379 條之情形¹⁴⁶，如從法位階觀點考察，則判決所適用之法令包括憲法、法律、命令與其他法則等項。判決如違反上開法則，均屬違背法令，包括實體法及程序法，範圍仍甚廣泛¹⁴⁷。至其類型分述如次。

第二節 違背法令之類型

第一項 絕對與相對違背法令

違背法令之情形，不須說明該違背法令如何影響於判決之結果，法律規定為當然違背法令，此即所謂絕對違背法令¹⁴⁸，或稱絕對上訴理由¹⁴⁹。除此之外，稱之為相對違背法令或稱相對上訴理由。

第一款 絕對違背法令

刑事訴訟法第 379 條所定 14 款之情形，有此種情形，即該當判決違背法令之要件，無須說明該一情形對判決有何影響。絕對違背法令之事由，其中有訴訟程序違背法令，亦有判決違背法令（狹義）者（詳本節第二項所述）。除列舉之絕對

¹⁴⁶徐文英，刑事訴訟上審判違背法令之研究，最高法院檢察署 88 年度研究發展項目研究報告，最高法院檢察署印行，1999 年 1 月，頁 3-4。

¹⁴⁷陳煥生，刑事訴訟第三審之上訴，刑事法雜誌，50 卷 3 期，2006 年 6 月，頁 11。

¹⁴⁸民國 17 年之刑事訴訟法第 391 條規定為「以違背法令論」。

¹⁴⁹林永謀，刑事訴訟法釋論（下冊），自版，2007 年 9 月初版第 1 刷，頁 101。

違背法令事由外，其他訴訟程序雖係違背法令而顯然於判決無影響者，不得為上訴第三審之理由。

刑事訴訟法第 379 條所列多係判決以外之事實，尤其程序上錯誤之情形，如要求上訴人證明此等程序上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，涉及訴訟之基本原則，乃就重大之違背訴訟法之情形，明定為當然違背法令，即一有各該款事由時，當然認其違背法令對判決發生影響。

刑事訴訟法第 379 條所定判決當然違背法令情形，總計 14 款，茲說明如下：

本文先闡述各該款所定違背法令規定之意涵，次舉構成該款事由之案例，再舉實務上認為不構成之情形，最後就相關問題或適用上之疑義加以探討。

一、法院之組織不合法者。

(一) 意義

法院有審判上意義之法院，有行政上意義之法院。前者係指就具體個案行使審判權之法院；後者指行使司法行政權之法院。是前者係由法官一人、三人或五人組成之審判意義之法院¹⁵⁰；後者是指行政上之地方法院、高等法院及最高法院。在司法行政監督方面，最高法院院長監督該法院，對高等法院以下各級法院並無行政監督權，而係由司法院院長、高等法院院長行使行政監督權。在審級方面，原則上，地方法院為第一審法院，高等法院為第二審法院，最高法院為第三審法院，審級有上、下之別，因之亦有以上級審、下級審法院之關係稱之。民國 17 年之舊法規定，其法條用語為「法院之編制不合法者」。易使人誤解係行政意義之法院，現行法之「法院之組織不合法者」之用語較為妥適。

本款所稱之法院係指審判意義之法院而言。所謂法院之組織不合法，係指參與審判之人員，不依法律所定之人數組織者而言。至參與審判者，究係原法院固有之人員，抑為調用下級法院之人員，與法院之組織是否合法無關¹⁵¹。因此高等法院組成合議庭之法官，有由地方法院或其他之同級法院（例如實務上有由臺灣

¹⁵⁰地方法院審判案件由法官 1 人獨任或 3 人合議，高等法院由法官 3 人，最高法院由法官 5 人合議行之（見法院組織法第 3 條）。另依司法院釋字第 627 號解釋，有搜索與總統有關之特定處所以逮捕特定人、扣押特定物件或電磁紀錄之必要者，立法機關應就搜索處所之限制、總統得拒絕搜索或扣押之事由，及特別之司法審查與聲明不服等程序，增訂適用於總統之特別規定。於該法律公布施行前，除經總統同意者外，無論上開特定處所、物件或電磁紀錄是否涉及國家機密，均應由該管檢察官聲請高等法院或其分院以資深庭長為審判長之法官五人組成特別合議庭審查相關搜索、扣押之適當性與必要性，非經該特別合議庭裁定准許，不得為之。

¹⁵¹參照最高法院 30 年上字第 129 號判例意旨。

高等法院臺中分院調至臺灣高等法院辦理審判事務者），調高等法院辦理審判事務。最高法院亦有調高等法院或其分院法官（或兼庭長）到該院辦理審判事務者，均與具體個案之法院組織是否合法無關。

（二）關於審理案件法官之更易

審理案件法官經分案程序，分受案件後，除法官退休、死亡、長期病假，或職務調動，辦理事務之調整外，原則上不得恣意更易。此在單一案件固無問題，但在一人或數人犯一罪或數罪之相牽連案件時，應如何決定由何位法官承辦，此在實務上引發爭議，茲以臺灣臺北地方法院刑事庭分案要點之相關規定為例，加以說明。關於該要點第 10 點及第 43 點規定，經聲請人以違憲為由，聲請大法官解釋。

大法官以：憲法第 16 條規定保障人民之訴訟權，其核心內容在於人民之權益遭受侵害時，得請求法院依正當法律程序公平審判，以獲得及時有效之救濟。為確保人民得受公平之審判，憲法第 80 條並規定，法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉。法院經由案件分配作業，決定案件之承辦法官，與司法公正及審判獨立之落實，具有密切關係。為維護法官之公平獨立審判，並增進審判權有效率運作，法院案件之分配，如依事先訂定之一般抽象規範，將案件客觀公平合理分配於法官，足以摒除恣意或其他不當干涉案件分配作業者，即與保障人民訴訟權之憲法意旨，並無不符。法官就受理之案件，負有合法、公正、妥速處理之職責，而各法院之組織規模、案件負擔、法官人數等情況各異，且案件分配涉及法官之獨立審判職責及工作之公平負荷，於不抵觸法律、司法院訂定之法規命令及行政規則（法院組織法第 78 條、第 79 條參照）時，法院就受理案件分配之事務，自得於合理及必要之範圍內，訂定補充規範，俾符合各法院受理案件現實狀況之需求，以避免恣意及其他不當之干預，並提升審判運作之效率。世界主要法治國家中，德意志聯邦共和國基本法第 101 條第 1 項雖明文規定，非常法院不得設置；任何人受法律所定法官審理之權利，不得剝奪—此即為學理所稱之法定法官原則，其內容包括應以事先一般抽象之規範明定案件分配，不得恣意操控由特定法官承辦，以干預審判；惟該原則並不排除以命令或依法組成（含院長及法官代表）之法官會議（Prasidium）訂定規範為案件分配之規定（德國法院組織法第 21 條之 5 第 1 項參照）。其他如英國、美國、法國、荷蘭、丹麥等國，

不論為成文或不成文憲法，均無法定法官原則之規定。惟法院案件之分配不容恣意操控，應為法治國家所依循之憲法原則。我國憲法基於訴訟權保障及法官依法獨立審判，亦有相同之意旨，已如前述。訴訟案件分配特定法官後，因承辦法官調職、升遷、辭職、退休或其他因案件性質等情形，而改分或合併由其他法官承辦，乃法院審判實務上所不可避免。相牽連刑事案件分別繫屬於有管轄權之不同法院時，得合併由其中一法院管轄，旨在避免重複調查事證之勞費及裁判之歧異，符合訴訟經濟及裁判一致性之要求。且合併之後，仍須適用相同之法律規範審理，如有迴避之事由者，並得依法聲請法官迴避，自不妨礙當事人訴訟權之行使。惟相牽連之數刑事案件分別繫屬於同一法院之不同法官時，是否以及如何進行合併審理，相關法令對此雖未設明文規定，因屬法院內部事務之分配，且與刑事訴訟法第六條所定者，均同屬相牽連案件之處理，而有合併審理之必要，故如類推適用上開規定之意旨，以事先一般抽象之規範，將不同法官承辦之相牽連刑事案件改分由其中之一法官合併審理，自與首開憲法意旨無違。法官（法院前述各受理法官協商併辦不成時，僅後案承辦法官有權自行簽請審核小組議決併案爭議，審核小組並不能主動決定併案及其承辦法官，且以合議制方式作成決定，此一程序要求，得以避免恣意變更承辦法官。是綜觀該分案要點第 10 點後段及第 43 點之規定，難謂有違反明確性之要求，亦不致違反公平審判與審判獨立之憲法意旨。綜上，系爭分案要點第 10 點及第 43 點係依法院組織法第 78 條、第 79 條第 1 項之規定及臺灣臺北地方法院法官會議之授權，由該法院刑事庭庭務會議，就相牽連案件有無合併審理必要之併案事務，事先所訂定之一般抽象規範，依其規定併案與否之程序，足以摒除恣意或其他不當干涉案件分配作業之情形，屬合理及必要之補充規範，故與憲法第 16 條保障人民訴訟權及第 80 條法官依據法律獨立審判之意旨，尚無違背（釋字第 665 號解釋參照）。

（三）構成法院組織不合法之案例：

- 1、判決書內記載審判長及法官共 3 人姓名，審判筆錄則無出庭法官姓名之記載，雖該筆錄載有審判長諭知辯論終結，並經法官甲（審判長）簽名，亦祇能認為該法官一人出庭審判，其法院組織不合法¹⁵²。
- 2、高等法院應由三人合議審判，而僅由一人或二人審判

¹⁵²參照最高法院 27 年上字第 2646 號判例意旨。

應合議審判而獨任審判（如獨任審判即可，而以合議審判則無違法）

如第一審法院採合議審判，由審判長法官陳某、法官簡某、法官吳某組織合議庭，並裁定由受命法官吳某於審判期日前，訊問被告及蒐集或調查證據。乃受命法官逕自指定審判期日，自為審判長進行言詞辯論，定期宣判，其法院之組織及所踐行之審判程序，即非合法。有 89 年台上字第 1877 號判例要旨可參。

3、少年刑事案件應由少年法庭審判而由普通刑事庭審判¹⁵³。

例如：依原判決認定之事實，上訴人係對陳○○等少年犯兒童及少年性交易防制條例第 23 條第 2 項之罪之刑事案件，其第二審訴訟應由原審少年法庭審理始稱適法。然依原判決及原審審判筆錄之記載，係由普通刑事庭審判，其法院組織不合法，原判決自屬違背法令¹⁵⁴。

至於應以少年法庭審判而以普通刑事庭審判，如以普通刑事庭審判，筆錄不得更正為少年法庭，判決書如僅判決書記載為普通刑事庭，實際上係少年法庭審判，則得更正之。

（四）不構成之情形

1 法院之組織（調用下級法院人員〈即調辦事法官〉30 上 129 判例）

2 得獨任審判，而以合議審判為之

訴訟程序違法，由受命法官於準備程序訊問證人，即應在審判期日進行之事項在準備程序進行。反之，雖規定得於準備程序進行者，在審判期日進行，即無違法之可言。

第一審少年刑事案件，依少年事件處理法第條規定，應由少年法庭（院）（其筆錄記載為「臺灣○○地方法院少年法庭」¹⁵⁵審判之案件，由刑事庭審判（實際上如係由刑事庭審判，其筆錄記載為「臺灣○○地方法院刑事第○庭」，不得逕將審判筆錄更正為少年法庭。反之，如僅係判決原本及正本，記載為刑事庭，而實際審判者係少年法庭，則得更正審判得更正判決原本及正本。其法院組織是否合法在第一審甚易區分。至於第二審法院，司法院雖亦要求第二審法院設置少年專庭，

¹⁵³在設有少年法院之地區（如台灣高雄少年法院），少年刑事案件應由少年法院審理；全國之智慧財產第二審刑事案件，均應由智慧財產法院管轄，如由普通法院審理。或原屬普通法院管轄之刑事案件，卻少年法院或智慧財產法院審理，則均屬管轄錯誤之問題，並非法院組織不合法之範疇。

¹⁵⁴最高法院 93 年度台上字第 1646 號、93 年度台上字第 2452 號、93 年度台上字第 4729 號等判決意旨參照。

¹⁵⁵在設有少年法院之區域，則係管轄錯誤之範疇。

但就辦理少年刑事案件之法官並未如第一審少年法庭，其審理該案件之法官，經遴任；在第二審審理少年案件之法官並未特別要求其資格。實務上，最高法院曾以：少年事件處理法第 1 條之 1 規定「少年保護事件及少年刑事案件之處理，依本法之規定；本法未規定者，適用其他法律。」；第 5 條第 3 項及第 7 條第 1 項分別規定「高等法院及其分院設少年法庭。」、「少年法院院長、庭長及法官、高等法院及其分院少年法庭庭長及法官、公設輔佐人，除須具有一般之資格外，應遴選具有少年保護之學識、經驗及熱忱者充之。」是少年刑事案件之第二審訴訟，自應由具有上開特殊學識、經驗之庭長、法官組織之少年法庭予以審判，始稱適法。被告行為時係 14 歲以上未滿 18 歲之少年，經第一審法院少年法庭調查後，認涉犯妨害自由等罪嫌，裁定移送有管轄權之台灣士林地方法院檢察署檢察官，而檢察官偵查結果，以被告涉犯前揭罪嫌等，向第一審法院少年法庭提起公訴，自屬少年刑事案件，依首揭說明，其第二審訴訟應由原審法院少年法庭審理，乃竟由原審之刑事庭審判，顯非適法¹⁵⁶。惟於少年法庭亦兼辦普通刑事案件，而實際上該案如係少年專庭審理，僅書記官筆錄誤記為刑事第○庭，得由書記官更正其筆錄誤載部分。倘實際審判之合議庭並非該第二審法院指定之少年專庭，則不得將審判筆錄更正為少年法庭，判決之原本及正本亦不得為此項更正。在第二審關於少年刑事案件之審判，如確有由少年法庭法官審判之必要，則宜落實第二審少年法庭法官之遴任，加強其專業性，並久任其職，以累積辦案經驗。

二、依法律或裁判應迴避之法官參與審判者。

何以有迴避制度之設計，法官就其依法受理之案件，均應本諸良知，獨立完成憲法與法律所賦予之職責，除有法律明文之規定外，其他之人固不得任意將之拒卻於所受理案件之外，法官本人亦不得任意以個人之原因拒絕為該案件之審理。所謂「法律明文規定」，其於訴訟法，則除「管轄」之外，即為「迴避制度」。訴訟法上之「迴避」，係為確保司法之公正，透過法律之規定，或以自行迴避之原因或於當事人有所聲請時，將該法官從其所受理之案件予以排除之一種制度。是其對象乃特定之法官，並非法官所屬之機關—法院，亦即僅對於法官個人而為者始可，此觀諸刑事訴訟法關於迴避之規定，以「法官」為規範之對象即明（刑事訴訟法第 17 條以下參照）。其對性質上屬於國家機關之法院為迴避之聲請者，要

¹⁵⁶最高法院 99 年度台上字第 7811 號判決意旨參照。

非迴避制度之所許。至其聲請某法院全體法官迴避者，非特因此等之全體法官如予迴避，即已無其他機關可予審判，其迴避之本身亦無他人可為裁定，乃有違迴避制度之本質。聲請迴避如此，其自行迴避者尤然。況且個別法官之迴避，仍須有其他適於執行職務之法官續行審理，俾以維持法院審判功能於不墜；倘有因法官之迴避致已無法官可行使審判權之情形，即不能以迴避為由而拒絕審判¹⁵⁷。

所謂依法律應迴避之法官參與審判者，係指依刑事訴訟法第 17 條各款（共 8 款）應自行迴避，不得執行職務而參與審判而言。

實務上認為：執行檢察官之職務後調任法官，所謂執行檢察官職務不以起訴為限，尚包括訊問後諭知收押¹⁵⁸（27 上 994、29 非 61 判例）、上訴時曾出具意見書，行使檢察官之職務（19 非 180 判例）。所稱曾執行檢察官之職務，比法官曾參與前審之裁判為廣，實務上認為：法官曾參與前審裁判之應自行迴避原因，係指同一法官，就同一案件，曾參與下級審之裁定或判決者而言，如僅曾參與審判期日前之調查程序，並未參與該案之裁判，依法即毋庸自行迴避¹⁵⁹。

所稱參與下級審之裁判，是否僅指參與該案之終局裁定或判決而言？如第一審法官曾辦理就檢察官偵查中聲請通訊監察、羈押及當事人聲請保全證據等裁定後，調任第二審法院法官，就各本抗告案件，應自行迴避。然就該案由他法官為第一審判決，上訴後，為上開裁定之法官，並無迴避之必要，因原先之裁定得以抗告方式救濟，該部分程序既已確定，即不生迴避之問題。又法官在第一審僅曾參與審判期日前之調查程序，並未參與該案之裁判，亦無迴避之可言。

依裁判應迴避之法官參與審判者，則指依刑事訴訟法第 21 條裁定應迴避之法官參與審判。再審案件其參與原確定判決之法官，並不在第 17 條第 8 款應行迴避之列（參照 28 聲 10 判例）。最高法院發回更審後，更審程序由同一審級之第二審行之，原法院前參與審判之法官，此次復參與審判，並無違背第 8 款之規定（23 抗 440 判例）。

但實務上，再審案件及第一次發回更審之案件，均不分由原承辦法官審理。其後再發回更審即不再迴避，否則在法官員額較少之法院，經發回數次後，即無法組成合議庭，例如：100 年 6 月福建高等法院金門分院有法官兼院長 1 人（審判

¹⁵⁷司法院釋字第 601 號解釋意旨參照。

¹⁵⁸刑事訴訟法第 93 條已於 86 年 12 月 19 日修正偵查中之羈押，係由檢察官聲請法院裁定羈押。

¹⁵⁹參照最高法院 90 年台上字第 7832 號判例。

上由院長兼充審判長）、法官 2 人，組成合議庭。遇有案件發回時，係由調司法院辦理事務之法官組成合議庭，或由臺灣高等法院之法官支援之法官組成合議庭審判；但於案件第二次發回時，則由福建高等法院金門分院之法官辦理，即僅迴避前次，而不迴避前前次。

參與上級審之裁判，如第二審法官調第三審辦理審判事務後，回任第二審法官。第一審法官調任第二審法官後，回任第一審法官。上級審法官調任下級審法院，就其在上級審曾參與裁判，發回更審之案件是否須迴避？依前所述，此並為非法律規定應迴避之範圍。通常該法官自行不參與該案件之審判，為免當事人指摘法官有成見、預斷，不能為公正之裁判。

三、禁止審判公開，非依法律之規定者。

（一）規範目的

刑事案件之審判，除法律規定之例外情形，不公開以外，原則上均應公開審判，並允許不特定人在法庭旁聽。此即審判公開之原則。

（二）範圍

現行法律禁止審判公開（不公開審判）之情形（反之，如不應公開而加以公開，雖訴訟程序有違法之情形，然非屬判決當然違背法令之範圍）。依法律規定禁止公開審判，例如依法院組織法第 86 條規定：「訴訟之辯論及裁判之宣示，應公開法庭行之。但有妨害國家安全、公共秩序或善良風俗之虞時，法院得決定不予公開。」禁止審判公開，須依法律規外，除法院組織法第 86 條但書外定，其他例如：性侵害犯罪防治法第 18 條前段法庭不公開時，審判長應將不公開之理由宣示（見法院組織法第 87 條第 1 項規定），並須依刑事訴訟法第 44 條第 1 項第 4 款記明於審判筆錄。法庭禁止公開而未宣示理由並載明筆錄者，其訴訟程序即非合法（22 年上字第 1224 號判例）。

依法院組織法之規定，不公開審判，應由法院決定，並非由審判長一人決定。雖係不公開審判，審判長仍得允許無妨礙之人旁聽（參照法院組織法第 87 條）。

審判係以公開為原則，不公開為例外。禁止審判公開既均須有法律規定，可稱之為有法定不公開審判之事由。如無法定之事由，審判長恣意諭知審判不公開，其禁止審判公開，即非依法律之規定，訴訟程序自屬違背法令。至於法律規定審判應不公開，審判長疏未注意將之公開，訴訟程序雖有違誤，然此大都保護被告

以外之相關訴訟當事人之權益，對被告在訴訟法上之防禦權行使並無妨礙，因之刑事訴訟法未以之為當然違背法令之事由。至於其他訴訟關係人（如被害人、告訴人、證人）之權益是否因之受損，如何救濟，及相關承辦人員應否責任，係屬另一問題。

四、法院所認管轄之有無係不當者。

（一）管轄恆定

因人民有遷徙自由，被告之住居所可能隨時處於變動之狀態，則是否有管轄權自不因其住居變更而影響。通常係以被告犯罪地管轄為宜，被告在監、在押時才考慮由被告所在地方法院檢察署偵辦。法院對某案件是否有管轄權係以起訴繫屬時為準，此為管轄恆定原則。

（二）創設之管轄權

被告之住居所及所在地，為法院判斷有無管轄權之因素之一。被告因案羈押，檢察官得否以被告之羈押處所，創設出起訴時該法院對被告有管轄權之情形。例如被告於台灣北部被逮捕檢察官得否將被告押往台東並向法院聲請羈押，及由臺灣台東地方法院檢察署檢察官偵查起訴。此一問實務曾有如下之爭議。

有採否定說者。認台灣台東地方法院對本案應無管轄權，原起訴檢察官於准許變更被告羈押處所於台灣台東看守所綠島分舍之裁定被撤銷後，但尚未實際移送被告於合法羈押處所即台灣台中看守所前，向台灣台東地方法院提起公訴，核與憲法保障人民訴訟權之基本自由、權利之精神不符，且違反刑事訴訟法上管轄之規定，因而依刑事訴訟法第 304 條及第 307 條之規定，不經言詞辯論逕為管轄錯誤之判決，並移送於台灣台中地方法院，認事用法，俱無違誤，並符合保障人民訴訟權利之合憲性解釋，況且案件之管轄殊無由以故意遷移被告之羈押處所而自行創設（參照台灣高等法院花蓮分院 90 年度上重訴字第 173 號判決）。

有採肯定說者：係以案件由犯罪地或被告住所、居所或所在地之法院管轄，刑事訴訟法第五條第一項定有明文。而所謂被告所在地，乃指被告起訴當時所在地而言，至其所在之原因，係出於任意抑或由於強制，在所不問，此有司法院 24 年院字第 1247 號、37 年院解字第 3825 號解釋意旨可資參照。

以上兩說實務上認為所謂「被告所在地」，乃指被告起訴當時所在地而言，且以起訴時為準，至其所在之原因，無論自由或出於強制皆所不問，業經司法院

院解字第 3825 號、院字第 1247 號著有解釋。被告經台灣台東地方法院檢察署檢察官向第一審法院提起公訴，於 86 年 4 月 25 日繫屬時，係羈押於台灣台東看守所綠島分舍，此有卷附資料可稽，依上開說明，第一審之台灣台東地方法院及原審法院自有管轄權。被告徒憑己意漫指原審及第一審法院無管轄權，尚有誤會（87 年度台上字第 3272 號判決）。認被告所在地，乃指被告起訴當時所在之地而言，且以起訴時為準，至其所在之原因，無論自由或出於強制皆所不問，至本案羈押程序是否妥適，乃屬另一問題。

（三）問題探討

1、關於法院之管轄得為第三審上訴理由者，是否以屬於事務（亦有載為「事物」）管轄為限？

現行法第 379 條第 4 款已修正為「法院所認管轄之有無係不當者」，與民國 17 年第 391 條第 5 款規定「法院所認事務管轄之有無係不當者」有所不同，是否仍以認事務管轄之有無係不當為限？文義上並未區別土地管轄或事務管轄。有學者雖以土地管轄權之劃分，乃屬同級法院之事務分配，既無影響當事人之審級利益，自不得以受理法院之有異，指為違法。並以日本刑事訴訟法第 331 條第 1 項規定法院非因被告之聲請，不得就土地管轄諭知管轄錯誤。因認不包括土地管轄之錯誤，因該項錯誤並不影響當事人之審級利益¹⁶⁰。實務上最高法院 21 年上字第 1290 號判例要旨雖亦認：「關於法院之管轄得為第三審上訴理由者，以屬於事務管轄為限，至土地管轄權之有無，不得據為第三審之上訴理由，第三審法院亦不得依職權調查。」然有學者持相反見解，認為：依現行刑事訴訟法規定，法院不僅就事務管轄之有無應加調查，且就土地管轄之有無亦得依職權加以調查，關於土地管轄，法院所認管轄之有無係不當者，仍有使被告受到實質不利之危害，因之應包括土地管轄與事務管轄¹⁶¹，現行法就法院所認管轄之有無，並不分土地管轄或事物管轄，如當事人對法院所認管轄有無係不當者，自許以此為上訴第三審之理由¹⁶²。且最高法院 48 年台上字第 837 號判例指出：「案件由犯罪地或被告之住所、居所或所在地之法院管轄，刑事訴訟法第五條第一項有明文規定。被告之

¹⁶⁰陳樸生，刑事訴訟實務，自版，1996 年 9 月重訂 11 版，頁 518。

¹⁶¹黃東熊，刑事訴訟法論，頁 615。

¹⁶²褚劍鴻，刑事訴訟法論（下冊），台灣商務印書館股份有限公司，1998 年 9 月 3 次修訂版 1 刷，頁 679。

所在地，係以起訴時為標準，管轄之有無，應依職權調查之，自訴當時被告之所在地是否在臺北，此與臺灣臺北地方法院有無管轄權極關重要，原審未予調查，遽行判決，殊嫌速斷。」之旨。最近該院判決更明白表示：「刑事訴訟法第 379 條第 4 款所規定『法院所認管轄之有無係不當者』之違背法令情形，不問其為土地管轄抑事務管轄，均有其適用；本件非常上訴之提起，自屬合法。」之見解¹⁶³。前揭舊法時期所設之判例，是否仍合時宜，自有檢討之必要。

2、少年法院與少年法庭

關於少年刑事案件應由少年法院（庭）審判，在設有少年法院¹⁶⁴之地區（如高雄少年法院），係管轄錯誤；在未設有少年法院之地區，則屬法院組織不合法之問題。少年刑事案件，實務上在第二審係以少年法庭專庭名義辦理，如誤以普通刑事庭名義審判，將構成前述法院組織不合法之違背法令事由。

五、法院受理訴訟或不受理訴訟係不當者。

舉例說明如下：

（一）受理訴訟不當

最高法院 24 年 7 月民刑庭總會決議、現役軍人，普通法院無審判權，應不受理，而為實體判決，係受理訴訟不當（73 台非 134 判例）。應為不受理判決而為實體判決，亦係受理訴訟不當。例如應由軍法機關審判之案件，由普通法院受理，並為實體判決。軍事審判法第 1 條第 1 項前段規定：「現役軍人犯陸海空軍刑法或其特別法之罪，依本法之規定追訴審判之。」陸海空軍刑法第 54 條第 1 項規定：「服用毒品、麻醉藥品、酒類或其他相類之物，不能安全駕駛動力交通工具而駕駛者，處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣二十萬元以下罰金。」故現役軍人觸犯該罪者，依陸海空軍刑法第一條之規定，應依該法處罰，並由軍事審判機關追訴審判。本件原判決事實認定：被告於犯罪及發覺時，仍在服役中，為現役軍人，所犯又係陸海空軍刑法第 54 條第 1 項之罪，應由軍事審判機關依法追訴審判，普通法院對之並無審判權。原審不察，未適用通常程序為不受理之判

¹⁶³參照最高法院 99 年度台非字第 315 號判決意旨。

¹⁶⁴少年法院即將改制為少年及家事法院，少年及家事法院組織法業於 99 年 12 月 8 日以華總一義字第 09900331411 號令公布（施行日期由司法院以命令定之）。

決，逕依簡易程序，以簡易判決為處刑之實體裁判，顯然違背法令（100 年度台非字第 65 號判決意旨參照）

（二）不受理訴訟不當

1、應從程序上駁回上訴，而改諭知不受理

實務上有：第一審判決後，自訴人於 92 年 11 月 25 日提起第二審上訴時，修正刑事訴訟法既已施行，依首開說明，自應依新法之規定委任律師為代理人。但自訴人於提起第二審上訴時並未委任律師為代理人，經原審法院於 94 年 4 月 1 日以裁定命其於五日內補正，該裁定已於同年月七日送達於自訴人，有上開刑事裁定正本及送達證書各一份附卷可稽。詎自訴人逾期仍未補正，其上訴即有刑事訴訟法第 362 條前段所稱「上訴不合法律上之程式」之情形，依同法第 367 條之規定，原審法院自應以判決駁回自訴人之上訴，始屬合法。乃原審竟依同法第 329 條第 2 項之規定，將第一審判決撤銷，改諭知自訴不受理之判決，依上說明，原判決自有同法第 378 條判決適用法則不當，及同法第 379 條第 5 款法院不受理訴訟係不當之違背法令（95 年度台非字第 37 號判決意旨參照）。

2、應為實體判決而為不受理之判決

實例上有：被告前因施用毒品案件，經台灣台南地方法院檢察署檢察官以 98 年度營毒偵字第 227 號為附命完成戒癮治療之緩起訴處分，嗣因未於該期間內履行緩起訴處分所附命令，於 98 年 11 月 25 日經撤銷緩起訴確定，並與其後再犯之其他施用毒品罪嫌，經該署檢察官以 98 年度撤緩毒偵字第 180 號、98 年度毒偵字第 2199 號、98 年度營毒偵字第 313 號等案件提起公訴，由台灣台南地方法院以 99 年度訴字第 135 號判決並應執行有期徒刑五年八月，被告不服提起上訴，經原審以 99 年度上訴字第 424 號判決以檢察官未聲請觀察、勒戒，逕予提起公訴，其程序違背規定，乃將第一審判決撤銷改判公訴不受理，有各該案卷可稽。案經確定，依上說明，原判決即不無應為實體上之審判，而誤為不受理判決之違背法令，雖非於被告不利，然非常上訴理由書已具體敘述本項法律見解，具有原則上之重要性，亦即所涉及之法律問題意義重大，而有加以闡釋釐清必要之理由，且查復有同法異判之情形，應認有提起非常上訴之必要性。

綜上所述，本件非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由最高法院將原判決關於違背法令部分撤銷，以資糾正¹⁶⁵。

六、除有特別規定外，被告未於審判期日到庭而逕行審判者。

刑事訴訟為確定國家具體的刑罰權之程序，以發現實體的真實，使刑罰權得以正確行使為其宗旨。此項實體，應經訴訟程序而成，本訴訟制度之要求，無論採職權主義，抑採當事人主義，法院居於公平之立場，就當事人之攻擊、防禦，基於辯論而形成其心證，而為裁判。國家為實現刑罰權，所以有刑事訴訟法之制定，旨在藉程序之遵守，以確保裁判之公正。法院為實現實體正義，不可忽略程序正義之踐行。憲法第八條第一項規定，人民身體之自由應予保障，非由法院依法定程序，不得審問處罰。第 16 條規定，人民有訴訟之權。從而，人民之訴訟權應予保障，法院應依正當法律程序以公平審判。刑事訴訟法第 221 條規定：「判決，除有特別規定外，應經當事人之言詞辯論為之」。上訴人並未受合法傳喚，自難謂其於該審判期日未到庭，係經合法傳喚而未具正當理由。乃原審不待其到庭陳述，逕行判決，顯與刑事訴訟法第 221 條、第 281 條第 1 項、第 371 條之規定有違，而有適用法則不當及不應判決而為判決之違背法令(92 年度台上字第 3003 號判決意旨參照)。

實務上亦有：向舊住所送達，且為寄存送達（受送達人未前往領取），而差送達不合法之情形。例如：被告甲原雖住於台南縣永康市，惟其已於民國九十年二月十九日將其住所遷至台南縣仁德鄉，此有其戶籍謄本一份附卷可稽。乃原審法院仍於 91 年 2 月 9 日，將同年月 21 日審判期日之傳票，向被告舊住所即台南縣永康市為送達，並因未獲會晤被告本人，亦無受領文書之同居人或受僱人，而將該傳票寄存於派出所，此有送達證書一份附卷可稽。茲被告之住所既已遷移至上揭新址，原審未予查明，仍將審理期日傳票送達於被告之舊住所，並因未獲會晤本人，亦無受領文書之同居人或受僱人，而將該傳票寄存於派出所，依上說明，自難認已合法送達傳票予被告（91 年度台非字第 162 號判決）。

至於刑事訴訟法所稱有特別規定之情形，第二審有：刑事訴訟法第 371 條被告經合法傳喚，無正當理由不到庭。此須經合法傳喚（須符合就審期間），且無

¹⁶⁵參照最高法院 100 年度台非字第 51 號判決意旨。

正當理由不到庭。實務上有：原審未於審判期日前將應送達於被告之審判期日傳票囑託監獄長官送達，亦未於審判期日提解被告到庭，則被告未到庭陳述，係因在監服刑自由受拘束所致，難謂無正當理由。原審不待被告到庭陳述，逕行判決，其判決前之訴訟程序違背被告防禦權之保障規定，致有依法不應判決而判決之違誤，顯然於判決有影響，依前開說明，自屬判決違背法令，且不利於被告。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，為有理由，為維護被告之審級利益，應由最高法院將原判決撤銷，由原審法院依判決前之程序更為審判，期臻適法（99 年度台非字第 258 號判決）。

又被告另案在監所執行，未依刑事訴訟法第 56 條第 2 項定有明文囑託該監所長官為送達。對於在監所羈押或執行之應受送達人，應依刑事訴訟法第 56 條第 2 項之規定而為送達；如以寄存送達方式為送達，並不能發生送達之效力（99 年度台上字第 5061 號判決）。再者被告及其原審選任辯護人具狀陳稱開庭當日因道路施工，維持單線通車，且因車多壅塞、發生車禍塞車一小時，以致未能及時到庭應訊云云，並隨狀提出公路總局施工路段電腦查詢單為證。如果甲上開陳述屬實，則其於審判期日，因乘坐交通工具行經路段施工，僅維持單線通車，復遭車輛肇事塞車而延誤，能否謂無正當理由？不無疑問。乃原審就此部分未進一步調查究明，逕認甲無正當理由不到庭，不待其陳述，逕行判決，自屬訴訟程序違法，且此種違法情形，顯然剝奪甲防禦權之行使，致其未能於審判期日提出有利之證據，喪失對被訴事實及不利證據陳述意見之機會，更未能參與事實及法律上之辯論與科刑辯論，其違法攸關法院對於證據之取捨與事實之認定，顯然於判決有影響（參照 98 年度台上字第 3188 號判決）。

被告已經另案通緝中，對之如何合法傳喚，此種情形，除被告曾陳明送達代收人應向其送達代收人送達外¹⁶⁶，實務係採公示送達方式為之，卷內資料已顯示被告已另案通緝中，予以公示送達，則屬經合法傳喚¹⁶⁷。如係對之執行拘提，未能拘獲，尚非此所謂之合法送達。

合法傳喚方式，書面傳喚（刑訴 71）、言詞傳喚（刑訴 72），準備程序經面告以下次應到之日、時、處所及如不到場得命拘提，並記明筆錄，與已送達傳票

¹⁶⁶參照最高法院 99 年度台上字第 1895 號判決意旨。

¹⁶⁷參照最高法院 99 年度台上字第 5092 號判決意旨。

有同一之效力（如果係在準備程序受命法官直接面告審判期日，不生與送達傳票有同一之效力，因須由審判長具名）。被告經以書狀陳明屆期到場，且第一次審判期日須合於就審期間，如果第一次審判期日之傳票未依刑事訴訟法第 272 條規定於七日（刑法第 61 條案件為五日）前送達（被告未放棄就審期間），尚不得進行審判程序，至第二次審判期日，已合於就審期間之規定，即得進行審判程序。

實務上認為有正當理由之情形，例如：1、患病（21 上 1522、29 上 2094、42 台上 136 等判例）。2、另案在監、在押（29 上 2324、44 台上 979 等判例）。3、服役（29 上 2094 判例）。4、不及辦理出入境（53 台上 2928 判例）。

無正當理由之情形，例如：1、傳聞原審法院於是日停止審理，即未到庭（30 上 2020 判例）。2、乘車誤點（30 上 3393 判例）。

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。

本款係指依同法第 31 條第 1 項應用辯護人，或其他已指定辯護人之案件，未經到庭辯護而逕行審判者而言。被告經合法傳喚，無正當理由不到庭者，法律雖明定得不待其陳述逕行判決，但仍需有檢察官或自訴人到庭，應用辯護人之案件或已經指定辯護人之案件，亦須到庭辯護，否則仍屬本款之違背法令。應用辯護人之案件即所謂強制辯護之案件有：1 最輕本刑 3 年以上有期徒刑（俗稱重罪，此與不得行簡式審判程序範圍相同，但羈押要件則為涉犯最輕本刑 5 年以上有期徒刑之罪）2 高等法院管轄第一審案件（以管轄區分，不以刑度區分，部分案件刑度很輕）3 智能障礙無法為完全之陳述（不包括精神障礙）。以上三種情形，於審判中未經選任辯護人，審判長應予指定辯護。除前述以外其他審判案件，有 1、低收入戶被告未選任辯護人而聲請指定（未向法律扶助基金會申請）。2、審判長認為必要者，指定公設辯護人或律師（義務辯護律師）辯護。已選任辯護人，審判期日無正當理由，得指定公設辯護人為被告辯護。

強制辯護案件之罪名係以起訴法條為準，抑以判決結果為準。有認為審判係包括審理與判決，強制辯護案件，未經辯護人到庭辯護，即不得據此審理，更不得據此判決¹⁶⁸。至於判決無罪之案件，檢察官以法院未指定辯護為由，提起第三

¹⁶⁸林鈺雄，強制辯護案件及其判定基準，臺灣本土法學雜誌，20 期，2001 年 3 月，頁 156。

審上訴，是否適法之第三審上訴理由。實務上認此規定係保護被告之辯護依賴權而設，如檢察官僅以此理由，尚難認係適法之第三上訴理由¹⁶⁹。

實務上曾就：案件依檢察官起訴法條應屬強制辯護案件，被告並未選任辯護人，但法院審理結果變更起訴法條改按其他較輕(無須強制辯護)之罪名論處或判決無罪，而未指定辯護人，是否合法？加以討論，有甲說：依刑事訴訟法第31條第1項規定：最輕本刑為三年以上有期徒刑或高等法院管轄第一審之「案件」，未經選任辯護人者，審判長應指定公設辯護人為其辯護之文義以觀，應否經強制辯護，係以案由為準，亦即以起訴法條為準(參照9年統字1439號)。至於審理後變更起訴法條或判決無罪，係審理辯論後之結果，自不能倒果為因，以審理之結果來決定應否強制辯護。乙說：檢察官起訴法條，不能拘束法院審理之結果，是不應以起訴法條為決定案件應否強制辯護之標準，而應依事實認定之。譬如起訴傷害，但審理結果認為係犯殺人未遂罪責，法院仍應指定辯護方屬合法，可見不能以起訴法條或案由為決定強制辯護之標準，而應以審理結果所認定之犯罪事實為準。且變更起訴法條按無須強制辯護之輕罪論處或判決無罪，縱未指定辯護亦無損於被告之權益，亦無背於刑事訴訟法第31條第1項強制辯護之立法理由。結論採果甲說¹⁷⁰。又最高法院47年台上字第1531號判例意旨，亦認一審雖變更起訴法條以傷害、竊盜罪名論處，但檢察官認為係犯準強盜罪而提起上訴，二審未指定辯護，為違背法令。亦可資參照。

所謂辯護人未到庭，係指到庭並實質辯護而言，並非僅指辯護人未到庭，辯護人雖到庭，但無辯護人陳述意見之記載，與辯護人未出庭而逕行審判無異(22上691判例)；又如辯護意旨狀所載，卷內無辯護意旨狀(68台上1046判例)，均非適法。至於確有出庭辯護，但判決漏未記載(25年上字第7455號判例)；非強制辯護案件，如誣告案件，未指定辯護，並無違法之可言(29上2062判例)。

八、除有特別規定外，未經檢察官或自訴人到庭陳述而為審判者。

茲分別說明如下：

(一) 公訴案件檢察官未到庭

¹⁶⁹例如最高法院79年度台上字第338號判決，認原審既諭知被告無罪，未指定辯護，仍難指為違法，若予撤銷發回更審，徒增訟累毫無實益。

¹⁷⁰臺灣高等法院暨所屬法院73年法律座談會，刑事法律問題研究彙編第4輯，頁441。

不待檢察官蒞庭陳述起訴（上訴）要旨，及為事實、法律上之辯論（37 特覆 4948 判例）

（二）自訴案件自訴人（代理人）未到庭（法律已修正自訴人應委任律師代理人）

刑事訴訟法第 379 條第 8 款所規定除有特別規定外，未經自訴人到庭陳述而為判決者，其判決當然為違背法令，係指自訴人及其代理人均未於審判期日到庭陳述而為判決者而言。按自訴人得委任代理人到場，刑事訴訟法第 37 條前段定有明文，如自訴人所委任之代理人已到庭陳述，即與前揭法條所規定違背法令之情形不合。本件上訴人等在原審均委任律師為代理人，有刑事委任狀在卷可稽，而委任數代理人者（不得逾三人），各該代理人均有單獨為上訴人等（即自訴人等）為一切訴訟行為之權，原審之審判期日已由代理人到庭陳述，有審判筆錄可查，自與刑事訴訟法第三百七十九條第八款所規定未經自訴人到庭陳述而為判決者之情形不同（86 年度台上字第 7104 號判決意旨參照）。

九、依本法應停止或更新審判而未經停止或更新者。

應停止審判係規定於刑事訴訟法第 294、333 條，更新審判則規定於同法第 292 條（法官有更易）、293 條（間隔至 15 日以上）；所稱更新，係採實質更新，實際上已經更新審理，不以審判筆錄記載「更新審理」字樣為必要（29 上 1601 判例）。

一〇、依本法應於審判期日調查之證據而未予調查者。

實務上最高法院早在 77 年 8 月 9 日即作成決議，載明「案件第二審與第三審調查證據認定事實職權之界限與第三審自為判決之範圍」¹⁷¹其第貳項謂：應於審判期日調查之證據而未予調查及判決理由不備或理由矛盾之違法為發回更審理由，應加限制。刑事訴訟法第 379 條第 10 款應行調查證據及第 14 款判決理由不備或理矛盾，均列為判決違背法令之事由，究其適用範圍如何，各有關條文無法窺見，考諸現況，案件以此兩種違法情形為發回更審之原因，所占比例最高。為免與第二審為事實審之職權重疊及減少刑事案件發回更審計，運作上自應採從嚴解釋，加以限制，茲歸納有關條文規定及其立法精神，特揭櫫各點作為例示。其詳如本文附錄一所載。

依近三年來「最高法院刑事上訴案件發回或發交更審原因」之統計資料，「調

¹⁷¹參看最高法院印行，刑事案件第二審與第三審調查證據認定事實職權之界限與第三審自為判決之範圍（刑事部分），1990 年 6 月。

查證據不詳或未予調查」係發回比例最高的一項¹⁷²，詳如附表 3。

表 3 最高法院刑事上訴案件發回或發交更審原因

單位：件（%）

期別	合計	調查證據不詳或未予調查	事實認定錯誤、不符或不明或記載不明	採證違法	判決不適用法則或適用不當	判決理由矛盾	採用證據未說明理由	其他	發回件數佔判決件數百分比
97	2,462	793	417	249	256	344	68	335	33.1
%	100	32.21	16.94	10.11	10.40	13.97	2.76	13.61	
98	2,398	700	446	286	281	267	110	308	27.29
%	100	29.19	18.60	11.93	11.72	11.13	4.59	12.84	
99	2,276	825	424	244	222	216	107	238	24.99
%	100	36.25	18.63	10.72	9.75	9.49	4.70	10.46	

資料來源：司法院統計處

刑事訴訟法第 379 條第 10 款仍是撤銷發回案件之大宗，何種情形為調查未盡，事實審法院是否依職權調查，此一部分涉及第二審與第三審調查證據認定事實職權之界限。至於法院有無蒐集證據之責，則屬法院是否依職權調查證據之問題，最高法院曾於 91 年 4 月 30 日 91 年度第 4 次刑事庭會議作成「刑事訴訟法第 161 條、第 163 條修正後相關問題之決議」共九點。該院並於 100 年 5 月 10 日 100 年度第 4 次刑事庭會議修正第一、四、六、七、九點，其中第六點、「依本法第 163 條之規定，法院原則上不主動調查證據，僅於下列情形，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。」、第九點：「本法第 379 條第 10 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（司法院釋字第 238 號解釋；本院 71 年台上字第 3606 號、72 年台上字第 7035 號、78 年台非字第 90 號、80 年台上字第 4402 號判例；77 年 8 月 9 日 77 年度第 11 次刑事庭會議貳之甲第十四項決議

¹⁷²依司法院統計處之統計資料，99 年以該項原因發回（交）之案件，達 36.25%。

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，但應擯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。惟檢察官如未盡實質之舉證責任，不得以法院未依本法第 163 條第 2 項前段規定未主動調查某項證據，而指摘有本條款規定之違法。¹⁷³」

依 91 年 2 月 6 日修正公布之刑事訴訟法第 163 條規定，法院調查證據以依當事人聲請為原則，僅於當事人主導之證據調查完畢後，事實仍未臻明白，始生由法院自由裁量，是否就當事人未聲請部分，依職權為補充、輔佐性之調查；必於維護公平正義或對被告之利益有重大關係之事項，法院始負有調查之義務。又法院依職權調查之範圍，亦僅以已發現或卷內已存在而足以影響判決結果，且有調查可能之訴訟資料為限，並無窮盡一切可能方法蒐集證據以發現真實之必要。上訴人於原審雖言及其曾以無愷他命可供販賣為由，拒絕劉○○交易毒品之要求，當時並有「範○○」在場等語，然上訴人始終未曾陳報「範○○」之年籍、住所依法聲請傳訊，微論「範○○」其人卷內並無任何相關資料可供傳喚，已非屬有調查可能之證據，且上訴人販賣愷他命予劉○○之事證明確，業據原判決論敘甚詳，是原審未傳訊「範○○」而贅行無益之調查，要難指有證據調查職責未盡之違法。而上開規定已修正有年，時至今日，上訴意旨猶執刑事訴訟法關於法院應依職權調查證據之修正前舊法，指摘原判決既知上訴人曾言及「範○○」其人，卻未依職權先查知其年籍、住所並據以傳喚，有應於審判期日調查之證據未予調查之違法云云，殊非合法之上訴理由（100 年度台上字第 1624 號判決意旨參照）。最高法院明白揭示：「按刑事訴訟法第 161 條第 1 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。因此，檢察官對於起訴之犯罪事實，應負提出證據及說服之實質舉證責任。又刑事訴訟法第 379 條第 10 款所謂應行調查之證據範圍，係以事實審審判中案內所存在之一切與待證事實有關之證據為限，案內所不存在之證據，自不得認法院為發見真實，應依職權從各方面蒐集證據詳加調查。換言

¹⁷³參照最高法院 100 年 5 月 10 日 100 年度第 4 次刑事庭會議決議。

之，法院對於案內所存在之一切與待證事實有關之證據，固有依法調查證據之職責，但對於案內所不存在之證據，則無蒐集證據之義務。¹⁷⁴」

刑事訴訟依現行刑事訴訟法第 154 條第 2 項規定，採證據裁判主義，故證據調查厥為整個審判之重心。矧所謂證據調查，實可分為「應否調查」、「如何調查」及「調查如何」三種不同層次。本法所採改良式當事人進行主義，依第 161 條第 1 項規定，檢察官負實質舉證責任，第 161 條之 1 並規定被告有指出有利證明方法之權利。首者，證據「應否調查」，原則上委諸當事人、代理人、辯護人與輔佐人（第 163 條第 1 項），但法院於公平正義之維護或關係被告重大利益之事項，負有補充調查之義務（同條第 2 項）。故證據調查之範圍、次序及方法，原則上由當事人提出（第 161 條之 2、第 163 條之 1），並於審判期日前之準備程序處理之（第 273 條第 1 項第 6 款），然如聲請調查之證據與待證事實，在客觀上欠缺關聯性、調查之必要性或可能性者，依第 163 條之 2 第 1 項規定，法院得裁定駁回之，以維訴訟之經濟，尤其所經調查之證據，已足形成有罪之確信，法院對於聲請調查之其他證據，認無調查之必要，不予調查，則此一證據「應否調查」之處理，既無不合，當亦無第 379 條第 10 款之違法。次者，證據經認屬應予調查後，始有「如何調查」之問題，此時受嚴格證明法則之拘束，必須該證據具有證據能力，且經合法調查，始得作為判斷之依據（第 155 條第 2 項反面解釋）。被告以外之人（包括共同正犯、教唆犯、幫助犯及共同被告等）之陳述，須依第 159 條之 1 至第 159 條之 5 等傳聞例外之規定，具有證據適格後，除有傳喚不能等例外情形，均須依法具結，踐行交互詰問等合法調查程序，其供述始得採為判斷之依據。司法院釋字第 582 號解釋所揭禁反對詰問權為訴訟基本權及正當法律程序所保障之內容（按指憲法第 16 條、第 8 條），亦指此而言。是對於共同被告或共同正犯之反對詰問，必須經法院認為屬客觀上有調查之必要，為認定事實、適用法律之基礎所繫之證據方法，上開調查證據程序之規定始有適用，非謂一經聲請詰問，縱法院認無調查之必要（即不應調查），仍一概適用，否則即剝奪其憲法上之權利，此為當然之解釋。至經調查後，得作為判斷依據之證據，其間之取捨與證明力之判斷，乃屬「調查如何」範疇，依第 155 條第 1 項規定，由法院依

¹⁷⁴參照最高法院 100 年度台上字第 1927 號判決意旨。

客觀存在之經驗法則、論理法則，本於確信自由判斷，同時賦予當事人等辯論之機會（第 288 條之 2）。三者層次不同，不可不辨。再被告之對質、詰問權之所以必須保障，係在於他人所供不利於被告，或與被告認知者不同，乃有透過反對詰問或對質，以彈劾或覈實是項不利之證據，達致發現真實，並保障被告合法、正當權益之訴訟目的。倘證人所供並無不利於被告，被告對其陳述亦無不同之認知或意見（被告所欲待證之事實，與證人已供明者並無不同），無從削弱或否定其信用性，即不具有彈劾之必要性，縱未予對質之機會，無損被告之訴訟防禦，尚難逕指為違法，資為合法上訴第三審之理由（參照 98 年度台上字第 5178 號判決）。

刑事訴訟法第 379 條第 10 款復規定「依本法應於審判期日調查之證據而未予調查者」，為判決當然違背法令，原則上不必審酌對於判決結果有無影響，均得為上訴第三審理由。為免範圍太大。則所謂「依本法應於審判期日調查之證據」有作合目的性限縮解釋之必要。大法官於釋字第 238 號解釋指出：刑事訴訟法第 379 條第 10 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，本不屬於上開第 10 款之範圍，縱其訴訟程序違背法令，惟如應受同法第 380 條之限制者，既不得據以提起第三審上訴，自不得為非常上訴之理由¹⁷⁵。其將證據之調查區分為客觀上為法院認定事實及適用法律之基礎之證據，與非此部分之證據，前者係依刑事訴訟法應於審判期日調查之證據，如未予調查，則判決當然違背法令；後者則非屬第 379 條第 10 款之範圍，應受第 380 條規定之限制¹⁷⁶。

為了避免採為判決基礎之證據漏未提示辯論，書記官製作審判筆錄宜採累加方式，即第二審審判筆錄所提示之證據，係以第一審審判期日開庭提示之證據為基礎，再加上兩造於第二審所提出或聲請之證據，當然第一審判決中已引用，但第一審未予提示辯論之證據，在第二審時應予補充，此可減少漏未於審判期日提示證據之情形發生。論者有建議：由書記官依訴訟進行之次序，按檢辯兩造之不同，分別編訂其卷宗，而法院審理之相關資料及依職權製作、調取之訴訟文書，獨立編訂一卷宗，以免混淆。卷宗並依訴訟文書來源，編訂卷宗目錄，對於法官

¹⁷⁵參照司法院釋字第 238 號解釋理由書。

¹⁷⁶參看周昉，第三審及非常上訴審程序之邏輯思維，司法新趨勢，27 期，2006 年 10 月，頁 77-78。

行調查證據程序及當事人、辯護人引述證據資料，均有幫助等情¹⁷⁷。此一卷宗編訂方式之建議，值供實務之參考。

刑事訴訟法所稱應調查之證據，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（72 台上 7035 判例）；並不限於具有認定犯罪事實能力¹⁷⁸之證據，其用以證明證據憑信性之證據，亦包括在內（74 台上 6444 判例），應於審判期日調查之證據之範圍（78 台非 90 判例），調查關連性、調查必要性（71 台上 7292 判例）。

符合此款之例：審判期日陳明之證據，後已補陳，未再開辯論（27 上 1620 判例）。證人某甲筆錄，在原審辯論終結以後始行收到，未經再開辯論，即行判決，此項筆錄，顯未經於審判期日踐行調查之程序，採為認定事實之證據（37 特覆 2925、44 台上 1425、65 台上 1556 等判例），未依程序調查（46 台上 414 判例）以上均屬此款違背法令之適例。

至於不符合此款之例，如：1、上訴意旨主張第一審有關書證未予提示，因第二審法院仍為事實覆審，得自行調查證據認定事實，當事人僅得以第二審之判決違背法令為理由，提起第三審上訴，原審已踐行此項調查程序，第一審此項程序瑕疵，應視為已經治癒¹⁷⁹（72 台上 5047 判例）。2、未送鑑定（72 台上 5529 判例）。3、已告知內容（26 滬上 68 判例）。4、於犯罪之成立無影響，如原審判決別無其他撤銷之原因，最高法院所為上訴駁回（72 台上 7035 判例）。

依此款提起第三審上訴，關於證據調查部分，依其主張之情形約有：於原審已提出調查證據之聲請者，或於提起第三審上訴始主張有新證據，尚待調查者，茲分析如下：

一、在原審已聲請

當事人、代理人或辯護人在原審聲請調查證據，依其情形又可分為：1、原審已調查，並於理由中說明其對該證據之取捨及判斷其證據之證明力。所為論斷如

¹⁷⁷陳恆寬，證據開示制度之研究，臺灣高等法院 99 年度研究發展報告，2010 年 11 月，頁 124。

¹⁷⁸所稱認定犯罪事實能力，係指證據能力。所謂證據能力，係指符合法律所規定之證據適格，而得成為證明犯罪事實存在與否之證據資格。無證據能力之證據資料，應予以排除，不得作為判斷之依據。而證據之證明力則係指具有證據能力之證據資料，於證明某種待證事實時，所具有之實質證據價值。兩者並不相同（參照最高法院 97 年度台上字第 225 號判決）。

¹⁷⁹此係第二審維持第一審判決駁回當事人在第二審之上訴，始有適用，如係撤銷改判，則第一審判決業已撤銷，自不生此問題。

與經驗法則、論理法則無違，當事人再事爭執，自非適法之第三審上訴理由。2、原審未調查，惟以裁定駁回其聲請或於判決理由中說明不予調查之理由。如無違誤，亦不得任意指為違法。3、原審已經合法調查，但未於判決理由中說明不予採納之理由。此時應就依該證據是否影響於判決結果審查定之，如對判決結果無影響，訴訟程序簡略，並非理由不備。4、原審未調查，亦未以裁定駁回其聲請或於理由中說明不予調查之理由，此時應酌是否有調查關連性、及調查必要性。惟主張應調查之上訴人應於上訴理由具體敘明有調查之必要性（71 台上 3606 判例）。實務上認為違反此款之案例：29 上 1117、29 上 3682、48 台上 1461 等判例，均闡釋：如調查事項為可信，則原審反此採為判決基礎之證據，不免動搖，訴訟程序違背法令影響判決結果等旨。

二、原審辯論終結後始行聲請

如其所聲請調查之證據，確有調查之必要，未經再開辯論予以調查，仍係應於審判期日調查之證據未予調查（41 台上 438 判例）。

實務上認為以下情形不構成：

1、主張原審未依職權調查

例如：（1）刑事訴訟法第一百六十三條規定揭發當事人調查證據主導權之大原則，法院於當事人主導之證據調查完畢後，認為事實未臻明瞭仍有待釐清時，始得斟酌具體個案之情形，予以裁量是否補充介入調查。證據如與發見真實不具關連性者，法院未為無益之調查，即不能指為有應調查而不予調查之違法（97 年度台上字第 6171 號判決）。（2）如待證事實已臻明瞭，無再調查之必要者，法院未為無益之調查，亦不能指為違法（97 年度台上字第 5465 號判決）。

2、翻印之書籍，係由警局當場起出，為上訴人等親身經歷之事，且上訴人於原審審判中對翻印該書各三千冊，被警查獲，業已自白不諱，是否利用提示之機會，以擔保其真正，實無關重要（72 台上 3467 判例）。

3、判斷有價證券之真偽，原非以囑託鑑定為絕對必要之方法。原審依據有關證人之證言及其他證據，已足證明本件本票非出於偽造，因而未付鑑定，與證據法則並無違背，自不能指為違法（72 台上 5529 判例）。

三、上訴第三審始聲請

第三審始主張新證據、提出新證據。最高法院以：第三審為法律審，應以第二審判決所確認之事實為判決基礎，故於第二審判決後不得主張新事實或提出新證據而資為第三審上訴之理由（73 台上 5230 判例）。

關於無罪判決調查證據未盡之例，實務上有以：審理事實之法院對於被告有利及不利之證據，應一律注意，詳為調查，綜合全案證據資料，本於客觀存在之經驗法則、論理法則以定其取捨，並將取捨證據及得心證之理由於判決內詳為說明。故證據雖已調查，而尚有其他必要部分並未調查，仍難遽為被告有利或不利之認定，如有應調查之證據未予調查，率行判決，其判決當然違背法令。審理事實之法院對於被告有利及不利之證據，應一律注意，詳為調查，綜合全案證據資料，本於客觀存在之經驗法則、論理法則以定其取捨，並將取捨證據及得心證之理由於判決內詳為說明。故證據雖已調查，而尚有其他必要部分並未調查，仍難遽為被告有利或不利之認定，如有應調查之證據未予調查，率行判決，其判決當然違背法令。依卷內資料，列出相關疑點，認與被告係單純漏逸氣體致生公共危險，抑或尚點燃毛巾欲引爆其漏逸之瓦斯氣體而縱火燒屋，觸犯刑法第 176 條、第 173 條第 3 項，甚至刑法第 271 條第 2 項之罪責攸關，基於公平正義之維護，自有調查之必要性。原審未予釐清，遽行判決，有應於審判期日調查之證據未予調查之違法（參照 100 年度台上字第 2115 號判決意旨）。

不構成：1、80 台上 4402 判例（不屬刑訴第 379 條第 10 款之證據，該訴訟程序之違法，顯然於判決無影響），2、80 台上 4672 判例（錄影帶已勘驗，並製作勘驗筆錄，審判期日已提示勘驗筆錄，未再提示錄影帶，不能謂有刑訴第 379 條第 10 款之違法）

一一、未與被告以最後陳述之機會者。

未與被告以最後陳述之機會，係指非經被告到庭不得審判之案件而言。若在第二審程序，被告經合法傳喚，無正當理由不到庭者，法律明定得不待其陳述逕行判決，自無須與以最後陳述之機會（31 上 701 判例（1））。訴訟程序之，專以審判筆錄證之（24 上 1040 判例（2）），刑事訴訟法 290 條規定，審判長於宣示辯論終結前，最後應詢問被告有無陳述。此即被告與被告最後陳述之機會。實務上有：審判長於宣示辯論終結前，雖已詢問被告有無最後陳述，但不論被告有無陳述其意見，均應將其有無陳述之情形，及其陳述之意旨詳載於審判筆錄內，以

作為審判之依據；若不為此項記載，即與未經與其最後陳述之機會無異，其訴訟程序之踐行，仍非適法。即審判長有詢問，筆錄上無被告回答之記載，實務上就僅有一被告之案件曾以：本件核閱原審 94 年 2 月 23 日審判筆錄記載，原審於辯論之後，未與上訴人即被告最後陳述之機會，所踐行之訴訟程序於法有違，尚屬可議（94 年度台上字第 2584 號判決）。關於一案有數被告之情形，則有：原審審判長於 92 年 7 月 24 日審判期日辯論終結前，雖對於上訴人等三人詢以有無最後陳述？但其審判筆錄僅記載上訴人帥○○陳述之意旨，對於上訴人蔡○○、羅○○究竟有無陳述，或其陳述之意旨如何？均未加以記載，有該日之審判筆錄可稽。依上說明，其對於審判期日程序之踐行，自屬違法（參照 92 年度台上字第 6157 號判決）。

一二、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。

（一）本法有特別規定

所稱本法有特別規定者，係指刑事訴訟法第 267 條、第 348 條第 2 項而言。所謂未受請求之事項予以判決，係指法院對於未經起訴或上訴之事項，或起訴或上訴效力所及之事項而為審判之意（28 上 2079 判例）。若法院審判之範圍，不越出請求之事項，僅認定事實及罪名與原請求有所出入，仍屬對於已受請求之事項予以判決（32 上 1775 判例）。

（二）已受請求事項未予判決

已受請求事項未予判決係指其請求之事項屬於訴之範圍（第一審為起訴；第二、三審為上訴）23 上 624 判例（2）。有無裁判採實質說，即理由已有論斷，僅主文漏未論知，亦屬已裁判（違式裁判，實質審判）。裁判上一罪案件（88 年台上 4382 判例）與可分之數罪漏判，仍可補判之情形不同。

實務上構成「已受請求事項未予判決」之例，如：自訴事實有兩項，僅就第一項事實予以論列，未就第二項事實予以審究（50 台上 1319 判例）。檢察官起訴被告竊取某甲新台幣 966 元外，並扒竊公共汽車不論姓名者之 30 元，第一審判決對此漏未裁判，原判決未予糾正，率行駁回上訴（46 台上 417 判例，此應係指裁判上一罪之案件，而數罪併罰之案件，否則應僅補充裁判之問題）。另有 69 台上 2037、70 台上 4673 等判例可供參考。至於就檢察官上訴部分未予裁判之違法情形，則有 69 台上 1442、69 台上 1552 等判例闡釋甚明。

（三）未受請求之事項予以判決

95年7月1日刑法修正施行後，原則上採一罪一罰，除有裁判上一罪（如想像競合犯）或實質上一罪（如接續犯，斷續犯、吸收犯）之關係外，數罪之情形可能發生此種未受請求之事項予以判決，一般稱之為訴外裁判（見32上1775判例、28上562判例（2））。例如：就未經起訴或上訴之犯罪加以審判，實務上曾有：1、被告被訴妨害風化部分經檢察官處分不起訴，僅起訴傷害及妨害自由，原判決認被告未妨害自由，即與未經起訴之妨害風化部分不生牽連關係，竟就妨害風化部分判處罪刑（47台非44判例）。2、第一審已撤回起訴，第二審已撤銷上訴，仍為裁判（68台上1325判例）。3、未上訴部分，一併審判（68台上1325判例）。僅一部上訴，卻將原判決全部撤銷。

至於以下各例，均認非已受請求之事項，例如：

（1）、檢察官移請併案審理（移送併辦）

檢察官以被告之犯罪行為，與法院繫屬中之其他案件具有連續犯關係，而移送法院併案審理，旨在促請法院注意被告另有犯相同構成要件之行為，是否具有連續犯關係，仍以法院審理之結果為斷，法院並不受檢察官移送併辦意旨之拘束¹⁸⁰。又檢察官將某犯罪移請法院與已起訴部分併辦者，並非提起公訴或追加起訴之意，而係檢察官認該犯罪與起訴部分有實質上或裁判上一罪之審判不可分關係，促請法院注意及之。倘法院審理結果，認該犯罪與起訴部分無實質上或裁判上一罪之關係，即不能就該犯罪予以裁判。

（2）、更正起訴事實，事實之擴張、減縮（補充理由書）

已經提起公訴之犯罪事實，除經檢察官依法撤回起訴外，並不能因檢察官在審判期日表示減縮起訴事實或未予陳述主張而發生消滅訴訟繫屬之效力，此與民事訴訟程序因採當事人處分權主義而得由當事人減縮應受判決事項之聲明之情形不同，換言之，該部分既未消滅訴訟繫屬，法院仍應予以裁判¹⁸¹。檢察官於言詞辯論時以言詞或提出補充理由書更正起訴事實，如法院認同一基本事實，則應就檢察官更正後之事實加以審判。檢察官已於第一審更正起訴事實為被告共同基於

¹⁸⁰參照最高法院94年度台上字第5308號判決意旨。

¹⁸¹參照最高法院97年度台上字第1156號判決意旨。

販賣第一級毒品之犯意聯絡參與本件犯行，並引用刑法第二十八條之條文，因認原判決自得就此論以共同正犯罪責¹⁸²。

刑事訴訟無如民事訴訟之應受判決事項之擴張、減縮之規定，如起訴部分有罪，其他部分亦有罪，始生有裁判上一罪（實質上一罪）起訴效力所及；如無裁判上一罪（實質上一罪）非起訴效力所及。其他部分不構成犯罪時，即無裁判上一罪（實質上一罪）關係，非起訴效力所及。倘起訴部分無罪，其他部分不論是否構成犯罪，均非起訴效力所及。因之如就起訴部分諭知無罪，並另就其他部分判處罪刑，此時其他部分為訴外裁判，如經上訴僅將該訴外裁判部分，撤銷即可。

（四）相關問題

1、追加起訴之問題

除於審判期日得以言詞追加外，應以書狀追加，追加起訴係數罪併罰之情形，屬相牽連之犯罪，應係非起訴效力所及之部分，如就起訴效力所及部分，為追加起訴，則為重複起訴，乃不合法之追加，應就該追加部分，為公訴不受理之諭知。

（1）追加與否欠明

檢察官之補充理由書並非追加起訴書，檢察官如於審判期日以言詞追加，實務上發生究係補充犯罪事實抑追加起訴欠明之情形，最高法院認為此時事實審法院應予究明¹⁸³。

（2）追加起訴之合法要件

審判期日以言詞追加犯罪事實，所追加者與原起訴事實係相牽連案件，而無裁判上一罪之關係追加起訴，得於審判期日以言詞為之，刑事訴訟法第二百六十五條第二項定有明文。依上開規定追加起訴要件有：

（1）第一審辯論終結前

於辯論終結後始行提出追加，則該追加起訴部分不合法，應為不受理之判決，如竟為有罪、無罪之判決，則其判決違背法令。

（2）與本案相牽連之犯罪或本罪之誣告罪

非屬本案相牽連之犯罪或本罪之誣告罪，屬刑事訴訟法第 267 條之起訴效力

¹⁸²最高法院 99 年度台上字第 1136 號判決意旨參照。

¹⁸³參照最高法院 98 年度台上字第 1613 號判決意旨。

情形，卻追加起訴。因檢察官就犯罪事實一部起訴，其效力及於全部。修正前刑法包括裁判上一罪（如連續犯、牽連犯、想像競合犯）、實質上一罪（如接續犯、集合犯、吸收犯、結合犯、加重結果犯、常業犯等）、單純一罪，修法後僅有想像競合犯、實質上一罪、單純一罪。追加起訴與刑事訴訟法第 267 條規定之區別。第 267 條已起訴之部分及未起訴之部分，均應構成犯罪，並具有連續犯或牽連犯等關係，始生效力及於全部之問題¹⁸⁴。依前述說明分析如下：1、起訴部分構成犯罪，未起訴部分亦構成犯罪，且有裁判上一罪關係，為起訴效力所及，應一併審判。2、起訴部分構成犯罪，未起訴部分不構成犯罪，理由內說明未起訴部分非起訴效力所及。3、起訴效力不構成犯罪，未起訴部分，不論構不構成犯罪，根本不生裁判上一罪關係，無一部分效力及於全部之餘地。如屬第 267 條之範圍，則追加起訴部分係重行起訴，應諭知不受理之判決。

認定案件之事實是否具有不可分關係之單一性，法院審判固不受檢察官起訴或上訴見解之拘束，惟上級審法院認案屬單一性不可分，必須合一裁判者，以下級審判決之數部分事實俱屬有罪，始足當之，若事實之一部經認定為不成立或不能證明犯罪，自與其他無罪或有罪部分之事實無不可分關係可言，若判決諭知無罪部分已經確定，縱令檢察官認該部分與未確定部分有不可分關係而併予提起上訴，為維護被告該部分之既判力利益，上訴審亦不得就該部分併為實體上之審判¹⁸⁵。

究係裁判上一罪關係抑數罪併罰，則應以法院判決所認定者為準。

檢察官實行公訴時，在審判中更正起訴事實，在訴訟進行中實有更動部分事實，但不得影響其同一性。檢察官實行公訴對起訴效力範圍之主張，與法院對起訴範圍之判斷，係屬二事，但依不告不理原則，不論檢察官實行公訴、法院審理及判決，均不得超過起訴效力範圍之犯罪事實¹⁸⁶。關於起訴被告涉犯施用毒品（海洛因或甲基安非他命）、販賣毒品（何種毒品、販賣之時間、地點），檢察官實行公訴時，就毒品種類、犯罪時間、地點等項加以更正。此時須審酌是否具案件同一性，又如就販賣次數加以更正，則涉及販賣行為是採集合犯抑一罪一罰數罪併

¹⁸⁴參照最高法院 37 年特覆字第 3722 號判例意旨。

¹⁸⁵參照最高法院 86 年度台上字第 1245 號判決意旨。

¹⁸⁶劉邦繡，檢察官實行公訴及更正起訴之範圍—對最高法院 95 年台上 2633 判決探究，刑事法雜誌，51 卷 6 期，2007 年 12 月，頁 54。

罰之問題。

2、撤回起訴之問題

撤回起訴發生效力與否，攸關訴是否存在之問題，有併予探討之必要。刑事訴訟法第 269 條明定：撤回起訴，應提出撤回書敘述理由。如檢察官於準備程序或審判期日僅以言詞表示撤回訴之全部或一部，不生撤回效力。又裁判上一罪，實質上一罪之單一性案件，既不許為一部之起訴，當然不許為訴之一部撤回。若為一部撤回，法院依刑事訴訟法第 267 條規定，仍可全部予以審判，此乃因一罪一個刑罰權，訴訟上無從分割。從而，此種案件若為一部撤回，既不生撤回效力，法院就該部分仍應予審判，否則，即有已受請求之事項未予判決之違法。再刑事訴訟法並無如民事訴訟法得「擴張或減縮應受判決事項之聲明」之規定。如須追加起訴或撤回起訴，自應分別依刑事訴訟法第 265 條或第 269 條之規定為之；是就與已經起訴之案件無單一性不可分關係之相牽連犯罪（指刑事訴訟法第 7 條所列案件），應依起訴之程序以言詞或書面加提獨立之新訴，不得於準備程序或審判期日，逕以擴張起訴犯罪事實之請求代替訴之追加；另亦不得於準備程序或審判期日以言詞為減縮起訴犯罪事實之請求代替撤回起訴，否則，其擴張或減縮之請求亦不生效力¹⁸⁷。如已起訴之犯罪事實，經審理結果認部分構成犯罪，不能證明某部分犯罪，檢察官依裁判上一罪關係起訴時，應於理由敘明不另為無罪之諭知，不應以附此敘明之方式為之。

刑事訴訟法並未規定檢察官得以言詞撤回起訴，如以言詞為之，不生撤回效力，仍應審理判決，如漏未裁判，雖生補充判決之問題，然既未經判決，自不生上訴與否之問題。此一情形，因原審法院未為判決，自無從提起上訴加以救濟。法院得依職權或依聲請就漏未裁判部分，踐行審判程序後，為補充判決。

3、一部上訴之問題

上訴人僅就一部提起上訴，法院誤為全部上訴而予裁判（68 台上 1325 判例）。法院應查明其上訴範圍，如上訴後撤回部分上訴，或原未表明係一部上訴，後已表明僅就某部分上訴，被告在第二審經判決部分有罪、部分無罪，其未表明僅就有罪部分上訴，實務上關於只有被告上訴，檢察官未上訴之情形，有就無罪

¹⁸⁷參照最高法院 99 年台上字第 4789 號判決意旨。

部分一併加以審理，並以無上訴之利益予以駁回者¹⁸⁸（不得上訴第三審之案件或被告就無罪部分，不得上訴）。有僅就被告有罪之部分審判，其以被告之上訴理由祇針對有罪部分為之，顯已表明僅就有罪部分上訴。

一三、未經參與審理之法官參與判決者。

未經參與審理之法官依法不得參與判決，本件原審審判筆錄所載最後出席審理之法官為甲、乙、丙，而附卷之判決原本其法官姓名則易丙為丁，是顯以未經參與審理之法官參與判決，不能謂非違法，雖原審隨同上訴狀附送之判決正本又易丁為丙，然判決正本乃書記官依據原本所作成，正本與原本不符為書記官職務上之過失，仍應以原本為準，不能因正本之法官姓名與筆錄相符，即謂原判決非屬違法。參照最高法院 21 年上字第 1988 號判例意旨（一）

參與審理之法官為甲、乙、丙，參與判決之法官易丙為丁，是未經參與審理之法官參與判決（37 上 2317 判例）。甲法官開庭，乙法官判決或甲、乙、丙開庭，由甲、乙、丁判決。如係審判筆錄記載錯誤，書記官訂正筆錄。又如係判決正本與原本記載不符，亦得裁定更正判決正本。書記官將正本更正（21 上 1988 判例（1））。如係由未參與審判之法官參與判決，則不得更正。

第二審係覆審制，則第一審判決有當然違背法令之情形，得否因第二審已踐行相關程序認已補正而維持第一審之判決。實務上認為：第一審於 97 年 12 月 4 日下午 2 時 20 分踐行審判程序，依審判筆錄記載，係由審判長法官陳○民、法官楊○○、法官詹○○參與審理。然其參與第一審判決之法官為審判長法官陳○民、法官陳○宇、法官詹○○，則未經參與審理之法官陳○宇參與判決，第一審判決當然違背法令。乃原審未撤銷第一審關於此部分之判決，而逕予駁回上訴人在第二審之上訴，自屬於法有違¹⁸⁹。

一四、判決不載理由或所載理由矛盾者。

（一）所謂判決不載理由，係指依法應記載於判決理由內之事項不予記載，或記載不完備者而言（63 台上 3220 判例）。亦稱判決不載理由或理由不備。

A、有罪判決之不備理由之情形，例如：

1、原判決認定上訴人於行使林產物採取權時，僱使他人竊取森林主產物，而理由

¹⁸⁸參照最高法院 96 年度台上字第 5492 號判決意旨。

¹⁸⁹參照最高法院 100 年度台上字第 1638 號判決。

欄僅就上訴人僱工砍伐樹木及發放工資之證據加以記載，並未說明其如何認定上訴人僱工盜伐森林所憑之證據，自屬理由不備（45 台上 1571 判例）。

2、原判決認定上訴人等應成立傷害人致重傷罪，究係合於該條項何款之情形，理由欄並未述明，顯係理由不備（46 年台上 183 判例）。

B、無罪判決之理由不備情形，實務上認為：無罪之判決，依法既應記載其理由，則對於卷內不利之證據資料，如何不足以證明被告犯罪，自應詳述其理由，否則即有理由不備之違法（100 年度台上字第 2108 號判決）。或以：無罪之判決，依法既應記載其理由，則對於被告被訴之事實及其不利之證據資料，如何不足以證明被告犯罪，均應逐一詳述其理由，否則即有判決不載理由或理由不備之違法（96 年度台上字第 3347 號判決）。第二審法院就檢察官所舉不利於被告之證據未說明如何不足以證明被告有被訴之犯罪，構成不載理由之違法情形。

不構成理由不備之例：有 72 台上 2960 判例（非判決所由生之事項，亦與適用法律無關）、72 台上 5811 判例（原判決理由對該部分原毋庸加以說明）等判例，

（二）所載理由矛盾

所載理由矛盾係指判決所載之理由彼此有相牴觸者而言。

A、主文、事實與理由前後矛盾（64 台上 893 判例）。

例如：槍砲彈藥刀械管制條例第四條第一項第一款及第八條第一項，已將「空氣槍」與「其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲」並列為管制之槍砲，該二者係屬不同類型之槍砲，不容相互混淆。原判決就上訴人於本案所製造、販賣者究係「可發射金屬具有殺傷力之改造玩具手槍」或「空氣槍」，原判決主文、事實及理由欄所載不相一致，有理由矛盾之違誤（100 年度台上字第 2265 號判決參照）。

B 主文與理由、事實與事實、理由與理由、事實與理由、前後矛盾。

甲、主文與理由矛盾，實務上有：主文諭知上訴駁回，理由認被告上訴有理由，應予撤銷自為判決（47 台上 15 判例）。

事實與事實矛盾，如：撤銷改判，仍引用第一審所記載之事實，第二審判決書與引用第一審判決書所載之事實互相矛盾（28 上 2388 判例）。

乙、事實與理由矛盾，

事實認定被告攜刀尋訪被害人乃為商談婚嫁，理由內則謂其攜刀為預謀殺害被害

人，顯屬兩相矛盾（49 台上 29 判例）。

丙、理由與理由矛盾

如（1）先稱應吸收於偽造行為之內，不生牽連或想像競合問題，結論復引用第五十五條從一重處斷，前後顯相矛盾（43 台上 684 判例）。理由矛盾 原判決認第一審之量處拘役為過輕而改判罰金，揆諸刑法第 35 條第 1 項及第 33 條所定主刑重輕之次序，其所載理由顯屬矛盾（29 上 2306 判例）。

（2）先謂重傷，後謂傷害致重傷，其理由自相矛盾（28 上 1260 判例）。

丁、事實與主文理由各項均相矛盾

事實認定上訴人盜伐林木未遂，理由則謂為應以既遂論科，並據為撤銷改判之理由，事實與主文理由各項均相矛盾（43 台上 377 判例）。

C、證據上理由矛盾

所謂證據上理由矛盾，係指科刑判決所認定之事實，與所採之證據，不相適合而言。刑事訴訟法上所稱認定犯罪事實之證據，係指足以證明被告確有犯罪行為之積極證據之謂，該項證據必須適合於被告犯罪事實之認定，始得採為斷罪之資料（69 台上 4912 判例）。刑事判決認定犯罪事實與其所採用之證據顯屬不符，如係文字誤寫，而不影響於全案情節與判決之本旨者，得依司法院釋字第四十三號解釋予以更正外，均屬違背法令（參照司法院釋字第 146 號解釋），亦屬判決所載理由矛盾之一種¹⁹⁰。

實務上認為以下情形，並非理由不備或矛盾：

- 1、有罪之判決書既於理由內記載認定犯罪事實所憑之證據及認定之理由，對於被告否認犯罪所為有利之辯解，僅須將法律上阻卻犯罪成立及應為刑之減免等原因事實之主張，予以論列即可，其他單純犯罪構成事實之否認，原審判決縱未逐一予以判斷，亦非理由不備。
- 2、關於訴訟條件之事實，如告訴乃論之罪之告訴是否合法，犯罪行為是否重複起訴等訴訟條件欠缺之主張，即令原審判決未為判斷之說明，若依卷存資料，已足顯示並無此等主張事實之存在時，亦毋庸以理由不備之違法予以撤銷。

¹⁹⁰呂潮澤，我國刑事法律審制度之檢討，最高法院 89 年度研究發展計畫項目，2000 年，頁 62。

- 3、犯罪之動機及時、地，原則上毋庸為證據之證明，但動機、時、地若為構成要件之要素時，則應加以調查予以證明。如動機、詳細之時、地，確已無從加以調查，不得發回仍命其調查，惟原判決應於理由內說明無從調查之原因。
- 4、原審判決理由矛盾，雖屬當然違背法令；但除去矛盾部分，若仍不影響於判決之主旨者，應予撤銷原判決，自為相同之判決，毋庸發回更審¹⁹¹。
- 5、有罪之判決所認定之事實而應記載於判決書者，乃指與論罪科刑暨適用法令有關之事實而言一如犯罪構成要件之事實、刑之加重減輕之事由、故意、過失等等。故事實欄所記載之部分，倘無關於論罪科刑或法律之適用者，既不屬於必要記載之事項，自亦非理由所應敘述之範圍，則該判決援用以認定此部分非必要記載之事實之證據，即令內容上與此部分之事實不相適合，亦因其不予記載原不生理由不備之違法，倘其予以記載，縱與客觀事實不符，本亦無礙於其應為之論罪科刑與法條之適用，從而亦不構成理由矛盾之違法。另關於犯罪之緣由，除其係屬犯罪直接之原因，即已成為構成犯罪事實之一部，如刑法第 112 條之「意圖」外，通常非屬構成要件之事實，其所關之事證自亦不具備調查之必要性，原毋庸為確信之判斷，是其於事實欄既可不予記載，倘竟仍予記載，雖未於理由內說明其憑以認定之證據，或援用之證據與該部分之事實（犯罪間接原因之事實）非屬一致，如前所述，應亦不構成違法。侵占罪之基礎事實，應係易持有為所有，並亦以足供認定此一基礎事實者，其證據始有重要性之可言，至若被告之「一時籌措無著」，如前所述，原屬犯罪間接之原因，此項原因所關之事證，即該房屋拍賣時間之為何時，自非認定侵占事實及適用法律之基礎，應不具備調查之必要性，而非屬刑事訴訟法第 379 條第 10 款所規定之「應」於審判期日調查之證據，從而事實審法院未為確切之調查，致拍賣時間有所誤認，此縱係一般訴訟程序之違法，惟既不影響於判決，依同法第 380 條之規定，不得以此為上訴第三審之理由。再法律（包括實體法與程序法）賦予法院自由裁量之事項，倘未違反法律規定之目的，無背於法律秩序之理念，而其於通常第三審上訴程序中，當事人對之復未予指摘者，自亦不得對此項之裁量又為相反之主張以提起非常上訴（參照 78 年度台非字第 90 號判決意旨）。

¹⁹¹參看最高法院 77 年度第 5、6、7、11 次刑事庭會議，關於「刑事案件第二審與第三審調查證據認定事實職權之界限與第三審自為判決之範圍」之決議貳、乙。

6、證人林○○前後證述不一，原審採信其在後之供詞，當然排除內容迥異之前供，此乃證據取捨當然之法理，原判決未敘明其前供不足採證，並非理由不備（87年台上字第 923 號判決）。事實理由合併記載（刑事訴訟法第 310 條），判決不載理由或稱判決理由不備（欠備）以此一情形發回之比例亦高。判決如何不備理由？例如：審理事實之法院，對於被告有利及不利之證據，均應一併加以注意，並綜合全部證據資料，本於經驗及論理法則定其取捨而為判斷，倘為無罪之判決，亦應詳述其全部證據取捨判斷之理由，否則即有判決理由不備之違法（97 年度台上字第 6881 號判決）

實務上認為：不構成理由矛盾之例，無罪判決如：原判決理由內僅推論共同被告之供述時，謂被告涉有犯罪嫌疑，而其結論仍認該被告之罪嫌為不能證明，諭知無罪，其前後論旨並無抵觸（27 上 2910 判例）；有罪判決，如：有罪之判決書，其認定事實、所敘理由及援用科刑法條均無錯誤，僅主文論罪之用語欠周全，於全案情節與判決本旨並無影響，難謂有判決理由矛盾之違法（84 台非 190 判例）。

第二款 相對違背法令

除前述第 379 條所列舉之 14 款絕對違背法令事由外，其他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。由於此等訴訟程序之違背法令可否作為第三審上訴理由，尚須審酌是否足以影響判決為斷，因之稱為相對違背法令或相對上訴理由¹⁹²。至於何謂於判決無影響，修關實務之運作甚鉅，容後於第六章「實務法規及功能之檢討與因應」中，詳加探討。

實務上認為於判決有影響者，例如：1、原審於民國 28 年 12 月 3 日審判時，勸令被告某甲於十日內向上訴人即自訴人某乙賠禮，嗣因賠禮發生爭執，由某乙請求審判，至同月 23 日繼續審判時，某甲未到，原審僅就賠禮之爭執向某乙略加訊問，關於其自訴某甲誣告之內容，毫未令其辯論，即行終結，顯違刑事訴訟法第二百條（舊法，現行刑事訴訟法第 221 條）之規定，此項訴訟程序之違背，不能謂於判決無影響，則上訴意旨據為上訴理由，自屬正當（29 上 3682 判例）。2、第二審之審判，除有特別規定外，準用第一審審判之規定，故審判長調查證據完畢，應由檢察官被告及辯護人依次辯論，而此種關於審判期日之訴訟程序，是否

¹⁹²林山田，刑事程序法，五南圖書出版有限公司，2000 年 5 月三版 1 刷，頁 681。

依法踐行，並應以審判筆錄為證，刑事訴訟法第 356 條、第 282 條、第 47 條定有明文，原審審判筆錄，並未載審判長調查證據完畢後，命蒞庭之檢察官及被告依次辯論，即行宣示辯論終結，其所踐行之訴訟程序，顯有違誤（參照 44 年台非字第 58 號判例）。

實務上認為於判決有影響者，如：上訴人在檢察官偵查中亦供認上開犯行無訛，是除去上訴人在警局之自白，綜合其他證據，仍應為同一事實之認定，從而原審前述訴訟程序上之違誤，並不影響於判決，上訴人執此提起第三審上訴，尚難認係適法之上訴理由。被害人自始未有告訴之表示，雖屬實情，然未經告訴與告訴後之撤回，同為積極之訴訟條件欠缺，依法均應為不受理之判決，原審誤未告訴為告訴之撤回，固有可議，惟尚不影響於判決之結果，自仍不得執為上訴之理由（71 台上 1162 判例）。

第三款 區別實益

上訴人主張有刑事訴訟法第 379 條所列當然違背法令之情形，其不必說明，於判決有如何之影響，有各該情形，即應認有以判決違背法令之上訴理由。如非屬該條所列舉情形，訴訟程序雖係違背法令，而顯然次判決無影響者，仍不得上訴次第三審法院。為避免刑事訴訟法所列情形，適用太過寬廣。其中以第 10 款「依本法應於審判期日調查之證據」為上訴理由者尤為眾多。實務上經大法官釋字第 238 號解釋文，揭示：刑事訴訟法第 379 條第 10 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，本不屬於上開第 10 款之範圍，縱其訴訟程序違背法令，惟如應受同法第 380 條之限制者，既不得據以提起第三審上訴，自不得為非常上訴之理由。對於依刑事訴訟法應於審判期日調查之證據，闡明其意義後，界定何種證據始為該項證據，其他不屬於該項證據之範疇，如未予調查，即不生判決當然違背法令之問題。認 29 年 2 月 22 日最高法院民、刑庭總會決議關於「訴訟程序違法不影響判決者，不得提起非常上訴」之見解，就證據部分而言，即係本此意旨，尚屬於法無違，與司法院釋字第 181 號解釋，亦無抵觸等旨。如非屬第 379 條第 10 款之範圍之證據，縱未調查致訴訟程序違背法令，依同法第 380 條規定，應受於判決有影響之限制。此號解釋後，區分上訴意旨所主張者是否屬第 379 條所列情形，

實務上就同條第 14 款「判決不載理由」之規定，亦有以：所謂對於被告有利之證據不予採納者，應說明其理由，係指該項證據倘予採納，能予推翻原判決所確認之事實，而得據以為有利於被告之認定者而言。如非此項有利於被告之證據，縱未於判決內說明其不足採納之理由，因本不屬於上開範圍，仍與判決理由不備之違法情形有間等情¹⁹³。

第二項 訴訟程序與判決違背法令（狹義）

上訴第三審理由係以「判決違背法令」（廣義）¹⁹⁴為理由，而最高法院檢察署檢察總長提起非常上訴，係以判決確定後，發見該案件之審判係違背法令者為由，又因刑事訴訟法第 447 條就非常上訴有理由之處理，區分為：一、原判決違背法令者，將其違背之部分撤銷。但原判決不利於被告者，應就該案件另行判決。二、訴訟程序違背法令者，撤銷其程序。因此即有判決違背法令（狹義）與訴訟程序違背法令，二種情形。然而所謂「程序」與「判決」之違法是否能「涇渭分明」之區分¹⁹⁵。依實務上之運作，因兩者互有牽連，有由訴訟程序違背法令往判決違背法令移動之情形，致有消長。

非常上訴審雖與通常之第三審上訴有別，但在非常上訴案件中，最高法院須具體表示其法律見解，即對某一非常上訴理由所指摘究係訴訟程序違背法令與判決本身違背法令，有助於第三審上訴理由之探討，爰就此一分類加以說明。

第一款 訴訟程序違背法令

訴訟程序違背法令係指判決本身以外之訴訟程序違背程序法之規定。以前述第 379 條所列各款情形為例，其中第 1、2、3、8、9、11、13 款及第 14 款之判決不載理由¹⁹⁶。均屬訴訟程序違背法令，且與判決本身尚不生牽連，均屬訴訟程序違背法令。均僅訴訟程序違法，而與判決尚無牽連。

第二款 判決違背法令

¹⁹³參照最高法院 100 年度台上字第 2192 號判決意旨。

¹⁹⁴有認為形成判決之審判違背法令，可分為審理程序違背法令、判決程式違背法令兩種，見張麗卿，刑事訴訟法理論與運用，五南圖書股份有限公司，1999年9月4版1刷，頁545。

¹⁹⁵楊雲驊，判決違背法令或訴訟程序違背法令，法學講座，28 期，2004 年 7 月，頁 109。

¹⁹⁶關於刑事訴訟法第 679 條第 14 款之判決不載理由，有認為判決不載理由，則事實之認定，即無根據，主文即無由產生，與單純訴訟程序之違背法令，僅可能間接對判決發生影響者有異，主張應列入判決違背法令較為妥適者，參見褚劍鴻，訴訟程序違背法令與非常上訴，法令月刊，40 卷 5 期，1989 年 5 月，頁 3。

判決違背法令係指判決本身違背法令而言，此項違背法令之原因，存於判決本身適用法令之錯誤，足以直接影響於該案判決之主文。如該案應為某種判決，但因適用法令錯誤，致另為其他之判決。判決違背法令，有基於法律規定、判例闡明或解釋推理¹⁹⁷。以前述刑事訴訟法第 379 條絕對違背法令事由為例：一、依最高法院 29 年 2 月 22 日 29 年總會決議認為：第 349 條第 4 款、第 5 款、第 12 款、第 14 款之因理由矛盾，如係適用法條錯誤¹⁹⁸，係屬判決違法。二、依司法院釋字第 181 號解釋：依法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，該項確定判決，即屬判決違背法令。則第 10 款亦屬判決違背法令。三、如其判決前之訴訟程序違背第 6、7 款之規定，致有依法不應為判決而為判決之違誤，顯然於判決有影響者，該項確定判決，即屬判決違背法令。再者，第二審所踐行之訴訟程序違背同法第 379 條第 7 款、第 284 條之規定，固屬判決前之訴訟程序違背法令。但非常上訴審就個案之具體情形審查，如認判決前之訴訟程序違背被告防禦權之保障規定，致有依法不應為判決而為判決之違誤，顯然於判決有影響者，該項確定判決，即屬判決違背法令。有最高法院 91 年 6 月 11 日、同年 2 月 25 日 91 年度第 7、8 次刑事庭會議決議、91 年台非字第 152 號判例可資參考，則第 6、7 款亦屬判決違背法令¹⁹⁹。因之實務上認為第 379 條所列各款，其中第 4、5、6、7、10、12 款及第 14 款之因理由矛盾，如係適用法條錯誤，均係判決違背法令。

第三款 區別實益

狹義之判決違背法令與訴訟程序違背法令，均屬廣義違背法令，無論何者均得為上訴第三審之理由。何以此區分，說明如次：

一、上訴第三審程序

除絕對上訴理由外，雖訴訟程序違背法令，而顯然於結果無影響者，不得為上訴之理由。因此如上訴人主張有絕對上訴理由以外之訴訟程序違背法令情形，必須說明該訴訟程序之違反，如何影響於判決，具備此因果關聯，始得為適法之第三審上訴理由。

¹⁹⁷王文，刑事判決違背法令及其救濟方法之探究，輔仁法學，7 期，1988 年 1 月，頁 59。

¹⁹⁸最高法院 64 年 7 月 15 日第 4 次刑事庭會議決議，認刑事訴訟法第 379 條第 14 款之因判決所載理由矛盾，應屬判決違背法令，而非訴訟程序程序違背法令。

¹⁹⁹參照邵燕玲，從非常上訴之目的論「審判違背法令」（與談資料），收錄於最高法院學術研究會編印，刑事第三審上訴及非常上訴制度之探討，2009 年 12 月，頁 122-124。

二、非常上訴程序

刑事訴訟法第 441 條之審判違背法令，包括判決違背法令及訴訟程序違背法令，後者係指判決本身以外之訴訟程序違背程序法之規定，與前者在理論上雖可分立，實際上時相牽連。第二審所踐行之訴訟程序違背同法第 379 條第 7 款、第 284 條之規定，固屬判決前之訴訟程序違背法令。但非常上訴審就個案之具體情形審查，如認判決前之訴訟程序違背被告防禦權之保障規定，致有依法不應為判決而為判決之違誤，顯然於判決有影響者，該確定判決，即屬判決違背法令。案經上訴第三審，非常上訴審就上開情形審查，如認其違法情形，第三審法院本應為撤銷原判決之判決，猶予維持，致有違誤，顯然影響於判決者，應認第三審判決為判決違背法令²⁰⁰。原判決係判決違背法令者，將其違背之部分撤銷。但原判決不利於被告者，應就該案件另行判決。如係誤認為無審判權而不受理，或其他有維持被告審級利益之必要者，得將原判決撤銷，由原審法院依判決前之程序更為審判。但不得諭知較重於原確定判決之刑。倘係訴訟程序違背法令者，撤銷其程序。因之關於判決違背法令（狹義）與訴訟程序違背法令如何區別，實務相關見解，大多針對非常上訴而為討論²⁰¹。

第三項 違背程序與實體法則

判決違背法令依其違背之法令性質，區分有違背下列法則²⁰²：

- 1、違背程序法則 包括違背證據法則在內。
- 2、違背實體法則 包括判決後刑罰之廢止、變更或免除在內。

茲分述之如次：

第一款 違背程序法則

違背程序法則（包括證據法則），訴訟事項違背法令，包括採證違法。例如未依刑事訴訟法第 154 條、第 155 條規定之證據法則以認定犯罪事實，或認定事實與卷內證據資料不符，或違背經驗法則、論理法則²⁰³。

²⁰⁰參照最高法院 91 年台非字第 152 號判例意旨。

²⁰¹林鈺雄，刑事訴訟法（下冊），元照出版有限公司，2007 年 5 月 5 版，頁 357。並參看褚劍鴻，訴訟程序違背法令與非常上訴，法令月刊，40 卷 5 期，1989 年 5 月，頁 3-7。

²⁰²呂潮澤，我國刑事法律審制度之檢討，最高法院 89 年度研究發展計畫項目，2000 年，頁 33。

²⁰³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 17 輯第 8 篇，1997 年 6 月，頁 322。

例如：刑事訴訟法第 159 條之 5 有關被告以外之人於審判外之陳述，雖不符前四條之規定，而經當事人同意或視為同意作為證據者，係指被告以外之人於審判外之言詞或書面之供述證據，原判決就非供述證據之證據能力，竟以刑事訴訟法第 159 條之 5 之規定為判斷準據，適用法則不當（參照 100 年度台上字第 537 號判決意旨）。

第二款 違背實體法則

違背實體法則，舉凡不適用實體法則或適用不當，均屬之。

甲、不適用實體法

例如：有毒品危害防制條例第 17 條第 1 項、第 2 項減刑之事由，而未加適用。

乙、適用實體法不當

例如：

一、非累犯誤為累犯

刑法第 47 條規定：「（第一項）受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至二分之一。（第二項）第 98 條第 2 項關於因強制工作而免其刑之執行者，於受強制工作處分之執行完畢或一部之執行而免除後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，以累犯論。」有再犯之犯罪時間已逾五年，而誤論為累犯者²⁰⁴；徒刑尚未執行完畢，認已執行完畢而論以累犯者²⁰⁵，實務上就此一問題，常發生於數罪併罰之案件，雖其中一罪，於被告再犯罪時，雖已執行完畢，但嗣後因符合裁判確定前犯數罪，併合處罰之要件，而經檢察官向最後事審之法院聲請定應執行刑，原形式上已執行完畢之罪，因定應執行刑之結果，而全部均未執行完畢，就被告再犯之罪，自不能依累犯論處。

二、逾越法定刑度

例如無減輕原因量處低於法定刑度，無加重原因量處高於法定刑度。

三、宣告緩刑不當

（一）不得宣告緩刑而宣告

（二）附加條件與法律規定不合

²⁰⁴如最高法院 87 年度台非字第 344 號判決所載案例。

²⁰⁵在假釋期間內，應認為尚未執行完畢，參照最高法院 99 年台非字第 257 號判決意旨。

四、違背自由裁量之內部界限

刑之量定，固為實體法上賦予法院得為自由裁量之事項，但此項職權之行使，並非得恣意為之，仍應受比例原則、平等原則及罪刑相當原則之支配，且應以行為人之責任為基礎，審酌刑法第 57 條所列各款應注意之事項及一切情狀為之，使輕重得宜，罰當其罪，以符合法律授權之目的，此即所謂自由裁量權之內部界限。第一審判決認定上訴人犯販賣第二級毒品四罪，分別量處有期徒刑 9 年、9 年、10 年、15 年，合計 43 年，定執行刑有期徒刑 28 年。原判決之事實認定與理由說明科刑應審酌之事項等，與第一審判決相同，然改處有期徒刑 8 年、8 年、9 年、11 年，合計 36 年，卻定其執行刑為 16 年，較第一審判決遽減 12 年。且乙所犯販賣第二級毒品罪，因供出毒品來源而破獲，經依毒品危害防制條例第 17 條規定減輕其刑，仍處有期徒刑 8 年，上訴人無減刑情形，原判決所量處之刑與乙相同或相近，而未具體說明何以輕重反置所憑審酌之理由，其就量刑之職權行使，能否謂合於比例原則、平等原則及罪刑相當原則，非無研酌之餘地(98 年度台上字第 4639 號判決)。

第四項 積極與消極違背法令

違背法令之態樣，有判決適用法則不當，即應適用甲法則，而適用乙法則，或就法則之涵攝、闡釋錯誤，或誤用法則等均屬積極違背法令，其範圍包括適用實體法不當、適用程序法不當、適用經驗法則不當等²⁰⁶。如果係應適用某法則而消極地未予適用，則屬消極違背法令。

第一款 積極違背法令

積極違背法令係指適用法則不當之情形，應適用甲法則而誤用乙法則，或就法則之內涵闡釋錯誤、適用實體法不當等是。並舉例說明如次：

一、誤解法令

例如：貪污治罪條例第 4 條第 1 項之公務員侵占公有財物罪，性質上為雙重身分（關係）犯，行為人除必須具有公務員之身分外，並應對於該公有財物具備持有之特定關係，倘欠缺其中一種身分或特定關係，即不能成立該罪名。具體以言，若公務員因退休或其他原因離職，已不具有公務員身分，縱然將其先前在職

²⁰⁶蔡墩銘，刑事訴訟法論，五南圖書出版股份有限公司，2002年10月5版1刷，頁559、560。

時所持有之公有財物，侵占挪用或不移交，仍與上揭貪污公務侵占罪之構成要件不該當；又如公務員雖不法或不當取得公有財物，然其對於是項財物並不具備持有之特定關係者，亦無以上揭罪名相繩之餘地。至同條例第三條所定之非公務員而與公務員共犯貪污之罪者，於上揭侵占公有財物罪之情形，係指一般之人民（非公務員）和具有上揭雙重身分、關係之公務員共同犯罪，尚不包含不具有該雙重身分、關係之人（例如未具備持有公有財物特定關係之公務員）而與非公務員共同犯罪之類型。原判決事實認定周○○於90年1月16日屆齡退休，自是日起已不具公務員身分，竟和上訴人共同意圖為自己不法之所有，於當日同往金門信合社，「由周○○蓋用其本人名義系爭帳戶管理人之印章在取款憑條」（按卷內似未見此取款憑條存在），自系爭帳戶領出新台幣十二萬元後，當場將該十二萬元公有財物款項交給上訴人，挪作資金週轉之用，理由內說明周○○雖已退休，但與具有公務員身分之上訴人共同提領原在周福志管理、持有之公有財物，供作上訴人私人資金週轉，有貪污治罪條例第3條及刑法第31條身分犯規定之適用，應論以共同犯貪污侵占公有財物罪名。顯然誤解前揭法律規定意涵，而有判決適用法則不當之違法（100年度台上字第1719號判決意旨參照）

刑法第47條所稱加重本刑至二分之一，祇為最高度之規定，並無最低度之限制，法院於二分之一以下範圍內，如何加重，本有自由裁量餘地，原審乃以第一審判決未予加重二分之一，指為違法，自屬誤會（28年上字第3378號判例）。又如銀行法第125條第3項規定，法人犯前二項之罪者，處罰其行為負責人，係指因法人負責人有違反銀行法第29條第1項規定之行為，始予以處罰，並非代罰或轉嫁性質，因此，凡參與吸金決策或執行之法人董事長或董事，應論以同法第125條第1項之罪，知情承辦或參與吸收資金業務之職員，苟與法人之行為負責人或董事有犯意聯絡或行為分擔，依刑法第31條第1項規定，亦應論以該罪之正犯（100年度台上字第15號判決）。原審判決未論以共同正犯有所誤用法則。

二、科刑逾法定刑

修正前毒品危害防制條例第4條第1項規定：製造、運輸、販賣第一級毒品者，處死刑或無期徒刑；處無期徒刑者，得併科新台幣一千萬元以下罰金。又修正前刑法第64條第2項規定：死刑減輕者，為無期徒刑，或為十五年以下十二年以上有期徒刑。第65條第2項規定：無期徒刑減輕者，為七年以上有期徒刑。黃

○○如原判決附表一編號一所示販賣海洛因行為，犯罪時間為民國 95 年 4 月 16 日，應適用上開修正前刑法規定。原判決既認定其係犯修正前毒品危害防制條例第 4 條第 1 項之販賣第一級毒品罪，而適用刑法第 59 條酌量減輕其刑。乃竟量處其有期徒刑 16 年，已逾有期徒刑之法定刑範圍，自屬違法（100 年度台上字第 2225 號判決意旨參照）。

三、定應執行刑

刑法第五十一條第五款規定數罪併罰，定其應執行之刑，應在各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下，定其刑期。原判決附表三其中編號十、十五既分別量處苗○○有期徒刑十五年十月，乃就其該附表三所處之刑定應執行刑為有期徒刑十二年，有不適用法則之違法（100 年度台上字第 2225 號判決）。又宣告多數褫奪公權者，僅就其中最長期間執行之，刑法第五十一條第八款定有明文。申言之，判決宣告多數褫奪公權，若期間長短不一者，僅就其中最長期間執行之；若期間均相同者，則僅擇其一執行之；不能就各褫奪公權之最長期以上，各褫奪公權合併之期間以下，定其應執行之期間。本件原判決就甲所犯「販賣第一級毒品」共四罪，及「共同販賣第一級毒品」一罪，並均依刑法第五十九條規定酌減其刑後，依序量處有期徒刑十五年一月、十五年二月、十五年三月、十五年四月、十五年五月，並就各罪均宣告褫奪公權八年。則依上述規定及說明，原判決對於甲所宣告之多數褫奪公權八年，僅能就其中之一即「褫奪公權八年」執行之，不能就各褫奪公權之最長期以上，各褫奪公權合併之期間以下，定其應執行之期間。乃原判決主文竟宣告甲應執行「褫奪公權十年」，顯與上揭規定有違，自有適用法則不當之違法（99 年度台上字第 5256 號判決意旨參照）。

第二款 消極違背法令

本應適用某項法則而未適用，即判決不適用法則。例如：法律規定應宣告而未依法宣告者：如

（一）漏未併科罰金

槍砲彈藥刀械管制條例第七條第四項規定：未經許可，持有、寄藏或意圖販賣而陳列該條第一項所列槍砲、彈藥者，處五年以上有期徒刑，併科新台幣一千萬元以下罰金。本件原判決既認定被告犯槍砲彈藥刀械管制條例第

七條第四項之罪，並依該條項之罪論處，乃僅判處有期徒刑二年，漏未併科罰金，自有判決不適用法則之違背法令（95年度台上字第984號判決）。

（二）漏未宣告褫奪公權（如96年度台非字第68號判決）。

（三）漏未宣告緩刑中付保護管束。

（四）漏未依法加重或減輕。

漏未加重，例如未認定為累犯並依法加重；漏未減輕，如毒品危害防制條例第17第1項、第2項²⁰⁷、未依中華民國96年罪犯減刑條例減刑。至於得予減輕（如刑法之自首已修正為得減）因減輕與否，法院有裁量權、尚不構成違背法令。

（五）漏未依法宣告沒收。應沒收之物漏未依法宣告沒收。

第四節 小結

違背法令之類型多樣，各種情形錯綜複雜，雖然實務上已有諸多最高法院之判例、決議及相關判決可資參酌，惟因法令範圍廣泛，法律原則、經驗法則亦納入其中。雖經由類型化之整理，容有助於各方運用，然因各種違背法令之情形，最高法院多予參酌判斷有無影響於判決，具體個案情形不一而足，尚非可一概而論。以上所舉構成違背法令或不構成違背法令之例，可供實務之參考。相同之違誤，應避免一再發生，對於常見之違法類型，自宜經由適當管道使相關人員知悉，以免一再發生相同錯誤。司法院曾函知各法院違法判決類別例舉，供相關人員參考，其擇錄自97年至99年間最高法院判決資料，經常發生之錯誤：1、宣告緩刑判決之違法，2、減刑不當之違法，3、宣告非屬該罪法定主刑種類或低於法定本刑刑度，4、不得易科罰金之罪准予易科罰金，5、漏未依法宣告褫奪公權之違法，6、數最併罰定應執行刑不當，7、諭知義務勞務時數違法，8、重大案件判決違法但尚非不利於被告²⁰⁸。此一措施當可減少部分錯誤之發生²⁰⁹。

關於判決書，獨任制法官係由法官一人製作，因刑事法律規定繁複，相關法條又經常修正，加以相關判例、解釋眾多，適用上易發生疏漏。於合議制之情形，

²⁰⁷依刑法第71條第2項規定，有二種以上之減輕者，先依較少之數減輕之。因之如有毒品危害防制條例第17第1項、第2項之二種減輕原因，應先依同條例第17第2項減輕，再依同條第1項減輕，如非依此順序，其適用法則不當（參照最高法院100年度台上字第2863號判決意旨）。

²⁰⁸參看司法院100年1月21日院台廳刑一字第1000002183號函。

²⁰⁹其他如在法官會議，研討被撤銷之案例，分析最高法院撤銷之原因，供法官參考，亦可有效避免發生相同之違誤。

受命法官製作判決書後雖有審判長及陪席法官再次審閱或表示意見，但因案件繁多，難免仍有漏網之魚。如能設一完整檢查表依序核對檢查，當可減少錯誤之情形。茲研擬「刑事案件檢查一覽表」，分人、事、時、地、物等五大項依序檢查（細項得依必要情形調整），此一工作得由法官助理辦理，如落實依序檢查核對，當可使判決之錯誤減至最少²¹⁰。

表 4 刑事案件檢查一覽表

項次	目次	檢查要點
人	被告 共犯 被害人 使人施用、引誘他人施用、轉讓毒品之對象	1、被告是否為現役軍人，是否屬軍事法院管轄案件。是否係少年，是否由少年法庭審理。 2、年齡加重、減輕 3、身分關係加重、減輕 4、共同正犯人數二人以上或結夥三人之加重 5、被告、共犯、被害人、使人施用、引誘他人施用、轉讓毒品之對象係成年人、未成年人或少年（兒童）之加重。
事	構成要件事實 故意犯、過失犯 行為時之精神狀態	1、是否為智慧財產案件 2 共同正犯、幫助（從）犯 3、不確定故意須為結果犯 4、過失犯，不構成累犯 5、行為時精神狀態有無減輕事由
時	新舊法 減刑 累犯 緩刑 刑事妥速審判法	1、適用之法律（法條）有無修正，是否須比較新舊法 2、有無減刑條例之適用 3、有無累犯、緩刑之適用 4、有無刑事妥速審判法之適用
地	管轄權 加重事由	1 有無管轄權 2 加重強制性交、加重竊盜等
物	兇器 槍砲種類 毒品種類 毒品數量 違禁物 沒收物	1、有無加重事由，如加重強盜等 2、槍砲、毒品有無鑑定，是何種類 3、毒品有無達一定數量 4、是否為應沒收之物

資料來源：作者製表。

²¹⁰司法院 100 年 7 月 6 日院台廳刑一字第 1000016599 號函附「法官助理案件檢查表」，請法官助理於辯論終結後、宣判前檢查累犯、減刑、可否為緩刑之宣告等三項，惟欠完備，不足涵蓋。

第五章 第三審實務流程及其裁判情形之研析

第一節 前言

案件經第二審判決，上訴人向原審法院提起上訴於第三審法院，此時原審法院應先就上訴是否合法，加以審查，得補正者應先命補正。而上訴人在該案卷宗送交上訴審以前，撤回上訴得向原審法院為之（刑事訴訟法第 357 條第 2 項規定參照）。因送交卷宗後，案件即發生移審之效力，在未繫屬於上訴審之前，向原審法院撤回，除應依職權逕送上訴之案件，即生撤回上訴之效力，原審法院無庸將案件送交上訴審。如案件已送交上訴審，則應速將撤回上訴狀檢送上訴審辦理。上訴書狀經送他造答辯，及送最高法院檢察署檢察官出具意見書後（自訴案件如原審檢察官未提起上訴，因檢察官並非上訴人，無庸送最高法院檢察署，原審法院應逕送最高法院），將案卷送最高法院審理。

第二節 審理流程

上訴係不服判決請求救濟之方法，故當事人於上訴期限內表示不服，無論其形式上誤用抗告或再審字樣，仍不妨礙其提起上訴之效力²¹¹。

最高法院受理上訴案件後，即審查上訴之合法要件，依刑事訴訟法第 384 條規定：「原審法院認為上訴不合法律上之程式或法律上不應准許或其上訴權已經喪失者，應以裁定駁回之。但其不合法律上之程式可補正者，應定期間先命補正。」所稱上訴不合法律上之程式，依刑事訴訟法規定、實務見解及學者歸納認為有：未依規定向原審法院提出上訴書狀、未按他造當事人人數提出繕本、未在上訴書狀上簽名或或蓋章、以言詞聲明上訴未補具上訴書狀、為被告利益上訴但非以被告名義為、未具上訴理由書狀、自訴人未委任律師為代理人、上訴書狀所指摘非以違背法令為上訴理由。於法律上不應准許，約有：無上訴權人所為之上訴、就不得上訴第三審之案件所提起之上訴、對已確定之判決或未經原審判決之事項提起上訴、不具上訴利益之上訴案件、被告於死亡之前所提起之不合法上訴、被告

²¹¹最高法院 22 年上字第 4191 號判例意旨參照。

死亡後，有上訴權之人對之提起之上訴等項。至於上訴權已喪失，有上訴逾期²¹²、已合法捨棄上訴或撤回上訴後，另提起之上訴²¹³。

第一項 審查庭

司法院於70年12月23日以(70)院台廳一字第06649號函訂定頒布「最高法院就上訴第三審有關認定違背法令之界限與得自為裁判之範圍應行注意事項」，該應行注意事項，關於刑事部分：第三審上訴有關認定違背法令之界限載明：(一)第三審為法律審，上訴於第三審法院之案件，非以判決違背法令為理由，不得為之，此為刑事訴訟法第377條所明定，所謂判決違背法令，依同法第378條及379條規定，係指原判決不適用刑事實體法(如罪質罪數、罪之有無、刑之加減量定)、程序法(如免訴受理當否、管轄及證據法則等)，或其適用不當，以及所踐行之訴訟程序違法²¹⁴等等。故第三審上訴理由，必須依據卷內訴訟資料，具體指明原判決不適用何種法則或如何適用不當，而依同法第382條第1項敘述上訴理由或補提理由書，始為合法。如上訴理由狀並未引用確實之訴訟資料(如舉卷內資料曾向原審請求調查，未獲允准，經記明筆錄或有書狀在卷可按)並指明原判決有何違背實體法或程序法規定內容之情形(如違背法令之內容)，受理上訴之第三審法院既無從定其調查之範圍，則就形式上審查，即不能認為係合乎法定程序之上訴，自應依法先從程序上予以裁判。例如：1 上訴理由泛稱原判決認事用法均有不當或僅稱對原判決論罪科刑，實難甘服云云，應認為不具備法定之上訴理由，其上訴不合法定程序，應逕行判決駁回。2 上訴理由並未指摘原判決有何違法，徒因家境貧寒請求第三審從寬減處，或僅以不幸誤入歧途致觸刑章，請求諭知無罪或緩刑，顯然均非以違背法令為上訴理由。又法律所定犯某罪合於何種條件得酌量減輕或免除其刑，但究應減輕抑或免除，屬於審判上之職權，如未指明原判決如何違背法令，並難認為合法之上訴。(二)第三審法院審查第二審申送之上訴案卷，應嚴加審核上訴理由，如不足據以辨認原判決已具備違背法令之形式，應從程序上予以駁回。關於數罪併罰之案件其上訴書狀或補提之上訴理由書，僅就其中之一部分敘述理由，則視為對該部分上訴，其餘部分，應認為未敘述上訴

²¹²原審代理人或辯護人及其他得獨立上訴之人，其上訴期間仍自被告收受判決書送達之翌日起算，有最高法院23年上字第4260號判決意旨可參。

²¹³呂潮澤，刑事第三審上訴違背法定程序之審查制度，頁67-69。

²¹⁴刑事訴訟法第379條，其中第4、5、6、7、10、12款及第14款後段理由矛盾，實務上認為均係判決違背法令之範疇，非僅為訴訟程序違法。

理由為不合法判決駁回。又第三審對於不合程序上訴之個案，應依有關法律規定，於實務上漸形成判例，以推廣應用，以期適應社會情勢，發揮適用法律之精神。(三) 依刑事訴訟法第 393 條，第 394 條規定，得依職權調查之事項，均屬上訴進入合法程序後，始得為之，依程序優先於實體之原則，於程序上審查原判決有無違背法令時，仍應以上訴理由狀所指摘者為限，不得率將得依職權調查之事項，一併考慮在內，以免浮濫。故就形式上審查，認係不合法之上訴時，均應從程序上予以駁回。必程序上審查認係合法之上訴，始得為上訴理由中所指摘之事項論點是否確當（即上訴有無理由之實體問題）及刑事訴訟法第 393 條所列各款之職權調查事項（為上訴意旨所未指及者），進行調查審理。(四) 依刑事訴訟法第 382 條第 1 項規定，上訴於第三審法院之上訴書狀，應敘述上述理由，如原審檢察官提出之上訴書，僅云：「茲據告訴人某甲，具狀請求提起上訴前來，經核內容，當非顯無理由，檢附原書狀提起第三審上訴，請予法辦」並無一語指摘原判決如何違背法令及該原書狀內容如何尚非顯無理由，刑事訴訟法既無上訴理由得引用或檢附其他文件代替之規定，應認為不合程序，逕行駁回。(五) 原審法院依職權逕送第三審審判之宣告死刑或無期徒刑之案件，當不受非以違背法令為理由不得上訴第三審之限制²¹⁵。最高法院自為裁判之範圍：（一）案件合於刑事訴訟法第 398 條各款規定之情形者，第三審應即自為判決，惟應注意第二審法院確定之事實為判決基礎，不可自行認定事實適用法律。故認為上訴有理由，且原判決確係違背法令，但不影響事實之確定可據為裁判者，應將原判決經上訴之部分撤銷，自為判決。若認為有言詞辯論之必要，亦儘可能舉行言詞辯論，俾案件早日確定。如僅係適用法律問題而不影響於事實之確定之案件，不得發回更審。（二）非常上訴之功能，乃為發揮終審法院統一法令之適用，以糾正確定違法判決。至法院之判決內容，於確定事實之援用法令如無不當，僅係前後判決所持法律上之見解不同者，當不能執他判決所持之見解而指摘另判決為違背法令。最高法院據此於 71 年 2 月間成立刑事審查庭。

依據該注意事項，並依「最高法院民、刑事案件編號、計數、分案報結要點」肆、分案、八之（二）規定：「刑事案件，經刑事科初步審查認卷證齊全，且符

²¹⁵ 「最高法院就上訴第三審有關認定違背法令之界限與得自為裁判之範圍應行注意事項」尚有「戡亂時期肅清煙毒條例送最高法院覆判之死刑或無期徒刑案件」等語，此部分似應配合法律予以修正。

合上訴本院規定者，即將本院卷送刑事審查庭（股），就其上訴是否以原判決違背法令為理由予以審查。經審查庭（股）認上訴合於法令規定者，再依保密程序分案。但未設審查庭（股），或案件有本要點第 10 點所列情形之一者，逕依保密程序辦理。」案件經審查庭審查認上訴未以原判決違背法令為理由，即以上訴不合法律上之程式，予以駁回²¹⁶。

實務上該類判決理由，略以：按刑事訴訟法第 377 條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。本件原判決以上訴人對第一審論處其施用第一級毒品累犯罪刑之判決，提起第二審上訴，其上訴書狀未敘述具體理由，因認其上訴違背法定要件，予以駁回。已詳敘憑以認定之理由。從形式上觀察，原判決並無任何違背法令之處。上訴意旨未依據卷證資料，具體指摘原判決如何違背法令，僅謂已前往醫院接受美沙冬戒毒治療云云，難謂已符合首揭法定上訴要件。其上訴違背法律上之程式，應予駁回²¹⁷。未經審查庭駁回者²¹⁸，即依保密分案方式辦理。

第二項 分案

最高法院因採限量分案方式分案，原則上案件依序等待分案，但因部分案件有提前辦理之必要，因於前揭要點第 10 點明定：刑事案件有下列情形者，應提前分案：

1. 更二以後之案件（經最高法院第二次發回，即原審審理字號為更三）。
2. 久懸案件（最高法院收案時，繫屬法院已逾五年未結）。
3. 重大刑事案件。
4. 貪污、走私案件。

²¹⁶詳參呂潮澤，刑事第三審上訴程序審查判決之特性及其應具備之訴訟條件，法令月刊，56 卷 11 期，2005 年 11 月，頁 4-16。

²¹⁷最高法院 100 年度台上字第 3422 號判決意旨參照。

²¹⁸審查庭經審查後，僅終結上訴不合法從程序上駁回之案件，審查庭並不處理須撤銷原判決之案件。

5. 被告在押案件。關於被告在押案件，刑事訴訟法第 121 條於 96 年 12 月 12 日修正，規定件在第三審羈押事宜由第二審法院辦理。最高法院收受卷證後，有人犯之案件，即回傳通知原審法院辦理被告之第三審羈押事宜。

以上或因案件久懸、重大、有儘先加以審理之必要。其餘案件則依序等候分案。分案後，原判決非宣告死刑、無期徒刑之案件，經上訴人合法撤回上訴²¹⁹，上訴即失其繫屬，無庸為任何裁判，即得報結者，此以其他方式終結，統計上「他結」。

依前揭要點第 11 點：刑事科分案股，為加強分案保密，每次分案時，得不依收案先後次序，另編號碼。第 15 點並規定：刑事科分案股，應將收案案號與分案案號列成對照表，秘密保管，以備分送續件之用。

最高法院為使發回更審三次以上即更二以後再行上訴（原審字號為更三）之刑事案件（下稱更二以後之案件）早日確定，就分案部分特訂定「最高法院第二次發回更審以後之民、刑事上訴案件分案實施要點」。就更二以後之案件之分案作細部規定，即該類案件按刑事科製作之保密送案清單所列原承辦股法官，循保密分案程序，分由該法官辦理；並依「最高法院民、刑事案件編號、計數、分案報結要點」第 10 點規定，辦理提前分案。該更二以後之案件，如尚未經改分其他法官辦理者，仍分由該原承辦股法官辦理，期使案件妥速確定。

第三節 訴訟特性

第一項 書面審理

依「最高法院辦理民、刑事開庭案件應行注意事項」，開庭案件，除言詞辯論外，仍應保密。最高法院處務規程第 28 條：「審判長認案件有為言詞辯論之必要時，得指定言詞辯論期日。」「前項案件公開審理時，審判長認有定額旁聽之必要者，得通知書記廳製發旁聽證。」第三審為法律審，以審查原判決違背法令為其職責，其審理方式採書面主義之間接審理，其判決原則上不經言詞辯論為之。最高法院為刑事案件開辯論庭，極其少見，近 30 年來，僅於 86 年間之李約伯殺警案²²⁰及 67 年間船長馮樹屏殺人未遂案開庭審理。刑事訴訟法第 394 條第 1 項但書規定，得依職權調查，因之有主張最高法院既得為調查事實，自得依其調查之結果認定事實，進而為適法之裁判。但法律許其調查，並得依其調查之結果認定，

²¹⁹為被告利益上訴者，撤回上訴須經被告同意。

²²⁰參照最高法院 86 年度台上字第 1437 號判決。

逕為訴訟程序上之事實或形式裁判上事實之認定，其經言詞辯論程序所得認定之實體裁判上事實，刑事訴訟法並無第三審法院得依書面主義之間接審理，逕為實體裁判事實認定之規定。因之原判決違背法令於事實之確定有影響，只得發回或發交，尚不得僅憑訴訟紀錄，自為實體裁判²²¹。

第二項 調查之限制

刑事訴訟法第 393 條本文規定，第三審法院之調查，以上訴理由所指摘之事項為限。第三審原則上係以上訴人之上訴書狀所主張之上訴理由，是否存在為其調查範圍。其另規定得依職權調查之事項有：

- 一、第 379 條各款所列之情形。
- 二、免訴事由之有無。
- 三、對於確定事實援用法令之當否。
- 四、原審判決後刑罰之廢止、變更或免除。
- 五、原審判決後之赦免或被告死亡。
- 六、關於訴訟程序之事項。

以上一至五係刑事訴訟法第 393 條但書所規定，第六則為同法 394 條第 1 項但書所明定。得依職權調查之事項，係上訴合法後，始審酌得依職權調查事項。縱上訴意旨未指摘及此，亦得調查。第三審係事後為法律之審查，關於原判決是否違背法令，乃立於原審為該判決之時點而為判斷，而不應於第三審時之立場為判斷。原審判決後刑罰之廢止、變更或免除，就理論言，原判決並無違法之可言，自不足為提起第三審上訴之理由。惟原判決之科刑所依據之法律既有更動，自應予救濟之機會，因之有稱之為準違背法令²²²者。此為上訴人所得主張之上訴理由，亦屬第三審法院得依職權調查之事項。所謂刑罰之變更，依刑法第 2 條第 1 項但書係因修法而減輕，如因而加重，即無該規定之適用。

實務上有：第三審法院得依刑事訴訟法第 394 條第 1 項但書規定，就關於訴訟程序及得依職權調查之事項，調查事實者，必以先有合法之上訴為前提。而刑事被告於第三審上訴中死亡，依法應諭知不受理之判決者，亦以被告死亡在有合法之上訴之後者為限。如為不合法之上訴，則原第二審判決已因無合法之上訴而

²²¹陳樸生，審判之違背法令於事實之影響，刑事法雜誌，3 卷 12 期，1959 年 12 月，頁 9。

²²²朱石炎，刑事訴訟法論，三民書局股份有限公司，2007 年 9 月初版 1 刷，頁 449。黃東熊、吳景芳合著，刑事訴訟法論，三民書局股份有限公司，2001 年 10 月，修訂 4 版 1 刷，頁 615、616。

確定，第三審法院即無從依職權逕行對被告死亡之事實加以調查，據以諭知不受理之判決²²³。

第三審法院調查之範圍，除前述得依職權調查之部分外，原則上以上訴理由所指摘之事項為限。關於第三審之調查範圍，最高法院早有相關決議（「最高法院關於刑事第三審上訴案件之總決議案」，頗值參考，爰列於本文附錄二），認為調查之範圍，以上訴理由所指摘之事項為限。故：1、上訴意旨所指摘各點，應均予以調查裁判。2、原判決所未採取之證據，如經上訴意旨加以指摘，第三審祇能就其捨棄該證據是否合法而為判斷，不得逕予援用。3、為被告之利益而撤銷判決，如於共同被告有共同之撤銷理由者，雖該共同被告之上訴意旨並未指摘，其利益仍及於共同被告²²⁴。刑事訴訟法第393條但書之五種情形，得依職權調查。而上訴理由須指摘判決違背法令，始符合「法律上之程式」，法律既曰「得」依職權調查，則上訴意旨未指摘時，最高法院是否加以調查。如上訴意旨未具體指摘原判決有何違背法令，是否即應從程序上駁回？或就得依職權調查之事項亦須加以審究。如認此為合法上訴之要件之一，合法上訴後始得加以職權調查（最高法院73年台非字第134號判例意旨參照）。似就受理訴訟當否等屬於第三審得依職權調查之事項，又以先有合法之上訴為前提，最高法院上開程序判決自無從逕行進入職權調查，上訴人對之提起非常上訴，即難認為有理由。然實務上亦有上訴意旨雖未指摘及此，惟為最高法院得依職權調查之事項，應認原判決仍有撤銷發回更審之原因²²⁵。則最高法院在程序判決駁回上訴人之上訴時，並非全無審酌應依職權調查之事項。

第四節 裁判情形

第一項 程序判決與實體判決

第一款 程序判決

最高法院於71年2月間成立刑事審查庭，對所提上訴理由書狀，經審查認非具體指摘原判決違背法令者，概以其上訴違背法律上之程式，依刑事訴訟法第395條前段，駁回其上訴。並以74年台上字第4331號、76年台上字第5771號判例揭

²²³最高法院89年度台非字第124號判決意旨參照。

²²⁴參照29年11月26日最高法院29年度決議（四）關於刑事第三審上訴案件之總決議案（本則決議二、之（二），經最高法院71年3月2日、71年度第三次刑事庭會議決議修正）。

²²⁵最高法院100年度台上字第219號判決意旨參照。

示「上訴理由狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指原判決之違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴違背法律上之程式，予以駁回。」程序判決取得適用之依據。前述之程序判決係先經司法院行政命令，之後最高法院創設判例肯認之，並非出諸法條明定，外界不免質疑。然經司法院釋字第 416 號解釋，就最高法院 71 年台上字第 314 號民事判例認民事第三審上訴書狀應有具體之指摘，如未依此表明，即難認為已對第二審判決之違背法令有具體之指摘，其上訴自難認為合法等語。認此係關於民事訴訟法第 470 條第 2 項、第 476 條規定之意旨，就條文之適用，所為文義之闡析及就判決違背法令具體表明方法之說明，並未增加法律所未規定之限制，無礙人民訴訟權之正當行使，與憲法尚無抵觸。可認已通過憲法層次之檢驗。況憲法第 16 條訴訟權之保障內容，司法院釋字第 446 號解釋理由書亦明白揭示，此訴訟權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。訴訟權保障，不只求之公正，迅速之實現正義，亦為重要內容（如日本憲法第 37 條第 1 項即明定「任何刑事案件，被告約有受公平法院之迅速而公開審判之權利。」；美國憲法增修條文第 6 條亦明定被告在一切刑事訴訟中享有公正陪審團予以迅速之公開審判之權），邇來世界各國對追求迅速之審判，尤為主流，而公正、迅速間如何求其平衡，固屬立法之形成空間，惟終審法院顯有訴訟規則制定權，其對實際之實務運作，衡量案件之負荷，在不礙實質正義之追求及被告權益之維護下，對上訴理由之指摘作合理之限縮解釋，應屬終審法院之職權，自無不當。

最高法院之上訴駁回判決，除審查庭外，各其他各庭亦多以程序判決為之。而程序判決對於上訴理由指摘事項，亦均一一加以指駁，並認上訴理由或未依據卷證資料具體指摘原判決如何違背法令，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合，故認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。此類判決，與上訴逾期、上訴未附理由、或對第 376 條各款所列不得上訴於第三審法院之案件提起上訴等上訴不合法之判決，尚屬有別，其雖仍依第 395 條前段規定，以其上訴不合法判決駁回，然究已涉及原判決是否適法之實體認

定，與一般上訴不合法並非完全相同²²⁶。

最高法院之判決，除就法律不應准許、上訴權已喪失除就上訴逾期、無上訴權之人所為之上訴、不得上訴於第三審法院所為之上訴，等上訴不合法之情形，第二審法院未以裁定駁回，最高法院予以判決駁回外。另就上訴第三審須以違背法令為上訴理由部分，最高法院 71 年 3 月 2 日 71 年度第 3 次刑事庭會議決議五揭示：「上訴意旨祇須具體指摘原判決內容如何違法，即屬具備刑事訴訟法第 377 條之要件，縱令所持法律觀點顯屬不當，亦僅係上訴為無理由，不能謂其上訴為不合法。至上訴意旨不以判決違法為其指摘之理由者，則應認為上訴違背法律上之程式。」等旨²²⁷。指明上訴意旨不以判決違法為其指摘之理由，應認為上訴違背法律上之程式，從程序上駁回，以上統稱為程序判決。

就一般上訴要件之上訴不合法之情形，說明如下：

一、不得上訴於第三審之案件

關於不得上訴於第三審案件，除於本文第二章第四節第一項「案件範圍之限制」之說明外，在此討論關於：被告因違反槍砲彈藥刀械管制條例案件，第二審法院在民國 86 年 11 月 24 日槍砲彈藥刀械管制條例修正後之 87 年 1 月 6 日判決，依刑法第 2 條第 1 項但書適用修正前該條例第 10 條第 3 項及第 11 條第 3 項論處罪刑。各該罪之法定刑俱為三年以下有期徒刑，核屬刑事訴訟法第 376 條第 1 款所列案件，既經第二審判決，不得上訴於第三審法院。檢察官上訴意旨略稱：修正後槍砲彈藥刀械管制條例第 11 條第 4 項之罪，其法定本刑為一年以上七年以下有期徒刑，屬得上訴第三審之案件，依程序從新原則，本件自屬得上訴第三審。最高法院認為：刑事審判上所謂「程序從新」，係指裁判前與裁判時之程序法規規定有變更者、應適用新法而言（刑事訴訟法施行法第 2 條參考）。而被告行為時及原審裁判時規範本件得否上訴於第三審之程序法，俱為 84 年 10 月 20 日修正公布之現行刑事訴訟法第 376 條，迄未變更，自無新舊程序法比較適用之問題存在。

²²⁶參看花滿堂，刑事第三審上訴之限制，收錄於最高法院刑事第三審上訴及非常上訴制度之探討，頁 163。

²²⁷參照最高法院決議彙編（17 年至 95 年刑事部分），頁 539。

本件之情形係實體法變更之問題，程序法並無變更，自程序法不生從新與否之問題²²⁸。

二、上訴人無上訴權

當事人（刑訴 344 第 1 項）、被告之法定代理人、配偶（獨立上訴，刑訴第 345 條），原審之辯護人（為被告利益而上訴，刑訴第 346 條），始得上訴，其他無上訴權之人所提起之上訴，即非合法之上訴。

三、自訴人上訴，未委任律師為代理人

四、上訴逾期

五、對未經原審判決之案件（罪）上訴

六、捨棄上訴權、撤回上訴，再行上訴。

在押之刑事被告，於最高法院判決前向監所長官具狀撤回上訴，由該監所代為轉報，致該院判決在撤回上訴以後者，除判決未經送達即不再行送達外，如該項判決業已送達，亦不發生判決之效力。但仍應通知撤回上訴之人及其他造當事人，如判決與撤回在同一日而不能分別孰為先後者，認為在判決前撤回。不在押之刑事被告撤回上訴，其書狀於最高法院院裁判後始到達該院者，不生撤回上訴之效力。

七、未附上訴理由

八、上訴違背法律上之程式

九、無上訴利益

刑事訴訟審級制度，許有上訴權之人對未確定之下級審判決，利用上訴程序，請求上級審加以救濟，須有其上訴利益，始得利用上訴程序，以請求變更原判決。依其上訴主體之不同而有異，分述如次：

（一）檢察官

除追訴被告刑責外，並有糾正原審違法不當判決之公益目的，且依刑事訴訟法第 2 條第 1 項規定，應於被告有利及不利之情形，一律注意；同法第 344 條第 2 項規定檢察官就告訴人或被害人請求上訴，除顯無理由外，不得拒絕，

²²⁸參照最高法院 89 年度台上字第 2601 號判決意旨；並參看蔡墩銘，程序從新不應成為提起第三審上訴理由，月旦法學雜誌，第 74 期，2001 年 7 月，頁 18。

即應依法上訴。同條第 3 項則規定，檢察官為被告之利益，亦得上訴；於自訴案件，檢察官亦得上訴。檢察官對於自訴案件之判決，得獨立上訴（刑訴第 347 條）。因之檢察官不論公訴、自訴案件，對被告有利、不利之判決均得提起上訴。

（二）自訴人

自訴人之自訴係以追訴被告犯罪為目的，其與被告地位對立，自不許為被告之利益提起上訴。

（三）被告

刑事訴訟之上訴制度，其允許受不利益判決之被告得為上訴，乃在許其為自己之利益，請求上級法院救濟而設，故被告不得為自己之不利益而提起上訴²²⁹。關於前揭上訴主體之上訴，實務上認為：「檢察官、自訴人及被告雖同為刑事訴訟法上所稱之當事人，但其立場各異，檢察官為代表國家行使職權，有要求正當適用法律之責任，故不僅得為被告之不利益提起上訴，且得為被告之利益提起上訴。自訴人之目的在使被告受處罰，其上訴應以被告之不利益為限。至於被告之上訴，應以自己之利益為限，無許其為自己不利益上訴之理。²³⁰」可資參考。

關於上訴合法與否，應加予討論者：

一、誤合法上訴為不合法

（一）不利益於被告之合法上訴

上訴法院受理上訴後，首應為程序上審理，調查該上訴案件是否具備上訴之合法條件。上訴有無逾期，攸關上訴是否合法，自應依職權加以調查。而刑事訴訟中不利益於被告之合法上訴，上訴法院誤為不合法，而從程序上為駁回上訴之判決確定者，其判決固屬重大違背法令，惟既具有判決之形式，仍應先依非常上訴程序，將該確定判決撤銷後，始得回復原訴訟程序，就合法上訴部分進行審判，經司法院大法官會釋字第 271 號解釋有案。非常上訴意旨既指摘原判決對攸關上訴有無逾期，是否合法之應依職權調查之事項未經調查，即認上訴已逾期，而駁回檢察官之上訴，為違背法令，則不問其所提出之上述證據，是否存在於原訴訟

²²⁹參照最高法院 71 年台上字第 5938 號判例要旨。

²³⁰參照最高法院 72 年台聲字第 53 號判例意旨。至於檢察官、自訴人、被告分別對於何種判決具有上訴利益，得起上訴，詳參看呂潮澤，刑事被告上訴利益之論爭，刑事法雜誌，47 卷 5 期，2003 年 10 月，頁 1-23。

案卷內而得考見者，非常上訴審均應就此調查裁判之。依上述文件，如足認檢察官之上未逾期，顯見原判決誤認檢察官合法上訴為不合法，而從程序上為駁回上訴之判決，即屬重大違背法令。非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由最高法院將原判決撤銷，以資糾正²³¹。

（二）利益於被告之合法上訴

利益於被告之合法上訴，上訴法院誤為不合法而從程序上為駁回上訴之判決確定者，當不屬於釋字第 271 號解釋之範圍，仍應援用最高法院 25 年上字第 3231 號判例，亦即此種程序上判決，不發生實質上之確定力，毋庸先依非常上訴程序撤銷，可逕依合法之上訴，進行審判，徵諸釋字第 271 號解釋文末僅謂：「最高法院 25 年上字第 3231 號判例於上開解釋範圍內，應不再援用」，益覺明顯。若謂釋字第 271 號解釋文中所謂不利益於被告之合法上訴，似應包括利益於被告之合法上訴在內，則該解釋之不同意見書，原即有：「以有利益或不利益於被告，而異其處理方式及效果，使判例仍得使用，不免自相矛盾」等語之記載，故釋字第 271 號解釋何以不包括利益於被告之合法上訴在內，要屬另一問題²³²。

二、誤不合法上訴為合法

（一）不得上訴於第三審法院之案件

刑事訴訟法第 376 條所列案件，經第二審判決，不得上訴於第三審法院。如上訴人提起上訴，第三審法院誤為發回時，其效力如何。茲舉二例說明之：被告等所為，均違反著作權法第 91 條之規定（原判決誤植為係犯 92 年 7 月 9 日修正公布之著作權法第 91 條第 1 項之意圖營利，以重製方法侵害他人之著作財產權罪嫌，按該 92 年 7 月 9 日修正公布之著作權法第 91 條第 1 項，本刑為五年以下，固得上訴於第三審，但係於上訴人自訴狀所指被告於 91 年 8 月 9 日犯罪後之 92 年 7 月 9 日始修正公布）。是依上訴人上開自訴狀所載之自訴事實，縱使成立，被告等人並非意圖銷售或出租，僅係擅自以重製之方法侵害自訴人之上開攝影著作財產權，應係成立 87 年 1 月 21 日修正施行之著作權法第 91 條第 1 項之罪，該罪係屬不得上訴第三審之案件，依首開說明，既經第二審判決，自不得上訴於第

²³¹最高法院 97 年度台非字第 153 號判決意旨參照。

²³²參照 80 年 11 月 05 日最高法院 80 年度第 5 次刑事庭會議決議。

三審法院。本件上訴人提起自訴後，第一審法院判決被告等均無罪，上訴人不服第一審判決提起上訴，經原判決維持第一審判決，駁回上訴人之第二審上訴，第二審判決正本誤繕為得上訴，上訴人就原審法院之前審判決誤向最高法院提起第三審上訴，該院亦將該不合法之上訴誤為合法而發回更審。更審法院仍誤予改判論處被告等共同意圖營利，而以重製之方法侵害他人之著作財產權罪刑，被告等不服更(一)審判決，提起第三審上訴，由最高法院發回更審(95年度台上字第3338號判決意旨參照)，更審法院判決仍誤為維持第一審判決，駁回上訴人之第二審上訴；上訴人不服更(二)審判決再提第三審上訴，但該院前二次誤為發回更審判決及原審二次更審後之判決，參照司法院釋字第135號解釋，均為不生效力之判決。本件既屬刑事訴訟法第376條第1款之案件，經第二審法院判決，即不得提起第三審上訴。上訴人復就該不生效力之判決提起第三審上訴，雖為法所不許，但既具判決之形式，上訴仍應予駁回。又最高法院誤為發回更審之判決及原審法院之更審判決既不生效力，本件從程序上駁回上訴人之上訴，並不影響原法院之前審判決確定力(參照最高法院96年度台上字第1409號判決意旨)。

農會法第47條之1第1項第1款農會選舉投票受賄罪，其法定本刑為三年以下有期徒刑，得併科三萬元以下罰金，係屬刑事訴訟法第376條第1款所列不得上訴於第三審法院之案件，最高法院前次就此部分誤為發回更審之判決及原判決關於丙、丁、戊、己、庚等五人部分，參照司法院釋字第135號解釋，該等部分均為不生效力之判決。其五人復就不生效力之原審判決關於彼等部分提起第三審上訴，雖為法所不許，但原判決關於彼等部分既具判決之形式，彼等此部分上訴仍應予以駁回(參照95年度台上字第6457號判決意旨)。

(二) 上訴逾期之案件

如：檢察官未於收受判決後之十日內即92年8月17日以前向原審法院提出上訴狀，迄92年9月1日始對被告三人提起上訴，顯已逾期。而不得聲明不服之裁判，於裁判時確定；得聲明不服之裁判，於上訴或抗告期間屆滿、捨棄上訴權或撤回上訴時確定；不合法之上訴或抗告，不足以阻止裁判之確定。又上訴係救濟尚未確定下級法院裁判之程序，苟裁判已經確定，縱已經確定之裁判具有事實上或法律上之錯誤，除另依再審或非常上訴之程序予以救濟外，該訴訟案件因判決確定而消滅之訴訟關係，不因當事人不合法之上訴而回復。是在第二審判決後，

當事人未在法定期間內提起上訴，該訴訟案件即因上訴期間之屆滿而告確定，該「當事人未在法定期間內提起上訴」之事實一旦發生，判決即生形式上及實質上之確定力，法院即應受其拘束，法院因起訴而產生之訴訟關係即告消滅。如當事人竟仍對之提起上訴，其上訴為不合法，第三審法院亦僅能對該不合法之上訴為駁回之裁判，而不得對該確定判決為實體上廢棄或撤銷之裁判，如誤為實體上廢棄或撤銷發回之判決，該判決對已經確定第二審裁判之效力不生影響，此乃法理上之當然解釋。司法院釋字第 135 號解釋所謂：「民刑事訴訟案件下級法院之判決，當事人不得聲明不服而提出不服之聲明或未提出不服之聲明而上級法院誤予廢棄或撤銷發回更審者，該項上級法院之判決及發回更審後之判決，均屬重大違背法令，固不生效力，惟既具有判決之形式，得分別依上訴、再審、非常上訴及其他法定程序辦理。」即係就已經確定之裁判被上級法院誤為撤銷或廢棄之情形，闡明該誤將確定判決廢棄（或撤銷）發回之上級法院判決係屬不生效力之判決，該已經確定之下級法院判決，其效力不因上級法院誤為廢棄（或撤銷）發回而受影響，僅該「上級法院之廢棄發回（或撤銷發回）判決」及「誤為發回更審後之下級法院判決」因具有判決之形式，故得分別依法定程序救濟之意旨。另最高法院 68 年台上字第 2551 號判例亦承上開解釋之精神，再度明確揭示前述「第三審法院就已經確定案件所誤為撤銷發回之判決不生效力」之意旨。原審法院更（二）審判決對於被告三人部分，已因檢察官未在法定期間內提起上訴而告確定。故最高法院 92 年 10 月 30 日所為 92 年度台上字第 6036 號判決，誤將原審法院更（二）審判決對於被告三人部分之確定判決予以撤銷發回，依上揭說明，尚不生撤銷改判效力，該部分之確定判決仍然合法存在。從而檢察官於本案上開判決確定後之 92 年 9 月 1 日，始對被告三人提起之第三審上訴，已逾法定期間，自不合法，依法應予駁回²³³。

就以上誤為誤為撤銷發回之判決，因不生效力，原審法院就該部分自無庸審判，如另有其他合法之發回部分，僅於判決中敘明該部分係誤為撤銷發回，不生發回效力之旨即可。

²³³參照最高法院 100 年度台抗字第 316 號裁定意旨。

上訴因不備上訴之形式要件，經最高法院從程序上為駁回上訴之判決，因上訴不合法，未為實體上之審理，上訴人請求改判適當之刑，並宣告緩刑云云，最高法院即無從審酌（100 年度台上字第 2368 號判決參照）。

第二款 實體判決

判決違背法令作為第三審上訴理由，如有欠缺，其上訴即不合法律上之程式，從程序上駁回，此即程序判決。如上訴已以違背法令為理由，就實體上即對上訴理由及原判決為審查結果，認為上訴無理由，而從實體上予以駁回上訴之判決，此處所稱實體判決係指從實體上駁回之判決而言。其為實體判決，而非形式判決（程序判決）。學者有稱：「此種駁回上訴，係就上訴本身不具備上訴實質要件而為，故論者稱其判決為實質上駁回上訴之判決；其雖屬形式判決，但非程序判決²³⁴。」對此一見解，另一學者表示係對「實體判決」之意義有所誤解所致²³⁵。自以後者為是。惟一案有數被告時，有部分實體，部分程序判決之情形，此有 91 台上 132 判決為例；同一被告犯數罪，部分實體，部分程序，亦有 97 台上 2654、98 台上 249、97 台上 1106、97 台上 77、96 台上 4461、96 台上 3537、96 台上 1372、95 台上 1865、93 台上 2701、91 台上 4731 等號判決為其適例。

原審宣告死刑、無期徒刑之案件，均須經最高法院實體判決始能確定。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，視為被告已提起上訴，是該項案件原審法院應依職權逕送該管上級法院審判，不受當事人意思之拘束，此觀刑事訴訟法第 344 條第 5 項、第 6 項之規定甚明。本件被告雖已撤回上訴在案，依照前開法條，仍不影響最高法院之審判（70 年度台上字第 182 號判決意旨參照）。第三審法院調查之範圍，依刑事訴訟法第 393 條本文規定，原則上以上訴理由所指摘之事項為限。第二審法院宣告死刑、無期徒刑之案件，原審法院應不待上訴依職權逕送第三審法院審判。此時發生視為被告已提起上訴之擬制效果。此係因死刑剝奪被告之生命，無期徒刑長期剝奪被告之自由，影響重大，逕送上級法院審判制度，乃係為保障人權及被告權益而設。此時法律擬制被告已提起上訴，第三審法院調查之範圍，應著眼於其應主動履行之全

²³⁴胡開誠，刑事訴訟法論，三民書局股份有限公司，1991 年 8 月再版 3 刷，頁 381。

²³⁵黃東熊，刑事訴訟法論，三民書局股份有限公司，1995 年 3 月 3 版，頁 635。

面調查義務，而非若其他案件，僅被動對上訴理由所指摘事項之調查²³⁶。

目前實務上為保障被告之權益，維護其審級利益，對於判處死刑或無期徒刑之被告，參酌刑事訴訟法第 344 條第 5 項之立法精神，均不許其捨棄上訴或撤回上訴，惟此一見解難免無法顧及被告之意願，刑事訴訟法修正時，宜對被判處無期徒刑之被告撤回或捨棄上訴之權利，予以斟酌²³⁷。因之，司法院研擬之刑事訴訟法部分條文修正草案，亦將第 344 條第 5 項，修正為：「宣告死刑之案件，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。²³⁸」修正理由係以：無期徒刑因屬自由刑，當事人本得自行決定是否提起上訴，此與宣告死刑之情形有別。被告受無期徒刑之判決後折服，願及早入監執行者，自應尊重其意願，現行條文第 5 項原定：宣告無期徒刑之案件應不待上訴依職權逕送該管上級法院之規定，無異剝奪被告期能及早確定而不上訴之權益，爰將「或無期徒刑」予以刪除等語。就被告之訴訟上處分權而言，尊重其意願，使案件早日確定，將來其亦可因假釋等機會，重適於社會之正常生活，本文認宜完成此部分修法。

第三款 區別實益

最高法院為終審法院，肩負統一法律適用及具體個案救濟之責，在現行訴訟法上訴編第三審章規定之規範下，面對數以千計之第三審上訴案件，如何求其在訴訟權保障之兩大支柱「公正」「迅速」間，平衡運作，自為艱鉅之任務。加以本法無如民事訴訟法第 449 條第 2 項「原判決依其理由雖屬不當，而依其他理由認為正當者，應以上訴為無理由」之規定，必將造成案件大量撤銷發回，累積負荷，誠非司法及人民之福，程序判決乃孕育而生。首在具體個案審酌全案卷證，二審判決採證、認事尚無不合，論罪量刑不悖常則，縱有瑕疵，如得以第 380 條規定彌補，儘量以程序判決終結之，為現行訴訟制度下不得不然。反之，個案採證、認事用法有待斟酌或於被告有利之情況下（如有第 381 條之情形），則審查上訴理由之標準宜放寬，使所提上訴通過程序判決之門，進入實體。總之，彈性運用之妙，存乎審判者之良知與經驗²³⁹。而兩者之區別，主要在於：

²³⁶鄭逸哲，「逕送上級法院審判」和「被告上訴」發生「競合」時，第三審法院應調查的範圍，臺灣本土法學雜誌，104 期，2008 年 3 月，頁 243。

²³⁷臺灣臺中地方法院民國 78 年 10 月 7 日法律座談會，刑事法律專題研究（三），頁 263-265。

²³⁸參閱司法院刑事廳於 100 年 3 月 11 日在司法院網站張貼之刑事訴訟法部分條文修正草案修正條文。

²³⁹參看花滿堂，刑事第三審上訴之限制，收錄於最高法院刑事第三審上訴及非常上訴制度之探討，

一、第三審上訴程序

刑事訴訟法第 396 條規定：「第三審法院認為上訴無理由者，應以判決駁回之。」「前項情形，得同時諭知緩刑。」是上訴無理由，最高法院從實體上駁回，但最高法院認被告符合宣告緩刑之要件，得同時宣告緩刑。實務有：被告等三人上訴核無理由，應予駁回。第查○○診所已遭停辦勞工保險診療業務，上訴人等犯罪所得尚屬微少，其等俱未曾受有期徒刑以上刑之宣告，經本件刑之宣告，已足警惕，無虞再犯，因認其等宣告刑以暫不執行為宜，爰併予諭知均緩刑 3 年，以勵自新。有 79 年度台上字第 4292 號判決、79 年度台上字第 3929 號判決可資參考。對於少年被告宣告緩刑時，應同時諭知「緩刑期中付保護管束。」（少年事件處理法第 82 條第 1 項）。

二、非常上訴程序

非常上訴，乃對於審判違背法令之確定判決所設之非常救濟程序，以統一法令之適用為主要目的。必原判決不利於被告，經另行判決；或撤銷後由原審法院更為審判者，其效力始及於被告。此與通常上訴程序旨在糾正錯誤之違法判決，使臻合法妥適，其目的係針對個案為救濟者不同。兩者之間，應有明確之區隔。刑事訴訟法第四百四十一條對於非常上訴係採便宜主義，規定「得」提起，非「應」提起。故是否提起，自應依據非常上訴制度之本旨，衡酌人權之保障、判決違法之情形及訴訟制度之功能等因素，而為正當合理之考量。除與統一適用法令有關；或該判決不利於被告，非予救濟，不足以保障人權者外，倘原判決尚非不利於被告，且不涉及統一適用法令，即無提起非常上訴之必要性。故確定判決縱有違背法令情形，亦非均得提起非常上訴。所謂與統一適用法令有關，係指涉及法律見解具有原則上之重要性者而言。詳言之，即所涉及之法律問題意義重大而有加以闡釋之必要，或對法之續造有重要意義者，始克相當。倘該違背法令情形，尚非不利於被告，且該法律見解於實務上並無爭議，欠缺原則上之重要性者，自無提起非常上訴之必要性²⁴⁰。

最高法院所為程序判決，原判決仍於原審確定，實務上有：最高法院檢察署檢察總長提起非常上訴，以最高法院 88 年度台上字第 3168 號確定判決有判決違

頁 177。

²⁴⁰參照最高法院 97 年 9 月 2 日 97 年度第 4 次刑事庭會議「關於非常上訴之補充決議」壹。

背法令之情形提起非常上訴，然查該院上開判決係以該案上訴人甲之第三審上訴，有違背法律上之程式，依刑事訴訟法第 395 條前段予以駁回。此項程序上之判決，究與實體上具有既判力之確定判決有別，是甲違反公職人員選舉罷免法案件，縱有應於審判期日調查之證據而未予調查等違誤，但其違誤者，亦屬原審法院更(一)審之第二審確定判決，而非該院上開之程序判決。非常上訴意旨既未就該院駁回上訴之程序判決指摘有何違法，而對前揭 88 年度台上字第 3168 號程序判決，提起非常上訴，即難認為有理由，應予駁回²⁴¹。但如未經第二審判決，而誤認為經第二審判決，且一併從程序上駁回，即有未受請求之事項予以判決之違法。實務上有：第三審之判決，以不服第二審判決而提起上訴者為限。又除有特別規定外，對於未受請求之事項予以判決者，依刑事訴訟法第 379 條第 12 款之規定，其判決當然為違背法令。經查本件被告等所犯盜匪等罪案件，其中關於加重竊盜罪部分，經臺灣臺北地方法院於民國 79 年 8 月 31 日以 79 年度訴字第 1077 號刑事判決，分別判處被告謝○○有期徒刑一年八月及徐○○有期徒刑二年，被告等上訴第二審後，旋於 79 年 11 月 8 日具狀撤回該部分之上訴而告確定。台灣高等法院於 80 年 1 月 31 日所為 79 年度上重訴字第 76 號刑事判決，係僅就被告等上訴之盜匪罪部分而為判決，對於已經判決確定之加重竊盜部分，並未為任何之判決，被告等於第二審判決後，亦係僅就盜匪部分聲明不服提起第三審上訴而已。最高法院受理之 80 年度台上字第 2068 號盜匪案件，就未經下級審法院判決亦未經當事人聲明不服之第一審判決確定之加重竊盜部分，誤為被告等有聲明上訴而未附上訴理由，以上訴不合法而判決上訴駁回，難謂無對於未受請求之事項予以判決之違法。此有最高法 83 年度台非字第 275 號判決意旨可供參考。

第二項 駁回與撤銷判決

第一款 駁回判決

檢察官、被告均有上訴，如上訴均合法時，如為撤銷發回時，僅諭知撤銷發回之旨即可。但如有部分上訴人之不合法（如上訴逾期），仍應就該部分之上訴另為上訴駁回之諭知。駁回判決包括前述之程序與實體駁回之判決。

²⁴¹參照最高法院 89 年度台非字第 374 號判決意旨。

最高法院駁回上訴之判決，有從程序上駁回之程序判決、從實體上駁回之實體判決，程序判決屬於上訴不合法之範疇，實體駁回之判決，則為上訴無理由之判決。原確定判決仍為第二審（或高等法院所為之第一審判決）之判決，如有判決違背法令之情形，檢察總長應係對該判決提起非常上訴高法院之判決提起非常上訴。實務上有非常上訴意旨主張：被告已引經據典具體指摘原二審判決有違背法令情事，上訴理由並非不具法定要件，惟第三審法院卻避免實體審究，硬指未具第三審上訴適法理由應從程序上駁回云云，顯非適法。案經確定，且不利於被告，而提起非常上訴者。惟最高法院則非常上訴意旨所指之該院判決，係以該案上訴人甲、乙、丙之第三審上訴，有違背法律上之程式，依刑事訴訟法第 395 條前段予以駁回，此項程序上之判決，究與實體上具有既判力之確定判決有別。是該甲、乙、丙等違反公職人員選舉罷免法案件，縱有理由矛盾、違背證據法則或適用法則不當之違誤，但其違誤者，應屬原審法院更(二)審之第二審確定判決，而非該院上開程序判決²⁴²。至於實體駁回之判決，該判決經最高法院實體上審酌認為上訴無理由，予以駁回，該判決係由最高法院判決確定，如有判決違背法令之情形，非常上訴之對象則為最高法院之判決。

同一判決中有數被告，有部分被告係從程序上駁回之程序判決，有部分被告係從實體上駁回之判決；有時一被告犯數罪，其中部分犯罪從程序上駁回，其餘犯罪由實體上判決予以駁回之情形，實務上均所多見。

第二款 撤銷判決

最高法院如認上訴意旨指摘為有理由，或得依職權調查事項，認原判決有所違誤，應予撤銷原判決時，即應為撤銷之判決。撤銷原審全部判決，如原判決係維持第一審之判決（原判決主文為「上訴駁回」）時，則最高法院之主文為原判決撤銷，發回○○法院（或○○法院○○分院）。如原判決係撤銷第一審之部分判決，另行改判時，如僅就○○部分撤銷時，則主文為原判決關於○○部分撤銷，發回○○法院（或○○法院○○分院）²⁴³。

²⁴²參照最高法院 89 年度台非字第 454 號判決意旨。

²⁴³如有數被告就，其中一人撤銷時，載為原判決關於○○（被告姓名，有多人時一一記載）部分撤銷，發回○○法院（或○○法院○○分院）。如被告僅一人，就一部分撤銷時，且有有罪部分、與無罪部分時，得載為原判決關於有罪（或無罪）部分撤銷，發回○○法院（或○○法院○○分院）。如僅就其中一罪或數罪撤銷時，則載為原判決關於○○（一罪如誣告、數罪如誣告、妨害性自主；如原判決諭知無罪，則加被訴二字）部分撤銷，發回○○法院（或○○法院○○分院）。

一、僅撤銷

僅將原判決撤銷，不發回之情形，係以訴外裁判為其適例。按未受請求之事項予以判決者，其判決為當然違背法令，刑事訴訟法第 379 條第 12 款定有明文。又「檢察官就犯罪事實一部起訴者，其效力及於全部。」「法院不得就未經起訴之犯罪審判。」「自訴程序，除本章有特別規定外，準用第 246 條、第 249 條及前章第二節、第三節關於公訴之規定。」同法第 267 條、第 268 條、第 343 條亦有明定。乃以我國刑事審判制度係採彈劾主義，除具實質上或裁判上一罪關係之單一案件，其國家刑罰權只有一個，自訴人就其中一部犯罪事實起訴，因審判不可分關係，其效力及於全部，法院自應就全部犯罪事實予以合一審判者外，案件非經起訴，對法院未產生訴訟繫屬及訴訟關係，法院即無對之審判之權利及義務；倘就該未經起訴之案件予以判決，即有前引未受請求之事項予以判決之違背法令。而訴外裁判，屬自始不生實質效力之裁判，但因具有判決形式，故應撤銷，此撤銷具有改判之性質，使撤銷部分失其形式上之效力。實務上曾有：自訴狀犯罪事實僅記載：「自訴人於民國 89 年 8 月 1 日間委任被告購買○○公司股票二萬股（二十張），當時之購買價格為四十萬元，有被告 91 年 12 月 17 日之親筆『證明書』可證明。被告應於 92 年 1 月 10 日前交付前二年共十二張予甲，其餘八張待 92 年 10 月份員工股發放後交付，並於交付同時應蓋妥出讓人印鑑章及委託書。孰知被告取得股票迄今仍拒不交付，亦未蓋妥出讓人印鑑章及委託書」、「四十萬元不只是購穩懋（公司）股票二十張二萬股，而是三十二點四張，即○○公司函所載之 32 張一千股及一張四百股」。因認被告係涉犯刑法第 339 條之詐欺罪嫌、刑法第 335 條第 1 項侵占罪嫌及背信罪嫌等語。則依自訴狀所載，並無「被告於本件股票之買賣中施用詐欺」及內線交易等違反證券交易法犯罪事實之記載，自難認自訴人就此部分已經合法自訴，且亦無追加起訴之情形，此部分自不在法院審判之範圍內。乃原審不察，竟就第一審所未裁判，且係上訴人嗣後於第二審始行主張之被告涉犯證券交易法第 171 條第 1 項第 1 款之違反同法第 20 條第 1 項、第 157 條之 1 第 1 項之規定部分，誤認為業經提起自訴並據第一審判決無罪，而加以審判，一併為上訴駁回之判決。揆諸首揭說明，原審關於該違反證券交易法部分之判決即

第二審撤銷第一審之判決如有定應執行時，撤銷其中一罪，即應併將定應執行刑部分撤銷，第三審判決則不就定應執行刑部分併予撤銷，宜加區別。

顯有未受請求之事項予以判決之違法。最高法院認為上訴意旨雖未指摘及此，然此為該院得依職權調查之事項，應將原判決此部分撤銷，以資糾正²⁴⁴。此種情形，僅將原判決關於訴外裁判部分撤銷即可。

法院不得就未經起訴之犯罪審判，其就起訴書所未記載之事實而得予以審判者，以起訴效力所及之事實為限，必以已起訴及未經起訴書所載之事實均成立犯罪，兩者復具有實質上或裁判上一罪之單一性不可分關係者，始得為之。又法院對已起訴部分認定犯罪不能證明，未起訴部分既無所附麗，自不得加以判決，否則即有訴外裁判之違法。此觀刑事訴訟法第 267 條、第 268 條規定自明；而判決有此情形者，自應於理由內加以說明，否則即有判決不載理由之違法（參照 98 年度台上字第 5545 號判決意旨）。

二、撤銷改判

刑事訴訟法第 398 條前段規定，撤銷後，應就該案件自為判決。其情形有：

（一）、雖係違背法令，而不影響於事實之確定，可據以為裁判者。

此之所謂違背法令，是否包括違背程序法？如所違背者係程序法，第二審關於認定事實本身即已違法，自影響於事實之合法確定，第三審無從自為判決。刑事訴訟法第 380 條規定，同法第 379 條所列舉 14 款之情形外，訴訟程序違背法令，於判決結果有影響者，始得為上訴第三審之理由。既認其上訴為有理由，應撤銷原判決，即於判決有影響，則關於判決基礎事實之確定亦受影響。第三審法院原則上應以原判決所確認之事實為判決基礎，不得為事實之審理。得自為判決者，以不影響於事實之確定為前提，並僅限於違背實體法²⁴⁵。至於「不影響於事實之確定」，係指不影響於重要事實之確定而言²⁴⁶。如屬枝節或與論罪科刑無關之事實，自不在此限。

（二）、應諭知免訴或不受理者。

（三）、有三百九十三條第四款（即原審判決後刑罰廢止、變更或免除）或第五款（即原審判決後之赦免或被告死亡）之情形者。

關於撤銷自為判決之部分，最高法院是否能擴大自為判決之範圍，然最高法院係法律審，須原判決雖係違背法令，但不影響於事實之確定，可據以

²⁴⁴參照最高法院 99 年度台上字第 3576 號判決意旨。

²⁴⁵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（上），頁 26。

²⁴⁶參照最高法院 82 年度台非字第 76 號判決意旨。

為裁判，始得自為判決，因自為判決受法律之限制，最高法院尚難以擴大自為判決之範圍²⁴⁷。

三、撤銷發回（交）

「第三審法院因原審判決諭知管轄錯誤、免訴或不受理係不當而撤銷之者，應以判決將該案件發回原審法院。但有必要時，得逕行發回第一審法院。」²⁴⁸「第三審法院因原審法院未諭知管轄錯誤係不當而撤銷之者，應以判決將該案件發交該管第二審或第一審法院。但第四條所列之案件，經有管轄權之原審法院為第二審判決者，不以管轄錯誤論。」²⁴⁹「第三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。」²⁵⁰，刑事訴訟法第 399 條至 401 條定有明文。原審諭知管轄錯誤、免訴或不受理之判決，未認定事實或有罪、無罪，僅得依法發回（交）。關於智慧財產案件於智慧財產法院設立後，應發交智慧財產法院²⁴⁸。

關於撤銷發回（交）後，涉及之問題，主要有：

（一）發回（交）後第二審審理範圍

數罪之情形，僅就撤銷發回部分審理。裁判上一罪，一併發回。如起訴係數罪，第二審依裁判上一罪判決；反之起訴係裁判上一罪，法院依數罪判決，其判決或起訴有認為係裁判上一罪關係者，基於審判不可分原則，均應全部發回。實務上於發回判決之末載以：「以上，或係上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，」「原判決上述之違背法令，影響於事實之確定，本院無可據以為裁判，應將原判決關於此部分撤銷，發回原審法院更為審判。又原判決關於上訴人使公務員登載不實文書部分，認與其所犯公務員利用職務上之機會詐取財物及行使公務員登載不實文書部分，具有牽連犯裁判上一罪之關係，基於審判不可分之原則，應併予發回，附此敘明。²⁴⁹」

（二）更審情形

1、法律上之意見

²⁴⁷有提出擴大自為判決之範圍以減少刑事第三審發回更審之倡議者，參看傅文民，關於減少刑事第三審發回更審之若干研究，輔仁大學法律研究所碩士論文，1989年6月，頁8-42。然實務上受法律規定之限制，尚難擴大。

²⁴⁸參照最高法院97年度台上字第3634號判決意旨。

²⁴⁹參照最高法院100年度台上字第3347號判決意旨。

法律之所以設審級制度之目的，旨在由上級審糾正下級審之違法及不當裁判，藉以維護裁判品質與妥適，期使法律能正確適用。是故，最高法院於發回更審裁判內，所表示之法律上之意見，原審應受拘束，對於事實審或因當事人聲請調查而無不能調查情事，或職權有所未盡，指示應加調查者，原審自當尊重。實務上有以：原審對最高法院發回更審各節，竟視若無睹，翹置不問。並對該院指示調查之事項，僅草草訊問被告後，不為任何調查，遽行判決。且將第一審之有罪判決撤銷，改為無罪之諭知，於法顯有違誤²⁵⁰。

至於檢察官與法院，就應係數罪抑一罪，是否為已受請求之事項未予判決，最高法院認為：原判決已說明被告於96年11月7日至19日所犯行使偽造私文書罪，經論罪科刑部分，係本於單一犯意，於密切接近之時地實施，侵害同一之法益，各行為之獨立性極為薄弱，依一般社會健全觀念，在時間差距上，難以強行分開，在刑法評價上，以視為數個舉動之接續施行，合為包括之一行為予以評價，較為合理，故應認為接續犯，以實質上一罪論處，檢察官上訴意旨，就此部分並未爭執，且於上訴理由書明確表示，僅就原判決理由四不另為無罪諭知部分上訴，「其餘原判決為被告有罪認定部分，均未上訴」，而被告被訴於同年6月6日所涉此部分犯行，原判決認為不成立犯罪，理由詳如前述，並以此部分被訴犯嫌與上開論罪科刑部分，認具有接續犯實質上一罪之關係，故於理由欄說明不另為無罪之諭知。雖檢察官於起訴書認應依數罪併罰論處，惟適用法律乃法院之職權，不受檢察官主張之拘束，自得就檢察官起訴之事實，適用正確之法律，並於判決理由說明其確信之法律見解。綜上說明，本件上訴部分，原判決僅於理由內說明不另為無罪之諭知為已足，無庸就該部分另於判決主文為無罪之諭知，原判決核無違誤。檢察官上訴意旨關於此部分所為指摘，即有誤會，核與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合，其上訴違背法律上之程式，應予駁回²⁵¹。

2、調查證據之範圍

第三審發回更審之案件，雖就上訴意旨所指摘之範圍內，認為某種證據應

²⁵⁰參照最高法院87年度台上字第3477號判決意旨。

²⁵¹參照最高法院100年度台上字第953號判決意旨。

行調查未經原審履行調查之程序為發回之原因，但案經發回，即已回復原審之通常程序，關於當事人聲請調查以及法院依職權所應調查之一切證據，均應仍予調查，不得僅以第三審發回之點為限（29年上字第394號判例）。發回更審後回復第二審程序，自應依現行覆審制之精神，調查相關證據。

3、瑕疵能否一次指明

案件經撤銷發回，何以最高法院不能一次指明所有瑕疵？即最高法院能否一次指明。實務上，如原審判決被告有罪，被告上訴後經發回，最高法院雖指明應調查之點，如第二審改判無罪，檢察官上訴，指摘原判決採證不當或調查未盡，最高法院如認檢察官上訴有理由，因自己無從調查，並認定事實，僅得將原判決撤銷，發回（交）原審法院（管轄法院）審理。因原審並未認定被告有何犯罪事實，自無從指示原審應如何適用法律。如原審仍維持無罪判決，檢察官再行上訴時，再審究檢察官上訴意旨，以判斷有無發回更審之原因。如第二審認定被告有罪，此時被告或檢察官均有可能上訴，最高法院始就上訴意旨所指摘原審違背法令之情形加以審查，以判斷有無發回更審之原因。違背法令之情形不一而足，有屬於程序事項、有屬於實體事項，前次發回指摘之點，雖已改正，惟更審後之訴訟程序或更審判決之記載，或有新的違背法令之處，並為上訴人之上訴意旨所指摘，因之，最高法院於具體個案審判上尚難以一次指明所有應調查之點。原判決諭知被告無罪，此時公訴案件僅檢察官得上訴；自訴案件僅自訴人（委任代理人）、檢察官得上訴。如最高法院認檢察官或自訴人之上訴並非以原判決違背法令為理由（至原判決實質上有無違背法令係另一問題），自應從程序上駁回其上訴（程序判決）；如認上訴為有理由，亦僅能指摘原判決採證如何違背法令，調查未盡，其所為無罪之判決有所違誤。不可能逕指示原審應如何適用實體法予以裁判。發回更審後原審如仍維持無罪之判決，檢察官上訴時，其情形如第一次上訴之情形。倘原審改判被告有罪，此時依法得提起上訴之人（即檢察官、被告或被告之配偶、原審辯護人等）提起上訴，指摘原判決適用實體法有如何之違背法令，最高法院始行就此部分加以審查，如無該情事，或縱有該違法情形，但於判決結果無影響者，應予駁回；如有違背法令情事，致影響於判決結果及事實之確定者，最高法院亦僅有發回一途。須其違誤雖於判決結果有影響，但不影響於事實之確定者，最高法院始得撤銷，自行判決。

第五節 案件終結及其類型之研析

第一項 終結情形分析

最近十年最高法院案件終結情形如下表：

表 5 刑事訴訟上訴第三審終結件數 ---按終結(審判)情形

單位：件						
年 (月) 別	合 計	駁回上訴		撤 銷 原 判	撤 回	其 他
		不 合 法	無 理 由			
90 年	8,133	4,296.5	162.5	3,546.0	51	77
91 年	7,694	4,077.5	126.0	3,401.5	39	50
92 年	7,525	4,250.0	142.0	3,044.0	47	42
93 年	7,057	3,897.5	105.5	2,980.0	36	38
94 年	7,505	4,098.5	99.0	3,231.5	29	47
95 年	7,447	4,086.0	122.5	3,161.5	28	49
96 年	7,835	4,240.5	95.0	3,379.5	58	62
97 年	7,015	4,486.0	96.5	2,315.5	61	56
98 年	8,061	5,688.5	64.0	2,236.5	50	22
99 年	8,363	6,111.0	57.0	2,118.0	41	36
100 年 1-5 月	2,946	2,317.5	18.0	579.5	18	13
本年累計與上 年同期比較(%)	-12.66	-3.86	-14.29	-36.49	38.46	-18.75
資料來源：司法院統計處（2011）						

駁回上訴大多數係以不合法駁回（包括前述之程序判決），少數以無理由駁回。關於撤銷原判決部分則有逐年下降之情形。上訴最高法院之案件發回或發交更審原因，司法院之統計資料分為：（1）調查證據不詳或未予調查，（2）事實認定錯誤、不符或不明或記載不明，（3）採證違法，（4）判決不適用法則或適

用不當，(5) 判決理由矛盾，(6) 採用證據未說明理由，(7) 其他，共七項，以 99 年為例，其中 (1)、(2) 兩項為大宗，占發回案件逾半數之多，兩者均涉及事實之認定，影響於事實之確定。

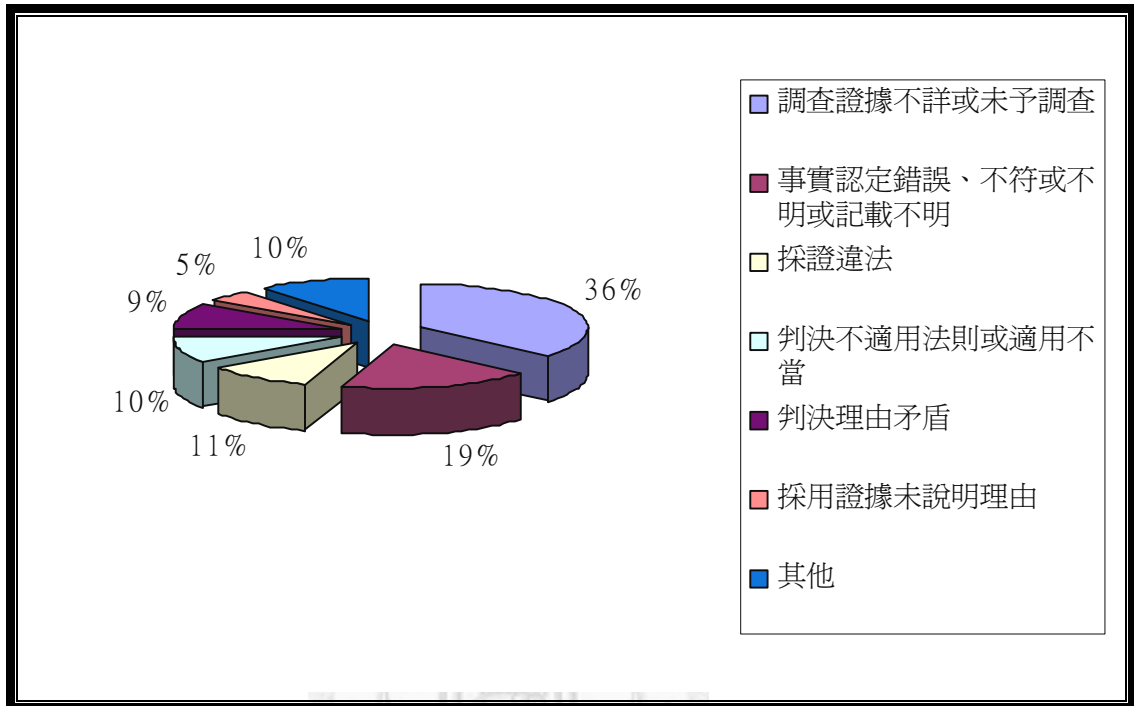


圖 2 99 年最高法院刑事上訴案件發回或發交更審原因統計

資料來源：司法院統計處。

有學者從統計資料分析後，發現刑事訴訟法第 379 條第 10 款，始終為第三審上訴案件發回之主要原因，主張無將該款列入絕對上訴理由之必要。其主張德、日立法例均未將該款情形列為絕對上訴理由，且依釋字第 238 號解釋，該款所稱應調查之證據，已有限縮，兼刑事訴訟法第 380 條之適用。認如摒除第三審對事實之介入，落實嚴格法律審，刪除該款規定，既可避免法律審與事實審之界限混淆，並可減少案件之發回。92 年修正刑事訴訟法既採改良式當事人進行主義，證據調查之範圍，原則上由當事人主導，此亦係尊重當事人調查證據主導權²⁵²。固有見地，然於第二審改採事後審兼採續審制，以其兼有法律審之屬性，為糾正原審判決違背法令之瑕疵，於 93 年刑事訴訟法修正草案第 361 條之 2 增訂與現行法

²⁵²陳運財、邱仁楹，最高法院撤銷發回更審原因之檢討，東海大學法學研究，22 期，2005 年 6 月，頁 179。

第 379 條相類之規定（除該條第 9、10、11 款外，其餘 11 款均納入）²⁵³。如將來一併修法，即無此一問題。

第二項 類型之研析

再依司法院之統計資料顯示：最近十年來上訴最高法院，犯罪人數多之案件：

表 6 刑事訴訟上訴第三審科刑人數—按罪名別分

期別	公共危險罪	偽造文書印文罪	妨害性自主罪	偽造有價證券罪	殺人罪-殺人	妨害自由罪	強盜罪	貪污治罪條例	違反毒品危害防制條例	違反槍砲彈藥刀械管制條例
90 年	97	558	122	232	254	203	55	99	546	306
91 年	141	576	208	197	269	222	284	95	429	306
92 年	130	570	252	190	256	191	378	118	497	264
93 年	122	495	239	168	207	146	383	94	567	270
94 年	144	446	297	155	224	155	408	83	765	328
95 年	125	413	265	145	239	103	436	101	1037	439
96 年	126	397	288	151	207	163	397	82	1097	549
97 年	105	391	302	140	262	142	370	128	1659	480
98 年	150	440	373	156	255	214	459	175	2160	555
99 年	203	587	538	161	246	224	411	199	2485	523

資料來源：司法院統計處 作者製表

就上訴案件較多之犯罪，於調查證據時如能針對其犯罪構成要件，加以釐清，避免事實不明，事實得以確定，各該類案件，裁判時宜加注意之處，不但可使事實得以確定，亦可減少實體法上之違誤發生。觀察近十年來上訴最高法院之案件，其中違反毒品危害條例案件逐年增加，以民國 99 年為例，達 2485 件，其中販賣毒品罪部分，實務上認為：施用毒品者，其所稱向某人購買之供述，須補強證據以擔保其供述之真實性。良以施用毒品者其供述之憑信性本不及於一般人，況施用毒品者其供出來源，因而破獲者，法律復規定得減輕其刑，其有為偵查機關誘導、或為邀輕典而為不實之陳述之可能，其供述之真實性自有合理之懷疑。是最高法院一貫之見解，認施用毒品者關於其向某人購買毒品之供述，必須補強證據佐證，以擔保其供述之真實性，俾貫徹刑事訴訟無罪推定及嚴格證明之基本原則。又關於毒品施用者其所稱向某人購買毒品之供述，必須補強證據佐證，係指毒品

²⁵³參照 93 年修正刑事訴訟法草案第 361 條之 2。

購買者之供述縱使並無瑕疵，仍須補強證據佐證而言，以擔保其供述之真實性。該所謂補強證據，必須與施用毒品者關於相關毒品交易之供述，具有相當程度之關聯性，且足使一般人對於施用毒品者之供述無合理之懷疑存在，而得確信其為真實，始足當之²⁵⁴。此一見解，事實審於辦理販賣毒品案件時，自宜加以參酌。

又關於販賣毒品案件，實務上曾因沒收物品（如手機之 SIM 卡）之誰屬，作為發回原因之一。此因刑罰法令關於沒收之規定，兼採職權沒收主義與義務沒收主義。職權沒收，係指法院就屬於被告所有，供犯罪所用、預備用或因犯罪所得之物，仍得本於職權斟酌是否宣告沒收，例如刑法第 38 條第 1 項第 2 款、第 3 款、第 3 項前段等規定屬之。義務沒收，則又可分為絕對義務沒收與相對義務沒收。前者指凡法條有：「不問屬於犯人與否，沒收之」之特別規定者屬之，法院就此等物品是否宣告沒收，無斟酌餘地，除已證明滅失者外，不問屬於犯人與否或有無查扣，均應宣告沒收，例如刑法第 38 條第 1 項第 1 款、第 2 項、第 200 條、第 205 條、第 209 條、第 219 條、第 266 條第 2 項、毒品危害防制條例第 18 條第 1 項前段等規定屬之；後者則係指供犯罪所用、預備用或因犯罪所得，以屬於被告所有者為限，始應予以沒收，例如毒品危害防制條例第 19 條第 1 項前段是。實務上有以：行動電話服務須以晶片卡（即 SIM 卡）為使用介面，因此電信公司於出租行動電話門號予消費者使用時，即同時附帶提供晶片卡給消費者作為門號使用之介面，故電信公司接受消費者申辦門號並將該門號開通上線時，該晶片卡之所有權是否移轉於消費者，抑或仍保留於電信公司，端視其簽訂之服務契約內容如何約定。指摘原判決對於扣案之阿爾卡特牌內裝有○○電信門號晶片卡之行動電話機一支，並未查明該晶片卡究屬何人所有等語²⁵⁵。於法洵屬有據。嗣經司法行政部門函請各電信公司函復說明，統一作法，已可避免此部分事實欠明之情形，減少案件發回。

對於上訴第三審之案件較多者從事類型化之分析，就其犯罪構成要件，裁判上應注意之點，探討其撤銷之原因，常見之違誤等作有系統之研究，第一、二審法官裁判上之參考，當可減少判決違背法令情形之發生²⁵⁶。其次依前揭統計資料

²⁵⁴參照最高法院 96 年度台上字第 1029 號判決意旨。

²⁵⁵最高法院 95 年度台上字第 5707 號判決意旨參照。

²⁵⁶學術界曾就此方面作研究分析，例如就著作權之刑事判決作研究，詳請參徐碧雲，我國最高法院著作權刑事判決類型化分析，國立政治大學法學院碩士論文，2008 年 6 月。另有就刑事案件上訴

顯示，妨害性自主案件，上訴最高法院有增加之趨勢，則關於是類案件最近實務上之見解，及最高法院有關證據法則之運用情形，第一、二審法官即宜多加參酌。目前實務上對於被害人之證言，認為：「被害人與被告係立於相反之立場，其所述被害情形，或難免渲染誇大，不盡不實，故被害人陳述其被害經過，於偵審中除有不得令其具結之情形，應依人證之法定程序使令具結外，依刑事訴訟法第 156 條第 2 項規定之相同法理，仍應認有補強證據之必要性，非別求其他證據，以增強其陳述之憑信性，自不足資為被告犯罪事實判斷之依據。此之補強證據，係指該被害人陳述本身以外之別一證據，而與其陳述具有關連性，且俱無瑕疵可指，並因兩者之相互利用，而得以證明其所指之犯罪事實具有相當程度之真實性者而言，並仍有嚴格證明法則之適用。」(99 年度台上字第 7053 號判決)。事實審法院審理是類案件時自宜加參酌，以免因採證問題而被撤銷發回。



之重要因子作研究，詳請參俞儒勳，刑事案件上訴最高法院重要因子之研究，國立臺北大學統計學系碩士論文，2006 年 1 月。俞儒勳、黃怡婷，刑事案件上訴最高法院重要因子之研究，中國統計學報，45 卷 3 期，2007 年 9 月，頁 283-298。



第六章 實務法規及功能之檢討與因應

第一節 概說

刑事訴訟制度因法律未能一次修正到位，致原來完整之立法規劃，相關配套未能齊備，影響預期之改革效果，92年修正刑事訴訟法施行²⁵⁷至今，已近8年，建立堅實之第一審亦有相當成果，實施交互詰問，保障被告憲法上之訴訟權，貫徹無罪推定原則、檢察官、自訴人應確實負舉證責任，尤其刑事妥速審判法施行以來部分，案件上訴第三審之理由採取嚴格法律審之規定，則實務及法制面均有加以檢討、因應之必要。

第二節 實務面之檢討與因應

第一項 涉及違憲疑義之處理

法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有抵觸憲法之疑義者，各級法院得以之為先決問題，裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請司法院大法官解釋。就刑事部分，各級法院包括地方法院（含簡易庭）、高等法院（或智慧財產法院）、最高法院法官於審理刑事案件之情形。依司法院釋字第371號，聲請大法官解釋。

刑事妥速審判法第9條施行後，檢察官或自訴人以：有該法第9條第1項第1款「判決所適用之法令抵觸憲法」之情形，執為上訴理由，提起上訴，最高法院應就該上訴理由為審理，是否有該上訴理由所指判決所適用之法令抵觸憲法之情形，經審理結果如認有該情形，得以之為先決問題，裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請大法官解釋。如認無該情形，則應以判決駁回檢察官或自訴人之上訴。至於最高法院審理刑事妥速審判法第9條以外案件，或第一、二審法院審理刑事案件，當事人向以判決所適用之法令抵觸憲法為由，向法院聲請送請大法官解釋，此僅係促請法院發動聲請解釋而已，法院如確信系爭法律違憲，顯然於該案件之裁判結果有影響，系爭法律無合憲解釋之可能，則據以審查之憲法規範意涵之說明，並基於以上見解，提出其確信系爭法

²⁵⁷92年9月1日修正施行部分，詳見臺灣高等法院印行，刑事訴訟法及刑事訴訟法施行法全文暨修正條文對照表，2003年3月。

律違反該憲法規範之論證，向大法官聲請解釋。如認無違憲疑義，則於裁判中加以說明即可。

近二年實務上有多件聲請案係由法院聲請大法官解釋，如大法官於 100 年 5 月 27 日作成之釋字第 687 號（關於稅捐稽徵法第 47 條第 1 款規定）、99 年 7 月 30 日釋字第 680 號（關於懲治走私條例第 2 條第 1 項規定）、99 年 7 月 16 日釋字第 679 號（關於司法院院字第 2702 號及釋字第 144 號解釋）、98 年 12 月 25 日釋字第 669 號（關於槍砲彈藥刀械管制條例第 8 條第 1 項規定）。由此可知法官憲法意識已顯著提升。

第二項 關於刑事訴訟法第 380 條之適用

刑事訴訟法第 380 條規定，關於第 379 條以外訴訟程序違背法令，是否影響於判決，因攸關原判決之維持抑或撤銷，此一問題，在實務上自有其重要性，最高法院於 77 年 8 月 9 日 77 年度第 11 次刑事庭會議決議肆，即指出下列情形，應認為於全案情節與判決本旨並無影響，可維持原判決，毋庸改判。

- 一、原判決主文，關於論罪之用語不當，或欠周全，而其援用之科刑法條並無錯誤者。（如結夥三人以上竊盜，已引用刑法第 321 條第 1 項第 4 款，而主文內僅揭明竊盜；又共同殺人已引用刑法第 28 條、第 271 條第 1 項，而主文僅記載殺人之類。）第三審判決祇須於理由內加以說明，不必改判。
- 二、據上論結部分，雖漏引該當法條，但其理由已敘及，而與科刑上並無出入者。（如原判決理由已敘明被告之犯罪情狀可憫恕，應酌減其刑。或因身分或其他特定關係成立之罪，已載明某甲雖無此身分或特定關係，既與有該身分或特定關係之某乙共同實施犯罪，仍應以共犯論，而據上論結漏引刑法第 59 條或第 31 條第 1 項之類。）第三審判決補正其漏引之條文即可。
- 三、犯罪事實之細節雖欠完全，但不影響整個犯罪事實之認定者，例如被告所行使之文書已證明為其所偽造，惟對偽造之時間、地點因其堅不吐實，無法作進一步之調查，但本於吸收關係，其偽造後又復行使而行使之行為明確者，應依行使之高度行為處斷，自不必發回。
- 四、裁判上一罪，其輕罪部分非有顯著之違法情形或重大瑕疵存在時，得不予發回。

- 五、事實與理由文字之顯然誤寫，如殺人案件，原判決所採取之驗斷書等證物，顯示原判決誤寫被害人被刺殺之刀數及傷痕之大小，但既屬顯然誤寫，第三審得於判決內加以補正，毋庸以此作為發回更審之原因。
- 六、證據違法，屬於訴訟程序違背法令，除合於刑事訴訟法第 379 條第 10 款規定外，依同法第 378 條、第 380 條之規定，須其違背法令於判決有影響，始得據為第三審上訴之合法理由。至其證據違法對於判決有無影響，應由第三審法院參酌原判決，卷存證據資料及上訴理由等加以判斷。左（下）列證據違法情形，得認為於判決無影響無庸將原判決撤銷。
- （一）證據雖有瑕疵（如無證據能力，非經合法調查程序取得或內容不明確等），惟未採為判決之基礎，自於判決無影響。
 - （二）援用某項證據，固有不當，然除去該項證據，仍應為同一事實之認定者，即於判決無影響。
 - （三）當事人或其辯護人聲請調查之證據，或涉及其他應否依職權調查之證據，雖未予調查，但經第三審認為無調查之必要者，此項漏未調查，自非對判決有影響。
 - （四）查證或採證縱有違誤，惟僅涉及無關重要之枝節問題，而於判決之主文，尚無影響者²⁵⁸。

學界對此問題，亦多論述，有主張：判決違背法令有訴訟程序違背法令與狹義之判決違背法令，在「不足以認為應為其他判決」之前提下，訴訟程序違背法令又區分為「顯然於判決無影響者」（即無害瑕疵）與「非顯然於判決無影響者」（即有害瑕疵）兩種情形，唯有後者，始能作為上訴第三審之理由。上述區分，標準相當模糊，並且必須取決於個案判斷，滋生不少實務困擾。訴訟程序違背法令與判決結果固然應有因果關係，但其是否影響的標準，乃「可能性」，即當訴訟程序違背法令影響判決結果的可能性無法排除時，即為已足。廣義之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，所謂「直接影響判決」之區別標準，相當模糊。況不「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，標準似乎疊床架屋；至於判決違背程序法則（含證據法則）與訴訟程序違背法令，更是難以區分。單就區別標準而言，應該直接

²⁵⁸最高法院決議彙編（民國 17 年至 95 年）刑事部分，2007 年 6 月，頁 1007-1008。

以違背法令情形是否影響判決結果為斷即可，亦即，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，認為無庸區分其屬判決違背法令或訴訟程序違背法令²⁵⁹。有以：除第 379 條情形外，訴訟程序雖係違背法令，如顯然於判決無影響者，依第 380 條之規定，不得為上訴於第三審之理由。蓋此項訴訟程序，多屬訓示規定²⁶⁰。如：判決雖未依法宣示，而已將其正本送達；或裁判形式有欠缺，或訊問筆錄，雖未踐行向受訊問人朗讀等程序，但並未採用該筆錄之記載，為判決之基礎，或未通知代理人等，而代理人等已到庭，或訊問證人與本案待證事實無關之事項等是²⁶¹。

另有認為所謂影響於判決，係指若無訴訟程序違背法令之原因，法律上之效力應已及於有問題之原判決，而使之為與現在相異判決之意，即因訴訟程序違背法令，始致判決為不當，倘無此違背法令之事，則其判決絕不至如是，而必為他種之判決；亦即在訴訟程序錯誤與判決之間有其因果關係存在之謂。此項「因果關係」，通說認其非屬自然法則之因果關係，而係規範的因果關係，故須以價值判斷為基礎；惟訴訟程序之違背法令究竟有無影響及於判決之效力，其在因果關係之判斷究應如何？學說上則有具體因果關係說與抽象因果關係說之爭。實務上固有採具體因果關係之傾向，例如最高法院 71 年台上字第 3606 號、第 5946 號、72 年台上字第 3467 號判例；因此，其是否顯然影響於判決，自應就因果關係之具體性、非抽象性予以判斷，同時不至於發生「誤判」之謬誤原因，不須有因果關係之確實性而僅須有蓋然性即屬已足。訴訟程序違背法令，應以如何之方法認定各該具體案件是否於判決有所影響，又以如何之標準判斷訴訟程序之違背法令與各該案件之判決間有因果關係，固應研討，然欲求一普遍性、一般性之原則，誠有因難，允參照原審之訴訟資料及判決本身，以之與上訴理由書狀之指摘相互對照，經就各個具體情況予以判斷，若無可為明顯之認定時，即應認其不影響於判決。例如：關於期日通知（55 台上 1915 判例）、審判期日之程序、證物及證據書

²⁵⁹參看林鈺雄，刑事訴訟法（下冊），元照出版有限公司，2007 年 9 月 5 版，頁 372-374。

²⁶⁰有認為以此討論刑事訴訟法第 380 條之規定，不僅無意義，且易使人陷於如「違背訓示規定」之規定，則均得上訴於第三審之錯誤，似非妥當。參看黃東熊、吳景芳合著，刑事訴訟法論，三民書局股份有限公司，2001 年 10 月修訂 4 版 1 刷，頁 614。

²⁶¹參看陳樸生，刑事訴訟法實務，自版，1996 年 9 月重訂 11 版，頁 527。

類調查方法、援用違法證據、判決漏未記載所憑證據（關於犯罪時、地、犯罪動機之漏未記載）、非屬與待證事實有重要關係之證據未為調查等之違背法令²⁶²。

有以：刑事訴訟法第 377 條雖僅規定提起第三審上訴須以原判決「違背法令」為理由方得為之，其實尚須該項違背法令與判決結果間，具有因果關聯性者，方足構成上訴之充分理由。所謂因果關聯性，意指由於有此違背法令情事因而導致產生不正確之原判決，如果無此違背法令情事即不致產生該項違誤判決而言。然而，依第 380 條之規定：除前條（即第 379 條）情形外，訴訟程序雖係違背法令而顯然判決無影響者，不得為上訴之理由。足見對於因果關聯性之考量，設有範圍限制：1、在第 378 條相對違背法令之情形，如屬訴訟程序違背法令，尚須考量上述因果關聯性，必其違背法令對於原判決並非顯無影響者，方得為上訴之理由；如屬違背實體法則，即不問有無因果關聯性，均得據以提起第三審上訴（是否妥適，非無商榷餘地）。2、在第 379 條絕對違背法令之情形，刑事訴訟法以其違誤情節重大而予設定為當然具有因果關聯性，並於條文使用「當然違背法令」一詞，俾與第 378 條有所區別，在立法上尚無不妥²⁶³。

另有主張：所謂對判決有影響，並不限於對判決主文有影響之情形，且亦包含對判決理由有影響之情形。蓋上訴並非以維持抽象性正義為目的，而係以維持具體案件中之正義為目的。因此，不僅於原判決之主文有不當時，應許上訴，而且，於其理由有不當或不備時，亦應許上訴，始妥當。不過，既於具體案件中欲維持正義，則不必對判決理由之枝末細節亦斤斤計較，而應以判決之理由不當或不備之程度，已達不足以維持正義時，始許上訴即已足。易言之，所謂「對判決理由有影響之情形」，乃應認為，以對判決理由之重要部分有影響之情形為限，始妥當。由此觀之，因訴訟程序違背法令，以致對社會性事實之認定或量刑之輕重有影響時，固屬於判決有影響之情形。甚至，於對社會性事實之認定或量刑之輕重雖無影響，但對構成要件性評價有影響時，亦應屬於判決有影響之情形。至於因訴訟程序違法，致使判決變成無效時，當然屬於判決有影響之情形²⁶⁴。

或謂：刑事訴訟法第 380 條所謂顯然於判決無影響者，係指該訴訟程序大都是訓示規定，縱有違背，亦不足認應為其他判決者而言。例如：判決雖未宣示，

²⁶²參看林永謀，刑事訴訟法釋論（下冊），自版，2007年9月初版第1刷，頁113-118。

²⁶³朱石炎，刑事訴訟法論，三民書局股份有限公司，2007年9月初版一刷，頁450。

²⁶⁴黃東熊、吳景芳合著，刑事訴訟法論，頁614-615。

但已送達，或訊問筆錄未令受訊問者於筆錄內簽名，但該筆錄並未採為判決之基礎。或者，未通知代理人或辯護人，但代理人或辯護人自行到庭。再如依刑法第 19 條第 2 項之規定，僅係得減輕其刑，並非必減，即係法院依職權自由裁量之事項，原判決未減輕其刑，事實欄與理由欄關於上訴人是否精神耗弱人之記載與敘述自屬於判決無影響等是。第 379 條以外之訴訟程序違背法令，如顯然無影響於判決，則不得為上訴第三審之理由，如有影響於判決者，則得為上訴第三審之理由²⁶⁵。

另有學者從美國法之角度，觀察美國法院判斷錯誤（違法）是否為「無害」之標準，得歸納為兩種不同類型：「顯著權利」標準（substantial right test）、「影響結果」標準（outcome-impact test）。「顯著權利」標準，以被告權利是否因錯誤而受實質損害為是否發回之唯一標準。「影響結果」標準，以權利的違反是否會影響判決結果，為是否發回更審的標準。上述二判斷標準，各有其理論基礎。「顯著權利」標準的理論基礎最常被引用者有二：第一，被歸類屬於此一類型的權利，多為審判結構性的權利，違反權利對於判決結果的影響為何，臆測性的成分居多，不可能精確判斷是否會影響結果，因此不宜以「影響結果」標準作為分析方式。第二，屬於此類型的權利，立法賦予被告權利的目的，常與審判結果的真實性無關，而有獨自存在的價值，例如選任陪審團員不得種族歧視。因此為了保存這些權利的價值，不論其是否會影響判決結果，皆不得視為無害。反之，「影響結果」標準，則認為權利的違反未必會影響判決的結果，審判最重要的目的，在決定被告是否有罪，如得證明被告有罪之心證達於毋庸置疑的程度，即令原審法院發生錯誤，該錯誤亦不應視為有害。在「影響結果」標準下，各級法院又發展出四種不同方式，來判斷結果是否因權利違反而受影響：一、「正確結果」分析方式：不論錯誤之情形為何，上級審認定原判決結果正確，即令原審曾有錯誤發生，亦視為無害。二、「極充分證據」分析方式：上級審將該錯誤之證據排除，其他經合法調查之證據，判斷是否有極為充分之證據足以支持原判決之結果，如屬肯定，則認原審之錯誤無害，否則，即為有害。三、「重複證據」分析方式：不考慮有無其他證據能否支持原判決，僅考慮是否有其他合法之證據得以證明與

²⁶⁵ 林俊益，刑事訴訟法概論（下），新學林出版股份有限公司，2006年2月5版1刷，頁409-410。

系爭非法證據證明相同之待證事實。如有，為無害；否則，為有害。至於其他證據是否足以支持原判決，則非所問。四、「影響心證」分析方式：只判斷錯誤之證據是否影響原審裁判者之心證，如錯誤可能有此影響，為有害，應發回更審；如認不可能影響，視為無害錯誤。其他證據是否足以證明被告犯罪，或是否得證明與系爭非法證據相同之待證事實，則非所問。其認為刑事訴訟法第 380 條規定之「顯然於判決無影響」，其意即為無害錯誤原則，認為除第 379 條以外之情形，始能適用無害原則，即第 379 條之情形視為有害，不適用無害原則，必須當然發回。其認我國最高法院似採取為「正確結果」之分析方式，亦即不論錯誤（違背法令）的情形為何，只要判決結果顯然正確，即視為無害。例如 30 年上字第 457 號判例，關於原審對上訴人之代理人未予通知，但審判時，自訴人已到庭辯論。最高法院有時係採取「極充分證據」的分析方式判斷是否「顯然於判決無影響」，例如 71 年台上字第 5946 號判例揭示，被告抗辯警詢筆錄自白之任意性，原審就此未先於其他事項而為調查，但有共同被告、被害人之陳述以及其他證據，證明被告有罪，顯然於判決無影響²⁶⁶。

最高法院曾於 98 年 3 月 3 日就「無影響於判決之程序瑕疵」一刑事訴訟法第 380 條之體系分析，作專題討論，主講人林鈺雄教授認為第 380 條之審查順序為一、先判斷上訴理由是否以違背法令為由，若否，則審查刑事訴訟法第 381 條之例外上訴理由；如是，則審查：二、上訴理由指摘原判決係違背實體法抑程序法，前者稱之為實體指摘，後者，稱為程序指摘。三、關於程序指摘，如屬絕對上訴理由，不再審查因果關聯；如否，即屬相對上訴理由之程序指摘，受第 380 條之限制，應依序審查：1、先判斷有無上訴意旨所指之瑕疵（違背法令），如有，則應續行審查。2、系爭瑕疵是否影響判決（因果關聯），有無補救措施而治癒瑕疵以除影響之情形。3、程序指摘是否因例外嗣後事由而例外排除，有無因逾期、捨棄、失權而喪失指摘之情事²⁶⁷。與談人最高法院林勤純法官則說明：自 97 年 1 月 1 日起至 98 年 2 月 28 日止，最高法院判決引用刑事訴訟法第 380 條共計 353 件，

²⁶⁶參看王兆鵬，法律審之上訴審理，臺灣本土法學雜誌，31 期，2002 年 2 月，頁 56-59、61、62。其中所學最高法院 30 年上字第 457 號、71 年台上字第 5946 號判例均經最高法院刑事庭會議決議，法律已修正，不再援用。

²⁶⁷林鈺雄，「無影響於判決之程序瑕疵」一刑事訴訟法第 380 條之體系分析，收於最高法院 98 年度第一次學術研討會—祝賀洪庭長清江優遇（最高法院學術研究會叢書 18），最高法院印行，2010 年 4 月，頁 14-15。

絕大多數裁判理由係以「原判決未予說明如何不足採之理由，雖稍有疏失，惟顯然於判決無影響並非理由不備」等旨。並指出實體指摘部分，最高法院有 86 年度台上字第 6232 號等多件判決，就事實審判決關於實體法上之錯誤，亦以「對於判決並無影響」為由，於判決理由內敘明後，予以維持²⁶⁸。最高法院庭長花滿堂則表示：我國刑事訴訟法第 379 條之判決當然違背法令，較之德、日之規定為多，尤其第 10 款（即關於審判期日調查證據）、第 14 款（即判決不載理由、理由矛盾），上訴之理由以該兩款為最，最高法院有為訴訟權調整之任務，運用美國法「無害瑕疵法則」，就該兩款之違法，如捨棄該錯誤，仍應為相同之認定，與判決本旨不生影響，仍駁回上訴人所提第三審上訴。雖與第 380 條形式規定，未全契合，惟基於公平正義之維護及被告權益無損，顯現人民訴訟權之保障。並以第 379 條，有屬狹義判決違背法令，如第 4、5、12 款，自不生於判決無影響之問題。訴訟程序違背法令，有純為維持被告之權益者，如第 6、7、11 款；有基於公平法院、公平程序，如第 1、2、3 款。所違背之程序規定係單純為被告有利而制定者（如最後陳述權、強制辯護）檢察官不得為被告之不利益而上訴²⁶⁹，因之無經強制辯護之案件之無罪判決，檢察官不得為被告之不利益上訴，被告對該無罪判決因不得為自己不利益而上訴，當然不得上訴。倘基於公平法院、法官保留等原則，違反第 379 條第 1 至 3 款之情形，縱為無罪判決，檢察官仍得上訴²⁷⁰。最高法院 89 年台上字第 1878 號判例，曾就第一審受命法官僭行審判長職權，逕為辯論判決，雖諭知被告無罪，然此項侵害被告訴訟權之不合法審判之重大瑕疵，當亦不能因上訴於上級法院審判而得以治癒，仍應將第一審判決撤銷，即其適例。

由上可知，實務上關於刑事訴訟法第 379 條各款所列之絕對違背法令，有部分亦審酌該違法，於判決是否有影響，且不僅程序違法，並及於實體違法部分。此因雖有瑕疵存在，然最高法院既指出原判決有何程序或實體之瑕疵，已達成統一法律之適用功能，既於判決結果無影響，自應將該上訴駁回。

乙、實體瑕疵於判決不生影響

實務上認為雖違反實體法之規定，然於判決結果不生影響，仍應將上訴駁回，例

²⁶⁸最高法院林勤純法官之與談意見，參看前註，最高法院學術研究會叢書 18，頁 36、37。

²⁶⁹參看 Claus Roxin 著，吳麗琪譯，德國刑事訴訟法，三民書局股份有限公司，1998 年 1 月初版，頁 597、598。

²⁷⁰參照最高法院庭長花滿堂於該院 98 年度第一次學術研討會之發言，收於最高法院學術研究會叢書 18，頁 39、40。

如：

(一) 新舊法比較後，仍應適用舊法

例如：1、第一審判決雖未及為上開法律之比較適用，然本件經比較新舊法之結果，既仍應適用舊法（即行為時法），則第一審判決適用行為時之相關規定即無不當，尚不構成撤銷之事由²⁷¹。2、原判決本於統一性及整體性原則，綜合比較結果，認修正後新法並未較有利於上訴人，而一體適用修正前刑法，要無不合；其中關於刑法第二十八條規定，原判決併說明其僅屬純文字修正云云，用語雖稍欠妥適，然與上開新、舊法比較結果應適用之法律，並無不同，則此微疵於判決結果顯不生影響²⁷²。

(二) 適用想像競合犯之規定不當

刑法第 55 條所稱一行為觸犯數罪名，係指行為人以一個意思決定，為一個行為，致侵害數個相同或不同之法益，具備數個犯罪構成要件之事實，成立數個不同或同一之罪名，始克相當。又藥事法對轉讓禁藥設有刑罰之規定，揆其立法用意，旨在遏止禁藥之擴散及氾濫，以免危害國民之健康，故其犯行所侵害者，乃單一之社會法益，而非個人法益。依原判決所認定之事實，被告係在同一時間同一處所，以一行為，將禁藥安非他命無償轉讓與張○○、王○○、蔡○○三人，無從分其先後，乃屬一個轉讓行為，則其所侵害者為社會法益，並非侵害張○○等三人之個人法益，應僅成立實質上之一罪，要無刑法第五十五條之適用。乃原判決竟誤認係一行為觸犯三罪名之同種想像競合犯，適用刑法第五十五條想像競合犯之規定從一重處斷，而有瑕疵。然此項瑕疵於判決結果不生影響，自不能執為上訴第三審之適法理由（100 年度台上字第 138 號判決意旨參照）。

由前述研究得知，除刑事訴訟法第 379 所列之情形外，其他之違背法令顯然於判決無影響者，其提起上訴，實務上認不得為上訴之理由。則近程方面，就刑事訴訟法第 380 條為必要之修正，以資明確。

第三項 第二、三審職權及功能之再釐清

目前現制下第三審為法律審，固以糾正下級法院違法裁判為職責。但事實問題與法律問題，作為上訴理由關聯性思考時，即難以解決裁判上所生之一切問題。

²⁷¹參照最高法院 95 年度台上字第 6378 號判決意旨。

²⁷²參照最高法院 99 年度台上字第 2189 號判決意旨。

其實法律與事實，與事實相對立者係「非事實」並非法律，事實經以證據認定，而證據能力、證據證明力等項證據法則之運用是否適切，乃係適用法律當否之範疇。事實之確定應由事實審為之，定位為法律審之第三審，無從逕予認定事實，而法律審審查主要係原判決之有無違法，除得依職權調查部分外，應由當事人指摘。第二、三審職權及功能予以明白釐清，當可減少案件不必要之發回。

第一審之審判功能主要在確定事實，第二審雖亦係事實審，然已肩負部分之法律審查功能，第一審判決不論事實或法律上有所違誤，均須加以糾正。第二審之審查功能，尤其是有關事實之認定部分。實務上認為：有罪之判決書，應記載犯罪之事實，諸凡有關犯罪之時間²⁷³、地點、方法、態樣，以及其他與適用法律有關之事項，均應為詳實之記載，始足為適用法律之依據²⁷⁴。因之事實審法院就事實部分如能詳加認定，第三審得就其所確認之事實判斷其適用法律之當否，當能使案件早日確定。又據學者研究在統計上之第三審發回理由中，發現同一案件有以同一原因多次發回，造成多次發回更審之，為何同一原因會最高法院一再發回？究其原因有二：一為對於有無調查必要性之認知不同，另一為對於有無調查可能性之認知不同²⁷⁵。而依司法院統計資料顯示，99年最高法院刑事上訴案件發回或發交更審之件數，雖較往來大幅減少，但發回（交）原因當中：（1）調查證據不詳或未予調查，（2）事實認定錯誤、不符或不明或記載不明。二者合計仍達百之五十五。因之仍須強化事實審之功能，發揮認定事實審之職權，莫讓當事人僅視第一、二審為訴訟程序之過程而已²⁷⁶。第二審調查證據、認定事實之功能仍宜加強。刑事妥適審判法第9條施行後，第二審維持第一審無罪之判決部分，已採行嚴格之法律審。其他案件第三審亦宜立於法律審之高度，發揮其法律見解之審查效能，則上訴第三審後，目前除雖未採行嚴格之法律審，但因事實已得確定，如適用法律有所違誤，第三審亦得據以裁判，而使整個審判程序精緻化及效率化。

²⁷³關於犯罪之時日，如非犯罪構成之要素，而與犯罪同一性無關者，判決書若僅為年月之記載而不及日時，既於判決無所影響，即亦不能指為違法。此有最高法院72年台上字第474號、76年台上字第6679號判例等意旨可參。

²⁷⁴參照最高法院63年台上字第2153號判例意旨。

²⁷⁵參照陳運財、邱仁楹，最高法院撤銷發回更審原因之檢討，東海大學法學研究，22期，2005年6月，頁201-206。

²⁷⁶林永謀，審級制度與刑事之上訴，法令月刊，40卷3期，1989年3月，頁17。

第四項 判例、決議之適時檢討

第一款 配合法律之修正

法律已修正，相關判例宜配合法律之修正加以附註說明或不再援用，避免判例有與修正後之法律規定不相適合之情形發生。例如：

一、刑事訴訟法第 308 條之修正

17 年 7 月 28 日國民政府公布；同年 9 月 1 日施行之中華民國刑事訴訟法第 321 條原規定：「判決書除應第 183 條第 1 項規定之事項外，並應記載左列事項：一、主文。二、事實。」迭經修正，於 93 年 6 月 23 日修正為第 308 條：「判決書應分別記載其裁判之主文與理由；有罪之判決書並應記載犯罪事實，且得與理由合併記載。」則最高法院 21 年上字第 820 號判例意旨所揭示：「沒收物雖不以已經扣押者為限，但所沒收之物，須於犯罪事實中有具體的記載方為合法。」因法律之修正，事實理由得合併記載，沒收之物自不以在事實及理由內重複記載為必要，該判例似已不合時宜。

二、刑事訴訟法第 379 條第 4 款已修正

民國 17 年 7 月 28 日國民政府公布；同年 9 月 1 日施行之中華民國刑事訴訟法（56 年 1 月 28 日修正名稱為刑事訴訟法）第 391 條第 5 款原規定：「法院所認事務管轄之有無係不當者。」已於 24 年修正為「法院所認管轄之有無係不當者。」，並移列為第 371 條第四款。則依修正前之法條規定，採為 21 年上字第 1290 號判例之「關於法院之管轄得為第三審上訴理由者，以屬於事務管轄為限，至土地管轄權之有無，不得據為第三審之上訴理由，第三審法院亦不得依職權調查。」等旨，是否仍援用，不無疑義。按最高法院另有 48 年台上字第 837 號判例指出：「案件由犯罪地或被告之住所、居所或所在地之法院管轄，刑事訴訟法第五條第一項有明文規定。被告之所在地，係以起訴時為標準，管轄之有無，應依職權調查之，自訴當時被告之所在地是否在臺北，此與臺灣臺北地方法院有無管轄權極關重要，原審未予調查，遽行判決，殊嫌速斷。」則修正後關於管轄得為第三審上訴理由者，是否僅以屬於事務管轄為限，土地管轄之有無，是否不得據為第三審之上訴理由，前揭 21 年上字第 1290 號判例，即有檢討是否仍再援用。

三、刑事訴訟法第 354 條修正

刑事訴訟法第 354 條已於 96 年 7 月 4 日修正公布，將原規定「上訴於判決前，得撤回之。」修正為：「上訴於判決前，得撤回之。案件經第三審法院發回原審法院，或發交與原審法院同級之他法院者，亦同。」則最高法院就修正前規定，所著之判例：

- (一) 「提起上訴後，雖得於判決前撤回其上訴，但在上訴審判決後，即無撤回上訴之餘地。」(31 年抗字第 58 號<二>判例)
- (二) 「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。上訴人於本院前次發回更審後，原審審理之日，以言詞請求撤回上訴，原審未予置理，而逕行裁判，並非違法。」(46 年台上字第 486 號判例)

以上二判例均建請檢討不再援用。

第二款 與大法官解釋意旨不符部分

判例如有與大法官解釋意旨不符者，即有加以檢討之必要。例如：最高法院 69 年台上字第 3068 號判例要旨以：「公司與公司負責人在法律上並非同一人格主體，依稅捐稽徵法第 47 條第 1 款規定，納稅義務人係公司組織而應受處罰者，僅以關於納稅義務人應處徒刑之規定，轉嫁處罰公司負責人，原判決引用上述轉嫁罰之法條，逕對為公司負責人之被告判處拘役五十日，殊難謂合。」此即所謂對公司負責人之處罰採轉嫁罰理論。惟司法院釋字第 687 號解釋理由書則載述：「依據系爭規定，公司負責人如故意指示、參與實施或未防止逃漏稅捐之行為，應受刑事處罰。故系爭規定係使公司負責人因自己之刑事違法且有責之行為，承擔刑事責任，並未使公司負責人為他人之刑事違法且有責行為而受刑事處罰，與無責任即無處罰之憲法原則並無抵觸。」該號解釋認為：系爭規定係使公司負責人因自己之刑事違法且有責之行為承擔刑事責任。即本應由非自然人之公司負擔有期徒刑刑責之部分，轉嫁由自然人之公司負責人負擔。公司以詐術或其他不正當方法逃漏稅捐，公司負責人之所以負擔刑責，乃因公司負責人故意指示、參與實施或未防止逃漏稅捐之發生，而應受刑事處罰，故公司負責人係因自己之刑事違法且有責行為而受刑事處罰，並不認同上開最高法院判例所採轉嫁罰之見解²⁷⁷。釋

²⁷⁷參看大法官蔡清遊於釋字第 687 號之協同意見書。

字第 687 號並不認同最高法院所謂轉嫁罰理論，該則判例業經最高法院決議不再援用²⁷⁸。

第五項 適時統一法律見解

最高法院依法有行使其統一法令見解之職權²⁷⁹，實務上最高法院曾就毒品危害防制條例第 24 條，關於：檢察官對於「初犯」及「五年後再犯」施用毒品案件，依毒品危害防制條例第 24 條第 1 項規定為附命完成戒癮治療之緩起訴處分，嗣該緩起訴處分被撤銷確定，依同條第 2 項規定：「前項緩起訴處分，經撤銷者，檢察官應依法追訴」，究應直接予以起訴（或聲請簡易判決處刑）？抑或再聲請觀察勒戒？法院實務上有不同之法律見解。甲說：直接予以起訴（或聲請簡易判決處刑）。乙說：依毒品危害防制條例聲請觀察、勒戒。莫衷一是，後經最高法院決議採甲說²⁸⁰後，避免裁判歧異之情形，發揮統一法律之見解之功能。

少數案例，最高法院判決未臻一致，宜適時統一見解，以免分歧，致無所適從。例如：關於協商判決得否上訴於第三審法院，最高法院有不同見解，有採肯定說：依協商程序所為之科刑判決，除有刑事訴訟法第 455 條之 4 第 1 項第 1 款、第 2 款、第 4 款、第 6 款、第 7 款所定情形之一，或協商判決違反同條第 2 項之規定者外，不得上訴；又第二審法院認為依協商程序所為判決之上訴有理由者，應將原審判決撤銷，將案件發回第一審法院依判決前之程序更為審判，此觀刑事訴訟法第 455 條之 10 第 1 項、第 3 項之規定自明。被告上訴指摘有例外得上訴之理由，法律並無限制其不得上訴於第三審法院之明文，尚非不得上訴，應依情形，如上訴不合法程序，應從以程序上判決駁回（參照 100 年度台上字第 861 號判決）。如認其上訴為有理由時，應予撤銷發回（參照 99 年度台上字第 4996 號判決意旨）。否定說：協商判決不得上訴於第三審法院，觀諸刑事訴訟法第 455 條之 10、第 455 條之 11 第 1 項規定甚明（參照 100 年度台上字第 1239 號判決）。關於此一問題，見解仍欠一致，亟待最高法院統一法律之適用。避免協商程序判決之案件，最高法院不相同庭審理，而有得上訴與不得上訴之判決結果。

²⁷⁸該則判例於 100 年 6 月 14 日經最高法院 100 年度第 5 次刑事庭會議決定不再援用，並於 100 年 7 月 14 日由最高法院依據最高法院判例選編及變更實施要點第 9 點規定公告之。

²⁷⁹參照司法院釋字第 592 號解釋理由書。

²⁸⁰參照 100 年 3 月 15 日最高法院 100 年度第 1 次刑事庭會議決議。

最高法院近年來，有於尚未受理具體個案，產生不同法律見解時，即先行闡釋如何正確適用修正或制定之法律者，如：一、因應刑法之修正：關於 95 年 7 月 1 日施行之修正刑法之適用，「中華民國刑法 94 年修正施行後之法律比較適用決議案，刑法於 94 年 2 月 2 日修正公布，95 年 7 月 1 日施行後，有關新舊法之適用原則²⁸¹。」二、刑事妥速審判法之制定：該法公布後，最高法院就該法第七條規定之適用，作成決議²⁸²，統一法律上之見解，以資適用。不但引導各級法院法官正確適用修正或制定之法律，避免見解歧異，或適用發生錯誤，事後再予救濟，徒增訟累。此一作法實值稱許。

第六項 其他事項

第一款 前案紀錄及判決資料之檢索

一、裁判書檢索資料之註記

目前法官或各界常參考引用法院相關案件之判決，以製作裁判書或為研究之參考，惟法學檢索資料庫內之第一、二審法院之裁判書，究有無經上級審法院撤銷，甚至已為非常上訴判決所撤銷或雖認定有違法之情形，惟衡酌原判決結果尚非不利於被告，且於法律見解之統一，欠缺原則上之重要性，客觀上難認有給予非常救濟之必要性，應認本件非常上訴為無理由，予以駁回。該裁判書若未為前揭之相關註記，使用該資料者，不易得知。如能於裁判書註記：「本案上訴後，經○○法院以○○年度○字第○號判決撤銷改判（或上訴駁回）」，如經上訴至最高法院則註記：「上訴最高法院，經最高法院○○年度台上字第○號判決撤銷發回（或上訴駁回）」，查閱該判決者，不但能得知該判決內容，亦能得知該判決後續之裁判結果。則法官參考相關案例時，將更加方便，亦有助於學者從事法學研究之資料分析。此於裁判書檢索之建置上只要在輸入第二審之判決時，於第一審判決書之適當處所加以註記即可。如果有非常上訴，亦在原確定判決之檢索資料註記：「本案經最高法院非常上訴撤銷（撤銷改判或上訴駁回）」，即可避免存有違背法令之裁判，仍一再被援用或參考，致發生同樣錯誤之結果。第一、二審判決，如經上訴或非常上訴，其是否撤銷改判或維持，加以註記，以利正確地參考相關判決，避免引用錯誤或已經撤銷改判之判決。現行法學檢索系統就裁判書並未為

²⁸¹參照 95 年 5 月 23 日最高法院 95 年度第 8 次刑事庭會議決議。

²⁸²參照 99 年 9 月 21 日最高法院 99 年度第 9 次刑事庭會議決議。

前揭之註記，如參考有違背法令情形之判決，易發生相同錯誤之情形。例如實務上曾有：依刑法第 74 條第 2 項第 5 款規定，命被告提供義務勞務，卻命提供三十小時之義務勞務，而與該款「四十小時以上」之規定不符，致有適用法則不當之違法，經非常上訴之案件，相同錯誤之判決竟有六件之多²⁸³。在裁判書檢索資料上為相關之註記，使查閱者得知，當能減少此類錯誤情形之發生。

二、前案紀錄表之簡化

前案紀錄表之資料，與判斷被告是否構成累犯，是否宣告緩刑，至有關係，於為判決前，應由承辦之相關人員查詢明確，雖不待言，應於判決前詳加注意前案紀錄表之記載，以查明是否符合緩刑之規定，有時卷內前案紀錄表繁雜不易檢索，對於前案紀錄表宜強化關於被告能否宣告緩刑、是否構成累犯之檢索功能，以減少判決違背法令之情形發生。

第二款 刑事參考手冊之編訂

判決主文如何記載，審判實務上常有錯誤，頗為困擾，以刑法第 302 條第 1 之妨害自由罪為例，實務上認為：刑法第 302 條第 1 項之妨害自由罪，包括「私行拘禁」及「以其他非法方法剝奪人之行動自由」兩種行為態樣；其中「私行拘禁」，係屬例示性、主要性及狹義性之規定，而「以其他非法方法剝奪人之行動自由」，則屬於補充性、次要性及廣義性之規定；必須行為人之行為不合於主要性規定，始能適用次要性規定處斷。故於剝奪被害人之行動自由後將被害人拘禁於一定處所，而繼續較久之時間，即屬「私行拘禁」，而無論處「以其他非法方法剝奪人之行動自由」罪名之餘地²⁸⁴。如載為「以其他非法方法剝奪人之行動自由」即有違誤。尤其是刑事特別法種類繁多，立法體例參差不齊，如何妥適撰寫主文，向屬不易，且最高法院 93 年度第 12 次刑事庭庭長會議決定：「如能達到簡化裁判主文記載之目的，並與其他罪名相區別，本院不會因主文之簡化記載予以撤銷。」等語。司法院有鑑於此，曾敦聘最高法院庭長、法官，高等法院庭長、法官組成

²⁸³參看最高法院 97 年度台非字第 594 號（本件原審另就原判決之原本及正本主文及理由欄內所載「關於三十小時之記載」，均更正為「四十小時」之確定裁定，實已變更原判決主文諭知之內容，核與一般文字之誤寫、誤算或其他類此之顯然錯誤情形迥不相同，該更正裁定顯有適用法則不當之違法情形。惟該更正裁定雖因違法而屬自始、當然、絕對無效，但既有確定裁定之形式存在，且對被告不利，又別無其他適當救濟途徑，最高法院以 98 年度台非字第 77 號判決將原裁定撤銷，除去該違法裁定之形式）、99 年度台非字第 78 號、99 年度台非字第 136 號、99 年度台非字第 357 號、100 年度台非字第 148 號等判決。

²⁸⁴參照最高法院 100 年度台上字第 2008 號判決意旨。

「刑事裁判主文及格式研究修正委員會」，並議定研修範圍：一、刑法及特別法裁判主文（含保安處分）。二、刑事裁判書格式。三、刑事訴訟文書格式及其製作方法。並議定主文記載方式，原則上採下列二方案擇一為之：（一）維持現行之主文記載方式，（二）修正為「某某某犯○○法第○條之○○罪，處……。」少數犯罪構成要件包括多數犯罪態樣或受侵害之不同客體之罪，可加適當標明以資識別²⁸⁵。訂頒有「刑事裁判主文格式參考手冊—刑法裁判主文」、「刑事裁判主文格式參考手冊—刑事特別法裁判主文」提供刑法，刑事特別法之裁判主文供法官參考，俾正確記載主文，減少不必要之錯誤及發回。

目前實務上編有法官辦理刑事案件參考手冊：（一）毒品危害防制條例部分，（二）羈押、搜索、鑑定，（三）偽造有價證券等罪名部分，（四）準備程序、審判程序等四本。就相關程序如何處理，類似案例之法律見解，可供法官辦案上參考，如依標準作業程序辦理，當可減少錯誤之發生。關於上訴第三審案件數量大宗之十類案件（如本文附表5），就各該類案件審判上，事實上及法律上應注意之點，如有相關手冊可供參酌，既可節省法官思索搜尋資料之時間，又可避免認定事實之疏漏及適用法律之違誤。又如最近爭議較多之妨害性自主案件，就其事定實認定、法律適用爭議之所在，詳加闡述，分析其癥結之所在、以資適用等，減少相關爭議，俱有編訂參考手冊之必要性。

第三款 累犯之檢討

被告是否為累犯，能否適用刑法第47條加重其刑，法院應依職權調查，以為適用法律之依據。如法院未詳加調查被告前受有期徒刑之執行，有無執行完畢，即論以累犯，自屬應於審判期日調查之證據而未予調查，且顯然於判決有影響，其判決當然為違背法令²⁸⁶。關於累犯，曾因被告經撤銷假釋，一再執行殘餘刑期，發生困擾，實務上曾有：刑法第47條第1項規定：受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至二分之一。而累犯為法律上加重事由之一，故被告犯罪是否為累犯，法院應依職權調查，如未調查，遽予判決，即屬當然違背法令。又所謂執行完畢，除在監獄執行期滿者外，如為假釋出獄，須在無期徒刑假釋後滿十五年，或在有期徒刑所餘

²⁸⁵司法院編印，「刑事裁判主文格式參考手冊—刑法裁判主文」，2005年12月，頁1。

²⁸⁶參照最高法院90年度台非字第27號判決意旨。

刑期內，未經撤銷假釋者，其未執行之刑，始以已執行論。至二以上有期徒刑併執行時，假釋所定最低應執行之期間，合併計算之；其所餘刑期，亦合併計算之，必以該殘餘刑期內未經撤銷假釋，其未執行之刑，始以已執行論，此觀刑法第七十九條第一項、第七十九條之一第一項、第三項自明（88年度台非字第137號判決意旨參照）。刑法第七十九條之一第一項規定：二以上徒刑併執行者，第七十七條所定最低應執行之期間，合併計算之。該條第三項規定：依第一項規定合併計算執行期間而假釋者，前條第一項規定之期間，亦合併計算之。依此，犯二以上之罪受有期徒刑合併執行，並合併計算其最低執行期間而獲准假釋，其假釋之範圍應包括所犯之該數罪，即不論假釋開始前或嗣後假釋中其中一罪是否已執行期滿，在假釋期間內，所犯數罪之徒刑均應認為尚未執行完畢，於假釋期間內縱再犯有期徒刑以上之罪，亦不構成累犯。要言之，設如犯甲、乙二罪在合併執行之情形下，必假釋期滿未經撤銷而再犯有期徒刑以上之罪者，始構成累犯；不得將合併執行之刑期割裂計算，認如於再犯罪時其中甲罪已執行完畢，即論以累犯。蓋於此情形下，報請許可假釋所定最低應執行之期間及假釋期間既均合併計算，其已執行之期間即無從區分何者為執行甲罪，何者為執行乙罪，否則乙罪之假釋將可能成為不法，且於被告更加不利，與刑法第七十九條之一立法意旨，自相違背（89年度台非字第207號判決意旨參照）。

為解決被告假釋後合併執行殘餘刑期，雖一再犯罪，但仍無從成立累犯之情形，經於94年修正時增訂刑法第七十九條之一第五項：「經撤銷假釋執行殘餘刑期者，無期徒刑於執行滿二十五年，有期徒刑於全部執行完畢後，再接續執行他刑，第一項有關合併計算執行期間之規定不適用之。」解決了該部分之問題。

至於被告犯數罪，符合數罪併罰之規定，其中一罪縱已執行完畢，然因其有數罪併罰之情形，經定應執行後，該已執行完畢（形式上執行完畢），仍屬尚未執行完畢。不但造成原判決之違誤，且被告所犯數罪中，已有一罪執行完畢，其後故意再犯，自應依累犯加重其刑。然實務上認：刑法第四十七條第一項所謂「執行完畢」，就數罪併罰案件，係指所定之執行刑執行完畢而言。如於定執行刑之前，有部分犯罪先行確定，而先予執行，仍應於數罪之裁判均確定後，依刑法規定，定其應執行之刑，俟檢察官指揮執行其應執行之刑時，再就形式上已執行部分，予以折抵扣除，不能謂先前確定之罪，已經執行完畢。茲舉二例說明：一、台灣

台南地方法院 99 年 10 月 19 日第一審確定判決（99 年度訴更(一)字第六號），經檢察總長提起非常上訴。最高法院以：本件被告鄭○○所犯前案於 95 年 3 月 31 日執行完畢，翌日期滿出監，嗣於 100 年 2 月 11 日經台灣台南地方法院以 100 年度聲減字第 4 號裁定，減為有期徒刑五月；並與後案定應執行刑為有期徒刑八年四月確定。嗣經台灣台南地方法院檢察署檢察官以 100 年度執減更午字第 21 號指揮執行，刑期自 97 年 10 月 5 日起至 105 年 3 月 14 日止，有被告刑案資料查註紀錄表及上開裁定書可稽。是被告於 97 年 7 月 23 日上午 11 時 17 分許，犯本件共同販賣第一級毒品罪時，前案刑事判決之有期徒刑五月實質上並未執行完畢；依首揭法條規定，不能論以累犯。原審（台灣台南地方法院）未察，遽認被告符合累犯之要件而加重其刑（處有期徒刑七年十月），自有適用法則不當之違法（參照 100 年度台非字第 174 號判決）。二、台灣高等法院 98 年度上更(一)字第 418 號，於 99 年 3 月 24 日為第二審判決，該案判決確定後，始由檢察官聲請，由台灣高等法院於 99 年 8 月 23 日以 99 年度聲字第 2238 號刑事裁定，定其應執行有期徒刑九年六月確定，被告前所犯施用毒品及妨害公務部分，經台灣板橋地方法院以 94 年度聲字第 151 號裁定，定應執行有期徒刑八月，並以羈押日期折抵刑期，卻不能認為已經執行完畢。致被告於 95 年 9 月至 12 月間再犯本件共同販賣第二級毒品十罪時，因前述案件所處之刑，均未執行完畢，而不能論以累犯。而經非常上訴，撤銷改判（參照最高法院 100 年度台非字第 10 號判決）。

前揭規定有不合理，須檢討修正之處，其理由有：一、從累犯加重之立法目的而觀：「累犯之加重，係因犯罪行為人之刑罰反應力薄弱，需再延長其矯正期間，以助其重返社會，並兼顧社會防衛之效果。參之同為大陸法系之日本現行刑法第 56 條及改正刑法草案第 56 條、瑞士刑法第 67 條、奧地利刑法第 39 條、法國刑法第 132 條之 8 至第 132 條之 11 仍有累犯之規定，宜維持現行累犯制度。惟可因行為人惡性之程度酌予量處適當之刑。²⁸⁷」二、不但與累犯應加重其刑之立法精神不合，且與事理有違：被告如僅犯一罪，因已執行完畢，應論以累犯，惟被告有數罪併罰之情形，依法定其應執行刑後，原執行完畢部分僅生折抵之問題，而未執行完畢，不構成累犯，顯與累犯加重之立法精神不合。依前述所舉之案例，該被告如僅犯施用毒品等罪，則已經執行完畢，應依累犯論處，因其另犯他罪，

²⁸⁷參照刑法第 47 條之立法理由。

符合數罪併罰之規定，依刑法規定定其應執行之刑，原執行完畢之部分，應俟檢察官指揮執行應執行刑時，就形式上已執行部分予以折抵，不能謂先確定之罪已執行完畢，被告因另犯他罪，反而不構成累犯，顯非事理之平。並使原合法論被告以累犯之適法判決，因其後數罪併罰之裁定，定其應執行刑後，而認尚未執行完畢，原判決論被告以累犯有所違誤，而成為違法之判決。三、數罪併罰之定應執行之刑，係出於刑罰經濟與責罰相當之考量²⁸⁸。行為人所犯數罪中如已有一罪已受徒刑之執行完畢，關於累犯部分，自以執行完畢論為當。四、徒增非常上訴案件：依 97 年 9 月 2 日最高法院 97 年度第 4 次刑事庭會議決議，非常上訴限於判決確定後，發見該案件之審判係違背法令，並與統一適用法令有關，具有原則上之重要性；或該判決不利於被告，非予救濟，不足以保障人權者，均依非常上訴程序以資糾正或救濟。至於原確定判決雖有違背法令情形，但尚非不利於被告，且不涉及統一適用法令，而無原則上之重要性；或縱屬不利於被告，但另有其他救濟之道，並無礙於被告之利益者，即無提起非常上訴之必要性，最高法院得以上訴無理由，判決駁回等旨。自該決議後，關於非常上訴，因非累犯誤依累犯加重其刑，判決不利於被告，提起非常上訴，經最高法院撤銷改判者，經非常上訴撤銷改判者，而為大宗²⁸⁹。

此一問題並非單純係法院審理案件不當，引起之判決違背法令，依前述說明，與刑罰之公平性有違，法制面宜予檢討，則關於被告符合數罪併罰，一罪已執行完畢，而須另定執行刑之情形，關於累犯之適用部分，宜為必要之修正。

第三節 刑事妥速審判法之施行與因應

98 年 10 月 16 日院台廳刑一字第 0980024413 號函送立法院審議之刑事妥速審判法草案，其立法理由以：為彰顯最高法院為嚴格法律審，關於第二項序文所規定案件之判決，其上訴理由應以判決所適用之法令抵觸憲法、判決違背司法院解釋或違背判例為限。亦即案件若符合第二項序文之情形時，上訴理由狀內須具體載明原審判決有何第二項各款所規定之事由。若最高法院認原審判決所適用之法令確有抵觸憲法之疑義時，因法官並無法令之違憲審查權，此時自得依司法

²⁸⁸參照最高法院 100 年度台上字第 698 號判決意旨。

²⁸⁹經筆者於 100 年 6 月 30 日查詢司法院法學資料檢索系統，自 100 年 1 月 1 日至同年 5 月 31 日，即至 100 年度台非字第 143 號止，計有 29 件（即 100 台非 142、138、136、134、133、128、126、125、123、118、117、110、95、92、87、84、68、61、57、54、52、48、41、22、21、18、10、5、1）係因為此種累犯加重情形，經非常上訴判決撤銷改判。

院釋字第 371 號解釋之意旨，裁定停止訴訟，並提出客觀上形成確信法令為違憲之具體理由，聲請司法院解釋，以求解決。又在行憲前，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，行憲後，有關憲法解釋及法令之統一解釋，由司法院大法官掌理，均屬司法院解釋，依司法院釋字第 185 號解釋意旨，司法院所為憲法解釋及統一法令解釋，具有拘束全國各機關及人民之效力，為使刑事訴訟得以實現憲法保障人權之功能，原審判決如有違背司法院解釋之情形，最高法院自得予以糾正。再者，判例係就具體個案之判決中因有關法令之重要事項有統一見解之必要而作成，故判決違背判例者，自屬最高法院得以審查之事項。又，第二項各款所謂之法令、司法院解釋、判例均以現行有效者為限，附此敘明。

審查會意見：為彰顯於符合本條第一項序文規定之情形時，最高法院為嚴格法律審，上訴理由自應以判決所適用之法令抵觸憲法、判決違背司法院解釋或違背判例者為限。亦即案件若符合第一項序文之情形時，上訴理由狀內須具體載明原審判決有何本條第一項各款所規定之事由。若最高法院認原審判決所適用之法令確有抵觸憲法之疑義時，因法官並無法令令之違憲審查權，此時自得依司法院釋字第三七一號解釋之意旨，裁定停止訴訟，並提出客觀上形成確信法令為違憲之具體理由，聲請司法院解釋，以求解決²⁹⁰。

刑事妥速審判法施行後，對上訴第三審案件之影響。為貫徹憲法保障人權之精神，原審判決所適用之法律如有抵觸憲法之情形時，由最高法院以裁定停止訴訟後，聲請司法院解釋，當事人毋庸等待該判決確定後，始依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款規定聲請解釋，復據解釋之結果聲請再審或提起非常上訴，以節省程序之勞費，並符合保障人民有受公正、合法、迅速審判之權。

最高法院對於第一項案件，係依嚴格法律審之規定審理，刑事訴訟法第 377 條至第 379 條、第 393 條第 1 款等規定，與嚴格法律審之精神不符，爰於本條第二項明定最高法院審理第一項案件時，上開條文之規定不適用之。所有案件上訴第三審均採嚴格法律審，現行刑事訴訟法上開規定自應一併檢討。

司法院原草案有：「最高法院認案件雖無前項所定之上訴理由，而有下列情形之一者，如不予撤銷顯違正義時，得予撤銷原審判決：

²⁹⁰參照立法院審查會審查刑事妥速審判法資料。

- 一、顯有影響判決結果之重大事實誤認。
- 二、科刑或宣告保安處分顯然不當。」

以上為審查會所不採。但審查會於刑事妥速審判法僅通過第一、二審均認係無罪之情形。將來第三審全面改採嚴格法律審之修正草案條文，如係包括有罪部分，此部分則須注意，並加研酌。

刑事妥速審判法施行後，第一審之無罪判決對於審理結果，影響深遠，檢察官、自訴人在第一審之舉證，當更加確實，否則第一審諭知無罪，上訴第二審仍予維持時，得上訴於第三審之案件，其上訴採嚴格法律審，上訴不易，學者有認為檢察官、自訴人會花費較多力量於第一審，如此對於改善「中廣型」之刑事訴訟運作實務，或有所助益²⁹¹

第四節 法制面之檢討與因應

第一項 司法院大法官審理案件法之修正

司法院大法官審理案件法第 5 條第 2 項原規定：「最高法院或行政法院就其受理之案件，對所適用之法律或命令，確信有抵觸憲法之疑義時，得以裁定停止訴訟程序，聲請大法官解釋。」惟依司法院釋字第 371 號解釋意旨，法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有抵觸憲法之疑義者，自應許其先行聲請解釋憲法，以求解決。是遇有前述情形，各級法院得以之為先決問題裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請司法院大法官解釋。司法院大法官審理案件法第 5 條第 2 項、第 3 項之規定，與上開意旨不符部分，應停止適用。

司法院大法官審理案件法第 5 條第 2 項既經大法官宣告應停止適用，自有加以修正之必要，建請參照大法官解釋意旨，將該條項修正為「法院就其受理之案件，對所適用法律，確信有抵觸憲法之疑義時，得以裁定停止訴訟程序，聲請大法官解釋。」

第二項 第二、三審法制之亟待修正

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，司法院於民國 88 年 7 月 6 日至 8 日召開全國司法改革會議，經審、檢、辯、學代表

²⁹¹林超駿，初論速審法限制檢方對無罪案件之上訴－美國刑事不對稱上訴法制簡介，收於司法院印行，刑事妥速審判法（上），2010 年 10 月，頁 116。

及社會賢達熱烈參與研討，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」等多項共識結論²⁹²。而落實第一審為堅強之事實審等相關條文，已於92年2月6日經總統修正公布，並已於同年9月1日施行。至於第二審原則採事後審，例外兼採續審制；第三審採嚴格法律審併採上訴許可制部分，未能依原定計畫同時完成立法。

我國現行第二審採「覆審制」，係基於舊刑事訴訟制度的第一審係採職權主義、直接審理之訴訟架構，但92年第一審改採改良式當事人進行主義，強化第一審認定事實之功能，應以第一審為事實審理之重心（中心），惟因第二、三審訴訟制度未能配合進行修正，而仍維持「覆審制」，完全重複之審理，非但不能真正發現真實，反而造成程序浪費，如果從訴訟經濟的觀點，司法資源有限，過度期待上訴審發現真實以救濟具體個案，將造成上訴審過重的負擔，導致審判長期化，使真正應獲救濟者，無法獲得救濟（排擠效應）。刑事訴訟新制實施以來，第一審裁判品質確實有所提升，但根據相關數字比較，我國之上訴率較他國高出甚多，第二審撤銷第一審判決的比率亦高出他國甚多，可得知我國第二審上訴制度仍有修正改革之空間及必要²⁹³。

司法院前院長賴英照於98年3月3日最高法院98年度第一次學術研究會致詞時說明：目前整體之刑事訴訟制度而言，有人形容是圓桶型，地方法院認定事實，高等法院要重新審理一遍，到最高法院還是為事實認定問題爭論不休，因而曠日廢時，久懸不決，有依88年全國司法改革會議決逐步將訴訟制度改為金字塔型架構，強化第一審之事實審功能，並將第二審改為事後審兼採續審制，第三審採嚴格法律審併採上訴許可制²⁹⁴。第二審將來如兼採續審制，學者認為第二審採覆審制，乍看之下，似乎給予被告刑事案件有重複審理之機會，二次事實審似較有保障，但並不表示第二審採事後審，即侵害被告之審級利益。採行事後審，兼採

²⁹²參看司法院印行，司法改革全貌，2002年7月，頁54、55；並參照93年刑事訴訟法部分條文修正草案總說明之前言。

²⁹³蘇素娥、宋松璟，從實務角度談刑事第二審訴訟之改革，檢察新論，9期，2011年1月，頁22、23。

²⁹⁴司法院前院長賴英照於最高法院98年度第一次學術研究會之致詞，載最高法院學術研究會叢書18，第3頁。賴浩敏於99年10月13日就任司法院長後，雖提出「適度引進人民參與刑事審判的制度」的構想，但對於第二、三審訴訟制度改革方向，並未宣示有所更易。

續審制，並不會因此即剝奪被告接受事實審理之機會²⁹⁵。另有學者主張第二審改採事後審之後，第三審應定位於統一解釋（適用）之重要事項為其主要目的，以糾正原判決重大違背法令之情形為限（採嚴格法律審），如此向方向可達成三級三審制呈現金字塔型之結構，使上訴制度合理化，收分工之效²⁹⁶。均值參考。

第一審實施訴訟新制已 7 年有餘，運行堪稱順暢，於 92 年修法前，因訴訟制度之設計及運作未臻妥適，而第二審在採行覆審制之情形下，證據重覆調查，尤其經第三審多次發回後，距離案發當時已久遠，第二審為證據之調查日益困難，在事實尚未釐清前，第三審法院亦從案件確定，於是案件在第三審來來回回，被告對於長期遭受訴訟煎熬，以及人民對於危害社會治安之重大刑事案件久懸未結，早已不滿，此亦為司法滿意度無法大幅提昇之重大因素，欲解決此困境，非從訴訟制度作根本性之調整不可，根據各方建議，確立「強化事實審功能，以第一審為堅強事實審，第二審原則為事後審，例外採續審制之精神，第三審為嚴格法律審併採上訴許可制」之基本原則，積極研修刑事訴訟法。第一審為堅強事實審，並成為事實審中心之改革，既完成修法，透過精密而有效率之第一審審理，應能發見真實，並充分保障當事人權益，第一審既為事實審之重心，則第二審自不應再擔當重行調查證據之任務；而第三審不僅應為名符其實之法律審，且上訴第三審之要件亦應趨於嚴格，使第三審原則為統一法令適用之審級。為避免案件延宕不決，爭點重複處理、有效運用司法資源，修法使第二審原則為事後審，另兼採續審制之精神²⁹⁷，例外可調查事實；第三審為嚴格法律審併採上訴許可制，其時機應已成熟。我國刑事訴訟法制即能成為兼具保障人權、發見真實及訴訟經濟之現代化法制，與世界先進國家法制相較，亦不遑多讓²⁹⁸。因第一審刑事審判實施文互詰問等制度，已成為堅實之第一審，足以負擔認定事實職權之行使，輔

²⁹⁵參看陳運財，不對稱上訴制度之初探，檢察新論，9 期，2011 年 1 月，頁 70。

²⁹⁶陳運財，司法院之定位與刑事訴訟第三審上訴之重構，東海大學法學研究，14 期，1999 年 12 月，頁 174。

²⁹⁷蔡聰明、謝靜恆合著，我國刑事上訴制度之研究，台灣高等法院印行，2008 年 12 月初版，頁 10。亦建議第二審改採事後審制為原則，兼採續審制。

²⁹⁸蔡清遊，我國刑事上訴制度之修法方向，中華法學，10 期，2003 年 12 月，頁 59。

以法律扶助，義務辯護、公設辯護等配套措施，第二審為事後審之時機已然成形，配合第三審採取嚴格的法律審，完成金字塔訴訟結構²⁹⁹。

93 年間司法院會銜行政院提出之修正刑事訴訟法部分條文草案，關於第二、三審上訴部分，其重要部分約有：

一、第二審部分

(一) 第二審上訴採行事後審制³⁰⁰，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：

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，因事後審制具有法律審之屬性，故除有特別規定外，非以原審判決違背法令致影響於判決為理由，不得為之。而所謂違背法令指判決不適用法則或適用法則不當。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 361 條之 1、第 361 條之 2、第 361 條之 3)

(二) 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，當事人或其他有上訴權人得提起上訴：

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

²⁹⁹司法院暨所屬各機關出國報告，台灣高等法院 94 年度美國、加拿大司法業務考察報告（黃瑞華等八人），2005 年 12 月 28 日，頁 76。

³⁰⁰關於第二審改採事後審（或稱事後審查審）係經由學界及實務界多年研究，司法院始研擬提出 93 年刑事訴訟法部分修正草案，相關研究詳參看蔡清遊，刑事訴訟上當事人主義之研究，中國文化大學中山學術研究所博士論文，2000 年 6 月，頁 496。黃朝義，刑事上訴審構造問題，東吳大學法律學報，13 卷 1 期，2001 年 8 月，頁 107-137。最高法院學術研究會編印，「刑事訴訟起訴狀一本主義及配套制度」法條化研究報告（下），2001 年 10 月，頁 765-766。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 21 輯第 10 篇，2001 年 11 月。

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 361 條之 4）

- （三）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 420 條、第 422 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 361 條之 6）。

- （四）第二審上訴以事後審制為原則，兼採續審制：

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，應容許提起第二審上訴。而其上訴書狀之記載，除應具體敘述上訴理由引用卷內訴訟資料外，並應釋明因不得已未能及時聲請調查證據之理由，及提出該證據方法請求調查。（修正條文第 361 條之 5）

- （五）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 366 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 361 條之 2、第 361 條之 4 第 1 項、第 361 條之 5 第 1 項、第 361 條之 6 第 1 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 366 條）

二、第三審部分：

- （一）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抵觸憲法、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，由高等法院及其分院以事後審之地位，審查糾正原判決違背法令之錯誤，同時兼採續審制，以補充性地發見

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，如此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 377 條、刪除第 376 條、第 378 條至第 381 條）

（二）增設裁量許可上訴制度：

第三審法院乃負有統一適用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。惟高等法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，仍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適用法令之機能。（修正條文第 377 條之 1）

（三）賦予第三審法院撤銷原審判決之職權：

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 397 條之 1）

當時草案提出時係與第一審之法制修正相配套，茲因刑事妥速審判法之施行，自有加以檢討之必要，其中關於賦予第三審法院撤銷原審判決之職權部分，關於刑事妥速審判法第 9 條之無罪案件部分，因於制定該法已為立法機關所不採，宜予除外。又至於原草案修正條文第 375 條，配合司法院之終審機關化，不服高等法院之第二審或第一審判決而上訴者，應向司法院為之：將現行法第 375 條關於「最高法院」用語，爰予修正為「司法院」。及依據司法院組織定位調整之近程規劃及在憲法第 78 條修正之前，就有關法律及命令是否抵觸憲法之抽象違憲審查權與法律、命令之統一解釋權仍為司法院憲法法庭所掌理。故而，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，確信有牴觸憲法之疑義或有變更司法院解釋之必要者，仍應以裁定停止審判，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 394 條之 1、第 396 條）³⁰¹。相關條文係建立在司法院為終審機關化（即最高審判機關化）而擬定，如最高法院仍屬存續，並為終審機關，則關於此部分條文，宜再適度修正為「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，確信有牴觸憲法之疑義者，應以裁定停止審判，並聲請大法官解釋。」之旨，以符實際需要。

至於論者有以：過去，當事人上訴第二審法院，只要一紙上訴書狀即可，那怕是空白上訴書狀，亦能走入上訴審達成訴訟救濟之途。不久之前，修正刑事訴訟法第 361 條第 2 項，建構「上訴書狀應敘述具體理由」之牆垣，透過實務運作及操作幾許，牆垣不斷增高，能攀登入第二審法院尋求救濟者無幾，民眾撻伐，律師揭竿，群起陳情，端賴最高法院「宏觀調控」後，平息眾怒。不料，接踵而來，更高門檻，構築在第一審與第二審間，「上訴於第二審法院，除有特別規定外，非以判決違背法令致影響於判決為理由，不得為之。」同時搭起如天際線般高聳地第三審上訴理由，「所適用之法令牴觸憲法者。」、「違背司法院解釋者。」、「違背判例者。」知悉其中內涵者可有幾人？能妥適有效運用者更有幾人？過去不服第一審判決，當事人以走路方式就能走到第二審，96 年 7 月 4 日修法後，障礙興起，有如 80 公尺低欄賽跑；未來修法，上訴第二審困難度及艱辛感仿如 110 公尺高欄，而上訴第三審亦如撐竿跳般，當事人縱有好身手，亦難攀越進入第三審³⁰²。所述雖有其見地，但法制之改革，必對舊制有所變更，以往之訴訟制度就訴訟資源分配如欠合理，審級功能之設計若非允當，自應加以檢討修正，以求其適合者，制度變更自應輔以相關之配套，以減少過渡

³⁰¹參照司法院、行政院會銜於 93 年 1 月 7 日院台廳刑一字第 00601 號、院臺法字第 0920066687 號函送立法院之修正草案。

³⁰²張熙懷，從實務角度談上訴審之改革，檢察新論，9 期，2011 年 1 月，頁 64。

時期之衝擊³⁰³。諸如：一、檢察官妥適運用緩起訴處分³⁰⁴，以減少案件進入司法審判程序。二、審判採行分流方式，案件進入審判程序後，為使「明案速判，疑案慎斷」，以分流方式進行，案情簡明之案件以簡易判決處刑、簡式審判程序處理，部分案件經由協商程序審結，有爭執或重大之案件以通常程序合議庭審理，詳查慎斷。三、落實檢察官、自訴人之舉證責任，尤以刑事妥速審判法第 9 條施行後，第一審判決諭知無罪，上訴後第二審維持無罪之判決，駁回檢察官或自訴人在第二審之上訴時，如上訴第三審受嚴格法律審之限制。四、為兼顧被告訴訟之權益，關於刑事訴訟法第 388 條第三審排除強制辯護規定之適用，於第三審全面採行嚴格法律審時，非具法律專業之人，難以主張判決如何與所適用之法令牴觸憲法或違背司法院解釋、判例。關於第一審強制辯護之案件，最高法院之見解已有第一審之辯護人有為被告上訴理由之義務，則第二審之辯護人更有為被告撰寫第三審上訴理由之責任³⁰⁵。或於被告表示提起第三審上訴時，亦有請求指定律師為其扶助之權利。此部分宜一併修正。第二、三審上訴制度之修正屬訴訟制度之重大變革，如須相當時日準備相關配套措施，於修法時，亦得明定修正條文之日出條款，修正條文自公布後經一定期間始生效，予以緩衝之時間。

至於自訴部分，依刑事訴訟法第 319 條第 2 項規定，自訴之提起，應委由律師為之，但實務上認定：自訴人本身係律師自訴人具有律師資格者，無須委任律師為代理人³⁰⁶。刑事訴訟法第 379 條第 8 款宜修正為「除有特別規定外，未經檢察官、自訴人或自訴代理人到庭陳述而為審判者」，以符實際。將來修法時亦宜一併審酌，作適度之修正。

第三項 實體法方面之檢討

判決違背法令，有違背實體法者，實體法之相關規定是否刑罰正義，是否合於事理，如有違背正義、事理者，自有檢討修正之必要。刑事訴訟上被告如僅犯

³⁰³參看蘇素娥、宋松璟，從實務角度談刑事第二審訴訟之改革，檢察新論，9 期，2011 年 1 月，頁 27-29。

³⁰⁴關於緩起在檢察實務之運用，詳請參王文和，與正義交易—以我國緩起訴制度的刑事司法功能為中心，國立台灣大學社會科學院國家發展研究所碩士論文，2008 年 1 月。

³⁰⁵參照最高法院 98 年度台上字第 5354 號判決意旨。

³⁰⁶參照最高法院 94 年 4 月 26 日、5 月 10 日 94 年度第 6、7 次刑事庭會議決議九。

一罪，受有期徒刑之執行完畢因已執行完畢，應論以累犯，惟被告有數罪併罰之情形，依法定其應執行刑後，原執行完畢部分僅生折抵之問題，而未執行完畢，不構成累犯，顯與累犯加重之立法精神不合。依前述所舉之案例，該被告如僅犯施用毒品等罪，則已經執行完畢，應依累犯論處，因其另犯他罪，符合數罪併罰之規定，依刑法規定定其應執行之刑，原執行完畢之部分，應俟檢察官指揮執行應執行刑時，原已執行部分，即不能謂先確定之罪已執行完畢，被告犯一罪，構成累犯，犯數罪，反而不構成累犯。而其實際上已經刑之執行完畢，而故意再犯，二者並無不同，僅因被告有數罪併罰之情形，於定應執行刑，竟使原已執行完畢之案件，成為尚未執行完畢，原合法依累犯規定加重其刑之判決，變成違背法令，顯有未洽。





第七章 結論

第一節 主要發現

第一項 實務面

判決違背法令作為第三審之上訴理由，依本研究發現肇因於事實問題與法律問題之難以區別，事實問題與法律問題，作為上訴理由關聯性思考時，不足以解決裁判上所生之一切問題。實際上，與事實相對立者係「非事實」並非法律，犯罪事實應依證據認定之，事實認定是否適法，端賴關於證據能力、證據證明力等證據法則之運用是否正確適當，此已涉及適用法律當否之範疇。在現行法制下，上訴第三審泛稱以「判決違背法令」為由，第三審無可避免須審酌與認定事實有關之法律適用問題。

依現狀而觀，在現行法制下，上訴意旨所指或得依職權調查之事項，如原判決違背法令，且於判決結果有影響者，自應予以救濟。然原判決雖有違背法令之處，但於判決無影響時，對被告之權益，檢察官追訴犯罪使命之達成，或自訴人自訴被告犯罪之目的，顯無影響，此時，如能適切運用刑事訴訟法第380條規定，維持原判決，駁回上訴，當係可行之方向。此部分運用，攸關訴訟法上之判斷作用，本存有感性、理性之要素，受到認識主體即法官之人格性與認識能力之限制。認識主體對判斷作用有決定性之影響。由證據資料之評價所判定之事實，及經由具體價值之觀察所作之價值判斷，欲獲得普遍妥當性，有其困難。因之，論者有謂：為判斷之法官，須不斷充實與歷練，具備相當人生閱歷，熟稔經驗法則，並予妥適運用。負有裁判正當性擔保責任之第三審法官，其應具備之性格、學識能力、裁判經驗及思考方法等，尤關重大等語³⁰⁷。實屬的論。

從宏觀觀察，如擴及到中、遠程目標，現行實務上之問題，不可諱言，除少部分，例如未受請求之事項予以判決、宣告刑逾法定刑等較明顯之錯誤，屬相關承辦人員之疏失以外，重要癥結係來自於法制面之問題。第二、三審上訴制度宜作適度之調整與修正，以落實全國司法改革會議決議，塑造一個金字塔型之訴訟

³⁰⁷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），軍法專刊，37卷2期，1991年2月，頁28。

架構，讓案件的事實能在第一審就調查清楚，可避免當事人一再出庭，且讓案件可以迅速確定，確保人民之訴訟權³⁰⁸。

第一審已改採改良式當事人進行主義，強化了第一審認定事實之功能，但第二、三審因法律未能配合修正，仍沿舊制，實務運作上，不免衍生問題。現行第二審採覆審制，易使人覺得予被告重複審理之機會，二次事實審似較有保障之想法，但採第二審採事後審，並非即侵害被告之審級利益。採行事後審，兼採續審制，並不會因之剝奪被告接受事實審理之機會。現制第二審採覆審制重複為事實之審理，與第一審之功能並無異，因第二審仍重複為事實之調查，被告及其辯護人在第一審時未主張之事實及證據，在第二審時均得主張事實及聲請調查，並無任何限制，第二審採覆審制，使此效能有時難以達成。第二審有改採事後審，事實之調查以第一審為中心，避免重複為事實之審理。第二審採事後審後，第三審則改為嚴格法律審兼採上訴許可制，以發揮法律審之功能。

第二項 法制面

依本文之研究，刑事訴訟法有關第二、三審訴訟制度之法制及司法院大法官審理案件法部分條文，均有加以修正之必要，俾符合刑事訴訟上訴制度構造變革之需求。實體法部分，其規定與判決違背法令，及刑罰公平性與否，息息相關，相關規定在實務運用上是否妥適，自有檢討之必要。本研究發現關於累犯規定，於被告有數罪併罰之情形，因定應執行刑，而使原已執行完畢之案件，成為尚未執行完畢，顯有未洽。

第二節 建議

第一項 實務作法

第一款 關於司法行政方面

依第六章之研究結果，在實務方面，司法行政對於法官之審判業務宜適時提供行政上之支援。其中有關：一、法學檢索系統關於判決資料查註之精緻化，二、前案紀錄表簡明化。三、法官辦案參考手冊更加齊備。均有助於提升法官之辦案效能，並減少錯誤之發生。

³⁰⁸刑事妥速審判法第9條定於100年5月19日施行時，司法院仍重申落實全國司法改革會議決議，司法院下一步的刑事訴訟改革就是全面改造上訴制度，塑造一個金字塔的訴訟架構之旨。詳見司法周刊第1542期，100年5月13日。

第二款 關於審判功能方面

現行法制下，第一審之審判功能主要在確定事實，第二審雖亦係事實審，然已肩負部分之法律審查功能，第一審判決不論事實或法律上有所違誤，均須加以糾正。第二審之審查功能，尤其是有關事實之認定部分，如能釐清，並適度發揮其法律見解之審查效能，則上訴第三審後，目前雖未採行嚴格之法律審，但因事實已得確定，如適用法律有所違誤，第三審亦得據以裁判，而使整個審判程序精緻化及效率化。

判決違背法令作為第三審上訴理由，其中違背法令範圍既廣且不易理解、適用，兼以第二審採覆審制，有與第一審功能重複之情形，於第一審具備堅實之基礎後，宜修正為事後審制，審判功能方面，宜加強第一審調查認定事實，第二審改為事後審，並確立第三審為法律審。第三審適時發揮統一法律見解功能，所著之判例、法律見解與時俱進，期能達到「法與時轉則治，治與世宜則有功。³⁰⁹」之宏效。判例雖有其一定之功能，然於援引判例時，宜注意具體個案與判例之事實是否相同，如果事實並不相同，即難逕予援用，自不待言。

上級法院法官有接受下級法院法官本於確信所表示法律見解之雅量，下級法院法官關於法律上之見解，在個案上應受上級法院發回意旨所載法律見解之拘束。最高法院有統一法律見解之功能與職責，同審級之法官或不同審級之法官在個案上，得本於確信表示其見解，如見解不同時，宜經由適當管道（即法律座談會等）討論，並形成一致之見解，避免裁判歧異。尤其於第三審採行嚴格法律審，「判決違背判例」為上訴理由之一種，如判例不合時宜，自應隨時加以檢討。則 21 年上字第 820 號、21 年上字第 1290 號、31 年抗字第 58 號〈二〉、46 年台上字第 486 號等判例允有檢討之必要。

刑事妥速審判法第 9 條第一款之上訴第三審理由，為「判決所適用之法令牴觸憲法」，關於法律有牴觸憲法之疑義時，最高法院自得以裁定停止訴訟程序，聲請大法官解釋，至於法律以外之命令牴觸憲法時，最高法院須自行依法審判。大法官之釋憲權，與最高法院（終審法院）統一法令適用之權限，各有職權，各盡其責。

³⁰⁹ 《韓非子》心度篇（第 20 卷第 54 篇），有曰：「故治民無常，唯法為治。法與時轉則治，治與世宜則有功。」參閱陳啓天，增訂韓非子校釋，台灣商務印書館，1974 年 6 月 3 版，頁 814。

第二項 修法建議

由本文研究得知司法院大法官審理案件法第 5 條、刑事訴訟法第二、三審之上訴制度，及刑法第 47 條等相關規定，有加以檢討修正之必要，以適時完成訴訟制度之變革，並符實現刑罰之正義。

修法建議方面，主要有：

壹、司法院大法官審理案件法之修正

司法院大法官審理案件法第 5 條第 2 項、第 3 項之規定，既經司法院釋字第 371 號解釋，宣告與該解釋意旨不符部分，應停止適用，本有依該解釋意旨研擬修正之必要。如已適時加以修正，當不致衍生判例、決議有違憲疑義，法官得否聲請解釋之爭議。況刑事妥速審判法第 9 條已於 100 年 5 月 19 日施行，檢察官或自訴人得以原判決有同法第 9 條第 1 項第 1 款「判決所適用之法令牴觸憲法」之情形，執為上訴理由，提起上訴，自應就法官聲請解釋之各項要件，予以明定，以資遵循，並杜爭議。爰建請參照司法院釋字第 371 號、第 572 號解釋意旨，修正司法院大法官審理案件法第 5 條第 2 項條文為「法院就其受理之案件，對所適用之法律，確信有牴觸憲法之疑義時，得以裁定停止訴訟程序，聲請大法官解釋。」

貳、刑事訴訟法制之修正

民國 88 年 7 月 8 日召開「司法改革會議」獲得結論，確立刑事訴訟之改革方向，迄今僅完成了第一審之修法程序，第二審、第三審部分雖尚未能如期完成修法程序，但有關第二審採事後審為原則，兼採續審制，第三審採嚴格法律審，兼採上訴許可制之大方向，司法院及各界並未表示應加更易。則主管機關宜參酌刑事妥速審判法部分案件採取嚴格法律審，或限制檢察官上訴之規定，與該法實施之情形，完成上訴審相關法制之通盤修正。

鑑於法制通盤修正，工程浩大，耗時甚久，如能就部分條文先行修正，亦可應實際需要。關於刑事訴訟法之修正，爰分近程、遠程之修法建議如下：

一、近程之部分修正

- (一) 第 344 條第 5 項修正為「宣告死刑之案件，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。」

修正理由：死刑係生命刑，於執行後如發現為冤獄，將無法補救。為保障人權，宣告死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。無期

徒刑因屬自由刑，當事人本得自行決定是否提起上訴，此與宣告死刑之情形有別。被告受無期徒刑之判決後折服，願及早入監執行者，自應尊重其意願，現行依職權逕送該管上級法院之規定，無異剝奪被告不上訴之權益。

(二) 第 379 條第 8 款修正為「除有特別規定外，未經檢察官、自訴人或自訴代理人到庭陳述而為審判者。」

修正理由：自訴須委由律師為代理人，又有律師身分之自訴人無庸委任代理人，爰修正如上。

(三) 第 380 條修正為「除前條情形外，雖係違背法令而顯然於判決無影響者，不得為上訴之理由。」

修正理由：除刑事訴訟法第 379 條所列情形外，不論訴訟程序或實體上雖有違背法令之情形，然顯然於判決無影響，自不得據為上訴第三審之理由。

二、遠程之通盤修正

刑事訴訟法有關上訴部分，修正之大方向係第二審採事後審為原則，兼採續審制，第三審採嚴格法律審，兼採上訴許可制。並參酌刑事妥速審判法部分案件採取嚴格法律審或限制檢察官上訴之規定等精神，完成上訴審法制之通盤修正。其重要內容，有如本文第六章所述 93 年刑事訴訟法部分條文修正草案之修正原則，茲不再重複，僅就司法院於刑事妥速審判法第 9 條之草案原有：「最高法院認案件雖無前項所定之上訴理由，而有下列情形之一者，如不予撤銷顯違正義時，得予撤銷原審判決：一、顯有影響判決結果之重大事實誤認。二、科刑或宣告保安處分顯然不當。」但不為立法機關所採，司法院所擬之刑事訴訟法原草案第 377 條為：「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。」。另於修正條文草案第 397 條之 1 規定：「第三審法院認為原審判決雖無第 377 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、判決後刑罰已廢止、變更、免除或經赦免者。」

將來修法，宜注意是否包括刑事妥速審判法第 9 條之案件。刑事上訴制度之通盤修正，屬訴訟制度之重大變革，有預定準備期間之必要，就原有案件如何處理亦應明文規定。因之建請訂定施行相關事宜：

(一) 準備期間

建議於刑事訴訟法施行法增訂：

「中華民國○○年○月○日修正通過之刑事訴訟法，自○○年○月○日施行。」

(二) 已繫屬案件之處理

已繫屬之案件，當事人之訴訟權益不應法律之修正而受影響，因此建議於刑事訴訟法施行法增訂：

「中華民國○○年○月○日修正通過之刑事訴訟法施行前，已繫屬於第二、三審法院之案件，仍依施行前之法定程序終結之。」

參、關於刑法部分

刑事裁判之構成，所應適用之法律，包括程序法與實體法。判決違背法令之產生，有部分係由於實體法規定欠周所致，就實體法部分亦有適時檢討是否符合實際需要之必要。本研究發現刑法累犯相關規定欠周，以致產生法院為判決時並無違背法令之情事，判決後違背法令之情形，就此部分亦有修正之必要。

實務上常因被告數罪併罰定應執行刑，致發生宣告累犯之判決，違背法令之問題，允宜由法制面加以改善，因之建請修正刑法第 47 條增列第 3 項：「數罪併罰，其中一罪已受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免者，關於本條累犯之規定，以執行完畢論。」

以上係針對本研究之範圍，就相關法制提出個人關於修法之淺見，筆者受限於學識能力，思慮亦恐欠周，所擬建議容有疏漏，惟如稍有助於刑事訴訟法制之改進，及實務上之運用，則已達本文研究之目的。至於更精細之設計及其更周詳之配套，仍有待筆者將來之延伸研究及各界之努力。

參考文獻

一、書籍

土木武司著，董璠輿、宋英輝合譯，日本刑事訴訟法要義，五南圖書出版公司，1997年5月初版1刷。

王士帆，不自證己罪，公益信託基金春風煦日學術基金，2007年6月。

王兆鵬，美國刑事訴訟法，元照出版有限公司，2004年9月初版第1刷。

朱石炎，刑事訴訟法論，三民書局股份有限公司，2007年9月初版1刷。

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17輯第14篇，1997年6月。

呂潮澤，我國刑事法律審制度之檢討，最高法院89年度研究發展計畫項目，2000年。

李惠宗，案例式法學方法論，新學林出版股份有限公司，2009年10月1版1刷。

林山田，刑事程序法，五南圖書出版有限公司，2000年5月三版1刷。

林永謀，刑事訴訟法釋論（下冊），自版，2007年9月初版第1刷。

林俊益，刑事訴訟法概論（下），新學林出版股份有限公司，2006年2月5版1刷。

林紀東，法學緒論，五南圖書出版股份有限公司，2008年2月2版1刷。

林鈺雄，刑事訴訟法（下），元照出版有限公司，2007年9月5版。

洪遜欣，法理學，自版，1982年2月初版。

胡開誠，刑事訴訟法論，三民書局股份有限公司，1991年8月再版3刷。

徐文英，刑事訴訟上審判違背法令之研究，最高法院檢察署88年度研究發展項目研究報告，最高法院檢察署印行，1999年1月。

徐昌錦，通姦除罪化—案例與實證分析，五南圖書出版股份有限公司，2006年6月初版1刷。

翁岳生，行政法與現代法治國家，國立台灣大學法學叢書（2），1987年6月再版。

張麗卿，刑事訴訟法理論與運用，五南圖書股份有限公司，1999年9月4版1刷。

陳恆寬，證據開示制度之研究，臺灣高等法院99年度研究發展報告，2010年11月。

陳啟天，增訂韓非子校釋，台灣商務印書館，1974年6月3版。

陳貽男，論刑事審判集中化，台灣高等法院89年度研究發展項目研究報告，台灣

- 高等法院印行，2000年12月。
- 陳樸生，刑事訴訟法實務，自版，1996年9月重訂11版。
- 湯德宗，行政程序法論—論正當行政程序，元照出版有限公司，2003年10月2版1刷。
- 黃東熊，刑事訴訟法論，三民書局股份有限公司，1995年3月3版。
- 黃東熊、吳景芳合著，刑事訴訟法論，三民書局股份有限公司，2001年10月，修訂4版1刷。
- 黃朝義，刑事訴訟法，新學林出版股份有限公司，2009年9月2版。
- 楊仁壽，法學方法論（第二版），三民書局股份有限公司，2010年5月第1刷。
- 楊日然，法理學，三民書局股份有限公司，2005年10月初版1刷。
- 管歐，法學緒論，五南圖書出版股份有限公司，2007年12月72版1刷。
- 褚劍鴻，刑事訴訟法論（下冊），台灣商務印書館股份有限公司，1998年9月3次修訂版1刷。
- 劉福聲、池啟明，限制上訴第三審範圍之研究，司法院秘書處發行，司法研究年報第17輯第8卷，1997年6月。
- 蔡墩銘譯，德日刑事訴訟法，五南圖書出版股份有限公司，1993年7月初版。
- 蔡墩銘，刑事訴訟法論，五南圖書出版股份有限公司，2002年10月5版1刷。
- 蔡聰明、謝靜恆合著，我國刑事上訴制度之研究，台灣高等法院印行，2008年12月初版。
- Claus Roxin 著，吳麗琪譯，德國刑事訴訟法，三民書局股份有限公司，1998年1月初版。
- Floyd Feeney、Joachim Herrmann 合著，郭志媛譯，一個案例 兩種制度（One Case—Two Systems）—美德刑事司法比較，中國法制出版社，2006年6月1版。
- Hans Kelsen 著，張書友譯，純粹法理論（係譯自英譯本 Introduction to the Problems of Legal Theory），中國法制出版社，2008年12月第1版。

二、學位論文

- 王文和，與正義交易—以我國緩起訴制度的刑事司法功能為中心，國立台灣大學社會科學院國家發展研究所碩士論文，2008年1月。

王易鈞，刑事上訴制度之研究，國防大學管理學院法律學研究所碩士論文，2007年5月。

王參和，日本刑事控訴審構造之研究，國立中興大學法律學系碩士論文，1999年6月。

石木欽，改良式當事人進行主義之證據法則—以審判實務為中心，國立臺灣大學社會科學院國家發展研究所碩士論文，2007年6月。

李文福，論刑度與裁量，中正大學法律研究所碩士論文，2006年6月。

邱仁楹，從最高法院撤銷發回更審狀況論刑事上訴制度之重構，東海大學法律學系碩士論文，2005年6月。

俞儒勳，刑事案件上訴最高法院重要因子之研究，國立臺北大學統計學系碩士論文，2006年1月。

徐碧雲，我國最高法院著作權刑事判決類型化分析，國立政治大學法學院碩士論文，2008年6月。

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

傅文民，關於減少刑事第三審發回更審之若干研究，輔仁大學法律研究所碩士論文，1989年6月。

蔡清遊，刑事訴訟上當事人主義之研究，中國文化大學中山學術研究所博士論文，2000年6月。

三、期刊文章

王文，刑事判決違背法令及其救濟方法之探究，輔仁法學，7期，1988年1月，頁57-77。

王兆鵬，法律審之上訴審理，臺灣本土法學雜誌，31期，2002年2月，頁47-72。

何賴傑，刑事法院組織不合法之程序瑕疵—最高法院89年度台上字第1877號判決評釋，臺灣本土法學雜誌，31期，2002年2月，頁95-102。

何賴傑，從刑事妥速審判法之制定看上訴審之問題—政策面之檢討，檢察新論，9期，2011年1月，頁2-12。

呂潮澤，刑事被告上訴利益之論爭，刑事法雜誌，47卷5期，2003年10月，頁1-23。

- 呂潮澤，法律之司法補充解釋問題，刑事法雜誌，48卷3期，2004年6月，頁1-32。
- 呂潮澤，刑事第三審上訴程序審查判決之特性及其應具備之訴訟條件，法令月刊，56卷11期，2005年11月，頁4-16。
- 呂潮澤，刑事第三審上訴違背法定程序之審查制度，中華法學，12期，2007年11月，頁67-86。
- 周昉，第三審及非常上訴審程序之邏輯思維，司法新趨勢，27期，2006年10月，頁73-81。
- 林永謀，第三審與非常上訴審所謂之「判決違背法令」，軍法專刊，34卷10期，1988年10月，頁5-12。
- 林永謀，審級制度與刑事之上訴，法令月刊，40卷3期，1989年3月，頁14-17。
- 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（上），軍法專刊，37卷1期，1991年1月，頁14-19。
- 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），軍法專刊，37卷2期，1991年2月，頁22-28。
- 林鈺雄，強制辯護案件及其判定基準，臺灣本土法學雜誌，20期，2001年3月，頁152-158。
- 林鈺雄，自由心證：真的很「自由」嗎？，臺灣本土法學雜誌，27期，2001年10月，頁13-38。
- 林鈺雄，罪疑唯輕原則之適用範圍，臺灣本土法學雜誌，106期，2008年5月，頁211-218。
- 俞儒勳、黃怡婷，刑事案件上訴最高法院重要因子之研究，中國統計學報，45卷3期，2007年9月，頁283-298。
- 許正順，日本法律審判例有關事實擷取及裁量上訴制度之研究（中），司法周刊第1465期，2009年11月6日，第3版。
- 張熙懷，從實務角度談上訴審之改革，檢察新論，9期，2011年1月，頁36-64。
- 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，1990年6月，頁18-19。

- 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33卷第4期，1989年8月，頁9-23。
- 陳祐治，刑事訴訟與證據法系列(3)—經驗法則及論理法則，法令月刊，59卷8期，2008年8月，頁86-104。
- 陳煥生，刑事訴訟第三審之上訴，刑事法雜誌，50卷3期，2006年6月，頁1-15。
- 陳運財，司法院之定位與刑事訴訟第三審上訴之重構，東海大學法學研究，14期，1999年12月，頁163-176。
- 陳運財，不對稱上訴制度之初探，檢察新論，9期，2011年1月，頁65-87。
- 陳運財、邱仁楹，最高法院撤銷發回更審原因之檢討，東海大學法學研究，22期，2005年6月，頁151-215。
- 陳樸生，審判之違背法令於事實之影響，刑事法雜誌，3卷12期，1959年12月，頁1-11。
- 陳樸生，從覆判審制與事後審制談第二審審判程序，政大法學評論，第25期，1982年6月，頁1-9。
- 陳櫻琴，純粹法學派宗師—凱爾生，月旦法學雜誌第66期，2000年1月，頁205-211。
- 陳顯武，論法學上規則與原則之區分—由非單調邏輯之觀點出發，臺大法學論叢，34卷1期，2005年1月，頁1—45。
- 黃朝義，刑事上訴審構造問題，東吳大學法律學報，13卷1期，2001年8月，頁107-137。
- 詹鎮榮，論地方法規之位階效力—地方制度法第三十條「中央法破地方法之辨正」，成大法學，第12期，2006年12月，頁1-59。
- 楊雲驊，判決違背法令或訴訟程序違背法令，法學講座，28期，2004年7月，頁105-116。
- 楊與齡，司法院解釋與訴訟審判之關係，法令月刊，39卷2期，1988年2月1日，頁3-6。
- 褚劍鴻，訴訟程序違背法令與非常上訴，法令月刊，40卷5期，1989年5月，頁3-7。

劉邦繡，檢察官實行公訴及更正起訴之範圍—對最高法院 95 年台上 2633 判決探究，刑事法雜誌，51 卷 6 期，2007 年 12 月，頁 28-65。

蔡清遊，我國刑事上訴制度之修法方向，中華法學，10 期，2003 年 12 月，頁 52-60。

蔡清遊，從釋字第 662 號解釋談我國法規違憲審查之要件及拘束，中華法學，13 期，2009 年 11 月，頁 45-75。

蔡墩銘，程序從新不應成為提起第三審上訴理由，月旦法學雜誌，第 74 期，2001 年 7 月，頁 18-19。

鄭逸哲，「逕送上級法院審判」和「被告上訴」發生「競合」時，第三審法院應調查的範圍，臺灣本土法學雜誌，104 期，2008 年 3 月，頁 242-246。

蘇永欽，司法權的分權問題—司法院第 620 號解釋方法論的商榷，法令月刊，58 卷 1 期，2007 年 1 月，頁 4-26。

蘇永欽，從體系功能的角度看大法官的規範違憲審查—走向適切回應社會變遷的司法積極主義（上），法令月刊，59 卷 6 期，2008 年 6 月，頁 71-98。

蘇永欽，從體系功能的角度看大法官的規範違憲審查—走向適切回應社會變遷的司法積極主義（下），法令月刊，59 卷 7 期，2008 年 7 月，頁 4-33。

蘇素娥、宋松環，從實務角度談刑事第二審訴訟之改革，檢察新論，9 期，2011 年 1 月，頁 13-35。

四、其他

司法院印行，全國司法改革會議具體措施暨時間表，1999 年 7 月。

司法院印行，司法改革全貌，2002 年 7 月。

司法院編印，「刑事裁判主文格式參考手冊—刑法裁判主文」，2005 年 12 月。

司法院印行，人權為本，司法為民，2009 年 8 月。

司法院印行，司法院大法官解釋（五），2009 年 10 月版。

司法院印行，司法院大法官解釋（七），2009 年 10 月版。

司法院印行，刑事妥速審判法（上），2010 年 10 月。

司法院暨所屬各機關出國報告，台灣高等法院 94 年度美國、加拿大司法業務考察報告（黃瑞華等八人），2005 年 12 月 28 日。

行政院法規委員會編印，行政機關法制作業實務，2005 年 12 月。

最高法院印行，刑事案件第二審與第三審調查證據認定事實職權之界限與第三審自為判決之範圍，1990年6月。

最高法院學術研究會編印，「刑事訴訟起訴狀一本主義及配套制度」法條化研究報告（下），2001年10月。

最高法院印行，最高法院判例要旨（民國16年至94年刑事部分），2007年6月。

最高法院印行，最高法院決議（民國17年至95年刑事部分），2007年6月。

最高法院學術研究會編印，刑事第三審上訴及非常上訴制度之探討，2009年12月。

最高法院學術研究會編印，最高法院98年度第一次學術研討會－祝賀洪庭長清江優遇，最高法院學術研究會叢書（18），2010年4月。

臺灣高等法院印行，刑事訴訟法及刑事訴訟法施行法全文暨修正條文對照表，2003年3月。



附錄

附錄一

刑事案件第二審與第三審調查證據認定事實職權之界限與第三審自為判決之範圍（原於民國七十七年八月九日經最高法院七十七年度第十一次刑事庭會議決議〈二〉。最高法院於九十二年六月六日九十二年度第八次刑事庭會議決議就原決議貳、甲之四、五、十六、十七作修正，此係修正後之文字。未參考之部分並經作者省略）：

壹、第二審與第三審調查證據認定事實職權之界限。（略）

甲、關於第二審部分。（略）

乙、關於第三審部分。（略）

貳、以應於審判期日調查之證據而未予調查及判決理由不備或理由矛盾之違法為發回更審理由，應加限制。

刑事訴訟法第三百七十九條第十款應行調查證及第十四款判決理由不備或理由矛盾，均列為判決違背法令之事由，究其適用範圍如何，各有關係文無法窺見，考諸現況，案件以此兩種違法情形為發回更審之原因，所占比例最高。為免與第二審為事實審之職權重疊及減少刑事案件發回更審計，

運作上自應採從嚴解釋，加以限制，茲歸納有關係文規定及其立法精神，特揭禁以下各點作為例示。

甲、關於調查證據。

- 一、當事人聲請調查之證據，必須其有調查之必要性，若依原判決所為證據上之論斷，足認其證據調查之聲請，事實審法院縱曾予以調查，亦無從動搖原判決就犯罪事實之認定者，不得以其未予調查，指判決為違法。
- 二、上訴人在原審曾辯稱其在警局之自白，並非自由陳述，雖原審就上訴人此項抗辯，未先於其他事項而為調查，然如除去上訴人在警局之自白，綜合案內其他證據，仍應為同一事實之認定者，則原審此項違誤，並不影響於判決，即不得指有刑事訴訟法第三百七十九條第十款之違法。
- 三、被告之自白，固不得作為認定犯罪之唯一證據，而須以補強證據證明其確與事實相符。然補強自白之證據，非必以涉及於所自白之犯罪構成事實之全部為

- 必要，如能夠保障所自白事實之真實性，即為已足，不得以尚有其他補強證據未予調查，指為違法。
- 四、當事人、代理人、辯護人或輔佐人雖得聲請證據之調查，但如法院對該要證事項，依據其他證據已足證明其犯罪事實，縱未如其聲請付鑑定或實施勘驗，自不能指未作此項調查為違法。
- 五、刑事訴訟法係採自由心證主義，翻譯本內容如與外國文原本相同，非不得採為認定犯罪事實之證據資料。設若原審已於審判期日將翻譯本向上訴人提示，並告以要旨，上訴人對於翻譯內容既未表示異議，則原審將該翻譯本採為判決之證據資料，而未提示原本，自無未予調查證據之違法。
- 六、作為判決基礎之證據，譬如翻印之書籍，係由司法警察機關或檢察官當場起出，為上訴人親身經歷之事，且上訴人於原審審判中對翻印該書被警查獲，業已自白不諱，是否利用提示之機會，以擔保其真正，實無關重要，況此種情形，與提示證物之用意無殊，故即令未在審判期日予以提示，令其辨認，其調查證據之程序，仍難指為不合。
- 七、證明同一事實內容之證據，有二種以上，原審未將其中部分之證據踐行調查之程序（如未予提示辨認、宣讀、告以要旨），雖經上訴意旨之指摘，第三審亦毋庸以此而謂該遺漏之部分，有應調查未予調查之違法。
- 八、原審判決所採用之某種證據，曾否經提示辯論，雖專以原審審判筆錄為證，此項提示辯論，僅與事實之判斷資料有關，如當事人認為此並非所應爭執之關鍵，而未於第三審上訴理由內加以指摘，第三審法院參考刑事訴訟法第三百九十三條前段、第三百八十條之意旨，誠不必以原審審判筆錄並無關於該證據曾經提示辯論之記載，而認原判決有同法第三百七十九條第十款之違法撤銷原因。
- 九、判斷文書之真偽、異同，原非以鑑定為必要之方法，而法院核對筆跡，本為調查證據方法之一種，其有關通常之書據，若一經核對筆跡，即能明確辨別真偽、異同者，法院本於核對之結果，依其心證而為判斷，雖不選任鑑定人實施鑑定，不得指有未予調查證據之違法。
- 十、刑事訴訟法第三百七十九條第十款所謂應行調查之證據範圍，自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見真實，應依職權從各方面詳加調查，否則難謂無逾越本條款之規定範圍。

十一、對第二審判決內已加說明所不採用之證據，此本為事實審法院得自由裁量之事項，除有逾越權限等之違法原因外，第三審法院不將原判決撤銷發回。

十二、當事人或辯護人所聲請調查之證據，如無證據能力，或非合法之證據，或無從調查之證據成法，原審未予調查，亦未認無調查之必要，以裁定駁回，或於判決理由內說明，縱有刑事訴訟法第三百八十條之違誤，然不得認有同法第三百七十九條第十款之當然違背法令。

十三、事實審法院調查之證據，其範圍並非毫無限制，即其證據必與判斷要證事實存在或不存在具有關連性為前提，此項具有關連性之證據，始得命第二審調查之。

十四、欠缺必要性之證據，不予調查，自可認於判決無影響，下列證據，為欠缺必要性：

- (一)無證據能力之證據，既無為證據之資格，即不應作為證據加以調查。
- (二)無從調查之證據方法，譬如所在不明或逃匿國外無從傳訊之證人，或無從調取之證物之類是。
- (三)證據與待證事實是否有重要關係，應以該證據所證明者，能否推翻原審判決所確認之事實，而得據以為不同之認定為斷。若其係枝節性之問題，或屬被害經過細節，既非待證事實所關重要之點，即欠缺調查之必要性。
- (四)顯與已調查之證據相重複。
- (五)所證明之事項已臻明瞭，無再行調查必要之證據。
- (六)意在延滯訴訟，故為無益之調查聲請。
- (七)同一證據，再行聲請調查。

十五、以第二審尚有依法應於審判期日調查之證據而未予調查者，但此究屬何項證據，應加以具體指明，方與該條款之立法精神相符，第三審不得僅抽象指摘原審未盡職權調查之能事而為撤銷發回，致第二審無從明瞭應行調查之所在。

十六、事實審法院固得蒐集證據，但以調查證據為主要職責。刑事訴訟法第三百七十九條第十款祇規定應於審判期日調查之證據而未予調查者為違法，應不包括蒐集證據在內，故不得以原審在審判期日未蒐集證據，指為違法，將原判決撤銷發回。

十七、事實審法院得本於職權裁量之事項，如卷內證物未送鑑定，未命證人與被告對質，未履勘現場等，而綜合其他證據已可為事實之判斷者，非可認係刑事訴訟法第三百七十九條第十款應於審判期日調查之證據而未予調查之違背法令。

乙、關於判決理由不備及理由矛盾。

一、有罪之判決書既於理由內記載認定犯罪事實所憑之證據及認定之理由，對於被告否認犯罪所為有利之辯解，僅須將法律上阻卻犯罪成立及應為刑之減免等事實之主張，予以論列即可，其他單純犯罪構成事實之否認，原審判決縱未逐一予以判斷，亦非理由不備。

二、關於訴訟條件之事實，如告訴乃論之罪之告訴是否合法，犯罪行為是否重複起訴等訴訟條件欠缺之主張，即令原審判決未為判斷之說明，若依卷存資料，已足顯示並無此等主張事實之存在時，亦毋庸以理由不備之違法予以撤銷。

三、犯罪之動機及時、地，原則上毋庸為證據之證明，但動機、時、地若為構成要件之要素時，則應加以調查予以證明。如動機、詳細之時、地，確已無從加以調查，不得發回仍命其調查，惟原判決應於理由內說明無從調查之原因。

四、原審判決理由矛盾，雖屬當然違背法令；但除去矛盾部分，若仍不影響於判決之主旨者，應予撤銷原判決，自為相同之判決，毋庸發回更審。

附錄二

民國二十九年十一月二十六日最高法院二十九年度決議（四）

關於刑事第三審上訴案件之總決議案（本則決議二、之（二），經最高法院七十一年三月二日、七十一年度第三次刑事庭會議決議修正；其他部分經作者加註或省略）

一、第三審之調查範圍。

第三審為法律審，固以糾正下級法院違法裁判為職責，但依刑事訴訟法第三百八十五條（舊法，現行法為第三百九十三條）規定，其調查範圍，除（一）法院之管轄。（二）免訴事由之有無。（三）受理訴訟之當否。（四）對於確定事實援用法令之當否。（五）原審判決後刑罰之廢止變更或免除。均得依職權調查外，應以上訴理由所指摘之事項為限。故

- 1、上訴意旨所指摘各點，應均予以調查裁判。
- 2、原判決所未採取之證據，如經上訴意旨加以指摘，第三審祇能就其捨棄該證據是否合法而為判斷，不得逕予援用。
- 3、為被告之利益而撤銷判決，如於共同被告有共同之撤銷理由者，雖該共同被告之上訴意旨並未指摘，其利益仍及於共同被告（參照舊刑事訴訟法第三百九十四條，現行法為第四百零二條）。

二、所謂以判決違背法令為上訴理由之情形。

（一）刑事訴訟法第三百七十條（舊法，現行法為第三百七十八條）所謂違背法令即違背下列法則。

- 1、違背實體法 包括判決後刑罰之廢止、變更或免除在內。
- 2、違背程序法 包括違背證據法則在內。

（二）上訴是否以原判決違背法令為理由，以下列各點為斷：

- 1、上訴意旨對於判決實體上之違法，或程序上之違法，均必須為具體的指摘，俾得就其指摘事項加以審。查至上訴理由書雖指摘原判決有刑事訴訟法第三百七十九條某幾款之違背法令情形，但核其所述事實，與各該款之違法情形無一符合時（例如當事人或辯護人在原審並未聲請請查某證據，竟指摘其未予調查該證據。又如誤以在訴訟上其他主張為上訴事

項，而指原審未予判決。又如指原判決不載未予諭佑緩刑之理由為理由不備之類），仍不能認為其上訴已合法律上之程式。

- 2、上訴意旨僅漫指原判決認定事實錯誤（或為事實上之爭執），自非以判決違法為上訴理由。必須指出原審根據芋種證據而為事實之認定係屬違法，即對原審之適用證據法則加以指摘，找係以判決違法為其上訴理由。
- 3、原審依實體法或程序法得依職權自由裁量之事項，不得任意指摘以為上訴第三審之理由，可逕由程序上予以駁回（例刑之酌減、刑事訴訟法得命證人與他證人或被告對質之類）。
- 4、上訴意旨指摘原審訴訟程序違背法令，但顯然於判決無影響者，依刑事訴訟法第三百八十條規定，仍應認為不得據為上訴第三審之理由，可由程序上予以駁回。
- 5、上訴意旨祇須具體指摘原判決內容如何違法，即屬具備刑事訴訟法第三百七十七條之要件，縱令所持法律觀點顯屬不當，亦僅係上訴為無理由，不能謂其上訴為合法。至上訴意旨不以判決違法為其指摘之理由者，則應認為上訴違背法律上之程式。

註：本則決議二、之（二）部分係經最高法院七十一年三月二日、七十一年度第三次刑事庭會議決議修正。

三、原審得採用之證據方法。

（一）刑事訴訟法係採自由心證主義，對於證據之種類並未設有限制，左（下）列各項證據均可採為認定事實之資料。

- 1、證人之證言。
 - 2、鑑定人之鑑定。
 - 3、文書之意旨。
 - 4、物件之狀態。
 - 5、被告之自白。
 - 6、共犯之陳述（註：應注意司法院釋字第 582 號解釋）。
 - 7、被害人之陳述（註：應注意最高法院 93 年台上字第 6578 號判例）。
- （二）略

註：因一、刑事訴訟法第一編「證據章」之相關規定已修正。二、刑法已修正，刪除牽連犯、連續犯之規定。此部分予以省略。

(三) 認定事實所憑之證據不以直接證據為限，即間接證據亦可為證據方法。

四、原審應遵守之證據法則。

(一) 刑事訴訟法第 269 條 (舊法) 規定證據之證明力由法院自由判斷之，關於證據之證明力如何。在事實審法院就其所得心證原有自由判斷之權，但法院依自由心證為證據判斷時，不得違背左 (下) 列各情形，否則為違背證據法則，其判決仍屬違法。

- 1、須該證據在原審之審判期日經過法定調查之程序，如刑事訴訟法第二百七十條第二百七十二條 (舊法)，均係就審判期日調查證據所設之法定程序，其訊問被告、證人、鑑定人及實施勘驗等，並應依總則所設之各該規定，凡未經調查或調查不合法定程序之證據不得採用。
- 2、須其性質在法律上足為證據 (即證據能力) 如僅風聞傳說及推測之詞，暨其他以不正方法取得之自白等，均無證據能力，即違背刑事訴訟法第一百五十四條、第一百七十三條第一項前段 (舊法) 規定之勘驗證言等，亦非適法證據，均不得採用。但此項情形已具備他種證據能力之要件者，事實審作為種證據採用，仍屬無妨。例如未經推事或檢察官督同檢驗所填具之驗斷書，其所踐行之勘驗程序雖非合法，但此項驗斷書苟為法醫或檢驗員於驗明屍體後負責作成，仍不失為鑑定之性質 (參照舊刑事訴訟法第一百八十五條、第一百九十條、第一百九十一條、第一百九十三條)，事實審作為鑑定報告予以採用，即非法所不許。至該證據之取得在法律上未定明須具備某種方式，亦未限制法院不得採用者，自可不拘一定方式，如在審判期日經過法定之調查程序予以採用，即不能指為違法，如證人在偵查中之陳述非必須具結，此項未具結之證言，苟經原審法院於審判期日將其記載之筆錄向被告朗讀，或告以要旨後，即可採用 (按依現行刑事訴訟法第一百八十六條規定，證人在偵查中陳述，亦必須具結)。
- 3、判斷證據之證明力據以認定事實，須依經驗法則，所謂經驗法則，即在普通一般人基於日常生活所得之經驗，從客觀上應認為確實之定則。例如認定擲石擊傷數裏以外之人，某人日食一石之米，及其他顯有不近事理之處，均為與經驗法則不合。他如左列情形亦當然為違背經驗法則，其採證均屬違法。

- (1) 所憑證據之內容顯不明確者。
- (2) 比附某種證據而為不合理之推定者。
- (3) 所憑證據與其所認定事實無聯絡關係者。
- 4、依證據認定事實，其論斷須依論理上之當然法則，如驗明刀傷或槍傷而認為持棍毆傷，即違背論理法則是。

(二) 原審之採證違背證據法則時，第三審應為左(下)列之裁判。

- 1、該項證據如係原審據為認定事實之唯一憑證者，當然為原判決撤銷之原因。
- 2、該項證據縱令原審僅採為憑證之一種，如原審本係綜合各種證據為取得心證之資料，而其採證違法又顯與原審所形成之心證不無影響者，即應仍將原判決撤銷。
- 3、假使該項證據不過為原審採證時之一種參考，或雖非參證，而除去該項證據仍應為同一事實之認定者，是其訴訟程序違法尚非影響於判決，依刑事訴訟法第三百七十二條(舊法)本不得為上訴之理由，自毋將原判決撤銷。

註：應注意：一、刑事訴訟法第一編「證據章」之相關規定已修正。

二、刑法已修正，刪除牽連犯、連續犯之規定。

五、原審應行調查之證據。

刑事訴訟法第二百六十七條(舊法)僅規定訊問被告後審判長應調查證據，並未揭明何種證據應行調查，則與本案有關係之積極證據及消極證據自在均應調查之列，其有違反此項調查職責者，依刑事訴訟法第三百七十一條第十款(舊法)其判決當然為違背法令。茲將審判期日應行調查之證據列舉如下：

- (一) 受命推事、受託推事及其他於原審審判期日前已蒐集或調查之證據，應於審判期日再經調查程序者(參照舊刑事訴訟法第二百七十條、第二百七十一條、第二百七十二條、第二百七十三條)。
- (二) 當事人或辯護人聲請調查之證據確有調查之必要者(參照舊刑事訴訟法第二百七十九條)。
- (三) 已調查之證據其內容未臻明瞭者，此項證據雖已經過調查程序，但當時既未調查明晰，即與未經調查者無異，自應仍予調查。
- (四) 未經調查之證據，為發見真實起見，應行調查，且事實上非無調查之途徑者。

註：應注意：一、刑事訴訟法第一編「證據章」之相關規定已修正。

二、刑法已修正，刪除牽連犯、連續犯之規定。

六、當事人或辯護人在原審聲請調查之證據。

刑事訴訟法第二百五十四條（舊法）載，當事人或辯護人得於審判期日前提出證據及聲請法院為傳喚證人、鑑定人、通譯及調取或命提出證物之處分。又同法第二百八十條第二項（舊法）載，審判長應告知被告得提出有益之證據。第二百七十九條（舊法）載，當事人或辯護人聲請調查之證據，法院認為不必要者，得以裁定駁回之。綜合各該規定，應生下列之效果：

- （一）當事人或辯護人在審判期日前或審判期日聲請調查之證據，如法院未予調查，又未認其無調查之必要，以裁定駁回，其所踐行之訴訟程序，自屬違法。
- （二）前項程序之違法，如審酌案情顯然於判決無影響者，不得為上訴理由（參照舊刑事訴訟法第三百七十二條），其非無影響於判決者，即足為原判決撤銷之原因。
- （三）原審雖已將前項聲請以裁定駁回，而其實際有無調查之理由（參照舊刑事訴訟法第三百七十二條），其非無影響於判決必要，應由第三審審酌案內一切情事定之，如第三審認為確有調查之必要者，仍應認為依法應行調查之證據未予調查，將該判決撤銷（參照舊刑事訴訟法第三百七十一條第十款，現行法為第三百七十九條第十款）。
- （四）當事人或辯護人於原審宣示辯論終結後，始聲請調查之證據，如遇有必要情形，經原審依刑事訴訟法第二百八十四條（舊法，現行法為第三百九十一條）命再開辯論時，仍屬審判期日前之聲請，固應依前三項所述之例辦理，假使原審並不再開辯論，因亦不予調查，縱令對於前項聲請未以裁定駁回，究非違背刑事訴訟法第二百七十九條（舊法，現行法為第三百九十七條）所定程序，不能指為違法，但此種情形是否有調查之必要，及原審應否以此再開辯論，應由第三審審酌案內一切情事定之，如第三審認該證據確有調查之必要者，則事實審於職權上本應調查，乃原審既已發現此項證據，竟不再開辯論，俾在審判期日予以調查，即仍係刑事訴訟法第三百

七十一條第十款（舊法，現行法為第三百七十九條第十款）之情形，其判決當然為違背法令。

註：應注意：一、刑事訴訟法第一編「證據章」之相關規定已修正。

二、刑法已修正，刪除牽連犯、連續犯之規定。

七、原判決未記載事實或所載事實不明確，且未經上訴意旨指摘時，確定犯罪事實固屬事實審法院之職權，但原審判決並未記載事實，或所載事實不明確，遽將被告論處罪刑（如未認定被告何種犯罪事實，或被告係犯強盜抑竊盜並未明確認定，即論以強盜罪之類），即其所確定之事實與論處罪刑所援用之法令不能適合，仍屬用法不當，第三審對於原審確定事實援用法令之當否，依刑事訴訟法第三百八十五條第四款（舊法）為得依職權調查之事項，縱令上訴意旨未經指摘，亦應將原判決以職職權撤銷，至此項違法並非不影響於事實之確定，可據以為裁判，不在第三百九十條第一款（舊法，現行法為第三百九十三條第一款）自為判決之列，自應併為發回或發交之判決。

八、一部上訴與原判決全部之關係。

刑事訴訟法第三百四十條第二項（舊法，現行法為第三百四十八條第二項）規定，對於判決之一部上訴者，其有關係之部分視為亦已上訴，係指該案犯罪事實本為實質上一罪（如結合犯、聚合犯、繼續犯、常業犯之類），或為審判上一罪（如牽連犯、連續犯、想像上併合罪之類）者而言，此項案件，如原審係按一罪判決，固無問題，假使原審按併合之例判決，無論未經上訴之部分原判是否諭知有罪，及該部分是否不得上訴於第三審之案件，均應依上開規定視為全部上訴。但第三審之調查範圍，原則上既限於上訴意旨所指摘之事項，而上訴意旨對於原判決未經上訴之部分又未加以指摘，則第三審就此種未經指摘之部分加以干涉，自應仍依刑事訴訟法第三百八十五條（舊法，現行法為第三百九十三條）之規定，以得依職權調查之事項為限，故裁判時應注意下列各點：

- （一）已上訴部分，其原判決本係無罪，而上訴復無理由或不合法時，則與其他未上訴部分不發生關係，祇須將上訴駁回。
- （二）原判決已上訴部分本係有罪時，其上訴意旨所指摘之點雖不成立，應視原審確定之事實如何，分別為改判或發回之判決（如原審認定被告殺人及遺

棄屍體併合論罪，被告僅就殺人部分上訴，其論旨無可採取，而原判決所確定之事實顯有牽連犯關係，即應改判，倘原判決關於棄屍之事實並未明確認定，即應予發回）。

(三) 已上訴部分如係有理由，應為發回之判決時，其未上訴之部分應認為與確定事實所援用之法令有關，將原判決全部撤銷，一併發回。

註：應注意：一、刑事訴訟法第一編「證據章」之相關規定已修正。

二、刑法已修正，刪除牽連犯、連續犯之規定。

九、原審判決應否撤銷改判之情形。

(一) 第三審法院認為上訴有理由，且原審判決雖係違背法令，而不影響於事實之確定，可據為裁判者，依刑事訴訟法第三百八十九條、第三百九十條第一款(舊法，現行法為第三百九十七條、現行法為第三百九十八條第一款)，應將原審判決中經上訴之部分撤銷，自為判決，但下列情形於判決主旨並無出入，可毋庸改判。

1、原判決之主文關於論罪之用語不當，而其援用之科刑法條並無錯誤者(如結夥三人以上之強盜已引用刑法第三百三十條第一項，而主文內僅揭明強盜，又共同殺人已引用刑法第二十八條，而主文僅揭明殺人之類)。

2、原判決之理由內雖漏引相關法條，而與科刑上並無出入者(如漏引刑法第二條第一項、第二十八條、第三十一條之類)。

(二) 原判決對於從刑或執行刑之諭知係屬不當者，固可祇將該部分之判決撤銷，另行改判，如係原判決漏未諭知者，即應將其全部撤銷改判。否則遇有檢察官或自訴人專對該部分上訴時，第三審之判決主文祇能單獨為從刑或執行刑之諭知，刑事訴訟法第三百八十九條(舊法，現行法為第三百九十七條)之規定勢必無從適用。但併合論罪案件，如他罪未經上訴者，則上訴部分之罪刑及執行刑雖應撤銷，其未上訴部分之罪刑自不得撤銷改判。

(三) 刑事訴訟法第三百八十九條(舊法，現行法為第三百九十七條)雖規定上訴有理由者應將原審判決中經上訴之部分撤銷，分別為後四條之判決，但原審判決之違法僅係不應裁判而裁判者(如就未上訴之部分予以判決之類)，第三審除將原審該部分之判決撤銷外，既不應更為如何之裁判，亦祇以引用刑事訴訟法第三百八十九條(舊法，現行法為第三百九十七條)

為已足，毋庸再引第三百九十條第一款（舊法，現行法為第三百九十八條第一款）之規定。

