

國立臺灣大學法學叢書(198)

刑事救濟程序之新思維

王兆鵬 著



 元照

刑事救濟程序之新思維

在我國一審改採當事人進行主義後，隨後之上訴審、再審、非常上訴程序是否亦應隨之變動？本書乃就此等重大議題，引用美國最新理論及判決見解，以整理、分析、評論我國實務見解，並提出立法論上的建議。本書審查人評論本書「是國內目前罕見以刑事救濟程序為專題進行較具體系、且深入的論著」。再者，本書有兩篇刑事法上極為罕見之實證研究，一為針對二審上訴書「應敘述具體理由」之新制，一為死刑在刑事訴訟法之面向，在學術及實務界皆引起極大之回響。

ISBN 978-957-41-7626-7



9 789574 176267



5D200PA

定價：450元



國立臺灣大學法學叢書 198

刑事救濟程序之新思維

王兆鵬 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

刑事救濟程序之新思維／王兆鵬著． -- 初版． --

臺北市：王兆鵬出版：元照總經銷， 2010.12

面；公分． --（國立臺灣大學法學叢書
：198）

ISBN 978-957-41-7626-7（平裝）

1. 法律救濟 2. 訴訟程序 3. 刑事訴訟法

586.582

99019630

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

刑事救濟程序之新思維 5D200PA

2010年12月初版第1刷

作者	王兆鵬
出版者	王兆鵬
總經銷	元照出版有限公司 100 臺北市館前路 18 號 5 樓
網址	www.angle.com.tw
定價	新臺幣 450 元
專線	(02)2375-6688
傳真	(02)2331-8496
郵政劃撥	19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-957-41-7626-7



序

本書收錄了我這幾年挑戰自己的高難度文章，兩位匿名審查人評論本書「從憲法、國際人權及美國法等觀點，分別針對我國上訴審、非常上訴、再審、準抗告等做體系的整理分析，並據此對我國審判實務見解提出批評及立法論上的建議，內容充實，頗有見地，是國內目前罕見以刑事救濟程序為專題進行較具體系、且深入的論著」、「作者企圖將整體刑事法作救濟制度的總整理，此等功夫，需對實體法及程序法均有學理及實務貫通……作者先後發表在不同期刊上，再將之彙編成書，在主題上是值得肯定的一項新穎創業」。審查人深知我心，至為感激。

本書有兩篇實證研究，在刑事法上皆極為罕見。一者，刑事訴訟法增訂二審上訴「應敘述具體理由」新制實施一年後，我非常好奇實際之操作及成效。在分析925個遭二審法院駁回上訴的案件後，發現實務見解幾乎將二審之覆審制篡改為事後審制，也完全悖離一般人民所了解之「具體理由」文義。實證研究亦證明，無辯護人之被告，其二審上訴多遭駁回；據此，我推斷新法已對弱勢人民築起上訴二審的鴻溝。該文刊出後，引起人權團體高度重視，監察院亦介入調查，並在調查報告內指責最高法院判決結果，已「導致第二審為覆審及權利上訴之上訴制度僅為形式上聊備一格之程序規定，實質上業剝奪當事人第二審上訴權，悖離憲法第十六條之訴訟基本權，自有違誤」。其後，最高法院亦警悟此一現象，即變更見解以消弭此

上訴鴻溝。一篇實證研究，喚起各方注意，並促成最高法院重大見解之變更，此誠為我國法制健全之鐵證也。

第二個實證研究是關於死刑議題，該文早在前法務部部長王清峰辭職前一年，即已接受紐約大學約稿，在其拒絕執行死刑而引起軒然大波時，約略完稿。當這篇文章初次在北京發表時，一位與會之臺灣知名大律師說：「這個研究很有意思，我現在已經在看第三次了」。在臺灣刊出後，也得到幾位學術界好友的來信肯定。應該是說，連我自己都很驚訝這篇研究所挖掘之事實，例如在過去十年死刑判決確定的被告中，其中有八十一名被告之案件，曾經最高法院發回更審。在這八十一名被告中之四位，其二審初次判決為「無期徒刑」，經最高法院發回更審後，更審法院改判為死刑，再上訴至最高法院一次或多次始告確定。換言之，這四名被告之案件，若未上訴至最高法院，或上訴至最高法院但未經發回，其將以無期徒刑終結，命不至死。就二審法院未判決死刑之案件，三審法院所扮演之角色為何，非常值得研究及深思。當然這個問題，已經超越該文的範圍，留待將來解決。

最難寫的文章應該是再審、非常上訴制度。寫作動機其實很簡單，如果連根深蒂固的職權主義制度都可以修改、都可以重新思考，為何再審或非常上訴制度不可以？再者，既然審判制度都已經改為當事人進行主義，那麼審判後的救濟程序，是否也應隨之變動？最重要者，國內有關此議題之論文實在少之又少，讓我有拋磚引玉之躍躍心。下手後，方知其難，但也發覺確有必要。美國審判後之救濟程序，是奠立在以陪審團為事實審之中心思想，但我國係職業法官，甚且還有二審之覆審制，兩國之救濟程序理論可說是鑿圓枘方，大為扞格。惟細而

察之，卻發現即便制度不同，但美國有許多「仁道」思想，確實值得我們學習。

就再審制而言，中國傳統文化忠厚而慎刑，與其殺不辜，寧失不經，皋陶為士，三曰可殺，堯猶曰不可殺，而三宥之。若確定判決有殺不辜之疑，聖人必將廣開再審之門，慎刑而歸之於仁、歸之於忠厚也。惟比較我國與美國之再審制度，卻發現美國法得開啟再審之新證據種類較我國寬廣、新規性要件無似我國之嚴格、確實性要件之法理明確且對聲請人漸趨有利、審理程序開明而重人權保障，處處顯示美國較我國更為「慎刑」、「忠厚」。禮失求諸野，此之謂也。豈今，坐而不求乎？

就非常上訴制度而言，美國過去亦認為，除非確定判決因「無審判權」而自始無效，否則即令有判決違法的情形，被告均無請求救濟的權利。惟經過百年發展，此一觀念已遭揚棄，若確定判決只是一種形式、只是掩飾違反正當法律程序的假象、已侵犯被告憲法基本權利、已造成公眾無法忍受的人身自由限制，被告即有「權利」請求推翻此一不公不義的確定判決。我國之非常上訴不准被告自行提起，似奠基於父母官之思想，奉檢察總長為聖德仁君，視人民為訴訟程序中任人擺佈之客體，人民之一切利益皆待曾與其對抗之檢察機關恩賜。我國刑事訴訟法已改採當事人進行主義，審判中檢辯雙方激烈爭辯；檢察總長之任命具有相當之政治性，檢察總長轄下之特別偵查組所偵辦案件也常具政治性。在這些制度變革下，傳統思想是否仍經得起檢驗，實值研究。

其他各篇文章，亦多針對救濟程序而寫，國內也少有人論述。例如若我國二審法院將來改採為事後審查制，應如何為事

實之審查，應依何法律標準為之？又如，在大法官釋字第653號解釋後，羈押被告對看守所之處遇不服，應請求行政法院或刑事法院救濟？其餘文章則自憲法基本人權之高度，審視相關重要議題，如法院分案規則與公平審判、正當法律程序之關係；受律師協助之憲法權利在刑事訴訟中，應解釋為辯護人必須為實質及忠實之辯護等等。

我國司法改革成敗之關鍵，幾繫於刑事訴訟；當人民廣泛談論司法改革時，心中所指多為刑事訴訟。遺憾者，司法院在大刀闊斧修改一審相關規定後，即倏忽偃旗息鼓，寂然不動多年。也因此，造就了臺灣擁有全世界聞所未聞之詭異制度：一審為所謂的改良式當事人進行主義，二審以後之程序為奠立在職權主義的上訴制度；一審是類似美、日、德混血之產物，二審以後程序為二次世界大戰以前之歐陸法制。這個全世界獨一無二的制度，不是法學家深思熟慮而刻意設計之產物，乃臺灣處處充滿政治角力所造成的司法悲劇，像極了市區蓋到一半即遭廢棄的破敗建築物，究竟應該全部打掉從頭開始，還是要勞心勞力繼續完成，有權力者遠遠站在一旁躊躇觀望，司法改革也就如此蹉跎了好幾年，直讓人失望。所有參與刑事訴訟的人員成為最直接的受害者，包括檢察官、法官、被告及被害人，整個社會及不使用司法的一般人民也成為了間接受害者。若沒有所謂的貪污法官、恐龍法官，政治人物及民眾就不會注意司法改革之急迫性，但司法改革只在解決貪污及恐龍法官嗎？政治人物目光短淺令人氣結，但臺灣的司法改革受制於政治，才真正叫人拊心泣血。

盡我應盡之責，挑戰自己，寫了這些難寫的文章，只希望能拋磚引玉。感謝我的助理，臺灣大學法律研究所學生林劭燁、黃慧儀、莫孟衡、張琬婷、林育駿、高玉清、楊思恬、江炳勳，聰敏勤奮，遠甚於我，協助蒐尋資料，詳細校正，也提供許多寶貴意見。無庸置疑，文責歸我。

王兆鵬

2010年11月18日
臺大法律學院研究室

目 錄

序

第一章 上訴二審的鴻溝 ——理論與實證研究

壹、導 論	1
貳、具體理由	4
一、實務見解	4
二、評 論	6
參、弱勢人民的上訴權	13
一、實證研究	14
二、理論研究	17
肆、無效的律師協助	22
一、美國法參考	23
二、我國法檢討	25
伍、結 論	29
後 記	30

第二章 上訴二審鴻溝之填補

——評最高法院98年度台上字第5354號判決

壹、導 論	33
貳、先前見解	35
參、最新見解	36
肆、分析評論	39
一、二審仍為覆審制	39
二、受律師協助上訴之權利	44
伍、結 論	52

第三章 事後審之事實審查

壹、導 論	53
貳、美國法參考	56
一、相關制度	56
二、憲法標準	58
三、法律標準	61
參、我國法應有之借鏡	69
一、審查標準	69
二、發回或自判	75
肆、結 論	78

第四章 實質及忠實之辯護

——最高法院相關判決評釋

壹、導 論	81
貳、實質及忠實之辯護	84
一、行為瑕疵要件	86
二、結果不利要件	89
三、評論分析	91
參、適用範圍	93
一、美國法參考	93
二、我國實務見解	94
三、評論分析	97
肆、結 論	99

第五章 重新檢視為受判決人利益之 再審制度

壹、導 論	101
貳、我國再審	103
一、新規性	104
二、確實性	106
三、審理程序	107
參、美國法參考	109
一、制度背景	109
二、新證據	111
三、勤勉原則	121

四、舉證責任	123
五、審理程序	125
肆、分析評論	127
一、新規性	127
二、確實性	131
三、審理程序	135
四、新證據	137
伍、結 論	138

第六章 重新思考非常上訴制度

壹、導 論	139
貳、我國法	142
一、聲請理由	142
二、非常上訴之判決	146
三、非常上訴之審理	153
參、美國法參考	154
一、人身保護令程序	154
二、聲請理由	155
三、程序與審理	162
肆、分析評論	166
一、權利或施捨？	167
二、聲請理由	172
三、審 理	175
伍、結 論	177

第七章 法院分案規則合憲性之探討

壹、美國法參考	180
一、受中立、超然法官審判的權利	180
二、案件分配	182
三、裁判者更易	184
貳、我國法評析	187
一、案件分配	188
二、法官更易	188
參、結 論	194
後 記	195

第八章 釋字第653號之評釋 ——舊羈押法理之崩解

壹、導 論	201
貳、羈押所涉憲法權益	202
參、現行羈押規定之不當與違憲之處	204
一、羈押爲先、附條件釋放爲後	204
二、爲追訴而長期羈押	206
三、檢察官得操縱「重罪」羈押	211
肆、法院保有對羈押被告之司法權	213
一、羈押處遇與基本人權	213
二、法院保有全部、隨時介入之司法權	215
三、救濟程序	217

伍、受律師協助的基本人權	220
一、憲法基礎	221
二、充分及自由之溝通	222
三、具憲法基礎之秘匿特權	226
四、絕對或相對之權利	228
五、小 結	230
後 記	231

第九章 一個條例，八處違憲 ——論檢肅流氓條例

壹、導 論	233
貳、流氓要件	233
一、刑罰明確原則	233
二、流氓要件規定違反明確原則	237
參、移送書與通知	240
一、起訴書之重要憲法功能	241
二、違反起訴書應記載事項之效果	244
三、本條例無類似起訴書之書類	249
肆、秘密審理	250
一、公開審理原則	251
二、本條例違反公開審判原則	252
伍、糾問程序	254
一、對審制度與辯論主義	254
二、本條例無對審制度、亦無辯論主義	254

陸、對質詰問	255
一、對質與詰問權皆為基本人權	255
二、對質權之重要	256
三、本條例完全剝奪對質權、詰問權	259
柒、舉證責任	262
一、舉證責任之憲法依據	262
二、裁定程序之舉證責任不明	267
捌、一事得再理	270
一、一事不再理	270
二、似而不同之一行為不二罰原則	275
三、二者之不同	277
四、本條例明文容許一事再理	278
玖、執 行	280
一、以命令規範多數刑罰之執行	280
二、本條例執行程序違反法治國原則	283
拾、結 論	283
後 記	285

第十章 台灣死刑實證研究

壹、導 論	287
貳、實體法規定	290
一、過 去	290
二、轉 變	290
三、現 在	292
四、科處之限制	295

參、程序法規定	295
一、一審程序	295
二、上訴審及其他救濟程序	298
三、強制辯護	303
四、被害人陳述權	309
肆、執行	310
伍、實證分析	312
一、判處死刑案件	313
二、法院態度	318
陸、民意與政策	323
柒、結論	326

第十一章 偵查權之發動與限制

壹、導論	329
貳、偵查利器	330
一、美國法參考	330
二、我國法	336
參、偵查之發動與限制	337
一、美國法參考	337
二、我國法	340
肆、傳喚	342
一、美國法參考	342
二、我國法	347

伍、提出命令	349
一、美國法參考	349
二、我國法	360
陸、結 論	363

第十二章 論短期人身自由拘束

壹、導 論	367
貳、人身自由的拘束——美國法參考	369
一、事實上之拘束	369
二、解釋上之拘束	371
三、詢問、同意與婉拒	374
四、服從公權力	376
參、拘捕或攔停的判斷	378
一、留置時間	378
二、移送他處	381
肆、結 論	384
TABLE OF CASES	385

第一章

上訴二審的鴻溝 ——理論與實證研究*

壹、導 論

對於地方法院第一審判決不服而上訴者，刑事訴訟法過去未規定應於上訴書內敘述上訴理由。實務上，上訴人多於上訴書內簡單撰寫「對於原審判決之認事用法均有不服」，即發生上訴效力，二審法院必須依法受理及審判。有時上訴人於二審開庭前仍未具狀說明上訴理由，遲至開庭時始口頭說明上訴理由，令法院及對造當事人不能有效率地準備訴訟，實務有稱此為「空白上訴」者。

為防止「空白上訴」之弊病，2007年7月4日修正之刑事訴訟法第361條增訂第2項、第3項（以下簡稱新法），規定第二審上訴書狀「應敘述具體理由」；未敘述上訴理由者，應於上訴期間屆滿後二十日內補提理由書；逾期未補提者，原審法院應定期先命補正。¹逾期仍未補正者，原審法院應依第362條規定，以上訴不

* 本文原刊載於，軍法專刊，第54卷第5期，2008年10月，第1至18頁。

¹ 刑事訴訟法第361條：「（第一項）不服地方法院之第一審判決而上訴者，應向管轄第二審之高等法院為之。（第二項）上訴書狀應敘述具體理由。（第三項）上訴書狀未敘述上訴理由者，應於上訴期間屆滿後二十日內補提理由書於原審法院。逾期未補提者，原審法院應定期間先命補正。」（劃線部分為增訂條文）。

2 刑事救濟程序之新思維

合法律上之程式，裁定駁回其上訴。²惟立法理由特別強調，上訴人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。³如上訴人在原審未補提理由書狀，亦未經原審法院裁定命補正者，第二審法院審判長應定期間先命補正，必逾期仍不補正者，始得以判決駁回。⁴

原審法院對上訴書狀有無記載理由，僅能為形式上之審查，至上訴理由是否「具體」，係屬二審法院審查之權。因此，只要上訴書已敘述理由，無論其具體與否，皆不生原審法院應待其補提理由書或命補正之問題。⁵依新修正之刑事訴訟法第367條規

² 第362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。」

³ 2007年7月4日新增訂第361條第2、3項之立法理由：「三、……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。」

⁴ 2007年7月4日修正第367條：「第二審法院認為上訴書狀未敘述理由或上訴有第三百六十二條前段之情形者，應以判決駁回之。但其情形可以補正而未經原審法院命其補正者，審判長應定期間先命補正。」（劃線部分為增訂條文）。立法理由為：「因第三百六十一條第三項已明定上訴書狀未敘述理由者，應於上訴期間屆滿後二十日內自行補提理由書狀於原審法院，未補提者，應由原審法院定期間先命補正。惟上訴人如未自行補提理由書狀，亦未經原審法院裁定命補正者，仍宜由第二審法院審判長定期間先命補正，必逾期仍不補正者，始予判決駁回，爰配合修正本條。」

⁵ 2007年7月4日增訂第361條第2項、第3項之立法理由：「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。」司法院新修正

定，如上訴人已提出上訴理由，但所提非屬「具體理由」者，第二審法院應以上訴不合法律上之程式而判決駁回之。

上述第二審上訴理由條文修正之相關規定，不適用於簡易判決之上訴。蓋簡易判決處刑之案件，未必經開庭程序，且簡易判決書之記載較為簡略，其上訴程式宜較通常程序案件為簡便。故於修法時，一併修正簡易程序編之刑事訴訟法第455條之1第3項規定，對簡易判決提起上訴，不準用新修正之第361條規定。⁶

依理論解釋，職權上訴之案件亦不受上述修正條文之影響。依刑事訴訟法第344條第5項規定，宣告死刑或無期徒刑之案件，原審法院應依職權逕送該管上級法院審判。職權上訴案件自動繫屬於上級法院，不受上訴人是否提起上訴之影響，即令上訴人提起上訴而其上訴程序違法，亦同。所以職權上訴案件，上訴書狀未敘述具體理由者，法院不得駁回之。

新法實施迄今已逾一年，實際之操作及成效如何，非常值得研究。本文擬自理論及實證研究，評析新法在實務及立法上是否仍有檢討及改進之空間。為了解此一問題，以下第一部分先介紹「具體理由」之意義。新法最關鍵之爭執在於「具體理由」，上訴書狀備具體理由者，得進入二審實體審判；反之，則不能。就

「法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項」第162點：「至於理由之具體與否係屬第二審法院審查範圍，不在第一審法院命補正之列，是上訴書狀如已敘述理由，無論其具體與否，即無待其補提理由書或命補正之問題。」

⁶ 同一時間修正之刑事訴訟法第455條之1第3項規定修正為：「（第一項）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。（第二項）依第四百五十一條之一之請求所為之科刑判決，不得上訴。（第三項）第一項之上訴，準用第三編第一章及第二章除第三百六十一條外之規定。……」（劃線部分為增訂條文）

4 刑事救濟程序之新思維

此爭執，目前最高法院判決得分為兩派意見，本文將分析評論二者之利弊得失，並提出本文之見解。第二部分則指出新法可能造成弱勢族群上訴二審的鴻溝，本文將以理論與實證研究分析及證明之，進而建議應修法使弱勢族群在上訴程序中，亦有受律師協助的權利。第三部分在針對被告之二審上訴如因為辯護人之能力不足而遭判決駁回時，被告是否得主張未「受有效的律師協助」以資救濟？結論部分則綜合本文論述，提出對新法之詮釋及修法意見，以供實務及立法者參考。

貳、具體理由

新法規定上訴二審應備「具體理由」，其意為何？立法理由未詳加定義，僅說明：目前第二審並非如第三審係法律審，故上訴理由毋須如第377條規定以原判決違背法令為限。司法院新修正「法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項」第162點指出所謂的具體理由，「係指須就不服之判決為具體之指摘而言，如僅泛稱原判決認事用法不當或採證違法、判決不公等，均非具體理由」，亦僅表示上訴理由必須為「具體指摘」，不能為泛泛、模糊之指摘，仍無法清晰窺知「具體理由」之內涵為何。

一、實務見解

迄本文完成之日止，作者搜尋最高法院與新法具體理由有關之判決，共得21則判決，其中就具體理由之內涵闡述說明者，僅有4則。⁷該4則判決之主要意旨得分為兩大類：

⁷ 本文透過法源法律網，以2007年7月4日至2008年7月3日一年內之時間為範圍，檢索字詞為「具體理由」，搜尋最高法院之判決，經篩選與新法

(一)具體之指摘即為已足，如最高法院97年台上字第236號判決：「所稱『具體理由』，係指須就不服之判決為具體之指摘而言，如僅泛稱原判決認事用法或量刑不當、採證違法、判決不公等，均非具體理由（參見法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第162點）。是倘上訴理由……已舉出該案相關之具體事由足為其理由之所憑，自非徒托空言或漫事指摘，縱其所舉理由經調查結果並無可採，要屬上訴有無理由之範疇，尚難遽謂未敘述具體理由。」⁸

(二)較嚴格之見解，如最高法院97年台上字第892號判決：「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

有關者，共得21則判決。其中4則闡述「具體理由」之判決為：最高法院97年台上字第2357號判決、最高法院97年台上字第1402號判決、最高法院97年台上字第892號判決、最高法院97年台上字第236號判決。

⁸ 最高法院97年台上字第1402號判決意旨略同。

法目的相契合，並節制濫行上訴。」⁹

二、評 論

本文認為上述第一類之見解始為正確，第二類見解有理論上的嚴重瑕疵。在第二類見解之推理過程中，曾舉例說明上訴狀必須明確指出原審「所為證據證明力之判斷如何違背經驗、論理法則」，此一推理似將法律問題與事實問題混為一談，而且紊亂覆審制與事後審制。為證明其瑕疵、為說明具體理由應有之意義，須先說明二前提要件：證明力之判斷與二審之覆審制。

前提要件一：證明力之判斷與法律問題。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，但不得違背經驗法則及論理法則。」此一條文得分為二部分理解：(一)證據之證明力為何，只要不違背經驗法則及論理法則，為事實問題，乃事實審法院的裁量權，不得上訴於三審法院。例如最高法院判例不斷強調數證人之證言不同，孰之證言較為可信，屬事實審法院自由判斷之權¹⁰；證人陳述前後不一，何者可採，為事實

⁹ 最高法院97年台上字第2357號判決與此意旨相同。

¹⁰ 29年上字第1032號判例：「證據之證明力由法院自由判斷之，為刑事訴訟法第二百六十九條所明定，上訴人提出之反證某甲等雖謂某乙係自行落水身死，而據告訴人所舉證人某丙等則謂，上訴人奪某乙之篙自撐，因未注意致推動某乙失足落水身死，情詞各執，原審綜核審理之結果，以某丙等之證言比較可信，採為判決基礎，按之上開規定，自係屬於法院自由判斷之職權，而某丙等之證言，既非與事理顯然矛盾，則原審予以採取，即亦與經驗上之法則無所違背。」29年上字第2457號判例：「事實審法院，對於證據之取捨，依法有自由判斷之權，原判決採取法醫研究所之鑑定報告，乃證人甲、乙等有利於被告等之證言，認為被告傷害致人於死嫌疑均屬不能證明，而捨棄偵查中之驗斷書及證人戊、己

審法院之職權。¹¹ (二)證明力之認定違背經驗、論理法則，為裁量權之違法行使，屬於法律問題，得上訴於三審。¹²

前提要件二：二審為事實審與覆審制。依我國刑事訴訟目前法制，二審為事實審、覆審制，三審為法律審、事後審，此為不容爭執之事實。姑不論覆審制度之優劣，其所代表之意義為當事人有兩次事實審之機會，即就同一事實爭執，有請求二不同級法院為兩次審判及認定的權利。換言之，當事人就相同之事實爭執，得在地方法院為判斷後，再請求第二審法院推翻一審判決而為相反之事實認定，此為覆審制之精髓與特色。相反者，法律審與事後審制原則上不容許上級審法院作出與下級審相反之事實認

等不利於被告等之證言，核與證據法則不相違背，即不能指為違法。」

¹¹ 72年台上字第3976號判例：「證人所作先後不同之證言，何者為可採，事實審法院本得參酌其他相關證據為自由之判斷，苟無違經驗法則，即難指為違法。原審依據上訴人係於綽號『阿南』者正趨前欲向其購買速賜康而尚未交易成立之際，即被警當場查獲，並扣獲速賜康三十七支等有關證據，而認證人林某在警局之證言為可採，其在後之證言係屬迴護上訴人之語，不足採信，核屬審判職權之合法行使，不能指為違法。」

¹² 例如31年上字第168號判例：「被告親友為被告有利益之證言，其證明力如何，固屬於事實審法院自由判斷之職權，而其所為判斷，仍須受論理法則之支配，原判決對於甲、乙、丙等之證言，不說明其有何瑕疵，徒以其與上訴人等非親即友，即謂其係出於勾串，其自由判斷之職權運用顯不合論理上之法則。」53年台上字第2067號判例：「證據之證明力如何，雖屬於事實審法院自由判斷職權，而其所為判斷，仍應受經驗法則與論理法則之支配。」48年台上字第475號判例：「證據之證明力，固屬於法院判斷之自由，但不得違背經驗法則，如證據之本身依照吾人日常生活經驗所得之定則觀察，尚非無疑實時，則遽難採為判決之基礎。」31年上字第1312號判例：「法院依自由心證為證據判斷時，不得違背經驗法則，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。」

定，只得就下級審適用法律有違誤之處予以指摘。

舉一例說明上述二前提要件之相互操作與運用。在地方法院的審判中，有證人甲作出對被告不利的證詞、證人乙作出對被告有利的證詞，法院採信甲之證詞而判決被告有罪，被告提起上訴。其上訴二、三審之審理原則應為如下：

(一)在二審為覆審及事實審之前提下：被告得以「乙之證詞較為可信，甲之證詞較不可信」為理由，而提起第二審上訴；二審法院亦得以乙之證詞較甲可信為理由，而撤銷原審判決改判被告無罪。蓋二審法院為「覆審及事實審」，其撤銷原審判決之理由，毋須以原審法院證明力之判斷違背經驗法則或論理法則為前提；二審法院對於證人證詞之證明力，得本於事實審法院之自由心證，作出與下級法院相反之認定。

(二)在三審為事後審及法律審前提下：二審法院判決被告無罪後，檢察官上訴三審，其理由為「乙之證詞較不可信，甲之證詞較為可信」，其上訴即非合法，應予駁回，蓋檢察官所提起者為事實問題，非法律問題；第三審法院亦不得認為甲之證詞較乙可信為理由，而撤銷原審判決。依最高法院不斷強調之判例，不同證人證詞孰較為可信，屬事實審法院自由判斷之權。除非以二審法院對於證明力之認定有違經驗、論理法則，否則不得上訴於三審法院。

上述最高法院第二類見解之瑕疵，即在混淆事實問題與法律問題、紊亂事後審制與覆審制。該判決要求上訴二審必須指出原審「所為證據證明力之判斷如何違背經驗、論理法則」，以上舉甲、乙二證人作出不同證詞為例，最高法院認為除非原審法院對於甲、乙證詞證明力之判斷，已「違背經驗、論理法則」，否則不得上訴二審，其瑕疵有二：第一、如最高法院判例所不斷強調，不同證詞孰為可信，為事實問題；只有證明力之認定違背經

驗、論理法則，始為法律問題。二審既為事實審及覆審制，何以上訴二審不得以事實爭執為理由，卻非得以「違背經驗、論理法則」之法律爭執始得為之？為何在事實審法院只能提起法律爭執，而不得提起事實爭執？最高法院憑何依據改變我國二審為覆審及事實審之不爭事實？

第二、如前所述，在二審為覆審制下（不論其優劣），人民有就同一事實爭執，請求二不同級法院分別認定的權利。甲、乙二證人證詞孰為可信，在地方法院為判斷後，即令無違「經驗、論理法則」，當事人亦有權要求二審法院為再一次判斷。何以最高法院竟要求當事人必須指出原審違背「經驗、論理法則」之處，否則不得上訴二審？最高法院憑何剝奪人民就同一事實爭執受兩次審判的權利？

高等法院在適用新法時，有許多係沿襲最高法院此一嚴重錯誤之思想，而判決駁回當事人之上訴。例如，有上訴人以證人證詞前後不一、與他證人證詞矛盾為理由而詳為指摘具體事由，二審法院卻以此為原審法院自由裁量之權，且原審法院於判決理由中說明甚詳，故不符合新法之具體理由；亦有當事人詳列原審量刑不當之具體事由，二審法院卻以原審判決於量刑時，已充分審酌上訴理由中所舉各項事由，故非具體理由；其他種種不同型態之上訴理由，二審法院亦多以上訴理由所指摘之事實，業「經原審詳予審酌，並於理由中說明」、「經原判決詳予審酌，且於理由中加以說明」，故顯非具體理由。¹³以上種種，乃「覆審制」

¹³ 被告上訴指出證人陳述前後不一、與其他證人證詞矛盾，為「覆審制」的高等法院以「事後審」思維模式而駁回者，如台灣高等法院花蓮分院97年上訴字第103號判決：「本件……雖提出上訴書狀敘述上訴理由，其理由並略以……證人蔡惠玲與羅世鈞每次均同行，何以蔡惠玲知

交易地點而羅世鈞不知道，且竊取之橘色石頭為何不在伊處，其等證詞前後不一；證人李梅秀亦證明與伊乃男女朋友，依理怎可能向李梅秀收錢；證人謝明宏從頭至尾均與伊無金錢交易云云。然查：……按證人之陳述有部分前後不符或相互間有所歧異時，或因記憶淡忘、或事後迴護被告、或因其他事由所致，究竟何者為可採，法院仍得本其自由心證予以斟酌，非謂一有不符或矛盾，即應認其全部均為不可採信……而原判決已就上訴人即被告販賣海洛因予蔡惠玲，販賣甲基安非他命予李梅秀、謝明宏所依憑之證據，於判決理由載明甚詳，顯無原審未就上訴人即被告所述者加以審酌之情事存在。上訴人即被告復未提出新事證，指摘或表明第一審判決有何採證認事，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。故……本件上訴不合法律上之程式，且無從命補正，應予駁回，並不經言詞辯論為之。」也有被告詳列原審量刑不當之理由，為「覆審制」的高等法院也以「事後審」思維模式而駁回者，如台灣高等法院花蓮分院96年上訴字第306號判決：「……其上訴理由稱：原審援引刑法第59條規定酌減後之刑度仍為6年8月，被告犯行因未早在96年4月24日之前或減輕二分之一之惠，仍請求考量被告之犯罪動機、目的，係因積欠銀行債務，為使家人能其解決，而出此下策，又被告與被害人正一五金之關係，使被告誤以為強盜其繼父所經營之正一五金之款項，為自家人之財物，應較無關係，並於犯後坦承犯行，配合警方起出強盜所得之全部款項，態度良好，且與被害人達成和解，取得其諒解，且被告並無任何前科，素行良好，而再予酌量減輕其刑云云。然查原審判決於量刑時，已充分審酌上訴人即被告上訴理由中所舉各項事由……上訴人即被告就原審所審酌之量刑事由究有何違法或不當之情形，並未具體指摘，僅以業經原審審酌之事由，再次據為請求減輕其刑之理由，揆諸上開說明，難認其已詳述具體之上訴理由。從而，本件上訴不合法律上之程式，且無從命補正，應予駁回，並不經言詞辯論為之。」台灣高等法院台南分院97年上訴字第506號判決，亦以上訴人所指摘之事項「經原審已詳予審酌，並於理由中說明之事項」、「均經原判決詳予審酌，且於理由中加以說明」而判決駁回上訴。亦有以認事用法為上訴理由而上訴之判決，及台灣高等法院花蓮分院97年交上易字第10號判決，以上訴人所指

的高等法院卻以「事後審」思維模式，駁回當事人之二審上訴；已將我國之二審制篡改為事後審，剝奪人民受兩次事實審判的權利，嚴重違法。

再者，法律不能背離人民之認知，所謂的「具體理由」，亦應依一般人民之普遍認知為準。依教育部國語辭典，所謂的「具體」指「大體完備」、「有實體存在，不抽象、籠統」。¹⁴依一般人民所認知之文字解釋，所謂的「具體理由」，應指非抽象、泛泛、籠統之指稱，若已明確表達對某特定事實為爭執及其理由為何，或已對量刑表明不服並說明理由何在，應構成具體理由。最高法院第二類較嚴格之見解、高等法院許多見解，以某事實爭執或量刑理由，乃原審法院自由裁量之權或業經原審法院斟酌考量，即認定人民之上訴不備「具體理由」。此種解釋方式，顯然背離一般人民之普遍認知，將造成人民對司法的憎惡與不信任。

綜上，我國二審仍為覆審及事實審制，人民就同一事實爭執享有受二不同級法院兩次審判的權利，故本文認為新法所謂具體理由，應在禁絕「僅泛稱原判決認事用法不當或採證違法、判決不公等」之空白上訴。只要上訴理由書明確指出對某特定事實爭執有何不服之處，例如不採證人甲之證詞，卻採證人乙之證詞，應認為已備具體理由。同理，在覆審制下，人民對於刑亦享有受二不同級法院兩次認定的權利。如當事人對於法院科刑不服而提起上訴，新法所謂之具體理由，應在禁絕「僅泛稱量刑不公」之空白上訴。只要上訴理由書明確指出量刑不公平之處何在，例如

摘之事項「上訴理由所指，就其有過失部分，原判決均已敘明甚詳」。

¹⁴ <http://dict.revised.moe.edu.tw/cgi-bin/newDict/dict.sh?cond=%A8%E3%C5%E9&pieceLen=50&fld=1&cat=&ukey=82936592&serial=1&recNo=0&op=f&imgFont=1>，最後瀏覽日期：2008年9月15日。

「妻懷胎待產，又有二嗷嗷待哺幼兒，竟未科緩刑」，應認為已具備具體理由。¹⁵

在上舉二案例中，如二審法院以上訴人指摘之上訴理由，乃原審法院自由裁量之權或業經原審法院審酌考量，因此認定上訴無具體理由而判決駁回上訴，不使案件進入實體審判，等於篡改我國二審之法制，剝奪人民受兩級法院認定事實及量刑的權利，違法。

¹⁵ 對於刑之上訴，應具備如何之理由始能謂具體，最高法院有不同之見解，其中最高法院97年台上字第236號判決，即類似本文主張：「本件上訴人不服第一審之科刑判決……其上訴理由稱：上訴人並非施用毒品之慣犯，正值發展就業年齡，在思慮未周之情形下施用毒品，若令入獄，恐妨礙一生之前途，因此請求撤銷第一審判決，給予易科罰金之機會等語。其以第一審判決量刑過重，質疑第一審判決量刑未符罪刑相當原則，請求原審從輕量刑，既已舉上開具體事由為依據，難謂上訴並未敘述具體理由，原審自應就其上訴所主張之事由，調查審判有無理由，方為適法。」然與此相反者，最高法院97年台上字第1402號判決則認為原審若已審酌之事項，即不成為具體理由，似經將二審法院轉為事後審查制：「本件上訴人提起第二審上訴，其上訴理由僅略謂：上訴人自警詢至第一審審理中，均一再坦承犯行，足見上訴人深具悔意，犯罪後態度良好，實屬不易。上訴人施用毒品純屬個人自殘行為，並未危害國家、社會或他人，第一審所為量刑不當云云。而第一審判決已具體審酌上訴人之年齡（係民國六十九年十一月十四日出生，正值青壯）、品行（曾經多次犯罪經論罪、科刑及刑之執行，素行不良）、智識能力（高中肄業）、生活狀況（從事雜工為業），及其事後坦承犯行，犯罪後態度尚可，暨其自承為支應施用毒品之龐大開銷，而一再竊盜，足見其施用毒品行為顯非僅止於危害自身等一切情狀，據為量刑理由。上訴人提起第二審上訴，其上訴理由並未具體指摘原判決關於認事用法或量刑有何不當，而僅再就第一審判決已審酌之量刑事項，或徒託空言，漫事指摘第一審判決量刑不當，請求減輕刑度，顯非具體理由。」

參、弱勢人民的上訴權

在新法修正前，人民只要具狀言「認事用法均有不服」，其上訴權即獲得保障，即享有二審法院對其案件覆審的權利。新法修正後，上訴書必須敘述「具體理由」，且依最高法院較嚴格之見解，甚且必須「依據卷內既有訴訟資料」指摘原審判決不當之處。

新法衍生之問題為弱勢人民是否有能力撰寫上訴狀之具體理由？也就是說，弱勢人民是否有能力實踐其上訴二審及接受覆審的權利？此得分別自理論及實證二不同角度觀察之。所謂實證角度者，應了解新法實施後，弱勢族群是否確實因此而受害？是否因為新法規定致案件無法進入二審實體審判？為此本文以下第一部分將以實證研究證明之。

理論研究者，應自制度層面抽象分析檢討新法可能對弱勢族群造成的困難。對弱勢族群而言，新法在理論層面可能產生兩個重大的法律問題：第一、請求律師協助上訴的權利。經濟及知識上居弱勢之人民在一審判決後，欲提起上訴，因為貧窮而無力聘請律師，因不解法律而無力自行撰寫上訴書，是否得請求法院為其指派律師？依刑事訴訟法第31條規定，法院只有在「審判中」始有為低收入戶被告指定辯護人之義務，似無為「上訴」之目的而為指定辯護人之義務。若此，又應如何確保弱勢人民之上訴權？

第二、請求影印卷宗。依最高法院較嚴格之見解，上訴必須「依據卷內既有訴訟資料」於上訴書狀內敘述具體理由。如被告雖受高等教育，但因為中年失業而貧窮無法影印一審龐雜之卷宗資料，是否得在上訴時，請求地方法院為其免費提供卷宗影印資料？依刑事訴訟法第33條第2項規定：「無辯護人之被告於審判中

得預納費用請求付與卷內筆錄之影本」，地方法院似乎無此義務。被告如無一審卷宗筆錄，又如何能「依據卷內既有訴訟資料」指出具體理由？貧窮被告如何能滿足最高法院之嚴格要求？

針對上述問題，以下第二部分先介紹美國法所提出之理論，再分析評論我國法之缺失及應有之改進之道。

一、實證研究

為了解新法對弱勢族群之衝擊，應研究調查下列問題：(一)第二審法院依新法規定判決駁回之案件數為何？其中又有多少件為被告上訴案件？多少為檢察官上訴案件？(二)遭駁回上訴之案件，其上訴之內容為何？係對認事用法或量刑不服？(三)在被告上訴而遭駁回之案件中，有多少係無辯護人之案件？

為了解上述問題，作者藉法源法律網，以台灣高等法院及其分院在新法實施後一年期間（2007年7月4日至2008年7月3日）之判決為資料庫，搜尋因上訴不備具體理由而遭判決駁回之全部案件，再加以分析整理，所得成果如下：

(一)第二審法院以上訴不備具體理由而判決駁回之案件，有925件。其中94.3%的案件，皆為由被告上訴之案件（873位被告），亦有少數係由檢察官之上訴遭判決駁回的案件（50件，全部案件的5.4%）。¹⁶

¹⁶ 表一 第二審法院依新法判決駁回之案件與上訴人之關係

	高本院	高雄 高分院	台中 高分院	台南 高分院	花蓮 高分院	金門 高分院	單位／人
被 告	340	178	134	163	55	3	873
檢察官	17	3	5	15	10	0	50
自訴人	1	0	0	1	0	0	2
合 計	358	181	139	179	65	3	925

(二)在全部判決駁回之案件中，僅有113件（12.2%）是對於認事用法不服，餘皆為量刑或空言不服之案件。¹⁷

(三)在被告上訴遭判決駁回之全部案件中，僅有13位（1.5%）被告有辯護人之協助，其餘98.5%的被告均無辯護人。¹⁸

17 表二 第二審法院依新法判決駁回之案件與上訴內容之關係

	單位／案件數						
	高本院	高雄 高分院	台中 高分院	台南 高分院	花蓮 高分院	金門 高分院	總計
認事用法	16	13	15	20	25	1	90
量 刑	136	107	53	115	22	1	434
認事用法與量刑	10	2	0	6	4	1	23
僅言上訴或僅空 言不服，未提上 訴理由	189	56	70	36	9	0	360
其 他*	7	3	1	2	5	0	18
合 計	358	181	139	179	65	3	925

*分別有：被告同時對程序不合法及量刑不服而上訴、被告對協商判決不服而上訴、及被告以協助警案而吸食毒品為理由而上訴；檢察官僅引用告訴人之請求上訴狀而為上訴、及檢察官因被告未履行與告訴人調解之條件，而依告訴人之聲請而為上訴；自訴人謂：「就得提起上訴之部分上訴」、自訴人僅表明不服原不受理判決（第329條）等理由。

18 表三 第二審法院依新法判決駁回之案件與辯護人之關係

	單位／人						
	高本院	高雄 高分院	台中 高分院	台南 高分院	花蓮 高分院	金門 高分院	總計
無辯護人	333 (95%)	178 (100%)	133 (99.2%)	161 (98.7%)	52 (94.5%)	3 (100%)	860 (98.5%)
有辯護人*	7 (5%)	0	1 (0.8%)	2 (1.3%)	3 (5.5%)	0 (0%)	13 (1.5%)
合 計	340 (100%)	178 (100%)	134 (100%)	163 (100%)	55 (100%)	3 (100%)	873 (100%)

*在13位辯護人中，有9位為選任辯護人，4位為公設辯護人。

綜上，我國新法上訴制度在實務運用上有相當之複雜性，即令檢察官（50件）、辯護人（13件）亦未必能成功提起上訴。再者，二審法院依新法判決駁回之案件中，絕大多數為被告上訴之案件（94.3%）；其中又有98.5%皆無辯護人之協助。此一數字，更得證明無辯護人之協助，被告無提起上訴之能力。就被告無辯護人的案件中，應得推定其非屬經濟上之弱勢，即為知識上之弱勢，否則大可聘請律師，或自行舞文弄墨擬具具體理由。因此，應可斷定新法已對弱勢人民築起上訴二審的鴻溝。

在新法修正前，上訴二審不須附具任何理由，即令貧者、愚者亦得實踐其法律上所享有之上訴權；新法要求上訴必須具備「具體理由」，最高法院甚至作出極為嚴格的解釋，所謂的二審上訴權，對於貧者、愚者而言，似乎成為無法實踐的虛無權利。人人皆享有上訴權，唯獨貧者、愚者無之？

在刑事訴訟程序中，被告因為經濟、知識上之弱勢而受到差別待遇，即非正義；如果司法程序之結果繫於被告之財富或知識，此一司法制度應受譴責。防止被告因為經濟、知識上之弱勢而在刑事訴訟程序居於較不利益之地位，為國家無可卸責之義務，為憲法平等原則所要求。¹⁹本文實證研究，令人質疑我國二審上訴制度與憲法平等原則有違。

¹⁹ 憲法第7條：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。」憲法條文所揭櫫之平等保護，為例示規定，而非具有排他意義之列舉規定。詳蔡茂寅，平等權，月旦法學雜誌，第46期，1999年3月，第114頁。

二、理論研究

(一)美國法參考

在刑事訴訟程序中特別保護貧窮被告，並非國家施捨人民的社會福利措施，而是國家在發動刑事訴訟後所附隨之義務。如美國聯邦檢察總長在「貧窮與聯邦刑事司法關係之委員會報告」(Report of the Attorney General's Committee on Poverty and the Administration of Federal Criminal Justice (1963)) 所表示：「有效解決刑事程序中被告無資力的問題，理論基礎不在於社會福利政策，也不在消弭貧富間的不平等。當政府所發動之行為可能對人民帶來嚴重傷害時，政府即有義務防止可得避免的錯誤傷害，即令該行為係合法發動，亦同。當政府啟動刑事訴訟行為時，對於與刑事司法完全無關卻有可能影響被告刑事責任的因素，政府有義務採取合理措施消除這些因素。雖然無法要求政府徹底解決人民的貧窮問題，但得要求政府將貧窮對刑事司法正義的影響降至最低」。²⁰

若上訴為被告之權利時，貧窮被告即受憲法正當程序與平等原則之保護。為了解此一問題，應先簡略說明美國的上訴程序：美國聯邦最高法院判決，被告在被判決有罪後，並無上訴的「憲法」權利²¹，惟每一個州的「法律」皆允許被告最少有一次上訴的「權利」，上級法院必須接受被告之上訴，並且審理裁判（姑譯為「權利上訴程序」）。在第二審判決後，如被告不服而再提

²⁰ 轉引自 Yale Kamisar, Wayne R. Lafave, Jerold H. Israel & Nancy King, *Modern Criminal Procedure* 61 (West Group, 9d. 1999)。

²¹ *McKane v. Durston*, 153 U.S. 684 (1894) (dictum); *Jones v. Barnes*, 463 U.S. 745 (1983) (dictum).

起上訴，通常第三審法院有裁量權得接受或拒絕審理（姑譯為「許可上訴程序」）。

在 *Griffin v. Illinois* 案件，被告在地方法院判決其有罪後欲提起上訴，因貧窮而無力影印審判卷宗，乃請求地方法院免費提供相關影印資料，法院拒絕其請求。聯邦最高法院在審理此案時表示，雖然上訴並非憲法保障之基本人權，但當州法院設立上訴制度後，該上訴審即成為有罪與否的最終決定程序，必須符合憲法正當程序與平等保護原則。在本案情形，被告若未取得原審卷宗影印資料，即不能適當且有效的提起上訴，因此當被告貧窮而無法負擔影印費用時，國家有為其出資負擔之義務。²² 在這個判決中，大法官 Black 寫下傳頌一時的名句：「由財富決定審判，法律之前即非平等。」²³

在 *Douglas v. California* 案，被告被判決有罪後上訴，因無資力而請求上訴審法院為其指派律師協助上訴，州上訴審法院表示審閱原審卷宗，覺得即令指派律師對被告之上訴亦無任何助益，因此駁回被告之請求。聯邦最高法院在審理此案時，引用前述

²² 351 U.S. 12 (1956). 如州法律規定，貧窮被告必須說服法院其上訴有提升司法正義或有成功的可能，始免費提供影印資料，亦遭聯邦最高法院宣告違憲。參考 *Eskridge v. Washington State Board of Prison Terms and Paroles*, 357 U.S. 214, 215, 78 S. Ct. 1061, 1062, 2 L.Ed.2d 1269 (1958) (*per curiam*) (invalidating state rule giving free transcripts only to defendants who could convince trial judge that “justice will thereby be promoted”); *Draper v. Washington*, 372 U.S. 487, 83 S. Ct. 774, 9 L.Ed.2d 899 (1963) (invalidating state procedure providing for free transcript only for a defendant who could satisfy the trial judge that his appeal was not frivolous).

²³ “There can be no equal justice where the kind of trial a man gets depends on the money he has.” *Griffin v. IL.*, 351 U.S. 12, 19 (1956).

*Griffin*判決表示：由財富決定能否「上訴」，法律之前即非平等。無原審卷宗資料，幾乎無法上訴；同理，對於不具法律素養之人，無律師協助，也幾乎無法提起合法之上訴。富者得輕易聘請律師使上訴審法院聽其辯論，貧者奔波終日卻仍不得；富者之上訴權有實質之意義，貧者之上訴權卻是無意義之儀式。當被告有法律上之上訴權時，依據憲法平等保護原則，國家必須為欲提起上訴之貧窮被告聘僱律師。²⁴

(二)我國法檢討

我國刑事訴訟法對於弱勢族群亦有相當之保護，而且也愈趨嚴謹。過去，國家只有在「重罪」案件的審判中，始有為被告指派辯護人之義務。²⁵1997年修法將此一義務擴及被告「因智能障礙無法為完全陳述」之審判中，至2003年又修法包括「低收入戶」被告而聲請指定辯護人之審判案件。²⁶在上述情形，如法院未為被告指派辯護人，構成程序上之違法，其判決應予撤銷。²⁷

²⁴ 372 U.S. 353, 357-58 (1963) ([T]he rich man can require the court to listen to argument of counsel before deciding on the merits, but a poor man cannot....The indigent...has only the right to a meaningless ritual, while the rich man has a meaningful appeal.).

²⁵ 1997年修正前之刑事訴訟法第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。」

²⁶ 現行刑事訴訟法第31條第1項：「最輕本刑為三年以上有期徒刑或高等法院管轄第一審案件或被告因智能障礙無法為完全之陳述，於審判中未經選任辯護人者，審判長應指定公設辯護人或律師為其辯護；其他審判案件，低收入戶被告未選任辯護人而聲請指定，或審判長認為必要者，亦同。」

²⁷ 刑事訴訟法第379條第7款：「有左列情形之一者，其判決當然違背法

此有關對於弱勢族群保護的規定，同時適用於第一審及第二審之審判。²⁸

新法製造了我國對於弱勢族群保護之漏洞。如前所述，智能障礙或低收入戶被告在一審、二審的審判中，皆有權請求法院爲其指派辯護人，法院亦必須爲被告指派辯護人，否則構成程序違法。在法院指派辯護人後，辯護人多會主動影印卷宗資料以爲訴訟之準備。²⁹所以在一審、二審的「審判中」，應不會有弱勢人民無法受到律師協助、不能得到卷宗影印資料的情形發生。惟若被告在一審結束後、二審開始前，爲上訴之目的而請求律師協助、請求影印卷宗資料，一審法官、二審法官似皆無從依刑事訴訟法第31條規定指派律師協助被告。因此，新法所製造之法律問題爲：在一審結束後、二審開始前，我國法律對弱勢族群人民的保護似有漏洞。

此一法律問題在舊法時代，並無太大的實質意義。蓋在舊法時代，被告只要「聲明不服」即得將案件帶入二審審判中，雖孺童亦能爲之，弱勢族群並未因此陷於任何不利益。進入二審審判後，弱勢被告得請求法院指派辯護人，法院亦會依第31條規定爲其指定律師，被告之權利自受相當之保護。惟新法規定上訴二審必須敘述「具體理由」，而最高法院又嚴格解釋「具體理由」之

令：……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。……」

²⁸ 刑事訴訟法第364條規定：「第二審之審判，除本章有特別規定外，準用第一審審判之規定。」

²⁹ 例如「財團法人法律扶助基金會法律扶助酬金及必要費用計付辦法」第8條：「擔任法律扶助者……得檢具證明文件，向分會申請酬金及必要費用之預支……本辦法所稱必要費用，除另有規定外，係指……閱卷影印費……。」

要件，非熟悉訴訟法制之專業律師恐無力為之，遑論知識及經濟上居於弱勢之人民？上述實證研究亦證明即令專業之律師或檢察官（13位律師、50位檢察官）所撰之上訴理由書，亦未必合於法律上之程式。新法上訴二審應備「具體理由」之規定，有如在一審與二審間，築起弱勢族群無力跨愈的鴻溝，使其無法上訴、無法將案件帶入二審的審判中。

新法之目的在防止「空白上訴」，固然有其正當性，但卻不經意地造成對弱勢族群保護之漏洞，使弱勢族群喪失受二審覆審的權利。我國法在一審及二審審判中，對弱勢族群都提供相當之保護，但在一審結束後、二審開始前，卻疏漏未予以保護，此為新法修正時思慮不周之處，應立即修法予以補正，否則有違平等保護原則與正當法律程序。

再者，為確保弱勢族群受律師協助的權利，不會因為一審結束後、二審開始前而陷入中斷，美國聯邦與大多數州都規定，律師為被告利益所應進行之訴訟行為，不因一審判決而告終止，非常值得我國學習。美國聯邦法律規定，法院於審判中為被告指定之律師，應持續為被告辯護至所有上訴審審級終了為止，除非該律師請求法院解除其責任。³⁰許多上訴法院更判決，在一審終結後，如被告欲提起上訴，不論為法院指定之律師或被告自行委任之律師，原則上仍繼續成為被告上訴審的律師；除非委任律師向法院提出終止委任的聲請，否則委任關係終止前，所有上訴應採取的行為，律師都應進行。³¹德州法律亦規定，指定律師應持續

³⁰ 18 U.S.C. § 3006A (1982).

³¹ Comment, Susan R. Monkmeier, *The Decision to Appeal a Criminal Conviction: Bridging the Gap between the Obligations of Trial and Appellate Counsel*, 986 Wis. L. Rev. 399, 420 (1986). 引用聯邦上訴審法院判決。

代表被告為有利益之訴訟行為，直至起訴被駁回、判決無罪、用盡上訴程序，或者法院解除其責任或有其他律師取代。³²德州上訴法院判決，指定律師的法律責任不因為審判終結而自動解除，除非法院解除其責任。如被告無資力，法院解除其先前之指定律師責任時，應為被告再指派律師。如為被告自行委任之律師，即令受委任之目的為審判，亦不能因為審判終結就放棄被告；委任律師除非向法院提出終止委任的聲請，否則仍為被告上訴審的律師。³³

綜上，為彌補我國法對弱勢族群保護之漏洞，本文主張應作如下之修法：1. 低收入戶被告於一審中無選任或指定辯護人，在判決後欲提起上訴者，得請求法院為其指定辯護人協助上訴。2. 因為提起上訴之困難性，在一審終結後，如被告欲提起上訴，其原已選任或指定之辯護人應為被告提起上訴並撰寫上訴理由書。

肆、無效的律師協助

據上實證研究顯示，在新法實施一年期間，有13位被告雖有委任律師或公設辯護人之協助，仍無法跨愈上訴二審之鴻溝。值得研究之問題為，我國二審為覆審制，何以辯護人無法將案件帶入二審之實體審判？是法院所設立之標準過於嚴苛，抑或是辯護人不解新法意涵所致？如為後者，所衍生之問題即為被告是否得主張未受「有效的律師協助」，而請求上級法院救濟？

³² Tex. Code Crim. Proc. Ann. art. 26.04(a) (Vernon 1989).

³³ Ellen Bloomer Mitchell, *Appellate Review of Criminal Cases in Texas*, 26 St. Mary's L.J. 941, 1043-44 (1995).

一、美國法參考

美國聯邦憲法增修條文第6條規定被告有受律師協助的權利，聯邦最高法院據此解釋「如辯護人不能提供有效的律師協助，與無辯護人無異。」³⁴受有效律師協助的權利，目的不在改善律師執業水準，而在確保公平審判。³⁵蓋在當事人進行主義的審判下，兩造應傾全力主張自己有利事項、指出不利他方事項，如辯護人不能提出有效的攻擊防禦，而任由檢察官一方攻擊無法律知識的被告，審判結果顯不公平。如辯護人未提供有效的律師協助，被告得請求上級法院撤銷其有罪判決。³⁶

若上訴為被告之權利時，被告即受有效律師協助的保護。在 *Evitts v. Lucey* 案，州地方法院判決被告有罪後，其委任律師為其提起上訴，但卻未依州法規定提出上訴理由書（statement of appeal），致上訴遭駁回。聯邦最高法院在審理此案時表示，提起上訴的被告，與遭受審判的被告相同，亦須面對許多繁複的法律規則，如無律師的協助，將無法保護其生死交關的重要權利。如辯護人不能提供有效的律師協助，與無辯護人無異；受辯護人協助的憲法權利，包括受有效律師協助的權利。本案被告雖有委

³⁴ *Evitts v. Lucey*, 469 U.S. 387 (1985): “[A] party whose counsel is unable to provide effective representation is in no better position than one who has no counsel at all.”

³⁵ *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668 (1984). “The purpose of the effective assistance guarantee of the Sixth Amendment is not to improve the quality of legal representation, although that is a goal of considerable importance to the legal system. The purpose is simply to ensure that criminal defendants receive a fair trial.”

³⁶ 詳王兆鵬，辯護權與詰問權，第一章受有效律師協助的權利，元照，2007年1月，第8至11頁。

任律師，惟律師若不能提供有效的律師協助，與被告完全無律師並無任何差異。當上訴為被告之權利時，法院駁回被告上訴之理由，係因為其委任律師不能提供有效的律師協助，與正當法律程序有違。³⁷

本案被告若得以正當法律程序而得到救濟，則上訴應提出理由書之法律規定豈不成為無法律效果之具文？州政府豈不等於喪失規範上訴程序的立法權？聯邦最高法院承認此一判決結果，似會影響州政府有關上訴程序的制訂權。惟聯邦最高法院指出還有其他方式得達到相同之目的，例如州法律得改以處罰律師的方式來貫徹上訴應有的程序，而不是要求被告承受此種不利益。處罰律師與拒絕被告上訴二者互相比較，前者可能為貫徹上訴程序更有效的方式，而後者卻可能導致無能力遵守法律技術規則的被告因此入監接受可能為非法的刑事判決。另一種替代方案為州法院雖然得以被告未遵守上訴程序而立即駁回其上訴，但必須容許被告以律師未提供有效協助的理由而提起非常上訴。蓋「權利上訴」制度設立之目的，在確保只有當被告的有罪判決經過檢驗時，始得剝奪其人身自由。當被告有上訴的權利，而其上訴不能為上訴審法院實體審查之原因，卻是其律師未能提供有效的律師協助，此時被告原有之上訴權不應該因此消滅，因為其受有效律師協助的權利被違反在先。³⁸

³⁷ 469 U.S. 387 (1985). 本案判決專指權利上訴制度，並不包括許可上訴制。此外，有關有效律師協助的權利內涵，請詳王兆鵬，同註36，第1至41頁。

³⁸ “A system of appeal as of right is established precisely to assure that only those who are validly convicted have their freedom drastically curtailed.” *Id.* at 399-400.

二、我國法檢討

刑事被告受有效律師協助的權利，我國法律雖無明文，但實務中有類似之概念。在強制辯護案件中，最高法院要求指定辯護人應為「實質」之辯護，而所謂的「實質」辯護意義如下：(一)辯護人應於審判期日到場，否則不得審判。(二)如辯護人未陳述意見、未提出辯護狀或書狀，與未經辯護無異。(三)如辯護人僅於審判期日辯稱「請庭上明察，依法判決」或「引用辯護狀所載」，與未經真正之辯護無異。(四)共同被告之利害相反，不得指定同一辯護人。³⁹

最高法院最新見解甚至要求辯護人必須「本乎職業倫理探究案情，搜求證據，盡其忠實辯護誠信執行職務之義務」，等於對辯護人應有之辯護標準，設定一般性的概括規定。低於此一標準，最高法院認為即與辯護人雖經到庭而未為辯護者無異。最高法院此一法理，幾等同要求辯護人必須提供有效律師協助。⁴⁰

³⁹ 有關實質辯護之法律規定與最高法院判決見解，請詳王兆鵬，同註36，第1至7頁。依以下法律所列案件，法院有為被告指定辯護人之義務：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案件或被告因智能障礙無法為完全之陳述，於審判中未經選任辯護人者，審判長應指定公設辯護人或律師為其辯護；其他審判案件，低收入戶被告未選任辯護人而聲請指定，或審判長認為有必要者，亦同。」刑事訴訟法第455條之5：「協商之案件，被告表示所願受科之刑逾有期徒刑六月，且未受緩刑宣告，其未選任辯護人者，法院應指定公設辯護人或律師為辯護人，協助進行協商。」

⁴⁰ 最高法院96年台上字第5673號判決：「刑事辯護制度係為保護被告之利益，藉由辯護人之專業介入，以充實被告防禦權及彌補被告法律知識之落差，使國家機關與被告實力差距得以適度調節，促成交互辯證之實體發現，期由法院公平審判，確保國家刑罰權之適當行使而設；辯護人基

除最高法院之先進見解外，2003年修正之刑事訴訟法更要求辯護人必須「強而有力」，與「有效的律師協助」概念愈加接近。在我國採「改良式當事人進行主義」後，2003年2月修正刑事訴訟法第31條之立法理由中，對於辯護制度有極為明確之說明：「現行之刑事訴訟制度由『職權主義』調整為『改良式當事人進行主義』，由於被告無論在法律知識層面，或在接受調查、被追訴的心理層面，相較於具有法律專業知識、熟悉訴訟程序之檢察官均處於較為弱勢的地位。因此，訴訟程序之進行非僅僅強調當事人形式上的對等，尚須有強而有力的辯護人協助被告，以確實保護其法律上利益，監督並促成刑事訴訟正當程序之實現。對於符合社會救助法之低收入戶被告，因無資力而無法自行選任辯護人者，為避免因貧富的差距而導致司法差別待遇，自應為其謀求適當之救濟措施。」依此立法理由，如辯護人不能提供「強而有力」的辯護，將導致「司法差別待遇」，因此第31條強制辯護之

於為被告利益及一定公益之角色功能，自應本乎職業倫理探究案情，搜求證據，盡其忠實辯護誠信執行職務之義務。刑事訴訟法第三七九條第七款規定：『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，其判決當然違背法令』，此之所謂未經辯護人到庭辯護，依辯護制度之所由設，除指未經辯護人到庭外，尚包括辯護人雖經到庭而未盡其忠實辯護之義務在內。原審指定龔正文律師為辯護人，於民國九十六年七月四日審判期日，龔正文律師到庭，審判筆錄記載：『指定辯護人龔正文律師為被告辯護如九十六年五月十八日刑事準備書狀所載，並稱：請求依法判決即可。』等語，然上開準備書狀僅一面共十行，係泛稱對證據能力不爭執及無證據請求調查云云，稽此乃準備程序期日所應處理之事項……，似未就法律或事實上之意見……為上訴人盡其忠實之辯護義務，此情形與辯護人雖經到庭而未置一詞辯護者實無若何差異，原審逕予審判，其判決當然違背法令。最高法院九十七年台上字第五六一號判決意旨略同。」

意義，自不能僅從形式上觀察被告是否聘有辯護人，更應著重於辯護人是否提出「強而有力」之辯護。本文認為第31條強制辯護之意義，應解釋為如辯護人不能提供有效的律師協助，與未提供被告辯護人無異。

以上所述皆為「指定辯護」案件，本文認為即令為「選任」辯護人案件，亦應解釋辯護人必須提供有效的律師協助。蓋在「改良式當事人進行主義」後，辯護人是否善盡其責、是否強而有力，乃極為重要之議題，殊不因選任辯護或指定辯護案件而有差別。在職權主義下，即令辯護人未為強而有力之辯護，法院亦應依職權調查對被告有利之證據，對被告之權益或公平正義，皆無妨礙。惟在改良式當事人進行主義下，被告雖有辯護人，且辯護人也到庭、有口頭及書面之辯護意旨，但卻處處顯得「弱而無力」，當事人進行主義的審判即不能發揮公平正義的效果。

美國在1980年前，大部分的法院判決被告自行選任律師，不得主張未受有效的律師協助，主要理由為欠缺政府行為理論。因為辯護人為被告自行選任，並無任何政府行為的介入，既無政府行為介入，政府即毋須為辯護人的無效辯護行為負責。惟聯邦最高法院在1980年之 *Cuyler v. Sullivan* 案判決，⁴¹ 不論辯護人係被告自行委任或法院指定，被告皆得主張未受有效的律師協助，駁斥所謂的欠缺政府行為理論，言審判本身即為政府行為。我國最高法院最新判決見解亦認為，應用辯護人之強制辯護案件，即令被告自行委任辯護人，如該委任辯護人未盡忠實誠信執行職務之義務，上級審仍得依第379條第7款規定認定判決違背法令。⁴² 該判

⁴¹ 446 U.S. 335 (1980).

⁴² 最高法院97年台上字第561號判決：「刑事辯護制度係為保護被告之利益，藉由辯護人之專業介入，以充實被告防禦權及彌補被告法律知識之

決意旨亦認為選任辯護案件，辯護人亦應盡忠實誠信執行職務之義務。

在提起二審上訴之程序中，被告亦應享有受有效律師協助的權利。如同美國聯邦最高法院所言，提起上訴的被告，與遭受審判的被告相同，亦須面對許多繁複的法律規則，如無律師的協助，將無法保護其生死交關的重要權利。依本文實證研究顯示，依新法駁回上訴之判決中，屬於被告上訴之案件中有98.5%均無選任或指定辯護人，足見實務上對上訴理由書具體理由之要求，已涉及許多繁複的法律技術規則，恐非一般人所能勝任，自應有受律師協助的權利，否則即與正當法律程序有違。此一受律師協助的權利，應如同最高法院判決所要求及刑事訴訟法第31條之立法理由，辯護人必須「盡忠實誠信執行職務之義務」、提供「強而有力」之辯護，否則會造成司法之差別待遇，與無辯護人無異。

落差，使國家機關與被告實力差距得以適度調節，促成交互辯證之實體發現，期由法院公平審判，確保國家刑罰權之適當行使而設；辯護人基於為被告利益及一定公益之角色功能，自應本乎職業倫理探究案情，盡其忠實辯護誠信執行職務之義務。刑事訴訟法第三百七十九條第七款規定：『依本法應用辯護人之案件，辯護人未經到庭辯護而逕行審判者』，其判決當然違背法令。此所謂未經辯護人到庭辯護，依辯護制度之所由設，除指未經辯護人到庭外，尚包括辯護人雖經到庭而未盡其忠實辯護之義務在內。本件上訴人涉犯毒品危害防制條例第四條第一項之販賣第一級毒品罪，屬於應用辯護人之強制辯護案件，上訴人委任余道明律師為辯護人，於九十六年九月五日審判期日，余道明律師到庭，審判筆錄記載：『選任辯護人余道明律師起稱：為被告辯護，辯護意旨詳如刑事準備書狀所載』等語。然稽之案內資料，上開準備書狀僅止於表明聲請傳喚證人陳婉茹……辯護人於原審審判長調查證據後，並未就法律上或事實上意見為上訴人盡其忠實辯護之義務，此與辯護人雖經到庭而未置一詞辯護者無異，原審逕予審判，其判決當然違背法令。』

綜上，本文認為辯護人為被告提起二審上訴，如未「盡忠實誠信執行職務之義務」、未提出「強而有力」之上訴理由書，致上訴遭二審法院依新法規定駁回時，應允許被告以辯護人未提供有效的律師協助為理由，上訴於三審法院，請求救濟。⁴³

伍、結 論

為防止「空白上訴」之弊病，我國刑事訴訟新法規定第二審上訴書狀「應敘述具體理由」，否則案件即無法進入二審的實體審判。對於新法「具體理由」之意義，最高法院出現兩類不同見解，其一認為只要為具體之指摘即為已足，另一則採取較為嚴格之見解，甚至認為上訴理由指摘之事項，只要係原審法院已經審酌考量者，即非具體理由。

本文認為最高法院此類嚴格之見解，完全誤解事實與法律問題，並且紊亂覆審與事後審制，極為不當。姑不論覆審制之優劣為何，我國二審目前仍為覆審制，人民就同一事實爭執享有受二不同級法院兩次審判的權利，最高法院卻將二審審判解釋為事後審制，有篡改法制、違法剝奪人民權利的嫌疑。再者，法律不能背離人民之認知，最高法院對於「具體理由」之嚴格見解，顯然背離一般人民之普遍認知，將造成人民對司法的憎惡與不信任，最高法院應臨崖勒馬立即變更見解。

在新法修正前，即令赤貧之被告亦得實踐其法律上之上訴權；新法修正後，所謂的上訴權，對於貧窮被告而言，卻可能是

⁴³ 如何判斷辯護人是否「盡忠實誠信執行職務之義務」，是否提供「有效的律師協助」？此與被告「受有效律師協助的權利」內涵有關，非本文所能涵蓋，作者前亦已為文論述甚詳。請詳王兆鵬，同註36，第1至41頁。

無法實踐的虛無權利。本文實證研究證明被告上訴遭判決駁回的案件中，有98.5%皆無辯護人之協助，得證明無辯護人之協助，被告實欠缺提起合法上訴之能力。

新法防止「空白上訴」，雖然有其正當性，但卻在一審結束後、二審開始前，疏漏未能保護弱勢族群，此為修法時思慮不周之處。為此，應立即再作如下之修法以亡羊補牢：一、低收入戶被告於一審中無選任或指定辯護人，在判決有罪後欲提起上訴者，得請求法院為其指定辯護人協助上訴。二、因為提起上訴之困難性，在一審終結後，如被告欲提起上訴，其原已選任辯護人或指定辯護人應為被告提起上訴並撰寫上訴理由書。

最高法院對於新法「具體理由」之嚴格解釋，即令專業之檢察官或辯護人有時亦未能成功提起第二審上訴。如被告委任律師上訴，該律師卻未提供「有效的律師協助」，致被告之二審上訴遭駁回而告確定。如一審法院之判決事實認定錯誤，但卻無再審之事由、也無非常上訴之理由，豈不造成因為辯護人之無能而產生冤獄之結果？本文主張，循最高法院最近對於辯護人責任之先進見解，如辯護人為被告提起二審上訴，卻未「盡忠實誠信執行職務之義務」、未提出「強而有力」之上訴理由書，致上訴遭二審法院依新法規定駁回時，應允許被告以未「受有效律師協助」為理由，上訴於三審法院請求救濟。

後 記

本文刊出後，引起人權團體高度重視，多次請求司法院提出對策，毋使經濟或知識上居於弱勢之被告，因為最高法院之嚴格見解而喪失上訴二審之權利，惟司法院皆以審判獨立而未予理睬。人權團體乃請求監察院調查，監察院為詳實之調查後，於調查報告內嚴厲指摘最高法院判決結果，已「導致第二審為覆審及

權利上訴之上訴制度僅為形式上聊備一格之程序規定，實質上業剝奪當事人第二審上訴權，悖離憲法第十六條之訴訟基本權，自有違誤」。⁴⁴最高法院似也體會其先前見解之嚴苛，又作出嶄新判決，以填補其先前所築起的上訴鴻溝，就這些新判決見解的評論，請詳本書第二章「上訴二審鴻溝之填補」。

⁴⁴ 詳監察院99年1月19日(99)院台司字第0992600102號函所附監察院司法及獄政委員會第4屆第19次會議決議通過之調查報告。

第二章

上訴二審鴻溝之填補 ——評最高法院98年度台上字 第5354號判決*

壹、導 論

對於地方法院第一審判決不服而上訴者，刑事訴訟法過去未規定應於上訴書內敘述上訴理由。實務上，上訴人多於上訴書內簡單撰寫「對於原審判決之認事用法均有不服」，即發生上訴效力，二審法院必須依法受理及審判。有時上訴人於二審開庭前仍不具狀敘明上訴理由，遲至開庭時始以口頭說明上訴理由，令法院及對造當事人不能有效率地準備訴訟，實務有稱此為「空白上訴」者。

爲防止「空白上訴」之弊病，2007年7月4日修正之刑事訴訟法第361條增訂第2項、第3項（以下簡稱新法），規定第二審上訴書狀「應敘述具體理由」。上訴書狀未敘述理由者，第二審法院應以判決駁回。¹

* 本文原刊載於，法令月刊，第61卷第2期，2010年2月，第42至54頁。

¹ 2007年7月4日修正刑事訴訟法第361條：「（第一項）不服地方法院之第一審判決而上訴者，應向管轄第二審之高等法院為之。（第二項）上訴書狀應敘述具體理由。（第三項）上訴書狀未敘述上訴理由者，應於上訴期間屆滿後二十日內補提理由書於原審法院。逾期未補提者，原審法院應定期間先命補正。」第367條：「第二審法院認為上訴書狀未

作者前以實證研究之方式，探究新法之實際影響，發現在新法實施一年後：一、第二審法院以上訴不備具體理由而判決駁回之案件，有925件。其中94.3%的案件，皆為由被告上訴之案件（873位被告），而由檢察官上訴的案件則占少數（50件，全部案件的5.4%）。二、在被告上訴之全部案件中，僅有13位（1.5%）被告有辯護人協助，其餘98.5%的被告均無辯護人。²

據此實證研究，作者於該文推論我國新法在實務運用上有相當之複雜性，即令檢察官（50件）、辯護人（13件）亦未必能成功提起上訴。再者，二審法院依新法判決駁回之案件中，絕大多數為被告上訴之案件（94.3%）；其中又有98.5%皆無辯護人之協助。此一數字得證明：無辯護人之協助，被告無提起上訴之能力。針對無辯護人的案件，應可推定其非屬經濟上之弱勢，即為知識上之弱勢，否則大可聘請律師，或自行舞文弄墨擬具具體理由。因此，應可斷定新法已對弱勢人民築起上訴二審的鴻溝。

在刑事訴訟程序中，被告因為經濟、知識上之弱勢而受到差別待遇，即非正義；如果司法程序之結果繫於被告之財富或知識，此一司法制度應受譴責。防止被告因為經濟、知識上之弱勢而在刑事訴訟程序居於較不利益之地位，為國家無可卸責之義務，為憲法平等原則所要求。³作者依據上述實證研究，質疑我國

敘述理由或上訴有第三百六十二條前段之情形者，應以判決駁回之。」
（劃線部分為增訂條文）。

² 詳王兆鵬，上訴二審的鴻溝——理論與實證研究，軍法專刊，第54卷第5期，2008年10月，第1至18頁（收錄於本書第一章）。

³ 憲法第7條：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。」憲法條文所揭櫫之平等保護，為例示規定，而非具有排他意義之列舉規定。詳蔡茂寅，平等權，月旦法學雜誌，第46期，1999年3月，第114頁。

二審上訴實務，有違反憲法平等原則之事實。

在前述文章發表後，最高法院或許體會其過去見解所可能產生之問題，於2009年度陸續做出幾個非常有意義的判決，或推翻之前的見解、或修正之、或創造新的法律見解，非常值得研究，也非常值得稱頌，以下分析之。

貳、先前見解

就新法之具體理由，最高法院於97年度之見解，得分為兩大類：

一、具體之指摘即為已足，如最高法院97年度台上字第236號判決：「所稱『具體理由』，係指須就不服之判決為具體之指摘而言，如僅泛稱原判決認事用法或量刑不當、採證違法、判決不公等，均非具體理由。是倘上訴理由……已舉出該案相關之具體事由足為其理由之所憑，自非徒托空言或漫事指摘，縱其所舉理由經調查結果並無可採，要屬上訴有無理由之範疇，尚難遽謂未敘述具體理由」。⁴（以下就此簡稱為第一類見解）。

二、較嚴格之見解，如最高法院97年度台上字第892號判決：「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

⁴ 最高法院97年度台上字第1402號判決意旨略同。

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。」⁵（以下就此簡稱為第二類見解）。

參、最新見解

最高法院98年度判決，仍有延續上述第二類較嚴格之見解者；⁶亦有持第一類見解而直接駁斥第二類見解之判決，此乃最高法院實務極為罕見之事，如98年度台上字第5667號判決，該案原審法院即持第二類見解而駁回上訴人之二審上訴，但遭最高法院依據第一類見解而撤銷之：

「經核上訴人所提之上訴理由……雖爭執其無殺人之故意且於出手後並未繼續加害，然此仍係對於原判決已說明事項及屬原審採證認事職權之適法行使，徒憑己見而為不同評價，且原判決僅認定上訴人係基於殺人未必故意而為本件犯行，並未認定其係出於直接故意。是上訴理由所指摘，僅係對於原判決已說明事項及屬原審採證認事職權之適法行使，徒憑己見而為不同評價，且對枝節性問題，重為事實爭辯，並未具體指出原判決所採證據何以不具證據能力，或依憑卷證資料，明確指出原判決所為證據證

⁵ 最高法院97年度台上字第2357號判決與此意旨相同。

⁶ 例如98年度台上字第5780號判決，此判決內容與97年度台上字第892號判決幾乎完全相同，故不再重引。