

論國民參與刑事審判制度之第二審 上訴制度構造 ——以日本裁判員法及 我國國民參審試行條例草案為對象*

張 永 宏**

要 目

壹、前 言	參、日本引進裁判員制度後，第二審 上訴制度是否相應修正之討論
貳、上訴審之審理構造	肆、配合第一審行國民參與刑事審判 制度，第二審應行之訴訟構造
一、覆審制	一、第二審採行覆審制訴訟構造之 利弊得失
二、續審制	(一)第二審採取書面、非直接審理 之覆審制時
三、事後審制	
四、續審式的事後審制——日本現 行之刑事第二審	
五、我國現行之第二審上訴構造	

* 感謝二位匿名審查委員詳細審閱，所為指正及建議對於本文的用語正確與論理完整性均有極大助益，本文已參照修正，惟文責仍由作者自負，先予敘明。

** 台灣台北地方法院刑事庭審判長兼法官，政治大學法律學系博士班研究生。
投稿日期：九十七年八月十三日；接受刊登日期：九十八年二月十二日
責任校對：林傳智

<p>(二)第二審採取言詞、直接審理之覆審制時</p> <p>二、第二審採行續審制訴訟構造之利弊得失</p> <p>三、第二審採行事後審制訴訟構造之利弊得失</p> <p>(一)第二審採行法律審之事後審制時</p> <p>(二)第二審採行法律審兼事實審之事後審制時</p> <p>伍、第二審採行法律審兼事實審之事後審制時，訴訟程序應有之修正</p> <p>一、限制第二審對於新證據調查範圍與調查方式</p> <p>二、重新律定因事實問題撤銷原判決之標準</p> <p>三、第一審判決書必須詳盡說明得心證之理由</p> <p>四、對於「有事實誤認之可疑」之第一審判決，第二審僅得撤銷發回原審，不得自為判決</p>	<p>陸、我國國民參審試行條例草案第二稿上訴審部分之檢討</p> <p>一、第二審不繼續採用覆審制之理由欠缺說服力</p> <p>二、未能明確規範將事實認定審查之基礎限於第一審判決前所存在之事實，亦未能明文禁止第二審就第一審已調查之證據再行調查</p> <p>三、制度目的過度偏重於避免縱放有罪被告之實體真實發見</p> <p>四、放棄對於第一審所為緩刑宣告或不宣告之適當性審查，卻又准許於上訴無理由之情形下諭知緩刑，無正當理由任意侵害第一審之判斷權</p> <p>五、原判決應撤銷者以自為判決為原則，徹底消滅事後審制精神</p> <p>柒、結 論</p>
---	--

摘 要

現行刑事第二審上訴制度多年來屢見改革呼聲，其中有主張改為事後審制者，我國國民參審試行條例草案以此為據，擬定在第一審刑事審判行國民參審者，第二審改採事後審制。此一改革非但在國民參審制度下有探討之必要，亦可供日後修正刑事上訴制度之參考；又根據直接審理原則及國民參審制度下第二審得以撤銷原審判決之正當性依據，逐一檢視覆審制、續審制、事後審制並斟酌其利弊得失後，法律審兼事實審之事後審制確可平衡追求上訴制度及國民參審制度之目的，值得贊成。日本裁判員法立法過程中雖然亦採此一見解，但因日本刑事上訴制度實際運作結果已非正統事後審制，故抄襲日本現有規定，無法達成事後審制之要求，而仍應本於事後審制之精神，於法制上進行相關修正。

關鍵詞：國民參審、上訴、覆審、續審、事後審、直接審理原則、裁判員法、國民參審試行條例、第二審

壹、前言

原本上訴制度之存在，係封建時期領主為了避免由一般民眾主導之審判結果（陪審審判）不受控制而設，亦即具有監視審判權行使、掌控審判權最終決定權之意味¹，於此意義下，上訴制度之存在自然不具有正當性。即使嗣後的歷史發展，上訴審法院已經完全脫離封建領主之掌控，但上訴制度的本質，與後述的國民參與刑事審判制度之間，始終存在一種緊張關係。此一緊張關係主要存在於，採行國民參與刑事審判制度下所為之事實認定，可否經由上訴制度交由上級審審查。在本文後述介紹中，禁止上級審對國民參與刑事審判所為事實認定進行審查之觀點，即為此種緊張關係之體現。

在進入正題之前，先概略介紹上訴制度之目的。按刑事審判係依據法律所定程序、認定事實、被告有罪時適用刑罰法令、並進行量刑之過程，但無論如何精確之刑事審判制度，均無法避免於上開過程中產生錯誤，錯誤可能發生於訴訟程序規定之不遵守、事實之認定錯誤、法令之解釋適用錯誤、刑之量定偏差等任何一個環節，為了減輕上開錯誤所造成之傷害，除了加強審理程序本身之正確性、妥當性外，當錯誤已經造成時，則需仰賴上訴制度給予補救，俾達成刑事訴訟之目的——發見真實與保障人權。故上訴制度第一個目的即為「誤判救濟」，藉由誤判之救濟，一方面確保實體真實之發現；另一方面救濟無辜之被告，站在重視被告利益之觀點，甚且有將「誤判救濟」直接視為「無辜被告之救濟」²。此外，為了預防未來可能產生侵害訴訟當事人權益之錯誤程序適用、違法判

¹ 後藤昭，刑事控訴立法史の研究，頁46，1987年。

² 白取祐司，刑事訴訟法，頁404，2005年4月3版。

決、或歧輕歧重之量刑，從審判制度之整體觀之，亦有使上級法院藉由判決統一下級審法院對於法令之解釋適用與量刑之必要，此為上訴制度之第二個目的³，故上訴制度之存在，具有誤判救濟及統一法令解釋與量刑之意義，尤其在誤判救濟，實有容許上訴審法院介入事實認定之必要。

相對於此，國民參與刑事審判制度使不具法律專業之一般國民參與刑事審判，進行事實認定及法律適用，且為了使參與審判之一般國民能夠完全進入狀況，必須採取徹底的直接審理、言詞審理，在允許國民參與審判方面，被認為可以在刑事訴訟程序中實現民主主義，另外，藉此排除或抑制專業法官之獨斷、偏見，加上徹底的直接審理、言詞審理，亦被認為可以獲致更正確的事實認定。

即令對於上開優點均一概承認、不予質疑，然終究無法完全排除國民參與刑事審判制度產生誤判之可能，故仍必須仰賴上訴制度加以救濟，完全否定上訴制度之存在必要性，無寧是侵害憲法上訴訟權保障的違憲立法⁴；此外，上訴制度若一味重視誤判之救濟，恐將使國民參與刑事審判之制度目的落空；反之，若一味尊重國民參與刑事審判之制度目的，則上訴制度被期待能發揮誤判救濟之功能勢必受到減損，故上訴制度應如何設計，始能確保救濟之功能，並維繫國民參與刑事審判制度之精神？換言之，何種上訴制度具備審查、推翻國民參與刑事審判所為判決事實認定之正當性？從各國立法史來看，「放棄上訴制度」、「節制上訴制度」、「比第一審加入更多國民參與刑事審判要素」的想法均已出現，究竟如何設計

³ 田宮裕，刑事訴訟法（新版），頁460，2004年；川口政明，上訴——裁判の立場から，載：新刑事手續Ⅲ，頁389，2004年。

⁴ 何賴傑，上訴審改革之理論與方向，載：如何建立一套適合我國國情的刑事訴訟制度，頁337，2000年。

始為最適於國民參與刑事審判之上訴制度，實為相當值得探討之問題，此為撰寫本文之第一個理由。

其次，我國自全國司法改革會議達成結論以來，國民參與刑事審判制度之引進即為司法改革重要目標之一，司法院亦不敢輕忽，聚集多位優秀法官，終於完成國民參審試行條例草案，且經一再檢討，已於二〇〇七年八月十五日完成國民參審試行條例草案第二稿⁵，除了明示國民參審制度採行參審制外，就第一審行國民參審之判決，第二審應採行如何之審理構造，本草案第二稿亦進行了大膽的擘劃，相對於日本裁判員法對於上訴部分不置一詞，本草案展現了更明顯的意圖，該草案係將我國現行第二審之覆審制，參考日本現行刑事訴訟法之規定，在第一審行國民參審制度時，一舉改為「事後審制」，此一變動是否適當，涉及國民參審制度是否能成功生根，故討論國民參與刑事審判制度之上訴審構造，更具有現實上之意義，此為撰寫本文之第二個理由。

再者，全國司法改革會議中多數與會人員就上訴制度之改革，亦贊成「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」，司法院以此為原則，於二〇〇四年一月間會銜行政院向立法院提出以第二、三審訴訟制度改革為核心的刑事訴訟法修正草案。雖然由於甫於前次修正刑事訴訟法實施傳聞法則及交互詰問制度後未久即進行如此大幅度之修正，深受持保守態度者質疑，且此次修正一併決定司法院與最高法院之定位存廢問題，亦受到反對司法院成為終審法院論者之反對，況第二審改採事後審制，恐將造成上訴案件大量減少，損害律師現有案源，

⁵ 特此感謝司法院刑事廳宋明中法官、司法行政廳吳秋宏法官提供本草案第二稿條文及說明。至於司法院另外推行之「專家參審試行條例草案」，其法制精神與立法目的與國民參審制度差距甚大，並非本文探究範圍，亦此敘明。

故此一草案最終並未成功完成立法⁶。但由此亦可見，即令不採取國民參審制度，我國刑事上訴制度仍已出現必須改革之呼聲，固然，此一修法需求，其目的多與現在第二審法院一方面須接受第一審判決之上訴，另一方面最高法院又不斷將第二審判決經上訴之案件撤銷發回第二審法院，造成案件遲遲無法確定，且第二審法院案件負荷繁重有關，然在刑事訴訟法業已朝當事人主義、直接審理主義之方向修正後，現行刑事上訴制度是否與上開修正意旨扞格矛盾而有應配合修正之處，亦值得討論，故本文擬藉由國民參與刑事審判制度下上訴構造之討論，延伸至我國現行上訴審之檢討，此為撰寫本文之第三個理由。

以下為了能順利進行討論，本文擬先介紹上訴審審理構造之各種態樣，包含迄今尚未採取國民參與刑事審判制度之日本⁷及我國之現行上訴審制度；其後針對日本制定裁判員制度時，關於第二審構造所引發之討論；接著討論第一審行國民參與刑事審判制度後，第二審應採行何種審理構造；並就本文贊成之審理構造，探究應如何之整備，始能更適於第一審行國民參與刑事審判之狀況；最後，針對我國國民參審試行條例草案第二稿關於上訴審制度之內容、尤其是第二審部分進行討論，並就其中值得檢討之部分提出個人看法。

為了避免討論蕪雜，以下敘明本文之討論前提、範圍及用語。

本文以贊成行國民參與刑事審判制度可增進第一審法院發見實體真實能力、促進更良善之審判程序為前提，進行後續上訴審審理

⁶ 吳巡龍，從美國上訴制度檢討我國刑事訴訟上訴審修正草案，台灣本土法學雜誌，67期，頁122，2005年2月。

⁷ 日本已於2004年5月28日完成「關於裁判員參加之刑事審判之法律（簡稱：裁判員法）」，偏向採取參審制，並訂於2009年5月27日前施行。

構造之討論，但並不贊成國民參與刑事審判制度係本於民主主義而來、不可批判之看法，至於何以國民參與刑事審判制度可增進第一審法院發現實體真實能力、促進更良善之審判程序？為何不能將國民參與刑事審判制度以民主主義之角度加以把握，筆者已另撰文敘述之，基於篇幅所限，不予重複。

本文處理對象，限於上訴審進行事實認定審查時之審理構造。固然上訴審往往亦審查第一審之法律適用及量刑，但上訴審就第一審適用法律之錯誤，本即有審查之義務，除主張完全廢除上訴制度者外，並無不同見解，故上訴審對於法律問題之審查，並非本文討論之重點；其次，上訴審之量刑審查並非點的觀察（即第一審必須為一定、如何之量刑），而是幅度的觀察（即量刑在某一合理範圍內均屬適當），若上訴審能體察第一審採行國民參與刑事審判制度之立法精神，於進行審查時，更放寬容許量刑之幅度、尊重第一審判斷，則不論上訴審採取何種審理構造，容認上級審進行量刑審查亦不致於產生爭議，故以上問題擬予省略。另外，本文之討論對象限於行國民參與刑事審判制度第一審判決之上訴構造，故對於第一審行簡易程序、協商程序之判決，第二審之訴訟構造即不在本文討論範圍內，附此敘明。

此外，我國係以數字為審級命名（即第一審、第二審、第三審，故稱上訴時必須分為第二審上訴、第三審上訴），而非以功能任務為審級命名（如日本稱為第一審、控訴審、上告審，故上訴可逕以控訴（第二審上訴）、上告（第三審上訴）區分），故與某些僅採取二審制之國家可能會產生混淆與誤解，但為求易於理解，本文仍使用現行法規定之第一審、第二審、第三審等用語，惟在某些不可能限定指涉對象為某一上訴審時，則概略稱為「上級審」。

國民參與刑事審判制度為世界各法制先進國普遍採行之訴訟程序，但各國使用名詞不一，諸如美國、英國、法國稱為陪審（實際

上法國近於參審)、德國稱為參審、日本稱為裁判員制度等,我國目前推動之草案則稱為「國民參審制度」,為明確區分指涉對象起見,本文擬將所有由一般國民參與刑事審判之制度概略稱為「國民參與刑事審判制度」,另針對限於由職業法官與一般國民共同進行事實認定、法律適用及量刑者稱為「國民參審制度」。

另本文所謂新證據,係泛指所有第一審法院未實際踐行調查之證據,包含於第一審時聲請調查遭駁回、第一審時未聲請調查、法院亦未依職權調查、或第一審辯論終結後始出現之證據,亦此敘明。

最後,在日本實務見解之引用上,本文沿用日本文獻一般採用之略語,例如「最二小判」係指日本最高裁判所第二小法廷判決、「最大決」係指日本最高裁判所大法廷裁定、「刑集」係指日本最高裁判所刑事判例集、「高刑集」係指日本高等裁判所刑事判例集,以此類推,未此敘明。

貳、上訴審之審理構造

一、覆審制

審理對象為案件,上級審就第一審已經進行之證據調查,仍應重新進行審理。在事實認定上,不受原審已經調查證據(舊證據)及判決意旨之拘束,得重新命檢察官負舉證責任,上訴人無須表明上訴理由,上級審經過舊證據之重新調查及新證據之調查後,將所獲得心證與原審心證進行比較,且基於上級審法院之心證優於下級審法院心證之前提,凡與原審之心證有異時,不問係基於新證據之出現或對於舊證據之證據力評價不同,上級審即得撤銷原判決,對於原審之量刑不當、適用實體法令錯誤或訴訟程序違反法令之情形

亦均在上級審審查甚至撤銷範圍內，除了顧慮當事人審級利益之少數例外情形外，上級審應自為判決。故覆審制又被稱為「第二個第一審」⁸。有學者認為此一制度之優點是比較能夠發現原審之錯誤，缺點則是容易造成心存僥倖者濫行上訴藉以拖延訴訟，並給予當事人偽造、變造證據及勾串共犯及證人之機會，且上訴審重複調查證據造成司法資源之浪費，亦無法獲得「迅速」達成司法正義之目的⁹。

二、續審制

審理對象亦為案件，但係回到第一審判決後之狀態接著繼續進行審理。就事實認定而言，對原審已經調查之證據必須加以尊重，換言之，上級審不得對原審已經調查之證據重新進行調查，但對於原審審理時未曾調查之新證據，上級審則可進行調查，並綜合原審、上級審各自證據調查之結果獲得心證，將此一心證與原審心證進行比較，凡與原審心證有異時，上級審得撤銷原判決，對於原審之量刑不當、適用實體法令錯誤或訴訟程序違反法令之情形，均在上級審審查甚至撤銷範圍內，且除了顧慮當事人審級利益之少數例外情形外，上級審亦可自為判決，故可稱為「繼續的第一審」¹⁰。有學者認為此一制度之優點為符合訴訟經濟之目的，但缺點係違反直接審理原則¹¹。

⁸ 福井厚，刑事訴訟法講義，頁394，2003年4月2版。

⁹ 吳巡龍，同註6，頁123。

¹⁰ 黃朝義，刑事第二審構造及其未來走向，月旦法學雜誌，143期，頁35，2007年4月。

¹¹ 吳巡龍，同註6，頁124。

三、事後審制

審理對象為原判決。上級審不再介入事實之認定，換言之，在尊重原審對於事實審理之專權性前提下，上級審僅針對原審之法令（包含實體與程序法令）適用有無瑕疵進行審查，且受當事人主義之影響，上訴人提出上訴理由書為上訴合法與否之要件，法院亦僅能就上訴意旨所指摘之部分進行原判決之審查。此種審查係相當節制地，上級審僅能審查原審有無法律所列之應撤銷事由。固然，由於事實誤認與違背法令甚難區分，且事實誤認往往可評價為違背法令，故事後審之上級審無從規避關於事實誤認之審查而成為道地的、純粹的法律審之事後審¹²，但即令容許對原審事實認定之當否進行審查，基於對於原審心證之尊重，亦僅能針對原審之事實認定進行有限度的審查¹³，且事實究竟為何，上級審不自為認定，亦不得就原審已調查之證據重新調查，或為新證據之調查，僅得依原審已調查之證據審查原判決事實認定之當否，亦即從「側面」審查原判決之當否，遇有原判決應予撤銷之情形，應發回原審重為審理，僅於例外情形得自為判決。

四、續審式的事後審制——日本現行之刑事第二審

日本戰前一九二二年（大正十一年）刑事訴訟法（舊刑事訴訟

¹² 陳運財，我國刑事訴訟上訴審構造之檢討，載：刑事訴訟起訴狀一本主義及配套制度法條化研究報告（下），頁502，2001年；黃朝義，同註10，頁39。

¹³ 例如第一審以現場燈光過於昏暗根本無法看清為由，不採信證人目擊證述而為被告無罪判決，第二審倘認為現場具有充足光源，任何人均得清楚看見時，固得以原判決違反論理法則撤銷原判決，但第二審若僅係懷疑現場之黑暗程度是否達於任何人均無法清楚看見事發情形時，則不得撤銷原判決，參見中川孝博，裁判員制度のもとにおける控訴審のあり方，季刊刑事弁護，43號，頁64，2005年9月。

法），第二審（控訴審）與第三審（上告審）均採行覆審制¹⁴，然戰後一九四八年修正刑事訴訟法後，將第二審與第三審均改為事後審制，日本現行刑事訴訟法中，第二審堪稱為事後審制之原因如下：

(一)上訴人必須以上訴意旨書之形式主張其上訴理由，且為上訴合法之要件（第三七六條、第三八五條第一項）。

(二)第二審法院原則上僅針對上訴意旨指摘之事項進行調查（第三九二條第一項），第二審法院雖亦得依職權調查有無上訴意旨所未指摘、但構成撤銷原因之事由（第三九二條第二項，第三九三條第一項、第二項），惟法院之職權調查僅立於補充之地位¹⁵。

(三)第二審法院原則上係以第一審辯論終結時所呈現之事實為判斷依據¹⁶。依日本刑事訴訟法第三七八條至第三八二條規定，第二審法院僅以原審訴訟紀錄及已調查之證據所呈現之事實作為判斷原判決是否妥當之依據。

(四)第二審原則上不進行直接調查審理以審查原判決之當否，縱需調查證據，原則上亦不得調查原審未及調查之新證據以審查原判決事實認定之當否。日本刑事訴訟法第三九四條規定：「於第一審得為證據之證據，於第二審亦得以此為證據。」，同法第三九〇條本文規定：「於第二審，被告無須於公判程序到庭。」另同法第三

¹⁴ 上訴第三審之理由包含「可疑有重大之事實誤認」與「量刑不當」在內，上訴審於為事實審理開始裁定後可進行覆審制之事實審理。

¹⁵ 田口守一，刑事訴訟法，頁458，2005年9月4版。基於此一法理，雖法律容許第二審得進行職權調查，然針對牽連犯、包括一罪、想像競合，法院不得對未經上訴意旨指摘之無罪部分（為上訴效力所及）進行職權調查，此即日本學界所謂「攻防對象論」，參見最大決，昭和46年3月24日，刑集，25卷2號，頁293、最一小判，昭和47年3月9日，刑集，26卷2號，頁102。

¹⁶ 平野龍一，控訴審の構造，載：裁判と上訴／刑事法研究第5卷，頁147，1982年。

九二條規定，原則上法院調查之範圍限於「依訴訟紀錄及原審法院已調查之證據所呈現之事實」，均為此種原則之展現。

(五)第二審法院撤銷原判決時，應以發回原審或移送下級審為原則，自為判決為例外（第四〇〇條）。第四〇〇條規定：「除有前二條規定之事由（管轄錯誤、違法之管轄錯誤、公訴不受理判決）外，於撤銷原判決時，應以判決將案件發回原法院或移送於與原法院同等之其他法院。但第二審法院依訴訟紀錄及於原法院、第二審法院調查之證據，認為可以逕為判決時，得更就被告案件為判決。」基於上開條文之結構配置（本文與但書），可認立法者係要求第二審法院於認為上訴有理由時，應以撤銷發回為原則，撤銷自為判決為例外。

然而，日本之第二審上訴制度之制度設計及實務運用上，並未完全嚴守事後審制精神，在實體真實發現與給予被告充分救濟機會之要求下，較標準之事後審制給予第二審更多介入、推翻第一審判決之機會，以下亦條列說明之：

(一)上訴理由亦包含原判決之事實誤認¹⁷與量刑不當。日本現行刑事訴訟法制定時，最高法院之代表提案將第二審與第三審均改採事後審制，第二審除事實誤認已達有再審事由或「可疑有重大事實誤認之顯著事由」之程度，或量刑不當已有「可認刑之量定甚為不當之顯著事由」者外，第二審僅針對原審判決有無違反法令進行審查，上訴第三審之理由則僅限於違憲與違反判例¹⁸，其目的在於減

¹⁷ 日本刑事訴訟法中與事實誤認有關之第二審上訴理由，尚包括第378條第4款之「判決不附理由或理由矛盾」、第379條之「審理不盡」，但前者由於日本刑事訴訟法第335條僅要求第一審有罪判決列明證據標目即可，其他判決亦無判決書理由論列之具體要求，故不易形成爭論重點；後者則因在當事人主義之下，實難要求法院於審理時應盡如何義務，故亦不易形成爭論重點。

¹⁸ 後藤昭，同註1，頁278。當時提案主張以事實問題或量刑問題為理由撤銷原判

輕第二審及第三審之負擔，此一提案事後雖成為日本現行刑事訴訟法對於第二審上訴制度之設計基礎，然其中對於第二審上訴理由之嚴格限制，業已緊縮上訴人尋求救濟之範圍，隨即受到反對第二審變為法律審之其他刑事訴訟法改正協議會委員反對，經妥協後，事實誤認（不以重大之事實誤認者為限、亦不以違反經驗法則論理法則者為限）、量刑不當（不以量刑甚為不當者為限）亦得成為上訴第二審理由（日本刑事訴訟法第三八一條、第三八二條），此種容許第二審亦進行廣泛事實認定審查之「事後審制」，實為全世界少見之制度¹⁹，且具體實施後，實務上以量刑不當或事實誤認為理由提起上訴者，亦遠高於以其他理由上訴者²⁰。

(二)容許第二審進行有限度的新證據調查。日本刑事訴訟法第三七八條至第三八二條固規定第二審法院僅以「原審之訴訟紀錄及曾調查之證據所呈現之事實」作為判斷原判決是否妥當之依據，然同法第三九三條第一項但書規定：「但有同法第三八二條之二之釋明，且係為證明刑之量定不當或足以影響判決之事實誤認所不可欠缺之情形為限，應予調查。」所謂第三八二條之二之釋明，係指釋明：1.因不得已之事由致不能於第一審辯論終結前請求調查之證據

決時，其後應依與第一審相同之規定進行事實之審理與判決，或將案件發回或移送，此一提案中上訴理由與第二審之審理方式，均係仿造大正11年刑事訴訟法之第三審規定而來。

¹⁹ 平野龍一，同註16，頁146。

²⁰ 以2004年之資料為例，第二審上訴理由中有71.8%主張量刑不當、25.7%主張事實誤認、其他理由甚少（按上開統計中亦包含主張二個以上上訴理由者），資料見三井誠、酒卷匡，入門刑事手続法，頁282，2007年1月4版。另依2006年資料所示，上訴理由中有73.9%主張量刑不當，25.4%主張事實誤認，2007年資料所示，上訴理由中有72.5%主張量刑不當，26.7%主張事實誤認，其他理由亦甚少，資料見最高裁判所司法統計檢索系統，網址：<http://www.courts.go.jp/search/jtsp0010>，最後瀏覽日：2008年12月29日。

（例如第一審審理時滯留於海外之證人）所得證明之事實；2. 第一審辯論終結後判決前所生事實。故上開規定業已容許第二審法院對原審法院未及斟酌、但原應成為原審事實認定基礎之新證據進行證據調查。在實務上，日本最高法院判例²¹更認為：「第二審法院，以關於第一審判決前存在之事實為限，就於第一審未為調查或未受請求調查之新證據，即令欠缺刑事訴訟法第三九三條第一項但書所規定之要件，於認為係判斷第一審判決之當否所必要時，基於同項本文規定，亦得依裁量調查之。」（即所謂「無限制說」）更形放寬第二審對於新證據之調查幅度，凡為證明第一審判決前（包含辯論終結前後）之事實，第二審得依聲請或依職權裁量，對於第一審未為調查（當事人未為聲請或當事人之聲請遭一審駁回者）或未及調查（第一審辯論終結後判決前所生事實）之證據依其裁量進行調查²²；且同法第三九三條第二項復規定：「第二審法院認為有必要時，得依職權調查第一審判決後足以影響刑之量定之情狀。」就量刑不當之證據調查範圍更擴張至第一審判決後，依同法第三九七條第二項規定，凡為上開量刑調查後，認為原判決不予撤銷明顯違反正義時，得以判決撤銷原判決；另同法第三八三條第一款復規定有得請求再審之事由（與新證據有關者為刑事訴訟法第四三五條第六款：「發現足認受有罪宣判者應為無罪或免訴之宣判，受刑之宣判

²¹ 最一小決昭和59年9月20日，刑集，38卷9號，頁2810。

²² 松本時夫、土本武司，條解刑事訴訟法，頁877，2003年10月3版。對此，有學者基於上訴之最重要目的在於救濟無辜被告，且事後審制度下上訴審與原審並無承繼關係，於第二審進行新證據之調查可能使被告陷於雙重危險等理由，主張第二審僅可對有利於被告之新證據進行調查，即所謂「片面性構成說」，見平田元，控訴審の構造，載：刑事訴訟法の争点，頁210，2002年4月3版；白取祐司，同註2，頁412以下；渥美東洋，刑事訴訟法，頁415以下，2005年5月新版補訂。

者應為免除其刑宣判，或應較原判決所認定之罪為輕之罪之確實證據者。」)存在時，亦得作為上訴理由。實務上，所有第二審上訴案件中，高達70%至75%均進行新證據之調查²³。

(三)實務上運作結果，應撤銷之判決幾乎均由第二審法院自為判決，極少部分始發回或移送原審。依日本刑事訴訟法第四〇〇條之文義解釋及事後審制精神，凡第二審進行審查後認為第一審法院應撤銷原判決者，實應以撤銷發回原審為原則，自為判決為例外，然實務上遇有應撤銷之一審判決者，第二審自為判決之比例均高達九成以上²⁴，以事實誤認為理由撤銷原判決者，自為判決之情形亦均在九成以上²⁵，分析此一與法條原意相悖之實務運用結果，其原因在於：1.法律容許以事實誤認作為上訴理由，且容許第二審法院針對事實誤認之有無，進行新證據之調查，法官經由證據調查，本即難以排除產生相當之心證；2.日本刑事訴訟法並非以「可疑有重大之事實誤認」為控訴理由，而係以「事實誤認」為控訴理由（第三八二條），從而唯有明確指出事實真相為何，始可指摘原判決有事

²³ 三井誠、酒卷匡，同註20，頁274。

²⁴ 以2004年為例，當年度第二審終結人數共9,170人，其中撤銷原判決者共1,285人，1,272人係自為判決，占撤銷原判決總數之98.99%，13人係發回或移送，僅占撤銷原判決總數之1.01%，資料見三井誠、酒卷匡，同註20，頁282；另以2006年為例，當年度第二審終結人數共9,344人，其中撤銷原判決者共1,490人，1,474人係自為判決，占撤銷原判決總數之98.93%，16人係發回或移送，僅占撤銷原判決總數之1.07%，另2007年當年度第二審終結人數共8,422人，其中撤銷原判決者共1,188人，1,176人係自為判決，占撤銷原判決總數之98.99%，12人係發回或移送，僅占撤銷原判決總數之1.01%，資料見最高裁判所司法統計檢索系統，網址：<http://www.courts.go.jp/search/jtsp0010>，最後瀏覽日：2008年12月29日。

²⁵ 2004年為96.9%、2005為94.1%、2006年為92.1%、2007年為95.8%，資料見最高裁判所司法統計檢索系統，網址：<http://www.courts.go.jp/search/jtsp0010>，最後瀏覽日：2008年12月29日。

實誤認；3.未將撤銷與自為判決（或發回）設定為不同階段之判決，而是撤銷之同時即自為判決（或發回），在第二審法官形成心證之情形下，撤銷原判決並自為判決，顯得順理成章；4.第一審有罪判決僅須列出證據標目，未要求第一審判決說明事實認定之理由或過程（第三三五條第一項），故是否於判決書中就事實認定之理由進行詳盡說明，完全委諸第一審法院之裁量，若第一審法院未為事實認定理由之詳盡說明，接受事實誤認上訴主張之控訴審法院，於多數情形，尤其是並非爭執某一特定證據之證明力，而係爭執整體證據評價是否妥當時，除了先就關於事實之存否得出一定之心證結論後，再以此與原審之心證結論進行比較之方法外（即所謂「心證比較說」、「第二審心證優位說」），無法判斷原審之事實存否之當否²⁶，故實務上運用時，多以自己形成心證後與原審進行「心證比較」之方式審查原判決之當否，但此不啻容許第二審法官可於調查新證據及閱讀第一審卷證資料後，自行形成心證，並以業已給予被告充分防禦為由，自為判決²⁷；實務上並認為在第二審法院已經預期將撤銷原審判決之前提下，為了得以自為判決，並得變更訴因²⁸。

日本現行第二審上訴制度之實際運作結果，就第一審判決有事實誤認之處理，除了新證據之證明範圍並未擴張至第二審判決時外，在允許新證據調查、原則上自為判決等，與續審制之結論實已相當接近，故日本現行第二審上訴制度實難單純以事後審制理解，學者稱此為「續審式的事後審」²⁹，筆者認為更可直接稱為「以第

²⁶ 福井厚，同註8，頁394。

²⁷ 後藤昭，同註1，頁310以下；長沼範良、田中開、寺崎嘉博，刑事訴訟法，頁345，2005年4月2版；平田元，同註22，頁210。

²⁸ 最一小判昭和42年5月25日，刑集，21卷4號，頁705。

²⁹ 松尾浩也，刑事訴訟法（下），頁213，2004年12月新版補正2版；田口守一，

一審判決前存在事實為認定基礎之續審制」。

五、我國現行之第二審上訴構造

我國現行法就第二審上訴係採覆審制，並有以下特色：(一)第二審法院不受上訴理由之限制，仍應本於職權主義，自行調查原判決有無違法之處。刑事訴訟法第三五〇條第一項雖規定：「提起上訴，應以上訴書狀提出於原審法院為之。」且同法第三六五條亦規定：「審判長依第九十四條訊問被告後，應命上訴人陳述上訴之要旨。」其後修正之刑事訴訟法第三六一條第二項更規定：「上訴書狀應敘述具體理由。」且上訴書狀未敘述理由者，依新修正同法第三六七條規定，為上訴不合法之事由，但由於刑事訴訟法就第二審之相關規定中並無應撤銷原判決事由（即上訴理由）之列舉規定（規範第三審上訴之同法第三七七條至第三八一條參照），故此處所謂「具體理由」實嫌空泛，況縱令上訴人提出具體指摘原判決如何違法不當之上訴理由，第二審法院亦不受此等具體理由之限制，仍應本於職權主義，自行調查原判決有無其他違法或不當之處，故刑事訴訟法第三六九條第一項即規定：「第二審法院認為上訴有理由，或上訴雖無理由，而原判決不當或違法者，應將原審判決經上訴之部分撤銷（下略）。」此處所謂違法或不當，包含「判決違背法令」、「訴訟程序違背法令」、「事實認定錯誤」、「量刑失當」等廣泛情形。故最高法院三十年上字第二五六五號判例即認為：「刑事訴訟法對於第二審之上訴書狀並無應敘述上訴理由之明文，亦未規定第二審法院之調查應以上訴理由所指摘之事項為限，凡第一審判決而已上訴之部分，無論曾否敘述上訴理由，第二審均應調查裁判，原審對於已經上訴之部分，以上訴意旨未加指摘，竟

同註15，頁457以下。

為不附理由之判決，顯屬違法。」同院八十八年度台上字第七四八三號判決亦認為：「刑事訴訟法規定有關第二審之上訴，採覆審制，就被告上訴之案件，為完全重複之審理，關於事實之認定、法律之適用及刑罰之量定，與第一審同其職權，於此，被告於偵查或第一審中曾有所主張或爭辯時，第二審仍有調查之職責，然後基於調查所得之心證，以為判斷事實之基礎。」至同法第三六六條雖規定：「第二審法院，應就原審判決經上訴之部分調查之。」然此僅係同法第三四八條「一部上訴」與「上訴不可分」原則下，第二審法院不得對第一審判決中可分且未上訴部分（即不受上訴不可分效力所及）進行審理之行為規範³⁰，至於已經為上訴效力所及之案件，則為第二審法院得進行調查之範圍，在此範圍內，第二審法院當然可對上訴意旨未指摘之部分進行職權調查，爰一併說明。(二)第二審非但可對於第一審已經調查之證據重新進行調查，亦可依聲請或依職權調查新證據。最高法院三十年上字第一三八〇號判例即認為：「第二審須就合法上訴之部分，重新調查被告有利或不利之證據，而為事實上之審認，不得專就第一審卷宗所具之資料，未經調查程序而為判決。」同院八十年台上字第一九六號判決亦認為：「當事人聲請調查之證據，如與本案待證事實無關緊要者，事實審法院固可依法駁回，毋庸為無益之調查，若於證明事實，確有重要關係，而又非不易調查或不能調查者，則為明瞭案情起見，自應盡職權能事，踐行調查之程序，否則縱經原法院駁回其聲請，仍係審判期日應行調查之證據未予調查，其判決即難謂非違法。」(三)第二審係基於重新審理後對於經上訴案件之心證，決定是否應判決被告有罪，且在第二審之心證與第一審判決結論有異時，不論歧異大小，第二審均得撤銷第一審之判決。故最高法院二十九年上字第三

³⁰ 林鈺雄，刑事訴訟法（下）——各論編，頁302，2006年9月4版。

三七號判例即認為：「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，認定之事實與第一審判決有異，予以變更，除不得違反刑事訴訟法第二四七條（按即現行法第二六七條不告不理原則）之規定外，自非法所不許。」^(四)第二審得基於案件之單一性，依職權針對未經具體起訴但為起訴效力所及之事實（如想像競合犯或實質上一罪）併予審理，甚至進而為有罪判決。最高法院七十六年台上字第四七九〇號判決即認：「按我國刑事訴訟採覆審制，第二審仍為事實審兼法律審，凡屬單一性案件，無論為實質上一罪或裁判上一罪，在審判不可分範圍內之事實，俱應依職權加以調查審判。」此外，就具備單一性關係之數個犯罪事實（如詐欺、行使偽造私文書，但法院認為彼此具有裁判上一罪關係），即令當事人僅就其中一犯罪事實上訴，上訴審法院仍得就未經具體提起上訴之部分進行審理³¹。^(五)第二審認為原判決應撤銷者，以自為判決為原則（同法第三六九條第一項前段、第二項），僅有原審諭知管轄錯誤、免訴、不受理係不當而撤銷者，始例外應發回更審（同法第三六九條第二項前段）。

依司法院內部統計資料³²，二〇〇五年高等法院撤銷第一審判決中，與事實認定錯誤有直接相關者，包含「事實認定錯誤或認定不明」、「調查證據不詳或未予調查」，占全部撤銷原因之39.3%，另部分與事實認定錯誤有關者，如「判決理由不備或矛盾」，占全部撤銷原因之9.7%，雖因撤銷第一審判決之理由可能為複數，而致上開統計數值有重複之虞，然亦足見「事實誤認」係第二審極為重要之審查項目；另二〇〇六年、二〇〇七年，高等法院撤銷原判決中，自為判決比例均高達98.69%、98.67%，亦可窺

³¹ 陳運財，同註12，頁506。

³² 感謝司法院刑事廳劉令祺廳長、朱瑞娟法官惠予提供資料。

見我國第二審充分發揮「第二個事實審」之功能。

此外，以上統計數字，另可以兩種截然不同的面向加以觀察：一是認為第一審法院之審理品質低落³³；另一是認為第一審法院之功能被空洞化、虛位化³⁴。首先，由於第二審之心證與第一審判決結論有異時，不論歧異大小，第二審均得撤銷第一審之判決，已如前述，換言之，無關宏旨之事實認定錯誤亦可成為撤銷之原因，更何況，覆審制之第二審所為事實認定未必當然優於第一審（此詳見後述），故是否能以上開統計數字推論第一審之審理品質低落，尚有疑問；其次，雖有認為在第二審仍得調查新證據之前提下，當事人可能會將最有利之訴訟資料留待第二審再行提出，藉此完全架空第一審，此確為我國實務多年以來的問題，但在第一審改採當事人主義、交互詰問制度，第二審態度上不再輕易接受調查新證據之聲請後，已漸有改變，但第二審可逕依其心證撤銷第一審之判決，仍無不同，在此一權力毫無任何節制之情形下，第一審之功能確實遭到相當程度之架空，即令立法明文規定第二審原則上應自為判決（刑事訴訟法第三六九條、二〇〇四年草案第三六九條第三項參照），但此不過可以避免重複發回原審造成之訴訟不經濟，但仍無法改變第一審功能被架空之問題。

此外，由於未能對直接審理原則之實質意義，即「證據替代品之禁止」³⁵進行充分的掌握，故第二審法院往往對於第一審法院以直接審理方式調查過之證據，逕以書面審理（例如閱覽、提示警詢、偵訊、第一審時之證人筆錄）之方式進行「重新調查」，加以現行法對於傳聞法則設有過多例外規定，使第二審法院在合於傳聞

³³ 陳運財，同註12，頁504。

³⁴ 黃朝義，同註10，頁33。

³⁵ 林鈺雄，同註30，頁169。

法則例外之情形下進行書面審理亦不違法，除了新證人之傳訊詰問外，就第一審已經調查之人證，第二審可依當事人聲請，亦可「依職權裁量」是否對於第一審詰問過之證人重新傳訊詰問，換言之，第二審法院亦可不藉由於法庭上進行證人詰問，單純依賴既有筆錄之方式形成心證³⁶。此亦為我國第二審之審理構造在實際運用上顯現出之特色，必須加以留意。

參、日本引進裁判員制度後，第二審上訴制度是否相應修正之討論

日本於制定裁判員法時，對於是否應配合裁判員制度而重新修正現行刑事訴訟法關於上訴之相關規定，曾產生如下討論。二〇〇一年六月十二日司法制度改革審議會意見書就行裁判員制度審判，上訴制度之改革方向時提及「裁判員參與刑事審判之情形，亦有誤判或關於刑之量定判斷錯誤之虞，應與僅由法官審判判決之情形相同，就有罪、無罪之判定與量刑，均承認當事人可提起第二審上訴。關於第二審審判體之構成、審理方式等，在考慮與第一審審判

³⁶ 參見最高法院94年台上字第5466號判決意旨節錄：「嗣檢察官及上訴人等提起第二審上訴，原審法院受命法官於行準備程序，調查有關證據能力之意見時，曾訊問『對同案被告許○○、許○○、盧○○、張○○分別於警詢、檢察官偵查中、第一審羈押訊問、審理時所言筆錄，於證據能力，有何意見？（提示並告知以要旨）』，許○○答『我另具狀說明』。而迄至言詞辯論終結前其陳述及所提出之聲請調查證據狀、答辯狀、原審辯護人提出之辯護書，均未就此部分之證據能力聲明異議，或再聲請將其他共同被告列為證人而為調查詰問；於最後審判期日調查證據完畢前，審判長訊問其尚有何證據請求調查，其仍答『沒有』，有聲請調查證據狀、答辯狀(二)、辯護書、準備程序筆錄、審判筆錄附在原審卷足憑。許○○於法律審之本院始再主張未將共同被告盧○○、許○○立於證人之地位調查，予以詰問機會，指摘原判決所踐行之程序不當，亦難謂係合法上訴第三審之理由。」

體構成等之關係下，有更行檢討之必要。」就判決書之應有內容部分表示「為了使判決結論本身能表現其正當性，且向當事人與一般國民說明可取得其理解與信賴，並使上訴之救濟變得可能與容易，故判決書應顯示其實質之理由。」均已暗示引進裁判員制度後，第二審之訴訟構造有相應修正之必要。依照上開傾向，根據「關於被考慮的裁判員制度概要之說明」文件，於二〇〇三年十月二十八日，由內閣設置之司法制度改革推進本部「裁判員制度・刑事檢討會」，就引進裁判員制度後之第二審上訴訴訟構造設計共有五個提案，即一、沿用現行法規定；二、第二審僅由職業法官負責審理與裁判，但除訴訟程序之違反法令、適用法令錯誤等情形第二審得自為判決外，對於量刑不當及事實誤認則不得自為判決（即須發回原審）；三、第二審僅由職業法官負責審理與裁判，量刑不當第二審雖得自為判決，但事實誤認則不得自為判決；四、第二審雖僅由職業法官負責審理與裁判，但加強關於事實認定與量刑不當之撤銷理由（亦即第二審必須有更堅強之理由始得以原審事實認定與量刑不當為由撤銷原判決）；五、第二審採覆審構造，亦由裁判員參與審理與裁判。以上意見實可大別為「事後審制＝專由職業法官審理」（第一案至第四案）與「覆審制＝由裁判員參與審理」（第五案）兩種傾向。此外，日本辯護士連合會（日辯連）司法改革實現本部於二〇〇二年七月三十一日發表之「『裁判員制度』之具體制度設計要綱」（下稱「日辯連要綱」）中提出因應第一審行國民參與刑事審判制度之第二審上訴制度，除了禁止檢察官上訴外，將第二審分為一、審查上訴理由之有無；二、若有上訴理由後之事實審理二個階段，第一階段僅由職業法官進行審查，第二階段則加入裁判員參與事實審理³⁷，厥為以上兩種傾向之折衷類型。經討論後，於第

³⁷ 後藤昭，裁判員制度に伴う上訴の構想，一橋法學，2卷1號，頁14，2003年3月。

二審採覆審構造、亦由裁判員參與審理與判決之第五案最早被否決，並以維持現行制度之第一案最受支持，故問題變為「應否承認僅由職業法官構成之第二審法院可審查加入裁判員之第一審法院判決之當否，甚而撤銷該判決？其正當化依據為何？」最後以「第二審法院不得重新調查證據以獨自形成心證，僅能徹底地以第一審法院判決為前提，依據卷證資料對判決是否有誤進行事後的檢查。」作為僅由法官構成之第二審法院得以審查甚至撤銷第一審法院判決之正當化依據。此一結論固主張第二審撤銷第一審判決時，以發回為原則，但並未排斥第二審法院撤銷原判決並自為判決之可能，且不區分究為事實誤認、量刑不當或違反法令而為不同處理，凡第二審法院依據進行事後審之審查所為之卷證資料調查已可直接為新判決時，即可例外地撤銷原判決自為判決。經過上開激烈討論，最後還是決定沿用現行法有關第二審之規定，不為任何修正，僅特別強調：在徹底尊重第一審判決之前提下，希望能更徹底地實現現行法下作為事後審之第二審制度本來的立法意旨³⁸；基此，司法制度改革推進本部「裁判員制度・刑事檢討會」於二〇〇三年十月二十八日發表之「關於被考慮的裁判員制度之概要」中即明示「『第二審』依現行法規定（第二審作為事後審審查原判決瑕疵之有無）」、「『發回後第一審』選任新的裁判員進行審理與裁判，其他依現行法規定」。

對於日本在引進國民參與刑事審判制度後，就第二審之審理，並未制定任何特定規定或排斥現行規定之情形下，是否意味日本刑事第二審現存之「續審式的事後審」構造在第一審行裁判員審判之下仍可繼續維持運作？對此，擔任司法制度改革推進本部「裁判員制度・刑事檢討會」座長之井上正仁教授表示：「仍維持第二審僅

³⁸ 池田修，解說裁判員法，頁170以下，2005年。

由職業法官負責審理之現狀，但以『尊重第一審』作為基本架構，亦即在進行有無撤銷事由之審理後，認為應為之判決已明確時自不待言（按即得由第二審法院自為判決），但若更有調查證據之需要，則應發回原審，由加入裁判員之新合議體進行審理，事實上現在之日本刑事訴訟法即係採取此一原則，只是實踐上第二審變成績審制，與規範意旨大不相同，故回歸制度原則，即可與裁判員制度合致。³⁹」

然而，日本現行刑事訴訟法第二審以「事後審」為規範意旨，最後卻演變為「續審式的事後審」，恐怕不能單純以實務運作造成之「轉向」來解釋，制度上必定亦存有足以造成此種轉向之解釋空間，故如何使事後審制回歸「制度原則」，厥為第二審決定採行事後審制後最重要的課題。

本文以下分別介紹第一審行國民參與刑事審判制度下，各種第二審審理構造之利弊得失，並在贊成採行事後審制之前提上，進一步思考維持事後審制規範意旨應有之制度配合。

肆、配合第一審行國民參與刑事審判制度，第二審應行之訴訟構造

一、第二審採行覆審制訴訟構造之利弊得失

(一)第二審採取書面、非直接審理之覆審制時

在第一審實際踐行之證據調查程序未貫徹直接審理、言詞審理主義時，第二審縱令採取書面、非直接審理（即所謂「筆錄審判」）之覆審制，由於與第一審之審理方式無本質上迥然差異、獲

³⁹ 井上正仁，於「裁判員制度をめぐる」座談會之發言，ジュリスト，1268期，特集「裁判員制度の導入」，頁44，2004年6月。

得心證之方式相近，在官僚體系之下，第二審法官通常被認為較第一審法官具有更多之審判經驗與知識，更何況第一審有時僅以獨任制法官審判，然第二審則為合議制，故第二審依據與第一審審判所憑據之相同卷證資料得出與第一審不同之心證而撤銷第一審判決，於正當性方面亦無可疑；且既然憑藉書面審查形成心證並無不當，則撤銷第一審判決後自為判決乃屬當然之理，發回原審毋寧係例外；此外，第二審法院倘認為第一審法院之證據調查不充分，重為證據調查或進行新證據之調查，自亦無禁止之必要，更何況第二審因此較第一審擁有更多之資料以供判斷，在第一審、第二審均採取書面、非直接審理模式下，擁有更多證據資料的第二審法院所為判斷，自然較第一審法院之判斷更具有正當性；甚至可說，在書面審理具有正當性之前提下，採取覆審制係當然之理。

然而，為使刑事審理中認定事實之判斷者能秉持更公正超然之立場、且更正確地形成心證、發見真實，包含我國在內，現代各國刑事訴訟法業以直接審理主義、言詞審理主義，乃至於傳聞證據禁止法則、證人交互詰問程序建構第一審證據調查之相關程序，故過去以訊問被告、閱讀證據書類為核心之審理模式，現已改為以證人詰問為核心之審理⁴⁰。在第一審徹底遵守直接審理主義、言詞審理主義乃至於當事人主義進行審理之情形下，第二審之審理構造應如何設計？若第二審仍採取覆審制，是否亦應與第一審相同，遵循直接審理主義、言詞審理主義與當事人進行主義，而針對所有第一審法院已調查完畢之證據重新進行直接調查？倘認為第二審雖採行覆審制，然未必須針對已經第一審調查之證據重新踐行調查程序，亦即以第一審調查審理後所遺留之卷證資料為判斷依據，以間接審理、書面審理方式，重新形成心證、認定事實，此固然可以減輕重

⁴⁰ 平野龍一，同註16，頁145。

複應訊加諸於證人之負擔，且亦可避免法院重複審理所增加之時間、金錢花費，使案件早日解決確定，保障訴訟當事人受迅速審判之權利；然而，為何行間接審理、書面審理之第二審法院，就事實認定所形成之心證，得優越於行直接審理、言詞審理之第一審法院⁴¹？更何況，在第一審採行國民參與刑事審判制度之下，若第二審僅行間接、書面之審理，由於不具有審判經驗、非專職審判工作之一般國民，必須倚賴在審判庭上直接調查聽聞之證據以形成心證⁴²，要求其預先詳細閱讀第一審審判所留存卷證資料以進行間接、書面審查顯有困難，故縱令於第二審亦引進國民參與刑事審判，然根本無法期待參與審判之國民可為實質性、主體性意義之參與，故此時第二審勢必純由職業法官擔任審判工作，無法委由一般國民參與審判。然第一審既已採行國民參與刑事審判制度，並將行國民參與刑事審判之第一審視為直接審理主義、言詞審理主義之「更徹底實現」，且係較僅由法官負責審理之審判制度更能正確地發現真實之制度，為何僅由人數少於第一審合議庭總數之職業法官於第二審為書面、間接審理，即可任意推翻第一審判決、甚而自為判決之正當性質疑，無疑將更為強烈⁴³。

對於上開批判，或有認為直接審理原則並不以各審級均進行直接審理為必要，只要整體程序中曾經充分進行直接審理，亦即曾經進行過「一次性的保障」，即令上訴審不為直接審理亦不違反直接審理原則⁴⁴。固然，在上訴審採行事後審制，不為事實終局認定

⁴¹ 佐藤博史，於「座談會・裁判員制度導入の是非をめぐって」中之發言，現代刑事法，32號，特集「裁判員制度導入の諸問題」，頁25，2001年12月。

⁴² 後藤昭，同註37，頁5。

⁴³ 同前註。

⁴⁴ 參見吳巡龍、林鈺雄於「刑事訴訟上訴制度」學術研討會之發言，台灣本土法學雜誌，67期，頁144、150，2005年2月。

時，上訴審並無採行直接審理之必要性，故上開論點尚值贊成，但若上訴審採行覆審制（或續審制），亦即上訴審可推翻下級審之事實認定，進而為相異之事實認定時，由於下級審與上訴審係不同之事實認定者，下級審藉由直接審理所獲取之心證，事實上無法「當然移轉」給上訴審法官，故對於該上訴審法官而言，確實僅係經由間接審理獲取心證，進而以根基較為薄弱之心證推翻原審心證，當然已經違反了直接審理原則，更何況此時牽涉的是全面性心證之形成基礎，與傳聞法則之例外僅於法律容許之情形下對特定證據得以不經直接審理而作為認定事實依據之情形不同，自不能單純以立法政策上「可容許的直接審理原則例外」視之，而應認為直接審理原則已遭受根本性之破壞與忽視。

（二）第二審採取言詞、直接審理之覆審制時

採行覆審制，且為了維持第二審得基於第一審事實認定錯誤而推翻第一審判決之「正當性」，勢必要求第二審與第一審進行完全相同之證據調查程序與過程，換言之，第一審以直接審理、言詞審理方式調查過之證據，第二審必須全部重複為之，即令某一供述證據可藉由傳聞法則之例外取得證據能力者亦不例外，例如第一審曾經訊問過之證人，第二審必須重新傳喚再予訊問；且由於第二審法院必須以相同調查方式調查第一審曾經調查之證據，即令當事人並未聲請傳訊調查之證據，第二審亦須依職權傳訊調查，在此部分，第二審顯較第一審具有更多職權主義之色彩。甚至為了維持第二審法院之公正性、避免審判者存有預斷，若第一審採行起訴狀一本主義，第二審亦必須勵行起訴狀一本主義，換言之，即將所有留存於一審之證據資料先發還各當事人，再命其於第二審之證據開示程序

中提出⁴⁵。然如此非但造成證人重複應訊之負擔，亦造成案件審理延滯、影響被告受迅速審判之權利（日本憲法第三十七條第一項參照）、法院及訴訟當事人均必須承受更多訴訟不經濟之結果。

另外，第一審行國民參與刑事審判時，第二審若僅由職業法官負責審理，即令行徹底的言詞、直接審理，仍然無法解決為何僅由職業法官審理之第二審，可以心證不同之故任意撤銷原審判決之質疑。為了消弭上開正當化質疑，其中一個思考方向即係第二審亦由一般國民參與審判，且第二審參與審判之一般國民人數須多於在第一審參與審判之一般國民人數（如法國現行之重罪上訴）以取得事實認定之優越性。但由於在後的審判（即加入一般國民參與審判之第二審）並非理論上先驗地較在前的審判（即加入一般國民參與審判之第一審）為正確⁴⁶，即使在第二審加入更多國民參與審判，亦未必能獲致更正確之結果⁴⁷，更何況不斷地加入更多國民參與審判以取得推翻前審判決之正當性，將陷入參與審判之一般國民等於「民意代表」之民主化迷思，亦即愈多數民意愈能正確決定刑事審判結論，推至極致，恐將產生被告有罪與否應由「公民投票」決定之錯誤論證。質言之，若將國民參審視為與法官協力發現真實、保障人權，達成更良善審判的制度，則法官與國民間如何取得適當的配置比例，使雙方意見均能充分展現，毋寧始為最重要的課題。綜上所述，在第一審行直接審理之國民參與刑事審判制度時，第二審採取直接審理之覆審制，恐將產生有礙訴訟經濟、且未必能獲致較

⁴⁵ 平野龍一，同註16，頁145。

⁴⁶ 井上正仁，於「国民の司法参加・刑事司法」三方會談中之發言，ジュリスト，1208期，頁150，2001年9月。

⁴⁷ 井上正仁，於「裁判員制度の導入と刑事司法」公開講演会中之發言，ジュリスト，1279期，頁108，2004年11月。

第一審判決更正確的判決結果之質疑，自不能謂為最適當之上訴審構造。

另有學者基於對一般國民能力之懷疑，認為國民參與刑事審判制度對於實體真實主義之實現毫無助益甚至有害，甚且有違憲可能（侵害司法權之本質），認為第二審應由職業法官以覆審方式重新審理作為「補救」⁴⁸。然國民參審制度倘能確保職業法官在法律解釋上之專權性，並無違憲之虞（此部分另文詳述，於此不贅），況國民參與刑事審判制度下，由職業法官與一般國民共同認定事實，倘運作得宜，當可較現行制度更充分發揮發現實體真實之功能，反之，第二審僅由職業法官進行覆審，欠缺就事實認定錯誤推翻第一審判決自為判決之正當性，已如前述，故上開反論顯非可採。

二、第二審採行續審制訴訟構造之利弊得失

相較於完全奉行直接審理主義、言詞審理主義之覆審制，續審制係以第一審之審理結果為前提，加上該審級調查新證據之結果，進行整體性的判斷，顯然在訴訟經濟、減輕證人負擔方面，遠優於上述覆審制。但正因為續審制必須接受第一審之審理結果而不對於第一審已經調查之證據再行調查，並綜合第一審與第二審調查證據之結果形成心證，故不論第一審是否採行國民參與刑事審判之制度，甚且亦不論第二審是否亦採行國民參與刑事審判之制度，由於第二審心證之形成中有部分（甚至是絕大部分）來自於第一審調查證據之結果，就此部分實亦無法避免違反直接審理主義與言詞審理主義之質疑；且僅進行部分的證據直接調查，有可能導致第二審之判斷者（尤其是極度依賴言詞、直接審理以形成心證之一般國民）

⁴⁸ 西野喜一，裁判員制度下の控訴審，判例タイムズ，1237期，頁122以下，2007年6月。

過於偏重部分經直接審理調查之證據而產生錯誤結論⁴⁹，更何況倘第二審亦採行國民參與刑事審判制度，要求參與審判之一般國民對於第一審已經調查之證據，藉由詳細閱覽卷證資料之方式形成心證，亦屬強人所難，反之，若第二審僅由職業法官負責行續審審判，則難避免欠缺正當性之質疑，故第一審行國民參與刑事審判制度時，第二審顯難進行續審制之審判。

三、第二審採行事後審制訴訟構造之利弊得失

(一)第二審採行法律審之事後審制時

針對第二審之審理構造，另有主張第一審行國民參與刑事審判制度後，第二審應僅為法律審之事後審，不再對第一審之事實認定當否進行審查，且在第二審已經成為標準的法律審之下，亦無再設置另一個法律審——第三審之必要，亦即只有二個審級，第一審為事實審、第二審為法律審。此種主張之立論基礎大致如下：

1. 行國民參與刑事審判之第一審審理程序（尤其是證據調查程序）既已完備，理應賦予第一審就事實認定之最終決定權，第二審再為事實認定徒然耗費司法資源、造成當事人與證人之負擔⁵⁰。在刑事審判上一向習於三審反覆斟酌事實認定之我國而言，此種主張似嫌躁進。但事實上，我國就內亂罪、外患罪、妨害國交罪、殘害人群治罪條例等性質重大之犯罪，亦由高等法院為第一審管轄法院（刑事訴訟法第四條、殘害人群治罪條例第六條參照），與此相類似，日本就違反獨占禁止法案件由東京高等法院為第一審管轄法院，並組成五人合議庭審理之（獨占禁止法第八十五條、第八十六條、

⁴⁹ 後藤昭，同註1，頁93。

⁵⁰ 宮城啓子，裁判員制度の導入と上訴，現代刑事法，32號，頁60，2001年12月。

第八十七條參照），內亂罪由高等法院為第一審管轄法院，亦組成五人合議庭審理之（裁判所法第十六條第四款、第十八條第二項但書參照），故就此等案件僅採二審制，最高法院雖為此等案件之第二審管轄法院，但原則上仍為法律審，而非第二個事實審，考其立法理由在於此等案件情節重大，故有「迅速處理」之必要⁵¹，惟既係重大案件，本亦應為「慎重處理」，然上開法律仍僅提供一次事實審之二審制保障，可知即使是重大案件，本亦無提供包含兩個事實審在內三審制保障之必然要求，換言之，訴訟上的受益權，不能無限上綱要求國家永無止境之積極給付⁵²，司法院大法官會議第三九六號解釋（憲法第十六條規定人民有訴訟之權，惟保障訴訟權之審級制度，得由立法機關視各種訴訟案件之性質定之。）、第四四二號解釋（憲法第十六條規定人民有訴訟之權，旨在確保人民得依法定程序提起訴訟及受公平之審判，至於訴訟救濟應循之審級制度及相關程序，立法機關自得衡量訴訟性質以法律為合理之規定。）均同此旨⁵³，故重點在於該案件之第一審係進行如何之審判，換言之，若第一審已能提供充足完善之審理，即令取消現有第二審或將之改為單純之事後審制，亦無礙於國家刑罰權之適正行使，此觀諸德國就重大案件之參審僅提供法律審（Revision）之救濟⁵⁴，其理自明。

2. 即令採取第二個事實審，證據調查所得之證據價值亦較第一

⁵¹ 兼子一、竹下守夫，裁判法，頁186，1999年4版。

⁵² 黃朝義，同註10，頁34；陳運財，同註12，頁514。

⁵³ 但由於刑事審判有剝奪人民生命權、自由權之危險，若完全不給予上訴救濟機會，則可能構成違反正當法律程序、侵害人民訴訟權而屬違憲，參見何賴傑，同註4，頁338。

⁵⁴ 何賴傑，簡介德國刑事上訴制度，載：法條化研究報告（下）——刑事訴訟起訴狀一本主義及配套制度，頁474，2001年10月。

審為低，無從作為推翻第一審事實認定之依據。例如第一審已經詰問之證人，第二個事實審縱然再對該證人進行重複詰問，然該證人可能因死亡、失蹤、長期滯留國外不歸，致無法於再度到庭作證；即令到庭作證，第二個事實審較第一審時距離案件發生時間更為久遠，證人之記憶恐將更為減退；且證人於第一審已經到庭作證，當事人業已知悉該證人之存在及其證言之重要性，懷有惡意之當事人可能會趁該證人前往第二個事實審作證前，對該證人進行勸說或脅迫；又證人已經知悉第一審之判決內容，可能又聽聞其他證人之證述內容，導致該證人無意識地將上述內容與自己本來認知之情節混淆，為與第一審時不同之證述；對於有意為虛偽陳述之證人，由於已有第一審證述之經驗，對於自己證言上之矛盾與弱點業已知之甚詳，以致第二個事實審難以彈劾其證言，凡此均將導致證人於第二審證述內容之價值低落，進而影響第二審證據調查之整體價值⁵⁵。

此外，有基於為被告利益之觀點，認為上訴審與第一審之功能全然相異，兩者係分離而各自獨立之審級，第二個事實審會增加被告反受不利判決之風險（二重危險）⁵⁶，或增加被告防禦負擔之風險⁵⁷；或基於民主主義之觀點，認為國民參與刑事審判制度係民主主義在司法權之實踐而不容許批判⁵⁸；或基於反對實體真實發現之觀點，認為刑事訴訟原即不可能進行實體之真實發現⁵⁹，故不如將事實認定之最終決定權交與一般國民所進行之一次審判即可；甚或

⁵⁵ 後藤昭，同註1，頁94。

⁵⁶ 渥美東洋，同註22，頁415以下。

⁵⁷ 杉森研二，裁判員制度導入後の控訴審，載：鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集（下卷），頁747，2007年。

⁵⁸ 平良木登規男，參審制度導入のいくつかの問題点（下），法曹時報，53卷2號，頁279，2001年2月。

⁵⁹ 五十嵐二葉，刑事司法改革はじめの一步，頁151，2002年。

基於訴訟當事人選擇國民參與審判制度時之擬制合意，認為雙方當事人均已同意將事實認定之最終決定權完全交予國民參與刑事審判之合議體（如陪審團）。凡此見解，對於第一審行國民參與刑事審判制度所為之事實認定，均主張無再經由第二個事實審進行審理之必要與可能，即令例外容許上訴制度存在，亦僅得作為救濟被告之用。

固然，與其重視對於錯誤判決之事後補救，不如重視如何在事前預防錯誤判決之產生，國民參與刑事審判制度即係為此目的而誕生，然而，無論第一審審理程序如何完備，由於涉及操作此一程序的人〔包含職業法官、參審員（或陪審員、裁判員）、檢察官、辯護人乃至於被告〕之素質、敬業程度、經驗等，有時仍可能出現程序操作失當，以致產生事實誤認之情形，例如：(1)當事人誤認法官將對某一證據不予採信而未對該證據之證明力進行爭執，一審法院卻誤而認可該證據之證明力；(2)被告或辯護人認為起訴之憑據薄弱，為節省勞力費用而未大量提出無罪主張之佐證，然一審法院卻突然為被告有罪判決之時；(3)嗣後出現足以證明阻卻或減輕刑罰事由之新證據；(4)法院於判決時始突然適用與起訴不同之處罰條文；(5)被告於一審未選任辯護人或選任之辯護人不適任，致被告無法充分行使防禦權⁶⁰等，故逕自將行國民參與刑事審判之第一審作為最後的事實認定審，仍具有一定程度之風險。雖然本文贊同第一審行國民參審制度應可達成較現制更為妥適之事實認定，但既未實際施行評估，良窳終究難以斷言，故在試行階段，更不應輕易取消對於錯誤事實認定之救濟機會。

更何況，即令以第二審為單純法律審之事後審，往往仍從法律適用之審查中「借殼」進行事實認定之審查，其手段約有二種：(1)

⁶⁰ 後藤昭，同註1，頁100。

將第一審事實認定錯誤「歸咎」於程序法令之適用不當（例如誤將無證據能力之證據認為有證據能力而據此認定事實）、訴訟程序之不遵守（例如應調查之證據未予調查），而給予作為法律審之第二審審查救濟之機會⁶¹；(2)將事實認定違反「論理法則」與「經驗法則」視為適用法令之錯誤⁶²。由此更可知，第二審採行法律審之事後審制，完全放棄對於第一審事實認定錯誤之救濟機會，顯非可行。

另外，有著眼於上訴之目的主要在於給予被告救濟機會，必須與事後審制尊重第一審之概念取得平衡，而採取區別有罪判決、無罪判決而為不同處理之看法。詳言之，對於無罪判決之上訴審查限於法律審，檢察官不得單純以事實認定問題提起上訴，除有第一審之事實認定違反經驗法則、論理法則之情形外，基於第二審之謙抑性，應尊重第一審判決；反之，於第一審為有罪判決時，站在為被告利益、救濟無辜被告之角度，第二審法院應為事實審之事後審制，甚至得為覆審制之調查⁶³，此一見解確具有相當說服力，但「保障被告權利」與「實體真實發現」均為刑事訴訟之目的，理應平衡追求，不宜有所偏廢，在不承認上訴審法院之審理將造成被告雙重危險之前提下（最大判昭和二十五年九月二十七日刑集四卷九號一八〇五頁參照），第二審對於第一審無罪判決之審查範圍若過度受限，恐將影響實體之真實發現，尤其在評決不能而須為無罪判決之情形（例如第一審法官全體主張有罪，但參審員均主張無罪），第二審之審查恐更具意義，故此一見解亦難贊同。

61 鯨越溢弘，裁判員制度と国民の司法参加，頁80，2004年。

62 後藤昭，同註37，頁5。

63 杉森研二，同註57，頁745。

(二)第二審採行法律審兼事實審之事後審制時

與上揭傳統意義之「事後審制」不同，另一種因應第一審行國民參與刑事審判制度之第二審審理構造設計，即係容許第二審對第一審之事實認定、法律適用及量刑均進行事後審查。第一審之法律適用（包含程序與實體法律）是否正確，可輕易藉由判決書、審判筆錄之記載進行判斷，進行事後審本無困難，且由於職業法官具有法律適用之專業能力與專權性，故此部分完全委由職業法官進行審查，亦係事理所必然，以法律適用錯誤推翻行國民參與刑事審判之第一審所為判決，甚至自為判決，具有其正當性，更何況在第三審成為違憲審查審之目的下，第二審進行法律審查，復可減輕第三審法院之案件負擔⁶⁴。

相對於此，此一見解亦容許第二審對於第一審之事實認定進行事後審查，故對於誤判救濟之功能較純為法律審之事後審制為大，但既為事後審查，原則上不進行證據之調查，而是以詳細審閱第一審所留存之卷證資料、判決書為主，從而此一工作實難委由作為一般國民之裁判員或參審員為之⁶⁵，換言之，事後審制之第二審勢必僅由職業法官進行書面審查之審理。一如前述各種第二審審理構造被質疑的，相對於由國民參與、進行直接審理、言詞審理之第一審，由職業法官進行書面審理之事後審制第二審何以能取得以事實認定錯誤為由撤銷第一審判決之正當性？若如現行日本實務之作法，第二審進行原審事實認定之審查後，明確指摘第一審之事實認定有何錯誤並自為判決，不論第二審之立論基礎係基於證據評價之不同（例如對於某一證人所為被告不在場之證述之證明力與原審不同）、或第二審進行新證據（包含第二審認為第一審有應調查之證

⁶⁴ 田宮裕，同註3，頁484。

⁶⁵ 平良木登規男，同註58，頁279。

據未予調查之情形)調查後所得心證,既已明確否定原審之心證並敘述自己心證,即有以職業法官所為書面審理凌駕於國民參與刑事審判所為直接審理之疑慮,此時實難認為第二審具有撤銷第一審判決之正當性。

實則不對訟爭事件重新進行判斷,僅審查原判決之「當否」,係事後審制最基本共通的概念,故作為事實審之事後審的第二審法院,並非自己形成心證、認定事實後,將其結果與原審之判斷進行比較,而是單純審查原判決之當否⁶⁶,且為了避免自己形成心證,撤銷原判決之標準亦應放棄原判決有無「事實『誤認』」之窮盡探究,改採「高度蓋然性說」,亦即第二審放棄進行「事實終局認定」之優越感與使命感,僅審查第一審之事實認定有無「疑義」,而非本於自己的確信心證重新進行事實認定之「終局判斷」,即令為證據調查,亦僅以審查第一審之事實認定有無疑義為限,凡事實誤認之可能性甚高時,第二審法院即得撤銷原判決並發回原審⁶⁷,再由新的國民參與刑事審判法庭進行新的審理。此種有限度之審查,既得發揮第二審誤判救濟之功能,又能規避第二審職業法官以「終局判斷」凌駕取代第一審國民參與審判所為判斷之質疑。此種審查由累積相當審判經驗之職業法官進行,顯然較一般國民合適,故可於理論上取得撤銷第一審判決之正當性⁶⁸。綜上所述,第一審採國民參與刑事審判制度時,第二審既然無法避免須對原審之事實認定進行審查,則採行事實審兼法律審之事後審制,相較於上揭其他第二審審理構造,顯然較合於第一審行國民參與刑事審判之情況,故本文認為此一構造值得贊成。

⁶⁶ 後藤昭,同註1,頁306。

⁶⁷ 田宮裕,同註3,頁487。

⁶⁸ 井上正仁,同註47,頁108。

但採取此一制度，由於原審判決只要有事實認定錯誤之高度可能性，第二審法院即可撤銷原判決發回原審，勢必將原審事實認定有無錯誤之最終決定權交由發回後更審之第一審法院，似有「延長戰線」之意味。但第二審既然不再擔負終局事實認定者之角色，第一審法院勢必放棄將有疑問之事實爭點留待下一個事實審再為調查審理之想法⁶⁹，從而第一審法院之事實認定正確性理應能獲得提升；且法律審兼事實審之事後審制較可以規避第二審上訴制度不合理侵害第一審法院心證，又能達成誤判救濟之效果，厥為不爭之事實，透過第二審法院之審查並撤銷發回，給予案件再次受檢驗之機會，歷經一審、二審判決之訴訟當事人，可藉此更加強其舉證與主張，更審法院藉由二審法院提出之質疑，重新審視一審判決，可以進行更深入的思考⁷⁰，如此發回更審後之判決，亦應可獲得更正確之成果。

此外，由於本上訴構造中，第二審係採取書面、非直接審理之方式進行審查，為了彰顯其功能及存在意義，可能會產生專就無關宏旨、枝微末節之處撤銷原判決傾向，造成案件在第一審與第二審反覆發回之困境，一如現在深受反覆發回問題困擾之第二審與第三審⁷¹，但本文認為此主要係因上級審法院之心態所致，第二審採行法律審兼事實審之事後審制，未必均會產生反覆發回之問題，若因此主張第二審必須自為判決、不得發回⁷²，則屬因噎廢食，將徹底摧毀前開事後審制之精神。茲以統計資料為例，自二〇〇四年起至

⁶⁹ 何賴傑，同註4，頁341。

⁷⁰ 後藤昭，同註37，頁8。

⁷¹ 林鈺雄，於「刑事訴訟上訴制度」學術研討會之發言，台灣本土法學雜誌，67期，頁151，2005年2月。

⁷² 吳巡龍，於「刑事訴訟上訴制度」學術研討會之發言，台灣本土法學雜誌，67期，頁144，2005年2月。

二〇〇七年，雖上訴最高法院後撤銷發回更審之比例無明顯變化（均在41%至42%之間變化），但最高法院以「調查證據不詳或未予調查」、「採用證據未說明理由」、「未採用證據未說明理由」、「事實認定錯誤、不符、不明或記載不明」等與事實認定錯誤有關原因撤銷發回、發交更審者，占全部發回、發交更審原因的比例，卻呈現逐年下降之趨勢（依年別為68.5%、66.9%、56.1%、53.7%）⁷³，且最高法院為了減少發回情形，甚至決議：「重大刑事案件之犯罪事實，因案發之初，蒐集證據欠完備，或證據之憑信力有疑問，或積極證據與消極證據紛亂，致影響真實之發見，事後歷經第一、二兩審法院審理，亦未能發見確鑿之證據，事實極欠明確，難為妥適之判決，此種案件設若已經第三審法院多次發回更審，即不宜再行撤銷發回，以免案件久懸多年不能定讞。」（最高法院一九八八年八月九日、七十七年第十一次刑事庭會議決議，經同院二〇〇六年九月五日、九十五年度第十七次刑事庭會議修正）⁷⁴，足見第二審若能適度修正其心態，尊重第一審之事實認定職權，未必均將導致反覆發回之結果。

發回後更審之訴訟構造，擬於此一併討論。日本制定裁判員制度時，於「裁判員制度・刑事檢討會」中就發回後更審之審理構造有兩個提案，其一係續審制（A案），另一係覆審制（B案），但續審制獲得壓倒性的支持，故仍維持續審制⁷⁵，並準用裁判員法第六十一條公判程序更新之規定，從而決定立法方向之「關於被考慮

⁷³ 資料見司法院司法統計網站：<http://www.judicial.gov.tw/juds/index1.htm>，最後瀏覽日：2008年12月29日，及司法院刑事廳提供資料。

⁷⁴ 從上開決議內容，可看出我國實務顯然極為重視上訴制度對於實體真實發現確保之功能，遠優於罪疑為被告利益原則之遵守。

⁷⁵ 池田修，同註38，頁124；辻裕教，司法制度改革概說6裁判員法／刑事訴訟法，頁83，2005年。

的裁判員制度之概要」文件即明示：「『發回後第一審』選任新的裁判員進行審理與裁判，其他依現行法規定。」

但若發回後更審之審理構造採行續審制，由於更新審判程序往往流於形式，即令徹底履行更新審判程序，基於續審制之前提，為使後續審判得以順利有效進行，參與發回後更審審判之一般國民勢必須預先閱覽現存卷證資料，對於本質上不被期望能詳細閱覽卷證資料之一般國民而言，顯屬困難，即令捨此不為，由職業法官或雙方當事人負責向新參與審判之一般國民說明目前為止之審理內容（日本裁判員法第六十一條第二項：「前項之更新程序，必須使新加入之裁判員理解爭點及已經調查之證據，但不得使其負擔過重。」參照），亦難避免違背直接審理主義、言詞審理主義之質疑⁷⁶，故本文認為發回後更審之審理構造，仍應以維持覆審制為宜，即令基於訴訟經濟之不得已考量而原則須採行續審制，亦應容許於必要時，發回後更審法院得依當事人聲請或依職權裁量，就原第一審已經詰問過之證人再行傳訊詰問，以利獲取正確心證⁷⁷。

再者，第一審判決後經第二審以原審判決有事實認定錯誤之高度可能性發回更審後，再由第一審法院重新選任參審員進行言詞、直接審理之覆審制時，仍可能與前述第二審採行國民參審制度進行言詞、直接審理之覆審制之情形相同，出現有礙訴訟經濟、審理迅速（蓋須重新選任參審員、重複訊問證人、調查證據等）之問題⁷⁸、且未必能獲致較第一審判決更正確的判決結果（後合議體所為結論未必較前合議體為正確，若以更多參審員的合議體構成發回後更審之合議體以取得凌駕超越前合議體之正確性，則有陷入民主

⁷⁶ 中川孝博，同註13，頁64。

⁷⁷ 杉森研二，同註57，頁756。

⁷⁸ 西野喜一，同註48，頁126。

化迷思之虞)。誠然，第二審採行事後審制，案件經上訴第二審，第二審審查後認為確有須撤銷並發回更審必要而發回時，發回後之更審勢必須重新選任參審員再進行審判，較諸由第二審逕行採行覆審制審理確會耗費更多時間。但本文基於以下三個理由，認為發回後更審之第一審適用國民參審制度審判所生上開二個疑慮之程度，遠較第二審逕自採取國民參審之覆審制之情形為低：1. 案件經發回更審前，已經第二審法院進行篩選，若第二審法院能充分體認事後審制及國民參審制度之精神，尊重第一審之事實認定職權，不要率爾以有事實認定錯誤之可能性為由撤銷原審判決，則發回更審之第一審案件數量勢必大幅減少，此與案件只要經合法上訴即應由第二審法院適用國民參審制度進行直接審理之情形不可同日而語，因此產生上述疑慮之情形亦將相應減少，更何況第二審採行事後審制者，唯有須撤銷發回者，始有耗費更多時間之可能，在審查後認為原判決結論正確者，反較第二審採行不問事後審理結果原判決妥當與否，均須進行重覆審理之覆審制為迅速；2. 正因為原審判決已經第二審法院撤銷，故發回後更審之第一審法院係立於案件甫繫屬於法院之狀態重新開始第一審審理，從而發回後更審之第一審判決無須與發回前原審之第一審判決進行孰為正確之比較，亦不受原審之第一審判決意旨拘束，更無須藉由增加合議體人數等方式以取得推翻第一審判決之正確性，換言之，只要徹底進行適正且合法之國民參審審判即為已足，故不致陷入發回前原審或發回後更審判決何者始為更正確判決之論爭、更無陷於民主化迷思之虞；3. 發回後更審之第一審判決當然未必即為正確無誤之判決，故若發回後更審之第一審判決有應撤銷發回之事由，仍有採行法律兼事實審之事後審制的第二審可資救濟（當然，並非謂第二審法院可漠視事後審制及國民參審制度之精神任意反覆發回）。

綜上所述，本文認為第一審判決有應撤銷之錯誤時，由第二審

法院適用法律審兼事實審之事後審制撤銷發回，再由第一審法院重新適用國民參審制度進行直接審理，既可確保原審不當判決時之救濟途徑存在，又可避免強命第二審法院為終局事實認定以推翻原審判決所生上述矛盾枘鑿之處，故可認為係上述諸多第二審構造中，最適於第一審行國民參審制度之第二審構造。

伍、第二審採行法律審兼事實審之事後審制時，訴訟程序應有之修正

第一審採行國民參與刑事審判時，第二審採行法律審兼事實審之事後審制較為合宜，已見前述，而所謂事實審兼法律審之事後審制，係日本戰後制定刑事訴訟法所採用、不同於其他已有法律制度之「立法態度」，但並非指日本現行制度或實務運作結果即已遵守此一制度之精神，相反地，日本現在的第三審上訴制度，比較類似「以第一審判決前存在事實為認定基礎之續審制」，已如前述，故若謂第二審之訴訟構造應採行法律審兼事實審之事後審制，而逕自引用日本刑事訴訟法之現有規定，甚至將日本實務見解引為法條，無異「緣木求魚」。

採行法律審兼事實審之事後審制審理構造，除了應以第一審判決前所生事實作為審查第一審事實認定之基礎（日本刑事訴訟法第三八二條之二第二項參照）外，本文認為尚應進行以下程序之改正：

一、限制第二審對於新證據調查範圍與調查方式

如前所述，日本雖然於第二審採取事實審之事後審制，但卻於實際運用時大幅放寬第二審調查足以證明「原審判決前存在事實」之新證據（包含當事人未為聲請或當事人之聲請遭一審駁回之證

據、證明第一審辯論終結後判決前所生事實之證據)之裁量權。然第二審一旦進行新證據調查，無可避免會對於該等證據之證明力進行評價，再綜合第二審於書面審查所得心證，若第二審法官內心已產生事實真相之心證，此時再要求第二審法官僅能進行單純事後審查而不得進行事實認定，無異強人所難，即令法律明文規定第二審撤銷原審判決時，應以發回更審為原則、自為判決為例外，仍難杜絕第二審法院於實務運作上擴大例外範圍，大量自為判決之現象。至此，事後審制業已變形為續審制，即令美其名為「續審式之事後審制」，仍難擺脫欠缺自為判決正當性之質疑。

此外，二〇〇四年日本修正刑事訴訟法時業已新訂公判前整理程序，依裁判員法第四十九條規定，所有行裁判員制度之案件於第一次公判期日前均應行公判前整理程序，而行公判前整理程序之案件，依日本刑事訴訟法三一六條之三二第一項規定：「行公判前整理程序或期日間整理程序之案件，檢察官、被告及辯護人，儘管有同法第二九八條第一項（按：檢察官、被告、辯護人得於第一審公判時請求調查證據）規定存在，除有不得已之事由，不能於公判前整理程序或期日間整理程序請求調查證據者外，不得於該公判前整理程序或期日間整理程序結束後，請求調查證據。」同條第二項規定：「前項規定，於法院認為有必要時，仍不妨依職權為證據之調查」明確規定行公判前整理程序之案件，當事人如無不得已之事由，而未於公判前整理程序聲請調查某一證據者，即喪失聲請調查該證據之權利（失權效），旨在要求當事人及時舉證或防禦、避免當事人惡意拖延訴訟，為了貫徹此一條文立法意旨，避免不得於第一審聲請調查之證據，嗣後卻能在第二審「復活」重新調查，第二審勢必緊縮容許調查新證據之標準⁷⁹，凡有可歸責於當事人之事由

⁷⁹ 杉森研二，同註57，頁753。

而未於第一審聲請調查之證據，基於尊重第一審係唯一事實認定審、第一審係行裁判員審判之審級、且防範當事人延遲提出證據之前提下，第二審法院亦不得作為新證據進行調查，從而上開職權調查（第二九八條第二項）之例外，亦應從嚴解釋。

然而，確有不得已事由而無法於第一審聲請調查之證據、或係證明原審辯論終結後判決前始出現事實之證據存在，經當事人釋明後，若亦不容許在第二審進行調查，可能將導致第二審缺乏足夠資料審查原審判決事實認定是否妥當之困境（例如於原審原聲請傳訊之證人因病喪失記憶而無法傳訊，嗣後恢復記憶，而此一證人之證言究竟對於原審事實認定具有何種影響，未由該證人陳述，終究無法得知），故仍應允許作為新證據進行調查，然此種情形第二審法院縱可進行調查，惟第二審僅係審查第一審事實認定有無疑義而已，故僅須達於釋明之程度，亦即使第二審法院產生原判決有事實誤認之懷疑即可，調查之方式亦僅以自由證明為已足，故此時不妨以證人之書面陳述代替出庭作證，使第二審法院產生第一審之事實認定確有可能發生誤認之懷疑即可⁸⁰，此可參考日本刑事訴訟法第

⁸⁰ 最高法院80年台上字第4402號判例：「刑事訴訟法第一七二條規定：『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』，其證據如屬客觀上為法院認定事實及適用法律之基礎者，事實審法院未予調查，其判決固有同法第三七九條第十款所稱『應於審判期日調查之證據，未予調查』之當然違背法令情形，如在客觀上非認定事實及適用法律基礎之證據，既無調查之必要，自得不予調查，此種未予調查之情形，本不屬於上開條款之範圍，事實審法院縱因未予調查，又未裁定駁回調查之聲請，致訴訟程序違背首開規定，但此種訴訟程序之違法，顯然於判決無影響，依同法第三八〇條之規定，並不得執以為上訴第三審之理由。」同院90年台上字第5024號判決：「按當事人聲請調查之證據如事實審未予調查，又未認其無調查之必要，以裁定駁回之，或於判決理由予以說明者，其踐行之訴訟程序，雖屬違法，但此項訴訟程序之違法，必須所聲請調查之證據確與待證事實有重要之關係，就其案情確有調查之必要者，方與刑事訴訟法第三七九條第十款之『應於審判期日調查之證據』相

三九〇條規定，除較重大案件，且被告之出庭認為對其權利保護具重要性，法院得命被告出庭者外，被告無須於公判期日到庭之規定。此外，當事人聲請調查之證據經第一審法院駁回或實際上未予調查者，由於是否准許調查某一證據，係由第一審職業法官於準備程序時決定，倘第一審駁回聲請之理由不當或不備，第二審自仍得依當事人之聲請或依職權，進行同前所述之調查，但與日本刑事訴訟法第三九三條第一項本文規定不同，基於尊重第一審判斷之前提，須以第一審駁回證據調查聲請之理由不當或不備者為限，並非完全取決於第二審法官之任意裁量。

另有學者基於為被告利益之觀點，認為事後審制下之第二審，檢察官僅能基於第一審之卷證資料請求法院判斷，但被告則可提出新證據，亦即在為被告利益之方向上承認續審制之要素⁸¹，即所謂「片面的構成說」。但續審制本即存有正當性之質疑，已如前述，為被告利益而例外容許續審，倘續審結果反產生不利被告之心證（例如被告聲請傳訊之證人於詰問時反為被告不利之證述、或證人於詰問時之證言顯有虛偽、勾串之情），效果恐將適得其反，故此說無法贊同。

當，而為當然違背法令，始得為上訴第三審之理由。因之，此項『調查之必要性』，上訴理由必須加以具體敘明，若其於上訴理由狀就此並未敘明，而依原判決所為之證據上論斷，復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，即於判決顯無影響，依刑事訴訟第三八〇條之規定，自仍應認其上訴為不合法。」上述「客觀」上為法院認定事實及適用法律之基礎、「調查之必要性」，若不進行任何調查，實難遽予論斷，故我國刑事訴訟法第394條第1項但書容許法院以自由證明程序進行調查。

⁸¹ 小田中聰樹，ゼミナール刑事訴訟法（上）争点編，頁217，1987年。

二、重新律定因事實問題撤銷原判決之標準

一般而言，容許上訴審以事實問題撤銷原判決之基準在於「事實誤認」，何謂事實誤認？有認為限於原審判決之事實認定違反經驗法則與論理法則⁸²；有認為係原審判決中判決理由對於事實認定之判斷過程有誤；另有認為係原判決就事實認定之結論與第二審法院所認知之真實有異。首先，經驗法則與論理法則若從嚴解釋，即令第一審之判斷與第二審法官主觀上之心證產生一定程度之落差，亦應尊重事後審制第一審心證優越性原則，不得任意撤銷原判決，此將導致第二審對於事實認定錯誤所能發揮之救濟功能極為狹小⁸³，更何況嚴格之經驗法則、論理法則違反可以納入原判決「違反法令」之概念範圍內，此時「事實誤認」作為上訴理由之本意即已消失；至於前述審查原判決之判斷過程之看法，在必須容許第二審對於原判決未及斟酌之證據進行調查審酌之下，原判決判斷過程極可能已無足輕重⁸⁴；另比較第一審判決結論與第二審法官所認知之真實之看法，勢必要求第二審法官對案件形成一定程度之心證，在第二審採行事後審之前提下，第二審本應避免形成心證而自為事實認定，即令內心已有一定心證，缺乏完整直接審理、言詞審理之第二審心證實難謂較第一審之心證優越，第二審竟可本於較無優越性之心證推翻第一審之判決結論，均難謂允當。

在第二審為事後審，不得對所調查證據形成明確心證以進行事實認定之前提下，實不宜亦不能決定原審之事實認定有無「錯誤」；反之，對事後審制之先天侷限性缺乏理解，一味要求第二審必須明確認定第一審之事實認定有何「錯誤」，勢必將第二審之審

⁸² 川口政明，同註3，頁393。

⁸³ 杉森研二，同註57，頁748。

⁸⁴ 後藤昭，同註1，頁307。

理推向實質的「續審制」、「書面審理之覆審制」，使事後審名存實亡。故事後審制之第二審以事實問題撤銷原判決之標準，必須由「事實誤認」轉為「有事實誤認之可疑」（事實誤認之高度蓋然性），亦即第二審不得亦不須對於所調查之證據或閱覽之卷證資料產生確信心證，僅以對於第一審所為事實認定存有疑義，即可撤銷原判決發回原審，給予原審再一次澄清事實之機會。唯有如此，第二審始可僅由職業法官進行部分甚至全面的書面審理而仍取得撤銷原判決之正當性⁸⁵。

此時，由於第二審僅係存有疑問而非產生一定判斷，故第二審之發回意旨，並無拘束發回後更審法院之拘束力（日本裁判所法第四條：「上級審法院於裁判所為之判斷，就該事件拘束下級審法院。」之規定參照；另我國一九八八年八月九日最高法院七十七年度第十一次刑事庭會議決議認：「第三審就發回更審所為法律上之判斷，固足以拘束原審法院，但所作發回意旨之指示，不影響原審法院真實發見主義之要求，更審中對於當事人聲請調，不以第三審發回所指者為限。第二審法院經審理結果，自得本於所得之心證而為不同之判斷，據以重新為事實之認定。」亦請參照）。

執此以觀，若第一審以「存有無法超越之合理懷疑」為由而為被告無罪判決者，以反面觀察，往往等於承認被告有為起訴犯罪行為之相當可能性（例如檢察官以被告持有失竊贓車而以竊盜罪起訴被告，法院認為該車是否為被告所竊，尚有合理之懷疑存在而為被告無罪之判決，此時法院並非認為被告毫無竊取車輛之可能性），此時，若第二審法院據此認為第一審法院所為無罪判決之認定「尚有疑義」而撤銷第一審判決，恐將造成第一審之判斷反受第二審法

⁸⁵ 後藤昭，同註37，頁7以下。

院任意架空之疑慮，此亦為上開見解最受批評之處⁸⁶。故有學者基於為被告利益之觀點，認為所謂得撤銷第一審判決之「事實問題」，應視第一審之判決內容而為不同處理，原判決若為有罪，經分析、觀察原判決事實認定之過程，卻存有被告應為無罪之合理懷疑時，即可謂原審之有罪認定為不合理而撤銷原判決；但在原審為無罪判決時，唯有於證據上可為被告有罪認定而毫無合理懷疑之餘地時，始能認為原審之無罪認定為不合理而撤銷原判決⁸⁷，然此說不啻承認第一審為無罪判決時，第二審可以自行形成心證以支持原審之無罪認定，但若第二審法院形成被告無罪心證而不可得時，恐將無從避免第二審法院推翻第一審法院無罪判決而自為有罪判決之結果，故實際運作時，未必能產生有利於被告之結論，更有欠缺正當性之質疑。根本的解決之道，還是在於如何避免第二審法院產生「反面觀察」之心態，亦即第二審法院若能體認檢察官負有及時舉證之責任，認同「罪疑為被告有利認定」之原則高於「實體真實發現原則」，即令仍以「有事實誤認之可疑」作為第二審以事實問題為由撤銷第一審判決之標準，亦不致產生上揭情形，倘為慎重起見，第二審法院以事實問題撤銷第一審無罪判決之標準，亦可加重為「顯著地（或重大地）有事實誤認之可疑」⁸⁸。

附帶一言，本屬於法律審之第三審，固然應以法律問題為其專責事項，但重視誤判救濟者，往往亦將重大之事實誤認作為第三審法院撤銷第二審判決之理由（日本刑事訴訟法第四一一條第三款參

⁸⁶ 後藤昭，同註1，頁308以下。

⁸⁷ 杉森研二，同註57，頁754。

⁸⁸ 後藤昭，同註37，頁13。事實上，在日本討論裁判員制度之上訴構造時，有建議應對上訴理由加以限制，例如加上「顯著的」、「重大的」等言詞，以尊重裁判員所為之第一審判斷，但在討論過程中居於少數說而不被採用，參見井上正仁，同註47，頁109。

照），惟本於第三審亦為事後審之精神，此時重大事實誤認亦應解為「可疑有重大之事實誤認」，始為允當，日本最高法院見解（最二小判昭和二十八年十一月二十七日刑集七卷十一號二三〇三頁、最大判昭和三十四年八月十日刑集十三卷九號一四一九頁）認為凡有「足以懷疑事實誤認之顯著事由」即可撤銷原判決，與此一意旨相合，實值贊成，亦此敘明。

三、第一審判決書必須詳盡說明得心證之理由

判決書須附理由之原因有二，一是使訴訟關係人能接受判決結論、並擔保公開審理主義之意旨、防止法官之恣意；另一則係提供上訴審審查之線索⁸⁹。在實行國民參與刑事審判制度之國家，如美國、英國等僅由一般國民負責事實認定之陪審制者，即未要求第一審法院須製作判決書，反之，如德國係由職業法官與一般國民共同負責事實認定與法律適用者，第一審法院即須由負責審判之職業法官製作判決書⁹⁰，但第一審應否製作判決書，與上開各國對於第二審訴訟構造之採擇並無必然之連結，但凡容許上訴制度存在之法制，除非先驗地認為第一審判決中某些判斷係不可或無法審查，進而採取無須製作判決書之立場，否則判決書無疑為上訴審審查原審判斷是否妥當之重要依據。尤其是對於不得自行形成心證之事後審制而言，原審判決書更係上訴審審查原判決當否之重要依據。

二〇〇一年六月十二日日本司法制度改革審議會意見書就判決書之應有內容部分表示：「為了使判決結論本身能表現其正當性，且向當事人與一般國民說明可取得其理解與信賴，並使上訴之救濟

⁸⁹ 五十嵐二葉，「判決には理由を附す」ことは必要か，載：民衆司法と刑事法学——庭山英雄先生古稀祝賀記念論文集，頁256，1999年。

⁹⁰ 齊藤哲，市民裁判官の研究，頁264，2001年。

變得可能與容易，故判決書應顯示其實質之理由。」就上述「使上訴之救濟變得可能與容易」，係因日本刑事訴訟法第四十四條第一項固規定：「裁判（包含判決與裁定）須附理由。」然依日本刑事訴訟法第三三五條第一項規定，第一審有罪判決書僅須明示成立犯罪之事實、證據之「標目」與法令之適用，並未強制要求須說明其犯罪事實認定之理由，換言之，判決書中無庸說明證據之取捨選擇、心證形成過程等⁹¹，是否詳盡說明事實認定所憑據之理由，完全聽任第一審法官之裁量，考其立法理由，係避免法官在判決書製作上耗費不必要之勞力，期待法官能集中心力於在公判庭審理時取得心證⁹²，然在裁判員制度導入之後，為了避免第二審法院在無法獲悉原審得心證理由之情形下，必須以自行形成心證與原判決之判決結果進行比較之方式，審查原判決之事實認定，從而增加第二審法院自行為證據調查與撤銷自為判決之比例，嚴重影響裁判員制度設計下第二審應為徹底事後審制之目的達成，故有上開法律修正之芻議。

然而，由於參審員或裁判員幾乎不可能參與判決書之製作，日本裁判員法及我國國民參審試行條例草案亦未要求裁判員或參審員參與判決書之製作，故縱令要求判決書應詳盡說明事實認定之判斷

⁹¹ 相對於此，我國刑事訴訟法對於第一審有罪判決書之要求高於日本刑事訴訟法，除諭知六月以下有期徒刑或拘役得易科罰金、罰金或免刑者，其判決書得僅記載判決主文、犯罪事實、證據名稱、對於被告有利證據不採納之理由及應適用之法條（同法第310條之1第1項），簡易判決與協商判決得僅記載犯罪事實、證據名稱、應適用之法條（同法第454條第1項、第455條之8）外，其他有罪判決書依同法第310條第1款、第2款規定，須載明「認定犯罪事實所憑之證據及其認定之理由」、「對於被告有利之證據不採納者，其理由」；同此，日本戰前舊刑事訴訟法（大正刑事訴訟法）第360條第1項規定：「為有罪宣告時，應依成立犯罪之事實及證據說明如此認定之理由，及示明法律之適用。」

⁹² 田宮裕，同註3，頁427。

過程，亦可能產生係職業法官本於評決結論，於判決書中「申論演繹」事實認定理由之情形，即令如此，在評決不能而須為無罪判決時（例如職業法官三名均主張有罪、但裁判員均主張無罪），判決理由恐仍甚為簡單（即僅能以「無法達於有罪確信、仍有無法超越之合理懷疑存在」等寥寥數語帶過），更重要的是，由職業法官負責撰寫判決理由，亦難謂已充分反映參與審判國民對於事實之意見，實有進而要求於判決書中反映參與審判國民對於事實認定之「理由」之必要。對此，有認為參與審判之參審員、裁判員往往重視事實認定之結論甚於判斷過程，若強求裁判員必須對於判決理由為主體性、實質性的參與，判決書中事實認定之理由勢必甚為簡單，實際上判決書作為第二審法院審查原審事實認定之依據之功能，或許會較現行制度更小⁹³，亦即第二審法院恐仍將依賴審理筆錄「摸索」第一審法院判斷過程。但基於明確第一審事實認定過程及其結構之要求，實不可能放棄於判決書中詳盡說明事實認定理由之要求⁹⁴，況既然實行國民參審，自不能徒以表決方式決定被訴事實之有無，而應要求所有參與評議之人，均提出獲致心證之詳盡理由，也許身為一般國民之裁判員或參審員，無法如職業法官一般思緒完整、引經據典，然若能給予渠等充分表達之機會，其中論點必有可觀之處，此即為國民參審制度之真意所在，且若有不成熟、情緒性或明顯偏頗之看法，亦將在充分討論中獲得適當之抑制，故與其放棄藉由判決書呈現行國民參審之第一審對於事實認定之判斷過程，不如明確要求參審員說明得心證之理由，並於判決書中充分展現其判斷之理由。

⁹³ 後藤昭，同註37，頁6。

⁹⁴ 白取祐司，三審制の意義，載：刑事訴訟法の争点，頁209，2002年4月25日3版。

四、對於「有事實誤認之可疑」之第一審判決，第二審僅得撤銷發回原審，不得自為判決

以上制度之修正建議，均係為了使第二審之審理構造成為徹底之事後審制，以與第一審行國民參與刑事審判制度取得平衡，若此時容許第二審法院於以事實有誤認之可疑為由撤銷原判決後，尚得自為判決，無論係推翻原審之有罪判決而為無罪判決，或推翻原審之無罪判決而為有罪判決，均不啻承認第二審之心證較第一審之心證優越，使上開修正前功盡棄，回復為續審制或覆審制⁹⁵，此種見解，雖可徹底減少反覆發回之問題，但對於事後審之構造將產生致命性的破壞。另雖有學者基於為被告利益之立場，認為第二審法院就第一審事實認定所為審查，倘可能得出較第一審不利於被告判斷之情形時，不得自為判決，必須撤銷發回原審，等待原審重新進行判斷⁹⁶，但若係將一審之有罪判決改為無罪判決，則可逕由第二審法官為之⁹⁷云云，片面容許第二審存有有利於被告心證時可優於第一審之心證，然此業已破壞事後審制之精神，顯非可採。即令在某些具體運用之情形下，第二審法官實際上已經產生心證，但基於尊重第一審係由國民參與審判、行直接審理所為之判斷，仍僅得發回原審，不得自為判決⁹⁸。

至於第二審以無涉事實認定之法令適用錯誤為由撤銷原判決時，則應容許第二審法院自為判決，又第二審以不違法、但量刑不當為由撤銷原判決時，由於第一審所為量刑，亦包含參與審判之一

⁹⁵ 黃朝義，同註10，頁40。

⁹⁶ 平良木登規男，同註58，頁280。

⁹⁷ 平良木登規男，於「座談會・裁判員制度導入の是非をめぐって」中之發言，現代刑事法，32號，特集「裁判員制度導入の諸問題」，頁26，2001年12月。

⁹⁸ 杉森研二，同註57，頁755。

般國民之意見在內，故如無顯然不當之具體事由，第二審允宜尊重第一審之量刑，附此說明。

陸、我國國民參審試行條例草案第二稿上訴審部分之檢討

相較於國民參審試行條例草案初稿就上訴審部分未設任何規定，國民參審試行條例草案第二稿（下稱本草案）對於上訴審投予相當顯著之關注，自第七十條至第一〇七條，就上訴審一共設置了三十八條條文（其中第七十條至第九十一條係規範第二審，第九十一條至第一〇七條係規範第三審），概略敘述此三十八條條文之內容，主要係將第一審行國民參審之第二審，由現行之覆審制改為「事後審兼續審制」，上訴事由包含「原審判決違背法令致影響判決」（第七十條第一項）、「原審判決認定事實錯誤顯然影響於判決」（第七十三條第一項）、「科刑、宣告保安處分顯然不當」（第七十三條第一項）、「具備刑事訴訟法第四二〇條或第四二二條再審事由（第七十五條第一項第一款）、嗣後情事變更（第七十五條第一項第二款、第三款）等，亦即兼含「事實審」、「法律審」、「量刑審」之功能在內，另限制第三審對於第二審事實認定之介入程度（限於顯有影響判決結果之重大事實誤認），使第三審之審理構造更趨近於法律審。針對第二審審理構造之改變，充分顯示草案制定者意識到依照現有制度，第二審由職業法官行覆審制與第一審行國民參審審判間存在之衝突，而亟思以新的第二審訴訟構造取代，另針對第三審審理範圍之縮小，亦可察覺立法者期望塑造第三審成為以違憲審查為核心之審級，使我國審級體系一元化，其用心均值肯定。

但既然是研究引進國民參審制度後第二審審理構造之應有方

向，為了使刑事訴訟程序更完善，自不能不苛刻地觀察本草案之內容，以求其更趨完備，除前述事實審之事後審制應進行之制度配合於此情形亦有適用，不擬重複外，以下另列舉本草案筆者認為不當之規範內容：

一、第二審不繼續採用覆審制之理由欠缺說服力

針對第一審行國民參審制度後，第二審為何不能繼續採用現行刑事訴訟法之覆審制，本草案第七十條立法說明中略以：「惟國民參審係特別之訴訟程序，由國民參與審判，其在第一審所踐行之訴訟程序，較普通訴訟程序更為嚴謹，投注之訴訟資源較一般訴訟案件更為浩繁，為期裁判符合法律正義及人民之法律感情，其第二審程序自不應仍採一般之覆審制，而應有所變革。」等語，其中「其在第一審所踐行之訴訟程序，較普通訴訟程序更為嚴謹」等語，若與「其第二審程序自不應仍採一般之覆審制，而應有所變革」等語合併觀察，似意謂第二審採行覆審制係較為嚴謹之程序，第一審之訴訟程序既已較為嚴謹，第二審即不得進行嚴謹之程序，但為何能導出此一結論，實在匪夷所思。從第一審至第三審，均依合於正當法律程序之嚴謹程序進行審判，難道不是刑事司法改革的理想？為何於第一審接受嚴謹程序審理之被告，於第二審即應接受較不嚴謹之程序？本草案以第一審採嚴謹程序為由，主張第二審不得行覆審制，實難認為具有說服力。

其次，上開立法說明又以「為期裁判符合法律正義及人民之法律感情」為由，主張第二審不得行覆審制，似乎又認為第二審行覆審制係不符合法律正義及人民之法律感情，何以能推導出此一結論，更係匪夷所思，尤其謂覆審制不符合法律正義，實屬相當聳動之言論，但毫無立論基礎之說明；又所謂人民之法律感情，究竟意指為何？亦欠明確，更重要的是，若僅由職業法官進行徹底言詞審

理、直接審理之覆審制，不符合法律正義及人民之法律感情（將人民之法律感情最狹義解釋為參審員對於事實認定之理性見解），則本草案所採取之所謂「事後審兼續審制」之訴訟構造，恐有更輕視法律正義及人民法律感情之虞。

事實上第二審不能採行僅由職業法官進行審理之覆審制，最主要係因為職業法官審理所生心證，不具有推翻更改第一審國民參審法庭心證之正當性，已見前述。摒除上開意義尚待考究之「其在第一審所踐行之訴訟程序，較普通訴訟程序更為嚴謹」、「為期裁判符合法律正義及人民之法律感情」等理由，本草案上開說明對於第二審不能繼續採用覆審制之理由，實僅有「（第一審）投注之訴訟資源較一般訴訟案件更為浩繁」而已，誠然，訴訟資源之平衡利用乃制度設計時不能忽略之現實因素，第二審不宜耗費過多司法資源亦為第二審不進行事實審的重要理由之一，但以此為唯一理由主張第二審不得採行覆審制，未免給人「先奢後儉」、過於現實考量之感覺，彷彿暗示第二審之程序將「因陋就簡」，對於亟待推行之國民參審制度，上訴制度若無法發揮其正當之救濟功能，終將成為國民參審制度失敗之潛在因素。

二、未能明確規範將事實認定審查之基礎限於第一審判決前所存在之事實，亦未能明文禁止第二審就第一審已調查之證據再行調查

事實審之事後審制的特色，即在於立於與原審相同之基礎上，審查原審判決事實認定之當否，所謂「立於與原審相同之基礎」，最嚴格之意義係禁止第二審進行任何新證據之調查，完全以第一審調查過之證據作為判斷之依據，但基於誤判救濟之要求，恐不能完全以第一審調查過之證據作為判斷之依據，而須於一定限度內容許第二審進行新證據之調查，但即令如此，第二審法院審查事實問題

之判斷基礎，仍必須限於第一審判決前所存在之事實（包含原審所認知或原審應認知而未認知之事實），若第一審判決後所生事實亦得成為推翻原審事實認定之基礎，則事後審制之根基即已蕩然無存。

本草案雖然於第七十四條仿造日本刑事訴訟法第三八二條之二，規定：「因不得已之事由，未能於原審辯論終結前聲請調查證據，或在第一審辯論終結後判決前發生新事實，致原審判決有前條第一項規定之上訴理由（按即事實誤認或量刑不當）者，得提起上訴。」以此觀察，似乎暗示第二審應以第一審判決前所存在之事實作為事實認定審查之基礎，但再看同草案第七十三條第一項之規定：「原審判決認定事實錯誤顯然影響判決（下略），得提起上訴。依前項規定提起上訴者，其上訴書狀應敘述理由，並引用卷內訴訟資料，具體指摘原審判決認定事實錯誤顯然影響於判決（下略）之事項。」相較於日本刑事訴訟法第三八二條係規定：「以有事實誤認且其誤認明顯影響於判決為理由提起上訴者，必須於上訴理由書中援用依訴訟紀錄及原審法院已調查之證據所呈現之事實足認有明顯影響判決之誤認之事項。」本草案上開條文之內容非但過於簡略，且並未將事實誤認之原則性態樣（限於依原審所調查之證據即可認為原審有事實誤認顯然影響於判決之情形）彰顯出來，有使人誤認只要引用卷內訴訟資料，縱令係第一審判決後所生事實、且非可構成再審事由（本草案第七十五條第一項第一款容許符合再審事由者提起第二審上訴）者，亦得作為第一審認定事實錯誤依據之虞（以下所舉例子雖非本草案所允許進行國民參審之案件類型，但為說明方便，仍以此例為證，某甲因過失傷害罪遭起訴，第一審判決後被害人某乙傷重死亡，依一九七六年十一月三十日最高法院六十五年度第七次刑庭庭推總會決議（一）之結論，不得聲請再審，但若依上開條文規定進行文義解釋，檢察官可引用卷內診斷證明書記

載「某乙傷勢嚴重，現於加護病房急救中，有生命危險」為由，併同嗣後出現「某乙死亡」之新事實，指摘原審判決認定事實錯誤顯然影響於判決）。況依最高法院七十三年台上字第五二三〇號判例意旨⁹⁹之反面解釋，具事實審色彩之第二審法院徒以文義解釋，實難拒絕上開上訴理由。

此外，本草案第七十八條第一項本文雖明文規定：「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。」惟於但書又准許第二審法院為調查原審事實誤認之有無進行職權調查，究竟本條但書容許職權調查之範圍係指「上訴理由所指摘事項以外」之調查？抑或指可對「原審調查證據或原判決確認事實」再進行職權調查？依事後審制之規範意旨，第二審不得對於原審已調查之證據再進行重複調查，但上開條文之規範方式過於曖昧不明，實不無受到曲解之可能；更何況即令係事後審制，除非放棄對於原審事實認定之審查，第二審亦不可能如前揭條文規定，以「原判決確認之事實」為判決基礎，而係原則上應以原判決已調查證據所呈現之事實為判決基礎，本條既稱「應以（中略）原判決確認之事實為判決基礎」，又稱「就上訴理由所指摘之事項（包含事實誤認）為調查」，顯然自相矛盾，即令捨此不顧，將本條本文視為對原審事實認定進行審查以外情形（如原審有無違背法令）之調查原則，但若仍須進行事實認定之審查時，自不受「原判決確認之事實」之拘束，但該條本文卻將「原判決確認之事實」與「原審調查之證據」並列，不啻暗示法院於例外進行職權調查時，可將「原判決確認之事實」與「原審調查之證據」均置之不顧，可對原審調查之證據再行職權調查，此時等於容許第二審

⁹⁹ 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。

法院進行職權覆審，允非事後審制之本意。

三、制度目的過度偏重於避免縱放有罪被告之實體真實發見

相較於世界各法制先進國多禁止檢察官就被告無罪之第一審判決提起上訴，本草案非但主張應同時容許檢察官、被告提起上訴，且在草案條文及理由中不斷表現出「摘奸發伏」之態度，期待第二審能作為避免一審法院縱放有罪被告之防火牆，例如「相較之下，我國現行法規定上訴部分應全面重新調查審認事證，其過程繁複，且因第二審審判距犯罪發生已久，在事過境遷之情況下，關於證據之調查亦常有實際之困難，再者，證據一再反覆調查，更使被告有申證、偽造、變造證據之機會，為配合國民參審案件第二審上訴改採事後審制，避免上開缺失，允宜對上訴調查之範圍重新規範。」（本草案第七十八條立法說明），誠然，第二審對於證據重複進行調查，懷有惡意之當事人確可能趁該證人前往第二審作證前，對該證人進行勸說或脅迫，然於立法說明中特別指明此為被告之專門手法，似屬偏頗，且第二審或發回後更審重複進行證據調查較第一審證據價值低劣之理由甚多，被告勾串、偽造、變造證據不過為其中之一，特別載明此點作為立法理由，亦非適當，況若以證據重複調查導致證據價值低落加以引申，不惟直接審理之覆審制無法採用，事實審之事後審制亦無適用之餘地（蓋有發回更審之可能），唯有對於第一審已調查之證據不予重新調查之審理構造方能避免此等顧慮，一種方式是完全放棄對於第一審所為事實認定之審查（即法律審之事後審制），另一種方式是除了新證據之外，完全引用第一審調查過之證據資為心證形成之基礎（續審制或書面審理之覆審制），但後者所產生之弊害遠高於證據價值低落之顧慮，很不幸的是，本草案即基於對於被告申證、偽造、變造證據之顧慮，而決定採取等同於「續審制」之規範形式。

此外，本草案第八十三條第一項規定：「被告得於審判期日到庭。但法院為發見真實或被告到庭陳述於其權利之維護係屬重要者，得命其到庭。」雖該條立法說明謂：「觀日本刑事訴訟法第三九〇條規定『在第二審，被告無須於公判期日到場。但法院就科五十萬元以下之罰金或罰款以外之案件，認為被告到場對於保護其權利係屬重要時，得命被告到場。』是以於公判期日到場乃被告之權利，而非義務。該國法制未強制要求被告於公判期日到場，主要係考量事後審具有法律審之性質，被告不須參與專業之言詞辯論，由其辯論人與檢察官辯論已足所致（日本刑事訴訟法第三八九條）。爰參考其立法例，於本條第一項規定被告得於審判期日到庭。」然查，日本刑事訴訟法第三九〇條係規定重大案件「被告之到庭認為對於其權利之保護係重要者，得命被告到庭。」但本草案上開條文針對法院得命被告到庭之原因，更加上「法院為發現真實」，與日本上開規定之內容已非一致，實不宜遽於立法理由中稱係參考日本立法例；再者，考日本上開規定之立法目的，非但係因被告被認為第二審為無辯論能力¹⁰⁰，更重要的是事後審之第二審已不進行證據重複調查，自不得重複訊問已於第一審接受訊問之被告，故除了調查新證據時應保障被告之在場權，或其他有保障被告權利之必要情形外，被告自無到庭之必要（雖然實際上多數被告仍然於公判期日自行到庭¹⁰¹）。然本草案上開規定將被告到庭視為「真實發現」之手段，似乎意謂第二審可以再次訊問被告，獲得被告之自白或不利於己之陳述，況佐以同草案第七十八條規定不無解為第二審法院得依職權對於原審法院已調查之證據再度進行調查之可能，如前所

¹⁰⁰ 池田修、前田雅英，刑事訴訟法講義，頁427，2004年。

¹⁰¹ 長沼範良、田中開、寺崎嘉博，同註27，頁341；三井誠、酒卷匡，同註20，頁277。

述，則最惡的演變方向將是第二審法院成為以訊問被告、閱讀證據書類為核心之審理模式，重返糾問主義之路亦已不遠。

四、放棄對於第一審所為緩刑宣告或不宣告之適當性審查，卻又准許於上訴無理由之情形下諭知緩刑，無正當理由任意侵害第一審之判斷權

本草案第八十四條規定：「第二審法院認為上訴為無理由，而以判決駁回者，得同時諭知緩刑。」並於該條立法說明中稱此條係仿造我國刑事訴訟法第三九六條規定。惟按，未逾越法定刑上下限之量刑或依法得諭知緩刑而未諭知緩刑者，除未說明其理由或理由矛盾、依刑事訴訟法第三七九條第十四款規定可能成為第三審之上訴事由外，並非我國現行第三審規定所稱之「當然違背法令」，早期實務見解亦認為量刑之輕重與緩刑之宣告均係事實審法院得於法律允許限度內自由裁量之事項（最高法院七十二年台上字第六六九六號判例意旨參照），而對於形式合法之量刑與緩刑宣告之審查採取迴避態度，但既然放棄審查，第三審於上訴駁回後卻又得宣告緩刑，實不無矛盾齟齬之處，惟基於追求判決結論更為合理之考量下，容許第三審例外宣告緩刑作為「恩赦」（最高法院九十二年台上字第五五七六號判決意旨參照），或屬無可厚非；但近來最高法院已逐漸開始注意事實審法院量刑及緩刑宣告之適當性，例如同院九十五年台上字第一七七九號判決即謂：「刑罰之量定，固屬法院自由裁量之職權行使，惟刑事審判之量刑，旨在實現刑罰權之分配的正義，故法院對科刑判決之被告量刑，應符合罪刑相當原則，使罰當其罪，以契合人民之法律感情。此所以刑法第五十七條明定科刑時應審酌一切情狀，尤應注意該條所列各款情形，以為科刑輕重之標準。又緩刑之宣告與否，固屬實體法上賦予法院得為自由裁量之事項，惟法院行使此項職權時，除應審查被告是否符合緩刑之法

定要件外，仍應受比例原則與平等原則等一般法律原則之支配，以期達成客觀上之適當性、相當性與必要性之價值要求。若違反比例原則、平等原則時，自有濫用裁量權之違法。」基於追求量刑之合理化，第二審所為之量刑審查實應包含原審是否有宜諭知緩刑而未諭知，或不宜諭知緩刑而諭知之情形在內¹⁰²，在第一審行國民參審制度之緩刑宣告或不宣告，自亦應成為第二審審查之對象，至多僅是審查之深度應有節制，並非完全放棄審查，故上開最高法院見解之轉變實值贊成。相對於此，本草案僅將「科刑、宣告保安處分顯然不當」作為量刑審查之對象（本草案第七十三條、第七十八條參照），表明第二審應放棄對於原審緩刑宣告與否之審查，顯與前開最高法院最近判決意旨相悖，更係一種半調子的量刑審查，彷彿意謂合於法律要件之緩刑係法外領域，取捨與奪均可聽憑歷審法院之恣意，顯非允當。

其次，既然應該允許上訴審法院審查緩刑之合法性與適當性，若原審確有宜諭知緩刑而未諭知緩刑，自應由上訴審法院將原判決撤銷，另為緩刑之宣告，反之，若經上級審法院審查後，贊同原審不論知緩刑之觀點而維持原判決，自亦不得另為緩刑宣告，倘又自為緩刑宣告，實無異自我矛盾。更何況於第一審行國民參審制度時，依本草案第六條規定，得行國民參審制度之案件，僅限於最重本刑為死刑或無期徒刑之罪之案件，現行刑罰法律中，最重本刑為死刑或無期徒刑者，最輕本刑至少亦為五年以上有期徒刑（如刑法第一二二條第二項、第一七八條第一項、第一八三條第一項、第二

¹⁰² 日本通說即認為該國刑事訴訟法第381條所謂「量刑」，包含緩刑宣告、褫奪公權、易科罰金、羈押期間折抵刑期等在內，參見松本時夫、土本武司，同註22，頁860；最二小決，昭和29年6月2日，刑集，8卷6號，頁794；仙台高判，昭和33年5月20日，高刑集，11卷4號，頁229。

五六條第二項、第二五七條第三項、妨害國幣懲治條例第一條第三項、第三條第一項，且占所有最重本刑為死刑或無期徒刑之犯罪之比例甚少，多為七年以上有期徒刑或十年以上有期徒刑），除有起訴法條有誤、法院變更法條為輕罪之情形外，欲以原本之法定刑度符合宣告緩刑之條件（即二年以下有期徒刑之宣告），至少須為二次減輕其刑後並量處低度刑，此種情形本即不易出現，即使第一審法院確為二年以下有期徒刑之宣告，亦符合宣告緩刑之其他條件，然仍未為緩刑宣告，不啻表明第一審不贊同給予該被告緩刑，在尊重行國民參與刑事審判第一審對於量刑之判斷前提下，第二審更不應任意宣告緩刑而架空第一審之量刑判斷。

五、原判決應撤銷者以自為判決為原則，徹底消滅事後審制精神

第二審將第一審判決撤銷後，除有「原審判決諭知管轄錯誤、免訴、不受理係不當而撤銷者」（本草案第八十六條）、「原審判決未諭知管轄錯誤係不當而撤銷者」（本草案第八十七條第一項前段）二種情形外，依本草案第八十五條第三項規定，均應由第二審法院自為判決。草案說明中雖謂係參考我國刑事訴訟法第三九八條及日本刑事訴訟法第四〇〇條但書之法例而為立法云云，但查，我國刑事訴訟法第三九八條係列舉第三審法院應自為判決之情形（包括（一）雖係違背法令，而不影響於事實之確定，可據以為裁判者；（二）應諭知免訴或不受理者；（三）原審判決後刑罰之廢止、變更或免除；（四）原審判決後之赦免或被告死亡），非為該條列舉之事項，又非錯誤之管轄錯誤、免訴、不受理之諭知或不諭知（同法第三九九條、第四〇〇條），依同法第四〇一條規定，均應發回原審法院或發交與原審同級之他法院，顯係以發回原審為原則、自為判決為例外；又日本刑事訴訟法第四〇〇條但書固規定：「但第二審法院依訴訟紀錄及於原法院、第二審法院調查之證據，認為可以逕為判決時，

得更就被告案件為判決。」然同條本文規定：「除有前二條規定之事由（原審違法宣告管轄錯誤、公訴不受理，原審違法未宣告管轄錯誤且第二審法院無管轄權）外，於撤銷原判決時，應以判決將案件發回原法院或移送於與原法院同等之其他法院。」依本條條文本文與但書之配置關係及本條與前二條（第三九八條、第三九九條）之配置關係，日本第二審對於原判決撤銷後之處理，顯係亦以發回更審為原則、自為判決為例外，依通說見解，僅於基於訴訟經濟、無審級省略之不利利益、且於第二審決定原審判決應撤銷時自為判決之條件亦已成熟者為限，第二審法院為了判斷原判決應否撤銷而調查事實，於決定原判決應予撤銷時，自為判決之條件倘已成熟，則可自為判決，但不可為了自為判決而進行調查¹⁰³，草案置上開參考制度中之原則性條文於不顧，僅仿造例外規定，再以例外規定充為原則，與各該條文之原意業已背道而馳，卻又於立法說明中稱係參考各該條文之「法例」，不無誤導之嫌，實非立法者所應為。

更重要的是，在事後審制之審理構造下，第二審法院已不再重複調查第一審法院已經調查之證據，僅補充調查第一審應調查而未調查之新證據，於此情形下，實難謂第二審可對第一審是否事實誤認形成心證，即令第二審確已形成心證，在直接審理主義與言詞審理主義之前提下，此種心證亦不具有推翻原審事實認定自為判決之正當性，故本文主張對於「有事實誤認之可疑」之第一審判決，第二審僅得撤銷發回原審，不得自為判決，但本草案竟容許第二審凡撤銷原判決者，除有管轄或公訴不受理之問題外，不問事由均得自為判決，此時所謂事後審制將質變為「以第一審判決前存在事實為認定基礎之續審制」，甚至在第二審未為任何新證據調查之情形下，更將惡化為「書面審理、非直接審理之覆審制」，第二審法院

¹⁰³ 松本時夫、土本武司，同註22，頁877、886。

已非確保第一審國民參審法庭判斷正確性之防火牆，根本就是加速國民參審制度崩潰之催化劑，此時若又允許被告選擇是否於第一審接受國民參審法庭審判（本草案第六條第一項參照），在對於國民參審制度缺乏充分信心，又顧慮到第二審之審理將如此草率，還有勇氣願意將案件交由國民參審法庭審判之被告，恐將是鳳毛麟角。

柒、結 論

本文雖認同第一審行國民參審制度，由職業法官與一般國民共同參與事實認定，可使事實認定更具正當性與說服力，但畢竟新制度有許多尚待觀察、磨合之處，若完全排斥上訴制度對於第一審事實誤認之救濟，恐有過於躁進甚至違憲之虞，故第一審行國民參審制度，仍應設有上訴制度以避免事實誤認之發生，此非僅作為救濟無辜被告之用，亦有追求實體真實發見之目的存在。但由於第一審係行國民參審制度，在合議體構成上（由一般國民與職業法官共同審理）與審理方式上（徹底的言詞審理、直接審理）均有其特殊之處，本諸對於此一制度之尊重，上訴審即令可以對於第一審之事實認定進行審查，亦僅能以事後審之審理構造為限，詳言之，純由職業法官構成之上級審法院，僅能以第一審判決前客觀存在之事實為基礎，判斷第一審所為事實認定是否有錯誤之可疑，若認為有事實誤認之懷疑，即應撤銷原判決發回原審，由新的國民參審法庭重新為證據調查與事實認定。

我國國民參審試行條例草案於許多部分均係參考日本裁判員制度或現行刑事訴訟法而來，但在上訴制度方面，日本現行刑事訴訟法之規定實難認為合於日本裁判員法乃至我國國民參審試行條例草案之精神，而必須另闢蹊徑，創造一個徹底的事實審兼法律審的事後審制，不宜一味抄襲日本現有制度。作為一個現代法律制度之繼

受國，長期以來不斷抄襲、仿造外國立法，造成一律向外國看齊之心態，但只是「看齊」，將外國已有制度不分良窳一律仿造，至多至善僅能達到與該外國相同之程度，終究無法突破已有界限，若抄襲、仿造不夠全面徹底，更可能產生「橘逾淮而枳」、「畫虎不成反類犬」之反效果，國民參審制度既然被視為司法改革之重要政策，實有必要盡力將其打造成盡善盡美、可垂之久遠、甚至驕於外國之制度，於本草案中雖可看出立法者之用心，但可資期待之處亦不在少數，故特此撰文，以烏鴉刺耳之聲，盼能為國民參審制度之健全，聊盡棉薄之力。

附錄：國民參審試行條例草案第二稿中關於上訴審之規定

96.08.15

條 文	說 明
第二編 上訴與異議	編名
第一章 國民參審之第二審	章名
第七十條 上訴於第二審法院，除有特別規定外，非以原審判決違背法令致影響於判決為理由，不得為之。判決不適用法則或適用法則不當者，為違背法令。	<p>一、刑事訴訟法就一般程序之第二審仍採「覆審制」，即第二審法院應就上訴部分重為全面覆審。惟國民參審係特別之訴訴程序，由國民參與審判，其在第一審所踐行之訴訟程序，較普通訴訟程序更為嚴謹，投注之訴訟資源較一般訴訟案件更為浩繁，為期裁判符合法律正義及人民之法律感情，其第二審程序自不應仍採一般之覆審制，而應有所變革。</p> <p>二、日本之刑事訴訟，在第二審採事後審為原則，二〇〇四年制定公布之裁判員參與刑事審判法，因其第二審亦係以事後審制為基礎，就訴訟制度之規劃而言，有其相當之合理性。</p> <p>三、爰參酌上述日本之體例，在國民參審案件第二審採事後審兼續審制，並自本條起，分別規定其內容。又國民參審案件之第二審法院，仍以法官三人合議審判，附此說明。</p>

條 文	說 明
<p>第七十一條 有下列情形之一者，其判決為當然違背法令致影響於判決：</p> <p>一 國民參審法庭之組織不合法。</p> <p>二 依法律或裁判應迴避之法官或參審員參與審判。</p> <p>三 禁止審判公開非依法律之規定。</p> <p>四 國民參審法庭所認管轄之有無係不當。</p> <p>五 國民參審法庭受理訴訟或不受理訴訟係不當。</p> <p>六 除有特別規定外，被告未於審判期日到庭而逕行審判。</p> <p>七 辯護人未經到庭辯護而逕行審判。</p> <p>八 除有特別規定外，未經檢察官到庭陳述而為審判。</p> <p>九 應停止或更新審判而未經停止或更新。</p> <p>十 未與被告以最後陳述之機會。</p> <p>十一 除刑事訴訟法有特別規定外，已受請求之事項未予判決或未受請求之事項予以判決。</p> <p>十二 判決不載理由或所載理由矛盾。</p>	<p>一、所謂判決違背法令指判決不適用法則或適用不當，而其兼有判決違背實體法或判決違背訴訟法兩種情形。在判決違背實體法之情況，依判決本身即可發現。但於判決違背訴訟法，多係判決以外之事實，尤其程序上錯誤更然，欲當事人證明此等程序違反與判決間之因果關係存在，有時甚為困難，且若干訴訟法規定之事項，亦涉及訴訟之基本原則，因此現行刑事訴訟法第三七九條第一款至第三款、第六款至第十一款、第十三款，乃就重大之違背訴訟法之情形，明定為判決當然違背法令，亦即一有各該款事由時，當然認其違背法令對判決發生影響。</p> <p>二、第二審上訴既採行事後審制，以其兼有法律審之屬性，為糾正原審判決違背法令之瑕疵，除於前條第二項規定判決違背法令之內容外，亦有將判決違背訴訟法及本條例，應視為當然影響判決之上訴事由予以明文列舉之必要。爰參考我國刑事訴訟法第三七九條之規定及日本刑事訴訟法第三七七條、第三七八條、第三八〇條之立法例，訂定本條，規定判決當</p>

條 文	說 明
	<p>然違背法令且影響於判決之情形，以臻明確。</p> <p>三、至於現行刑事訴訟法第三七九條第十款將「依本法應於審判期日調查之證據而未予調查者」視為當然違背法令，因其法文並未對「應調查之證據而未予調查」之意義為明確之界定，致與法院「應依職權調查證據」發生混淆，二者在概念上無法作明確之區分，造成法院之審判實務上，事實審與法律審之功能發生重疊，影響審級設計之效率。相較他國立法例，日本刑事訴訟法第三七七條、第三七八條及德國刑事訴訟法第三三八條均未將類似本款調查證據事項，列為法律審之絕對上訴理由。持平而論，證據調查及認定事實之問題，本屬事實審法院之職權，若原審有應於審判期日調查之證據而未予調查，致有違背訴訟法之程序上錯誤，或其已造成事實認定錯誤，而影響於判決時，即屬本條例第七十條或第七十四條第二項所規定情形，無庸再將其特別列為判決當然違背法令之上訴第二審事由。又同法條第十三款所定「未經</p>

條 文	說 明
	<p>參與審理之法官參與判決」屬於本條文第一款「國民參審法庭組織不合法」情形之一種，亦無須獨立列為判決當然違背法令之事由，併此敘明。</p> <p>四、此外，判決違背訴訟法之程序上錯誤，若非屬本條規定之情形，且於判決無影響者，即不得作為上訴之理由，自不待言。</p>
<p>第七十二條 依第七十條第一項規定提起上訴者，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。</p>	<p>一、第二審上訴改採事後審制，須具有法定事由，始得提起上訴，為確實審核上訴要件是否具備，其上訴程式允宜有明確規範，爰參考日本刑事訴訟法第三七六條至第三八〇條之立法例，及我國刑事訴訟法第三八二條，訂定本條，凡依本條例第七十條第一項規定，即以原審判決違背法令致影響於判決而提起上訴者，其上訴書狀應敘述其理由，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。</p> <p>二、所稱「訴訟資料」包括卷附錄音帶、錄影帶等資料。</p>
<p>第七十三條 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者，得提起上訴。</p>	<p>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，則</p>

條 文	說 明
<p>依前項規定提起上訴者，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。</p>	<p>允許當事人或其他有上訴權人提起上訴，較為妥適。此時，為便於第二審法院審查原審判決有無前開瑕疵，上訴人應於上訴書狀敘述理由，並引用卷內訴訟資料，具體指摘原審判決認定事實錯誤顯然影響於判決，或科刑、宣告保安處分顯然失當之事項。爰參考日本刑事訴訟法第三八一條、第三八二條等規定，訂定本條，以資適用。</p>
<p>第七十四條 因不得已之事由，未能於原審辯論終結前聲請調查證據，或在第一審辯論終結後判決前發生新事實，致原審判決有前條第一項規定之上訴理由者，得提起上訴。</p> <p>依前項規定提起上訴者，其上訴書狀之記載，除準用前條第二項規定外，並應釋明因不得已而未能及時聲請調查證據之理由，同時提出證據調查之聲請。</p>	<p>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，或原審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，此新證據或新事實，本未經第一審之國民參審法庭斟酌，則容許提起第二審上訴，由高等法院審判，亦較妥當。而其上訴書狀之記載，除應準用前條第二項之規定外，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。爰參考日本刑事訴訟法第三八二條之二之立法例，訂定本條。</p>
<p>第七十五條 原審判決後，有下列情形之一者，得提起上訴：</p>	<p>一、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</p>

條 文	說 明
<p>一 刑事訴訟法第四二〇條或第四二二條所定得聲請再審之原因。</p> <p>二 刑罰經廢止、變更或免除。</p> <p>三 被告經赦免或死亡。</p> <p>依前項規定提起上訴者，應於上訴書狀內敘述理由並指出證明之方法。</p>	<p>原審判決後，發現有刑事訴訟法第四二〇條、第四二二條所定之再審原因，或刑罰有廢除、變更或免除，或被告經赦免或死亡者，為救濟原判決之失當，應得提起上訴請求撤銷改判。爰參考日本刑事訴訟法第三八三條規定，訂定本條，以資適用。</p> <p>二、至於刑事訴訟法第四二一條規定「不得上訴於第三審法院之案件，除前條規定外，其經第二審確定之有罪判決，如就足生影響於判決之重要證據漏未斟酌者，亦得為受判決人之利益，聲請再審」，係為救濟不得上訴第三審案件之事實認定錯誤所設之程序，因該再審事由已為本條例第七十條、第七十三條第一項及本條第一款等規定所涵蓋，無庸再明文列為上訴理由，附此敘明。</p>
<p>第七十六條 提起上訴，不合第七十二條、第七十三條第二項、第七十四條第二項、第七十五條第二項規定之程式者，應於判決書送達後二十日內補提理由書或聲請調查證據書狀於原審法院；逾期未補提者，不得補提。</p>	<p>一、為落實上訴第二審之程式規定，並兼顧上訴人權益，若提起上訴未依本條例第七十二條、第七十三條第二項、第七十四條第二項、第七十五條第二項規定，於上訴書狀引用案卷內訴訟資料，敘述上訴理由，或未提出所聲請調查之證據，或未對原審判決違法或不</p>

條 文	說 明
	<p>當之事項為具體之指摘者，參考我國現行刑事訴訟法第三八二條第一項之精神，於本條規定上訴人應於判決書送達後二十日內補提理由書或聲請調查證據書狀於原審法院。</p> <p>二、補提上訴理由書或聲請調查證據書狀之二十日期間，應自判決書送達後起算，與本條例第五十七條第三項上訴期間係自宣判筆錄送達後起算，有所不同。</p> <p>三、鑑於國民參審法庭由法官與參審員組成合議庭共同審判，並踐行當事人交互詰問證人、鑑定人之法庭活動，翔實調查證據，並受嚴格證據法則之支配，據以認定事實，具有堅強事實審之構造，如不服國民參審法庭之第一審判決，又不能具體指出相關違法事證，即難認係合理利用司法資源，為避免與訴訟經濟原則相違，爰進一步規定逾期未補提者，即不得補提，使發生失權之效果，原審法院即國民參審法庭得依據本條例第一一三條、刑事訴訟法第三六二條之規定，逕以裁定駁回上訴。</p> <p>四、有關上訴理由書之補正，亦應</p>

條 文	說 明
	按他造當事人人數，提出繕本，使書記官為送達。又在監所之被告補提上訴理由書者，亦應就其相關程序為明確之規範，依本條例第一一三條規定，適用刑事訴訟法第三五〇條第二項、第三五一條及第三五二條之規定，附此說明。
<p>第七十七條 他造當事人接受上訴書狀或補提理由書之送達後，得於二十日內提出答辯書於原審法院。</p> <p>如係檢察官為他造當事人者，應就上訴理由提出答辯書。</p> <p>答辯書應提出繕本，由原審法院書記官送達於上訴人。</p>	<p>為使他造當事人得提出關於上訴之答辯理由，並方便法院了解案情及爭點，爰參照我國刑事訴訟法第三八三條及參考日本刑事訴訟規則第二四三條之規定，訂定本條，於第一項規定他造當事人接受上訴書狀或補提理由書之送達後，得於二十日內提出答辯書於原審法院。如檢察官為他造當事人者，因其係代表國家行使追訴權，故有提出答辯書之義務，應就上訴理由提出答辯書。又答辯書亦應提出繕本，由原審法院書記官送達上訴人，爰於本條第二項、第三項予以規定。</p>
<p>第七十八條 第二審法院，應以原審調查之證據及原判決確認之事實為判決基礎，就上訴理由所指摘之事項為調查。但下列事項，得依職權調查之：</p> <p>一 與第七十一條、第七十三條第一項、第七十四條第一項、第七十五條第一項規定</p>	<p>一、依現行刑事訴訟法第三六六條之規定，第二審法院應就原審判決經上訴部分為調查。其所稱「調查」係以事實審地位全面地重新調查對當事人有利、不利之證據，當事人於第二審提出未經原審斟酌之事實及證據，或對原審事實認定、證據</p>

條 文	說 明
<p>上訴理由有關係之事項。</p> <p>二 免訴事由之有無。</p> <p>三 適用法條之當否。</p> <p>四 原審判決後，發生足以影響科刑、宣告保安處分之新事實。</p> <p>上訴人於原審聲請調查之證據，原審未予調查或駁回其聲請，致認定事實錯誤顯然影響於判決或科刑、宣告保安處分顯然不當者，第二審法院應就該證據調查之。</p> <p>前二項關於訴訟程序之調查，得以受命法官行之，並得囑託他法院之法官調查。</p> <p>前三項調查之結果，認為起訴程序違背規定者，第二審法院得命檢察官補正；其法院無審判權而依原審判決後之法令有審判權者，不以無審判權論。</p>	<p>取捨重行爭執者，均為法律所許。是以我國第二審法院調查範圍與第一審完全相同，此乃採行「覆審制」使然。</p> <p>二、參考日本刑事控訴審係以「事後審制」為原則，上訴人應提出上訴理由書於第二審法院，其調查範圍原則上即限於上訴理由書所指之事項（日本刑訴法第三九二條），但例外地，如關係該國刑事訴訟法第三七七條至第三八二條及第三八三所規定之法定上訴事由，雖非上訴理由所記載事項，仍得依職權予以調查，可見其調查範圍原則上受有嚴格限制。依此制，其所審查之事實，原則上以原審言詞辯論終結時已存在，且已調查者為限，並以控訴事由為其範圍。相較之下，我國現行法規定上訴部分應全面重新調查審認事證，其過程繁複，且因第二審審判距犯罪發生時間已久，在事過境遷之情況下，關於證據之調查亦常有實際之困難，再者，證據一再反覆調查，更使被告有串證、偽造、變造證據之機會，為配合國民參審案件第二審上訴改採事後審制，避免上開缺</p>

條 文	說 明
	<p>失，允宜對上訴調查之範圍重新規範。爰參考日本刑事訴訟法第三九二條、第三九三條第二項及我國刑事訴訟法第三九三條、第三九四條第一項之規定，訂定本條，規定第二審法院，應以原審國民參審法庭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、與第七十一條、第七十三條第一項、第七十四條第一項、第七十五條第一項規定上訴理由有關係之事項；二、免訴事由之有無；三、適用法條之當否；四、原審判決後，發生足以影響科刑、宣告保安處分新事實，以兼顧裁判之公正及妥適。而此所稱適用法條之當否，其審查範圍專指實體法之適用，程序法不包括在內，併此敘明。</p> <p>三、至於上訴人於原審聲請調查之證據，原審未予調查或駁回其聲請，致認定事實錯誤影響於判決或科刑、宣告保安處分顯然不當時，為糾正原審判決之錯誤，第二審法院應就該證據調查之，爰訂定本條第二項，以資適用。</p>

條 文	說 明
	<p>四、為提升審判效能，並符合直接審理之要求，第二審法院行前二項關於訴訟程序之調查時，得以受命法官行之，並得囑託他高等法院或地方法院之法官調查，爰參照我國刑事訴訟法第三九四條第二項及參考日本刑事訴訟法第三九三條第三項之立法例，訂定本條第三項。</p> <p>五、第二審法院依前三項調查之結果，認為起訴程序違背規定者，應得命檢察官補正；其法院無審判權而依原審判決後之法令有審判權者，不以無審判權論，爰參照我國刑事訴訟法第三九四條第三項，於本條第四項規定之。</p>
<p>第七十九條 於原審可得為證據之證據，第二審法院得毋庸調查，逕予採納。</p>	<p>我國刑事訴訟關於國民參審法庭判決上訴第二審，既以「事後審制」為原則，兼採續審制，第二審法院須以原審調查之證據及原判決確認之事實為基礎，就上訴理由所指摘之事項為調查，則在原審經合法調查後，可得為證據之證據，第二審法院得毋庸調查逕予採納，亦即不適用現行刑事訴訟第二八八條之二、第一六四條及第一六五條之規定，爰參考日本刑事訴訟法第三九四條之精神，訂定本條。</p>
<p>第八十條 第二審法院之判決，除</p>	<p>一、判決，除有特別規定外，應經</p>

條 文	說 明
<p>有特別規定外，應經檢察官及辯護人之言詞辯論為之。</p> <p>前項辯論，非以律師充任之辯護人或審判長指定之辯護人，不得行之。</p>	<p>當事人之言詞辯論為之，現行刑事訴訟法第二二一條定有明文。惟國民參審案件第二審採事後審制，就第一審判決予以審查判決，具法律審之性質，被告不須參與專業之言詞辯論，由其辯護人與檢察官辯論為已足，況國民參審案件均係最輕本刑為三年以上有期徒刑以上刑之罪，係刑事訴訟法第三十一條第一項所規定之強制辯護案件，均應有辯護人為被告辯護，故第二審法院除有特別規定外，應經檢察官及辯護人之言詞辯論為之，以保障上訴人及他造當事人之訴訟權益，爰訂定第一項。所稱「特別規定」，指依刑事訴訟法第三七二條規定得不經言詞辯論而為判決之情形。至於被告，在第二審之事後審，其依本條例第八十三條之規定，僅有於審判期日到場之權，而法院亦應予其陳述意見之機會，但非必其到庭始得辯論判決，附此說明。</p> <p>二、鑒於事後審制係由第二審法院審查第一審判決認事用法有無違誤，非具備高度法律專業知識者，實無法擔任此辯論職</p>

條 文	說 明
	務，爰參考日本刑事訴訟法第三八八條及我國刑事訴訟法第三八九條第二項之法例，規定第二審法院行言詞辯論時，非以律師充任之辯護人或審判長指定之辯護人，不得行之。
第八十一條 第二審法院得以庭員一人為受命法官，審查上訴及答辯之要旨，製作報告書。	上訴第二審法院既須於上訴書狀載明上訴理由或提出上訴理由書，具體指摘原審判決不當或違法之事項，為使法院合議庭成員均能明悉上訴理由及答辯要旨，以提升審判之效能，自應許第二審法院得以庭員一人為受命法官，先審查上訴及答辯之要旨，製作報告書。爰參考現行刑事訴訟法第三九〇條及日本刑事訴訟二四五條之規定，訂定本條。
第八十二條 審判期日，法院得於言詞辯論前，命受命法官朗讀報告書。 檢察官、辯護人應先陳述上訴意旨，再行辯論。	一、受命法官製作之報告書，雖係供其他合議庭成員均能明悉上訴理由及答辯要旨之用，惟法院如認有助於引領當事人攻擊防禦，亦得於審判期日命受命法官朗讀報告書而向當事人公開，爰訂定第一項。 二、國民參審案件上訴第二審採行事後審兼續審制，自應通知檢察官與辯護人到庭辯論，並由檢察官、辯護人先行陳述上訴意旨，以便他造當事人得就上訴意旨而為辯論，爰參考現行

條 文	說 明
	刑事訴訟法第三九一條第二項，訂定第二項。
<p>第八十三條 被告得於審判期日到庭。但法院為發見真實或被告到庭陳述於其權利之維護係屬重要者，得命其到庭。</p> <p>法院應予被告就事實及法律陳述意見之機會。由被告之法定代理人或配偶獨立為被告之利益上訴者，亦同。</p>	<p>一、我國現行刑事訴訟第二審審判，係採覆審制，原則上須傳喚被告到庭為審理，除依法得不經言詞辯論而為判決之案件外，被告有到庭之權利及義務（我國刑事訴訟法第七十五條、第三七一條）。觀日本刑事訴訟法第三九〇條規定「在第二審，被告無須於公判期日到場。但法院就科五十萬元以下之罰金或罰款以外之案件，認為被告到場對於保護其權利係屬重要時，得命被告到場。」是以於公判期日到場乃被告之權利，而非義務。該國法制未強制要求被告於公判期日到場，主要係考量事後審具有法律審之性質，被告不須參與專業之言詞辯論，由其辯護人與檢察官辯論已足所致（日本刑訴法第三八九條）。爰參考其立法例，於本條第一項規定被告得於審判期日到庭。但法院為發現真實或被告到庭陳述於其權利之維護係屬重要者，仍得命被告到庭。</p> <p>二、被告於審判期日到庭者，法院自應予以就事實及法律陳述意</p>

條 文	說 明
	見之機會。另被告之法定代理人或配偶，依刑事訴訟法第三四五條規定，為被告之利益獨立上訴者，亦應予陳述事實及法律意見之機會，爰訂定第二項。又被告或獨立為被告利益上訴之人，經合法傳喚無正當理由不到場者，依本條例第一一三條及刑事訴訟法第二七一條第二項但書規定，法院自得不待其陳述，併此敘明。
第八十四條 第二審法院認為上訴為無理由，而以判決駁回者，得同時諭知緩刑。	國民參審案件第二審上訴改採事後審制，具有法律審之性質，第二審法院認為上訴無理由，依刑事訴訟法第三六八條規定駁回上訴者，得否同時諭知緩刑，宜有明確之規範，爰參照現行刑事訴訟法第三九六條第二項之規定，訂定本條，即第二審法院依其審理結果，認以緩刑為適當時，縱上訴人之上訴為無理由，亦得宣告緩刑，以資明確。
第八十五條 第二審法院認為上訴有理由，或上訴無理由，而原審判決有第七十條、第七十一條、第七十三條第一項、第七十四條第一項、第七十五條第一項規定之上訴事由之一者，應將原審判決經上訴部分撤銷。 第二審法院依第七十八條第一項第四款之規定調查事實後，	一、第二審法院認為國民參審判決之上訴有理由者，或上訴雖無理由，然法院依職權調查後，認原審判決具有第七十條、第七十一條、第七十三條第一項、第七十四條第一項、第七十五條第一項規定之上訴事由之一者，為糾正原審判決之違誤，維護當事人權益，應將原

條 文	說 明
<p>認原審判決科刑或宣告保安處分顯然不當者，應將原審判決經上訴部分撤銷。</p> <p>第二審法院依前二項規定撤銷原判決者，除法律另有規定外，應就該案件自為判決。</p>	<p>審判決經上訴之部分撤銷，爰參考日本刑事訴訟法第三九七條第一項之法例，訂定本條第一項之規定。</p> <p>二、又第二審法院依據本條例第七十八條第一項第四款之規定調查事實後，倘認為原審判決科刑、宣告保安處分顯然不當時，亦應將原審判決經上訴之部分撤銷。爰參考日本刑事訴訟法第三九七條第二項，於本條第二項規定之。</p> <p>三、第二審法院撤銷原審判決時，應就該案件自為判決或應為移送或發回之處理，應有明確規定，為避免案件無謂發回，延宕訴訟，爰參考我國刑事訴訟法第三九八條及日本刑事訴訟法第四〇〇條但書之法例，於第三項規定第二審法院撤銷原審判決者，除法律另有規定外，應自為判決。</p>
<p>第八十六條 第二審法院因原審判決諭知管轄錯誤、免訴、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。</p>	<p>國民參審案件上訴第二審已改採事後審制兼採續審制，不採覆審制，原則上不再扮演事實審之角色，為明確區分第一審及第二審之權能，使第一審法院切實發揮事實審之功能，並維護當事人之審級利益，第二審法院因原審判決諭知管轄錯誤、免訴、不受理係不當而撤銷之</p>

條 文	說 明
	者，應以判決將該案件發回原審法院，爰參考現行刑事訴訟法第三九九條之法例，爰訂定本條。
<p>第八十七條 第二審法院因原審判決未諭知管轄錯誤係不當而撤銷之者，應以判決將案件發交或移送該管第一審或第二審法院。但第二審法院有第一審管轄權者，應為第一審判決。</p> <p>前項前段之判決，得不經言詞辯論為之。</p>	<p>一、為求法院管轄之正確，第二審法院因原審判決未諭知管轄錯誤係不當而撤銷之者，應以判決將案件發交或移送該管第一審或第二審法院。但該第二審法院即有第一審之事物及土地管轄權者，應為第一審之判決。爰參考現行刑事訴訟法第四〇〇條之立法意旨，訂定本條第一項。</p> <p>二、前項前段之判決，自得不經言詞辯論為之，爰於第二項訂定明文。</p>
<p>第八十八條 為被告之利益而撤銷原判決時，如於提起上訴之共同被告有共同之撤銷理由者，其利益並及於共同被告。</p>	<p>為被告之利益而撤銷原審判決時，為免裁判分歧，並兼顧共同被告之利益，如於提起上訴之共同被告有共同之撤銷理由時，縱其未就該利益部分據為上訴之理由，其利益亦及於共同被告，即亦應一併撤銷其原審判決。爰參照最高法院三十三年非字第五號判例、我國刑事訴訟法第四〇二條及參考日本刑事訴訟法第四〇一條之立法意旨，訂定本條規定。</p>
<p>第八十九條 第二審判決書，應記載上訴理由及答辯要旨與採納或不採納之必要理由。</p>	<p>一、為使當事人知曉國民參審案件第二審判決之意旨，第二審判決書應記載上訴理由及答辯要</p>

條 文	說 明
<p>第二審法院以第一審判決所確認之事實為判決基礎者，得引用第一審判決書所記載之事實、證據及理由；對案情重要事項第一審判決未予論述，或於第二審提出有利於被告之證據或辯解不予採納者，應補充記載其理由。</p>	<p>旨，並敘述採納或不採納之必要理由，爰訂定本條第一項。</p> <p>二、因第二審法院係以事後審之立場，審查第一審國民參審判決認定事實、適用法律或科刑、宣告保安處分有無違誤或失當，如其係以國民參審案件第一審判決所確認之事實為判決基礎者，應得引用第一審判決書所記載之事實、證據及理由。至於與案情有關之重要事項，第一審判決未予論述，或於第二審提出有利於被告之證據或辯解不予採納者，仍應補充記載其理由，爰訂定第二項。</p>
<p>第九十條 第二審判決正本，應記載提出上訴理由書或聲請許可上訴理由書之期間。</p>	<p>國民參審案件上訴第二審，已採事後審兼續審制，則第三審上訴自應採「嚴格法律審」，兼採「裁量許可上訴制」，使第三審法院專心致力於法律之審查與解釋，以資配合。為維護當事人之訴訟權益，第二審所作之判決正本，自應記載提出上訴理由書或聲請許可上訴理由書之期間，爰於本條定明。</p>
<p>第九十一條 刑事訴訟法第三六五條與第三七一條規定，於國民參審案件之第二審，不適用之。</p>	<p>國民參審案件上訴第二審，應經檢察官及辯護人辯論為之，被告毋庸於審判時到庭，僅法院為發現真實或被告到庭陳述於其權利之維護係屬重要者，得命其到庭。從而，刑</p>

條 文	說 明
	事訴訟法第三六五條與第三七一條規定，於國民參審案件之第二審，已無適用之餘地，爰於本條訂定明文。
第二章 國民參審之第三審	章名
<p>第九十二條 上訴第三審案件，非以原審判決有下列情形之一為理由，不得為之：</p> <p>一 所適用之法令牴觸憲法者。</p> <p>二 違背司法院解釋者。</p> <p>三 違背判例者。</p>	<p>一、國民參審案件之第二審上訴，已採事後審查制為原則，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，制度上自應就國民參審案件之第三審上訴事由予以嚴格限定，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。</p> <p>二、依現行司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款之規定，人民、法人或政黨於其憲法保障之權利，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有牴觸憲法之疑義者，得聲請解釋憲法。原審判決所適用之法令是否牴觸憲法之抽象違憲審查，雖屬司法院大法官會議之職權，但為貫徹憲法維護人權之精神，原審判決倘若有所適用之法令牴觸</p>

條 文	說 明
	<p>憲法之情形時，應准許上訴權人直接提起第三審上訴，由受理案件之最高法院以裁定停止審判後，移送司法院大法官會議先行解釋，當事人無庸等待該判決確定後，始依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款之規定聲請解釋，復據解釋之結果再聲請非常上訴或再審，以節省程序之勞費。</p> <p>三、又依憲法第七十八條規定，司法院有解釋憲法、統一解釋法律及命令之權，在行憲之前，司法院之院字或院解字解釋，乃司法院就具體案件之法令適用重要事項認有統一法律見解之必要所作成，其具有補充法令不備、闡釋法律意旨之功用。在行憲之後，根據憲法第七十九條第二項規定，有關憲法解釋及法令之統一解釋，固由司法院大法官會議掌理，但其性質仍屬司法院之解釋，而依大法官釋字第一八五號解釋意旨，司法院所為憲法解釋及統一法令解釋，均具有拘束全國各機關及人民之效力，為使刑事訟訟得以實現憲法保障人權之功能，如原審判決違背司法院解釋者，自應許其提起第</p>

條 文	說 明
	<p>三審上訴，由第三審法院予以糾正。</p> <p>四、最高法院之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為選輯，故判決之適用實體法則或程序法則違背判例者，均屬廣義之重大違背法令，當得提起第三審上訴。爰根據上開原則，於本條明定國民參審案件得上訴第三審之理由，限於原審判決所適用之法令牴觸憲法、判決違背司法院解釋或判例者等三種情形。</p>
<p>第九十三條 原審判決雖無前條規定得提起第三審上訴之事由，但其所涉及之法律見解具有原則上之重要性時，當事人得於上訴期間內，聲請第三審法院裁定許可上訴。</p>	<p>第三審法院乃負有統一解釋法令任務之終審法院，為促使司法資源合理有效運用，固應將第三審上訴之理由予以嚴格限定。惟高等院所為國民參審案件之第二審判決，雖無前條規定得提起第三審上訴之事由，但其所涉及之法律見解具有原則上之重要性時，仍宜使第三審法院有予以審查之機會，爰參考日本刑事訴訟法第四〇六條及日本刑事訴訟規則第二五七條之法例，訂定本條，採行「裁量許可上訴制度」，以充分發揮第三審法院統一解釋法令之機能。</p>
<p>第九十四條 依第九十二條規定提起上訴者，其上訴書狀除應敘述</p>	<p>一、依本條例第九十二條之規定，上訴於第三審法院，非以判決</p>

條 文	說 明
<p>理由外，並應載明所涉及之憲法條文或所違背之司法院解釋或判例。</p> <p>上訴書狀，未依前項規定為之者，應於上訴期間屆滿後二十日內補提理由書於原審法院，逾期不得補提。</p>	<p>所適用之法令牴觸憲法、判決違背司法院解釋或判例者不得為之。為便於第三審法院從事上訴事由之審查，上訴人若依本條例第九十二條第一款之規定提起上訴者，其上訴書狀即應敘述原審判決所適用之法令牴觸憲法之理由及所涉及之憲法條文；其依第九十二條第二款或第三款之規定提起上訴者，除應於上訴書狀敘述其理由外，更應載明所違背之司法院解釋或判例，爰參考我國司法院大法官審理案件法第八條第一項第二款、日本刑事訴訟規則第二五三條之規定，於第一項明定提起第三審上訴之程式。</p> <p>二、為落實上訴書狀應記載事項之規定，並兼顧上訴人權益，若提起上訴未依前項規定於上訴書狀內敘述理由，並載明所涉及之憲法條文或所違背之司法院解釋或判例者，容許上訴人於上訴期間屆滿後二十日內補提理由書。至於逾期者，則不得補提，使之發生失權效果，爰於第二項訂定明文。</p>
<p>第九十五條 依第九十三條規定聲請第三審法院許可上訴者，應向</p>	<p>「裁量許可上訴」為本條例所增設之上訴機制，自應規定其聲請權人</p>

條 文	說 明
<p>原審法院提出聲請書狀，具體敘述原審判決所涉及之法律見解具有如何原則上之重要性。</p> <p>聲請書狀，未依前項規定為之者，應於上訴期間屆滿後二十日內補提理由書於原審法院，逾期不得補提。</p>	<p>及聲請之程式。而為便於第三審法院從事審查，允宜要求聲請人於聲請書狀具體敘述原審判決所涉及之法律見解具有如何原則上重要性。另為使聲請人有較充分之時間準備相關理由書狀，如其未於聲請書狀內敘述上開理由者，則容許其於上訴期間屆滿後二十日內，補提理由書，倘若逾期仍未補提者，應使之發生失權效果，不得補提，原審法院得依據本條例第九十六條第一項規定，逕以裁定駁回聲請，併予敘明。</p>
<p>第九十六條 對於前條之聲請，原審法院認為聲請權已經喪失或逾期未提出理由書者，應以裁定駁回之。</p> <p>除前項情形外，原審法院於接受聲請書狀或理由書後，應速將該案卷宗及證物送交第三審法院，並通知第三審法院對應之檢察署檢察官。</p>	<p>一、聲請裁量許可上訴，已逾上訴期間，或逾期未提出理由書者，均屬聲請不合法，應由原審法院以裁定駁回之，爰訂定本條第一項，以資適用。</p> <p>二、聲請人聲請裁量許可上訴，如無不合法之情形，原審法院應於接受聲請書狀或理由書，連同卷宗及證物送交第三審法院，並通知第三審法院對應之檢察署檢察官，使該管檢察官有表示意見之機會。爰參考日本刑事訴訟規則第二六〇條第一項之法例，訂定本條第二項。</p>
<p>第九十七條 當事人依第九十三條規定聲請許可上訴，第三審法院</p>	<p>一、第三審法院接受原審法院移交卷證後，應審查原審判決所涉</p>

條 文	說 明
<p>認其聲請為適當者，應自接受該案卷宗及證物之日起二十日內為許可之裁定，並以第九十五條之聲請書狀或理由書視為已提起上訴之上訴理由書。</p> <p>前項裁定，應記載許可之範圍，並即通知原審法院及第三審法院對應之檢察署檢察官。</p> <p>第三審法院認不應許可者，應速將結果通知聲請人。</p>	<p>及之法律見解是否具有原則上之重要性，如其認為許可上訴為適當者，允宜於一定期間內為許可上訴之裁定，並以其聲請書狀或理由書視為已提起上訴之上訴理由書，使其發生與提起上訴相同之移審效果。至於聲請事由中，若有不具備原則上重要性之事項，自不在許可範圍之內。爰參考日本刑事訴訟規則第二六一條、第二六三條第一項之法例，訂定本條第一項，以資適用。</p> <p>二、第三審法院許可上訴之聲請後，為使原審法院知悉其事由，並使該管檢察署檢察官有添具意見書表示意見之機會，應將許可上訴之裁定通知於原審法院及第三審法院對應之檢察署檢察官，爰於本條第二項規定之。</p> <p>三、聲請人聲請第三審法院許可上訴，僅係促請第三審法院發動職權審查，並非當然發生訴訟繫屬第三審法院之效果。如第三審法院認為原審判決所持之法律見解並不具有原則上重要性，而無許可上訴之必要時，僅須將不予許可之決定結果通知於聲請人，毋庸以書面裁定</p>

條 文	說 明
	另行敘述理由，爰於本條第三項予以規定。
<p>第九十八條 第九十三條之聲請，具有停止原審判決確定之效力。但其聲請經原審法院裁定駁回確定，或第三審法院通知不予許可者，不在此限。</p> <p>前項但書之情形，原審判決於原上訴期間屆滿之日確定。</p>	<p>一、於裁量許可上訴制度下，聲請人提出聲請，並非當然發生訴訟繫屬第三審法院之效力，須待第三審法院裁定許可上訴後，始與提起第三審上訴有相同之移審效果，故對於依本條例第九十三條規定所提起之聲請，應先賦予其停止原審判決確定之效力。但如聲請許可上訴係不合法，經原審法院依本條例第九十六條第一項規定裁定駁回確定，或第三審法院通知不予許可者，該聲請即無停止原審判決確定之效力，原審判決於本條第二項規定之日即告確定，爰參考日本刑事訴訟規則第二六四條規定，訂定本條第一項。</p> <p>二、於前項但書之情形，裁量許可上訴之聲請固不發生阻卻原審判決確定之效力，但其確定期間應如何計算，仍須有明確之標準。因聲請許可上訴，與上訴之效果不同，不當然發生移審之效果，故原審判決確定之時間不應以原審法院駁回聲請之裁定確定時或第三審法院通知不予許可時起算。又聲請許</p>

條 文	說 明
	可上訴，為當事人在上訴期間內得享有之權利，故而判決確定之時間亦不宜溯及原審判決宣告之日，而應以原上訴期間屆滿之日為其確定時間，較為允當，爰於本條第二項明定之，以杜爭議。
<p>第九十九條 除依第一一三條適用刑事訴訟法第三八四條規定之情形外，原審法院於接受答辯書或提出答辯書之期間已滿後，應速將該案卷宗及證物，送交第三審法院對應之檢察署檢察官。</p> <p>第三審法院對應之檢察署檢察官接受卷宗及證物後，應於七日內添具意見書送交第三審法院。但於原審法院對應之檢察署檢察官提出之上訴書或答辯書外無他意見者，毋庸添具意見書。</p>	<p>原審法院應如何送交卷宗與第三審法院對應之檢察署檢察官，宜有明文，爰於本條第一項訂明。</p> <p>參考刑事訴訟法第三八五條第二項之規定，訂定第二項。</p>
<p>第一〇〇條 提起上訴或聲請許可上訴之人及他造當事人，在第三審法院未裁判或通知前，得提出追加理由書、答辯書或意見書於第三審法院。</p> <p>前項書狀，應提出繕本，由第三審法院書記官送達於他造當事人。</p>	<p>合法提起第三審上訴或聲請第三審法院許可上訴之案件，於第三審法院裁判前，宜使上訴人、聲請人或其對造，得提出追加理由書、答辯書或意見書於第三審法院，以供斟酌，爰訂定第一項，並於第二項明定該等書狀應提出繕本，由第三審法院送達他造當事人。</p>
<p>第一〇一條 審判期日，毋庸傳喚被告到庭。</p>	<p>國民參審案件之第三審為嚴格法律審，遇有言詞辯論之必要時，依本條例第一〇七條準用第八十條第二</p>

條 文	說 明
	<p>項，應由律師充任之辯護人行之。故第三審之審判期日，被告無到庭之義務，第三審法院亦無須傳喚被告到庭，爰參考日本刑事訴訟法第四〇九條之法例，訂定本條，以資適用。</p>
<p>第一〇二條 第三審法院，就下列事項，得依職權調查之：</p> <p>一 第一〇四條各款所列之情形。</p> <p>二 免訴事由之有無。</p> <p>三 原審判決後被告死亡。</p>	<p>一、國民參審案件之第三審為嚴格法律審，並兼採裁量許可上訴制度。上訴權人提起第三審上訴應敘述上訴之理由，具體指摘原審判決所適用之法令如何牴觸憲法，或有何違背司法院解釋或判例之瑕疵。而依本條例第九十七條第一項之規定，第三審法院如裁定許可上訴者，則以其聲請理由書視為提起第三審上訴之理由書，為符合第三審為嚴格法律審之屬性，第三審法院自應以第二審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，而此依本條例第一〇七條準用第七十八條第一項為規範已足，無須重複規定，爰於本條訂定第三審法院得依職權調查之事項，以資遵循。</p> <p>二、本條例第一〇四條規定第三審法院對於不具備上訴理由之案件，於符合該條各款所列情形之一時，仍得依職權撤銷原審</p>

條 文	說 明
	<p>判決。因此，關於該條各款之事由，允宜列為第三審法院得依職權調查之事項。又本條所定得依職權調查事項，係從刑事訴訟法第三九三條修正而來，惟其中第三款「對於確定事實援用法令之當否」、第四款「原審判決後刑罰之廢止、變更或免除」及第五款「原審判決後之赦免」等事項，已為本條例第一〇四條第一款及第五款所涵蓋，自毋庸於本條為重複之規定，附此說明。</p>
<p>第一〇三條 第三審法院認為上訴無理由者，應以判決駁回之，其以違背判例為上訴理由，經認為應變更判例而維持原審判決者，亦同。</p>	<p>上訴人以原審之國民參審判決違背判例為上訴理由者，第三審法院經審理後，認為應變更判例而維持原審判決時，亦應與上訴無理由相同，為駁回上訴之判決，爰於本條訂明。</p>
<p>第一〇四條 第三審法院認為原審判決雖無第九十二條所定之上訴理由，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：</p> <ol style="list-style-type: none"> 一 顯有影響判決結果之違背法令。 二 顯有影響判決結果之重大事實誤認。 三 科刑或宣告保安處分顯然不當。 	<p>一、第三審法院關於國民參審案件之審判，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牴觸憲法、</p>

條 文	說 明
四 有得聲請再審原因之情形。 五 判決後刑罰已廢止、變更、 免除或經赦免。	<p>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，應得將原審判決撤銷。爰參考日本刑事訴訟法第四一一條之法例，賦予第三審法院撤銷原審判決之職權。而其中第一款之事由，係使第三審法院得以糾正原審判決之重大違背法令，以完備第三審上訴統一解釋法令之功能；第二款至第四款之規定，乃使第三審上訴發揮個案救濟之作用，以維當事人權益。至第五款之判決後刑罰已廢止、變更、免除或經赦免者，既已列入第三審法院得依職權撤銷之事由，則刑事訴訟法第三八一條之規定，自無適用餘地，附此說明。</p> <p>二、至於依本條例第九十三之規定聲請第三審法院裁定許可上訴之案件，如第三審法院認為不應許可時，僅須將結果通知於聲請人（本條例第九十七條第三項規定參照），此時不發生訴訟繫屬第三審法院之效果，第三審法院無依職權撤銷原審判決之餘地；若第三審法院裁定許可上訴者，依其許可上訴之目的，第三審法院之審查範</p>

條 文	說 明
	圍仍應限於原審判決之法律見解是否具有原則上重要性及有無撤銷或變更其法律見解之必要，尚無本條規定之適用，併此敘明。
<p>第一〇五條 第三審法院因原審判決有下列情形之一而撤銷之者，應就該案件自為判決：</p> <p>一 應諭知免訴或不受理。</p> <p>二 原審判決後刑罰已廢止、變更或免除。</p> <p>三 原審判決後經赦免或被告死亡。</p>	<p>為符合第三審上訴為嚴格法律審之特質，並配合本條例第一〇二條就第三審法院得依職權調查事項之修正，爰訂定本條，明定第三審法院因原審判決有下列情形之一而撤銷之者，應就該案件自為判決：一、應諭知免訴或不受理，二、原審判決後刑罰已廢止、變更或免除，三、原審判決後經赦免或被告死亡。</p>
<p>第一〇六條 第三審法院因前條、刑事訴訟法第三九九條及第四〇〇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原第一審法院，或發交與原審法院或第一審法院同級之他法院。但第三審法院認依其調查所得訴訟資料及原審法院或原第一審法院調查之證據，可據以為裁判者，得就該案件自為判決。</p>	<p>一、國民參審案件之第二審上訴改為事後審制，依本條第七十八條第一項之規定，第二審法院原則上，應以第一審法院調查之證據及第一審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，於例外情形，始依同條項但書及第二項規定調查事實，是其於事實調查之功能及權限受有一定之限制。第三審法院若因前條、刑事訴訟法第三九九條及第四〇〇條以外之情形而撤銷原審判決時，如僅能發回第二審法院或發交同級之他法院為審理，</p>

條 文	說 明
	<p>不免發生第二審法院無法按照發回意旨澈底就事實為調查審理之情狀。為解決此問題，並追求真實之發見，自應使第三審法院得斟酌個案之具體情形，將案件發回原審法院或第一審法院，或發交與原審法院或原第一審法院同級之他法院，俾有彈性而妥適處理，故於增列「或原第一審法院」之用語。至原第一審法院，依本條仍應行國民參審程序，乃屬當然。</p> <p>二、又除前條、刑事訴訟法第三九九條及第四〇〇條所規定之情形外，第三審法院於撤銷原審判決後，倘認為依其調查所得訴訟資料及原審法院或原第一審法院調查之證據，可據為裁判者，此時為避免案件無謂延宕，自得就該案件自為判決，爰參考日本刑事訴訟法第四一三條之法例，訂定本條但書規定，以資適用。</p>
<p>第一〇七條 第三審之審判，除本章有特別規定外，準用第二審審判之規定。</p>	<p>因國民參審案件之第二審上訴構造改採事後審查制，第三審上訴與第二審上訴既同具事後審之性質，故關於第三審上訴之審判，除本章有特別規定外，於理論上，關於性質相同部分，自應準用第二審審判規定，而非準用為事實審之第一審審</p>

條 文	說 明
	判之規定，參考日本刑事訴訟法第四一四條之體例，訂定本條，明定第三審之審判，除本章有特別規定者外，準用第二審審判之規定。

參考文獻

一、中 文

1. 何賴傑，上訴審改革之理論與方向，載：如何建立一套適合我國國情的刑事訴訟制度，頁333-353，2000。
2. 何賴傑，簡介德國刑事上訴制度，載：法條化研究報告（下）——刑事訴訟起訴狀一本主義及配套制度，頁471-493，2001。
3. 吳巡龍，從美國上訴制度檢討我國刑事訴訟上訴審修正草案，台灣本土法學雜誌，67期，頁121-142，2005。
4. 林鈺雄，刑事訴訟法（下）——各論編，4版，2006。
5. 陳運財，我國刑事訴訟上訴審構造之檢討，載：刑事訴訟起訴狀一本主義及配套制度法條化研究報告（下），頁495-528，2001。
6. 黃朝義，刑事第二審構造及其未來走向，月旦法學雜誌，143期，頁31-46，2007。

二、日 文

1. 三井誠、酒卷匡，入門刑事手続法，4版，2007。
2. 小田中聰樹，ゼミナール刑事訴訟法（上）争点編，1987。
3. 川口政明，上訴——裁判の立場から，載：新刑事手続Ⅲ，頁389-401，2004。
4. 中川孝博，裁判員制度のもとにおける控訴審のあり方，載：季刊刑事弁護，43號，頁60-65，2005。
5. 五十嵐二葉，「判決には理由を附す」ことは必要か，載：民衆司法と刑事法学——庭山英雄先生古稀祝賀記念論文集，頁255-274，1999。
6. 五十嵐二葉，刑事司法改革はじめの一步，2002。
7. 平田元，控訴審の構造，載：刑事訴訟法の争点，3版，頁210-211，2002。
8. 平良木登規男，参審制度導入のいくつかの問題点（下），法曹時報，53卷2號，頁263-283，2001。

9. 平野龍一，控訴審の構造，載：裁判と上訴／刑事法研究第5卷，頁145-170，1982。
10. 田口守一，刑事訴訟法，4版，2005。
11. 田宮裕，刑事訴訟法（新版），2004。
12. 白取祐司，三審制の意義，載：刑事訴訟法の争点，3版，頁208-209，2002。
13. 白取祐司，刑事訴訟法，3版，2005。
14. 池田修，解説裁判員法，2005。
15. 池田修、前田雅英，刑事訴訟法講義，2004。
16. 辻裕教，司法制度改革概説6裁判員法／刑事訴訟法，2005。
17. 西野喜一，裁判員制度下の控訴審，判例タイムズ，1237期，頁122-128，2007。
18. 杉森研二，裁判員制度導入後の控訴審，載：鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集（下巻），頁741-758，2007。
19. 齊藤哲，市民裁判官の研究，2001。
20. 松本時夫、土本武司，条解刑事訴訟法，3版，2003。
21. 松尾浩也，刑事訴訟法（下），新版補正2版，2004。
22. 長沼範良、田中開、寺崎嘉博，刑事訴訟法，2版，2005。
23. 後藤昭，刑事控訴立法史の研究，1987。
24. 後藤昭，裁判員制度に伴う上訴の構想，一橋法學，2卷1號，頁3-20，2003。
25. 兼子一、竹下守夫，裁判法，4版，1999。
26. 宮城啓子，裁判員制度の導入と上訴，現代刑事法，32號，頁57-61，2001。
27. 渥美東洋，刑事訴訟法，新版補訂，2005。
28. 福井厚，刑事訴訟法講義，2版，2003。
29. 鯉越溢弘，裁判員制度と国民の司法参加，2004。

The Structure of Second Instance Those Trials Held in Civil Court in The First Instance: Focus on the Act of Referee in Japan and the Regulation of Civil Trial in Taiwan

Yong-Hong Chang^{*}

Abstract

The voices of reform of the current second instance of the criminal trial system is a common occurrence; among the voices some address the reviewing court system. The regulation of Civil Trial in this country according to those opinions legislate those trials held in civil court in the first instance will be tried by reviewing court in the second instance. But this reform not only must be conferred in the case of civil trial, but also in the case of the reform of the criminal appeals system in the future. According to the principle of direct trial and the propriety of reversing the first instance judgment from the civil court by the second instance court, a survey the reviewing court system, continuative trial system and trial de novo, and considering the advantages and disadvantages of these systems, I approve of the reviewing court system,

^{*} Judge of Taipei District Court (criminal division) in Taiwan; doctoral candidate at National Cheng-chi University College of Law, (advisor: Dr. Prof. Ho Lai-jier).

Received: August 13, 2008; accepted: February 12, 2009

because this system can retain a balance between the criminal appeal system and civil system. In addition, the legislation of the act of referee in Japan also adopts a similar system, but actually the operating of the criminal appeal system in Japan is no longer a legitimate reviewing court system. Plagiarizing the regulations of Japan will not obtain the request of the reviewing court system. On the contrary, we should amend the regulations with the spirit of the reviewing court system.

Keywords: Civil Trial, Appeal, Trial de Novo, Continuative Trial by Higher Tribunal, The Reviewing Court system, the Principle of Direct Trial, the Act of Referee, the Regulation of Civil Trial, Second Instance

