



上诉二审的鸿沟及其填补 ——在理论与实践之间的研究*

王兆鹏

提 要：本文在呈现一个健全“司法生态”圈，其法律生命之发展与演化情形。2007年7月以前，在我国台湾地区提起刑事二审上诉，毋须叙述任何理由。立法机关为改变此无效率之上诉制度，乃修法规定二审上诉书“应叙述具体理由”，否则生驳回之效果。作者搜集新法实施后一年期间内，与此有关之“最高法院”全部判决、“高等法院”925件判决，藉理论研究与实证分析之方式，发现：一、“最高法院”对“具体理由”之解释，采极为严苛之见解，“篡改”二审之覆审制为事后审制；二、在二审上诉遭驳回的案件中，有98.5%的被告皆无辩护人，应可推论新法已对贫而无力聘请律师之被告，筑起上诉的鸿沟。此研究一经发表，即引起人权团体高度重视，乃请求“监察院”调查。“监察院”在详实调查后，严厉指摘“最高法院”“剥夺当事人第二审上诉权，悖离‘宪法’第十六条之诉讼基本权，自有违误”。在遭受学术机关、人权团体、“监察院”之指责后，“最高法院”亦体悟先前见解之瑕疵，乃开创新的诉讼理论，作出崭新判决以填补先前所筑之上诉鸿沟。二审上诉之法

* 作者王兆鹏(Jaw-Perng Wang)，男，台湾大学法律学院教授兼副院长、台湾大学科技整合法律学研究所所长，美国芝加哥大学(University of Chicago)法学博士及法学硕士、美国哥伦比亚大学(Columbia University)法学硕士、台湾大学法学学士，研究领域为刑事诉讼法、证据法，代表作有《辩护权与诘问权》、《路检、盘查与人权》、《一事不再理》、《刑事被告的宪法权利》、《当事人进行主义之刑事诉讼》、《美国刑事诉讼法》等。Email: jpwang@ntu.edu.tw

本文浓缩《上诉二审的鸿沟——理论与实证研究》及《上诉二审鸿沟之填补——评最高法院98年度台上字第5354号判决》二篇文章，原分别刊载于《军法专刊》第54卷第5期(2008年10月，第1至18页)及《法令月刊》第61卷第2期(2010年2月，第42至54页)。《上诉二审的鸿沟》刊出后，引起人权团体高度重视，多次请求“司法院”提出对策，毋使经济或知识上居于弱势之被告，因为“最高法院”之严格见解而丧失上诉二审之权利，惟“司法院”皆以审判独立而未予理睬。人权团体乃请求“监察院”调查，“监察院”为详实之调查后，严厉指摘“最高法院”已“导致第二审为覆审及权利上诉之上诉制度仅为形式上聊备一格之程序规定，实质上业剥夺当事人第二审上诉权，悖离‘宪法’第十六条之诉讼基本权，自有违误”(详见“监察院”99年1月19日“院台司字第0992600102号函”所附“监察院”司法及狱政委员会第4届第19次会议决议通过之调查报告)。“最高法院”似也体悟其先前见解之严苛，又作出崭新判决，以填补其先前所筑起的上诉鸿沟，《上诉二审鸿沟之填补》正是就这些新判决见解的评论。

经作者同意，作者将该二文修订汇编并授权刊发。该项研究在问题意识、研究方法上及其背后所体现学术研究推动制度改革、改善法律实践上具有显著意义。

律内涵，在短短二年内，历经立法院修法、“最高法院”严苛解释、学者超然之理论与实证分析、人权团体之积极游说、“监察院”之介入调查，最后“最高法院”非但改变其先前见解，甚且扩大对被告人权之保障，此法律生命之发展过程与因素，或许值得参考。

关键词：上诉审；辩护权；平等保护；正当法律程序；实证研究

一、导论

对于地方法院第一审判决不服而上诉者，“刑事诉讼法”¹过去未规定应于上诉书内叙述上诉理由。实务上，上诉人多于上诉书内简单撰写“对于原审判决之认定事实均有不服”，即发生上诉效力，二审法院必须依法受理及审判。有时上诉人于二审开庭前仍未具状说明上诉理由，迟至开庭时始口头说明上诉理由，令法院及对造当事人不能有效率地准备诉讼，实务有称此为“空白上诉”者。

为防止“空白上诉”之弊病，2007年7月4日修正之“刑事诉讼法”第361条增订第2项、第3项（以下简称新法），规定第二审上诉书状“应叙述具体理由”；未叙述上诉理由者，应于上诉期间届满后二十日内补提理由书；逾期未补提者，原审法院应定期先命补正。²逾期仍未补正者，原审法院应依第362条规定，以上诉不合法法律上之程序，裁定驳回其上诉。³惟立法理由特别强调，上诉人虽已逾法院裁定命补正期间，并不当然发生失权效果，在法院尚未据以为裁判前，仍得提出理由书状以为补正。⁴如上诉人在原审未补提理由书状，亦未经原审法院裁定命补正者，第二审法院审判长应定期间先命补正，必逾期仍不补正者，始得以判决驳回。⁵

原审法院对上诉书状有无记载理由，仅能为形式上之审查，至上诉理由是否“具体”，系属二审法院审查之权。因此，只要上诉书已叙述理由，无论其具体与否，皆不生原审法院应待其补提理由书或命补正之问题。⁶依新修正之“刑事诉讼法”第367条规定，如上诉人已提出上诉理由，但所提非属“具体理由”者，第二审法院应以上诉不合法法律上之程序而判决驳回之。

¹ 以下所称刑事诉讼法均系指我国台湾地区“刑事诉讼法”。

² “刑事诉讼法”第361条：“（第一项）不服地方法院之第一审判决而上诉者，应向管辖第二审之高等法院为之。（第二项）上诉书状应叙述具体理由。（第三项）上诉书状未叙述上诉理由者，应于上诉期间届满后二十日内补提理由书于原审法院。逾期未补提者，原审法院应定期先命补正。”（划线部分为增订条文）。

³ 第362条规定：“原审法院认为上诉不合法法律上之程序或法律上不应准许或其上诉权已经丧失者，应以裁定驳回之。但其不合法法律上之程序可补正者，应定期先命补正。”

⁴ 2007年7月4日新增订第361条第2、3项之立法理由：“三、……又虽已逾法院裁定命补正期间，并不当然发生失权效果，在法院尚未据以为裁判前，仍得提出理由书状以为补正，乃属当然，均一并叙明。”

⁵ 2007年7月4日修正第367条：“第二审法院认为上诉书状未叙述理由或上诉有第三百六十二条前段之情形者，应以判决驳回之。但其情形可以补正而未经原审法院命其补正者，审判长应定期先命补正。”（划线部分为增订条文）。立法理由为：“因第三百六十一条第三项已明定上诉书状未叙述理由者，应于上诉期间届满后二十日内自行补提理由书状于原审法院，未补提者，应由原审法院定期先命补正。惟上诉人如未自行补提理由书状，亦未经原审法院裁定命补正者，仍宜由第二审法院审判长定期先命补正，必逾期仍不补正者，始予判决驳回，爰配合修正本条。”

⁶ 2007年7月4日增订第361条第2项、第3项之立法理由：“原审法院对上诉书状有无记载理由，应为形式上之审查，认有欠缺，且未据上诉人自行补正者，应定期先命补正，爰于第三项后段明定。至上诉理由是否具体，系属第二审法院审查范围，不在命补正之列。”“司法院”新修正“法院办理刑事案件应行注意事项”第162点：“至于理由之具体与否系属第二审法院审查范围，不在第一审法院命补正之列，是上诉书状如已叙述理由，无论其具体与否，即无待其补提理由书或命补正之问题。”

在新法实施后,实际之操作及成效如何,非常值得研究。本文拟自理论及实证研究,评析新法在实务及立法上是否仍有检讨及改进之空间。为了解此一问题,以下第一部分先介绍“具体理由”之意义。新法最关键之争执在于“具体理由”,上诉状具备具体理由者,得进入二审实体审判;反之,则不能。就此争执,在新法实施后一年内⁷，“最高法院”判决得分为两派意见,本文将分析评论二者之利弊得失,并提出本文之见解。第二部分则指出新法可能造成弱势族群上诉二审的鸿沟,本文将以理论与实证研究分析及证明之,进而建议应修法使弱势族群在上诉程序中,亦有受律师协助的权利。第三部分在针对被告之二审上诉如因为辩护人能力不足而遭判决驳回时,被告是否得主张未“受有效的律师协助”以资救济?第四部分则介绍、评论“最高法院”或许体会其过去见解可能造成弱势族群上诉二审之鸿沟,于2009年度已陆续作成几篇判决以资修正、补救。结论部分则综合本文论述,提出对新法之诠释及修法意见,以供实务及立法者参考,并对“最高法院”就此问题所修正之相关判决评析之。

二、具体理由

新法规定上诉二审应备“具体理由”,其意为何?立法理由未详加定义,仅说明:目前第二审并非如第三审系法律审,故上诉理由毋须如第377条规定以原判决违背法令为限。“司法院”新修正“法院办理刑事案件应行注意事项”第162点指出所谓的具体理由,“系指须就不服之判决为具体之指摘而言,如仅泛称原判决认定事实用法不当或采信违法、判决不公等,均非具体理由”,亦仅表示上诉理由必须为“具体指摘”,不能为泛泛、模糊之指摘,仍无法清晰窥知“具体理由”之内涵为何。

(一) 实务见解

作者搜寻新法实施后一年内⁸“最高法院”有关新法“具体理由”之判决,共得21则判决,其中就具体理由之内涵阐述说明者,仅有4则。⁹该4则判决之主要意旨得分为两大类:具体之指摘即为已足,如“最高法院”97年“台上字第236号”判决:“所称‘具体理由’,系指须就不服之判决为具体之指摘而言,如仅泛称原判决认定事实用法或量刑不当、采信违法、判决不公等,均非具体理由¹⁰。是倘上诉理由……已举出该案相关之具体事由足为其理由之所凭,自非徒托空言或漫事指摘,纵其所举理由经调查结果并无可采,要属上诉有无理由之范畴,尚难遽谓未叙述具体理由(以下就此简称为第一类见解)。”¹¹

较严格之见解,如“最高法院”97年“台上字第892号”判决:“所谓具体理由,必系依据卷内既有诉讼资料或提出新事证,指摘或表明第一审判决有何采信认定事实、用法或量刑等足以影响判决本旨之不当或违法,而构成应予撤销之具体事由,始克当之¹²;倘仅泛言原判决认定事实错误、违背法令、量刑失之过重或轻纵,而未依上揭意旨指出具体事由,或形

⁷ 即2007年7月4日至2008年7月3日。

⁸ 即2007年7月4日至2008年7月3日。

⁹ 本文透过法源法律网,以2007年7月4日至2008年7月3日一年之内时间为范围,检索字词为“具体理由”,搜寻“最高法院”之判决,经筛选与新法有关者,共得21则判决。其中4则阐述“具体理由”之判决为:“最高法院”97年“台上字第2357号”判决、“最高法院”97年“台上字第1402号”判决、“最高法院”97年“台上字第892号”判决、“最高法院”97年“台上字第236号”判决。

¹⁰ 参见“法院办理刑事案件应行注意事项”第162点。

¹¹ “最高法院”97年“台上字第1402号”判决意旨略同。

¹² 例如:依凭证据法则具体指出所采证据何以不具证据能力,或依凭卷证资料,明确指出所为证据证明力之判断如何违背经验、论理法则。

式上虽已指出具体事由，然该事由纵使属实，亦不足以认为原判决有何不当或违法者¹³，皆难谓系具体理由，俾与第二审上诉制度旨在请求第二审法院撤销、变更第一审不当或违法之判决，以实现个案救济之立法目的相契合，并节制滥行上诉（以下就此简称为第二类见解）。¹⁴

“高等法院”在适用新法时，有许多系沿袭“最高法院”之第二类见解，而判决驳回当事人之上诉。¹⁵

（二）评论

本文认为上述第一类见解始为正确，第二类见解有理论上的严重瑕疵。在第二类见解之推理过程中，曾举例说明上诉状必须明确指出原审“所为证据证明力之判断如何违背经验、论理法则”，此一推理似将法律问题与事实问题混为一谈，而且紊乱覆审制与事后审制。为证明其瑕疵、为说明具体理由应有之意义，须先说明二前提要件：证明力之判断与二审之覆审制。

前提要件一：证明力之判断与法律问题。“刑事诉讼法”第155条第1项规定：“证据之证明力，由法院本于确信自由判断，但不得违背经验法则及论理法则。”此一条文得分为二部分理解：证据之证明力为何，只要不违背经验法则及论理法则，为事实问题，乃事实审法院的裁量权，不得上诉于三审法院。例如“最高法院”判例不断强调数证人之证言不同，

¹³ 例如：对不具有调查必要性之证据，法院未依声请调查亦未说明理由，或援用证据不当，但除去该证据仍应为同一事实之认定。

¹⁴ “最高法院”97年“台上字第2357号”判决与此意旨相同。

¹⁵ 被告上诉指出证人陈述前后不一、与其他证人证词矛盾，为“覆审制”的“高等法院”以“事后审”思维模式而驳回者，如“高等法院”台花莲分院97年上诉字第103号判决：“本件……虽提出上诉状叙述上诉理由，其理由并略以……证人蔡惠玲与罗世钧每次均同行，何以蔡惠玲知交易地点而罗世钧不知道，且窃取之橘色石头为何不在伊处，其等证词前后不一；证人李梅秀亦证明与伊乃男女朋友，依理怎可能向李梅秀收钱；证人谢明宏从头至尾均与伊无金钱交易云云。然查：……按证人之陈述有部分前后不符或相互间有所歧异时，或因记忆淡忘、或事后回护被告、或因其他事由所致，究竟何者为可采，法院仍得本其自由心证予以斟酌，非谓一有不符或矛盾，即应认其全部均为不可采信……而原判决已就上诉人即被告贩卖海洛因予蔡惠玲，贩卖甲基安非他命予李梅秀、谢明宏所依凭之证据，于判决理由载明甚详，显无原审未就上诉人即被告所述者加以审酌之情事存在。上诉人即被告复未提出新事证，指摘或表明第一审判决有何采证认事，足以影响判决本旨之不当或违法，而构成应予撤销之具体事由。故……本件上诉不合法法律上之程序，且无从命补正，应予驳回，并未经言词辩论为之。”也有被告详列原审量刑不当之理由，为“覆审制”的“高等法院”也以“事后审”思维模式而驳回者，如“高等法院”花莲分院96年上诉字第306号判决：“……其上诉理由称：原审援引刑法第59条规定酌减后之刑度仍为6年8月，被告犯行因未早在96年4月24日之前或减轻二分之一之惠，仍请求考虑被告之犯罪动机、目的，系因积欠银行债务，为使家人能其解决，而出此下策，又被告与被害人正一五金之关系，使被告误以为强盗其继父所经营之正一五金之款项，为自家人之财物，应较无关系，并于犯后坦承犯行，配合警方起出强盗所得之全部款项，态度良好，且与被害人达成和解，取得其谅解，且被告并无任何前科，素行良好，而再予酌量减轻其刑云云。然查原审判决于量刑时，已充分审酌上诉人即被告上诉理由中所举各项事由……上诉人即被告就原审所审酌之量刑事由究有何违法或不当之情形，并未具体指摘，仅以业经原审审酌之事由，再次据为请求减轻其刑之理由，揆诸上开说明，难认其已详述具体之上诉理由。从而，本件上诉不合法法律上之程序，且无从命补正，应予驳回，并未经言词辩论为之。”“高等法院”台南分院97年上诉字第506号判决，亦以上诉人所指摘之事项“经原审已详予审酌，并于理由中说明之事项”、“均经原判决详予审酌，且于理由中加以说明”而判决驳回上诉。亦有以认事用法为上诉理由而上诉之判决，及“高等法院”花莲分院97年交上易字第10号判决，以上诉人所指摘之事项“上诉理由所指，就其有过失部分，原判决均已叙明甚详”。

孰之证言较为可信，属事实审法院自由判断之权¹⁶；证人陈述前后不一，何者可采，为事实审法院之职权。¹⁷证明力之认定违背经验、论理法则，为裁量权之违法行使，属于法律问题，得上诉于三审。¹⁸

前提要件二：二审为事实审与覆审制。依刑事诉讼目前法制，二审为事实审、覆审制，三审为法律审、事后审，此为不容争执之事实。姑不论覆审制度之优劣，其所代表之意义为当事人有两次事实审之机会，即就同一事实争执，有请求二不同级法院为两次审判及认定的权利。换言之，当事人就相同之事实争执，得在地方法院为判断后，再请求第二审法院推翻一审判决而为相反之事实认定，此为覆审制之精髓与特色。相反者，法律审与事后审制原则上不容许上级审法院作出与下级审相反之事实认定，只得就下级审适用法律有违误之处予以指摘。

举一例说明上述二前提要件之相互操作与运用。在地方法院的审判中，有证人甲作出对被告不利的证词、证人乙作出对被告有利的证词，法院采信甲之证词而判决被告有罪，被告提起上诉。其上诉二、三审之审理原则应为如下：

在二审为覆审及事实审之前提下：被告得以“乙之证词较为可信，甲之证词较不可信”为理由，而提起第二审上诉；二审法院亦得以乙之证词较甲可信为理由，而撤销原审判决改判被告无罪。盖二审法院为“覆审及事实审”，其撤销原审判决之理由，毋须以原审法院证明力之判断违背经验法则或论理法则为前提；二审法院对于证人证词之证明力，得本于事实审法院之自由心证，作出与下级法院相反之认定。

在三审为事后审及法律审前提下：二审法院判决被告无罪后，检察官上诉三审，其理由为“乙之证词较不可信，甲之证词较为可信”，其上诉即非合法，应予驳回，盖检察官所提起者为事实问题，非法律问题；第三审法院亦不得认为甲之证词较乙可信为理由，而撤销原审判决。依“最高法院”不断强调之判例，不同证人证词孰较可信，属事实审法院自由判断之权。除非以二审法院对于证明力之认定有违经验、论理法则，否则不得上诉于三审法院。

上述“最高法院”第二类见解之瑕疵，即在混淆事实问题与法律问题、紊乱事后审制与覆审制。该判决要求上诉二审必须指出原审“所为证据证明力之判断如何违背经验、论理法则”，以上举甲、乙二证人作出不同证词为例，“最高法院”认为除非原审法院对于甲、乙证词证明力之判断，已“违背经验、论理法则”，否则不得上诉二审，其瑕疵有二：第一、如“最高法院”判例所不断强调，不同证词孰为可信，为事实问题；只有证明力之认定违背

¹⁶ 29 年上字第 1032 号判例：“证据之证明力由法院自由判断之，为‘刑事诉讼法’第二百六十九条所明定，上诉人提出之反证某甲等虽谓某乙系自行落水身死，而据告诉人所举证人某丙等则谓，上诉人夺某乙之篙自撑，因未注意致推动某乙失足落水身死，情词各执，原审综核审理之结果，以某丙等之证言比较可信，采为判决基础，按之上开规定，自系属于法院自由判断之职权，而某丙等之证言，既非与事理显然矛盾，则原审予以采取，即亦与经验上之法则无所违背。”29 年上字第 2457 号判例：“事实审法院，对于证据之取舍，依法有自由判断之权，原判决采取法医研究所之鉴定报告，乃证人甲、乙等有利于被告等之证言，认为被告伤害致人于死嫌疑均属不能证明，而舍弃侦查中之验断书及证人戊、己等不利于被告等之证言，核与证据法则不相违背，即不能指为违法。”

¹⁷ 72 年“台上字第 3976 号”判例：“证人所作先后不同之证言，何者为可采，事实审法院本得参酌其它相关证据为自由之判断，苟无违经验法则，即难指为违法。原审依据上诉人系于绰号‘阿南’者正趋前欲向其购买速赐康而尚未交易成立之际，即被警当场查获，并扣获速赐康三十七支等有关证据，而认证人林某在警局之证言为可采，其在后之证言系属回护上诉人之语，不足采信，核属审判职权之合法行使，不能指为违法。”

¹⁸ 例如 31 年上字第 168 号判例：“被告亲友为被告有利益之证言，其证明力如何，固属于事实审法院自由判断之职权，而其所为判断，仍须受论理法则之支配，原判决对于甲、乙、丙等之证言，不说明其有何瑕疵，徒以其与上诉人等非亲即友，即谓其系出于勾串，其自由判断之职权运用显不合论理上之法则。”53 年“台上字第 2067 号”判例：“证据之证明力如何，虽属于事实审法院自由判断职权，而其所为判断，仍应受经验法则与论理法则之支配。”48 年“台上字第 475 号”判例：“证据之证明力，固属于法院判断之自由，但不得违背经验法则，如证据之本身依照吾人日常生活经验所得之定则观察，尚非无疑窦时，则遽难采为判决之基础。”31 年上字第 1312 号判例：“法院依自由心证为证据判断时，不得违背经验法则，所谓经验法则，系指吾人基于日常生活经验所得之定则，并非个人主观上之推测。”

经验、论理法则，始为法律问题。二审既为事实审及覆审制，何以上诉二审不得以事实争执为理由，却非得以“违背经验、论理法则”之法律争执始得为之？为何在事实审法院只能提起法律争执，而不得提起事实争执？“最高法院”凭何依据改变二审为覆审及事实审之不争事实？

第二、如前所述，在二审为覆审制下（不论其优劣），人民有就同一事实争执，请求二不同级法院分别认定的权利。甲、乙二证人证词孰为可信，在地方法院为判断后，即令无违“经验、论理法则”，当事人亦有权要求二审法院为再一次判断。何以“最高法院”竟要求当事人必须指出原审违背“经验、论理法则”之处，否则不得上诉二审？“最高法院”凭何剥夺人民就同一事实争执受两次审判的权利？

“高等法院”在适用新法时，有许多系沿袭“最高法院”此一严重错误之思想，而判决驳回当事人之上诉。例如，有上诉人以证人证词前后不一、与他证人证词矛盾为理由而详为指摘具体事由，二审法院却以此为原审法院自由裁量之权，且原审法院于判决理由中说明甚详，故不符合新法之具体理由；亦有当事人详列原审量刑不当之具体事由，二审法院却以原审判决于量刑时，已充分审酌上诉理由中所举各项事由，故非具体理由；其他种种不同型态之上诉理由，二审法院亦多以上诉理由所指摘之事实，业“经原审详予审酌，并于理由中说明”、“经原判决详予审酌，且于理由中加以说明”，故显非具体理由。¹⁹以上种种，乃“覆审制”的“高等法院”却以“事后审”思维模式，驳回当事人之二审上诉；已将二审制篡改改为事后审，剥夺人民受两次事实审判的权利，严重违法。

再者，法律不能背离人民之认知，所谓的“具体理由”，亦应依一般人民之普遍认知为准。依“教育部”国语辞典，所谓的“具体”指“大体完备”、“有实体存在，不抽象、笼统”。²⁰依一般人民所认知之文字解释，所谓的“具体理由”，应指非抽象、泛泛、笼统之指称，若已明确表达对某特定事实为争执及其理由为何，或已对量刑表明不服并说明理由何在，应构成具体理由。“最高法院”第二类较严格之见解、“高等法院”许多见解，以某事实

¹⁹ 被告上诉指出证人陈述前后不一、与其它证人证词矛盾，为“覆审制”的“高等法院”以“事后审”思维模式而驳回者，如“高等法院”台花莲分院 97 年上诉字第 103 号判决：“本件……虽提出上诉状叙述上诉理由，其理由并略以……证人蔡惠玲与罗世钧每次均同行，何以蔡惠玲知交易地点而罗世钧不知道，且窃取之橘色石头为何不在伊处，其等证词前后不一；证人李梅秀亦证明与伊乃男女朋友，依理怎可能向李梅秀收钱；证人谢明宏从头至尾均与伊无金钱交易云云。然查：……按证人之陈述有部分前后不符或相互间有所歧异时，或因记忆淡忘、或事后回护被告、或因其它事由所致，究竟何者为可采，法院仍得本其自由心证予以斟酌，非谓一有不符或矛盾，即应认其全部均为不可采信……而原判决已就上诉人即被告贩卖海洛因予蔡惠玲，贩卖甲基安非他命予李梅秀、谢明宏所依凭之证据，于判决理由载明甚详，显无原审未就上诉人即被告所供述者加以审酌之情事存在。上诉人即被告复未提出新事证，指摘或表明第一审判决有何采证认事，足以影响判决本旨之不当或违法，而构成应予撤销之具体事由。故……本件上诉不合法律上之程序，且无从命补正，应予驳回，并不经言词辩论为之。”也有被告详列原审量刑不当之理由，为“覆审制”的“高等法院”也以“事后审”思维模式而驳回者，如“高等法院”花莲分院 96 年上诉字第 306 号判决：“……其上诉理由称：原审援引刑法第 59 条规定酌减后之刑度仍为 6 年 8 月，被告犯行因未早在 96 年 4 月 24 日之前或减轻二分之一之惠，仍请求考虑被告之犯罪动机、目的，系因积欠银行债务，为使家人能其解决，而出此下策，又被告与被害人正一五金之关系，使被告误以为强盗其继父所经营之正一五金之款项，为自家人之财物，应较无关系，并于犯后坦承犯行，配合警方起出强盗所得之全部款项，态度良好，且与被害人达成和解，取得其谅解，且被告并无任何前科，素行良好，而再予酌量减轻其刑云云。然查原审判决于量刑时，已充分审酌上诉人即被告上诉理由中所举各项事由……上诉人即被告就原审所审酌之量刑事由究有何违法或不当之情形，并未具体指摘，仅以业经原审审酌之事由，再次据为请求减轻其刑之理由，揆诸上开说明，难认其已详述具体之上诉理由。从而，本件上诉不合法律上之程序，且无从命补正，应予驳回，并不经言词辩论为之。”“高等法院”台南分院 97 年上诉字第 506 号判决，亦以上诉人所指摘之事项“经原审已详予审酌，并于理由中说明之事项”、“均经原判决详予审酌，且于理由中加以说明”而判决驳回上诉。亦有以认事用法为上诉理由而上诉之判决，及“高等法院”花莲分院 97 年交上易字第 10 号判决，以上诉人所指摘之事项“上诉理由所指，就其有过失部分，原判决均已叙明甚详”。

²⁰ <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>，最后浏览日期：2008 年 9 月 15 日。

争执或量刑理由，乃原审法院自由裁量之权或业经原审法院斟酌考虑，即认定人民之上诉不备“具体理由”。此种解释方式，显然背离一般人民之普遍认知，将造成人民对司法的憎恶与不信任。

综上，二审仍为覆审及事实审制，人民就同一事实争执享有受二不同级法院两次审判的权利，故本文认为新法所谓具体理由，应在禁绝“仅泛称原判决认定事实用法不当或采证违法、判决不公等”之空白上诉。只要上诉理由书明确指出对某特定事实争执有何不服之处，例如不采信人甲之证词，却采信人乙之证词，应认为已具备具体理由。同理，在覆审制下，人民对于刑亦享有受二不同级法院两次认定的权利。如当事人对于法院科刑不服而提起上诉，新法所谓之具体理由，应在禁绝“仅泛称量刑不公”之空白上诉。只要上诉理由书明确指出量刑不公平之处何在，例如“妻怀胎待产，又有二嗷嗷待哺幼儿，竟未科缓刑”，应认为已具备具体理由。²¹

在上举二案例中，如二审法院以上诉人指摘之上诉理由，乃原审法院自由裁量之权或业经原审法院斟酌考虑，因此认定上诉无具体理由而判决驳回上诉，不使案件进入实体审判，等于篡改二审法制，剥夺人民受两级法院认定事实及量刑的权利，违法。又本文虽然赞同第一类见解，亦即第一类见解较第二类见解更为正确。惟严格论之，该判决并未提出理论上之新意，只是以第一类见解倾轧第二类见解，恐难令支持第二类见解之人心服口服。

三、弱势人民的上诉权

在新法修正前，人民只要具状言“认定事实均有不服”，其上诉权即获得保障，即享有二审法院对其案件覆审的权利。新法修正后，上诉书必须叙述“具体理由”，且依“最高法院”较严格之见解，甚且必须“依据卷内既有诉讼数据”指摘原审判决不当之处。

新法衍生之问题为弱势人民是否有能力撰写上诉状之具体理由？也就是说，弱势人民是否有能力实践其上诉二审及接受覆审的权利？此得分别自理论及实证二不同角度观察之。所谓实证角度者，应了解新法实施后，弱势族群是否确实因此而受害？是否因为新法规定致案件无法进入二审实体审判？为此本文以下第一部分将以实证研究证明之。

理论研究者，应自制度层面抽象分析检讨新法可能对弱势族群造成的困难。对弱势族群而言，新法在理论层面可能产生两个重大的法律问题：第一、请求律师协助上诉的权利。经济及知识上居弱势之人民在一审判决后，欲提起上诉，因为贫穷而无力聘请律师，因不解法律而无力自行撰写上诉书，是否得请求法院为其指派律师？依“刑事诉讼法”第31条规定，

²¹ 对于刑之上诉，应具备如何之理由始能谓具体，“最高法院”有不同之见解，其中“最高法院”97年“台上字第236号”判决，即类似本文主张：“本件上诉人不服第一审之科刑判决……其上诉理由称：上诉人并非施用毒品之惯犯，正值发展就业年龄，在思虑未周之情形下施用毒品，若令入狱，恐妨碍一生之前途，因此请求撤销第一审判决，给予易科罚金之机会等语。其以第一审判决量刑过重，质疑第一审判决量刑未符罪刑相当原则，请求原审从轻量刑，既已举上开具体事由为依据，难谓上诉并未叙述具体理由，原审自应就其上诉所主张之事由，调查审判有无理由，方为适法。”然与此相反者，“最高法院”97年“台上字第1402号”判决则认为原审若已审酌之事项，即不成为具体理由，似经将二审法院转为事后审查制：“本件上诉人提起第二审上诉，其上诉理由仅略谓：上诉人自警询至第一审审理中，均一再坦承犯行，足见上诉人深具悔意，犯罪后态度良好，实属不易。上诉人施用毒品纯属个人自残行为，并未危害国家、社会或他人，第一审所为量刑不当云云。而第一审判决已具体审酌上诉人之年龄（系民国六十九年十一月十四日出生，正值青壮）、品行（曾经多次犯罪经论罪、科刑及刑之执行，素行不良）、智识能力（高中肄业）、生活状况（从事杂工为业），及其事后坦承犯行，犯罪后态度尚可，暨其自承为支应施用毒品之庞大开销，而一再窃盗，足见其施用毒品行为显非仅止于危害自身等一切情状，据为量刑理由。上诉人提起第二审上诉，其上诉理由并未具体指摘原判决关于认定事实或量刑有何不当，而仅再就第一审判决已审酌之量刑事项，或徒托空言，漫事指摘第一审判决量刑不当，请求减轻刑度，显非具体理由。”

法院只有在“审判中”始有为低收入户被告指定辩护人之义务，似无为“上诉”之目的而为指定辩护人之义务。若此，又应如何确保弱势人民之上诉权？

第二、请求影印卷宗。依上述“最高法院”第二类见解，上诉必须“依据卷内既有诉讼数据”于上诉状内叙述具体理由。如被告虽受高等教育，但因为中年失业而贫穷无法影印一审庞杂之卷宗资料，是否得在上诉时，请求地方法院为其免费提供卷宗影印数据？依“刑事诉讼法”第33条第2项规定：“无辩护人之被告于审判中得预纳费用请求付与卷内笔录之复印件”，地方法院似乎无此义务。被告如无一审卷宗笔录，又如何能“依据卷内既有诉讼资料”指出具体理由？贫穷被告如何能满足“最高法院”之严格要求？

针对上述问题，以下第二部分先介绍美国法所提出之理论，再分析评论我国台湾地区法制之缺失及应有之改进之道。

（一）实证研究

为了解新法对弱势族群之冲击，应研究调查下列问题：第二审法院依新法规定判决驳回之案件数为何？其中又有多少件为被告上诉案件？多少为检察官上诉案件？遭驳回上诉之案件，其上诉之内容为何？系对认事用法或量刑不服？在被告上诉而遭驳回之案件中，有多少系无辩护人之案件？

为了解上述问题，作者藉法源法律网，以“高等法院”及其分院在新法实施后一年期间²²之判决为数据库，搜寻因上诉不备具体理由而遭判决驳回之全部案件，再加以分析整理，所得成果如下：

第二审法院以上诉不备具体理由而判决驳回之案件，有925件。其中94.3%的案件，皆为由被告上诉之案件（873位被告），亦有少数系由检察官之上诉遭判决驳回的案件（50件，全部案件的5.4%）。（如下表一）

表一 第二审法院依新法判决驳回之案件与上诉人之关系

单位 / 人

	高本院	高雄 高分院	台中 高分院	台南 高分院	花莲 高分院	金门 高分院	总 计
被 告	340	178	134	163	55	3	873
检察官	17	3	5	15	10	0	50
自诉人	1	0	0	1	0	0	2
合 计	358	181	139	179	65	3	925

在全部判决驳回之案件中，仅有113件（12.2%）是对于认事用法不服，余皆为量刑或空言不服之案件。（如下表二）

表二 第二审法院依新法判决驳回之案件与上诉内容之关系

单位 / 案件数

	高本院	高雄 高分院	台中 高分院	台南 高分院	花莲 高分院	金门 高分院	总 计
认事用法	16	13	15	20	25	1	90
量 刑	136	107	53	115	22	1	434
认事用法与量刑	10	2	0	6	4	1	23
仅言上诉或仅空言不服，未提上	189	56	70	36	9	0	360

²² 2007年7月4日至2008年7月3日。

诉理由							
其 他 ²³ *	7	3	1	2	5	0	18
合 计	358	181	139	179	65	3	925

在被告上诉遭判决驳回之全部案件中，仅有 13 位（1.5%）被告有辩护人之协助，其余 98.5% 的被告均无辩护人。（如下表三）

表三 第二审法院依新法判决驳回之案件与辩护人之关系

单位 / 人

	高本院	高雄 高分院	台中 高分院	台南 高分院	花莲 高分院	金门 高分院	总 计
无辩护人	333 (95%)	178 (100%)	133 (99.2%)	161 (98.7%)	52 (94.5%)	3 (100%)	860 (98.5%)
有辩护人 ²⁴	7 (5%)	0	1 (0.8%)	2 (1.3%)	3 (5.5%)	0 (0%)	13 (1.5%)
合 计	340 (100%)	178 (100%)	134 (100%)	163 (100%)	55 (100%)	3 (100%)	873 (100%)

综上，新法上诉制度在实务运用上有相当之复杂性，即令检察官（50 件）、辩护人（13 件）亦未必能成功提起上诉。再者，二审法院依新法判决驳回之案件中，绝大多数为被告上诉之案件（94.3%）；其中又有 98.5% 皆无辩护人之协助。此一数字，更得证明无辩护人之协助，被告无提起上诉之能力。就被告无辩护人的案件中，应得推定其非属经济上之弱势，即为知识上之弱势，否则大可聘请律师，或自行舞文弄墨拟具具体理由。因此，应可断定新法已对弱势人民筑起上诉二审的鸿沟。

在新法修正前，上诉二审不须附具任何理由，即令贫者、愚者亦得实践其法律上所享有之上诉权；新法要求上诉必须具备“具体理由”，“最高法院”甚至作出极为严格的解释，所谓的二审上诉权，对于贫者、愚者而言，似乎成为无法实践的虚无权利。人人皆享有上诉权，唯独贫者、愚者无之？

在刑事诉讼程序中，被告因为经济、知识上之弱势而受到差别待遇，即非正义；如果司法程序之结果系于被告之财富或知识，此一司法制度应受谴责。防止被告因为经济、知识上之弱势而在刑事诉讼程序居于较不利益之地位，为国家无可卸责之义务，为“宪法”平等原则所要求。²⁵ 本文实证研究，令人质疑二审上诉制度与“宪法”平等原则有违。

（二）理论研究

1、美国法参考

在刑事诉讼程序中特别保护贫穷被告，并非国家施舍人民的社会福利措施，而是国家在发动刑事诉讼后所附随之义务。如美国联邦检察总长在“贫穷与联邦刑事司法关系之委员会

²³ 分别有：被告同时对程序不合法及量刑不服而上诉、被告对协商判决不服而上诉、及被告以协助警案而吸食毒品为理由而上诉；检察官仅引用告诉人之请求上诉状而为上诉、及检察官因被告未履行与告诉人调解之条件，而依告诉人之声请而为上诉；自诉人谓：“就得提起上诉之部分上诉”、自诉人仅表明不服原不受理判决（第 329 条）等理由。

²⁴ 在 13 位辩护人中，有 9 位为选任辩护人，4 位为公设辩护人。

²⁵ “宪法”第 7 条：“中华民国人民，无分男女、宗教、种族、阶级、党派，在法律上一律平等。”“宪法”条文所揭櫫之平等保护，为例示规定，而非具有排他意义之列举规定。详见蔡茂寅：“平等权”，《月旦法学杂志》第 46 期，1999 年 3 月，第 114 页。

报告”²⁶所表示：“有效解决刑事程序中被告无资力的问题，理论基础不在于社会福利政策，也不在消弭贫富间的不平等。当政府所发动之行为可能对人民带来严重伤害时，政府即有义务防止可得避免的错误伤害，即令该行为系合法发动，亦同。当政府启动刑事诉讼行为时，对于与刑事司法完全无关却有可能影响被告刑事责任的因素，政府有义务采取合理措施消除这些因素。虽然无法要求政府彻底解决人民的贫穷问题，但得要求政府将贫穷对刑事司法正义的影响降至最低”。²⁷

若上诉为被告之权利时，贫穷被告即受“宪法”正当程序与平等原则之保护。为了解此一问题，应先简略说明美国的上诉程序：美国联邦最高法院判决，被告在被判决有罪后，并无上诉的“宪法”权利²⁸，惟每一个州的“法律”皆允许被告最少有一次上诉的“权利”，上级法院必须接受被告之上诉，并且审理裁判（姑译为“权利上诉程序”）。在第二审判决后，如被告不服而再提起上诉，通常第三审法院有裁量权得接受或拒绝审理（姑译为“许可上诉程序”）。

在 *Griffin v. Illinois* 案件，被告在地方法院判决其有罪后欲提起上诉，因贫穷而无力影印审判卷宗，乃请求地方法院免费提供相关影印数据，法院拒绝其请求。联邦最高法院在审理此案时表示，虽然上诉并非宪法保障之基本人权，但当州法院设立上诉制度后，该上诉审即成为有罪与否的最终决定程序，必须符合宪法正当程序与平等保护原则。在本案情形，被告若未取得原审卷宗影印资料，即不能适当且有效的提起上诉，因此当被告贫穷而无法负担影印费用时，国家有为其出资负担之义务。²⁹在这个判决中，大法官 Black 写下传颂一时的名句：“由财富决定审判，法律之前即非平等。”³⁰

在 *Douglas v. California* 案，被告被判决有罪后上诉，因无资力而请求上诉审法院为其指派律师协助上诉，州上诉审法院表示审阅原审卷宗，觉得即令指派律师对被告之上诉亦无任何帮助，因此驳回被告之请求。联邦最高法院在审理此案时，引用前述 *Griffin* 判决表示：由财富决定能否“上诉”，法律之前即非平等。无原审卷宗数据，几乎无法上诉；同理，对于不具法律素养之人，无律师协助，也几乎无法提起合法之上诉。富者得轻易聘请律师使上诉审法院听其辩论，贫者奔波终日却仍不得；富者之上诉权有实质之意义，贫者之上诉权却是无意义之仪式。当被告有法律上之上诉权时，依据宪法平等保护原则，国家必须为欲提起上诉之贫穷被告聘请律师。³¹

2、我国台湾地区法检讨

“刑事诉讼法”对于弱势族群亦有相当之保护，而且也愈趋严谨。过去，只有在“重罪”案件的审判中，始有为被告指派辩护人之义务。³²1997 年修法将此一义务扩及被告“因智慧

²⁶ Report of the Attorney General's Committee on Poverty and the Administration of Federal Criminal Justice (1963).

²⁷ 转引自 Yale Kamisar, Wayne R. Lafave, Jerold H. Israel & Nancy King, *Modern Criminal Procedure* 61 (West Group, 9d. 1999)。

²⁸ *McKane v. Durston*, 153 U.S. 684 (1894) (dictum); *Jones v. Barnes*, 463 U.S. 745 (1983) (dictum).

²⁹ 351 U.S. 12 (1956). 如州法律规定，贫穷被告必须说服法院其上诉有提升司法正义或有成功的可能，始免费提供影印数据，亦遭联邦最高法院宣告违宪。参考 *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).

³⁰ “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).

³¹ 372 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.).

³² 1997 年修正前之“刑事诉讼法”第 31 条第 1 项规定：“最轻本刑为三年以上有期徒刑或高等法院管辖

障碍无法为完全陈述”之审判中，至 2003 年又修法包括“低收入户”被告而声请指定辩护人之审判案件。³³在上述情形，如法院未为被告指派辩护人，构成程序上之违法，其判决应予撤销。³⁴此有关对于弱势族群保护的规定，同时适用于第一审及第二审之审判。³⁵

新法制造了对于弱势族群保护之漏洞。如前所述，智能障碍或低收入户被告在一审、二审的审判中，皆有权请求法院为其指派辩护人，法院亦必须为被告指派辩护人，否则构成程序违法。在法院指派辩护人后，辩护人通常会主动影印卷宗资料以为诉讼之准备。³⁶所以在一审、二审的“审判中”，应不会有弱势人民无法受到律师协助、不能得到卷宗影印资料的情形发生。惟若被告在一审结束后、二审开始前，为上诉之目的而请求律师协助、请求影印卷宗数据，一审法官、二审法官似皆无从依“刑事诉讼法”第 31 条规定指派律师协助被告。因此，新法所制造之法律问题为：在一审结束后、二审开始前，法律对弱势族群人民之保护似有漏洞。

此一法律问题在旧法时代，并无太大的实质意义。盖在旧法时代，被告只要“声明不服”即得将案件带入二审审判中，虽孺童亦能为之，弱势族群并未因此陷于任何不利益。进入二审审判后，弱势被告得请求法院指派辩护人，法院亦会依第 31 条规定为其指定律师，被告之权利自受相当之保护。惟新法规定上诉二审必须叙述“具体理由”，而“最高法院”又严格解释“具体理由”之要件，非熟悉诉讼法制之专业律师恐无力为之，遑论知识及经济上居于弱势之人民？上述实证研究亦证明即令专业之律师或检察官³⁷所撰之上诉理由书，亦未必合于法律上之程序。新法上诉二审应备“具体理由”之规定，有如在一审与二审间，筑起弱势族群无力跨越的鸿沟，使其无法上诉、无法将案件带入二审的审判中。

新法之目的在防止“空白上诉”，固然有其正当性，但却不经意地造成对弱势族群保护之漏洞，使弱势族群丧失受二审覆审的权利。在一审及二审审判中，对弱势族群都提供相当之保护，但在一审结束后、二审开始前，却疏漏未予以保护，此为新法修正时思虑不周之处，应立即修法予以补正，否则有违平等保护原则与正当法律程序。

再者，为确保弱势族群受律师协助的权利，不会因为一审结束后、二审开始前而陷入中断，美国联邦与大多数州都规定，律师为被告利益所应进行之诉讼行为，不因一审判决而告终止，非常值得学习。美国联邦法律规定，法院于审判中为被告指定之律师，应持续为被告辩护至所有上诉审审级终了为止，除非该律师请求法院解除其责任。³⁸许多上诉法院更判决，在一审终结后，如被告欲提起上诉，不论为法院指定之律师或被告自行委任之律师，原则上仍继续成为被告上诉审的律师；除非委任律师向法院提出终止委任的声请，否则委任关系终止前，所有上诉应采取的行为，律师都应进行。³⁹德州法律亦规定，指定律师应持续代表被告为有利益之诉讼行为，直至起诉被驳回、判决无罪、用尽上诉程序，或者法院解除其责任或有其它律师取代。⁴⁰德州上诉法院判决，指定律师的法律责任不会因为审判终结而自动解除，

第一审之案件，未经选任辩护人者，审判长应指定公设辩护人其辩护。”

³³ 现行“刑事诉讼法”第 31 条第 1 项：“最轻本刑为三年以上有期徒刑或高等法院管辖第一审案件或被告因智慧障碍无法为完全之陈述，于审判中未经选任辩护人者，审判长应指定公设辩护人其辩护；其它审判案件，低收入户被告未选任辩护人而声请指定，或审判长认有必要者，亦同。”

³⁴ “刑事诉讼法”第 379 条第 7 款：“有左列情形之一者，其判决当然违背法令：……七、依本法应用辩护人之案件或已经指定辩护人之案件，辩护人未经到庭辩护而径行审判者。……”

³⁵ “刑事诉讼法”第 364 条规定：“第二审之审判，除本章有特别规定外，准用第一审审判之规定。”

³⁶ 例如《财团法人法律扶助基金会法律扶助酬金及必要费用计付办法》第 8 条：“担任法律扶助者……得检具证明档，向分会申请酬金及必要费用之预支……本办法所称必要费用，除另有规定外，系指……阅卷影印费……。”

³⁷ 13 位律师、50 位检察官。

³⁸ 18 U.S.C. § 3006A (1982).

³⁹ Comment, Susan R. Monkmeyer, *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). 引用联邦上诉法院判决。

⁴⁰ Tex. Code Crim. Proc. Ann. art. 26.04(a) (Vernon 1989).

除非法院解除其责任。如被告无资力，法院解除其先前之指定律师责任时，应为被告再指派律师。如为被告自行委任之律师，即令受委任之目的为审判，亦不能因为审判终结就放弃被告；委任律师除非向法院提出终止委任的声请，否则仍为被告上诉审的律师。⁴¹

综上，为弥补对弱势族群保护之漏洞，本文主张应作如下之修法：低收入户被告于一审中无选任或指定辩护人，在判决后欲提起上诉者，得请求法院为其指定辩护人协助上诉。因为提起上诉之困难性，在一审终结后，如被告欲提起上诉，其原已选任或指定之辩护人应为被告提起上诉并撰写上诉理由书。

四、无效的律师协助

据上实证研究显示，在新法实施一年期间，有 13 位被告虽有委任律师或公设辩护人之协助，仍无法跨越上诉二审之鸿沟。值得研究之问题为，二审为覆审制，何以辩护人无法将案件带入二审之实体审判？是法院所设立之标准过于严苛，抑或是辩护人不解新法意涵所致？如为后者，所衍生之问题即为被告是否得主张未受“有效的律师协助”，而请求上级法院救济？

（一）美国法参考

美国联邦宪法增修条文第 6 条规定被告有受律师协助的权利，联邦最高法院据此解释“如辩护人不能提供有效的律师协助，与无辩护人无异。”⁴²受有效律师协助的权利，目的不在改善律师执业水平，而在确保公平审判。⁴³盖在当事人进行主义的审判下，两造应倾全力主张自己有利事项、指出不利他方事项，如辩护人不能提出有效的攻击防御，而任由检察官一方攻击无法律知识的被告，审判结果显不公平。如辩护人未提供有效的律师协助，被告得请求上级法院撤销其有罪判决。⁴⁴

若上诉为被告之权利时，被告即受有效律师协助的保护。在 *Evitts v. Lucey* 案，州地方法院判决被告有罪后，其委任律师为其提起上诉，但却未依州法规定提出上诉理由书（statement of appeal），致上诉遭驳回。联邦最高法院在审理此案时表示，提起上诉的被告，与遭受审判的被告相同，亦须面对许多繁复的法律规则，如无律师的协助，将无法保护其生死交关的重要权利。如辩护人不能提供有效的律师协助，与无辩护人无异；受辩护人协助的宪法权利，包括受有效律师协助的权利。本案被告虽有委任律师，惟律师若不能提供有效的律师协助，与被告完全无律师并无任何差异。当上诉为被告之权利时，法院驳回被告上诉之理由，系因为其委任律师不能提供有效的律师协助，与正当法律程序有违。⁴⁵

本案被告若得以正当法律程序而得到救济，则上诉应提出理由书之法律规定岂不成为无法律效果之具文？州政府岂不等于丧失规范上诉程序的立法权？联邦最高法院承认此一判决结果，似会影响州政府有关上诉程序的制订权。惟联邦最高法院指出还有其它方式得达到相同之目的，例如州法律得改以处罚律师的方式来贯彻上诉应有的程序，而不是要求被告承受此种不利益。处罚律师与拒绝被告上诉二者互相比较，前者可能为贯彻上诉程序更有效的

⁴¹ Ellen Bloomer Mitchell, *Appellate Review of Criminal Cases in Texas*, 26 St. Mary's L.J. 941, 1043-44 (1995).

⁴² *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.”

⁴³ *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.”

⁴⁴ 详见王兆鹏：《辩护权与诘问权》，第一章“受有效律师协助的权利”，台湾：元照出版社，2007 年 1 月，第 8 至 11 页。

⁴⁵ 469 U.S. 387 (1985). 本案判决专指权利上诉制度，并不包括许可上诉制。此外，有关有效律师协助的权利内涵，请详王兆鹏：《辩护权与诘问权》，台湾：元照出版社，2007 年 1 月，第 1 至 41 页。

方式,而后者却可能导致无能力遵守法律技术规则的被告因此入监接受可能为非法的刑事判决。另一种替代方案为州法院虽然得以被告未遵守上诉程序而立即驳回其上诉,但必须容许被告以律师未提供有效协助的理由而提起非常上诉。盖“权利上诉”制度设立之目的,在确保只有当被告的有罪判决经过检验时,始得剥夺其人身自由。当被告有上诉的权利,而其上诉不能为上诉审法院实体审查之原因,却是其律师未能提供有效的律师协助,此时被告原有之上诉权不应该因此消灭,因为其受有效律师协助的权利被违反在先。⁴⁶

(二) 我国台湾地区法检讨

刑事被告受有效律师协助的权利,法律虽无明文,但实务中有类似之概念。在强制辩护案件中,“最高法院”要求指定辩护人应为“实质”之辩护,而所谓的“实质”辩护意义如下:辩护人应于审判期日到场,否则不得审判。如辩护人未陈述意见、未提出辩护状或书状,与未经辩护无异。如辩护人仅于审判期日辩称“请庭上明察,依法判决”或“引用辩护状所载”,与未经真正之辩护无异。共同被告之利害相反,不得指定同一辩护人。⁴⁷

“最高法院”最新见解甚至要求辩护人必须“本乎职业伦理探究案情,搜求证据,尽其忠实辩护诚信执行职务之义务”,等于对辩护人应有之辩护标准,设定一般性的概括规定。低于此一标准,“最高法院”认为即与辩护人虽经到庭而未为辩护者无异。“最高法院”此一法理,几等同要求辩护人必须提供有效律师协助。⁴⁸

除“最高法院”之先进见解外,2003年修正之“刑事诉讼法”更要求辩护人必须“强而有力”,与“有效的律师协助”概念愈加接近。在采“改良式当事人进行主义”后,2003年2月修正“刑事诉讼法”第31条之立法理由中,对于辩护制度有极为明确之说明:“现行之刑事诉讼制度由‘职权主义’调整为‘改良式当事人进行主义’,由于被告无论在法律知识层面,或在接受调查、被追诉的心理层面,相较于具有法律专业知识、熟悉诉讼程序之检察官均处于较为弱势的地位。因此,诉讼程序之进行非仅仅强调当事人形式上的对等,尚须有强而有力的辩护人协助被告,以确实保护其法律上利益,监督并促成刑事诉讼正当程序之实现。对于符合社会救助法之低收入户被告,因无资力而无法自行选任辩护人者,为避免因贫富的差距而导致司法差别待遇,自应为其谋求适当之救济措施。”依此立法理由,如辩护人不能提供“强而有力”的辩护,将导致“司法差别待遇”,因此第31条强制辩护之意

⁴⁶ “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.

⁴⁷ 有关实质辩护之法律规定与“最高法院”判决见解,请详见王兆鹏:《辩护权与诘问权》,台湾:元照出版社,2007年1月,第1至7页。依以下法律所列案件,法院有为被告指定辩护人义务:“刑事诉讼法”第31条第1项规定:“最轻本刑为三年以上有期徒刑或高等法院管辖第一审案件或被告因智慧障碍无法为完全之陈述,于审判中未经选任辩护人者,审判长应指定公设辩护人或律师为其辩护;其它审判案件,低收入户被告未选任辩护人而声请指定,或审判长认为有必要者,亦同。”“刑事诉讼法”第455条之5:“协商之案件,被告表示所愿受科之刑逾有期徒刑六月,且未受缓刑宣告,其未选任辩护人者,法院应指定公设辩护人或律师为辩护人,协助进行协商。”

⁴⁸ “最高法院”96年“台上字第5673号”判决:“刑事辩护制度系为保护被告之利益,藉由辩护人之专业介入,以充实被告防御权及弥补被告法律知识之落差,使国家机关与被告实力差距得以适度调节,促成交互辩证之实体发现,期由法院公平审判,确保国家刑罚权之适当行使而设;辩护人基于为被告利益及一定公益之角色功能,自应本乎职业伦理探究案情,搜求证据,尽其忠实辩护诚信执行职务之义务。‘刑事诉讼法’第三七九条第七款规定:‘依本法应用辩护人之案件或已经指定辩护人之案件,辩护人未经到庭辩护而径行审判者,其判决当然违背法令’,此之所谓未经辩护人到庭辩护,依辩护制度之所由设,除指未经辩护人到庭外,尚包括辩护人虽经到庭而未尽其忠实辩护之义务在内。原审指定龚正文律师为辩护人,于民国九十六年七月四日审判期日,龚正文律师到庭,审判笔录记载:‘指定辩护人龚正文律师为被告辩护如九十六年五月十八日刑事准备书状所载,并称:请求依法判决即可。’等语,然上开准备书状仅一面共十行,系泛称对证据能力不争执及无证据请求调查云云,稽此乃准备程序期日所应处理之事项……,似未就法律或事实上之意见……为上诉人尽其忠实之辩护义务,此情形与辩护人虽经到庭而未置一词辩护者实无若何差异,原审径予审判,其判决当然违背法令。‘最高法院’九十七年‘台上字第五六一号’判决意旨略同。”

义，自不能仅从形式上观察被告是否聘有辩护人，更应着重于辩护人是否提出“强而有力”之辩护。本文认为第 31 条强制辩护之意义，应解释为如辩护人不能提供有效的律师协助，与未提供被告辩护人无异。

以上所述皆为“指定辩护”案件，本文认为即令为“选任”辩护人案件，亦应解释辩护人必须提供有效的律师协助。盖在“改良式当事人进行主义”后，辩护人是否善尽其责、是否强而有力，乃极为重要之议题，殊不因选任辩护或指定辩护案件而有差别。在职权主义下，即令辩护人未为强而有力之辩护，法院亦应依职权调查对被告有利之证据，对被告之权益或公平正义，皆无妨碍。惟在改良式当事人进行主义下，被告虽有辩护人，且辩护人到庭、有口头及书面之辩护意旨，但却处处显得“弱而无力”，当事人进行主义的审判即不能发挥公平正义的效果。

美国在 1980 年前，大部分的法院判决被告自行选任律师，不得主张未受有效的律师协助，主要理由为欠缺政府行为理论。因为辩护人为被告自行选任，并无任何政府行为的介入，既无政府行为介入，政府即毋须为辩护人的无效辩护行为负责。惟联邦最高法院在 1980 年之 *Cuyler v. Sullivan* 案判决，⁴⁹ 不论辩护人系被告自行委任或法院指定，被告皆得主张未受有效的律师协助，驳斥所谓的欠缺政府行为理论，言审判本身即为政府行为。“最高法院”最新判决见解亦认为，应用辩护人之强制辩护案件，即令被告自行委任辩护人，如该委任辩护人未尽忠实诚信执行职务之义务，上级审仍得依第 379 条第 7 款规定认定判决违背法令。⁵⁰ 该判决意旨亦认为选任辩护案件，辩护人亦应尽忠实诚信执行职务之义务。

在提起二审上诉之程序中，被告亦应享有受有效律师协助的权利。如同美国联邦最高法院所言，提起上诉的被告，与遭受审判的被告相同，亦须面对许多繁复的法律规则，如无律师的协助，将无法保护其生死交关的重要权利。依本文实证研究显示，依新法驳回上诉之判决中，属于被告上诉之案件中有 98.5% 均无选任或指定辩护人，足见实务上对上诉理由书具体理由之要求，已涉及许多繁复的法律技术规则，恐非一般人所能胜任，自应有受律师协助的权利，否则即与正当法律程序有违。此一受律师协助的权利，应如同“最高法院”判决所要求及“刑事诉讼法”第 31 条之立法理由，辩护人必须“尽忠实诚信执行职务之义务”、提供“强而有力”之辩护，否则会造成司法之差别待遇，与无辩护人无异。

综上，本文认为辩护人为被告提起二审上诉，如未“尽忠实诚信执行职务之义务”、未提出“强而有力”之上诉理由书，致上诉遭二审法院依新法规定驳回时，应允许被告以辩护人未提供有效的律师协助为理由，上诉于三审法院，请求救济。⁵¹

五、上诉二审鸿沟之填补

⁴⁹ 446 U.S. 335 (1980).

⁵⁰ “最高法院”97 年“台上字第 561 号”判决：“刑事辩护制度系为保护被告之利益，藉由辩护人之专业介入，以充实被告防御权及弥补被告法律知识之落差，使国家机关与被告实力差距得以适度调节，促成交互辩证之实体发现，期由法院公平审判，确保国家刑罚权之适当行使而设；辩护人基于为被告利益及一定公益之角色功能，自应本乎职业伦理探究案情，尽其忠实辩护诚信执行职务之义务。”“刑事诉讼法”第三百七十九条第七款规定：‘依本法应用辩护人之案件，辩护人未经到庭辩护而径行审判者’，其判决当然违背法令。此所谓未经辩护人到庭辩护，依辩护制度之所由设，除指未经辩护人到庭外，尚包括辩护人虽经到庭而未尽其忠实辩护之义务在内。本件上诉人涉犯毒品危害防制条例第四条第一项之贩卖第一级毒品罪，属于应用辩护人之强制辩护案件，上诉人委任余道明律师为辩护人，于九十六年九月五日审判期日，余道明律师到庭，审判笔录记载：‘选任辩护人余道明律师起称：为被告辩护，辩护意旨详如刑事准备书状所载’等语。然稽之案内资料，上开准备书状仅止于表明声请传唤证人陈婉茹……辩护人于原审审判长调查证据后，并未就法律上或事实上意见为上诉人尽其忠实辩护之义务，此与辩护人虽经到庭而未置一词辩护者无异，原审径予审判，其判决当然违背法令。”

⁵¹ 如何判断辩护人是否“尽忠实诚信执行职务之义务”，是否提供“有效的律师协助”？此与被告“受有效律师协助的权利”内涵有关，非本文所能涵盖，作者前亦已为文论述甚详。请详见王兆鹏：《辩护权与诘问权》，台湾：元照出版社，2007 年 1 月，第 1 至 41 页。

（一）最新见解

“最高法院”98年度判决，仍有延续上述第二类较严格之见解者；⁵²亦有持第一类见解而直接驳斥第二类见解之判决，此乃“最高法院”实务极为罕见之事，如98年度“台上字第5667号”判决，该案原审法院即持第二类见解而驳回上诉人之二审上诉，但遭“最高法院”依据第一类见解而撤销之：

“经核上诉人所提之上诉理由……虽争执其无杀人之故意且于出手后并未继续加害，然此仍系对于原判决已说明事项及属原审采证认事职权之适法行使，徒凭己见而为不同评价，且原判决仅认定上诉人系基于杀人未必故意而为本件犯行，并未认定其系出于直接故意。是上诉理由所指摘，仅系对于原判决已说明事项及属原审采证认事职权之适法行使，徒凭己见而为不同评价，且对枝节性问题，重为事实争辩，并未具体指出原判决所采证据何以不具证据能力，或依凭卷证资料，明确指出原判决所为证据证明力之判断如何违背经验、论理法则。揆诸‘最高法院’九十七年度‘台上字第八九二号’判决意旨，上诉人之上诉并未具体指摘或表明第一审判决有何采证认事、用法或量刑等足以影响判决本旨之不当或违法，而构成应予撤销之具体事由……固非未见。惟查……所谓‘应叙述具体理由’，指就不服判决之理由为具体之叙述而非空泛之指摘而言。上诉理由就其所主张第一审判决有违法或不当之情形，如已举出该案相关之具体事由，足为其理由之所凭，即不能认系徒托空言或漫事指摘，纵其所举理由经调查结果并无可采，要属上诉有无理由之范畴，尚难遽谓未叙述具体理由。”

在另两则“最高法院”判决中，则出现截然不同之新见解，非常值得关注与研究。第一则为“最高法院”98年度“台上字第2796号”判决：

“现行‘刑事诉讼法’就第二审上诉系实行覆审制，第三审上诉则为法律审，两者基本原则不同，第三审上诉理由限于原判决违背法令，第二审上诉理由则不以此为限，兼及原判决认定事实错误，对于第二审上诉之限制，自不能严过第三审上诉。而上述修正之本旨既在节制滥行上诉，本无意过度限制提起第二审上诉，放任显有不当或违法之第一审判决豁免于第二审法院审查，致影响于当事人之诉讼权。我国台湾地区尚未实施全面义务辩护或国选辩护制度，未有辩护人辅助之被告提起第二审上诉，倘所具上诉书状已叙及第一审判决于认事、用法或量刑有不当或违法之事由，并非明显抽象、空泛或笼统指摘，且所指事由并非显然不足据以撤销、变更第一审判决，仅因被告未具备专业法律知识，致所叙理由是否契合法定具体理由之精义，尚欠明确，而第一审判决自形式上观察，复显有不当或违法情形存在者，基于国家具体刑罚权之正确实现及第二审上诉侧重个案救济之精神，第二审法院审酌是否合于法定具体理由要件，应就上诉书状所述理由及第一审判决之认事、用法或量刑，暨卷内所有诉讼数据等项，兼顾保障被告之权益，而为整体、综合观察，不容偏废，始符立法本旨。准此，被告之上诉理由纵使形式上未尽符合法定具体理由之严格要件，第二审法院仍应斟酌第一审判决有无显然于判决有影响之不当或违法，兼及是否有碍于被告之权益，倘认有此情形，应认第二审上诉系属合法，而为实体审理，以充分保障人民之诉讼权及实现具体正义；必于无此情形，始得以上诉不合法法律上之程序，予以驳回，方为适法。”（以下就此判决见解简称为第三类见解）。

该判决之要点如下：一、二审上诉与三审上诉之性质不同，上诉二审理由是否合法，不应适用三审之严格标准。二、无辩护人上诉之案件，所谓的具体理由应采取最宽松之见解，只要上诉理由并非明显抽象、空泛或笼统之指摘，且所指事由并非显然不足据以撤销、变更

⁵² 例如98年度“台上字第5780号”判决，此判决内容与97年度“台上字第892号”判决几乎完全相同，故不再重引。

第一审判决，应认为第二审上诉系属合法。

另一则值得研究者，为“最高法院”98年度“台上字第5354号”判决：

“倘若被告在第一审有选任或经法院指定辩护人为其辩护，则被告于上诉期间内提起之第二审上诉，如未据其原审辩护人代作上诉理由书状者……被告自得请求原审辩护人代作上诉理由书，原审辩护人亦有代作之义务，庶符辩护人系为维护被告正当之权益而存在，以落实被告有效受辩护人协助之权利。至若被告在第一审未选任或未经指定辩护人者，则第二审法院……自仍得行使必要之阐明权，使为完足之陈述，究明其上诉书状之真义为何，然后再就上诉书状之所载与原判决之全貌意旨为综核、整体性之观察，供为判断之准据……上诉理由之叙述，应先合乎具体之要求，始有所叙述可取与否之实体审理与判断之问题。上诉书状所叙述原判决如何足以撤销、如何应予变更之事实上或法律上之具体事项（包括提出利己之事证，期使第二审法院采纳，俾为有利之认定），除其所陈之事由，与诉讼资料所载不相适合者外，倘形式上已足以动摇原判决使之成为不当或违法而得改判之事由者，均应认符合具体之要件。”（以下就此判决见解简称为第四类见解）。

该判决之要点如下：一、第一审辩护人有为被告撰写二审上诉理由之义务。二、若被告在第一审无辩护人者，第二审法院得行使必要之阐明权，以查明是否符合具体之要件。三、是否具备具体理由，应自形式上观察，原则上只要足以动摇原判决即为已足。

（二）分析评论

在“最高法院”98年度之判决中，已有直接驳斥上述第二类见解谬误之判决，此乃极为罕见之事⁵³，惟其仅言第一类见解较第二类见解更为正确，但为何如此，则未以详尽理论说明之。

在“最高法院”第三类见解中，则提出与本文相同之明确理论，指出第二类见解之错误。第三类判决见解言：“现行‘刑事诉讼法’就第二审上诉系实行覆审制，第三审上诉则为法律审，两者基本原则不同，第三审上诉理由限于原判决违背法令，第二审上诉理由则不以此为限，兼及原判决认定事实错误，对于第二审上诉之限制，自不能严过第三审上诉”。该判决肯认二审仍为事实审与覆审制，与三审为法律审与事后审之性质不同，因此不应以审查上诉三审之严格标准，来审查二审上诉。准此理论，该号判决自然不采第二类判决之严格见解，而改以宽松之方式认定“具体理由”。

或因此故，在第三类见解、第四类见解，对于具体理由之认定都采取较为宽松之见解。第三类见解认为在无辩护人之案件，只要上诉理由具体指出原判决违法或不当之处，“并非明显抽象、空泛或笼统指摘，且所指事由并非显然不足据以撤销、变更第一审判决”，则应认为符合具体之要件。第四类见解则认为，上诉理由只要已经叙述原判决如何足以撤销、如何应予变更之事实上或法律上之具体事项，倘形式上已足以动摇原判决，使之成为不当或违法而得改判之事由者，原则上均应认符合具体之要件。

“最高法院”第三类、第四类见解，都体现对贫穷被告关怀之高度正义感，非常值得称颂肯定。在第三类见解中，“最高法院”指出“我国台湾地区尚未实施全面义务辩护或国选辩护制度，未有辩护人辅助之被告提起第二审上诉……第二审法院审酌是否合于法定具体理由要件，应就上诉书状所述理由及第一审判决之认事、用法或量刑，暨卷内所有诉讼数据等项，兼顾保障被告之权益，而为整体、综合观察，不容偏废，始符立法本旨”，并因而对无辩护人之被告上诉案件，就具体理由采取较为宽松之认定，以期保护无辩护人协助之被告。

第四类见解更是阐明无辩护人被告应受特别保障之原因，并基于宏伟之人权观，创设崭新之刑事诉讼理论，展现“最高法院”过去不曾有之开阔气魄，非常值得肯定。该判决先表

⁵³ 如98年度“台上字第5667号”判决。

达无辩护人之被告，极可能无任何过失或可归责性，却因为新法对二审上诉之限制，导致上诉权之丧失，不容公平正义之法院坐视不理：“我国台湾地区并未采取律师强制代理制度……极有可能因被告囿于专业法律知识之不足，或因智慧不足无法为完全之陈述等不可归责于己之事由，因而被剥夺其上诉权。此一失权效果之发生，与因可归责于被告自己之原因，如耽误上诉期间，而失却其上诉权者迥异，不能等同视之。”

1、新理论之创设

为解决此一问题，该判决创设了两个极具里程碑之重要原则：第一、一审辩护人有为被告撰写上诉二审理由之义务：“被告自得请求原审辩护人代作上诉理由书，原审辩护人亦有代作之义务”。何以如此？“最高法院”苦心孤诣地找出两个理由：依“刑事诉讼法”第346条之规定⁵⁴、公设辩护人条例第17条规定⁵⁵、以及终局判决后原审辩护人仍得检阅卷宗及证物等权利之解释，故被告受律师协助的权利，效力应延伸至上诉发生移审之效力为止。⁵⁶辩护人有忠实辩护及执行职务之义务，第一审辩护人应为被告撰写上诉之具体理由。⁵⁷

该判决所创设之第二个理论为：二审法院为审查上诉理由，得行使阐明权。被告在第一审有辩护人，始有可能适用上述“辩护人义务延伸”理论；若被告无辩护人者，即不可能适用上述“辩护人义务延伸”理论，此时又应如何保护被告？“最高法院”表示，此时“二审法院于审查其上诉理由是否符合具体之要件时，在兼顾被告应有受实质救济机会之诉讼权保障下，自仍得行使必要之阐明权，使为完足之陈述，究明其上诉书状之真义为何，然后再就上诉书状之所载与原判决之全貌意旨为综核、整体性之观察，供为判断之准据。俾能在节制滥行上诉之立法意旨与刑事被告有权受实质诉讼救济之保障间，求得衡平”。

2、辩护人若未尽其义务？

本文对“最高法院”创设之二重要原则深表赞同，惟该判决未解决以下问题：第一、“最高法院”表示“被告得请求原审辩护人代作上诉理由书，原审辩护人亦有代作之义务”。若被告不知有此权利，而未向辩护人为请求；或虽为请求，但辩护人未尽其义务，致二审法院认定被告上诉不构成“具体理由”，此时应如何处理？第二，所谓的阐明权，是二审法院的裁量权或义务？

就第一个问题而言，本文认为二审法院应以律师未尽“忠实辩护及执行职务之义务”，构成“无效之律师协助”，故其受律师协助的权利已受违反，法院“应”行使阐明权审查上诉理由，以积极保护被告之利益。以下说明之：

辩护人未为被告撰写上诉理由，即违反其义务。如“最高法院”第四类见解所言，一审辩护人有为被告撰写上诉理由之义务，辩护人既有此一义务，则不待被告之请求，辩护人即应主动尽其义务；若被告已为请求，辩护人更应尽此义务。如辩护人未尽撰写上诉理由之义务，应认为辩护人已违反“最高法院”所述之“忠实辩护及执行职务之义务”。

美国联邦最高法院在解释该国宪法“被告有受律师协助的权利”时表示，所谓受“律师

⁵⁴ “刑事诉讼法”第346条：“原审之代理人或辩护人，得为被告之利益而上诉。”

⁵⁵ 公设辩护人条例第17条规定：“公设辩护人辩护案件，经上诉人者，因被告之请求，应代作上诉理由书或答辩书。”

⁵⁶ 该判决表示：“刑事被告有受其每一审级所选定或经指定之辩护人协助之权利，此每一审级之射程，至上诉发生移审效力为止，此观‘刑事诉讼法’第三百四十六条之规定，赋予原审辩护人得为被告利益上诉之权，以及终局判决后原审辩护人仍得检阅卷宗及证物等权利至明。祇因先前系采‘空白上诉’制，以致终局判决宣告后至移审效力发生之间此一空档辩护人之地位，向被漠视而已。……本乎上开辩护权射程之当然延伸及‘刑事诉讼法’第三百四十六条与公设辩护人条例第十七条等规定之相同法理，被告自得请求原审辩护人代作上诉理由书，原审辩护人亦有代作之义务”。

⁵⁷ 该判决表示：“基于辩护人应尽其忠实辩护及执行职务之义务，第一审辩护人为被告之利益提起第二审之上诉，自应依上开规定，以上诉书状叙述上诉之具体理由，要属当然。”

协助的权利”包括受“有效律师协助的权利”，若辩护人不能提出有效的律师协助，即违反被告受律师协助的权利。再者，不论指定辩护或委任辩护，辩护人皆应提供有效的律师协助。依“最高法院”见解，若辩护人未尽“忠实辩护及执行职务之义务”，亦应视同违反被告“宪法”上受律师协助的权利。⁵⁸

若被告之辩护人未为其撰写上诉理由书，致其二审上诉遭驳回，等于被告受律师协助的权利被违反在先，而导致其上诉权之丧失；若律师权未受违反，则上诉权不致丧失。被告于一审有辩护人协助，辩护人却未依“最高法院”宣示之义务撰写上诉理由，就此明显侵犯被告律师权之事实，二审法院岂可坐视而令被告丧失上诉权。故二审法院应行使阐明权，以了解为何原审辩护人未为被告撰写上诉理由，以及被告上诉理由之真意为何。

美国有一案例，与上述推论极为相似，值得参考。在美国 *Evitts v. Lucey* 案，地方法院判决被告有罪后，律师为被告提起上诉，但却未依州法规定提出上诉理由书（statement of appeal），致上诉遭驳回。联邦最高法院在审理此案时表示，提起上诉的被告，与遭受审判的被告相同，亦须面对许多繁复的法律规则，如无律师的协助，将无法保护其生死交关的重要权利。本案被告虽有委任律师，惟律师若不能提供有效的律师协助，与被告完全无律师并无任何差异。当被告有权上诉时，法院驳回被告上诉之理由，系因为其委任律师不能提供有效的律师协助，与正当法律程序有违。⁵⁹

本案被告若得以正当法律程序而得到救济，则上诉应提出理由书之法律规定岂不成为无法律效果之具文？州政府岂不等于丧失规范上诉程序的立法权？联邦最高法院承认此一判决结果，似会影响州政府有关上诉程序的制定权。惟联邦最高法院指出还有其它方式得达到相同之目的，例如州法得改以处罚律师的方式来贯彻上诉应有的程序，而不是要求被告承受此种不利益。处罚律师与拒绝被告上诉二者互相比较，前者可能为贯彻上诉程序更有效的方式，而后者却可能导致无能力遵守法律技术规则的被告因此入监接受可能为非法的刑事判决。另一种替代方案为州法院虽然得以被告未遵守上诉程序而立即驳回其上诉，但必须容许被告以律师未提供有效协助的理由而提起非常上诉。当被告有上诉的权利，而其上诉不能为上诉审法院实体审查之原因，却是其律师未能提供有效的律师协助，此时被告原有之上诉权不应该因此消灭，因为其受有效律师协助的权利被违反在先。⁶⁰

3、阐明权或义务？

“最高法院”创设之第二个理论为：若被告在一审无辩护人者，二审法院为审查上诉理由，“得行使必要之阐明权”。该判决未明确说明者，行使阐明权为二审法院之裁量权或义务？

自文字观察，“最高法院”似认为此乃二审法院之裁量权，仅于必要时始行使之。将此阐明权之行使，解释为二审法院之裁量权，亦有其正当性。若被告上诉状内虽已为具体事项之指摘，但仍有许多不明确之处，为避免径予判决驳回对被告造成之不利冲击，先行使阐明权以了解被告之真意，较能兼顾立法之目的与被告之权利。反之，若被告所撰上述理由，仅泛称原判决认定事实或量刑不当，而完全未提任何具体理由，此应即为新法所欲排除之“空白上诉”，自立法理由观察，二审法院应无行使阐明权之必要，自得径予判决驳回之。因此，应认为阐明权之行使，为二审法院得视案件具体情形而行使之裁量权，而不是于每一个案件都必须行使之义务。

惟“最高法院”在第四类见解开宗明义即宣示其所关心之问题为：“被告囿于专业法律

⁵⁸ 详见王兆鹏：《辩护权与诘问权》，第一章“受有效律师协助的权利”，台湾：元照出版社，2007年1月，第1至41页。

⁵⁹ 469 U.S. 387 (1985). 本案判决专指权利上诉制度，并不包括许可上诉制。

⁶⁰ “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.

知识之不足，或因智慧不足无法为完全之陈述等不可归责于己之事由，因而被剥夺其上诉权。此一失权效果之发生，与因可归责于被告自己之原因，如迟误上诉期间，而失却其上诉权者迥异，不能等同视之”。若阐明权为二审法院之裁量权而非义务，又如何照顾此知识上或经济上之弱势族群？

弱势族群是刑事体系最须关怀之人民，其中又以知识及经济上居于弱势之人民最最需要关怀。贫与愚常相随相伴，贫者因资源匮乏，常无力聘请律师或无资具⁶¹得知繁复之法律知识；愚者因其智有未逮，常不解所谓“浅显”义理为何，也常因其愚而导致贫穷。至愚且至贫之被告，因其知识、财力之不足，即令尽最大努力撰写上诉理由，仍极可能是“泛称原判决认定事实或量刑不当、采信违法、判决不公等”，而二审法院自上诉状及卷宗之形式观察，又认为应径为判决驳回，无行使阐明权之必要，则“最高法院”所创设之良法美意，岂不是不能达到其初始之目的？

是否得因为上述理由，即要求二审法院就所有案件，皆有行使阐明权之义务？要求二审法院对于所有“将”欲驳回之案件，皆必须为阐明权之行使，恐造成可怕之司法成本，且也可能与立法之意旨有违，甚至欠缺法源与法理之依据。

若如此，又如何兼顾弱势人民之保护、司法成本与立法之意旨？此一问题依目前“法律”解释，似乎无解；惟有依“宪法”为更开阔之解释，才有可能解决问题，以下举美国理论为借镜。

依美国联邦最高法院判决，被告在被判决有罪后，并无上诉的“宪法”权利⁶²，惟每一个州的“法律”皆允许被告最少有一次上诉的“权利”，上级法院必须接受被告之上诉，并且审理裁判（姑译为“权利上诉程序”）。在第二审判决后，如被告不服而再提起上诉，通常第三审法院有裁量权得接受或拒绝审理（姑译为“许可上诉程序”）。在 *Douglas v. California* 案⁶³，美国联邦最高法院判决在“权利上诉程序”，依据宪法平等保护原则，贫穷被告欲上诉时，政府应出资为其聘任律师，否则所谓的上诉权，对于贫穷被告而言，只是无意义的仪式而已。在此案中，联邦最高法院仅判决“贫穷”被告在权利上诉程序，应受政府出资律师的协助，但并未表示其它被告在权利上诉程序亦受宪法律师权之完整及全面性保障⁶⁴。惟在 *Evitts v. Lucey* 案⁶⁵，联邦最高法院又判决律师之协助在“权利上诉程序”为必要品，而非奢侈品，依正当法律程序，所有被告都享有宪法上之律师权，否则上诉会成为无意义之仪式。在此判决后，所有被告在“权利上诉程序”中，皆受宪法律师权的完整及全面性保护。

⁶⁶

在新法修正前，上诉二审不须附具任何理由，即令贫者、愚者亦得实践其法律上之上诉权；新法要求上诉必须具备“具体理由”，所谓的二审上诉权，对于贫者、愚者而言，有时成为遥不可及的虚无权利。人人皆享有上诉权，唯独贫者、愚者无之？此一由新法产生之不公平现象，立法机关应正视并解决之，建议增订如下规定以保护弱势团体之二审上诉权：低收入户被告于一审中无选任或指定辩护人，在判决后欲提起上诉者，得请求原审法院为其指定辩护人协助上诉。原审法院亦应主动告知其有此请求辩护人之权利。

六、结论

⁶¹ 例如计算机、电话或交通工具。

⁶² *McKane v. Durston*, 153 U.S. 684 (1894) (dictum); *Jones v. Barnes*, 463 U.S. 745 (1983) (dictum).

⁶³ 372 U.S. 353 (1963).

⁶⁴ “宪法”律师权之内容极为丰富，贫穷被告受政府出资律师协助仅为其中之一。

⁶⁵ 469 U.S. 387 (1985).

⁶⁶ 所谓“宪法”律师权的完整及全面性保护，请详见王兆鹏：《辩护权与诘问权》，第二章“自美国法看我国刑事被告之律师权”，台湾：元照出版社，2007年1月，第43至77页。

为防止“空白上诉”之弊病，新法规定第二审上诉状“应叙述具体理由”，否则案件即无法进入二审的实体审判。对于新法“具体理由”之意义，于2008年度“最高法院”出现两类不同见解，其一认为只要为具体之指摘即为已足，另一则采取较为严格之见解，甚至认为上诉理由指摘之事项，只要系原审法院已经审酌考虑者，即非具体理由。

本文认为“最高法院”此类严格之见解，完全误解事实与法律问题，并且紊乱覆审与事后审制，极为不当。姑不论覆审制之优劣为何，二审目前仍为覆审制，人民就同一事实争执享有受二不同级法院两次审判的权利，“最高法院”却将二审审判解释为事后审制，有篡改法制、违法剥夺人民权利的嫌疑。再者，法律不能背离人民之认知，“最高法院”对于“具体理由”之严格见解，显然背离一般人民之普遍认知，将造成人民对司法的憎恶与不信任，“最高法院”应临崖勒马立即变更见解。

在新法修正前，即令赤贫之被告亦得实践其法律上之上诉权；新法修正后，所谓的上诉权，对于贫穷被告而言，却可能是无法实践的虚无权利。本文实证研究证明被告上诉遭判决驳回的案件中，有98.5%皆无辩护人之协助，得证明无辩护人之协助，被告实欠缺提起合法上诉之能力。

新法防止“空白上诉”，虽然有其正当性，但却在一审结束后、二审开始前，疏漏未能保护弱势族群，此为修法时思虑不周之处。为此，应立即再作如下之修法以亡羊补牢：一、低收入户被告于一审中无选任或指定辩护人，在判决有罪后欲提起上诉者，得请求法院为其指定辩护人协助上诉。二、因为提起上诉之困难性，在一审终结后，如被告欲提起上诉，其原已选任辩护人或指定辩护人应为被告提起上诉并撰写上诉理由书。

于2008年度“最高法院”对于新法“具体理由”之严格解释，即令专业之检察官或辩护人有时亦未能成功提起第二审上诉。如被告委任律师上诉，该律师却未提供“有效的律师协助”，致被告之二审上诉遭驳回而告确定。如一审法院之判决事实认定错误，但却无再审之事由、也无非常上诉之理由，岂不造成因为辩护人之无能而产生冤狱之结果？本文主张，循“最高法院”最近对于辩护人责任之先进见解，如辩护人为被告提起二审上诉，却未“尽忠实诚信执行职务之义务”、未提出“强而有力”之上诉理由书，致上诉遭二审法院依新法规定驳回时，应允许被告以未“受有效律师协助”为理由，上诉于三审法院请求救济。

“最高法院”或许体会其过去见解所可能产生之问题，于2009年度陆续做出几个非常有意义的判决，“最高法院”之新判决见解，展现另一种关怀人权之正义感，正视弱势族群在刑事程序中之劣势地位，以最终审法院应有之开阔气魄，创设刑事诉讼之新理论，纠正过去之错误，填补不应有之上诉鸿沟，在法律史上非常值得记载称颂。

（初审编辑：谢进杰）