

# 《刑事訴訟法》

- 一、檢察官甲赴國外旅遊，適在國外發現潛逃國外之重大經濟罪犯乙，隨即跟蹤並僱用當地徵信社跟監乙，及蒐集相關犯罪證據及資料；甲回國後以上開自國外蒐集之證據，向法院聲請搜索票，搜索乙在臺北相關住所，扣得記載乙犯罪所得之相關帳冊。試問：上開國外蒐集之證據及在國內搜索所得之證據，有無證據能力？(25分)

命題要旨	本題測試考生強制處分之要件及實務上偵查行為之狀況。
答題關鍵	考生需對刑事訴訟法強制處分之類型(本題為搜索)及條文所未敘及之「任意偵查」之概念均應介紹，再釐清題意所指之強制處分所獲得之證據、其證據能力為何。
高分閱讀	1. 邢政大，刑訴講義第五回，P61；講義第三回，P73-84。 2. 吳巡龍，「任意偵查」，《月旦法學教室》。

## 【擬答】

- (一)檢察官甲自行跟蹤及委派國外徵信人員跟監，應屬任意偵查之方式，蒐證程序合法

1. 偵查方式可分為強制處分偵查與任意偵查

### (1) 強制處分偵查

刑事偵查所為之強制處分程序因侵害憲法所保障之人民基本權，故依法律保留原則，有法律明文規定者為限。

### (2) 任意偵查

任意偵查並未行使強制力，且對人民權益侵害相當輕微，雖無法律明文，檢察官與司法警察可用較不侵犯他人權利的任意偵查處分方式發現真實。任意偵查方式，包含約談、訪談、函調通聯資料、銀行往來資料等。檢察官起訴後僅能為任意偵查(或任意調查)，因檢察官於提起公訴後與被告立於相同之當事人對立地位。但如同一被告涉及其他犯罪，且尚在偵查階段，仍有實施強制偵查之必要時，檢察官仍得為之，不因被告另案起訴為法院審理中受有影響。

### (3) 日本最高法院判決

日本實務見解認為：以是否使用強制力壓制個人意思，及對個人權益侵害程度等因素判斷是否為強制處分，如無以壓制個人意思之偵查方式，僅為「任意偵查」。

2. 公共場所與公眾得出入之場所為公眾共見共聞，人民對於路上行蹤並無合理隱私期待，故犯罪後「跟監」為「任意偵查」。本題重大經濟罪犯乙於國外之行蹤為公眾共見，其並無合理隱私期待，故檢察官自行跟監或僱用當地徵信人員跟監只是輔助其肉眼跟監不足，因此不需事先聲請令狀，屬於任意偵查。因此本題重大經濟罪犯乙仍在公眾見聞之道路行走，並無合理隱私期待，故大庭廣眾之下「跟監」並未對其施以強制力，應為任意偵查，無須獲得刑事訴訟法上之令狀亦得為之，故因此所獲得之犯罪證據，亦有證據能力。

- (二)檢察官甲以國外獲得之證據，回國後向法院依法定程序聲請核發搜索票，因此扣得乙於國內住所所放置之犯罪帳冊，其強制處分程序合法，故上開帳冊證據亦有證據能力。

1. 現行刑事訴訟法關於強制處分(刑事訴訟法上之基本權干預)之種類及發動要件均有明文，以符合法律保留原則，且原則上必須持有令狀始得為之(令狀原則)並且某些侵害人身權益較嚴重之強制處分，核發令狀之決定機關只有法院始能為之，稱之為法官保留原則。針對本題所涉及之搜索、扣押之強制處分其於刑事訴訟法之程序要件，分述如下：

### (1) 搜索令狀原則及相對法官保留原則

原則上搜索，應用搜索票，且僅有法官始得簽發搜索票(本法第 128 條第 1 項、第 4 項參見)。檢察官、司法警察僅有聲請權(本法第 128 條之 1)。於例外情形，立法者同意於具有相當理由(或稱合理根據)之實質事由下，符合法定之急迫情形，無搜索票亦得執行搜索。分別有附帶搜索(本法第 130 條)、逕行搜索(及緊急搜索人，本法第 131 第 1 項)、緊急搜索(緊急搜索物，本法第 131 條第 2 項)，及同意搜索(本法第

131 條之 1)。扣押緊接有令狀搜索而來，並且所扣押者屬於搜索票所記載應扣押之物，即屬有令狀扣押，此時搜索票同時也是扣押令狀。反之，無令狀搜索若發現可為證據或得沒收之物，亦得扣押，此即無令狀扣押。

### (2)檢察官有權向法院聲請核發搜索票

A 偵查中檢察官認有搜索之必要者，除第一百三十一條第二項所定情形外，應以書面記載刑訴第 128 條第 2 項各款之事項，並敘述理由，聲請該管法院核發搜索票。

B 司法警察官因調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據，認有搜索之必要時，得依前項規定，報請檢察官許可後，向該管法院聲請核發搜索票。

C 本題由檢察官甲親自向法院聲請核發搜索票，故聲請程序合法。

### (3)搜索之門檻

依照刑事訴訟法第 122 條規定，對於被告或犯罪嫌疑人之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，必要時得搜索之。對於第三人之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，以有相當理由可信為被告或犯罪嫌疑人或應扣押之物或電磁紀錄存在時為限，得搜索之。因此對被告、犯罪嫌疑人搜索之門檻以「必要時」為限，對第三人搜索之門檻以有「相當理由」為限。本題搜索之對象為重大犯罪嫌疑人乙，核發搜索票之門檻為「必要時」，從題意觀之，檢察官甲已從國外獲得乙犯有重大經濟犯罪之跡證，據此向國內法官申請核發搜索票，應已符合「必要時」之門檻標準。

(4)故本題檢察官依法定程序向法院聲請「搜索票」之令狀，聲請令狀搜索票所憑之證據為乙犯有重大經濟犯罪之相關證據，因此已符合法院核發搜索票「必要時」之門檻標準，後檢察官持該令狀搜索犯罪嫌疑人之住所，因此獲得經濟犯罪之帳冊，合法搜索所獲得之證據得為判決所憑之依據，有證據能力。

二、甲因故一棒同時毆傷乙、丙二人，嗣丙因傷重致死，檢察官相驗後簽分偵辦，乙(非律師)知悉上情後，速向法院自訴甲犯傷害罪嫌，法院應如何處理？另檢察官偵查後，以甲之警詢自白筆錄及相關卷證，起訴甲涉犯傷害致人於死罪嫌，甲於準備程序進行中，抗辯其警詢自白筆錄係遭警刑求所致，受命法官可否於準備程序先行傳喚相關證人調查有無刑求情事，並判斷其警詢自白筆錄有無證據能力？(25 分)

答題關鍵	第一子題，關鍵在於學說上對第 323 條第 1 項是否包含法律上一罪之爭議；第二子題之關鍵則為準備程序中，對「實體爭點事項」與「程序爭點事項」之區別。
高分閱讀	史奎謙，《刑事訴訟法 II(圖說)》，高點文化出版，頁 2-10 至 2-11

### 【擬答】

(一)法院應定期間以裁定命乙委任律師為自訴代理人，如乙逾期仍不委任，則應諭知不受理判決；如乙補行委任，法院應為實體判決。茲詳述理由如后：

1.乙得為自訴：

(1)甲以一棒同時毆傷乙、丙二人，係以一行為觸犯對乙之普通傷害罪及對丙之重傷致死罪，屬想像競合，為法律上一罪，受同一刑罰權範圍所及，依我國實務見解，應屬單一案件。

(2)刑事訴訟法(下稱「本法」)第 323 條第 1 項規定：「同一案件經檢察官依第 228 條規定開始偵查者，不得再行自訴。但告訴乃論之罪，經犯罪之直接被害人提起自訴者，不在此限。」就本條所謂「同一案件」是否包括「法律上一罪」，多數實務見解持肯定說，認包括「事實上同一」與「法律上同一」，亦即對於法律上一罪之部分事實開始偵查者，全部事實均不得提起自訴，故本案既屬想像競合，即有必要討論檢察官對丙重傷致死所為之偵查，是否致使乙不得提起自訴；惟亦有學者認為本條應限縮解釋為只有「單純一罪」之情形，不包括法律上一罪，故本案不屬本條所規範之「同一案件」，乙之自訴權自不受檢察官開始偵辦丙重傷致死之影響。

(3)惟不論採上述何種見解，由於普通傷害罪屬告訴乃論之罪，且乙為直接被害人，故依上開第 323 條第 1 項但書規定，縱認本案屬「同一案件」，乙亦得提起自訴，不受檢察官對同一案件已開始分案偵查。或有論者認為，如檢察官開始偵查之罪名較重且非告訴乃論之罪，而犯罪被害人提起自訴之告訴乃論罪名較輕時，應類推適用第 319 條第 3 項，限制輕罪之被害人不得提起自訴。惟管見以為，第 323 條第 1 項但書已明確顯示立法者對告訴乃論之罪，較為保障被害人自訴權，可謂「公訴優先原則」之例外，而第 319 條第 3 項所處理之問題為「得自訴與不得自訴，何者優先」，與第 323 條第 1 項處理「公訴與自

訴，何者優先」之規範目的並不相同，上開見解非但明確說明其類推適用之法理為何，亦增加法律對告訴乃論之罪被害人自訴權之限制，應不可採，故管見以為乙不應受到檢察官開始偵辦之罪名較重，即喪失第 323 條第 1 項但書所保障之自訴權。

(4)至乙最遲應於何時提出自訴之問題，多數學說及實務見解認為應以檢察官「偵查終結前」為依第 323 條第 1 項但書得提起自訴之最遲時點。本案中，乙於檢察官分案開始偵查時即提起自訴，符合規定。

2.為避免濫行自訴及保障自訴人訴訟權益，我國自訴制度採強制律師代理制（本法第 319 條第 2 項），而乙非律師，且未委任律師擔任自訴代理人即提起自訴，依本法第 329 條第 2 項，法院應定期間以裁定命乙委任律師為自訴代理人，如乙逾期仍不委任，則應諭知不受理判決；如乙補行委任，法院應為實體判決。

(二)受命法官可於準備程序傳喚證人調查警詢時有無刑求，並判斷該警詢自白筆錄有無證據能力，惟受命法官之認定，如不同於合議庭於審判期日之認定時，合議庭得予更正：

1.受命法官得於準備程序，針對被告自白是否出於刑求，傳喚證人加以調查：

依最高法院 93 年台上字第 2033 號判例，準備程序處理之事項，原則上僅限於訴訟資料之聚集及彙整，旨在使審判程序能密集而順暢之進行，不得因此取代審判期日應踐行之職機調查證據程序，故除本法第 276 條第 1 項之情形外，法院不得於準備程序訊問證人，避免破壞直接審理原則。惟針對上開判例，多數學說認為應限於「實體爭點事項」，不包括「程序爭點事項」，因直接審理原則之適用範圍即止於本案實體爭點，不包括如自白任意性等程序爭點，故縱於準備程序就程序爭點傳喚相關證人加以調查，亦未違反直接審理原則。高等法院臺灣高等法院暨所屬法院 94 年法律座談會刑事類提案第 26 號即係針對此爭議進行研討，座談會多數意見亦認針對自白任意性之調查，受命法官得於準備程序傳喚相關證人加以訊問調查，甚至得允當事人於準備程序即對此等相關證人進行交互詰問。

2.受命法官傳喚證人後，得判斷該警訊自白是否出於任意，惟日後合議庭如有不同認定，自得於審判期日加以更正：

(1)針對受命法官得否於準備程序對證據能力之有無進行判斷，實務及學說有不同見解。否定說見解認為受命法官依本法第 273 條僅得對證據能力之「意見」進行整理，至於證據能力之「判斷」仍應回歸合議庭之權限範圍；惟肯定說則認證據能力之有無，最適當之判斷時點應於準備程序，故受命法官應於準備程序針對證據能力有無進行調查後，即為認定，且當事人與辯護人若未於準備程序對於證據能力提出異議，則不得許其於審判期日再行聲明異議。

(2)關於上述見解爭議，管見以為應採折衷說，即證據能力之有無既不受直接審理原則之拘束，且受命法官得於準備程序針對證據能力之有無進行證據調查，則應允受命法官得於準備期日對證據能力之有無進行認定，以節省審判期日之訴訟資源，且較為貼近受命法官所為之調查結果；惟為避免受命法官於準備程序針對重要證據之證據能力認定不當時，影響合議庭判決結果之正確性，應認合議庭如於審判期日針對受命法官之認定不予贊同時，得予更正，如此即可兼顧訴訟經濟及個案正義。實務上如 93 年 4 月台灣高等法院法律座談會，其會議結論亦採相同見解。

三、檢察官以攜帶兇器搶奪罪名起訴甲，並具體求刑七年。被告甲於審判期日自白認罪，法院是否有可能依該自白裁定改行簡式審判程序而繼續審判？若法院於得依法裁定改行簡式審判程序而繼續審判的情況下裁定改行簡式審判程序而繼續審判，其與行通常審判程序繼續審判，就審判期日，有何異同？若改行簡式審判程序繼續審判，於證據調查程序進行中，檢察官得否向法院聲請與被告甲於審判外進行協商？若協商完成後，檢察官向法院聲請為協商判決時，甲突然暴斃，法院應如何繼續審判？(25 分)

命題要旨	本題測試考生刑事訴訟法多元化程序之相關規定
答題關鍵	考生需對於刑事訴訟法各程序內容加以釐清(通常審判程序、簡式審判程序、協商程序)，瞭解何種案件可行何種程序、及有無程序要件及例外之情況，依照題意所指之內容，分點分項說明之。
高分閱讀	1.刑政大，刑訴上課上課講義第六回，P42-43；P7。 2.吳巡龍「任意偵查」，《月旦法學教室》。

#### 【擬答】

(一)被告甲持凶器搶奪，檢察官求處有期徒刑七年，後於審判期日自白犯罪，得行簡式審判程序審理。

1.簡式審判程序：為了合理分配有限司法資源的利用，避免耗費不必要的審判程序，減輕法院審理案件的負

擔，以達訴訟經濟之要求；另一方面可使訴訟儘速終結，讓被告免於訟累，法院對於符合法定要件之非重大刑事案件，在被告對於起訴事實無爭執之情況下，簡化證據之調查，使明案得以速判，此即所謂簡式審判程序。

2. 適用範圍：依照刑事訴訟法第 273-1 條規定，除被告所犯為死刑、無期徒刑、最輕本刑為三年以上有期徒刑之罪或高等法院管轄第一審案件者外。亦即**非特定重罪或事物管轄案件**。
3. 適用時機：於**準備程序進行中，被告先就被訴事實為有罪之陳述時。惟實務於審判期日中，被告為有罪答辯，亦得於合議庭中，由審判長當庭諭知程序轉換而踐行簡式審判程序**，於地院時由獨任法官審理，以簡化證據調查，明案速判。
4. 本題被告甲涉犯刑法第 325 條搶奪罪，復依照刑法第 326 條規定，持凶器搶奪者，為加重搶奪罪，得處一年以上七年以下有期徒刑，故本題甲涉犯之加重搶奪罪為最輕本刑一年以上有期徒刑，為非重罪之案件，故得依照刑事訴訟法第 273-1 條於準備程序進行中自認犯罪，行簡式審判程序加以審理。又本題被告甲係於審判期日程序中為自認有罪之答辯，審判期日之審判長需當庭諭知程序轉換行「簡式審判」，始能簡化證據調查，改以獨任庭審理本案。

## (二) 簡式審判程序與通常審判程序之異同

簡式審判程序不完全受嚴格證明法則拘束，故依照刑事訴訟法第 273-2 規定，簡式審判程序之證據調查，不受第 159 條第 1 項、第 161 條之 2、第 161 條之 3、第 163 條之 1 及第 164 條至第 170 條規定之限制。

1. 簡式審判程序不受到傳聞法則之限制。
2. 簡式審判程序不受到調查證據之範圍、次序及方法提出與變更之限制。
3. 簡式審判程序被告之自白不受到最末調查之限制。
4. 簡式審判程序證人及鑑定人之證據不受到交互詰問法則之限制。

故本題被告甲加重搶奪案件，證據之調查不受到通常審判程序嚴格證明法則之限制。

## (三) 簡式審判程序之案件得行協商程序，故本題檢察官得向法院聲請本案於法庭外行協商程序，與被告甲協商合意後，向法院聲請為協商判決。

1. 協商程序：案件經檢察官向法院起訴或聲請簡易判決處刑後，只要起訴或聲請處刑罪名的法定刑非死刑、無期徒刑、最輕本刑三年以上有期徒刑之案件，亦非由高等法院管轄的第一審案件，在法院辯論終結或簡易判決處刑前，檢察官與被告可以就被告願意接受的刑度或願意接受緩刑的宣告等事項進行協商，經雙方達成合意，且被告也認罪，及由檢察官聲請法院依協商合意內容來判決，此程序即謂協商程序。亦即：進入審判程序後之非重罪案件，由檢察官及被告就法律規定事項經由法院同意，雙方在協商期間內進行協商，法院當然停止審判，直至雙方就協商事項達成合意且被告認罪，經由檢察官聲請法院改行協商判決之程序。

2. 協商判決內容：除所犯為死刑、無期徒刑、最輕本刑三年以上有期徒刑之罪或高等法院管轄第一審案件者外，案件經檢察官提起公訴或聲請簡易判決處刑，於第一審言詞辯論終結前或簡易判決處刑前，檢察官得於徵詢被害人之意見後，逕行或依被告或其代理人、辯護人之請求，經法院同意，就下列事項於審判外進行協商，經當事人雙方合意且被告認罪者，由檢察官聲請法院改依協商程序而為判決：

- (1) 被告願受科刑之範圍或願意接受緩刑之宣告。
- (2) 被告向被害人道歉。
- (3) 被告支付相當數額之賠償金。
- (4) 被告向公庫或指定之公益團體、地方自治團體支付一定之金額。

檢察官與被告協商，應得被害人之同意，協商期間不得逾三十日。

3. 本題被告甲涉犯刑法第 325 條搶奪罪，復依照刑法第 326 條規定，持凶器搶奪者，為加重搶奪罪，得處一年以上七年以下有期徒刑，故本題甲涉犯之加重搶奪罪為最輕本刑一年以上有期徒刑，為非重罪之案件，故得依照刑事訴訟法第 455-2 條規定，得行協商程序，使檢察官與被告甲進行法庭外協商。

## (四) 本題被告甲於法院為協商判決前暴斃猝死，法院不得為協商判決，應為裁定駁回協商程序之聲請，回復通常審判程序改判刑事訴訟法第 303 條第 5 款之『被告死亡』之不受理判決。

1. 依照刑事訴訟法第 455-4 條規定：有下列情形之一者，法院不得為協商判決：
  - (1) 有前條第二項之撤銷合意或撤回協商聲請者。
  - (2) 被告協商之意思非出於自由意志者。
  - (3) 協商之合意顯有不當或顯失公平者。
  - (4) 被告所犯之罪非第四百五十五條之二第一項所定得以聲請協商判決者。

- (5)法院認定之事實顯與協商合意之事實不符者。
- (6)被告有其他較重之裁判上一罪之犯罪事實者。
- (7)法院認應諭知免刑或免訴、不受理者。
- 2.本題被告甲於訴訟程序中死亡，依照刑事訴訟法第 303 條規定，案件有下列情形之一者，應諭知不受理之判決：
- (1)起訴之程序違背規定者。
- (2)已經提起公訴或自訴之案件，在同一法院重行起訴者。
- (3)告訴或請求乃論之罪，未經告訴、請求或其告訴、請求經撤回或已逾告訴期間者。
- (4)曾為不起訴處分、撤回起訴或緩起訴期滿未經撤銷，而違背第 260 條之規定再行起訴者。
- (5)被告死亡或為被告之法人已不存續者。
- (6)對於被告無審判權者。
- (7)依第 8 條之規定不得為審判者。
- 因此甲於訴訟程序中死亡，法院應為 303 條第 5 款之不受理判決，而非逕為有罪之協商判決。
- 3.對於檢察官為協商程序之聲請，法院應以裁定駁回
- (1)依照刑事訴訟法第 455-6 條規定，法院對於第 455 條之 2 第 1 項協商之聲請，認有第 455 條之 4 第 1 項各款所定情形之一者，應以裁定駁回之，適用通常、簡式審判或簡易程序審判，對該裁定不得抗告。
- (2)法院對於修正條文第 455 條之 2 第 1 項之協商聲請，認有修正條文第 455 條之 4 第 1 項所定不得為協商判決之情形時，應將該聲請以裁定駁回。此時案件既已經檢察官起訴或聲請以簡易判決處刑，法院自應回復適用通常、簡式審判或簡易程序繼續審判。法院駁回檢察官協商聲請之裁定，為終結協商程序之程序裁定，故不得抗告。
- (3)因此甲於訴訟程序中死亡，法院應以裁定駁回檢察官之協商聲請，並適用通常審判程序審判，為 303 條第 5 款之不受理判決，而非逕為有罪之協商判決。

- 四、某甲涉嫌共同殺人，經檢察官提起公訴。一審法院以檢察官起訴所附之證據(共犯某乙於檢察官偵訊時未經具結之陳述、兇刀、現場錄影光碟、目擊證人之警詢、偵訊筆錄等證據)判處某甲有期徒刑 15 年。某甲以量刑過重為由提起上訴。二審法院認為案情明確，且無其他應調查之證據，乃於審判期日詢問某甲及檢察官對起訴書與一審判決書中所引用之證據資料有無意見。雙方當事人皆表示無意見，審判長遂命書記官於審判筆錄一一載明已經依法調查該些證據。試問：(25 分)
- (一)共犯某乙於檢察官偵訊時未經具結之陳述，其證據能力為何？
- (二)就我國上訴審訴訟構造之觀點而論，請詳附理由說明某甲之上訴及二審之審判程序是否合法？得否為上訴第三審之理由？

答題關鍵	第一子題之關鍵在於「共犯」不等於「共同正犯」，應分別敘明；第二子題之關鍵則為「具體上訴理由」之認定標準，以及「科刑」與「論罪」是否屬「有關係部分」。
高分閱讀	史奎謙，《刑事訴訟法 II(圖說)》，高點文化出版，頁 5-33 至 5-37

#### 【擬答】

- (一)共犯某乙於檢察官偵訊時未經具結之陳述，有無證據能力，應視該陳述係某乙以何種身份所為：
- 1.對某甲涉嫌殺人之案件而言，某乙為被告以外之人，依大法官釋字第 582 號解釋，不論某乙與某甲在實體法上是否確具共犯關係，某乙於訴訟法上之本質應為證人，故若檢察官係於偵查某甲案件時，以證人身份傳喚某乙，某乙即與一般證人無異，檢察官應依刑事訴訟法(下稱「本法」)第 186 條第 1 項命某乙具結，如某乙未予具結，則依本法第 158 條之 3，其證言不得為證據。
  - 2.惟若某乙於檢察官偵訊時，係以某乙自己案件之被告身份而為陳述，則因本法將被告與證人分列不同之證據方法，被告不得為證人，此亦上開大法官解釋將證人認定為「被告以外之人」之原因，則某乙既非以證人身份接受訊問，檢察官自不得命某乙具結，且某乙於偵訊時以被告身份所為之自白亦非證言，故該陳述即不因未經具結而喪失證據能力，亦無本法第 158 條之 3 之適用。
  - 3.承 2.，惟就某甲為被告之案件而言，某乙仍屬證人，故某乙於檢察官面前之陳述仍屬「被告以外之人於審判外之陳述」，屬於傳聞證據，仍有本法關於傳聞陳述證據能力規定之適用。如某乙未與某甲一併起訴，此時某乙即為一般證人，應直接適用本法第 159 條之 1 第 2 項之規定，判斷其證據能力之有無；如某乙與

某甲應一併起訴成爲共同被告，因某乙仍具被告身份，尙非「被告以外之人」而無法直接適用本法第 159 條之 1 第 2 項之規定，此時因某乙之陳述被當作起訴某甲之證據，與某甲具利害關係衝突，故爲確保直接審理原則及保障甲之對質詰問權，應先由法官依本法第 287 條之 1 之規定，分離甲案與乙案之調查證據及辯論程序，此時於甲案程序中，某乙不具被告身分，即可回歸適用第 159 條之 1 第 2 項之規定，判斷某乙於檢察官偵訊時之自白，於某甲案件是否具證據能力。

(二)茲先說明我國上訴審之訴訟構造，嗣就甲之上訴及二審之審判程序是否合法，分述如下：

1.我國上訴審之訴訟構造：

上訴審之審級構造，立法上包括事後審查制、續審制及覆審制；「事後審查制」係以法律審之角度，自事後審查原審判決及其訴訟程序於法有無違誤，我國刑事訴訟之第三審採之；「續審制」則屬事實審兼法律審，上訴審延續原審之審判，因此於第一審所爲之訴訟行爲，於第二審亦有效力，我國民事訴訟之第二審採之；至我國刑事訴訟之第二審採「覆審制」，亦爲事實審兼法律審，惟第二審程序應爲完全且重複之審理，關於事實認定、法律適用、刑罰量定，皆與第一審法院同其職權，此點觀乎本法第 364 條可證。

2.甲之上訴是否合法，端視其有無基於一審卷內訴訟資料，或另以新事證，具體指摘一審於量刑時有何違法或不當：

(1)被告上訴限於爲自己利益之情形（最高法院 71 年台上字第 1423 號判決），而依本法第 361 條第 2 項，上訴書狀應敘述具體理由，故被告所提上訴理由必須具體明確且對己有利，方屬合法上訴。至於是否爲有利之判斷，原則上採「主文標準」，亦即倘被告之上訴理由獲認有理由，是否使原審判決之主文內容發生有利於被告之變動。

(2)本案甲以量刑過重爲理由提出上訴，而科刑屬主文範圍之一部，倘上訴審確認原審量刑過重而將量刑減輕，自將更動原審主文，故甲之上訴符合上述主文標準。

(3)至上訴理由是否具體明確，依最高法院新近見解，認被告指摘原審量刑過重時，必須基於一審卷內訴訟資料，或另以新事證，具體指摘一審於量刑時有何違法或不當，不得僅空言「量刑過重」，否則即非具體明確，應認上訴不合法。故甲之上訴是否合法，應視其上訴理由除指摘一審量刑過重外，有無明確指出一審於量刑時之違法或不當。

3.二審程序是否合法，應視其未重新踐行法定調查程序加以調查之證據，是否涉及對原審科刑部分之審查，茲詳述如下：

(1)依本法第 366 條，第二審法院應就經上訴之部分調查之，復依第 348 條第 2 項之規定，對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視爲亦已上訴。然被告可否僅針對「科刑」部分提起上訴，而不包括「論罪」？學說及實務有下述二種見解：

A.傳統實務見解認爲，被告不得僅就原審判決之法律效果部分單獨聲明不服，縱使單獨聲明不服，論罪部分乃有關係之部分，亦視爲已上訴（最高法院 37 年上字第 2015 號判決、46 年台上字第 914 號判決）

B.新近學說則認爲，對於科刑可以合法提起一部上訴，因審查量刑之程序，有針對量刑事由應特別審酌之事實及應適用之條文（如刑法第 57 條），故於被告對論罪部分並無不服之下，代表被告僅係針對原審於審酌刑度時之裁量不服，就此而言，量刑部分有其自主性，應允被告單獨提起上訴。

C.就上述二說而言，管見以爲新近學說較爲可採。原因在於上訴審得以原審判決論罪部分之認定爲基礎，僅就科刑部分重新調查及判決，並無變更原審論罪認定不可之情形，且原審就科刑部分遭撤銷或改判時，既上訴審未更動原審論罪部分之認定，即無原審判決「論罪」與「科刑」產生裁判矛盾之可能，故應認甲僅針對科刑部分上訴時，原審論罪部分因不屬「有關係部分」，而非第二審法院應調查範圍。

(2)由上可知，本案二審僅得就原審之科刑部分進行調查，故就論罪部分，本非第二審應審理之範圍，亦無須重新踐行論罪部分之相關證據調查程序，第二審程序即無違背法令之情事；惟就科刑部分，如原審所引用之證據資料，有涉及科刑部分者，既屬第二審依第 366 條應調查範圍，基於覆審制之制度設計，第二審應就此部分之證據重新踐行法定調查程序，不得僅以當事人對一審有無意見代替調查程序，否則即屬「應於審判期日調查之證據未予調查」，而具判決當然違背法令事由，得提起第三審。