

# 我國非常上訴實務之剖析

朱 楠\*

## 目 次

- 壹、我國非常上訴制度之由來及沿革
- 貳、從比較法觀點看非常上訴制度
- 參、非常上訴制度之功能探討—統一法令適用、糾正違法判決、救濟被告權益、監督法院裁判
- 肆、我國非常上訴制度之實務運作
  - 一、102年1至5月聲請非常上訴案件剖析
  - 二、現行非常上訴之提起，以糾正違法判決為主，統一法令適用之功能尚無法發揮
  - 三、非常上訴應加強平反冤獄、洗冤白謗之功能
- 伍、提起非常上訴專屬檢察總長應否改革—案件之被告能否逕行提起
- 陸、最高法院「關於非常上訴補充決議」之爭議
- 柒、結論

\* 現任最高法院檢察署主任檢察官。

## 壹、我國非常上訴制度之立法沿革及立法目的

按非常上訴制度乃刑事程序法部分，對於確定判決認為審判違背法令，所設之特別救濟程序。非常上訴制度起源於法國，1959年3月2日法國公布施行之刑事訴訟法第三部第一編即有相關規定。但當時非常上訴之立法目的，僅係為糾正違背法令之判決，亦即為法律上之利益上訴，判決效力則不及於當事人。其後始予修正，即為公益而上訴，特別情形下效力及於當事人<sup>1</sup>。我國第一部刑事訴訟法，係於民國17年7月28日公布，同年9月1日施行，即已仿照日本，設有非常上訴制度。當時設立非常上訴制度之立法目的，以統一法令適用為主要目的。而必須在原確定判決不利於被告，或經撤銷後由原審法院更為審判者，其效力始及於被告。目前依現行刑事訴訟法第441條、第447條、第448條規定觀之，就判決效力而言，除為法律上之利益外，也在一定情形下效力及於被告，顯然非常上訴制度立法之目的，仍然以糾正違法判決、統一法律適用為主，至於判決效力是否及於被告，則屬附隨之效果。故違法判決是否有利或不利被告，本不在立法考量之列。現行最高法院檢察署法定職掌之一，即為辦理刑事非常上訴案件，依刑事訴訟法第6篇關於非常上訴之規定，檢察總長發現確定判決違背法令者，得向最高法院提起非常上訴。最高法院不經言詞辯論審理，以非常上訴理由所指摘之事項為限，認為非常上訴無理由者，以判決駁回之。認為非常上訴有理由者，對於原判決違背法令者，將其違背之部分撤銷，訴訟程序違背法令者，撤

<sup>1</sup> 參見陳樸生「論非常上訴之特質」，軍法專刊第3卷第9期第13頁。林永謀「訴訟程序違背法令與非常上訴」，法令月刊第36卷第6期第7頁。

銷其程序。刑事訴訟法第 441 條、第 444 條、第 445 條、第 446 條、第 447 條規定甚明。其重點可歸納為：

(一) 刑事訴訟法第 441 條關於檢察總長得提起非常上訴之裁量權，應專屬檢察總長。檢察總長已提起非常上訴，法院即應依法審判，而不得認總長「得」不予提起而竟提起，逕認無理由判決駁回。

(二) 經檢察總長以確定判決違背法令，提起非常上訴，如原判決違背法令者，即應將其違背之部分撤銷；訴訟程序違背法令者，即應撤銷其程序，法院不得以確定判決並非不利於被告，或無提起非常上訴之必要性，而認上訴無理由判決駁回。

(三) 如原確定判決確有違背法令，或程序違背法令者，法院應將違法部分撤銷，均應於判決主文中宣示，而不得僅於理由中敘明違背法令之情形，而主文卻諭知上訴駁回。

## 貳、從比較法觀點看非常上訴制度

我國非常上訴制度，係沿襲日本「非常上告」制度，而日本又師承於法國之「為公益上訴」及「為法律上訴」制度。惟無論係日本或法國法制，非常上訴之提起均以檢察總長為唯一適格之當事人；另從日本非常上訴制度之演變來看，最早日本係以保護被告利益為由提起非常上訴，其後，認為非常上訴制度之目的，應係在統一法律見解及法律適用，遂修法改以「審判違背法令」時，「檢事總長」得提起「非常上告」<sup>2</sup>。所謂檢事總長，即為我國之檢察總長，而「非常上告」即為我國之非

<sup>2</sup> 參照現行日本刑事訴訟法第 454 條。

常上訴。另法國刑事訴訟法亦規定對於確定判決，為法律上利益，得經由司法部長之命令，由檢察總長提起非常上訴<sup>3</sup>。另外，韓國刑事訴訟法之非常上訴與我國現行條文相同，亦規定判決確定後，發現案件之審判係違背法令者，檢察總長得向最高法院提起非常上訴<sup>4</sup>。

英、美、德國及大陸之刑事訴訟法，均無非常上訴制度之設計。美國聯邦法院於1925年制定「移審令」(writ of certiorari)，案件當事人對聯邦最高法院不再享有上訴之權利(right of appeal)；聯邦最高法院對於上訴係採許可制，各州最高法院或聯邦下級法院之訴訟當事人對於聯邦最高法院幾無提起上訴之權利。當時之聯邦最高法院 Taft 首席大法官認為：「沒有任何訴訟當事人對其他案件享有超過兩個審級以上之訴訟權保障，地方法院及巡迴上訴法院之設立，即已滿足此一功能。聯邦最高法院之功能應在確保法治、審理憲法及其他法律上之重要爭議，並且統一各上訴法院之見解。」因此，參照美國法制，不可能再允許以非常上訴救濟被告權利。由於美國並無非常上訴制度，其聯邦法院為宣示憲法原則，並為國家司法資源及法治重要原則性考量，對上訴案件是否准許擁有上訴裁量權，採「上訴許可制」<sup>5</sup>；而各州最高法院對於上訴案件，如係合法上訴則並無裁量權而應依法審判。德國於1940年設立檢察總長非常上訴制度，在判決確定後一年以內，准許檢察總長對違法判決提起非常上訴，其仍係仿效法國之制度，但救濟

<sup>3</sup> 參照現行法國刑事訴訟法第620條。

<sup>4</sup> 參照現行韓國刑事訴訟法第441條。

<sup>5</sup> 張文貞「從最高法院到憲法法院：美國聯邦最高法院的移審管轄及其運作實況選案」，發表於「第2屆我國憲法訴訟制度之展望」學術研討會，輔仁大學法律學院法學研究中心主辦，2012年5月7-8日。

程序與法國部分不同，即原判決係對被告不利者，以聲請赦免作為對被告救濟之途徑。但在 1930 年公布施行及現行刑事訴訟法，對於確定判決之特別救濟程序，均已廢止非常上訴制度，僅保留再審之設計而已<sup>6</sup>。

### 參、非常上訴制度之功能探討——統一法令適用、糾正違法判決、救濟被告權益、監督法院裁判

非常上訴制度之功能詳予區分，應有統一法令適用、糾正違法判決、救濟被告權益、監督法院裁判正確適用法令等四項功能。由於部分法律學者主張非常上訴專為糾正原確定判決適用法令之違誤，以統一法令之適用為目的，故無論原確定判決或非常上訴後之判決是否有利於被告，其效力均不及於被告。亦有論者主張非常上訴制度本質上仍然係為保護被告之利益而設，必原判決不利於被告時，始得提起非常上訴。若原確定判決尚非不利於被告，縱有違背法令情事，亦不得提起非常上訴。以上兩說，均失之偏頗，現行世界採行非常上訴制度之各國法制多數均採折衷說，即原則上非常上訴係為統一法令之適用為目的，但如判決不利於被告，則其效力不及於被告。我國現行刑事訴訟法亦採折衷說，除原確定判決係不利於被告，經非常上訴審將原確定判決違背法令部分撤銷，就該案件另行判決；或因原確定判決違背法令，係誤認為無審判權而不受理或其他有維持被告審級利益之必要而將原判決撤銷後，由原審法院依判決前之程序更為審判者外，其效力均不及於被告。顯見

<sup>6</sup> 參見張麗卿「論非常上訴制度」，法律評論第 53 卷第 7 期第 14 頁。及「德國刑事訴訟法」第 55 章，Claus Roxin 著，吳麗琪譯，三民書局出版。

非常上訴雖係以統一法令之適用為目的，但同時亦兼顧被告之權益。在實務上，最高法院於97年9月2日召開之第四次刑事庭會議決議，則將保護被告利益視為上訴有理由之前提要件，而將統一法令之適用視為附隨之次要目的，亦即如原判決並非不利於被告，又無統一法令適用之原則性，即認無提起非常上訴之必要性，而予判決駁回。例如判決宣告非屬該罪法定刑主刑種類或低於法定本刑刑度、不應緩刑而緩刑、不應減刑而減刑、諭知義務勞務時數違法、漏未依法宣告褫奪公權等案件，縱有違背法令情事，仍判決上訴駁回，此一決議，顯已矯枉過正，背離法律條文原意，而有違背法令之嫌。

非常上訴最主要功能應在匡正違法判決，法國法律學者嘗言：「絕不允許有違法判決存在，就是非常上訴制度的最主要目的」<sup>7</sup>。由於刑事確定判決必須合法、妥適、正確。任何一件判決，自不應允許有違法之瑕疵情形存在。我國刑事訴訟法對於非常上訴之提起，包括「判決違背法令」及「訴訟程序違背法令」，其目的自亦含有不允許有任何違法判決存在之旨意。設立非常上訴制度之功能之一，亦在提高裁判品質。由於法官獨立審判，司法院又早已廢除有糾正判決違誤功能之送閱制度，加以我國刑事法令繁雜，法令修改變更頻率又高，確定判決有違背法令情形所在多有，茲彙編最近數年違背法令情形較為嚴重之判決例示如下：

（一）宣告緩刑之違法：被告均不合刑法第74條宣告緩刑之要件，但臺灣桃園地方法院96年度簡字第91號判決（諭知有期徒刑1年10月，減為有期徒刑11月，緩刑4年）、臺

<sup>7</sup> 參見臺灣法學會於101年10月26日在台灣法學研究室，舉辦「非常上訴制度之理論與實務」研討會，林鈺雄教授發言資料。



灣高等法院 97 年度上訴字第 950 號判決（對第一審判決定應執行有期徒刑 2 年，緩刑 5 年之違法判決諭知上訴駁回）、臺灣高等法院臺中分院 97 年度上訴字第 748 號判決（諭知有期徒刑 1 年，緩刑 5 年）、臺灣南投地方法院 96 年度訴字第 967 號判決（諭知有期徒刑 2 年，緩刑 5 年）、臺灣桃園地方法院 101 年度審簡字第 197、198 號判決（諭知有期徒刑 3 月，緩刑 2 年）、臺灣高等法院高雄分院 100 年度上易字第 158、159 號判決（諭知有期徒刑 2 年 6 月，緩刑 4 年）對被告均違法宣告緩刑。

（二）減刑不當之違法：被告均不合中華民國九十六年罪犯減刑條例之減刑條件，但臺灣屏東地方法院 96 年度訴字第 1457 號判決（諭知有期徒刑 8 年，減為有期徒刑 4 年）、臺灣高等法院高雄分院 98 年度聲減字第 47 號判決（諭知有期徒刑 8 年，減為有期徒刑 4 年，褫奪公權 3 年）、臺灣高雄地方法院 96 年度聲減字第 7872 號判決（諭知有期徒刑 3 年 8 月，減為有期徒刑 1 年 9 月）、臺灣高等法院臺中分院 98 年度重上更一字第 79 號判決（諭知有期徒刑 2 年 2 月，減為有期徒刑 1 年 1 月）、臺灣南投地方法院 96 年度易字第 315 號判決（諭知有期徒刑 2 年，減為有期徒刑 1 年）對被告均違法宣告減刑。

（三）宣告非屬該罪法定主刑種類或低於法定本刑刑度之違法：臺灣屏東地方法院 96 年度簡字第 621 號判決，對被告所犯偽造私文書罪，違法諭知科拘役 30 日。臺灣臺南地方法院 97 年度易字第 165 號判決，對被告所犯 27 次恐嚇取財罪，違法宣告各處有期徒刑 5 月。臺灣嘉義地方法院 99 年度訴字第 937 號判決，對被告販賣第三級毒品罪，違法判處有期徒刑 2

年8月。臺灣屏東地方法院100年度簡字第2165號判決，對被告所犯圖利聚眾賭博罪，違法科處拘役50日。臺灣臺中地方法院100年度訴字第3066號判決，對被告所犯行使偽造公文書罪，違法判處有期徒刑10月。

(四)不得易科罰金之罪准予易科罰金之違法：臺灣臺北地方法院97年度訴字第526號判決（違反藥事法案件諭知應執行有期徒刑5月）、臺灣士林地方法院96年度訴字第73號判決（違反兒童及少年福利法案件諭知有期徒刑5月）、臺灣臺東地方法院101年度東簡字第185號判決（竊盜罪諭知有期徒刑8月），對被告所犯不合刑法第41條得易科罰金之罪，竟均違法諭知如易科罰金，以新臺幣一千元折算一日。

(五)漏未依法宣告褫奪公權之違法：臺灣屏東地方法院97年度選訴字第1號判決（對被告違反選罷法買票罪諭知有期徒刑1年8月），違法漏未併予宣告褫奪公權。

(六)數罪併罰定應執行刑不當之違法：臺灣臺中地方法院96年度聲減字第2030號判決（就所犯有期徒刑2年6月、6月15日，定執行刑為有期徒刑1年7月又15日）、臺灣彰化地方法院101年度訴字第230、346號判決（就所犯有期徒刑3年10月、4年，定執行刑為有期徒刑3年10月）、臺灣高等法院臺南分院100年度聲字第575號裁定（就所犯有期徒刑7年4月以上、7年9月以下，定執行刑為有期徒刑6年）等，均違反刑法第57條第5款之規定。

(七)諭知義務勞務時數之違法：臺灣高雄地方法院93年度訴字第2115號判決（諭知義務勞務30小時）、臺灣高等法院臺南分院101年度侵上訴字第273號判決（諭知義務勞務30小時），均違反刑事訴訟法第253條之2第1項第5款「提



供 40 小時以上 240 小時以下之義務勞務」規定。

上開違法判決均係各級法院檢察署檢察官於收受裁判後發現，依刑事訴訟法第 442 條規定，聲請檢察總長提起非常上訴。在最高法院 97 年度第四次刑事庭會議作成關於非常上訴之補充決議之前，上開違法判決經檢察總長提起非常上訴，最高法院均依刑事訴訟法第 447 條規定，分別將違背法令之判決、或訴訟程序違背法令之程序撤消。因上開決議作成並對外公告後，則均以原確定判決對被告並無不利，且無統一法令適用之原則性，而認上訴無必要性予以判決駁回<sup>8</sup>，進而影響各級法院檢察署檢察官發現違法判決並聲請檢察總長提起非常上訴之意願，以致各級事實審法院法官於裁判時，不再戒慎恐懼，裁判品質因而無法提高。

最高法院檢察署 101 年度收受聲請提起非常上訴案件為 3,508 件，民國 102 年 1 至 5 月，已達 1,523 件；檢察總長向最高法院提起非常上訴之案件，101 年度為 440 件，102 年 1 至 5 月，亦已高達 199 件。較之 97 年度新收件數為 2,653 件，提起非常上訴件數為 549 件，並未顯著減少<sup>9</sup>。最高法院刑事庭過去雖因外界質疑發回案件過多，未結積案亦多，自 101 年開始，庭長法官力圖改變形象，銳意改革，上訴案件駁回率已達 85.57%，102 年 1-5 月為 86 %。102 年 3 月，收案 512 件，駁回 452 件、發回 29 件、自為判決 3 件，駁回率更高達 91.46%<sup>10</sup>，未結積案亦已大量減少。而最高法院檢察署檢察總長提起之非常

<sup>8</sup> 參見最高法院 97 年度台非字第 463、464、473、486、512、523、531、534、564 等號、98 年度台非字第 55、181、191、278 等號，99 年度台非字第 118、136 等號，101 年度台非字第 6、78、82、120、228、294、344、373、435 等號判決。

<sup>9</sup> 參見最高法院檢察署統計室統計資料 - 非常上訴案件收結及判決結果。

<sup>10</sup> 參見最高法院刑事上訴案件終結統計表。

上訴案件，正確率並未因而降低，民國99年以前，正確率均在75-78%之間；100年提高為83%，101年亦提高為87%，102年1至5月，更高達91.8%<sup>11</sup>。顯見違法判決數量甚多，裁判品質亦亟待提升。由於非常上訴之提起，最高法院得以糾正違法判決，並經由司法院裁判書類查閱系統之電腦資訊傳輸，各級從事司法實務工作之法官、檢察官，甚至在野法曹之執業律師及從事法學研究之教職人員均可點閱參讀，對提高裁判品質自然裨益良多。惟上開最高法院補充決議作成之後，最高法院對於甚多非常上訴案件，即不再將違背法令之判決撤銷改判或發回更為審判，各級檢察官因此亦已大量減少聲請檢察總長提起非常上訴，就監督違法裁判之功能，已明顯萎縮，就整體司法而言，是禍非福，彰然明甚！

## 肆、我國非常上訴制度之實務運作

### 一、102年1至5月聲請非常上訴案件剖析

最高法院檢察署檢察總長於102年度1至5月，共提起非常上訴203件（新收199件、舊受4件），經最高法院審理後已作成148件判決。經檢閱102年度台非字第1號至第148號刑事判決，發現違法之確定判決中，因不合累犯規定，而誤以累犯判決之違背法令案件者最多，高達101件。該等案件均經最高法院將原判決撤銷，自行判決並對被告減輕其刑。另外因原確定判決適用法令錯誤，或不適用法則而遭撤銷改判者，亦達28件，如其中被告犯侵占遺失物罪，竟判處拘役50日（最

<sup>11</sup> 參見註9。

高法院以 102 年度台非字第 10 號判決撤銷改判，以下所引最高法院判決僅簡稱案號)；被告因施用毒品已非初犯或 5 年後再犯，對檢察官聲請觀察勒戒竟予准許(台非字第 38 號、45 號、75 號、76 號、117 號、132 號)；違反一事不再理重複作實體判決判處罪刑(台非字第 15 號、62 號、64 號、102 號、114 號、128 號、130 號)；檢察官聲請簡易判決，竟判處有期徒刑 7 月，並未宣告緩刑(台非字第 73 號)；強制辯護案件未指定辯護人即行辯論判決(台非字第 70 號)；罰金總額易服勞役，已逾 1 年之期間(台非字第 103 號)；宣告多數拘役，竟定應執行刑為拘役 140 日(台非字第 126 號)；持有多數 1、2 級毒品罪較施用毒品罪為重，竟仍以施用毒品罪判處罪刑(台非字第 131 號)；聲請定執行刑管轄法院錯誤(台非字第 69 號)；案件係經協商程序終結，竟未依協商內容並擅行加重判刑(台非字第 68 號)；告訴人未為告訴或告訴已逾 6 月，竟作實體判決(台非字第 112 號)等。另外，判決違法諭知被告應提供 30 小時之義務勞務(台非字第 58 號)、被告曾受徒刑執行完畢竟違法諭知緩刑(台非字第 136 號)、原判決有應調查之證據而未調查之違背法令(台非字第 24 號)、被告自備鑰匙竊盜，原判決漏未諭知沒收(台非字第 40 號)、應定執行刑而漏未訂定(台非字第 52 號)等，最高法院則參照 97 年度第四次刑事庭會議決議，以各該確定判決之違誤，並非對於法律見解有原則上重要性之爭議，與統一法令之適用無關，又非不利於被告，且無非予救濟，不足以保障被告之情形，難認有提起非常上訴之必要性，因而予以判決駁回。由以上分析，非常上訴之提起，如係對被告不利益之違法判決，最高法院均予撤銷，並自為判決；如更有維護審級利益之必要，最高法院亦

均將原判決撤銷後發回，由原審法院依判決前之程序更為審判（台非字第68號、70號、73號）。對被告權益之救濟，非常上訴之制度確屬功不唐捐。

由於被告是否累犯，依卷內證據質料，有時不一定能夠明確認定，事實審法院對被告有無累犯之事實，應否適用累犯規定，固屬法院認定事實與適用法律之基礎，應依職權調查。但數罪併罰案件之執行完畢，係指數罪定其應執行之刑，已將該應執行之刑執行完畢而言，若其中1罪之有期徒刑先執行期滿，茲依檢察官聲請，法院裁定定其數罪之應執行之刑，則裁定前已先執行之罪，因併後合併他罪定應執行之刑結果，檢察官所換發之執行指揮書，係執行應執行刑，之前已執行之部分，僅應予扣除而不能認為已執行完畢（最高法院98年台非字第260號判決）。又刑法第47條所謂「受徒刑之執行完畢」，除在監獄執行期滿者外，如為假釋出獄，須未經撤銷假釋者，其未執行之刑，始以已執行論。如假釋中更行犯罪，受有期徒刑以上刑之宣告，應撤銷其假釋，假釋撤銷後，其出獄日數不算入刑期內，仍須執行原殘餘刑期，不能認假釋出獄後所餘之刑期已執行完畢，而論以累犯（最高法院101年度台非字第46號判決）。事實審法院於審判時，依卷附被告前科資料，雖已發現被告應係累犯，但其後被告因上開定執行刑，或於假釋中犯罪兩種情形，以致前案之徒刑並未執行完畢，不能認係累犯，檢察總長因而提起非常上訴，原確定判決均因而遭致最高法院撤銷改判，事實審法院法官對此一法律見解多數完全無法認同。因此，最高法院部分刑庭法官曾經設法解套，認為依據卷內資料，被告是否另犯他罪將來應定執行刑，或其假釋出獄後，於本案犯罪判決時假釋尚未被撤銷，卷內均無事證

資料可以調查，是否累犯固應依職權調查，但如不能調查，即不能認原判決違背法令<sup>12</sup>。由於最高法院對累犯認定見解歧異，有統一法律見解之必要，最高法院乃於100年度第六次刑事庭會議中，經討論後認為對被告仍有救濟之必要，因而決議採肯定說，即不採上開「是否累犯固應依職權調查，但如不能調查，即不能認原判決違背法令」之否定說意見。其主要關鍵原因，即在於原判決如不撤銷改判，即對被告不利，且非經由非常上訴程序無法救濟。

最高法院於100年度作成上開決議後，司法院為解決非常上訴因累犯問題案件眾多之窘境，再度設法解套，曾向主管刑法修正之法務部提案，欲將刑法第47條關於累犯「加重其刑至2分之1」之規定，刪除或修改為「得加重其刑」，圖以解決非常上訴案件撤銷原判決超量之問題。惟因法務部反對，並由法務部檢察司將提案多方諮詢各界意見，又送請部分刑法修正委員研究，作成不同意修正之意見後，告知司法院，司法院方始作罷。

## 二、現行非常上訴之提起，以糾正違法判決為主，統一法令適用之功能尚無法發揮

按救濟被告權益，固為非常上訴制度重要功能之一，但由以上最高法院台非字判決個案分析，就統一法令見解部分，竟完全無法發揮功能<sup>13</sup>。另就「糾正違法判決」部分，亦稍嫌不足，尤其非對被告不利益之判決，例如係犯重罪以輕罪判決、

<sup>12</sup> 參見最高法院99年度台非字第201號判決意旨。

<sup>13</sup> 最高法院101年度台非字第140號判決，認醫院病房為「有人居住之建築物」，如竊盜應依刑法第321條第1項第1款加重竊盜罪論處，已發揮統一法令見解之功能，惟類似判決數量極少。



不應緩刑卻宣告緩刑、應諭知沒收漏未宣告等違法判決，仍依97年度第四次刑事庭會議決議內容判決上訴駁回，致該等違法判決未經撤銷而仍有效存在。

最近臺灣臺北地方法院審判行政院前祕書長林益世貪瀆案，對民意代表關說案件不採「實質影響說」<sup>14</sup>；及最高法院審判中正大學教授不實核銷研究經費，認該教授不具「授權公務員」身分<sup>15</sup>，法律見解均與過去判決不同，雖然該等判決尚非確定判決，檢察總長無由提起非常上訴，但與最高法院確定判決之法律見解歧異之一、二審確定判決<sup>16</sup>，似可由最高法院檢察署檢察總長對之提起非常上訴，以發揮統一法令適用之功能。現行每年由臺灣高等法院召集之法律座談會各項提案，雖作成「採甲案或乙案」之決議，供一、二審法官及司法實務界參考，該項決議並無「法規範」之效力，但實質上既以決議為「通說」，實務界亦樂於引用；類似之法律問題，原可經由檢察總長提起非常上訴，由最高法院判決表示其法律見解，以解決法令適用歧異之問題。雖然最高法院各刑事庭本身仍有不同見解，但係屬另一問題，目前係由最高法院召開刑事庭會議以「決議」方式解決。如將來大法庭制度修法完成，自可由大法庭審判解決。

<sup>14</sup> 參見臺灣臺北地方法院 101 年度金訴字第 47 號判決。

<sup>15</sup> 參見最高法院 102 年度台上字第 1448 號判決。

<sup>16</sup> 臺灣新竹地方法院 101 年度易字第 72 號洪 00 詐領研究費案、臺灣臺南地方法院 100 年度簡字第 2539 號黎 00 詐領研究費案，均未認教授詐領研究費之教授身分為授權公務員，故未以貪污罪判決。

### 三、非常上訴應加強平反冤獄、洗冤白謗之功能

非常上訴制度最主要功能，即在救濟被告權益，現行非常上訴制度對於被告權益之救濟，僅偏重於刑之減輕、易刑處分之正確、不利被告之訴訟程序撤銷等，對於洗冤白謗，平反冤獄部分，以 102 年度現有台非字判決資料分析，則顯屬欠缺，幾乎沒有成功之案例。

依據司法院與最高法院檢察署之統計資料，非常上訴案件對於有罪改判無罪之案件，自民國 96 年以來，即形同虛設完全無法發揮功能。過去自民國 41 年開始，以迄 92 年之間，除 54 年、78 年、85 年外，每年均有被告經非常上訴由有罪改判無罪之案件。其中經由非常上訴改判被告無罪之案例，最高之年度為民國 58 年，聲請非常上訴 6 件，有 41 名被告改判無罪。其次為 75 年，聲請非常上訴 10 件，11 名被告獲改判無罪。民國 80 年，非常上訴僅 8 件，但獲改判無罪之被告有 12 人。民國 60 年，非常上訴亦有 7 件，10 名被告獲判無罪。民國 43 年、61 年、71 年、81 年，分別有被告 9 人獲改判無罪，民國 62 年、67 年，各有 8 名被告獲改判無罪。至民國 82 年以後，非常上訴被告改判無罪之案件逐年減少。83 年、84 年各為 2 人，87 年、89 年、90 年、92 年分別為 3 人，86 年、88 年、91 年各為 1 人，95 年非常上訴 1 件，獲判無罪之被告人數 3 人。96 年迄今，除 101 年尚有 1 件<sup>17</sup>改判被告無罪外，其他則尚查無因非常上訴之提起而改判無罪之案例，非常上訴之提起對救濟冤獄之被告，似已形同虛設<sup>18</sup>。最近社會注目之

<sup>17</sup> 最高法院 101 年度台非字第 76 號判決，因被告未滿 14 歲而將原臺灣屏東地方法院 100 年度訴更字第 3 號確定判決撤銷，改判被告無罪。

<sup>18</sup> 被告經由非常上訴得以平反而獲改判無罪案件之統計資料，除參見最高法院檢察署紀錄科翻閱

重大刑事案件，亦無經由非常上訴提起而獲得平反者，例如蘇建和等殺人強盜案、江國慶強姦殺人案等均係經再審程序，由事實審法院准予再審後重新審理改判無罪，蘇建和案雖經最高法院檢察署檢察總長提起非常上訴3次，惟均經最高法院判決駁回，涉案被告並無法獲得平反<sup>19</sup>。被告江國慶案則由軍事高等法院依再審程序改判無罪，判決書送達檢察官後，因檢察官未上訴而告確定。另外民間司改會積極爭取以非常上訴或再審程序救濟之被告鄭性澤殺警案，聲請非常上訴已遭最高法院檢察署駁回<sup>20</sup>；吳乃仁、洪奇昌背信案亦曾聲請提起非常上訴，並由監察院、立法院函請法務部轉函最高法院檢察署研究有無提起非常上訴之理由，仍經最高法院檢察署認為與非常上訴理由不合，予以駁回在案<sup>21</sup>。就保護被告立場而言，上開個案雖被告均自稱冤枉，並希望法律給予特別救濟，惟除江國慶案民眾相信係屬冤案外，其他個案是否冤屈，仍應依全案事證，循法律規定及法定程序認定。如再審程序對保護刑事判決冤獄之被告救濟容有不足，且非常上訴主要功能如非僅為糾正違法判決及統一法令適用，而亦係為被告平反冤獄、洗冤白謗，即似可修法檢討改進，以加強非常上訴功能。

41-85年非常上訴判決取得之統計資料外，另參見95年度台非字第93號、92年度台非字第29號、122號、401號、91年度台非字第305號、90年度台非字第158號、80號、89年度台非字第146號、243號、265號、88年度台非字第217號、87年度台非字第181號、354號、86年度台非字第362號等判決。

<sup>19</sup> 被告蘇建和等殺人案爭議頗大，最後雖判決無罪定讞，乃因刑事妥適審判法通過施行，檢察官依法不得再行上訴始告確定，涉案被告是否冤屈，實情如何仍無法釐清。參見「現身說法--1位資深法官的回憶錄」，李相助口述，范立達執筆。2013年3月博雅書屋出版。

<sup>20</sup> 參見最高法院檢察署101年度非字第2447、2669、2687、2755、2780、2858、3113號等案。

<sup>21</sup> 參見最高法院檢察署102年度非字第859、1089、1171、1287、1407號等案。

## 伍、提起非常上訴專屬檢察總長應否改革——被告能否逕行提起非常上訴

最近民眾對各級法院部分判決，紛紛表示不滿，部分人士更以「烏龍判決」、「恐龍法官」嘲諷，司法公信力似乎每下愈況。因此，部分法界人士為救濟被告權益，建議改革非常上訴制度，取消檢察總長提起非常上訴之專屬權力，認為案件之當事人，尤其被告亦可逕行提起非常上訴。立法院立法委員尤美女等 23 人曾提案修正刑事訴訟法第 441 條，增列第 2 項、第 3 項為：「發現案件之審判係違背憲法、侵害受判決人憲法權利或法律上之重大權利者，受判決人亦得向最高法院提起非常上訴。」、「前項聲請非常上訴案件之提起，應委任律師為辯護人行之。」該提案並經立法院司法及法制委員會於 101 年 12 月 10 日決議另定期繼續審查<sup>22</sup>。監察院亦認：「非常上訴制度除得統一法令適用外，另有保護無辜被告之目的，惟刑事訴訟法規定專屬於檢察總長始得提起，自憲法第 16 條保障人民訴訟權之觀點，現行制度設計是否正當，容非無疑。」並以專函函請法務部、最高法院檢察署參考<sup>23</sup>。而學者王兆鵬亦在月旦法學雜誌發表「重新思考非常上訴制度」一文<sup>24</sup>，呼籲修改法律將提起非常上訴之權利下放給被告。惟無論自比較法制、法之安定性、司法資源、被告權利保護等各方面研析，現行制度應尚無改變之必要。

我國非常上訴制度，係沿襲日本「非常上告」制度，而日

<sup>22</sup> 參見立法院第 8 屆第 3 會期司法及法制委員會第 18 次全體委員會議第 13 號議案。

<sup>23</sup> 監察院 101 年 12 月 14 日院台字第 1012630495 號函。

<sup>24</sup> 月旦法學雜誌 170 期，2009 年 7 月出版，第 98-121 頁。

本又師承法國之制度。惟無論係日本或法國法制，非常上訴之提起權限均專屬檢察總長一人，已如前述；另韓國關於非常上訴之規定，與我國現行條文完全相同，亦僅有檢察總長得提起非常上訴。英、美、德國及大陸之刑事訴訟法，均無非常上訴制度之設計。美國聯邦最高法院對於上訴係採許可制，亦不允許被告有提非常起上訴之權利。美國為救濟羈押中之被告權益（美國第一審宣判有罪即將被告收監執行），另設有「人身保護令」（Writ of Habeas Corpus）制度<sup>25</sup>，但與非常上訴制度在糾正違法之確定判決性質迥異。德國刑事訴訟法對於部分我國得提起非常上訴之原因，如「應調查之事實證據而未調查」等事由規定於再審程序中，而被告等訴訟當事人，均得依規定對於確定判決聲請再審，但此與非常上訴之制度設計亦完全不同，自不可比附援引<sup>26</sup>。

我國刑事訴訟法對於刑事案件，原則上係採「四級三審」制，已充分考量人民訴訟權、司法資源、社會公益、公平正義等層面，與憲法之比例原則、平等原則及相當性原則等並不違背。如允許訴訟案件之被告再行提起非常上訴，恐將變相成為「第四審」，不僅破壞四級三審之訴訟制度，也間接危及確定判決之安定性。參照司法院大法官釋字第507號、第574號解釋意旨，為避免虛耗國家有限之司法資源，並考量法之安定性，我國被告不得提起非常上訴之制度，應認與憲法保障之人民訴訟權並無扞格之處，亦無違背憲法可言。非常上訴制度既以判決違背法令為限，此「法令」解釋，自然包括憲法、法律及法規命令等。如判決違背憲法，與違背法律無異，檢察總長自應

<sup>25</sup> 參見王兆鵬上文。

<sup>26</sup> 參照德國刑事訴訟法第359-373a條規定。



提起非常上訴。且如個案確實違背憲法，或侵害刑事案件被告之憲法權利，自得依司法院大法官審理案件法第5條規定聲請大法官解釋憲法，亦無須另向最高法院聲請提起非常上訴，以免造成機關權責不清、功能重覆。

我國刑事訴訟法規定再審可由被告自行提起或聲請檢察官提起，乃因再審之目的，著重在救濟事實認定之錯誤，而事實為當事人親身經歷，應最知悉。與非常上訴制度從是否違背法令之角度考量，自無從相比，不能逕以被告可以提起再審，即比附援引認為人民亦可提起非常上訴。我國非常上訴制度並無一事不再理之限制，實務上不乏有藉重複聲請非常上訴，以拖延或規避執行之案例。如修法允許被告可提起非常上訴，最高法院案件必然大量增加，許多執行案件也必連帶拖延而久懸不決，尤其判處死刑確定之案件，影響更大。

如認現行非常上訴制度救濟深度、廣度容有未足，關鍵原因並不在檢察總長提起非常上訴之標準尺度過嚴，乃因最高法院諸多判決一向限縮非常上訴之提起<sup>27</sup>；尤以97年9月2日召開之第四次刑事庭會議決議，更大篇幅說明最高法院對是否准許非常上訴，有裁量之許可權，並列舉多項不得或不宜提起非常上訴之事由及案例，違法不當限縮檢察總長之聲請權，始造成部分非常上訴功能無法發揮所致。歐美先進國家，不僅檢察總長，包括法官均係由總統、司法部長等行政官員、政治人物任命，但法官或檢察官不因而降低其行使職權之獨立性、公正性。我國檢察總長為司法系統之菁英，必須由具司法官資格之

<sup>27</sup> 如最高法院70年度台非字第136號、87年度台非字第63號、80年度台非字第518號、97年度台非字第453號、99年度台非字第29號等判決。

法官、檢察官始能出任<sup>28</sup>，且檢察總長之選任不僅須由總統提名，經立法院同意，而其任期並規定為四年，不得連任<sup>29</sup>，其行使職權不應、不會、亦不因政治任命而有改變，是否提起非常上訴應依法為之。欲改變現行制度，立法讓人民亦有提起非常上訴之權利，必將治絲益棼，徒增困擾。

## 陸、最高法院關於非常上訴補充決議之爭議

最高法院於97年9月2日第四次刑事庭會議，作成「關於非常上訴之補充決議」，上開決議將提起非常上訴認為有理由之情形，限於1. 違背法令 2. 必原判決不利於被告 3. 涉及統一法律適用等三項要件必備之情形下，始認為非常上訴有理由。即認為非常上訴有理由，須以「原判決不利於被告」為其必要條件；原判決違背法令之非常上訴理由，又必限縮在與「統一適用法令有關」之範圍；且以「涉及法律見解具有原則上之重要性或爭議」為限。與刑事訴訟法第441條僅規定：「判決確定後，發見該案件之審判係違背法令者，最高法院檢察署檢察總長得向最高法院提起非常上訴。」顯已增列諸多法律所未規定之條件。前最高法院庭長呂潮澤曾撰文指出，該項決議不僅欠缺法律依據，與現行法令規定之構成要件亦已增加不當之限制；且已違背憲法第23條法律保留原則及比例原則<sup>30</sup>。實務上該項決議不僅剝奪刑事訴訟法規定之檢察總長聲請提起非常上訴之專屬裁量權限；且對糾正違法裁判、減輕法官

<sup>28</sup> 司法人員人事條例第16條。

<sup>29</sup> 參見法院組織法第66條第8項。

<sup>30</sup> 參見呂潮澤「最高法院97年9月2日關於非常上訴之補充決議適用性之探討」，法令月刊第61卷第11期，第33至46頁。

誤判責任、救濟受害被告或當事人等權益之影響也既深且廣，幾已將原非常上訴之立法目的予以更易，監察院監察委員更已認其侵犯立法權限，必須嚴予辯正<sup>31</sup>。

我國刑事訴訟法第 441 條對於檢察總長提起非常上訴，係採專屬主義及便宜主義，僅檢察總長得便宜決定是否提起非常上訴，而非常上訴案件則專屬最高法院管轄。相同情形，刑事訴訟法第 253 條職權不起訴、第 253 條之 2 緩起訴處分，均賦予檢察官自由裁量權，亦採便宜主義，惟法院對法律規定檢察官得依職權不起訴處分或緩起訴處分之案件，如提起公訴後，仍應依法審判，不得逕以起訴無必要性而以無理由駁回起訴，乃法之當然解釋。上開法條採便宜主義，僅檢察總長可據以行使此項便宜主義之「裁量權」，法院應不得剝奪檢察總長提起非常上訴之權力，或變相加以限制。如認必須另具備「於法律見解之統一有原則上之重要性」、「對被告不利」、「客觀上有給予非常救濟之必要性」等條件為限，始得認非常上訴「有理由」，顯係實質修改法律規定，應確係侵犯立法權限，必須循修法程序提出修法建議以補足之，方為正途。

日本於大正 13 年（西元 1924 年），修正非常上告制度，2 次世界大戰後再行修法，其立法目的已變更為以法律適用上之統一為原則，救濟被告則屬附隨之效果。如最高法院決議提起非常上訴，必以對被告不利益之判決始可為之，則與日本最初設立非常上訴制度立法目的相同，難免有大開倒車之譏。我國最高法院對於上訴案件，包括非常上訴案件，並無准否上訴之裁量權，即亦不採美國法制之「上訴許可制」，而應依

<sup>31</sup> 同註 23 監察院函附調查意見二。

法審判，已如前述。故依現行刑事訴訟法規定，最高法院對於檢察總長提起之非常上訴案件，如判決有違背法令情事，或訴訟程序違背法令者，均應於判決主文宣示，方屬合法。不應僅於理由中說明原判決何一部分或程序違背法令，而又認上訴無理由，並於主文諭知「上訴駁回」，衍生主文與理由矛盾之結果。現行最高法院對非常上訴之部分判決，於理由中認係違背法令，主文卻未宣示將違背法令部分撤銷，自係違背刑事訴訟法第447條之規定，即應認係違背法令。

## 柒、結論

非常上訴乃刑事判決確定後之特別救濟程序，在實務上就救濟被告權利部分，有其不可替代之功能存在；尤其對糾正違法判決功能立竿見影。最高法院檢察署於99年7月13日以台紀字第0990010786函陳法務部轉司法院，請對落實非常上訴「糾正違法裁判、統一法律適用」研修相關規定，以覈實考核違法裁判，督促法院審慎適用法律。函中並將「違法判決例舉」彙編併送司法院，司法院即將該彙編分送各級法院法官參考<sup>32</sup>，因上開違法判決或為對法令之修改漏未注意，或就現行法令引用失當，如法官或檢察官認真檢視該違法判決例舉，極易加深印象不再犯錯。且因法官法修正之前，檢察官、法官有考績評定制度，經由非常上訴撤銷違法判決，影響法官、檢察官辦案成績，對法官、檢察官考核陞遷確實影響重大。法官法通過後，法官、檢察官仍有職務評定之考核制度。法官雖無計

<sup>32</sup> 參見司法院祕書長99年11月5日祕台廳刑一字第0990025916號函。

算個人辦案成績之規定，惟就法院整體而言，司法院仍將考核各級法院整體績效，對法官職務表現是否良好，因非常上訴而遭撤銷判決必然仍有一定影響。檢察官部分就辦案成績部分，亦有一定之考評，法務部刻正加緊研修檢察官職務評定之具體辦法。因此，因為設有非常上訴制度，得以糾正違法判決，影響所及，裁判品質當然會提高。

惟非常上訴之主要功能，應不以糾正違法判決、提高裁判品質為己足，其最重要之功能闕為統一法令之適用，必須能實際發揮統一法令適用之功能，才能提高司法公信力，贏得民眾之信賴。由於強調審判獨立，法官對法律見解確信而作不同之判斷，下級審之法律見解如有錯誤，固可由上級審以判決加以撤銷變更，但同屬最高法院之各庭法官，如法律見解不同，做出不同判決，則下級審與民眾均無所適從，法之安定性與期待可能性均不確定<sup>33</sup>；法律之功能無法定紛止爭，被告亦將因不同法官而遭受不同之判決，屆時則將使法治蒙羞，社會治安紛擾，民眾亦不再信任政府。因此統一法令適用，成為非常上訴制度特別強調之功能。現行實務上，此一功能之發揮，仍有極大之改善空間。為此，司法院特別研擬修法，將德、日之大法庭制度引進國內<sup>34</sup>。但在此一制度實行之前，現行最高法院決議制度，及各級法院召開之法律座談會，則對統一法令見解提供務實可行之途徑。由於不得上訴第三審之案件，如發生法律見解歧異之問題，臺灣高等法院每年均舉辦法律座談會，經由公開討論，提供法律意見。而經由最高法院判決之案件，如發

<sup>33</sup> 參見張升星「不能統一法律見解，還要最高法院幹嘛」，中國時報 102 年 4 月 18 日時論廣場。

<sup>34</sup> 司法院 101 年 12 月 28 日第 146 次院會通過法院組織法及行政法院組織法部分條文修正草案，最高法院及最高行政法院將設大法庭以統一法律見解。參見司法周刊第 1626 期。



生歧異，最高法院內部亦得召開刑事庭會議，以「決議」方式作成結論，提供司法實務界參考。但無論得否上訴第三審之案件，如對確定判決法律見解發生疑義，最高法院檢察署檢察總長即應依法提起非常上訴，由最高法院審判，以發揮統一法令適用之功能。

由於最高法院一向以決議方式統一有爭議之法令，決議制度之法源，係依據法院組織法第78條授權，由司法院訂定之「最高法院處務規程」第32條規定，該項作法並無明確之法律依據，又非以判決之方式為之，其法律見解之形成，亦缺乏外界參與，自不應與判決有相同之效力。最高法院以決議方式統一法令見解，已遭基層法官及學術實務界質疑<sup>35</sup>，因而有大法庭制度之研議，上開97年度第四次關於非常上訴之補充決議，無論就法理、事理、論理等角度觀察，均有重大瑕疵，如僅為減少最高法院收案量，減輕法官負荷，或避免非常上訴案件量過多，及原確定判決因違背法令而遭撤銷之案件過多，會引起國際法界人士認為我國法官素質不良、裁判品質低落，而遭致譏評等理由，從權通過上開決議內容，施行結果，依統計資料顯示，非常上訴案件總數並未減少，而經由非常上訴遭判決撤銷之違法判決件數亦未相對減少；另外，由於上開決議，對受冤屈、冤案之被告無法救濟，而對部分非對被告不利益之違法判決，不予撤銷改判，亦已喪失警示糾正功能，反使法官易生怠忽疏失之心，裁判品質將更無法提高，衍生之負面影響作用甚大。部分風紀案件甚至陳倉暗渡，完全不受監督究責，戕害司法莫此為甚。最高法院為圖補救，允宜於最近期間，再

<sup>35</sup> 參見魏大曉「大法庭制度之建構與決議制度之轉型」，101年8月3日司法週刊第1605期。林孟皇「提昇最高法院審判效能芻議」，101年10月25日司法周刊第1617期。

以刑事庭決議方式決議停止上開 97 年度第四次刑事庭會議決議之援用<sup>36</sup>。現行實務上認為「原判決尚非不利於被告、且於法律見解之統一，欠缺原則上之重要性，客觀上難認有給予非常救濟之必要性，」即認上訴無理由而判決駁回之方式，似應予修正揚棄，回歸法律規定，方屬正辦。且最高法院關於非常上訴之判決，應定位其最主要之功能為統一法令適用，對於檢察總長提起之非常上訴案件，應詳為審酌後再行判決，避免有法律見解歧異之情形再次發生，方能落實非常上訴制度設立之本旨。

<sup>36</sup> 最高法院雖經外界質疑「決議」之效力，但以目前而言，因大法庭制度之法院組織法修正案尚未通過，仍續於每週二密集召開刑事庭會議，以決議方式統一有爭議之法令見解，並以決議方式對現有判例檢視是否不再引用。例如 101 年 12 月第 10 次刑事庭會議即決議：認為意圖營利而販入毒品為販賣既遂罪等相關判例應不再援用。102 年 1 月第 1 次刑事庭會議亦決議 71 年台上字第 8219 號、56 年台上字第 42 號、46 年台上字第 486 號、45 年台上字第 852 號等刑事判例 12 則不再援用。

