

調 查 報 告

壹、案由：最高法院九十七年度第四次刑事庭會議作成「非常上訴補充決議」，涉有影響最高法院檢察署檢察總長提起非常上訴權限，損及人民訴訟權益等情，究該項決議有無違反非常上訴制度立法本旨？實有深入調查必要乙案。

貳、調查意見：

據本院司法及獄政委員會第四屆第四十五次會議報告事項第二案，有關本院函請法務部轉請最高法院檢察署檢察總長(下稱檢察總長)研提非常上訴之案件，自民國(下同)一百年起，法務部函復多為「檢察總長認無提起非常上訴之理由」，是否與最高法院於九十七年九月二日九十七年度第四次刑事庭會議作成「關於非常上訴之補充決議」有關，對該決議有無違反非常上訴制度立法本旨，並影響檢察總長提起非常上訴權限，損及人民訴訟權益，認有深入調查必要，爰依司法及獄政委員會第四屆第四十五次會議臨時動議一，決議推派調查。經蒐整相關文獻資料，並請專家學者到院諮詢，業已調查竣事，茲將調查意見臚陳如下：

一、最高法院九十七年度第四次刑事庭會議決議對檢察總長應如何提起非常上訴之指導性文字，易茲爭議：

(一)按最高法院九十七年度第四次刑事庭會議決議(下稱系爭決議)內容載述：「刑事訴訟法第四百四十一條對於非常上訴係採便宜主義，規定『得』提起，非『應』提起。故是否提起，自應依據非常上訴制度之本旨，衡酌人權之保障、判決違法之情形及訴訟制度之功能等因素，而為正當合理之考量」，繼則載述：「基於刑事訴訟法第四百四十一條係採便

宜主義之法理，檢察總長既得不予提起，如予提起，本院自可不予准許」、「類此情形者，既無礙於被告之利益，即無提起非常上訴之必要性，如予提起，本院自亦可不予准許」等。亦即對於是否提起非常上訴，該決議以刑事訴訟法第四四一條規定為「得」提起，認提起非常上訴屬「便宜主義」，並進一步認為檢察總長如得不予提起非常上訴而予提起，最高法院自可不予允准。

(二)然刑事訴訟法第四四一條既規定提起非常上訴權限屬檢察總長，且依系爭決議所稱採「便宜主義」，則提起與否於現行法乃繫諸於檢察總長之裁量。系爭決議所稱提起非常上訴之應考量情形如何，實乃檢察總長自行裁量之事項；該決議又稱如得不提起而提起，則最高法院自得不予允准等，實際運作則成為「檢察總長如對『最高法院認為得不予提起』之案件而予提起，最高法院自可不予允准」，對檢察總長不無宣示、指導之意涵。以決議制度本身之效力而言，如僅在供最高法院內各庭甚或下級法院審理案件之參考，而無任何拘束效力，暫不論制度及實質內容適法當否，似不致有所爭議。惟最高法院作成決議係經公告程序並刊載於司法院公報，且該決議文字亦顯然指述檢察總長之權限，司法權固於審理個案時，得基於法律之解釋適用表明其立場，惟在並無案件審理而欠缺基礎事實之情形下，司法權自行對屬行政權之檢察總長權限作此種指導性說明，以權力分立之角度觀之，不無疑問，此即招致外界質疑該決議有侵越檢察總長權限之虞¹。

(三)經比對九十七年前後三年間，最高法院檢察署檢察

¹ 參照朱楠，〈司法改革-風雨中的回顧〉，檢協會訊第四十三期，九十八年七月二十日，頁4、5。

總長對聲請提起非常上訴案件而為提起之百分比，則有所減少，本案諮詢學者對此亦有質疑，是否因該決議而使檢察總長不欲提起非常上訴，或產生自我節制之現象。系爭決議對檢察總長之宣示、指導性文字，如肯認決議將可能發生一定之外部效力，即屬在欠缺基礎事實之前提下，侵越檢察總長權限，有違反權力分立與制衡原則之嫌；縱認決議本身僅在供法院內部參考，亦無法忽略最高法院作成決議仍須公告周知之實際運作情形，該等文字內容實非屬必要，允應注意避免，以杜質疑。

二、最高法院九十七年度第四次刑事庭會議決議稱提起非常上訴應具「必要性」，並闡述二種不具提起非常上訴必要性之情形，其論理依據有欠明瞭，致有侵越立法權之質疑：

(一)系爭決議內容載述：「非常上訴，乃對於審判違背法令之確定判決所設之非常救濟程序，以統一法令之適用為主要目的，必原判決不利於被告，經另行判決；或撤銷後由原審法院更為審判者，其效力始及於被告」、「倘原判決尚非不利於被告，且不涉及統一適用法令；或縱屬不利於被告，但另有其他救濟之道，並無礙於被告之利益者，即無提起非常上訴之必要性」。質言之，最高法院基於非常上訴在統一法令適用之主要目的，兼或及於保護被告目的下，認如原判決非不利被告，則不涉及統一法令適用自無提起非常上訴必要；縱原判決屬不利於被告，但另有其他救濟之道，無礙被告利益者，亦無提起非常上訴之必要。

(二)按刑事訴訟法第四四一條僅係規定案件如有「審判違背法令」時，得提起非常上訴，復按同法第四四七條規定，如認非常上訴有理由，最高法院得有三

種處置方式，其一為原判決違背法令，將其違背法令部分撤銷，其二為原判決違背法令，但不利於被告者，應就該案件另行判決，其三為訴訟程序違背法令，撤銷其程序。然自相關法律文字觀之，無論係審判違背法令、原判決違背法令、原判決違背法令但不利於被告者或訴訟程序違背法令，均難見諸該決議所稱二種「無必要性」情形而不得提起非常上訴之限制，似已超出法律之文義解釋範圍。

(三) 憲法第十六條保障人民訴訟權，法律規範如有不足，則產生法律解釋之空間，並得以之填補，滿足其規範目的。惟法律解釋亦有其限制，司法解釋雖有「後位立法」之特質，仍應對立法意旨及法律文義予適度尊重，不宜任意作成與立法意旨及法律文義顯著違反之補充解釋。尤在解釋之時，更應充分說明所運用之解釋方法、所欲填補之規範闕漏及應予填補之理由，並非天外飛來一筆而無法察知其來龍去脈之補充。系爭決議所闡述提起非常上訴應具必要性及二種無必要提起非常上訴之情形，顯較原法律文義所得提起非常上訴之範圍為狹，實際上將提起非常上訴之範圍作有限縮，惟僅能自該決議得知作有限縮似導源於立法宗旨，對法律上提起非常上訴何以須具必要性、原法律文義如何不合規範意旨及應採如何解釋始得相符則未能詳予闡明，致有系爭決議實質係立法創設或修法性質，而有僭越立法權之質疑。

(四) 又有關係爭決議所稱，縱屬不利於被告，但另有其他救濟之道，並無礙於被告之利益者，即無提起非常上訴之必要性部分，茲舉本案諮詢學者意見，增加另有其他救濟之道限縮要件並無法律明文，如立於使人民有多種救濟途徑之立場，似仍宜肯認檢察

總長得提起非常上訴救濟，亦可免前述司法權有指導或限縮行政權(檢察總長權限)，甚或損及人民訴訟權益之質疑，可茲參考，附此敘明。

三、最高法院九十七年度第四次刑事庭會議決議，認所謂與統一適用法令有關，係涉及法律見解具有原則上之重要性者，對非常上訴之提起有所限縮，就非常上訴糾正錯誤判決之功能、對裁判品質之提升及人民對司法之信賴有無影響，似值深慮：

- (一)系爭決議稱非常上訴之提起，除該判決不利於被告，非予救濟，不足以保障人權者外，應與統一適用法令有關，並稱所謂與統一適用法令有關，係指「涉及法律見解具有原則上之重要性者而言。詳言之，即所涉及之法律問題意義重大而有加以闡釋之必要，或對法之續造有重要意義者，始克相當」，並繼則闡述確定判決之違誤如係因：(1)法律已有明確規定，向無疑義，因疏失致未遵守者、(2)法院已有解釋可資依循，無再行闡釋之必要者、(3)其違背法令情形，業經最高法院著有判例、判決或作成決議、決定予以糾正在案，實務上並無爭議者(4)因「前提事實之誤認」，其過程並不涉及法令解釋錯誤之問題者四種類型，「即不屬與統一適用法令有關的範圍，殊無反覆提起非常上訴之必要性」。析論系爭決議之觀點，乃以統一法令適用為非常上訴之目的，並以確定判決之違誤有法律上原則重要性，即法律問題意義重大而有加以闡釋之必要，或對法之續造有重要意義方屬統一適用法令之範疇，進而認方屬有提起非常上訴之必要。
- (二)系爭決議以所稱法律見解具有原則重要性為要件，並進而闡示四種類型及多種情狀為不具原則重要性，對本得提起非常上訴以糾正錯誤判決之情形已有

限縮，本案諮詢學者即有質疑，原屬得提起非常上訴之錯誤判決，現因該決議增加上開限制而不得提起，等同容任該等錯誤之確定判決繼續存在，亦即對縱屬非不利被告之錯誤，原仍得提起非常上訴糾正判決違誤，僅係效力不及於被告，尚具有糾正判決違誤之抽象效力，惟系爭決議予以限縮後，此一抽象之糾正將無從進行，對於裁判品質之提升並非有利。又如屬明顯違誤之判決，反不能提起非常上訴救濟，而容任該等明顯錯誤判決存在，對人民司法信賴之觀感亦有影響。

(三)非常上訴固有以統一法令適用為目的，惟亦為提起非常上訴而糾正錯誤判決後，始產生統一法令適用之效果。則究竟係先決定有統一法令適用之目的，而設計提起非常上訴糾正錯誤判決之制度；或係非常上訴原在糾正錯誤判決，進而產生統一法令適用之結果，二者之輕重先後，除立法外，當亦依歸於法律解釋。惟參考法國創立非常上訴之制度，原始設計即在提起非常上訴以糾正錯誤判決，即不能否認於解釋非常上訴本身之目的時，不宜忽視偏離非常上訴最直接效果係在糾正錯誤判決之考量。系爭決議偏倚於非常上訴統一法令適用之目的，對於非常上訴得糾正判決錯誤之功能、對裁判品質之提升及人民對司法之信賴有無影響，似仍值深慮。

四、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，自憲法第十六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：

(一)非常上訴之目的，依其原立法意旨、現行刑事訴訟法規定、司法院釋字第一八一號解釋及歷來最高法院見解甚或國內學理，均可肯認除在糾正錯誤判決

以統一法令適用，並(兼)有保護無辜被告之目的。然依刑事訴訟法第四四一條等規定，提起非常上訴僅限檢察總長始得為之，本案諮詢學者意見中即有指稱此與訴訟當事人對等原則有虧，亦不能因再審(事實錯誤)得由當事人提起而謂非常上訴(法律錯誤)則限於檢察總長得為提起而稱公平，蓋民事訴訟法及行政訴訟法之再審，均屬非常救濟程序，亦均有判決適用法規顯有錯誤而得提起再審之規定，並未如刑事訴訟設有限制，獨以刑事訴訟法限制刑事被告於確定判決顯然違背法令時，不得自行提起非常上訴，是否合乎憲法意旨，至堪商榷。

- (二)按憲法第十六條保障人民訴訟權，係指人民於其權利遭受侵害時，有請求法院救濟之權利。基於有權利即有救濟之原則，人民權利遭受侵害時，必須給予向法院提起訴訟，請求依正當法律程序公平審判，以獲及時有效救濟之機會，此乃訴訟權保障之核心內容。至有關提起訴訟救濟之審級、程序及要件，立法機關雖得衡量訴訟案件之種類、性質、訴訟政策目的及司法資源之有效配置等因素，以法律或法律授權主管機關訂定命令限制，惟應符合憲法第二十三條規定，方與憲法保障人民訴訟權之意旨無違，業經司法院釋字第六五三、第五七四等號解釋所闡明。有關非常上訴之提起，雖屬非常救濟程序，亦為訴訟權保障之範圍，故立法機關雖亦得以法律或法律授權為限制規定，惟此限制自應有合理正當之考量，並符合憲法第二十三條所揭示之法律保留原則、比例原則及公益原則。
- (三)立法設計非常上訴限於由檢察總長提起，當可能有被告既得提起再審，則非常上訴係由檢察總長提起、避免濫訴減少最高法院負擔以達司法資源合理分

配、非常救濟程序應予限縮避免架空審級制度成為「第四審」、檢察總長作為檢察體系首長提起非常上訴適可彰顯「客觀性義務」等考量。然而在非常上訴具有(或兼有)保護無辜被告之目的下，檢證前開考量，首按以被告得對事實錯誤提起再審，法律錯誤則由檢察總長提起非常上訴之考量，則已遭本案諮詢學者指其並非具有正當性，業如前述；次依所謂避免濫訴及避免非常上訴成為第四審之考量，實為相同脈絡之思考，即被告如得任意提起非常上訴，則該非常救濟程序即失其「非常」而有變相成為「第四審」之虞，惟避免造成提起非常上訴之浮濫，亦可有其他要件之設計(如應委任律師代理)，並無完全禁絕被告提起而僅得委諸檢察總長之必要。尤在確定判決之錯誤導致重大不利被告結果，雖已設有非常救濟程序，卻僅能被動等待檢察總長提起非常上訴以尋求司法救濟，如未經檢察總長提起，被告僅得忍受該不符公義之判決，非僅與公益原則不符，與司法權在經正當法律程序以追求正確審判之目的亦有相違；再以檢察體系於刑事訴訟程序上具「客觀性義務」之考量而論，僅屬理論上之補充，對於為何設計「僅」有檢察總長得提起非常上訴乙節實無合理之解釋，且實際上被告原係經檢察官起訴，卻設計最終僅檢察體系之首長可提起非常上訴救濟，如檢察總長不予提起，被告對代表國家訴追犯罪之檢察體系如何信服，檢察總長如予提起，則被告對將其提起公訴之基層檢察官又如何看待，亦不免生昨非而今是之感。綜上，現行非常上訴僅限由檢察總長提起，該限制是否正當合理及符合比例原則、公益原則，與憲法保障人民訴訟權之意旨有無違反，容非無疑。

(四)非常上訴作為刑事訴訟之非常救濟程序，固有其歷史緣由，惟其目的既非僅在統一法令適用，亦有保護無辜被告之目的，卻仍限制僅檢察總長始得提起，難免予人民過度理想及神化「檢察總長」之觀感，且該限制形式上雖係法律明定，惟是否屬正當合理之限制、是否符合比例原則及公益原則，容非無疑。誠然刑事救濟程序必將有其終點，審級制度所由設，惟審級制度原在避免錯誤判決以落實人權保障，今既仍有非常救濟制度，在保障人民訴訟權之觀點下，自宜跳脫此屬國家恩給之思考。就現行刑事訴訟法規定非常上訴僅得由檢察總長提起，該限制是否與憲法保障人民訴訟權意旨有悖，理應對現行規定、立法目的及實際運行情形等各項因素詳加研析檢證，俾法律得反映現行人權保護思潮而與時俱進，至臻妥適合理。

五、最高法院以決議宣示法律見解及對判例不再援用，不無矛盾之慮，且有違權力分立原則及侵害審判獨立之質疑，現行法制有欠完備，應請檢討改進：

(一)最高法院刑事庭會議決議，係依法院組織法第七十八條授權由司法院訂定之「最高法院處務規程」第三十二條，其規定：「民刑事各庭為統一法令上之見解，得由院長召集民事庭會議，刑事庭會議或民刑事庭總會議決議之。」而判例，則係法院組織法第五十七條規定，由最高法院以民、刑事庭會議或民、刑事庭總會議決議後選編。復依照「最高法院判例選編及變更實施要點」第五點：「民、刑事庭各庭審理案件，關於法律上之見解，認有變更判例之必要時，得由該庭敘明理由，擬具變更判例提案，檢送院長核閱後，準用選編判例之程序。但決議須有應出席者總額過半數之同意，始為通過」為變

更判例之規定。然系爭決議中對於最高法院已選編為判例與該決議意旨不符之部分，宣示不再援用、供參考，是否認以決議宣示判例「不再援用」而為判例變更？惟此一則並非採行最高法院六十六年例變字第一號之方式，對具體判例為變更，二則得認「不再援用」屬變更判例之具體依據為何，亦屬難尋。此部分內容頗值商榷，並凸顯長久以來，最高法院以決議方式宣示判例「不再援用」之妥適性。

- (二)對上開問題，本案諮詢學者即有提出質疑，認法院組織法第七十八條，係規定於法院組織法第六章，乃有關司法行政事務之分配事項，僅授權對於事務處理可以自行訂立規章，而最高法院處務規程應屬處理審判行政事務事項之規定，何以在該規程第三十二條出現以民、刑庭決議統一法令見解之制度，即有逾越法院組織法第七十八條授權之嫌。
- (三)按判例制度本身係法院組織法明文規定，參照司法院釋字第一五四號解釋理由書、第三七四號解釋理由書意旨，具有「視同命令」之位階，惟所謂最高法院之「決議」，除法院組織法第五十七條規定得以「決議」選編、變更判例外，所得進行統一各庭之法令見解部分，乃源自法院組織法授權訂定之最高法院處務規程規定，而該處務規程所訂內容是否合乎法院組織法授權，已如前述學者質疑。又雖最高法院表明見解之決議如經法官於裁判上援用，亦得受違憲審查，已為司法院釋字第三七四號解釋所是認，然自司法院釋字第三七四號解釋理由書所稱「最高法院之決議…與判例不能等量齊觀，決議之製作…如經法官於裁判上援用時，自亦應認『與命令相當』」觀之，則決議雖「與命令相當」，似仍

與判例本身「視同命令」有所差異。故在法位階上，以最高法院處務規程規定而生之決議所表明之法律見解，得對有法律明文規定而選編之判例宣示不再援用，實不無矛盾之慮。

(四)復依司法院釋字第五七六號解釋林子儀、許宗力、楊仁壽大法官提出之協同意見書之意旨，判例制度業遭批評其拘束力實已超越個案事實，有抽象法規之性質，並有違反權力分立及審判獨立之質疑，惟判例本身仍有作成判決之個案基礎事實可資參照，此猶非無基礎事實之決議所得相提並論。茲再以前開三位大法官協同意見書所載：「判例來自不具備直接民主正當性之法院對於具體個案所表示之法律見解，此種見解如果沒有事實基礎之支撐，則其拘束力便失卻法理基礎，而質變為抽象法規。其結果不僅可能扭曲判例原意而成為錯誤的法律見解，更混淆司法判決與立法者角色之分際，亦使非審判機關，藉由單純的判例選列決議，而侵害法官獨立審判的權限」觀之，單純判例選列之決議，即有混淆司法與立法分際及侵害法官獨立審判之質疑，則最高法院如以決議宣示法律見解，決議本身又欠缺具體事實基礎，恐亦難脫違憲之疑慮。另以系爭決議為例，其並非針對特定之判例，而係對與決議意旨不同之判例宣示一概不予援用，則究竟有何判例與決議意旨抵觸致無從援用，實欠明確，除致人民對司法判決之預見可能性浮動，最高法院作成此種「判例與上開意旨抵觸部分不再援用、供參考」之決議方式，幾同於該決議宣示之法律見解有法律效力，已更近於法律變動之立法權性質，與權力分立原則似有相違。

(五)綜上而論，最高法院決議係作為判例選編、變更之

程序，又或為統一最高法院內部各庭見解，尚為原制度設計之目的。惟前開各項質疑，均係基於現行法制、實務運作上之問題而生，尤以最高法院之民、刑事庭決議經司法院釋字第二三八號、三七四號解釋後，實已無從再以僅供法院內部參考為由，而忽視其所具有之實際效力。最高法院決議之法位階、效力及與判例間之互動聯結情形如何，現行法制有欠完備，致最高法院之決議效力仍混沌不明，其運作更有違反權力分立原則及侵害審判獨立之質疑，應請檢討改進。

調查委員：劉興善、李復甸