

部分不同意見書

吳 燦

本院 110 年度台上大字第 1797 號刑事大法庭裁定，多數見解認為法律爭議二、即有關「第二審法院維持第一審所為無罪判決，違背本院徵詢庭或提案庭依法院組織法相關程序徵詢一致或大法庭裁定之見解所為之判決，屬於刑事妥速審判法第 9 條第 1 項第 3 款所定之判決違背判例」部分(下稱「系爭裁定二」)，本席難以贊同，爰提出部分不同意見書說明如下：

壹、大法庭制度在本質上僅為決議制度之審判化，並取代判例作為統一見解之功能

法院組織法於 2019 年 1 月 4 日增訂第 51 條之 1 至第 51 條之 11 有關最高法院大法庭制度，並刪除第 57 條判例選編及變更制度，增訂第 57 條之 1 明確化先前依法選編判例之定位，自同年 7 月 4 日施行。本次修法將最高法院統一法律見解機制作重大變更，以大法庭制度「取代」¹先前以選編判例及召開民事庭會議、刑事庭會議或民刑事庭總會議作成決議之制度，使確保法律適用一致性之制度審判化。

一、判例選編制度

我國最高法院之「判例」有其特殊性，不同於外國法例之「判決先例」。依 2019 年刪除之法院組織法第 57 條第 1 項規定，最高法院之裁判，其所持「法律見解」，認有編為判例之必要者，應分別經由院長、庭長、法官組成之民事庭會議、刑事庭會議或民刑事庭總會議決議後，報請司法院備查。

¹ 王梅英(時任司法院司法行政廳廳長)，《大法庭新制》，司法周刊【司法文選別冊】，1948 期，2019 年 4 月 19 日。該文於【摘要】即謂：最高法院「大法庭制度」，…，為我國法制史重要里程碑，【取代】現行承擔終審法院統一法律見解任務之判例選編、決議制度。其「柒」結語，亦然。

至於選編之審查程序²，分為初審與複審。初審前由民、刑庭各庭庭長或法官三人精選裁判，經院長核閱後刊司法院公報，而後由院長指定庭長、法官若干人組成審查小組，交付審查小組決定取捨，小組提出審查報告敘明理由後送請院長核閱，而經小組選為判例初稿者，得為文字之修正。院長核閱後召開民、刑事庭會議或總會複審之，複審會議由庭長、法官三分之二以上出席，出席人以記名投票過半數之同意決議。最後經選編之判例應報請司法院備查，並由最高法院公告之。因是，判例已與個案事實分離，並且抽象化成一則則簡約的法律見解。

二、決議制度

最高法院分設民、刑事庭。因各庭獨立審判，互不隸屬，對於法律之解釋與適用，常有仁智之見，裁判偶有見解紛歧。有鑒於此，最高法院自 1927 年起乃有民、刑庭總會之設，凡同類事例之案件，倘各庭見解不同，為求取統一，由院長或庭長以庭銜提出議案提請民、刑庭總會討論，由院長主持，經全體三分之二以上庭長、法官出席，出席者過半數之同意決議之。

迨至 1971 年 8 月，有感於民、刑事審判各有專精，乃分設民事庭會議、刑事庭會議及民、刑事庭總會，分別解決民、刑事各別或共同問題之爭議。

三、2019 年修法意旨與大法庭制度之主要特點

本次法院組織法修法意旨在於：(一)、現行判例係將最高法院裁判中之法律見解自個案抽離，而獨立於個案事實之外，成為抽象的判例要旨，使其具有通案之法規範效力，冀能達成統一終審法院法律見解之目的，但此與權力分立原則未盡相符。(二)、最高法院之決議制度，係以行政規則即最高法院處務規程第 32 條作為法源，而以司法行政會議之方式作成法律見解，非出於司法權之作用，卻產生拘束力，

² 請參依修正前法院組織法第 57 條規定訂定之「最高法院判例選編及變更實施要點」。

同樣有合憲性之爭議與質疑³。

本次建制統一法律見解之大法庭制度，與以往機制相較有三項主要特點：第一，以法律明文規定其設置、組織與任務；第二，係以審判權之作用，在訴訟關係的個案上表示見解；第三，經由當事人參與法律見解之形成，達成統一見解之任務⁴。

四、大法庭制度在取代欠缺司法權作用之決議制度

最高法院之決議制度，係由法官於內部會議一同研討法律爭議，儘管會議中諸說併陳，反覆論辯，如遇複雜問題，則交由專案小組加以研究提出意見，再提會討論，每則決議之作成，均經與會庭長、法官集思周咨，一再推敲，但相較於大法庭制度須對外公開，就個案之法律爭議，舉行言詞辯論，讓檢察官、當事人律師，甚至專家學者都參與表達意見，使統一法律見解機制回歸司法權之作用，似不符合法治國原則之誠命。

最高法院之決議制度，係以行政規則作為法源位階，除不若判例選編係法院組織法所明文規定者外，其以司法行政會議方式形成法律見解，並無當事人參與，非出於司法權之作用甚明，而大法庭制度適足以弭補決議制度之上開缺陷，因此在本質上大法庭制度應僅為決議制度之審判化，使之更符合司法之本質。

抑且，現行大法庭制度作為統一法律見解之機制，除依大法庭裁定據以作成之裁判先例外，尚承認於經徵詢程序，如受徵詢庭與徵詢庭均採相同法律見解者，因見解已經一致，乃認無提案至大法庭之必要，徵詢庭即應依該見解就本案為終局裁判，並於裁判理由中說明徵詢程序之過程及結論，使外界得知最高法院之先前裁判見解已透過徵詢程序變更即足之一途。而此一經由徵詢程序即形成一致見解者⁵，除

³ 許宗力、林子儀大法官於釋字第 687 號解釋部分不同意見書，指出：「我國法院各庭間的見解歧異，卻通常以決議予以統一，以此種方式統一見解，其問題恐怕較現行判例面臨更大的合憲性挑戰」。

⁴ 王梅英，註 1，3 頁。

⁵ 依徵詢程序達成一致之見解，不若大法庭裁定可以保障被告之聽審權。

僅附麗於徵詢庭之個案以達成外，其與決議制度曷異？

我國大法庭制度係移植自德國，僅裁判法律爭議，參之台灣法學會於 2016 年 10 月 15 日在臺大法律學院舉行「終審院檢之改革」座談會，座談會主持人許前大法官玉秀表示：「2013 年 10 月間，德國聯邦最高法院的院長 Tolksdorf 曾經來司法院演講，提到是大法庭不開庭⁶，而且大法庭的決定不是判決，類似於我們(最高法院)的決議」⁷，足徵大法庭制度之引進，即在於取代欠缺司法權作用之決議制度。

至於決議制度於大法庭制度施行後，當然廢止，不待法律明文規定。而判例選編及變更制度，也因為法院組織法建置大法庭制度後，透過大法庭制度已可達到終審法院統一法律見解之目的，自無再維持之必要，因而予以刪除⁸。亦即，判例統一法律見解之功能，改由大法庭制度取代。

貳、違反「判例」得作為上訴理由，係因「判例」具有法規範效力

我國之判例雖然脫胎於判決，但經過前述司法行政程序選編、乃至文字修正之判例，已具有高於一般終審法院判決先例的效力。最高法院 60 年台再字第 170 號民事判例意旨：「民事訴訟法第四百九十六條第一項第一款所謂適用法規顯有錯誤者，係指確定判決所適用之法規顯然不合於法律規定，或與司法院現尚有效及大法官會議之解釋，或本院尚有效之判例顯然違反者而言，（下略）」，將法規、司法院解釋(釋字)、最高法院判例三者併列，尤可見判例在斯時法律體系上之地位。

刑事妥速審判法(下稱「速審法」)第 9 條仿此立法，於第 1 項第 2、3 款將判決「違背司法院解釋」及「違背判例」列為上訴第三審的特別事由，均使判例具有通案之法規範效力。因此，司法院釋字第 154

⁶ 德國法院組織法第 138 條規定，大法庭得不經言詞審理為裁判。

⁷ 請參系爭座談會研討紀錄，月旦法學雜誌，259 期，2016 年 12 月，263 頁。

⁸ 請參法院組織法第 57 條立法說明。

號解釋乃認為，判例「在未變更前，有其拘束力，可為各級法院裁判之依據」。至於違反依決議所作成之裁判，則不具此等效力，不得作為民事再審事由，或刑事上訴第三審的特別事由。

大法庭新制施行後，關於先前依法所選編判例之定位，法院組織法第 57 條之 1 第 2 項規定：「未經前項⁹規定停止適用之判例，其效力與未經選編為判例之最高法院裁判相同」。亦即，有裁判全文可資查考而未經停止適用判例，其效力與未經選編為判例之最高法院裁判相同，並無通案效力。是以，大法庭新制施行前，我國判例的效力高於其他非判例之情形，於大法庭新制施行後，縱使速審法第 9 條之規定未一同修正，此上訴特別事由，亦因法院組織法第 57 條之 1 第 2 項之規定，致使判例產生質變(由具通案效力變成僅具個案效力)，而不應再適用¹⁰。質言之，速審法第 9 條第 1 項第 3 款之「判例」雖未相應修正，實則已因法院組織法之修正等同廢止。

參、速審法第 9 條第 1 項第 3 款應如何修正，係立法論而非解釋論

法律規範對於應規定之事項，由於立法者之疏忽、未預見，或情況變更，致就某一法律事實未設規定時，審判官固應探求規範目的，就此漏洞加以補充，斯謂之「漏洞補充」。漏洞補充，實即法官造法。惟法律規範對於應規定之事項，倘屬立法者有意不為規定，或有意不適用類似情況者，即不造成漏洞，不生補充之問題，自不存在法官造法。

法院組織法已廢止判例制度，速審法第 9 條第 1 項第 3 款雖仍保留「判例」二字，而未相應修正，實質上已因法院組織法之修正而形同廢止。亦即，速審法第 9 條第 1 項僅存第 1、2 款規定上訴第三審之特別事由。司法院、行政院於 2019 年 7 月 29 日函請立法院審議之

⁹ 法院組織法第 57 條之 1 第 1 項規定，若無裁判全文可資查考者，應停止適用。

¹⁰ 請參司法院編印，大法庭制度問答集，2019 年 9 月，83-84 頁。

「刑事訴訟法部分條文修正草案」¹¹，其第三百七十七條亦因配合法院組織法廢止判例制度，將原第3款「判決違背叛例者」之上訴第三審理由刪除，僅保留「一、判決牴觸憲法或所適用之法令牴觸憲法者」、「二、判決違背司法院解釋者」等2款上訴第三審之事由。上開法案因屆期不連續未能審議通過，司法院於2021年12月3日第197次院會通過金字塔型制度之第三審部分修正草案，於第378條之1明定得上訴第三審之理由，除仍保留前述第1、2款之規定外，增訂第3款「違背最高法院判決先例之見解者」之上訴事由，期符「判決先例自我拘束」原則，同時並刪除速審法第9條之規定。法院組織法、刑訴法及速審法之主管機關均為司法院，依其修法歷程以觀，主管機關對於速審法第9條第1項第3款似「有意不為修正(規定)」，並非無意之疏忽或未預見所造成，自無由審判者越俎代庖逕為所謂漏洞補充之餘地可言。

就終審法院統一法律見解之「功能」而言，不論先前之判例選編或決議制度，或現行之大法庭制度，本無分軒輊，僅其形成之過程有別而已。我國判例因有其特殊性，具通案之法規範效力，因而與法規、司法院解釋並列，得為民事再審或刑事上訴第三審之法定事由，但「依決議所作成之裁判」，因僅具個案判決效力，則不與焉。系爭裁定二，以法院組織法已刪除判例制度，速審法第9條第1項第3款並未因應修正，形成「嗣後法律漏洞」，並以大法庭制度接續判例制度關於形成一致見解之「功能」（並非取代判例地位），依目的性擴張解釋，認為違背「依徵詢或大法庭裁定見解所為之判決先例」，自屬速審法第9條第1項第3款所定之判決違背叛例。

關此論述，茲有疑義者，厥為在判例尚未廢止之前，對於「依決議見解所為之判決先例」，基於「判例」與「決議」之差異性，本乎「不相類似之事件，應為不同之處理」原則，對於違背「依決議見解

¹¹ 請參立法院第9屆第8會期第1次會議議案關係文書，院總第246號，政府提案第16903號，政323頁。

所為之判決先例」，本院並未認定該當於速審法第 9 條第 1 項第 3 款之判決違背判例，顯然係採目的性限縮解釋之結果，則何以在判例廢止之後，在本質上作為取代決議制度之大法庭制度，其「依徵詢或大法庭裁定見解所為之判決先例」，既亦僅具個案之判決效力，卻反採目的性擴張解釋，而謂屬速審法第 9 條第 1 項第 3 款所定之判決違背判例，已見理欠一貫，系爭裁定二徒憑所謂一致見解之「功能」而自行造法，更值商榷，殊難謂有據。

肆、審級制度屬於立法形成自由

上訴，乃當事人及其他有上訴權人對未確定之判決，請求上級法院為撤銷、變更之不服聲明方法。上訴制度的目的有二：一為裁判有謬誤時，因上訴而得以糾正，以維持法律之正確適用，另一為受不利益判決之當事人(被告)，因上訴而得有再一次救濟之機會。前者，重在公平正義之維護；後者，重在個人權利之保障。被告之上訴，僅及於「救濟」之第二種目的，故須具備上訴利益。檢察官之上訴，通常雖得兼及上述兩種目的¹²，但對於被告無罪判決之上訴，則僅止於「糾正」之第一種目的。

關於訴訟「救濟」應循若干審級及其程序與相關要件，應由立法機關衡量訴訟案件之種類、性質、訴訟政策目的、訴訟制度之功能等因素，以法律為正當合理之規定(司法院釋字第 442、512、574、591 等號解釋)。上訴雖係審級制度之所設，但可否救濟或如何救濟，各審級之性質如何，均屬立法權之形成空間，一般均認不違反訴訟權之保障。

速審法第 9 條規定限制檢察官或自訴人上訴第三審之特別事由，

¹² 最高法院 72 年台聲字第 53 號刑事判例：「檢察官、自訴人及被告雖同為刑事訴訟法上所稱之當事人，但其立場各異，檢察官為代表國家行使職權，有要求正當適用法律之責任，故不僅得為被告之不利益提起上訴，且得為被告之利益提起上訴。自訴人之目的在使被告受處罰，其上訴應以被告之不利益為限。至於被告之上訴，應以自己之利益為限，無許其為自己不利利益上訴之理。」

係立基於「案件於第一審判決無罪，第二審法院仍維持第一審所為無罪判決，若仍允許檢察官或自訴人就無罪判決一再上訴，被告因此必須承受更多之焦慮及不安，有礙被告接受公正、合法、迅速審判之權，因此合理限制檢察官、自訴人之上訴權，使其等於上開情形下，提起上訴之理由以落實嚴格法律審之理由為限。爰明定於第二審法院（包含更審法院）維持一審無罪判決之情形下，提起上訴（包含檢察官、自訴人提起上訴）之理由，限於本條第一項各款嚴格法律審之理由」¹³。檢察官對被告無罪之判決提起上訴，自屬對被告不利，意在「糾正」原判決之謬誤，無關乎被告權利之救濟，則其應賦予檢察官幾次上訴之機會或如何之第三審上訴事由，更屬立法形成自由。判例制度廢止後，先前依法選編之判例因已產生質變，排除檢察官得作為上訴第三審之特別事由，與速審法第9條在於強化被告接受迅速審判權利之規範目的無違。至於第二審法院維持第一審所為無罪判決，如有違背「依徵詢或大法庭裁定見解所為之判決先例」，則屬得由非常上訴制度予以「糾正」之範疇。

¹³ 請參該條立法說明。