

學術專論

非常上訴制度之研究

李春福 著

承
法
CHENG FA

非常上訴制度之研究

國家圖書館出版品預行編目(CIP)資料

非常上訴制度之研究 / 李春福作.

-- 一版. -- 臺北市：承法數位文化，2014.04

面；公分.

ISBN 978-986-89854-5-2 (平裝)

1.非常上訴

586.585

103004603

非常上訴制度之研究

作 者：李春福

2014年4月一版一刷

出 版 者：李春福

總 經 銷：承法數位文化有限公司

10643台北市大安區和平東路一段10號9樓

總 經 理：江承勳

E-mail：lawbooks.tw@gmail.com

訂購專線：(02)2362-1678

訂購傳真：(02)2364-8246

郵政劃撥：50216715 承法數位文化有限公司

I S B N：978-986-89854-5-2

本書如有缺頁、破損、倒裝，請寄回更換

定價：400元

自序

我國非常上訴制度係繼受日本立法例，其在我國實務上，近三年來（100-102）佔最高法院刑事判決中的比例，約為 5%（約一百件有五件），此與日本非常上訴案件每年約為個位數，佔日本每年最高法院刑事判決 0.07%（約一千件有七件），二者相較，差距甚大，是一個值得深思與關注的議題。

非常上訴由最高法院管轄，但其性質為特別救濟之專屬管轄，與一般上訴第三審案件由最高法院為個案終審管轄有別；一個像是水，一個像是汽油，雖然二者都是液體，但本質上，二者迥然不同，不能混同，亦無法混同；惟最高法院實務上之運作，卻時而混同，時而擺盪在二者之間，這顯然是欠缺非常上訴理論的建構使然，也是我國輾轉繼受法國非常上訴制度百年來的大問題；筆者，有幸在黃朝義教授、楊奕華教授二位恩師的指導下，完成這樣的論文，與有榮焉。

本書已增修許多實務的近例。回顧論文從構思、撰寫、修改到論文發表、口試等過程，特別感激口試老師，林國賢教授、段重民教授、余振華教授、陳運財教授、黃源盛教授、劉秉鈞教授、林裕順教授、謝志鴻教授、石木欽老師等細緻指導，讓本文臻於完善。雖然事過已一年，如今憶及依然甘甜無比。

林國賢老師對最高法院設置「非常上訴專庭」之評論、建議。段重民老師就英美法與大陸法最高法院的功能比較，及就未來非常上訴應何去何從等精闢建議。陳運財老師精確指出應釐清「一事不再理」或「禁止雙重危險」與非常上訴之關係；及針對 97 年第 4 次刑事庭會議決議，採必要性原則之評論意見；或就原無累犯而誤為累犯之加重，於非常上訴案件中，佔有極大的比例，而此等案件是否可有其他替代方案等精緻珍貴建議。

黃源盛老師，提供民初大理院非常上訴判決之珍貴史料，及對法律繼受問題的諸多提示，以及就大理院時期的非常上訴案件若干建議。余振華老師也誠摯指出日文文獻之較新學說、實務的介紹與趨勢；劉秉鈞老師建議向最高檢察署函查，最高檢察署受理非常上訴案件之聲請情形及分析等，極具實益與關鍵性。同時，林裕順老師建議就日本非常上訴的重要爭點或個案作分析與評論等；謝志鴻

老師就論文編排、次序，及結論部分的若干建議等，甚為助益。另最高法院花滿堂庭長，及最高檢察署張瑞楠檢察官，就論文提供諸多寶貴意見，併予感謝。

誠摯感激林東茂老師指導與提攜之恩，讓我人生重大轉變，終生難忘；感謝鄧衍森老師在學思與知識上的啟蒙；感謝東吳大學法學院院長、副院長、老師們，刑事法同仁，王乃彥老師、蕭宏宜老師、彭美英老師、法思齊老師等的支持與照顧；以及感謝帥以仁老師的人性、知識、理性等振奮、清澈對話，影響我深遠。

特別感恩楊德輝日文老師多年細心的指導，從研讀法學日文到翻譯佛學日文，是我一生溫暖與難忘的經歷，而這些都成我畢生珍貴的回憶。

最後，本書之順利付梓，感謝恩師黃朝義教授、楊奕華教授的提攜，與內人曼琦多年來無怨無悔的打理扶持，及承法出版社之全力協助。學隸峻嘉、秀如、清強、庭嘉、冠凱、其昌、李軒等提供寶貴意見與校對，深以誌謝。

李春福

謹序於東吳大學法學院

2014年2月20日

簡目

第一章	非常上訴制度之繼受與相關問題	1
第一節	概述	1
第二節	非常上訴制度之沿革	3
第三節	非常上訴之目的、本質與一事不再理	26
第四節	非常上訴與最高法院之關係	45
第二章	非常上訴之立法內容	80
第一節	聲請之主體	80
第二節	非常上訴之對象	94
第三節	聲請之程序	114
第四節	非常上訴之審理與調查	116
第五節	非常上訴之審判	126
第三章	我國與日本非常上訴之實務與比較	169
第一節	民初大理院非常上訴判決之探討	169
第二節	我國非常上訴之實務判決	198
第三節	日本非常上訴實務之探討	236
第四節	我國與日本非常上訴之比較	265
第四章	現行非常上訴之缺失與檢討	277
第一節	大陸法系國家特別救濟制度之概述	277
第二節	非常上訴之缺失與檢討	283
第五章	非常上訴之未來趨勢與建議	313
第一節	我國官方的修法方向	313

第二節 未來的修法與建議	333
第六章 結論	359
參考文獻	395

詳 目

第一章 非常上訴制度之繼受與相關問題	1
第一節 概述	1
第二節 非常上訴制度之沿革	3
第一項 法國、德國之沿革	4
第一款 法國	4
第二款 德國	6
第二項 日本之沿革	7
第一款 明治時期	8
第二款 大正時期	10
第三款 昭和時期至今	12
第三項 我國非常上訴之繼受與沿革	13
第一款 概述	13
第二款 傳統固有法制有無非常上訴的概念	13
第三款 晚清時期非常上訴制度之繼受	14
第一目 繼受理論之概說	14
第二目 晚清時期的非常上訴草案	17
第四款 民初的中國大陸時期	19
第五款 現行的台灣時期	24
第三節 非常上訴之目的、本質與一事不再理	26
第一項 非常上訴之立法目的	26
第一款 學說	26
壹、統一法令解釋說	26
甲、否定說	26
乙、肯定說	26

貳、純為保護被告利益說	27
參、折衷說	27
甲、一般折衷說	27
乙、傾向被告折衷說	28
丙、必要性折衷說	28
丁、嚴格折衷說	29
第二款 評析	29
第二項 非常上訴之本質	30
第一款 何謂統一法令解釋及其用語	30
第二款 非常上訴之本質及其流變	32
第三項 非常上訴與一事不再理有無關係	36
第一款 一事不再理與雙重危險	36
壹、同質性說	38
貳、適用與理念上不同說	38
第二款 非常上訴與一事不再理有無關係	42
第四節 非常上訴與最高法院之關係	45
第一項 非常上訴之特質	45
第二項 非常上訴與最高法院之關係	51
第一款 最高法院之功能與構造	51
第一目 最高法院之構造與類型	51
壹、單軌制與雙軌制	51
貳、集中型與分散型之司法審查	55
第二目 第三審構造之比較觀察	55
壹、法國第三審之構造	55
一、從立法監督到司法裁判之性格	56
二、撤銷法院之職務管轄	57

貳、德國第三審之構造	59
參、日本第三審之構造	62
肆、我國第三審之構造	64
一、現行概況	64
二、未來改革的方向	65
第三目 我國最高法院之功能與構造	66
壹、沿革	66
第一階段：中國晚清時期說	66
第二階段：民初時期說	66
第三階段：訓政時期說	67
第四階段：行憲時期說	68
第五階段：現行時期說	68
貳、最高法院之現況	69
一、解釋權與審判權之衝突與分際	70
二、司法院之未來定位與現階段的因應	72
三、最高法院與大法官統一解釋法令之職權重疊	74
第二款 非常上訴與最高法院之關係	74
第一目 概說	74
第二目 非常上訴由最高法院管轄	75
第三目 非常上訴制度於各國間實踐之情形	80
第二章 非常上訴之立法內容	80
第一節 聲請之主體	80
第一項 提起之主體	80
壹、學說	80
貳、評析	88

第二項 「得」為提起之意涵	90
壹、學說	90
貳、評析	91
第二節 非常上訴之對象	94
第一項 確定判決	94
第一款 對非常上訴得否再提起非常上訴	95
第一目 我國學說與實務見解	95
第二目 評析	96
第二款 無效判決	98
第一目 無效判決之意義與類型	98
壹、非審判主體之判決	100
貳、對於被告不適格之判決	100
參、訴訟關係不存在之判決	100
第二目 無效判決之救濟	101
第三目 無效判決與違法判決	102
第三款 被告之死亡	103
第一目 學說	103
甲、否定說	103
乙、肯定說	104
第二目 我國與日本實務見解	104
第四款 違法確定之程序判決	105
壹、學說與實務	105
貳、評析	108
第二項 確定裁定	109
壹、學說	110
貳、實務見解	110

參、其他程序上之裁定	111
肆、小結	113
第三項 訴訟程序	113
第三節 聲請之程序	114
第一項 由檢察總長提起非常上訴書	114
第二項 提起後可否撤回	115
第四節 非常上訴之審理與調查	116
第一項 非常上訴之審理	116
第一款 概述	116
第二款 學說	118
第二項 非常上訴調查之範圍	120
第一款 調查之方式	120
第二款 調查之範圍	121
第一目 日本非常上告之調查範圍	121
第二目 我國非常上訴之調查範圍	122
壹、概述	122
貳、何謂「得依職權調查之事項」	125
第五節 非常上訴之審判	126
第一項 概說	126
第二項 判決違背法令與訴訟程序違背法令	128
第一款 二者區別之實益	129
第二款 日本有關判決違背法令之學說與實務	129
第一目 日本相關學說	130
壹、判決違背法令之學說	130
貳、評析	133
第二目 日本實務之見解	135

壹、日本早期實務	135
貳、日本目前實務	136
第三款 我國有關判決違背法令之學說與實務	137
第一目 我國學說及評析	137
壹、學說	137
貳、評析	139
第二目 我國實務之見解	140
壹、早期的傳統見解時期	140
一、傳統見解與釋字第 146 號解釋	140
二、檢討	142
貳、中期的個案審認時期	143
一、大法官釋字第 181 號、第 238 號解釋	143
二、檢討	143
參、近期的必要性原則時期	146
一、最高法院 97 年第 4 次刑庭決議	146
二、檢討	148
第三項 非常上訴之判決	149
第一款 非常上訴判決之種類	150
第一目 駁回上訴判決	150
第二目 撤銷原判決違背法令之部分	151
第三目 撤銷原判決並另行改判	151
壹、原判決不利於被告	151
貳、利與不利之判斷標準	153
一、學說	153
二、評析	153
參、撤銷自判所適用之法律	154
一、學說	154

二、評析	156
第四目 由原審法院更為審判	156
第五目 撤銷訴訟程序違背法令之部分	158
第二款 非常上訴判決之效力	159
第三款 不利益變更禁止原則能否適用於非常上訴	160
第一目 概說	160
第二目 不利益變更禁止原則適用之範圍	163
第三目 不利益變更禁止原則可否適用於非常上訴	165
壹、可否適用於刑訴第四四七條第一項但書	165
一、學說	165
二、本文觀點	166
貳、可否適用於刑訴第四四七條第二項	168
第三章 我國與日本非常上訴之實務與比較	169
第一節 民初大理院非常上訴判決之探討	169
第一項 研究大理院判決之旨趣	170
第二項 大理院之沿革與運作	171
第三項 大理院非常上訴判決之刑事法源	173
第一款 刑事實體法之法源	173
壹、刑法	173
貳、刑事特別法	174
第二款 刑事程序法之法源	174
第三款 大理院判例可否作為刑事法源	176
壹、學說	177
甲、肯定說	177
乙、否定說	177

一、習慣法說	178
二、司法解釋說	178
三、條理說	179
貳、本文觀點	179
第四項 大理院非常上訴裁判之評析	181
第一款 裁判史料之概說	181
第二款 大理院非常上訴判決之評析	183
第一目 評析之研究方法與步驟	183
第二目 從判決全文之形式上評析	185
壹、從判決全文之格式	185
貳、案件分布之省分	186
參、非常上訴之對象與來源	186
肆、就被告人數而言	187
伍、提起非常上訴案件之類型	188
甲、案件類型之排序	188
乙、小結	190
第三目 依判決結果之評析	191
壹、上訴駁回	191
貳、僅撤銷違背法令之部分	191
參、撤銷原判決並自為改判	191
肆、僅撤銷訴訟程序違法之部分	192
伍、其他之情形者	192
陸、小結	192
第四目 審判違背法令之樣態	193
壹、實體法適用之違背法令	193
貳、關於訴訟條件違背法令	194
參、訴訟程序違背法令	194

第三款 民初大理院非常上訴判決探討之啟示	194
第二節 我國非常上訴之實務判決	198
第一項 非常上訴案件之實務分析	198
第一款 從民國 39 年至 59 年	198
第一目 非常上訴案件之統計	198
第二目 解說與評析	199
第二款 從民國 60 年至 79 年	200
第一目 非常上訴案件之統計	200
第二目 解說與評析	201
第三款 從民國 80 年至 89 年	202
第一目 非常上訴案件之統計	202
第二目 解說與評析	203
第四款 從民國 90 年至 99 年	204
第一目 非常上訴案件之統計	204
第二目 解說與評析	204
壹、概說	204
貳、非常上訴以判決駁回者	205
參、撤銷原判決違背訴訟程序之部分	205
肆、僅撤銷原判決違背法令之部分	206
伍、撤銷原判決，並自為判決	206
陸、撤銷原判決，並發回更審情形	208
第二項 我國非常上訴判決之探討	208
第一款 非常上訴案件之類型	208
第二款 非常上訴判決之探討	209
第一目 概說	209
壹、駁回上訴之概況	210

貳、撤銷原判決之概況	214
參、原判決撤銷之常見類型	218
第二目 就非常上訴判決類型之相關探討	219
壹、前提事實誤認之類型	219
一、學說	220
甲、否定說	220
乙、肯定說	220
丙、限縮肯定說	221
二、本文觀點	221
貳、評最高法院 96 年第 3 次刑事庭會議決議	222
一、決議全文	222
二、問題爭點	223
三、觀察、勒戒與起訴判刑之有利、不利比較	226
四、本文觀點	227
參、裁定駁回定執行刑可否為非常上訴	229
一、學說	229
甲、否定說	229
乙、肯定說	230
二、本文觀點	230
肆、刑訴第四四七條第二項之探討	230
甲、近四年來案件之探討	230
乙、評析	235
第三節 日本非常上訴實務之探討	236
第一項 概說	236
第二項 日本非常上訴案件之統計	238
第一款 昭和 23 年至 46 年時期	238