

110 年度台上大字第 1797 號裁定部分不同意見書

梁宏哲法官 提出

本裁定多數意見認為，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所定大法庭相關程序徵詢一致或大法庭裁定的見解所為的裁判（下稱依徵詢一致或大法庭裁定見解所為的本院裁判先例），屬於刑事妥速審判法（下稱速審法）第 9 條第 1 項第 3 款所定的判決違背判例（即法律爭議二）。本席就此部分法律爭議所持法律上意見，與多數見解不同，認為上述法律爭議二，應採原提案裁定所列的否定說，即依徵詢一致或大法庭裁定見解所為的本院裁判先例，非屬於速審法第 9 條第 1 項第 3 款所定的判決違背判例。本席依規定於大法庭裁定宣示前，提出部分不同意見書說明如下：

壹、速審法第 9 條第 1 項第 3 款所定的判決違背判例，於大法庭制度施行時未修正，並非多數意見所謂因判例選編制度廢止後形成的「嗣後法律漏洞」，而係立法裁量的選擇：

一、法院組織法有關廢除判例選編、決議，改由大法庭制度取代的修正條文，於民國 107 年 12 月 7 日經立法院三讀通過、108 年 1 月 4 日總統公布修正，自 108 年 7 月 4 日生效施行。然因以往本院用以統一法律見解的判例選編、決議制度退場，速審法第 9 條第 1 項第 3 款無從適用，不但符合速審法第 9 條的立法理由二所載

明「為彰顯於符合本條第一項序文規定之情形，最高法院為嚴格法律審」的法制本旨，更符合司法院多年來秉持建構刑事金字塔訴訟制度的改革理念，且契合 106 年總統府司法改革國是會議所提出「第三審為嚴格法律審的金字塔型訴訟結構」的改革方向及經獲致贊成的結論¹，故於大法庭制度施行時，主管機關即司法院職掌的刑事廳或司法行政廳，都沒有提出過速審法第 9 條第 1 項第 3 款判決違背判例規定也要配套修正的草案，立法院立法委員也沒有提出或審議過有關速審法第 9 條第 1 項第 3 款判決違背判例規定的修正草案²。再對照司法院為達成第三審改採嚴格法律審兼許可上訴制的金字塔型刑事訴訟結構的改革目標，並接軌於 111 年 1 月 4 日上路施行的憲法訴訟法，於 110 年 12 月 3 日第 197 次司法院院會通過，送行政院會銜中的刑事訴訟法等三法修正草案³，始配套提出「刑事妥速審判法部分條文修正草案」，刪除已完成階段性任務的現行速審法第 9 條規定，另增訂第 14 條第 3 項，明定該次修正通過的刪除第 9 條條文，其施行日期由司法院定之。

¹ 參見司法院新聞稿「建構刑事金字塔訴訟制度 司法院通過《刑事訴訟法》等三法修正草案新聞稿」及所檢附「刑事訴訟法部分條文修正草案總說明、條文對照表」、「刑事訴訟法施行法第七條之二十三修正草案總說明、條文對照表」及「刑事妥速審判法部分條文修正草案總說明、條文對照表」，110/12/03，詳見：<https://www.judicial.gov.tw/tw/cp-1887-550653-83d7c-1.html>（最後瀏覽日期：2022/2/14）

² 經於民國 111 年 2 月 15 日檢索立法院法律系統網站以及立法院國會圖書館網站之結果，自速審法制定以來，迄今立法院並未有針對該法第 9 條提出任何相關修正草案，詳見立法院法律系統網站：<https://lis.ly.gov.tw/lglawc/lglawkm>、立法院國會圖書館網站：<https://npl.ly.gov.tw/do/www/homePage>（最後瀏覽日期：2022/2/15）

³ 同前註 1。

由此更見速審法第 9 條第 1 項第 3 款判決違背判例規定，於大法庭制度施行時未修正，乃因有裁判全文可資查考的先前選編判例，依法院組織法第 57 條之 1 第 2 項規定，其效力與未經選編為判例的本院裁判相同，始與速審法的立法本旨相符⁴，倘配合修法納入依徵詢一致或大法庭裁定見解所為的本院裁判先例，亦屬於速審法第 9 條第 1 項第 3 款所定的判決違背判例，導致該款的適用範圍擴大，反而違反當初立法的規範目的。故於大法庭制度施行時，速審法第 9 條第 1 項第 3 款判決違背判例規定未修正，並非多數意見所謂因判例選編制度廢止後形成的「嗣後法律漏洞」。豈可率謂主管機關司法院內通曉速審法第 9 條第 1 項第 3 款規範目的主其事司法院長和歷任秘書長、刑事廳長、司法行政廳長與該二業務廳調辦事法官及所諮詢、敦聘的相關修法委員等法律專家，暨立法院立法委員諸公乃形成「嗣後法律漏洞」又怠惰未即配套提案修正速審法第 9 條第 1 項第 3 款規定？

二、多數意見主張依徵詢一致或大法庭裁定見解所為的本院判決先例，亦屬於速審法第 9 條第 1 項第 3 款所規定判決違背的「判例」，使僅具個案拘束力的本院依徵詢一致或提案大法庭裁定見解所為的判決先例，等同大法庭制度施行前與命令相當的「判

⁴ 本件提案裁定所列的本院判決先例，認於法院組織法修正後，速審法第 9 條第 1 項第 3 款所規定判決違背的「判例」，應解釋為「原法定判例之法律見解」，與法院組織法第 57 條之 1 第 2 項規定相違，亦有未當。

例」，具有通案的法規範效力，類似恢復已修法被大法庭制度取代的判例、決議的地位和功能。然大法庭裁定，性質上屬中間裁定，僅對提案庭的原因案件法律見解發生拘束力，並非具有通案的法規範拘束效力；而受大法庭見解拘束的提案庭判決，或依徵詢一致的徵詢庭判決，雖均為本院的判決先例，但仍無「規範效」，僅對基礎事實相同案件具有「判決效」，以供下級審或本院其他各刑事庭審理其他案件時比對是否為基礎事實相同的裁判先例，自無多數意見所謂僅以大法庭制度接續判例制度的功能而未取代判例地位可言。於大法庭制度施行後，自應以提案裁定所列的否定說，即依徵詢一致或大法庭裁定見解所為的本院裁判先例，仍非屬於速審法第 9 條第 1 項第 3 款所定的判決違背判例，始符合速審法第 9 條第 1 項第 3 款的規範目的及法院組織法第 51 條之 10、第 57 條之 1 的修法意旨⁵。

三、本件係提案庭經評議後認採為裁判基礎的法律見解具有原則重要性，仍先循歧異提案應以徵詢書徵詢其他各庭意見的方式為之，再依法院組織法第 51 條之 3 規定，為原則重要性提案。其法律爭議一，即詐欺集團負責提領該集團詐騙被害人匯入所掌控人頭

⁵ 相關參考資料見：法院組織法第 51 條之 10、第 57 條之 1 的立法理由、司法院釋字第 154 號解釋文及理由書、109 年 8 月 28 日司法院大法官第 1508 次會議不受理決議案號 109 年度憲二字第 301 號、司法院全球資訊網常見問答-人民可否對大法庭裁定聲請釋憲、司法院編印大法庭制度問答集頁 5-6)

帳戶款項得手，成立洗錢防制法第 14 條第 1 項的一般洗錢罪，雖具有原則重要性，本席亦表示贊同，然依本院判決先例，已有以判決理由敘明原判決雖有如何判決適用法則不當的違背法令，惟因囿於速審法第 9 條第 1 項第 3 款限制及第 2 項除外規定，檢察官上訴意旨即非適法的第三審上訴理由，仍應予駁回等旨的方式，以資糾正⁶；判決確定後，最高檢察署檢察長提起非常上訴，亦得以駁回上訴但於理由內敘明的方式，以資糾正⁷。而本裁定的法律爭議三，因採違背本院依徵詢一致或大法庭裁定見解所為的判決，以第二審法院判決時由本院已宣示或公告者為限，對此本席亦深表贊同本院大法庭及承辦庭絕不能擔任檢察官的中繼投手與後援投手，由院檢合力將被告三振發回事實審重為第 3 次審理的危險與訟累，自不容許由本院承辦庭嗣後依徵詢一致或大法庭裁定見解予以補正或追認後再為判決的見解。又本裁定雖認檢察官的第三審上訴已不合法，應從程序上予以駁回，但仍就併列的前揭實體爭點即法律爭議一、程序爭點即法律爭議二，仍於本裁定內一併表示大法庭所持法律見解的理由論述方式，亦與上開本院裁判先例相同，均以駁回檢察官上訴而於判決理由敘明法律見解以資糾正錯誤的方式，在不侵害被告受迅速審判權利的

⁶ 例如：本院 104 年度台上字第 78 號判決。

⁷ 例如：本院 109 年度台非字第 19 號判決。

前提下，仍能發揮本院的統一法律見解功能。反之，提案庭的原因案件，雖因受本裁定上述關於法律爭議三的見解拘束，而應以檢察官上訴不能補正或追認，而從程序上以上訴不合法駁回定讞，其結論與本席所持無速審法第 9 條第 1 項第 3 款規定適用相同，固不影響被告受迅速審判權利，然日後援引本件提案庭的判決先例內所另持多數見解就法律爭議二所採見解，倘將案件發回原審再為第 3 次的事實審更審，顯已違反速審法當初立法者所規定對於經過 2 次無罪即不得再爭執的不對稱上訴立法裁量範疇，而侵害被告受迅速審判權利，並應接受裁判憲法訴訟審查，恐又引發本裁定關於上開法律爭議一、二的法律見解，是否畫蛇添足，乃「蛇足裁定旁論」的爭議⁸。

四、依徵詢一致及大法庭裁定所為本院裁判先例，和本院其他判決先例相同，均僅有判決先例的個案拘束力，亦即其採為裁判基礎的

⁸ 日本著名案件朝日訴訟（最高裁判所昭和 39 年（行ツ）第 14 号），請求撤銷生活保護法的相關保護措施申訴決定一案中，當事人朝日茂原本受有生活保護等相關補助，但其後因其兄長接濟，福祉事務所所長因此取消朝日茂生活扶助中日用品費用的部分。朝日茂對此向厚生大臣提出申訴遭駁回，因此朝日茂針對該駁回決定提起訴訟，請求撤銷該駁回決定。訴訟上訴到第三審法院時，朝日茂因病過世，日本最高裁判所認為生存權乃一身專屬權利，無法由朝日茂養子夫婦承受訴訟，故以上訴人死亡為由判決終結訴訟程序。但判決當中卻在說明訴訟終結之後，以「為求慎重（念のために）」開啟針對生活保障最低標準以及生存權內涵之討論與說明。本案最高裁判所大法庭的法官共有 11 位，有 4 位提出意見書（1 位提出補充意見書，3 位提出不同意見書），其中奧野健一法官、松田研二法官以及岩田誠法官於意見書中指出既已在判決中說明訴訟程序終了，則其於判決中針對本案爭點所為之意見並無法律上之意義，詳細判決內容請參見：

https://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/970/054970_hanrei.pdf（最後瀏覽日期：2022/02/18）。此外，亦有日本學者認為，在判決當中加上旁論的情形，乃是法院的越權行為，甚至稱該等判決為「蛇足判決」（意為畫蛇添足），因為法院乃是定紛止爭的機關，法院審判基準乃是明文規定的實體法律，法院不能越權為將來類似案件而樹立審查基準。詳見井上薰，司法は腐り人権滅ぶ，講談社現代新書，平成 19 年，P. 16。轉引註自杉山幸一，憲法判例における「傍論」の存在について，八戸大学紀要，45，2012/12，P. 62。

法律見解，在相同事實的前提下，橫向拘束本院各庭，再縱向拘束下級審法院的事實上拘束力，但不具法規範效力，並非不能挑戰⁹，大法庭裁定亦然。只不過還是要依照審級救濟及本院徵詢、提案大法庭的法定程序來變更。從而，倘要更發揮本院統一下級審法律見解的功能，誠如本案選任專家學者楊雲驊教授與陳運財教授所言，理應從制度上研議，是否修法讓下級審法官（尤其是下級審法院為終審裁判之情形）亦得聲請提案本院大法庭以統一法律見解。惟此乃立法論的問題，然依多數意見所持將僅具「判決效」的依徵詢一致或大法庭裁定見解所拘束的本院裁判先例，解釋屬於速審法第 9 條第 1 項第 3 款之「判例」，等同賦予通案「規範效」，而以統一法律見解為由，用來推翻已經過事實審 2 次無罪判決的事實認定，已錯亂審級救濟及法律審與事實審應各司其職的角色分工，且不符合大法庭制度施行後，除受大法庭見解拘束的提案庭外，本院其他各刑事庭及下級審，仍得本於法律確信循審級救濟及大法庭制度以變更原法律見解的修法規範本旨。至於不得上訴第三審的案件，下級審各庭見解歧異的問題，目前司法院已提出「第三審為嚴格法律審的金字塔刑事訴訟結構」的刑事訴訟法修正草案，且此與刑事妥速審判法第 9 條第

⁹ 參見立法院公報，第 107 卷，第 49 期，委員會紀錄第 115-116 頁周委員春米與呂秘書長太郎的詢答。

1 項第 3 款規定「判決違背判例」是否及如何修正以資配合¹⁰，皆屬立法裁量範疇，亦與解釋論無涉。

貳、廢除判例選編、決議，改採大法庭制度後，依徵詢一致所為的本院判決先例，僅有個案拘束力，本質上不能等同速審法第 9 條第 1 項第 3 款所規定判決違背的「判例」，且其原因案件的程序參與人在徵詢程序中並無表達意見的機會，及受徵詢庭僅就徵詢書所整理的抽象化基礎事實及法律問題進行書面交換意見，亦不符正當法律程序的憲法要求：

一、本院刑事庭各庭經徵詢一致所為的本院裁判先例，迄今共計 13 件¹¹。上開裁判先例，均係徵詢庭經評議後認採為裁判基礎的法律見解，與先前裁判的法律見解歧異（包括先前裁判已有複數紛歧見解的積極歧異，及擬與無紛歧的先前裁判為不同見解裁判的潛在歧異），提出附具理由的徵詢書徵詢其他各庭的意見，受徵詢各庭皆於 30 日內，分別經評議後各以回復書回復同意徵詢庭擬採的法律意見。雖上開徵詢書、回復書有經過徵詢庭、回復庭的評議，但因為徵詢書、回復書均未對外公開¹²，且徵詢庭與受

¹⁰ 同前註 1。

¹¹ 詳見本院外網/大法庭區/刑事徵詢階段統一見解/的次選單內，依宣示日期序列並標示徵詢案號的本院刑事庭各庭依徵詢一致所為的本院裁判先例全文。另刑事徵詢撤回/撤銷另計 6 件。

¹² 本院外網於 110 年 9 月改版後，徵詢庭提出徵詢書後，僅於本院外網大法庭區公告徵詢書的法律問題。至於提供給大法庭選任專家學者的資料，則因案件而異，目前尚未一致。另提案裁定則於大法庭受理後，公告並上網。

徵詢庭均採相同法律見解時，徵詢庭於徵詢程序結束後，應再次評議¹³，依該見解就本案逕為終局判決，並於裁判理由中說明徵詢程序之過程及結果。從而，上開本院徵詢一致裁判先例作出前，該徵詢庭所承辦原因案件的程序參與人，於徵詢階段並無表達意見（聽審權）的機會，尤其是在潛在歧異的情形，對信賴本院原來見解的程序參與人，可能造成不能或難以預見原裁判先例所持法律見解變更，而產生程序突襲¹⁴。此與我國大法庭法制所借鏡的德國，雖亦無法律規定，但德國今日學說及實務大致無異議認為徵詢裁定及附具理由的答復裁定都要公布，以提升裁判交流透明性及理解度，且作出前應予程序參與人表達意見的機會（聽審權，例如：言詞審理）¹⁵。本案辯護人亦質疑現行徵詢書、回復書均未對外公開，公示度不足，且於徵詢階段對原因案件程序參與人的聽審權保障也不足。故制度上應改為徵詢書、回復書均對外公開，且於徵詢階段，亦應給程序參與人表達意見的機會，除顯無必要，或有急迫情形或其他正當理由外，法院於徵

¹³ 最高法院辦理大法庭案件應行注意事項第 13、14 點，更於 110 年 11 月 16 日修正為應「即行評決」「但有不能即行結案之正當理由，不在此限」。

¹⁴ 日前本席所主筆的本庭 110 年度台上徵字第 5557 號案件，於徵詢程序中即將徵詢書（包括附件參考文獻資料），及其他庭法官以個人名義所提出之研究意見（含參考文獻資料），均附卷並通知程序參與人得閱卷並表示意見，另刑六庭 110 年度台上徵字第 5954 號案件，於徵詢程序亦有通知程序參與人得表示意見。惟上開 2 徵詢案件，均各有 1 庭回復不同意徵詢庭的意見，而提案予刑事大法庭受理後現均審理中。另亦有其他案件，於回復書表示同意徵詢庭擬採的見解，但事涉檢察官職權的變動等旨，建議仍提案大法庭進行討論等旨，已開始重視徵詢階段的程序參與權。

¹⁵ 參見王士帆，〈德國大法庭-預防最高法院裁判歧異之法定法庭〉，《月旦法學雜誌》，第 208 期，2012 年 9 月，頁 87。

詢階段，允宜予程序參與人以言詞、書面或其他適當方式陳述法律意見的機會，使徵詢階段的程序保障更加周全，而無違憲法保障訴訟權應遵循正當法律程序原則的意旨。

二、上開經徵詢後達成的統一法律見解的徵詢、回復過程中，受徵詢庭成員並不知道該徵詢案件的當事人及其原審案號¹⁶，各受徵詢庭係就徵詢書所整理成抽象化的「本案基礎事實」及法律問題，進行書面交換意見，徵詢書實質上較類似修法廢除前刑事庭會議決議的法律問題提案，並未與原因案件的案例事實相結合，已與法院組織法刪除第 57 條及增訂第 57 條之 2 的立法意旨未盡相符，且難免造成徵詢庭於徵詢書內所摘要整理的「本案基礎事實」，與各回復庭的解讀並不一致，從而徵詢書所載的歧異見解是否為相同案例事實，往往也提出不同看法，致迭生爭議。因而在徵詢過程中，常見有回復書主張並非相同案例事實等情事，而有撤回重行徵詢，或改為原則重要性提案，或徵詢書與其之後提案裁定的基礎事實、法律爭議、擬採見解有修正、變更等情形發生。例如，本件係原則重要性提案，然第一次徵詢中先撤回徵詢，修正後再次徵詢，但 2 次徵詢書內「本案法律問題之基礎事

¹⁶ 日前刑四庭 110 年度台抗徵字第 427、1493 號徵詢書，已改為於本案基礎事實內載明當事人姓名及案號；本席主筆的 110 年度台上徵字第 5557 號徵詢書，亦於本案基礎事實內載明被告姓名供查閱比對是否相同案例事實。惟上開 2 件徵詢，因均有回復不同意而裁定提案予大法庭受理後，現審理中。

實」均未記載被告姓名或原審案號，本席也是直到大法庭受理評議前，收到有記載被告姓名及人別資料的提案裁定，始上網搜尋確認原審判決案號為臺灣高等法院 109 年度上訴字第 2515 號判決，而知悉其就被告被訴想像競合犯的輕罪即一般洗錢罪不另為無罪諭知的理由，乃以被告的提款行為尚不足以使贓款來源合法化，也非製造金流斷點，且無積極證據證明被告有洗錢故意等旨。辯護人更批評現行徵詢一致形成的統一見解，相較於以往決議，尚需透過出席法官於會議中一同研討法律問題，並反覆論辯，再以多數決方式決議，而形成統一見解的方式而論，嚴謹度更為不足¹⁷。實務運作程序，允宜落實在徵詢階段如何更能聚焦論斷是否相同案例事實。

參、廢除判例選編、決議，改採大法庭制度後，依提案大法庭裁定見解所為的本院裁判先例，和依徵詢一致所為的本院裁判先例，及本院先前選編且有判決全文可資查考的判例，都和本院其他裁判先例相同，皆僅有判決先例的個案拘束力，均無法規範效力，不能等同速審

¹⁷ 因應毒品危害防制條例第 20 條、第 23 條之修正施行，本院曾於 109 年 8 月 11 日召開第 3 次刑事庭會議，討論後多數意見如下：「一、本院 95 年度第 7 次及 97 年第 5 次刑事庭會議決議，不再供參考。二、犯毒品危害防制條例第 10 條之罪，祇要距最近 1 次犯該罪經觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放後，已逾 3 年，即應令觀察、勒戒，不因其間是否因另犯該罪，經起訴、判刑或執行而受影響。」會後刑事第一庭撤回 109 年度台上徵字第 3098 號徵詢書，翌日宣示採上開多數意見的 109 年度台上字第 3098 號判決先例。然前揭刑事庭會議後同日所發新聞稿，引起外界誤解本院恢復已廢除的決議制度，惟上揭刑事庭會議討論，主要是針對新興或新修正的法律，提供法官同仁一個討論問題、交換意見的平台，有助於法律爭議的整合，俾避免同法異判。即使形成共識或多數見解，當亦非決議。前揭新聞稿已載明係多數見解，因作業上疏忽，援例一併誤載「決議」文字，為免外界誤會，本院再於 109 年 8 月 17 日發新聞稿，特予澄清、更正。其後，本院刑事庭會議，即未再討論法律爭議。

法第 9 條第 1 項第 3 款所規定判決違背的「判例」：

一、自 108 年 7 月 4 日廢除判例選編、決議，改採大法庭制度以來，本院刑事大法庭裁定迄今共計 21 件¹⁸。然本院大法庭的裁定，係針對提案的法律爭議所為的中間裁定，並非對本案為終局判決，依法院組織法第 51 條之 10 規定，其裁定的見解僅對提案庭提交的案件有拘束力，並非具有通案的法規範拘束效力。惟下級審裁判，迄今大多仍直接引用本院刑事大法庭裁定作為依據，而非引用受大法庭裁定見解拘束的提案庭所提交原因案件的判決先例，連本院於大法庭制度施行後初期亦多如此¹⁹。此現象反應了刑事審判實務仍因襲過去的選編判例、決議，而把大法庭裁定直接當作判例要旨引用。對大法庭制度取代因產生類似抽象法規範效力而合憲性遭質疑的判例選編、決議，應聚焦在判決先例的個案拘束力，而對法律已明定大法庭的裁定，僅對提案庭提交的案件有拘束力的實務運作，仍不習慣。故本件刑事大法庭裁定於理由內，仍不厭其煩，再併予敘明本院大法庭之裁定，尚與速審法第 9 條第 1 項第 3 款規定無涉，大法庭裁定不能等同該款所規定判決違背的「判例」。

¹⁸ 詳見本院外網/大法庭區/刑事大法庭裁定統一見解/的次選單內，依宣示日期序列並標示案號的本院刑事大法庭裁定全文（含不同意見書）。另有 7 件提案裁定大法庭已受理，現仍審理中。

¹⁹ 現本院各庭裁判已不再引用大法庭裁定的案號，僅載為「本院最近所持之見解」、「本院最近一致之見解」、「本院最近統一之法律見解」等語。

二、本席有幸參與大法庭制度施行前本院參訪德國聯邦最高法院、聯邦憲法法院等法院的德國司法考察²⁰，與本院如何票選大法庭成員等相關辦法的配套規劃，及108年7月4日大法庭制度上路後，自108年12月16日起遞補為大法庭成員²¹，參與首件大法庭案件審理裁定迄今。對本院業已遵行數十年的判例、決議制度，改行大法庭制度後，無論就各庭如何徵詢、回復、裁判，大法庭如何受理、準備、開庭審理、評議、裁定的實務運作，有如摸著石頭過河²²，其間有涉及法律解釋有否違憲疑慮的激烈爭辯²³，有部分爭點正反意見旗鼓相當²⁴、有變更原徵詢、回復程序的多數庭意見²⁵或改採折衷見解²⁶、有撤回徵詢²⁷或修正後重行徵詢²⁸

²⁰ 參見司法院網站的106年度德國司法考察報告內關於大法庭的議題和考察心得與建議，見該報告頁99-100、134-135。

²¹ 詳見本院外網/大法庭區/大法庭相關法令與流程/壹、大法庭專區相關法令之二、相關子法及陸、大法庭票選法官名單公告及得票排序。

²² 此為本院民事專業的前院長鄭玉山依法院組織法第51條之6規定指派擔任首屆刑事大法庭審判長的洪昌宏庭長（現已退休）的感言，後刑事專業的大法庭成員吳燦庭長於109年4月1日接任本院院長，依同條規定，擔任刑事大法庭審判長迄今。

²³ 例如：關於想樣競合犯參與犯罪組織輕罪一律強制工作能否為合憲性解釋，見首件即108年度台上大字第2306號裁定（含郭毓洲、林立華的不同意見書）與黃瑞華法官主筆的刑事第一庭回復書的見解；關於撤銷假釋能否合憲性解釋的109年度台抗大字第724號駁回裁定（含受命法官黃瑞華及陪席法官陳世淙的不同意見書）；關於對第三人沒收是否適用控訴原則的108年度台上大字第3594號裁定（含吳燦的不同意見書）；關於提案庭原因案件的檢察官上訴不合法時大法庭應否受理，見本件即110年度台上大字第1797號提案裁定；關於司法院釋字第775號解釋衍生不同法律見解應如何解適用及被告構成累犯以及應加重其刑的事項有無控訴原則適用，見已受理的110年度台上大5660號提案裁定。

²⁴ 例如：是否仍維持本院向來適用重法優於輕法原則的109年度台上大字第1089號裁定（含受命法官蔡彩貞提出，陳世淙、李錦樑及本席加入的不同意見書）、提供帳戶行為是否成立洗錢罪的108年度台上大字第3101號裁定、個人資料保護法第41條不法益圖的解釋採區分說的部分爭議即109年度台上大字第1869號裁定（含本席的不同意見書）、內線交易罪因犯罪獲取之財物或財產上利益應如何計算的法律爭議，於歧異提案徵詢一致後改為原則重要性提案而受理的108年度台上大字第4349號提案裁定。

²⁵ 例如：109年度台上大字第4861號裁定、109台抗大字第1221號裁定、108年度台上大字第4329號裁定、109年度台上大字第4243號裁定。

²⁶ 例如：108年度台上大字第2306號裁定、109年度台上大字第1869號裁定。

²⁷ 案號詳見本院外網/大法庭區/刑事撤回的次選單。

²⁸ 例如：108年度台上徵字第3101號徵詢書、本案110年度台上徵字第1797號徵詢書。

或改為原則重要性提案²⁹、有附帶敘明無判決拘束力的旁論³⁰等，在在顯示本院所有參與大法庭制度者對於統一法律見解的付出和努力，也顯示大法庭制度乃植基於相同案例事實裁判先例的個案拘束力，與先前選編判例、決議顯然有別。大體而言，本院參與刑事大法庭成員皆能儘量異中求同，整合歧見，縱評議時持少數不同意見者，亦少有提出不同意見書³¹，迄今尚未出現協同意見書。當然，本院刑事庭的審判工作負擔沈重³²，應是造成大家心有餘而力不足的最重要原因。惟不可諱言，由於大法庭制度規定各庭參與大法庭的成員於評議時，不受原所屬庭多數見解的拘束；院長擔任審判長指揮訴訟主持開庭及評議、提案庭多 1 位大法庭成員及其受命法官行準備程序、推薦學者及主筆擬判等主場優勢；以及各庭得票數最多者為庭長（審判長）或因其等即將離退的同庭資深法官³³、且每屆大法庭任期僅 2 年、大法庭成員因年齡偏高離退遞補比例甚高³⁴；又有司法院解釋³⁵、法律修正³⁶等

²⁹ 例如：108 年度台上大字第 4349 號提案裁定、110 年度台上大字第 446 號提案裁定。

³⁰ 例如：109 年度台抗大字第 1221 號裁定、110 年度台抗大字第 489 號裁定。

³¹ 迄今不同意見書（含部分不同意見書）僅 8 案件共計 10 件。

³² 本院自 110 年 1 月 1 日起廢除限量分案，清結原庫存積案。

³³ 同前註 21 的第一屆及第二屆大法庭票選法官名單公告及得票排序。

³⁴ 第一屆刑事大法庭 2 年任期屆滿時，已有 6 位大法庭成員出缺遞補，僅剩 4 人係原任（含吳燦院長自 109 年 4 月 1 日擔任刑事大法庭審判長）。參見前註 21 的第一屆大法庭遞補庭遞補名單公告。

³⁵ 例如：關於強制工作案的司法院釋字第 812 號解釋（108 年度台上大字第 2306 號裁定）、關於撤銷假釋案的司法院釋字第 796 號解釋（109 年度台抗大字第 724 號裁定）。

³⁶ 例如，關於不另為無罪諭知是否為第三審審判範圍的 109 年度台上大字第 3426 號裁定（110 年 1 月 27 日），及關於連續犯的部分犯罪事實得否聲請再審 109 年度台抗大字第 1221 號裁定（110 年度 4 月 21 日），已部分受到嗣後 110 年 6 月 16 日修正公布、110 年 6 月 18 日生效施行的刑事訴訟法第 348 條及刑事訴訟法施行法第 7 之 13 條影響。

外部因素影響，且刑事大法庭受理的歧異提案或原則重要性提案，或就司法院解釋後衍生的法律適用歧異爭議以統一法律見解³⁷，難免涉及憲法爭議³⁸，日後依徵詢一致或大法庭裁定見解所為的裁判先例，仍須接受裁判憲法訴訟審查，實難以期待大法庭裁定見解能長期穩定一致，誠可謂保鮮的最佳賞味期可能不長。另成員為院長、庭長、審判長、及少數庭長（審判長）將離退的同仁資深法官為主所組成的大法庭成員，所為大法庭裁定的多數見解，是否亦為本院刑事庭全體庭長、審判長、實任法官、調辦事法官的多數見解？³⁹頗為本院部分同仁質疑，惟誠如陳運財教授所言，此乃立法者的選擇。但本席身為審判實務工作者，深感不能僅談制度面的理論上應然，也應從刑事大法庭的實務運作面來思考，從大法庭制度實行迄今，提案徵詢一致或大法庭裁定的案

³⁷ 例如：釋字第 792 號解釋販賣毒品既遂案後法院應論以販賣未遂罪或意圖販賣而持有毒品罪的 109 年度台上大字第 4861 號裁定、釋字第 791 號解釋通姦除罪化後法院應判決免訴或無罪的 110 年度台非大字第 13 號裁定、釋字第 752 號解釋後刑事訴訟法第 376 條第 1 項但書案件是否屬於同法第 405 調所稱不得上訴於第三審法院之案件的 110 年度台抗大字第 427、1493 號提案裁定、釋字第 775 號解釋所衍生刑事審判實務解讀不同的累犯應加重其刑範圍的 110 年度台上大字第 5660 號提案裁定、釋字第 790 號解釋定期失效的 1 年修法期限內得否依該解釋意旨減輕其刑的 110 年度台上大字第 446 號提案裁定。

³⁸ 例如：關於對第三人沒收是否適用控訴原則之 108 年度台上大字第 3594 號裁定所拘束的判決先例及前述本案情形。

³⁹ 例如於沒收新制施行後，本院自 105 年 7 月 12 日起至 106 年 5 月 23 日止，共計召開過 13 次刑事庭會議討論相關議題，其中就本院 21 年上字第 589 號、69 年台上字第 3699 號、40 年台非字第 5 號、47 年台上字第 233 號共 4 則與沒收相關的判例，是否不再繼續援用？由庭長、審判長、資深法官組成的判例小組提出刑事庭會議討論議決，於 106 年 5 月 23 日刑事庭會議，援例以書面表決單記名投票的表決結果，分別以 8 比 29、12 比 25、10 比 27、8 比 29 的懸殊比數，通過上開 4 則判例均不再繼續援用。但依會議紀錄所載，主張繼續援用的少數意見，為多數庭長（含審判長）、少數實任法官；主張不繼續援用的多數意見，則為少數庭長、多數實任法官及全部調辦事法官。上開少數意見的多數庭長（含審判長）、少數實任法官，大致和之後大法庭票選結果的各庭庭長（審判長）及資深法官相近，如以與大法庭成員結構雷同的庭長（審判長）及資深實任法官為投票表決範圍推算，上開 4 則判例的表決結果，其多數意見將翻盤變成上開 4 則判例仍繼續援用。此或許即為院組織法第 51 條之 3 第 3 項明定「由票選產生之大法庭庭員，每庭至少有一人，且兼任庭長者不得逾總人數二分之一」的立法理由。

件，多為於裁判憲法訴訟審查施行前，先超前部署提出檢討本院可能有違憲疑慮的判例、決議⁴⁰，先行變更或調整、補充。然大法庭制度既為第三審改採嚴格法律審兼許可上訴制的金字塔型刑事訴訟結構前，於過渡階段的法定統一法律見解機制，為避免重蹈過去判例、決議被質疑阻礙法律進步的問題，造成過度偏重於一致性見解的維持，反而阻礙少數見解甚至正確見解的出現，更應著重強化對回復書所載不同意見的回應與論述，並聚焦在相同案例事實的裁判先例個案拘束力，方為正辦，而不是將依大法庭裁定見解所為的本院判決先例，解釋為屬於速審法第 9 條第 1 項第 3 款所規定的「判例」。

三、判決先例的個案拘束效力，係基於本質上相同事物應為相同處理的法理，及法秩序一致性的要求。乃以「等者等之，不等者不等之」的憲法平等原則為基本意涵。本院裁判先例的個案拘束力，並不因該裁判先例係依大法庭裁定見解所為，或係依徵詢一致而為，抑或係原法定判例的法律見解，而與本院其他裁判先例有所不同。多數意見對前述不同類型的本院裁判先例，為差別效力，致違反不同類型本院裁判先例的法律效果，形成不合理的差別待

⁴⁰ 例如：本院 95 年度第 7 次及 97 年第 5 次刑事庭會議決議，涉及關於修正後毒品危害防制條例第 20 條第 3 項與第 23 條第 2 項何謂「3 年後再犯」的 109 年度台上大字第 3826 號裁定、依徵詢一致的 110 年度台非字第 98 號判決先例、110 年度台上字第 2096 號判決先例。

遇，顯然違背法院組織法第 57 條之 1 第 2 項規定及速審法的規範意旨，看似強化統一法院見解，反而違反平等原則。多數意見認本院所有裁判先例之中，依徵詢一致或大法庭裁定所為的本院裁判先例，係以大法庭制度接續判例制度關於形成一致法律見解的「功能」（並非取代判例地位），而屬於速審法第 9 條第 1 項第 3 款所規定判決違背的「判例」。惟大法庭制度雖與選編判例、決議制度同具統一法律見解功能，然制度上會採修法以大法庭制度取代選編判例、決議制度，乃依徵詢一致或大法庭裁定見解所為的本院裁判先例，仍與本院其他裁判先例相同，均僅具有裁判先例的個案拘束力，與已產生類似抽象法規範效力的已廢除「判例」，二者本質上各具不同的功能和地位，何來多數意見所謂僅挑選兩種裁判先例的「功能」而割裂認這兩種裁判先例並未取代判例「地位」？對此本席不禁想起英國作家喬治歐威爾（George Orwell）名著「動物農莊」（Animal Farm）中最經典的名言：

「所有動物一律平等，但有些動物比其他動物更平等」（All animals are equal. But some animals are more equal than others.）。

肆、結論：徵詢一致或提案大法庭裁定見解所為的本院判決先例，非屬於速審法第 9 條第 1 項第 3 款所定的判決違背判例：

速審法第 9 條的規範目的，乃基於落實無罪推定，合理限制追訴權的

行使，屬於立法政策形成的範圍，並非事後法律漏洞，而係立法裁量的選擇。且多數意見就本裁定法律爭議二的見解，不符修正法院組織法以大法庭制度取代選編判例、決議制度的規範目的及速審法的立法本旨，自不能違反判決先例的個案拘束效力與其功能、地位及憲法平等原則，逾越速審法第 9 條第 1 項第 3 款的文義射程，擴張訴追範圍，違反刑事訴訟程序法定原則，為侵害被告速審權利的不利益類推，而將徵詢一致或提案大法庭裁定見解所為的本院判決先例，取代選編判例的功能和地位，解釋為屬於速審法第 9 條第 1 項第 3 款所規定判決違背的「判例」。以免遭致外界誤以為本院刑事庭仍以過去判例、決議的運作模式來操作大法庭，而批評大法庭制度是判例、決議的借屍還魂！

本席對於本裁定上開法律爭議二部分所持不同意見，雖未獲多數意見支持，仍期盼審判實務界慮及改採大法庭制度取代廢除前判例、決議合憲性遭質疑的修法規範本旨，以及速審法乃為落實無罪推定保障被告受迅速審判權益的立法目的，於具體個案審判時，更應重視與本院裁判先例，是否為相同案例事實，且不侷限於實施刑事訴訟程序法官、檢察官的「官本位」視角，僅側重於統一法律見解，更要從人民的「民本位」視角，踐行正當法律程序，遵守憲法平等原則，落實無罪推定，保障已經事實審 2 次判決無罪的被告受妥速審判的權利，以

接軌甫施行的裁判憲法審查制度，及明年即將上路施行的國民法官制度，贏得人民對司法更高的信賴。

爾愛其羊，我愛其禮！

當判例、決議已走下神壇，依徵詢一致或提案大法庭裁定見解所為的本院判決先例，再走回神壇，屬於速審法第 9 條第 1 項第 3 款所規定判決違背的「判例」，真是何苦來哉？