

係就確定判決事實認定錯誤而設之救濟方法，不相同，認為非常上訴有理由者，依刑事訴訟法第四百四十七條第一項規定，應將其違背部分撤銷，惟所謂審判違背法令，分為「原判決違背法令」與「訴訟程序違背法令」，同條項第一款及第二款分別明定其撤銷之結果及其效力，不容混淆，則原判決違背法令者，將其違背之部分撤銷，但原判決不利於被告者，應就該案件另行判決（一款）。訴訟程序違背法令者，撤銷其程序（二款），即使顯然於原判決有直接影響，而不利於被告，然原判決本身既無違背法令，推翻已確定之事實認定，而非非常上訴法院所應為，要亦無適用第一款規定之餘地。本件依法應於審判期日調查之證據，未予調查，為訴訟程序違背法令，而非原判決違背法令，即使顯然於原判決有影響，而不利於被告，依上說明，仍應適用第二款規定，祇能將訴訟程序違法部分撤銷，而不撤銷原判決，故對原判決仍無任何影響。

本會議通過之解釋文謂：「非常上訴，乃對於審判違背法令之確定判決所設之救濟方法。依法應於審判期日調查之證據，未予調查，致適用法令違誤，而顯然於判決有影響者，該項確定判決，即屬判決違背法令，應有刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款規定之適用」云云，殊不知，非常上訴法院所得審查者，僅其踐行之訴訟程序是否遵守法律之規定而已，其實體法上之事實乃決定刑事責任存否之問題，應以嚴格之證據予以證明，非常上訴審屬於法律審，當無從依職權就此為調查，因之，如本件審理不盡之訴訟程序違法，非常上訴法院顯不能判斷原判決是否確為不利於被告，亦即無從認定該案件另行判決時，新判決於法律上是否必較原判決對被告為有利。總而言之，現行非常上訴制度與救濟事實錯誤之再審有別，非常上訴對於因訴訟程序違法而間接可能導致原判決所認事實，是否與客觀真實事實符合，發生疑義之情形，於法無從救濟。本會議解釋，竟認非常上訴法院得推翻已確定之事實認定，此牽涉變更非常上訴制度修改法律問題，不經立法變更修正，大法官會議逕為變更修正之解釋，是否有效，不無疑義，且其使非常上訴與再審混淆不清，將危害刑事司法之安定性，尤難贊同。

用特提出不同意見書如上。

不同意見書二

大法官 姚瑞光

解釋文

繼承人於繼承登記前，將因繼承而取得之土地，立約出賣他人，如僅未能依約履行，不構成意圖為自己不法之所有，以詐術使人將本人之物交付之詐欺罪。確定判決以詐欺罪論處，並有訴訟程序違背法令情形，仍為原判決違背法令，非僅訴訟程序違背法

令。最高法院之檢察長，尚得以原判決違背法令為理由，提起非常上訴，以資救濟。

解釋理由書

按繼承，因被繼承人死亡而開始。繼承人自繼承開始時，除民法另有定外，承受被繼承人財產上之一切權利義務。因繼承，於登記前已取得不動產物權者，不以登記為必要，僅非經登記，不得處分其物權而已，民法第一千一百四十七條、第一千一百四十八條、第七百五十九條規定甚明。從而，繼承人於繼承登記前，將因繼承而取得之土地，立約出賣他人，如僅未能依約履行，不構成意圖為自己不法之所有，以詐術使人將本人之物交付之詐欺罪。

次查最高法院對於非常上訴之調查，以上訴理由所指摘之事項為限，刑事訴訟法第四百四十五條定有明文，非常上訴理由所指摘之事項，為訴訟程序違背法令者，最高法院不得就原判決違背法令為審判。上開繼承人於繼承登記前，立約出賣繼承之土地，僅不能履約之行為，如確定判決以詐欺罪論處，並有應於審判期日調查之證據而未予調查或其他訴訟程序違背法令之情形，仍為原判決違背法令，非僅訴訟程序違背法令。最高法院之檢察長，無論曾否以訴訟程序違背法令為理由，提起非常上訴，尚得依被告之聲請或依職權，以原判決違背法令為理由，提起非常上訴，以資救濟。

相關法令



[刑事訴訟法第447條第1項第1款\(71.08.04\)](#)

相關文件

監察院函 中華民國七十一年九月廿三日

(71) 監台院議字第三〇九九號

受文者：司法院

副本：本院司法委員會 (含附件)

收受者

主旨：查刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款所謂判決違背法令，不僅指違背實體法，即程序違法，而影響實體違法，諸如當事人未經合法傳喚，逕行判決，以及應於審判期日調查之證據而未予調查等情形，自亦包括在內。如原判決訴訟程序違法，而不影響於實體上犯罪事實之認定時，依同條第一項第二款規定，僅撤銷其程序違法部分即可，若原判決訴訟程序違背法令，且影響實體判決時，本院認為應有同條第一項第一款之適用，參照同條第二項之立法精神，除撤銷其程序部分外，應一併將原判決撤銷，由原審法院依判決前之程序更為審判，以維裁判之公正。惟

貴院及最高法院認為僅係程序違法，而不予實體上之救濟，與本院所持見解有異，爰依司法院大法官會議法第七條函請貴院解釋見復。

說明：

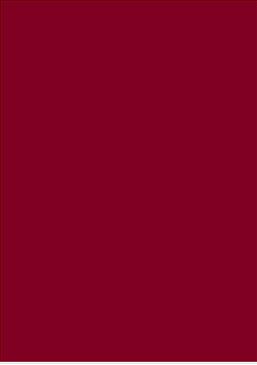
一、本院調查羅○龍陳訴，被訴詐欺案件，一審判決無罪，二審台南高分院枉法改判徒刑一案，據稱其胞兄羅○松亡故，遺產有嘉義市○○○段○○○、○○○、○○○、○○○土地四筆，彼為唯一合法繼承人，於辦理繼承登記時，稅捐機關通知需繳納遺產稅新台幣二五四萬八千一百一十二元，因毫無積蓄，經呈准稅務機關准予分期延期繳付有案，在籌款納稅期間，經黃○塔游說將上開土地介賣於黃○足，於 67.12.21 簽訂土地買賣契約書，由黃○塔以買受人黃○足名義簽發新台幣五○萬元支票一紙作為定金，總價為新台幣二二○萬元，訂明 68.02.20 再付一二○萬元，餘款應於買受人交付尾款時，將買賣標的物交割清楚，（詳原約影本）旋值中、美斷交，黃○足恐土地落價，無利可圖，冀圖毀約，藉口訂約時土地登記簿上所有權人非陳訴人名義，向嘉義地院檢察官誣告詐欺，深恐計不得售，乃改循自訴程序誣控，實則上開土地為其亡兄名義，因彼無力繳納遺產稅，一時不能更名，早為嘉義地方周知之事實，各報章雜誌均有登載，買受人等於訂約時即已深悉其情，地院推事於詳實調查後，認彼既無不法所有意圖，亦未施用任何詐術，遂判決彼無罪。迨黃○足上訴，台南高分院承辦推事對於彼並無詐欺意圖，及彼因繼承而取得之不動產，雖在未辦妥過戶前，與人預訂買賣契約，為認許之合法行為，最高法院（51）台上字一三三號著有判例，承辦推事自應稔悉，何得因陳訴人將繼承所得之土地與自訴人黃○足訂立買賣契約收取訂金，以備繳納遺產稅而指為詐欺，且訂約後即委託代書陳○德代辦登記過戶手續，經該代書到案結證屬實。法院訊彼出售土地經過，亦經依約直陳，並表示從前願賣，現仍願賣，希望自訴人依約履行，陳訴人有何詐欺可言。但二審判決，竟置黃○塔在偵查及第一審訊問時，先後所供「被告（指陳訴人）賣土地的錢要繳遺產稅」之證言於不顧，反採據土地套購分子黃○塔無任何證據價值之說辭，認彼蓄意詐欺，以（68）上易字一六五二號判決撤銷原判，改判陳訴人徒刑三月確定。

二、該案先經本院抄調查報告分函請貴院及法務部救濟見復，嗣經提起非常上訴，並經最高法院判決撤銷違法程序，惟未為實體上之救濟，於當事人並無實益。復經本院司法委員會推請委員研究結果，認為足以影響實體判決之程序違法，不認為原判決違背法令，顯欠公平。又迭經該會第四〇〇、四〇四次會議決議將研究及審閱報告分函請貴院及法務部研究救濟，再准貴院函復仍無法救濟。

三、按原確定判決所認定之事實與撤銷改判有罪理由，多係引據一審調查所得，認陳訴人並無詐欺情事，案屬民事糾葛，判決無罪之證據。證諸陳訴人所出售之土地，證諸陳訴人所出售之土地，證人黃〇塔供明，羅〇龍曾說要繳遺產稅及陳訴人委請代書陳〇德辦理繼承及移轉登記情形等互觀，陳訴人主觀上無詐欺故意，以及土地尚未登記為陳訴人名義，並為自訴人所明知，事至明確。二審法院在審理中，對於陳訴人狀請傳喚代書陳〇德出庭作證，乃原審竟未傳喚，而該證人對於犯罪是否成立？關係極為重要，如屬可信，則原審所採判決基礎證據，必為之動搖，原審對於動搖判決基礎之重要證據，未予調查指駁，又不傳喚證人，率爾斷罪，不僅程序上違法，其判決實體上亦屬違法。本院參酌日本判例、學者見解、對於未經合法傳喚而逕行判決之案件，除訴訟程序違背法令外，同時亦屬判決違背法令，請一併變更 44 台非字 54 號判例藉資補救，以維公平正義原則。而貴院（71）院台廳二字〇一一二六號函，仍依據最高法院簽提意見，以該院判決將原審關於訴訟程序違背法令部分撤銷，並無不合，該院 44 台非字 54 號判例不宜變更，故如對羅案原判決所確認之事實發生疑義，且需調查，除合於再審條件，得聲請原審法院依再審程序救濟外，別無他途。至現行法律關於非常上訴規定之檢討，於研擬修正刑事訴訟法時，當可注意審酌。等情，與本院見解有異，抑且有悖非常上訴兼具統一法令之適用與救濟確定判決錯誤之旨趣。茲為統一法令適用及救濟確定錯誤判決與維護陳訴人權益，特函請貴院依大法官會議法第七條規定解釋見復。

四、依七十一年九月十六日本院第一千七百十四次會議決議辦理。

五、附

- 
- (一) 本院委員黃光平調查報告影本乙件。
 - (二) 最高法院判決影本乙件。
 - (三) 本院委員林亮雲等研究及審閱報告三件。
 - (四) 司法院(70)院台廳二字○二五○二、○五四一二及
 - (71)院台廳二字○一一二六號函三件。
-