

解釋字號	釋字第135號
解釋公布院令	中華民國 62年06月22日
解釋爭點	上級法院誤為廢棄或發回之救濟程序？
解釋文	<p>民刑事訴訟案件下級法院之判決，當事人不得聲明不服而提出不服之聲明，或未提出不服之聲明而上級法院誤予廢棄或撤銷發回更審者，該項上級法院之判決及發回更審後之判決，均屬重大違背法令，固不生效力，惟既具有判決之形式，得分別依上訴、再審、非常上訴及其他法定程序辦理。<sup>1</sup></p>
理由書	<p>當事人對於民刑事案件下級法院之判決，不得聲明不服而提出不服之聲明。上級法院依民事訴訟法第四百四十四條或刑事訴訟法第三百六十七條、第三百九十五條之規定，原應予以駁回而竟誤將下級法院之判決予以廢棄或撤銷發回更審；又當事人對於下級法院之判決並未提出不服之聲明而上級法院誤予廢棄或撤銷發回更審者，該項上級法院判決及發回更審後之判決均屬重大違背法令，固不生效力，惟既具有判決之形式，未確定者得依上訴程序辦理，已確定者得分別依再審、非常上訴及其他法定程序辦理之。</p> <p>大法官會議主席 院 長 田炯錦</p> <p>大法官 胡伯岳 金世鼎 曾繁康 王之侔 林紀東 洪應灶 黃 亮 管 歐 李學燈 張金蘭 陳樸生 陳世榮 范馨香 翁岳生</p>
意見書、抄本等文件	<p>不同意見書一： 大法官 金世鼎</p> <p>壹、關於程序部分 據聲請機關來文略以對於下級法院之刑事判決不得聲明不服而為不服之聲明或未聲明不服誤予發回更審者，本院解釋對於其判決有認為當然無效者，又有認為非當然無效者，所持見解不一，基於民刑事訴訟法程序在理論上應持同一原則，而本院院字第一六六一號關於民事案件之解釋對於刑事案件似應有其適用，以統一刑事案件解釋上之歧見，方較為合理。聲請機關對於民事誤予發回更審判決應適用本院院字第一六六一號解釋並無異議，而本解釋竟將其與刑事誤予發回更審判決一併予以解釋，與大法官會議法第七條之規定及本院大法官會議第一一八次會議決議似均有未</p>

合。

## 貳、關於實體部分

(一) 本解釋文釋示上級法院誤予發回更審之判決「固不生效力」，中外學者所稱未生效力之判決僅無實體確定力（即既定力）而僅有形式確定力之實體判決而言，發回判決係屬程序判決而非實體判決，根本無既判力，可否謂為不生效力，固不無問題。

(1) 且所謂不生效力，僅係一般抽象原則性之規定，發回更審判決究竟有無錯誤，是否不生效力，尚須有權機關為之審認，在未經其審認之前，尚難謂其未生效力。猶之憲法第一七一條第一項規定：「法律與憲法牴觸者無效」，但法律與憲法牴觸之疑義，在未經司法院大法官會議依法解釋其與憲法牴觸之前，尚不能謂其無效。誤予發回更審判決是否未生效力，究應由何機關認定本解釋文未予釋示，在適用上亦頗有問題。若由更審法院認定，因發回更審判決有使訴訟繫屬脫離發回之上級法院，而復行繫屬於更審之原下級法院之效力，如認為發回更審之判決為未生效力，則訴訟繫屬回復於發回之上級法院，更審法院應將訴訟卷宗送還於發回之上級法院，由其自行處理。但上級法院因受發回更審判決之拘束，雖明知其發回錯誤，而在未經有權機關將其撤銷之前，亦不得自行撤銷，另為駁回上訴之裁判，以代替誤予發回之判決。若由執行法院認定，上訴雖不合法，但在未經原審或上訴審駁回其上訴之前，則本案尚未終結，不得執行。誤予發回更審判決雖認為未生效力，而在其上訴未經依法駁回之前，本案仍在上級法院繫屬之中，本案顯不能認為業已終結，執行法院自又無權執行，若予執行，將難免發生妨害自由或侵權行為之刑民事責任問題。本解釋文雖又指示仍得分別依上訴、再審或非常上訴程序辦理，但對於未生效力而又非本案確定終局之民刑事判決，認為可以提起再審或非常上訴，與現行判例解釋牴觸，並弊多利少。

(2) 且上開各種訴訟程序取捨之權，操之於訴訟當事人及檢察長，非下級法院所得過問，與聲請機關所請釋示之疑義：「下級法院對於上級法院誤予發回更審之判決應如何辦理」，顯不相關，固亦未免答非所問。依民刑事訴訟法之規定，誤予發回更審判決雖屬違法，但未經依法撤銷前仍為有效之判決，更審法院應依法進行更審。由更審確定判決，可以斷定發回判決有無錯誤，如有錯誤，可依再審或非常上訴程序糾正之。(3) 而本解釋文對於誤予發回更審判決認為不生效力之判決，則更審法院既無權更審，發回法院又無權撤銷發回判決，代以駁回上訴裁判，執行法院亦無權執行，對於發回判決僅得分別依上訴、再審或非常上訴程序辦理。苟民事訴訟當事人不提上訴或不提再審，刑事訴訟當事人不提上訴或檢察長不提非常上訴，則誤予發回更審之民刑事案件將永陷進則不可，退則不能之停止狀態中。且將來此類案件如因無法進行而拖延擱置或永懸不決，本會議難卸其責任。如是解釋似不僅違反法律，有背事理，並且與本解釋文在求經濟訴訟之目的大相逕庭。本解釋恐將無由發生其效力，而形成所謂未生效力之解釋。

(二) 查關於民刑判決認事用法錯誤者，按吾國現行民刑事訴訟法之規定，除上訴、再審或非常上訴之法定程序救濟外，另無其

他法定程序。或謂其他救濟程序頗多，如列舉難免掛漏。或又謂例如判決誤寫之錯誤得以裁定更正之，但查來文所請釋示之疑義，限於下級法院對於誤予發回更審之判決，下級法院如何辦理？以及如經下級更審判決者，其效力如何？均均係關於誤判問題。誤寫與誤判顯不相同，兩者不容相混，就本院釋字第四十三號解釋謂：「來呈所稱原判誤被告張三為張四，如全案關係中別有張四其人，而未經起訴，其判決自屬違背法令，應分別情形，依上訴、非常上訴及再審各種程序糾正之」，更可見誤判之救濟程序與誤寫之救濟程序顯不相同。誤判之救濟程序僅有上開三種程序，別無其他程序可以糾正。

### 參、擬訂解釋文及解釋理由書

#### （一）解釋文

關於刑事訴訟案件，下級法院之判決，當事人不得聲明不服而提出不服之聲明，或當事人未提出不服之聲明，而上級法院誤予撤銷發回更審者，下級法院應仍依更判程序辦理。上級法院發回及下級法院更審之判決均非當然無效，於更審判決確定後，如發回確有錯誤者，發回及更審之判決均得依法定程序糾正之。

#### （二）解釋理由書

查刑事訴訟案件，下級法院之判決，當事人不得聲明不服而提出不服之聲明，或當事人未提出不服之聲明，而上級法院誤予撤銷發回更審者，依刑事訴訟法第三百七十九條第五款及第十二款之規定，其判決當然為違背法令，在未確定前應依上訴程序糾正之，在確定後應依非常上訴程序糾正之，均有明文規定。（刑事訴訟法第三百七十五條第四百四十一條）違背法令之判決在未依法撤銷前，仍應有其效力，並非當然無效。訴訟關係因之而復繫屬於第二審法院，自應仍依第二審程序辦理。更審判決確定後，發回判決縱有錯誤，亦非當然無效，應與發回更審判決一併依非常上訴程序糾正之。

附註：

(1)按中外學者所謂未生效力之判決，均係指實體判決而言，如對於無婚姻關係之當事人所為之離婚判決；控訴撤銷後，控訴法院復行判決，故此種判決僅有形式確定力，而無實體確定力，即既判力，發回更審判決係程序判決，而非實體判決，根本無既判力，本解釋謂其為不生效力之判決是否適當，不無問題。（請參閱石志泉著民事訴訟法釋義臺灣版五〇五頁，三個月章著民事訴訟法一九七一年第二五版三一九—三二〇頁，平野龍一著刑事訴訟法一九五八年二九版二八三—二八四頁及團籐重光著新刑事訴訟法綱要第四版二〇三—二〇四頁。）

(2)民刑事發回更審判決可否上訴再審或非常上訴，在理論上暨實務上均有問題，茲分別民刑事發回判決論究之。

#### （一）民事發回判決

在理論上，學者所持見解不一，有認為中間判決者，又有認為終局決者，而在實務上各國判例亦不一致，日本學者以其足使訴訟脫離發回法院之審級，繫屬於更審法院，而認為終局判決，但民

事判例則認其為中間判決，不得獨立上告。（大判昭和五年十月四日民集九卷九四三頁，大判昭和十年八月十日一五六六頁）世界第二次大戰後，最高裁判所改變見解，認為可以獨立上告。（最判昭和二六年十月十六日民集五卷五八三頁）既認為得獨立上告，在理論上自得對之獨立再審。惟尚未查出判例。我國學者關於此項問題所持見解亦不一致，惟在實務上對於第二審發回判決認為得向第三審法院上訴，但以第一審之訴訟程序無重大之瑕疵者為限。（石志泉著民事訴訟法釋義四五三頁，民訴四四八條一項）至對於第三審發回之判決，則尚無救濟辦法。由本院院字第一六六一號解釋可以見之，現行民事訴訟法第四百九十六條第一項第一款雖增訂：「適用法規顯有錯誤者得以再審之訴對於確定終局判決聲明不服」，但按發回判決之性質，是否得以其適用法規顯有錯誤為理由，而提起再審之訴，予以救濟，尚不無研討之餘地。第二審發回更審判決既認為得獨立上訴，第三審發回判決為確定終局判決，在理論上自得以其違法為理由，對之提起再審之訴。惟如依本解釋誤予發回更審判決「固不生效力」，既係不生效力，自無須提起再審之訴。若認為可以提起再審之訴，即顯然自相矛盾。如認為發回更審判決，雖屬違法，仍然有效，而可以提起再審之訴，但既屬有效，則下級法院應進行更審，是一方面應進行更審，而另一方面又須進行再審，則訴訟程序更為混亂，殊不合理。而此例一開，正予當事人以利用拖延之機會，亦使法院負擔更為加重，均非所宜。

## （二）刑事發回判決

刑事發回更審判決雖學者有認為終局判決者，但僅使有關訴訟之繫屬脫離發回法院之審級，而與以終結訴訟為目的所為之裁判有足使訴訟完全終結者不同。且非常上訴之主要目的在統一法令之適用，如法令適用因前提事實認定錯誤而致發生違反之結果者，於非常上訴目的不符，不得為非常上訴之理由。（日本最判昭和二七年四月廿三日刑集六八五頁）故日本判例迄今尚不許對發回更審判決提起非常上訴，在我國刑事訴訟實務上亦不得對之提起非常上訴。尤有進者案件是否不得上訴於第三審，繫之於是否為刑法第六十一條所列各罪之案件，（刑訴法三七六條）又對於判決一部分上訴是否可撤銷其未上訴之部分，繫之於是否與上訴有關之部分，（刑訴訟三四八條）均係事實問題而非法律問題，故必須經更審法院按發回判決意旨，依法審認，在其確定之前，發回有無錯誤固難斷定。且非常上訴審係基於確定判決所認定之事實，審究其所適用之法律有無違誤。發回更審判決僅指示更審法院對於事實應為如何之調查，事實既須調查，事實顯未確定，非常上訴審亦無認定之權，非常上訴審既無認定之權，更無從判斷其所適用之法律有無違誤。況如認為誤予發回更審判決未生效力，但得提起非常上訴，在理論上發生矛盾。如認為有效，而可提起非常上訴，在程序上發生混亂，其情形亦與前述民事部分相同。

綜上論結，在我國現行判例及解釋上非本案確定終局判決不得以再審或非常上訴程序救濟之。（參照最高法院五十五年臺非字第二〇五號判例及本院院字第一六六一號解釋）誤予發回更審之民刑事判決雖多認為終結判決者，但因其性能特殊，並非本案確定

終局判決，日本及我國均認為不得再審或非常上訴。

（三）查不得上訴第三審法院之民刑事案件，第三審法院不予駁回而受理，並發回更審者，依民事訟法第四六九條第三款，及刑事訴訟法第三七九條第五款其判決當然為違背法令。未聲明不服之刑事案件第三審法院誤予撤銷發回之判決，依刑事訴訟法第三七九條第十二款之規定，亦係當然為違背法令。違背法令之判決在本案未確定前，應依上訴程序糾正之。（參照有關上訴法條規定）在本案確定後，民事違背法令之判決依再審程序糾正之。（民事訴訟法第四九六條第一項一款）刑事違背法令之判決依非常上訴程序糾正之。（刑事訴訟法第四四一條）故未依法定程序將其廢棄或撤銷前，民刑事違背法令之判決仍有其效力。本解釋對於上開誤予發回之判決認為未生效力，顯與上開法條牴觸。

不同意見書二：

大法官 陳世榮

#### 解釋文

關於民事訴訟事件，下級法院之判決，當事人不得聲明不服而提出不服之聲明，或未提出不服之聲明，而上級法院誤予廢棄發回者，固不影響下級法院原判決確定之效力，但並非無效，下級法院自應仍依第二審程序辦理，其更審判決確定者，應僅認在後所為更審判決之效力，惟當事人得提起再審之訴，使該更審判決失其效力。

#### 解釋理由書

凡得稱為民事判決者，須係法院之推事，於其權限內就當事人間之訴訟加以裁判，使生勝敗之結果，若未具備此種要件者，即難認為判決（學理上稱之為非判決），自無效力可言，如警察官署，受命推事或受託推事所為之判決，或內容全不可解之判決是。又判決雖合於上開要件，而按其內容，有絕不能生效者，如對於無當事人能力之人所為之判決以及所命之給付為絕對不能之判決是，亦非當然無效，不過無從發生其效力耳。按法院之判決，無論有何重大法律上之瑕疵，無當然無效者，欲使其無效，惟有於其未確定前提起上訴，求上級法院廢棄或變更其判決，若該判決既經確定，則其法律上之瑕疵，應視為已因確定而補正，不得依上訴之方法要求廢棄或變更，惟訴訟程序或判決基礎有重大之瑕疵者，若於其確定後絕對不許請求救濟，亦有未當，此所以又有再審之制度也。要之，無論判決有何法律上之瑕疵，均不得視為當然無效，此在現行法上雖無明文，而依關於上訴及再審之制度觀之，可以推而知之，合先說明。

判決之確定力，可分為形式上確定力與實質上確定力，前者，即判決確定後，當事人不得以上訴之方法，請求將該判決廢棄變更之，後者，亦稱既判力，即為訴訟標的之法律關係，於確定之終



局判決經裁判者，當事人不得更以該法律關係為標的，更行提起新訴，若更行起訴，法院應以裁定駁回原告之訴，但法院誤更為實體上之判決且已確定者，固不影響原判決之效力，但該後之確定判決並非無效，依民事訴訟法第四百九十六條第一項第十二款規定，當事人得對該後之確定判決提起再審之訴，以免裁判有牴觸，惟在未經再審程序變更該後之確定判決以前，仍應以該後之確定判決為準。至其不得上訴而提起上訴，上級法院應以裁定駁回之，倘上級法院誤予廢棄發回者，對於原確定判決之效力固亦無影響，不生廢棄下級法院原判決之效力，但上級法院之廢棄發回判決並非無效，下級法院仍應依第二審程序辦理，更審判決確定者，應僅認該更審判決之效力，惟當事人得依再審之訴，使該更審判決失其效力。次對不得上訴之事件，當事人並未提起上訴，而上級法院誤予廢棄發回，例如上級法院將普通共同訴訟之事件誤為必要共同訴訟之事件，認為共同訴訟人中一人或數人對於下級法院判決其敗訴部分不服提起上訴，其效力及於未提起上訴之其他共同訴訟人，並就此部分為廢棄發回之判決是，此種判決似不能謂非訴外裁判，關於已甘服判決之其他共同訴訟人部分下級法院原判決之確定力，固不受影響，但上級法院之該訴外裁判，亦非當然無效，惟得就此部分更審判決以有得上訴或再審之理由，請求廢棄，藉資糾正，否則，對已甘服判決之當事人，仍應以該更審判決為準。最後大法官會議決議之解釋文，對於何以廢棄發回判決及更審判決有重大違背法令即為不生效力一層，未於解釋理由書加以說明，已難使人折服，且發回判決究非終局判決，尚不能定何造為敗訴人，雖屬違法判決，亦僅得對於更審判決提起上訴或再審之訴，但解釋文既認發回判決及更審判決均不生效力，因更審結果而勝訴之當事人本不得提起上訴或再審之訴，即因更審結果而敗訴之當事人，要亦無何不利之可言，不僅無提起上訴或再審之訴之必要，亦應認其上訴或審之訴為不合法，解釋文所謂發回判決及更審判決仍具有判決之形式，得分別依上訴及再審之訴辦理，更不合邏輯，復該解釋文，既認發回判決重大違背法令，不生效力，又認仍具有形式的確定力，核與當初審查報告以此項發回判決無效，因認下級法院不受拘束（即無形式的確定力），前後不符。查關於刑事訴訟案件，刑事訴訟法專家有以判決所以認為當然無效者，乃以其判決具有明白及重大瑕疵，且無執行力，為保持法律安全與尊嚴所必要，例如（一）二重判決（二）撤回上訴後之判決（三）更正判決主文之裁定等是，當然無效之判決，其內容雖不生效力，並非不存在，如已確定，仍不失其為確定判決，即具有形式的確定力，不過當然無效之判決，固有明白且重大的瑕疵，亦不失其為重大之違法，故已確定者，亦得提起非常上訴，請求救濟（見陳樸生先生著刑事訴訟法實務三八二頁），該釋解文蓋仿之，並認民、刑事訴訟程序，在理論上應屬相同，惟縱令刑事訴訟案件亦以此項發回後之更審判決視為無執行力而僅有形式的確定力之無效判決，然民事訴訟事件之所謂無執行力判決，係指判決之內容絕不能生效，無法執行者而言，例如民事事件之二重判決，依民事訴訟法第四百九十六條第一項第十二款規定，後之確定判決不僅有效且優先於前確定判決，絕非無執行力而僅有形式的確定力，該解釋文竟將民事訴訟程序予以刑事訴訟化，尤為滑稽，併此指明。

不同意見書三：

大法官 李學燈

一、本案聲請解釋的根據，是對於行憲前本院所為之解釋發生疑義。如果不能確定屬於舊解釋的疑義，就沒有受理的根據。尤其是原聲請機關假設當事人並未提出不服之聲明，在舊解釋內從未涉及此一問題。關於統一解釋的條件，將來應否有所變更，屬於另一問題。在沒有變更之前，我們應該遵守標準，不能隨意出入，自撤藩籬。審查會在程序上表決受理時，同仁有未舉手者。他們的意見，實在值得重視。我們是在程序上贊成受理的，但是聲明必須以其對於舊解釋中發生疑義為前提。

二、既然聲請是為舊解釋的疑義而來，我們解釋也必須從舊解釋說起。淺見屢次提請對於有關的舊解釋加以檢討，我們不能憑空問答，置舊解釋於不顧。舊解釋如有需要變更的，我們要明白宣布予以變更，使人有所適從。如不變更，自己首先有遵守的義務，不能前後有所兩歧。

三、民刑事訴訟的性質和程序，不宜混為一談，舊解釋均係就民刑事分別解答，顯而易見。院字第一三六九號解釋所謂不受其拘束，經第一六六一號解釋加以闡明，並非根本無效。該號解釋，曾經提請討論，決議不予變更。現於解釋文和解釋理由書內又竟避而未提。

四、照來文所敘原聲請機關的呈文，先引本院院字第一三六九號，及第一六六一號對於民事判決的解釋，認為對於刑事案件亦應有其適用，方較合理。下面用「惟」字轉一筆，引本院院字第一一九三號、第二四一七號、及院解字第三二〇九號關於刑事裁判的解釋，似認為當然無效，因而發生疑問。所以同仁有認為原呈對於舊解釋發生的疑義，有此可據，只能側重於刑事部分而為解釋。至為民事的院字第一三六九號，及第一六六一號的解釋，原呈引為說明的基礎，並未對之發生疑義。此種意見，在確定受理及解釋的範圍時，極關重要。至於原呈後面假設當事人並未提出不服之聲明的問題，如前所述，更不屬於舊解釋疑義的範圍。

五、本案既應認定對於舊解釋中發生的疑義為受理及解釋的範圍，而予以解釋時，另有兩點值得注意。第一、至少應在理由書的末段，附帶說兩句話，例如說，「至於其他非屬於舊解釋之疑義，自不屬於再解釋之範圍，合併說明」。或在解釋文內只用概括的語句，不要把「並未提出不服之聲明」特別分開來說。例如只用「如無合法之上訴」的一句來概括，那麼在理由書內附帶的說明，纔可勉強予以省略。第二、更重要的，是如果為實體的解釋，就必須要真能夠解決一點問題。現在實際上所遭遇的，是刑

事案件，經第三審誤予撤銷第二審的判決，發回更審的問題。此種誤予撤銷發回的判決，違背法令，而又不得上訴，已有形式的確定力，是不是可以或應該逕請糾正。在審查會第二次討論解釋文時，同仁有提到在解釋文裏沒有說，或沒有說清楚，因此有希望加以討論的，以後沒有討論。這一點關係重要。特別是就刑事判決所可發生的效力，以及非常上訴單就訴訟程序違背法令者，都應該撤銷的本質來說，實在是值得作為極重要的重點討論和考慮。尤其是被告在下級法院已被宣判無罪，是否可因違背法令，誤予撤銷，而竟令其聽候違法更審，重冒生命或身體上的危險（DOUBLE JEOPARDY）？檢察官是否也只有依樣葫蘆，違法執行職務，必須一誤再誤，一直等到有了違法的更審判決，纔可以請求救濟？這些問題所關者大，固不僅訴訟是否經濟或有無實益而已。如果我們對此能作重點的考慮，參考舊有的解釋而予以明白的解答，以解決現在實務上所遭遇的困難，方不失為有再解釋的價值。

以上各點，均可用為解釋文及解釋理由書的基礎。試擬解釋文如左。

本院院字第一一九三號，第二四一七號及院解字三二〇九號就刑事裁判所為之解釋，均係另有合法之判決存在，與本院院字第一三六九號第一六六一號係就民事判決所為解釋之情形，本不一致。對於刑事判決，如無合法之上訴，上級法院誤予撤銷發回更審時，更審法院固亦不受其拘束。當事人對於因更審而另為實體上之判決，自亦得依法請求撤銷。其在第三審誤予撤銷發回之判決，既係違背法令，如經依法提起非常上訴，即應逕行撤銷，不生更審之問題。附參考資料（二）（院解字第三六六九號解釋及原呈）

不同意見書四：  
之俅

大法官 王

#### 解釋文

對於下級法院之民刑事判決未經提起上訴或對於不得上訴之下級法院民刑事判決提起上訴、而上級法院誤予原判決廢棄或撤銷發回更審者，其判決難謂有效。下級法院本應不受拘束，如或據以更為審判者、其判決亦不生效力。對此等重大違法之無效判決如有合法之上訴再審或非常上訴自應予以廢棄或撤銷之。

#### 解釋理由書

對於下級法院之民刑事判決未經提起上訴者，上級法院不應有所裁判，對於不得上訴之下級法院民刑事判決提起上訴者，上級法院應從程序上駁回其上訴。此種顯非上級法院應行審判或受理之件，而上級法院誤予原判決廢棄或撤銷發回更審者，其判決自難謂為有效。下級法院本應不受拘束，如或據以更為更審者，其判



決亦不生效力。此等無效判決固屬根本無效，不能發生任何之拘束力，於下級法院原判決確定之效力亦無影響，但既有重大之違背法令自應屬於違法之判決，如有合法之上訴再審或非常上訴，仍應予以廢棄或撤銷之，以消滅其存在。其對於不得上訴之判決提起上訴者，上訴雖非合法，但究難謂無訴訟之發生，於廢棄或撤銷無效判決之再審或非上訴程序中如可認為得予駁回此不合法之上訴時應併予駁回。

合行附明。

#### 相關法令



[民事訴訟法第444條、第467條、第496條\(60.11.17\)](#)



[刑事訴訟法第367條、第376條、第395條、第420條、第441條\(57.12.05\)](#)

#### 相關文件

抄行政院函

受文者：司法院

事由：為違法裁判效力疑義，函請解釋惠復由。

一、據司法行政部本年二月四日臺（61）呈民字第一〇〇八號呈：

（一）果不得上訴第三審法院之民事案件，如經第三審法院誤為發回更審，第二審法院應如何處理，司法院曾以二十四年院字第一三六九號，及二十六年院字第一六六一號釋示：第三審法院既誤為發回，則原第二審判決已因廢棄不復存在，第二審法院仍應依更審程序判決，第三審法院之發回判決及第二審法院之更審判決，均不能認為無效在案。

（二）民、刑訴訟程序，在理論上應屬相同，上開解釋對於民、刑事案件似均有其適用方較合理。惟刑事違法判決之效力，司法院廿四年院字第一一九三號，三十一年院字第二四一七號，及三十五年院解字第三二〇九號解釋似認為當然無效。同院十九年院字第三五六號、二十一年院字第六八四號及第七九〇號、二十四年院字第一一九二號，二十八年院字第一八五九號，二十六年院字第一六六八號及三十六年院解字第三三七一號解釋，似認為非當然無效，仍應依上訴或非常上訴程序救濟。

（三）依司法院大法官會議四十二年釋字第十八號解釋，對於行憲前司法院解釋發生疑義，得聲請其解釋，上開司法院解釋，關於民刑事訴訟案件，下級法院之判決，當事人不得聲明不服而提

出不服之聲明，或當事人並未提出不服之聲明，而上級法院誤予撤銷或廢棄發回更審者，下級法院應如何處理？如經下級法院更審判決者，其效力竟究如何？不無疑義。請轉函司院大法官會議予以解釋，俾資遵循等語到院。

二、查司法行政部所呈似無不合，特請轉查照惠轉大法官會議解釋見復為荷。

---