

110 年度憲二字第 199 號李建功聲請案不受理決議

不同意見書

詹森林大法官提出

110 年 7 月 16 日

壹、事實

聲請人因無償使用公有財產，經臺灣雲林地方法院 106 年度訴字第 838 號刑事判決，依貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 4 款「對主管事務圖利罪」規定判刑。聲請人不服提起上訴，臺灣高等法院臺南分院以 107 年度上訴字第 1073 號刑事判決，撤銷第一審判決並變更起訴法條，改依刑法第 134 條前段及第 342 條第 1 項「假借職務上之機會，故意犯背信罪」規定判刑。聲請人不服提起第三審上訴，最高法院以 110 年度台上字第 101 號刑事判決（下稱確定終局判決）依刑事訴訟法第 376 條第 1 項第 5 款「下列各罪之案件，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院。……：五、刑法第 342 條之背信罪。」（下稱系爭規定），認上訴不合法予以駁回，全案確定。聲請人據此主張系爭規定有牴觸憲法之疑義，向本院聲請解釋。

貳、聲請人主張

本件聲請意旨略為：

「一、被告遭判決確定之背信罪，於第一審未經起訴、審理、裁判，係第二審法院逕自變更起訴法條後並第一次為背信罪有罪判決，不許其上訴，該第一次之背信罪之有罪判決，

即無任何一次得上訴救濟之機會，此為貴院釋字第 752 號解釋所闡釋之訴訟權保障核心內容。

二、刑事訴訟法第 376 條第 1 項各款之罪，如經第一審判決無罪，第二審改判有罪，形式上被告既已使用過兩審級法院，仍被認違反審級救濟保障，則貴院釋字第 752 號解釋之論理方法，顯不在於被告形式上已使用之審級次數，標準應是任一有罪判決不得由單一法院做成終局確定之認定，被告至少須有一次得以請求複查之機會。

三、按有罪判決之構成，其要為：(1)犯罪事實之認定、(2)法律適用即構成要件該當之認定。而不同之罪名 A、B(其中 B 罪為刑事訴訟法第 376 條第 1 項各款之罪)，苟其犯罪事實及構成要件非「完全」相同者，第一審法院僅審理並判決 A 罪，第二審法院始變更罪名並審理判決 B 罪，B 罪中之犯罪事實及構成要件該當之認定，如不許被告不服，則 B 罪犯罪事實及構成要件該當之「全部」或其「一部」之認定，即屬由第二審該單一法院做成終局確定之認定，依上開二、之標準，乃對於訴訟權之侵害……。

四、在(1)被告遭起訴 B 罪，第一審法院判決被告無罪，第二審法院改判被告 B 罪有罪之情形，現行法制許被告提起第三審上訴；而在(2)被告遭起訴 A 罪，第一審法院判決被告 A 罪有罪，第二審法院始改諭知被告可能涉犯 B 罪，並撤銷 A 罪改判被告 B 罪有罪之情形，兩例均為被告於第二審初次遭判 B 罪有罪，利害情狀相同，後者(2)卻不許被告上訴，相同情況為不同處理，無理由為差別待遇，有違平等原則。況上述例(1)中之 B 罪，犯罪事實之有無及構成要件該當與否，已反覆經檢察署、第一審法院、第二審法院三次判斷，而上

述例(2)中之B罪，姑不論事實同一性範圍認定之疑慮，僅需擷取使用之犯罪行為事實已必然與A罪有所差異，而該B罪犯罪行為事實之擷取、及構成要件該當與否，僅有第二審法院一次判斷，衡諸訴訟權保障中之審級救濟理由，更有許被告不服之必要性，此種情形限制被告不得就B罪提起上訴，違反比例原則……。」¹

參、本院決議

對本件釋憲聲請，本院110年7月16日第1519次會議，以「並未具體敘明確定終局判決所適用之系爭規定，於客觀上究有何抵觸憲法之處。」為由，認與司法院大法官審理案件法第5條第1項第2款所定人民聲請解釋憲法之規定不合，應不受理。

肆、本席意見

本席不贊成多數意見，並認聲請人已具體敘明系爭規定客觀上抵觸憲法之處，且系爭規定在例如本件聲請案之情形，具有憲法上之討論價值。爰提出不同意見書。

聲請人就系爭規定如何違憲，於聲請書中使用大量篇幅加以說明²，且其指摘並非僅泛指系爭規定違反憲法所保障之訴訟權、平等權，而係就系爭規定在本聲請案之原因案件情形，如何違反訴訟權及平等權，有詳盡之說理與論證（參見前述聲請意旨），應認已於客觀上具體敘明系爭規定抵觸憲法之處。

¹ 參見本件聲請案解釋憲法聲請書第1頁、第2頁。

² 參見本件聲請案解釋憲法聲請書第1頁至第7頁。

次查，聲請人所經歷之審級救濟情形，與釋字第 752 號解釋之原因案件，雖不盡相同，但亦涉及該號解釋所指訴訟權保障之核心內涵。申言之，聲請人係因第二審法院變更起訴法條，致「第一次」受法院依刑法第 342 條第 1 項背信罪規定為有罪之判決，又因背信罪乃系爭規定所定不得上訴第三審之罪，確定終局判決乃依系爭規定，駁回聲請人之第三審上訴。準此，聲請人顯有釋字第 752 號解釋所稱「於初次受有罪判決後即告確定，無法以通常程序請求上訴審法院審查，以尋求救濟之機會」(參見釋字第 752 號解釋理由書第 7 段)之情形。是刑法第 342 條之背信罪，如經第二審法院引為第一次判決被告有罪之依據，而系爭規定又禁止被告對此種情形之第二審判決上訴於第三審法院，則系爭規定即有釋字第 752 號解釋所指「初次受有罪判決之被告不得上訴於第三審法院……，未能提供至少一次上訴救濟之機會，以避免錯誤或冤抑，與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨有違」(參見釋字第 752 號解釋理由書第 7 段)之情事。

綜上，本件聲請案應予受理。