

正 本

法規範憲法審查及裁判憲法審查聲請書

內附委任狀

原確定裁判：臺灣高等法院臺南分院109年度聲再字第111號刑事裁定。

案 號

(再審案號)

歷審案號：臺灣臺南地方法院 89 年度訴字第 128 號判決。

臺灣高等法院臺南分院 92 年度上訴字第 1096 號判決。

臺灣高等法院臺南分院 92 年度上訴字第 1096 號判決。

最高法院 95 年度台上字第 5802 號判決。

臺灣高等法院臺南分院 95 年度重上更(一)字第 498 號判決。

最高法院 99 年度台上字第 1163 號判決。

臺灣高等法院臺南分院 99 年度重上更(二)字第 64 號判決。

最高法院 100 年度台上字第 4283 號判決。

臺灣高等法院 臺南分院 100 年度重上更(三)字第 129 號判決。

最高法院 102 年度台上字第 435 號判決。

臺灣高等法院臺南分院 102 年度重上更(四)字第 13 號判決。

最高法院 103 年度台上字第 2296 號判決。

最高法院 103 年度台非字第 394 號判決。

最高法院 104 年度台非字第 10 號判決。

最高法院 104 年度台非字第 121 號判決。

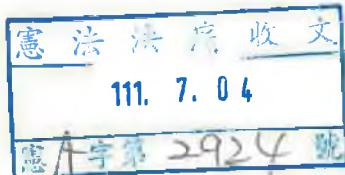
最高法院 105 年度台非字第 123 號判決。

最高法院 105 年度台非字第 220 號判決。

聲 請 人 : 林秉弘(原名林盛)

哲)

訴訟代理人 : 鄭文龍律師



查本案聲請人所涉案件之裁判適用舊刑事訴訟法第348條第2項以及最高法院實質援用之最高法院23年上字第370號刑事判例、最高法院25年上字第1256號刑事判例、最高法院29年上字第3382號刑事判例、司法院院字第2510號解釋、最高法院69年台上字第2037號刑事判例、最高法院69年台上字第4584號刑事判例等，使得「上訴不可分、發回不可分」成為鐵律，使得原無罪且檢察官未上訴之判決再次成為有罪，使刑事被告遭受突襲。渠等違反比例原則、法律明確性原則以及侵害刑事被告免於遭受國家機關重複追訴、處罰之權利（一事不再理原則），有違憲法所要求之正當法律程序原則。

另最高法院上開見解顛覆控訴原則，違反司法權被動性，恐有違反法治國權力分立原則，侵害人民權利甚鉅，實有違憲疑義（免於訟累、妨害被告接受公平、迅速審判之訴訟權利，並顛覆控訴原則使追訴案件懸而未決，侵害憲法第16條保障人民訴訟權之意旨）。爰具狀向 貴院聲請法規範憲法審查及裁判憲法審查，詳述如下：

壹、 請求事項(即應受判決事項之聲明)

- 一、 請求宣告舊刑事訴訟法348條第2項應受違憲宣告。
- 二、 臺灣高等法院臺南分院109年度聲再字第111號刑事裁定應受違憲宣告，並廢棄發回臺灣高等法院臺南分院。

貳、 主要爭點:

- 一、 舊刑事訴訟法348條及歷審判決(最高法院95年度台上字5802號判決、最高法院99年度台上字1163號判決以及五次非常上訴駁回判決)所實質援用之最高法院25年上字第1256號刑事判決例、最高法院69年台上字第2037號刑事判決例、最高法院69年台上字第4584號刑事判決例。渠等將「單一刑罰權不可分」概念與舊刑事訴訟法348條第2項之「有關係部份」結

合，而形成「單一案件上訴不可分」之法律見解並認為依據審判不可分，單一案件之一部不得先行確定，原不得上訴第三審之規定亦須一併上訴於第三審，而第三審須就單一案件之全部，包含前以為無罪判決之部分，予以審判。

違反比例原則、法律明確性原則以及侵害刑事被告免於遭受國家機關重複追訴、處罰之權利（一事不再理原則），有違憲法所要求之正當法律程序原則。另上開法院見解顛覆控訴原則，違反司法權被動性，恐有違法治國權力分立原則之要求，實有違憲疑義。

二、如舊刑事訴訟法 348 條及實質援用之判決例違憲，聲請人能否依據刑事訴訟法 420 條之規定提出再審？

參、 程序事項：

一、按憲法訴訟法第 92 條規定：「第五十九條¹第一項之裁判憲法審查案件，聲請人所受之確定終局裁判於本法修正施行前已送達者，不得聲請。但在本法修正施行前已援用大法庭之法律見解之裁判，得於本法修正施行後六個月內²聲請(第一項)。第五十九條第一項之法規範憲法審查案件或第八十三條第一項之案件，聲請人所受之確定終局裁判於本法修正施行前已送達者，六個月之聲請期間，自本法修正施行日起算；其案件之審理，準用第九十條第一項但書及第九十一條之規定(第二項)。前項案件，除刑事確定終局裁判外，自送達時起已逾五年者，不得

¹ 憲法訴訟法第 59 條：「人民就其依法定程序用盡審級救濟之案件，對於受不利確定終局裁判所適用之法規範或該裁判，認有牴觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。前項聲請，應於不利確定終局裁判送達後六個月之不變期間內為之。」

² 註：111 年 1 月 4 日起 6 個月內，即 111 年 7 月 4 日前。

聲請。依第六十五條第一項聲請之案件，其爭議發生於本法修正施行前者，六個月之聲請期間，自本法修正施行日起算。」

二、本案歷審裁判實質上違反大法庭之法律見解，即【最高法院刑事大法庭 109 年度台上大字第 3426 號裁定】裁判意旨略以：

「檢察官以裁判上或實質上一罪起訴之案件，其一部於第一、二審均不另為無罪之論知，僅被告就得上訴第三審之有罪部分提起上訴，該不另為無罪論知部分已確定，並非第三審審判範圍」等語。

三、然再審法院即臺灣高等法院臺南分院 109 年度聲再字第 111 號刑事裁定仍以舊見解為由裁定駁回(略以：「聲請人雖以本件業務登載不實部分，係受判決無罪部分且檢察官未上訴，最終竟經判決有罪，並於 110 年 1 月 6 日再審聲請補充理由提出聲證 8：關於刑事訴訟法第 348 條修正案之司法院新聞稿主張為新事實、新證據云云。然刑事訴訟法第 348 條修正草案尚在修法階段，此部分尚未經修法通過，非現行有效之法律，且縱經修法通過，亦無溯及既往適用之餘地，且法律見解之變更非屬新事實、新證據，亦不符重要證據漏未審酌，自非適法之再審聲請理由」)。

四、從而，既然細參本案案情事實上與【最高法院刑事大法庭 109 年度台上大字第 3426 號裁定】實質相關，則自應解為本案自得爰依憲法訴訟法第 92 條第 1 項提起憲法訴訟及法規範審查，併予敘明。

肆、本件聲請人請求憲法訴訟之目的：

一、改正最高法院 69 台上 2037 號判例及 95 年台上字 5802 號等判決例將「審判不可分」原則極致化，導致本案應已無罪判決確

定之「偽造文書罪」(下稱丙罪)，藉由「審判不可分」而起死回生，將無罪之丙罪改成有罪，且將之確定，嚴重侵害人權。

二、 改正最高法院 69 台上 2037 號判例及 95 年台上字 5802 號等判決例藉「審判不可分」，將檢察官本已不上訴之部份(即丙罪)，擴張審判權，違反不告不理原則，侵害人權。

三、 導正最高法院 95 年台上字 5802 號等判決錯誤拒絕適用刑法第 2 條從舊從輕原則，在民國 95 年 7 月 1 日已將刑法第 55 條牽連犯廢除下，竟違憲違法地再適用舊刑法第 55 條，對被告為更不利之適用，導出被告已無罪確定之丙罪偽造文書部分改判有罪確定，侵害人權。

四、 案件單一性及同一性原則，其目的應在於訴訟經濟及避免被告遭受多重訴追及多重審判之危險。然而最高法院 69 台上 2037 號判例及 95 年台上字 5802 號等判決例卻將被告本應確定無罪部份，反遭藉由「案件不可分」，再起死回生，無罪變有罪，反而讓被告更不利，極端違反案件單一性及同一性之原始目的。

五、 舊刑事訴訟法第 348 條第 2 項之「有關關係部分」，立法文義抽

象不明確，致讓最高法院 69 台上 2037 號判例及 95 年台上字 5802 號等判決例，藉不當擴大解釋「有關係之部分」，無限制地創設「審判不可分」及「上訴不可分」。違憲將本應「無罪」之部分起死回生、借屍還魂，讓無罪變有罪，侵害被告人權。應經大法官會議宣告違憲，避免無限制地侵害被告人權。

聲請人所涉案件歷經最高法院四次發回，以及高等法院四次更審【附件 1】，終審為最高法院 103 年度台上 2296 號判決，後歷經最高檢察署檢察總長依刑事訴訟法第 441 條「判決違背法令」為由，為被告利益提起五次非常上訴，惟依最高法院 103 年度台非字 394 號判決、最高法院 104 年度台非字 10 號判決、最高法院 104 年度台非字 121 號判決、最高法院 105 年度台非字 123 號判決、最高法院 105 年度台非字第 220 號判決駁回確定。

歷審審判之中，最高法院 95 年度台上字 5802 號判決、最高法院 99 年度台上字 1163 號判決以及五次非常上訴駁回判決，其所適用之法律及見解有違憲疑義，臚列如下：

1. 未依刑法第 2 條「從舊從輕原則」適用刑法新法第 55 條將牽連犯刪除之規定，而仍適用舊刑法第 55 條牽連犯之規定。

2. 舊刑事訴訟法第 348 條第 2 項之「有關係部份」，法律文義規範並不明確。

3. 最高法院實質援用之最高法院 23 年上字第 370 號刑事判例。

4. 最高法院實質援用之最高法院 29 年上字第 3382 號刑事判例。

5. 最高法院實質援用之司法院院字第 2510 號解釋。

上列 3、4、5 之判例及解釋將「單一刑罰權不可分」概念與刑事訴訟法 348 條第 2 項之「有關係部份」結合，而形成「單一案件上訴不可分」之法律見解。

6. 最高法院實質援用之最高法院 25 年上字第 1256 號刑事判例

7. 最高法院實質援用之最高法院 69 年台上字第 2037 號刑事判例。

8. 最高法院 69 年台上字第 4584 號刑事判例

上列 6、7、8 之判例認為依據(單一刑罰權)審判不可分，單一案件之一部不得先行確定，原不得上訴第三審之規定亦須一併上訴於第三審，而第三審須就單一案件之全部，包含前以為無罪判決之部分，予以審判。

渠等違反比例原則、法律明確性原則以及侵害刑事被告免
於遭受國家機關重複追訴、處罰之權利（一事不再理原則），
有違憲法所要求之正當法律程序原則。另外最高法院的歷
來見解顛覆控訴原則，違反司法權被動性，恐有違法治國
權力分立原則之要求，特依法請求 賁院解釋：

- (一) 最高法院 95 年度台上字 5802 號判決與最高法院 99 年度台上字 1163 號判決就刑法第 55 條刪除牽連犯之規定，未依刑法第 2 條第 1 項作新舊法比較（從舊從輕），復於最高法院 105 年度台非字 123 號判決及最高法院 105 年度台非字第 220 號判決表示：「判決僅係撤銷發回而非自為判決，自無刑法第 2 條第 1 項之新舊法比較適用」，此妄將撤銷發回判決排除刑法從輕原則之適用，不利於被告，有違正當法律程序應屬違憲。
- (二) 舊刑事訴訟法 348 條第 2 項規定：「對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴」，所謂「有關係之部分」究為何指，受規範者難以逆料，有違憲法所要求之法律明確性原則。
- (三) 最高法院實質援用上開判例、解釋後，以「單一刑罰權不可分」、「起訴不可分、上訴不可分、審判不可分」為由，

當上訴法院認為屬實質上或裁判上一罪，原未聲明上訴部分視為已上訴。又認為裁判上一罪之其中一部應廢棄發回時，基於審判不可分、上訴不可分，一併將裁判上一罪未聲明上訴之其餘部分一併發回，渠等判決違背司法權被動性而有權力分立違反之嫌，且就未上訴部分將使得被告再次面臨法院有罪判決之危險，有違一事不再理原則，當為違憲。

(四) 退步言之，縱認最高法院得基於審判不可分得將裁判上一罪全部發回更審，惟此情形屬「強迫上訴」(上訴不可分)，檢察官自始未覺得有上訴之必要，此乃檢察官有意捨棄上訴權，若之後法院得對被告加重處罰，無異違反刑事訴訟法 370 條第 1 項不利益變更禁止原則。

伍、 案件概要：

一、 事實經過

(一) 聲請人即被告林秉弘為一般實之人，在民國 84 年間，因為配合政府重大工程，即南二高工程之興建，有興趣參與並志在將工程做到最好。因此，雖然所承攬之工程屬土石採取及供應，但與傳統之業界習性，迥然不同。聲請人將工程依法規做好，因而受到政府肯定。因此，本案之承包絕無不法之企

圖及作為。然而公訴人為偵辦公務員貪瀆，誤將聲請人起訴，公訴人起訴係指控聲請人(1)嚴重超挖土石，未作水土保持工作，致嚴重水土流失，違犯水土保持法等相關犯罪（下稱甲罪）。(2)行賄承辦公務人員（下稱乙罪）。(3)教唆訴外人郭建志浮報土方數量（下稱丙罪）【附件 2】。然公訴皆屬有誤，蓋聲請人為了有充裕的土石來源，獲得地主劉文岳同意將 110 公頃之土地作採取土石使用並簽訂合約書，約可採取土石 3000 萬立方之土方，從此一獲得同意採取土石之土地範圍內依法可開採之土方數量，遠遠超過公訴所指摘之已挖 130 萬立方之土方(申請土場可開採數量是 47 萬 6533 立方公尺之土方)，可以據而推論聲請人根本不需要破壞水土保持去違法開挖。而完全是訴外人郭建志違背委任意旨，自作主張及便宜行事，與聲請人無關；再依水土保持法第 6 條之規定：「水土保持之處理與維護在中央主管機關指定規模以上者，應由依法登記執業之水土保持技師、土木工程技師、水利工程技師、大地工程技師等相關專業技師或聘有上列專業技師之技術顧問機構規劃、設計及監造」，故土方聲請時應委託水土保持技師，足見此工作依法需有專技人員為之，而聲請人依法委託及付費聘請水土保持技師，聲請人並無相關證照及製作此文

書之專業。所以，聲請人無從審查、評估水土保持技師所設計之土方是否正確，進而為偽造文書之可能。而依上述，聲請人已獲得同意於 110 公頃之土地供採取土石之用，聲請人理論上更需依法辦理，其並無超挖之心態(不因超挖土方而能增加分毫利益)，則聲請人也無偽造文書及超挖土方之必要；至於現場的作業，都是委託專業顧問公司及技術主管處理，聲請人並非專業，事實上也無濫採及超挖之必要，因此不可貿然歸咎予聲請人。另外，民國 88 年 2 月 4 日臺南縣政府水土保持科現場履勘時，有市政府相關官員，包含原台南縣水土保持課課長高崑祥、技士王增田、技正謝榮南；顧問郭建志亦在場，渠等皆無意見，更可佐證聲請人毫無不法可言；至於行賄部分之指摘更是全無根據。以上公訴人之指控並據以起訴之甲罪違反水土保持法部分，最終係無罪判決確定。乙罪行賄罪部分亦無罪判確定，即可加以佐證聲請人絕無為不法之情事。而本案所爭議之丙罪，即偽造文書部分，在原一二三審及發回之更審，均認定聲請人無罪（理應於此即無罪判決確定），亦可佐證本案聲請人係一奉公守法之人，但因檢察官為了查辦公務員貪瀆而誤將聲請人牽連起訴，而致衍生本案，將本已確定無罪之丙罪，即偽造文書罪部分，從無

罪確定變成有罪確定之違憲爭議。

- (二) 查台灣台南地方法院檢察署以八十八年度偵字第一四五八〇、第七四〇二、第七四四八、第一〇〇九〇號提起公訴【參附件 2】。公訴檢察官認定聲請人林秉弘及另一被告莊宜蓁（原名莊冠美）共同觸犯以下三罪：(1) 水土保持法相關犯罪（下稱甲罪）(2) 貪汙治罪條例第 11 條之違背職務行賄罪（下稱乙罪）(3) 刑法 215 條之教唆業務上文書登載不實罪（下稱丙罪）。公訴檢察官並認為甲乙丙三罪間有方法結果之牽連關係，請依舊刑法 55 條從一重處斷，依法提起公訴後，台灣台南地方法院於 89 年 1 月 12 日開始審理後，認定甲罪違反山坡地保育利用條例成立，乙罪行賄罪及丙罪教唆業務登載不實罪均認定無罪。因牽連犯之故而不另為無罪之諭知【附件 3】。上訴二審後，台灣高等法院臺南分院於 94 年 8 月 2 日以 92 年度上訴字第 1096 號判決，認被告莊宜蓁三罪均為無罪；被告林秉弘亦僅成立甲罪違反山坡地保育利用條例，乙罪及丙罪部分仍認定無罪，因牽連犯之故而不另為無罪之諭知【附件 4】。檢察官對此判決，亦僅就甲罪山坡地保育利用條例及乙罪行賄部分上訴。
- (三) 檢察官就被告所涉丙罪偽造文書部分並未上訴【附件 5】。可

見此時，聲請人所涉丙罪偽造文書部份，不論係不得上訴三審而確定，或係因檢察官不上訴而確定。聲請人被訴丙罪偽造文書罪部份，既已因一二審判決認定無罪，既檢察官就此部份不上訴，即應屬無罪確定。

(四) 但怪事發生了：最高法院於 95 年 10 月 27 日卻以 95 年度台上字第 5802 號判決就甲罪山坡地保育利用條例及乙罪行賄部分認為前審判決理由不備、論理有矛盾為由，將判決撤銷發回。卻又基於所謂「審判不可分」、「上訴不可分為由」，將原已經應該無罪，且確定之丙罪教唆業務文書登載不實部分一併發回更審【附件 6】。最高法院此一判決將已確定無罪之丙罪教唆偽造文書登載不實罪又起死回生、借屍還魂，藉由審理甲罪不可分之理由，讓已無罪確定之丙罪再起死回生，發回高院。此係導致後面侵害人權之源頭。台灣高等法院台南分院於 97 年 12 月 9 日以 95 年度重上更（一）字第 498 號判決時，亦僅論究被告二人甲罪山坡地保育利用條例罪行，乙罪行賄部份及丙罪偽造文書部分仍為無罪認定。因與山坡地保育利用條例有牽連關係而不另為無罪諭知。

(五) 對此判決，檢察官僅就乙罪行賄部分上訴，甲罪山坡地保育利用條例部份以及丙罪教唆業務文書登載不實部分，檢察官

並未上訴，亦應認為無罪確定【附件 7】。

- (六) 最高法院於 99 年 3 月 4 日以 99 年度台上字第 1163 號撤銷原判決，仍以丙罪不另為無罪部分，基於審判不可分原則，撤銷發回【附件 8】。
- (七) 至 100 年 3 月 30 日台灣高等法院台南分院 99 年度重上更(二)字第 64 號判決，丙罪部份迭經一、二審以及更一審均認為無罪部份，於此審竟變更法條，改依共同連續行使業務登載不實文書罪（刑法 28、216、215 條），而原審認定甲罪山坡地保育利用條例，則被判無罪。而乙罪行賄部分亦均認定無罪。因與丙罪業務登載不實文書罪部分有牽連關係而不另為無罪諭知。
- (八) 對此判決，檢察官僅就甲罪山坡地保育利用條例部分上訴。最高法院於 100 年 8 月 4 日以 100 年度台上字第 4283 號判決，僅就上訴部分審酌，即為撤銷發回更審判決。此後，台灣高等法院台南分院 100 年度重上更(三)字第 129 號及台灣高等法院台南分院 102 年度重上更(四)字第 13 號判決，仍依共同連續行使業務登載不實文書罪論斷成立丙罪，甲罪山坡地保育利用條例及乙罪行賄部分均為無罪。而與丙罪偽造文書部分有牽連關係，不另為無罪諭知；最高法院 102 年度台

上字第 435 號判決則僅就法官未迴避違法，而撤銷發回更審。

(九) 終至 103 年 7 月 9 日最高法院發現本案於 89 年 1 月 12 日繫屬台灣台南地方法院後已逾六年，且更二審後改判被告等共同連續行使業務登載不實文書罪（丙罪），而違反甲罪水土保持法罪及乙罪行賄部分均不另諭知無罪，且二次以上不另諭知無罪處理結果【參照附件 1 之歷審整理】，有刑事妥速審判法第 8 條之適用，訴訟程序有重大瑕疵，以 103 年度台上字第 2296 號判決駁回檢察官對實體裁判之上訴，而丙罪共同連續行使業務登載不實文書罪雖因有罪而沒有刑事妥速審判法第 8 條之適用，惟此丙罪行使業務登載不實文書罪為最重本刑三年以下有期徒刑之罪（參刑法 215、216 條），依刑事訴訟法 376 條第 1 款不得上訴第三審，至此本案判決始告確定。

(十) 歷審法院皆認為公訴檢察官對聲請人林秉弘之起訴犯罪事實：
(1) 甲罪-水土保持法相關犯罪部分 (2) 乙罪-違背職務行賄罪部分 (3) 丙罪-業務上文書登載不實罪部分，三罪間有方法上或結果間的牽連關係，而認定為舊刑法 55 條之牽連犯，屬裁判上一罪，隨後即陷入實務見解所發展之裁判上一罪「審判不可分」、「上訴不可分」的泥沼之中【附件 9】。

(十一) 另有可議之處者是，刑法牽連犯之規定業已刪除，並於民國 95 年 7 月 1 日施行，就本案而言當屬行為後法律有變更者，適法者應依刑法第 2 條第 1 項之規定：「行為後法律有變更者，適用行為時之法律。但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律」，在比較新舊法後適用有利於行為人之規定（學理上稱之為從輕原則），然本案最高法院 95 年台上 5802 號刑事判決、臺灣高等法院台南分院 95 年度重上更

(一)字第 498 號刑事判決、最高法院 99 年度台上字第 1163 號刑事判決，皆未依刑法第 2 條第 1 項但書比較新舊法後作有利於行為人之認定，仍繼續適用舊法牽連犯之規定，導致丙罪業務上文書登載不實罪部分應已無罪確定，卻因最高法院違憲違法用「審判不可分」將丙罪起死回生，至更二審之後翻盤，終致無罪之丙罪變有罪判決定讞。

(十二) 最高檢察署檢察總長認為最高法院 95 年台上 5802 號刑事判決以及最高法院 99 年度台上字第 1163 號刑事判決無視刑法將牽連犯刪除之修正規定而誤用刑事訴訟法 348 條第 2 項之規定(一部上訴，有關係不分一併上訴，此規定即上訴不可分)，進而使本應該無罪確定之業務登載不實罪部分誤為撤銷發回，致誤為發回後之受理法院(指更二審、更三審、更四審)不察

一再對無罪確定之確定判決重複審判，使被告受到重複的追訴，違反「禁止雙重危險」原則。故，檢察總長依刑事訴訟法第 441、443 條先後為被告利益提起 5 次非常上訴，然最高法院 103 年度台非字 394 號判決【附件 10】、最高法院 104 年度台非字 10 號判決【附件 11】、最高法院 104 年度台非字 121 號判決【附件 12】、最高法院 105 年度台非字 123 號判決【附件 13】、最高法院 105 年度台非字第 220 號判決【附件 14】皆以非常上訴意旨指摘無理由判決駁回。

- (十三) 又後因最高法院刑事大法庭 109 年度台上大字第 3426 號裁定：「檢察官以裁判上或實質上一罪起訴之案件，其一部於第一、二審均不另為無罪之諭知，僅被告就得上訴第三審之有罪部分提起上訴，該不另為無罪諭知部分已確定，並非第三審審判範圍」以及刑事訴訟法 348 條進行修正，聲請人以此為由聲請再審，詎料仍遭駁回【臺灣高等法院 臺南分院 109 年度聲再字第 111 號刑事裁定】。

- (十四) 綜上，聲請人已窮盡救濟途徑，包含通常救濟程序以及先後由最高檢察署檢察總長提起的五次非常上訴，惟仍無法獲得救濟。並認為上開判決所適用之規定有違憲之疑義，故謹依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款規定及憲法訴

訟法之規定，向 貴院聲請法規範憲法審查及裁判憲法審查。

二、 本案最高法院 95 年台上字第 5802 號判決及嗣後歷審判決所涉違反憲法條文及判例：

本案案最高法院 95 年台上字第 5802 號判決及嗣後歷審判決，及所援以引用為「審判不可分」、「上訴不可分」之見解，違反憲法第 8 條規定：「人民身體之自由應予保障。除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序，不得審問處罰。非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之」及憲法第 22 條規定：「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障」。及由第 8 條所揭載之「正當法律程序」以及憲法第 22 條之概括基本權條款，衍生出「一事不再理」原則（亦稱為「禁止雙重危險」原則），被告有免於國家重複追訴、審判之權利。及憲法第 16 條訴訟權保障之問題，以及憲法所要求之「法律明確性原則」、憲法 23 條「比例原則」。又本案違反「控訴原則」，此涉及代表國家司法權之法院僭越了代表國家追訴權（行政權）之檢察官權限之疑慮，違背法治國下「權力分立原則」。

陸、 聲請解釋憲法理由及聲請人對本案所持之立場與見解

一、 舊刑事訴訟法 348 條及原審判決實質援引之「上訴不可分」判決例應屬違憲：

(一) 程序事項

- 最高法院之判例及決議對法規適用所表示之見解，經法官於確定終局裁判引用者，得為違憲審查之對象：

司法院大法官釋字 582 號解釋理由書首即明揭謂：「按確定終局裁判援用判例以為裁判之依據，而該判例經人民指摘為違憲者，應視同命令予以審查迭經本院解釋在案（釋字第一五四號、第二七一號、第三七四號、第五六九號等解釋參照）」；另依司法院大法官釋字 374 號解釋理由書亦指陳：「司法機關在具體個案之外，表示其適用法律之見解者，依現行制度有判例及決議二種。判例經人民指摘違憲者，視同命令予以審查，已行之有年（參照釋字第一五四號、第一七七號、第一八五號、第二四三號、第二七一號、第三六八號及第三七二號等解釋），最高法院之決議原僅供院內法官辦案之參考，並無必然之拘束力，與判例雖不能等量齊觀，惟決議之製作既有法令依據（法院組織法第七十八條及最高法院處務規程第三十二條），又為代表最高法院之法律見解，如經法官於裁判上援用時，自亦應認與命令相當，許人民依首開法律之規定，聲請本院解釋」等語，故可知人民認為最高法院之判例及決議有違憲疑義，又經確定終局裁判援用者，可依大法官審理案件法 5 條第 1 項第 2 款，向 貴院申請解釋。

- 確定終局判決實質援用之判例有違憲疑義

又形式上雖未經確定終局判決所援用，惟確定終局判決所實質

上援用之判例及決議，並作為判決之依據，若該等判例有違憲之嫌疑，自得作為解釋之客體（司法院大法官解釋釋字第 399 號、第 582 號、第 622 號、第 675 號、第 698、703 號解釋理由書參照）。

3. 本案確定終局裁判應為

- A. 最高法院 103 年度台非字 394 號判決
- B. 最高法院 104 年度台非字 10 號判決
- C. 最高法院 104 年度台非字 121 號判決
- D. 最高法院 105 年度台非字 123 號判決
- E. 最高法院 105 年度台非字第 220 號判決

此為 5 次非常上訴駁回判決，聚焦於本案就最高法院 95 年度台上字 5802 號判決以及最高法院 99 年度台上字 1163 號判決，二次最高法院判決之上訴審理範圍之問題。惟，5 次非常上訴駁回判決之判決皆認為基於裁判上一罪上訴不可分，雖然未就登載不實部份提起上訴，但因就其他部分上訴，故仍含括在上訴範圍之內。其作為判決依據的論述略以：「國家之刑罰權係對於每一犯罪事實存在，單一之犯罪事實，實體法上之刑罰權僅有一個，在訴訟法上亦無從分割。故檢察官以實質上一罪或裁判上一罪起訴之案件，法院應將其有關係之部分合一審判，不能予以分割裁判，或僅就其中一部分事實加以審判，而置其他有關係之部分於不論，此即審判不可分原則」，由此段論述可知，5 次非常上訴駁回判決雖形式上並未引用具體之最高法院判例以及決議，但實質上引用了：

- A. 最高法院 23 年上字第 370 號刑事判例
- B. 最高法院 25 年上字第 1256 號刑事判例

- C. 最高法院 29 年上字第 3382 號刑事判例
 - D. 司法院院字第 2510 號解釋
 - E. 最高法院 69 年台上字第 2037 號刑事判例
 - F. 最高法院 69 年台上字第 4584 號刑事判例
4. 聲請人認為上開最高法院判例之見解顯有違憲之疑義(具體理由詳後述)，上開本案確定終局判決竟實質加以援用並作為判決之依據，依貴院歷來之解釋(尤其是司法院大法官解釋釋字第 582 號解釋理由書)，上開有違憲疑義之判例自得作為憲法解釋之客體。

另外，舊刑事訴訟法第 348 條第 2 項之「有關係部分」，立法文義抽象不明確，恐有違反法律明確性之嫌疑實屬違憲。

(二) 實體事項

1. 最高法院 23 年上字第 370 號刑事判例、最高法院 25 年上字第 1256 號刑事判例、最高法院 29 年上字第 3382 號刑事判例、司法院院字第 2510 號解釋、最高法院 69 年台上字第 2037 號 刑事判例、最高法院 69 年台上字第 4584 號刑事判例，經本件聲請之終局確定判決所實質援用，侵害聲請人受憲法所保障之人
- 民有不受國家重複追訴審判之權利（一事不再理）：

- A. 人民有不受國家重複追訴審判之權利
- a. 禁止雙重處罰危險之意義

就特定被告的特定犯罪事實，只應受到國家「一次性」的追訴、

處罰，國家不得重複追訴、處罰相同被告相同的犯罪事實，這樣的概念，歐陸法傳統上稱之為「一事不再理」(Ne bis in idem)，與英美法的「禁止二重危險」(Double Jeopardy)相當【附件 15】。法制上之所以會發展出此一概念，其基本價值及理念是為了①防止冤獄②防止審判帶來之痛苦③防止騷擾被告④確保判決之終局性⑤禁止重複處罰【附件 16】。一事不再理實屬程序上概念，其與實體上一行為不二罰（禁止一行為重複評價）互為表裏，亦即一事不再理有在程序上防止一行為重複處罰的作用，但不僅此為限，防止審判帶來之痛苦以及防止騷擾被告亦為一事不再理的核心內容。

b. 一事不再理的憲法位階

一事不再理原則常於各國憲法上直接明定，例如美國聯邦憲法增修條文第 5 條規定：「就同一犯罪不得置任何人之生命或身體受雙重危險……」("no person shall be ...subject for the same offense,to be twice put in jeopardy of life or limb.")；日本憲法 39 條亦規定：「任何人就其實行時適法之行為或已被定為無罪之行為，不得追究刑事責任。又對於同一犯罪，不得重複追問刑事上之責任」("何人も、実行の時に適法であつた行為又は既に

無罪とされた行為については、刑事上の責任を問はれない。又同一の犯罪について、重ねて刑事上の責任を問はれない”）。我國憲法雖無明文，但一事不再理乃現代法治國家普遍賦予人民之程序上權利，我國釋憲實務早已承認（參司法院大法官釋字第 47、168、271 號解釋；有關一事不二罰的解釋亦見釋字第 311、337、356、384、490 號解釋），許宗力大法官更在大法官釋字 604 號解釋意見書上明確表示：「『一行為不二罰原則』，又稱『禁止雙重處罰原則』，顧名思義，指就人民同一違法行為，禁止國家為多次之處罰，其不僅禁止於一行為已受到處罰後，對同一行為再行追訴、處罰，也禁止對同一行為同時作多次之處罰。我國憲法固然沒有『一行為不二罰原則』的明文，惟從法治國家所要求之法安定原則、信賴保護原則以及比例原則均不難導出一行為不能重複處罰之要求。是『一行為不二罰原則』具有憲法位階，應無疑義。」【附件 17】；再加上我國近年來已批准聯合國公民與政治權利國際公約並以制定「公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法」，據此我國具憲法位階之一事不再理應與聯合國公民與政治權利國際公約第 14 條第 7 項：「任何人依一國法律及刑事程序經終局判決判定有罪或無罪開釋者，不得就同一罪名再予審判或科刑。(No one

shall be liable to be tried or punished again for an offence for which he has already been finally convicted or acquitted in accordance with the law and penal procedure of each country.)」有

著相同意涵。【附件 18】

c. 最高法院 23 年上字第 370 號刑事判例、最高法院 25 年上字第 1256 號刑事判例、最高法院 29 年上字第 3382 號刑事判例、司法院院字第 2510 號解釋、最高法院 69 年台上字第 2037 號刑事判例、最高法院 69 年台上字第 4584 號刑事判例之操作之下，當上訴法院認定案件為單一案件時，雖檢察官未對單一案件之一部上訴，該未上訴部分被認為是刑事訴訟法 348 條第 2 項之「有關關係之部分」，與已上訴部分一併「被視為已上訴」，渠等判例造成刑事被告蒙受重複處罰的危險，牴觸一事不再理之憲法原則，詳細分析如下：

① 我國實務見解所發展出之「不可分公式」於上訴審的體現。

我國實務在認定審判範圍時(亦即不告不理當中，「告」的範圍)，往往依憑所謂「單一案件不可分」，單一案件不可分之概念，考其歷史可追溯至日治時期之判決：「被告基於『連續犯』之意圖在甲、乙、丙等三地為盜林行為，雖檢察官起訴之事實僅及於在乙丙二地的盜林，判官仍得以被告在甲地之盜林與在乙丙二地之盜林係構成連續犯，為法律上一罪，而將其納入法院審理

之範圍」【附件 19】。然此規則由誰發明，現已不可考；「單一案件」指的是被告單一以及犯罪事實單一，前者不難判斷，但是後者即使是深習法律者也不易判定，實務見解在判定「犯罪事實單一」係以「國家對被告的刑罰權」為斷，如同本案歷次非常上訴駁回判決所指出的：「國家之刑罰權係對於每一犯罪事實存在，單一之犯罪事實，實體法上之刑罰權僅有一個，在訴訟法上亦無從分割」，而「國家之刑罰權」的判定則以實體法上的「罪數論」來論定，亦即現行學界所稱之競合論，倘被認定為一罪（一罪又分為實質上一罪以及裁判上一罪；裁判上一罪包含想像競合犯以及業已刪除的連續犯、牽連犯），則屬「單一國家之刑罰權」，在此範圍內即屬訴訟上「單一案件」。「單一案件」之效果即為此所指之「不可分公式」，包含起訴不可分（另參刑訴 267）、審判不可分、自訴不可分（參刑訴 343、267），在上訴審的體現即為「上訴不可分」（刑事訴訟法第 348 第 2 項）。

刑事訴訟法第 348 第 2 項原僅規定：「對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴」，而根據上述我國實務界發展出的「不可分公式」，「有關係之部分」自然包含「單一案件未上訴的部分」，此即「單一刑罰權上訴不可分」。

對於我國實務操作刑事訴訟法第 348 第 2 項之規定與單一刑罰權不可分的關係，清楚的說明可見最高法院 23 年上字第 370 號刑事判例：「對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，亦以上訴論，刑事訴訟法第三百六十二條第二項(筆按，現為刑事訴訟法 348 條第 2 項)著有明文。本案第一審判決認被告犯詐欺及殺人兩罪，適用刑法第七十四條從一重處斷，原審審理結果認為祇成立詐欺罪，將殺人部分諭知無罪，上訴人雖僅就無罪部分提起上訴，但被告殺人嫌疑與其詐欺部分，具有牽連犯關係，自應視為全部上訴，由本院併予審判」。

亦見最高法院 29 年上字第 3382 號刑事判例：「起訴事實中有一行為而觸犯數個罪名，或互有手段結果之關係者，雖其中某行為經諭知無罪或有罪，而當事人僅就其他之諭知有罪或無罪部分，提起上訴時，因審判不可分之關係，依刑事訴訟法第三百四十條第二項之規定(筆按，現為刑事訴訟法 348 條第 2 項)，其有關係之部分，視為亦已上訴，上訴審自應就全部起訴事實為適當之判決」。

另司法院院字 2510 號解釋指出：「檢察官以某甲犯子丑兩罪提起公訴，第一審判決僅就子罪諭知罪刑，丑罪部分則未明白宣示，原檢察官遂專以丑罪漏判為理由提起上訴，某甲對於

科刑判決並未聲明不服，斯時第二審審判之範圍，自應就子丑兩罪是否屬於裁判上之一罪而定，設使子丑兩罪係屬裁判上一罪，丑罪既經上訴，子罪部分應視為亦已上訴，祇須第一審判決理由內曾就丑罪之成立與否加以判斷，無論丑罪能否證明，或其行為應否處罰，主文內本不應分別諭知，若第二審對於子丑兩罪審認結果與第一審判決所認無異，自應將檢察官之上訴駁回」，由此解釋可以得知，具有如何決定單一案件的決定權是上訴審法院。

亦有論述指出：「上級審將判決關於被告部份撤銷發回原審時，基於審判不可分原則，其效力自及於不另為無罪諭知之部分，原審為更審時，應就全部犯罪事實予以裁判，否則即有已受請求之事項未予判決之違法」【附件 20】。據此，因審判不可分之故而撤銷發回於更審法院時，更審法院必須對單一案件全部犯罪事實予以裁判，否則即屬判決當然違背法令（參刑事訴訟法第 379 條第 12 款）。

- ② 檢察官未上訴而理應無罪確定判決因為「單一案件不可分」而使被告蒙受逆轉之危險

最高法院 25 年上字第 1256 號刑事判例：「原判決認上訴人前往某婦家，先強取銀元，繼又實施強姦，本為強盜與強姦之

結合犯，縱上訴人僅對強姦部分提起上訴，但依照刑事訴訟法第三百四十條第二項(筆按，現為刑事訴訟法 348 條第 2 項)對於判決之一部上訴者，其原判決認上有關係之部分視為亦已上訴之規定，則第一審諭知強盜無罪部分，即應併予審判，方為合法，乃原審以第一審諭知上訴人強盜部分無罪後，未據檢察官提起上訴，認為不能加以審判，其見解顯屬不當。」

復最高法院 69 年台上字第 2037 號刑事判例：「刑法第六十一條所列各罪之案件，經第二審判決者，固不得上訴於第三審法院，惟與併合數罪之一部為非刑法第六十一條各款所列之案件一併提起上訴時，經第三審法院認為係實質上或刑法第六十裁判上一罪，則應認為皆得上訴於第三審法院，而第三審法院如認其確定事實與適用法令之當否不明時，自應一併發回。本案原審法院前審判處被告公務員連續明知為不實之事項而登載於職務上所掌之公文書罪及公務員假借職務上之機會變造國民身分證罪，上訴本院後已經本院認為兩罪有方法結果之牽連關係，屬於裁判上一罪，故予全部撤銷發回更審，乃原判決竟認為上述變造國民身分證部分已經判決確定，不在審理範圍，不但與審判不可分之原則有違，且有已受請求事項未予判決之違法。」

又最高法院 69 年台上字第 4584 號刑事判例：「被告被訴連續侵占會款及支票之事實，雖應成立刑法第三百三十五條第一項之普通侵占罪，屬於刑法第六十一條第三款所列之案件，原不得上訴於第三審法院，惟本院認該侵占罪與所犯偽造有價證券罪具有方法結果之牽連關係，應從一重之偽造有價證券罪處斷，則檢察官既對該重罪即偽造有價證券罪提起上訴，基於上訴不可分之原則，該輕罪即侵占罪亦應視為上訴，而不受上開規定之限制，從而本院對於該侵占罪部分，自應併予審判」

由以上三則判例可以得知，即使被告被判決無罪，亦有可能因為「單一案件不可分」之適用而使得無罪判決遭撤銷，我國這套全世界僅有且重大侵犯人權之「不可分公式」已被多位學者所批評，首其要者，莫過於「不可分公式」將造成審判範圍過於浮動、顛覆控訴原則等【參附件 21】。除之之外，「不可分公式」亦會使得原被判決無罪且檢察官捨棄上訴之被告蒙受不合理的定罪風險，本案判決即屬適例，聲請人所爭執的業務登載不實之丙罪部分，一路從一審至更一審皆判無罪，甚至最高法院 95 年台上字第 5802 號刑事判決以及最高法院 99 年台上字第 1163 號判決皆未指摘下級審就業務登載不實罪（丙罪）部分有何不妥，惟卻因「不可分公式」為由將理應確定之丙罪無罪判

決廢棄發回。使得被告被訴以來歷經 5 個審級長達 7 年餘的訴訟歷程皆為無罪(包含 2 次最高法院皆未就登載不實部分實質指摘判決有何不當)，且在代表國家追訴的檢察官亦未上訴之情形下，一夕之間從無罪變成有罪。從以上歷程可知，適用「單一案件不可分」之公式將使得被告蒙受無罪逆轉成有罪之危險。

③ 我國實務的錯誤理解「上訴不可分」，侵害刑事被告一事不再理之憲法基本權

實務以實體法上的刑罰權作為是否違反一事不再理的標準，誤解一事不再理作為憲法基本人權的意義，蓋刑事實體法上的刑罰權（罪數論）乃係立法者基於諸多因素所制定的，例如訴訟經濟或是罪刑相當的考量，換句話說，實體法上的刑罰權不過是法律基準，與一事不再理乃為憲法基準，二者自難以相比，如今卻使得憲法標準隨法律變更而浮動，在憲法理論上係屬錯誤【附件 22】。

至於修正前刑法連續犯牽連犯分別起訴處罰，或許不會違反一行為不二罰（因為本質上是數行為），但若是國家惡意為達到「凌遲」、「打壓」被告之目的而分次起訴或是像本案情形，在檢察官未對無罪判決提起上訴，最高法院卻強行透過「上訴不可分之公式」將本質上數罪之牽連犯各部分綁在一起，無法

使得無罪判決部份先行確定，使得理應為無罪確定部份久懸未決，甚至使聲請人蒙受「無罪變有罪之風險」，渠等透過國家審判系統纏擾聲請人之行為，實有違反憲法上一事不再理原則。

綜上，我國實務的錯誤理解「上訴不可分」，強行將「單一犯罪之一部分」解釋成刑事訴訟法 348 條第 2 項「有關係部分」，侵害刑事被告一事不再理之憲法基本權，渠等判例所揭示之法律見解應皆屬違憲。刑事訴訟法 348 條第 2 項「有關係部分」，單從文字無法使人民得知該規範之意義，亦有違反法律明確性原則之嫌。

2. 單一案件上訴不可分悖離「不告不理之控訴原則」，違反權力分立原則。

非常上訴指出高檢署檢察官僅就甲罪水土保持部分、乙罪行賄部分上訴，並未就丙罪登載不實部分上訴【可參附件 5 及附件 7】，但因為最高法院援用前揭違憲之判例，認為雖未就丙罪登載不實部分提起上訴，但甲罪水土保持部分、乙罪行賄部分以及丙罪登載不實部分為牽連犯(事實上牽連犯已於 95 年 7 月 1 日刪除，法院並未比較新舊法，此為另一可議之處，詳後述)，三者審判不可分割，一旦對其中一部提起上訴，未提起之部分亦隨同移審，阻斷確定力，這樣的操除了有前述侵害聲請人一事不再理的權

利之外，亦顛覆了刑事訴訟法之控訴原則(彈劾原則)，使得「不告不理」變成「不告自理」的審判自走砲，審判範圍隨之浮動，亦大大影響聲請人身為被告之防禦權【附件 23】。而且，在檢察官未上訴部分，即當事人不爭執已經確定部份，法院竟然自走砲，而讓審判權死而復活。又，有權審判被告對國民是一重大威脅，此乃嚴守刑事法「不告不理」原則之道理，係避免人民再度遭受法院自走砲傷害。

另外控訴原則在憲法的層次上有其特殊意義，蓋在權力分立的原則之下，司法權的特殊性就在其本身之「被動性」，審判機關必須嚴守「不告不理」之被動原則，否則司法權將容易與行政權結合，失去公正、中立性之司法系統將產生大幅提高侵害人民權益之危險。

故，無論是起訴或是上訴皆為行政機關(即檢察官)獨有的權力，司法機關不得加以干涉。然我國實務乃至本案，透過「國家之刑罰權係對於每一犯罪事實存在，單一之犯罪事實，實體法上之刑罰權僅有一個，在訴訟法上亦無從分割。故檢察官以實質上一罪或裁判上一罪起訴之案件，法院應將其有關係之部分合一審判，不能予以分割裁判，或僅就其中一部分事實加以審判，而置其他有關係之部分於不論，此即審判不可分原則」之錯誤概念，

即便檢察官未就登載不實之罪提起上訴，但基於實務「起訴不可分、審判不可分、上訴不可分」的公式，只要承審法院認為是實質上一罪或裁判上一罪，仍舊可以對檢察官未上訴之部分審理，此舉如前述違背司法權被動性，違反權力分立原則，應認為違憲。

3. 不利益變更禁止與無罪判決後不得對被告再行審判

退步言之，縱認可依上訴不可分、審判不可分為由將案件撤銷發回，然發回更審法院應受到不利益變更禁止原則之限制，發回更審法院竟為對被告做出更為不利之判決，抵觸不利益變更禁止的限制，基於一事不再理及公正程序原則，應屬違憲。

本案所涉案件，代表國家追訴權的檢察官就丙罪部分並沒有為被告不利益提起上訴【可參附件 5 及附件 7】，又因為此一部分被原審認定為無罪，被告自無上訴必要。亦即雙方皆不爭執，倘若因為審判不可分之理由撤銷發回，而更審就此部分對被告更為不利益判決，恐有不利益變更禁止違反的疑慮。

蓋不利益變更禁止的制度目的有二，其一為「防止被告畏懼上訴」，其二為「國家失權論」，後者指的是檢察官為了被告利益上訴時，此時代表國家追訴的檢察官放棄對被告加重處罰的機會，應該認為國家已終局喪失加重處罰的權限。依此思考脈絡，當被

告沒有上訴必要而「根本不用上訴」或是「不上訴才是被告之最佳利益」，並且代表國家追訴權的檢察官亦不認為有為被告之不利益提起上訴之必要(亦即檢察官捨棄上訴權)，此時讓上訴審法院反而取得對被告加重處罰之機會，在價值判斷上恐有矛盾【附件 24】。

另外，雖然訴訟程序並未終結，亦即判決尚未終局確定，然而被告曾被法院為無罪判決，此時對被告之無罪判決上訴而由上級法院審判有無違反禁止雙重處罰危險原則（一事不再理），此涉及到「不再理」或是「國家追訴被告危險」的解讀，理論上並非完全沒有爭議。

有認為國家追訴被告的危險，從檢察官起訴開始直到法院為終局確定判決為止，此為一持續性之風險，據此被告雖被判決無罪但尚未終局確定，此時國家追訴的風險仍然持續，對被告再次上訴或審判沒有違反一事不再理。

然而，亦有嚴格見解主張，一旦被告被判無罪，國家即不得再使被告陷入被判有罪風險之中，這樣看法的立基點在於，國家與刑事被告之間地位極度不對等，國家佔有龐大資源，當國家機關使用龐大資源，而被告仍被法院宣告為無罪之後，被告被判有罪之風險應告落幕，此後代表國家的檢察官不得再對被告無罪判

決提起上訴，法院自亦不得對被告加以審判，美國與日本主流見解大抵上採此看法，並據此發展出「不對稱上訴制度」(Asymmetric Appeal)，亦即僅有對被告不利之判決，被告或檢察官得以為被告利益提起上訴救濟；而對於被告無罪之判決，檢察官不得對之提起上訴【附件 25】。

我國妥速審判法第 8 條事實上亦採取不對稱上訴制度。當然，我國刑事訴訟法是否要全面採取不對稱上訴制度仍待進一步的論辯。惟，當被告被法院宣告無罪，且檢察官亦未對之提起上訴時，國家對被告之追訴危險應毫無疑問地宣告終結，法院若僅憑「上訴不可分」為由再讓被告產生被判決有罪之風險，此乃第二重風險，自屬違反一事不再理，當屬違憲。

4. 最高法院就牽連犯刪除之後未正確適用刑法第 2 條作新舊法比較，進而作出不利益於行為人的認定，違反憲法第 8 條正當法律程序
 - (1) 歷次非常上訴意旨皆有指摘，雖本案公訴檢察官認為被告所涉及之罪，即水土保持法相關犯罪、行賄罪以及登載不實罪等三罪，以三罪方法手段上有牽連為由，依舊刑法 55 條牽連犯之規定起訴(民國 88 年 12 月 18 日)。但是牽連犯之規定後遭立法者刪除，並于民國 95 年 7 月 1 日施行新刑法，於斯時本案案件已繫屬於

第 3 審，直至民國 95 年 10 月 20 才宣判，是為最高法院 95 年台上 5802 號判決。故，非常上訴意旨即主張最高法院 95 年台上 5802 號判決及其之後的最高法院 99 台上之 1163 號判決，因適逢前述之法律變更，故承審法院應依刑法第 2 條第 1 項但書之規定，比較新舊法後，以較利於被告之規定而為判決，至於如何比較新舊法，檢察總長在非常上訴意旨表示意見認為：「又若無論依新刑法、抑或舊法規定，並無有利或不利之情形，於刑法修正施行後法院為裁判時，即無庸為新、舊法之比較；惟若個案仍有其他應依刑法第二條第一項之規定為新、舊法之比較情形時，則應綜其全部罪刑之結果而為比較後，整體適用法律，此亦係最高法院近來一致之法律上意見，益足認比較適用新、舊法之規定，究係以何者有利於被告，並不侷限於以法律條文本身規範之內容為比較，尤應注重者，乃實際上其是否對被告有利、抑或不利之情形，且此項對被告有利、抑或不利情形之比較，亦不僅限於刑事實體法之適用情形，於刑事程序法上所衍生之對被告有利、抑或不利情形（例如：有否既判力之利益等），仍應一併比較」【參附件 11、附件 12】，據此，檢察總長認為在比較一切實體及程序上情事之後，認為適用「廢除牽連犯」之新規定，實質認定被告犯數罪，又因登載不實部分、行賄部分已經判決確定，所以被告

在程序上有既判力之利益，故認為適用新法對被告較為有利；然上述承審法院皆未依刑法第 2 條之規定為判決，檢察總長即認為渠等判決顯然適用法律有違誤。

- (2) 最高法院對上述非常上訴意旨之指摘，一開始並無清楚意識到問題之嚴重性，有指出「然本件檢察官起訴係指被告等涉犯之丙罪與甲罪、乙罪間有修正前牽連犯之裁判上一罪關係，而修正前牽連犯之規定較有利於被告等，且此攸關檢察官起訴之刑罰權個數及審理範圍，是檢察官雖對丙罪（莊宜蓁部分係無罪諭知，林秉弘係不另為無罪之諭知）部分未提起上訴，依上開說明，應視為亦已上訴，本院上開判決，乃撤銷有關被告等部分之判決，發回原審法院更審，且一併發回其等丙罪部分，自無違誤」【參附件 10】；或是泛言「法院於審判後，縱當事人僅就該裁判上一罪之部分事實提起上訴，依刑事訴訟法第三百四十八條第二項規定，有關係之其他部分視為亦已上訴，上訴審法院不得僅就提起上訴部分之事實加以審判，而置有關係之其他部分於不論，此即上訴不可分原則。從而……檢察官雖僅就一部分犯罪提起上訴，其上訴效力應及於原起訴犯罪事實之全部，上訴審法院自應就其他有關係之部分一併審判，此與檢察官起訴後刑法修正刪除牽連犯、連續犯無涉」【參附件 11】。

以上兩個判決皆僅是重申審判不可分、上訴不可分，並未正面回應何以最高法院 95 年度台上字第 5802 號刑事判決以及最高法院 99 年度台上字第 1163 號刑事判決不用適用刑法第 2 條之規定。惟自第 3 次非常上訴駁回判決之後，最高法院開始嘗試說明何以不用適用刑法第 2 條從舊從輕原則之理由：「又上訴審法院之實體判決，若僅係撤銷發回而非自為判決論處罪刑，自無刑法第 2 條第 1 項之新舊法比較適用問題，亦與檢察官起訴後刑法修正刪除牽連犯、連續犯規定無涉」【參附件 12】、「且 94 年 2 月 2 日修正公布刪除刑法牽連犯規定，縱然已於 95 年 7 月 1 日施行，然本院既非自為判決論處罪刑，即應由發回後為更審之原審法院，本於對全部所認定事實之觀察，按刑法第 2 條第 1 項揭示之從輕從新原則，為新舊法之比較適用；本院所為撤銷發回之判決，尚與新舊法之比較無涉」【參附件 13】、「因本院上開判決僅係撤銷發回而非自為判決論處罪刑，自無新舊法比較適用之間題，亦與刑法刪除牽連犯之規定無涉。依前開說明，檢察官在形式上雖未對丙罪部分聲明提起第三審上訴，惟本院上開判決認該丙罪部分與聲明上訴部分（即甲罪及乙罪之一）有關，為上訴效力所及，仍應一併加以審判，乃併為撤銷發回原審法院更審，依前揭說明，於法並無違誤」【參附件 14】。

(3) 最高法院最後為了回應非常上訴的質疑逐漸發展出「若僅係撤銷發回而非自為判決論處罪刑，自無刑法第 2 條第 1 項之新舊法比較適用問題」，試圖說明何以最高法院不用適用刑法第 2 條第 1 項但書的質疑。不過這樣的看來自屬可議，蓋最高法院 95 年度台上字第 5802 號刑事判決以及最高法院 99 年度台上字第 1163 號刑事判決已就案件之實體事項加以審理，且撤銷發回判決實質上亦屬實體判決，自然應適用刑法第 2 條之規定而為適當之判決。承審法院漏未斟酌新舊法比較的問題，侵害人民接受適當法律審判的權利，違反憲法第 8 條之正當法律程序，應屬違憲。

另外，上述承審法院認為「撤銷發回而非自為判決論處罪刑，無刑法第 2 條第 1 項之新舊法比較適用問題」，可能只是表層的理由。更深層的理由恐怕仍是本聲請書一直強調我國實務不斷援引最高法院 23 年上字第 370 號刑事判例、最高法院 25 年上字第 1256 號刑事判例、最高法院 29 年上字第 3382 號 刑事判例、司法院 院字第 2510 號解釋、最高法院 69 年台上字第 2037 號 刑事判例、最高法院 69 年台上字第 4584 號刑事判例……等實務見解，進而形成審判可分、上訴不可分，第三審上訴不可分乃至於「撤銷發回不可分」的鐵律。這從本案歷次非常上訴駁回判決，

皆可以看出以「上訴不可分」為由認為一併將判決全部撤銷發回，於法並無違誤。並認為「與刑法修正刪除牽連犯、連續犯無涉」。這樣的論述，即使承認「不可分公式」之下，在邏輯上亦有謬誤，蓋必須在適用刑法第2條作新舊法比較之後，始能決定是適用修法前的牽連犯（裁判上一罪）抑或是適用修法後的數罪（牽連犯刪除後回歸數罪處理），承審法院的說理無異是倒果為因。然由此即可看出，「起訴不可分、審判不可分、上訴不可分」之「不可分公式」已經滲透到實務運作系統各個角落，甚至危害到被告接受正當法律程序審判的權力。

5. 限制國家刑罰權之與「上訴不可分」所生程序上不利益產生矛盾

(1) 認定國家刑罰權之目的

國家刑罰權指的是為了禁止私人間武力解決爭議，國家於是獨佔處罰人民的權力，惟有經過國家公正審判確定之後始能對人民違背刑法規範之行為加以處罰。然而人民違背規範之行為的認定以及要對之施加幾次國家刑罰權，此涉及到立法者的決定以及法律適用者對於犯罪行為認定的評價。此一問題，學界稱之為「罪數論」或「競合論」。

「罪數論」或「競合論」之目的，簡言之，是對行為人之所有犯罪行為作出適當的評價，一方面禁止評價不足，另一方面禁止評

價過度。此既與憲法上之比例原則有關，同時也與法治國上之禁止雙重危險有關(一事不二罰以及一事不再理)【附件 26】。

(2) 承上所述，國家刑罰權的計算牽涉到罪刑相當以及一事不再理，故當立法者制定法律把行為人本質上是數行為的舉動定性為一行為而僅成立一罪時(實質上一罪、裁判上一罪)，亦代表著立法者認為國家對於行為人的本質上數行為僅有單一刑罰權。由此可知，立法者在評價行為人之數舉動為一罪時，無論其動機是訴訟經濟的考量或是罪刑均衡的考量，事實上皆蘊含著「限制國家刑罰權」的目的在內。

(3) 因「上訴不可分」所生程序上不利益

本案原因事實，檢察官認定水土保持法犯罪、行賄罪、登載不實犯罪定性成「牽連犯」，屬於實質上一罪，由前述的論述可知，立法者將行為人本質上是數行為的舉動定性為一行為而僅成立一罪時，實際上是「限制國家刑罰權」，所以理應是對被告較為有利。然而，在配合我國實務獨特的裁判上一罪「上訴不可分」的操作之下，在本案反而會使得被告產生實質上的不利益。形成「實體有利，程序不利」的詭譎結果。會產生如此矛盾之結果，是因為將數舉動定性成一罪，之所以會產生「限制國家刑罰權」的前提是，數舉動實體上皆為有罪，在實質競合後「從一重處斷」，

自然對被告較為有利。然而當數舉動部分有罪部分無罪時，無罪之部分即已非實質上或裁判上一罪所應含括之範圍。即無「審判不可分」或「上訴不可分」適用之必要。然而最高法院誤將無罪之部分又予以審判，此部分應為違憲。

我國實務堅持「裁判上一罪上訴不可分」，將本質上可以分別審判的數舉動強行要求必須一同審理(審判不可分)、必須同時確定(不得一部確定)。必需限縮在數行為或舉動皆成立犯罪才能適用。否則，誤將無罪之部分或無罪之舉動，又藉「審判不可分」或「上訴不可分」，再將無罪部分重複審判，導致重大侵害人權，也違反審判原理(不告不理、刑罰權謙抑原則等)。如此一來，將使得原先是立法者欲保障刑事被告，避免處罰過度的刑事立法，在審判系統的操作之下，反而不利於行為人，國家刑罰權更是變相擴張，使得原本設定一罪之立法目的落空，司法權與立法權產生內部矛盾，恐有違反權力分立之嫌。

(三) 我國實務早有參考日本實務見解並認為舊刑事訴訟法 348 條及原審判決實質援引之「上訴不可分」有違憲疑慮：

1. 日本實務界早在 1971 年即發展出之「攻防對象論」

(1) 標竿案例：新島飛彈試驗場案(新島ミサイル)

A. 新島飛彈試驗場案事實

伊豆群島中其中之新島，日本防衛廳要在新島設置飛彈試驗場，反對設置的左翼團體與贊成設置的右翼團體爆發衝突。其中左翼團體之成員被檢察官提起公訴：(1)侵入住居罪、(2)聚眾脅迫罪、暴行、器物損壞罪等暴力行為違反相關犯罪(下稱暴力行為罪)、(3)傷害罪。

一審法院認定檢察官起訴之犯罪事實為牽連犯(侵入住居及違反暴力行為法、侵入住居與傷害)或是包括一罪(暴力行為法中之聚眾脅迫罪、暴行罪及器物損壞罪)。並判決侵入住居以及違反暴力行為中之聚眾脅迫罪有罪。而暴力行為罪之其他部分(暴行、器物損壞罪)以及傷害罪部分判決無罪。被告對於一審判決不服提起上訴，檢察官則是未提起上訴。

二審法院職權調查後，認為一審法院有明顯之事實誤認，將一審判決廢棄並自為判決，而全面判決有罪。

被告對此判決不服，主張一審判決之無罪部分並非上訴審之審判對象，應將自審判對象排除，旋即提起第三審上訴，由最高裁判所大法庭審理。

B. 昭和 46 年 3 月 24 日 最高裁判所大法庭判決：

「……類如牽連犯或包括一罪起訴之犯罪事實，第一審判決一部有罪，其他部分於理由說明無罪，若僅被告提出上訴救濟時，則無罪部分即非當事人雙方攻防對象，雖此部分論理上亦隨同移審、繫屬上訴訴法院，但若上訴法院自行職權調查，另判有罪對於被告乃屬突襲。蓋現行刑事訴訟法之構造，乃以當事人進行主義為原則【附件 27：昭和 46 年(1971)3 月 24 日最高裁判所大法庭判決，刑事審判集，25 卷 2 号，293 頁】【附件 28：判決翻譯參林裕順，人民參審上訴制度之比較研究，月旦法學雜誌 282 期，2018 年 11 月，頁 31；另可參考陳運財教授之翻譯，參附件 25，頁 82-83】。

(2) 日本實務以及學說見解

上開【新島飛彈試驗場案】，嗣後被日本實務界不斷援用。學界雖對若干局部問題仍有歧見，但就結論而言（即原審無罪部分不得作為上訴審審判之對象）已為壓倒性的支持，儼然形成通說。

對於日本法上「攻防對象論」之概況，【臺灣高等法院花蓮分

院 101 年度上訴字第 223 號刑事判決³】【附件 29，頁 109 以下】有著深入的介紹，茲援引如下：

外國實務觀點之借鏡：

①、日本最高裁判所大法庭昭和 46 年 3 月 24 日判決：

基於審判對象之設定原則上係委諸於當事人，防止對被告為無預期之突襲，期待當事人為公正之訴訟活動等因素，上訴審法院應以當事人之訴訟活動為基礎，上訴審之審查基本方針亦是以當事人所提上訴旨趣為中心。本件公訴事實中，經第一審判決認定有罪部分及無罪部分（於實體法上）縱構成裁判上一罪之關係，但因各個部分均得各自該當充足的一個構成要件，各犯罪事實亦均係得獨立存在。第一審判決理由欄認定無罪部分，被告方面並無提出上訴不服之利益，且因檢察官就該部分亦未表示不服而提起上訴，本裁判所認為應得視為兩造當事人間，業將該部分自「攻防對象」排除在外。

②、日本最高裁判所第一小法庭昭和 57 年 4 月 22 日判決：

原判決既業於判決理由欄中為無罪之認定，因檢察官對

³ 該判決刑事庭審判長為張健河法官、陪席法官為林碧玲法官、受命法官為林信旭法官。爾後該庭不斷援引「攻防對象論」作為判決之論據(詳後述)。

該部分既無表示不服提起上訴，本裁判所認為該部分應已自兩造當事人間之攻防對象除外。

③、日本最高裁判所第一小法庭平成 25 年 3 月 25 日裁定：

(「本位訴因」與「備位訴因」得併存之單純一罪案件)，原審法院就本位訴因為無罪之認定，檢察官就該部分既未提起上訴表示不服，應認於該時點，檢察官就本位訴因業已放棄訴訟追訴，本位訴因應認業於二造當事人間自攻防對象除外，第二審法院自應以排斥本位訴因之第一審法院所為之判斷為前提加以審理，如依職權逕就本位訴因加以審理調查，就職權發動角度觀察，要難認無逾越（第二審）法院容許之範圍，應難認為合法。

④、仙台高等裁判所昭和 57 年 5 月 25 日判決：

以被告所犯具有包括一罪及想像競合關係而提起公訴之犯罪事實，原審法院為一部分有罪判決，一部分為無罪之認定，因檢察官就原審認定無罪部分，並無表示不服（亦即檢察官對於原審認為無法證明犯罪，而於判決理由中不另為無罪論知部分），考量現行刑事訴訟法之當事人主義色彩，本法院認為應將檢察官未主張不服之

部分，排除於兩造攻防對象之外，該部分事實為本院職權調查所不及。

⑤、福岡高等裁判所平成 20 年 4 月 22 日判決：

關於原審（第一審）法院認定無罪部分，既未經檢察官表示不服提起上訴，針對原審認定無罪部分，身為控訴審之第二審法院即不得再依職權加以調查，僅得尊重第一審法院判決無罪之認定。

又檢視日本學說亦壓倒性多認為：裁判上一罪或包括一罪之一部分，如第一審法院就其中一部分為無罪認定，如檢察官就該不另為無罪部分未表示不服，該部分即不在第二審法院（控訴審法院）之審理範圍，茲摘錄代表學者說明如下：

A、後藤昭教授：

當事人主義在控訴審（第二審）之適用，亦即針對檢察官放棄追訴之（部分）事實，裁判所不得依職權審理、判斷。基此，就具體個案而言，與其抽象檢討第一審法院判斷無罪之部分與其他部分是否可分或不可分，關於第一審法院為無罪認定之部分，毋寧詮解為檢察官業已
有放棄追訴之意思，豈非更為重要，檢察官對於最初認

定無罪部分既未提起上訴，而將案件終局判決有罪之可能性關注在原判決有罪之部分，針對無罪部分，即使視為檢察官已放棄該部分之訴訟追訴，亦應認為是不得已的（後藤昭，〈本位的・予備的訴因のある場合の攻防對象論の適用と破棄判決の拘束力〉，*ジュリスト臨時增刊*第862號，1986年，第190頁、第191頁）。

B、鈴木茂嗣教授：

(第一審法院)就包括一罪或有裁判上一罪關係之犯罪事實中之其中一部認定無罪，另就其他部分為有罪判決時，如僅有被告對有罪部分提起上訴，客觀上應得視為檢察官已就(理由欄諭知無罪部分)放棄追訴之意思，無罪部分業已確定，第二審法院(控訴審)審判範圍，當然應解為僅限定於(第一審法院)判決有罪部分之犯罪事實。亦即，縱為裁判上一罪或包括一罪之一部分仍具相對獨立性，第一審法院就其中一部分為無罪之判斷，既然檢察官已甘服該無罪判斷而限定追訴範圍，針對該無罪部分，兩造爭執業已終局結束，無罪部分之判斷業已產生確定力，認為不得再對無罪部分老調重彈再啟爭執應係相當的。再者，檢察官在公訴事實同一範圍內，

原即具有撤回、縮小訴因之權限，檢察官既已甘服第一審法院之判決，並未提起控訴，毋寧說在此限度內，認為檢察官已撤回或變更訴因。而且，只要公訴事實係容許可分判斷，原則上當事人應得自由設定不服範圍，通說亦肯認提起公訴時，檢察官得僅起訴單一犯罪事實之一部，當至上訴階段時，檢察官甘服原審判斷，縮減訴追範圍，應尚難有何不妥（鈴木茂嗣，〈刑事訴訟法〉，昭和 58 年 10 月 25 日，第 226 頁；〈刑事控訴審の構造〉，載於守屋克彥・光藤景皎代表編集，〈石松竹雄判事退官紀念論文集—刑事裁判の復興〉，1991 年 6 月 15 日 1 版 2 刷，第 372 頁、第 375 頁；〈續・刑事訴訟の基本構造〉，1997 年 5 月 25 日第 1 刷，第 624、第 626 頁、第 627 頁；石丸俊彥〈刑事訴訟法〉，平成 11 年 3 月 10 日，初版 3 刷，第 550 頁）。

C、土木武司教授：

檢察官以裁判上一罪或包括一罪關係起訴之案件，第一審法院於判決理由欄中就其中一部分事實為無罪之判斷，且僅有被告對判決有罪部分提起上訴之情形，就理由欄諭知無罪部分，因被告方面並無提起上訴之利益，

檢察官方面亦無提起控訴，應認理由欄諭知無罪部分業排除於兩造事人間之攻防對象之外。對於上開觀點，固不免招致如下之批評：既認為全體公訴事實（包含無罪部分）均移審繫屬至上訴審，但又同時認為（原審法院判決理由欄）諭知無罪部分為上訴審之審判效力所不及，上訴審就該部分不得加以審判，似不無前後矛盾之疑。但包括一罪、裁判上一罪之各個構成部分，於實體法上各自均得該當滿足一個構成要件，訴訟法上亦各自得獨立成為一個訴因（犯罪事實），檢察官認知第一審事實認定錯誤，而就包括一罪、裁判上一罪其中一部分事實為無罪之諭知，但同時認為該部分亦得不予處罰，而未提出上訴時，實與在起訴時點將包括一罪、裁判上一罪中之部分事實自訴因除外之案型相同，應認檢察官就該部分已有放棄追訴之意思，自不許上訴審法院就該部分為職權之調查（土木武司，〈刑事訴訟法要義〉，平成 10 年 5 月 30 日初版 2 刷，第 447 頁、第 448 頁）。

D、渥美東洋教授：

針對具有裁判上一罪或包括一罪關係之複數訴因（犯罪事實）而言，法院僅能宣示一個判決，法院認為複數訴

因均為有罪，而為單一刑之宣告時，原判決自不得不以「不可分」形態看待。相對於此，有裁判上一罪或包括一罪關係之複數訴因（犯罪事實）中，法院對其中一部分為有罪之判決，對其他部分為無罪之判斷時，判決書理由欄之判斷得以區分時，就與主文之關係而言，有罪部分與無罪部分亦係可分的，顯然僅是有罪部分與主文刑之宣告有關係而已。準此，類此情形應得肯定得為一部上訴，進一步衍生來說，兩造當事人對無罪部分既未表示不服，僅有被告方面對有罪部分提起上訴時，應認為如經過上訴期間，無罪部分業已確定，僅剩被告提起上訴之有罪部分尚未確定（渥美東洋，〈刑事訴訟法〉，2009年4月10日全訂2版1刷，第536頁）。

E、長沼範良教授：

檢察官判斷第一審判決認定無罪部分非無違誤，惟認為依第一審判決（有罪部分）處罰被告即為已足時，亦得不提起上訴。蓋審判對象之設定係委諸於檢察官，檢察官就無處罰意思之部分具有處分權限，如認法院就檢察官未表示不服提起上訴之部分亦得進行職權調查的話，無異於形成法院侵害檢察官放棄處罰，節制主張權限之

結果。因此，攻防對象論之實質依據厥在於：在控訴原則前提下，容許檢察官對處罰範圍之設定具有裁量權，法院之職權調查應不及於檢察官不欲維持處罰主張事實該點。易言之，在檢察官所擁有之控訴事實構成權限內，僅僅處罰有罪部分即已足，儘管檢察官就無罪部分原本有表示不服之利益，反而偏不提起上訴時，應認為該當部分業已自攻防對象除外。準此以觀，犯罪事實由複數訴因構成，該複數訴因係在檢察官裁量權限內，如檢察官就無罪之訴因不提起上訴時，就該部分來說，應認為已自攻防對象除外（長沼範良等 5 人共著，〈演習刑事訴訟法〉，2010 年 3 月 30 日初版 1 刷，第 341 頁）。

F、千葉裕裁判官（最高裁判所調查官）：

裁判上一罪之案型，只要採取客觀主義刑法學說觀點的話，即認為其本質上應為數罪，僅是該數罪經（法院）全部認定為有罪時，基於被告處分上之考量，當成裁判上一罪加以處理。因此裁判上一罪之一部分經法院認定無罪時，無罪部分與有罪部分，已無理由構成一罪，實無必要將該數罪視為具有不可分之關係。如認為檢察官原本係以一罪關係起訴，且法院於判決主文中並未宣告

無罪，縱僅有被告不服原審判決提起控訴，連無罪部分亦移審繫屬至第二審法院（控訴審）的話，恐有過度受檢察官起訴時之罪數所拘束，似難謂合理。上述觀點草野豹一郎教授於其所著刑事判例研究第3卷449頁以下早已提出該主張，對此固有學者批判該論點有混同實體法與訴訟法考察方法之疑，但就日本最高裁判所大法庭昭和46年3月24日新島導彈試射場事件案件檢視，草野豹一郎氏之見解實有相當之理由。蓋即便是肯認一個案件僅能有一個判決之通說立場亦認為：從現行刑事訴訟法採取訴因制度之旨趣觀察，亦非無疑問，毋寧說應就各個訴因判斷有罪、無罪，或較為妥適。簡言之，對於以裁判上一罪起訴之案件，法院認為其中一部分為無罪時，與檢察官以數罪併罰型態起訴，裁判所認為其中一部分無罪之情形無異，原本要求以一罪處理之初始拘束性業已鬆動解消，法院應在主文宣告無罪。有罪、無罪部分應是可分的，如裁判所判決一部分有罪，一部分無罪，當事人只得僅就一部分提起上訴。如僅有被告對判決有罪部分提起控訴，檢察官對無罪部分未表示不服，未提起上訴，無罪部分於一審業已確定，並無移審至第

二審法院（控訴審），僅剩有罪部分繫屬至第二審法院（控訴審）。蓋因無罪部分於兩造當事人間既已自攻防對象除外，當事人自然未將無罪部分設定為辯論之對象，法院如無視於此逕自發動職權審理無罪部分，對當事人顯然是施以突襲，因此就結果而論，無罪部分當然亦自法院職權調查對象除外，如此以觀，無罪部分即會發生與從審判對象除外相同之效果，而自攻防對象除外之無罪部分，就事實層次來說，於一審當時實已發生與確定相同之效果。此外，如與數罪併罰案件相比較，裁判上一罪案型，法院固未在主文欄宣告無罪，但僅因法院原本應在主文欄揭示無罪但未宣示為由，即會發生迥然不同之效果，似難謂合理。最後，就包括一罪類型加以討論，包括一罪概念固有形形色色種種態樣，如概括言之，相較於裁判上一罪，毋寧說包括一罪實質上多較具有趨近於一罪之性質。即便從訴因角度觀察，通常亦多認為僅構成一個訴因，相對於裁判上一罪之情形，將包括一罪視為可分或較為困難。但縱是包括一罪，包括一罪效力所及之各個行為，各自亦得構成獨立犯罪行為，將該各個行為當成包括一罪，多係出自實務上總括性處理之

便宜上考量。因此，包括一罪之其中一部分經(裁判所)認定無罪時，實無必要再受一罪框架所拘束，在前述一部無罪之出發點考量下，與裁判上一罪同樣，就包括一罪案型，似亦非不得認為一部無罪部分亦業已確定。(千葉裕〈最判解昭和 46 年度〉，第 87 頁，轉引自①光藤景皎〈審判の對象〉刑事訴訟法判例百選第 6 版，1992 年 11 月，第 200 頁；②橫井大三，〈刑事裁判例ノート(6)〉，昭和 48 年 11 月 30 日初版 3 刷，第 280 頁)。

G、朝岡智幸裁判官：

檢察官以被告所犯各行為間有裁判上一罪或包括一罪關係，而提起公訴，其中部分事實由於（檢察官）無法證明達到有罪確信程度，法院因而就該部分為無罪之認定，針對法院認定無罪之部分，被告方面當然沒有表示不服之利益，檢察官就該部分亦未提起上訴，茲因檢察官就該部分事實既不欲再繼續請求處罰，毋寧認為尊重該結果應係合致當事人主義之理念。尤其是，檢察官就其起訴之犯罪事實(有裁判上一罪或包括一罪之關係)，如其中部分事實，經第一審法院為無罪之判斷，檢察官就該部分事實既未提起上訴，應認為檢察官已放棄該部

分事實之處罰請求。準此，檢察官就該（被第一審法院判定無罪之）部分事實，既無處罰請求，無論是第二審（控訴審）或第三審（上告審）如仍就該部分事實予以調查審理的話，顯然有背於將審判對象之設定委諸於當事人之現行刑事訴訟法之基本構造（朝岡智幸，〈職權調查の範圍と義務—いわゆる攻防對象論を含む〉，判例タイムズ 348 號，1977 年 8 月 15 日，第 46 頁、第 48 頁）。

H、仙波厚裁判官：

對（下級審判決）提起上訴時，原則上移審繫屬至上訴審之部分，全部均成為審判之對象。上訴審就移審繫屬全部範圍固得依法加以職權調查。但關於裁判上一罪或包括一罪，僅論以一罪而以數個犯罪事實構成之類型，上訴審職權調查範圍有可能不及於移審繫屬之全部範圍，而僅受限於特定一部分。亦即：下級審裁判所就裁判上一罪或包括一罪其中一部分之甲事實部分判決有罪，而於判決書理由欄中就乙事實部分為無罪之判斷，針對甲事實部分既僅有被告方面提起上訴時，乙事實部分應自兩造當事人之攻防對象除外，上訴審之職權調查

範圍，應僅限於甲事實部分。上述觀點係立基於現行刑事訴訟訴法之當事人主義及上訴審之性格，關於（下級審判決）無罪之乙部分事實，被告方面並無提起上訴之利益，檢察官既亦未就無罪部分提起上訴（實質上已放棄追訴），乙部分事實縱仍移審繫屬至上訴審，身為事實審之上訴審如就乙部分依職權加以調查而自為判決有的話，顯會對被告造成突襲，就職權發動觀點而言，應認難以容許（石丸俊彥等4人共著，〈刑事訴訟實務・下〉，平成17年3月23日3刷，第477頁）。

（3）小結

綜上，可知日本法上對於裁判上一罪、包括上一罪，原審法院一部判決有罪、一部判決無罪，且僅有被告對有罪部分上訴而檢察官放棄上訴之情形時。透過「攻防對象論」之論述，限制上訴法院透過職權調查進行實質審判已被判決無罪之部分，亦即將已被原審法院判決無罪且檢察官放棄上訴部分，從上訴審審判對象中排除。其實質目的是防免被告遭受突襲。

日本法的發展，與本案之問題極為類似。應值我國參考及借

鏡。

2. 我國對於「攻防對象論」的看法

(1) 陳運財教授之見解

關於「攻防對象論」相關問題我國學術文獻上幾無提及，僅有陳運財教授參考上述日本法「攻防對象論」之發展，對於我國現行實務當原審判決一部有罪一部無罪（無罪部分檢察官未上訴），上訴審卻基於若干判例本於「上訴不可分」、「審判不可分」一併為實質審理，提出質疑。

陳運財教授對上述實務見解提出批判：「審判實務認為，論罪科刑，在審判實務上具有不可分之關係，故應視為認定事實之部分，與科刑部分全部上訴。又例如檢察官以被告涉嫌竊盜罪及詐欺罪二罪起訴，經原審法院判決主文分別諭知竊盜有罪，詐欺無罪，雖僅被告就有罪之竊盜部分提起上訴（檢察官未上訴），倘上訴審法院認詐欺與竊盜二罪具裁判上一罪之關係者，此種情形，有第 348 條第 2 項之適用，詐欺部分亦成為上訴審理之範圍。要言之，審判實務乃將第 267 條適用於第一審審判程序之所謂公訴不可分或審判不可分原則，原則不動的套用至上訴審。此項運作是否妥適，實值得檢討。」

「關於我國刑事訴訟法第 348 條之解釋，本文以為，體例上，第 348 條第 1 項乃一部上訴權之根據規定，不論是併罰之數罪、單純一罪、包括一罪或裁判上一罪，上訴人均有一部上訴權。惟基於判決確定時期一致性的要求、科刑的妥當性等具有優越於上訴人一部上訴權之利益存在時，上訴人雖為一部上訴，仍得認未經上訴之部分，為上訴效力所及，發生阻卻判決確定力及移審之效果。此乃第 348 條第 2 項規定之所由設。要之，一部上訴權應予最大之尊重，不容許一部上訴應屬例外，採限縮解釋。」、

「年度其次，關於第 348 條第 2 項有關係部分之解釋，不應純粹以上訴審審理結果認定有無審判不可分之關係為判斷基準，具體而言：其一，第 348 條第 2 項不應與第 267 條公訴不可分原則採相同解釋，而應在符合上訴性質之範圍內，始有適度的『準用』公訴不可分原則。其二，上訴審法院，不應單從形式上審理結果的基點，以有無實體法上之裁判上一罪或包括一罪關係，溯及的界定是否容許一部上訴，而應實質思考是否為求判決確定時期的一致性及科刑的妥當性、和於當事人進行原則以及當事人之上訴利益，而判斷有無第 348 條第 2 項之適用。審判實務如能尊重當事人的一部上訴權，

不過度擴張職權調查範圍，不僅符合程序保障之原理，減輕

審理負擔，亦可促進審判之迅速」、

「據此，倘檢察官未提起不利於被告之上訴（亦即欠缺追訴之意思），而僅被告對有罪部分提起一部上訴者，即便上訴審法院認為未經上訴之無罪部分與一部上訴具有裁判上一罪之關係，基於保障被告的上訴利益及合於當事人進行原則，未經上訴之無罪部分，仍應認為無第 348 條第 2 項之適用，不發生移審之效力……（註 40 表示：就修法方向而言，建議在第 348 條第 2 項增訂但書規定：『其有關係之部分為無罪者』，不在此限）。【參附件 25，頁 82-84】。

陳運財教授之見解確屬的論，陳教授之所以會在文章上提及

「攻防對象論」之問題，進而推導出「一部上訴權的尊重」。

從該文章之脈絡以觀，其目的顯係為與「不利益變更禁止」

作出連結。蓋在裁判上一罪，當原審判決一部有罪一部無罪，

此情形倘僅被告對有罪部分提起上訴，無罪部分會隨著「不

可分之公式」一併移至上訴審法院，上訴法院仍可以進行實

質審理或廢棄發回。亦即，縱使遭判決無罪且檢察官未上訴，

亦無科刑妥當性或裁判矛盾之風險。該無罪部分仍舊有被判

有罪之風險。此不但使被告蒙受雙重處罰危險，且被告會處

及此一風險而畏懼上訴，亦有違不利益變更禁止之精神。

(2) 台灣高等法院花蓮分院之刑二庭義股之看法

我國審判實務如前所述，最高法院實質援用之最高法院 23 年上字第 370 號刑事判例、最高法院 25 年上字第 1256 號刑事判例、最高法院 29 年上字第 3382 號刑事判例、司法院院字第 2510 號解釋、最高法院 69 年台上字第 2037 號刑事判例、最高法院 69 年台上字第 4584 號刑事判例等有違憲疑義之判決例。故，多數實務見解仍持有違憲疑義之看法，進而使理應無罪確定(檢察官未上訴)仍有被判有罪之可能，本案之聲請人即屬適例。

惟仍有少數實務見解，例如台灣高等法院花蓮分院之刑二庭義股【臺灣高等法院花蓮分院 101 年度上訴字第 223 號刑事判決、臺灣高等法院花蓮分院 102 年度選上訴字第 4 號刑事判決、臺灣高等法院花蓮分院 103 年度上訴字第 192 號刑事判決、臺灣高等法院花蓮分院 104 年度原上易字第 1 號刑事判決、臺灣高等法院花蓮分院 106 年度交上易字第 10 號刑事判決】(審判長為張健河法官、受命法官為林信旭法官)，援引日本法上之「攻防對象論」並進一步深化論述何以無罪之部分應在上訴審審判對象排除，茲節錄如下：

「……縱認『系爭無罪認定部分』與本案『被告李坦鴻3人系爭上訴部分』，有想像競合犯或接續犯之裁判上（包括）一罪關係（原審判決第39頁倒數第7行），基於以下理由，本院認為檢察官就『系爭無罪認定部分』既未表示不服提起上訴，該部分應不在本院審理範圍之內：

1、裁判上一罪或包括一罪數犯罪事實且有相當程度之『獨立性』及『可分性』：

(1)、裁判上一罪或包括一罪係將社會事實上『可分之數個犯罪行為』，『擬制』設為單一訴訟客體，於科刑時從一重處斷或於法律上論以一罪。易言之，裁判上一罪或包括一罪擇設為審判對象之數個犯罪事實，並非立於不得兩立併存之關係，裁判上一罪或包括一罪於訴訟法上或係當成單一訴訟客體，惟揭開其面紗後之犯罪事實，似非單一不可分的存在，投射至訴訟追訴次元，亦不必然認為數犯罪事實已化學變化，質變成不可分離之一體關係。

裁判上一罪或包括一罪之數個犯罪事實，既得分別涵攝對應各自構成要件，各別還原回復至各自受評價之法律事實，認定一部分無罪時，更得於判決書理由欄與有罪部分區隔分離，足認就與其他有罪判斷之關係而論，無

罪部分係有相當程度之獨立性及可分性，各部分具有足以成為相異處理之可分（能）性。

(2)、對於上述觀點，最高法院亦為如下之判示：

ア、86 年度台上字第 1245 號判決：所謂單一性案件指裁判上一罪之想像競合犯、牽連犯、連續犯等案件。上級審法院認案件屬單一性不可分，必須合一裁判者，以原審判決之數部分事實俱屬有罪，始足當之，若事實之一部經認定為不成立或不能證明犯罪，自與其他有罪部分之事實無不可分關係可言。本件被告被訴涉嫌竊盜部分，檢察官起訴書事實欄記載稱被告向人購買已毀損之小客車後，竊取與之同型式之小客車，將所竊得小客車之引擎號碼磨損，改造為與所購小客車引擎號碼相同，然後懸掛所購小客車車牌，轉售他人云云，（竊盜部分）似與變造準私文書部分具有『牽連犯之不可分關係』，但（竊盜部分）既經原審（高雄高分院）為第二審判決，維持第一審諭知此部分無罪之判決，駁回檢察官在第二審之上訴，自己確定。

イ、99 年度台上字第 2643 號判決：單一性案件，包括

裁判上一罪（如想像競合犯及刑法修正前之牽連犯、連續犯等屬之）案件。所謂『單一性不可分』，必須全部事實之各部分俱成立犯罪，始足當之，如其中部分有應為無罪，即與有罪部分無不可分關係可言。

(3)、準此，應可印證：裁判上一罪或包括一罪之數個犯罪事實並非絕對不可分離，如其中一部分判決無罪，與有罪部分間應具有可分性、區隔性。足認，將裁判上一罪或包括一罪數犯罪事實始終為緊密不可分之觀察，似與實態難謂相符。換句更通俗的話說，裁判上一罪之數犯罪事實，本質上不必然有如天生連體嬰般之不可分離關係，毋寧說，多少帶有人為擬制之色彩，如 95 年刑法修正前之牽連犯、連續犯為裁判上一罪，經刑法修正後現已多認為數犯罪事實應予『數罪併罰』相繩。既然裁判上一罪或包括一罪之數犯罪事實得擬制成一罪之關鍵條件在於數犯罪事實均判決有罪，如其中一部分經認定為無罪，顯已失去擬制成一罪之連鎖條件，回復原先之獨立個體關係，得以各走各的陽關道，各行各的獨木橋，似無必要再牽扯糾結在一起。

2、無罪與有罪既無不可分關係，邏輯上自無『上訴不可分』

之關係：

如前所示最高法院判決要旨，『單一性不可分』必須全部事實之各部分俱成立犯罪，始足當之，如其中部分有應為無罪，即與有罪部分無不可分關係可言。易言之，認為兩者已相互獨立分離似亦無不可。既然有罪與無罪已無不可分之關係，並已相互獨立分離，如認檢察官就有罪部分上訴，效力亦及於無罪部分，無罪部分亦連帶移審繫屬至上訴審法院，豈非與上述建立之前提命題相矛盾。且是否具有裁判上一罪或包括一罪關係，係擇定作為審判對象之公訴事實經『認定有罪後』之評價問題，檢察官起訴之『部分』公訴事實既經法院為無罪之判斷，且檢察官就該部亦未表示不服，自毋庸再去論究檢察官起訴之全部公訴事實是否具有裁判上一罪或包括一罪之不可分關係。既然無須再去討論是否具有裁判上不可分之關係，豈又會有『上訴不可分』之當然效果？

3、無罪部分自攻防對象除外，符合當事人利益：

在經過原審法院攻擊防禦之後，檢辯及被告對於案件之爭點已經相對清楚明瞭，上訴既然是針對原審判決表示

不服之方法，審理焦點若能多集中聚焦在兩造仍有爭執而不服之部分，自然較符合提起上訴之目的。於本件案型，既然檢察官就系爭無罪部分未提上訴，如以此作為上訴審審理之界限，將上訴審法院之審理範圍鎖定限縮在被告經原審法院判決有罪部分，兩造當事人不但能夠針對案件爭點，充分準備攻擊防禦策略及方法，並且也較能達到提起上訴之預期效果。

4、無罪部分自攻防對象除外，未抵觸可分性準則：

無罪部分得否自攻防對象除外，與得否一部上訴問題攸關。而一部上訴是否合法，取決於所謂的『可分性準則』。亦即，就判決內在關係而言，聲明不服部分與未聲明不服部分，在事實上及法律上可以分開處理，聲明不服部分具有自主性。具體言之，取決於下述 2 項輔助性基準：

(1)、就上訴審之審理過程正面觀察：若上訴審得以原審判決未經聲明部分之認定為基礎，不予更動，僅自行審理經聲明不服之部分，則該一部上訴聲明原則上可能為分別審理，因此亦合法。(2)、就審理可能結果反面觀察：

當聲明不服之部分被撤銷或改判時，如未經聲明不服部分原審判決在法律上及事實上之認定，繼續維持，與經

聲明不服部分撤銷改判後之審理結果，不會產生兩者相互矛盾之情況，則該一部上訴之聲明，事實上可能分別處理，法律上因而認為合法。依上述『可分性準則』檢視，無論正面或反面觀察，於本件案型，本院得以原審判決未經聲明部分之認定為基礎，不予更動，僅自行審理經聲明不服之部分，且縱然聲明不服之部分被撤銷或改判時，繼續維持未聲明部分，似亦不會產生矛盾之情況。準此，認為無罪部分業已自兩造攻防對象除外，似無抵觸可分性準則。

5、無罪部分自攻防對象除外，得保障被告接近使用法定救濟程序：

如固守傳統支配性見解，於實務操作面上，恐有不當限縮被告上訴權之虞。蓋裁判上一罪一部分為輕罪，一部分為重罪，重罪部分經原審法院認定無罪，輕罪部分判決有罪，於本件案型，如採取我國實務傳統操作模式，認為重罪部分亦會移審繫屬至上訴審法院，上訴審法院亦得調查審理業經原審法院認定無罪之重罪部分，加上我國刑事訴訟法第 370 條第 1 項固規定：由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原

審判決之刑。『但因原審判決適用法條不當而撤銷之者，

不在此限』。經該條項但書規定與傳統見解之『移審繫屬、

審判對象效』相互作用結果，被告恐可能獲致較原審判

決更不利之重刑結果。被告方面可能因擔慮不利益變更

而猶豫躊躇是否行使上訴權，不敢就輕罪（有罪）部分

提起上訴（因為怕賠了夫人又折兵）。準此以觀，傳統觀

點無異以『移審繫屬、審判對象效』，壓縮被告之上訴權，

阻礙被告接近使用法定救濟程序。至於或有論者認為，

如稍微修正系爭案型，調整成僅有檢察官就無罪部分不

服提起上訴，被告方面就有罪部分未提上訴時，依所謂

的『攻防對象論』所述，上訴審僅能調查審理上訴部分，

如上訴審撤銷原審判決無罪部分，改判為有罪時，因上

訴審未能調查審理未上訴部分，則上訴審究如何從一重

處斷？如依二判決結果執行，對被告豈不是更為不利？

惟因『攻防對象論』之實質根據之一係建立在：檢察官

就原審判決無罪部分未提上訴，得視為已放棄追訴，既

然檢察官業就無罪部分提起上訴，應認無『攻防對象論』

之展開餘地，原審判決有罪部分，應仍會移審繫屬至上

訴審法院。足見，上述擔憂可能有過慮之疑。

6、無罪部分自攻防對象除外，得與修正後刑事訴訟法第 361

條、第 367 條相呼應：

刑事訴訟法第 361 條規定：(第 2 項) 上訴書狀應敘述具

體理由。(第 3 項) 上訴書狀未敘述上訴理由者，應於上

訴期間屆滿後 20 日內補提理由書於原審法院。逾期未補

提者，原審法院應定期間先命補正；第 367 條前段規定：

第二審法院認為上訴書狀未敘述理由者，應以判決駁回

之。觀察刑事訴訟法第 361 條之立法修正理由為：提起

第二審上訴之目的，在於請求第二審法院撤銷、變更原

判決，自須提出具體理由，爰增訂第二項，明定上訴書

狀應敘述具體理由；第 367 條之立法修正理由為：經法

院裁定命補正上訴理由，逾期仍不補正者，得予判決駁

回上訴。如所提非屬具體理由者，法院得以上訴不合法

律上之程式，判決駁回（最高法院 97 年度台上字第 892

號、100 年度台上字第 1297 號判決參照）。既然上訴應

提具體理由供上訴審法院審酌，則於本件案型，檢察官

既然未就系爭無罪部分提起上訴，檢察官顯然就系爭無

罪部分不會提出上訴理由。準此以觀，如沿襲我國傳統

實務一貫見解認為：無罪部分亦會移審繫屬至上訴審法

院，因檢察官就無罪部分既未提出上訴理由，則上訴審法院究應如何調查審理無罪部分？法院如向檢察官請求釋明，檢察官又表示對該部分並無不服之意，則上訴審法院就無罪部分又將如何續行調查審理？如仍堅持上訴審法院就無罪部分仍須調查審理，則豈不是會造成：被告方面對有罪部分，須提出具體上訴理由，否則法院得予駁回上訴，但檢察官方面對無罪部分，竟毋庸檢具任何具體理由，即可搭便車順帶上訴之不對稱不公平現象？

7、無罪部分自攻防對象除外，契合改良式當事人進行主義之修法主軸：

92 年刑事訴訟新制之修法重點之一即是：在改良式當事人進行主義之架構下，訴訟程序之進行應由當事人扮演積極主動之角色，而以當事人間之對立辯證為主軸，同時確立檢察官之實質舉證責任。足證，檢察官在其起訴之公訴事實範圍內，應負有舉證之責任，藉由兩造當事人間之攻擊防禦，形成實體判決，並濃縮具體呈現在判決書上。基於當事人進行主義及公平法院理念，上訴審法院之審判範圍似不得逾越檢察官之訴追意思，上訴審

法院似更不宜有輔助檢察官之角色扮演（當然更不得與檢察官聯手打擊被告），檢察官對於原審法院之判決如無表示不服時，似得認為檢察官將其追訴對象限縮在原審法院判決有罪範圍內，原審法院判決有罪以外之其他公訴事實，無妨認為檢察官已放棄對被告為更不利益事實認定之請求。因此，如依舊沿襲我國實務一貫見解，及日本最高裁判所昭和 46 年前之裁判論點，認為系爭案型，上訴審法院仍須就檢察官已不爭執之系爭無罪部分調查審理，恐難與 92 年刑事訴訟新制之修法主軸相契應。尤有甚者，修法基石之一既在確立檢察官之實質舉證責任，檢察官就原審法院諭知無罪部分，既已不加爭執，就該部分當然不會進行舉證活動，如仍固守傳統見解，上訴審法院就無罪部分豈不是須加以『職權調查』，甚『職權蒐集』證據，如此操作，豈不是與修法方向背道而馳。

8、無罪部分自攻防對象除外，不致產生不合理結果：

固有認為：就裁判上一罪或包括一罪之其中一部分，（自攻防對象除外）先予確定，如上訴審法院就有罪部分撤銷發回原審，受發回更審法院就有罪部分仍為有罪判斷時，實有背於裁判上一罪應從一重處斷之旨趣，且如以

想像競合犯為例，不難想像會發生：一個有罪，一個無罪之不合理結果。但如前述我國最高法院所闡示，裁判上一罪如其中一部分事實應為無罪，即與有罪部分無不可分關係，且因無罪部分已自兩造攻防對象除外不再復活，受撤銷發回更審法院，對無罪部分應不得再調查審判。有罪、無罪部分既已無不可分關係，受發回更審法院就有罪部分縱仍為有罪判斷時，於論理上似不致發生應從一重處斷之情形。且因有罪、無罪部分早已分道揚鑣，外觀上縱然一個有罪，另一個無罪，似亦難認為係一不合理之結果。

9、無罪部分自攻防對象除外，與刑事訴訟法第 348 條第 2 項並無衝突：

我國刑事訴訟法第 348 條第 2 項固規定，對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。傳統實務見解似均以此條項為立論基礎主張：裁判上一罪或包括一罪於訴訟法上構成單一訴訟客體，因各有關係部分具有不可分之關係存在，縱僅對有罪部分提起上訴，有關係之無罪部分亦會移審繫屬至上訴審。惟如上開所引之 2 條最高法院判決所示：『單一性不可分』，必須全部事

實之各部分俱成立犯罪，始足當之，如其中部分無罪，即與有罪部分無不可分關係可言。足證，有罪部分與無罪部分，既已無關係，自文義解釋觀之，似無刑事訴訟法第 348 條第 2 項之適用餘地。如認為 2 者已無關係，又依刑事訴訟法第 348 條第 2 項規定，認為 2 者『有關係』，全部公訴事實均移審繫屬至上訴審，反倒似有矛盾之疑？況如認無罪部分已自兩造攻防對象除外，又認無罪部分仍為上訴審法院之審判對象，似反而有矛盾衝突之疑。

10、無罪部分自攻防對象除外，與案件單一性原則無間：

傳統見解似認為：既然裁判上一罪係於科刑上從一重處斷，基於該特別犯罪關係，將本質上數罪之裁判上一罪案型，以一個刑罰權相繩應係適當的。而為使被告受服一個刑罰權之處罰，於程序上應將裁判上一罪當成一個不可分割客體，因此將裁判上一罪劃歸為『單一案件』。或認為裁判上一罪，其基本事實雖不相同，而在實體法上作為一罪，刑罰權僅屬一個，其在法律上之事實關係既為單一，在訴訟法上作為單一訴訟客體無從分割，具有不可分性。然如從訴訟法角度觀察，本質上數罪之裁

判上一罪，基於刑罰權適用上『處罰一回性』之合目的性要求，被告僅須受服一個刑罰權。既然被告曾一度置身於受追訴處罰之危險，則應被賦予不再置身於受二次刑事訴追，究責苦痛之權利，此乃文明國家不證自明之理念。而就禁止『雙重危險』之反射效果而言，既然裁判上一罪僅使被告受服一個刑罰權，反映至訴訟追訴層面，國家就裁判上一罪之公訴事實當然被允許僅有一個訴訟單位。足見，將裁判上一罪於訴訟法上當成單一不可分之訴訟客體，其目的係在藉由訴訟（處罰）一回性，實現被告法的安定性之利益。於本件案型如將無罪部分自攻防對象除外，就被告李坦鴻、賴來政、許永銳 3 人而言，上訴審法院僅針對 99 年 12 月至 100 年 3 月被訴事實部分調查審理，並不致使被告李坦鴻、賴來政、許永銳 3 人再度置身於受二次刑事訴追，究責苦痛（反而被告李坦鴻、賴來政、許永銳 3 人就無罪部分，得盡早脫離訴追、究責漩渦），國家仍可就 99 年 12 月至 100 年 3 月被訴事實部分續行訴訟，實現國家刑罰權（無罪部分之效力不會及於 99 年 12 月至 100 年 3 月被訴事實部分），亦無違背刑罰適用上『處罰一回性』之合目的性

要求。可見，無罪部分自攻防對象除外，似亦與案件單一性原則無間。況如依日本小野清一郎教授對於『案件單一性』之詮釋：單一性係一個案件不可分割處理之間題，是所謂的『空間統一性』；團藤重光教授則詮解：所謂單一性係指暫時捨棄訴訟發展性，以橫切面靜態觀察時，公訴事實為一個單位。足見，案件單一性，係屬在訴訟某一時點，公訴事實是否為單一之間題，亦即公訴事實在特定時點應延展至何界限之『幅度』問題。而伴隨著動態訴訟之時間發展，幅度本有可能伸展、縮小。是堅守『公訴不可分（審判不可分）』 = 『上訴不可分』之操作模式，似有忽略視察訴訟發展性、變動性之疑。

應重新思考『上訴不可分』概念：

(1)、傳統實務見解之『裁判可分性基準』係建立在公訴不可分、審判不可分、以主文宣示內容為基準之上訴不可分原則上，但於 92 年刑事訴訟新制引進兩造對抗機制後，加上 96 年導入提起控訴應檢具具體理由之『事後審』色彩後，基於審級救濟構造之轉變，於今日將『提起公訴』與『提起上訴』2 者等同而論，似可能有忽略上述刑事

訴訟結構已然根本改變之疑，而且主文僅是法院意思表示方式之一，似尚難認為得構成上訴不可分之實質基準。準此以觀，前述諸基準應難認為係決定上訴不可分之準則，而有必要再度重新思考『上訴不可分』之概念。

(2)、其次，傳統之『上訴不可分』概念直接與『公訴不可分』觀念劃上等號，毫不顧及程序之變動性及靈活性，對於判決內容不致產生矛盾之裁判上一罪之複數犯罪事實，強令上訴審法院應就全部犯罪事實加以調查審理，顯未尊重當事人之上訴主觀救濟意思，更不利於訴訟經濟目的，是以實務方面如能適度承認一部確定效，肯認裁判上一罪之一部上訴，應可發揮訴訟迅速及經濟效果，減輕法院之沉重負擔。

攻防對象論與最高法院新近裁判動態及刑事訴訟法修法思維不謀而合：

頃近最高法院 100 年度台上字第 3791 號、第 5099 號、第 7211 號判決、101 年度台上字第 6516 號判決均判示：刑事妥速審判法第 9 條第 1 項之立法意旨在針對歷經第一審、第二審（更審亦屬之）之二次事實審審理，就事

實認定已趨一致，且均認被告無罪之案件，為貫徹無罪推定原則，乃特別限制控方之檢察官或自訴人提起第三審上訴，須以嚴格法律審之重大違背法令情形為理由，用資彰顯第三審維護抽象正義之法律審性質，而不再著重於實現具體正義之個案救濟，俾積極落實控方之實質舉證責任，以減少無謂訟累，保障被告接受迅速審判之權利。所稱維持第一審所為無罪判決，必係經實體上之審理，以確定本案刑罰權有無之實體判決，不及於就訴訟要件是否具備與有無違背訴訟法之規定所為之形式判決；且除單純一罪（含數罪併罰）案件得以判決主文所宣示者為據外，實質上或裁判上一罪案件，解釋上應併就判決理由內已敘明不另為無罪之判決部分，為總括整體性之觀察判斷，定其各罪是否符合本條之規定，始符立法本旨。足認我國最高法院伴隨刑事妥速審判法之制定，似有微調傳統『上訴不可分』之觀念，認為第二審法院於理由欄認定裁判上一罪之其中一部分事實為無罪，該無罪部分於第三審階段，得自兩造攻防對象除外。足認，最高法院頃近見解亦認為毋須固守所謂的『上訴不可分』原則。」【參附件 29，頁 103-109】

綜上，台灣高等法院花蓮分院之刑二庭義股之論述可謂相當精闢及深入。而且間接地闡述我國傳統實務所謂「審判不可分」、「上訴不可分」之操作之下，恐使被告蒙受雙重處罰之危險。且這樣的操作模式顛覆控訴原則，且與我國刑事訴訟法採取之改良式當事人進行主義之意旨不合。在當事人進行主義之架構之下，檢察官需負責質舉證責任且必需敘明具體之上訴理由。然在檢察官放棄上訴（自然也不會有上訴理由）但卻由「上訴不可分」之操作下，上訴審法院仍可「職權調查」甚至「職權蒐集」證據。恐有違反司法被動性，而有違背權力分立之嫌。上開論點皆與聲請人之主張相互輝映，值得參考。

3. 綜上所述，謹就本案所生爭議提供日本法實務所發展之「攻防對象論」以及相關論者之論述，來佐證我國傳統實務引用不當之判決例，並加以錯誤詮釋刑事訴訟法 348 條第 2 項之解釋，使得被告所受判決無罪部分且檢察官未上訴，竟蒙受再度被判決有罪之危險，違反一事不再理之憲法原則，並有違反權力分立之嫌，侵害人民權益甚鉅。

(四) 查民國 110 年 01 月 27 最高法院 109 台上大 3426 之大法庭裁定及民國 110 年 01 月 28 日之最高法院 109 年度台上字第 3426 號判決均指出過往舊刑事訴訟法 348 條及最高法院法律見解有礙被告接受公平、迅速審判之訴訟權益，貴院亦認為舊刑事訴訟法 348 條有突襲性裁判之疑慮而於 109 年 6 月 16 日召開第 185 次會議呈請立法院修法，立法院並於 110 年 6 月間三讀通過，足證舊刑事訴訟法 348 條實有之人民接受公平迅速審判權利之違憲疑義：

1. 查民國 110 年 01 月 27 最高法院 109 台上大 3426 之大法庭裁定及民國 110 年 01 月 28 日之最高法院 109 年度台上字第 3426 號判決均指出過往舊刑事訴訟法 348 條及最高法院法律見解有礙被告接受公平、迅速審判之訴訟權益：

(1) 最高法院 109 台上大 3426 之大法庭裁定指出：

「三、本大法庭之見解

(一)、人民有受公正、合法及迅速審判之權利，為落實此項權利保障，刑事妥速審判法（下稱妥速審判法）於 99 年 5 月 19 日制定公布，其中第 9 條於 100 年 5 月 19 日施行，依該條第 1 項規定，除第 8 條情形外，檢察官或自訴人對於第二審法院維持第一審所為無罪判決提起上訴之理由，必須以該判決所適用之法令抵觸憲法，或判決違背司法院解釋、判例者為限。立法意旨乃對於第一審判決無罪，第二審法院仍維持第一審所為無罪判決之案件，若允許檢察官或自訴人就無罪判決一再上訴，被告必須承受更多之焦慮及不安，有礙其接受公平、迅速審判之權利，因此限制檢察官及自訴人之上訴權，符合無罪推定原則，及嚴格法律審之法旨，並促使檢察官及自訴人更積極落實實質之舉證責任。而關於第 9 條第 1 項所稱維持第一審所為無罪判決，並不以在主文內諭知無罪者為限。實質上或裁判上一

罪案件，於第一、二審判決理由內均說明不另為無罪諭知者，基於相同之理由，亦有適用，始合於該規定之立法本旨。

(二)、依刑事訴訟法第 267 條、第 348 條第 2 項規定，固足認單一性案件有審判及上訴不可分原則之適用。惟同法第 348 條第 1 項前段亦規定：『上訴得對於判決之一部為之』，以保障上訴權人之一部上訴權。而為統一法律見解，本院 64 年度第 3 次刑庭庭推總會議作成決議，雖表明裁判上一罪案件，經第二審法院就構成犯罪部分，為有罪之判決，就不構成犯罪部分，因審判不可分關係，僅於判決理由中說明，不在主文另為無罪之諭知。如被告為其利益上訴，第三審法院認為上訴有理由而須撤銷發回者，應於判決理由載明該不另為無罪諭知部分，因與發回部分有審判不可分關係，一併發回更審，受發回之第二審法院，依刑事訴訟法第 348 條第 2 項規定，應就全部事實重為審判等旨。但第三審上訴之目的，在於對未確定之判決請求上級法院為司法救濟，以維持法之統一與形成，並糾正錯誤判決，以為具體之個案救濟。是除應依職權上訴之案件外，檢察官或自訴人於第二審判決後，不續行追訴，或當事人對第二審判決並無不服，第三審法院即無逕行審判而糾正錯誤可言，以尊重上訴權人一部上訴之權利。而前開決議作成後，妥速審判法始制定公布，該法第 9 條第 1 項所謂第二審法院維持第一審所為無罪判決，既包括第一、二審判決理由內均說明不另為無罪諭知者在內，則檢察官對不另為無罪諭知部分並未不服，倘僅因被告提起上訴，其上訴為有理由時，即適用審判及上訴不可分之規定，一概將不另為無罪諭知部分併同發回第二審更為審理，不僅不尊重被告一部上訴之權利，且有礙被告接受公平、迅速審判之訴訟權益，相較於檢察官違反前述限制上訴之規定，對不另為無罪諭知部分提起第三審上訴，反而被駁回，而使該不另為無罪諭知部分確定之情形，無異懲罰僅就有罪部分提起上

訴之被告，有違事理之平。因此，基於妥速審判法為刑事訴訟法之特別法，並稽諸該法第 9 條第 1 項之規範目的，為維護法規範體系之一貫性，且基於尊重當事人一部上訴權，以及國家刑罰權之實現植基於追訴權行使之法理，就第一、二審判決理由內均說明不另為無罪諭知者，於檢察官未就該不另為無罪諭知部分提起第三審上訴之情形，採取體系及目的性限縮解釋，認該不另為無罪諭知部分，已非第三審審理之範圍，並無上開審判及上訴不可分規定之適用，而限縮案件單一性之效力。換言之，於此情形，該不另為無罪諭知部分不生移審效果，於上訴權人上訴期間最後屆滿時即告確定，倘本院就上訴部分撤銷發回更審時，自無將該不另為無罪諭知部分一併發回之必要，庶免該部分懸而未決，以貫徹憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨。

(三)、第三審為法律審，依刑事訴訟法第 377 條至第 380 條、第 393 條等規定，對第三審之上訴，係以判決違背法令為理由，而第三審法院原則上係以上訴理由所指摘之事項為審查對象，此與第二審所採覆審制，顯然有別，亦即以當事人就上訴第三審之理由有所主張時，始得對其主張之有無理由進行審查。倘第三審不於當事人所聲明不服之範圍內審理，擴大其調查範圍，不僅與上開規定有違，亦違反『無不服，即無審查』之上訴權核心理念。何況上訴乃對判決不服而請求救濟之制度，上訴所主張之內容自應有上訴利益，「無利益，即無上訴」可言，而不另為無罪諭知部分之判決，對於提起上訴之被告，顯無上訴利益。從而，於第一、二審判決理由內均說明不另為無罪諭知者，檢察官對該不另為無罪諭知部分並未聲明不服之情形，當事人既無意就不另為無罪諭知部分聲明第三審上訴，而將之排除在攻防對象之外，該部分自非第三審上訴理由所指摘之事項，基於法之安定性及尊重當事人設定攻防之範圍，應認該部分並非

第三審審判範圍，如此始無違第三審為法律審之本旨，避免被告受突襲性裁判。(四)綜上，妥速審判法為刑事訴訟法之特別法，該法之規定及其所揭示之原則，應優先適用。基於該法第9條第1項之規範目的，及維護法規範體系之一貫性，且考量法之安定性暨尊重當事人一部上訴之權利，以及國家刑罰權之實現植基於追訴權行使之法理，對於刑事訴訟法第267條、第348條第2項有關審判及上訴不可分之規定，採取體系及目的性限縮解釋，於被告僅就得上訴第三審之有罪部分提起上訴，而檢察官就第一、二審判決說明不另為無罪諭知部分，並未一併上訴之情形，審判及上訴不可分原則即無適用之餘地，該不另為無罪諭知部分不生移審效果，於上訴權人上訴期間最後屆滿時即告確定，並非第三審之審判範圍。」【附件30】

(2) 最高法院109年度台上字第3426號判決更進一步指出：

「(一)關於檢察官以裁判上一罪或實質上一罪起訴之案件，其一部於第一、二審均不另為無罪之諭知，僅被告就有罪部分提起第三審上訴，該不另為無罪諭知部分，是否為第三審法院之審判範圍？就此項法律爭議，本院先前裁判採肯定說，認為該不另為無罪諭知部分，仍為第三審法院之審判範圍，經第三審審理後，倘認應就有罪部分撤銷發回更審時，基於審判不可分原則，自應就不另為無罪諭知部分，併予發回(本院96年度台上字第4299號、97年度台上字第5444號、98年度台上字第2020號、104年度台上字第344號、106年度台上字第281號、107年度台上字第2950號、108年度台上字第4400號、109年度台上字第2616號等判決參照)，而本庭經評議後，擬採與本院先前裁判不同之法律見解，經依法院組織法第51條之2第2項規定，向其他各刑事庭徵詢後，仍有不同之意見，乃以裁定將此法律爭議提案予本院刑事大法庭裁判。經本院刑事大法庭於民國110年1月27日以109年度台上大字第3426號裁定主

文宣示：(按：略，同上)。(二) 本院刑事大法庭既已就本件前揭法律見解歧異予以統一，則本庭就本件採為裁判基礎之法律見解，依法院組織法第 51 條之 10 之規定，自應受本院刑事大法庭前揭裁定見解之拘束。」【附件 31】

- (3) 是以最高法院已於去年「覺醒」，並明確指出過往見解及刑事訴訟法 348 條顯有妨害被告接受公平、迅速審判之訴訟權利，並顛覆控訴原則使追訴案件懸而未決，侵害憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨。足證最高法院認為過往見解顯有違憲疑義。

2. 貴院於 109 年 6 月 16 日召開第 185 次會議中指出：

「上訴人就未聲明上訴部分，並無請求撤銷、變更原判決之意，自無視為全部上訴之必要；惟如判決各部分具有在審判上無從分割之關係，該有關係而未經聲明上訴部分，亦應成為上訴審審判之範圍，但未經聲明上訴部分倘為無罪、免訴或不受理之情形，應使該部分不生移審效果而告確定，以避免被告受裁判之突襲，並減輕其訟累；又為尊重當事人設定之攻防對象，並減輕上訴審審理之負擔，上訴人得僅對刑、沒收或保安處分提起上訴，其未表明上訴之認定犯罪事實部分，則不在上訴審之審判範圍，故修正刑事訴訟法第 348 條規定」【附件 32】。貴院並以該會之結論陳請立法院修法，立法院並以此為由於 110 年 6 月間三讀通過，足證舊刑事訴訟法 348 條確有之人民接受公平迅速審判權利之違憲疑義，至為灼然。

- 二、舊刑事訴訟法 348 條及實質援用之判決例違憲，聲請人應能依據刑事訴訟法 420 條之規定提出再審：

- (一) 按刑事訴訟法 420 條第 6 款規定：「有罪之判決確定後，有下列情形之一者，為受判決人之利益，得聲請再審：六、因發現新事實或新證據，單獨或與先前之證據綜合判斷，足認受有罪判決之人應受無罪、免訴、免刑或輕於原判決所認罪名之判決者。」

惟原確定裁定即臺灣高等法院臺南分院 109 年度聲再字第 111 號刑事裁定以「法律適用錯誤之情形，法律修正亦非刑事訴訟法第 420 條第 1 項第 6 款所謂之證據」為由，否準聲請人之再審聲請。

- (二) 惟根據上所述，舊刑事訴訟法 348 條及實質援用之判決例實有違憲疑義(侵害人民接受公平迅速審判權利、免於突襲之權利、憲法第 16 條之訴訟權保障)等，且我國實務、立法機關亦意識到舊刑事訴訟法 348 條恐有違憲疑義而主動改變見解及修正，足徵舊刑事訴訟法 348 條確有違憲疑義，縱有程序上安定之考量，在二相權衡之下應讓受不利益者(即聲請人)有特殊救濟之機會。
- (三) 吳巡龍檢察官在其〈終審變更刑事法律見解對已確定案件之效果〉一文中介紹美國聯邦最高法院及德國法制時，無論美德均指出在「釋憲結果對基礎性程序之改變衝擊司法的基本公平」或「舊見解被德國聯邦憲法院宣告違憲」時，應例外的將變更之法律見解溯及到原因案件，讓受不利益者有特殊救濟之機會【附件 33】。否則將使本質上相同之案件只因為時空之不同而產生異質之結果，亦有違平等原則。

陸、 結論

綜上所述，本案聲請人所涉案件其所適用之舊刑法第 55 條牽連犯之規定、舊刑事訴訟法第 348 條第 2 項以及最高法院實質援用之最高法院 23 年上字第 370 號刑事判例、最高法院 25 年上字第 1256 號刑事判例、最高法院 29 年上字第 3382 號刑事判例、司法院院字第 2510 號解釋、最高法院 69 年台上字第 2037

號刑事判例、最高法院 69 年台上字第 4584 號刑事判例等。渠等違反比例原則、法律明確性原則以及侵害刑事被告免於遭受國家機關重複追訴、處罰之權利（一事不再理原則），有違憲法所要求之正當法律程序原則。另外最高法院如上見解顛覆控訴原則，違反司法權被動性，恐有違反法治國權力分立原則，侵害人民權利甚鉅，實有違憲疑義（免於訟累、妨害被告接受公平、迅速審判之訴訟權利，並顛覆控訴原則使追訴案件懸而未決，侵害憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨），且縱使最高法院變更見解，聲請人竟無從加以救濟，疏不合理。故懇請 貴院大法官迅賜解釋，宣告原判決所適用之法律違憲，並將原確定裁判廢棄，給予聲請人救濟之機會及保障聲請人權益，無任感禱！

【附件】

委任狀：法規範憲法審查及裁判憲法審查委任狀正本乙紙。

附件 1：聲請人歷審判決整理簡表

附件 2：台灣臺南地方法院檢察署起訴書，起訴案號：八十八年度偵字第一四五八〇、第七四〇二、第七四四八、第一〇〇九〇號。

附件 3：臺灣臺南地方法院 89 年度訴字第 128 號刑事判決。

二
附件 4：台灣高等法院台南分院 92 年度上訴字第 1096 號刑事判決。

附件 5：臺灣高等法院台南分院檢察署檢察官上訴理由書，上訴案號：94 年度上字第 123 號。

附件 6：最高法院 95 年度台上字第 5802 號刑事判決。

附件 7：臺灣高等法院台南分院檢察署檢察官上訴理由書，上訴案號：97 年度上字 203 號。

附件 8：最高法院 99 年度台上字第 1163 號刑事判決。

附件 9：何賴傑，〈刑事判決之一部效力—以德國法為例〉，許玉秀主編，刑事法之基礎與界限—洪福增教授念專輯，學林，2003 年 4 月一版，頁 673-674。

附件 10：最高法院 103 年度台非字 394 號判決。

附件 11：最高法院 104 年度台非字 10 號判決。

附件 12：最高法院 104 年度台非字 121 號判決。

附件 13：最高法院 105 年度台非字 123 號判決。

附件 14：最高法院 105 年度台非字第 220 號判決。

附件 15：司法院大法官解釋釋字 636 號解釋，大法官許宗力、林子儀、許玉秀部分協同意見書。

附件 16：王兆鵬，〈論一事不再理之憲法原則〉，收錄於氏著，一事不再理，自版，2008 年，頁 8-15。

附件 17：司法院大法官解釋釋字 604 號解釋，大法官許宗力協同意見書。

附件 18：張明偉，從一事不再理原則談案件的單一性與同一性，軍法專刊 59 卷 3 期，2013 年，頁 46。

附件 19：參王泰升，日治時期刑事司法的變遷與繼受西方法，國立臺灣大學法學論叢第 27 卷第 1 期，1997 年，頁 213-215。

附件 20：林俊益，刑事訴訟法概論（下），新學林，12 版，2016 年，頁 339-341。

附件 21：林鈺雄，新刑法總則與新同一案件—從刑法廢除牽連犯、連續犯論訴訟上同一案件概念之重構，月旦法學 122 期，2005 年，頁 36-44；楊雲驛，刑事訴訟程序的「犯罪事實」概念—以所謂「單一性」之檢討為中心，月旦 114 期，2004 年，頁 61-67。

附件 22：王兆鵬，〈論一事不再理之憲法原則〉，收錄於氏著，一事不再理，自版，2008 年，頁 47-48。

附件 23：林鈺雄，刑事訴訟法上冊，5 版，2007 年，頁 267-268。

附件 24：薛智仁，刑事程序之不利益變更禁止原則——以最高法院判決之變遷為中心，月旦法學雜誌 209 期，2012 年，頁 107-108。

附件 25：相關介紹，參陳運財，不對稱上訴之初探，檢察新論第 9 期，2011 年。

附件 26：僅參，林鈺雄，刑法總則，2006 年，初版，頁 542-543。

附件 27：林裕順，人民參審上訴制度之比較研究，月旦法學雜誌 282 期，2018 年 11 月，頁 31

附件 28：昭和 46 年(1971)3 月 24 日最高裁判所大法庭判決，刑事審判集，25 卷 2 号，293 頁

附件 29：臺灣高等法院花蓮分院 101 年度上訴字第 223 號刑事判決

附件 30：最高法院 109 台上大 3426 之大法庭裁定。

附件 31：高法院 109 年度台上字第 3426 號判決

附件 32：司法院 109 年 6 月 16 日召開第 185 次會議新聞稿。

附件 33：吳巡龍，〈終審變更刑事法律見解對已確定案件之效果〉
《月旦法學教室》(217)，2020 年 11 月。

(以上均為影本乙份)

謹 狀
司法院憲法法庭 公鑒

中 華 民 國 1 1 1 年 6 月 2 9 日

具 狀 人 : 林秉弘

訴訟代理人 : 鄭文龍律師