

憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決部分不同意見書

林俊益大法官 提出

張瓊文大法官 加入

蔡宗珍大法官 加入

壹、前言

本件判決係【選舉幽靈人口案】。

本判決主文共有 6 項，其中主文第 2 項及第 3 項關於刑法第 146 條第 2 項及第 3 項規定部分，本席均認為違憲¹，**確定終局判決的臺灣高等法院刑事判決因適用違憲的刑法第 146 條第 2 項規定，也當然違憲**，本席因而認應宣告最高法院及臺灣高等法院的刑事判決均違憲，應予廢棄，發回臺灣高等法院，但多數意見認僅應宣告最高法院程序判決違憲並發回最高法院，對此本席恕難贊同，爰就此提出部分不同意見書，以就教於方家。

貳、本件裁判憲法審查的憲法爭點

一、憲法訴訟法創設裁判憲法審查

108 年 1 月 4 日修正公布，111 年 1 月 4 日施行的憲法訴訟法（下稱憲訴法），創設裁判憲法審查的聲請類型。分析裁判憲法審查的類型有二，其一是法規範違憲，適用該違憲法規範作為判決基礎的裁判，當然也違憲；其二是法規範合憲，但法院裁判的見解，違反憲法保障人民基本權的意旨而違憲。例如，常為學者

¹ 就此部分，本席加入蔡大法官宗珍的部分不同意見書，該意見書論述精闢，殊值立法者三思！

所援引的司法院釋字第 242 號解釋²及釋字第 811 號解釋³二案例，即為裁判憲法審查的最佳適例。

二、修正憲訴法明確規範裁判憲法審查的聲請類型

由於憲訴法有若干值得再精進之處而進行修正，112 年 6 月 21 日修正公布，自同年 7 月 7 日施行，該憲訴法（下稱修正憲訴法）第 59 條第 1 項修正如下：「人民於其憲法上所保障之權利遭受不法侵害，經依法定程序用盡審級救濟程序，對於所受不利『**確定終局裁判**』，或『**該裁判及其所適用之法規範**』，認有牴觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。」明確規範人民聲請憲法法庭的裁判憲法審查類型有二：

- （一）主張「**確定終局裁判**」見解違憲的裁判憲法審查。
- （二）主張「**確定終局裁判及其所適用之法規範**」均違憲的**裁判憲法審查**，即同時主張確定終局裁判所適用之法規範違憲，導致確定終局裁判的見解也違憲，而聲請**裁判憲法審查**。就此而言，修正憲訴法確立一項重要的基本觀念，修正憲訴法施行後，如人民擬主張法規範違憲而聲

² 司法院釋字第 242 號解釋文：中華民國 74 年 6 月 3 日修正公布前之民法親屬編，其第 985 條規定：『有配偶者，不得重婚』；第 992 條規定：『結婚違反第 985 條之規定者，利害關係人得向法院請求撤銷之。但在前婚姻關係消滅後，不得請求撤銷』，乃維持一夫一妻婚姻制度之社會秩序所必要，與憲法並無牴觸。惟國家遭遇重大變故，在夫妻隔離，相聚無期之情況下所發生之重婚事件，與一般重婚事件究有不同，對於此種有長期實際共同生活事實之後婚姻關係，仍得適用上開第 992 條之規定予以撤銷，嚴重影響其家庭生活及人倫關係，反足妨害社會秩序，就此而言，自與憲法第 22 條保障人民自由及權利之規定有所牴觸。」

³ 司法院釋字第 811 號解釋文第 1 項後段略以：「惟關於違法解職（聘）處分嗣經撤銷之復職（聘）並申請追溯加保者，立法者就該重複加保情形並未規範，其重複加保期間之年資即應採認為公教人員保險養老給付之年資，始與憲法保障人民財產權之意旨相符。」

請憲法法庭判決時，應注意同時主張「法規範違憲」及適用該違憲法規範的「確定終局裁判」也違憲，不宜僅單獨聲請法規範違憲⁴。

三、裁判憲法審查的對象：確定終局裁判

由上分析可知，無論是單獨主張裁判見解違憲的裁判憲法審查，或是同時主張裁判見解及其所適用之法規範均違憲的裁判憲法審查，二者都以「經依法定程序用盡審級救濟程序」受有不利「確定終局裁判」為進行裁判憲法審查的對象。憲法法庭進行裁判憲法審查，首先審查是否依法定程序用盡審級救濟程序⁵？其次再找出不利「確定終局裁判」，第三再審查「該（確定終局）裁判」見解，有無牴觸憲法⁶。因此憲法法庭的審查處理順序如下：

（一）審查聲請人是否依法定程序用盡審級救濟程序

例如，第一審地方法院判決被告有罪，被告不服，合法上訴後，第二審高等法院審理後，認上訴無理由而以判決駁回上訴，被告不服，提起第三審上訴，最高法院認上訴不合法律上的程式（即上訴不合法）而以判決駁回上訴，全案依法定程序用盡審級救濟程序。

⁴ 此部分之詳細分析，請參閱，楊子慧，《憲法訴訟類型與審理程序——以憲法訴訟法第三章法規範及裁判憲法審查為中心》，月旦法學雜誌第330期（2022年11月），頁148。

⁵ 所謂用盡審級救濟，係指合法用盡審級救濟。如逾期上訴或抗告、通常程序刑事第二審上訴之上訴書狀應敘述具體理由（刑事訴訟法第361條第2項）而未敘述、撤回上訴或抗告及捨棄上訴權或抗告權，均非合法用盡審級救濟。司法院大法官審理案件法82年2月3日修正公布時，於第7條的修正理由曾謂：「又確定終局裁判之範圍應有所限制，凡人民因不依法提起上訴或抗告請求救濟，致使裁判確定者，不得請求解釋。」可資參照。

⁶ 108年憲訴法第59條第1項的修正理由略以：「處理各法院裁判在解釋法律及適用法律時，誤認或忽略了基本權利重要意義，或是違反了通常情況下所理解的憲法價值等等司法權行使有違憲疑慮的情形。」因而引進裁判憲法審查制度。

(二)認定確定終局判決

就刑事實體法規範之爭議事項⁷言，刑事法院的裁判，於宣示或送達裁判後對外發生效力，刑事訴訟法對特定人賦予上訴權或抗告權（**刑事訴訟法**第 344 條至第 347 條；第 403 條及第 404 條規定參照），如該裁判本得聲明不服⁸者，於有「合法」上訴或抗告時，阻斷該裁判之確定，產生移審的效力，全案移至上級審進行實體上有無理由的判斷。反面言之，如上訴或抗告「不合法」，則不生阻斷該裁判確定的效力，且在法律上不生移審的效力，上級審無法也無從對原裁判認定事實或適用法律的違法性，進行實體上有無理由的審查與判斷，故縱然原判決認定事實或適用法律有所違誤，上級審無法也無從予以撤銷糾正。換言之，對裁判的上訴或抗告是否合法，與原裁判是否無違誤而得予維持，乃屬二事，不可不辨！

又裁判的確定，可分為「**形式的確定**」與「**實質的確定**」。所謂**形式的確定**，是指有上訴權人或抗告權人均不得再依**通常聲明不服**的方法（即上訴或抗告程序等**通常救濟程序**）以聲明不服的狀態，此際形式的確定所生判決的效力，稱之為**形式確定力**。**實質的確定**，以形式的確定為前提，因有罪判決（科刑判決或免刑判決）係就實體法事項之爭議所為的實體判決，除形式確定力外，尚產生**實質確定力**，此際應受**憲法一事不再理原則**（司法院釋字第 775 號解釋參照）的拘束。檢察官（或自訴人）不得對同一被告的同一犯罪事實，再行提起公訴（或自訴），法院也不得

⁷ 如為程序事項之爭議，則另行判斷其確定終局裁定。

⁸ 至於本不得聲明不服者，例如，被告聲請閱卷，法院以裁定駁回其聲請，該裁定為程序進行之裁定，依**刑事訴訟法**第 404 條第 1 項本文規定，不得抗告，故一經法院裁定，即告確定，即為本不得聲明不服之裁定。司法院釋字第 762 號解釋之原因案件，即臺灣臺中地方法院 106 年 11 月 15 日所為 106 年度易字第 3060 號刑事裁定，可資參照。

為與確定有罪判決內容相反的判決。此即**實質確定力**之所在，國家對特定被告的特定犯罪事實有無具體刑罰權的內容及其範圍的爭議，因此一確定判決而確定。

有罪判決確定後，如要推翻其實質確定力，依刑事訴訟法的規定，則必須進行**非常救濟程序**（或稱**特別救濟程序**）的再審程序或非常上訴程序，此際當然以有實質確定力的**確定終局判決**為對象，茲分析如下：

1. **刑事聲請再審程序**：例如，以上開所舉案例來說明，第二審高等法院維持第一審有罪判決內容而以上訴無理由駁回，即是實體確定判決，如要利用聲請再審的非常救濟程序，也應以**實體確定判決**的第二審判決為對象。**聲請再審**，如經法院認為有再審理由者，法院依刑事訴訟法第 435 條第 1 項規定，應為**開始再審的裁定**（得於 3 日內抗告），開始再審的裁定確定後，**原具有實質確定力的有罪判決及僅生形式確定力的最高法院駁回上訴的程序判決**，均失其效力，法院應依其審級的通常程序，更為審判（刑事訴訟法第 436 條規定參照）。
2. **非常上訴程序**：實務上，除司法院釋字第 271 號解釋⁹所述情形（誤檢察官為被告之不利益之合法上訴為不合法而以程序判決駁回確定）外，非常上訴也以具有實質確定力的**確定裁判**為對象。如檢察總長提起非常上訴，最高法院認為非常上訴有理由，如原判決違背法令，最高法院將其違背的部分撤

⁹ 司法院釋字第 271 號解釋文：刑事訴訟程序中**不利益於被告**之合法上訴，上訴法院誤為不合法，而從程序上為駁回上訴之判決確定者，其判決固屬重大違背法令，惟既具有判決之形式，仍應先依非常上訴程序將該確定判決撤銷後，始得回復原訴訟程序，就合法上訴部分進行審判。否則即與憲法第 8 條第 1 項規定人民非依法定程序不得審問處罰之意旨不符。最高法院 25 年上字第 3231 號判例，於上開解釋範圍內，應不再援用。

銷；如原判決不利於被告，最高法院應撤銷原確定有罪判決，就該案件另行判決；其他有維持被告審級利益之必要，最高法院得將原判決撤銷，由原審法院依判決前的程序更為審判（刑事訴訟法第 447 條第 1 項第 1 款及第 2 項前段規定參照），均以具有實質確定力的確定判決為對象。

至於最高法院以上訴不合法律上之程式而駁回上訴之程序判決，僅有形式確定力¹⁰，駁回上訴並非實體事項，故駁回上訴判決，並無實質確定力，除司法院釋字第 271 號解釋情形外，自無必要對之提起非常上訴。

¹⁰ 最高法院依刑事訴訟法第 395 條規定，以上訴違背法律上之程式而以判決駁回者，係一種程序判決，僅生形式確定力，因非就實體事項而為，故無實質確定力。於誤合法上訴為不合法，而以判決駁回上訴時，應視其是否為被告之利益而異其處理方式如下：

1. 為被告之不利益合法上訴而誤為不合法，以程序判決駁回上訴時，因有駁回上訴之外觀，被告受信賴利益之保障，依司法院釋字第 271 號解釋意旨，其判決固屬重大違背法令，惟既具有判決之形式，仍應先依非常上訴程序將該確定判決撤銷後，始得回復原訴訟程序，就合法上訴部分進行審判。否則即與憲法第 8 條第 1 項規定人民非依法定程序不得審問處罰之意旨不符。
2. 為被告之利益合法上訴而誤為不合法，以程序判決駁回上訴時，雖有駁回上訴之外觀，但仍應先依非常上訴程序將該確定判決撤銷後，始得回復原訴訟程序，就合法上訴部分進行審判，勢必延誤對為被告之利益而上訴之救濟，為保障被告速審權之利益，自得依最高法院 25 年上字第 3231 號判例意旨，逕行審判，而不必先提起非常上訴糾正後，再進行審判。

此乃目前實務上之通說見解，有最高法院 108 年度台上字第 1310 號判決要旨：「刑事訴訟程序中，利益於被告之合法上訴，上訴法院誤為不合法而判決駁回者，參照本院 25 年上字第 3231 號判例及司法院釋字第 271 號解釋之反面意旨，應不生實質之確定力，毋庸先依非常上訴程序撤銷，可逕就原提起之上訴進行審判。」（108 年度台上字第 374 號、第 375 號刑事判決採同意旨）可資參照。即 112 年度台上字第 477 號刑事判決要旨所稱：「誤合法之上訴為不合法之無效違法裁判」，其處理方式應區分為：不利於被告之上訴，依非常上訴程序處理；有利於被告之上訴，則毋庸非常上訴程序撤銷，可逕依上訴程序處理。

(三)審查「該(確定終局)裁判」見解有無牴觸憲法

所謂**裁判見解**牴觸憲法，就刑事實體法的爭議事項言，係指法院就起訴的刑事案件(包括特定被告之特定犯罪事實)，進行認定事實、適用法律後所為的意思表示牴觸憲法而言。**裁判見解**一詞，係法院就起訴的刑事案件，進行涵攝過程的法律適用結果而為之意思表示，就實體法的爭議事項，實體判決才有涵攝過程的法律適用，也才有裁判見解之可言。至於程序判決，本於「程序事項優先於實體事項之原則」，法院僅就起訴或上訴是否合法表示意見，並未就起訴刑事案件的實體爭議，進行涵攝過程的法律適用，自無所謂裁判見解之可言。

四、裁判憲法審查以確定終局裁判為對象的理據

修正憲訴法所規範者，是經依法定程序用盡審級救濟程序，對於所受不利**確定終局裁判**，或該裁判及其所適用之法規範，認有牴觸憲法者，聲請憲法法庭為宣告違憲的程序，較諸非常救濟程序的再審或非常上訴程序，更為嚴謹，要求更高。非常救濟程序的再審或非常上訴，除司法院釋字第 271 號解釋所述情形外，原則上，均以具有**實質確定力的確定終局判決**為對象。同理，就**實體法規範之實體爭議**言，聲請憲法法庭進行裁判憲法審查的對象，也應以具有**實質確定力的確定終局判決**為對象，並不包括無實質確定力的程序判決。

行文至此，我們應該可以清楚明白，就實體法的爭議事項，憲法法庭進行裁判憲法審查對象的認定，舉輕以明重，更應以具有**實質確定力的確定終局判決**¹¹為對象！

¹¹ 關於認定確定終局裁判的基準，可參閱，徐前大法官璧湖，《得據以聲請大法官解釋之確定終局裁判之研析》，月旦法學雜誌第 216 期(2013 年 5 月)，頁 87 至頁 101。

五、本件憲法法庭判決的獨特見解

就刑事實體法的爭議事項，有關確定終局判決的認定，專業法院的刑事訴訟實務與司法院解釋先例或憲法法庭判決先例的見解，均行之多年，憲法法庭是否得變更無實質確定力的程序判決為確定終局判決？此正是本件憲法法庭判決的憲法爭議所在！

本件憲法法庭判決認為：臺灣高等法院 110 年度上更一字第 172 號刑事判決未正確考量憲法保障人民選舉權之意旨妥為解釋與適用系爭規定二所定「虛偽遷徙戶籍」之概念，而實質影響個案之裁判，侵害人民受憲法保障之選舉權，則援引並「維持」所採此一見解之最高法院 111 年度台上字第 1861 號程序判決，即確定終局判決，自有相同之違憲之理由（本件憲法法庭判決理由【104】參照），本件憲法法庭判決因而宣告最高法院的程序判決違憲，應予廢棄並發回最高法院。

本席認為，憲法法庭對**確定終局判決**的認定，應尊重各該民事、刑事、行政訴訟法等相關規定及**專業法院職權**的行使，當最高法院以上訴不合法律上之程式而駁回上訴時，因不合法的上訴，不會阻斷原實體判決的確定，該第二審高等法院所為上訴有無理由的**實體判決因而確定**，故**實體法爭議事項的確定終局判決**，即係第二審高等法院的**實體判決**，憲法法庭無權將最高法院以上訴不合法律上之程序而駁回上訴的程序判決，變更性質為確定終局判決！該駁回上訴的程序判決，既非確定終局判決，憲法法庭自無從也無須審查其見解是否違憲！

參、聲請裁判憲法審查有理由時之廢棄及發回

在司法院解釋時期，如人民聲請解釋，依司法院釋字第 177

號解釋意旨，司法院解釋的效力，應及於聲請人據以聲請的原因案件，聲請釋憲者得依法定程序請求救濟。在刑事判決部分，即請求檢察總長向最高法院提起非常上訴（刑事訴訟法第 441 條規定參照）。此外，依司法院釋字第 185 號解釋意旨，司法院大法官所為的解釋，自有拘束全國各機關及人民之效力，各機關處理有關事項，應依解釋意旨為之。其受不利確定終局裁判者，得依該解釋為非常上訴的理由。換言之，在司法院解釋時期，聲請釋憲者獲有利的司法院解釋，尚必須請求檢察總長向最高法院提起非常上訴，由最高法院審判，最高法院可能自為判決，也可能在事實不明之情形下，為維護被告的審級利益而撤銷原確定判決，發回該管法院，由原審法院依判決前的程序更為審判（刑事訴訟法第 447 條規定參照）。此等請求救濟程序，對聲請釋憲成功者，仍是沉重的訟累負擔。

立法者為使聲請釋憲成功者，無庸再循舊制請求檢察總長向最高法院提起非常上訴，即得有完整的救濟（修正理由參照），是以憲訴法第 62 條第 1 項規定：「憲法法庭認人民之聲請有理由者，應於判決主文宣告該確定終局裁判違憲，並廢棄之，發回管轄法院；如認該確定終局裁判所適用之法規範違憲，並為法規範違憲之宣告。」

如前所述，本席主張，刑法第 146 條第 2 項規定應受違憲的宣告，本於違憲的法規範所為的裁判，也是違憲，憲法法庭自應認其聲請有理由，而為裁判違憲的宣告，依憲訴法第 62 條第 1 項規定，將最高法院及臺灣高等法院刑事判決全部廢棄，發回管轄法院即臺灣高等法院，再為審理，減省人民的勞費！

肆、修正憲訴法釐清確定終局裁判之內涵

一、法規範憲法審查以確定終局裁判為對象

在釋憲舊制，依司法院大法官案件審理法（下稱大審法）第5條第1項第2款規定：「有左列情形之一者，得聲請解釋憲法：……二、人民……於其憲法所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於**確定終局裁判**所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者。」人民先經依法定程序提起訴訟後，等判決確定後，再找出何者為**確定終局裁判**，對**確定終局裁判**所適用的法律或命令，聲請解釋憲法。

二、裁判憲法審查亦以確定終局裁判為對象

(一)108年憲訴法

108年憲訴法第59條規定：「（第1項）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。（第2項）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。」同一條文中第1項與第2項均有「**確定終局裁判**」的用詞，第1項的**確定終局裁判**，是指憲法審查的對象；第2項的**確定終局裁判**，是指計算聲請憲法審查的期間起算日，二者作用不同，應有不同的內涵。

奈何上開第59條的立法說明謂：「二、（四）原條文關於『**確定終局裁判**』，就釋憲制度設計之意旨，係指聲請人已依法定程序用盡審級救濟程序之**最終裁判**而言，爰予明文規定。」將條文中第1項及第2項所稱「**確定終局裁判**」，均指依法定程序用盡審級救濟程序的最終裁判，刑事判決如用盡審級救濟程序上訴

至最高法院，不論最高法院刑事判決是以上訴不合法而駁回上訴的程序判決，或是以上訴無理由而駁回上訴的實體判決，均為憲訴法第 59 條第 1 項及第 2 項所稱「確定終局裁判」。此一依據修正理由所為的論述，顯然有問題。

就最高法院以上訴不合法法律上之程式而駁回上訴的程序判決言，如聲請人所主張的法規範是實體法，通常情形該實體法規範都不會出現在最高法院的程序判決內，如認最高法院的程序判決為確定終局判決，聲請人均無法滿足聲請法規範憲法審查之要件。憲法法庭遇到此種情形，大抵會轉彎，關於**確定終局裁判**的記載如下：本件**確定終局判決**係最高法院○○刑事判決，本庭應**併予審酌**確定終局判決之原審判決，即臺灣高等法院○○刑事判決，將實體確定終局判決的高等法院刑事判決包進來，以審查該高等法院刑事判決所適用之法規範是否違憲。

又如，憲法法庭 112 年憲裁字第 5 號不受理裁定理由略以：「三、(三)聲請人一就系爭裁定提起抗告，雖系爭裁定二以抗告為無理由予以駁回，聲請人一不服提起抗告，經系爭裁定三以再抗告不合法予以駁回，因已依法定程序用盡救濟，是系爭裁定三應為確定終局裁定。惟其屬於抗告不合法之程序裁定，本庭就本件聲請爰併予審酌系爭裁定二。」與往昔司法院解釋先例逕認高等法院實體裁判為確定終局裁判，並不相同。此等實務上之因應理由，皆因憲訴法第 59 條修正理由誤植所致，有賴修法以釐清之。

(二) 112 年修正憲訴法

基於上述原因，112 年修正憲訴法第 59 條規定修正如下：「(第 1 項)人民於其憲法上所保障之權利遭受不法侵害，經依

法定程序用盡審級救濟程序，對於所受不利確定終局裁判，或該裁判及其所適用之法規範，認有牴觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。（第2項）前項聲請，應自用盡審級救濟之最終裁判送達後翌日起之6個月不變期間內為之。」由此次修正理由¹²可知，僅有第1項規定始有**確定終局裁判的認定問題**。至於第2項有關計算聲請裁判憲法審查期間的用盡審級救濟程序的最終

¹² 修正理由如下：「一、第一項：

（一）本法增加**裁判憲法審查案件類型**，除人民所受不利確定終局裁判所適用之法規範外，亦將該不利確定終局裁判納為憲法審查之客體。憲法法庭如認人民之聲請有理由者，依本法第62條，應於判決主文宣告該確定終局裁判違憲，廢棄發回管轄法院；如認該確定終局裁判所適用之法規範違憲，並為法規範違憲之宣告。所對應者，或係**不利確定終局裁判因適用違憲之法規範而違憲**，或係**所適用之法規範雖未違憲，惟該裁判解釋適用該法規範之見解違憲**。不問何種情形，均以該不利之確定終局裁判違憲為必要。人民依法定程序用盡審級救濟程序，聲請憲法法庭裁判時，**自應相應具體敘明該不利確定終局裁判，或該裁判及其所適用之法規範有如何違憲之情事**，爰修正現行條文之文字，以杜爭議，並利人民依循。

（二）本節就人民聲請法規範及裁判憲法審查之案件類型之規定，係憲法第77條司法院大法官解釋憲法權限之具體化態樣之一。既係憲法審查，人民聲請憲法法庭為憲法審查，**當以其憲法上所保障之權利遭受公權力不法侵害為要件**，始克該當，爰予明定，以杜爭議。

（三）又人民聲請憲法法庭為憲法審查，應以其憲法上所保障之權利遭受「公權力」不法侵害為要件。詳言之，基本權主要在於確保個人自由領域免於公權力之不法侵害，為主觀權利而具防禦功能。此外，基本權也作為客觀價值秩序，直接拘束所有公權力。基本權如受私人，或自然災害之侵害，僅能藉由公權力方能有效排除時，包含法院在內之公權力，其行使或不行使，**或就基本權衝突之衡量，如忽略基本權作為客觀價值秩序之意義，或對於基本權之保護有所不足而具不法性，仍屬公權力不法侵害**。於基本權遭受私人侵害時，基本權客觀價值秩序所拘束之公權力對象尤其指向民事法院，附此敘明。

二、人民依本節規定聲請憲法法庭裁判，須符合依法定程序用盡審級救濟而受不利確定終局裁判之要件。法定不變期間之計算，當自聲請人用盡審級救濟之最終裁判送達之翌日起算，始符公允。至於各該終審法院係以不合法或無理由駁回以致原因案件裁判終局確定，則非所問。現行條文第2項關於此部分之規定未臻明確，爰予修正，以資遵循，並保障人民聲請權益。」

裁判，與第 1 項規定的確定終局裁判，並不相同。換言之，修正憲訴法第 59 條第 1 項規定的「確定終局裁判」，仍與大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定的「確定終局裁判」採取相同的內涵。裁判憲法審查的確定終局裁判，自可援引大審法時期對確定終局裁判的認定基準而進行判斷（詳見附件一：司法院解釋先例如何認定確定終局裁判一覽表）。

再觀修正憲訴法的修正理由略以：「憲法法庭如認人民之聲請有理由者，依本法第 62 條，應於判決主文宣告該確定終局裁判違憲，廢發回管轄法院；如認該確定終局裁判所適用之法規範違憲，並為法規範違憲之宣告。所對應者，或係不利確定終局裁判因適用違憲之法規範而違憲，或係所適用之法規範雖未違憲，惟該裁判解釋適用該法規範之見解違憲。不問何種情形，均以該不利之確定終局裁判違憲為必要。」益徵確定終局裁判的認定，攸關憲法法庭應廢棄何裁判及發回何管轄法院的判斷，至關重要！

伍、如何認定本件裁判憲法審查對象的確定終局裁判

依修正憲訴法的修正理由所稱：「人民依法定程序用盡審級救濟程序，聲請憲法法庭裁判時，自應相應具體敘明該不利確定終局裁判，或該裁判及其所適用之法規範有如何違憲之情事。」所謂確定終局判決，就實體法的爭議事項言，是指實體判決。以本件聲請人八聲請裁判憲法審查而觀，涉及刑法第 146 條第 2 項規定的實體法爭議事項，聲請人八自應具體敘明本件受不利確定終局判決為何。

本件原因案件的相關判決情形一覽表

	第一審	第二審	第三審	第二審 更一審	第三審
法院別	地方法院	臺灣高等 法院	最高法院	臺灣高等 法院	最高法院

判決文號	108 選訴 16	109 上訴 114	110 台上 4054	110 上更一 172	111 台上 1861
判決情形	有罪判決	撤銷改判 有罪判決	撤銷原判 發回更審	上訴駁回	上訴不合 法而駁回
判決性質	實體判決	實體判決	實體判決	實體判決	程序判決

茲就上表所列事項說明如下：

- (一) 最高法院 111 年度台上字第 1861 號刑事判決，以上訴不合法法律上之程式（即上訴不合法），以判決駁回上訴，雖為終局判決，但因未對臺灣高等法院刑事判決的實體內容進行有無理由的審查，未處理實體爭議，非實體判決，而為程序判決。
- (二) 至於臺灣高等法院 110 年度上更一字第 172 號刑事判決，以上訴無理由而駁回上訴，是就實體事項的爭議進行有無理由的判斷，為實體判決，且為最後一個實體判決（即終局判決）；全案因第三審上訴不合法而經駁回確定，用盡審級救濟程序，故 110 年度上更一字第 172 號刑事判決，為實體確定終局判決。
- (三) 另最高法院 110 年度台上字第 4054 號判決，以上訴有理由，撤銷臺灣高等法院第二審判決，發回更審，雖為確定判決，但並非終局判決。
- (四) 臺灣高等法院 109 年度上訴字第 114 號刑事判決，以上訴有理由而撤銷第一審判決，改判被告無罪，雖為實體判決，但非最後的終局判決。
- (五) 本件憲法法庭判決所引聲請人二至七的情形，就法規範進行憲法審查，也採取往昔司法院解釋先例有關認定確定終局裁判的認定基準（憲法法庭判決先例的認定基準亦同，可參閱附件二：憲法法庭如何認定確定終局裁判一覽表）進行確定終局判決的認定。茲分別說明如下：

1. 聲請人二：本判決理由略以：聲請人二提起上訴，再經最

高法院 100 年度台上字第 4503 號刑事判決¹³，以其上訴違背法律上之程式而予以駁回確定。是本件聲請案，應以福建高等法院金門分院上開判決，為本庭據以為法規範審查之確定終局判決（下稱確定終局判決二）。

2. 聲請人三至五：本判決理由略以：聲請人三至五提起上訴，再經最高法院 100 年度台上字第 4786 號刑事判決¹⁴，以其上訴違背法律上之程式而予以駁回確定。是本件聲請案，應以福建高等法院金門分院上開判決為本庭據以為法規範審查之確定終局判決（下稱確定終局判決三）。
3. 聲請人六及七：本判決理由略以：聲請人六及七提起上訴，再經最高法院 106 年度台上字第 1744 號刑事判決¹⁵，以其上訴違背法律上之程式而予以駁回確定。是本件聲請案，

¹³ 最高法院 100 年度台上字第 4503 號刑事判決要旨：「修正前刑法第 146 條之妨害投票正確罪，原規定：『以詐術或其他非法之方法，使投票發生不正確之結果或變造投票之結果者，處 5 年以下有期徒刑。前項之未遂犯罰之。』嗣於 96 年 1 月 24 日修正公布，增訂第 2 項：『意圖使特定候選人當選，以虛偽遷徙戶籍取得投票權，而為投票者，亦同。』後者立法理由係以遷籍於未實際居住地，其原因不一，然此與意圖支持特定候選人當選，進而遷徙戶籍之情形不同，並非所有籍在、人不在，參與投票者均須以刑罰相繩，是以意圖使特定候選人當選虛偽遷徙戶籍投票者，為處罰之對象；而同條第 1 項之立法目的則在杜絕任何選舉舞弊，以達選舉之純正及公平，且採概括規定，凡使用詐術及其他以一切非法之方法，達妨害選舉之純正及公平者，均有該規定之適用。」

¹⁴ 最高法院 100 年度台上字第 4786 號刑事判決要旨：「上訴人行為後，刑法第 146 條已經修正（於 96 年 1 月 24 日公布施行），增列第 2 項規定『意圖使特定候選人當選，以虛偽遷徙戶籍取得投票權而為投票者，亦同』（原第 2 項規定，移列第 3 項）。該增列規定雖係修正前所無，惟依修正之立法說明觀之，無非在明文規範『藉由遷徙戶籍而取得形式投票資格』之此類犯罪，俾期杜絕藉由同法條第 1 項因概括規定涵攝此類犯罪，致引發爭議。亦即刑法第 146 條雖經修正，惟於修法前，對意圖影響投票結果，而虛偽遷徙戶籍，並前往投票之行為，認符合該法條第 1 項之構成要件者，與修正後同條第 2 項規定之結論無殊，且修正前該條第 1 項與修正後之第 2 項之法定刑度相同。」

¹⁵ 最高法院 106 年度台上字第 1744 號刑事判決要旨：「公職人員選舉罷免法（下稱選罷法）第 15 條第 1 項規定：『有選舉權人在各該選舉區繼續居住四個月以上者，為公職人員選舉各該選舉區之選舉人。』係以確有在各該選舉區繼續居住四個月以上之事實，為其取得選舉人資格之條件，而非單憑形式上之戶籍登記，為認定之唯一依據。關於此部分本院並無不同之見解。」

應以臺灣高等法院臺南分院上開判決為本庭據以為法規範審查之確定終局判決（下稱確定終局判決四）。反觀聲請人八：本判決理由則只記載：聲請人八提起上訴，再經最高法院 111 年度台上字第 1861 號刑事判決（下稱系爭確定終局判決五），以其上訴違背法律上之程式而予以駁回確定。

本席認為，依前揭 1. 至 3. 前後一致的論述可知，聲請人八的部分，依往昔司法院解釋先例，本應記載為：聲請人八提起上訴，再經最高法院 111 年度台上字第 1861 號刑事判決，以其上訴違背法律上之程式而予以駁回確定。是本件聲請案，應以臺灣高等法院上開判決為本庭據以為法規範審查之確定終局判決¹⁶。唯有如此記載，始得前後呼應，論理一貫。詎本件憲法法庭判決竟僅以：最高法院 111 年度台上字第 1861 號刑事判決（下稱系爭確定終局判決五），一筆帶過，自有不足！

由上分析可知，本件聲請裁判憲法審查的確定終局判決，應為臺灣高等法院 110 年度上更一字第 172 號刑事判決至明。然本件憲法法庭判決理由【25】及【48】竟謂：最高法院 111 年度台上字第 1861 號刑事判決為確定終局判決（下稱系爭確定判決五），此一記載，完全與憲法法庭判決先例與司法院解釋先例的認定基準，背道而馳。且最高法院 111 年度台上字第 1861 號刑事判決理由載明：以上訴不合法法律上之程式而判決駁回，本件憲法法庭判決竟謂「維持」臺灣高等法院此一見解（本判決理由【104】參照），亦非事實，欠缺說服力！

¹⁶ 憲法法庭甫於 112 年 7 月 21 日公告之 112 年憲判字第 10 號判決亦為相同之認定，其判決記載：又聲請人就系爭判決提起上訴，經系爭裁定以上訴不合法予以駁回，是本件聲請，應以系爭判決為確定終局判決（該判決理由【8】參照）。

陸、結論

於刑事訴訟程序，人民於其憲法上所保障的權利遭受不法侵害，經依法定程序用盡審級救濟程序後，論罪科刑或免刑的刑事判決因而確定，產生實質的確定力，如要推翻具有實質確定力的**確定判決**，除可對確定終局判決聲請再審或請求檢察總長提起非常上訴外，人民如認其所受不利的**確定終局裁判**，或該裁判及其所適用之法規範，牴觸憲法者，尚得依憲訴法規定，聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。於有罪判決確定產生實質確定力後，從開始聲請再審、請求檢察總長提起非常上訴，乃至聲請憲法法庭為宣告違憲之判決，其目的均在推翻**有實質確定力的確定判決**，故修正憲訴法第 59 條第 1 項所稱確定終局判決，就實體法的爭議事項言，應係指實體確定終局判決而言。

本件最高法院 111 年度台上字第 1861 號刑事判決，是以上訴不合法律上的程式而駁回上訴，該第三審上訴既不合法，自不生阻斷原判決的實體確定，在法律上更不生全案移審的效力，基於「程序不合，實體不論」（或謂「程序不備，實體不究」）之訴訟法基本原則，最高法院自無法也無從對原判決認定事實或適用法律的違法性，進行實體的審理與判斷。本件最高法院程序判決既未審查原判決有無理由，更非就起訴個案進行涵攝過程的法律適用，自不能因最高法院有精彩法律見解的闡述，即指該程序判決為實體判決、確定終局判決。

至最高法院究以上訴不合法律上之程式而以程序判決駁回，或以上訴為無理由而以實體判決駁回，此乃最高法院審判職權的行使，憲法法庭自應加以尊重，不得將最高法院的程序判決，變更其性質為確定終局判決！

附件一：司法院解釋先例如何認定確定終局裁判一覽表
(刑事法部分)

大法官助理林邦彥整理

實 體 判 決	解釋字號	第二審裁判	第三審裁判	確定 終局 裁判
	釋字第 812 號解釋 【審查客體： 刑法第 90 條 等規定】	臺灣高等法院 94 年度上重訴 字第 86 號刑 事判決 ¹⁷	最高法院 97 年度台上字 第 204 號刑事判決（以 上訴不合法法律上程式而 以程序判決駁回上訴）	臺高 院 刑 事 判 決
	釋字第 804 號解釋 【審查客體： 著作權法第 91 條等規定】	智慧財產法院 107 年度刑智 上更（一）字 第 1 號刑事判 決 ¹⁸	最高法院 108 年度台上 字第 224 號刑事判決 （以上訴不合法法律上程 式而以程序判決駁回上 訴）	智 慧 財 產 法 院 刑 事 判 決
	釋字第 803 號解釋 【審查客體： 槍砲彈藥刀 械管制條例 第 20 條第 1 項等規定】	臺灣高等法院 花蓮分院 103 年度原上訴字 第 17 號刑事 判決 ¹⁹	最高法院 104 年度台上 字第 3280 號刑事判決 （以上訴不合法法律上程 式而以程序判決駁回上 訴）	花 蓮 高 分 院 刑 事 判 決
	釋字第 792 號解釋 【審查客體： 判例】	臺灣高等法院 99 年度上訴字 第 2192 號刑 事判決 ²⁰	最高法院 100 年度台上 字第 1633 號刑事判決 （以上訴不合法法律上程 式而以程序判決駁回上 訴）	臺 高 院 刑 事 判 決
	釋字第 791 號解釋 【審查客體： 刑法第 239	臺灣高等法院 高雄分院 107 年度上易字第 427 號刑事判	最高法院 108 年度台上 字第 2772 號刑事判決 （以上訴不合法法律上程 式而以程序判決駁回上	高 雄 高 分 院 刑 事

¹⁷ 該解釋聲請人五之原因案件。

¹⁸ 該解釋聲請人六之原因案件。

¹⁹ 該解釋聲請人一之原因案件。

²⁰ 該解釋聲請人一之原因案件。

條等規定】	決 ²¹	訴)	判決
釋字第 790 號解釋 【審查客體： 毒品危害防 制條例第 12 條第 2 項等 規定】	臺灣高等法院 臺南分院 107 年度上訴字第 408 號刑事判 決 ²²	最高法院 108 年度台上 字第 1050 號刑事判決 (以上訴不合法法律上程 式而以程序判決駁回上 訴)	臺南 高分 院 刑事 判決
釋字第 789 號解釋 【審查客體： 性侵害犯罪 防治法第 17 條第 1 款規 定】	臺灣高等法院 96 年度上訴字 第 220 號刑事 判決	最高法院 99 年度台上字 第 1975 號刑事判決 (以上訴不合法法律上程 式而以程序判決駁回上 訴)	臺高 院 刑事 判決
釋字第 775 號解釋 【審查客體： 刑法第 47 條 第 1 項等規 定】	臺灣高等法院 臺南分院 99 年度上訴字第 1062 號刑事判 決 ²³	最高法院 100 年度台上 字第 3596 號刑事判決 (以上訴不合法法律上程 式而以程序判決駁回上 訴)	臺南 高分 院 刑事 判決
釋字第 582 號解釋 【審查客體： 判例】	臺灣高等法院 88 年度重上更 (五)字第 145 號刑事判決	最高法院 89 年度台上字 第 2196 號刑事判決 (以上訴無理由而以實 體判決駁回上訴)	最高 法院 刑事 判決
釋字第 194 號解釋 【審查客體： 戡亂時期肅 清煙毒條例 第 5 條第 1 項規定】	臺灣高等法院 臺南分院 72 年度上更(二) 字第 97 號刑 事判決	最高法院 72 年度台覆字 第 23 號刑事判決 (原判決核准)	最高 法院 刑事 判決
釋字第 801	臺灣高等法院	最高法院 105 年度台抗	最高

²¹ 該解釋聲請人六之原因案件。

²² 該解釋聲請人黃○璋之原因案件。

²³ 該解釋聲請人蘇○睿之原因案件。

實 體 裁 定	號解釋 【審查客體： 刑法第 77 條 第 2 項等規 定】	105 年度聲字 第 2049 號刑 事裁定 ²⁴	字第 683 號刑事裁定 (以抗告無理由駁回抗 告確定)	法院 刑事 裁定
	釋字第 799 號解釋 【審查客體： 刑法第 91 條 之 1 等規 定】	臺灣高等法院 臺中分院 100 年度聲字第 810 號刑事裁 定 ²⁵	最高法院 100 年度台抗 字第 457 號刑事裁定 (以抗告無理由駁回抗 告確定)	最高 法院 刑事 裁定
	釋字第 796 號解釋 【審查客體： 刑法第 78 條 第 1 項規 定】	臺灣高等法院 高雄分院 108 年度抗字第 260 號刑事裁 定 ²⁶	最高法院 108 年度台抗 字第 1485 號刑事裁定 (以再抗告無理由駁回 抗告確定)	最高 法院 刑事 裁定
	釋字第 762 號解釋 【審查客體： 刑事訴訟法 第 33 條第 2 項前段規 定】	臺灣高等法院 臺南分院 105 年度聲字第 20 號刑事裁定 ²⁷	最高法院 105 年度台抗 字第 205 號刑事裁定 (以抗告無理由駁回抗 告確定)	最高 法院 刑事 裁定

²⁴ 該解釋聲請人許○緯之原因案件。

²⁵ 該解釋聲請人一之原因案件。

²⁶ 該解釋聲請人五之原因案件。

²⁷ 該解釋聲請人一之原因案件。

附件二：憲法法庭如何認定確定終局裁判一覽表
(刑事法部分)

大法官助理林邦彥整理

	裁判字號	第二審裁判	第三審裁判	確定終局裁判
實體判決	111 憲判 18 【審查客體：刑法第 2 條第 2 項等規定】	臺灣高等法院臺中分院 109 年度上訴字第 1660 號刑事判決 ²⁸	最高法院 111 年度台上字第 1336 號刑事判決 (以上訴不合法法律上程式而以程序判決駁回上訴)	臺中高分院刑事判決
	112 憲判 5 【審查客體：證券交易法第 175 條等規定】	臺灣高等法院 99 年度金上重訴字第 61 號刑事判決	最高法院 104 年度台上字第 720 號刑事判決 (僅檢察官上訴，被告不得上訴；以上訴不合法法律上程式而以程序判決駁回上訴)	臺高院刑事判決
實體裁定	112 憲判 2 【審查客體：刑事訴訟法第 420 條第 1 項第 6 款規定】	臺灣高等法院高雄分院 106 年度聲再字第 85 號刑事裁定 ²⁹	最高法院 106 年度台抗字第 724 號刑事裁定 (以抗告無理由駁回抗告確定)	最高法院刑事裁定

²⁸ 該判決聲請人四之原因案件。

²⁹ 該判決聲請人一之原因案件。