憲法法庭　公告

發文日期：中華民國115年5月8日
發文字號：憲庭洋111憲民3040字第1151000093號
附件：如主旨

主旨：茲公告憲法法庭115年憲判字第4號判決。

憲法法庭
審判長 謝銘洋

憲法法庭判決

115 年憲判字第 4 號

聲　請　人　林秉弘（原名林盛哲）

訴訟代理人　鄭文龍律師

上列聲請人因違反貪污治罪條例等案件，認臺灣高等法院臺南分院 102 年度重上更㈣字第 13 號等刑事判決及所適用的中華民國 110 年 6 月 16 日修正公布前刑事訴訟法第 348 條第 2 項規定，與實質援用的最高法院 29 年上字第 3382 號等判例，有侵害憲法第 8 條保障人身自由及第 16 條保障訴訟權的疑義，聲請法規範及裁判憲法審查。本庭判決如下：

主　文

一、中華民國 110 年 6 月 16 日修正公布前刑事訴訟法第 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。」於原審判決認定無罪之部分不適用之，就此而言，與憲法第 8 條保障人身自由及第 16 條保障人民訴訟權之意旨無違。

二、最高法院 29 年上字第 3382 號判例關於「起訴事實中有一行為而觸犯數個罪名……者，雖其中某行為經諭知無罪……，而當事人僅就其他之諭知有罪……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，其有關係（即無罪）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。」部分，牴觸憲法第 8 條保障人身自由及第 16 條保障人民訴訟權之意旨。

三、其餘聲請不受理。

理　由

壹、事實經過及聲請人陳述要旨【1】

一、事實經過【2】

聲請人因設置採土場事件，經檢察官認其觸犯水土保持法第 33 條第 1 項第 2 款、第 3 項（下稱甲罪）、山坡地保育利用條例第 35 條第 1 項第 1 款及第 3 項（下稱乙罪）、貪污治罪條例第 11 條第 1 項（下稱丙罪）、刑法第 215 條（下稱丁罪）的罪嫌，而提起公訴，並認為上開甲、乙二罪是一行為觸犯數罪名，應從一重的甲罪處斷；上開甲、丙及丁罪則有方法結果的牽連關係，應依修正前刑法第 55 條規定從一重處斷。臺灣臺南地方法院 89 年度訴字第 128 號刑事判決，認定聲請人犯乙罪（乙罪是甲罪的特別規定，依特別法優於普通法的法理，僅論以乙罪），至於檢察官起訴的丙罪並不成立，丁罪則無證據證明，但檢察官既然認為丙罪、丁罪與乙罪屬於裁判上一罪，爰不另就丙、丁罪部分為無罪的諭知。就上開判決，檢察官及聲請人分別提起上訴。臺灣高等法院臺南分院（下稱臺南高分院）92 年度上訴字第 1096 號刑事判決，認定聲請人犯乙罪，至於丙罪及丁罪均不另為無罪的諭知。檢察官就乙罪及丙罪提起上訴，聲請人亦就乙罪提起上訴，丁罪未上訴（不得上訴）。最高法院 95 年度台上字第 5802 號、同院 99 年度台上字第 1163 號及同院 100 年度台上字第 4283 號刑事判決，先後三次將原判決有關聲請人所犯乙罪部分撤銷發回；至於原判決不另為無罪諭知的丙罪及丁罪，基於審判不可分原則，併予發回。臺南高分院依最高法院第三次發回，以 100 年度重上更㈢字第 129 號刑事判決，認聲請人犯丁罪（非教唆犯，而係共同連續犯行使業務上登載不實文書罪），至於乙罪及丙罪均不另為無罪的諭知。檢察官就乙罪及丙罪上訴，聲請人就丁罪部分則不得上訴。最高法院 102 年度台上字第 435 號刑事判決，認法官曾為該案辯護人而未迴避，撤銷發回。臺南高分院 102 年度重上更㈣字第 13 號刑

事判決（下稱系爭確定終局判決），認聲請人犯丁罪，至於乙罪及丙罪均不另為無罪的諭知。檢察官就乙罪及丙罪上訴，聲請人就丁罪部分則不得上訴。最高法院 103 年度台上字第 2296 號刑事判決，以檢察官的上訴違背法律上程式為由，予以駁回而告確定。【3】

二、聲請人陳述要旨【4】

聲請意旨略謂：丁罪部分經臺南高分院 92 年度上訴字第 1096 號刑事判決及臺南高分院 95 年度重上更㈠字第 498 號刑事判決不另為無罪的諭知後，未經檢察官及聲請人提起上訴，最高法院 95 年度台上字第 5802 號及 99 年度台上字第 1163 號刑事判決依中華民國 110 年 6 月 16 日修正公布前刑事訴訟法（下稱刑訴法）第 348 條第 2 項規定（下稱系爭規定），並實質援用最高法院 29 年上字第 3382 號刑事判例（下稱系爭判例）的見解，認為丁罪部分視為亦已上訴，並基於審判不可分原則，將丁罪部分併予發回。系爭確定終局判決據上開最高法院將丁罪一併撤銷發回的意旨，認聲請人犯丁罪，判處有期徒刑。系爭確定終局判決適用系爭規定，並實質援用系爭判例，將原已無罪確定的丁罪，藉由審判不可分原則而起死回生，違反比例原則、法律明確性原則、一事不再理原則、正當法律程序原則、法治國權力分立原則，有侵害憲法第 8 條保障人身自由及第 16 條保障訴訟權的疑義，爰聲請法規範及裁判憲法審查等語。【5】

貳、受理依據【6】

一、查人民所受的不利益確定終局裁判於憲法訴訟法（下稱憲訴法）修正施行前已送達者，得於 111 年 1 月 4 日憲訴法修正施行日起算 6 個月內，聲請法規範憲法審查；上列聲請法規範憲法審查案件得否受理，依修正施行前即司法院大法官審理案件法（下稱大審法）的規定，憲訴法第 92 條第 2

項及第 90 條第 1 項但書分別定有明文。又按人民、法人或政黨聲請解釋憲法，須於其憲法上所保障的權利，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的法律或命令，發生有牴觸憲法的疑義者，始得為之，大審法第 5 條第 1 項第 2 款定有明文。所謂確定終局裁判所適用的法令，並不以該確定終局裁判所直接適用的法令為限，於最高法院將原審法院裁判撤銷或廢棄而發回時，該最高法院據為發回裁判所適用的程序法令，亦包括在內。蓋上訴審法院所為發回裁判並非確定的終局裁判，憲法法庭無從就其據為發回的法令，為法規範憲法審查，而案件發回後，受發回的原審法院即應依發回意旨為裁判，無適用上訴審法院據以發回的法令的機會。然而該上訴審法院據以發回的法令，既攸關該案件究應發回重新審理，或駁回而確定，且發回裁判對於受發回法院有拘束力，影響當事人訴訟權益甚大，故該上訴審法院據為發回裁判所適用的程序法令是否合於憲法，自得為違憲審查客體。【7】

二、按系爭判例依 56 年 1 月 28 日修正公布前的刑訴法第 340 條第 2 項規定（56 年修正時規範內容不變，調整條號為第 348 條第 2 項，即系爭規定），認為「起訴事實中有一行為而觸犯數個罪名者，雖其中某行為經諭知無罪，而當事人僅就其他之諭知有罪部分，提起上訴時，因審判不可分之關係，依刑訴法第 340 條第 2 項之規定，其有關係（即無罪）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。」而於本件原因案件，最高法院 100 年度台上字第 4283 號刑事判決是將已經上訴關於聲請人犯乙罪部分，撤銷發回。至於原判決不另為無罪諭知的丙、丁 2 罪部分，基於審判不可分原則，併予發回。由該判決亦是針對就原判

決有罪部分上訴時，上訴效力是否及於無罪部分，與系爭判例所述案件類型基本相同，且其所持法律見解，亦與系爭判例無異，應可認已實質援用系爭判例（司法院釋字第703號、第771號、第793號等解釋參照）。又系爭判例是針對系爭規定（即56年修正前刑訴法第340條第2項）所闡述的法律意見，可認上開最高法院判決是適用系爭規定並實質援用系爭判例的見解。系爭確定終局判決雖未直接適用系爭規定或援用系爭判例（事實上亦無直接適用機會），但基於審級制度，系爭確定終局判決應依最高法院發回意旨而為審判，上開最高法院既然是適用系爭規定並實質援用系爭判例見解而發回，並拘束系爭確定終局判決，自應認為系爭規定及系爭判例為系爭確定終局判決所適用的法令，均為本件聲請法規範憲法審查的客體。【8】

三、系爭確定終局判決於憲訴法修正施行前已送達，聲請人已依法定程序盡其審級救濟，並於憲訴法第92條第2項規定的不變期間內提出聲請，聲請人認系爭確定終局判決所適用的系爭規定，及實質援用的系爭判例，侵害其受憲法保障的基本權，已具體陳明系爭規定及系爭判例如何違憲的理由，核其聲請均符合應適用的大審法第5條第1項第2款規定要件，應予受理。【9】

參、審查標的【10】

一、110年6月16日修正公布前刑訴法第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。」（即系爭規定）【11】

二、最高法院29年上字第3382號判例，關於：「起訴事實中有一行為而觸犯數個罪名……者，雖其中某行為經諭知無罪……，而當事人僅就其他之諭知有罪……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，其有關係（即無罪）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。」部分（即系爭判例）【12】

肆、形成主文的法律上意見【13】

一、本庭現任大法官8人，因其中3人持續拒絕參與評議，為使憲法法庭正常、持續、有效運作，以維護憲政秩序並保障人民基本權利，該持續拒絕參與評議的人數，應不計入總額，而由其餘大法官5人進行評議（本庭114年憲判字第1號、115年憲判字第1號、第2號及第3號判決參照），合先敘明。【14】

二、不告不理原則為保障刑事被告訴訟權的重要原則【15】

人身自由是人民行使其憲法上各項自由權利所不可或缺的前提，為重要的基本人權，應受充分的保障。本於憲法第8條及第16條所保障的人身自由與訴訟權，刑事被告應享有依正當法律程序原則，受法院公平審判的權利，於訴訟上尤應保障其享有充分的防禦權。為保障被告依正當法律程序公平受審的訴訟權，俾使其得預測審判範圍而於訴訟上充分防禦，刑訴法採不告不理原則，規定法院不得就未經起訴的犯罪或未經上訴的部分審判（刑訴法第268條、第366條、第393條、第394條及第397條規定參照），否則即為就未受請求的事項予以判決，其判決當然違背法令（刑訴法第379條第12款規定參照）。【16】

三、檢察官就起訴的犯罪事實如何評價不拘束法院【17】

檢察官起訴的犯罪事實為法院審判的對象，有拘束法院審判範圍的效力，故起訴的犯罪事實如何，應由檢察官於起訴書中記載之。至於起訴的犯罪事實應如何評價，即被告行為是否觸犯刑法（或其他刑事實體法，以下僅以刑法說明之），觸犯

何一法條等事項，檢察官固亦應於起訴書中記載（刑訴法第264條第2項第2款規定參照），但此所犯法條的記載，是表達檢察官對於該犯罪事實如何評價的意見，並不拘束法院。法院依檢察官起訴的犯罪事實，認定被告是否犯罪，觸犯何罪，成立犯罪時應如何科刑等，仍應依刑訴法及刑法規定判決，於認定犯罪成立時，得就檢察官起訴的犯罪事實，變更檢察官所引用應適用的法條（刑訴法第300條規定參照）。【18】

因此，若法院認為檢察官起訴書所記載被告的犯罪事實，符合數項罪名的構成要件而成立犯罪者，原則上即應於判決中分別認定所成立的犯罪，並於主文中記載刑法所規定的罪名與刑罰。但若法院認定該成立的數項罪名間，有想像競合犯關係者，因刑法第55條已就此情形另設規定應從一重處斷，故法院應於判決理由中判斷該數項罪名成立，以及該數項罪名間，有刑法第55條所規定想像競合犯關係，應從一重處斷的法律意旨，並於主文記載依刑法所從重的罪名及應科的刑罰。若認為檢察官起訴書所載的犯罪事實，均不成立犯罪，或其中有成立犯罪與不成立犯罪者，既無刑法第55條規定的想像競合犯關係，即應分別為全部無罪，或一部有罪、一部無罪的判決，則其中無罪部分與其他部分即無從一重處斷的問題。至於檢察官起訴書是否記載該數項犯罪間有想像競合犯的關係，均非所論，法院判決不受檢察官起訴書記載該數罪間是否有想像競合犯關係的法律見解所拘束。蓋刑法第55條規定的適用，是以法院認定被告一行為而觸犯數罪名為構成要件，必須就犯罪行為為整體評價後，認具備此構成要件時，始可適用該條所規定的法律效果，而為從一重處斷。茲法院既認為被告被起訴的行為，有無罪者與有罪者，既非一行為觸犯數罪名，自無從一重處斷的問題。【19】

四、上訴的效力不及於未上訴的無罪部分【20】

刑事訴訟程序的上訴，是當事人不服原審法院判決，向上級法院尋求救濟的程序，故上訴的對象是原判決的判斷，上訴審審判的範圍原則上為當事人對於原判決所為判斷不服的範圍，與第一審法院審判的範圍，原則上是檢察官起訴的犯罪事實者，尚有不同。基於當事人訴訟主體地位，以及法院不告不理的原則，上訴的範圍原則上由當事人決之，法院僅於上訴範圍內為審判。當事人得對於原判決的全部或一部上訴，惟如判決的各部分因在法律適用上不得歧異或矛盾而具有審判上無從分割的關係，因一部上訴而其全部必受影響者，該有關係而未經聲明上訴的部分，始為上訴效力所及而成為上訴審審判的範圍（刑訴法第344條第1項、第348條第1項及第2項規定參照）。又刑訴法是依上訴範圍決定上訴審審判範圍（刑訴法第366條規定參照），不能依上訴審判決結果，反向推論上訴範圍，進而認為未上訴的部分，與上訴的部分有審判不可分關係，而為上訴效力所及。故判決的各部分是否有審判上不可分的關係，應以原判決的判斷為基礎，依當事人聲明上訴範圍決之，而非依上訴審審判的結果決之，自無待言。【21】

故於檢察官以被告觸犯數罪，且此所犯數罪間，有刑法第55條所規定想像競合犯關係而起訴的情形，若原判決亦判斷該起訴的數罪均成立犯罪，且有想像競合犯關係者，僅能就該數罪從一重處斷。如當事人對於其中一部犯罪上訴，上訴效力及於其他犯罪，上訴審法院應就該數罪一併審判，否則可能發生該原應從一重處斷的數罪，卻有部分仍繫屬於原法院，有部分繫屬於上級法院，一旦分別確定，將致被告受到數個有罪判決，違反刑法第55條從一重處斷的規定。【22】

若原判決判斷各罪均無罪，或其中有成立犯罪者，有不成

立犯罪者，法院仍應分別為有罪、無罪判決，不受檢察官主張想像競合犯的法律見解所拘束，已如前述。此時，原判決判斷無罪部分（包含於主文諭知無罪及審判實務所採僅於理由判斷無罪但不另於主文中為無罪的諭知二種情形），與其他無罪或有罪部分即無想像競合犯的關係，檢察官本得就此判斷聲明不服，而對於全部判決上訴，由上訴審法院就該數項罪名全部審判。若非如此情形，則不問原判決是認定起訴的數項罪名全部無罪，檢察官僅就其中一部分無罪上訴，或原判決認定起訴的數項罪名中，部分為有罪與部分為無罪，檢察官或被告僅對有罪部分上訴，均足認當事人就該無罪而未上訴的部分並無不服，依不告不理原則，不應成為上訴審審判的對象。縱使上訴審法院因此僅得就經上訴的有罪或已上訴的無罪部分審判，致該案件尚有未經上訴的無罪部分仍繫屬於原法院，但該已上訴的部分，不論上訴審法院如何判決，一旦確定，亦均與未經上訴的無罪部分，不生法律適用的矛盾。從而不能謂該未經上訴的無罪部分，與已上訴的部分，有審判不可分關係，而為上訴效力所及。否則不但發生以上訴審法院審判結果，反向推論出上訴範圍的論理矛盾，且對被告造成裁判的突襲，使原應受無罪判決確定的被告，有再次受有罪判決的危險，侵害被告受憲法第8條保障的人身自由及第16條保障的訴訟權。同時，如此結果也無異承認於檢察官以數罪間有刑法第55條規定想像競合犯關係起訴，即使原法院判決該數罪間無想像競合犯關係，上訴審仍應認為該數罪間有想像競合犯的審判不可分關係，導致起訴的數罪間有無刑法第55條規定的適用，竟非由法院判決決定，而由檢察官的起訴行為決定的不合理結果，不但違反刑訴法第300條規定，也與憲法第80條規定，法官須依據法律審判的意旨不符。【23】

五、系爭規定於未經上訴的無罪部分不適用之【24】

系爭規定「對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。」立法目的在避免判決的各部分有審判上不可分的關係時，如分別判決確定，將造成法律適用上的矛盾或無法就被告犯罪行為為整體評價，故必須由上訴審一併審判。判決的各部分是否有審判上不可分的關係，應以原判決的判斷為基礎，依當事人聲明上訴範圍決之，而非依上訴審審判的結果決之，已如前述四。故檢察官起訴被告觸犯數罪名，如法院判決認為該數罪間無想像競合犯關係，而為全部無罪或一部有罪、一部無罪的判決，當事人就原判決關於無想像競合犯關係的判斷並無不服，僅就該數罪名中有罪或無罪的部分上訴，此時該未經上訴的無罪部分，即非與上訴部分「有關係」，上訴效力自不及未上訴的無罪部分，否則顯然無視於當事人上訴的意思，致上訴判決的範圍逾越當事人的上訴範圍，違反不告不理原則，對於被告造成裁判的突襲，使原應受無罪判決確定的被告，有再次受有罪判決的危險，侵害被告受憲法第8條保障的人身自由及第16條保障的訴訟權。至於原審判決認定免訴、不受理等部分，是否與已上訴部分為「有關係」的部分，不在本判決審查範圍內，應予指明。【25】

又於本件原因案件判決確定後，系爭規定於110年6月16日修正時，增訂但書規定，明定「有關係之部分為無罪、免訴或不受理者，不在此限。」然上開系爭規定的修正，是在本件原因案件確定終局判決作成之後，並不溯及適用於本件原因案件的確定終局判決，故本庭仍有就系爭規定為憲法審查的必要，應併予敘明。【26】

六、系爭判例牴觸憲法保障被告人身自由及訴訟權的意旨【27】

依前述理由一至五所論，系爭判例認為「起訴事實中有一行為而觸犯數個罪名……者，雖其中某行為經諭知無罪……，而當事人僅就其他之諭知有罪……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，其有關係（即無罪）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。」的部分，無異承認上訴審法院得逾越當事人的聲明而為判決，違反不告不理的原則，造成對於被告的裁判突襲，且使原應受無罪判決確定的被告，有再次受有罪判決的危險，牴觸憲法第8條保障被告人身自由及第16條保障被告訴訟權的意旨。又原因案件當事人就本庭宣告系爭判例牴觸憲法意旨的範圍內，得依憲訴法第92條第2項後段準用第91條第2項規定請求救濟，併予敘明。【28】

七、不受理部分【29】

（一）法規範憲法審查部分【30】

聲請人主張系爭確定終局判決實質援用司法院院字第2510號解釋、最高法院23年上字第370號、25年上字第1256號、69年台上字第2037號、第4584號判例的見解，而上開解釋及判例亦牴觸憲法等語。然上開解釋、判例，或為檢察官是否以一行為觸犯數罪名起訴的情形不明（最高法院23年上字第370號、25年上字第1256號判例、司法院院字第2510號解釋），或非原判決不另為無罪諭知，當事人均未上訴的情形（最高法院69年台上字第2037號、第4584號判例），均與本件原因案件判決類型有別，難認其見解已為系爭確定終局判決所實質援用的法令。又系爭判例其餘部分的見解，亦與本件原因案件無涉，非確定終局判決所援用。故聲請人就此等部分聲請法規範憲法審查，均為不合法，應不受理。【31】

（二）裁判憲法審查部分【32】

查聲請人所受的確定終局裁判於憲訴法111年1月4日修正施行前已送達者，不得聲請裁判憲法審查，聲請不合法者，憲法法庭應裁定不受理，憲訴法第92條第1項及第32條第1項分別定有明文。系爭確定終局判決於111年1月4日前已送達，依上開規定，自不得聲請裁判憲法審查。聲請人對系爭確定終局判決不服，多次聲請並經檢察總長提起非常上訴，先後經最高法院103年度台非字第394號、104年度台非字第10號、第121號、105年度台非字第123號、第220號刑事判決駁回非常上訴。聲請人不服，又聲請再審，經臺南高分院109年度聲再字第111號刑事裁定駁回其再審的聲請，上開駁回非常上訴的判決及駁回再審的裁定，均是在憲訴法施行前送達，自亦不得聲請裁判憲法審查。從而此部分的聲請，為不合法，依上開規定，應不受理。【33】

中　華　民　國　115　年　5　月　8　日

憲法法庭　審判長大法官　謝銘洋

大法官　呂太郎　蔡彩貞　陳忠五

尤伯祥

本判決由呂大法官太郎主筆。

大法官就主文所採立場如下表所示：

主文項次	同意大法官	不同意大法官
第一項	謝大法官銘洋、呂大法官太郎、陳大法官忠五、尤大法官伯祥	蔡大法官彩貞
第二項	謝大法官銘洋、呂大法官太郎、陳大法官忠五、尤大法官伯祥	蔡大法官彩貞
第三項	謝大法官銘洋、呂大法官太郎、蔡大法官彩貞、陳大法官忠五、尤大法官伯祥	無

【意見書】

協同意見書：尤大法官伯祥提出。

部分不同意見書：蔡大法官彩貞提出。

以上正本證明與原本無異。

書記官　陳佳微

中　華　民　國　115　年　5　月　8　日

憲法法庭 115 年憲判字第 4 號判決
協同意見書

尤伯祥大法官提出

本件判決認為 110 年 6 月 16 日修正公布前之刑事訴訟法（下稱刑訴法）第 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。」（即系爭規定），不適用於原判決未經上訴之無罪部分，並本此見解而對系爭規定為合憲性解釋，進而宣告最高法院 29 年上字第 3382 號判例（即系爭判例）使原審判決未經上訴之無罪部分適用系爭規定之部分，已逾上開合憲性解釋之界限，因而牴觸憲法第 8 條保障人身自由及第 16 條保障人民訴訟權之意旨。就以上結論，本席敬表贊同，惟就原判決未經上訴之無罪部分何以不適用系爭規定，本席認為多數意見所持理由尚有可資補充及商榷之處，爰提出以下協同意見。

一、 系爭規定包含刑訴法於 17 年制定公布時之第 362 條第 2 項、24 年之第 340 條第 2 項及 56 年修正後之第 348 條第 2 項

系爭規定使原判決中與上訴部分有關係而未經上訴之部分，視為亦已上訴，即學理上所謂上訴不可分原則。這項原則於 17 年 7 月 28 日刑訴法制定公布時，即已規定於第 362 條第 2 項：「對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，亦以上訴論。」該項規定於 24 年 1 月 1 日文字略經修正為：「對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。」條次則變更為第 340 條第 2 項，即系爭判例引用時之條次。56 年 1 月 28 日再度修正時，僅調整條次為第 348 條第 2 項而無文字修正。110 年 6 月 16 日修正時增訂但書：「但有關係之部分為

無罪、免訴或不受理者，不在此限。」而成為現行法。故，系爭規定包含刑訴法於 17 年制定公布時之第 362 條第 2 項、24 年修正後之第 340 條第 2 項及 56 年修正後之第 348 條第 2 項。

二、 與上訴部分有審判上無從分割關係之未上訴部分，乃指就原判決觀察，因上訴部分撤銷或改判必受影響，而應依系爭規定予以合一審判者而言。於此範圍內，系爭規定與憲法第 8 條保障人身自由及第 16 條保障人民訴訟權之意旨無違

（一） 系爭規定對當事人一部上訴之權利構成限制，此項限制是否合憲，乃對系爭規定之憲法審查的重點

刑訴法規定當事人得視對於判決不服之程度，而全部或一部行使其上訴權（刑訴法第 348 條第 1 項規定參照）。藉由一部上訴權的行使，當事人得以限定上訴審之審判範圍，而於此範圍內進行攻防。惟若原判決中未經當事人上訴之部分，係與上訴部分「有關係之部分」，則上訴審依系爭規定不受當事人上訴權一部行使之拘束，得將審判範圍擴及該未上訴部分。可見，系爭規定對當事人藉一部上訴限定上訴審審判範圍之權利構成限制。此項限制是否合憲，乃對系爭規定之憲法審查的重點。

（二） 被告之一部上訴權，乃使其獲得確實有效救濟之審級制度的必要內容，而為其憲法上訴訟權所保障

就系爭規定對當事人一部上訴之權利所加限制進行憲法審查時，首應審究一部上訴是否為憲法保障之權利。

本於憲法第 8 條及第 16 條所保障之人身自由與

訴訟權，刑事被告應享有依正當法律程序之原則，受法院公平審判之權利，於訴訟上尤應保障其享有充分之防禦權。雖然立法機關就具體實現人民訴訟權之訴訟制度的形塑，有一定之自由形成空間，但其所建構之訴訟制度仍須使人民之權利獲得確實有效之保護，且不得損及訴訟權保障之核心。就刑事訴訟而言，由於刑事處罰涉及被告生命、人身自由、財產及其他權利之限制甚至剝奪，係最嚴厲之制裁手段，故被告得循審級獲得救濟，就其所受有罪判決享有至少上訴1次之權利，乃訴訟權保障之核心內容（司法院釋字第384號、第752號等解釋及公民與政治權利國際公約第14條第5項參照）。上訴既係憲法上之權利，則被告自得就其有上訴利益之部分，決定是否及如何行使此項權利。故刑訴法規定被告得捨棄上訴權或撤回上訴（刑訴法第353條、第354條及第359條規定參照），亦得為上訴權之一部行使（刑訴法第348條第1項規定參照），實屬當然。就一部上訴而言，被告除得藉此限定上訴審之審判範圍並於此範圍內進行攻防外，更重要的是，其因而不必因為擔心甘服之部分遭上訴審撤銷改判而怯於就不服部分上訴。故被告得以一部上訴，不僅是上訴作為權利所當然，且係使上訴權得以實質有效行使之必要配套，自係其憲法上訴訟權之內涵。

（三）檢察官之一部上訴權因系爭規定所受限制，並非對系爭規定進行憲法審查時須考量之因素

檢察官並非基本權主體，憲法也未特就檢察官之上訴有所規定，故立法者於建構刑事訴訟制度時，就

是否賦予檢察官上訴權乃至其範圍及行使之條件，有自由形成之空間，得衡量相關因素為合理之規定。雖然刑訴法根據權力分立原理，為監督法院裁判權之適法行使而於刑訴法賦予檢察官上訴權（刑訴法第 3 條及第 344 條規定參照），但此係權限之授予，與被告之上訴權係憲法上訴訟權之核心內容，截然不同。是否授予檢察官上訴權，既純係立法政策之選擇，則立法者縱限制甚至未賦予檢察官上訴權，仍屬立法形成範圍，本庭原則上應予尊重，故檢察官之一部上訴權因系爭規定所受限制，並非對系爭規定進行憲法審查時須考量之因素。

（四）系爭規定所稱與上訴部分有關係之未上訴部分，乃指原判決中因上訴部分撤銷或改判必受影響，而與上訴部分在審判上無從分割者而言。如是解釋，系爭規定始能通過憲法審查

一部上訴既係被告受憲法保障之權利，則上訴審理應尊重此項權利之行使，而以被告聲明不服之範圍為其審判範圍。本件判決「基於當事人訴訟主體地位，以及法院不告不理的原則」，而揭示「上訴的範圍原則上由當事人決之，法院僅於上訴範圍內為審判」等旨（判決理由第 21 段參照），已肯認一部上訴係被告之權利，而非僅係為節約司法資源而採取之立法政策。

雖然上訴審應尊重被告上訴權之行使方式，然而於一部上訴之情形，就原判決觀察，若上訴部分經上訴審撤銷或改判後，將動搖原判決未上訴部分之維持，則該未上訴部分與上訴部分實屬無從割裂，因一

部上訴而必受影響。基於避免判決發生歧異或矛盾係重要公益，應認在避免這種情況發生所必要之範圍內，必受影響之未上訴部分與已上訴部分於上訴審具有審判上無從分割之關係，亦應納入上訴審之審判範圍，被告藉一部上訴限定上訴審審判及攻防範圍，不必因恐其未上訴部分有遭撤銷改判之風險而放棄上訴之權利，則相對應受到限制。

由於一部上訴係被告之憲法訴訟權的行使，須符合法律保留原則，故立法者就上開情形制定系爭規定以限制被告之一部上訴權。系爭規定所稱與上訴部分「有關係之部分」，自係指立法者所欲規範之上開情形，即就原判決觀察，因上訴部分經上訴審撤銷或改判必受影響，因而與上訴部分有審判上無從分割關係之未上訴部分。

於此理解下之系爭規定，立法目的係為避免上、下級審判決發生歧異或矛盾，自係為追求重要之公共利益，核屬正當。系爭規定雖對被告之一部上訴權構成限制，但就系爭規定所規範之情形而言，若不將未上訴部分與上訴部分合一審判，勢難避免上、下級審判決出現歧異或矛盾，故系爭規定對被告一部上訴權所加限制，乃達成立法目的之必要手段。被告之一部上訴權雖受系爭規定限制，但其上訴部分仍有獲得審級救濟之機會，訴訟權之核心內容未受影響，尚符合最小侵害之要求。被告之一部上訴權雖受限制，但與避免判決歧異或矛盾之重要公益相較，得失之間尚屬相稱。

綜上，系爭規定所稱與上訴部分有關係之未上訴

部分，乃指原判決中因上訴部分撤銷或改判必受影響，而與上訴部分在審判上無從分割者而言。於此範圍內，系爭規定雖限制被告之一部上訴權，但尚不生牴觸憲法之疑慮。本件判決與理由內指出「如判決的各部分因在法律適用上不得歧異或矛盾而具有審判上無從分割的關係，因一部上訴而其全部必受影響者，該有關係而未經聲明上訴的部分，始為上訴效力所及而成為上訴審審判的範圍（刑訴法第 344 條第 1 項、第 348 條第 1 項及第 2 項規定參照）」（判決理由第 21 段參照），即是以系爭規定合憲為前提，進行對系爭判例之憲法審查。

三、 系爭規定若依實務上之案件單一性理論解釋，將違反控訴原則及比例原則，並侵害被告之訴訟權

（一） 就未上訴部分與上訴部分是否存在審判上無從分割之關係，實務向非以二者在原判決內是否有無從割裂之關係為準，而是依案件單一性理論之「實體法上一罪，刑罰權單一，在審判上為一不可分割之單一訴訟客體」公式，以二者是否構成實體法上一罪為斷。

（二） 依案件單一性理論解釋系爭規定之審判不可分關係，將導致系爭規定牴觸憲法

案件單一性理論是實務為了避免實體法一罪之犯罪事實，因割裂起訴導致本應依法從一重處斷之情形，卻因分別判決而未能從一重處斷，致被告受超量處罰；或因僅起訴一部犯罪事實，致有罪判決之既判力擴及未起訴之犯罪事實，致被告受有「不當得利」；甚至因分別判決而生裁判歧異或矛盾等情形所創造的理論。這個理論斷言實體法一罪於訴訟法上必為單

一案件，其全部事實不得割裂評價而應合一審判，是以此類案件之追訴審判，應依前述公式適用起訴不可分、審判不可分及上訴不可分諸原則。雖然上述斷言其實並無任何理論基礎，邏輯上也非必然，但迄今仍牢牢支配實務對上開諸不可分原則之解釋、適用。

由於法院於認定全部事實是否構成具有不可分關係之實體法一罪時，不受檢察官（或自訴人）起訴見解之拘束，上級審也不受上訴見解及原判決認定之拘束。從而，檢察官以不可分之單一性案件起訴者，法院固可認定為可分之數罪案件而為數罪之諭知；其以可分之數罪案件起訴者，法院亦可認定為不可分之單一性案件而為合一之判決。要之，是否具有不可分關係，一以法院最終之心證為準。案件單一性理論之究極奧義，就在於讓各審級法院根據審理結論決定自己的審判範圍。如是解釋、適用起訴不可分原則及上訴不可分原則，固然讓法院保留了自行調整審判範圍以避免割裂評價實體法一罪之空間，但卻會牴觸控訴原則及侵害被告之訴訟權，也會違反比例原則：

1. 牴觸控訴原則

為實現公平審判，憲法基於權力分立原理，要求追訴權應與審判權分離，彼此獨立，分別交由行政權與司法權行使，使這兩種權力相互監督、制衡，避免追訴者兼為審判者，有失公平且無所節制，而濫權侵害人民自由權利。故法治國之刑事訴訟制度應採控訴原則（彈劾主義），由檢察官行使追訴權，決定是否對被告進行追訴乃至追訴之範圍，法院則不告不理（審判始自追訴，無訴即無裁判），且審判

之對象及範圍，限於檢察官起訴之被告及犯罪嫌疑事實（刑訴法第 266 條、第 268 條規定參照），不僅可免權力濫用之弊害，且法院、檢察官及被告因此形成三面之訴訟結構，法院立於客觀、中立地位而能公正、超然聽審及裁判，故審、檢分立實為刑事審判得以公平之最基本前提，而屬刑事正當法律程序的重要內涵。雖然立法者就訴訟制度之具體內容，享有一定之形成空間，但為符合正當法律程序原則，確保被告得於每一審級均受公平審判，每一審級均應採不告不理之控訴原則，依檢察官之起訴範圍決定法院的審判範圍，各審級之審判範圍均不得逾越起訴範圍。

然而，在涉及未記載於起訴書，而係法院於審判中發見或檢察官於起訴後移送併辦之潛在性事實的情形，由於案件單一性理論讓法院根據審理結果決定自己的審判範圍，因而一審只要認定潛在性事實與起訴書所載之顯在性事實構成實體法上一罪，即可依起訴不可分原則，將審判範圍擴及未經檢察官以起訴或追加起訴表示訴追意思之潛在性事實（若潛在性事實係法院於審判中發見，則甚至根本未經偵查），實已集起訴與審判之權力於一身，不免形同糾問而牴觸控訴原則[1]。即使一審沒有這麼做，案件上訴後，若二審認定經上訴之顯在性事實與潛在性事實有實體法一罪關係，仍得以潛在性事實為起訴效力所及（起訴不可分），且與上訴部分有審判上無從分割之關係（上訴不可分）為由，

[1] 本席於憲法法庭 114 年憲裁字第 77 號、第 78 號裁定之不同意見書即已認為依案件單一性理論解釋刑訴法第 267 條之起訴不可分原則，會導致該條規定違反控訴原則。

將潛在性事實納入審判範圍。可見，案件單一性理論擴大了刑訴法第 267 條及系爭規定之適用範圍，使法院得以自行將審判範圍擴及未經起訴之潛在性事實，致上開規定於此範圍內牴觸控訴原則。

2. 侵害被告之訴訟權

對被告來說，其在一審時是依起訴書認知其被訴事實並據以進行防禦，而且也預期法院的審判範圍就是起訴書記載之起訴範圍。案件上訴後，被告所認知的審判範圍，則是兩造上訴之範圍，同樣也預期上訴審會在這個範圍內審判。這樣的預期，是以起訴書、兩造的上訴書及刑訴法第 348 條第 1 項之明文規定為基礎，自屬合理。依起訴不可分原則及上訴不可分原則擴張之起訴及上訴範圍，既超出被告認知之審判範圍，則被告得否預期有此擴張並就擴張部分充分防禦，自攸關其訴訟權保障乃至審判之程序是否正當。因此，對於是否具備不可分關係之判斷，自應有使被告得據以預判起訴或上訴效力會否擴張之客觀標準。

然而，案件單一性理論提供的判準，是使審判範圍由法院的終局心證決定。在這個判準下，審判範圍在審判過程中是浮動的，直到辯論終結後其形成終局心證時才能確定。就此法院心中固然雪亮，但被告於訴訟進行時既不可能預知法院的終局心證，就無從預見起訴效力是否會及於潛在性事實，也難以預期一部上訴之效力是否會擴及未上訴部分，自不能期待其可就擴張部分充分防禦。故案件單一性理論提供的「法院主觀」判準，不足

以使被告判斷審判範圍是否擴張，以致被告難以就擴張部分充分防禦，上開規定因而於此範圍內侵害被告之訴訟權。

依案件單一性理論解釋刑訴法第 267 條及系爭規定，既然會導致這兩條規定於前述範圍內違反控訴原則及侵害訴訟權，自非法律之合憲解釋原則所許。就此而言，本件判決理由指出「不能依上訴審判決結果，反向推論上訴範圍，進而認為未上訴的部分，與上訴的部分有審判不可分關係，而為上訴效力所及。故判決的各部分是否有審判上不可分的關係，應以原判決的判斷為基礎，依當事人聲明上訴範圍決之，而非依上訴審審判的結果決之」（判決理由第 21 段參照），實已切中要害。

3. 違反比例原則

於上訴部分若經撤銷或改判，未上訴部分必受影響之情形，例如原判決認定被告犯實體法一罪，被告一部上訴，依案件單一性理論之「實體法一罪，在審判上為一不可分割之單一訴訟客體」公式，可得未上訴部分與上訴部分有審判上不可分關係，應適用系爭規定之結論。然此種情形若不合一審判，即有出現上、下級審判決歧異或矛盾之可能，本即係系爭規定之規範對象，故依案件單一性理論解釋系爭規定，尚無擴大適用範圍之問題。

但在就原判決觀察，上訴部分縱經撤銷、改判，也不影響未上訴部分之維持的情形，則顯無必要將未上訴部分視為亦已上訴，而使審判範圍超出被告欲藉一部上訴劃定之攻防範圍。然而在單

一性理論下，若上訴審認定二者構成實體法上一罪，仍可依系爭規定將未上訴部分納入審判範圍，進而予以撤銷改判。就此而言，依案件單一性理論解釋系爭規定，將使系爭規定對被告之一部上訴權施加不必要之限制，進而於此範圍內違反比例原則。

四、 系爭判例違憲的理由

（一） 系爭判例侵害被告之訴訟權，而且違反比例原則

系爭判例就檢察官以想像競合犯或牽連犯起訴，法院對其中某行為諭知無罪或有罪，而當事人僅就其他之諭知有罪或無罪部分提起上訴之情形，表示：「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，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。」之見解[2]。依上開見解，若當事人僅就有罪部分上訴，而無罪部分未經上訴，則雖然二者於原判決中本無實體法上一罪之關係，縱有罪部分經上訴審撤銷改判，不影響原判決之無罪部分的維持，但上訴審仍得依系爭規定將未上訴之無罪部分視為亦已上訴。可見，系爭判例係依案件單一性理論解釋系爭規定，得其上開見解。

如前所述，以案件單一性理論判斷系爭規定之不可分關係，會使系爭規定在前述特定範圍內違反控訴原則、比例原則，並侵害被告之訴訟權。系爭判例雖未涉及潛在性事實而不違反控訴原則，但仍因使審判範圍在訴訟中處於浮動狀態，致被告陷於難以就無罪

[2] 系爭判例無裁判全文可資參考，其裁判要旨係：「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，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。」

部分充分防禦之尷尬處境而侵害其訴訟權。再就避免發生上、下級審判決歧異或矛盾之規範目的而言，上訴之有罪部分既然無論如何撤銷改判均不影響未上訴之無罪部分，則系爭判例將無罪部分視為亦已上訴即非達成系爭規定目的所必要，違反比例原則。

綜上，系爭規定所稱有關係部分，不包括未經上訴之無罪部分，本件判決宣告系爭判例因將系爭規定適用於此種情形，牴觸憲法第 8 條保障人身自由及第 16 條保障人民訴訟權之意旨，自值贊同。應附此指明者，係系爭規定於 110 年 6 月 16 日修正時增訂但書：「但有關係之部分為無罪、免訴或不受理者，不在此限。」係以立法行為終止系爭規定違憲適用於此種情形，並非只是立法政策之選擇結果。

（二） 系爭判例並未違反不告不理原則

就前述當事人僅就有罪部分上訴，而無罪部分未經上訴之情形，本件判決固認為上訴的效力不及於未上訴的無罪部分（見判決理由第 20 段），並據以得出系爭規定不適用於未經上訴的無罪部分之合憲性解釋（見判決主文一及理由第 24 段），惟所持理由除上訴之有罪部分無論如何撤銷改判均不影響未上訴之無罪部分外，尚包括依不告不理原則，當事人就該無罪部分既無不服，即不應成為上訴審審判的對象，進而推論謂若違反不告不理原則而將無罪部分納入上訴審審判範圍，將導致有無刑法第 55 條規定的適用，竟非由法院判決決定，而由檢察官的起訴行為決定之不合理結果，進而違反刑訴法第 300 條及憲法第 80 條規定（見判決理由第 23 段）。

本席不能認同以上理由中關於不告不理原則之部分。

首先，系爭規定作為當事人得一部上訴的例外，本即允許上訴審將審判範圍擴及當事人並無不服的部分，因此當事人並未就無罪部分表示不服乙節，邏輯上不能導出該部分不應成為上訴審審判對象的結論。

其次，上訴審程序雖應採控訴原則，以確保被告得受公平審判，但上訴程序是由當事人之上訴－而非檢察官之起訴－而開啟，因此作為控訴原則核心內涵之不告不理，對於上訴審之意義在於，上訴審之審判仍以檢察官之起訴為前提，故上訴審法院仍應職權審查起訴之合法性，且不得逾檢察官之起訴範圍而審判。不告不理是劃出上訴審審判範圍的最大可能界限，而非將審判範圍侷限於當事人聲明不服之範圍內。上訴審之所以原則上應以上訴部分為其審判範圍，純係因一部上訴係被告之訴訟權行使，應受上訴審尊重，而無涉不告不理原則。從而本件判決以違反該原則為前提，所為系爭判例若適用於前述情形，將導致有無刑法第 55 條規定的適用係由檢察官之起訴，而非法院之判決決定之推論，自然也不能成立。如前所述，系爭判例係根據案件單一性理論而來，而這個理論的究極奧義，就在於讓各審級法院根據審理結果自行決定審判範圍。因此恰恰相反，系爭判例仍是將有無刑法第 55 條適用交由法院的判決－－而非檢察官的起訴－－來決定。

憲法法庭115年憲判字第4號判決
部分不同意見書

蔡彩貞大法官提出

壹、程序部分：本案判決不符合同意之法定最低人數要求

本案多數意見重申本庭114年憲判字第1號判決宣告中華民國114年間提高憲法判決人數門檻之新修正憲法訴訟法第30條第2項違憲之意旨，且併引該判決及本院115年憲判字第1、2、3號等判決理由，主張該修正之新法違憲失效後，應以憲法訴訟法（下稱憲訴法）第30條第1項規定為本案判決之程序規範（下稱系爭程序規範），並於判決理由中，「形成主文的法律上意見」項下，先行敘明本庭現任大法官八人，因其中三人持續拒絕參與判決評議，為使憲法法庭正常、持續、有效運作，該持續拒絕參與判決評議之人數，應不計入現有總額，而由其餘之大法官五人進行評議等語（本判決理由肆、一參照）。

本席對此部分多數意見，除引用本席前於上開判決所提出之意見書外，茲再扼要說明如下：

一、大法官審理憲法上各種聲請案，為憲法上法官，於案件之審理，固與一般法官同應循憲法第80條規定，依法審判，然大法官為忠誠履行其違憲審查義務，以捍衛憲政秩序，保障人民基本權，端賴憲法法庭之正常、有效運作，故維護憲法法庭功能，乃捍衛憲政秩序、保障人民權利之前提，非僅屬憲法法庭之組織與日常運作等程序

事項之技術性事務，而係攸關憲政秩序存續之重要機制，對大法官履行憲法所賦予維護規範位階及憲政秩序之重大職責而言，與形式法規範之遵守同具重要性，二者不容偏廢。若因大法官將關於其作業程序之形式法規範奉為絕不容侵犯之圭臬，矢志嚴守，使唯一之違憲審查機關憲法法庭長期受制於該作業程序規範而面臨停擺之困境，不知伊於胡底，致憲政陷入僵局，無異任令作業程序之相關法規範淪為癱瘓憲法法庭功能之工具，顯與該法規範明定憲法法庭作業程序，係為助益憲法法庭釋憲職務順暢運作之規範目的相悖。為謀求遵守形式法規範與維護憲法法庭功能二者間之衡平，避免因僵化地嚴守形式法規範導致與規範目的相反之結果，本席對多數意見主張本案應以修正前已存在且迄仍有效之系爭程序規範，作為判決之依據，及本案因三位大法官持續拒絕參與判決之評議、表決，致憲法法庭正常運作難以維繫，故關於本件程序法規範之適用，應作有利於維護憲法法庭功能之解釋，俾保持憲法法庭功能於不墜等見解，殊表贊成。

二、惟就多數意見所持：為使憲法法庭正常運作，適用系爭程序規範時，三位持續拒絕參與判決評議之大法官事實上未行使職權，與大法官依法迴避之情形無異，本於同一法理，應不計入現有總額人數之見解，及持多數意見之大法官於實際執行職務時，以本案業經現有總額五位大法官參與判決評議，且其中四位大法官並於表決時表示同意，而認判決已成立等部分，基於下列理由，本席

均礙難苟同：

(一)本案大法官現有總額應併計持續拒絕參與判決評議之三位大法官，共八人

系爭程序規範明定判決原則上應經大法官現有總額三分之二以上參與評議，大法官現有總額過半數同意，其關於參與評議及表決同意等判決最低人數門檻之設置，旨在使憲法判決必經由一定之多數人合議形成共識，集思廣益，以確保裁判品質，提升其實質正當性，故人數門檻之意涵、計算，自須明確、穩定，且不容人為操控，隨意增、減。「大法官現有總額」一語，即現任大法官總數，此大法官人數現有之客觀狀態，係國家任命權行使結果，非可輕易變動；系爭程序規範以之作為計算判決人數門檻之基準，意在以昭慎重，俾落實其規範目的。具體個案中，用以計算門檻人數基準之大法官現有總額，當係指現任大法官，且於該個案中客觀上並無不能行使職權之障礙事由而得以正常行使職權者。司法院大法官法定員額十五人，113 年間任滿之七位大法官已非現任大法官，其繼任人選迄猶懸缺未補造成大法官缺額，扣除此缺額後，現任大法官應為八人，且於本案均無應依法迴避等致客觀上不能行使職權之障礙事由，故本案大法官現有總額應為八人。

多數意見雖援引上開判決意旨，以依法迴避之現任大法官事實上未行使職權參與判決之評議、表決，與法定員額中之缺額無異，故憲訴法第 12 條明定不計入現有總額人數；本案拒絕參與評議之三位現任大法官，事實

上未行使職權，亦與應迴避之大法官無異，自應依循同一法理，不計入現有大法官總額人數為由，主張適用系爭程序規範時，三位拒絕參與判決評議之現任大法官應不計入其所指之「大法官現有總額」人數，本件大法官現有總額應為五人。故多數意見為避免因三位大法官拒絕參與判決評議、表決一事，妨礙大法官行使職權，於計算本案判決人數門檻時，係將大法官因拒絕參與評議而未行使職權，與大法官因缺額、依法迴避等原因而未行使職權之情形，等同視之，一律不計入大法官現有總額，使本案大法官現有總額減少為五人，藉以降低判決人數法定門檻。惟多數意見所指大法官缺額情形，即現任大法官人數不足法定員額部分，乃國家行使人事任命權之結果，由於尚無遞補之現任大法官，本無行使職權可言；另個案中現任大法官依法迴避，亦有明確之法定要件與程序，且其係因迴避而就該個案依法不得行使職權，故此等大法官事實上未行使職權，均係因非可歸責於大法官之事由，致客觀上無可行使職權之大法官，或大法官客觀上不能行使職權，於計算判決人數門檻時不予計入，事屬當然，且因均非由於大法官所能操控之事由所致，自亦無悖於上開設置判決人數門檻之規範目的。反觀大法官於個案中，因個人法律見解而持續拒絕參與判決之評議、表決，其持續未行使職權，係出於大法官個人自主之意思決定，與前述非因大法官個人可操控之事由致職權行使陷於客觀「不能」之情形，迥然有別。多數意見既昧於大法官缺額部分本無現任大法官可行使職

權之事實，復混淆大法官依憑己意拒絕評議與因法律規定而不得不迴避，致未區辨其間差異，徒執大法官拒絕參與判決評議、表決所呈現未行使職權之事實狀態一端，與大法官缺額、依法迴避無異，遽認均得本於同一法理，不予計入現有總額，不僅顯然違背設置判決人數門檻係為落實判決應經合議以確保裁判品質之制度本旨；尤以大法官本其個人意思拒絕行使職權之情形，於不同個案中，所憑之理由及其必要性等相關具體情狀，不一而足，多數意見於說理上，不問情由一律賦予得不計入大法官現有總額人數之相同法律效果，不免予人藉此影響憲法裁判結果之機會，恐造成難以防範之破窗效應，本席礙難支持。

(二)綜合考量本案具體狀況，為求取遵守形式法規範與維護憲法法庭功能二者間之衡平，本案應調降判決評議門檻，由大法官現有總額過半數即五人以上參與評議

提高憲法判決人數門檻之新修正憲訴法規定，已於去年12月間經憲法判決宣告違憲失效，故本案係以修正前已存在且迄仍有效之系爭程序規範，作為判決之依據。在此前提下，本案判決於程序上固須遵守系爭程序規範，判決應經大法官現有總額三分之二即六位大法官參與評議，大法官現有總額過半數即五位大法官同意，惟本案由於三位大法官持續拒絕參與評議，實際參與評議之大法官僅五人，未達上開評議人數門檻，若仍僵化嚴守形式上之系爭程序規範，將致使本案未能進行判決之評議、表決。鑑於歷經113年10月底七位大法官任滿後，繼任

人選久懸未補，及114年初立法機關曾一度修正憲訴法，提高憲法判決評議門檻為十人，迄同年12月始經憲法判決宣告該修正規定違憲失效等事件之疊加效應，其間長達年餘，憲法法庭始終因現任大法官八人不足法定人數而無法維持正常、有效運作，違憲審查功能嚴重弱化，已對憲政秩序之維護與人民基本權之保障，均造成不利影響；考量保持憲法法庭正常、有效運作，為憲法法庭得以行使憲法上職權之重要前提，亦為系爭程序規範立法本旨所在，遵守形式法規範與維護憲法法庭功能二者不能偏廢，為貫徹上述系爭程序規範設置判決人數門檻旨在落實合議之規範目的，就本案「現有大法官總額」，應謹守該規範意旨，依實際現任大法官總人數認定為八人，不應隨大法官個人是否參與判決評議之主觀意願而變動；關於本案因三位大法官持續拒絕參與評議，實際執行職權參與判決評議之大法官僅五人，未達判決評議人數門檻，致唯一違憲審查機關之憲法法庭喪失評議功能，無法作成判決之情形，本席認為值此非常時期，為謀求遵循形式法規範與維護憲法法庭功能二者間之衡平，於依循本件程序規範，維持本件大法官現有總額為八人，不隨大法官依己意拒絕評議之個人行為而減少，以落實合議制，確保憲法判決品質之前提下，適度降低法定判決人數門檻，容許不足法定人數，但已逾大法官現有總額二分之一，符合合議制議事原則過半數基本要求之五位實際執行職務大法官全體參與評議，依法作成判決，以兼顧憲法法庭功能之維護，相較於獨尊形式法

規範，致憲法法庭囿於判決法定人數不足而再度陷入憲政僵局，全面擱置應依法判決之憲法聲請案，前者始為維持憲政秩序及保障人民基本權利之最佳選擇。

(三)本案判決之作成，仍應遵守系爭程序規範，經大法官現有總額過半數即五人以上同意

本案因三位大法官持續拒絕參與評議，致實際執行職務之現任大法官僅五人，雖未達現有總額人數三分之二即六人之判決評議法定門檻，但已符合現有總額人數過半數之法定同意判決門檻，而得依法為同意與否之表決，是本案判決，自應依法經大法官現有總額過半數即五人以上表決同意。

(四)多數意見與本席對系爭程序規範解釋適用上之歧異

1、多數意見認本案三位持續拒絕參與判決評議之大法官，因實際上未參與判決之作成，應不計入現有總額人數；系爭程序規範所明定，依該現有總額人數一定比例計算之判決參與評議、表決同意等人數門檻，均以實際參與之人數為準。依此見解，本案大法官現有總額為五人，作成判決須經該現有總額三分之二即四人以上參與評議，其過半數即三人以上同意。

2、本席則認為三位大法官係因持續拒絕參與判決評議，而事實上未行使職權，有別於客觀上不能行使職權，自應計入現有總額人數，以符合現任大法官人數之現實狀況；又為有效排除三位大法官事實上未行使職權，對憲法法庭運作造成之妨礙，關於系爭程序規範所設作成判決之門檻，僅就評議門檻配合現實狀況適度調降，由事實上

行使職權之大法官全體參與，至於同意門檻仍遵守該規範之規定。因此，本案大法官現有總額為八人，作成判決應經該現有總額過半數之實際執行職務五人全體參與評議，該現有總額過半數即五人以上同意。

3、兩相比較，多數意見對系爭程序規範所明定，攸關判決作成之大法官現有總額，及評議、同意之人數門檻等要件，均以實際參與之人數為準，使憲法法庭可隨時依參與運作之人數實況，以其過半數作成判決，此固係基於維持憲法法庭功能之目的，所為之合目的性解釋，然依此解釋，用以控制判決評議、同意人數須達一定比例之現有總額人數，一律以實際執行職務之人數為準，對事實上持續未參與職務之情形，不問情由，概予排除在外，則現有總額人數將因其本身未受適當管制而無法發揮上開法規範預設之控管功能，身為審判者之大法官，如此解釋適用其審判所依憑之系爭程序規範，就依法審判而言，已嚴重失守；再者，於實際參與之大法官因人數過少至已顯失應具備之多元代表性時，作成判決之實質正當性不足，未能落實規範目的，已詳述如上，且認大法官個人依憑己意拒絕裁判，亦可降低用以控制判決評議與同意人數須達一定比例之現有總額人數，恐引發他人策略運用藉此影響憲法裁判結果之風險，多數意見為維護憲法法庭功能所採取之手段，卻對日後憲法法庭違憲審查功能之落實，埋下隱憂，其正當性亦有欠缺。而本席意見則強調憲法法庭執行職務，對遵守形式法規範與確保憲法法庭功能求其兩全而不可得，致須面臨取捨之

兩難抉擇時，應綜合考量個案具體情狀，求取二者之平衡；尤以值此權力分立憲政體制下，因政治上分權制衡結果，造成大法官長期缺額，不足裁判所需之法定人數，為維持裁判之實質正當性，提昇其公信力，除因不可歸責之事由致客觀上不能之情形外，應本於最大善意，確實遵守作成判決所依據之系爭程序規範，故本席認適用系爭程序規範作成本案判決，對該規範明定之上開要件，僅評議門檻一項，為因應無法避免並克服之不足法定人數之事實上困難，始配合事實上執行職務人數予以調降外，另就大法官現有總額人數一項，應終堅持與現實狀態相符，以維持憲法判決之正當性不致因個人拒絕參與判決之作成而降低；對判決之同意，亦應確定遵守法定人數門檻。對照多數意見，本席見解更能展示以最大善意體現依法審判原則，所採取兼顧維護憲法法庭功能之手段，對依法審判原則造成之犧牲亦更小。

(五)本席對多數意見上開關於系爭程序規範解釋適用之見解，不表贊同，故對多數意見於實際執行職務時，以本案業經現有總額五位大法官參與評議，其中四位大法官並於表決時表示同意，而認判決已成立，本席亦礙難苟同。

貳、實體部分

一、110 年 6 月 16 日修正公布前刑事訴訟法（下稱刑訴法）第 348 條第 2 項規定（下稱系爭規定）係刑事訴訟法上訴編之通則規定，於第二審及第三審上訴均適用。多數意見於本案判決主文第一項宣示系爭規定「於原審判決

認定無罪之部分不適用之，就此而言，與憲法第 8 條保障人身自由及第 16 條保障人民訴訟權之意旨無違」，關於此部分，本案判決主文、理由均未區分第二審、第三審上訴，依其客觀文義當係兼指二者。惟公訴人於本案原因案件，指該案被告即聲請人以一行為觸犯甲、乙二罪，並牽連觸犯丙、丁二罪（各罪均詳如本案判決理由壹、一「事實經過」欄所示）。第一審判決則認聲請人所犯甲、乙二罪，為普通法與特別法之法規競合關係，應依特別法論以乙罪；另被訴之丙罪不成立，丁罪不能證明，因公訴意旨認與有罪部分為裁判上一罪，故均說明不另為無罪諭知。兩造均不服該判決，聲請人對認定其犯甲、乙二罪部分，檢察官則就聲請人經認定無罪之被訴丙、丁二罪部分，分別提起第二審上訴；因此第一審判決全部經兩造當事人提起第二審上訴，第二上訴並未涉及系爭規定一部上訴效力範圍之爭議；本案之原因案件僅第三審上訴部分涉及此爭議，本席爰針對第三審上訴部分提出意見書。

二、多數意見以系爭規定明揭「對於判決之一部上訴者，其『有關係之部分』，視為亦已上訴」，被告因經原判決諭知無罪而未上訴部分，並非該規定所指與上訴部分「有關係之部分」，上訴審若將系爭規定適用於此未經上訴之無罪部分併予審判，即係無視於當事人就此部分並無上訴之意思而為裁判，其判決已逾越當事人上訴範圍，違反不告不理原則，對被告造成突襲；亦使原應受無罪判決確定之被告，有再次受有罪判決之危險，而侵害被告

之人身自由及訴訟權等情為由，認系爭規定應不適用於被告經原審判決認定無罪部分，始與憲法意旨無違。惟個案如何適用法律，事屬法院認事用法之爭議，多數意見執為主張系爭規定違憲之理由，本席不表贊同。又多數意見所指上開違憲情形，本席亦礙難苟同，茲敘述理由如下：

(一)系爭規定適用於被告因經原判決諭知無罪而未上訴部分，未違反不告不理原則

1、依系爭規定，僅對判決之一部上訴者，效力亦及於「有關係部分」；所謂「有關係部分」，係指判決之客觀範圍各部分在審判上無從分割，因一部上訴而其全部必受影響者而言。蓋案件之犯罪事實，除單純一罪者無一部、全部之分外，若為實質上一罪（如接續犯、集合犯等），或裁判上一罪（想像競合）之情形，犯罪事實不祇一個，但國家僅有一刑罰權，祇能論以一罪並科處一刑罰，對其一部犯罪事實上訴，勢必對全部造成影響，故系爭規定明定一部上訴，效力及於其他部分，旨在使構成一刑罰權之全部犯罪事實得於同一審判程序中同步確定，以維護裁判一致性，防止因其中部分犯罪事實審判程序割裂，造成裁判矛盾，並避免程序重複致浪費訴訟資源，以符訴訟經濟；同時亦落實一事不再理原則，確保被告不致因同一事實，重複受審，徒增訟累，以保障被告防禦權，而符合正當程序。

2、一般學說上之不告不理原則，乃指法院必須先有檢察官、自訴人提出之控訴，方可開始審理，無控訴，法院不能

本其職權，逕行審理；被告之行為，應受審判之對象（即範圍），乃指起訴書或自訴狀所記載之被告「犯罪事實」（包括與之有想像競合犯等具有同一案件關係之犯罪事實）而言，此觀刑訴法第 1 條第 1 項、第 268 條、第 343 條等規定自明。簡言之，起訴的範圍即為審判的對象範圍，此乃不告不理原則[1]。系爭規定係關於對原審判決一部上訴之效力規定，自其內容觀之，與不告不理原則，本不相涉，遑論因適用於原審判決認應無罪部分，而逾越被告上訴意旨致違反不告不理原則。

3、另有論者主張不告不理原則係刑事法院不得主動本其職權開始審判犯罪，故除於第一審，必須先有檢察官、自訴人提出之控訴，並以控訴之犯罪為審判範圍外；於上訴審，亦須俟上訴權人提起上訴，始得以上訴範圍為審判範圍（刑訴法第 366 條參照）[2]。設若被告被訴一行為觸犯數罪名，為想像競合犯，第二審法院認其被訴重罪部分有罪而判處罪刑，對其被訴輕罪二罪部分則認為均無罪，並以此部分與有罪部分均有裁判上一罪關係而說明不另為無罪諭知；被告就有罪部分提起第三審上訴，檢察官則就諭知無罪部分中之一罪，依法上訴第三審，另餘一罪為不得上訴第三審之罪。於此情形，不得上訴三審之罪，本非被告、檢察官指明上訴第三審之罪，但

[1] 參陳樸生，刑事訴訟法爭議問題研究，五南出版，頁 195-196（1999 年）；林山田，刑事程序法，五南出版，頁 51-52（2004 年）；黃朝義，刑事訴訟法，新學林出版，頁 816（2021 年）。

[2] 參林鈺雄，刑事訴訟法（下冊），新學林出版，頁 419（2024 年）；劉秉鈞，刑事訴訟法：第二講　刑事訴訟上不告不理的「告」在第二審的意義與法律效果，月旦法學教室，第 86 期，頁 87（2019 年）。

依檢察官公訴意旨，其與經上訴之各罪，同為該個案中單一刑罰權範圍內之罪，其判決確定結果攸關所屬單一刑罰權有無及其具體內容之判斷，縱曾經第二審法院認為無罪，惟判決確定前各審級均僅係因起訴而開始之訴訟程序階段之一，被告被訴之犯罪事實未經判決確定前，性質上僅為檢察官起訴事實之一環，其存在與否、具體內容及對刑罰權之影響，仍待進一步釐清，並不因其曾經第二審認為無罪而有不同，其若因此無系爭規定之適用，未能依附於與其同屬一刑罰權之他罪上訴第三審，致與該他罪於程序上脫勾，認其無罪之第二審判決因而先行確定，可能對上訴第三審之他罪日後裁判之採證認事、論罪科刑，造成窒礙與矛盾，而影響彼等共同所屬之同一刑罰權行使之正確性與妥當性。故系爭規定為防止上開情形，亦應適用於因經原判決諭知無罪而未上訴部分之罪。依此適用系爭規定，並無違反不告不理而違憲可言。

(二)系爭規定適用於被告因經原判決諭知無罪而未上訴部分，未對被告造成突襲

多數意見雖認上訴審法院適用系爭規定，將未經上訴之無罪部分併予審判，其判決已逾越當事人設定之上訴範圍，對當事人造成突襲，惟就何以足致突襲之理由，未置一詞，似認判決逾越當事人設定範圍，即必然造成突襲。然訴訟上之突襲，通常係指在裁判形成之法律程序過程中，法官在當事人沒有預期及充分準備之情形下，突然為某種訴訟上行為或決定，因未給予受裁判人可預

見之機會，致其措手不及，未能為充分之防禦，而於法律見解、事實認定或證據評價上，對當事人造成突襲，此與裁判逾越當事人設定範圍，並無必然之關聯性。依刑訴法規定，刑事訴訟上訴審程序，第二審部分，程序甫開始，於上訴人陳述上訴要旨後，法官即應對被告踐行告知義務，告知其被起訴及經一審判決判斷之所有罪名，並得請求對己有利之證據，事後罪名若有變更，並應再告知；於調查證據程序之最後，並應訊問被告對被起訴或判決之犯罪事實之意見[3]；而實務運作上，法官應履行之告知義務，除所犯罪名外，另如：可能成立之其他罪名、所犯之多數罪名係實質一罪或數罪或裁判一罪之罪數關係等各項，亦均內含在應踐行告知義務[4]。第三審屬法律審，原則上採書面審理，於上訴人上訴範圍內，審查二審判決有無違背法令之瑕疵，若無，則駁回上訴，若有，則依法撤銷、發回，對事實認定若認猶有疑義，則發回原審更為審理，並不自行調查、認定，自不致對被告造成突襲。是因系爭規定之適用，使上訴人上訴之效力及於有關係部分，於法制上，並無對被告造成突襲之疑慮；而於事實上，具體個案訴訟中，起訴書、歷審判決書均須依法送達予被告，被告亦據以應訴、上訴，理論上，對各項書類內容，當已知瞭，對其可能經法院判決有罪，亦非毫無警覺，輔以法院依法踐行之告知義務觀

[3] 參刑事訴訟法第 95 條、第 364 條等規定。
[4] 參最高法院 112 年度台上字第 1638 號、112 年度台上字第 1979 號、111 年度台上字第 3150 號、111 年度台上字第 1397 號等刑事判決意旨。

之，並無造成突襲可能。尤以本案原因案件系爭確定判決之二審程序，案件經最高法院發回後，於第二審程序，係全案回復至第一審判決後，二審未判決前之狀態，程序更新進行，對被告而言，縱因法院未能善盡告知義務，對被告防禦權有所妨礙，亦僅屬裁判違憲爭議，要難遽指法規範違憲。

(三)系爭規定適用於被告因經原判決諭知無罪而未上訴部分，並未對被告造成雙重危險

多數意見認為被告因經原判決諭知無罪而未上訴部分，該未經上訴之無罪部分，並非該規定所指與上訴部分「有關係之部分」，即非與上訴部分有關係，應不為上訴效力所及，否則，「有使原應受無罪判決確定之被告，再次受有罪判決之危險」(本件判決理由第 25 段參照)。惟綜觀判決全文，就所指該危險之確切意涵，並無相關說明。而自法治國家要求之法安定性原則、信賴保護原則以及比例原則所導出，一行為不能重複處罰之要求，即具有憲法位階之「一行為不二罰原則」，其概念相當於我國刑事訴訟法上之一事不再理原則(司法院釋字第 604 號解釋許宗力大法官協同意見書參照)；即判決確定後，除為維護極重要之公共利益者外，不得對同一行為重複追訴、審問、處罰，以避免人民因同一行為而遭受重複審問處罰之危險(即禁止雙重危險)、防止重複審判帶給人民之騷擾、折磨、消耗、痛苦或冤獄，並確保判決之終局性。(司法院釋字第 775 號解釋理由書第 18 段)。足徵一行為不二罰原則，即禁止雙重危險，旨在保障經判決

有罪或無罪開釋確定者，無庸就同一行為再受一次刑事訴究。多數意見所指「有使原應受無罪判決確定之被告，再次受有罪判決之危險」，顯非針對已判決確定之被告，自無違背禁止雙重危險之憲法原則可言。

三、結論：法規範不合時宜，未必違憲

法律係特定時空下應運而生之社會制度，隨時代變遷而演進，事所當然；立法者為使法律與社會、環境之脈動相契合，發揮應有之規範功能，自須適時修法，故法律修正僅能說明原有法規範因不能充分滿足社會需求，已不合時宜，尚不得執以反推舊法於制定當時即屬違憲。從而判斷舊時代以舊法規範舊事物是否違憲，應立基於當下的法治觀點與社會通念，觀察舊法在「當時」是否侵害當時已存在、且為現代所確信的「核心人權或憲法原則」，於證明即使置於舊時代時空背景下，舊法亦已構成「明顯且重大的法治瑕疵」時，始能指舊法違憲。

我國數十年來，伴隨著解嚴、中央民意代表全面改選等政治民主化，社會人權意識也隨之高漲，於各事務領域中，人民言論自由、人身自由、訴訟權等憲法基本權利之實踐，已有長足進步，與過往非可同日而語，司法制度保障人權之水準，亦相應大幅提升，已今非昔比。系爭規定雖已於 110 年 6 月間修正，為因應強調保障刑事被告人權之思潮，修正前其關於一部上訴效力及於其有關係部分之規定，審判實務在適用上認亦包含原判決認定無罪部分，於修正後已明文排除。惟本案原因案件之刑事訴訟程序進行係於 89 年至 103 年間，迄已十餘

年，其間歷經三十餘次刑訴法之修正；本案原因案件歷次最高法院裁判，係在 110 年系爭規定修正前，以刑事訴訟法「審判不可分」原則為重要前提之法制下，為落實該原則，使同一刑罰權範圍內之全部犯罪事實同步確定，以維護確保裁判之一致性，確保國家刑罰權之落實與正確行使，此乃當時刑事訴訟政策及法律見解之問題，不生違法之爭，更無違憲之疑。本案多數見解所指各項違憲情形，並不存在，難認舊法已構成「明顯且重大的法治瑕疵」，爰提出除不受理部分外之部分不同意見書，逐一指明。