

107 年度憲二字第 9 號呂昆哲聲請案不受理決議協同意見書

黃虹霞大法官提出

本席贊同本件應不受理之結論，提出協同意見如下，以為補充說明。

一、本件最高法院先於 106 年 12 月 7 日 106 年度台上字第 2780 號刑事判決認聲請人不具上訴資格駁回其上訴；次於 107 年 4 月 19 日以同案號刑事判決認聲請人符合上訴資格，但上訴不合程式駁回其上訴。

二、最高法院 107 年 4 月 19 日 106 年度台上字第 2780 號刑事判決就呂昆哲得否對更審判決提起第三審上訴一節，論述如下：¹

「原審法院更審後乃撤銷第一審諭知上訴人無罪之判決，改依刑法第 339 條第 2 項之詐欺得利罪處斷。而原審法院更審判決所論處之上揭詐欺得利罪，雖屬刑事訴訟法第 376 條第 1 項第 4 款所列不得上訴於第三審法院之案件，但因第一審係諭知上訴人無罪之判決，而原審法院第一次上訴審雖曾改判論以廢止前電業法第 106 條第 1 項第 3 款之竊電罪，但該判決已經上訴由本院前審予以撤銷並諭知發回更審。而原審法院於更審後始『初次改判上訴人犯刑法第 339 條第 2 項之詐欺得利罪』。則上訴人不服原審法院上開更審判決（即初次論處不得上訴於第三審法院罪名之判決）而向本院提起上訴，依前述說明，即非屬修正後刑事訴訟法第 376 條第 2 項所規定『依前項但書規定上訴』之情形，自不受該條項關於不得上訴於第三審法院之限制。從而，上訴人不服原審上開更審判決而於法定期間向本院提起上訴，依上述說明，應屬合

¹ 最高法院 107 年 4 月 19 日 106 年度台上字第 2780 號刑事判決，行碼 91 至 105，請參見司法院法學資料檢索系統。

法。」

惟上開最高法院 107 年 4 月 19 日刑事判決並未撤銷其前同法院 106 年 12 月 7 日同案號之刑事判決，即逕續行審理。其所持理由為：²

「按利益於被告之合法上訴，上訴審法院誤為不合法而從程序上為駁回上訴之判決確定者（僅係形式上確定），因上訴審法院此項違法之程序判決自始當然無效，並不發生實質確定力與拘束力，故上訴人原已提出之上訴並不因而失效。從而，上訴審法院仍應就上訴人合法之上訴依法加以審判，並不受原先違法駁回上訴判決效力之拘束。本件上訴人呂昆哲不服原審法院前揭更審判決而向本院提起上訴，本院原雖以其上訴應受修正後刑事訴訟法第 376 條第 2 項規定之限制，認其上訴為法所不許，而於 106 年 12 月 7 日，以 106 年度台上字第 2780 號刑事判決予以駁回。然依前述說明，本院上開駁回之程序判決係誤認上訴人之合法上訴為不合法，自始當然無效，並不發生實質之確定力與拘束力，故上訴人原提起之上訴並不因而失效，本院仍應就其原先合法之上訴依法加以審判，合先敘明。」

三、本件聲請案，就個案而言，最高法院雖未撤銷 106 年 12 月 7 日 106 年度台上字第 2780 號刑事判決（即聲請人聲請時所據之原確定終局判決），但已認呂昆哲得就更審判決為第三審上訴，故聲請人據原確定終局判決而聲請解釋之憲法疑義已不復存在。又最高法院既已明白表示其見解：即「原審法院於更審後始『初次改判上訴人犯刑法第 339 條第 2 項之詐欺得利罪』。則上訴人不服原審法院上開更審判決（即初次論處不得上訴於第三審法院罪名之判決）而向本院提起上訴，依前述說明，即非屬修正後刑事訴訟法第 376 條

² 最高法院 107 年 4 月 19 日 106 年度台上字第 2780 號判決，行碼 106 至 119，請參見司法院法學資料檢索系統。

第2項所規定『依前項但書規定上訴』之情形，自不受該條項關於不得上訴於第三審法院之限制。」則就通案而言，亦無為解釋之必要。另關於原因個案之救濟部分，本件如由本院作成解釋，並由最高法院另一庭審理，則聲請人之委屈：即其原只受臺灣高等法院刑事判決為4個月有期徒刑宣告，僅聲請人不服並上訴最高法院後，受最高法院有利判決發回；而在事實無變更，只是因電業法廢止而變更適用刑法詐欺得利罪（二者法定刑度相當），竟無特別理由而受臺灣高等法院刑事更審判決為1年有期徒刑宣告。更審判決加重量刑，其理由闕如，難道沒有違反不利益判決禁止之問題嗎？最高法院107年4月19日判決視而不見，雖難昭信服，但亦因該107年4月19日判決並非本件聲請之原確定終局裁判，而無法給予聲請人個案救濟。因此無法受理本件聲請。

四、惟本席不贊同最高法院認無須撤銷原違法判決，即可繼續審判之見解，理由如下：

（一）最高法院107年4月19日判決並未敘明其此一見解之依據，推測可能為本院釋字第271號解釋、最高法院25年上字第3231號判例或最高法院80年度第5次刑事庭會議決議。查本院釋字第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。」

該號解釋之客體為最高法院25年上字第3231號判例：

「……原辦檢察官……上訴本未逾越法定期間，第二審法院審理時，因第一審漏將該片附卷呈送，致檢察

官之合法上訴無從發見，並以其所補具上訴理由書係在同年三月四日，遂認為上訴逾期，判決駁回，此種程序上之判決，本不發生實質的確定力，原檢察官之上訴，並不因而失效，既據第一審法院首席檢察官，於判決後發見聲明上訴片係呈送卷宗時漏未附卷，將原片檢出呈報，則第二審法院自應仍就第一審檢察官之合法上訴，進而為實體上之裁判。」

該判例係針對檢察官提起上訴之情形，故該解釋僅就「不利於被告之合法上訴，上訴審法院誤為不合法，而從程序上為駁回上訴之判決確定者」為解釋，而不包括「利益於被告之合法上訴，上訴審法院誤為不合法，而從程序上為駁回上訴之判決確定者」，乃屬當然，但此並不表示本院釋字第 271 號解釋「排除」後者情形，而可認後者情形不生實質確定力，無須撤銷即可逕依合法上訴，進行審判。又最高法院 25 年上字第 3231 號判例也只是針對檢察官上訴之情形，未提及被告上訴之情形，故該判例經本院釋字第 271 號解釋宣告應不再援用後，已無剩餘，即全部失效。乃最高法院 80 年度第 5 次刑事庭會議決議竟認：「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，當不屬於釋字第 271 號解釋之範圍，仍應援用本院 25 年上字第 3231 號判例，亦即此種程序上判決，不發生實質上之確定力，毋庸先依非常上訴程序撤銷，可逕依合法之上訴，進行審判……」所述應屬無據，且該決議無視本院釋字第 271 號解釋已特予指出之「既具有判決之形式」，其當否非無疑。

（二）再者，「須依非常上訴撤銷判決」與「無須撤銷判決，由同一庭逕行審判」兩種作法對人民受公平審判權利有重大影響。蓋依非常上訴撤銷判決後，將重新分案，由不同庭審理；逕行審判則由同一庭續行審理。將合法上訴誤認為不合法上訴之法官，對該案件已為裁判，對案件已可能有預斷，若由其續行審判，自可能影響人民受公平審判之權利（此與法官迴避之道理同）。故而，沒有無視已具判決形式之判決

存在之事實，而無認可由同一庭法官以前判決無效而續行審理之理。惟因後判決（最高法院 107 年 4 月 19 日判決）並非本件聲請所據之確定終局裁判，故本件無法以之為客體進一步處理。此一爭議或有賴檢察總長以非常上訴救濟之。

（三）最近據報導，有多件檢察官發揮關注被告有利事項之職責，經由為被告提出再審、非常上訴之舉措，使被告獲判無罪，免於冤錯。為所當為，謹此對相關人員致敬。