

最高法院刑事判決

115年度台非字第119號

上訴人 最高檢察署檢察總長
被告 林秉弘（原名林盛哲）

上列上訴人因被告偽造文書案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國103年4月17日第二審更審確定判決（102年度重上更(四)字第13號，起訴案號：臺灣臺南地方檢察署88年度偵字第7402、7448、10090、14580號），認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於林秉弘共同連續犯行使業務登載不實文書罪刑部分撤銷。

理 由

壹、非常上訴理由稱：「一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第378條定有明文。次按司法院依人民聲請所為之解釋，對聲請人據以聲請之案件，亦有效力；凡司法院曾就人民聲請人解釋憲法，宣告聲請人據以聲請之確定終局裁判所適用之法令，於一定期限後失效者，各該解釋之聲請人均得就其原因案件據以請求再審或其他救濟，檢察總長得以該解釋為非常上訴之理由，據以提起非常上訴，以保障釋憲聲請人之權益；法院不得以該法令於該期限內仍屬有效為理由駁回，迭經司法院以釋字第177號、第741號、第185號、第725號解釋在案。末按判決宣告法規範違憲且應失效者，就已確定之原因案件，檢察總長亦得據以提起非常上訴，憲法訴訟法第91條第2項亦有明文。二、爰被告林秉弘與同案被告莊宜蓁因設置採土場事件，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

01 稱乙罪）、貪污治罪條例第11條第1項（下稱丙罪）、刑法
02 第215條（下稱丁罪）的罪嫌，而提起公訴，並認為上開
03 甲、乙二罪是一行為觸犯數罪名，應從一重的甲罪處斷；上
04 開甲、丙及丁罪則有方法結果的牽連關係，應依修正前刑法
05 第55條規定從一重處斷。臺灣臺南地方法院89年度訴字第12
06 8號刑事判決，認定聲請人犯乙罪（乙罪是甲罪的特別規
07 定，依特別法優於普通法的法理，僅論以乙罪），至於檢察
08 官起訴的丙罪並不成立，丁罪則無證據證明，但檢察官既然
09 認為丙罪、丁罪與乙罪屬於裁判上一罪，爰不另就丙、丁罪
10 部分為無罪的諭知。就上開判決，檢察官及聲請人分別提起
11 上訴。臺灣高等法院臺南分院（下稱臺南高分院）92年度上
12 訴字第1096號刑事判決，認定聲請人犯乙罪，至於丙罪及丁
13 罪均不另為無罪的諭知。檢察官就乙罪及丙罪提起上訴，聲
14 請人亦就乙罪提起上訴，丁罪未上訴（不得上訴）。最高法
15 院95年度台上字第5802號、同院99年度台上字第1163號及同
16 院100年度台上字第4283號刑事判決，先後三次將原判決有
17 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
18 知的丙罪及丁罪，基於審判不可分原則，併予發回。臺南高
19 分院依最高法院第三次發回，以100年度重上更(三)字第129號
20 刑事判決，認聲請人犯丁罪（非教唆犯，而係共同連續犯行
21 使業務上登載不實文書罪），至於乙罪及丙罪均不另為無罪
22 的諭知。檢察官就乙罪及丙罪上訴，聲請人就丁罪部分則不
23 得上訴。最高法院102年度台上字第435號刑事判決，認法官
24 曾為該案辯護人而未迴避，撤銷發回。臺南高分院102年度
25 重上更(四)字第13號刑事判決（下稱原判決），認聲請人犯丁
26 罪，至於乙罪及丙罪均不另為無罪的諭知。檢察官就乙罪及
27 丙罪提起上訴，聲請人就丁罪不得上訴。最高法院103年度
28 台上字第2296號刑事判決，以檢察官的上訴違背法律上程式
29 為由，予以駁回而告確定。三、被告所涉丁罪部分經臺南高
30 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
31 上更(一)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，並實質援引最高法院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，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。」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。原判決據上開最高法院29年上字第3382號刑事判例將丁罪一併撤銷發回的意旨，認被告犯丁罪並判處有期徒刑確定。惟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。原判決實質援引最高法院29年上字第3382號刑事判例，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，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，經憲法法庭以115年憲判字第4號判決認定牴觸憲法第8條保障

01 被告人身自由及第16條保障被告訴訟權的意旨。四、原判決
02 實質援引經憲法法庭宣告違憲之判例，有判決不適用法則或
03 適用不當之違背法令之情。案經確定，且對被告不利，爰依
04 憲法訴訟法第92條第2項後段、第91條第2項、刑事訴訟法第
05 441條、第443條提起非常上訴，以資糾正及救濟。」等語。

06 貳、本院按：

07 一、判決不適用法則或適用不當者，為違背法令。刑事訴訟法第
08 378條定有明文。人民於其憲法上所保障之權利遭受不法侵
09 害，經依法定程序用盡審級救濟程序，對於所受不利確定終
10 局裁判，或該裁判及其所適用之法規範，認有牴觸憲法者，
11 得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。前項聲請，應自用盡審
12 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。
13 憲法訴訟法（下稱憲訴法）第59條第1項、第2項定有明文。
14 又依憲訴法第92條第2項後段準用第91條第2項規定，上開法
15 規範憲法審查案件，聲請人所受之確定終局裁判於憲訴法修
16 正施行前已送達者，6個月之聲請期間，自該法修正施行日
17 起算；判決宣告法規範違憲且應失效者，就已確定之原因案
18 件，聲請人得依法定程序或判決意旨請求救濟；原因案件為
19 刑事確定裁判者，檢察總長亦得據以提起非常上訴。

20 二、關於民國110年6月16日修正公布前刑事訴訟法第348條第2項
21 規定：「對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦
22 已上訴」（下稱系爭規定），於原審判決認定無罪之部分有
23 無適用一節，憲法法庭115年憲判字第4號判決（下稱115憲
24 判4）意旨略以：刑事訴訟法係依上訴範圍決定上訴審審判
25 範圍，不能依上訴審判決結果，反向推論上訴範圍，進而認
26 為未上訴部分，與上訴部分有審判不可分關係，而為上訴效
27 力所及。故於檢察官以被告觸犯數罪，且此所犯數罪間，有
28 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
29 判斷各罪均無罪，或其中有成立犯罪者，有不成立犯罪者，
30 法院仍應分別為有罪、無罪判決，不受檢察官主張想像競合
31 犯之法律見解所拘束。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之關係，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，則不問原判決認定起訴之數項罪名全部無罪，檢察官僅就其中一部分無罪上訴，或原判決認定起訴之數項罪名中，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部分並無不服，不應成為上訴審審判之對象。從而不能謂該未經上訴之無罪部分，與已上訴部分有審判不可分關係，而為上訴效力所及等旨。並據此揭示：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。因而諭知：系爭規定於原審判決認定無罪之部分不適用之；本院29年上字第3382號判決（原法定判例，因無裁判全文可資參考，依據108年1月4日修正，同年7月4日施行之法院組織法第57條之1第1項規定，應停止適用；下稱系爭判例）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。」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。復於理由中說明：本件原因案件當事人就憲法法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

01 後段準用第91條第2項規定請求救濟之旨（見115憲判4理由
02 第28段）。

03 三、本案被告林秉弘經檢察官認其涉犯水土保持法第33條第1項
04 第2款、第3項（下稱甲罪）、山坡地保育利用條例第35條第
05 1項第1款、第3項（下稱乙罪）、修正前貪污治罪條例第11
06 條第1項（下稱丙罪）及教唆犯刑法第215條（下稱丁罪）等
07 罪嫌，而提起公訴，並認為被告係以一行為觸犯甲罪、乙
08 罪，應從一重論以甲罪，而與丙罪、丁罪有修正前刑法第55
09 條所稱方法結果之牽連犯關係，從一重處斷。第一審即臺灣
10 臺南地方法院認定被告犯乙罪（理由說明依特別法優於普通
11 法之法理，無須論以甲罪），丙罪、丁罪則不另為無罪之諭
12 知。檢察官及被告分別提起上訴，經原審即臺灣高等法院臺
13 南分院92年度上訴字第1096號判決認定被告犯乙罪（甲罪部
14 分同第一審之認定），丙罪、丁罪均不另為無罪之諭知。檢
15 察官就乙罪、丙罪提起第三審上訴，被告亦就乙罪提起第三
16 審上訴，丁罪未據上訴（不得上訴）。本院95年度台上字第
17 5802號、99年度台上字第1163號先後將第二審判決有關被告
18 所犯乙罪部分撤銷發回，並基於審判不可分原則，併予發回
19 不另為無罪諭知之丙罪、丁罪。本院第二次發回後，原審法
20 院99年度重上更(二)字第64號判決，認被告犯丁罪（非教唆
21 犯，而係共同連續犯行使業務上登載不實文書罪，後述更
22 三、更四審之認定亦同），乙罪（含甲罪，下同）、丙罪均
23 不另為無罪之諭知。檢察官提起第三審上訴（未聲明一部上
24 訴），本院100年度台上字第4283號判決將第二審判決有關
25 被告所犯乙罪部分撤銷發回，並基於審判不可分原則，併予
26 發回丁罪及不另為無罪諭知之丙罪。本院第三次發回後，原
27 審法院100年度重上更(三)字第129號判決，認被告犯丁罪，乙
28 罪、丙罪均不另為無罪之諭知。檢察官提起第三審上訴（未
29 聲明一部上訴），本院102年度台上字第435號判決認原審法
30 官曾為該案辯護人而未迴避，第四次撤銷發回。案經原審法
31 院102年度重上更(四)字第13號判決（下稱原判決）仍認被告

犯丁罪，乙罪、丙罪均不另為無罪之諭知（見原判決第34至54頁）。檢察官就乙罪、丙罪提起第三審上訴，本院103年度台上字第2296號判決認檢察官之上訴違反刑事妥速審判法第8條規定，從程序上駁回而告確定。以上有起訴書、歷審判決書可稽。又本案被告係115憲判4之原因案件當事人，亦為聲請人，該判決理由並認本院實質援用系爭判例見解而為上開發回，原判決係受此拘束並依發回意旨而為審判，應認系爭判例已為原判決所適用（見115憲判4理由第8段）。而依前述說明及115憲判4意旨，原審法院就本案所為之第一次判決（92年度上訴字第1096號），認定被告犯乙罪，丙罪、丁罪均不另為無罪之諭知，檢察官就乙罪、丙罪，被告亦就乙罪提起第三審上訴，丁罪縱因屬不得上訴第三審之罪名而未據上訴，既未經聲明不服，即不應成為本院審判的對象。案經本院就被告所犯乙罪部分撤銷發回，且併予發回原審不另為無罪諭知之丙罪及丁罪後，原判決未及依115憲判4判決意旨，於理由內論斷說明丁罪部分於原審第一次判決不另為無罪諭知後，因未經聲明不服，已不在本院得審理並撤銷發回之範圍，仍就丁罪逕為審理並論處罪刑，自有判決不適用法則及理由不備之違背法令，且顯然影響於判決之結果。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，為有理由。應由本院將原判決關於被告共同連續犯行使業務登載不實文書（即丁罪）罪刑部分撤銷，以資救濟併予糾正。又上開撤銷部分本不屬原判決應行審判之範圍，經本院撤銷後，瑕疵即已治癒而生改判之效果，本院無庸更為其他判決，亦無須發回。至原判決其他部分（含被告被訴犯乙罪、丙罪均不另為無罪之諭知部分），非常上訴意旨未予指摘，本院無庸審究，附此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第447條第1項第1款前段，判決如主文。

中 華 民 國 115 年 8 月 5 日
刑事第四庭審判長法官 李英勇

01		法官	楊智勝
02		法官	高玉舜
03		法官	林怡秀
04		法官	楊皓清
05	本件正本證明與原本無異		
06		書記官	林怡靚
07	中華民國 115 年 8 月 11 日		