憲法法庭 114 年憲裁字第 77 號裁定不同意見書

尤伯祥大法官提出

本件聲請人前經臺灣臺北地方檢察署檢察官以其涉犯刑法第 210 條、第 216 條之行使偽造私文書罪而向法院聲請簡易判決，並另就其涉犯背信、侵占罪嫌部分為不起訴處分。嗣公訴檢察官於一審審判期日論告時，就聲請人涉犯罪名口頭補充銀行法第 125 條之 3 之詐欺取財罪。臺灣臺北地方法院以聲請人犯刑法第 216 條、第 210 條之行使偽造私文書罪，判處聲請人有期徒刑三月，另對聲請人可能涉犯銀行法詐欺罪部分，認聲請人無詐欺故意，惟因該部分不為起訴效力所及而不另為無罪之諭知。公訴檢察官就該無罪認定上訴後，臺灣高等法院 108 年度金上重訴字第 42 號判決撤銷該部分無罪認定，認聲請人以一行為犯行使偽造私文書罪及銀行法詐欺取財罪，從一重而改判聲請人犯銀行法第 125 條之 3 第 1 項之罪。聲請人不服，以第二審判決之銀行法詐欺取財罪不在起訴範圍，違反不告不理原則為由，提起上訴。對於此項上訴理由，最高法院認為，檢察官起訴時雖未論及銀行法第 125 條之 3 第 1 項罪名，惟已於第二審論告時補充此一罪名，並經第二審審判長於審理時踐行罪名告知程序，該部分之犯罪事實與業經起訴之行使偽造私文書罪有想像競合犯之裁判上一罪關係，而為起訴效力所及，此項上訴理由並非適法，該院進而認聲請人之上訴違背法律上程式而以 111 年度台上字第 1534 號判決駁回，故本件應以第二審判決為確定終局判決。

聲請人因認前揭最高法院判決及其所適用之刑事訴訟法（下稱刑訴法）第 267 條規定（下稱系爭規定）均牴觸憲法而聲請法規範及裁判憲法審查，聲請意旨略為：（一）系爭規定容許法院在檢察官起訴書記載內容以外自行依職權擴張審理範圍，進而就所擴張範圍決定犯罪事實及應適用之法條，顯已違反憲法第 8 條第 1 項要求審判及檢察分離之正當程序，致被告無從於受檢察官起訴時立即知悉受國家控訴之內容，而以程序主體之地位進行防禦，已侵害聲請人受憲法第 16 條保障被告在對審制度下行使防禦權及受法院公平審判之權利；（二）第三審判決未從被告防禦權能否獲得充分保障之角度正確理解系爭規定，亦無視第二審判決未充分告知聲請人可能受審判之犯罪事實及罪名，侵害聲請人受憲法第 16 條保障之充分防禦權。

多數意見雖肯認系爭規定係確定終局判決適用之法律，惟以聲請意旨所陳，客觀上尚難謂已具體敘明確定終局判決及系爭規定究有如何牴觸憲法之處為由，予以不受理。惟，本席認為，聲請人所質疑者，是系爭規定之規範內涵若如實務一貫見解（即牢牢掌握我國實務百年之案件單一性理論），係「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，法院應全部審判」，將使本應中立聽訟之審判者兼行控訴方之事，難免糾問復辟之嫌，進而被告到底是與法院抑或檢察官打官司，也成疑問。另一方面，被告無從在判決前預見法院之心證進而對起訴書所未記載之事實、證據及罪名為充分防禦，因此依案件單一性理論詮釋之系爭規定，亦

可能侵害被告之訴訟權保障。聲請意旨所指述者，涉及系爭規定應如何理解始與權力分立原則下之控訴原則相符，是重要的違憲疑義，足認已具體敘明系爭規定有何違憲疑義，核與聲請受理之要件相符，值得受理予以釐清，爰提出不同意見如下：

一、 系爭規定所稱之犯罪事實，係檢察官記載於起訴書以請求法院審判之被告嫌疑事實，而非判決認定之犯罪事實：

系爭規定：「檢察官就犯罪事實一部起訴者，其效力及於全部。」所稱「犯罪事實」，有兩種可能的文義解釋，其一是根據法院最終的判決結果，將其理解為「經法院實體判斷為有罪之事實」。實務向來採用之案件單一性理論，認為「實體法一罪，刑罰權單一，在審判上為一不可分割之單一訴訟客體，法院應全部審判」，即係將實體法上的罪數概念等同於訴訟法上的犯罪事實概念，乃襲自日本戰前大正時期之見解[1]；其二，則基於本條之犯罪事實概念有其自身之程序法上目的及功能，不應按實體法之罪數概念來理解，而應與刑訴法第264條第2項第2款之「犯罪事實」為相同之理解，即檢察官於起訴書記載表明指控範圍，具有限定法院審判範圍及被告防禦範圍作用之被告嫌疑事實（國內學者引用德國文獻者，稱之為：單一的自然生活歷程，按照一般自然及生活的觀點構成之歷史上整體進程[2]），亦

[1] 張明偉，刑事審判範圍的迷思與反思，輔仁法學第60期，2020年12月。日本在戰後改採起訴狀一本主義及訴因制度，已不再採此理論。

[2] 林鈺雄，刑事訴訟法（上冊），第11版，第302頁；楊雲驊，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，月旦法學，第114期，2004年11月。

即該當於起訴書指控被告涉犯法條之構成要件之具體事件，並非實體刑法上之罪數概念。就解釋法律之方法而言，既存在兩種可能的文義解釋，自應續從系爭規定在規範體系所處地位以及系爭規定之規範目的，進一步探討以決定何者較為可取。

系爭規定位於刑訴法第二編「第一審」第一章「公訴」第二節「起訴」，與該節其他規定共同規範起訴應遵循之程式及效力，由此出發理解系爭規定所稱之「犯罪事實」，應較符合系爭規定係程序法之本質。至於實體法上一罪，縱使刑罰權單一，惟究屬實體法之概念，與檢察官之起訴權應遵循之程式乃至效力之範圍，無論在目的或功能上，均無論理上之當然關連。況，實質上一罪或裁判上一罪係基於實體法之考量而在實體法上為一整體評價，進而賦予刑罰權單一之效果，然而是否相應在程序法上必須作為一不可分割之單一訴訟客體處理，進而應於一個訴訟程序中全部審判，則非當然，學說上亦早已存在指出案件單一性理論欠缺理論依據與推論過程之有力見解[3]。因此，執本質上係實體法概念之實體法一罪，詮釋性質上係程序法之系爭規定，無異方枘圓鑿。

程序法有其自身之法理與立法計畫，並非實體法之奴婢。就程序法之角度而言，刑訴法第 264 條第 2 項第 2 款先要求檢察官必須於起訴書記載要求法院審判之被告及具體生活事實，以此為前提，

[3] 林鈺雄，註 2 書，第 290 頁。

同法第 266 條及第 268 條進一步規定法院僅能審判起訴書所載之被告及犯罪事實。以上這 3 條規範起訴效力範圍之規定，共同將控訴原則下之不告不理具體化。系爭規定夾在第 266 條及第 268 條之間，自然不能脫離這兩條規定之規範脈絡—將法院審判之範圍限制於起訴書要求審判之嫌疑事實—來理解，從而該條所稱「犯罪事實」，應與同法第 264 條第 2 項第 2 款為一致之解釋，非指「經法院實體判斷為有罪之事實」，而係起訴書所載請求法院審判之「被告嫌疑事實」，否則形同法院可逸脫起訴書之限定，自行決定審判範圍，反使系爭規定與刑訴法在第 264 條、第 266 條及第 268 條依控訴原則由檢察官決定起訴及審判範圍之立法計畫，扞格不入。

因此，按程序法之法理，系爭規定所稱之犯罪事實，自應依控訴原則解釋為起訴書所載、請求法院審判之公訴事實，從而未記載於起訴書之犯罪事實（即所謂潛在性事實），縱與起訴書所載而經法院認定有罪之事實（即所謂顯在性事實）有實體法上一罪之關係，惟既未經檢察官記載於起訴書以請求法院審判，即非起訴效力所及，法院不得加以審判。依起訴書之記載定法院審判之範圍，判斷標準明確，不僅尊重了檢察官請求並界定審判範圍之職權，而且被告之防禦範圍也就限於起訴書之記載，不必再就直至法院宣判始知有無實體法上一罪關係之潛在性事實，進行猜測性之防禦。從而，與起訴書所載公訴事實有一部與全部之關係者，並非指有實體法上一罪

之關係，而係指依社會一般生活經驗，與起訴書所載公訴事實有審判上無從分割關係之犯罪事實，例如起訴書記載被告對被害人連開3槍而犯殺人罪，但經審理後發現是連開5槍，多出的2槍即係系爭規定所稱具有不可分關係之犯罪事實。

二、 系爭規定若按案件單一性理論解釋適用，將滋是否牴觸控訴原則及侵害被告訴訟權之違憲疑義：

依案件單一性理論操作系爭規定的結果，若法院審判後認為起訴書記載之犯罪事實與未記載之其他犯罪事實，構成實質上或裁判上一罪，則法院不僅得且應將起訴之效力擴及該未為起訴書記載之犯罪事實，進而予以判決，否則即有已受請求之事項未予判決之違法。學說上之有力見解指出，如是將使系爭規定有牴觸控訴原則及侵害被告訴訟權之違憲疑義[4]：

（一）牴觸控訴原則之疑義：

依權力分立原則下之控訴原則，審檢分立，控訴與審判之權限分離，不容混淆，故不告不理，無訴即無裁判。檢察官依其偵查結論決定是否起訴乃至起訴之範圍，進而以起訴書之記載限定起訴及法院審判之範圍。法院若以具有實質上或裁判上一罪之不可分關係為由，將審判範圍擴及起訴書未

[4] 例如，王兆鵬即明確表示依實務見解而擴張起訴效力，係違憲行為。見氏著，論審判之範圍，月旦法學雜誌第147期，2007年7月。

記載之潛在性事實，不啻謂法院得就檢察官是否有意訴追並不明確之潛在性事實進行審判。然而，潛在性事實若未經檢察官偵查，則法院因於審判中發見而逕予判決，實無異於代行檢察官之偵查及起訴職權，已然混淆審檢分際，且滋法院是否不受刑訴法第 268 條：「法院不得就未經起訴之犯罪審判。」拘束，不待檢察官藉追加起訴明示訴追潛在性事實之意思，亦無庸由檢察官就潛在性事實負舉證責任（刑訴法第 161 條第 1 項參照），即得逕為有罪判決之疑慮[5]。

進一步言之，即使該部分事實曾經偵查，惟檢察官業已作成不起訴處分，則無論不起訴處分係依刑訴法第 252 條或第 253 條作成，檢察官均已就該部分事實為依法不應起訴或得不起訴之判斷，進而明示不訴追之意思。縱使法院之判斷異於檢察官且不受檢察官判斷之拘束，然而就控訴原則下之不告不理而言，仍應待檢察官就該部分事實起訴後，法院始得審判。質言之，即使法院之判斷較為正確，但權力分立之架構下，院、檢既地位對等，各有所司，則法院仍不能逕以自己之判斷取代檢察官之判斷。該部分事實之訴追與否，終應由檢察官決定並為此負責。若法院得不受檢察官業於不起訴處分明示之不訴追意思拘束，逕依其認為該部分事實與已

[5] 鄭逸哲，「案件單一性」是什麼？，月旦法學教室第 23 期，2004 年，第 17 頁。

起訴事實有實體法一罪關係之判斷而予以判決[6]，則其代行起訴職權之意味尤其明顯，益添牴觸控訴原則之疑慮[7]。

另一方面，潛在性事實既與顯在性事實在審判上為一不可分割之單一訴訟客體，法院應全部審判，則事實審法院因此被課予主動兼行檢察官偵查職權之義務，必須上窮碧落下黃泉，全力找出一罪內所有犯罪事實。如此不僅對法院構成沉重負擔[8]，而且影響所及，因上下級審對是否有實體法上一罪關係之看法歧異而往復更審者，亦非罕見，不僅平添被告訟累，而且也有侵害其速審權之可能。

雖然就顯在性事實所為判決之既判力，論理上或可因刑罰權單一而擴及潛在性事實[9]，然而潛在性事實未受評價即為顯在性事實有罪判決既判力覆蓋之不利益，本即應由代表國家訴追犯罪之檢察官承擔，亦應由檢察官判斷有無產生此種不利益之風險並決定是否為排除此種風險而予起訴追，法院實無庸也不應為免被告受既判力外溢至潛在性事實之「不當得利」而越俎代庖，主動出擊。況即使揚棄實務見解，現行

[6] 典型見解可參最高法院 43 年台上字第 690 號刑事判決（原判例）:「檢察官既已就上訴人偽造文書部分之事實提起公訴，則其與此事實有牽連關係之職 （即圖利） 行為，依公訴不可分之原則，受理法院自屬有權審判，該檢察官就此具有不可分性之整個犯罪事實強裂為二，於就偽造文書部分起訴後，而將瀆職部分予以不起訴處分，其處分即應認為無效。」

[7] 楊雲驊，註 2 文，第 63 頁。

[8] 楊雲驊，註 2 文，第 65、66 頁。

[9] 學說上因此有批判案件單一性理論會將既判力不當擴張至法院未能於判決確定前發現之潛在性事實，致過度保障被告而過度限制被害人之告訴權者。見張明偉，註 1 文。

刑訴法並非無處理上述風險之機制。只要刑訴法第 7 條第 1 款所稱「一人犯數罪」之解釋，不受限於實體法之罪數概念，而得涵蓋本質上原為數罪之實體法上一罪，則檢察官即得依刑訴法第 265 條於第一審辯論終結前，追加起訴潛在性事實並且指出證明方法，以利被告答辯及防禦。如是處理，方屬控訴原則下由檢察官決定訴追及審判範圍之正辦。若不此之圖，而係於論告時以口頭補充罪名，則終究不是循刑訴法上表示訴追意思之法定程式，不能產生起訴之效力，不僅法院得否審判，大有疑問，且檢察官無庸具體敘明該當補充罪名之犯罪事實以及證明之方法，被告自然也就難以答辯、防禦。因此檢察官之口頭補充罪名，終非正辦。

（二）侵害被告訴訟權之疑義：

如前所述，對於系爭規定之實務解釋，使法院兼行偵查與審判之職權，自不免使訴訟構造向糾問傾斜[10]，則法院之中立性已受動搖，被告受中立法院公正審判之訴訟權因此已有受損之虞。

抑有進者，上述實務見解導致檢察官與被告等訴訟主體在法院宣判前，均不能確知起訴乃至審判之範圍究竟有多大。進而，由於歷審法院就是否構成實質上或裁判上一罪之認定

[10] 楊雲驊，註 2 文，第 62 頁。

亦容有出入之可能，故在判決確定前，所有訴訟主體均無法確知起訴乃至審判的範圍究竟有多大[11]。亦即，在判決確定前，審判的範圍實際上始終處於浮動狀態。影響所及，潛在性事實與顯在性事實是否有實體法上一罪關係，既然須直至宣判時始能明確，則直至言詞辯論終結，潛在性事實始終有如地底伏流，無人可預見其是否終將流出地表。檢察官無庸對此「伏流」負舉證責任或指出證明方法，甚至也無將潛在性事實之範圍明確化以利被告答辯之義務；另一方面，法院不能未審先判，因此法院也沒有在審理階段就針對終究是「伏流」之潛在性事實進行調查之法律依據，也沒有立場將潛在性事實之具體內容及範圍闡明給被告。在這種情況下，被告如何可能於訴訟程序中對潛在地下之「伏流」，進行答辯及防禦？影響所及，最終判決若擴及潛在性事實，也常有判而未審之可疑。就此而言，被告依正當法律程序原則得以實質有效防禦所有對其指控罪名之訴訟權是否受有侵害，亦顯有疑義。

雖然實務上有認為法院依刑訴法第 95 條所告知之罪名，應包括起訴效力所擴張之犯罪事實及罪名之見解[12]，然而，起訴效力究竟能否擴張，終究視判決結果而定，若在踐行刑訴

[11] 楊雲驊，註 2 文，第 64 頁。
[12] 最高法院 110 年度台非字第 230 號刑事判決參照。

法第 95 條之告知程序時即納入起訴效力所擴張之犯罪事實及罪名，則不免已推定潛在性事實有與顯在性事實有實體法上一罪關係(否則何必告知？)，而有違反無罪推定原則之嫌。況且，若未說明該當罪名之嫌疑事實及證明其存在之證據，則單只是告知罪名，被告仍無從答辯及防禦。因此，此種告知不能取代檢察官之起訴，也不足以消除前述對被告訴訟權侵害之疑慮。