

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，因而抵觸憲法第 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。