

最高法院刑事大法庭 112 年度台上大字第 991 號裁定不同意見書

徐昌錦法官

李英勇法官

梁宏哲法官

何信慶法官

共同提出

本院刑事大法庭 112 年台上大字第 991 號裁定（下稱本裁定），認為檢察官明示僅就第一審判決之科刑部分提起上訴，嗣於第二審法院宣示判決前，指被告另有起訴書未記載之犯罪事實，與第一審判決所認定之犯罪事實具有想像競合犯關係，請求第二審法院一併加以審判。第二審法院如認檢察官請求併辦之犯罪事實，與第一審判決所認定之犯罪事實具有實質上或裁判上一罪關係，即應就第一審判決之科刑暨所認定之犯罪事實，與檢察官請求併辦之犯罪事實一併加以審判。本席等難以贊同，爰提出不同意見書：

一、本裁定既名不正，也言不順

本院刑事大法庭（下稱本庭）設置之目的，係為達成裁判一致性之功能，及促進法律續造之作用，以符合法治國原則之法安定性誠命。依法院組織法第 51 條之 2、第 51 條之 3 明定本院各刑事合議庭向本庭提案之類型，限於法律見解歧異之提案與法律見解原則

重要性之提案二種，惟不論何種提案，必以有採該法律見解為裁判基礎，亦即該法律見解在合議庭受理之案件，對於裁判形成必要性，始足當之。

本件提案基礎事實為檢察官認第一審判決對被告量刑過輕，而依刑事訴訟法（下稱刑訴法）第 348 條第 3 項規定，明示僅對第一審判決之科刑部分提起上訴，經原審法院依檢察官明示上訴之科刑部分調查審理後辯論終結，並定期宣判，惟檢察官於宣示判決前，向原審法院提出「移送併辦意旨書」及相關卷證，以「尚有其他 12 位被害人受騙匯款至被告所提供之銀行帳戶並被提領一空，而被告所涉上開部分之事實，與第一審判決所認定被告之犯罪事實具有想像競合犯之裁判上一罪關係，為本件起訴效力所及」為由，請求原審法院一併加以審理。原審法院以檢察官既明示僅對第一審判決之科刑部分提起上訴，則其僅須就該明示上訴之科刑部分加以審理，而第一審判決之科刑並無違法或不當之情形，因而予以維持，判決駁回檢察官在第二審之上訴；並於宣示判決後，以前述理由將檢察官請求併辦之相關卷宗退回檢察官。檢察官不服原審判決，向本院提起第三審上訴，以其前揭請求原審法院併案審理之相同理由，指摘原審法院未將上開請求併辦部分事實一併加以審究，有刑訴法第 379 條第 12 款規定之已受請求之事項未予判決之當然違背法令。

查本院曾針對「確定判決僅就起訴之犯罪事實論罪科刑，對檢察官認係裁判上一罪之他部分犯罪嫌疑事實函請併案辦理部分，未一併審判。非常上訴意旨指原判決有刑事訴訟法第 379 條第 12 款所定『已受請求之事項未予判決』之違法。」之法律爭議，作成 82 年度第 8 次刑事庭會議決議：「刑事訴訟法第 379 條第 12 款所謂已受請求之事項未予判決，其在第一審法院，係指起訴、自訴(或反訴)之事項而言。至案起訴後，檢察官認有裁判上一罪關係之他部分事實，函請併辦，此項公函非屬訴訟上之請求，目的僅在促使法院之注意，法院如果併同審判，固係審判不可分法則之適用所使然，如認不成立犯罪或無裁判上一罪關係，縱其未為任何諭知及說明，亦不能指為違法。」明揭檢察官以公函請求併辦，並非起訴等訴訟上請求，法院就此部分即使未為任何諭知及說明，亦不在所謂已受請求之事項未予判決之違背法令可言，檢察官不得執以為提起非常上訴之合法理由。此於非常救濟程序固係如此，於通常訴訟程序亦應如是。因此，原審法院既未認定請求併辦部分與第一審判決所定之犯罪事實部分有實質上或裁判上一罪關係，則在上開決議的一致見解未經變更之情形下，本件檢察官以原審法院未一併審究其請求併辦之犯罪嫌疑事實，指摘原判決有已受請求之事項未予判決之違背法令，顯非適法之第三審上訴理由。況上訴係對下級法院之判決聲

明不服之方法，自須經下級法院判決，始有上訴之可言。而第三審為法律審，僅在審查第二審判決有無違背法令。依本案基礎事實所示，原審法院僅針對檢察官明示上訴之量刑部分為調查審理後辯論終結，則犯罪事實及罪名既不在原審法院之審判範圍內，移送併辦部分亦未經原審法院認係起訴效力所及而予以判決，故原審法院未將檢察官於「辯論終結」後、「宣示判決」前請求併辦部分事實一併加以審究，而以行政公函敘明理由予以退回檢察官，此併辦部分並不生判決之效力，亦即應認此部分未經原審法院審理、判決，並無上訴之客體存在，檢察官顯係對於不在原審審理範圍之認定犯罪事實部分提起第三審上訴。從而，本案檢察官請求併辦部分既未經起訴，亦未經原審法院認係起訴效力所及而予以判決，則該部分即非本院審理範圍，檢察官針對該退回併辦部分，提起第三審之上訴，其屬形式上觀察即可認定係明顯不合法，本院自應從程序上予以駁回。是以本件提案之法律問題，就提案庭審理之個案而言，自非對裁判之形成具有必要性，尚無所謂採為基礎之法律見解存在，顯不符提案大法庭之要件。本件裁定在不合提案要件之前提下，借題發揮，既名不正，也言不順，更非國家設置本庭之本意，其不足以昭信服，自屬當然。

二、本裁定不僅產生滑波效應，更會造成上訴審的土石洪流

民國 110 年修正公布之刑訴法第 348 條（下稱本條），除刪除第 1 項後段之擬制全部上訴之規定，並增訂第 2 項但書，作為第 2 項本文上訴不可分原則之例外規定，及增訂第 3 項「上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之」，以鬆綁上訴不可分原則之適用。本條原係司法院、行政院於 108 年 7 月 29 日會銜函請立法院審議之刑訴法修正草案第二審條文其中之一，該草案係為建構刑事金字塔訴訟制度而修訂，然鑒於訴訟金字塔化之修法，歷經 20 餘年仍未能完成，立法期程難料，最高法院乃向司法院建議將本條自草案中單獨抽出立法¹，除尊重當事人設定攻防之範圍，也得以避免被告遭受突襲性裁判，並減輕上訴審審理之負擔。

上訴係對於下級審法院之判決聲明不服，請求上級審法院救濟之方法，本於訴訟主義之理論，其不服之範圍，以上訴人之意思為準，全部或一部上訴，均無不可，而上訴審法院則藉由上訴人聲明不服之範圍以界定審判範圍，此於覆審、續審或事後審制，均無不同。因此，上級審法院審理上訴案件，首先應確認上訴範圍，究竟是原審判決之全部或何一部分，再就經聲明不服之部分審查原審判決之認事用法有無違誤，並依上訴審係採覆審、續審或事後審制，定其審查之方法。本條雖原係刑事訴訟金字塔草案中上訴審條文之

¹ 吳燦，刑與罪一部上訴之審理，月旦法學教室，246 期，2023 年 4 月，14 頁。

一，但實與訴訟金字塔制度不生連動、配套關係，故得抽出單獨完成立法，毫無懸念。且其列在第三編上訴第一章通則內，更顯與覆審、續審或事後審制無涉，其修正之主旋律，係定調在朝當事人進行主義邁進，「早日確定上訴範圍」。而確定上訴範圍之所在乃上訴審理裁判之先決問題，係上訴制度之本質，一部上訴應早日確定上訴範圍的概念，並非係第二審採續審或事後審制所獨有，況文獻上亦謂²一部上訴在第二審採覆審制之結構下，尤見其訴訟經濟之效用。故本裁定謂本條第3項規定，係配合刑訴法原擬修正第二審改為事後審兼續審制之配套措施，但此次修法遽行擷取單獨立法，因現行第二審仍採覆審制之訴訟結構及審判不可分原則，故應受本條第2項本文上訴不可分原則之拘束等旨，恐屬誤會。

本條第2項本文規定之上訴不可分原則，係指判決之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，故以具有單一性案件為主要適用對象，避免就訴訟關係單一性案件而為割裂判決或互相矛盾情形。基此，對於單一性案件之一部上訴，其他部分是否為上訴效力所及，亦即上訴範圍如何，端視上訴審審理結果，是否具有審判不可分之關係而定，不受原審判決所拘束，亦非得由上訴人任意擇定。在修法之前，我國實務對於上訴不可分原則

² 林鈺雄，刑事訴訟法實例解析，2023年8月6版，381頁。

之闡釋結果，認為罪與刑絕對不可分，故僅就科刑或法律效果一部上訴，效力及於論罪部分，反之亦然。此法律見解，使上訴不可分原則過度擴張適用，導致上訴審法院以有無審判上無從分割之關係，溯及界定是否容許一部上訴，上訴審審理範圍遲遲無法確定，可能直到宣示判決才得以明瞭，不免使被告遭受突襲性裁判的懲罰，更脫逸當事人設定之攻防範圍。本條第3項修法之目的，即為改弦更張，將「罪」與「刑」絕對不可分，改採得與「罪」為相對可分之「刑」一部上訴，除尊重當事人設定之攻防範圍，也得以避免被告受到突襲裁判。且不惟就單純一罪或裁判上一罪關係，容許上訴權人得僅針對刑、沒收或保安處分一部提起上訴；其為數罪併罰之案件，亦得僅針對各罪之刑、沒收、保安處分或對併罰所定之應執行刑、沒收、保安處分，提起上訴。遺憾的是，對於與本條第2項本文上訴不可分原則之適用關係，並未有類如本條第2項但書之規定，畢其功於一役，以致本條第3項指涉外延概念不清，亟待具有釋法功能之法院，以解釋方式使法規範具體、明確的被適用。

本庭110年度台上大字第5217號裁定已闡釋：「法官在解釋法律時應受法律目的及其基礎之立法者價值決定之拘束。因此，解釋之目標首要當然應該探求歷史上立法者的意思，賦予歷史上立法者之意圖以『初步的優位』，應符合憲法原則。但有特別強的反對論

證，則可以推翻該優位順序。」等旨，而在解釋方法論中，依立法理由確認立法目的，是歷史解釋方法，亦具有民主正當性。本條項立法說明：「為尊重當事人設定攻防之範圍，並減輕上訴審審理之負擔，容許上訴權人僅針對刑、沒收或保安處分一部提起上訴，其未表明上訴之認定犯罪事實部分，則不在第二審之審判範圍。……爰增訂本條第三項，作為第二項之例外規定，以資適用。」已明揭未聲明不服之論罪部分，不在上訴審之審判範圍，大幅鬆綁上訴不可分原則之適用，亦間接有效緩解上訴審審理的負擔。固然，文獻上有謂³立法理由表達提案機關對法律草案之理解，未經立法院決議，並非法律之一部分，不具有拘束力。但稽諸本條修正時，經立法院司法及法制委員會委員審查結果，照司法院、行政院提案通過，也特別針對提案之立法說明，於第一點（本條第1項）修正增列「至上訴書狀若未聲明係對於判決之一部或全部提起上訴，原審或上訴審法院為確認上訴之範圍，並基於訴訟照料之義務，自應進行闡明，曉諭上訴人以言詞或書面就其上訴範圍為必要之陳述。……，均併予敘明。」等文字⁴，可見本條修正之立法理由係經立法者詳加審查、討論，確實表達立法者之意志，尤其是上開法律修正增訂不久，上訴審制度及社會情況不變之情形下，該立法說明對於解釋本

³ 賴英照，台灣法律人，28期，2023年10月，10頁。

⁴ 立法院第10屆第3會期第14次會議關係文書，討70頁。

條之意涵，更具參考價值。

本條第 3 項之立法說明指出：「其未表明上訴之認定犯罪事實部分，則不在第二審之審判範圍。」⁵、「爰增訂本條第三項，作為第二項之例外規定，以資適用。」實質上已修正向來實務採取的「罪」與「刑」絕對不可分關係，明白表達「罪」不在「刑」一部上訴的第二審審判範圍內，此關於審級制度、裁判救濟途徑如何，屬於立法政策形成自由，本來就沒有要追求理論的一致性，然因未明揭就未表明上訴之認定犯罪事實部分的法律效果如何，容有解釋餘地。亦即，當事人依本條第 3 項僅對科刑一部上訴，關於未聲明上訴之論罪部分，究竟是依日本實務所採「攻防對象論」的全部移審說⁵，或德國實務所採「可分性準則 (Trennbarkeitsformel)」的部分既判力 (具訴訟內部拘束力) 說⁶，抑或如同本條第 2 項但書上訴不可分之例外規定，於第一審判決上訴期間屆滿時確定說⁷，滋生疑義。又若未上訴部分發生明顯錯誤或法院組織違法、訴訟條件欠缺等情形，致損害當事人訴訟權益，可否例外擴張到未聲明上訴部分，亦有疑慮。以上才是本件爭點之問題所在。但無論如何，自不得再援引本條第 2 項上訴不可分之規定，將審判範圍擴張及於本條第 3 項

⁵ 請參謝煜偉，當「不可分鐵律」逐漸鏽蝕－評最高法院 109 年度台上大字第 3426 號刑事大法庭裁定及相關修法，月旦實務選評第二卷第十二期，2022 年 12 月，130 頁。

⁶ 請參本件專家學者何賴傑教授出具之法律意見書，1 至 5 頁。

⁷ 吳燦，加重竊盜罪之著手與科刑一部上訴及非常上訴之客體－最高法院 112 年度台非字第 42 號刑事判決評析，月旦實務選評，第三卷第九期，2323 年 9 月，122 頁。

明訂應排除在第二審審判範圍之部分。乃本裁定基於我國現行第二審採覆審制之訴訟結構及審判不可分之原則，認為「科刑或其他法律效果一部上訴仍應受上訴不可分等原則之限制」、「第二審法院對於檢察官請求併辦部分之犯罪事實，若審查結果認為確與第一審判決所認定之犯罪事實具有實質上或裁判上一罪關係，則應併予審理」，虛無飄渺的迴避上開問題，既無視本條早日確定上訴範圍之立法意旨，也未提出上訴審可操作的準則，即謂「刑」之一部上訴仍受本條第2項本文上訴不可分原則之限制，已難謂妥適。且將確定上訴範圍之時點往後延至宣示判決前，不僅使「刑」之一部上訴再度陷入上訴不可分原則之泥沼中，更難以避免被告遭受突襲性裁判，嚴重影響被告訴訟上之權益；甚至使上訴範圍之確定較修法前更加複雜、越趨浮動，不但無法減輕上訴審審理之負擔，反而變本加厲，致上訴審更加難以操作，無所適從。此例一開，不但產生滑坡效應，更會造成上訴審的土石洪流，吾人焉能無視？

三、本裁定倒掉的是洗澡水，還是嬰兒？

西諺有云：「倒洗澡水時，別把嬰兒一起倒掉。」意即不要本末倒置，越弄越糟。不容諱言，本條第3項之修法，使罪與刑在上訴審之審判程序分離，除了產生如本裁定所指衍生罪與刑確定時期及特別救濟程序對象為何之爭議，也有損害當事人訴訟權益之疑慮以

外，在某些特殊個案上非無可能因罪、刑分離裁判而發生裁判矛盾、錯誤或窒礙難行之問題。但其實，祇要上訴審基於訴訟照料義務，先於準備程序階段，以曉諭或闡明之方式確定其上訴範圍，即得以避免大部分疑慮之發生。其餘非不可委由實務操作，發展解決各問題之準則⁸。即使有事實認定或適用法令發生違誤之情形，亦屬非常救濟程序之命題，尚非無救濟之途徑。但本裁定以檢察官於原審法院宣示判決前請求併辦部分與第一審判決所認定之犯罪事實具有實質上或裁判上一罪關係，第二審法院如認併辦之犯罪嫌疑事實部分有實質上或裁判上一罪關係，未一併加以審判，會影響於科刑之妥當性，即應以本條第2項規定視為亦已上訴等旨，不僅倒果為因，邏輯順序錯亂，即先判斷結論，再校正回歸，溯及界定上訴範圍，使此次修法旨在「早日確定上訴範圍」之主旋律完全走調，恐怕也是在倒洗澡水時，把嬰兒一起給倒掉了。

⁸ 例如，112年度台抗字第256號裁定，認為刑訴法第477條所謂「犯罪事實最後判決之法院」，亦包括「最後審理科刑事事實並諭知實體判決之法院」。112年度台非字第42號判決，認為刑之一部上訴時，俟不服部分之上訴途徑窮盡時，其控訴相關之犯罪事實、適用法律與科刑，方同時確定。

