

被告及檢察官既未就不另為無罪諭知部分提起第三審上訴，顯見當事人無意以該部分為攻防對象，基於尊重當事人設定攻防之範圍，認該部分已告確定，並非第三審審判範圍，而無一併發回之餘地。如此既契合刑事訴訟所採當事人進行主義之精神，亦避免被告受突襲性裁判，並解決案件久懸不決之問題。

筆者的話

不知道各位讀者閱讀至此，是否會對於「上訴不可分」、「起訴不可分」原則感到非常疑惑，難以理解其意義為何？以下簡單說明這些概念。

(一)起訴不可分：

如本書在第四週對刑訴法第267條的說明，檢察官針對單一案件的起訴的範圍，可能僅包含該案件的部分事實，此時法院仍得審判檢察官所未起訴的部分。

EX

被告甲一行為犯行使偽造私文書與詐欺罪，兩者乃想像競合，屬於裁判上一罪，為單一案件。若檢察官僅起訴被告行使偽造私文書罪，法院審理後發現被告的行為同時會構成詐欺罪，則亦能審理並判處被告詐欺罪，此即為起訴不可分的效力。

然而，「起訴不可分」為法院審判後的結果；換言之，法院是以審判結果去「回推」檢察官所起訴的部分事實（顯在性部分）與未經起訴部分事實（潛在性部分）屬於單一案件，才會得出不可分的結論，並且使判決效力及於未經檢察官起訴的部分事實。

以上開事例來說，法院判處被告行使偽造私文書罪與詐欺罪，則兩罪之間會產生不可分的關係；判決確定後，檢察官就不得再起訴甲

詐欺罪，如果起訴了，基於一事不再理原則，法院也要諭知免訴判決。不過，這種裁判上一罪不可分的關係僅限於「有罪和有罪之間」；換句話說，如果原先經檢察官起訴「顯在性部分」事實（甲犯行使偽造私文書罪的部分）被判有罪，這時候比較沒有爭議，不論法院後來有沒有發現檢察官一開始沒有起訴的「潛在性部分」事實（甲犯詐欺罪的部分），都會被有罪判決的既判力所及，如果檢察官仍然以詐欺罪起訴甲，這時候法院只能諭知免訴判決。相較而言，如果檢察官一開始起訴甲的刑事偽造文書罪被判無罪、不受理或免訴，實務見解認為這時候兩罪之間不生「裁判上一罪」的關係，所以檢察官還是能夠於判決確定後，再起訴甲犯詐欺罪的部分，法院對此也要實體審判。

儘管學說針對這種「不可分」的見解有所批評，認為其導致被告不安定，必須承擔隨時可能被起訴的風險⁶；然而，實務之所以如此運作其實是有原因的。針對起訴不可分的部分，只有將檢察官起訴的範圍擴張的大一點，才能避免實體法上的單一犯罪事實，不會因為分別起訴、審判而被割裂評價。以前開事例來說，甲一行為犯數罪，屬於想像競合，如果認為法院只能審理檢察官所起訴的行使偽造私文書罪，那麼甲犯詐欺罪的部分事實就必須另外起訴、審判，將導致甲因為程序不同，實質上從想像競合變成數罪併罰，對甲並不公平⁷。換個角度來說，行使偽造文書罪無罪，也不等於甲實體上真的沒有犯詐欺罪，如果詐欺罪的部分沒有被審理到，卻產生既判力從而禁止再訴，也不合理（特別是在被害人眾多的情形），所以實務見解有「有罪和有罪始生不可分關係」這種簡單粗暴的操作方式。

另外，法院只能針對單一案件的「全部」做出判決；換言之，一

6 王兆鵬、張明偉、李榮耕（2018），《刑事訴訟法（下）》，四版，頁478-479，自刊。

7 謝煜偉（2022），〈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》，2卷12期，頁116-118。

個判決只能有一個結論（「有罪」或「無罪」）。因此，如果檢察官同時起訴甲一行為犯行使偽造私文書罪與詐欺罪，而法院認為僅成立行使偽造私文書罪，也不能在判決主文諭知詐欺罪無罪，僅能於理由欄說詐欺罪無罪理由，此即所謂「無罪不另諭知」⁸。

(二)上訴不可分與其例外：

上訴不可分原則乃是銜接自起訴不可分原則。在刑訴法第348條第2項增訂但書以前，單一案件向來都會被認為屬於本條項的「有關係部分」。因此，不論是一審法院沒有審理到的潛在性事實，或者是一審法院認為單一案件中部分有罪、部分無罪，全部都會被上訴效力所及，此即為所謂「上訴不可分原則」。

然而，上訴不可分也和起訴不可分有類似的問題，就是法院都是以審判結果「回推」被告所犯的各罪之間，是否屬於單一案件。問題在於，上下級審對於罪數的判斷可能有所不同。

EX

一審認為被告甲一行為僅犯行使偽造文書罪，並在理由欄說明詐欺罪無罪理由，被告就該有罪部分上訴（檢察官未上訴）；此時若依照第348條第2項本文操作的結果，二審法院若認為被告亦構成詐欺罪，也能改判處詐欺罪有罪。

惟如此將使被告受到突襲，導致被告因為害怕無罪部分被改判而不敢上訴，嚴重侵害被告訴訟權。從而，第348條第2項修法增訂但書，規定若被告經下級審認定一部有罪、一部無罪時，其上訴效力仍不及於該無罪部分；若檢察官未上訴，則無罪部分就先產生部分既判例，具有拘束判決內部的效力，二審法院原則上不可以變更此部分，此為上訴不可分原則的例外。

8 林鈺雄（2019），前揭註1，頁314-315。

考題直擊站

檢察官以公務員甲涉嫌洩漏國防以外秘密罪以及職務上收受賄賂罪，提起公訴。經第一審之審理結果認定，被告甲涉嫌之洩漏國防以外秘密罪以及職務上收受賄賂罪為同一行為觸犯之兩罪名，屬於刑法第55條之想像競合，惟僅對被告甲職務上收受賄賂罪部分於判決主文宣告有期徒刑七年，洩漏國防以外秘密罪部分因證據不足而於判決理由中說明無罪理由，於主文不另為無罪之諭知。第二審法院，仍維持第一審判決結果。對此判決結果，甲僅就有罪之職務上收受賄賂罪部分提起第三審上訴，而檢察官並未上訴。最高法院認甲上訴為有理由，且甲另涉犯洩漏國防以外秘密罪部分，雖屬刑事訴訟法第376條第1款所定不得上訴第三審法院之案件，但因與得上訴於第三審之職務上收受賄賂部分為裁判上一罪之想像競合，遂一併予以撤銷發回。試問第三審如此之判決是否適法？試就刑事訴訟法相關之規定暨其法理予以說明。（110中正）

考題破解

本題就是在測驗考生對當年新出爐的最高法院109年度台上大字第3426號裁定的理解。另外，由於刑訴法第348條第2項已經於2021年5月增訂但書，所以這題在作答上也需要引用第348條第2項但書，以及其立法理由。

擬答

（717字）

第三審法院判決不適法，說明如下：

（一）洩露國防以外秘密罪非屬第三審的審理範圍：

1. 按刑事訴訟法（下同）第348條第1項、第2項，當事人雖得僅對判決一部上訴，惟若為有關係之部分，視為亦已上訴。所謂「有關係之

部分」，早期與現今實務見解、110年增訂的第348條有不同結論：

(1) 早期實務見解：所謂「有關係之部分」，範圍應與第267條相同，皆是指單一案件中的全部犯罪事實。換言之，若被告犯裁判上一罪，當事人就第一審部分有罪判決不服而上訴者，其上訴效力及於單一案件之其他之犯罪事實，下級審法院是否已就該他部犯罪事實加以審酌，並非所問。

(2) 晚近統一實務見解：

①參照刑事妥速審判法（下稱速審法）第9條，被告一審、二審皆無罪時，檢察官原則上即不得再上訴，則基於相同之規範目的，亦應適用於單一案件部分有罪、部分於一二審皆為無罪不另諭知的情形。

②申言之，若檢察官未就該二審判決上訴，僅被告針對有罪部分上訴，則上訴效力不及於無罪部分，最高法院基於避免使被告處於不安定之地位、侵蝕其上訴權利，以及尊重當事人自主決定攻防範圍之目的，不得審理及撤銷發回無罪部分（109年度台上大字第3426號裁定參照）。

(3) 我國於110年5月亦增訂第348條第2項但書，若判決有關係的一部分為無罪判決者，則例外不受上訴不可分效力所及。

2. 綜上，實務既已作出統一見解並且已有修法，則本案亦應有其適用。是以，甲一行為涉嫌洩漏國防以外秘密罪以及職務上收受賄賂罪，且一、二審皆僅對職務上收受賄賂罪作出有罪判決，洩漏國防以外秘密罪則無罪不另諭知；依前開統一實務見解及第348條第2項但書，上訴效力不及於洩漏國防以外秘密罪，第三審不得審理之。

(二) 綜上，第三審法院既然不得審理洩漏國防以外秘密罪的部分，卻仍將

其一並撤銷發回，其判決不適法。

(二)就判決的科刑、沒收等法律效果上訴：

若當事人皆明示僅就科刑、沒收等法律效果一部上訴，則依照第348條第3項，僅當事人明示上訴的法律效果會成為上級審的審理範圍。

EX

被告甲涉犯詐欺罪，一審法院以之判處其兩年有期徒刑。檢察官皆對法院的論罪本身無爭執。檢察官認為法院判太輕，主張法院應科處被告三年有期徒刑；被告則認為判太重，應改判為一年。雙方皆以此向上級法院提起上訴。此時，上級法院「原則上」僅得原審認定的詐欺罪審查量刑，不得將原審罪名撤銷改判。

刑訴法第348條第3項增訂後，主要衍生出兩個問題，包含：1.如何判斷當事人已經「明示」僅就量刑上訴？2.有無「上訴不可分原則」的適用？以下分項說明。

1. 如何判斷當事人已經「明示」僅就量刑上訴⁹？

(1)問題說明：當事人雖然得僅就法院量刑上訴，惟因一部上訴有限制法院審理未上訴部分的效果，並且會對判決產生部分既判力，故與被告訴訟救濟的憲法權利重大相關，需以其「明示」僅上訴一部為前提；然被告多不具備法律專業，其是否已經「明示」僅針對科刑上訴，常常判斷不易。

因此，最高法院曾作出112年度台上大字第3943號判決，說明如何認定被告已經「明示」一部上訴，該判決並被選為「具有參考價值之裁判」，學者亦有評析此一判決。

9 蘇凱平（2024），〈法院如何認定當事人已「明示」僅就量刑上訴？——最高法院刑事判決的憲法觀點解析〉，《月旦實務選評》，4卷4期，頁112-119。