

# 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



吳 燦

前最高法院院長、東吳大學講座教授

## 摘 要

刑事訴訟法第348條增訂第3項：「上訴得明示僅就判決之刑一部為之。」即所謂科刑一部上訴，係自1935年刑事訴訟法施行以來之重大變革，使實務所建構之罪與刑上訴不可分原則產生質變。立法宗旨既在於尊重當事人設定攻防之範圍，法院除必要之闡明外，自應受當事人明示之上訴範圍所拘束。本文評析之非常上訴判決，可以窺出事實審欲變更實體法加重竊盜罪之著手時點，但最終不為法律審所接受，而對於程序法已明定之科刑一部上訴，最高檢察署及最高法院究仍不脫罪刑不可分舊制之窠臼，值得深思。

## 目次

壹、事實摘要

貳、法律爭點

參、法院判決見解

肆、評 析

DOI: 10.53106/27889866030907

關鍵詞：加重竊盜、著手、判決之刑、一部上訴、審判範圍、非常上訴

## 壹、事實摘要

王○○與施○○共同意圖為自己不法之所有，基於加重竊盜之犯意聯絡，先由王○○購買客觀上足以對人生命、身體安全構成威脅，作為兇器使用之起子、扳手、剪刀與夾子等工具，交由施○○裝入隨身之背包中，二人再駕車隨機挑選住宅大樓，一同自擇定之該住宅或大樓頂樓逐層往下搜尋行竊目標，並由施○○先按電鈴確認無人在內，王○○再自施○○揹負之背包中取出上開工具，以破壞大門門鎖之方式行竊，其中：一、乙案於2022年4月1日13時許，侵入高雄市○○區○○街00號大樓之樓梯間，在抵達蔡○○位於9樓住處門口時，以上開方式著手竊盜犯行之實施，惟於破壞門鎖後，因無法開門進入而未遂。二、丙案於同日15時30分許，侵入高雄市○○區○○路○段00號大樓之樓梯間，在抵達廖潘○○位於3樓住處門口時，以上開方式著手竊盜犯行之實施，但破壞門鎖後，因無法開門進入而未遂。案經法院各判處其二人加重竊盜未遂罪刑確定後，最高檢察署檢察總長以該案件之審判係違背法令，提起非常上訴。

## 貳、法律爭點

一、刑法第321條加重竊盜罪之著手（未遂）時點如何認定？

二、上訴人「明示」僅對判決之「刑」，提起第二審之一部上訴者，該案件判決確定之時點為何？倘發見該案件之審判係違背法令，如何定其非常上訴之客體？

## 參、法院判決見解

### 一、第一、二審判決摘要

本案經檢察官<sup>1</sup>以王○○與施○○共同涉犯刑法第321條<sup>2</sup>第2項、第1項第2、3款<sup>3</sup>之攜帶兇器毀壞門扇竊盜未遂共二罪嫌，提起公訴。第一審<sup>4</sup>審理後，分別判決王○○、施○○共同犯攜帶兇器毀壞門扇侵入住宅竊盜

<sup>1</sup> 臺灣高雄地方檢察署檢察官111年度偵字第10398號訴書。

<sup>2</sup> 刑法第321條規定：「犯前條第一項、第二項之罪而有下列情形之一者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科五十萬元以下罰金：一、侵入住宅或有人居住之建築物、船艦或隱匿其內而犯之。二、毀越門窗、牆垣或其他安全設備而犯之。三、攜帶兇器而犯之。（下略）。前項之未遂犯罰之。」

<sup>3</sup> 本文與第3款規定無涉，文中所稱本案、本件或本件判決均僅就第1款、第2款為論述。

<sup>4</sup> 臺灣高雄地方法院111年度易字第111號刑事判決。

（下稱「加重竊盜」）未遂共二罪，王○○各處有期徒刑5月，施○○各處有期徒刑4月，並均諭知易科罰金之折算標準，及沒收扣案之上開作案工具。

王○○、施○○不服第一審該部分判決，以原審所量處之刑過重為由，對「科刑」部分提起第二審之上訴。其中（一）王○○及其辯護人上訴主張略以：被告等已與告訴人二人調解成立，且已諒解被告並具狀請求為從輕量刑；（二）施○○上訴意旨，除前述與王○○相同部分外，另主張：施○○係初犯，且為單親父親，原審如此重判將致已欠缺母親陪伴、甫10歲之小孩，再失去父親之陪伴，而嚴重影響小孩正常成長等等語。

第二審判決<sup>5</sup>除說明：王○○及其辯護人○○○律師暨施○○迄於審判程序中，均已「明示」僅對原審判決之科刑事項提起上訴，依刑事訴訟法（下稱「刑訴法」）第348條第3項規定，第二審僅就原審判決量刑（含定應執行之刑）妥適與否，進行審理，至於原審判決其他部分（即罪與沒收），則非第二審審查範圍。並以：關於「被告等已與告訴人二人均調解成立」及「告訴人蔡○○、廖潘○○具狀請求對被告等從輕量刑」，暨施○○於原審所陳其雖未婚但有1個小孩此等生活狀況，本俱經原審量刑時予以審酌；另原審乃以對比犯罪行為之分工、犯後態度、前科有無等方式，就施○○所犯各罪，均量處低於共犯即王○○之刑，自應認施○○於本案係屬初犯之情，亦已在原審量刑考慮之列。原審復詳予審酌被告二人之犯罪手段、犯罪所生之危害等刑法第57條所列具體事項，對被告等所犯乙、丙二案分別量處之刑，未逾法定刑度，且合乎法律之目的，並無違反比例原則、平等原則、公平正義等濫用量刑權限之情形，於國家刑罰權在本案實踐個別正義而言，尚屬罪刑相當。因認王○○、施○○所提之「科刑」上訴，均屬無理由，俱應予駁回。

## 二、最高法院非常上訴判決理由

本件經第二審針對王○○、施○○所提之「科刑」一部上訴，認均無理由，而予以判決上訴駁回，因屬刑訴法第376條第1項本文不得上訴於第三審法院之案件，而告確定。

最高檢察署檢察總長則以：王○○、施○○彼時僅著手於刑法第321條加重竊盜罪之加重條件之行為，顯尚未著手搜取財物之竊盜行為，自難謂

<sup>5</sup> 臺灣高等法院高雄分院111年度上易字第362號刑事判決。

彼等所為已該當竊盜未遂罪責。原確定判決對於王○○、施○○共犯前述乙、丙二案之犯罪事實，論以均係犯刑法第321條第2項、第1項第1款、第2款、第3款之攜帶兇器毀壞門扇侵入住宅竊盜未遂罪，即有判決適用法則不當之違法。案經確定，且於被告不利，依刑訴法第441條、第443條提起非常上訴，以資糾正救濟。

案經最高法院受理後，以112年度台非字第42號刑事判決（下稱「系爭非常上訴判決」），於2023年5月24日諭知：原判決關於王○○、施○○所犯乙、丙二案加重竊盜未遂罪部分，均撤銷；上開撤銷部分，由臺灣高等法院高雄分院依判決前之程序更為審理。細譯系爭非常上訴判決，其諭知上開主文之理由有二，茲略述如下：

（一）據上開乙、丙二案確認之犯罪事實，王○○與施○○先後所為，均未侵入住宅，皆止於實行破壞住宅大門門鎖之竊盜預備階段，遑及開始搜取財物，尚難認為竊盜行為之著手，自無竊盜未遂可言。乃原審未察，或未善盡正確適用法律及訴訟上照料之義務，發揮上訴制度糾錯及統一法令見解之功能，仍維持第一審就其所認定之犯罪事實，依刑法第321條第2項、第1項第1款、第2款、第3款論處其二人共同攜帶兇器毀壞門扇侵入住宅竊盜未遂罪刑（各二罪），及諭知相關易科罰金及沒收之判決，駁回王○○與施○○僅就上開第一審判決量刑部分在第二審之上訴。殊非無判決適用法則不當之違法，且不利於被告，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由。即應由本院將原判決關於王○○與施○○所犯乙、丙二案加重竊盜未遂等部分，均撤銷，以資糾正。

（二）刑訴法第348條第3項固規定：「上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之。」依立法之說明，此規定係為尊重當事人設定攻防之範圍，並減輕上訴審審理之負擔而設，以限定第二審之審判範圍。此與同條第2項立法理由謂「……未經聲明上訴之部分，倘為無罪、免訴或不受理者，應使該無罪、免訴或不受理部分不生移審上訴審之效果而告確定，以避免被告受到裁判之突襲，……」並不相同。且犯罪事實、罪名與科刑間本具有無從割裂之關聯，復為評價裁判合法妥適之必要要件，故上訴人雖明示僅針對刑、沒收或保安處分一部提起上訴，其犯罪事實及適用法律部分，仍併移第二審，俟其不服部分之上訴途徑窮盡之時，與控訴事實相關之犯罪事實、適用法律與科刑，方同時確定。王○○與施○○所為乙、丙二案犯行，雖因祇實行加重竊盜之預備行為，無從論以加重竊盜（未遂）罪行，然而毀損門鎖部分業據被害人蔡○○、廖潘○○明確提出告訴，經檢察官於起訴書犯

罪事實欄載明其事實，抑且告訴人二人於第一審辯論終結前，雖與王○○、施○○調解成立，但僅表明請求法院對其2人從輕量刑，予以自新之機會，迄未撤回其毀損之刑事告訴，則此一作為加重竊盜（未遂）犯罪事實之一部而被起訴之毀損事實，已隨當事人提起第二審上訴而繫屬於第二審法院。其作為竊盜罪之加重條件，原祇成立加重竊盜一罪而不另論罪，惟於竊盜罪不能成立時，其間已無一罪關係，法院自應就已合法起訴之其他部分為審理裁判，始稱適法。原審上開維持第一審論處加重竊盜未遂罪刑之判決，既與確認之犯罪事實未合，案經非常上訴而無可維持，自應併將撤銷部分發回第二審法院依判決前之程序更為適法之處理，兼資救濟。

## 肆、評 析

### 一、加重竊盜罪之著手（未遂）時點認定

#### （一）第一審判決之見解

本件第一審判決認定王○○與施○○所為乙、丙二案犯行，構成刑法第321條第2項、第1項第1款、第2款、第3款之共同攜帶兇器毀壞門扇侵入住宅竊盜<sup>6</sup>未遂罪，其中關於「侵入住宅竊盜」未遂部分，特別說明：1.所謂「住宅」，乃指供人日常居住之場所，社區大樓、公寓即屬之，而與社區大樓有密切不可分關係之樓梯間，亦屬住宅之一部分。被告二人縱使因無法開啟大門而未入屋內行竊，但其等均係先侵入該大樓或公寓之樓梯間始抵達該屋之大門口，自仍該當刑法第321條第1項第1款之侵入住宅加重要件。2.侵入住宅竊盜之著手時點，依據主客觀混合理論之判準，當從行為人整體犯罪計畫觀察，其已開始實行與構成要件實現具有密切關係的行為，且該行為已形成法益受侵害的直接危險者，即屬著手。被告二人已依其預先之整體犯罪計畫，攜帶行竊工具進入大樓，並自該大樓頂樓開始逐層往下搜尋行竊目標，且王○○已破壞被害人住宅之門鎖，僅因大門無法開啟而無法入內，若非被告二人因故無法開啟大門，勢必將導致被害人屋內財產法益受竊盜行為侵害之直接危險。則由主客觀混合理論觀察，應認被告二人已著手竊盜之構成要件行為，構成未遂犯，俾符一般國民之法律感情與當前社經環境之實際需要。

<sup>6</sup> 最高法院69年台上字第3945號刑事判例：「刑法第三百二十一條第一項所列各款為竊盜之加重條件，如犯竊盜罪兼具數款加重情形時，因竊盜行為祇有一個，仍祇成立一罪，不能認為法律競合或犯罪競合，但判決主文應將各種加重情形順序揭明，理由並應引用各款，俾相適應。」

## （二）系爭非常上訴判決理由

系爭非常上訴判決則謂：刑法第321條第1項之加重竊盜罪，為同法第320條第1項之普通竊盜罪之加重處罰規定，係以行為人已著手於普通竊盜罪構成要件行為，即下手竊取他人之動產為加重竊盜犯罪行為之實行，如僅著手於刑法第321條第1項各款所定加重條件之實行，而尚未著手實行竊取他人動產之行為，仍不能論以加重竊盜罪之未遂犯。而依原確定判決附表援引第一審判決所確認之前揭犯罪事實，王○○與施○○先後所為，均未侵入住宅，皆止於實行破壞住宅大門門鎖之竊盜預備階段，遑及開始搜取財物，尚難認為竊盜行為之著手，自無竊盜未遂可言。

## （三）本文見解

一般而言，犯罪之行為階段<sup>7</sup>有四，即犯意表示<sup>8</sup>、陰謀、預備及實行等階段，其在預備與實行之間，有一「著手」之點予以區隔，已經著手即為實行，尚未著手則為預備。犯罪行為雖有各種階段，然陰謀與預備非犯罪必備之條件，而著手與實行，則為實現犯罪必要之階段。一般學說上對於著手之闡述，主要者計有主觀說、客觀說及折衷說三說。而預備行為與未遂犯之區別，則以已未著手於犯罪之實行為標準，實務上<sup>9</sup>對於一般犯罪之著手，認為即指犯人對於犯罪構成要件之行為（或稱構成犯罪之事實）開始實行者而言<sup>10</sup>。若於著手此項要件行為以前之準備行動，係屬預備行為，除法文有處罰預備犯之明文<sup>11</sup>，應依法處罰外，不能遽以未遂犯罪論擬。

刑法第321條第1項之加重竊盜罪，其所列6款加重條件，究屬於犯罪之加重條件（即加重構成要件要素），抑或是刑罰之加重條件（即類如客觀處罰條件），除影響及本罪故意之成立，是否必須對於各該加重條件有所認識<sup>12</sup>外，尚與第2項未遂犯之成立時點，至有關係。就未遂犯之成立時點

<sup>7</sup> 犯罪行為之成立，或必先由一定之動機，由動機而萌生犯意，由犯意而至意思之決定，皆屬內部之心意作用，乃為意思階段。自犯罪意思以達犯罪目的，其過程亦有一定順序，即行為階段。

<sup>8</sup> 所謂犯意表示，乃意思決定之表示。原則上刑法不處罰單純之犯意表示，但若犯意表示係為達犯罪目的之手段者，則為獨立之犯罪。為處罰其反社會性，例如以表示加害他人之意思恐嚇者，成立刑法第305條之恐嚇罪，即其適例。

<sup>9</sup> 最高法院30年上字第684號刑事判例。

<sup>10</sup> 此見解當係採取客觀說。

<sup>11</sup> 關於預備犯處罰之立法例，有所謂形式預備犯與實質預備犯。請參最高法院101年度台上字第5377號刑事判決。

<sup>12</sup> 屬於犯罪之加重條件者，對於各加重條件應有所認識；屬於刑罰之加重條件者，則否。

而言，其主要區別在於，蓋若認其屬於犯罪之加重條件，即本罪係以刑法第320條為基本構成要件之加重構成要件類型，則本罪之未遂犯之成立時點（著手實行時點），應結合竊盜行為與各該加重之構成要件要素，綜合予以判斷；惟若認其屬刑罰之加重條件，則本罪之著手實行時點係以竊盜行為之著手為準<sup>13</sup>，從而在審判實務上，對於侵入住宅竊盜罪之著手時點，依一般社會觀念，咸認行為人出於竊盜目的而侵入他人住宅者，祇要開始搜尋財物時，即應認與竊盜之著手行為相當，可認為已著手於竊盜行為之實行<sup>14</sup>。

我國實例<sup>15</sup>一向認為刑法第321條第1項所列各款情形，僅屬竊盜罪之刑罰加重條件，且因法律上既已視為單純一罪之加重條件，各該條件自己溶合於加重竊盜之罪質中<sup>16</sup>，其本質上仍屬竊盜罪，並非與竊盜罪相結合之另一犯罪行為。故須以已經著手於竊盜犯罪行為之實行而既遂或未遂，且具有刑法第321條第1項所列各款情形，始符合條文所稱「犯前條第一項、第二項之罪而有下列各款情形之一」而成立加重竊盜既遂或未遂罪名。因是，在有合致第1款侵入住居或（與）第2款毀越安全設備之加重竊盜情形，即應直接適用各該款罪名<sup>17</sup>，而排斥刑法第306條侵入住居罪與第354條毀損罪之適用。但如僅具該條項所列各款情形而未著手於竊盜行為之實行，加重竊盜罪即無由成立，除該情形符合刑法第306條、第354條之各該犯罪構成要件<sup>18</sup>，應另依各該罪名追訴處罰外，自難以本罪相繩。

惟刑法第321條第1項第1款「侵入住宅或有人居住之建築物、船艦或隱匿其內」及第2款「毀越門窗、牆垣或其他安全設備」，或有可能分別成立刑法第306條侵入住居罪及第354條毀損罪之「犯罪行為」，因之，學者<sup>19</sup>有主張該條第1項第1款之加重竊盜罪，為同法第320條第1項竊盜罪與第306條侵入住居罪二罪之結合犯；第1項第2款之加重竊盜罪，亦為第320

<sup>13</sup> 陳子平，刑法各論（上），元照，五版，2022年9月，498頁。

<sup>14</sup> 最高法院84年度台上字第4341號刑事判決。日本判例對於竊盜罪著手時點之認定，亦有謂：「以竊盜為目的而侵入他人屋內，使用手電筒物色食物等財物時，即為竊盜之著手。」請參最高裁昭和23年4月17日、昭和22年(刑)340號小法庭判決。

<sup>15</sup> 最高法院27年滬上字第54號刑事判例、28年滬上字第8號刑事判例(2)（按：此2則判例因無全文已停止適用，詳後述）。

<sup>16</sup> 最高法院27年上字第1887號刑事判例：「毀越門而入室行竊，其越入行為即屬侵入住宅，已結合於所犯加重竊盜之罪質中，無更行構成侵入住宅罪之理。」

<sup>17</sup> 於此情形，即無刑法第308條第1項及第357條規定「告訴乃論」之適用。

<sup>18</sup> 此際，即應適用刑法第308條第1項及第357條規定，須告訴乃論。

<sup>19</sup> 韓忠謨，刑法各論，1968年3月，409-410頁。

條第1項竊盜罪與第354條毀損罪之結合犯，所持理由無非認為各該條款已將兩罪相結合為實質上之加重竊盜一罪。最高法院101年度台非字第140號刑事判決亦謂：刑法第321條第1項第1款之侵入有人居住之建築物竊盜罪，係結合侵入住居罪與一般竊盜罪，而獨立成立之加重竊盜罪，性質上屬於結合犯，除行為人主觀上係基於竊盜之意思而為竊取之行為外，客觀上侵入或隱匿其內之行為，亦為該罪之加重構成要件要素。依此見解，則刑法第321條第1項第1款、第2款規定之加重條件，應解為係犯罪之加重條件，其未遂犯（著手實行）之成立時點，即應結合竊盜行為與各該款加重之構成要件要素，綜合予以判斷，因認祇要從事與竊取動產有直接關聯性之先前行為即可，而無須行為人在形式上已經實施竊取；甚至在侵入住居之開始（如撬開門鎖之舉動），即屬排除被害人抵禦竊盜措施之著手實行<sup>20</sup>，而屬未遂犯之著手。

刑法第321條第1項所列各款情形，並非全部均能單獨成立犯罪<sup>21</sup>，在同一法條中，如認部分條款與其基礎犯之竊盜罪得成立結合犯，部分條款與基礎犯之竊盜罪則認非結合犯，理論上既難自圓其說<sup>22</sup>，亦非立法者之本意。又刑法上之結合犯中，如有部分依法須告訴乃論者，該部分如未經合法告訴，仍不得追訴處罰，而應僅就他部分予以論科<sup>23</sup>。因之，如將刑法第321條第1項第1款及第2款解為結合犯，其與基礎犯相結合之刑法第306條及第354條之罪，依同法第308條第1項及第357條規定，須告訴乃論，如未經合法告訴，即不得處罰其加重竊盜罪，不啻將加重竊盜罪之成立與否，決定於被害人之是否對各該條款之告訴，不惟造成司法審判實務之困擾，且與加重處罰竊盜犯罪型態之立法理由亦相違背，因此並無將此2款單獨視為與竊盜罪成立結合犯之必要。但對於侵入住宅竊盜罪之著手時點，除前述於行為人以行竊之意思接近財物，並進而物色財物，即可認為竊盜行為之著手外，實務上似不妨藉由個案詳加審認，與時俱進地另創竊盜著手時點之新見解，以期符合現代社會環境之變遷與實際需要。

本件第一審判決針對王○○與施○○所為，如何該當於「侵入住宅竊

<sup>20</sup> 林山田，刑法各論（上），五版，2006年10月，357-361頁。許澤天，刑法分則（上冊），四版，2022年2月，77-78頁。

<sup>21</sup> 除第1、2款外，其餘各款情形，則未必皆為構成犯罪之行為。例如第3款至第6款之攜帶非槍砲彈藥刀械管制條例所稱刀械之「兇器」、結夥三人以上、災害、在車站或港埠頭等場所。

<sup>22</sup> 陳煥生，加重條件犯與結合犯，刑事法雜誌，36卷5期，1992年10月，4頁。

<sup>23</sup> 司法院院字第1954號解釋：「刑法關於強姦殺被害人之結合犯及該罪須告訴乃論各規定……既經檢察官起訴，雖未據有告訴權者之告訴，仍應參照院字第十七號解釋，專就殺人部分，予以論科。」

盜」未遂，及說明其與社區大樓有密切不可分關係之樓梯間，亦屬住宅之一部分各情，均已載敘明白，已如前述。此為確定判決所認定之犯罪事實，究竟有如何之違背法令，系爭非常上訴判決並無一語提及，僅泛謂「據上開確認之犯罪事實，王○○與施○○先後所為，均未侵入住宅」，已不免誤會。第一審判決就所犯第1、2款毀壞門扇侵入住宅竊盜部分，係採犯罪之加重條件，因而於綜合判斷後認為成立未遂犯，亦已詳敘其所憑理由。

我國實務之所以認為刑法第321條第1項各款所列情形，屬於刑罰之加重條件，主要是依據最高法院27年滬上字第54號刑事判例：「……，至該條（按即刑法第321條）第一項各款所列情形，不過為犯竊盜罪之加重條件，如僅著手於該項加重條件之行為而未著手搜取財物，仍不能以本條之竊盜未遂論。」及最高法院28年滬上字第8號刑事判例（2）：「上訴人侵入某公司內，既未著手於客觀上可認為竊盜行為之實行，縱其目的係在行竊，仍難論以竊盜未遂之罪。」有以致之。上開2則判例，咸認如僅著手於刑法第321條第1項所列各款之加重條件行為，而未著手於客觀上可認為竊盜行為之實行，縱其目的係在行竊，仍難論以加重竊盜未遂之罪，即明白揭示尚未著手於竊盜行為之實行時，加重竊盜罪即無由成立之斯旨。系爭非常上訴判決循此前例，認為王○○與施○○僅著手於該項加重條件之行為而未著手搜取財物，尚難認竊盜行為之著手，自無竊盜未遂可言，雖亦同採刑罰之加重條件，但最高法院上開2則刑事判例，均因無裁判全文可資參考，依據法院組織法第57條之1第1項規定，自2019年7月4日應停止適用，自己非最高法院一致之見解。此一判例所持之「法律見解」，雖仍為包括系爭非常上訴判決在內之最高法院裁判所援引，但在法理上是否仍具價值而可供參考，尤其在下級審已就學說斟酌損益，本於個案之確信，提出迥異於已不適用判例意旨之新見解時，最高法院基於法之續造，自不宜膠柱鼓瑟，仍一成不變<sup>24</sup>，而應直球對決，參酌各國實務及學說之演變趨勢，藉由個案進一步再重新加以闡釋說明，或予以價值補充，或另作變更創新，俾獲窺法文之應有意義；更遑論刑法第321條第1項第1款之加重條件，究竟是刑罰之加重條件，抑或是犯罪之加重條件，最高法院判決已有不同之見解。按之非常上訴係在統一包括最高法院在內之各審級法院之法律適用，則此一法律爭議，既已見

<sup>24</sup> 此2則有關加重竊盜未遂罪之判例見解，司法院曾以(81)院台廳二字第16059號函詢最高法院，是否有變更之必要？

積極歧異，尤應先循現行之大法庭機制以尋求統一法律見解<sup>25</sup>，方足以達成非常上訴制度旨在統一各審級之法律適用，並發揮終審法院定紛止爭之功能。

## 二、科刑一部上訴與非常上訴之客體

刑訴法第441條規定，判決確定後，發見該案件之審判係違背法令者，最高檢察署檢察總長得向最高法院提起非常上訴。非常上訴制度旨在糾正確定判決適用法律錯誤而設，因是，檢察總長得提起非常上訴者，亦即其非常上訴之客體，必係限之於刑事「確定」判決<sup>26</sup>為對象，始足語焉。此不論係通常程序之判決、或簡易程序之簡易判決處刑、或依協商程序而為之判決，亦不問其為何一審級之確定判決<sup>27</sup>；又其屬於有罪、無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之確定判決，亦均包括及此。

2021年6月16日修正公布之刑訴法第348條，增訂第2項但書及第3項，作為第2項本文上訴不可分原則之例外規定，第2項但書在於避免被告受突襲性裁判，第3項規定則出於尊重當事人設定攻防之範圍，容許上訴人得僅針對判決之刑、沒收或保安處分等法律效果之一部提起上訴，其未表明上訴之「罪」〔包括犯罪事實、證據及論罪（下同）〕部分，則不在上訴審審判範圍。因之，其於上訴人僅對「科刑」為一部之上訴者，則所謂「判決確定後，發見該案件之審判係違背法令」，究應如何定其非常上訴之客體（對象），即殊值探究。

### （一）科刑之一部上訴<sup>28</sup>

#### 1. 所稱判決之「刑」的涵義

刑訴法第348條第3項所稱判決之「刑」，包括首為刑法分則各本條或

<sup>25</sup> 積極歧異之提案義務，除見之2019年修正之法院組織法第51條之2外，在修法前，最高法院67年度第13次刑事庭庭推總會決定：四、第二次提起之非常上訴，承辦庭審理結果與前次非常上訴之判決有不同之見解時，應先提經刑庭庭推總會決定。亦可供參考。

<sup>26</sup> 凡得憑以對被告執行國家刑罰權內容之實體裁定，或拘束人身自由之保安處分、剝奪人民財產之裁定，因與科刑之確定判決有同等效力，於確定後發現係違背法令者，亦得依刑訴法第441條規定，對之提起非常上訴，以保障被告權益並予救濟。實務上允對違法之確定裁定提起非常上訴之例子有：更定其刑、定應執行刑、單獨宣告沒收、減刑、撤銷緩刑之宣告及重複諭知易科罰金等確定裁定，觀察、勒戒或強制戒治等拘束人身體、自由之保安處分及沒入保證金等裁定。

<sup>27</sup> 但上訴審如係以不合法駁回上訴者，則以原審之實體判決為確定判決。

<sup>28</sup> 關於修正刑訴法第348條之適用，請參吳燦，上訴不可分原則與例外，月旦法學教室，229期，2021年11月，15-19頁，並收錄於：刑事法裁判評析，元照，2023年3月，153-159頁；吳燦，刑與罪一部上訴之審理，月旦法學教室，246期，2023年4月，14-20頁。

特別刑法所規定之「法定刑」，次為經刑法總則或分則上加減、免除之修正法定刑後之「處斷刑」，再次為裁判上實際量定之「宣告刑」。上訴人明示僅就判決之「刑」一部聲明上訴者，當然包含請求對於原判決量刑過程中所適用特定罪名之法定刑、處斷刑及宣告刑是否合法妥適進行審查救濟，此三者刑罰具有連動之不可分性。

抑且，為尊重當事人設定攻防之範圍，上訴人可明示僅就原判決宣告之緩刑（包括僅就緩刑之負擔部分）、易刑處分（包括僅就易刑處分之折算標準部分）、或僅就數罪所酌定之應執行刑，提起一部上訴。又上訴人聲明就原判決之「罪」、「刑」全部上訴者，於上訴審終局判決前，得撤回其關於「罪」部分之上訴。

## 2. 第二審之訴訟照料義務

刑訴法第348條第3項規定上訴人得對判決之「刑」為一部上訴，為期當事人之真意明確，乃明定僅止於「明示」者始生一部上訴之效力。所謂「明示」，係指上訴人以書狀或言詞直接將其上訴範圍之效果明白意思表示於外而言。

因是，當上訴人（尤其是被告）對於第一審判決聲明上訴之範圍不明時，第二審基於訴訟照料義務，應先於準備程序階段，以曉諭或闡明之方式確定其上訴範圍。例如，上訴人（被告）具狀表明對原判決不服，聲明上訴<sup>29</sup>，其上訴理由則僅指摘原判決量刑不當或違法，於此，第二審即應以適當方式行使闡明，釐清是否僅對「刑」之一部上訴，記明筆錄，以杜爭議，並定其審判範圍。不得單憑書狀關於上訴理由之如此記載，即謂已「明示」僅對科刑為一部上訴。

## 3. 科刑一部上訴之效力

刑訴法第348條第3項之增訂，於立法說明已指明：「爰增訂本條第三項，作為第二項之例外規定，以資適用。」因之，上訴人如明示僅對判決之刑為一部上訴者，當即已排斥第2項本文：「對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴」規定之適用。但上訴人如對「罪」為一部上訴，基於論罪之最終在於科刑，不能有罪無刑，則「罪」與「刑」即屬不能分割，此際，始有第2項本文之適用，即關於論罪科刑之全部均以上訴論。

<sup>29</sup> 例如，實務常見於上訴書狀冒頭記載：「為被告○○違反○○案件，不服臺灣○○地方法院○○年度訴字第00號刑事判決，依法提呈上訴狀事」即屬之。

刑訴法第348條第3項既係第2項本文原則規定之例外規定，基於「例外規定使原則規定失效」之法理，如上訴人明示僅針對判決之「刑」為一部上訴，則其「刑」與「罪」二者即屬可分，上訴審不得再對未表明上訴之「罪」部分為審究，否則，即有未受請求之事項予以判決之違背法令<sup>30</sup>。

於此情形，因上訴審僅應就刑之部分為審判，罪之部分已不在上訴審審判範圍，乃衍生罪與刑之判決分屬不同審級法院審理，則該案件（罪與刑）判決確定之時點，已不免滋生疑議，如發見「罪」「刑」其中之一或兩者有違背法令之情形，其非常上訴之客體如何判斷，亦是問題。

## （二）非常上訴之客體

非常上訴，乃非常之救濟程序，其客體應以刑事確定判決為限，對於未確定之判決，可循上訴<sup>31</sup>之通常程序救濟。判決因諭知（宣示或送達）而為「外部的成立」之時，即發生效力，裁判機關應受其拘束，而於已不得依上訴聲明不服時，即告確定。判決一經形式確定，本於法之安定性及保護個人利益之基本理念，即因此發生其應有之效力。

上訴人明示僅對第一審判決之「刑」，提起第二審之上訴，其未表明上訴之「罪」之部分，既不在第二審之審判範圍，則該未上訴之「罪」部分已否在第一審即先行確定，文獻上有謂<sup>32</sup>合法一部上訴後，原審判決在聲明不服的範圍內移審上級審，並（僅）在此移審範圍內阻斷原判決之確定，稱為「部分既判力」。部分既判力僅具訴訟內部拘束力，而非訴訟對外效力，故同一案件一部上訴者，若欲提起再審或非常上訴之非常救濟，須待全案確定，始得為之。

類似情形，即刑訴法第348條第2項增訂之但書規定，亦有之。此一但書規定同屬其本文原則規定之例外規定，第2項本文規定之上訴不可分原則，主要是針對單一性案件為適用對象，因此於立法說明指出：不論上訴人係對實質上一罪或裁判上一罪之有罪或無罪、免訴、不受理部分上訴，其有關係之有罪部分，視為亦已上訴，此不僅可使各部分犯罪事實之確定

<sup>30</sup> 最高法院111年度台上字第4409號刑事判決：「此一例外規定，依立法說明係為尊重當事人設定攻防之範圍，並減輕上訴審審理之負擔，因而容許上訴人得明示僅針對刑、沒收或保安處分之一部提起上訴。基於『例外規定使原則規定失效』之法理，如上訴人明示僅針對『刑』之部分上訴，則其未表明上訴之認定犯罪事實（論罪）部分，自不在上訴審之審判範圍，要無再適用刑事訴訟法第348條第2項前段（本文）規定之餘地。」

<sup>31</sup> 刑訴法第344條第1項規定：「當事人對於下級法院之判決不服者，得上訴於上級法院。」

<sup>32</sup> 林鈺雄，科刑一部上訴與再審管轄法院，月旦法學教室，247期，2023年5月，23頁。

時期一致，更有利於被告之量刑。針對但書規定，則揭明「未經聲明上訴之部分，倘為無罪、免訴或不受理者<sup>33</sup>，應使該無罪、免訴或不受理部分不生移審上訴審之效果而告確定」<sup>34</sup>。亦即，該未上訴之無罪等部分已先行確定，不生移審之效力。

日本實務<sup>35</sup>就此一情形，則認為裁判上一罪，其一部有罪、他部為無罪而於判決理由中說明，其僅被告就有罪之部分上訴，他部無罪並未上訴，雖仍生全部移審之效力，但基於當事人主義之原則及上訴審之權利救濟性質，該無罪部分即不存在被告上訴之利益，檢察官亦未上訴，則該無罪部分即非當事人之攻防對象，從而法院審理範圍即應以有罪部分為限，不及於被告上訴未涉及之無罪部分。臺、日關於單一性案件，僅被告就一部有罪之部分上訴，檢察官針對他部無罪（不另為無罪）未上訴，上訴審審判範圍僅止於被告有罪上訴部分，不及於無罪部分之見解，並無異致。不同者在於，該無罪部分已否一部確定之疑義。對此，前述刑訴法第348條立法說明，謂該無罪（不另為無罪）未上訴部分不生移審上訴審之效果而告確定，日本實務則認為仍生全部移審之效力，但該部分並非上訴審審判範圍。惟所謂移審之效力，係指該訴訟脫離下級審而實際繫屬於上級審之效力，也因此，上級審應以裁判予以終結該訴訟關係。日本此一實務見解，或許是出自於為阻斷原判決之一部確定，但其一方面認為未上訴之無罪部分，仍與有罪上訴部分生全部移審上訴審之效力，他方面卻又認為該未上訴部分並不在上訴審審判範圍，或不免已生齟齬。

刑訴法第348條第3項立法說明，雖僅提及「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、……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。」而未類如第2項但書立法說明所言「未經聲明上訴之部分，……，不生移審上訴審之效果而告確定」。實則，所謂未上訴部分不生移審（上訴審）之效力，或未上訴部分不在第二審（上訴審）審判範圍，應僅用詞之不同而已，兩者均旨在限制第二審之審判範圍，並無歧異。增訂之第2項但書及第3項規定，既均屬第2項本文上訴不可分原則之例外規定，自應作相同

<sup>33</sup> 此所稱「無罪、免訴或不受理者」，並不以在主文內諭知者為限，即第一審判決就有關係之部分於理由內說明不另為無罪、免訴或不受理之諭知者，亦屬之。

<sup>34</sup> 本條修正前，最高法院刑事大法庭109年度台上大字第3426號裁定即謂：「檢察官以裁判上或實質上一罪起訴之案件，其一部於第一、二審均不另為無罪之諭知，僅被告就得上訴第三審之有罪部分提起上訴，該不另為無罪諭知部分已確定，並非第三審審判範圍。」（裁定日期：2021年1月27日）

<sup>35</sup> 最大判昭和46年3月24日，刑集25.2.293。

解釋。本文認為，該未上訴第二審之罪部分，其第一審判決既已送達，且刑訴法已採僅就「刑」之上訴，其效力不及於「罪」之立法，而具可分性，則其「罪」之部分，自應於上訴期間屆滿時先行一部確定，但應俟全案（即罪與刑）均判決確定後，始得提起再審或非常上訴之非常救濟，俾免判決兩歧。

罪與刑之判決既然分別確定，其審判如有違背法令之情形，則非常上訴之客體（對象），自應專對該部分之確定判決為之。司法院釋字第135號解釋：「當事人對於下級法院之判決並未提出不服之聲明而上級法院誤予廢棄或撤銷發回更審者，該項上級法院判決及發回更審後之判決均屬重大違背法令，固不生效力，惟既具有判決之形式，未確定者得依上訴程序辦理，已確定者得分別依再審、非常上訴及其他法定程序辦理之。」就此一解釋而言，認為誤為撤銷發回更審之上級法院刑事判決，及發回更審後之刑事判決，均屬違法不生效力，但因其有判決之形式，於判決確定後，對各該判決應依非常上訴程序辦理，以救濟之。

準此，上訴人「明示」僅就第一審判決之「刑」合法為一部上訴，並經第二審就該部分判決確定者，而該未上訴、不在第二審審判範圍之「罪」部分既係經第一審判決確定，因是，其非常上訴之客體，即應分別觀察之：

1. 僅刑部分之判決違背法令者，例如第一審論處被告累犯（處斷刑）並加重其刑，被告明示僅對科刑（宣告刑）為一部上訴，第二審仍維持累犯之認定，並以原審量刑並無違法或不當為由，因而駁回上訴，或因其他理由撤銷原判決所科之刑，另為宣告刑之諭知。判決確定後，發覺係非累犯而論累犯之違誤<sup>36</sup>，其非常上訴之客體為第二審之科刑判決及第一審判決關於累犯部分。至於第一審未論處累犯罪刑，檢察官明示僅對科刑部分為一部上訴，第二審改論被告累犯並加重其刑。判決確定後，發覺係非累犯而論累犯之違誤，其非常上訴之客體則僅為第二審之科刑判決。凡此情形，其非常上訴客體均不及於罪之部分，非常上訴判決應將各該判決關於科刑違背法令之部分撤銷，且因原判決不利於被告，應就該案件另行（科刑）判決<sup>37</sup>。

<sup>36</sup> 吳燦，累犯確定判決違誤之救濟，司法周刊，1940期，2019年2月22日，2-3版，並收錄於：刑事證據法與救濟程序，元照，初版2刷，2021年10月，328-332頁。

<sup>37</sup> 刑訴法第447條第1項第1款。此之另行判決，僅係替代原審法院就其裁判時應適用之法律而為裁判，使違法者成為合法。

2. 僅罪部分之判決違背法令者，例如以本案為例，第一審判決被告二人犯加重竊盜未遂罪，分別科處有期徒刑5月、4月。被告明示僅對科刑為一部上訴，經第二審認其上訴無理由而予以駁回確定。茲第二審之科刑判決，既僅能、且應在不變更原審判決所認定之罪（已確定）之前提下，審理原審之科刑有無不當或違法，則第二審科刑之確定判決有無違背法令，原則上固應單獨觀察（例如有無不得緩刑而諭知緩刑者），但如依系爭非常上訴判決之見解，被告二人僅著手於刑法第321條之竊盜加重條件，尚不成立加重竊盜未遂犯。果爾，此雖屬第一審關於罪之確定判決違背法令，但論罪之違法與否勢將影響及科刑之正確，乃所謂「皮之不存，毛將焉附」，此際，非常上訴之客體，當係指第一審之判決（罪與刑）及第二審之科刑判決。惟第二審之科刑判決，如係撤銷第一審之刑而自為判決者，其非常上訴之客體，則為第一審關於罪之判決及第二審之科刑判決。至於罪與刑兩者均違背法令者，當應以各該確定判決為非常上訴之客體，要屬當然。凡此情形，其作為非常上訴之客體者，兩者缺一不可。

### （三）系爭非常上訴判決簡評

刑訴法第348條第3項規定，既容許得僅對判決之刑為一部上訴，第二審自祇須就當事人明示提起上訴部分踐行調查證據及辯論之程序，然後於判決內將聲明上訴之範圍（即上訴審理範圍）記載明確，以為判決之依據即足，毋庸將不在其審判範圍之罪（犯罪事實等）部分贅加記載，亦無須將第一審判決書作為其裁判之附件，始符修法意旨。即使第二審判決書內記載引用第一審認定之犯罪事實，或將其第一審判決作為附件，自亦不能憑此即認定該原未上訴之罪部分已經第二審之審判。因之，檢察總長擇為提起非常上訴之客體，如屬第二審之確定科刑判決，其上訴書僅能針對該科刑之審判有如何之違背法令為敘述，例如逾越法定刑之科處，關於緩刑規定適用之違誤，或刑之加重減免所關法令適用之違誤等是。至其餘有關第一審關於罪部分之載述，均屬贅餘蛇足，並不在非常上訴審所得審判之範圍。

本件王○○與施○○所犯乙、丙二案，均明示僅針對第一審判決之科刑部分為一部上訴，第二審亦僅就科刑部分之上訴為審理、判決<sup>38</sup>。依系爭非常上訴判決之案由欄，係記載「上列上訴人因被告等竊盜案件，對於臺灣高等法院高雄分院111年10月27日第二審確定判決（111年度上易字第

<sup>38</sup> 其案由欄，並記載關於科刑部分，提起上訴。

362號，起訴案號：臺灣高雄地方檢察署111年度偵字第10398號），認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：」等語，如若無訛，檢察總長顯係對於第二審之確定科刑判決，提起非常上訴。然依系爭非常上訴判決理由欄之記載：「一、非常上訴理由稱：「（一）、（略）。

（二）、經查：本件依原判決附表一編號乙案及丙案之犯罪事實記載：（略）。」等情，則檢察總長非常上訴理由書不外通篇引用並不在第二審審判範圍、但為第二審判決所援引作為附表之關於罪部分之第一審判決，並無一語提及該第二審確定之科刑判決，在不更動其第一審論罪之前提下，有如何之違背法令，已有未合。系爭非常上訴判決未深究及此，仍依循非常上訴理由而謂：乃原審未察，……，仍維持第一審就其所認定之犯罪事實，依刑法第321條第2項、第1項第1款、第2款、第3款論處王○○與施○○共同攜帶兇器毀壞門扇侵入住宅竊盜未遂罪刑（各2罪），及諭知相關易科罰金及沒收之判決，駁回其二人僅就上開第一審判決量刑部分在第二審之上訴。殊非無判決適用法則不當之違法，且不利於被告，因而將原判決關於王○○、施○○所犯乙、丙二案加重竊盜未遂罪部分，均撤銷。然查，本件第二審審判範圍既僅及於科刑部分，雖第二審判決書仍贅引第一審判決之犯罪事實，但第二審既未實際審判王○○、施○○所犯乙、丙二案之犯罪事實（即罪），何來得出第二審（科刑）確定判決仍維持第一審就其所認定之犯罪事實之可言？檢察總長既係對第二審確定之科刑判決，提起非常上訴，則系爭非常上訴判決，又如何得以將第一審判決之該等罪之部分均予以撤銷？實不無疑義。本文認為，本件非常上訴之客體，應包括第一審之判決及第二審之科刑判決兩者，始稱合法。亦唯有如此，系爭非常上訴判決關此部分之論述，方有依據。

上訴人明示僅對判決之「刑」提起一部上訴，該另部未上訴之「罪」部分，既不在第二審審判範圍，則此一未經聲明上訴之部分，究屬不生移審上訴審之效果而告確定，抑或一併與上訴之刑部分，仍生全部移審上訴審之效力，修法伊始，固有不同見解。系爭非常上訴判決固認「其犯罪事實及適用法律部分（即罪），仍併移第二審，俟其不服部分（即刑）之上訴途徑窮盡之時，與控訴事實相關之犯罪事實、適用法律與科刑，方同時確定」，似係採取後者見解，即發生全部移審之效力。

惟從該未上訴之罪部分，並不在第二審之審判範圍以言，即使採移審說，其第二審對該未聲明上訴之罪部分究仍不能審判，則所謂未上訴之罪與已上訴之刑，仍併移第二審，並同時確定之說，祇不過是將罪之確定時

點，從本來在第一審判決送達、上訴期滿即應確定，阻斷延後至與在上訴審之科刑判決同時確定而已，實際上並無由改變其罪之部分，仍祇有在第一審審判之本質。因是，設若係罪之確定判決部分違背法令，其得作為非常上訴之客體者，自仍屬第一審判決。惟鑑於罪之違背法令，勢必連動影響科刑，具有不可分性，因此解釋上應將非常上訴之救濟程序，限於全案（罪與刑）判決確定後，始得提起；苟如此，則此一未經聲明上訴之部分，究應全部移審或不生移審而一部確定，即不具討論價值。至於系爭非常上訴判決所以認「其犯罪事實及適用法律部分，仍併移第二審」，除以刑訴法第348條第2項但書與第3項規定之立法說明並不相同為論據外，另一理由則為「且犯罪事實、罪名與科刑間本具有無從割裂之關聯，復為評價裁判合法妥適之必要要件」。但所謂罪刑具有無從割裂之關聯，在修法前固屬之；修法後，為尊重當事人設定之攻防範圍，上訴人明示僅對刑之一部上訴者，其效力已不及於罪，而具有可分性，是以兩者之合法與否，原則上自應分別評價判斷。

刑法第321條第1項第1款、第2款之加重竊盜罪，各該款所列情形，其認屬於刑罰之加重條件者，如僅具該各款情形而未著手於竊盜行為之實行，加重竊盜罪即無由成立，而難以本罪相繩。但該情形符合刑法第306條或（與）第354條之各該犯罪構成要件，並經合法告訴且依法起訴者，固應另依各該罪名為審判，但此僅限於法院審判之範圍包括犯罪事實（罪）者，始得為之。

例如，設若本件第一審判決亦採刑罰之加重條件，因尚未著手於竊盜行為之實行，雖不成立加重竊盜未遂罪，但依系爭非常上訴判決之認定，其毀損部分業經合法告訴，且此犯罪事實亦記載於起訴書，則第一審自應就此毀損部分為實體判決。但本件第一審判決係認王○○與施○○共犯刑法第321條第2項、第1項第1款、第2款之加重竊盜未遂罪，並據此予以科刑，而王○○與施○○均明示僅就第一審判決之刑為一部上訴，則本件有關罪之部分（即加重竊盜未遂罪及毀損罪），即均非第二審之審判範圍，第二審就該毀損部分自無從審酌。系爭非常上訴判決謂：「則此一作為加重竊盜（未遂）犯罪事實之一部而被起訴之毀損事實，已隨當事人提起第二審上訴而繫屬於第二審法院。其作為竊盜罪之加重條件，原祇成立加重竊盜一罪而不另論罪，惟於竊盜罪不能成立時，其間已無一罪關係，法院自應就已合法起訴之其他部分為審理裁判，始稱適法。原審上開維持第一審論處加重竊盜未遂罪刑之判決，既與確認之犯罪事實未合，案經非常上

訴而無可維持，自應併將撤銷部分發回第二審法院。」此一論述，在刑訴法第348條修正之前，第二審本於上訴不可分原則，該毀損部分因亦屬其審判範圍，則於不成立加重竊盜罪之情形，應就毀損論罪，固屬的論；但在增訂第3項規定後，上訴人僅就刑為一部上訴，其相關之罪既已不在第二審審判範圍，當亦無從再論究毀損罪之部分，受發回之第二審法院，倘依發回意旨為更審判決，即不無訴外裁判之嫌。

#### (四) 小 結

綜上所述，本件檢察總長提起之非常上訴，應以第一審之判決（罪與刑）與第二審之科刑判決為客體，必在此一前提下，始有研求第一審判決論處加重竊盜未遂罪有無違背法令之餘地，並且於認其非常上訴有理由時，進而再依系爭非常上訴判決所持之見解，由非常上訴審諭知：第一審關於王○○、施○○所犯乙、丙二案部分之判決，及第二審（科刑）判決，均撤銷；就上開撤銷部分，1.另行判決王○○、施○○關於加重竊盜未遂部分，均無罪，2.至於毀損部分，則以第一審判決就該部分，有已受請求之事項未予判決之違背法令，將之發回第一審法院依判決前之程序更為適法之處理。於此，告訴人得於第一審更審辯論終結前，撤回告訴。至於檢察總長僅對第二審科刑判決提起之本件非常上訴，既未於上訴書敘述此部分第二審之科刑，有如何之違背法令，於法即有不合，應予以駁回。♣



相關文獻 ◀ 月旦知識庫 [www.lawdata.com.tw](http://www.lawdata.com.tw)，更多裁判分析 ▶ 月旦法律分析庫 [lawwise.com.tw](http://lawwise.com.tw)