

非常上訴理由及判決要旨

第十九輯

最高法院檢察署編印

中華民國104年11月

非常上訴理由及判決要旨第19輯序

非常上訴制度，依刑事訴訟法第441條規定，係為救濟確定判決之審判違背法令而設立之刑事特別訴訟程序，其主要目的，在於糾正適用法律之錯誤，以統一法律見解之適用，並彰顯保障人民權益、保護被告之利益及伸張正義之功能。

非常上訴，無審級及期間之限制，不論是一審、二審或三審之刑事判決確定後，發現該案件之審判違背法令者，則專責由最高法院檢察署檢察總長依職權或依檢察官、被告、自訴人或第三人之聲請，向最高法院提起非常上訴。

本署對非常上訴案件極為重視。檢察官辦理此類案件，除顯無理由者外，均先行調卷審核，如與非常上訴法定要件不合，即按聲請內容，逐項詳予函復；倘原判決確有違誤，即擬具非常上訴理由書報請檢察總長核定後，向最高法院提起非常上訴。依據統計資料，本署最近 10 年來受理之聲請非常上訴案件，呈現逐年遞增情形。惟因提起非常上訴之法律規定甚嚴，且非常上訴為法律審，全採書面審理，不經言詞辯論，並以確定判決認定之事實為基礎，以審核其審

判適用法令有無違誤，更不調查未經確定判決認定之事實及涉及事實之證據。因之，凡不能確切指明確定判決如何違背法令，而純就事實為爭執聲請非常上訴者，均屬無從提起，不得不依法予以駁回；如經審核合於非常上訴法定要件者，本署為統一法律見解及保障人民權益，自必儘量提起，以謀救濟。

為提供從事司法實務人員及社會人士參考，以及避免法律適用錯誤之重見，本署自民國 41 年起，分就非常上訴案件中具有參考價值者，各擇取案例約一百則，編成「非常上訴理由及判決要旨」一書發行，迄今已出版 18 輯。茲以本署全體檢察官近 3 年來經辦案件中審慎篩選 98 則案例，類編成第 19 輯。稿定付梓，期對從事司法實務及刑事法律研究者，有所助益，並因而提高辦案正確性與確保人民權益。爰略述編輯之旨，以為之序。

中華民國 104 年 11 月 顏大和 於最高法院檢察署

非常上訴理由及判決要旨第十九輯目錄

壹、刑法

案次	年度	判決案號 台非字	關係條文	頁次
01	103	325	刑法第 1 條、42 條第 3 項、第 74 條第 1 項第 1 款、第 337 條。 刑法施行法第 1 條之 1 第 1 項、第 2 項前段。 刑事訴訟法第 378 條。	1
02	101	322	刑法第 2 條、第 80 條第 1 項第 3 款、第 83 條第 2 項第 3 款、第 185 條之 3 第 1 項。 刑法施行法第 8 條之 1。 刑事訴訟法第 302 條第 2 款、第 378 條。	4
03	102	253	刑法第 2 條第 1 項前段、第 28 條、刑法第 41 條第 1 項、第 51 條第 5 款、第 74 條第 1 項第 1 款、第 2 項第 4 款、第 342 條第 1 項。	11

			刑事訴訟法第 378 條後段。 中華民國九十六年罪犯 減刑條例第 2 條第 1 項第 3 款、第 7 條、第 9 條。 貨幣單位折算新台幣條 例第 2 條。	
04	102	258	刑法第 2 條第 1 項但書、 第 50 條、第 51 條。 刑事訴訟法第 378 條。	18
05	102	308	刑法第 2 條第 1 項、第 41 條第 1 項、第 50 條、第 51 條。 刑事訴訟法第 378 條。	26
06	102	444	刑法第 2 條第 1 項但書、 第 53 條。 修正前刑法第 42 條第 2 項、第 3 項、第 51 條第 5 款、第 7 款。 廢止前罰金罰鍰提高標 準條例第 2 條前段。 貨幣單位折算新台幣條 例第 2 條。	31
07	103	263	刑法第 2 條第 1 項、第 11 條前段、第 30 條第 1 項	38

			前段、第 2 項、第 41 條、第 55 條。 修正前商業會計法第 71 條第 1 款。 稅捐稽徵法第 2 條第 1 項前段、刑法第 11 條前段、第 30 條第 1 項前段、第 2 項、第 43 條第 1 項、第 55 條。 修正前刑法第 41 條第 1 項。 中華民國 96 年罪犯減刑條例第 2 條第 1 項第 3 款、第 7 條。 廢止前罰金罰鍰提高標準條例第 2 條前段。 貨幣單位折算新台幣條例第 2 條。 刑事訴訟法第 378 條。	
08	102	145	刑法第 11 條前段、第 47 條第 1 項、第 49 條。 毒品危害防制條例第 4 條第 2 項。 刑事訴訟法第 3 條、第 378 條、第 379 條第 10 款。	45

09	101	76	刑法第 18 條第 1 項、第 210 條、第 216 條、第 220 條第 2 項。 刑事訴訟法第 252 條第 8 款、第 301 條第 1 項、第 378 條。 少年事件處理法施行細則第 8 條第 1 項但書。	51
10	103	128	刑法第 28 條、第 62 條、第 321 條第 1 項第 4 款。 刑事訴訟法第 378 條。	55
11	102	307	刑法第 30 條第 1 項、第 50 條、第 339 條第 1 項。 修正前刑法第 55 條、第 56 條。 電信法第 56 條第 1 項。 刑事訴訟法第 378 條。	59
12	101	332	刑法第 30 條第 1 項前段、第 346 條第 1 項。 刑事訴訟法第 302 條第 1 款、第 378 條。	70
13	102	116	刑法第 30 條第 1 項前段、第 2 項、第 41 條第 1 項前段、第 47 條、第 339	76

			條第 1 項。 刑事訴訟法第 378 條。 刑法施行法第 1 條之 1 第 1 項、第 2 項前段。	
14	103	326	刑法第 30 條。 刑事訴訟法第 379 條第 14 款。	80
15	101	23	刑法第 41 條第 1 項、第 224 條。 刑事訴訟法第 378 條。 兒童及少年福利法第 70 條第 1 項前段。	85
16	102	42	刑法第 41 條第 1 項前段、第 42 條第 3 項、第 57 條第 5 款、第 185 條之 3。	89
17	103	65	刑法第 41 條第 1 項前段、第 49 條、第 210 條、第 216 條、第 219 條。 刑法施行法第 1 條之 1。 中華民國 96 年罪犯減刑條例第 2 條第 1 項第 3 款、第 7 條。 刑事訴訟法第 378 條。	93

18	103	443	刑法第 42 條第 3 項、第 4 項、第 5 項、第 51 條第 5 款、第 7 款、第 53 條。 刑事訴訟法第 378 條	98
19	101	201	刑法第 47 條。	103
20	102	129	刑法第 41 條第 1 項、刑法第 47 條第 1 項、第 185 條之 3 第 1 項。 刑法施行法第 1 條之 1 第 1 項 刑事訴訟法第 378 條	107
21	103	214	刑法第 47 條第 1 項、第 90 條第 1 項、第 320 條第 1 項。 刑法施行法第 1 條之 1 第 1 項、第 2 項前段。 刑事訴訟法第 378 條。 竊盜犯贓物犯保安處分條例第 2 條第 4 項、第 3 條第 1 項。	114
22	101	139	刑法第 50 條、第 51 條第 5 款、第 53 條。 刑事訴訟法第 378 條。	118

23	103	356	刑法第 50 條、第 51 條。 刑事訴訟法第 378 條。	123
24	101	35	刑法第 51 條第 5 款。	128
25	101	239	刑法第 51 條、第 53 條。	133
26	101	17	刑法第 51 條、第 53 條。	137
27	103	247	刑法第 51 條、第 53 條。	141
28	101	285	刑法第 74 條第 2 項第 5 款。 刑事訴訟法第 378 條。	145
29	102	311	刑法第 74 條第 1 項。 刑事訴訟法第 378 條。	148
30	103	182	刑法第 80 條、第 214 條。 刑事訴訟法第 378 條。 土地法第 79 條第 2 款。 土地登記規則第 155 條第 1 項。	151
31	103	441	刑法第 84 條第 1 項第 4 款。 刑事訴訟法第 378 條。 刑法施行法第 8 條之 1。 修正前刑法第 84 條第 1 項第 4 款、第 2 項、第 85 條。	159
32	103	403	刑法第 90 條。 刑事訴訟法第 378 條、第 379 條第 14 款。	165

33	101	85	刑法第 95 條。 國籍法第 11 條。 護照條例第 7 條第 1 款。 護照條例施行細則第 5 條。	169
34	102	266	刑法第 185 條之 3 第 1 項。 刑事訴訟法第 303 條第 6 款、第 378 條。 軍事審判法第 1 條第 1 項前段。 陸海空軍刑法第 1 條、第 54 條第 1 項。	173
35	102	169	刑法第 214 條。 刑事訴訟法第 378 條。	177
360	103	381	刑法第 271 條第 1 項。 刑事訴訟法第 370 條前段、第 378 條。	182
37	101	140	刑法第 320 條第 1 項、第 321 條第 1 項第 1 款。	187
38	101	380	刑法第 356 條。	193
貳、刑事訴訟法				
39	103	305	刑事訴訟法第 5 條第 1 項、第 304 條、第 378 條、第 379 條第 4 款。	197

40	103	73	刑事訴訟法第 8 條、第 303 條第 7 款、第 302 條第 1 款、第 378 條。	201
41	103	52	刑事訴訟法第 62 條、第 378 條。 刑法第 75 條之 1 第 1 項第 2 款。 刑法施行法第 6 條之 1。 民事訴訟法第 129 條。	207
42	103	81	刑事訴訟法第 118 條、第 378 條、第 470 條第 2 項。	212
43	101	84	刑事訴訟法第 163 條、第 379 條第 10 款、第 447 條第 1 項第 1 款。 刑法第 224 條。 修正前刑法第 91 條之 1。	216
44	102	112	刑事訴訟法第 237 條第 1 項、第 303 條第 3 款、第 379 條第 5 款。 刑法第 304 條、第 306 條第 2 項、第 308 條第 1 項。	245
45	103	317	刑事訴訟法第 238 條第 1 項、第 303 條第 3 款、第 378 條、第 455 條之 1 第	250

			1 項、第 452 條、第 455 條第 3 項。	
46	101	211	刑事訴訟法第 253 條之 2 第 1 項、第 253 條之 3 第 1 項第 3 款、第 255 條第 1、2 項及第 256 條之 1 第 1 項、第 303 條第 1 款。	256
47	102	224	刑事訴訟法第 253 條之 3 第 1 項、第 303 條第 1 款、第 307 條。	262
48	103	187	刑事訴訟法第 253 條之 2 第 1 項、第 253 條之 2 第 1 項第 6 款、第 253 條之 3 第 1 項第 3 款、第 303 條第 1 款。	267
49	103	10	刑事訴訟法第 260 條、第 303 條第 4 款、第 420 條第 1 項第 1、2、4、5 款。	272
50	103	16	刑事訴訟法第 266 條、第 379 條第 12 款。	276
51	103	76	刑事訴訟法第 268 條、第 379 條第 12 款、第 447 條第 1 項第 1 款前段、第 447 條第 2 項、第 448 條。	284

52	101	45	刑事訴訟法第 302 條第 1 款、第 378 條。	293
53	103	231	刑事訴訟法第 302 條第 1 款、第 378 條。 刑法第 266 條第 1 項前段。 電子遊戲場業管理條例第 15 條、第 22 條。	299
54	101	5	刑事訴訟法第 303 條第 2 款。 毒品危害防制條例第 10 條第 2 項。	304
55	103	311	刑事訴訟法第 303 條第 5 款、第 376 條第 1 款、第 378 條。 刑法第 185 條之 3 第 1 項。	309
56	103	152	刑事訴訟法第 308 條、第 358 條、第 378 條。 刑法第 342 條第 1 項。	313
57	103	130	刑事訴訟法第 368 條、第 369 條第 1 項、第 378 條、第 379 條第 12 款。 刑法第 276 條第 1 項。 修正前刑法第 185 條之 4。	319

			道路交通管理處罰條例 第 86 條第 1 項。	
58	101	358	刑事訴訟法第 369 條第 2 項、第 449 條第 3 項、第 451 條之 1 第 4 項但書第 3 款、第 452 條、第 455 條之 1 第 3 項。	324
59	101	310	刑事訴訟法第 370 條、第 378 條。 刑法第 47 條、第 135 條第 1 項。	329
60	101	342	刑事訴訟法第 371 條、第 378 條。	333
61	101	129	刑事訴訟法第 376 條第 1 款。 刑法第 276 條第 1 項。 憲法第 8 條第 1 項。 軍事審判法第 181 條第 4 項前段、第 206 條第 1 項但書、第 226 條本文。 陸海空軍刑法第 76 條第 1 項第 5 款。	337
62	101	57	刑事訴訟法第 378 條、第 379 條第 12 款。	345

63	101	77	刑事訴訟法第 378 條。 刑事妥速審判法第 8 條、 第 9 條、第 10 條。	348
64	101	113	刑事訴訟法第 378 條。 竊盜犯贓物犯保安處分 條例第 3 條第 1 項。 修正前竊盜犯贓物犯保 安處分條例第 3 條第 1 項 第 2 款。	353
65	102	68	刑事訴訟法第 378 條、第 451 條第 1 項、第 451 條 之 1 第 1 項及第 4 項、第 452 條。 刑法第 320 條第 1 項。	359
66	102	157	刑事訴訟法第 378 條、第 379 條第 14 款、第 451 條、第 455 條之 1 第 2 項。	366
67	102	180	刑事訴訟法第 378 條。 毒品危害防制條例第 10 條、第 20 條、第 23 條。	370
68	102	230	刑事訴訟法第 378 條、第 455 條之 2、第 455 條之 4 第 1 項、第 2 項。	376
69	102	259	刑事訴訟法第 378 條、第	380

			451 條之 1、第 455 條之 1。	
70	102	373	刑事訴訟法第 378 條。 刑法第 47 條第 1 項、第 78 條第 1 項、第 79 條第 1 項、第 79 條之 1 第 1 項、第 3 項。	386
71	102	441	刑事訴訟法第 378 條。	392
72	102	459	刑事訴訟法第 378 條。 刑法第 33 條第 3 款。	395
73	103	4	刑事訴訟法第 378 條、第 449 條第 3 項。	399
74	103	442	刑事訴訟法第 378 條。 毒品危害防制條例第 4 條 第 1 項、第 4 條第 2 項、 第 17 條第 1 項。	402
75	101	61	刑事訴訟法第 379 條第 14 款後段。 罪犯減刑條例第 2 條第 1 項第 3 款。	408
76	101	186	刑事訴訟法第 379 條第 14 款。	413
77	101	207	刑事訴訟法第 379 條第 14 款。 修正前竊盜犯贓物犯保	419

			安處分條例第 3 條第 1 項第 2 款。 竊盜犯贓物犯保安處分條例第 4 條、第 5 條第 1 項前段。	
78	101	288	刑事訴訟法第 379 條第 12 款。	423
79	103	78	刑事訴訟法第 379 條第 12 款。	427
80	101	280	刑事訴訟法第 395 條、第 477 條第 1 項。 刑法第 51 條第 5 款至第 7 款。	431
參、刑事特別法 31				
兒童及少年福利法				
81	103	306	兒童及少年福利與權益保障法第 112 條第 1 項前段。 兒童及少年福利法（修正前）70 條第 1 項、第 112 條第 1 項前段。 刑法第 2 條第 1 項、第 29 條、第 41 條第 1 項前段、	435

			第 210 條、第 216 條。 刑事訴訟法第 378 條、第 379 條第 14 款。	
少年事件處理法				
82	103	208	少年事件處理法第 29 條第 1 項、第 83 條之 1 第 1 項、第 2 項。 刑法第 30 條、第 41 條第 1 項、第 47 條第 1 項、第 339 條第 1 項。 刑事訴訟法第 378 條。	442
家庭暴力防制法				
83	103	181	家庭暴力防治法第 3 條第 3 款、第 14 條第 1 項、第 16 條第 3 費、第 15 條第 2 項、第 55 條第 2 項第 61 條第 5 款。 刑事訴訟法第 378 條後段。	447
毒品危害防制條例				
84	101	327	毒品危害防制條例第 2 條第 2 項第 3 款。 陸海空軍刑法第 1 條、第	453

			77 條。 軍事審判法第 1 條第 1 項前段。 刑事訴訟法第 303 條第 6 款、第 379 條第 5 款。	
85	102	410	毒品危害防制條例第 2 條第 2 項第 1 款。 刑法第 77 條、第 47 條第 1 項。 刑事訴訟法第 378 條、第 379 條第 10 款。	459
86	102	98	毒品危害防制條例第 4 條第 1 項、第 17 條第 1、2 項、第 18 條第 1 項前段、第 19 條第 1 項。 刑法第 11 條前段、第 28 條、第 38 條第 1 項 1 款。 刑事訴訟法第 378 條。	468
87	103	177	毒品危害防制條例第 4 條第 1 項、第 17 條第 2 項、第 18 條第 1 項前段、第 19 條第 1 項。 刑法第 11 條前段、第 28 條、第 47 條第 1 項、第	473

			59 條。 刑事訴訟法第 378 條。 修正前刑法第 51 條第 6 款。	
88	103	279	毒品危害防制條例第 4 條第 1 項、第 2 項、第 10 條。 刑事訴訟法第 378 條。 刑法第 47 條、第 49 條、第 48 條。 修正前刑法第 49 條。	480
89	102	38	毒品危害防制條例第 20 條、第 23 條。	487
中華民國 96 年罪犯減刑條例				
90	103	432	中華民國 96 年罪犯減刑條例第 1 條第 1 項第 3 款、第 7 條、第 9 條、第 10 條第 1 項。 刑法第 210 條、第 216 條。 修正前刑法第 41 條第 8 項、第 47 條第 1 項前段、第 51 條第 5 款、第 339 條第 1 項、第 339 條之 2 第 1 項、第 349 條、刑法	492

			第 55 條。 刑法施行法第 1 條之 1 第 1 項、第 2 項。	
竊盜犯贓物犯保安處分條例				
91	103	355	竊盜犯贓物犯保安處分條例第 1 條、第 2 條第 4 項。 刑法第 41 條第 1 項前段、第 47 條第 1 項第 320 條第 1 項、第 321 條第 1 項第 1 款。 刑法施行法第 1 條之 1。 刑事訴訟法第 378 條。	499
山坡地保育利用條例				
92	102	366	山坡地保育利用條例第 10 條、第 34 條第 1 項、第 5 項。 刑事訴訟法第 378 條。	504
修正前性侵害犯罪防治法				
93	101	126	修正前性侵害犯罪防治法第 20 條第 1 項、第 21 條第 1 項第 3 款、第 4 項、第 23 條第 1 項、第 2 項。 刑事訴訟法第 378 條。	511

性侵害犯罪防治法				
94	103	270	性侵害犯罪防治法第 23 條第 1 項、第 3 項 刑法第 222 條第 1 項第 1 款、第 2 款	516
期貨交易法				
95	102	422	期貨交易法第 112 條第 3 款。 刑法第 268 條、第 28 條、第 268 條、第 55 條、第 47 條第 1 項、第 41 條第 1 項前段、第 42 條第 3 項、第 38 條第 1 項第 2 款、第 57 條。 刑法施行法第 1 條之 1。 刑事訴訟法第 370 條。	524
證券交易法				
96	102	319	證券交易法第 171 條第 1 項第 1 款、第 4 項、第 155 條第 1 項第 3 款。 刑法第 55 條。 刑事訴訟法第 378 條、第 299 條第 1 項前段。	536

貪污治罪條例				
97	102	275	貪污治罪條例第 2 條、第 11 條第 4 項、第 1 項、第 5 項、第 17 條。 刑法第 11 條、第 37 條第 2 項、第 38 條第 1 項第 2 款。 刑事訴訟法第 378 條。	545
98	102	382	貪污治罪條例第 2 條、第 5 條第 1 項第 3 款、第 10 條第 1 項、第 3 項、第 17 條。 刑法第 2 條第 1 項前段、第 11 條前段、第 37 條第 2 項。 修正前刑法第 56 條。 刑事妥速審判法第 7 條。 刑事訴訟法第 379 條第 14 款。	549

【第一案】

一、關係條文

刑	法	第 1 條、42 條第 3 項、第 74 條 第 1 項第 1 款、第 337 條。
刑 法 施 行 法		第 1 條之 1 第 1 項、第 2 項前段。
刑 事 訴 訟 法		第 378 條。

二、非常上訴理由

- 一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，得提起非常上訴，刑事訴訟法第四百四十一條、第三百七十八條定有明文。又行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限，此即刑法第一條所揭櫫之『罪刑法定原則』，以資符合法律安定性及預見可能性之要求，俾供遵循。次按意圖為自己或第三人不法之所有，而侵占遺失物、漂流物或其他離本人所持有之物者，處五百元以下罰金，業經刑法第三百三十七條明定其構成要件及處罰種類與刑度，法院判決時自不能逾越法定刑之效果而為處罰，否則即有判決不適用法則之違背法令。查本件原判決認被告某甲犯刑法第三百三十七條之侵占漂流物罪，則依刑法第三百三十七條之規定，本應判處被告五百元以下之罰金刑，惟原判決卻逾越法定刑而判處被告拘役三十

日，顯然違反上開法律規定之處罰種類及刑度，且脫逸罪刑法定原則之要求，揆諸首揭說明，自有判決不適用法則之違背法令。

二、案經確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇三年度台非字第三二五號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

上列上訴人因被告侵占案件，對於台灣高雄地方法院中華民國一〇三年五月二十八日第一審確定簡易判決（一〇三年度簡字第二〇九六號，聲請簡易判決處刑案號：台灣高雄地方法院檢察署一〇三年度偵字第八七九九號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

某甲犯侵占漂流物罪，處罰金新台幣壹萬肆仟元，如易服勞役以新台幣壹仟元折算壹日。緩刑貳年。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按：判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又我國刑法採用「罪刑法定主義」，此為刑法第一條前段：

「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限」所揭櫫。是行為之處罰，無論其犯罪之構成要件罪名及刑罰之範圍為何，均須依據法律所設之明文規定，法院判決時不能逾越該法律明文規定而為論罪刑，否則即有判決不適用法則之違背法令。本件原確定判決以被告某甲有被訴之侵占屬於行政院農業委員會林務局所有漂流木之犯行屬實，因而論以刑法第三百三十七條之侵占漂流物罪，處拘役三十日，並諭知如易科罰金折算之標準，及宣告緩刑二年，以啟自新，固非無見。然刑法第三百三十七條之罪所規定之法定刑為「處五百元以下罰金（罰金數額經提高為三十倍，貨幣單位為新台幣）」，其中並無拘役，原審不加細察，卻判處拘役三十日，並諭知如易科罰金折算之標準，顯逾越法定本刑，而擅自科處法律所未規定之刑罰，自有判決適用法則不當之違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨，執以指摘，洵有理由。應由本院將原判決撤銷，另行判決如主文第二項所示，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，刑法第三百三十七條、第四十二條第三項、第七十四條第一項第一款，刑法施行法第一條之一第一項、第二項前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇三年 九月 十 日

【第二案】

一、關係條文

刑	法	第 2 條、第 80 條第 1 項第 3 款、 第 83 條第 2 項第 3 款、第 185 條 之 3 第 1 項。
刑 法 施 行 法		第 8 條之 1。
刑 事 訴 訟 法		第 302 條第 2 款、第 378 條。

二、非常上訴理由

- 一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又時效已完成者，應諭知免訴之判決，同法第三百零二條第二款亦有明定。又於九十四年一月七日刑法修正施行前，其追訴權時效已進行而未完成者，比較修正前後之條文，適用最有利於行為人之規定，刑法施行法第八條之一亦定有明文。次按被告行為後，刑法第二條、第八十條、第八十一條、第八十三條之規定，業於九十四年二月二日修正公布，並於九十五年七月一日施行。其修正後之第二條第一項規定『行為後法律有變更者，適用行為時之法律。但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律。』茲比較修正前後上開法律之規定如下：(一)修正後刑法第八

十條第一項第三款規定：『犯最重本刑為一年以上三年未滿有期徒刑之罪者，追訴權，因十年內未起訴而消滅』；修正前刑法第八十條第一項第三款規定：『犯一年以上三年未滿有期徒刑者，追訴權，因五年內不行使而消滅。』(二)修正後刑法第八十一條業經刪除；而修正前刑法第八十一條規定：『追訴權之時效、期間，依本刑之最高度計算。有二種以上之主刑者，依最重主刑或最重主刑之最高度計算。』(三)修正後刑法第八十三條第二項第三款規定：『依第一項後段規定停止偵查或通緝，而其期間已達第八十條第一項各款所定期間四分之一者，其停止原因視為消滅。』；而修正前刑法第八十三條第三項規定『追訴權時效停止原因繼續存在之期間，如達於第八十條第一項（修正前）各款所定期間四分之一者，其停止原因視為消滅。』(四)一〇〇年十一月三十日修正後刑法第一百八十五條之三第一項規定：「服用毒品、麻醉藥品、酒類或其他相類之物，不能安全駕駛動力交通工具而駕駛者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科二十萬元以下罰金。」；而八十八年四月二十一日至九十七年一月二日修正前刑法第一百八十五條之三規定：『服用毒品、麻醉藥品、酒類或其他相類之物，不能安全駕駛動力交通工具而駕駛者，處一年以下有期徒刑、拘役或三萬元以下罰金。』

(五)綜合比較上開修正前後刑法第八十條、第八十一條、第八十三條、刑法第一百八十五條之三之規定，以修正前刑法較有利於被告。故本件應依修正前刑法第八十條第一項第三款、第八十一條、第八十三條第二項第三項及第一百八十五條之三之規定：『犯一年以上三年未滿有期徒刑者，追訴權，因五年內不行使而消滅』、『追訴權之時效、期間，依本刑之最高度計算。有二種以上之主刑者，依最重主刑或最重主刑之最高度計算』、『追訴權之時效，如依法律之規定，偵查、起訴或審判之程序，不能開始或繼續時，停止其進行。前項時效停止，自停止原因消滅之日起，與停止前已經過之期間，一併計算。停止原因繼續存在之期間，如達於第八十條第一項各款所定追訴權期間四分之一者，其停止原因視為消滅』、『服用毒品、麻醉藥品、酒類或其他相類之物，不能安全駕駛動力交通工具而駕駛者，處一年以下有期徒刑、拘役或三萬元以下罰金。』等規定，計算受刑人本件犯罪之追訴權時效之完成日期，合先敘明。

二、本件檢察官起訴書認被告於八十九年二月二十八日凌晨一時十九分許涉犯刑法第一百八十五條之三公共危險罪、偽造文書罪，惟其被訴上開公共危險罪之追訴權時效應於九十五年十月十六日完成，其計算方式如下：修正前刑法第一百

八十五條之三之最重本刑為有期徒刑一年，其追訴權時效期間依修正前刑法第八十條第一項第三款之規定為五年，加計追訴權時效停止原因視為消滅之四分之一期間，共為六年三月，台灣高雄地方法院檢察署於九十年十月二十六日開始偵查，於九十年十二月三十一日提起公訴，案件於九十一年一月二十一日繫屬於台灣高雄地方法院，至台灣高雄地方法院於九十一年四月四日發布通緝，是本件被告所犯之公共危險罪之追訴權時效自八十九年二月二十八日犯罪行為終了日起算，加計前揭追訴權期間六年三月及因偵查、審判進行中不生時效進行問題之期間五月八日，再扣除案件起訴至繫屬法院天數二十日（九十年十二月三十一日至九十一年一月二十一日，前後日不計），本件追訴權時效應於九十五年十月十六日完成（參見原審九十五年度他緝字第一〇二二號卷第十一頁追訴權時效新舊適用比較表，惟該表有關追訴權時效誤用新法為十二年六月，其實應用舊法為六年三月始為正確，因此，該表原算時效完成日一〇二年一月十六日仍應再減去六年三月，而為九十五年十月十六日）。

- 三、綜上所述，本件被告被訴公共危險罪，其追訴權時效應於九十五年十月十六日完成，依首開規定，法院應諭知免訴之判決，原判決不察，竟未

區分被告所犯兩罪之追訴權時效不同，仍以偽造文書罪之追訴權時效計算本件公共危險罪之追訴權時效，判處被告公共危險罪有期徒刑二月，並與偽造文書罪之犯行合併定應執行有期徒刑四月，而為實體上有罪判決，此公共危險部分自有判決適用法則不當之違背法令。又本件公共危險罪部分，如改判免訴，亦無必要再與偽造文書罪合併定應執行刑，併此敘明。案經確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇一年度台非字第三二二號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告公共危險案件，對於台灣高雄地方法院中華民國一〇一年五月三十日第一審確定判決（一〇一年度易緝字第三九號，起訴案號：台灣高雄地方法院檢察署九十年偵字第二〇四〇四號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於服用酒類，不能安全駕駛動力交通工具而駕駛部分撤銷。

上開撤銷部分，免訴。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按時效已完成者，應諭知免訴之判決，為刑事訴訟法第三百零二條第二款所明定。另於民國九十四年一月七日刑法修正施行前，其追訴權時效已進行而未完成者，比較修正前後之條文，適用最有利於行為人之規定，刑法施行法第八條之一亦定有明文。又被告某甲行為後，刑法第八十條、第八十三條業經修正，同時刪除第八十一條，並於九十五年七月一日施行，另同法第一百八十五條之三，亦於一〇〇年十一月三十日修正公布施行。而檢察官起訴被告於八十九年二月二十八日凌晨一時十九分許，涉嫌犯服用酒類，不能安全駕駛動力交通工具而駕駛罪部分，經綜合比較上開新舊法之結果，以修正前之規定有利於被告，故應依被告行為時之規定，計算其追訴權時效。依修正前刑法第一百八十五條之三規定之最重本刑為有期徒刑一年，其追訴權時效期間依修正前刑法第八十條第一項第三款之規定為五年，加計追訴權時效停止進行之期間一年三月，共為六年三月，另台灣高雄地方法院檢察署自九十年十月二十六日開始偵查，九十年十二月三十一日提起公訴，於九十一年一月二十一日繫屬於台灣高雄地方法院審理，因被告逃匿，於九十一年四月四日通緝（於一〇一年四月二十三日緝獲），是被告所犯該罪之追訴權自八十九年二月二十八日犯罪行為終了日起算，加計上開六年三月，及因偵查、審判進行中不生時效進行問題之期間四月十九

日，其時效應於九十五年十月十七日完成。則原審於一〇一年五月三十日判決時，被告所犯該罪之追訴權時效已完成，依首開規定，應諭知免訴，始為適法。原判決不察，竟為實體上科刑之判決，自有判決不適用法則之違法。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決關於該罪部分撤銷，改判諭知免訴，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款、第三百零二條第二款，判決如主文。

中 華 民 國 一〇一 年 十 月 十 一 日

【第三案】

一、關係條文

刑 法 第 2 條第 1 項前段、第 28 條、刑法第 41 條第 1 項、第 51 條第 5 款、第 74 條第 1 項第 1 款、第 2 項第 4 款、第 342 條第 1 項。

刑 事 訴 訟 法 第 378 條後段。

中華民國九十六年罪犯減刑條例第 2 條第 1 項第 3 款、第 7 條、第 9 條。

貨幣單位折算新台幣條例 第 2 條。

二、非常上訴理由

一、按判決適用法則不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條後段定有明文。次按行為後法律有變更者，適用行為時之法律，但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利行為人之法律，修正（後）刑法第二條第一項亦有明文規定。又被告於行為時即修正前刑法第四十一條第一項前段規定：『犯最重本刑為五年以下有期徒刑以下之刑之罪，而受六個月以下有期徒刑或拘役之宣告，因身體、教育、職業、家庭之關係或其他正當事由，執行顯有困難者，得以一元以上三元以下折算一日，易科罰金。』又被告行為時之易

科罰金折算標準，依罰金罰鍰提高標準條例第二條前段（現已廢止施行）規定，就其原定數額提高為一百倍折算一日，則本件被告行為時之易科罰金折算標準，應以銀元三百元折算一日。另依現行法規所定貨幣單位折算新台幣條例第二條，經折算為新台幣後，應以新台幣九百元折算一日。惟九十五年七月一日修正公布施行之刑法第四十一條第一項前段則規定：『犯最重本刑為五年以下有期徒刑以下之刑之罪，而受六個月以下有期徒刑或拘役之宣告者，得以新台幣一千元、二千元或三千元折算一日，易科罰金。』比較修正前後之易科罰金折算標準，以九十五年七月一日修正公布施行前之規定，較有利於被告，則應依修正（後）刑法第二條第一項前段，適用修正前刑法第四十一條第一項前段規定，定其折算標準。

- 二、經查本件原判決認定被告某甲等六人係共同犯（原判決）附表編號共 23 次（按另有非該附表〈即原判決事實欄一之（一）〉所載之共同背信一次，計共 24 次之誤載）之犯行，所犯為刑法第三百四十二條之背信罪，而分別定應執行刑均為有期徒刑一年十月，緩刑三年。惟原審法院於諭知易科罰金折算標準時，疏未注意被告等所犯（原判決）附表編號 7 之犯罪時間為民國九十五年五月五日。斯時，刑法第四十一條第一項前段

及行為時罰金罰鍰提高標準條例尚未修正或廢止。且修正前之上開規定有利於被告，依修正（後）刑法第二條第一項但書之規定，應適用修正前有利於行為人之規定。詎竟引用修正後刑法第四十一條第一項前段之規定，以新台幣一千元折算一日，諭知易科罰金之標準，自有判決適用法則不當之違法。

三、案經確定，且對被告（等）不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇二年度台非字第二五三號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

某乙

某丙

某丁

某戊

某己

上列上訴人因被告等背信案件，對於台灣台中地方法院中華民國一〇二年一月八日第一審確定判決（一〇一年度易字第九一〇號，起訴案號：台灣台中地方法院檢察署九十九年度偵續字第三二〇、三二一號），認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於其附表編號 7 所示之背信罪及定應執行刑部分均撤銷。某甲、某乙、某戊、某己、某丙、某丁共同犯背信罪，各處有期徒刑叁月，如易科罰金，均以銀元叁佰元即新台幣玖佰元折算壹日；各減為有期徒刑壹月又拾伍日，如易科罰金，均以銀元叁佰元即新台幣玖佰元折算壹日。

某甲、某乙、某戊、某己、某丙、某丁撤銷改判部分減得之刑，與其等所犯其他背信二十三罪經原判決所處或減得之刑，各應執行有期徒刑壹年拾月，如易科罰金，均以銀元叁佰元即新台幣玖佰元折算壹日。各緩刑叁年，並均應向公庫支付新台幣叁萬元。

理 由

非常上訴理由（見前二）

一、本件聲請非常上訴範圍，包括原判決附表（下稱附表）編號 7 部分及定執行刑部分，已據上訴人即最高法院檢察署一百零二年六月五日台正字第 1020007345 號函覆在卷。因緩刑制度旨在以暫緩宣告刑之執行，促使犯罪行為人自新，藉以救濟自由刑之弊。因之，緩刑之宣告與宣告刑有密切關係。本件原判決諭知被告某甲、某乙、某戊、某己、某丙、某丁（下稱被告等六人）各該犯行之宣告刑（其中附表編號 3、6、7、11、14 併諭知減得之刑），並定各應執行有期徒刑 一年十月，及易科罰金之折算標準，復就所定執行刑

均諭知緩刑三年，並均應向公庫支付新台幣三萬元。因之，原判決諭知緩刑部分既附屬於所定執行刑，自應為本件非常上訴效力所及，合先敘明。

- 二、判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又九十五年七月一日修正施行之刑法第二條第一項明定：「行為後法律有變更者，適用行為時之法律。但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律。」關於有期徒刑之易科罰金折算標準，現行刑法第四十一條第一項前段規定為以新台幣一千元、二千元或三千元折算一日，修正前該條項係規定以一元以上三元以下折算一日；參以廢止前罰金罰鍰提高標準條例第二條前段規定，依刑法第四十一條易科罰金者，均就其原定數額提高為一百倍折算一日，另現行法規所定貨幣單位折算新台幣條例第二條規定，貨幣單位為圓、銀元或元者，以新台幣三倍折算之，故於刑法修正前之折算標準即以新台幣三百元以上九百元以下折算一日。兩相比較後，應以修正前之規定有利於行為人。故行為人行為後易科罰金之折算標準有修正，或所犯數罪符合刑法第四十一條第一項得易科罰金之規定者，而該數犯罪行為時點又跨越九十五年七月一日修正刑法之施行日，則於酌定易科罰金之折算標準及其合併定執行刑後之易科罰金標準，本應依法為新舊法之比

較，適用最有利於被告之修正前刑法第四十一條第一項所定之折算標準，始為適法。本件被告等六人前於九十五年五月五日共同犯附表編號 7 之背信罪，經原判決各判處有期徒刑三月，均減為有期徒刑一月又十五日，其犯罪時間在九十五年七月一日之前，關於易科罰金之折算標準，自應適用舊法，而以修正前刑法第四十一條第一項、廢止前罰金罰鍰提高標準條例第二條前段所定之折算標準銀元一百元以上三百元以下，即新台幣三百元以上九百元以下折算一日。至被告等六人其後於九十七年二月間起至九十八年三月間止、九十六年三月三日起至九十八年一月十二日止共同犯原判決事實欄一之(一)、(二)(除附表編號 7 外)所示之其他背信二十三罪，分別經原判決各判處有期徒刑三月，如易科罰金，均以新台幣一千元折算一日，其中附表編號 3、6、11、14 之罪所處之刑，均減為有期徒刑一月又十五日，如易科罰金，均以新台幣一千元折算一日，其犯罪時間均在九十五年七月一日之後，本應適用新法，以刑法第四十一條第一項前段規定之新台幣一千元以上三千元以下折算一日。惟原審未察，對於被告等六人共同犯附表編號 7 所示之背信罪及跨越刑法修正前後之數罪刑，所定應執行刑易科罰金折算標準之量定，均漏未比較新舊法，逕依修正後第四十一條第一項規定諭知如

易科罰金，均以新台幣一千元折算一日，揆諸上揭說明，即有判決適用法則不當之違背法令。非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，因原判決不利於被告等六人，自應由本院將原判決關於被告等六人共同犯附表編號7部分及定應執行刑（含緩刑）部分均撤銷，自為判決如主文第二、三項所示，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款、第四百四十六條，刑法第二條第一項前段、第二十八條、第三百四十二條第一項、第五十一條第五款、第七十四條第一項第一款、第二項第四款，修正前刑法第四十一條第一項，中華民國九十六年罪犯減刑條例第二條第一項第三款、第七條、第九條，廢止前罰金罰鍰提高標準條例第二條前段，現行法規所定貨幣單位折算新台幣條例第二條，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二年 七月 十二日

【第四案】

一、關係條文

刑 法 第 2 條第 1 項但書、第 50 條、第 51 條。

刑 事 訴 訟 法 第 378 條。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文；次按有罪之判決，其所認定之事實與所記載之證據及理由，必須與卷內之證據相適合，否則即屬證據上理由之矛盾，其宣示之主文，苟與所載之事實及理由不相一致，亦屬判決理由矛盾之違背法令。是科刑之判決書，其宣示之主文，與所載之事實及理由之說明，均必須互相適合，否則即屬理由矛盾也（參照最高法院八十二年度台上字第四五四七號及八十七年度台非字第二七四號裁判）。

二、本件原判決判處被告施用第二級毒品，共貳罪，各處有期徒刑陸月，如易科罰金均以新台幣壹仟元折算壹日。應執行有期徒刑拾月，如易科罰金，以新台幣壹仟元折算壹日（以上部分，不在非常上訴範圍）。又犯如附表編號 1 至 11 所示之罪，應處如附表編號 1 至 11 所示之刑。應執

行有期徒刑陸年。未扣案之販賣毒品所得新台幣貳萬柒仟元沒收，如全部或一部不能沒收時，以其財產抵償之，固非無見。惟查被告某甲所犯如附表所示之數罪，均係於民國一〇二年一月二十五日前犯之，而刑法第五十條業於一〇二年一月二十三日修正公布，並於同年月二十五日生效施行，刑法第五十條原規定：『裁判確定前犯數罪者，併合處罰之。』，修正為：『裁判確定前犯數罪者，併合處罰之。但有下列情形之一者，不在此限：一、得易科罰金之罪與不得易科罰金之罪。二、得易科罰金之罪與不得易服社會勞動之罪。三、得易服社會勞動之罪與不得易科罰金之罪。四、得易服社會勞動之罪與不得易服社會勞動之罪。前項但書情形，受刑人請求檢察官聲請定應執行刑者，依第五十一條規定定之。』，針對得易服社會勞動之罪與不得易科罰金之罪併合處罰時，就易服社會勞動之罪仍得准予易服社會勞動，並賦予受刑人請求檢察官聲請定應執行刑之權利，自行選擇就得易服社會勞動之罪受自由刑矯正，或易服社會勞動以代執行，經比較新、舊法之結果，修正後刑法較有利於被告，故依刑法第二條第一項但書之規定，應適用修正後之刑法第五十條。本件被告某甲犯如附表編號10之罪（明知為禁藥而轉讓罪，處有期徒刑五月）為得易服社會勞動之罪，與如附表編號1至9及

附表編號11等不得易服社會勞動之罪，依修正後刑法第五十條第一項但書、第二項規定，受刑人既未請求檢察官就其所犯得易服勞動之罪，向法院聲請定應執行刑，則本件將編號10所示得易服社會勞動之罪與不得易服社會勞動之罪，合併定應執行之刑，於法不合，有適用法則不當之違背法令。

- 三、又本件被告所有，分別供其為附表編號1至9販賣毒品及為附表編號11轉讓毒品海洛因所用之手機，門號為○○○○○○○○○○，原判決主文、事實及理由，以及附表編號2、3、4、6中被告使用之行動電話門號及搭配手機一欄及所犯罪名及處刑欄中有關之手機號碼均誤列為○○○○○○○○○○，亦與卷內之證據不相符合，而有屬證據上理由之矛盾之違法。
- 四、案經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，於資糾正。

三、附錄

最高法院刑事 一〇二年度台非字第二五八號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例等罪案件，對於台灣花蓮地方法院中華民國一〇二年二月六

日第一審確定判決（一〇一年度訴字第二五八號，起訴案號：台灣花蓮地方法院檢察署一〇一年度偵字第二八二六號，一〇一年度毒偵字第四一五、四一六號），認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於附表編號1至11所示各罪之定應執行刑部分撤銷。其他上訴駁回。

理 由

非常上訴理由（見前二）

一、撤銷（即原判決關於附表編號1至11所示各罪之定應執行刑）部分：

本院按：判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。刑法第五十條原規定：「裁判確定前犯數罪者，併合處罰之。」於被告犯如附表編號1至11所示各罪行為後，已於一〇二年一月二十三日修正公布，自同年月二十五日起發生效力。修正後刑法第五十條規定：「裁判確定前犯數罪者，併合處罰之。但有下列情形之一者，不在此限：一、得易科罰金之罪與不得易科罰金之罪。二、得易科罰金之罪與不得易服社會勞動之罪。三、得易服社會勞動之罪與不得易科罰金之罪。四、得易服社會勞動之罪與不得易服社會勞動之罪。前項但書情形，受刑人請求檢察官聲請定應執行刑者，依第五十一條規定定之。」依修正後之規定，合

於第一項但書之情形者，由受刑人請求檢察官聲請定應執行刑，已不適用第一項前段併合處罰之規定，屬有利於被告，依刑法第二條第一項但書之規定，自應適用修正後之規定，賦予受刑人選擇權，以符合其實際受刑利益。本件被告所犯如附表編號10所示，即明知為禁藥而轉讓罪經判處有期徒刑五月部分，其所宣告之刑得易服社會勞動，而被告其餘所犯如附表編號1至9、11所示各罪，經分別判處有期徒刑三年七月、三年七月、三年七月、三年九月、三年九月、三年八月、三年十月、三年七月、四年，七月部分，則均不得易科罰金及易服社會勞動，依修正後刑法第五十條第一項第三款、第四款及第二項之規定，非經受刑人請求，不得就如附表編號10所示之罪，與同附表所示編號1至9、11所示各罪併合處罰。乃原判決於刑法第五十條上開修正施行後為判決時，逕就附表編號1至11所示之各罪，所處有期徒刑定其應執行刑為有期徒刑六年，即有判決不適用法則之違法。案經確定，且不利被告，非常上訴意旨執以指摘原判決關於此部分違法，洵有理由，應由本院將原判決關於附表編號1至11所示各罪之定應執行刑部分撤銷，以資救濟。又附表編號1至9、11所示各罪，均在第一審判刑確定，依刑事訴訟法第四百七十七條規定，應由該案犯罪事實最後判決之法

院之檢察官，聲請該法院裁定其應執行之刑。另受刑人亦得依修正後刑法第五十條第二項規定，請求檢察官就附表編號1至11所示11罪，及前述不在非常上訴範圍之施用第二級毒品二罪，聲請該管法院合併定其應行之刑，併此敘明。

二、上訴駁回(即上訴意旨三指稱被告供販毒所用之行動電話門號係○○○○○○○○○「94」，原判決將之誤載為○○○○○○○○○「49」，與卷內證據資料不符)部分：

本院按：非常上訴，乃對於審判違背法令之確定判決所設之非常救濟程序，以統一法令之適用為主要目的。必原判決不利於被告，經另行判決；或撤銷後由原審法院更為審判者，其效力始及於被告。此與通常上訴程序旨在糾正錯誤之違法判決，使臻合法妥適，其目的係針對個案為救濟者不同。兩者之間，應有明確之區隔。刑事訴訟法第四百四十一條對於非常上訴係採便宜主義，規定「得」提起，非「應」提起。故是否提起，自應依據非常上訴制度之本旨，衡酌人權之保障、判決違法之情形及訴訟制度之功能等因素，而為正當合理之考量。除與統一適用法令有關；或該判決不利於被告，非予救濟，不足以保障人權者外，倘原判決尚非不利於被告，且不涉及統一適用法令；或縱屬不利於被告，但另有其他救濟之

道，並無礙於被告之利益者，即無提起非常上訴之必要性。亦即，縱有在通常程序得上訴於第三審之判決違背法令情形，並非均得提起非常上訴。所謂與統一適用法令有關，係指涉及法律見解具有原則上之重要性者而言。詳言之，即所涉及之法律問題意義重大而有加以闡釋之必要，或對法之續造有重要意義者，始克相當。倘該違背法令情形，尚非不利於被告，且司法院已有解釋可資依循，無再行闡釋之必要，例如……顯係文字誤寫，不影響於全案情節與判決本旨，得以裁定更正等；或其違背法令情形，業經本院著有判例、判決或作成決議、決定予以糾正在案，實務上並無爭議者，……諸情形，對於法律見解並無原則上之重要性或爭議，即不屬與統一適用法令有關之範圍，殊無反覆提起非常上訴之必要性。基於刑事訴訟法第四百四十一條係採便宜主義之法理，檢察總長既得不予提起，如予提起，本院自可不予准許。又判決有誤寫、誤算或其他類此之顯然錯誤，而不影響於全案情節與判決之本旨者，法院得以裁定更正救濟之（司法院釋字第四三號解釋參照）。本件原判決於其附表編號2至4、6欄內，記載被告供販毒所使用行動電話門號係○○○○○○○○○「49」，及於主文諭知及理由說明「ZTEmobile 行動電話壹支（含未扣案之內置門號○○○○○○○○○『49』號SIM卡

壹張……沒收」等情（見原判決第一頁第二十一至二十二行、第十一頁第十一至十六行），固與台灣花蓮地方法院通訊監察書及通訊監察錄音譯文，其內記載監聽電話係「○○○○○○○○『94』」不符（見警卷第四宗第二頁、第五宗第五十一頁）。然原判決於事實欄記載被告係使用「○○○○○○○○『94』」門號行動電話販毒等情（見原判決第二頁第二十一至二十九行），則與上開通訊監察書及通訊監察錄音譯文所載之監聽電話門號相符，原判決主文、理由及附表將上開行動電話門號記載為「○○○○○○○○『49』」者，顯係文字上之誤寫，並不影響於全案情節與判決之本旨，且前揭違誤，已有上開解釋可資依循，實務上並無爭議，自無再行闡釋之必要。本件此部分之情形，對於法律見解既無原則上之重要性或爭議，即不屬與統一適用法令有關之範圍，殊無反覆提起非常上訴之必要性，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款、第四百四十六條，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二年 七月 十八日

【第五案】

一、關係條文

刑 法 第 2 條第 1 項、第 41 條第 1 項、
 第 50 條、第 51 條。
刑 事 訴 訟 法 第 378 條。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。復按刑法第二條第一項規定：『行為後法律有變更者，適用行為時之法律。但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律。』又，刑法第五十條原規定：『裁判確定前犯數罪者，併合處罰之。』業經修正為：『裁判確定前犯數罪者，併合處罰之。但有下列情形之一者，不在此限：一、得易科罰金之罪與不得易科罰金之罪。二、得易科罰金之罪與不得易服社會勞動之罪。三、得易服社會勞動之罪與不得易科罰金之罪。四、得易服社會勞動之罪與不得易服社會勞動之罪。』『前項但書情形，受刑人請求檢察官聲請定應執行刑者，依第五十一條規定定之。』於一〇二年一月二十五日生效。

二、本件被告即受刑人某甲並未請求檢察官聲請就

附表所示之罪定應執行刑，而係由檢察官於一〇二年一月二十一日主動聲請就附表所示十罪定應執行刑。原審經比較刑法第五十條修正前後規定，認新法較有利於受刑人，而適用修正後規定，以附表編號5、6、10三罪係得易科罰金之罪，定應執行刑為有期徒刑十月，其餘聲請則予以駁回。惟查，本件被告即受刑人所犯如附表編號10即台灣高等法院高雄分院一〇〇年度上訴字第一四六二號判決判處之明知為禁藥而轉讓未遂罪，依藥事法第八十三條第一項規定，其最重本刑為有期徒刑七年，與刑法第四十一條第一項所定得易科罰金之要件不符。從而，依修正後刑法第五十條第一項第一款、第二項規定，被告即受刑人苟未請求檢察官聲請定應執行刑者，法院即不得將得易科罰金與不得易科罰金之罪，依刑法第五十一條規定予以併合定應執行刑。然原裁定卻誤將附表編號10不得易科罰金之罪與附表編號5、6得易科罰金之罪，併合予以定應執行刑，顯有適用法則不當之違誤。

三、案經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇二年度台非字第三〇八號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告公共危險等罪定應執行刑案件，對於台灣高等法院高雄分院中華民國一〇二年一月三十一日確定裁定（一〇二年度聲字第一六三號），認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原裁定關於如附表編號5、6、10所示三罪定執行刑部分撤銷。

上開撤銷部分，檢察官之聲請駁回。

其他上訴駁回。

理 由

非常上訴理由（見前二）

經查：

一、撤銷改判部分

本院按：判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又定應執行刑之確定裁定，與科刑之確定判決有同等效力，如發現有違背法令情形，自得提起非常上訴。本件被告即受刑人某甲並未請求檢察官聲請就附表所示之罪定應執行刑，而係由台灣高等法院高雄分院檢察署檢察官於民國一〇二年一月二十一日主動向原裁定法院聲請就被告所犯上開之罪定應執行刑。原裁定經比較刑法第五十條修正前後規定，認新法較有利於被告，而適用

修正後規定，以附表編號 5、6、10 三罪係得易科罰金之罪，定應執行刑為有期徒刑十月。然被告所犯如附表編號 10 所示之罪即台灣高等法院高雄分院一〇〇年度上訴字第一四六二號判決，係依藥事法第八十三條第一項規定，論處被告明知為禁藥而轉讓未遂罪刑，而該罪最重本刑為有期徒刑七年，與刑法第四十一條第一項所定得易科罰金之要件不符。是依修正後刑法第五十條第一項但書第一款、第二項規定，被告未請求檢察官聲請定應執行刑者，法院即不應將得易科罰金與不得易科罰金之罪，依刑法第五十一條規定予以合併定應執行刑。乃原裁定卻將之與附表編號 5、6 所示得易科罰金之罪，合併定其應執行刑，自有適用法則不當之違誤。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨就此部分之指摘，洵有理由，應由本院將原裁定關於如附表編號 5、6、10 所示三罪定執行刑部分撤銷。又關於附表編號 5、6 所示二罪，固俱屬得易科罰金之罪，依法應定其執行刑，然其犯罪最後事實審判決之法院係台灣高雄地方法院，並非原裁定法院，另附表編號 10 所示之罪係得易服社會勞動之罪，無生與他罪定執行刑之問題。是檢察官所為上開三罪更定其執行刑之聲請，應認為無理由，予以駁回，乃另行判決如主文第二項所示，以資救濟。

二、上訴駁回部分

關於如附表編號1至4、7至9所示七罪部分，原確定裁定以上開七罪俱屬不得易科罰金或易服社會勞動之罪，依新法規定，已無從與附表編號5、6、10所示可易科罰金或易服社會勞動之三罪，定其應執行之刑。且附表編號1至4、7至9所示各罪，其犯罪最後事實審判決之法院係台灣高雄地方法院，並非原裁定法院。認檢察官未及審酌新法規定，逕向該院聲請就該七罪定其應執行之刑，尚有未合，而予以駁回。經核於法尚無違誤。上訴人就此部分併予提起非常上訴，應認無理由，予以駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款、第四百四十六條，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二年 八月 二十二日

【第六案】

一、關係條文

刑 法 第 2 條第 1 項但書、第 53 條。
修正前刑法 第 42 條第 2 項、第 3 項、第 51
 條第 5 款、第 7 款。

廢止前罰金罰鍰提高標準條例第 2 條前段。

貨幣單位折算新台幣條例第 2 條。

二、非常上訴理由

- 一、按行為後法律有變更者，適用行為時之法律。但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律，刑法第二條第一項定有明文。本案台灣高等法院九十八年度聲字第三五六九號裁定以：被告某甲所犯如附表編號 3 至編號 5 所示之罪均有罰金刑之諭知，被告於犯罪時，刑法第四十二條第二項前段規定：『易服勞役以一元以上三元以下折算一日。』。另據修正前罰金罰鍰提高標準條例第二條前段規定，就其原定數額提高為一百倍折算一日，則本件被告行為時之易服勞役折算標準，應以銀元一百元、二百元、三百元折算一日即新台幣三百元、六百元、九百元折算一日。惟九十五年七月一日修正公布施行之刑法第四十二條第三項前段規定：『易服勞役以新

台幣一千元、二千元或三千元折算一日。』比較修正前後之易服勞役折算標準，本件更定執行刑有關罰金刑部分之易服勞役折算標準，以一體適用修正後規定，較有利於被告，此部分依刑法第二條第一項後段規定，適用修正後刑法第四十二條第三項前段定其罰金刑之易服勞役折算標準，而裁定被告應執行併科罰金新台幣二十一萬元，罰金如易服勞役，以新台幣一千元折算一日，後因被告提起抗告，經最高法院以本件裁定駁回抗告確定，雖非無見。

- 二、惟查，依本件被告行為時（九十三年間某日至九十四年二月六日止）施行之修正前刑法第四十二條第二項、第三項規定：罰金易服勞役，以一元以上三元以下，折算一日，但勞役期限不得逾六個月；罰金總額折算逾六個月之日數者，以罰金總額與六個月之日數比例計算；九十五年七月一日廢止前之罰金罰鍰提高標準條例第二條前段規定：刑法第四十二條第二項之易服勞役，就原定數額提高為一百倍折算一日；現行法規所定貨幣單位折算新台幣條例第二條規定：現行法規所定金額之貨幣單位為圓、銀元或元者，以新台幣三倍折算之。即該修正前之易服勞役，以新台幣三百元、六百元、九百元折算一日；如以九百元折算，其上限為十六萬二千元，逾此額度，即應以罰金總額與六個月之日數比例折算。而台灣高

等法院九十八年度聲字第三五六九號裁定裁判時施行之九十五年七月一日修正刑法第四十二條第三項則規定為：易服勞役以新台幣一千元、二千元、三千元折算一日，但勞役期限不得逾一年。該裁定判處合併定被告之執行刑為併科罰金新台幣二十一萬元，如適用其行為時施行之修正前刑法第四十二條規定計算，易服勞役期間僅為六個月即一百八十日，但原裁定依九十五年七月一日修正之刑法第四十二條規定，諭知易服勞役，以新台幣一千元折算壹日，則其易服勞役期間為兩百一十日，反不利於被告，與裁定理由內載明關於易服勞役之折算標準，應適用新法較有利於被告之意旨相悖，有裁定主文與理由互相矛盾、及裁定不適用法則或適用不當之違背法令。該裁定嗣經最高法院以本件裁定駁回抗告，案經確定，且對被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條對本件裁定提起非常上訴，以資糾正及救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇二年度台非字第四四四號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告違反槍砲彈藥刀械管制條例等罪案件，對於本院中華民國九十九年一月十四日確定刑

事裁定（九十九年度台抗字第三八號，聲請案號：台灣高等法院檢察署九十八年度執聲字第一六三〇號），認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原裁定及台灣高等法院九十八年度聲字第三五六九號裁定均撤銷。

某甲犯如附表所示各罪所處之刑，應執行有期徒刑捌年拾月，併科罰金新台幣貳拾壹萬元，罰金如易服勞役，以罰金總額與陸個月之日數比例折算。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按定應執行刑之裁定與科刑之判決具有同等效力，於裁定確定後，如發現有違背法令情形，得對於該確定之裁定提起非常上訴。又此所謂確定之裁定，如因抗告不合法而駁回時，固指原審法院之裁定；倘該裁定經提起抗告後已由上級審法院為實體之裁定者，則其確定裁定係指上級審法院之裁定而言。本件被告某甲因施用第一級毒品及未經許可製造手槍等共五罪，前經台灣高等法院依檢察官之聲請，於民國九十八年十一月三十日，以九十八年度聲字第三五六九號裁定定其應執行之刑後，被告不服提起抗告，經本院於九十九年一月十四日，以九十九年度台抗字第三八號刑事裁定，認其抗告無理由而駁回抗告確定，依前揭說明，本院前述裁定具有實體確定力。從而，

上訴人對於本院上述具有實質確定力之裁定提起非常上訴，應屬合法。次按行為後法律有變更者，適用行為時之法律。但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律，刑法第二條第一項定有明文。本件台灣高等法院以被告所犯如附表所示施用第一級毒品及未經許可製造改造手槍等共五罪均經判刑確定，乃依台灣高等法院檢察署檢察官之聲請，以前揭裁定就被告所犯上開五罪所處之刑合併定其應執行之刑為有期徒刑八年十月，併科罰金新台幣二十一萬元，並諭知罰金如易服勞役，以新台幣一千元折算一日。並於理由內說明：被告所犯如附表編號3至編號5所示之罪均有罰金刑之諭知，而被告於犯罪時，刑法第四十二條第二項前段規定：「易服勞役以一元以上三元以下折算一日」。另修正前罰金罰鍰提高標準條例第二條前段規定，就其原定數額提高為一百倍折算一日。則被告行為時之易服勞役折算標準應以銀元一百元、二百元、三百元折算一日，折合新台幣則為三百元、六百元、九百元折算一日。惟九十五年七月一日修正公布施行之刑法第四十二條第三項前段規定：「易服勞役以新台幣一千元、二千元或三千元折算一日」。經比較修正前後之易服勞役折算標準，本件更定執行刑關於罰金刑部分之易服勞役折算標準，以一體適用修正後規定較有利於被告，此部分依刑法第二條第一項後段規定，適用修正後刑法第四十二條第三項前段定其罰金刑之易服勞役折算標

準，而裁定被告應執行併科罰金新台幣二十一萬元，罰金如易服勞役，以新台幣一千元折算一日（見台灣高等法院九十八年度聲字第三五六九號裁定第二頁第四至十六行）。嗣因被告對台灣高等法院上述定應執行刑裁定提起抗告，經本院以前揭裁定駁回其抗告確定。惟本件被告行為時（即九十三年二月間某日起至九十四年二月六日止）施行之修正前刑法第四十二條第二項、第三項規定：罰金易服勞役，以一元以上三元以下，折算一日，但勞役期限不得逾六個月；罰金總額折算逾六個月之日數者，以罰金總額與六個月之日數比例計算。又依九十五年五月十七日修正刪除（同年七月一日施行）前之罰金罰鍰提高標準條例第二條前段規定：刑法第四十二條第二項之易服勞役，就原定數額提高為一百倍折算一日；現行法規所定貨幣單位折算新台幣條例第二條規定：現行法規所定金額之貨幣單位為圓、銀元或元者，以新台幣元之三倍折算之。即該修正前之易服勞役，以新台幣三百元、六百元、九百元折算一日；如以九百元折算一日，其最高罰金總額為十六萬二千元，逾此額度即應以罰金總額與六個月之日數比例折算。而台灣高等法院於上開定應執行刑裁定時所適用九十五年七月一日施行之修正刑法第四十二條第三項則規定為：易服勞役以新台幣一千元、二千元、三千元折算一日，但勞役期限不得逾一年。該裁定合併定被告應執行之刑為併科罰金新台幣二十一萬元，如適用其行為時施行之修正

前刑法第四十二條第二項規定計算，其易服勞役期間僅為六個月（即一百八十日），但原裁定依九十五年七月一日施行之修正刑法第四十二條第二項規定，諭知易服勞役以新台幣一千元折算一日，則其易服勞役期間共計二百十日（即七個月），反而不利於被告，與該裁定理由所載關於易服勞役之折算標準應適用較有利於被告法律之意旨相悖，顯有理由矛盾及適用法則不當之違背法令。惟被告對上開裁定抗告時，僅爭執謂該裁定所定應執行刑過重，並請求從輕定應執行刑，經本院以九十九年度台抗字第三八號裁定，認其抗告為無理由而予以駁回確定。茲因本院上開駁回抗告之裁定對於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應將本院上述裁定及台灣高等法院九十八年度聲字第三五六九號裁定均撤銷，由本院自行裁定如主文第二項所示，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，刑法第二條第一項但書、第五十三條，修正前刑法第四十二條第二項、第三項、第五十一條第五款、第七款，廢止前罰金罰鍰提高標準條例第二條前段，現行法規所定貨幣單位折算新台幣條例第二條，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二年 十二月 十八日

【第七案】

一、關係條文

刑	法	第 2 條第 1 項、第 11 條前段、第 30 條第 1 項前段、第 2 項、第 41 條、第 55 條。
修正前商業會計法		第 71 條第 1 款。
稅 捐 稽 徵 法		第 2 條第 1 項前段、刑法第 11 條前段、第 30 條第 1 項前段、第 2 項、第 43 條第 1 項、第 55 條。
修 正 前 刑 法		第 41 條第 1 項。
刑 事 訴 訟 法		第 378 條。
中華民國 96 年罪犯減刑條例	第 2 條第 1 項第 3 款、第 7 條。	
廢止前罰金罰鍰提高標準條例	第 2 條前段。	
貨幣單位折算新台幣條例	第 2 條。	

二、非常上訴理由

- 一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。次按行為後法律有變更者，適用行為時之法律。但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律，刑法第二條第一項定有明

文。又諭知易科罰金之裁定，與科刑判決具有同等之效力，對於該確定裁定，得提起非常上訴，最高法院八十六年度台非字第三五三號判決可資參照。末按，刑法及刑法施行法業於民國九十四年二月二日經總統以華總一義字第○九四○○○一四九○一號令修正公布，並於九十五年七月一日施行，修正後之刑法第四十一條就易科罰金之要件『犯最重本刑為五年以下有期徒刑以下之罪』及『而受六月以下有期徒刑之罪』部分，雖未變更，但就易科罰金之標準，由修正前之刑法第四十一條第一項及罰金罰鍰提高標準條例第二條之『一百元以上三百元以下折算一日』（即新台幣三百元以上九百元以下折算一日），提高為『新台幣一千元、二千元或三千元折算一日』，刑法修正後之易科罰金標準，顯較修正前不利於被告，是若被告係於刑法修正前犯罪，並得易科罰金，而於刑法修正後裁判，自應適用刑法修正前之易科罰金標準，始為適法。

- 二、查原審判決認被告某甲自九十四年六月三日起至同年九月四日止擔任『合○○實業有限公司』之登記負責人期間，與共犯陳○○共同以不實進、銷憑證，向稅捐稽徵機關申報營業稅，而違反商業會計法，判處有期徒刑四月，如易科罰金，以新台幣一千元折算一日，減刑為有期

徒刑二月，如易科罰金，以新台幣一千元折算一日。惟原判決所認定被告犯罪時間點係自九十四年六月三日至同年九月四日止，而原判決所引為易科罰金標準之刑法第四十一條，業於九十五年七月一日修正施行，原審判決係於一〇二年九月十四日裁判，是被告犯罪後，裁判時之刑法四十一條易科罰金標準已有變更。揆諸上開法條及說明，就被告易科罰金之標準，自應適用修正前即較有利被告之刑法四十一條及罰金罰鍰提高標準條例第二條規定，以原罰金罰鍰提高標準條例第二條規定，折算標準就其原定數額提高為一百倍折算一日，亦即，被告行為時之易科罰金折算標準，係以銀元一百元以上三百元以下折算一日，經折算為新台幣後，應以新台幣三百元以上九百元以下折算為一日，始為適法。詎原審判決未注意及此，誤將易科罰金之標準適用九十五年七月一日修正施行之刑法四十一條規定，原判決自有適用法則不當之違背法令。

- 三、案經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇三年度台非字第263號

上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長
被 告 某甲

上列上訴人因被告違反商業會計法案件，對於台灣台中地方法院中華民國一〇二年九月十四日第一審確定簡易判決（一〇二年度簡字第五八九號，起訴案號：台灣台中地方法院檢察署一〇二年度偵字第三八九二號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於某甲部分撤銷。

某甲幫助商業負責人，以明知為不實之事項，而填製會計憑證，處有期徒刑肆月，如易科罰金，以銀元參佰元即新台幣玖佰元折算壹日，減為有期徒刑貳月，如易科罰金，以銀元參佰元即新台幣玖佰元折算壹日。

理 由

非常上訴理由（見前二）

一、本院按：判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又民國九十四年二月二日修正公布，於九十五年七月一日施行之刑法第二條第一項明定：「行為後法律有變更者，適用行為時之法律。但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律。」再者，關於有期徒刑之易科罰金折算標準，上開時間修正施行之刑法第四十一條第一項前段規定為以新台幣一千元、二千元或三千元折算

一日，而修正前該條項係規定以一元以上三元以下折算一日；參以廢止前罰金罰鍰提高標準條例第二條前段規定，依刑法第四十一條易科罰金者，就其原定數額提高為一百倍折算一日，另現行法規所定貨幣單位折算新台幣條例第二條規定，貨幣單位為圓、銀元或元者，以新台幣元之三倍折算之，故於修正前之折算標準係以銀元一百元、二百元、三百元即新台幣三百元、六百元、九百元折算一日。兩相比較後，應以修正前之規定有利於行為人。故行為人行為後易科罰金之折算標準有修正，則於酌定易科罰金之折算標準，應依法為新舊法之比較，適用最有利於被告之修正前刑法第四十一條第一項所定之折算標準，始為適法。

- 二、經查本件被告某甲自九十四年六月三日起至同年九月四日止，想像競合犯幫助商業負責人填製不實會計憑證罪，及幫助逃漏稅捐罪，經原判決從一重論以幫助商業負責人填製不實會計憑證罪，判處有期徒刑四月，減為有期徒刑二月。其犯罪時間在九十五年七月一日之前，關於易科罰金之折算標準，自應適用舊法，而以修正前刑法第四十一條第一項、廢止前罰金罰鍰提高標準條例第二條前段所定之折算標準銀元一百元、二百元、三百元即新台幣三百元、六百元、九百元折算一日。惟原判決未察，漏未比較新舊法，逕依

修正後刑法第四十一條第一項規定諭知如易科罰金，以新台幣一千元折算一日，揆諸上揭說明，即有判決適用法則不當之違背法令。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨執以指摘，為有理由，應由本院將原判決關於被告部分撤銷，自為判決如主文第二項所示，以資救濟。又被告行為後，商業會計法第七十一條於九十五年五月二十四日修正公布（同年月二十六日生效），該條之法定本刑，原為「處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣十五萬元以下罰金」，經修正為「處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣六十萬元以下罰金」，比較新舊法之結果，以修正前即行為時法律為有利於被告，應適用修正前之規定，而原判決未比較新舊法，逕適用修正後之規定，自有未合。因本院既將原判決關於被告部分撤銷，並自為判決，爰就之併予更正，附此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，修正前商業會計法第七十一條第一款，稅捐稽徵法第四十三條第一項，刑法第十一條前段、第二條第一項前段、第三十條第一項前段、第二項、第五十五條、修正前刑法第四十一條第一項，中華民國九十六年罪犯減刑條例第二條第一項第三款、第七條，廢止前罰金罰鍰提高標準條例第二條前段，現行法規所定貨幣單位折

算新台幣條例第二條，判決如主文。

中 華 民 國 一〇三年 七月 二十四日

【第八案】

一、關係條文

刑 法 第 11 條前段、第 47 條第 1 項、
第 49 條。

毒品危害防制條例 第 4 條第 2 項。

刑事訴訟法 第 3 條、第 378 條、第 379 條第
10 款。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用法則不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又依法應於審判期日調查之證據未予調查，致適用法令違誤，而顯然於判決有影響者，該項判決即屬違背法令，得提起非常上訴，亦經司法院大法官釋字第一八一號著有解釋。故事實審法院對於被告有無累犯之事實，應否適用刑法第四十七條第一項累犯之規定加重其刑，即屬法院認定事實與適用法律之基礎，客觀上有其調查之必要性，應依職權加以調查。倘被告並非累犯，而事實審未加詳查，致判決誤用累犯之規定論處，自屬刑事訴訟法第三百七十九條第十款規定所稱依法應於審判期日調查之證據而未予調查，其判決當然為違背法令。復按刑法第四十九條原規定：累犯

之規定（指同法第四十七、四十八條），於前所犯罪依軍法或於外國法院受裁判者，不適用之。已於民國九十四年二月二日修正刪除其中關於「依軍法」受裁判者部分，並於九十五年七月一日施行。參照新修正刑法第四十九條立法理由之說明：「八十八年十月二日公布修正之軍事審判法，有關第三審上訴程序，依上訴原因，分別由司法審判機關之最高法院或高等法院審理，依本條自應適用累犯加重之規定；反觀依軍法受裁判者，則排除累犯適用之規定，則將發生同一案件視被告是否提起第三審上訴，而發生是否適用累犯加重規定之歧異結果，實有未妥，爰將本條關於『依軍法』受裁判者不適用累犯之規定刪除，以求司法、軍事審判程序中，適用法律之一致。」應認立法原意對修正前刑法第四十九條中所稱依軍法受裁判者，係指前所犯罪案件，其審判程序全程由軍法機關裁判者而言，並不以犯罪性質及裁判適用之實體法為準（司法院三十四年院解字第二九五七號解釋意旨參照）。申言之，依八十八年十月二日公布修正之軍事審判法，軍法機關裁判之「前所犯罪案件」，經提起第三審上訴，由本院或高等法院審判者，既經司法審判機關審判，即非屬修正前刑法第四十九條規定「依軍法」受裁判者，該等案件不論係刑法第四十九條修正前或修正後，於「後所犯罪之案件」，如該當累

犯要件者，均有累犯規定之適用。又修正前刑法第四十九條法條文義既明定「依軍法受裁判」，自係重在案件之審判程序，是否全程由軍法機關審理進而裁判，是案件執行完畢之日自不在考量之範圍。苟前所犯罪案件其審判程序全程於九十五年六月三十日以前由軍法機關裁判而宣告徒刑者，該案件執行完畢之日，縱在九十五年七月一日以後，而於五年內再犯罪者，為被告之利益且基於法律不溯既往之法理，對於後所犯罪均不能適用修正後刑法第四十九條之規定以累犯加重其刑。至前所犯罪案件其審判程序於九十五年七月一日以後全程由軍法機關裁判者，其所處徒刑已執行完畢，而於五年內再犯罪者，因刑法第四十九條之規定已修正施行，於後所犯罪案件應有累犯規定之適用，自不待言（最高法院一〇〇年度台上字第七三五〇號判決意旨參照）。

- 二、本件依原判決事實之認定，被告某甲曾於九十一年間因違反陸海空軍刑法之違反職役職責罪，經國防部北部地方軍事法院桃園分院於九十二年一月二日判處有期徒刑六月確定，甫於九十二年二月十一日易科罰金執行完畢。其明知安非他命為毒品危害防制條例所管制之第二級毒品，竟基於販賣第二級毒品以營利之犯意，於九十六年十二月十七日販賣第二級毒品予黃〇〇，為警查獲。本件被告之犯罪行為在刑法第四十九條修正

後，因其上開前所犯罪，係在刑法第四十九條修正前受軍法機關判處徒刑確定且已執行完畢，揆諸上開說明，自無累犯規定之適用，乃原判決除法定本刑無期徒刑部分，依法不得加重外，竟一時失察，就法定刑為有期徒刑及罰金刑部分，依刑法第四十七條第一項之規定加重其刑，自有適用法則不當及依法應於審判期日調查之證據而未予調查之違背法令。

三、案經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正等語。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇二年度台非字第一四五號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，對於台灣高等法院中華民國九十八年七月十七日第二審確定判決（九十八年度上訴字第二一九五號，起訴案號：台灣桃園地方法院檢察署九十七年度偵字第三四三七、六三三〇號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於某甲罪刑部分撤銷。

某甲販賣第二級毒品，處有期徒刑柒年貳月。未扣案

之販賣安非他命所得新台幣壹萬元沒收，如全部或一部不能沒收時，以其財產抵償之。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑法第四十九條原規定：累犯之規定，於前所犯罪依軍法或於外國法院受裁判者，不適用之。已於九十四年二月二日修正刪除其中關於「依軍法」受裁判者部分，並於九十五年七月一日施行。參照其立法理由說明以：「八十八年十月二日公布修正之軍事審判法，有關第三審上訴程序，依上訴原因，分別由司法審判機關之最高法院或高等法院審理，依本條自應適用累犯加重之規定；反觀依軍法受裁判者，則排除累犯適用之規定，則將發生同一案件視被告是否提起第三審上訴，而發生是否適用累犯加重規定之歧異結果，實有未妥，爰將本條關於『依軍法』受裁判者不適用累犯之規定刪除，以求司法、軍事審判程序中，適用法律之一致」，應認立法原意對修正前刑法第四十九條中所稱依軍法受裁判者，係指前所犯罪案件，其審判程序全程由軍法機關裁判者而言，並不以犯罪性質及裁判適用之實體法為準。申言之，依八十八年十月二日公布修正之軍事審判法，軍法機關裁判之「前所犯罪案件」，經提起第三審上訴，由本院或高等法院審判者，既經司法審判機關審判，即非屬修正前刑法第四十九條規定「依軍法」受裁判者，該等案件不論係刑法第四十九條修正前或修正後，於「後所

犯罪之案件」，如該當累犯要件者，均有累犯規定之適用，是修正前刑法第四十九條法條文義既明定「依軍法受裁判」，自係重在案件之審判程序，而以是否全程由軍法機關審理並裁判而定之。依原確定判決事實之認定，被告曾於九十一年間，因違反陸海空軍刑法之違反職役職責罪，經國防部北部地方軍事法院桃園分院於九十二年一月二日判處有期徒刑六月確定，於九十二年二月十一日易科罰金執行完畢。其明知安非他命為毒品危害防制條例所管制之第二級毒品，竟基於販賣第二級毒品以營利之犯意，於九十六年十二月十七日販賣第二級毒品予黃○○，為警查獲。此有該確定判決及台灣高等法院被告前科紀錄表在卷可參。被告犯罪行為雖在刑法第四十九條修正後，然其前案之犯罪，係在刑法第四十九條修正前，受軍法機關判處徒刑確定，且已執行完畢。揆諸上開說明，自無累犯規定之適用。乃原確定判決竟論以累犯，顯有適用法則不當之違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決罪刑部分撤銷，另行判決如主文第二項所示，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，毒品危害防制條例第四條第二項，刑法第十一條前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二年 五月 二十三日

【第九案】

一、關係條文

刑	法	第 18 條第 1 項、第 210 條、第 216 條、第 220 條第 2 項。
刑 事 訴 訟 法		第 252 條第 8 款、第 301 條第 1 項、第 378 條。
少年事件處理法施行細則		第 8 條第 1 項但書。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文；次按未滿十四歲人之行為，不罰，刑法第十八條第一項定有明文。查本件被告某甲於民國九十年七月一日（起訴書及原判決均誤載為同年六月三十一日）凌晨零時五十三分許，以電腦連結網際網路至香港商雅○國際資訊股份有限公司（下稱雅○公司），經營之雅○○○網站之會員註冊網頁，利用該公司未就申設帳號者之真實身分進行查核驗證之便，在線上申請表格上偽造『林○○』，生日為『七十七年五月十八日』，地址為『雲林縣斗六市鎮○路○號』等資料，表明係『林○○』本人欲加入會員及申請帳號使用之意，而將所偽造之『林○○』名義電磁紀錄，傳送予雅○公司

電腦伺服器以行使之，致雅○公司核准其使用『j○○○○○』帳號，足生損害於『林○○』及雅○公司對會員帳號資料管理之正確性，涉犯刑法第二百十六條、第二百十條，以及第二百二十條第二項之行使偽造準私文書罪，並為台灣屏東地方法院判決被告有期徒刑三月，減為有期徒刑一月十五日，嗣於一〇〇年十月十一日確定，固非無見。

- 二、惟查，被告某甲於犯罪當時，年齡為十二歲一月又十三日，顯屬未滿十四歲之無刑事責任能力人，此有被告年籍資料在卷可佐。台灣屏東地方法院檢察署檢察官原應依少年事件處理法施行細則第八條第一項但書（檢察官受理本案時，被告業已年滿二十歲）、刑事訴訟法第二百五十二條第八款規定，逕就被告上開犯行為不起訴之處分；縱檢察官誤為提起公訴，承審法院亦應依刑事訴訟法第三百零一條第一項規定，就上開犯罪事實諭知被告無罪之判決，乃原判決竟仍為被告有罪判決，並宣告有期徒刑如上，該判決自有判決適用法則不當之違背法令情事。
- 三、案經確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條規定提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇一年度台非字第七六號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

上列上訴人因被告偽造文書案件，對於台灣屏東地方法院中華民國一〇〇年八月二十九日第一審確定判決（一〇〇年度訴更字第三號，起訴案號：台灣屏東地方法院檢察署九十九年度偵字第一一〇一八號），認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於民國九十年七月一日行使偽造準私文書罪部分撤銷。

上開撤銷部分某甲無罪。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用法則不當者，為違背法令；行為不罰者應諭知無罪判決；刑事訴訟法第三百七十八條、第三百零一條第一項分別定有明文。又未滿十四歲人之行為，不罰，刑法第十八條第一項亦定有明文。本件被告某甲係民國七十八年五月十八日生，於九十年七月一日（原判決均載為同年六月三十一日）凌晨零時五十三分許，以電腦連結網際網路至香港商雅○國際資訊股份有限公司經營之雅○○○網站之會員註冊網頁，利用該公司未就申設帳號者之

真實身分進行查核驗證之便，在線上申請表格上偽造「林○○」，生日為「七十七年○月○八日」，地址為「雲林縣斗六市鎮○路○號」等資料，表明係「林○○」本人欲加入會員及申請帳號使用之意，而將所偽造之「林○○」名義電磁紀錄，傳送予雅○公司電腦伺服器以行使之，致雅○公司核准其使用「j○○○○○○」帳號，足生損害於「林○○」及雅○公司對會員帳號資料管理之正確性，所犯行使偽造準私文書罪，經台灣屏東地方法院以一○○年度訴更字第三號判決有期徒刑三月，減為有期徒刑一月十五日，於一○○年十月十一日確定，有該院刑事判決正本、刑事案件進行期限檢查表及被告年籍資料可稽。被告犯罪時年齡僅十二歲一月又十三日，係未滿十四歲之無刑事責任能力人，其行為不罰，詎原審失察，竟為科刑判決，顯有適用法則不當之違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由。應由本院將原判決關於此部分撤銷，另為被告無罪之判決，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書、第三百零一條第一項判決如主文。

中 華 民 國 一 ○ 一 年 三 月 一 日

【第十案】

一、關係條文

刑	法	第 28 條、第 62 條、第 320 條第 1 項第 4 款。
刑 事 訴 訟 法		第 378 條、第 321 條第 1 項第 4 款。

二、非常上訴理由

- 一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第 378 條定有明文。又刑法分則或刑法特別法中規定之結夥二人或三人以上之犯罪，應以在場共同實施或在場參與分擔實施犯罪之人為限，不包括同謀共同正犯在內，最高法院亦著有七十六年台上字第七二零號判例可供參照。本件原判決雖認定某乙、某甲、何○○三人共同基於意圖為自己不法所有之犯意聯絡，惟推由某甲騎乘機車附載某乙，由某乙帶路至吳○○停放自小客車即新竹縣芎林鄉新鳳段○○鄰○○之○○號（臨）住處前，某甲則隨手撿拾石頭敲破自小客車副駕駛座玻璃窗，竊取吳○○之皮包（內有新台幣十六萬元、身分證、郵局金融卡、健保卡、汽機車駕照、萬泰銀行存摺、印章、黃金戒指一只等物），得手後返回何○○住處三人

均分皮包內之十六萬元，金戒指一只則由某乙與某甲持至新竹市林森路某當舖典當，所得歸某乙所有，其於證件則由何○○棄置等情甚詳。足見在場實施者僅某乙、某甲二人，何○○顯未在场共同實施或在場參與分擔實施犯罪，原判決卻論處三人刑法第三百二十一條第一項第四款之結夥竊盜罪刑（何○○部分因不服原判決，提起上訴，經台灣高等法院於一〇二年十二月二十四日以一〇二年度上易字第二四六二號判決撤銷，改論處以共同竊盜罪刑確定在案），揆諸上揭判例意旨，其適用法則不無違誤，有判決適用法則不當之違法。

二、案經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判 一〇三年度台非字第一二八號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被 告 某甲
某乙

上列上訴人因被告等竊盜案件，對於台灣新竹地方法院中華民國一〇二年八月三十日第一審確定判決（一〇二年度審易字第五〇七號，起訴案號：台灣新竹地方法院檢察署一〇二年度偵字第一四七一、三四五三

號)，認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於某甲、某乙部分撤銷。

某甲、某乙共同竊盜，各處有期徒刑柒月。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按：按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。本件原判決認定：何○○與被告某乙、某甲於民國一〇一年七月十八日凌晨，共同基於意圖為自己不法所有之犯意聯絡，推由某甲騎乘機車載某乙，由某乙帶路至吳○○新竹縣芎林鄉新鳳段○鄰六○之○號住處前，某甲撿拾石頭敲破吳○○自小客車副駕駛座玻璃窗（毀損部分未經告訴），竊取吳○○之皮包（內有新台幣十六萬元、身分證、郵局金融卡、健保卡、汽機車駕照、萬泰銀行存摺、印章、黃金戒指一只等物），得手後返回何○○住處，三人均分皮包內之十六萬元，金戒指一只則由某乙與某甲持至當舖典當，所得歸某乙所有，其餘證件則由何○○棄置。嗣某甲因另犯竊盜案件為警查獲後借提詢問時自首本件竊盜等情。因而論處某甲、某乙以刑法第三百二十一條第一項之結夥竊盜罪，某甲部分並依刑法自首之規定減輕其刑。惟查：刑法分則或刑法特別法中規定之結夥二人或三人以上之犯罪，應以在場共同實行或在場參與分擔實行犯罪之人為限，不包括同謀共同正犯在內，有本院七

十六年台上字第七二一〇號判例可參。依原判決認定之事實，某乙、某甲雖與何〇〇共同犯竊盜罪，然在場參與分擔實行犯罪之人，僅有某乙、某甲二人，即與刑法第三百二十一條第一項第四款所定結夥三人以上之加重要件不符。核被告等二人與何〇〇應係犯刑法第三百二十條第一項之普通竊盜罪，並依刑法第二十八條，均為共同正犯，原判決論以結夥竊盜罪，即有適用法則不當之違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由。應由本院將原判決關於某甲、某乙部分撤銷改判（何〇〇部分業經上訴第二審，改判處普通竊盜罪刑確定）。就某甲部分，依刑法第六十二條前段自首之規定減輕其刑。審酌某甲下手撿拾石頭敲破汽車玻璃窗，情節較重，及其二人犯罪之一切情狀，分別量處如主文第二項所示之刑，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，刑法第二十八條、第三百二十條第一項、第六十二條前段，刑法施行法第一條之一第一項、第二項前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇三年 四月 十六日

【第十一案】

一、關係條文

刑	法	第 30 條第 1 項、第 50 條、第 339 條第 1 項。
修 正 前 刑 法		第 55 條、第 56 條。
電 信 法		第 56 條第 1 項。
刑 事 訴 訟 法		第 378 條。

二、非常上訴理由

- 一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。次按一行為而觸犯數罪名，或犯一罪而其方法或結果之行為犯他罪名者，依修正前刑法第五十五條規定，應從一重處斷。又連續數行為而犯同一之罪名者，以一罪論，修正前刑法第五十六條前段亦定有明文。至於同法第五十條所定應予併合處罰者，則以裁判確定前犯數罪者為限，此所謂數罪，係指各罪均能獨立，而無修正前刑法第五十五條或第五十六條所定裁判上一罪之情形而言。因此，想像競合犯、牽連犯或連續犯之裁判上一罪，倘遇有競合時，如行為人之數行為所犯數罪，具有連續關係，又有想像競合或牽連關係之重疊法律現象，則連續

犯罪之一部，既與他罪競合或牽連，自應包括的先將全部之連續各行為論以一罪，再按想像競合或牽連犯之例，從一重處斷，不得以數罪併合處罰之，最高法院九十三年度台上字第一六九一號、九十二年度台上字第七〇七六號判決參照。

- 二、本件台灣台東地方法院認定被告某甲基於意圖為自己不法所有之概括犯意，先於民國九十三年八月間某日，前往位於台東縣長濱鄉三間村南溪四十八之一之林○（已於九十六年十二月十二日死亡）住處，向林○哄騙提供身分證及印章，即可帶林○至中國大陸地區娶老婆、玩女人等語，致林○陷於錯誤，而交付身分證及印章予被告後，並自九十四年四月六日起至九十四年九月十五日止，由被告偕同至台東縣台東市，向台灣大哥大電信股份有限公司（下稱台灣大哥大）、和信電信股份有限公司（下稱和信電信）、泛亞電信股份有限公司（下稱泛亞電信）、亞太電信股份有限公司（下稱亞太電信）等公司，由林○具名申請辦理行動電話之租用手續，並因而致台灣大哥大等電信公司不詳姓名成年之各業務人員誤以為係林○本人申請租用行動電話門號使用，並將按時繳納行動電話通訊使用費，而陷於錯誤，據以辦理，先後由台灣大哥大等電信公司交付發給林○行動電話

門號 SIM 卡各一張並搭配行動電話各一支。得手後，被告並未帶同林○至大陸地區娶老婆，被告以此方式詐得行動電話機具及 SIM 卡。而被告另基於意圖為自己不法利益之犯意，自取得上開以林○名義申辦之行動電話 SIM 卡之日起至九十四年十一月間某日止，在不詳處所，陸續以上開行動電話門號撥號啟動 SIM 卡內含屬電腦電磁紀錄之電子序號及內碼，向台灣大哥大等電信公司傳送無線電磁訊號，隱瞞其非合法使用人之事實，使該公司陷於錯誤，誤認係林○或經其許可之人使用該門號而予以接收通訊提供服務，並列帳於登記之使用者即林○名下，以此無線之方式，盜用林○之電信設備通信，被告因而獲得免付行動電話通訊費用共計新台幣（下同）七萬三千一百七十八元之財產上不法利益（原判決犯罪事實欄一、（一）部分）。被告承上之概括犯意，於九十四年七月五日，偕同林○至位於台北縣蘆洲市集○路○號之弘○汽車車行，由林○具名簽訂汽車委賣合約書，向不知情之弘○汽車商行購買原為呂○○所有車號 DW-○○○○ 號之二手自小客車，且與代辦林○汽車貸款業務之日盛國際商業銀行股份有限公司（下稱日盛銀行）業務員林○○辦理對保，向日盛銀行貸款三十六萬元，雙方約定以分期付款方式攤還，每月一期，

共分四十八期，每期還款一萬零三百八十八元，並簽訂貸款暨動產抵押契約書及動產擔保交易動產抵押設定登記申請書，將該車設定動產擔保抵押權予日盛銀行，使日盛銀行陷於錯誤，誤認林○具有清償借款之能力，而同意辦理上開貸款，並如數將款項匯入弘○汽車車行設於土地商業銀行股份有限公司泰山分行帳戶內（帳號：○○○○○○○○○○○○○○號）。詎被告取得該部車輛後，僅繳付三期之分期價金三萬一千一百六十四元，即拒不付款，且將車輛遷移、逃匿不知去向，致日盛銀行追償無著（原判決犯罪事實欄一、（二）部分）。被告復與同案被告吳○○、羅○○（均業經判決確定）共同基於意圖為自己不法所有之犯意聯絡，並基於概括之犯意，自九十五年二月中旬某日起至同年三月間某日止，由吳○○出資，被告尋找介紹人，再透過羅○○之介紹，由吳○○與羅○○、被告相偕前往台東縣成功鎮和平村鹽○街○號之石○○住處、抑或與羅○○相偕前往台東縣成功鎮三○路○號之陳○○住處等地，對無經驗或不識字之蔡○○（已於九十七年八月六日死亡）、石○○、陳○○、楊○○、張○○、羅○○等人哄騙稱交付身分證及印章及健保卡辦手機及門號，即可得報酬二千元，致蔡○○、石○○、陳○○、楊○○、張○○、

羅○○等人陷於錯誤，分別由吳○○、羅○○及被告或由吳○○、羅○○陪同前往花蓮縣花蓮市、台東縣台東市等地，向台灣大哥大、和信電信、泛亞電信、亞太電信、遠傳電信股份有限公司（下稱遠傳電信）、威寶電信股份有限公司（下稱威寶電信）等電信公司，由蔡○○等人具名申請辦理行動電話之租用手續，並因而致台灣大哥大等公司不詳姓名成年之各業務人員誤以為係蔡○○等人本人申請租用行動電話門號使用，並將按時繳納行動電話通訊使用費，而陷於錯誤，據以辦理，先後由台灣大哥大等公司交付發給蔡○○、石○○、陳○○、楊○○、張○○、羅○○行動電話門號。得手後，吳○○並未交付報酬予蔡○○等人，吳○○等人以此方式詐得行動電話機具及 SIM 卡，除將其中門號○○○○○○○○○○號行動電話（含 SIM 卡）交予被告使用外，其餘均隨即將上開租用之行動電話（含 SIM 卡）售予不詳姓名年籍之成年人。吳○○、羅○○及被告明知渠等以詐欺方式取得之上開 SIM 卡係蔡○○等人向電信公司申辦租用之行動電話門號，竟基於幫助不詳姓名年籍之成年人不法所有之利益，吳○○、羅○○並基於幫助被告不法所有之利益，而盜用他人電信設備通信之概括犯意聯絡，由吳○○將所收購之行動電話及含

SIM 卡轉售予不詳姓名年籍之成年人盜用，門號 〇〇〇〇〇〇〇〇〇〇〇號行動電話及含 SIM 卡則交由被告自己使用，被告或該等成年人乃自九十五年二月間某日起至九十五年十一月間某日止，多次使用上開 SIM 卡撥打行動電話與他人聯絡，致台灣大哥大等公司分別對非真正客戶提供服務，而列帳於蔡〇〇等人名下，被告或該等成年人因而詐得免付電信費用之不法利益（原判決犯罪事實欄一、(三)部分）。並認被告所為，就犯罪事實欄一之(一)部分係犯刑法第三百三十九條第一項之詐欺取財罪、電信法第五十六條第一項之以無線方式盜用他人電信設備罪；就犯罪事實欄一之(二)部分係犯刑法第三百三十九條第一項之詐欺取財罪；就犯罪事實欄一之(三)部分係犯刑法第三百三十九條第一項之詐欺取財罪、電信法第五十六條第一項之以無線方式盜用他人電信設備罪及電信法第五十六條第一項、刑法第三十條第一項前段之幫助以無線方式盜用他人電信設備罪。及認被告先後多次詐欺取財、以無線方式盜用他人電信設備及幫助連續以無線方式盜用他人電信設備之犯罪，時間緊接，方法相同，所犯均屬構成要件相同之罪名，顯係基於概括之犯意反覆為之，比較新舊法後，應依修正前刑法第五十六條連續犯之規定各論以一

罪，並加重其刑。又被告詐騙林○、蔡○○等人前往各該電信公司申辦行動電話，其目的即在取得各該電信公司發給之行動電話（含SIM卡），並據為己有盜用他人電信設備通信之犯罪工具或取得各該電信公司發給之行動電話（含SIM卡），以轉售圖利，並供作不詳姓名年籍成年人盜用他人電信設備通信之犯罪工具，是其所犯詐欺取財罪及以無線方式盜用他人電信設備罪，不論在客觀行為上及主觀犯意間，均有方法目的之密切牽連關係，比較新舊法後，應依修正前刑法第五十五條後段規定，從一重論連續以無線方式盜用他人電信設備罪。而台灣台東地方法院於犯罪事實欄一、(二)部分既然記載「承上之概括犯意」，且犯罪事實欄一、(二)之犯罪時間係九十四年七月五日，與犯罪事實欄一、(一)之時間緊接，即係認定犯罪事實欄一、(一)、(二)構成連續詐欺取財罪，此部分既然又因牽連關係僅論以連續以無線方式盜用他人電信設備罪，揆諸上開最高法院判決意旨，不得以數罪併合處罰之，惟台灣台東地方法院竟認定被告所犯連續以無線方式盜用他人電信設備罪及詐欺取財罪間，犯意各別，行為互殊，應分論併罰，以數罪併合處罰之，自屬適用法則不當之違背法令。如認犯罪事實欄一、(二)之犯罪手法與犯罪事實欄一、(一)、(三)

之犯罪手法相異，而認犯罪事實欄一、(二)被告應係另行起意，犯罪事實欄一、(二)部分記載「承上之概括犯意」係誤載，仍有主文與所載之事實及理由矛盾之違法（最高法院九十六年度台上字第三四六六號判決參照）。

三、案經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，於資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇二年度台非字第三〇七號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

上列上訴人因被告違反電信法等罪案件，對於台灣台東地方法院中華民國九十八年十一月十八日第一審確定判決（九十七年度訴字第二二一號，起訴案號：台灣台東地方法院檢察署九十五年度偵字第一六〇四號、九十六年度偵字第一五七號），認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於諭知某甲「意圖為自己不法之所有，以詐術使人將本人之物交付，累犯，處有期徒刑陸月，減為有期徒刑參月」部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按：判決不適用法則或適用不當者，為違背法令。又「(修正前刑法)連續犯罪之一部，與他罪牽連，自應包括的先將全部之連續各行為，論以一罪，再按牽連犯例從一重處斷」(參考因牽連犯、連續犯等法律修正，不再援用之本院七十四年台上字第六四五〇號判例)。本件原判決於事實認定：被告某甲基於意圖為自己不法所有及不法利益之概括犯意，(一)、自九十四年四月六日起至同年九月十五日止，為如原判決事實欄一、(一)所示之詐欺取財犯行，及自九十四年四月六日起至同年十一月間，為如原判決事實欄一、(一)所示之以無線方式盜用他人電信設備犯行。(二)、於九十四年七月五日，為如原判決事實欄一、(二)所示之詐欺取財犯行。(三)、自九十五年二月間某日起至同年三月間某日止，為如原判決事實欄一、(三)所示之詐欺取財犯行，及自九十五年二月間某日起至同年十一月間某日止，為如原判決事實欄一、(三)所示之以無線方式盜用他人電信設備、幫助以無線方式盜用他人電信設備犯行(詳細情形如前揭非常上訴意旨所載)。及於理由說明：被告如原判決事實欄一、(一)所示之犯行，係犯刑法第三百三十九條第一項之詐欺取財罪、電信法第五十六條第一項之以無線方式盜用他人電信設備罪；如原判決事實欄一、(二)所示之犯行，係犯刑法第三百三十九條第一項之詐欺取財罪；如原判決事實欄一、(三)所示之犯行，係犯刑法第三百三十九條第一項之詐欺取財罪、

電信法第五十六條第一項之以無線方式盜用他人電信設備罪、幫助以無線方式盜用他人電信設備罪（見原判決第二十五頁第十九至二十六行）。被告先後多次詐欺取財、以無線方式盜用他人電信設備及幫助連續以無線方式盜用他人電信設備之犯罪，時間緊接，方法相同，所犯均屬構成要件相同之罪名，顯係基於概括之犯意反覆為之，應依修正前刑法第五十六條連續犯之規定各論以一罪。又被告詐取各該行動電話（含 SIM 卡）之目的，係為以無線方式盜用他人電信設備及幫助以無線方式盜用他人電信設備，其二者間具有方法目的之牽連關係，應依修正前刑法第五十五條後段規定，從一重論以連續以無線方式盜用他人電信設備罪等情（見原判決第二十六頁第十九行至第二十七頁第二行）。則依原判決上開認定記載論述說明各情，參照原判決已明確記載被告係「承上概括犯意（即承原判決事實欄一、（一）所示之意圖為自己不法所有之概括犯意）」，而為如原判決事實欄一、（二）所示之詐欺取財犯行，且被告為如原判決事實欄一、（一）、（二）所示之犯行，其詐欺取財之犯罪時間係屬重疊等情，原判決既認被告前揭犯行應論以連續詐欺取財罪及連續以無線方式盜用他人電信設備罪，且二者間並具有牽連犯裁判上一罪之關係，即僅應從一重論被告以連續以無線方式盜用他人電信設備罪，乃原判決理由竟誤又說明：被告「所犯連續以無線方式盜用他人電信設備罪及詐欺取財罪間，犯意個別，行為

互殊，應分論併罰」(見原判決第二十七頁第二至四行)，並於主文除諭知被告「連續意圖為自己不法所有之利益，以無線方式，盜用他人電信設備通信，累犯，處有期徒刑壹年陸月，減為有期徒刑玖月……」外，並另諭知被告「意圖為自己不法之所有，以詐術使人將本人之物交付，累犯，處有期徒刑陸月，減為有期徒刑叁月」，其關於諭知被告「意圖為自己不法之所有，以詐術使人將本人之物交付，累犯，處有期徒刑陸月，減為有期徒刑叁月」部分，即有適用法則不當之違法。案經確定且不利於被告，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決關於諭知被告「意圖為自己不法之所有，以詐術使人將本人之物交付，累犯，處有期徒刑陸月，減為有期徒刑叁月」部分撤銷，以資救濟。又本件既將上開違法諭知罪刑之部分撤銷，已具有改判之性質，其救濟之目的已達，即不發生另行判決之問題，併此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二年 八月 二十二日

【第十二案】

一、關係條文

刑 法 第 30 條第 1 項前段、第 346 條第 1 項。
刑 事 訴 訟 法 第 302 條第 1 款、第 378 條。

二、非常上訴理由

- 一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，得提起非常上訴，刑事訴訟法第四百四十一條、第三百七十八條定有明文；又同一案件曾經判決確定者，應諭知免訴判決，亦為同法第三百零二條第一款所明定。末查法律上一罪之案件，無論其為實質上一罪（接續犯、繼續犯、集合犯、結合犯、吸收犯、加重結果犯）或裁判上一罪（想像競合犯及刑法修正前之牽連犯、連續犯），在訴訟上均屬單一性案件，其刑罰權既僅一個，自不能分割為數個訴訟客體。而同一案件對一部犯罪事實曾經有罪判決確定者，其既判力自及於全部，其餘犯罪事實不受雙重追訴處罰（即一事不再理），應受免訴之判決（最高法院一〇一年度台非字第二六九號）。
- 二、查原判決以被告某甲於九十九年四月十五日前之該月某日，將其所有台〇〇〇商業銀行股份有

限公司永○分行（下稱台○○○銀行永○分行）
帳號：○○○○○○○○○○○○○○○號帳戶存款
簿、提款卡及提款卡密碼，以新台幣五千元之代
價售與擄鴿勒贖集團不詳姓名之某成年人，以此
方法幫助該人或其所屬集團從事擄鴿勒贖之恐
嚇取財犯罪。該人或其所屬擄鴿勒贖集團即意圖
為自己不法之所有，於判決附表所示時、地擄得
附表所示被害人之賽鴿後，以附表所示行動電話
號碼撥打電話給附表所示被害人，向其恫稱其所
有之賽鴿遭擄，要求附表所示被害人匯款如附表
所示金額之款項至某甲上開帳戶後，始會將賽鴿
釋回，致附表所示被害人心生畏怖，遂於附表所
示時、地，將附表所示金額之款項匯至某甲前揭
帳戶，該集團成員始將賽鴿放飛釋回。認被告所
為係犯刑法第三十條第一項前段、第三百四十六
條第一項之幫助恐嚇取財罪，因而判處有期徒刑
五月，固非無見。惟查，被告於九十九年四月六
日至同年四月十九日間之某日，在不詳地點，以
若干代價，將其上開帳戶之存摺、提款卡及密碼
提供予擄鴿勒贖集團成員，嗣該集團成員即意圖
為自己不法之所有，推由犯罪集團中某成員，於
判決附表所示匯款日前之某日，在不詳地點，竊
捕附表所示被害人所有之賽鴿後，再按賽鴿腳環
上之號碼，先後於附表所示時間前某時，以行動
電話門號聯繫附表所示被害人，並向其等恫稱：

賽鴿在伊手上，如要取回賽鴿需依指示匯款，否則將對賽鴿不利等語，致附表所示被害人均心生畏懼，分別於附表所示時、地、依指示先後匯款至上開帳戶內，前經同法院於一〇一年一月十九日，以一〇〇年度易字第一二九四號判決判處有期徒刑五月，於一〇一年二月二十九日確定，有台灣台南地方法院一〇〇年度易字第一二九四號刑事案卷全卷在卷可查。查被告所提供者為『台〇〇〇銀行永〇分行』〇〇〇〇〇〇〇〇〇〇〇〇〇〇〇號帳戶存摺、提款卡及密碼、其提供帳戶之幫助詐欺（係恐嚇取財之誤載）行為僅有一個，雖本案與前案之被害人有部分不同，仍屬一行為觸犯數罪名之想像競合犯，應認本案與前案核屬同一案件，則本案自應為前開一〇〇年度易字第一二九四號確定判決效力所及。揆諸首揭法條規定及說明，自應諭知免訴之判決。乃原審於一〇一年六月二十九日為本件簡易判決時，疏未就同一案件曾經判決確定，應為免訴之判決，始為適法，竟仍為實體科刑判決，顯有適用法則不當之違背法令。

- 三、案經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事 一〇一年度台非字第三三二號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告恐嚇取財案件，對於台灣台南地方法院中華民國一〇一年六月二十九日刑事簡易確定判決（一〇一年度簡字第一三二五號，聲請簡易判決處刑案號：台灣台南地方法院檢察署一〇一年度營偵字第二八七號），認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文
原判決撤銷。
本件免訴。

理 由
非常上訴理由（見前二）
本院按：案件曾經判決確定者，應諭知免訴之判決，刑事訴訟法第三百零二條第一款定有明文。經查台灣台南地方法院民國一〇一年一月十九日一〇〇年度易字第一二九四號刑事判決認定：被告某甲基於幫助恐嚇取財之犯意，於九十九年四月六日至同年四月十九日間之某日，在不詳地點，以若干代價，將其設於台〇〇〇銀行永〇分行帳號〇〇〇〇〇〇〇〇〇〇〇〇〇〇號帳戶之存摺、提款卡及密碼，交予犯罪集團之成員，容任該犯罪集團使用上開帳戶作為擄鴿勒贖之

犯罪工具。嗣取得前開帳戶之犯罪集團成員，共同意圖為自己不法之所有，推由犯罪集團中某成員，於該判決附表所示匯款日前之某日，在不詳地點，竊捕該判決附表所示被害人所有之賽鴿後，再按賽鴿腳環上之電話號碼，先後於該判決附表所示時間前某時，以行動電話門號聯繫該被害人，並向其等恫稱：賽鴿在伊手上，如要取回賽鴿需依指示匯款，否則將對賽鴿不利等語，致該被害人均心生畏懼，分別於該附表所示時、地，依指示先後匯款至上開帳戶內等情，而依想像競合犯之規定，論處被告幫助恐嚇取財罪刑，於一〇一年二月二十九日確定，有該案判決書，及台灣高等法院被告前案紀錄表在卷可稽。而本件原判決所認定：被告基於幫助恐嚇取財之犯意，於九十九年四月十五日前之該月某日，將上開帳號帳戶存款簿、提款卡及提款卡密碼，以新台幣五千元之代價售與該人，以此方法幫助該人或其所屬集團從事擄鴿勒贖之恐嚇取財犯罪。該人或其所屬擄鴿勒贖集團即意圖為自己不法之所有，於本件原判決附表（下稱附表）所示時、地擄得附表所示被害人之賽鴿後，以附表所示行動電話號碼撥打電話給附表所示被害人，向其恫稱其所有之賽鴿遭擄，要求附表所示被害人匯款如附表所示金額之款項至某甲上開帳戶後，始會將賽鴿釋回，致附表所示被害人心生畏怖，遂於附表所示時、地，將附表所示金額之款項匯至某甲前揭帳戶，該集團成員始將賽鴿放飛釋回等情。與前開確定判決所認

定之事實，其部分被害人相同，而其被害人不同部分，則係同一行為所為，有想像競合裁判上一罪之關係，為同一案件，既曾經判決確定，依前開規定，即應為免訴之判決。原判決不察，而予論罪科刑，自屬違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由。應由本院將原判決撤銷，另行為免訴之判決，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書、第三百零二條第一款，判決如主文。

中 華 民 國 一〇一 年 十 月 十 一 日

【第十三案】

一、關係條文

刑	法	第 30 條第 1 項前段、第 2 項、第 41 條第 1 項前段、第 47 條、第 339 條第 1 項。
刑 事 訴 訟 法		第 378 條。
刑 法 施 行 法		第 1 條之 1 第 1 項、第 2 項前段。

二、非常上訴理由

- 一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。次按累犯之成立，依刑法第四十七條之規定，必須受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者；或因強制工作而免其刑之執行者，於受強制工作處分之執行完畢或一部之執行而免除後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，始足當之。
- 二、經查：被告某甲因於民國一〇〇年八月二十四日至二十七日間，提供其所有郵局帳戶供詐騙集團於同月三十日詐欺使用，犯幫助詐欺取財罪，經台灣台中地方法院於一〇一年十月十六日以該院一〇一年度易字第二〇〇八號，依累犯判處有期徒刑四月，於同年十一月十二日確定。惟查：

被告於本案犯罪前，僅曾因詐欺案件，經同法院於九十九年五月三十日以九十九年度中簡字第五七四號刑事簡易判決判處拘役四十日確定，並於同年十月十五日易科罰金執行完畢，除此之外，並無犯他罪經執行完畢之紀錄，有被告刑案資料查註紀錄表、台灣台中地方法院九十九年度中簡字第五七四號刑事簡易判決等在卷可憑。是被告某甲並非累犯甚明，乃原判決未注意及此，遽依累犯論科並加重其刑，揆諸首開說明，自有判決適用法則不當之違法。案經確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟及糾正。

三、附錄

最高法院刑事判 一〇二年度台非字第一一六號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告詐欺案件，對於台灣台中地方法院中華民國一〇一年十月十六日第一審確定判決（一〇一年度易字第二〇〇八號），認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

某甲幫助犯詐欺取財罪，處有期徒刑參月，如易科罰金，以新台幣壹仟元折算壹日。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又被告有無累犯之事實，應否適用刑法第四十七條規定加重其刑，為法院認定事實與適用法律之基礎事項，倘被告不合累犯之要件，仍依累犯之規定加重其刑，致適用法令違誤，而顯然於判決有影響，其判決為當然違背法令。本件原確定判決論以被告某甲幫助犯詐欺取財罪，累犯，量處有期徒刑四月，如易科罰金，以新台幣一千元折算一日，固於理由中說明被告前有原確定判決事實欄所示犯罪、科刑及執行之情形，有台灣高等法院被告（某甲）前案紀錄表在卷可按，其受有期徒刑之執行完畢後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪，為累犯，應依刑法第四十七條第一項之規定，加重其刑等語。但原確定判決事實欄並未記載被告前有犯罪、科刑及執行之情形，即卷附台灣高等法院被告（某甲）前案紀錄表亦無被告曾受有期徒刑執行完畢之前案紀錄。是原確定判決認定被告於民國一〇〇年八月間，幫助犯詐欺取財罪，應無累犯規定之適用。乃原確定判決不察，論以累犯並加重其刑，自有判決適用法則不當之違背法令。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決撤銷，改判如主文第二項所示之罪刑，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，刑法第三十條第一項前段、第二項、第三百三十九條第一項、第四十一條第一項前段，刑法施行法第一條之一第一項、第二項前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二年 四月 十八日

【第十四案】

一、關係條文

刑 法 第 30 條。
刑事訴訟法 第 379 條第 14 款。

二、非常上訴理由

- 一、按判決不載理由或所載理由矛盾者，判決當然違背法令；判決確定後，發見該案件之審判係違背法令者，最高法院檢察署檢察總長得向最高法院提起非常上訴，刑事訴訟法第三百七十九條第十四款、第四百四十一條分別定有明文。又按所謂所載理由矛盾者，指判決之主文與事實或理由相互間、判決之事實與理由相互間、判決之理由內部間，有相互矛盾者而言，有最高法院八十四年度台非字第三九九號判決可資參照。另按刑法上之幫助犯，係指以幫助之意思，對於正犯資以助力，使其犯罪易於達成而言，亦有最高院一〇一年度台上字第五八八五號判決可資參照。
- 二、經查本件被告某甲因提供以其名義所填寫並申辦之門號○○○○○○○○○○號之臺灣大哥大行動電話門號申請書予犯罪集團，使該犯罪集團取得該門號 SIM 卡作為犯罪聯絡所用，經原審法院判決有期徒刑六月，如易科罰金，以新台

幣一千元折算（按漏繕「一日」）確定。惟查，原確定判決認被告係於民國一〇一年六月八日，在桃園縣中壢市某處，將上開門號申請書交予犯罪集團成員，作為該犯罪集團成員聯繫所用，嗣後該犯罪集團撥打電話予如原判決所示之被害人，並佯稱如原審判決附表所示之事由，使該等被害人心生畏懼，而依指示交付財物。然該原審判決之其中編號一至二十三號所載恐嚇被害人之犯罪時間，分別處於一〇一年二月二十三日至一〇一年六月七日間，足見此等被害人係於被告提供申辦門號前即為該犯罪集團所恐嚇，又依原審判決理由所認，被告提供申辦門號係幫助他人遂行恐嚇取財之幫助行為，而為幫助犯，然依共犯從屬性理論，幫助犯承擔正犯之刑事責任，應係自其為幫助行為之後，正犯所為之犯罪始由其承擔，而原審判決事實卻認定被告尚未提供申辦門號之前，由該犯罪集團所為之恐嚇取財犯行仍由被告承擔，顯與理由所認定幫助犯不合，是原審判決所認之事實與理由顯有矛盾，揆之前揭說明，該判決已違背法令。案經確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判

一〇三年度台非字第三二六號

○號之 SIM 卡，交予某真實姓名年籍不詳之人，供古○○集團作為恐嚇取財之通訊工具」（見起訴書第一頁倒數第一至六行）。原審因被告就此被訴部分之事實為自白，爰認無庸經通常審判程序，而逕行以簡易判決處刑。然則，竟將上揭集團所作之全部罪行，悉行認定被告咸有予以助益（按未見憑何調查、認定，詳見後述），致就未起訴範圍內之一○一年六月七日以前之二十三件犯行，加以審判、論處，亦即就此二十三件正犯早已完成之犯罪，認定被告成立幫助犯，顯有訴外裁判、法則適用不當及判決理由矛盾之違法。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨執以指摘，核有理由。

- 二、起訴書應記載犯罪事實，為刑事訴訟法第二百六十四條第二項第二款所明定，此所稱犯罪事實，係指檢察官擇為起訴客體之犯罪相關人、事、時、地、物等諸事項，雖屬經過法律評價之法律事實，有別於自然發生之歷史性社會事實，但仍不能逸脫社會事實。而幫助犯之犯罪，係從屬於正犯，是除其如何為幫助犯之行為，起訴書應予記載、評價外，關於正犯如何實行犯罪，亦當記載，始足以界定檢察官所起訴之範圍，其若無之，法院即無從判斷應予審判之犯罪事實為何，觀諸同法第二百六十七條、第二六十八條關於公訴不可分、不告不理原則之規定即明，核屬起訴

之程序違背規定，法院依同法第三百零三條第一款、第三百零七條規定，得不經言詞辯論，逕為不受理之判決。從而，倘檢察官之起訴書，僅記載幫助犯之幫助行為事項與此部分之證據，卻無關於正犯之犯罪事實，當認其所指出之證明方法，顯然不足以認定被告有成立犯罪之可能，法院允宜依同法第一百六十一條第二項規定，於第一次審判期日前，以裁定定期通知檢察官補正；逾期不補正者，得以裁定駁回其起訴。本件檢察官之起訴書，祇有記載被告提供行動電話門號，給予恐嚇取財之犯罪集團，作為通訊工具之用，業如前述，毫無關於該犯罪集團如何犯罪之具體事項（行為人、被害人及相關之時、地、事、物），所舉之證明方法，則為：被告之自白；集團成員郭○○（按非主犯「古○○」）一人之證言；上揭行動電話門號之申請書。顯然起訴之範圍不明，且提出之證明方法尚不足以認定被告可能成立犯罪，攸關事實認定及嚴格證明，本院尚無從逕行判斷，為維持被告之審級利益，爰將原判決關於某甲部分撤銷，由原審法院依判決前之程序更為審判。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項前段，判決如主文。

中 華 民 國 一 ○ 三 年 九 月 十 日

【第十五案】

一、關係條文

刑 法 第 41 條第 1 項、第 224 條。
刑事訴訟法 第 378 條。
兒童及少年福利法 第 70 條第 1 項前段。

二、非常上訴理由

- 一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。再按『犯最重本刑為五年以下有期徒刑以下之刑之罪，而受六月以下有期徒刑或拘役之宣告者，得以新臺幣一千元、二千元或三千元折算一日，易科罰金。』刑法第四十一條第一項定有明文。末按刑法總則之加重，係概括性之規定，所有罪名均一體適用；刑法分則之加重，係就犯罪類型變更之個別犯罪行為予以加重，成為另一獨立之罪名。（行為時）兒童及少年福利法第七十條第一項前段所定：『成年人教唆、幫助或利用兒童及少年犯罪或與之共同實施犯罪或故意對其犯罪者，加重其刑至二分之一』，其中成年人教唆、幫助或利用兒童及少年犯罪或與之共同實施（實行）犯罪之加重，並非對於個別特定之行為而為加重處罰，其加重係概括性之規定，對一切犯罪皆有其

適用，自屬刑法總則加重之性質；至故意對兒童及少年犯罪之加重，係對被害人為兒童及少年之特殊要件予以加重處罰，乃就犯罪類型變更之個別犯罪行為予以加重，始屬刑法分則加重之性質，最高法院九十九年度台上字第一一二八號判決意旨可供參照。

二、原判決就被告黃○○故意對少年B女（年籍詳卷）犯強制猥褻罪，處有期徒刑五月，如易科罰金，以新臺幣一千元折算一日，固非無見。然查，參以上開判決意旨，被告故意對少年犯罪，係屬刑法分則加重之性質，而刑法第二百二十四條之強制猥褻罪，本係為法定本刑六月以上，五年以下有期徒刑之罪，加重後即屬不得易科罰金之罪，原審竟仍諭知易科罰金之折算標準，上開判決顯屬違背法令。

三、案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇一年度台非字第二三號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告妨害自由等罪案件，對於台灣桃園地方法院中華民國一〇〇年十月二十一日第一審確定判決（一〇〇年度侵訴字第七七號，起訴案號：台

灣桃園地方法院檢察署一〇〇年度偵字第六九七五、一一三六五號)，認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按：非常上訴，乃對於審判違背法令之確定判決所設之非常救濟程序，以統一法令之適用為主要目的。必原判決不利於被告，經另行判決，或撤銷後由原審法院更為審判者，其效力始及於被告。此與通常上訴程序旨在糾正錯誤之違法判決，使臻合法妥適，其目的係針對個案為救濟者不同。兩者之間，應有明確之區隔。刑事訴訟法第四百四十一條對於非常上訴係採便宜主義，規定「得」提起，非「應」提起。故是否提起，自應依據非常上訴制度之本旨，衡酌人權之保障、判決違法之情形及訴訟制度之功能等因素，而為正當合理之考量。除與統一適用法令有關；或該判決不利於被告，非予救濟，不足以保障人權者外，倘原判決尚非不利於被告，且不涉及統一適用法令，即無提起非常上訴之必要性。亦即，縱有在通常程序得上訴於第三審之判決違背法令情形，並非均得提起非常上訴。所謂與統一適用法令有關，係指涉及法律見解具有原則上之重要性者而言。詳言之，即所涉及之法律問題意義重大而有加以闡釋之必要，或對法之

續造有重要意義者，始克相當。倘該違背法令情形，尚非不利於被告，且法律已有明確規定，向無疑義，因疏失致未遵守者，對於法律見解並無原則上之重要性或爭議，即不屬與統一適用法令有關之範圍，殊無反覆提起非常上訴之必要性。次按（行為時）兒童及少年福利法第七十條第一項前段對兒童、少年犯罪予以加重之規定，係刑法分則加重之性質，而刑法第二百二十四條強制猥褻罪法定刑為六月以上，五年以下有期徒刑，倘依前揭兒童及少年福利法第七十條第一項前段規定予以加重後，縱受六個月以下有期徒刑之宣告，仍與刑法第四十一條第一項規定得易科罰金之條件不符，自不得諭知易科罰金，迭經本院著有諸多判決，實務上向無爭議。本件原確定判決以被告某甲於民國一〇〇年三月十三日對於八十三年八月〇日出生之未滿十八歲之少女B女為強制猥褻之犯行，論處刑法第二百二十四條之罪刑，既依上揭兒童及少年福利法規定加重其刑，卻諭知「如易科罰金以新台幣壹仟元折算壹日」，固有違背法令之情形存在，但尚非不利於被告，且於法律見解之統一，欠缺原則上之重要性，客觀上難認有給予非常救濟之必要性，自應認本件非常上訴為無理由，予以駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十六條，判決如主文。

中 華 民 國 一〇一年 一月 十八日

【第十六案】

一、關係條文

刑 法 第 41 條第 1 項前段、第 42 條第 3 項、第 57 條第 5 款、第 185 條之 3。

二、非常上訴理由

按科刑之判決書其宣示之主文，與所載之事實及理由必須互相適合，否則即屬理由矛盾，其判決當然為違背法令，有最高法院六十四年（度）台上字第八九三號判例意旨可參照。經查本件被告某甲並未於民國九十八年間因服用酒類，不能安全駕駛動力交通工具而駕駛致犯公共危險罪，為檢察官為緩起訴處分確定之情，此有刑案資料查註紀錄表等附卷可稽。本件原判決失察，引用錯誤之酒後駕車前科而科處被告有期徒刑三月，併科罰金新台幣十萬元，揆諸上開說明，顯有判決主文與所載理由矛盾，即適用刑法第五十七條第五款規定審酌被告之品行部分，所引用前科資料與被告之犯行不符，自有證據上理由矛盾致適用法令違誤，事涉被告所受科刑之輕重，顯然於判決有影響，自屬判決違背法令。此有最高法院九十五年度台非字第一三六號判決可參照。案經確定，且對被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提

起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇二年度台非字第四二號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告公共危險案件，對於台灣台北地方法院中華民國九十九年三月八日第一審確定簡易判決（九十八年度北交簡字第一七三七號，聲請簡易判決處刑案號：台灣台北地方法院檢察署九十八年度偵字第二三八九七號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

某甲服用酒類，不能安全駕駛動力交通工具而駕駛，處有期徒刑貳月，併科罰金新台幣柒萬元，有期徒刑如易科罰金，罰金如易服勞役，均以新台幣壹仟元折算壹日。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按科刑之判決，其宣示之主文，與所載之事實及理由，前後必須互相一致，且須與卷內之證據資料相適合，否則即屬理由矛盾，其判決為當然違背法令。而犯人之品行，雖單純為刑法第五十七條第五款所定科刑時應行審酌之情狀，非屬犯罪構成要件之事實，

以經自由證明為已足，然所謂自由證明，係指使用之證據，其證據能力或證據調查程序不受嚴格限制而已，其關於此項科刑審酌之裁量事項之認定，仍應與卷存證據相符，始屬適法。又就非常上訴審而言，確定判決所載理由矛盾致適用法令違誤，而顯然於判決有影響者，應屬刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款之判決違背法令。查本件原確定判決認定被告某甲於九十八年九月二十五日二十時許，因服用酒類，欠缺通常之注意力，無安全駕駛動力交通工具車輛之能力，猶駕駛自用小客車，而於翌（二十六）日凌晨二時許行經台北市市民大道與林森北路口，為警攔檢查獲（經測試其吐氣所含酒精成份高達每公升 0.73 毫克），係犯（一〇〇年十一月三十日修正公布前、九十七年一月二日修正公布之）刑法第一百八十五條之三之罪，於事實及理由欄記載被告「前於九十八年八月五日甫因酒後駕車公共危險罪案件，經聲請人（即檢察官，下同）為緩起訴處分確定，詎其不知悔改，於緩起訴期（間）內隨即再犯有如檢察官聲請簡易判決處刑書所載之酒後駕車犯罪行為」，嗣並說明「爰審酌上述情節，並參酌被告犯罪之動機、目的、手段、所造成之危害、其素行、生活狀況及智識程度等一切情狀」，而量處有期徒刑三月，併科罰金新台幣十萬元，及諭知有期徒刑如易科罰金、罰金如易服勞役折算之標準。然被告於本件犯行，並無原確定判決上開於事實及理由欄所記載被告「前於九十八年八

月五日甫因酒後駕車公共危險罪案件，經聲請人為緩起訴處分確定，詎其不知悔改，於緩起訴期（間）內隨即再犯」之情事（此部分實係另案被告「虞○○」之前科資料，與本件被告無涉），有原審卷附台灣高等法院被告前案紀錄表可按，此屬適用刑法第五十七條第五款規定審酌被告之品行部分，原確定判決併予審酌而為量刑，所引用被告之前科資料與卷內證據資料不符，事涉被告所受科刑之輕重，顯然於判決有影響，自有證據上理由矛盾致適用法令違誤之違背法令（原審簡易庭前曾以該部分記載係「誤寫」為由，於一○○年十一月七日為更正之裁定，亦經同院管轄之第二審合議庭認該等違誤與所謂一般文字之誤寫、誤算或其他類此之顯然錯誤情形不相同，不得以裁定更正，而於一○○年十二月二十三日以一○○年度審交簡抗字第一號刑事裁定予以撤銷在案）。案經確定，且對被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決予以撤銷改判，酌情量處如主文第二項所示，並諭知有期徒刑如易科罰金、罰金如易服勞役折算之標準。以資糾正及救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，刑法第一百八十五條之三（九十七年一月二日修正公布）、第四十一條第一項前段、第四十二條第三項，判決如主文。

中 華 民 國 一 〇 二 年 二 月 七 日

【第十七案】

一、關係條文

刑 法 第 41 條第 1 項前段、第 49 條、
 第 210 條、第 216 條、第 219 條。
刑法施行法 第 1 條之 1。
中華民國 96 年罪犯減刑條例第 2 條第 1 項第 3 款、
第 7 條。
刑事訴訟法 第 378 條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。復按刑法第四十九條原規定：『累犯之規定（指同法第四十七、四十八條），於前所犯罪依軍法或於外國法院受裁判者，不適用之』，已於民國九十四年二月二日修正刪除其中關於『依軍法』受裁判者部分，並於九十五年七月一日施行。修正前刑法第四十九條法條文義既明定『依軍法受裁判』，自係重在案件之審判程序是否全程由軍法機關審理進而裁判，是案件執行完畢之日自不在考量之範圍。苟前所犯罪案件其審判程序全程於九十五年六月三十日以前由軍法機關裁判而宣告徒刑者，為被告利益且基於法律不溯及既往之法理，對於被告前所犯軍法罪自不能適用修正後刑法第四十九

條之規定以累犯而加重其刑，有最高法院一〇二年台非字第一四五號、一〇三年台非字第二八號判決可資參照。經查被告某甲前於九十一年、九十三年間，因違反職役職責等案件，經國防部北部地方軍事法院分別判處有期徒刑六月、一年，二案經接續執行，於九十五年一月三十日執行完畢，足見被告前所犯罪，係在刑法第四十九條修正前受軍法機關判處徒刑確定且已執行完畢，揆諸上開說明，自無累犯規定之適用。詎原確定判決依刑法第四十七條第一項累犯規定，加重其刑，自有判決適用法則不當之違法。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇三年度台非字第六五號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告偽造文書案件，對於台灣新北（前板橋）地方法院中華民國九十七年五月三十日確定簡易判決（九十七年度簡字第三一七一號，聲請簡易判決處刑案號：台灣新北〈前板橋〉地方法院檢察署九十六年度偵字第九二二三號），認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文
原判決撤銷。

某甲行使偽造私文書，足以生損害於公眾及他人，處有期徒刑參月，如易科罰金，以新台幣壹仟元折算壹日；減為有期徒刑壹月又拾伍日，如易科罰金，以新台幣壹仟元折算壹日。

內政部警政署國道公路警察局公警局交字第Z80474009號舉發違反道路管理事件通知單上偽簽之「曾陳○○」署押壹枚、駕駛人未帶證件資料登記表上偽簽之「曾陳○○」署押壹枚及指印壹枚均沒收。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按：修正前刑法第四十九條累犯之規定，於前所犯罪依軍法受裁判者，不適用之。所稱依軍法受裁判，凡前所犯罪，係受軍法機關裁判者皆屬之，不以犯罪之性質及裁判適用之實體法為準，犯罪係受軍法機關判處有期徒刑並執行完畢，五年內再犯有期徒刑以上之罪者，即不構成累犯。刑法第四十九條於九十四年二月二日修正，並於九十五年七月一日施行之現行刑法第四十九條關於累犯之規定，雖已刪除「依軍法受裁判者，不適用累犯」之規定，以求司法與軍法一致，惟修正前刑法第四十九條法條文義既明定「依軍法受裁判」，自係重在案件之審判程序是否全程由軍法機關審理進而裁判，是案件執行完畢之日自不在考量之範圍。苟前所犯罪案件其審判程序全程於九十五年六月三十日以前由軍法機關裁判而宣告徒刑

者，為被告利益且基於法律不溯及既往之法理，對於被告前所犯軍法罪自不能適用修正後刑法第四十九條之規定以累犯而加重其刑。經查，本件被告前於九十一年間因違反職役職責案件，經國防部北部地方軍事法院判處有期徒刑六月，緩刑二年，復於九十三年間，因違反職役職責案件，經同一軍事法院判處有期徒刑一年，前案緩刑宣告亦因而撤銷，二案經接續執行，於九十五年一月三十日執行完畢，有台灣高等法院被告前案紀錄表可稽。原確定判決認定被告係於九十六年二月二十六日下午二時三十五分許，再犯本件駕車超速為警舉發，佯稱為「曾陳○○」本人，接續在舉發違反道路交通管理事件通知單上收受通知聯者偽簽「曾陳○○」、未帶證件資料登記表簽章欄位偽簽「曾陳○○」姓名，填載曾陳○○年籍資料及按捺指紋。並交付員警行使之犯罪事實，揆諸前揭說明，被告為本件犯罪時，雖在刑法第四十九條修正後所為，惟其前案所犯，係依軍法受裁判，且在修正前，依修正前刑法第四十九條之規定有利於被告，應認被告不構成累犯。原確定判決以被告所犯上開違反職役職責案件所處徒刑，於九十五年一月三十日執行完畢，所犯偽造文書應成立累犯，依刑法第四十七條第一項規定，加重其刑，自屬判決違背法令。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決撤銷，另行判決如主文第二項所示，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，刑法第二百十六條、第二百十條、第四十一條第一項前段、第二百十九條，刑法施行法第一條之一，中華民國九十六年罪犯減刑條例第二條第一項第三款、第七條，判決如主文。

中 華 民 國 一〇三年 三月 十二日

【第十八案】

一、關係條文

刑	法	第 42 條第 3 項、第 4 項、第 5 項、第 51 條第 5 款、第 7 款、第 53 條。
刑 事 訴 訟 法		第 378 條。

二、非常上訴理由

- 一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又定應執行刑之裁定與科刑判決有同等效力，於裁定確定，認為違法，得提起非常上訴。又罰金無力完納者，易服勞役；易服勞役以新台幣一千元、二千元或三千元折算一日，但勞役期限不得逾一年，為刑法第四十二條第一項後段、第三項所明定。
- 二、經查：原裁定就被告如附表所示各罪所處之刑，定應執行刑為『有期徒刑二年，併科罰金新台幣六十八萬元，罰金如易服勞役，以新台幣一千元折算一日』，依原裁定諭知之折算標準計算，上開罰金易服勞役之日數達六百八十日，顯已逾法定之一年勞役期限。參照前揭法律規定，應以新台幣二千元或三千元折算該易服勞役之標準，始

為適法。原裁定不察，就本件罰金易服勞役部分，以新台幣一千元折算一日，顯有判決適用法則不當之違法。

三、案經確定，且對被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇三年度台非字第四四三號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告違反森林法等罪合併定應執行刑案件，對於台灣花蓮地方法院中華民國一〇三年九月九日第一審確定裁定（一〇三年度聲字第六一四號，聲請案號：台灣花蓮地方法院檢察署一〇三年度執聲字第四三四號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原裁定撤銷。

某甲犯附表所示之罪，所處如附表所示之刑，應執行有期徒刑貳年，併科罰金新台幣陸拾捌萬元，罰金如易服勞役，以罰金總額與壹年之日數比例折算。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按：定應執行刑之裁定，具有與科刑判決同一之

效力，倘有違背法令，而於被告不利，應許提起非常上訴，以資救濟。又數罪併罰之裁判，應依分別宣告其罪之刑為基礎，本於法定標準定其應執行之刑，並非重新判決，縱部分裁判之易刑處分折算標準或有不同，亦應依原確定裁判所諭知之標準折算為基礎。而刑法第四十二條第四項規定「依第五十一條第七款所定之金額，其易服勞役之折算標準不同者，從勞役期限較長者定之」；第五項規定「罰金總額折算逾一年之日數者，以罰金總額與一年之日數比例折算。依前項所定之期限，亦同」，乃關於罰金易服勞役折算標準之比較適用，以及罰金總額（含單一宣告罰金刑及數罪併罰執行刑之情形）折算勞役期限逾一年之折算標準。所稱「勞役期限較長者」，係指依數罪之裁判所分別諭知之罰金數額與易服勞役之折算標準，換算其勞役期限，而從期限較長者原所諭知之標準為定罰金執行刑之折算基礎，並非單以新台幣（下同）一千元、二千元或三千元為比較標準。本件附表編號1至4所示之罪所宣告之罰金刑，依序為一萬六千七百七十四元、三萬三千一百八十元、二十四萬七千九百二十八元、四十一萬三千九百十元。各罪易服勞役之折算標準，附表編號1至3均為一千元折算一日、附表編號4為二千元折算一日，有附表編號1至4所示之刑事確定判決可查。換算各該判決之勞役期限，附表編號1部分，為十六日（16,774元÷1,000元=16.774日。未滿一日之零數，不算。以下同）；附表

編號2部分，為三十三日($33,180 \text{ 元} \div 1,000 \text{ 元} = 33.18 \text{ 日}$)；附表編號3部分，為二百四十七日($247,928 \text{ 元} \div 1,000 \text{ 元} = 247.928 \text{ 日}$)；附表編號4部分，為二百零六日($413,910 \text{ 元} \div 2,000 \text{ 元} = 206.955 \text{ 日}$)。本件檢察官依受刑人之請求，聲請原審法院定其應執行刑，原審法院依檢察官之聲請，定其應執行刑為有期徒刑二年，併科罰金六十八萬元。依上開說明，原裁定就上開罰金刑部分，定應執行罰金六十八萬元，其易服勞役折算標準，自應以勞役期限最長之附表編號3判決所諭知之折算標準，即一千元折算一日。又所折算之勞役期限達六百八十日($680,000 \text{ 元} \div 1,000 \text{ 元} = 680 \text{ 日}$)，已逾一年，故應諭知如易服勞役，以罰金總額與一年之日數比例折算，始為適法。原審未察，竟誤依刑法第四十二條第三項，逕就易刑處分部分諭知「如易服勞役，以新台幣一千元折算一日」，顯然違反勞役期限不得逾一年之限制。揆諸首開說明，即有判決不適用法則之違背法令。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原裁定撤銷，並另行改判如主文第二項所示（有期徒刑之刑期、罰金之數額，仍同原裁定），以資救濟。至於非常上訴意旨另指，本件易服勞役折算標準應以新台幣二千元或三千元折算一日云云。依上所述，即屬誤會，附此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，刑法第五十一條第五款、第七款、第五十

三條、第四十二條第三項、第四項、第五項，判決如主文。

中 華 民 國 一〇三年 十二月 二十五日

【第十九案】

一、關係條文

刑 法 第 47 條。

二、非常上訴理由

接受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，始為累犯，刑法第四十七條定有明文。又有罪判決書事實之記載不僅應記載犯罪之行為，舉凡犯罪之時、日及地點與適用法律有關者，應依法認定予以明確之記載，方足為適用法律之根據（最高法院四十四年台上字第四九七號判例參照）。查本件被告某甲曾犯詐欺罪，經法院判處有期徒刑五月，減為有期徒刑二月又十五日確定，於民國九十六年十二月二十七日執行完畢，為原判決認定之事實，則其再犯本件之罪，是否在九十六年十二月二十七日之後，與其是否成立累犯至有關係，自應於事實內明確認定，詳細記載，資為適用法律之依據。乃原判決未明確認定其犯罪時間，僅泛稱被告於九十六年十一月二十一日至九十七年四月二日間之某日時，在其（改制前）台中縣潭子鄉中山路○段○號之居住處前，以新台幣二千元之價格，販賣第二級毒品甲基安非他命一小包（重約○・三公克）予陳○○，而論以累犯之罪，並加重其刑，認定事實未臻明

確，並有適用法則不當之違誤。案經確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇一年度台非字第二〇號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，對於台灣高等法院台中分院中華民國九十八年一月八日第二審確定判決（九十七年度上訴字第二九九〇號，起訴案號：台灣台中地方法院檢察署九十七年度偵字第一四六四一號），認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於販賣第二級毒品部分撤銷，由台灣高等法院台中分院依判決前之程序更為審判。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按：依法應於審判期日調查之證據，未予調查，致適用法令違誤，而顯然於判決有影響者，該項確定判決，即屬違背法令，應有刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款規定之適用（司法院釋字第一八一號解釋參照）。又被告有無累犯之事實，應否適用刑法第四十七條規定加重其刑，為法院認定事實與適用法

律之基礎事項，客觀上有調查之必要性，應依職權調查；倘被告不合累犯之要件，事實審法院未予調查，依累犯規定加重其刑，即屬刑事訴訟法第三百七十九條第十款規定之應於審判期日調查之證據而未予調查，致適用法令違誤，而顯然於判決有影響，其判決當然違背法令。本件原確定判決事實及理由均記載：被告某甲曾犯詐欺罪，經判處有期徒刑五月，減為有期徒刑二月又十五日確定，並於九十六年十二月二十七日執行完畢。則依刑法第四十七條第一項之規定，必其在九十六年十二月二十七日執行完畢後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，始構成累犯之加重事由。惟原判決認定被告「於九十六年十一月二十一日至九十七年四月二日間之某日時，在其台中縣潭子鄉中山路○段○號之居住處前，以新台幣（下同）二千元之價格，販賣第二級毒品甲基安非他命一小包（重約○．三公克）予陳○○，得款二千元」，亦即認定被告於犯上開詐欺罪所處之刑於九十六年十二月二十七日執行完畢前之同年十一月二十一日至十二月二十六日間之某一時點，亦有可能是販賣上開毒品之犯罪時間；倘係如此，因被告所犯詐欺罪尚未經執行完畢，自不構成累犯，原確定判決逕認被告累犯，並論述除法定刑為無期徒刑外，依刑法第四十七條第一項規定加重其刑，適用法則即有不當。是被告上開販賣第二級毒品之犯罪時間究係何時？既攸關有無累犯規定之適用，原確定判決即應明確認定，詳

細記載，始足資為適用法律之依據，乃竟籠統載稱被告於九十六年十一月二十一日至九十七年四月二日間之某日時，販賣甲基安非他命，則其究係於上開詐欺罪所宣告之刑執行完畢之前或之後犯販賣第二級毒品罪，事實即屬未臻明瞭，原審對此未加調查，遽為累犯之科刑判決，已有應於審判期日調查之證據，未予調查之違誤；且此之調查、審認，關係原確定判決適用法令當否之判斷，而顯然於判決有影響。原確定判決此一違誤，依上開司法院解釋意旨，自屬判決違背法令，非僅訴訟程序違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由。為維持被告之審級利益，應由本院將原判決關於販賣第二級毒品部分撤銷，由原審法院依判決前之程序更為審判，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項前段，判決如主文。

中 華 民 國 一 〇 一 年 七 月 五 日

【第廿案】

一、關係條文

刑	法	第 41 條第 1 項、第 47 條第 1 項、 第 185 條之 3 第 1 項。
刑 法 施 行 法		第 1 條之 1 第 1 項。
刑 事 訴 訟 法		第 378 條。

二、非常上訴理由

- 一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。次接受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至二分之一，刑法第四十七條第一項定有明文。又按中華民國九十六年罪犯減刑條例並未規定減刑裁定之效力得回溯自減刑裁定確定前被告假釋出獄之日，若減刑裁定確定後，被告於假釋前已執行之刑期，已逾減刑裁定確定後之刑期，因被告已無殘刑須再予執行，其刑期自應以減刑裁定確定之日為其執行完畢之日。而減刑裁定確定之前，因被告仍處於撤銷假釋應執行殘刑之狀態，必該減刑裁定確定後，始生已無殘刑而執行完畢之情形。至於減刑裁定確定後，移送檢察官執行，執行檢察官於重新核算後，因無庸執

行殘刑，而予以報結，該報結日核屬案件之行政結案日期，自非該案件刑期之執行完畢日（最高法院九十九年度台非字第五一號判決要旨、一百零一年度台非字第二零五號、第二五三號及第二六三號判決要旨參照）。

- 二、經查：（一）被告某甲曾於九十三年間（因）傷害案件，經台灣桃園地方法院於九十三年八月三十日以九十三年度桃簡字第一二七三號判決判處有期徒刑五月確定（下稱甲案）；嗣因殺人未遂案件，經台灣桃園地方法院以九十四年度訴字第二三一六號判決判處有期徒刑七年，檢察官、被告均不服提起上訴，經台灣高等法院以九十五年度上訴字第二七七八號判決判處有期徒刑六年九月，被告不服提起上訴，經最高法院以九十五年度台上字第六一七五號判決以違背法律上之程式駁回上訴確定（下稱乙案）。上開甲、乙二案件，復經台灣高等法院以九十五年度聲字第二三九八號裁定應執行有期徒刑七年確定，於九十九年十二月十七日縮短刑期假釋交付保護管束，縮刑期滿日為一百零一年四月二十四日。此有台灣桃園地方法院九十三年度桃簡字第一二七三號判決、九十四年度訴字第二三一六號判決、台灣高等法院九十五年度上訴字第二七七八號判決、最高法院九十五年度台上字（第）六一七五號判決、台灣高等法院九十五年度聲字第二

三九八號裁定可參。(二)嗣因中華民國九十六年罪犯減刑條例(下稱減刑條例)施行,台灣桃園地方法院檢察署檢察官乃聲請台灣桃園地方法院就被告所犯前揭甲案所處刑期予以減刑,並與不得減刑之乙案所處刑期合併定其應執行刑,台灣桃園地方法院以一百零一年度聲減字第四十號裁定應執行有期徒刑六年九月(係六年十月之誤載),並於一百零一年十月十七日確定。經法務部矯正署重新計算被告甲、乙二案經宣告假釋付保護管束之假釋期滿日應為一百零一年四月七日,台灣桃園地方法院檢察署檢察官乃於一百零一年十一月一日以一百零一年度執減更字第七二號換發執行指揮書予法務部矯正署花蓮監獄更定被告之執行期滿日而簽結。有台灣桃園地方法院一百零一年度聲減字第四十號裁定、台灣桃園地方法院檢察署檢察官執行指揮書、台灣基隆地方法院檢察署檢察官執行保護管束指揮書、執行案件資料表、台灣高等法院檢察署一百零一年十二月二十八日檢執丙字第一零一零零一七六二零零號函、法務部一百零一年十二月二十六日法授矯教(非常上訴書贅載「教」字)字第一零一零一二三一八九一號函、法務部矯正署花蓮監獄假釋出獄人交付保護管束名冊及法務部矯正署花蓮監獄一百零一年十一月十二日花監教字第一零一一一零零四七五號函各

一件在卷可按。(三)依上開最高法院九十九年度台非字第五一號判決、一百年度台非字第二零五號、第二五三號及第二六三號判決意旨，本件原判決認定被告某甲之犯罪時間為一百零一年五月十二日十五時許，犯本件公共危險罪時，係在臺灣桃園地方法院以一百零一年度聲減字第四十號裁定確定日即一百零一年十月十七日之前，即不構成『累犯』，乃原判決誤依累犯予以論科，此部分即有判決適用法則不當之違背法令。

三、案經確定，且於被告不利。爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇二年度台非字第一二九號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告公共危險案件，對於台灣基隆地方法院中華民國一〇一年六月六日第一審確定簡易判決（一〇一年度基交簡字第三六七號，聲請簡易判決處刑案號：台灣基隆地方法院檢察署一〇一年度偵字第二〇二一號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

某甲犯不能安全駕駛動力交通工具罪，處有期徒刑叁月，如易科罰金以新台幣壹仟元折算壹日。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令；又受有期徒刑之執行完畢，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯；刑事訴訟法第三百七十八條、刑法第四十七條第一項分別定有明文。本件被告某甲前犯有上揭非常上訴理由所述甲、乙案之傷害、殺人未遂各一罪，均經法院判處罪刑，及經裁定應執行刑為有期徒刑七年確定，於民國九十九年十二月十七日縮短刑期假釋交付保護管束（假釋期滿日原載為一百零一年四月二十四日），嗣台灣桃園地方法院檢察署（下稱桃園地檢署）檢察官依減刑條例聲請法院就被告所犯甲案所處刑期予以減刑，並與不得減刑之乙案所處之刑合併定其應執行刑，經台灣桃園地方法院（下稱桃園地院）於一百零一年十月三日以一百零一年度聲減字第四十號裁定，減刑及定應執行有期徒刑六年十月，並於同年月十八日確定（卷查該裁定正本係分別於一百零一年十月九日、同年月十二日送達於檢察官、被告，有送達證書影本在卷可稽，則該裁定應係一百零一年十月十八日〈星期四〉始行確定，非常上訴意旨誤載為同年月十七日確定）。嗣經法務部矯正署重新計算被告所犯甲、乙二案經宣告假釋付

保護管束之假釋期滿日應為一百零一年四月七日，桃園地檢署檢察官乃於一百零一年十一月一日以一百零一年度執減更字第七二號換發執行指揮書予法務部矯正署花蓮監獄更定被告之執行期滿日而簽結等情，有卷附桃園地院一百零一年度聲減字第四十號裁定、桃園地檢署檢察官執行指揮書、台灣基隆地方法院檢察署檢察官執行保護管束指揮書、執行案件資料表、台灣高等法院檢察署一百零一年十二月二十八日檢執丙字第一零一零零一七六二零零號函、法務部一百零一年十二月二十六日法授矯字第一零一零一二三一八九一號函、法務部矯正署花蓮監獄假釋出獄人交付保護管束名冊及法務部矯正署花蓮監獄一百零一年十一月十二日花監教字第一零一一一零零四七五號函等可稽。而前述被告保護管束期間，雖已於經裁定減刑及定應執行刑之前屆滿，然在該裁定確定前，其仍處於得被撤銷假釋，應執行殘刑之狀態，必該裁定確定後，始生已無殘刑而執行完畢之情形，是上開減刑及定應執行刑裁定確定之日（即一百零一年十月十八日）前，不能認為甲、乙二案已經執行完畢。從而被告於一百零一年五月十二日十五時許，犯本件不能安全駕駛動力交通工具罪時，依法自不得論以累犯。原確定判決依累犯論處，並加重其刑，自有判決適用法則不當之違背法令。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由。應由本院將原確定判決撤銷，另行判決如主文第二項所示，以資

救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，刑法第一百八十五條之三第一項、第四十一條第一項前段，刑法施行法第一條之一第一項，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二年 五月 三日

【第廿一案】

一、關係條文

刑	法	第 47 條第 1 項、第 90 條第 1 項、 第 320 條第 1 項。
刑 法 施 行 法		第 1 條之 1 第 1 項、第 2 項前段。
刑 事 訴 訟 法		第 378 條。
竊盜犯贓物犯保安處分條例		第 2 條第 4 項、第 3 條第 1 項。

二、非常上訴理由

- 一、按判決不適用法則或適用法則不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又竊盜及與竊盜案件有關之贓物犯，其保安處分之宣告及執行，依竊盜犯贓物犯保安處分條例之規定，本條例未規定者，適用刑法及其他法律之規定，為該條例第一條所明定。另十八歲以上竊盜犯，有犯罪之習慣者，其應執行之刑已達一年以上者，得於刑之執行前，令入勞動場所強制工作，復為同條例第二條第四項、第三條第一項所規定。足見十八歲以上有犯罪習慣之竊盜犯，如有宣付保安處分之強制工作者，竊盜犯贓物犯保安處分條例應係刑法第九十條之特別法。依特別法優先於普通法適用之原則，自應優先適用上開

條例之規定宣告強制工作，始為適法（最高法院八十八年度台非字第一六二號、九十七年度台非字第二二二號判決意旨參照）。

- 二、經查，被告某甲於本件判決時已逾十八歲，原確定判決判處被告犯竊盜罪處有期徒刑七月，並認其有犯罪之習慣，應以強制工作之處遇方式，矯正其頑習，惟未依竊盜犯贓物犯保安處分條例第二條第四項、第三條第一項之規定，而逕依刑法第九十條第一項為保安處分強制工作之諭知，即有判決（不）適用法則不當之違背法令。
- 三、案經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇三年度台非字第二一四號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告竊盜案件，對於台灣雲林地方法院中華民國一〇二年三月八日第一審確定判決（一〇二年度易字第七二號，起訴案號：台灣雲林地方法院檢察署一〇二年度偵字第五二六號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文
原判決撤銷。

某甲犯竊盜罪，累犯，處有期徒刑柒月。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用法則不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又竊盜犯及與竊盜案件有關之贓物犯，其保安處分之宣告及執行，依竊盜犯贓物犯保安處分條例之規定；該條例未規定者，適用刑法及其他法律之規定；應執行之刑未達一年以上者，不適用該條例，該條例第一條、第二條第四項規定甚明，而該條例係刑法關於竊盜犯贓物犯保安處分之特別規定，自應優先適用。是對於犯竊盜罪、贓物罪之被告，倘宣告之主刑未達有期徒刑一年以上者，既不得依上開條例宣告強制工作，即無再依刑法有關規定諭知強制工作保安處分之餘地，倘併予宣告，即屬違法。本件原確定判決認定被告某甲於民國一〇二年一月十八日，在雲林縣口湖鄉崙東村中山路○之○號之統一超商內，竊取可口奶滋等物品，而犯竊盜罪，主文對被告諭知「犯竊盜罪，累犯，處有期徒刑柒月，並應於刑之執行前，令入勞動場所強制工作參年」，則被告受宣告之刑既未達一年以上，揆諸上開說明，自不得再依刑法有關規定宣告強制工作之保安處分。乃原判決依刑法第九十條第一項、第二項為強制工作保安處分之諭知，自有判決適用法則不當之違法。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，自應由本院將原判決撤銷，

另判決如主文第二項所示，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，刑法第三百二十條第一項、第四十七條第一項，刑法施行法第一條之一第一項、第二項前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇三年 六月 十二日

【第廿二案】

一、關係條文

刑	法	第 50 條、第 51 條第 5 款、第 53 條。
刑 事 訴 訟 法		第 378 條。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又法院定應執行刑之裁定，與科刑判決具有同等之效力，於裁定確定後，如有違法，自得提起非常上訴。次按裁判確定前犯數罪者，併合處罰。數罪併罰，分別宣告其罪之刑，若宣告多數有期徒刑者，於各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下，定其刑期。但不得逾三十年。數罪併罰，有二裁判以上者，依第五十一條之規定，定其應執行之刑，刑法第五十條、第五十一條第五款及第五十三條分別定有明文。是刑法第五十一條之數罪併罰，應以合於同法第五十條之規定為前提，而第五十條之併合處罰，則以裁判確定前犯數罪為條件，若於一罪之裁判確定後又犯他罪者，自應於他罪之科刑裁判確定後，與前罪應執行之刑併予執行，不得適用刑法第五十一條所列各款，

定其應執行之刑(最高法院三十二年非字第六十三號判例意旨參照)。故於被告一再犯罪，經受諸多科刑判決確定之情形，上開所謂裁判確定，乃指首先確定之科刑判決而言，亦即以該首先判刑確定之日作為基準，凡在該日期之前所犯之各罪，應依刑法第五十一條各款規定，定其應執行之刑；在該日期之後所犯者，則無與之前所犯者合併定執行刑之餘地；惟在該日期之後之數罪，其另符合數罪併罰者，仍依前述法則處理；然無論如何，既有上揭基準可循，自無許任憑己意，擇其中最有利或不利於被告之數罪，合併定其應執行之刑(最高法院六十八年台非字第五十號判例參照)。

- 二、本件被告某甲先後所犯如附表所示之九罪，其中附表編號九之罪，經台灣桃園地方法院以一〇〇年度桃交簡字第二三五九號判決有期徒刑三月，於一〇〇年七月二十八日確定，而附表編號一、二、三、七之罪，其犯罪日期分別為一〇〇年六月三十日、一〇〇年七月十五日、一〇〇年七月二十八日及一〇〇年七月二十五日至翌(二十六)日，均在編號九判決確定日之前，揆諸前揭說明，被告所犯如附表編號九、一、二、三、七所示之罪所處之刑，自應合併定執行刑，至於附表編號四、五、六、八所示之罪，其犯罪日期分係一〇〇年七月三十日、一〇〇年八月二日、

一〇〇年八月四日、一〇〇年八月一日，均係編號九所示之判決確定日後，自不得與前揭附表編號九、一、二、三、七所示之罪合併定應執行刑，須另行合併定應執行刑，不得將被告所犯之九罪全部合併定應執行刑，此有相關之刑事判決、裁定、檢察官執行指揮書、台灣高等法院被告前案紀錄表等可稽。原裁定就被告所犯如附表所示各罪所處之刑，合併定應執行有期徒刑二年二月，未就附表編號九、一、二、三、七所示之罪及編號四、五、六、八所示之罪，分別定應執行刑，顯與上揭判例意旨相悖。揆諸首開說明，原裁定顯有適用法則不當之違法。

三、案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇一年度台非字第一三九號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告數罪併罰有二裁判以上，聲請定其應執行刑案件，對於台灣高等法院中華民國一〇一年三月十九日確定裁定（一〇一年度聲字第七六一號，聲請案號：台灣高等法院檢察署一〇一年度執聲字第三〇八號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原裁定撤銷，應由台灣高等法院更為裁定。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按：定應執行刑之裁定，具有與科刑判決同一之效力，於確定後，倘發現其適用法則違背法令，自得提起非常上訴。而刑法第五十條規定：「裁判確定前犯數罪者，併合處罰之」、第五十三條規定：「數罪併罰，有二裁判以上者，依第五十一條規定，定其應執行之刑」，是須以裁定定其應執行之刑者，當以裁判確定前所犯者為前提。但於被告一再犯罪，經受諸多科刑判決確定之情形，上揭所謂裁判確定，乃指首先確定之科刑判決而言，亦即以該首先判刑確定之日作為基準，凡在該日期之前所犯之各罪，應依刑法第五十一條各款規定，定其應執行之刑；在該日期之後所犯者，則無與之前所犯者合併定執行刑之餘地。本件被告某甲所犯如原裁定附表（下稱附表）編號九所示違背安全駕駛致交通危險罪，經台灣桃園地方法院於民國一〇〇年六月二十九日，以一〇〇年度桃交簡字第二三九五號判決，判處有期徒刑三月，於一〇〇年七月二十八日確定。其於該案判決確定前之一〇〇年六月三十日、七月十五日、七月二十八日、七月二十五日至二十六日，因另犯如附表編號一至三、七所示之竊盜罪，與前揭編號九部分合於定應執行刑之規定，惟被告另於一〇〇年七月三十日、八月二日、八

月四日、八月一日，所犯如附表編號四至六、八竊盜四罪，則因犯罪時間係在上開編號九案件確定之後，自不得與附表編號一至三、七、九部分合併定其應執行刑。詎檢察官誤將被告所犯如附表編號一至三、七、九部分與編號四至六、八部分，共九罪，聲請定其應執行刑，原裁定未察，遽予准許，揆諸前揭說明，自非適法。因不得與附表編號一至三、七、九部分合併定其應執行刑之附表編號四至六、八部分，均屬得易科罰金之罪，如另定應執行刑時，依刑法第四十一條第八項之規定，其應執行之刑縱逾有期徒刑六月，亦得易科罰金，然與附表編號七屬不得易科罰金之罪合併定其應執行刑，此部分僅能為自由刑之執行，無法為易刑處分，以易科罰金替代原自由刑之機會，該違背法令情形，顯不利於被告，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由。因本院為法律審，為維持被告之審級利益，應由本院將原裁定撤銷，發回原審法院依裁定前之程序更為審理，期臻適法，兼資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段、第二項前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇一年 五月 十七日

【第廿三案】

一、關係條文

刑 法 第 50 條、第 51 條。
刑 事 訴 訟 法 第 378 條。

二、非常上訴理由

- 一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。次按定應執行刑之裁定與科刑之判決有同等效力，於裁定確定後，發現該裁定違背法令，得提起非常上訴（最高法院九十五年度台非字第一〇九號判決意旨可資參照）。又刑法第五十條規定，裁判確定前犯數罪者，併合處罰之，得易科罰金之罪與不得易科罰金之罪，經受刑人請求檢察官聲請定應執行刑者，依同法第五十一條規定定之。併罰數罪之宣告刑，其中得易科罰金者與不得易科罰金者併合處罰結果，各罪之宣告刑已合併為一執行刑，即不得再就原本得易科罰金之罪聲請易科罰金。
- 二、查本件受刑人某甲所犯如原裁定附表所示違反毒品危害防制條例、違反藥事法二罪，經台灣高雄地方法院分別以一〇二年度簡字第四七三八號、一〇二年度審訴字第二八四五號各判處有期

徒刑四月、三月確定，其中違反毒品危害防制條例該罪得以新台幣（下同）一千元折算一日易科罰金，違反藥事法該罪則因法定刑為七年以下有期徒刑，得併科五百萬元以下罰金，其最重本刑逾五年，與刑法第四十一條第一項規定之要件不符，故不得易科罰金；嗣經受刑人請求，經高雄地檢署檢察官以一〇三年度執聲字第一二二四號向台灣高雄地方法院聲請就上開二罪定其應執行之刑，依前揭說明，該得易科罰金之罪與不得易科罰金之罪併合處罰結果，應合併為一不得易科罰金之執行刑，然台灣高雄地方法院竟誤認違反藥事法該罪亦得以一千元折算一日易科罰金（見原裁定附表編號 2『宣告刑』欄所示），並就上揭二罪定應執行刑為有期徒刑六月，復諭知易科罰金之折算標準，並確定在案，此有高雄地檢署一〇三年度執更字第二一五〇號執行卷宗可憑，經核原裁定顯有不適用法則之違背法令情事。

- 三、原裁定既經確定，且違背法令，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條規定提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇三年度台非字第三五六號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某 甲

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例等罪定應執行刑案件，對於台灣高雄地方法院中華民國一〇三年五月二十七日第一審確定裁定（一〇三年度聲字第二一一〇號），認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按：非常上訴，乃對於審判違背法令之確定判決所設之非常救濟程序，以統一法令之適用為主要目的。必原判決不利於被告，經另行判決；或撤銷後由原審法院更為審判者，其效力始及於被告。此與通常上訴程序旨在糾正錯誤之違法判決，使臻合法妥適，其目的係針對個案為救濟者不同。兩者之間應有明確之區隔。刑事訴訟法第四百四十一條對於非常上訴係採便宜主義，規定「得」提起，非「應」提起。故是否提起，自應依據非常上訴制度設立之本旨，衡酌人權之保障、判決違法之情形以及訴訟制度之功能等因素，而為正當合理之考量。除與統一適用法令有關，或該判決不利於被告，非予救濟，不足以保障人權者外，倘原判決尚非不利於被告，且不涉及統一適用法令；或縱屬不利於被告，但法律另有其他救濟途徑，並無礙於被告之利益者，即無提起非常上訴之必要

性。亦即，縱有在通常程序得上訴於第三審之判決違背法令情形，並非均得提起非常上訴。而所謂與統一適用法令有關，係指涉及法律見解具有原則上之重要性者而言。易言之，即所涉及之法律問題意義重大而有加以闡釋之必要，或對法之續造功能有重要意義者，始克相當。倘該違背法令情形，尚非不利於被告，且法律已有明確規定，向無疑義，因疏失致未遵守；或司法院已有解釋可資依循，無再行闡釋之必要；或其違背法令情形，業經本院著有判例、判決或作成決議、決定予以糾正在案，實務上並無爭議者。例如刑法第四十一條第一項已明確規定，犯最重本刑為五年以下有期徒刑以下之刑之罪，而受六月以下有期徒刑或拘役之宣告者，始符合易科罰金之要件。若因疏失致未遵守，以及數罪併罰中，有得易科罰金之罪及不得易科罰金之罪，於定應執行之刑時，誤為諭知易科罰金等情形，對於法律見解並無原則上之重要性或爭議，即不屬與統一適用法令有關之範圍，殊無反覆提起非常上訴之必要性。又基於刑事訴訟法第四百四十一條係採便宜主義之法理，檢察總長既得不予提起，如予提起，本院自可不予准許。查本件被告某甲所犯如原裁定附表（下稱附表）所示違反毒品危害防制條例及藥事法案件（即犯如附表編號1、2所示之施用第二級毒品及轉讓禁藥二罪），經台灣高雄地方法院（下稱高雄地院）分別以一〇二年度簡字第四七三八號、一〇二年度審訴字第二八四五號各判處有期徒刑

四月、三月，並就該施用第二級毒品罪部分，諭知以新台幣一千元折算一日易科罰金之折算標準確定。而所犯轉讓禁藥罪，其法定刑為「七年以下有期徒刑，得併科新台幣五百萬元以下罰金」，因與刑法第四十一條第一項所規定得易科罰金之要件不合，故未諭知易科罰金之折算標準。又數罪併罰中，有得易科罰金之罪，有不得易科罰金之罪，於定執行刑時，即不得諭知易科罰金，業經司法院作成院字第二七〇二號解釋及本院著有四十年台非字第一二號(1)判例。上開二罪確定後嗣經受刑人請求，經台灣高雄地方法院檢察署檢察官向高雄地院聲請定其應執行之刑，原確定裁定就被告前揭所犯轉讓禁藥罪，誤為得易科罰金，乃就該罪與施用第二級毒品罪，合併定其應執行之刑為有期徒刑六月時，復誤為諭知易科罰金之折算標準，均有違誤。惟原確定裁定尚非不利於被告，且前揭違誤，除法律已有明確規定外，並有解釋、判例可資依循，實務上並無爭議，自無再行闡釋之必要。故本件情形，對於法律見解既無原則上之重要性或爭議，即不屬與統一適用法令有關之範圍，殊無反覆提起非常上訴之必要性；依前揭說明，本件非常上訴自難認為有理由，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十六條，判決如主文。

中 華 民 國 一 〇 三 年 十 月 九 日

【第廿四案】

一、關係條文

刑 法 第 51 條第 5 款。

二、非常上訴理由

- 一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又按定執行刑之裁定與科刑之確定判決有同一效力，如有違背法令，自得提起非常上訴。再按法律上屬於自由裁量之事項，有其外部性界限及內部性界限，並非概無拘束。依據法律之具體規定，法院應在其範圍選擇為適當之裁判者，為外部性界限；而法院為裁判時，應考量法律之目的及法律秩序之理念所在者，為內部性界限。法院為裁判時，二者均不得有所踰越。在數罪併罰，有二裁判以上，定其應執行之刑之案件，法院所為刑之酌定，固屬自由裁量之事項，然仍應受前揭外部性界限及內部性界限之拘束(最高法院九十五年度台非字第一〇九號判決意旨參照)。
- 二、查被告某甲：(一)因竊盜案件，經台灣桃園地方法院於民國一〇〇年四月二十五日以一〇〇年度壩簡字第七〇七號判決判處有期徒刑三月確定；(二)因搶奪案件，經同院於一〇〇年六月二

十七日以一〇〇年度訴字第四三二號判決判處有期徒刑八月確定；(三)因竊盜案件，經同院於一〇〇年六月二十七日以一〇〇年度訴字第四三二號判決判處有期徒刑五月確定。上開(一)、(二)、(三)部分嗣經同院一〇〇年度聲字第二九一六號裁定應執行有期徒刑一年二月確定。(四)因毒品危害防制條例案件，經同院於一〇〇年六月三十日以一〇〇年度審訴字第一〇八三號判決分別判處有期徒刑九月（施用第一級毒品）、三月（施用第二級毒品），並定其應執行之刑為有期徒刑十月確定。上開(一)、(二)、(三)、(四)部分再經同院於一〇〇年十月十四日以一〇〇年度聲字第三七七二號裁定應執行有期徒刑一年十月確定，有上開裁定及刑案資料查註紀錄表在卷可稽。(五)因毒品危害防制條例案件，經同院於一〇〇年八月三十一日以一〇〇年度審訴字第一五九四號判決判處有期徒刑九月確定。嗣上開(一)至(五)等案件經同院以一〇〇年度聲字第四二九三號裁定應執行有期徒刑二年八月確定在案。惟查，本件原審法院依檢察官聲請裁定應執行有期徒刑二年八月，從形式上觀察，原裁定雖未逾刑法第五十一條第五款所定之外部性界限，惟已重於先前原法院就前揭(一)至(四)部分所定應執行有期徒刑一年十月加計其後所犯毒品危害防制條例罪所判處有期徒刑九月之

總和（即二年七月），而不利於被告，難謂與法律秩序之理念及法律目的之內部性界限無違。揆諸上開說明，原裁定應屬違背法令。

三、案經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇一年度台非字第三五號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例等罪案件，對於台灣桃園地方法院中華民國一〇〇年十一月一日定應執行刑之確定裁定（一〇〇年度聲字第四二九三號，聲請案號：台灣桃園地方法院檢察署一〇〇年度執聲字第二一六四號），認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原裁定撤銷。

某甲因犯原裁定附表編號1至5所示之罪所宣告之刑，應執行有期徒刑貳年陸月。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按：定執行刑之裁定與科刑之確定判決有同一效力，如有違背法令，自得提起非常上訴。又法律上屬

於自由裁量之事項，有其外部性界限及內部性界限，並非概無拘束。依據法律之具體規定，法院應在其範圍內選擇為適當之裁判者，為外部性界限；而法院為裁判時，應考量法律之目的及法律秩序之理念所在者，為內部性界限；法院為裁判時，二者均不得有所逾越。在數罪併罰，有二裁判以上，定其應執行之刑之案件，法院所為刑之酌定，固屬自由裁量之事項，然仍應受上揭外部性界限及內部性界限之拘束。本件被告即受刑人某甲先後犯原裁定附表編號1至3（以下僅記載編號序列）等三罪，經原審法院（即台灣桃園地方法院）以一00年度聲字第二九一六號裁定定其應執行刑為有期徒刑一年二月確定；另犯編號4之二罪，經原審法院以一00年度審訴字第一0八三號判決分別判處罪刑並定其應執行刑為有期徒刑十月確定；原審法院復以一00年度聲字第三七七二號裁定編號1至4之五罪應執行有期徒刑一年十月確定。而被告又犯編號5之罪，經原審法院以一00年度審訴字第一五九四號判決判處有期徒刑九月確定。嗣原審法院再依台灣桃園地方法院檢察署檢察官之聲請，以被告所犯編號1至5之六罪合於定應執行刑之規定，乃裁定其應執行刑為有期徒刑二年八月。以上各情，有台灣高等法院被告前案紀錄表可稽（見原審卷第一一頁背面、第一二頁）。從形式上觀察，原裁定定被告應執行刑為有期徒刑二年八月，雖未逾越刑法第五十一條第五款所定法律之外部性界限，惟

已重於原審法院一〇〇年度聲字第三七七二號裁定所定之應執行刑與一〇〇年度審訴字第一五九四號判決判處之刑之加計總和（即有期徒刑二年七月），而於被告不利，難謂與法律秩序之理念及法律目的之內部性界限無違。揆諸上開說明，原裁定應屬違背法令。案經確定，且不利於被告。非常上訴意旨執以指摘，為有理由，自應由本院將原裁定撤銷，另行定其應執行刑如主文第二項所示，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，刑法第五十一條第五款，判決如主文。

中 華 民 國 一〇一年 一月 十九日

【第廿五案】

一、關係條文

刑 法 第 51 條、第 53 條。

二、非常上訴理由

按刑法第五十三條所謂數罪併罰，有二裁判以上，依第五十一條之規定，定應執行之刑者，以二裁判以上所宣告之數罪，均在裁判確定前所犯者為必要，最高法院三十三年非字第一九號著有判例。本件被告犯下列五罪：甲、於九十八年間因妨害性自主案件，經台灣板橋地方法院判處有期徒刑六月，於九十九年一月十一日確定。乙、於九十八年間因妨害性自主案件，經台灣板橋地方法院判處有期徒刑六月，於九十九年一月十一日確定。丙、於九十八年間因妨害性自主案件，經最高法院判處有期徒刑三年二月，於九十九年五月二十日確定。丁、於九十八年間因妨害自由案件，經台灣板橋地方法院判處有期徒刑二月，於九十九年九月二十四日確定。戊、於九十九年二月十三日因妨害性自主案件，經最高法院判處有期徒刑三年二月，於一〇〇年七月七日確定。有各該判決書及全國刑案資料查註表附卷可稽。依上開犯罪時間及裁判確定之時間，丙、丁二罪係在甲、乙二罪裁判確定前所犯；惟戊罪係在甲、乙二罪裁判確定後所犯。依刑法

第五十三條之規定及首開判例意旨，法院為定應執行之刑之裁定時，自應就甲、乙、丙、丁四罪定其應執行之刑方為適法。乃原裁定因誤認甲、乙二罪之裁判確定時間與丙罪同為九十九年五月二十日，竟就甲、乙、丙、丁及戊五罪，合併定其應執行之刑，其裁定自有不適用法則之違法。爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇一年度台非字第二三九號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告妨害性自主等罪案件，對於台灣高等法院中華民國一〇〇年十月二十日定應執行刑之確定裁定（一〇〇年度聲字第三二九九號，聲請案號：台灣高等法院檢察署一〇〇年度執聲字第一五四一號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原裁定撤銷。

檢察官之聲請駁回。

理 由

本件非常上訴理由（見前二）

本院按定執行刑之裁定，與科刑判決有同一之效力，於確定後，倘發現其適用法則違背法令，自得提起非常上訴。又刑法第五十條規定：「裁判確定前犯數罪

者，併合處罰之。」第五十三條規定：「數罪併罰，有二裁判以上者，依第五十一條規定，定其應執行之刑。」是須以裁定定執行刑者，以裁判確定前犯數罪為前提，於被告一再犯罪，受多次科刑判決確定時，上揭所謂「裁判確定」，應指首先確定之科刑判決，亦即以該首先判刑確定之日為基準，凡在該日期之前所犯各罪，應依刑法第五十一條規定定其執行刑，如在該日期之後所犯，即無與之前所犯者合併定執行刑之餘地。惟在該日期以後所犯之罪，如另符合數罪併罰要件時，仍依前述法則處理。本件被告某甲先後犯附表所示五罪，其中編號1、2、3之妨害性自主罪（編號1、2之被害人為A女，編號3之被害人為C女），經台灣板橋地方法院於民國九十八年十二月十六日以九十八年度訴字第三八二一號判處有期徒刑六月、六月、三年二月後，被告於九十九年一月五日出具聲明上訴狀，明確表示祇就C女部分之判決不服，提起第二審上訴，台灣高等法院乃僅就被害人C女部分為審判，嗣經本院於九十九年五月二十日以九十九年度台上字第三〇二四號判決從程序駁回其第三審上訴確定，故編號1、2之罪應於九十九年一月五日以前已告確定。而被告所犯附表編號5之妨害性自主罪，犯罪日期為九十九年二月十三日，已在編號1、2判決確定日期以後，依上揭說明，編號1至4等四罪固合於數罪併罰定執行刑之要件，編號5之罪則不得與編號1至4各罪合併定執行刑。惟編號1至4

之罪，早經台灣板橋地方法院於九十九年十一月二十二日以九十九年度聲字第五六七六號裁定定執行刑為有期徒刑四年一月，此皆有相關卷證、判決、裁定及台灣高等法院被告前案紀錄表在卷可稽。乃檢察官失察，聲請就附表編號1至5之罪合併定執行刑，原審未予詳查，而依檢察官之聲請，就此五罪定其執行刑，揆諸首揭說明，自屬違背法令。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原裁定撤銷，並駁回檢察官之聲請，以資救濟。據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，判決如主文。

中 華 民 國 一 ○ 一 年 八 月 九 日

【第廿六案】

一、關係條文

刑 法 第 53 條、第 51 條。

二、非常上訴理由

按定應執行刑之裁定，與科刑判決有同等效力，於裁定確定後，如認為違法，得提起非常上訴。又刑法第 53 條所謂數罪併罰，有二裁判以上者，依第 51 條之規定，定其應執行之刑，係指二以上之確定裁判，定其應執行之刑而言，如更審前判決所宣告之刑業經撤銷，其經撤銷之刑，自無合併其他刑罰，定其應執行刑之餘地(參考最高法院 55 年台非字第 66 號判例)。本件被告某甲因毒品案件經台灣嘉義地方法院 88 年度訴字第 354 號判決『某甲連續施用第一級毒品，累犯，處有期徒刑捌月，第一級毒品海洛因合計淨重零點貳柒公克、注射針筒拾貳支、美娜水伍瓶均沒收銷燬；又連續施用第二級毒品，累犯，處有期徒刑肆月，第二級毒品安非他命合計柒拾參點肆貳公克、玻璃球管壹支、斜削吸管參支、玻璃球管壹個、小密封袋肆拾玖個均沒收銷燬。應執行有期徒刑拾月。第一級毒品海洛因零點貳柒公克、注射針筒拾貳支、美娜水伍瓶、第二級毒品安非他命柒拾參點肆貳公克、玻璃球管壹支、斜削吸管參支、玻璃球管壹個、小密封

袋肆拾玖個均沒收銷燬。』確定，嗣最高法院 92 年度台非字第 300 號判決以上開判決關於累犯部分違背法令加以撤銷，另判決『原判決撤銷。某甲連續施用第一級毒品，處有期徒刑柒月，第一級毒品海洛因淨重零點貳柒公克、注射針筒拾貳支、美娜水伍瓶均沒收銷燬；又連續施用第二級毒品，處有期徒刑參月，第二級毒品安非他命柒拾參點肆貳公克、玻璃球管壹支、斜削吸管參支、玻璃球管壹個、小密封袋肆拾玖個均沒收銷燬。應執行有期徒刑捌月，第一級毒品海洛因零點貳柒公克、注射針筒拾貳支、美娜水伍瓶、第二級毒品安非他命柒拾 點肆貳公克、玻璃球管壹支、斜削吸管參支、玻璃球管壹個、小密封袋肆拾玖個均沒收銷燬。』詎台灣嘉義地方法院 96 年度聲減字第 457 號裁定仍以業經撤銷之台灣嘉義地方法院 88 年度訴字第 354 號判決之宣告刑，與該法院另一案件 88 年度訴字第 322 號判決合併定應執行之刑，自有判決不適用法則之違背法令。案經確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第 441 條、第 443 條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇一年度台非第一七號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲
上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例等罪減刑

及定應執行刑案件，對於台灣嘉義地方法院中華民國九十六年七月十六日第一審確定裁定（九十六年度聲減字第四五七號，聲請案號：台灣嘉義地方法院檢察署九十六年度聲減字第四三八號），認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原裁定撤銷。

檢察官之聲請駁回。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按減刑、定應執行刑之裁定，與科刑之判決有同等效力，其確定裁定違背法令，得提起非常上訴。又刑法第五十三條所謂數罪併罰，有二裁判以上者，依第五十一條之規定，定其應執行之刑，係指二以上之確定裁判，定其應執行之刑而言，如更審前判決所宣告之刑業經撤銷，其經撤銷之刑，自無合併其他刑罰，定其應執行刑之餘地。本件檢察官以被告某甲犯如附表所示三罪，分別經法院判處罪刑確定（犯罪時間、所處主刑、判決確定日期等詳如附表所示），各罪犯罪時間在民國九十六年四月二十四日前，因而聲請原審法院依中華民國九十六年罪犯減刑條例規定減刑並定應執行之刑。然被告所犯附表編號 2、3 所示二罪，因原確定判決均諭知累犯違背法令，業經檢察總長提起非常上訴，經本院於九十二年八月二十日以九十二年度台非字第三 0 0 號刑事判決將諭知累

犯及量刑違背法令部分予以撤銷，改判論以連續施用第一級毒品與連續施用第二級毒品二罪，主刑部分分別量處有期徒刑七月、有期徒刑三月。附表編號 2、3 所示二罪，既經非常上訴撤銷改判，已不存在，乃檢察官於九十六年七月十六日聲請減刑及定應執行刑時，誤以經撤銷如附表編號 2、3 所示之主刑聲請減刑及定應執行之刑，原裁定未察，依檢察官之聲請就附表編號 2、3 所示之主刑予以減刑後，再與不得減刑之附表編號 1 部分，定其應執行刑有期徒刑八年二月，自有判決不適用法則之違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原裁定撤銷，駁回檢察官之聲請，以資救濟。至被告所犯之罪，如符合減刑及定執行刑之規定，應由檢察官另行聲請，附此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，判決如主文。

中 華 民 國 一〇一年 一月 十八日

【第廿七案】

一、關係條文

刑 法 第 51 條、第 53 條。

二、非常上訴理由

- 一、按對於已判決確定之各罪，已經裁定定其應執行之刑確定，如就其中之罪，又重複聲請與他罪定其應執行之刑，而經裁定確定，自係違反一事不再理之原則，即屬違背法令，對於後裁定，得提起非常上訴救濟，最高法院六十八年度台非字第五十號判例、九十九年度台非字第一七八號、一百零一年度台非字第三零五號、一百零一年度台非字第三一七號判決可資參照。
- 二、本件被告某甲所犯附表編號 1 所示之營利姦淫猥褻罪二次（按應係營利姦淫猥褻、妨害自由各 1 罪之誤載），前經台灣苗栗（按應係桃園之誤載）地方法院檢察官聲請，由台灣桃園地方法院於民國一百零二年五月二十一日以一百零二年度聲字第一五九四號裁定（該裁定附表編號 2、3 部分），與另一（恐嚇）罪定其應執行之刑為有期徒刑一年三月，於一百零二年六月五日確定在案（下稱前案），有被告之刑案資料查註紀錄表及上開裁定附卷可考。乃該署檢察官就該二罪與

附表編號 2、3 所示之二罪，重複聲請定應執行刑，原審法院未察，於一百零二年十二月三十一日，以一〇二年度聲字第一二三四號裁定定其應執行刑為有期徒刑二年四月，於一百零三年一月十三日確定（下稱本案），自有違一事不再理原則，即屬違背法令。

三、案經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條規定，提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇三年度台非字第二四七號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告數罪併罰定應執行刑案件，對於台灣苗栗地方法院中華民國一〇二年十二月三十一日第一審確定裁定（一〇二年度聲字第一二三四號，聲請案號：台灣苗栗地方法院檢察署一〇二年度執聲字第六八〇號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原裁定撤銷。某甲因犯如附表編號二、三所示傷害、詐欺罪所處之刑，應執行有期徒刑壹年肆月。檢察官之其他聲請駁回。

理 由

非常上訴理由(見前二)

本院按：對於已判決確定之各罪，已經裁定其應執行之刑者，如又重複裁定其應執行之刑，自係違反一事不再理之原則，即屬違背法令，對於後裁定，得提起非常上訴。又刑法第五十一條之數罪併罰，應以合於同法第五十條之規定為前提，而第五十條之併合處罰，則以裁判確定前犯數罪為條件，若於一罪之裁判確定後又犯他罪者，自應於他罪之科刑裁判確定後，與前罪應執行之刑併予執行，不得適用刑法第五十一條所列各款，定其應執行刑。本件被告即受刑人某甲前因恐嚇等三罪（包括附表編號1部分），經前案定其應執行刑為有期徒刑一年三月，並諭知易科罰金之折算標準，於同年六月五日確定，被告所犯上開恐嚇等三罪中，最先判決確定日為一百年七月十八日，有該院裁定及檢察官執行指揮書等在卷可憑。嗣台灣苗栗地方法院檢察署檢察官復依被告請求就其所犯得易科罰金與不得易科罰金之如附表編號1至3所示營利姦淫猥褻、妨害自由（以上二罪檢察官聲請書及原裁定均誤載為營利姦淫猥褻二次）、傷害、詐欺（二罪）共五罪聲請定其應執行刑（即本案），然查其中附表編號1所示營利姦淫猥褻、妨害自由共二罪，業經前案定其應執行刑確定，有該裁定在卷可稽；編號2、3所示犯罪日期依序為一百年五月三十日、一百零一年八月十四日及一百零一年九月四日，亦有各該確定判決在卷可按。則本件僅附表編號2、3所示罪

刑係在最先判決確定日即一百年七月十八日以後，依首揭說明，被告所犯附表編號 1 所示罪刑前既經前案裁定定其應執行刑確定，且其犯罪時間復在最先判決確定日（即恐嚇罪刑）之前，自不得與編號 2、3 部分再行併合處罰。是本件依法僅得就附表編號 2、3 部分定其應執行刑。乃原審不察，遽依檢察官之聲請，就附表所示各罪刑，全部裁定併合處罰，於法即有未合。又本件係定應執行刑之裁定，與實體判決有同等效力，案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，為有理由，應由本院將原裁定撤銷，就附表編號 2、3 部分之罪刑，定其應執行之刑如主文第二項所示，另將檢察官就附表編號 1 部分定應執行刑之聲請駁回，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，刑法第十三條、第五十一條第五款，判決如主文。

中 華 民 國 一〇三年 六月 二十七日

【第廿八案】

一、關係條文

刑 法 第 74 條第 2 項第 5 款。
刑 事 訴 訟 法 第 378 條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。次按緩刑宣告，得斟酌情形，令犯罪行為人向執行檢察官指定之政府機關、政府機構、行政法人、社區或其他符合公益目的之機構或團體，提供四十小時以上二百四十小時以下之義務勞務，刑法第七十四條第二項第五款亦定有明文。經查本件原審以被告某甲於原判決附表三所示之時間、地點販賣第三級毒品之犯行，判處應執行有期徒刑參年，緩刑伍年，緩刑期內付保護管束。並應向執行檢察官指定之政府機關、政府機構、行政法人、社區或其他符合公益目的機構或團體提供肆佰貳拾小時義務勞務，固非無見。惟查上開判決對被告某甲所科處之四百二十時之義務勞務，顯與刑法第七十四條所定義務勞務應為四十小時以上二百四十小時以下之規定有悖，顯高於該條所定義務勞務上限之二百四十小時，原判決顯有違背法令。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條規定提起

非常上訴，以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事 一〇一年度台非字第二八五號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被 告 某甲

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，對於台灣桃園地方法院少年法庭中華民國一〇一年六月十五日第一審確定判決（一〇一年度少訴字第一二號，起訴案號：台灣桃園地方法院檢察署一〇〇年度少偵字第六四號），認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於某甲提供義務勞務部分撤銷。

某甲應向指定之政府機關、政府機構、行政法人、社區或其他符合公益目的機構或團體提供貳佰小時義務勞務。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按：刑法第七十四條第二項第五款規定，緩刑宣告，得斟酌情形，命犯罪行為人向指定之政府機關、政府機構、行政法人、社區或其他符合公益目的之機構或團體，提供四十小時以上二百四十小時以下之義務勞務。原判決認被告某甲犯如原判決附表三所示之罪，各處如該附表所示之刑，並定應執行刑，同時對

被告宣告緩刑，命其應向執行檢察官指定之政府機關、政府機構、行政法人、社區或其他符合公益目的機構或團體提供四百二十小時義務勞務，顯已逾越上開二百四十小時之規定，自屬違法。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決關於被告應向指定之政府機關、政府機構、行政法人、社區或其他符合公益目的機構或團體提供四百二十小時義務勞務部分予以撤銷，另行判決如主文第二項所示，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，刑法第七十四條第二項第五款，判決如主文。

中 華 民 國 一〇一 年 九 月 十 三 日

【第廿九案】

一、關係條文

刑 法 第 74 條第 1 項。
刑 事 訴 訟 法 第 378 條。

二、非常上訴理由

- 一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又，刑法第七十四條第一項第二款規定：『前因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，執行完畢或赦免後，五年之內未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者。』並未將行刑權消滅或廢止其刑罰包括在內，且行刑權消滅，僅不得對之再執行刑罰，亦非刑之執行完畢或赦免。
- 二、經查，被告前於九十年間因侵占案件，經台灣新竹地方法院（下稱竹院）於九十一年九月二十三日以九十一年度易字第二八一號判處有期徒刑十月確定，至九十七年十二月二十三日因行刑權時效消滅而未予執行刑罰，此有台灣高等法院被告前案紀錄表在卷及相關案卷可稽，自不符合修正後刑法第七十四條第一項第一款或第二款之宣告緩刑要件，自不得宣告緩刑。詎原判決未察，竟依修正後刑法第七十四條第一項第一款之

規定宣告緩刑四年，顯有適用法則不當之違背法令。

三、案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇二年度台非字第三一一號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被 告 某甲

上列上訴人因被告偽造有價證券案件，對於台灣新竹地方法院中華民國一〇一年八月三十一日第一審確定判決（一〇一年度訴緝字第一九號；起訴案號：台灣新竹地方法院檢察署九十一年度偵字第一一五號），認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按：判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又刑法第七十四條規定，得受緩刑之宣告者，須符合現在所犯之罪受二年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告，且過去未曾因故意犯罪受有期徒刑以上之宣告，或雖曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，而執行完畢或赦免後，五年以內未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之

宣告等要件，而法官斟酌情形，認為以暫不執行為適當者，始得於裁判之際，同時宣告緩刑。而行刑權時效，係指有罪之科刑判決確定後，由於法定期間之經過，而未執行其刑罰者，對於此等犯人之刑罰執行權即歸於消滅之制度；行刑權時效完成，並無消滅刑罰宣告之效力，僅對之不得再執行刑罰而已，原確定判決所宣告之罪刑，依然存在，自不得依刑法第七十四條第一項第一款宣告緩刑；又行刑權時效消滅，與執行完畢或赦免不同，亦無依同條項第二款宣告緩刑之餘地。本件被告某甲前於民國九十年間因侵占案件，經台灣新竹地方法院於九十一年九月二十三日以九十一年度易字第二八一號判處有期徒刑十月確定，至九十七年十二月二十三日因行刑權時效消滅而未予執行刑罰，此有台灣高等法院被告前案紀錄表在原審法院一〇一年度訴緝字第一九號卷可稽，自不符合修正後刑法第七十四條第一項第一款或第二款之宣告緩刑要件。原判決未察，誤認被告未曾受有期徒刑以上刑之宣告，而依刑法第七十四條第一項第一款之規定，宣告緩刑四年，有適用法則不當之違法。非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，惟其違法情形尚非不利於被告，且涉及相關法律解釋之原則重要性，應由本院將原判決關於上開違背法令部分撤銷，以資糾正。據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二年 八月 二十二日

【第三十案】

一、關係條文

刑	法	第 80 條、第 214 條。
刑 事 訴 訟 法		第 378 條。
土 地 法		第 79 條第 2 款。
土地登記規則		第 155 條第 1 項。

二、非常上訴理由

- 一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又凡對公務員有所申請，所提供之資料，雖有不實在之情形，但未為該公務員採取者，即不足構成刑法第二百十四條之罪責，最高法院並著有六十九年台上字第七三二號判例可資參照。次按土地所有權狀及土地他項權利證明書，因滅失請求補給者，應敘明滅失原因，檢附有關證明文件，經地政機關公告三十日，公告期滿無人就該滅失事實提出異議後補給之。申請土地所有權狀或他項權利證明書補給時，應由登記名義人敘明其滅失之原因，檢附切結書或其他有關證明文件，經登記機關公告三十日，並通知登記名義人，公告期滿無人提出異議後，登記補給之，分別為土地法第七十九條第二款、土地登記規則第一百五十五條第

一項所明定。故明知土地（建物）所有權狀並未滅失，而以此不實之事項，向地政事務所申請補發，須經該地政機關依法公告期滿無人異議，將此不實之事項登記於職務上所掌之土地登記簿或其他公文書上，同時補給（補發）土地所有權狀，始構成刑法第二百十四條之使公務員登載不實罪。至於地政機關依上揭規定所為之公告，僅在於使權利關係人，對於權狀之滅失補發有異議者，得以提出異議之法定審查程式，並未就申請補發事項之原因事實是否屬實等不實事項予以登載，自與刑法第二百十四條之罪之構成要件不符，如在公告期間經合法異議，地政機關並因而駁回其申請，並未為任何不實之登載，尤難認有何使公務員登載不實之犯行可言，自不成立刑法第二百十四條之罪（參見最高法院一〇二年度台非字第一六九號判決）。

- 二、本件經查原判決以被告某甲明知坐落嘉義縣太保市過溝段過溝小段○、○、○、○及○號土地（下稱系爭過溝段五筆土地），雖登記為其所有，惟土地所有權狀均由其母陳○持有保管，並未遺失，竟基於使公務員登載不實犯意，以遺失所有權狀為由，委由不知情之人為代理人，於八十八年四月二十二日，填寫土地登記申請書及切結書一紙，聲明其所持有系爭過溝段五筆土地之土地所有權狀業已遺失，並持向水上地政事務所

申請補發，致該地政事務所承辦公務員，將此不實事項登載於職務上所掌之水地一字第 112 號公告公文書上；嗣經陳○於異議期間內檢具所有權狀正本，向水上地政事務所聲明異議，始經該事務所駁回，足以生損害於地政機關對於製作公告公文書內容之公共信用性及正確性及陳○之權益，而為被告有罪之諭知。惟被告上揭向水上地政事務所為不實之申請行為，既業因陳○聲明異議，而經水上地政事務所駁回其申請，依照前揭最高法院判決意旨，自與刑法第二百十四條之罪之構成要件不合，揆諸上開說明，原判決顯有判決適用法則不當之違法，案經確定，並不利於被告，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一○三年度台非字第一八二號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告偽造文書等罪案件，對於台灣高等法院台南分院中華民國九十六年八月二十一日第二審確定判決（九十六年度上易字第三六九號，起訴案號：台灣嘉義地方法院檢察署九十四年度偵續字第五四號），認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於罪刑部分撤銷。

某甲被訴於民國八十八年四月二十二日犯使公務員登載不實罪嫌部分無罪。

其他部分免訴。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按：（一）、判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又刑法第二百十四條之使公務員登載不實罪，係以「明知為不實之事項，而使公務員登載於職務上所掌之公文書，足以生損害於公眾或他人」為其構成要件。須一經他人申明、申請或申報與事實不符之事項，公務員經由形式審查即予採信，並登載於其職務上所掌之公文書，使成為該公務員或所屬機關之一定意思表示者，始足構成。凡對公務員有所申請，所提供之資料，雖有不實情形，但未為該公務員採取者，即不足構成刑法第二百十四條之罪責（本院六十九年台上字第七三二號判例參照）。次按土地所有權狀及土地他項權利證明書，因滅失請求補給者，應敘明滅失原因，檢附有關證明文件，經地政機關公告三十日，公告期滿無人就該滅失事實提出異議後補給之。申請土地所有權狀或他項權利證明書補給時，應由登記名義人敘明其滅失之原因，檢附切結書或其他有關證明文件，經登記機關公告三十日，並通知登記名義人，公告期滿

無人提出異議後，登記補給之。分別為土地法第七十九條第二款、土地登記規則第一百五十五條第一項所明定。故明知土地所有權狀並未滅失，竟主張該權狀滅失之不實事由，向地政事務所申請補發，須經該地政機關依法公告期滿無人異議，將此「滅失」之不實事項登記於職務上所掌之土地登記簿或其他公文書上，據以補給（補發）土地所有權狀，始構成刑法第二百十四條之使公務員登載不實罪。至於地政機關依上揭規定所為之公告，僅在使權利關係人知悉，申請人主張相關土地所有權狀有滅失情形，凡對於權狀之滅失補發有異議者，得以提出異議之法定審查程序。該公告並未就申請補發事項之原因事實逕予採信，自不生登載不實問題，而與刑法第二百十四條之罪之構成要件有間。如在公告期間經合法異議，地政機關並因而駁回申請，既尚未為任何不實之登載，自不足以生損害於地政機關或其他私人，難認有何使公務員登載不實之犯行可言，應不成立刑法第二百十四條之罪。經查：原確定判決事實係認定被告某甲明知系爭過溝段五筆土地，雖登記其所有，惟土地所有權狀均由其母陳○持有保管，並未遺失，竟基於使公務員登載不實犯意，以遺失所有權狀為由，委由不知情之人為代理人，於民國八十八年四月二十二日，填寫土地登記申請書及切結書一紙，聲明其所持有系爭過溝段五筆土地之土地所有權狀業已遺失，並持向水上地政事務所申請補發，致該地政事務所承辦公務員，將此

不實事項登載於職務上所掌之水地一字第一一二號公告公文書上；嗣經陳○於異議期間內檢具所有權狀正本，向水上地政事務所聲明異議，始經該事務所駁回，足以生損害於地政機關對於製作公告公文書內容之公共信用性及正確性及陳○之權益等情。顯見被告雖填寫土地登記申請書及切結書，聲明其所持有系爭過溝段五筆土地之土地所有權狀業已遺失，持向水上地政事務所申請補發，致該地政事務所承辦公務員，將此事項登載於職務上所掌之水地一字第一一二號公告上，然已因其母陳○聲明異議，經該事務所駁回被告之申請。而依上開水上地政事務所八十八年四月二十三日水地一字第一一二號公告，其主旨係記載：「公告土地、建物、他項權利書狀作廢辦理補發。」依據為：「(一)某甲聲請。(二)土地法第七十九條。」公告事項則為：(一)、公告土地、建物、他項權利書狀因遺失作廢後補發。(二)、公告期間：30 天（自八十八年四月二十三日起至八十八年五月二十三日止）。」並附有「遺失書狀清單」，有該公告可憑（台灣嘉義地方法院檢察署九十三年度偵字第三四二八號偵查卷第二九四、二九五頁）。足見該公告僅係將被告主張上開土地所有權狀遺失並依法申請補發之事項公告週知，使權利關係人知悉後得以在法定期間內提出異議。該公告之承辦公務員尚未採信被告所為上揭土地所有權狀遺失之主張，亦未為任何不實事項之登載，自不足以生損害於該地政事務所及其他私

人，揆諸上揭說明，應與刑法第二百十四條之罪之構成要件不符。原確定判決於撤銷第一審判決後，就此部分改判仍論處被告明知為不實之事項，而使公務員登載於職務上所掌之公文書罪刑，其適用法則自有不當。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨執以指摘，為有理由。應由本院將原判決關於罪刑部分撤銷，另為無罪之判決，以資糾正。(二)、原確定判決就公訴意旨另以：被告明知坐落嘉義縣太保市過溝段○（地籍重測後為嘉義縣太保市嘉太段○、○、○）地號土地，雖登記其所有，惟土地所有權狀均由其母陳○持有保管，並未遺失，竟基於使公務員登載不實之概括犯意，以遺失所有權狀為由，先於八十一年十一月二十七日，填具土地登記申請書及切結書一紙，聲明其所持有坐落嘉義縣太保市過溝段○地號土地之所有權狀業已遺失，再委由不知情之代理人黃○○，持向水上地政事務所申請補發，使該地政事務所承辦公務員，將此不實事項登載於職務上所掌之水地一字第第四七二號公告公文書上，並於公告期間屆滿後，據以補發土地所有權狀予被告，足以生損害於地政機關對於土地登記管理之正確性及陳○之權益，因認被告另涉犯刑法第二百十四條使公務員登載不實罪嫌部分，因比較刑法修正前、後之規定，以修正前刑法第八十條之規定對被告較為有利，適用該條規定結果，此部分之追訴權時效，業於九十一年十一月二十八日完成，檢察官迄九十五年五月四日（繫屬法院

之日)始向法院提起公訴，本應為免訴判決之諭知，因此部分與上述有罪部分時隔七年半，二案應非連續案件，然公訴意旨認此部分與前開有罪部分有連續犯之裁判上一罪關係，爰不另為免訴之諭知(原確定判決誤載為不另為無罪之諭知，但依其論述全文觀之，此僅為部分文字之誤寫，應不影響原確定判決此部分意旨)。非常上訴意旨雖未指摘原確定判決關於不另為免訴諭知部分有何違背法令情形，然因檢察官認此部分與原確定判決有罪部分具有連續犯之裁判上一罪關係，原有罪之確定判決因而就該部分說明不另為免訴之諭知。茲原確定判決有罪部分既經本院撤銷，基於審判不可分關係，其效力自及於原判決關於不另為免訴諭知部分；且原確定判決有罪部分既經本院改判無罪，則上開不另為免訴諭知部分即失所附屬，而與本院改判無罪部分無適用審判不可分原則之餘地，自應由本院依原確定判決之認定，另就此部分逕為免訴之諭知。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款、第三百零一條第一項、第三百零二條第二款，判決如主文。

中 華 民 國 一〇三年 五月 二十一日

【第三一案】

一、關係條文

刑	法	第 84 條第 1 項第 4 款。
刑 事 訴 訟 法		第 378 條。
刑 法 施 行 法		第 8 條之 1。
修 正 前 刑 法		第 84 條第 1 項第 4 款、第 2 項、 第 85 條。

二、非常上訴理由

- 一、按提起非常上訴，固應對於違法之確定判決為之，但減刑及定應執行刑之裁定，具有與實體判決同一之效力，亦即裁定與科刑判決有同等效力，於裁定確定後，認為違法，仍得提起非常上訴（最高法院四十四年台非字第四一號判例、九十八年度台非字第一六二號判決意旨參照）。次按『判決不適用法則或適用法則不當者，為違背法令』刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。而『行刑權因時效完成而不得執行，行刑權消滅之刑罰不具減刑或定應執行刑實益』此有最高法院八十九年度台非字第六八號判決意旨可資參照。查本件被告某甲所犯施用第二級毒品之毒品危害防制條例之罪，所處有期徒刑四月，其行刑權時效乃自該案判決確定之日即九十一年八月

二十二日開始進行，惟迄刑法修正施行時仍未完成，是其行刑權時效期間之計算，依刑法施行法第八條之一之規定，比較修正前後之條文，應適用最有利於受刑人之規定。而修正前刑法第八十四條第一項第四款所定：一年未滿有期徒刑者五年，修正後同項款規定：宣告一年未滿有期徒刑、拘役、罰金或專科沒收者七年。準此，本案某甲所犯上開之罪，所受刑之宣告未滿一年，據修正後之刑法第八十四條第一項第四款規定，行刑權期間為七年，而修正前刑法第八十四條第一項第四款則為五年，比較新舊法結果，修正前規定顯較有利，自應適用修正前之規定。

- 二、復按行刑權時效期間，自裁判確定之日起算；行刑權之時效，如依法律之規定不能開始或繼續執行時，停止其進行；前項時效停止，自停止原因消滅之日起，與停止前已經過之期間，一併計算；停止原因繼續存在之期間，如達於第八十四條第一項各款所定期間四分之一者，其停止原因視為消滅，修正前刑法第八十四條第二項、第八十五條亦有明文。而執行中之受刑人經依法通緝，不能開始或繼續執行時，其行刑權之時效亦應停止進行，但如達於第八十四條第一項各款所定期間四分之一者，停止原因視為消滅（司法院大法官釋字第一二三號解釋參照）。經查，某甲所犯附表編號 2 之罪，經台灣新竹地方法院於

九十一年八月二十二日以九十年度竹簡字第六四五號判處有期徒刑四月，嗣經其上訴，復於九十一年八月二十二日撤回上訴而確定。嗣因逃匿，於九十一年四月二十二日遭台灣桃園地方法院檢察署發布通緝，至一〇二年十一月二十七日因另案始緝獲歸案等情，有台灣新竹地方法院檢察署刑案資料查註紀錄表、矯正簡表等在卷可查。揆諸上開說明，上開罪之行刑權時效為五年，加計因通緝不能執行，時效停止進行之期間一年三月，迄九十七年十一月二十二日已時效完成（計算式：91 年 8 月 22 日+5 年+1 年 3 月=97 年 11 月 22 日），而其係因另案於一〇二年十一月二十七日緝獲，堪認行刑權時效應已完成，顯見附表編號 2 罪刑已因行刑權時效完成而不得執行。原審未察，而為應執行刑之裁定，核與「行刑權消滅之刑罰不具減刑或定應執行刑實益」之法則有違，適用法則即有違誤。揆諸前揭說明，自有判決適用法則不當之違背法令。案經確定，且於受刑人不利。

三、依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇三年度台非字第四四一號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某 甲

上列上訴人因被告竊盜等罪定應執行刑案件，對於台灣新竹地方法院中華民國一〇三年五月二十九日第一審確定裁定（一〇三年度聲字第五九八號，聲請案號：台灣新竹地方法院檢察署一〇三年度執聲字第三三八號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原裁定撤銷。

某甲犯如附表編號 1、3 及 4 所示之罪，所處如附表 1、3 及 4 所示之有期徒刑部分，應執行有期徒刑貳年陸月。檢察官其他聲請（即附表編號 2）駁回。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按：定應執行刑之裁定，與科刑之判決有同等效力，其確定裁定違背法令，得提起非常上訴。又數罪併罰，已經處斷，如各罪中有受赦免者，餘罪仍依刑法第五十一條之規定，定其應執行之刑，而行刑權時效完成，亦屬赦免之範疇，是行刑權消滅之刑罰，即不具定應執行刑之實益。經查被告即受刑人某甲於民國九十年十月間因犯附表編號 2 所示之施用第二級毒品罪，經原審法院於九十年十二月三十一日（非常上訴書誤載為九十一年八月二十二日）以九十年竹簡字第六四五號刑事簡易判決，判處有期徒刑四月，並諭知如易科罰金之折算標準，被告不服，向原審法院合議庭提起上訴，經以九十一年度簡上字第三四號

審理，嗣被告於九十一年八月十九日（非常上訴書載為同年月二十二日）撤回上訴而確定。由台灣新竹地方法院檢察署檢察官以九十一年度執字第一六三七號指揮執行時，被告逃匿，該署乃於九十三年一月九日以竹檢雲執典緝字第二八號通緝書發布通緝，而該案之行刑權，依九十四年二月二日修正公布前刑法第八十四條第一項第四款規定，其時效為五年；同法第八十五條第二項復明定：「停止原因繼續存在之期間，如達於第八十四條第一項各款所定期間四分之一者，其停止原因視為消滅。」加計該部分（即一年三月），至九十七年十一月十八日（星期二）其行刑權時效，因未執行而消滅，經台灣新竹地方法院檢察署於同年月十九日撤銷通緝，檢察官即將該執行案簽結等情，除有卷附上開判決可稽外，並經本院調取該執行案全卷查明，復影印該案卷內之刑事申請狀（即被告具狀撤回上訴）、通緝書、撤銷通緝書及簽呈附卷可憑。該案所處之刑，其行刑權既因時效而消滅，自不得再予執行，亦不得聲請與其他之罪定其應執行刑。檢察官循被告（即受刑人）之請求，向原審法院聲請（繫屬日期一〇三年五月九日）就該施用第二級毒品罪與附表編號1、3及4所示之罪，所處之刑定其應執行刑，並於聲請書附表備註欄內記載上開施用第二級毒品罪，已執行完畢之旨。原審法院未詳加調查，就已罹於行刑權時效之附表編號2所示之罪與其餘編號1、3及4所示之罪，所處之刑定其應執行有

期徒刑二年九月確定，核與行刑權消滅之刑罰不具定應執行刑實益之法則有違，顯屬違背法令。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨執以指摘，為有理由。自應由本院將原裁定撤銷，駁回檢察官關於附表編號 2 定應執行刑之聲請，另就附表編號 1、3 及 4 所示之罪，所處有期徒刑部分，定其應執行刑（至附表編號 3 之竊盜罪，並經宣告刑前強制工作部分，不在本件檢察官聲請定應執行刑之範圍），如主文第二項所示，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，刑法第二條第一項前段、第五十三條，修正前刑法第五十一條第五款，判決如主文。

中 華 民 國 一〇三年 十二月 二十五日

【第三二案】

一、關係條文

刑 法 第 90 條。
刑 事 訴 訟 法 第 378 條、第 379 條第 14 款。

二、非常上訴理由

- 一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令；判決不載理由或所載理由矛盾者，其判決當然違背法令，刑事訴訟法第 378 條、第 379 條第 14 款定有明文。又有罪之判決書，其宣示之主文與所載之事實及理由，必須互相適合，否則即屬理由矛盾，其判決當然違背法令，最高法院著有 64 年度台上字第 893 號判例可資參照。
- 二、查本件台灣高等法院台南分院 99 年度重上更（一）字第 63 號判決理由欄（下稱理由欄）敘明：被告某甲所犯常業詐欺罪行為後，刑法第 90 條強制工作之規定，業經修正，修正前之規定，就有犯罪習慣而犯罪者，由修正前之得於刑之執行完畢或赦免『後』，令入勞動場所，強制工作。前項處分期間為三年以下，修正為於刑之執行『前』，令入勞動場所，強制工作，前項之處分期間為三年，但執行滿一年六月後，認無繼續執行之必要者，法院得免其處分之執行，執行

屆滿前，認為有延長之必要者，法院得許可延長之，其延長之期間不得逾一年六月，並以一次為限。比較行為時法與裁判時法，行為時法之處分期間為三年以下，而裁判時法之處分期間則為三年，行為時法顯然較有利於被告某甲，應適用行為時法等語（詳見原判決第 31 頁第 6 行至第 16 行），即應宣告被告某甲於刑之執行或赦免『後』，令入勞動場所強制工作。詎原判決主文欄竟諭知：『某甲……應於刑之執行《前》，令入勞動場所強制工作……』，其宣示之主文與理由之說明，不相適合，顯有理由矛盾之違背法令。

三、案經確定，且原判決非有利於被告，爰依刑事訴訟法第 441 條、第 443 條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇三年度台非字第四〇三號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告常業詐欺案件，對於台灣高等法院台南分院中華民國一〇一年二月二十二日第二審確定更審判決（九十九年度重上更（一）字第六三號，起訴案號：台灣台南地方法院檢察署九十三年度偵字第一二一五六、一二一七〇、一二七七四、一二八九九號，九十四年度偵字第七二、一二四九、一五九二、

一七七三、二一三一號)，認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於某甲令入勞動場所強制工作部分撤銷。
某甲應於刑之執行完畢或赦免後，令入勞動場所，強制工作貳年陸月。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按：有罪之判決書，其宣示之主文與所載之事實及理由，必須互相適合，否則即屬理由矛盾，其判決當然違背法令。原判決理由欄敘明：「某甲所犯常業詐欺罪行為後，刑法第 90 條強制工作之規定，業經修正，修正前之規定，就有犯罪習慣而犯罪者，由修正前之得於刑之執行完畢或赦免後，令入勞動場所，強制工作。前項處分期間為三年以下，修正為於刑之執行前，令入勞動場所，強制工作，前項之處分期間為三年，但執行滿一年六月後，認無繼續執行之必要者，法院得免其處分之執行，執行屆滿前，認為有延長之必要者，法院得許可延長之，其延長之期間不得逾一年六月，並以一次為限。比較行為時法與裁判時（法），行為時法之處分期間為三年以下之期間，而裁判時法之處分期間則為三年，行為時法顯然較有利於被告，應適用行為時法」等語（見原判決理由乙、六之(三)之記載），經核於法尚無不合，自應宣告其認為行為時法有利於被告之「於刑之執行完畢或赦免

後，令入勞動場所強制工作」，乃原判決主文欄於宣告被告共同常業詐欺罪刑後，就令入勞動場所強制工作部分，竟諭知：「應於刑之執行前，令入勞動場所強制工作……」（見原判決主文第三項，其宣示之主文與理由之說明，顯不相適合，而有判決理由矛盾之違背法令。又依原判決理由之論斷，其為刑法之新舊比較後，係認定修正前（即民國 94 年 2 月 2 日修正公布，95 年 7 月 1 日施行前）刑法第 90 條之規定為有利於被告，其主文卻為上開修正後規定之諭知，自屬不利於被告，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決關於令入勞動場所強制工作部分撤銷，另行判決如主文第二項所示，以資救濟。又非常上訴經認為有理由，依法應撤銷原確定裁判另行改判者，僅係代替原審，就其裁判時應適用之法律而為裁判。故非常上訴審，應以原裁判當時之法律為適用之準據。至非常上訴審因原確定判決違背法令而予以撤銷，於另行判決後究應如何執行，應由檢察官另行依法處理，非屬非常上訴審所能審酌考量之事項，併予敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，（94 年 2 月 2 日修正公布、95 年 7 月 1 日施行前）刑法第九十條，判決如主文。

中 華 民 國 一〇三年 十一月 十九日

【第三三案】

一、關係條文

刑	法	第 95 條。		
國	籍	法	第 11 條。	
護	照	條	例	第 7 條第 1 款。
護照條例施行細則	第 5 條。			

二、非常上訴理由

- 一、按刑法第 95 條規定外國人受有期徒刑以上刑之宣告，得於刑之執行完畢或赦免後，驅逐出境者，應僅限於外國人始有其適用。倘具有中華民國國籍者，縱同時具有外國國籍，即俗稱擁有雙重國籍之人，若未依國籍法第 11 條之規定，經內政部許可喪失中華民國國籍時，則其仍不失為本國人民，與一般所謂「外國人」之含義不符，自無刑法第 95 條規定之適用。最高法院 84 年台非字第 195 號著有判例。
- 二、本件被告某甲係菲籍華僑，持有我國外交部核發之 132○○○○○○ 號普通護照，有上開護照影本在卷可考，又警察、檢察官及法官為人別訊問時均有記載其護照號碼，有各訊問筆錄可稽。此依護照條例第 7 條第 1 款（應係第九條之誤）及同條例施行細則第 5 條（應係第九條之誤）

之規定，我國普通護照之發給，須為中華民國國民始能申請，是被告仍具有我國之國籍，仍屬本國人民之範疇，自難謂其係刑法第 95 條規定所指之『外國人』。原審對被告持有上述護照未加調查，逕認其為菲律賓籍之外國人，率依刑法第 95 條規定諭知於刑之執行完畢或赦免後驅逐出境，自有應於審判期日應行調查之證據未予調查，致適用法則不當，為判決理由矛盾之違背法令。

三、案經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第 441 條、第 443 條提起非常上訴，於資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判 一〇一年度台非字第八五號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，對於台灣高等法院中華民國九十九年五月十三日第二審確定判決（九十九年度上訴字第一一二六號，起訴案號：台灣桃園地方法院檢察署九十八年度偵字第一二九七二、一三五—七號），認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於諭知「應於刑之執行完畢或赦免後，驅逐出境」部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又刑法第九十五條規定外國人受有期徒刑以上刑之宣告者，得於刑之執行完畢或赦免後，驅逐出境者，應僅限於外國人始有該條之適用，倘具有中華民國國籍者，縱其同時具有外國國籍，即俗稱擁有雙重國籍之人，若未依國籍法第十一條之規定，經內政部許可喪失中華民國國籍時，則其仍不失為本國人民，與一般所謂「外國人」之含義不符，自無刑法第九十五條規定之適用。原判決以被告某甲有如其事實欄所載之持有第二級毒品甲基安非他命犯行，而論被告以持有第二級毒品罪，處有期徒刑十月，並應於刑之執行完畢或赦免後，驅逐出境。扣案之第二級毒品甲基安非他命十一包（其中五包驗餘淨重四點〇五五三克；另六包驗餘淨重二點六七七九克，合計驗餘淨重六點七三三二克）均沒收銷燬之；於民國一〇〇年九月二十九日確定，有該判決及案卷可稽。惟被告係菲律賓籍華僑，為在台無戶籍國民，持有我國外交部核發之 132〇〇〇〇〇〇〇號普通護照及居留證，業經其陳明在卷（見一審卷第一〇八頁、二審卷第三七頁），且有外交部領事事務局九十九年一月二十二日領一字第 0995104175 號函、入出境資料國籍欄及中華民國居留證影本在卷可考（見一審卷第一一九至一二一頁、台灣桃園地方法

院檢察署一〇〇年度執字第一三二六七號執行卷第十九、三二頁)。參照護照條例第九條及同條例施行細則第九條之規定，我國普通護照之發給，須為中華民國國民始能申請。是某甲具有我國國籍，屬本國人民，顯與刑法第九十五條所規定之外國人不符。原判決未察，逕依該條規定，諭知其應於刑之執行完畢或赦免後，驅逐出境。依上說明，原判決洵有適用法則不當之違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決關於諭知「應於刑之執行完畢或赦免後，驅逐出境」部分撤銷，以資救濟。又本院既將上開諭知驅逐出境部分撤銷，自具有改判之性質；另原判決其它罪刑部分，非常上訴未予指摘，本院毋庸審究，均併敘明。據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇一年 三月 十四日

【第三四案】

一、關係條文

刑	法	第 185 條之 3 第 1 項。
刑 事 訴 訟 法		第 303 條第 6 款、第 378 條。
軍 事 審 判 法		第 1 條第 1 項前段。
陸海空軍刑法		第 1 條、第 54 條第 1 項。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令；對於被告無審判權者，案件應諭知不受理之判決，刑事訴訟法第三百七十八條、第三百零三條第六款分別定有明文。又現役軍人犯陸海空軍刑法或其特別法之罪，應依軍事審判法之規定追訴審判，為軍事審判法第一條第一項前段所規定。查原判決犯罪事實引用檢察官聲請簡易判決處刑書之記載，認定被告某甲於一百零一年四月十日晚間十一時許，在臺南市健康路海產店飲用啤酒後，已達不能安全駕駛動力交通工具之程度，仍於翌日凌晨零時三十分許，駕駛自用小客車行經新市區南部科學工業園區環東路○段擦撞中央分隔島，經警據報處理，測試其呼氣酒精濃度達每公升零點五七毫克等情，而論以刑法第一百八十五條之三第一項不能安全駕駛動力交通工具罪刑。惟被告上開行為時，係行政院海岸巡防署海岸巡防總局南部地區

巡防局之在職中尉，有該局一〇二年五月十七日南局人字第 1020006711 號函，及附件：國防部陸軍司令部一〇二年四月九日國陸人勤字第 1020009104 號函、核發高雄市後備指揮部軍官士官士兵退除給與名冊、該局一〇二年三月二十七日南局人字第 1020004179 號函影本可稽。被告行為時既屬現役軍人，而其上開犯行陸海空軍刑法第五十四條第一項亦有處罰，依陸海空軍刑法第一條、軍事審判法第一條第一項前段規定，自應由軍事法院追訴審判，普通法院對之無審判權。乃原審疏查未諭知不受理，竟為實體有罪之判決，揆之首揭說明，顯然違背法令。案經確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇二年度台非字第 266 號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告公共危險案件，對於台灣台南地方法院中華民國一〇一年四月三十日第一審確定簡易判決（一〇一年度交簡字第一〇六二號，聲請簡易判決處刑案號：台灣台南地方法院檢察署一〇一年度速偵字第五二二號），認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

本件公訴不受理。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按：法院受理訴訟不當者，其判決當然違背法令；對於被告無審判權者，應諭知不受理之判決，刑事訴訟法第三百七十九條第五款、第三百零三條第六款分別定有明文。又現役軍人犯陸海空軍刑法或其特別法之罪，依軍事審判法之規定追訴審判之，為軍事審判法第一條第一項所規定。而現役軍人犯服用酒類，不能安全駕駛動力交通工具而駕駛罪，陸海空軍刑法第五十四條第一項有處罰之明文，即無刑法第一百八十五條之三之適用，且依上揭規定，應由軍法機關依軍事審判法之規定追訴、審判，普通法院並無審判權。查被告某甲於民國一〇一年四月十一日凌晨零時三十分許，因酒後已達不能安全駕駛動力交通工具之程度，仍駕駛車牌號碼〇〇〇〇-QS 自用小客車，在台南市新市區因不勝酒力擦撞道路中央分隔島為警查獲，並經台灣台南地方法院於一〇一年四月三十日以一〇一年度交簡字第一〇六二號簡易判決判處有期徒刑二月，如易科罰金以新台幣一千元折算一日確定。被告於該案犯罪時係行政院海岸巡防署海岸巡防總局南部地區巡防局之在職中尉，有該局一〇二年五月十七日南局人字第 1020006711 號函、一〇二年三月二十七日南局人字第 1020004179 號函、國防部

陸軍司令部一〇二年四月九日國陸人勤字第1020009104號函、核發高雄市後備指揮部軍官士官士兵退除給與名冊影本暨該判決附卷可稽。被告於犯罪時既為現役軍人，則其本件因服用酒類不能安全駕駛交通工具而駕駛之行為，即犯陸海空軍刑法第五十四條第一項之罪，普通法院應無審判權。檢察官不察，率予起訴，原審亦未適用通常程序為不受理之判決，逕依簡易程序，以簡易判決為處刑之實體裁判，顯然違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由。應由本院將原判決撤銷，另為公訴不受理之判決，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款、第三百零三條第六款，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二年 七月 二十四日

【第三五案】

一、關係條文

刑 法 第 214 條。

刑 事 訴 訟 法 第 378 條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。次按持不實之文件，向政府機關申請發給『派下全員證明名冊』，政府機關雖公告徵詢異議，然因關係人提出異議，經政府機關不予受理，核與刑法第二百十四條構成要件不符，且該罪並無處罰未遂之規定，故凡對公務員有所申請，所提供之資料，雖有不實在之情形，但未為該公務員採取者，即不足構成刑法第二百十四條之罪責，有最高法院六十九年台上字第七三二號判例可資參照。經查原確定判決確認：被告某甲、某乙共同基於使公務員登載不實之犯意聯絡，分別於（民國）九十九年十二月一日、九十九年十二月二十三日，由被告某乙偽以房地所有權狀遺失為由，至台北市松山地政事務所，申請補發，致該管公務員將此不實事項，登載於職務上所掌之補發案件公告上，嗣經趙○○發現有誤，聲明異議，經台北市松山地政事務所駁回申請等事實，依此確定之事實，揆諸上開判例，被告等

並不成立刑法第二百十四條之罪，詎原確定判決以『公告張貼機關門首時，即對外發布……已使該管公務員為不實之登載……非謂須至最後補發權狀，完成登記，始謂有所登載』，認被告等成立刑法第二百十四條之罪，自有判決適用法則不當之違法。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇二年度台非字第一六九號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲
某乙

上列上訴人因被告等偽造文書案件，對於台灣台南地方法院中華民國一〇一年五月三十一日第二審地方法院合議庭確定判決（一〇一年度簡上字第六三號，起訴案號：台灣台南地方法院檢察署一〇〇年度偵字第三四八五、一四〇七九號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，由台灣台南地方法院合議庭依判決前之程序更為審判。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按：判決不適用法則或適用不當者，為違背法

令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又凡對公務員有所申請，所提供之資料，雖有不實在之情形，但未為該公務員採取者，即不足構成刑法第二百十四條之罪責（參考本院六十九年台上字第七三二號判例）。次按土地所有權狀及土地他項權利證明書，因滅失請求補給者，應敘明滅失原因，檢附有關證明文件，經地政機關公告三十日，公告期滿無人就該滅失事實提出異議後補給之。申請土地所有權狀或他項權利證明書補給時，應由登記名義人敘明其滅失之原因，檢附切結書或其他有關證明文件，經登記機關公告三十日，並通知登記名義人，公告期滿無人提出異議後，登記補給之。分別為土地法第七十九條第二款、土地登記規則第一百五十五條第一項所明定。故明知土地（建物）所有權狀並未滅失，而以此不實之事項，向地政事務所申請補發，須經該地政機關依法公告期滿無人異議，將此不實之事項登記於職務上所掌之土地登記簿或其他公文書上，同時補給（補發）土地所有權狀，始構成刑法第二百十四條之使公務員登載不實罪。至於地政機關依上揭規定所為之公告，僅在於使權利關係人，對於權狀之滅失補發有異議者，得以提出異議之法定審查程序，並未就申請補發事項之原因事實是否屬實等不實事項予以登載，自與刑法第二百十四條之罪之構成要件不符，如在公告期間經合法異議，地政機關並因而駁回其申請，並未為任何不實之登載，尤難認有何使公務員登載不實之犯

行可言，自不成立刑法第二百十四條之罪。查原判決以：被告等明知某甲所有坐落台北市松○區西○段一小段○○地號土地（應有部分十萬分之六五八），及其上建號六○○○號建物門牌台北市松山區延○街○號○樓之二○房屋之土地、建物所有權狀，均交由代書趙○○保管，並未遺失，竟共同基於使公務員登載不實之犯意聯絡，推由某乙分別於九十九年十二月一日及同年十二月二十三日，兩度至台北市松山地政事務所（下稱松山地政事務所），以上開房、地所有權狀遺失為由，申請補發，使該管公務員將此事項，登載於職務上所掌管之書狀補發案件公告上，均因趙○○於公告期間聲明異議，而經松山地政事務所駁回申請等情，係原判決所認定之事實。被告等雖有上揭兩度向松山地政事務所為不實之申請行為，惟均因趙○○聲明異議，而經松山地政事務所駁回其等之申請，揆諸上揭說明，自與刑法第二百十四條之罪之構成要件不合。原判決於撤銷第一審刑事簡易判決後，改判仍論處被告等共同犯使公務員登載不實罪二罪罪刑，適用法則自有不當。案經確定，且不利於被告等，非常上訴執以指摘，為有理由。又地方法院簡易庭對被告為簡易判決處刑後，經提起上訴，而地方法院合議庭認應為無罪判決之諭知者，應由該地方法院合議庭撤銷簡易判決，逕依通常程序審判。其所為判決，應屬於「第一審判決」，檢察官仍得依通常上訴程序上訴於管轄第二審之高等法院（參考本院九十一

年台非字第二一號判例)。原審係撤銷第一審之簡易判決，自為有罪之第二審判決，本院無從代替原審逕依通常審判程序為被告等無罪之第一審判決，自應由本院將原判決撤銷，由原審法院依判決前之程序更為審判，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二年 六月 六日

【第三六案】

一、關係條文

刑 法 第 271 條第 1 項。
刑 事 訴 訟 法 第 370 條前段、第 378 條。

二、非常上訴理由

- 一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。復按刑事訴訟法第三百七十條前段規定，由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審（指第一審）判決之刑。其所稱之「刑」，為主刑及從刑之謂，而緩刑則不包括在內。（最高法院九十年度台非字第二二三號判決意旨可資參照）而第二審判決所諭知之刑，是否較第一審判決所諭知者為重，並非以主刑為其唯一比較標準，倘第二審判決所諭知之從刑為第一審判決所無，或所諭知之從刑重於第一審判決所諭知者，均不失為較重之刑。（最高法院九十五年度台上字第六二〇號判決意旨可資參照）
- 二、經查，本件第一審判決以被告犯刑法第二百七十一條第一項殺人罪判處有期徒刑十四年，被告不服提起第二審上訴，經台灣高法院一〇一年度上訴字第三五四三號判決駁回上訴後，被告提起第

三審上訴，經最高法院一〇二年度台上字第一三八二號判決撤銷發回更審，原確定判決即台灣高等法院一〇二年度上更(一)字第六三號判決以被告萌生殺意之時點係第二階段於被害人之房間時，而非第一審判決所認定之被告進入廚房拿刀時，以及第一審判決未說明被害人究竟有無持電纜線勒被告以資抵抗及其所受傷害造成之原因，認定第一審判決可議而撤銷，改判仍論以刑法第二百七十一條第一項殺人罪，處有期徒刑十四年並諭知褫奪公權八年。惟本件第二審上訴係由被告提起，而原確定判決所適用之論罪法條與第一審完全相同，並無因適用法條不當而撤銷第一審判決之情形，檢察官亦未不服第一審判決而為被告之不利益提起上訴，則依刑事訴訟(法)第三百七十條規定，原確定判決自不得諭知較重於第一審判決之刑。詎原確定判決除判處被告與第一審相同之有期徒刑十四年外，竟於第一審判決未諭知褫奪公權之情形下，增加從刑之宣告即諭知褫奪公權八年。是以，原確定判決諭知第一審判決所無之從刑，已較第一審判決之刑為重，違背不利益變更禁止原則，顯有判決不適用法則之違法。

- 三、案經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇三年度台非字第三八一號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告殺人案件，對於台灣高等法院中華民國一〇二年七月五日第二審確定判決（一〇二年度上更（一）字第六三號，起訴案號：台灣士林地方法院檢察署一〇一年度偵字第六八五八號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於罪刑部分撤銷。

某甲犯殺人罪，處有期徒刑拾肆年。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按：由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審（即第一審）判決之刑，但因原審（即第一審）判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限，修正前刑事訴訟法第三百七十條定有明文（修正後為同條第一項）。而第二審判決所諭知之刑，是否較第一審判決所諭知者為重，並非以主刑為其唯一比較標準，倘第二審判決所諭知之從刑為第一審判決所無，或所諭知之從刑重於第一審判決所諭知者，均不失為較重之刑。本件被告某甲因殺人案件，經台灣士林地方法院檢察署檢察官提起公訴，由

台灣士林地方法院以一○一年度重訴字第六號刑事判決依刑法第二百七十一條第一項之殺人罪，判處有期徒刑十四年。嗣被告提起第二審上訴，檢察官並未上訴，經台灣高等法院一○一年度上訴字第三五四三號刑事判決駁回上訴，被告復提起第三審上訴，經本院以一○二年度台上字第一三八二號刑事判決撤銷發回更審後，原確定判決雖以被告萌生殺意之時點係第二階段於被害人之房間時，而非第一審判決所認定之被告進入廚房拿刀時；第一審判決未說明被害人究竟有無持電纜線圈勒被告以資抵抗及其所受傷害造成之原因，資為撤銷第一審判決之原因。但仍論以刑法第二百七十一條第一項殺人罪，並同第一審依刑法第六十二條前段規定減輕其刑，所適用之論罪法條既與第一審完全相同，而非以第一審適用法條不當而撤銷。依首開說明，自無修正前刑事訴訟法第三百七十條但書（修正後為同法條第一項但書）規定之適用，乃原確定判決撤銷第一審判決自為判決時，竟另諭知第一審判決所無之從刑，諭知褫奪公權八年，顯較第一審判決為重，違背不利益變更禁止原則，自屬違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決關於罪刑部分撤銷，依法另行判決，仍量處第一審判決諭知之刑，以資救濟，並符法制。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，刑法第二百七十一條第一項、第六十二條

前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇三年 十月 二十三日

【第三七案】

一、關係條文

刑 法 第 320 條第 1 項、第 321 條第 1 項第 1 款。

二、非常上訴理由

本件被告某甲經台灣台北地方法院檢察署以一○○年度偵字第一五九七五、一八一二八、一九六一八號起訴之竊盜犯行，其中就附表編號二、五、七、八、九、十、十一、十二部分，經台灣台北地方法院認定被告係犯普通竊盜罪，而未予審酌被告係於夜間侵入有人居住之建築物即醫院病房，竊取附表所示之人之物品，應涉有刑法第三百二十一條第一項第一款之加重竊盜罪嫌，該署乃提起上訴。惟台灣高等法院仍認醫院健保病房並無特別管制，任何人均可隨意進出，本件被告入內行竊，是否屬非法「侵入」，即屬可疑，況醫院病房，生病住院之病人乃不得已而留駐醫院觀察以保安全，陪同之親友，更不會以之為慣常居住之處所，故前述附表所示之病房，難謂為刑法第三百二十一條第一項第一款所規範之『有人居住之建築物』，並論以被告刑法第三百二十條第一項之普通竊盜罪責。惟按旅客對於住宿之旅館房間，各有其監督權，且既係供旅客起居之場所，即不失為住宅性質，

是上訴人於夜間侵入旅館房間行竊，係犯刑法第三百二十一條第一項第一款於夜間侵入住宅竊盜之罪，此有最高法院六十九年台上字第一四七四號判例可參考。經查，醫院病房內，除病房門外，尚針對個別病床設有布簾，其意係於病患住院期間，提供病患及其家屬私人使用之空間，各病患對醫院擺放在經劃分區域內之物品，如床鋪或櫃子等，於經醫院分配後取得住院期間的特定使用權，享有管領支配力。而社會上一般人，均不致誤認門後之病房或布簾後病床空間為公共空間，而任意推門進入，或掀開布簾進入倒臥病床而睡，或從事個人活動，甚至護士、醫生於掀開圍離各病床之布簾前，尚會出言提醒，以防侵及病患隱私。而病房門通常保持開放狀態，其意係為避免病房內發生緊急狀況延誤急救時機，而非否定病患之居住安寧及隱私維護，自不得將病房或病床旁之特定空間與醫院內供病患排隊掛號、取藥之空間等同視之。次查，雖病患及其親友並非出於長期或久居之意而停留，然渠等既有短期起居之事實，且醫院亦有長期提供病房供不特定病患居住之目的，其性質猶如旅館房間，雖前來住宿旅客僅短期居留，但旅館房間既有長期供不特定旅客居住之意，即均同屬通常供人居住之建築物，病患及陪同親友之居住安寧與私人生活之秘密保持仍應受到同等保障，不得因其係短期或長期居留而排除居住安寧自由，而有不同之對待。本件被告於夜間侵入病患經醫院劃分供起居之用之特定空間

內行竊，自屬觸犯刑法第三百二十一條第一項第一款之加重竊盜罪，原判決依同法第三百二十條第一項普通竊盜罪論科，即有判決適用法則不當之違背法令。又醫療院所病房內，病患及其家屬擁有一定使用權之空間，究竟是否為刑法第三百二十一條第一項第一款所謂之「有人居住之建築物」，並無判例解釋可為依循，且已涉及法律見解具有原則上之重要性，即所涉及之法律問題有意義重大而有加以闡釋之必要，自有提起非常上訴之必要性。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇一年度台非字第一四〇號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

上列上訴人因被告竊盜案件，對於台灣高等法院中華民國一〇一年二月二十三日第二審確定判決（一〇一年度上易字第一一號，起訴案號：台灣台北地方法院檢察署一〇〇年度偵字第一五九七五、一八一二八、一九六一八號），認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決及第一審判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又刑法第三百二十一條第一項第一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。而此所謂之建築物，係指住宅以外上有屋面，周有門壁，足蔽風雨，供人出入，且定著於土地之工作物者而言。倘該建築物平時有人居住，為保護住居者財產之安全及居住之安寧、自由，並防免引發搏鬥而升高之危險，對於侵入及隱匿其內而為竊盜者，自須加重處罰；且鑑於民眾工作時間涵蓋日、夜間時段，要不得以白晝侵入或暫時無人在內，即論以普通竊盜罪。又所謂侵入，係指未得允許，而擅自入內之意，所出入者為公共場所或公眾得出入之場所，固非此所謂之侵入；但倘非公共場所或公眾得出入之場所而無權居住或無故進入，均不失為侵入。次按，醫療機構設有病房收治病人者為醫院；醫療機構應保持環境整潔、秩序安寧，並應依其提供服務之性質，具備適當之醫療場所及安全設施；醫院於診療時間外，應依其規模及業務需要，指派適當人數之醫師值班，以照顧住院及急診病人。醫療法第十二條第一項、第二十四條第一項、第五十六條第一項、第五十九條分別定有明

文；同法施行細則第四十一條並規定：「醫院依本法第五十九條規定，於診療時間外照顧住院及急診病人，應指派醫師於病房及急診部門值班；設有加護病房、透析治療床或手術恢復室者，於有收治病人時，應另指派醫師值班。」足見醫院為住院及急診病人居住或使用之處所，且均有住院醫師值班，以照顧住院及急診之病人。而醫院病房除房門外，醫院尚針對個別病床設有布簾，提供病人及其家屬私人使用之空間，各病人在住院期間，即取得該特定空間之使用權，並享有管領支配力，顯見病患在住院期間，仍有居住安寧不受他人任意侵擾之權。從而醫院病房既係病人接受醫療及休養生息之處所，病人於住院期間，病房即為其生活起居之場域，各有其監督權，除負責診治之醫生及護理人員在醫療必要之範圍內，得進出病房外，尚非他人所得隨意出入，自不屬於公共場所或公眾得出入之場所。是醫院病房難謂非刑法加重竊盜罪所稱之有人居住之建築物，倘乘隙侵入醫院病房內行竊，自己構成刑法侵入有人居住之建築物竊盜罪。本件原判決認定被告基於意圖為自己不法所有犯意，分別於原判決附表編號二、五（僅竊盜部分）、七、八、九、十、十一、十二號所示時地（萬○或台○醫院各病房），以其所示手法行竊，各竊得該附表所示之物等情，皆適用刑法第三百二十條第一項之規定，論處被告普通竊盜罪刑（共八罪，各處有期徒刑四月）；理由並說明以醫院之健保病房，任何人都可

隨意進出，被告入內行竊，是否屬非法侵入，已有可疑；且各病房固均有門片，惟除獨居房外，通常情形，並不關閉；至個別病床之門簾，其功能僅在維護病人隱私，並非在確保病人之居住安全，況病人住院及陪同住院病人之親友，非以通常居住之意思暫棲於病房，檢察官認上述部分之病房，應屬有人居住之建築物，並不可採云云。原判決因認醫院病房尚非加重竊盜罪所稱之有人居住之建築物，而適用刑法第三百二十條第一項之規定，維持第一審之判決，仍論被告以普通竊盜各罪，皆未依刑法第三百二十一條第一項第一款之規定論處侵入有人居住之建築物竊盜各罪刑，自有判決適用法則不當之違誤。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，惟其違法情形尚非不利於被告，且涉及相關法律解釋之原則重要性，應由本院將原判決及第一審判決關於上開違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇一年 五月 二十三日

【第三八案】

一、關係條文

刑 法 第 356 條。

二、非常上訴理由

- 一、按刑法第三百五十六條之損害債權罪，係以債務人於將受強制執行之際，意圖損害債權人之債權，而毀壞、處分或隱匿其財產為要件。其犯罪主體須為將受強制執行之債務人，而所謂『債務人』須依強制執行名義負有債務之人，換言之，依強制執行法取得執行名義之債權人的相對債務人，始足當之。若債務人為法人時，又別無處罰其代表人之規定，則公司負責人雖於該公司財產將受強制執行之際，意圖損害債權人之債權，而出售該公司之財產，尚不合該條罪之要件（最高法院六十一年度台非字第二一三號、九十年度台非字第七一號判決意旨參照）。查本件被告某甲並非台灣台北地方法院九十八年度司促字第八四二〇號確定支付命令之債務人，其實際身分為債務人〇〇鷹架有限公司之法定代理人，揆諸上開最高法院判決意旨，被告縱有於〇〇鷹架有限公司將受強制執行之際，因公司資金周轉需要而出售公司財產之行為，其行為尚不該當於刑法

第三百五十六條損害債權罪之構成要件，自不得以該罪相繩。詎原審判決未察，遽依刑法第三百五十六條損害債權罪論罪科刑，原審判決自有適用法則不當之違法。

二、案經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇一年度台非字第三八〇號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告損害債權案件，對於台灣嘉義地方法院中華民國一〇一年六月二十八日第一審確定判決（一〇一年度嘉簡字第九五七號，起訴案號：台灣嘉義地方法院檢察署一〇〇年度偵字第六七〇三、一〇一年度偵字第三〇二四號），認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於某甲部分撤銷。

某甲無罪。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑法第三百五十六條之損害債權罪，係以債務人於將受強制執行之際，意圖損害債權人之債權，而

毀壞、處分或隱匿其財產為要件。其犯罪主體須為將受強制執行之債務人，而所謂「債務人」，須依強制執行名義負有債務之人，換言之，依強制執行法取得執行名義之債權人的相對債務人，始足當之。查本件債權人林○○即○○工程行取得執行名義，其債務人為○○鷹架有限公司，被告係○○鷹架有限公司之法定代理人，林○○係就○○鷹架有限公司之財產聲請強制執行，此觀諸卷附之支付命令及確定證明書自明，雖被告為○○鷹架有限公司之法定代理人，然法人於法令限制內具有權利能力，為民法第二十五條所規定，其負責人與法人分屬不同之權利能力個體，故被告雖為○○鷹架有限公司之法定代理人，但並非林○○之債務人，縱被告於其所營○○鷹架有限公司將受強制執行之際，有毀壞、處分或隱匿○○鷹架有限公司財產之行為，但被告既非刑法第三百五十六條所指之債務人，且該條又無「法人犯罪，處罰其負責人」之規定，則其所為，尚不合該條罪之要件。從而，原判決就被告併論以刑法第三百五十六條之損害債權罪，自有判決適用法則不當之違法情形，且於被告不利，非常上訴意旨，執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決關於被告部分撤銷，另行改判諭知被告無罪，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書、第三百零一條第一項，判決如主文。

中 華 民 國 一〇一年 十 一 月 十 五 日

【第三九案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第5條第1項、第304條、第378條、第379條第4款。

二、非常上訴理由

- 一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令；又法院對無管轄權之案件，應諭知管轄錯誤之判決，並同時諭知移送於管轄法院；案件由犯罪地或被告之住所、居所或所在地之法院管轄，刑事訴訟法第三百七十八條、第三百零四條及第五條第一項分別定有明文。次按定管轄權之有無，以起訴時為準，又所謂起訴時，自以該案件繫屬於法院時為準，最高法院九十九年度台非字第三一五號著有判決可資參照。
- 二、台灣高雄地方法院一〇二年度簡字第一四五七號判決諭知被告某甲犯收受贓物罪，累犯，處有期徒刑四月；又犯行使偽造準私文書罪，累犯，處有期徒刑五月；應執行有期徒刑八月，固非無見。惟查，本案依上揭確定判決認定，被告收受贓物車牌號碼〇〇〇〇〇—TT 號自用小客車一輛（車身號碼 ZZE〇〇〇〇—〇〇〇〇〇〇〇〇號，引擎號碼〇ZZA〇〇〇〇〇〇〇〇號，為格〇汽車租賃

股份有限公司所有，並出租予朱○○使用）之犯罪地點不明，其進而變造、偽造前述自用小客車之車身號碼改為 ZZE○○○－○○○○○○○號、引擎號碼改為○ZZA○○○○○○○號之犯罪地點亦不明，又其於九十九年三、四月間某日，在屏東監理站旁，將前述自用小客車以低於市價之新台幣四十萬元賣予知情之陳○○，犯罪地係在屏東監理站，參以被告起訴時住所地在屏東縣屏東市前進里清溪○○○號，並無另案執行或他案羈押等紀錄，此有台灣高雄地方法院檢察署矯正簡表乙紙在卷可稽，則本案應由台灣屏東地方法院管轄，原審法院誤認為有管轄權，致未諭知管轄錯誤而為科刑之實體判決，原判決顯有判決適用法則不當之違背法令。

三、案經確定，且對被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正及救濟

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇三年度台非字第三〇五號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告贓物等罪案件，對於台灣高雄地方法院中華民國一〇二年五月三十一日第一審確定簡易判決（一〇二年度簡字第一四五七號，起訴案號：

台灣高雄地方法院檢察署一〇〇年度偵字第一八一四九號)，認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。本件管轄錯誤，移送台灣屏東地方法院。

理 由

非常上訴理由(見前二)

本院按：判決不適用法則或適用不當者，為違背法令；又法院對無管轄權之案件，應諭知管轄錯誤之判決，並同時諭知移送於管轄法院；再案件由犯罪地或被告之住所、居所或所在地之法院管轄；刑事訴訟法第三百七十八條、第三百零四條及第五條第一項分別著有明文。又同法第三百七十九條第四款所規定「法院所認管轄之有無係不當者」之違背法令情形，不問其為土地管轄抑事務管轄，均有其適用。本件依原確定判決認定，被告某甲之犯罪地（屏東監理站）及住所、居所均在屏東縣屏東市，係屬台灣屏東地方法院轄區，且未認定被告之居住所在地在原審即台灣高雄地方法院所轄之區域。則本件應由台灣屏東地方法院管轄，原審法院誤認有管轄權，致疏未諭知管轄錯誤，而為科刑之判決，顯有適用法則不當之違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由。應由本院將原判決撤銷，另諭知本件管轄錯誤，並移送於有管轄權之台灣屏東地方法院，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書、第三百零四條，判決如主文。

中 華 民 國 一〇三年 八月 二十一日

【第四十案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第 8 條、第 303 條第 7 款、第 302 條第 1 款、第 378 條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又同一案件繫屬於有管轄權之數法院者，由繫屬在先之法院審判之。但經共同之直接上級法院裁定，亦得由繫屬在後之法院審判，亦為同法第八條所明定。再同法第三百零三條第七款規定，依第八條之規定不得為審判者，應諭知不受理之判決。然同法第三百零二條第一款亦規定，同一案件曾經判決確定者，應諭知免訴之判決。此即訴訟法上所謂一事不再理原則。準此，先起訴之判決確定在後，如判決時後起訴之判決尚未確定，仍應就後起訴之判決，依非常上訴程序予以撤銷，而諭知不受理判決。惟若先起訴之判決確定在後，如判決時後起訴之判決已經確定，應以先確定者為有既判之拘束力，後確定者自應為免訴之判決（最高法院一〇一年度台非字第一〇三號判決參照）。查被告某甲施用第一級毒品，於民國九十八年四月二十三日十時許為警查獲，帶回台中縣警察局和平分局（現改制為台中市

政府警察局和平分局)接受調查時，被告為脫免刑責，另基於偽造署押以偽造文書而持以行使之單一犯意，冒用『楊○○』之名義應訊，先後在台中市政府警察局和平分局扣押筆錄、扣押物品目錄表、扣押物品收據、毒品案件被告通聯紀錄表、權利告知書、逮捕通知書、尿液代號與真實姓名對照表、九十八年四月二十三日十五時十五分許之員警詢問筆錄，及台灣台中地方法院檢察署九十八年四月二十三日二十一時四十五分許之檢察官訊問筆錄、限制住居具結書上偽造『楊○○』之署名、指印，其中在逮捕通知書上被通知人簽名捺印欄偽造『楊○○』署名、指印擲還警員部分，係表示楊○○業已收受該通知書並知悉遭逮捕之意思，使楊○○受有刑事訴追之虞，足以生損害於楊○○及刑事偵查(調查)機關對於偵查之正確性，所涉行使偽造私文書之犯罪事實，雖經台灣台中地方法院檢察署檢察官於一〇二年八月十六日提起公訴，並經台灣台中地方法院於一〇二年十二月六日以一〇二年度中簡字第一八八六號簡易判決處刑，於一〇三年一月六日確定。惟同一事實，復經同署檢察官於一〇二年八月二十六日以一〇二年度偵緝字第一一三四、一〇二年度毒偵緝字第一三一號提起公訴，並經台灣台中地方法院於一〇二年十月二十八日以一〇二年度訴字第一九六八號判決有期徒刑三月，於一〇二年十一月二十五日確定在案，有前揭各該案件之偵查、審理卷宗暨刑事簡易判決附卷可稽。

本件被告先起訴之案件，於台灣台中地方法院一〇二年十二月六日以一〇二年度中簡字第一八八六號簡易判決時，後起訴之台灣台中地方法院一〇二年度訴字第一九六八號已於一〇二年十一月二十五日判決確定，則後起訴之判決即有既判之拘束力。該先起訴之台灣台中地方法院一〇二年度中簡字第一八八六號案件，於判決時，即應受該確定判決既判力之拘束，而應為免訴之諭知，始為適法，卻仍為實體上科刑之判決，自有適用法則不當之違法，案經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇三年度台非字第七三號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告偽造文書案件，對於台灣台中地方法院中華民國一〇二年十二月六日第一審確定刑事簡易判決（一〇二年度中簡字第一八八六號，聲請簡易判決處刑案號：台灣台中地方法院檢察署一〇二年度偵緝字第一一〇六號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文
原判決撤銷。本件免訴。
理 由

非常上訴理由(見前二)

本院按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又同一案件繫屬於有管轄權之數法院者，由繫屬在先之法院審判之。但經共同之直接上級法院裁定，亦得由繫屬在後之法院審判，亦為同法第八條所明定。再同法第三百零三條第七款規定，依第八條之規定不得為審判者，應諭知不受理之判決。然同法第三百零二條第一款亦規定，同一案件曾經判決確定者，應諭知免訴之判決。此即訴訟法上所謂一事不再理原則。準此，先起訴之判決確定在後，如判決時後起訴之判決尚未確定，仍應就後起訴之判決，依非常上訴程序予以撤銷，而諭知不受理判決。惟若先起訴之判決確定在後，如判決時後起訴之判決已經確定，應以先確定者為有既判之拘束力，後確定者自應為免訴之判決。本件台灣台中地方法院檢察署檢察官以被告基於偽造署押及行使偽造私文書之接續犯意，於九十八年四月二十三日員警在台中市政府警察局和平分局內對其進行調查、訊問時，冒用「楊○○」名義，接續在該分局之警詢筆錄、搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、扣押物品收據／無應扣押之物證明書、權利告知證明書、逮捕通知書、尿液代號與真實姓名對照表、「楊○○」指紋卡片上，偽造「楊○○」之簽名十一枚及指印四十五枚，足以生損害於楊○○及司法警察機關對於文書製作與調查犯罪之正確性等情，認被告涉犯

刑法第二百十條、第二百十六條之行使偽造私文書罪，而於一〇二年八月十六日，以同署一〇二年度偵緝字第一一〇六號聲請簡易判決處刑書，向台灣台中地方法院聲請簡易判決處刑（於一〇二年九月十日繫屬於該法院）。嗣經該法院於一〇二年十二月六日，以一〇二年度中簡字第一八八六號刑事簡易判決處被告有期徒刑四月（累犯），並諭知易科罰金之折算標準，而於一〇三年一月六日確定。但同署檢察官卻又就被告涉犯上揭行使偽造私文書罪嫌之同一案件，於一〇二年八月二十六日，以該署一〇二年度偵緝字第一一三四號、一〇二年度毒偵緝字第一三一號，向台灣台中地方法院提起公訴（於一〇二年九月十四日繫屬該法院），嗣經該法院於一〇二年十月二十八日，以一〇二年度訴字第一九六八號刑事判決處被告有期徒刑三月（累犯），並諭知易科罰金之折算標準，而於一〇二年十一月二十五日確定，有前揭各該案件之偵查、審理卷宗暨判決書、刑事簡易判決處刑書附卷可稽。本件被告所涉前案（先起訴）於台灣台中地方法院於一〇二年十二月六日，以一〇二年度中簡字第一八八六號刑事簡易判決處刑時，前揭後案（後起訴）即同院一〇二年度訴字第一九六八號刑事判決，已先於一〇二年十一月二十五日判決確定。則該後案之刑事判決即具有既判之拘束力。從而，該前案即台灣台中地方法院一〇二年度中簡字第一八八六號案件於判決時，自應受後案刑事確定判決既判力

之拘束，而依前揭規定諭知免訴之判決，始為適法。乃台灣台中地方法院仍就該前案為實體上科刑之判決，依上述規定及說明，自有判決適用法則不當之違背法令，案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨，執以指摘，為有理由。應由本院將原判決即台灣台中地方法院一〇二年度中簡字第一八八六號刑事簡易判決撤銷，並代替原審依刑事訴訟法第四百五十二條、第四百五十一條之一第四項第三款規定，另行諭知免訴之判決，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書、第三百零二條第一款，判決如主文。

中 華 民 國 一〇三年 三月 十三日

【第四一案】

一、關係條文

刑事訴訟法	第 62 條、第 378 條。
刑 法	第 75 條之 1 第 1 項第 2 款。
刑法施行法	第 6 條之 1。
民事訴訟法	第 129 條。

二、非常上訴理由

- 一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又撤銷緩刑宣告之裁定，與科刑判決有同等效力，於裁定確定後，認為違法，得提起非常上訴，此有最高法院四十四年台非字第四一號判例可資參照。另按送達文書，除本章有特別規定外，準用民事訴訟法之規定；對於在軍隊或軍艦服役之軍人為送達者，應囑託該管軍事機關或長官為之，刑事訴訟法第六十二條、民事訴訟法第一百二十九條分別定有明文。
- 二、本件原確定裁定意旨略以：被告某甲前因搶奪案件，經台灣彰化地方法院於民國一〇一年七月十八日，以一〇一年度訴字第五二一號刑事判決，判處有期徒刑六月，如易科罰金，以新台幣一千元折算一日，緩刑二年，於一〇一年八月十四日

確定。惟被告於緩刑期內即一〇一年九月二十七日復犯傷害案件，經台灣彰化地方法院於一〇二年四月八日，以一〇二年度簡字第三八五號刑事簡易判決，判處有期徒刑三月，如易科罰金，以新台幣一千元折算一日，於一〇二年五月七日確定。該被告於前案之緩刑期內再犯罪，顯然緩刑對其難收矯治之效，已合於刑法第七十五條之一第一項第二款及刑法施行法第六條之一所定得撤銷緩刑宣告之原因，爰依法將上述緩刑之宣告予以撤銷等語。

- 三、經查：(一)被告某甲自一〇二年四月九日起即入伍服役，在陸軍步兵第二〇三旅步二營兵器連新兵訓練（地址為台南官田郵政〇號郵政信箱）至一〇二年五月十五日止，有彰化縣田中鎮公所一〇二年十月七日田鎮社字第一〇二〇〇一五一九一號函附役男資料、田中鎮兵役課兵籍資料查詢螢幕視窗列印、台灣彰化地方法院檢察署一〇三年一月九日公務電話紀錄單、戶役政連結作業系統各一份在卷可稽。而台灣彰化地方法院就上開傷害案件，於一〇二年四月八日判決後，逕向被告之住所為之，並未依法囑託部隊長官將判決書送達入伍服役之被告，雖經被告之母於一〇二年四月十二日收受，然不生送達之效力，致本件傷害案件因未合法送達而不生確定之效力。故台灣彰化地方法院檢察署於一〇二年七月二十二

日，以彰檢文執日一〇二執二四一五字第二八七一號函請台灣彰化地方法院再為送達（見台灣彰化地方法院一〇二年度簡字第三八五號卷）。嗣被告於一〇二年七月二十九日在軍隊中收受送達，故本案應於一〇二年八月九日確定。（二）刑法第七十五條第一項第二款規定，受緩刑之宣告，於「緩刑期內因故意犯他罪，而在緩刑期內受六月以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告確定」，足認原宣告之緩刑難收其預期效果，而有執行刑罰之必要者，得撤銷其宣告。故撤銷緩刑必以後案之確定判決為其判斷標準，本件原撤銷緩刑宣告之裁定，早於一〇二年六月二十六日即後案之台灣彰化地方法院一〇二年簡字第三八五號判決尚未確定前即已作成。準此，原裁定顯有適用法則不當之違法。

- 四、案經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇三年度台非字第五二號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告搶奪案件，對於台灣彰化地方法院中華民國一〇二年六月二十六日撤銷緩刑宣告之第

一審確定裁定（一〇二年度撤緩字第五八號，聲請案號：台灣彰化地方法院檢察署一〇二年度執聲字第四三〇號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原裁定撤銷。檢察官之聲請駁回。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按：撤銷緩刑宣告之裁定，與科刑判決有同等效力，於裁定確定後，認為違法，得提起非常上訴。又刑法第七十五條之一第一項第二款規定：受緩刑之宣告而於緩刑期內因故意犯他罪，而在緩刑期內受六月以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告確定者，足認原宣告之緩刑難收其預期效果，而有執行刑罰之必要者，得撤銷其宣告。觀其規定內容，須後案受六月以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告確定後，檢察官始得聲請法院依上開規定撤銷前案緩刑之宣告。再者，送達文書除刑事訴訟法第一編第六章送達有特別規定外，準用民事訴訟法之規定，刑事訴訟法第六十二條定有明文。又對於在軍隊或軍艦服役之軍人為送達者，應囑託該管軍事機關或長官為之，民事訴訟法第一百二十九條亦有規定。

查被告某甲因搶奪案件，經台灣彰化地方法院一〇一年度訴字第五二一號判決判處有期徒刑六月，如易科罰金，以新台幣一千元折算一日，緩刑二年，於民國一〇一年八月十四日確定（下稱前案）。雖其於緩刑

期內即一〇一年九月二十七日犯傷害罪，經台灣彰化地方法院於一〇二年四月八日，以一〇二年度簡字第三八五號刑事簡易判決，判處有期徒刑三月，如易科罰金，以新台幣一千元折算一日（下稱後案）。惟被告自一〇二年四月九日起即入伍服役，至同年五月十五日之間，於陸軍步兵第二〇三旅步二營兵器連受新兵訓練，而後案應送達被告之判決書，係於同年四月十二日向被告之住所為之，由其母林〇〇收受，因未依法囑託該管軍事機關或長官送達被告，並不生送達之效力，嗣經台灣彰化地方法院囑託所屬軍事機關於一〇二年七月二十九日更為送達予被告，該案始於一〇二年八月九日確定，有各該案卷、判決書、裁定書、台灣高等法院被告前案紀錄表、彰化縣田中鎮公所函、被告之兵籍資料、服役情形查詢紀錄單等可稽。足見檢察官於一〇二年六月十四日聲請原審法院撤銷緩刑宣告，顯不合法。原審法院未察，竟於一〇二年六月二十六日裁定撤銷前案之緩刑宣告，自有適用法則不當之違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴執以指摘，洵有理由，應由本院將原裁定撤銷，改判駁回檢察官之聲請，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，判決如主文。

中 華 民 國 一 〇 三 年 二 月 二 十 六 日

【第四二案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第 118 條、第 378 條、第 470 條
 第 2 項。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第 378 條定有明文。又按刑事訴訟法第 118 條之沒入保證金，係因被告於具保人以相當金額具保後逃匿，所給予具保人之制裁，雖與刑法從刑之沒收有別，但此項刑事訴訟法上之沒入裁定，依同法第 470 條第 2 項規定，既具有強制執行之名義，即與判決有同一之效力，如有違法，自得提起非常上訴。復查具保停止羈押之被告逃匿者，應命具保人繳納指定之保證金額並沒入之，不繳納者強制執行，保證金已繳納者沒入之，刑事訴訟法第 148 條定有明文。是沒入具保人繳納之保證金，應以被告在逃匿中為要件。本件被告於具保人具保後，雖經依法傳喚、拘提，均未到案，而已逃匿，但已於 98 年 4 月 7 日，因另涉強盜案件，經台灣台北地方法院檢察署聲請羈押獲准，有全國刑案查註表、被告在監在押紀錄表附於台灣桃園地方法院檢察署 103 年度聲非字第 1 號卷可稽。被告既經另案遭羈押，即不能謂其尚在逃匿中而予裁

定沒入保證金。乃原裁定於被告經羈押後之 98 年 4 月 8 日，裁定沒入具保人繳納之保證金，自有適用法則不當之違背法令。案經確定且不利於被告，爰依刑事訴訟法第 441 條、第 443 條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇三年度台非字第八一號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

具保人 即受裁定人 某乙

上列上訴人因被告強盜案件，對於台灣桃園地方法院中華民國九十八年四月八日沒入保證金之第一審確定裁定（九十八年度聲字第一一二三號，聲請案號：台灣桃園地方法院檢察署九十八年度執聲沒字第八三號），認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原裁定撤銷。檢察官之聲請駁回。

理 由

本件非常上訴理由（見前二）

本院按：判決不適用法則或適用法則不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又刑事訴訟法第一百十八條之沒入保證金，係因被告於具保人以相當金額具保後逃匿，所給予具保人之制裁；雖

與刑法從刑之沒收有別，但此項依刑事訴訟法所為之沒入裁定，依同法第四百七十條第二項規定，既具有民事強制執行名義之效力，即與判決有同一效力，如有違背法令，自得提起非常上訴。再具保之被告逃匿者，應命具保人繳納指定之保證金額，並沒入之；不繳納者，強制執行；保證金已繳納者，沒入之，刑事訴訟法第一百十八條第一項定有明文。是沒入具保人繳納之保證金，應以被告在逃匿中為其要件。具保之被告雖曾逃匿，但已另案受羈押，即不得再以被告逃匿為由而裁定沒入具保人繳納之保證金。查被告某甲因台灣桃園地方法院檢察署九十七年度偵聲字第一三七號強盜案件，偵查期間，經法官指定保證金新台幣（下同）八萬元，由具保人即受裁定人某乙於民國九十七年三月七日繳納後，將被告釋放。該案嗣由檢察官提起公訴，並經台灣桃園地方法院以九十七年度訴字第九六九號判決判處被告強盜等罪，應執行有期徒刑二十一年確定，移送台灣桃園地方法院檢察署執行。惟上開檢察署傳拘被告執行及通知具保人某乙帶同被告到案執行，均告無著，遂於九十八年四月八日以桃檢玲執亥緝字第一二三二號通緝書通緝被告。嗣被告自九十八年四月七日起羈押於法務部矯正署台北看守所，至同年五月九日經檢察官指揮發監執行，有台灣桃園地方法院檢察署九十八年度執聲沒字第八三號、九十八年度執他字第一八〇七號執行卷宗，暨全國刑案資料查註表、在監在押紀錄表可稽。足見

被告雖在檢察官執行中因逃匿致遭通緝，但已另案受羈押，嗣由檢察官指揮發監執行，即不得再謂被告逃匿而裁定沒入具保人繳納之保證金。原審不察，猶於九十八年四月八日以被告逃匿為由，裁定沒入具保人所繳納之保證金八萬元，揆諸上揭說明，自有適用法則不當之違背法令。案經確定，且於受裁定之具保人不利，非常上訴意旨執以指摘，為有理由。應由本院將原裁定撤銷，並駁回檢察官沒入保證金之聲請，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，判決如主文。

中 華 民 國 一〇三年 三月 十九日

【第四三案】

一、關係條文

刑事訴訟法	第 163 條、第 379 條第 10 款、 第 447 條第 1 項第 1 款。
刑法	第 224 條。
修正前刑法	第 91 條之 1。

二、非常上訴理由

- 一、本案另關於被告涉嫌傷害、殺害林○○之部分：本案關於被告被訴於九十五年五月十日，基於傷害之犯意，騎機車故意擦撞林○○機車，致林○○人車倒地受傷，然後再基於殺人之犯意，持現場撿拾之鵝卵石毆擊林○○頭部，致林○○傷重不治死亡部分。其中被訴殺人罪部分，業經第二審台灣高等法院台中分院於一百年五月三十一日更四審判決無罪確定(九十九年度上重更(四)字第二十五號)。另被訴傷害罪部分，係不得上訴第三審之案件，經一、二審法院判處罪刑確定後，嗣經台灣台中地方法院檢察署檢察官比對確認現場兇嫌所遺留之掌紋等證據資料，查明傷害被害人林○○部分之真兇係蘇○○，並非被告，亦經第二審台灣高等法院台中分院裁定開始再審後，於一百年十月二十日，以一百年度再字第

一號案判決無罪確定在案。另真正兇嫌蘇○○亦經台灣台中地方法院檢察署檢察官於一百年十月十一日，以一百年度偵字第一三八九五號案提起公訴，現由台灣台中地方法院審理中。均先予敘明。

- 二、原判決認定被告某甲犯連續強制猥褻罪，其中被害人編號三四九四九五一九號女子部分之事實及理由如下：一、犯罪事實：某甲基於強制猥褻之概括犯意於民國九十四年十一月五日上午五時許，騎乘車牌號碼不詳之重型機車，在台中縣龍井鄉水裡社路與台中港路，見編號三四九四九五一九之女子（姓名年籍詳卷）獨自騎機車經過該處，隨即騎車自後尾隨三四九四九五一九之女子，並於同日上午五時二十分許，行經台中縣沙鹿鎮中興路中二高涵洞前，見有機可乘，即基於強制猥褻之犯意，先以腳踹踢三四九四九五一九女子所騎機車左後方，三四九四九五一九之女子因所騎機車遭某甲踹踢重心不穩倒地，致三四九四九五一九女子手腳多處擦傷，某甲並立即下車，以右手勒住三四九四九五一九女子之頸部，而因三四九四九五一九女子反抗，某甲即徒手出手毆打三四九四九五一九女子之頭部，致三四九四九五一九女子頭部紅腫，並對三四九四九五一九女子陳稱：『我等妳很久了』，同時將三四九四九五一九女子強拉至路旁涵洞下草叢，再以徒手

撕扯三四九四九五—九女子所穿著之毛衣，扯破衣領及扯斷內衣肩帶，嗣因三四九四九五—九女子不斷地反抗掙扎，且有二名路人騎乘機車行經該處，某甲見狀即以徒手隔著衣服強抓三四九四九五—九女子左胸部一下，以此強暴方法對三四九四九五—九女子為強制猥褻行為，得手後隨即騎機車離去現場。二、理由：被告雖矢口否認犯有本部分之犯罪行為，然查本部分犯罪事實已據證人三四九四九五—九號於警詢、偵查、第一審法院審理中迭次證述屬實，其證言內容如下：

（一）於警詢中證述：『（問：經妳本人在聲份派出所當場指認，某甲是否就是於九十四年十一月五日五時二十分，在台中縣龍井鄉水裡社路襲擊妳的男子？）因案發當時歹徒有戴米色全罩式安全帽，我只能從他臉部側面做指認，經我當場指認，該男子的側面很像當時犯案的歹徒，我印象到現在還非常深刻。』、『（問：本案歹徒於何時？何地？如何將妳所騎的機車踢倒？妳人車倒地後歹徒有無對妳施以暴力或侵犯妳的行動自由？）於九十四年十一月五日凌晨五時二十分許，在台中縣沙鹿鎮中興路中二高涵洞下，當時歹徒將機車騎到我的左手邊，以他的右腳將我的人車踢倒後，他將我騎的機車停好後，下車用他的右手勒住我的脖子控制我的行動，企圖要將我拖到路邊的草叢裡去，我極力反抗，卻被該名歹

徒出手毆打，剛好有其他車輛經過，歹徒才作罷。』、『當時在拉扯的過程中，歹徒一度將我的衣服領子扯破及內衣肩帶扯斷，而且他在逃逸前還刻意用手抓我的左胸後才騎車離開。』等語(台中縣警察局烏日分局刑案偵查卷宗第13～15頁)。(二)於偵查中具結證述：『(問：妳是否在九十四年十一月五日台中縣龍井鄉水裡社路與中港路口，有嫌犯追趕妳？)答：是。』、『(問：嫌犯企圖要將妳左邊踢倒？)答：是，他騎乘到我的左邊，他用右腳將我的機車踢倒，後來人車倒地之後，我想要跑，但是後來他就從我的後面抱住我。』、『(問：剛剛經由監視器的畫面看到某甲的本人，妳是否能確定他就是當天的加害人？)答：是，我能確定。』、『(問：他那天有戴安全帽，為何妳可以這樣的確定，他就是當天的加害人？)答：因為他當天有露出眼睛及鼻子，所以我確定他就是當天的加害人。』、『(問：那天發生什麼事情？)答：我被他踢倒之後，我想要跑，他就用手勾住我的脖子，並且用另一隻手打我的頭，他想要將我拉到涵洞下的草叢，後來我和他有發生拉扯，當時他有拉破我的毛衣，並且將我的內衣的肩帶也拉斷了，我有叫救命，我當時有看到二個人站在遠處，一個是老婆婆，一個是中年的男子，後來是有二台機車經過，他有嚇到，所以他就放了我，但是有偷襲我的左

胸，後來他就騎機車跑掉了。』、『(問：他偷襲妳的左胸幾下？) 答：約有一次，當時是隔著衣服摸了很重的一下。』、『(問：妳從他開始跟蹤妳，一直到後來他嚇到騎機車跑掉為止，這中間約有多少時間？) 答：超過十分鐘。』、『(問：強制猥褻的時間是否有超過十分鐘？) 答：我是覺得有很久的時間，所以我才能很確定就是某甲。』等語(九十五年度偵字第一五一八七號偵查卷(二)第25～31頁)。(三)於第一審法院九十六年一月二十五日下午十四時三十分審理中具結證述：『(問：妳之前陳述九十四年十一月五日在龍井鄉水裡社路被強制猥褻的情節在檢察官面前所述，是否實在？) 實在。』、『(問：請問當時的嫌犯如何觸摸妳的身體？) 他摸我的左胸，有毆打我。』、『(問：請詳述經過情形為何？) 我那天在中港路等紅燈要待轉，被告就在那裡等了，我覺得有點可疑，他看我走過去之後就跟著我過來，他騎機車的速度很快，在那條路上他要把我的機車踹倒，到了水裡社路的時候有1個涵洞，我的機車就被他踹倒，他是踹我的機車左邊，我的機車向我右邊倒，我人沒有跌倒，但是被被告抓住，我想要掙脫，但被告的力氣很大並且打我，還把我拉到旁邊的涵洞的草叢，後還有二個騎機車的騎士經過，他就抓我胸部後跑掉，我有受傷，我的手腳都有擦傷，頭部被他打

到腫起來，我沒有就醫。』、『他在水裡社路追我的時候有講話，毆打我的時候也有講話，說我等妳很久了，他把我推入草叢時有叫我不叫。』、『……，大約二十多歲到三十歲的男生的聲音。』、『他是重型機車，大約一二五 c.c. 以上，車色大蓋是白色或銀色。』、『(問：請問妳如何指認被告就是當天摸妳胸部的人？)我報警我有看到他的臉，也有看到他的摩托車。』、『(問：妳如果從塑膠罩子從裡面看，是否就可以確定就是在場的被告？)可以確定。』、『因為我跟他很接近，而且直接看到他的眼睛跟鼻子。』、『(問：請問在警察局作筆錄的時候，妳曾經說過他的側面很像，為何妳現在指認說他正面及側面都很像？)正面及各方面都很像。』、『案發當時我也有看到被告的正面。』、『案發當時性侵害的人就是庭上的被告。』、『不認識被告，也沒有恩怨，不會誣陷被告。』等語（第一審卷（一）第189～194頁）。（四）第查證人三四九四九五—一九就當時案發經過，雖未明確記憶被告所騎機車之車牌號碼，惟事出突然，場面混亂，證人三四九四九五—一九突遭被告騎車踹倒後再強行拖入草叢為猥褻行為，又遭被告以徒手毆打，證人三四九四九五—一九於驚慌之際，實難期其能就全部事發經過均毫無遺漏地觀察，且記憶清晰，並於歷次接受詢問時，均能完整、清楚表達。再證人

三四九四九五一九雖僅係透過安全帽見及被告之眼睛、鼻子部位，然證人三四九四九五一九於遭被告以強制力攻擊而為強制猥褻當場，與被告有面對面之接觸，更聽聞被告講話之聲音，案發當時為凌晨五時，現場僅有證人三四九四九五一九與被告二人在場，證人三四九四九五一九自無遭現場環境混淆誤認他人之可能。況證人三四九四九五一九係綜合其遭被告強制猥褻時，近身直接所看到安全帽內之被告之眼睛、鼻子、體型、走路方式等特徵，與其所聽到被告說話之聲音等特色以為指認，並非僅單純指認被告之眼睛、鼻子為攻擊其之歹徒，是證人三四九四九五一九上開證言內容，自與常情無違，所為指認自屬可信。(五)是關於本案如犯罪事實欄所載一之(一)犯行部分，既據證人三四九四九五一九自警詢、偵查、原審法院審理中迭次證述明確，前後3次指認被告確為上揭時地，以上揭手段對渠為強制猥褻行為之人，且所前後證述被告如何對渠下手強制猥褻之過程亦無差池；又衡諸證人三四九四九五一九與被告間並無仇怨，互不相識，更關乎證人三四九四九五一九之名節，且證人三四九四九五一九於上述偵查中及原審法院審理中已具結擔保渠證言之真實性，證人三四九四九五一九應無甘冒偽證刑事處罰，故為誣陷被告之必要，證人三四九四九五一九號上揭證述情節自應

（有）相當之憑信性。是被告確實有於如犯罪事實欄所載一之（一）所述時間、地點，對證人三四九四九五一九犯有強制猥褻之行為，應堪認定。至於被告之辯護人就此以本犯罪事實僅有證人三四九四九五一九之證言為憑，不足為被告有罪之斷罪依據等語，而此查：證人三四九四九五一九與被告間既無仇怨，互不認識，證人三四九四九五一九自警詢、偵查、原審法院審理時前後三次均一致指認被告即為於上開時地對渠下手施以強制猥褻之人明確無誤，而就被強制猥褻之過程所述亦無差異存在，復徵諸妨害性自主案件，依通常之狀況於案發之時僅有加害人、被害人者在場，鮮有第3者在場見聞之情事，而被害人三四九四九五一九前既以證人之身分具結以擔保證言之真實性、憑信性，實不足以本部分被告犯行並無其他人證、物證可資參佐，而反向推論證人三四九四九五一九上揭證言均屬不可採信之理，而本件案發時固係九十四年十一月五日上午五時二十分，屬冬季凌晨，然被告在中港路等候證人三四九四九五一九，即遭證人三四九四九五一九發現，證人覺得可疑，自會詳視被告面目、舉動，以確定被告意圖，被告遭發現後，又自龍井鄉跟蹤證人三四九四九五一九至沙鹿鎮，全部過程又約有十餘分鐘之久，案發地即龍井鄉中港路、水裡路、沙鹿鎮中興路俱屬通衢大

道，遠非荒僻之處，縱天色昏暗，亦應有相當照明設備，案發過程時間又非瞬間即逝，縱屬深夜，亦不能謂證人三四九四九五一九即無充裕時間觀察記憶被告面目，而本案被告對證人三四九四九五一九歷經跟蹤、踢倒機車、毆打、拖行及襲胸過程，縱被告戴有全罩式安全帽，然證人應仍有甚多機會可看清被告面目，被告亦不可能於此十餘分鐘時間均僅側面面向證人，致證人僅能看到被告側面，證人三四九四九五一九於警訊所述僅看到被告側面等語，本院認應僅係描述其中部分過程，應以其於第一審法院審理中結證『因為我跟他很接近，而且直接看到他的眼睛跟鼻子。』、『因為我看得到的正面。』、『案發當時我也有看到被告的正面。』始符合真實，是被告之辯護人上揭辯護意旨尚無可採。

- 三、原判決關於被告強制猥褻三四九四九五一九女子部分，有下列違背法令情形：一、原判決之所以認定被告是當時作案之兇嫌，係依據三四九四九五一九女子描述：其與兇嫌很接近，兇嫌作案時間有十餘分，兇嫌固戴全罩式安全帽，臉部有塑膠罩子罩著，但仍有露出眼睛及鼻子，三四九四九五一九女子有直接看到兇嫌的眼睛跟鼻子的正面及側面，都很像被告等語。又原判決之所以認定證人三四九四九五一九女子之證詞，具有真實性、憑信性，其主要理由為：三四九四九五一

九女子就當時案發經過，雖未明確記憶被告所騎機車之車牌號碼。惟事出突然，場面混亂，三四九四九五一九女子突遭被告騎車踹倒後，再強行拖入草叢為猥褻行為，又遭被告以徒手毆打，於驚慌之際，實難期其能就全部事發經過均毫無遺漏地觀察，且記憶清晰，並於歷次接受詢問時，均能完整、清楚表達。再三四九四九五一九女子與被告間，並無仇怨，互不認識，其自警詢、偵查、第一審法院審理時，前後3次均一致指認被告即為於上開時、地對渠施以強制猥褻之人。又本件案發當時，固係九十四年十一月五日上午五時二十分，屬冬季凌晨。然被告在中港路等候三四九四九五一九女子，即遭三四九四九五一九女子發現，三四九四九五一九女子覺得可疑，自會詳視被告面目、舉動，以確定被告意圖。被告遭發現後，又自龍井鄉跟蹤三四九四九五一九女子至沙鹿鎮，全部過程又約有十餘分鐘之久。案發地即龍井鄉中港路、水裡路、沙鹿鎮中興路俱屬通衢大道，遠非荒僻之處，縱天色昏暗，亦應有相當照明設備。案發過程時間又非瞬間即逝，縱屬深夜，亦不能謂三四九四九五一九女子即無充裕時間觀察記憶被告面目。而本案被告對三四九四九五一九女子歷經跟蹤、踢倒機車、毆打、拖行及襲胸等過程，縱被告戴有全罩式安全帽，然三四九四九五一九女子應仍有甚多機會可看清

被告面目等。因而，僅依三四九四九五一九女子一人單方片面之證述，即認定被告是當時作案之兇嫌。二、惟按被害人或目擊證人對於犯罪嫌疑人之指認，屬於一種特殊之證據方法，指認所得之證據，性質上固為一般人本於知覺、記憶、陳述之供述證據，然指認程序如過於簡易，一則由於指認如同『是非題』作答，指認之表述實際上即待證事實之結論，縱踐行反詰問，亦無從對之質疑。二則由於容易受到有形或無形誤導，縱指認人之真誠性無虞，一般人在指認過程中往往出現錯誤而不自知。現行刑事訴訟法固無類似『證人指證（認）程序法』之制定。但內政部警政署所發布之『警察機關實施指認犯罪嫌疑人程序要領』（九十年八月二十日發布），以及法務部於九十七年九月二十三日修正發布之『檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項』第九十九點規定，均有指認犯罪嫌疑人方式之規定，係針對避免指認之潛在錯誤而設。故法院於審判時，以之檢驗指認證據之憑信性，仍不失為確保指認正確性之正當準據。依前開內政部警政署所發布之『警察機關實施指認犯罪嫌疑人程序要領』規定，被害人、檢舉人或目擊證人指認犯罪嫌疑人，應依下列要領為之：『一、指認前應由指認人先陳述嫌疑人特徵。二、指認前不得有任何可能暗示、誘導之安排出現。三、指認前必須告訴指認人，犯

罪嫌疑人並不一定存在於被指認人之中。四、實施指認，應於偵訊室或適當處所為之。五、應為非一對一之成列指認（選擇式指認）。六、被指認之人在外形上不得有重大差異。七、實施指認應拍攝被指認人照片，並製作紀錄存證。八、實施照片指認，不得以單一相片提供指認，並避免提供老舊照片指認。』。且被害人或目擊證人對於犯罪嫌疑人之指認，不論偵查中或審判時之指認，正確與否恆取決於一次指認，在指認規範中甚至有禁止重覆指認之規定者，絕不能以指認次數愈多愈正確。且指認正確與否之認定，尤須綜合指認人對事實之陳述、其於該事件中所處之地位以及當時之週遭環境等情況。如足資認定其確能對被指認人觀察明白，確能認知被指認人行為之內容，且所述之事實復有其他證據佐證，並不悖一般日常生活經驗之定則及論理法則，始得採為判決被指認人犯罪之基礎（最高法院九十七年度台上字第一三五六號判決意旨參照）。三、經查本案發生於九十四年十一月五日，後因發生被害人林○○命案，經警方清查轄區內可疑兇嫌，認為被告涉有嫌疑，而於九十五年七月十日，將被告逕行拘提到案後（台中縣警察局烏日分局刑案偵查卷宗第58—60頁），通知證人三四九四九五九女子到場指認。是從九十四年十一月五日案發，迄九十五年七月十日，證人三四九四

九五一九女子指認之時，已有八個多月之久。衡之經驗法則，一般常情，對一位完全陌生，於案發當時短暫時間接觸之嫌犯，證人能否記憶清晰？已非無疑。再於警詢中證人最初指認被告，係當面以一對一之方式為指認，其顯然不合上開指認規範，警方有無誤導證人指認，亦非無疑。

四、本案據證人三四九四九五一九女子最初於警詢中指稱：『（問：經妳本人在聲份派出所當場指認，某甲是否就是於九十四年十一月五日五時二十分，在台中縣龍井鄉水裡社路襲擊妳的男子？）因案發當時歹徒有戴米色全罩式安全帽，我只能從他臉部側面做指認，經我當場指認，該男子的側面很像當時犯案的歹徒，我印象到現在還非常深刻。』（九十五年七月十日警詢筆錄一九十五年度偵字第一五一八七號卷（一）第6—8頁）。於檢察官偵查中證稱：『（問：他那天有戴安全帽，為何妳可以這樣的確定，他就是當天的加害人？）答：因為他當天有露出眼睛及鼻子，所以我確定他就是當天的加害人。』（九十五年九月二十一日檢察官訊問筆錄一九十五年度偵字第一五一八七號偵查卷（二）第25—31頁）。於第一審法院審理時證述：『他的身材中等，當時他有戴安全帽，我只能看到他的眼睛跟鼻子，當時天色很暗，我看不是很清楚。』、『大約二十多歲到三十歲的男生的聲音。』、『他是重

型機車，大約一二五 cc 以上，車色大概是白色或銀色。』、『(問：請問妳如何指認被告就是當天摸妳胸部的人？)我報警我有看到他的臉，也有看到他的摩托車。』、『(問：妳如果從塑膠罩子從裡面看，是否就可以確定就是在場的被告？)可以確定。』、『因為我跟他很接近，而且直接看到他的眼睛跟鼻子。』、『(問：請問在警察局作筆錄的時候，妳曾經說過他的側面很像，為何妳現在指認說他正面及側面都很像？)正面及各方面都很像。』、『案發當時我也有看到被告的正面。』等語(九十六年一月二十五日審理筆錄—第一審卷(一)第189—194頁)。依證人三四九四九五一九女子警詢中最初之指認，證人只證述：從被告臉部側面看，很像當時犯案的歹徒。嗣至第一審法院審理時，證人雖更明確證述：兇嫌固戴全罩式安全帽，臉部有塑膠罩子罩著，但仍有露出眼睛及鼻子，證人有直接看到兇嫌的眼睛跟鼻子的正面及側面，都很像被告等語。然其證詞亦僅止於兇嫌的眼睛及鼻子的正面及側面，都很像被告。況且在同一次訊問之證詞，證人三四九四九五一九女子亦證稱：『他的身材中等，當時他有戴安全帽，我只能看到他的眼睛跟鼻子，當時天色很暗，我看不是很清楚。』等語。足見證人三四九四九五一九女子仍存有疑義，並未百分百確認被告即是當時犯案之

歹徒，自難憑其不很確定之證言，即認定被告係當時犯案之歹徒。原審僅憑上開證人明顯有瑕疵之證詞，即認被告係當時犯案之歹徒，顯然有違經驗法則。五、又原判決一方面認為：本件事出突然，場面混亂，證人突遭被告騎車踹倒後，再強行拖入草叢為猥褻行為，又遭被告以徒手毆打，於驚慌之際，實難期其能就全部事發經過均毫無遺漏地觀察，且記憶清晰等。但另一方面卻又認為：案發當時固係屬冬季凌晨，然被告在中港路等候證人，即遭證人發現可疑，證人自會詳視被告面目、舉動，且案發地點俱屬通衢大道，縱天色昏暗，亦應有相當照明設備，而案發過程又有十餘分鐘，縱屬深夜，亦不能謂證人即無充裕時間觀察記憶被告面目，縱被告戴有全罩式安全帽，證人應仍有甚多機會可看清被告面目等。原判決對此事出突然，場面混亂之情景，究竟被告（應係三四九四九五一九女子之誤）是否仍能毫無遺漏地觀察，且記憶清晰？是否仍能有充裕的時間，觀察記憶被告面目？前後所載理由，並不一致，有理由與理由矛盾之違法。六、再原判決認為：案發地點俱屬通衢大道，遠非荒僻之處，縱天色昏暗，亦應有相當照明設備，讓證人得以看清被告面目等由。所稱：『亦應有相當照明設備』乙情，俱屬原審憑空推測認定。查，本案原審並未履勘調查案發當時現場情形，且綜查

全卷，亦無任何證據證明案發地點，確有相當之照明設備，讓證人得以看清被告面目。尤其在兇嫌強制猥褻證人之路旁涵洞下草叢處，焉會有相當之照明設備，讓證人得以看清被告面目？況如上所述，於第一審法院審理時，證人三四九四九五—一九女子亦證稱：『他的身材中等，當時他有戴安全帽，我只能看到他的眼睛跟鼻子，當時天色很暗，我看不是很清楚。』等語。足徵現場應無相當照明設備，讓證人得以看清被告面目。是原審有不依證據認定事實之違法，亦有認定事實，與所採用證據（上開證人證詞）顯屬不符之違法情形。七、原判決依據草屯療養院九十六年四月九日草療精字第2274號函附之性侵害加害者鑑定報告書（附第一審卷（二）第121—123頁），認為被告連續犯刑法第二百二十四條之強制猥褻罪，經第一審法院送請草屯療養院鑑定結果，該院以『被告某甲連續以強制與暴力猥褻數位女子，則其雖無性心理層面的精神科診斷，然此類行為本身即足以顯示其對於自身性需求與衝動的處理控制能力不佳，應有必要接受性侵害相關治療，至於應治療期限須視治療反應於治療過程中憑（評）估，難以預先推斷。』等語。是被告本案所犯連續犯強制猥褻罪部分，依修正前刑法第九十一條之一規定，併宣告於刑之執行前令入相當處所施以治療。惟依上開草屯療

養院之鑑定報告書載：『二、……據司法卷宗描述，九十四年十一月至九十五年七月柯員涉嫌數度騎機車尾隨落單的騎機車女子，伺機予以撫摸猥褻，過程中並有踢倒對方機車、拉扯對方衣物、以安全帽丟擲、跟蹤至女子住家等行為，甚至涉嫌傷害一女子（指被害人林○○）致死。此次便因上述案件由台中地方法院委託本院鑑定有無對柯員施以治療之必要。……四、結論：綜合柯員之個人生活史、身體檢查及神經（經）學檢查、實驗室檢查、心理測驗與精神狀態檢查，本院認柯員疑有妄想或分裂型人格的傾向，而其性心理層面則未有明顯精神科診斷。有關有無施以治療之必要方面，端視柯員所涉案件是否屬實而定。若司法卷宗描述，柯員連續以強制與暴力的方式猥褻數位女子，則其雖無性心理層面的精神科診斷，然此類行為本身即足以顯示其對於自身性需求與衝動的處理控制能力不佳，應有必要接受性侵害相關治療。反之，若如柯員所稱全無性侵害的犯意與行為，則無需治療。』。亦即，該鑑定報告認定被告有無施以強制治療之必要，係端視被告所涉案件（包括上開殺害被害人林○○之案件）是否屬實而定。且從該鑑定報告謂：『甚至涉嫌傷害一女子致死。此次便因上述案件由台中地方法院委託本院鑑定有無對柯員施以治療之必要』，可知該鑑定報告並非只就強

制猥褻罪案，鑑定被告有無施以強制治療之必要，其主要係針對殺害被害人林○○案，鑑定被告有無施以強制治療之必要。然而，被害人林○○遭殺害之案件，業經證明確非被告所為，則該鑑定報告所憑以為鑑定之犯罪事實，其主要之基礎顯然已經不存在。再按本案被告係因犯強制猥褻罪案，原判決併宣告被告應於刑之執行前令入相當處所施以治療。則鑑定被告有無施以強制治療之必要，所依據之犯罪事實，自應只有犯強制猥褻罪案之事實。但本件鑑定被告有無接受性侵害相關治療之必要，所依據之主要之犯罪事實，卻係殺害被害人林○○案之犯罪事實，於法自有不合。原判決依該鑑定報告，認被告應施以強制治療，顯有違論理法則。

- 四、聲請提起非常上訴理由：一、按非常上訴，乃對於審判違背法令之確定判決所設之救濟方法。依法應於審判期日調查之證據，未予調查，致適用法令違誤，而顯然於判決有影響者，該項確定判決，即屬判決違背法令，應有刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款規定之適用（司法院釋字第一八一號解釋）。而刑事訴訟法第三百七十九條第十款所稱『依本法應於審判期日調查之證據』，指該證據在客觀上為法院認定事實及適用法律之基礎者而言（司法院釋字第二三八號解釋）。又刑事判決確定後，發見該案件認定犯罪

事實與所採用證據顯屬不符，自屬審判違背法令，得提起非常上訴；如具有再審原因者，仍可依再審程序聲請再審（司法院釋字第一四六號）。二、本案原審以兇嫌行兇現場，亦應有相當照明設備，讓證人得以看清被告面目等由，認為證人三四九四九五一九女子之指證無訛等情。則原審自應履勘調查案發當時現場情形，在兇嫌強制猥褻證人之路旁涵洞下草叢處，是否確有相當之照明設備，讓證人得以看清被告面目，而非僅憑空恣意為推測認定。尤其本案證人之指認程序，又不合上述規範，顯然有指認錯誤之可能。是調查上開證據，乃判斷證人有無可能指認錯誤，係為法院認定事實及適用法律之基礎，於判決結果顯然有影響，並係對被告之利益有重大關係之事項，法院自應依職權調查之（刑事訴訟法第一百六十三條）。原審未予調查，自屬審判違背法令，得提起非常上訴，以資救濟。三、又原審認兇嫌行兇現場，應有相當照明設備，讓證人得以看清被告面目等情，與證人三四九四九五一九女子於第一審法院審理時證稱：『他的身材中等，當時他有戴安全帽，我只能看到他的眼睛跟鼻子，當時天色很暗，我看不是很清楚。』等情形，顯有不符。有判決認定犯罪事實，與所採用證據顯屬不符之違法情形，亦得提起非常上訴，以資救濟。四、被告經送鑑定結果，其性心

理層面，並未有明顯精神科診斷。上揭鑑定報告認定被告有無施以強制治療之必要，係端視被告所涉案件（包括上開殺害被害人林○○之案件）是否屬實而定。其主要係針對殺害被害人林○○案，鑑定被告有無施以強制治療之必要。惟被告係因犯強制猥褻罪案，由原判決併宣告被告應於刑之執行前令入相當處所施以治療。則原審在認定被告有無施以治療之必要，自應排除上開殺害被害人林○○案之犯罪事實，僅以本件強制猥褻罪案之犯罪事實，再送鑑定或傳訊實施鑑定之人到庭作證說明，始能據以為合理、適當之認定。因此，排除殺人罪案之犯罪事實，再送鑑定或傳訊實施鑑定之人到庭作證說明，乃判斷被告有無施以治療之必要之關鍵證據。顯係為法院認定事實及適用法律之基礎，於判決結果顯然有影響，並係對被告之利益有重大關係之事項，法院自應依職權調查之（刑事訴訟法第一百六十三條）。原審未予調查，自屬審判違背法令，得提起非常上訴，以資救濟。五、另該鑑定報告既非只就強制猥褻罪案，鑑定被告有無施以強制治療之必要，主要係針對殺害被害人林○○案，鑑定被告有無施以強制治療之必要。則該鑑定報告自不能採為本案認定被告應施以強制治療之依據。原判決依據該鑑定報告，認定被告應施以強制治療，有判決認定事實（有無施以強制治療必要之事

實)，與所採用證據（上開鑑定報告）顯屬不符之違法情形，亦得提起非常上訴，以資救濟。六、綜上所述，原判決違背法令，有依法應於審判期日調查之證據，未予調查，致適用法令違誤之情形。另其依據該鑑定報告，判決被告應施以強制治療，亦有認定事實，與所採用證據顯屬不符之違法情形。均係對被告之利益有重大關係之事項，且顯然於判決有影響者，自屬審判違背法令。案經判決確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正及救濟。

- 五、另關於被告強制猥褻三四九四九五一七女子部分：此部分原判決雖未違背法令，但與前開強制猥褻三四九四九五一九女子部分，依修正前刑法規定，具有連續犯之裁判上一罪之關係，自應一併為審判。故該部分亦一併提起非常上訴，請求一併撤銷原判決，另為適法之判決。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇一年度台非字第八四號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告強制猥褻案件，對於台灣高等法院台中分院中華民國九十七年七月十日確定刑事判決（九十七年度上重更（一）字第六號，起訴案號：台灣

台中地方法院檢察署九十五年度偵字第一五一八七號），認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於強制猥褻部分撤銷，由台灣高等法院台中分院依判決前之程序更為審判。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按非常上訴，乃對於審判違背法令之確定判決所設之救濟方法。依法應於審判期日調查之證據未予調查，致適用法令違誤，而顯然於判決有影響者，該項確定判決即屬違背法令，應有刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款規定之適用（司法院釋字第一八一號解釋意旨參照）。又被害人之陳述如無瑕疵，且就其他方面調查又與事實相符，固得採為科刑之基礎，倘其陳述尚有瑕疵，則在未究明前，遽採為論罪科刑之根據，即難認為適法。申言之，被害人所為不利於被告之陳述，除須無重大瑕疵外，尚須有補強證據足以證明其陳述確與事實相符者，始得採為被告犯罪之證據。倘其陳述尚有重大瑕疵而未予釐清，復無其他補強證據足以證明其所述確與事實相符者，自不得遽採為論罪科刑之依據。再被害人之指認，雖可作為事實審法院認定犯罪事實之證據，然其指認往往可能受其主觀上是否誠實、善意、心理上有無壓力、觀察（注意）能力之強弱、陳述時描述、表達方式是否準確，

以及客觀上外在環境，例如案發當時觀察（行為）時間之久暫、現場光線及照明情形、指認時間距犯罪發生之間隔，以及指認時有無受明示、暗示或誘導等外力影響，而發生指認錯誤之風險，故仍須藉由嚴謹之指認程序，以防免或降低該項風險。且指認之準確性重在首次，其後逐次修正之指認，有可能在無形中累積、擴大不真實之記憶，而發生不正確之結果。至指認之方式，則以採用較不具暗示性之「列隊指認」方式（即多人列隊由被害人指認）為宜，若採「一對一」方式（即由犯罪嫌疑人與被害人面對面）指認，則難以排除其暗示性，而發生誘導之效果。我國現行刑事訴訟法雖無關於指認犯罪嫌疑人程序之規定，然內政部警政署（下稱警政署）於民國九十年八月二十日函頒（九十二年十一月二十一日修正）之「警察機關實施指認犯罪嫌疑人程序要領」，明定犯罪嫌疑人之指認，除在犯罪現場或其附近當場逮捕者，得使被害人或目擊者當面指認外，應以「列隊指認」方式進行指認。司法警察（官）違反上開規定方式使被害人所為之指認，雖無逕予排除其證據能力之必要，然因其指認程序瑕疵可能發生不正確之結果，而影響其指認之憑信性，自應調查其他佐證以補強其指認確與事實相符，始得採為被告犯罪之證據，否則，其採證即非適法。本件被害人三四九四九五一九（下稱甲女）被害時間係在九十四年十一月五日上午五時許，嗣因發生另被害人林○○遭殺害案件，經警方九十五年七月十

日認被告涉案而將其拘提到案後，通知甲女到場指認。故從案發迄甲女指認時，前後已間隔八個月以上之久，則甲女對素不相識且於案發當時短暫時間接觸之嫌犯，能否於八個月後猶記憶清晰而為正確之指認，已有疑竇。且甲女於警局最初指認被告時，係以前述「一對一」方式指認，而非採「列隊指認」方式，亦與警政署所函頒之前揭指認規範不合，則其有無因此受暗示或誘導而發生指認錯誤，亦非無疑。況依甲女指證，犯案之歹徒當時係戴全罩式安全帽，則甲女能否於案發當日（冬季）上午五時許（日出前）天色猶屬昏暗之際，透過全罩式安全帽而看清歹徒之五官面貌，亦有探求餘地。況甲女於警局初詢時係指稱：「（問：經妳本人在聲份派出所當場指認，某甲是不是就是於九十四年十一月五日上午五時二十分，在台中縣龍井鄉水裡社路襲擊妳的男子？）因案發當時歹徒有戴米色全罩式安全帽，我只能從他臉部側面做指認，經我當場指認，該男子的側面很像當時犯案的歹徒，我印象到現在還非常深刻」等語（見九十五年度偵字第一五一八七號卷（一）第六至八頁）。嗣於檢察官偵訊時則證稱：「（問：他那天有戴安全帽，為何妳可以這樣的確定，他就是當天的加害人？）答：因為他（指被告）當天有露出眼睛及鼻子，所以我確定他就是當天的加害人」（見同上偵查卷（二）第二十五至三十一頁）。其後於第一審卻證稱：「他的身材中等，當時他有戴安全帽，我只能看到他的眼睛跟鼻

子，當時天色很暗，我看不是很清楚」、「大約二十多歲到三十歲的男生的聲音」、「（問：請問妳如何指認被告就是當天摸妳胸部的人？）我報警我有看到他的臉，也有看到他的摩托車」、「（問：妳如果從塑膠罩子從裡面看，是否就可以確定就是在場的被告？）可以確定」、「因為我跟他很接近，而且直接看到他的眼睛跟鼻子」、「（問：請問在警察局作筆錄的時候，妳曾經說過他的側面很像，為何妳現在指認說他正面及側面都很像？）正面及各方面都很像」、「案發當時我也有看到被告的正面」等語（見一審卷(一)第一八九至一九四頁）。綜合甲女前揭證述意旨以觀，其於警局初詢時僅證稱：從被告臉部側面看，很像當時犯案之歹徒等語，並未明確指認被告即係犯案之歹徒。而其於第一審雖證稱：兇嫌戴全罩式安全帽，臉部有塑膠罩子罩著，但仍有露出眼睛及鼻子，伊有直接看到兇嫌眼睛與鼻子正面及側面，都很像被告等語。但卻又證稱：「他的身材中等，當時他有戴安全帽，我只能看到他的眼睛跟鼻子，當時天色很暗，我看不是很清楚」等語，可見甲女前後指證尚非全然一致，且並未百分之百確認被告即係犯案之歹徒。原判決理由雖謂：案發當時事出突然，場面混亂，甲女突遭被告騎車踹倒後，再強行拖入草叢為猥褻行為，又遭被告毆打，於驚慌之際實難期其就全部事發經過均毫無遺漏地觀察，且記憶清晰，並於歷次詢問時均能完整清楚表達。而甲女與被告間並無仇

怨，且互不認識，其於警詢、偵查及第一審均指認被告即係對其強制猥褻之人。又案發當時固屬冬季凌晨，然被告在中港路旁等候時即遭甲女發現，則甲女覺得可疑，自會詳視被告面目及舉動以確定其意圖。嗣被告又跟蹤甲女約十餘分鐘之久，且案發地點係通衢大道，並非荒僻之處，縱天色昏暗，亦應有相當照明設備。當時縱屬深夜，亦不能謂甲女即無充裕時間觀察記憶被告面目。而被告當時縱戴全罩式安全帽，然甲女歷經遭被告跟蹤、踢倒機車、毆打、拖行及襲胸等過程，應仍有甚多機會可看清被告面目，因認甲女之指認為可信（見原判決第十一頁第十三行至第十三頁第一行）。然其一方面既謂案發當時甲女突遭被告踣倒、強拖、毆打而為猥褻行為，於驚慌之際實難期其就案發經過毫無遺漏地觀察及記憶清晰，並能完整清楚表達。另方面卻謂縱案發當時係深夜，且事出突然，場面混亂，而被告又戴全罩式安全帽，甲女亦有充裕時間及機會觀察記憶被告面貌云云，前後似非一致。且原審並未調查案發地點及其附近是否確有燈光照明設備，徒以臆測之詞謂：案發地點「亦應有照明設備」云云（見原判決第十二頁倒數第四行），遽認甲女當時係在光線充足環境而能看清歹徒五官面貌，亦嫌調查未盡。是本件被害人甲女所為不利於被告之指證非無重大瑕疵，原判決未詳加究明釐清，復未調查其他補強證據，以資證明甲女所述確與事實相符，遽採甲女片面具有瑕疵之陳述，作為被告犯罪之

唯一證據，依上述說明，自有應於審判期日調查之證據未予調查之違背法令。次按鑑定人之鑑定，雖足為證據資料之一種，但鑑定報告內容顯有疑義時，事實審法院仍應調查其他必要證據以資認定，不得專憑內容尚有疑義之鑑定報告，作為判決之唯一證據。原判決依憑行政院衛生署草屯療養院（下稱草屯療養院）之性侵害加害者鑑定報告書，認被告有施以強制治療之必要，因而維持第一審諭知被告應於刑之執行前令入相當處所施以治療之強制處分。惟依該鑑定報告書記載：「二、……據司法卷宗描述，柯員（即被告）涉嫌數度騎機車尾隨落單的騎機車女子，伺機予以撫摸猥褻，過程中並有踢倒對方機車、拉扯對方衣物、以安全帽丟擲、跟蹤至女子住家等行為，甚至涉嫌傷害一女子（指被害人林○○）致死。此次便因上述案件由台灣台中地方法院委託本院鑑定有無對柯員施以治療之必要。四、結論：綜合柯員之個人生活史、身體檢查及神經學檢查、實驗室檢查、心理測驗與精神狀態檢查，本院認柯員疑有妄想或分裂型人格的傾向，而其性心理層面則未有明顯精神科診斷。有關有無施以治療之必要方面，端視柯員所涉案件是否屬實而定。若司法卷宗描述，柯員連續以強制與暴力的方式猥褻數位女子，則其雖無性心理層面的精神科診斷，然此類行為本身即足以顯示其對於自身性需求與衝動的處理控制能力不佳，應有必要接受性侵害相關治療。反之，若柯員所稱全無性侵害的犯意與行為，

則無需治療」等旨（見一審卷(二)第一二一至一二三頁）。該鑑定報告書雖謂被告疑有妄想或分裂型人格傾向，但並無性心理層面之精神診斷，而其據以認定被告有無施以強制治療之必要，係端視被告被訴本件強制猥褻及另案殺害林○○犯行是否屬實而定，亦即謂被告若有上述犯行，則有施以治療之必要。反之，若無上開犯行，則無需施以治療。惟該鑑定報告書並未就被告有無性生(心)理方面之疾病(例如戀童癖、性變態、幻想等)，或是否具有性侵害之異常習性(即再犯危險性)，暨其再犯危險性機率等攸關被告有無施以強制治療必要之事項詳加鑑定說明，僅以被告有無本件強制猥褻及另案殺害林○○犯行，作為被告應否施以強制治療之唯一依據，其鑑定內容過於簡略，且缺乏醫學或病理方面專業之剖析及論述，能否作為諭知強制治療之依據，顯有疑竇。況被告被訴殺害林○○部分，業經原審法院於一○○年五月三十一日，以九十九年度上重更(四)字第二五號判決，認為不能證明被告有上開殺人犯行而判決無罪確定，有該案判決影本一份附卷可稽（見一○○年度請非字第三號卷第七十二至一二〇頁），則該鑑定報告依憑被告殺害林○○之事實，作為上述鑑定結論之主要根據，亦難謂無重大瑕疵。原審未就上述疑點向該療養院調查釐清明白，或囑託其他專業機關重行鑑定，遽採上述存有重大疑義之鑑定報告，作為諭知被告強制治療之唯一根據，亦有應於審判期日調查之證據而未予調查之

違法。又原判決上開違法情形，均足致適用法令違誤，而顯然於判決有影響，依上述司法院解釋意旨，自有刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款規定之適用。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決關於被告強制猥褻甲女部分撤銷，惟因原確定判決有前揭應於審判期日調查之證據而未予調查之違法，致事實未臻明瞭，為維護被告之審級利益，並求事實之真切，仍由原審法院依判決前之程序更為審判，以資救濟。至原判決關於被告強制猥褻另被害人即代號三四九四九五—七女子部分，因檢察官認該部分與前揭撤銷部分具有行為時連續犯關係，為裁判上一罪，基於審判不可分關係，亦應一併撤銷，由原審法院併依判決前之程序更為審判，期臻適法。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇一年 三月 十四日

【第四四案】

一、關係條文

刑事訴訟法	第 237 條第 1 項、第 303 條第 3 款、第 379 條第 5 款。
刑 法	第 304 條、第 306 條第 2 項、第 308 條第 1 項。

二、非常上訴理由

- 一、按告訴乃論之罪，其告訴應自得為告訴之人知悉犯人之時起，於六個月內為之；告訴或請求乃論之罪，未經告訴、請求或告訴、請求經撤回或已逾告訴期間者，案件應諭知不受理之判決，刑事訴訟法第二百三十七條第一項、第三百零三條第三款分別定有明文；次按法院受理訴訟或不受理訴訟係不當者，其判決當然違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第五款亦有明文。
- 二、本件台灣高等法院一○一年度上易字第 2734 號判決認定『某甲於民國九十八年六月十七日晚間七時許，至李○○所經營之〈婚紗○○創意攝影社〉（址設宜蘭縣羅東鎮光○路○號）騎樓前，以其為該處建物及土地之真正所有權人為由，指稱李○○等係無權占用其建物其土地，並與在場之李○○、李○○之妻張○○等人爭執。嗣因李

○○不願再與某甲爭吵，遂進入前揭攝影社內啟動電動鐵捲門，欲將進出上開攝影社之電動鐵捲門關閉，詎某甲竟基於妨害自由之犯意，明知李○○啟動該電動鐵捲門已開始緩慢下降，係要求其退出店內之意思表示，卻執意坐在該電動鐵捲門下，留滯該處不願離去，並口呼：〈把門停下來，門壓到我了，把門停下來〉，李○○見狀，不得不關閉該電動鐵捲門電源以停止其繼續下降，以此方式繼續留滯該處。嗣因張○○以某甲於前揭時、地另有出手推擠之行為而提出妨害自由告訴，經檢察官起訴某甲後，由台灣宜蘭地方法院以一○○年度易字第五五一號判決無罪，經上訴本院（指原審）以一○一年度上易字第二一六號維持無罪判決（下稱前案），惟認前揭某甲所為涉犯強制罪嫌，然非該案起訴範圍，敘明應由檢察官另行偵辦，始獲悉上情。』『核被告某甲所為，係犯刑法第三百零六條第二項之受退去要求而仍留滯罪。檢察官認係犯同法第三百零四條之強制罪，尚有未洽，但起訴基本社會事實同一，本院（指原審）亦依被告上訴理由狀所載，於準備程序諭知本案可能適用刑法第三百零六條第二項之罪名，自得變更檢察官所引應適用之法條。原審（指第一審）疏未詳酌上情，遽論被告以刑法第三百零四條第一項之罪責，認事用法，尚有違誤。被告上訴，否認強制罪犯行，請求撤

銷改判無罪，亦無理由，惟原判決既有上開可議，仍無可維持，應由本院（指原審）將原判決撤銷改判。』等情。

- 三、惟查原判決所認定本案應適用刑法第三百零六條第二項之罪名，依刑法第三百零八條第一項規定屬告訴乃論之罪，本案被害人李○○自九十八年六月十七日晚間七時案發知悉犯人係被告某甲之時起，迄今始終並未對本案某甲所犯留滯住宅罪提出告訴，李○○之妻張○○以某甲於前揭時、地另有出手推擠之行為於九十九年四月二十二日對某甲提出妨害自由告訴（見台灣宜蘭地方法院檢察署九十八年度他字第六二九號恐嚇案第一三〇頁檢察官訊問筆錄第十二、十三行），此部分檢察官起訴後嗣經法院判決某甲無罪確定在案，縱認張○○於九十九年四月二十二日同時有對本案某甲所犯留滯住宅罪提出告訴，距本案九十八年六月十七日案發時起，亦已逾六個月之告訴期間。綜上所述，本案法院應依刑事訴訟法第三百零三條第三款諭知不受理之判決，詎原判決未察，竟為被告實體有罪判決，顯然違背法令。案經確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟及糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇二年度台非字第一一二號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告妨害自由案件，對於台灣高等法院中華民國一〇二年一月九日第二審確定判決（一〇一年度上易字第二七三四號，起訴案號：台灣宜蘭地方法院檢察署一〇一年度偵字第一六六〇號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於罪刑部分撤銷。

本件公訴不受理。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按：法院受理訴訟或不受理訴訟係不當者，其判決當然違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第五款定有明文。又告訴乃論之罪，其告訴應自得為告訴之人知悉犯人之時起，於六個月內為之。告訴或請求乃論之罪，未經告訴、請求或告訴、請求經撤回或已逾告訴期間者，案件應諭知不受理之判決，亦分別為刑事訴訟法第二百三十七條第一項、第三百零三條第三款所明定。本件原判決認定被告於九十八年六月十七日晚間七時許，至李○○經營之「婚紗○○創意攝影社」（址設宜蘭縣羅東鎮光○路○號）騎樓前，為該處房、地所有權歸屬事宜，與李○○及其妻張○○等人發生爭執。嗣李○○不願再與被告爭吵，遂啟動該

處之電動鐵捲門開關予以關閉，以此方式表示要求被告退出店內，被告卻執意坐在該電動鐵捲門下，留滯該處不願離去，並口呼：「把門停下來，門壓到我了，把門停下來」，李○○見狀，不得不關閉該電動鐵捲門電源停止其繼續下降，被告即以此方式繼續留滯該處等情。因而撤銷第一審判決，變更檢察官起訴所引之刑法第三百零四條第一項法條，改判論被告以刑法第三百零六條第二項之罪。惟查刑法第三百零六條之罪，依同法第三百零八條第一項規定，須告訴乃論之罪。本件被害人李○○始終未對被告上開犯行提出告訴，而張○○雖於九十九年四月二十二日對被告提出妨害自由告訴（見九十八年度他字第六二九號卷第一三〇頁），然距本件九十八年六月十七日案發時起，亦已逾六個月之告訴期間。原判決既認被告所為係犯刑法第三百零六條第二項之罪，乃於撤銷第一審之科刑判決後，未依刑事訴訟法第三百零三條第三款諭知不受理判決，而誤為科刑之實體判決，自屬違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴執以指摘，洵有理由。應由本院將原判決關於罪刑部分撤銷，另行判決公訴不受理，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項但書、第三百零三條第三款，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二年 四月 十八日

【第四五案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第 238 條第 1 項、第 303 條第 3 款、第 378 條、第 452 條、第 455 條之 1 第 1 項、第 455 條第 3 項

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用法則不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又告訴乃論之罪，告訴人於第一審辯論終結前，得撤回其告訴；告訴經撤回者，應諭知不受理之判決，刑事訴訟法第二百三十八條第一項、第三百零三條第三款分別定有明文。查刑事訴訟法第二百三十八條第一項之立法意旨，係重在限制告訴乃論之罪撤回告訴之時期，亦即撤回告訴，必須於第一審『辯論終結』前，始得為之，逾此時期，即不得為之，以免肇致流弊。依此立法理由，應認此限制並非重在第一審終結程序是否經『言詞辯論』，而係重在告訴人之撤回告訴，須在第一審裁判前法院最後得審酌之時點前。而刑事訴訟法『簡易程序』對於『撤回告訴』並無明文，亦無準用第二百三十八條之規定，惟基於告訴權人

有自由決定告訴與否之權，自無不許撤回之理。又對於簡易判決不服而上訴者，依同法第四百五十五條之一第一項規定得上訴於管轄之第二審地方法院合議庭。此時第二審地方法院合議庭依同條項第三項規定，準用第三編第一章及第二章之規定，即準用上訴篇關於通則及第二審規定，不屬於『第一審』，自無適用第二百三十八條第一項規定之餘地。是告訴人於簡易程序之第二審程序始為撤回告訴之表示者，自不生撤回之效力。

- 二、本件被告某甲所涉妨害名譽罪嫌，業經台灣台南地方法院於一百零二年五月十七日以一百零二年度簡字第九四七號為第一審判決，判處被告罰金新台幣五千元，嗣被告提起上訴，告訴人於一百零二年十一月五日第二審審判程序中始當庭撤回告訴，原審竟撤銷原判決而為不受理判決。惟揆諸首揭說明，告訴人於第二審程序中始為撤回告訴之表示，其撤回告訴並不生撤回之效力，詎原審仍以其撤回告訴而為不受理判決，自有判決適用法則不當之違背法令情事。
- 三、案經判決確定，惟原判決違背法令，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇三年度台非字第三一七號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被 告 某甲

上列上訴人因被告妨害名譽案件，對於台灣台南地方法院中華民國一〇二年十一月十三日之確定判決（一〇二年度簡上字第一一五號，聲請案號：台灣台南地方法院檢察署一〇二年度偵字第四九八五號），認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按非常上訴，乃對於審判違背法令之確定判決所設之非常救濟程序，以統一法令之適用為主要目的。除與統一適用法令有關；或該判決不利於被告，非予救濟，不足以保障人權者外，倘原判決尚非不利於被告，且不涉及統一適用法令；或縱屬不利於被告，但另有其他救濟之道，並無礙於被告之利益者，即無提起非常上訴之必要性。所謂與統一適用法令有關，係指涉及法律見解具有原則上之重要性者而言。亦即所涉及之法律問題意義重大而有加以闡釋、釐清之必要，或對法之續造有重要意義者而言。又本應為實體上之審判，而誤為不受理之判決，其將來是否再行起訴，及應為實體判決之結果如何，尚不可知，而諭知不受理後，則本件訴訟即因而終結，自難認其違誤之

不受理判決於被告不利。故對於本應為實體上之審判，而誤為不受理之判決提起非常上訴，如與統一適用法令有關，僅應將其違法之部分撤銷，如若無涉統一適用法令者，則應認無提起非常上訴之必要性，予以駁回，合先說明。又告訴乃論之罪，告訴人於第一審辯論終結前，得撤回其告訴；告訴經撤回者，法院應諭知不受理之判決，刑事訴訟法第二百三十八條第一項，第三百零三條第三款分別定有明文。而刑事訴訟法第二百三十八條第一項之立法意旨，係重在限制告訴乃論之罪撤回告訴之時期，亦即撤回告訴，必須於第一審辯論終結前，始得為之，逾此時期，即不得為之，以免肇致告訴人操縱訴訟及輕視裁判之流弊，依此立法理由，應認此限制並非重在第一審終結程序是否經「言詞辯論」，而係重在告訴人之撤回告訴，須在第一審裁判前法院最後得審酌之時點前，故理論上不經言詞辯論之判決，告訴人須於第一審判決前，撤回其告訴，始屬合法。刑事訴訟法第七篇「簡易程序」對於「撤回告訴」固無明文，亦無準用同法第二百三十八條之規定，惟基於告訴權人有自由決定告訴與否之權，自無不許撤回之理。則告訴人於簡易判決前撤回告訴，應認仍有刑事訴訟法第二百三十八條第一項規定之適用。然於簡易判決後，上訴管轄第二審之地方法院合議庭審理程序中撤回告訴者，是否發生撤回效力？因對於簡易判決有不服者，依同法第四百五十五條之一第一項規定，得上訴於管轄之第二審地

方法院合議庭。於此管轄第二審之地方法院合議庭依同條第三項規定，應準用同法第三編「上訴」，第一章「通則」及第二章「第二審」之規定，依通常程序審理之，即不屬於「第一審」程序。是於地方法院簡易判決後，上訴於管轄第二審之地方法院合議庭，因不屬於「第一審」程序，自無適用同法第二百三十八條第一項規定之餘地。此與該簡易判決上訴案件，因法院認有同法第四百五十二條情形（即有同法第四百五十一條之一第四項但書情形），而應撤銷原判決，改依通常程序為第一審判決者（參見司法院訂頒「法院辦理刑事訴訟簡易程序案件應行注意事項十四」），尚屬有別。經查本件被告某甲因涉犯刑法第三百零九條第一項之公然侮辱罪，經檢察官聲請以簡易判決處刑，台灣台南地方法院乃不經言詞辯論，以102年度簡字第947號簡易判決論以被告公然侮辱人罪，判處罰金新台幣五千元，如易服勞役，以新台幣一千元折算一日。因被告不服，提起上訴，而由管轄第二審之該院合議庭受理該簡易判決之上訴，嗣告訴人於該案審判期日當庭撤回對被告之告訴，原確定判決因之以該告訴乃論之罪，既經撤回告訴，乃不經言詞辯論，將第一審簡易判決撤銷，改判為公訴不受理，有該刑事案卷、判決足稽。揆諸上開說明，該簡易判決之上訴案件既無刑事訴訟法第四百五十二條所規定，認應撤銷原判決，改依通常程序為第一審判決之情形，而應準用同法第三編「上訴」，第一章「通

則」及第二章「第二審」之規定，依通常程序審理之，即不屬於「第一審」程序，則告訴人縱於該簡易判決上訴案之審判期日當庭撤回告訴，既不能認係在第一審辯論終結前所為，應不生撤回效力。案經確定，原確定判決將原判決（第一審簡易判決）撤銷，改判為不受理諭知，即不無應為實體上審判，而誤為不受理判決之違背法令情形。雖判決尚非不利於被告，然所涉及之法律見解具有原則上之重要性，而與統一法令之適用有關，應認有提起非常上訴之必要性。非常上訴意旨執以指原確定判決違背法令，洵有理由，應由本院將原確定判決關於違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇三年 八月 二十八日

【第四六案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第 253 條之 2 第 1 項、第 253 條之 3 第 1 項第 3 款、第 255 條第 1、2 項及第 256 條之 1 第 1 項、第 303 條第 1 款。

二、非常上訴理由

- 一、按起訴之程序違背規定者，應諭知不受理之判決；又檢察官為緩起訴處分者，得命被告於一定期間內遵守或履行刑事訴訟法第二百五十三條之二第一項各款所定事項。再被告於緩起訴期間內如有違背上開應遵守或履行事項之規定時，檢察官固得依職權或依告訴人之聲請，撤銷原緩起訴處分，繼續偵查或起訴，但以原緩起訴處分已經撤銷為前提，此觀刑事訴訟法第三百零三條第一款、第二百五十三條之三第一項第三款之規定甚明。又檢察官依法撤銷緩起訴處分，應製作處分書敘述其處分之理由，並應以正本合法送達被告，使其於接受撤銷緩起訴處分書後，得於七日內以書狀敘述不服之理由，經原檢察官向直接上級法院檢察署檢察長或檢察總長聲請再議，以資救濟，同法第二百五十五條第一、二項及第二百五十六條之一第一項均著有明文。是以檢察官雖

依法撤銷緩起訴處分，苟未依規定將撤銷緩起訴之處分書正本送達被告，使其得於法定期間內聲請再議，則已剝奪被告之再議權利至明。如檢察官誤已合法送達依職權撤銷原緩起訴處分，並提起公訴（或聲請簡易判決處刑）時，該撤銷原緩起訴處分之處分，因未合法送達，完成法定程序予被告救濟之機會，仍處於未確定之狀態，其後所提起之公訴（或聲請簡易判決處刑），因違背刑事訴訟法第二百五十三條之三第一項第三款以原緩起訴處分已經撤銷為前提之規定，應認其起訴（或聲請簡易判決處刑）之程序違背規定，依刑事訴訟法第三百零三條第一款之規定，為不受理之判決，始為適法。

- 二、本件被告某甲因公共危險案件，經台灣屏東地方法院檢察署檢察官偵查終結，於（民國）九十九年三月二十九日以九十九年度偵字第二九一〇號案為緩起訴處分，期間一年，並命其應於緩起訴處分確定後六個月內，向指定之公益團體或地方自治團體支付新台幣四萬元。嗣被告未於指定期限內支付緩起訴處分金，該署檢察官乃於一〇〇〇年五月十一日以一〇〇〇年度撤緩字第九十九號案撤銷上開緩起訴處分，並於同年八月五日以一〇〇〇年度撤緩偵字第一五五號案向台灣屏東地方法院聲請簡易判決處刑，經該院於同年十月二十八日以一〇〇〇年度交簡字第一六二六號案

判處拘役肆拾伍日，並易科罰金確定在案，有各該案卷可稽。而依卷附台灣屏東地方法院檢察署送達證書所示，上揭撤銷緩起訴處分書係於一〇〇年六月七日以寄存送達，送達於被告先前位在屏東縣長治鄉進興村下〇巷〇號之戶籍地，然依被告之戶政資料顯示，被告自九十九年六月二十二日起即已將其戶籍遷至屏東縣長治鄉新潭村博〇街〇號〇，是難認被告已合法收受該撤銷緩起訴處分書，從而被告於接受撤銷緩起訴處分書後，得以書狀敘述不服理由而聲請再議之七日期間，即無從起算，本件撤銷緩起訴處分尚未確定，則檢察官於撤銷緩起訴之處分確定前即對被告提起本件訴訟，顯與前揭規定有違，其起訴程序違背規定。原判決疏未審酌檢察官誤已合法送達依職權撤銷原緩起訴處分，並據以聲請簡易判決處刑之情形，揆之首開說明，本應逾（諭）知本件不受理之判決，始為適法，乃竟逕依檢察官之聲請為簡易判決，論被告以不能安全駕駛動力交通工具罪，處拘役四十五日，如易科罰金，以新台幣一千元折算一日，自屬違背起訴之程序，顯係違背法令。案經確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇一年度台非字第211號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告公共危險案件，對於台灣屏東地方法院中華民國一〇〇年十月二十八日第一審確定刑事簡易判決（一〇〇年度交簡字第一六二六號，聲請簡易判決處刑案號：台灣屏東地方法院檢察署一〇〇年度撤緩偵字第一五五號），認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

本件不受理。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又被告經緩起訴處分確定，於緩起訴期間內違背同法第二百五十三條之二第一項各款之應遵守或履行事項者，依同法第二百五十三條之三第三款規定，檢察官固得依職權聲請撤銷原處分，繼續偵查或起訴，然於此情形，檢察官應製作撤銷緩起訴之處分書，並以正本送達於被告，被告接受撤銷緩起訴之處分書後，並得於七日內聲請再議，同法第二百五十五條第一項前段、第二項前段、第二百五十六條之一第一項分別定有明文。倘撤銷緩起訴之處分書，未合法送達於被告，其再議期

間無從起算，該撤銷緩起訴之處分，難認已經確定。檢察官遽就同一案件提起公訴（或聲請簡易判決處刑），其起訴之程序自係違背規定，依同法第三百零三條第一款，應諭知不受理之判決，始為適法。本件被告因公共危險案件，經台灣屏東地方法院檢察署檢察官偵查終結，於九十九年三月二十九日以九十九年度偵字第二九一〇號案為緩起訴處分，期間一年，並命其應於緩起訴處分確定後六個月內，向指定之公益團體或地方自治團體支付新台幣四萬元。嗣被告未於指定期限內支付緩起訴處分金，該署檢察官乃於一〇〇〇年五月十一日以一〇〇〇年度撤緩字第九十九號案撤銷上開緩起訴處分，並於同年八月五日以一〇〇〇年度撤緩偵字第一五五號案向台灣屏東地方法院聲請簡易判決處刑，經該院於同年十月二十八日以一〇〇〇年度交簡字第一六二六號案判處拘役四十五日，並宣告易科罰金折算標準確定在案，有各該案卷可稽。惟查上揭撤銷緩起訴處分書係於一〇〇〇年六月七日，寄存送達屏東縣長治鄉進興村下〇巷〇號被告原住所地之屏東縣警察局屏東分局長治分駐所，有卷附台灣屏東地方法院檢察署送達證書可稽，但被告早於九十九年六月二十二日，即已將其戶籍遷至屏東縣長治鄉新潭村博〇街〇號〇，有被告之戶籍謄本在卷可憑，是難認該項送達為合法，該撤銷緩起訴之處分尚未確定，檢察官遽為聲請簡易判決處刑，其起訴之程序違背規定，原審未察，未依刑事訴訟法第三百零三條第

一款規定諭知不受理之判決，仍予論罪科刑，自非適法。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決撤銷，另行判決諭知不受理，以資救濟。

據上結論，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款、第三百零三條第一款，判決如主文。

中 華 民 國 一〇一年 七月 二十六日

【第四七案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第 253 條之 3 第 1 項、第 303 條
第 1 款、第 307 條。

二、非常上訴理由

- 一、按案件有起訴之程序違背規定之情形者，應諭知不受理之判決，並得不經言詞辯論為之，刑事訴訟法第三百零三條第一款、第三百零七條分別定有明文。次按被告於緩起訴期間內，有法定列舉之撤銷原緩起訴處分之情形者，檢察官須先撤銷原緩起訴處分，始得繼續偵查或起訴，此觀同法第二百五十三條之三第一項規定自明（最高法院九十四年台非字第二一五號判例反面解釋參照）。
- 二、經查：本件被告某甲基於為自己不法所有之意圖，於民國一〇〇年四、五月間（緩起訴處分書誤載為九十七年間某日），在台中縣清水鎮（改制為台中市清水區）高美路〇號〇樓之林〇峰住處房間內，趁林〇峰熟睡之際，徒手竊取林〇峰為其姐林〇瑜申辦，放置抽屜內之門號〇〇〇〇-〇〇〇〇〇〇〇號（緩起訴處分書誤載為 0917-〇〇〇〇〇〇〇號）SIM 卡後離去，之後將之交由

不知情之友人李○○使用。嗣為警循線查獲，經台灣台中地方法院檢察署檢察官於一〇一年四月二十八日以一〇一年度偵字第四八四五號為緩起訴處分，嗣經台灣高等法院台中分院檢察署於一〇一年五月二十三日駁回再議確定。

三、惟查：被告之同一犯罪事實，再經台灣台中地方法院檢察署檢察官於一〇一年五月七日以一〇一年度偵字第四四五六號向台灣台中地方法院提起公訴，於一〇一年六月二十七日繫屬於該院，經該院於一〇一年九月二十七日以一〇一年度易字第一八四七號判處有期徒刑二月，並於同年十二月十九日確定。惟原審此部分犯罪事實與前開台灣台中地方法院檢察署一〇一年度偵字第四八四五號緩起訴處分確定之事實同一，依前揭說明，其起訴之程序違背規定，原審於一〇一年九月二十七日判決時，就此重行起訴之案件，即應諭知不受理之判決，惟原審竟誤為實體之科刑判決，自有適用法則不當之違誤。

四、案經確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇二年度台非字第二二四號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某 甲

上列上訴人因被告竊盜案件，對於台灣台中地方法院中華民國一〇一年九月二十七日第一審確定判決（一〇一年度易字第一八四七號，起訴案號：台灣台中地方法院檢察署一〇一年度偵字第四四五六號），認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於某甲民國一〇〇年四、五月間竊盜部分撤銷。

上開撤銷部分公訴不受理。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按：判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又被告經緩起訴處分確定，於緩起訴期間內違背刑事訴訟法第二百五十三條之二第一項各款之應遵守或履行事項者，依同法第二百五十三條之三第三款規定，檢察官固得依職權或依告訴人之聲請撤銷原處分，繼續偵查或起訴，然於此情形，檢察官應製作撤銷緩起訴之處分書，並以正本送達於被告，被告接受撤銷緩起訴之處分書後，並得於七日內聲請再議，同法第二百五十五條第一項前段、第二項前段、第二百五十六條之一第一項分別定有明文。是撤銷緩起訴處分，係對於確定之緩起訴處分變更其效力，該撤銷緩起訴處分確定之前，原緩起訴處分之效力仍然存續，如於撤銷緩起

訴處分尚未確定前，原緩起訴處分仍未失其效力之情況下，檢察官逕對同一案件再行起訴，其起訴程序即屬違背規定，依同法第三百零三條第一款，應諭知不予受理之判決，始為適法。本件被告某甲意圖為自己不法之所有，於一〇〇年四、五月間（緩起訴處分書誤載為九十七年間某日），在台中縣清水鎮高○路○號○樓林○峰住處房間內，趁林○峰熟睡之際，徒手竊取林○峰為其姐林○瑜申辦，放置抽屜內之門號○○○○-○○○○○○號（緩起訴處分書誤載為 0917-○○○○○○○○號）SIM 卡，所涉刑法第三百二十條第一項竊盜罪部分，業經台灣台中地方法院檢察署檢察官於一〇一年四月二十八日以一〇一年度偵字第四八四五號為緩起訴處分，嗣經台灣高等法院台中分院檢察署於一〇一年五月二十三日駁回再議確定，有該案偵查卷宗及緩起訴處分書可稽，該緩起訴處分並未經檢察官依法聲請撤銷，惟同一犯罪事實，再經台灣台中地方法院檢察署檢察官於一〇一年五月七日以一〇一年度偵字第四四五六號向台灣台中地方法院提起公訴，於一〇一年六月二十七日繫屬於該院，經該院於一〇一年九月二十七日以一〇一年度易字第一八四七號判處有期徒刑二月，如易科罰金，以新台幣一千元折算一日，並於同年十二月十九日確定，亦有該案刑事卷宗及判決正本可證。原確定判決關於此部分犯罪事實與前開台灣台中地方法院檢察署一〇一年度偵字第四八四五號緩起訴處分確定之事實

既屬同一，而該緩起訴處分復未經檢察官依法聲請撤銷，依前揭說明，其起訴之程序違背規定，原確定判決就此重行起訴之案件，本應諭知不受理之判決，始為適法，竟逕為實體判決，論被告以竊盜罪，量處有期徒刑二月，如易科罰金，以新台幣一千元折算一日，自有適用法則不當之違誤。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決關於此部分撤銷，諭知不受理之判決，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書、第三百零三條第一款，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二年 六月 二十七日

【第四八案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第 253 條之 2 第 1 項、第 253 條之 2 第 1 項第 6 款、第 253 條之 3 第 1 項第 3 款、第 303 條第 1 款。

二、非常上訴理由

按檢察官為緩起訴處分者，得命被告於一定期間內遵守或履行刑事訴訟法第二百五十三條之二第一項各款所定事項。又被告於緩起訴期間內如有違背上開應遵守或履行事項之規定時，檢察官固得依職權或依告訴人之聲請，撤銷原緩起訴處分，繼續偵查或起訴，但以原緩起訴處分已經撤銷為前提，刑事訴訟法第二百五十三條之三第一項第三款規定甚明。又檢察官為緩起訴處分，若係命被告應依刑事訴訟法第二百五十三條之二第一項第六款規定，完成戒癮治療。苟被告已遵命履行，但檢察官誤為未履行，且以被告經採尿送驗呈嗎啡類陽性反應，於履行期間內故意更犯有期徒刑以上刑之罪，有違反毒品危害防制條例罪嫌，而依職權撤銷原緩起訴處分，並提起公訴，嗣該案經法院判決無罪時，則該撤銷原緩起訴之處分，顯係重大

違背法令，不生實質之效力，與未經撤銷原緩起訴處分無異，其後所提起之公訴，因違背刑事訴訟法第二百五十三條之三第一項第三款之規定，應認其起訴程序違背規定，依刑事訴訟法第三百零三條第一款之規定，為不受理之判決，始為適法。本件被告某甲前因違反毒品危害防制條例案件，經台灣桃園地方法院檢察署檢察官以一○○年度毒偵字第五○九五號為緩起訴處分，並命被告應於本案確定後一年半內按時至行政院衛生署(已改制為衛生福利部)桃園療養院(下稱桃園療養院)完成美沙冬替代療法之戒癮治療，並應依通知按時接受觀護人追縱輔導及不定期尿液檢驗，依毒品戒癮治療實施辦法及完成治療認定標準第九條及第十二條之規定完成戒癮治療。上開緩起訴處分履行期間自確定日即一○一年七月十二日起至一○三年一月十一日止。嗣被告於一○二年三月二日接受觀護人採尿送驗結果呈嗎啡類陽性反應，因涉有違反毒品危害防制條例罪嫌，檢察官乃於一○二年五月七日以一○二年度毒偵字第一七四七號提起公訴(下稱另案)。另於同年月一日以一○二年度撤緩字第二○三號撤銷前開緩起訴處分，再於一○二年七月十五日以一○二年度撤緩毒偵字第四四號提起公訴，經台灣桃園地方法院以一○二年度審訴字第一二九四號判決處被告有期徒刑七月，業於一○二年十一月二十一日確定(下稱原確定判決)。惟被告均依規定按時至桃園療養院接受美沙冬替代療法治療，並依通知按

時接受觀護人追蹤輔導與不定期尿液檢驗。而另案業經台灣桃園地方法院一〇二年度審訴字第八五三號判決，以該呈嗎啡類陽性反應之尿液檢體並非被告之尿液為由，諭知被告無罪確定。是檢察官誤認被告於履行期間內故意更犯有期徒刑以上之罪，其所為撤銷原緩起訴之處分，自屬違背法令，不生實質之效力，與未經撤銷原緩起訴處分無異。檢察官於原緩起訴期間未屆滿前再提起公訴，其程序即屬違背規定，原審未依刑事訴訟法第三百零三條第一款規定，諭知不予受理之判決，反判處被告罪刑，顯有判決適用法則不當之違背法令。案經確定，且對被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇三年度台非字第一八七號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，對於台灣桃園地方法院中華民國一〇二年十月二十五日第一審確定判決（一〇二年度審訴字第一二九四號，起訴案號：台灣桃園地方法院檢察署一〇二年度撤緩毒偵字第四四號），認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。本件公訴不受理。

理 由

非常上訴理由(見前二)

本院按：起訴之程序違背規定者，應諭知不受理之判決，刑事訴訟法第三百零三條第一款定有明文。又檢察官為緩起訴處分者，得命被告於一定期間內遵守或履行刑事訴訟法第二百五十三條之二第一項各款所定事項；被告於緩起訴期間內如有違背上開應遵守或履行事項之規定時，檢察官得依職權或依告訴人之聲請，撤銷原緩起訴處分，繼續偵查或起訴，但以原緩起訴處分已經合法撤銷為前提，此觀刑事訴訟法第二百五十三條之三第一項第三款規定自明。復按檢察官為緩起訴處分，若係命被告於一定期間內完成戒癮治療，苟被告已遵命履行，但檢察官誤為未履行而撤銷原緩起訴處分，並於原緩起訴期間屆滿前提起公訴（或聲請簡易判決處刑）時，該撤銷緩起訴之處分即有明顯之重大瑕疵，依司法院釋字第一四〇號解釋之同一法理，應認撤銷緩起訴之處分為無效，與緩起訴未經撤銷無異，其後提起之公訴（或聲請簡易判決處刑），因違背刑事訴訟法第二百五十三條之三第一項第三款規定，應依同法第三百零三條第一款為不受理之判決，始稱適法。本件被告所涉犯施用毒品犯行，經台灣桃園地方法院檢察署檢察官為緩起訴處分確定（一〇〇年度毒偵字第五〇九五號），並命被告應於確定（民國一〇一年七月十二日）後一年半內完成

戒癮治療，被告業依規定於履行期間內至桃園療養院接受美沙冬替代療法治療，另亦依通知按時接受觀護人追蹤輔導及不定期採尿檢驗，有同署一〇一年度緩護命字第二〇五六號觀護卷宗可稽。至被告於一〇二年三月二十一日接受觀護人所採尿液固經檢出嗎啡類陽性反應，惟該尿液檢體並非被告之尿液，業經台灣桃園地方法院一〇二年度審訴字第八五三號判決無罪確定。乃該署檢察官誤認被告未完成戒癮治療，於一〇二年五月一日逕予撤銷原緩起訴處分（一〇二年度撤緩字第二〇三號），揆諸首開說明，此撤銷緩起訴之處分自屬重大違背法令，應為無效，與緩起訴未經撤銷無異。從而同署檢察官另於一〇二年七月十五日以一〇二年度撤緩毒偵字第四四號提起公訴，其起訴程序即屬違背規定，原審法院應諭知不受理之判決，竟論以施用第一級毒品罪（累犯），並量處有期徒刑七月，顯有判決適用法則不當之違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，為有理由，應由本院將原判決撤銷，另為不受理判決之諭知，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款、第三百零三條第一款，判決如主文。

中 華 民 國 一〇三年 五月 二十二日

【第四九案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第260條、第303條第4款、第420條第1項第1、2、4、5款。

二、非常上訴理由

- 一、按不起訴處分已確定者，非有發現新事實或新證據，或刑事訴訟法第四百二十條第一項第一、二、四、五款之情形，不得對於同一案件再行起訴；又曾為不起訴處分，而違背第二百六十條之規定再行起訴者，應諭知不受理之判決，刑事訴訟法第二百六十條、第三百零三條第四款分別定有明文。查原判決以被告某甲於民國一〇一年五月二十日二十時許，在台南市安平區民權路○段○號『安○○○民宿』中，因房間租金價位問題而與投宿之告訴人柯○○發生口角爭執，被告竟基於傷害他人身體之犯意，用力拉扯告訴人之行李箱，致使得告訴人右手及右手腕擦撞行李箱之外殼，而受有右手腕及手挫傷等之傷害，經警到場後，被告竟基於公然侮辱之犯意，在告訴人及前往處理糾紛之警察林○○面前，向告訴人陳稱：『是你擋著我，混帳』，以此方式侮辱告訴人，而以被告公然侮辱他人，處罰金新台幣六千元；

傷害人之身體，處罰金新台幣一萬元，應執行罰金新台幣一萬五千元，固非無見。惟查，上開同一事實業經台灣台南地方法院檢察署檢察官於一〇一年十二月十日以一〇一年度偵字第八五二五號以罪嫌不足為由不起訴處分確定，此有該署一〇一年度偵字第八五二五號案卷可稽。次查，本件與前開一〇一年度偵字第八五二五號全卷之事證，均完全相同，並無任何新事實或新證據，原審未查於此，而論以上開之罪，自有判決適用法則不當之違背法令。

二、案經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇三年度台非字第一〇號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被 告 某甲

上列上訴人因被告傷害等罪案件，對於台灣台南地方法院中華民國一〇二年六月二十八日第一審確定簡易判決（一〇二年度簡字第一〇三八號；聲請簡易判決處刑案號：台灣台南地方法院檢察署一〇二年度偵字第四六二八號），認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。本件公訴不受理。

理 由

本件非常上訴理由(見前二)

本院按：同一案件經不起訴處分確定後，除有刑事訴訟法第二百六十條明定再行起訴之法定事由外，再行起訴者，應諭知不受理之判決，同法第三百零三條第四款規定甚明。而所稱同一案件，係指被告相同，犯罪事實亦相同者而言。經查被告某甲(按係經營民宿)於民國一〇一年五月二十日二十一時許，基於傷害之犯意，以揮舞行李箱，進而碰撞告訴人柯〇〇(按係原欲承租被告所經營民宿之人)之行為，致柯〇〇之右手及右手腕部位受有挫傷，嗣另起公然侮辱之犯意，於前往處理之員警面前，稱柯〇〇為「混蛋」(或混帳)等情，涉犯刑法第二百七十七條第一項傷害罪、第三百零九條第一項之公然侮辱罪，此二罪，為數罪，應分論併罰。然該同一犯罪事實，先經台灣台南地方法院檢察署檢察官以一〇一年度偵字第八五二五號處分不起訴確定；復經同署檢察官於一〇二年四月二日以一〇二年度偵字第四六二八號，向原審法院聲請簡易判決處刑，而經原審法院於同年六月二十八日以一〇二年度簡字第一〇三八號，論處被告公然侮辱及傷害各一罪，此有被告上開案件之判決及各偵查、審判、執行卷宗、台灣高等法院被告前案紀錄表在卷可稽。則檢察官顯係就經處分不起訴確定之同一案件，在無刑事訴訟法第二百六十條所定之情形下，

再予起訴；原審未察，竟依檢察官簡易判決處刑書所求，予以論罪科刑，揆諸前揭說明，即非適法。案經確定，且不利被告，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決予以撤銷，另行諭知本件公訴不受理，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書、第三百零三條第四款，判決如主文。

中 華 民 國 一〇三年 一月 十五日

【第五十案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第 266 條、第 379 條第 12 款。

二、非常上訴理由

- 一、按裁定得提起非常上訴者，須裁定與科刑確定判決有同等效力者，方能為之，此有最高法院二十一年非字第一五二號、四十四年台非字第四一號判例要旨可供參考。本件台灣台南地方法院一〇一年度毒聲字第四一四號觀察勒戒刑事裁定，非屬程序上之裁定，其裁定之效力乃使被告送勒戒處所觀察、勒戒，顯然與科刑確定判決有同等效力，且該裁定業已確定，自得對之提起非常上訴，先予敘明。
- 二、次按已受請求之事項未予判決，或未受請求之事項予以判決者，其判決當然為違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第十二款定有明文。又同法第二百六十六條規定起訴之效力，不及於檢察官所指被告以外之人，此乃起訴對人之效力，亦即檢察官起訴對象為被告之『人』，並非其『姓名』。法院審判之對象，是否即為檢察官所指之被告，應以檢察官指為刑罰對象之被告為依據，縱犯罪行為人以偽名或冒用他人名義應訊，致檢察官以

被冒名者之姓名、年籍起訴，則檢察官指為被告之人，即為實際應訊之該犯罪行為人，法院自應對其為審判，而該被冒名頂替之人，並非檢察官指為被告之人，縱檢察官誤以其姓名、年籍起訴或聲請，仍非檢察官指為刑罰對象之人，非起訴效力所及，法院自不得對其加以審判（台灣高等法院八十四年度上訴字第六七一〇號判決、最高法院八十二年度台非字第四〇六號判決要旨參照）。本件涉犯施用毒品罪嫌之人為徐○翔，警方於案發時，將徐○翔本人解送台灣台南地方法院檢察署，經內勤檢察官依法訊問，惟徐○翔於警方初詢及檢察官偵查中，均冒用『徐○峻』之姓名，復在警方偵詢筆錄上偽簽『徐○峻』姓名並按下自己之指模，在檢察官之訊問筆錄上亦偽簽『徐○峻』姓名，致檢察官誤認徐○翔係『徐○峻』，而於偵訊後諭知請回，繼而誤載被告姓名為『徐○峻』及其年籍資料，向原法院聲請裁定觀察、勒戒。但本件檢察官聲請之對象仍為冒名接受偵訊之徐○翔，並非徐○峻本人，原法院審理時未傳喚徐○翔到庭，即逕對檢察官聲請觀察勒戒聲請書上之『徐○峻』以裁定送勒戒處所觀察、勒戒，於將該裁定書送達徐○峻本人後，徐○峻發覺遭人冒用姓名應訊，於本件裁定確定後，以書狀堅決否認犯行，並辯稱：本件裁定所指之犯罪時間，伊正在屏東縣長治鄉下○街○之

○號『精○電氣工程企業有限公司』（下稱精○公司）上班，伊係遭胞弟徐○翔冒名應訊等語。經查：被告上開辯詞，有精○公司一○一年十一月二日出勤證明書、放勤表等在卷可參。又該署提訊徐○翔，徐○翔亦供稱，本件警詢筆錄上之簽名與指紋均為其假冒被告身分所偽造，並坦承犯施用毒品及偽造文書罪嫌不諱等語。次查徐○翔所涉施用毒品及偽造文書部分，業經該署檢察官以一○二年度偵字第七五九號聲請簡易判決處刑，並經台灣台南地方法院以一○二年度簡字第四一五號判決徐○翔施用毒品及偽造文書均有罪，該判決已於一○二年五月六日確定在案，有該案判決書影本及徐○翔之全國刑案資料查註表各一份在卷供參。而本件警詢筆錄、採尿同意書及相片影像資料等，經送內政部警政署刑事警察局鑑定上開文件中之指紋後，發現該指紋確係徐○翔所捺，有內政部警政署刑事警察局一○一年十一月二十九日刑紋字第 1010156770 號鑑定書附卷可稽。是顯然本案被告徐○峻並非當時警訊應訊之人，則該名嫌犯尿液亦非被告所排放。參以徐○翔之全國刑案資料查註表，徐○翔前於九十九年間已因施用毒品案件而遭裁定觀察勒戒，並於九十九年六月二十五日因無繼續施用傾向而釋放，故本件亦不得以裁定更正被告姓名之方式為救濟。是上開裁定書記載之事實、證

據及理由，係對未經檢察官聲請（或起訴）之徐○峻本人為裁定送觀察、勒戒，自有未受請求之事項予以判決（裁定）之違誤（最高法院九十年台非字第一六〇號判決要旨參照），及有依法應於審判期日調查之證據而未予調查，顯然於判決有影響之違背法令。

三、案經確定，於被告不利。爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇三年度台非字第一六號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 徐○峻

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，對於台灣台南地方法院中華民國一〇一年八月三十一日第一審確定裁定（一〇一年度毒聲字第四一四號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原裁定撤銷。

檢察官之聲請駁回。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按：對於毒品危害防制條例所規定之觀察、勒戒及強制戒治等事項所為之裁定，乃拘束身體、自由之

保安處分，與科刑判決有同等效力，於裁定確定後，如有違法，得提起非常上訴，合先敘明。又按法院審判之被告，係檢察官所指刑罰權對象之人，起訴書所記載之被告姓名、年籍，一般固與審判中審理之人（對象）姓名、年籍一致，然檢察官若以遭冒用之姓名、年籍起訴，而審判之對象為真正之犯罪行為人，即檢察官所指被告之人係真正之犯罪行為人，因刑罰權之客體同一，僅姓名、年籍不同，其於審理中查明時，雖由法院逕行更正被告之姓名、年籍；其於判決後始發現者，雖亦由原法院裁定更正姓名、年籍重行送達即可。但法院若依卷證資料及調查證據之結果，足認檢察官所起訴之對象係遭冒用姓名、年籍等之人，即應就起訴書所指該遭冒用姓名、年籍者為裁判。是倘行為人冒用姓名、年籍接受警詢未被發覺，檢察官復未實施偵查訊問，即依憑警方所查得遭冒用姓名、年籍者之相片影像資料等，將之記載於起訴書被告欄內，於此情形下，因檢察官未為偵查行動，其內心本意無從依外觀上客觀之事證憑斷，而其既僅依形式上所查得之資料，於起訴書記載被告之姓名、年籍，則應以起訴書所載姓名、年籍之人為審判對象。前述情形，於法院所為之裁定，亦應為相同之解釋。本件係警方於民國一〇一年六月十一日上午十時許，在台南市東區大同路〇段〇〇〇號〇樓，查獲自稱「徐〇峻」（按係「徐〇翔」冒名）自承有施用第二級毒品甲基安非他命，經警方帶回警局調查詢問，其筆錄記載受

詢問人姓名為「徐○峻」、男性、六十二年○月二十日出生、身分證統一編號T○○○○○○○○○○、戶籍地址屏東縣屏東市豐○街○之○號○樓、現住地址屏東縣屏東市廣○路○巷○弄○號之○，該自承施用毒品者並在警詢筆錄及採尿同意書等文書上簽署「徐○峻」署押及按指紋，警方並調閱查核「徐○峻」個人戶籍基本資料、相片影像資料（其上有「徐○峻」之姓名、出生年月日、身分證字號）屬實附卷。警方嗣將本案移送檢察官偵辦時，檢察官並未傳喚該自承施用毒品者，依卷內資料亦未經內勤檢察官訊問，即逕依上述警詢筆錄、個人戶籍基本資料、相片影像資料內，形式上所記載受詢問人之姓名、年籍、戶籍地址、住所地址等資料，將「徐○峻」列為被告，向台灣台南地方法院聲請送勒戒處所觀察、勒戒，經台灣台南地方法院於一○一年八月三十一日，以一○一年度毒聲字第四一四號刑事裁定，諭知「徐○峻」應送勒戒處所觀察、勒戒，並以寄存送達之方式送達該裁定確定，上情有台南市政府警察局第一分局南市警一偵字第一○一一三○一○九五號卷宗影本、台灣台南地方法院檢察署一○一年度毒偵字第一六○六號卷宗影本、台灣台南地方法院一○一年度聲字第四一四號卷宗附卷可稽。揆諸前揭說明，堪認檢察官係以聲請書所載「徐○峻」之人，作為聲請送勒戒處所觀察、勒戒之對象，原確定裁定依據檢察官聲請書之記載，裁定「徐○峻」應送勒戒處所觀察、勒戒，其裁定之

對象為徐○峻。非常上訴意旨載稱「警方於案發時，將徐○翔本人解送台灣台南地方法院檢察署，經內勤檢察官依法訊問，惟徐○翔於……檢察官偵查中，均冒用『徐○峻』之姓名，復……在檢察官之訊問筆錄上亦偽簽『徐○峻』姓名，致檢察官誤認徐○翔係『徐○峻』，而於偵訊後諭知請回」云云，核與上開卷宗所附之證據資料不符，其據以指摘原確定裁定對「未經檢察官聲請（或起訴）之徐○峻本人為裁定送觀察、勒戒，自有未受請求之事項予以判決（裁定）之違誤」云云，雖有誤解。惟查「徐○峻」於本件裁定確定後，具狀向台灣台南地方法院檢察署檢察官陳稱：原確定裁定所載施用毒品之時間，伊正在精○公司上班，伊係遭胞弟「徐○翔」冒名應訊等情，並提出精○公司所出具之放勤表及證明書為證，經該署檢察官提訊「徐○翔」供承：伊於警詢中冒用「徐○峻」名義應詢，並在警詢筆錄及採尿同意書等文書上偽造「徐○峻」署押及按指紋，係伊為原確定裁定所載施用甲基安非他命之犯行等情明確，有「徐○翔」檢察官訊問筆錄影本附卷可證。又本件警詢筆錄及採尿同意書等文書上之指紋，經送內政部警政署刑事警察局鑑定均係「徐○翔」之指紋，亦有內政部警政署刑事警察局一○一年十一月二十九日刑紋字第一○一○一五六七七○號鑑定書影本附卷可稽。另「徐○翔」前揭施用毒品及偽造文書等犯行，嗣經台灣台南地方法院以一○二年度簡字第四一五號刑事簡易判決，論

處施用第二級毒品及行使偽造私文書罪刑，復有上開刑事簡易判決影本附卷足憑。堪認本件係「徐○翔」施用甲基安非他命，及「徐○翔」於警詢中冒用「徐○峻」名義應詢，並在警詢筆錄及採尿同意書等文書上偽簽「徐○峻」署押及按指紋，「徐○峻」並非本件之施用甲基安非他命者，原審疏未查明上情，致誤認「徐○峻」為本件施用甲基安非他命之人，裁定「徐○峻」應送勒戒處所觀察、勒戒，顯有應於審判期日調查之證據未予調查之違背法令，案經確定，且於「徐○峻」不利，非常上訴執以指摘，洵有理由，應由本院將原裁定撤銷，並駁回檢察官之聲請，以資救濟。據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，判決如主文。

中 華 民 國 一〇三年 一月 十六日

【第五一案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第 268 條、第 379 條第 12 款、
第 447 條第 1 項第 1 款前段、第
447 條第 2 項、第 448 條。

二、非常上訴理由

一、按自訴案件，本應為實體上之審判，而誤為不受理之判決，案經確定，其訴訟即因而終結。縱此項原應實體審判而誤為自訴不受理之判決，係屬判決違背法令，而經提起非常上訴，將違背法令部分撤銷，然此違法判決，被告得因而免受實體審判遭論罪科刑之危險，對被告有利，即無不利可言。此種情形，非誤認無審判權而諭知不受理，第一審法院不對被告實體審判既對被告有利，如再由第一審對被告為實體上審判，被告反遭不利，故亦無維持被告審級利益之必要，非常上訴審，僅得依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，將原判決違背法令部分撤銷，而不能依同條款但書另行判決，亦不能依同條第二項，將原判決撤銷由第一審法院依判決前之程序更為審判。又依刑事訴訟法第四百四十八條規定，非常上訴之判決，僅於原違法判決不利於被

告，撤銷後另為有利於被告之判決，及原違法判決係誤認為無審判權而諭知不受理，或原違法判決不利於被告又不宜另行判決，且有維持被告審級利益之必要，而撤銷後諭知由原審法院依判決前之程序更為審判之判決，其效力及於被告，其餘非常上訴之判決，效力均不及於被告。上開原應實體審判而誤為自訴不受理之判決，經非常上訴將原判決違背法令部分撤銷，既非上述二種判決，其效力自不及於被告，而僅具統一解釋法令之理論效力，並無現實之效力，原確定判決依然存在，對被告而言，並不因此非常上訴判決而有何影響。其已終結之訴訟程序不因此而復活。又此違法之程序判決，不發生實體上之既判力，如依法再行起訴，應不受一事不再理之拘束。〔最高法院二十九年非字第七一號判例、七十三年九月十八日最高法院七十三年度第九次刑事庭會議決議(一)、八十一年五月五日最高法院八十一年度第二次刑事庭會議(四)參照〕。

- 二、本件自訴人陳○○建築師事務所即陳○○（陳○○死亡後由其配偶林○○承受訴訟）先於八十八年六月十七日向台灣台北地方法院檢察署就被告某甲及其配偶李○○涉嫌共同連續業務侵占、偽造有價證券等罪嫌提出告訴，該署檢察官以八十八年度偵字第一三八七七號案開始偵查。該偵查案件尚未終結前，自訴人即於八十九

年一月三十一日就同一事實向台灣台北地方法院提起自訴（即八十九年度自字第一四三號，本案之前身），檢察官隨即將上開偵查中之同一案件移由台灣台北地方法院之上開自訴案件併案審理。嗣台灣台北地方法院將該應為實體上審判之自訴案件，誤為自訴不受理判決確定在案，並將檢察官併移之上開未偵查終結之案件退回台灣台北地方法院檢察署處理。前開已確定之八十九年度自字第一四三號自訴案，經本署檢察總長提起非常上訴，最高法院認非常上訴意旨指摘上開確定判決諭知『自訴不受理』有適用法則不當之違背法令為有理由，惟該項違誤尚非不利於被告，而於九十年五月十六日以九十年度台非字第一五二號判決將『原判決關於違背法令部分撤銷』在案。依前開說明，其原繫屬於台灣台北地方法院之八十九年度自字第一四三號案件關於違背法令之部分雖經撤銷，其效力並不及於被告，並無現實之效力，原確定判決依然存在，對被告而言，並不因此非常上訴判決而有何影響。其已終結之訴訟程序不因此而復活。

- 三、又按法院不得就未經起訴之犯罪審判，又未受請求之事項予以判決者，其判決當然違背法令。刑事訴訟法第二百六十八條、第三百七十九條第十二款分別定有明文。本件於上開非常上訴判決，將前案（即八十九年度自字第一四三號判決）違

背法令部分撤銷後，並未經自訴人再行提起自訴，而本案（即九十年度自字第五〇二號）係依台灣台北地方法院檢察署於九十年七月三日以北檢茂闕八九偵一六六二五字第二八三一〇號函送該署八十九年度偵字第一六六二五號案卷（即經台灣台北地方法院退回併案之原八十八年度偵字第一三八七七號偵查案件），即重新分案審理。然核該函僅係以公函將未經偵查終結之案件函送第一審法院，而未提起公訴，並不具起訴之性質及效力，自無訴訟之繫屬。而自訴人原提起自訴之八十九年度自字第一四三號案業經判決不受理確定，訴訟繫屬已消滅，自訴人復未再行提起自訴，亦無繫屬之案件可資併案審理。乃第一審法院竟在無訴訟繫屬之情況下，就已消滅訴訟繫屬之自訴案件，再行分案（即九十年度自字第五〇二號案件），並為實體之有罪判決，自屬訴外裁判（最高法院一〇二年度台上字第三四九一號判決意旨參照）。自訴人及被告不服，均提起上訴，詎原審未察，遽以上訴為無理由，判決上訴駁回確定，揆諸上開說明，自有判決不適用法則之違背法令。

- 四、案經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇三年度台非字第七六號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告業務侵占案件，對於台灣高等法院中華民國九十三年三月二十三日第二審確定判決（九十二年度上易字第二二八二號，自訴案號：台灣台北地方法院九十年度自字第五〇二號），認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決及第一審判決關於某甲部分均撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按法院不得就未經起訴之犯罪審判；除本法有特別規定外，已受請求之事項未予判決，或未受請求之事項予以判決者，其判決當然違背法令，刑事訴訟法第二百六十八條、第三百七十九條第十二款，分別定有明文。又按自訴案件，本應為實體上之審判，而誤為不受理之判決，案經確定，其訴訟即因而終結。縱此項原應實體審判而誤為自訴不受理之判決，係屬判決違背法令，經提起非常上訴，將違背法令部分撤銷，然此違法判決，被告得因而免受實體審判遭論罪科刑之危險，對被告有利，即無不利於被告之情事。此種情形，又非誤認無審判權而諭知不受理，原審法

院不對被告實體審判既對被告有利，如再由原審法院對被告為實體上審判，被告反遭不利，故亦無維持被告審級利益之必要，非常上訴審，僅得依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，將原判決違背法令部分撤銷，而不能依同條款但書另行判決，亦不能依同條第二項，將原判決撤銷，由原審法院依判決前之程序更為審判。又依刑事訴訟法第四百四十八條規定，非常上訴之判決，僅於原違法判決不利於被告，經撤銷後另為有利於被告之判決，及原違法判決係誤認為無審判權而諭知不受理，或原違法判決不利於被告又不宜另行判決，且有維持被告審級利益之必要，而撤銷後諭知由原審法院依判決前之程序更為審判之判決，其效力始及於被告，其餘非常上訴之判決，效力均不及於被告。上開原應實體審判而誤為自訴不受理之判決，經非常上訴審將原判決違背法令部分撤銷，既非上述二種判決，其效力自不及於被告，而僅具統一解釋法令之理論效力，並無現實之效力，原確定判決依然存在，對被告而言，並不因此非常上訴判決而有何影響，已終結之訴訟程序亦不因而回復。又此違法之程序判決，不發生實體上之既判力，如依法再行起訴，應不受一事不再理之拘束（本院二十九年非字第七一號判例、民國七十三年九月十八日七十三年度第九次刑事庭會議決議（一）、八十一年五月五日八十一年度第二次刑事庭會議決議（四）參照）。查自訴人陳○○建築師事務所即陳○○（陳○○死亡後，

由其配偶林○○承受訴訟)先於八十八年六月十七日向台灣台北地方法院檢察署，就被告某甲及其配偶李○○涉嫌共同連續業務侵占、偽造有價證券等罪嫌，提出告訴，經分案八十八年度偵字第一三八七七號案件(下稱前偵查案件)開始偵查。於本偵查案件尚未偵查終結前，自訴人即於八十九年一月三十一日就同一事實，向台灣台北地方法院對被告及李○○提起自訴，經分案八十九年度自字第一四三號案件(下稱前自訴案件)審理。檢察官因此將前偵查案件之同一案件，移請前自訴案件併案審理。乃台灣台北地方法院將原應為實體上審判之前自訴案件，誤為自訴不受理判決而確定在案，並將檢察官移送併案審理之前偵查案件退回台灣台北地方法院檢察署處理。最高法院檢察署檢察總長指摘前自訴案件確定判決諭知「本件自訴不受理」，有判決適用法則不當之違背法令，提起非常上訴，經本院九十年五月十六日九十年度台非字第一五二號判決認非常上訴為有理由，惟前自訴案件確定判決之違背法令尚非不利於被告，乃判決「原判決關於違背法令部分撤銷」。非常上訴判決將前自訴案件確定判決違背法令部分撤銷後，自訴人並未再行提起自訴，台灣台北地方法院檢察署於九十年七月三日以北檢茂闕八十九偵一六六二五字第二八三一〇號函，檢送同署八十九年度偵字第一六六二五號案件(前偵查案件經退回台灣台北地方法院檢察署處理後改分之案號，下稱本偵查案件)等相關案卷資料，

函請台灣台北地方法院重新分案九十年度自字第五〇二號案件審理等情，有各該案件案卷影本可稽。前自訴案件確定判決關於違背法令部分，雖經撤銷，依上開說明，其效力並不及於被告，並無現實之效力，亦即前自訴案件確定判決依然存在，對被告而言，並不因上開非常上訴判決而受影響，已終結之前自訴案件訴訟程序亦不因而回復。而上開台灣台北地方法院檢察署函僅係將未經偵查終結之本偵查案件函送台灣台北地方法院重新分案審理，並非依刑事訴訟法第二百六十四條、第二百六十五條規定，提起公訴或追加起訴，不具起訴之性質及效力，並無訴訟繫屬。前自訴案件業經判決自訴不受理確定，訴訟繫屬已經消滅，自訴人復未再行提起自訴，亦無繫屬中案件可以併案審理。乃台灣台北地方法院在無訴訟繫屬之情形下，再行分案九十年度自字第五〇二號案件審理，並為實體之有罪判決，洵有未受請求之事項予以判決之違法。自訴人及被告不服第一審判決，均提起上訴。詎原確定判決不察，遽認自訴人及被告之上訴為無理由，因而維持第一審關於被告部分之科刑判決，駁回自訴人此部分及被告在原審之上訴，揆諸上開說明，同有未受請求之事項予以判決之違誤。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨執以指摘，為有理由，應由本院將原判決及第一審判決關於被告部分均撤銷，以資救濟。又上述部分並無訴之存在，惟仍具裁判之形式效力，僅將此部分撤銷，毋庸另行改判。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇三年 三月 十三日

【第五二案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第302條第1款、第378條。

二、非常上訴理由

- 一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又案件曾經判決確定者，應諭知免訴之判決，為同法第三百零二條第一款所明定，學理上稱為一事不再理原則，關於實質上一罪及裁判上一罪之情形，均有其適用。
- 二、查被告即受刑人某甲前因違反毒品危害防制條例（施用毒品）案件，經台灣板橋地方法院於民國九十六年八月十四日以九十六年度訴字第八七二號判決『某甲施用第一級毒品，累犯，處有期徒刑壹年貳月，減為有期徒刑柒月。扣案如附表一所示之毒品，均沒收銷燬之。』並經台灣高等法院於九十六年十一月二十一日以九十六年度上訴字第四〇三八號判決駁回上訴，於九十七年一月二十二日確定。該確定判決認定之事實為『某甲於九十五年十二月二十四日十九時許，在台北縣三重市（已改制為新北市三重區）某友人住處，將第一級毒品海洛因及第二級毒品甲基

安非他命一起混合放置在吸食器內，以用火燒烤吸食煙霧之方式，同時施用海洛因、甲基安非他命一次。嗣於九十五年十二月二十四日二十一分五十分許，因另涉犯毒品案件經本院通緝，而在台北縣三重市（已改制為新北市三重區）自○街○號前為警查獲，並當場扣得其所有如附表一所示之毒品（註：含海洛因七包【其中六包鑑餘淨重共計 40.40 公克，另一包鑑餘淨重 8.37 公克】）』並於判決理由欄四敘明『被告持有海洛因數量已超過行政院九十三年一月七日頒訂之〈淨重五公克以上〉標準，依毒品危害防制條例第十一條第四項規定，雖應加重其刑至二分之一，惟依法加重後，其法定刑度仍較毒品危害防制條例第十條第一項之施用第一級毒品罪為輕，是被告為施用海洛因、甲基安非他命而持有海洛因、甲基安非他命之低度行為，應為其施用之高度行為所吸收，不另論罪』。而本件原確定判決（台灣高等法院九十八年度上更(一)字第四一二號）認定之事實為『某甲明知海洛因係毒品危害防制條例第二條第一項第一款所列之第一級毒品，未經許可不得持有，竟於九十五年十二月間某日，在不詳地點以不詳價格向姓名不詳成年人販入第一級毒品海洛因七包，而持有之。嗣於同年十二月二十四日晚間九時五十分許，為警在台北縣三重市（已改制為新北市三重區）自○街○號前查

獲，並扣得如附表一所示海洛因七包（其中六包鑑餘淨重共計 40.40 公克、純度 42.82%，另一包鑑餘淨重 8.37 公克，純度 0.5%），並論處被告持有第一級毒品罪責（有期徒刑一年，減為有期徒刑六月），有相關判決在卷可稽。惟查，被告所犯本件持有第一級毒品海洛因之犯行，與前案施用第一級毒品犯行屬實質上一罪，應為前案即台灣高等法院九十六年度上訴字第四〇三八號確定判決所認定之高度施用行為所吸收，原審一時失察，竟就被告之同一持有第一級毒品犯行重覆為實體判決，而未依刑事訴訟法第二百零二條第一款諭知免訴判決，顯有判決適用法則當之違背法令。

三、案經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第四百四十一條第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇一年度台非字第四五號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，對於台灣高等法院中華民國九十九年四月三十日第二審確定判決（九十八年度上更（一）字第四一二號，起訴案號：台灣板橋地方法院檢察署九十六年度偵字第五

三九三、一四四四三、二〇〇六三號)，認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於持有第一級毒品部分撤銷。

上開撤銷部分免訴。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按：案件曾經判決確定者，應諭知免訴之判決，刑事訴訟法第三百零二條第一款定有明文，乃一事不再理之原則，關於實質上一罪及裁判上一罪之情形，均有其適用。本件被告某甲於民國九十五年十二月二十四日十九時許，在台北縣三重市（已改制為新北市三重區，下同）某友人住處，以將第一級毒品海洛因及第二級毒品甲基安非他命一起混合，同時施用海洛因、甲基安非他命一次。嗣因另涉犯違反毒品危害防制條例案件經法院通緝，於九十五年十二月二十四日二十一時五十分許在台北縣三重市自○街○號前為警查獲，並當場扣得其所有如該判決附表一所示之毒品（含海洛因七包，其中六包鑑餘淨重共計 40.40 公克，另一包鑑餘淨重 8.37 公克）等情。檢察官以其涉犯施用第一級及第二級毒品提起公訴（台灣板橋地方法院檢察署九十六年度毒偵字第二一七號），台灣板橋地方法院於九十六年八月十四日，依想像競合犯從一重論以施用第一級毒品（累犯）罪，量處有期徒刑一年二月，併依中華民國九十六年罪犯減刑條例減

為有期徒刑七月，暨諭知相關沒收之從刑。經上訴台灣高等法院後，該院於九十六年十一月二十一日判決「上訴駁回」，於同年十二月二十二日確定（非常上訴意旨誤認於九十七年一月二十二日確定）。該確定判決理由欄敘明「被告持有之海洛因數量已超過行政院九十三年一月七日頒訂之『淨重 5 公克以上』標準，依毒品危害防制條例第十一條第四項規定，雖應加重其刑至二分之一，惟依法加重後，其法定刑度仍較毒品危害防制條例第十條第一項之施用第一級毒品罪為輕，是被告為施用海洛因、甲基安非他命而持有前開海洛因、甲基安非他命之低度行為，應為其施用之高度行為所吸收，不另論罪」。然檢察官卻又以被告持有上述被查獲之海洛因，係其基於販賣第一級毒品之犯意，於九十五年十二月間某日，在不詳地點，以不詳代價向姓名年籍不詳之成年男子所販入，擬販賣予不特定人以牟利，嗣於前揭時地被查扣前開七包海洛因之同一持有之事實，認被告涉犯販賣第一級毒品罪嫌，而與其他販賣行為提起公訴（台灣板橋地方法院檢察署九十六年度偵字第五三九三、一四四四三、二〇〇六三號），經台灣板橋地方法院於九十七年七月二十九日，以九十六年度訴字第三五六一號刑事判決，認不能證明此部分成立販賣罪，而說明公訴意旨認與其他成立販賣第一級毒品罪部分有集合犯包括一罪關係，故不另為無罪之諭知。嗣經上訴於原審台灣高等法院，乃原審於九十九年四月三十日，

以九十八年度上更(一)字第四一二號為更審判決，認被告此部分成立持有罪。然同一持有行為已被施用之高度行為所吸收而經法院判決確定，如前所述，原審失察，未為免訴之適法判決，卻就此部分變更檢察官起訴法條，仍改判論以持有第一級毒品（累犯）罪，量處其有期徒刑一年，併依中華民國九十六年罪犯減刑條例減為有期徒刑六月，暨諭知相關沒收之從刑。有上揭二案卷宗可稽，自有判決不適用法則之違誤。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由。應由本院將原判決關於此部分撤銷，另行諭知免訴，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款、第三百零二條第一款，判決如主文。

中 華 民 國 一〇一年 二月 八日

【第五三案】

一、 關係條文

刑事訴訟法 第 302 條第 1 款、第 378 條。
刑 法 第 266 條第 1 項前段。
電子遊戲場業管理條例 第 15 條、第 22 條。

二、非常上訴理由

- 一、按判決不適用法則或適用不當者為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又案件曾經判決確定者，應諭知免訴之判決，刑事訴訟法第三百零二條第一款亦定有明文。
- 二、經查本件原判決認被告某甲自民國九十九年三月間某日起，至同年十二月三十一日為警查獲時止，在新竹市北區延平路○段○號『幸○○便利商店』，未經允許經營電子遊戲場業並與不特定人賭博財物，因認被告有違反電子遊戲場業管理條例第十五條之未依電子遊戲場業管理條例規定辦理營利事業登記者，不得經營電子遊戲場業之規定，應依同條例第二十二條之規定處罰，及犯刑法第二百六十六條第一項前段之在公眾得出入之場所賭博財物罪。被告於上開時間，持續營業行為，其於密切且接近之一定時間及空間內反覆從事電動玩具業，屬於集合犯，應諭以包括

之單純一罪。所犯二罪並依想像競合犯從一重之非法營業罪處斷。而判處被告有期徒刑四月，如易科罰金以新台幣一千元折算一日，固非無見。惟查被告自九十九年三月間某日起，至同年四月二十五日為警查獲時止，擅自在同一地點之『幸○○便利商店』，經營電子遊戲場業及犯賭博罪等（亦認被告犯電子遊戲場業管理條例第二十二條之非法營業罪、刑法賭博罪，並認前罪屬於集合犯，應論以包括之單純一罪。且認兩罪有想像競合犯關係，而從一重之非法營業罪處斷）之同一案件，業經台灣高等法院於一〇一年三月二十二日，以一〇一年度上易字第二二五號判決，判處有期徒刑四月，如易科罰金以新台幣一千元折算一日確定在案，此有台灣高等法院上開案號案卷及判決書附卷可稽。是被告所犯本案（一〇一年度竹簡字第四九二號）於一〇一年十一月十九日判決時，依法應為免訴之諭知，乃原審未及審酌而誤為實體上之科刑判決，自有判決適用法則不當之違背法令。

三、案經確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇三年度台非字第二三一號

上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長
被 告 某甲

上列上訴人因被告違反電子遊戲場業管理條例案件，對於台灣新竹地方法院中華民國一〇一年十一月十九日第一審確定簡易判決（一〇一年度竹簡字第四九二號，聲請簡易判決處刑案號：台灣新竹地方法院檢察署一〇一年度偵字第二〇八三號），認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。本件免訴。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按：案件曾經判決確定者，應諭知免訴之判決，刑事訴訟法第三百零二條第一款定有明文。此項訴訟法上所稱一事不再理之原則，關於實質上一罪或裁判上一罪，均有其適用。查電子遊戲場業管理條例第十五條規定「未依本條例規定領有電子遊戲場業營業級別證者，不得經營電子遊戲場業。」違反前揭規定者，依同條例第二十二條規定應處以刑罰。其所謂電子遊戲場業，依該條例第三條規定，係指設置電子遊戲機供不特定人益智娛樂之營利事業，是以所謂經營電子遊戲場「業」，乃指經營電子遊戲場業務而言。而刑法上所稱業務之營業犯，係指以反覆同種類之行為為目的之社會的活動而言，屬於集合犯之一種，為包括一罪。又實質上一罪或裁判上一罪，其既判力對於時

間效力之範圍，應以最後審理事實法院之宣示判決日為判斷之標準。本件被告某甲前於民國九十九年三月間某日起至同年四月二十五日止，違反電子遊戲場業管理條例第十五條規定，擅自在新竹市北區延平路○段○號「幸○○便利商店」內，擺設賭博性電子遊戲機供不特定人賭博財物，經營電子遊戲場業為警查獲，業經台灣新竹地方法院檢察署檢察官於九十九年十二月十五日以九十九年度偵字第五五七一號提起公訴，嗣經台灣高等法院於一〇一年三月二十二日，以一〇一年度上易字第二二五號判決，以屬集合犯包括一罪，判處被告共同犯電子遊戲場業管理條例第二十二條之非法營業罪刑（有期徒刑四月並得易科罰金）確定，有該案（下稱前案）起訴書、判決書及被告前案紀錄表可查。其集合犯包括一罪既判力之時點，應至最後審理事實法院宣判之日，即一〇一年三月二十二日。嗣被告復於九十九年十二月十三日（非常上訴意旨誤載為三十一日）在同址，經警查獲自九十九年三月間某日起，至同年十二月十三日止，於同一場所違反電子遊戲場業管理條例第十五條規定，擅自擺設電子遊戲機供不特定人賭博財物，經營電子遊戲場業，又經台灣新竹地方法院檢察署檢察官於一〇一年四月三十日以一〇一年度偵字第二〇八三號聲請簡易判決處刑書，聲請簡易判決處刑，台灣新竹地方法院並於一〇一年十一月十九日以一〇一年度竹簡字第四九二號刑事簡易判決，以屬集合犯包括一

罪，判處被告共同犯電子遊戲場業管理條例第二十二條之非法營業罪刑確定（即本案）。被告之行為既屬集合犯為包括一罪，而前案既判力之時點，係至最後審理事實法院宣判之日，即一〇一年三月二十二日，則本案於「九十九年三月間某日起至同年十二月十三日止被查獲」部分，自為前案之既判力所及。乃原審不察，於一〇一年十一月十九日再為實體上科刑之判決，自有適用法則不當之違法。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨，執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決撤銷，另為免訴之判決，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書、第三百零二條第一款，判決如主文。

中 華 民 國 一〇三年 六月 十九日

【第五四案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第 303 條第 2 款。
毒品危害防制條例 第 10 條第 2 項。

二、非常上訴理由

一、按『已經提起公訴或自訴之案件，在同一法院重行起訴者，應諭知不受理之判決，刑事訴訟法第三百零三條第二款，定有明文。縱先起訴之判決，確定在後，如判決時，後起訴之判決，尚未確定，仍應就後起訴之判決，依非常上訴程序，予以撤銷，諭知不受理。』司法院釋字第一六八號意旨可資參照。本件被告涉嫌基於施用第二級毒品甲基安非他命之犯意，於（民國）九十九年七月二十八日下午八時許，在台北市仙岩路○巷○號○樓居所後陽台，將安非他命、甲基安非他命一次置放他人贈送之玻璃球（未扣案）內，燒烤後由口鼻吸食安非他命、甲基安非他命一次，嗣為警於九十九年七月二十九日下午二時四十五分許，持該院核發受搜索人為鄭○○之搜索票，搜索被告上揭居處查獲，並扣得甲基安非他命九包之事實，前經台灣台北地方法院檢察署檢察官於九十九年九月三十日以一○○年度毒偵

字第二八六三號案提起公訴，於同年十一月八日繫屬台灣台北地方法院，經該院於一〇〇年七月二十九日以一〇〇年度簡字第二七二〇號判決（下稱前案）認被告施用第二級毒品前持有第二級毒品之低度行為，為施用之高度行為所吸收，不另論罪，被告所為係犯毒品危害防制條例第十條第二項施用第二級毒品罪，處有期徒刑伍月，於同年八月二十二日確定。

- 二、嗣被告於上開時地，持有第二級毒品甲基安非他命之事實，復經檢察官於一〇〇年六月二十九日以一〇〇年度偵緝字第一〇一一號向同上法院提起公訴（下稱後案，經台灣台北地方法院於一〇〇年七月二十七日以一〇〇年度簡字第二七六一號刑事簡易判決〈即原判決〉判處罪刑，同年八月十四日確定），此部分犯罪事實與前開起訴之事實具有吸收犯關係，屬同一案件，雖上開先起訴之判決，確定在後，惟其判決時，後起訴之判決，尚未確定，依首開司法院解釋意旨，原審於一〇〇年七月二十七日判決時，就此重行起訴部分，即應諭知不受理之判決，乃竟誤為實體之科刑判決，自有違一事不再理之原則。案經確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇一年度台非字第五號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，對於台灣台北地方法院中華民國一〇〇年七月二十七日第一審確定簡易判決（一〇〇年度簡字第二七六一號，起訴案號：台灣台北地方法院檢察署一〇〇年度偵緝字第一〇一一號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

本件公訴不受理。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按「已經提起公訴或自訴之案件，在同一法院重行起訴者，應諭知不受理之判決，刑事訴訟法第三百零三條第二款，定有明文。縱先起訴之判決，確定在後，如判決時，後起訴之判決，尚未確定，仍應就後起訴之判決，依非常上訴程序，予以撤銷，諭知不受理。」司法院釋字第一六八號著有解釋。查本件被告某甲於九十九年七月二十八日下午八時許，在台北市文山區仙岩路○巷○號○樓居所後陽台，未經許可施用第二級毒品安非他命、甲基安非他命，於翌（二十九）日為警查獲，扣押其非法持有之甲基安非他命九包，先後經以前案、後案，分別由檢察官聲請以簡易

判決處刑（依刑事訴訟法第四百五十一條第三項規定，檢察官聲請以簡易判決處刑，與起訴有同一之效力）、提起公訴，而經原審台灣台北地方法院分別於一〇〇年七月二十九日、同年月二十七日判處罪刑，並先後於一〇〇年八月二十二日、同年月十四日判決確定，有各該案件之偵、審卷宗及檢察官聲請簡易判決處刑書、起訴書、刑事簡易判決在卷可稽，堪認無訛。且觀前案之檢察官聲請簡易判決處刑書，於犯罪事實欄載稱：被告施用第二級毒品安非他命及甲基安非他命，為警查獲，扣得「安非他命、甲基安非他命四十包」等語，而認被告涉犯毒品危害防制條例第十條第二項之施用第二級毒品罪嫌，並請求依法沒收銷燬扣案毒品等情，其起訴範圍顯涵蓋被告施用第二級毒品及持有上開毒品之全部事實（該起訴之持有毒品部分，經原審法院前案審理結果，認持有之低度行為已為高度之施用行為所吸收，而不另論罪，並以扣押之四十包毒品僅其中九包為被告所有供犯罪所用，乃併於判決主文宣告沒收，其餘三十一包則認屬另案被告鄭○○所有，與前案無關，不予沒收銷燬）。而後案檢察官猶以被告上揭為警查獲時，經扣押甲基安非他命三十包（在其住處廁所洗手台查獲）、九包（自被告身上查獲），有該非法持有毒品行為，認涉犯毒品危害防制條例第十一條第二項之持有第二級毒品罪嫌，向原法院提起公訴，顯係就前案業經起訴之同一持有第二級毒品犯罪事實，在同一法院重行起訴；

且先起訴之前案判決雖確定在後，但其判決時，後起訴之後案判決，尚未確定。揆諸首揭說明，自應就後案諭知不受理之判決，始為適法。原審不察，仍就後案為有罪之實體判決（亦認被告係非法持有上揭同一扣案毒品九包，並於判決主文宣告沒收），自有判決不適用法則之違法。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨以後案係就同一事實重行起訴，執以指摘後案法院為實體之科刑判決，為有違一事不再理原則之違背法令，洵無不合。應由本院將原判決撤銷，另行諭知公訴不受理之判決，以資糾正及救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款、第三百零三條第二款，判決如主文。

中 華 民 國 一〇一年 一月 五日

【第五五案】

一、關係條文

刑事訴訟法	第 303 條第 5 款、第 376 條第 1 款、第 378 條。
刑 法	第 185 條之 3 第 1 項。

二、非常上訴理由

- 一、判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。而依同法第三百零三條第五款規定，被告死亡者，應諭知不受理之判決。又最重本刑為三年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院，同法第三百七十六條第一款定有明文。則刑法第一百八十五條之三第一項服用酒類不能安全駕駛動力交通工具而駕駛罪，係法定本刑三年以下有期徒刑之罪，自不得上訴於第三審法院，合先敘明。
- 二、經查，本件被告某甲因公共危險案件，經本署檢察官提起公訴，台灣新北地方法院於民國一〇三年一月二十八日以一〇三年度交易緝字第一號刑事判決，論被告『服用酒類，不能安全駕駛動力交通工具而駕駛，累犯，處有期徒刑七月』。被告不服，於一〇三年二月二十一日經合法提起

上訴，嗣被告於台灣高等法院審理中之一○三年四月二十六日死亡，有戶役政連結作業系統一紙在卷可參。原審於一○三年四月二十九日判決時，本應撤銷原判決，改判諭知本件公訴不予受理，方為合法。原審未察，仍予維持第一審之判決，而駁回被告之上訴，自屬判決不適用法則之違背法令。查本件係第二審判決，依前揭說明，為不得上訴第三審之案件。原審所為之判決既屬終審判決，一經宣示或公告主文，對外發生效力即告確定，原審業於一○三年四月二十九日宣示判決主文（見原審卷第二六頁），其另行對被告寄存送達判決正本，因被告業已死亡，不生送達之效力，然仍無礙於判決之確定。故依上開說明，本件第二審法院之判決顯有判決不適用法則之違法。

三、案經確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一○三年度台非字第三一一號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告公共危險案件，對於台灣高等法院中華民國一○三年四月二十九日第二審確定判決（一

○三年度交上易字第一一九號，起訴案號：台灣新北地方法院檢察署〈改制前為台灣板橋地方法院檢察署〉一〇一年度偵字第一八六七九號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決及第一審判決均撤銷。本件不予受理。

理 由

非常上訴理由(見前二)

本院按被告已死亡者，應諭知不予受理之判決，刑事訴訟法第三百零三條第五款定有明文。查本件被告某甲因犯行為時刑法第一百八十五條之三第一項之服用酒類，不能安全駕駛動力交通工具而駕駛罪(累犯)，經台灣新北地方法院於民國一〇三年一月二十八日以一〇三年度交易緝字第一號判決判處有期徒刑七月，被告不服，於一〇三年二月二十一日向台灣高等法院合法提起第二審上訴後，於一〇三年四月二十六日死亡，有法務部戶役政連結作業系統查詢資料可稽。乃原審未察，於一〇三年四月二十九日判決時，未將第一審所為之科刑判決撤銷，改判諭知不予受理，仍予維持第一審之科刑判決，駁回被告在第二審之上訴，自屬適用法則不當之違背法令。因該案屬不得上訴第三審法院之案件，經第二審法院駁回上訴即告確定，且不利於被告，非常上訴意旨執以指摘，為有理由，應由本院將原判決及第一審判決均撤銷，另為不予受理判決之諭知，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款、第三百零三條第五款，判決如主文。

中 華 民 國 一〇三年 八月 二十八日

【第五六案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第 308 條、第 358 條、第 378 條。
刑 法 第 342 條第 1 項。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。次按數罪併罰案件其中一罪有無判決，應以主文之記載為準；已經起訴而第一審漏未裁判之事項，與其已判決上訴之部分，如係各別獨立，並無審判不可分之關係，且未經當事人上訴時，依刑事訴訟法第三百五十八條之規定，固不屬第二審法院之審判範圍，但第一審漏判事項，如經當事人上訴，又非與已判決之上訴部分顯然各別獨立，則其與已判決之上訴部分，是否同一事實，有無上述審判不可分之關係，第二審仍應予以審究，如審究結果，確無該項關係，除應就原審判決經上訴之部分依法裁判外，當事人就未經第一審判決之部分提起上訴，即應認為違背法律上之程式，予以駁回，分別有最高法院七十三年台上字第四一二四號、二十九年上字第三八一八號等判例可資參照。再按判決之主文，係取捨證據、認定事實、適用法律之結果，以確認國家對被告犯罪事實之刑罰權存在與否及所論處

之罪名、應科之刑罰等具體刑罰權之內容，是判決之實體確定力，僅發生於主文。若主文未記載，縱使於判決之事實或理由內已敘及，仍不生實質確定力，即不得認已判決，而屬漏未判決。此與判決主文及事實、理由不符之違背法令所指主文之記載與事實、理由之認定不相一致，其不一致於刑罰權對象之犯罪事實範圍同一性不生影響之情形不同。又業經起訴之犯罪事實，法院僅就其中一部分判決，若未經判決事項，與已判決部分，本應分別裁判，則法院疏未併同裁判，應屬漏判之補判問題，亦有最高法院九十六年度台上字第七九號判決可供參考。經查本案台灣台北地方法院九十六年度矚重訴字第二號、九十六年度矚重訴字第三號、九十七年度金重訴字第二號、九十七年度金訴字第一號第一審判決，對於被告王○○背信承租台北市民權東路○段○號地下室○、○樓及部分地上○樓等處房地，致生損害於亞○固網公司及全體股東權益部分，雖於判決書「亞○固網部分犯罪事實、論罪理由及附件」冊第4、5頁記載該犯罪事實，於「論罪科刑部分」冊第72頁至第77頁載明該部分係犯刑法第三百四十二條第一項背信罪，然於同冊第80頁綜合論述被告王○○所犯罪名及罪數時，並未列有刑法第三百四十二條第一項，判決主文亦未記載該罪名，而該部分犯罪與本案其他部分之犯罪又無裁判上一罪關係，故該部分應屬未經第一審判決。原審審究結果，既認該部分犯罪與本案其他部分之犯罪並

無裁判上一罪關係，而予併罰，則被告對此部分之上訴，參諸上開判例、判決，即為違背法律上之程式，原確定判決自應予以駁回，始為適法，詎判處罪刑，自有判決適用法則不當之違法。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇三年度台非字第一五二號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 王○○

上列上訴人因被告背信案件，對於台灣高等法院中華民國一〇〇年十月三十一日確定判決（九十八年度囑上重訴字第二三號、九十八年度金上重訴字第五七號，起訴案號：台灣台北地方法院檢察署九十六年度偵字第一四六二、一四九八、二三六四、二四五三、二四五四、二五四二、二六七六、三一九一、三一九二、三二四二、三八七七、三九六四、四〇八六、四〇九七、四〇九八、四一〇三、四一三〇、四一六八、四二一〇、四三五〇號），認為其中主文附表三編號5(戊)以鉅額押租保證金利息權充租金部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於其主文附表三編號 5(戊) 王○○以鉅額押租保證金利息權充租金，共同連續犯刑法第三百四

十二條第一項普通背信罪部分撤銷。上開撤銷部分，被告在第二審之上訴駁回。

理 由

本件非常上訴理由(見前二)

本院按：判決書應分別記載其裁判之主文及理由；有罪之判決書並應記載犯罪事實，且得與理由合併記載。刑事訴訟法第三百零八條定有明文。判決之主文，係取捨證據、認定事實、適用法律之結果，以確認國家對被告犯罪事實之刑罰權存在與否及所論處之罪名、應科之刑罰等具體刑罰權之內容，是判決之實體確定力，僅發生於主文。若主文未記載，縱使於判決之事實或理由內已敘及，仍不生實質確定力，即不得認已判決，而屬漏未判決。次按數罪併罰案件其中一罪有無判決，應以主文之記載為準；已經起訴而第一審漏未裁判之事項，與其已判決上訴之部分，如係各別獨立，並無審判不可分之關係，且未經當事人上訴時，依刑事訴訟法第三百五十八條之規定，固不屬第二審法院之審判範圍，但第一審漏判事項，如經當事人上訴，又非與已判決之上訴部分顯然各別獨立，則其與已判決之上訴部分，是否同一事實，有無上述審判不可分之關係，第二審仍應予以審究，如審究結果，確無該項關係，除應就原審判決經上訴之部分依法裁判外，當事人就未經第一審判決之部分提起上訴，即應認為違背法律上之程式，予以駁回。經查被告王○○背信承租台北市民○東路○段○號地下

室第○、○樓及部分地上○樓等處房地，致生損害於亞○固網公司及全體股東權益部分，第一審判決於犯罪事實欄雖有記載（見「亞○固網部分犯罪事實、論罪理由及附件」冊第 4、5 頁），理由項下僅於同案所有被告所犯罪名一覽表上記載被告犯刑法第三百四十二條第一項之罪（見「論罪科刑部分」冊第 72 頁，『上訴書誤載至第 77 頁』），但未認定該部分與本案其他部分之犯罪行為有裁判上一罪關係（上訴書關於同上冊第 80 頁之記載係將東○集團部分誤為亞○固網），亦未記載取捨證據、認定事實、適用法律之結果所產生之主文。詎原審疏未注意第一審就該部分係漏未判決，竟認被告於九十五年六月三十日以前各先後多次犯刑法第三百四十二條第一項犯行，係犯構成要件相同罪名，顯係基於概括犯意為之，為連續犯，應依修正前刑法第五十六條規定，論以一罪，而為確定有罪之判決。然揆之前揭說明，本件既經原審審究結果，認該部分犯罪與本案其他部分之犯罪並無裁判上一罪關係，應予併罰，則被告就第一審漏未判決部分上訴，自屬違背法律上之程式，應予駁回，始為適法，原確定判決竟誤為有罪（背信）判決。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，為有理由，應由本院將原判決此部分撤銷，並駁回此部分被告之上訴以資救濟（檢察官對此部分並無上訴）。據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第前段，第三百六十七條，判決如主文。

中 華 民 國 一〇三年 五月 七日

【第五七案】

一、關係條文

刑事訴訟法	第 368 條、第 369 條第 1 項、第 378 條、第 379 條第 12 款。
刑法	第 276 條第 1 項。
修正前刑法	第 185 條之 4。
道路交通管理處罰條例	第 86 條第 1 項。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令；又未受請求之事項予以判決者，其判決當然違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條、第三百七十九條第十二款定有明文。本件台灣高等法院一〇二年度交上訴字第一九五號刑事判決，係台灣桃園地方法院檢察署以一〇二年度偵字第一四八六號案起訴後，經台灣桃園地方法院認定被告某甲所為，係犯刑法第二百七十六條第一項過失致死罪，及修正前刑法第一百八十五條之四肇事逃逸罪。並因被告未考領有適當合格之駕駛執照，猶駕駛自用小客車上路，致被害人張〇〇受傷，復因而傷重不治死亡，應依道路交通管理處罰條例第第八十六條第一項規定加重其刑；且被告所犯上開二罪，犯意各別，行為互殊，應分論併罰；

台灣桃園地方法院乃於一〇二年八月十六日以一〇二年度審交訴字第一一四號判決，於判決主文宣告「某甲因過失致人於死，處有期徒刑陸月，如易科罰金，以新台幣壹仟元折算壹日；又駕駛動力交通工具肇事，致人死亡而逃逸，處有期徒刑壹年。」有判決書附卷足稽。

- 二、本案嗣經被告於一〇二年八月二十九日向台灣桃園地方法院具聲明上訴狀，於上訴理由敘明「對有期徒刑壹年，希望能以緩刑處罰，因對被害家屬和解書我無法履行，且家有老母及幼女，家中經濟無法維持」，由上開「對有期徒刑壹年」文字內容觀之，被告顯僅就所犯駕駛動力交通工具肇事，致人死亡而逃逸罪上訴，至其所犯過失致人於死罪部分因檢察官及被告均未上訴，應已確定。台灣桃園地方法院並於一〇二年十月二十四日函送台灣桃園地方法院檢察署，請就被告所犯過失致死部分判決確定部分執行，經該署函復已以一〇二年度執字第九六七四號案執行。詎原審不察，一則於原判決理由三之（二）、（四）認被告所為係犯行為時刑法第二百七十六條第一項之過失致人於死罪及同法第一百八十五條之四之肇事逃逸罪，且所犯上開二罪，犯意各別，行為互殊，應分論併罰。另卻將已經判決確定之被告所犯過失致人於死罪，自為判決，宣告附負擔之緩刑四年。揆諸首開說明，顯有未受請求之

事項予以判決之違背法令。

三、復查，「第二審法院認為上訴無理由者，應以判決駁回之。」「第二審法院認為上訴有理由，或上訴雖無理由，而原判決不當或違法者，應將原審判決經上訴之部分撤銷，就該案件自為判決。但因原審判決諭知管轄錯誤、免訴、不受理係不當而撤銷之者，得以判決將該案件發回原審法院。」刑事訴訟法第三百六十八條、第三百六十九條第一項分別定有明文。原判決駁回被告上訴，並未以原判決不當或違法據以撤銷原判決，即自為判決，亦與刑事訴訟法第三百六十九條第一項規定有違。

四、案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇三年度台非字第一三〇號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告公共危險等罪案件，對於台灣高等法院中華民國一〇二年十二月十九日第二審確定判決（一〇二年度交上訴字第一九五號，起訴案號：台灣桃園地方法院檢察署一〇二年度偵字第一四八六號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於過失致人於死違背法令部分撤銷。其他上訴駁回。

理 由

非常上訴理由(見前二)

本院按未受請求之事項予以判決者，其判決當然為違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第十二款定有明文。又所指未受請求之事項予以判決，包括對於未經提起上訴之事項，予以判決之情形在內。查本件被告某甲經第一審判決分別論處過失致人於死、肇事逃逸各罪刑後，檢察官未提起上訴，而被告僅就肇事逃逸部分提起第二審上訴，其過失致人於死部分因檢察官及被告均未上訴，已告確定，業經第一審法院於民國一〇二年十月二十四日函送台灣桃園地方法院檢察署執行，並由該署以一〇二年度執字第九六七四號案執行，又被告於該執行案訊問時，亦陳稱其就過失致人於死部分未上訴，已確定等情，有被告之上開聲明上訴狀及台灣桃園地方法院檢察署一〇二年度執字第九六七四號執行卷可稽。則上開過失致人於死部分既未經上訴，原法院自不得裁判。乃原判決不察，仍以該部分業經被告上訴，被告就該部分之上訴為無理由，而駁回其上訴，並宣告附負擔之緩刑，該部分之判決屬重大違背法令，固不生效力，但既具判決之形式，且經確定，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由。惟該部分判決尚非不利於被告，應僅將其違背法令部分撤銷，以資糾正。復按凡有審理事實職權之法院，

均得依其職權諭知緩刑，第二審以判決駁回上訴時，當然得諭知緩刑，無待明文之規定，有司法院院字第七九一號解釋可資參照。查被告肇事逃逸部分，原判決以被告就此部分之上訴為無理由，而依刑事訴訟法第三百六十八條規定，駁回其上訴，又因被告犯該罪所處有期徒刑一年，符合刑法第七十四條第一項第一款所規定情形，認以暫不執行為適當，爰併適用同條第二項第三款，宣告附負擔之緩刑，經核於法尚無不合。非常上訴意旨指摘原判決此部分違法，為無理由，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十六條、第四百四十七條第一項第一款前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇三年 四月 十七日

【第五八案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第 369 條第 2 項、第 449 條第 3 項、第 451 條之 1 第 4 項但書第 3 款、第 452 條、第 455 條之 1 第 3 項。

二、非常上訴理由

按法院得為簡易判決處刑者，以所科之刑係宣告緩刑、得易科罰金之有期徒刑及拘役或罰金者為限；於檢察官聲請以簡易判決處刑之案件，經法院認應為無罪判決之諭知者，應適用通常程序審判之，刑事訴訟法第四百四十九條第三項、第四百五十一條之一第四項但書第三款、第四百五十二條分別規定甚明。是地方法院簡易庭對被告為簡易判決處刑後，經提起上訴，而地方法院合議庭認應為無罪判決之諭知者，依同法第四百五十五條之一第三項準用第三百六十九條第二項之規定意旨，應由該地方法院合議庭撤銷簡易庭之判決，改依第一審通常程序審判。其所為判決，應屬於「第一審判決」，檢察官仍得依通常上訴程序上訴於管轄第二審之高等法院。查本件被告某甲因家暴傷害案件，經檢察官聲請法院以簡易判決處刑，台灣台南地方法院以一〇〇年度簡字第一八五二

號簡易判決處刑後，被告不服而向原法院合議庭提起第二審上訴，原法院合議庭審理結果，認被告犯罪不能證明，應為無罪之諭知，乃依通常程序進行審判自為第一審判決（一〇〇年度簡上字第二四二號），並於理由欄貳、無罪部分：四、敘明依刑事訴訟法第四百五十五條之一第三項準用第三百六十九條第二項之規定，撤銷原法院簡易庭之判決，改依通常程序審判，自為第一審無罪判決之旨，則檢察官對於該無罪判決不服，而依通常上訴程序上訴於管轄之第二審法院即原審法院，於法尚無不合。原判決竟以台灣台南地方法院一〇〇年度簡上字第二四二號刑事判決係第二審判決，不得再向原審法院提起第二審上訴為由，認檢察官之上訴為法律上所不應准許，而予駁回，顯有判決適用法則不當之違法。又按刑事訴訟程序中不利益於被告之合法上訴，上訴法院誤為不合法，而從程序上為駁回上訴之判決確定者，其判決固屬重大違背法令，惟既具有判決之形式，仍應先依非常上訴程序，將該確定判決撤銷後，始得回復原訴訟程序，就合法上訴部分進行審判（司法院釋字第二七一號解釋意旨參照）。本件檢察官為被告之不利益提起第二審之合法上訴，原審法院誤其上訴不合法，所為駁回上訴之程序判決，本不發生實質效力，然因其具有判決之形式，且案經確定，爰依上開司法院解釋意旨，聲請提起非常上訴，由貴院將原判決撤銷，回復原訴訟程序，由原審法院就原上訴進行審判，以資

糾正（最高法院九十三年度台非字第二二四號判決參照）。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇一年度台非字第三五八號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

上列上訴人因被告家暴傷害案件，對於台灣高等法院台南分院中華民國一〇一年八月七日第二審確定判決（一〇一年度上易字第三三三號，聲請簡易判決處刑案號：台灣台南地方法院檢察署九十九年度偵字第一七五三一號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按法院得為簡易判決處刑者，以所科之刑係宣告緩刑、得易科罰金之有期徒刑及拘役或罰金者為限；於檢察官聲請以簡易判決處刑之案件，經法院認應為無罪判決之諭知者，應適用通常程序審判之，刑事訴訟法第四百四十九條第三項、第四百五十一條之一第四項但書第三款、第四百五十二條分別規定甚明。是地方法院簡易庭對被告為簡易判決處刑後，經提起上訴，而地方法院合議庭認應為無罪判決之諭知者，依

同法第四百五十五條之一第三項準用第三百六十九條第二項之規定意旨，應由該地方法院合議庭撤銷簡易庭之判決，改依第一審通常程序審判。其所為判決，應屬於「第一審判決」，檢察官仍得依通常上訴程序上訴於管轄第二審之高等法院。又刑事訴訟程序中不利益於被告之合法上訴，上訴法院誤為不合法，而從程序上為駁回上訴之判決確定者，其判決固屬重大違背法令，惟既具有判決之形式，仍應先依非常上訴程序，將該確定判決撤銷後，始得回復原訴訟程序，就合法上訴部分進行審判（司法院釋字第二七一號解釋意旨參照）。本件被告某甲因家暴傷害案件，經台灣台南地方法院簡易庭依檢察官之聲請，以一〇〇年度簡字第一八五二號刑事簡易判決，論被告以傷害罪，處拘役參拾日，併諭知如易科罰金之折算標準後，檢察官不服提起上訴，經該地方法院合議庭認為無罪判決，於審理後，撤銷簡易庭之判決，改判諭知被告無罪（一〇〇年度簡上字第二四二號），並於理由中說明「依刑事訴訟法第四百五十五條之一第三項準用同法第三百六十九條第二項之規定意旨，應由該地方法院合議庭撤銷簡易庭之判決，改依第一審通常程序審判」。揆諸前開說明，該地方法院合議庭就被告所為無罪之判決，應屬於「第一審判決」。則檢察官對於該無罪判決不服，而依通常上訴程序上訴於管轄之第二審法院即原審法院，尚無不合。原判決以台灣台南地方法院一〇〇年度簡上字第二四二號刑

事判決係第二審判決，不得再向原審法院提起第二審上訴為由，認檢察官之上訴為法律上所不應准許，而予駁回，顯有判決適用法則不當之違背法令。案經確定，非常上訴意旨，執以指摘，為有理由。應由本院將原判決撤銷，回復原訴訟程序，由原審法院就原上訴進行審判，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇一年 十一月 一日

【第五九案】

一、關係條文

刑事訴訟法	第 370 條、第 378 條。
刑 法	第 47 條第 1 項、第 135 條第 1 項。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令。又由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑。但因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限。刑事訴訟法第三百七十八條、第三百七十條分別定有明文。又刑事審判之量刑，在於實現刑罰權之分配正義。故法院對有罪之被告科刑，應符合罪刑相當之原則，使罰當其罪，以契合人民之法律感情。此所以刑法第五十七條明定科刑時應審酌一切情狀，尤應注意該條所列各款事項，以為科刑輕重之標準。此項原則於刑事訴訟法第三百七十條所定不利益變更禁止情形，自亦有其適用。故由被告上訴或為被告之利益而上訴第二審之案件，如第二審判決所適用之法條與第一審相同，亦即非因第一審判決適用法條不當而予撤銷，而其所認定之被告犯罪情節較第一審所認定者為輕，則除非第一審判決量刑失輕，第二審判決如仍維持第一審之宣告刑，實際

上無異諭知較重於第一審判決之刑，自難謂與罪刑相當原則及不利益變更禁止原則之旨意無悖（最高法院八十八年度台上字第二二〇一號、九十四年度台上字第九二九號判決參照）。本件妨害公務部分，第一審依累犯加重被告之刑，而量處有期徒刑三月，原判決認定被告妨害公務情節與第一審相同，但認第一審判決認定被告成立累犯有誤，而撤銷改判，惟仍量處有期徒刑三月，實質上無異於諭知較重於第一審判決之刑，顯已違背罪刑相當及刑事訴訟法第三百七十條不利益變更禁止之規定。案經確定，且於被告不利，爰就妨害公務部分依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇一年度台非字第三一〇號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

上列上訴人因被告妨害公務案件，對於台灣高等法院中華民國一〇〇年十一月三十日第二審確定判決（一〇〇年度上易字第二三五二號），認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於妨害公務執行部分撤銷。

某甲對於公務員依法執行職務時，施強暴，處有期徒刑貳月，如易科罰金，以新台幣壹仟元折算壹日。

理 由

非常上訴理由(見前二)

本院按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑。但因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限，刑事訴訟法第三百七十條規定甚明。再量刑之輕重，固屬事實審法院得依職權自由裁量之事項，惟仍應受罪刑相當、比例原則及公平原則之限制，始為適法。故由被告上訴或為被告之利益而上訴第二審之案件，第二審判決雖以第一審判決適用法條不當而撤銷，然第二審判決所適用法條之法定刑較第一審判決所適用者為輕，若第二審判決之宣告刑猶相同於第一審判決，實際上無異諭知較重於第一審判決之宣告刑，自與罪刑相當原則及刑事訴訟法第三百七十條所定不利益變更禁止原則有違。本件原確定判決關於被告某甲妨害公務執行部分，於理由中說明：少年受少年事件處理法第二十九條第一項之轉介處分執行完畢二年後，或受保護管束或刑之執行完畢或赦免三年後，或受不付審理或不付保護處分之裁定確定後，視為未曾受各該宣告，同法第八十三條之一第一項，定有明文。因此，少年如受有期徒刑之執行完畢，或受有期徒刑一部之執行而赦免，三年後再犯有期徒刑以上之罪者，因視為前未曾受各該刑之宣告，即無累犯加重其刑之適用。查被告係民國七十二

年六月二十六日生，於未滿十八歲時，犯販賣第二級毒品罪，經台灣高等法院八十九年度少上訴字第二一七號判決，判處有期徒刑三年十月確定，於九十四年十月八日縮刑期滿執行完畢，則其於九十九年四月二十四日犯本件妨害公務執行罪，依上開說明，自不成立累犯。第一審判決就被告某甲所犯刑法第一百三十五條第一項之妨害公務執行罪，依刑法第四十七條第一項之規定，論以累犯並加重其刑，自有違誤，應予撤銷改判等語（見原確定判決第五、六頁）。本件原確定判決認定被告犯妨害公務執行罪之犯罪情節，與第一審判決並無不同，既未如第一審判決適用刑法第四十七條第一項之規定，就被告所犯妨害公務執行罪之法定刑，予以加重其刑，則其法定刑較第一審判決所適用者為輕，而僅被告提起第二審上訴，原確定判決仍就此量處有期徒刑三月，與第一審判決之宣告刑相同，實際上無異諭知較重於第一審判決之宣告刑，揆之首揭說明，自有判決適用法則不當之違背法令。案經確定，且不利於被告。非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決關於妨害公務執行部分撤銷，改判如主文第二項所示之罪刑，以資救濟。據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，刑法第一百三十五條第一項、第四十一條第一項前段、刑法施行法第一條之一，判決如主文。

中 華 民 國 一〇一年 十月 四日

【第六十案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第 371 條、第 378 條。

二、非常上訴理由

- 一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又被告經合法傳喚，無正當之理由不到庭，得不待其陳述，逕行判決，亦為同法第三百七十一條所明定。而被告於接受原審審判期日之傳票後，因另案被羈押於別地看守所，屆期未能到庭，尚難謂其不到為無正當理由，原審不待其到庭而逕行判決，自非合法，亦有貴院四十四年台上字第九七九號判例可資參考。
- 二、本件被告某甲因涉竊盜案件，經台灣彰化地方法院以一〇一年度簡字第九七七號判決判處有期徒刑四月。嗣被告提起上訴，惟於原審屢傳不到，經查證居所及所在地不明，原審遂於民國一〇一年四月二十六日審判期日前，依法為公示送達，將上揭期日之傳票依法送達，於一〇一年四月十日發生效力。但被告竟因另案竊盜罪服刑，自一〇一年四月二十三日起被羈押於法務部矯正署台北監獄迄今，原審於該審判期日未及提

訊到庭，此有台灣高等法院在監在押全國紀錄表一件、台灣彰化地方法院刑事案件審理單二件附卷可稽（原審卷第 87、88、92 頁參照）。揆諸前開規定及說明，被告於一〇一年四月二十六日審判期日未到庭，尚難謂其不到庭為無正當理由，詎原判決不察，竟認被告經合法傳喚，無正當理由不到庭，爰不待其陳述，逕行判決，自有適用法則不當之違背法令。

三、案經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇一年度台非字第三四二號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告竊盜案件，對於台灣彰化地方法院中華民國一〇一年五月十日第二審地方法院合議庭確定判決（一〇〇年度簡上字第一七四號，聲請簡易判決處刑書案號：台灣彰化地方法院檢察署一〇〇年度偵字第二六〇七號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，由台灣彰化地方法院依判決前之程序更為審判。

理 由

非常上訴理由(見前二)

本院按：除有特別規定外，被告未於審判期日到庭而逕行審判者，其判決當然違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第六款定有明文；而刑事訴訟法第三百七十一條雖規定第二審法院於被告經合法傳喚，無正當理由於審判期日不到庭者，得不待其陳述，逕行判決。然得不待被告之陳述逕行判決者，以被告經合法傳喚無正當理由不到庭為要件。本件被告因竊盜案件，經台灣彰化地方法院以一〇一年度簡字第九七七號判決判處有期徒刑四月，如易科罰金以新台幣一千元折算一日。嗣被告提起上訴，原審屢傳不到，經查其居所及所在地均不明，於一〇一年三月二日以裁定將一〇一年四月二十六日之審判期日傳票為公示送達，然被告因另案竊盜罪，自一〇一年四月二十三日起迄於同年九月二十二日在法務部矯正署台北監獄執行，有台灣高等法院被告在監在押全國紀錄表在卷可憑（見原審卷第87頁），原審於審判期日並未將被告提訊到庭，有台灣彰化地方法院刑事案件審理單及審判筆錄在卷可稽（見原審卷第67、68頁）。則被告未到庭陳述，難謂無正當理由。原審未予提訊，不待被告到庭陳述，即逕行維持第一審所為科刑判決（處有期徒刑四月，如易科罰金以新台幣一千元折算一日），駁回其在第二審之上訴，自屬判決違背法令，且不利於被告。案經確定，非常上訴意旨執以

指摘，非無理由，為維護被告之審級利益，應將原判決撤銷，由台灣彰化地方法院依判決前之程序更為審判，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款、第二項，判決如主文。

中 華 民 國 一〇一年 十月 二十五日

【第六一案】

一、關係條文

刑事訴訟法	第 376 條第 1 款。
刑法	第 276 條第 1 項。
憲法	第 8 條第 1 項。
軍事審判法	第 181 條第 4 項前段、第 206 條第 1 項但書、第 226 條本文。
陸海空軍刑法	第 76 條第 1 項第 5 款。

二、非常上訴理由

一、按鈞院九十七年度第四次刑事庭會議決議第六點指出『至於無效之確定判決，例如誤不合法之上訴為合法，上級法院誤予撤銷發回；或誤合法之上訴為不合法，從程序上予以駁回；或未受請求之事項予以判決等情形，各該判決均屬重大違背法令，固不生效力，惟既具有判決之形式，則仍分別依司法院釋字第一三五號、第二七一號解釋及本院民國二十九年二月二十二日總會決議二、八十年十一月五日八十年度第五次刑事庭會議決議(一)、八十六年一月二十一日八十六年度第一次刑事庭庭長會議決定等方式處理。』先予敘明。

二、次按鈞院對於誤合法上訴為不合法而予以駁回之

判決其救濟途徑，前著有二十五年上字第三二三一號判例，原認：『此種程序上之判決，本不發生實質的確定力，原檢察官之上訴，並不因而失效，既據第一審法院首席檢察官，於判決後發見聲明上訴片係呈送卷宗時漏未附卷，將原片檢出呈報，則第二審法院自應仍就第一審檢察官之合法上訴，進而為實體上之裁判。』，惟司法院釋字第二七一號解釋另謂：『刑事訴訟程序中不利益於被告之合法上訴，上訴法院誤為不合法，而從程序上為駁回上訴之判決確定者，其判決固屬重大違背法令，惟既具有判決之形式，仍應先依非常上訴程序將該確定判決撤銷後，始得回復原訴訟程序，就合法上訴部分進行審判。否則即與憲法第八條第一項規定人民非依法定程序不得審問處罰之意旨不符。最高法院二十五年上字第三二三一號判例，於上開解釋範圍內，應不再援用。』；嗣鈞院於八十年十一月五日八十年度第五次刑事庭會議議決：『利益於被告之合法上訴，上訴法院誤為不合法而從程序上為駁回上訴之判決確定者，當不屬於釋字第二七一號解釋之範圍，仍應援用本院二十五年上字第三二三一號判例，亦即此種程序上判決，不發生實質上之確定力，毋庸先依非常上訴程序撤銷，可逕依合法之上訴，進行審判，徵諸釋字第二七一號解釋文末僅謂：最高法院二十五年上字第三二三一號判

例於上開解釋範圍內，應不再援用，益覺明顯』，另鈞院八十六年一月二十一日八十六年度第一次刑事庭庭長會議中再為：『刑事訴訟中不利益於被告之合法上訴，上訴法院誤為不合法，而從程序上為駁回上訴之判決確定者，其判決固屬重大違背法令，惟既具有判決之形式，仍應先依非常上訴程序，將該確定判決撤銷後，始得回復原訴訟程序，就合法上訴部分進行審判，經司法院大法官會議釋字第二七一號解釋有案。非常上訴意旨既指摘原判決對攸關上訴有無逾期，是否合法之應依職權調查之事項未經調查，即認上訴已逾期，而駁回檢察官之上訴，為違背法令，則不問其所提出之上述證據，是否存在於原訴訟案卷內而得考見者，非常上訴審均應就此調查裁判之。依上述文件，如足認檢察官之上訴未逾期，顯見原判決誤認檢察官合法上訴為不合法，而從程序上為駁回上訴之判決，即屬重大違背法令。非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決撤銷，以資糾正。』之決議等。

- 三、綜上，就誤合法上訴為不合法而予以駁回之判決其救濟途徑有二：利於被告之合法上訴者，上訴審之駁回判決，不發生實質上之確定力，毋庸先依非常上訴程序撤銷，可逕依合法之上訴，進行審判；不利於被告之合法上訴者，上訴審之駁回判決，已有判決之形式，經判決駁回並確定後

之救濟途徑，僅有先依非常上訴程序，將該誤合法上訴為不合法之判決撤銷後，始得回復原訴訟程序。

- 四、本署以國防部最高軍事法院一〇〇年十二月五日一〇〇年上訴字第一〇號判決有違背法令之情形為由，於同年十二月二十三日所提出之一〇〇年上字第〇五號上訴，屬不利於被告之合法上訴，理由如下：（一）、按當事人不服最高軍事法院宣告有期徒刑以上之上訴判決者，得以判決違背法令為理由，向鈞院提起上訴，乃軍事審判法第一八一條第四項前段所明定。觀其立法理由，本條文係依司法院釋字第四三六號解釋，基於憲法保障軍人訴訟權利及司法院為國家最高司法機關之意旨，使軍人得向最高法院上訴，增加審級救濟之利益而增訂。同法第二百零六條第一項但書雖規定：『但上訴最高法院之案件，準用刑事訴訟法關於上訴第三審之規定』，惟係在『上訴除本篇另有規定外』之前提下始能準用。是以，當事人援引軍事審判法第一百八十一條第四項前段所設『得以判決違背法令為理由，向最高法院提起上訴』之規定，向鈞院提起上訴者，自當限縮同法第二百零六條第一項但書適用刑事訴訟法第三百七十六條之餘地，此鈞院九十一年度台上字第四八五三號、九十八年度台非字第三八號及一〇〇年度台上字第七一八六號等判決

均著有見解，應屬的論。(二)、本件被告某甲所犯陸海空軍刑法第七十六條第一項第五款、刑法第二百七十六條第一項過失致人於死罪(首揭鈞院判決誤植為刑法第三百七十六條第一項)，雖因法定最重本刑為二年以下有期徒刑，而屬刑事訴訟法第三百七十六條第一款所列不得上訴第三審之案件，但本案前經國防部高等軍事法院一〇〇年八月二十六日一〇〇年訴字第八號初審判決，量處被告有期徒刑六月，如易科罰金以新台幣一千元折算一日，並諭知緩刑二年，因第一審軍事檢察官不服向國防部最高軍事法院提起上訴，再經該院認定被告確有事實欄所載之過失致人於死犯行，且第一審判決認事用法並無違誤，因而維持第一審判決，為駁回上訴之實體判決，原審軍事法院所為判決，自屬軍事審判法第一百八十一條第四項所指『最高軍事法院宣告有期徒刑以上之上訴判決』(鈞院九十八年度台上字第二〇九八號判決亦採相同見解)。(三)、復本署軍事檢察官於同年十二月二十三日，以前揭最高軍事法院之判決有判決理由不備、判決理由與事實矛盾等違背法令事由，向鈞院提起上訴(一〇〇年上字第〇五號上訴書)，揆諸前揭鈞院判例與判決之旨，其上訴自符軍事審判法之規定。(四)、又自本署軍事檢察官上訴理由載述：『被告犯後態度是否具有悔意，最實質之判斷在

於被告為其自身所犯過錯深切反省，立於懇切之態度面對被害者家屬並取得諒解，倘被告僅泛泛空言具和解誠意，卻於和解過程中態度反覆，誠非被告犯後態度良好之依據』、『實則被告從未有任何與告訴人或告訴代理人聯繫之情形，足證被告始終不斷矯飾其犯後態度之行為，更益徵被告在法庭上犯後態度良好之表現，僅在獲得刑度輕判之寬典而已』等語觀之，其所提出之上訴，當係不利益於被告。四、承上，鈞院上揭一〇一年度台上字第七七八號判決以被告所犯核屬刑事訴訟法第三百七十六條第一款之不得上訴第三審案件為由，誤軍事檢察官之合法上訴為不合法，予以駁回，乃重大違背法令，且案屬不利益被告之上訴，徵諸首揭司法院解釋及鈞院決議，是請撤銷該確定判決，回復原訴訟程序。

五、茲依軍事審判法第二百二十六條本文之規定，提起非常上訴。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇一年度台非字第一二九號
上訴人 國防部最高軍事法院檢察署檢察長
被告 某甲

上列上訴人因被告過失致人於死案件，對於本院中華民國一〇一年二月二十三日第三審確定判決（一〇一年度台上字第七七八號，起訴案號：國防部高等軍事

法院檢察署一〇〇年偵字第〇〇一號)，認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

理 由

非常上訴理由(見前二)

本院按：刑事訴訟程序中不利益於被告之合法上訴，上訴法院誤為不合法，而從程序上為駁回上訴之判決確定者，其判決固屬重大違背法令，惟既具有判決之形式，仍應先依非常上訴程序將該確定判決撤銷，始得回復原訴訟程序，司法院釋字第二七一號解釋可資參照。又「被告」不服最高軍事法院宣告有期徒刑以上之上訴判決者，得以判決違背法令為理由，向最高法院提起上訴，為八十八年十月一日修正公布之軍事審判法第一百八十一條第四項前段所明定。此規定係依司法院釋字第四三六號解釋，基於憲法保障軍人人身自由、訴訟權利及司法院為國家最高司法機關之意旨，使軍人平時經終審軍事審判機關宣告有期徒刑以上之案件，得向普通法院請求救濟，以增加審級利益而增訂。而該規定於九十二年六月十一日再次修正為：「當事人」不服最高軍事法院宣告有期徒刑以上之上訴判決者，得以判決違背法令為理由，向最高法院提起上訴。稽之此次修正之立法理由，係為落實基本人權之保障及國家刑罰權之行使，亦賦予軍事檢察官上訴第三審之權利，爰將該項之「被告」修正為「當

事人」。故當事人即軍事檢察官、被告不服最高軍事法院宣告有期徒刑以上之上訴判決者，均得以判決違背法令為理由，向最高法院提起上訴，不受刑事訴訟法第三百七十六條規定之限制。查本件被告某甲因過失致人於死案件，經國防部最高軍事法院維持國防部高等軍事法院依陸海空軍刑法第七十六條第一項第五款、刑法第二百七十六條第一項規定論被告過失致人於死罪，處有期徒刑六月，如易科罰金以新台幣一千元折算一日，緩刑二年之初審判決，駁回國防部高等軍事法院檢察署檢察官對該判決所為之上訴。被告所犯之過失致人於死罪固屬刑事訴訟法第三百七十六條第一款之案件，惟既經宣告有期徒刑，國防部最高軍事法院檢察署檢察官依軍事審判法第一百八十一條第四項前段規定，以判決違背法令為理由，於上訴之合法期間內向本院提起不利益於被告之上訴，揆諸前揭說明，應屬合法之上訴。乃本院一〇一年度台上字第七七八號刑事判決誤以其屬刑事訴訟法第三百七十六條第一款之案件，不得上訴於第三審法院，而從程序上駁回其上訴，自屬違背法令。案經確定，非常上訴意旨，執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決撤銷，俾回復原訴訟程序，就國防部最高軍事檢察署檢察官合法之上訴進行審判，以資救濟。據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇一年 五月 十七日

【第六二案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第 378 條、第 379 條第 12 款。

二、非常上訴理由

- 一、判決不適用法則或適用不當者，為違背法令；復按除本法有特別規定外，未受請求之事項予以判決者，其判決當然違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條及同法第三百七十九條第十二款後段分別定有明文。經查，本件竊盜案件中，台灣屏東地方法院檢察署檢察官僅就被告某甲於一〇〇〇年七月十七日二十三時三十分許，在屏東縣九如鄉富〇街〇號前及一〇〇〇年八月二日二十一時四十分許，在屏東市田〇巷〇號前，所犯之三（似為「二」之誤）件竊盜案件聲請簡易判決處刑，然原審未查，逕就被告於一〇〇〇年六月二十九日十六時許，在屏東縣鹽埔鄉勝利路鹽埔鄉公所停車場，所犯之竊盜犯行，判處被告有期徒刑二月確定，乃就未經起訴之犯罪事實而為裁判，此有原判決書及台灣屏東地方法院檢察署一〇〇〇年度偵字第六九〇六、七二二〇、七三二〇、七六八五、七七二八號聲請簡易判決處刑書在卷可稽，原審對未受請求之事項予以判決，揆諸前

揭規定，原判決當然違背法令。

二、案經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇一年度台非字第五七號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告竊盜案件，對於台灣屏東地方法院中華民國一〇〇年十月十四日第一審確定判決（一〇〇年度簡字第一六三九號），認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於某甲於民國一〇〇年六月二十九日之共同犯竊盜罪刑部分撤銷。

理 由

本件非常上訴理由（見前二）

本院按：除有特別規定外，未受請求之事項予以判決者，其判決當然違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第十二款後段規定甚明。本件台灣屏東地方法院檢察署檢察官僅就被告某甲於民國一〇〇年七月十七日及同年八月二日，分別所犯竊盜二罪部分，向台灣屏東地方法院聲請簡易判決處刑，並未含括被告於一〇〇年六月二十九日之竊盜犯嫌部分（按聲請書載明

此部分將另分偵案後，再行起訴），此有台灣屏東地方法院檢察署聲請本件簡易判決處刑書在卷可稽。詎原審未察，逕就該未經聲請之竊盜部分併予處刑，顯有未受請求之事項予以判決之違法。案經確定，且不利被告，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應將原判決關於一〇〇年六月二十九日為犯竊盜罪刑宣告之違背法令部分撤銷，以資救濟。至原判決對於被告諭知第四罪（竊盜未遂）刑部分，似亦有憑空違法判決情形（如非將第三次竊盜分割成二罪論處，即係毫無事實根據），祇因不在本件非常上訴意旨指摘之列，本院尚無從處理，併此指明。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，判決如主文。

中 華 民 國 一〇一 年 二 月 二 十 二 日

【第六三案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第 378 條。

刑事妥速審判法 第 8 條、第 9 條、第 10 條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又按刑事妥速審判法第八條、第九條之案件，於該法施行前已經第二審法院判決，而在得上訴於最高法院之期間內、已在上訴期間內提起上訴或已繫屬於最高法院者，應適用刑事訴訟法第三編第三章規定，為該法第十條所明定。經查刑事妥速審判法於民國一〇〇年五月十九日施行，本案第二審智慧財產法院係於同年五月二日宣示判決，自訴人美○影音科技股份有限公司於同年月十二日收受判決正本後，於上訴期間內之同年月二十日提起第三審上訴，有判決正本之送達證書及蓋有原審法院於當日收狀戳記之自訴人一〇〇年五月（日期未載明）刑事聲明上訴狀附於原卷可稽，依上開規定，本案之第三審上訴應適用刑事訴訟法第三編第三章第三審之規定審判，始為適法。詎原確定判決以自訴人之上訴繫屬於原審時刑事妥速審判法已施行，駁回上訴，自有判決適用法則不當之違法。案經確定，爰

依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起
非常上訴，以資糾正

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇一年度台非字第七七號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被 告 某甲
 某乙
 某丙
 某丁
 某戊

上列上訴人因被告等違反著作權法案件，對於本院中華民國一〇〇年十一月十七日第三審確定判決（一〇〇年度台上字第六三一八號，自訴案號：台灣台北地方法院九十八年度自字第三六、五二、五八號），認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於某甲、某乙、某丙、某丁、某戊被訴違反著作權法第九十一條第二項部分，均撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按：刑事妥速審判法第九條之案件，於該法施行前已經第二審法院判決，而在得上訴於最高法院之期間內、已在上訴期間內提起上訴或已繫屬於最高法院者，應適用刑事訴訟法第三編第三章規定，為該法第

十條所明定。稽之該條規定之立法理由，係以第九條之案件，如於該法施行前已經第二審法院判決，而在得上訴於最高法院之期間內、或已在上一審期間內提起上訴、或已繫屬於最高法院者，因已依刑事訴訟法之一般規定準備上訴理由，或已據以提起上訴，或上訴後卷證已送最高法院而繫屬於最高法院，乃明定有上述三種情形之一者，仍適用刑事訴訟法第三編第三章之規定，以維持訴訟程序之安定及保障當事人之權益。故而，倘符合刑事妥速審判法第九條規定之案件，而有：(一)在該法第九條施行前已經第二審法院判決而在得上訴於最高法院期間者；(二)在該法第九條施行前已在上一審期間內提起上訴者；(三)在該法第九條施行前已繫屬於最高法院者，三種情形之一，檢察官或自訴人不服第二審法院（包含更審法院）維持第一審無罪判決所提起上訴之理由，仍應適用刑事訴訟法第三編第三章之規定，以判決違背法令為已足，而不以判決所適用之法令抵觸憲法、判決違背司法院解釋或違背判例者為限。又刑事訴訟程序中不利益於被告之合法上訴，上訴法院誤為不合法，而從程序上為駁回上訴之判決確定者，其判決固屬重大違背法令，惟既具有判決之形式，仍應先依非常上訴程序將該確定判決撤銷，始得回復原訴訟程序，司法院釋字第二七一號解釋可資參照。查本件智慧財產法院固係維持第一審關於被告某甲、某乙、某丙、某丁、某戊被訴違反著作權法第九十一條第二項（第一、二審判

決均誤載為「第一項」)部分無罪之判決，駁回自訴人該部分在第二審之上訴；惟智慧財產法院係於一〇〇〇年五月二日宣示判決，並於同年月十二日將判決正本送達予自訴人，自訴人則於上訴期間內之同年月二十日提起第三審上訴，有送達證書及刑事聲明上訴狀在卷可稽。從而本件顯在刑事妥速審判法第九條施行（一〇〇〇年五月十九日）前已經第二審法院判決而在得上訴於最高法院期間提起上訴者，自有該法第十條規定之適用。亦即自訴人不服智慧財產法院維持第一審無罪判決所提起上訴之理由，仍應適用刑事訴訟法第三編第三章之規定，以原判決違背法令為已足，而不以判決所適用之法令牴觸憲法、判決違背司法院解釋或違背判例者為限。乃原判決誤以為自訴人所提起第三審上訴之理由，限於刑事妥速審判法第九條第一項各款嚴格法律審之理由，對於自訴人所舉智慧財產法院判決違背本院三十年上字第第二八九號、二十七年上字第二〇七八號、四十七年台上字第八五二號判例部分，認無適用之餘地，並以自訴人對於智慧財產法院之判決究竟有何適用之法令牴觸憲法、違背司法院解釋或判例等事項未具體敘明為由，而從程序上駁回其上訴，自屬違背法令。案經確定，非常上訴意旨，執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決關於某甲、某乙、某丙、某丁、某戊涉犯著作權法第九十一條第二項部分撤銷，俾回復原訴訟程序，就自訴人於合法期間內之上訴進行審判，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，判決如主文。

中 華 民 國 一〇一年 三月 七日

【第六四案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第378條。

竊盜犯贓物犯保安處分條例第3條第1項。

修正前竊盜犯贓物犯保安處分條例第3條第1項第2款。

二、非常上訴理由

- 一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。次按（民國）八十一年七月二十九日修正之竊盜犯贓物犯保安處分條例第三條第一項規定：『十八歲以上之竊盜犯、贓物犯，有左列情形之一者，得於刑之執行前，令入勞動場所強制工作：一、有犯罪之習慣者。二、以犯竊盜罪或贓物罪為常業者。』明定強制工作於刑之執行前為之。
- 二、本件被告某甲、某乙均犯常業竊盜，第一審法院即台灣新竹地方法院八十九年度訴字第四三號判決，依行為時竊盜犯贓物犯保安處分條例第三條第一項第二款之規定，宣告強制工作，惟其判決主文諭知某甲『……；又共同以犯竊盜罪為常業，處有期徒刑伍年……；並於刑之執行完畢或赦免後，令入勞動處所強制工作參年。應執行有期徒刑陸年貳月……；並於刑之執行完畢或赦免

後，令入勞動處所強制工作參年』。諭知某乙『共同以犯竊盜罪為常業，處有期徒刑肆年……；並於刑之執行完畢或赦免後，令入勞動處所強制工作參年。』判決理由欄亦說明，以竊盜犯贓物犯保安處分條例宣告強制工作之相關條文為判決之依據（第一審判決書第二〇頁）。該判決將強制工作之執行，宣告於刑之執行完畢或赦免後，令入勞動處所為之，核與上揭法律規定於刑之執行前為之，顯然有違。第二審判決對於上開明顯違背法令之判決，未予撤銷改判，竟判決上訴駁回，維持第一審有關強制工作違法之宣告。揆諸首開說明，自有判決不適用法則之違背法令。

三、同案被告徐○○部分，前經本署提起非常上訴，業經貴院以一〇一年度台非字第一六號判決，將原判決及第一審判決關於徐○○共同常業竊盜宣付強制工作違背法令部分均撤銷在案，併此敘明。

四、案經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇一年度台非字第一一三號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

某乙

上列上訴人因被告等竊盜案件，對於台灣高等法院中華民國八十九年十二月十九日第二審確定判決（八十九年度上訴字第二六三一號，起訴案號：台灣新竹地方法院檢察署八十八年度偵字第六八一三、七三一六、七三三三、七九五三號），認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決及第一審判決關於某甲常業竊盜及某乙部分均撤銷。某甲共同以犯竊盜罪為常業，處有期徒刑伍年陸月，扣案之起子拾支沒收；並於刑之執行前，令入勞動處所強制工作參年。某乙共同以犯竊盜罪為常業，處有期徒刑肆年，扣案之起子拾支沒收，並於刑之執行前，令入勞動處所強制工作參年。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又十八歲以上之竊盜犯、贓物犯，有犯罪之習慣，或以犯竊盜罪或贓物罪為常業，且宣告之應執行之刑達一年以上者，得於刑之執行前，令入勞動場所強制工作，行為時（八十一年七月二十九日修正公布施行之）竊盜犯贓物犯保安處分條例第二條第四項、第三條第一項規定至明。本件原第一審判決認定被告某甲有如其附表二（下稱附表）編號二所示於八十八年八月十七日獨自

一人，及附表編號三至十所示與被告某甲於八十八年八月十七日起至同年九月三日止，夥同徐○○及彭○○等人，先後八次共同犯行為時刑法第三百二十二條之常業竊盜等罪，均為明確，並就常業竊盜與其餘所犯部分（即恐嚇取財既、未遂，及某甲於附表編號二另犯偽造準私文書罪），均依修正前刑法牽連犯從一重論被告等以共同以犯竊盜罪為常業罪，分別處有期徒刑五年六月、四年，扣案竊盜工具起子十支，為某甲所有供共同正犯犯罪所用之物，併宣告沒收，及認被告等均以犯竊盜罪為常業，有諭知令入勞動場所強制工作以資矯正之必要，而均依上開行為時竊盜犯贓物犯保安處分條例第三條第一項第二款（即以犯竊盜罪為常業者）、第四條、第五條第一項前段之規定，各宣告應於刑之執行完畢或赦免後，令入勞動場所強制工作三年（又本件某甲之竊盜犯行，除上開部分外，另有第一審判決事實欄第四項〈即附表編號一部分〉所載於八十七年五月二十五日獨自所犯之加重竊盜罪，而經第一審判決認應與上開部分分論併罰，另論以攜帶兇器竊盜罪刑，主刑部分合併定應執行有期徒刑六年二月；再證諸第一審判決理由關於併宣告強制工作部分，係謂被告等「均以犯竊盜罪為常業，已如前述，確有諭知令入勞動場所強制工作之必要，併諭知其等均強制工作三年，以資矯正」等語，足認係僅就某甲所犯常業竊盜罪部分併宣告強制工作〈見第一審判決第一六、一八頁〉，合予敘明）。而被告

等犯本件之罪時，均已年滿十八歲，有卷內資料可稽，原第一審判決論被告等以常業竊盜罪刑，並依竊盜犯贓物犯保安處分條例宣付保安處分，原無不合；然其依上述竊盜犯贓物犯保安處分條例之規定，應宣告被告等於刑之執行前，令入勞動場所強制工作三年，始為合法，竟宣告應於刑之執行完畢或赦免後，令入勞動場所強制工作三年，顯屬於法有違。乃原判決未予撤銷改判，竟駁回被告等在第二審之上訴，而予維持，即同有適用法則不當之違背法令。案經確定，非常上訴意旨執此指摘，洵有理由。第以依上開條例宣告於刑之執行前，令入勞動場所強制工作者，其執行已滿一年六個月，而執行機關認為無繼續執行之必要者，得檢具事證，報請檢察官聲請法院免予繼續執行；又其執行強制工作之結果，執行機關認為無執行刑之必要者，得檢具事證，報請檢察官聲請法院免其刑之執行。同條例第五條第一項但書、第六條亦定有明文。原判決主文所諭知被告等「並於刑之執行完畢或赦免後，令入勞動處所強制工作參年」，係於刑之執行完畢或赦免後，始執行強制工作，已無享有前揭「執行強制工作之結果，執行機關認為無執行刑之必要者，得檢具事證，報請檢察官聲請法院免其刑之執行」所定得以寬免刑之執行之可能，足認第一審判決之該項諭知，顯屬不利於被告等。應由本院將原判決及第一審判決關於某甲常業竊盜及某乙部分均撤銷，另行判決如主文第二、三項所示，以資糾正及

救濟。又非常上訴，乃對於審判違背法令之確定判決所設之非常救濟程序，不利於被告之違法判決（無論是否與統一適用法令有關），因非予救濟，不足以保障人權，乃原則上有提起非常上訴之必要性。至非常上訴審因原判決違背法令而予以撤銷並另行判決後，依該判決應如何執行或有無再為執行之可能，原屬檢察官依法執行處理之事項，並非非常上訴審所能置喙或考量，併予敘明。據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，刑法第二十八條、（九十四年二月二日修正公布，九十五年七月一日施行前）第三百二十二條、第三百四十六條第一項、第三項、第二百二十條、第二百十條、第三十八條第一項第二款、（九十四年二月二日修正公布，九十五年七月一日施行前）第五十五條，（九十八年四月二十九日廢止前）罰金罰鍰提高標準條例第一條前段，（八十一年七月二十九日修正公布施行之）竊盜犯贓物犯保安處分條例第三條第一項第二款、第四條、第五條第一項前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇一年 四月 六日

【第六五案】

一、關係條文

刑事訴訟法	第 378 條、第 451 條第 1 項、第 451 條之 1 第 1 項及第 4 項、第 452 條。
刑法	第 320 條第 1 項。

二、非常上訴理由

- 一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又刑事訴訟法第四百五十一條第一項規定：『檢察官審酌案件情節，認為宜以簡易判決處刑者，應即以書面為聲請。』第四百五十一條之一第一項規定：『前條第一項之案件，被告於偵查中自白者，得向檢察官表示願受科刑之範圍或願意接受緩刑之宣告，檢察官同意者，應記明筆錄，並即以被告之表示為基礎，向法院求刑或為緩刑宣告之請求。』第四項規定：『第一項情形，法院應於檢察官求刑或緩刑宣告請求之範圍內為判決，但有左列情形之一者，不在此限：……二、法院認定之犯罪事實顯然與檢察官據以求處罪刑之事實不符，或於審判中發現其他裁判上一罪之犯罪事實，足認檢察官之求刑顯不適當者。……』第四

百五十二條規定：『檢察官聲請以簡易判決處刑之案件，經法院認為有第四百五十一條之一第四項但書之情形者，應適用通常程序審判之』。

- 二、本件檢察官聲請簡易判決處刑之犯罪事實為『某甲於一百年十二月三十一日四時五十分許，騎乘機車到高雄市小港區孔○街○號前騎樓，徒手竊取李○○放置該處之二袋資源回收物（分別裝有廢棄鋁製風扇重十五公斤，價值八百元及廢電池重二十公斤，價值一千元），其將上開物品搬至馬路上，之後，欲再竊取其他物品時，適李○○返家發現，某甲發現事跡敗漏，未帶走上開二袋資源回收物即逃逸無蹤』，於所犯法條則記載：『核被告所為係犯刑法第三百二十條第一項竊盜罪嫌……被告於本署開庭中坦承竊盜犯行，經考量被告犯後態度良好，表示願意接受有期徒刑二月至三個月之科刑範圍，而本檢察官亦同意此科刑之範圍，請依刑事訴訟法第四百五十一條之一第一項及第四項前段規定，於有期徒刑二月以上至三月以下之範圍內量處被告竊盜罪之刑期。』原判決則認定：『某甲於一百年十二月三十一日凌晨四時五十分許，騎乘前揭機車到高雄市小港區孔○街○號騎樓前，因見李○○所有之二袋資源回收物（分別裝有廢棄鋁製風扇重十五公斤，價值八百元及廢電池重二十公斤，價值一千元）置放於該處，即著手將上開物品搬運至馬

路上欲竊取之，適李○○返家發現而未得手。』而論被告以竊盜未遂罪，判處有期徒刑四月，並於理由中說明：『犯罪事實（二）部分，聲請簡易判決處刑意旨固認被告涉犯竊盜既遂罪嫌，並以此事實作為協商合意之事實，惟經本院認定此部分僅構成竊盜未遂罪，因本院認定之事實顯與協商合意之事實不符，揆諸刑事訴訟法第四百五十一條之一第四項但書第二款規定，此部分本院自不受檢察官求刑範圍之拘束』。

- 三、經查：本件原審認定之犯罪事實與檢察官據以求處罪刑之事實，乃同一竊盜犯行，僅係檢察官認被告犯竊盜既遂罪，原判決認被告犯竊盜未遂罪，法院認定之犯罪事實與檢察官據以求處罪刑之事實並無顯然不符情事，且原判決所論之罪名反較檢察官求處者為輕，其超出檢察官求刑範圍，判處被告有期徒刑四月，顯違刑事訴訟法第四百五十一條之一第四項本文之規定，且縱認本件法院認定之犯罪事實顯然與檢察官據以求處罪刑之事實不符，而有該第四百五十一條之一第四項但書第二款之情形，揆之首揭說明，亦應依同法第四百五十二條之規定，適用通常程序審判之，原審逕以簡易判決處刑，加重被告刑度，顯侵害被告權益，原判決應有不適用法則之違法。案經確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第四

百四十一條、第四百四十三條就原判決論處被告竊盜未遂罪部分提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇二年度台非字第六八號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

上列上訴人因被告竊盜等罪案件，對於台灣高雄地方法院中華民國一〇一年九月五日確定刑事簡易判決（一〇一年度簡字第三二九〇、三二九一號，聲請簡易判決處刑案號：台灣高雄地方法院檢察署一〇一年度偵字第四八五七、五〇一七、一〇二七一號），認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於竊盜未遂部分撤銷，由原審法院依判決前之程序更為審判。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又同法第四百五十一條第一項規定：「檢察官審酌案件情節，認為宜以簡易判決處刑者，應即以書面為聲請」。同條之一第一項規定：「前條第一項之案件，被告於偵查中自白者，得向檢察官表示願受科刑之範圍或願意接受緩刑之宣告，檢察官同意者，應記明筆錄，並即以被

告之表示為基礎，向法院求刑或為緩刑宣告之請求」，同條之一第四項規定：「第一項情形，法院應於檢察官求刑或緩刑宣告請求之範圍內為判決，但有左列情形之一者，不在此限。二、法院認定之犯罪事實顯然與檢察官據以求處罪刑之事實不符，或於審判中發現其他裁判上一罪之犯罪事實，足認檢察官之求刑顯不適當者……」。同法第四百五十二條規定：「檢察官聲請以簡易判決處刑之案件，經法院認為有第四百五十一條之一第四項但書之情形者，應適用通常程序審判之」。本件檢察官據以聲請簡易判決處刑之其中一部分犯罪事實為「某甲意圖為自己不法之所有，於民國一〇〇年十二月三十一日四時五十分許，騎乘機車到高雄市小港區孔○街○號前騎樓，徒手竊取李○○放置該處之二袋資源回收物（其內分別裝有廢棄鋁製風扇重十五公斤，價值（新台幣，下同）八百元及廢電池重二十公斤，價值一千元），其將上開物品搬至馬路上，之後，欲再竊取其他物品時，適李○○返家發現，某甲發現事跡敗漏，未帶走上開二袋資源回收物即逃逸無蹤」等情，並於聲請簡易判決處刑書「證據並所犯法條」欄內記載：「核被告所為係犯刑法第三百二十條第一項竊盜罪嫌……被告於本署開庭中坦承竊盜犯行，經考量被告犯後態度良好，表示願意接受有期徒刑二月至三個月之科刑範圍，而本檢察官亦同意此科刑之範圍，請依刑事訴訟法第四百五十一條之一第一項及第四項前段規定，於有期徒刑二

月以上至三月以下之範圍內量處被告竊盜罪之刑期」等旨。原判決則於其「事實及理由」欄一之(二)內認定：「某甲於一〇〇年十二月三十一日凌晨四時五十分許，騎乘前揭機車到高雄市小港區孔〇街〇號騎樓前，因見李〇〇所有之二袋資源回收物（分別裝有廢棄鋁製風扇重十五公斤，價值八百元及廢電池重二十公斤，價值一千元）置放於該處，即著手將上開物品搬運至馬路上欲竊取之，適李〇〇返家發現而未得手」等情，而論被告以刑法第三百二十條第一項之竊盜未遂罪，處有期徒刑四月，並於理由內說明：「至犯罪事實(二)部分，聲請簡易判決處刑意旨固認被告涉犯竊盜既遂罪嫌，並以此事實作為協商合意之事實，惟經本院認定此部分僅構成竊盜未遂罪，因本院認定之事實顯與協商合意之事實不符，揆諸刑事訴訟法第四百五十一條之一第四項但書第二款規定，此部分本院自不受檢察官求刑範圍之拘束」云云（見原判決第四頁倒數第九至四行）。惟本件原判決所認定之犯罪事實與檢察官據以求處罪刑之事實，均屬同一竊盜事實，僅係檢察官認定被告犯竊盜既遂罪，原判決則認定被告犯竊盜未遂罪，是原判決所認定之犯罪事實與檢察官據以求刑之事實似無重大出入，僅係犯罪行為態樣（即既遂或未遂）不同而已；且原判決所認定被告之犯罪行為態樣（竊盜未遂），既較檢察官據以求處罪刑之犯罪態樣（即竊盜既遂）為輕，則原審法院於適用簡易程序科刑時自不宜超過檢察官求

刑範圍，乃原判決竟超出檢察官求刑範圍（即有期徒刑二月至三月），而判處被告有期徒刑四月，顯與刑事訴訟法第四百五十一條之一第四項規定意旨不符。又縱認原審所認定之犯罪事實，與檢察官據以求處罪刑之犯罪事實有異，而有同條之一第四項但書第二款所規定之情形，亦應依同法第四百五十二條規定適用通常程序審判之，而不得逕依簡易程序論罪科刑。乃原審就此部分仍逕以簡易判決論處被告罪刑，依上述說明，其所踐行之訴訟程序亦非適法。案經確定，且原判決不利於被告，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由；因原判決於理由內說明其所認定之犯罪事實與協商合意之事實不符，為維護被告之審級利益，爰由本院將原判決關於竊盜未遂罪部分撤銷，發回由原審法院依判決前之程序更為審判，以資救濟。至原判決其他部分，並未經最高法院檢察署檢察總長提起非常上訴，該部分自非本院審理範圍，附此敘明。據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二年 三月 十三日

【第六六案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第 378 條、第 379 條第 14 款、
 第 451 條、第 455 條之 1 第 2 項。

二、非常上訴理由

- 一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令。次按判決不載理由或所載理由矛盾者，其判決當然違背法令。刑事訴訟法第三百七十八條、第三百七十九條第十四款分別定有明文。又檢察官審酌案件情節，認為宜以簡易判決處刑者，應即以書面為聲請。刑事訴訟法第四百五十一條第一項定有明文，而前條第一項之案件，被告於偵查中自白者，得向檢察官表示願受科刑之範圍或願意接受緩刑之宣告，檢察官同意者，應記明筆錄，並即以被告之表示為基礎，向法院求刑或為緩刑宣告之請求，法院除有第四百五十一條之一第四項但書各款所定情形，應於檢察官求刑或緩刑宣告請求之範圍內為判決，刑事訴訟法第四百五十一條之一第一項、第四項均分別定有明文。
- 二、查本件原判決既認『本件係被告於偵查中自白，並向檢察官表示願受科刑之範圍（有期徒刑二月），經檢察官同意記明筆錄，且未有刑事訴訟

法第四百五十一條之一第四項但書所列各款情形，乃依檢察官表明之求刑範圍而為科刑判決，依同法第四百五十五條之一第二項規定，被告及檢察官均不得上訴』，卻判處被告某甲有期徒刑三月，未依檢察官上開求刑範圍（有期徒刑二月）而判決，揆諸前開說明，原判決顯有判決適用法則不當及所載理由矛盾之違誤。

三、案經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇二年度台非字第一五七號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告公共危險案件，對於台灣台東地方法院中華民國一〇二年二月十九日第一審確定簡易判決（一〇二年度原東交簡字第六五號，聲請簡易判決處刑案號：台灣台東地方法院檢察署一〇二年度速偵字第七四號），認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文
原判決撤銷。

某甲服用酒類，不能安全駕駛動力交通工具而駕駛，處有期徒刑貳月，如易科罰金，以新台幣壹仟元折算壹日。

理 由

非常上訴理由(見前二)

本院按：判決不適用法則或適用不當者，為違背法令。而判決不載理由或所載理由矛盾者，其判決當然違背法令。刑事訴訟法第三百七十八條、第三百七十九條第十四款分別定有明文。又檢察官審酌案件情節，認為宜以簡易判決處刑者，應即以書面為聲請，為同法第四百五十一條第一項所明定。而前條第一項之案件，被告於偵查中自白者，得向檢察官表示願受科刑之範圍或願意接受緩刑之宣告，檢察官同意者，應記明筆錄，並即以被告之表示為基礎，向法院求刑或為緩刑宣告之請求，法院除有第四百五十一條之一第四項但書各款所定情形，應於檢察官求刑或緩刑宣告請求之範圍內為判決，同法第四百五十一條之一第一項、第四項分別規定甚明。本件原簡易判決認被告某甲因服用酒類，不能安全駕駛動力交通工具而駕駛之犯行，業據被告於偵查中自白，並向檢察官表示願受科刑之範圍（有期徒刑二月），經檢察官同意記明筆錄，且未有同法第四百五十一條之一第四項但書所列各款情形，乃依檢察官表明之求刑範圍而為科刑判決，依同法第四百五十五條之一第二項規定，被告及檢察官均不得上訴。有檢察官訊問筆錄、認罪協商承

諾書、聲請簡易判決處刑書、原審刑事簡易判決各一份在卷足稽，既無同法第四百五十一條之一第四項但書所列各款情形，自應以檢察官表明之求刑範圍即有期徒刑二月而為科刑判決。然原判決適用刑法第一百八十五條之三第一項、第四十一條第一項前段，刑法施行法第一條之一第一項規定，論被告以服用酒類，不能安全駕駛動力交通工具而駕駛罪，竟處有期徒刑參月，如易科罰金，以新台幣壹仟元折算壹日，而未依檢察官聲請簡易判決處刑書之上開求刑範圍而為判決。原判決自有判決適用法則不當之違法。非常上訴意旨執以指摘，洵有理由。案經確定，且於被告不利，應由本院將原確定判決撤銷，另行判決並諭知易科罰金之折算標準如主文第二項所示，以資救濟。據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，刑法第一百八十五條之三第一項、第四十一條第一項前段，刑法施行法第一條之一第一項，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二年 五月 三十日

【第六七案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第 378 條。

毒品危害防制條例 第 10 條、第 20 條、第 23 條。

二、非常上訴理由

- 一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，得提起非常上訴，刑事訴訟法第四百四十一條、第三百七十八條定有明文。次按施用第一、二級毒品為犯罪行為，毒品危害防制條例第十條第一項及第二項各定有處罰明文。故施用該毒品者，依前揭規定本應科以刑罰。惟基於刑事政策，對合於一定條件之施用者，依同條例第二十條、第二十三條之規定，施以觀察、勒戒及強制戒治之保安處分。嗣因其程序過於繁雜，上揭條例於民國九十二年七月九日修正公布，自九十三年一月九日施行，將第二十條、第二十三條之保安處分程序，單純區分為『初犯』、『五年內再犯』及『五年後再犯』三種；『初犯』者，經觀察、勒戒或強制戒治後，應為不起訴處分或不付審理之裁定；經觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放後，『五年內再犯』者，依法追訴或裁定交付審理。至於經觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放

後，『五年後再犯』者，仍適用『初犯』規定，先經觀察、勒戒或強制戒治之程序。從而依上揭修正後之規定，限於『初犯』及『五年後再犯』二情形，始應先經觀察、勒戒或強制戒治程序。倘被告於五年內已再犯，並經依法追訴處罰或依修正前舊法規定再次觀察、勒戒或強制戒治，縱其第三次（或第三次以上）再度施用毒品之時間，在初犯經觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放五年以後，已不合於『五年後再犯』之情形，而應依該條例第十條追訴處罰（最高法院九十七年第五次刑事庭會議決議、一〇〇年度台非字第二八號判決參照）。

- 二、經查，本件被告某甲於八十九年間因施用毒品案件，經台灣台北地方法院八十九年度毒聲字第二十號刑事裁定送觀察、勒戒後，認無繼續施用毒品傾向，於八十九年一月十八日釋放，並經台灣台北地方法院檢察署檢察官以八十九年度毒偵字第二〇〇號為不起訴處分確定；於九十年間復因施用毒品案件，經台灣板橋地方法院（已改制為台灣新北地方法院）九十年年度毒聲字第二九一六號刑事裁定送觀察、勒戒後，認無繼續施用毒品傾向，於九十年十二月二十八日因解還出所，並經台灣板橋地方法院檢察署（已改制為台灣新北地方法院檢察署）檢察官以九十年年度毒偵緝字第八一七號為不起訴處分確定；於一〇〇年間又

因施用毒品案件，經台灣基隆地方法院一〇〇年度基簡字第二一八號刑事判決判處有期徒刑六月、三月，應執行有期徒刑八月，並經台灣基隆地方法院一〇〇年度簡上字第八十一號駁回上訴確定；又另於一〇〇年三月二十九日某時許，施用第一級毒品海洛因及第二級毒品甲基安非他命，經台灣士林地方法院於一〇一年十二月六日以一〇一年度審訴緝字第二四號判處徒刑六月，於一〇二年一月二日確定，有全國刑案資料查註表附卷可稽。被告於一〇〇年九月六日凌晨某時許，再犯本件施用第二級毒品甲基安非他命案件為警查獲，雖在之前次觀察、勒戒執行完畢釋放五年之後，惟其於毒品危害防制條例修正前，初犯施用毒品罪，經觀察、勒戒後，既已於五年內再犯，即非屬毒品危害防制條例第二十條第三項所定『五年後再犯』之情形，自應依該條例第十條規定予以追訴處罰。本件經檢察官提起公訴，依前開說明，其訴追條件業已充足，於法並無不合。詎原審不察，認檢察官之起訴程序違背規定，不經言詞辯論逕為公訴不受理之判決，顯非適法。原判決雖尚非不利於被告，且不發生實質之確定力，檢察官仍得另行起訴，然該違法判決既具判決之形式，即非無依非常上訴程序予以糾正之必要性。爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇二年度台非字第一八〇號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，對於台灣宜蘭地方法院中華民國一〇二年一月三日第一審確定判決（一〇一年度易緝字第二三號，起訴案號：台灣宜蘭地方法院檢察署一〇〇年度毒偵字第七八五號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按：施用第一、二級毒品為犯罪行為，毒品危害防制條例第十條第一項及第二項各定有處罰明文。故施用該毒品者，依前揭規定本應科以刑罰，惟基於刑事政策，對合於一定條件之施用者，依同條例第二十條、第二十三條之規定，施以觀察、勒戒及強制戒治之保安處分。嗣因其程序過於繁雜，上揭條例於民國九十二年七月九日修正公布，自九十三年一月九日施行，將第二十條、第二十三條之保安處分程序，單純區分為「初犯」、「五年內再犯」及「五年後再犯」三種；「初犯」者，經觀察、勒戒或強制戒治後，應為不起訴處分或不付審理之裁定；經觀察、勒戒或強

制戒治執行完畢釋放後，「五年內再犯」者，依法追訴或裁定交付審理。至於經觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放後，「五年後再犯」者，仍適用「初犯」規定，先經觀察、勒戒或強制戒治之程序。從而依上揭修正後之規定，限於「初犯」及「五年後再犯」二情形，始應先經觀察、勒戒或強制戒治程序。倘被告於五年內已再犯，並經依法追訴處罰或依修正前舊法規定再次觀察、勒戒或強制戒治，縱其第三次（或第三次以上）再度施用毒品之時間，在初犯經觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放五年以後，已不合於「五年後再犯」之情形，而應依該條例第十條追訴處罰。本件被告某甲前於八十九年間因施用毒品案件，經台灣台北地方法院八十九年度毒聲字第二十號裁定觀察、勒戒，於同年一月十八日，認無繼續施用毒品傾向而釋放，並經台灣台北地方法院檢察署檢察官以八十九年度毒偵字第二〇〇號為不起訴處分確定；然於五年內之九十年間復因施用毒品案件，經台灣新北地方法院九十年年度毒聲字第二九一六號裁定觀察、勒戒後，認無繼續施用毒品傾向，於九十年十二月二十八日釋放，經台灣新北地方法院檢察署檢察官九十年年度毒偵緝字第八一七號為不起訴處分確定；於一〇〇年間又因施用毒品案件，經台灣基隆地方法院一〇〇年度基簡字第二一八號判決判處有期徒刑六月及三月，應執行有期徒刑八月，經同法院一〇〇年度簡上字第八一號駁回上訴確定；又於一〇〇年三月間因施

用毒品案件，經台灣士林地方法院一〇一年度審訴緝字第二四號判處有期徒刑六月，於一〇二年一月二日確定等情，有相關處分書、判決書、全國刑案資料查註表及台灣高等法院被告前案紀錄表附卷可稽。被告於一〇〇年九月六日凌晨某時許，再犯本件施用第二級毒品甲基安非他命案件為警查獲，雖均在之前二次觀察、勒戒執行完畢釋放五年之後，惟其於毒品危害防制條例修正前，初犯施用毒品罪，經觀察、勒戒後，既已於五年內再犯，與單純「五年後再犯」之情形有別。本件經檢察官提起公訴，依前開說明，其訴追條件業已充足，於法自無不合。詎原審不察，認檢察官之起訴程序違背規定，不經言詞辯論逕為公訴不受理之判決，顯非適法。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，因原判決尚非不利於被告，應由本院將原判決關於違背法令部分予以撤銷，以資糾正。據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二年 六月 六日

【第六八案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第 378 條、第 455 條之 2、第 455 條之 4 第 1 項、第 2 項。

二、非常上訴理由

- 一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又檢察官依刑事訴訟法第四百五十五條之二聲請改依協商程式而為判決，除有同法第四百五十五條之四第一項各款所定之情形之一者外，法院應不經言詞辯論，於『協商合意範圍內』為判決，同法第四百五十五條之四第二項亦有明文規定。查本件公訴檢察官於一〇一年十月三十一日在審理庭聲請改依認罪協商程式進行，並經被告某甲同意達成協商合意，合意範圍為被告願受有期徒刑八月之宣告，惟本件判決主文為有期徒刑九月，刑期未在『協商合意範圍』之內，揆諸上揭法條說明，足認本件原判決顯有適用法則不當之違背法令。
- 二、案經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇二年度台非字第二三〇號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告竊盜案件，對於台灣新竹地方法院中華民國一〇一年十一月十四日第一審確定判決（一〇一年度易字第二五七號，起訴案號：台灣新竹地方法院檢察署一〇一年度偵字第一一二三號），認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於某甲部分撤銷。

某甲犯結夥攜帶兇器竊盜罪，處有期徒刑捌月。扣案之破壞剪壹把及鐵條拾支均沒收。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又刑事訴訟法第四百五十五條之四第一項、第二項規定：「有下列情形之一者，法院不得為協商判決：一、有前條第二項之撤銷合意或撤回協商聲請者。二、被告協商之意思非出於自由意志者。三、協商之合意顯有不當或顯失公平者。四、被告所犯之罪非第四百五十五條之二第一項所定得以協商判決者。五、法院認定之事實顯與協商合意之事實不符者。六、被告有其他較重之裁

判上一罪之犯罪事實者。七、法院認應諭知免刑或免訴、不受理者。除有前項所定情形之一者外，法院應不經言詞辯論，於協商合意範圍內為判決。法院為協商判決所科之刑，以宣告緩刑、二年以下有期徒刑、拘役或罰金為限。」從而，法院應於雙方當事人協商範圍內為判決，如有逾越，毋寧謂為濫用職權之違背法令。本件原審依協商程式，判決被告某甲犯結夥攜帶兇器竊盜罪，處有期徒刑九月，扣案之破壞剪壹把及鐵條拾支均沒收，固有原審宣示判決筆錄在卷可憑（見原審卷第一四一頁）。惟查，本件非屬不得為協商判決之案件，既經當事人雙方合意，被告認罪，並願受有期徒刑八月之宣告，檢察官乃聲請原審法院改依協商程式而為判決，此有原審審判筆錄在卷可稽（見原審卷第一二八至一三一頁）。原審於民國一〇一年十月三十一日協商程序中，已然確認被告與檢察官之協商合意內容為：被告犯結夥攜帶兇器竊盜罪，處有期徒刑八月，扣案之破壞剪壹把及鐵條拾支均沒收（見原審卷第一三三頁），竟於宣示判決筆錄之主文欄記載「某甲犯結夥攜帶兇器竊盜罪，處有期徒刑九月。……」，顯逾越協商合意範圍而為判決，自屬違背法令。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨，執以指摘，洵有理由。應由本院將原判決關於被告部分撤銷，另行判決如主文第二項所示，以資救濟。據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，刑法第三百二十一條第一項第四款、第三十八

條第一項第二款，刑法施行法第一條之一第一項，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二年 七月 四日

【第六九案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第 378 條、第 451 條之 1 、第 455 條之 1 。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。復按檢察官審酌案件情節，認為宜以聲請簡易判決處刑之案件，被告於偵查中自白者，得向檢察官表示願受科刑之範圍或願意接受緩刑之宣告，檢察官同意者，應記明筆錄，並即以被告之表示為基礎，向法院求刑或為緩刑宣告之請求，刑事訴訟法第四百五十一條之一第一項定有明文。又，依同法第四百五十一條之一之請求所為之科刑判決，不得上訴，同法第四百五十五條之一第二項亦有明文。

二、經查，被告孔○○於（民國）一〇二年一月二十日凌晨及上午，在其位於台北市南港區忠孝東路○段○巷○弄○號○樓之住處內飲用酒類，已達不能安全駕駛動力交通工具狀態，竟仍於同日上午八時許駕駛車牌號碼○○○-C6 營業小客車，行駛於台北市內供公眾使用之道路上，足生人車

往來之危險，嗣於同日上午九時四十分左右，在台北市大安區嘉興街與臥龍街路口，因駕車違規為警攔檢查獲，於同日十時十二分檢測其呼氣中酒精濃度仍然高達0.64mg/L，因認被告涉有公共危險罪嫌，而於一〇二年一月二十日下午五時許，遭台北市政府警察局大安分局隨案解送台灣台北地方法院檢察署接受檢察官訊問，經該署檢察官當庭告知以刑事訴訟法第四百五十一條之一及同法第四百五十五條之一之規定，並詢問被告是否認罪，以及是否同意由法院逕行以簡易判決處刑，判處有期徒刑六月並併科罰金二十萬元之科刑範圍後，被告當庭表示同意此一科刑之範圍，並簽名於訊問筆錄，嗣經該署檢察官以一〇二年度速偵字第一三三號聲請簡易判決處刑後，台灣台北地方法院考量被告已於檢察官前表示願意接受之刑度，以及檢察官所求刑之範圍，且本案並無同法第四百五十一條之一第四款所列各情形，遂依法於檢察官求刑之範圍內，逕以一〇二年度交簡字第一四二號刑事簡易判決判處被告有期徒刑六月，併科罰金新台幣二十萬元各情，有該署一〇二年一月二十日訊問筆錄及台灣台北地方法院一〇二年度交簡字第一四二號刑事判決各一份附卷可稽。而此一依刑事訴訟法第四百五十一條之一之請求所為之科刑判決，各該當事人均不得上訴，同法第四百五十五條之一

第二項規定甚明。惟本件被告孔○○於原審法院判決後，竟又以量刑過重為由提起上訴，原判決即台灣台北地方法院一〇二年度交簡上字第三七號判決漏未注意上開法條規定，而誤將該簡易判決撤銷，並判處被告有期徒刑六月，併科罰金新台幣六萬元。原判決顯有不適用法則之違背法令。

三、案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇二年度台非字第二五九號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 孔○○

上列上訴人因被告公共危險案件，對於台灣台北地方法院中華民國一〇二年四月二十四日管轄之第二審地方法院合議庭確定判決（一〇二年度交簡上字第三七號，聲請簡易判決處刑案號：台灣台北地方法院檢察署一〇二年度速偵字第一三三號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

孔○○之上訴駁回。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按：民刑事訴訟案件下級法院之判決，當事人不得聲明不服而提出不服之聲明或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，該項上級法院之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，得分別依上訴、再審、非常上訴及其他法定程序辦理，司法院釋字第一三五號著有解釋。又刑事案件誤不合法之上訴為合法之無效確定判決，與有效之確定判決性質不同，雖有利於被告，仍應本於前揭釋字第一三五號解釋意旨，依非常上訴、再審程序處理（參考本院九十七年九月二日、九十七年度第四次刑事庭會議決議）。另檢察官審酌案件情節，認為宜以簡易判決處刑者，應即以書面為聲請；被告於偵查中自白者，並得向檢察官表示願受科刑之範圍或願意接受緩刑之宣告，檢察官同意者，應記明筆錄，並即以被告之表示為基礎，向法院求刑或為緩刑宣告之請求，刑事訴訟法第四百五十一條第一項、第四項、第四百五十一條之一第一項分別定有明文。而依刑事訴訟法第四百五十一條之一之請求所為科刑之判決，不得上訴，同法第四百五十五條之一第二項亦定有明文。且第二審法院認為上訴有刑事訴訟法第三百六十二條前段上訴不合法法律上之程式或法律上不應准許或其上訴權已經喪失者，應以判決駁回之，刑事訴訟法第三百六十七條前段規定甚詳，上開規定依同法第四百五十五條之一第三項之規定，亦為簡易程序所準用。查本件被告孔○

○因公共危險案件，於台灣台北地方法院檢察署（下稱台北地檢署）檢察官偵查中自白，並向台北地檢署檢察官表示願受科刑之範圍，為有期徒刑六月，併科罰金二十萬元，經台北地檢署檢察官同意記明筆錄，嗣台北地檢署檢察官一〇二年度速偵字第一三三號聲請簡易判決處刑書，即以被告上開向檢察官表示願受科刑之範圍向法院求刑。台灣台北地方法院（下稱台北地院）審理後認檢察官對被告聲請簡易判決處刑，並無刑事訴訟法第四百五十一條之一第四項但書所列情形，爰依檢察官向法院所為之求刑，即被告向檢察官表示願受上開科刑之範圍，以一〇二年度交簡字第一四二號刑事簡易判決，判處被告有期徒刑六月，併科罰金新台幣二十萬元，有期徒刑如易科罰金，罰金如易服勞役，均以新台幣一千元折算一日。則依刑事訴訟法第四百五十五條之一第二項之規定，檢察官及被告均不得對上開刑事簡易判決上訴，該刑事簡易判決已告確定，上情有被告於檢察官偵查中之訊問筆錄、台北地檢署檢察官一〇二年度速偵字第一三三號聲請簡易判決處刑書、台北地院一〇二年度交簡字第一四二號刑事簡易判決附卷可稽。嗣被告猶對上開刑事簡易判決，向管轄之第二審台北地院合議庭提起上訴，自屬刑事訴訟法第四百五十五條之一第三項準用同法第三百六十二條前段所規定，法律上不應准許者，依同法第三百六十七條前段規定，管轄之第二審台北地院合議庭應以判決駁回之。乃管轄之

第二審台北地院合議庭不察，未依上開規定，以判決駁回上訴，而誤將本件「不得上訴」（即法律上不應准許上訴）之案件，仍為實體上之判決，於撤銷第一審刑事簡易判決後，改判處被告有期徒刑六月，併科罰金新台幣六萬元，有期徒刑如易科罰金，罰金如易服勞役，均以新台幣一千元折算一日，自屬於法有違。該項無效之違法判決，係誤不合法之上訴為合法，依司法院釋字第一三五號解釋意旨，應由本院將原判決撤銷，並代替管轄之第二審台北地院合議庭駁回被告之上訴，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款、第三百六十七條前段、第四百五十五條之一第三項，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二年 七月 十八日

【第七十案】

一、關係條文

刑事訴訟法	第 378 條。
刑 法	第 47 條第 1 項、第 78 條第 1 項、 第 79 條第 1 項、第 79 條之 1 第 1 項、第 3 項。

二、非常上訴理由

- 一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯；假釋中因故意更犯罪，受有期徒刑以上刑之宣告者，於判決確定後六月以內，撤銷其假釋；在有期徒刑所餘刑期內未經撤銷假釋者，其未執行之刑，以已執行論。分別為刑法第四十七條第一項、第七十八條第一項前段、第七十九條第一項前段所明定。再者，二以上徒刑併執行者，依同法第七十九條之一第一項規定：『二以上徒刑併執行者，第七十七條所定最低應執行之期間，合併計算之。』同條第三項規定：『依第一項規定合併計算執行期間而假釋者，前條第一項規定之期間，亦合併計算之』。從而，在二以上徒刑併合執行

之情形，經許其假釋出獄者，其假釋所定最低應執行之期間，既合併計算之，其所餘刑期（即殘餘刑期之期間），亦應合併計算，此期間既無從區分，則必於期間內未經撤銷假釋，該併合執行之各罪所未執行之刑，始以已執行論。如在假釋中因故意更犯罪，受有期徒刑以上刑之宣告，依刑法第七十八條第一項、第七十九條第一項但書之規定，經撤銷其假釋者，因其刑罰尚未執行完畢，自無由論以累犯（最高法院一〇一年度台非字第六十七號判決意旨參照）。

- 二、經查，被告某甲前因違反毒品危害防制條例等案件，後經台灣台東地方法院以九十六年度聲減字第八五七號裁定減刑並定應執行刑為有期徒刑二年二月，於民國九十六年十二月十日確定；又因竊盜案件，經同院以九十八年度易字第三一九號判決科處有期徒刑五月，於九十九年一月十二日確定，兩案接續執行，執行至一〇〇年四月二十一日因縮短刑期假釋出監，所餘刑期至一〇〇年十月十八日期滿，並經同院以一〇〇年度聲字第一一五號裁定被告假釋中付保護管束。詎被告於假釋付保護管束期間內之一〇〇年十月二日及一〇〇年十月十一日某時，更犯妨害自由及竊盜罪，經同院於一〇二年一月十八日以一〇一年度東簡字第三一八號判決科處有期徒刑二月二次、三月二次，應執行有期徒刑六月確定。前案

之假釋期間雖已期滿，惟依刑法第七十八條第一項規定，仍應撤銷其假釋，經法務部於一〇二年三月二十六日以法授矯教字第 10201037680 號函，核准撤銷假釋。而假釋撤銷後所應執行之殘餘刑期五月又二十七日，刻由台灣台東地方法院檢察署檢察官以一〇二年執更字第三四四號執行等情，有上開撤銷假釋函及被告之刑案資料查註紀錄表、指揮書、相關判決、裁定等影本在卷可稽。是被告於前案假釋中更犯罪，其假釋已經撤銷，尚應執行殘餘刑期五月又二十七日，顯未執行完畢。則揆諸前揭說明，被告於一〇〇年十一月十二日下午五時許再犯本件二次竊盜罪時，難認其前受之有期徒刑宣告已執行完畢，自無論以累犯之餘地。乃原審疏未詳查，竟認前案之假釋未經撤銷，其未執行之刑以已執行論，而認已執行完畢，就被告所犯上開之罪，均依累犯之規定加重其刑，自屬適用法則不當之違背法令。

三、案經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇二年度台非字第三七三號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某 甲

上列上訴人因被告竊盜案件，對於台灣台東地方法院一〇一年三月十五日第一審確定判決（一〇一年度易字第三〇號，起訴案號：台灣台東地方法院檢察署一〇〇年度偵字第二四二四、二五三九號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

某甲犯竊盜罪，共貳罪，各處有期徒刑肆月，如易科罰金，均以新臺幣壹仟元折算壹日。應執行有期徒刑柒月，如易科罰金，以新臺幣壹千元折算壹日。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯；假釋中因故意更犯罪，受有期徒刑以上刑之宣告者，於判決確定後六月以內，撤銷其假釋；在有期徒刑所餘刑期內未經撤銷假釋者，其未執行之刑，以已執行論。分別為刑法第四十七條第一項、第七十八條第一項前段、第七十九條第一項前段所明定。再者，二以上徒刑併執行者，依同法第七十九條之一第一項規定：「二以上徒刑併執行者，第七十七條所定最低應執行之期間，合併計算之。」同條第三項規定：「依第一項規定合併計算

執行期間而假釋者，前條第一項規定之期間，亦合併計算之」。從而，在二以上徒刑併合執行之情形，經許其假釋出獄者，其假釋所定最低應執行之期間，既合併計算之，其所餘刑期（即殘餘刑期之期間），亦應合併計算，此期間既無從區分，則必於期間內未經撤銷假釋，該併合執行之各罪所未執行之刑，始以已執行論。如在假釋中因故意更犯罪，受有期徒刑以上刑之宣告，依刑法第七十八條第一項、第七十九條第一項但書之規定，經撤銷其假釋者，因其刑罰尚未執行完畢，自無由論以累犯。經查，被告犯有上揭非常上訴理由所述違反毒品危害防制條例等罪之前案，經台灣台東地方法院九十六年度聲減字第八五七號裁定減刑定應執行刑為有期徒刑二年二月，於九十六年十二月十日確定；又因竊盜案件，經同院九十八年度易字第三一九號判決處有期徒刑五月，於九十九年一月十二日確定，兩案接續執行，執行至一〇〇年四月二十一日因縮短刑期假釋出監，所餘刑期至一〇〇年十月十八日期滿，並經同院一〇〇年度聲字第一一五號裁定被告假釋中付保護管束。被告於假釋付保護管束期間內之一〇〇年十月二日及一〇〇年十月十一日某時，更犯妨害自由及竊盜罪，經同院於一〇二年一月十八日一〇一年度東簡字第三一八號判決科處有期徒刑二月、二月、三月、三月，應執行有期徒刑六月確定。前案之假釋期間雖已期滿，惟依刑法第七十八條第一項規定，應撤銷其假釋，經法務部於一〇

二年三月二十六日以法授矯教字第 10201037680 號函，核准撤銷假釋。而假釋撤銷後所應執行之殘餘刑期五月又二十七日，刻由台灣台東地方法院檢察署檢察官一〇二年執更字第三四四號執行等情，有上開撤銷假釋函及被告之刑案資料查註紀錄表、指揮書、相關判決、裁定等影本可稽。是被告於前案假釋中更犯罪，其假釋已經撤銷，尚應執行殘餘刑期五月又二十七日，顯未執行完畢。本件依原判決認定被告係於一〇〇年十一月十二日下午五時許再犯本件二次竊盜之事實，揆諸前揭說明，被告為本件犯罪時，難認其前受之有期徒刑宣告已執行完畢，自無論以累犯之餘地。乃原判決未及審酌及此，認前案之假釋未經撤銷，其未執行之刑，以已執行論，而執行完畢，就被告所犯之二次竊盜罪，均依累犯之規定加重其刑，各量處有期徒刑五月，自屬適用法則不當之違背法令。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決撤銷，另行判決並定應執行刑如主文第二項所示，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，刑法第三百二十條第一項、第四十一條第一項前段、第五十一條第五款，刑法施行法第一條之一，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二年 十月 二十四日

【第七一案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第378條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。次按無論判決原本或正本有關主文刑期之記載錯誤，均不能援用司法院大法官會議釋字第四十三號解釋，以裁定更正之，有最高法院四十四年十二月二十六日民刑庭總會決議可供參考。經查，被告某甲因不能安全駕駛交通工具罪，經台灣台南地方法院於一〇二年七月三十一日，以一〇二年度交簡字第一八〇六號判處拘役五十九日，並諭知易科罰金折算標準確定，嗣該院發現有誤，竟援引司法院大法官會議釋字第四十三號解釋意旨，以一〇二年度交簡字第一八〇六號裁定，將判決主文之『處拘役伍拾玖日，如易科罰金以新台幣壹仟元折算壹日』，予以更正為『處有期徒刑貳月，如易科罰金，以新台幣壹仟元折算壹日』確定，顯然已影響原確定判決之本旨，揆之上開決議意旨，自有適用法則不當之違背法令。案經確定，且對被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇二年度台非字第四四一號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告公共危險案件，對於台灣台南地方法院中華民國一〇二年八月三十日第一審確定裁定（一〇二年度交簡字第一八〇六號），認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文
原裁定撤銷。

理 由
本件非常上訴理由（見前二）
本院按：（一）、判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。而與科刑判決具有同等效力之裁定，於確定後認為違法，且該裁定不利於被告而別無其他救濟途徑，或對法之續造具有重要意義，或與統一適用法令有關而有闡釋之必要性者，得提起非常上訴。復刑事判決或裁定正本送達後，發現原本錯誤，顯係文字之誤寫、誤算，且不影響於全案情節與判決或裁定本旨之顯然錯誤，固得由原法院以裁定更正，惟關於主文之違誤，更正顯然足以影響於原判決或裁定之本旨者，尚無許以裁定更正之餘地。（二）、查本件被告某甲前因犯公共危險罪，原經台灣台南地方法院於民國一〇二年

七月三十一日，以一〇二年度交簡字第一八〇六號判決處「拘役伍拾玖日，如易科罰金以新台幣壹仟元折算壹日」，該法院竟復於同年八月三十日，以同案號，裁定更正主文為「處有期徒刑貳月，如易科罰金以新台幣壹仟元折算壹日」確定在案。然則此確定判決正本關於主文欄之上開違誤，實與單純文字之誤寫、誤算或其他類此之顯然錯誤情形有別，嗣後所為更正裁定，已經變更原判決主文諭知之內容，依照上揭說明，並非法之所許。原審更為裁定，顯有適用法則不當之違法。該更正裁定固屬自始、當然、絕對無效，但既有確定裁定之形式存在，又別無其他適當救濟途徑，自應由本院將原裁定撤銷，除去該違法裁定之形式，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二年 十二月 十八日

【第七二案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第 378 條。
刑 法 第 33 條第 3 款。

二、非常上訴理由

- 一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。本件被告某甲所犯毒品危害防制條例等案件，經法院分別判處有期徒刑六月（台灣高雄地方法院檢察署一〇〇年度執緝字第一一八號，已執畢），有期徒刑六月、拘役二十日（同署一〇〇年度執字第五四四一號，已執畢），有期徒刑七年六月確定（同署一〇二年度執字第五〇九〇號）。嗣經檢察官以上開數罪符合數罪併罰規定，聲請定應執行刑，經台灣高等法院高雄分院以一〇二年度聲字第八一〇號裁定應執行刑為有期徒刑八年三月又二十日。經查，依刑法第五十一條規定：『數罪併罰，分別宣告其罪之刑，依下列各款定其應執行刑者：……五、宣告多數有期徒刑者，於各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下，定其刑期。但不得逾三十年。十、依第五款至第九款所定之刑，併執行之。但應執行者為三年以上有

期徒刑與拘役時，不執行拘役。』查本件檢察官係就被告宣告有期徒刑部分聲請定應執行之刑，原裁定所定應執行刑已超過有期徒刑三年，之前已執畢之拘役二十日本應免執行，惟既已執畢，應折抵定刑後之刑期，然原裁定主文諭知應執行有期徒刑八年三月又二十日，其中二十日原裁定並未諭知係拘役，而依刑法第三十三條第三款規定，有期徒刑遇有加減時，始得減至二月未滿，而本件並無依法應減刑之情形，原裁定竟諭知應執行有期徒刑八年三月又二十日，核與上開規定容有未合，自有適用法則不當之違背法令。

二、案經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇二年度台非字第四五九號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例數罪併罰定應執行刑案件，對於台灣高等法院高雄分院中華民國一〇二年六月二十七日第二審確定裁定（一〇二年度聲字第八一〇號；聲請案號：台灣高等法院高雄分院檢察署一〇二年度執聲字第三一五號），認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原裁定撤銷。

某甲犯如附表所示各罪所處有期徒刑部分，應執行有期徒刑捌年參月。

理 由

非常上訴理由(見前二)

本院按：判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又法院定應執行刑之裁定，與科刑判決具有同等之效力，於裁定確定後，檢察總長認為違法，自得提起非常上訴。又數罪併罰，分別宣告其罪之刑，有多數相同之主刑者，依刑法第五十一條第一、三、五至七各款規定定其應執行之刑，不相同之主刑，不能合併定其應執行刑。本件被告某甲犯如附表所示之違反毒品危害防制條例等罪，分別經判處有期徒刑六月、有期徒刑六月及拘役二十日、有期徒刑七年六月確定，檢察官依被告之請求聲請依刑法第五十一條第五款規定，即就所處有期徒刑部分，定其應執行之刑，乃原裁定竟諭知「某甲所犯如附表所示各罪所處之刑，應執行有期徒刑捌年參月又貳拾日」，將被告所處拘投二十日與所處有期徒刑部分，合併定其應執行之刑，自屬違背法令。案經確定，且對被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原裁定予以撤銷，另行裁定如主文第二項所示，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，刑法第五十三條、第五十一條第五款，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二年 十二月 三十日

【第七三案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第 378 條、第 449 條第 3 項。

二、非常上訴理由

- 一、按判決不適用法則或適用法則不當者，為違背法令；又簡易判決處刑，所科之刑以宣告緩刑、得易科罰金或得易服社會勞動之有期徒刑及拘役或罰金為限，刑事訴訟法第三百七十八條、第四百四十九條第三項分別定有明文。本件原判決略以：被告某甲於民國一〇一年十月二十一日某時，在屏東縣安泰醫院內某處，施用第二級毒品甲基安非他命，認定被告犯施用第二級毒品罪，判處有期徒刑十月；既未為緩刑之宣告，復因宣告刑逾有期徒刑六月，不屬得易科罰金或得易服社會勞動之範圍，即不符合刑事訴訟法第四百四十九條第三項科刑限度之規定，應改依通常審判程序為審判，始為適法。原判決不察，依簡易判決程序處刑，顯有適用法則不當之違法。
- 二、案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇三年度台非字第四號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，對於台灣屏東地方法院中華民國一〇二年八月三十日第一審確定簡易判決（一〇二年度簡字第一二七四號；起訴案號：台灣屏東地方法院檢察署一〇二年度毒偵字第八五號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，由台灣屏東地方法院依判決前之程序更為審判。

理 由

本件非常上訴理由（見前二）

本院按：為實現國家之刑罰權並保護被告之權益，法院對於案情甚為明確之輕微案件，固得依刑事訴訟法第四百四十九條第一項、第二項之規定，逕以簡易程序判決處刑，惟以簡易判決處刑者，其所科之刑必以宣告緩刑、得易科罰金或得易服社會勞動之有期徒刑及拘役或罰金為限，同條第三項亦定有明文。本件原確定簡易判決以被告某甲自白犯毒品危害防制條例第十條第二項之施用第二級毒品罪，經原審法院合議庭認為宜以簡易判決處刑，裁定改由受命法官獨任審理，逕依刑事訴訟法第四百四十九條第二項之規定，以簡易判決論以被告犯該罪，宣告有期徒刑十月，有

該案卷可稽。然查原判決所宣告者，既非緩刑，復不得易科罰金或易服社會勞動，於法不合，顯有適用法則不當之違誤。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決撤銷。復為維持被告之審級利益，併諭知應由原審法院依判決前之程序更為審判，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇三年 一月 八日

【第七四案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第 378 條、第 441 條。
毒品危害防制條例 第 4 條第 1 項、第 4 條第 2
 項、第 17 條第 1 項。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令；判決確定後，發見該案件之審判係違背法令者，最高法院檢察署檢察總長得向最高法院提起非常上訴，刑事訴訟法第三百七十八條、第四百四十一條分別定有明文。又毒品危害防制條例第十七條第一項規定『犯第四條至第八條、第十條或第十一條之罪，供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑。』所謂『供出毒品來源，因而破獲者』，係指被告供出毒品來源之有關資料，諸如前手之姓名、年籍、住居所、或其他足資辨別之特徵等，使調查或偵查犯罪之公務員因而對之發動調查或偵查並破獲者而言（最高法院九十七年度台上字第一四七五號判決參照）。

二、經查被告黃○○就本件如附表編號 5 所示販賣毒品海洛因、安非他命之毒品來源，於（民國）一

○一年四月三日偵查中，具狀稱『被告所持有的毒品係向林○祥進貨，林○祥是被告在澎湖監獄之獄友』、同年五月五日委由辯護人具狀稱：『被告毒品之來源為林○翔，而被告係在澎湖監獄執行時認識同在該監獄執行之【林○翔】……』、同年九月九日具狀稱『……被告既已將上游林○祥……』、同年十月十三日偵查中供稱：『之前我是想保護蘇○○、林○祥……』、同年十一月十一日具狀稱：『關於林○祥，以被告所知，交通工具為 XX-○○○○之綠色休旅車及 XX-○○○○黑色自小客車……』、於一○一年五月二十五日法院訊問時『向林○翔（前曾誤為林○祥）販入』等情（參見台灣新竹地方法院檢察署一○一年度偵字第一二五九號卷宗所附筆錄、書狀，以及台灣新竹地方法院一○一年度訴字第一四二號卷宗所附訊問筆錄）。嗣林○翔亦因此而遭查獲，經台灣苗栗地方法院檢察署以一○二年度偵字第四○六一號提起公訴，並經台灣苗栗地方法院以一○三年度訴字第一五九號判決有罪，有該起訴書及判決書附卷足憑。是被告黃○○既已供出毒品來源之有關資料，諸如前手之姓名林○翔及其他足資辨別之特徵等，使偵查機關據以查獲並起訴林○翔，且經法院判決有罪，即應依毒品危害防制條例第十七條第一項規定減輕其刑。本件原確定判決判處被告黃○○如附表編號5所示

之罪，係違反毒品危害防制條例第四條第一項、第二項等罪名，就被告黃○○供出毒品來源因而查獲並起訴判刑林○翔乙節，未依職權查明，亦未依毒品危害防制條例第十七條第一項規定減輕其刑，顯有不適用法則及應調查之證據未予調查之違法。

三、案經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一○三年度台非字第四四二號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 黃○○

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，對於台灣新竹地方法院中華民國一○一年七月十日第一審確定判決（一○一年度訴字第一四二號，起訴案號：台灣新竹地方法院檢察署一○一年度偵字第一二五九、四四九三號），認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於黃○○如其事實欄五（即原判決附表編號5，黃○○意圖販賣營利向林○翔販入毒品）所示部分撤銷，由台灣新竹地方法院依判決前之程序更為審判。

理 由

非常上訴理由(見前二)

本院按：非常上訴乃對於審判違背法令之確定判決所設之救濟方法。依法應於審判期日調查之證據，未予調查，致適用法令違誤，而顯然於判決有影響者，該項確定判決，即屬判決違背法令，應有刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款規定之適用，業經司法院釋字第一八一號解釋在案。又毒品危害防制條例第十七條第一項規定「犯第四條至第八條、第十條或第十一條之罪，供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑。」本件原確定判決於其事實欄五（即原確定判決附表編號5），認定被告黃○○基於販賣第一級毒品海洛因、第二級毒品甲基安非他命營利之犯意，向林○翔販入海洛因及甲基安非他命等情。因而依想像競合犯之規定從一重論處被告販賣第一級毒品罪刑，固非無見。然稽諸卷內訴訟資料，被告就上開毒品之來源，曾於檢察官偵查中具狀供稱「被告所持有的毒品係向林○祥（翔）進貨，林○祥（翔）是被告在澎湖監獄之獄友」、「被告毒品之來源為林○翔，而被告係在澎湖監獄執行時認識同在該監獄執行之『林○祥』……」、「……被告既已將上游林○祥（翔）……之關係說明清楚……」、「關於林○祥（翔），以被告所知，交通工具為XX-○○○○之綠色休旅車及XX-○○○○○黑色自小客車……」（見台灣新竹地方法院檢察署一〇三年度執

聲非字第九號卷第二十七至二十八頁、第三十頁、第三十八頁背面），並於檢察官訊問時陳稱「之前我是想保護蘇○○、林○祥（翔）……」、「林○祥（翔）六十八年次，他是苗栗後龍人，他跟我是澎湖監獄的獄友」（見同上卷第三十四頁背面），復於原審訊問時陳稱「（問：……海洛因、安非他命……向『林○祥』所販入的？）是。但是『林○祥』的正確名字應該是『林○翔』」（見台灣新竹地方法院一〇一年度訴字第一四二號卷影本第二頁背面）等情。則被告關於原確定判決事實欄五（即原確定判決附表編號5）所示部分，似已於檢察官偵查及原審審理中，供出其該部分毒品之來源係林○翔，而林○翔嗣因該次犯行，且經檢察官提起公訴及第一審法院判處罪刑（案號詳非常上訴書），則具有偵查犯罪職權之公務員是否依據被告上開供述，因而查獲林○翔，攸關被告是否有毒品危害防制條例第十七條第一項規定之適用，且上情係屬法院認定事實適用法律之基礎，並係屬對於被告利益有重大關係之事項，而顯然於判決之結果有影響，按諸刑事訴訟法第一百六十三條第二項但書規定，原審自應依職權詳予調查釐清。乃原審對上情未為必要之調查及說明，自有應於審判期日調查之證據未予調查，致適用法令違誤，而顯然於判決有影響之判決違背法令。案經確定，且對被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由。而上情因屬事實之認定範圍，為使事實臻於明確及維持被告審級利益，

應將原判決關於被告如其事實欄五（即原判決附表編號5，黃○○意圖販賣營利向林○○販入毒品）所示部分撤銷，由原審法院依判決前之程序更為審判，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇三年 十二月 二十五日

【第七五案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第 379 條第 14 款後段。
罪犯減刑條例 第 2 條第 1 項第 3 款。

二、非常上訴理由

- 一、按判決所載理由矛盾者，其判決當然為違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第十四款後段定有明文。又科刑之判決書其宣示之主文，與所載之事實及理由必須互相適合，否則即屬理由矛盾，其判決當然為違背法令，亦有貴院六十四年台上字第八九三號判例可資參考。經查本件原判決事實欄載明被告某甲在民國九十六年三月二十五日上午犯寄藏贓物犯行。嗣於九十六年五月十三日凌晨又犯故買贓物行為。理由欄亦論敘被告所犯寄藏贓物罪之行為時間，係在九十六年四月二十四日之前，該院依中華民國九十六年罪犯減刑條例（第）二條第一項第三款，減其刑期二分之一，再與前開不得減刑之故買贓物罪，合併定如主文所示應執行之刑。惟主文竟宣示被告寄藏贓物罪未予減刑，處有期徒刑七月，反將不得減刑之故買贓物罪所處有期徒刑八月，減其二分之一為四月，再定應執行刑。揆諸首揭規定及說

明，原判決自有主文與事實及理由不相一致，理由矛盾之當然違背法令。

二、案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇一年度台非字第六一號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告贓物案件，對於台灣雲林地方法院中華民國九十六年七月十六日第一審確定判決（九十六年度易字第三一四號，起訴案號：台灣雲林地方法院檢察署九十六年度偵字第二六六三號、九十六年度偵緝字第一五九號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於寄藏贓物部分撤銷。某甲寄藏贓物，累犯，處有期徒刑柒月，減為有期徒刑參月又拾伍日，如易科罰金，以新台幣壹仟元折算壹日。其他上訴駁回。

理 由

非常上訴理由（見前二）

一、非常上訴，乃對於審判違背法令之確定判決所設之非常救濟程序，以統一法令之適用為主要目的。必原判決不利於被告，經另行判決；或撤銷

後由原審法院更為審判者，其效力始及於被告。此與通常上訴程序旨在糾正錯誤之違法判決，使臻合法妥適，其目的係針對個案為救濟者不同。兩者之間，應有明確之區隔。刑事訴訟法第四百四十一條對於非常上訴係採便宜主義，規定「得」提起，非「應」提起。故是否提起，自應依據非常上訴制度之本旨，衡酌人權之保障、判決違法之情形及訴訟制度之功能等因素，而為正當合理之考量。除與統一適用法令有關，或該判決不利於被告，非予救濟，不足以保障人權者外，倘原判決尚非不利於被告，且不涉及統一適用法令，即無提起非常上訴之必要性。所謂與統一適用法令有關，係指涉及法律見解具有原則上之重要性者而言。詳言之，即所涉及之法律問題意義重大而有加以闡釋之必要，或對法之續造有重要意義者，始克相當。倘該違背法令情形，尚非不利於被告，且其違背法令情形，實務上並無爭議者，對於法律見解並無原則上之重要性或爭議，即不屬與統一適用法令有關之範圍，殊無提起非常上訴之必要性。基於刑事訴訟法第四百四十一條係採便宜主義之法理，檢察總長既得不予提起，如予提起，本院自可不予准許。

- 二、次按犯罪在中華民國九十六年四月二十四日以前，合於中華民國九十六年罪犯減刑條例之規定者，始得減刑，此觀諸該條例第二條第一項規定

自明。本件依原判決所認定被告蔡○林係於九十六年五月十三日凌晨犯故買贓物罪，與上揭條例規定不合，自不得減刑。原審法院疏未注意及此，仍予以減刑，固有適用法則不當之違背法令，然非不利於被告，且不涉及法令統一適用，又於法律見解欠缺原則上之重要性，客觀上難認具有提起非常上訴之必要性。依上說明，自應認此部分非常上訴為無理由，予以駁回。(三)、再按中華民國九十六年罪犯減刑條例第七條規定：「依本條例應減刑之罪，未經判決確定者，於裁判時，減其宣告刑。依前項規定裁判時，應於判決主文同時諭知其宣告刑及減得之刑。」本件第一審判決認定被告於九十六年三月二十五日上午，代其友人蕭○○寄藏贓物，並於理由說明被告該部分犯行，合於中華民國九十六年罪犯減刑條例之規定，應依同條例第二條第一項第三款，減其刑期二分之一，惟於主文僅記載被告「寄藏贓物罪，累犯，處有期徒刑七月」，漏未減刑之諭知，自有判決不適用法則之違背法令情形。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨，執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決該部分撤銷，另行改判如主文第二項所示，並諭知易科罰金之折算標準，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十六條、第四百四十七條第一項第一款，刑法第三百四十九條第二

項、第四十七條、第四十一條第一項前段，刑法施行法第一條之一，中華民國九十六年罪犯減刑條例第二條第一項第三款、第七條、第九條，判決如主文。

中 華 民 國 一〇一年 二月 二十三日

【第七六案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第 379 條第 14 款。

二、非常上訴理由

- 一、按判決所載理由矛盾者，其判決當然違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第十四款定有明文。又科刑之判決書其宣示之主文，與所載之事實及理由必須互相適合，否則即屬理由矛盾，其判決當然為違背法令，最高法院六十四年台上字第八九三號判例可資參考。
- 二、經查：本件原判決記載之犯罪事實係引用台灣花蓮地方法院檢察署九十八年度選偵字第三號、第六號、第七號、第八號、第九號、第一〇號、第一七號、第二〇號檢察官起訴書之記載，即被告某甲於九十八年十月三十一日十四時許，在張〇〇宅收受同案被告陳〇光等人交付之新台幣（下同）一千元之賄款，並於同日十七時許，在花蓮縣光復鄉佳禮洞山區某處交付一千元予被告某乙，並約其投票支持陳〇光，被告某甲另交付一千元賄款請被告某乙轉交其夫陳〇盛，然被告某乙並未轉交等，而據此做成上開判決。經查，依據本案九十八年度選偵字第一〇號偵查卷內之

扣押物清單記載，被告某甲遭扣押之金額為一千元，而被告某乙遭扣押之金額為二千元，與上開起訴書之犯罪事實相符，然原判決在事實及理由欄第四點記載『被告某乙收受之賄款三千元』等語，已與本案扣押物品清單及引用之起訴事實有違。再者，主文記載被告某甲應沒收賄款三千元、被告某乙應沒收賄款一千元，亦均與判決事實及理由欄記載不符，是原判決於主文欄內宣告沒收金額，顯有違誤，有判決主文與事實及理由不相一致之理由矛盾之違法。案經確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇一年度台非字第一八六號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲
某乙

上列上訴人因被告等違反公職人員選舉罷免法等罪案件，對於台灣花蓮地方法院中華民國九十九年三月十九日第一審確定簡易判決（九十九年度選簡字第三號，起訴案號：台灣花蓮地方法院檢察署九十八年度選偵字第三、六、七、八、九、一〇、一七、二〇號），認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於某甲所犯有投票權人收受賄賂罪及定應執行刑而諭知沒收超過新台幣壹仟元部分均撤銷。其他上訴駁回。

理 由

非常上訴理由(見前二)

經查：

一、撤銷(某甲)部分

本院按：判決所載理由矛盾者，其判決當然違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第十四款定有明文。又科刑之判決書其宣示之主文，與所載之事實及理由必須互相適合，否則即屬理由矛盾，其判決當然為違背法令。本件被告某甲所犯有投票權人收受賄賂部分，原確定判決記載之犯罪事實、證據及應適用之法條係引用台灣花蓮地方法院檢察署檢察官起訴書之記載，即認定某甲於民國九十八年十月三十一日十四時許，在張○○宅收受花蓮縣第十六屆鄉鎮市長選舉之○○鄉鄉長候選人陳○光等人交付之賄款一千元，而許以支持陳○光之投票權一定行使等情，因而適用刑法第一百四十三條第一項、第二項之規定，論處某甲犯有投票權人收受賄賂罪罪刑，並諭知扣案之所收受賄賂三千元沒收。而依上開確認之事實，某甲僅收受賄款一千元(至其經手交付賄款二千元與被告某乙部分，其中一千元業經原判決於論處某乙犯有投票權人收受賄賂罪罪刑時，併予宣告沒收；另一千元原欲由某乙轉交其夫陳○盛以行賄。然陳○盛並非本

案有投票權之人，且某乙亦未轉交上開賄款，此一千元賄款係陳○光等人用以行賄之物，亦於陳○光等人所犯共同犯公職人員選舉罷免法第九十九條第一項之交付賄賂罪，併予宣告沒收）。而其理由欄第四點亦記載：「某甲收受之賄款一千元」。況依九十八年度選偵字第一○號偵查卷內之扣押物清單記載，某甲經警扣押之金額亦為一千元。足徵原判決引用起訴書所載確認某甲係收受一千元賄款之事實，並無不合。乃原審未察，竟又於判決理由內誤認某甲收受之賄款為三千元，而於判決主文宣告某甲應沒收賄款三千元，顯見原判決就某甲所犯有投票權人收受賄賂罪，關於沒收部分，其主文之宣示與事實及理由之記載不相一致，自有判決理由矛盾之違法。案經確定，且於某甲不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決關於某甲所犯有投票權人收受賄賂罪及定應執行刑而諭知沒收超過一千元部分均撤銷，且此項撤銷具有改判之性質，效力及於某甲，以資救濟。

二、上訴駁回（某乙）部分

本院按非常上訴，乃對於審判違背法令之確定判決所設之非常救濟程序，以統一法令之適用為主要目的。必原判決不利於被告，經另行判決；或撤銷後由原審法院更為審判者，其效力始及於被告。此與通常上訴程序旨在糾正錯誤之違法判決，其目的係針對個案為救濟者不同。刑事訴訟法第四百四十一條對於非常上訴係採便宜主義，規定「得」提起，非「應」提起，

故是否提起，自應依據非常上訴制度之本旨，衡酌人權之保障、判決違法之情形及訴訟制度之功能等因素，而為正當合理之考量。除與統一適用法令有關，或該判決不利於被告，非予救濟，不足以保障人權者外，倘原判決尚非不利於被告，且不涉及統一適用法令；或縱屬不利於被告，但另有其他救濟之道，並無礙於被告之利益者，即無提起非常上訴之必要性。基於便宜主義之考量，檢察總長既得不予提起，如予提起，本院自可不予准許。本件原確定判決，就某乙之有罪事實，已確認某乙於九十八年十月三十一日十七時許，在花蓮縣○○鄉佳禮洞山區某處收受某甲交付之一千元，而許以支持前揭○○鄉鄉長候選人陳○光之投票權一定行使，並同時收受某甲另交付一千元賄款請其轉交其夫陳○盛，然某乙並未轉交等情，因而適用刑法第一百四十三條第一項、第二項之規定，論處某乙犯有投票權人收受賄賂罪罪刑，扣案之所收受賄賂一千元沒收。則依該確認之事實，某甲僅收受賄款一千元（至其另經手之一千元賄款係陳○光等人用以行賄之物，亦於論處陳○光等人所犯公職人員選舉罷免法第九十九條第一項之交付賄賂罪刑時，併予宣告沒收）。雖依九十八年度選偵字第一○號偵查卷內之扣押物清單記載，某乙經警扣押之金額為二千元，且原判決理由又謂：「被告某乙收受之賄款三千元」等語，俱與上開原判決所認定之犯罪事實不相符。其判決主文之宣示與事實及理由之記載不相一致，而有

判決理由矛盾之違法。然有關犯投票受賄罪，所收受之賄賂，應宣告沒收或追徵，刑法第一百四十三條第二項已有明確規定，向無疑義，而原確定判決就某乙所為沒收部分之宣告，尚非不利於某乙，且於法律見解之統一，欠缺原則上之重要性，客觀上難認有給予非常救濟之必要性，依照上揭說明，自應認本件非常上訴關於某乙部分為無理由，予以駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款、第四百四十六條，判決如主文。

中 華 民 國 一〇一年 六月 二十八日

【第七七案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第 379 條第 14 款。

修正前竊盜犯贓物犯保安處分條例第 3 條第 1 項第 2 款。

竊盜犯贓物犯保安處分條例第 4 條、第 5 條第 1 項前段。

二、非常上訴理由

- 一、按判決不載理由或所載理由矛盾者，其判決當然違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第十四款定有明文。又按科刑之判決書其宣示之主文，與所載之事實及理由必須互相適合，否則即屬理由矛盾，其判決當然為違背法令。（見最高法院六十四年度台上字第八九三號判例、最高法院九十五年度台非字第一三七號判決）
- 二、經查，本件台灣高等法院台中分院九十一年度上易字第一九七八號確定判決理由內，關於科刑之記載為『應依竊盜犯贓物犯保安處分條例第三條第一項第二款之規定，諭知被告應於刑之執行前令入勞動場所強制工作叁年。』（見該判決正本第十七頁第十七至第十八行）；惟於判決主文中，卻諭知『某甲以犯竊盜罪為常業，處有期徒刑叁年，並應於刑之執行完畢或赦免後，令入勞動場所強制工作叁年。』。該判決主文與竊盜犯

贓物犯保安處分條例第三條第一項第二款規定，得於刑之執行『前』令入勞動場所強制工作之規定不合，且主文與所載理由不相一致，亦顯有判決理由矛盾之違背法令。

三、案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇一年度台非字第二〇七號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告竊盜案件，對於台灣高等法院台中分院中華民國九十二年四月二日第二審確定判決（九十一年度上易字第一九七八號，起訴案號：台灣台中地方法院檢察署九十一年度偵字第七一九六、一〇五六二號），認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於令入勞動場所強制工作部分撤銷。
某甲應於刑之執行前，令入勞動場所強制工作叁年。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按：判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又十八歲以上之竊盜犯、贓物犯，有犯罪之習慣，或以犯竊盜

罪或贓物罪為常業，且宣告之應執行之刑達一年以上者，得於刑之執行前，令入勞動場所強制工作，民國九十五年五月三十日修正公布（九十五年七月一日施行）前竊盜犯贓物犯保安處分條例第二條第四項、第三條第一項規定甚明。而有罪之判決書，諭知保安處分者，依刑事訴訟法第三百零九條第六款規定，應於主文內記載其處分及期間。從而依上開修正公布施行前竊盜犯贓物犯保安處分條例第三條第一項規定諭知令入勞動場所強制工作者，自應依該條項之規定諭知於刑之執行「前」，令入勞動場所強制工作，方為適法。本件原確定判決於理由說明：被告某甲於九十一年三月二十二日起至同年九月中旬之多次竊盜犯行，係犯修正前刑法第三百二十二條之常業竊盜罪，經審酌被告於行為時係十八歲之人，年輕力壯具有謀生能力，竟於短時間內一再為竊盜犯行，並以之為常業（經判處有期徒刑三年），為矯正被告之竊盜惡習，爰依裁判時竊盜犯贓物犯保安處分條例第三條第一項第二款之規定，諭知被告應於刑之執行「前」，令入勞動場所強制工作三年等情。乃原確定判決主文復又宣告「某甲以犯竊盜罪為常業，處有期徒刑叁年，並應於刑之執行完畢或赦免『後』，令入勞動場所強制工作叁年」，其理由說明與主文諭知相互矛盾，自有判決理由矛盾及適用法則不當之違法。而依竊盜犯贓物犯保安處分條例宣告於刑之執行前，令入勞動場所強制工作者，其執行已滿一年六個月，而執行機關

認為無繼續執行之必要者，得檢具事證，報請檢察官聲請法院免予繼續執行；又其執行強制工作之結果，執行機關認為無執行刑之必要者，得檢具事證，報請檢察官聲請法院免其刑之執行，竊盜犯贓物犯保安處分條例第五條第一項但書、第六條分別定有明文。原確定判決主文諭知被告「……應於刑之執行完畢或赦免『後』，令入勞動場所強制工作叁年」，則被告於刑之執行完畢或赦免後，始執行強制工作，已無法享有前揭得以寬免刑之執行之可能，自屬不利於被告，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由。應由本院將原判決關於令入勞動場所強制工作部分撤銷，另行判決如主文第二項所示，以資救濟。又非常上訴經認為有理由，依法應撤銷原確定裁判另行改判者，僅係代替原審，就其裁判時應適用之法律而為裁判。故非常上訴審，應以原裁判當時之法律為適用之準據。至非常上訴審因原確定判決違背法令而予以撤銷，於另行判決後究應如何執行，應由檢察官另行依法處理，非屬非常上訴審所能審酌考量之事項，均併予敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，修正前竊盜犯贓物犯保安處分條例第三條第一項第二款、竊盜犯贓物犯保安處分條例第四條、第五條第一項前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇一年 七月 十九日

【第七八案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第 379 條第 12 款。

二、非常上訴理由

- 一、按未受請求之事項予以判決者，其判決當然違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第十二款定有明文。所謂未受請求之事項予以判決者，係指法院對於未經起訴或上訴之事項，或非其效力所及之事項，依審判不告不理之原則，自不得逕行予以判決，否則當然為違背法令。
- 二、經查本件被告某甲等人妨害自由等案件，檢察官起訴事實及第一審記載犯罪事實均未包括被告某甲剝奪楊○○行動自由及使楊○○行無義務之事部分，該部分並未經第一審法院判決，亦未經第一審法院檢察署檢察官提起上訴，此有台灣桃園地方法院檢察署檢察官九十七年度偵字第六五七九號、一四一七六號起訴書、台灣桃園地方法院九十八年度訴字第六七九號判決書及台灣桃園地方法院檢察署檢察官一○○年度上字第二○一號上訴書等附卷可稽，第二審法院本不得逕行予以判決。乃原判決未察，竟對該不得判決部分予以判決，揆諸首開說明，顯有未受請求

之事項予以判決之當然違背法令。案經確定，且於被告不利。爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正及救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇一年度台非字第二八八號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告妨害自由等罪案件，對於台灣高等法院中華民國一〇一年四月十日第二審確定刑事判決（一〇〇年度上訴字第二三〇七號，起訴案號：台灣桃園地方法院檢察署九十七年度偵字第六五七九、一四一七六號），認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於諭知某甲剝奪楊○○行動自由及使楊○○行無義務之事無罪部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按：除有特別規定外，未受請求之事項予以判決者，其判決當然違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第十二款後段規定甚明。刑事訴訟之審判，係採彈劾主義，亦即不告不理原則，法院對於被告之行為，應受審判之對象（範圍），乃指起訴書（或自訴狀）

所記載之被告「犯罪事實」(包括起訴效力所及之具有同一案件關係之犯罪事實)而言。再者,「無效」之確定判決,例如未受請求之事項予以判決(對未經起訴或上訴之事項,或起訴、上訴效力所不及之事項,為訴外裁判)者,該判決屬重大違背法令,固不生效力,惟既具有判決之形式,仍依司法院釋字第一三五號、第二七一號解釋方式處理。本件台灣桃園地方法院檢察署檢察官九十七年度偵字第六五七九、一四一七六號起訴書,關於楊○○遭剝奪行動自由及行無義務之事部分,僅記載:「緣有賭客楊○○於九十六年四、五月間因積欠陳○○賭資新台幣(下同)六十萬元,『陳○○、邱○○、藍○○、歐○○等人遂共同基於妨害自由之犯意』,由藍○○、歐○○將楊○○強押至桃園市慈文路○號○樓處,並強迫其簽立二十張面額三萬元之本票;此事之後某日凌晨,邱○○並夥同數名年籍不詳之男子,到楊○○住處潑灑油漆;且以電擊棒對楊○○之子吳○○揮舞;事後並以電話對楊○○恫嚇稱:『如不處理,要找人給你好看』,致楊○○因而心生畏懼。」(見台灣桃園地方法院檢察署檢察官九十七年度偵字第六五七九、一四一七六號起訴書第三頁第三至十一行),並未記載被告某甲有參與上開部分之犯行,此有上開起訴書附卷可稽。又第一審判決亦未對被告上開未經起訴部分為判決,有第一審法院九十八年度訴字第六七九號刑事判決附卷足憑。詎原審未察,於撤銷第一審關於被告有

罪部分之判決後，逕就被告上開未經起訴部分，併予諭知：「某甲……被訴剝奪楊○○行動自由及使楊○○行無義務之事部分無罪。」顯有未受請求之事項予以判決之違法。該「無效」之確定判決，屬重大違背法令，固不生效力，惟既具有判決之形式，依前揭說明，仍應依非常上訴程序將該確定判決撤銷，使回復未判決前之狀態。本件非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決關於諭知被告剝奪楊○○行動自由及使楊○○行無義務之事無罪部分撤銷，以資救濟。又原確定判決係就未受請求之事項予以判決，本院將上開部分撤銷，已具有改判之性質，判決之效力及於被告，已達救濟之目的，不發生另行判決之問題，併此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，判決如主文。

中 華 民 國 一〇一年 九月 二十日

【第七九案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第 379 條第 12 款。

二、非常上訴理由

- 一、按未受請求之事項予以判決者，其判決當然違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第十二款定有明文。茲因刑事訴訟之審判，係採彈劾主義，亦即不告不理原則，法院審判之對象及範圍，限於起訴書所記載之被告及犯罪事實，至多包含為起訴效力所及之具有同一案件關係之犯罪事實，若法院對於未經起訴之事項，亦非起訴效力所及之事項逕行予以判決，其判決即有未受請求之事項予以判決之違背法令。
- 二、經查本件被告某甲及同案被告洪○○所涉重利案件，檢察官聲請簡易判決處刑之犯罪事實其中附表一編號五部分，犯罪行為人係記載為同案被告洪○○，並非被告某甲，然原判決竟就該部分犯罪事實逕行更正為被告某甲所為，並就此部分重利犯行，對被告某甲判處有期徒刑二月，就被告某甲而言，原審法院顯係就未受請求之事項予以判決，該部分判決當然為違背法令。

三、原判決既經確定，且對被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇三年度台非字第七八號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告重利案件，對於台灣高雄地方法院中華民國一〇二年三月十二日確定簡易判決（一〇二年度簡字第五五二號，聲請簡易判決處刑案號：台灣高雄地方法院檢察署一〇一年度偵字第六四五四、八二九四號），認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於某甲犯如聲請簡易判決處刑書附表一編號五所示重利罪部分撤銷。

理 由

非常上訴意旨（見前二）

本院按：

（一）除本法有特別規定外，已受請求之事項未予判決，或未受請求之事項予以判決者，其判決當然違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第十二款定有明文。是以法院對於已受請求之事項，即有全部加以調查及裁判之權利與義務，自不得有所遺漏。反

之，對於未受請求之事項，除該部分與已受請求部分具有審判不可分關係而應一併加以審判者外，基於訴訟上不告不理之原則，對於該未受請求部分，自不應加以審判。若法院對於未受請求之事項而予以審判者，即有違上開不告不理之原則，而屬訴外之裁判，該部分判決自屬當然違背法令。至於請求之有無暨其範圍之認定，應以起訴書或自訴狀之所記載之犯罪事實，暨檢察官或自訴人於審判期日所陳述者，為其判斷之準據。

(二)本件被告某甲為如聲請簡易判決處刑書附表（下稱附表）一編號八、九所示重利犯行計四次，經台灣高雄地方法院檢察署檢察官以一〇一年度偵字第六四五四、八二九四號聲請簡易判決處刑。而附表一編號五所示之重利犯行，其犯罪行為人明確記載僅同案被告洪○○，並無被告某甲，顯見台灣高雄地方法院檢察署檢察官對於該次重利犯行，其起訴範圍並未及於被告某甲。惟原判決未察，就附表一編號五所示重利犯行，逕更正犯罪行為人為被告某甲，而併判處被告某甲有期徒刑二月，及為易科罰金折算標準暨相關沒收之諭知。嗣因檢察官及被告某甲均未提起上訴而確定。此有台灣高雄地方法院檢察署以一〇一年度偵字第六四五四、八二九四號聲請簡易判決處刑書、台灣高雄地方法院一〇二年度簡字第五五二號刑事簡易判決可稽。是原判決就上開未起訴部分併予判決，顯有未受請求之事

項予以判決之違背法令。案經確定，且於被告某甲不利，非常上訴執此指摘，洵有理由，應由本院將原判決關於被告某甲犯如附表一編號五所示重利罪部分撤銷，以資救濟。又因此部分雖具裁判之形式效力，但並無訴之存在，為免滋生檢察官執行困擾，爰僅將該部分撤銷，無須另行改判，併予敘明。據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇三年 三月 十三日

【第八十案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第 395 條、第 477 條第 1 項。
刑 法 第 51 條第 5 款至第 7 款。

二、非常上訴理由

按定應執行刑之裁定，與確定判決有同一之效力，於裁定確定後，發現其為違法時，得提起非常上訴。次查依刑法第五十一條第五款至第七款之規定，定其應執行之刑者，由該案犯罪事實最後判決之法院檢察官聲請該法院裁定之，刑事訴訟法第四百七十七條第一項亦定有明文。又所謂該案犯罪事實最後判決之法院，係指最後審理事實諭知判決之法院而言，若未經言詞辯論（即未審理犯罪事實）逕為程序上之判決者，則該院自非該案犯罪事實最後判決之法院（此有最高法院八十五年度台非字第三三四號判決及九十三年度台非字第一六〇號判決可供參照）。本件被告某甲所犯如原裁定附表編號 1 之罪，台灣高等法院一〇〇年度上訴字第二〇一八號判決係以被告上訴不合法上程式駁回上訴，並未經言詞辯論；被告上訴後，因未於判決前提出上訴理由書，經最高法院以一〇〇年度台上字第五七三八號判決依刑事訴訟法第三百九十五條駁回上訴；被告所犯如附表編號 2、3

之罪，台灣高等法院一〇〇年度上訴字第二八九八號判決亦係以被告上訴不合法律上程式駁回上訴，並未經言詞辯論；被告上訴後，被告施用第一級毒品部分因未於判決前提出上訴理由書，施用第二級毒品部分屬不得上訴於第三審法院之案件，經最高法院以一〇〇年度台上字第五七三八號（應係一〇一年度台上字第三七八號之誤載）判決依刑事訴訟法第三百九十五條駁回上訴，有上開判決等附卷足稽；是本案裁定附表所列三罪，犯罪事實最後判決之法院應均是台灣新竹地方法院，原裁定法院並無管轄權，對同法院檢察署檢察官所提定其應執行刑之聲請，未從程序上予以駁回，卻為實體上之裁定，顯屬違法。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇一年度台非字第二八〇號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例等罪定應執行刑案件，對於台灣高等法院中華民國一〇一年三月二十七日確定裁定（一〇一年度聲字第六二〇號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文
原裁定撤銷。

檢察官之聲請駁回。

理 由

非常上訴理由(見前二)

本院按：定應執行刑之確定裁定，與科刑之確定判決有同一之效力，如裁定確定後，發現其係違背法令者，自得提起非常上訴。又依刑法第五十三條所定數罪併罰有二裁判以上，應依同法第五十一條第五款至第七款定其應執行之刑者，應由該案犯罪事實最後判決之法院之檢察官聲請該法院裁定之，刑事訴訟法第四百七十七條第一項定有明文。是數罪併罰之裁定，以該案之犯罪事實最後判決法院為管轄法院，倘檢察官誤向非管轄法院聲請定應執行刑，法院即應為駁回之裁定。又所謂該案犯罪事實最後判決之法院，係指最後審理事實諭知判決之法院而言。本件被告某甲犯如原裁定附表（下稱附表）所示之三罪，均經確定在案，其中編號1之罪，經台灣新竹地方法院於民國一〇〇年五月十三日以一〇〇年度審訴字第一八九號刑事判決判處罪刑後，被告不服提起第二審上訴，但因上訴書狀未敘述具體理由，台灣高等法院一〇〇年度上訴字第二〇一八號刑事判決，以被告上訴不合法律上程式駁回上訴；被告提起第三審上訴後，經本院一〇〇年度台上字第五七三八號刑事判決，以未敘述上訴理由，其上訴不合法駁回上訴。被告所犯如附表編號2、3之罪，經台灣新竹地方法院於一〇〇年八月二十五日以一〇〇年度訴字第八六號刑事判決判

處罪刑後，被告不服提起第二審上訴，亦因上訴書狀未敘述具體理由，台灣高等法院一〇〇年度上訴字第二八九八號刑事判決，以被告上訴不合法律上程式駁回上訴；被告提起第三審上訴後，經本院以一〇一年度台上字第三七八號判決，以法律上不應准許（編號2部分，係不得上訴第三審之案件）及未敘述上訴理由，其上訴不合法（編號3部分）駁回上訴，有上開判決書附卷足稽。是本件犯罪事實之最後判決法院為台灣新竹地方法院，按諸首開說明，自應由台灣新竹地方法院檢察署檢察官，就被告所犯上開三罪，聲請台灣新竹地方法院合併定其應執行之刑，方屬適法。惟台灣高等法院檢察署檢察官不察，誤向台灣高等法院聲請，原審法院就其管轄權之有無亦疏未調查，逕依檢察官之聲請，於一〇一年三月二十七日以一〇一年度聲字第六二〇號裁定，定其應執行之刑為有期徒刑一年二月，自屬違背法令。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原裁定撤銷，並駁回檢察官之聲請，以資救濟。據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，判決如主文。

中 華 民 國 一〇一年 九 月 十三日

【第八一案】

一、關係條文

兒童及少年福利與權益保障法 第 112 條第 1 項
前段。

兒童及少年福利法（修正前） 第 70 條第 1 項
刑 法 第 2 條第 1 項、第 29 條、第 41
條第 1 項前段、第 210 條、第 216
條。

刑事訴訟法 第 378 條、第 379 條第 14 款。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。另按判決不載理由或所載理由矛盾者，其判決當然違背法令，同法第三百七十九條第十四款亦定有明文。再按科刑之判決書其宣示之主文，與所載之事實及理由必須互相適合，否則即屬理由矛盾，其判決當然為違背法令。（參見最高法院六十四年度台上字第八九三號判例、九十五年度台非字第一三七號判決）。復按九十二年五月二十八日訂定，自九十二年五月三十日起生效之兒童及少年福利法第七十條第一項規定：『成年人教唆、幫助或利用兒童及少年犯罪或與之共同實施犯罪

或故意對其犯罪者，加重其刑至二分之一。但各該罪就被害人係兒童及少年已定有特別規定者，不在此限。』嗣兒童及少年福利法於一〇〇年十一月三十日修正公布，法規名稱改為『兒童及少年福利與權益保障法』，修正前兒童及少年福利法第七十條規定移列至兒童及少年福利與權益保障法第一百十二條，該條規定自公布日即一〇〇年十二月二日起施行，因兒童及少年福利法第七十條與兒童及少年福利與權益保障法第一百十二條規定之構成要件未予變更，僅有法律名稱及條次、用語之變動及修正（修正前該條第一項但書所定『不在此限』修正為『從其規定』），非屬刑法第二條第一項所稱之法律變更，即無新舊法比較問題，應逕行適用裁判時之法律。再者，刑法總則之加重，係概括性之規定，所有罪名均一體適用；刑法分則之加重，係就犯罪類型變更之個別犯罪行為予以加重，成為另一獨立之罪名，兒童及少年福利與權益保障法第一百十二條第一項前段所定：『成年人教唆、幫助或利用兒童及少年犯罪或與之共同實施犯罪或故意對其犯罪者，加重其刑至二分之一』，其中成年人教唆、幫助或利用兒童及少年犯罪或與之共同實施（實行）犯罪之加重，並非對於個別特定之行為而為加重處罰，其加重係概括性之規定，對一切犯罪皆有其適用，自屬刑法總則加重之性質；

至於故意對兒童及少年犯罪之加重，係對被害人為兒童及少年之特殊要件予以加重處罰，乃就犯罪類型變更之個別犯罪行為予以加重，則屬刑法分則加重之性質（最高法院九十九年度台上字第一一二八號判決、九十二年度第一次刑事庭會議決議意旨參照）。

- 二、本件原判決認定：被告楊○○基於唆使未成年人謝○○（民國八十四年次）行使偽造私文書之犯意，教唆伊之女友即未成年人謝○○佯裝成伊之妹妹到署後，逕向彰化地檢署謊稱未帶身分證件，再以『楊○○』名義及虛構年籍資料，為伊辦理責付。嗣未成年人謝○○到署後，即以『楊○○』之名義，於彰化地檢署所交付之責付證書上填具虛構之身分證字號及聯絡電話，並偽簽『楊○○』之簽名及捺己真正指印後，即持向該署為楊○○辦理責付，已足生損害於彰化地檢署對受責付人管理之正確性。因認被告所為，係犯刑法第二十九條、第二百十六條、第二百十條之教唆行使偽造私文書罪；被告係成年人，而被教唆人未成年人謝○○，係兒童及少年福利與權益保障法第二條所規定之十二歲以上未滿十八歲之少年，被告教唆少年犯罪，應依兒童及少年福利與權益保障法第一百十二條第一項前段規定，加重其刑。依首開說明，係屬刑法總則加重之性質。而此所稱加重其刑至二分之一，僅為最

高之規定，並無最低之限制，法院於二分之一以下範圍內如何加重，有自由裁量之餘地，並非必加至二分之一始為合法。且上開規定既非法定刑之延長，即法定刑上限仍在五年以下，原判決復諭知被告有期徒刑三月，已符合法定得易科罰金之要件。惟原判決於理由欄五竟記載：『被告楊○○故意對未成年人謝○○（少年）犯上開之罪，應依兒童及少年福利與權益保障法第一百十二條第一項前段規定予以加重其刑時，因係分則加重之性質，其法定本刑加重之結果，已『非』最重本刑五年以下有期徒刑以下之刑之罪，縱受六個月以下有期徒刑之宣告，與上開刑法第四十一條第一項規定得易科罰金之要件即有不符，自不得諭知易科罰金之折算標準』。從而原判決理由欄內所認定之成年人故意對少年犯罪，業與原判決主文中，所諭知『楊○○成年人教唆少年行使偽造私文書，足以生損害於他人，處有期徒刑三月。』及所載之事實不相一致，顯有判決所載理由矛盾之違背法令。再者原判決未查，雖仍引用兒童及少年福利與權益保障法第一百十二條第一項前段規定予以加重，然遽認屬刑法分則加重之性質，其最重本刑已逾有期徒刑五年，不予諭知易科罰金之折算標準，亦顯有適用法則不當之違背法令。

三、案經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第四

百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇三年度台非字第三〇六號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲（原名楊○○）

上列上訴人因被告偽造文書案件，對於台灣彰化地方法院中華民國一〇二年十一月二十日第一審確定判決（一〇二年度訴字第一〇五七號，聲請簡易判決處刑案號：台灣彰化地方法院檢察署一〇二年度偵字第六五七六號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

某甲成年人教唆少年行使偽造私文書，足以生損害於他人，處有期徒刑參月，如易科罰金，以新台幣壹仟元折算壹日。

理 由

非常上訴理由（見前二）

一、本院按：刑法總則之加重，係概括性之規定，所有罪名均一體適用；刑法分則之加重，係就犯罪類型變更之個別犯罪行為予以加重，成為另一獨立之罪名。兒童及少年福利與權益保障法第一百十二條第一項前段所定：「成年人教唆、幫助或

利用兒童及少年犯罪或與之共同實施犯罪或故意對其犯罪者，加重其刑至二分之一」，其中成年人教唆、幫助或利用兒童及少年犯罪或與之共同實施犯罪之加重，並非對於個別特定之行為而為加重處罰，其加重係概括性之規定，對一切犯罪皆有其適用，自屬刑法總則加重之性質；至故意對兒童及少年犯罪之加重，係對被害人為兒童及少年之特殊要件予以加重處罰，乃就犯罪類型變更之個別犯罪行為予以加重，則屬刑法分則加重之性質。又參照司法院院解字第三七五五號解釋，刑法第四十一條第一項前段所稱犯最重本刑為五年以下有期徒刑之刑者，係指法定最重本刑而言，並不包括依總則加重或減輕情形在內。

- 二、經查原判決認被告某甲係成年人，教唆少年謝○○（名字年籍詳卷）行使偽造私文書，足以生損害於他人，所犯刑法第二百十六條、第二百十條之罪，其法定最重本刑為有期徒刑五年，雖應依兒童及少年福利與權益保障法第一百十二條第一項前段，加重其刑。但該項加重既屬刑法總則加重，則所處有期徒刑三月，自符合法定得易科罰金之要件，原判決未察，遽認屬刑法分則之加重，其最重本刑已逾有期徒刑五年，不得諭知易科罰金之折算標準，即有適用法則不當之違背法令。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨執以指摘，為有理由，應由本院將原判決撤銷，自

為判決如主文第二項所示，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，兒童及少年福利與權益保障法第一百十二條第一項前段，刑法第二十九條、第二百十六條、第二百十條、第四十一條第一項前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇三年 八月 二十一日

【第八二案】

一、關係條文

少年事件處理法	第 29 條第 1 項、第 83 條之 1 第 1 項、第 2 項。
刑 法	第 30 條、第 41 條第 1 項、第 47 條第 1 項、第 339 條第 1 項。
刑 事 訴 訟 法	第 378 條。

二、非常上訴理由

- 一、按判決不適用法則或適用法則不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。次按受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至二分之一，刑法第四十七條第一項定有明文。又少年事件處理法為鼓勵受刑之宣告或管訓（保護）處分之少年自新向善，於民國六十五年二月十二日修正增訂第八十三條之一，明定『少年受管訓處分或刑之宣告，於執行完畢或赦免後，五年內未再受管訓處分或刑之宣告者，視為未曾受該宣告。』即附以在一定期間內不再有非行或犯罪之解除條件，使少年於此期間內有期待解除條件成就而使前受管訓處分或刑之宣告失其效力之利益，以資激勵。為達上開鼓勵受刑

之宣告或管訓處分之少年自新向善之目的，該條於八十六年十月二十九日再次修正，除增訂第二項，科少年法院通知保存少年前科紀錄及有關資料機關塗銷義務，使少年不致因一時失足而終身烙印。並將第一項修正規定為『少年受第二十九條第一項之轉介處分執行完畢二年後，或受保護處分或刑之執行完畢或赦免三年後，或受不付審理或不付保護處分之裁定確定後，視為未曾受各該宣告。』此次修正，如純就少年受刑之宣告而言，已將其在一定期間內不再犯罪之條件予以刪除，並將原規定『於執行完畢或赦免後五年』中之『五年』修正縮短為『三年』，賦予因於刑之執行或赦免後一定期間之屆滿，即無條件發生『視為未曾受刑之宣告』之法律效果。較之修正前之要件寬鬆，而有利於少年。是少年如受刑之執行完畢或赦免三年後，因該期間之屆滿即生使刑之宣告失其效力之效果，要不因少年前科紀錄已否塗銷而有差異，其在此三年內是否曾再犯罪而受刑之宣告，亦非所問（最高法院九十七年度台非字第二九六號判決參照）。

- 二、本件被告某甲係六十一年○月二十九日出生，其前於七十八年間，因違反懲治盜匪條例案件（下稱盜匪案件），經法院判處有期徒刑十二年確定，嗣於九十七年一月九日縮刑期滿執行完畢，此有全國刑案資料查註表一份可參。是被告於涉

犯上開盜匪案件時，係十四歲以上未滿十八歲之少年，且該盜匪案件於九十七年一月九日執行完畢後，至一〇〇〇年一月八日即已屆滿三年之期間。而本件被告於九十九年六月十二日為幫助詐欺之犯行，雖在前開盜匪案件宣告刑執行完畢屆滿三年之前，然原審法院於一〇〇一年三月二十日為判決時，已在前開盜匪案件宣告刑執行完畢屆滿三年之後，已該當修正後少年事件處理法第八十三條之一第一項『受刑之執行完畢三年後，視為未曾受該宣告』之規定，被告所犯前開盜匪案件已生刑之宣告失其效力之效果，故於本件應不構成累犯。詎原審未查，以本件係前開盜匪案件宣告刑執行完畢後五年內所犯之罪，誤引刑法第四十七條第一項之規定而論以累犯，自有判決適用法則不當之違法。

三、案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇一一年度台非字第二〇八號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

上列上訴人因被告詐欺案件，對於台灣高等法院台中分院中華民國一〇〇一年三月二十日第二審確定判決（一〇〇〇年度上易字第一五一七號；起訴案號：台灣

台中地方法院檢察署一〇〇年度偵緝字第一二八五號)，認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於累犯及主刑部分均撤銷。

某甲幫助犯詐欺取財罪，處有期徒刑伍月，如易科罰金，以新台幣壹仟元折算壹日。

理 由

本件非常上訴理由（見前二）

本院按：判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又累犯之成立，依刑法第四十七條第一項規定，以受有期徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪為要件。而少年受少年事件處理法第二十九條第一項之轉介處分執行完畢後，或受保護管束或刑之執行完畢或赦免三年後，或受不付審理或不付保護處分之裁定確定後，視為未曾受各該宣告，同法第八十三條之一第一項定有明文。故少年受刑之執行完畢或赦免翌日起算，三年內未再受刑之宣告者，該前科紀錄即不復存在，視為未曾受該刑之宣告，自不能以累犯論擬，至於少年在此三年內曾否再犯罪，並非所問，此觀諸上開法條文義規定甚明。本件被告某甲係民國六十一年〇月二十九日出生，前於七十八年間違反懲治盜匪條例案件時，為十二歲以上未滿十八歲之少年，此有卷附被告全國前案紀錄表可

稽。依前開法條規定，被告於九十七年一月九日縮刑期滿執行完畢起，迄一〇〇年一月八日即因屆滿三年，而視為未曾受該刑之宣告。查被告於九十九年六月十二日犯本件幫助詐欺罪，雖在其所犯上開案件所受刑之執行完畢後三年之內，然原審於一〇一年三月二十日宣判時，距其上開刑之執行完畢後已滿三年，揆之前揭說明，應不構成累犯。乃原審法院未察，遽論累犯，並加重其刑，自有違誤。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由。應由本院將關於被告累犯及宣告刑主刑部分均撤銷，另行判決如主文第二項所示，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，刑法第三十條、第三百三十九條第一項、第四十一條第一項，判決如主文。

中 華 民 國 一〇一年 七月 二十五日

【第八三案】

一、關係條文

家庭暴力防治法 第3條第3款、第14條第1項、
第16條第3項、第15條第2項、
第55條第2項、第61條第5款。
刑事訴訟法 第378條後段。

二、非常上訴理由

- 一、按判決適用法則不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條後段定有明文。查家庭暴力防治法第六十一條第五款違反法院所為『完成加害人處遇計畫』裁定之違反保護令罪，其犯罪時間應係保護令有效期間屆滿後違反之時，此有台灣高雄地方法院九十八年度審簡字第一一七九、二七一三號、九十七年度簡上字第四九九號、台灣屏東地方法院九十七年度簡字第三〇四號判決足資參照。
- 二、經查，被告某甲為曾○○之子，二人間有家庭暴力防治法第三條第三款所定之家庭成員關係。被告前因對曾○○施暴，經曾○○向台灣台東地方法院聲請核發民事通常保護令，該院遂於民國一〇二年二月七日核發一〇二年度家護字第二十號民事通常保護令，裁定被告不得對曾○○實施

身體或精神上不法侵害之行為、不得對曾○○為騷擾之行為、被告應完成戒酒教育（含認知輔導教育）十二週、每週至少二小時之處遇計畫，保護令之有效期間為一年。該院並未裁定處遇計畫之履行期間，自應解釋被告在保護令之有效期間內履行，即無違反。詎被告自一〇二年四月十三日上午十時許起至一〇二年九月七日上午十時許止，二次（一〇二年四月十三日、一〇二年五月十一日）參與處遇治療、一〇二年四月二十七日請假，其餘均無視台東縣衛生局通知，未接受台東縣衛生局之通知至指定處所接受處遇計畫。台東縣警察局於上開保護令屆滿日（即一〇三年二月六日）前之一〇二年十月三日，即以被告涉嫌違反保護令罪，以犯罪嫌疑人身分詢問被告，未讓被告有再次履行之機會，並於一〇二年十月十一日移送台灣台東地方法院檢察署偵辦，該署檢察官亦於上開保護令屆滿日前之一〇三年一月二十日聲請簡易判決處刑，依上開意旨，上開保護令有效期間既尚未屆滿，被告尚無違反保護令，自不成立家庭暴力防治法第六十一條第五款之違反保護令罪，台灣台東地方法院以一〇三年度原東簡字第十七號判決判處拘役二十日，即有判決適用法則不當之違背法令。

三、綜上所述，本件既經判決確定，且原判決不利於被告，爰檢送相關卷證依刑事訴訟法第四百四十

一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇三年度台非字第一八一號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告違反家庭暴力防治法案件，對於台灣台東地方法院中華民國一〇三年二月十七日第一審確定簡易判決（一〇三年度原東簡字第一七號，聲請簡易判決處刑案號：台灣台東地方法院檢察署一〇三年度偵緝字第二二號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文
原判決撤銷。
某甲無罪。

理 由
非常上訴理由（見前二）

本院按：（一）、判決不適用法則或適用法則不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又家庭暴力防治法第六十一條第五款規定：「違反法院依第十四條第一項、第十六條第三項所為之下列裁定者，為本法所稱違反保護令罪，處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣十萬元以下罰金：……五、完成加害人處遇計畫。」係以違反法院依同法第

十四條第一項第十款核發「命相對人完成加害人處遇計畫」之通常保護令，為本罪之犯罪構成要件。倘該通常保護令未就此處遇計畫之完成期間另有諭知，是否已有違反，即應視相對人於該保護令之有效期間內，已否完成該「加害人處遇計畫」為斷。又依同法第十五條第二項、第五十五條第二項等規定，通常保護令失效前，法院得依當事人或被害人之聲請撤銷、變更或延長之；加害人有不接受處遇計畫、接受時數不足或不遵守處遇計畫內容等行為時，加害人處遇計畫之執行機關（構）應告知直轄市、縣（市）主管機關；必要時並得通知直轄市、縣（市）主管機關協調處理，則該保護令有效期間內，相對人即加害人縱有不接受處遇計畫、接受時數不足或不遵守處遇計畫內容等行為，亦不得謂其已有未於該期間屆滿前，完成該處遇計畫之違反保護令事實，況該保護令有效期間內，法院既仍得依當事人或被害人之聲請撤銷、變更或延長之，該「加害人處遇計畫」之期間、內容即非無變動之可能，則該期間屆滿前，自無從預認相對人未於期間內完成該處遇計畫。從而，「加害人處遇計畫」已否完成？被告有無違反上開保護令？自應以該有效期間屆滿日為其判斷基準日，非得僅以其於保護令有效期間內，有不依執行機關之通知，於指定時、地報到並接受該處遇之情形，即謂其已違反該保護令，而逕認其行為已該當本罪之構成要件。（二）、原審引用本件檢察官聲請簡易判決處刑所載之事實及

證據，認定：被告於一〇二年二月七日，經原審法院一〇二年度家護字第二十號民事通常保護令諭知其「應完成下列處遇計畫：戒酒教育(含認知輔導教育)十二週、每週至少二小時」，被告竟以違反保護令之犯意，自一〇二年四月十三日上午十時許起至一〇二年九月七日上午十時許止，僅二次(一〇二年四月十三日、一〇二年五月十一日)參與處遇治療，其中一〇二年四月二十七日請假，其餘均無視台東縣衛生局通知，未接受台東縣衛生局之通知至指定處所接受處遇計畫，未完成處遇計畫等事實，而依家庭暴力防治法第六十一條第五款之規定，論處被告違反保護令罪刑，固非無見。(三)、惟查上開通常保護令係一〇二年二月七日核發，有效期間一年，有該保護令可稽，本件「加害人處遇計畫」完成期間之屆滿日即為一〇三年二月六日，揆諸前開說明，被告已否完成該處遇計畫，自應以該保護令有效期間屆滿日即一〇三年二月六日為判斷基準日。上開聲請簡易判決處刑意旨所指被告於本件保護令有效期間屆滿前，即一〇二年九月七日前，有上開拒絕接受處遇計畫執行及接受時間不足之行為等情，縱然屬實，亦與未完成加害處遇計畫而違反保護令罪之構成要件不符，原判決遽以家庭暴力防治法第六十一條第五款論處被告違反保護令罪刑，自難謂無適用法則不當之違法。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由。爰將原判決撤銷，另行判決如主文第二項所示，以資救

濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款、第三百零一條第一項，判決如主文。

中 華 民 國 一〇三年 五月 二十一日

【第八四案】

一、關係條文

毒品危害防制條例	第 2 條第 2 項第 3 款。
陸海空軍刑法	第 1 條、第 77 條。
軍事審判法	第 1 條第 1 項前段。
刑事訴訟法	第 303 條第 6 款、第 379 條第 5 款。

二、非常上訴理由

- 一、按法院受理訴訟不當者，其判決當然違背法令；對於被告無審判權者，應諭知不受理之判決，刑事訴訟法第三百七十九條第五款、第三百零三條第六款分別定有明文。又被告行為時陸海空軍刑法第七十七條規定：現役軍人違反毒品危害防制條例之規定者，依其規定處理之；同法第一條並規定現役軍人犯該法之罪者，依該法處罰。而現役軍人犯陸海空軍刑法或其特別法之罪，依軍事審判法之規定追訴審判之，亦為軍事審判法第一條第一項前段所明定。故現役軍人觸犯上開毒品危害防制條例之規定者，應由軍事審判機關追訴審判，並依上開規定處罰，普通法院對之並無審判權。
- 二、本件原確定判決認定被告某甲、某乙均明知愷他命係毒品危害防制條例第二條第二項第三款所

規定之第三級毒品，不得轉讓之，竟基於共同轉讓第三級毒品之犯意聯絡，彼等與林○○三人約定共同出資新台幣（下同）五百元（林○○出資二百元、某甲及某乙各出資一百五十元），於民國一○○年二月間某日，在桃園縣某地區，向真實姓名年籍不詳、綽號「浩呆」之成年男子，以一公克五百元之代價，買入愷他命，並於一○○年二月二十七日凌晨一時許，在桃園縣桃園市中正路○巷○號○樓「○○街」舞廳內，將所購入之愷他命中之○·二公克放置桌上，並先以林○○所有之全民健康保險卡一張，將愷他命磨成粉狀後，再以某甲所有之吸管一支施用愷他命，而將所購入之愷他命無償同時轉讓予已滿十八歲之朱○璇、朱○青、洪○○等三人施用一次。嗣於一○○年二月二十七日凌晨一時十分許，在上址後陽台之開放式座位區，為警查獲等情，乃論被告等以違反毒品危害防制條例第八條第三項之轉讓第三級毒品罪，量處被告二人均有期徒刑二月，如易科罰金，均以一千元折算一日確定。惟查被告某乙係於九十八年七月七日入伍，於九十八年九月四日核定轉服志願役士兵生效，另於一○一年六月一日核定廢止志願士兵，可折抵天數五十九日，義務役役期為一年，經折抵後，預計一○二年四月三日退伍；被告某甲係志願役士官，於九十八年三月十六日再入營，已於一○一

年三月十六日解除召集，此有國防部陸軍司令部一〇一年八月一日國陸人規字第一〇一〇〇一八九七八號函在卷可參。是被告等於一〇〇年二月二十七日犯罪及發覺時，均在任職服役中，為現役軍人，所犯又係陸海空軍刑法第七十七條之罪，揆諸前開說明，應由軍事審判機關依法追訴審判，普通法院對之無審判權。乃原審不察，對檢察官簡易判決處刑之聲請，未改依通常程序諭知不受理之判決，仍對被告等為實體有罪之判決，顯屬違背法令。

三、案經確定，且不利於被告。爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇一年度台非字第三二七號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲
某乙

上列上訴人因被告等違反毒品危害防制條例案件，對於台灣桃園地方法院中華民國一〇〇年十二月三十日第一審確定判決（一〇〇年度桃簡字第一一五〇號，起訴案號：台灣桃園地方法院檢察署一〇〇年度偵字第八三一三號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於某甲、某乙部分撤銷。

某甲、某乙部分公訴不受理。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按：判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又對於被告無審判權者，應諭知不受理判決，亦為同法第三百零三條第六款規定甚明。而九十年十月二日修正公布施行之陸海空軍刑法第七十七條規定「現役軍人違反毒品危害防制條例之規定者，依其規定處理之。」另軍事審判法第五條第一項前段、同條第三項分別規定「犯罪在任職服役前，發覺在任職服役中者，依本法追訴審判」、「前二項規定，按行為時之身分適用法律」。本件被告某甲、某乙前與林○○約定共同出資五百元（林○○出資二百元、某甲及某乙各出資一百五十元），於一○○年二月間某日，在桃園縣某地區，向真實姓名年籍不詳、綽號「浩呆」之成年男子，以一公克五百元之代價，買入愷他命，並於一○○年二月二十七日凌晨一時許，在桃園縣桃園市中正路○巷○號○樓「○○街」舞廳內，將所購入之愷他命中之○·二公克放置桌上，並先以林○○所有之全民健康保險卡一張，將愷他命磨成粉狀後，再以某甲所有之吸管一支施用愷他命，而將所購入之愷他命無償同時轉讓予已滿十八歲之朱○璇、朱○青、洪○○等人施

用。嗣於一〇〇年二月二十七日凌晨一時十分許，在上址後陽台之開放式座位區，為警查獲，經台灣桃園地方法院以被告等違反毒品危害防制條例第八條第三項之轉讓第三級毒品罪，各判處有期徒刑二月，如易科罰金，均以一千元折算一日確定，有前開台灣桃園地方法院一〇〇年度桃簡字第一一五〇號判決書及該案卷宗在卷足憑。然被告某甲係志願役士官，於九十八年三月十六日再入營，起役三年，已於一〇一年三月十六日解除召集；被告某乙係於九十八年七月七日入伍，於九十八年九月四日核定轉服志願役士兵生效，依法服役四年；另於一〇一年六月一日核定廢止志願士兵，可折抵天數五十九日，義務役役期為一年，經折抵後，預計一〇二年四月三日退伍，此有國防部陸軍司令部一〇一年二月十四日國陸人規字第一〇一〇〇〇三三二三號、一〇一年八月一日國陸人規字第一〇一〇〇一八九七八號函在卷可稽。是被告等於一〇〇年二月二十七日犯罪及發覺時，均在任職服役中，為現役軍人，所犯又係陸海空軍刑法第七十七條之罪，揆諸前開說明，應由軍事審判機關依法追訴審判，普通法院對之無審判權。原審未察，遽為科刑之判決，應有判決不適用法則之違法。案經確定，且於被告等不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決此部分撤銷，另為不受理之諭知，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第

一款但書、第二百零三條第六款，判決如主文。

中 華 民 國 一〇一年 十月 十一日

【第八五案】

一、關係條文

毒品危害防制條例 第 2 條第 2 項第 1 款。
刑 法 第 77 條、第 47 條第 1 項。
刑 事 訴 訟 法 第 378 條、第 379 條第 10 款。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又依刑事訴訟法應於審判期日調查之證據而未予調查，其判決為當然違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第十款亦定有明文。被告有無累犯之事實，為法院認定事實與適用法律之基礎事項，客觀上有調查之必要性，應依職權調查。倘被告不合累犯之要件，事實審法院未予調查，依累犯規定判決，即屬之。而依刑法第七十七條規定受徒刑之執行而有悛悔實據者，無期徒刑逾二十五年，有期徒刑逾二分之一，累犯逾三分之二，由監獄報請法務部，得許假釋出獄。依行刑累進處遇條例第十九條規定累犯受刑人之責任分數，按第一項表列標準逐級增加其責任分數三分之一。故倘被告不合累犯之要件，法院未予調查，依累犯規定判決，則假釋條件及行刑累進處遇責任分數之計

算均對被告明顯不利，應有依非常上訴程序予以糾正之必要。

- 二、本件被告前經以下列理由：原判決以被告某甲前因違反毒品危害防制條例等案件，經台灣士林地方法院以九十一年度訴字第一三七號判決判處有期徒刑八月、六月，應執行有期徒刑一年確定。後因竊盜案件，經台灣高等法院以九十二年度上易字第一一二號判決判處有期徒刑八月確定。又因竊盜案件，經台灣台北地方法院以九十二年度訴字第一三七四號判決判處有期徒刑一年八月確定。上開案件嗣另經台灣台北地方法院以九十四年度聲字第七二五號裁定定應執行刑為有期徒刑三年四月確定。某甲另因公共危險案件，經台灣板橋地方法院以九十二年度交訴字第九十七號判決判處有期徒刑八月確定。又因偽造文書案件，經台灣板橋地方法院以九十三年度簡字第七五三號判決判處有期徒刑四月確定。復因違反毒品危害防制條例案件，經台灣台北地方法院以九十二年度訴字第一五四○號判決判處有期徒刑八月確定。前開公共危險、偽造文書及台灣台北地方法院九十二年度訴字第一五四○號等案件，再經台灣台北地方法院以九十六年度聲字第一六五八號裁定減刑後，定其應執行刑有期徒刑十月確定。前述裁定定應執行刑有期徒刑三年四月與有期徒刑十月之案件經接續執行結

果，於民國九十六年五月二十五日縮短刑期假釋出監，於同年九月十八日縮刑期滿，假釋未經撤銷而視為執行完畢（於本件構成累犯）。惟查：被告於上開九十六年五月二十五日縮短刑期假釋出監後，其假釋期間付保護管束，應至九十六年九月十八日期滿，被告竟於假釋期間付保護管束期滿前之九十六年八月八日起至九十六年八月二十一日上午九時止，在新北市淡水區民權路○巷○號○樓住處等地，施用第一級毒品海洛因及第二級毒品安非他命，嗣於九十六年八月二十一日下午一時三十五分，為警查獲等情。案經台灣士林地方法院以九十六年度訴字第九九六號判決判處有期徒刑二年四月確定。被告因此遭法務部於九十七年三月十二日撤銷假釋，並應執行前案之殘餘刑期三月又二十四日（九十七年度執助己字第三○五九號），自九十七年七月四日入監執行至九十七年十月二十七日始執行殘刑完畢，有法務部法矯決字第○九七○○○六四九八號撤銷假釋處分書、檢察官執行指揮書等件可稽。是原判決認定被告某甲仍不知悔改，明知海洛因係毒品危害防制條例第二條第二項第一款所定之第一級毒品，不得非法持有、販賣，竟意圖營利，利用門號○九五五○○○○○○號之行動電話為聯絡工具，於九十七年三月二日下午，與李○○相約在新北市淡水區民權路○巷○號

○樓某甲之住處樓下，以新台幣二千五百元之代價，販賣八分之一錢重量之海洛因一包予李○○。嗣因李○○與某甲另共同涉犯強盜案件，為警於九十七年三月四日持搜索票前往李○○住處執行搜索，查悉李○○施用毒品，經李○○供出毒品來源，始循線查知上情之犯行，其前案之公共危險等案件假釋，事後既經撤銷，而尚未執行完畢，即不合於刑法第四十七條第一項累犯之要件，自不構成累犯。乃第一審判決疏未注意被告於假釋中因故意更犯罪，受有期徒刑以上刑之宣告者，於判決確定後六個月以內，仍應撤銷其假釋之規定，誤認被告前犯之公共危險等罪，已於九十六年九月十八日假釋期滿，尚未經撤銷，即視為執行完畢，而論被告以累犯，並依刑法第四十七條之規定，加重其刑，此部分已有判決適用法則不當之違背法令。被告上訴於原審法院，原判決竟疏未查明糾正，而駁回其上訴，顯屬違法等語提起非常上訴。經最高法院以一○二年度台非字第一○八號刑事判決以原判決並未依累犯之規定加重被告之刑，自無不利於被告之可言而駁回非常上訴。

- 三、惟原判決主文及理由均有將非累犯而以累犯判決不符事實之違背法令，且被告有無累犯之事實，為法院認定事實與適用法律之基礎事項，客觀上有調查之必要性，應依職權調查。倘被告不

合累犯之要件，事實審法院未予調查，依累犯規定判決，即屬應於審判期日調查之證據而未予調查，其判決為當然違背法令。況被告不合累犯之要件，法院依累犯規定判決，則假釋條件及行刑累進處遇責任分數之計算均對被告明顯不利。

四、案經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇二年度台非字第四一〇號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，對於台灣高等法院中華民國九十九年二月二十五日確定判決（九十八年度上訴字第四四九二號，起訴案號：台灣士林地方法院檢察署九十七年度偵字第五一二六號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決及第一審判決關於諭知某甲累犯部分均撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按：判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又依法應於審判期日調查之證據，未予調查，致適用法令違

誤，而顯然於判決有影響者，該項確定判決，即屬判決違背法令，應有刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款之適用，業經司法院釋字第一八一號解釋在案。查受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，方為累犯，刑法第四十七條第一項定有明文。倘前案尚未執行完畢，後案即不發生累犯之問題。所謂執行完畢，在數罪併罰定其應執行刑之案件，必須所定之執行刑全部執行完畢，始克相當。如於定執行刑之前，因有一部分犯罪先確定，形式上予以執行，仍應依法定其應執行之刑，俟檢察官指揮執行「應執行刑」時，再就形式上已執行部分予以折抵，不能謂先確定之罪已執行完畢。再者被告有無累犯之事實，應否適用刑法第四十七條規定加重其刑，為法院認定事實與適用法律之基礎事項，客觀上有調查之必要性，應依職權調查。倘被告不合累犯之要件，事實審法院未予調查，誤依累犯規定加重其刑，即屬刑事訴訟法第三百七十九條第十款規定之依本法應於審判期日調查之證據而未予調查，致適用法令違誤，而顯然於判決有影響，其判決為當然違背法令。且非常上訴意旨執以指摘者，不問其所指被告前受有期徒刑宣告及執行之前科資料，是否存在於事實審訴訟卷內而得以考見，均應認為有理由（參考本院一〇〇年八月二十三日一〇〇年度第六次刑事庭會議決議）。本件原判決及第一審判決以：被告前因違反毒品危害防制條例等案件，經台

灣士林地方法院以九十一年度訴字第一三七號判決判處有期徒刑八月、六月，應執行有期徒刑一年確定。後因竊盜案件，經台灣高等法院以九十二年度上易字第一一二號判決判處有期徒刑八月確定。又因竊盜案件，經台灣台北地方法院以九十二年度訴字第一三七四號判決判處有期徒刑一年八月確定。上開案件嗣另經台灣台北地方法院以九十四年度聲字第七二五號裁定定應執行刑為有期徒刑三年四月確定。另因公共危險案件，經台灣板橋地方法院以九十二年度交訴字第九十七號判決判處有期徒刑八月確定。又因偽造文書案件，經台灣板橋地方法院以九十三年度簡字第七五三號判決判處有期徒刑四月確定。復因違反毒品危害防制條例案件，經台灣台北地方法院以九十二年度訴字第一五四〇號判決判處有期徒刑八月確定。前開公共危險、偽造文書及台灣台北地方法院九十二年度訴字第一五四〇號等案件，再經台灣台北地方法院以九十六年度聲字第一六五八號裁定減刑後，定其應執行刑有期徒刑十月確定。前述裁定定應執行刑有期徒刑三年四月與有期徒刑十月之案件經接續執行結果，於九十六年五月二十五日縮短刑期假釋出監，同年九月十八日縮刑期滿，假釋未經撤銷而視為執行完畢，其於有期徒刑執行完畢後五年以內（即九十七年三月二日）故意再犯本件最重本刑為有期徒刑以上之刑之罪，應論以累犯等語。然查被告於上開九十六年五月二十五日縮短刑期假釋出監，其假

釋期滿日期為九十六年九月十八日，於假釋期間付保護管束期滿前之九十六年八月八日起至九十六年八月二十一日上午九時止，復犯施用第一級毒品及第二級毒品罪，經台灣士林地方法院九十六年度訴字第九九六號判決判處有期徒刑二年四月確定。其因此遭法務部於九十七年三月十二日撤銷假釋，並應執行前案之殘餘刑期三月又二十四日（九十七年度執助己字第三〇五九號），自九十七年七月四日起入監執行至同年十月二十七日始執行完畢，有上述法務部撤銷假釋處分書、檢察官執行指揮書等件可稽。是第一審及原審判決認定被告於九十七年三月二日下午所犯販賣第一級毒品罪部分，因其前案之公共危險等案件縮短刑期之假釋，事後既經撤銷，而尚未執行完畢，並不合於刑法第四十七條第一項五年內故意再犯之累犯要件，自不構成累犯。第一審判決誤認被告構成累犯，適用刑法第二條第一項前段、第十一條、第四十七條第一項、第五十九條，毒品危害防制條例第四條第一項、第十九條第一項，論被告以販賣第一級毒品罪，並說明被告前曾受如事實欄所載有期徒刑之刑執行完畢，其於有期徒刑執行完畢後五年以內，故意再犯本件最重本刑為有期徒刑以上之刑之罪，為累犯，應加重其刑，惟所犯法定本刑為死刑或無期徒刑部分，依法不得加重。顯已就法定本刑為罰金部分，依累犯規定加重其刑，並就法定本刑為死刑、無期徒刑部分，依刑法第五十九條規定酌量減輕其刑後，量處

有期徒刑十六年，並為相關從刑之諭知，其中關於法定刑為罰金部分，依累犯規定加重其刑，即有適用法則不當之違法，原判決未予糾正，仍維持第一審判決，同屬違法。原判決及第一審判決宣告刑實質上對被告雖無不利，但就法定刑為罰金部分既諭知加重其刑，從形式而言仍屬不利於被告。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，為有理由，應由本院將原判決及第一審判決關於諭知被告累犯部分撤銷，以資救濟。又本院既將原判決及第一審判決關於諭知被告累犯部分撤銷，已具改判之性質，判決之效力及於被告，亦即諭知累犯之效力已不存在，救濟目的已達，故無需另為裁判，併此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二年 十一月 二十一日

【第八六案】

一、關係條文

毒品危害防制條例第 4 條第 1 項、第 17 條第 1、2 項、第 18 條第 1 項前段、第 19 條第 1 項。

刑 法 第 11 條前段、第 28 條、第 38 條第 1 項 1 款。

刑 事 訴 訟 法 第 378 條。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。另按毒品危害防制條例第十七條第一項規定：『犯第四條至第八條、第十條或第十一條之罪，供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑。』所稱『供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者』，減輕或免除其刑。指犯罪行為人供出毒品來源之對向性正犯，或與其具有共同正犯、共犯（教唆犯、幫助犯）關係之毒品由來之人的相關資料，諸如其前手或共同正犯、共犯之姓名、年籍、住居所或其他足資辨別之特徵等項，使調查或偵查犯罪之公務員得據以對之發動調查或偵查程序，並因此而確實查獲其人、其犯行者，始足該當（最高法院九十九年度台上字第

七六〇六號及一〇〇年度台上字第六〇九六號判決要旨參照)。依上開判決要旨，對『供出毒品來源』之解釋，在毒品之施用、販賣、運輸等犯罪，有其上游毒品來源之前手，但製造毒品，並無所謂毒品來源，製毒者本身即毒品之源頭，如以『供出毒品來源』之前手，為其減刑必要之要件，則製造毒品者，即無適用該條項減刑規定之可能，應非立法之本意，為符合法條文義及立法本旨，使製毒者亦有適用該減刑規定之機會，即應將僅供出共犯等情，即視同供出上游毒品來源之前手，而依該條項規定予以減刑。

- 二、本件被告某甲共同製造第二級毒品犯行，依原判決確認之事實，認定被告於本案製造毒品甲基安非他命之原料、器具，係由被告購買，並非共犯王〇〇所提供，王〇〇自非被告製造第二級毒品犯行之上游毒品來源，其僅係被告製造第二級毒品犯行之共犯等情，依毒品危害防制條例第十七條第一項規定：『犯第四條至第八條、第十條或第十一條之罪，供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑。』其立法用意，旨在鼓勵被告供出其所製造、運輸、販賣或持有之毒品來源，俾追究出該毒品之前手，以澈底清除毒品氾濫。故所謂『供出毒品來源』係指具體供出上游之毒品來源，以防止毒品之蔓延而言。如僅供出共犯，而未供出上游之毒品來源，即不

得依前開法條減輕其刑。被告僅供出其製造第二級毒品犯行之共犯王○○，自難謂符合毒品危害防制條例第十七條第一項減輕其刑規定之要件，而不依上開規定予以減刑，揆諸上開說明，此部分有適用法則不當之違背法令。爰依刑事訴訟法第四百四十一條、四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇二年度台非字第九八號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，對於台灣高等法院中華民國一〇一年五月二十三日第二審更審確定判決（一〇一年度上更（一）字第一四號，起訴案號：台灣士林地方法院檢察署九十八年度偵字第一二三一三、一六九〇四號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於罪刑部分撤銷。

某甲共同製造第二級毒品，處有期徒刑貳年。扣案如附表三編號1、3、5所示之物均沒收銷燬；如附表一編號1至44、附表二編號3至14，及附表三編號2、4、6所示之物均沒收。

理 由

非常上訴理由（見前二）

- 一、本院按：毒品危害防制條例第十七條第一項規定，犯同條例第四條至第八條、第十條或第十一條之罪，供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑。其立法本旨係基於為有效破獲上游之製造、販賣、運輸毒品組織，鼓勵毒販供出毒品來源之上手，有效推展斷絕供給之緝毒工作，故對查獲之毒販，願意供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者，採行寬厚之刑事政策，明定予以減輕或免除其刑。故供出製造毒品之共同正犯因而查獲，同可有效破獲製造毒品組織及斷絕供給之源頭，亦應有該條項減輕或免除其刑之適用。
- 二、本件原判決認定被告某甲與王○○共同出資購買器材及原料，並由被告負責製造第二級毒品甲基安非他命，王○○係製造第二級毒品之共同正犯，且被告被查獲後，於第一審供出王○○共同製造第二級毒品，該法院向台灣士林地方法院檢察署告發，經該署檢察官以九十九年度偵緝字第一一六五號起訴書起訴，嗣台灣士林地方法院以一○○年度訴字第六十一號判決判處其有期徒刑三年七月確定，有台灣士林地方法院九十九年四月二十九日函及上開起訴書、判決書在卷足憑，被告既供出製造第二級毒品之共同正犯，自有毒品危害防制條例第十七條第一項規定減輕

或免除其刑之適用。原判決認被告不適用毒品危害防制條例第十七條第一項規定，而僅依同條第二項規定減輕其刑，判處有期徒刑三年七月，自有判決適用法則不當之違法。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨執以指摘，為有理由，應由本院將原判決關於罪刑部分撤銷，並依毒品危害防制條例第十七條第一項規定遞減輕其刑後，改判如主文第二項所示之罪刑，以資救濟。據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，毒品危害防制條例第四條第二項、第十七條第一、二項、第十八條第一項前段、第十九條第一項，刑法第十一條前段、第二十八條、第三十八條第一項第一款，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二年 四月 十一日

【第八七案】

一、關係條文

毒品危害防制條例 第4條第1項、第17條第2項、第18條第1項前段、第19條第1項。

刑法 第11條前段、第28條、第47條第1項、第59條。

刑事訴訟法 第378條。

修正前刑法 第51條第6款。

二、非常上訴理由

- 一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。復按犯毒品危害防制條例第四條之罪於偵查及審判中均自白者，減輕或免除其刑，毒品危害防制條例第十七條第二項定有明文。又修正前刑法第五十一條第六款規定，宣告多數有期徒刑者，於各刑中之最長期以上，各刑合併刑期以下，定其刑期。但不得逾二十年。該條文修正後，除但書部分提高為『不得逾三十年』外，其餘內容仍同前。又法律上屬於自由裁量之事項，有其外部性界限及內部性界限，並非概無拘束。法院應在法律所定範圍內選擇為適當之裁判者，為自由裁量之外部性界限；法院裁量時，應符合其所適用之法律之

目的及法秩序理念者，為自由裁量之內部性界限。數罪併罰而有二裁判以上，法院定其應執行之刑，固有自由裁量之職權，但仍應受法律內部性界限及外部性界限之拘束。且外部性界限即為法所明定，自優先於內部性界限。換言之，以符合法規範限制之外部性界限後，始有就法目的、理念之內部性界限考量之餘地，自不待言。

- 二、本件原判決於理由內敘明：『被告某甲就其所犯附表編號 2. 至 5. 之犯行，業於本院審理中自白在卷，且被告某甲於偵查中供稱，每次都是伊帶康○○去，都由伊向阿大接洽毒品，伊再拿毒品給康○○等語（偵查卷第一七九頁背面），雖未直接坦承犯罪，惟就主要構成要件事實為肯定之供述，依前揭說明，可認定就其附表編號 2. 至 4. 之犯行部分，於偵查中業已有自白，另於偵查中檢察官並未就附表編號 5. 被告某甲販賣海洛因予王○○於部分訊問被告某甲，且此部分被告某甲於審判中已自白，依前所述，被告某甲部分，均得依毒品危害防制條例第十七條第二項之規定，減輕其刑。被告某甲就附表編號 2. 至 5. 所示之犯行，雖依前揭毒品危害防制條例第十七條第二項規定減輕其刑，惟其等犯罪情節尚非重大，在客觀上足以引起一般人之同情，爰依刑法第五十九條之規定減輕其刑；並依法先加重（法定本刑為死刑、無期徒刑部分除外）後減輕其

刑。被告某甲減輕其刑部分，則遞減之。被告某甲犯如附表所示（編號）2. 至 5. 部分，原審判決雖非無據，惟查，原一審疏未依毒品危害防制條（例）第十七條第二項之規定減輕其刑，尚有未洽，被告某甲上訴意旨請求減輕其刑等語，指摘原判決不當，為有理由，自應由本院將被告某甲犯如附表（編號）2. 至 5. 部分，及定應執行部分，均撤銷改判，爰審酌被告某甲素行不佳，有多次犯罪前科，已見前述，及其共同犯本罪，係擔任次要角色，所共同販賣毒品之損害不小，販賣毒品之次數、金額、犯後態度、平日生活情形等一切情狀，量處如附表（編號）2. 至 5. 所示之刑，主刑部分應執行有期徒刑拾貳年』等情。惟查：原判決以第一審疏未依毒品危害防制條例第十七條第二項之規定減輕其刑，並認為如附表所示（編號）2. 至 5. 部分均符合減刑規定，而撤銷改判，就附表（編號）2.、5. 部分，第一審判處有期徒刑（以下同）十五年二月、十五年十月，改判處有期徒刑七年十月、八年二月，就附表（編號）3.、4. 部分，第一審判處有期徒刑均各為十五年二月，卻改為均各判處有期徒刑十七年十月，顯然並未依法減輕其刑，自有判決適用法則不當之違法。又被告所犯如原判決附表所示（編號）2. 至 5. 部分，分別判處七年十月、十七年十月、十七年十月、八年二月，其中（編

號) 3.、4. 部分，既經判處被告有期徒刑均各十七年十月，依上開說明，於定應執行刑時，自應於上開各刑中之最長期即十七年十月以上，定其應執行刑。乃原判決竟於主文就主刑部分諭知，定應執行有期徒刑十二年，顯與刑法第五十一條第六款所定法律之外部性界限不符，亦有判決適用法則不當之違背法令。

三、案經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇三年度台非字第一七七號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，對於台灣高等法院台中分院中華民國一〇二年三月二十一日第二審確定判決（一〇二年度上訴字第二五九號；起訴案號：台灣台中地方法院檢察署一〇〇年度偵字第一四七四九號），認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於其附表編號 3.、4. 某甲罪刑部分均撤銷。某甲共同販賣第一級毒品，累犯，處有期徒刑柒年拾月。扣案之〇九八三〇〇〇〇〇〇號行動電話壹支

（含 SIM 卡壹枚）沒收；未扣案之販賣毒品所得新台幣伍佰元與王○○連帶沒收，如全部或一部不能沒收時，以其等財產連帶抵償之；又共同販賣第一級毒品，累犯，處有期徒刑柒年拾月。扣案之海洛因肆包（經法務部調查局拆封檢視實際數量有伍包，合計淨重壹點玖壹公克、驗餘淨重壹點玖公克、空包裝總重壹點柒玖公克）沒收銷燬之；扣案之 0 九八三○○○○○○號行動電話壹支（含 SIM 卡壹枚）沒收；未扣案之販賣毒品所得新台幣伍佰元與王○○連帶沒收，如全部或一部不能沒收時，以其等財產連帶抵償之。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按：判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。查販賣第一級毒品者，其法定刑為死刑或無期徒刑，處無期徒刑者，得併科新台幣二千萬元以下罰金，為毒品危害防制條例第四條第一項所明定。又被告為累犯者，除法定本刑為死刑或無期徒刑外，加重本刑至二分之一；無期徒刑減輕者，為二十年以下十五年以上有期徒刑；有期徒刑減輕者，減輕其刑至二分之一；有二種以上之減輕者，遞減之；刑有加重及減輕者，先加後減，刑法第四十七條第一項、第六十五條第二項、第六十六條前段、第七十條、第七十一條第一項分別定有明文。被告某甲所犯原判決附表編號 3.、4. 所

載之犯罪事實，第一審論以共同犯販賣第一級毒品（均累犯）二罪，均判處有期徒刑十五年二月。某甲不服提起第二審上訴，原審就該部分審理之結果，所認定之犯罪事實、罪數及罪名與第一審均無不同，理由內除同於第一審適用累犯及刑法第五十九條規定加重（罰金部分）及酌減其刑外，並說明被告該部分犯行於偵查及審判中均自白，應依毒品危害防制條例第十七條第二項規定，均減輕其刑，經依法加重（罰金部分）及遞減其刑後，認第一審判決疏未適用毒品危害防制條例第十七條第二項規定減刑為不當，被告上訴請求減輕其刑為有理由，將第一審該部分判決撤銷，均改判量處有期徒刑十七年十月，揆其刑罰量定之所載，顯漏未依前揭毒品危害防制條例規定予以減輕其刑，核有判決不適用法則之違法。案經確定，且不利被告，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決關於被告上開二罪刑部分予以撤銷，另行判決如主文第二項所示之宣告刑，以資救濟。而原判決論處被告同附表編號 2.、5. 共同販賣第一級毒品（均累犯）罪刑部分，非常上訴意旨並未指摘有何違法，自不在本院審究之列，故原判決關於被告所犯附表編號 2. 至 5. 之罪，原諭知主刑應執行刑部分，縱認有違法，因其中編號 3.、4. 二罪刑業經撤銷改判，所諭知之應執行刑即已失所依附，又上開撤銷改判之二罪，尚待與前揭編號 2.、5. 所示之罪另定應執行刑，故該撤銷改判部分，本院不為無實益之定應

執行刑，均附此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，毒品危害防制條例第四條第一項、第十七條第二項、第十八條第一項前段、第十九條第一項，刑法第十一條前段、第二十八條、第四十七條第一項、第五十九條，判決如主文。

中 華 民 國 一〇三年 五月 十五日

【第八八案】

一、關係條文

毒品危害防制條例	第 4 條第 1 項、第 2 項、第 10 條。
刑事訴訟法	第 378 條。
刑法	第 47 條、第 49 條、第 48 條。
修正前刑法	第 49 條。

二、非常上訴理由

- 一、按判決適用法則不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又行為後法律有變更者，適用裁判時（係『行為時』之誤載）之法律，但裁判前（係『行為後』之誤載）之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律，刑法第二條第一項亦有明文規定。次按刑法第四十九條原規定：累犯之規定（指同法第四十七、四十八條），於前所犯罪依軍法或於外國法院受裁判者，不適用之。已於民國九十四年二月二日修正刪除其中關於『依軍法』受裁判者部分，並於九十五年七月一日施行。參照新修正刑法第四十九條立法理由之說明：『八十八年十月二日公布修正之軍事審判法，有關第三審上訴程序，依上訴原因，分別由司法審判機關之最高法院或高等

法院審理，依本條自應適用累犯加重之規定；反觀依軍法受裁判者，則排除累犯適用之規定，則將發生同一案件視被告是否提起第三審上訴，而發生是否適用累犯加重規定之歧異結果，實有未妥，爰將本條關於【依軍法】受裁判者不適用累犯之規定刪除，以求司法、軍事審判程序中，適用法律之一致。』應認立法原意對修正前刑法第四十九條中所稱依軍法受裁判者，係指前所犯罪案件，其審判程序全程由軍法機關裁判者而言，並不以犯罪性質及裁判適用之實體法為準(司法院三十四年院解字第二九五七號解釋意旨參照)。申言之，依八十八年十月二日公布修正之軍事審判法，軍法機關裁判之『前所犯罪案件』，經提起第三審上訴，由最高法院或高等法院審判者，既經司法審判機關審判，即非屬修正前刑法第四十九條規定『依軍法』受裁判者，該等案件不論係刑法第四十九條修正前或修正後，於『後所犯罪之案件』，如該當累犯要件者，均有累犯規定之適用。又修正前刑法第四十九條法條文義既明定『依軍法受裁判』，自係重在案件之審判程序，是否全程由軍法機關審理進而裁判，是案件執行完畢之日，自不在考量之範圍。苟前所犯罪案件其審判程序全程於九十五年六月三十日以前由軍法機關裁判而宣告徒刑者，該案件執行完畢之日，縱在九十五年七月一日以後，而於五

年內再犯罪者，為被告之利益且基於法律不溯既往之法理，對於後所犯罪均不能適用修正後刑法第四十九條之規定以累犯加重其刑（最高法院一〇〇年度台上字第七三五〇號判決要旨參照）。又因新刑法之累犯範圍既已有所減縮及擴張，當屬科刑規範事項之變更，自應比較適用（最高法院一〇二年度台非字第一四五號判決、一〇二年度台非字第二六一號判決要旨參照）。

- 二、本件依原判決事實之認定，被告某甲曾於八十八年間犯連續販賣第二級毒品罪，經陸軍第八軍團司令部（原判決誤為經台灣國防部軍事法院）於八十八年七月二十六日以八十八年度判字第九〇號判決判處有期徒刑七年，並於八十八年八月六日確定（下稱前案），經入監執行，於九十二年六月十六日縮短刑期假釋出監付保護管束，並於九十五年二月四日保護管束期滿，前開假釋未經撤銷，視為執行完畢，有台灣高等法院被告前案紀錄表在卷可稽。又其於前案執行完畢後五年內之九十九年七月七日施用第一級毒品及第二級毒品各一次及九十九年五月某日起至九十九年七月六日止與陳〇〇共同或單獨販賣第一級毒品及第二級毒品予林〇〇等數人（詳見原判決犯罪事實欄二、三（一）（二）、五及附表二編號1至9〈係『編號1至11』之誤繕〉所載），經警查獲等情（下稱後案）。惟查被告後案所為販賣

第一級毒品等犯行，雖係於前案執行完畢後五年內所犯，又係在刑法第四十九條修正後所為，然其前案犯行，既係在刑法第四十九條修正前全程由軍法機關審理並裁判判處徒刑確定，且已執行完畢，揆諸上開最高法院判決意旨，自應為新舊法之比較，依刑法第二條第一項但書（係『前段』之誤載）之規定，應適用修正前（係『行為時』之誤載）之法律，亦即應適用修正前刑法第四十九條之規定，認其後案無累犯之適用，對被告較為有利，乃原判決竟引用修正後之法律論處，認於該案中所為販賣第一級毒品等數次犯行，均構成累犯，而依現行刑法第四十七條第一項規定加重其刑，自有判決適用法則不當之違法。

三、案經確定，於被告不利。爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇三年度台非字第二七九號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，對於台灣屏東地方法院中華民國一〇〇年十二月七日第一審確定判決（九十九年度訴字第一二〇七號，起訴案號：台灣屏東地方法院檢察署九十九年度毒偵字第

一六一三、一六一五號，九十九年度偵字第六五九五、八六五五號)，認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於某甲之主刑部分均撤銷。

某甲施用第二級毒品，處有期徒刑肆月；又施用第一級毒品，處有期徒刑柒月；又犯如附表二之一所示之罪，各處如該附表「所犯罪名及宣告刑」欄所示之刑。應執行有期徒刑拾壹年捌月。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按：修正前刑法第四十九條累犯之規定，於前所犯罪依軍法受裁判者，不適用之。是於刑法第四十九條修正前，被告所犯之罪，若係受軍法裁判，縱於執行完畢後五年內再犯本罪，仍無累犯之適用。又於九十四年二月二日修正，並於九十五年七月一日施行之現行刑法第四十九條關於累犯之規定，已刪除「依軍法受裁判者，不適用累犯」之規定，以求司法與軍法一致。因新刑法之累犯範圍既已有所減縮及擴張，當屬科刑規範事項之變更，自應比較適用。本件被告某甲所犯前案，既經陸軍第八軍團司令部於八十八年七月二十六日以八十八年度判字第九〇號判決處有期徒刑七年，於八十八年八月六日確定，經送監執行，於九十二年六月十六日縮短刑期假釋出監並付保護管束，嗣於九十五年二月四日保護管束期滿，假釋

未經撤銷，視為已執行完畢，有台灣高等法院被告前案紀錄表在卷可稽，則其於五年內之九十九年七月七日及九十九年五月間某日起至九十九年七月六日止，再犯施用第一、二級毒品各一罪及販賣第一級毒品共九罪、販賣第二級毒品共四罪等後案（詳如原判決犯罪事實欄二、三之（一）、三之（二）、五及其附表二各編號所示，其中事實欄三之（一）、之（二）所示之販賣第一、二級毒品罪，均係與陳○○共同為之，附表二編號 9、10 則皆想像競合犯販賣第一、二級毒品二罪），依修正前刑法第四十九條之規定，尚不構成累犯，而依修正後之該條規定，則應成立累犯。依法自應為新舊法之比較，而以修正前之規定，認不構成累犯較有利於被告。乃第一審判決漏未審酌前揭被告於八十八年間所犯前案，係經陸軍第八軍團司令部判決確定之事實，而以被告所犯後案各罪，認均應構成累犯，而依刑法第四十七條第一項規定各加重其刑（法定刑為死刑、無期徒刑部分除外），自有判決適用法則不當之違法。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決關於被告之主刑部分均撤銷，仍就其中被告所犯販賣第一、二級毒品部分各罪，皆依毒品危害防制條例第十七條第二項、刑法第五十九條規定減輕及酌減其刑後，另行判決如主文第二項及附表二之一「所犯罪名及宣告刑」欄所示之刑，並定其應執行之刑。又非常上訴旨在糾正法律上之錯誤，並不涉及事實問題，其

經非常上訴審認為有理由，依法應撤銷原確定判決另行改判，僅係代替原審，依據原審所認定之事實，就其裁判時應適用之法律而為裁判，使違法者成為合法。從而一〇二年一月二十三日修正刑法第五十條之規定，於茲不適用之，附此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，毒品危害防制條例第四條第一項、第二項、第十條第一項、第二項、第十七條第二項，刑法第二條第一項前段、第十一條前段、第二十八條、第五十五條、第五十九條、第五十一條第五款，判決如主文。

中 華 民 國 一〇三年 七月 三十一日

【第八九案】

一、關係條文

毒品危害防制條例 第 20 條、第 23 條。

二、非常上訴理由

- 一、按毒品危害防制條例於九十二年七月九日修正公布，自九十三年一月九日施行，其中第二十條、第二十三條將施用毒品之刑事處遇程序，區分為『初犯』及『五年內再犯』、『五年後再犯』。依其立法理由之說明：『初犯』，經觀察、勒戒或強制戒治後，應為不起訴處分或不付審理之裁定；經觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放後，『五年內再犯』者，因其再犯率甚高，原實施之觀察、勒戒及強制戒治既已無法收其實效，爰依法追訴或裁定交付審理。至於經觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放後，『五年後再犯』者，前所實施之觀察、勒戒或強制戒治已足以遮斷其施用毒品之毒癮，為期自新及協助其斷除毒癮，仍適用『初犯』規定，先經觀察、勒戒或強制戒治之程序。從而依修正後之規定，僅限於『初犯』及『五年後再犯』二種情形，始應先經觀察、勒戒或強制戒治程序。倘被告於五年內已再犯，經檢察官予以不起訴處分(九十二年一月九日修正

施行前)或依法追訴處罰(九十三年一月九日修正施行後)，縱其第三次(或第三次以上)再度施用毒品之時間，在初犯經觀察、勒戒或強制戒治程序執行完畢釋放五年以後，已不合於『五年後再犯』之規定，且因已於『五年內再犯』，顯見其再犯率甚高，原實施經觀察、勒戒或強制戒治，已無法收其實效，即應依該條例第十條處罰，亦有最高法院九十七年度第五次刑事庭會議決議可資參照。

- 二、本件被告曾於八十八年間因施用二級毒品安非他命案件，於八十八年九月二十九日經觀察、勒戒，認無繼續施用毒品之傾向後釋放，並經台灣高雄地方法院檢察署以八十八年度偵字第一一一八號為不起訴處分確定。又於九十二年間，因九十二年一月一日起至九十三年四月十八日止，連續施用二級安非他命毒品案件，經台灣花蓮地方法院於九十三年七月二十二日以九十三年度花簡字第三三一號簡易判決處刑有期徒刑四月，並於九十三年十二月二十四日易科罰金執行完畢。此有被告之簡易判決處刑書及刑案查註資料紀錄表各一份可佐，足認被告確有於八十八年間初犯經觀察、勒戒執行完畢釋放後五年內之九十二年間再犯施用第二級毒品之犯行。
- 三、被告復基於施用第二級毒品之犯意，於九十三年十月十二日在不詳地點施用二級毒品安非他命

一次，為警所查獲，尿液經採驗後呈毒品安非他命、甲基安非他命陽性反應，被告第三次施用毒品被查獲之事實甚為明確。因被告前已於九十二年間再犯施用第二級毒品之犯行，並經判刑，故本次犯行亦應依法追訴。然台灣花蓮地方法院未察被告於經觀察、勒戒後五年內已再犯，並已依法追訴處罰，縱其第三次再度施用毒品之時間，在初犯經觀察、勒戒或強制戒治程序執行完畢釋放五年以後，已不合於『五年後再犯』之規定，且因已於『五年內再犯』，顯見其再犯率甚高，原實施經觀察、勒戒或強制戒治，已無法收其實效，而誤依檢察官之聲請，以九十四年度毒聲更字第一號裁定令被告入勒戒處所觀察、勒戒。原審法院自有裁定適用法則不當之違法。

四、案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇二年度台非字第三八號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，對於台灣花蓮地方法院中華民國九十四年七月七日第一審確定裁定（九十四年度毒聲更字第一號），認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原裁定撤銷。

檢察官之聲請駁回。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又對於毒品危害防制條例所規定之觀察、勒戒及強制戒治等事項所為之裁定，乃拘束身體、自由之保安處分，與科刑判決有同等效力，於裁定確定後，如有違法，自得提起非常上訴。而觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放後，五年內再犯該條例第十條之罪者，檢察官或少年法院應依法追訴或裁定交付審理，為毒品危害防制條例第二十三條第二項所明定。本件被告某甲前於民國八十八年間，因施用毒品案件，經台灣高雄地方法院裁定送觀察、勒戒後，認無繼續施用毒品傾向，於同年九月二十九日執行完畢釋放，並由檢察官以八十八年度偵字第一一一八號為不起訴處分確定，有台灣高等法院被告前案紀錄表、刑案資料查註紀錄表各一份附卷足稽；而被告於九十二年一月一日至九十三年四月十八日止，連續施用第二級毒品甲基安非他命多次，經台灣花蓮地方法院於九十三年七月二十二日，以九十三年度花簡字第三三一號簡易判決處刑處有期徒刑四月，並於同年十二月二十四日易科罰金執行完畢，此亦有前揭簡易判決處刑書、台灣高等法院被

告前案紀錄表各一件附卷足憑。足認被告確有於八十八年間初犯施用毒品案件，經觀察、勒戒執行完畢釋放後五年內之九十二年間再犯施用第二級毒品之犯行，經判處罪刑並執行完畢無疑。而被告復基於施用第二級毒品之犯意，於九十三年十月十二日在不詳地點施用第二級毒品甲基安非他命一次，為警所查獲，尿液經採驗後呈毒品安非他命、甲基安非他命陽性反應，被告第三次施用毒品被查獲之事實甚為明確。因被告前已於九十二年間再犯施用第二級毒品之犯行，並經判刑及執行完畢，故本件被告施用第二級毒品犯行，係經上開觀察、勒戒執行完畢釋放後五年內再犯，依上開規定，自毋庸先經觀察、勒戒及強制戒治程序，而應由檢察官依法追訴。是本件檢察官對被告所為裁定觀察、勒戒之聲請，於法不合，原應駁回。乃原審不察，竟依檢察官之聲請，以九十四年度毒聲更字第一號裁定令被告入勒戒處所施以觀察、勒戒，揆諸首開說明，自有適用法則不當之違背法令，且於被告不利。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原裁定撤銷，並駁回檢察官之聲請，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二年 二月 六日

【第九十案】

一、關係條文

中華民國 96 年罪犯減刑條例第 1 條第 1 項第 3 款、第 7 條、第 9 條、第 10 條第 1 項。

刑 法 第 210 條、第 216 條。

修正前刑法 第 41 條第 8 項、第 47 條第 1 項
 前段、第 51 條第 5 款、第 339
 條第 1 項、第 339 條之 2 第 1 項、
 第 349 條、刑法第 55 條。

刑法施行法 第 1 條之 1 第 1 項、第 2 項。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又犯罪在中華民國九十六年四月二十四日以前者，除本條例另有規定外，依下列規定減刑：……三、有期徒刑、拘役或罰金，減其刑期或金額二分之一，為中華民國九十六年罪犯減刑條例第二條第一項第三款所明定。次按同條例第五條規定：『本條例施行前，經通緝而未於中華民國九十六年十二月三十一日以前自動歸案接受偵查、審判或執行者，不得依本條例減刑。』係就該條例施行前，經通緝之被告或受刑人而設之規定，如係於該條

例施行後，始經通緝者，自無該條規定之適用，亦即如合於該條例減刑規定，仍應予以減刑（最高法院九十九年度台非字第一七〇號判決意旨參照）。經查，被告某甲係於中華民國九十六年罪犯減刑條例施用前（按應係施行後）之九十六年十月二十二日始併前案通緝，有台灣板橋地方法院檢察署（已改制為台灣新北地方法院檢察署）板檢榮偵冬緝字第四六八二號併案通緝書在卷可參。揆諸上開說明，本件仍應予減刑，始為適法。詎原審判決遽以『被告行為雖在九十六年四月二十四日以前，但係經通緝始遭逮獲，既非自動到案，原判決仍依中華民國九十六年罪犯減刑條例予以減刑，核與該條例第五條規定不合』云云，自有適用法則不當之違背法令。

二、經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇三年度台非字第四三二號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告偽造文書等罪案件，對於台灣高等法院中華民國九十七年六月十七日第二審確定判決（九十七年度上訴字第二二一六號，起訴案號：台灣

板橋地方法院檢察署《已更名為台灣新北地方法院檢察署》九十六年度偵字第二九七七四號，九十六年度偵緝字第三〇七五、三〇七六號)，認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於罪刑部分撤銷。

某甲收受贓物，累犯，處有期徒刑肆月，如易科罰金，以新台幣壹仟元折算壹日，減為有期徒刑貳月，如易科罰金，以新台幣壹仟元折算壹日；又行使偽造私文書，足以生損害於他人，累犯，處有期徒刑陸月，如易科罰金，以新台幣壹仟元折算壹日，減為有期徒刑叁月，如易科罰金，以新台幣壹仟元折算壹日，於信用卡消費簽帳單上偽造「鄭○○」之署名壹枚沒收；又行使偽造私文書，足以生損害於他人，累犯，處有期徒刑陸月，如易科罰金，以新台幣壹仟元折算壹日，減為有期徒刑叁月，如易科罰金，以新台幣壹仟元折算壹日，於信用卡消費簽帳單上偽造「鄭○○」之署名壹枚沒收；又意圖為自己不法之所有，以不正方法由自動付款設備取得他人之物，累犯，處有期徒刑肆月，如易科罰金，以新台幣壹仟元折算壹日，減為有期徒刑貳月，如易科罰金，以新台幣壹仟元折算壹日，應執行有期徒刑玖月，如易科罰金，以新台幣壹仟元折算壹日，於信用卡消費簽帳單上偽造「鄭○○」之署名貳枚均沒收。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按中華民國九十六年罪犯減刑條例第五條規定：「本條例施行前，經通緝而未於中華民國九十六年十二月三十一日以前自動歸案接受偵查、審判或執行者，不得依本條例減刑。」係就該條例施行前，經通緝之被告或受刑人而設之規定，如係於該條例施行後，始經通緝者，自無該條規定之適用，亦即如合於該條例減刑規定，仍應予以減刑。至於被告先後犯數案，倘逃匿後，前案先予通緝，後案亦認應予通緝，惟基於行政措施，而以併前案方式通緝，並不影響各案之獨立性，後案仍應自其併案通緝時，計算其通緝時日，尚難溯及於前案通緝日。本件被告某甲曾犯竊盜罪，經判處有期徒刑十月，於民國九十三年十一月一日執行完畢，猶未悔改。於九十六年四月六日某時，在新北市板橋區（更名前為台北縣板橋市）四川路○段○巷○號附近某巷內，明知馬○○（已經判刑確定）所持有台○國際商業銀行股份有限公司（下稱台○銀行）核發給蔡○○之 VISA 金融信用卡（卡號 4667261102○○○○○○號）一張及謝○○之身分證一枚，均係來路不明之贓物，仍基於收受贓物犯意予以收受。嗣持該信用卡，至附表編號一所示之商店冒名消費；另邀約不知情之友人黃○○，至附表編號二所示之商店冒名消費，其方式均為冒用「鄭○○」之名義在一聯式消費簽帳單上，偽簽「鄭○○」之署押，表示係信用卡持卡人、同意依信用卡契約之條款付

款，而後將簽帳單交給商店服務人員，致使陷於錯誤，交付如附表所載金額之商品予被告，足以生損害於蔡○○、「鄭○○」、台○銀行及各該特約商店。被告另基於意圖為自己不法所有之接續犯意，於同日二十三時六分五秒、八分四秒、九分三十八秒許，在新北市土城區立德路統一超商立金店內之中國信託商業銀行自動櫃員機，持上開金融信用卡，以謝○○身分證上所載生日，猜測為蔡○○前揭 VISA 金融信用卡之密碼，鍵入成功後，接續以輸入該密碼指令之不正方法，使該自動付款設備辨識系統判別錯誤，交付現金新台幣(下同)二萬元、二萬元及一萬二千元(共計五萬二千元)。嗣於偵查中逃匿，經台灣新北地方法院檢察署(更名前為台灣板橋地方法院檢察署)於九十六年十月二十二日併前案通緝(九十六年五月十日)，於九十六年十一月六日為警緝獲，有該署九十六年十月二十二日板檢榮偵冬緝字第四六八二號併案通緝書、台北縣政府(已改制為新北市政府)警察局三峽分局九十六年十一月六日北縣警峽字第○九六○○三二七二八號通緝案件移送書附卷可稽。其犯罪時間在九十六年四月二十四日以前，合於上開減刑條例第二條第一項第三款減刑規定，至於雖曾以併案方式通緝，惟時間係在上開條例施行後，並無該條例第五條規定不得減刑之情形，乃原判決認其有該條例第五條規定之情形，而不予減刑，顯有判決不適用法則之違法。案經確定，且不利於被告。非常上訴執以

指摘，洵有理由。自應由本院將原判決罪刑部分撤銷，另行判決予以減刑，藉資救濟。至於刑法第三百三十九條、第三百三十九條之二、第三百四十九條雖已於一〇三年六月十八日修正公布，在同年月二十一日生效施行，惟非常上訴審應以原確定裁判當時所應適用之法律為準，審查其是否有違背法令之情形，在非常上訴程序，無刑法第二條第一項之適用。非常上訴審認為非常上訴有理由，將原確定裁判撤銷，加以糾正時，僅代原法院為合法之裁判，因原法院判決時，上開刑法法條未為上揭修正，本件自仍應依原法院為裁判時應適用之法律而定其應執行之刑。另刑法第四十一條第二項於九十四年二月二日修正為：「前項規定於數罪併罰，其應執行之刑未逾六月者，亦適用之」。惟司法院九十八年六月十九日釋字第六六二號解釋，認此規定與憲法第二十三條規定未盡相符，自本解釋公布之日起失效。嗣於九十八年十二月三十日修正為同條第八項：「第一項至第四項及第七項之規定，於數罪併罰之數罪均得易科罰金或易服社會勞動，其應執行之刑逾六月者，亦適用之」。則原確定判決當時所應適用之刑法第四十一條第二項，既已違憲失效，自應適用現行有效法律，諭知得易科罰金，併予敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，刑法第二百十條、第二百十六條、修正前刑法第三百三十九條第一項、第三百三十九條之二第一

項、第三百四十九條、刑法第五十五條、第四十七條第一項前段、第五十一條第五款，九十八年十二月三十日修正刑法第四十一條第八項，刑法施行法第一條之一第一項、第二項，中華民國九十六年罪犯減刑條例第二條第一項第三款、第七條、第九條、第十條第一項，判決如主文。

中 華 民 國 一〇三年 十二月 十八日

【第九一案】

一、關係條文

竊盜犯贓物犯保安處分條例	第 1 條、第 2 條第 4 項。
刑法	第 41 條第 1 項前段、第 47 條第 1 項第 320 條第 1 項、第 321 條第 1 項第 1 款。
刑法施行法	第 1 條之 1。
刑事訴訟法	第 378 條。

二、非常上訴理由

- 一、按判決不適用法則或適用法則不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又竊盜犯及與竊盜案件有關之贓物犯，其保安處分之宣告及執行，依竊盜犯贓物犯保安處分條例之規定；該條例未規定者，適用刑法及其他法律之規定；應執行之刑未達一年以上者，不適用該條例，該條例第一條、第二條第四項規定甚明，而該條例係刑法關於竊盜犯贓物犯保安處分之特別規定，自應優先適用。是對於犯竊盜罪、贓物罪之被告，倘宣告之主刑未達有期徒刑一年以上者，既不得依上開條例宣告強制工作，即無再依刑法有關規定諭知強制工作保安處分之餘地，倘併予宣告，即屬違法。

二、本件原確定判決認定被告某甲各意圖為自己不法之所有，基於竊盜之犯意，(一)於民國一〇二年五月十六日晚上某時許，在台中市西屯區青海路○段○號前，竊取張○○所有車牌號碼○○○—L B T號重型機車；(二)於一〇二年七月十四日十三時許，騎乘上開贓車，至黃○○位於南投縣國姓鄉大石村○○巷○號住處前，自該住宅未上鎖之後門侵入屋內，竊盜黃○○所有之電腦主機及螢幕各一台，得手後，變賣予不知情之負責人廖○○，得款新台幣三百一十元。後被告於一〇二年七月十五日十三時許，騎乘上開機車，再至黃○○上揭住處前停放，並自該住宅未上鎖之後門侵入屋內休息之際，黃女正巧返家，發現遭竊即報警處理，被告嗣主動於同日十九時三十分許至上開北山派出所向警方自首上揭二次竊盜犯行，原審乃判處被告竊盜，累犯，處有期徒刑五月及侵入住宅竊盜，累犯，處有期徒刑七月。則被告受宣告之刑既未達一年以上，揆諸上開說明，自不得再依刑法有關規定宣告強制工作之保安處分。乃原判決依刑法第九十條第一項、第二項前段為強制工作保安處分之諭知，自有判決適用法則不當之違法。末按刑事訴訟法第四百八十四條規定，受刑人以檢察官執行之指揮為不當者，得向諭知該裁判之法院聲明異議，所稱『檢察官執行之指揮不當』，係指檢察官有積極執行

指揮之違法及其執行方法有所不當等情形而言。又判決確定後即生效力，檢察官如依確定判決內容為指揮執行，自難指檢察官執行之指揮為違法或其執行方法不當(最高法院一〇〇年度台抗字第九三六號裁定、九十五年度台抗字第四八六號裁定意旨參照)。是本件尚非得以聲請法院裁定棄置原確定判決效力或對檢察官之指揮執行不當而聲明異議另為救濟，併予敘明。

三、案經確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇三年度台非字第三五五號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告竊盜案件，對於台灣南投地方法院中華民國一〇二年十月二十八日第一審確定判決(一〇二年度易字第五三二號，起訴案號：台灣南投地方法院檢察署一〇二年度偵字第二八八一號)，認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於竊盜及侵入住宅竊盜部分撤銷。

某甲竊盜，累犯，處有期徒刑伍月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。又侵入住宅竊盜，累犯，處

有期徒刑柒月。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按：判決不適用法則或適用法則不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又竊盜犯及與竊盜案件有關之贓物犯，其保安處分之宣告及執行，依竊盜犯贓物犯保安處分條例之規定；該條例未規定者，適用刑法及其他法律之規定；應執行之刑未達一年以上者，不適用該條例，該條例第一條、第二條第四項規定甚明，而該條例係刑法關於竊盜犯贓物犯保安處分之特別規定，自應優先適用。是對於犯竊盜罪、贓物罪之被告，倘宣告之主刑未達有期徒刑一年以上者，既不得依上開條例宣告強制工作，即無再依刑法有關規定諭知強制工作保安處分之餘地，倘併予宣告，即屬違法。本件原確定判決認定被告有如前述二次竊盜犯行，分別判處被告竊盜，累犯，處有期徒刑五月，及侵入住宅竊盜，累犯，處有期徒刑七月。則被告受宣告之刑既未達一年以上，揆諸上開說明，自不得再依刑法有關規定宣告強制工作之保安處分。乃原判決依刑法第九十條第一項、第二項前段為強制工作保安處分之諭知，自有判決適用法則不當之違法。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，自應由本院將原判決關上開部分撤銷，另判決如主文第二項所示，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第

一款，刑法第三百二十條第一項、第三百二十一條第一項第一款、第四十七條第一項、第四十一條第一項前段，刑法施行法第一條之一，判決如主文。

中 華 民 國 一〇三年 十月 九日

【第九二案】

一、關係條文

山坡地保育利用條例 第 10 條、第 34 條第 1 項、
 第 5 項。

刑事訴訟法 第 378 條。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。原判決認定「某甲明知坐落於台中縣和平鄉（現改制為台中市和平區）博愛段○、○、○、○、○、○、○、○地號之原住民保留地；均係行政院原住民族委員會（下稱原委會）管理之國有土地，其中博愛段○、○、○、○、○地號係以原住民吳○○（另為不起訴處分）之名義申請耕作權，惟遭和平鄉（現改制為和平區）土地權利審查委員會保留申請而未通過，而○、○、○地號則係以郭○○之女曲○○之名義，申請耕作權或地上權後，再授權某甲使用。上開八筆原住民保留地並與林○○所有，授權某甲使用之同段○地號土地，均經核定公告為台中縣（現改制為台中市）山坡地之範圍，為山坡地保育利用條例所稱之山坡地。某甲又明知其於民國九十四年間，以曲○

○及自己名義，向台中縣政府（現改制為台中市政府）申請在博愛段○、○、○、○地號原住民保留地上開發之『谷○休閒農場』及『嘉○休閒農場』（均統一以『谷○溫泉會館』名義對外營業），其經核准興設之農業休閒設施僅為警衛室（售票口）、瞭望臺，涼亭、公廁、停車場等；竟意圖為自己不法之利益，未得和平鄉公所（現改制為和平區公所）及原委會之同意，於取得建築執照後，即開始違法開發，擴建核准範圍以外之餐廳、大廳、會議室、停車場及二十六間民宿客房，更闢建露天溫泉區、三溫暖及兒童戲水池。復意圖為自己不法利益，竊佔其未取得使用許可之博愛段○、○、○、○及○地號原住民保留地，擅自開挖為『谷○溫泉會館』之入口通道、景觀公園及停車場等設施。嗣於九十九年間，經和平鄉公所（現改制為和平區公所）發覺某甲有違法使用國有原住民保留地之情事，遂報警處理，始循線查得上情。」而論被告以山坡地保育利用條例第三十四條第一項之罪，並依同條第五項沒收該土地上之墾殖物及工作物。惟查：山坡地保育利用條例第三十四條第一項之違反同條例第十條規定者之處罰，固重在保護山坡地，防止濫墾、濫建，但亦含有竊佔罪之本質，以未經土地所有權人同意，或對該山坡地無使用權源，竟擅自墾殖或開發經營為要件。故如對該山坡地

有使用權，或經土地所有權人或對該山坡地有占有使用權人之同意而開發經營，行為人主觀上，並無故意擅自而為之犯意，即與該條項之構成要件有間。此觀該條例第十條將「公有」、「他人」山坡地並列，但不及於「自己所有之山坡地」之規定自明（最高法院九十七年度台上字第二六三五號、一〇〇年度台上字第九七號判決參照）。原判決既認定該博愛段○地號土地係林○○所有，授權被告使用，則被告即無在該土地上擅自墾殖、開發可言，原判決此部分論被告以山坡地保育利用條例第三十四條第一項之罪，並依該條第五項規定將該地上之墾殖物及工作物沒收，自有適用法則不當之違法。

二、案經確定，且於被告不利，爰就原判決上開違法部分依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正等語。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇二年度台非字第三六六號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告違反山坡地保育利用條例案件，對於台灣台中地方法院中華民國一〇〇年八月十五日第一審確定判決（一〇〇年度訴字第一三六八號，起訴案號：台灣台中地方法院檢察署九十九年度偵字第

一一〇八六、一八九〇一號)，認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，由台灣台中地方法院依判決前之程序更為審判。

理 由

本件非常上訴理由（見前二）

本院按：判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又山坡地保育利用條例第三十四條第一項之違反同條例第十條規定之處罰，固重在保護山坡地，防止濫墾、濫建，但亦含有竊佔罪之本質，以未經土地所有權人同意，或對該山坡地無使用權源，竟擅自墾殖或開發經營為要件。故如對該山坡地有使用權，或經土地所有權人或對該山坡地有占有使用權人之同意而開發經營，行為人主觀上，並無故意擅自而為之犯意，即與該條項之構成要件有間。此觀該條例第十條將「公有」、「他人」山坡地並列，但不及於「自己所有之山坡地」之規定自明。又「犯本條之罪者，其墾殖物、工作物、施工材料及所使用之機具沒收之。」同條例第三十四條第五項亦有規定，是欲依本條項諭知沒收者，亦應以被告觸犯同條第一項至第四項之罪者為限，自不待言。本件原確定判決就其認定被告某甲違反山坡地保育利用條例之犯罪事實、證據及應適用之法條，均引用檢察官起訴書之記載。而依檢察官起訴書記載之犯

罪事實，係以被告「明知坐落於台中縣和平鄉（現改制為台中市和平區）博愛段（下同）○、○、○、○、○、○、○、○地號之原住民保留地；均係行政院原住民族委員會（下稱原委會）管理之國有土地，其中博愛段○、○、○、○、○地號係以原住民吳○○（另為不起訴處分）之名義申請耕作權，惟遭和平鄉（現改制為和平區）土地權利審查委員會保留申請而未通過，而○、○、○地號則係以郭○○之女曲○○之名義，申請耕作權或地上權後，再授權某甲使用。上開八筆原住民保留地並與林○○所有，授權某甲使用之同段○地號土地，均經核定公告為台中縣（現改制為台中市）山坡地之範圍，為山坡地保育利用條例所稱之山坡地。某甲又明知其於民國九十四年間，以曲○○及自己名義，向台中縣政府（現改制為台中市政府）申請在博愛段○、○、○、○地號原住民保留地上開發之『谷○休閒農場』及『嘉○休閒農場』（均統一以『谷○溫泉會館』名義對外營業），其經核准興設之農業休閒設施僅為警衛室（售票口）、瞭望臺，涼亭、公廁、停車場等；竟意圖為自己不法之利益，未得和平鄉公所（現改制為和平區公所）及原委會之同意，於取得建築執照後，即開始違法開發，擴建核准範圍以外之餐廳、大廳、會議室、停車場及二十六間民宿客房，更闢建露天溫泉區、三溫暖及兒童戲水池。復意圖為自己不法利益，竊佔其未取得使用許可之博愛段○、○、○、○及○地號原住民保留地，擅

自開挖為『谷○溫泉會館』之入口通道、景觀公園及停車場等設施。…」原確定判決除依法論處被告違反山坡地保育利用條例第三十四條第一項之非法墾殖、開發罪外，並依同條第五項規定，諭知「台中市和平區博愛段○、○、○、○地號土地上之餐廳、大廳、會議室、停車場、貳拾陸間民宿客房、露天溫泉區、三溫暖及兒童戲水池，及…均沒收。」然原確定判決既認定上開○地號土地為林○○所有授權被告使用，揆諸上開說明，被告於該土地上之「墾殖、開發」等行為，自不生山坡地保育利用條例第三十四條第一項罪責。原確定判決竟以被告「違法開發，擴建核准範圍以外之餐廳……」等，據以論處被告罪責，倘原確定判決就○地號土地部分認定被告構成該條項之罪，自有適用法則不當之違法。倘原確定判決就此部分未認定被告構成該條項之罪，惟仍依據同條第五項規定諭知沒收，自亦有適用法則不當之違誤。然因原確定判決就○地號土地部分是否認定被告亦構成山坡地保育利用條例第三十四條第一項罪責尚非明瞭，案經確定，且於被告不利，非常上訴執以指摘，洵有理由。本件既涉及事實之認定，為使事實臻於明確，並維持被告之審級利益，應由本院將原判決撤銷，由原審依判決前之程序更為審判，以資糾正。又原判決既認定系爭○、○、○地號土地係曲○○申請耕作權或地上權後，授權被告使用，被告於取得建築執照後，即違法開發、擴建核准範圍以外之餐廳……

及兒童戲水池等工作物等情。是否認擴建部分亦構成犯罪而併罰？曲○○授權使用之範圍如何？何以○、○、○地號土地上之前述工作物併予宣告沒收？更審時宜一併究明釐清，附此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二年 十月 二十三日

【第九三案】

一、關係條文

修正前性侵害犯罪防治法 第 20 條第 1 項、第 21 條第 1 項第 3 款、第 4 項、第 23 條第 1 項、第 2 項。

刑事訴訟法 第 378 條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文；又修正前性侵害犯罪防治法第二十三條第一項有關加害人定期向警察機關辦理資料登記及報到之規定，於犯罪時未滿十八歲者不適用之，亦為同條第二項所明定。查被告前於九十四年十月二十九日七時三十分許，在桃園縣之住處，犯刑法第二百二十二條第一項第二款之性侵害罪，經臺灣高等法院以九十七年度少上訴字第十二號維持臺灣桃園地方法院判處有期徒刑三年之判決，並諭知緩刑五年，緩刑期中付保護管束；嗣經主管機關桃園縣政府依性侵害犯罪防治法第二十條規定評估後，由桃園縣政府警察局蘆竹分局通知辦理報到登記，惟被告並未依規定辦理，桃園縣政府遂依性侵害犯罪防治法第二十條第一項、第二十一條第一項第三款規定，裁處罰鍰一萬元，並限期至蘆竹分局辦理報

到登記，被告仍未依規定辦理，蘆竹分局即依同法第二十一條規定，通知桃園縣政府家庭暴力暨性侵害防治中心轉知臺灣桃園地方法院檢察署檢察官，檢察官接獲前項通知後，即據以向原審聲請撤銷緩刑等情，固有各該法條依據及相關資料可憑。惟被告於九十四年十月二十九日行為之時，係十四歲以上未滿十八歲之人，有其年籍資料及臺灣高等法院以九十七年度少上訴字第十二號判決可考，依修正前性侵害犯罪防治法第二十三條第二項規定，被告並不適用該條第一項有關加害人定期向警察機關辦理資料登記及報到之規定，乃原審疏查，竟依性侵害犯罪防治法第二十一條第四項裁定撤銷被告之緩刑宣告，自有判決適用法則不當之違法。案經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇一年度台非字第一二六號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

上列上訴人因被告妨害性自主聲請撤銷緩刑案件，對於台灣桃園地方法院中華民國一〇〇年六月二十四日第一審確定裁定（一〇〇年度撤緩字第一〇四號），提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原裁定撤銷。

檢察官之聲請駁回。

理 由

本件非常上訴理由（見前二）

本院按：判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。撤銷緩刑之裁定，與科刑判決有同等效力，於裁定確定後，如發現有違背法令者，自得提起非常上訴。又犯刑法第二百二十一條、第二百二十二條、第二百二十四條之一、第二百二十五條第一項、第二百二十六條、第二百二十六條之一、第三百三十二條第二項第二款、第三百三十四條第二款、第三百四十八條第二項第一款或其特別法之罪之加害人，有性侵害犯罪防治法第二十條第一項各款情形之一者，應定期向警察機關辦理身分、就學、工作、車籍及其異動等資料之登記及報到。其登記、報到之期間為七年。前項規定於犯罪時未滿十八歲者，不適用之。修正前性侵害犯罪防治法第二十三條第一項、第二項著有明文。加害人未依性侵害犯罪防治法第二十三條第一項規定定期辦理登記或報到者，得處新台幣一萬元以上五萬元以下罰鍰，並限期命其履行。直轄市、縣（市）主管機關對於假釋、緩刑或受緩起訴處分之加害人為第一項之處分後，應即通知該管地方法院檢察署檢察官或軍事法院檢察署檢察官。地方法院檢察署檢察官、軍事法院檢察署檢察官接獲前項通知後，得通知原執行監獄典

獄長報請法務部、國防部撤銷假釋或向法院、軍事法院聲請撤銷緩刑或依職權撤銷緩起訴處分。修正前同法第二十一條第一項第三款、第三項、第四項亦有規定(民國一〇〇年十一月九日修正後各該法條規定意旨亦同)。本件被告某甲前於九十四年十月二十九日因犯刑法第二百二十二條第一項第二款妨害性自主案件，經台灣桃園地方法院以九十五年度少訴字第三一號判處有期徒刑三年，經被告上訴後，台灣高等法院以九十七年度少上訴字第一二號判決駁回上訴並諭知緩刑五年，緩刑期中付保護管束確定在案。嗣經主管機關桃園縣政府依修正前性侵害犯罪防治法第二十條規定評估後，由桃園縣政府警察局蘆竹分局(下稱蘆竹分局)於九十九年十一月九日以蘆警分刑字第 0991102209 號函通知被告應於九十九年十一月十一日上午十時向該分局辦理報到登記，該通知函並依被告戶籍地址即「桃園縣蘆竹鄉○○村四鄰宏昌新村○號」送達，惟被告並未依規定至前揭指定處所辦理報到，桃園縣政府遂依修正前性侵害犯罪防治法第二十條第一項、第二十一條第一項第三款之規定，於一〇〇年三月八日以府社家字第 1000002191 號裁處書裁處被告罰鍰新台幣一萬元，並限被告於同年三月二十一日上午十時至蘆竹分局辦理報到登記，被告仍未依規定報到，蘆竹分局再依修正前性侵害犯罪防治法第二十一條第三項之規定通知桃園縣政府家庭暴力暨性侵害防治中心，由桃園縣政府函知台灣桃園地

方法院檢察署檢察官，檢察官再據以向台灣桃園地方法院聲請撤銷被告上開緩刑，並經該法院於一〇〇年六月二十四日以一〇〇年度撤緩字第一〇四號裁定予以撤銷緩刑確定等情，固有桃園縣政府一〇〇年六月十日府社家字第 1000005726 號函附蘆竹分局九十九年十一月九日蘆警分刑字第 0991102209 號函、送達證書暨照片、桃園縣政府一〇〇年三月八日府社家字第 1000002191 號裁處書、蘆竹分局一〇〇年四月十二日蘆警分刑字第 1001100774 號函及桃園縣政府一〇〇年四月十八日府社家字第 1000003643 號函、台灣桃園地方法院九十五年度少訴字第三一號刑事判決影本、一〇〇年度撤緩字第一〇四號裁定在卷可稽。惟被告於九十四年十月二十九日行為時，係十四歲以上未滿十八歲之人，有其戶籍資料可憑，依修正前性侵害犯罪防治法第二十三條第二項規定，被告並不適用同條第一項有關加害人定期向警察機關辦理資料登記及報到之規定，原審疏予查明，誤依修正前性侵害犯罪防治法第二十一條第四項裁定撤銷被告之緩刑宣告，自有判決適用法則不當之違法。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，因原裁定不利被告，應由本院予以撤銷，並駁回檢察官之聲請，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，判決如主文。

中 華 民 國 一〇一年 四月 二十六日

【第九四案】

一、關係條文

性侵害犯罪防治法 第 23 條第 1 項、第 3 項
刑 法 第 222 條第 1 項第 1 款、第 2 款

二、非常上訴理由

- 一、按判決不適用法則或適用不當者，為判決違背法令；依法應於審判期日調查之證據未予調查、未受請求之事項予以判決、判決所載理由矛盾者，其判決當然違背法令。刑事訴訟法第三百七十八條、第三百七十九條第十款、第十二款、第十四款分別定有明文。又按犯刑法第二百二十一條、第二百二十二條、第二百二十四條之一、第二百二十五條第一項、第二百二十六條、第二百二十六條之一、第三百三十二條第二項第二款、第三百三十四條第二款、第三百四十八條第二項第一款或其特別法之罪之加害人，有第二十條第一項各款情形之一者，應定期向警察機關辦理身分、就學、工作、車籍及其異動等資料之登記及報到；其登記、報到之期間為七年；前二項規定於犯罪時未滿十八歲者，不適用之，性侵害犯罪防治法第二十三條第一項、第三項定有明文（最高法院一〇一年度台非字第一二六號判決要旨可

資參照)。

二、經查，本件被告某甲前於民國九十二年九月十六日及同年十月上旬某日，分別對被害人即代號三六四二-九二三○號之少年，犯二人以上共同連續對於十四歲以下之男子，以脅迫之方法而為性交，亦即犯刑法第二百二十二條第一項第一款、第二款之妨害性自主案件，經台灣花蓮地方法院於九十六年二月十六日以九十四年度少訴字第二號判決判處有期徒刑三年十月，於九十六年三月十六日確定，並於九十六年四月三十日入監服刑，九十八年十二月二十五日假釋付保護管束出監，九十九年十二月二日縮刑期滿，假釋未經撤銷視為執行完畢；且被告於犯罪時為十四歲以上未滿十八歲之少年(參台灣花蓮地方法院九十四年度少訴字第二號判決事實欄第一段第二行)等情，有台灣花蓮地方法院九十四年度少訴字第二號判決書及台灣高等法院被告前案紀錄表在卷可考。又查，被告於假釋出監後，經主管機關花蓮縣政府依性侵害犯罪防治法第二十條規定評估，由花蓮縣政府於九十九年一月七日以府警幼字第○九九○○○四四二四號函通知被告應於九十九年一月十五日下午十五時○分向花蓮縣警察局婦幼警察隊(地址：花蓮縣花蓮市府前路○號○樓)辦理報到登記，並於其後每六個月向花蓮縣警察局鳳林分局辦理報到，其登記、報到

之期間為七年。嗣被告經花蓮縣警察局鳳林分局於一〇二年一月五日以鳳警偵字第一〇二〇〇〇〇二三九號書函通知，應於一〇二年一月十五日上午一〇時前往花蓮縣警察局鳳林分局報到，然被告未依規定向承辦員警請假，且未事先申請變更，即均未依規定前往報到機構報到，屆期仍未履行，至未能完成報到登記事宜。復經花蓮縣政府於一〇二年一月二十二日以府社工字第一〇二〇〇一五五七四號函通知前往花蓮縣政府社會處陳述原由，惟被告無正當理由亦未到場。花蓮縣政府遂於一〇二年二月七日以府社工字第一〇二〇〇二七七五九號裁處書處罰鍰新台幣一萬元。另由花蓮縣警察局鳳林分局於一〇二年二月十九日以鳳警偵字第一〇二〇〇〇二二二五號書函通知被告應於一〇二年三月三日上午十時前往花蓮縣警察局鳳林分局報到，然被告仍未依規定向承辦員警請假，且未事先申請變更，未依規定前往報到機構登記、報到，屆期仍未履行，至未能完成報到登記事宜。花蓮縣警察局鳳林分局即於一〇二年三月七日以被告違反性侵害犯罪防治法第二十一條第二項報告台灣花蓮地方法院檢察署偵辦，經台灣花蓮地方法院檢察署於一〇二年四月二十二日以一〇二年度偵字第一二〇〇號向台灣花蓮地方法院聲請簡易判決處刑等情，有花蓮縣政府九十九年一月七

日府警幼字第○九九○○○四四二四號函、花蓮縣警察局九十九年一月十八日花警婦字第○九九○○○二五八七號函及所附性侵害犯罪加害人登記報到時間表、花蓮縣警察局鳳林分局一○二年一月五日鳳警偵字第一○二○○○○二三九號書函、花蓮縣政府一○二年一月二十二日府社工字第一○二○○一五五七四號函、花蓮縣政府一○二年二月七日府社工字第一○二○○二七七五九號函暨裁處書、花蓮縣警察局鳳林分局一○二年二月十九日鳳警偵字第一○二○○○二二二五號書函及花蓮縣警察局鳳林分局送達證書、上開聲請簡易判決處刑書等附卷可稽。惟查，依性侵害犯罪防治法第二十三條第三項規定犯罪時未滿十八歲者不適用同法第二十三條第一項規定，故亦不得適用該法第二十一條第一項第三款之規定，定期向警察機關辦理身分、就學、工作、車籍及其異動等資料之登記及報到，被告於上開犯罪時未滿十八歲已如前述，故無庸定期向警察機關辦理登記、報到。檢察官未察，誤以被告違背前開性侵害犯罪防治法第二十一條第一項第三款規定聲請簡易判決處刑，原判決引用檢察官聲請簡易判決處刑記載之犯罪事實，未依法調查被告有無違背前開規定，並就未經檢察官聲請簡易判決處刑之事項即被告違背性侵害犯罪防治法第二十一條第一項第二款規

定予以判決，判決所載理由矛盾，遽認『被告所為，係違反性侵害犯罪防治法第二十一條第二項前條加害人經主管機關通知，無正當理由不按時到場接受輔導教育，經主管機關再次限期命其履行仍不履行之規定，應依該條之刑罰規定論處。』誤對被告為有罪科刑判決。揆之首開說明，原判決顯有判決適用法則不當、依法應於審判期日調查之證據未予調查、未受請求之事項予以判決及判決所載理由矛盾等違背法令情事。

三、案經確定，且對被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正及救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇三年度台非字第二七〇號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告違反性侵害犯罪防治法案件，對於台灣花蓮地方法院中華民國一〇二年八月三十日第一審確定判決（一〇二年度原花易字第十二號，聲請簡易判決處刑案號：台灣花蓮地方法院檢察署一〇二年度偵字第一二〇〇號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文
原判決撤銷。

某甲無罪。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按犯刑法第二百二十一條、第二百二十二條、第二百二十四條之一、第二百二十五條第一項、第二百二十六條、第二百二十六條之一、第三百三十二條第二項第二款、第三百三十四條第二款、第三百四十八條第二項第一款或其特別法之罪之加害人，有第二十條第一項各款情形之一者，應定期向警察機關辦理身分、就學、工作、車籍及其異動等資料之登記及報到；其登記、報到之期間為七年，固為性侵害犯罪防治法第二十三條第一項所明定；然該項規定於犯罪時未滿十八歲者，不適用之，復為該條第三項所特別規定。本件原確定判決引用檢察官聲請簡易判決處刑記載之犯罪事實，以被告某甲前於民國九十二年九月十六日及同年十月上旬某日，因犯刑法第二百二十二條第一項第一款、第二款之二人以上共同連續對於十四歲以下之男子，以脅迫之方法而為性交罪，經台灣花蓮地方法院於九十六年二月十六日以九十四年度少訴字第二號判決判處有期徒刑三年十月確定，並於同年四月三十日入監服刑。迨九十八年十二月二十五日被告假釋付保護管束出監後，花蓮縣政府及花蓮縣警察局鳳林分局先後依性侵害犯罪防治法第二十三條第一項規定，通知被告前往指定處所辦理身分、就學、工作、車籍及其異動等資料之登記及報到，而被告均

未依規定辦理登記及報到。經花蓮縣政府認被告違反上開規定，依同法第二十一條第一項第三款規定，於一〇二年二月七日以府社工字第一〇二〇〇二七七五九號裁處書處罰鍰新台幣一萬元。同時由花蓮縣警察局鳳林分局於一〇二年二月十九日通知被告應於一〇二年三月三日上午十時前往花蓮縣警察局鳳林分局報到，然被告屆期仍未履行，因認被告之行為係犯性侵害犯罪防治法第二十一條第二項之罪，固非無見。惟查犯刑法第二百二十二條之罪之加害人，有性侵害犯罪防治法第二十條第一項各款情形之一者，應定期向警察機關辦理身分、就學、工作、車籍及其異動等資料之登記及報到之規定，依同法第二十三條第三項規定於犯罪時未滿十八歲者，不適用之。被告為上開犯罪時係十四歲以上未滿十八歲之少年，有台灣花蓮地方法院九十四年度少訴字第二號判決書及台灣高等法院被告前案紀錄表在卷可考。則上開應定期向警察機關辦理登記、報到手續之規定，既不適用於行為時未滿十八歲之被告，其縱有違反上開規定，經花蓮縣政府及花蓮縣警察局鳳林分局分別科處罰鍰，並限期命其履行，屆期仍不履行之情形，因在法律上不得予以處罰，其行為自屬不罰。乃原審未察，認被告係犯性侵害犯罪防治法第二十一條第二項（累犯）之罪，處拘役五十日，如易科罰金，以新台幣一千元折算一日，自有判決不適用法則之違法。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理

由，應由本院將原判決撤銷，另行改判諭知被告無罪，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款、第三百零一條第一項，判決如主文。

中 華 民 國 一〇三年 七月 二十四日

【第九五案】

一、關係條文

期貨交易法	第 112 條第 3 款。
刑法	第 268 條、第 28 條、第 268 條、 第 55 條、第 47 條第 1 項、第 41 條第 1 項前段、第 42 條第 3 項、 第 38 條第 1 項第 2 款、第 57 條。
刑法施行法	第 1 條之 1。
刑事訴訟法	第 370 條。

二、非常上訴理由

- 一、刑事訴訟法第三百七十條規定：『由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑。但因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限。』再最高法院九十二年度台上字第六零九五號刑事判決要旨：
- 『刑事審判旨在實現刑罰權之分配的正義，故法院對有罪之被告科刑，應符合罪刑相當之原則，使罰當其罪，此所以刑法第五十七條明定科刑時應審酌一切情狀，尤應注意該條所列十款事項以為科刑輕重之標準，此項原則於刑事訴訟法第三百七十條所定不利益變更禁止原則之例外情形，亦有其適用；故第一審判決認

定有牽連犯關係之輕重二罪俱能證明而從一重罪論科，被告上訴於第二審法院，第二審認定輕罪部分不成立犯罪，雖因第一審判決適用法條不當而將之撤銷改判，但此時所認定之犯罪情節已屬較輕，除非第一審量刑失輕，第二審判決如仍維持原宣告刑而未說明理由，即難謂與罪刑相當原則及不利益變更禁止原則之旨意無悖。』（相同意旨之判決另有最高法院九十年度台非字第三四五號判決及同院一百零二年度台上字第三五二一號判決關於被告練○○撤銷改判部分）。是僅由被告上訴之案件，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑。且若第二審法院所認定之犯罪情節，更輕於第一審判決所認定之犯罪情節時，並應量處更輕於第一審判決所處之刑，始符合罪刑相當之原則。同理，如想像競合犯裁判上之一罪，第一審法院認重罪及輕罪，兩罪均成立犯罪，而從一重依重罪處斷。第二審法院認重罪部分，不成立犯罪，只有輕罪部分，成立犯罪，而改依輕罪處斷，重罪部分，則不另為無罪之諭知。此時，第二審法院所認定之犯罪情節及罪名，均輕於第一審法院所認定之犯罪情節及罪名，則第二審法院非僅不得諭知較重於原審判決之刑，更應量處更輕於第一審判決所處之刑，始符合罪刑相當之原則。

二、本件第一審判決以：被告某甲、某乙等均明知未經行政院金融監督管理委員會證券期貨局授權許可並發給許可證照，不得經營期貨經理事業，竟基於未經許可擅自經營期貨事業，及意圖營利，提供賭博場所及聚眾賭博之犯意聯絡，自民國九十六年間起至九十九年十月間止，在台中市北屯區太原路○段○號○樓設立期貨及證券地下交易盤口，由某乙等負責對外招攬客戶，且申設門號○○-○○○○○○○○○、○○-○○○○○○○○○○等電話供客戶撥打下單交易買賣台灣股市指數期貨及股票。惟實際上，並未將客戶之買賣下單至合法之股票或期貨交易市場，而係與客戶以買空賣空之方式經營。期貨標的為台股大盤指數，客戶無須繳交保證金，以『口』為單位，每漲跌一點損益為新台幣（下同）二百元，每買賣一口手續費為四百元，依客戶所買之指數與當日指數之差距決定輸贏；股票部分則依該檔股票漲跌金額、張數作為損益依據，交易標的為上市、上櫃每日成交量在一千張以上之股票，且不得列為警示股票，手續費為買進或賣出總額的千分之一點二五，多空皆能承作，以此方式經營非法地下期貨及股票交易牟利，平均每個月可得約十餘萬元之利益。而某乙等業務員招攬客戶參與前揭非法期貨交易，可自客戶虧損之金額

（即地下交易盤口賺取之利益）中，獲取三十％之獎金（犯罪事實欄二）。是核被告某甲、某乙所為，均係違反期貨交易法第56條第1項之規定，而犯同法第一百一十二條第三款之非法經營期貨交易業務罪，及刑法第兩百六十八條之意圖營利，供給賭博場所及聚眾賭博罪。又被告某甲、某乙如犯罪事實欄二所為，係以一行為而同時觸犯期貨交易法第一百一十二條第三款之罪，及刑法第兩百六十八條之意圖營利，供給賭博場所及聚眾賭博罪，屬一行為觸犯數罪名，應依刑法第五十五條想像競合犯之規定，從一重依期貨交易法第一百一十二條第三款之非法經營期貨交易業務罪論處。因而依共同非法經營期貨交易業務罪，分別判處某甲有期徒刑八月，某乙有期徒刑六月。

三、原審確定判決則以：某甲、某乙共同基於意圖營利，供給賭博場所及聚眾賭博之單一包括犯意，自九十六年間起至九十九年十月間止，在台中市河南路與成都路口之不詳地址房屋，設立『股票空中交易站』，以股票漲跌價格為標的之俗稱『空中交易』簽賭站，並提供其上開房屋為賭場，招攬聚集沈○○、張○○及其他不特定之賭客賭博財物。該簽賭站採會員制，利用在該站所裝設之門號○○-○○○○○○○○○○、○○-○○○○○○○○○○號等電話，接受所

招攬而已成為會員之賭客下單，仿買賣股票方式，依當日買進賣出之特定股票漲跌之價差，或收盤價與交易價之差額計算輸贏，由沈○○、張○○及其他不特定之賭客與某甲、某乙對賭，其方式為：由賭客以電話下單方式，以當日公開股市各種股票股價依據（交易標的為上市、上櫃前一日成交量在二千張以上，並非為警示戶之股票），告知買入賣出之股票名稱及價格，而為名義上之買入賣出（即實際上並未在公開交易之股票交易市場進行買入或賣出），再依當日上市股票價格漲跌，為名義上之買入賣出（即俗稱之當日沖銷），依其差價決定輸贏；且每次買進、賣出，另按交易金額收取千分之一點二五計算之手續費，均歸某甲、某乙取得。賭客下單後，即按當日就所交易股票買進或賣出之差價及漲跌決輸贏，若僅有買進或賣出之一種行為，則按所交易股票之當日收盤價之差價與漲跌定輸贏。賭客於當日只有賣出或買進之一種交易行為，除按當日收盤價結清輸贏外，另須辦理留倉，即買進之多單以六個營業日為限，賣出之空單以六個營業日為限，到期須為平倉交易。即多單須賣出，空單須買進，雙方以平倉時差價決定勝負（犯罪事實欄二）。是核被告某甲、某乙就事實欄二所為，均係犯刑法第兩百六十八條意圖營利供給

賭博場所及聚眾賭博罪。因而依共同意圖營利，聚眾賭博罪分別判處某甲有期徒刑十月，某乙有期徒刑九月。至於被告某甲、某乙非法經營期貨交易業務罪部分，則以：檢察官並未提出適合於證明犯罪事實之補強證據，並說明其證據方法與待證事實之關係，自難僅憑被告某甲、某乙之自白，及共犯等人之證述，而獲得有罪之心證。然因公訴意旨認此部分與前開有罪之賭博罪部分有想像競合之裁判上一罪關係，爰不另為無罪之諭知。

- 四、本件被告等涉嫌以買空賣空之方式，以一行為經營交易買賣『台灣股市指數期貨』及『股票』，涉犯『違反期貨交易法』（最重本刑七年以下有期徒刑之罪）及『賭博』（最重本刑三年以下有期徒刑之罪）二罪。第一審法院判決認二罪均成立犯罪，而從一重依違反期貨交易法罪處斷，第二審法院確定判決以並無證據證明被告等有經營交易買賣『台灣股市指數期貨』，其重罪即違反期貨交易法罪部分，不成立犯罪，只有輕罪即賭博罪部分，成立犯罪，而改依輕罪處斷，重罪部分，則不另為無罪之諭知。亦即，第一審所認定之犯罪事實，包括有經營交易買賣『台灣股市指數期貨』及『股票』二項，而第二審所認定之犯罪事實，則只有經營交易買賣『股票』一項，故只有輕罪即賭博罪部分，

成立犯罪。再就交易買賣『股票』部分，第一、二審判決所認定之犯罪時間，均自九十六年間起至九十九年十月間止，有關之共犯及收取千分之一點二五之手續費等事實，亦均相同。是原確定判決所認定之罪名及犯罪情節，顯已較第一審判決所認定之罪名及犯罪情節為輕，只有第一審判決所認定之二項犯罪事實中，屬於輕罪部分之一項而已。而本件只有被告等上訴，檢察官並無為被告等之不利益上訴。則揆諸首揭刑事訴訟法第三百七十條所定不利益變更禁止原則，原確定判決顯不得量處較第一審判決為重之刑。且依上開最高法院一百零二年度台上字第三五二一號、九十二年度台上字第六零九五號及九十年度台非字第三四五號等判決意旨，原確定判決應量處較第一審判決為輕之刑，始符合罪刑相當之原則。乃原確定判決只以：爰審酌被告等犯罪之動機、目的及手段均值非難，且依被告等之營業時間長短，規模大小觀察，犯罪所生危害程度不小，惟被告等犯罪後均坦承犯行，態度尚佳，被告某甲係國中畢業之智識程度、被告某乙係高商畢業之智識程度，家庭經濟狀況均屬小康等一切情狀，分別量處如主文所示之刑等情。並未說明，被告等經營交易買賣『股票』即所犯賭博罪部分，有如何較重於第一審判決所認定之情節。

竟對輕罪、輕情節之賭博罪部分，反為重判，量處較重於第一審判決之刑，顯不符罪刑相當之原則，自有判決適用法則不當之判決違背法令。五、再原確定判決復以：『公訴人（按指第一審公訴人）雖具體請求就被告某甲所涉非法經營期貨業務罪，判處有期徒刑八月，併科罰金新台幣二百萬元；就被告某乙所涉非法經營期貨業務罪，判處有期徒刑八月，併科罰金新台幣五十萬元，然本院審酌上情，認以量處如主文所示之刑為適當，公訴人求處之刑及罰金尚嫌過重，併此敘明（原判決第 19 頁）』。原確定判決雖謂公訴人求處之刑及罰金尚嫌過重。然原判決分別判處被告某甲有期徒刑十月，被告某乙有期徒刑九月，均比公訴人所求處之刑有期徒刑八月為重。是原確定判決主文與理由，顯然矛盾，亦有判決理由矛盾之違法，且顯然對判決本旨有影響，自屬判決違背法令。案經確定且不利於被告，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇二年度台非字第四二二號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

某乙

上列上訴人因被告等賭博等罪案件，對於台灣高等法院台中分院中華民國一〇二年八月二十九日第二審確定判決（一〇一年度金上訴字第一一三九號，起訴案號：台灣台中地方法院檢察署一〇〇年度偵字第一三二一、六二六七、七四四七、八八〇二號），認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於賭博之罪刑部分撤銷。

某甲共同意圖營利，聚眾賭博，累犯，處有期徒刑柒月，併科罰金新台幣捌萬元，罰金如易服勞役，以新台幣壹仟元折算壹日。扣案如附表所示之物，均沒收。某乙共同意圖營利，聚眾賭博，處有期徒刑伍月，併科罰金新台幣伍萬元，有期徒刑如易科罰金，罰金如易服勞役，均以新台幣壹仟元折算壹日。扣案如附表所示之物，均沒收。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按由被告上訴或為被告之利益而上訴者，除因原判決適用法條不當而撤銷者外，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑。此為「不利益變更禁止」之原則，觀諸刑事訴訟法第三百七十條規定自明。又刑事審判旨在實現刑罰權分配的正義，故法院對有罪之被告科刑，應符合罪刑相當之原則，使罰當其罪，此所以刑法第五十七條明定科刑時應審酌一切情狀，尤應

注意該條所列十款事項以為科刑輕重之標準，此項原則於刑事訴訟法第三百七十條所定不利益變更禁止情形，亦有其適用；故第一審判決認定有想像競合犯關係之輕重二罪俱能證明而從一重罪論科，僅被告上訴於第二審法院時，第二審認定重罪部分不成立犯罪，雖因第一審判決適用法條不當而將之撤銷改判，但此時所認定之犯罪情節已屬較輕，除非第一審量刑失輕，第二審判決如量處較重於原宣告刑而未說明理由，即難謂與罪刑相當原則及不利益變更禁止原則之旨無悖。查本件關於原判決事實二部分，檢察官係以被告某甲、某乙（以下合稱被告二人）犯有期貨交易法第一百一十二條第三款、刑法第兩百六十八條之罪嫌提起公訴，第一審法院審理後，就此部分，以被告2人係共犯期貨交易法第一百一十二條第三款之非法經營期貨交易業務罪，及刑法第兩百六十八條之意圖營利，供給賭博場所及聚眾賭博罪，依想像競合犯之規定從一重均論被告二人以共同犯期貨交易法第一百一十二條第三款之非法經營期貨交易業務罪，某甲（累犯）處有期徒刑八月，併科罰金一百萬元，某乙處有期徒刑六月，併科罰金四十萬元，暨均就罰金部分諭知易服勞役之折算標準及相關從刑之宣告。被告二人不服，提起上訴（檢察官未上訴）。第二審法院就被告二人此部分之犯罪事實，則除認被告二人並無第一審所認定之期貨交易法第一百一十二條第三款之非法經營期貨交易業務之犯行外，其餘賭博部分悉

與第一審判決之認定相同，乃以「被告二人並無非法經營期貨交易業務犯行，原判決（指第一審判決）卻論以違反期貨交易法第五十六條第一項之規定，而犯同法第一百一十二條第三款之非法經營期貨交易業務罪，並認與有罪之賭博罪有裁判上一罪關係，亦有未合。被告某甲、某乙上訴指摘原判決就事實欄二部分以非法經營期貨交易業務罪論處，適用法律不當，為有理由」為由（見原判決第 18 頁，理由貳、四之（二）），將第一審判決此部分撤銷，就被告二人一行為同時觸犯意圖營利供給賭博場所及聚眾賭博二罪，依刑法第二十八條、第二百六十八條、第五十五條、第四十七條第一項，刑法施行法第一條之一，從一重論被告二人以共同犯意圖營利，聚眾賭博罪，並分別量處某甲（累犯）有期徒刑十月，某乙有期徒刑九月，均較第一審法院所諭知之刑度為重，其判決理由僅說明「爰審酌被告某乙平日之素行尚可（見卷附台灣高等法院被告前案紀錄表），其與被告某甲均明知未經許可，不得經營證券金融事業及聚眾賭博，詎僅為謀賺取金錢，而違反從事證券事業及聚眾賭博，渠等犯罪之動機、目的及手段均值非難，且依被告某甲、某乙之營業時間長短，規模大小觀察，……，犯罪所生危害程度不小，惟被告某甲、某乙犯罪後均坦承犯行，態度尚佳，及被告某甲為資金提供者，被告某乙為綜理業務經營之人，兼衡以被告某甲係國中畢業之智識程度、被告某乙係高商畢業之智識程度，家

庭經濟狀況均屬小康等一切情狀，……。至公訴人(指第一審檢察官)雖具體請求……就被告某甲所涉非法經營期貨業務罪，判處有期徒刑八月，併科罰金新台幣二百萬元；……就被告某乙所涉非法經營期貨業務罪，判處有期徒刑八月，併科罰金新台幣 50 萬元，然本院審酌上情，認……公訴人求處之刑及罰金尚嫌過重，……。」(見原判決第 18、19 頁，理由貳之四)，而未 明有何依法得諭知被告二人刑度較第一審為重之理由。則原審此部分所認定之犯罪事實既較第一審有所減縮，乃竟量處較重之刑，自有違罪刑相當原則及不利益變更禁止原則。揆諸首開說明，顯屬違背法令。案經確定，且不利於被告二人，非常上訴意旨，執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決關於被告二人賭博之罪刑部分撤銷，另行判決如主文第二、三項所示，以資救濟。又依非常上訴理由觀之，上訴人應僅係就原判決事實二(即賭博)部分提起非常上訴，原判決其他(即事實一違反證券交易法)部分，不在本件審判範圍，附此 明。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，刑法第二十八條、第二百六十八條、第五十五條、第四十七條第一項、第四十一條第一項前段、第四十二條第三項、第三十八條第一項第二款，刑法施行法第一條之一，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二年 十一月 二十八日

【第九六案】

一、關係條文

證券交易法	第 171 條第 1 項第 1 款、第 4 項、 第 155 條第 1 項第 3 款。
刑法	第 55 條。
刑事訴訟法	第 378 條、第 299 條第 1 項前段。

二、非常上訴理由

- 一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。次依本件行為時，即（民國）九十三年四月二十八日修正之證券交易法第一百七十一條第四項規定，犯該條第一項或第二項之罪，在偵查中自白，如有犯罪所得並自動繳交全部所得財物者，減輕其刑；並因而查獲其他共犯者，減輕其刑至二分之一。
- 二、查原判決認被告某甲如犯罪事實一所為，係違反修正前證券交易法第一百五十五條第一項第三款之『意圖抬高或壓低集中交易市場某種有價證券之交易價格，與他人通謀，以約定價格於自己出售，或購買有價證券時，使約定人同時為購買或出售之相對行為』，第四款之『意圖抬高或壓低集中交易市場某種有價證券之交易價格，自行或以他人名義，對該有價證券，連續以高價買入

或以低價賣出』及第五款『意圖影響集中交易市場有價證券交易價格，而散布流言或不實資料』之規定，均應依九十五年一月十三日修正施行前證券交易法第一百七十一條第一項第一款處斷。並以原（一審）判決以其犯罪事證已甚明確而堪認定，乃審酌被告某甲之品行，及其有自營事業，不思以正當途徑營利，竟參與炒作本件永○公司股票案，其投入資金達新台幣（下同）五千萬元，對於股票公開市場之自由買賣機能影響甚鉅，非但擾亂集中交易市場之交易秩序，更造成廣大投資人之損害，然其並非本案永○公司炒股決策之主要核心人物，惡性尚不若共犯陳○堂、吳○誠、陳○霖、楊○○等人為重，又其於偵訊時曾自白犯罪，暨其素行、智識程度、生活狀況及犯罪所得等一切情狀，並依據刑事訴訟法第二百九十九條第一項前段、修正前證券交易法第一百五十五條第一項第三、四、五款、第一百七十一條第一項第一款，刑法第十一條、第二條第一項前段、第二十八條、修正前刑法第五十五條等規定，量處被告某甲有期徒刑三年二月，其認事用法並無不合，量刑亦無不當。被告某甲上訴否認犯罪，及檢察官上訴意旨以被告某甲所為，對於股票公開市場之自由買賣機能影響甚鉅，嚴重影響股票公開市場之買賣機能等業經原判決業已審酌之事項，上訴指摘原審判決關於被

告某甲之量刑過輕，以上之上訴均無理由，均應駁回等情，固非無見。惟如前所述，本件依行為時，即九十三年四月二十八日修正之證券交易法第一百七十一條第四項規定，犯該條第一項或第二項之罪，在偵查中自白，如有犯罪所得並自動繳交全部所得財物者，減輕其刑。是被告與其他共犯楊○○、劉○○等有无犯罪所得，既攸關被告有无修正前證券交易法第一百七十一條第四項減輕其刑之適用，自有詳加調查並予明確認定之必要，然綜觀全卷，原確定判決就被告等是否有犯罪所得，並未詳加調查及予以明確認定，原判決顯有應於審判期日調查之證據而未予調查之違誤。次查前開修正前之證券交易法第一百七十一條第四項規定：『犯第一項或第二項之罪，在偵查中自白，如有犯罪所得並自動繳交全部所得財物者，減輕其刑』，意指犯該法第一百七十一條第一項或第二項之罪而有所得者，除在偵查中自白外，尚須具備自動繳交全部犯罪所得財物之要件，始能依該項規定減輕其刑；至若無犯罪所得者，因其本無所得，自無應否具備該要件之問題，此時祇要在偵查中自白，即應認有上開規定之適用，此有最高法院一○○年度台上字第八六二號判決可供參照。稽之本件原判決認定『被告某甲係因已得被告楊○○之保證，不賠錢，有賺就好，其才起意參與本案犯行，此情亦據其供

述在卷。其並非參與本案炒作股票集團之核心，本案其他炒作核心成員，自不可能願讓被告某甲以炒作之最低價買入。至於被告某甲有參與本案上開犯行之犯意聯絡之後，嗣後其有無另再擅自買進、賣出，對於其有參與本案上開犯行之事實，亦不生影響。本案陳○堂、張○○、吳○誠、陳○霖及楊○○與吳○仁等人確有前開共同炒作永○公司股票之約定，其理由既已如上述。故本案實無從以被告某甲買進永○公司之股票之價格，及嗣後何以低價售出等情，認定其無本案犯行。反之，其已認知永○公司營業狀況與前景不佳，又虧損累累，卻願於共同被告陳○堂等人共同炒作永○公司股票之期間，花費巨資購買永○公司之大量股票，虧損亦獲部分賠償，在此情形，謂其並未參與共同炒作永○公司之股票，何能令人採信』等情（參見原判決第八十五面十六行以下）。則依原判決上開認定，本件被告花費巨資購買永○公司之大量股票，虧損僅獲部分賠償，可見被告與其他共犯應無犯罪所得。惟查被告既已於九十七年六月十二日檢察官偵訊時自白犯罪（參見台灣台中地方法院檢察署九十六年度偵字第二九五四三號〈三〉卷第一三六頁至一四一頁），且原判決亦認定被告就事實欄一部分之犯行，「於偵訊時曾自白犯罪」（參見原判決第七十六面本案被告之供述及佐證部分暨原判決

第一一二面柒有關被告某甲量刑部分)，被告所犯顯已合乎證券交易法第一百七十一條第四項應減輕其刑之要件，乃原判決未依前開規定減輕其刑，亦有判決不適用法則之違背法令。

三、案經確定，且對被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇二年度台非字第三一九號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告違反證券交易法案件，對於台灣高等法院台中分院中華民國一〇〇年五月四日第二審確定判決（九十八年度金上訴字第二六七九號，起訴案號：台灣台中地方法院檢察署九十六年度偵字第二九五四三號、九十七年度偵字第二九一六〇號），認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於某甲部分撤銷，由台灣高等法院台中分院依判決前之程序更為審判。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按：非常上訴乃對於審判違背法令之確定判決所設之救濟方法。依法應於審判期日調查之證據，未予

調查，致適用法令違誤，而顯然於判決有影響者，該項確定判決，即屬判決違背法令，應有刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款規定之適用，業經司法院釋字第一八一號解釋在案。又九十三年四月二十八日修正公布之證券交易法第一百七十一條第四項前段規定：「犯第一項（即違反同法第一百五十五條第一項等）或第二項之罪，在偵查中自白，如有犯罪所得並自動繳交全部所得財物者，減輕其刑；……」（證券交易法第一百七十一條嗣雖再經修正公布，惟關於上開規定之內容並未變更）。本件原確定判決認定被告某甲與楊○○、劉○○、吳○仁、吳○誠、陳○霖、張○傑、張○○、陳○堂共同基於抬高永○精密電子股份有限公司（下稱永○公司）上市股票交易價格之犯意聯絡，於九十三年五月五日至同年六月二十九日間，為如原確定判決事實欄所記載，即對於在證券交易所上市之永○公司股票，共同為證券交易法於九十五年一月十一日修正公布前，該法第一百五十五條第一項第三款、第四款、第五款，所分別規定「意圖抬高或壓低集中交易市場某種有價證券之交易價格，與他人通謀，以約定價格於自己出售，或購買有價證券時，使約定人同時為購買或出售之相對行為者（第三款）」、「意圖抬高或壓低集中交易市場某種有價證券之交易價格，自行或以他人名義，對該有價證券，連續以高價買入或以低價賣出者（第四款）」、「意圖影響集中交易市場有價證券交易價格，而散布流言或不

實資料者（第五款）」之犯行等情。因而維持第一審關於依修正前刑法牽連犯規定，從一重論被告共同違反對於在證券交易所上市之有價證券，不得有意圖抬高及壓低集中交易市場某種有價證券之交易價格，自行或以他人名義對該有價證券，連續以高價買入及低價賣出（即共同違反證券交易法上開修正公布前第一百五十五條第一項第四款之規定，依同法第一百七十一條第一項第一款之規定科刑）罪刑部分之判決，駁回被告及檢察官在第二審之上訴，固非無見。然稽諸原判決事實之認定記載及理由之論述說明各情，原判決說明被告於九十七年六月十二日檢察官訊問時之自白，核有證據能力（見原判決理由欄壹、二）；原判決認定被告有前揭犯行，並援引被告上開於檢察官偵查中供承各情，為其依據（見原判決理由欄 一、二、（九））；原判決於依刑法第五十七條為量刑之斟酌時，說明被告於偵查中曾自白犯罪（見原判決第一一二頁第七行）。又原判決事實欄並未認定被告等人因前揭犯行是否有犯罪所得，且原判決理由欄援引楊○○證稱：「……某甲的部分賠了多少錢我不清楚，但陳○堂前前後後開給我七百多萬元的支票，我再拿現金二百多萬元賠給某甲……」（見原判決第四十四頁第十六至十八行）；援引被告供稱：「……我虧了差不多四百萬，楊○○要賠我，他（即楊○○）就開票，一直商量不要拿他現金，現金他沒辦法，結果我聽說，這個錢是由陳○堂他們賠我的……應該陳○堂賠

他（即楊○○），他拿給我，所以我拿到一筆二百多萬」（見原判決第七十七頁第九至十二行）；援引楊○○證稱：「……但黃姓金主（即被告）一直到永○公司股票出現跌停時，才將股票賣出，所以我損失的部分較少，但黃姓金主（即被告）約損失了五百多萬元」（見原判決第八十頁第十一至十三行）各情，及論述說明：「……其（即被告）已認知永○公司營業狀況與前景不佳，又虧損累累，卻願於共同被告陳○堂等人共同炒作永○公司股票之期間，花費巨資購買永○公司之大量股票，『虧損亦獲部分賠償』，在此情形，謂其並未參與共同炒作永○公司之股票，何能令人採信」（見原判決第八十五頁第二十六行至第八十六頁第一行）等情，苟俱屬無訛。則被告似已於偵查中自白，且其於本案中似亦無犯罪所得，而被告等於本案是否有犯罪所得，攸關被告是否有九十三年四月二十八日修正公布之證券交易法第一百七十一條第四項前段減輕其刑規定之適用，且上情係屬法院認定事實適用法律之基礎，並係屬對於被告利益有重大關係之事項，而顯然於判決之結果有影響，按諸刑事訴訟法第一百六十三條第二項但書規定，原審自應依職權詳予調查釐清。乃原審對上情未為必要之調查及說明，自有應於審判期日調查之證據未予調查，致適用法令違誤，而顯然於判決有影響之判決違背法令。案經確定，且對被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由。而上情因屬事實之認定範圍，為使事實臻於明確

及維持被告審級利益，應將原判決關於被告部分撤銷，由原審法院依判決前之程序更為審判，以資救濟。又上訴人另提出之非常上訴補充理由書，其內所載與非常上訴書所載意旨無涉部分，無從在本件非常上訴之程序審酌，併此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二年 八月 二十九日

【第九七案】

一、關係條文

貪污治罪條例	第 2 條、第 11 條第 4 項、第 1 項、第 5 項、第 17 條。
刑 法	第 11 條、第 37 條第 2 項、第 38 條第 1 項第 2 款。
刑 事 訴 訟 法	第 378 條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。查本件原判決以被告某甲明知與其夫郭○○已遭警方依法逮捕，竟基於行賄之犯意，在為警帶回內埔分局偵訊之回程中，向員警劉○○、胡○○苦苦要求『放過我先生郭○○，黑色包包的現金新台幣四百萬元就給你們，只要放過我先生郭○○，我不管多少都會想辦法給你們，並且我會保密』等語，對於公務員關於違背職務之行為，行求賄賂，惟遭劉○○、胡○○等二人拒絕。因論被告某甲非公務員對於公務員，關於違背職務之行為，行求賄賂罪刑，固非無見。惟按對於貪污治罪條例第二條人員，關於違背職務之行為，行求、期約或交付賄賂或其他不正利益者，在偵查或審判中自白者，減輕或免除其刑。貪污治罪條例第十一條第五項規定甚

明。查被告某甲於警詢供稱：『(警方於九十七年五月八號十四時四十分在高雄市左營區崇德路○號前…，拘提你跟你先生郭○○，在回程中，在回程中於偵防車內，警車內喔，為求你先生郭○○被釋放，你要求警方，如果你放我先生郭○○，黑色包包內的新台幣四百萬就給你，妳所說的話是否屬實？)當時我是有告訴警察，我先生十九號一定會去，因為他有接到傳票，傳票在我袋子裡面，他一定會出庭去應訊，啊這時候希望警方給我先生一個機會，所以我不惜任何代價希望警方給我先生一個機會，這是人之常情啦。』、『(啊你說要，就是說我的意思就是說，在你要求之下就是說，為了你的人之常情要求之下，你是不是當初有講說你只要放過我先生郭○○，就給你們包包黑色的包包新台幣四百萬是不是？)那我情急之下是有講過這個話，可是警方叫我們到案說明，我是一直苦苦哀求他們讓我先生自己自動到案說明。』、『(剛剛你所的是實話啦？)嗯。』、『那四百萬的現金也是我的，你們沒有寫下去，那是我領出來的，那要不要重寫。』等語，為原判決所是認。顯然被告某甲於偵查中已自白其行賄犯行，乃原判決未依上開規定予以減輕或免除其刑，自有判決不適用法則之違背法令。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇二年度台非字第二七五號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告違反貪污治罪條例等罪案件，對於台灣高等法院高雄分院中華民國一〇〇年十一月十七日第二審確定判決（一〇〇年度上訴字第九七四號；起訴案號：台灣屏東地方法院檢察署九十七年度偵字第一九一二號），認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於某甲行求賄賂之罪刑部分撤銷。

某甲非公務員對於公務員，關於違背職務之行為，行求賄賂，處有期徒刑捌月，褫奪公權壹年，扣案新臺幣肆佰萬元沒收。

理 由

本件非常上訴理由（見前二）

本院按：對於貪污治罪條例第二條所定之人員，關於違背職務之行為，行求、期約或交付賄賂或其他不正利益，在偵查或審判中自白者，減輕或免除其刑，同條例第十一條第五項規定甚明。經查本件原判決認被告某甲與其夫郭○○遭警方逮捕時，被告以其黑色包包內所裝新台幣（下同）四百萬元為代價，行賄員警劉○○、胡○○，請求違背職務釋放郭○○，遭員警

拒絕，此情被告於警詢時業已坦承不諱，經原審勘驗系爭警詢筆錄錄音光碟，查明屬實在案，乃依檢察官第二審上訴之請求，撤銷第一審關於此部分不當之無罪判決，改判論被告以非公務員對於公務員，關於違背職務之行為，行求賄賂罪，此有上訴人檢送之各該裁判書及筆錄可稽。從而，被告既於警詢時，自白行求賄賂之犯行，應有貪污治罪條例第十一條第五項減輕或免除其刑規定之適用。原判決對於被告行賄罪部分，判處有期徒刑一年四月（褫奪公權二年），漏未依法予以減免其刑，核有判決不適用法則之違法。案經確定，且不利被告，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決關於此部分予以撤銷，另行判決如主文第二項所示，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，貪污治罪條例第十一條第四項、第一項、第五項、第十七條，刑法第十一條、第三十七條第二項、第三十八條第一項第二款，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二年 七月 三十一日

【第九八案】

一、關係條文

貪污治罪條例第 2 條、第 5 條第 1 項第 3 款、第 10 條第 1 項、第 3 項、第 17 條。

刑法第 2 條第 1 項前段、第 11 條前段、第 37 條第 2 項。

修正前刑法第 56 條。

刑事妥速審判法第 7 條。

刑事訴訟法第 379 條第 14 款。

二、非常上訴理由

一、按判決所載理由矛盾者，其判決當然違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第十四款定有明文。又科刑之判決書其宣示之主文，與所載之事實及理由必須互相適合，否則即屬理由矛盾，其判決當然為違背法令。原確定判決以被告犯不違背職務收受賄賂罪，判處罪刑，其犯罪事實壹之四、五，係認定被告某甲為嘉義監理所○○監理站之約僱技術員，每日由電腦抽派負責該站各式車輛之檢驗或駕駛執照考照工作，均係依法令服務於國家所屬機關而具有法定職務權限之公務員，利用擔任小客車及大車（包括大貨車、聯結車等）考照主考人員之機會，自八十一年間起至

八十七年五月間，在○○監理站內某廁所等處計收受○○拖車教練場負責人許○○三萬元之賄款；自八十四年十二月間起至八十七年二月間止，計收受『○○（地下）汽車拖車教練場』之負責人黃○○四萬元之賄款。就上開事實之證據之取捨及證據證明力判斷，於理由欄乙、壹之五（四）『認定收賄金額之依據』③記載被告某甲部分：本院既依證人許○○、何○○之指證，以及其二人於八十六年七月一日電話監聽之譯文，認定被告某甲收受此部分賄賂之事實。爰依證人何○○所證：（〈提示電話○○○○○○○○譯文表第36頁〉其中許○○問你『高仔有拿去了嗎？』你回答『高仔，我拿三萬，他跟我講那些計多少錢？我說我不知道，你講3萬』高仔是指何人？三萬元是否即為賄款？）〈經檢視後作答〉高仔是某甲，高仔向我拿取的三萬元，是當時他協助考生過關，他向我們索取的賄款。因為我姊夫多日未遇見某甲，暫將賄款託交給我，某甲當天是主動來拿取賄款（偵一卷第57頁背面）；以及上開監聽譯文之內容，認定被告某甲於當時收受三萬元賄賂。公訴意旨就被告某甲逾此部分之收受許○○賄賂之部分，因無證據足以認定，應不另為無罪判決之諭知。認定被告單獨收受賄款三萬元；復於理由欄乙、壹之六（四）『認定收賄金額之依據』之③敘明『被告某甲部分：被告某甲因

否認收受賄賂，自無可能陳述收賄金額，爰依證人黃金水所證：…、劉○○（木瓜）、楊○○（楊仔）、某甲（高仔）等五人各約收受四萬元賄款…（偵二卷第 83 頁背面至 84 頁），認定被告某甲收受四萬元賄賂（起訴書附表一亦記載被告某甲此部分之收賄金額為前揭認定之四萬元）。』認定被告收受賄款四萬元；另於附表一：『本判決認定有罪被告收賄明細表』亦認定被告收賄金額合計七萬元，論處其犯貪污治罪條例第五條第一項第三款之不違背職務收受賄賂罪刑，並諭知犯罪所得財物追繳沒收，乃原審未察，竟於判決主文宣告應沒收賄款十七萬元，顯見原判決就被告所犯之貪污罪，關於沒收部分，其主文之宣示與事實及理由之記載不相一致，自有判決理由矛盾之違法。

二、案經確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判 一〇二年度台非字第三八二號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告貪污案件，對於台灣高等法院台南分院中華民國一〇一年六月二十九日第二審確定判

決（一〇〇年度重上更（四）字第九五號，起訴案號：台灣台南地方法院檢察署八十七年度偵字第五四六五、五五二七、五五六七、五七五六、六一二八、六四八二、六七一八、七〇四二號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於某甲罪刑部分撤銷。

某甲連續犯貪污治罪條例之不違背職務收受賄賂罪，處有期徒刑伍年。褫奪公權 年。犯罪所得財物新台幣柒萬元追繳沒收，如全部或一部無法追繳時，以其財產抵償之。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決所載理由矛盾者，其判決當然違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第十四款定有明文。又科刑之判決書其宣示之主文，與所載之事實及理由必須互相適合，否則即屬理由矛盾，其判決當然為違背法令。本件被告某甲所犯不違背職務收受賄賂罪，原確定判決係認定某甲為嘉義監理所〇〇監理站（下稱〇〇監理站）之助理工務員，每日由電腦抽派負責該站各式車輛之檢驗或駕駛執照考照工作，係依法令服務於國家所屬機關而具有法定職務權限之公務員，竟基於對於職務上行為收受賄賂之概括犯意，利用擔任小客車及大車（包括大貨車、聯結車等）考照主考人員之機會，自民國八十一年間起至八十七年五月間，在

○○監理站內某廁所等處，向○○拖車教練場負責人許○○以小客車考照及格人數每人新台幣（下同）二千元核計數額收受賄款；大車考照及格人數每人三千元核計數額收受賄款（若外縣市考生再加一千元），某甲計收受三萬元；復承前概括犯意，自八十四年十二月間起至八十七年二月間止，在麻豆監理站內等處所，向「○○（地下）汽車拖車教練場」（下稱○○拖車）之負責人黃○○以大車考照及格人數每人三千元核計數額收受賄款（若外縣市考生再加一千元），某甲計收受四萬元等情，因而適用貪污治罪條例第五條第一項第三款規定，論處被告連續犯不違背職務收受賄賂罪刑，並諭知犯罪所得財物十七萬元追繳沒收，如全部或一部無法追繳時，以其財產抵償之。惟依上揭確認之事實，被告僅收受賄款共七萬元。而其理由欄乙、壹之五（四）亦記載「…依證人許○○、何○○之指證，…；以及上開監聽譯文之內容，認定被告某甲於當時收受三萬元賄賂」；理由欄乙、壹之六（四）亦載有「…爰依證人黃○○所證：…，認定被告某甲收受四萬元賄款」；另於原判決附表一：「本判決認定有罪被告收賄明細表」亦認定被告收賄金額合計七萬元。足徵原判決確認被告係收受七萬元賄款之事實，並無不合。乃原審未察，竟於判決主文宣告被告應追繳沒收賄款十七萬元，顯見原判決就被告關於沒收部分，其主文之宣示與事實及理由之記載不相一致，自有判決理由矛盾之違法。案經判定，且於被告

不利，非常上訴執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決關於被告罪刑部分撤銷，另行判決如主文第二項所示，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書、第三百條，貪污治罪條例第二條、第五條第一項第三款、第十條第一項、第三項、第十七條，刑法第二條第一項前段、第十一條前段、第三十七條第二項，修正前刑法第五十六條，刑事妥速審判法第七條，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二年 十月 三十日

國家圖書館出版品預行編目資料

非常上訴理由及判決要旨. 第十九輯/最高法院
檢察署編輯委員會編輯.--臺北市：最高
法院檢察署，民104.11
面；21x14.8公分

ISBN 978-986-04-7225-7(平裝)

1. 非常上訴 2. 判例彙編

非常上訴理由及判決要旨 第十九輯

編輯者：最高法院檢察署編輯委員會

發行者：最高法院檢察署

地址：臺北市10048貴陽街1段235號

電話：(02)2316-7657

承印者：其澤有限公司

電話：(02)2555-3618

中華民國一〇四年十一月出版

定 價：新台幣280元

ISBN：978-986-04-7225-7

GPN：1010402908

