

非常上訴理由及判決要旨

第二十輯

最高檢察署編印

中華民國107年12月

非常上訴理由及判決要旨第二十輯目錄

壹、刑法

案次	年度	判決案號 台非字	關係條文	頁次
01	106	224	刑法第 2 條第 2 項、第 38 條、第 38 條之 1 第 1 項前段、第 3 項至第 5 項。 刑事訴訟法第 378 條、第 441 條、第 443 條。	1
02	104	196	刑法第 13 條、第 28 條。 暫行新刑律第 13 第 3 項。 刑事訴訟法第 378 條、第 441 條、第 443 條。	6
03	104	193	刑法第 29 條第 1 項、第 51 條第 5 款、第 168 條。 刑事訴訟法第 378 條、第 441 條、第 443 條、第 446 條。	13
04	106	255	新修正刑法第 38 條之 1 第 1 項前段、第 38 條之 3。	22

			修正施行之刑法第 38 條之 1 第 1 項前段、第 3、4、5 項。 刑事訴訟法第 378 條、第 441 條、第 443 條、第 446 條。	
05	105	42	刑法第 38 條第 1 項第 2 款、第 3 款、第 266 條第 2 項。 刑事訴訟法第 378 條。	27
06	106	52	刑法第 41 條第 1 項、第 50 條第 1 項第 1 款、第 2 款、第 51 條、第 302 條第 1 項。 刑事訴訟法第 378 條、第 441 條、第 443 條。 兒童及少年福利與權益保障法第 112 條第 1 項前段。	32
07	104	159	刑法第 41 條第 1 項、第 320 條第 1 項。 刑事訴訟法第 378 條、第 441 條、第 443 條。 兒童及少年福利與權益保障法第 112 條第 1 項。	39

08	104	166	刑法第 51 條、第 51 條 第 5 款至第 7 款、第 53 條。 刑事訴訟法第 378 條、 第 379 條第 4 款、第 477 條第 1 項。	43
09	105	107	刑法第 47 條、第 48 條 前段。 刑事訴訟法第 378 條、 第 441 條、第 447 條。	47
10	105	31	刑法第 47 條第 1 項、第 48 條、第 79 條之 1。 刑事訴訟法第 441 條、 第 477 條第 1 項。	53
11	105	33	刑法第 47 條第 1 項、第 185 條之 3 第 1 項第 1 款。 刑事訴訟法第 378 條、 第 447 條第 1 項第 1 款。	61
12	106	62	刑法第 50 條、第 51 條、 第 53 條。 刑事訴訟法第 441 條、 第 443 條、第 446 條。	66
13	104	126	刑法第 50 條、第 51 條 第 2 項、第 59 條、第 185	71

			條之 4。 刑事訴訟法第 378 條後 段。	
14	104	270	刑法第 50 條第 1 項但 書、第 2 項、第 53 條。 刑事訴訟法第 378 條、 第 441 條、第 443 條。	76
15	105	102	刑法第 51 條、第 53 條。 刑事訴訟法第 379 條第 4 款、第 441 條、第 443 條、第 477 條第 1 項。	81
16	106	128	刑法第 51 條第 5 款至第 7 款、第 53 條。 刑事訴訟法第 441 條、 第 443 條、第 477 條第 1 項。	85
17	105	66	刑法第 55 條、第 214 條。 刑事訴訟法第 344 條第 1 項、第 348 條第 1 項、 第 361 條、第 379 條第 12 款、第 380 條。	91
18	104	10	刑法第 55 條、第 225 條。 刑事訴訟法第 348 條、 第 446 條。 水土保持法第 33 條第 1	106

			項第 2 款、第 2 項、第 3 項。 貪污治罪條例第 11 條。 山坡地保育利用條例第 35 條第 1 項第 1 款、第 2 項、第 3 項。	
19	104	87	刑法第 62 條。 刑事訴訟法第 378 條、 447 條第 1 項第 1 款。	121
20	106	109	刑法第 95 條。 國籍法第 3 條至第 7 條、第 8 條。 刑事訴訟法第 378 條、 第 441 條、第 443 條。	125
21	104	108	刑法第 320 條第 1 項、 第 321 條。 刑事訴訟法第 378 條、 第 379 條第 10 款、第 14 款。	129
22	105	100	刑事訴訟法第 378 條。 貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 2 款、第 10 條第 1 項、第 3 項。	137
貳、刑事訴訟法				

23	104	220	<p>刑事訴訟法第 59 條、第 60 條、第 272 條、第 371 條、第 379 條、第 447 條。</p> <p>憲法第 16 條。</p> <p>刑法第 61 條。</p>	143
24	105	51	<p>刑事訴訟法第 62 條、第 253-2 條、第 253-3 條、第 255 條、第 256-1 條、第 303 條、第 378 條。</p> <p>民事訴訟法第 129 條。</p>	149
25	106	147	<p>刑事訴訟法第 62 條、第 371 條、第 378 條、第 379 條。</p> <p>民事訴訟法第 136 條、第 137 條、第 138 條。</p> <p>家庭暴力防治法第 14 條。</p>	155
26	106	152	<p>刑事訴訟法第 361 條第 1 項第 2 項、第 370 條、第 441 條、第 443 條。</p> <p>刑法第 30 條第 2 項、第 41 條、第 57 條、第 339 條。</p>	162
27	106	82	<p>刑事訴訟法第 95 條、第</p>	

			96 條、第 267 條、第 288-1 條、第 289 條、第 300 條、第 378 條。 憲法第 8 條。	172
28	105	203	刑事訴訟法第 161 條、第 219-2 條、第 219-4 條、第 232 條、第 233 條、第 236 條、第 273 條、第 303 條、第 361 條、第 362 條、第 367 條、第 378 條、第 384 條、第 394 條、第 408 條、第 410 條。 刑法第 277 條、第 278 條。 民法第 1098 條、第 1113 條。	183
29	105	113	刑事訴訟法第 253-2 條、第 255 條、第 256-1 條、第 260 條、第 379 條、第 451 條。	194
30	106	84	刑事訴訟法第 253-3 條、第 303 條、第 378 條、第 447 條。 刑法第 75 條、第 75-1	199

			條。	
31	104	74	刑事訴訟法第 268 條、 第 348 條、第 378 條、 第 379 條。 刑法第 47 條、第 51 條、 第 62 條、第 320 條、第 321 條。	206
32	104	137	刑事訴訟法第 268 條、 第 379 條、第 441 條、 第 443 條。	210
33	104	157	刑事訴訟法第 303 條、 第 378 條、第 441 條、 第 443 條、第 446 條。 刑法第 2 條、第 11 條、 第 41 條、第 55 條、第 173 條。 毒品危害防制條例第 11 條、第 18 條。	216
34	105	60	刑事訴訟法第 273-1 條、第 378 條、第 379 條、第 441 條、第 443 條、第 445 條、第 455 條、第 445-4 條、第 454 條、第 455-8 條。 刑法第 11 條、第 47 條、	220

			第 51 條。 毒品危害防制條例第 10 條。	
35	105	162	刑事訴訟法第 300 條、 第 378 條、第 379 條、 第 441 條、第 443 條。 刑法第 320 條、第 337 條。	224
36	106	178	刑事訴訟法第 303 條、 第 364 條、第 367 條、 第 372 條。 刑法第 185 條之 3、第 47 條。 刑法施行法第 1 條之 1。	231
37	106	203	刑事訴訟法第 349 條、 第 378 條、第 445 條、 第 447 條。 刑法第 11 條、第 38 條 第 4 項、第 38 條之 1、 第 51 條第 5 款。 毒品危害防制條例第 4 條第 2 項、第 17 條第 2 項、第 19 條第 1 項。	235
38	106	86	刑事訴訟法第 370 條、 第 378 條、第 441 條、	240

			第 443 條。 刑法第 38 條、第 47 條、 第 321 條。 兒童及少年福利與權益 保障法第 112 條。	
39	104	211	刑事訴訟法第 378 條、 第 379 條、第 447 條、 第 441 條、第 443 條。 證券交易法第 171 條。 刑法第 28 條、第 55 條、第 71 條、第 336 條、 第 342 條。 商業會計法第 71 條。	245
40	105	41	刑事訴訟法第 378 條、 第 379 條。 刑法第 57 條。 商業會計法第 71 條。 稅捐稽徵法第 41 條。	256
41	105	55	刑事訴訟法第 378 條、 第 379 條、第 441 條、 第 442 條、第 443 條、 第 446 條。 憲法第 80 條。 毒品危害防制條例第 17 條。	262

42	105	65	<p>刑事訴訟法第 378 條、第 447 條、第 449 條。 刑法第 11 條、第 41 條、第 47 條。 毒品危害防制條例第 10 條。</p>	271
43	105	133	<p>刑事訴訟法第 378 條、第 436 條、第 477 條。 刑法第 50 條、第 53 條、第 342 條。 破產法第 154 條。</p>	274
44	106	202	<p>刑事訴訟法第 378 條。 刑法第 11 條、第 38 條、第 42 條、第 47 條、第 55 條、第 78 條、第 79 條、第 79 條之 1。 槍砲彈藥刀械管制條例第 8 條、第 12 條。 行刑累進處遇條例第 28 條之 1。 行刑累進處遇條例施行細則第 15 條。</p>	279
45	104	43	<p>刑事訴訟法第 447 條。 刑法第 11 條、第 28 條、第 41 條、第 51 條、第</p>	

			277 條。 刑法施行法第 1 條之 1。 兒童及少年福利與權益保障法第 112 條。	290
參、刑事特別法				
少年事件處理法				
46	104	137	少年事件處理法第 1 條之 1、第 5 條第 2 項、第 7 條第 1 項。 少年事件處理法施行細則第 8 條 刑事訴訟法第 378 條、第 379 條第 1 款、第 441 條、第 443 條。	295
兒童及少年福利與權益保障法				
47	106	111	兒童及少年福利與權益保障法第 112 條第 1 項 民法第 12 條、第 124 條第 1 項。 刑法第 28 條、第 339 條之 4 第 1 項第 2 款、第 74 條第 1 項第 1 款、第 2 項第 3 款。	299

			刑法施行法第 1 條之 1 第 1 項第 1 款。 刑事訴訟法第 378 條、第 441 條、第 443 條、第 447 條第 1 項第 1 款。	
著作權法				
48	104	103	著作權法第 3 條第 1 項第 10 款、第 92 條、第 100 條。 刑事訴訟法第 39 條、第 53 條、第 379 條第 10 款 14 款、第 441 條、第 443 條、第 447 條第 1 項第 1 款。	303
49	105	22	著作權法第 101 條第 1 項、第 91 條第 2 項。 刑事訴訟法第 441 條、第 443 條、第 446 條。	312
貪污治罪條例				
50	104	178	貪污治罪條例第 6 條。 刑法第 132 條。 證人保護法第 14 條。 刑事訴訟法第 154 條第 2 項、第 156 條、第 379	319

			條第 10 款 14 款、第 380 條、第 441 條、第 443 條、第 446 條、第 447 條第 1 項第 1 款。	
51	106	20	貪污治罪條例第 11 條第 2 項第 4 項。 刑法第 55 條。 刑事訴訟法第 47 條、第 369 條第 1 項、第 379 條第 13 款、第 380 條、第 441 條、第 443 條、第 446 條。	345
52	106	100	貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 2 款、第 8 條、第 10 條第 1 項。 刑事訴訟法第 441 條、第 443 條、第 447 條第 1 項第 1 款、第 470 條第 1 項。	357
毒品危害防制條例				
53	104	199	毒品危害防制條例第 11 條第 3 項、第 18 條第 1 項前段。 刑法第 11 條前段、第 38 條第 1 項第 2 款、第 47	362

			<p>條第 1 項。 刑事訴訟法第 378 條、 第 441 條、第 443 條、 第 447 條第 1 項第 2 款。</p>	
食品衛生管理法				
54	104	269	<p>食品衛生管理法第 49 條 第 1 項、第 5 項。 刑法第 2 條第 1 項前段 第 11 條前段、第 28 條、 第 339 條第 1 項、第 255 條第 1 項、第 55 條、第 51 條第 5 款、第 7 款、 第 74 條第 1 項第 1 款、 第 38 條第 1 項第 2 款。 刑事訴訟法第 369 條第 1 項前段、第 364 條、 第 299 條第 1 項前段、 第 378 條、第 441 條、 第 443 條、第 446 條。</p>	368
55	105	213	<p>食品衛生管理法第 15 條 第 1 項第 7 款及 10 款、 第 26 條第 1 項第 1 款、 第 32 條第 1 項第 1 款、 第 34 條第 1 項、第 49</p>	386

			<p>條第 1 項。 刑法第 55 條、第 255 條 第 2 項。 刑事訴訟法第 378 條、 第 441 條、第 447 條第 1 項第 1 款。</p>	
竊盜犯贓物犯保安處分條例				
56	105	93	<p>竊盜犯贓物犯保安處分 條例第 1 條、第 2 條第 4 項。 刑法第 90 條第 1 項第 2 項、第 96 條。 刑事訴訟法第 378 條、 第 441 條、第 443 條、 第 446 條。</p>	394
57	106	201	<p>竊盜犯贓物犯保安處分 條例第 1 條、第 2 條第 4 項、第 3 條第 1 項。 刑法第 41 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。 刑事訴訟法第 378 條、</p>	399

			第 441 條、第 443 條、 第 447 條第 1 項第 1 款。	
58	104	90	竊盜犯贓物犯保安處分 條例第 1 條、第 2 條第 4 項、第 3 條第 1 項。 刑法第 90 條第 1 項第 2 項、第 320 條第 1 項、 第 47 條第 1 項、第 41 條第 1 項前段、第 50 條 第 1 項前段、第 51 條第 6 款。 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、 第 441 條、第 443 條第 445 條、第 447 條第 1 項第 1 款。	403
軍刑法				
59	105	73	軍刑法第 2 條第 1 項第 3 款、第 39 條第 1 項、第 40 條第 1 項。 刑法第 79 條第 1 項、第 79 條之 1、第 99 條。 刑事訴訟法第 378 條、	408

			第 441 條、第 443 條、 第 446 條。	
臺灣地區與大陸地區人民關係條例				
60	106	29	臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 79 條第 1 項、第 15 條第 1 款。 憲法第 8 條第 1 項、第 16 條。 刑法第 214 條。 刑事訴訟法第 379 條第 10 款、第 441 條、第 443 條、第 446 條。	414
公職人員選舉罷免法				
61	106	33	公職人員選舉罷免法第 113 條。 憲法第 8 條第 1 項、第 16 條。 刑法第 37 條第 2 項、第 146 條第 2 項、第 3 項。 刑事訴訟法第 441 條、第 443 條、第 446 條。	421
個人資料保護法				
62	106	56	個人資料保護法第 41 條	426

			<p>第 1 項第 2 項。 刑法第 2 條第 1 項、第 309 條第 1 項。 刑事訴訟法第 302 條第 4 款、第 378 條、第 441 條、第 443 條、第 445 條第 1 項、第 446 條。</p>	
槍砲彈藥刀械管制條例				
63	106	115	<p>槍砲彈藥刀械管制條例第 8 條第 4 項、第 12 條第 4 項。 少年事件處理法第 29 條第 1 項、第 83 條之 1 第 1 項。 刑法第 47 條第 1 項、第 11 條前段、第 25 條、第 28 條、第 55 條、第 271 條第 2 項、第 1 項。 修正前刑法第 38 條第 1 項第 1 款、第 2 項。 刑事訴訟法第 378 條、第 441 條、第 443 條、第 447 條第 1 項第 1 款。</p>	435
電業法				

64	106	172	電業法第 106 條第 1 項第 3 款。 刑法第 2 條第 1 項、第 339 條第 2 項。 刑事訴訟法第 376 條、第 378 條、第 445 條第 1 項、第 446 條。	440
律師法				
65	105	63	律師法第 47 條之 1 第 1 項、第 47 條之 7 第 1 項。 律師法施行細則第 23 條。 涉外民事法律適用法第 1 條、第 14 條第 8 款、第 22 條、第 62 條、第 63 條。 刑事訴訟法第 378 條、第 441 條、第 443 條、第 446 條。	446
醫師法				
66	104	146	醫師法第 28 條。 刑法第 55 條、第 276 條第 2 項。 刑事訴訟法第 378 條、	457

			第 380 條、第 441 條、 第 443 條、第 446 條。	
就業服務法				
67	106	5	就業服務法第 45 條、第 64 條第 2 項、第 3 項。 公司法第 24 條、第 25 條、第 71 條。 刑法第 11 條前段、第 28 條、第 41 條第 1 項前段 刑事訴訟法第 303 條第 5 款、第 378 條、第 441 條、第 443 條、第 446 條。	463

【第一案】

一、關係條文

刑	法	第 2 條第 2 項、第 38 條、第 38 條之 1 第 1 項前段、第 3 項至第 5 項
刑 事 訴 訟 法		第 378 條、第 441 條、第 443 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 378 條定有明文。次按刑法部分條文於 104 年 12 月 30 日修正公布，自 105 年 7 月 1 日起施行，因修正後刑法第 2 條第 2 項規定：『沒收、非拘束人身自由之保安處分適用裁判時之法律』，是有關沒收應逕行適用裁判時之法律，無庸為新舊法之比較適用。依修正後之刑法第 38 條之 1 第 1 項前段、第 3 項至第 5 項分別規定：『犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之』、『前二項之沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額』、『第一項及第二項之犯罪所得，包括違法行為所得、其變得之物或財產上利益及其孳息』、『犯罪所得已實際合法發還被害人者，不予宣告沒收或追徵』。而參照此次修正刑法第 2 條之立法理由，亦揭禁任何人

都不得保有犯罪所得之基本法律原則，剝奪犯罪所得，為防止犯罪之主要手段，亦即不法所得沒收之目的，在除去行為人或第三人之不法獲利，以消除行為人再犯之經濟誘因，因此犯罪所得本非屬犯罪行為人之正當財產權，自應予以剝奪，以回復合法財產秩序。即刑法第 38 條之 1 第 1 項之屬於犯罪行為人者，不以犯罪行為人取得所有權為必要，只需對於犯罪所得有事實上管理力為已足，因而不論任何犯罪（包括竊盜、侵占等財產犯罪），其犯罪所得未實際合法發還者，均應宣告沒收，最高法院民國 106 年 5 月 23 日 106 年度第 6 次刑事庭會議決議因應前揭法律修正，已以最高法院 21 年上字第 598（按係 589 之誤寫）號、40 年台非字 5 號、69 年台上字第 3699 號、47 年台上字第 233 號刑事判例 4 則不合時宜，不再援用。

- 二、經查，臺灣臺南地方法院 105 年度簡上字第 329 號判決（下稱原判決）認定被告某甲徒手竊取被害人顏○瑛放置在店內櫃檯上之愛心捐款箱（內有現金新臺幣〈下同〉3,000 元），得手後隨即將所竊得現金全數捐給國華街夫妻樹的廟做為香油錢等情，足見被告於本件中犯罪所得為 3,000 元。參酌前揭說明，應就被告犯罪所得宣告沒收，然原判決竟引用修法前之最高法院 21 年上字第 598（按係 589 之誤寫）號、40 年台非字 5

號等實務案例，以『該現金 3,000 元原屬被害人所有，而為被告因犯罪而取得，被害人既得對被告為法律上權利之主張，法院自不得宣告沒收。從而，本院認原審判決被告所竊得之上開金錢，仍屬原被害人所有，故不宣告沒收』等理由，排除新修正刑法沒收規定適用，自有判決不適用法則之違法。

三、案經確定，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 一〇六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，對於臺灣臺南地方法院中華民國 106 年 3 月 31 日第二審確定判決（105 年度簡上字第 329 號，聲請簡易判決處刑案號：臺灣臺南地方法院檢察署 105 年度偵緝字第 826 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

- 一、非常上訴理由(見前二)。
- 二、本院按非常上訴制度，係為糾正確定裁判之審判違背法令所設之救濟方法，以統一各級法院對於

法令之解釋為其主要目的。所謂審判違背法令，係指審判程序或其判決之援用法令與當時應適用之法令有所違背而言；故原確定裁判所援用法令，如與當時應適用之法令並無違背，即難以其後法令變更或法院所持之法令上見解變更為由，提起非常上訴，而使前之確定裁判受影響。

- 三、原判決引用本院 21 年上字第 589 號、40 年台非字第 5 號判例（下稱系 2 則判例），認被告某甲竊取之現金 3,000 元，所有權並不屬於被告，被害人在法律上仍得主張權利，因而未為沒收之宣告。經查：實務上於沒收新法施行前，援用系爭 2 則判例為判斷應否沒收之依據，並無爭議。嗣沒收新法施行後，關於因犯罪所得之盜贓，應否沒收？或主張仍應援用系爭 2 則判例之旨，即該物之所有權既非屬犯罪行為人所有，且有他人對於該物得主張法律上之權利，自不得沒收；或主張行為人對該物已有事實上之支配、處分權，即應沒收，認與行為人在民法上是否合法有效取得所有權之判斷無關。迭有不同見解，並非全無爭議。嗣經本院於 106 年 5 月 23 日，以 106 年度第 6 次刑事庭會議決議認系爭 2 則判例不合時宜，不再援用，然此應視為係本院所持法令上之見解變更。故對於系爭 2 則判例公告不再援用前，原審於 106 年 3 月 31 日所為之本件確定判決，自不受其影響，而不得據以提起非常上訴

(本院 103 年度第 14 次刑事庭會議決議意旨
(二)末段參照)。是本件非常上訴為無理由，應
予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第 446 條，判決如文。

中 華 民 國 一 〇 六 年 十 一 月 十 五 日

【第二案】

一、關係條文

刑	法	第 13 條、第 28 條
暫行新刑律		第 13 第 3 項
刑事訴訟法		第 378 條、第 441 條、第 443 條

二、非常上訴理由

- 一、按判決不適用法則或適用不當者，其判決當然為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。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，以統一法令之適用為主要目的。雖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。此與通常上訴旨在糾正違法判決，使臻合法妥適之個案救濟者有別。又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，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，為考量之依據。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，但涉及統一適用法令，即有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。本案原判決尚非不利於被告，但涉及如下統一適用法令之重要性：（一）按刑法上之故意，區分直接故意（確定故意）與間接故意（不確定故意），『行為人對於構成犯罪之事實，明知並有意使其發生者』，為直接故意，『行為人對於構成犯罪之事實，預見其發生而其發生並不違背其本意者』為間接故意，即不確定故意，是幫助故意，不以確定故意為限，不確定故意亦足當之。又幫助犯之成立，以行為人主觀上認識被幫助者正欲從事犯罪或係正在從事犯罪，且該犯罪有既遂之可能，而其行為足以幫助他人實現構成要件者，即具有幫助故意，並不以行為人確知被幫助者係犯何罪名為必要（參見台灣高等法院一〇三年度上易字第〇七六號判決）。是現今實務上，對於提供行動電話或銀行帳戶供他人犯罪之用，只要行為人認識被幫助者正欲從事犯罪，並在其可預見之範圍內，即分別依正犯所為，而異其幫助犯之罪名，如幫助恐嚇取財或幫助詐欺，有最高法院九十三年度台上字第三一號判決、台灣高等法院九十二年度上易字第五八六號判決、台灣高等法院暨所屬法院九十四年法律座談會刑事類提案第六號可資參照。經查，本案

被告某甲意圖供犯罪之用而出借改造手槍、子彈予陳○○，業為台灣彰化地方法院（以下簡稱一審）判決所認定之事實，並認幫助恐嚇罪部分為出借手槍、子彈罪之不法內涵所包括，為法條競合之單純一罪。雖台灣高等法院台中分院（以下簡稱二審）判決認該把手槍、子彈無證據證明具殺傷力，然被告某甲『意圖供犯罪之用』而出借手槍、子彈之主觀意圖仍然存在，又以目前改造槍枝氾濫、槍擊事件層出不窮之社會狀況，一旦在場持用改造槍枝，不論其有無殺傷力，依其情形尚可使被害人達於不能抗拒之程度（台灣高等法院八十八年度重上更(四)字第一一〇號判決參照），因此被告某甲對於陳○○借用改造手槍可從事恐嚇取財、妨害自由等犯罪，顯為其可預見，而本案一審法官除以被告涉犯違反槍砲彈藥刀械管制條例外，亦認被告涉犯幫助恐嚇取財裁定羈押。何況本案被告不只出借改造手槍，尚有出借子彈二發可供擊發，更可見被告幫助犯意之真切，且不違反其本意。然二審判決對於一審判決既已認定之『意圖供犯罪之用』，及被告可能涉有之幫助恐嚇取財之不確定故意或幫助恐嚇之直接故意，未見任何判決理由交待，容有判決理由不備之違背法令。(二)次按我國暫行新刑律第十三條第三項原規定：『犯罪之事實與犯人所知有異者，依下列處斷：所犯重於犯人所知或相

等者，從其所知；所犯輕於犯人所知者，從其所犯』，嗣後制定現行刑法時，以此為法理所當然，乃未予明定（最高法院一〇〇年度台上字第一一一〇號判決意旨參照）。查被告某甲為提供陳○○與人吵架之用，而出借改造手槍、子彈予陳○○，業為二審確定判決所認定之事實（詳二審判決第六一頁第二點至第六四頁），則被告主觀上對於陳○○將使用該把手槍威嚇他人，顯有幫助之直接故意與認識；況被告除改造手槍外，尚出借子彈二發可供擊發之用，更顯見被告幫助犯意之情真意切。嗣陳○○並夥同莊○○、林○○、謝○○、林○○共同前往彰化縣溪湖鎮○○巷○○○號賭場，推由莊○○持上開改造手槍朝天花板開一槍『恫嚇』屋內約六、七名賭客不准動等情，亦為二審確定判決所認定之事實（詳二審判決第七四頁附表一編號 3 所述之犯罪方法、分工），則客觀上確已有正犯之恐嚇行為存在，二審判決竟認「……而本件實際上並無成立恐嚇罪之正犯行為存在」（詳二審判決第六四頁第二行），其判決理由顯然自相矛盾，容有判決理由矛盾之違反法令。

- 二、本案法院對於幫助犯意是否須行為人確知被幫助者係犯何罪名為必要？現行法未明定之暫行新刑律第十三條第三項規定是否仍應予適用？凡此爭點本案與上開最高法院九十三年度台上字第三一

號判決、台灣高等法院九十二年度上易字五八六號判決、台灣高等法院暨所屬法院九十四年法律座談會刑事類提案第六號、最高法院一〇〇年度台上字第一一一〇號判決意旨所持見解歧異，且所涉及之法律問題，常涉及一審法官裁定羈押妥適與否之判斷（於拘提逮捕被告後，檢察官如認有羈押之原因與必要，應於二十四小時內送審，一審法官在裁定羈押與否時，槍枝鑑定報告尚未出爐，常須就所涉之其他犯罪，如恐嚇、妨害自由等加以審酌），意義重大而有加以闡釋之必要，且對法之續造亦有重要意義，為統一適用法令，及原判決有判決理由不備之違背法令情事，本案自有提起非常上訴之必要。

三、綜上原判決顯有證據上理由矛盾之違背法令，業經確定，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 一〇四年度台非字第一九六號
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槍砲彈藥刀械管制等罪案件，對於台灣高等法院台中分院中華民國一〇四年四月十六日第二審判決（一〇三年度上訴字一四八二、一四八三號，起訴及追加起訴案號：台灣彰化地方法院檢

察署一〇二年度偵字第九七八八號、一〇三年度偵字第九四七、一九九〇號)，認為違法，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：非常上訴旨在糾正法律上之錯誤，藉以統一法令之適用，不涉及事實認定問題。故非常上訴審，應以原判決確定之事實為基礎，審核適用法令有無違誤，如依原判決所確認之事實及卷內證據資料觀之，其適用法則並無違誤，即難指為違法。原確定判決已敘明經合法調查後：(1)、案發現場扣得之彈殼及現場天花板等物，經送內政部警政署刑事警察局鑑定結果，無法證明莊○○於其附表一編號 3 犯行所持用之槍枝、子彈具殺傷力，縱認被告某甲確有公訴意旨所指之兩次出借槍枝予陳○○之行為，亦均無成立意圖供他人犯罪之用而出借可發射子彈具有殺傷力手槍等罪嫌之餘地，此部分犯罪應屬不能證明。(2)、公訴意旨另認被告於民國一〇二年十月十五日出借手槍所為同時構成幫助恐嚇罪嫌，惟按幫助犯係從屬於正犯而成立，並無獨立性，苟無正犯之存在，即無成立幫助犯，本件並無成立恐嚇罪之正犯存在，且被告對於「正犯實施『恐嚇』之犯罪」亦未有認識，基於從犯從屬於正犯之法理，不能認定被告有公訴意旨之幫助

恐嚇犯行。(3)、陳○○證稱其於一〇二年十一月九日晚上向被告借用槍枝，係以討債之名為之，並未告知預備用以強盜，此部分縱認被告有借槍予陳○○之行為，然既無證據證明被告主觀上知悉陳○○借用之目的係用以強盜，尚不足憑被告之借槍行為，遽認其成立幫助預備強盜罪，檢察官所舉之證據，尚不足使法院形成被告有公訴意旨犯行之確信，不能證明被告犯罪，應為被告無罪之諭知。經核原確定判決已綜合卷內證據資料，說明其取捨證據及適用法律之依據，並無理由不備或理由矛盾之違誤。又原確定判決既以不能證明被告主觀上有「正犯實施『恐嚇』或『強盜』」之認識，而認不能證明被告犯罪，自無「所犯重於所知，從其所知」法理之適用，原確定判決未適用該法理，要無違法可言。非常上訴意旨係就原審採證認事之職權適法行使，再為事實上之爭執，並非依原確定判決所確認之事實為基礎所為之指摘，本件非常上訴非有理由，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。

中華民國一〇四年七月三十日

【第三案】

一、關係條文

刑	法	第 29 條第 1 項、第 51 條第 5 款、第 168 條
刑 事 訴 訟 法		第 378 條、第 441 條、第 443 條、第 446 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。又按偽證罪該罪為侵害國家法益之罪，其罪數應以訴訟之件數為準，如先後偽證然僅一件訴訟，應論以單純一罪。最高法院七十二年台上字第三三一號著有判例可供參照。又按教唆他人犯罪後，又進而實施犯罪行為者，其教唆行為已為實施行為所吸收，應以實施正犯論科。最高法院四十三年台上字第三九六號刑事判例可供參照。
- 二、經查：本件確定判決認定之事實為：（一）某甲與共同被告董○宗等因涉犯詐欺罪嫌，案經台灣台中地方法院檢察署以一○一年度偵字第一一五二一號偵辦，於民國一○一年八月十六日偵訊某甲等人，於同日十五時二十分許偵訊結束後，某甲為脫免罪嫌，竟基於教唆偽證之犯意，於同日

下午某時，向董○宗稱：如果想要輕判，必須照他的話去做，找羅○乾出來頂等語，經董○宗同意，董○宗乃於台灣台中地方法院檢察署檢察官承辦上開案件之一○一年十一月二十二日下午偵訊時，供前具結，對案情具有重要關係之事項，以證人身分虛偽結證稱：『…（問：098381○○○○是否你申辦？）我一○○年八月份的時候辦的。（問：你當時辦手機用途是做甚麼？）羅○乾說他要借用，要借幾個月。……（問：你為何答應借他？）因為他跟我說他不能辦卡，當時我跟他是在電動玩具店裝做客人衝店內人氣的臨時工，所以有認識。……』云云，致生損害台灣台中地方法院檢察署檢察官偵辦案件之正確性。

（二）某甲另基於偽證之犯意，先於一○一年十一月二十二日下午，在台灣台中地方法院檢察署檢察官偵訊時，供前具結，對案情具有重要關係之事項，以證人身分虛偽結證稱：『……（問：帳戶用途為何？）我剛開始開戶是要存錢用，後來因為缺錢，就把簿子賣掉了，賣給剛剛在庭的羅○乾，他說如果有錢匯進去他向我借的帳戶，他會再給我錢，大概是拿百分之八會給我。……

（問：大概什麼時候拿給羅○乾？）好像是大概在一○○年七、八月，在台中市中華路的7-11便利商店，離日新戲院跟夜市不會很遠。（問：後來羅○乾有無把錢給你？）有，甚（什之誤）麼

時候給我忘了，拿了三次，大概都幾萬元，都是拿現金給我。我那時候是把存摺、印鑑章、提款卡都交給他。（問：何時拿錢的？）好像是今年農曆過年前，大概一、二月，去年十一、十二月好像也有一次，這三次大概就在這段期間。拿錢的地點也是在我交帳戶給他的地方，就是7-11便利商店附近。……』云云；復承前開偽證之單一犯意，接續於一〇二年五月二十二日，台灣台中地方法院一〇一年度易字第三七三四號詐欺案件之審判期日中，供前具結，對案情具有重要關係之事項，以證人身分虛偽結證與上開一〇一年十一月二十二日偵訊時結證內容要旨相同之證述，足以影響該案判決結果及正確性。因認被告某甲上開教唆偽證罪與偽證罪之兩次犯行，犯意各別，行為殊異，應分論併罰。

- 三、惟按本件被告某甲教唆董○宗偽證之案件及自行實施偽證罪之案件，皆係台灣台中地方法院檢察署一〇一年度偵字第一一五二一號詐欺案件及台灣台中地方法院一〇一年度易字第三七三四號詐欺案，本屬同一訴訟案件。且被告某甲於教唆董○宗偽證後，自己亦在同一訴訟案件中實施同一內容之偽證行為，則其先前教唆董○宗偽證行為，已為其後自己實施之偽證行為所吸收，應以實施正犯論科。則依上開判例所示，以偽證罪為侵害國家法益之罪，其罪數應以訴訟之件數為

準，如先後偽證然僅一件訴訟者，應論以單純一罪。乃原審判決卻認被告教唆董○宗偽證及自己實施偽證行為，為犯意各別行為殊異，應予分論併罰之二罪，並將二罪合併定應執行刑，顯有判決適用法則不當之違法。

四、原判決已於一〇三年十二月八日確定，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 一〇四年度台非字第一九三號

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證案件，對於台灣台中地方法院中華民國一〇一年十一月十三日第一審確定判決（一〇三年度審訴字第一四三號，起訴案號：台灣台中地方法院檢察署一〇三年度偵字第三六〇〇號），認為違法，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：

一、非常上訴係以原確定判決所認定之事實為其判決基礎，以審查原確定判決有無違背法令。又同一

行為人出於數犯意，而為數行為，實現數犯罪構成要件，而構成數罪，且數罪間並無其他競合之情況時，各該數罪即應併合處罰之。再者，刑法於九十四年二月二日修正公布（九十五年七月一日施行）後之教唆犯採共犯從屬性說之立場，因此，關於教唆犯之處罰效果，仍維持修正前同法第二十九條第二項「教唆犯，依其所教唆之罪處罰之。」之規定，在適用上係指行為人實行教唆行為後，被教唆者著手實行所教唆之罪，且具備違法性後，教唆者始成立教唆犯。而成立教唆犯後之處罰，則依教唆犯所教唆之罪（如教唆偽證者，依偽證罪處罰之）。至於應適用既遂、未遂何者之刑，則係視被教唆者所實行之構成要件事實既遂、未遂為斷。

- 二、原確定判決認定事實係謂：「（一）某甲、董○宗（另行審結）前因涉犯詐欺罪嫌，經台中市政府警察局太平分局以……一○一年五月六日中市警太分偵字第一○一○○一一八一三號移送書函送台灣台中地方法院檢察署檢察官偵辦，經台灣台中地方法院檢察署檢察官以一○一年度偵字第一一五二一號案件偵辦，於一○一年八月十六日偵訊陳○民等人，於同日十五時二十分許偵訊結束後，某甲為脫免罪嫌，竟基於教唆偽證之犯意，於同日下午某時，向董○宗稱：如果想要輕判，必須照他的話去做，找羅○乾出來頂等語，

經董○宗同意，董○宗乃於台灣台中地方法院檢察署檢察官承辦上開案件之一○一年十一月二十二日下午偵訊時，供前具結，對案情具有重要關係之事項，以證人身分虛偽結證稱：『……（問：098381○○○○是否你申辦？）我一○○年八月份的時候辦的。（問：你當時辦手機用途是做甚麼？）羅○乾說他要借用，要借幾個月。……（問：你為何答應借他？）因為他跟我說他不能辦卡，當時我跟他是電動玩具店裝做客人衝店內人氣的臨時工，所以有認識。……』云云，致生損害台灣台中地方法院檢察署檢察官偵辦案件之正確性。是日十五時二十四分許偵訊結束後，董○宗心生不安，於同日十六時一分許，發送簡訊予羅○乾稱：『我不知道這樣說對你不力（利之誤），你想要我怎麼樣都可以，但請你原諒我，對不起』等語。（二）某甲另基於偽證之犯意，先於一○一年十一月二十二日下午，在台灣台中地方法院檢察署檢察官偵訊時，供前具結，對案情具有重要關係之事項，以證人身分虛偽結證稱：『……（問：帳戶用途為何？）我剛開始開戶是要存錢用，後來因為缺錢，就把簿子賣掉了，賣給剛剛在庭的羅○乾，他說如果有錢匯進去他向我借的帳戶，他會再給我錢，大概是拿百分之八會給我。……（問：大概什麼時候拿給羅○乾？）好像是大概在一○○年七、八月，

在台中市中華路的 7-11 便利商店，離日新戲院跟夜市不會很遠。（問：後來羅○乾有無把錢給你？）有，甚（什之誤）麼時候給我忘了，拿了三次，大概都幾萬元，都是拿現金給我。我那時候是把存摺、印鑑章、提款卡都交給他。（問：何時拿錢的？）好像是今年農曆過年前，大概一、二月，去年十一、十二月好像也有一次，這三次大概就在這段期間。拿錢的地點也是在我交帳戶給他的地方，就是 7-11 便利商店附近。……』云云；復承前開偽證之單一犯意，接續於一〇二年五月二十二日，本院一〇一年度易字第三七三四號詐欺案件之審判期中，供前具結，對案情具有重要關係之事項，以證人身分虛偽結證與上開一〇一年十一月二十二日偵訊時結證內容要旨相同之證述，足以影響該案判決結果及正確性。」等情。依此事實，被告係以二犯罪之意思而有二犯罪行為（教唆偽證、偽證），原判決乃以「被告上開教唆偽證罪與偽證罪之兩次犯行，犯意各別，行為殊異，應分論併罰。」其適用法律自無違背法令可言。至非常上訴意旨所稱：偽證罪為侵害國家法益之罪，其罪數應以訴訟之件數為準，如先後偽證然僅一件訴訟，應論以單純一罪云云。並執本院七十二年台上字第三三一號判例為據。惟查本院上開判例係闡述：該案被告所為應成立偽證罪，該罪為侵害國家法

益之犯罪，其罪數應以訴訟之件數為準，被告雖先後二度偽證，然僅一件訴訟，應論以單純一罪，無連續犯罪之可言等旨。惟該案被告係基於單一犯意為之，與本件被告出於二犯意而犯之，顯屬有別。又非常上訴意旨另援引本院四十三年台上字第三九六號判例要旨，主張本件被告之教唆行為已為其後之實行行為所吸收，應僅論以實行正犯一罪等語。然該判例事實係該案被告「教唆他人偽造公印後，並進而行使蓋在私宰豬肉上，從事銷售，且與其行使另一偽造公印，蓋在私宰豬肉上銷售之行為，基於一個概括之犯意，則論以連續行使偽造公文書外，不應再論以教唆之罪。」該案之行為人係基於一個概括之犯意，教唆他人偽造公印後，自己進而實行行使偽造該公印及另一偽造公印之行為，亦與本件被告於一〇一年八月十六日下午某時，教唆董〇宗實行偽證犯行，嗣另行起意，由自己實行偽證犯行有別。因本件被告先前之教唆偽證行為業已完成，自無從為被告其後所為之偽證行為所吸收。是本件與本院四十三年台上字第三九六號判例之事實亦不相同。非常上訴意旨執前述與本件不同犯罪事實之二判例為據，指摘原判決違背法令云云，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，判決如主文。

中華民國一〇四年七月二十三日

【第四案】

一、關係條文

新修正刑法 第 38 條之 1 第 1 項前段、第 38 條之 3

修正施行之刑法 第 38 條之 1 第 1 項前段、第 3、4、5 項

刑事訴訟法 第 378 條、第 441 條、第 443 條、第 446 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 378 條定有明文。次按犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之。於全部或一部不能沒收，或不宜執行沒收時，追徵其價額。又上述犯罪所得，包括違法行為所得、其變得之物或財產上利益及其孳息。再犯罪所得已實際合法發還被害人者，不予宣告沒收或追徵；民國 105 年 7 月 1 日起修正施行之刑法第 38 條之 1 第 1 項前段、第 3、4、5 項亦分別定有明文。上述沒收之規定旨在澈底剝奪犯罪行為人因犯罪而直接、間接所得，或因犯罪所生之財物及相關利益，以貫徹任何人都不能坐享或保有犯罪所得或犯罪所生利益之理念，藉以杜絕犯罪誘因，而遏阻犯罪。

並為優先保障被害人因犯罪所生之求償權，限於個案已實際合法發還被害人時，始無庸沒收（本院 106 年度台非字第 134 號判決要旨參照）。

二、經查原判決認定：被告某甲竊取得手之財物分別為現金新臺幣（下同）4,500 元、1,880 元、1,800 元，且未與各被害人達成和解並賠償其等之損害等情（參閱原判決理由第 2 頁第 17 行至第 21 行）。足見前開現金共 8,180 元為被告竊盜之犯罪所得，且未發還予被害人，自應依新修正刑法第 38 條之 1 第 1 項前段予以沒收。原判決竟引用修法前之實務案例，以各被害人既仍得依法對被告請求返還或求償，是所有權仍屬於各被害人，而非屬於被告，自無從論知沒收，將所有權移轉予國家等理由，而排除新修正刑法沒收規定之適用，依前開說明，自有判決不適用法則之違法。

三、又查原判決雖非不利於被告，然刑法沒收新制實施至今僅 1 年 4 月，歧異之法律見解時有所見，影響甚大。原判決所涉及之法律見解具有原則上之重要性，該法律問題意義重大而有加以闡釋之必要，對於法之續造有重要意義。且為確保裁判之一致性，以杜同法異判之弊，自有提起非常上訴之必要。

四、案經確定，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 一〇六年度台非字第二五五號
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，對於臺灣臺南地方法院中華民國 105 年 7 月 21 日第一審確定判決（105 年度審易字第 554 號，起訴案號：臺灣臺南地方法院檢察署 104 年度偵字第 16733 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

- 一、非常上訴理由(見前二)
- 二、本院按非常上訴制度，係為糾正確定裁判之審判違背法令所設之救濟方法，以統一各級法院對於法令之解釋為其主要目的。所謂審判違背法令，係指審判程序或其判決之援用法令與當時應適用之法令有所違背而言；故原確定裁判所援用法令，如與當時應適用之法令並無違背，即難以其後法令變更或法院所持之法令上見解變更為由，提起非常上訴，而使前之確定裁判受影響。
- 三、查原確定判決係綜合新修正刑法第 38 條、第 38 條之 1、第 38 條之 3 有關之規定，及其立法理由，並參酌本院 86 年度台非字第 235 號等判決

見解（分別係參照本院 21 年上字第 589 號、69 年台上字第 3699 號判例意旨），詳予闡釋說明其本於對新法適用範圍之確信見解，而認被告某甲分別侵入被害人馮李○○、王○○、劉○○等人住宅內，所竊取得手之財物現金 4,500 元、1,880 元、1,800 元，所有權並不屬於被告，各被害人在法律上仍得主張權利，因而未為沒收之宣告（見原確定判決第 2 至 4 頁）。又查：實務上於沒收新法施行前，直接、間接援用上開 2 則判例見解為判斷應否沒收之依據，並無爭議。嗣沒收新法施行後，關於因犯罪所得之盜贓，應否沒收？或主張仍應援用上開判例之旨，即該物之所有權既非屬犯罪行為人所有，且有他人對於該物得主張法律上之權利，自不得沒收；或主張行為人對該物已有事實上之支配、處分權，即應沒收，認與行為人在民法上是否合法有效取得所有權之判斷無關，則迭有不同見解，並非全無爭議。本院乃於民國 106 年 5 月 23 日，以 106 年度第 6 次刑事庭會議決議認上開 2 則等判例因法律修正，不合時宜，不再援用。惟此係本院所持法令上之見解變更，則對於上開判例公告不再援用前，原審法院於 105 年 7 月 21 日所為之本件確定判決，自不受其影響。且原確定判決依上開見解所為之判決，尚非不利被告，自不得據以提起非常上訴（參照本院 97 年度第 4 次刑事庭會議決議壹、

103 年度第 14 次刑事庭會議決議意旨(二)末
段)。綜上，本件非常上訴為無理由，應予駁回。
據上論結，應依刑事訴訟法第 446 條，判決如主文。
中 華 民 國 一 〇 六 年 十 二 月 廿 七 日

【第五案】

一、關係條文

刑 法 第 38 條第 1 項第 2 款、第 3 款、
 第 266 條第 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，得提起非常上訴。查本件原判決以同案被告邱○○於民國（下同）一〇四年一月二十一日某時許，利用不詳之人所有而位於高雄市○○區○○巷○○〇〇〇〇〇〇〇〇〇號電表旁不特定公眾得進出、見聞之鐵皮搭建工寮作為賭博場所，並以每日新台幣（下同）一千元之代價雇用被告某甲、某乙擔任把風工作。嗣經警查獲，並扣得天九紙牌一副、骰子一副（六顆）、賭資二十一萬五千一百元（即原判決附表編號 3 之應沒收物）、抽頭金一千元（即原判決附表編號 4 之應沒收物）、號碼夾一包、計時器一個及無線電對講機三支。依被告某甲、某乙及同案被告邱○○之供述，證人即現場賭客林○○等十五人於警詢之證述，認扣案之二十一

萬五千一百元為同案被告邱所有用以賭博之賭資，一千元為邱○○所有之抽頭金，並依共犯責任共同原則，而於同案被告邱○○及被告某甲、某乙之罪刑項下均宣告沒收，固非無見。惟同案被告邱○○於偵查中供稱：當日雖有賭博行為，但地上的一千元，是警察進來時有人掉的，二十幾萬元（即扣案的二十一萬五千一百元）是伊當會首的互助會昨天開標，收到的錢，準備要交給得標會員阿英等語。且依卷附扣押物品目錄表所載，抽頭金一千元係在賭場內查扣，而賭資二十一萬五千一百元則係在賭場外查扣（警卷第十頁），並有查扣抽頭金一千元之現場照片二張在卷可參（按照片顯示該一千元係掉落在該賭博工寮內所停放之車號○○○○- 00 號車輛右前輪下方，警卷第七十二頁反面），是上開扣案之現金均非係自賭檯（桌）上或兌換籌碼處扣得之財物，自不得依刑法第二百六十六條第二項諭知沒收。嗣同案被告邱○○於第一審判決後提起上訴，業經原審法院以一〇四年度簡上字第一六一號，以上開金錢難認屬本案之賭資及抽頭金，均不得依刑法第三十八條第一項第二款、第三款規定宣告沒收，而就第一審判決宣告沒收部分予以撤銷，有該判決書可稽。乃原審未詳予審酌，即逕認上開二十一萬五千一百元及地上之一千元係同案被告邱○○所有，且係犯罪所得之物，而在被告某甲、某乙及同案被告邱○○等人主文下併予宣告沒收，有應於審判期日調查之證據未予調查、採證與卷內資料未符及適

用法則不當之違背法令。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 一〇五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
 某乙

上列上訴人因被告等賭博案件，對於台灣高雄地方法院中華民國一〇四年三月十六日第一審確定簡易判決（一〇四年度簡字第五八五號，聲請簡易判決處刑案號：台灣高雄地方法院檢察署一〇四年度偵字第三二二九號），認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於某甲、某乙部分撤銷，由台灣高雄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）。

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，該項確定判決即屬違背法令，得提起非常上訴。查本件原判決以同案被告邱〇〇於一〇四

年一月二十一日某時許，利用不詳之人所有而位於高雄市○○區○○巷○○0○○○○0○○號電表旁不特定公眾得進出、見聞之鐵皮搭建工寮作為賭博場所，並以每日一千元之代價僱用被告某甲、某乙擔任把風工作。嗣經警查獲，並扣得天九紙牌一副、骰子一副（六顆）、賭資二十一萬五千一百元（即原判決附表編號 3 之應沒收物）、抽頭金一千元（即原判決附表編號 4 之應沒收物）、號碼夾一包、計時器一個及無線電對講機三支。依某甲、某乙及邱○○之供述，證人即現場賭客林○○等十五人於警詢之證述，認扣案之二十一萬五千一百元為邱○○所有用以賭博之賭資，一千元為邱○○所有之抽頭金，並依共犯責任共同原則，而於邱○○及某甲、某乙之罪刑項下均宣告沒收，固非無見。惟邱○○於偵查中供稱：當日雖有賭博行為，但地上的一千元，是警察進來時有人掉的，二十幾萬元（即扣案的二十一萬五千一百元）是伊當會首的互助會昨天開標，收到的錢，準備要交給得標會員阿英等語。且依卷附扣押物品目錄表所載，抽頭金一千元係在賭場內查扣，而賭資二十一萬五千一百元則係在賭場外查扣（警卷第十頁），並有查扣抽頭金一千元之現場照片二張在卷可參（按照片顯示該一千元係掉落在該賭博工寮內所停放之車號○○○○- X S 號車輛右前輪下方，警卷第七十二頁反面），均非係自賭檯（桌）上或兌換籌碼處扣得之財物，自不得依刑法第二百六十六條第二項諭知沒收。嗣邱○○於第

一審判決後提起上訴，業經原審法院以一〇四年度簡上字第一六一號，以上開金錢難認屬本案之賭資及抽頭金，均不得依刑法第三十八條第一項第二款、第三款規定宣告沒收，而就第一審判決宣告沒收部分予以撤銷，有該判決書可稽。上開扣案之現金是否即為邱〇〇所有，供犯罪所用或犯罪所得之物，即非無疑？乃原審未詳予審酌，即逕認上開二十一萬五千一百元及地上之一千元係邱〇〇所有，且係供犯罪所用與犯罪所得之物，而在某甲、某乙及邱〇〇等人主文下併予宣告沒收，有應於審判期日調查之證據未予調查致適用法令違誤，顯然於判決有影響，及採證與卷內資料未符之違背法令，揆之前揭說明，自有判決適用法則不當之違背法令。案經確定，且不利被告，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，為維護被告之審級利益，應由本院將原判決關於被告二人部分撤銷，由原審法院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 五 年 三 月 三 日

【第六案】

一、關係條文

刑法 第 41 條第 1 項、第 50 條第 1 項
第 1 款、第 2 款、第 51 條、第
302 條第 1 項
刑事訴訟法 第 378 條、第 441 條、第 443 條
兒童及少年福利與權益保障法 第 112 條第 1 項前
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 378 條定有明文。定執行刑之確定裁定與科刑之確定判決有同一效力，如有違法，自得提起非常上訴，最高法院 99 年度台非字第 142 號刑事裁判意旨可資參照。又按依兒童及少年福利與權益保障法第 112 條第 1 項前段對兒童、少年犯罪者予以加重之規定，係刑法分則加重之性質，倘依此規定予以加重後，縱受 6 個月以下有期徒刑之宣告，仍與刑法第 41 條第 1 項規定得易科罰金之條件不符，自不得諭知易科罰金，否則屬違背法令。又裁判確定前所犯得易科罰金之罪及不得易科罰金之罪，按刑法第 50 條第 1 項第 1 款規定原不得併合處罰；而同條第 2 項規定：

『前項但書情形，受刑人請求檢察官聲請定應執行刑者，依第 51 條規定定之』，則係賦予受刑人併合處罰之選擇權，是以法院就得易科罰金之罪與不得易科罰金之罪為被告定其應執行之刑，如未經被告同意或請求，即違反前揭規定。

二、經查：本件被告甲○○所犯如原裁定附表所示竊盜、妨害自由等 2 罪，先後經台灣嘉義地方法院 103 年度朴簡字第 413 號及台灣嘉義地方法院 104 年度訴字 6 號判決各判處有期徒刑 3 月、4 月確定，其中竊盜部分得以新台幣（下同）1000 元折算 1 日易科罰金，妨害自由部分則因被告係成年人對少年犯罪，而有『刑法分則加重』之法定刑延長事由，其加重後之法定最重本刑為 7 年 6 月以下有期徒刑，與刑法第 41 條第 1 項規定之要件不符，故不得易科罰金。從而，其妨害自由部分所處之刑縱為 6 月以下之有期徒刑，依刑法第 50 條第 1 項第 1 款、第 2 項規定，被告未請求檢察官聲請定應執行刑者，檢察官不得逕向法院聲請，法院亦不得擅自將得易科罰金與不得易科罰金之宣告刑予以定執行刑，否則被告即喪失原得享有易科罰金之利益。惟檢察官以 105 年度執聲字第 117 號（應係 104 年度執字第 4375 號之誤載）向台灣嘉義地方法院聲請就上開 2 罪定其應執行之刑時，誤認被告妨害自由罪部分之罪為得易科罰金，漏未提出受刑人聲請定刑或事先徵得

其同意之資料，依前揭說明，該得易科罰金之罪與不得易科罰金之罪未經受刑人請求，本不應合併定應執行刑，然台灣嘉義地方法院受理後竟未駁回聲請，亦誤認該妨害自由罪部分得易科罰金，遂就上揭 2 罪定應執行刑為有期徒刑 6 月，並諭知易科罰金之折算標準確定在案，此有台灣嘉義地方法院檢察署 105 年度執更字第 9 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、案經確定，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 一〇六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

上列上訴人因被告竊盜等罪定應執行刑案件，對於台灣嘉義地方法院中華民國一〇四年十二月一日第一審確定裁定（一〇四年度聲字第一一八七號，聲請案號：台灣嘉義地方法院檢察署一〇四年度執字第四三七五號），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；必確定判決不利於被告，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。故非常上訴之是否提起，刑事訴訟法第 441 條乃採便宜主義，規定「得」提起，並非「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、確定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，或確定判決不利於被告，非予救濟，不足以保障人權者外，倘確定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；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，殊無提起非常上訴之必要性。基於刑事訴訟法第 441 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。又刑法第 50

條第 1 項規定：「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。」第 2 項規定：「前項但書情形，受刑人請求檢察官聲請定應執行刑者，依第 51 條規定定之。」是合於該條第 1 項但書之情形者，須由受刑人請求檢察官聲請定其應執行刑，賦予受刑人選擇權，以符合其實際受刑利益，檢察官不得違反受刑人之意願，或未得其同意，遽向法院聲請定其應執行刑。此為法律明文規定之事項，並無爭議。卷查：本件被告即受刑人甲○○犯如原裁定附表（下稱附表）編號 1、2 所示之 2 罪，先後經判處罪刑確定。其中附表編號 1 所示之侵入住宅竊盜罪，宣告刑為有期徒刑 3 月，如易科罰金，以 1 千元折算 1 日，固屬得易科罰金之罪。惟附表編號 2 所示之成年人故意對少年犯剝奪他人行動自由罪，其宣告刑為有期徒刑 4 月，因該罪所適用之兒童及少年福利與權益保障法第 112 條第 1 項前段規定：「成年人…故意對其（兒童及少年）犯罪者，加重其刑至 2 分之 1」，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，而成立另一獨立之罪，係屬刑法分則加重之性質，其法定刑之最高度，應依法定加重分數（即幾分之幾）上限之計算結果定

之，此乃法定本刑之伸長（本院 52 年台上字第 1554 號判例意旨參照）。又刑法第 41 條第 1 項前段所定短期自由刑得易科罰金之要件，必其所犯為最重本刑為 5 年以下有期徒刑以下之刑之罪，並受 6 個月以下有期徒刑或拘役之宣告者，始得以 1 千元、2 千元或 3 千元折算 1 日，易科罰金。而刑法第 302 條第 1 項之剝奪他人行動自由罪，其原法定本刑之有期徒刑部分，為 5 年以下有期徒刑，由於故意對少年犯刑法第 302 條第 1 項之罪，依兒童及少年福利與權益保障法第 112 條第 1 項前段規定予以加重之結果，其法定最重本刑成為有期徒刑 7 年 6 月，則縱受 6 個月以下有期徒刑之宣告，亦與刑法第 41 條第 1 項前段規定得易科罰金之要件不符，屬不得易科罰金之罪，僅依同條第 3 項規定，得易服社會勞動。故為附表編號 2 所示罪刑宣告之確定判決（台灣嘉義地方法院 104 年度訴字第 6 號），並未宣告如易科罰金之折算標準。則附表編號 1、2 所示之罪刑，依刑法第 50 條第 1 項但書第 1 款、第 2 項規定，非經被告請求，不得合併定其應執行刑。然本件台灣嘉義地方法院檢察署檢察官誤認被告所犯附表編號 2 所示之罪，係屬得易科罰金之罪，漏未提出被告聲請定應執行刑或事先徵得其同意之資料，即向原審法院聲請就被告所犯上揭 2 罪合併定其應執行刑，原審未察，竟准許而裁定定其應執行刑為有期徒刑 6 月，並諭知如易科罰金之折算標準為 1 千元折算 1 日，復於附表編號 2 記載該編號所

列之罪之原宣告刑為有期徒刑 4 月，如易科罰金以 1 千元折算 1 日等旨，自有適用法則不當之違背法令情形，案經確定，非常上訴執以指摘，固非無據。但原裁定就所定之應執行刑，既已誤為如易科罰金折算標準之諭知，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。揆諸前揭說明，本件不具提起非常上訴之必要性，所提非常上訴，非有理由，應予駁回。

據上結論，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 六 年 三 月 八 日

【第七案】

一、關係條文

刑 法 第 41 條第 1 項、第 320 條第 1 項
刑 事 訴 訟 法 第 378 條、第 441 條、第 443 條
兒 童 及 少 年 福 利 與 權 益 保 障 法 第 112 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 378 條定有明文。本件原審以被告某甲成年人故意對少年犯竊盜罪，累犯，處有期徒刑 6 月，固屬卓見。惟按兒童及少年福利與權益保障法第 112 條第 1 項規定成年人故意對兒童及少年犯罪者，加重其刑至二分之一，係對被害人為兒童、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，係屬刑法分則加重之性質，非僅單純之刑度加重，即其構成要件亦與常態犯罪之罪型不同，為一獨立之犯罪構成要件（最高法院 72 年台上第 6785 號判例、92 年度第 1 次刑事庭會議決議、99 年度台上字第 1128 號判決要旨參照）。是倘成年人係故意對兒童、少年犯罪，自應依該條文論以獨立之罪名，而非僅加重其刑而已。查被告係 00 年 00 月 00 日生，於行為時為成年人，而告訴人許○○

則係 00 年 00 月 00 日生，於本案發生時乃未滿 18 歲之少年，此有被告及告訴人許○○之個人戶籍資料查詢結果各 1 紙在卷可稽。是核被告所為，係犯兒童及少年福利與權益保障法第 112 條第 1 項前段、刑法第 320 條第 1 項之成年人故意對少年犯竊盜罪，並應依上開規定加重其刑，其法定最重本刑為 7 年 6 月以下有期徒刑，不合刑法第 41 條得易科罰金最重本刑為 5 年以下有期徒刑之罪，原審誤為易科罰金，並以新臺幣壹仟元折算壹日之折算標準，顯有適用法則不當之違法。

二、案經確定，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 一〇四年度台非字第一五九號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告竊盜案件，對於台灣桃園地方法院中華民國一〇四年三月六日第一審確定判決（一〇四年度易字第一四九號，起訴案號：台灣桃園地方法院檢察署一〇四年度偵字第一一三七號），認為違法，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。查兒童及少年福利與權

益保障法第一百一十二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，而刑法第三百二十條竊盜罪法定刑為五年以下有期徒刑，倘依兒童及少年福利與權益保障法第一百一十二條第一項前段規定加重後，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一〇四年一月一日竊取少年許〇〇（〇〇〇年〇月生）之行動電話，犯刑法第三百二十條第一項之罪，依兒童及少年福利與權益保障法規定加重其刑，則所處有期徒刑六月之刑，即不得諭知易科罰金之折算標準，卻於主文諭知「如易科罰金，以新台幣壹仟元折算壹日」，固屬違背法令，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。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。

中華民國一〇四年五月二十八日

【第八案】

一、關係條文

刑	法	第 51 條、第 51 條第 5 款至第 7 款、第 53 條
刑 事 訴 訟 法		第 378 條、第 379 條第 4 款、第 477 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；法院所認管轄之有無係不當者，為當然違背法令，同法第三百七十九條第四款亦有明文；裁判確定前犯數罪者，併合處罰之，數罪併罰有二裁判以上者，依刑法第五十一條之規定，定其應執行之刑，應依此規定定其應執行之刑者，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，亦為同法第四百七十七條第一項所明定。因之，聲請定應執行刑應由最後事實審法院檢察署檢察官向該法院為之，本件被告某甲犯如原裁定附表所示之毒品危害防制條例罪等六罪，先後經台灣新北地方法院以一〇二年度簡字第五一三二號、台灣宜蘭地方法院以一〇二年度簡字第七三四號及台灣高等法院以一〇三年度上訴字第三一五號判

決確定，該三案合於數罪併罰之規定，判決日期依序為民國一〇二年八月十三日、一〇二年十二月十八日、一〇三年四月十五日，台灣高等法院為最後之事實審法院，故本件定應執行刑，應由台灣高等法院檢察署檢察官聲請台灣高等法院裁定之，始屬適法，台灣宜蘭地方法院檢察署檢察官誤向原審聲請定應執行刑，原審亦誤認有管轄權而予裁定，原裁定自有適用法則不當之違背法令。又定執行刑之裁定，具有與實體判決同一之效力，於裁定確定後，認為違法，得提起非常上訴，附此敘明。

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 一〇四年度台非字第一六六號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告強盜等罪定應執行刑案件，對於台灣宜蘭地方法院中華民國一〇三年十月六日確定裁定（一〇三年度聲字第六七〇號），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」，以判決時為準，不問其判決確定之先後。本件被告某甲犯如原裁定附表（下稱附表）編號1至6所示之各罪，均經確定在案，其中編號1所示之違反毒品危害防制條例罪，經台灣新北地方法院於一〇二年八月十三日以一〇二年度簡字第五一三二號刑事簡易判決判處罪刑，於同年九月十日確定；編號2所示之違反毒品危害防制條例罪，經原審即台灣宜蘭地方法院於一〇二年十二月十八日以一〇二年度簡字第七三四號刑事簡易判決判處罪刑，於一〇三年一月十七日確定；編號3至6所示之竊盜二罪及強盜二罪，均經台灣高等法院於一〇三年四月十五日以一〇三年度上訴字第三一五號刑事判決判處罪刑，嗣竊盜二罪於同日確定，強盜二罪則皆於一〇三年六月二十五日確定，有

各該刑事判決書及台灣高等法院被告前案紀錄表可稽。是本件犯罪事實之最後判決法院為如附表編號3至6所示之台灣高等法院，按諸首開說明，自應由台灣高等法院檢察署檢察官，就被告所犯上開各罪，聲請台灣高等法院合併定其應執行之刑，方屬適法。惟台灣宜蘭地方法院檢察署檢察官不察，於經被告請求後，誤向原審法院聲請，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，裁定定其應執行刑為有期徒刑十一年六月，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 ○ 四 年 六 月 四 日

【第九案】

一、關係條文

刑 法 第 47 條、第 48 條前段
刑 事 訴 訟 法 第 378 條、第 441 條、第 447 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。次按更定其刑之裁定，為實體裁定，與科刑判決有同等之效力，於裁定確定後，如發見有違背法令情形，得對該確定之裁定提起非常上訴。

又受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，五年以內再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至二分之一；裁判確定後，發覺為累犯者，依刑法第四十七條之規定更定其刑，為刑法第四十七條、第四十八條前段所明定。然此所稱「更定其刑」，必其累犯之發覺，係在裁判確定之後，始足當之；苟於裁判確定之前，已經發覺有累犯之情事者，即無適用之餘地。又被告之前科資料，與認定被告是否屬於累犯及應否依累犯之規定加重其刑之待證事實至有關係，自屬事實審法院應於審判期日調查之證據。事實審法院於審理時，如依卷內證據及訴訟資料足以發覺被告有

累犯之事實，自應加以調查，及於判決內論以累犯並依法加重其刑；倘依卷內證據及訴訟資料已足以發覺為累犯，而因法院之認定錯誤，對於合於累犯之要件者，誤認為非累犯，即與裁判確定後發覺為累犯之情形不同，自無於裁判確定後對同一前科資料以發覺為累犯為由，聲請裁定累犯更定其刑之餘地，如遽予裁定更定其刑，即有前開不適用法則或適用不當之違法。

- 二、經查被告某甲（1）、前於一〇三年間因公共危險案件，經台灣台中地方法院（下稱台中地院）以一〇三年度豐交簡字第九五一號判決判處有期徒刑二月併科罰金新台幣（下同）一萬元，於一〇三年八月二十五日確定；嗣經台灣台中地方法院檢察署（下稱台中地檢署）以一〇三年度執再字第一三四三號及一〇三年度罰執再字第二三九號准予易科罰金並繳納完畢。（2）、復於一〇四年六月九日再因公共危險案件，經台中地院以一〇四年度豐交簡字第六五七號判決判處有期徒刑三月併科罰金二萬元，並於理由欄內認定不構成累犯，於一〇四年八月三日確定。惟台中地檢署檢察官於一〇四年九月十一日，以被告應係累犯為由，向台中地院聲請更定其刑，經台中地院於同年十二月十五日，以一〇四年度聲字第三六八六號刑事裁定，認被告應構成累犯，而就被告所犯（2）之公共危險罪予以更定其刑如原裁定主文。

惟台中地院一〇四年度豐交簡字第六五七號判決於裁判時即已發覺被告上述前科資料（即（1）之判決及執行情形），且依卷內證據及訴訟資料認定被告該前科資料不構成累犯，而於判決內說明不構成累犯之理由。雖該（1）案件經由台中地檢署之執行而視為徒刑已執行完畢，資料並已附於一〇四年度豐交簡字第六五七號公共危險案件卷內第三頁，然既經法院於判決內說明不構成累犯之理由，此與刑法第四十八條前段規定所稱「裁判確定後，發覺為累犯」之情形尚屬有間，業如前述，自不得逕依該條前段規定裁定更定其刑。原審依檢察官之聲請適用刑法第四十八條前段裁定更定其刑，依上述說明，應有適用法則不當之違法。

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 一〇五年度台非字第一〇七號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告公共危險案件，對於台灣台中地方法院中華民國一〇四年十二月十五日第一審更定其刑之確定裁定（一〇四年度聲字第三六八六號，聲請案

號：台灣台中地方法院檢察署一〇四年度執聲字第二九五二號），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

- 一、非常上訴理由(見前二)。
- 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。次按更定其刑之裁定，為實體裁定，與科刑判決有同等之效力，於裁定確定後，如發現有違背法令情形，得對該確定之裁定提起非常上訴。又裁判確定後發覺為累犯者，依刑法第四十七條之規定更定其刑，固為同法第四十八條前段所明定，然此所稱「更定其刑」，必其累犯之發覺，係在裁判確定之後，始足當之；苟於裁判確定之前，已經發覺有累犯之情事者，即無適用之餘地。再者，被告之前科資料，與認定被告是否屬於累犯及應否依累犯之規定加重其刑之待證事實至有關係，自屬事實審法院應於審判期日調查之證據。事實審法院於審理時，如依卷內證據及訴訟資料足以發覺被告有累犯之事實，自應加以調查，及於判決內論以累犯並依法加重其刑；倘依卷內證據及訴訟資料已足以發覺為累犯，而因法院之認定錯

誤，對於合於累犯之要件者，誤認為非累犯，即與裁判確定後發覺為累犯之情形不同，自無於裁判確定後對同一前科資料以發覺為累犯為由，聲請裁定累犯更定其刑之餘地，如遽予裁定更定其刑，即有適用法則不當之違法。

- 三、經查被告前於民國一〇三年間因公共危險案件，經原審法院以一〇三年度豐交簡字第九五一號簡易判決判處有期徒刑二月，併科罰金新台幣一萬元確定，其有期徒刑部分原易服社會勞動，而於一〇四年一月六日改易科罰金執行完畢，有台灣高等法院被告前案紀錄表附卷可稽（見原審法院一〇四年度豐交簡字第六五七號卷第七頁）。復查被告於一〇四年六月九日因本件公共危險案件，經原審法院於一〇四年七月八日，以一〇四年度豐交簡字第六五七號簡易判決判處有期徒刑三月，併科罰金新台幣二萬元，並於一〇四年八月三日確定，該案判決已就被告前科資料，認定不構成累犯，而未依累犯之規定加重其刑，有該案卷及判決可考。自無刑法第四十八條前段規定所稱「裁判確定後，發覺為累犯」之情形，不得於判決確定後對同一前科資料以發覺為累犯為由，逕依聲請而裁定更定其刑。乃原審法院依檢察官之聲請，適用刑法第四十八條前段裁定更定其刑，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，為有理由。

應由本院將原裁定撤銷，駁回檢察官更定其刑之聲請，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 五 年 六 月 二 十 二 日

【第十案】

一、關係條文

刑	法	第 47 條第 1 項、第 48 條、第 79 條之 1
刑 事 訴 訟 法		第 441 條、第 477 條第 1 項

二、非常上訴理由

- 一、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，刑法第四十七條第一項定有明文。又二以上徒刑之執行，倘假釋時，其中一罪或數罪徒刑已執行期滿，又於五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪，仍成立累犯。至於執行機關將已執行期滿之罪，其刑期與尚在執行中之他罪刑期合併計算其假釋最低執行期間，係為受刑人之利益。惟假釋制度與累犯規定之功能、立法目的均有不同，應分別觀察，不能因假釋之計算方法，即推論業已執行期滿之徒刑尚未執行完畢。
- 二、本件被告前於民國（下同）九十七年間(1)因施用第一級、第二級毒品案件，經台灣桃園地方法院以九十七年度審訴字第一九五三號判決分別判處有期徒刑七月、三月，應執行有期徒刑八月確定；(2)因施用第一級、第二級毒品案件，經同院

以九十七年度審訴字第二七二二、三三八一、三五一一號判決分別判處有期徒刑七月（共四罪）、四月（共四罪），應執行有期徒刑二年四月確定；(3)因施用第一級、第二級毒品案件，經同院以九十七年度審訴字第二九四三號判決分別判處有期徒刑七月、三月，應執行有期徒刑八月確定；(4)因贓物案件，經同院以九十八年度桃簡字第一六三一號判決判處有期徒刑三月確定；(5)因竊盜案件，經同院以九十八年度審易字第一五七八號判決判處有期徒刑五月確定。上揭(1)至(5)各罪刑，嗣經同院以九十九年度聲字第六九〇號裁定定應執行刑有期徒刑三年六月確定，於一〇一年七月五日執行完畢。

- 三、被告又因施用毒品案件，經同院以九十八年度審訴字第一〇三三號判決應執行有期徒刑一年六月確定，並於一〇一年七月六日接續上述部分執行，於一〇一年十二月二十二日縮短刑期假釋出監併保護管束，惟假釋嗣於一〇二年十月三十日經撤銷，尚餘殘刑有期徒刑九月又二十七日，此有全國刑案資料查註表、台灣桃園地方法院檢察署檢察官九十九年執更丙字第八九〇號、九十八年執丙字第一〇五〇〇號之二、一〇三年執更緝丙字第五七號執行指揮書可參。依上說明，被告於一〇一年十二月二十二日假釋時，前開有期徒刑三年六月之執行刑已於一〇一年七月五日期滿

執行完畢。至監獄將該案與尚在執行之罪（同院九十八年度審訴字第一〇三三號判決應執行有期徒刑一年六月）合併計算其假釋最低執行期間，亦不影響該案業已執行完畢之效力。嗣被告於前案執行期滿後五年內即一〇二年五月七日、同年月十一日分別於現桃園市桃園區再犯販賣第一級毒品、販賣第一級毒品未遂之罪，經台灣高等法院以一〇三年度上訴字第二九九五號判決分別判處有期徒刑十五年六月、七年八月，應執行有期徒刑十六年，嗣經最高法院以一〇四年度台上字第二一九一號判決以被告之上訴違背法律上程式，駁回上訴確定在案，亦有上開各判決書在卷為憑。是被告於前案執行期滿後，五年內故意再犯販賣第一級毒品、販賣第一級毒品未遂罪，核與累犯之構成要件相符，應以累犯論，原確定判決未論以累犯，即有依法應於審判期日調查之證據而未予調查及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 一〇五年度台非字第三一號
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毒品危害防制條例等罪案件，

對於台灣高等法院中華民國一〇四年四月二十八日第二審確定判決（一〇三年度上訴字第二九九五號，起訴案號：台灣桃園地方法院檢察署一〇二年度偵字第一一六九九、一七一七五、一七一七六號），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；必確定判決不利於被告，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。故非常上訴之是否提起，刑事訴訟法第四百四十一條乃採便宜主義，規定「得」提起，並非「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、確定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，或確定判決不利於被告，非予救濟，不足以保障人權者外，倘確定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；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「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」；「裁判確定後，發覺為累犯者，依前條之規定更定其刑。但刑之執行完畢或赦免後發覺者，不在此限」；「依刑法第四十八條應更定其刑者……，由該案犯罪事實最後判決之法院之檢察官，聲請該管法院裁定之」，刑法第四十七條第一項、第四十八條及刑事訴訟法第四百七十七條第一項分別定有明文。判決確定後始發覺被告為累犯者，除其發覺已在刑之執行完畢或赦免後之外，應由該案犯罪事實最後判決之法院之檢察官，聲請該管法院依累犯加重其刑之規定，裁定更定其刑，重新為加重刑度之量定，且其效力及於被告，應依更定後之刑度執行，不得提起非常上訴。本件原確定判決係認定被告某甲意圖營利，於民國一〇二年五月七日下午九時三十七分後某時許，在桃園縣桃園市（改制為桃園市桃園區）中正路，以新台幣（下同）二千五百元之價

格，販賣第一級毒品海洛因約0.3公克予龔○○既遂；於同年十一月十一日下午三時十九分十九秒許，以三千元之價格，販賣海洛因予龔○○未遂等情，因而分別論被告以販賣第一級毒品罪，處有期徒刑十五年六月；販賣第一級毒品罪，未遂，處有期徒刑七年八月，並諭知相關之從刑，主刑部分應執行有期徒刑十六年。非常上訴意旨所指：被告於九十七年間(1)因施用第一級、第二級毒品案件，經台灣桃園地方法院以九十七年度審訴字第一九五三號判決分別判處有期徒刑七月、三月，應執行有期徒刑八月確定；(2)因施用第一級、第二級毒品案件，經同院以九十七年度審訴字第二七二二、三三八一、三五一一號判決分別判處有期徒刑七月（共四罪）、四月（共四罪），應執行有期徒刑二年四月確定；(3)因施用第一級、第二級毒品案件，經同院以九十七年度審訴字第二九四三號判決分別判處有期徒刑七月、三月，應執行有期徒刑八月確定；(4)因贓物案件，經同院以九十八年度桃簡字第一六三一號判決判處有期徒刑三月確定；(5)因竊盜案件，經同院以九十八年度審易字第一五七八號判決判處有期徒刑五月確定。上揭(1)至(5)各罪刑，嗣經同院以九十九年度聲字第六九〇號裁定定應執行刑有期徒刑三年六月確定（下稱前案），業於一〇一年七月五日執行完畢。至於被告因施用毒品案件，經同院以九十八年度審訴字第一〇三三號判決應執行有期徒刑一年六月確定，並於一〇一年七月六日接續前案執行，

經與前案合併計算假釋最低執行期間，於一〇一年十二月二十二日縮短刑期假釋出監併交付保護管束，而假釋於一〇二年十月三十日經撤銷，亦不影響前案業已執行完畢之效力。原確定判決認定被告所犯販賣第一級毒品既遂罪、販賣第一級毒品未遂罪，係在前案所處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，應依刑法第四十七條第一項規定，論以累犯並加重其刑。原確定判決疏未注意及此，漏未適用累犯規定加重其刑，自屬違背法令等情。惟依非常上訴書所附台灣桃園地方法院檢察署檢察官一〇四年執丙字第一一二五六號執行指揮書之記載，檢察官指揮執行原確定判決所定應執行有期徒刑十六年，刑期起算日期為一百十一年七月二十日，執行期滿日為一百二十七年七月十九日。原確定判決所定應執行有期徒刑十六年，尚未執行完畢，揆諸上開說明，犯罪事實最後判決之法院之檢察官，尚非必然不得依刑法第四十八條前段及刑事訴訟法第四百七十七條第一項規定，聲請該管法院裁定更定其刑，不得逕行提起非常上訴。至於非常上訴書所附全國刑案資料查註表顯示，台灣高等法院檢察署檢察官依刑法第四十八條前段之規定，聲請依累犯規定更定其刑，經台灣高等法院於一〇四年十月三十日以一〇四年度聲字第二九九〇號裁定駁回。惟非常上訴意旨並未指明被告有何不符刑法第四十八條所定聲請依累犯規定更定其刑之情形，本院無從審酌。況犯數罪而受二以上徒刑之執

行，倘符合數罪併罰並經裁定應執行刑者，在所裁定之執行刑尚未全部執行完畢以前，各罪之宣告刑均不發生執行完畢之問題。若非屬數罪併罰，而係由檢察官分別簽發執行指揮書接續執行者，其所受二以上徒刑本係得各別獨立執行之刑，雖依刑法第七十九條之一規定，合併計算假釋期間結果，最低應執行之期間得以放寬。惟此與累犯之規定，應分別觀察與適用，尚不能因有刑法第七十九條之一之規定，即就累犯之規定另作例外之解釋。於此情形，接續執行之二以上徒刑，應以核准開始假釋之時間為基準，倘於核准開始假釋時，原各得獨立執行之徒刑，其中之一依其執行指揮書已執行期滿者，即得認為與上開累犯之構成要件相符，此為本院最近所持之見解。非常上訴意旨所指被告有應論以累犯之情形，雖非無據。但原確定判決尚非不利於被告，且本院就此法已有一致法律見解，欠缺原則上之重要性或爭議性，依上開說明，難謂與統一適用法令有關，而有提起非常上訴之必要性。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 五 年 二 月 四 日

【第十一案】

一、關係條文

刑 法 第 47 條第 1 項、第 185 條之 3 第
1 項第 1 款

刑 事 訴 訟 法 第 378 條、第 447 條第 1 項第款

二、非常上訴理由

一、按判決確定後，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；次按判決適用法則不當者，為違背法令，刑事訴訟法第 378 條定有明文。再接受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，5 年內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至 2 分之 1，刑法第 47 條第 1 項亦定有明文。

二、經查，台灣桃園地方法院（下稱桃園地院）104 年度原壠交簡字第 9 號案（下稱原判決）以被告『邱○○』於民國 103 年 12 月 25 日凌晨 3 時許起至同日凌晨 3 時 30 分許止，在桃園市中壠區環北路上某『7-11』超商飲酒後，明知已不能安全駕駛動力交通工具，仍徒步走至鄰近之『○○輪胎行』後，自該輪胎行騎乘車牌號碼 000-000 號之輕型機車行駛於道路之上，嗣為警攔檢查獲，並測得呼氣酒精濃度達每公升 0.59 毫克之情，而

認被告犯刑法第 185 條之 3 之公共危險罪，累犯《『邱○○』前因犯公共危險案，經桃園地院【98 年度桃交簡字第 2624 號案】於 98 年 7 月 22 日判處有期徒刑 4 月確定，嗣於 99 年 4 月 23 日執行完畢，該院認於 5 年內之 103 年 12 月 25 日凌晨 3 時故意再犯本件有期徒刑以上之罪，而認定本案被告為累犯》，處有期徒刑 5 月，併科罰金新台幣 1 萬元，有期徒刑如易科罰金，罰金如易服勞役，均以新台幣 1000 元折算 1 日。嗣被告某甲於偵查中冒用『邱○○』之年籍資料應訊之情被發現，桃園地院因台灣桃園地方法院檢察署檢察官之聲請（104 年度執聲字第 1500 案），於 104 年 7 月 9 日裁定更正本案被告之姓名為【某甲】，年籍資料為【民國 00 年 0 月 00 日生，籍設桃園市○○區○○村○○○0 號，現居桃園市○○區○○路 00 號 3 樓之 1，國民身分證統一編號：Z000000000 號】，惟被告某甲於本件犯罪時間 103 年 12 月 25 日之前 5 年內，並未有任何受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免之構成累犯情事，即原判決認定被告為累犯，有適用法則不當之違背法令之情事。且於被告不利。

三、爰依刑事訴訟法第 441 條、第 443 條之規定提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇五年度台非字第三三號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲（冒名邱〇〇）

上列上訴人因被告公共危險案件，對於台灣桃園地方法院中華民國一〇四年一月二十七日第一審確定簡易判決（一〇四年度原壠交簡字第九號，聲請簡易判決處刑案號：台灣桃園地方法院檢察署一〇三年度速偵字第七六九三號），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。

某甲駕駛動力交通工具而有吐氣所含酒精濃度達每公升零點二五毫克以上情形，處有期徒刑肆月，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 378 條定有明文。又刑法關於累犯之規定，以受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，5 年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為其成立要件，此觀刑法第 47 條第 1 項規定甚明。查本件被告某甲於 103 年 12 月 25 日凌晨 3 時許起至同日凌晨 3 時 30 分許止，在桃園市中壢區環北路上某「7-11」超商飲酒後，明知已不能安全駕駛動力交通工具，仍徒步走至鄰近之「〇〇輪胎行」後，自該輪胎

行騎乘車牌號碼 000-000 號之輕型機車行駛於道路上，為警攔檢查獲，並測得呼氣酒精濃度達每公升 0.59 毫克，其於警詢及檢察官偵訊時冒用「邱○○」姓名應訊，並由台灣桃園地方法院檢察署檢察官聲請以簡易判決處刑（103 年度速偵字第 7693 號），經原審以簡易判決（下稱原判決）判處被告犯刑法第 185 條之 3 第 1 項第 1 款規定之駕駛動力交通工具而有吐氣所含酒精濃度達每公升 0.25 毫克以上罪「累犯」之罪刑（處有期徒刑 5 月，併科罰金新台幣＜下同＞1 萬元，有期徒刑如易科罰金，罰金如易服勞役，均以 1000 元折算 1 日）確定。檢察官嗣通知邱○○到案執行，並經指紋鑑定，始發現係被告冒用「邱○○」名義，乃函知台灣桃園地方法院，該院於 104 年 7 月 9 日以本件為警當場查獲、詢問及移送檢察官偵訊之真正犯罪行為人均為被告，檢察官所指請求法院判決之對象亦始終為被告，而僅因其冒名「邱○○」，致檢察官之聲請簡易判決處刑書及原判決均誤載為「邱○○」，此僅為姓名之誤寫，不影響全案情節與判決主旨，而以裁定將原判決當事人、主文、事實及理由欄內被告姓名、年籍、住址等人別資料均予更正等情，有各相關偵、審、執行卷及聲請簡易判決處刑書、原判決、更正裁定等附卷可證。又被告於本件犯罪時間即 103 年 12 月 24 日前 5 年以內，並無任何受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免構成累犯之前案執行情形，有被告刑案查註紀錄表可稽，從而本件被告犯

罪時，並不構成累犯。原判決誤以其所冒名「邱○○」之前科紀錄為認定依據，對被告本件公共危險犯行，依刑法第 47 條第 1 項規定論以累犯，並加重其刑，自有判決適用法則不當之違法（原判決此項違誤因已影響判決之本旨，不得逕以裁定更正之，原法院上開裁定同時更正原判決有關累犯之記載及法條之適用部分，應屬無效，不生更正之效力，附此敘明）。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，刑法第一百八十五條之三第一項第一款、第四十一條第一項前段，判決如主文。

中 華 民 國 一 ○ 五 年 二 月 二 十 四 日

【第十二案】

一、關係條文

刑 法 第 50 條、第 51 條、第 53 條
刑 事 訴 訟 法 第 441 條、第 443 條、第 446
 條

二、非常上訴理由

一、按定應執行刑之裁定，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。又裁判確定前犯數罪者，併合處罰之；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；刑法第 50 條、第 53 條訂有明文。是刑法第 51 條之數罪併罰，應以合於同法第 50 條之規定為前提；而第 50 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 51 條所列各款，定其應執行之刑。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 51 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，擇其中最為有利或不利於被告之數罪，合併定其應執行之刑，此有最高法院 100 年度台非字第 309 號判決可稽。從而，數罪併罰係以裁判確定前所犯，且分別宣告為同種類之刑為要件，如受刑人犯數罪均經判決確定者，應以最先判決確定案件之確定日期為基準，與其他各案之犯罪日期逐一比較，若他案之犯罪日期在最先確定案件之確定日期前者，彙為一案分「執聲」案，聲請法院定應執行刑。依此方法，再找出前述先行確定之案件後，始告確定之案件，比照以上方式辦理，另彙一案，聲請法院裁定。又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及定刑規則，即屬違背法令，對於後裁定，得提起非常上訴（最高法院 68 年台非字第 50 號判例參照）。

二、經查，被告所犯如本件裁定附表所示編號 4 所示之竊盜罪（即臺灣新北地方法院檢察署 104 年度偵字第 28944 號案件，嗣經臺灣新北地方法院以 105 年度審簡字第 201 號判決有期徒刑 6 月，於 105 年 5 月 9 日確定），其犯罪時間為 103 年 4 月 29 日。依上述說明，原應與被告於 102 年 10 月間所犯並先於 103 年 7 月 17 日判決確定之施

用毒品等罪（詳見臺灣新北地方法院 105 年 8 月 29 日 105 年度聲字第 3450 號裁定附表編號 1 至 3）合併聲請法院裁定應執行刑，始為適法。本件臺灣新北地方法院於 105 年 8 月 3 日誤將前開竊盜罪與 105 年度聲字第 3423 號附表所示之其他案件一併定刑，並已於 105 年 8 月 18 日確定在案。揆諸前揭說明，其裁定即有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 441 條、第 443 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 一〇六年度台非字第六二號
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等罪案件，對於臺灣新北地方法院中華民國 105 年 8 月 3 日定應執行刑確定裁定（105 年度聲字第 3423 號，聲請案號：臺灣新北地方法院檢察署 105 年執聲字第 2162 號），認為違法，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：定應執行刑之裁定，與科刑判決有同等之效力，於裁定確定後，如發現有違背法令之情形，自得對之提起非常上訴。又非常上訴旨在糾正法律上之錯誤，藉以統一法令之適用，不涉及事實認定問題，故非常上訴審應依原裁判所確定之事實為基礎，僅就原裁判所認定之事實，審核適用法令有無違誤。在裁判確定前犯數罪者，併合處罰之。數罪併罰，有二裁判以上者，依第 51 條規定，定其應執行之刑，刑法第 50 條第 1 項前段、第 53 條分別定有明文。至於有刑法第 50 條第 1 項但書情形者，依同條第 2 項規定則應經受刑人請求檢察官聲請定應執行刑。被告所犯數罪有二裁判以上時，其所犯各罪是否合於數罪併罰規定，應以各裁判中最初判決確定者為基準，凡在該裁判確定前所犯之各罪，均應依刑法第 50 條、第 51 條各款規定，定其應執行之刑。因之，檢察官聲請定應執行刑之案件，法院就檢察官所聲請定應執行刑之各罪審核結果，認為均合於定應執行刑之要件而為裁定，於法即無不合。又數罪併罰定應執行刑之裁判確定後，如發覺其中之一罪或數罪，與他罪合於定應執行刑要件，即得由檢察官聲請後另為裁定，則原先所定應執行刑裁定，因情事變更，當然失其效力，難認其有何違法可言。

本件臺灣新北地方法院 105 年度聲字第 3423 號裁定（下稱原裁定）附表編號 1 至 3 所示之罪，雖曾由臺灣士林地方法院以 105 年度聲字第 663 號裁定定應執

行有期徒刑 2 年，但因與原裁定附表編號 4 所示之罪合於定應執行刑要件，檢察官因被告之請求，而向臺灣新北地方法院聲請合併定應執行刑，經原裁定定應執行有期徒刑 2 年 4 月，則臺灣士林地方法院上開裁定，當然失其效力，難認原裁定有違法可言。雖檢察官嗣後發現編號 4 之罪與臺灣新北地方法院 105 年度聲字第 3450 號裁定附表所示各罪，合於定應執行刑要件，亦屬檢察官得否另聲請更定應執行刑之問題，難認原裁定有何違背法令。至於本院 68 年台非字第 50 號判例，係指相同數罪，重複定應執行刑，與本案情形不同，自非得據為指摘原裁定違反一事不再理原則。揆諸首開說明，原裁定並無非常上訴意旨所指之違法。其非常上訴為無理由，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第 446 條，判決如主文。

中華民國一〇六年四月十二日

【第十三案】

一、關係條文

刑 法 第 50 條、第 51 條第 2 項、第 59
條、第 185 條之 4
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。查刑法第一百八十五條之四之肇事逃逸罪，法定刑為一年以上七年以下有期徒刑之罪，與刑法第四十一條得易科罰金之罪，需符合最重本刑為五年以下有期徒刑以下之罪之規定不合，依法並不得易科罰金，原審誤認而定易科罰金之折算標準，顯有違誤；況得易科罰金之罪與不得易科罰金之罪，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，刑法第五十一條第二項定有明文，是本件受刑人所犯過失傷害與肇事逃逸，經法院各判處有期徒刑三月、六月，上開二罪各屬得易科罰金與不得易科罰金之罪，應由受刑人聲請檢察官定刑，法院始得依刑法第五十一條定刑，原審逕定應執行刑有期徒刑八月，顯與法不合。是原審判決並顯違背法令。

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 一〇四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

上列上訴人因被告公共危險案件，對於台灣桃園地方法院中華民國一〇三年十一月二十七日第一審確定判決（一〇三年度審交訴字第一九六號，起訴案號：台灣桃園地方法院檢察署一〇三年度偵字第一三六八三號），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，有明確之區隔。又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，且其違背法令情形，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。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，始得易科罰金，刑法第四十一條第一項亦規定甚明。再刑法第五十條已於民國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，修正後該條第一、二項係規定：「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」，依該規定，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，係賦予受刑人選擇權而對其有利之規定。本件原判決認定被告某甲於一〇三年五月十八日（起訴書誤載為同年八月八日）中午十二時二十四分許，騎乘車牌號碼 000-000 號重型機車沿桃園市大溪區康○路往大溪區市區方向行駛，疏未注意其同向左前方有江○○騎乘車牌號碼 000-000 號重型機車行駛於車道上之車前狀況，而未注意兩車併行之間隔，致其所騎乘之重型機車與江○○所騎乘之重型機車發生擦撞，江○○人車倒地，並因此受有右側近端肱骨骨折之傷害。詎被告明知駕駛動力交通工具肇事致人受傷，應即採取救護或其他必要之措施，並應向警察機關報告，不得駛離，且知悉該時其已騎車肇事，致江○○倒地，對其身體受有傷害有所預見，竟基於肇事逃逸之犯意，未報警處理或留在現場採取必要之救護措施或呼叫救護車，逕自騎乘上開重型機車離去等情，以其肇事後離去部分，係犯刑法第一百八十五條之四之駕駛動力交通工具肇事，致人受傷而逃逸罪，經依刑法第五十九條規定酌

減其刑後，處有期徒刑六月。惟查被告所犯肇事逃逸罪之法定最重本刑為七年有期徒刑，核與上開得易科罰金之要件不符，自不得易科罰金。乃原判決竟誤為諭知得易科罰金，且與過失傷害部分合併定應執行刑時，仍誤為諭知易科罰金之折算標準，均有違誤。惟原確定判決尚非不利於被告，且前揭違誤，除法律已有明確規定外，並有相關解釋、判例可資依循，實務上向無爭議，自無再行闡釋之必要。是原判決上開違背法令情形，於法律見解之統一，欠缺原則上之重要性，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，仍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 四 年 五 月 七 日

【第十四案】

一、關係條文

刑 法 第 50 條第 1 項但書、第 2 項、
第 53 條
刑 事 訴 訟 法 第 378 條、第 441 條、第 443 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，為刑法第五十三條所明定。本件被告某甲因犯竊盜等案件，先後經判決確定，經檢察官分別以台灣新竹地方法院檢察署一〇四年度執聲字第六二六號及台灣桃園地方法院檢察署以一〇四年度執聲字第一八二八號向各所屬管轄之台灣新竹地方法院（下稱新竹地院）及台灣桃園地方法院（下稱桃園地院）聲請定應執行刑。先後經新竹地院於一〇四年八月十一日以一〇四年度聲字第一〇〇七號及桃園地院於一〇四年八月二十日以一〇四年度聲字第三四三八號刑事裁定確定在案。惟其中被告於九十九年五月六日所犯經新竹地院以一〇四年度審易字第二二二號判處有期徒刑七月之竊盜罪，竟先後被上開二裁定

合併定執行刑（新竹地院一〇四年度聲字第一〇〇七號刑事裁定附表編號3；桃園地院一〇四年度聲字第三四三八號刑事裁定附表編號1）。是以，本件被告所犯經新竹地院一〇四年度審易字第二二二號判決確定之竊盜罪，既於一〇四年八月十一日經新竹地院以一〇四年度聲字第一〇〇七號刑事裁定合併定執行刑確定在先；其後桃園地院於一〇四年八月二十日以一〇四年度聲字第三四三八號所為之刑事裁定，顯係重複為裁定，而有適用法則不當之違背法令。

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 一〇四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

上列上訴人因被告竊盜案件，對於台灣桃園地方法院中華民國一〇四年八月二十日第一審定應執行刑確定裁定（一〇四年度聲字第三四三八號，聲請案號：台灣桃園地方法院檢察署一〇四年度執聲字第一八二八號），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：依修正後刑法第五十條第一項但書、第二項規定，裁判確定前所犯數罪，有得易科罰金之罪與不得易科罰金之罪時，需經受刑人請求檢察官聲請定應執行刑，始得就所犯數罪全部為併合處罰。倘受刑人已表明不同意者，而其所犯數罪有得易科罰金之數罪，及不得易科罰金之數罪，仍應依同條第一項前段規定，分別併合處罰（即得易科罰金之數罪，定一個執行刑；不得易科罰金之數罪，另定一個執行刑），與該條第一項但書所為之限制無關。又數罪併罰定應執行刑之裁判確定後，如發覺其中之一罪或數罪，應與其他判決確定之他罪，依數罪併罰規定另定應執行刑，而原先經定應執行刑之各罪間，反而因法律修正或其他情事變更，而有其中數罪應與其他判決確定之他罪另定其應執行刑，其餘各罪或應單獨或另定應執行刑等情形時，前定之執行刑因基礎事實已經變動，於另定執行刑後，即當然失效，自無違反一事不再理原則可言。本件被告某甲先因下列三罪：(一)、施用第二級毒品罪，經判處有期徒刑三月；(二)、施用第二級毒品罪，經判處有期徒刑四月；(三)、攜帶兇器竊盜罪，經判處有期徒刑七月，均經判刑確定（最早判決確定日期為民國九十九年八月九日），其中(一)(二)為得易科罰金之罪，(三)為不得易科罰金之罪。台灣新竹地方法院檢察署檢察官依被告之請求向台灣新竹地方法院聲請定應執行刑，經該法院於一〇

四年八月十一日以一〇四年度聲字第一〇〇七號裁定應執行有期徒刑十一月確定（下稱第一案）。嗣被告又因於九十九年七月二十三日犯攜帶兇器竊盜罪，經台灣桃園地方法院於一〇四年七月六日判處有期徒刑八月確定（下稱第二案，為不得易科罰金之罪）。被告所犯上開二案四罪為在判決確定前所犯數罪，因被告表明就得易科罰金之罪與不得易科罰金之罪，要分別聲請定應執行刑，台灣桃園地方法院檢察署檢察官乃就被告所犯第一案中第三罪及第二案共二罪（均為攜帶兇器竊盜罪，俱為不得易科之罪）聲請定應執行刑，台灣桃園地方法院乃以一〇四年聲字第三四三八號裁定定應執行有期徒刑一年一月確定；以上有被告所犯上開二案四罪判決書、上開二次定應執行刑裁定、被告出具之受刑人是否聲請定應執行刑調查表可稽。依上，被告所犯之上開二案四罪為裁判確定前所犯數罪，因被告表明就其中所犯得為易科罰金之二罪（第一案之第一、二罪）與不得為易科罰金之二罪（第一案之第三罪及第二案）分別定應執行刑，檢察官乃就不得為易科罰金之二罪聲請定應執行刑，原審法院乃予以裁定，依首開說明，於法並無不合。第一案之第三罪雖前經與另二罪定應執行刑，然第一案所定之執行刑因基礎事實已經變動，即當然失效，本件再與第二案定應執行刑，自無違反一事不再理原則可言。非常上訴意旨指摘原裁定有適用法則不當之違法，應有誤解，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 四 年 十 二 月 三 日

【第十五案】

一、關係條文

刑 法 第 51 條、第 53 條
刑 事 訴 訟 法 第 379 條第 4 款、第 441 條、
 443 條、第 477 條第 1 項

二、非常上訴理由

- 一、按法院所認管轄之有無係不當者，其判決當然違背法令，刑事訴訟法第 379 條第 4 款定有明文；裁判確定前犯數罪者，併合處罰之，數罪併罰有二裁判以上者，依刑法第 51 條之規定，定其應執行之刑，應依此規定定其應執行之刑者，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，亦為同法第 477 條第 1 項所明定。因之，聲請定應執行刑應由最後事實審法院檢察署檢察官向該法院為之。又定執行刑之裁定，具有與實體判決同一之效力，於裁定確定後，認為違法，得提起非常上訴。
- 二、經查本件受刑人某甲犯如原裁定附表所示之公共危險等 3 罪，先後經臺灣高雄地方法院以 104 年度交簡字第 2189 號、臺灣桃園地方法院以 104 年度審交簡字第 145 號判決確定，該 3 案合於數罪併罰之規定，判決確定日期依序為 104 年 5 月 27

日及 104 年 7 月 7 日，是臺灣桃園地方法院為最後之事實審法院，故本件定應執行刑，應由臺灣桃園地方法院檢察署檢察官聲請臺灣桃園地方法院裁定之，始屬適法。惟本件臺灣高雄地方法院檢察署檢察官誤向臺灣高雄地方法院聲請定應執行刑，原審未察，亦誤認有管轄權而予裁定，依首開說明，原裁定當然違背法令。

三、案經確定，且於受刑人不利。爰依刑事訴訟法第 441 條、第 443 條提起非常上訴，以資糾正及救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇五年度台非字第一〇二號
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一〇五年一月二十七日確定裁定（一〇五年度聲字第四五六號），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。

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，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。是數罪併罰定執行刑之裁定，以各犯罪事實中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」，係以判決時為準，不問判決確定之先後。本件被告某甲犯如原裁定附表編號 1 至 3 之罪，均經判決確定，其中編號 1、2 之公共危險罪，係台灣高雄地方法院於民國一〇四年五月六日以一〇四年度交簡字第二一八九號判決，同年五月二十七日確定，編號 3 之公共危險罪，係台灣桃園地方法院一〇四年六月十日以一〇四年度審交簡字第一四五號判決，同年七月七日確定，有各該判決及台灣高等法院被告前案紀錄表可稽。依首開說明，自應由台灣桃園地方法院裁定該三罪之執行刑，方屬適法。惟台灣高雄地方法院檢察署檢察官不察，誤向台灣高雄地方法院聲請裁定，該院就其管轄權之有無亦疏未調查，即裁定應執行刑有期徒刑一年二月，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 五 年 六 月 十 六 日

【第十六案】

一、關係條文

刑 法 第 51 條第 5 款至第 7 款、第 53 條
刑 事 訴 訟 法 第 441 條、第 443 條、第 477 條
 第 1 項

二、非常上訴理由

- 一、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，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；而所謂『該案犯罪事實最後判決之法院』係以判決時為準，不問其判決確定之先後；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（最高法院一〇五年度台非字第一〇二號刑事判決參照）。
- 二、查本件被告某甲犯如原裁定附表編號 1 至 24 所示各罪，均經確定在案，其中編號 1 之施用毒品罪，經臺灣宜蘭地方法院於民國一〇四年八月二十六日以一〇四年度訴字第二三二號刑事判決判

處罪刑，於一〇四年九月十四日確定；編號 2 之竊盜罪，經臺灣宜蘭地方法院於一〇四年八月二十六日以一〇四年度易字第三〇五號刑事判決判處罪刑，於一〇四年九月二十一日確定；編號 3 之竊盜罪，經臺灣高等法院於一〇四年十月一日以一〇四年度上易字第一九二六號刑事判決判處罪刑，於一〇四年十月一日確定；編號 4 至 13 之竊盜罪，經臺灣宜蘭地方法院於一〇四年十月八日以一〇四年度易字第三八七號刑事判決分別判處罪刑，於一〇四年十一月二日確定；編號 14、15 之竊盜罪，經臺灣宜蘭地方法院於一〇四年十一月二十七日以一〇四年度易字第四六〇號刑事判決分別判處罪刑，於一〇四年十二月二十四日確定；編號 16 至 18 之毒品罪，經臺灣宜蘭地方法院於一〇四年十二月二十五日以一〇四年度訴字第四一四號刑事判決分別判處罪刑，於一〇四年十二月二十五日確定；編號 19、20 之毒品罪，經臺灣宜蘭地方法院於一〇五年三月十七日以一〇五年度訴字第三五號刑事判決分別判處罪刑，於一〇五年四月七日確定；編號 21 之詐欺罪，經臺灣臺北地方法院於一〇五年十月十二日以一〇五年度訴字第二五二號刑事判決判處罪刑，於一〇五年十一月八日確定；編號 22 之竊盜罪，經臺灣高等法院於一〇五年四月二十一日以一〇四年度上易字第二四七四號刑事判決判處罪

刑，於一〇五年四月二十一日確定；編號 23、24 之竊盜罪，均經臺灣宜蘭地方法院於一〇五年九月二日以一〇五年度易字第一八七號刑事判決判處罪刑，於一〇五年九月十九日確定，有各該刑事判決書及刑案資料查註表附卷可稽。是本件犯罪事實之最後判決法院為編號 21 之臺灣臺北地方法院，按諸首開說明，自應由臺灣臺北地方法院檢察署檢察官，就被告所犯上開各罪，聲請臺灣臺北地方法院合併定其應執行之刑，方屬適法。惟臺灣宜蘭地方法院檢察署檢察官不察，誤向原審法院聲請，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，裁定定其應執行刑為有期徒刑十年六月，自屬違背法令。

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，以資糾正與救濟。

三、 附錄

最高法院刑事判決 一〇六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

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，對於臺灣宜蘭地方法院中華民國一〇六年三月三十一日確定裁定（一〇六年度聲字第一七三號），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

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，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。是數罪併罰定執行刑之裁定，以各犯罪事實中最後判決之法院為管轄法院，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」，係以判決時為準，不問判決確定之先後。本件被告某甲犯如原裁定附表編號 1 至 24 所示之罪，均經判決確定，其中編號 1 所示之違反毒品危害防制條例罪，係臺灣宜蘭地方法院（下稱宜蘭地院）於一〇四年八月二十六日，以一〇四年度訴字第二三二號刑事判決判刑，於同年九月十四日確定；編號 2 所示之竊盜罪，係同院於同年八月二十六日，以一〇四年度易字第三〇五號刑事判決判刑，於同年九月二十一日確定；編號 3 所示之竊盜罪，係臺灣高等法院於同年十月一日，以一〇四年度上易字第一九二六號刑事

判決判刑，於同日確定；編號 4 至 13 所示之竊盜罪，亦均係宜蘭地院於同年十月八日，以一〇四年度易字第三八七號刑事判決分別判刑，於同年十一月二日確定；編號 14、15 所示之竊盜罪，復係同地院於同年十一月二十七日，以一〇四年度易字第四六〇號刑事判決分別判刑，於同年十二月二十四日確定；編號 16 至 18 所示之違反毒品危害防制條例罪，同均係該地院於同年十二月二十五日，以一〇四年度訴字第四一四號刑事判決分別判刑，於同日確定；編號 19、20 所示之違反毒品危害防制條例罪，仍均係同院於一〇五年三月十七日，以一〇五年度訴字第三五號刑事判決分別判刑，於同年四月七日確定；編號 21 所示之詐欺罪，則係臺灣臺北地方法院（下稱臺北地院）於一〇五年十月十二日，以一〇五年度訴字第二五二號刑事判決判刑，於同年十一月八日確定；編號 22 所示之竊盜罪，係臺灣高等法院於一〇五年四月二十一日，以一〇四年度上易字第二四七四號刑事判決判刑，於同日確定；編號 23、24 所示之竊盜罪，又均係宜蘭地院於一〇五年九月二日，以一〇五年度易字第一八七號刑事判決判刑，於同年九月十九日確定，有各該判決書影本及刑案資料查註表附卷可稽。依首開說明，自應由臺北地院裁定該二十四罪之執行刑，方屬適法。惟宜蘭地院檢察署檢察官不察，誤向宜蘭地院聲請裁定，該院就其管轄權之有無亦疏未調查，即裁定應執行刑為有期徒刑十年六月，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 六 年 六 月 二 十 二 日

【第十七案】

一、關係條文

刑	法	第 55 條、第 214 條
刑 事 訴 訟 法		第 344 條第 1 項、第 348 條第 1 項、第 361 條、第 379 條第 12 款、第 380 條

二、非常上訴理由

- 一、按非常上訴為判決確定後之特別救濟程序，依刑事訴訟法第四百四十一條規定：『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。』賦予最高法院檢察署檢察總長於發見確定判決之審判係違背法令，有提起非常上訴之專屬權限，除要求具確定判決之審判違背法令之條件外，並無其他限制。檢察總長就違背法令之確定裁判，自得考量下列因素，如確定判決之安定性、統一法令適用之重要性、救濟被告權益與發現真實使刑罰權正確行使間之平衡、違背法令之嚴重性等，綜以衡酌有無提起非常上訴之必要，至其提起非常上訴後，所主張裁判違背法令是否有理由，則屬最高法院審判權責，二者不容混淆。依上開規定，亦顯見我國非常上訴制度，係以糾正違法裁判、

統一法律適用為主旨，至救濟被告之利益並非非常上訴之主要目的，『利或不利於被告』應至最高法院認為非常上訴有理由後，始須予考量之非常上訴制度後段效果，作為其判決方式及是否使判決發生現實效力或僅生理論效力之區分，此由同法第四百四十七條第一項第一款規定『認為非常上訴有理由者，應分別為左列之判決：一、原判決違背法令者，將其違背之部分撤銷。但原判決不利於被告者，應就該案件另行判決。』可明。另參考司法院釋字第五七四號解釋亦明認『…而訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件，則由立法機關衡量訴訟案件之種類、性質、訴訟政策目的，以及訴訟制度之功能等因素，以法律為正當合理之規定。』然最高法院欲變更非常上訴程序，卻未循修法途徑，於民國九十七年九月二日逕以法院組織法第七十八條授權規定之最高法院處務規程第三十二條規定之『刑事庭會議』決議，未經公開或辯論程序，即自行作成『關於非常上訴之補充決議』，除將得提起非常上訴之範圍侷限在對被告不利之判決，增列諸多法條未規定之條件及概念未明之原則限制，已實質干預檢察總長之提起非常上訴之專屬權限外；並將原法定檢察總長之裁量決定權，以『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。』

擴張引伸成為最高法院亦有准否上訴裁量權，其超越法律之規定，自行立法擴張最高法院之審判權限，變更原非非常上訴之立法目的，侵犯立法權，並違反上揭司法院釋字第五七四號解釋意旨。舉例言之，依該決議，形成違法量刑低於法定最低度刑，如殺人罪法定最低度刑為有期徒刑十年，法院誤判為一年，因非不利於被告，亦不得提起非常上訴糾正，縱提起之，最高法院亦諭知『上訴駁回』，使得該違法判決永存，原欲糾正違背法令確定裁判之立法目的淪喪，違法判決只要有利被告即得不受非常上訴監督，其不合法、不合理處不言可喻，先此敘明。

- 二、次按債權人就金錢請求或得易為金錢請求之請求，欲保全強制執行者，得聲請假扣押。假扣押非有日後不能強制執行或甚難執行之虞者，不得為之。請求及假扣押之原因，應釋明之；前項釋明如有不足，而債權人陳明願供擔保或法院認為適當者，法院得定相當之擔保，命供擔保後為假扣押，民事訴訟法第五百二十二條第一項、第五百二十三條、第五百二十六條第一項、第二項定有明文。故債權人聲請假扣押應就其請求及假扣押之原因加以釋明，兩者缺一不可。該項釋明如有不足而債權人陳明願供擔保或法院認為適當，法院始得定相當之擔保，命供擔保後為假扣押。若債權人就其請求及假扣押之原因有一項未予釋

明，法院即不得為命供擔保後假扣押之裁定。此所稱釋明，乃謂當事人提出能即時調查之證據，使法院就其主張之事實，得生薄弱之心證，信其大概如此而言（參酌最高法院九十九年度台抗字第三一一號民事裁判意旨）。至所謂請求之原因，係指債權人金錢請求或得易為金錢請求之發生緣由（民事訴訟法第五百二十二條第一項）；而假扣押之原因，則指有日後不能強制執行或甚難執行之虞（同法第五百二十三條第一項），如債務人浪費財產，增加負擔，或就其財產為不利益之處分，將成為無資力之狀態，或將移住遠地、逃匿無蹤、隱匿財產等是（參酌最高法院九十三年度台抗字第三二三號、九十四年度台抗字第四六三民事裁定意旨）。又『假扣押事件係屬保全程序，法院僅能為形式上之審查，就有關實體上權利義務法律關係並無審查權限。』（參酌最高法院一〇一年度台抗字第三三三號民事裁定意旨）。本件某乙據以釋明假扣押請求之原因為系爭結算書，法院僅需就上開結算書為形式上審查即可，至於結算書所載內容是否真正，法院並無實體審查權，乃原判決以：被告三人縱有公訴意旨所指共同使承辦之司法事務官將不實債權事項登載於職務上所製作之民事假扣押裁定之事實，但承辦假扣押保全事件之司法事務官既須為實質審查，以判斷其真實與否，始得為一定之記載，依據上開說

明，台灣屏東地方法院（下稱屏東地院）一〇三年一月二十七日一〇三年度司裁全字第一五號民事裁定即非使公務員登載不實之文書，就此部分即應對被告三人為無罪之諭知。另上開民事假扣押裁定既非不實文書，即無行使該不實文書可言，而認被告三人前揭部分罪嫌不足云云，參酌前揭說明，原判決此部分適用法則不當，容有違背法令之情。

- 三、有關債權人以不實之債權向法院聲請假扣押而論以犯刑法第二百十四條使公務員登載不實罪之案例分別有台灣高等法院台中分院一〇〇年度上易字第五四五號判決及台灣嘉義地方法院九十六年度易字第七三四號判決可參。因原判決於此部分見解與前揭司法實務為相歧異之法律見解，此項法律見解爭議，對現今及未來檢察機關偵辦此類案件標準之統一性有影響，法院對於此類案件之法律見解，具有原則上之重要性，即所涉及之法律問題意義重大而有加以闡釋之必要，及對法律之續造有重要意義，以免因法律見解之不一致，影響法之安定性及人民對司法之信賴，故認有依非常上訴程序以為救濟之必要，並尋求統一法律見解，俾利遵循。
- 四、再刑法第五十五條所謂一行為觸犯數罪名，就故意犯而言，係指對於該數罪同時有其犯意而藉一個行為以達成之而言，若對於另一犯罪係臨時起

意，而行為亦不止一個，或基於同一之犯意而行為又先後可分，即非刑法第五十五條前段之想像競合犯，應為數罪併罰（參酌最高法院九十九年度台上字六〇一六號刑事判決意旨）。被告前後對使司法事務官登載不實，及使地政事務所公務員登載不實之事實，於時間差距上俱可分開，行為先後可分，在刑法評價上，似應屬各具獨立性之數罪併罰關係。然原判決論以：被告三人縱有公訴意旨所指共同使承辦之司法事務官將不實債權事項登載於職務上所製作之民事假扣押裁定之事實，但承辦假扣押保全事件之司法事務官既須為實質審查，以判斷其真實與否，始得為一定之記載，依據上開說明，屏東地院一〇三年一月二十七日一〇三年度司裁全字第一五號民事裁定即非使公務員登載不實之文書，就此部分即應對被告三人為無罪之諭知。另上開民事假扣押裁定既非不實文書，即無行使該不實文書可言，惟此部分與有罪之上開使地政事務所公務員登載不實事項於土地登記謄本論罪部分，係屬一行為想像競合犯之裁判上一罪關係，就被告三人行使不實文書部分爰不另為無罪之諭知云云，其適用法則不當，亦有違背法令之情事。

- 五、末按，除有特別規定外，已受請求之事項未予判決，或未受請求之事項予以判決者，其判決為當然違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第十二

款定有明文。本件被告向屏東地院聲請假扣押及聲請強制執行使地政事務所公務員為假扣押登記，係屬二行為。故第一審判決分別論述二行為無罪之原因。而檢察官上訴第二審，雖對第一審判決不服，惟僅對使承辦之司法事務官將不實債權事項登載於職務上所製作之民事假扣押裁定之事實部分敘述具體理由，並未對使地政事務所公務員登載不實部分敘述上訴理由，檢察官上訴時所附告訴人請求上訴狀，亦僅針對使司法事務官登載不實部分為不服之表示。原審準備程序及審理時檢察官亦未對使地政事務所公務員登載不實部分陳述上訴理由，自難認檢察官對使地政事務所公務員登載不實部分已為合法之上訴。參酌前揭說明，原審就使地政事務所公務員登載不實部分為判決，容有未受請求之事項予以判決之違背法令情事，亦有判決適用法則不當之違法。此部分案經確定，且於被告不利。

六、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 一〇五年度台非字第六六號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲
某乙

某丙

上列上訴人因被告等偽造文書案件，對於台灣高等法院高雄分院中華民國一〇四年十二月二十九日第二審確定判決（一〇四年度上易字第四九八號，起訴案號：台灣屏東地方法院檢察署一〇三年度偵字第三四一二、四二二七號），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：(一)、文書在法律交往與經濟過程中，因對特定事項具有表彰一定之擔保與證明作用，而使社會共同生活之一般大眾產生相當程度之信賴。刑法上之偽造文書罪，即係為保護社會大眾對於文書之信賴，不致因不實文書危害其公共信用性以影響現代法律交往之安全性與可靠性。其中關於使公務員登載不實罪，則側重在保護公文書內容之真實性與公信力。人民因申請之客觀事實經登載於公文書上，而獲公權力機關擔保、證明其內容之真正；如其提供或聲明之事實資料虛偽不實，而經公務員登載於公文書上，因損及公文書之公共信用性，而應處罰。然公務員登載於公文書上之內容，倘非人民申請之客觀事實，而係公務員之價值判斷或思想推論，即無所謂真實與否之問題，自不成立本罪。故刑法第二百十四條所謂使公務

員登載不實事項於公文書罪，須一經他人之聲明或申報，公務員即有登載之義務，並依其所為之聲明或申報予以登載，而屬不實之事項者，始足構成，若其所為聲明或申報，公務員尚須為實質之審查，以判斷其真實與否，始得為一定之記載者，即非本罪所稱之使公務員登載不實。復按，債權人就金錢請求或得易為金錢請求之請求，欲保全強制執行者，得聲請假扣押。假扣押，非有日後不能強制執行或甚難執行之虞者，不得為之。請求及假扣押之原因，應釋明之。前項釋明如有不足，而債權人陳明願供擔保或法院認為適當者，法院得定相當之擔保，命供擔保後為假扣押。民事訴訟法第五百二十二條第一項、第五百二十三條第一項及第五百二十六條第一項、第二項分別定有明文。故請求及假扣押之原因均應先經債權人釋明，釋明如有不足，法院雖得使債權人供擔保後命為假扣押，惟使債權人供擔保與否，應由法院斟酌情形依其意見定之，非債務人所得強求。且債權人之本案債權是否確實存在，於保全程序法院固不得為實體上之審認，惟仍應從形式上審查，如認其請求並非正當，縱債權人願供擔保，亦難認足補釋明之欠缺，其聲請自屬不能准許。是法院是否准許債權人假扣押之聲請，仍應依法加以審查；亦即應就其所為釋明是否足以使法院信其請求及假扣押之原因大致為正當？如其釋明不足，債權人陳明願供擔保是否足以補強釋明之不足？如足以補強其釋明之不足，究應供若干之金

額始足以擔保債務人可能之損害等各節，均有待於法院之調查、判斷，並非一經聲請，法院即有准許之義務。故法院縱裁定准予假扣押，亦係經證據釋明、調查程序後，依自由心證判斷之結果。假扣押裁定之公文書內容，並係登載法官或司法事務官判斷債權人聲請假扣押有無理由之結果，而非擔保債權人請求原因即實體上權利義務關係存在與否之客觀事實證明。法官或司法事務官於假扣押程序固無實體審查確認請求原因存在與否之權限，然對於有無假扣押債務人財產之必要，仍應經債權人釋明、調查、判斷等程序，信其請求原因大致正當、無誤，始能准許，此仍係法官或司法事務官依其心證判斷證據釋明結果所為准駁假扣押聲請裁定之一環；自不能予以割裂觀察，率認法官或司法事務官准駁假扣押之裁定，僅屬形式上審查，欠缺其證據之價值判斷過程。原確定判決本此意旨，說明釋明亦屬實質審查，僅其證明程度不若嚴格證明、優勢證據證明為強而已，然仍與使公務員登載不實罪之成立，以公務員僅為形式審查，一經他人申明或聲報，即有登載義務之要件迥不相同等旨（見原確定判決第十三頁第三至七行），核其法律適用尚無不合，自難遽指為違法。（二）、起訴之犯罪事實，究屬實質上一罪或裁判上一罪，抑為應併罰之數罪，檢察官如於起訴書所犯法條欄有所主張並記載，固可供法院之參考，如無主張並明確記載，即應由法院依起訴書記載之事實審認判斷。倘依起訴書記載之內容判

斷，認檢察官起訴之數罪有實質上或裁判上一罪關係，審理結果，則認一部有罪，他部無罪，其無罪部分僅於判決理由內說明，敘明不另於判決主文為無罪之諭知即可，毋庸另為無罪之諭知。於此情形，法院如於判決主文為數項諭知，僅屬贅載，或判決格式正確與否之問題，並不影響於判決本旨，而與判決違背法令無涉。本件依起訴書犯罪事實之記載，被告某甲為阻撓共有人方○山、方○福及方○環等人將共有土地移轉予賴○○，明知其並無積欠某乙借款新台幣六十萬元之事實，竟與某乙、某丙共同基於使公務員登載不實之犯意聯絡，先由某甲與某乙、某丙共同製作上揭虛偽不實內容之結算書後，由某乙委由某丙持向屏東地院聲請假扣押裁定獲准（下稱甲事實），某丙再於一○三年二月六日持前揭假扣押裁定憑以向屏東地院聲請強制執行（下稱乙事實），屏東地院執行處乃發函囑託屏東縣里港地政事務所（下稱里港地政事務所）辦理假扣押查封登記，使屏東縣里港地政事務所不知情之承辦公務員，將該不實假扣押（債權債務關係）登載於職務上所掌管之土地登記簿等公文書，足生損害於方○山、方○福、方○環及地政機關對於土地登記管理之正確性（下稱丙事實）等情，因認某甲、某乙及某丙均涉犯刑法第二百十四條使公務員登載不實罪嫌，但並未敘明甲、乙、丙三事實間之法律關係（見起訴書第四頁）。依起訴意旨觀之，本件被告等人向屏東地院聲請假扣押裁定（甲事實），原意在於

行使（乙事實），而完成使里港地政事務所辦理假扣押查封登記（丙事實）之目的。則甲事實低度之使公務員（屏東地院）登載不實之行為，自應為乙事實高度之行使行為所吸收，祇應成立行使使公務員登載不實之文書（屏東地院假扣押裁定）一罪。又刑法上一行為而觸犯數罪名之想像競合犯，其存在之目的，在於避免對於同一不法要素予以過度評價，則自然意義之數行為，得否評價為法律概念之一行為，應就客觀構成要件行為之重合情形、主觀意思活動之內容、所侵害之法益與行為間之關聯性等要素，視個案情節依社會通念加以判斷。如具有行為局部之同一性，或其行為著手實行階段可認為同一者，得認與一行為觸犯數罪名之要件相伴，而依想像競合犯論擬。本件被告等人無論上揭乙、丙部分行使或使公務員登載不實行為，均係侵害公文書之公共信用法益，並俱以使公務員登載不實為犯罪之主要內容；乙部分行為，係為實現丙部分行為之效果所必要，二者間具有重要之關聯性。從行為人主觀之意思及所為之客觀事實觀察，依社會通念，其乙、丙二行為間自具有行為局部之同一性，法律評價應認屬一行為同時觸犯數罪名較為適當，自應依想像競合犯規定，以一罪處斷。原確定判決既認定丙事實部分有罪，甲、乙部分則不能成立犯罪，自應撤銷第一審無罪之判決，改判論處共同使公務員登載不實文書一罪罪刑，並於理由內敘明甲、乙部分均不另為無罪之諭知，始符彈劾主義一訴一判之

原理。原確定判決就丙事實部分，撤銷第一審無罪之判決，改判論處被告等人以共同犯使公務員登載不實罪刑；乙部分則於理由內敘明與丙部分係屬想像競合犯之裁判上一罪關係，而不另為無罪之諭知等旨（見原確定判決第十三頁），核其法律適用尚無不合，自難遽指為違法。至其甲部分贅載維持第一審無罪諭知之判決，駁回檢察官在第二審之上訴，固與上述說明不合，但要為判決關於該部分判決格式正確與否之問題，不影響於判決之本旨。參照刑事訴訟法第三百八十條規定，仍不得據為非常上訴之理由。（三）、刑事訴訟法第三百四十八條第一項規定，上訴得對於判決之一部為之；未聲明為一部者，視為全部上訴，乃於當事人之真意不甚明確時，依此規定，以確定其上訴之範圍。本件起訴書起訴某甲與某乙、某丙共同以製作上揭虛偽不實內容之結算書，向屏東地院聲請假扣押裁定獲准後，再持假扣押裁定憑以聲請強制執行，復由法院囑託里港地政事務所辦理假扣押查封登記等情。第一審判決則以屏東地院准予假扣押之裁定，係實質審查某乙所提出之假扣押聲請原因事實及相關證據而為准駁。某乙雖以不實之債權向法院聲請假扣押裁定，要與刑法第二百十四條使公務員登載不實罪之要件不符（見第一審判決第八頁第一至十四行）。至於里港地政事務所公務員在土地登記簿上所為假扣押之查封登記，係依法院囑託而為，並非依據某乙、某丙或某甲之聲請；縱假扣押原因之債權債務內容不實，

亦係經法院實質審查後所為，難謂該當使公務員登載不實罪等旨（見第一審判決第八頁倒數第一行至第七行），因而諭知某乙、某丙及某甲等三人均無罪之判決。則本件無論甲、乙、丙部分之事實，第一審均係以准許假扣押之裁定，係法院實質審查之結果，資為其諭知被告等無罪之理由。檢察官不服第一審無罪之判決，對於某乙、某丙及某甲等三人提起上訴，其上訴書並未聲明一部上訴，僅謂：「原判決判處被告某乙、某丙、某甲等三人無罪，固非無見（中略）。有關假扣押聲請案件，不論修法前抑或修法後，法院僅能為形式之審查，就有關實體上權利義務法律關係並無審查權，而原審遽認被告等三人所為與刑法第二百十四條之使公務員登載不實罪之構成要件不符，似有未洽。」「依刑事訴訟法第三百四十四條第一項、第三百六十一條，提起上訴，請撤銷原判決，為適當合法之判決」等語。又遍查第二審卷宗，檢察官亦無任何隻字片語提及僅針對甲、乙部分事實提起上訴，或對第二審列入丙事實併予審判部分有何反對之意思表示，僅陳述其起訴或上訴意旨「詳如起訴書、上訴書所載」等語（見第二審卷第五十四頁、第九十三頁背面）。則檢察官究係對全部事實均提起上訴，抑或僅對甲、乙部分事實提起上訴，其真意自有不明。揆之上揭規定，檢察官既未聲明為一部上訴，本件自應視為全部上訴；第二審法院就甲、乙、丙部分事實均予審判，於法並無不合。原確定判決自無非常上訴意旨指

摘之未受請求之事項予以判決之違背法令情事。綜上所述，本件原判決或無非常上訴意旨所指之違法情形，或其所指摘之事項不得據為非常上訴之適法理由。揆諸前揭說明，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 五 年 四 月 二 十 一 日

【第十八案】

一、關係條文

刑	法	第 55 條、第 225 條
刑	事 訴 訟 法	第 348 條、第 446 條
水	土 保 持 法	第 33 條第 1 項第 2 款、第 2 項、 第 3 項
貪	污 治 罪 條 例	第 11 條
山	坡 地 保 育 利 用 條 例	第 35 條第 1 項第 1 款、第 2 項、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；同一案件，曾經判決確定者，應為免訴判決，刑事訴訟法第三百七十八條、第三百零二條第一款分別定有明文。又『按單一性案件有起訴不可分、審判不可分及上訴不可分諸原則之適用，此觀刑事訴訟法第二百六十七條、第三百四十八條第二項規定自明。認定案件之事實是否具有不可分關係之單一性，法院審判固不受檢察官起訴或上訴見解之拘束，惟上級審法院認案屬單一性不可分，必須合一裁判者，以下級審判決之數部分事實俱屬有罪，始足當之，若事實之一部經認定為不成立或不能證明犯罪，自與其他無罪

或有罪部分之事實無不可分關係可言，若判決諭知無罪部分已經確定，縱令檢察官認該部分與未確定部分有可分關係而併予提起上訴，為維護被告該部分之既判力利益，上訴審亦不得就該部分併為實體上之審判』，有最高法院八十六年度台上字第一二四五號判決可參。從而案件之事實是否具有不可分關係之單一性，法院審判並不受檢察官起訴或上訴見解之拘束，更非以檢察官起訴書所載為犯罪事實是否單一為唯一依據（最高法院九十年度台上字第六一一八號、九十八年度台上字第五八四〇號判決意旨參照）。另最高法院一〇〇年度台上字第四八九〇號判決意旨就此項議題亦明白闡敘：『《上訴得對於判決之一部為之；未聲明為一部者，視為全部上訴。》《對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。》其中所謂《有關係之部分》，係指犯罪事實具實質上一罪或裁判上一罪關係者，依上訴不可分之原則，就其中一部上訴之效力及於全部而言。而起訴之犯罪事實，究屬可分之併罰數罪，抑為具單一性不可分關係之實質上或裁判上一罪，檢察官起訴書如有所主張，固足為法院審判之參考。然縱公訴人主張起訴事實屬實質上一罪或裁判上一罪關係之案件，經法院審理結果，認應屬併罰數罪之關係時，則為法院認事、用法職權之適法行使，並不受檢察官主張之拘束。此

際，於認係屬單一性案件之情形，因其起訴對法院僅發生一個訴訟關係，如經審理結果，認定其中一部分成立犯罪，他部分不能證明犯罪者，即應就有罪部分於判決主文諭知論處之罪刑，而就無罪部分，經於判決理由欄予以說明論斷後，敘明不另於判決主文為無罪之諭知即可，以符訴訟主義一訴一判之原理；反之，如認起訴之部分事實，不能證明被告犯罪，且依起訴之全部犯罪事實觀之，亦與其他有罪部分並無實質上或裁判上一罪關係者，即應就該部分另為無罪之判決，不得以公訴意旨認有上述一罪關係，即謂應受其拘束，而僅於理由欄說明不另為無罪之諭知。於後者之情形，法院既認被告被訴之各罪間並無實質上一罪或裁判上一罪關係，其間不生上揭所謂之上訴不可分關係，則被告僅就其中有罪部分提起上訴，自無從因審判不可分之關係，認其對有罪部分之上訴效力及於應另諭知無罪部分』等語。

- 二、本件貪污治罪條例等案件，於民國八十八年十二月十八日經檢察官以被告等涉犯貪污治罪條例第十一條之行賄罪、刑法第二百十五條教唆業務登載不實罪及水土保持法第三十三條第一項第二款、第三項、山坡地保育利用條例第三十五條第一項第三款、第三項罪嫌，因此後二罪為想像競合犯而從一重處斷；並認以上三罪為牽連犯關係提起公訴後，台灣台南地方法院於八十九年一月

十二日繫屬分案開始審理後，僅以違反山坡地保育利用條例對被告二人判刑，行賄罪及教唆業務登載不實罪部分均無罪，則因牽連犯之故而不另為無罪之諭知。上訴二審後，台灣高等法院台南分院於九十四年八月二日以九十二年度上訴字第一〇九六號判決，認被告某乙三罪均為無罪；被告某甲則僅以違反山坡地保育利用條例判刑，行賄罪及教唆業務登載不實罪部分均無罪，因牽連犯之故而不另為無罪之諭知。檢察官對此判決，亦僅就山坡地保育利用條例及行賄部分上訴，偽造文書部分並未上訴。況且檢察官嗣雖就前開原法院上訴審判決提起上訴，惟該檢察官亦認為該上訴審判決所確認之事實（亦即某甲被訴教唆業務上文書登載不實罪嫌經諭知不另為無罪部分，與其提起上訴之部分乃數罪，並無上訴不可分關係，故可分別決定是否提起上訴）；乃於上訴理由書內明示對於某甲被訴教唆業務上文書登載不實罪嫌經敘明不另為無罪諭知部分，不提起上訴（亦即僅就上訴審判決關於聲請人某甲違反山坡地保育利用條例，以及被訴行賄經敘明不另為無罪諭知等二部分提起上訴），查檢察官代表國家執行職務，依檢察一體原則，第二審檢察官如發現起訴書認事用法有誤，自得本於自己確信之法律見解，於上訴審程序另為其他適當之主張，此等更正後之法律上主張，應有取代原檢察官起訴

見解之作用；準此，法院即不得祇援引原檢察官起訴見解為論斷之唯一依據，從而依原法院上訴審判決所確認之事實，以及上訴審檢察官所持之前述更正後見解，某甲被訴教唆業務上文書登載不實罪嫌，而經原法院上訴審判決敘明不另為無罪諭知部分，應已確定，為維護聲請人某甲該部分之既判力利益，法院自不得就此部分再為實體上之裁判，原確定判決竟仍就前述已確定部分，於實體上為重複之裁判，就判決在後之系爭原確定判決而言，自屬重大違背法令而為當然無效之判決。

- 三、另按『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』，為刑法第二條第一項所明定，又刑法內關於牽連犯之規定，已於九十四年二月二日經修正刪除該法第五十五條規定，並於九十五年七月一日施行，本件某甲原被訴涉犯貪污治罪條例第十一條、刑法第二百十五條、水土保持法第三十三條第一項、第二項、第三項、山坡地保育利用條例第三十五條第一項第一款、第二項等四罪嫌，其中涉犯貪污治罪條例第十一條之行賄罪及刑法第二百十五條之教唆業務上文書登載不實等部分，均經原法院上訴審判決敘明不另為無罪之諭知，另被訴違反水上（土）保持法第三十三條第一項、第二項、第三項、及山坡地

保育利用條例第三十五條第一項第一款、第二項等二罪嫌部分，則以該二罪名係法規競合，乃依特別法優於普通法之法理，論以違反山坡地保育利用條例第三十五條第一項第一款、第二項之罪；因此，原法院上訴審判決關於某甲部分，並未援引修正前刑法第五十五條關於牽連犯之規定，作為判決之依據，甚且為判決時九十四年二月二日，修正之刑法亦尚未施行（新刑法於九十五年七月一日施行），當時並無應比較新舊法適用之問題；又最高法院撤銷發回之判決，屬實體判決（最高法院八十三年度台非字第三七二號判決意旨參照），自應有刑法第二條第一項新舊法比較規定之適用（亦即若有新舊法比較適用之問題，於最高法院為實體判決時，仍應比較新舊法之適用而為裁判，最高法院八十二年度台上字第二八二八號、八十六年度台上字第三六九九號、九十八年度台上字第二一二號、一〇〇年度台上字第五六五〇號判決參照）；本件於最高法院九十五年十月二十七日為九十五年度台上字第五八〇二號判決時，新刑法業已施行，刑法第五十五條刪除牽連犯規定之理由，復明白指出：『關於牽連犯之成立要件，依通說認應具備下列要件：（一）須係數個行為；（二）觸犯數罪名；（三）犯罪行為間須其方法、目的或原因、結果之牽連關係；（四）須侵害數個法益；（五）行為人對於數個

犯罪行為，主觀上須具概括犯意』。因此犯罪行為須係複數，其法益侵害亦係複數，而與法條競合、包括一罪等本來一罪有異，足認修正前刑法規定之牽連犯，係以複數訴之犯罪行為，侵害複數之數個被害法益，該等複數之犯罪行為，原應構成兩個以上相同或不同之獨立可罰之罪，本可分別論處其罪刑，但因基於訴訟經濟與罪刑均衡原則之刑事政策考量，方由法律明定，僅從其中最重之罪處斷（最高法院九十年度台上字第七八三五號判決意旨參照），準此，刑法關於牽連犯之規定刪除後，即應回歸牽連犯本質上原屬數罪之原貌，原則上均以數罪併罰處斷；至於就刑法為新、舊法之比較時，應就罪刑有關之共犯、未遂犯、想像競合犯、牽連犯、連續犯、結合犯，以及累犯加重、自首減輕暨其他法定加減原因（如身分加減）與加減例等一切情形。綜其全部罪刑之結果而為比較，此乃最高法院始終一貫之見解；又若無論依新刑法、抑或舊法規定，並無有利或不利之情形，於刑法修正施行後法院為裁判時，即無庸為新、舊法之比較；惟若個案仍有其他應依刑法第二條第一項之規定為新、舊法之比較情形時，則應綜其全部罪刑之結果而為比較後，整體適用法律，此亦係最高法院近來一致之法律上意見，益足認比較適用新、舊法之規定，究係以何者有利於被告，並不侷限於以法律條文

本身規範之內容為比較，尤應注重者，乃實際上其是否對被告有利、抑或不利之情形，且此項對被告有利、抑或不利情形之比較，亦不僅限於刑事事實體法之適用情形，於刑事程序法上所衍生之對被告有利、抑或不利情形（例如：有否既判力之利益等），仍應一併比較。則最高法院於九十五年十月二十七日為九十五年度台上字第五八〇二號判決時，經比較適用刑法之修正前、後規定，則某甲綜其全部罪刑之比較結果，即適用修正後刑法關於牽連犯已刪除之規定，原法院上訴審判決內關於某甲被訴教唆業務上文書登載不實罪嫌無罪部分，已因無修正前刑法牽連犯法則之適用，以數罪併罰之法理，該部分應已確定，即應認以修正後之規定，對聲請人某甲較為有利；乃最高法院於刑法關於牽連犯之規定，業經刪除後之九十五年十月二十七日，卻未為新舊法之比較適用，仍援引已因刑法修正施行而明顯不符合新法規定之檢察官起訴見解，以及業已刪除且實際上對某甲明顯不利之牽連犯規定，認某甲被訴教唆業務上文書登載不實罪嫌經諭知不另為無罪諭知部分，與其他經檢察官提起上訴部分，有審判不可分關係，而一併發回，就此誤予撤銷發回而言，顯屬於重大違背法令而當然無效之判決，其內容不生效力，受發回之法院應不受其拘束，惟此後之原法院九十五年度上更(一)字第四九八

號判決、九十九年度重上更(二)字第六四號判決、一〇〇年度重上更(三)字第一二九號判決及一〇二年度重上更(四)字第一三號判決(即原確定判決)，均仍就前開已經判決確定之某甲業務上文書登載不實部分為裁判，就此部分而言顯屬雙重判決，其內容當然無效。

- 四、某乙被訴部分，經第一審台南地方法院審理結果，認某乙被訴教唆業務上文書登載不實及行賄二罪部分，均屬不能證明，惟公訴人指此等部分均與業經其判決有罪之違反山坡地保育利用條例部分，有方法結果之牽連關係，屬裁判上一罪，乃於判決理由分別敘明均不另為無罪之諭知；嗣檢察官對第一審判決提起上訴時，亦就該判決關於某乙被訴教唆業務上文書登載不實及行賄等二罪嫌，經敘明不另為無罪之諭知部分不提起上訴；而該案經台灣高等法院台南分院審理後，則認定某乙被訴之全部罪嫌均屬不能證明，並於主文及理由內明確記載改判某乙無罪(被訴違反山坡地保育利用條例及水土保持法部分)、某乙被訴之教唆業務上文書登載不實及行賄二罪嫌，與其餘被訴罪嫌，並無裁判上一罪關係，乃就此等部分亦於主文內為無罪之宣告，並駁回檢察官就第一審判決關於某乙被訴教唆業務上文書登載不實罪嫌等部分之上訴(見該判決第三六頁、第三七頁)，且於判決內附註：『業務上登載不實部

分不得上訴』；嗣檢察官雖就前開判決提起上訴，然亦明示對被訴教唆業務上文書登載不實罪嫌經諭知無罪部分，不提起上訴，依前述檢察一體原則之法理，原法院上訴審判決所確認之事實，以及上訴審檢察官所持之前述更正後見解，某乙被訴教唆業務上文書登載不實罪嫌，而經原法院上訴審判決敘明不另為無罪諭知部分，應已確定。為維護某乙該部分之既判力利益，法院自不得就此部分再為實體上之裁判，原確定判決竟仍就前述已確定部分，於實體上為重複之裁判，就判決在後之系爭原確定判決而言，自屬重大違背法令而為當然無效之判決。另關乎某乙判決之比較新舊法適用，亦有前述與某甲判決相同法律適用錯誤之問題。

- 五、按法院之得對於具體案件，具有審判之職權，本訴訟制度之原則，係因有訴訟關係存在。此項訴訟關係，係由於訴訟繫屬而得，訴訟繫屬除因訴之撤回外，一經法院為終局判決即不存在。如訴訟關係已經消滅，其所為判決，即違法無效。而一事不再理，乃刑事訴訟之原則，實體上二重判決之後一確定判決，固屬重大違背法令而為當然無效判決，其內容雖不生效力，但並非不存在，仍具有形式之效力。如經提起非常上訴，應將二重判決撤銷，予以糾正，此有最高法院八十七年度台非字第二一九號、八十九年度台非字第二一

八號判決可供參照。因之，實體上二重判決之後一確定判決，屬於重大違背法令而當然無效之判決，其內容雖不生效力，惟其既具有判決之形式，仍應依非常上訴程序將該確定判決撤銷（司法院釋字第一三五號、第二七一號解釋意旨參照）。

六、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 一〇四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
 某乙

上列上訴人因被告等偽造文書案件，對於台灣高等法院台南分院中華民國一〇三年四月十七日第二審更審判決（一〇二年度重上更(四)字第一三號，起訴案號：台灣台南地方法院檢察署八十八年度偵字第七四〇二、七四四八、一〇〇九〇、一四五八〇號），認為違法，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：國家之刑罰權係對於每一犯罪事實存在，單一之犯罪事實，實體法上之刑罰權僅有一個，在訴訟法上亦無從分割。故檢察官以實質上一罪或裁判上一罪起訴之案件，法院應將其有關係之部分合一審判，不能予以分割裁判，或僅就其中一部分事實加以審判，而置其他有關係之部分於不論，此即審判不可分原則。法院於審判後，縱當事人僅就該裁判上一罪之部分事實提起上訴，依刑事訴訟法第三百四十八條第二項規定，有關係之其他部分視為亦已上訴，上訴審法院不得僅就提起上訴部分之事實加以審判，而置有關係之其他部分於不論，此即上訴不可分原則。從而，檢察官以裁判上一罪起訴之案件，法院審理結果若認檢察官起訴之犯罪事實部分有罪，部分不能證明其犯罪，而於主文諭知有罪部分之判決，另於理由說明其餘部分不另為無罪之諭知；或全部不能證明犯罪，而諭知被告無罪，檢察官雖僅就一部分犯罪提起上訴，其上訴效力應及於原起訴犯罪事實之全部，上訴審法院自應就其他有關係之部分一併審判，此與檢察官起訴後刑法修正刪除牽連犯、連續犯無涉。且該有關係之部分，因上訴不可分原則仍未先行確定。經查：（一）、本件檢察官係起訴：被告某甲（原名林某）、某乙（原名莊某）於民國八十五年間，因申請設置採土場，教唆土木技師郭○○登載不實內容之業務文書，向（前）台南縣政府提出申辦，為求順利取得土石採取許可證，先後以現金新台幣（下同）十二

萬元、三十萬元賄賂承辦公務員謝○○，作為答謝，嗣又因遭調查，先後提供三十萬元、三十餘萬元及二十萬元，以便擺平。而被告等所經營之採土場嚴重超挖，未進行水土保持工作，致水土流失，違反水土保持法、山坡地保育利用條例。因認被告等所犯行賄（下稱甲罪）、違反山坡地保育利用條例第三十五條第一項第三款、第三項（此部分與違反水土保持法第三十三條第一項第二款部分有法條競合之關係，下稱乙罪）及教唆行使業務登載不實文書（下稱丙罪）三罪間，有修正前刑法牽連犯關係等情。（二）、起訴後，台灣台南地方法院判決論處被告等乙罪罪刑，其餘被訴甲罪及丙罪均說明不另為無罪之諭知。檢察官及被告等均上訴，原審法院上訴審就某乙部分全部撤銷，改判無罪；就某甲部分，仍然論處乙罪罪刑，其餘被訴甲罪、丙罪仍說明不另為無罪之諭知。嗣檢察官就某乙無罪之甲罪、乙罪部分，及某甲有罪之乙罪、不另為無罪諭知之甲罪部分，提起第三審上訴（見本院九十五年度台上字第五八〇二號卷第六至七頁）。本院於九十五年十月二十日以九十五年度台上字第五八〇二號刑事判決，就關於某甲、某乙部分均撤銷發回台灣高等法院台南分院，因本件檢察官起訴係指被告等二人涉犯之丙罪與甲罪、乙罪間有行為時即修正前刑法牽連犯之裁判上一罪關係，依審判不可分原則，即應一併發回，此與刑法刪除牽連犯無涉。是檢察官雖對丙罪（某乙部分係無罪諭知，某甲係不

另為無罪之諭知)部分形式上未主張提起第三審上訴，惟依前開說明，此有關係之部分，應視為亦已上訴。本院上開判決撤銷有關被告等部分之判決，發回原審法院更審，乃一併發回其等丙罪部分，為理所當然，並無違誤。又丙罪部分既經併予發回，自難認業已確定。非常上訴理由指摘本院為上開判決時，刑法業已刪除牽連犯，竟就被告等丙罪部分一併發回更審，顯屬重大違背法令而為當然無效之判決，無從拘束原審更(一)審、更(二)審、更(三)審及更(四)審判決云云，即屬誤會，難認為有理由。(三)、原審上訴審判決，經本院第一次發回後，更(一)審判決仍論處被告等乙罪罪刑，其餘被訴甲罪、丙罪說明不另為無罪之諭知；經本院第二次發回後，更(二)審判決變更檢察官對被告等丙罪部分之起訴法條，就此部分論處被告等共同連續行使業務登載不實文書罪刑(下稱丙罪之一)，其餘被訴甲罪、乙罪部分說明不另為無罪之諭知；經本院第三次及第四次發回，原審更(三)審及更(四)審判決仍均為相同認定。嗣本院於一〇三年七月九日以一〇三年度台上字第二二九六號刑事判決駁回檢察官之上訴，係以檢察官之第三審上訴違背刑事妥速審判法之法定程式而予以駁回，全案始告確定。在此之前，被告等被訴丙罪部分均未經判決確定，原審一〇二年度重上更(四)字第一三號刑事判決就此對被告等論處丙罪之一(共同連續行使業務登載不實文書罪刑)罪刑，自非雙重判決，殊無非常上訴

意旨所指：被告等此部分於原審上訴審時已先行判決確定，其後歷次之更審判決就公訴意旨所指丙罪部分，變更起訴法條論以丙罪之一而為實體判決，均屬雙重判決而有當然無效之違誤。綜上，本件並無適用法則不當之違法情形。非常上訴意旨指稱原判決違法云云，尚屬誤會，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 四 年 一 月 十 五 日

【第十九案】

一、關係條文

刑 法 第 62 條
刑事訴訟法 第 378 條、447 條第 1 項第 1 款

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；又對於未發覺之罪自首而受裁判者，得減輕其刑，刑法第六十二條規定甚明。查本件原判決以被告某甲與江○○等人，共同基於結夥攜帶兇器竊盜之犯意聯絡，意圖為自己不法所有，於民國一〇一年二月二十四日夜間某時，由陳○駕駛于立租來之自用小客車，搭載于○、邱○○、某甲，行駛至台中市○區○○路○○○號前，見羅○○所有、停放在該處之 BMW 廠牌 120i 型、車牌號碼 0000-00 之灰色自用小客車，即由邱○○、陳○、某甲負責在旁把風，于○則下車持客觀上可供兇器使用之一字型螺絲起子插入車門鎖開啟車門，進入車內卸下行車電腦解除防盜裝置後，將該行車電腦攜回所駛來之車內，復以俗稱 AK300 之電腦儀器讀取行車電腦資料複製晶片鑰匙後，再由于○持該複製之晶片鑰匙返回欲行竊之車輛內啟動車輛駛離，而竊取該車得手，因論被告結夥攜帶兇器竊盜罪刑，固非無見。惟

被告某甲就其上開竊盜犯行，於職司偵查犯罪權限之機關或個人尚未知悉前開犯罪係何人所為前，主動向台中市政府警察局第六分局員警自首，有被告某甲警詢筆錄在卷可按（見第六分局刑案偵查卷第三七、三八頁），嗣並願接受裁判，則被告某甲上開部分應符合自首之規定。乃原審未詳加調查，適用自首之規定減輕其刑，自有應調查之證據而未予調查及判決不適用法則之違法。案經確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇四年度台非字第八七號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告竊盜案件，對於台灣台中地方法院中華民國一〇三年四月十六日第一審確定判決（一〇二年度易字第二七九七號，起訴案號：台灣台中地方法院檢察署一〇二年度偵字第三四九一、四六一六號），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：非常上訴審為法律審，應以原判決所確認之事實為基礎，據以判斷其審判是否違背法令。苟依原判決所確認之事實，其適用法律並無違誤，縱原判決所確認之事實發生疑義，因非常上訴審之調查，以非常上訴理由所指摘之事項為限，除關於訴訟程序及得依職權調查之事項外，關於實體法上之事實，非常上訴審無從為必要之調查。本件原判決論處被告犯結夥攜帶兇器竊盜罪刑，其事實及理由均未認定被告有自首情事。非常上訴意旨主張依上開被告於警詢中之陳述，被告係屬自首。惟刑法第六十二條所定之自首，以對於未發覺之犯罪，在有偵查犯罪職權之公務員知悉犯罪事實及犯人之前，向職司犯罪偵查之公務員坦承犯行，並接受法院裁判而言。苟職司犯罪偵查之公務員已知悉犯罪事實及犯罪嫌疑人後，犯罪嫌疑人始向之坦承犯行者，為自白，而非自首。本件非常上訴意旨所援引之被告警詢筆錄（見台中市政府警察局第六分局刑案偵查卷宗第三七至三八頁），僅有被告自白犯行之記載，並無被告在警察發覺其犯行前，即自首犯行之資料，則被告究係自白或自首，非經調查，不足以確認，而非常上訴審無從調查該實體法之事項。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規定之適用，固經司法院釋字第一八一號解釋在案，惟所謂應調查之證據，係指該證據在客

觀上為法院認定事實及適用法律之基礎者，且尚須致適用法令違誤，顯然於判決有影響始屬之。本件被告行為時之刑法第六十二條關於自首係採「得減主義」，而非「必減主義」，被告所為縱符合自首要件，法院仍得視具體情況以決定減刑與否，並非必須減刑。而減刑與否之自由裁量權既專屬於事實審法院，亦非非常上訴審所能代為行使，原判決縱有應於審判期日調查之證據而未予調查，但此項情形是否必然導致原判決適用法令違誤，顯然於判決有影響，非常上訴審既無從判斷，即與上揭司法院釋字第一八一號解釋所揭槩之違法情形未盡相符，尚難認有刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款規定之適用。從而本件非常上訴意旨以原判決未依自首之規定減輕被告之刑，據以指摘原判決違背法令，依上述說明，尚難認為有理由，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。

中華民國一〇四年三月二十六日

【第廿案】

一、關係條文

刑	法	第 95 條			
國	籍	法	第 3 條至第 7 條、第 8 條		
刑	事	訴	訟	法	第 378 條、第 441 條、第 443 條

二、非常上訴理由

- 一、按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，刑法第 95 條定有明文。又外國人或無國籍人依國籍法第 3 條至第 7 條申請歸化者，應向內政部為之，並自許可之日起取得中華民國國籍，為同法第 8 條所明定。是關於驅逐出境之保安處分，僅限於外國人方有適用，外國人如申請歸化，並經內政部許可者，自許可之日起既已取得中華民國國籍，法院即不得依刑法第 95 條規定宣告驅逐出境。查被告前於 99 年 7 月 10 日犯殺人罪，確定判決處有期徒刑 10 年 6 月，並宣告於刑之執行完畢或赦免後，驅逐出境，該判決於 100 年 1 月 3 日確定。然被告於犯罪前之 99 年 2 月 26 日，即經內政部許可歸化我國國籍，並核發許可證書，有被告名義之申請人戶籍檔、申請人資料查詢、中華民國臺灣地區入境居留定居申請書、內政部許可歸化中華民

國國籍一覽表、歸化國籍許可證書（臺歸字第 67756 號）各 1 份（以上均為影本）在卷可考。再者，該案偵查時，警方移送資料中附有外僑居留資料查詢及現場勘查報告，其上依序記載『居留狀況：棄原國籍取我國籍』、『嫌犯某 2 甲…原籍印尼後依親取得我國籍』（偵查卷第 14 頁、131 頁）足認被告於判決前業已取得我國國籍。然確定判決漏未審酌上揭資料，於判決時並對被告宣告驅逐出境之保安處分，與刑法第 95 條規定不合，此部分判決違背法令。

二、被告既係取得中華民國國籍之人，本不應受驅逐出境之保安處分，該保安處分對被告不利。案經確定，因攸關法律之正確適用，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 一〇六年度台非字第一〇九號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲（即 TJHIN SAN NI）

上列上訴人因被告殺人案件，對於臺灣桃園地方法院中華民國九十九年十二月二日第一審確定判決（九十九年度矚重訴字第二號，起訴案號：臺灣桃園地方法院檢察署九十九年度偵字第一八〇一六號），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「並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 378 條定有明文。又刑法第 95 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。再外國人或無國籍人依國籍法第 3 條至第 7 條申請歸化者，應向內政部為之，並自許可之日起取得中華民國國籍，為同法第 8 條所明定。是外國人如申請歸化，並經內政部許可者，自許可之日起既已取得中華民國國籍，自無刑法第 95 條規定之適用。原判決以被告某甲係印尼人，有其事實欄所載之殺人犯行，而論被告以殺人罪，處有期徒刑 10 年 6 月，並諭知於刑之執行完畢或赦免後，驅逐出境，該判決於民國 100 年 1 月 3 日確定，有該判決及案卷可稽。惟查被告於犯罪前之 99 年 2 月 26 日，即經內政部許可歸化，取得我國國籍，並核發許可證書，此有被告名義之申請人戶籍檔、申請人資料查詢、中華民國臺灣地區入境居留定居申請書、內政部許可歸化中華民國國籍一覽表、歸化國籍許可證書（臺歸字第 67756 號）各 1 份（以上均為影本）在卷可考，並經內政部以 106 年 6 月 21 日台內戶字第 000000000 號書函，函復本院確認無訛。被告於判決前既已取得我國國籍，

即屬本國人民，顯與刑法第 95 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，原判決此部分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，為有理由，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 ○ 六 年 六 月 二 十 八 日

【第廿一案】

一、關係條文

刑 法 第 320 條第 1 項、第 321 條
刑 事 訴 訟 法 第 378 條、第 379 條第 10 款、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。又依刑事訴訟法應於審判期日調查之證據而未予調查者，以及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款、第十四款分別定有明文。次按審理事實之法院，對於案內與待證事實有重要關係，而屬依法應予調查之證據，苟未依法調查或雖已調查而未調查明白，即與證據未經調查無異，如率行判決，其判決當然為違背法令。又證據之證明力，固屬於法院判斷之自由，但不得違背經驗法則及論理法則，如其判斷仍存有疑竇，則在應予調查之證據究明釐清前，尚難遽採為被告有利或不利之認定，最高法院九十七年度台上字第四四一〇號判決意旨可資參照。
- 二、本件被告某甲係與同案被告劉○○基於竊取告訴人之手機，而侵入告訴人住宅，入內並共同搜尋

財物，足徵被告某甲與同案被告劉○○二人本即係基於竊盜之犯意聯絡為之，而在房間內搜尋財物過程中，發現尚有香水、外套等財物，被告某甲經與同案被告劉○○對話後，旋竊取香水、外套等物，則被告某甲與同案被告劉○○並非基於精確規劃之犯罪計畫，且在翻找房間內財物之際，自會發現其他可供竊取之財物並將之據為己有，依社會一般通念與經驗法則，自難認業已超越原竊盜犯罪計畫外，本屬共同正犯成員彼此間可以意會屬於原計畫範圍之一部分，當不必明示或言傳。應不能遽認被告某甲竊取系爭香水、外套等物，係另行起意為之。原審未綜合卷內相關證據予以勾稽、分析，且所憑對於共同正犯及補強證據之法律意見，亦與最高法院歷來見解相悖，已有未合。

- 三、原判決雖認被告某甲竊取手機未遂部分及竊取香水及外套既遂部分，屬數罪併罰關係云云。惟以競合論之觀點，在一次的竊盜行為中，竊取數件放置在同一住處屬不同人之財物，亦屬自然的行為單數（見林山田著，刑法通論下冊九十七年增訂十版，第三〇二頁；林鈺雄，新刑法總則，一〇〇年九月三版，第五九二頁），而應論以一罪，遑論本件所欲竊取者無論手機、香水或外套，均屬告訴人所有，而侵害同一法益，自應屬自然的行為單數，而僅成立一罪。以罪數論之觀點，倘

被告與同案被告劉○○本係基於侵入告訴人租屋處竊取告訴人財物之單一犯意，並未將所竊取之財物特定，則其竊取手機未遂及竊取系爭香水及外套既遂部分，自屬一次竊盜行為，而應論以一罪。退步言之，按倘多次之數行為，各該當於同一犯罪構成要件，但因係於同一時、地或甚為密切接近之時、地所為，且侵害同一法益，依社會健全通念，咸認其各舉動之獨立性極為薄弱，視為一個行為較為合理，使各舉動構成單一之犯罪行為，給予一個法律評價，為學理上所稱之接續犯。例如：以數個殺人動作，在客觀上難以切割之時、地，追殺同一被害人；或在同一倉庫，接連竊取物品。若多數之數行為，亦各該當於同一犯罪構成要件，然各行為間具有時、空上之差距，依社會通念認為已各有獨立性，則與接續犯有別（最高法院九十七年度台上字第五九八一號判決意旨參照）。又『上訴人侵入被害人家中行竊，竊得音響喇叭等物，先行搬走，嗣後又回現場竊取四件重疊式音響主機，乃一行為之接續進行，僅成立一罪。所為合法之事實認定及理由之說明，俱有卷內證據資料足憑，從形式上觀察，原判決並無違法之情形存在』（最高法院九十五年度台上字第一一五五號判決意旨二參照）。則縱認被告某甲與同案被告劉○○竊取手機未遂及竊取香水及外套既遂係屬數舉動甚至數行為，依前開

實務見解，亦屬接續犯，僅成立一罪，要非以數罪併罰論處。

- 四、再查，被告某甲竊取告訴人所有香水二瓶、外套一件部分，原判決認係犯刑法第三百二十條第一項之竊盜罪。惟按刑法第三百二十一條之竊盜罪，為第三百二十條之加重條文，自係以竊取他人之物為其犯罪行為之實行，該條第一項各款所列情形，為犯竊盜罪之加重條件（最高法院二十七年滬上字第五四號判例意旨參照）。次按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。又所謂侵入係指未得允許，而擅自入內之意（最高法院一〇一年度台非字第一四〇號判決意旨參照）。則被告某甲與同案被告劉〇〇既係基於竊盜之犯意聯絡，未經告訴人允許，擅自進入告訴人系爭租屋處，在房間內搜尋財物，被告劉〇〇先尋得手機一支，開機發現螢幕故障，而未取走後，再由被告某甲下手竊得系爭香水二瓶、外套一件，均係在侵入住宅之狀態下，合致刑法第三百二十一條第一項第一款之加重條件，豈有認為竊取手機未遂部分係犯侵入住宅加重竊盜未遂罪，隨後另竊取香水二瓶、

外套一件係犯刑法第三百二十條第一項之普通竊盜罪之理？殊難想像竊取手機未遂後，即會使客觀上侵入住宅之狀態，成為合法進入住宅之情狀，而不再合致侵入住宅之加重構成要件要素。另原判決之事實及理由，既認被告某甲係與同案被告劉○○係共同犯侵入住宅竊盜未遂罪，卻未在主文中記載『共同』，亦有判決理由矛盾之違背法令。

- 五、又同案被告劉○○犯共同侵入住宅竊盜罪部分，經台灣花蓮地方法院檢察署檢察官提起上訴，業經台灣高等法院花蓮分院以一〇三年度上易字第一七〇號撤銷原審判決，改判處被告劉○○犯共同侵入住宅竊盜罪，處有期徒刑七月確定，附此敘明。
- 六、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。」等語。

三、 附錄

最高法院刑事判決 一〇四年度台非字第一〇八號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告竊盜案件，對於台灣花蓮地方法院中華民國一〇三年八月二十二日第一審確定判決（一〇三年度易字第一八四號，起訴案號：台灣花蓮地方

法院檢察署一〇三年度偵字第六二三號)，認為部分違法，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，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。又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；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；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；或因「前提事實之誤認」，其過程並不涉及法令解釋錯誤之問題者……諸情形，對於法律見解並無原則上重要性或爭議，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。原確定判決對被告某甲就竊取手機未遂部分，論以侵入住宅竊盜未遂罪，量處有期徒刑三月（得易科罰金），就竊取香水、外套部分，論以（普通）竊盜罪，量處拘役二十五日（得易科罰金）。依非常上訴意旨所指，本件被告竊取手機（未遂）、竊取香水、外套（既遂）之犯行，僅成立單純一罪，或合於接續犯之要件，而僅應論以侵入住宅竊盜既遂一罪，原確定判決對被告上開犯行分論併罰乃有違誤，固非無見。然查刑法第三百二十一條第一項第一款之侵入住宅竊盜罪（既遂），其法定本刑為「六月以上，五年以下有期徒刑」，且刑法第四十一條第一項規定，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，得以新臺幣一千元、二千元或三千元折算一日，易科罰金。衡酌上情，如依非常上訴意旨所指，被告之行為僅成立一個加重竊盜既遂罪（單純一罪），或認合於接續犯，而論

以侵入住宅竊盜既遂一罪，縱量處最低刑度有期徒刑六月，並諭知易科罰金之折算標準，較諸原確定判決量處被告有期徒刑三月及拘役二十五日並均諭知易科罰金之折算標準，此部分之違誤結果尚非不利於被告，且其違背法令情形，係因其疏失致未遵守所致，實務上向無爭議，對於法律見解並無原則上之重要性，顯無再行闡釋之必要，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。至於原判決主文中漏載「共同」二字，亦係因疏失致未遵守，乃顯然之錯誤，就法律見解而言並無爭議，而欠缺原則上之重要性，難謂與統一適用法令有關，亦無提起非常上訴之必要性。依上所述，本件非常上訴為無理由，應予駁回。據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十六條，判決如主文。

中 華 民 國 一 ○ 四 年 四 月 十 六 日

【第廿二案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第 378 條
貪污治罪條例 第 5 條第 1 項第 2 款、第 10 條第 1 項、第 3 項

二、非常上訴理由

- 一、按判決不適用法則者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又『犯貪污治罪條例第四條至第六條之罪者，其所得財物，依同條例第十條第一項、第三項規定，應予追繳，並依其情節分別沒收或發還被害人；如全部或一部無法追繳時，應追徵其價額，或以其財產抵償之。共同犯貪污治罪條例上開各罪，所得財物之沒收追繳，往昔固採共犯（指共同正犯）連帶說。惟就刑事處罰而言，〈連帶〉本具有〈連坐〉之性質。在民事上，連帶債務之成立，除當事人明示外，必須法律有規定者為限（民法第二百七十二條參照）。而沒收兼具刑罰與保安處分之性質，以剝奪人民之財產權為內容，係對於人民基本權所為之干預，自應受法律保留原則之限制。共同實行犯罪行為之人，基於責任共同原則，固應就全部犯罪結果負其責任，但因其等組織分工及有無不法

所得，未必盡同，特別是集團性或重大經濟、貪污犯罪，彼此間犯罪所得分配懸殊，其分配較少甚或未受分配之人，如仍應就全部犯罪所得負連帶沒收追繳之責，超過其個人所得之剝奪，無異代替其他參與者承擔刑罰，違反罪刑法定原則、個人責任原則以及罪責相當原則。此與司法院院字第二〇二四號解釋側重在填補損害而應負連帶返還之責任並不相同。故共同犯貪污罪所得財物之追繳、沒收或追徵，應就各人所分得之財物為之，此為本院最近統一之見解。』最高法院一〇五年度台上第二五一號判決意旨可資參照。本件原判決以被告與共同被告楊○○共犯貪污治罪條例第五條第一項第二款共同犯罪所得之財物，就如附表一編號 1 至 20、22、24 至 29、32、35 至 62、64 至 71、74、75、79 至 82、86、87 及附表二編號 1 至 3、4-1、5 部分為二百二十二萬八千元；如附表三部分為四十四萬五千元，合計二百六十七萬三千元，雖未扣案，認不問個人所得多少，均應向被告及共同被告楊○○連帶追繳，並發還被害人台東區農改場，如全部或一部無法追繳時，應以其財產連帶抵償之，揆之上開判決意旨即有未洽，難謂無應於審判期日調查之證據而未予調查及判決不適用法則之違法。

二、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 一〇五年度台非字第一〇〇號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告貪污案件，對於台灣高等法院花蓮分院中華民國一〇四年三月三十一日第二審確定判決（一〇三年度重上更(二)字第一〇號；起訴案號：台灣台東地方法院檢察署九十六年度偵字第一八八〇號），認為違法，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：非常上訴之提起，以發見確定判決之審判係違背法令者為限，所謂審判違背法令，係指審判程序或其判決之援用法令，與當時應適用之法令有所違背而言。換言之，非常上訴所稱之審判違背法令，係指法院就該確定案件之審判顯然違背法律明文所定者而言，若僅是法文上有發生解釋上之疑問，致因法文解釋之不同，而產生不同之法律上見解，尚不得謂為審判違背法令，而據為提起非常上訴之理由。又本院為第三審兼非常上訴審，為發揮終審法院統一法令適用之功能，應嚴格貫徹法律審，若確定判決之內容關於

確定事實之援用法令並無不當，僅係所憑終審法院前後判決所採法令上之見解不同者，尚不能執後判決就法令所持之見解而指前次判決為違背法令。庶免因後判決之見解不同，而使前之判決效力受其影響。犯貪污治罪條例第四條至第六條之罪者，其所得財物，應予追繳，並依其情節分別沒收或發還被害人，如全部或一部無法追繳時，應追徵其價額，或以其財產抵償之。為同條例第十條第一項、第三項所明定。依原判決所確認之事實，本件如其附表（下稱附表）一編號 1 至 20、22、24 至 29、32、35 至 62、64 至 71、74、75、79 至 82、86、87 及附表二編號 1 至 3、4-1、5 部分共計新台幣（下同）二百二十二萬八千元，附表三部分共計四十四萬五千元，既係被告某甲與共同被告楊○○共同利用職務上之機會詐取財物犯罪所得之財物，則原確定判決於論處被告共同連續犯（貪污治罪條例第五條第一項第二款）利用職務上之機會詐取財物罪以及共同犯利用職務上之機會詐取財物罪刑時，依第十條第一項規定，對其所得之財物，併為沒收之宣告，理由內並說明貪污治罪條例第十條第一項關於犯罪所得財物之追繳、沒收，於共同正犯之間，係採連帶追繳沒收主義，被告與楊○○共同犯前揭之罪，上揭所得雖未扣案，不問個人所得多少，均應向被告及共同被告楊○○連帶追繳，並發還被害人行政院農業委員會台東區農業改良場，如全部或一部無法追繳時，應以其財產連帶抵償等語。就被告犯罪

所得財物之沒收追繳，業已論述係採共犯連帶說之法律見解。而共同犯貪污治罪條例第四條至第六條之罪，所得財物之沒收追繳，往昔固採共犯（指共同正犯）連帶說。惟就刑事處罰而言，「連帶」本具有「連坐」之性質。在民事上，連帶債務之成立，除當事人明示外，必須法律有規定者為限（民法第二百七十二條參照）。而沒收兼具刑罰與保安處分之性質，以剝奪人民之財產權為內容，係對於人民基本權所為之干預，自應受法律保留原則之限制。共同實行犯罪行為之人，基於責任共同原則，固應就全部犯罪結果負其責任，但因其等組織分工及有無不法所得，未必盡同，特別是集團性或重大經濟、貪污犯罪，彼此間犯罪所得分配懸殊，其分配較少甚或未受分配之人，如仍應就全部犯罪所得負連帶沒收追繳之責，超過其個人所得之剝奪，無異代替其他參與者承擔刑罰，違反罪刑法定原則、個人責任原則以及罪責相當原則。此與司法院院字第二〇二四號解釋側重在填補損害而應負連帶返還之責任並不相同。是以「共同收受之賄賂，沒收或追徵應就各人所分得之賄賂為之。」固經本院於一〇四年九月一日以一〇四年度第十四次刑事庭會議決議採為本院一致之見解，惟依上開說明，此項決議作成在後，尚不能執後之法律見解而指該確定判決為違背法令。非常上訴意旨，並未具體指摘原確定判決所援用之法令，與當時應適用之法令或具有法令效力而得以拘束各級法院之相關解釋、判例有所違

背，僅執本院作成在後之上開決議，指摘原確定判決違背法令，自與提起非常上訴必須以確定判決顯然違背法令之前提要件迥不相侔。本件非常上訴為無理由，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十六條，判決如主文。

中 華 民 國 一 〇 五 年 六 月 十 六 日

【第廿三案】

一、關係條文

刑事訴訟法	第 59 條、第 60 條、第 272 條、第 371 條、第 379 條、第 447 條
憲法	第 16 條
刑法	第 61 條

二、非常上訴理由

- 一、按憲法第十六條規定人民有訴訟權，乃屬人民在司法上之受益權，包含人民得享受由法院依法定程序縝密審判之保障。故刑事訴訟法第三百七十九條第六款規定『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』，資為此項權益被剝奪時之法定救濟事由。又第二審法院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者為限，此觀同法第三百七十一條之規定自明。再被告有住所、居所、事務所及所在地不明者，得為公示送達，同法第五十九條第一款亦定有明文。惟依同法第六十條第一項規定『公示送達應由書記官分別經法院或檢察長、首席檢察官或檢察官之許可，除應將送達之文書或其節本張貼於法院牌示處外，並應以其繕本登載報紙，或以其他適當方

法通知或公告之。』第二項規定『前項送達，自最後登載報紙或通知公告之日起，經三十日發生效力。』所稱『經三十日發生效力，應自將公告或通知書黏貼公告處（法院牌示處）之日或最後登載公報或新聞紙（報紙）之日之翌日起算。』有最高法院九十四年度第一次庭長、法官會議紀錄可參。經查本件聲請人即被告某甲原住台北市○○區○○路○段○○巷○○弄○○號○樓，因應受送達之處所不明，無從送達，原審法院乃依上揭刑事訴訟法第五十九條第一款規定裁定公示送達，除依法於九十五年八月二日公告法院牌示處外，並囑託聲請人戶籍所在地之台北市○○區公所公告送達傳票，該所於九十五年八月九日揭示於該所公告欄，分別有原審法院九十五年八月三日院信刑安字第○○○○○○○○○○○○號函、台北市○○區公所九十五年八月九日北市士秘字第○○○○○○○○○○○○號函可稽（參見原審法院九十五年度交上更一字第○一號卷宗二第三十一至三十二頁），則自翌日即九十五年八月十日公告日起，經三十日（即九月八日）發生公告送達傳票之效力（參見行政院九十四年九月二十七日院授人考字第○九四○○六五○一六號函核定「中華民國九十五年政府行政機關辦公日曆表」）。又按『第一次審判期日之傳喚，至遲應於七日前送達；刑法第六十一條所列

各罪之案件至遲應於五日前送達』刑事訴訟法第二百七十二條亦有明定，此就審期間之規定，係為保障被告之訴訟權益，使其有充分時間準備，以行使防禦權而設，自不得任意剝奪，此觀立法理由說明自明。所謂至遲應於七日或五日送達，依文義解釋，就審期間之計算不包括七日或五日之本數在內，否則所踐行之訴訟程序即有違誤（最高法院七十八年台非字第一八一號判例、九十年度台上字第五二〇三、六二〇一號判決參照）。本件聲請人涉犯公共危險案件，所犯之罪非屬刑法第六十一條之案件，故原審法院第一次審判期日之傳票，至遲應於七日前送達，始為合法，即就審期間七日應自同年九月九日起至九月十五日止，詎原審法院於七日就審期間未滿，即於同年九月十五日進行審判程序，因聲請人無正當理由不到庭，爰不待其陳述逕行判決，並宣示辯論終結，逕行判決（見原審法院九十五年九月十五日審判程序筆錄），其就審期間明顯不足七日而有違誤。原審法院於審判期日前將應送達於被告之審理期日傳票以公示送達方式合法送達於被告，但就審期間不足，則被告之未到庭陳述，顯難謂無正當理由，本件聲請人於一審法院審理中，一再否認犯行，原審法院竟不待被告到庭陳述，即逕行為論處罪刑之判決，剝奪被告防禦權之行使，使其喪失陳述抗辯之機會，自影響法院

對證據調查取捨，事實之認定，且係不利於被告，依上述說明，應認原判決違背法令。

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 一〇四年度台非字第二二〇號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告公共危險案件，對於台灣高等法院中華民國九十五年九月二十九日第二審確定判決（九十五年度交上更(一)字第一一號；起訴案號：台灣台北地方法院檢察署八十九年度偵字第一二二八八號），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，由台灣高等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：

一、一般刑事訴訟案件，第一次審判期日之傳票，至遲應於七日前送達（簡易案件為五日，屬例外）；而被告住、居所、事務所及所在地不明

者，得為公示送達；又此之送達，自「最後」登載報紙或通知公告之日起，經三十日發生效力；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，觀諸刑事訴訟法第二百七十二條、第五十九條第一款、第六十條第二項及第三百七十九條第六款規定甚明。至上述各日數之計算，該法無規定，應適用民法第一百二十條、第一百二十一條第一項規定，始日不算入，並以期間末日之終止，為期間之終止。從而，倘公示送達傳票結果，就審期間不足，縱然被告未到庭，第二審法院仍然不應以被告經合法傳喚、無正當理由不到庭為由，遽依刑事訴訟法第三百七十一條，不待其陳述，逕行判決。

- 二、經查：本件被告某甲被訴涉犯刑法第一百八十五條之四肇事遺棄（逃逸）罪，並不屬於刑法第六十一條所列的輕度刑罪名，就審期間應為七日；設籍台北市○○區○○路○段○○巷○○弄○○號○樓，卻未實際按址住居，法院傳票因此遭退回、無從送達，原審乃依法裁定對於被告為公示送達，雖然先於民國九十五年八月二日在法院牌示處張貼，但復囑託該管○○區公所公告，該公所於同年、月九日辦竣，是應自翌（十）日起算，經過三十日即同年九月八日午夜止，始發生送達傳票的效力，加計上揭七日，就審時間當至同年、月十五日「午夜」時才屆滿。

然則原審卻提前於該（十五）日之「白天」，以被告無正當理由不到庭為由，逕行一造辯論程序，嗣判決維持第一審之罪刑宣告，駁回被告之第二審上訴，全案確定。以上，有各相關傳票退回、戶籍、裁定、公告、區公所覆函、審判筆錄及判決書等文書資料在案可徵。非常上訴意旨，指摘原審所踐行的訴訟程序，影響被告的訴訟防禦權而不合法，且不利於被告。經核詢有理由，為維持被告之審級利益，應將原判決撤銷，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一項第一款前段、第二項前段，判決如主文。

中 華 民 國 一 ○ 四 年 九 月 十 日

【第廿四案】

一、關係條文

刑事訴訟法	第 62 條、第 253-2 條、第 253-3 條、第 255 條、第 256-1 條、第 303 條、第 378 條
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，檢察官固得依職權或聲請撤銷原處分，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，觀諸同法第二百五十五條第一項前段、第二項前段及第二百五十六條之一第一項規定甚明。倘撤銷緩起訴之處分書，未經合法送達於被告，則再議之期間無從起算，此撤銷緩起訴之處分，不能認為已經確定。若檢察官未察，遽行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，依同法第二百零三條第一款，法院當應諭知不受理之判決。

- 二、經查本件被告某甲因違反毒品危害防制條例案件，經台灣台北地方法院檢察署檢察官偵查終結，於民國一〇三年七月二十三日以一〇三年度偵字第一六六六號處分緩起訴，並命緩起訴期間為二年，被告應於緩起訴處分確定後三個月內，向公庫支付新台幣二萬元。詎被告未遵示履行，該署檢察官乃於一〇四年一月二十六日作成一〇三年度撤緩字第七二〇號撤銷上開緩起訴處分書，然被告早於一〇三年十二月十六日即入伍服役，役期至一〇四年十二月三日始屆滿，有陸軍部隊訓練北區聯合測考中心教勤營在營證明附卷足稽，依據刑事訴訟法第六十二條準用民事訴訟法第一百二十九條之規定，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。惟前揭之一〇三年度撤緩字第七二〇號撤銷緩起訴處分書竟仍對被告戶籍地苗栗縣〇〇鎮〇〇〇之〇〇〇號送達，嗣後並寄存於轄區警所即苗栗縣警察局頭份分局斗煥派出所，有卷附台灣台北地方法院檢察署送達證書可稽，應認檢察官之起訴程序違背規定，前揭撤銷緩起訴之處分書未經合法送達被告，於法不能認為已經確定。然檢察官不察，遽於一〇四年三月二十四日以一〇四年度撤緩毒偵字第四二號，向台灣台北地方

法院起訴，致該院誤於一〇四年五月十二日以一〇四年度審簡字第七二八號判決確定，有各該案卷可稽。揆諸上揭說明，原審之予論罪科刑，顯有適用法則不當之違法。

- 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 一〇五年度台非字第五一號
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一〇四年五月十二日第一審確定刑事簡易判決（一〇四年度審簡字第七二八號，起訴案號：台灣台北地方法院檢察署一〇四年度撤緩毒偵字第四二號），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。又依同法

第二百五十三條之三第三款規定，被告經緩起訴處分確定，於緩起訴期間內，有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，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，然於此情形，檢察官應製作撤銷緩起訴處分書，並以正本送達於被告，被告接受撤銷緩起訴處分書後，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。若檢察官未察，遽行就同一案件提起公訴或聲請簡易判決處刑，其起訴程序自係違背規定，依同法第三百零三條第一款，法院自應諭知不受理之判決。本件被告某甲前因違反毒品危害防制條例案件，經台灣台北地方法院檢察署檢察官於民國一〇三年七月二十三日，以該署一〇三年度偵字第一六六六號為緩起訴處分（期間二年，被告應於緩起訴處分確定後三個月內，向公庫支付新台幣二萬元）後，依職權送再議，經台灣高等法院檢察署於同年八月十四日，以一〇三年度上職議字第一一一〇三號駁回再議而確定。嗣因被告未履行緩起訴處分所命為之事項，台灣台北地方法院檢察署檢察官乃於一〇四年一月二十六日以一〇三年度撤緩字第七二〇號撤銷緩起訴處分書，撤銷上開緩起訴，並於同年三月二十四日以一〇四年度撤緩毒偵字第四二號，向台灣台北地

方法院提起公訴，經該院於一〇四年五月十二日以一〇四年度審簡字第七二八號判決論被告以犯毒品危害防制條例第十一條第二項之罪，量處拘役四十五日，並諭知相關沒收及易科罰金折算標準確定在案，有卷附各該案卷宗資料可憑。惟查，被告自一〇三年十二月十六日起即入伍，服役於陸軍部隊訓練北區聯合測考中心教勤營假想敵連，役期至一〇四年十二月三日屆滿，有卷附其在營證明可稽，而依一〇三年度撤緩字第七二〇號卷附之台灣台北地方法院檢察署上開撤銷緩起訴處分書之送達證書所示（見該卷第七頁），該處分書係向被告位於苗栗縣〇〇鎮（已改制為〇〇市）〇〇〇之〇〇〇號戶籍地送達，嗣因未會晤被告，亦無受領文書之同居人或受僱人，乃將該處分書寄存於轄區警所即苗栗縣警察局頭份分局斗煥派出所，原應自寄存之日起經十日即同年二月十四日發生送達之效力，翌日起算上開再議期間，然被告於寄存送達生效前既已服役於前揭單位，則依據刑事訴訟法第六十二條準用民事訴訟法第一百二十九條之規定，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。上開撤銷緩起訴處分書，於被告服役期間，自應依此規定囑託該軍事機關或長官送達，始為合法。然本件撤銷緩起訴處分書之寄存送達，既因被告於軍隊服役中，而不生合法送達之效力，則該撤銷緩起訴處分即尚未確定，檢察官逕就被告原經緩起訴處分之上開犯行提起公訴，揆諸前揭說

明，其起訴程序即屬違背規定，而應依刑事訴訟法第三百零三條第一款諭知不受理之判決，原審未察，遽依簡易判決處刑程序，誤為實體判決，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。爰將原判決撤銷，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第一款、第三百零三條第一款，判決如主文。

中 華 民 國 一 〇 五 年 三 月 十 六 日

【第廿五案】

一、關係條文

刑事訴訟法	第 62 條、第 371 條、第 378 條、 第 379 條
民事訴訟法	第 136 條、第 137 條、第 138 條
家庭暴力防治法	第 14 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 378 條定有明文。次按審判期日，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 379 條第 6 款亦定有明文。又依同法第 371 條規定，第二審法院得不待被告陳述逕行判決，以被告經合法傳喚，無正當理由不到庭者為限。再按刑事訴訟法第 62 條準用民事訴訟法第 138 條規定為寄存送達，限於不能依民事訴訟法第 136 條、第 137 條規定為送達者，始得為之。若送達之處所，並非應受送達人之住、居所，或雖原為應受送達人之住、居所，而實際上已變更者，該原住、居所已非應為送達之處所，自不得於該送達之處所為寄存送達（最高法院 102 年度台抗字第 438 號裁定參照）。經查，被告於 98 年 10 月

12 日遷入○○市○○區○○街 00 號，並設籍於上址，有本署調閱之個人戶籍資料查詢表在卷可稽，被告之配偶某乙前因認被告有家庭暴力之行徑，已造成全家之心理恐懼，為免繼續遭受被告實施不法侵害之危險，依家庭暴力防治法規定，向臺北地院（即臺灣臺北地方法院）聲請核發該法第 14 條第 1 項第 1、2、4 款內容之保護令等。經法院審酌認被告配偶之主張，堪信為真實，並依卷附事證而認定被告配偶有繼續遭受被告實施不法侵害行為之虞，為防止該家庭暴力之行為繼續發生，審酌被告、被害人所受家庭暴力之情節、雙方目前互動情形，於 101 年 12 月 6 日裁定核發如主文第一、二、三項所示內容之通常保護令，並諭知其有效期間為 1 年。其中主文第三項：相對人（指本案被告）應遠離下列場所至少 50 公尺：聲請人（指被告配偶）住所（地址：○○市○○區○○街 00 號），有臺北地院 105 年 10 月 7 日北院隆科（料）字第 1050019723 號函送該院 101 年度家護字第 703 號裁定書正本及電話紀錄在卷可稽，該裁定於 101 年 12 月 31 日確定，有新北（按應係臺北之誤寫）地院 105 年 10 月 7 日北院隆料字第 1050019723 號函在卷可稽。本件被告雖設籍於前址，於原審陳報前址為住所，101 年 12 月 7 日原審準備程序時被告有到庭，惟其後 102 年 4 月 19 日審理期日未到庭，原

審未調查被告因前揭保護令事件，於前揭保護令有效期間內，應遠離前址（即被告及其配偶設籍之地址）至少 50 公尺，被告於前揭保護令有效期間內，自不得住居於前址，因而被告事實上無法於前址收受送達，且被告向本署聲請非常上訴意旨亦稱其於前揭期間內因保護令事件，致居無定所，暫住旅館或朋友家，有被告聲請非常上訴影本在卷可稽，法院自不得於前揭保護令有效期間內，仍對前址為送達。然原審定 102 年 4 月 19 日審理期日之傳票，仍對被告前址為送達，郵務機關因未獲會晤本人，亦無受領文書之同居人，而寄存送達於臺北市府警察局文山第二分局萬盛派出所，有送達證書在卷可證（見原審卷二第 156 頁），參酌前揭說明，尚難認原審於前址對被告為寄存送達前揭審理期日傳票，已發生合法送達之效力。原審不待被告到庭陳述，逕行判決，其判決前之訴訟程序違背被告防禦權之保障規定，致有依法不應判決而判決之違誤，顯然於判決有影響，依前開說明，自屬判決違背法令，案經確定，且不利於被告。

二、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

一〇六年度台非字第一四七號

上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長
被 告 黃○論（原名黃○明、黃○傑）

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，對於臺灣高等法院中華民國 102 年 6 月 14 日第二審確定判決（101 年度上訴字第 3004 號之一，起訴案號：臺灣板橋地方法院檢察署（現更名為臺灣新北地方法院檢察署）100 年度偵字第 30024、30591、32218 號、100 年度毒偵字第 8061、8062 號），認為被告部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於黃○論部分撤銷，由臺灣高等法院依判決前之程序更為審判。

理 由

壹、非常上訴理由（見前二）。

貳、本院按：

- 一、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；又刑事訴訟法第 371 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。惟第二審法院得不待被告之陳述，逕行判決，以被告經合法傳喚，無正當理由不到庭為要件。
- 二、刑事訴訟文書之送達，除刑事訴訟法有特別規定外，準用民事訴訟法之規定。而民事訴訟法第 136 條、第 137 條規定，送達於應受送達人之住

居所、事務所或營業所行之，送達於該等處所不獲會晤應受送達人者，得將文書交付與有辨別事理能力之同居人或受僱人，以為補充送達。不能依該等規定送達者，固得依民事訴訟法第 138 條之規定為寄存送達。惟所謂住所，即以久住之意思住於一定處所，所稱居所，乃以暫時目的所居之場所，並不以登記為必要，至於戶籍地址乃係依戶籍法關於戶籍登記之行政管理規定所為登記之事項，並非為認定住所之唯一標準。是應受送達人之住居所、事務所或營業所實際上已變更者，該原住居所、事務所或營業所即非應為送達之處所，縱令其戶籍登記尚未遷移，仍不得於原處所為寄存送達。

- 三、卷查：被告黃○論因違反毒品危害防制條例案件，經臺灣板橋地方法院（現更名為臺灣新北地方法院）100 年度訴字第 3045 號刑事判決，論被告以販賣第二級毒品罪，處有期徒刑 7 年 4 月，及為相關沒收之宣告，被告不服提起上訴，經原審 101 年度上訴字第 3004 號審理。原審指定於民國 102 年 4 月 19 日上午審判期日之傳票，經郵務人員在同年 3 月 8 日送達於被告之住所地（臺北市文山區○○街 95 號），因未獲會晤被告本人，亦無受領文書之同居人或受僱人，而將上開傳票寄存於臺北市政府警察局文山第二分局（下稱文山第二分局）萬盛派出所，雖有送達證書可

憑。惟被告在審判期日前，因其配偶某乙向臺灣臺北地方法院聲請核發保護令，經該院於 101 年 12 月 6 日核發 101 年度家護字第 703 號家事通常保護令，其主文第三、四項記載：「相對人（指本件被告）應遠離下列場所至少 50 公尺：聲請人（指被告配偶）住所（地址：○○市○○區○○街 00 號）。」「本保護令之有效期間為 1 年。」該保護令已於 101 年 12 月 31 日確定，有前揭保護令及書記官辦案進行簿影本在卷可稽。被告於上開保護令核發生效後，即應遠離其原住所，否則將涉犯違反保護令罪嫌，事實上被告無從在原住所收受本件應送達之文書，原審就本件之傳票仍向其原住所為送達，郵務人員因未獲會晤被告本人，亦無受領文書之同居人或受僱人，而將上開傳票為寄存送達，自非適法。而前揭應送達之文書，依刑事訴訟法第 62 條準用民事訴訟法第 138 條第 3 項規定，已於寄存日後 2 個月銷毀，故無法查明收領之情形，亦有文山第二分局 106 年 8 月 10 日北市警文二分刑字第 10631987800 號函在卷可參。依前揭說明，本件傳票之送達難謂合法。

- 四、原審以被告經合法傳喚，無正當之理由不到庭，而不待其到庭陳述，即逕行維持第一審所為之科刑判決，駁回被告在第二審之上訴，顯然剝奪被告訴訟防禦權之行使，致其未能於審判期日提出

有利之證據，喪失對於被訴事實及不利證據陳述意見及參與辯論之機會，其違法情形攸關原審法院對於本案證據之取捨與事實之認定。基於保障人民訴訟權與法院應依正當法律程序以公平審判之意旨，其不應判決而為判決，顯然於判決有影響，依上說明，應認原判決關於被告部分違背法令。案經確定，且對被告不利，非常上訴意旨執以指摘原判決關於被告部分違法，為有理由。為維持被告審級利益，應由本院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。

據上論結，應依刑事訴訟法第 447 條第 2 項前段，判決如主文。

中 華 民 國 一 〇 六 年 八 月 十 七 日

【第廿六案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第 361 條第 1 項第 2 項、第 370 條、第 441 條、第 443 條
刑 法 第 30 條第 2 項、第 41 條、第 57 條、第 339 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 378 條定有明文。又憲法第 16 條規定：人民有訴訟之權。已具內國法性質之公民與政治權利國際公約（下稱公政公約）第 14 條第 5 項進一步揭櫫：『經判定犯罪者，有權聲請上級法院依法覆判其有罪判決及所科刑罰。』公政公約第 32 號一般性意見第 48 段亦論述：公約所指由上級審法院覆判有罪判決的權利，係指締約國有義務根據充分證據和法律進行實質性覆判，倘僅限於覆判為有罪判決的形式，而不考量事實情況，並不符合本項義務之要求。足見有罪判決之刑事被告除非係可歸責於自己之事由致喪失上訴權，或有關簡易程序或協商程序所設不得上訴之規定，與公政公約第 14 條第 5 項規定無違外，否則原則上應受一次實質有效上訴救濟機會

之訴訟權保障。此乃國際公約所認定之最低人權標準，同時係刑事審判中對刑事被告最低限度之保障，具有普世價值，亦為我國國際法上之義務。

- 二、又按刑事訴訟法第 361 條第 1 項、第 2 項規定：不服地方法院之第一審判決而上訴者，須提出上訴書狀，並應敘述具體理由。就該條第 2 項修法過程以觀，其立法目的僅在避免『空白上訴』，故所稱具體理由，並不以其書狀應引用卷內訴訟資料，具體指摘原審判決不當或違法之事實，亦不以於以新事實或新證據為上訴理由時，應具體記載足以影響判決結果之情形為必要。所稱『具體』，當係抽象、空泛之反面，若僅泛言原判決認事用法不當、採證違法或判決不公、量刑過重等空詞，而無實際論述內容，即無具體可言。從而，上開法條規定上訴應敘述具體理由，係指須就不服判決之理由為具體之敘述而非空泛之指摘而言。倘上訴理由就其所主張第一審判決有違法或不當之情形，已舉出該案相關之具體事由，足為其理由之所憑，即不能認係徒托空言或漫事指摘；縱其所舉理由經調查結果並非可採，要屬上訴有無理由之範疇，究不能遽謂未敘述具體理由。如遽謂其未敘述具體理由，即有適用法則不當之違法（最高法院 106 年度台上字第 162 號、第 360 號、第 556 號、第 752 號、第 672 號、第

1099 號、第 1187 號、第 1420 號、第 1846 號判決參照)。

三、經查被告某甲於 106 年 4 月 15 日聲明上訴，106 年 4 月 24 日提出上訴理由狀，其理由略以：我認識○泫女子時確實不知他未成年，且與他認識不久，當○泫女子善意利用我生計上的問題而介紹這個高職兼職的意外工作時，我向他提出是否絕對合法問題時，他答覆我肯定是合法，我並無幫助犯之犯意。至於寄出金融卡前提領帳戶餘額 3 千元，是依照○泫指示而為，且當初○泫告訴我的的是要提供給彩票公司作為內部匯兌使用，而不是要拿去給非法份子作為詐欺工具使用。我坦承我犯了道德上的錯誤，但根本原因緣自我近年體弱多病，開計程車極為辛苦，才誤信彩票公司為了節稅需要使用人頭而供其使用。一審法院未察，遭檢察官羅織罪名的誤導而判決我有罪，懇請鈞院體察並審酌若因此遭判刑確定，我賴以生計的計程車證照將被調扣而無法為生，又我一子已因無業自盡，倘遭判刑，是否我亦將被逼上絕路等語。迨 106 年 5 月 5 日，被告委任林○信律師為辯護人，並於同日提出林○信律師所撰之上訴理由補充狀，其理由略以：（一）一審判決以：交付金融帳戶予他人，有被利用作為犯罪工具之可能性，為一般人依通常智識經驗所明瞭，而被告為具有相當知識及社會經驗之人，且年僅

14 歲之曾女亦曾懷疑對方是詐騙集團云云，認定被告有不確定故意。惟被告是否有幫助他人實施詐欺取財罪之不確定故意，須有積極證據證明。而具有相當知識及社會經驗之人，並不當然具備對社會事物之警覺性及風險評估能力。是一審判決於毫無積極證據證明下，遽以一般人及曾女具有可預見性，逕稱被告對於犯罪結果之發生有預見可能性，且其發生不違背其本意，顯屬速斷。且一審判決復以：被告於寄出系爭帳戶前曾提領 3,055 元，認定被告有不確定故意云云。惟被告遭受詐騙，誤信系爭帳戶之交付，係供『臺灣運彩線上投注站』公司合法交易所用，則被告當無詐欺幫助之故意。另因系爭帳戶將為『臺灣運彩線上投注站』公司所用，該帳戶內尚有被告之資金，恐生資金歸屬不清之疑義。故被告聽從曾女建議，將其資金予以結清，係為避免該帳戶內資金無法分辨，進而衍生民事糾紛，實非出於對犯罪結果之發生抱持容任心理。被告實無幫助詐欺之不確定故意，一審判決認定事實顯然錯誤。

(二) 被告為曾女之直銷下線，而曾女時常主動了解被告近況，體恤被告辛勞，憂心被告經濟壓力，並在被告親情上遭受挫折時給予極大溫暖與依靠，致被告對曾女產生類似親情之信賴關係。而被告於交付系爭帳戶前，曾詢問曾女『那寄到指定地點是作何用途？』、『絕對合法嗎？』，

而曾女則回稱『是的。你放心我不會提供給你違法的。如果你真的不放心可以不用配合』足徵被告就系爭帳戶是否可能遭用於不法之途亦有顧慮，而非漫不在乎。且被告係基於相當信賴關係，得到曾女保證後，相信系爭帳戶將被合法使用，始予提供。又被告於察覺系爭帳戶可能遭非法使用，旋即通知黃○城停用該帳戶，益徵被告就提供系爭帳戶予『臺灣運彩線上投注站』公司，將遭非法所用，全無預見，且該犯罪結果之發生亦違背其本意。而被告於知悉後亦懊悔萬分，願負民事責任，盡其所能賠償告訴人之損失。足徵本件犯罪結果之發生違背被告之本意。

（三）被告曾於106年1月26日刑事陳報暨聲請調查證據狀，聲請傳喚證人黃○城，欲證明被告察覺系爭帳戶恐遭違法使用時，即請黃○城停止系爭帳戶之使用，足徵被告並未預見犯罪之發生，亦無幫助詐欺之故意。惟一審竟未予傳喚。前開待證事實攸關被告是否有不確定故意之認定，一審有應調查證據而未予調查之違誤。

（四）綜上所述，一審判決僅以被告為具有相當知識及社會經驗之人、曾對帳戶用途及去向探詢再三、與曾女及『臺灣運彩線上投注站』公司間無堅強信賴關係、曾女亦曾懷疑對方是詐騙集團、被告寄出系爭帳戶前曾提領3,055元等情，推測被告有不確定故意。惟如前所述，一般人及

曾女是否有預見可能性、被告是否具有相當知識及社會經驗，均無法證明被告有不確定故意。本件須積極證明，始得認定犯罪事實。而被告基於對曾女之強烈信賴，曾多次確認交付之帳戶是否合法使用；且提領系爭帳戶餘額，係為避免民事糾紛，實與幫助詐欺無涉；況被告於察覺系爭帳戶恐遭非法使用後，立即請黃○城停用。本件犯罪之發生顯然違背被告之本意。一審判決就被告是否有不確定故意之認定顯然錯誤，並有應調查證據而未予調查之違法，乃請求撤銷一審判決而為被告無罪之諭知等語。

- 四、復查原判決於 106 年 5 月 31 日判決，僅就被告 106 年 4 月 24 日所提上訴理由加予論述，而認被告上訴未以書狀敘述具體理由。對於被告 106 年 5 月 5 日委任林○信律師為辯護人，未予重視。對於林○信律師所撰，並於同日提出之上訴理由補充狀則未注意，全部未予論駁。而刑事被告在訴訟上有依賴律師為其辯護之權，為憲法保障人民訴訟權所衍生之基本權，旨在使被告充分行使防禦權，俾與控方立於平等地位，而受法院公平之審判，一般稱之為辯護倚賴權。原審顯然損害被告之辯護倚賴權。又 106 年 5 月 5 日之上訴理由補充狀所列之理由，已經指摘第一審判決未傳喚證人黃○城，以查明被告是否有不確定之故意，有應調查證據而未予調查之違誤。且指出：

被告係基於對曾女之強烈信賴，曾多次確認交付之帳戶是否合法使用；提領系爭帳戶餘額，係為避免民事糾紛，實與幫助詐欺無涉；被告於察覺系爭帳戶恐遭非法使用後，立即請黃○城停用。本件犯罪之發生顯然違背被告之本意。一審判決就被告是否有不確定故意之認定顯然錯誤等情。其已指出一審判決違法不當之情形，均非抽象、空泛之指摘。且已舉出相關之具體事由，足為其上訴理由之所憑，不能認係徒托空言或漫事指摘。本件上訴理由已堪稱具體，第二審法院自應給予被告實質性覆判之機會，以保障其訴訟權。至於調查、審理結果是否可採，則屬上訴有無理由之問題。惟原判決不察，竟認：被告上訴意旨未提出新事證以供調查，其置辯之詞尚不足以影響一審判決之本旨。其上訴理由顯非依據卷內既有訴訟資料或提出新事實、新證據，指摘或表明一審判決有何足以影響判決本旨之不當或違法，而構成應予撤銷之具體事由。是被告上訴未以書狀敘述具體理由，不合法律上之程式，故不經言詞辯論，從程序上駁回其在第二審之上訴。依前開說明，原判決顯有適用法則不當之違法。

五、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，以資糾正及救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇六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 某甲

上列上訴人因被告詐欺案件，對於臺灣高等法院中華民國 106 年 5 月 31 日第二審確定判決（106 年度上易字第 1012 號，起訴案號：臺灣臺北地方法院檢察署 105 年度偵字第 15031 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）。

按非常上訴之提起，以發見案件之審判係違背法令者為限，徵諸刑事訴訟法第 441 條之規定，至為明顯。所謂審判違背法令，係指其審判程序或其判決之援用法令，與當時應適用之法令有所違背者而言。至終審法院之判決內容，關於確定事實之援用法令如無不當，僅係前後判決所持法令上之見解不同者，尚不能執後判決所持之見解而指前次判決為違背法令，誠以終審法院判決關於法律上之解釋，有時因探討法律之真義，期求適應社會情勢起見，不能一成不變，若以後之所是即指前之為非，不僅確定判決有隨時搖動之虞，且因強使齊一之結果，反足以阻遏運用法律之精

神，故就統一法令解釋之效果而言，自不能因後判決之見解不同，而使前之判決效力受其影響，本院 25 年非字第 139 號判例著有明文。刑事訴訟法第 361 條第 1 項、第 2 項規定，不服地方法院之第一審判決而上訴者，須提出上訴書狀，並應敘述具體理由。該條第 2 項所稱具體理由，並不以其書狀應引用卷內訴訟資料，具體指摘原審判決不當或違法之事實，亦不以於以新事實或新證據為上訴理由時，應具體記載足以影響判決結果之情形為必要。但上訴之目的，既在請求第二審法院撤銷或變更第一審之判決，所稱「具體」，當係抽象、空泛之反面，若僅泛言原判決認事用法不當、採證違法或判決不公、量刑過重等空詞，而無實際論述內容，即無具體可言。從而，上開法條規定上訴應敘述具體理由，係指須就不服判決之理由為具體之敘述而非空泛之指摘而言。倘上訴理由就其所主張第一審判決有違法或不當之情形，已舉出該案相關之具體事由足為其理由之所憑，即不能認係徒托空言或漫事指摘；縱其所舉理由經調查結果並非可採，要屬上訴有無理由之範疇，究不能遽謂未敘述具體理由。此固為本院最近一致之見解。然稽之非常上訴理由，係執本院已經變更原見解之後判決指摘原判決違背法令，惟此法律見解之歧異，與非常上訴審所謂之審判違背法令不同，要難據為提起非常上訴之理由。非常上訴意旨執此法律見解之不同，指摘原確定判決違法，尚無理由。應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第 446 條，判決如主文。

中 華 民 國 一 〇 六 年 八 月 三 十 一 日

【第廿七案】

一、關係條文

刑事訴訟法	第 95 條、第 96 條、第 267 條、 第 288-1 條、第 289 條、第 300 條、第 378 條
憲法	第 8 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 378 條定有明文。次按，刑事訴訟法第 95 條第 1 款規定『訊問被告應先告知犯罪嫌疑及所犯所有罪名。罪名經告知後，認為應變更者，應再告知。』乃被告在刑事訴訟程序上應受告知之權利，為憲法第 8 條第 1 項正當法律程序保障內容之一，旨在使被告能充分行使防禦權，以維審判程序之公平。而其所謂『犯罪嫌疑及所犯所有罪名』，除起訴書所記載之犯罪事實及所犯法條外，尚包含依刑事訴訟法第 267 條規定起訴效力所擴張之犯罪事實及罪名，暨依同法第 300 條規定變更起訴法條後之新罪名。法院就此等新增之罪名、事實或變更之罪名，均應於其認為有新增或變更之時，隨時但至遲於審判期日前踐行告知之程序，使被告知悉而充分行使其防

禦權，始能避免突襲性裁判，而確保其權益。如法院於審判期日，就起訴效力所及之擴張犯罪事實或變更起訴法條之同一性事實，未依刑事訴訟法第 96 條、第 288 條之 1、第 289 條等規定踐行調查辯論程序，即命辯論終結，逕行就起訴效力所及之擴張犯罪事實及罪名或變更起訴書所引之法條而為判決，就此等擴張之事實及新罪名而言，實已剝奪被告依同法第 96 條、第 288 條之 1、第 289 條等規定所應享有而同屬憲法上訴訟基本權保障範圍內之辯明罪嫌及辯論（護）等程序權，尤屬直接違背憲法第 8 條第 1 項所稱『非由法院依法定程序不得審問處罰』之規定，剝奪其正當法律程序之保障，而於判決顯然有影響，自應認該判決為違背法令（最高法院 105 年度台上字第 2466 號、104 年度台上字第 225 號判決意旨參照）。

- 二、原確定判決就被告所犯附表一編號 3、7、11、14、20 所示犯行，其認定之犯罪事實較起訴書所載之金額及次數均有『擴張』，惟於審判期日僅就原起訴之犯罪事實罪名調查及辯論，對於上開『擴張』之犯罪事實及罪名，並未對被告踐行告知之程序，亦未依法踐行調查辯論程序，即命辯論終結，逕就上開『擴張』之犯罪事實及罪名而為判決，就附表（一）編號 7、11、14、20 所示犯行部分，並諭知較重於原審判決之刑，顯然違

背憲法第 8 條第 1 項『非由法院依法定程序不得審問處罰』之規定，剝奪被告正當法律程序之保障，而於判決顯然有影響，其審判自屬違背法令。經查：（一）原確定判決附表一編號 3 認定被害少年蔡○臻遭詐騙後匯款『3 次』，其時間及金額分別為：①103 年 5 月 9 日 18 時 30 分匯款新臺幣（下同）1 萬 5,845 元、②103 年 5 月 9 日 19 時 19 分匯款 2 萬 9,989 元、③103 年 5 月 9 日 19 時 30 分匯款 1 萬 4,014 元（見原判決第 33 頁）；惟此部分依原起訴書附表編號 3 之記載，蔡○臻遭詐騙後僅匯款『1 次』，其時間及金額為 103 年 5 月 9 日 19 時 30 分，匯款 1 萬 4,014 元（見起訴書第 9 頁）。（二）原確定判決附表一編號 7 認定被害人林○迪遭詐騙後匯款『4 次』其時間及金額分別為：①103 年 5 月 20 日 20 時 41 分匯款 2 萬 9,987 元、②103 年 5 月 20 日 20 時 43 分匯款 2 萬 9,987 元、③103 年 5 月 20 日 20 時 45 分匯款 2 萬 9,987 元、④103 年 5 月 20 日 20 時 47 分匯款 2 萬 6,032 元（見原判決第 34 頁）；惟此部分依原起訴書附表編號 7 之記載，林○迪遭詐騙後僅匯款『1 次』，其時間及金額為 103 年 5 月 20 日 20 時 41 分匯款 2 萬 9,987 元（見起訴書第 10 頁）。（三）原確定判決附表編號 11 認定被害人劉○苡遭詐騙後匯款『3 次』，其時間及金額分別為：①103 年 6 月 6

日 21 時 53 分匯款 2 萬 9,989 元、②103 年 6 月 7 日 0 時 29 分匯款 2 萬 9,108 元、③103 年 6 月 7 日 0 時 37 分匯款 3 萬元（見原判決第 36 頁）；惟此部分依原起訴書附表編號 11 之記載，劉○苡遭詐後僅匯款『1 次』，其時間及金額為 103 年 6 月 6 日 21 時 53 分匯款 2 萬 9,989 元（見起訴書第 23 頁）。（四）原確定判決附表一編號 14 認定被害人林○雲遭詐騙後匯款『5 次』，其時間及金額分別為：①103 年 6 月 7 日 17 時 18 分匯款 2 萬 2,132 元、②103 年 6 月 7 日 17 時 23 分匯款 1 萬 7,989 元、③103 年 6 月 7 日 17 時 25 分匯款 3,798 元、④103 年 6 月 7 日 17 時 27 分匯款 1 萬 7,989 元、⑤103 年 6 月 7 日 17 時 27 分匯款 2,345 元（見原判決第 37 頁）；惟此部分依原起訴書附表編號 14 之記載，林○雲遭詐騙後僅匯款『1 次』，其時間及金額為 103 年 6 月 7 日 17 時 23 分匯款 1 萬 7,989 元（見起訴書第 11 頁）。（五）原確定判決附表一編號 20 認定被害人鄭○捷、孫○瑜遭詐扇（按當係『騙』之誤繕）後共匯款『3 次』，其時間及金額分別為：①103 年 6 月 10 日 20 時 38 分匯款 2 萬 8,321 元（鄭○捷）、②103 年 6 月 10 日 19 時 44 分匯款 2 萬 9,987 元（孫○瑜）、③103 年 6 月 10 日 20 時 38 分匯款 2 萬 9,985 元（孫○瑜）（見原判決第 39 頁）；惟此部分依原起訴書附表編號

20 之記載，係『鄭○捷』遭詐騙匯款『1 次』，其時間及金額為 103 年 6 月 10 日 20 時 38 分匯款 2 萬 9,985 元（見起訴書第 13 頁）。（六）上開部分原確定判決於『理由』內說明：『公訴意旨關於附表一編號 3 之 ①②均未起訴，就編號 7 之 ②③④均未起訴，就編號 11 之 ②③均未起訴，就編號 14 之 ①③④⑤均未起訴，就編號 29 之 ②（金額僅提及 2 萬 1,017 元）③④⑤均未起訴，…，然此部分未起訴之部分，分別與起訴書業已敘及之各該部分分別具接續犯之事實上一罪關係，自應為起訴效力所及，本院自應併予審酌。另公訴意旨針對附表一編號 20 部分，雖認僅被害人鄭○捷遭騙，惟依鄭○捷警詢供述（見警卷二第 499A1 至 499A4 頁），其係接獲詐欺集團電話後，依對方指示操作提款機，復再依對方指示需提供另帳號供操作，鄭○捷始與女友孫○瑜一同操作提款機，因此受騙，而匯出附表一編號 20 所示金額，被告張○棋等人固不知本次受害者為 2 人，然其等提領金額實包括鄭○捷與孫○瑜被告（按應係『害』之誤繕）部分，是以，此部分受害金額自應包括孫○瑜部分，起訴意旨認此部分受害金額僅 2 萬 9,985 元，即有未當，且鄭○捷實際轉讓金額為 2 萬 8,321 元，並非 2 萬 9,985 元，且尚應包括孫○瑜另 2 筆金額，即 2 萬 9,987 元、2 萬 9,985 元，此 2 部分與已起訴

之被害人鄭○捷部分為接續被害，為同一事實，本院仍得併予審理。』（見原判決第 22 頁第 14 行起）、『查原審就被告張○棋等人所犯附表一編號 3…7、11、14、20…所示犯行，僅認定同起訴書所載之金額及次數，並未審酌上開編號被害人其餘詐騙金額（如本判決附表一、附表二各該編號所示），以上雖各均屬接續之一罪，然原審既未審酌被告張○棋等人詐欺上開編號被害人實際遭詐騙總額之犯罪情節（均高於原審上開編號所認定之金額）上開部分犯罪事實實質主張已有擴張，原審就上開部分所量處之刑既不包括其餘款項之犯罪情節，本院予以認定，因而量處較原審為重之刑度，以符合罪刑相當原則，自不受前開不利益變更禁止原則之拘束』云云（見原判決第 26 頁最後第 1 行起）。依原確定判決上開論斷，其此部分之審判範圍已擴及起訴意旨以外之新增犯罪事實。（七）然原審於審理時，僅就原起訴之如判決附表一編號 3 之 ③、編號 7 之 ①、編號 11 之 ①、編號 14 之 ②及編號 20 之 ③之事實，告知被告可能涉犯刑法第 339 條之 4 第 1 項第 2 款、第 3 款之加重詐欺取財罪嫌，並僅對上開犯罪事實踐行調查辯論程序（見原審 105 年 12 月 15 日審判筆錄第 2 頁、第 35 頁、第 38 頁、第 41 頁、第 42 頁及第 46 頁），對上開起訴書『未記載』之新增事實，即附表一編號 3 之 ①②、編

號 7 之 ②③④、編號 11 之 ②③、編號 14 之 ①③④⑤、編號 20 之 ①②之行為，於準備程序迄辯論終結時止，始終未踐行告知其擴張之犯罪事實及所涉犯罪名之程序，亦未依法踐行調查辯論程序，致使被告及其辯護人無從對上開『擴張』之犯罪事實及罪名表示意見、辯明犯罪嫌疑及辯論，被告及其辯護人亦無從由原審之詢問或訊問程序，得知或預期原判決有擴及此部分事實而一併論罪之可能，顯已不當妨害被告辯明該部分罪嫌及辯論等訴訟防禦權之行使，即命辯論終結，逕就上開『擴張』之犯罪事實及罪名而為判決：就附表一編號 7、11、14、20 所示犯行部分並諭知較重於原審判決之刑，揆諸上開說明，自屬違背憲法第 8 條第 1 項『非由法院依法定程序不得審問處罰』之規定，剝奪被告正當法律程序之保障而於判決顯然有影響，其審判自屬違背法令。

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，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇六年度台非字第八二號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 李○霖

張○棋（原名張○祥、曾○祥、曾○順、曾○棋）

曾○東（原名曾○霆）

上列上訴人因被告等詐欺案件，對於臺灣高等法院臺中分院中華民國一〇六年一月五日第二審確定判決（一〇五年度上訴字第一二九六、一二九九號；起訴案號：臺灣臺中地方法院檢察署一〇三年度少連偵字第一八二、二一七號），關於其附表一編號 3、7、11、14、20 部分認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於其附表一編號 3、7、11、14、20 部分撤銷，由臺灣高等法院臺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：

- 一、刑事訴訟法第九十五條第一款規定「訊問被告應先告知犯罪嫌疑及所犯所有罪名。罪名經告知後，認為應變更者，應再告知。」乃被告在刑事訴訟程序上應受告知之權利，為憲法第八條第一項正當法律程序保障內容之一，旨在使被告能充分行使防禦權，以維審判程序之公平。而其所謂「犯罪嫌疑及所犯所有罪名」，除起訴書所記載之犯罪事實及所犯法條外，尚包含依刑事訴訟法第二百六十七條規定起訴效力所擴張之犯罪事實及罪名，暨依同法第三百條規定變更起訴法條後

之新罪名。法院就此等新增之罪名、事實或變更之罪名，均應於其認為有新增或變更之時，隨時、但至遲於審判期日前，踐行告知之程序，使被告知悉而充分行使其防禦權，始能避免突襲性裁判，而確保其權益。如法院於審判期日，就起訴效力所及之擴張犯罪事實或變更起訴法條之同一性事實，未依刑事訴訟法第九十五條、第九十六條、第二百八十八條之一、第二百八十九條等規定踐行調查辯論程序，即命辯論終結，逕行就起訴效力所及之擴張犯罪事實與罪名或變更起訴書所引之法條而為判決，就此等擴張之事實及新罪名而言，實已剝奪被告依同法第九十六條、第二百八十八條之一、第二百八十九條等規定所應享有而同屬憲法上訴訟基本權保障範圍內之辯明罪嫌及辯論（護）等程序權，尤屬直接違背憲法第八條第一項所稱「非由法院依法定程序不得審問處罰」之規定，剝奪其正當法律程序之保障，而於判決顯然有影響，自應認該判決為違背法令。

- 二、本件依起訴書犯罪事實欄及其附表之記載，檢察官係起訴被告李○霖、張○棋（原名張○祥、曾○祥、曾○順、曾○棋）、曾○東（原名曾○霆，下稱李○霖等三人）如原確定判決附表一（下稱附表一）編號 3 之 ③；7 之 ①；11 之 ①；14 之 ②及 20 之 ③部分之事實。嗣經原審審理

結果，認為李○霖等三人另犯有如附表一編號 3 之 ①②；7 之 ②③④；11 之 ②③；14 之 ①③④⑤；20 之 ①②部分之行為，且與已起訴部分，分別具有接續犯之事實上一罪關係，並於判決理由肆—三—(二)內說明附表一編號 3 之 ①②；7 之 ②③④；11 之 ②③；14 之 ①③④⑤；20 之 ①②（含被害人鄭○捷、孫○瑜所有受害金額部分），雖未經公訴人起訴，惟為起訴效力所及，基於審判不可分原則，自得併予審理等語（見原判決第二十二頁第十四至二十二行）。惟觀原審民國一〇五年九月十二日準備程序、同年十二月十五日審判程序，均係依起訴書及第一審判決書之記載，告以涉犯起訴部分犯罪之嫌疑及所犯罪名，暨就該部分之犯罪事實踐行調查、辯論程序，並未告知李○霖等三人另涉犯前揭附表一編號 3 之 ①②；7 之 ②③④；11 之 ②③；14 之 ①③④⑤；20 之 ①②部分之犯罪事實及所犯罪名、法條，且未依刑事訴訟法第一百六十四條、第一百六十五條規定進行物證及書證調查，即命辯論終結，此有各該準備程序筆錄及審判筆錄可稽（見臺灣高等法院臺中分院一〇五年度上訴字第一二九六號卷(一)第一〇五至一三一頁、卷(二)第十六至六十一頁；其中一〇五年十二月十五日審判筆錄第八十四頁，雖載有受命法官訊問李○霖等三人有關附表一編號 20 鄭○捷、孫○

瑜受騙總金額部分，但未告知涉犯罪名、法條，亦未使辯護人對該「擴張」之犯罪事實及罪名表示意見），卻逕將該未在起訴書內記載、披露之事實，一併評價、論擬，無異剝奪李○霖等三人就此等部分行使訴訟防禦權之正當法律程序保障，其所踐行之訴訟程序自非適法。非常上訴意旨，據此指摘原審此部分不當，且不利於李○霖等三人。經核洵有理由，為維持李○霖等三人之審級利益，應將原判決關於其附表一編號 3、7、11、14、20 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，應依刑事訴訟法第四百七十七條第一項第一款前段、第二項前段，判決如主文。

中 華 民 國 一 ○ 六 年 五 月 十 一 日

【第廿八案】

一、關係條文

刑事訴訟法	第 161 條、第 219-2 條、第 219-4 條、第 232 條、第 233 條、第 236 條、第 273 條、第 303 條、第 361 條、第 362 條、第 367 條、第 378 條、第 384 條、第 394 條、第 408 條、第 410 條
刑 法	第 277 條、第 278 條
民 法	第 1098 條、第 1113 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。查本件原確定判決理由以：『按犯罪之被害人，得為告訴；被害人之法定代理人或配偶，得獨立告訴，刑事訴訟法第二百三十二條、第二百三十三條第一項分別定有明文。無行為能力者固亦得為告訴（最高法院二十六年渝上字第六九號判例可資參照），但其能力畢竟低於有完全之行為能力者，故為保護無行為能力（或無完全之行為能力）之被害人，使其法定代理人或配偶亦得獨立告訴。查被害人周○達因本案受有硬腦膜下出血、頭部

外傷併腦挫傷、顱骨缺陷而致兩側肢體乏力，認知功能受損及大小便失禁、語言溝通障礙等傷害，嗣經台灣台中地方法院於民國九十七年六月二十日以九十七年度禁字第一五三號裁定宣告周○達為禁治產人，由其父母周○祐、余○春（嗣更名為余○臻）為法定監護人（嗣因周○祐、余○臻離婚，於一○○年四月二十九日經同法院以一○○年度監字第九五號裁定改定監護人為余○臻），依民法第一千一百十三條準用第一千零九十八條第一項規定，於監護權限內，為被害人之法定代理人；而在此之前，周○祐、余○臻分別於九十五年十二月十四日、九十六年一月十二日調查筆錄時即指訴其子周○達於九十五年十二月六日遭人討債毆傷，表明提出告訴之旨（見九十五年度偵字第一九五四三卷第一八六頁、九十六年度偵字第四七四四號卷一第一九八頁），則縱當時周○達為成年人（無配偶）且尚未聲請禁治產，周○祐、余○臻尚非周○達之法定代理人，其等提出告訴當時並無告訴權，惟嗣後周○達既經法院裁定宣告為禁治產人，且該裁定理由中說明其父母周○祐、余○春依法為其監護人，其二人於該裁定送達後已依法成為周○達之法定代理人，而因周○祐、余○春於警詢時，業已明確表示欲對被告等提出傷害告訴，依上開說明，自無重為告訴之必要，即其二人於警詢時之告訴應自

成為周○達之法定代理人時，視為補正而合法，此亦符合刑事訴訟法著眼保護無行為能力（或無完全之行為能力）之被害人之本旨（參司法院廳刑一字第二一一四九號研究意見亦同此見解，載於司法院公報第三十七卷第六期第八十至八十一頁）。是本件業經合法告訴，程序上並無不合，合先說明。』（見原判決第五頁至第六頁）固非無見。

- 二、惟查，上開司法院廳刑一字第二一一四九號研究意見乃係針對與本案性質不同之代行告訴制度所為解釋，與本案係獨立告訴權人於尚無告訴權時所為不合法之告訴，於取得獨立告訴權後能否補正告訴問題，兩者性質不同，自不能比附援引。參酌最高法院九十六年度台非字第六七號判決：『按告訴乃論之罪案件，未經告訴者，應諭知不受理之判決；又告訴乃論之罪，無得為告訴人之人或得為告訴之人不能行使告訴權者，該管檢察官得依利害關係人之聲請或依職權指定代行告訴人。刑事訴訟法第三百零三條第三款、第二百三十六條第一項分別定有明文。……按刑法第二百七十七條第一項之傷害罪，依同法第二百八十七條之規定須告訴乃論，卷查本件被害人自被毆傷案發後即陷入昏迷，呈植物人狀態，迄未能行使告訴權，亦未經檢察官依法指定代行告訴之人，其父林○三雖於警詢時表明要提出告訴，但被害

人係六十年十一月十一日生，有卷內警局刑事案件移送報告書、診斷證明書等記載可稽，其於九十一年十一月二十四日案發時已為成年人，林○三並非其法定代理人，無刑事訴訟法第二百三十三條第一項規定得獨立告訴之權，其告訴即非合法。是本案被告曾○華所犯刑法第二百七十七條第一項之普通傷害罪，並未經合法告訴，揆諸上揭說明，即應為公訴不受理之判決。原審不察，竟為被告有罪之實體判決，即有判決不適用法則及適用法則不當之違背法令。』亦明指無獨立告訴權時之告訴即非合法。

- 三、又刑事訴訟法上有關補正之規定（例如：刑事訴訟法第一百六十一條第二項、第二百十九條之二第一項、第二百十九條之四第四項、第二百七十三條第六項、第三百六十一條第三項、第三百六十二條、第三百六十七條、第三百八十四條、第三百九十四條第三項、第四百零八條第一項、第四百十一條），均係原告（公訴人）應為未為之訴訟程序事項行為，影響法院裁判之形成，因刑事訴訟法之特別規定許其補為該訴訟行為，以補正訴訟程序之欠缺。本件原確定判決之所謂告訴之補正，告訴權人竟無需補為告訴之訴訟行為，是該項情形即顯與刑事訴訟法上所定之補正訴訟行為意義相左，就法律用語言，容應係『追認』，即已為不合法之訴訟行為，追認其為合法

之行為而已，而刑事訴訟法上並無『追認』之規定，僅有補正之規定，原確定判決就此訴訟追訴條件之訴訟上程式之欠缺，未依刑事訴訟法第二百七十三條第六項之規定命檢察官為合法補正，即應命檢察官補正之訴訟追訴條件即告訴，竟創設刑事訴訟法上所無之追認制度，其所謂『視為補正』尚乏法律依據，原確定判決自難認適法。

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 一〇五年度台非字第二〇三號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告傷害案件，對於台灣高等法院台中分院中華民國一〇四年十二月二十三日第二審確定判決（一〇四年度重上更(六)字第二號，起訴案號：台灣台中地方法院檢察署九十五年度偵字第一九五四三號、九十六年度偵字第四七四四、一〇〇七五號、九十六年度少連偵字第三二、四二號），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

- 一、非常上訴理由(見前二)。
- 二、本件原確定判決以經六次更審審理結果，認被告某甲確有如原確定判決事實欄所載之傷害犯行，因而撤銷第一審，關於被告被訴教唆殺人無罪部分之判決，依刑事訴訟法第三百條之規定，變更起訴法條，改判依想像競合犯，從一重論處被告成年人與少年共同犯傷害罪刑(宣處有期徒刑三年六月，因行為係在民國九十六年四月二十四日以前，適用中華民國九十六年罪犯減刑條例規定，減為有期徒刑一年九月；兩造未上訴第三審，全案定讞)。復說明犯罪之被害人，得為告訴；被害人之法定代理人或配偶，得獨立告訴，刑事訴訟法第二百三十二條、第二百三十三條第一項分別定有明文。無行為能力者，固亦得為告訴，但其能力畢竟低於有完全之行為能力者，故為保護無行為能力(或無完全之行為能力)之被害人，使其法定代理人或配偶，亦得獨立告訴。查被害人周○達因本案，受有上揭傷害，嗣經台灣台中地方法院，於九十七年六月二十日，以九十七年度禁字第一五三號，裁定宣告其為禁治產人，並由其父母周○祐、余○春(嗣更名為余○臻)為法定監護人(嗣因周○祐、余○臻離婚，於一〇〇年四月二十九日，經同法院以一〇〇年度監字第九五號裁定，改定監護人為余○臻)，依民法第一千一百十三條準用第一千零九十八條

第一項規定，於監護權限內，周○祐、余○春為被害人之法定代理人；而在此之前，周○祐、余○春分別於九十五年十二月十四日、九十六年一月十二日在法務部調查局台中縣調查站、台中縣警察局大甲分局詢問時，已指訴其子即被害人遭人討債毆傷，表明提出告訴之旨（見九十五年度偵字第一九五四三卷二第一八六頁、九十六年度偵字第四七四四號卷一第一九八頁），則縱當時被害人為成年人（無配偶），且尚未聲請禁治產，周○祐、余○春尚非其法定代理人，其等提出告訴當時，並無告訴權，惟嗣後被害人既經法院裁定，宣告為禁治產人，並依法由其父母周○祐、余○春擔任監護人，其等於該裁定送達後，已依法成為被害人之法定代理人，而因其等於警詢時，業已明確表示，欲對被告提出傷害告訴，依上開說明，應自成為被害人之法定代理人時，視為補正而合法，而無重為告訴之必要，此亦符合刑事訴訟法著眼保護無行為能力（或無完全之行為能力）之被害人之本旨。是本件業經合法告訴，程序上並無不合等語。

- 三、按非常上訴之提起，以發見確定判決之審判係違背法令者為限，所謂審判違背法令，係指審判程序或其判決之援用法令，與當時應適用之法令有所違背而言。換言之，非常上訴所稱之審判違背法令，係指法院就該確定案件之審判，顯然違背

法律明文所定者而言，若僅是法文上有發生解釋上之疑問，致因法文解釋之不同，而產生不同之法律上見解，尚不得謂為審判違背法令，而據為提起非常上訴之理由。又刑事訴訟之基本目的，乃在於實體之真實發現與刑罰之實現，而被告受無罪推定等基本人權保障，並享有受公正、妥速審判之權利，是必須藉由程序正義的遵守，而達致實體正義之實現理想。其中，訴訟條件的充足，屬程序正義之一環，除有特別情形（例如管轄權之有無，採起訴恆定原則，不因其後住居所遷移而受影響）外，通常於起訴時，必須具備，於判決之際，仍應繼續存在，乃控方（特別是檢察官）應盡的義務；倘若有所欠缺，案件不能進行實體審查，法院應為程序判決，終結其訴訟關係，被告可以因此及早脫免於刑事訴訟程序上的負擔，並由此展現出程序正義之遵循。然而訴訟條件的欠缺，於起訴之後、審理之中，能否加以補正？此於我國，法無明文，德國實務、通說，持肯定說；法國相反；日本戰前採同法國，戰後採同德國，但仍有異說。我國學者間乃有主張訴訟條件之欠缺，究竟應否准予補正，必須調和「法的安定性」與「法的具體妥當性」，經作適當之衡量後，始可決定；倘准予補正反較不許補正，更能符合訴訟整體利益，且對被告亦不致發生不當之損害者，為達訴訟之合目的性，自應許

可其補正。蓋此種情形，如不許其補正，必於諭知不受理後再行起訴，徒增程序上之繁瑣，並無實益，故許其補正。細言之，學說上已發展出因當事人未異議而治癒；對被告權益未生影響而治癒；基於訴訟經濟考量而治癒；及不得治癒之瑕疵等區分。既於學理上圓融合理，在實務運作上，亦合情便民。兼顧被害人權益照料，無礙被告訴訟防禦權行使，實質正義可獲彰顯。本此，檢察官以非告訴乃論之罪起訴，經法院審理結果，認為係犯告訴乃論之罪，或裁判上一罪，其犯罪事實之一部，係告訴乃論之罪，未經告訴者，仍應許其於起訴後補正（參看司法院院字第二一〇五號解釋），此因檢察官公訴提起之作爲，並無可受非難的情形存在，而被害人之權益亦由此獲得適當維護。且此種告訴之補正，依上述司法院解釋，猶不限於第一審，縱是在第二審，亦得爲之。至於告訴乃論之罪，無得爲告訴之人或得爲告訴之人不能行使告訴權者，該管檢察官得依利害關係人之聲請或依職權指定代行告訴人，刑事訴訟法第二百三十六條第一項固定有明文，此代行告訴制度之設計，本具有充實訴訟要件，滿足公共利益之用意，是檢察官指定代行告訴人之指定方式，並無一定限制。若檢察官偵查結果，認為被告所涉，非屬告訴乃論之罪（例如殺人未遂、重傷害），本不生指定代行告訴問

題；但在案件調、偵查中，如被害人已成年、無配偶，傷重陷於昏迷，其父母不諳法律，基於親情，單憑國民法律感情，向司法警察（官）或檢察官表示欲對於該加害之被告，提出控訴，此情固不生合法告訴之效力，嗣於檢察官依非告訴乃論罪名提起公訴後，審判中，被害人之父母，經人指點，依法向民事法院聲准宣告禁治產，並取得監護人（法定代理人）身分，而刑事案件審理結果，認屬告訴乃論之罪，則先前該父母之不合法告訴瑕疵，當認已經治癒，並發生補正告訴之效果，此部分訴訟條件無欠缺，法院為實體的罪刑判決，尚難謂程序違法。唯有如此理解，才能確實保護被害人，符合現代進步的刑事訴訟法律思潮。

- 四、從而，就本案而言，犯罪之調、偵查機關既已開始對被告為相關調、偵查程序，被告並再三就其被訴之涉嫌犯行，進行實體辯論，若因被害人不能行使告訴權，而要檢察官再行指定代行告訴人，或由嗣後成為被害人之法定代理人，再補提告訴，重起繁瑣之偵查、訴訟程序，委實不合訴訟經濟原則。尤其，告訴期間早已經過，被害人權益豈非受剝奪，實質正義如何彰顯，法的具體妥當性竟被湮沒，其不符合刑事訴訟法的基本目的，淺而可見。原確定判決就被告本件傷害犯行，是否經合法告訴乙節，業已論述其所持之法

律見解，結論尚無不合，縱與非常上訴意旨所持意見不同，猶不得逕謂違背法令。

五、至於本院九十六年度台非字第六七號判決，係以該案被告所犯之傷害罪，因被害人（已成年）自被毆傷後，即陷入昏迷，而未能行使告訴權，亦未經檢察官依法指定代行告訴之人，而其父既非其法定代理人，則於警詢時所為之告訴，並非合法，該案竟為有罪之實體判決確定，有判決不適用法則及適用法則不當之違背法令，因而將原確定判決，予以撤銷，改判公訴不受理。此與本件被害人，嗣後經法院宣告禁治產，由其父母為監護人，合法成為法定代理人，取得告訴權，先前之不合法告訴，因而補正，原訴訟條件之欠缺，從而治癒，成為合法之情形，兩者有別。關於此部分非常上訴意旨，執以指摘原確定判決違法，難認有據。

六、綜上，本件非常上訴為無理由，應予駁回。
據上論結，應依刑事訴訟法第四百十六條，判決如主文。

中華民國一〇五年十一月二十四日

【第廿九案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第 253-2 條、第 255 條、第 256-1 條、第 260 條、第 379 條、第 451 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 378 條定有明文。又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 379 條第 5 款亦有明文規定。經查，本件被告某甲前因台灣新北地方法院檢察署 104 年度速偵字第 4192 號飲酒駕車之公共危險案件，經檢察官為緩起訴處分確定，緩起訴期間為民國 104 年 8 月 21 日起至 105 年 8 月 20 日止。嗣於緩起訴期間內未履行緩起訴條件，經該署檢察官以 105 年度撤緩字第 13 號撤銷緩起訴處分，再以 105 年度撤緩偵字第 57 號聲請簡易判決處刑，經台灣新北地方法院以 105 年度交簡字第 725 號判決判處有期徒刑 3 月併科罰金 3 萬元確定，有卷附各該案卷、處分書、判決書及台灣高等法院被告前案紀錄表在卷可稽。惟查，被告業於 105 年 1 月 4 日將原住所新北市○○區○

○路 00 巷 00 號 7 樓之 2 遷移至新北市○○區○○里 0 鄰○○路 00 巷 00 號，有被告個人戶籍資料查詢結果列印畫面 1 紙在卷可參。本件撤銷緩起訴處分書僅於 105 年 1 月 15 日寄存於被告原戶籍所在地之新北市政府警察局三峽分局三峽派出所，有送達證書在卷可考（見 105 年度撤緩字第 13 號卷第 12 頁），並未對被告之上開新住所地重新送達，是其送達顯不合法，自不生合法送達之效力，並致被告無從依刑事訴訟法第 256 條之 1 第 1 項規定聲請再議，則該撤銷緩起訴之處分自未確定，原緩起訴處分效力仍然存在，檢察官自不得對同一案件再行起訴，檢察官就本件再行聲請以簡易判決處刑，其程序顯然違背規定，法院應逕為諭知不受理之判決，始為適法。原審未察，逕對被告論罪科刑，揆諸上開說明，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 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○五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

上列上訴人因被告公共危險案件，對於台灣新北地方法院中華民國一○五年三月九日第一審確定簡易判決

(一〇五年度交簡字第七二五號，聲請簡易判決處刑案號：台灣新北地方法院檢察署一〇五年度撤緩偵字第五七號)，認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

本件不受理。

理 由

- 一、非常上訴理由(見前二)。
- 二、本院按：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，檢察官依職權或聲請撤銷原處分，繼續偵查或起訴者，應製作撤銷緩起訴處分書，並以正本送達於被告。被告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聲請再議。觀諸同法第二百五十五條第一項前段、第二項前段及第二百五十六條之一第一項規定甚明。苟撤銷緩起訴處分書，未經合法送達於被告，則其再議期間無從起算，該撤銷緩起訴處分書即未確定，不生撤銷原緩起訴處分之效力，原緩起訴處分仍然有效。倘檢察官於該緩起訴處分期間屆滿前，誤就同一案件聲請簡易判決處刑，依刑事訴訟法第四百五十一條第三項規定，其聲請與起訴有同一效力，則起訴之程序自係違背規定；若於緩起訴處分期間屆滿後為之，

即屬違背同法第二百六十條之規定再行起訴；法院均應諭知不受理之判決。

- 三、經查：本件被告某甲因公共危險案件，經台灣新北地方法院檢察署檢察官偵查終結，於民國一〇四年八月十一日以一〇四年度速偵字第四一九二號為緩起訴處分，緩起訴期間一年（自一〇四年八月二十一日起，至一〇五年八月二十日止），並命其應於緩起訴處分確定後，收受檢察官執行緩起訴處分命令通知書後二個月內，向國庫支付新台幣五萬五千元。因被告違背上開應履行事項，該署檢察官乃於一〇五年一月五日以一〇五年度撤緩字第一三號處分書撤銷上開緩起訴處分，並僅向被告原設籍之新北市〇〇區〇〇路 00 巷 00 號 7 樓之 2 轄區，即新北市政府警察局三峽分局三峽派出所為寄存送達，未向被告於一〇五年一月四日新遷之戶籍地址，即新北市〇〇區〇〇路 00 巷 00 號為送達。此有上開緩起訴處分書、撤銷緩起訴處分書、送達證書及被告個人戶籍資料查詢結果等在卷可考。足見該撤銷緩起訴處分書尚未合法送達於被告，而未確定，不生撤銷原緩起訴處分之效力。檢察官嗣於該緩起訴處分期間屆滿前，即於一〇五年二月十七日以一〇五年度撤緩偵字第五七號聲請簡易判決處刑書，向原審法院聲請簡易判決處刑，依上說明，其起訴之程序違背規定。該院一〇五年三月九日一〇

五年度交簡字第七二五號簡易判決，未依刑事訴訟法第三百零三條第一款規定諭知不受理，竟予論罪科刑，其法律之適用，即有違誤。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，並改判諭知不受理，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 五 年 七 月 十 三 日

【第三十案】

一、關係條文

刑事訴訟法	第 253-3 條、第 303 條、第 378 條、第 447 條
刑 法	第 75 條、第 75-1 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 378 條定有明文。次按『緩起訴係檢察官終結偵查所為之處分。就緩起訴確定之案件，如欲繼續偵查或起訴，應以該緩起訴處分經合法撤銷為前提。而緩起訴與緩刑之撤銷，同樣嚴重影響被告權益。緩刑之撤銷，依刑法第 75 條第 1 項第 1、2 款、第 75 條之 1 第 1 項第 1、2、3 款規定，均以被告所犯他罪經判刑確定為要件；其目的在確認原宣告之緩刑已難收其預期效果，而有執行刑罰之必要。至刑事訴訟法第 253 條之 3 第 1 項第 1 款緩起訴處分之撤銷，雖僅規定於緩起訴期間內故意更犯有期徒刑以上刑之罪，經檢察官提起公訴者，檢察官得依職權或依告訴人之聲請為之，未明定被告更犯之罪經判刑確定為要件。然查，我國緩起訴制度係為使司法資源有效運用，填補被害人之損害、有

利被告或犯罪嫌疑人之再社會化及犯罪之特別預防等目的，參考外國立法例，配合刑事訴訟制度採改良式當事人進行主義之起訴猶豫制度。倘上開更犯之罪，嗣經判決無罪確定，表示被告無違反犯罪特別預防目的之情事，如拘泥於該款得撤銷緩起訴處分之文字規定，而認撤銷為合法，顯不符公平正義，無足以保障被告權益。基此，本院認為該款得撤銷緩起訴處分規定，宜為目的性限縮解釋。即被告更犯之罪，嗣經判刑確定，該撤銷固屬合法，但若經判決無罪確定，表示該撤銷自始存有重大瑕疵，係屬違誤。依司法院釋字第 140 號解釋之同一法理，應認該撤銷緩起訴處分自始無效，與緩起訴處分未經撤銷無異。則法院對該緩起訴處分案件，所提起之公訴，應視起訴時該緩起訴處分期間已否屆滿，而分別依刑事訴訟法第 303 條第 1 款起訴之程序違背規定，或同條第 4 款緩起訴期滿未經撤銷，而違背同法第 260 條之規定再行起訴，分別諭知不受理。』（最高法院 103 年度台上字第 3183 號判決意旨參照）。

- 二、本件被告某甲明知 MDMA 係經我國主管機關列管之第二級毒品，不得擅自持有或施用，竟仍基於施用第二級毒品之犯意，於民國 102 年 1 月 31 日早上 5、6 時許，在臺北市中山區時○○紛酒店內，施用第二級毒品 MDMA 1 次。嗣於 102 年 1

月 31 日 10 時許，在臺北市○○區○○街 00 號 11 樓之 26 為警查獲，經某甲同意採尿並送驗後，呈 MDMA 陽性反應而知悉上情。案經臺北市政府警察局中山分局報告偵辦。嗣經臺灣臺北地方法院檢察署檢察官於 102 年 5 月 16 日以 102 年度毒偵字第 1281 號為緩起訴處分，緩起訴之期間為 2 年，並附條件命完成戒癮治療。被告於獲緩起訴處分後，原均按命履行戒癮治療處分而未再施用任何毒品。詎於 103 年 6 月 3 日至臺北市立聯合醫院松德院區採尿送驗後，結果竟呈現嗎啡陽性反應，檢察官旋於 103 年 7 月 30 日以被告於緩起訴期間內，仍繼續施用毒品，違反該署預防再犯之命令，依職權撤銷緩起訴之處分（103 年度撤緩字第 393 號），嗣改分 103 年度撤緩毒偵字第 220 號辦理，經偵查終結，認宜聲請簡易判決處刑，案經臺灣臺北地方法院以 103 年度簡字第 2794 號判決判處有期徒刑 4 月確定，並已繳納易科罰金執行完畢。

- 三、查被告於 103 年 6 月 3 日至聯合醫院松德院區採尿送驗後，結果呈嗎啡陽性反應之案件，經臺灣新北地方法院檢察署檢察官偵查終結，提起公訴（104 年度毒偵字第 628 號），嗣經臺灣新北地方法院以 104 年度訴字第 527 號判決無罪，經檢察官提起上訴，復經臺灣高等法院 105 年度上訴字第 840 號判決上訴駁回確定，均認被告僅係

因服用醫療藥水中內含鴉片酞，方導致尿液內含嗎啡而為陽性之反應等情，已足認原承辦檢察官所為撤銷緩起訴之處分（103 年度撤緩字第 393 號）自始存有重大瑕疵，係屬違誤。揆諸上開最高法院判決意旨，原檢察官撤銷緩起訴後再提起之公訴，原審未依刑事訴訟法第 303 條第 1 款起訴之程序違背規定，諭知不受理之判決，而對被告論罪科刑，自有判決適用法則不當之違背法令。

四、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 一〇六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

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，對於臺灣臺北地方法院中華民國 103 年 11 月 7 日第一審確定簡易判決（103 年度簡字第 2794 號，聲請簡易判決處刑案號：臺灣臺北地方法院檢察署 103 年度撤緩毒偵字第 220 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 378 條定有明文。又緩起訴係檢察官終結偵查所為之處分。就緩起訴確定之案件，如欲繼續偵查或起訴，應以該緩起訴處分經合法撤銷為前提。而刑事訴訟法第 253 條之 3 第 1 項第 3 款緩起訴處分之撤銷，雖僅規定於緩起訴期間內違背同法第 253 條之 2 第 1 項各款之應遵守或履行事項者，檢察官得依職權或依告訴人之聲請為之，未明定被告違背應遵守或履行事項經判刑確定為要件。然查，我國緩起訴制度係為使司法資源有效運用，填補被害人之損害、有利被告或犯罪嫌疑人之再社會化及犯罪之特別預防等目的，參考外國立法例，配合刑事訴訟制度採改良式當事人進行主義之起訴猶豫制度。倘該違背應遵守或履行事項，經判決無罪確定，表示被告無違反犯罪特別預防目的之情事，如拘泥於該款得撤銷緩起訴處分之文字規定，而認撤銷為合法，顯不符公平正義，無足以保障被告權益。基此，本院認為該款得撤銷緩起訴處分規定，宜為目的性限縮解釋。即該違背應遵守或履行事項，如經判決無罪確定，表示該撤銷自始存有重大瑕疵，係屬違誤。則法院對該緩起訴處分案件，所提起之公訴，應視起訴時該緩起訴處分期間已否屆滿，而分別依刑事訴訟法第 303 條第 1 款起訴之程序違背規定，或同條第 4 款緩起訴期滿未經撤銷，

而違背同法第 260 條之規定再行起訴，分別諭知不予受理。經查檢察官憑以撤銷本案起訴前緩起訴處分（即臺灣臺北地方法院檢察署 102 年度毒偵字第 1281 號）之另案刑事案件（即臺灣新北地方法院檢察署 104 年度毒偵字第 628 號。按被告某甲另被訴於 103 年 5 月 27 日採尿前回溯 26 小時內，在不詳地點，以不詳方式，施用第一級毒品海洛因 1 次，經臺灣新北地方法院檢察署檢察官以 104 年度毒偵字第 627 號起訴書提起公訴），嗣經法院以不能證明被告犯罪為由，而判決無罪確定（即臺灣新北地方法院 104 年度訴字第 527 號、臺灣高等法院 105 年度上訴字第 840 號。按被告經臺灣新北地方法院檢察署檢察官另以 104 年度毒偵字第 627 號起訴書提起公訴案件，亦經臺灣新北地方法院以 104 年度訴字第 357 號刑事判決諭知無罪確定），不能證明被告於緩起訴期間內，有違背應遵守或履行事項，有上開所載刑事判決及臺灣高等法院被告前案紀錄表附卷可稽。又被告之緩起訴處分期間係自 102 年 5 月 30 日起至 104 年 5 月 29 日屆滿，有臺灣臺北地方法院檢察署檢察官 102 年度毒偵字第 1281 號執行緩起訴處分命令通知書附卷可稽（見 102 年度毒偵字第 1281 號卷第 71 頁）。檢察官就本案於 103 年 9 月 23 日再行起訴，於同年 10 月 7 日繫屬第一審法院，有臺灣臺北地方法院檢察署 103 年 10 月 7 日北檢治月 103 撤緩毒偵 220 字第 10122 號函在卷可考（見 103 年度簡字第 2794 號卷第 1

頁)。檢察官依職權撤銷本件起訴前之緩起訴處分，再行偵查並提起本件公訴時，前開緩起訴期間尚未屆滿，其起訴之程序違背規定，應依刑事訴訟法第 303 條第 1 款規定諭知不受理。原判決竟予論罪科刑，依前揭規定及說明，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，洵有理由，應由本院將原判決撤銷，另行判決如主文第 2 項所示，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第 447 條第 1 項第 1 款、第 303 條第 1 款，判決如主文。

中 華 民 國 一 〇 六 年 五 月 四 日

【第三一案】

一、關係條文

刑事訴訟法	第 268 條、第 348 條、第 378 條、第 379 條
刑 法	第 47 條、第 51 條、第 62 條、第 320 條、第 321 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。又法院不得就未經起訴之犯罪審判；除刑事訴訟法有特別規定外，未受請求之事項予以判決者，其判決當然為違背法令，刑事訴訟法第二百六十八條、第三百七十九條第十二款分別定有明文。且按刑事訴訟法第三百四十八條第一項規定，上訴得對於判決之一部為之，未聲明為一部者，視為全部上訴，乃於當事人之真意不甚明確時，依此規定，以確定其上訴之範圍，若當事人之真意甚為明確，即無適用此項規定之餘地，最高法院六十八年台上字第一三二五號刑事判例參照。經查，被告某甲因竊盜犯行，經台灣台東地方法院以一〇〇年度易字第二三二、四四八號判決分別判處有期徒刑八月、七月、十月，共十四罪，應執行刑

為有期徒刑七年六月，刑前強制工作三年確定。然被告嗣以判處刑度過重，而提起上訴，其上訴狀雖未聲明為一部上訴或全部上訴，惟後以書狀陳述補充上訴理由時，僅表明對附表編號 1 至 13 部分提起上訴，判決書附表編號 14 部分未在上訴之列（詳台灣高等法院花蓮分院一〇一年度上易字第二三號卷第四頁至第十一頁），該部分應已確定，然台灣高等法院花蓮分院仍併予以審判，雖刑度與第一審相同，對被告未有不利，然參諸上開說明，仍係對於未受請求之事項予以判決，上開二審判決關於附表編號 14 及定執行刑部分，其判決當然為違背法令。

二、綜上所述，上開判決違背法令，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 一〇四年度台非字第七四號
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，對於台灣高等法院花蓮分院中華民國一〇一年六月二十日第二審確定判決（一〇一年度上易字第二三、二四號；起訴案號：台灣台東地方法院檢察署一〇〇年度偵字第一一八六、一二五〇、一三二〇號，追加起訴案號：同署一〇〇

年度偵字第一九七五號），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

- 一、非常上訴理由(見前二)。
- 二、本院按：上訴得對於判決之一部為之；未聲明為一部者，視為全部上訴，刑事訴訟法第三百四十八條第一項定有明文。本件被告某甲前因竊盜案件，經台灣台東地方法院一〇〇年度易字第二三二、四四八號判決判處如其附表編號 1 至 14 所示之罪刑（共十四罪，各處如其附表編號 1 至 14 所示之有期徒刑，定其應執行有期徒刑七年六月，並應於刑之執刑前，令入勞動場所強制工作三年）。被告不服，於上訴期間內之民國一〇一年一月十一日，具狀向台灣高等法院花蓮分院提起第二審上訴，其刑事上訴狀已載明「不服台灣台東地方法院易字第二三二、四四八號刑事判決。應執行有期徒刑七年六月，量刑實為過重」，且未表明為一部上訴，此有該刑事上訴狀在卷可稽，應認係對上開第一審所為判決全部上訴。至其嗣於同年月三十日具狀補提上訴理由，雖未記載有關上開附表編號 14 所示部分之上訴理由，於其提起上訴時所表明之上訴範圍亦無影

響，該部分犯行自仍在上訴範圍內。原審予以審理後，維持第一審關於其附表編號 14 部分之判決，駁回此部分在第二審之上訴，並就原判決附表編號 1 至 14 所載第一審或原審改判所處各宣告刑，定其應執行刑為有期徒刑五年六月。核無非常上訴意旨所指未受請求之事項予以判決之違背法令，本件非常上訴為無理由，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十六條，判決如主文。

中 華 民 國 一 ○ 四 年 三 月 十 八 日

【第三二案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第 268 條、第 379 條、第 441 條、
第 443 條

二、非常上訴理由

- 一、按法院不得就未經起訴之犯罪審判；又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 268 條、379 條第 12 款分別定有明文。再者，案件起訴後，檢察官以公函就其他部分之事實函請法院併案審理。此項公函之性質僅在促使法院注意而已，非屬訴訟上之請求。故檢察官以公函移請法院併案審理部分，必須與已起訴部分均成立犯罪，且二部分之間具有實質上一罪或裁判上一罪關係，法院始得一併加以審判。若法院認為移送併案審理部分並不構成犯罪，或不能證明有該移送併案審理部分之事實，亦即與起訴部分不生實質上一罪或裁判上一罪關係，法院自不得對之加以審判，應將該移送併案部分退回由原檢察官另為適法之處理，有最高法院 95 年度台上字第 7067 號判決可資參照。

二、經查，本案被告即聲請人某甲因分別詐欺被害人楊○葉、蔡○宏等 4 人而經台灣台北地方法院檢察署（下稱台北地檢署）檢察官以 101 年度偵字第 13286 號、第 17732 號、第 19112 號、第 19418 號起訴書（即被告犯有詐欺 4 罪）提起公訴、台灣台北地方法院（下稱台北地院）以 102 年度審簡字第 583 號案件（原 101 年度審易字第 2726 號）受理在案，嗣台灣新北地方法院檢察署（即更名前之台灣板橋地方法院檢察署，下稱新北地檢署）以被告刊登販售 15 萬點○航里程數之不實訊息，致朱○君陷於錯誤而為被告詐騙匯款新台幣（下同）5 萬 7,000 元之金額，因被告某甲遲未依約定轉讓里程數，朱○君始知受騙，報警處理，而循線查獲上情，經新北地檢署以被告詐騙朱女部分與台北地院受理之前開 102 年度審簡字第 583 號案件之前開起訴案件間均侵害同一法益，應論以接續犯為由而將該署 101 年度調偵字第 3408 號移送併辦意旨書移送台北地院併案審理（又台灣桃園地方法院檢察署檢察官亦以另案即該署 101 年度偵字第 15706 號移送併辦意旨書移送台北地院併案審理）在案。惟台北地院除就原台北地檢署起訴書所載被告詐欺楊○葉等 4 人而分別成立詐欺 4 罪外，另就新北地檢署以 101 年度調偵字第 3408 號移送併辦意旨書移送被告詐騙朱女 5 萬多元部分，認亦成立詐欺罪，合計共

成立詐欺 5 罪，有台北地院上開判決網路列印本乙件在卷可稽。然新北地檢署就被告詐欺被害人朱○君部分係移送至台北地院併案審理，並非起訴，且與台北地院前開判處被告詐欺 4 罪部分，不具有實質上一罪或裁判上一罪關係。而該移送併辦部分，又係檢察官以行政公函請求法院併案審理，並無起訴之存在，亦非前開起訴書之起訴效力所及。揆諸前開說明，原審即台北地院自應將該部分退回由新北地檢署檢察官另為適法之處理，始為合法。惟台北地院竟就被告詐騙朱女 5 萬多元部分，判處被告成立詐欺罪而量處有期徒刑 2 月確定，於法自有違誤。因認原判決有未受請求之事項，予以判決之違背法令。

三、案經確定，且對被告不利，爰依刑事訴訟法第 441 條、第 443 條提起非常上訴，以資糾正及救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決 一○四年度台非字第一三七號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告詐欺案件，對於台灣台北地方法院中華民國一〇二年五月二日第一審確定簡易判決（一〇二年度審簡字第五八三號，起訴案號：台灣台北地方法院檢察署一〇一年度偵字第一三二八六、一七七

三二、一九一一二、一九四一八號），認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於某甲犯如其附件之台灣板橋地方法院檢察署（現更名為台灣新北地方法院檢察署）檢察官一〇一年度調偵字第三四〇八號移送併辦意旨書所示詐欺取財罪部分撤銷。

理 由

- 一、非常上訴理由（見前二）。
- 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 379 條第 12 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。又案件起訴後，檢察官就其認有裁判上一罪關係之事實函請併辦，此項公函非屬訴訟上之請求，目的僅在促使法院之注意，法院如果併同審判，固係審判不可分法則之適用所使然，如認不成立犯罪或無裁判上一罪關係，法院

就該函送併辦部分，自不得對之加以審判，應退回由原檢察官另為適法之處理。(二)本件被告某甲涉嫌詐欺被害人楊○葉、白○加、蔡○宏、李○武(受託完成交易者為顏○苓)財物計4次犯行，經台北地檢署以101年度偵字第13286、17732、19112、19418號起訴書提起公訴，繫屬台灣台北地方法院(下稱原判決法院)102年度審簡字第583號(原案號為101年度度審易字第2726號)審理。其間，被告因另涉詐欺被害人朱○君財物之犯行，經新北地檢署檢察官認與上開被告經起訴部分具有接續犯之包括一罪關係，以101年度調偵字第3408號移送併辦意旨書移送併辦，又台灣桃園地方法院檢察署檢察官就其偵查被告涉詐欺白○加之案件，認與上開被告經起訴部分屬同一犯罪事實，以101年度偵字第15706號移送併辦意旨書移送併辦。經原判決法院審理結果，認被告某甲有詐欺被害人楊○葉、白○加、蔡○宏、李○武、朱○君計五次之犯行明確，因而論被告以犯詐欺取財，共五罪之罪刑(均處有期徒刑二月，暨諭知易科罰金之折算標準，並定應執行有期徒刑九月)，嗣因檢察官及被告均未提起上訴而確定，有原判決及上開起訴書、移送併辦意旨書可稽。然其中關於被告詐欺朱○君部分，既屬移送併辦，並未經起訴，原審又認為此部分與被告經起訴部分，應予分論併

罰，即無裁判上一罪關係，自非起訴效力所及。原判決未察，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所犯如新北地檢署 101 年度調偵字第 3408 號移送併辦意旨書所示詐欺取財罪部分撤銷，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。

三、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 ○ 四 年 五 月 十 四 日

【第三三案】

一、關係條文

刑事訴訟法	第 303 條、第 378 條、第 441 條、第 443 條、第 446 條
刑 法	第 2 條、第 11 條、第 41 條、第 55 條、第 173 條
毒品危害防制條例	第 11 條、第 18 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 378 條定有明文。而依同法第 303 條第 5 款規定，被告死亡者，應諭知不受理之判決。
- 二、經查，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提起公訴，台灣屏東地方法院於民國 102 年 7 月 11 日以 101 年度訴字第 608 號刑事判決，論處被告『放火燒燬現未有人所在之他人所有建築物，處有期徒刑壹年，扣案打火機壹個沒收之；又放火燒燬現供人使用之住宅，未遂，處有期徒刑壹年陸月，扣案打火機壹個、塑膠桶壹個均沒收之。應執行有期徒刑貳年，扣案打火機貳個、塑膠桶壹個均沒收。』被告不服，提起上訴，台灣高等法院高雄

分院於103年1月2日以102年度上訴字第950號刑事判決駁回上訴。被告復不服，於103年1月17日提起上訴，嗣被告於104年1月7日死亡，有戶籍謄本一紙可參。最高法院於104年3月11日判決時，本應撤銷原判決，改判諭知本件公訴不受理，方為合法。最高法院未察，仍予維持第二審之判決，而駁回被告之上訴，自屬判決不適用法則之違背法令。又最高法院所為之判決屬終審判決，一經宣示或公告主文，對外發生效力即告確定，最高法院業於104年3月11日公告判決主文，其另行對被告送達判決正本，因被告業已死亡，不生送達之效力，然仍無礙於判決之確定，併此敘明。

三、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 一〇四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等罪案件，對於本院中華民國一〇四年三月十一日刑事確定判決（一〇四年度台上字第五九三號，起訴案號：台灣屏東地方法院檢察署一〇一年度偵字第一九〇〇、二八四八號），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)。

本院按不合法之上訴中，被告死亡者，仍應將上訴駁回，本院著有二十九年上字第一三二八號判例。此乃因唯有合法之上訴，始生移審之效力，倘上訴並非適法，即無此效力；下級審法院縱將卷、證送交上級審法院，上級審法院仍應就該上訴是否合法一節，先作形式上之審查，若認為上訴不合法律上之程式，自毋庸為其他程序或實體事項之審理，而應逕以上訴不合法為由，判決駁回之。從而，若被告上訴不合於法律上之程式者，縱被告於第三審判決前死亡，第三審法院仍應以其上訴不合法律上之程式為由，予以駁回，不能逕將原審判決撤銷，改為不受理之諭知。本件被告某甲於提起第三審上訴後，於本院民國一〇四年三月十一日判決前即同年一月七日死亡，雖有被告之戶籍謄本影本一份可資為憑（見一〇四年度執聲非字第七號卷第四頁），但其上訴後，本院於一〇四年三月十一日所為一〇四年度台上字第五九三號判決，係以其上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料具體指摘原第二審判決不適用何種法則或如何適用不當，認其上訴不合於法律上之程式，而依刑事訴訟法第三百九十五條前段規定予以駁回；揆諸上揭說明，於法並無不合。非常上訴意旨指摘本院上開判決有適用法則不當

之違背法令，容有誤會，自難認為有理由，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百十六條，判決如主文。

中 華 民 國 一 〇 四 年 五 月 二 十 七 日

【第三四案】

一、關係條文

刑事訴訟法	第 273-1 條、第 378 條、第 379 條、第 441 條、第 443 條、第 445 條、第 455 條、第 445-4 條、第 454 條、第 455-8 條
刑法	第 11 條、第 47 條、第 51 條
毒品危害防制條例	第 10 條

二、非常上訴理由

- 一、按非常上訴係對於確定判決違背法令所設之救濟方法，判決不適用法則或適用不當者，為違背法令；法院所認管轄之有無係不當者，其判決當然違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條、第三百七十九條第四款分別定有明文。又案件應由犯罪地或被告之住所、居所或所在地之法院管轄。所謂被告所在地，係指其身體所在之地，並以起訴時為標準，至其所在之原因，無論自由與強制，皆所不問，被告服刑監所所在地之法院自係有管轄權之法院。至無管轄權之案件，應諭知管轄錯誤之判決，並同時諭知移送於管轄法院，刑事訴訟法第三百零四條亦定有明文。

- 二、經查：(一)、被告某甲係於(民國)一〇四年四月八日晚上十一時五十分許為警採尿時起回溯二十六小時、九十六小時內之某時(不含為警查獲後至採尿前之時間)，在台灣地區某不詳地點，分別施用第一級毒品海洛因、第二級毒品甲基安非他命各一次，故本案犯罪地不明。(二)、被告之住所在桃園市〇〇區〇〇〇路〇〇〇號(桃園市龜山區戶政事務所)，居所在新竹縣竹北市〇〇〇路〇〇〇號，而起訴時另案羈押在法務部矯正署台北看守所，此經被告供陳在卷，並有在監在押紀錄表在卷可佐。是被告之住所、居所、所在地之法院，分別為台灣桃園地方法院、台灣新竹地方法院、台灣新北地方法院。(三)、綜上，台灣苗栗地方法院既非本件之犯罪地法院，亦非被告住所、居所或所在地之法院，揆諸上開說明，自無管轄權。原判決誤認有管轄權，致疏未諭知管轄錯誤，而為科刑之判決，有適用法則不當之違背法令，且不利於被告(最高法院一〇三年度台非字第三〇五號判決意旨參照)。
- 三、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 一〇五年度台非字第六〇號
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，對於台灣苗栗地方法院中華民國一〇四年九月三十日第一審協商確定判決（一〇四年度訴字第二九七號，起訴案號：台灣苗栗地方法院檢察署一〇四年度毒偵字第七四〇號），認為違法，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：非常上訴係以原確定判決所認定之事實為判決基礎，以審查原確定判決有無違背法令。此觀諸刑事訴訟法第四百四十五條第二項準用同法第三百九十四條第一項之規定自明。又案件由犯罪地或被告之住所、居所或所在地之法院管轄，刑事訴訟法第五條第一項定有明文。且依上開規定所列被告犯罪地、住所、居所及所在地之法院，俱屬有管轄權之法院，並無相互排斥。查非常上訴意旨主張於本案檢察官起訴繫屬於台灣苗栗地方法院時，被告某甲因另案羈押在法務部矯正署台北看守所，又其當時之住、居所，分別在桃園市〇〇區〇〇〇路〇〇〇號（桃園市龜山區戶政事務所）、新竹縣竹北市〇〇〇路〇〇〇號。因之，台灣新北地方法院、台灣桃園地方法院及台灣新竹地方法院，均係有管轄權之法院，固有被告之供述

及在監在押紀錄表可參。惟查：依檢察官起訴書被告犯罪事實欄之記載，及原確定判決認定之事實，被告某甲上開施用第一級、第二級毒品之犯罪地點，均在「台灣地區某不詳地點」，有起訴書及確定判決在卷可稽（本案係由苗栗縣警察局竹南分局移送台灣苗栗地方法院檢察署偵查）。是原確定判決既認定被告犯罪地點在「台灣地區某不詳地點」，自難排除其犯罪地係在台灣苗栗地方法院管轄區域內之事實，且非常上訴意旨亦未指出被告犯罪地非在台灣苗栗地方法院之管轄地區及其事證，遽謂台灣苗栗地方法院無權管轄，揆諸上揭說明，自嫌無據。綜上，非常上訴意旨指原確定判決因管轄權錯誤而有適用法則不當之違法，應認為無理由，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 五 年 四 月 七 日

【第三五案】

一、關係條文

刑事訴訟法	第 300 條、第 378 條、第 379 條、 第 441 條、第 443 條
刑 法	第 320 條、第 337 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。次按法院之審判，固應以起訴之犯罪事實為範圍，然法院於不妨害事實同一之範圍內，苟於被告防禦權行使無妨礙，自亦仍得自由認定事實，適用法律，而變更檢察官之起訴法條，庶維訴訟經濟原則，復無損被告之權益保障。故事實審法院依調查結果所認定之被告犯罪事實，縱與檢察官起訴之事實並非全然一致，惟如其基本社會事實相同，法院即應在不妨害事實同一之範圍內，變更起訴法條而為有罪之判決，不得以不能證明被告有檢察官起訴之犯罪事實，而逕予諭知無罪。又「侵占離本人持有之物罪」之行為人，對該物並未先具有委任管理等持有之關係，此與其他類型之侵占罪不同，而與「竊盜罪」相同，且所謂「侵占」與「竊盜」，俱以不法手段占有領得財物，其客

觀構成要件之主要事實雷同，二罪復同以為自己或第三人不法之所有為主觀要件，同以他人之財物為客體，同為侵害財產法益之犯罪，罪質尚無差異，應認為具有同一性，從而原確定判決將起訴書所引刑法第三百二十條第一項竊盜罪法條，變更為同法第三百三十七條，論以侵占離本人持有之物罪，自難謂有刑事訴訟法第三百七十九條第十二款所定訴外裁判之違法（最高法院八十六年度台非字第一八七號判決參照）。

- 二、本件被告某甲分別於民國一〇〇年五月一日十七時許、一〇〇年六月二十三日十六時許、一〇〇年九月二日十七時，先後竊取被害人吳○峻、阮○和、莊○婕之手機，而為台灣台南地方法院檢察署檢察官於一〇四年十二月十八日以一〇四年度偵緝字第一一〇〇號起訴（參閱該案起訴書附表編號一、三、五部分）在案。嗣經台灣台南地方法院以一〇五年度易字第四八號刑事判決（下稱原確定判決）判決無罪確定，並於判決理由欄末段記載：「至於被告是否另涉犯侵占遺失物罪嫌，因與上揭檢察官起訴之竊盜基本社會事實不同，非本院得併予審理，自應由檢察官另行偵查，附此敘明」等語。揆諸上開最高法院之實務見解，本件檢察官起訴之「竊盜罪」與原確定判決所認之「侵占遺失物罪」，同以為自己或第三人不法之所有為主觀要件，同以他人之財物為客

體，同為侵害財產法益之犯罪，罪質尚無差異，應認為具有同一性，原確定判決本得依刑事訴訟法第三百條規定變更檢察官起訴之法條。如此，既無礙於被告防禦權之行使，復可免再次追訴之弊，而符合訴訟經濟之原則。今原確定判決未審酌及此，未依刑事訴訟法第三百條規定變更起訴法條，逕為無罪之諭知，實難謂允洽。而本件涉及到刑事訴訟法第三百條有關「案件同一性」變更起訴法條之適用，以及刑法「竊盜罪」與「侵占遺失物罪」是否因基本社會事實相同而具有同一性，其涉及之法律見解具有原則上重要性，亦即所涉及之法律問題意義重大而有加以闡釋之必要，對於法之續造有重要意義者，應由最高法院統一適用相關法令，以使下級審法院有所依循。揆諸首開說明，原判決顯有判決不適用法則或適用不當之違法。

三、案經確定，且不利於被告（需另受追訴），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 一〇五年度台非字第一六二號
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等罪案件，對於台灣台南地方法院中華民國一〇五年四月七日第一審確定判決（一〇五年度易字第四八號，起訴案號：台灣台南地方法院檢察署一〇四年度偵緝字第一一〇〇號），認為部分違法，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。查法院之審判，固應以起訴之犯罪事實為範圍，然法院於不妨害基本社會事實同一性，又於被告之訴訟防禦權不生妨礙之情形下，仍得自由認定事實，適用法律，而變更檢察官所引應適用之法條，以符訴訟經濟原則。故事實審法院依調查結果所認定被告犯罪事實，縱與起訴書所指被告犯罪事實，並非全然一致，惟訴之目的及所侵害法益相同者，法院應在不妨害基本社會事實同一性範圍內，變更起訴法條而為有罪之判決，不得以不能證明被告有起訴書所指犯罪事實，逕予諭知無罪。而所謂基本社會事實同一，係就已經法律評價之起訴事實予以還原為社會事實，而就此二事實關係予以觀察，倘基本（重要）事實關係大致相同，縱有枝節上之差異，仍無礙其起訴事實之同一性。又「侵占離本人持有之物罪」與「竊盜罪」之行為人，對行為客體均未具有委任管理等持有之關係，且俱以不法手段占有取得他人之財物，其客觀構成要件之主要事實雷同，二罪復同以為自己或第三人不法之所有為主觀要件，同以他人之財物為行為客體，同為侵害財產法益之犯

罪，罪質尚無差異，是就起訴之「竊盜」事實與還原為「侵占離本人持有之物」之社會事實觀察，二者基本（重要）事實關係大致相同，應認為具有同一性。此迭經本院或台灣高等法院著有諸多判決，實務上向無爭議（本院八十六年度台非字第一八七號判決、台灣高等法院一〇五年度上易字第一〇三二、五三二、四一七、三四〇等號判決、一〇四年度上易字第八〇一號判決、一〇三年度上易字第一八五九號判決、一〇二年度上易字第一八九〇、八八二等號判決參照）。本件原確定判決以被告某甲分別於一〇〇年五月一日十七時許、一〇〇年六月二十三日十六時許、一〇〇年九月二日十七時，先後竊取被害人吳○峻、阮○和、莊○婕之手機，而為台灣台南地方法院檢察署檢察官於一〇四年十二月十八日以一〇四年度偵緝字第一一〇〇號起訴在案。嗣經原確定判決判決無罪確定，並於判決理由欄記載：「至於被告是否另涉犯侵占遺失物罪嫌，因與上揭檢察官起訴之竊盜基本社會事實不同，非本院得併予審理，自應由檢察官另行偵查，附此敘明」等語，此部分固屬違背法令，但尚非不利於被告（同一案件，國家僅有一個刑罰權，不容重複起訴、裁判），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。非常上訴意旨未見及此，執以指摘原判決此部分違背法令，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，判決如主文。

中 華 民 國 一 〇 五 年 十 月 五 日

【第三六案】

一、關係條文

刑事訴訟法	第 303 條、第 364 條、第 367 條、 第 372 條
刑 法	第 185 條之 3、第 47 條
刑法施行法	第 1 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；又於第一審審理中被告死亡者，應諭知不受理之判決，為刑事訴訟法第 303 條第 5 款所明定；而此規定，於第二審之審判，亦在準用之列，觀之同法第 364 條自明。又『按被告死亡者，應諭知不受理之判決，為刑事訴訟法第 303 條第 5 款所明定。又不得上訴於第三審法院之案件，第二審法院一經判決即告確定，如被告在判決前死亡者，仍得提起非常上訴。』最高法院 80 年度台非字第 170 號判決意旨可資參照。
- 二、查本件被告某甲前因違反刑法第 185 條之 3 第 1 項第 1 款公共危險乙案，經臺灣士林地方法院檢察署檢察官以 106 年度偵字第 1937 號提起公訴，嗣經臺灣士林地方法院於 106 年 4 月 10 日以 106 年度審交易字第 180 號為第一審有罪判決，

被告不服提起上訴後，於 106 年 5 月 28 日因故死亡，此有戶役政電子閘門系統個人基本資料查詢結果乙紙附卷可稽（詳見高院 106 年度交上易字第 196 號卷第 21 頁）。是依刑事訴訟法第 303 條第 5 款規定，自應諭知不受理之判決。原判決未察，遽以被告上訴未依法記載上訴具體理由，認其上訴顯違背法律程式，不經言詞辯論，逕依刑事訴訟法第 367 條、第 372 條規定，駁回被告上訴；原判決即有適用法則不當之違法。

三、案經確定，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 一〇六年度台非字第一七八號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲（106 年 5 月 28 日死亡）

上列上訴人因被告公共危險案件，對於臺灣高等法院中華民國 106 年 6 月 26 日第二審確定判決（106 年度交上易字第 196 號，起訴案號：臺灣士林地方法院檢察署 106 年度偵字第 1937 號），認為違法，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）。

本院按不合法之上訴中，被告死亡者，仍應將上訴駁回，本院著有 29 年上字第 1328 號判例。此乃因唯有合法之上訴，始生移審之效力，倘上訴並非適法，即無此效力；下級審法院縱將卷、證送交上級審法院，上級審法院仍應就該上訴是否合法一節，先作形式上之審查，若認為上訴不合法律上之程式，自毋庸為其他程序或實體事項之審理，而應逕以上訴不合法為由，判決駁回之。次按不服地方法院之第一審判決而上訴者，應向管轄第二審之高等法院為之；上訴書狀應敘述具體理由；第二審法院認為上訴書狀未敘述理由者，應以判決駁回之。觀諸刑事訴訟法第 361 條第 1 項、第 2 項、第 367 條前段規定甚明。是提起第二審上訴，應敘述具體理由，係屬法定要件，如果上訴書狀未敘述具體理由，應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。從而，縱被告於第二審判決前死亡，第二審法院仍應以其上訴不合法律上之程式為由，予以駁回，不能逕將第一審判決撤銷，改為不受理之諭知。本件被告某甲因犯刑法第 185 條之 3 第 1 項第 1 款之服用酒類，不能安全駕駛動力交通工具而駕駛罪（累犯），經臺灣士林地方法院於民國 106 年 4 月 10 日以 106 年度審交易字第 180 號判決判處有期徒刑 7 月，被告不服，於 106 年 4 月 20 日向臺灣高等法院提起第二審上訴後，於 106 年 5 月 28 日死亡，有戶役政電子閘門系統個人基本資料查詢連結作業系統查詢資料可稽。而被告上訴後，形式上雖提出書狀敘述上

訴理由，惟並未表明第一審判決有何不當或違法，而構成應予撤銷之具體事由，顯與法律規定得為第二審上訴之法定要件不符，原判決乃以其上訴違背法律上之程式為由，予以駁回，亦有該案卷可稽。揆諸上揭說明，於法即無不合。非常上訴意旨指摘原判決未予撤銷改判諭知不受理，有適用法則不當之違背法令，容有誤會，不能認為有理由，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第 446 條，判決如主文。

中 華 民 國 一 ○ 六 年 九 月 二 十 八 日

【第三七案】

一、關係條文

刑事訴訟法	第 349 條、第 378 條、第 445 條、第 447 條
刑 法	第 11 條、第 38 條第 4 項、第 38 條之 1、第 51 條第 5 款
毒品危害防制條例	第 4 條第 2 項、第 17 條第 2 項、第 19 條第 1 項

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 378 條定有明文。依刑事訴訟法第 445 條第 2 項準用同法第 394 條之規定，關於訴訟程序及得依職權調查之事項，得調查事實。應於審判期日調查之證據，而未予調查，如致適用法令違誤，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 447 條第 1 項第 1 款規定之適用，亦經司法院大法官會議釋字第 181 號解釋在案。上訴法院受理上訴後，首應為程序上審理，調查該上訴案件是否具備上訴之合法條件。上訴有無逾期，攸關上訴是否合法，自應依職權加以調查。而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（司法院大法官會〈議〉釋字第 271 號解釋、最高法院 80 年〈度〉第 5 次刑事庭會議及 81 年〈度〉第 1 次刑事庭會議參照）。

- 二、經查，本件被告某甲違反毒品危害防制條例罪案件，臺灣臺中地方法院檢察署檢察官於民國 105 年 7 月 11 日以 105 年度偵字第 16614 號提起公訴，經臺灣臺中地方法院於 105 年 10 月 18 日以 105 年度訴字第 981 號判處有期徒刑 5 年 2 月；該署檢察官於 105 年 11 月 2 日收受判決後，認為第一審判決未於判決裁判主文宣示或於判決理由中說明對於未扣案手機估算或認定之追徵價額，因此依法提起上訴；本案之上訴期間應由 105 年 11 月 3 日起算 10 日，而上訴期間屆滿之日為 105 年 11 月 12 日（星期六），因該日為假日，其後一日 13 日為星期日，亦為假日，故上訴期間應順延至 105 年 11 月 14 日始屆滿；而該署檢察官之上訴書於 105 年 11 月 14 日已送達臺灣臺中地方法院，此有卷附送達文件證明簿上臺灣臺中地方法院收件章戳文可稽，因此該署檢察官之上訴並未逾期。惟臺灣高等法院臺中分院以檢察官上訴顯已逾法定上訴期間為由，於 106 年 1 月 9 日以

106 年度上訴字第 26 號判決駁回，自有判決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情事。

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，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇六年度台非字第二〇三號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，對於臺灣高等法院臺中分院中華民國 106 年 1 月 9 日第二審確定判決（106 年度上訴字第 26 號，起訴案號：台灣臺中地方法院檢察署 105 年度偵字第 16614 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：

一、上訴期間為 10 日，自送達判決後起算，刑事訴訟法第 349 條前段定有明文。又刑事訴訟程序中不利益於被告之合法上訴，倘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，其判決即屬重大違背法令，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 271 號著有解釋。

- 二、本件被告某甲違反毒品危害防制條例案件，經臺灣臺中地方法院（下稱臺中地院）以 105 年度訴字第 981 號判決，定應執行有期徒刑 5 年 2 月後，該判決係合法於 105 年 11 月 2 日送達於臺灣臺中地方法院檢察署（下稱臺中地檢署）檢察官，有臺中地院送達證書附卷可稽。則該檢察官之第二審上訴期間，應自同年月 3 日起算 10 日，原至同年月 12 日止，適該期間末日及後一日，分別為星期六、日，均係休息日，自應延算至同年月 14 日，期間始行屆滿。則檢察官於收受判決書後，認為該判決於主文或理由內，未就已宣告沒收、追徵其價額之供被告販賣第二級毒品所用的未扣案手機，一併諭知或說明所認定或估算之價額，難謂適法，而為被告之不利益繕具上訴書及函文，於同年月 14 日夜間，持向臺中地院（法警室）提起上訴，有卷附蓋用收件章戳之臺中地檢署送達文件證明簿及臺中地院 106 年 5 月 24 日中院麟文字第 1060001024 號函等影本可按，應尚未逾上訴期間。乃原判決疏未詳究，誤依臺中地院法警室於收文後之翌日上午，將前開上訴書及函文轉交予同法院收發室時，收發室在該函文上所蓋用之「105 年 11 月 15 日」收文戳日期，遽認檢察官之上訴已逾期限，因而誤從程

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，就檢察官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 447 條第 1 項第 1 款，判決如主文。

中 華 民 國 一 〇 六 年 十 月 二 十 六 日

【第三八案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第 370 條、第 378 條、第 441 條、
第 443 條
刑 法 第 38 條、第 47 條、第 321 條
兒童及少年福利與權益保障法 第 112 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 378 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。同法第 370 條第 1 項前段亦有明文。此即所謂不利益變更禁止原則。另同法第 370 條第 2 項規定，前項所稱刑，指宣告刑及數罪併罰所定應執行之刑。故由被告上訴，二審法院如諭知較重於一審判決之宣告刑或應執行刑，因違反同法第 370 條第 1 項前段之規定，而違背不利益變更禁止原則，即有判決不適用法則之違法。
- 二、經查被告與莊○益、蘇姓少年於原判決附表二所示之時地，持六角扳手及螺絲起子各 1 支，共同竊取如該附表二所示之自用小客車。經臺灣桃園地方法院 105 年度原訴字第 35 號、105 年度原易

字第 44 號，判決被告犯結夥攜帶兇器竊盜罪，共五罪，均累犯，各處有期徒刑捌月。應執行有期徒刑參年。檢察官未上訴，僅被告上訴。原判決則以：被告既係成年人與少年共犯，應將兒童及少年福利與權益保障法第 112 條第 1 項前段規定加重其刑之意旨顯現於主文上，以求理由與主文之一致，而一審判決卻漏未於主文予以諭知，自有未洽。而將一審判決撤銷，並改判被告成年人與少年犯結夥三人以上，攜帶兇器竊盜罪，共五罪，均累犯，各處有期徒刑拾月，應執行有期徒刑參年伍月。又查一審判決與原判決均認定被告係犯刑法第 321 條第 1 項第 4 款、第 3 款之結夥三人以上攜帶兇器竊盜罪。且均依兒童及少年福利與權益保障法第 112 條第 1 項前段之規定，加重其刑。該二判決僅主文有無成年人與少年共犯之記載不同而已，並無刑事訴訟法第 370 條第 1 項但書所載：一審判決適用法條不當而撤銷之情形。而一審判決就前開五罪，各處有期徒刑捌月；原判決則各處有期徒刑拾月。一審判決定應執行刑為有期徒刑參年；原判決則定應執行刑為有期徒刑參年伍月。故不論該五罪之宣告刑，或就該五罪所定之應執行刑，原判決均較一審判決為重。依前開說明，原判決顯然違反同法第 370 條第 1 項前段之規定，而違背不利益變更禁止原則，自有判決不適用法則之違法。

三、案經確定，且對被告不利，爰依同法第 441 條、第 443 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 一〇六年度台非字第八六號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

上列上訴人因被告竊盜案件，對於臺灣高等法院中華民國一〇六年二月二十二日第二審確定判決（一〇五年度原上易字第六三號，起訴案號：臺灣桃園地方法院檢察署一〇五年度偵字第五四八四號），認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於加重竊盜罪刑部分撤銷。

甲○○成年人與少年犯結夥三人以上，攜帶兇器竊盜罪，共五罪，均累犯，各處有期徒刑捌月，扣案之六角板手及螺絲起子各壹支均沒收。應執行有期徒刑參年，扣案之六角板手及螺絲起子各壹支均沒收。

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。又同法第三百七十條第一項、第二項規定：「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。」、「前項所稱刑，指宣告刑及數罪併罰所定應執行之刑。」此為不利益變更禁止原則之規定，故由被告上訴，除合於上開第一項但書之規定外，第二審法院如諭知較重於第一審判決之宣告刑或應執行刑，因違反上開第一項前段不利益變更禁止原則之規定，即有判決不適用法則之違法。

原判決認定被告某甲及莊○益均為成年人，與少年蘇○○（民國八十八年三月生），共同意圖為自己不法之所有，基於竊盜之犯意聯絡，先後於原判決如附表二所示之時間（一〇五年二月二十八日、二十九日，同年三月一日、十日、十一日），持甲○○所有、客觀上足以對人之生命、身體、安全構成威脅，可作為兇器使用之六角扳手及螺絲起子各一支，共同竊取被害人之自用小客車共五次等情。因而撤銷第一審關於此部分之科刑判決，改判諭被告甲○○以成年人與少年犯結夥三人以上，攜帶兇器竊盜罪，共五罪，均累犯，各處有期徒刑十月，應執行有期徒刑三年五月。固非無見。

惟查：本件係被告提起第二審上訴，雖原判決以被告係成年人與少年共犯，應將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之意旨顯現於主文上，以求理由與主文之一致，第一審判決卻漏未於主文予以諭知，資為其撤銷第一審判決之理由。然原判決係依刑法第三百二十一條第一項第四款、第三款、第四十七條第一項、第三十八條第二

項，兒童及少年福利與權益保障法第一百十二條第一項前段之規定，對被告論罪科刑。與第一審判決適用之法條並無不同，從而應有刑事訴訟法第三百七十條第一項前段之適用。乃原判決就被告所犯上開加重竊盜罪共五罪之宣告刑及應執行刑，均諭知較重於第一審判決之刑，即有判決不適用法則之違背法令，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加重竊盜罪部分撤銷，另行判決如主文第二項所示，並定應執行刑，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，刑法第二條第二項、第三百二十一條第一項第三款、第四款、第四十七條第一項、第五十一條第五款、第三十八條第二項，兒童及少年福利與權益保障法第一百十二條第一項前段，判決如主文。

中 華 民 國 一 ○ 六 年 五 月 十 一 日

【第三九案】

一、關係條文

刑事訴訟法	第 378 條、第 379 條、第 447 條、第 441 條、第 443 條
證券交易法	第 171 條
刑法	第 28 條、第 55 條、第 71 條、第 336 條、第 342 條
商業會計法	第 71 條

二、非常上訴理由

- 一、按判決確定後，發現該案件之審判違背法令者，最高法院檢察署檢察總長得向最高法院提起非常上訴；次按判決確定後，發見該案件之審判違背法令，而與統一適用法令有關者，得由最高法院檢察署檢察總長向最高法院提起非常上訴。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，亦即所涉及之法律問題意義重大而有加以闡釋之必要，或對法律之續造有重要意義者而言（最高法院 97 年度第 4 次刑事庭會議決議、最高法院 101 年度台非字第 354 號判決可資參照）。另按判決不適用法則或適用法則不當者，其判決為違背法令，刑事訴訟法第 378 條亦定有明文。原判決違背法令，破壞法令統一適

用，其涉及法律見解具有原則上之重要性，所涉及之法律問題意義重大而有加以闡釋之必要，對法律之續造有重要意義。

- 二、復按審理事實之法院對於案內一切證據，除認為不必要者外，均應詳為調查，然後基於調查所得之心證，以為判斷事實之基礎，故證據雖已調查而其內容尚未明瞭者，即與未經調查無異，如遽行判決，仍屬刑事訴訟法第 379 條第 10 款應於審判期日調查之證據而未予調查之違法，有最高法院 44 年台非字第 41 號、31 年上字第 87 號判例足資參照。自白減刑為法律上減輕事由，且採絕對制，故其是否自白，法院應依職權調查之，如未調查，遽予判決，即屬當然違背法令。乃原判決對於此項應於審判期日調查之重要證據未予調查，致未適用減刑規定，自有應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。其適用法令違誤，顯然於判決有影響，即屬判決違背法令。本件被告有無自白實為被告有無構成證券交易法罪減刑之前提要件。原判決即須對此項事實加以調查，以作為論處被告罪刑之依據。原判決竟未調查即遽認被告無自白行為，自有應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。又判決所載理由矛盾者當然為違背法令，刑事訴訟法第 379 條第 14 款定有明文。判決所認定之事實，與其所採用之證據不相適合，即屬證據上之理由矛盾，有最高法院

31 年上字第 1412 號判例參照。原判決未論述理由即認被告無自白之事實，尚無從佐證被告無自白之情屬實；有認定事實，與其所採用之證據不相適合之違法。按無證據能力，未經合法調查，顯與事理有違，或與認定事實不符之證據，不得作為判決之依據，刑事訴訟法第 155 條第 2 項定有明文。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，應有刑事訴訟法第 447 條第 1 項第 1 款規定之適用，司法院大法官會議亦著有釋字第 181 號解釋可供參照。原判決審理時就被告有無自白，未能踐行宣讀或告以要旨，使被告陳述意見，並為辯論之機會，即行宣告辯論終結，就上開未經合法調查之證據，遽採為判決基礎，有違直接審理與言詞辯論之原則，屬判決違背法令，最高法院 91 年度台上字第 176 號判決參照。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。而科刑判決所認定之事實，與所採之證據，不相適合，即屬證據上理由矛盾，其判決當然為違背法令，亦有最高法院 69 年度台上字第 4913 號判例可資參照。原判決認定被告未自白所認定之事實，與採之證據，不相適合，有證據上理由矛盾，有判決適用法則不當之違法。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 379 條第 14 款定有明文。又判決內所引證據之內容，若與卷存證據資料不符，即屬證據上理由矛盾之違法。按判決不載理由者，其判決違背法令，刑事訴訟法第 379 條定有明文。又，科刑之判決書，須將認定之犯罪事實，詳記於事實欄，然後於理由內逐一說明其憑以認定之證據，以便事實與理由兩相一致，方為合法。倘事實欄已有敘及，而理由內未加說明，是為理由不備，最高法院 50 年台上字第 1220 號、54 年台上字第 1980 號著有判例。原判決理由中，迄未將檢察官起訴犯罪事實中之被告自白請求減刑，對於犯罪事實中所述被告是否成立自白與減刑之關係為何，論述理由說明，揆諸上開判例，其判決理由即為不備。

- 三、(一)按證券交易法第 171 條明文規定：『有下列情事之一者，處 3 年以上 10 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 1 千萬元以上 2 億元以下罰金：一、違反第 20 條第 1 項、第 2 項、第 155 條第 1 項、第 2 項、第 157 條之 1 第 1 項或第 2 項規定。二、已依本法發行有價證券公司之董事、監察人、經理人或受僱人，以直接或間接方式，使公司為不利益之交易，且不合營業常規，致公司遭受重大損害。三、已依本法發行有價證券公司之董事、監察人或經理人，意圖為自己或第三人之利益，而為違背其職務之行為或侵占公司資產，

致公司遭受損害達新臺幣 5 百萬元。犯前項之罪，其犯罪所得金額達新臺幣 1 億元以上者，處 7 年以上有期徒刑，得併科新臺幣 2 千 5 百萬元以上 5 億元以下罰金。有第 1 項第 3 款之行為，致公司遭受損害未達新臺幣 5 百萬元者，依刑法第 336 條及第 342 條規定處罰。犯前三項之罪，於犯罪後自首，如有犯罪所得並自動繳交全部所得財物者，減輕或免除其刑；並因而查獲其他正犯或共犯者，免除其刑。犯第 1 項至第 3 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；並因而查獲其他正犯或共犯者，減輕其刑至二分之一。』。最高法院 26 年上字第 484 號判例指明『案已發覺，被告有陳述自己犯罪之事實，可謂為自白。』。最高法院 89 年度台上字第 1341 號判決認為『所謂在偵查中自白者，減輕其刑，此項規定，並無自白後否認犯罪即不適用之除外規定，審判中翻異否認，乃其防禦權之正當行使，尤非法之所禁，原審徒以上訴人偵查中自白後，否認犯行，認無接受裁判之意，逕予排除上開規定之適用，於法亦非有據。』。最高法院 102 年度台上字第 4999 號判決認為『所謂於偵查及審判中均自白，係指被告對於自己所為已經構成犯罪要件之事實，在偵查及審判中向有偵查、審判犯罪職權之公務員坦白陳述而言；至於對該當於犯罪構成要件事實

在法律上之評價，或對阻卻責任或阻卻違法之事由，有所主張或辯解，乃辯護權之行使，仍不失為自白。且自白著重在使過去之犯罪事實再現，與該事實應受如何之法律評價，係屬二事。』。最高法院 103 年度台上字第 127 號判決認為『所謂自白，乃對自己犯罪事實全部或一部為肯定供述之意，至於行為人之行為應如何適用法律，屬法院就所認定之事實，本於職權而為法律上之評價，並不以被告自承所犯之罪名為必要。此與協商程序中一併為法律評價之認罪者，並不相同。』。最高法院 103 年度台上字第 3091 號判決認為『所謂自白，係指對自己之犯罪事實全部或主要部分為肯定供述之意。』。最高法院 104 年度台上字第 536 號判決認為『所謂於偵查及審判中均自白者，減輕其刑。故被告之自白不論詳簡，並其自白後有無翻異，苟於警詢或檢察官偵訊之偵查階段，及於法院審判時，各有一次以上之自白，即應減輕其刑。』。(二)綜上最高法院歷來見解可知：『自白係指案已發覺，被告有陳述自己犯罪之事實（對自己犯罪事實全部或一部為肯定供述）（對自己之犯罪事實全部或主要部分為肯定供述之意）。自白著重在使過去之犯罪事實再現，與該事實應受如何之法律評價，係屬二事。行為人之行為應如何適用法律，屬法院就所認定之事實，本於職權而為法律上之評價，並

不以被告自承所犯之罪名為必要。被告審判中翻異否認，乃其防禦權之正當行使，至於對該當於犯罪構成要件事實在法律上之評價，或對阻卻責任或阻卻違法之事由，有所主張或辯解，乃辯護權之行使，仍不失為自白。是被告之自白不論詳簡，並其自白後有無翻異，於法即應減輕其刑。』。最高法院歸納對自白之定義、範圍詳簡、罪名、法律評價、事後翻異、防禦權正當行使、辯護權行使等諸多法律概念內涵因素，涉及法律見解具有原則上之重要性，其法律問題意義重大與統一適用法令有關，正隨時代潮流趨向人民權益保護及人權思維法制化，因應個案與社會環境變遷，充實其體制深度與廣度，建構演繹闡釋更為堅實之立論基礎，亦對法律之續造有重要意義，以免因法律見解之不一致，影響法之安定性及人民對司法之信賴。原判決未參酌上開最高法院多年來判例、判決本旨，未具理由認定『被告某甲所犯上開二罪間，係屬一行為觸犯數罪名，為想像競合關係，應從一重按證券交易法第171條第1項第1款發行人於申報暨公告財務報告之內容有隱匿記載罪論處。本院衡酌被告某甲於偵查中未自白此部分犯行，故公訴人請求依證券交易法第171條第4項規定（應係同法條第5項之誤，下同）減輕其刑，即有未洽，併予敘明。』，應有違誤。原判決對偵查中自白事實之

認定，迄未調查亦未論述理由，未依證券交易法第 171 條第 4 項規定減刑，違背最高法院實務上對自白之定論，影響得否減刑之結果，判決違背法令，為統一見解及維護聲請人權益，有提起非常上訴必要。

- 四、查聲請人偵查中確實已自白財報不實罪之構成要件，坦承認罪：『有以全○大飯店（新台幣《下同》）3 千 3 百萬元定存為銓○公司（即銓○投資股份有限公司）借款質押，是因有資金需求，在財務壓力下所作錯誤決定，擔心勤○集團財務報告揭露此事，指示同事要以設質押之原因是為全○大飯店發行禮券回覆會計師，因為這個馬上會還掉，甚至在財務報告出來時我們已還掉，可以不可以不要在資料上顯示，財報如揭露擔心企業形象與刑責，這事是會計師主動查核到的，我指示員工不要跟會計師說真正的質押原因』（偵查中《民國》98 年 6 月 3 日、6 月 11 日、7 月 28 日訊問筆錄）。聲請人對該自白事實在法律上評價有所主張，仍不影響自白效力。台灣台南地方法院檢察署檢察官 98 年度偵字第 8971 號、98 年度偵續字第 46 號、98 年度偵字第 10379 號起訴書亦明載：『聲請人製作不實財務報表而違反證券交易法部分，請審酌被告何明憲犯後自白犯行，請依證券交易法第 171 條第 4 項之規定減輕其刑，並判處有期徒刑 2 年。』。聲請人偵查中

既已自白財報不實罪之構成要件，且偵查中訊問聲請人之檢察官亦肯認聲請人確實有自白，於起訴書特別指明聲請人就財報罪已自白犯行，請依證券交易法第 171 條第 4 項減刑，原判決竟認被告於偵查中未自白財報不實罪之犯行，採證與券（卷）證事實不符，有應調查之證據而未調查、理由不備，及有利於被告之證據而未說明不予採納之理由等之違背法令。且自白減刑條文構造相同，本應適用相同之法律見解；然原判決與實務上見解卻非一致，且此項見解所涉及之法律問題意義重大而有加以闡釋之必要。原判決與諸多最高法院刑事判決意旨為相歧異之法律見解，未闡釋更為堅實之立論基礎，卻反有判決理由不備、適用法則或適用不當等法律見解可議且違背法令之統一適用情事，其適用法令所表示之見解已違背法令之本旨，即屬適用法規顯有違誤或違背法令，且此項法律見解爭議，對檢察機關偵辦標準之統一性，事涉重大，影響甚鉅，從而，法院對於此類案件之法律見解，自具有原則上之重要性，亦即所涉及之法律問題意義重大而有加以闡釋之必要，亦對法律之續造有重要意義，以免因法律見解之不一致，影響法之安定性及人民對司法之信賴，故認有依非常上訴程序以為救濟之必要，並尋求統一法律見解，俾利遵循。

五、案經確定，且對被告不利，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 一〇四年度台非字第二一一號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

選任辯護人 宋○明律師

賴○萍律師

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南分院中華民國一〇三年十月十五日第二審確定判決（一〇一年度金上重訴字第二八四號(二)，起訴案號：台灣台南地方法院檢察署九八年度偵字第八九七一、一〇三七九號、同年度偵續字第四六號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於某甲犯證券交易法第一百七十一條第一項第一款之申報、公告不實罪刑部分撤銷。

某甲共同犯證券交易法第一百七十一條第一項第一款之申報、公告不實罪，處有期徒刑貳年陸月。

理 由

非常上訴理由(見前二)。

本院按證券交易法第 171 條第 5 項規定「犯第一項至第三項之罪，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；並因而查獲其他正犯

或共犯者，減輕其刑至二分之一。」。原判決撤銷第一審關於被告製作不實財報部分之判決，改判論以共同一行為觸犯證券交易法第 171 條第 1 項第 1 款之申報、公告不實罪、商業會計法第 71 條第 4 款之不為紀錄致生不實罪、同條第 5 款之利用不正方法致生不實罪，而依想像競合犯關係從一重之共同犯證券交易法第 171 條第 1 項第 1 款申報、公告不實罪處斷，並未認定被告有犯罪所得。又被告已於 98 年 6 月 3 日、6 月 11 日及 7 月 28 日檢察官偵查中自白上開犯罪，有各該偵查筆錄附卷可憑。原判決認被告於偵查中未自白不予減刑，並未說明所憑之依據，且與卷證資料不符，難謂無理由不備、證據上理由矛盾及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該部分罪刑撤銷，依法減輕其刑後，改判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，證券交易法第一百七十一條第一項第一款、第五項，商業會計法第七十一條第四、五款，刑法第十一條前段、第二十八條、第五十五條，判決如主文。

中華民國一〇四年八月二十七日

【第四十案】

一、關係條文

刑事訴訟法	第 378 條、第 379 條
刑 法	第 57 條
商業會計法	第 71 條
稅捐稽徵法	第 41 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。又判決不載理由者，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。本件原判決以第二審刑事判決，就被告某甲涉犯共同連續商業負責人，以明知為不實之事項，而填製會計憑證罪，處有期徒刑四年，減為有期徒刑二年，所為之事實認定及得心證理由，俱有各項證據資料在案可稽，既係綜合調查所得之各直接、間接證據而為合理推論，自形式上觀察，即未違背客觀存在之經驗法則、論理法則，且事證已臻明確。此部分上訴意旨，置原判決已明白論斷之事項於不顧，就屬原審採證認事職權之適法行使，任憑己意、割裂評價、妄指違法，或非確實依據卷內訴訟資料而為指摘，或對於不影響判決本旨之細節問題，為單

純事實爭議，不能認為已經具備合法上訴第三審之形式要件。另有關宣告刑之量定，係實體法上賦予法院得為自由裁量之事項，倘於科刑時，已以行為人之責任為基礎，斟酌刑法第五十七條所列各款事項，並未逾越法定刑度或濫用其權限，即不得任意指摘為違法，資為合法第三審上訴之理由。二審判決就此部分，說明係審酌納稅屬人民義務，公平合理之稅賦制度輔以誠實繳稅，乃國家財務健全之根本，被告為減少稅捐負擔，虛設另一公司分散銷貨，因此衍生虛設之公司繳納稅捐義務，復為規避稅責，竟找來代辦會計業者李○惠，先購買大量假發票製造公司虧損假象，繼之再由公司在無交易實情下，彼此對開發票，再度規避應納稅捐，如法泡製，可見其只要營利、不願納稅之心態，侵蝕國家稅基莫此為甚，在本案偵查、原審審理期間，相關稅捐泰半未罹核課期，仍不積極處理完納稅捐，量刑本不宜輕縱，惟念其在郭○城貪污舞弊案爆發後，在偵查期間坦認犯行、供述犯案梗概，對追訴主嫌郭○城及其他共犯李○惠等人犯行，具有相當助益，在歷審中尚坦承犯行，深表悔悟，表示不論逃漏稅捐部分行政罰結果如何，均願意將犯罪所得提出作為公益捐，略見悔意等一切情狀，並審酌被告所為合於中華民國九十六年罪犯減刑條例規定，應予減刑，而酌量處如上述之刑。經核既在

法定範圍之內，無顯然濫權、失當，此部分亦非屬適法之第三審上訴理由。因認被告之上訴第三審為違背法律上之程式，應予駁回，固非無見。

- 二、惟查『自第一審繫屬日起已逾八年未能判決確定之案件，除依法應諭知無罪判決者外，法院依職權或被告之聲請，審酌下列事項，認侵害被告受迅速審判之權利，且情節重大，有予適當救濟之必要者，應減輕其刑：一、訴訟程序之延滯，是否係因被告之事由。二、案件在法律及事實上之複雜程度與訴訟程序延滯之衡平關係。三、其他與迅速審判有關之事項。』刑事妥速審判法第七條定有明文。本件被告涉犯違反商業會計法案件，前經台灣台北地方法院檢察署以九十四年度偵字第二〇九〇九、二〇九一〇、二一一八四號起訴書對被告提起公訴，經台灣台北地方法院於九十五年四月十日收案繫屬（有該院九十五年度重訴字第四八號刑事重大案件卷宗卷面影本可重稽—詳附證 1），迄至最高法院一〇四年六月二十四日判決上訴駁回確定，歷時九年餘，自應有上開刑事妥速審判法第七條之適用。然本件確定判決在被告未聲請下，竟疏未依職權審酌被告是否符合此法條之規定，即逕以被告之上訴第三審為違背法律上之程式，判處『上訴駁回』，細譯判決理由全文，隻字未提本件之延滯是否係因被告之事由、案件在法律及事實上之複雜程度與訴

訟程序延滯之衡平關係如何及有無其他與迅速審判有關之事由。揆之上開說明，顯有判決不適用法則及判決不載理由之違背法令。

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 一〇五年度台非字第四一號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告違反商業會計法案件，對於本院中華民國一〇四年六月二十四日第三審確定判決（一〇四年度台上字第一八七〇號；起訴案號：台灣台北地方法院檢察署九十四年度偵字第二〇九〇九、二〇九一〇、二一一八四），認為違法，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，刑事訴訟法第四百四十一條雖定有明文。但依司法院釋字第二七一號解釋，係明示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，從

程序上為駁回上訴之判決確定者，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，再就合法上訴部分進行審判。至利益於被告之合法上訴，上訴法院誤為不合法而從程序上駁回上訴之判決確定者，並不包括在上開解釋之範圍，因此種程序上判決本不發生實質上之確定力，毋庸先依非常上訴程序撤銷，即可援用本院民國二十五年上字第三二三一號判例意旨，逕依合法之上訴進行審判。本件檢察總長以本院一〇四年度台上字第一八七〇號確定判決有違背法令之情形而提起非常上訴，然查該案係由被告某甲不服台灣高等法院一〇〇年度上重訴字第三六號論處其共同連續商業負責人，以明知為不實事項而填製會計憑證罪刑之第二審判決，向本院提出第三審上訴，核係為自己利益提起之上訴，雖經本院誤其上訴不合法律上之程式，而依同法第三百九十五條前段規定予以駁回。然該程序上判決本不發生實質上之確定力，且上開被告所提對其有利之上訴，業經本院另於一〇五年二月二十四日以該判決當然無效，不生形式上存在為由，並審酌上開刑事妥速審判法第七條之規定，另行自為判決確定，有該判決可按。揆諸首揭說明，即無再對本院上揭一〇四年度台上字第一八七〇號程序上判決提起非常上訴之實益及必要。非常上訴意旨執以指摘本院上開程序判決有不適用法則及理由不備之違誤，求為撤銷，非有理由，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 五 年 三 月 三 日

【第四一案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第 378 條、第 379 條、第 441 條、
第 442 條、第 443 條、第 446 條
憲 法 第 80 條
毒品危害防制條例 第 17 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』『依本法應於審判期日調查之證據未予證據（按末二字當係【調查】之誤繕），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。』
- 二、經查本件原判決認定被告某甲與陳○元、吳○豐及李○偉（陳○元及吳○豐涉案部分，由檢察官另行偵辦，李○偉部分由檢察官以 100 年度偵字第 2102 號提起公訴後，經臺灣基隆地方法院另案以 100 年度訴字第 609 號判決判處有期徒刑 10 年確定在案）共同基於運輸及私運管制物品第一級毒品海洛因入境臺灣地區之犯意聯絡，於 100 年

5月6日自柬埔寨私運第一級毒品海洛因回臺，因論被告某甲與陳○元、吳○豐及李○偉共犯毒品危害防制條例第四條第一項之運輸第一級毒品罪刑，固非無見。惟查被告某甲另犯共同運輸第一級毒品案件，業經臺灣基隆地方法院101年度重訴字第6號確定判決查明並認定『被告某甲、陳○元、吳○豐（吳○豐涉案部分由檢察官另行偵辦）共同基於運輸第一級毒品及私運管制物品進口之犯意聯絡，於100年1月22日自柬埔寨私運第一級毒品海洛因回臺，共犯運輸第一級毒品罪刑。』『本案警方查悉【○哥】姓名為【吳○豐】，及查明確認【吳○豐】人別之經過，係被告李○偉於一〇一〇年五月六日於桃園國際機場為警查獲時，指出【○哥】姓名為【吳○豐】（此部分係依據證人汪○麒於李○偉前案一審之證言），嗣被告李○偉於一〇一〇年五月二十五日警詢時所指【吳○豐】之人別係【○哥】即吳○豐人別等情，有該次警詢筆錄可稽，（見一〇一〇年度偵字第三六七三號卷（二）第九頁反面），參以證人汪○麒於李○偉前案一審證稱：【（為何一開始你們依被告提供資料而找到的吳○豐年籍，與後來你們確認的吳○豐年籍有所不同？）一開始我是直接檢索出那些〔在柬埔寨的吳○豐〕的相片給被告指認（當時指認相片裡面不包括正確的吳○豐），因為其中一張照片所示之人，與本案

的吳○豐長得很像，所以被告才說那人是吳○豐，但我後來查詢該人前科，發現該人沒有毒品前科，因此，我有所懷疑，所以接下來我就重新檢索〔在基隆設籍的吳○豐〕的照片，然後再借訊被告，請被告重新指認一次…】等語（該案一審卷第一四三頁），可知被告李○偉一百年五月二十五日指認之【吳○豐】，因無毒品前案紀錄，警察有所懷疑，而續以其他條件檢查查得另一【吳○豐】之人別。而警察依重新檢查查得之結果，列印出包括年籍、照片在內之【吳○豐】資料，於一百年九月七日訊問被告某甲時，提示供被告某甲重新指認（被告某甲於一百年七月二十八日之指認有誤），被告某甲確認即為【○哥】無誤等情，有某甲該次警詢筆錄可憑（見一百年度偵字第三四七九號卷第五九、六十頁），被告某甲並於檢察官一百年九月十三日訊問時，亦確認一百年九月七日警詢中之指認無誤，有該日訊問筆錄可稽（同卷第七三頁）。綜上可知，檢、警係先因被告李○偉一百年五月六日供出【○哥】姓名，復依被告某甲一百年九月七日之指認（被告李○偉嗣於一百年九月十四日始為正確之指認），而特定毒品來源者吳○豐之人別，對之發動調查、偵查，被告李○偉供述【○哥】姓名及被告某甲所為上開一百年九月七日之指認，均應認與【查獲正犯吳○豐】具有相當因果關係。

雖被告李○偉、某甲均先就所涉事實欄二（四）犯行供述毒品來源及指認，嗣後始就本案被訴之事實二（三）、二（一）犯行分別坦承在後，惟毒品來源相同，仍不失為因其二人供出毒品來源因而查獲，綜上，被告李○偉所涉事實欄二（三）犯行、被告某甲所涉事實欄二（一）犯行，係符合毒品危害防制條例第十七條第一項之規定。綜上，被告某甲、李○偉本案被訴犯行（事實欄二（一）、（三）部分），應分別依毒品危害防制條例第十七條第一項之規定，減輕其刑。』在案。此有臺灣基隆地方法院 101 年度重訴字第 6 號判決可稽。是本件亦應認係因被告某甲供出毒品來源，因而查獲正犯吳○豐甚明。乃原判決未察，未將被告某甲所犯本件共同運輸第一級毒品犯行，依毒品危害防制條例第十七條第一項規定減輕其刑，自有判決不適用法則及應於審判期日調查之證據未予證據（按末二字同係『調查』之誤繕）之違背法令。

三、附錄

最高法院刑事判決 一○五年度台非字第五五號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，對於台灣基隆地方法院中華民國一○一年一月十三日確定

判決（一〇〇年度訴字第八六〇號；起訴案號：台灣基隆地方法院檢察署一〇〇年度偵字第三四七九、三六七三號），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：

一、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；又檢察官發見有前條情形者，應具意見書將該案卷宗及證物送交最高法院檢察署檢察總長，聲請提起非常上訴；再提起非常上訴應以非常上訴書敘述理由，提出於最高法院為之。分別為刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十二條及第四百四十三條所明定。可見非常上訴的提起，如僅有原確定判決所繫的卷宗，而缺乏相關足以指摘違背法令的證物者（含證據或相關訴訟資料），猶嫌不足。

本件非常上訴意旨，指摘原確定判決未適用毒品危害防制條例第十七條第一項關於供出毒品來源、查獲其他正犯或共犯減輕其刑規定，對於被告某甲於民國一〇〇年五月六日，所犯共同運輸第一級毒品罪（下稱甲案）予以減刑，而有違背

法令乙情，所憑者，無非係以台灣基隆地方法院一〇一年度重訴字第六號（下稱乙案）判決，認定被告和李○偉就其等另於一〇〇年一月二十二日共同運輸第一級毒品之事，供出毒品來源，致破獲共同正犯吳○豐，而此來源復與甲案者相同，故甲案亦應認係「因被告某甲供出毒品來源，因而查獲共犯吳○豐」，作為其立論基礎。然則，既未見提出該乙案判決書作為證物，遑論併送該乙案卷宗，以供本院核對勾稽，已欠周全。

- 二、憲法第八十條規定：「法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉」，揭示法院獨立審判，不受他人干涉、拘束原則。又刑事訴訟採直接審理主義，事實審法院應就調查所得之證據，在經驗法則、論理法則之支配下，本於法之確信自為判斷，不受其他行政、立法、考試、監察機關之干涉，即便同是司法機關，除受其直接上級審判法院之判斷、見解拘束外，亦不受其他法院判決之認定、見解所拘束。本院依職權調閱上揭乙案判決書，雖然確有如非常上訴意旨所謂的認定被告和李○偉，就其等在一〇〇年一月二十二日共同運輸第一級毒品之事，供出來源而破獲共同正犯吳○豐，並於該乙案給予減刑寬典適用的情形。但甲案確定判決的事實欄，則明白載敘：「基隆市警察局刑事警察大隊、內政部警政

署刑事警察局、臺北憲兵隊前獲合理情資而認某甲、『○哥』（惟斯時檢警尚不知『○哥』之真實姓名年籍）、李○偉等人涉及運輸、私運毒品之犯罪嫌疑重大，遂蒐集、掌握李○偉搭乘航班往返柬埔寨之即時動態，並報請臺灣基隆地方法院檢察署檢察官（下稱檢察官）對李○偉核發拘票暨鑑定許可書，嗣於一○○年五月六日下午四時許，在桃園機場拘獲甫下機入境之李○偉（某甲依照前開約定駕駛自用小客車，前往桃園國際機場欲接機，因李○偉為警拘獲，某甲則接機無著），其後，員警復依檢察官核發之鑑定許可書，逕將李○偉帶往桃園市經國路之敏盛綜合醫院（下稱敏盛醫院）實施身體檢查（拍攝X光），俟確認李○偉體內藏有異物，再囑由敏盛醫院醫師浣腸，取其排泄物而依法扣得李○偉自肛門內陸續排出之上開海洛因四包（均以保鮮膜暨保險套包裝）；其間，李○偉（按非某甲）除配合檢警調查而自白其參與運毒之事情經過，並於檢警就共同正犯『○哥』之年籍猶無所悉以前，主動供出其毒品來源（吳○豐），併就共同正犯『○哥』即吳○豐之真實姓名年籍有所指證，而使檢警得以對吳○豐發動偵查程序」（見甲案原確定判決第三頁第一至十九行）。可見甲案的認定和乙案認定不同，既是同級、且相同法院，祇是承辦法官不同，當應相互尊重，非謂乙

案的認定，具有拘束甲案認定的效力，並進而指摘甲案判決係違誤。

- 三、毒品危害防制條例第十七條第一項所定：「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。」其中，所稱「毒品來源」，係指被告原持有供己犯同條項所列之罪的毒品，源自何人；而所稱「因而查獲」，係指被告翔實供出毒品來源的具體事證，因而使有偵查（含調查）犯罪職權的公務員知悉、對之發動偵查（或調查）作為，並因此查獲。從而，被告供出毒品來源，與上揭發動偵、調查，並進而查獲其他正犯或共犯間，必須具有先後及相當因果關係，始克該當。析言之，若被告供出毒品來源之前，職司調、偵查的公務員，已經握有證據或線索，足以合理懷疑被告所供毒品來源的共犯等人員，則嗣後的查獲共犯與被告的供出毒品來源間，即欠缺先後及相當的因果關係存在，尚無上開減免其刑寬典適用餘地；如其僅是就警員手上的情資或犯罪嫌疑人的個資，加以確認，亦同。其實，被告係於一〇〇年七月二十八日遭警拘提到案，此時警方已經知悉吳○豐為其走私運輸海洛因的同夥正犯，於當日警詢時，即以此姓名相詢，被告供承此姓名者確為同夥，嗣警員提供錯誤的吳○豐基本資料給被告指認，被告竟仍答以：「是的，

沒錯」，迨至同年九月七日，警員另提供正確的吳○豐戶籍資料、相片及入出境與查捕逃犯作業查詢電腦檔案資料等，給被告指認，被告才說：「就是這個沒錯，之前那個是錯的」，有該警詢筆錄在甲案第三四七九號偵查卷可稽（見第一至三、五十九至六十四頁）。顯見於此正確指認之前，警方早已獲致情資，掌握吳○豐共同犯罪與其人的基本資料，否則如何能夠提示供給被告指認。從而，縱然吳○豐是因被告指認而確定，但警員既已掌握情資，並懷疑吳○豐涉案在先，嗣更尋得正確資料，進行查證作為，被告加以確認、證實，尚難謂被告所為此項供述，與吳○豐遭警查獲之間，具有前因後果的關係存在。此由被告在甲案偵、審中，皆有律師協助、辯護，卻不曾主張其有上揭減刑寬典適用乙節，亦足參考，益見甲案確定判決並無違誤。

綜上所述，雖然乙案「從寬」認定係被告和李○偉「共同」供出毒品來源，致警方因此查獲吳○豐，仍然不足以拘束甲案依據卷內調查所得的訴訟資料，「嚴謹」認定被告尚不符合此項減輕其刑的法定要件。非常上訴意旨所為指摘，經核當存誤會，應認無理由，予以駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十六條，判決如主文。

中華民國一〇五年三月三十日

【第四二案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第 378 條、第 447 條、第 449 條
刑 法 第 11 條、第 41 條、第 47 條
毒品危害防制條例 第 10 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 378 條定有明文；又第一審法院依被告在偵查中之自白或其他現存之證據，已足認定其犯罪者，得因檢察官之聲請，不經通常審判程序，逕以簡易判決處刑。依前 2 項規定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 449 條第 1 項、第 3 項定有明文。
- 二、本件被告某甲犯毒品危害防制條例第 10 條第 2 項之罪，經台灣台中地方法院以 104 年度中簡字第 1415 號簡易判決確定，惟竟宣告判處被告有期徒刑 7 月，超過刑事訴訟法第 449 條第 3 項量刑之限度，該判決自有適用法則不當之違背法令，案經確定，且不利於被告。
- 三、爰依刑事訴訟法第 441 條、第 443 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 一〇五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

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，對於台灣台中地方法院中華民國一〇四年八月二十五日第一審確定刑事簡易判決（一〇四年度中簡字第一四一五號，聲請簡易判決處刑案號：台灣台中地方法院檢察署一〇四年度毒偵字第一九二九號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

某甲施用第二級毒品，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。

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；又依刑事訴訟法第四百四十九條第一項、第三項之規定，第一審法院依被告在偵查中之自白或其他現存之證據，已足認定其犯罪者，得因檢察官之聲請，不經通常審判程序，逕以簡易判決處刑。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。

本件原判決認定被告某甲於民國一〇一年間，因施用毒品案件，經法院判處有期徒刑六月確定，於一〇二年六月十六日執行完畢。仍不知悔改，於一〇四年五月二十日（即採尿前三日）某時，施用第二級毒品甲基安非他命一次等情。因而論被告以施用第二級毒品累犯罪。固非無見。

惟查：本件原審法院係依檢察官之聲請，以簡易判決處刑，然竟科處被告有期徒刑七月，即屬違背法令。案經確定，且於被告不利。非常上訴執以指摘，洵有理由。應由本院將原判決撤銷，另行判決如主文第二項所示，並諭知易科罰金之折算標準，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，毒品危害防制條例第十條第二項，刑法第十一條前段、第四十七條第一項、第四十一條第一項前段，判決如主文。

中 華 民 國 一 〇 五 年 四 月 十 四 日

【第四三案】

一、關係條文

刑事訴訟法	第 378 條、第 436 條、第 477 條
刑 法	第 50 條、第 53 條、第 342 條
破 產 法	第 154 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 378 條定有明文。次按『開始再審之裁定確定後，法院應依其審級之通常程序更為審判，刑事訴訟法第 436 條定有明文。是於本院裁定開始再審後，前審判決，已於開始再審之裁定確定後，失其效力，自應就上訴人等不服第一審判決所為之上訴有無理由，加以裁判，縱使開始再審之裁定不無違法情形，然其既經確定，亦非上級審法院所能糾正，更無從於再審程序，就再審之訴是否合法另為裁判』（最高法院 27 年上字第 2093 號、33 年上字第 1742 號判例要旨參照）。
- 二、查被告某甲前因違反破產法案件，經台灣高等法院 98 年度上重訴字第 73 號判決、最高法院 102 年度台上字第 5269 號判決判處有期徒刑 2 年，緩刑 4 年確定（即原裁定附表 1 所示之罪，下稱第 1 案）；復因偽造有價證券案件，經台灣高等法院

102 年度上重更二字第 9 號判決、最高法院 104 年度台上字第 1794 號判決判處有期徒刑 3 年 6 月確定（即原裁定附表 2 所示之罪，下稱第 2 案）。嗣經台灣嘉義地方法院 104 年度撤緩字第 68 號裁定撤銷第 1 案之緩刑宣告確定。台灣高等法院嗣於 105 年 3 月 9 日以 104 年度聲再字第 531 號裁定，對第 2 案確定判決裁定開始再審（105 年 3 月 17 日確定），並停止刑罰之執行（105 年 3 月 21 日確定）在案。是原裁定定應執行刑所憑藉之第 2 案確定判決既經裁定再審確定而失其確定效力，則第 2 案確定判決即回復至尚未確定前之狀態，此與原裁定定應執行刑所依據之刑法第 53 條規定『數罪併罰，有二裁判以上者，依第 51 條之規定，定其應執行刑』之要件不合，原裁定顯有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 441 條、第 443 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 一〇五年度台非字第一三三號
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有價證券等罪定應執行刑案件，對於台灣高等法院中華民國一〇四年十月二十三

日確定裁定（一〇四年度聲字第三四二四號；聲請案號：台灣高等法院檢察署一〇四年度執聲字第一四七七號），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：

- 一、定應執行刑之裁定，與科刑判決有同等之效力，於裁定確定後，如發現有違背法令之情形，自得對之提起非常上訴。又非常上訴旨在糾正法律上之錯誤，藉以統一法令之適用，不涉及事實認定問題，故非常上訴審應依原裁判所確定之事實為基礎，僅就原裁判所認定之事實，審核適用法令有無違誤。又裁判確定前犯數罪者，併合處罰之；應依刑法第 50 條、第 53 條規定定其應執行之刑者，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，刑法第 50 條第 1 項前段、刑事訴訟法第 477 條第 1 項分別定有明文；因之，檢察官聲請定應執行刑之案件，法院就檢察官所聲請定應執行刑之各罪審核結果，認為均合於定應執行刑之要件而為裁定，於法並無不合；縱該裁定確定後，檢察官發現其中一罪經裁定開始再審而更行審理程序，原關於該罪之確定

判決失其效力（本院 33 年上字第 1742 號、54 年台上字第 2809 號判例參照），亦僅屬檢察官是否就所餘之罪指揮執行，或於仍有數罪時，另聲請法院裁定其應執行刑之問題，此項法院裁定確定後所生之事實變更，與判斷原定應執行刑裁定是否違背法令無關，尚難執此謂原確定裁定違背法令。

- 二、經查，本件被告某甲曾於民國 100 年間，因違反破產法案件，經台灣高等法院以 98 年度上重訴字第 73 號判決處有期徒刑 2 年，緩刑 4 年，並經本院 102 年度台上字第 5269 號判決，以檢察官及被告之第三審上訴均不合法律上之程式，駁回檢察官及被告之上訴而告確定（下稱甲案）。復因偽造有價證券案件，經台灣高等法院以 102 年度上重更(二)字第 9 號判決處有期徒刑 3 年 6 月，並經本院 104 年度台上字第 1794 號判決，以被告之第三審上訴不合法律上之程式，駁回被告之上訴而確定（下稱乙案）。嗣上開甲案經台灣嘉義地方法院以 104 年度撤緩字第 68 號裁定撤銷緩刑宣告確定。台灣高等法院檢察署檢察官即以 104 年度執聲字第 1477 號聲請就上開甲、乙二案之罪所處之刑定其應執行刑；台灣高等法院乃於 104 年 10 月 23 日以 104 年度聲字第 3424 號裁定應執行有期徒刑 5 年確定（下稱原確定裁定）。經核並無違誤。故雖台灣高等法院於 105 年 3 月

9 日以 104 年度聲再字第 531 號裁定就上開乙案開始再審，並停止該案刑罰之執行，致原確定裁定所列之乙案確定判決失其效力，然此為事實之變更，與判斷原確定裁定是否違背法令無涉，尚難執此謂原確定裁定違法。揆諸上揭說明，非常上訴意旨執此指摘原確定裁定違背法令，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 五 年 八 月 十 八 日

【第四四案】

一、關係條文

刑事訴訟法	第 378 條
刑 法	第 11 條、第 38 條、第 42 條、 第 47 條、第 55 條、第 78 條、 第 79 條、第 79 條之 1
槍砲彈藥刀械管制條例	第 8 條、第 12 條
行刑累進處遇條例	第 28 條之 1
行刑累進處遇條例施行細則	第 15 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 378 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，亦經司法院釋字第 181 號著為解釋。故事實審法院對於被告有無累犯之事實，應否適用刑法第 47 條第 1 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 379 條第 10 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。又刑法上累犯之成立要件，依刑法第 47 條第 1 項規定，必須曾受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，5 年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，始得加重其刑。所謂執行完畢，其在監獄執行期滿者，固不待言，如係因假釋出獄者，須在無期徒刑假釋後滿 20 年或在有期徒刑所餘刑期內未經撤銷假釋，其未執行之刑，始以已執行論。但如假釋中因故意更犯罪，受有期徒刑以上刑之宣告，於判決確定後 6 月以內，經撤銷其假釋者，則未執行之刑，不得以已執行論，此觀刑法第 78 條第 1 項、第 79 條第 1 項規定自明。

- 二、經查：（一）被告即受刑人某甲（下稱被告）前於 94 年間因施用第一、二級毒品，經臺灣板橋地方法院（現已改制為臺灣新北地方法院，下稱新北地院）於 94 年 12 月 30 日以 94 年度訴字第 2629 號判決各判處有期徒刑 10 月、7 月，嗣經上訴第二審，經臺灣高等法院（下稱高等法院）於 95 年 4 月 21 日以 95 年度上訴字第 1017 號判決就施用第一級毒品部分駁回上訴，就施用二級毒品部分撤銷原判決，判處有期徒刑 7 月，定應執行刑為有期徒刑 1 年 4 月，於 95 年 5 月 15 日確定；另因違反槍砲彈藥刀械管制條例案件，經新北地院於 95 年 1 月 27 日以 94 年度訴字第 2391 號判決判處有期徒刑 5 年 4 月，嗣經上訴第二審，

經高等法院於 95 年 4 月 21 日以 95 年度上訴字第 813 號判決上訴駁回，於 95 年 5 月 15 日確定；嗣上開 3 罪經臺灣桃園地方法院（下稱桃園地院）以 96 年度聲減字第 3599 號裁定將施用第一、二級毒品之罪減刑為 5 月、3 月 15 日後，再與上開違反槍砲彈藥刀械管制條例判決判處之有期徒刑 5 年 4 月合併定應執行刑為 5 年 11 月（下稱甲案）；被告於 95 年間另因違反槍砲彈藥刀械管制條例案件，經桃園地院於 95 年 11 月 16 日以 95 年度訴字第 1984 號判決判處有期徒刑 3 年 6 月，於 95 年 12 月 11 日確定；另於 95 年間又因 2 次施用第二級毒品犯行，經桃園地院於 95 年 12 月 29 日以 95 年度易字第 1567 號判決各判處有期徒刑 5 月，於 96 年 1 月 29 日確定。嗣上開 3 罪經桃園地院以 96 年度聲減字第 3599 號裁定將施用第二級毒品之罪均減刑為 2 月 15 日後（共 2 罪），再與上開違反槍砲彈藥刀械管制條例判決判處之有期徒刑 3 年 6 月合併定應執行刑為 3 年 10 月（下稱乙案），經臺灣桃園地方法院檢察署（下稱桃園地檢署）就甲案之執行核發 96 年執減更乙字第 4511 號執行指揮書載明刑期起算期間為 95 年 8 月 23 日至 101 年 7 月 22 日，乙案之執行核發 96 年執減更乙字第 4511 號之 1 執行指揮書載明刑期起算期間為 101 年 7 月 23 日至 105 年 5 月 15 日，被告旋於 95 年 8 月 23 日

入監，此有該署 96 年度執減更字第 4511 卷內附之前揭執行指揮書（參上訴人所提附件〈下稱原附件〉一、二）在卷可參。惟被告於 95 年間再因檢肅流氓條例案件，經桃園地院於 95 年 11 月 3 日以 95 年度感裁字第 50 號裁定交付感訓處分，此裁定於 95 年 12 月 10 日確定，被告於 96 年 1 月 25 日至臺灣岩灣技能訓練所（現改制為法務部矯正署岩灣技能訓練所）執行感訓處分，嗣因檢肅流氓條例於 98 年 1 月 23 日廢止，而於 98 年 1 月 22 日停止執行感訓處分，有桃園地院 95 年度感裁字第 50 號裁定、臺灣雲林監獄（現改制為法務部矯正署雲林監獄）98 年 2 月 5 日雲二監總籍字第 982000026 號函（參原附件三）、桃園地院 95 年度感裁執字第 42 號治安法庭執行書（參原附件四）在卷可證，故被告就前揭甲案之執行，因感訓期間（即 96 年 1 月 25 日至 98 年 1 月 22 日計 729 日）而需順延刑期，故甲案之執行期間為 95 年 8 月 23 日至 103 年 7 月 21 日，並註銷（桃園地檢）署 96 年執減更乙字第 4511 號指揮書，有桃園地檢署核發 96 年執減更乙字第 4511 號之 5 執行指揮書（參原附件五）在卷可參；乙案之執行期間為 103 年 7 月 22 日至 105 年 5 月 15 日，並註銷桃園地檢署 96 年執減更乙字第 4511 號之 1 指揮書，有桃園地檢署核發 96 年執減更乙字第 4511 號之 6 執行指揮書（參原附件

六) 在卷可參。嗣被告於 102 年 10 月 25 日核准假釋，經桃園地院 102 年度聲字第 3835 號裁定被告假釋中付保護管束，於 102 年 11 月 8 日因縮短刑期假釋出監，再執行罰金易服勞役刑 105 日，於 103 年 2 月 20 日罰金易服勞役刑執行完畢，被告於假釋期間內付保護管束，假釋中付保護管束之期間為 103 年 2 月 20 日至 105 年 3 月 17 日，有法務部矯正署 102 年 10 月 25 日法授矯字第 10201120562 號函檢附該署新竹監獄假釋出獄人交付保護管束名冊（參原附件七）、桃園地院 102 年度聲字第 3835 號裁定（參原附件八）、桃園地檢署報到筆錄（參原附件九）、法務部矯正署新竹監獄竹監總籍出證字第 1098 號及第 878 號出監證明書（參原附件十、十一）、桃園地檢署檢察官 102 年執更護 941 戊字第 16139 號執行保護管束指揮書（參原附件十二）、高等法院全國前案簡列表在卷可證。（二）按行刑累進處遇條例施行細則第 15 條第 1 項規定：「對有二以上刑期之受刑人，應本分別執行合併計算之原則，由指揮執行之檢察官於執行指揮書上註明合併計算之刑期，以定其責任分數。」依該規定，有二以上刑期之受刑人，其刑期既合併計算，以定其責任分數，則依行刑累進處遇條例第 28 條之 1 第 1 項，就該責任分數計算所得縮短應執行之刑期，自亦合併計算。又「經縮短應執行之刑期

者，其累進處遇及假釋，應依其縮短後之刑期計算」。「受刑人經縮短刑期執行期滿釋放時，由典獄長將受刑人實際服刑執行完畢日期，函知指揮執行之檢察官」，同條第 3、4 項分別定有明文。足見有 2 以上刑期之受刑人，雖應分別執行，但由上開合併計算刑期、合併計算所得縮短應執行之刑期、累進處遇及假釋，依縮短後之刑期計算、縮短刑期執行期滿為實際服刑執行完畢日期觀之，實無從區分各項刑期執行完畢之日期。而應待全部刑期執行完畢，始能認為各項刑期已執行完畢（最高法院 97 年度台非字第 374 號判決參照）。查被告於 105 年 3 月 10 日因撤銷假釋及保護管束，需就殘刑即有期徒刑 2 年 27 日再為執行，執行期間為於 105 年 4 月 18 日起至 107 年 5 月 14 日，現仍於法務部矯正署臺中監獄執行中一節，有全國刑案資料查註表及在監在押紀錄表在卷可證，是前揭甲案、乙案之刑期尚未執行完畢。故被告於 104 年 6 月間某日，在桃園市中壢區某不詳地點，以新臺幣 5 萬元為對價向真實年籍、姓名不詳綽號「小○」之人購入如原判決附表一、二所示具有殺傷力之改造槍枝 1 枝及非制式子彈 10 顆，未經許可而持有之，而違反槍砲彈藥刀械管制條例之本案時，其前案即甲案、乙案皆未執行完畢，自應無累犯之適用，乃

原判決竟以刑法第 47 條第 1 項累犯之規定論處並加重其刑，自有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 441 條、第 443 條規定提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇六年度台非字第二〇二號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告違反槍砲彈藥刀械管制條例案件，對於臺灣桃園地方法院中華民國 105 年 2 月 17 日第一審確定判決（104 年度訴字第 841 號，起訴案號：臺灣桃園地方法院檢察署 104 年度偵字第 17555 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。

某甲未經許可，持有可發射子彈具有殺傷力之改造手槍，處有期徒刑參年參月，併科罰金新臺幣肆萬元，罰金部分如易服勞役，以新臺幣壹仟元折算壹日。扣案如附表所示之物沒收。

理 由

- 一、非常上訴理由(見前二)。
- 二、本院按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令；又受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免

後，須 5 年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，始足構成累犯。刑事訴訟法第 378 條、刑法第 47 條第 1 項分別定有明文。而所謂執行完畢，於符合數罪併罰並經裁定其應執行之刑者，除其中一罪（或部分之罪）所處之宣告刑已執行完畢，不因嗣後就數罪定其應執行之刑而影響之前其中一罪（或部分之罪）所處之宣告刑已執行完畢之事實外，在所裁定之執行刑尚未全部執行完畢以前，各罪之宣告刑均不發生執行完畢之問題；若非屬數罪併罰，而係由檢察官分別簽發執行指揮書接續執行者，其所受二以上徒刑本係得各別獨立執行之刑，雖依刑法第 79 條之 1 規定，合併計算假釋期間結果，最低應執行之期間得以放寬。惟此與累犯之規定，應分別觀察與適用，尚不能因有刑法第 79 條之 1 規定，即就累犯之規定另作例外之解釋。於此情形，接續執行之二以上徒刑，應以核准開始假釋之時間為基準，倘於核准開始假釋時，原各得獨立執行之徒刑，其中之一依其執行指揮書已執行期滿者，始得認為與上開累犯之構成要件相符。

- 三、經查本件被告有非常上訴理由所指之甲案及乙案之執行刑，經桃園地檢署就甲案核發 96 年執減更乙字第 4511 號執行指揮書，載明刑期起算期間為民國 95 年 8 月 23 日至 101 年 7 月 22 日，乙案核發 96 年執減更乙字第 4511 號之 1 執行指揮

書，載明刑期起算期間為 101 年 7 月 23 日至 105 年 5 月 15 日，被告雖於 95 年 8 月 23 日入監，有該署 96 年度執減更字第 4511 號卷內附之前揭執行指揮書在卷可參。惟其於 95 年間再因檢肅流氓條例案件，經桃園地院於 95 年 11 月 3 日以 95 年度感裁字第 50 號裁定交付感訓處分，於 95 年 12 月 10 日確定，被告於 96 年 1 月 25 日至法務部矯正署岩灣技能訓練所執行感訓處分，嗣因檢肅流氓條例於 98 年 1 月 23 日廢止，而於 98 年 1 月 22 日停止執行感訓處分，有桃園地院 95 年度感裁字第 50 號裁定、法務部矯正署雲林監獄 98 年 2 月 5 日雲二監總籍字第 000000000 號函、桃園地院 95 年度感裁執字第 42 號治安法庭執行書在卷可證，故被告甲案之執行，因感訓期間（即 96 年 1 月 25 日至 98 年 1 月 22 日）而順延刑期，執行期間為 95 年 8 月 23 日至 103 年 7 月 21 日，乙案之執行期間為 103 年 7 月 22 日至 105 年 5 月 15 日，並註銷桃園地檢署 96 年執減更乙字第 4511、4511 號之 1 號指揮書，有桃園地檢署核發 96 年執減更乙字第 4511 號之 5、4511 號之 6 執行指揮書在卷可參。嗣被告於 102 年 10 月 25 日核准假釋，經桃園地院 102 年度聲字第 3835 號裁定被告假釋中付保護管束，於 102 年 11 月 8 日因縮短刑期假釋出監，再執行罰金易服勞役刑 105 日，於 103 年 2 月 20 日罰金易服勞役執行完

畢，被告於假釋期間內付保護管束，假釋中付保護管束之期間為 103 年 2 月 20 日至 105 年 3 月 17 日，有法務部矯正署 102 年 10 月 25 日法授矯字第 00000000000 號函檢附該署新竹監獄假釋出獄人交付保護管束名冊、桃園地院 102 年度聲字第 3835 號裁定、桃園地檢署報到筆錄、法務部矯正署新竹監獄竹監總籍出證字第 1098 號及第 878 號出監證明書、桃園地檢署檢察官 102 年執更護 941 戊字第 16139 號執行保護管束指揮書、高等法院全國前案簡列表在卷可證。再被告於 105 年 3 月 10 日因撤銷假釋及保護管束，需就殘刑即有期徒刑 2 年 27 日再為執行，執行期間為於 105 年 4 月 18 日起至 107 年 5 月 14 日，現仍於法務部矯正署臺中監獄執行，有全國刑案資料查註表及在監在押紀錄表在卷可證，是前揭甲案、乙案之刑期尚未執行完畢。從而被告於 104 年 6 月間某日，在桃園市中壢區某不詳地點，以新臺幣 5 萬元為對價向真實年籍、姓名不詳綽號「小○」之人購入如原判決附表一、二所示具有殺傷力之改造槍枝 1 枝及非制式子彈 10 顆，未經許可而持有之，而違反槍砲彈藥刀械管制條例之本案時，其前案即甲案、乙案皆未執行完畢，自不構成累犯。原判決認甲案應執行之刑，已執行完畢，而諭知累犯，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，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 447 條第 1 項第 1 款，槍砲彈藥刀械管制條例第 8 條第 4 項、第 12 條第 4 項，刑法第 11 條前段、第 55 條、第 42 條第 3 項前段、第 38 條第 1 項第 1 款，判決如主文。

中 華 民 國 一 〇 六 年 十 二 月 六 日

【第四五案】

一、關係條文

刑事訴訟法	第 447 條
刑 法	第 11 條、第 28 條、第 41 條、 第 51 條、第 277 條
刑法施行法	第 1 條之 1
兒童及少年福利與權益保障法	第 112 條

二、非常上訴理由

- 一、本件最高法院一〇三年度台上字第三六九五號判決，維持台灣高等法院一〇三年度上訴字第五四五號判決『某甲犯如附表一編號一、六所示之罪，各量處如附表一編號一、六主文罪名及宣告刑欄所示之刑。其餘上訴駁回。前開撤銷部分及上訴駁回部分所處之刑，應執行有期徒刑四年。』（即有期徒刑一年四月、有期徒刑二年七月、有期徒刑二年八月、有期徒刑四月、有期徒刑二年七月、有期徒刑二年八月，並定執行刑為有期徒刑四年），並於（民國）一〇三年十月二十三日確定在案，固非無據；惟依一〇二年一月二十三日修正公布之中華民國刑法第五十條第一項規定：『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。』是以依上開條文第四款規定，本件轉讓偽藥罪判處有期徒刑四月係得易服社會勞動之罪，而販賣三級毒品罪係不得易服社會勞動之罪，除非受刑人請求檢察官聲請定應執行刑外，不得併合處罰之，惟最高法院及台灣高等法院上開判決予以定應執行刑為四年，顯與上開條文不合，亦有審判違背法令之情形。

二、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 一〇四年度台非字第四三號
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毒品危害防制條例案件，對於本院中華民國一〇三年十月二十三日第三審確定判決（一〇三台上字第三六九五號；起訴案號：台灣新竹地方法院檢察署一〇二年度偵字第六八三五、七一〇〇、七一〇一、七二六一、八二二三號），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：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，刑事訴訟法第四百四十一條雖然定有明文。但是依該條規定，非常上訴係以確定判決作為對象，此所稱確定判決，除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，依司法院釋字第二七一號解釋意旨，得提起非常上訴之外，應以實體上具有既判力之確定判決或與實體確定判決有同等效力之確定裁定為限。本件檢察總長以本院一〇三年度台上字第三六九五號確定判決有違背法令之情形而提起非常上訴，然該判決純以被告某甲之上訴意旨，係對於第二審採證認事及量刑之職權行使，徒憑己見，指摘違法，核與刑事訴訟法第三百七十七條之規定不合，其上訴違背法律上之程式，乃依刑事訴訟法第三百九十五條前段規定，以上訴不合法為由予以駁回。此項程序上之判決尚與實體上具有既判力之確定判決有別，不涉及上訴是否有理由之實體問題，不得對之提起非常上訴。非常上訴意旨既未對本院駁回上訴之該程序判決本身，指摘有何違法，依上開說明，即難認為有理由，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 四 年 二 月 十 一 日

【第四六案】

一、關係條文

少年事件處理法 第 1 條之 1、第 5 條第 2 項、
第 7 條第 1 項

少年事件處理法施行細則 第 8 條

刑事訴訟法 第 378 條、第 379 條第 1 款、第
441 條、第 443 條

二、非常上訴理由

- 一、按法院之組織不合法者，其判決當然違背法令，為刑事訴訟法第 379 條第 1 款所明定；又少年事件處理法第 1 之 1 規定『少年保護事件及少年刑事案件之處理，依本法之規定；本法未規定者，適用其他法律。』同法第 5 條第 2 項及第 7 條第 1 項分別規定『尚未設少年法院地區，於地方法院設少年法庭，但得視實際情形，其職務由地方法院原編制內人員兼任，依本法執行』、『少年法院院長、庭長及法官、高等法院及其分院少年法庭庭長及法官、公設輔佐人，除須具有一般之資格外，應遴選具有少年保護之學識、經驗及熱忱者充之。』是以，少年刑事案件之第一審訴訟，自應由具有前開特殊學識、經驗之庭長、法官組織之法院予以審判，方為合法；否則其法院

之組織即屬不合法，判決當然為違背法令。經查，被告某甲係 84 年 12 月 26 日出生，有其年籍資料在卷 1 份可憑，其於 102 年 12 月 9 日犯本件施用第二級毒品罪時，尚未滿十八歲，因臺中地區並未設少年法院，依上開少年事件處理法第 5 條第 2 項規定，自應由臺灣臺中地方法院少年法庭審理判決，始為適法。本案繫屬臺灣臺中地方法院刑事庭後，未簽移該院少年法庭審理，逕以簡易程序論處被告施用第二級毒品罪刑，自有法院組織不合法之違誤。案經確定，且對被告不利。

二、依刑事訴訟法第 441 條、第 443 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 一〇六年度台非字第一三七號
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，對於臺灣臺中地方法院中華民國 106 年 3 月 2 日第一審確定簡易判決（106 年度沙簡字第 135 號，聲請簡易判決處刑案號：臺灣臺中地方法院檢察署 106 年度毒偵字第 452 號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，由臺灣臺中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：

- 一、判決不適用法則，為違背法令。又法院之組織不合法者，其判決當然違背法令，刑事訴訟法第 378 條、第 379 條第 1 款規定甚明。再少年事件處理法第 5 條、第 7 條分別規定：「直轄市設少年法院，其他縣（市）得視其地理環境及案件多寡分別設少年法庭。尚未設少年法院地區，於地方法院設少年法庭。但得視實際情形，其職務由地方法院原編制內人員兼任，依本法執行之。」「少年法院院長、庭長及法官、高等法院及其分院少年法庭庭長及法官、公設輔佐人，除須具有一般之資格外，應遴選具有少年保護之學識、經驗及熱忱者充之。」且少年事件處理法施行細則第 8 條規定：「檢察官受理一般刑事案件，發現被告於犯罪時未滿 18 歲者，應移送該管少年法院。但被告已滿 20 歲者，不在此限。前項但書情形，檢察官應適用本法第 4 章之規定進行偵查，認應起訴者，應向少年法院提起公訴。」是以依法應由少年法院管轄審判之刑事案件，如由普通法院管轄審判者，其判決為管轄錯誤，於未設有少年法院之地區，應由少年法庭審判之刑事案

件，如由普通刑事庭審判者，其判決為法院之組織不合法。

- 二、本件被告某甲係民國 84 年 12 月 26 日出生，有其年籍資料在卷可憑，其於 102 年 12 月 9 日犯本件施用第二級毒品罪時尚未滿 18 歲，因臺中地區未設少年法院，本件即應由臺灣臺中地方法院少年法庭審理判決，始為適法，乃檢察官逕向原審法院聲請簡易判決處刑，原審法院亦由刑事庭以簡易程序論處被告施用第二級毒品罪刑，依上說明，自有法院組織不合法之違誤。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，洵屬有據。此確定判決前之訴訟程序違背規定，致有依法不應為判決而為判決之違誤，顯然於判決有影響，原確定判決即屬判決違背法令，且於被告不利，為維持被告之審級利益，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 447 條第 2 項前段，判決如主文。

中華民國一〇六年七月十九日

【第四七案】

一、關係條文

兒童及少年福利與權益保障法	第 112 條第 1 項
民法	第 12 條、第 124 條第 1 項
刑法	第 28 條、第 339 條之 4 第 1 項 第 2 款、第 74 條第 1 項第 1 款、第 2 項第 3 款
刑法施行法	第 1 條之 1 第 1 項第 1 款
刑事訴訟法	第 378 條、第 441 條、第 443 條、第 447 條第 1 項第 1 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。次按『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』，亦為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明定。而所謂『成年人』，民法第十二條明文定義『滿二十歲為成年』。再者，年齡之計算，依民法第一百二十四條第一項規定，自出生之日起算。
- 二、經查：被告某甲係（民國）八十六年十月九日出生，有其戶役政連結作業系統在卷可稽（見原審

卷第五頁），是計至其於一〇五年四月十四日，與徐姓少年（名字詳卷）、施○偉共同實行本案詐欺犯行時，係已滿十八歲，而未滿二十歲之人，自非成年人。與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，以『成年人』與少年或兒童共同實施犯罪之『應加重其刑』要件不符。乃原判決認定：被告於行為時已成年，與徐姓少年共同犯三人以上共同詐欺取材（財）罪，而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之規定，加重其刑，處有期徒刑一年三月。揆之首開說明，顯有適用法則不當之違誤。

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 一〇六年度台非字第一一一號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

上列上訴人因被告加重詐欺案件，對於臺灣臺北地方法院中華民國一〇五年八月二十六日第一審確定判決（一〇五年度審訴字第五五九號，起訴案號：臺灣臺北地方法院檢察署一〇五年度少連偵字第六二號），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。

某甲犯三人以上共同詐欺取財罪，處有期徒刑壹年壹月。緩刑參年，並應依附表所示內容履行損害賠償。

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「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」，亦為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明定。而所謂「成年人」，民法第十二條明文定義「滿二十歲為成年」。再者，年齡之計算，依民法第一百二十四條第一項規定，自出生之日起算。本件被告某甲係八十六年十月九日出生，有其戶役政連結作業系統個人基本資料在卷可稽，是計至其於一〇五年四月十四日，與施○偉（由原審法院另案審理）、少年徐○○（名字、年籍詳卷，由臺灣桃園地方法院少年法庭審理）等詐騙集團成員共同實行本件詐欺犯行時，係已滿十八歲，而未滿二十歲之人，自非成年人，核與上揭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，以「成年人」與少年或兒童共同實施犯罪之「應加重其刑」要件不符。乃原確定判決認定，被告於行為時已成年，與徐姓少年犯三人以上共同詐欺取財罪，而依兒童及少年

福利與權益保障法第一百十二條第一項前段之規定，加重其刑，判處有期徒刑一年三月，揆之首開說明，顯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，刑法第二十八條、第三百三十九條之四第一項第二款、第七十四條第一項第一款、第二項第三款，刑法施行法第一條之一第一項第一款，判決如主文。

中 華 民 國 一 〇 六 年 六 月 八 日

【第四八案】

一、關係條文

著作權法	第 3 條第 1 項第 10 款、第 92 條、第 100 條
刑事訴訟法	第 39 條、第 53 條、第 379 條第 10 款 14 款、第 441 條、第 443 條、第 447 條第 1 項第 1 款

二、非常上訴理由

按依法應於審判期日調查之證據而未予調查者，其判決當然為違背法令，刑事訴訟法第 379 條第 10 款定有明文。本件原判決引用檢察官起訴書第一審法院判決書（非常上訴理由贅載：第一審法院判決書）之事實、證據及理由，認定某甲明知蝙蝠俠第 1 集至第 4 集及酷斯拉影片，分別係美商華納兄弟娛樂公司（下稱華納公司）、美商三星影片股份有限公司（下稱三星公司）等享有著作財產權之視聽著作，未經前開公司之同意或授權，不得擅自公開傳輸，竟於民國 97 年 7 月間，在台北市○○區○○街 00 號 5 樓住處，使用電腦設備連結網際網路進入雅虎奇摩網站，以帳號『qq000000』設置『陶○的互動式演藝廳』部落格後，供不特定之人進入其所設置之『陶○的互動式演藝廳』部落格超連結至中國大陸『優酷網站』免費觀

賞上開蝙蝠俠第 1 集至第 4 集及酷斯拉影片，某甲即以此方式公開傳輸前揭視聽著作，而侵害華納公司、三星公司之著作財產權。嗣經財團法人台灣著作權保護基金會人員上網巡查發覺而報警處理，始悉上情。案經美商華納兄弟娛樂公司、美商三星影片股份有限公司訴由內政部警政署保安警察第二總隊第一大隊第二中隊報告台灣士林地方法院檢察署檢察官偵查起訴。被告某甲對於上開事實均坦承不諱（見偵查卷第 59、60 頁、該院 98 年 12 月 15 日審判筆錄第 4 頁），核與告訴代理人江○○、李○○之指訴相符，並有遠傳電信股份有限公司 IP 位址查詢資料、雅虎奇摩帳號 qq000000 號會員申請資料、雅虎奇摩網站及『陶○的互動式演藝廳』網路畫面列印資料等在卷可稽，均可佐被告前開出於任意性之自白與事實相符，得採為認定事實之證據。按著作權法上所稱『公開傳輸』者，係指以有線電、無線電之網路或其他通訊方法，藉聲音或影像向公眾提供或傳達著作內容，包括使公眾得於其各自選定之時間或地點，以上述方法接收著作內容者而言，該法第 3 條第 1 項第 10 款定有明文。而該等行為以具互動性之電腦或網際網路傳輸型態為其特色，與公開口述、公開播送、公開演出等傳統單向傳達著作內容之方式有別，且該條文中所稱『向公眾提供』之要件，並不以利用人確有實際傳輸或接收之舉為必要，只要處於可得傳輸或接收之狀態即為已足（參見 92 年 7 月 9 日修正公布之著作權法第

3 條立法說明)。是被告在其網站上以超連結方式供人線上觀賞前開影片，係將上開影片透過網路公開傳輸至各該使用者電腦上播放，被告對此流程自知之甚詳，否則不會在上開網站提供此項功能，是其於各該使用者點擊該項功能時，即屬公開傳輸上開視聽著作之行為，被告此部分所為已構成著作權法所規範之公開傳輸行為。事證明確，被告犯行已堪認定，依法論科。由於該罪係告訴乃論，著作權法第 100 條有明文規定。故須經有告訴權人合法告訴，檢察官始得提起公訴，法院始可據以論罪科刑。本件是否已由告訴權人合法告訴，乃科處被告罪刑之前提要件，屬於原審應依職權調查之事項。本件告訴人係美商華納兄弟娛樂公司、三星影片股份有限公司，均係『公司』組織。既係公司，其代表人應係公司之董事長（公司法第 208 條第 3 項）；如其公司受有損害，自應由該公司董事長以公司名義為告訴，方屬合法。即告訴人均為法人，依法自應由該公司代表人以公司名義為告訴。

然本件告訴狀雖係以美商華納公司、三星公司具名，但其代表人則分別係其『法定代理人』大衛．凱普蘭或維琪．索羅門。固據其提出刑事委任狀為證，惟該大衛．凱普蘭及維琪．索羅門究竟是否各該公司之董事長，則並無任何證據足以證明。況依附於告訴狀提出之華納公司（三星公司則無）印鑑證明書等文件之記載，大衛．凱普蘭自稱『本人業經美商華納公司之

委派擔任該公司之法定代理人……』。既係受該公司之『委派』為代理人可知其顯非該公司之董事長。又雖其自稱業經美商華納公司委派為法定代理人，但未據其提出各該公司之委任文件。則其是否確已受各該公司委任，亦屬不明。其以各該公司法定代理人名義代表各該公司告訴，即屬無據。再者，原告訴狀雖係以各該公司名義具狀，然其既未加蓋該公司印信，亦未經其公司之代表人簽名；雖有經大衛．凱普蘭及維琪．索羅門委任為代理人之楊○順蓋章，但亦未親自簽名，更未由代書之人附記其事由並簽名。核與刑事訴訟法第 53 條『文書由非公務員制作者，應記載年、月、日並簽名。其非自作者，應由本人簽名，不能簽名者，應使他人代書姓名，由本人蓋章或按指印。但代書之人，應附記其事由並簽名。』之規定不合。其告訴即不合法。原審未於審判期日就本件之告訴是否合法調查明白，遽依檢察官之起訴法條，適用著作權法第 92 條論罪科刑，揆諸首開規定，顯屬違法。案經確定，且不利於被告。請將原判決撤銷，由原審法院依判決前之程序更為審判。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 一〇四年度台非字第一〇三號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告違反著作權法案件，對於台灣士林地方法院中華民國九十八年十二月二十九日第一審確定判決（九十八年度易字第五八六號，起訴案號：台灣士林地方法院檢察署九十八年度偵字第五五三七號），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，由台灣士林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：

- 一、中華民國美利堅合眾國友好通商航海條約第 6 條之規定，係指中華民國、美利堅合眾國（下稱美國）兩國之國民、法人及團體在締約國有訴訟權，因而美國方面在我國所進行之訴訟，應依我國訴訟法之規定而言。至於美國法人在我國進行訴訟而委任代理人代行告訴者，授權人是否有權代表該美國法人委任受任人為代理人，受任之代理人有無合法代行告訴權限，應依其適用之準據法定之。因而美國公司在我國所進行之訴訟，有關該公司是否成立，有無享有法人人格，其公司之行為能力、責任能力及組織、權限如何等私法問題，仍應依美國之本國公司法或其他法律定之，不宜逕行適用我國民事法律之規定，僅以我

國公司法所定之公司負責人為有權代表公司之人。又文書不論係由公務員製作或非公務員製作，均應由製作人簽名，此觀刑事訴訟法第 39 條、第 53 條前段規定自明。惟此所謂簽名，並不以用筆書寫者為限，即蓋用「木刻名戳」或「職名章」，亦與簽名無異。況如有用印章代簽名者，其蓋章與簽名生同等之效力，復為民法第 3 條第 2 項所明定。此項規定，不因其為公文書或私文書而異，果屬印章，一經蓋用，以代簽名者，即應認其與簽名生同等之效力，尤不因其為私章，抑為「木刻名戳」或「職名章」，而影響其效力。非常上訴意旨引用我國公司法之規定，認本案應由告訴人美商華納兄弟娛樂公司（下稱美商華納公司）、美商三星影片股份有限公司（下稱美商三星公司）之董事長以公司名義為告訴，方屬合法云云，並稱：告訴狀須加蓋各該公司之「印信」云云，尚有誤會，合先敘明。

- 二、依法應於審判期日調查之證據而未予調查，或判決不載理由者，其判決當然為違背法令，刑事訴訟法第 379 條第 10 款、第 14 款定有明文。本件原確定判決認定被告某甲明知蝙蝠俠第 1 集至第 4 集影片及酷斯拉影片，分別係美商華納公司、美商三星公司享有著作財產權之視聽著作，未經前開公司之授權，而犯著作權法第 92 條以公開傳輸之方法侵害他人之著作財產權罪；惟該條之罪

依同法第 100 條之規定，須告訴乃論。則本件是否已由告訴人合法告訴，乃論處被告罪刑之前提要件，屬於原審應依職權調查之事項。卷查：原判決認定被告違反著作權法犯行所涉之視聽著作，即蝙蝠俠第 1 集至第 4 集影片及酷斯拉影片，其中蝙蝠俠第 1 集至第 4 集影片之著作財產權人為美商華納公司，酷斯拉影片之著作財產權人則為美商三星公司（見偵查卷第 67 頁、第 96 至 97 頁）。而美商華納公司於本案偵查中有提出經美國加州洛杉磯郡公證人暨駐洛杉磯台北經濟文化辦事處驗證之印鑑證明書等文件（見偵查卷第 143 至 153 頁）。從該等文件記載可知，卷附「刑事補充告訴狀」（見偵查卷第 63 至 66 頁）所載告訴人美商華納公司之法定代理人大衛．凱普蘭確係該公司所委派，針對該公司之智慧財產權在我國被侵害相關訴訟事宜之法定代理人，其所留存之印鑑（包括其本人及美商華納公司之印鑑）為真正，並有權在我國境內委任訴訟（告訴）代理人等情，業經該公司所在地之美國州政府認證合格之公證人審查無誤而為公證，再送我國駐外單位驗證；被告於告訴代理人提出上開文件後，在檢察官偵訊及原審對該等文件之真正及內容亦均未爭執（見偵查卷第 160 頁以下、原審審易字卷第 10 頁、原審易字卷第 12 頁以下），則大衛．凱普蘭就美商華納公司相關智慧財產權

著作在我國受侵害之訴訟案件有經該公司指派為法定代理人部分，固難認無相關文件可資證明。惟關於另告訴人美商三星公司部分，卷內並無任何類似之文件證明上開「刑事補充告訴狀」所載之美商三星公司法定代理人維琪．索羅門，係該公司所指定之在我國相關訴訟事宜之法定代理人；而被告於檢察官最後偵查庭訊時亦爭執稱美商三星公司先前業已被併購等語（見偵查卷第177頁），則該維琪．索羅門以美商三星公司法定代理人身分提出告訴是否合法，依卷內資料形式上觀之，尚屬不明，且經被告提出爭執。原審未就美商三星公司之告訴是否合法，予以調查、說明，遽依檢察官之起訴，對被告被訴侵害美商三星公司享有視聽著作財產權之酷斯拉 影片部分，亦一併依集合犯之例，適用著作權法第92條規定論以一罪，揆諸前揭說明，自有應於審判期日調查之證據未予調查及判決理由不備之違法。非常上訴意旨對美商三星公司告訴部分之指摘，核有理由；且該部分是否因告訴不合法而欠缺訴追條件，其基礎事實未臻明確，本院無可據以自為裁判，為維持被告之審級利益，並基於審判不可分原則，應將原判決全部撤銷，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一項第一款、第二項前段，判決如主文。

中華民國一〇四年四月十五日

【第四九案】

一、關係條文

著作權法	第 101 條第 1 項、第 91 條第 2 項
刑事訴訟法	第 441 條、第 443 條、第 446 條

二、非常上訴理由

- 一、查本件被告二人之代表人為粘○○，而被告二人及粘○○因違反著作權法案件，經台灣新北地方法院一〇二年度智訴字第一四號刑事判決判處『粘○○意圖銷售而擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權，處有期徒刑捌月。○○鋼模有限公司、○○科技股份有限公司法人之代表人，因執行業務，犯意圖銷售而擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權罪，各科罰金新台幣肆拾萬元。』被告二人與粘○○均表不服而上訴第二審，爭點集中於『告訴人是否享有該案系爭韌體程式著作之著作權』，並依法聲請調查必要證據，本件智慧財產法院一〇三年度刑智上訴字第五一號判決，僅憑告訴人所提聲明書等文件即逕認定告訴人享有著作權，駁回上訴，維持第一審有罪判決。被告二人與粘○○均表不服而上訴第

三審，被告二人上訴部分固因『屬於專科罰金之罪，不得上訴三審』，遭最高法院一〇四年度台上字第三四〇七號判決駁回上訴而告確定；然實質上，上述最高法院判決於理由明示原判決即本件二審判決就『告訴人享有系爭著作財產權』之事實認定上，有違背證據法則、應於審判期日調查之證據未予調查及判決理由不備之違法，就粘〇〇上訴部分撤銷原判決而發回智慧財產法院更審中。

二、次查最高法院一〇四年度台上字第三四〇七號判決發回智慧財產法院更審理由略以『原判決雖於理由甲、二、(二)、1. 說明其所引用之告訴人美商〇〇〇設計公司（下稱〇〇〇公司）所提文書證據（按依判決理由乙、二、(一)記載，有告證 6 之【Rollermouse classic】滑鼠產品之韌體開發人 Howard Eglowstein 之聲明書暨中譯文、告證 7 之【Rollermouse pro】、【Rollermouse free】滑鼠產品之韌體開發人 Marco Laurenzano 之聲明書暨中譯文），係相關業務之人於職業上製作之文書、證明書，並無顯有不可信之情況，屬刑事訴訟法第一百五十九條之四之業務文書，自得做為本案裁判之資料等語。然上開聲明書為被告以外之人即〇〇〇公司員工 00000000000 00000 及 00000 00000000000 分別在審判外所作之書面陳述，屬傳聞證據，且係對於 Cypress 軟體

授權 LCS 範圍之說明，及比對 LCS 為○○○公司依據 Cypress 軟體授權之程式碼所為之聲明書，並分別在聲明書末段註明【本人在知悉偽證罪之罰則下聲明上述事項真實無誤】、【本宣誓書若有偽造或內容有任何虛偽聲明，本人願依照相關法律規定接受偽證罪之處罰】等語。顯非從事業務之人於例行性業務過程中基於觀察或發現而當場或即時之記載，且可預見日後將會被提供作為訴訟證據，並不符合上開條款傳聞證據之例外規定。粘○○在原審對於上開聲明書之證據能力已有異議（見原審卷〈二〉第四十一頁），原審並未依法傳喚製作該聲明書之人在審判庭接受交互詰問，逕認上開聲明書具有證據能力，並援為論處粘○○犯罪之證據，自與證據法則有違。

（二）、粘○○主張系爭韌體著作之改作部分，均屬於【基於效率或電腦軟硬體功能外部因素所限制部分】或【被硬體規格所支配之程式元素】，因而○○○公司不能享有著作權之保護等情。則審理法院應自行或委由鑑定機關將○○○公司主張享有著作權保護電腦程式予以解構、過濾或抽離出其中應受保護之表達部分，將具有高度抽象性之思想或概念等公共財產及基於效率或電腦軟硬體功能外部因素所限制部分予以濾除，再判斷粘○○是否侵害康杜爾公司之著作權。乃粘○○於原審已一再聲請法院就此進行勘驗或送

技術鑑定（見原審卷〈一〉第一五五頁、原審卷〈二〉第一〇九頁），此攸關粘○○是否成立犯罪，原審未予調查，復未說明何以不予調查之理由，遽為不利粘○○認定，自有應於審判期日調查之證據未予調查及判決理由不備之違法。粘○○上訴意旨指摘原判決不當，非無理由，應認原判決關於粘○○部分，有撤銷發回更審之原因。』（最高法院一〇四年度台上字第三四〇七號判決參照）。

- 三、原判決之所以認定被告二人犯有上開專科罰金之罪名，於邏輯上及法律上，均須以被告二人之代表人粘○○之本案行為部分確已成立侵害他人著作財產權之罪為其前提要件（犯罪構成要件），此觀著作權法第一百零一條第一項規定之內容自明。原判決於粘○○部分犯罪事實之認定上既然具有上述最高法院判決所指之『違背證據法則、應於審判期日調查之證據未予調查及判決理由不備』之違法，並因此撤銷原判決關於粘○○之部分而發回更審，則粘○○本案行為是否成立侵害他人著作財產權之犯罪，即尚有待後續刑事訴訟程序依法調查審認。是原判決以具有相同違法事由之同一判決理由而認定被告二人犯有著作權法第一百零一條第一項之罪，自亦顯有上述最高法院判決所指『違背證據法則、應於審判期日調查

之證據未予調查及判決理由不備』之相同違法甚明。

四、案經確定，且對被告二人不利，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 一〇五年度台非字第二二號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 ○○鋼模有限公司

○○科技股份有限公司

共 同

代 表 人 粘○○

上列上訴人因被告等違反著作權法案件，對於智慧財產法院中華民國一〇四年六月十日第二審確定判決（一〇三年度刑智上訴字第五一號，起訴案號：台灣新北地方法院檢察署一〇一年度調偵字第二七八七號），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，不涉及事實認定問題。此與再審，係為原確定判決認定事實錯誤而設之特別救濟程序有別。故非常上訴審應以原判決所確認之事實為基礎，審核適用法令有無違誤，如依原判決所確認之事實及卷內證據資料觀察，其適用法令並無違誤，即難指為違法。查，著作權法第一百零一條第一項規定：「法人之代表人、法人或自然人之代理人、受雇人或其他從業人員，因執行業務，犯第九十一條至第九十三條、第九十五條至第九十六條之一之罪者，除依各該條規定處罰其行為人外，對該法人或自然人亦科各該條之罰金」，而本件原審一〇三年度刑智上訴字第五一號刑事判決既認定被告○○鋼模有限公司、○○科技股份有限公司之代表人粘○○，因執行業務，侵害美商○○○設計公司（0000000 000000，Inc.）享有著作財產權之電腦程式著作，觸犯著作權法第九十一條第二項意圖銷售而擅自以重製之方法侵害他人之著作權罪，則原判決以第一審法院依前揭規定，對被告二人各科以罰金四十萬元（新台幣，下同），因在著作權法第九十一條第二項規定之罰金刑範圍內（二十萬元以上二百萬元以下），所為量刑尚屬妥適，因而駁回被告二人之上訴。依其認定之事實，適用法律並無違誤。至於其等代表人兼共同被告粘○○部分，則因有判決理由不備及調查職責未盡情形，經粘○○上訴後，由本院以一〇四年度台上字第三四〇七號刑事判決將粘○○部分撤銷，發回原審法院，縱經發回後，原審法院如為

不同之判斷，因此乃單純之事實認定問題，除合於再審之要件，得依再審程序救濟外，並非非常上訴審所得糾正。非常上訴意旨憑持己見，指摘原確定判決關於被告二人部分違背法令，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，判決如主文。

中 華 民 國 一〇五 年 一 月 二 十 八 日

【第五十案】

一、關係條文

貪污 治罪 條例	第 6 條
刑 法	第 132 條
證 人 保 護 法	第 14 條
刑 事 訴 訟 法	第 154 條第 2 項、第 156 條、第 379 條第 10 款 14 款、第 380 條、第 441 條、第 443 條、第 446 條、第 447 條第 1 項第 1 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，有互相矛盾者而言，有最高法院八十四年度台非字第三九九號判決可資參照。另按認定犯罪事實所憑之證據，雖不以直接證據為限，間接證據亦包括在內；但無論其為直接或間接證據，其為訴訟上之證明，必須達於一般人均可得確信

其為真實之程度，而無合理之懷疑存在時，始得據為被告有罪之認定。倘若犯罪事實之證明尚未達到此一程度，仍有合理之懷疑存在時，審理事實之法院即應盡職權調查證據，澄清此項合理之懷疑，使之達於可得確信之程度方為適法，否則仍不能遽為被告有罪之判斷。就公務員收受賄賂罪而言，除須證明行賄者有交付賄賂之事實外，尚須積極證明該公務員已經收受賄賂為必要，倘若收受之事實尚不足以資證明時，自不能僅憑相對人單方製作之文書，即推定公務員已經收受賄賂，亦有最高法院八十七年度台上字第一五四二號判決可資參照。

- 二、經查本件台灣高等法院九十九年度矚上訴字第一號判決（下稱原判決），認定被告某甲、某乙、某丙等受賄有罪理由，主要是依據○○營造股份有限公司（下稱力○公司）董事長郭○○、副總經理蔡○○、董事長特別助理黃○○等供述交付賄款予該等評選委員之證詞；惟被告某甲質疑證人黃○○始終無法明確指出交付賄款之時間，且就與被告某甲見面之次數、如何將賄款交給被告某甲之過程，於歷次偵審所述均有出入，認證人黃○○所述不可採等語，原判決理由採認黃○○為行賄而與被告某甲在翠林餐廳見面三次，丹堤咖啡廳一次，雖證述其中二次有交付前金、後謝，惟扣案○○公司帳冊尚乏交付賄款過程之相

關發票、單據及賄款來源去向等補強證據，已違刑事訴訟法第一百五十四條第二項：『犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實。』茲詳述如下：(1)黃○○證述，九十二年十二月二日及九十三年一月十八日前二次在翠林餐廳與被告某甲見面，僅給予服務建議書一節，尚不得作為認定黃○○證述行賄被告某甲之補強證據，因原判決係以九十七年十一月十三日法務部調查局第六處鑑定『○○食品有限公司』發票之鑑定結果報告、○○公司九十二年度十二月份傳票(000000)及黃○○付款申請單、○○食品有限公司發票、九十三年度二月份傳票(000000)及黃○○付款申請單、○○食品有限公司發票等作為被告某甲收賄之證據(參見台灣台北地方法院檢察署證據卷第一〇四至一一五頁、第一九二至一九四頁)。惟查相關發票及傳票，究應如何證明黃○○證述曾於該日期與被告某甲見面吃飯之事實，原判決並未說明，且充其量只能用以證明黃○○證述曾於該日期與被告某甲見面吃飯之事實，尚與黃○○證述曾於九十三年一月十八日後至九十三年一月三十日決標前某日在台北市○○路上之丹堤咖啡廳交付前金七十萬元予被告某甲收受之事實無涉。又原判決就同案被告周○○無罪理由部分，即稱該等單據：(縱○○公司會計支出傳票所載九十二年十月二十三日、九十二年

十一月十一日蔡○○在八王子餐廳、吉玉餐廳消費，便利貼所載『宴淡大周教授等三人』等均屬實，然此僅得證明蔡○○曾與周○○在上開二時地見面餐敘，卻不足證明蔡○○即當然有至淡水領事館餐廳，並在該餐廳交付前金、後謝之事實，而得做為蔡○○前揭不利於周○○證詞之補強證據。) 本案台灣高等法院一〇二年度重矚上更一字第三號確定判決亦為相同認。是原判決以該等單據作為認定黃○○證述行賄被告某甲之補強證據，與同案被告周○○無罪理由部分認定不同，顯有理由矛盾之違法。(2) 另黃○○證述，於九十三年一月十八日後至九十三年一月三十日決標前某日在台北市○○路上之丹堤咖啡廳交付前金七十萬元予被告某甲收受等情一節，原判決理由係以郭○○之證詞作為黃○○證述可採之補強證據，亦有判決不備理由之違法。據原判決理由指稱：證人郭○○亦證稱，確有評委要出國補貼旅費多給二十萬元等語（見九十七年度偵字第二〇八八〇號卷第二四七頁）；有印象關於黃○○或者蔡○○提及有委員要求要加價等情事，復參酌被告某甲之配偶賴○○、子女王○（未成年，年籍詳卷）確於上開評選委員會議進行期間之九十三年一月二十八日出境，並於九十三年二月一日入境等情，有外交部領事事務局九十八年四月二十日領一字第○○○○○○○○○○號函暨附

件、法務部入出境資訊連結作業等件在卷可按。惟查共同正犯之自白，不問是否屬於同一程序，縱所自白內容一致，因仍屬自白之範疇，究非自白以外之其他必要證據。故此所謂其他必要證據，應求諸於該等共犯自白以外，實際存在之有關被告與犯罪者間相關聯之一切證據；必其中一共同正犯之自白先有補強證據，而後始得以該自白為其他共同正犯之補強證據，殊不能逕以共同正犯兩者之自白相互間作為證明其中一共同正犯所自白犯罪事實之補強證據（最高法院一〇〇年度台上字第六五九二號判決意旨參照）。至於證人之屬於對向犯之共同正犯者，縱二人以上所證述之內容一致，其證據價值仍與對向正犯之陳述無殊，究非屬陳述本身以外之另一證據，自不足以謂對向犯之共同正犯所為之陳述相互間即得作為其所陳述犯罪事實之補強證據（最高法院一〇一年度台上字第二三五九號判決意旨參照）。故證述分工行賄被告某甲等之郭〇〇、蔡〇〇係行賄之共同正犯，其等證詞，尚不得作為相互補強之證據。而原判決理由再以被告某甲之配偶子女之出國紀錄作為補強郭〇〇、蔡〇〇等行賄證述之證據，亦屬無由。另本案原判決理由就被告周〇〇無罪部分，雖未說明行賄之郭〇〇等共同被告之證詞是否可採為證明蔡〇〇確有交付賄款予被告周〇〇之補強證據，惟本案台灣高等法院一〇二年度重

矚上更一字第三號確定判決則認定郭○○及黃○○之證詞不得作為蔡○○確有交付賄款予被告周○○之補強證據：『郭○○並無法確認蔡○○是否確有將一百萬元交付周○○，所為證詞不足作為蔡○○前揭有交付周○○一百萬元賄款證詞之補強證據。』對於被告某甲而言，亦應為相同認定，方屬合法。(3)又黃○○證述，於九十三年二月間某日在上開翠林越南餐廳內交付被告某甲後謝五十萬元，並經被告某甲收受等情，原判決理由係以郭○○前開證詞，輔以證人陳○之證詞作為黃○○證述可採之補強證據，亦屬判決不備理由之違法。原判決理由：『證人陳○於原審更證稱：（問：蔡○○除了提到王○○之外，還有無提到南港案的評選委員？）平常在那邊的時候，我的印象王○○有提，我還知道台北工專的那個某甲，蔡○○有提到某甲，蔡○○有提到某甲，並有提及說另外一位黃的要去，（問：他所謂的姓黃是指誰？）他說是○○公司的特助，叫黃○什麼的等語，在在足認證人黃○○前開所述非虛。是證人黃○○指稱被告某甲確有於九十三年二月間某日在台北市○○○路○段翠林越南餐廳內收取後謝五十萬元事實，亦堪認定。』惟查證人陳○於原審所證稱聽聞蔡○○所述前開情節，尚與蔡○○證述交付賄款予被告某甲之犯罪事實無涉，且陳○並未在場見聞交付賄款情節，自不

得以其空泛之證詞作為蔡○○確有交付賄款予被告周○○之補強證據。理由正如同前述台灣高等法院一〇二年度重矚上更一字第三號確定判決認定郭○○及黃○○之證詞不得作為蔡○○確有交付賄款予被告周○○之補強證據情形相同。則陳○既係聽聞蔡○○陳述因轉述而加以佐證，屬與蔡○○陳述之本身無殊，而非足以佐證其所指涉內容之別一證據，不具補強證據適格。(4)黃○○前開二次交付前金、後謝予被告某甲之過程，因扣案○○公司帳冊查無黃○○為行賄而支出之零用金申請單等事證，原確定判決理由爰說明尚不得以無相關單據證明之，即可推論證人黃○○所述交通或用餐情形不存在，亦有判決不備理由或理由矛盾之違法。原判決理由認為證人黃○○前往翠林餐廳所搭乘之交通工具為何，是否便利，均非本件被告某甲有無收取賄款所需探究情事，又依證人黃○○所述交通費、餐費申報情形，其中亦有搭乘交通工具或用餐消費，因未取得單據、時間、金額或發票遺失等因素而未申報之情，是難認定無相關交通費於○○公司會計帳冊顯現，即可推論證人黃○○所述交通或用餐情形不存在。再者證人黃○○就聯繫被告某甲次數、見面地點、交付賄款金額、物品均已證述明確，且於審理時經辯護人就相關細節事項進行詰問，甚至於原審當庭與被告某甲就有無共同吃飯一事

對質時，面對被告某甲質疑其證詞內容時，仍大聲駁斥並堅稱確有一起用餐情事，而證人黃○○與被告某甲既無仇隙，卻仍多次為前開證述內容，是其證述可信性要屬無疑。惟查為避免對向正犯之供述虛偽危險，須有補強證據，已為近年最高法院實務肯認之見解，業如前述；復參本案周○○無罪部分，原判決及一〇二年度重矚上更一字第三號判決理由咸認無支出傳票、申請單、發票等證據證明蔡○○等證述行賄被告周○○之犯罪事實，則就某甲有罪部分，證人黃○○證述欠缺交通費、餐費申報單據、會計帳冊等相關證據，難以確保其陳述真實性，亦與同案被告周○○之論證邏輯相違，因此有刑事訴訟法第三百七十九條第十四款判決不備理由或理由矛盾之違法，至為明顯。(5)再按被告之自白與事實是否相符，須依具體情事，如現場跡象、被害人指供或調查其他之必要證據，以認定之，不能憑空臆測，認為與事實相符，而採為判決基礎（最高法院四十六年台上字第一七〇號判例意旨參照）。又犯罪事實之認定，應憑真實之證據，倘證據是否真實尚欠明顯，自難以擬制推測之方法，為其判斷之基礎（最高法院五十三年台上字第六五六號判例意旨參照）。本案原判決理由既稱證人適用證人保護法第十四條第一項，應有補強證據以證明其證詞之真實性。縱依其說明補強證據係

指：『並非以證明犯罪構成要件之全部事實為必要，倘得以佐證該陳述之犯罪非屬虛構，能夠保障所陳事實之真實性，縱屬情況證據，仍已充分，自不待言。』仍應有得以證明證人所指被告犯罪事實而讓一般人均不至於懷疑之補強證據。詎本案原判決竟以反推方式，認定縱無證據亦尚不得謂證人黃○○所述交通或用餐情形不存在，顯係以擬制推測之方法，為其判斷之基礎。並進而在無相關賄款流向等證據之情形下，單憑證人黃○○之證述，認定渠確有於前開不明日期二次交付前金、後謝予被告某甲之犯罪事實，已違刑事訴訟法第一百五十四條第二項犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實之規定，以及刑事訴訟法第三百七十九條第十四款判決理由矛盾之規定。

- 三、被告某乙辯稱，伊與郭○○、蔡○○、○○公司從未接觸，也毫不相識，從未與蔡○○吃飯，也絕未收錢，蔡○○於歷次偵審供述前後不一，且扣案支出傳票、付款申請書無法證明蔡○○確有宴請被告某乙情事等語，惟原判決仍依扣案之九十二年十一月五日八王子餐廳之發票及零用金申請單作為認定蔡○○於該時地交付前金給被告某乙之證述之補強證據，惟就相關申請單與所證述之行程不符，該發票又如何證明蔡○○確曾於該時地與被告某乙見面吃飯並交付前金予某乙，判

決理由俱未說明，且依台灣高等法院檢察署一〇二年八月五日蔡〇〇訊問筆錄，用餐人數至少三人，而法院卻未傳喚之，即據以認定證述之犯罪事實屬實，有刑事訴訟法第三百七十九條第十款規定應於審判期日調查之證據而未予調查、第十四款規定理由不備之違法。茲詳述如下：(1)本案被告某乙部分原判決認定有罪之理由略以：證人蔡〇〇於九十二年十一月五日在八王子餐廳交付前金給被告某乙一節，業據證人蔡〇〇於原審證述，並有〇〇公司九十二年度十一月、十二月份傳票、相關申請單、零用金撥補單原本、八王子餐廳發票原本等件可稽，堪認證人蔡〇〇所述有與被告某乙聯繫見面事宜，並於九十二年十一月五日被告某乙北上至北科大參加關於綠建築議題之會議後，雙方同至台北市〇〇〇路八王子餐廳用餐之事實，並非憑空杜撰。證人蔡〇〇並無誣陷被告之強烈動機，況證人蔡〇〇就後謝部分，亦證稱被告某乙並未收取，倘若真有誣陷被告某乙之意，並為不實之供述，大可指稱被告某乙已收取交付之前金後謝，而非就後謝部分為被告某乙有利之證述。而證人蔡〇〇所為交付賄款之證述，復有證人郭〇〇之證述資為佐證，顯見證人蔡〇〇所指尚非子虛，綜上，足認證人蔡〇〇關於被告某乙確有收取前金五十萬元之證述，當屬可信。(2)惟查補強證據旨在補強被告或共犯自白

之證明力，故須與被告或共犯之自白非屬同一性質之證據，始具補強證據適格，已如前述。則○○公司零用金申請單，係黃○○親自申請或口述由會計人員製作，實與黃○○陳述本身無殊，而非足以佐證其所指涉內容之別一證據，不具補強證據適格。本案零用金申請單既係經蔡○○口述交由彭○○申請，則相關申請單非自白以外之別一證據，不具補強證據適格，已如前述；又該零用金申請單及相關單據如何證明蔡○○確曾於該時地與被告某乙見面吃飯並交付前金予某乙，判決理由俱未說明，已有判決不備理由之違法。(3)另就八王子用餐發票是否得佐證蔡○○與被告某乙見面吃飯並交付前金予某乙已有疑問，遑論蔡○○於本案台灣台北地方法院九十八年四月十日審理時證稱：『（審判長問：在八王子餐廳用餐的另外二個人是男是女？）蔡○○答：好像一男一女。（審判長問：那二個人跟乙○○有何關係？）蔡○○答：印象中一個與某乙認識，另一個是另一個人打電話請他來的。』嗣據台灣高等法院檢察署一〇二年八月八日檢紀崗字第○○○○○○○○號函檢附該署於一〇二年八月五日訊問證人蔡○○筆錄，說明本案尚無再審事由，該訊問筆錄亦記載：『（檢察官問：就九十二年十一月五日八王子餐廳用餐之早上如何與某乙相約？）蔡○○答：……當天共有幾人到八王

子餐廳用餐我已記不得，但至少有一人，到八王子餐廳應是點定食或簡餐。』倘其證述無訛，則發票金額得否與用餐人數相互勾稽；原判決認定蔡○○於八王子餐廳用餐席間，將○○公司簡介及五十萬元現金置於紙袋中交付被告某乙，縱不論蔡○○及某乙在有其他不認識之人在場見聞此事之下，仍行收賄之事實經過是否合乎常情，惟既有人在行收賄之現場同桌吃飯，即屬證明主要犯罪事實之直接證據，不論是否係有利被告與否，法院均應調查，並於判決理由說明調查結果，惟法院既未調查，亦未於理由說明，尚有刑事訴訟法第三百七十九條第十款應調查之證據而未予調查之違法。

- 四、有關被告某丙質疑證人黃○○行賄之供詞前後矛盾，且未向○○公司申報所稱後謝之交通費及禮盒之費用，證述明顯不實等語，原判決理由僅以扣案○○公司帳冊中黃○○所提九十二年十二月不明日期之計程車資八百四十五元之零用金申請單作為黃○○證述與被告某丙見面，行賄各五十萬元前金、後謝之補強證據，惟又未說明該不明日期之八百四十五元計程車資究如何證明黃○○證述確有交付被告某丙前金之過程，且因查無交付後謝之單據，竟以郭○○等證述作為補強證據，應有刑事訴訟法第三百七十九條第十四款判決不載理由及理由矛盾之違法。茲詳述如下：(1)

原確定判決認定黃○○證述於九十二年十二月間某日交付五十萬元前金，九十三年二月間某日交付五十萬元後謝予被告某丙犯罪事實屬實，其理由係以證人黃○○曾於九十三年一月二日申請計程車資八百四十五元，而該次車資費用即為證人黃○○前往文化大學致贈被告某丙前金五十萬元搭乘之計程車費用，此經證人黃○○證述如前，並有九十二年十二月間不明日期之計程車資八百四十五元申請單作為補強證據。(2)原判決認定『依證人黃○○於原審證稱：外出如果有交通費會實報實銷，（問：所謂實報實銷是否指有外出有交通費你就會報？）如果有憑證就會報，沒有憑證我記事本有記載就會申報，只有少報，沒有多報的情形等語，足見證人黃○○雖有申報交通費之習慣，但並非每筆交通費支出均有向○○公司申請，故證人黃○○往返被告信義路住處後，漏未向○○公司申報交通費，亦應與常情無違。』就證人黃○○證述九十三年二月間某日交付後謝五十萬元予某丙之犯罪事實，欠缺零用金申請單等單據作為佐證之補強證據，確定判決理由竟指稱黃○○漏未申請乃人之常情，顯違我國刑事訴訟法第一百五十四條證據裁判及無罪推定法則。(3)就證人黃○○證述於九十三年二月某日交付後謝五十萬元予某丙之犯罪事實，原判決理由依據黃○○當庭繪製之被告某丙住處位置簡圖

作為補強證據，惟該簡圖仍係黃○○自白之延伸，非得謂補強證據。原判決認定證人黃○○若非經被告某丙告知地址，並同意其進入屋內拜訪，證人黃○○何以能具體描述上址概況、屋內擺設、空間大小，復參酌被告某丙與證人黃○○於本案發生前既不認識，此為被告某丙及證人黃○○所不爭執，如非證人黃○○於前往被告某丙住處前已與被告某丙有所聯繫、見面，建立一定信任關係，被告某丙豈會將住處地址隨意告知不認識之陌生人，甚而同意讓來意不明之陌生人黃○○進到屋內客廳短暫停留，實與常情有違，更徵證人黃○○證稱其有與被告某丙電話聯繫，二次於文化大學大典館見面，並交付前金五十萬元之事實應非子虛。佐以證人黃○○亦無必要僅欲誣陷被告某丙，而刻意另行查訪被告住所環境，或未經許可擅自侵入被告某丙住處，並預料於多年後法院審理時需為上開證述之可能，是證人黃○○上開證詞，應屬真實。而證人黃○○所為已交付前金、後謝各五十萬元之證述，復有證人郭○○之證述資為佐證，足認證人黃○○關於被告某丙確有收取前金、後謝各五十萬元之證述，當屬可信。惟查原判決就證人黃○○交付被告某丙五十萬元後謝之過程，查無相關資金來源及交通費、茶葉禮盒等零用金申請單據，仍僅依郭○○及黃○○之證詞，惟其等證詞仍屬刑事訴訟法第

一百五十六條規定被告或共犯之自白，仍應有補強證據證明之。且本案台灣高等法院一〇二年度重矚上更一字第三號確定判決撤銷原台灣台北地方法院有罪判決，改判周○○無罪，理由並認定郭○○之證述情節不足以作為本案之補強證據：

『（郭○○）固證述蔡○○有交付周○○前金、後謝各五十萬元，惟郭○○並無法確認蔡○○是否確有將一百萬元交付周○○，所為證詞不足作為蔡○○前揭有交付周○○一百萬元賄款證詞之補強證據。』(4)是原判決就證人黃○○之證述渠交付被告某丙前金、後謝之來源及交付過程，所憑僅一不明日期之八百四十五元計程車資申請單及郭○○之證詞，即為有罪判決確定。而原判決理由又未說明該不明日期之八百四十五元計程車資究如何證明黃○○證述確有交付被告某丙前金之過程；是本案原判決欠缺其他積極證據以證明證述內容，即判決被告某丙有罪，有刑事訴訟法第三百七十九條第十四款判決不載理由及理由矛盾之違法。

- 五、綜上所述，本案原判決及台灣高等法院一〇二年度重矚上更一字第三號確定判決理由就證人證述在淡水紅毛城對面領事館餐廳交付前金、後謝各五十萬元賄款給被告周○○之犯罪事實，認定並無補強證據可佐其真實性，尚不得以蔡○○前揭不利周○○之證詞，為周○○有罪認定之唯一證

據，基於無罪推定原則，應為周○○無罪之諭知。惟就證人蔡○○或黃○○證述同案被告某甲、某乙、某丙等收受賄賂之犯罪事實，原判決所採證據法則或補強法則卻又與其認定前開同案被告周○○無罪判決理由所採者不同，蔡○○或黃○○相關證述或無補強證據證明之，或以日期不明或不同日期之扣案帳冊單據、傳票等作為補強證據，判決理由卻又未說明法院採認該等單據之方法，以證明證述內容為真實，亦即該等單據究係如何證明證人蔡○○或黃○○等證述曾於該期日與被告某甲、某乙、某丙等會面或一起用餐，並交付前金或後謝由被告收受，即判決有罪確定，顯有刑事訴訟法第三百七十九條第十四款規定理由不備及理由矛盾之情形。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」等語。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇四年度台非字第一七八號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲
 某乙
 某丙

上列上訴人因被告等貪污案件，對於台灣高等法院中華民國一〇〇年八月三十日第二審確定判決（九十九年度矚上訴字第一號、九十九年度上訴字第五四號，起訴案號：台灣台北地方法院檢察署九十七年度偵字第一七九四六、二〇八七八、二〇八七九、二一一一九、二二八二九、二三三三五號；追加起訴案號：台灣台北地方法院檢察署九十八年度偵續字第五一號），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）。

本院按非常上訴旨在糾正法律上之錯誤，藉以統一法令之適用，不涉及事實認定問題，故非常上訴審應以原判決確定之事實為基礎，僅就原判決所認定之犯罪事實，審核適用法令有無違誤，如依原判決所確認之事實及卷內證據資料觀之，其適用法則並無違誤，即難指為違法。又事實之認定，乃屬事實審法院之職權，非常上訴審無從審酌，倘非常上訴理由係對卷宗內同一證據資料之判斷持與原判決不同之評價，而憑持己見認為原判決認定事實不當或與證據法則有違，即係對於事實審法院證據取捨裁量權行使之當否所為之任意指摘，自與非常上訴審係以統一法令適用之本旨不合。再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，固經司法院釋字第一八一號解釋在案，惟所謂應調查之證據，係指該證據在客觀上為法院認定事實及適用法律之基礎者，且尚須致適用法令違誤，而顯然於判決有影響始屬之，若依原判決所憑以認定之證據而確認之事實，已足認原確定判決無違背法令之情形者，縱尚有其他證據未予調查，但不致於適用法令違誤，而顯然於判決有影響者，依刑事訴訟法第三百八十條之規定，既不得據以提起第三審上訴，自亦不得為非常上訴之理由。本件原判決認定被告某甲、某乙、某丙三人均依法令從事於公共事務而有法定職務權限者，對於職務上之行為，收受賄賂罪，已敘明依憑證人郭○○、蔡○○、黃○○、吳○○、陳○○、李○○、崔○○之證言，卷附「○○展覽館新建工程」統包案最有利標評選廠商之採購評選委員第二次會議資料，民國九十五年十月二十六日經濟部○○展覽館新建工程遴選廠商評分表勘驗紀錄，內政部九十八年二月十六日內授營建工字第○○○○○○○○○○號函及附件，內政部營建署九十八年二月二十四日營署工務字第○○○○○○○○號函暨附件（支付工程款資料）等證據資料，為綜合之判斷，認某甲、某乙、某丙三人有對於職務上之行為，收受賄賂犯行，因而維持第一審關於其等部分之判決，駁回渠等在第二審之上訴，已

詳敘其調查證據之結果及證據取捨並認定犯罪事實之理由，且對於被告三人否認犯罪所辯各節如何不足採信，詳加說明指駁，所為論斷均有卷存證據資料可資覆按。而補強證據所補強者，不以犯罪事實之全部為必要，祇須因補強證據與自白或不利於己之供述相互利用印證，在客觀上足以使人對該犯罪事實獲得確信之心證者，即足當之。關於被告某乙部分，證人蔡○○如何已於第一審時證述其於九十二年十一月五日至松山機場將自台南北上之某乙接送其至台北科技大學，之後再至台北科技大學接某乙一同前往復興北路八王子餐廳用餐，席間並將○○公司簡介、新台幣（下同）五十萬元現金置於紙袋中交付某乙，表明欲參與○○展覽館案之情；其證稱被告某乙當天至台北科技大學是為了關於綠建築那類的議題等語，如何與內政部建築研究所函暨附件議程表所示某乙當日確實參與「綠建材性能實驗研究」之議程一情相符，並有○○公司傳票、相關申請單、零用金撥補單原本、八王子餐廳發票原本等件可稽，堪認其關於有與某乙聯繫見面，並於九十二年十一月五日於八王子餐廳用餐之證述，應屬事實。證人邵○○、陳○○之證言，如何不足為某乙有利之認定。證人李○○證稱當日某乙另有參加預定下午三點於高雄市政府舉行之「高雄市政府四維合署辦公大樓節約能源改善工程規劃設計準則之研究」專家學者座談會一節，參酌證人蔡○○於檢察官偵查時已證稱某乙吃飯時有說下午在南部有事

情等語、八王子餐廳發票顯示其等用餐結束之時間為下午一時十五分三十九秒，原審囑託台北市政府警察局交通警察大隊測量八王子餐廳至松山機場所需行車時間之結果，證人陳○○所證從松山機場搭機到小港機場再至高雄市政府所需之時間等情，某乙非無可能於當日下午三時許到達高雄市政府參加上開座談會。益見蔡○○所證屬實。證人蔡○○如何於九十七年十月十五日偵訊結束前，檢察官始同意其適用證人保護法一節，如何可見其應無誣陷之動機，況其就後謝部分，亦證稱某乙並未收取而為有利於某乙之證述，且表示係透過第三人聯繫，有稽核之可能。其所為交付賄款之證述，復有證人郭○○之證述資為佐證等情，如何足認蔡○○關於某乙確有收取前金五十萬元之證述，當屬可信。關於被告某丙部分，證人黃○○已詳為證述其如何前往中國文化大學大典館研究室交付前金五十萬元予某丙之情。其所證關於搭乘計程車前往，並請計程車停在系館前的停車場等候等語，如何有證人李○○、崔○○之證言，及文化大學大典館之外觀照片可佐。其所證述如何進入某丙研究室及其研究室之大小、出入情況，經核亦與崔○○之描述相符，應非虛捏。黃○○又證述其於九十九年一月三十日力拓公司取得標案後，前往某丙住處交付五十萬元後謝之情。其所陳述某丙住處之所在位置、家中擺設、空間大小各節並當庭繪製之某丙住處位置簡圖，經與證人李○○所述內容比對，如何相互吻合，並有

台北市政府警察局信義分局函文暨附件可稽。衡情黃○○若非經某丙告知地址，並同意其進入屋內拜訪，其如何無可能對某丙之住處為具體描述，參酌某丙與黃○○於本案發生前既不認識，黃○○竟能進入某丙住處客廳短暫停留，如何足徵黃○○證稱其有與被告某丙電話聯繫，二次於中國文化大學大典館見面，並交付前金五十萬元之情屬實。亦可見黃○○並無誣陷某丙之可能，黃○○上開關於交付前金、後謝各五十萬元之證述，復有郭○○之證述資為佐證。辯護人質疑黃○○之供詞前後矛盾云云，如何不足採信，黃○○歷次供述，就其為請託某丙幫忙而與某丙見面三次，前二次均為中國文化大學大典館研究室、第三次為某丙信義路住處，第二、三次見面各交付五十萬元等基本事實，所供則始終如一。再依黃○○於第一審所證其申報交通費之習慣，其往返某丙信義路住處後，漏未向○○公司申報交通費，如何與常情無違。李○○所證其出入某丙家樓下是否會見到管理員一節，如何與黃○○所證並不相違。復由黃○○明確證稱：前金五十萬元是在決標前給的，後謝五十萬元是決標後到他信義路家中給某丙等語，及本件○○展覽館新建工程決標日期、○○公司零用金申請單所示，及黃○○所述申請零用金之方式，綜合觀之，如何可以確定黃○○致贈前金、後謝各五十萬元予某丙之時間。關於被告某甲部分，證人黃○○如何已明確證述其取得委員名單後，即與某甲聯繫，表明○○公司欲

投標○○展覽館案，於九十二年十一月四日、九十三年一月十八日二次在某甲所任教之台北科技大學附近之翠林越南餐廳見面，並分別交付○○公司簡介、○○展覽館案服務建議書等件向某甲請教，由某甲提供相關意見之情，某甲亦供陳該餐廳確實位於其任教之台北科技大學對面之巷內，並有法務部調查局第六處鑑定「翠林食品有限公司」發票之鑑定結果、○○公司傳票、付款申請單、翠林食品有限公司發票等件在卷。黃○○另於偵查、第一審時證述於台北市濟南路丹堤咖啡廳與某甲見面前，因某甲表示欲帶家人旅遊，黃○○因擔心某甲不參與評選會議，故除依郭○○原所指定之前金五十萬元外，另以補貼旅費為由，建議郭○○提高給付金額二十萬元，經郭○○同意後，即由黃○○於九十三年一月十八日後至九十三年一月三十日決標前某日在上開丹堤咖啡廳交付前金七十萬元予某甲收受，請某甲能參與評選會議，並於評選過程中評定○○公司為最優廠商之情，證人郭○○亦證稱確有評委要出國補貼旅費多給二十萬元等語，而某甲之家人如何確有於上開評選委員會議進行期間出、入境之情，衡情某甲家人之出國計畫，如何應為某甲主動告知黃○○。黃○○又證述於○○公司經評選為最優先議價及得標廠商後，於九十三年二月間某日在上開翠林越南餐廳內交付某甲後謝五十萬元，並經某甲收受之情。其所述就有關如何給付後謝五十萬元賄款、如何盛裝賄款、給付之地點、給付時間等重

要事項，前後一致，僅有關相約碰面交付賄款之確切日期未能指明，惟此細節仍不影響此部分事實之認定。佐以郭○○所述其如何命黃○○、蔡○○分頭向評審委員行賄之情，及證人陳○於第一審證稱其聽聞蔡○○提到台北工專（即台北科技大學前身）的那個某甲，並有提及說另外一位○○公司的特助，叫黃○什麼的去等語，如何足佐證人黃○○前開所述屬實。黃○○證述時，因時間相隔已久，其就部分細節記憶模糊，未能具體確定交付賄款之日期，如何不違常情，且其已明確解釋對某些時間、地點有所混淆，後來因有憑證等資料提示才漸漸回想起來等語，細究其證述內容，就交付前金、後謝之地點、金額，並無重大出入，如何難以其前後證言略有出入，即認其前開證述全屬不可採信。至於黃○○前往翠林越南餐廳所搭乘之交通工具為何，與某甲有無收取賄款之事實無關，黃○○亦陳述其如何有搭乘交通工具或用餐消費，因未取得單據、時間、金額或發票遺失等因素而未申報之情，難以○○公司會計帳冊未顯現即推論黃○○所述交通或用餐情形不存在。況其如何於第一審當庭與某甲就有無共同吃飯一事對質時，仍大聲駁斥並堅稱確有一起用餐情事，其與某甲既無仇隙，如何足佐其供述可信。黃○○另稱某甲曾提到科技大樓的統包案跟汐止市公所行政中心統包案，問有無興趣承包等語，如何經第一審調查結果，確實有該二件工程案存在。某甲及辯護人所辯各節，如何均與客觀事證

未合，並非可採等理由，原判決已逐一於理由內指駁說明。此乃事實審法院認事採證本於職權之正當行使，且非單依共犯之自白而為認定。非常上訴意旨指原判決無補強證據而認定犯罪事實云云，顯屬無據。非常上訴意旨仍以：某甲質疑黃○○始終無法明確指出交付賄款之時間，且其證述前後不一、○○公司帳冊亦乏交付某甲賄款過程之相關發票、單據及賄款來源去向等補強證據；原判決所據之零用金申請單與蔡○○證述之行程不符，原判決未說明八王子餐廳發票如何證明蔡○○與某乙確有吃飯並交付前金之事；對某丙部分，原判決僅以扣案○○公司帳冊中黃○○所提九十二年十二月不明日期之計程車資八百四十五元之零用金申請單作為黃○○證述與某丙見面並行賄之補強證據，未說明理由，且因查無交付後謝之單據，竟以郭○○等證述作為補強證據各云云；顯係對原判決上開已詳為說明之事項，仍執卷內同一證據資料之證明力，持與原判決相異之評價，而憑持己見漫指原判決認定事實不當，進而指摘原判決就該證據未詳加調查，有依法應於審判期日調查之證據而未予調查之違誤，即係對於事實審法院證據取舍裁量權行使之當否所為之任意指摘，自與非常上訴係在統一法令適用之本旨有違。原判決依其調查證據之結果，已足以證明蔡○○與某乙確有於八王子餐廳吃飯並交付前金之事實，則當日一同吃飯之人為誰，原判決縱未予調查說明，並不致於適用法令違誤，而顯然影響判決之結

果，自不得執為非常上訴之理由。另關於共同被告周○○部分，原判決係以證人蔡○○歷次於偵查、審理時證述內容，關於其證述交付前金、後謝予周○○之時間、地點如何不一致，其關於交付之地點，於多次偵訊中如何未曾為「同一餐廳」之供述，則其於第一審時證稱均在淡水領事館餐廳云云，如何顯屬有疑。復查無○○公司有相關支出之傳票、申請單、發票等物，或有何證人在場見聞，而蔡○○於九十二年十月二十三日與周○○在八王子餐廳吃飯一節，依其證言如何可知當時蔡○○並無行賄周○○之行為，蔡○○復稱不記得該次有無向周○○提及○○展覽館標案之事。而周○○及其配偶、岳母之銀行帳戶內資金，經調查結果，如何無法證明與本件賄款有關。蔡○○其餘證述，如何不足採為周○○有收受賄賂犯行之補強證據。是此部分如何僅有證人蔡○○之片面有瑕疵之指證等理由，因認不能證明周○○犯罪，而撤銷第一審此部分之判決，改判諭知周○○無罪。此與原判決上開關於被告某甲、某乙、某丙等部分，已於判決理由中具體指明有何補強證據可供擔保證人等所為證言之真實性，而足認某甲、某乙、某丙三人確有如原判決事實欄所指犯行之情形，顯有不同，非常上訴意旨，仍係就原判決已詳加調查論斷之事項，以一己之說詞，任指原判決理由不備或矛盾，難謂有理由，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百十六條，判決如主文。

中 華 民 國 一 〇 四 年 六 月 十 八 日

【第五一案】

一、關係條文

貪污治罪條例	第 11 條第 2 項第 4 項
刑 法	第 55 條
刑 事 訴 訟 法	第 47 條、第 369 條第 1 項、第 379 條第 13 款、第 380 條、第 441 條、第 443 條、第 446 條

二、非常上訴理由

- 一、按判決不適用法則，為違背法令。又審判期日之訴訟程序，專以審判筆錄為證，刑事訴訟法第四十七條定有明文。未經參與審理之法官參與判決者，其判決當然違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第十三款定有明文。本件第一審於（民國）104 年 7 月 17 日最後一次審判期日所踐行之訴訟程序，依審判筆錄記載，係由審判長法官石○禎、法官陳○璋及法官沈○興參與審理（見第一審卷四第 160 頁），惟依第一審判決之記載，其參與判決之法官則為審判長法官石○禎、法官陳○璋及法官王○芬（見第一審卷五第 47 頁背面）；其中法官王○芬未經參與審理而參與判決（按卷內並無第一審更正審判筆錄或判決書誤載之裁定），依上述規定，其判決為當然違背法

令。原判決就上開違法未予撤銷糾正，率予維持第一審判決，而駁回被告在第二審之上訴，顯有適用法則不當之違法。

- 二、科刑判決所認定之事實，必須與其所採用之證據內容相適合，否則即屬證據上之理由矛盾，其判決為當然違背法令。被告某甲於法務部調查局高雄市調查處證稱：『（問：100年12月19日樓○中與鄭○雄在工業局晤談返回高雄，確否有與你約在愛河星巴克碰面？究竟向你傳達鄭○雄何事？）在該通簡訊傳遞後，我確定有與樓○中碰面，但詳細時間已記不清楚。見面後我們有談論樓○中與鄭○雄碰面之情形，內容大致是鄭○雄如何請樓○中幫忙，爭取林○敏擔任評選委員時能支持鄭○雄之公司』、『鄭○雄與樓○中約定，樓○中居間幫忙的標案，只要委員出席並支持鄭○雄，鄭○雄就會支付新台幣（下同）10萬元給樓○中……』、『我曾經聽鄭○雄提到，他與樓○中約定，樓○中居間幫忙之標案，只要委員出席並支持鄭○雄，鄭○雄就會支付10萬元給樓○中，若得標，再另外支付10萬元，這些款項鄭○雄都是交給樓○中處理』等語（見原判決第32頁倒數第7行至第33頁第2行、第39頁倒數第5行至倒數第2行）。另證人樓○中於高雄市調查處證稱：『100年12月22日下午我赴高雄第一科（技）大（學），我去林○敏研究室看他

擔任評選委員標案有沒有○○工程顧問股份有限公司的服務建議書，以確認林○敏真的是評選委員，也有口頭拜託林○敏多支持○○公司，並轉達鄭○雄拜託我幫忙會贊助研究費，會再分配給他』、『（問：12月22日你去〈高雄第〉一科〈技〉大〈學〉找他（林○敏）時，確認他是評選委員後是否有拜託他支持○○公司？）是的，有跟他提到○○之老闆請託我來的，請他支持。……我的意思就是請他支持、幫忙，……鄭○雄會贊助研究費，請我處理，我會將鄭老闆之出席費給他作為答謝。』、『（問：隔天上午9點36分跟某甲之對話提到【下星期2下午跟下下星期3上午，河邊餐廳尾牙，小林我已允諾2篇論文，請務必協助完成】，是怎樣？）第1個標案開會在下星期2下午；第2個標案開會在下下星期3。……【小林我已允諾2篇論文】，是指林○敏同意支持式新公司的廠商服務建議書。【我已允諾】，就是答應林○敏出席的話，就會將鄭○雄先生的費用給他。』等語（見原判決第35頁最末行至第36頁第4行、第38頁第18行至第39頁第4行）。依上述2人證述意旨，鄭○雄與樓中基均係以林○敏在前述2件採購案評選會支持○○公司獲選成功，為其等向林○敏期約、行求賄賂之目的與對價，並非僅以林○敏單純應允出席評選會而已。乃原判決採用上述2人

前揭證述作為證據，卻於其事實欄認定『樓○中除再次確認林○敏擔任前述 2 採購案（按指【高雄市鼓山區工程】採購案及【高雄市華榮路工程】採購案）評選委員之身分外，並表明拜託林○敏出席前述 2 採購案評選會，○○公司老闆鄭○雄即會給予樓○中研究費，樓○基會將之分配予林○敏之行賄之意。林○敏則基於對於職務上行為期約賄賂之犯意，應允將出席前述 2 採購案評選會之期約。樓○基見林○敏同意後，急於向鄭○雄索取自己的處理費及林○敏同意出席之對價……』等情（見原判決第 8 頁第 8 至 14 行）。並於理由欄內說明：『林○敏於 100 年 12 月 22 日下午與樓○中見面，達成林○敏出席高雄市 2 件工程標案評選會，日後將可收到賄賂之期約：樓○中於 100 年 12 月 22 日下午親赴高雄第一科技大學環境與安全衛生工程系研究室與林○敏晤談，林○敏遂基於對於職務上行為期約賄賂之犯意，應允將出席前述 2 採購案評選會之期約賄賂』云云（見原判決第 37 頁倒數第 4 行至第 38 頁第 3 行）。似係認定鄭○雄、樓○基與林○敏係以林○敏允諾出席『高雄市鼓山區工程』及『高雄市華榮路工程』2 件採購案之評選會，作為其等期約及收受賄賂之目的與對價，依上說明，難謂無證據上理由矛盾之違誤。究竟鄭○雄、樓○基與林○敏係以林○敏單純允諾出席上

述 2 件工程採購案之評選會，抑或以林○敏在前述 2 件工程採購案評選會支持○○公司獲得評選成功，為其等向林○敏期約、行求賄賂之目的與對價？此與本件犯罪事實之認定攸關，原審對此未詳加調查釐清，遽為前揭認定，有依職權調查未盡之違背法令。

- 三、一行為觸犯數罪名之想像上競合犯，係指行為人以一個意思決定發為一個行為，而侵害數個相同或不同之法益，具備數個犯罪構成要件，成立數個罪名之謂，乃處斷上一罪。而貪污治罪條例第十一條第二項、第四項所規定之交付賄賂罪所侵害之法益為國家公務執行之公正，其所侵害之法益僅屬一個，祇成立單純一罪，並無刑法第五十五條想像競合犯之適用。原判決事實關於被告對於交付賄賂之認定，縱令無誤，被告僅係就高雄市政府發包之『高雄市鼓山區工程』及『高雄市華榮路工程』等 2 件採購案，交付賄賂，縱認被告前開被訴事實與貪污治罪條例第十一條第二項、第四項所規定之交付賄賂罪之犯罪構成要件該當，其侵害之法益為國家公務執行之公正，屬於侵害國家法益之犯罪，所侵害之法益僅屬一個，祇成立單純一罪，並無刑法第五十五條想像競合犯之適用。原判決理由記載：『被告對前開高雄市 2 件標案交付賄賂，侵害 2 個高雄市政府公共工程之法益，交付賄賂，係一行為觸犯數罪

名，應論以想像競合犯』云云，有適用法則不當之違誤。

四、案經確定，且對被告不利，復攸關法律之正確適用，合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 一〇六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貪污治罪條例案件，對於台灣高等法院高雄分院中華民國一〇五年二月十八日第二審確定判決（一〇四年度上訴字第九〇七號，起訴案號：台灣高雄地方法院檢察署一〇一年度偵字第二二五五七、二三八八二、三三二五七號），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：

一、未經參與審理之法官參與判決者，其判決當然違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第十三款定有明文。本件被告違反貪污治罪條例案件，第一審法院於104年7月17日行審判程序，係由審判

長法官石○禎、法官陳○璋及沈○興出庭審理，而第一審同年9月9日之判決正本則載為審判長法官石○禎、法官陳○璋及王○芬三員參與判決，固有第一審審判筆錄及判決正本在卷可稽。第一審法官王○芬未經參與審理而參與判決，第一審踐行之訴訟程序，雖與刑事訴訟法第三百七十九條第十三款牴觸。惟我國刑事訴訟制度之第二審，係採覆審制，就案件經上訴部分，為完全重覆之審理，第二審法院關於依憑調查證據之結果，本於自由心證，認定事實、適用法律及為刑罰量定等，與第一審有同樣之職權，第二審就審理之結果，認有違法或不當時，並另為評價，據以撤銷、變更第一審判決，除法律另有規定者外，原則上應自為判決，刑事訴訟法第三百六十九條第一項乃規定：「第二審法院認為上訴有理由，或上訴雖無理由，而原判不當或違法者，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」。原審審理結果，認第一審判決關於被告部分，諭知被告緩刑不當及主文未諭知「共同犯貪污治罪條例第十一條第二項、第四項之交付賄賂罪」，有適用法則不當之情形，雖被告未提起第二審上訴，原判決認檢察官對被告在第二審提起之上訴為有理由，因而撤銷第一審對被告所為

之科刑判決，改判論處被告共同犯貪污治罪條例第十一條第二項、第四項之交付賄賂二罪刑。則第一審判決關於被告部分既經撤銷，即不復存在，而原確定判決就第一審審理被告違反貪污治罪條例案件時，以未經參與審理之法官王○芬參與判決，與刑事訴訟法第三百七十九條第十三款之規定有違部分，未予審認、說明，縱使不無疏漏，惟前開訴訟程序違法，並非足認第二審原應為其他之判決（即無刑事訴訟法第三百六十九條第一項但書所定得以判決將該案件發回第一審法院之情形），上述部分訴訟程序之瑕疵，顯然於判決結果不生影響，依刑事訴訟法第三百八十條規定，既不得據以提起第三審上訴，亦不得據為非常上訴之理由，自難執此指摘原確定判決違法。非常上訴意旨第一點對已撤銷不存在之第一審判決，主張有程序上之瑕疵，而認原確定判決未將第一審判決關於被告部分撤銷改判，仍予維持，逕為上訴駁回之判決，執此指摘原確定判決於法有違，顯與卷內訴訟資料不符，自無可取。

- 二、非常上訴旨在糾正法律上之錯誤，藉以統一法令之適用，不涉及事實認定問題，故非常上訴審應以原判決確定之事實為基礎，僅就原判決所認定之犯罪事實，審核適用法令有無違誤，如依原判決所確認之事實及卷內證據資料觀之，其適用法則並無違誤，即難指為違法，至於事實之認定，

乃屬事實審法院之職權，非常上訴審無從審酌；倘非常上訴理由係對卷宗內同一證據資料之判斷持與原判決不同之評價，而憑持己見認為原判決認定事實不當或與證據法則有違，即係對於事實審法院證據取捨裁量權行使之當否所為之任意指摘，自與非常上訴審係以統一法令適用之本旨不合。原確定判決事實欄（下稱事實欄）三係認定被告與樓○中（按非常上訴書部分誤載為樓○基）、鄭○雄達成行賄林○敏之合意，共同基於對公務員違背職務行為行賄之犯意聯絡，於 100 年 12 月 22 日由樓○中與林○敏達成林○敏出席「高雄市鼓山區及鎮興路區域用戶接管委託設計監造（I）—（III）工程」（下稱「高雄市鼓山區工程」）及「高雄市華榮路及 29 期市地重劃等區域用戶接管委託設計監造（I）—（II）工程」（下稱「高雄市華榮路工程」）二件採購案之評選會，日後將可收到由○○工程顧問股份有限公司老闆鄭○雄交付樓○中再轉交林○敏賄賂之期約，嗣後鄭○雄透過被告、樓○中指示林○敏，林○敏同意將○○工程顧問股份有限公司評為第三，樓○中與林○敏於 100 年 12 月 27 日合意變更原先林○敏出席即可獲得賄賂之期約，樓○中並於同年 12 月 31 日將賄款 4 萬元交付林○敏，林○敏基於對於職務上行為收受賄賂之犯意收受等情。理由並說明上開事實，業據被告及樓

○中供證甚詳，並有卷附通訊監察譯文在卷可稽。並依前揭確認之事實及所憑之證據及認定之理由，說明被告所為行求、期約賄賂之低度行為，為其後交付賄賂之高度行為所吸收，不另論罪，論處被告共同犯貪污治罪條例第十一條第二項、第四項之交付賄賂二罪刑，依其確認之事實，適用法律並無錯誤。非常上訴意旨第二點，對卷宗內同一證據資料持不同之評價，依憑己見認為原確定判決認定鄭○雄、樓○中與林○敏以林○敏允諾出席「高雄市鼓山區工程」及「高雄市華榮路工程」二件採購案之評選會，作為其等期約及收受賄賂之目的與對價，任意指摘原確定判決所認定之事實有證據上理由矛盾之違誤，乃對於事實之認定所為之爭執，並未具體指摘原確定判決如何違背證據法則或如何足以影響原確定判決主旨，非常上訴意旨第二點執以指摘原確定判決關於被告部分違背法令，自難認有據。

- 三、刑法第五十五條前段所稱一行為而觸犯數罪名，係指行為人基於一個犯意，實行一個犯罪行為，侵害數個相同或不同之法益者而言；其所謂「同一行為」係指所實行者為完全或局部同一之行為，或其行為著手實行階段可認為同一者而言。依原確定判決認定之事實，高雄市政府公告以限制性招標方式辦理「高雄市鼓山區工程」及「高雄市華榮路工程」委託設計監造勞務採購標案，

係不同工程之標案，被告與樓○中、鄭○雄基於共同之犯意聯絡，由樓○中同時就上開二件標案對林○敏行求、期約進而交付賄賂，是樓○中上揭犯行之行為態樣，從行為人主觀之意思及所為之客觀事實觀察，依社會通念，自具有實行行為完全之同一性，雖侵害二個地方自治機關公共工程之法益，合於一行為觸犯數罪名之要件，應為想像競合犯。至行求、期約或交付賄賂罪所侵害之法益固為國家公務執行之公正，然如就不同工程標案，於不同時、地向同一公務員為之，各行為先後可分，其所侵害之法益可資個別獨立評價，自屬侵害數個國家法益，應為數罪併罰；若就同一工程標案，基於同一行為「同時」向數公務員為之或向一公務員多次為之，雖同時該當於行求、期約或交付賄賂罪，其所侵害之法益仍屬一個，祇能成立單純一罪；均與本件情形不同，要難比附援引。原確定判決認被告就事實欄三所為，係就二不同工程標案，對於公務員關於不違背職務之行為，同時交付一次賄賂，觸犯上開二罪名，為想像競合犯，應從一重處斷，揆之說明，並無適用法則不當之違誤。非常上訴意旨第三點指稱：即令被告有如事實欄三所示對於公務員關於不違背職務之行為交付賄賂之行為，祇能論以單純一罪云云，指摘原確定判決適用法則不當，殊屬誤會。

四、綜上說明，本件非常上訴意旨指摘原確定判決關於被告部分違法各節，均無理由，應予駁回。據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十六條，判決如主文。

中 華 民 國 一 〇 六 年 二 月 九 日

【第五二案】

一、關係條文

貪污治罪條例	第 5 條第 1 項第 2 款、第 8 條、 第 10 條第 1 項
刑事訴訟法	第 441 條、第 443 條、第 447 條 第 1 項第 1 款、第 470 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 378 條定有明文。次按民國 105 年 6 月 22 日修正公布（自同年 7 月 1 日施行）前貪污治罪條例第 10 條第 1 項規定：『犯第四條至第六條之罪者，其所得財物，應予追繳，並依其情節分別沒收或發還被害人。』是符合上開規定之犯罪，自應就犯罪所得財物，諭知追繳、沒收或發還被害人，並無例外，以澈底剝奪貪污犯罪之所得財物。是被告犯上述貪污罪並自動繳交全部所得財物者，就已自動繳交之全部所得財物，於判決固無庸再諭知追繳，惟仍應諭知沒收或發還被害人，俾於判決確定後，由檢察官依刑事訴訟法第 470 條第 1 項前段規定，據以指揮執行。否則在判決確定後，將因確定判決未就自動繳交之全部所得財物諭知沒收或發還被害人，檢察官

指揮執行沒收或發還被害人缺乏依據，徒生處理上無謂之爭議，亦不符澈底剝奪貪污犯罪所得之立法目的。

- 二、經查本件被告某甲因違反貪污治罪條例案件，經臺灣臺東地方法院以 105 年度訴字第 112 號判決判處被告某甲犯利用職務上之機會詐取財物罪，處有期徒刑 2 年，褫奪公權 2 年，緩刑 5 年，並認『被告○○既已自動向臺灣臺東地方法院檢察署繳交詐得贓款新臺幣 12 萬元，其犯罪所得無庸贅為宣告沒收或追徵其價額之諭知。』檢察官提起上訴後，經臺灣高等法院花蓮分院以 105 年度上訴字第 196 號判決駁回上訴確定。揆諸上開說明，就被告某甲自動繳交經扣押之詐得贓款新台幣 12 萬元，應依法諭知沒收或發還被害人。乃臺灣臺東地方法院 105 年度訴字第 112 號判決及本件臺灣高等法院花蓮分院 105 年度上訴字第 196 號確定判決以被告某甲業已將所得財物返還國庫，毋庸為宣告沒收或追徵其價額之諭知為由，均未諭知沒收或發還被害人，自有判決適用法則不當之違法。又本件臺灣高等法院花蓮分院以 105 年度上訴字第 196 號確定判決雖非不利於被告，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（最高法院 91 年度台上字第 1977 號及 105 年度台非字第 222 號判決參照）。

三、案經確定，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 一〇六年度台非字第一〇〇號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告貪污案件，對於臺灣高等法院花蓮分院中華民國 106 年 1 月 13 日第二審確定判決（105 年度上訴字第 196 號，起訴案號：臺灣臺東地方法院檢察署 105 年度偵字第 1875、2321 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違背法令部分均撤銷。

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，倘該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，或為確保裁判之一致性，以杜同法異判之弊，始克相當。故確定判決對於應諭知沒收而未諭知，固非不利於被告，然如與統一適用法令有關，仍應將其違背法令部分撤銷。又 105 年 6 月 22 日修正公布前貪污治罪條例第 10 條第 1 項規定：「犯第 4 條至第 6 條之罪者，其所得財物，應予追繳，並依其情節分別沒收或發還被害人。」是符合上開規定之犯罪，自應就犯罪所得財物，諭知追繳、沒收或發還被害人，並無例外，以澈底剝奪貪污犯罪之所得財物。至貪污治罪條例第 8 條規定「犯第 4 條至第 6 條之罪，於犯罪後自首，如有所得並自動繳交全部所得財物者，減輕或免除其刑；因而查獲其他正犯或共犯者，免除其刑。犯第 4 條至第 6 條之罪，在偵查中自白，如有所得並自動繳交全部所得財物者，減輕其刑；因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑。」旨在鼓勵犯罪行為人或被告於犯罪後自首或在偵查中自白，如有不法所得者，並自動繳交全部所得財物，且供出其他正犯或共犯，以利偵查、審判，俾得減輕或免除其刑。上開追繳、沒收或發還被害人與減輕或免除其刑規定之規範目的有別，自應一併適用，不可混淆。是被告犯上述貪污罪並自動繳交全部所得財物者，就已自動繳交之全部所得財物，於判決固無庸再諭知追繳，惟仍應諭知沒收或發還被害人，俾於判決確定後，由檢察官依刑事訴訟法第 470 條第 1 項前段規定，據以指揮執行。否則

在判決確定後，將因確定判決未就自動繳交之全部所得財物諭知沒收或發還被害人，檢察官指揮執行沒收或發還被害人缺乏依據，徒生處理上無謂之爭議，亦不符澈底剝奪貪污犯罪所得之立法目的。本件原確定判決認定被告某甲係法務部矯正署泰源技能訓練所總務科辦事員為公務員，意圖為自己不法之所有，於105年7月2日利用職務上之機會，向受刑人吳○榮詐取12萬元等情，因而維持第一審論被告犯貪污治罪條例第5條第1項第2款之利用職務上之機會詐取財物罪。被告於偵查中自白其犯行，並於第一審審理中主動繳回不法所得12萬元，有臺灣臺東地方法院檢察署扣押物品收據1份在卷，依上開說明，就被告自動繳交經扣押之犯罪所得財物12萬元自應諭知沒收或發還被害人。乃第一審判決認被告業已將所得財物返還國庫，毋庸宣告追繳、發還被害人，因而未諭知沒收或發還被害人，原確定判決予以維持，均有判決適用法則不當之違法。原確定判決雖非不利於被告，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摘原確定判決違背法令，洵有理由，應由本院將原確定判決及第一審判決關於違背法令部分均撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第447條第1項第1款前段，判決如主文。

中華民國一〇六年五月十七日

【第五三案】

一、關係條文

毒品危害防制條例	第 11 條第 3 項、第 18 條第 1 項前段
刑 法	第 11 條前段、第 38 條第 1 項第 2 款、第 47 條第 1 項
刑 事 訴 訟 法	第 378 條、第 441 條、第 443 條、第 447 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。又刑法上之『吸收犯』，係指犯罪之性質上，其罪名之觀念中當然包含他行為者而言，亦即所發生之數個犯罪事實之間，依犯罪之性質及一般日常生活之經驗判斷，一方可以包含於他方犯罪觀念之中，遂逕行認定一方之罪，而置屬於實行階段性之他方於不論。其類型非專以高度行為吸收低度行為一類為限，而係包括全部行為吸收部分（階段）行為等（最高法院九十三年度台上字第六五〇二號判決參照）。所謂高度行為吸收低度行為，乃係基於法益侵害之觀點，認為當高度行為之不法內涵足以涵蓋低度行為時，即得以『吸收犯』論

之。民國九十八年五月二十日修正之毒品危害防制條例已將同屬持有毒品行為之處罰依數量多寡而分別以觀，顯見立法乃係有意以持有毒品數量作為評價持有毒品行為不法內涵高低之標準，並據此修訂持有毒品罪之法定刑，俾使有所區隔。據此應可推知當行為人持有毒品數量達法定標準以上者，由於此舉相較於僅持有少量毒品之不法內涵為高、法定刑亦隨之顯著提升，縱令行為人係為供個人施用而一次購入，由於該等行為不法內涵非原本施用毒品行為所得涵蓋，自不得拘泥於以往施用行為吸收持有行為之既定見解，應本諸行為不法內涵之高低作為判斷之標準，改認持有法定數量以上毒品之行為屬高度行為，而得吸收施用毒品行為，或逕認係施用毒品之輕行為，當為持有超過法定數量毒品之重行為所吸收，方屬允當。

- 二、本件原審認定被告某甲於一〇二年十一月間，為供己施用，在桃園縣桃園市（現改制為桃園市桃園區）某處，以新台幣（下同）二十萬元之價格，向姓名年籍不詳綽號『小黑』之成年男子購買含第一級毒品海洛因成分之粉末物品（合計驗餘淨重共四十五．〇一公克，純質淨重十三．一九公克），進而於同年十二月二日上午一時許，在停放於新北市〇〇區〇〇路〇〇〇〇〇〇〇號碼 0000- 00 號自用小客車內，以將海洛因以水稀

釋後置於針筒注射體內之方式，施用海洛因一次。其非法持有第一級毒品海洛因，進而施用之行為，因其施用後所持有之第一級毒品海洛因純質淨重合計達十三·一九公克，已達毒品危害防制條例第十一條第三項所定之數量純質淨重十公克以上，其就此部分應成立毒品危害防制條例第十一條第三項持有超過法定數量第一級毒品罪。至其持有第一級毒品海洛因後進而施用之低度行為，則應為其上開持有超過法定數量第一級毒品之高度行為所吸收，不另論罪。惟原審徒以『吸收犯之成立必須是被吸收之罪其不法內涵得由他罪所涵蓋者作為基礎，在此一前提下，無論持有毒品數量多寡，持有毒品行為之不法內涵絕無可能延伸包括全部之施用毒品在內，即除施用毒品前，持有供施用毒品份量之該次持有毒品行為，與施用行為間，確具包含於施用行為之罪質內外，其餘持有毒品之行為，在邏輯上原不能當然解為，為施用毒品行為所吸收。』就被告某甲上開持有第一級毒品海洛因純質淨重十公克以上及施用第一級毒品海洛因，分別量處有期徒刑一年四月及有期徒刑十月。此一判決顯然與毒品危害防制條例修正後持有毒品數量多寡與施用關係之『吸收犯』見解有違，自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，以資糾正及救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇四年度台非字第一九九號
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，對於台灣新北地方法院中華民國一〇三年四月三十日第一審確定判決（一〇三年度審訴字第四八四號，起訴案號：台灣新北地方法院檢察署一〇二年度毒偵字第八一〇二號、一〇三年度偵字第六六六〇號），認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於某甲持有第一級毒品純質淨重十公克以上及施用第一級毒品部分撤銷。某甲持有第一級毒品純質淨重十公克以上，累犯，處有期徒刑壹年陸月。扣案第一級毒品海洛因（驗餘淨重共四十五．〇一公克，純質淨重計十三．一九公克）沒收銷燬之；扣案盛裝上揭毒品之外包裝袋玖個、封膜機壹台、電子磅秤貳台、夾鏈袋玖佰拾柒個、吸管陸支、注射針筒參拾捌支、注射用水伍個，均沒收之。

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。又九十八年五月二十日修正之毒品危害防制條例既將同屬持有毒品行為之處罰，依數量多寡而分別以觀，顯見立法者乃係有意以持有毒品數量作為評價持有毒品行為不法內涵高低之標準，並據此修正持有毒品罪之法定刑，俾使有所區隔。因此，應可推知當行為人持有毒品數量達法定標準以上者，由於此舉相較於僅持有少量毒品之不法內涵較高、法定刑亦隨之顯著提升，縱令行為人係為供個人施用而購入，由於該等行為不法內涵非原本施用毒品行為所得涵蓋，自不得拘泥於以往施用行為吸收持有行為之見解，應本諸行為不法內涵之高低作為判斷標準，改認持有法定數量以上毒品之行為，屬高度行為而得吸收施用毒品行為，或逕認施用毒品之輕行為當為持有超過法定數量毒品之重行為所吸收，方屬允當。查本件原判決既認定被告某甲為供己施用，於一〇二年十一月間，在桃園縣桃園市某處，以二十萬元之價格，向姓名及年籍均不詳、綽號「小黑」之成年男子購買驗餘淨重共四十五．〇一公克（純質淨重計十三．一九公克）之海洛因，並於同年十二月二日上午一時許，在新北市〇〇區〇〇路〇〇〇〇〇〇〇號碼 0000-00 號自用小客車內，將海洛因以水稀釋置於針筒，再自行注射於體內，而施用海洛因一次等情。則依上揭說明，被告因此所犯施用第一級毒品之低度行為，應為其持有第一級毒品純質

淨重十公克以上之高度行為所吸收，僅應論以持有第一級毒品純質淨重十公克以上罪，乃原審法院未察，誤以「吸收犯之成立必須是被吸收之罪其不法內涵得由他罪所涵蓋者作為基礎，在此一前提下，無論持有毒品數量多寡，持有毒品行為之不法內涵絕無可能延伸包括全部之施用毒品在內，即除施用毒品前，持有供施用毒品份量之該次持有毒品行為，與施用行為間，確具包含於施用行為之罪質內外，其餘持有毒品之行為，在邏輯上原不能當然解為，為施用毒品行為所吸收」，而認被告所犯前開持有第一級毒品純質淨重十公克以上與施用第一級毒品兩罪，犯意各別，行為互殊，應予分論併罰，並分別量處有期徒刑一年四月及十月，即有判決適用法則不當之違背法令。案經確定，且此部分不利於被告，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持有第一級毒品純質淨重十公克以上及施用第一級毒品部分撤銷，另行判決如主文第二項所示，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百七十七條第一項第一款但書，毒品危害防制條例第十一條第三項、第十八條第一項前段，刑法第十一條前段、第四十七條第一項、第三十八條第一項第二款，判決如主文。

中 華 民 國 一 ○ 四 年 八 月 六 日

【第五四案】

一、關係條文

食品衛生管理法
刑

第 49 條第 1 項、第 5 項
第 2 條第 1 項前段第 11 條前
段、第 28 條、第 339 條第 1
項、第 255 條第 1 項、第 55
條、第 51 條第 5 款、第 7 款、
第 74 條第 1 項第 1 款、第 38 條
第 1 項第 2 款

刑事訴訟法

第 369 條第 1 項前段、第 364
條、第 299 條第 1 項前段第 378
條、第 441 條、第 443 條、第
446 條

二、非常上訴理由

- 一、按判決確定後，發現該案件之審判違背法令者，最高法院檢察署檢察總長得向最高法院提起非常上訴；次按判決確定後，發見該案件之審判違背法令，而與統一適用法令有關者，得由最高法院檢察署檢察總長向最高法院提起非常上訴。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，亦即所涉及之法律問題意義重大而有加以闡釋之必要，或對法律之續造有重要意

義者而言（最高法院九十七年度第四次刑事庭會議決議、最高法院一〇一年度台非字第三五四號判決可資參照）。另按判決不適用法則或適用法則不當者，其判決為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條亦定有明文。原判決違背司法院大法官會議解釋揭示『無責任即無處罰』之憲法原則，破壞法令統一適用，其涉及法律見解具有原則上之重要性，所涉及之法律問題意義重大而有加以闡釋之必要，對法律之續造有重要意義。

- 二、查台灣高等法院九十二年度上訴字第六〇〇號判決認為：『九十二年七月九日修正公布前施行之著作權法第一百零一條規定：『法人之代表人、法人或自然人之代理人、受雇人或其他從業人員，因執行業務，犯第九十一條至第九十六條之罪者，除依各該條規定處罰其行為人外，對該法人或自然人亦科各該條之罰金。對前項行為人、法人或自然人之一方告訴或撤回告訴者，其效力及於他方。』，依上開規定可以發現，著作權法第一百零一條係『兩罰制』之特別規定，即在法人之代表人、受雇人或其他從業人員，因執行業務，犯有侵害他人著作人格權或著作財產權之行為而須依法論罪時，此時法人即為犯罪人，必須加以處罰；又因原著作權法第九十八條所列之沒收規定，於八十七年一月二十一日修法時已刪除，其修正理由認為違反著作權法之沒收問題應

回歸刑法第三十八條之規定，是以，須依著作權法第一百零一條第一項之規定科處罰金之法人既係因該法所特別有之『兩罰制』規定而成為自然人以外之犯罪人，在此時應即為刑法第三十八條第三項所規定之『犯人』，而供其犯罪所用、所得之物品自得依刑法第三十八條之規定宣告沒收，至於是否宣告沒收，本院自亦有自由裁量之權限。故扣案詳如附表一編號五所示之母版一片，均係犯人即被告○○公司所有，供其與另犯人即被告韓○○犯違反著作權法罪所用之物，應依刑法第三十八條第一項第二款之規定，宣告沒收。』等情，此項判決所據以適用之修正前著作權法第一百零一條第一項係規定『法人之代表人、法人或自然人之代理人、受雇人或其他從業人員，因執行業務，犯第九十一條至第九十三條、第九十五條至第九十六條之一之罪者，除依各該條規定處罰其行為人外，對該法人或自然人亦科各該條之罰金。』，而本件所適用之修正前食品衛生管理法第四十九條第五項係規定『法人之代表人、法人或自然人之代理人、受雇人或其他從業人員，因執行業務犯第一項至第三項之罪者，除處罰其行為人外，對該法人或自然人科以各該項之罰金。』，二者條文構造相同，本應適用相同之法律見解；然法人究竟是否為刑法第三十八條第三項之『犯罪行為人』，法人犯罪所得

究竟是否得依刑法第三十八條第三項之規定宣告沒收，實務上見解卻非一致，且此項見解所涉及之法律問題意義重大而有加以闡釋之必要，職是，本件有提起非常上訴之必要，合先敘明。

- 三、（一）原判決認為○○公司為法人，因法人無犯罪行為能力，無法成為犯罪行為人，其銷售得款等物，亦無法諭知沒收之法律見解，違背司法院大法官會議釋字第六八七號解釋：該解釋文已說明：『中華民國六十五年十月二十二日制定公布之稅捐稽徵法第四十七條第一款規定：『本法關於納稅義務人……應處徒刑之規定，於左列之人適用之：一、公司法規定之公司負責人。』（即九十八年五月二十七日修正公布之同條第一項第一款），係使公司負責人因自己之刑事違法且有責之行為，承擔刑事責任，與無責任即無處罰之憲法原則並無牴觸。』；該解釋理由書又說明：『基於無責任即無處罰之憲法原則，人民僅因自己之刑事違法且有責行為而受刑事處罰，法律不得規定人民為他人之刑事違法行為承擔刑事責任。』。因此，大法官會議解釋已揭示『無責任即無處罰』之憲法原則，而食品衛生管理法第四十九條第五項既有對於法人科處罰金之刑罰規定，基於上述無責任即無處罰之憲法原則，法人應非無犯罪行為能力，否則何以對之處罰？故法人亦應為犯罪行為人無誤。原判決違反該號解釋

所揭槩之憲法原則。原判決認為『審判實務亦認為法人無犯罪行為能力』，並引用最高法院九十五年台上字第四五八八號判決為佐。而最高法院九十五年台上字第四五八八號判決意旨係：『納稅義務人公司以不正當方法逃漏稅捐，其公司負責人非稅捐稽徵法第四十一條之犯罪或受罰主體，僅依同法第四十七條第一款之規定，代替公司受徒刑之處罰，此處罰規定係就同法第四十一條之罪責，基於轉嫁之法理所為規定，屬於『代罰』性質，公司負責人非因其本身之犯罪而負行為責任，亦非因身分成立之罪，自無與他人有犯意聯絡、行為分擔，而成立共同正犯之可能，且與其本身為犯罪主體所犯其他罪名間，亦不具牽連關係。又公司無犯罪行為能力，自無所謂概括犯意之存在，故公司以不正當方法逃漏稅捐，不可能成立連續犯，公司負責人基於代罰之規定所負轉嫁而來之刑事責任，自亦無連續犯可言。』，該判決仍肯認轉嫁罰之存在；然蔡大法官清遊於上開大法官會議解釋釋字第六八七號協同意見書已說明：『本號解釋認為系爭規定係使公司負責人因自己之刑事違法且有責之行為承擔刑事責任，並不認同最高法院六十九年台上字第三〇六八號判例所謂轉嫁罰理論。最高法院六十九年台上字第三〇六八號判例謂：『公司與公司負責人在法律上並非同一人格主體，依稅捐稽徵

法第四十七條第一款規定，納稅義務人係公司組織而應受處罰者，僅以關於納稅義務人應處徒刑之規定，轉嫁處罰公司負責人』，即本應由非自然人之公司負擔有期徒刑刑責之部分，轉嫁由自然人之公司負責人負擔。本號解釋則認為，公司以詐術或其他不正當方法逃漏稅捐，公司負責人之所以負擔刑責，乃因公司負責人故意指示、參與實施或未防止逃漏稅捐之發生，而應受刑事處罰，故公司負責人係因自己之刑事違法且有責行為而受刑事處罰，並不認同上開最高法院判例所採轉嫁罰之見解。』。因此，大法官會議釋字第六八七號解釋並不認同最高法院過去所採轉嫁罰之見解，而最高法院九十五年度台上字第四五八八號判決與六十九年台上字第三〇六八號判例同採轉嫁罰理論，該等判決判例作成均在釋字第六八七號之前，所採見解又為釋字第六八七號所否定，況最高法院六十九年台上字第三〇六八號判例已經最高法院一〇〇年度第五次刑事庭會議決議不再援用（如後所述），則原判決仍引用最高法院九十五年度台上字第四五八八號判決為據，應有違誤。雖釋字第六八七號解釋所處理之問題，係納稅義務人為公司而對公司負責人處罰時，公司負責人仍應具有責性始予處罰，並未明白說明法人有無犯罪行為能力；然該解釋所揭櫫之『無責任即無處罰憲法原則』，已否定最高法

院轉嫁罰之見解；且蔡大法官清遊於上開解釋協同意見書註四又說明：『關於法人得否為犯罪主體，亦即法人有無犯罪能力，各國立法例並不一致，亦為國內刑法學界爭執之重要議題，採否定說者，如林山田，刑法通論（上冊），二〇〇八年，頁二〇五；黃榮堅，基礎刑法學（上），二〇〇六年，頁一八四以下；張麗卿，刑法總則理論與運用，二〇〇三年，頁一二〇。採肯定說者，如蔡墩銘，刑法總論，二〇〇六年，頁九十四；陳樸生，法人兩罰規定之理論基礎，法令月刊，四十四卷五期，頁四十四—一八五；陳子平謂『然而現代社會中，由超越個人之法人所產生之犯罪，不僅存在，且大量增加，刑罰法規（尤其行政刑法）為因應此社會現象，亦不得不規定許多有關法人之處罰。傳統之刑法理論，向來固執於以自然人個人犯罪為基礎之教條，可謂已嚴重面臨無法正確掌握社會上法人犯罪實態之窘境。』刑法總論（上冊），二〇〇五年，頁一二九。陳教授上述所言，可謂甚為貼切，本法第四十一條之納稅義務人既包括法人在內，依法條文義，即係明定法人得為該條犯罪之主體。』等情，此項註釋亦呼應解釋文內『無責任即無處罰』之憲法原則，並肯認法人得為犯罪主體之見解。因此，釋字第六八七號雖未明白說明法人有無犯罪能力，然已間接說明法人為犯罪主體、有

犯罪能力，原判決未為細繹，亦有違誤。(二)原判決亦違背最高法院刑事庭會議決議：最高法院一〇〇年六月十四日一〇〇年度第五次刑事庭會議決定不再援用刑事判例四則：(1)六十九年台上字第三〇六八號判例要旨：『公司與公司負責人在法律上並非同一人格主體，依稅捐稽徵法第四十七條第一款規定，納稅義務人係公司組織而應受處罰者，僅以關於納稅義務人應處徒刑之規定，轉嫁處罰公司負責人，原判決引用上述轉嫁罰之法條，逕對為公司負責人之被告判處拘役五十日，殊難謂合』，不再援用理由：本則判例不合時宜。(2)七十三年台上字第五〇三八號判例要旨：『稅捐稽徵法第四十七條第一款曾就公司負責人犯同法第四十一條以詐術或其他不正當方法逃漏稅捐罪者，設有特別規定，並以應處徒刑為限，始有其適用，因而同法第四十一條所定之拘役及罰金刑，對公司負責人，即無適用之餘地。故主管院核定自七十二年九月一日依修正之戡亂時期罰金罰鍰提高標準條例就稅捐稽徵法有關罰金金額提高為十倍，對於公司負責人自亦不生比較新舊法之問題。』，不再援用理由：本則判例不合時宜。(3)七十五年台上字第六一八三號判例要旨：『稅捐稽徵法第四十七條第三款所定商業登記法規定之商業負責人應受處罰，係自同法第四十一條轉嫁而來，非因身分成立之罪，此一處

罰主體專指商業登記法規定之商業負責人而言，原判決理由既謂上訴人非該實業社之負責人，即非轉嫁之對象，其縱有參與逃漏稅捐之行為，應適用特別規定，成立同法第四十三條第一項之幫助犯，原審引用刑法第三十一條第一項仍以共犯論處斷，且未適用稅捐稽徵法第四十七條第三款之規定，均有未合。』，不再援用理由：本則判例不合時宜。(4)六十七年台非字第一九九號判例要旨：『現行工廠法處罰之對象，固已改為工廠之負責人，然其違反規定之主體，則仍為工廠，此觀該法第六十八條至第七十一條之規定自明，此項犯罪與處罰主體相分離，乃基於轉嫁之法理，因之犯罪個數之計算，仍應以犯罪主體即工廠之行為為準，而工廠本身既無犯罪意識可言，顯與概括犯意要件不合，應認無刑法上連續犯規定之適用，被告工廠先後違反規定，僱用未滿十四歲之何某、林某為工人，原係數行為，應予併罰之案件，原判決對被告以一罪論處，自屬違誤。』，不再援用理由：本則判例不合時宜。因此，最高法院刑事庭上開會議決議，並非僅處理大法官會議解釋釋字第六八七號中『至（稅捐稽徵法第四十七條）應處徒刑之規定，有違憲法第七條之平等原則，應自本解釋公布日起，至遲於屆滿一年時，失其效力』問題而已，亦在於處理否定轉嫁罰之相關判例，否則不會決議不再援用

六十七年台非字第一九九號關於工廠法規定之判例。職是，最高法院之上開決議，亦呼應大法官會議釋字第六八七號解釋所否定之轉嫁罰理論，原判決仍援用肯定轉嫁罰理論之判決，作為裁判所適用之法律，應有違誤。（三）最高法院九十一年度台上字第六九八〇號、八十六年度台覆字第七六號判決均認為『法人除有處罰之特別規定外，尚難認為有犯罪能力。』，最高法院八十三年度台上字第二六一〇號、八十二年度台上字第一七〇四號、八十二年度台上字第一三二八號、七十一年度台上字第四二三三號、七十年度台上字第六九〇二號、七十年度台上字第五四七號判決認為『法人為刑事被告者，除有明文規定外，在實體法上不認其有犯罪能力，自不得為刑事被告。』。因此，如有明文處罰規定，法人應有犯罪能力，而本件食品衛生管理法第四十九條第五項規定明文對法人處以刑罰，原判決亦以之對被告〇〇長基股份有限公司判處罰金，則本件法人應有犯罪能力。原判決未參酌上開最高法院判決，應有違誤。（四）原判決認法人無法成為刑法第三十八條第三項之犯罪行為人，而無法為沒收之諭知，係以法人無犯罪行為能力為論據；然如上開說明，法人在有處罰之特別規定時，實具有犯罪行為能力，而食品衛生管理法第四十九條第五項既有明文處罰法人，本件法人即有犯罪行

為能力，以原判決之推論而言，本件法人即為犯罪行為人，應得依刑法第三十八條第三項規定宣告沒收犯罪所得之物，原判決未察，應有違誤。

- 四、按『大法官會議釋字第一八八號解釋：中央或地方機關就其職權上適用同一法律命令發生見解歧異，本院依其聲請所為之統一解釋，除解釋文內另有明定者外，應自公布當日起發生效力，各機關處理引起歧見之案件及其同類案件，適用是項法令時，亦有其適用，惟引起歧見之該案件，如經確定終局裁判，而其適用法令所表示之見解，經本院解釋為違背法令之本旨時，是項解釋自得據為再審或非常上訴之理由；亦即大法官有解釋憲法並統一解釋法律、命令之權，其所為之解釋，有拘束全國各機關及人民之一般效力，……』，最高法院九十二年度台非字第一四四號判決可資參照；另『解釋公布日以後判決確定之案件，如違背該解釋之意旨，固得據以提起非常上訴，但於該解釋公布日前已判決確定之案件，除依司法院大法官會議釋字第一七七號解釋意旨，對於聲請解釋之楊○山等據以聲請解釋之案件，亦有效力，得據該解釋為提起非常上訴之理由外，其效力並不及於其他非聲請解釋者所受之確定判決』，最高法院九十一年度台非字第二九九號判決亦可參照，因此，大法官會議解釋有拘束全國各機關及人民之效力。本件原判決適用

刑法第三十八條第三項有違反大法官會議釋字第六八七號解釋，為適用法則不當，應屬違背法令。原判決與大法官會議解釋、最高法院刑事庭會議決議及判決意旨為相歧異之法律見解，未闡釋更為堅實之立論基礎，卻反有判決理由矛盾、適用法則或適用不當等法律見解可議且違背法令之統一適用情事，其適用法令所表示之見解已違背法令之本旨，即屬適用法規顯有違誤或違背法令，且此項法律見解爭議，對檢察機關偵辦標準之統一性，事涉重大，影響甚鉅，從而，法院對於此類案件之法律見解，自具有原則上之重要性，亦即所涉及之法律問題意義重大而有加以闡釋之必要，亦對法律之續造有重要意義，以免因法律見解之不一致，影響法之安定性及人民對司法之信賴，故認有依非常上訴程序以為救濟之必要，並尋求統一法律見解，俾利遵循。

五、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 一〇四年度台非字第二六九號
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食品衛生管理法案件，對於智慧財產法院中華民國一〇三年七月二十四日刑事第二

審確定判決（一〇三年度刑智上易字第一三號，起訴案號：台灣彰化地方法院檢察署一〇二年度偵字第八四三九號，追加起訴案號：同署一〇二年度偵字第八七二六、九一七一號），認為部分違背法令，提起非常上

訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

非常上訴理由（見前二）。

本院按刑法第三十八條第一項規定：下列之物沒收之：一、違禁物。二、供犯罪所用或犯罪預備之物。三、因犯罪所生或所得之物。其第二項規定：前項第一款之物，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之。其第三項規定：第一項第二款、第三款之物，以屬於犯罪行為人者為限，得沒收之。但有特別規定者，依其規定。準此規定以觀，其中因犯罪所生或所得之物，以「屬於犯罪行為人者」為限，始得沒收之；若非屬於犯罪行為人所有者，則不得依該條項規定沒收之。而此所謂「犯罪行為人」，係指實際參與或實行犯罪行為之人而言。又修正前食品衛生管理法（現已修正名稱為「食品安全衛生管理法」）第四十九條第五項規定「法人之代表人、法人或自然人之代理人、受僱人或其他從業人員，因執行業務犯第一項至第三項之罪者，除處罰其行為人外，對該法人或自然人科以各該

項之罰金」。依此規定，其實際參與實行犯罪行為之人為「法人之代表人、法人或自然人之代理人、受僱人或其他從業人員」，而上述所稱「代表人」、「代理人」、「受僱人」及「其他從業人員」，均係指自然人而言，而非法人。上述附屬規定雖謂「對該法人或自然人（此處所稱之『自然人』，係指委託他人代理或僱用他人執行相關業務之自然人而言，下稱『前揭自然人』）科以各該項之罰金」，而對於並非實際參與或實行犯罪行為之法人及「前揭自然人」，亦設有科處罰金之規定。惟此項處罰之目的，係立法機關為貫徹維護食品衛生安全之目的，因而特別對於上述法人及「前揭自然人」訂定罰金之規定，以追究其等之社會責任，暨加強其等對於代表人、代理人、受僱人或其他從業人員之監督管理責任（似寓有懲罰其等對於代表人、代理人、受僱人或其他從業人員監督欠周責任之用意），俾能遏止或減少發生此類犯罪行為之可能性。是該項處罰之本旨，並非追究法人或「前揭自然人」之個人責任或行為人責任與行為倫理性之非難，而係側重於其等之社會責任，以達防衛社會安全之目的，具有濃厚「行政刑法」特質，與傳統刑法之性質（例如個人責任、行為人責任與行為倫理之非難性等）與目的（應報性與矯正犯人惡性等）未盡相同。申言之，該項特別刑法對於「法人」或「前揭自然人」處罰之原因，並非基於該法人或「前揭自然人」實際參與或實行上述犯罪行為所致，亦與法人有

無犯罪行為能力爭議之判斷無關，而係立法機關基於加強維護食品衛生安全之目的，除對於實際參與或實行犯罪行為之自然人科處刑罰以外，並對於法人及未實際參與實行犯罪之「前揭自然人」所附加之特別處罰規定（學理上稱為「兩罰性規定」），俾能遏止或減少危害食品衛生安全之犯罪；故不能因修正前食品衛生管理法第四十九條第五項有對上開「法人」及「前揭自然人」設有科處罰金之附屬規定，即謂上開「法人」或「前揭自然人」即係實際參與或實行犯罪行為之人，而認其等該當於刑法第三十八條第三項所稱之「犯罪行為人」；亦不能僅以上揭法律對該法人設有處罰之規定，即據為推論「法人」有無犯罪行為能力之依據。故而法人雖因其代表人、代理人、受僱人或其他從業人員執行業務犯修正前食品衛生管理法第四十九條第一項至第三項之罪，而應依同條第五項規定科處罰金，但因該法人並非實際參與或實行犯罪行為之自然人，尚難認係刑法第三十八條第三項所稱之「犯罪行為人」，依首揭說明，法院自無從依同條第三項規定，將因犯上述各該項之罪所生或所得之物予以宣告沒收。從而，原判決以○○長基食品廠股份有限公司（下稱○○公司）雖因其代表人某甲及其所僱用之溫○○、周○○執行該公司業務，犯修正前食品衛生管理法第四十九條第一項之罪，而併列為該案件之被告，並依同條第五項之規定對○○公司科處罰金，但因○○公司所銷售油品之得款屬於該公司所

有，而○○公司並非上開犯罪之「犯罪行為人」，亦不能與某甲等人就上述犯罪成立共同正犯，因認○○公司銷售油品所得之款項，並無刑法第三十八條第三項沒收規定之適用，核其論斷於法尚無違誤。況上述沒收之規定，係採裁量沒收主義，而非絕對義務沒收主義，得由法院依據個案具體情形自由裁量。若法院裁量結果認為以不宣告沒收為宜，因而未予宣告沒收，苟無濫用裁量權之情形，亦不能任意指為違法。原判決復已說明：「刑法上所謂屬於犯罪行為人因犯罪所得之沒收物，乃指無他人對於該物得主張法律上之權利者而言；倘該物原屬被害人所有，而為犯罪行為人因犯罪而取得或變易獲得，該被害人既仍得對之為法律上權利之主張，自難認該當於沒收之要件。○○公司之銷售得款，為被害消費者得主張權利所取償之標的，除受害消費者外，亦為○○公司之員工、退貨通路商等權益之所繫，相關之協議正進行中，國庫更不宜違法沒收而瓜分爭奪。從而，檢察官建請本院沒收犯罪所得，亦屬不宜」等旨。於此姑且不論○○公司是否為上述犯罪之「犯罪行為人」，惟原判決經依職權裁量結果，認為○○公司銷售油品得款以不予宣告沒收為宜，因而不宣沒收，並於判決內詳述其何以如此裁量之理由，既無明顯濫用裁量權之情形，亦不得任意指為違法。至本件非常上訴意旨所舉司法院釋字第六八七號解釋，其所闡示關於「無責任即無處罰」之原則（即該號解釋所說明：人民僅因自

己之刑事違法且有責行為而受刑事處罰，法律不得規定人民為他人之刑事違法行為承擔刑事責任等旨）。然揆其立論本旨，係針對納稅義務人為公司，而法律就該公司負責人違反相關稅捐稽徵法之犯罪行為，規定對於該公司處以罰金刑時，該公司負責人仍應具有責性，始應予以處罰而言。是該項解釋意旨雖闡示「無責任即無刑罰」之原則，並據以否定過去實務上所採關於「代罰」或「轉嫁罰」見解之合憲性，但並未觸及法人究竟有無「犯罪行為能力」之問題，亦與原確定判決認定○○公司並非本件「犯罪行為人」之見解是否違法或違憲無關。又本院一○○年六月十四日一○○年度第五次刑事庭會議雖決議不再援用本院六十九年台上字第三○六八號、七十三年台上字第五○三八號、七十五年台上字第六一八三號及六十七年台非字第一九九號刑事判例四則。然此係呼應司法院釋字第六八七號解釋意旨所闡示「無責任即無刑罰」之原則（亦即變更過去實務上所採關於「代罰」或「轉嫁罰」之見解），因認本院上述四則判例不合時宜而不再援用。惟原判決係以○○公司並非上開犯罪之「犯罪行為人」，亦不能與該案件之共同被告某甲、溫○○、周○○等人成立共同正犯，因認○○公司銷售油品所得之款項，並無刑法第三十八條第三項關於沒收規定之適用，此與司法院釋字第六八七號解釋所闡示「無責任即無刑罰」之原則，以及過去實務上所採關於「代罰」或「轉嫁罰」見解並無重要關

聯，尚不能執此指摘原判決違背上開解釋意旨所闡述之上述原則。非常上訴意旨指摘原判決所為前述關於不予宣告沒收之理由，違反司法院釋字第六八七號解釋意旨所闡示之上開原則，以及本院一〇〇年六月十四日一〇〇年度第五次刑事庭會議決議（即決議不再援用前述四則判例），依上述說明，要屬誤解。綜上，本件原確定判決認為被告〇〇公司雖依修正前食品衛生管理法第四十九條第五項規定應科處罰金，但因其並非同條第一項至第三項之罪之「犯罪行為人」，而依刑法第三十八條第三項規定：同條第一項第三款所規定之「因犯罪所生或所得之物」，係以屬於「犯罪行為人」所有者為限，始得沒收之，因認不能依上述規定將〇〇公司銷售油品所得之款項宣告沒收，經核於法尚無不合，亦無違背司法院釋字第六八七號解釋意旨與本院刑事庭會議決議及其他相關判例之情形；是本件非常上訴意旨，尚難認為有理由，應予駁回。至非常上訴意旨所提及其他法律之規定，以及本院其他判例、判決意旨暨相關學者之見解與其他論述，均核與本件非常上訴是否有理由之判斷無涉，爰不贅加論述，附此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十六條，判決如主文。

中華民國一〇四年十二月三日

【第五五案】

一、關係條文

食品衛生管理法	第 15 條第 1 項第 7 款及 10 款、 第 26 條第 1 項第 1 款、第 32 條 第 1 項第 1 款、第 34 條第 1 項、 第 49 條第 1 項
刑 法 刑 事 訴 訟 法	刑法第 55 條、第 255 條第 2 項 第 378 條、第 441 條、第 447 條 第 1 項第 1 款

二、非常上訴理由

按判決確定後，發現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。又按判決不適用法則或適用法則不當者，為違背法令，刑事訴訟法第四百四十一條、第三百七十八條載有明文。本件原審判決既已認定被告等於標示百分之百之黑麻油中有攙入較便宜之黃麻油，及攙入『特黑油（炒到焦黑的玉米胚芽油）』使麻油色澤變黑等事實，則依一〇二年六月二十一日修正施行之食品衛生管理法第四十九條第一項之規定，因刪除舊法『致危害人體健康』犯罪構成要件，已非危險犯、亦非結果犯，而是行為犯、即成犯之規定。另依該次修法明載：『係考量業者有本法第十五條第一項第七款及十

款行為時，係惡性重大之行為，為免難以識明致危害人體健康而難以刑責相繩，參酌日本食品衛生法之規定，不待有危害人體健康，逕對行為人課以刑事責任，以收嚇阻之效（立法院公報一〇二卷第三八期第一一七三頁以下）』之修法意旨。解釋上，只要行為人有同法第十五條第一項第七款之攙偽、造假行為，或同條項第十款之添加未經中央主管機關許可之添加物行為，即該當本條之罪，不論攙偽、造假行為是否致生危害人體健康。惟原審判決竟以一〇二年六月二十一日修正施行食品衛生管理法第四十九條第一項之製造、販賣攙偽或假冒食品罪，縱刪除『致危害人體健康』要件，從具體危險犯改為抽象危險犯之立法，仍需實質判斷『攙偽或假冒』行為本身，是否存在國民健康之抽象危險性。並以被告於黑芝麻油外，分別攙入黃麻油及特黑油等行為，經實質判斷後，該等混充行為，並無危害人體生命、身體、健康法益之抽象危險性為由，認定被告所為不該當本條『攙偽或假冒』犯罪構成要件，而未依新修正食品衛生管理法第四十九條第一項規定論處製造、販賣攙偽或假冒食品罪責。顯已違背該次修法明示之立法意旨。即有適用法則不當之違法。再者，與本案確定判決事實相類之同院一〇三年度刑智上易字第一三號違反食品衛生管理法案件（一〇三年七月二十四日判決確定），該案就被告〇〇長基食品股份有限公司及高〇〇販售的百分之百胡麻油，攙雜沙拉油、芥花油、麻油香精，實

際麻油比例約百分之四十到百分之六十五之事實（見該判決書事實欄一（六）部分），即認定被告在百分之百胡麻油中攙雜其他油品即構成攙偽、假冒，核依一〇二年六月二十一日修正生效之食品衛生管理法第四十九條第一項、第十五條第一項第七款、第十款等規定，只要食品攙偽、假冒、添加未經中央主管機關許可之添加物等行為，均屬犯罪行為，並不以『致危害人體健康』為必要。而依新修正食品衛生管理法第四十九條第一項規定論處被告製造、販賣攙偽或假冒食品罪責。因相類違反食品衛生管理法之二件確定判決，就食品衛生管理法第四十九條第一項規定之攙偽、假冒、添加未經中央主管機關許可添加物等行為本身，是否仍應具備『致危害人體健康』之抽象危險性要件，已生歧異，足認本件確定判決之違背法令，已涉及法律見解原則上重要性，而有統一適用法令之必要性。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，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇五年度台非字第二一三號

上訴人	最高法院檢察署檢察總長
被告	○○○食品股份有限公司
代表人	陳○銘
被告	陳○南
	陳○禮

上列上訴人因被告等違反食品衛生管理法等罪案件，對於智慧財產法院中華民國一〇四年六月三十日第二審確定判決（一〇三年度刑智上易字第九四號，起訴案號：台灣彰化地方法院檢察署一〇二年度偵字第八四九二號），認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按：

- 一、食品衛生管理法（民國一〇三年二月五日修正公布名稱為食品安全衛生管理法，下稱食安法）第四十九條第一項之攙偽或假冒罪，於食安法六十四年一月二十八日制定公布時，規定於第二十六條第一項第一款，七十二年十一月十一日修正公布移列第三十二條第一項第一款，均未以「致危害人體健康」為犯罪構成要件，八十九年二月九日修正公布移列至第三十四條第一項，增訂以「致危害人體健康」為犯罪構成要件，一〇〇年六月二十二日修正公布提高刑度，嗣於一〇二年六月十九日修正公布，將之移列第四十九條第一項，並刪除「致危害人體健康」之犯罪構成要件（該次修法第十五條增訂第一項第十款「添加未經中央主管機關許可之添加物」之規定，與同條

第七款「攙偽或假冒」同列第四十九條第一項之處罰行為)，並分別於第二項、第三項規定，有各該條行為致危害人體健康、因而致人於死者，加重其刑。觀之食安法就攙偽、假冒罪之立法形式及修法過程，就是否以「致危害人體健康」為犯罪構成要件，曾有不同之規定，顯為危險犯之立法形態。

二、抽象危險乃立法者將一些被認對法益具有「典型危險」之行為，擬制為有該行為就會發生立法者所預定之危險，一有該行為，即承認有其危險性存在，毋庸積極舉證證明，即可認定，無待審判者再為實質判斷危險是否存在。例如刑法第一百八十五條之三於一〇二年六月十一日第一項第一款修正公，以「吐氣所含酒精濃度達每公升零點二五毫克或血液中酒精濃度達百分之零點零五以上」，即認具不能安全駕駛之抽象危險，其立法理由為：「不能安全駕駛罪係屬抽象危險犯，不以發生具體危險為必要，爰修正原條文第一項，增訂酒精濃度標準值，作為認定不能安全駕駛之判斷標準，以有效遏阻酒醉駕車事件發生。」並未言及所預定之危險行為有何可舉證無發生危險可能而不成罪之餘地。

三、本條項於一〇二年六月十九日修正公布，刪除舊法「致危害人體健康」之犯罪構成要件後，已非結果犯、實害犯。依立法院該次修法說明：「業

者有本法第十五條第一項第七款、第十款之行為時，係惡性重大之行為，為免難以識明『致危害人體健康』，而難以刑責相繩，參酌日本食品衛生法之規定，不待有危害人體健康，逕對行為人課以刑事責任，以收嚇阻之效」。解釋上，祇要行為人有同法第十五條第一項第七款所定「攙偽或假冒」行為，或第十款之「添加未經中央主管機關許可之添加物」行為，即成立本罪。不論其行為是否確有致生危害人體健康之危險存在。

- 四、綜合立法院一〇二年五月間，審查食安法修正草案委員會就本條文之修正動議說明：「…因為食品案件之舉證相當困難，因此，本條難有適用之餘地；…爰提案修正食品衛生管理法第四十九條，增設危險犯之形態，俾規範完整。」及一〇三年二月五日修正公布提高本罪刑度之立法理由：「一、近期發現不肖廠商於製造食品時，為降低成本牟取暴利，乃以劣質品混充優質品或以人工原料混充天然食材，對民眾食品衛生安全及消費者權益影響甚鉅，應予遏止。二、對於此類不法行為，…應加重處罰，以維國人健康及消費權益。…」、一〇三年十二月十日修正公布提高同條第一項至第四項刑度，並於該條第一項後段增訂情節輕微者，處以較低刑度之規定，該次立法理由：「三、違規食品態樣繁多，食品業者規模大小亦有不同，若一律處以第一項重刑，似不

符比例原則，故對違規情節輕微者，以維持現行刑度為宜，以符合罪刑相當原則。四、…原條文第一項為抽象危險犯，第二項為實害犯…」。足認，本罪為抽象危險犯，且立法者已考慮該規定有擴大罪責之嫌，而有依情節輕重異其刑度之節制規定。本罪之修正係為維護國人健康、消費者權益等法益，祇要在食品中「攙偽或假冒」或「添加未經中央主管機關許可之添加物」，即有立法者擬制之危險，法院毋庸為實質判斷。

- 五、原確定判決既認定被告陳○南、陳○禮於標示純黑芝麻油之產品內，分別攙入黃麻油及特黑油等混充行為，已該當於食安法第四十九條第一項所指之同法第十五條第七款之「攙偽或假冒」行為，而具立法者擬制之抽象危險，自應論以該罪。卻又逕為實質判斷，認無危害人體生命、身體、健康法益之抽象危險性，不該當「攙偽或假冒」要件，陳○南、陳○禮不能成立一○二年六月二十一日修正施行本條項之罪，被告○○○食品股份有限公司亦無依同條第五項規定科以罰金之餘地。因而撤銷第一審關於被告等有罪部分之判決，改判：認陳○南、陳○禮犯刑法第二百五十五條第二項、修正前刑法第三百三十九條第一項之罪，依刑法第五十五條想像競合犯之例，論處其二人共同詐欺取財五罪刑，就其二人被訴違反食安法部分，說明不另為無罪之諭知，並定各

應執行有期徒刑一年十月，均諭知易科罰金之折算標準及附條件緩刑四年之宣告；○○○食品股份有限公司無罪。顯違修法明示之意旨，就違反食安法部分，自有適用法則不當之違法。案經確定，非常上訴意旨指摘原判決關於該部分有適用法則不當之違法，洵有理由，雖原判決尚非不利於被告，惟涉及法律見解原則上之重要性，而與統一適用該法有關，應由本院將原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 五 年 十 二 月 二 日

【第五六案】

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 90 條第 1 項第 2 項、第 96 條
刑 事 訴 訟 法 第 378 條、第 441 條、第 443
條、第 446 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，竊盜犯贓物犯保安處分條例第一條、第二條第四項規定甚明。立法者在刑法保安處分規定外，另專就竊盜犯及贓物犯罪特別制定法律規範，且既名為『條例』，即係針對特定人、事所特別制定之規範，自與普遍適用之刑法，有特別法與普通法之關係，因此在立法體例上，竊盜犯贓物犯保安處分條例應屬刑法第九十條第一項之特別法，自應優先適用。是對於犯竊盜罪與贓物

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（參酌最高法院一〇三年度台非字第三五五號、一〇四年度台非字第九〇號判決要旨）。至如被告犯數竊盜罪，各罪宣告刑（均宣告有期徒刑）均未達有期徒刑一年，合併定其應執行之刑達有期徒刑一年以上，認有依上開條例諭知強制工作之必要，應否於主文其中一罪或數罪宣告刑之後，諭知強制工作之意旨，因定應執行刑後所諭知之強制工作，主要係植基於綜據各罪事實之合比例性判斷，並非由來於各罪宣告刑所諭知強制工作之統合，應認僅於定應執行之刑時諭知即可，不應在其中一罪或數罪諭知（參酌台灣高等法院暨所屬法院一〇〇年法律座談會刑事類提案第九號討論結果）。本件原判決認定被告犯原判決附表甲編號 2. 至 13. 所示十二次加重竊盜罪部分，分別判處被告加重竊盜，累犯，各處有期徒刑八月，並應於刑之執行前，令入勞動場所強制工作參年。因被告受各宣告之刑均未達一年以上，自無竊盜犯贓物犯保安處分條例之適用，揆諸上開說明，自不得依刑法有關規定宣告強制工作之保安處分。至定應執行刑一年九月部分，因定應執行之刑已達一年以上，原判決認有依上開條例諭知強制工作之必要，僅於定

應執行之刑時諭知即可，乃原判決依刑法第九十條第一項、第二項前段規定，於被告受各宣告之刑，分別諭知『並應於刑之執行前，令入勞動場所強制工作參年』，自有判決適用法則不當之違法。案經確定，且於被告不利。

二、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 一〇五年度台非字第九三號
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等罪案件，對於台灣高等法院台中分院中華民國一〇三年九月三十日第二審確定判決（一〇三年度上易字第九六〇、九七四號，起訴及追加起訴案號：台灣彰化地方法院檢察署一〇二年度偵字第七四八九、八三八八、八六〇五、八九九二號），認為部分違法，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：非常上訴之提起，應以原確定判決之審判違背法令者為限，此觀刑事訴訟法第四百四十一條之規

定自明。所謂審判違背法令，係指顯然違背法律明文規定，及其審判程序或判決所援用之法令，與當時所應適用之法令有所違背者而言。若僅係法律見解不同，尚不得謂為違背法令，而據為提起非常上訴之理由。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（即所定之應執行之刑）未達一年以上者，不適用該條例，竊盜犯贓物犯保安處分條例第一條、第二條第四項，及法院辦理竊盜犯贓物犯保安處分條例應行注意事項第二項規定甚明。如被告犯數竊盜罪，各罪宣告刑（均宣告有期徒刑）均未達有期徒刑一年，合併定其應執行之刑達有期徒刑一年以上，認有依上開條例諭知強制工作之必要，於定應執行之刑時，尚非不可諭知強制工作。本件原判決認定被告犯原判決附表甲編號 2. 至 13. 所示十二次加重竊盜罪部分，分別判處被告犯加重竊盜罪，累犯，各處有期徒刑八月，並應於刑之執行前，令入勞動場所強制工作參年。主刑部分定應執行刑為有期徒刑一年九月，並應於刑之執行前，令入勞動場所強制工作參年。雖各罪宣告刑均未達有期徒刑一年以上，惟因定應執行之刑已達一年以上，原判決認有依上開條例諭知強制工作之必要，依前揭說明並無違誤。至前開十二次加重竊盜罪，雖分別判處有期徒刑八月，未達前揭條例所稱之「一年以上」之規定，惟保安處分於裁判時併

宣告之，刑法第九十六條定有明文，本件判決於各罪宣告刑及定執行時併宣告保安處分，與前揭規定並無不符。至聲請意旨所指於此種情形，僅能於定應執行之刑時諭知「應於刑之執行前，令入勞動場所強制工作參年」即可，乃原判決依刑法第九十條第一項、第二項前段規定，於被告受各宣告之刑，分別諭知「並應於刑之執行前，令入勞動場所強制工作參年」部分，有適用法則不當之違法等語，惟本件原判決關於前揭十二罪下是否各宣告保安處分，依聲請意旨所載本為台灣高等法院暨所屬法院一〇〇年法律座談會刑事類提案第九號之提案，而有不同法律見解，聲請意旨所指僅係法律見解不同，依前揭說明，尚不得謂為違背法令，而據為提起非常上訴之理由。況本件原判決就上開十二罪於所定應執行刑一年九月，宣告應於刑之執行前，令入勞動場所強制工作參年部分，並未違法，雖於各罪宣告刑之後又分別宣告保安處分，但依保安處分執行法第四條第一項第四款規定，亦僅執行其一，則原判決於被告並無不利，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。

中華民國一〇五年六月二日

【第五七案】

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、第 3 條 第 1 項
刑 法	第 41 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
刑事訴訟法	第 378 條、第 441 條、第 443 條、第 447 條第 1 項第 1 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 378 條定有明文。次按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 1 年以上者，不適用該條例，竊盜犯贓物犯保安處分條例第 1 條、第 2 條第 4 項規定甚明。立法者在刑法保安處分規定外，另專就竊盜犯及贓物犯罪特別制定法律規範，且既名為『條例』，即係針對特定人、事所特別制定之規範，自與普遍適用之刑法，有特別法與普通法

之關係，因此在立法體例上，竊盜犯贓物犯保安處分條例應屬刑法第 90 條第 1 項之特別法，自應優先適用。是對於犯竊盜罪與贓物罪之被告，倘宣告之主刑未達有期徒刑 1 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（此有最高法院 103 年度台非字第 355 號判決要旨可供參照）。

- 二、經查，本件臺灣高等法院 103 年度上易字第 1166 號判決（下稱原判決）判處被告某甲涉犯如原判決附表一編號 8 之竊盜罪，處拘役 10 日，如易科罰金，以新臺幣 1000 元折算 1 日，並應於刑之執行前，令入勞動場所強制工作 3 年。本罪判決刑度僅拘役 10 日未逾有期徒刑 1 年，惟原判決因認被告另涉有多次詐欺、侵入住宅等犯行，為遏止被告再犯，並矯正其犯罪行為，藉由保安處分之強制力，令其參與勞動，訓練其職業技能並養成勞動習慣，改正不良習性，使之將來能適應社會生活，認令其入勞動場所強制工作，施以教化矯治，核屬適當且必要，竟併依刑法 90 條第 1 項諭知刑前入勞動場所強制工作 3 年，有上開判決正本在卷可稽。惟依竊盜犯贓物犯保安處分條例第 2 條第 4 項、第 3 條第 1 項規定，本不得宣付強制工作，詎原判決誤依刑法第 90 條第 1 項規定就被告所犯之竊盜罪併宣付強制工作，即有

違誤。揆諸上開說明，原判決顯有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 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 一〇六年度台非字第二〇一號

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案件，對於臺灣高等法院中華民國 103 年 12 月 11 日第二審確定判決（103 年度上易字第 1166 號，起訴案號：臺灣臺北地方法院檢察署 102 年度偵字第 4316、15361、15362 號，同署 102 年度偵續字第 423 號），認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於其附表一編號 8 所示竊盜罪刑（含保安處分）部分撤銷。

某甲竊盜，處拘役拾日，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。

理 由

非常上訴理由（見前二）。

本院按：判決不適用法則或適用法則不當者，為違背法令，刑事訴訟法第 378 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 1 年以上者，不適用該條例，該條例第 1 條、第 2 條第 4 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 1 年以上者，既不得依竊盜犯贓物犯保安處分條例宣告強制工作，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該判決附表一編號 8 之竊盜犯行，因而撤銷第一審此部分之判決，改判仍論被告以竊盜罪，處拘役 10 日，如易科罰金，以新臺幣 1000 元折算 1 日。被告此部分受宣告之刑既未達 1 年以上，揆諸上開說明，即無竊盜犯贓物犯保安處分條例之適用，自亦不得另依刑法規定宣告強制工作之保安處分。乃原判決依刑法第 90 條第 1 項、第 2 項前段，併予諭知刑前強制工作 3 年之保安處分，自有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，為有理由，自應由本院將原判決關於上開罪刑（含保安處分）部分撤銷，另行判決如主文第 2 項所示，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第 447 條第 1 項第 1 款，刑法第 320 條第 1 項、第 41 條第 1 項前段，刑法施行法第 1 條之 1 第 1 項、第 2 項前段，判決如主文。

中華民國一〇六年十月十八日

【第五八案】

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、第 3 條第 1 項
刑 法	第 90 條第 1 項第 2 項、第 320 條第 1 項、第 47 條第 1 項、第 41 條第 1 項前段、第 50 條第 1 項前段、第 51 條第 6 款
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、第 441 條、第 443 條第 445 條、第 447 條第 1 項第 1 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。次按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，竊盜犯贓物犯保安處分條例第一條、第二條第四項規定甚明。立法者在刑法保安處分規定

外，另專就竊盜犯及贓物犯罪特別制定法律規範，且既名為『條例』，即係針對特定人、事所特別制定之規範，自與普遍適用之刑法，有特別法與普通法之關係，因此在立法體例上，竊盜犯贓物犯保安處分條例應屬刑法第九十條第一項之特別法，自應優先適用。是對於犯竊盜罪與贓物罪之被告，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（此有最高法院一〇三年度台非字第三五五號判決要旨可供參照）。

- 二、經查，台灣屏東地方法院一〇三年度易字第四五八號判決判處被告某甲涉犯三次竊盜罪，各處拘役八十日、七十日、六十日，應執行拘役一百二十日，並應於刑之執行前，令入勞動場所強制工作三年。以上三罪判決刑度均未逾有期徒刑一年，惟原審認被告犯行綿延不輟，未見懊悔，且主觀上顯欠缺尊重私人財產及正確謀生之觀念，認其有藉由保安處分之強制參與勞動之必要，而諭知刑前入勞動場所強制工作三年，有上開判決正本在卷可稽。惟依竊盜犯贓物犯保安處分條例第二條第四項、第三條第一項規定，本不得宣付強制工作，詎原判決誤依刑法第九十條第一項、第二項規定宣付強制工作，即有違誤。揆諸上開說明，原判決顯有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 一〇四年度台非字第九〇號
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，對於台灣屏東地方法院中華民國一〇三年九月二十六日第一審確定判決（一〇三年度易字第四五八號，起訴案號：台灣屏東地方法院檢察署一〇三年度偵字第三一一八、四〇一一號），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。

某甲犯竊盜罪，累犯，處拘役捌拾日，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日；又犯竊盜罪，累犯，處拘役柒拾日，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日；又犯竊盜罪，累犯，處拘役陸拾日，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。應執行拘役壹佰貳拾日，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。

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，竊盜犯贓物犯保安處分條例第一條、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三次竊盜犯行，分別判處被告竊盜，累犯，各處拘役八十日、七十日、六十日，應執行拘役一百二十日，並各依刑法第九十條第一項第二項前段規定諭知應於刑之執行前，令入勞動場所強制工作三年。則被告受宣告之刑既未達一年以上，而無竊盜犯贓物犯保安處分條例之適用，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、第四十一條第一項前段、第五十條第一項前段、第五十一條第六款，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 ○ 四 年 三 月 二 十 六 日

【第五九案】

一、關係條文

軍 刑 法	第 2 條第 1 項第 3 款、第 39 條 第 1 項、第 40 條第 1 項
刑 法	第 79 條第 1 項、第 79 條之 1、 第 99 條
刑 事 訴 訟 法	第 378 條、第 441 條、第 443 條、第 446 條

二、非常上訴理由

- 一、按判決適用法則不當者為判決違背法令，刑事訴訟法第 378 條後段定有明文。次按於執行刑之執行完畢或赦免後，准予令入勞動場所強制工作之保安處分裁定，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。又保安處分自應執行之日起，逾 7 年未開始或繼續執行者，不得執行，刑法第 99 條後段載有明文。再者，非數罪併罰之二以上徒刑接續執行之案件，本諸數宣告刑，應有數刑罰權之法理，縱其中一罪刑先執行完畢後，再接續執行他罪，仍不得以他罪尚未執行完畢，即謂先執行之本罪尚未執行完畢，103 年度台上字第 3500 號刑事裁判意旨可供參照。

二、經查：本件被告於 81 年 5 月 15 日因逃亡罪，前經海軍總司令部判處有期徒刑 3 年，並諭知應於刑之執行完畢或赦免後令入勞動場所強制工作 3 年。復與逃亡期間所犯故買贓物、施用化學合成麻醉藥品、偽造署押、販賣化學合成麻醉藥品等罪，經臺灣高等法院 82 年度聲字第 1437 號裁定應執行有期徒刑 9 年，並諭知強制工作 3 年確定（下稱甲案），入監執行後，於 84 年 10 月 3 日假釋出獄（第一次假釋），原應於 90 年 1 月 27 日假釋期滿。嗣被告於甲案假釋期間，又因違反肅清煙毒條例等罪，經撤銷假釋繼續執行殘刑，其於第一次假釋期間之 85 年間所犯肅清煙毒條例、麻醉藥品管理條例等罪，再經臺灣高等法院 88 年度聲字第 575 號裁定應執行有期徒刑 3 年 8 月，併與 86 年間另犯之偽造有價證券、偽造文書、違反槍砲彈藥刀械管制條例等罪，經前臺灣新北地方法院以 86 年度訴字第 1922 號定應執行有期徒刑 6 年 4 月，二案接續執行。迨 96 年 1 月 8 日再次假釋出獄（第二次假釋），原應於 100 年 8 月 27 日假釋期滿，嗣因 96 年公布減刑條例，經減刑後於 96 年 8 月 15 日假釋期滿。則本件以甲乙兩案既屬併合執行之數罪，本屬數刑罰權之法理，縱其甲罪刑先執行完畢後，再接續執行乙罪，仍不得以乙罪尚未執行完畢，即謂先執行之甲罪尚未執行完畢。故本件以併宣告刑之執

行完畢後令入勞動場所強制工作 3 年保安處分之甲案，其有期徒刑執行完畢日為 90 年 1 月 27 日計，迄本件裁定確定之 101 年 12 月 25 日止，已逾刑法第 99 條規定之保安處分 7 年執行時效，即不得再裁定執行甲案之保安處分。有全國資料查註表在卷可稽。是本件國防部高等軍事法院 101 年度抗字第 16 號以無理由駁回抗告之裁定，致北部地方軍事法院以 101 年聲字第 15 號准予執行於執行完畢或赦免後令入勞動場所強制工作 3 年保安處分之違法裁定，因而確定，即有適用法令不當之違法，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 一〇五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

上列上訴人因被告逃亡案件，對於國防部高等軍事法院中華民國一〇一年十二月二十五日確定裁定（一〇一年度抗字第一六號），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。又保安處分自應執行之日起，逾七年未開始或繼續執行者，不得執行，刑法第九十九條後段載有明文。所謂執行完畢，其在監獄執行期滿者，固不待言；如係經假釋出監者，依刑法第七十九條第一項前段之規定，須在無期徒刑假釋後滿二十年，或在有期徒刑所餘刑期內未經撤銷假釋者，其未執行之刑，始得以已執行論。至於被告犯數罪而受二以上徒刑之執行，由檢察官分別簽發執行指揮書接續執行者，本係得各別獨立執行之刑，雖依刑法第七十九條之一規定，合併計算假釋期間結果，最低應執行之期間得以放寬。惟此與執行完畢之情形，應分別觀察，尚不能因有上揭刑法第七十九條之一之規定，即因此就執行完畢作另外之解釋。上揭徒刑之執行，應以核准開始假釋之時間為基準，必於核准開始假釋時，原各得獨立執行之徒刑，依其執行指揮書已執行期滿者，方得認為執行完畢，此為本院最近統一之見解。經查本件被告即受處分人某甲於民國八十一年五月十五日因逃亡罪，前經海軍總司令部判處有期徒刑三年，並諭知應於刑之執行完畢或赦免後令入勞動場所強制工作三年。復與逃亡期間所犯故買贓物、施用化學合成麻醉藥品、偽造署押、販賣化學合成麻醉藥品等罪，經台灣高等法院八十一年度聲字第一四三七號裁定應執行有期徒刑九年，並諭

知強制工作三年確定（下稱甲案），於八十四年十月三日假釋出獄（第一次假釋），原應於八十九年十二月三十日縮刑期滿（非常上訴書誤為九十年一月二十七日假釋期滿），有台灣高等法院被告前案紀錄表在卷可稽（前案紀錄表第四頁）。嗣被告於甲案假釋期間，又因違反肅清煙毒條例等罪，經撤銷假釋於九十年九月十五日繼續執行殘刑五年二月二十七日，執行期滿日為九十五年十二月十一日，有台灣士林地方法院檢察署八十八年度執助丁字第一四七號執行指揮書附本院卷可參，其於第一次假釋期間之八十五年間所犯肅清煙毒條例、麻醉藥品管理條例等罪，再經台灣高等法院八十八年度聲字第五七五號裁定應執行有期徒刑三年八月，併與八十六年間另犯之偽造有價證券、偽造文書、違反槍砲彈藥刀械管制條例等罪，經台灣新北地方法院以八十六年度訴字第一九二二號定應執行有期徒刑六年四月，二案接續執行，迨九十六年一月八日再次假釋出獄（第二次假釋）時，甲案第一次撤銷假釋之殘刑已於九十五年十二月十一日執行完畢，即甲案徒刑部分全部執行完畢，應執行保安處分（強制工作），而國防部北部地方軍事法院於一〇一年十月十九日裁定前開強制工作之保安處分准予執行，經被告抗告後，國防部高等軍事法院於一〇一年十二月二十五日裁定駁回被告之抗告，距被告前開執行完畢應執行保安處分日未逾七年。從而本件國防部

高等軍事法院之確定裁定並未違背法令，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 五 年 五 月 四 日

【第六十案】

一、關係條文

臺灣地區與大陸地區人民關係條例	第 79 條第 1 項、第 15 條第 1 款
憲法	第 8 條第 1 項、第 16 條
刑法	第 214 條
刑事訴訟法	第 379 條第 10 款、第 441 條、第 443 條、第 446 條

二、非常上訴理由

- 一、按『憲法第十六條保障人民之訴訟權，就刑事被告而言，包含其在訴訟上應享有充分之防禦權。刑事被告詰問證人之權利，即屬該等權利之一，且屬憲法第八條第一項規定《非由法院依法定程序不得審問處罰》之正當法律程序所保障之權利。為確保被告對證人之詰問權，證人於審判中，應依法定程序，到場具結陳述，並接受被告之詰問，其陳述始得作為認定被告犯罪事實之判斷依據』，司法院大法官釋字第五八二號解釋著有明文。

二、經查本件被告某甲上訴二審之民國一〇五年五月三十一日刑事上訴理由狀即主張：證人蔡〇〇等二位對於上訴人犯行存在與否，具有重要性，原審（按指一審）不予傳喚，上訴人未能有所攻防。詰問權顯然已遭侵害，原審就證據調查確實違法等語（參見臺灣高等法院高雄分院一〇五年度上訴字第四五一號卷第十頁正、背面）。嗣臺灣高等法院高雄分院一〇五年度上訴字第四五一號案件（下稱原審）審理時，於一〇五年十月十八日傳喚證人蔡〇〇接受遠距訊問。根據審判筆錄記載，審判長諭知證人具結義務及偽證處罰命朗讀結文後令簽押附卷。審判長諭知開始進行交互詰問，請辯護人行主詰問…辯護人稱：無詰問事項。審判長請檢察官行反詰問…檢察官稱：無詰問事項。審判長請辯護人行覆主詰問…辯護人稱：無詰問事項。審判長請檢察官行覆反詰問。檢察官稱：無覆反詰問事項。審判長諭知交互詰問完畢。審判長問證人…陪席法官告知審判長後訊問證人…審判長問對證人蔡〇〇之證言有何意見？辯護人答…被告某甲答：我與蔡〇〇同住，怎麼可能沒有性關係等語。原審於共同被告魏〇渝之辯護人及檢察官詰問後，即諭知交互詰問完畢，顯已剝奪被告某甲之反對詰問權，僅於交互詰問完畢後，依據刑事訴訟法第二百八十八條之一第一項讓被告某甲行使陳述意見權。

三、次查臺灣高等法院高雄分院一〇五年度上訴字第四五一號判決（下稱原判決）復於理由欄壹、二、（二）說明：『然蔡○○於本院審理中已到庭接受交互詰問，是蔡○○於另案審判中向法官而為之陳述，自有證據能力並得採為判斷之依據』等語，及於理由欄貳、一、（二）引用蔡○○於警詢、被訴案件審判中、原審之證詞，認定：蔡○○係經由被告魏○渝之介紹，始與被告某甲認識進而辦理結婚，且斯時因被告某甲催促蔡○○至大陸地區辦理結婚，乃由被告魏○渝提供金錢使蔡○○順利前往大陸地區，被告魏○渝並負責辦理被告某甲進入臺灣地區之相關事宜，及指導被告某甲、蔡○○至戶政事務所辦理結婚事宜，然被告某甲無與蔡○○結婚之真意，故兩人從未發生性行為，被告某甲亦不願隨蔡○○返回澎湖居住之事實。至蔡○○雖曾證稱其至大陸地區之花費係自行支付等語，然如蔡○○上開所證，蔡○○至大陸地區與被告某甲結婚前，係被告某甲、魏○渝提供費用使蔡○○前往大陸地區，而蔡○○返臺後之所以返還相關費用，乃因其思及欲與被告某甲『弄假成真』而為，故蔡○○因將相關費用返還，而認其與被告某甲之結婚花費為自行出資，亦無礙被告某甲無與蔡○○結婚之真意之事實。此外，許○○於原審證述蔡○○曾向被告魏○渝借款後返還之事實，縱然屬

實，因該款項之用途未明，是否與本案有關，尚有可疑，自無從以許○○之證詞，採為對被告某甲、魏○渝有利認定之依據，均併此敘明等情。對於被告某甲爭執：我與蔡○○同住，怎麼可能沒有性關係乙節之顯然影響於判決之事項，未賦予當事人親自詰問之機會，即引用蔡○○於原審之證詞，認定被告某甲無與蔡○○結婚之真意，故兩人從未發生性行為。

- 四、綜上所述，原判決對於證人蔡○○未於審判中依法定程序接受被告之詰問，剝奪被告在訴訟上應享有之防禦權，遽以其陳述作為認定被告犯罪事實之判斷依據，核係依法應於審判期日調查證據而未予調查之違背法令，且顯然影響於判決，有背於憲法第十六條所保障之訴訟權及同法第八條第一項實質正當法律程序所保障之權利，不僅違背司法院大法官解釋，復於被告不利，其判決當然為違背法令。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，以資糾正及救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇六年度台非字第二九號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告違反臺灣地區與大陸地區人民關係條例等罪案件，對於臺灣高等法院高雄分院中華民國一〇五年十一月四日第二審確定判決（一〇五年度上訴字第四五一號，起訴案號：臺灣澎湖地方法院檢察署一〇四年度偵字第二九〇號），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：刑事被告詰問證人之權利，係憲法第八條第一項規定「非由法院依法定程序不得審問處罰」其中所指依正當法律程序保障之訴訟上應享有之防禦權。為確保被告對證人之詰問權，證人於審判中，固應依法定程序，到場具結陳述，並接受被告之詰問，其陳述始得作為認定被告犯罪事實之判斷依據。然被告就此憲法所保障之訴訟基本權，非不能拋棄，倘被告於審判中捨棄詰問權，或得行使而不行使，即無不當剝奪被告詰問權行使之可言。查被告某甲與同案被告魏○渝於原審上訴時，固均指摘第一審法院未傳喚證人蔡○○到庭調查，侵害其等詰問權等語，嗣又於原審審理時，均請求傳喚蔡○○到庭。原審乃依等聲請，於民國一〇五年十月十八日審判期日時，以遠距視訊方式，訊問當時在法務部矯正署澎湖監獄執行之蔡○○。依該日審判筆錄記載，審判長行交互詰問時，係

由同案被告魏○渝之辯護人（被告某甲並未選任辯護人）行主詰問，次由檢察官行反詰問，再由魏○渝之辯護人行覆主詰問，檢察官再行覆反詰問，接著由審判長及陪席法官訊問。訊問完畢後，審判長問：對證人蔡○○之證言有何意見？並由辯護人及被告某甲、魏○渝、檢察官依序陳述意見。雖原審於證人蔡○○接受魏○渝之辯護人、檢察官交互詰問後，僅訊問被告某甲對蔡○○之證言有何意見，惟被告某甲聲請傳喚證人蔡○○之待證事實，係欲證明其與蔡○○係真結婚，此節業經魏○渝之辯護人、檢察官、審判長、陪席法官，於該次審判期日，先後對證人蔡○○詳細詢問，被告某甲並已當庭聽聞，惟其於審判長訊問其對蔡○○之證言有何意見時，僅表示其與蔡○○同住，怎可能無性關係等語，並未要求再行詰問，況原審審判長於調查證據完畢後，訊問：尚有何證據請求調查時，其亦答稱：無。顯見原審已給予某甲對質詰問之機會，乃某甲未請求詰問，得行使而不行使，自無不當剝奪其詰問權可言；原審上開訴訟程序，並無損及被告某甲訴訟防禦權之行使。核與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而未予調查」之違法情形，亦不相當。非常上訴意旨執以指摘原確定判決違背法令，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，判決如主文。

中 華 民 國 一 〇 六 年 四 月 十 三 日

【第六一案】

一、關係條文

公職人員選舉罷免法	第 113 條
憲法	第 8 條第 1 項、第 16 條
刑法	第 37 條第 2 項、第 146 條第 2 項、第 3 項
刑事訴訟法	第 441 條、第 443 條、第 446 條

二、非常上訴理由

- 一、按公職人員選舉罷免法第一百十三條規定『犯本章之罪，其他法律有較重處罰之規定者，從其規定。辦理選舉、罷免事務人員，假借職務上之權力、機會或方法，以故意犯本章之罪者，加重其刑至二分之一。犯本章之罪或刑法分則第六章之妨害投票罪，宣告有期徒刑以上之刑者，並宣告褫奪公權。』。第三項明載『妨害投票罪，宣告有期徒刑以上之刑者，並宣告褫奪公權。』。
- 二、被告邱○亮、邱○珠、邱○洋、邱○強、邱○富、廖○觀、楊○滋、徐○如、高○文、邱○嬌、尤○敏、高○翔、邱○祥、蘇○蘭等人犯刑法第一百四十六條第二項、第三項以虛偽遷徙戶籍取得投票權而為投票，未遂，經判處有期徒刑

肆月，減為有期徒刑貳月，緩刑貳年確定，未宣告褫奪公權，揆之上揭說明，判決有違背法令。
三、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 一〇六年度台非字第三三號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 邱○亮
邱○珠
邱○洋
邱○強
邱○富
廖○觀
楊○滋
徐○如
高○文
邱○嬌
尤○敏
高○翔
邱○祥
蘇○蘭

上列上訴人因被告等妨害投票案件，對於台灣桃園地方法院中華民國九十七年十二月十一日第二審確定判決（九十七年度簡上字第八〇〇號，聲請簡易判決處

刑案號：台灣桃園地方法院檢察署九十六年度偵字第八九五八號），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；必確定判決不利於被告，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。故非常上訴之是否提起，刑事訴訟法第四百四十一條乃採便宜主義，規定「得」提起，並非「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、確定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，或確定判決不利於被告，非予救濟，不足以保障人權者外，倘確定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；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。又刑法第三十七條第二項規定「宣告一年以上有期徒刑，依犯罪之性質認為有褫奪公權之必要者，宣告一年以上十年以下褫奪公權。」對經宣告「一年以上有期徒刑」者，是否宣告褫奪公權，法院有裁量權限，係採職權宣告主義；公職人員選舉罷免法第一百十三條第三項（即民國九十六年十一月七日修正公布前第九十八條第三項，該次修正此條文內容相同，條次變動）規定「犯本章之罪或刑法分則第六章之妨害投票罪，宣告有期徒刑以上之刑者，並宣告褫奪公權。」，對犯公職人員選舉罷免法第五章及刑法分則第六章之罪，經宣告「有期徒刑以上之刑」者，一概宣告褫奪公權，法院並無裁量權限，則採義務宣告主義。關於宣告褫奪公權（不包括褫奪公權期間及內容），依特別法優於普通法原則，應優先適用公職人員選舉罷免法之規定。本件第一審於九十七年七月三十日以簡易判決處刑時認定，被告邱○亮、邱○珠、邱○洋、邱○強、邱○富、廖○觀、楊○滋、徐○如、高○文、邱○嬌、尤○敏、高○翔、邱○祥、蘇○蘭（下稱邱○亮等十四人）於九十五年二月

八日至六月十日，共同意圖使桃園縣新屋鄉鄉民代表選舉候選人邱○亮當選，以虛偽遷徙戶籍取得投票權而為投票未遂犯行，因而適用刑法分則第六章妨害投票罪之刑法第一百四十六條第三項、第二項規定，論被告邱○亮等十四人以共同意圖使特定候選人當選，以虛偽遷徙戶籍取得投票權而為投票未遂罪，各處有期徒刑四月，減為有期徒刑二月，如易科罰金均以銀元三百元（即新台幣九百元）折算一日，而未依公職人員選舉罷免法第一百十三條第三項規定，併予對邱○亮等十四人宣告褫奪公權，顯有違誤。原確定判決於九十七年十二月十一日判決時，竟未加糾正，仍予維持，駁回邱○亮等十四人在第二審之上訴（並宣告邱○亮等十四人均緩刑二年），洵有判決不適用法則之違背法令。非常上訴意旨執以指摘原確定判決違背法令，雖非無據。但原確定判決尚非不利於被告邱○亮等十四人，又法律就此有明確規定，且於適用上向無疑義，應係單純疏失所致，欠缺原則上之重要性或爭議性，依上開說明，難謂與統一適用法令有關，而有提起非常上訴之必要性。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。

中華民國一〇六年三月十六日

【第六二案】

一、關係條文

個人資料保護法
刑 法
刑 事 訴 訟 法

第 41 條第 1 項第 2 項
第 2 條第 1 項、第 309 條第 1 項
第 302 條第 4 款、第 378 條、第
441 條、第 443 條、第 445 條第
1 項、第 446 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；又犯罪後之法律已廢止其刑罰者，應諭知免訴之判決，刑事訴訟法第三百七十八條、第三百零二條第四款分別定有明文。又行為後法律有變更，應依刑法第二條第一項從新從輕原則予以比較適用者，係指被告行為後至裁判時，無論修正前之法律，或修正後之法律，均構成犯罪而應科以刑罰者而言。倘被告之行為，在修正前之法律雖有處罰明文；但修正後之法律，因犯罪構成要件之變更，已無刑罰之規定時，則屬犯罪後之法律已廢止其刑罰之範圍，即無刑法第二條第一項之適用，應依刑事訴訟法第三百零二條第四款諭知免訴之判決。

- 二、查被告某甲行為時，個人資料保護法第四十一條第一項規定：『違反第六條第一項、第十五條、第十六條、第十九條、第二十條第一項規定，或中央目的事業主管機關依第二十一條限制國際傳輸之命令或處分，足生損害於他人者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣二十萬元以下罰金。』第二項規定：『意圖營利犯前項之罪者，處五年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金。』然於一〇四年十二月三十日修正公布，並於一〇五年三月十五日施行之同法第四十一條已修正為：『意圖為自己或第三人不法之利益或損害他人之利益，而違反第六條第一項、第十五條、第十六條、第十九條、第二十條第一項規定，或中央目的事業主管機關依第二十一條限制國際傳輸之命令或處分，足生損害於他人者，處五年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金。』足見該條對於違反同法第六條第一項、第二十條第一項規定，增列『意圖為自己或第三人不法之利益或損害他人之利益』為處罰要件，對無該項意圖之違反上開規定行為，已廢止其刑罰（最高法院一〇五年度台非字第225號判決參照）。
- 三、又查原判決就違反個人資料保護法部分，並未認定被告有意圖為自己或第三人不法之利益或損害他人之利益情形，乃竟未以犯罪後法律已廢止其

刑罰為由，僅論處刑法第三百零九條第一項之公然侮辱罪刑，違反個人資料保護法規定部分，不另為免訴之諭知。卻為新舊法比較，論處修正前個人資料保護法第四十一條第一項之罪刑，並依想像競合犯規定，與公然侮辱罪從一重之修正前個人資料保護法第四十一條第一項之罪處斷，依前說明，顯有判決適用法則不當之違背法令。

四、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 一〇六年度台非字第五六號

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個人資料保護法案件，對於台灣高等法院台南分院中華民國一〇五年三月三十日第二審確定判決（一〇四年度上易字第七〇八號，起訴案號：台灣台南地方法院檢察署一〇三年度調偵字第八三〇號），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：

- 一、本院對於非常上訴之調查，以非常上訴理由所指摘之事項為限，刑事訴訟法第四百四十五條第一項定有明文。又非常上訴旨在糾正法律上之錯誤，藉以統一法令之適用，不涉及事實認定問題，故非常上訴審應以原確定判決確認之事實為基礎，僅就原確定判決所認定之犯罪事實，審核適用法令有無違誤；如依原確定判決所確認之事實及卷內證據資料觀之，其適用法則並無違誤，即難指為違法。
- 二、刑法第二條第一項之規定，係規範行為後法律變更所生新舊法律比較適用之準據法。所謂行為後法律有變更者，包括構成要件之變更而有擴張或限縮，或法定刑度之變更。犯罪構成要件因法律之修改已有變更，依修正後之法律，其適用之範圍較諸舊法有所擴張或限制時，其行為同時符合修正前、後法律所規定之犯罪構成要件，即有該條項規定之適用。
- 三、個人資料保護法第四十一條規定原有二項，其第一項為：「違反第六條第一項、第十五條、第十六條、第十九條、第二十條第一項規定，或中央目的事業主管機關依第二十一條限制國際傳輸之命令或處分，足生損害於他人者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣二十萬元以下罰金。」（下稱舊法第一項）。第二項係：「意圖

營利犯前項之罪者，處五年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金。」（下稱舊法第二項）。民國一〇四年十二月三十日修正公布，一〇五年三月十五日施行之同法第四十一條，則未分項，其規定為：「意圖為自己或第三人不法之利益或損害他人之利益，而違反第六條第一項、第十五條、第十六條、第十九條、第二十條第一項規定，或中央目的事業主管機關依第二十一條限制國際傳輸之命令或處分，足生損害於他人者，處五年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金。」（下稱新法）。細繹其修法經過，行政院原提案關於第四十一條，其修正重點之說明為：「非意圖營利部分而違反本法相關規定，原則以民事損害賠償、行政罰等救濟為已足，且觀諸按其他特別法有關洩漏資料之行為縱使非意圖營利，並非皆以刑事處罰，再則非意圖營利部分違反本法相關規定之行為，須課予刑責者，於相關刑事法規已有規範足資適用，為避免刑事政策重複處罰，爰將第一項規定予以除罪化，並將第二項移為本條內容，酌作文字修正。」修正條文係：「意圖營利違反第六條第一項、第十五條、第十六條、第十九條、第二十條第一項規定，或中央目的事業主管機關依第二十一條限制國際傳輸之命令或處分，足生損害於他人者，處五年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百

萬元以下罰金。」並說明：「一、非意圖營利而違反本法相關規定，原則以民事損害賠償、行政罰等救濟為已足，爰刪除第一項規定，理由如下：（一）按其他特別法有關洩漏資料之行為如非意圖營利，並非皆以刑事處罰，例如醫療法第七十二條及第一百零三條第一項第一款規定。（二）次按非意圖營利違反本法規定之行為，於相關刑事法規已有規範足資適用，例如刑法妨礙（按應係『害』之誤寫）秘密罪章、妨礙（按應係『害』之誤寫）電腦使用罪章、公務員洩漏國防以外秘密罪、貪污治罪條例，是以，於本法規範非意圖營利行為之刑事處罰規定，易有刑事政策重複規範之缺點。（三）另查一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定者，依刑事法律處罰之（行政罰法第二十六條第一項規定），準此，如保留非意圖營利之刑事處罰規定，將大幅減少本法第四十七條行政罰規定適用之機會，故擬刪除非意圖營利行為之刑事處罰規定。二、第二項移列為修正條文內容，並配合修正文字。」等旨。惟該提案未為立法院司法及法制委員會之審查會所採納，審查會所通過者係立法委員李○敏等二十八人提案之修正條文，即「意圖為自己或第三人不法之利益或損害他人之利益，而違反第六條第一項、第二項、第十五條、第十六條、第十九條、第二十條第一項規定，或中央

目的事業主管機關依第二十一條限制國際傳輸之命令或處分，足生損害於他人者，處五年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金。」其立法說明為：「一、無不法意圖而違反本法相關規定，原則以民事損害賠償、行政罰等救濟為已足。惟若行為人如有意圖為自己或第三人不法之利益或損害他人之利益而違反本法相關規定，仍有以刑罰處罰之必要。二、配合第六條將有關犯罪前科之蒐集、處理或利用規定移列至第二項，酌為文字修正。」因審查會決議「本案須交由黨團協商」，經黨團協商，其通過之該條內容，僅將李○敏等二十八人提案之修正條文中第六條第一項之後所載「、第二項」等文字刪除，餘照原提案之修正條文。嗣經立法院二、三讀，完成修法程序（見立法院公報第 104 卷第 9 期第 170、176 頁、第 206 至 208 頁，第 104 卷第 96 期第 269、273、274 頁）。依前述修法經過而觀，新法並未採納行政院關於刪除舊法第一項處罰規定，除罪化之提案，而係採用李○敏等二十八人提案，增加「意圖為自己或第三人不法之利益或損害他人之利益」之犯罪構成要件，並加重其法定本刑。新法係以行為人「意圖為自己或第三人不法之利益或損害他人之利益」而違反第四十一條所列各該規定、命令或處分，足生損害於他人為要件，並不以舊法第二項「意圖營利」而違反

者為限。是行為人意圖為自己或第三人不法之利益或損害他人之利益，而實行舊法第一項所定之各該構成要件行為，仍應構成犯罪。行為人所為，如該當於新、舊法所定犯罪構成要件之行為，自有刑法第二條第一項規定之適用。

- 四、本件依原判決確認之事實及其理由之說明，係認定被告某甲以一行為實行公然侮辱告訴人葉○琴及違反個人資料保護法之犯行，並明確認定違反個人資料保護法部分，足生損害於告訴人，及其關於違反個人資料保護法部分，無論依舊法第一項或新法之規定，被告所為均成立違反個人資料保護法之罪，自己認被告有損害他人（即告訴人）利益之意圖，亦該當於新法之犯罪構成要件，經新舊法比較後，認新法並無較有利於被告，因依刑法第二條第一項前段之規定，適用行為時之舊法第一項論處。復以被告所為係犯刑法第三百零九條第一項之公然侮辱罪、修正前個人資料保護法第四十一條第一項之罪（違反同法第二十條第一項規定）。其以一行為觸犯上開二罪名，為想像競合犯，因而從一重之修正前個人資料保護法第四十一條第一項之罪處斷。依原判決所確認之事實，其適用法律並無不合，尚無非常上訴意旨所指判決適用法則不當之違法情形。
- 五、綜上所述，本件非常上訴為無理由，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十六條，判決如
主文。

中 華 民 國 一 〇 六 年 三 月 三 十 日

【第六三案】

一、關係條文

槍砲彈藥刀械管制條例	第 8 條第 4 項、第 12 條 第 4 項
少年事件處理法	第 29 條第 1 項、第 83 條之 1 第 1 項
刑 法	第 47 條第 1 項、第 11 條前段、 第 25 條、第 28 條、第 55 條、 第 271 條第 2 項、第 1 項
修正前刑法	第 38 條第 1 項第 1 款、第 2 項
刑事訴訟法	第 378 條、第 441 條、第 443 條、第 447 條第 1 項第 1 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。又少年事件處理法第八十三條之一第一項規定：『少年受刑之執行完畢或赦免三年後，視為未曾受各該宣告』，其立法意旨係為鼓勵少年自新向上，使其不受社會歧視致阻其更生之路所為前科抹消之規定，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，法律上『視為未曾

受各該宣告』，即認其係自始未曾受該刑之宣告，則縱於該刑之執行完畢三年內再犯有期徒刑以上之罪，倘裁判時已在該前案執行完畢三年之後，該前案之前科紀錄既已視為不存在，自無以其係在前案受有期徒刑之執行完畢後，三年以內再犯有期徒刑以上之罪，而依累犯規定加重其刑之餘地（最高法院九十三年度台上字第三五九八號、九十八年度台非字第三二二號判決可資參照）。查本件被告某甲係民國七十四年七月四日生，於九十年間犯強盜罪，經臺灣臺南地方法院九十年度少訴字第三五號判處有期徒刑四年六月確定（下稱前案），經移送執行，於九十五年九月二十一日假釋出監，於九十六年四月六日縮刑期滿，假釋未經撤銷，視為執行完畢，有戶役政連結作業系統資料、臺灣高等法院被告前案紀錄表、臺灣高等法院在監在押全國紀錄表在卷可稽，且為原確定判決認定之事實。是被告於少年時期所犯之前案執行完畢至九十九年四月六日即屆滿三年，依少年事件處理法第八十三條之一第一項規定，應視為未曾受各該刑之宣告。則被告於九十八年五月十七日再犯本件殺人未遂罪，雖在其所受前案刑之執行完畢後三年內，然第一審法院於一〇〇年五月二十七日判決時，已在該前案執行完畢三年之後，即應視為未曾受該刑之宣告，該前案之前科紀錄既已視為不存在，則其所

犯本件殺人未遂罪，自不構成累犯。原確定判決不查，遽依累犯規定論處，並加重其刑，自屬判決違背法令。

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，以資糾正與救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇六年度台非字第一一五號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告殺人未遂案件，對於臺灣高等法院臺南分院中華民國一〇三年八月十三日第二審確定判決（一〇二年度上更（一）字第五二號，起訴案號：臺灣臺南地方法院檢察署九十八年度偵字第一二八三九、一四七九一、一七六六一號），認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於某甲部分撤銷。

某甲共同犯殺人未遂罪，處有期徒刑陸年參月，如附表所示之物沒收。

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。又刑法第四十

七條第一項固規定：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。然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，同法第八十三條之一第一項亦定有明文。因此，少年受刑之執行完畢三年後，即視為未曾受該刑之宣告。本件被告某甲係七十四年七月四日生，於九十年間因強盜案件，經臺灣臺南地方法院以九十年度少訴字第三五號刑事判決，判處有期徒刑四年六月確定（即非常上訴意旨所稱之「前案」）。經移送執行，於九十五年九月二十一日假釋出監，於九十六年四月六日縮刑期滿，假釋未經撤銷，視為已執行完畢，有被告個人戶籍資料、臺灣高等法院被告前案紀錄表附卷可稽，且為原確定判決認定之事實。是被告於少年時期所犯之「前案」執行完畢至九十九年四月五日即屆滿三年，依少年事件處理法第八十三條之一第一項規定，應視為未曾受各該刑之宣告。則被告於九十八年五月十七日再犯本件共同殺人未遂罪，雖在其所受「前案」刑之執行完畢後三年內，然原審法院於一〇三年八月十三日判決時，已在被告所受「前案」刑之執行完畢屆滿三年後，而視為未曾受該刑之宣告，應不生累犯問題。原審法院未察，仍就被告所犯本件共同殺人未遂罪，依累犯論處，並加重其刑（處有期徒刑六年六

月)，自有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，槍砲彈藥刀械管制條例第八條第四項、第十二條第四項，刑法第十一條前段、第二十五條、第二十八條、第五十五條、第二百七十一條第二項、第一項，修正前刑法第三十八條第一項第一款、第二項（原確定判決漏引上開法條），判決如主文。

中 華 民 國 一 ○ 六 年 六 月 二 十 二 日

【第六四案】

一、關係條文

電業法	第 106 條第 1 項第 3 款
刑法	第 2 條第 1 項、第 339 條第 2 項
刑事訴訟法	第 376 條、第 378 條、第 445 條 第 1 項、第 446 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 378 條定有明文。次按損壞或改變電度表、無效電力計、其他計電器之構造，或以其他方法使其失效不準者，為竊電，處五年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金，電業法第 106 條第 1 項第 3 款定有明文。此竊電犯行，雖同時構成刑法之竊取電能罪，惟竊電罪原即含有竊盜罪之本質，為刑法竊盜罪之特別規定，上開二罪具法條競合之關係，依特別法優先於普通法之原則，應僅論以特別法之電業法第 106 條第 1 項第 3 款之竊電罪，而無刑法竊盜罪之適用，更無刑法第 339 條第 2 項詐欺得利罪適用之餘地（最高法院 94 年度台上字第 3483 號判決意旨參照）。又電業法第 106 條雖於（民國）100 年 1 月 26 日經修正公布（該次修正僅修正原電業法第

106 條第 6 款之規定內容，並移列至同條第 2 項），原電業法第 106 條第 1 款至第 5 款之罰則法條，文字並無變動，而移列為同條第 1 項第 1 款至第 5 款，故非犯罪構成要件之變更，既無刪除原電業法第 106 條罰則之規定，更無回歸普通刑法適用之問題。

- 二、本件原判決既認被告某甲、某乙所為，係以撥退電錶指數（即改變電度表）之方式竊電，依上開說明，即應論以電業法第 106 條第 1 項第 3 款之竊電罪責，竟誤認電業法於 100 年 1 月 26 日修正公布後，已刪除電業法第 106 條竊電罰則規定，竊電犯即應回歸適用普通刑法云云，而變更檢察官原起訴之電業法第 106 條第 1 項第 3 款之竊電罪法條，改依刑法第 339 條第 2 項之詐欺得利罪，判處比原審更重之刑期，且由原得上訴第三審之案件，變更法條為刑事訴訟法第 376 條不得上訴第三審之案件，剝奪被告之上訴權。又本件被告竊電件數共計 51 件，由檢察官依涉犯電業法第 106 條第 1 項第 3 款之竊電罪起訴，除本件（起訴書附表一編號 37 號）外，其餘 50 件業經臺灣高等法院以 104 年度上訴字第 2771 號判決確定，罪名均是違反電業法第 106 條第 1 項第 3 款之竊電罪乙節，有該案判決書可稽。是原判決自有不適用法則或適用法則不當之違背法令。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，以資糾正及救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇六年度台非字第一七二號

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違反電業法案件，對於臺灣高等法院中華民國 106 年 5 月 23 日第二審更審確定判決（105 年度重上更(一)字第 32 號，起訴案號：臺灣桃園地方法院檢察署 100 年度偵字第 22945、23963、25977、26633、32120 號），認為違法，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：

一、本院對於非常上訴之調查，以非常上訴理由所指摘之事項為限，刑事訴訟法第 445 條第 1 項定有明文。又非常上訴旨在糾正法律上之錯誤，藉以統一法令之適用，不涉及事實認定問題，故非常上訴審應以原確定判決確認之事實為基礎，僅就原確定判決所認定之犯罪事實，審核適用法令有

無違誤；如依原確定判決所確認之事實及卷內證據資料觀之，其適用法則並無違誤，即難指為違法。

- 二、電業法已於 106 年 1 月 26 日修正公布，並於同年 2 月 28 日生效施行（修正之第 6 條第 1 項自公布後 6 年施行，第 45 條第 2 至 4 項規定，自公布之日起 1 年內施行，並由行政院定其施行日期）。原電業法第 106 條第 1 項竊電之刑罰，因屬刑法竊電之刑責範圍，不再另行規定，以免競合，業經刪除，是自上揭修正施行後，此犯罪行為應回歸適用刑法之規定。
- 三、本件依原判決確認之事實及其理由之說明，係認定被告某甲、某乙（以下除各別記載姓名外，簡稱被告等）與姓名不詳綽號「阿德」之成年男子（99 年 9 月某日呂○哲〈另經原判決論處罪刑確定〉加入共同之犯意聯絡），於 98 年 10 月起，共同以打開電錶玻璃罩，用撥退計電錶指數致使電錶計量失效不準，從而降低電錶用電度數之方式，使台灣電力股份有限公司（下稱台電公司）誤認電表上之度數為其實際用電數仍繼續供電，使○○日式和風涮涮鍋（用電戶登記名稱：喜○達企業股份有限公司，下稱臺北海○）應繳電費少於實際使用電費，詐取少繳電費之利益，嗣於 100 年 8 月 30 日查獲被告某甲，100 年 9 月 30 日經台電公司會同警方勘查臺北海○發現遭惡意

移除電錶，而循線查悉情。並以被告等行為後，刑法第 339 條規定，業於 103 年 6 月 18 日修正公布，並於同年月 20 日起施行，經比較新、舊法之結果，以修正前刑法第 339 條第 2 項之規定較有利於被告等，依刑法第 2 條第 1 項前段規定，應適用修正前刑法第 339 條第 2 項論處。又被告等係於台電公司正常供電予用戶時，施以詐術，以撥退電表指數之方式，使台電公司因而陷於錯誤，短收臺北海○應繳之電費受有損害，而被告等則詐取其差額利益，核與刑法第 339 條第 2 項之詐欺得利罪構成要件相符（按電業法於 106 年 1 月 26 日修正公布，並於同年月 28 日生效施行，此次修正刪除電業法第 106 條竊電規定，就此而言，竊電犯即應回歸適用普通刑法），是被告等所為，均係犯刑法第 339 條第 2 項之詐欺得利罪。被告等於前開撥退電表指數之詐騙時間至查獲時之期間，與實際用電人之呂○哲，各基於單一詐取電能之犯意聯絡，而每日詐取電能使用，渠等接續詐取電能之行為係於密切接近之時間、相同之地點以同一方式實施而侵害同一法益，各行為之獨立性極為薄弱，依一般社會觀念，難以強行分開，在刑法評價上，以視為數個舉動之接續施行，而均屬接續犯，均僅成立一詐欺得利罪。依原判決所確認之事實，其適用法律並無不合。至於非常上訴意旨指電業法第 106 條

於100年1月26日修正公布，將原第106條第6款規定移列同條第2項，原第1款至第5款則無修正，而移列為同條第1項第1款至第5款，固屬無訛，惟未注意電業法另於原審判決前之106年1月26日修正公布全文97條。非常上訴意旨指原判決有不適用法則或適用法則不當之違法，尚屬無據。

四、綜上所述，本件非常上訴為無理由，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第446條，判決如主文。

中 華 民 國 一 〇 六 年 九 月 十 四 日

【第六五案】

一、關係條文

律 師 法	第 47 條之 1 第 1 項、第 47 條之 7 第 1 項
律師法施行細則	第 23 條
涉外民事法律適用法	第 1 條、第 14 條第 8 款、第 22 條、第 62 條、第 63 條
刑 事 訴 訟 法	第 378 條、第 441 條、第 443 條、第 446 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。次按涉外民事法律適用法於民國九十九年五月二十六日修正公布全文六十三條條文，自一〇〇年五月二十六日施行，依據該法第六十二條規定：『涉外民事，在本法修正施行前發生者，不適用本法修正施行後之規定。但其法律效果於本法修正施行後始發生者，就該部分之法律效果，適用本法修正施行後之規定』。是於一〇〇年五月二十六日新法修正施行前發生之涉外民事事件，除有該條但書所載情形，即應適用修正前之舊法規定。復按涉外民事事件之涉外因素，係指構成民事事

件事實，包括當事人、法律行為地、事實發生地等連繫因素，與外國具有牽連關係者而言，有最高法院一〇三年度台上字第一四一五號民事判決意旨足資參照。

- 二、原確定判決以：本案起因於被告某甲受委任提起民事及刑事訴訟對象為本國相關銀行或銀行信託部門，前開銀行受本國人民客戶信託，操作購買美國雷曼兄弟財務公司所發行及擔保、具較高報酬及風險之金融衍生性商品（簡稱雷曼運動債），在操作前已在美國簽約行法律行為，復因美國雷曼兄弟財務公司業經破產，破產則涉及解散清算，依涉外民事法律適用法第一條、第十四條第八款、第二十二條等相關法律規定觀之，我國人民與外國法人因債之法律關係產生法律紛爭時，案件之一部有關外國法人之解散或清算、或發生證券之債，認準據法應適用被告原律師資格國法律即美國法，且因此民事業務衍生之刑事業務，解釋上亦應包含在外國法事務律師所得執行業務之範圍。是審酌被告本件所為，仍未違反律師法第四十七條之七第一項『外國法事務律師僅得執行原資格國之法律或該國採行之國際法事務』及律師法施行細則第二十三條補充『案件之一部適用原資格國法律之法律事務』之規定為據，固非無見。

三、惟查：(一)起訴書所指被告受委任提起如附表所示民事訴訟及刑事告訴之時點係於九十八年六月間至九十九年三月間之期間，並非發生於涉外民事法律適用法九十九年五月二十六日修正之新法於一〇〇年五月二十六日施行，且無修正後新法第六十二條但書所規定之情形，揆諸首揭說明，自應適用修正前之舊法。原確定判決逕適用修正後之新法規定認起訴書附表所示民事訴訟事件準據法為美國法，即與該法第六十二條前段規定有違，有判決適用法則不當之違背法令。(二)適用涉外民事法律適用法之前提為涉外民事事件，又是否屬涉外民事事件，係以該事件是否具有涉外因素為判斷基準，已如上述，被告受委任對我國銀行提出如起訴書附表所示之民事訴訟事件，雙方當事人均為本國自然人或法人，且主要係依我國民法第八十七條、第八十八條、第九十二條、第九十三條、第一百四十四條等規定解除買賣契約，依消費者保護法第十一條規定主張買賣契約無效，及依民法第十一條、第一百十三條規定返還投資；又依上開民事訴訟中原告所提出其與銀行間簽立之『特定金錢信託投資有價證券圈存投資約定書』契約條款所示，雙方並無特別約定契約準據法為外國法，或以外國法院為訴訟管轄法院，且係於我國境內簽定，有被告為訴訟代理人之民事起訴狀及前開投資約定書各一件在卷可稽

（見台灣台北地方法院檢察署九十九年度律他字第一四號卷三第八六頁至第八八頁、第一〇二頁）。足見起訴書所示之民事訴訟係以我國民法、消費者保護法等相關規定為民事訴訟之請求權基礎，且原告與銀行間之契約係適用我國相關法律規範，其主張之法律關係之構成要素僅與我國法律有牽連關係，並無原確定判決所指有我國人民與外國法人因債之關係產生法律紛爭之情，揆諸首揭說明，上開民事訴訟事件並無涉外因素，自無涉外民事法律適用法適用之可能，原確定判決認被告受委任如起訴書附表所示之民事訴訟事件有涉外民事法律適用法之適用，即有判決適用法則不當之違誤。至原確定判決認上述民事業務衍生之刑事業務，解釋上亦應包含在外國法事務律師所得執行業務之範圍，惟上開民事事件不含涉外因素，已如前述，非屬涉外民事業務，而為一般民事業務，難據以推論其所衍生之刑事業務亦與外國法律師所得執行之外國法或國際法業務相關，況被告受委任代理告訴如起訴書附表所示之告訴詐欺、背信、違反信託業法等案件，均係以我國刑法構成要件為據，更難認被告係執行其原資格國即美國之法律或美國採行之國際法事務，是原確定判決認上開民事訴訟事件為涉外事件，復據以推論上開刑事訴訟案件一部為律師法第四十七條之七第一項、律師法施行細則第二

十三條所指之國際法事務，同具適用法則不當之違誤。(三)原確定判決復以被告雖係受投資雷曼連動債之銀行信託客戶委任，向代客操作之各銀行行法律救濟，形式上法律關係僅存在於客戶及銀行間，然實質上仍隱含如何轉而代位本國銀行，向破產中之美國雷曼兄弟財務公司或其主管機關申報、保障權益，或行使求償之權利，故認涉及我國人民與外國法人發生法律紛爭，故起訴書所示民事事件有涉外民事法律適用法之適用。惟依據上開最高法院判決內容，涉外因素之判斷係以當事人所起訴之對象或其主張法律關係之構成要素是否與外國有牽連關係為斷，並非以當事人未主張，而由法院自行認定之『實質上隱含之法律關係』為判斷依據。本件起訴書所示之民事事件，訴訟之對象皆為本國銀行，原告所主張之法律關係亦不含涉外因素，兩造當事人並於訴訟中從未主張所訟爭者為涉外案件，或有涉外民事法律適用法之適用，原確定判決卻以非當事人起訴對象之美國雷曼兄弟財務公司為起訴書所示民事事件之訟爭當事人之一，復以當事人於上開民事訴訟中未主張之法律關係（代位本國銀行向破產中之美國雷曼兄弟財務公司或其主管機關申報、主張權益或求償）認有涉外因素，並據上認定為涉外案件，而有涉外民事法律適用法之適用，適用法則顯有違誤；況依據被告與本案投資

受損民眾簽立之委託書所示（見台灣台北地方法院檢察署一〇二年度偵字第一五八八一號卷第一一五頁至第一二七頁），被告受委任之授權範圍，僅限向我國法院提起訴訟、國家賠償及監察院舉發，並無包含向美國主管機關或法院申報債權或行使求償之權利，原確定判決卻逕認被告實質上（或隱含）已受委任處理上開代位申報或求償事件，並以事實上從未發生之委任關係，遽認本案案件之一部為律師法第四十七條之七第一項、律師法施行細則第二十三條所指之國際法事務，顯然逸脫本案雙方當事人間之契約、法律適用解釋之範圍，更有適用法則不當之違誤。（四）本案起訴書附表所示之刑事案件或民事事件，既均係被告受投資雷曼連動債之銀行信託客戶委任，向代客操作之各國內銀行，依國內法律進行救濟程序，其各刑事委任狀或民事委任狀，亦僅係委任被告就各該刑事案件或民事事件之個案為告訴代理人或訴訟代理人，並無涉及向美國雷曼兄弟財務公司或其主管機關主張權利部分，原確定判決在無何證據支持之情形下，遽為所謂『本件形式上法律關係似僅存在於客戶與銀行間；然而實質上仍隱含如何轉而代位本國銀行，向破產中之美國雷曼兄弟財務公司或其主管機關，申報、保障權益，或者行使求償之權利』之論斷，卻未說明該等信託客戶可主張代位權之依據何

在，亦未指明認定該等事實之證據為何，而在毫無證據之情形下，逕自創設該等委任人與被告間之其他委任法律關係，進而認有涉外之連繫因素，而認依我國涉外民事法律適用法第一條、第十四條第八款、第二十二條等相關規定觀之，被告之行為並未違反律師法第四十七條之七第一項『外國法事務律師僅得執行原資格國之法律或該國採行之國際法事務』及律師法施行細則第二十三條補充『案件之一部適用原資格國法律之法律事務』之規定云云，益顯有判決不適用法則或適用不當之違背法令。

四、案經判決確定，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 一〇五年度台非字第六三號
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律師法案件，對於台灣高等法院中華民國一〇三年十一月二十七日第二審確定判決（一〇三年度上易字第一七五〇號，起訴案號：台灣台北地方法院檢察署一〇二年度偵字第一五八八〇、一五八八一號），認為違法，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）。

- 一、本院按事實之認定，屬事實審法院之職權，非常上訴審無從審酌，倘非常上訴理由係對卷宗內同一證據資料之判斷持與原判決不同之評價，而憑持己見認為原判決認定事實不當或與證據法則有違，即係對於事實審法院證據取捨裁量權行使當否之任意指摘，自與非常上訴審係以統一法令適用之本旨不合。復按非常上訴，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、本件原確定判決認定：被告某甲具美國加州律師資格，復申請法務部許可在我國執行外國法事務，加入律師公會，屬律師法第四十七條之一第二項所規定外國法事務律師，得執行原資格國即美國之法律或美國採行之國際法事務；本案起因於本國相關信託銀行或銀行信託部門，受本國人民信託，操作購買美國雷曼兄弟財務公司所發行及擔保之金融衍生性商品(下稱雷曼連動債)，而本國各銀行在受託投資購買雷曼連動債前，需先與美國雷曼兄弟財務公司在美國簽約，始可代國內客戶操作。其後美國雷曼兄弟財務公司宣告重整、破產，致使購買雷曼連動債投資之本國民眾受損。被告與受害之投資民眾約定，受其委任，

向本國相關銀行採取法律救濟途徑，雖形式上法律關係似僅存在於客戶與銀行間，惟實質上隱含如何轉而代位本國銀行，向破產中之美國雷曼兄弟財務公司或其主管機關，申報、保障權益，或行使求償之權利，故有涉外民事法律適用法之適用；皆依據卷內資料予以說明。非常上訴意旨指被告受民眾委任，對我國銀行提出民事訴訟事件，雙方當事人均為本國自然人或法人，主要依我國民法、消費者保護法等相關規定，為民事訴訟之請求權基礎，並無隱含如何轉而代位本國銀行，向破產中之美國雷曼兄弟財務公司或其主管機關，申報、保障權益，或行使求償之權利情事，因無涉外因素，自無涉外民事法律適用法適用之可能等情，係置原確定判決之論敘於不顧，再對原審採證認事之職權行使，任意指摘，難以憑採。又涉外民事法律適用法於民國九十九年五月二十六日修正公布，自公布日後一年施行；再者，涉外民事，在該法修正施行前發生者，不適用該法修正施行後之規定。但其法律效果於該法修正施行後始發生者，就該部分之法律效果，適用該法修正施行後之規定，修正後涉外民事法律適用法第六十三條、第六十二條分別規定甚明。顯見涉外民事，如何適用涉外民事法律適用法修正施行前、後之相關規定，法律已有明確規定。因原判決尚非不利於被告，且不涉及統一適用法

令，即無對之提起非常上訴之必要性。從而，應
認非常上訴為無理由，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 五 年 四 月 十 三 日

【第六六案】

一、關係條文

醫 師 法	第 28 條
刑 法	第 55 條、第 276 條第 2 項
刑 事 訴 訟 法	第 378 條、第 380 條、第 441 條、第 443 條、第 446 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。原判決謂：『刑法第五十五條前段所規定一行為觸犯數罪名，學理上所謂想像競合犯，係以一個意思決定，以一個實行行為，發生侵害數個法益結果，此犯罪形態與數罪併罰，係出於各別之犯意，實行數行為，獨立構成數犯罪之情形有別，是想像競合犯之成立，必須出於一行為為必要，則『故意行為』與『過失行為』自無從想像競合，而應為數罪併罰；查本件被告未取得合法醫師資格，而『故意』違反醫師法第二十八條規定擅自執行醫療業務，另經公訴人認被告違法執行醫療行為因而『過失』致被害人腦動脈瘤破裂，造成蜘蛛膜下腔出血，導致中樞神經性休克而死亡，起訴被告另涉有犯刑法第二百七十六條第二項業務過

失致死罪嫌，則依上開說明，被告被訴違反醫師法第二十八條與刑法第二百七十六條第二項業務過失致死罪，一為故意行為、一為過失行為，兩者間並無想像競合之關係，原審認被告涉犯刑法第二百七十六條第二項業務過失致死罪嫌與上開被告違反醫師法部，具有想像競合之裁判上一罪關係，而不另為無罪之諭知，其論斷顯有不當』云云，而撤銷第一審判決，就檢察官起訴被告過失致死部分另為無罪諭知。惟查：一行為觸犯數罪名之想像上競合犯，係指行為人以一個意思決定發為一個行為，而侵害數個相同或不同之法益，具備數個犯罪構成要件，成立數個罪名之謂，乃處斷上之一罪，本件被告係以一行為觸犯醫師法、過失致死二罪名，並非以故意、過失二行為觸犯二罪名，自應為想像競合之裁判上一罪，原判決認被告被訴違反醫師法與業務過失致死間無想像競合之關係，應有判決有適用法則不當之違法（最高法院一〇三年度台上字第四一〇四號判決參照）。又檢察官以裁判上一罪之單一犯罪事實提起公訴時，除法院審理之結果，認起訴之犯罪事實並非單一犯罪事實外，法院只能為單一之判決，是法院對起訴之單一犯罪事實，認其中一部犯罪成立，一部不成立，僅能就成立之犯罪為單一之判決，對於不成立之部分於理由內說明不另為無罪之諭知即可，無庸於主文另為無

罪之諭知，本件起訴書係謂：『查被告未具牙醫師資格即逕為患者施以上揭治療為目的之麻醉、拔牙，因而致被害人死亡，核被告所為係犯醫師法第二十八條前段之未取得合法醫師資格，擅自執行醫療業務罪嫌、刑法第二百七十六條第二項業務過失致死罪等罪嫌。又被告所犯未取得合法醫師資格，擅自執行醫療業務罪與業務過失致死罪係一行為觸犯數罪名，屬想像競合，請從一重未取得合法醫師資格，擅自執行醫療業務罪處斷。』原判決認被告未取得合法醫師資格擅自執行醫療業務部分成罪，被告業務過失致死罪部分犯罪不能證明，則該業務過失致死部分，原判決應僅須於理由內說明不另為無罪諭知即可，乃竟撤銷第一審判決，另於主文為無罪之諭知，應有判決適用法則不當之違誤（最高法院九十七年度台上字第三八八八號判決參照）。

- 二、又按訴訟程序雖係違背法令而顯然於判決無影響者，不得為上訴之理由，刑事訴訟法第三百八十四條固有明文，惟所謂訴訟程序違背法令，係指原審就訴訟程序之踐行，違背法律上之規定者而言，至犯罪罪數之認定，犯罪單數或犯罪複數，是否可成立想像競合犯，乃判決是否違背實體法則之問題，屬判決違背法令之範疇，原判決誤認故意行為與過失行為，不能成立想像競合之關係，而就被告業務過失致死部分，另為無罪諭

知，乃判決違背法令，而非訴訟程序違背法令，自無刑事訴訟法第三百八十條之適用，附此敘明。

三、綜上所述，原判決有違背法令情事，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 一〇四年度台非字第一四六號
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醫師法等罪案件，對於台灣高等法院中華民國一〇三年八月六日第二審確定判決（一〇三年度醫上訴字第五號，起訴案號：台灣基隆地方法院檢察署一〇一年度偵字第三七七九、四七二二號），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：（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，此與通常上訴程序旨在針對個案救濟者不同。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，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，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，實務上並無爭議，且尚非不利於被告，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。(二)刑法第五十五條規定，一行為而觸犯數罪名者，從一重處斷。學理上稱之為想像競合犯。而故意犯某罪，因同一行為而並犯另一過失犯罪者，亦屬一行為觸犯數罪名，仍有想像競合犯規定之適用。又檢察官以裁判上一罪之單一犯罪事實提起公诉時，除法院審理之結果，認起訴之犯罪事實並非單一犯罪事實外，法院只能為單一之判決，如認其中一部犯罪成立，一部不成立，僅能就成立之犯罪為單一之判決，對於不成立之部分於理由內說明不另為無罪之諭知即可，無庸於主文另為無罪之諭知，實務上並無爭議。本件起訴書犯罪事實欄略以：被告未具牙醫師資格，而擅自從事為病患拔牙、牙齒診治之醫療業務行為，並於案發時間、地點為蔡○○施以治療為目的之麻醉、拔牙業務行為時，因過失致蔡○○於死等情。並謂「查被告未具牙醫師資格即逕為患者施以上揭治療為目的之麻醉、拔牙，因而致被害人死亡，核被告所為係犯醫師法第二十八條前段之未取得合法醫師資格，擅自執行醫療業務罪嫌、刑法第二百七十六條第二項業務過失

致死罪等罪嫌。又被告所犯未取得合法醫師資格，擅自執行醫療業務罪與業務過失致死罪係一行為觸犯數罪名，屬想像競合，請從一重未取得合法醫師資格，擅自執行醫療業務罪處斷。」等語。原判決認被告僅成立未取得合法醫師資格，擅自執行醫療業務罪，被訴業務過失致死罪部分，則屬不能證明，依上說明，原判決就檢察官以裁判上一罪之單一犯罪事實提起公诉之案件，應於理由內說明被訴業務過失致死罪部分，不另為無罪之諭知，無庸於主文另為無罪之諭知。惟原判決認「故意行為」與「過失行為」無從成立想像競合犯，而論被告犯違反醫師法罪，並就被告被訴業務過失致人於死部分，另為無罪之諭知，尚有可議。非常上訴執以指摘，固非無見。然原判決此項違誤，尚非不利於被告，且在實務上，向無爭議，並無原則上之重要性或爭議情形存在，不屬統一法令有關之範圍，無提起非常上訴之必要性。本件非常上訴應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十六條，判決如主文。

中華民國一〇四年五月二十一日

【第六七案】

一、關係條文

就業服務法	第 45 條、第 64 條第 2 項、第 3 項
公司法	第 24 條、第 25 條、第 71 條
刑法	第 11 條前段、第 28 條、第 41 條第 1 項前段
刑事訴訟法	第 303 條第 5 款、第 378 條、第 441 條、第 443 條、第 446 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』，『案件有下列情形之一者，應諭知不受理之判決…五…為被告之法人已不存續者』，刑事訴訟法第 378 條、第 303 條第 5 款定有明文。且法人已解散者，訴訟主體消滅，刑事訴訟之關係即不能成立，法院應諭知不受理之判決（最高法院 86 年度台非字第 205 號判決參照）。經查被告○○管理顧問有限公司，業於民國 103 年 5 月 30 日向經濟部申請解散登記，並經該部核准在案，有公司資料查詢單 1 份及台灣桃園地方法院檢察署 104 年度偵字第 4544、4545 號不起訴處分書在卷為憑。是被告○○管理顧問有限公司既已喪失權利能力，自不得以不存在之法人為刑罰之對象，

法院應諭知不受理之判決。原判決未注意及此，仍從實體上為諭知罪刑之判決而為處罰金新台幣 10 萬元之諭知，適用法則不當，顯屬違背法令。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，以資糾正及救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇六年度台非字第五號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 ○○管理顧問有限公司
代表人 劉○○

上列上訴人因被告違反就業服務法案件，對於台灣桃園地方法院中華民國一〇五年五月十八日第一審確定判決（一〇四年度易字第五一四號，起訴案號：台灣桃園地方法院檢察署一〇三年度偵字第一一七四六號），認為部分違法，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：非常上訴審，應以原判決所確認之事實為基礎，以判斷其適用法律有無違誤。又解散之公司除因合併、分割或破產而解散者外，應行清算；於清算範圍內，視為尚未解散，公司法第 24 條、第 25 條規定

甚明。民法第 40 條第 2 項亦規定法人至清算終結止，在清算之必要範圍內，視為存續。故公司之解散，固為法律上人格消滅之原因，但公司經解散後，其法人人格並非即告消滅，必須經清算程序，處理其未了事務後，始歸消滅。本件被告○○管理顧問有限公司（以下簡稱○○公司）因其代表人劉○○於民國 102 年 6 月 10 日至 9 月 3 日意圖營利而違反任何人不得媒介外國人非法為他人工作之規定，涉嫌違反就業服務法案件，經台灣桃園地方法院檢察署檢察官以 103 年度偵字第 11746 號提起公訴，於 104 年 3 月 7 日繫屬於台灣桃園地方法院（下稱桃園地院），有上開起訴書、桃園地院收狀戳章可按（見桃園地院 104 年度審易字第 502 號卷第 3 至 5 頁）。雖非常上訴意旨以○○公司於檢察官提起本件公訴前已經解散（按有限公司之解散，準用無限公司有關之規定，有限公司之解散事由，並無得由經濟部核准解散者，見公司法第 71 條規定自明，非常上訴意旨記載○○公司由經濟部核准解散，已有誤會，併此敘明），但迄至 105 年 9 月 1 日，均查無○○公司聲請清算之資料，有台灣桃園地方法院檢察署公務電話紀錄單在卷可查（見台灣桃園地方法院檢察署 105 年度執聲非字第 8 號卷第 23 頁）。縱○○公司屬解散之公司，其代表人前揭行為既在公司解散前已發生，○○公司並經公訴人依法追訴，則○○公司就該案之受刑事審判及處罰，仍屬該公司解散時尚未了結之事務，依公司法第 26 條規

定，應繼續辦理了結，而屬○○公司清算範圍內之事務，再依同法第 25 條規定，○○公司於此範圍視為尚未解散，法人格並未消滅，法院自得為實體之裁判。原確定判決依其確認之事實，認定○○公司違反就業服務法之規定，處罰金新台幣 10 萬元，尚難指為違法。非常上訴意旨未提出○○公司業已清算終結而致訴訟主體消滅之證明，遽行指摘原確定判決有適用法則不當之違法，並非有據。綜上，原確定判決並無非常上訴意旨所指摘之違背法令，依據上揭說明，本件非常上訴尚難認為有理由，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 六 年 三 月 九 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. 第二十輯/最高檢察署編輯委員會編輯.--臺北市：最高檢察署，民107.12
面；21x14.8公分

ISBN 978-986-05-7921-5(平裝)

1. 非常上訴 2. 判例彙編

非常上訴理由及判決要旨 第二十輯

編輯者：最高檢察署編輯委員會

發行者：最高檢察署

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107年12月出版

定價：新台幣280元

ISBN：978-986-05-7921-5

GPN：1010702564