

非常上訴理由及判決要旨第十八輯序

依刑事訴訟法第 441 條規定，判決確定後，發見該案件之審判係違背法令者，最高法院檢察署檢察總長，得向最高法院提起非常上訴，此為本檢察總長專屬之權職，是對於確定刑事判決之審判違背法令所設之救濟方法，以統一法令之適用及保護被告之利益。

本署對非常上訴案件極為重視。檢察官辦理此類案件，除顯無理由者外，均先行調卷審核，如與非常上訴法定要件不合，即按聲請內容，逐項詳予函復；倘原判決確有違誤，即擬具非常上訴理由書報請本檢察總長核定後，向最高法院提起非常上訴。依據統計資料，本署最近 10 年來受理之聲請非常上訴案件，呈現逐年遞增情形。所提起非常上訴經最高法院撤銷原判決者(即非常上訴維持率)比率幾近 8 成，然 100 年度經最高法院撤銷原判決之比率則達到 83.2%，創下 10 年來最高，顯示本署審慎辦理非常上訴案件，對糾正違法裁判，統一法律解釋，及保障人民權益，頗具績效。

為提供從事司法實務人員及社會人士參考，以及避免法律適用錯誤之重見，本署自民國 41 年起，分就非常上訴案件中具有參考價值者，各擇取案例約一百則，編成「非常上訴理由及判決要旨」一書發行，迄今已出版 17 輯。茲於本署全體檢察官近 3 年來經辦案件中審慎篩選 104 則案例，類編成第 18 輯。稿定付梓，期對從事司法實務及刑事法律研究者，有所助益，並因而提高辦案正確性與確保人民權益。

爰略陳編輯之旨，以為之序。

黃世銘 中華民國 101 年 12 月於最高法院檢察署

例 言

- 一、本書係將本署 98 至 100 年，提起非常上訴經最高法院判決撤銷原確定判決之案件，擇其內容具參考性與代表性的 104 案，予以分類編輯而成。
- 二、本書分為刑法、刑事訴訟法、刑事特別法 3 部分，刑法部分 36 案，刑事訴訟法部分 37 案，刑事特別法部分 31 案。
- 三、每一部分之案例順序，係依該部分之法條編號順序編排。
- 四、每案之編排方式，分為（一）關係條文（二）非常上訴理由（三）附錄最高法院刑事判決三欄。

最高法院檢察署 謹識
中華民國 101 年 12 月

非常上訴理由及判決要旨第十八輯目錄

壹、刑法

案次	年度	判決案號 台非字	關 係 條 文	頁次
01	98	117	刑法第 2 條第 1 項、第 42 條 第 3 項	1
02	100	7	刑法第 2 條第 1 項前段、第 41 條第 1 項 刑事訴訟法第 378 條	5
03	99	269	刑法第 2 條、第 80 條、第 83 條、第 213 條 建築法第 70 條第 1 項 刑事訴訟法第 302 條、第 378 條	11
04	100	113	刑法第 2 條第 1 項、第 50 條、第 51 條 刑事訴訟法第 447 條第 1 項 第 1 款	17
05	100	88	刑法第 2 條、第 41 條第 1 項 中華民國 96 年罪犯減刑條 例第 2 條 刑事訴訟法第 378 條	21

06	100	212	刑法第 19 條、第 87 條第 2、3 項 刑事訴訟法第 309 條第 6 款、第 378 條	26
07	99	227	刑法第 28 條 刑事訴訟法第 378 條	29
08	100	27	刑法第 30 條、第 33 條、第 41 條第 1 項前段、第 55 條、第 339 條第 1 項 刑法施行法第 1 條之 1 刑事訴訟法第 378 條	34
09	100	55	刑法第 33 條、第 41 條、第 214 條 中華民國 96 年罪犯減刑條例第 2 條第 1 項第 3 款 刑事訴訟法第 378 條	37
10	98	331	刑法第 38 條第 1 項第 3 款、同條第 3 項 刑事訴訟法第 378 條	42
11	99	367	刑法第 41 條、第 42 條第 4 項、第 51 條 刑事訴訟法第 378 條	45
12	99	146	刑法第 42 條 刑事訴訟法第 378 條、第 379	50

			條第 12 款	
13	99	363	刑法第 47 條、第 50 條、第 51 條、第 79 條之 1 刑事訴訟法第 378 條、第 379 條第 10 款	53
14	99	114	刑法第 30 條、第 47 條、第 50 條、第 51 條 刑事訴訟法第 378 條、第 379 條第 10 款	58
15	99	174	刑法第 47 條第 1 項、第 79 條第 2 項 刑事訴訟法第 378 條	64
16	100	32	刑法第 47 條、第 79 條第 1 項前段 刑法施行法第 1 條之 1 刑事訴訟法第 378 條、第 379 條第 10 款	68
17	98	221	刑法第 51 條、第 53 條 刑事訴訟法第 378 條	73
18	98	193	刑法第 50 條 刑事訴訟法第 62 條 民事訴訟法第 129 條	76
19	99	303	刑法第 50 條、第 51 條	80

20	98	80	刑法第 51 條 中華民國 96 年罪犯減刑條例第 1 條	84
21	99	115	刑法第 51 條 刑事訴訟法第 378 條	87
22	99	268	刑法第 55 條 戶籍法第 75 條第 2 項 刑事訴訟法第 302 條第 1 款、第 378 條	91
23	99	24	刑法第 55 條 刑事訴訟法第 378 條	96
24	98	77	刑法第 74 條第 2 項第 5 款 刑事訴訟法第 378 條	99
25	98	281	刑法第 47 條第 1 項、第 74 條、第 76 條 刑事訴訟法第 378 條	103
26	99	197	刑法第 75 條之 1 刑事訴訟法第 302 條第 2 款	108
27	100	122	刑法第 75 條之 1 第 1 項第 1 款 刑事訴訟法第 378 條	114
28	98	20	刑法第 75 條、第 75 條之 1 刑法施行法第 6 條之 1 刑事訴訟法第 378 條	118

29	99	11	刑法第 75 條之 1 第 1 項第 2 款 刑事訴訟法第 378 條	123
30	99	290	刑法第 47 條、第 79 條第 2 項 刑事訴訟法第 378 條	127
31	98	76	刑法第 56 條、第 221 條第 1 項、第 222 條第 1 項第 8 款、第 304 條 刑事訴訟法第 378 條、第 379 條第 12 款	131
32	99	351	刑法第 47 條、第 284 條 刑事訴訟法第 378 條	135
33	100	213	刑法第 321 條第 1 項第 4 款 刑事訴訟法第 367 條、第 378 條	138
34	99	162	刑法第 305 條 刑法施行法第 1 條之 1 刑事訴訟法第 378 條	143
35	98	174	刑法第 75 條、第 75 條之 1、第 76 條 刑法施行法第 6 條之 1 刑事訴訟法第 378 條	147
36	99	331	刑法第 80 條、第 83 條、第	

			239 條 刑法施行法第 8 條之 1 刑事訴訟法第 447 條第 1 項 第 1 款但書	151
貳、刑事訴訟法				
37	99	315	刑事訴訟法第 5 條第 1 項、 第 304 條、第 378 條、第 379 條第 4 款	155
38	99	94	刑事訴訟法第 8 條、第 303 條第 7 款	158
39	99	318	刑事訴訟法第 40 條、第 378 條	162
40	99	203	刑事訴訟法第 56 條、第 281 條第 1 項、第 379 條第 6 款	166
41	99	102	刑事訴訟法第 118 條、第 378 條	169
42	99	345	刑事訴訟法第 253 條之 2、 第 253 條之 3、第 255 條、 第 256 條之 1、第 303 條第 1 款、第 378 條	173
43	100	46	刑事訴訟法第 253 條之 2、 第 253 條之 3、第 303 條、 第 378 條	178

44	99	300	刑事訴訟法第 264 條、第 266 條、第 302 條第 1 款	184
45	99	90	刑事訴訟法第 267 條、第 302 條第 1 款、第 378 條 刑法第 55 條	189
46	98	138	刑事訴訟法第 267 條、第 268 條、第 379 條	194
47	99	151	刑事訴訟法第 267 條、第 268 條、第 378 條、第 379 條	200
48	100	346	刑事訴訟法第 273 條之 1、 第 284 條之 1、第 376 條、 第 378 條、第 379 條第 1 款、 第 447 條第 2 項、第 449 條 刑法第 335 條第 1 項	206
49	100	29	刑事訴訟法第 288 條第 3 項、第 364 條、第 378 條	209
50	98	231	刑事訴訟法第 303 條第 1 款 少年事件處理法第 2 條、第 3 條、第 5 條第 2 項、第 18 條第 1 項、第 27 條、第 65 條第 1 項	217
51	98	275	刑事訴訟法第 303 條第 1 款、第 378 條	

			少年事件處理法第 2 條、第 3 條、第 18 條第 1 項 少年事件處理法施行細則第 3 條之 1	220
52	98	84	刑事訴訟法第 303 條第 2 款、第 378 條	224
53	98	273	刑事訴訟法第 253 條之 2 第 1 項、第 253 條之 3 第 1 項、第 260 條、第 303 條第 4 款、第 420 條	228
54	99	225	刑事訴訟法第 303 條、第 378 條	232
55	99	206	刑事訴訟法第 303 條、第 378 條、第 379 條 陸海空軍刑法第 54 條 軍事審判法第 1 條第 1 項	235
56	98	147	刑事訴訟法第 8 條第 1 項、第 303 條、第 378 條、第 451 條第 1、3 項	239
57	100	74	刑事訴訟法第 349 條、第 378 條、第 447 條第 1 項第 1 款	246
58	98	217	刑事訴訟法第 362 條、第 367 條、第 378 條、第 455 條之	249

			1 第 1、3、4 項	
59	98	65	刑事訴訟法第 370 條、第 378 條、第 455 條之 1 刑法第 30 條、第 41 條第 1 項、第 55 條、第 339 條第 1 項 中華民國 96 年罪犯減刑條例第 2 條 刑法施行法第 1 條之 1	254
60	100	150	刑事訴訟法 370 條、第 378 條、第 379 條第 14 款 刑法第 57 條	258
61	99	258	刑事訴訟法第 371 條、第 378 條、第 379 條	262
62	99	305	刑事訴訟法第 61 條、第 62 條、第 371 條、第 379 條	266
63	100	85	刑事訴訟法第 371 條、第 379 條、第 447 條第 2 項前段	270
64	98	155	刑事訴訟法第 378 條 刑法第 51 條、第 53 條 中華民國 96 年罪犯減刑條例第 2 條第 2 項、第 8 條第 1 項	274
65	98	255	刑事訴訟法第 371 條、第 379	

			條第 6 款	278
66	98	337	刑事訴訟法第 303 條第 3 款、第 378 條、第 379 條第 10 款	281
67	98	87	刑事訴訟法第 378 條、第 379 條、第 394 條、第 445 條 刑法第 2 條、第 42 條、第 51 條	287
68	100	83	刑事訴訟法第 379 條第 12 款	292
69	98	187	刑事訴訟法第 58 條、第 378 條、第 394 條、第 441 條、第 445 條	296
70	98	226	刑事訴訟法第 378 條 中華民國 96 年罪犯減刑條例第 5 條	301
71	98	35	刑事訴訟法第 378 條、第 447 條第 2 項 中華民國 96 年罪犯減刑條例第 3 條第 1 項	306
72	98	86	刑事訴訟法第 447 條第 2 項 前段 智慧財產案件審理法施行細則第 5 條第 2 項	309
73	98	22	刑事訴訟法第 447 條第 1 項	

			第 1 款但書 刑法第 51 條	315
參、刑事特別法				
兒童及少年福利法				
74	99	86	兒童及少年福利法第 70 條 第 1 項前段 森林法第 52 條第 1 項 刑法第 11 條前段、第 28 條、 第 41 條第 1 項前段、第 42 條第 3 項 中華民國 96 年罪犯減刑條 例第 2 條第 1 項、第 7 條	319
少年事件處理法				
75	98	156	少年事件處理法第 2 條、第 3 條、第 18 條第 1 項、第 27 條第 1 項 刑事訴訟法第 303 條、第 447 條第 1 項第 1 款但書	324
76	100	12	少年事件處理法第 83 條之 1 第 1 項 刑法第 28 條、第 51 條、第 325 條第 1 項、第 339 條之 2 第 1 項	328

			刑事訴訟法第 447 條第 1 項 第 1 款但書	
槍砲彈藥刀械管制條例				
77	100	234	槍砲彈藥刀械管制條例第 18 條第 1 項 刑法第 55 條、第 62 條前段 刑事訴訟法第 378 條	332
78	99	152	槍砲彈藥刀械管制條例第 19 條第 1 項 刑事訴訟法第 310 條第 6 款	339
洗錢防制法				
79	99	342	洗錢防制法第 3 條、第 11 條、第 12 條、第 14 條 證券交易法第 151 條、第 157 條之 1、第 171 條 貪污治罪條例第 10 條 刑事訴訟法第 447 條第 2 項	344
家庭暴力防制法				
80	98	220	家庭暴力防治法第 15 條第 1 項 刑事訴訟法第 378 條	354
毒品危害防制條例				
81	100	138	毒品危害防制條例第 5 條第 1 項、第 2 項、第 18 條第 1	357

			項、第 19 條第 1 項 刑法第 2 條第 1 項、第 11 條、第 28 條、第 38 條第 1 項、第 55 條 刑事訴訟法第 378 條、第 447 條第 1 項第 1 款但書	
82	100	184	毒品危害防制條例第 10 條、第 20 條、第 23 條 保安處分執行法第 4 條之 1 刑事訴訟法第 303 條、第 378 條	363
83	99	346	毒品危害防制條例第 10 條、第 17 條 刑事訴訟法第 378 條	367
84	98	294	毒品危害防制條例第 10 條、第 20 條、第 23 條 刑事訴訟法第 378 條	373
85	99	111	毒品危害防制條例第 10 條、第 20 條、第 23 條 刑事訴訟法第 447 條第 1 項 第 1 款前段	380
86	99	276	毒品危害防制條例第 10 條、 第 21 條第 2 項 刑事訴訟法第 447 條第 1 項 第 1 款前段	386

87	98	295	毒品危害防制條例第 20 條 第 1 項、第 3 項、第 23 條第 2 項 刑事訴訟法第 303 條第 1 款、第 307 條、第 378 條	391
中華民國 96 年罪犯減刑條例				
88	99	289	中華民國 96 年罪犯減刑條 例第 11 條 刑法第 51 條 刑事訴訟法第 447 條第 1 項 第 1 款但書	397
89	98	91	中華民國 96 年罪犯減刑條 例第 11 條 刑法第 51 條 刑事訴訟法第 447 條第 1 項 第 1 款但書	401
90	98	34	中華民國 96 年罪犯減刑條 例第 2 條第 1 項 刑法第 51 條 刑事訴訟法第 447 條第 1 項 第 1 款但書	406
91	99	170	中華民國 96 年罪犯減刑條 例第 2 條第 1 項第 3 款、第 5 條 刑事訴訟法第 447 條第 1 項	410

			第 1 款但書	
92	99	130	中華民國 96 年罪犯減刑條例第 11 條 刑法第 51 條 刑事訴訟法第 447 條第 1 項 第 1 款但書	414
道路交通管理處罰條例				
93	100	6	道路交通管理處罰條例第 86 條第 1 項 刑法第 41 條第 1 項、第 284 條第 1 項前段 刑事訴訟法第 447 條第 1 項 第 1 款	418
竊盜犯贓物犯保安處分條例				
94	99	332	竊盜犯贓物犯保安處分條例第 2 條第 4 項 刑法第 51 條 刑事訴訟法第 447 條第 1 項 第 1 款	421
野生動物保育法				
95	99	190	野生動物保育法第 4 條第 1 項、第 2 項、第 35 條、第 40 條第 1 項 刑事訴訟法第 447 條第 1 項	424

			第 1 款	
農藥管理法				
96	99	189	農藥管理法第 55 條 刑事訴訟法第 447 條第 1 項 第 1 款	428
軍事審判法				
97	100	344	軍事審判法第 1 條第 1 項 陸海空軍刑法第 1 條、第 54 條第 1 項 刑事訴訟法第 379 條	432
98	100	69	軍事審判法第 169 條、第 170 條、第 228 條 刑事訴訟法第 447 條第 1 項 第 1 款但書	436
鄉鎮市調解條例				
99	98	154	鄉鎮市調解條例第 28 條第 2 項 刑事訴訟法第 447 條第 2 項	442
100	100	223	鄉鎮市調解條例第 28 條第 2 項 刑事訴訟法第 447 條第 1 項 第 1 款	447
行刑累進處遇條例				
101	98	113	行刑累進處遇條例第 28 條	

			之 1 第 1、3、4 項 行刑累進處遇條例施行細則 第 15 條第 1 項 刑事訴訟法第 447 條第 1 項 第 1 款	451
102	100	136	行刑累進處遇條例第 28 條 之 1 第 1、3、4 項 行刑累進處遇條例施行細則 第 15 條第 1 項 刑事訴訟法第 447 條第 1 項 第 1 款	456
103	100	94	行刑累進處遇條例第 28 條 之 1 第 1、3、4 項 行刑累進處遇條例施行細則 第 15 條第 1 項 中華民國 96 年罪犯減刑條 例第 8 條第 1 項 刑事訴訟法第 447 條第 1 項 第 1 款	464
公司法				
104	98	105	公司法第 19 條第 2 項 刑法第 28 條、第 339 條第 1 項 刑事訴訟法第 447 條第 1 項 第 1 款	471

【第一案】

一、關係條文

刑 法 第 2 條第 1 項、第 42 條第 3 項。

二、非常上訴理由

- 一、按行為後法律有變更，比較裁判前之法律孰為有利於行為人時，應就罪刑有關之一切情形，比較其全部之結果，而為整個適用，不能割裂而分別適用有利益之條文，固有最高法院二十四年上字第四六三四號、十七年上字第二六一五號判例可資參照；但此之所謂不能割裂適用，係指與罪刑有關之本刑而言，不包括易刑處分，事關刑罰執行（行）之易刑處分仍應分別適用最有利於行為人之法律。易言之，倘所處之主刑同時有徒刑、拘役易科罰金、罰金易服勞役之情形時，關於易科罰金、易服勞役部分應分別為新舊法有利不利之比較，依刑法第二條第一項從舊從輕原則定其易刑之標準（最高法院九十六年台非字第二三四號判決意旨參照）。
- 二、本案被告某甲連續未經許可，製造可發射子彈具有殺傷力之改造手槍之犯行，業經國防部高等軍事法院高雄分院於（民國）九十七年六月二十七日以九十七年上更一字第 00 二號判決（以下簡稱本件確定判決），處有期徒刑五年，併科罰金新台幣十二萬元，如易服勞役，以銀元三百元即新台幣九百元折算一日確定。惟其中罰金

刑部分，依九十五年七月一日修正施行之現行刑法第四十二條第三項前段規定：『易服勞役以新台幣一千元、二千元或三千元折算一日』。依九十五年七月一日修正前罰金罰鍰提高標準條例第二條前段規定，係將易服勞役原定數額提高為一百倍折算一日。本件確定判決判處被告某甲罰金既為新台幣十二萬元，如以新台幣一千元、二千元或三千元折算，易服勞役日數分別應為一百二十日、六十日或四十日，如依本件確定判決，以新台幣九百元折算，易服勞役日數則為一百三十三日；自以現行刑法所規定之易服勞役折算標準較有利於被告。本件確定判決依九十五年七月一日修正施行前之刑法第四十二條第二項前段及九十五年七月一日修正施行前之罰金罰鍰提高標準條例第二條前段規定，於判決主文諭知罰金如易服勞役，以銀元三百元即新台幣九百元折算一日，顯有判決適用法則不當之違法。

三、依軍事審判法第二百二十六條提起非常上訴。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十八年度台非字第一一七號
上訴人 國防部最高軍事法院檢察署檢察長
被告 某甲

上列上訴人因被告違反槍砲彈藥刀械管制條例案件，對於國防部高等軍事法院高雄分院中華民國九十七年六月二十七日第二審確定判決（九十七年上更一字第00二號，起訴案

號：國防部中部地方軍事法院檢察署九十五年偵字第080號），認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於違反槍砲彈藥刀械管制條例部分撤銷。

某甲未經許可，製造可發射子彈具有殺傷力之改造手槍，處有期徒刑五年，併科罰金新台幣拾萬元，罰金如易服勞役，以新台幣壹仟元折算壹日。

扣案如附表一、二、三所示之物，均沒收。

理 由

非常上訴理由(見前二)

本院按：修正後刑法第二條第一項規定：「行為後法律有變更者，適用行為時之法律。但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律」，係規範行為後法律變更所生新舊法比較適用之準據法。本件被告某甲於九十三年五月至同年年底某日，有原判決事實欄所載未經許可，製造子彈及可發射子彈具有殺傷力之改造手槍等犯行，因而撤銷初審此部分之判決，改判依想像競合犯之規定，從一重論被告以未經許可，製造可發射子彈具有殺傷力之改造手槍罪，判處有期徒刑五年，併科罰金新台幣十二萬元，並宣告扣案如附表一、二、三所示之物均沒收。經查被告行為時之刑法第四十二條第二項規定：「易服勞役以（銀元）一元以上三元以下折算一日。但勞役期限不得逾六個月。」且依九十五年七月一日刪除前罰金罰鍰提高標準條例第二條前段規定(該條例業於九十八年四月二十九日經公告廢止)，應就其原定數額提高為一百倍折算一日。另現行法規所定貨幣單位折算

新台幣條例第二條又規定：「現行法規所定金額之貨幣單位為圓、銀元或元者，以新台幣元之三倍折算之。」則本件被告行為時之易服勞役折算標準，應以銀元一百元以上三百元以下折算一日，即新台幣三百元以上九百元以下折算一日。惟九十五年七月一日修正施行之刑法第四十二條第三項規定：「易服勞役以新台幣一千元、二千元或三千元折算一日。但勞役期限不得逾一年。」是比較新舊法之結果，如易服勞役之期限未逾六月者，以修正後之折算標準較有利於被告，自應依刑法第二條第一項規定，適用裁判時法即修正後刑法第四十二條第三項為易服勞役之折算標準。乃原判決就被告所處併科罰金新台幣十二萬元部分，於比較新舊法後，竟誤認修正前刑法第四十二條第二項之規定較有利於被告，而依修正前之該項規定諭知罰金如易服勞役，以銀元三百元即新台幣九百元折算一日，揆之首開說明，自屬於法有違。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決關於違反槍砲彈藥刀械管制條例部分撤銷改判，以資救濟。

據上論結，應依軍事審判法第二百二十八條，刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，槍砲彈藥刀械管制條例第十一條第一項（修正前）、第十二條第一項，刑法第十一條前段、第二條第一項、第四十二條第三項、第三十八條第一項第一款、第二款、第五十五條前段，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 八 年 五 月 十 四 日

【第二案】

一、關係條文

刑 法 第 2 條第 1 項前段、第 41 條第 1 項。

刑 事 訴 訟 法 第 378 條。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又，刑法於（民國）九十五年七月一日修正施行，依修正前刑法第四十一條第一項前段、八十二年二月五日修正公布罰金罰鍰提高標準條例（現已廢止）第二條、現行法規所定貨幣單位折算新臺幣條例第二條規定，被告犯最重本刑為五年以下有期徒刑以下之罪，而受六個月以下有期徒刑或拘役之宣告者，得以新臺幣三百元、六百元或九百元，折算一日，易科罰金。而修正後同條項規定，則以新臺幣一千元、二千元或三千元折算一日而易科罰金。是以，刑法修正前後之易科罰金折算標準已有不同，如數罪併罰之數犯罪行為跨越刑法修正前後，於定應執行之刑及諭知易科罰金折算標準時，即有比較新舊法之必要。

二、本件被告某甲前於九十五年四月二十四日至九十五年六月二十三日間犯連續業務侵占罪，又於九十五年八月一日至九十六年三月二十日犯多次業務侵占罪，經原審認

臺灣桃園地方法院九十七年度訴字第四五三號判決認事用法及量刑均無不當，而駁回被告上訴，又上開數罪因合於數罪併罰之要件，且數罪均符合刑法第四十一條第一項前段得易科罰金之情形，依刑法第四十一條第八項之規定，諭知易科罰金之折算標準。原判決並於理由貳之二說明『查被告某甲為如原判決附表一所示業務侵占犯行之行為後，刑法部分條文業經修正公布，並於九十五年七月一日施行。修正後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，於修正後刑法施行後，應適用修正後刑法第二條第一項規定之從舊從輕之原則為比較。經查：(1)修正前刑法第五十六條有關連續犯之規定，本質上為數罪，其法律效果，為以一罪論得加重其刑，此次修正後刑法第五十六條連續犯之規定，則已刪除，亦即連續多次犯構成要件相同之犯罪行為，須數罪併罰。是此次修正對於連續犯為數罪之本質並無改變，僅其法律效果更異而已，以修正前之論以連續犯之規定較有利於被告。(2)刑法第三十三條第五款罰金之最低額度，於修正前係規定「罰金：一元以上。」，再以銀元與新臺幣之折算比率一比三後計算，罰金之最低額為新臺幣三元；而修正後刑法第三十三條第五款規定「罰金：新臺幣一千元以上，以百元計算之」，以修正前之規定較有利於被告。(3)按新法第五十一條第五款提高多數有期徒刑合併應執行之刑不得逾三十年，新法施行後，應依新法第二條第一項之規定，適用最有利於行為人之法律。裁判確定

前犯數罪，其中一罪在新法施行前者，亦同（最高法院九十五年度第八次刑事庭會議意旨參照）。查被告所犯如原判決附表二所示犯行，其犯罪時間均在新法施行後，惟因與其在新法施行前所犯如原判決附表一所示犯行合併定應執行刑，揆諸前揭說明，即應為新舊法之比較，則修正前刑法第五十一條規定：「數罪併罰，分別宣告其罪之刑，依左列各款定其應執行者：」其中第五款規定：「宣告多數有期徒刑者，於各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下，定其刑期。但不得逾二十年。」；修正後刑法第五十一條第五款規定：「宣告多數有期徒刑者，於各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下，定其刑期。但不得逾三十年」，比較結果，則修正後之規定，將宣告多數有期徒刑定執行刑之上限，由修正前之不得逾二十年，提高為不得逾三十年，其餘則無不同，修正後之規定並非較有利於被告。(4)綜合上開修正前、後之規定，就罪刑有關之一切情形，比較其全部之結果（最高法院二十四年上字第四六三四號、二十七年上字第二六一五號判例參照），以修正前之前揭規定較有利於被告，依刑法第二條第一項前段、後段規定之「從舊、從輕」原則，就被告前揭犯行，自應適用修正前之前揭規定。』就易科罰金之折算標準雖未比較，然修正前刑法第四十一條第一項前段規定，顯較有利於被告，且法律亦不宜割裂適用，則本案應依修正前刑法第四十一條第一項前段、八十二年二月五日修正公布罰金罰鍰提高標準條例（現已廢止）第二條、現行法

規所定貨幣單位折算新臺幣條例第二條規定，以新臺幣三百元、六百元或九百元為易科罰金折算標準。詎原判決未察，逕諭知如易科罰金，以新臺幣一千元折算一日，即有判決適用法則不當之違背法令。

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

三、附錄

最高法院刑事判決

一〇〇年度台非字第七號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告業務侵占案件，對於台灣高等法院中華民國九十九年七月十三日第二審確定判決(九十八年度上訴字第二五九九號，起訴案號：台灣桃園地方法院檢察署九十六年度偵字第一九六六二號)，認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於業務侵占部分撤銷。

某甲因犯如附表一、二所示業務侵占十三罪所處之刑，應執行有期徒刑壹年捌月，如易科罰金，以銀元叁佰元即新台幣玖佰元折算壹日。

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。又九十五年七月一日修正施行之刑法第二條第一項明定：「行為後法律有變更者，適

用行為時之法律。但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律。」。關於有期徒刑之易科罰金折算標準，現行刑法第四十一條第一項前段之規定為以新台幣一千元、二千元或三千元折算一日，修正前該條項係規定以一元以上三元以下折算一日；參以修正前罰金罰鍰提高標準條例第二條前段規定，依刑法第四十一條易科罰金者，均就其原定數額提高為一百倍折算一日，另廢止前現行法規所定貨幣單位折算新台幣條例第二條規定，貨幣單位為圓、銀元或元者，以新台幣三倍折算之，故於刑法修正前之折算標準即以新台幣三百元以上九百元以下折算一日。兩相比較後，應以修正前之規定有利於行為人。故行為人所犯數罪，符合刑法第四十一條第一項得易科罰金之規定者，而該數犯罪行為時點又跨越九十五年七月一日修正刑法之施行日，則於決定其合併定執行刑後之易科罰金標準，本有比較新舊法之必要，且應依刑法第二條第一項規定意旨，以最有利於行為人之標準折算，即應適用修正前刑法第四十一條第二項所定折算標準，始為適法。本件被告某甲前於九十五年四月十四日起至同年六月二十三日止，犯連續業務侵占罪，經判處有期徒刑八月，減為有期徒刑四月（即原判決附表〈下稱附表〉一），其犯罪時間顯在九十五年七月一日之前，應適用舊法，而以修正前刑法第四十一條第一項、罰金罰鍰提高標準條例第二條所定之折算標準銀元一百元、二百元、三百元，即新台幣三百元、六百元、九百元折算一日；至於其後於九十五年八月一日起至九十六年三月二十日所犯如附表二所示之業務侵占十二罪，各判處有期徒刑七月，均減為有期徒刑三月又

十五日，其犯罪時間皆係在九十五年七月一日之後，本應適用新法，以刑法第四十一條第一項前段規定之新台幣一千元、二千元或三千元折算一日。惟原審未察，對於被告所犯跨及刑法修正前後之數犯罪行為之應執行刑之量定，漏未比較新舊法，逕依修正後第四十一條第一項規定，就易刑部分諭知如易科罰金，以新台幣一千元折算一日，揆諸上揭說明，即有判決適用法則不當之違背法令。非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，因原判決不利於被告，自應由本院將原判決關於該部分撤銷，另行改判如主文第二項所示，以資救濟。據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，刑法第二條第一項前段、第三百三十六條第二項、修正前刑法第四十一條第一項、罰金罰鍰提高標準條例第二條，判決如主文。

中 華 民 國 一 〇 〇 年 一 月 二 十 七 日

【第三案】

一、關係條文

刑	法	第 2 條、第 80 條、第 83 條、第 213 條。			
建	築	法	第 70 條第 1 項。		
刑	事	訴	訟	法	第 302 條、第 378 條。

二、非常上訴理由

- 一、按案件時效已完成者，應諭知免訴之判決，刑事訴訟法第三百零二條第二款定有明文。又於九十四年一月七日刑法修正施行前，其追訴權時效已進行而未完成者，比較修正前後之條文，適用最有利於行為人之規定，刑法施行法第八條之一亦定有明文。又犯最重本刑為三年以上十年未滿有期徒刑之罪者，依修正前刑法第八十條第一項第二款規定，其追訴權時效期間為十年；而修正後刑法第八十條第一項第二款則規定為二十年。修正後刑法所定之追訴權時效期間較長，對行為人較為不利，故本件關於追訴權之時效期間之計算，自應適用修正前刑法第八十條第一項第二款之規定，且關於追訴權時效之停止進行及其期間、計算，亦應一體適用修正前刑法第八十三條之規定。
- 二、本件原判決認定，被告某甲係前苗栗縣政府建設局建管課約雇員，負責八大行業之稽查、建物開工及勘驗之審

核、建物建造執照與使用執照之審核、違章建物之查報等業務，係依據法令從事公務之人員。於八十五年間承辦由林○○等所提出使用執照申請案，詎某甲明知如有屋頂構造物等附屬建物尚未完成，依建築法第七十條第一項、第八條之規定，不得發給使用執照。其竟明知前揭該等建物並未全部按當時現存之相關設計圖說施作完成，卻在現場勘驗時，僅以抽檢甫至現場即舉目可見，而經林○○等事先設計之前幾戶即如附件編號一至五所示各戶之便宜行事方式；及在審查申請資料時，明知其中尚有其他數十戶，未經抽檢，無從確認已全部依原申請圖說施作完成，竟以全部所有申請之建物，皆已施作完成之不實事項，登載並據以製作不實之使用執照審核表，在審核表上簽註「擬准發照」後，由不知情時任建管課課長之林○○代為決行，於八十五年十二月二十一日違法核發八五粟建管湖使字第六八號使用執照予○○○公司，足生損害於苗栗縣政府對於核發建物使用執照管理之正確性，並使○○○公司違法取得上開建案建物使用執照之不法利益，核其所為，係犯刑法第二百一十三條公務員登載不實文書罪等情。依該條之規定，法定刑為一年以上七年以下有期徒刑，其追訴權時效為十年。查被告上開犯罪成立之日為八十五年十二月二十一日，故其追訴權時效應自該日起算，若未於九十五年十二月二十一日以前，對被告行使追訴權，則時效已完成，即不得再行追訴。次查本件係由檢察官以另案刑事判決及不起訴處分書，認包括被告在內等九人涉有

貪瀆罪嫌，於九十六年六月六日簽分九十六年度他字第三五八號案件辦理，並指揮法務部調查局苗栗縣調查站於同年六月十四日對被告等進行調查，製作詢問筆錄，嗣於九十七年一月十四日移送檢察官偵辦，於同年一月二十四日改分九十七年度偵字第四六四號案偵辦，於九十七年三月四日偵查終結，將被告等人提起公訴等情，有原台灣苗栗地方法院檢察署上開案件卷宗可查。故本件追訴權時效自八十五年十二月二十一日被告犯罪成立之日起算，加上本件法定追訴權時效期間十年，期間又無停止進行之原因，其追訴權時效應於九十五年十二月二十一日完成，原檢察官於九十六年六月六日開始進行偵查時，追訴權時效早已完成，原判決既認定被告僅有刑法第二百一十三條之罪，其追訴權時效已經完成，自應依法諭知免訴之判決，始為適法，乃竟為實體上有罪判決，自屬違法。

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 九十九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

上列上訴人因被告偽造文書案件，對於台灣高等法院台中分院中華民國九十九年四月十三日第二審確定判決(九十七年度上訴字第二三六一號，起訴案號：台灣苗栗地方法院檢察

署九十六年度偵字第三〇七〇號、九十六年度偵緝字第二九六號、九十七年度偵字第四六四號），認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於某甲公務員登載不實文書部分撤銷。

上開撤銷部分免訴。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又時效已完成者，應諭知免訴之判決，同法第二百零二條第二款亦有明定。又於民國九十四年一月七日刑法修正施行前，其追訴權時效已進行而未完成者，比較修正前後之條文，適用最有利於行為人之規定，刑法施行法第八條之一亦定有明文。又犯最重本刑為三年以上十年未滿有期徒刑之罪者，依修正前刑法第八十條第一項第二款規定，其追訴權時效期間為十年；而修正後刑法第八十條第一項第二款則規定為二十年。修正後刑法所定之追訴權時效期間較長，對行為人較為不利，故本件關於追訴權之時效期間之計算，自應適用修正前刑法第八十條第一項第二款之規定，且關於追訴權時效之停止進行及其期間、計算，亦應一體適用修正前刑法第八十三條之規定。本件原確定判決以：被告某甲係前苗栗縣政府建設局建管課約雇員，負責八大行業之稽查、建物開工及勘驗之審核、建物建造執照與使用執照之審核、違章建物之查報等業務，係依據法令從事公務之人員。於八十五年間承辦由林○○等所提出使用

執照申請案，詎某甲明知如有屋頂構造物等附屬建物尚未完成，依建築法第七十條第一項、第八條之規定，不得發給使用執照。其竟明知前揭該等建物並未全部按當時現存之相關設計圖說施作完成，卻在現場勘驗時，僅以抽檢甫至現場即舉目可見，而經林○○等事先設計之前幾戶即如原判決附件編號一至五所示各戶之便宜行事方式；及在審查申請資料時，明知其中尚有其他數十戶，未經抽檢，無從確認已全部依原申請圖說施作完成，竟以全部所有申請之建物，皆已施作完成之不實事項，登載並據以製作不實之使用執照審核表，在審核表上簽註「擬准發照」後，由不知情時任建管課課長之林XX代為決行，於八十五年十二月二十一日違法核發八五粟建管湖使字第六八號使用執照予○○○公司，足生損害於苗栗縣政府對於核發建物使用執照管理之正確性，並使○○○公司違法取得上開建案建物使用執照之不法利益等情。因而適用刑法第二條第一項、第二百十三條、第七十四條第一項第一款、第二項第四款、中華民國九十六年罪犯減刑條例第二條第一項第三款、第七條，論被告公務員明知為不實之事項，而登載於職務上所掌之公文書，足以生損害於公眾罪，判處有期徒刑一年六月，減為有期徒刑九月，緩刑參年，並向公庫支付新台幣十二萬元。惟查刑法第二百十三條之公務員登載不實文書罪，其最重本刑為有期徒刑七年，其追訴權時效依修正前刑法第八十條第一項第二款之規定為十年。被告上開犯罪成立之日為八十五年十二月二十一日，故其追訴權時效應自該日起算，若未於九十五年十二月二十一日以前，對被告行使追訴權，則時效已完成，即不得

再行追訴。本件係由檢察官以另案刑事判決及不起訴處分書，認包括被告在內等九人涉有貪瀆罪嫌，於九十六年六月六日簽分九十六年度他字第三五八號案件辦理，並指揮法務部調查局苗栗縣調查站於同年六月十四日對被告進行調查，製作詢問筆錄，嗣於九十七年一月十四日移送檢察官偵辦，於同年一月二十四日改分九十七年度偵字第四六四號案偵辦，於九十七年三月四日偵查終結，將被告提起公訴等情，有台灣苗栗地方法院檢察署上開案件卷宗可查。故本件追訴權時效自八十五年十二月二十一日被告犯罪成立之日起算，加上本件法定追訴權時效期間十年，期間又無停止進行之原因，其追訴權時效應於九十五年十二月二十一日完成，原檢察官於九十六年六月六日開始進行偵查時，追訴權時效早已完成，原判決既認定被告僅有刑法第二百十三條之罪，其追訴權時效已完成，依首開規定，應諭知免訴之判決，原判決不察，竟為實體上有罪判決，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，應由本院將原判決關於被告公務員登載不實文書部分撤銷，改判諭知此部分免訴，以資救濟。

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

中 華 民 國 九 十 九 年 九 月 十 六 日

【第四案】

一、關係條文

刑 法 第 2 條第 1 項、第 50 條、第 51 條。
刑事訴訟法 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。而定應執行刑之裁定，與科刑判決有同等效力，於裁定確定後，如發現有違背法令情形，自得提起非常上訴。又裁判確定前犯數罪者，併合處罰之；宣告多數有期徒刑者，於各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下定其刑期，但不得逾二十年，刑法第五十條、修正前同法第五十一條第五款定有明文。而（民國）九十四年二月二日修正公布，自九十五年七月一日起施行之刑法，其第五十一條第五款關於數罪併罰合併定應執行刑之有期徒刑最高期限，已將原定之二十年提高為三十年，比較新、舊法之結果，對於在修正施行前之犯罪，即應適用該較有利於行為人之舊法。而裁判確定前犯數罪，其中一罪在新法施行前者，亦同，最高法院九十五年度第八次刑事庭會議決議可資參照。
- 二、經查受刑人某甲所犯如附表所示各罪，以編號 1、2 之二罪最先於九十七年十月七日確定，其他各罪即附表編

號3至8之犯罪時間均在該編號1、2之二罪判決確定前所犯，符合刑法第五十條數罪併罰之規定，且編號8所示之罪，其犯罪時係在前揭刑法修正施行日前（編號8之犯罪時間，係九十二年十月二十六日，見台灣板橋地方法院檢察署九十九年度執更字第三四〇三號卷附台灣高等法院九十八年度上訴字第三二七〇號判決事實欄一所載）。揆諸前揭說明，並於該八罪中最長期即編號8之有期徒刑十四年以上，各刑合併之刑期以下，未逾二十年之範圍內，依法定其應執行之刑，始為適法。詎原裁定未察，合併定其應執行之刑為有期徒刑二十六年，顯逾越舊法所定二十年之最長期限，而有適用法則不當之違背法令。

三、案經確定，且於受刑人不利，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。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇〇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

上列上訴人因被告數罪併罰有二裁判以上，聲請定其應執行刑案件，對於台灣高等法院中華民國九十九年九月二十四日確定裁定（九十九年度聲字第二六九六號，聲請案號：台灣高等法院檢察署九十九年度執聲字第一一九九號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原裁定撤銷。

某甲因犯如附表所示八罪所處之刑，應執行有期徒刑貳拾年。

理 由

非常上訴理由(見前二)

本院按：定執行刑之裁定，與科刑之確定判決有同一效力，如有違背法令，自得提起非常上訴。又裁判確定前犯數罪者，併合處罰之；而宣告多數有期徒刑者，於各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下，定其刑期。但不得逾二十年。刑法第五十條及九十五年七月一日修正施行前刑法第五十一條第五款定有明文。上揭合併定執行刑之最長期限，雖於九十五年七月一日施行之新刑法規定提高為三十年，但裁判確定前犯數罪，祇要其中一罪在新法施行前者，經比較新、舊法結果，即應適用有利於行為人之舊法。本件被告即受刑人某甲所犯如附表所示各罪，以編號1、2二罪最先於九十七年十月七日確定，其他各罪即附表編號3至8之犯罪時間均在該編號1、2之二罪判決確定前所犯，符合刑法第五十條數罪併罰之規定，其中編號8所示之罪，其犯罪時間係於九十二年十月二十六日。揆諸前揭說明，應於該八罪中最長期即編號8該罪之有期徒刑十四年以上，各刑合併之刑期以下，未逾二十年之範圍內，依法定其應執行之刑，始為適法。原審未察，合併定其應執行之刑為有期徒刑二十六年，顯逾越舊法所定二十年之最長期限，而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，應由本院將原裁定撤銷，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，刑法第二條第一項、第五十三條，修正前刑法第五十一條第五款，判決如主文。

中 華 民 國 一 〇 〇 年 四 月 二 十 九 日

【第五案】

一、關係條文

刑 法 第 2 條、第 41 條第 1 項。

中華民國九十六年罪犯減刑條例 第 2 條。

刑 事 訴 訟 法 第 378 條。

二、非常上訴理由

一、按判決適用法則不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條後段定有明文。次按行為後法律有變更者，適用行為時之法律，但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律，修正刑法第二條第一項亦有明文規定。又被告於行為時即修正前刑法第四十一條第一項前段規定：『犯最重本刑為五年以下有期徒刑以下之刑之罪，而受六個月以下有期徒刑或拘役之宣告，因身體、教育、職業、家庭之關係或其他正當事由，執行顯有困難者，得以一元以上三元以下折算一日，易科罰金。』又被告行為時之易科罰金折算標準，依罰金罰鍰提高標準條例第二條前段（現已廢止施行）規定，就其原定數額提高為一百倍折算一日，則本件被告行為時之易科罰金折算標準，應以銀元三百元折算一日，另依現行法規所定貨幣單位折算新台幣條例第二條，經折算為新台幣後，應以新台幣九百元折算一日。惟（民國）

九十五年七月一日修正公布施行之刑法第四十一條第一項前段則規定：『犯最重本刑為五年以下有期徒刑以下之刑之罪，而受六個月以下有期徒刑或拘役之宣告者，得以新台幣一千元、二千元或三千元折算一日，易科罰金。』比較修正前後之易科罰金折算標準，以九十五年七月一日修正公布施行前之規定，較有利於被告，則應依修正刑法第二條第一項前段，適用修正前刑法第四十一條第一項前段規定，定其折算標準。

二、經查：本件原判決認定被告某甲係於九十五年六月十二日犯刑法第二百十條之偽造文書罪，而判處有期徒刑三月。惟原審法院於諭知易科罰金折算標準時，疏未注意被告犯罪時，刑法第四十一條第一項前段及行為時罰金罰鍰提高標準條例尚未修正或廢止，且修正前之上開規定有利於被告，依修正刑法第二條第一項但書之規定，應適用修正前有利於行為人之規定，詎竟引用修正後刑法第四十一條第一項前段之規定，以新台幣一千元折算一日，諭知易科罰金折算之標準，自有判決適用法則不當之違法。

三、被告犯罪時間係在九十六年四月二十四日以前，查無中華民國九十六年罪犯減刑條例第三條所定不得減刑之情形，自應依該條例予以減刑，原判決漏未一併宣告減刑，亦有適用法則不當之違法。

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。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇〇年度台非字第八八號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告偽造文書案件，對於台灣台北地方法院中華民國九十九年九月二十九日確定判決(九十九年度簡字第三五六八號，聲請簡易判決處刑案號：台灣台北地方法院檢察署九十九年度偵字第七四九一號)，認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於有期徒刑易科罰金之折算標準部分撤銷。

某甲因犯偽造私文書，足以生損害於他人罪，所處有期徒刑叁月，如易科罰金，以新台幣玖佰元折算壹日。減為有期徒刑壹月又拾伍日，如易科罰金，以新台幣玖佰元折算壹日。

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。復按九十五年七月一日修正施行之現行刑法第二條第一項明定：「行為後法律有變更者，適用行為時之法律。但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律」。而關於有期徒刑、拘役易科罰金之折算標準，現行刑法第四十一條第一項前段固規定為「以新台幣一千元、二千元或三千元折算一日」。然修正前該條項係規定為「以一元以上三元以下折算一日」，另修正

前罰金罰鍰提高標準條例第二條（現已刪除）則規定：依刑法第四十一條易科罰金者，均就其原定數額提高為一百倍折算一日，再依現行法規所定貨幣單位折算新台幣條例第二條規定，折算新台幣後，其所定之折算標準即為以新台幣三百元以上九百元以下折算一日。兩相比較，應以修正前之規定有利於行為人。本件確定判決認定被告某甲於九十五年六月十二日，在與游○○協商債務後之協議書上，偽造陳○○之署名等情。則原判決適用刑法第二百十條，論被告以偽造私文書，足以生損害於他人罪，處有期徒刑三月。於諭知易科罰金之折算標準時，自應依法為新舊法之比較，適用最有利於被告之修正前刑法四十一條第一項所定之折算標準，即諭知以新台幣三百元以上九百元以下折算一日，始為適法。乃原判決卻依裁判時之現行刑法所規定，有期徒刑易科罰金之折算標準，而諭知以新台幣一千元折算一日，揆諸上揭規定及說明，原判決關於有期徒刑易科罰金折算標準之諭知，即有判決適用法則不當之違背法令。案經確定，且對被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決關於有期徒刑易科罰金之折算標準部分撤銷改判，依法諭知其易科罰金之折算標準；暨被告犯罪，合於中華民國九十六年罪犯減刑條例所規定減刑之要件，為訴訟經濟，避免檢察官或被告另聲請最後審理事實之法院裁定之勞費，爰併為減刑之宣告，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，刑法第二條第一項前段、第二百十條，修正前刑法第四十一條第一項，修正前罰金罰鍰提高標準條例第二條前段，中華

民國九十六年罪犯減刑條例第二條第一項第三款、第七條，
判決如主文。

中 華 民 國 一 〇 〇 年 四 月 二 十 一 日

【第六案】

一、關係條文

刑 法 第 19 條、第 87 條第 2 項、第 3 項。
刑 事 訴 訟 法 第 309 條第 6 款、第 378 條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文；又依刑法（修正前）第八十七條第二項因精神耗弱而減輕其刑，諭知監護處分者，其處分期間為三年以下，同條第三項規定甚明，法院自應在此範圍內，酌定監護處分之期間，以為執行之依據。（本院八十二年度台上字第三一六六號判決參照）。查本件被告某甲因殺人罪，經第一審法院以其係精神耗弱之人，判處有期徒刑十二年，褫奪公權十年，並於刑之執行完畢或赦免後，令入相當處所，施以監護，惟並未諭知確切之監護處分期間，檢察官無從據以執行。雖經被告提起上訴，原審竟仍未予糾正，而予駁回，自有適用法則不當之違背法令，且於被告不利，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 一〇〇年度台非字第二一二號
上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某 甲

上列上訴人因被告殺人案件，對於台灣高等法院高雄分院中華民國八十八年二月十一日第二審確定判決（八十七年度上訴字第二〇五五號，起訴案號：台灣高雄地方法院檢察署八十六年度偵字第一六〇一七號），認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原審及第一審判決關於諭知保安處分部分均撤銷。

某甲應於刑之執行完畢或赦免後，令入相當處所，施以監護貳年。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按：民國九十四年二月二日總統令修正公布前刑法第八十七條第二項、第三項規定「因精神耗弱或瘖啞而減輕其刑者，得於刑之執行完畢或赦免後，令入相當處所，施以監護。」「前二項處分期間為三年以下。」又有罪之判決書，如諭知保安處分者，並應記載其處分及期間，刑事訴訟法第三百零九條第六款復有明文。本件被告某甲因殺人罪，經第一審判決認其為精神耗弱之人，而依九十四年二月二日總統令修正公布前刑法第十九條第二項減輕其刑後，量處有期徒刑十二年，褫奪公權十年，並諭知於刑之執行完畢或赦免後，令入相當處所，施以監護，惟並未記載其監護之期間。揆諸首揭說明，此部分判決自屬違法。原判決未予糾正，仍予以維持，亦屬違法。案經確定，非常上訴意旨執此指摘，洵有理由。

原判決不利於被告，應由本院將原審及第一審判決關於諭知保安處分部分撤銷改判，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但書，中華民國九十四年二月二日總統令修正公布前刑法第八十七條第二項、第三項，判決如主文。

中 華 民 國 一 〇 〇 年 七 月 二 十 一 日

【第七案】

一、關係條文

刑 法 第 28 條。

刑 事 訴 訟 法 第 378 條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又按共同實施犯罪行為，在合同意思範圍內，相互利用他人之行為，以達其犯罪之目的，原不必每階段均實際參與，只須分擔犯罪行為之一部，即應對全部所發生之結果共同負責；而共同正犯之意思聯絡，不限於事前有所協議，於行為當時，基於相互之認識，以共同犯罪之意思參與者，亦無礙於共同正犯之成立，此有最高法院民國九十四年度台上字第五七八號判決可參考，此乃學理上所稱之『共犯連帶責任』之理論。故共同被告依共犯連帶責任原則，對於全部所發生之結果共同負責，應自『個別行為人加入而成為共犯之時間起』負其責任，此乃當然之理，並有本件共同被告黃○○等人提起上訴後，由台灣高等法院台南分院以九十八年度上易字第八二四號所為之判決(第十一頁)可參考。尤其自九十五年七月一日修正刑法廢除連續犯、牽連犯之規定後，以往之連續詐欺罪，以一罪論之情形已不復見，而變成一個詐欺罪即有一個刑罰。本件詐欺之犯罪時間，既全部在九十七年五月以後，則全部十一個詐欺罪

自均係一罪一罰，本件四名被告既未參與（原判決）附表二編號1至8之犯罪，且在此等被告加入本件詐欺集團時，上開八個罪早已成立，犯罪所得贓款，亦均分贓完畢，本件四名被告又如何能與此八罪之犯罪行為人有犯意聯絡及行為分擔？原審認定本件四名被告應對本件全部十一個詐欺罪，負共同正犯之責任，自有違反經驗法則與論理法則。本件依原確定判決認定之事實，被告某丙、某甲、某丁均係自九十七年八月間、被告某乙則係自同年八月底，始先後加入本件詐欺集團，依上開說明，此四名被告自不應就本件詐欺集團其他成員在該四人加入前之犯罪行為〔即（原判決）附表二編號1至8之犯罪〕共負刑責。乃原判決仍認此四名被告均應為全部十一個詐欺罪共負刑責，自有適用法則不當之違法。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	九十九年度台非字第二二七號
上訴人	最高法院檢察署檢察總長
被告	某甲
	某乙
	某丙
	某丁

上列上訴人因被告等詐欺取財等罪案件，對於台灣台南地方法院中華民國九十八年九月二十二日第一審確定判決（九十七年度易字第一九四〇號，起訴案號：台灣台南地方法院檢

察署九十七年度偵字第一三三六一、一五八〇三、一五八〇四、一五八七五號），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、某乙、某丙、某丁所犯原判決附表二編號1至8部分均撤銷，由台灣台南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：科刑之判決書，其宣示之主文，與所載之事實及理由必須互相適合，否則即屬理由矛盾，其判決當然為違背法令。又共同正犯之所以應對其他共同正犯所實行之行為負其全部責任者，以就其行為有犯意之聯絡為限。本件原判決關於被告某甲、某乙、某丙、某丁(以下除分別載稱姓名者外，合稱為「被告等」)部分，於事實欄二(五)記載：林○○、黃○○(以上二人均另經判處詐欺取財十一罪罪刑確定)於九十七年八月間邀集具有意圖為自己不法所有之共同犯意聯絡之黃 XX(另經判處詐欺取財四罪罪刑確定)、施○○(另案偵查中)加入林 XX(另經判處詐欺取財十一罪罪刑確定)與大陸地區綽號「阿發」之成年男子等人所組成之詐欺集團(下稱系爭詐欺集團)蒐集人頭帳戶，黃 XX除刊登報紙廣告收購帳戶外，並邀集具有共同犯意聯絡之某丙、某甲加入系爭詐欺集團，某丙再邀集具有共同犯意聯絡之某丁加入，某甲、某丁除提供個人帳戶外，並擔任車手領款，某丙則負責載某甲前往車手集合地點或通知某丁前往集合等

工作；又於事實欄二(六)記載：九十七年八月底，擔任系爭詐欺集團台灣地區聯絡人之林 XX 邀同具有共同犯意聯絡之某乙加入，負責將車手領得之款項匯入「阿發」指定之帳戶等情（見原判決正本第七頁）。係認定某丙、某甲、某丁均自九十七年八月間起，某乙則自同年八月底起加入系爭詐欺集團，而與集團內之其他成員有共同意圖為自己不法所有之犯意聯絡及分擔工作。但理由欄竟謂被告等就原判決附表二編號 1 至 8 所示九十七年五月十五日起至同年八月十二日止，被告等加入系爭詐欺集團前之詐欺取財犯行（編號 8 之九十七年八月十一、十二日部分，時間雖在某丙、某甲、某丁加入系爭詐欺集團之後，但原判決認與此等部分為實質上一罪之同編號九十七年六月二十三日至同年七月二十九日部分，仍在彼等加入之前），與集團內之其他成員「均有犯意聯絡及行為分擔，均為共同正犯」（見原判決正本第九頁）。並於主文欄諭知被告等均共同犯原判決附表二編號 1 至 8 之詐欺取財八罪，某丙所犯八罪，各處有期徒刑三月，如易科罰金，均以新台幣（下同）一千元折算一日（另與原判決附表二編號 9 至 11 部分所處之刑，定應執行刑為有期徒刑八月，如易科罰金，以一千元折算一日）；某甲、某丁所犯八罪，均各處有期徒刑四月，如易科罰金，均以一千元折算一日（另與原判決附表二編號 9 至 11 部分所處之刑，均定應執行刑為有期徒刑一年二月，如易科罰金，以一千元折算一日）；某乙所犯八罪，各處有期徒刑七月（另與原判決附表二編號 9 至 11 部分所處之刑，定應執行刑為有期徒刑一年二月，緩刑五年，緩刑期內應依台灣台南地方法院九

十八年度南簡調字第五六九號調解筆錄內容按期履行)。原判決對於被告等所犯原判決附表二編號1至8部分,所宣示之主文及理由欄之說明,俱與事實欄之記載有不相適合之矛盾,而該矛盾已致原判決關於各該部分有適用法則不當之違背法令。案經確定,且於被告等不利,若非予救濟,不足以保障被告等之人權;非常上訴意旨執以指摘,洵有理由。又為維持被告等之審級利益,應由本院將原判決關於被告等所犯原判決附表二編號1至8部分均撤銷,發回原審法院依判決前之程序更為審判,以資救濟。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項前段,判決如主文。

中 華 民 國 九 十 九 年 七 月 二 十 九 日

【第八案】

一、關係條文

刑 法 第 30 條、第 33 條、第 41 條第 1 項
 前段、第 55 條、第 339 條第 1 項。
刑 法 施 行 法 第 1 條之 1。
刑 事 訴 訟 法 第 378 條。

二、非常上訴理由

- 一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。次按拘役之期間，為一日以上，六十日未滿，但遇有加重時，得加至一百二十日，刑法第三十三條第四款亦定有明文。本件原判決以被告某甲涉犯幫助詐欺取財罪，依刑法第三十條第一項前段及第三百三十九條第一項之規定，判處拘役固無不合。惟原判決既未說明有何加重事由，竟判處被告拘役七十日，揆諸前揭說明，已逾越法定刑度，顯屬違背法令。
- 二、案經確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

一〇〇年度台非字第二七號

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，對於台灣基隆地方法院中華民國九十九年九月二日第一審確定簡易判決(九十九年度基簡字第一一九七號，聲請簡易處刑案號：台灣基隆地方法院檢察署九十九年度偵緝字第三一一號)，認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

某甲幫助意圖為自己不法之所有，以詐術使人將本人之物交付，處拘役伍拾伍日，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。又拘役為一日以上，六十日未滿；但遇有加重時，得加至一百二十日，刑法第三十三條第四款規定甚明。本件原判決認定被告某甲基於幫助詐欺取財之犯意，於民國九十八年五月間提供以王○○名義申請之行動電話門號 SIM 卡予他人行騙，致網路拍賣之買方陳○○、布○○等人受騙，而於九十八年六月間交付財物(詳如原判決事實及理由欄所載)等情，因而依刑法第三百三十九條第一項、第五十五條、第三十條第一項前段規定論以幫助詐欺取財罪，復依刑法第三十條第二項規定按正犯之刑減輕，而判處拘役七十日，惟並未認定被告有何刑罰加重事

由，乃竟疏未注意，於主文諭知「某甲幫助意圖為自己不法之所有，以詐術使人將本人之物交付，處拘役七十日，如易科罰金，以新台幣一千元折算一日。」已逾越法定刑度，而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，另改判如主文第二項所示，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，刑法第三百三十九條第一項、第五十五條、第三十條第二項、第四十一條第一項前段，刑法施行法第一條之一，判決如主文。

中 華 民 國 一 〇 〇 年 二 月 十 日

【第九案】

一、關係條文

刑 法 第 33 條、第 41 條、第 214 條。
中華民國九十六年罪犯減刑條例 第 2 條第 1 項第 3 款。
刑 事 訴 訟 法 第 378 條。

二、非常上訴理由

- 一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。次按刑法第三十三條第四款規定，拘役：一日以上，六十日未滿。所謂六十日未滿，其上限為五十九日。按連續數行為而犯同一罪名者，以一罪論，但得加重其刑至二分之一，修正前刑法第五十六條定有明文；又因刑之加重，而有不滿一日之時間者，不算，刑法第七十二條亦載有明文。從而拘役刑，依連續犯加重其刑至二分一後，其上限為八十八日。至於同法第三十三條第四款但書規定『但遇有加重時，得加至一百二十日』，係指有二種以上刑之加重原因者，得遞加重至一百二十日而言（最高法院八十九年度台非字第三一八號判決意旨參照）。
- 二、查原審以被告某甲為使陳○○（原審判決拘役五十八日，減為拘役二十九日確定）、范○○、何○○、陳○○及詹○○（均另為緩起訴處分）順利辦理○○人力有限公司、○○科技有限公司、○○資訊有限公司、○○

網路科技股份有限公司、○○紡織品有限公司之公司設立登記，基於使公務員登載不實之概括犯意聯絡，於民國九十五年三月二十七日、二十九日，自其台新銀行縣府分行帳戶內各提領新台幣（下同）六百萬元、五百萬元、二百萬元、一千萬元、二百萬元等金額，以匯款方式匯入陳○○等人所申設之○○銀行桃園分行帳戶內，再分別由其等轉帳存入同分行之上開○○人力有限公司等公司籌備處帳戶內，復將上開存款證明等資料各交予不知情之會計師驗證查核，經會計師查核後，送請經濟部中部辦公室不知情之承辦人員審核，致使承辦公務員將該不實之事項登載於其職務上之公文書上，並分別於同年四月三日、六日、十二日及三月三十一日核准設立，足生損害於主管機關對公司管理之正確性，而陳○○等人於核准設立前，即於同年三月二十九日及三十一日，將上開向被告所借金錢提領出，並以匯款方式匯回上開被告帳戶內返還被告等犯行，而認被告犯公司法第九條第一項及刑法第二百十四條等罪，因屬想像競合犯，從一重之公司法第九條第一項論處。又被告先後多次犯行，時間緊接，犯罪構成要件相同，顯係基於概括犯意為之，為連續犯，應依修正前刑法第五十六條規定，論以一罪，並加重其法定本刑，判處拘役一百二十日，又因符合中華民國九十六年罪犯減刑條例規定，減為拘役六十日，並於九十九年十一月二十九日確定在案。惟查，原審法院認定前揭犯罪事實後，若欲判處被告拘役刑者，因本件加重法定本刑之原因僅有連續犯一

種，依連續犯規定加重其刑至二分之一後，其上限應係八十八日，原審於欠缺第二種以上之刑之加重原因下，竟遞加重至一百二十日，揆諸首開說明，原判決顯有適用法則不當之違背法令。

三、案經判決確定，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 一〇〇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公司法案件，對於台灣桃園地方法院中華民國九十九年十月二十九日第一審確定判決(九十九年度桃簡字第二四三〇號；聲請簡易判決處刑案號：台灣桃園地方法院檢察署九十八年度偵字第二四五五一號)，認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於某甲宣告刑部分撤銷。

某甲所連續犯違反公司法罪之宣告刑，處拘役捌拾捌日，如易科罰金，以銀元參佰元即新台幣玖佰元折算壹日，減為拘役肆拾肆日，如易科罰金，以銀元參佰元即新台幣玖佰元折算壹日。

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。次按拘役為一日以上，六十日未滿；但遇有加重時，得加至一百二十日，刑法第三十三條第四款規定甚明。復按連續數行為而犯同一罪名者，以一罪論，但得加重其刑至二分之一；又因刑之加重，而有不滿一日之時間者，不算，修正前刑法第五十六條及第七十二條（未修正）分別定有明文。從而，連續犯之拘役法定本刑加重至二分之一者，上限為八十八日。至於上揭所謂「遇加重時，得加至一百二十日」，係指有二種以上刑之加重原因，得遞予加至一百二十日而言，與單純之連續犯加重其刑，尚不宜混淆。經查本件原判決論被告某甲以想像競合犯公司法第九條及刑法第二百十四條之罪，從一重之公司法第九條之罪處斷，其先後多次犯行，為連續犯，依修正前刑法第五十六條規定，論以一罪，並加重其法定刑，量處拘役一百二十日，再依中華民國九十六年罪犯減刑條例規定，減為拘役六十日。然則被告既然僅有一個加重原因，於量處被告拘役刑之時，依法僅能就八十八日之刑度內擇定。原審未察，乃竟逾此範圍，揆諸前揭說明，並非適法。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決關於某甲宣告刑部分撤銷，另行改判如主文第二項所示，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，刑法第三十三條第四款、第七十二條，修正前刑法第四

十一條、第五十六條，中華民國九十六年罪犯減刑條例第二條第一項第三款，判決如主文。

中 華 民 國 一 〇 〇 年 三 月 十 七 日

【第十案】

一、關係條文

刑 法 第 38 條第 1 項第 3 款、同條第 3 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。又刑法第三十八條第一項第三款、第三項規定因犯罪所得之物，除有特別規定外，以屬於犯人者為限，始得沒收；倘第三人對於該物在法律上得主張權利者，自不在得宣告沒收之列（最高法院民國二十一年上字第五八九號判例意旨參照）。經查本件原判決事實欄既認定被告某甲、某乙『接續以附表二所示之詐騙方式，接續詐騙如附表二所示之被害人，致附表二所示之被害人均因此陷於錯誤，分別於附表二所示之匯款時間，將附表二所示之匯款金額，匯入附表二所示之人頭帳戶內，而受有損失。』是扣案之現金新台幣八十一萬一千元原屬附表二所示之被害人受詐騙之物，並非被告某甲、某乙所有，揆諸前揭判例意旨說明，該現金新台幣八十一萬一千元自不得宣告沒收。乃原判決不察，竟誤將該八十一萬一千元諭知沒收，即有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 九十八年度台非字第三三一號
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詐欺案件，對於台灣桃園地方法院中華民國九十八年三月十三日第一審確定判決(九十七年度審易字第二一四八號，起訴案號：台灣桃園地方法院檢察署九十七年度偵字第六九七六號)，認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於諭知「扣案之現金新台幣捌拾壹萬壹仟元沒收」部分撤銷。

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。又刑法第三十八條第一項第三款、第三項規定因犯罪所得之物，除有特別規定外，以屬於犯人者為限，始得沒收；倘第三人對於該物在法律上得主張權利者，自不在得宣告沒收之列(參本院二十一年上字第五八九號判例)。本件原判決認定被告某甲、某乙受綽號「老闆」之男子指揮，共組詐欺集團，以詐術使原判決附表二之被害人將存款匯入人頭帳戶，由被告二人擔任「車手」，一起至自動櫃員機提領，扣除被告二人薪資後，再轉交「老闆」

等詐欺集團成員。至民國九十二年三月十四日晚間十一時四十二分許，被告二人於桃園縣中壢市○○路一六一號前為警攔檢盤查，於其駕駛之汽車內扣得彼等犯罪所得現款新台幣（下同）八十一萬一千元及其他犯罪所用之物等情。扣案現款既為被告二人共同犯罪所得，即屬被害人受詐騙之物，被害人尚得依民事法律規定請求返還，自非被告二人所有，揆諸上揭說明，不得宣告沒收。原判決未察，竟將該款宣告沒收，有適用法則不當之違法。案經確定，且於被告等不利，非常上訴意旨執以指摘原判決違背法令，洵有理由，應由本院將原判決關於諭知「扣案新台幣八十一萬一千元沒收」部分撤銷，以資救濟。

本件既將違法諭知沒收部分撤銷，已具有改判之性質，即不發生另行判決之問題，併此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 八 年 十 一 月 十 九 日

【第十一案】

一、關係條文

刑 法 第 41 條、第 42 條第 4 項、第 51 條。
刑 事 訴 訟 法 第 378 條。

二、非常上訴理由

- 一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。而減刑、定應執行刑之裁定，與科刑之判決有同等效力，其確定裁定違背法令，得提起非常上訴。又數罪併罰，應依分別宣告其罪之刑為基礎，然後依法定標準定其應執行之刑。因此，數罪併罰，有二裁判以上，而依刑法第五十一條之規定定其應執行之刑時，關於易科罰金、易服勞役，亦應依原確定裁判所諭知之標準折算為基礎(最高法院九十七年度台非字第三三二號判決可資參照)。
- 二、本件原裁定以：被告某甲因違反毒品危害防制條例等罪，分別處如附表所示之刑，並定應執行刑為有期徒刑十六年；併科罰金新台幣十一萬元，罰金如易服勞役，以銀元三百元即新台幣九百元折算一日。惟查附表編號二、三號關於所處併科罰金新台幣十萬元、二萬元部分，原確定判決分別諭知如易服勞役，以新台幣三千元及一千元折算一日，此有台灣高等法院高雄分院九十六年度上重更(一)字第二二號、台灣屏東地方法院九十六

年度訴字第三六七號判決書在卷可稽。本件上開罰金部分，如易服勞役即應以新台幣一千元或三千元折算一日，方為適法。另按刑法第四十二條第四項規定：『依第五十一條第七款所定之金額，其易服勞役之折算標準不同者，從勞役期限較長者定之。』雖其立法理由已說明係因銀行法、金融控股公司法、票券金融管理法、信託業法、信用合作社法、保險法、證券交易法等金融七法之罰金刑分別高達新台幣千萬元、或上億元之金額，刑法規定一年之折算期間，已無法反映無力或拒絕繳納高額罰金刑形成之問題，為免迭遭質疑高額罰金刑之處罰效果，因而將易服勞役期間自一年修正提高為二年、三年，以解決高額罰金刑易服勞役之折算標準及解決有數個易服勞役之折算標準問題。同時，為杜法律適用之爭議，乃增訂以從期限較長者定折算標準之規定。本件上開罰金部分，如參照九十五年七月一日施行之刑法上開條文修正立法意旨，本件易服勞役似應以新台幣一千元折算一日，方為適法。乃原確定裁定竟以銀元三百元即新台幣九百元折算一日，自有判決適用法則不當之違背法令。

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

三、附錄

最高法院刑事判決 九十九年度台非字第三六七號
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槍砲彈藥刀械管制條例數罪併罰定應執行刑案件，對於台灣高等法院高雄分院中華民國九十九年七月二十八日第二審確定裁定(九十九年度聲字第八六三號；聲請案號：台灣高等法院高雄分院檢察署九十九年度執聲字第六九五號)，認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原裁定撤銷。

某甲犯附表所示之罪，所處如附表所示之刑，應執行有期徒刑拾陸年，併科罰金新台幣拾壹萬元，罰金如易服勞役，以新台幣參仟元折算壹日。

理 由

非常上訴理由(見前二)

本院按定應執行刑之裁定，具有與科刑判決同一之效力，倘有違背法令，而於被告不利，應許提起非常上訴，以資救濟。又數罪併罰之裁判，應依分別宣告其罪之刑為基礎，本於法定標準定其應執行之刑，並非重新判決，縱部分裁判之易刑處分折算標準或有不同，亦應依原確定裁判所諭知之標準折算為基礎。而刑法第四十二條第四項規定「依第五十一條第七款所定之金額，其易服勞役之折算標準不同者，從勞役期限較長者定之」，乃關於罰金易服勞役折算標準之比較適用，雖其立法理由僅說明該項增訂意旨係為解決行為人犯金融七法（即銀行法、金融控股公司法、票券金融管理法、信託業法、信用合作社法、保險法、證券交易法等七法）與他

罪有數罪併罰之情形，於定應執行刑之罰金部分，因刑法與上開金融七法規定不一，而有數個易服勞役之折算標準，為杜法律適用之爭議，爰增訂以從勞役期限較長者定折算標準。然此易刑處分標準適用之法律疑義，不惟發生在因被告所犯普通刑法與上揭特別刑法之數罪間，其亦存在於被告所犯普通刑法或（及）其他特別刑法之數罪間，本乎法律適用上之平等原則，即本質相同之事件應為相同處理之法理，則行為人所犯金融七法以外之特別刑法及（或）普通刑法之數罪間，其罰金部分之易服勞役折算標準若有不同者，自亦應有本條項之適用。至此之勞役期限較長者，係指依數罪之裁判所分別諭知之罰金數額與易服勞役之折算標準，換算其勞役期限，而從期限較長者原所諭知之標準為定罰金執行刑之折算基礎。茲以本件罰金宣告刑為新台幣（下同）十萬元、二萬元，及定應執行十一萬元為例，如原判決諭知易服勞役之折算標準，前者為三千元、後者係一千元折算一日，換算其勞役期限分別為三十三日（ $100,000 \text{ 元} \div 3,000 \text{ 元} = 33.3 \text{ 日}$ ）、二十日（ $20,000 \text{ 元} \div 1,000 \text{ 元} = 20 \text{ 日}$ ），則應執行罰金十一萬元之易服勞役折算標準應以三千元折算一日；惟如原判決諭知易服勞役之折算標準，前者係一千元、後者為三千元折算一日，換算其勞役期限分別是一百日（ $100,000 \text{ 元} \div 1,000 \text{ 元} = 100 \text{ 日}$ ）及六日（ $20,000 \text{ 元} \div 3,000 \text{ 元} = 6.6 \text{ 日}$ ），則應執行罰金十一萬元之易服勞役折算標準即為一千元折算一日。並非一律以刑法第四十二條第三項所定易刑折算標準之「一千元、二千元或三千元」中之一千元定其勞役期限之較長者。本件被告某甲所犯如附表編號二、三之違反槍砲

彈藥刀械管制條例二罪，其併科之罰金數額及易刑之折算標準部分，分別為「十萬元，如易服勞役以三千元折算一日」，及「二萬元，如易服勞役以一千元折算一日」，有前揭判決可稽，其易服勞役之折算標準不同。原裁定就上開罰金刑部分，依檢察官之聲請定應執行十一萬元，則其易服勞役之折算標準即應以原裁判諭知之三千元或一千元，依刑法第四十二條第四項規定，從勞役期限較長者定之，始為適法。原審未察，竟誤依修正前刑法第四十二條第二項、廢止前罰金罰鍰提高標準條例第二條規定，逕就易刑處分部分諭知「如易服勞役，以銀元三百元即新台幣九百元折算一日」，揆諸首開說明，即有判決不適用法則之違背法令。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原裁定撤銷，並另行改判如主文第二項所示，以資救濟。至於非常上訴意旨另指，依修法意旨，本件易服勞役折算標準應以新台幣一千元折算一日云云，依上所述，即不無誤會，附此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，刑法第四十二條第三項，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 九 年 十 二 月 三 十 日

【第十二案】

一、關係條文

刑 法 第 42 條。
刑 事 訴 訟 法 第 378 條、第 379 條第 12 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。經查受刑人所犯原確定裁定附表編號 6 違反槍砲彈藥刀械管制條例罪，原經台灣高等法院台南分院九十六年上訴字第二九九號判決，量處有期徒刑二年六月，併科罰金新台幣十萬元，罰金如易服勞役，以新台幣一千元折算一日確定，即全部之併科罰金如易服勞役，應易服勞役一百日；詎原確定裁定於定執行刑時，對於併科罰金易服勞役之折算標準，竟變更原來之折算標準，改諭知以新台幣九百元折算一日，即全部之併科罰金如易服勞役，應易服勞役一百一十一日，較原確定判決不利於受刑人，自有適用法則不當之違背法令。案經確定，且於受刑人不利，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。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十九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槍砲彈藥刀械管制條例等罪聲請減刑及定其應執行刑案件，對於台灣高等法院台南分院中華民國九十六年九月七日確定刑事裁定(九十六年度聲減字第一二五二號，聲請案號：台灣高等法院台南分院檢察署九十六年度聲減字第一一二七號)，認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原裁定關於併科罰金諭知易服勞役折算標準部分撤銷。

理 由

非常上訴理由(見前二)

本院按：定執行刑之裁定，與科刑之判決有同等效力，其確定裁定違背法令，自得提起非常上訴。又未受請求之事項予以裁判，為重大違背法令，固屬自始不生實質效力之無效裁判，但因具有刑事裁判之形式，且形式上倘不利於被告，參照司法院釋字第二七一號解釋意旨，仍應依非常上訴程序，將該無效部分之確定裁判予以撤銷救濟。經查本件被告某甲於裁判確定前犯如附表所示之九罪，其中編號一、二、三、四、七、八、九之罪，均係於民國九十六年四月二十四日以前所犯，俱符合中華民國九十六年罪犯減刑條例規定之減刑要件，台灣高等法院台南分院檢察署檢察官爰聲請原審法院就此部分犯罪，依上開減刑條例減刑，並與附表編號五、六所列不應減刑之犯罪所處之刑，定其應執行刑。原裁定因就附表編號一、二部分，編號三、四、五部分，分別定應執行刑，並依法諭知易科罰金之折算標準外；另就附表編號六、

七、八、九所示部分定應執行刑為有期徒刑三年四月，併科罰金新台幣十萬元，並諭知罰金如易服勞役以新台幣(下同)九百元折算一日。惟該編號六、七、八、九所列之罪，僅其中編號六部分，經台灣高等法院台南分院以九十六年度上訴字第二九九號確定判決宣告併科罰金十萬元，並諭知罰金如易服勞役，以一千元折算一日，而無宣告多數罰金刑之情形(其餘附表編號一至五，亦無宣告罰金刑)，故就該罰金刑而言，並無定應執行刑及另定罰金易服勞役折算標準之問題，其易服勞役之折算標準，仍應以原確定判決所諭知者為準。乃原裁定就該併科罰金十萬元部分，竟逾越檢察官之聲請，諭知如易服勞役以九百元折算一日，而另定與原確定判決不同之易服勞役折算標準，自有未受請求之事項予以裁判之違法。案經確定，原裁定此部分雖屬無效之裁判，但仍具裁定形式，且不利於被告，非常上訴意旨指摘原裁定此部分違法，雖未以此為理由，然係本院得依職權調查之事項，仍應認其有理由，應由本院予以撤銷，使回復至原審裁定前，原確定判決所諭知，以一千元折算一日之罰金易服勞役折算標準，故此撤銷具有改判之性質，效力及於被告，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 九 十 九 年 五 月 二 十 七 日

【第十三案】

一、關係條文

刑 法 第 47 條、第 50 條、第 51 條、第 79 條之 1。

刑 事 訴 訟 法 第 378 條、第 379 條第 10 款。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又依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，亦經司法院大法官會議著有釋字第一八一號解釋可稽。如事實審法院對於被告有無累犯之事實，應否適用刑法第四十七條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事項，客觀上有其調查之必要，應依職權加以調查，倘被告並非累犯，而事實審並未詳加調查，致判決時依累犯之規定論處，即屬刑事訴訟法第三百七十九條第十款規定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。次按受有期徒刑之執行完畢，或受無期徒刑或有期徒刑一部之執行而赦免後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，方為累犯，此觀刑法第四十七條規定甚明。又同法第七十九條之一第一項規定：「二以上徒刑併執行者，第七十七

條所定最低應執行之期間，合併計算之。」，同條第三項規定：「依第一項規定合併計算執行期間而假釋者，前條第一項規定之期間，亦合併計算之。」，則在合併執行之情形，經許其假釋者，其報請許可假釋所須最低應執行之期間，既合併計算，且假釋期間（即殘刑期間）亦合併計算之，其期間即無從區分，縱使假釋出獄前所執行之期間已逾其中任一罪之刑期，倘其後假釋經撤銷者，仍不能認為已經執行完畢。

- 二、本件被告某甲於民國九十三年間因施用第一、二級毒品案件，經台灣彰化地方法院以九十四年度訴緝字第二三號判處有期徒刑十一月、四月，應執行有期徒刑一年二月確定（第一案）；九十四年間又因偽造有價證券案件，經同院以九十五年度訴字第二二三號判處有期徒刑四年確定（第二案）；九十五年間另因施用第一級毒品案件，經台灣雲林地方法院以九十六年度訴字第六六號判處有期徒刑一年確定（第三案）；前開第一、二案入監執行後，再經台灣雲林地方法院以九十六年度聲減字第五一九號裁定，將第一案各減刑為有期徒刑五月又十五日、二月，並與不予減刑之第二案合併定應執行刑為有期徒刑四年五月確定，第三案亦同獲該裁定減刑為有期徒刑六月確定，與前開有期徒刑四年五月之應執行刑接續執行，刑期自九十五年十一月七日起算，指揮書執畢日期為九十九年八月六日，嗣被告於九十八年六月九日假釋出監，原應於九十九年六月二十九日縮刑假釋期滿，惟因被告違反保安處分執行法且情節重大，經法務

部撤銷假釋，尚應執行殘刑一年二十日，此有台灣高等法院被告前案紀錄表附卷可稽（見原審卷第一〇至一三頁）。是被告於九十九年三月七日上午十時，再犯本件施用毒品罪時，其上開第一案並未執行完畢，原審誤認該第一案已執行完畢而論被告以累犯，並加重其刑，揆之上揭說明，原判決自有應於審判期日調查之證據未調查，致適用法則不當之違法，而顯然於判決結果有所影響，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 九十九年度台非字第三六三號
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毒品危害防制條例案件，對於台灣台中地方法院中華民國九十九年五月二十五日第一審判決（九十九年度訴字第一〇三〇號，起訴案號：台灣台中地方法院檢察署九十九年度毒偵字第八八四號），部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於累犯及宣告刑部分撤銷。
某甲施用第一級毒品，處有期徒刑捌月。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。另接受徒刑之執行完畢，或受一部之執行而赦免後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之刑之罪者，為累犯，為刑法第四十七條第一項所明定。又裁判確定前犯數罪者，併合處罰之；數罪併罰，宣告多數有期徒刑者，於各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下，定其刑期，刑法第五十條、第五十一條第五款定有明文。故刑法第四十七條第一項所定「受徒刑之執行完畢」，就數罪併罰案件，係指所定之執行刑執行完畢而言。如於定執行刑之前，因有一部分犯罪先確定，形式上予以執行，仍應依刑法規定定其應執行之刑，俟檢察官指揮執行「應執行刑」時，再就形式上已執行部分予以折抵，不能謂先確定之罪已執行完畢。本件被告前於九十三年間因施用第一、二級毒品案件，經台灣彰化地方法院以九十四年度訴緝字第二三號判處有期徒刑十一月、四月，應執行有期徒刑一年二月確定（第一案）；九十四年間又因偽造有價證券案件，經同院以九十五年度訴字第二二三號判處有期徒刑四年確定（第二案）；九十五年間另因施用第一級毒品案件，經台灣雲林地方法院以九十六年度訴字第六六號判處有期徒刑一年確定（第三案）；前開第一、二案入監執行後，再經台灣雲林地方法院以九十六年度聲減字第五一九號裁定，將第一案各減刑為有期徒刑五月又十五日、二月，並與不予減刑之第二案合併定應執行刑為有期徒刑四年五月確定，第三案亦同獲該裁定減刑為有期徒刑六月確定，與前開有期徒刑四年五月之應執行刑接續執行，刑期自九十五年十一月七日起算，指揮書執畢

日期為九十九年八月六日，嗣被告於九十八年六月九日假釋出監，原應於九十九年六月二十九日縮刑假釋期滿視為執行完畢，惟因被告違反保安處分執行法且情節重大，經法務部撤銷假釋，尚應執行殘刑一年二十日，此有台灣高等法院被告前案紀錄表、撤銷假釋報告表、九十六年度聲減字第五一九號刑事裁定、檢察官執行指揮書各一件附卷可稽（見訴字第一〇三〇號卷第一〇至一三頁、執助字第九〇〇號卷第一九至二三頁）。是被告於九十九年三月七日上午十時，再犯本件施用第一、二級毒品海洛因及甲基安非他命罪時，其上開第一案之刑期並未執行完畢，即與累犯構成要件不符。原審未予查明，即論以累犯並加重其刑，自屬適用法則不當，而判決當然違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決關於累犯及宣告刑部分撤銷，改判如主文第二項所示，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，毒品危害防制條例第十條第一項、第二項，刑法第十一條前段、第五十五條，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 九 年 十 二 月 三 十 日

【第十四案】

一、關係條文

刑 法 第 30 條、第 47 條、第 50 條、第 51 條。
刑 事 訴 訟 法 第 378 條、第 379 條第 10 款。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又依刑法第四十七條之規定，累犯之成立，必須曾受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，始足當之。所謂之執行完畢，就數罪併罰案件，係指所定之執行刑執行完畢而言。如於定執行刑之前，有部分犯罪先行確定，而先予執行，仍應於數罪之裁判均確定後，依刑法規定，定其應執行之刑，俟檢察官指揮執行其應執行之刑時，再就形式上已執行部分，予以折抵扣除，不能謂先前確定之罪，已經執行完畢（最高法院九十八年度台非字第 260 號判決參照）。未查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，亦經司法院大法官會議釋字第一八一號解釋在案。而所謂『應於審判期日調查之證據』，指該證據在客觀上為法院認定事實及適用法律之基礎者而言，亦有司法院大法官會議釋字第二三八號解釋可

資參照。事實審法院於審判之際，對於有罪科刑之被告，有無累犯之事實，應否適用刑法第四十七條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事項，客觀上有其調查之必要性，應依職權加以調查，倘被告確係累犯而事實審並未詳加調查，致判決時未適用累犯之規定論處，其判決當然為違背法令而得提起非常上訴。

二、經查，本案被告某甲前因竊盜案件，經台灣高雄地方法院以九十五年度訴字第三四七二號判決判處有期徒刑六月確定，嗣因減刑減為有期徒刑三月，並於九十七年三月十八日易科罰金執行完畢。惟被告因另犯有施用第一級毒品案件，經台灣高雄地方法院以九十六年度訴字第一五七三號判決處有期徒刑六月確定，因合於減刑規定並得與前開竊盜案件定應執行刑，經高雄地檢署檢察官聲請台灣高雄地方法院以九十八年度聲減字第一一號裁定，合併定其應執行刑為有期徒刑六月確定，由高雄地檢署檢察官以九十八年執減更崎字第七八號執行相（應係「指」之誤）揮書發監執行，刑期起算日期為九十七年十二月三十日，執行期滿日為九十八年三月二十九日，前案之竊盜案件已執行有期徒刑三月部分已遭扣除，此有高雄地檢署九十八年執減更崎字第七八號執行指揮書及執行案卷可參，被告前已執行之有期徒刑三月部分，僅應係予以扣除，而不能認為已執行完畢。是被告後案所犯（九十七年七月二十三日）之恐嚇取財案件，因其前所犯之竊盜及施用第一級毒品案件，並未執

行完畢（執行期滿日為九十八年三月二十九日），顯與累犯之要件不合。詎原判決竟論以累犯論科，顯有適用法則不當之違法。

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

三、附錄

最高法院刑事判決 九十九年度台非字第一一四號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告恐嚇取財案件，對於台灣高雄地方法院中華民國九十八年十一月十二日第一審確定判決（九十八年度審易字第二一六二號，起訴案號：台灣高雄地方法院檢察署九十八年度偵字第二一六六三號），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。

某甲幫助犯恐嚇取財罪，處有期徒刑參月，如易科罰金，以新台幣壹仟元折算壹日。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按：判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又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，亦經司

法院釋字第一八一號解釋在案。而事實審法院對於被告有無累犯之事實，應否適用刑法第四十七條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事項，客觀上有其調查之必要，倘被告不合累犯之要件，而事實審並未詳加調查，致判決時適用累犯之規定論處，即屬刑事訴訟法第三百七十九條第十款所規定依法應於審判期日調查之證據未予調查，其判決當然為違背法令。另按受徒刑之執行完畢，或受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。又裁判確定前犯數罪者，併合處罰之；數罪併罰，宣告多數有期徒刑者，於各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下，定其刑期，刑法第五十條、第五十一條第五款規定甚明。故刑法第四十七條第一項所謂之「受徒刑之執行完畢」，就數罪併罰案件，係指所定之執行刑，執行完畢而言。如於定執行刑之前，因有一部分犯罪先確定，形式上予以執行，仍應依刑法規定定其應執行之刑，俟檢察官指揮執行「應執行刑」時，再就形式上已執行部分予以折抵，不能謂先確定之罪已執行完畢。本件被告某甲前於民國九十五年間因犯竊盜罪，經台灣高雄地方法院以九十五年度訴字第三四七二號判決，判處有期徒刑六月，並以九十七年度聲減字第八四八號裁定減為有期徒刑三月，如易科罰金以新台幣九百元折算一日，均已確定，而於九十七年三月十八日易科罰金執行完畢。惟其於九十六年間另犯施用第一級毒品罪，經該院以九十六年度訴字第一五七三號判決，判處有期徒刑六月確定，且因合於中華民國九十六年罪犯減刑條例之規定，並與前開竊盜案件符

合數罪併罰規定，由該院依台灣高雄地方法院檢察署檢察官聲請，以九十八年度聲減字第一一號裁定，將該施用第一級毒品罪所宣告之刑，減為有期徒刑三月，並與上開竊盜罪所減得之刑有期徒刑三月，定其應執行刑為有期徒刑六月，如易科罰金，以新台幣九百元折算一日確定。嗣檢察官指揮執行時，乃先扣除前已執行之竊盜罪有期徒刑三月，刑期自九十七年十二月三十日起算，至九十八年三月二十九日期滿，有上開裁定、台灣高等法院被告前案紀錄表、刑案資料查註紀錄表、台灣高雄地方法院檢察署檢察官九十八年執減更崎字第七八號執行指揮書及執行案卷可稽。依上開說明，本件原確定判決所認定被告於九十七年七月二十三日上午九時許，犯本件恐嚇取財罪時，其前案二罪所定之執行刑，不能認為已經執行完畢，依法自不能論以累犯。乃原確定判決對此是否構成累犯之加重事實，未就卷內所附之被告前案紀錄表予以詳查，遽認被告前案所犯之竊盜罪所處有期徒刑三月已於九十七年三月十八日易科罰金執行完畢，而適用刑法第三十條第一項前段、第二項、第三百四十六條第一項、第四十一條第一項前段、第四十七條第一項，刑法施行法第一條之一規定，論被告以恐嚇取財罪，並依累犯規定加重其刑，量處有期徒刑四月，如易科罰金以新台幣一千元折算一日，顯有依法應於審判期日調查之證據未予調查，致適用法令違誤之違法。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，且於被告不利，應由本院將原判決撤銷，另行依法判決，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，刑法第三十條第一項前段、第二項、第三百四十六條第一項、第四十一條第一項前段，刑法施行法第一條之一，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 九 年 四 月 二 十 九 日

【第十五案】

一、關係條文

刑 法 第 47 條第 1 項、第 79 條第 2 項。
刑 事 訴 訟 法 第 378 條。

二、非常上訴理由

- 一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。『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，加重其本刑至二分之一』、『假釋中另受刑之執行、羈押或其他依法拘束人身自由之期間，不算入假釋期內。但不起訴處分或無罪判決確定前曾受之羈押或其他依法拘束人身自由之期間，不在此限』，刑法第四十七條第一項、第七十九條第二項定有明文。
- 二、查被告於（民國）八十七年間，因違反毒品危害防制條例案件，經台灣高等法院台南分院以八十八年度上訴字第二七八號判決，判處有期徒刑八年，嗣經最高法院以九十年度台上字第三九一五號判決駁回上訴確定，被告入監服刑後，於九十五年十一月二十八日假釋出監，原應於九十八年五月二十七日假釋付保護管束期滿，惟被告於假釋期間，因施用毒品案件，自九十七年四月二十九日至九十八年四月九日止計三四六日，經送執行觀

察、勒戒及強制戒治，依上開刑法第七十九條第二項規定，該期間不算入假釋期內，是其保護管束期滿日，因而順延至九十九年五月八日，此有被告之刑案資料查註紀錄表、台灣台南地方法院九十五年執更護字第七六六號執行保護管束指揮書影本在卷可按。本件被告於九十八年十月二十二日晚上十時三〇分許，在台南縣關廟鄉○○街一七二號住處房間內，施用第二級毒品安非他命一次，涉有施用第二級毒品罪嫌，經台灣台南地方法院於九十九年四月十四日，以九十九年度簡字第八〇〇號刑事簡易判決，認被告施用毒品，『累犯』判處有期徒刑五月，如易科罰金，以新台幣一千元折算一日，於九十九年五月十日確定，然被告九十八年十月二十二日施用毒品之時間，仍在假釋期間內，其刑之執行並未完畢，揆諸首揭說明，被告並不構成『累犯』，原判決依累犯論處，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 九十九年度台非字第一七四號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，對於台灣台南地方法院中華民國九十九年四月十四日確定簡易判決(九十九年度簡字第八〇〇號；聲請簡易判決處刑案號：台灣台

南地方法院檢察署九十九年度毒偵字第三三八號)，認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

某甲施用第二級毒品，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，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又依刑法第四十七條之規定，累犯之成立，必須曾受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，始足當之。又假釋中另受刑之執行、羈押或其他依法拘束人身自由之期間，不算入假釋期內。亦為刑法第七十九條第二項前段所明定。查被告於民國八十七年間，因違反毒品危害防制條例（販賣第二級毒品）案件，經台灣高等法院台南分院以八十八年度上訴字第二七八號判決，判處有期徒刑八年，嗣經本院以九十年台字第三九一五號判決駁回上訴確定，被告入監服刑後，於九十五年十一月二十八日假釋出監，假釋中付保護管束，原應於九十八年五月二十七日期滿，惟被告於假釋期間，另因施用毒品案件，經裁定觀察勒戒及強制戒治，自九十七年四月二十九日至九十八年四月九日止計三四六日，執行觀察、勒戒及強制戒治，依刑法第七十九條第二項前段之規定，該期間不算入假釋期內，是其假釋期滿之日，應順延至九十九年五月八日，此有被告之刑案資料查註

紀錄表、台灣台南地方法院檢察署檢察官九十五年執更護七六六字第二二三五九號執行保護管束指揮書影本在卷可按。揆諸上開說明，原判決所認被告於九十八年十月二十二日施用第二級毒品甲基安非他命時，其先前因販賣第二級毒品罪所處之刑，不能認為已經執行完畢，自無累犯規定之適用。原審未及詳察，誤認已執行完畢，遽以累犯論科（處有期徒刑五月，如易科罰金，以新台幣一千元折算一日），即有適用法則不當之違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，爰將原判決撤銷，另行判決如主文第二項所示，以資救濟。

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

中 華 民 國 九 十 九 年 六 月 十 七 日

【第十六案】

一、關係條文

刑 法 第 47 條、第 79 條第 1 項前段。
刑法施行法 第 1 條之 1。
刑事訴訟法 第 378 條、第 379 條第 10 款。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又依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，亦經司法院大法官會議著有釋字第一八一號解釋可稽。如事實審法院對於被告有無累犯之事實，應否適用刑法第四十七條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事項，客觀上有其調查之必要，應依職權加以調查，倘被告並非累犯，而事實審並未詳加調查，致判決時依累犯之規定論處，即屬刑事訴訟法第三百七十九條第十款規定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。次按受有期徒刑之執行完畢，或受無期徒刑或有期徒刑一部之執行而赦免後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，方為累犯，而所謂執行完畢，除在監獄執行期滿者外，如為假釋出獄，須在無期徒刑滿二十年，或在有期徒刑所餘

刑期內，未經撤銷假釋者，其未執行之刑，始以已執行論，此觀刑法第四十七條、第七十九條第一項前段之規定自明。

二、經查：被告某甲前曾於民國九十三年間，因竊盜案件，經台灣台北地方法院以九十三年度訴字第一一二九號判決判處有期徒刑一年六月確定；又於九十四年間，因施用毒品案件，經台灣台北地方法院以九十四年度易字第二〇六二號判決判處有期徒刑六月確定；上開二罪，嗣因中華民國九十六年減刑，經台灣桃園地方法院以九十六年度聲減字第八四九三號裁定分別減為有期徒刑九月、三月，應執行有期徒刑一年確定。又於九十六年間，因施用毒品案件，經台灣桃園地方法院以九十六年度壢簡字第二〇五四號判決判處有期徒刑六月確定；復於九十七年間，因施用毒品案件，經台灣台北地方法院以九十七年度簡字第三一八二號判決判處有期徒刑六月確定，上開各罪接續執行，被告於九十八年九月二十八日因縮短刑期假釋出監，假釋中付保護管束，原應於九十九年一月十七日假釋期滿，惟因被告假釋中違反保安處分執行法第七十四條之二第二、四款規定，情節重大，遭法務部於九十九年一月十五日以法矯字第〇九九九〇〇二二九五號函撤銷假釋，並應執行殘刑三月二十日，此有台灣高等法院被告前案紀錄表、台灣桃園地方法院檢察署檢察官執行指揮書（見原審卷第十五頁反面、第三十一頁）及法務部撤銷假釋函可稽，是被告於九十九年二月間，再犯本件賭博罪時，其上開竊盜及施

用毒品各罪均尚未執行完畢，原審誤認已執行完畢而論被告以累犯，並加重其刑，揆之上揭說明，原判決自有應於審判期日調查之證據未調查，致適用法則不當之違法，而顯然於判決結果有所影響。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 一〇〇年度台非字第三二號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告賭博案件，對於台灣桃園地方法院中華民國九十九年五月二十七日第一審確定判決(九十九年度壠簡字第八二三號，聲請簡易判決處刑案號：台灣桃園地方法院檢察署九十九年度偵字第五二〇八號)，認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於某甲部分撤銷。

某甲共同意圖營利，聚眾賭博，處有期徒刑貳月，如易科罰金以新台幣壹仟元折算壹日。扣案之骰子拾貳顆、碗公壹只、籌碼壹盒均沒收。

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，亦有司法院釋字第一八一號解釋可稽。而事實審法院對於被告有無累犯之事實，應否適用刑法第四十七條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事項，客觀上有調查之必要，倘被告不合累犯之要件，而事實審並未詳加調查，致判決時適用累犯之規定論處，即屬刑事訴訟法第三百七十九條第十款所規定依法應於審判期日調查之證據未予調查，其判決當然為違背法令。另接受徒刑之執行完畢，或受一部之執行而赦免後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之刑之罪者，為累犯。而所謂受徒刑之執行完畢，除在監獄執行期滿者外，如為假釋出獄，須在無期徒刑滿二十年，或在有期徒刑所餘刑期內，未經撤銷假釋者，其未執行之刑，始以已執行論，此觀刑法第四十七條、第七十九條第一項前段之規定自明。本件被告某甲前曾於九十三年間，因竊盜案件，經台灣台北地方法院判處有期徒刑一年六月確定（九十三年度訴字第一一二九號）；又於九十四年間，因施用毒品案件，經台灣台北地方法院判處有期徒刑六月確定（九十四年度易字第二〇六二號）；上開二罪，嗣因中華民國九十六年減刑，經台灣桃園地方法院裁定分別減為有期徒刑九月、三月，應執行有期徒刑一年確定（九十六年度聲減字第八四九三號）。又於九十六年間，因施用毒品案件，經台灣桃園地方法院判處有期徒刑六月確定（九十六年度壜簡字第二〇五四號）；復於九十七年間，因施用毒品案件，經台灣台北地方法院判處有期徒刑六月確定（九十七年度簡字第三一八二號），上

開各罪接續執行，被告於九十八年九月二十八日因縮短刑期假釋出監，假釋中付保護管束，原應於九十九年一月十七日假釋期滿，惟因被告假釋中違反保安處分執行法第七十四條之二第二、四款規定，情節重大，遭法務部於九十九年一月十五日以法矯字第○九九九○○二二九五號函撤銷假釋，並應執行殘刑三月又二十日，此有台灣高等法院被告前案紀錄表、台灣桃園地方法院檢察署檢察官執行指揮書（原審卷第十五頁反面、第三十一頁）及法務部撤銷假釋函可稽，是被告於九十九年二月間，再犯本件賭博罪時，其上開竊盜及施用毒品各罪均尚未執行完畢，原審誤認已執行完畢而論被告以累犯，並加重其刑，揆之上揭說明，原判決自有應於審判期日調查之證據未調查，致適用法則不當之違法，而顯然於判決結果有所影響。案經確定，且於被告不利，非常上訴執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決關於某甲部分撤銷，改判如主文第二項所示，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，刑法第二十八條、第二百六十八條、第四十一條第一項、第五十五條、第三十八條第一項第二款，刑法施行法第一條之一，判決如主文。

中 華 民 國 一 〇 〇 年 二 月 二 十 四 日

【第十七案】

一、關係條文

刑 法 第 51 條、第 53 條。
刑 事 訴 訟 法 第 378 條。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。次按定其應執行之刑之裁定，與科刑判決有同等效力，於裁定確定後，認為違法，得提起非常上訴。又按法律上屬於自由裁量之事項，並非概無法律性之拘束。自由裁量係於法律一定之外部性界限內（以定執行刑言，即不得違反刑法第五十一條之規定），使法官具體選擇以為適當之處理；因此在裁量時，必須符合所適用之法規之目的。更進一步言，必須受法律秩序之理念所指導，此亦即所謂之自由裁量之內部性界限。關於定應執行之刑，既屬自由裁量之範圍，其應受此項內部性界限之拘束，要屬當然。（最高法院八十年度台非字第四七三號判例參照）。

二、本件原裁定諭知被告即受刑人某甲所犯如原裁定附表編號一至六所示之罪應執行有期徒刑三年八月，惟查被告所犯如原裁定附表編號一、二所列之案件，前分別經台灣桃園地方法院以九十七年度審簡字第四九四號、九十七年度審訴字第三〇三一號判處有期徒刑六月、一年確

定；另編號三至六所列之案件，前經台灣桃園地方法院以九十七年度易字第一〇五八號分別判處有期徒刑八月、八月、四月、四月，並定其應執行之刑為有期徒刑一年十月，嗣經台灣高等法院以九十八年度上易字第四七六號駁回上訴而確定在案。因被告所犯上開編號一至六所列之罪均合於數罪併罰，原裁定遂依台灣高等法院檢察署檢察官之聲請定其應執行之刑為三年八月。從形式上觀察，非但踰越刑法第五十一條第五款所定法律之外部性界限（以上六罪之刑期合計為三年六月），且如被告先執行上開台灣桃園地方法院九十七年度審簡字第四九四號判處之有期徒刑六月，再接續執行台灣桃園地方法院九十七年度審訴字第三〇三一號判處之有期徒刑一年及台灣高等法院九十七年度上易字第四七六號判決所定之應執行刑有期徒刑一年十月，合併僅需執行有期徒刑三年四月，乃原裁定所定之應執行刑，重於上開接續執行之總和，而不利於被告，亦與法律秩序之理念及法律目的之內部界限有違，是原裁定應有適用法則不當之違背法令。

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

三、附錄

最高法院刑事判決 九十八年度台非字第二二一號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告定應執行刑案件，對於台灣高等法院中華民國九十八年四月三十日確定裁定（九十八年度聲字第一一三三號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原裁定撤銷。

某甲所犯如附表所示之罪，應執行有期徒刑參年貳月。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按數罪併罰，有二裁判以上者，依刑法第五十一條規定，定其應執行之刑。又數罪併罰，宣告多數有期徒刑者，於各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下，定其刑期。同法第五十三條、第五十一條第五款分別定有明文。本件檢察官以被告某甲先後犯竊盜等六罪，經分別判處如附表所示之刑，即宣告刑各為有期徒刑六月、一年、八月、八月、四月、四月；並均經確定在案，而聲請定其應執行之刑。依首開法條規定，自應在有期徒刑一年以上三年六月以下定其應執行刑。原裁定竟定其應執行刑為有期徒刑三年八月，自屬違法。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，自應由本院將原裁定撤銷，另行判決如主文第二項所示，以資救濟。

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

中 華 民 國 九 十 八 年 八 月 十 三 日

【第十八案】

一、關係條文

刑法	第 50 條。
刑法訴訟法	第 62 條。
民事訴訟法	第 129 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，刑事訴訟法第四百四十一條規定甚明。至於確定之裁定，除其內容為關於實體之事項，而以裁定行者（諸如更定其刑、定應執行之刑、單獨宣告沒收、減刑、撤銷緩刑之宣告、易科罰金、保安處分及有關免除刑之執行、免除繼續執行或停止強制工作之執行等，有司法院院字第一三五六號、第一九八〇號、第二五〇七號解釋及本院民國二十六年二月十六日刑事庭會議決議、四十五年七月二日第五次民刑庭總會決議等可資參照），因與實體判決具同等之效力，得為非常上訴之對象外，自不得對之提起非常上訴，最高法院九十年度台非字第二八七號判決參照。故法院定應執行刑之裁定如有違背法令，亦得提起非常上訴，核先敘明。
- 二、再按送達文書除刑事訴訟法第六章有特別規定外，準用民事訴訟法之規定，刑事訴訟法第六十二條定有明文；再依民事訴訟法第一百二十九條規定，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。經查，被告某甲所涉加重竊盜案件，於九十七年四月八日經台灣新竹地方法院以九十七年度竹簡字第二九二號判處有期徒刑六月，惟被告自九十六年十二月十七日起，已回空軍九五二旅服役，迄九十八年一月十日仍在營服役中，有本署檢察官訊問筆錄及空軍防空砲兵第六二二營現役軍人登記冊各一份在卷可稽，則台灣新竹地方法院於九十七年三月間，對被告為該件判決送達時，依法應囑託被告服役當時該管軍事機關或部隊長官為之，並將判決書寄至台中大雅郵政○○○○○附○○號信箱，方為合法。乃原審不察，逕向被告服役前之住所地新竹縣湖口鄉○○村○○街○○號為送達，而於同年四月二十八日寄存於新竹縣竹北分局新工派出所，此有送達證書一份在卷可稽，依前開說明，被告並未合法收受本件判決正本之送達，其送達並非合法，自難謂原判決業已確定。詎原判決於案未確定之際，即將全案卷證送交台灣新竹地方法院檢察署執行有期徒刑，該署亦予以收受受理，嗣並以九十七年度執聲字第六七三號向台灣新竹地方法院聲請定應執行刑，該院旋於九十七年八月二十二日以九十七年執聲字第九一九號裁定，就被告所犯前開竊盜案件及另犯妨害兵役案件，合併定應執行刑壹年，該裁定對未確定之九十七年度竹簡字第二九二號判決予以合併定應執行刑，自有判決不適用法律之違背法令。

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 九十八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

上列上訴人因被告竊盜等罪定應執行刑案件，對於台灣新竹地方法院中華民國九十七年八月二十二日確定裁定(九十七年度聲字第九一九號)，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：刑法第五十條規定，裁判確定前犯數罪者，併合處罰之，而數罪併罰，分別宣告其罪之刑，固依同法第五十一條規定定其應執行刑，但數罪併罰之定其應執行刑，須以各罪之裁判均已確定者為前提，倘被告先後犯甲、乙二罪，須待甲、乙二罪均已確定，始有定其應執行刑問題，反之，若甲、乙二罪當中，尚有裁判未確定者，即不合定其應執行刑之條件，其定執行刑之聲請則於法不合，應予駁回。經查本件原裁定附表所示被告犯加重竊盜罪部分，雖經台灣新竹地方法院以九十七年度竹簡字第二九二號於九十七年四月八

日判決，然被告自九十六年十二月十七日迄九十八年一月十日，在空軍九五二旅服役，依法應囑託被告服役當時該管軍事機關或部隊長官送達，始告合法。乃原審逕寄被告服役前之住所地，即新竹縣湖口鄉○○村○○街一三號，並於同年四月二十八日寄存新竹縣竹北分局新工派出所為寄存送達，未依法囑託該管軍事機關或部隊長官送達，不生合法送達之效力，判決自尚未確定，此有送達證書及空軍防空砲兵第六二二營現役軍人登記冊在卷可稽。揆之前述數罪併罰定其應執行刑之說明，本件並不合定其應執行刑之條件，乃原審不察，竟依檢察官之聲請定其應執行刑，顯屬於法有違，案已確定，不利於被告，而此裁定與確定判決有同等效力，上訴人提起非常上訴，執以指摘，洵有理由，爰由本院將原裁定撤銷，另為聲請駁回之判決，以資糾正。

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，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 八 年 七 月 十 六 日

【第十九案】

一、關係條文

刑 法 第 50 條、第 51 條。

二、非常上訴理由

對於已判決確定之各罪，已經裁定其應執行之刑者，如又重複裁定其應執行之刑，自係違反一事不再理之原則，即屬違背法令，對於後裁定，得提起非常上訴（最高法院六十八年台非字第五〇號判例參照）。又刑法第五十條之併合處罰，係以裁判確定前犯數罪為要件，故於被告受諸多科刑判決確定之情形，所謂裁判確定，乃指首先確定之科刑判決而言，凡在最先判決確定日之前所犯之各罪，均可依刑法第五十一條定其應執行之刑；在該日之後所犯者，則無與之合併定執行刑之餘地；惟在該日之後數罪，若另符合數罪併罰者，仍可依前述法則處理。查受刑人某甲先後犯多件竊盜罪，台灣彰化地方法院檢察署檢察官就最先判決確定日九十八年一月五日前所犯之四案五罪，即有期徒刑五月、四月、三月、三月、四月，聲請定其應執行之刑，業經台灣彰化地方法院九十九年度聲字第五五三號裁定定應執行有期徒刑一年三月，於同年四月十二日確定在案，有該裁定及台灣台中地方法院檢察署九十九年度執助振字第八七三號檢察官執行指揮書影本在卷可稽（見台灣苗栗地方法院檢察署九十九年度執聲非字第一〇號執行卷宗）。又台灣苗栗地方法院檢察署

檢察官另就受刑人所犯多件竊盜罪聲請定其應執行之刑，原審台灣苗栗地方法院未察，聲請書之附表編號一、二與上開裁定附表編號三、四所示之罪完全相同（均為台灣南投地方法院九十八年度審易緝字第二號、台灣彰化地方法院九十八年度簡字第一八四八號確定判決），不得重複定執行刑，而附表編號三之犯罪日期係在最先判決確定日九十八年一月五日之前，附表編號四、五之犯罪日期均在最先判決確定日之後，已不合刑法第五十條併合處罰之要件，依前開說明，自不能再重複或合併定其應執行之刑，詎原審不察，竟裁定定應執行有期徒刑一年十月，而於九十九年四月二十日確定，揆之首開判例意旨，即有適用法則不當之違法。本件附表編號一、二、三罪部分，既遭重複裁定定應執行之刑，則加倍拉長該三罪執行刑期，顯然不利於受刑人，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 九十九年度台非字第三〇三號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被 告 某甲

上列上訴人因被告數罪併罰定應執行刑案件，對於台灣苗栗地方法院中華民國九十九年三月三十一日第一審確定裁定（九十九年度聲字第二〇一號，聲請案號：台灣苗栗地方法院檢察署九十九年度聲字第一四七號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原裁定撤銷。

某甲因犯如附表編號四、五之竊盜罪所處之刑，應執行有期徒刑陸月，如易科罰金，以新台幣壹仟元折算壹日。

檢察官之其他聲請駁回。

理 由

非常上訴理由(見前二)

本院按對於已判決確定之各罪，已經裁定其應執行之刑者，如又重複裁定其應執行之刑，自係違反一事不再理之原則，即屬違背法令，對於後裁定，得提起非常上訴。又刑法第五十一條之數罪併罰，應以合於同法第五十條之規定為前提，而第五十條之併合處罰，則以裁判確定前犯數罪為條件，若於一罪之裁判確定後又犯他罪者，自應於他罪之科刑裁判確定後，與前罪應執行之刑併予執行，不得適用刑法第五十一條所列各款，定其應執行刑。本件被告即受刑人某甲前因竊盜等五罪，經台灣彰化地方法院檢察署檢察官聲請定其應執行刑，台灣彰化地方法院於民國九十九年三月三十一日以九十九年度聲字第五五三號裁定定其應執行刑為有期徒刑一年三月，並諭知如易科罰金之折算標準，於同年四月十二日確定，被告所犯上開五次竊盜罪中，最先判決確定日為九十八年一月五日，有該院裁定及檢察官執行指揮書等在卷可憑（見聲非字第一〇號卷第五至七頁）。嗣台灣苗栗地方法院檢察署檢察官復就被告所犯附表編號一至編號五所示竊盜共七罪聲請定其應執行刑（即本件），然查其中附表編號一、二所示竊盜三罪，業經台灣彰化地方法院前揭裁定定應執行

刑確定，有該裁定在卷可稽；編號三所示竊盜二罪，其犯罪時間為九十七年十一月二十八日及同年十二月二十九日；編號四、五所示二次竊盜，犯罪時間為九十八年二月三日及同年六月十八日，亦有各該確定判決在卷可按（見執聲字第一四七號卷第十七頁、苗簡字第一〇一九號卷第二十四頁）。則本件僅附表編號四、五所示罪刑係在最先判決確定日即九十八年一月五日以後，依首揭說明，被告所犯附表編號一、二所示罪刑前既經另案裁定定其應執行刑確定，且與編號三所示罪刑，其犯罪時間復均在最先判決確定日之前，自不得與編號四、五部分併合處罰。是本件依法僅得就附表編號四、五部分定其應執行刑。乃原審不察，遽依檢察官之聲請，就附表所示各罪刑，全部裁定併合處罰，於法即有未合。又本件係定應執行刑之裁定，與實體判決有同等效力，案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，為有理由，應由本院將原裁定撤銷，就附表編號四、五部分之罪刑，定其應執行之刑如主文第二項所示，並諭知如易科罰金之折算標準，另將檢察官就附表編號一至編號三部分定應執行刑之聲請駁回，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，刑法第五十三條、第五十一條第五款、第四十一條第八項、第一項前段，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 九 年 十 月 二 十 八 日

【第二十案】

一、關係條文

刑 法 第 51 條。

中華民國九十六年罪犯減刑條例 第 1 條。

二、非常上訴理由

按法律上屬於自由裁量之事項，並非概無法律性之拘束。自由裁量係於法律一定之外部性界限內（以定執行刑言，即不得違反刑法第五十一條之規定）使法官具體選擇以為適當之處理；因此在裁量時，必須符合所適用之法規之目的。更進一步言，必須受法律秩序之理念所指導，此亦即所謂之自由裁量之內部性界限。關於定應執行之刑，既屬自由裁量之範圍，其應受此項內部性界限之拘束，要屬當然。茲中華民國九十六年罪犯減刑條例之所以制定，依其第一條規定，在賦予罪犯更新向善之機。是其適用該減刑條例，自不得違反此一法律之目的。本件受刑人某甲犯有原裁定附表所列二罪，前經台灣高等法院高雄分院八十年度聲減字第一五〇五號裁定依中華民國八十年罪犯減刑條例，就附表編號二之罪予以減刑後，與附表編號一之罪定其應執行刑為有期徒刑十六年（原十八年嗣更正），有該裁定影本在卷可考；而原裁定就附表編號二之罪依中華民國九十六年罪犯減刑條例予以減刑，與附表編號一之罪定其應執行刑時，竟定為有期徒刑十六年六月，反較減刑前所定者為重，殊悖減刑之目的，自

屬違法（最高法院八十年台非字第四七三號判例參照）。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 九十八年度台非字第八〇號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被 告 某甲

上列上訴人因被告施用毒品罪減刑及定應執行刑案件，對於台灣高等法院台南分院中華民國九十七年二月十二日確定裁定（九十七年度聲字第二三二號；聲請案號：台灣高等法院台南分院檢察署九十六年度執聲字第七〇四號），認為一部違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原裁定關於定應執行刑部分撤銷。

某甲因犯如附表所示之罪，其中編號一所處之刑與編號二減刑之刑，應執行有期徒刑拾伍年捌月，褫奪公權拾年。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按：關於定應執行刑之裁定，與實體判決具有同等之效力，已確定之裁定如發現其係違背法令者，自得對之提起非常上訴。又法律上屬於自由裁量之事項，有其外部性界限及內部性界限。應在法律所定範圍內為適當之裁判者，為外部性界限；應一併考量法律之目的及法律秩序之理念所在者，為內部性界限，二者均不能有所踰越。數罪併罰，有二裁判

以上定應執行刑時，固屬於法院自由裁量之事項，然仍應受前揭外部性界限及內部性界限之拘束。本件被告犯附表編號一、二所示之罪，前經台灣高等法院高雄分院以民國八十年度聲減字第一五〇五號裁定，依中華民國八十年罪犯減刑條例就編號二之罪予以減刑後，與編號一之罪定應執行刑（主刑部分）為有期徒刑十六年（原定十八年，嗣經更正），褫奪公權十年，有該裁定影本在卷可按。中華民國九十六年罪犯減刑條例施行後，檢察官另聲請定應執行刑，原裁定就附表編號二之罪依該條例予以減刑後，與編號一之罪定應執行刑（主刑部分）時，竟定為有期徒刑十六年六月，褫奪公權十年。關於主刑部分，反較減刑前所定者為重。雖未踰越刑法第五十一條第五款所定之外部性界限，惟該減刑條例制定之目的，是賦予罪犯更新向善之機，原裁定所定之執行刑既較先前所定者為重，即與制定該條例之目的及法律秩序之理念有悖，自屬違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，為有理由。應由本院將原裁定關於定應執行刑部分撤銷，另行判決如主文第二項所示，以資救濟。據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，刑法第五十一條第五款，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 八 年 三 月 二 十 日

【第二十一案】

一、關係條文

刑 法 第 51 條。

刑 事 訴 訟 法 第 378 條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。復按對於已判決確定之各罪，經裁定其應執行之刑者，如又重複裁定其應執行之刑，自係違反一事不再理之原則，即屬違背法令，對於後裁定，得提起非常上訴；又數罪併罰有二裁判以上者，固得依刑法第五十一條之規定定其應執行之刑，但須以裁判確定前為前提。倘若被告先後犯甲、乙、丙三罪，而甲罪係在乙罪裁判確定前所犯，甲、乙兩罪均經判決確定，並已裁定定其應執行之刑，則丙罪雖在乙罪裁判確定前所犯，但因其在甲罪裁判確定之後，且乙罪既已與甲罪合併定其應執行刑，則丙罪即不得再與乙罪重複定其應執行之刑，祇能單獨執行，分別有最高法院六十八年台非字第五〇號及七十二年台非字第四七號判例可資參照。經查受刑人某甲先後犯詐欺、妨害自由（即原確定裁定附表編號1之罪）及常業詐欺（即原確定裁定附表編號2之罪）等三罪，經台灣高等法院台南分院八十九年度上訴字第二六七號、台灣高等法院九十六年度上訴字第二六八八號、台灣高等法院台中分院九十七年度上訴字第九九〇

號分別判決，並分別於八十九年七月三十一日、九十六年十月十五日、九十七年十月十三日確定，而其中妨害自由罪係在詐欺罪確定前所犯，並已經台灣高等法院九十八年度聲字第一八二三號裁定，就上開二罪定其應執行之刑為有期徒刑五年十月，有該裁定書可稽；雖常業詐欺罪之犯罪日期為八十九年九月一日至九十年六月二十三日，在妨害自由罪判決確定前，但因其係在詐欺罪判決確定之後，且妨害自由罪既已與詐欺罪合併定其應執行之刑，則常業詐欺罪即不得再與妨害自由罪，重複定其應執行之刑，詎原確定裁定重複定其應執行之刑確定，揆諸首開說明，自係違反一事不再理之原則，為違背法令，且於受刑人不利，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。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十九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

上列上訴人因被告妨害自由等罪案件，對於台灣高等法院台中分院中華民國九十八年八月二十五日第二審確定裁定(九十八年度聲字第一六四九號，聲請案號：台灣高等法院台中分院檢察署九十八年度執聲字第一三九四號)，認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文
原裁定撤銷。
聲請駁回。

理 由

非常上訴理由(見前二)

本院按數罪併罰有二裁判以上者，固得依刑法第五十一條之規定定其應執行之刑，但須以裁判確定前為前提。倘若被告先後犯甲、乙、丙三罪，而甲罪係在乙罪裁判確定前所犯，甲、乙兩罪均經判決確定，並已裁定定其應執行之刑，則丙罪雖在乙罪裁判確定前所犯，但因其在甲罪裁判確定之後，且乙罪既已與甲罪合併定其應執行之刑，則丙罪即不得再與乙罪重複定其應執行之刑，祇能單獨執行(本院七十二年台非字第四七號判例參照)。本件被告某甲於民國八十六年六月三十日，因犯詐欺罪，經台灣高等法院台南分院於八十九年五月三十一日，以八十九年度上訴字第二六七號判決，判處有期徒刑五年六月，於八十九年七月三十一日確定，其於該案判決確定前之八十九年三月三十日，因犯妨害自由罪，經台灣高等法院於九十六年九月二十七日，以九十六年度上訴字第二六八八號判決，判處有期徒刑七月，於九十六年十月十五日確定。以上二罪，因合於定應執行刑規定，業經台灣高等法院依檢察官之聲請於九十八年六月二十三日，以九十八年度聲字第一八二三號裁定應執行有期徒刑五年十月確定。茲被告於八十九年九月一日至九十年六月二十三日，又犯常業詐欺罪，經台灣高等法院台中分院九十七年九月十日，以九十七年度上訴字第九九〇號判決，判處有期徒刑四年十月，於九十七年十月十三日確定，分別有上開案卷可考。其常業詐欺罪之犯罪時間，雖在妨害自由罪判決確定之前，但係在詐欺罪判決確定之後，依首開說明，常業詐欺罪

自不得與妨害自由罪重複裁定應執行之刑，而應單獨執行。乃台灣高等法院台中分院不察，竟依檢察官聲請，就上開妨害自由、常業詐欺罪所處之刑，於九十八年八月二十五日，以九十八年度聲字第一六四九號裁定，重複定其應執行有期徒刑五年二月，顯屬違法。案經確定，且不利於被告，而此項裁定與確定判決有同一之效力，上訴人提起非常上訴，執以指摘，洵有理由，自應由本院將原裁定撤銷，判決駁回檢察官之聲請，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 九 年 五 月 六 日

【第二十二案】

一、關係條文

刑 法 第 55 條。
戶 籍 法 第 75 條第 2 項。
刑 事 訴 訟 法 第 302 條第 1 款、第 378 條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令；案件曾經判決確定者，應諭知免訴之判決，刑事訴訟法第三百七十八條、第三百零二條第一款，分別定有明文。又已經提起公訴或自訴之案件，復重行起訴，其後之起訴，於先之起訴判決確定後始行判決者，應為免訴之判決（貴院五十一年三月十九日五十一年度第二次民、刑庭總會決議參照）。本件被告某甲『明知駕照已於民國九十四年三月八日註銷，於九十七年五月間，為能夠至○○汽車貨運有限公司（下稱○○公司）任職，竟基於偽造私文書及偽造特種文書之犯意，將撿拾而來、舊同事黃○○之駕駛執照、身分證，貼上自己之照片後，影印持之至○○公司應徵曳引車駕駛工作，並偽造黃○○之署押與○○公司簽訂承攬契約書，並交付○○公司而為行使，致生損害於黃○○及○○公司。』之犯罪事實，前經台灣高雄地方法院以九十八年度審簡字第七六號判決『某甲犯行使偽造私文書罪，累犯，處有期徒刑肆月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。承攬契約書上「立契約書人（乙

方)」攔偽造之「黃○○」署名壹枚及指印壹枚，均沒收。』並於九十八年五月十五日確定，此有該案卷宗可稽。詎台灣高雄地方法院檢察署檢察官就被告上開經判決確定之同一變造駕駛執照、身分證，持向○○公司行使以擔任該公司司機之事實，又於九十八年五月二十一日，以九十八年度調偵字第一三五號提起公訴，揆之首揭說明，原審自應就此部分為免訴判決，乃竟認定『本件犯罪事實(四)所示之行使變造特種文書犯行、行使變造之國民身分證犯行，雖未經檢察官提起公訴，然此與其犯罪事實(一)所示之行使變造特種文書(此即前述已經判決確定部分)犯行間，既分別有接續犯之實質上一罪及想像競合犯之裁判上一罪關係，自均為起訴效力所及』，而論被告以共同行使變造國民身分證罪，判處有期徒刑六月，自有判決不適用法則之違法。案經確定，且於被告不利，爰就本件共同行使變造身分證罪部分，依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十九年度台非字第二六八號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告偽造文書等罪案件，對於台灣高雄地方法院中華民國九十八年七月三十一日第一審確定判決(九十八年度審交訴字第一一九號，起訴案號：台灣高雄地方法院檢

察署九十八年度調偵字第一三五號)，認為一部違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於共同犯戶籍法第七十五條第二項之行使變造國民身分證部分撤銷。

上開撤銷部分免訴。

理 由

非常上訴理由(見前二)

本院按案件曾經判決確定者，應諭知免訴之判決，刑事訴訟法第三百零二條第一款定有明文。此項訴訟法上所謂一事不再理之原則關於實質上一罪或裁判上一罪，均有其適用。本件被告「基於偽造私文書及偽造特種文書之犯意，將檢拾而來、舊同事黃○○之駕駛執照、身分證，貼上自己之照片後，影印持之至○○公司應徵曳引車駕駛工作，並偽造黃○○之署押與○○公司簽訂承攬契約書，致生損害於黃○○及○○公司」等情，業經台灣高雄地方法院檢察署檢察官以九十七年度偵字第三三七〇二號聲請簡易判決處刑，並經台灣高雄地方法院簡易庭於同年四月二十二日以九十八年度審簡字第七六號判決，除引用檢察官聲請簡易判決處刑書所載外，應補充「並在承攬契約書『立契約書人(乙方)』欄偽造黃○○之署名及指印各一枚與○○公司簽訂承攬契約書，並交付○○公司而行使」，認被告應成立犯刑法第二百十六條、第二百十條之行使偽造私文書罪及同法第二百十六條、第二百十二條之行使偽造特種文書罪；而從一重判處被告行使偽造私文書罪，量處有期徒刑四月。嗣被告上訴台灣高雄地方

法院（刑事簡易第二審），於九十八年五月十五日撤回上訴確定；有該案聲請簡易判決處刑書、刑事判決影本及被告刑案資料查註紀錄表附卷足憑。乃台灣高雄地方法院檢察署檢察官就被告「明知其駕駛執照已遭吊銷，竟基於變造特種文書之犯意，於不詳時、地，以換貼自己照片於黃○○國民身分證上後影印之方式，變造黃○○之身分證影本，並以黃○○之身分擔任○○汽車貨運有限公司曳引車司機，為從事業務之人，並於97年6月27日某時許，……。詎某甲因無照駕駛，為掩飾身分逃避刑罰，竟基於偽造署押之犯意，於97年6月27日晚上6時1分許，在高雄縣鳳山市○○醫院內，向承辦員警李○○表明身分為黃○○，並在酒精濃度測試紙上偽造『黃○○』署名1枚及按2枚指印，復於97年6月30日15時許，以黃○○之身分，在高雄縣政府警察局林園分局車禍處理小組辦公室內製作筆錄，並於警詢筆錄上偽造『黃○○』之署名2枚及按6枚指印，足生損害於黃○○及司法機關偵審對象之正確性」，認涉犯刑法第二百十六條、第二百十二條、第二百十七條之罪嫌，於九十八年五月二十一日以九十八年度調偵字第一三五號向台灣高雄地方法院提起公訴，經該院認被告另於九十七年六月二十九日變造「黃○○」身分證及駕駛執照，涉犯行使變造特種文書、行使變造國民身分證等為起訴效力所及，併予審判；而以被告所為行使變造特種文書、偽造署押、行使變造之國民身分證犯行間，分別有接續犯之實質上一罪及想像競合犯之裁判上一罪關係，從一重論處被告犯戶籍法第七十五條第二項之行使變造國民身分證罪，於九十八年七月三十一日以該院九

十八年度審交訴字一一九號判處有期徒刑六月。被告上訴後，於九十八年十月八日撤回上訴確定在案。則原確定判決認定被告所犯戶籍法第七十五條第二項之行使變造國民身分證罪與前揭判決確定之行使變造國民身分證罪間有實質上一罪之關係，則此部分之行為，為前案確定判決之效力所及，應為免訴之諭知。原審不察，竟仍就此部分為實體有罪之判決，自屬違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決此部分撤銷，另行依法諭知免訴之判決，以資救濟。

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

中 華 民 國 九 十 九 年 九 月 十 六 日

【第二十三案】

一、關係條文

刑 法 第 55 條。

刑 事 訴 訟 法 第 378 條。

二、非常上訴理由

按刑法第五十五條規定之想像競合犯，從一重處斷，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，外形上具備數個犯罪構成要件，成立數個罪名，但包括的作為一個構成要件加以評價，乃犯罪之併合，乃處斷上之一罪；如其意思各別，且有數個行為，應構成數個獨立罪名，不能適用第五十五條之規定。本件原判決認定之犯罪事實，引用檢察官起訴書之記載，有關施用毒品部分，即係『被告基於施用毒品之犯意，於九十八年三月五日八時十五分許前九十六小時內，在其位於花蓮縣吉安鄉○○村○○○街十五號之住處內，施用第一級毒品海洛因、第二級毒品安非他命』等情；原判決既又記載『被告同時施用第一級、第二級毒品，乃一行為觸犯數罪名，為想像競合犯，應從一重之施用第一級毒品罪處斷』等語，論罪法條亦引用刑法第五十五條；則被告施用毒品部分，顯係依想像競合犯從一重論以施用第一級毒品之一罪。乃原判決主文卻諭知『施用第一級品，累犯，處有期徒刑拾月。又施用第一級品，累犯，處有期徒刑拾月』竟依二個獨立之罪名併合處斷，再與持有第

二級毒品罪，定應執行有期徒刑一年四月，依首開說明，原判決之施用毒品部分，自有判決理由矛盾及適用法則不當之違法。案經確定，且於被告不利。爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十九年度台非字第二四號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例等罪案件，對於台灣花蓮地方法院中華民國九十八年八月二十六日第一審確定判決（九十八年度訴字第二四二號，起訴案號：台灣花蓮地方法院檢察署九十八年度毒偵字第一三八、二〇五號），認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於施用第一級毒品二罪部分均撤銷。

某甲施用第一級毒品，累犯，處有期徒刑拾月。扣押之吸食器壹組沒收。

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。又科刑之確定判決，其所宣示之主文，與所載之事實及理由必須互相適合，否則即屬理由矛盾，而判決理由矛盾，如致適用法令違誤，即屬於判決違背法令，自得據以提起非常上訴。本件原確定判決事實欄關於被告某甲施用毒品部分，係引用

檢察官起訴書所載，認定被告某甲基於施用毒品之犯意，於民國九十八年三月五日八時十五分許前九十六小時內，在其位於花蓮縣吉安鄉○○村○○○街十五號之住處內，施用第一級毒品海洛因、第二級毒品安非他命等情，理由內並說明被告同時施用第一級、第二級毒品，係一行為觸犯數罪名，為想像競合犯，應從一重之施用第一級毒品罪處斷。乃原確定判決竟適用毒品危害防制條例第十條第一項、第二項、第十八條第一項前段，刑法第十一條前段、第五十五條、第四十七條第一項、第五十一條第五款，於主文諭知被告施用第一級毒品二罪，均累犯，各處有期徒刑十月，其主文之記載，與事實認定及理由論述均不相一致，顯有判決理由矛盾之違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決關於施用第一級毒品二罪部分均撤銷，另行判決如主文第二項所示，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，毒品危害防制條例第十條第一項、第二項、第十八條第一項前段，刑法第十一條前段、第五十五條、第四十七條第一項，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 九 年 一 月 二 十 一 日

【第二十四案】

一、關係條文

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

二、非常上訴理由

- 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。又更定應執行刑之裁定，與科刑判決有同等效力，於裁定確定後，認為違法，得提起非常上訴。末查刑事判決正本送達後，發現原本錯誤，顯係文字之誤寫、誤算，且不影響於全案情節與判決本旨之顯然錯誤者，固得由原法院以裁定更正。惟如原判決之原本及正本關於主文欄之違誤，與文字之誤寫、誤算或其他類此之顯然錯誤情形有別，所為更正乃變更原先主文諭知之刑度，顯然足以影響該判決之本旨，自不得以裁定更正之。此有司法院院字第一八五七號及釋字第四三號解釋意旨可資參照。
- 二、本案被告某甲前因涉嫌詐欺案件，經台灣屏東地方法院於九十七年六月二十日以九十七年度簡上字第一五號判決被告之上訴駁回，同時諭知受刑人緩刑三年，並應向指定之公益團體、地方自治團體或社區提供三十小時之義務勞務，緩刑期內付保護管束，並於同日確定在案。經查諭知付義務勞務之緩刑時，應在四十小時以上

二百四十小時以下之範圍內自由裁量，方為合法，刑法第七十四條第二項第五款定有明文。本件原判決諭知被告義務勞務三十小時，其所附緩刑條件顯然逾越法定刑度範圍，而屬違背實體法則，惟尚非不利於被告。又原審嗣發現其判決原本及正本之主文及理由欄均有上開違誤後，於九十七年八月二十二日以九十七年度簡上字第一五號裁定將原判決之原本及正本主文及理由欄內所載『關於三十小時之記載』，均更正為『四十小時』，並於九十七年九月一日確定在案。惟本案原判決之原本及正本關於主文及理由欄之上開違誤，要與文字之誤寫、誤算或其他類此之顯然錯誤情形有別，所為更正裁定乃變更原判決主文諭知之內容，依上開解釋意旨，自不得以裁定更正之，詎原審仍以裁定為之，自有判決適用法則不當之違法。該更正裁定固屬自始、當然、絕對無效。惟上揭裁定具有形式確定力，且對被告不利，自有聲請特別救濟程序聲請撤銷之必要(最高法院九十七年度台非字第五九四號判決意旨參照)。

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

三、附錄

最高法院刑事判決
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲
九十八年度台非字第七七號

上列上訴人因被告詐欺案件，對於台灣屏東地方法院中華民國九十七年八月二十二日確定刑事裁定(九十七年度簡上字第一五號)，認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原裁定撤銷。

理 由

非常上訴理由(見前二)

本院按判決適用法則不當者，其判決為當然違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又與科刑判決具有同等效力之裁定，於確定後認為違法，且該裁定不利於被告而別無其他救濟途徑，或對法之續造具有重要意義，或與統一適用法令有關而有闡釋之必要性者，得提起非常上訴。再緩刑宣告，得斟酌情形命犯罪行為人向指定之公益團體、地方自治團體或社區提供四十小時以上二百四十小時以下之義務勞務，刑法第七十四條第二項第五款定有明文。又刑事判決正本送達後，發現原本錯誤，顯係文字之誤寫、誤算，且不影響於全案情節與判決本旨之顯然錯誤者，固得由原法院以裁定更正。惟如原判決之原本及正本關於主文欄之違誤，核與文字之誤寫、誤算或其他類此之明顯錯誤情形有別，所為更正乃變更原判決主文諭知之刑度，顯然足以影響該判決之本旨，觀之司法院院字第一八五七號及釋字第四三號解釋意旨，自不得以裁定更正之，倘逕為更正裁定，應屬自始、當然、絕對無效。本件被告某甲前因涉嫌詐欺案件，經原審即台灣屏東地方法院於民國九十七年六月二十日，以九十七年度簡上字第十五號判決駁回被告之上訴，諭知緩刑三年，並

應向指定之公益團體、地方自治團體或社區提供三十小時之義務勞務，緩刑期內付保護管束，於同日確定在案。上揭服義務勞務「三十」小時之諭知，顯已違反法定最低「四十」小時之範圍，而有違背法令情形。原審於同年八月二十二日以裁定更正為「四十」小時，實已變更原判決主文諭知之內容，核與一般文字之誤寫、誤算或其他類此之顯然錯誤情形迥不相同，該更正裁定顯有適用法則不當之違法情形，案經確定，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由。惟該更正裁定雖因違法而屬自始、當然、絕對無效，但既有確定裁定之形式存在，且對被告不利，又別無其他適當救濟途徑，爰由本院判決將原裁定撤銷，除去該違法裁定之形式，以資救濟。據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 八 年 三 月 十 九 日

【第二十五案】

一、關係條文

刑 法 第 47 條第 1 項、第 74 條、第 76 條。
刑 事 訴 訟 法 第 378 條。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又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，亦經司法院大法官會議著有釋字第一百八十一號解釋可稽。事實審法院對於被告有無累犯之事實，應否適用刑法第四十七條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事項，客觀上有其調查之必要，應依職權加以調查，倘被告並非累犯，而事實審並未詳加調查，致判決時依累犯之規定論處，即屬刑事訴訟法第三百七十九條第十款規定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。

二、本件台灣彰化地方法院九十七年度易字第三六四號案件以被告某甲曾因違反動產擔保交易法案件，經該院以九

十二年度易字第二八六號判決判處有期徒刑三月確定，於民國九十二年八月二十五日易科罰金執行完畢，仍不知悔改。其原可預見若提供帳戶予他人使用，足以供作他人為詐欺取財犯罪之人頭帳戶，竟仍不違背其本意，並基於幫助他人詐欺取財之不確定故意，於九十六年六月四日至九十六年七月十一日間之某時，在雲林縣西螺鎮某處，將其申設之中華郵政股份有限公司西螺郵局帳號0000000000000000號帳戶之存摺、印章、金融卡連同密碼，交付予真實姓名年籍不詳之某成年人，而容任他人使用上開帳戶遂行犯罪。嗣該人果將上開物件均轉交予不詳之成年人共組之詐欺集團，該集團並共同基於意圖為自己不法所有之詐欺犯意聯絡，先於九十六年七月十一日上午，以電話向被害人林○○佯稱，伊朋友欠錢需要幫忙云云，被害人林○○不疑有他，因此詐術陷於錯誤，於同日中午十二時許，前往高雄縣大寮鄉農會匯款新台幣（下同）十萬元至上開帳戶內；該集團復於同年月十二日下午四時許，以電話向被害人江○○佯稱，被害人江○○抽中由○○傢具行在台北市微風廣場舉辦之抽獎活動二獎，需先將稅款匯入指定帳戶，始能獲得獎金八十四萬元云云，被害人江○○亦不疑有他，因此詐術陷於錯誤，於同年月十三日下午三時許，前往設在台北市之台灣銀行民權分行匯款五萬二千元至上開帳戶內。嗣因被害人林○○、江○○於匯款後發覺受騙，經報警處理，始查悉上情。被告即以上開交付存摺、印章、金融卡連同密碼之方法，幫助他人實施詐欺取財

行為。因認被告係犯刑法第三十條第一項、第三百三十九條第一項之幫助詐欺取財罪，而判處其徒刑，並認被告係累犯而加重其刑。然查，被告曾因違反動產擔保交易法案件，經台灣彰化地方法院於九十二年七月三十一日以九十二年度易字第二八六號判決判處有期徒刑三月，如易科罰金，以三百元折算一日，緩刑二年確定，該案並於九十二年八月二十五日以緩刑報結，嗣其緩刑期滿，緩刑之宣告未經撤銷，依刑法第七十六條規定，其刑之宣告失其效力，有全國刑案資料查註表附卷可稽。惟台灣彰化地方法院九十七年度易字第三六四號案件竟依累犯之規定判處被告有期徒刑五月，如易科罰金，以一千元折算一日，並於九十七年六月三十日確定，自有判決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、第四百四十三條規定提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十八年度台非字第二八一號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

上列上訴人因被告詐欺案件，對於台灣彰化地方法院中華民國九十七年六月十一日第一審確定判決（九十七年度易字第三六四號，起訴案號：台灣彰化地方法院檢察署九十七年度偵字第三九五號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

某甲幫助意圖為自己不法之所有，以詐術使人將本人之物交付，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)

本院按判決適用法則不當者，為違背法令。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，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為其成立要件，刑法第四十七條第一項定有明文。又緩刑期滿，而緩刑之宣告未經撤銷者，其刑之宣告失其效力，亦分別為刑法第七十四條、第七十六條所明定。則縱於緩刑期滿後五年以內再犯有期徒刑以上之罪，因非係於曾受有期徒刑之執行完畢，或受無期徒刑或有期徒刑一部之執行而赦免後，五年以內再犯有期徒刑以上之罪者，仍不合上開累犯之成立要件，自不能論以累犯。本件被告某甲前因違反動產擔保交易法案件，經台灣彰化地方法院於九十二年七月三十一日以九十二年度易字第二八六號判決判處有期徒刑三月，如易科罰金，以三百元折算一日，緩刑二年確定，並於九十二年八月二十五日以緩刑報結。嗣於緩刑期滿後，緩刑之宣告未經撤銷，依刑法第七十六條規定，其刑之宣告失其效力，有台灣高等法院被告全國刑案資料查註表附卷可稽。本件依原判決認定之事實，被告於九十六年六月四日至同年七月十一日間之某時，將申設之郵局帳戶存摺、印章、金融卡連同密碼，交付予真實姓名

年籍不詳之某成年人，幫助他人使用該帳戶遂行詐欺犯罪時，被告前開違反動產擔保交易法案件，係經宣告緩刑，並因緩刑期滿而刑之宣告失其效力，依上開說明，自無成立累犯之餘地。原判決誤認被告違反動產擔保交易法案件所處有期徒刑三月，已於九十二年八月二十五日易科罰金執行完畢，本件係於該案執行完畢五年內再犯有期徒刑以上之罪，論被告幫助詐欺取財罪，並依累犯規定加重其刑，自有判決適用法則不當之違法。案經確定，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，另行依法判決，以資救濟。

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

中 華 民 國 九 十 八 年 九 月 二 十 四 日

【第二十六案】

一、關係條文

刑 法 第 75 條之 1。
刑 事 訴 訟 法 第 302 條第 2 款。

二、非常上訴理由

一、依司法院大法官會議釋字第一六八號解釋：已經提起公訴或自訴之案件，在同一法院重行起訴者，應諭知不受理之判決，刑事訴訟法第三百零三條第二款定有明文。縱先起訴之判決確定在後，如判決時，後起訴之判決尚未確定，仍應就後起訴之判決，依非常上訴程序，予以撤銷，諭知不受理。又按確定之裁定，倘其內容為關於實體之事項，而以裁定行之者（如撤銷緩刑之宣告），因與實體判決具有同等之效力，自得對之提起非常上訴。又對於撤銷緩刑之裁定，已為實體之裁定確定者，法院又重複為實體之裁定，自係違法（反）一事不再理之原則，後一裁定應有違背法令。再查：受緩刑之宣告，而在緩刑期內故意犯他罪，又在緩刑期內受得易科罰金之有期徒刑、拘役或罰金之宣告確定者，依刑法第七十五條之一之規定，並非應撤銷其緩刑宣告，而僅係得撤銷緩刑，法院自得斟酌全案情形，而為裁量。因此，若法院斟酌全案資料之結果，認為不必撤銷緩刑，而以聲請撤銷無理由而裁定駁回檢察官之聲請者，自含有實體

裁定之性質，此一裁定應有實質之確定力。經查：本件台灣新竹地方法院九十八年（度）撤緩字第九一號裁定，並非以台灣新竹地方法院檢察署檢察官之聲請撤銷緩刑之判決，在程序上有不合法之情形而予駁回（程序駁回），而係對刑法第七十五條之一有關對被告是否須撤銷其緩刑之宣告，經予實體上之斟酌後，認為該被告所犯後案，經台灣桃園地方法院刑事簡易庭斟酌情節後，僅科處拘役五十日，顯然可見被告所犯後案之情節尚非重大，又無其他證據足認原宣告之緩刑難收其預期效果，而有執行刑罰之必要，因認檢察官聲請撤銷緩刑非有理由，而予駁回；此明顯為法院以聲請無理由而駁回（實體駁回），自係含有實體裁定之性質，且對被告有利，自應基於保護被告利益之立場，而認該裁定有實體之確定力（檢察官如對該裁定有不服，自得提起抗告，由二審法院另為審酌，但本件經查檢察官對該裁定，並未提起抗告。），應不許法院日後又因檢察官重複以相同理由，再度提出撤銷緩刑宣告之聲請，而另為內容不同之裁定，否則自於被告有實體上之不利，合先敘明。

二、上列被告因違反家庭暴力防治法案件，經台灣桃園地方法院於九十六年八月三十一日以九十六年度壩簡字第一四二〇號判決判處應執行拘役五十日，同時宣告緩刑三年，於九十六年十月八日確定。惟其於緩刑期內即九十八年二月十日更犯恐嚇危害安全罪，經同院於九十八年八月十三日以九十八年度壩簡字第一七五一號判決

判處拘役五十日，於九十八年九月十四日確定。嗣台灣新竹地方法院檢察署檢察官於九十八年十一月二日，以被告於緩刑期內故意犯他罪，而在緩刑期內受拘役之宣告確定，足認原宣告之緩刑難收其預期效果，而有執行刑罰之必要，聲請撤銷緩刑宣告，並經台灣新竹地方法院於九十八年十二月十日以九十八年度撤緩字第九一號裁定以聲請無理由駁回，於九十九年一月四日確定。惟該署檢察官竟又於九十八年十一月十六日以同一事由重複聲請撤銷前開判決緩刑之宣告，原審未駁回檢察官之聲請，竟於九十八年十二月八日以九十八年度撤緩字第一〇一號裁定為撤銷緩刑之宣告，並於九十八年十二月二十九日確定。揆諸前開說明，台灣新竹地方法院九十八年度撤緩字第一〇一號案件受理在後，且台灣新竹地方法院九十八年度撤緩字第九一號案件於九十八年十二月十日裁定時，九十八年度撤緩字第一〇一號裁定尚未確定，故應以九十八年度撤緩字第九一號裁定為適法，台灣新竹地方法院九十八年度撤緩字第一〇一（號）裁定違反一事不再理原則，顯有裁定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 九十九年度台非字第一九七號
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保護令案件，對於台灣新竹地方法院中華民國九十八年十二月八日所為撤銷緩刑宣告之第一審確定裁定（九十八年度撤緩字第一〇一號，聲請案號：台灣新竹地方法院檢察署九十八年度執聲字第一一二三號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原裁定撤銷。

檢察官之聲請駁回。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按撤銷緩刑宣告之裁定，與科刑判決有同效力，於裁定確定後，認為違法，得提起非常上訴，本院著有四十四年台非字第四一號判例可資參照。又一事不再理為刑事訴訟法上一大原則，而撤銷緩刑宣告之裁定，既與科刑判決有同效力，其應受一事不再理原則之拘束，自不待言。本件被告即受刑人某甲因違反保護令案件，經台灣桃園地方法院以九十六年度壢簡字第一四二〇號簡易判決判處應執行拘役五十日，如易科罰金，以新台幣一千元折算一日，緩刑三年，緩刑期內付保護管束確定。嗣台灣新竹地方法院檢察署檢察官以被告於緩刑期內即民國九十八年二月十日更犯恐嚇危害安全罪，經台灣桃園地方法院於同年八月十三日以九十八年度壢簡字第一七五一號簡易判決判處拘役五十日（並諭知如易科罰金之折算標準）確定，乃以被告在緩刑期內故意犯他罪，足認被告並未因受刑事追訴而有悔悟之意，原宣告之

緩刑已難收其預期效果，合於刑法第七十五條之一第一項第二款所定撤銷緩刑宣告之原因為由，聲請撤銷緩刑。該案於九十八年十一月二日繫屬於原審法院，經審理結果認檢察官之聲請，為無理由，於同年十二月十日以九十八年度撤緩字第九一號（下稱前案）裁定，從實體上駁回聲請，檢察官對該裁定未提起抗告，於九十九年一月五日確定（該裁定正本最後於九十八年十二月十七日寄存送達予被告，自寄存之日起經十日生效，扣除在途期間二日，期間之末日為九十九年一月三日，因係星期日，應以其次日即當月四日代之，於同年月五日始行確定，非常上訴書載為九十九年一月四日確定），有該案卷附送達證書等資料可稽。詎檢察官復以同一事由，於九十八年十一月十六日重行向原審法院聲請撤銷被告前開緩刑之宣告，乃原審不察，遽依檢察官之聲請，於同年十二月八日以九十八年度撤緩字第一〇一號裁定（下稱原裁定）撤銷被告前開緩刑之宣告，並於九十八年十二月二十三日確定（該裁定正本最後於九十八年十二月十四日寄存新竹縣警察局竹北分局湖口分駐所，對被告為送達，被告於同月十五日即親往領取收受，經扣除在途期間二日，抗告期間至同月二十二日屆滿，於當月二十三日確定，非常上訴書載為九十八年十二月二十九日確定），亦有送達證書等資料在卷可考。查本件原裁定繫屬在後，雖其裁定在先，然於前案為裁定時，其尚未確定，仍應認係違反一事不再理原則，而有適用法則不當之違背法令。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨執以指摘，為有理由，應由本院將原裁定撤銷，並駁回檢察官之聲請，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，
判決如主文。

中 華 民 國 九 十 九 年 七 月 八 日

【第二十七案】

一、關係條文

刑 法 第 75 條之 1 第 1 項 第 1 款。
刑 事 訴 訟 法 第 378 條。

二、非常上訴理由

- 一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文；次按撤銷緩刑宣告之裁定，與科刑判決有同等效力，於裁定確定後，認為違法，得提起非常上訴，此亦有貴院四十四年台非字第四一號判例可資參照。
- 二、查本件受刑人某甲於民國八十九至九十年間因詐欺案件，經台灣高雄地方法院以九十八年度易緝字第二二號判決（下稱前案），判處有期徒刑六月，緩刑二年，於九十八年七月十三日確定，緩刑期間自九十八年七月十三日至一〇〇年七月十二日止，受刑人在緩刑期內，並無因緩刑前故意犯罪而在緩刑期內受六月以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告確定之情形，此有判決書、刑案資料查註紀錄表等在卷可稽。次查台灣高雄地方法院九十八年度審易字第二〇九一號判決（下稱後案）之被告，雖姓名同為楊〇〇，惟出生年月日、身分證字號、住居所均不相同，此有前後案之判決書、個人戶籍資料（完整姓名）查詢結果足憑；另核對前後兩案之被告照

片及簽名亦不相同(前案見九十八年度易緝字第二二號審理卷壹第十一至二十一頁,後案見九十八年度偵緝字第一九四八號卷第八至十頁),足見後案之楊○○與本件受刑人某甲顯非同一人,原裁定疏未詳查,誤認『受刑人緩刑前之九十七年一月十五日,再犯詐欺案件,經台灣高雄地方法院以九十八年度審易字第二〇九一號判決判處有期徒刑三月,於九十八年十二月十五日確定』,遂依刑法第七十五條之一第一項第一款之規定,撤銷本件受刑人於台灣高雄地方法院九十八年度易緝字第二二號案件中所受之緩刑宣告,自有適用法則不當之違法。案經確定,且不利於受刑人,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 一〇〇年度台非字第一二二號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告詐欺聲請撤銷緩刑之宣告案件,對於台灣屏東地方法院中華民國九十九年六月三十日第一審確定裁定(九十九年度撤緩字第五三號,聲請案號:台灣屏東地方法院檢察署九十九年度執聲字第三八〇號),認為違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主 文
原裁定撤銷。

檢察官之聲請駁回。

理 由

非常上訴理由(見前二)

本院按：判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又撤銷緩刑宣告之裁定，與科刑判決有同等效力，於裁定確定後，認為違法，得提起非常上訴。再受緩刑之宣告而於緩刑前因故意犯他罪，在緩刑期內受六月以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告確定，足認原宣告之緩刑難收其預期效果，而有執行刑罰之必要者，始得撤銷其宣告，刑法第七十五條之一第一項第一款定有明文。本件被告即受刑人某甲（下稱被告）於八十九年十月間及九十年一月間因犯連續詐欺取財罪，經台灣高雄地方法院以九十八年度易緝字第二二號刑事判決判處有期徒刑六月，如易科罰金，以銀元三百元即新台幣九百元折算一日，緩刑二年，於九十八年七月十三日確定（即前案），緩刑期間自九十八年七月十三日起至一〇〇年七月十二日止，而被告並無在該緩刑期前，因故意犯他罪而於緩刑期內受六月以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告確定情形，有前案判決書正本及刑案資料查註紀錄表可稽。另台灣高雄地方法院九十八年度審易字第二〇九一號詐欺案件（即後案）之被告楊○○，其姓名雖與本件被告相同，惟其係五十三年三月四日生，身分證統一編號為：Z000000000，住高雄縣（市）鳳山市○○○路二十一巷三弄三之二號，有後案之判決書正本及戶籍資料足憑，與本件被告之出生年月日、身分證統一編號及住所，互核均不相符，經比對前案、後案卷附之刑

事被告照片及該被告在各該案內資料上之簽名，復不相同，足見後案之楊○○實非本件被告。詎台灣屏東地方法院檢察署檢察官誤以本件被告於前案緩刑期前即九十七年一月十五日，因故意犯後案，經台灣高雄地方法院在緩刑期內判處有期徒刑三月確定，前案所宣告之緩刑已難收其預期效果，合於刑法第七十五條之一第一項第一款所定撤銷緩刑宣告之原因為理由，聲請撤銷緩刑。原審不察，遽依檢察官之聲請，援引上開撤銷緩刑宣告之規定，裁定撤銷前案之緩刑宣告，自有判決適用法則不當之違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原裁定撤銷，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 〇 年 五 月 十 二 日

【第二十八案】

一、關係條文

刑 法 第 75 條、第 75 條之 1。
刑法施行法 第 6 條之 1。
刑事訴訟法 第 378 條。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用不當者，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；又撤銷緩刑宣告之裁定，與科刑判決有同等效力，於裁定確定後，認為違法，得提起非常上訴，此有最高法院四十四年度台非字第四一號判例可資參照。另按送達文書，除本章有特別規定外，準用民事訴訟法之規定。對於在軍隊或軍艦服役之軍人為送達者，應囑託該管軍事機關或長官為之，刑事訴訟法第六十二條、民事訴訟法第一百二十九條分別定有明文。

二、經查，台灣台中地方法院檢察署曾於九十六年四月十九日，以九十六年度執助字第七六六號案件辦理有關該署受囑託執行台灣台南地方法院九十六年度簡字第三二一號（被告某甲詐欺）之確定判決，惟因被告自九十五年十二月五日起即入伍服役，至九十七年二月五日退

伍，部隊駐地於嘉義介壽營區，有某甲之基本資料、臨時軍人身分證、國防部參謀本部人事參謀次長室九十六年十二月十七日選道字第0九六00一七六八五號函各乙紙在卷可稽。而台灣台南地方法院就上開詐欺案件，並未依法囑託部隊長官將判決書送達入伍服役之受刑人，致未合法送達而不生確定之效力，故該署於九十六年五月十七日，以九六執助七六六字第七五七四八號函覆台灣台南地方法院檢察署無法代執行，而該署則於九十六年六月一日，以南檢瑞卯九六執二0一四字第四二三六二號函將案件檢還台灣台南地方法院。嗣經被告提起上訴後，台灣台南地方法院復於九十六年十二月二十日，以九十六年度簡上字第三四三號撤銷原判決改判免訴，亦有台灣台南地方法院九十六年度簡上字第三四三號判決書可稽。是台灣台南地方法院九十六年度簡字第三二一號刑事簡易判決顯非屬確定判決。而刑法部分條文於九十四年一月七日修正、同年二月二日公布，並自九十五年七月一日施行，其中第七十五條第一項第二款原規定，受緩刑之宣告，於「緩刑前犯他罪，而在緩刑期內受有期徒刑以上刑之宣告確定者」，撤銷其宣告。修正後則分別情形，於第七十五條第一項第二款規定，受緩刑之宣告，於「緩刑前因故意犯他罪，而在緩刑期內受不得易科罰金之有期徒刑以上刑之宣告確定者」，撤銷其宣告及於第七十五條之一第一項第一款規定，受緩刑之宣告，於「緩刑前因故意犯他罪，而在緩刑期內受得易科罰金之有期徒刑、拘役或罰金之宣告確

定」，足認原宣告之緩刑難收其預期效果，而有執行刑罰之必要者，得撤銷其宣告。前揭新舊條文，依九十五年七月一日施行之刑法施行法第六條之一規定「於中華民國九十四年一月七日刑法修正施行前，受緩刑之宣告，九十四年一月七日修正刑法施行後，仍在緩刑期內者，適用九十四年一月七日修正施行之刑法第七十五條、第七十五條之一及第七十六條規定」。亦即九十五年六月三十日以前受緩刑之宣告，於九十五年七月一日以後仍在緩刑期內者，適用九十五年七月一日施行之刑法第七十五條、第七十五條之一及第七十六條規定。故撤銷緩刑必以後案之「確定判決」為其判斷標準，本件原撤銷緩刑宣告之裁定，係以尚未確定之台灣台南地方法院九十六年度簡字第三二一號判決為其依據，是本件台灣台中地方法院九十六年度撤緩第八八號撤銷緩刑宣告之裁定，顯係適用法則不當之違背法令。

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

三、附錄

最高法院刑事判決 九十八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

上列上訴人因被告公共危險聲請撤銷緩刑之宣告案件，對於台灣台中地方法院中華民國九十六年五月三十日第一審確定裁定（九十六年度撤緩字第八八號，聲請案號：台灣台中

地方法院檢察署九十六年度執聲字第一〇九二號），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

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。又撤銷緩刑宣告之裁定，與科刑判決有同等效力，於裁定確定後，認為違法，得提起非常上訴。刑法第七十五條之一第一項第二款規定：受緩刑之宣告而於緩刑期內因故意犯他罪，而在緩刑期內受得易科罰金之有期徒刑、拘役或罰金之宣告確定者，足認原宣告之緩刑難收其預期效果，而有執行刑罰之必要者，得撤銷其宣告。查被告某甲因公共危險案件，經台灣台中地方法院於民國九十五年四月二十一日以九十五年度中交簡字第六六六號刑事簡易判決，判處有期徒刑二月，緩刑三年，於九十五年五月十五日確定（下稱前案）。雖其於緩刑期內即九十五年八月七日涉犯幫助詐欺罪嫌，經台灣台南地方法院於九十六年一月二十九日以九十六年度簡字第三二一號刑事簡易判決，判處有期徒刑三月；並諭知如易科罰金，以新台幣一千元折算一日。惟被告提起上訴後，經台灣台南地方法院於九十六年十二月二十日以九十六年度簡上字第三四三號撤銷原判決改判免訴確定，有上開二件判決書在卷可稽。乃檢察官不察，竟誤認台灣台南地方法院九十六年度簡字第三二

一號刑事簡易判決，為確定判決，據以聲請撤銷前案緩刑之宣告。原審法院竟仍准檢察官之聲請，而裁定撤銷前案之緩刑宣告，自與前揭刑法第七十五條之一第一項第二款之規定不合，有適用法則不當之違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴執以指摘，洵有理由，應由本院將原裁定撤銷，改判駁回檢察官之聲請，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 八 年 二 月 十 二 日

【第二十九案】

一、關係條文

刑 法 第 75 條之 1 第 1 項第 2 款。
刑 事 訴 訟 法 第 378 條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。再撤銷緩刑宣告之裁定，與科刑判決有同等效力，於裁定確定後，認為違法，得提起非常上訴。又九十八年六月十日修正前之刑法第七十五條之一第一項第二款規定：緩刑期內因故意犯他罪，而在緩刑期內受得易科罰金之有期徒刑、拘役或罰金之宣告確定者，足認原宣告之緩刑難收其預期效果，而有執行刑罰之必要者，得撤銷其宣告。則依上開法條規定撤銷緩刑宣告者，須以受緩刑宣告後，於緩刑期間內因故意犯罪，並在緩刑『期內』受得易科罰金之有期徒刑、拘役或罰金之宣告確定者，始得為之。查本件受刑人某甲前因犯毒品危害防制條例案件，經台灣台北地方法院以九十五年度易字第 0 四九號判決判處有期徒刑四月，緩刑二年，於九十五年十二月十二日確定，緩刑期間自九十五年十二月十二日至九十七年十二月十一日，受刑人於緩刑期內即九十七年九月二十四日十二時四十五分為警採尿回溯九十六小時內再犯施用第二級毒品罪，台灣台北地方法院於九十七年十二月三十一日以九十七年度簡字

第四九五七號判決判處有期徒刑三月確定，有上開判決書及台灣高等法院被告前案紀錄表在卷可稽。是受刑人雖於緩刑期內故意再犯他罪，惟其再犯之施用毒品罪所宣告之刑於前案緩刑期內既未確定，自與刑法第七十五條之一第一項第二款所定之撤銷緩刑要件不合，檢察官誤予聲請撤銷受刑人前案之緩刑宣告，原審未察，逕依該條款之規定，裁定撤銷受刑人前案緩刑之宣告，自有適用法則不當之違法。案經確定，且對受刑人不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條規定提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十九年度台非字第一一號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被 告 某甲

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例聲請撤銷緩刑之宣告案件，對於台灣台北地方法院中華民國九十八年三月三十一日第一審確定裁定（九十八年度撤緩字第二九號，聲請案號：台灣台北地方法院檢察署九十八年度執聲字第五四七號），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：判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又撤銷緩刑宣告之裁定，與科刑判決有同等效力，於裁定確定後，認為違法，得提起非常上訴。再受緩刑之宣告而於緩刑期內因故意犯他罪，在緩刑期內受得易科罰金之有期徒刑、拘役或罰金之宣告確定，足認原宣告之緩刑難收其預期效果，而有執行刑罰之必要者，得撤銷其宣告，民國九十八年六月十日修正公布、同年九月一日施行前刑法第七十五條之一第一項第二款定有明文。是以必須於「緩刑期內」因故意犯他罪，並在「緩刑期內」受得易科罰金之有期徒刑、拘役或罰金之宣告「確定」者，始得依上開規定撤銷緩刑之宣告。查本件被告某甲前犯施用第二級毒品罪，經台灣台北地方法院以九十五年十一月十三日九十五年度易字第〇四九號刑事判決，判處有期徒刑四月，如易科罰金以新台幣（下同）一千元折算一日，緩刑二年，於九十五年十二月十二日確定（下稱前案）。被告又於緩刑期內即九十七年九月二十四日中午十二時四十五分為警採尿時回溯九十六小時內，再犯施用第二級毒品罪，經台灣台北地方法院以九十七年十二月三十一日九十七年度簡字第四九五七號刑事簡易判決，判處有期徒刑三月，如易科罰金，以一千元折算一日，於九十八年二月二日確定等情，有各該判決書及台灣高等法院被告前案紀錄表在卷可稽。被告雖於緩刑期內故意再犯施用第二級毒品罪，但在緩刑期間屆滿後始判決確定，即與上開撤銷緩刑宣告之規定不合。乃原審不察，遽依檢察官之聲請，援引上開撤銷緩刑宣告之規定，裁定撤銷前案之緩刑宣告，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，非常上訴執以指摘，洵有理由。本院爰將原裁定撤銷，並改判駁回檢察官之聲請，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 九 年 一 月 七 日

【第三十案】

一、關係條文

刑 法 第 47 條、第 79 條第 2 項。
刑 事 訴 訟 法 第 378 條。

二、非常上訴理由

- 一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又『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，加重其本刑至二分之一』、『假釋中另受刑之執行、羈押或其他依法拘束人身自由之期間，不算入假釋期內。但不起訴處分或無罪判決確定前曾受之羈押或其他依法拘束人身自由之期間，不在此限』，刑法第四十七條第一項、第七十九條第二項定有明文。
- 二、查被告於（民國）八十七年間，因違反毒品危害防制條例案件，經台灣高等法院台南分院以八十八年度上訴字第二七八號判決，判處有期徒刑八年，嗣經最高法院以九十年度台上字第三九一五號判決駁回上訴確定，被告入監服刑後，於九十五年十一月二十八日假釋出監，原應於九十八年五月二十七日假釋付保護管束期滿，惟被告於假釋期間，因施用毒品案件，自九十七年四月二十九日至九十八年四月九日止計三四六日，經送執行觀

察、勒戒及強制戒治，依上開刑法第七十九條第二項規定，該期間不算入假釋期內，是其保護管束期滿日，因而順延至九十九年五月八日，此有被告之刑案資料查註紀錄表、台灣台南地方法院（檢察署檢察官）九十五年執更護字第七六六號執行保護管束指揮書影本在卷可按。本件被告於九十九年一月六日二十時許，在台南縣關廟鄉○○街一七二號住處房間內，施用第二級毒品安非他命一次，涉有施用第二級毒品罪嫌，經台灣台南地方法院於九十九年五月十一日，以九十九年度簡字第一一三五號刑事簡易判決，認被告施用毒品，『累犯』判處有期徒刑五月，如易科罰金，以新台幣一千元折算一日，於九十九年五月三十一日確定，然被告九十九年一月六日施用毒品之時間，仍在假釋期間內，其刑之執行並未完畢，揆諸首揭說明，被告並不構成『累犯』，原判決依累犯論處，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 九十九年度台非字第二九〇號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，對於台灣台南地方法院中華民國九十九年五月十一日第一審確定判決（九十九年度簡字第一一三五號，聲請簡易判決處刑案號：

台灣台南地方法院檢察署九十九年度毒偵字第六〇四號），認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

某甲施用第二級毒品，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，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又依刑法第四十七條之規定，累犯之成立，必須曾受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，始足當之。又假釋中另受刑之執行、羈押或其他依法拘束人身自由之期間，不算入假釋期內。亦為刑法第七十九條第二項前段所明定。查被告於民國八十七年間，因違反毒品危害防制條例（販賣第二級毒品）案件，經台灣高等法院台南分院以八十八年度上訴字第二七八號判決，判處有期徒刑八年，嗣經本院以九十年台字第三九一五號判決駁回上訴確定，被告入監服刑後，於九十五年十一月二十八日假釋出監，假釋中付保護管束，原應於九十八年五月二十七日期滿，惟被告於假釋期間，另因施用毒品案件，經裁定觀察勒戒及強制戒治，自九十七年四月二十九日至九十八年四月九日止計三四六日，執行觀察、勒戒及強制戒治，依刑法第七十九條第二項前段之規定，該期間不算入假釋期內，是其假釋期滿之日，應順延至九十九年五月八日，此有被告之刑案資料查註

紀錄表、台灣台南地方法院檢察署檢察官九十五年執更護七六六字第二二三五九號執行保護管束指揮書影本在卷可按。揆諸上開說明，原判決所認被告於九十九年一月六日施用第二級毒品甲基安非他命時，其先前因販賣第二級毒品罪所處之刑，不能認為已經執行完畢，自無累犯規定之適用。原審未察，誤認已執行完畢，遽以累犯論科（處有期徒刑五月，如易科罰金，以新台幣一千元折算一日），即有適用法則不當之違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，爰將原判決撤銷，另行判決如主文第二項所示，以資救濟。

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

中 華 民 國 九 十 九 年 十 月 二 十 一 日

【第三十一案】

一、關係條文

刑 法 第 56 條、第 221 條第 1 項、第 222 條
第 1 項第 8 款、第 304 條。
刑 事 訴 訟 法 第 378 條、第 379 條第 12 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。』、對『未受請求之事項予以判決者，其判決當然違背法令。』刑事訴訟法第三百七十八條、第三百七十九條第十二款分別定有明文。又按檢察官認與本案有裁判上一罪關係函請法院併辦，但此項公函非屬訴訟上之請求，其目的僅在促使法院之注意，法院如果併同審判，故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』，自不能併予裁判(最高法院九十二年度台上字第三二七六號判決參照)。本件台灣台南地方法院檢察署檢察官僅就被告某甲持刀對 A 女強制性交既遂，犯有刑法第二百二十二條第一項第八款攜帶兇器強制性侵害罪嫌提起公訴，有該署九十二年度偵字第一 0 八六五號起訴書可稽。起訴後，台灣高雄地方法院檢察署檢察官因認為被告另連續強制性交 B 女既遂，觸犯刑法第二百二十一條第一項罪嫌，與起訴部分具有連續犯裁判上一罪之關係，函請台灣台南地方法院併案審理，亦有該署九十二年度偵字第一三一六六號卷足憑，並為原判決事實

欄記載明確。該請予併案審理之公函，其目的僅在促使法院注意有無審判不可分之適用，非屬訴訟上之請求。乃原判決既認為『被告某甲利用 B 女因無衣物蔽身，無法下車逃離現場，以此脅迫之行為，在現場利用拍立得照相機拍攝 B 女裸照三張，使人行無義務之事，以便日後以該裸照要脅 B 女就範』，觸犯刑法第三百零四條第一項之強制罪，係另行起意，與台南地檢署檢察官起訴攜帶兇器強制性侵害罪部分無裁判上一罪之關係，應併合處罰。則此強制罪部分，即屬未受請求之事項，原判決竟併予裁判，為罪刑之諭知，顯有違背刑事訴訟法第三百七十八條、第三百七十九條第十二款規定之違法情形。判決已確定，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，以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十八年度台非字第七六號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被 告 某甲

上列上訴人因被告強制性交等罪案件，對於台灣高等法院台南分院中華民國九十七年十二月三十日第二審確定判決（九十七年度重上更（一）字第三五六號，起訴案號：台灣台南地方法院檢察署九十二年度偵字第一〇八六五號），認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於強制罪部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑事訴訟法第三百七十九條第十二款所謂未受請求之事項予以判決者，其判決當然為違背法令。又按未受請求之事項，本不屬法院應行裁判之範圍；即法院對於未起訴或上訴之事項，或起訴或上訴效力所不及之事項，既無訴訟關係存在，法院若逕予裁判，自非法之所許。至案件起訴後，檢察官認有裁判上一罪關係之他部分事實，函請併辦，此項公函非屬訴訟上之請求，目的僅在促使法院之注意，法院如併予審判，係適用審判不可分法則所使然，如認不成立犯罪或無裁判上一罪關係，自應退還原函請併辦之檢察官另行依法偵查，不得據以裁判。本件台灣台南地方法院檢察署檢察官係以被告某甲持刀對A女強制性交既遂，涉犯刑法第二百二十二條第一項第八款攜帶兇器強制性侵害罪嫌提起公訴，嗣台灣高雄地方法院檢察署檢察官以被告另連續對B女強制性交既遂，於事後並強拍B女裸照，認上訴人此部分犯行與已起訴之部分具有連續犯裁判上一罪之關係，函請台灣台南地方法院併案審理，有台灣台南地方法院檢察署九十二年度偵字第一〇八六五號及台灣高雄地方法院檢察署九十二年度偵字第一三一六六號影本卷足憑。嗣原審審理結果認被告除有連續持刀對A女強制性交及對B女強制性交之犯行外，另於事實欄二、認定：「被告某甲利用B女無衣物蔽身，無法下車逃離現場，以此脅迫之行為，在現場利用拍立得照相機拍攝B女裸照三張，使人行無義務之事，以便日後以該裸照要脅B女就範」等情，於理由欄五、說明：「被告

在高雄縣燕巢鄉阿公店水庫對 B 女強制性交後，復利用 B 女因無衣物蔽身，無法下車逃離現場，以此脅迫之行為強拍 B 女裸照，所為係犯刑法第三百零四條第一項之強制罪。其強拍 B 女裸照之強制罪犯行，目的在逼使 B 女日後與其繼續交往，與前開強制性交罪間，尚無直接關聯，所犯罪名互異，行為互殊，應分論併罰之」；因而就此部分論處被告以脅迫使人行無義務之事罪刑（處有期徒刑一年二月，減為有期徒刑七月），有原審九十七年度重上更（一）字第三五六號卷及判決影本可稽。是原審既認被告強拍 B 女裸照部分係另行起意，與被告所犯之連續加重強制性交部分，行為互殊，應分論併罰，則此部份與原起訴之加重強制性交部分，既無裁判上之一罪關係，即無審判不可分原則之適用，依首開說明，應退還原檢察官依法偵辦，不得據以裁判。乃原審不察，竟就上開部分另為實體上有罪之判決，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強制罪部分撤銷，以資救濟。因此部分並無訴之存在，惟仍具裁判之形式效力，僅將該部分撤銷，勿庸另行改判。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 八 年 三 月 十 九 日

【第三十二案】

一、關係條文

刑 法 第 47 條、第 284 條。
刑 事 訴 訟 法 第 378 條。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。次接受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至二分之一，刑法第四十七條第一項亦有明文。查被告某甲前因詐欺案件，雖經台灣台北地方法院於九十七年七月二十九日，以九十七年度易字第一二六四號判決判處有期徒刑三月，減為有期徒刑一月十五日確定，並於九十八年二月八日執行完畢。惟本案被告於九十九年五月四日涉犯過失傷害案件，經台灣基隆地方法院於九十九年八月三十一日以九十九年度交易字第六七號判決，認被告係於前案執行完畢五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪，而論以累犯，判處有期徒刑三月，於九十九年十月一日判決確定，有刑案資料查註紀錄表及判決書各一份在卷可稽。因本案被告係過失犯，並非故意再犯罪，自不成立累犯，原判決失察誤依累犯之規定予以論科，即有判決適用法則不當之違背法令。

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

三、附錄

最高法院刑事判決 九十九年度台非字第三五一號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

上列上訴人因被告過失傷害案件，對於台灣基隆地方法院中華民國九十九年八月三十一日第一審確定判決(九十九年度交易字第六七號，起訴案號：台灣基隆地方地方法院檢察署九十九年度偵字第二八五九號)，認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

某甲因過失傷害人，處有期徒刑貳月，如易科罰金，以新台幣壹仟元折算壹日。

理 由

非常上訴理由(見前二)

本院按：判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又刑法第四十七條規定之累犯，必須受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者為限，始得加重其刑。本件被告某甲因詐欺案件，經台灣台北地方法院以九十七年度易字第一二六四號判決判處有期徒刑三月，減為有期徒刑一月十五日，於民國九十八年二月八日執行完畢。惟被告於

九十九年五月四日晨三時二十八分許，騎乘 XXV—XXX 號機車，在陽金公路 8.4 公里處，因疏未注意車前狀況，隨時採取必要之安全措施，及貿然跨越分向限制線行駛，致與對向車道之簡○○機車相撞，使簡○○及附載之傅○○受傷，犯刑法第二百八十四條第一項過失傷害罪，其既犯過失傷害罪，即非故意犯罪，依首揭說明，自不能構成累犯，原判決竟以累犯論處並加重其刑，即有適用法則不當之違法。案經確定，且對被告不利，非常上訴執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決撤銷改判，諭知如主文第二項所示之刑及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，刑法第二百八十四條第一項、第四十一條第一項前段、第五十五條、第六十二條前段，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 九 年 十 二 月 二 十 三 日

【第三十三案】

一、關係條文

刑 法 第 321 條第 1 項第 4 款。
刑 事 訴 訟 法 第 367 條、第 378 條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。復按科刑判決所認定之事實，與其所採用之證據不相適合，即屬證據上之理由矛盾，其判決當然為違背法令，有最高法院三十一年度上字第一四一二號判例可資參照。再按刑法分則或刑法特別法中規定之結夥二人或三人以上之犯罪，應以在場共同實施或在場參與分擔實施犯罪之人為限，不包括同謀共同正犯在內，亦有最高法院七十六年台上字第七二一〇號判例可供參考。經查原確定判決就附表一編號 5、6 被告某乙、某丙、某甲等三人竊取被害人康〇〇、曾〇〇財物部分，確認被告等三人基於共同犯意，共組竊盜集團，其分工係三人結夥，由被告某乙負責駕駛交通工具，被告某丙趁機下手行竊，被告某甲負責把風及銷贓，分別竊取被害人康〇〇、曾〇〇財物等事實，係犯刑法第三百二十一條第一項第四款之結夥竊盜罪，據以量處徒刑，並進而與被告等三人之同案其他犯罪所處徒刑定應執行之刑，其理由則謂被告等三人均坦承不諱云云。惟查：（一）警詢中，被告某甲供稱上開二次竊盜係由其駕車搭載被告某

丙，由被告某丙進入店內行竊等語；被告某丙則否認犯罪；被告某乙所承認之竊盜犯行中並無上開二案；被害人康○○、曾○○均僅指認被告某丙照片為行竊之人。(二)檢察官偵訊中，被告某甲、某丙均坦承係由被告某甲駕車搭載被告某丙共同竊取被害人康○○、曾○○財物（偵查卷第五、六頁）。檢察官因此起訴，其起訴書載明：被告某甲、某乙、某丙共同意圖為自己不法所有，共組犯罪集團，於民國九十七年四月十二日十三時許，由被告某甲駕駛小客車附載某丙，在新竹市○○路共同竊取康○○財物；於九十七年四月十二日十四時五十七分許，由被告某甲駕駛小客車附載被告某丙，在新竹縣竹北市共同竊取曾○○所有之皮包一只（內有現金新台幣五千元等物）等詞。(三)原審於九十七年九月二十四日及同年十月二十二日進行準備程序時，被告某甲、某乙、某丙等三人均僅對檢察官起訴之事實認罪；九十七年十月二十二日審判中，被告等三人均答稱：由被告某甲駕車搭載被告某丙共同竊取被害人康○○、曾○○物等語，有各該筆錄及起訴書可稽，並無原確定判決理由中所稱被告等三人坦承由被告某乙負責駕駛交通工具，被告某丙趁機下手行竊，被告某甲負責把風，分別竊取被害人康○○、曾○○財物等情事。原確定判決此部分所認定之事實，與其所採用之證據不相適合，有證據上之理由矛盾，其據而判處被告等三人刑法第三百二十一條第一項第四款罪刑，並進而與被告等三人之同案其他犯罪所處徒刑定應執行之刑，自有判決適用法則不當之違背法令。案經確定，且對被告等不利，爰依刑

事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇〇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 某甲
 某乙
 某丙

上列上訴人因被告等偽造文書等罪案件，對於台灣彰化地方法院中華民國九十七年十月二十九日第一審確定判決(九十七年度訴字第二四二二號，起訴案號：台灣彰化地方法院檢察署九十七年度偵字第五九七八號)，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、某乙、某丙所犯原判決附表一編號 5、6 加重竊盜及定執行刑部分均撤銷，由台灣彰化地方法院依判決前之程序更為審判。

理 由

非常上訴理由(見前二)

本院按科刑判決所認定之事實與所採用之證據不相適合者，即屬證據上理由矛盾。又刑法分則或刑法特別法中規定之結夥二人或三人以上之犯罪，應以在場共同實施或在場參與分擔實施犯罪之人為限，不包括同謀共同正犯在內(本院七十六年台上字第七二一號判例參照)，原判決認定被告某

甲、某乙、某丙三人犯如原判決附表一編號 5、6 部分之刑法第三百二十一條第一項第四款之結夥三人以上竊盜犯行，無非係以被告三人之自白及被害人康○○、曾○○於警詢中所證為主要論據。惟查某甲於警詢時供稱上開二次竊盜係由其駕車搭載某丙，由某丙進入店內行竊等語（見警卷許原國九十七年五月十六日警詢筆錄第四、五頁），某丙及某乙於警詢時則否認上開二件竊盜犯行（見警卷某丙九十七年五月十九日、二十三日警詢筆錄）。至於被害人康○○、曾○○於警詢時均僅指認某丙為行竊之人，並均稱不認識某甲、某乙等語（見警卷渠二人九十七年五月十七日警詢筆錄）。於偵查時，某甲、某丙二人均供稱係由某甲駕車搭載某丙共同竊取曾○○之財物（即原判決附表一編號 6 部分），但就原判決附表一編號 5 竊取康○○部分，某甲則稱：「當時某丙是有下車，但是他是否有進去，我不知道」等語，某丙則稱：錢是撿來的等語（見偵查卷第二二、二三頁）。於原審九十七年九月二十四日及同年十月二十二日準備程序時，被告三人均僅對檢察官起訴之犯罪事實表示認罪；於原審九十七年十月二十二日審理時，被告三人均答稱：上開二竊盜案係由某甲駕車搭載某丙共同竊取康○○、曾○○之財物等語（見原審上述筆錄）。有各該筆錄在卷可稽，此外，並無證據顯示如原判決所載被告三人均坦承上開二竊盜案係渠三人結夥，由某乙負責駕駛交通工具，讓某丙隨機尋找單人看顧店面之商家，以佯裝購物為理由，支開被害人再趁機下手行竊放置於店內之皮包等財物，某甲則負責把風及銷贓之情形。原判決認定上開二竊盜案，係被告三人

結夥三人以上所為，而論處渠三人以刑法第三百二十一條第一項第四款之加重竊盜罪刑，有認定之事實與所採用之證據不相適合之證據上理由矛盾，其判決當然為違背法令。案經確定，非常上訴意旨，執以指摘，洵有理由，且原判決上述違誤影響於事實之認定，顯然影響於判決，又於被告等不利，為維持渠等審級利益，自應由本院將原判決關於某甲、某乙、某丙所犯如原判決附表一編號5、6加重竊盜及定執行刑部分均撤銷，由原審法院依判決前之程序更為審判，以資救濟。另被告等雖不服原判決提起第二審上訴，然經台灣高等法院台中分院以九十八年度上訴字第三六號刑事判決，認被告之上訴違背法律上之程式，依刑事訴訟法第三百六十七條前段之規定，予以駁回，本件對原判決提起非常上訴，於程序上並無不合，併予敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項前段，判決如主文。

中 華 民 國 一 〇 〇 年 七 月 二 十 一 日

【第三十四案】

一、關係條文

刑 法 第 305 條。
刑法施行法 第 1 條之 1。
刑事訴訟法 第 378 條。

二、非常上訴理由

一、按判決適用法則不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條後段定有明文。又刑法施行法第一條之一規定：『中華民國九十四年一月七日刑法修正施行後，刑法分則編所定罰金之貨幣單位為新台幣。九十四年一月七日刑法修正時，刑法分則編未修正之條文定有罰金者，自九十四年一月七日刑法修正施行後，就其所定數額提高為三十倍。但七十二年六月二十六日至九十四年一月七日新增或修正之條文，就其所定數額提高為三倍』。而刑法第三百零五條之恐嚇危害安全罪，其法定本刑為二年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。本件原判決認定被告某甲於九十八年九月二十五日下午三時許，在屏東縣萬丹鄉○○路四十八號前，恐嚇鄭○○致生危害於安全，而依刑法第三百零五條及相關規定，論處被告犯恐嚇危害安全罪，處罰金新台幣一萬元。經查：刑法第三百零五條之恐嚇危害安全罪，自民國二十四年一月一日公布施行後迄今未經修正，依刑法

施行法第一條之一規定，自九十五年七月一日刑法修正施行後，就其所定之罰金數額提高為三十倍，被告之犯罪行為發生於九十八年九月二十五日，自有上開規定之適用，經換算後，其法定最高之罰金數額僅為新台幣九千元。乃原判決疏未注意，竟判處罰金新台幣一萬元，顯已逾該罪之法定最高刑度，又查無被告其他法定加重其刑之事由，即有判決適用法則不當之違背法令。

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 九十九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

上列上訴人因被告恐嚇危害安全案件，對於台灣屏東地方法院中華民國九十九年一月二十二日第一審確定簡易判決(九十九年度簡字第六號，聲請簡易判決處刑案號：台灣屏東地方法院檢察署九十八年度偵字第八四〇一號)，認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於恐嚇危害安全部分撤銷。

某甲犯恐嚇危害安全罪，處罰金新台幣玖仟元，如易服勞役，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。本件原確定判決引用檢察官聲請簡易判決處刑書之記載，認定被告某甲與被害人鄭○○係鄰居，於民國九十八年九月二十五日下午三時許，在屏東縣萬丹鄉○○村○○路四十八號前，因被害人作勢要將其罵人之錄音蒐證交予其夫，竟基於恐嚇危害安全之犯意，向被害人稱：將對你小孩二人不利云云，致被害人心生畏懼等情，依刑法第三百零五條、刑法施行法第一條之一等規定，論被告以犯恐嚇危害安全罪，處罰金新台幣一萬元，並諭知如易服勞役之折算標準。惟按刑法第三百零五條規定：「以加害生命、身體、自由、名譽、財產之事，恐嚇他人致生危害於安全者，處二年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。」又依刑法施行法第一條之一規定：「中華民國九十四年一月七日刑法修正施行後，刑法分則編所定罰金之貨幣單位為新台幣。九十四年一月七日刑法修正時，刑法分則編未修正之條文定有罰金者，自九十四年一月七日刑法修正施行後，就其所定數額提高為三十倍。但七十二年六月二十六日至九十四年一月七日新增或修正之條文，就其所定數額提高為三倍」。是刑法第三百零五條之恐嚇危害安全罪，其罰金最高額為新台幣九千元（即貨幣單位修正為「新台幣」，所定數額提高為三十倍，由三百元，提高為新台幣九千元），乃原判決未說明有何加重原因，竟處罰金新台幣一萬元，已逾越該罪罰金刑之最高額，顯有判決不適用法則之違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵

有理由，應由本院將原判決關於恐嚇危害安全部分撤銷，另行判決如主文第二項所示，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，刑法第三百零五條、第四十二條第三項前段，刑法施行法第一條之一第一項、第二項前段，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 九 年 六 月 十 日

【第三十五案】

一、關係條文

刑 法 第 75 條、第 75 條之 1、第 76 條。
刑法施行法 第 6 條之 1。
刑事訴訟法 第 378 條。

二、非常上訴理由

- 一、按刑法關於撤銷緩刑宣告之規定，業於九十四年二月二日經總統以華總一義字第 0 九四 0 0 0 一四九 0 一號令修正公布，並自九十五年七月一日起生效施行。再按於九十四年一月七日刑法施行修正前，受緩刑之宣告，九十四年一月七日修正刑法施行後，仍在緩刑期間內者，適用九十四年一月七日修正施行之刑法第七十五條、第七十五條之一及第七十六條規定，刑法施行法第六條之一定有明文。是本件受刑人某甲既在現行刑法修正施行前受緩刑之宣告，且在刑法修正施行後仍在緩刑期間內，依刑法施行法第六條之一規定，即應適用修正後刑法關於撤銷緩刑宣告之規定。又受緩刑之宣告，而有下列情形之一者，撤銷其宣告：一、緩刑期內因故意犯他罪，而在緩刑期內受不得易科罰金之有期徒刑以上刑之宣告確定者。
- 二、緩刑前因故意犯他罪，而在緩刑期內受不得易科罰金之有期徒刑以上刑之宣告確定者。前項撤銷之聲請，於判

決確定後六月以內為之，現行刑法第七十五條定有明文。是以受刑人受緩刑宣告後，於緩刑期間內因故意犯罪，須在緩刑『期內』受不得易科罰金之有期徒刑以上刑之宣告『確定』者，始得撤銷緩刑宣告。二、查受刑人某甲因違反台灣地區與大陸地區關係條例案件，經台灣雲林地方法院以九十四年度簡字第一九號判處有期徒刑二年，緩刑四年，於九十四年一月二十六日確定，緩刑期間自九十四年一月二十六日至九十八年一月二十五日。受刑人雖於緩刑前之九十二年二月間至九十三年八月違反商業會計法，經同院於九十七年十二月三十日以九十七年度訴字第六一四號判處有期徒刑十月，減為有期徒刑五月並得易科罰金，惟於緩刑期滿後之九十八年二月二日始確定，依上開規定，自不得撤銷其緩刑之宣告，惟原審仍裁定撤銷緩刑之宣告，顯有判決適用法則不當之違背法令情事。

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 九十八年度台非字第一七四號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

上列上訴人因被告違反台灣地區與大陸地區人民關係條例聲請撤銷緩刑之宣告案件，對於台灣雲林地方法院中華民國九十八年三月三十一日第一審確定裁定(九十八年度撤緩字

第一二號，聲請案號：台灣雲林地方法院檢察署九十四年度執他字第一八二號），認為違法，本院判決如下：

主 文

原裁定關於撤銷某甲緩刑之宣告部分撤銷。

檢察官上開部分之聲請駁回。

理 由

非常上訴理由(見前二)

本院按：判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。再撤銷緩刑宣告之裁定，與科刑判決有同等效力，於裁定確定後，認為違法，得提起非常上訴。又民國九十五年七月一日施行之刑法第七十五條第一項第二款規定：緩刑前因故意犯他罪，而在緩刑期內受不得易科罰金之有期徒刑以上刑之宣告確定者，撤銷其緩刑宣告；同法第七十五條之一第一項第一款規定：緩刑前因故意犯他罪，而在緩刑期內受得易科罰金之有期徒刑、拘役或罰金之宣告確定者，足認原宣告之緩刑難收其預期效果，而有執行刑罰之必要者，得撤銷其宣告。則依上開法條規定撤銷緩刑宣告者，須以受緩刑宣告後，於緩刑期間內因故意犯罪，並在緩刑「期內」受不得易科罰金之有期徒刑以上刑；或得易科罰金之有期徒刑、拘役或罰金之宣告確定者，始得為之。查本件被告某甲前因違反台灣地區與大陸地區關係條例案件，經台灣雲林地方法院於九十四年一月二十六日以九十四年度簡字第一九號判處有期徒刑二年，緩刑四年，並於九十四年一月二十六日確定（下稱前案），緩刑期間自九十四年一月二十六日至九十八年一月二十五日。惟被告於前案

緩刑前即九十二年二月間至九十三年八月間因違反商業會計法，經同院於九十七年十二月三十日以九十七年度訴字第六一四號判決判處有期徒刑十月，減為有期徒刑五月，並得易科罰金，於九十八年二月二日確定，有上開判決書及台灣高等法院被告前案紀錄表在卷可稽。本件被告所犯違反商業會計法案件所宣告之刑於前案緩刑期內既未確定，自與刑法第七十五條第一項第二款、第七十五條之一第一項第一款所定之撤銷緩刑要件不符。檢察官竟聲請撤銷被告前案之緩刑宣告。乃原審不察，未駁回檢察官之聲請，仍依刑法第七十五條之一第一款規定，裁定撤銷被告前案緩刑之宣告，自有適用法則不當之違背法令，且不利於被告。案經確定，非常上訴執以指摘，洵有理由。應由本院將原裁定關於撤銷被告緩刑之宣告部分撤銷，並駁回檢察官此部分之聲請，以資救濟。又本院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。原裁定就被告前案檢察官一併聲請減刑部分，因非常上訴意旨並未指摘及此，該部分不屬本院審酌範圍，併此指明。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 八 年 七 月 九 日

【第三十六案】

一、關係條文

刑 法 第 80 條、第 83 條、第 239 條。
刑法施行法 第 8 條之 1。
刑事訴訟法 第 447 條第 1 項第 1 款但書。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。復按於中華民國九十四年一月七日刑法修正施行前，其追訴權或行刑權時效已進行而未完成者，比較修正前後之條文，適用最有利於行為人之規定；案件之時效已完成者，應諭知免訴之判決，分別為刑法施行法第八條之一、刑事訴訟法第三百零二條第二款所明文。經查原確定判決認定：被告某甲為有配偶之人，應可認識陳○○係有配偶之人，竟於民國九十一年九月十三日往前回溯一百八十一日止，在臺中市某不知名之汽車旅館房間內，與陳○○相姦，經陳○○之配偶於九十八年六月知悉提出告訴，被告係犯刑法第二百三十九條後段之相姦罪等情，而刑法第二百三十九條後段之罪之最重本刑為有期徒刑一年，依九十四年二月二日修正前刑法第八十條第一項第三款規定，其追訴權時效為五年，與現行刑法第八十條第一項第三款所定之十年相較，自應適用最有利被告之修正前刑法第

八十條第一項第三款規定，諭知免訴，始為適法。詎原確定判決判處有期徒刑二月，自有判決適用法則不當之違法。

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

三、附錄

最高法院刑事判決 九十九年度台非字第三三一號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被 告 某甲

上列上訴人因被告妨害婚姻案件，對於台灣台中地方法院中華民國九十九年四月八日第一審確定判決（九十九年度易字第四七一號，起訴案號：台灣南投地方法院檢察署九十八年度偵字第三八〇三號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

某甲免訴。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又時效已完成者，應諭知免訴之判決，同法第三百零二條第二款亦有明定。再於民國九十四年一月七日刑法修正施行前，其追訴權時效已進行而未完成者，比較修正前後之條文，適用最有利於行為人之規

定，刑法施行法第八條之一同有明文。犯最重本刑為一年以上、三年未滿有期徒刑之罪者，依修正前刑法第八十條第一項第三款規定，其追訴權時效期間為五年；而修正後刑法第八十條第一項第三款則規定為十年。修正後刑法所定之追訴權時效期間較長，對行為人較為不利，故本件關於追訴權之時效期間之計算，自應適用修正前刑法第八十條第一項第三款之規定，且關於追訴權時效之停止進行及其期間、計算，亦應一體適用修正前刑法第八十三條之規定。本件原確定判決以：被告某甲為有配偶之人，應可認識陳○○係有配偶之人，竟於九十一年九月十三日往前回溯一百八十一日止，在台中市某不知名之汽車旅館房間內，與陳○○相姦，陳○○因而於同年月十三日產下一子鄧○○（姓名年籍詳卷）。嗣經陳○○對配偶鄧○提起確認親子關係不存在訴訟，於九十八年六月間經鑑定確認鄧○○係被告與陳○○之子，鄧○始悉上情提出告訴等情。因而適用刑法第二百三十九條後段、第四十一條第一項前段，論以被告與有配偶之人相姦罪，判處有期徒刑二月，如易科罰金以新台幣壹仟元折算一日。惟查刑法第二百三十九條後段之相姦罪，其最重本刑為有期徒刑一年，其追訴權時效依修正前刑法第八十條第一項第三款之規定為五年。被告上開犯罪成立之日為「九十一年九月十三日往前回溯之第一百八十一日」（即九十一年三月十七日），故其追訴權時效應自該日起算，若未於「九十六年九月十三日往前回溯之第一百八十一日」（即九十六年三月十七日）以前，對被告行使追訴權，則時效已完成，即不得再行追訴。本件係由告訴人鄧○於九十八年七月十七日向台灣

南投地方法院檢察署具狀對被告提出相姦犯行之告訴，經檢察官於九十八年十一月三十日偵查終結，將被告提起公訴等情，有卷附台灣南投地方法院檢察署上開案件卷宗可查。故本件追訴權時效自九十一年三月十七日被告犯罪成立之日起算，加上本件法定追訴權時效期間五年，期間依卷內資料無停止進行之原因，其追訴權時效應於九十六年三月十七日完成，原檢察官於九十八年七月二十七日開始進行相關案情偵辦時，追訴權時效早已完成，原判決既認定被告係犯刑法第二百三十九條後段之罪，其追訴權時效已完成，依首開規定，應諭知免訴之判決，原判決不察，竟為實體上有罪判決，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，應由本院將原判決撤銷，改判諭知免訴，以資救濟。

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

中 華 民 國 九 十 九 年 十 一 月 二 十 五 日

【第三十七案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第5條第1項、第304條、第378條、
第379條第4款。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令；又法院對無管轄權之案件，應諭知管轄錯誤之判決，並同時諭知移送於管轄法院；案件由犯罪地或被告之住所、居所或所在地之法院管轄，刑事訴訟法第三百七十八條、第三百零四條及第五條第一項分別定有明文。而定管轄權之有無，以起訴時為準，又所謂起訴時，自以該案件繫屬於法院時為準。本件台灣板橋地方法院檢察署檢察官於民國九十九年二月二十二日提起公訴、全案於同年三月十日繫屬台灣板橋地方法院，有該署九十八年度偵緝字第一八五九號起訴書及附於台灣板橋地方法院九十九年度易字第六二六號案卷之送審收狀戳文在卷可稽。原確定判決並認定被告犯罪地及住所均在台北市文山區，而被告之居所迨至原審審理時則係設於台北市○○區○○路五段二十五巷三弄十三號一樓，係屬台灣台北地方法院管轄。雖被告曾因另案在台灣台北監獄台北分監（址設台北縣土城市）執行，然被告於本件九十九年三月十日繫屬原審法院前之九十八年十月二日，業已移監至台灣台北監獄（址設桃園縣龜山鄉）執行，此有九十九年八月二十

三日查詢之法務部全國檢察官線上查詢刑案人犯在監所最新資料報表附卷足憑。綜上可知，依本件犯罪地及起訴時被告之住、居所或所在地，台灣板橋地方法院均非管轄法院，該院復無其他管轄權依據，原審法院疏未諭知管轄錯誤，而為實體之判決論處被告罪刑，顯有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 九十九年度台非字第三一五號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

上列上訴人因被告贓物案件，對於台灣板橋地方法院中華民國九十九年四月二十二日第一審確定簡易判決(九十九年度簡字第三三七一號，起訴案號：台灣板橋地方法院檢察署九十八年度偵緝字第一八五九號)，認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

本件管轄錯誤，移送台灣台北地方法院。

理 由

非常上訴理由(見前二)

本院按：判決不適用法則或適用不當者，為違背法令；又法院對無管轄權之案件，應諭知管轄錯誤之判決，並同時諭知移送於管轄法院；再案件由犯罪地或被告之住所、居所或所

在地之法院管轄；刑事訴訟法第三百七十八條、第三百零四條及第五條第一項分別著有明文。本件依原確定判決認定，被告某甲之犯罪地及住所均在台北市文山區，係屬台灣台北地方法院轄區，並未認定被告之居所或所在地在原審即台灣板橋地方法院所轄之區域。雖被告曾因另案在台灣台北監獄台北分監執行，但於九十九年三月十日本件繫屬原審法院前之九十八年十月二日已移監至台灣台北監獄執行，此有九十九年八月二十三日查詢之法務部全國檢察官線上查詢刑案人犯在監所最新資料報表附卷足憑；則本件應由台灣台北地方法院管轄，原審法院誤認有管轄權而致未諭知管轄錯誤而為科刑之實體判決，顯有適用法則不當之違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由。應由本院將原判決撤銷，另諭知本件管轄錯誤，並移送於有管轄權之台灣台北地方法院，以資糾正。又刑事訴訟法第三百七十九條第四款所規定「法院所認管轄之有無係不當者」之違背法令情形，不問其為土地管轄抑事務管轄，均有其適用；本件非常上訴之提起，自屬合法，併予敘明。

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、第三百零四條，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 九 年 十 一 月 十 一 日

【第三十八案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第8條、第303條第7款。

二、非常上訴理由

按『同一案件繫屬於有管轄權之數法院者，由繫屬在先之法院審判之。』『案件依第八條之規定不得為審判者，應諭知不受理之判決。』刑事訴訟法第八條前段、第三百零三條第七款分別定有明文。查被告某甲前因詐欺案件，經台灣高雄地方法院檢察署檢察官於民國九十八年九月九日以九十八年度偵字第一八〇四二號聲請簡易判決處刑，九十八年十月二十一日繫屬於台灣高雄地方法院，嗣由台灣高雄地方法院於九十八年十一月二十五日以九十八年度審簡字第五七八八號判決有罪，並於九十八年十二月二十八日確定在案，有該判決書在卷可稽。又該前案判決所認『被告某甲於九十七年十一月三日至十二月十七日前某日，在屏東市〇〇路某飲料店前，以新台幣（下同）一千元之代價，將〇〇電信股份有限公司（下稱〇〇電信公司）門號 0000000000 號之 S I M 卡賣予不詳男子供作實施詐欺犯罪所用，之後有被害人邱〇〇、林〇〇遭詐欺而匯款』等事實，與本件台灣屏東地方法院九十八年度簡字第一九七一號判決認定『被告某甲於九十七年十一、十二月間，在屏東市〇〇路某飲料店前，以一千元之代價，將〇〇電信公司門號 0000000000 號之 S I M

卡售予不詳姓名人士供作實施詐欺犯罪所用，之後有被害人李○○遭詐欺而匯款』之事實雖略有不同，惟應屬實質一罪而為同一案件，而前案聲請簡易判決繫屬在先，本件詐欺案件於九十八年十一月二十日繫屬於台灣屏東地方法院在後，揆之首開說明，即應諭知不受理之判決，乃原法院竟誤為實體有罪之判決，顯屬判決違背法令。案經確定，且於被告不利。爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟及糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十九年度台非字第九四號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

上列上訴人因被告詐欺案件，對於台灣屏東地方法院中華民國九十八年十一月三十日第一審確定判決(九十八年度簡字第一九七一號，聲請簡易判決處刑案號：台灣屏東地方法院檢察署九十八年度偵字第六六七六號)，認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

本件公訴不受理。

理 由

非常上訴理由(見前二)

本院按同一案件繫屬於有管轄權之數法院者，由繫屬在先之法院審判之；案件依此規定不得為審判者，應諭知不受理之

判決，刑事訴訟法第八條前段、第三百零三條第七款分別定有明文。卷查被告某甲基於幫助詐欺之不確定故意，於九十七年十一月三日至十二月十七日前某日，在屏東市○○路某飲料店前，以一千元之代價，將○○電信公司門號0000000000號之SIM卡賣予不詳男子，供詐騙集團作為實行詐欺犯罪所用，隨即有被害人邱○○、林○○遭詐欺而匯款等事實，經台灣高雄地方法院檢察署檢察官於九十八年九月九日以九十八年度偵字第一八〇四二號聲請簡易判決處刑書聲請簡易判決處刑，並先於九十八年十月二十一日繫屬於台灣高雄地方法院，嗣經該院於九十八年十一月二十五日以九十八年度審簡字第五七八八號簡易判決判處被告幫助詐欺罪刑（累犯，處有期徒刑三月，如易科罰金，以新台幣一千元折算一日），於九十八年十二月二十八日確定。嗣台灣屏東地方法院檢察署檢察官，復就被告出售上開○○電信公司門號0000000000號之SIM卡予不詳男子，供詐騙集團作為實行詐欺犯罪所用之同一事實，其中致被害人李○○遭詐欺而匯款部分，以九十八年度偵字第六六七六號簡易判決處刑書聲請以簡易判決處刑，於九十八年十一月二十日繫屬於台灣屏東地方法院，並經該院於九十八年十一月三十日以九十八年度簡字第一九七一號簡易判決判處被告幫助詐欺罪刑（累犯，處有期徒刑三月，如易科罰金，以新台幣一千元折算一日），同於九十八年十二月二十八日確定。以上各情，有上開各簡易判決處刑聲請書、刑事簡易判決、全國刑案查註紀錄表及台灣屏東地方法院九十八年度簡字第一九七一號刑事案件全卷可稽。被告前後二案係同一案件，

本件受理之台灣屏東地方法院繫屬在後，依刑事訴訟法第八條前段規定，即不得審判，乃原審於九十八年十一月三十日為判決時，疏察同一案件已繫屬於台灣高雄地方法院，並已判決（尚未確定），未依同法第三百零三條第七款諭知不受理判決，而誤為科刑之實體判決，自屬違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴執以指摘，洵有理由。應由本院將原判決撤銷，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但書、第三百零三條第七款，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 九 年 四 月 八 日

【第三十九案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第40條、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。又刑事判決正本送達後，發現原本錯誤，不得以裁定更正，如係正本記載之主文（包括主刑與從刑）與原本記載之主文不符，而影響全案情節及判決之本旨者，亦不得以裁定更正，應重行繕印送達，上訴期限另行起算。至若正本與原本不符之情形如僅『顯係文字誤寫，而不影響於全案情節及判決本旨』者，始得以裁定更正之，最高法院七十二年台抗字第五一八號判例著有明文。惟查：本件書記官製作正本之時間為民國九十九年二月二十三日（非常上訴理由書誤載為九十九年二月三十日），有其九十九年二月二十三日之刑事簡易判決書一份可稽。則本件原審交付予書記官之原本，顯然是上開九十九年二月二十三日之刑事簡易判決，原審交付予書記官之原本與書記官製作之正本，並無不符，乃原審嗣後之裁定更正理由竟謂『正本與原本不符』等語，顯與顯示之表面證據不符。次查：即使是原審誤為上傳上開『三』所示主文之判決，則書記官製作正本之時間，顯然是在同年三月三十日，為何書記官仍在上開被誤為上傳之『三』所示主文之判決下一欄，記載填製正本之日期

為同年二月二十三日，以符合原審之判決日期？再即使是原審誤為上傳上開『三』所示主文之判決，惟此項之書類誤為上傳，乃原審法官個人之疏失，書記官並不知情，以所取得之原本製作正本，書記官製作之過程、文書內容亦均未發生錯誤，並無原審裁定更正理由所謂之『正本與原本不符』之情形。與上開實務見解認為書記官發生錯誤，致使正本與原本不符，而得以裁定更正之情形不同。再查：又上開『三』所示主文之判決，已被上開『二』所示主文之判決，大幅更正，致二者之判決主文、犯罪事實及理由暨判決日期之記載等，均已完全不同，已是另一個刑事簡易判決，已影響於全案情節及判決之本旨，且係原審法官個人之疏失，致交付之原本發生錯誤，依上開判例之見解，均不得以裁定更正之，乃原審竟以裁定更正，其適用法則顯有不當。案經確定，且具有法律上見解歧異之重大意義，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 九十九年度台非字第三一八號

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商標法案件，對於台灣台中地方法院中華民國九十九年六月九日確定刑事裁定(九十九年度沙簡字第二六號)，認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原裁定撤銷。

理 由

非常上訴理由(見前二)

本院按判決適用法則不當者，其判決為當然違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又與科刑判決具有同等效力之裁定，於確定後認為違法，且該裁定不利於被告而別無其他救濟途徑，或對法之續造具有重要意義，或與統一適用法令有關而有闡釋之必要性者，得提起非常上訴。又判決如有誤寫、誤算或其他類此之顯然錯誤者，或其正本與原本不符者，法院得隨時或依聲請以裁定更正之，民事訴訟法第二百三十二條第一項固定有明文。而刑事裁判正本送達後，發現正本與原本不符時，如係正本記載之主文(包括主刑及從刑)與原本記載之主文不符，而影響全案情節及判決之本旨者，不得以裁定更正，應重行繕印送達，上訴期限另行起算。至若正本與原本不符之情形，如僅係文字誤寫而不影響全案情節及判決之本旨者，始得以裁定更正之(見本院七十一年二月九日、七十一年度第二次刑事庭會議決議文，並參照司法院釋字第四三號解釋及本院七十二年台抗字第五一八號判例意旨)。本件被告違反商標法案件，經原審即台灣台中地方法院於九十九年二月二十三日，以九十九年度沙簡字第二六號判決：「某甲明知為未得商標權人同意，於同一商品，使用相同註冊商標之商品販賣，處罰金新台幣壹萬伍仟元，如易服勞役，以新台幣壹仟元折算壹日。扣案之 XXXXX 帆布寵物包參件，均沒收。」上開判決於判決同日經書記官製作判決正本，確定後，已於同年五月三日函送台灣台中地方

法院檢察署執行(見該署九十九年度罰執字第二五九號執行卷宗)，詎原審法院於同年六月九日同號裁定以判決正本與原本不符，將原判決之正本文更正為「某甲明知為未得商標權人同意，於同一商品，使用相同註冊商標之商品販賣，處罰金新台幣伍萬元，如易服勞役，以新台幣壹仟元折算壹日。緩刑貳年。扣案之 XXXXX 帆布寵物包參件，均沒收。」判決日期亦更正為九十九年三月三十日，並於同年六月二十五日確定在案。惟本案原判決正本關於主文欄之上開違誤，要與文字之誤寫、誤算或其他類此之顯然錯誤情形有別，所為更正裁定乃變更原判決主文諭知之內容，依上開解釋意旨，自不得以裁定更正之，詎原審仍以裁定為之，自有判決適用法則不當之違法。該更正裁定固屬自始、當然、絕對無效。但既有確定裁定之形式存在，又別無其他適當救濟途徑，爰由本院判決將原裁定撤銷，除去該違法裁定之形式，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 九 年 十 一 月 二 十 五 日

【第四十案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第 56 條、第 281 條第 1 項、第 379 條第 6 款。

二、非常上訴理由

- 一、按審判期日，除有特別規定外，被告不到庭者，不得審判。第二審之審判，除本章有特別規定外，準用第一審審判之規定。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。刑事訴訟法第二百八十一條第一項、第三百六十四條、第三百七十九條第六款分別定有明文。又送達於在監獄或看守所之人，應囑託該監所長官為之。同法第五十六條第二項亦有明文規定。
- 二、查被告某甲因竊盜案件，經台灣雲林地方法院於民國九十八年十一月六日以九十八年度易字第四一七號判決：『某甲犯結夥攜帶兇器竊盜罪，累犯，處有期徒刑拾壹月。又犯攜帶兇器竊盜罪，累犯，處有期徒刑捌月。又犯結夥攜帶兇器踰越牆垣毀壞安全設備竊盜罪，累犯，處有期徒刑壹年，扣案之老虎鉗、破壞剪各壹支、手電筒貳支、手套壹雙，均沒收。應執行有期徒刑貳年陸月，扣案之老虎鉗、破壞剪各壹支、手電筒貳支、手套壹雙，均沒收。』被告不服原判決提起上訴。嗣被告

因另案竊盜罪，自九十九年二月六日起在臺灣彰化監獄執行。詎台灣高等法院台南分院定於九十九年二月二十四日審理之傳票，疏未囑託台灣彰化監獄送達，並借提審理，竟認為被告之所在不明，而以公示送達為之，且於審理期日，以被告經合法傳喚無正當理由不到庭為由，依一造辯論而為判決確定，其判決顯然違背法令。三、案經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十九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

上列上訴人因被告竊盜案件，對於台灣高等法院台南分院中華民國九十九年三月十七日第二審確定判決(九十八年度上易字第八六四號，起訴案號：台灣雲林地方法院檢察署九十八年度偵字第三五四三號)，認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，由台灣高等法院台南分院依判決前之程序更為審判。

理 由

非常上訴理由（見前二）

按除有特別規定外，被告未於審判期日到庭而逕行審判者，其判決當然為違背法令。又送達於在監獄或看守所之人，應

囑託該監所長官為之，刑事訴訟法第三百七十九條第六款、第五十六條第二項分別定有明文。經查，本件被告因竊盜案件，自九十九年二月九日起，即於台灣彰化監獄執行，有台灣雲林地方檢察署九十九年四月二十七日雲檢家土九九執七七九字第一一七一二號函及法務部全國檢察官線上查詢刑案人犯在監所最新資料報表可稽（見原審卷第九一、九二頁），原審於九十九年二月二十四日上午進行審判時，被告係在該監獄執行之人，原審對其送達審判期日之傳票，依上開規定，自應囑託該監獄長官為之。詎原審僅向被告之彰化縣○○鎮○○里○○巷○號住址為送達，並未囑託該監獄長官送達，復未於審判期日予以提訊，使其到庭應審，即於審判期日逕以被告經合法傳喚，無正當理由不到庭為由，諭知不待其陳述逕行判決（見原審卷第六九頁），揆諸首揭說明，其判決自屬違法。案經確定，非常上訴意旨執以指摘原判決違背法令，洵有理由，且不利於被告，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，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書、第二項，判決如主文。

中華民國 九十九 年 七 月 二十二 日

【第四十一案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第118條、第378條。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又同法第一百十八條之沒入保證金，係因被告於具保人以相當金額具保後逃匿，所給予具保人之制裁，雖與刑法從刑之沒收有別，但此項刑事訴訟法上之沒入裁定，依同法第四百七十條第二項規定，既具有強制執行之名義，自與判決有同一效力，於裁定確定後，發見有違法情形，得提起非常上訴。又具保停止羈押之被告逃匿者，應命具保人繳納指定之保證金額並沒入之，不繳納者強制執行，保證金已繳納者沒入之，同法第一百十八條定有明文。是沒入具保人繳納之保證金，應以被告在逃匿中為其要件，具保停止羈押之被告雖曾逃匿，但既經緝獲歸案，即不可再謂其逃匿而裁定沒入具保人繳納之保證金（貴院九十三年度台非字第五〇號判決參照）。

二、查本件被告某甲於台灣基隆地方法院檢察署九十八年度偵字第六五一號妨害公務案件偵查期間，由具保人某乙具保繳納新台幣（下同）六千五百元，將被告停止羈押。嗣該案偵結起訴，經台灣基隆地方法院判處拘役二十

日、五十日，應執行拘役六十日確定，並送台灣基隆地方法院檢察署執行。該署傳拘受刑人未獲，於民國九十八年十一月十一日以基檢達執丁緝字第 001061 號通緝書通緝。嗣被告於九十八年十一月十五日為警緝獲到案，經檢察官於同日指揮發監執行，有台灣基隆地方法院檢察署九十八年度執聲沒字第六五號執行卷宗、基隆市警察局第三分局九十八年十一月十五日基警三分偵字第 0980363395 號通緝案件報告書、台灣基隆地方法院檢察署九十八年十一月十五日執行指揮書、執行案件資料表、台灣高等法院在監在押全國紀錄表等件附卷可稽。被告雖在該案執行中因逃匿致傳拘無著，並遭通緝，但既經緝獲，並由檢察官於九十八年十一月十五日發監執行，即不可再謂其逃匿而裁定沒入具保人繳納之保證金。乃原審竟又於九十八年十一月十八日以被告逃匿為由，裁定沒入該具保人繳納之保證金，自有適用法則不當之違法。爰依刑事訴訟法第四百十一條、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 九十九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
具 保 人
即受裁定人 某乙

上列上訴人因被告妨害公務案件，對於台灣基隆地方法院中華民國九十八年十一月十八日第一審沒入保證金之確定裁定（九十八年度聲字第一二一七號，聲請案號：台灣基隆地方法院檢察署九十八年度執聲沒字第六五號），認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原裁定撤銷。
檢察官之聲請駁回。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑事訴訟法第一百十八條之沒入保證金，係因被告於具保人以相當金額具保後逃匿，所給予具保人之制裁，雖與刑法從刑之沒收有別，但此項刑事訴訟法上之沒入裁定，依同法第四百七十條第二項規定，既具有強制執行之名義，自與判決有同一效力，於裁定確定後，發見有違法情形，得提起非常上訴。又具保停止羈押之被告逃匿者，應命具保人繳納指定之保證金額並沒入之，不繳納者強制執行，保證金已繳納者沒入之，刑事訴訟法第一百十八條定有明文。是沒入具保人繳納之保證金，應以被告在逃匿中為其要件，具保停止羈押之被告雖曾逃匿，但既經緝獲歸案，即不可再謂其逃匿而裁定沒入具保人繳納之保證金。被告某甲於台灣基隆地方法院檢察署九十八年度偵字第六五一號妨害公務案件偵查期間，由具保人某乙具保繳納六千五百元，將被告停止羈押。嗣該案偵結起訴，經台灣基隆地方法院判處拘役二十日、五十日，應執行拘役六十日確定，並送台灣基隆地方法

院檢察署執行。該署傳拘被告未獲，於九十八年十一月十一日以基檢達執丁緝字第 001061 號通緝書通緝。嗣被告於九十八年十一月十五日為警緝獲到案，經檢察官於同日指揮發監執行，有台灣基隆地方法院檢察署九十八年度執聲沒字第六五號執行卷宗、基隆市警察局第三分局九十八年十一月十五日基警三分偵字第 0980363395 號通緝案件報告書、台灣基隆地方法院檢察署九十八年十一月十五日執行指揮書、執行案件資料表、台灣高等法院在監在押全國紀錄表等件附卷可稽。被告雖在該案執行中因逃匿致傳拘無著，並遭通緝，但既經緝獲，並由檢察官於九十八年十一月十五日指揮發交執行，即不可再謂其逃匿而裁定沒入具保人繳納之保證金，乃原審於九十八年十一月十八日以被告逃匿為由，裁定沒入該具保人所繳納之保證金六千五百元，自有適用法則不當之違背法令。案經確定，且於受裁定人不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原裁定撤銷，並駁回檢察官沒入保證金之聲請，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 九 年 四 月 八 日

【第四十二案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第 253 條之 2、第 253 條之 3、第 255 條、第 256 條之 1、第 303 條第 1 款、第 378 條。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，得提起非常上訴，刑事訴訟法第四百四十一條、第三百七十八條定有明文；次按起訴之程序違背規定者，應諭知不受理之判決，刑事訴訟法第二百零三條第一款亦有明文。再查被告於緩起訴期間內，有違背第二百五十三條之二第一項各款之應遵守或履行事項者，檢察官得依職權撤銷原處分，繼續偵查或起訴；檢察官依法撤銷緩起訴處分，應製作處分書敘述其處分之理由，合法送達被告，其得依法聲請再議，以資救濟，復為刑事訴訟法第二百五十三條之三第一項、第二百五十五條第一項、第二項、第二百五十六條之一第一項分別定有明文。因此，被告如因有法定事由，經檢察官依職權撤銷緩起訴處分確定之前，該緩起訴處分之效力仍存在，檢察官自不得對於同一案件再行起訴，否則其起訴程序即屬違背規定，法院得依據上開規定，不經言詞辯論，逕為不受理之判決。

二、本件被告某甲前因違反毒品危害防制條例案件，經台灣台南地方法院檢察署檢察官於九十八年七月三日，以九十八年度毒偵字第九六〇號為緩起訴處分，其緩起訴期間為二年，該處分已於九十八年七月二十二日確定。嗣於緩起訴期間內，因被告再犯搶奪等案，經檢察官依法提起公訴，該署檢察官乃於九十九年二月三日因被告故意更犯有期徒刑以上之罪，以九十九年度撤緩字第四二號撤銷上開緩起訴處分，並於撤銷後，即就被告上開違反毒品危害防制條例案件，另以九十九年度撤緩毒偵字第五一號向台灣台南地方法院提起公訴，經台灣台南地方法院於九十九年七月三十日，以九十九年度訴字第五三九號判決處有期徒刑八月，並於九十九年八月二十五日確定在案。惟查，被告已於九十八年六月三十日，將戶籍地遷入「台南縣永康市〇〇路二〇八巷十八號」（見九十九年度撤緩毒偵字第五一號卷第十九頁），然檢察官疏未注意及此，將該撤銷緩起訴之處分書於九十九年二月十二日，送達至「台南縣新市鄉〇〇村九十九之一號〇樓之一」由受僱人「〇〇委員會」收受（見九十九年度撤緩字第四二號卷第七頁），被告自無從知悉該撤銷緩起訴處分書之理由，並得對該處分書遵期聲請再議。上開送達程序顯非適法，致不生合法送達之效力，檢察官所為之撤銷緩起訴處分，既未合法送達予被告而不生效力，則緩起訴處分效力仍存續，檢察官自不得對同一案件再行起訴。茲因檢察官誤認上開撤銷緩起訴處分已確定生效，乃對同一案件向原審法院提起公訴，應

屬起訴程序違背規定之情事，原審竟未予詳察，疏未依
同法第二百零三條第一款規定，諭知不受理之判決，遽
為論罪科刑判決，顯有判決適用法則不當之違背法令情
事。

三、案經確定且對被告不利，爰依刑事訴訟法第四百十一
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 九十九年度台非字第三四五號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被 告 某甲

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，對於台灣台
南地方法院中華民國九十九年七月三十日第一審確定判決
（九十九年度訴字第五三九號；起訴案號：台灣台南地方法
院檢察署九十九年度撤緩毒偵字第五一號），提起非常上
訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

本件公訴不受理。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按：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，於緩起訴期間內故意更犯有期徒刑以上之罪，經檢察官
提起公訴者，依同法第二百五十三條之三第一款規定，檢察

官得依職權或依告訴人之聲請撤銷原處分，繼續偵查或起訴；於此情形，檢察官應製作撤銷緩起訴處分書，敘述其理由；並以正本送達於告訴人、告發人、被告及辯護人；而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，經原檢察官向直接上級法院檢察署檢察長或檢察總長聲請再議，同法第二百五十五條第一項前段、第二項前段、第二百五十六條第二項、第二百五十六條之一第一項、第二項分別定有明文。倘撤銷原緩起訴之處分書，未合法送達於被告，則該撤銷原緩起訴處分，難認已經確定、生效，與未經撤銷原緩起訴處分無異，檢察官在原緩起訴處分仍有效情況下，遽就同一案件提起公訴，法院應認其起訴之程序違背規定，依同法第三百零三條第一款規定，為不受理之判決，始為適法。本件被告某甲前因違反毒品危害防制條例案件，原經台灣台南地方法院檢察署檢察官於民國九十八年七月三日，以九十八年度毒偵字第九六〇號為緩起訴處分確定。嗣因被告於緩起訴期間內再故意犯搶奪等案，經檢察官依法提起公訴，該署檢察官乃於九十九年二月三日，以九十九年度撤緩字第四二號撤銷上開緩起訴處分，並於撤銷後，即就被告上開違反毒品危害防制條例案件，另以九十九年度撤緩毒偵字第五一號向原審法院提起公訴，經原審法院於九十九年七月三十日，以九十九年度訴字第五三九號判決處有期徒刑八月，並於九十九年八月二十五日確定在案。然而，其實被告早於九十八年六月三十日，將戶籍遷入「台南縣永康市〇〇路二〇八巷十八號」，上揭撤銷緩起訴之處分書卻於九十九年二月十二日，送達至「台南縣新市鄉〇〇村九十九之

一號○樓之一」，雖經「○○委員會」收受，並不生合法送達之效力，則原緩起訴處分之效力仍然存在，檢察官自不得對同一案件再行起訴。原審不察，未依刑事訴訟法第三百零三條第一款起訴之程序違背規定，為不受理之判決，乃竟依檢察官起訴書所求，而為實體裁判，揆諸前揭說明，並非適法。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決撤銷，另行改判如主文第二項，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 九 十 九 年 十 二 月 二 十 三 日

【第四十三案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第 253 條之 2、第 253 條之 3、第 303 條、第 378 條。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又緩起訴處分係檢察官終結偵查所為處分之一，檢察官固得就已偵查終結之原緩起訴案件，繼續偵查或起訴，惟應以原緩起訴處分係經合法撤銷者為前提。檢察官所為緩起訴處分，若係命被告於一定期間，向公庫或指定之公益團體支付一定之金額者，苟被告已遵命履行，但檢察官誤認其未遵命履行緩起訴之條件，而依職權撤銷原緩起訴處分，並提起公訴（或聲請以簡易判決處刑）時，該撤銷緩起訴之處分書，即存有明顯之重大瑕疵，依司法院釋字第一四〇號解釋之同一法理，應認此一重大違背法令之撤銷緩起訴處分書為無效，與原緩起訴處分未經撤銷無異。其後所提起之公訴（或聲請簡易判決處刑），應視其緩起訴期間已否屆滿，分別適用刑事訴訟法第三百零三條第一款、第四款為不受理之判決，始為適法。亦即，如原緩起訴期間尚未屆滿，因其起訴（或聲請簡易判決處刑）係違背刑事訴訟法第二百五十三條之三第一項第三款以原緩起訴處分已經合法撤銷為前提之規定，應認其起

訴（或聲請簡易判決處刑）之程序違背規定，而依刑事訴訟法第三百零三條第一款之規定，為不受理判決；如原緩起訴期間已屆滿，應認其起訴（或聲請簡易判決處刑）違反「緩起訴期間未經撤銷」之程序，而違背第二百零六條之規定再行起訴，自應依刑事訴訟法第三百零三條第四款之規定，諭知不受理之判決。

二、查本件被告即受刑人某甲於民國九十八年八月十三日二十一時四十分許，在台北縣蘆洲市（現改為新北市蘆洲區）○○○路四二二巷四十八弄二十八號五樓，為警查獲之賭博犯行，經台灣板橋地方法院檢察署檢察官以九十八年度偵字第二二四一一號案件為緩起訴處分，並經依職權送再議，由台灣高等法院檢察署於九十八年十月十三日以九十八年度上職議字第一〇九五三號駁回再議而告確定，又被告已於緩起訴期間履行前開緩起訴處分所附條件（1. 立悔過書；2. 於九十八年十一月十六日支付緩起訴處分金新台幣＜下同＞二萬元予公益團體財團法人蘆洲○○古蹟維護文教基金會；3. 並於九十八年十一月十八日接受法治教育三小時），有被告悔過書、財團法人蘆洲○○古蹟維護文教基金會傳真存摺內頁影本及台灣板橋地方法院檢察署九十八年度緩護命字第一○○○號觀護卷宗各一份在卷可證。詎檢察官未察，以被告於緩起訴處分期間內，未向指定之公益團體支付一定金額為由，於九十九年九月十四日以九十九年度撤緩字第三八五號依職權撤銷對被告之上開緩起訴處分，並以九十九年度撤緩偵字第三五〇號聲請簡易判

決處刑書，向台灣板橋地方法院聲請簡易判決處刑。依前開說明，本件聲請簡易判決之程序顯不合法，自應由原審法院改依通常程序審判並諭知不受理判決，惟台灣板橋地方法院九十九年度簡字第九一八四號案，仍以實體判決被告有罪確定，有台灣板橋地方法院檢察署檢察官撤銷緩起訴處分書、聲請簡易判決處刑書及原審刑事簡易判決處刑書各一份在卷可稽，該判決自有判決不適用法則之違背法令。案經確定，且對被告不利，爰依刑事訴訟法第四四一條、第四四三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇〇年度台非字第四六號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告賭博案件，對於台灣板橋地方法院中華民國九十九年十一月十七日第一審確定簡易判決(九十九年度簡字第九一八四號，聲請簡易判決處刑案號：台灣板橋地方法院檢察署九十九年度撤緩偵字第三五〇號)，認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

本件公訴不受理。

理 由

非常上訴理由(見前二)

本院按：檢察官為緩起訴處分者，得命被告於一定期間內遵守或履行刑事訴訟法第二百五十三條之二第一項各款所定事項；被告於緩起訴期間內，如有違背上開應遵守或履行事項之規定時，檢察官得依職權或依告訴人之聲請，撤銷原緩起訴處分，繼續偵查或起訴，刑事訴訟法第二百五十三條之二第一項、第二百五十三條之三第一項第三款分別定有明文。且按緩起訴與不起訴，皆係檢察官終結偵查所為處分，檢察官得就已偵查終結之原緩起訴案件，繼續偵查或起訴，應以原緩起訴處分係經合法撤銷者為前提，此乃法理所當然。檢察官為緩起訴處分，若係命被告於一定期間，向公庫或指定之公益團體、地方自治團體支付一定之金額者，苟被告已遵命履行，但檢察官誤認其未遵命履行，而依職權撤銷原緩起訴處分，並提起公訴（或聲請簡易判決處刑）時，該撤銷原緩起訴處分之處分，即存有明顯之重大瑕疵，依司法院釋字第一四〇號解釋之同一法理，應認此重大違背法令之撤銷緩起訴處分為無效，與原緩起訴處分未經撤銷無異。其後所提起之公訴（或聲請簡易判決處刑），應視其原緩起訴期間已否屆滿，分別適用刑事訴訟法第二百零三條第一款或第四款為不受理之判決，始為適法。亦即，如原緩起訴期間尚未屆滿，因其起訴（或聲請簡易判決處刑）係違背刑事訴訟法第二百五十三條之三第一項第三款以原緩起訴處分已經合法撤銷為前提之規定，應認其起訴（或聲請簡易判決處刑）之程序違背規定，依同法第二百零三條第一款之規定，為不受理之判決；於原緩起訴期間已屆滿，應認其起訴（或聲請簡易判決處刑）違反「緩起訴期滿未經撤銷，而違背第

二百六十條之規定再行起訴」，依同法第三百零三條第四款之規定，諭知不受理判決。本件被告某甲因賭博案件，經台灣板橋地方法院檢察署檢察官於九十八年九月二十二日為緩起訴處分（九十八年度偵字第二二四一一號），緩起訴期間為一年，並命被告應立悔過書，並應於緩起訴處分確定，收受執行緩起訴處分通知書後二個月內，向財團法人蘆洲○○古蹟維護文教基金會支付二萬元，且自收受執行緩起訴處分通知書起，至緩起訴期間屆滿前二個月止，參加台灣板橋地方法院檢察署所舉辦之法治教育三小時，本件緩起訴處分於九十八年十月十三日經駁回再議確定在案。被告旋向財團法人蘆洲○○古蹟維護文教基金會，如數繳訖，有財團法人蘆洲○○古蹟維護文教基金會傳真存摺內頁影本可稽。乃同署檢察官於被告繳納指定之金額後，誤認為尚未繳納，因而於九十九年九月十四日，以九十九年度撤緩字第三八五號職權處分書撤銷原緩起訴處分，揆諸首開說明，其撤銷原緩起訴處分之處分，自屬重大違背法令，應為無效，與原緩起訴處分未經撤銷無異。至同署檢察官於原緩起訴期間屆滿後之九十九年十月二十一日另向原審法院聲請簡易判決處刑，其聲請程序即屬違背規定，原審自應改依通常程序，諭知不受理之判決，始為合法，乃竟未察，逕依檢察官之聲請，論被告以犯圖利聚眾賭博罪，處有期徒刑三月，並諭知易科罰金之折算標準，顯有判決適用法則不當之違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，為有理由，應由本院將原判決撤銷，另為公訴不受理判決之諭知，以資救濟。

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

中 華 民 國 一 〇 〇 年 三 月 三 日

【第四十四案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第 264 條、第 266 條、第 302 條第 1 款。

二、非常上訴理由

一、依同一案件曾經判決確定者，法院應諭知免訴之判決，刑事訴訟法第三百零二條第一款定有明文。本件被告某甲前於〈民國〉九十七年四月十日二十三時三十七分，在台北縣板橋市○○路○段二二七號前，因飲酒後駕駛機車（酒測值為 1.01 毫克），涉犯公共危險罪被查獲，已經台灣板橋地方法院檢察署於九十七年四月十七日以九十七年度速偵字第一二三〇號向法院聲請簡易判決處刑，但因該被告在警詢中及檢察官偵查中，均冒用其兄許○○之姓名應訊，以致檢察官誤以其為許○○，而以許○○名義向法院聲請簡易判決處刑，而台灣板橋地方法院亦適用簡易程序未再開庭，即在九十七年五月十四日對上開被冒名之許○○為判決，判處許○○服用酒類而駕駛動力交通工具罪，處罰金新台幣陸萬元，於九十七年六月二十日確定（見該院九十七年度交簡字第一八六六號簡易判決，以下簡稱第一案）。嗣因警方發現某甲係冒名許○○在上開警詢中應訊，乃又於九十八年一月四日將某甲之偽造文書事實，連同某甲上開之酒後駕駛機車之事實，以某甲之名，重新移送台灣板橋地

方法院檢察署，該署檢察官未查明上開以許○○之名被台灣板橋地方法院判處罰金確定之判決，其實接受審判之對象即為某甲本人，遂又以某甲於九十七年四月十日二十三時三十七分，酒後駕駛機車之公共危險罪，連同其偽造文書罪，以九十八年度偵緝字第二九八三號，向台灣板橋地方法院聲請簡易判決處刑；而該院又於九十九年四月六日以九十九年度交簡字第九七八號，判處某甲公共危險罪有期徒刑三月，另與偽造文書罪所處有期徒刑三月，定應執行刑為五月，於九十九年四月二十九日確定（以下簡稱為第二案）。

- 二、查檢察官起訴之對象為被告其人，而非其姓名，本件被告在本件第一案中冒名許○○應訊，致檢察官誤認其姓名為許○○，而以許○○之名向法院聲請簡易判決，而台灣板橋地方法院亦以許○○之名為判決，顯然該案檢察官聲請簡易判決之對象及法院審判之對象，均為實際接受偵訊、冒名簽名及捺指印並接受現場照相之某甲本人（參見最高法院九十五年度台非字第二七四號判決意旨），因此本件第一案中法院之判決發生效力之對象實在為某甲而非被冒名應訊之許○○，足見上開法院本不該在本件第二案中又重新對某甲以公共危險罪，判處有期徒刑三月，而應依刑事訴訟法第二百零二條第一款規定，判決免訴始為正確；今上開法院仍判處某甲有期徒刑三月，自有判決適用法則不當之違法，案經確定，且對被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條規定提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十九年度台非字第三〇〇號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告公共危險等罪案件，對於台灣板橋地方法院中華民國九十九年四月六日第一審確定簡易判決(九十九年度交簡字第九七八號，聲請簡易判決處刑案號：台灣板橋地方法院檢察署九十八年度偵緝字第二九八三號)，認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於公共危險部分撤銷。

上開撤銷部分免訴。

理 由

非常上訴理由(見前二)

本院按：案件曾經判決確定者，應諭知免訴之判決，為刑事訴訟法第三百零二條第一款所明定。又同法第二百六十六條規定起訴之效力，不及於檢察官所指被告以外之人；同法第二百六十四條第二項第一款規定起訴書應記載被告之姓名、性別、住所或居所等資料或其他足資辨別之特徵，係為表明起訴之被告為何人，避免與他人混淆。因之，在被告冒用他人姓名應訊，檢察官未發覺，起訴書乃記載被冒用者之姓名、年籍等資料時，其起訴之對象仍為被告其人無誤，法院審判時，亦以該被告為審判之對象，縱於判決確定後始發現上揭錯誤，法院非不得以裁定方式更正；此與非真正犯罪

行為之人，冒名頂替接受偵查、審判之情形，迥然不同（司法院釋字第四三號解釋、本院七十年台上字第一〇一號判例意旨參照）。本件被告某甲於九十七年四月十日二十三時三十分許，在台北縣○○市大漢橋頭飲用酒類後，其明知其已達不能安全駕駛動力交通工具之狀態下，竟仍騎乘車牌號碼XXX—XXX 號普通重型機車，自上揭處所出發欲返回台北縣板橋市○○路二八七號五樓住所，嗣於同日二十三時三十五分許，行經同市○○路○段二二七號前時，經警實施攔檢盤查，並測得其呼氣所含酒精濃度已達每公升1.01毫克，嗣其竟假冒胞兄「許○○」身分，在台北縣政府警察局海山分局（下稱海山分局）調查筆錄、指紋卡片、酒精濃度測試表、台北縣政府警察局舉發違反道路管理事件通知單、口卡片、權利告知書、偵辦刑案同意夜間詢問筆錄同意書、逮捕通知書等文件上，偽造「許○○」之簽名並捺指印。案經海山分局報告台灣板橋地方法院檢察署偵辦，該署檢察官於九十七年四月十七日以九十七年度速偵字第一二三〇號偵查終結，認被告某甲涉嫌公共危險，而以「許○○」姓名向台灣板橋地方法院聲請簡易判決處刑，並經台灣板橋地方法院於九十七年五月十四日以九十七年度交簡字第一八六六號簡易判決，處罰金新台幣六萬元確定（下稱前案），並於九十七年十月二十八日繳納罰金在案。嗣警方於九十八年一月四日以指紋鑑驗發覺被告前開案件係假冒「許○○」身分，將之報告台灣板橋地方法院檢察署偵辦，該署檢察官於同年十二月二十五日以九十八年度偵緝字第二九八三號偵查終結，對被告除偽造文書部分外，連同前述公共危險部分一併

向台灣板橋地方法院聲請簡易判決處刑，經該院於九十九年四月六日以九十九年度交簡字第九七八號簡易判決，就公共危險及行使偽造私文書部分，各處有期徒刑三月，已確定在案。此有台灣板橋地方法院檢察署上開二案偵查卷、九十七年度執緝字第三六一七號執行卷，及台灣板橋地方法院上開二案刑事卷宗可稽。本件被告所犯上開公共危險部分，前案雖檢察官誤認被告係「許○○」，而以「許○○」姓名向台灣板橋地方法院聲請簡易判決處刑，惟此一與起訴有同一效力之聲請對象仍為被告，而非「許○○」，該署於發覺被告冒用「許○○」姓名，又於九十八年十二月二十五日就被告所犯上開公共危險部分一併提起公訴，係就同一案件重行起訴，原審於九十九年四月六日判決時，前案簡易判決既係依檢察官聲請之對象即被告行使其審判權，雖將被告姓名等資料誤載為「許○○」，且已判決確定，但此僅屬姓名錯誤而非被告錯誤，予以裁定更正即可，就此部分自應為免訴之判決。乃原審不察，未從程序上諭知免訴，卻逕為實體上科刑之判決，自屬違法。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，為有理由；且因原判決此部分不利於被告，應由本院予以撤銷，另行諭知免訴，以資救濟。

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

中華民國九十九年十月二十八日

【第四十五案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第 267 條、第 302 條第 1 款、第 378 條。

刑 法 第 55 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。又刑事訴訟法第二百零二條第一款規定，案件曾經判決確定者，應諭知免訴之判決。此項一事不再理之原則，關於實質上一罪或裁判上一罪，均有適用；如一部分犯罪事實，業經判決確定，其效力當然及於全部，倘檢察官復將其他部分重行起訴，應諭知免訴之判決，不得再予論科（最高法院民國四十九年台非字第二〇號、六十年台非字第七七號判例參照）。查原判決事實欄認定被告於九十八年六月二日，將其〇〇〇〇商業銀行〇〇分行之帳戶存摺封面影本、金融卡及密碼，提供予詐欺集團，幫助該集團先後詐騙唐〇〇、林〇〇，分別依指示轉帳新台幣（下同）三萬元、十萬四千元至被告上開帳戶等情。惟被告於九十八年六月二日將其上開帳戶之存摺、金融卡及密碼提供予詐欺集團使用，該集團於同日詐騙李〇〇，使之依照指示分四次轉帳二萬九千元、二萬八千元、四千元、一千元至被告上開帳戶之事實，業經原審於九十八年八月三十一日以九十八年度基簡字第一〇六一號簡易判決判處有期徒刑二月，被

告不服上訴，嗣於九十八年十一月十八日撤回上訴確定，有原審九十八年度基簡字第一〇六一號、九十八年度簡上字第一八一號案卷可資對照稽考。按被告將上開帳戶存摺、提款卡及密碼，提供予詐欺集團使用，幫助該集團詐騙之行為僅有一個，雖該集團以該帳戶詐騙多數被害人；然被告係以單一交付帳戶之幫助行為，幫助他人對數被害人為數個詐欺罪行為，即應依刑法第五十五條想像競合犯論以一個幫助罪。本件被告所為交付帳戶予詐欺集團使用之單一幫助行為，既經另案判決確定，則其效力當然及於全部，揆之上開判例意旨，本件理應諭知免訴。乃原審失察，竟為論罪科刑之實體判決，自有適用法則不當之違法。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 九十九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

上列上訴人因被告詐欺案件，對於台灣基隆地方法院中華民國九十八年十一月三十日第一審確定簡易判決（九十八年度基簡字第一四七三號，聲請簡易判決處刑案號：台灣基隆地方法院檢察署九十八年度偵字第四四八八號），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。

某甲免訴。

理 由

非常上訴理由(見前二)

本院按：案件曾經判決確定者，應諭知免訴之判決，刑事訴訟法第三百零二條第一款定有明文；此所謂一事不再理原則，關於實質上一罪或裁判上一罪，均有其適用。刑法第五十五條所定之想像競合犯係裁判上之一罪，其一部分犯罪事實曾經判決確定者，其效力當然及於全部，如檢察官復將其他部分重行起訴，自應諭知免訴之判決。經查本件被告某甲於九十八年六月二日，在○○火車站，基於幫助他人犯詐欺取財罪之不確定故意，將其向○○○○商業銀行○○分行申設之000-000000000000號帳戶存摺、金融卡及密碼，以不詳代價，提供予某真實姓名不詳之成年男子；繼之，該男子所屬之詐騙集團即意圖為自己不法之所有，於同日下午撥打電話予李○○，施以詐術，使李○○陷於錯誤而依照指示操作自動櫃員機，分四次轉帳二萬九千元、二萬八千元、四千元、一千元至被告上開帳戶內，隨即遭提領一空。前經台灣基隆地方法院檢察署(下稱基隆地檢署)檢察官聲請以簡易判決處刑(九十八年度偵字第三四六〇號)，由台灣基隆地方法院(下稱基隆地院)於九十八年八月三十一日以九十八年度基簡字第一〇六一號刑事簡易判決論被告以幫助詐欺取財罪，量處有期徒刑二月(如易科罰金，以一千元折算一日)；被告不服該判決提起第二審上訴後，於九十八年十一月十八日撤回上訴(基隆地院九十八年度簡上字第一八一號)而確定在案(下稱前案)。嗣基隆地檢署檢察官於九十

八年十一月二十四日，復以被告基於幫助他人犯詐欺取財罪之不確定故意，於九十八年六月二日，將其上開帳戶存摺封面影本、金融卡及密碼，提供予某真實姓名不詳之成年男子，由該男子所屬之詐騙集團於同日及同年月三日，先後詐騙唐○○、林○○，使渠等分別依指示轉帳三萬元、十萬四千元至被告上開帳戶內等犯罪事實，聲請以簡易判決處刑（九十八年度偵字第四四八八號）；經基隆地院於九十八年十一月三十日以九十八年度基簡字第一四七三號刑事簡易判決論被告以幫助詐欺取財罪，量處拘役十五日（如易科罰金，以一千元折算一日）確定（下稱本案）。此有台灣高等法院被告前案紀錄表及前案與本案之偵查卷、刑事簡易案件等相關卷宗可按。查被告提供予詐騙集團中之某不詳姓名成年男子者，為被告向○○○○商業銀行○○分行申設之000-000000000000 號帳戶存摺（封面影本）、金融卡及密碼。被告提供帳戶以幫助詐騙集團詐欺取財之行為僅有一個，雖該詐騙集團於本案與前案所詐騙之被害人不同，仍係一行為觸犯數罪名之想像競合犯，應認本案與前案係屬同一案件。乃基隆地院於九十八年十一月三十日為本案之刑事簡易判決時，疏未察覺前案已判決確定，本案應依首揭規定為免訴之判決，始為適法；竟復對被告為有罪之科刑判決，自有適用法則不當之違背法令。本案業經確定，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，另行判決免訴，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款、第二百零二條第一款，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 九 年 三 月 二 十 五 日

【第四十六案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第 267 條、第 268 條、第 379 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。查台灣台北地方法院檢察署檢察官起訴書(九十六年度偵字第二四八三二號、九十七年度偵字第一二六八號)及台灣台北地方法院檢察署檢察官補充理由書(九十七年度蒞字第四四三六號)所載起訴內容之被害人僅十人(見一審卷第五七頁)。且檢察官於第一審審判時亦僅起稱：本案之犯罪事實詳如起訴書所載犯罪事實(見一審卷第九七頁反面)，縱使第一審準備程序筆錄記載檢察官陳述起訴概要(含移送併案審理之犯罪事實)(見一審卷第一四頁及六四頁)，惟準備程序處理之事項，原則上僅限於訴訟資料之聚集及彙整，旨在使審判程序能密集而順暢之進行預作準備，不得因此而取代審判期日應踐行之直接調查證據程序。且所稱『移送併案審理之犯罪事實』究竟何所指，觀之筆錄記載並不明確，是第一審及原審判決對未經檢察官起訴之其他三十二個犯罪事實加以審理，並予判決，即屬刑事訴訟法第三百

七十九條第十二款，就未受請求之事項予以判決，其判決當然為違背法令。

二、按判決不載理由或所載理由矛盾者，其判決當然為違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第十四款定有明文。又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（最高法院八十四年度台非字第三九九號判決參照）。復按科刑判決須先認定犯罪事實，然後於理由內敘明其認定犯罪事實所憑之證據，方足以資論罪科刑，如認定事實與其所採用之證據及認定之理由不相適用（合），即屬理由矛盾，其判決當然違背法令（最高法院四十一年〈按應係四十六年之誤寫〉台上字第三〇七號判例、九十年台非字第二〇二號判決參考）。查本案確定判決所載事實為：『賴○○於民國九十六年七、八月間，以每月底薪（新台幣，下同）二萬元，詐騙金額每超過十萬元，可抽三成之利潤，邀約某甲、林○等參加賴○○所組成之詐欺集團』（見原確定判決第一頁倒數第一行至第二頁第二行），已認定某甲係於九十六年七、八月間之後，始加入詐欺集團之事實。然其附表二所列四十二個被害人之被詐騙時間，其中竟有二十一人被詐騙時間為九十六年七、八月間之前（見原確定判決第九—一二頁附表二）。是原審確定判決顯有所載理由矛盾之情形，當然為違背法令。

三、又量刑輕重係屬事實審法院得依職權自由裁量之事項，苟已斟酌刑法第五十七條各款所列情狀而未逾法定刑

度，固不得遽指為違法。惟本件原判決以某甲共同意圖為自己不法之所有，以詐術使人將本人之物交付，四十二罪，各處有期徒刑肆月，其所犯各罪所詐取之金額不一，最低者為三千一百五十元，最高者則高達一百零六萬四千九百三十四元，二者相差數十倍，原判決未詳加審酌刑法第五十七條各款所列情狀，對被告所犯四十二罪一律各處有期徒刑肆月，其量刑顯失輕重而有違比例原則，自應認原判決違背法令。

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

三、附錄

最高法院刑事判決 九十八年度台非字第一三八號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

上列上訴人因被告詐欺案件，對於台灣高等法院中華民國九十七年十一月二十五日第二審確定判決（九十七年度上易字第一九八四號，起訴案號：台灣台北地方法院檢察署九十六年度偵字第二四八三二號、九十七年度偵字第一二六八號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於某甲對附表所示被害人詐欺部分均撤銷。

其他上訴駁回。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按未受請求之事項予以判決者，其判決為當然違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第十二款定有明文。又「檢察官就犯罪事實一部起訴者，其效力及於全部。」「法院不得就未經起訴之犯罪審判。」同法第二百六十七條、第二百六十八條亦有明定。乃以我國刑事審判制度係採彈劾主義，除其實質上或裁判上一罪關係之單一案件，其國家刑罰權只有一個，檢察官就其中一部犯罪事實起訴，因審判不可分關係，其效力及於全部，法院自應就全部犯罪事實予以合一審判者外，案件非經起訴，對法院未產生訴訟繫屬及訴訟關係，法院即無對之審判之權利及義務；倘就該未經起訴之案件予以判決，即有前引未受請求之事項予以判決之違背法令。本件原判決認定被告某甲自九十六年七、八月間起，參加賴○○（業經原審判刑確定）所組成之詐欺集團，共同為詐騙如原判決附表所示被害人薛○○等共四十二人財物之犯行，均係成立刑法第三百三十九條第一項之詐欺取財罪，因而撤銷第一審關於被告部分之科刑判決，改判仍論被告以共同意圖為自己不法之所有，以詐欺使人將本人之物交付罪，共四十二罪，固非無見。然依檢察官起訴書之記載，被告所參與詐欺之對象，係起訴書「附表所示亟需資金週轉之人」，因該起訴書缺漏附表，嗣經檢察官於第一審提出補充理由書，補具該起訴書所謂其「附表所示」之被害人即為薛○○、陳○○、黃○○、張○○、陳○○、賴○○、郭○○、黃○○、黃○○、周○○等共十人（下稱薛○○等十人）。此外，關於檢察官起訴之範圍，第一審九十七年三月十一日、九十七年四月三十日準備程序筆錄均係記載：「檢察官

陳述起訴概要（含移送併案審理犯罪事實）」，九十七年六月十九日審判筆錄亦僅記載：「審判長請檢察官陳述起訴要旨。檢察官起稱：本案之犯罪事實詳如起訴書所載犯罪事實。」各等語（見第一審卷第二、一四、五七、五八、六四、九七頁），並未表明有何追加起訴之意旨，其中所謂「含移送併案審理犯罪事實」，依卷內資料亦無具體內容可考。自難認檢察官除就被告詐騙上述被害人薛○○等十人之犯罪事實以外，對於其餘詐騙如本判決附表（下稱附表）所列彭○○等三十二人之財物所涉詐欺取財部分，業於第一審提出書面或以言詞追加起訴。原判決既認定被告係基於各別之犯意，對各個被害人分別為詐欺之行為，均應分論併罰等情，則本件除對上述檢察官起訴書所列被害人薛○○等十人之詐欺行為外，上述其餘部分即難認業經檢察官合法起訴，自不在法院審判之範圍內。原審不察，竟就被告另詐欺附表所載被害人彭○○等三十二人之財物，所犯刑法第三百三十九條第一項之詐欺取財部分，亦併予審判，均分別論罪科刑，揆諸首揭說明，該部分之判決即顯有未受請求之事項予以判決之違法。案經確定，且對被告不利，非常上訴意旨關於該部分指摘原判決違背法令，洵有理由，應由本院將原判決關於被告對附表所示被害人詐欺部分撤銷，以資糾正及救濟。又量刑輕重，係屬事實審法院得依職權自由裁量之事項，苟其量刑已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第五十七條各款所列情狀而未逾越法定刑度，不得遽指為違法。原判決就被告對被害人薛○○等十人詐欺部分，已說明其如何綜合被告各項犯罪情狀，而為審酌量刑之情形，並在法定刑度內而

為量刑，尚無逾越法律規定範圍或濫用權限情事，非常上訴意旨徒執被告與其共同正犯對各個被害人詐得財物之多寡，就該部分指摘原判決違法，尚無足取，其關於被告詐欺被害人薛○○等十人部分之非常上訴，應認為無理由，予以駁回。至於非常上訴意旨另以原判決附表中有二十一人被詐騙時間為九十六年七、八月間之前者，指原判決關於該部分有理由矛盾之違法云云，經查原判決關於被害人薛○○等十人部分，並無該違法情形，而其餘部分既經本院撤銷違法判決，業如前述，即便原判決原有該指摘之違法情形，亦已無所附麗，本院毋庸審酌，併予敘明。

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

中 華 民 國 九 十 八 年 五 月 二 十 一 日

【第四十七案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第 267 條、第 268 條、第 378 條、第 379 條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用法則不當者，為違背法令，又未受請求之事項予以判決者，其判決當然為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條、第三百七十九條第十二款分別定有明文。而刑事訴訟法第二百六十七條所謂『檢察官就犯罪事實一部起訴者，其效力及於全部』，係指實質上一罪或裁判上一罪之犯罪事實經檢察官起訴者，其起訴部分經法院認為有罪，因基於起訴不可分及審判不可分之原則，其起訴之效力及於犯罪事實之全部而言。若檢察官就裁判上一罪之一部事實起訴，而該起訴之事實，經法院審理之結果，未為有罪之實體判決，即與未經起訴之其他事實無連續犯或牽連犯之關係，應無犯罪事實一部與全部關係之可言，依刑事訴訟法第二百六十八條之規定，法院自不得就未經起訴之其他事實併予裁判。又刑事審判採控訴原則，案件須經起訴、上訴等訴訟上之請求，法院始有審判之職權，即須有訴之存在，始有裁判。所謂訴訟上之請求，應依刑事訴訟法規定之程式為之，如僅以行政公文函請併辦，該移送併辦函件僅在促使法院注意，而非訴訟上之請求，尚不得認為有訴之存在。本件

台灣台中地方法院檢察署九十四年度偵字第一五七〇三號起訴書犯罪事實欄記載：『某甲與賴○○係夫妻，二人間具有家庭暴力防治法第三條第一款所定之家庭成員關係。某甲曾於民國九十四年八月八日經台灣台中地方法院依家庭暴力防治法第十三條規定，以九十四年度暫家護字第七二七號民事暫時保護令裁定令其不得對賴○○實施身體或精神不法侵害之行為，詎於九十四年九月二十八日凌晨一時五十分許，至台中市○○區○○路三八八號賴○○之住處，違反法院所為上述不得對賴○○實施身體不法侵害之裁定下，於明知該處係現有人所在之建築物，竟基於放火之犯意，不知由何處取得裝有十公升汽油之塑膠桶，持至該處即將汽油潑灑在上開賴○○住處之門口，並掏出身上打火機點火引燃往該處丟擲，某甲為避人耳目，遂藏身至離該處不遠之巷口觀看，打火機不慎熄滅未延燒，某甲又點燃棄置在地上之報紙，因火勢燃燒誤觸自己，始將報紙撲滅，核被告所為，係犯家庭暴力防治法第五十條第一款違反保護令罪嫌、刑法第一百七十三條第三項、第一項之放火燒燬現有人所在之建築物未遂罪嫌，所犯二罪，犯意各別，罪名不同，應分論併罰。』嗣檢察官發現該署偵查中之九十五年度偵字第六三九號案件，係被告某甲於九十四年八月二十六日十三時三十分許，在賴○○居所，因見賴○○欲報警，竟以『看警察來的快，還是我的菜刀快』等語，恐嚇賴○○，再於九十四年九月五日上午十時八分十四秒，以傳送行動電話簡訊『……給我一通電話，安定的生活及家人安全都在你一念之間』之內容至賴○○所使用之行動電話門號，恐嚇賴○○，致賴○○心生

畏懼，被告此違反民事暫時保護令裁定之行為，亦係犯家庭暴力防治法第五十條第一、二款之違反保護令罪嫌，而被告此部分犯行與上開起訴在法院審理中之違反保護令罪部分有連續犯關係，屬於裁判上一罪，而將此部分移送併辦審理，此有台灣台中地方法院檢察署九十五年二月十五日中檢惠剛九五偵六三九字第0一0二一四號函及移送併辦意旨書在卷可稽。茲原審審理結果，就已起訴之被告九十四年九月二十八日違反保護令犯行，並未為有罪之實體判決，則該起訴部分與移送併辦部分即無連續犯關係，不生一部起訴其效力及於全部之問題，原審自不得就未經起訴之移送併辦部分予以裁判，乃原判決就檢察官移送併辦之被告九十四年八月二十六日及九十四年九月五日違反保護令犯行，予以論罪科刑，自有判決不適用法則及未受請求事項予以判決之違法。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 九十九年度台非字第一五一號
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家庭暴力防治法案件，對於台灣高等法院台中分院中華民國九十六年十月二十三日第二審確定判決（九十六年度上更(一)字第二九0號，起訴案號：台灣台中地方法院檢察署九十四年度偵字第一五七0三號），認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於違反法院依修正前家庭暴力防治法第十三條所為之禁止對被害人實施精神上不法侵害之行為罪刑部分撤銷。

理 由

非常上訴理由(見前二)

本院按刑事訴訟法第三百七十九條第十二款所謂未受請求之事項予以判決者，其判決當然為違背法令。又按未受請求之事項，本不屬法院應行裁判之範圍；即法院對於未起訴或上訴之事項，或起訴或上訴效力所不及之事項，既無訴訟關係存在，法院若逕予裁判，自非法之所許。至案件起訴後，檢察官認有裁判上一罪關係之他部分事實，函請併辦，此項公函非屬訴訟上之請求，目的僅在促使法院之注意，法院如併予審判，係適用審判不可分法則所使然，如認不成立犯罪或無裁判上一罪關係，自應退還原函請併辦之檢察官另行依法偵查，不得據以裁判。本件台灣台中地方法院檢察署檢察官係以被告某甲於九十四年九月二十八日凌晨一時許，違反台灣台中地方法院依家庭暴力防治法第十三條規定核發之九十四年度暫家護字第七二七號民事暫時保護令裁定，詎於九十四年九月二十八日凌晨一時五十分許，至台中市○○區○○路三八八號賴○○之住處，違反法院所為上述不得對賴○○實施身體不法侵害之裁定下，明知該處係現有人所在之建築物，竟基於放火之犯意，不知由何處取得裝有十公升汽油之塑膠桶，持至該處即將汽油潑灑在賴○○住處之門口，並掏出身上打火機點火引燃往該處丟擲，被告為避人耳目，

遂藏身至離該處不遠之巷口觀看，打火機不慎熄滅未延燒，被告又點燃棄置在地上之報紙，因火勢燃燒誤觸自己，始將報紙撲滅，嗣經警據報前往處理，始為警查獲等行為，涉有家庭暴力防治法第五十條第一款違反保護令罪嫌及刑法第一百七十三條第三項、第一項之放火燒燬現有人所在之建築物未遂罪嫌，所犯二罪，犯意各別，罪名不同，應分論併罰，而提起公訴。嗣於台灣台中地方法院審理期間，台灣台中地方法院檢察署檢察官以被告於九十四年八月二十六日十三時三十分許、九十四年九月五日上午十時八分十四秒，再有違反民事暫時保護令裁定之行為，亦涉犯家庭暴力防治法第五十條第一、二款之違反保護令罪嫌，認此部分犯行與起訴違反家庭暴力防治法之部分具有連續犯裁判上一罪之關係，送請台灣台中地方法院併案審理，有台灣台中地方法院檢察署九十四年度偵字第一五七〇三號影印卷宗及台灣台中地方法院檢察署九十五年二月十五日中檢惠剛九五偵六三九字第〇一〇二一四號函所附該署檢察官九十五年度偵字第六三九號移送併辦意旨書在卷足憑。嗣原審審理結果，認定被告於九十四年八月二十六日下午一時三十分、同年九月五日上午十時八分違反民事暫時保護令之犯行(即檢察官函請併案審理部分)，已經證明，論被告以違反法院依修正前家庭暴力防治法第十三條所為之禁止對被害人實施精神上不法侵害之行為之罪，量處有期徒刑一年，減為有期徒刑六月，如易科罰金，以銀元三百元即新台幣九百元折算一日確定；惟對於檢察官起訴書所指被告於九十四年九月二十八日凌晨一時五十分許，至台中市〇〇區〇〇路三八八號賴〇

○之住處，違反法院所為不得對賴○○實施身體不法侵害之裁定，而實行公共危險之犯行，僅就被告所涉刑法第一百七十三條第三項、第一項放火燒燬現供人使用之住宅未遂罪嫌部分為無罪之諭知，關於公訴意旨所指被告涉嫌違反家庭暴力防治法第五十條第一款部分，則漏未為裁判，有原審九十六年度上更(一)字第二九〇號卷宗及判決影本可稽。查原審既未對公訴意旨所指被告於九十四年九月二十八日凌晨一時五十分違反家庭暴力防治法第五十條第一款罪嫌部分為科刑之判決，依首開說明，上揭檢察官函請併案審理部分與原起訴之部分，既無裁判上之一罪關係，即無審判不可分原則之適用，自不得據以裁判。乃原審不察，竟就上開部分另為實體上有罪之判決，顯有未受請求之事項予以判決之違背法令。至被告所涉公共危險罪嫌部分，雖經檢察官提起上訴並由本院發回更為審理，然檢察官函送併案部分，既非起訴事實之一部，與公共危險罪嫌部分即無想像競合犯或其他一罪之關係，自不生併予發回之效果，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違反法院依修正前家庭暴力防治法第十三條所為之禁止對被害人實施精神上不法侵害之行為罪刑部分撤銷，以資救濟。因此部分並無訴之存在，惟仍具裁判之形式效力，僅將該部分撤銷，勿庸另行改判。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 九 年 五 月 二 十 七 日

【第四十八案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第 273 條之 1、第 284 條之 1、第 376 條、第 378 條、第 379 條第 1 款、第 447 條第 2 項、第 449 條。

刑 法 第 335 條第 1 項。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則，為違背法令。又法院之組織不合法者，其判決當然違背法令，分別為刑事訴訟法第三百七十八條及第三百七十九條第一款所明定。復按『除簡式審判程序、簡易程序及第三百七十六條第一款、第二款所列之罪之案件外，第一審應行合議審判。』刑事訴訟法第二百八十四條之一定有明文。本件第一審判決論處被告犯刑法第三百三十五條第一項之侵占罪，非屬刑事訴訟法第三百七十六條第一款、第二款所列之罪之案件；審判長未曾依刑事訴訟法第二百七十三條之一規定，裁定進行簡式審判程序；或有刑事訴訟法第四百四十九條因檢察官聲請以簡易判決處刑；或因被告自白犯罪，由法院逕以簡易判決處刑之情形。依首揭規定，自應行合議審判。本件第一審法院，於審判期日，並未採行合議制，而僅由法官一人獨任審判，並逕予辯論終結，有當日審判筆錄足憑，其法院之組織即不合法。有判決不適

用法則之違背法令。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇〇年度台非字第三四六號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

上列上訴人因被告侵占案件，對於台灣板橋地方法院中華民國一〇〇年五月十日第一審確定判決(九十九年度易字第三五六四號，起訴案號：台灣台中地方法院檢察署九十九年度偵字第一三〇一七號)，認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，由台灣板橋地方法院依判決前之程序更為審判。

理 由

非常上訴理由(見前二)

本院按：除簡式審判程序、簡易程序及第三百七十六條第一款、第二款所列之罪之案件外，第一審應行合議審判，刑事訴訟法第二百八十四條之一定有明文。本件第一審判決論處被告某甲犯刑法第三百三十五條第一項之侵占罪，非屬刑事訴訟法第三百七十六條第一款、第二款所列之罪之案件；審判長未曾依刑事訴訟法第二百七十三條之一規定，裁定進行簡式審判程序；或有刑事訴訟法第四百四十九條因檢察官聲請以簡易判決處刑；或因被告自白犯罪，由法院逕以簡易判

決處刑之情形。依首揭規定，自應行合議審判。惟查本件第一審法院，於審判期日，並未採行合議制，而僅由法官一人獨任審判，並逕予辯論終結，有當日審判筆錄足憑，其法院之組織顯不合法，依刑事訴訟法第三百七十九條第一款之規定，其判決當然違背法令。非常上訴理由執以指摘，洵有理由。案經確定，應由本院將原確定判決撤銷，且為維持國家刑罰權之正確行使及被告防禦權與審級利益，自應由台灣板橋地方法院依判決前之程序更為審判，以期適法。

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，判決如主文。

中 華 民 國 一 〇 〇 年 十 一 月 二 日

【第四十九案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第 288 條第 3 項、第 364 條、第 378 條。

二、非常上訴理由

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。又民國九十一年二月八日修正公布之刑事訴訟法，由職權主義之訴訟制度改為改良式當事人進行主義，確立檢察官就被告犯罪事實應負提出證據及說服之實質舉證責任，暨當事人就調查證據有主導權等原則。而為加強當事人進行主義之色彩，建構以當事人間攻擊、防禦為主軸之公平法院，刑事訴訟法復於九十二年二月六日修正公布，調整審判期日進行之順序。修正先前關於檢察官陳述起訴要旨後，審判長應就被訴事實訊問被告之規定，改列於同法第二百八十八條第三項，明定除簡式審判程序案件外，審判長就被告被訴事實為訊問者，應於調查證據程序之最後行之，以符改良式當事人進行主義之修法精神。此項被訴事實之訊問，依刑事訴訟法第三百六十四條規定，亦為第二審之審判所準用，乃事實審法院必須踐行之法定程序之一，旨在使被告有辯明犯罪嫌疑之機會，及陳述有利於己之事實，屬被告行使防禦權最重要之一環。倘審判長於調查證據程序完畢後，疏未就被告之被訴事實予以訊問，無異剝奪其防禦權之

行使，抑且有害於公平審判及程序正義，其本此有瑕疵之審判程序所為之判決，自有判決不適用法則之違背法令。原判決即台灣高等法院花蓮分院九十八年度上訴字第二八一號一案九十九年三月二十四日第二審審判筆錄記載(審判長就被訴事實訊問被告)關於被告某甲部分為：『被告自八十八年四月九日起至九十二年七月十六日止擔任經濟部水利署第八河川局(下稱第八河川局)之副局長，為依法令服務於國家所屬機關而具有法定職務權限之公務員。詎被告明知陳○○及林○○有意向第八河川局申請在台東縣卑南溪及其支流鹿寮溪等河川開採土石，竟仍基於對於職務上行為收受賄賂及不正利益之接續犯意，接續於附表一所示之時間、地點接受陳○○及林○○之宴請，並於九十年七月二十五日，以其太太跌倒之名義，收受陳○○及林○○交付之新台幣(下同)二萬元賄款，而允諾在職務上給予協助。陳○○及林○○遂於九十年十二月間，由陳○○以○○砂石場負責人名義，向台東縣政府申請在台東縣鹿野鄉○○段鹿寮溪河川公地採取土石，經台東縣政府轉送第八河川局審核，第八河川局承辦人郭○○審查後，於九十年十二月二十一日擬函稿表示【申請書實測內之各點採取後高程比計畫河床高較低0.81至1.70公尺，故本申請案歉難同意。】然因被告已應允於職務上給予一定之協助，即於九十年十二月二十四日該案遭駁回後，以口頭指示郭○○就該申請案再檢討是否能配合河道整治方案，將計劃河床下降至現有堤防基礎底以上五十公分；郭○○因而將上開駁回文暫緩不發，另以被告之口頭指示內容再度上簽，被告即於九十年十二月二十五日在簽

呈上擬簽【一、鹿寮溪土石採取範圍已不適用現行水區需求，應設法檢討更正。二、為使不造成亂流，以保河防安全原則下，建議溪寬三分之一部分繪出土石採取區，其計畫採取高程以堤防基礎高程為依據，原則許可。】等字，欲透過檢討現行中央管理河川卑南溪及其支流水系的土石採取高程，必須符合臺灣省河川管理規則第四十五條所定，應依水利單位公告的計畫河床高度來審查，不得任意更改之規定，使計畫採取高程改以堤防基礎高程為依據後，藉此通過○○砂石場之申請案。嗣該申請案因無法源依據，郭○○旋於九十年十二月二十五日第二次簽仍建議【擬函請歉難同意該申請案】，經當時第八河川局局長陳○○核可後，駁回該申請案？』惟此部分經原判決不另為無罪之諭知；而原判決事實欄二所載『被告明知陳○○及林○○所經營之○○砂石場有意向第八河川局申請在臺東縣卑南溪及其支流鹿寮溪等河川開採土石，竟仍基於對於職務上行為收受賄賂之犯意，接續於九十年九月二十九日及同年十二月二十日收受陳○○與林○○交付之賄款三萬元及二萬元，而允諾在職務上給予協助後，陳○○及林○○遂於九十年十二月間，由陳○○以○○砂石場負責人名義，向台東縣政府申請在台東縣鹿野鄉○○段鹿寮溪河川公地採取土石，經台東縣政府轉送第八河川局審核，第八河川局承辦人郭○○審查後，於九十年十二月二十一日擬函稿表示【申請書實測內之各點採取後高程比計畫河床高較低 0.81 至 1.70 公尺，故本申請案歉難同意。】然因被告已收受賄賂而應允於職務上給予一定之協助，即於九十年十二月二十四日在該案遭駁回後，以口頭指示郭○○

就該申請案再檢討是否能配合河道整治方案，將計劃河床下降至現有堤防基礎底以上五十公分，郭○○因而將上開駁回文暫緩不發，另以被告之口頭指示內容再度上簽，被告即於九十年十二月二十五日在簽呈上擬簽【一、鹿寮溪土石採取範圍已不適用現行水區需求，應設法檢討更正。二、為使不造成亂流，以保河防安全原則下，建議溪寬三分之一部分繪出土石採取區，其計畫採取高程以堤防基礎高程為依據，原則許可。】等字，欲透過檢討現行中央管理河川卑南溪及其支流水系土石採取高程，必須符合臺灣省河川管理規則第四十五條所定，應依水利單位公告的計劃河床高度審查，不得任意更改之規定，使計畫採取高程改以堤防基礎高程為依據後，藉此通過○○砂石場之申請案。嗣該申請案因無法源依據，郭○○旋於九十年十二月二十五日第二次簽呈仍建議【擬函請歉難同意該申請案】，而經當時第八河川局局長陳○○核可後，駁回該申請案。』依審判筆錄之記載，審判長於調查證據程序完畢後，疏未就被告此部分之被訴事實予以訊問，即進行科刑資料之調查、命就事實及法律為辯論，暨最後詢問被告有無陳述後，逕行宣示辯論終結，遽為判決。其本此有瑕疵之審判程序所為之判決，自有判決不適用法則之違背法令。案經確定，且對被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

一○○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

上列上訴人因被告貪污案件，對台灣高等法院花蓮分院中華民國九十九年五月七日第二審確定判決(九十八年度上訴字第二八一號，起訴案號：台灣台東地方法院檢察署九十五年度偵字第三一九、三二〇號、九十六年度偵字第一九九六、一九九七號、九十七年度偵字第三七七號)，關於被告部分認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於某甲部分撤銷，由台灣高等法院花蓮分院依判決前之程序更為審判。

理 由

非常上訴理由(見前二)

本院按在非常上訴程序，刑事訴訟法第四百四十一條所謂「案件之審判係違背法令」，包括判決違背法令及訴訟程序違背法令，後者係指判決本身以外之訴訟程序違背程序法之規定，與前者在實際上時相牽連。非常上訴審就個案之具體情形審查，如認其判決前之訴訟程序違背上開規定，致有依法不應為判決而為判決之違誤，顯然於判決有影響者，該項確定判決即屬判決違背法令。又同法第二百八十八條第三項規定，除簡式審判程序外，審判長就被告被訴事實為訊問者，應於調查證據程序之最後行之。此項被訴事實之訊問，依刑事訴訟法第三百六十四條規定，亦為第二審之審判所準用，乃事實審法院必須踐行之法定程序，旨在使被告有辯明犯罪嫌疑之機會，及陳述有利於己之事實，屬被告行使防禦權之一環，亦為憲法第十六條訴訟權保障之重要內容。本件

檢察官起訴被告係第八河川局之副局長，為依法令服務於國家所屬機關而具有法定職務權限之公務員。陳○○及林○○為能順利向第八河川局申請在台東縣卑南溪及其支流鹿寮溪等河川開採土石，在如起訴書附表一所示之時間，多次宴請並贈送茶葉等禮物給被告合計二萬三千九百八十元，復於九十年一月十五日，第八河川局新廈落成，陳○○及林○○在被告的要求下支付二萬元禮金給第八河川局，以攏賂被告。另於九十年七月二十五日，以被告太太跌倒之名義，交付二萬元賄款給被告，又於九十年九月二十九日交付三萬元賄款、九十年十二月二十日交付二萬元賄款、九十一年六月十六日交付三萬元賄款、九十一年九月五日交付五萬元賄款，被告基於概括犯意，對於職務上之行為，前後合計收受現金賄賂十七萬元。在八十九年間，陳○○及林○○曾多次找被告洽談向第八河川局申請土石採取之相關事宜，另於九十年十二月間，○○砂石場向台東縣政府申請在台東縣鹿野鄉○○段鹿寮溪河川公地採取土石，經台東縣政府轉送第八河川局審核，第八河川局承辦人郭○○審查後，於九十年十二月二十一日擬函稿表示「申請書實測內之各點採取後高程比計畫河床高較低 0.81 至 1.70 公尺，故本申請案歉難同意。」然因被告已多次收受陳○○及林○○之賄款及宴請，遂於九十年十二月二十四日指示郭○○就該申請案再檢討是否能配合河道整治方案，將計劃河床下降至現有堤防基礎底以上五十公分，並於九十年十二月二十五日郭○○之簽呈上擬簽「一、鹿寮溪土石採取範圍已不適用現行水區需求，應設法檢討更正。二、為使不造成亂流，以保河防安全原則

下，建議溪寬三分之一部分繪出土石採取區，其計畫採取高程以堤防基礎高程為依據，原則許可。」被告明知中央管理河川卑南溪及其支流水系的土石採取高程，必須符合臺灣省河川管理規則第四十五條之規定，應依水利單位公告的計畫河床高度來審查，不得任意更改，卻簽擬計畫採取高程以堤防基礎高程為依據，並擬許可該申請案，顯然偏頗○○砂石場，嗣後該申請案因無法源依據，郭○○於九十年十二月二十五日第二次簽仍建議「擬函請歉難同意該申請案」，經當時第八河川局局長陳○○核可後，駁回該申請案等情，認被告犯貪污治罪條例第五條第一項第三款對於職務上之行為收受賄賂之罪嫌。第一審審理結果，就被告接續於第一審判決附表一所示之時間、地點接受陳○○及林○○之宴請，並於九十年七月二十五日，以其太太跌倒之名義，收受陳○○及林○○交付之二萬元賄款部分論處被告對於職務上之行為收受賄賂及不正利益罪刑，另就其於九十年九月二十九日交付三萬元、九十年十二月二十日交付二萬元、九十一年六月十六日交付三萬元、九十一年九月五日交付五萬元等賄款部分，則以第一審判決附表三敘明無從認定為賄款之理由；被告不服提起上訴，原審審理結果，認被告就其於九十年九月二十九日收受三萬元、九十年十二月二十日收受二萬元等賄款部分係犯對於職務上之行為收受賄賂罪行，另就其他收受賄款及不正利益部分認不能證明被告犯罪，而不另為無罪之諭知，固非無見。惟依卷附第一審判決及第二審筆錄之記載，被告於第一審審理中即否認有上述犯行，而原審於九十九年三月二十四日行言詞辯論程序，並非行簡式審判程序，

乃審判長並未就被告對於職務上之行為收受賄賂罪之犯罪事實(就原審認定被告於九十年九月二十九日收受三萬元、九十年十二月二十日收受二萬元等賄款部分之事實)訊問被告,被告亦未就此部分有所答辯,原審即遽行判決,其踐行之訴訟程序,剝奪被告防禦權之行使,使被告喪失陳述抗辯之機會,且撤銷第一審關於此部分敘明為無從認定為賄款之判決,改以此部分為收受賄賂有罪之判決,顯然影響判決之結果,依前述說明,應認原判決不適用法則,其訴訟程序違背法令,顯然於判決有所影響,而屬判決違背法令。案經確定,非常上訴意旨執以指摘,為有理由。因原判決不利於被告,且有維持被告審級利益之必要,爰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。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項,判決如主文。

中 華 民 國 一 〇 〇 年 二 月 十 七 日

【第五十案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第303條第1款。
少年事件處理法 第2條、第3條、第5條第2項、第18條第1項、第27條、第65條第1項。

二、非常上訴理由

按起訴之程序違背規定者，應諭知不受理之判決；又對於少年犯罪之刑事追訴及處罰，以依少年事件處理法第二十七條移送之案件為限，刑事訴訟法第三百零三條第一款、少年事件處理法第六十五條第一項分別定有明文。而依少年事件處理法施行細則第八條第一項之規定，檢察官受理一般刑事案件，發現被告於犯罪時未滿十八歲者，應移送該管少年法院，並應適用少年事件處理法第四章之規定進行偵查，認應起訴者，應向少年法院提起公訴。查本件被告某甲(遭警查獲時係冒用『潘○○』之名義應訊)於七十二年二月三日出生，於八十九年二月五日犯本件竊盜罪時，尚未滿十八歲。依上開說明，檢察官應將案件移送該管少年法院，並應適用少年事件處理法第四章之規定進行偵查，認應起訴者，應向少年法院提起公訴。乃檢察官逕向原審法院聲請簡易判決處刑，而原審法院未以其起訴之程序違背規定，為不受理之判決，竟從實體上判處被告罰金二千元，並諭知易服勞役之標

準。自有判決不適用法則之違背法令。案經確定，且不利於被告。爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟及糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十八年度台非字第二三一號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被 告 某甲

上列上訴人因被告竊盜案件，對於台灣台北地方法院中華民國八十九年三月三十一日（八十九年九月十九日裁定更正）第一審確定簡易判決（八十九年度北簡字第六九二號，聲請簡易判決處刑案號：台灣台北地方法院檢察署八十九年度偵字第三四五三號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

本件公訴不受理。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按起訴之程序違背規定者，應諭知不受理之判決；而檢察官審酌案件情節認為宜以簡易判決處刑者，應即以書面為聲請，其聲請與起訴有同一之效力；刑事訴訟法第三百零三條第一款、第四百五十一條第一項、第三項定有明文。又少年有觸犯刑罰法律之行為者，由少年法院（或管轄地方法院之少年法庭）依少年事件處理法處理之；而檢察官、司法警

察官或法院於執行職務時，知有此事件者，應移送該管少年法院(或管轄地方法院之少年法庭)；少年事件處理法第二條、第三條第一款、第五條第二項、第十八條第一項規定甚明。本件被告某甲(冒用『潘○○』之名義應訊，原審判決後裁定更正)係民國七十二年二月三日出生，與「何○○」共同於八十九年二月五日下午二時三十分許，在台北市○○街○○○號地下室○○○商店內，竊取百老匯自然美甲簡易包兩盒(每盒價值新台幣五百九十九元)，得手後欲離去之際被查獲，當時被告尚未滿十八歲，依上開說明，原應移送該管地方法院(即原審法院)少年法庭依少年事件處理法第二十七條規定處理(先議)。惟檢察官對被告冒用已滿二十歲之「潘○○」名義應訊未予發覺，於八十九年二月十七日向原審法院聲請簡易判決處刑，而於同年三月六日繫屬原審法院。依上開說明，其起訴程序違背規定，原審法院不察，未以起訴程序違背規定，為不受理之判決，竟為實體上量處被告罰金二千元，並諭知如易服勞役，以銀元三百元即新台幣九百元折算一日之科刑判決(判決後於八十九年九月十九日裁定更正被告之姓名及年籍資料確定)。自有判決不適用法則之違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴執以指摘，為有理由，應由本院將原判決撤銷，另行諭知不受理，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。

中華民國九十八年八月二十日

【第五十一案】

一、關係條文

- 刑事訴訟法 第 303 條第 1 款、第 378 條。
少年事件處理法 第 2 條、第 3 條、第 18 條第 1 項。
少年事件處理法施行細則 第 3 條之 1。

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；少年有觸犯刑罰法律之行為者，由少年法院依少年事件處理法處理之；少年事件處理法第三條第一項定有明文。而所謂之少年，依少年事件處理法第二條之規定，係指十二歲以上，十八歲未滿之人。少年觸犯刑罰法律，於滿十八歲後，始經報告、移送或請求少年法院之事件，仍由少年法院依中華民國八十九年二月四日修正生效之少年事件處理法第三章之規定處理。但事件繫屬後已滿二十歲者，少年法院應以裁定移送有管轄權之法院檢察署檢察官。少年事件處理法施行細則第三條之一定有明文。是少年犯罪原則上應由少年法庭處理(少年法庭先議權)，必於少年法庭裁定移送後，受移送之法院檢察官始能偵辦。本件台灣苗栗地方法院以被告某甲明知將金融機構帳戶交付予不熟識之人使用，可能幫助詐欺集團向他人詐財，竟無違其本意，基於幫助他人詐欺之犯意，於民國九十六年七月間，在苗栗縣苗栗市○○醫院附近，以新台幣(下同)八千元代價，

將其申設之中華郵政股份有限公司苗栗中苗郵局，帳號0000000000000000 號帳戶之存摺、印章、提款卡及密碼，交予不明人士使用。而不詳之詐騙集團成員取得某甲上開帳戶後，即以詐術向王○○佯稱出售模型二組，致王○○陷於錯誤，依照詐騙集團成員指示，匯入一千九百九十八元至被告上開帳戶內，再由不詳之詐騙集團成員提領一空，而判決被告罪刑。惟被告係七十八年九月二十六日出生，其犯幫助詐欺罪，迄至正犯九十六年九月十九日實施犯罪時，並未滿十八歲；至案件繫屬原審之九十八年四月十六日時亦未滿二十歲，檢察官起訴程序顯然違反規定，原確定判決未依刑事訴訟法第三百零三條第一款規定，諭知不受理判決，顯與上揭規定有違，而有適用法則不當之違法。案經確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十八年度台非字第二七五號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告詐欺案件，對於台灣苗栗地方法院中華民國九十八年五月十八日第一審確定簡易判決(九十八年度苗簡字第三二一號，聲請簡易判決處刑案號：台灣苗栗地方法院檢察署九十八年度少連偵字第二0號)，認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

本件公訴不受理。

理 由

非常上訴理由(見前二)

本院按起訴之程序違背規定者，應諭知不受理之判決；而檢察官審酌案件情節認為宜以簡易判決處刑者，應即以書面為聲請，其聲請與起訴有同一之效力；刑事訴訟法第三百零三條第一款、第四百五十一條第一項、第三項定有明文。又少年有觸犯刑罰法律之行為者，由少年法院依少年事件處理法處理之；而檢察官、司法警察官或法院於執行職務時，知有此事件者，應移送該管少年法院；少年事件處理法第二條、第三條第一款、第十八條第一項亦分別規定甚明。另少年觸犯刑罰法律，於滿十八歲後，始經報告、移送或請求少年法院之事件，仍由少年法院依八十九年二月四日修正之少年事件處理法第三章之規定處理。但事件繫屬後已滿二十歲者，少年法院應以裁定移送有管轄權之法院檢察署檢察官；少年事件處理法施行細則第三條之一亦定有明文。本件被告係七十八年九月二十六日生，於九十六年七月間，在苗栗縣苗栗市協和醫院附近，以八千元代價，將其申設之中華郵政股份有限公司○○中苗郵局、帳號 00000000000000 號帳戶之存摺、印章、提款卡及密碼，交予不明人士使用。而不詳之詐騙集團成員取得被告上開帳戶後，即以詐術向王○○佯稱出售模型二組，致王○○陷於錯誤，依照詐騙集團成員指示，於九十六年九月十九日匯入一千九百九十八元至被告上開帳戶內，再由不詳之詐騙集團成員提領一空。被告為上開觸

犯刑罰法律之行為時，為十二歲以上未滿十八歲之少年，自應由少年法院依少年事件處理法處理。乃檢察官竟於九十八年三月三十一日聲請簡易判決處刑，而於同年四月十六日繫屬原審法院。是原審法院受理時，被告已滿十八歲，但未滿二十歲，依上開說明，檢察官聲請簡易判決處刑之程序有違規定，原審法院未予詳察，仍予受理，依簡易程序判處被告拘役五十日，如易科罰金，以一千元折算一日，其判決自屬違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴執以指摘，為有理由，應由本院將原判決撤銷，另行判決諭知不受理，以資救濟。

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

中 華 民 國 九 十 八 年 九 月 二 十 四 日

【第五十二案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第303條第2款、第378條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又已經提起公訴之案件，在同一法院重行起訴者，應諭知不受理之判決，為刑事訴訟法第三百零三條第二款所明定，縱先起訴之判決，確定在後，如判決時，後起訴之判決，尚未確定，仍應就後起訴之判決，依非常上訴程序予以撤銷，諭知不受理（司法院釋字第一六八號解釋參照）。又一事不再理為刑事訴訟法上一大原則，蓋對同一被告之一個犯罪事實，祇有一個刑罰權，不容重複裁判，故檢察官就同一事實無論其為先後兩次起訴或在一個起訴書內重複追訴，法院均應就重行起訴部分諭知不受理（最高法院五十五年台非字第一七六號判例參照）。查本件被告某甲於九十七年七月二十八日十八時三十分許，以香煙吸食施用第一級毒品海洛因一次，另於九十七年七月二十八日二十一時四十分許為警採尿前九十六小時內，施用第二級毒品安非他命一次，為警查獲等情，先經台灣板橋地方法院檢察署檢察官於九十七年八月三十一日以九十七年度毒偵字第六五〇二號提起公訴，而於九十七年九月十九日繫屬原審法院，原審於九十七年十月三十一日以九十七年度訴字第四〇

六〇號判決判處被告罪刑，至九十七年十二月一日確定。又同檢察署之檢察官失察，復就被告上開相同之犯罪事實，於九十七年九月十五日以九十七年度毒偵字第七六九九號重行提起公訴，而於九十七年九月二十五日再繫屬原審法院，原審未察係同一案件，又於九十七年十月三十日以九十七年度訴字第四一六二號判決，再判處被告罪刑，卻先於九十七年十一月十七日確定，有原審各該案卷及該檢察署九十七年度執字第一八六二四、一七九九二號執行卷宗可資對照稽考。本件既係檢察官就被告相同之事實重複追訴，即屬已經提起公訴之案件，在同一法院重行起訴，依刑事訴訟法第三百零三條第二款規定應諭知不受理之判決，乃原判決竟為科刑之實體判決，揆諸前開解釋及判例意旨，自有適用法則不當之違法。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
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

九十八年度台非字第八四號

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例等罪案件，對於台灣板橋地方法院中華民國九十七年十月三十日第一審確定判決（九十七年度訴字第四一六二號；起訴案號：台灣板橋地方法院檢察署九十七年度毒偵字第七六九九號），認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

本件公訴不受理。

理 由

非常上訴理由(見前二)

本院按：已經提起公訴或自訴之案件，在同一法院重行起訴者，應諭知不受理之判決，為刑事訴訟法第三百零三條第二款定有明文。本件被告某甲於民國九十七年七月二十八日十八時三十分許，以香菸吸食方式，施用第一級毒品海洛因一次，另於九十七年七月二十八日二十一時四十分許為警採尿前九十六小時內，施用第二級毒品安非他命一次，為警查獲，先經台灣板橋地方法院檢察署檢察官於九十七年八月三十一日以九十七年度毒偵字第六五〇二號提起公訴，於九十七年九月十九日繫屬原審法院，原審於九十七年十月三十一日以九十七年度訴字第四〇六〇號刑事簡易判決判處被告施用第一級毒品及施用第二級毒品(均累犯)二罪刑(各處有期徒刑八月及四月，定應執行之有期徒刑十一月)，於九十七年十二月一日確定。同檢察署檢察官失察，復就被告上開相同之犯罪事實，於九十七年九月十五日以九十七年度毒偵字第七六九九號重行提起公訴，而於九十七年九月二十五日再繫屬原審法院，原審未察係同一案件，又於九十七年十月三十日以九十七年度訴字第四一六二號為實體判決，再判處被告施用第一級毒品及施用第二級毒品二罪刑，卻先於九十七年十一月十七日確定。有原審各該案卷及該檢察署九十七年度執字第一八六二四、一七九九二號執行卷可稽。顯有同一案件重行起訴之情形，案經確定，且於被告不利，依

上開法律規定及司法院釋字第一六八號解釋意旨，上開先行起訴之案件判決之時，後起訴之案件既未判決確定，自應就後起訴之判決，依非常上訴程序處理。非常上訴意旨執以指摘，洵有理由。應由本院將原判決撤銷，改判諭知公訴不受理，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、第三百零三條第二款，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 八 年 三 月 二 十 六 日

【第五十三案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第 253 條之 2 第 1 項、第 253 條之 3 第 1 項、第 260 條、第 303 條第 4 款、第 420 條。

二、非常上訴理由

一、按曾為不起訴處分、撤回起訴或緩起訴期滿未經撤銷而違背第二百六十九條規定再行起訴者，應諭知不受理判決，刑事訴訟法第三百零三條第四款定有明文。次按撤銷緩起訴處分，須於緩起訴處分期間屆滿前為之，並經對外表示而生效始可，倘至緩起訴期滿之時為止，撤銷緩起訴之處分仍未曾對外公告或合法送達當事人而未能生效，自屬『緩起訴處分期滿未經撤銷』，依刑事訴訟法第二百六十條規定，非有該條各款所列情形之一，檢察官不得對於同一案件再行起訴，亦即原緩起訴處分已發生實質之確定力，嗣後無從再以緩起訴處分使其消滅，有台灣苗栗地方法院九十四年度易字第五四二號判決可資參照。經查，本案被告某甲因公共危險案件，經台灣板橋地方法院檢察署以九十六年速偵字第三二三八號為緩起訴處分，嗣因被告未於緩起訴期間內履行緩起訴條件，復經該署於九十八年一月十六日以九十八年度撤緩字第一四號撤銷緩起訴處分，並以九十八年度撤

緩偵字第一四五號聲請簡易判決處刑，經台灣板橋地方法院以九十八年交簡字第三〇七四號判處拘役三十日確定。惟查，本件緩起訴處分，於九十八年一月十四日期滿，惟前開撤銷緩起訴處分書於九十八年一月十六日作成，且於同年四月二日始寄存於該轄派出所，有送達證書在卷可稽，顯然前開撤銷緩起訴之處分未於緩起訴期間屆滿前生效。從而，原緩起訴處分期滿而未經撤銷，已發生實質之確定力，本件復無刑事訴訟法第二百六十條各款所列情形之一，台灣板橋地方法院應依同法第二百零三條第四款為不受理判決，揆諸首開說明，原判決顯有適用法則不當之違法。

二、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。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十八年度台非字第二七三號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告違反公共危險案件，對於台灣板橋地方法院中華民國九十八年六月十一日第一審確定簡易判決（九十八年度交簡字第三〇七四號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文
原判決撤銷。
本件公訴不受理。

理 由

非常上訴理由(見前二)

本院按：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應遵守或履行事項者，依同法第二百五十三條之三第一項第三款規定，檢察官固得依職權或依告訴人之聲請撤銷原處分，繼續偵查或起訴，惟其起訴仍應受同法第二百六十條規定之限制，以緩起訴處分期滿未經撤銷，而有發現新事實或新證據，或有同法第四百二十條第一項第一款、第二款、第四款或第五款所定得為再審原因之情形之一者，始得為之。被告某甲前因公共危險案件，經台灣板橋地方法院檢察署以九十六年度速偵字第三二三八號為緩起訴處分(緩起訴期間一年)後，復經依職權送請再議，由台灣高等法院檢察署於民國九十七年一月十五日處分駁回確定。該署固復以被告未於緩起訴期間內履行緩起訴條件，而於九十八年一月十六日以九十八年度撤緩字第一四號處分書撤銷上開緩起訴處分，並以九十八年度撤緩偵字第一四五號聲請本件簡易判決處刑，經原審以九十八年度交簡字第三〇七四號簡易判決論處罪刑(處拘役三十日)確定。然查上開緩起訴處分，緩起訴期間既為一年，則自九十七年一月十五日確定日起算，已於九十八年一月十四日期滿，是台灣板橋地方法院檢察署撤銷緩起訴處分，已在緩起訴處分期滿之後，有卷附各該緩起訴處分書、駁回再議處分書、撤銷緩起訴處分書暨相關函文、簡易判決及台灣板橋地方法院檢察署檢察官執行緩起訴處分命令通知書可按。依上開說明，該撤銷緩起訴處分不生撤銷緩起訴之效力，檢察官向原

審法院聲請簡易判決處刑，此項聲請依法與起訴有同一之效力，其聲請即起訴之程序自屬違背規定。乃原審未予詳察，疏未依同法第三百零三條第四款，諭知不受理之判決，遽予論罪科刑，顯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，另為不受理之諭知，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百七條第一項第一款、第三百零三條第四款，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 八 年 九 月 二 十 四 日

【第五十四案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第 303 條、第 378 條。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又被告死亡者，應諭知不受理之判決，亦為同法第三百零三條第五款前段所明定。而最重本刑為三年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院，復經同法第三百七十六條第一款明定，則刑法第三百四十九條第一項贓物罪，係法定本刑三年以下有期徒刑之罪，一經第二審判決即告確定。經查本件被告某甲因收受贓物罪，經台灣南投地方法院九十八年度易字第二六一號刑事判決以刑法第三百四十九條第一項論處有期徒刑六月，得易科罰金在案。嗣被告於民國九十八年十一月十六日經合法上訴，於原審審理期間之九十九年一月二十八日死亡，此有台灣南投地方法院檢察署相驗屍體證明書可按（原審卷第五五頁參照）。原審於九十九年二月四日為判決時，本應撤銷第一審判決改判諭知不受理，始為合法。詎竟失察，駁回上訴，自有判決適用法則不當之違誤。

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 九十九年度台非字第二二五號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲（已歿）

上列上訴人因被告贓物案件，對於台灣高等法院台中分院中華民國九十九年（原判決誤值為九十八年）二月四日第二審確定判決（九十八年度上易字第一九〇一號，起訴案號：台灣南投地方法院檢察署九十八年度偵字第三九二五號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決及第一審判決均撤銷。

本件公訴不受理。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按被告死亡者，應諭知不受理之判決，刑事訴訟法第三百零三條第五款定有明文。本件被告某甲因收受贓物罪，經台灣南投地方法院判處有期徒刑六月，並諭知易科罰金之折算標準，嗣被告於九十八年十一月十六日合法上訴後，已於九十九年一月二十八日死亡，此有台灣南投地方法院九十八年度易字第二六一號卷及判決正本、台灣南投地方法院檢察署相驗屍體證明書附於原審卷可稽。乃原審失察，於九十九年二月四日所為判決，竟未諭知公訴不受理，仍維持第一審

之判決駁回被告上訴之實體判決，核與前開說明，顯屬違背法令。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨，執以指摘，洵有理由，自應由本院將原判決及第一審判決均撤銷，另行判決如主文第二項所示，以資救濟。

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

中 華 民 國 九 十 九 年 七 月 二 十 九 日

【第五十五案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第 303 條、第 378 條、第 379 條。
陸海空軍刑法 第 54 條。
軍事審判法 第 1 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，復按對於被告無審判權者，應諭知不受理之判決，刑事訴訟法第三百七十八條及第三百零三條第六款分別定有明文。又現役軍人犯陸海空軍刑法之罪者，依陸海空軍刑法處罰；現役軍人服用毒品、麻醉藥品、酒類或其他相類之物，不能安全駕駛動力交通工具而駕駛者，處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣二十萬元以下罰金，陸海空軍刑法第一條及第五十四條第一項分別定有明文。再按現役軍人犯陸海空軍刑法或其他特別法之罪，依本法之規定追訴審判之，軍事審判法第一條第一項本文定有明文。
- 二、查本件被告某甲於民國八十四年二月十七日入伍，迄今仍在服役中，為現役軍人，此有被告兵籍表、國防部海軍司令部人事軍務處中華民國九十九年五月五日國海人勤字第 0990003427 號函影本各一份在卷可稽。被告於九十五年十二月二十九日凌晨一時許酒後駕車，於同

日凌晨二時許為警測得其呼氣酒精濃度高達每公升零點七三毫克，涉犯陸海空軍刑法第五十四條第一項之罪嫌，被告犯罪迄今均在職服務中，由上開法條規定，自應由軍事法院審判，普通法院無審判權，原審不察，遽予論處被告罪刑，原判決顯有違背法令，該案件業已確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條規定提起非常上訴，以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十九年度台非字第20六號

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，對於台灣高雄地方法院中華民國九十六年一月三十日第一審確定刑事簡易判決(九十六年度交簡字第二三二號；起訴案號：臺灣高雄地方法院檢察署九十六年度偵字第一一〇七號)，認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

本件公訴不受理。

理 由

非常上訴理由(見前二)

本院按：法院受理訴訟係不當者，其判決當然違背法令，觀諸刑事訴訟法第三百七十九條第五款規定甚明。又軍事審判法第一條第一項前段規定：「現役軍人犯陸海空軍刑法或其

特別法之罪，依本法之規定追訴審判之。」而陸海空軍刑法第五十四條第一項亦規定：「服用毒品、麻醉藥品、酒類或其他相類之物，不能安全駕駛動力交通工具而駕駛者，處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣二十萬元以下罰金。」故現役軍人酒後不能安全駕駛卻仍開車者，應依陸海空軍刑法第五十四條第一項之規定處罰，並由軍事審判機關追訴審判。本件原確定判決事實引用檢察官起訴書所載，認定被告某甲於民國九十五年十二月二十九日服用酒類已達不能安全駕駛動力交通工具之程度，仍駕駛車牌 XX-XXXX 號自小客車，於凌晨二時許，行經高雄市○○路與 XX 路口闖越紅燈，為警攔檢，施以呼氣酒精濃度測試，測得每公升達零點七三毫克等情，乃論被告以刑法第一百八十五條之三服用酒類，不能安全駕駛動力交通工具而駕駛罪，處拘役五十五日，如易科罰金以新台幣一千元折算一日。然被告於犯罪時係現役軍人，迄今仍在服役中，有國防部海軍司令部人事軍務處查覆函及被告兵籍表影本在卷足憑，是本件犯罪及發覺時，被告均在任職服役中，為現役軍人，所犯既係陸海空軍刑法第五十四條第一項之罪，揆諸前開說明，自應由軍事審判機關依法追訴審判，普通法院對之無審判權。原審不察，未適用通常程序為不受理之判決，逕依簡易程序，以簡易判決處刑，而為實體裁判，顯然違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決撤銷，另行改判如主文所示，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、第二百零三條第六款，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 九 年 七 月 二 十 二 日

【第五十六案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第8條第1項、第303條、第378條、
第451條第1項、第3項。

二、非常上訴理由

- 一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。復按同一案件繫屬於有管轄權之數法院者，由繫屬在先之法院審判之；又依第八條之規定不得為審判者，應諭知不受理之判決，同法第八條第一項前段及第三百零三條第七款亦定有明文。
- 二、被告某甲前因詐欺案件，經台灣台南地方法院於(民國)九十六年十月二十六日以九十六年度偵字第一五二九二號聲請簡易判決處刑，九十六年十一月十六日繫屬於台灣台南地方法院，嗣由台灣台南地方法院於九十六年十一月三十日以九十六年度簡字第三九一一號判決有罪在案，並於九十七年二月十八日確定，有聲請簡易判決處刑書、判決書、刑案資料查註紀錄表各一份附卷可稽。又被告因詐欺案件，經台灣高雄地方法院檢察署檢察官於九十六年十月二十六日以九十六年度偵字第二八八九七號聲請簡易判決處刑，於九十六年十一月十九日繫屬於台灣高雄地方法院，嗣由台灣高雄地方法院於九十六年十二月二十六日以九十六年度簡字第六九四

二號判決有罪在案，亦已確定。查前案台灣台南地方法院九十六年度簡字第三九一一號判決認定之事實與本件台灣高雄地方法院九十六年度簡字第六九四二號判決認定之事實雖略有不同，惟應屬實質一罪而為同一案件，而前案聲請簡易判決處刑繫屬在前，本件聲請簡易判決處刑繫屬在後，受理法院自應對本件為不受理之判決，然台灣高雄地方法院九十六年度簡字第六九四二號判決竟為實體之有罪判決確定，揆諸前揭說明，顯有判決適用法則不當之違法。

三、案經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第四四一條、第四四三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十八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 某甲

上列上訴人因被告詐欺案件，對於台灣高雄地方法院中華民國九十六年十二月二十六日第一審確定簡易判決(九十六年度簡字第六九四二號，聲請簡易判決處刑案號：台灣高雄地方法院檢察署九十六年度偵字第二八八九七號)，認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

本件公訴不受理。

理 由

非常上訴理由(見前二)

本院按：「判決不適用法則或適用不當者，為違背法令」、「同一案件繫屬於有管轄權之數法院者，由繫屬在先之法院審判之」、「依第八條之規定不得為審判者，應諭知不受理之判決」，於刑事訴訟法第三百七十八條、第八條第一項前段及第三百零三條第七款分別定有明文。經核前項規定旨在避免對同一被告之同一犯罪事實，實體上只有一個刑罰權，却受重複裁判，有違一事不再理之原則；至其所稱同一案件應包括實質上一罪與裁判上一罪。又「檢察官審酌案件情節，認為宜以簡易判決處刑者，應即以書面為聲請」、「第一項之聲請與起訴有同一效力」，復為同法第四百五十一條第一項、第三項所明定。經查被告某甲明知將自己之金融機構帳戶提供他人使用，將可能遭詐騙集團利用作為犯罪工具，猶基於縱有人以其金融帳戶實施財產犯罪亦不違背其本意之不確定故意，於不詳時地，將其於合作金庫商業銀行南高雄分行(下稱合作金庫高雄分行)開立之○○○○○○○○○○○○○○○○號(簡易判決誤載為○○○○○○○○○○○○○○○○號)帳戶之提款卡、存摺與密碼，交予真實姓名、年籍均不詳之人使用。嗣某詐欺集團輾轉取得上開帳戶後，即意圖為自己不法之所有，於民國九十六年八月十四日，透過網路即時通訊，聯絡在台南縣○○鄉○○街○○巷○○弄○○號上網之陳○○，佯稱可援助交際，惟須先確認身分，使陳○○不疑有他，依指示操作提款機匯出新台幣(下同)二千八百零十八元至被告前開帳戶內，因認被告涉犯刑法第三十條第一項前段、第三百三十九條第一項之幫助詐欺罪等情。前經

台灣台南地方法院檢察署檢察官於九十六年十月二十六日以九十六年度偵字第一五二九二號聲請簡易判決處刑書，聲請台灣台南地方法院以簡易判決處刑，該案於同年十一月十六日繫屬於台灣台南地方法院(下稱前案)，經台灣台南地方法院審理結果，認被告係觸犯刑法第三十條第一項前段、第三百三十九條第一項之幫助詐欺罪，於九十六年十一月三十日以九十六年度簡字第三九一一號刑事簡易判決，論處被告以幫助共同意圖為自己不法之所有，以詐術使人將本人之物交付罪名，判處有期徒刑四月，如易科罰金以新台幣一千元折算一日，嗣並於九十七年二月十八日確定。詎台灣高雄地方法院檢察署檢察官，復於九十六年十月二十六日，以九十六年度偵字第二八八九七號聲請簡易判決處刑書，就：「被告雖得預見收購金融帳戶之人，係將所收購之帳戶用以供被害人匯入款項，藉此作為犯罪之工具，竟仍基於幫助他人遂行詐欺取財之不確定故意，於九十六年八月十日及八月十五日間，在不詳地點，將其向合作金庫銀行所申辦帳號○○○○○○○○○○號帳戶及向渣打國際商業銀行所申辦帳號○○○○○○○○○○號帳戶之存摺、印章、提款卡及密碼各一份，交予不詳之詐欺集團成員使用。嗣於九十六年六月間某日，適有張○○接獲自稱『張先生』之詐欺集團成員電話來電，告以張○○加入會員後可得知六合彩中獎號碼，但要求張○○須先匯款四十八萬元，張○○因陷於錯誤依其指示辦理，於九十六年八月十七日，遭詐騙匯款四十八萬元至被告所開設之上開渣打銀行帳戶內。復有陳○○於九十六年八月十四日下午十時，有自稱『林○○』

之詐欺集團成員，利用網際網路告以可提供半套性交易服務，要求陳○○至自動提款機確認身分，陳○○因陷於錯誤依其指示辦理，遭詐騙轉帳二萬八千零十八元至被告所申辦之上開合作金庫銀行帳戶」等事實，聲請台灣高雄地方法院以簡易判決處刑，該案於九十六年十一月十九日繫屬於台灣高雄地方法院(下稱本案)，而本案經台灣高雄地方法院審理，於九十六年十二月二十六日，以該院九十六年度簡字第六九四二號刑事簡易判決認定：「被告雖得預見收購金融帳戶之人，係將所收購之帳戶用以供被害人匯入款項，藉此作為犯罪之工具，竟仍基於幫助他人遂行詐欺取財之不確定故意，於九十六年八月上旬某日，在高雄市三信家商附近，將其申設合作金庫銀行南高雄分行帳號○○○○○○○○○○○○○○○○號帳戶、渣打國際商業銀行九如分行帳號○○○○○○○○○○○○○○○○號、台灣郵政高雄三塊厝郵局七○○○○○○○○○○○○○○○○號帳戶，以及其妻李○○向陽信商業銀行大順分行申設帳號○○○○○○○○○○○○○○○○號帳戶之存摺、印章、提款卡及密碼各一份，交予不詳之詐欺集團成員使用。嗣於九十六年六月間某日，適有張○○接獲自稱『張先生』之詐欺集團成員電話來電，告以張○○加入會員後可得知六合彩中獎號碼，但要求張○○須先匯款四十八萬元，張○○因陷於錯誤依其指示辦理，於九十六年八月十七日，遭詐騙匯款四十八萬元至被告所開設之上開渣打銀行帳戶內。復有陳○○於九十六年八月十四日下午十時，有自稱『林○○』之詐欺集團成員，利用網際網路告以可提供半套性交易服務，要求陳○○至自動提款機確認身分，陳

○○因陷於錯誤，依其指示辦理，遭詐騙轉帳二萬八千零十八元至被告所申辦之上開合作金庫銀行帳戶。復有黃○○於九十六年八月九日接獲詐欺集團成員來電，謊稱渠因涉嫌詐欺案件，需配合清查資金，致黃○○陷於錯誤，而於九十六年八月十五日分別轉匯七十六萬元、四十萬元至李○○上開陽信商業銀行大順分行帳戶及被告上開高雄三塊厝郵局帳戶內，張○○、陳○○、黃○○因發覺有異而報警循線查悉」，亦論被告以刑法第三十條第一項前段、第三百三十九條第一項之幫助犯詐欺取財罪名，判處有期徒刑五月，如易科罰金以新台幣一千元折算一日。經核經繫屬在先之前案所論處罪刑之事實（即台灣台南地方法院九十六年度簡字第三九一一號，與本案認定陳○○被害部分之犯罪事實，完全相同，二案應屬同一案件。揆諸上開說明，繫屬在後之本案，即應為不受理之判決，原審竟為實體上論罪科刑之判決，自有判決適用法則不當之違法。至於前案迄今雖已判決確定，惟非常上訴審，僅係代替違法之原確定判決為適法之裁判，應依原確定判決裁判時之情況為適法裁判。原法院為本件刑事簡易處刑判決時，繫屬在先之台灣台南地方法院前案，雖已判決但尚未確定，本件自應依原確定判決當時所應適用之刑事訴訟法第二百零三條第七款規定：「依第八條之規定不得為審判者」，改判諭知公訴不受理。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨，執以指摘，非無理由。應將原判決撤銷，改判諭知公訴不受理，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、第二百零三條第七款，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 八 年 五 月 二 十 一 日

【第五十七案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第 349 條、第 378 條、第 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。本件被告某甲觸犯連續行使偽造公文書罪，依刑法第二百一十一條之規定：『偽造、變造公文書，足以生損害於公眾或他人者，處一年以上七年以下有期徒刑』，其最低刑度至少為一年，智慧財產法院九十九年度刑智上更（三）字第八號判決，竟論處被告有期徒刑十月，且無法定酌減之依據，顯為判決違背法令，檢察官乃於民國九十九年六月二十九日提起上訴，最高法院九十九年度台上字第五七〇三號判決以：『本件被告某甲因行使偽造公文書案件，經原審判決，於九十九年六月十七日向檢察官合法送達，有送達證書附卷可按，其上訴期間，因期間之末日即同年六月二十七日適為星期日，故應於翌日即同年月二十八日屆滿，乃檢察官延至同年六月二十九日始就某甲部分提起上訴，顯已逾期，其上訴自非合法，應予駁回』。其駁回檢察官上訴，固非無見。惟查：依「智慧財產法院訴訟當事人在途期間標準」（民國九十七年九月十五日公布）第二條所訂定各地區與智慧財產法院間之在途期間日數表，因智慧財產

法院所在地為台北縣板橋市（註：現已改制為新北市板橋區，下同），台灣高等法院檢察署智慧財產分署所在地為台北市，台灣高等法院檢察署智慧財產分署與智慧財產法院之在途期間為二日。是自九十九年六月十七日檢察官收受判決起算，上訴期間應於九十九年六月二十九日期滿，檢察官既於九十九年六月二十九日提起上訴，尚未逾期，上訴應屬合法，最高法院以逾期為由駁回上訴，乃未依前開法令之規定計算在途期間，顯有判決不適用法則之違法。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 一〇〇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

上列上訴人因被告偽造文書案件，對於本院中華民國九十九年九月十六日第三審確定判決（九十九年度台上字第五七〇三號，起訴案號：台灣板橋地方法院檢察署九十一年度偵字第九六七九號），認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於某甲部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按：上訴期間為十日，自送達判決後起算，刑事訴訟法第三百四十九條前段定有明文。又刑事訴訟程序中不利益於被告之合法上訴，上訴法院誤為不合法，而從程序上為駁回上訴之判決確定者，其判決固屬重大違背法令，惟既具有判決之形式，仍應先依非常上訴程序將該確定判決撤銷，始得回復原訴訟程序，司法院大法官會議釋字第二七一號著有解釋。本件智慧財產法院九十九年度刑智上更（三）字第八號偽造文書一案之刑事判決，於九十九年六月十七日向台灣高等法院檢察署智慧財產分署檢察官合法送達，有送達收受證書附卷可按；又依「智慧財產法院訴訟當事人在途期間標準」第二條所訂定各地區與智慧財產法院間之在途期間日數表，因智慧財產法院所在地為台北縣板橋市，台灣高等法院檢察署智慧財產分署所在地為台北市，扣除在途期間二日（台灣高等法院檢察署智慧財產分署與智慧財產法院之在途期間為二日），計至九十九年六月二十九日始屆滿，檢察官不服關於被告部分之判決，為被告之不利益，於九十九年六月二十九日提起上訴，尚未逾期，原判決誤以為檢察官上訴已逾期限，因而從程序上駁回其上訴，自屬違背法令。案經確定，非常上訴意旨，執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決關於某甲部分撤銷，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，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，判決如主文。

中 華 民 國 一 〇 〇 年 四 月 七 日

【第五十八案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第 362 條、第 367 條、第 378 條、第 455 條之 1 第 1 項、第 3 項、第 4 項。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又刑事訴訟法第四百五十五條之一第一項規定：對於簡易判決有不服者，得上訴於管轄之第二審法院合議庭。同條第三項規定：第一項之上訴，準用第三編第一章及第二章除第三百六十一條外之規定。而同法第三百六十八條則規定：第二審法院認為上訴無理由者，應以判決駁回之。是簡易案件，如經管轄之第二審地方法院合議庭審理後，認上訴無理由，而以判決駁回後，該案件即已確定，不得就該部份（部分）之犯罪事實再向高等法院提起第二審上訴。如經提起上訴，管轄之高等法院亦應依同法第三百七十六條規定之第二審法院認為上訴有（第）三百六十二條前段之法律上不應准許之情形，逕以判決駁回之。如管轄之高等法院未判決駁回上訴，卻另為實體上判決，該判決自屬違背法令。

二、本案被告某甲涉嫌恐嚇（危害安全）及公然侮辱罪嫌，前經台灣屏東地方法院檢察署以九十七年度偵字第一

七八一號提起公訴，嗣經台灣屏東地方法院審理後，以九十七年度易字第三一九號裁定逕以簡易判決處刑，嗣經該院以九十七年度簡字第六二二號判決就恐嚇(危害安全)部分判處拘役十五日，就公然侮辱部分判處拘役十日，應執行拘役二十日，如易科罰金以新台幣一千元折算一日。嗣被告不服，就恐嚇(危害安全)及公然侮辱部分均提起上訴，台灣屏東地方法院第二審合議庭以九十七年度簡上字第一四一號審理後，就原判決關於被告被訴恐嚇(危害安全)部分及定應執行刑部分撤銷，改判無罪，惟其餘部分(即公然侮辱部分)則判決上訴駁回。於理由中並敘明公然侮辱部分上訴顯無理由，應予駁回，適用法條並引用刑事訴訟法第四百五十五條之一第一項、第三項、第三百六十八條，是被告所涉公然侮辱罪部分，該院顯係以第二審合議庭審判之程序判決駁回上訴，則該部分依法已確定，自不得向管轄之高等法院重複提起第二審上訴。雖被告涉嫌恐嚇(危害安全)部分，因改判無罪，故該院就此部分撤銷原判決，並依同法第四百五十二條之規定，改依通常程序自為第一審判決，惟依判決理由所述，此僅限於改判無罪之被告涉嫌恐嚇(危害安全)部分之犯罪事實，並不及於上訴駁回之公然侮辱部分之犯罪事實。詎被告收到判決後，仍就公然侮辱部分提起上訴，而台灣高等法院高雄分院疏未注意，仍以九十七年度上易字第九九九號逕為第二審實體判決，並認被告上訴無理由而判決上訴駁回，且諭知被告緩刑二年，該判決顯有判決適用法則不當之違背

法令。爰依刑事訴訟法第四百四十一條、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 九十八年度台非字第二一七號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

上列上訴人因被告公然侮辱案件，對於台灣高等法院高雄分院中華民國九十七年十二月三十一日第二審確定判決(九十七年度上易字第九九九號，起訴案號：台灣屏東地方法院檢察署九十七年度偵字第一七八一號)，認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

某甲之上訴駁回。

理 由

非常上訴理由(見前二)

本院按：民刑事訴訟案件下級法院之判決，當事人不得聲明不服而提出不服之聲明或未提出不服之聲明而上級法院誤予廢棄或撤銷發回更審者，該項上級法院之判決及發回更審後之判決，均屬重大違背法令，固不生效力，惟既具有判決之形式，得分別依上訴、再審、非常上訴及其他法定程序辦理，司法院釋字第一三五號著有解釋。查對於簡易判決有不服者，得上訴於管轄之第二審地方法院合議庭，刑事訴訟法第四百五十五條之一第一項定有明文。從而對於簡易判決不

服，上訴於管轄之第二審地方法院合議庭後，除管轄之第二審地方法院合議庭認為有同法第四百五十一條之一第四項但書之情形，依同法第四百五十二條規定，適用通常程序審判，自為「第一審判決」者外，該項判決即告確定，不得上訴於第二審之高等法院。本件被告某甲於民國九十六年六月八日因涉嫌恐嚇危害安全、公然侮辱案件，經台灣屏東地方法院檢察署檢察官以九十七年度偵字第一七八一號起訴書，提起公訴。台灣屏東地方法院受理後，依刑事訴訟法第四百四十九條第二項規定，以九十七年度易字第三一九號刑事裁定，諭知逕以簡易判決處刑，旋以九十七年度簡字第六二二號刑事簡易判決，就恐嚇危害安全部分判處拘役十五日，公然侮辱部分判處拘役十日，並均諭知易科罰金之折算標準。被告不服，均上訴於管轄之第二審台灣屏東地方法院合議庭。台灣屏東地方法院合議庭以九十七年度簡上字第一四一號案件審理後，認為恐嚇危害安全部分有刑事訴訟法第四百五十一條之一第四項但書第三款之情形，依同法第四百五十二條適用通常程序審判，自為「第一審判決」，將恐嚇危害安全部分撤銷，改判諭知無罪（此部分因檢察官未上訴於第二審之高等法院而告確定）。至於公然侮辱部分（不在通常程序審判範圍），則以上訴無理由，判決上訴駁回，此部分因不得上訴於第二審之高等法院，亦告確定。嗣被告猶就公然侮辱部分，向第二審之台灣高等法院高雄分院提起上訴，自屬刑事訴訟法第三百六十二條前段所規定，法律上不應准許者，依同法第三百六十七條前段規定，第二審法院應以判決駁回之。乃第二審之台灣高等法院高雄分院不察，未

依上開規定，以判決駁回上訴，而誤將「不得聲明不服」（即法律上不應准許上訴）之部分，仍為實體上之判決，駁回被告之上訴，並諭知緩刑二年，自屬於法有違。該項無效之違法判決，係誤不合法之上訴為合法，依司法院釋字第一三五號解釋意旨，應由本院將原判決撤銷，並代替原審法院駁回被告之上訴，以資救濟。至於台灣屏東地方法院九十七年度簡上字第一四一號刑事判決，未將簡易程序、通常程序之審判分離，不在本件非常上訴範圍，併此敘明。

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

中 華 民 國 九 十 八 年 八 月 十 三 日

【第五十九案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第 370 條、第 378 條、第 455 條之 1。
刑 法 第 30 條、第 41 條第 1 項、第 55 條、
第 339 條第 1 項。

中華民國 96 年罪犯減刑條例 第 2 條。

刑法施行法 第 1 條之 1。

二、非常上訴理由

按由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑，但因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限。刑事訴訟法第三百七十條定有明文。查本件被告某甲因詐欺案件，經檢察官聲請以簡易判決處刑，經台灣屏東地方法院於九十六年六月二十九日以九十六年度簡字第九二二號以某甲幫助意圖為自己不法之所有，以詐術使人將本人之物交付，處有期徒刑肆月，如易科罰金，以新台幣壹仟元折算壹日。被告不服提起上訴，經同院合議庭於九十七年六月二十五日以九十六年度簡上字第二二四號將原判決撤銷，仍以某甲幫助詐欺，處有期徒刑陸月，減為有期徒刑參月，如易科罰金，以新台幣參仟元折算壹日，有各該判決在卷可稽。查本件第二審與第一審法院均認為被告於本案中為幫助犯，而第一審亦以被告為幫助犯而依刑法第三十條第二項之規定減輕其刑，僅於據上論結欄中，漏未引用刑法第三十條第一項關於幫助犯定義之規定而已，另第一審

未及適用中華民國九十六年罪犯減刑條例，第二審乃依該條例規定予以減刑。是本件原審並非因第一審適用法條不當而撤銷之，乃竟改諭知較重於第一審判決之刑，揆諸上揭說明，原審判決顯然違背法令。案經確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十八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

上列上訴人因被告詐欺案件，對於台灣屏東地方法院中華民國九十七年六月二十五日第二審確定簡易判決(九十六年度簡上字第二二四號，聲請簡易處刑案號：台灣屏東地方法院檢察署九十六年度偵字第一八一、一九三五號)，認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於罪刑部分撤銷。

某甲幫助意圖為自己不法之所有，以詐術使人將本人之物交付，處有期徒刑肆月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。減為有期徒刑貳月，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不當者，為違背法令；又由被告上訴者，除因原審法院適用法條不當而撤銷者外，第二審法院不得諭知較重於原判決之刑，刑事訴訟法第三百七十八條、第三百七十條分別定有明文。此項規定，依同法第四百五十五條之一第一項、第三項之規定，並為不服簡易判決而上訴於管轄之第二審地方法院合議庭所準用。而刑事訴訟法第三百十條第七款規定有罪之判決書，應於理由內記載「適用之法律」。此所稱之「法律」，指基於程序法及罪刑法定之原則，有罪判決書之理由欄應記載主文所由生之程序法及實體法條文。現行實例，則於「理由」之後，另列「據上論結」一欄，以記載該判決所適用之法律。「據上論結」一欄，雖漏引該當法條，但其理由已敘及，而與科刑上並無出入者，且漏引之條文非不得補正之，與判決不適用法則之違背法令有間。本件被告某甲因詐欺案件，經檢察官聲請以簡易判決處刑，經台灣屏東地方法院於民國九十六年六月二十九日以九十六年度簡字第九二二號刑事簡易判決依刑法第三百三十九條第一項、第三十條第二項（第五十五條、第四十一條第一項前段，刑法施行法第一條之一），論處被告幫助意圖為自己不法之所有，以詐術使人將本人之物交付罪，量處有期徒刑肆月，如易科罰金，以新台幣壹仟元折算壹日。被告不服，上訴於管轄之第二審，即同院合議庭，檢察官並未為被告之不利益而上訴，乃原審即台灣屏東地方法院合議庭於九十七年六月二十五日以九十六年度簡上字第二二四號以「第一審判決於據上論結欄中，漏未引用刑法第三十條第一項關於幫助犯定義之規定」及「第一審未及適用

中華民國九十六年罪犯減刑條例，原審乃依該條例規定予以減刑」云云，資為撤銷第一審判決之原因，但其既仍適用刑法第三十條、第三百三十九條第一項、（第五十五條、第四十一條第一項前段，刑法施行法第一條之一），論處被告罪刑，而非以第一審適用法條不當而予撤銷，依首開說明，自無刑事訴訟法第三百七十條但書規定之適用，乃原審撤銷第一審判決自為判決時，竟量處被告有期徒刑陸月，如易科罰金，以新台幣參仟元折算壹日，並以本件犯罪時間在九十六年四月二十四日以前，所犯尚無該條例第三條所列不予減刑之情形，依中華民國九十六年罪犯減刑條例第二條第三款規定，減其刑期二分之一，減為有期徒刑參月，如易科罰金，以新台幣參仟元折算壹日。顯較第一審判決為重，違背禁止不利益變更原則，自屬違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決關於罪刑部分撤銷，依法另行判決，仍量處第一審判決諭知之刑，並依法減輕其刑，暨諭知易科罰金之折算標準。以資救濟，並符法制。又原確定判決諭知易科罰金之折算標準，將第一審之新台幣壹仟元折算壹日，加重為新台幣參仟元折算壹日，上訴意旨雖未指摘及此，惟原確定判決既經本院撤銷，依法諭知如第一審判決之折算標準，附此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，中華民國九十六年罪犯減刑條例第二條第三款，刑法第三十條、第三百三十九條第一項、第五十五條、第四十一條第一項前段，刑法施行法第一條之一，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 八 年 三 月 十 三 日

【第六十案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第 370 條、第 378 條、第 379 條第 14 款。

刑 法 第 57 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；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。又第二審法院撤銷原判決，如由被告不服原判決提起上訴者，第二審法院除因原審判決適用法條不當而撤銷者，不得諭知較重於原審判決之刑，第二審法院諭知較重之刑，應於理由內詳予說明，否則即有判決不載理由之違法（最高法院六十三年度台上字第九一九號判決參照）。查本件台灣台北地方法院九十八年度北交簡字第四〇一號第一審判決，認定被告某甲從事業務之人，因業務上之過失傷害人，並審酌被告素行等一切情狀，判處被告拘役五十日，如易科罰金，以新台幣一千元折算一日，而被告不服原審判決提起上訴，依刑事訴訟法第三百七十條前段之規定，第二審法院自不得諭知較重於原審判決之刑。本件第二審判決並未於理由內詳予說明原第一審判決適用法條有何不當，遽予撤銷第一審判決，改處被告較重之刑為有期徒刑三月，如易科罰金，以新台幣一千元折算一日，

依據前開說明，即有判決不載理由之違背法令。案經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟及糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇〇年度台非字第一五〇號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被 告 某甲

上列上訴人因被告業務過失傷害案件，對於台灣台北地方法院中華民國一〇〇年三月八日第一審簡易上訴確定判決(九十九年度交簡上字第二四〇號，聲請簡易處刑案號：台灣台北地方法院檢察署九十九年度調偵字第二九六號)，認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

某甲從事業務之人，因業務上之過失傷害人，處拘役肆拾伍日，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)

本院按刑事訴訟法第三百七十條規定：由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑。但因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限。易言之，由被告上訴或為被告之利益而上訴者，僅限於因原審判決適用法則不當而撤銷者，始可諭知較重之刑，別無例外。又法院對有罪之被告科刑，應符合罪刑相當之原則，使

罰當其罪，以契合人民之法律感情，此所以刑法第五十七條明定科刑時應以行為人之責任為基礎，並審酌一切情狀，尤應注意該條所列各款事項，以為科刑輕重之標準。此項原則於刑事訴訟法第三百七十條所定不利益變更禁止情形，自亦有其適用。本件被告某甲因業務過失傷害案件，經第一審即台灣台北地方法院台北簡易庭於民國九十九年十月一日以九十九年度北交簡字第四〇一號簡易判決依刑法第二百八十四條第二項前段論被告從事業務之人，因業務上之過失傷害人，處拘役五十日，如易科罰金，以新台幣一千元折算一日。被告不服該判決提起上訴，檢察官並未為被告之不利益而上訴。乃原審於一〇〇年三月八日以九十九年度交簡上字第二四〇號判決將第一審簡易判決撤銷，自為判決，仍依刑法第二百八十四條第二項前段論被告從事業務之人，因業務上之過失傷害人罪，但改處有期徒刑三月，如易科罰金，以新台幣一千元折算一日。查本件被告之犯罪情節，原判決與第一審判決之認定均相同，兩者所論從事業務之人，因業務上之過失傷害人罪名之法條，亦無差異，量刑時並均以行為人之責任為基礎，且就被告犯罪後之態度及刑法第五十七條所列各款等一切情狀為審酌，則原判決既以第一審判決漏未適用自首減刑之規定，認有未洽，而予撤銷，並敘明依法減輕被告之刑，惟未說明有何不利益變更禁止原則例外之理由，竟撤銷改判較重之刑度，即與罪刑相當原則及不利益變更禁止原則之旨意有違，揆諸前揭說明，顯屬違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由。

應由本院將原判決撤銷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，刑法第二百八十四條第二項前段、第六十二條前段，刑法施行法第一條之一，判決如主文。

中 華 民 國 一 〇 〇 年 六 月 十 六 日

【第六十一案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第 371 條、第 378 條、第 379 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。又除有特別規定外，被告未於審判期日到庭而逕行判決者，其判決當然違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條及第三百七十九條第六款分別定有明文。上開所稱『除有特別規定』，包括同法第三百七十一條『被告經合法傳喚，無正當之理由不到庭者，得不待其陳述，逕行判決。』之規定。其中所謂『合法傳喚』，被告如係在監獄之人，依同法第五十六條第二項規定，應囑託該監獄長官為送達，且於傳喚時，應依同法第七十三條通知該監獄長官，並開立提票提訊，始為適法。又所稱『無正當之理由不到庭』，係指在社會通常觀念上，認為非正當之原因而不到庭者而言。如被告確在繫屬法院之監所羈押，該法院僅發給傳票，臨期不予簽提，致被告事實上不能到庭應訊，即不得謂其不到庭為無正當之理由，此亦有最高法院二十九年上字第二三四號、三十年上字第二〇二〇號判例可資參考。

二、查被告某甲係於民國九十九年一月四日入台灣高雄女子監獄執行違背安全駕駛案，刑期屆滿日為九十九年二月

十九日。接續執行詐欺罪有期徒刑五月，刑期自九十九年二月二十日起至九十九年七月十九日止，有台灣高等法院被告前科紀錄表附原審卷可稽（九十九年度上訴字第二六九號刑事卷宗第十五頁反面、第十六頁參照），迄今仍在監獄執行中，亦有法務部全國檢察官線上查詢刑案人犯在監所最新資料報表可按（隨文檢送），足見被告在九十九年三月間送達審理傳票及九十九年四月二十七日審判期日，均因另案在台灣高雄女子監獄執行中，揆諸前引規定及說明，原審送達審理傳票，應依法囑託該監獄長官為之，並於審判期日通知該監獄長官，同時簽立提票提訊，始為合法。詎原審竟將九十九年四月二十七日原審傳票一件向高雄縣林園鄉○○村○○路九十三號為送達，由被告之父劉○○收受（見同上原審卷第二九頁），審判期日亦未簽提被告應訊，有九十九年四月二十七日審判筆錄附卷可稽（同上卷宗第四一頁至第四九頁參照），足證被告並未經合法傳喚，其不到庭不得謂無正當之理由，原判決自不得依刑事訴訟法第三百七十一條為一造辯論判決，詎仍依該條為一造缺席判決，將無罪部分撤銷改判有期徒刑一年四月，嚴重影響被告防禦權之行使，應有判決不適用同法第三百七十九條第六款規定及適用同法第三百七十一條不當之違誤。

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

三、附錄

最高法院刑事判決 九十九年度台非字第二五八號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告公共危險等罪案件，對於台灣高等法院高雄分院中華民國九十九年五月十一日第二審確定判決(九十九年度上訴字第二六九號，起訴案號：台灣高雄地方法院檢察署九十八年度偵字第一一七一六號)，認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，由台灣高等法院高雄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；又刑事訴訟法第三百七十一條雖規定第二審法院於被告經合法傳喚，無正當理由於審判期日不到庭者，得不待其陳述，逕行判決。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。查被告某甲因公共危險等案件，經台灣高雄地方法院九十八年度訴字第七五五號刑事判決，就被訴放火燒燬現供人使用住宅部分，諭知無罪，就恐嚇危害安全部分，則判處有期徒刑四月。檢察官不服提起上訴，經原審九十九年度上訴字第二六九號審理。原審九十九年四月二十七日上午九

時三十分審理期日之傳票，固於同年三月十日送達於被告之住所地高雄縣林園鄉○○村○○路九十三號。惟被告在審理期日前，已另因違背安全駕駛致交通危險及詐欺等案分別經判處拘役五十五日、有期徒刑五月確定，並於九十九年一月四日入台灣高雄女子監獄接續執行，同年七月十九日期滿，有台灣高等法院被告前案紀錄表之入出監資料及法務部全國檢察官線上查詢刑案人犯在監所最新資料報表在卷可稽。原審未於審判期日前將應送達於被告之審判期日傳票囑託上開監獄長官送達，亦未於審判期日提解被告到庭，則被告未到庭陳述，係因在監服刑自由受拘束所致，難謂無正當理由。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，且不利於被告。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，為有理由，為維護被告之審級利益，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，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 九 十 九 年 九 月 十 六 日

【第六十二案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第 61 條、第 62 條、第 371 條、第 379 條。

二、非常上訴理由

- 一、按除有特別規定外，被告未於審判期日到庭陳述而逕行審判者，其判決當然違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第六款定有明文。復按刑事訴訟法第三百七十一條規定，被告經合法傳喚，無正當之理由不到庭者，得不待其陳述，逕行判決。揆其立法宗旨，係在保障被告有受公平審判之權利；因此，第二審法院為一造辯論判決，須被告經合法傳喚，無正當理由不到庭，始得為之。又依刑事訴訟法第六十一條、第六十二條準用民事訴訟法第一百三十八條寄存送達之規定，須送達文書於應受送達人之住居所，不獲會晤應受送達人，亦無有辨別事理能力之同居人或受僱人領取時，始得寄存於送達地之自治或警察機關，並作送達通知書黏貼門首及放置信箱等位置，以為送達；且自寄存之日起，經十日發生效力。
- 二、經查本件智慧財產法院於審判期日前傳喚被告應於九十九年三月一日下午三時十分到庭之審判程序傳票，分別郵寄至『台南市安平區○○○街四一八號』、『台南市○○區○○路二段三四五巷二十號』，於九十九年一月二

十七日以寄存送達方式，分別寄存在台南市○○派出所、XX 派出所（參該院卷第六一、六二頁），惟該寄存送達於經十日發生效力前，被告戶籍地址已於九十九年二月四日由上述建平七街遷至台南市○區○○路一三六巷一二號，並已辦妥遷出及遷入登記完畢，有其戶籍查詢資料附於台灣高等法院檢察署智慧財產分署九十八年度上蒞字第二六六號卷第八六頁可稽。然該院並未再製作傳票向被告新遷之戶籍地址重行送達，足見該院於上述審判期日，並未合法傳喚被告，至為灼然。本件被告不克到庭參與調查證據及言詞辯論等程序，對其訴訟上之防禦權顯有重大影響，該院不待其到庭陳述而逕行為一造辯論判決，有違刑事訴訟法第三百七十一條之規定，該判決自有同法第三百七十九條第六款之當然違背法令。

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

三、附錄

最高法院刑事判決 九十九年度台非字第三〇五號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告違反商標法案件，對於智慧財產法院中華民國九十九年三月十五日第二審確定判決（九十八年度刑智上易字第一二八號，起訴案號：台灣台北地方法院檢察署

九十六年度偵字第一三〇六六號)，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，發回智慧財產法院依判決前之程序更為審判。

理 由

非常上訴理由(見前二)

惟查：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，為刑事訴訟法第三百七十九條第六款所明定。同法第三百七十一條亦規定，第二審法院不待被告陳述而逕行判決者，以被告業經合法傳喚，無正當之理由不到庭者為限。又民事訴訟法第一百三十八條所規定之寄存送達，限於不能依同法第一百三十六條、第一百三十七條規定行送達者，始得為之，設其送達之處所，雖原為應受送達住居所、事務所或營業所而實際上已變更者，該原住居所、事務所或營業所，即非應為送達之處所，自不得於該原處所為寄存送達(本院六十四年度台抗字第四八一號民事判例參照)，上開送達之規定於刑事送達文書所準用。本件原審之民國九十九年三月一日之審判期日傳票係向九十六年十一月二十一日變更後之台南市〇〇區〇〇路二段三四五巷二十號新址，及台南市〇〇區〇〇〇街四一八號舊址一併為送達，均因「未獲會晤本人亦無受領文書之同居人或受僱人，已將該送達文書寄存於台南市警察局第四分局〇〇派出所及台南市警察局第六分局 XX 派出所」，該寄存日期均為九十九年一月二十七日；而寄存送達，自寄存之日起，經十日發生效力，被告於該寄存送達生效前之九十九年二月四

日，另將戶籍遷至台南市○○區○○路一三六巷一二號，有其戶籍查詢資料可按。是本件被告之前開審理期日傳票，顯未合法送達，則被告之未到庭陳述，顯難謂無正當理由，原審不待被告到庭陳述，逕為論處罪刑之判決，自有未合。又刑事訴訟法第四百四十一條所謂「案件之審判係違背法令」，包括原判決違背法令及訴訟程序違背法令，非常上訴審就個案之具體情形審查，如認其判決前之訴訟程序違背上開規定，致有依法不應為判決而為判決之違誤，顯然於判決有影響者，該項確定判決即屬判決違背法令，而本件原判決之上開違誤顯然於判決有影響，自屬判決違背法令，為維持國家刑罰權之正確行使及被告防禦權與審級利益，自應將原判決撤銷，由智慧財產法院依判決前之程序更為審判，以期適法。

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

中 華 民 國 九 十 九 年 十 月 二 十 八 日

【第六十三案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第 371 條、第 379 條、第 447 條第 2 項前段。

二、非常上訴理由

- 一、按除有特別規定外，被告未於審判期日到庭而逕行判決者，其判決當然為違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第六款定有明文。又同法第三百七十一條雖規定第二審法院於被告經合法傳喚無正當理由不到庭者，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者，以被告經合法傳喚無正當理由不到庭為要件。又被告因另案被羈押於別地看守所，屆期未能到庭，尚難謂其不到庭為無正當理由，原審不待其到庭陳述而逕行判決，自非合法（最高法院四十四年台上字第九七九號判例要旨參照）。
- 二、查本件被告某甲因案自民國九十三年三月三日（西元二〇〇四年三月三日）經中國大陸福建省福州市人民檢察院聲請羈押於福州市第一看守所，迄九十七年一月十七日始被釋放，有被告之母親丁○於九十五年十一月十四日代被告提出刑事陳報狀在卷可稽（見更一審卷第八十八頁）及丁○代提出二〇〇七年十二月二十日福建省高級人民法院二〇〇七閩刑終字第九八號刑事裁定書影

本可憑。是被告於九十六年三月一日上午十一時整之原審審判期日未到庭，乃係因身體被拘束所致，非無正當之理由。原審不察，以被告經合法傳喚，無正當理由於審理期日不到庭，而不待其陳述，逕行判決，致妨礙其防禦權之行使，而有依法不應為判決而為判決之違誤，並於判決顯然有影響，而屬判決違背法令。

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 一〇〇年度台非字第八五號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

上列上訴人因被告偽造有價證券案件，對於台灣高等法院中華民國九十六年三月十五日第二審確定判決(九十五年度上更(一)字第四九一號，起訴案號：台灣台北地方法院檢察署九十年偵字第一八〇〇〇號)，認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，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，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；又刑事訴訟法第三百七十一條雖規定第二審法院於被告經合法傳喚，無正當理由於審判期

日不到庭者，得不待其陳述，逕行判決。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。查被告母親丁○雖於九十五年八月七日向本院具狀，略稱：被告已不知去向，還在尋找中，故已不住「台灣省彰化縣北斗鎮○○路○段2號」，亦不居「台北縣三重市○○路○段52巷30號4樓」，往後文件請寄至林○○母親（丁○）處代收，住址為屏東縣內埔鄉○○村○○路八十七號等語（被告不服原審更審前之九十二年八月十九日九十一年度上訴字第三六〇二號判決，上訴本院，經本院以九十五年台字第三六五四號撤銷發回原審法院）。上開書狀並經本院函轉原審收受（見更一審卷第三七、三八頁）。惟刑事訴訟法第五十五條第三項所稱送達向送達代收人為之者，視為送達於本人，以經本人依法陳明者為限。丁○擅自以自己名義指定其本人為被告之送達代收人，所為之指定，於法尚有未合。且丁○為被告選任之辯護人嗣已於九十五年一月十日原審準備程序陳稱：「被告現在國外，回國日期再陳報」（見同上卷第八七頁）；丁○更於同年十一月十六日再向原審具狀，略稱：被告應被拘禁於（中國大陸）公安看守所內，家屬無從會見，遑論出庭應訊等語（見同上卷第八八頁）。對照被告之前案紀錄表及「台灣高等法院前案案件異動查證作業」，亦可見被告因另案，於九十三年六月十二日、同年七月二十六日、同年九月九日及九十四年六月十五日，先後經台灣板橋地方法院、台灣台北地方法院檢察署、屏東地方法院檢察署及台灣台北地方法院通緝（見同上卷第十九、一一三頁）；被告之「法務部戶役政連絡作業系統」

更記載「遷出國外」等語（見台灣台北地方法院檢察署九十六年度執字第三七一三號卷第三十頁）。依上所述，可知被告於原審審理期間，已經另案通緝而無法以通常傳喚方式傳喚；丁○並非合法指定之送達代收人，復如上述。乃原審逕將其指定之九十六年三月一日之審判期日傳票，以郵寄方式送達於屏東縣內埔鄉○○村○○路八十七號之指定送達代收人丁○（見更一審卷第一〇三、一〇四頁），所為對被告之傳喚即非適法。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，且不利於被告。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，為有理由，為維護被告之審級利益，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，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 〇 年 四 月 二 十 一 日

【第六十四案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第 378 條。

中華民國 96 年罪犯減刑條例第 2 條第 2 項、第 8 條第 1 項。
刑 法 第 51 條、第 53 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。而減刑及定應執行刑之裁定，與實體科刑判決有同等效力，於裁定確定後，如發現有違背法令情形，自得等同於判決，提起非常上訴。查中華民國九十六年罪犯減刑條例自民國九十六年七月十六日施行，其第八條第一項規定：依本條例應減刑之罪，已經判決確定尚未執行或執行未完畢者，由檢察官或應減刑之人犯聲請最後審理事實之法院裁定之。易言之，聲請減刑，以應減刑之罪已判決確定，而於中華民國九十六年罪犯減刑條例施行之日，尚未執行或執行未完畢者為限。

二、查本件受刑人即被告某甲因公共危險等案件，經原裁定附表所示之法院先後判決如原裁定附表所示之刑，並定應執行有期徒刑一年三月確定，嗣其於九十五年七月二日入監執行，刑期至九十六年十月一日期滿，累進縮刑十四日，縮刑期滿日為九十六年九月十七日，並於九十

六年六月二十六日縮短刑期假釋出監付保護管束，迄九十六年九月十七日保護管束期滿未經撤銷假釋；且被告就附表所示之犯罪時間在九十六年四月二十四日以前，與中華民國九十六年罪犯減刑條例第二條規定相符，即合於減刑要件，又其於九十六年七月十六日減刑條例施行之時尚未執行完畢，且因假釋中受有保護管束之宣告，其原受宣告如原裁定附表所列之數罪刑，即符合減刑規定並依中華民國九十六年罪犯減刑條例第二條第二項規定視為減刑，雖毋庸聲請減刑，惟仍應就視為減刑後之刑另定其應執行刑，以便縮短其保護管束期間之執行，避免剝奪其視為減刑之權利。又雖受刑人保護管束期間業已屆滿，惟若減刑後另定執行刑，則受刑人之執行期滿日可提前，就受刑人日後若再犯罪是否為累犯或可否為緩刑之宣告，仍有其法律上之區別存在，故為受刑人之利益計，仍應予准許。原裁定駁回聲請，顯有適用法則不當之違法，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 九十八年度台非字第一五五號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告數罪併罰定執行刑案件，對於台灣桃園地方法院中華民國九十七年十月二十一日第一審確定裁定(九

十七年度聲字第三〇八〇號，非常上訴誤為九十七年度上訴字第三〇八〇號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原裁定撤銷。

某甲因犯如附表編號一、二之罪視為減刑後之刑期，應執行有期徒刑柒月。

理 由

非常上訴理由(見前二)

本院按依刑法第五十一條、第五十三條規定定應執行刑之裁定，與科刑判決具有相同效力，如發現有違背法令之情事，自得提起非常上訴。又按中華民國九十六年罪犯減刑條例第二條第二項規定，假釋中之人犯，於該條例施行之日起，視為已依第一項規定減其宣告刑，毋庸聲請裁定減刑。而依上開規定，「視為」減刑之案件，於檢察官依減刑標準換算其減得之刑期後，即脫離該減刑條例之規範，使原宣告刑已變更為新之宣告刑。如原宣告刑已定其執行刑者，因據以定其應執行刑之宣告刑已經變更，自應聲請另定其應執行之刑。查本件被告某甲所犯業務過失傷害及公共危險二罪，經台灣桃園地方法院以九十三年度交訴字第一三四號刑事判決分別判處有期徒刑四月、一年，定應執行有期徒刑一年三月確定，被告於九十五年七月二日入監執行，刑期原應至九十六年十月一日屆滿，嗣經累進處遇縮短於九十六年九月十七日期滿，並於九十六年六月二十六日假釋出獄，迄九十六年九月十七日保護管束期滿未經撤銷假釋等情，有卷附之上開刑

事判決書、刑案資料查註紀錄表、台灣高等法院被告前案紀錄表、台灣雲林第二監獄假釋出獄減刑受刑人名冊可稽。查被告所犯上開二罪，因合於減刑之條件，又因被告於該減刑條例實施前假釋中，依上開條例規定，毋庸聲請裁定減刑，視為已依規定減其宣告刑，則檢察官將已視為減其宣告刑之上開二罪，向原審法院聲請定其應執行之刑，依上開說明，並無違誤。且本件檢察官就被告所犯上開二罪，聲請定其應執行之刑時（九十七年十月三日向原法院聲請），雖被告之保護管束期間業已屆滿（九十六年九月十七日保護管束期滿），惟若減刑後另定應執行刑，則其執行期滿日即可提前，就被告日後若再犯罪是否構成累犯或可否為緩刑之宣告，仍有其法律上之區別意義及必要性存在，故為被告之利益計，仍應予准許。乃原裁定竟以被告所受上開之刑已保護管束期滿未經撤銷假釋，其未執行之刑以已執行論，即無定執行刑之必要為由，而駁回檢察官之聲請。揆諸上述說明，自有裁判不適用法則之違背法令。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，為有理由。因原裁定不利於被告，應由本院將原裁定撤銷，另行裁定如主文第二項所示，以資救濟。又非常上訴書雖將原裁定案號誤載為「九十七年度上訴字第三〇八〇號」，惟此文字上之顯然錯誤，與非常上訴所指確定裁定之判別尚無影響，附此記明。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，中華民國九十六年罪犯減刑條例第十條第二項前段、修正前刑法第五十一條第五款，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 八 年 五 月 二 十 七 日

【第六十五案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第 371 條、第 379 條。

二、非常上訴理由

按除有特別規定外，被告未於審判期日到庭而逕行判決者，其判決當然為違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第六款定有明文。同法第三百七十一條雖規定第二審法院於被告經合法傳喚無正當理由不到庭者，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者，以被告經合法傳喚無正當理由不到庭為限。本件被告某甲因賭博罪被判處有期徒刑三月於（民國）九十八年三月二十日入監服刑，期滿日為九十八年六月十九日，此有台灣高等法院被告前案紀錄表附原審卷可稽，顯見被告於九十八年五月二十五日之原審審判期日未到庭，乃係因身體受拘束所致，非無正當之理由。原審以被告經合法傳喚，無正當理由於審理期日不到庭，而不待其陳述逕行判決，自有依法不應為判決而為判決之違誤，並於判決顯然有影響，而屬判決違背法令（貴院九十七年台非字第五八四號參照）。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 九十八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

上列上訴人因被告賭博案件，對於台灣基隆地方法院管轄之中華民國九十八年六月八日第二審合議庭確定刑事簡易判決（九十八年度簡上字第六四號，聲請簡易判決處刑案號：台灣基隆地方法院檢察署九十七年度速偵字第五〇六號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，由台灣基隆地方法院管轄之第二審合議庭依判決前之程序更為審判。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按除有特別規定外，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；又刑事訴訟法第三百七十一條雖規定第二審法院於被告經合法傳喚，無正當理由於審判期日不到庭者，得不待其陳述，逕行判決。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。查被告某甲因賭博案件，經台灣基隆地方法院基隆簡易庭九十七年度基簡字第一四八〇號刑事判決，判處有期徒刑三月。被告不服提起上訴，經原審即台灣基隆地方法院管轄之第二審合議庭（九十八年度簡上字第六四號）審理。原審九十八年五月二十五日下午四時審理期日之傳票，固於同年五月六日送達於被告之住所地台北縣瑞芳鎮〇〇路六十二號。惟被告在審理期日前，已另因賭博案經判處有期徒

刑三月確定，並於九十八年三月二十日入台灣基隆監獄基隆分監執行，同年六月十九日期滿，有台灣高等法院被告前案紀錄表之入出監資料在卷可稽（原審卷第十二頁）。原審未於審判期日前將應送達於被告之審判期日傳票囑託該監長官送達，亦未於審判期日提解被告到庭，則被告未到庭陳述，係因在監服刑身體受拘束所致，難謂無正當理由。次按違背刑事訴訟法第三百七十九條第六款規定，依本院四十一年台非字第四七號、四十四年台非字第五四號判例意旨，原僅屬訴訟程序違法而非判決違法，但經本院九十一年六月十一日第七次刑事庭會議決議，倘確定判決違背刑事訴訟法第三百七十九條第六款之規定，「致有依法不應判決而判決之違誤，顯然於判決有影響者」，則屬判決違法而非僅訴訟程序違法。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，且不利於被告。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，為有理由，為維護被告之審級利益，應由本院將原判決撤銷，由原審法院管轄之第二審合議庭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。

中華民國九十八年九月十七日

【第六十六案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第303條第3款、第378條、第379條第10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；又依法應於審判期日調查之證據未予調查者，其判決當然違背法令，同法第三百七十九條第十款亦有明文。原判決認定『某甲前因積欠中國農民銀行（下稱農民銀行）新台幣（下同）八千三百一十一萬三千一百三十五元債務，經台灣彰化地方法院（下稱彰化地院）於民國八十三年十二月七日核發八十三年度促字第五八四八號支付命令確定，嗣農民銀行於八十七年三月三十一日向台灣台北地方法院（下稱台北地院）民事執行處聲請禁止某甲收取台肥公司薪資債權或為其他處分，台肥公司亦不得對某甲清償，經台北地院八十七年四月八日核發北院義八十七民執未字第四七三一號執行命令。某甲於將受強制執行之際，意圖損害債權人農民銀行債權，要求葉○○於八十七年四月二十七日至台北商業銀行城東分行開設帳戶供己使用，並利用該帳戶於下列時間存入、支出現金，而隱匿、處分其財產，以規避農民銀行執行其財產，計有：（一）葉○○因某甲指示存入款項部分（逾三十萬元以上）：八十七年及八十八年部分

各有六筆；(二)葉○○因某甲指示款項部分(逾一百萬元以上)：八十七年部分有五筆，八十八年有六筆；(三)由葉○○提款匯出部分：分別於八十七年五月二日二十萬元、九月三十日十四萬五千元、十一月十一日三十萬元、十一月三十日八萬五千元、十二月三十日八萬五千元、八十八年一月二十九日八萬五千元、四月二日十五萬五千元、四月三十日八萬五千元、五月七日四百萬元、六月二日二十萬元匯款與連○○000000000000 號帳戶；(四)以李○○名義於八十七年九月二十四日五百萬元匯款予連○○之 000000000000 號帳戶；(五)以某甲之子謝○名於八十七年九月二十九日一千萬元匯款與連○○000000000000 號帳戶』，而論被告某甲以刑法第三百五十六條之損害債權罪。經查：依刑法第三百五十七條之規定，刑法第三百五十六條之損害債權罪須告訴乃論，本件損害債權罪之被害人係農民銀行，該銀行總經理黃○○雖曾於九十二年二月十一日以農逾字第九二〇二八〇〇〇一八號函，以中國農民銀行總管理處名義具函，向台灣台北地方法院檢察署(下稱台北地檢署)表明對被告損害債權罪提出告訴，有該函在卷可稽(見九十二年度偵字第三八二五號卷第一頁、第四十六頁)，惟農民銀行乃股份有限公司組織(見中國農民銀行條例第一條)，而股份有限公司為被害人時，僅得由其代表人提出告訴，公司經理人對於公司被害事件，非受有代表權之董事委任，不得代表公司提出告訴(司法院院字第一八四四號解釋、貴院八十二年度台上字第一八二七號判決意旨參照)，黃○○係農民銀行總經理非董事長，且上開函內並未說明其係受有代表權之董事委任代

表公司提出告訴，其告訴是否合法，顯有疑義。原審未查明本件訴追條件是否具備，是否應為不受理判決，即逕為被告有罪之實體判決，自有應調查之證據未調查及適用法則不當之違法，並影響判決結果。案經確定，且於被告不利，爰就本件損害債權部分，依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十八年度台非字第三三七號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告損害債權等罪案件，對於台灣高等法院中華民國九十六年一月三日第二審確定判決〔九十五年度矚上訴字第一號，起訴案號：台灣台北地方法院檢察署九十一（原判決正本誤繕為「九」）年度偵字第二一二六一、二一二六二、二五四六三號，九十二年度偵字第二六七八、二六七九、二六八〇、二六八一、二六八二、三七九〇、三七九一（原判決正本誤繕為「二七九一）、三八二五號〕，認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於某甲損害債權部分撤銷，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：判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文；而告訴乃論之罪，未經告訴者，應諭知不受理之判決，復為同法第二百零三條第三款所明定。又刑事訴訟法第二百三十二條規定「犯罪之被害人，得為告訴」，於法人之股份有限公司為犯罪之被害人者，依公司法第二百零八條第三項規定，係由董事長代表公司提出告訴（董事長請假或因故不能行使職權時，由副董事長代理之；無副董事長或副董事長亦請假或因故不能行使職權時，由董事長指定常務董事一人代理之；其未設常務董事者，指定董事一人代理之；董事長未指定代理人者，由常務董事或董事互推一人代理之）；至股份有限公司之總經理對於該公司被害事件，非受有代表權之董事長委任，自不得代表公司提出告訴。另九十四年十二月二十一日公布廢止前之中國農民銀行條例第一條、第十條規定，農民銀行係依股份有限公司之組織設立，並置董事十五人，組織董事會，由董事互選常務董事七人，再由常務董事互選一人為董事長；同條例第十八條復明定「本條例未規定事項，依銀行法、公司法及其他有關法律規定」。則農民銀行為犯罪之被害人者，自應適用上開公司法第二百零八條第三項之規定，由董事長代表公司提出告訴，始稱適法；至農民銀行之總經理，非受有代表權之董事長委任，尚不得代表公司提出告訴。本件原判決認定被告某甲因積欠農民銀行金錢債務，由農民銀行執彰化地院八十三年度促字第五八四八號支付命令於八十七年三月三十一日向台北地院聲請禁止被告收取台肥公司薪資債權或為其他處分，台肥公司亦不得對被告清償，經台北

地院於八十七年四月八日核發北院義八十七民執未字第四七三一號執行命令。被告於將受強制執行之際，意圖損害農民銀行之債權，要求葉○○於八十七年四月二十七日至台北商業銀行城東分行開設帳戶供己使用，並利用該帳戶存入、支出現金，而隱匿、處分其財產，以規避農民銀行執行其財產，因而撤銷第一審就該部分諭知被告無罪之判決，改判論處被告刑法第三百五十六條之損害債權罪刑（處有期徒刑六月）。然刑法第三百五十六條之損害債權罪，依刑法第三百五十七條規定，須告訴乃論。本件係台北地檢署檢察官於偵辦被告貪瀆案件，調閱其相關往來帳戶資金進出情形，發現被告涉有損害債權罪嫌，而於九十二年二月七日以北檢茂愛九一偵二一二六一字第六九五二號函通知農民銀行；農民銀行旋於九十二年二月十一日，以農逾字第九二〇二八〇〇〇一八號函復台北地檢署：「為就貴署…債務人某甲涉有毀損債權罪乙案，本行提出告訴事。復請查照。」原判決因認農民銀行已合法提出告訴（見原確定判決正本第二六頁）。但查上開文號之函係由黃○○以農民銀行總管理處總經理名義立具，有該函在卷可稽（見台北地檢署九十二年度偵字第三八二五號卷第一頁，另台北地檢署上開通知函見同卷第四十六頁）。該函並未說明黃○○總經理是否係受農民銀行董事長委任，代表農民銀行提出告訴。揆諸上開說明，黃○○總經理代表農民銀行提出之告訴是否屬合法之告訴，自非無疑。原判決未查明被告損害農民銀行債權部分所犯告訴乃論之損害債權罪，是否已經犯罪被害人農民銀行提出合法告訴？本件有無未經合法告訴而應為不受理判決之情形？仍

對被告論罪處刑，自有適用法則不當之違法。案經確定，且於被告不利，非常上訴旨執以指摘，為有理由；且本件是否因告訴不合法而欠缺訴追條件，係屬事實問題，既未經原審法院調查認定，為使事實臻於明確及維持被告之審級利益，應由本院將原判決關於損害債權部分撤銷，由原審法院依判決前之程序更為審判，以資救濟。另農民銀行於九十五年五月一日與合作金庫銀行合併，農民銀行為消滅銀行，合作金庫銀行為存續銀行，並更名為「合作金庫商業銀行股份有限公司」，原審法院更為審判時並應注意及之。

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 九 十 八 年 十 一 月 二 十 六 日

【第六十七案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第 378 條、第 379 條、第 394 條、第 445 條。

刑 法 第 2 條、第 42 條、第 51 條。

二、非常上訴理由

按判決不適用則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又定應執行刑之裁定與科刑判決有同等效力，於裁定確定，認為違法，得提起非常上訴。又數罪併罰，有二裁判以上，而依刑法第五十一條之規定定其應執行刑時，如各罪於法律變更前均已判決確定，而於法律變更後始合併定其應執行刑時，即應依原確定裁判時所適用之法律定其應執行刑。如有易科罰金或易服勞役之情形者，合併定執行刑後，關於易科罰金、易服勞役亦應依原確定裁判所諭知之標準折算，並不生新舊法比較適用問題。本件原確定裁定以被告某甲犯有原裁定附表（下稱附表）所示之槍砲彈藥刀械管理（制）條例等案，經判決如附表所示之刑確定，因而依檢察官之聲請就罰金部分定其應執行刑新台幣（以下除載明為銀元者外，均同）十萬元，並諭知罰金如易服勞役，以二千元折算一日。惟查刑法雖於（民國）九十四年二月二日修正公布，並自九十五年七月一日起施行。然依附表編號一罪之記載，被告所犯之槍砲彈藥刀械管理（制）條例罪，

其確定判決關於併科罰金部分，如易服勞役均諭知以銀元三百元即新台幣九百元折算一日（見九十四年度訴字第三七九五號判決）。依上開說明，本件諭知易服勞役折算標準時，即應依原確定判決所適用之法律為之，並無刑法第二條第一項之適用。故本件併科罰金十萬元，其易服勞役折算標準部分，自應依原確定判決所適用之法律，即修正前刑法第四十二條第二項、九十五年四月二十八日（應係五月十七日之誤載）修正公布同年七月一日施行之前罰金罰鍰提高標準條例第二條、現行法規所定貨幣（單位）折算新台幣條例第二條，方為適法。乃原裁定關於此罰金易服勞役部分，竟依修正後刑法第四十二條第三項關於易服勞役折算標準，以二百元（應為二千元之誤載）折算一日，較修正前刑法第四十二條第二項之規定有利於被告，因而適用新法，諭知罰金如易服勞役，以二千元折算一日，顯有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
九十八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

上列上訴人因被告違反槍砲彈藥刀械管制條例等罪案件，對於台灣高等法院高雄分院中華民國九十五年八月十六日定應執行刑之確定裁定（九十五年度聲字第四二三號，聲請案

號：台灣高等法院高雄分院檢察署九十五年度執聲字第三一九號），認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原裁定關於改定罰金如易服勞役折算之標準部分撤銷。

理 由

非常上訴理由(見前二)

本院按對於確定之裁定，其內容為關於實體之事項，諸如更定其刑、定應執行之刑、單獨宣告沒收、減刑、撤銷緩刑之宣告、易科罰金、易服勞役、保安處分及有關免除刑之執行、免除繼續執行或停止強制工作之執行等，而以裁定行之者，因與實體判決具同等之效力，故得為非常上訴之對象。本件依非常上訴意旨，其係對原確定裁定（下稱原裁定）關於定應執行之刑時所諭知罰金如易服勞役之折算標準部分，認為違法而提起非常上訴，揆諸首揭說明，自無不合，合先敘明。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，刑事訴訟法第三百七十九條第十二款定有明文；該「所謂未受請求之事項予以判決」，係指法院對於未經起訴、上訴、聲請、聲明或起訴、上訴、聲請、聲明效力所不及之事項，予以裁判者而言，參酌司法院釋字第一三五號解釋：「民刑事訴訟案件下級法院之判決，當事人不得聲明不服而提出不服之聲明，或未提出不服之聲明而上級法院誤予廢棄或撤銷發回更審者，該項上級法院之判決及發回更審後之判決，均屬重大違背法令，固不生效力，惟既具有判決之形式，得分別依上訴、再審、非常上訴及其他法定程序辦理。」之意旨，該違

法之訴外裁判一經確定，雖自始、當然無效，但因具有裁判之形式，仍應視個案情形之必要性，依非常上訴程序將該違法之裁判撤銷，以回復至撤銷前之訴訟狀態。再者，第三審法院固應以第二審判決所確認之事實為判決基礎，其所得調查者，並以上訴理由所指摘之事項為限，但對於刑事訴訟法第三百七十九條各款所列之情形，仍得依職權調查之，此觀同法第三百九十三條第一款、第三百九十四條第一項規定至明；且上開規定，依同法第四百四十五條第二項之規定，於非常上訴程序亦有其準用。本件依檢察官於原法院聲請書所載，其係以被告犯附表所示違反槍砲彈藥刀械管制條例、違反毒品危害防制條例等共三罪（其中被告於九十四年九月十九日犯違反槍砲彈藥刀械管制條例一罪，經台灣高雄地方法院於九十五年一月二十七日判處有期徒刑二年，併科罰金十萬元，並依〈九十四年二月二日修正公布、九十五年七月一日施行前〉刑法第四十二條第二項、〈九十五年五月十七日修正公布、同年七月一日施行前〉罰金罰鍰提高標準條例第二條、現行法規所定貨幣單位折算新台幣條例第二條之規定，諭知罰金如易服勞役以銀元三百元即新台幣九百元折算一日，於九十五年四月二十一日判決確定；其餘違反毒品危害防制條例共二罪，分別判處有期徒刑一年、三月），均經判刑確定，依刑法第五十一條第五款、第五十三條之規定聲請裁定其應執行之刑等語，自係僅就被告所犯上開三罪所處有期徒刑之有多數裁判部分，為其聲請定執行刑之對象，其中違反槍砲彈藥刀械管制條例之罪所處罰金刑及其易服勞役折算之標準部分，並不在檢察官聲請裁定範圍之內（原裁

定亦認上開罰金刑部分並無應定執行刑之情形），此有上開案件刑事判決及檢察官聲請書在卷可稽。原法院不察，除依檢察官之聲請，就被告所犯附表所示各罪所處之有期徒刑，裁定其應執行之刑外，竟逕就其中違反槍砲彈藥刀械管制條例之罪所處併科罰金十萬元部分，為刑法新舊之比較後，認應適用修正後較有利於被告之易服勞役折算標準，而改定為如易服勞役以二千元折算一日。揆諸上揭說明，原裁定關於改定罰金如易服勞役折算之標準部分，自有未受請求之事項予以裁定之違法。案經確定，此部分從形式上觀察為有利於被告之無效裁定，雖自始不生效力，惟因仍具裁判之形式，又無其他補救途徑，為使其得以回復於裁定前之判決處刑確定時之狀態，俾免滋生檢察官執行之困擾，應認有將該違法之無效裁定部分予以撤銷之必要。雖非常上訴意旨並未指摘及此，然依上引規定，關於原裁定此違法部分，原為非常上訴審得依職權調查之事項，故仍應認非常上訴為有理由，而由本院將該違法裁定部分予以撤銷，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 九 十 八 年 三 月 二 十 六 日

【第六十八案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第 379 條。

二、非常上訴理由

按除刑事訴訟法有特別規定外，已受請求事項未予判決，或未受請求之事項予以判決者，其判決當然違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第十二款定有明文。本件被告某甲因犯預備強盜、加重竊盜、加重竊盜、共同強盜故意殺人等四罪，前三罪經台灣台中地方法院於九十八年九月三十日以九十八年度重訴字第二〇一二號判決分別判處有期徒刑九月、九月、九月；共同強盜故意殺人罪部分則經判處無期徒刑，褫奪公權終身。應執行無期徒刑，褫奪公權終身。其後檢察官及被告均未提起上訴，該院乃於九十八年十一月四日以中院彥刑玄九八重訴二〇一〇字第一一九〇三號函台灣高等法院台中分院刑事庭，並說明：「被告除共同強盜故意殺人部分，依職權送上訴，其餘他罪均已確定，另行影卷送執行。」等語。是台灣台中地方法院依職權送上訴之範圍，以共同強盜故意殺人罪部分為限，未及預備強盜、加重竊盜等與共同強盜故意殺人罪不具實質上一罪或裁判上一罪關係之罪。詎原判決竟認被告所犯預備強盜與結夥三人以上加重竊盜之行為，屬想像競合犯，應從一重之結夥三人以上加重竊盜罪處斷，並就上開預備強盜、加重竊盜等已判決確定未經上訴

之罪一併為實體判決，原判決顯有未受請求事項予以判決之違背法令情事。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條規定提起非常上訴，以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇〇年度台非字第八三號
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九十九年二月二十五日第二審確定判決（九十八年度上重訴字第四二號，起訴案號：台灣台中地方法院檢察署九十八年度少連偵字第四二號、九十八年度偵字第九九八二號），認為其中關於被告結夥三人以上竊盜及結夥三人以上攜帶兇器竊盜部分違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於某甲結夥三人以上竊盜及結夥三人以上攜帶兇器竊盜部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑事訴訟法第三百七十九條第十二款明定未受請求之事項予以判決者，其判決當然為違背法令。而未受請求之事項，本不屬法院應行裁判之範圍，此乃不告不理原則之所然；即法院對於未起訴或上訴之事項，或起訴或上訴效力所不及之事項，既無訴訟關係存在，法院若逕予裁判，自非法之所許。本件台灣台中地方法院檢察署檢察官係以被告預備

強盜南投縣等地之超商，而與曾○○等四人先至（改制前）台中縣大里市「樂家超商」竊盜西瓜刀四支，繼之至大里市立游泳池竊得運動衣五件，嗣即持刀對計程車司機李○○強盜殺人既遂，涉犯刑法第三百二十八條第五項之預備強盜、第三百二十一條第一項第四款之結夥三人以上加重竊盜（二罪）、第三百三十二條第一項之強盜殺人等罪嫌提起公訴，有台灣台中地方法院檢察署九十八年度少連偵字第四二號、九十八年度偵字第九九八二號偵查卷足憑。其後經台灣台中地方法院於九十八年九月三十日以九十八年度重訴字第二〇一二號判決就所犯上開預備強盜、加重竊盜、加重竊盜等三罪分別判處有期徒刑九月、九月、九月；共同強盜故意殺人罪部分則判處無期徒刑，褫奪公權終身。四罪並定應執行刑為無期徒刑，褫奪公權終身。而檢察官及被告於收受判決後均未提起上訴，該院乃於九十八年十一月四日以中院彥刑玄九八重訴二〇一〇字第一一九〇三號函台灣高等法院台中分院刑事庭，並說明：「被告除共同強盜故意殺人部分，依職權送上訴，其餘他罪均已確定，另行影卷送執行。」等語，此亦有上開刑事判決及函文可稽。是被告所犯預備強盜、加重竊盜、加重竊盜等三罪已經該院判決確定，台灣台中地方法院依職權送上訴之範圍，以共同強盜故意殺人罪部分為限，未及預備強盜、加重竊盜等與共同強盜故意殺人罪不具實質上或裁判上一罪關係之罪。乃原審審理結果，認被告除有持刀對李○○強盜殺人既遂之犯行外，另就已確定之預備強盜、加重竊盜、加重竊盜等三罪於事實欄加以認定，並於理由內說明：被告係犯刑法第三百二十八條第五項之預

備強盜罪、同法第三百二十一條第一項第四款之結夥三人以上竊盜罪（竊取西瓜刀部分）、同法第三百二十一條第一項第三、四款之結夥三人以上攜帶兇器竊盜罪（竊取運動衣部分）、同法第三百三十二條第一項之強盜而故意殺人罪（強盜計程車及殺害司機部分）。其中竊取西瓜刀之行為，係屬強盜超商之預備行為，故係同時為預備強盜及結夥三人以上竊盜之行為，屬想像競合犯，應從一重之結夥三人以上竊盜罪處斷；因而撤銷第一審判決，就預備強盜、加重竊盜、加重竊盜等部分論處被告以結夥三人以上竊盜及結夥三人以上攜帶兇器竊盜各罪刑（均處有期徒刑九月），有原審九十八年度上重訴字第四二號卷及判決可憑。是原審既認被告上述加重竊盜等罪部分係另行起意，與被告所犯之強盜殺人部分，行為互殊，應分論併罰，則此部分與依職權送上訴之強盜殺人部分，既無實質上或裁判上之一罪關係，即無審判不可分原則之適用，依首開說明，該未上訴部分即不得據以裁判。乃原審不察，竟就上開未上訴部分併予審判，而另為論罪科刑之判決，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結夥三人以上竊盜及結夥三人以上攜帶兇器竊盜部分撤銷，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，爰僅將該部分撤銷，無須另行改判，合予敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，判決如主文。

中 華 民 國 一 〇 〇 年 四 月 二 十 一 日

【第六十九案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第 58 條、第 378 條、第 394 條、第 441 條、第 445 條。

二、非常上訴理由

按非常上訴，乃對於審判違背法令之確定判決所設之救濟方法。依法應於審判期日調查之證據，未予調查，致適用法令違誤，而顯然於判決有影響者，該項確定判決，即屬判決違背法令。又刑事訴訟程序中不利益於被告之合法上訴，上訴法院誤為不合法，而從程序上為駁回上訴之判決確定者，其判決固屬重大違背法令，惟既具有判決之形式，仍應先依非常上訴程序將該確定判決撤銷後，始得回復原訴訟程序，就合法上訴部分進行審判。司法院釋字第一八一、二七一號解釋及貴院（民國）八十六年一月二十一日八十六年度第一次刑事庭庭長會議著有明文可資參考。經查本件確定判決以台灣桃園地方法院檢察署（下稱桃園地檢署）於九十八年一月七日由法警張○○收受台灣桃園地方法院（下稱桃園地院）九十七年度交簡字第五號判決，檢察官遲至同年二月九日始提起上訴，而認逾上訴期間駁回上訴確定。惟上開檢察官提起上訴，係據告訴人以被告事後沒有誠意，沒有道歉，而法院僅輕判拘役，刑度太輕之理由聲請而為，自係屬不利益於被告之上訴。又檢察官之上訴書於九十八年一月八日由桃園

地院收受，有該院收狀章附卷可稽（見九十八年度交簡上字第四〇號卷第六頁）。詎原確定判決就上訴有無逾期，此項依法應於審判期日調查之證據未予調查，而誤將桃園地院（第一審）刑事庭函送上訴書等予該院（第二審）刑事庭收受日九十八年二月九日為檢察官提起上訴之日（見九十八年度交簡上字第四〇號卷第一頁），因逕以上訴逾期而認上訴不合法，從程序上為駁回上訴之判決。此項判決即屬適用法令違誤，顯然於判決有影響，揆諸首揭司法院解釋及貴院刑事庭庭長會議之意旨，原判決為重大違背法令。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 九十八年度台非字第一八七號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

上列上訴人因被告過失傷害案件，對於台灣桃園地方法院中華民國九十八年二月十一日第二審確定判決（九十八年度交簡上字第四〇號，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二四四五一號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按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。又非常上訴，乃對於審判違背法令之確定判決所設之救濟方法；非常上訴審應就非常上訴理由所指摘之事項，調查裁判之，對關於訴訟程序及得依職權調查之事項，並得調查事實。此觀刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十五條第一項，及第四百四十五條第二項準用同法第三百九十四條之規定自明。而應於審判期日調查之證據未予調查，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，應有刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款規定之適用，亦經司法院釋字第一八一號解釋在案。是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。且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，復經司法院著有釋字第二七一號解釋可資參照。倘確定判決對攸關不利益於被告之上訴有無逾期、是否合法之應依職權調查事項，未經調查，遽認上訴已逾期、不合法，而從程序上駁回上訴，即屬重大違背法令，則不問非常上訴意旨所提出之相關證據，是否存在於原訴訟案卷內而得考見者，非常上訴審均應就此調查裁判之。本件被告某甲因過失傷害案件，經桃園地院（下稱原法院）簡易庭於九十七年十二月二十二日以九十七年度交簡字第五號判處拘役五十日，並諭

知如易科罰金折算之標準(被告另犯公共危險罪,則經同院於九十七年八月二十二日以九十六年度壢交簡字第三三八三號案件判處罪刑),判決後,檢察官不服該判決量刑過輕,為被告之不利益,經桃園地檢署於九十八年一月八日以桃檢玲仁九十八請上三字第一五〇九號函檢具檢察官上訴書等,向原法院提起第二審上訴,並於函文表明「本案經貴院於中華民國九十七年十二月二十二日為第一審判決,檢察官雖未收受判決正本,惟認應提起上訴」之旨,嗣經原法院以九十八年度交簡上字第四〇號判決(下稱原判決)駁回其上訴確定,有原法院上開案卷、刑事簡易判決、刑事判決及卷附函文可憑。原法院駁回檢察官之第二審上訴,依其所持理由,係謂:本件第一審簡易判決係於九十八年一月七日送達於桃園地檢署,由該署法警張○○收受,有該院簡易案卷第二六頁送達證書附卷可稽,其上訴期間至同月十七日屆滿,檢察官係延至同年二月九日始向該院提起上訴,有檢察官上訴狀上該院收狀戳記得憑,乃認其上訴已逾法定上訴期間,而判決駁回其上訴等語,為其論據。然查「對於檢察官之送達,應向承辦檢察官為之;承辦檢察官不在辦公處所時,向首席檢察官(檢察長)為之。」刑事訴訟法第五十八條定有明文,原判決所謂該送達判決正本係由桃園地檢署法警收受,縱有其事,亦與上引規定不符,難認係已將判決正本合法送達於檢察官,不能據此認定檢察官之上訴為已逾期而不合法。又本件係經檢察官於九十八年一月八日提起第二審上訴,有原法院收狀戳記可稽,原判決誤認檢察官遲至同年二月九日始行上訴,亦有未合。乃原審未加細察,就檢察官不

服第一審簡易判決，為被告不利益而提起之第二審上訴，認為上訴已經逾期，而予以判決駁回，揆諸首揭說明，自顯有適用法則不當之違法，並應先依非常上訴程序撤銷後，始得回復原訴訟程序。非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決撤銷，以資糾正及救濟。又原判決經撤銷後，原第二審合法上訴後之訴訟程序，當然隨即回復，原法院自應依判決前之程序更為審判，併此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 八 年 七 月 十 六 日

【第七十案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第378條。

中華民國96年罪犯減刑條例 第5條。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用法則不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又依法應於審判期日調查之證據而未予調查者，其判決當然違背法令，亦為同法第三百七十九條第十款所明定。又證據縱經調查，仍未臻明瞭者，實與未經調查無異，復為貴院向採之見解。又按中華民國九十六年罪犯減刑條例施行前，經通緝而未於中華民國九十六年十二月三十一日以前自動歸案接受偵查、審判或執行者，不得依本條例減刑，亦為該條例第五條所明定。

二、經查本件被告某甲固經台灣屏東地方法院檢察署發布通緝，惟於九十六年十月二十五日自動至屏東縣政府警察局屏東分局民生派出所歸案接受偵查，並於歸案當日警詢時供述：『因為我遭通緝，自動到派出所投案而製作詢問筆錄。』『我沒有被查獲，是我自己跑來派出所投案。』等語（台灣屏東地方法院檢察署九十六年度偵緝字第四五二號偵查卷宗第十一頁反面參照）。又於原審

九十七年一月九日審判期日供稱：『不是（通緝到案），我知道我應該有被通緝，我就自動到派出所，派出所的筆錄有記載。』檢察官復陳述『被告於九十六年十月二十五日自動投案，有減刑之適用。』云云，有該日審判筆錄附卷可稽（原審卷第二十一頁反面參照），足見被告確於九十六年十月二十五日非遭緝獲，乃自動到案接受偵查。雖卷附撤銷通緝書記載『緝獲歸案』，惟蒞庭檢察官於審判期日已當庭陳述被告係自動投案而有減刑之適用，則被告究否自動歸案接受偵審，因其攸關得否適用減刑之規定，即屬法院認定事實與適用法律之基礎，客觀上既仍有疑義未臻明確，應有再予調查之必要性，自應依職權再詳加調查，詎原審未再詳查即予判決。嗣該署檢察官為期翔實，復於九十八年六月四日傳訊警局民生派出所當日受理本件被告自行投案之警員柯○○、鄭○○，均表示當天係被告自己到派出所詢問鄭○○是否已遭通緝，若是的話要自己投案，所以被告應係自己投案，至於派出所之刑事陳報所載內容是該派出所其他同仁誤載為當場查獲等情，此有執行訊問筆錄在卷可按，而撤銷通緝書亦已將撤銷通緝原因更正為自行到案（同署九十七年度執字第三一一三號執行卷宗點名單以後數頁參照），益徵被告係自動歸案接受偵查，應有中華民國九十六年罪犯減刑條例相關減刑規定之適用。原確定判決竟未再予詳查，即依錯誤之撤銷通緝書，遽予認定被告係緝獲歸案而無減刑規定之適用，自

有應於審判期日調查之證據而未予調查及判決不適用
法則之違誤。

三、案經確定，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 九十八年度台非字第二二六號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

上列上訴人因被告偽造文書案件，對於台灣屏東地方法院中
華民國九十七年四月二十三日第一審確定判決(九十六年度
訴字第一四二一號，起訴案號：台灣屏東地方法院檢察署九
十六年度偵緝字第四五二號)，認為違法，提起非常上訴，
本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，由台灣屏東地方法院依判決前之程序更為審
判。

理 由

非常上訴理由(見前二)

本院按非常上訴乃對於審判違背法令之確定判決所設之救
濟方法。依法應於審判期日調查之證據，未予調查，致適用
法令違誤，而顯然於判決有影響者，該項確定判決，即屬判
決違背法令，應有刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款
規定之適用，司法院釋字第一八一號著有解釋。又中華民國
九十六年罪犯減刑條例施行前，經通緝而未於中華民國九十

六年十二月三十一日以前自動歸案接受偵查、審判或執行者，不得依本條例減刑，亦為該條例第五條所明定。本件原判決依行為時牽連犯之規定，從一重論處被告某甲行使偽造私文書，足以生損害於公眾及他人罪刑。並以被告上開犯罪時間固在九十六年四月二十四日之前，且所犯之罪與中華民國九十六年罪犯減刑條例第二條第一項之規定相符，復無同條例第三條限制減刑之除外情事存在；然被告前經台灣屏東地方法院檢察署於八十九年十月二日依法發布通緝，嗣經屏東縣警察局屏東分局警員於九十六年十月二十五日緝獲，依中華民國九十六年罪犯減刑條例第五條規定，自無從予以減刑云云，而未適用上揭減刑條例予以減刑。但查被告於九十六年十月二十五日歸案當日警詢時係供述：「因為我遭通緝，自動到派出所投案而製作詢問筆錄」、「我沒有被查獲，是我自己跑來派出所投案」等語（見偵緝卷第十一頁反面）；又於原審審判期日供稱：「不是（通緝到案），我知道我應該有被通緝，就自動到派出所」。而檢察官於實行公訴時復當庭陳述：「被告於九十六年十月二十五日自動投案，有減刑之適用」等語（見原審卷第二十一頁反面）。是被告辯稱：其當日係自動歸案接受偵查，非遭員警緝獲，似非全然無據。參以執行檢察官於原判決確定後之九十八年六月四日蒐證訊問證人即當日受理被告歸案之警員柯○○、鄭○○證稱：當天係被告自行前來詢問是否已遭通緝，表示願自己投案，至於通緝案件報告書所載內容，係其他同仁誤載為當場查獲等情。且台灣屏東地方法院檢察署亦已將撤銷通緝書之撤銷通緝原因更正為自行到案（見執行卷）。從而被告究係

自動歸案接受偵查抑或經警緝獲，尚有疑義，而此事項攸關被告得否適用上開減刑條例之判斷，屬法院認定事實與適用法律且足以影響判決之基礎，客觀上應有詳予調查之必要性。乃原判決僅憑偵查卷內所附通緝案件報告書「緝獲」欄載有員警姓名，及原審卷內之撤銷通緝書其撤銷通緝原因欄記載「緝獲歸案」，遽認被告係經警緝獲歸案而無減刑規定之適用。揆諸首開說明，自有應於審判期日調查之證據未予調查，致適用法令違誤，而顯然於判決有影響之判決違背法令，至為明顯。案經確定，且對被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由。而被告是否自動歸案接受偵查，因屬事實之認定範疇，為使事實臻於明確及維持被告審級利益，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二項前段，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 八 年 八 月 十 七 日

【第七十一案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第 378 條、第 447 條第 2 項。

中華民國 96 年罪犯減刑條例 第 3 條第 1 項。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用法則不當者，為違背法令；認為非常上訴有理由，原判決違背法令，如有維持被告審級利益之必要者，得將原判決撤銷，由原審法院依判決前之程序更為審判。但不得諭知較重於原確定判決之刑。刑事訴訟法第三百七十八條、第四百四十七條第二項分別定有明文。又犯刑法第三百二十條之罪，經宣告逾有期徒刑一年六月之刑者，不予減刑，中華民國九十六年罪犯減刑條例第三條第一項第十五款規定甚明。查本件被告某甲竊盜案件，原審法院以九十四年度簡上字第 251 號判處有期徒刑一年二月後，因違背法令，經貴院以九十六年度台非字第 218 號判決發回更為審判。原審以被告自九十四年二月二十一日起至同年五月九日止連續竊盜，判處竊盜罪刑，雖非無見。惟竟宣告有期徒刑二年，較原確定判決之刑期一年二月為重，且援引中華民國九十六年罪犯減刑條例予以減刑，揆之上開說明，均有違背法令。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十八年度台非字第三五號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被 告 某甲

上列上訴人因被告竊盜案件，對於台灣高雄地方法院中華民國九十七年十月十九日第一審確定判決(九十六年度簡上更(一)字第六號，聲請簡易判決處刑案號：台灣高雄地方法院檢察署九十四年度速偵字第四二五號)，認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，由台灣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)

按非常上訴有理由，應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，如有其他維持被告審級利益之必要者，得將原判決撤銷，由原審法院依判決前之程序更為審判，但不得諭知較重於原確定判決之刑，刑事訴訟法第四百四十七條規定甚明。被告某甲基於概括犯意，自民國九十四年二月二十一日起至同年五月二十九日止，連續於原判決附表編號1至4所示時、地，持自備鑰匙，竊取謝○○、黃○○、洪○○、鍾○○所有之機車四輛，先後被警查獲，前經原審法院撤銷同院九十四年度簡字第一二九八號第一審簡易程序判決，改依通常程序審理，於九十四年六月二十

四日以九十四年度簡上字第二五一號為第二審判決被告連續竊盜，累犯，處有期徒刑一年二月，並應於刑之執行前，令入勞動場所強制工作三年確定。惟此九十四年度簡上字第二五一號第二審確定判決違背法令，前經本院於九十六年九月十三日以九十六年度台非字第二一八號撤銷，發回原審法院依判決前之程序更為審判，有歷審判決在卷可稽。依上揭說明，原審更為審判時，自不得諭知較重於原確定判決之一年二月有期徒刑，然原判決竟判處有期徒刑二年，顯然違背法令。又中華民國九十六年罪犯減刑條例第三條第一項第十五款規定犯刑法第三百二十條之罪，經宣告逾有期徒刑一年六月以上之刑者，不予減刑，原確定判決既判處被告有期徒刑二年，竟予減刑，亦屬違法。非常上訴意旨執以指摘原判決違背法令，洵有理由。原判決違法減刑部分，雖非不利於被告，但判處有期徒刑二年部分，顯於被告不利，案經確定，應由本院將原確定判決撤銷，由原審法院依判決前之程序更為審判，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項前段，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 八 年 二 月 十 九 日

【第七十二案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第447條第2項前段。

智慧財產案件審理法施行細則 第5條第2項。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令。又判決不載理由或所載理由矛盾者，其判決當然違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條、第三百七十九條第十四款分別定有明文。再科刑之判決書其宣示之主文，與所載之事實及理由必須互相適合，否則即屬理由矛盾，其判決當然為違背法令（最高法院六十四年台上字第八九三號判例參照）。查原判決事實欄記載緣鍾○○（未據起訴）係○○科技股份有限公司（下稱○○公司）之實際負責人，明知亞○○國際企業有限公司（下稱亞○○公司）所有之『車輛影音系統之手工繪圖』（詳如附件二）係由亞○○公司員工李○○所繪製創作完成之圖形著作並約定由僱用人亞○○公司享有著作財產權之圖形著作，竟於民國九十年六至八月間與亞○○公司洽購其所研發之汽車頭枕電視，並由該公司員工李○○持該公司之目錄向○○公司介紹，而有機會接觸如附件一、二、三之設計圖後，即未經著作財產權人之授權同意，擅自將亞○○公司所享有著作權之上揭『車輛影音系統之手

工繪圖』圖形著作物，以除去其上原有『WD C-12V POWER』、『主電纜線』、『選台器』字樣之方式加以重製，並登載於○○公司所製作之大客車數位影音錄影系統型錄之『座椅側立面圖』，以製作成○○公司之產品型錄，而侵害亞○○公司之著作財產權。嗣於九十一年八月間，○○亨公司員工李○○至 XX 國際汽車股份有限公司（下稱 XX 公司）推銷○○亨公司所開發之遊覽車內部電視設計及組裝產品時，經 XX 公司副總經理陳○○拿出○○公司業務所提供之單張目錄，始悉上情。而判決理由則謂：『……被告公司九十年六至八月間行為後，著作權法第九十一條，分別於九十二年七月九日、九十三年九月一日、及第一百零一條於九十二年七月九日、九十五年五月三十日修正公布，經比較行為時法、中間時法、裁判時法之結果，依前開說明，應以被告公司受僱人行為時法即八十七年一月二十一日修正公布之著作權法第九十一條、第一百零一條之規定較有利於被告公司，應依刑法第二條第一項規定予以適用。即依九十三年九月一日修正公布前即九十年十一月二日修正（未修正第九十一條、第一百零一條）公布施行之著作權法規定論處。公訴人認被告公司係犯九十三年九月一日修正公布之著作權法第九十一條、第一百零一條之罪，尚有誤會，應予更正。……爰審酌被告公司因其受僱人即證人鍾○○擅自以重製之方法侵害他人之著作權，自應依著作權法第一百零一條第一項規定，對被告公司處以同法第九十一條第一項之罰金等一切

情狀，量處罰金新台幣（下同）十萬元，並依中華民國九十六年罪犯減刑條例第二條第一項第三款、第七條之規定減為罰金五萬元。」（見判決第六頁）。原判決事實欄，並未認定被告係常業犯，理由欄亦未說明被告係犯九十一年十一月二日著作權法第九十四條之以犯同法第九十一條為常業之罪，本件原判決主文竟記載『○○科技股份有限公司因受雇人執行業務，犯擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權為常業之罪，處罰金新台幣十萬元，減為罰金五萬元』，依上開說明，顯有判決宣示之主文，與所載之事實及理由矛盾之違背法令情事。

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 九十八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 ○○科技股份有限公司
代 表 某甲

上列上訴人因被告違反著作權法案件，對於台灣高等法院中華民國九十七年十一月二十日第二審確定判決（九十七年度上易字第九一五號，起訴案號：台灣桃園地方法院檢察署九十四年度偵續一字第五號），認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於○○科技股份有限公司部分撤銷，由智慧財產法院依判決前之程序更為審判。

理 由

非常上訴理由(見前二)

本院按判決不載理由或所載理由矛盾者，其判決當然違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第十四款定有明文。而科刑之判決書其宣示之主文與所載之事實及理由必須互相適合，否則即屬理由矛盾。本件原確定判決主文第二項諭知被告○○公司因受雇人執行業務，犯擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權為常業之罪。但判決內並未就被告之受雇人如何為常業犯之事實明白認定，亦未說明被告之受雇人係常業犯之理由，其所宣示之主文與事實及理由之記載自有不相適合之矛盾，而該矛盾已致適用法令違誤，顯然於判決有影響，自屬刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款之判決違背法令。案經確定，且原判決上述違誤影響於事實之確認，復於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由。又智慧財產法院組織法、智慧財產案件審理法於民國九十六年三月二十八日制定公布，自九十七年七月一日施行；智慧財產法院亦於九十七年七月一日成立。依智慧財產法院組織法第一條規定，為保障智慧財產權，妥適處理智慧財產案件，促進國家科技與經濟發展，特制定本法。考其立法意旨，旨在將有關智慧財產權訴訟之民事第一、二審、刑事第二審及行政訴訟第一審，集中由智慧財產法院管轄，透由技術專家協助及營業秘密保護等特殊程序，強化智慧財產訴訟之專業化處理機制，促進智慧財產權紛爭之一次解決，避免裁判歧異，

以達其妥適處理智慧財產案件並增進科技、經濟發展之目的。是關於智慧財產刑事第二審訴訟之審判事務，由智慧財產法院依智慧財產法院組織法之規定掌理之。復依智慧財產案件審理法第一條前段之規定，智慧財產案件之審理，依該法之規定。而智慧財產案件審理法施行細則第五條第二項亦規定：「本法施行前已繫屬於最高法院之智慧財產刑事案件，或本法施行後不服高等法院裁判之刑事案件，經最高法院撤銷者，除由最高法院自為裁判者外，應發交智慧財產法院或依刑事訴訟法第三百九十九條但書規定逕行發交第一審法院裁判」。是自九十七年七月一日起，智慧財產刑事案件，除因原審判決諭知管轄錯誤、免訴或不受理係不當而經本院撤銷，於必要時得逕行發交第一審法院外，其餘智慧財產刑事案件經本院撤銷，且非由本院自為裁判者，應發交智慧財產法院。非常上訴審受理之智慧財產刑事案件，於智慧財產法院組織法、智慧財產案件審理法施行後，雖未就其依刑事訴訟法第四百四十七條第二項關於「將原判決撤銷，由原審法院依判決前之程序更為審判」之情形，為特別規定。然非常上訴，乃對於審判違背法令之確定判決所設之非常救濟程序，智慧財產刑事案件之原審確定判決違背法令，而不利於被告並有維持被告審級利益之必要者，依同一法理並參酌前揭立法精神，經本院撤銷後即應由與原審法院同審級之專屬法院即智慧財產法院依判決前之程序更為審判。本件原判決關於○○公司部分既有違誤且影響於事實之確認，又於被告不利，為期事實臻於翔實真確及維持被告之審級利益，智慧財產案件審理法既已公布施行，依上開說明，自應由本

院將原判決關於○○公司部分撤銷，由智慧財產法院依判決前之程序更為審判，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項前段，智慧財產案件審理法施行細則第五條第二項，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 八 年 三 月 二 十 六 日

【第七十三案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第477條第1項第1款但書。
刑 法 第51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；又聲請定應執行刑之裁定，與科刑判決有同等效力，其確定裁定違背法令者，自得提起非常上訴。復按數罪併罰，依刑法第五十三條應依刑法第五十一條第五款至第七款之規定，定其應執行之刑者，由該案犯罪事實最後判決之法院檢察官聲請該法院裁定之，刑事訴訟法第四百七十七條第一項規定甚明。所謂該案犯罪事實最後判決之法院，係指最後審理事實諭知罪刑之法院而言，若未經言詞辯論（即未審理犯罪事實）逕為程序上之判決者，則該院自非該案犯罪事實最後判決之法院，即無權受理定其應執行之刑，其受理並以裁定應執行之刑，顯屬違背法令。有最高法院八十五年度台非字第三三四號判決及九十三年度台非字第一六〇號判決意旨可供參照。

二、台灣台南地方法院九十七年度聲字第二〇八〇號確定裁定，係以本件聲請裁定定其應執行刑案件，其中附表編號第1、2號所示之罪，其最後事實審法院分別為台灣

高雄地方法院、台灣高等法院台南分院，認其無管轄權而駁回聲請。惟查附表編號第2號所列受刑人施用第一級毒品罪，係台灣台南地方法院九十七年度訴字第七六九號判決處有期徒刑七月，經台灣高等法院台南分院九十七年度上訴字第七八九號判決上訴駁回，並經最高法院九十七年度台上字第五〇一二號判決上訴駁回確定。惟查台南高分院九十七年度上訴字第七八九號駁回上訴之判決，係以上訴未敘述具體理由，違背法律上之程式無可補正，且未經言詞辯論而為上訴駁回之程序上之判決。揆諸上開之說明，本件附表編號第2號之罪，其犯罪事實最後判決之法院應為台灣台南地方法院(九十七年度訴字第七六九號判決)。則本件聲請裁定定其應執行之刑案件(編號1最後事實審法院為台灣高雄地方法院判決日為九十七年三月二十八日，編號2最後事實審法院為台灣台南地方法院判決日為九十七年四月八日)其犯罪事實最後判決法院即為台灣台南地方法院，應由該院裁定定其應執行之刑。詎原審竟以無管轄權為由而為聲請駁回之裁定，其裁定自有適用法則不當之違背法令。

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

三、附錄

最高法院刑事判決 九十八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 某 甲

上列上訴人因被告數罪併罰定執行刑案件，對於台灣台南地方法院中華民國九十七年十一月十日確定裁定(九十七年度聲字第二〇八〇號)，認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原裁定撤銷。

某甲犯毒品危害防制條例二罪，所處如附表所示之刑，應執行有期徒刑拾壹月。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按：刑事訴訟法第四百七十七條第一項所定，數罪併罰應定其應執行之刑者，由該案犯罪事實最後判決之法院檢察官聲請該法院裁定之。而所謂該案犯罪事實最後判決之法院，係指最後審理事實諭知罪刑之第一、二審法院而言。又如上訴第二審法院，上訴不合法被駁回，或未及判決即撤回上訴者，因第二審法院未為該案犯罪事實最後之判決，自以原第一審法院為犯罪事實最後判決之法院。查本件台灣台南地方法院九十七年度聲字第二〇八〇號依上開法條聲請定其應執行之刑案件，其中附表編號2所列施用第一級毒品罪，由台灣台南地方法院判決處有期徒刑七月，雖經提起上訴，迭經台灣高等法院台南分院及最高法院駁回上訴，始告確定。惟各該上訴審均係以上訴未敘述具體理由，違背法律上之程式無可補正，而從程序上判決駁回上訴，並非最後審理事實、諭知罪刑之法院，亦即，該案犯罪事實最後判決之

法院仍為台灣台南地方法院。次查該編號2案件犯罪事實係台灣台南地方法院於民國九十七年四月八日判決，而附表編號1係台灣高雄地方法院於九十七年三月二十八日判決，是台灣台南地方法院為犯罪事實最後判決之法院，台灣台南地方法院對於定其應執行刑之聲請，當係案件管轄法院無疑。乃原裁定竟以原法院無管轄權而駁回檢察官之聲請，裁定確定，自有適用法則不當之違背法令。又此定執行刑之裁定，與科刑判決有同一效力，自得提起非常上訴。案經確定，且於受裁定人不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原裁定撤銷改判，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但書、刑法第五十一條第五款，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 八 年 二 月 十 二 日

【第七十四案】

一、關係條文

兒童及少年福利法 第 70 條第 1 項前段。
森 林 法 第 52 條第 1 項。
刑 法 第 11 條前段、第 28 條、第 41 條第
1 項前段、第 42 條第 3 項。
中華民國 96 年罪犯減刑條例 第 2 條第 1 項、第 7 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。次按刑法總則之加重，係概括性之規定，所有罪名均一體適用；刑法分則之加重，係就犯罪類型變更之個別犯罪行為予以加重，成為另一獨立之罪名。兒童及少年福利法第七十條第一項前段，其中與兒童、少年共同犯罪為共同正犯，其加重係概括性之規定，對一切犯罪皆有其適用，自屬刑法總則加重之性質；至故意對兒童、少年犯罪者之加重，係對被害人為兒童、少年之特殊性質，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，自屬刑法分則加重之性質。刑法分則加重刑罰之規定，係就常態之犯罪類型，變更其罪型，加重其法定刑，而成為另一獨立之罪，其罪名及構成要件與常態犯罪之罪名及構成要件應非相同。有罪之判決書，自應諭知其罪名及構成要

件，故兒童及少年福利法第七十條第一項前段「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」者，係屬刑法總則加重之性質（參照最高法院九十二年一月七日九十二年度第一次刑事庭會議決議意旨）。

- 二、本件原判決認定：被告某甲與其十四歲以上未滿十八歲之表弟吳○森、吳○旋共同意圖為自己不法之所有，基於竊取森林主產物之犯意聯絡，於民國九十六年三月二十六日十七時三十分許，由某甲駕駛車號Q九一〇〇〇〇號自小貨車搭載吳○森、吳○旋，至台中縣大安溪事業區第一二七林班地內（GPS座標X：二四二七七八、Y：0000000），竊取森林主產物牛樟木二十二塊（價值共新台幣一萬九千六百零五元），得手後合力將之搬至上開自小貨車上並駛離該處。嗣於同日十九時三十分許，在台中縣和平鄉○○路○段一〇四號前為警查獲，並當場扣得前開牛樟木二十二塊（已發還）等情。因認被告所為，係犯森林法第五十二條第一項第四款、第六款之結夥二人以上竊取森林主產物，為搬運贓物，使用車輛罪。上述犯行，與吳○森、吳○旋有犯意聯絡與行為分擔，均為共同正犯。被告成年人而與十四歲以上未滿十八歲之少年共同實施犯罪，應依兒童及少年福利法第七十條第一項前段規定，加重其刑。依首開說明，係屬刑法總則加重之性質。而此所稱加重其刑至二分之一，僅為最高之規定，並無最低之限制，法院於二分之一以下範圍內如何加重，有自由裁量之餘地，並非

必加至二分之一始為合法。且上開規定既非法定刑之延長，即法定刑上限仍在五年以下，經依法減刑後，減為有期徒刑五月，已符合法定得易科罰金之要件。乃原判決竟認係屬刑法分則加重之性質，屬法定刑之延長。故被告所犯森林法第五十二條第一項第四款、第六款之罪，其法定刑為六月以上五年以下有期徒刑，再依兒童及少年福利法第七十條第一項前段規定加重法定刑後，最重本刑已逾有期徒刑五年，不符刑法第四十一條第一項前段所定得易科罰金之要件，爰不予諭知易科罰金之折算標準。依上開說明，此部分顯有判決適用法規不當之違背法令。

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

三、附錄

最高法院刑事判決 九十九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

上列上訴人因被告違反森林法案件，對於台灣台中地方法院中華民國九十七年一月十八日第一審確定判決（九十六年度訴字第一九八六號；起訴案號：台灣台中地方法院檢察署九十六年度少連偵字第三七號），認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於減刑後不得易科罰金違法部分撤銷。

某甲成年人與少年結夥二人以上竊取森林主產物，為搬運贓物，使用車輛，處有期徒刑拾月，併科罰金新台幣伍萬元；減為有期徒刑伍月，併科罰金新台幣貳萬伍仟元，徒刑如易科罰金，以新台幣壹仟元折算壹日，罰金如易服勞役，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，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又刑法總則之加重，係概括性之規定，所有罪名均一體適用；刑法分則之加重，係就犯罪類型變更之個別犯罪行為予以加重，成為另一獨立之罪名。兒童及少年福利法第七十條第一項前段，其中與兒童、少年共同犯罪為共同正犯，其加重係概括性之規定，對一切犯罪皆有其適用，自屬刑法總則加重之性質；至故意對兒童、少年犯罪者之加重，係對被害人為兒童、少年之特殊性質，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，自屬刑法分則加重之性質。經查，原判決認被告某甲結夥二人以上竊取森林主產物，為搬運贓物，使用車輛犯行，與十四歲以上未滿十八歲之少年吳○森、吳○旋有犯意聯絡及行為分擔，均為共同正犯。被告成年人而與十四歲以上未滿十八歲之少年共同實施犯罪，應依兒童及少年福利法第七十條第一項前段規定，加重其刑。依首開說明，係屬刑法總則加重之性質。既非刑法分則加重之性質，所犯森林法第五十二條第一項第四款、第六款之罪，其法定刑之上限仍在五年以下，經依法減刑為有期徒刑五月，已符合法定得易

科罰金之要件，原確定判決未查，遽認屬刑法分則加重之性質，其最重本刑已逾有期徒刑五年，不予諭知易科罰金之折算標準，即有適用法則不當之違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決關於被告減刑後不得易科罰金部分撤銷，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，森林法第五十二條第一項第四款、第六款，兒童及少年福利法第七十條第一項前段，刑法第十一條前段、第二十八條、第四十一條第一項前段、第四十二條第三項，中華民國九十六年罪犯減刑條例第二條第一項第三款、第七條，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 九 年 三 月 二 十 五 日

【第七十五案】

一、關係條文

- 少年事件處理法 第 2 條、第 3 條、第 18 條第 1 項、
第 27 條第 1 項。
刑事訴訟法 第 303 條、第 447 條第 1 項第 1 款但
書。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，又案件有起訴之程序違背規定者，應諭知不受理之判決，刑事訴訟法第三百七十八條、第三百零三條第一款分別定有明文。又少年有觸犯刑罰法律之行為者由少年法院依少年事件處理法處理之，但少年法庭調查結果，認為少年犯最輕本刑為五年以上有期徒刑以上刑之罪者，應以裁定移送於有管轄權之法院檢察官；該法所稱少年係指十二歲以上十八歲未滿之人，亦為少年事件處理法第三條第一款、第二十七條第一項第一款、第二條所明定。是少年犯罪原則應由少年法庭處理（即少年法庭先議權），必於少年法庭裁定移送後，受移送之檢察官始能偵辦。本件原判決認定被告某甲自民國九十五年十月十日二十二時許，至翌日凌晨四時止，在台中縣豐原市『○○網咖』內，使用電腦網際網路公開刊登足以引誘或暗示他人與人性交易之訊息，觸犯兒童及少年性交易防制條例第二十九條之罪等情。因被告某甲為警查獲時，冒名已滿二十

歲七十六年三月三十日出生之『蔡○○』年籍資料應訊，檢察官未察而依『蔡○○』之姓名、出生年月日、身分證統一編號、住所，於九十七年二月十八日逕行聲請簡易判決處刑，而於九十七年二月二十六日送卷繫屬原審法院。惟查被告某甲係七十八年八月二十四日生，有其年籍資料及原審九十八年二月十二日之更正裁定在卷可稽。被告某甲犯罪行為時既係未滿十八歲之少年，依上開法條規定及說明，應由少年法院依據少年事件處理法先行處理，因此，本件檢察官之起訴程序顯然違反規定，原審理應從程序上諭知不受理，竟仍為論罪科刑之實體判決，自有適用法則不當之違法。案經確定，且於被告不利。爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十八年度台非字第一五六號
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兒童及少年性交易防制條例案件，對於台灣台中地方法院中華民國九十七年三月十二日第一審確定簡易判決（九十七年度豐簡字第一七七號，聲請簡易判決處刑案號：台灣台中地方法院檢察署九十七年撤緩偵字第七四號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文
原判決撤銷。
本件公訴不受理。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按起訴之程序違背規定者，應諭知不受理之判決；而檢察官審酌案件情節認為宜以簡易判決處刑者，應即以書面為聲請，其聲請與起訴有同一之效力；刑事訴訟法第三百零三條第一款、第四百五十一條第一項、第三項定有明文。又少年有觸犯刑罰法律之行為者，由少年法院依少年事件處理法處理之；而檢察官、司法警察官或法院於執行職務時，知有此事件者，應移送該管少年法院；少年事件處理法第二條、第三條第一款、第十八條第一項亦分別規定甚明。另少年觸犯刑罰法律，於滿十八歲後，始經報告、移送或請求少年法院之事件，仍由少年法院依八十九年二月四日修正之少年事件處理法第三章之規定處理。但事件繫屬後已滿二十歲者，少年法院應以裁定移送有管轄權之法院檢察署檢察官；少年事件處理法施行細則第三條之一亦定有明文。本件被告某甲係七十八年八月二十四日生，於九十五年十月十日二十二時起至翌日（十一日）上午四時止，被警上網查獲，在台中縣豐原市「○○○網咖」，使用網際網路連結「中部人聊天室-UTHOME 聊天室」（網址：<http://chat.fl.com.tw/uthome>）網站，公開張貼作者署名為「155/70 援來是你」等足以引誘或暗示他人與人為性交易之訊息，被告為上開觸犯刑罰法律之行為時，為十二歲以上未滿十八歲之少年，自應由少年法院依少年事件處理法處理。惟檢察官對被告冒用已滿二十歲之「蔡○○」名應訊未予發覺，於九十七年二月十八日聲請簡易判決處刑，而於同月二十六日繫屬原審法院。是原審

法院受理時，被告已滿十八歲，但未滿二十歲，依上開說明，檢察官聲請簡易判決處刑之程序有違規定，原審法院未予詳察，仍予受理，依簡易程序判處被告有期徒刑貳月，如易科罰金，以新台幣壹仟元折算壹日，減為有期徒刑壹月，如易科罰金，以新台幣壹仟元折算壹日，其判決自屬違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴執以指摘，為有理由，應由本院將原判決撤銷，另行判決諭知不受理，以資救濟。據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書、第三百零三條第一款，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 八 年 五 月 二 十 七 日

【第七十六案】

一、關係條文

少年事件處理法	第 83 條之 1 第 1 項。
刑 法	第 28 條、第 51 條、第 325 條第 1 項、 第 339 條之 2 第 1 項。
刑 事 訴 訟 法	第 447 條第 1 項第 1 款但書。

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，三年後再犯有期徒刑以上之罪者，因視為前未曾受各該刑之宣告，自不能以累犯論擬（最高法院九十九年度台非字第一七一號判決參照）。經查，本件被告某甲於九十一年五月間犯搶奪、誣告等罪時，係十四歲以上未滿十八歲之少年，經台灣高雄少年法庭判處有期徒刑一年二月、四月，應執行有期徒刑一年五月確定，於九十二年八月二十八日假釋出監，並交付保護管束，復於九十二年十月十九日假釋期滿未經撤銷，視為執行完畢，有台灣高雄少年法院九十一年度少訴字第三十九號判決書影本及全國刑案資料查註表在卷可稽。被告於九十六年五月二日再犯本件

搶奪及共同非法由自動付款設備取財罪時，已在前案執行完畢三年以後，依上揭規定，既視為未曾受刑之宣告，即不得再論以累犯，原確定判決不查，遽依累犯規定對被告論處並加重其刑，自有適用法則不當之違法。案經確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇〇年度台非字第一二號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告搶奪等罪案件，對於台灣高雄地方法院中華民國九十六年十月九日第一審確定判決(九十六年度訴字第二八二三號，起訴案號：台灣高雄地方法院檢察署九十六年度偵字第一七一二七號)，認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於某甲部分撤銷。

某甲共同犯搶奪罪，處有期徒刑壹年；又共同犯非法由自動付款設備取財罪，處有期徒刑伍月，應執行有期徒刑壹年肆月。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又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，三年後再犯有期徒刑以上之罪者，因視為前未曾受各該刑之宣告，自不能以累犯論擬。查被告某甲係民國七十三年八月二十日生，有卷內年籍資料可按，其前因搶奪、誣告等案件，經台灣高雄少年法院於九十一年九月三十日以九十一年度少訴字第三九號刑事判決判處有期徒刑一年二月、四月，應執行有期徒刑一年五月，判決確定後入監執行於九十二年八月二十八日假釋出監，並交付保護管束，於九十二年十月十九日假釋期滿未經撤銷，視為執行完畢，有判決書及全國刑案資料查註表可稽。其犯上開搶奪、誣告等罪時，係十四歲以上未滿十八歲之少年，則其所犯上開之罪於九十二年十月十九日執行完畢，迄九十五年十月十九日即因屆滿三年，而視為未曾受該刑之宣告。被告於九十六年五月二日再犯本件之搶奪、非法由自動付款設備取財等罪，距其所受上開搶奪、誣告罪刑之執行完畢後已滿三年，依上述規定，應視為未曾受該刑之宣告，則其所犯本件搶奪等罪，自不構成累犯。原確定判決不查，遽依累犯規定對被告論處並加重其刑，自屬判決違背法令。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨執以指摘原判決違法，為有理由，應由本院將原判決關於被告部分撤銷，另行依法判決如主文第二項所示，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，刑法第二十八條、第三百二十五條第一項、第三百三十九條之二第一項、第五十一條第五款，判決如主文。

中 華 民 國 一 〇 〇 年 一 月 二 十 七 日

【第七十七案】

一、關係條文

槍砲彈藥刀械管制條例 第 18 條第 1 項。

刑 法 第 55 條、第 62 條前段。

刑 事 訴 訟 法 第 378 條。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又依槍砲彈藥刀械管制條例第十八條第一項規定：犯本條例之罪自首，並報繳其持有之全部槍砲、彈藥、刀械者，減輕或免除其刑。查本件原判決以：被告某甲已知可發射子彈具有殺傷力之由德國製手槍WALTHER廠P八八型金屬模型槍車通槍管內阻鐵而成之改造槍（槍枝管制編號：0000000000，含彈匣一只）一支、及具有殺傷力之非制式子彈五顆等物，係綽號『阿嫂』之人交由謝○○（原名謝○○）保管，竟仍基於與謝○○共同寄藏可發射子彈具有殺傷力之改造手槍及具殺傷力之子彈之犯意聯絡，與謝○○共同將該槍、彈攜回某甲上開住處，並藏放在該處二樓其與謝○○同住之房間抽屜內。被告某甲係分別犯槍砲彈藥刀械管制條例第八條第四項之未經許可，寄藏可發射子彈具有殺傷力之改造槍枝罪及同條例第十二條第四項之未經許可，寄藏子彈罪。被告某甲以一寄藏行為同

時觸犯上開槍砲彈藥刀械管制條例第八條第四項及同條例第十二條第四項之罪，為想像競合犯，應依刑法第五十五條之規定，從一重論以槍砲彈藥刀械管制條例第八條第四項之未經許可，寄藏可發射子彈具有殺傷力之改造槍枝罪。被告某甲上訴否認共同寄藏改造槍枝為無理由，駁回被告之上訴，固非無見。

二、惟證人許○○於原審結證稱：『（辯護人問：九十七年九月十五日當時通知被告某甲到案？）當天是憲兵隊發通知請他到案的。（辯護人問：當時憲兵隊通知他到案是為何案製作筆錄？）是因為我們在查軍方遺失的手榴彈。（辯護人問：上開製作的筆錄內某甲有提到手槍、子彈及槍機，當時是通知到案來瞭解犯行？）不是，是來製作筆錄的時候同意我們搜索，他坦承他家裡還有手槍及子彈，同意帶我們去搜索，才查獲手槍及子彈。（辯護人問：所以除了手榴彈以外的手槍、槍機、子彈，都是被告某甲自己主動供出的嗎？）是的。（檢察官問：某甲主動供出持有手槍、子彈之前，你們是否曾經懷疑他另持有槍彈？）我們在查緝的是手榴彈的部分，但是我們不知道他還有手槍、槍機、子彈的部分。』（見上訴審卷(二)第五至七頁）。應認被告某甲已自首持有手槍、子彈；且最高法院一○○年度台上字第七三四號判決就相同情形之槍機部分，以：『據高雄憲兵隊偵查員許○○於原審結證稱：軍方查遺失手榴彈，某甲主動供出其家裡還有槍機總成、子彈，同意我們搜索，我們查緝之對象是手榴彈，不知還有槍機總成等物（見原審卷

(二)第六至八頁)；謝○○於同年九月十六日上午九時十七分製作第四次筆錄補充詢問時供出該五支槍機總成係在服役時，向陸軍九〇七旅步三營營部連中尉副連長李○○以七千元購買(見高雄憲兵隊卷<十六>第二十九頁)，與某甲之供詞相符(見第二四二號偵查卷第二十頁)，而李○○於同日下午十四時四十分製作詢問筆錄時，亦坦承該五支槍機總成，係其賣予謝○○無誤(見同上偵查卷第七至十頁)。則該五支槍機總成之查獲，是否謝○○、某甲二人主動供出並帶同高雄憲兵隊人員，至現場挖掘起出，及依據其二人之供述而查獲上手李○○，即非無疑，似有查明之必要。事關其二人得否依前揭自首或自白之規定，減免其刑，原審未詳予調查審認，資為綜合判斷之依據，就上開有利謝○○、某甲之證據，復未敘明不採納之理由，遽為判決，自難昭折服，有證據調查未盡及判決理由不備之違誤。將原判決關於其二人持有槍砲之主要組成零件部分撤銷發回更審。』經台灣高等法院高雄分院一〇〇年度上更(一)字第四一號判決以：『據高雄憲兵隊偵查員許○○於原審結證稱：軍方查遺失手榴彈，某甲主動供出其家裡還有槍機總成、子彈，同意我們搜索，我們查緝之對象是手榴彈，不知還有槍機總成等物等情(見上訴審卷(二)第六至八頁)，足見被告某甲對於未發覺之犯罪(持有槍砲之主要組成零件罪)，向高雄憲兵隊承辦人員自首犯罪，並報繳其持有之槍機總成五支』，並依槍砲彈藥刀械管制條例第十八條第一項規定減輕其刑。乃原審未

詳予調查審認，資為綜合判斷之依據，適用槍砲彈藥刀械管制條例第十八條第一項規定減輕其刑或免除其刑，就上開有利被告某甲之證據，復未敘明不採納之理由，遽為判決，自有證據調查未盡、判決理由不備及判決不適用法則或適用不當之違背法令。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 一〇〇年度台非字第二三四號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被 告 某甲

上列上訴人因被告違反槍砲彈藥刀械管制條例等罪案件，對於台灣高等法院高雄分院中華民國九十九年九月二十八日第二審確定判決（九十九年度上訴字第七七三、七七七號，起訴案號：台灣高雄地方法院檢察署九十七年度偵字第二一七八五、二六五三〇、三二五五二號），認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於某甲寄藏改造槍枝部分撤銷，由台灣高等法院高雄分院依判決前之程序更為審判。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按非常上訴乃對於審判違背法令之確定判決所設之救濟方法。依法應於審判期日調查之證據，未予調查，致適用

法令違誤，而顯然於判決有影響者，該項確定判決，即屬判決違背法令，應有刑事訴訟法第四百七十七條第一項第一款規定之適用，司法院釋字第一八一號著有解釋。又槍砲彈藥刀械管制條例第十八條第一項前段規定：犯本條例之罪自首，並報繳其持有之全部槍砲、彈藥、刀械者，減輕或免除其刑。再刑法第六十二條前段規定：對於未發覺之罪自首而受裁判者，得減輕其刑。如犯人於他案受訊問時，對尚未被發覺之犯罪，一併予以供出而受裁判者亦屬此所稱之自首。本件原判決就被告某甲寄藏改造槍枝罪部分，認定被告已知可發射子彈具有殺傷力之由德國製手槍WALTHER廠P八八型金屬模型槍，車通槍管內阻鐵而成之改造手槍(含彈匣一只)一支及具有殺傷力之非制式子彈五顆等物，係綽號「阿嫂」之人交由謝○○(經原審判處罪刑確定)保管，竟於民國九十七年六月與謝○○共同將該槍、彈攜回被告住處，並藏放在該處二樓其與謝○○同住之房間抽屜內。嗣經被告同意於同年九月十五日下午六時七分許，帶同高雄憲兵隊前往上址執行搜索，當場查扣上開槍、彈等情。因而維持第一審依想像競合犯之規定，從一重論處被告未經許可，寄藏可發射子彈具有殺傷力之改造槍枝罪刑之判決，駁回被告此部分在第二審之上訴，固非無見。然證人即承辦本案之司法警察官許○○於原審結證稱：「憲兵隊係為調查軍方遺失之手榴彈，於九十七年九月十五日通知被告到案製作筆錄。於製作筆錄時，被告坦承家裡尚有手槍及子彈，願意帶同前去搜索，因之查獲手槍及子彈。除手榴彈以外之手槍、子彈，均係被告主動供出。其等係查緝手榴彈部分，但不知道被告還有手

槍、子彈」等情（見上訴審卷(二)第五至七頁）。參以被告係於九十七年九月十五日下午四時四十七分至同日下午五時五十分在高雄憲兵隊製作第一次詢問筆錄時，即已供述：其家中有一把銀色手槍及幾顆子彈置放其床下抽屜（見警卷第十六卷第四十一頁）。而被告係於上開筆錄製作完成後之同日下午六時七分許，始帶同高雄憲兵隊前往其住處執行搜索，當場查扣上開槍、彈，此又為原判決所確認。是證人許○○上開證述，如果無訛，被告似在憲警機關查緝軍方遺失手榴彈案件中，對於上開承辦人未發覺其家中藏放扣案手槍、子彈之犯罪，另行主動供出，並帶同憲警人員起獲其持有之上開槍、彈而報繳之。則被告究是否符合自首或槍砲彈藥刀械管制條例第十八條第一項前段之規定，自有詳查釐清之必要，而此事項攸關被告得否適用上開減刑規定之判斷，屬法院認定事實與適用法律之基礎，核與判決之結果發生具體之因果關係，而足以影響於判決，客觀上應有詳予調查之必要性。乃原審未為必要之調查及說明，自有應於審判期日調查之證據未予調查，致適用法令違誤，而顯然於判決有影響之判決違背法令，至為明顯。案經確定，且對被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由。而被告是否自首，並報繳其持有之全部槍、彈，因屬事實之認定範疇，為使事實臻於明確及維持被告審級利益，應將原判決關於被告寄藏改造槍枝部分撤銷，由原審法院依判決前之程序更為審判，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項前段，判決如主文。

中 華 民 國 一 〇 〇 年 八 月 十 八 日

【第七十八案】

一、關係條文

槍砲彈藥刀械管制條例 第 19 條第 1 項。

刑事訴訟法 第 310 條第 6 款。

二、非常上訴理由

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。又有罪之判決書，應於理由內記載諭知保安處分之理由，同法第三百十條第六款亦定有明文。另槍砲彈藥刀械管制條例（民國八十六年十一月二十四日修正公布）第十九條第一項固規定：『犯第七條、第八條、第十條、第十一條、第十二條第一項至第三項、第十三條第一項至第三項之罪，經判處有期徒刑者，應於刑之執行完畢或赦免後，令入勞動場所強制工作，其期間為三年』。惟司法院大法官會議基於憲法第八條規定之精神，作成釋字第四七一號解釋：『按人民身體之自由應予保障，憲法第八條設有明文。限制人身自由之法，其內容須符合憲法第二十三條所定要件，保安處分係對受處分人將來之危險性所為拘束其身體、自由等之處置，以達教化與治療之目的，為刑罰之補充制度。本諸法治國家保障人權之原理及刑法之保護作用，其法律規定之內容，應受比例原則之規範，使保安處分之宣告，與行為人所為行為之嚴重性，行為人所表現之危險性，及對於行為人未來行為之期待性相當。槍砲彈藥刀械管制條例第

十九條第一項規定，不問對行為人有無預防矯治其社會危險性之必要，一律宣付強制工作三年，限制其中不具社會危險性之受處分人之身體、自由部分，其所採措施與所欲達成預防矯治之目的及所需程度，不合憲法第二十三條所定之比例原則。犯上開條例第十九條所定之罪，不問對行為人有無預防矯治其社會危險性之必要，一律宣付強制工作三年部分，與本解釋意旨不符，應自本解釋公布之日起不予適用。犯上開條例第十九條第一項所列舉之罪，依個案情節符合比例原則部分，固應適用該條例宣告保安處分；至不符合部分而應宣告保安處分者，則仍由法院斟酌刑法第九十條第一項規定之要件，依職權為之，於此，自無刑法第二條第二項之適用，亦即仍有從新從輕原則之適用。』。是依上開解釋之意旨，對於犯槍砲彈藥刀械管制條例第十九條第一項所列舉之罪者，是否宣告保安處分及適用何法宣告保安處分，應依個案情節、犯罪人之危險性及保安處分之目的，具體認定之，並應於判決中詳述其認定之理由。查原判決就被告等所犯情節是否符合比例原則，並未在判決理由內為必要之論述，即逕依槍砲彈藥刀械管制條例第十九條第一項規定，宣告強制工作三年，顯有判決理由不備之違法（共同被告陳○○、王○○諭知保安處分部分，業經台灣高等法院八十九年度上訴字第七〇號判決撤銷改判）。案經判決確定，且不利於被告二人，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 九十九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

某乙

上列上訴人因被告等違反懲治盜匪條例案件，不服台灣板橋地方法院中華民國八十八年十二月七日第一審確定判決(八十八年度訴字第五三一號，起訴案號：台灣板橋地方法院檢察署八十七年度偵字第一四九八二號)，認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，由台灣板橋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：有罪之判決書，應記載諭知保安處分之理由；又判決不載理由者，其判決當然為違背法令，刑事訴訟法第三百十條第六款、第三百七十九條第十四款分別定有明文。查犯槍砲彈藥刀械管制條例第七條、第八條、第十條、第十一條、第十二條第一項至第三項、第十三條第一項至第三項之罪，經判處有期徒刑者，應於刑之執行完畢或赦免後，令入勞動場所，強制工作，其期間為三年，同條例第十九條第一項固有明文規定。然保安處分係對受處分人將來之危險性所為拘束其身體、自由等之處置，以達教化與治療之目的，為刑罰之補充制度。本諸法治國家保障人權之原理及刑法之保護作用，其法律規定之內容，應受比例原則之規範，使保安處分

之宣告，與行為人所為行為之嚴重性，行為人所表現之危險性，及對於行為人未來行為之期待性相當。槍砲彈藥刀械管制條例第十九條第一項所定，不問對行為人有無預防矯治社會危險性之必要，一律宣付強制工作三年，致限制其中不具社會危險性之受處分人之身體、自由部分，所採措施與所欲達成預防矯治之目的及所需程度，不合憲法第二十三條所定之比例原則，應自司法院大法官會議釋字第四七一號解釋公布之日起不予適用。但同條例第十九條第一項所列舉之罪，依個案情節審查符合比例原則部分，仍應適用該條例之規定宣告保安處分，業經司法院大法官會議於民國八十七年十二月十八日作成釋字第四七一號解釋有案。按槍砲彈藥刀械管制條例於八十六年十一月二十四日修正公布施行，而依原判決認定之事實，被告等係於八十七年七月十四日凌晨三時許，未經許可持有可發射子彈具有殺傷力之手槍及子彈，為警查獲。則被告等犯罪係在該條例修正公布施行後，上開司法院大法官會議解釋公布前。倘依個案情節認符合比例原則，仍應適用該條例宣告保安處分，其不符合比例原則者，如合於刑法第九十條第一項之規定，固非不可宣告強制工作，期間為三年以下。原判決論處被告等共同未經許可持有手槍罪刑（各處有期徒刑五年二月），併宣告被告等均應於刑之執行完畢或赦免後，令入勞動場所強制工作三年。就被告等所犯情節是否符合比例原則，於判決理由欄內未為任何論證說明，逕依槍砲彈藥刀械管制條例第十九條第一項規定，宣告強制工作三年，自有判決理由不備之違背法令。案經確定，且於被告等不利，非常上訴意旨執以指摘，為有理

由。為期事實之明確及維持被告等之審級利益，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，應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 九 年 五 月 二 十 七 日

【第七十九案】

一、關係條文

洗錢防制法	第3條、第11條、第12條、第14條。
貪污治罪條例	第10條。
證券交易法	第151條、第157條之1、第171條。
刑事訴訟法	第447條第2項。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又從刑附屬於主刑，除法律有特別規定者外，依主刑所適用之法律。（民國）八十五年十月二十三日制定公布之洗錢防制法，於第十二條第一項規定『犯本法之罪者，其因犯罪所得財物或財產上利益，除應發還被害人或第三人者外，不問屬於犯人與否，沒收之；如全部或一部不能沒收時，追徵其價額或以其財產抵償之』。故應發還被害人或第三人之財物而宣告沒收，或不應發還非被害人而發還非被害人，均有適用法則不當之違背法令，法條文義甚明，應無疑義。

二、本件事實係○○集團曾○○等因炒作○○○公司股票失利，於八十七年十一月二十四日凌晨，在○○集團內召開緊急會議，臨時決定自是日起就同年月二十一日起以人頭帳戶所買進之○○○公司股票，不履行交割義務，

讓其違約交割（買盤違約交割），及將同年月二十一日起以人頭帳戶賣出○○○公司股票所取得之股款（賣盤股款）領走，將之掩飾、隱匿。同時，於八十七年十一月二十四日當天上午，更一手將其手中以人頭戶及關係企業戶所持有之○○○股票全數賣出（同年月二十六日交割股票，取得股款）。另一手則以○○集團在台中商銀附設證券經紀商所開設之人頭戶及關係企業戶（○○國際投資股份有限公司、○○國際投資股份有限公司）之股票交易日大量委託買進○○○股票，然後將賣盤股款取走，並放任買盤違約交割，由台中商銀附設證券經紀商於同年月二十六日以自有資金辦理交割。而曾○○及其親友、○○集團之高階幹部等，於八十七年十一月二十四日凌晨或早上，因事先知悉足以影響○○○股價之重大消息，在該消息公開之前，於當日早上與曾○○共同或各自大量賣出中所持有之○○○股票，涉及內線交易行為，致使台中商銀附設證券經紀商因不知有該項重大消息，仍接受上開人頭戶及關係企業戶之委託買進（行紀關係之指示行為），以證券經紀商自己之名義買進○○○股票（買賣關係），並以自己之資金辦理交割，而受到因資訊不對稱之交易所致之損害。基此，曾○○及其親友、○○集團之高階幹部等於八十七年十一月二十四日早上為內線交易犯罪之行為人，而台中商銀附設證券經紀商為當日善意為相反買賣之人兼被害人，自得依證券交易法第一百五十七條之一第二項規定向曾○○及其親友、○○集團之高階幹部等內線交易行

為人求償。原審法院既認前開違反內線交易犯罪之被害人，係指被告某乙於八十七年十一月二十四日賣出○○○公司股票當日，在證券集中交易市場善意購買該公司股票之證券經紀商，則台中商銀附設證券經紀商即是違反內線交易犯罪之被害人，應堪認定，合先敘明。

- 三、本件原判決理由之論述，即可發現原判決關於沒收及發還被害人部分有理由矛盾及適用法則不當之違背法令，詳述如下：(一)、原判決理由(九)、(7)略謂八十五年十月二十三日制定公布之洗錢防制法第十二條第一項原規定『犯本法之罪者，其因犯罪所得財物或財產上利益，除應發還被害人或第三人者外，不問屬於犯人與否，沒收之。如全部或一部不能沒收時，追徵其價額或以其財產抵償之』。嗣於九十二年二月六日將前揭犯本法之罪者修正為犯第九條之罪者；於九十六年七月十一日又經修正，將該規定移列至第十四條第一項，並修正犯第九條之罪者為犯第十一條之罪者。是以，如認係洗錢犯罪，其因犯罪所得財物或財產上利益，有應發還被害人或第三人者，自不能逕為宣告沒收，除應於理由內敘明應發還被害人或第三人之意旨外，併應載明該洗錢犯罪之被害人或第三人、及其被害之金額等事項，始足為適用法律之依據。依九十一年二月六日修正施行前之證券交易法第一百五十七條之一第二項有關內線交易之歸入權，明定應就消息未公開前其買入或賣出該股票之價格，與消息公開後十個營業日收盤平均價格之差額限度內，對善意從事相反買賣之人負損害賠償責任。

所謂『善意從事相反買賣之人』於證券集中交易市場，乃指證券經紀商與證券自營商而言（證券交易法第一百五十一條參照），至於一般投資人，則適用前開證券交易法第一百五十七條之一第五項後段『第二十條第四項之規定，於第二項從事相反買賣之人準用之』之規定。準此，前開違反內線交易犯罪之被害人，係指被告某乙於八十七年十一月二十四日賣出○○○公司股票當日，在證券集中交易市場善意購買該公司股票之證券經紀商等人。則被告某甲、某乙所犯之洗錢罪，於沒收因他人內線交易犯罪所得財物時，自應先扣除應發還予被害人或善意第三人之部分，始為適法云云（見原判決第三十九頁第四行以下）。此段說明『證券經紀商』與『證券自營商』均是被害人，論述正確。（二）、原判決理由十二又略謂：依前述理由九、（7）之說明，違反內線交易犯罪之被害人，係指被告某乙於八十七年十一月二十四日賣出○○○公司股票當日，在證券集中交易市場善意購買該公司股票之證券經紀商（漏列自營商），經本院向台灣證券交易所股份有限公司函查結果：八十七年十一月二十四日有○○證券公司、○○證券公司等二家自營商有交易○○○股票，買進股數分別為七一九股、九〇〇股，購股總金額分別為（按：新台幣，下同）四萬八千六百四十七元、六萬零八百九十一元等情，有該公司九十八年十二月二日台證密字第 0980030544 號函及其所及之特定證商交易明細表在卷可憑，此應依修正前洗錢防制法第十二條第一項前段規定，應發還予被害

人，其餘之一億四千六百七十一萬九千五百三十二元，則應依同項之規定諭知被告二人連帶沒收之，如全部或一部不能沒收時，由被告二人連帶以其二人之財產抵償之云云（見原判決第四十三頁第六行以下）。從原判決以上理由之論述，明顯看出原審法院未將證券自營商及證券經紀商分辨清楚，理由(九)、(7)認違反內線交易犯罪之被害人，係指被告某乙於八十七年十一月二十四日賣出○○○公司股票當日，在證券集中交易市場善意購買該公司股票之證券經紀商及證券自營商。理由十二先認違反內線交易犯罪之被害人，係指被告某乙於八十七年十一月二十四日賣出○○○公司股票當日，在證券集中交易市場善意購買該公司股票之證券經紀商（見原判決第四十三頁第七行至第九行），後又認被害人只有自營商，即○○證券公司、○○證券公司等二家自營商，不包括證券經紀商，故僅將○○證券公司、○○證券公司等二家自營商交易○○○股票，買進股數分別為七一九股、九〇〇股，購股總金額分別為四萬八千六百四十七元、六萬零八百九十一元發還，其餘應發還證券經紀商部分未予查證，即全部宣告沒收（見原判決第四十三頁第十行以下）。其有理由矛盾及適用法則不當之違背法令，至為顯然。(三)、○○證券公司、○○證券公司等二家自營商交易○○○股票，買進股數分別為七一九股、九〇〇股，可知係買零股，零股之交易時間與客體不同於一般交易，零股係盤後（下午二點半）才搓合，以未滿一張（一千股）為客體，一般交易則以一張

為最低交易單位，故○○證券公司、○○證券公司等二家自營商交易○○○股票，買進股數分別為七一九股、九〇〇股絕對不是被告某乙於八十七年十一月二十四日賣出○○○公司股票四七七〇張當日，在證券集中交易市場善意購買該公司股票之善意從事相反買賣之人。故○○證券公司、○○證券公司等二家自營商交易○○○股票絕對不是被告某乙於八十七年十一月二十四日賣出○○○公司股票四七七〇張之被害人，顯而易見，事理至明。故原判決有不應發還非被害人○○證券公司、○○證券公司等二家自營商而發還之適用法則不當之違背法令。(四)、綜上所述，原判決將應發還被害人台中商銀附設證券經紀商等人之財物宣告沒收，將不應發還非被害人之○○證券公司、○○證券公司等二家自營商而發還，均有適用法則不當之違背法令。

- 四、應發還被害人或第三人之財物而宣告沒收，因如全部或一部不能沒收時，將對被告追徵其價額或以其財產抵償之，顯然對被告不利，附此敘明。
- 五、案經確定，於被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲
 某乙

九十九年度台非字第三四二號

上列上訴人因被告等違反洗錢防制法案件，對於台灣高等法院台中分院中華民國九十九年一月十八日第二審確定判決（九十八年度金上重更(三)字第三五號，起訴案號：台灣台中地方法院檢察署九十一年度偵字第一一九四一、一一九四三、二〇二〇一、二四五四四號），認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，由台灣高等法院台中分院依判決前之程序更為審判。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按：依法應於審判期日調查之證據，未予調查，致適用法令違誤，而顯然於判決有影響者，該項判決確定，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、第二項規定之適用。又從刑附屬於主刑，除法律有特別規定者外，依主刑所適用之法律。八十五年十月二十三日制定公布（八十六年四月二十三日施行）之洗錢防制法第十二條第一項規定「犯本法之罪者，其因犯罪所得財物或財產上利益，除應發還被害人或第三人者外，不問屬於犯人與否，沒收之。如全部或一部不能沒收時，追徵其價額或以其財產抵償之」（九十二年二月六日將前揭「犯本法之罪者」修正為「犯第九條之罪者」，九十六年七月十一日又經修正，將該規定移列至第十四條第一項，並修正「犯第九條之罪者」為「犯第十一條之罪者」），乃為避免犯罪者享有犯罪所得，爰規定因犯罪所得財物或財產上利益除應發還被害人或第

三人者外，一律沒收，且不能沒收時，追徵其價額或以其財產抵償。是以，如認係洗錢犯罪，其因犯罪所得財物或財產上利益，有應發還被害人或第三人者，自不能逕為宣告沒收，而應於理由內敘明應發還被害人或第三人之意旨，併應載明該洗錢犯罪之被害人或第三人及其被害之金額等項。而證券交易法第一百七十一條第一項第一款所定違反同法第一百五十七條之一第一項之規定，乃洗錢防制法第三條第一項第八款（修正前為第九款）所稱之重大犯罪，依九十一年二月六日修正施行前之證券交易法第一百五十七條之一第二項有關內線交易之損害賠償規定，明定應就消息未公開前其買入或賣出該股票之價格，與消息公開後十個營業日收盤平均價格之差額限度內，對善意從事相反買賣之人負損害賠償責任。所謂「善意從事相反買賣之人」於證券集中交易市場，乃指證券經紀商與證券自營商而言（證券交易法第一百五十一條參照），至於一般投資人，則適用前開證券交易法第一百五十七條之一第五項後段「第二十條第四項之規定，於第二項從事相反買賣之人準用之」之規定。從而掩飾他人因內線交易重大犯罪所得財物或財產上利益之洗錢行為者，於沒收因他人內線交易犯罪所得財物時，自應先扣除應發還予善意被害人或第三人之部分，始為適法。本件原確定判決既認定被告某甲、某乙共同基於掩飾、隱匿曾○○內線交易重大犯罪所得財物之犯意聯絡，由某乙於八十七年十一月二十四日接受曾○○之○○集團指示賣出該集團使用人頭帳戶之○○○股票總數四七七〇張，取得因內線交易重大犯罪而賣出股款金額一億四千六百八十二萬九千零七十

元，進而為如犯罪事實欄肆之洗錢行為，係犯八十六年四月二十三日施行之洗錢防制法第九條第一項之洗錢罪。則前開違反內線交易犯罪之被害人，自係指某乙於八十七年十一月二十四日賣出○○○股票當日，在證券集中交易市場善意購買該公司股票之證券經紀商等人。乃原審對於被告二人上開因洗錢犯罪所得之財物，有無應發還予當日因善意購買○○○股票之證券經紀商或其投資受害人或第三人，未向相關證券機構查證，即於原判決逕對其中之一億四千六百七十一萬九千五百三十二元，諭知被告二人連帶沒收，如全部或一部不能沒收時，由被告二人連帶以其等之財產抵償之。揆諸上開說明，該部分自有應調查之證據未予調查致適用法則不當之違法。案經確定，且於被告等不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，為期事實之明確及維持被告等之審級利益，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。又修正前洗錢防制法第十二條第一項之立法方式，與貪污治罪條例第十條所規定「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」（第一項）、「前項財物之全部或一部無法追繳時，應追徵其價額，或以其財產抵償之」（第二項），已明示所得財物，應予追繳，並依其情節分別「沒收」或「發還被害人」者不同。從而犯修正前洗錢防制法第九條之罪者，自不必於主文宣示「犯罪所得財物（或財產上利益），發還被害人」，而於理由內說明其意旨即可，附此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 九 年 十 二 月 九 日

【第八十案】

一、關係條文

家庭暴力防治法 第 15 條第 1 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。又家庭暴力防治法第十五條第一項規定：通常保護令之有效期間為一年以下，自「核發時起」生效。可知此係為保護家庭暴力之被害人，避免被害人在保護令核發後至送達前產生空窗期，故送達與否僅為被告是否知悉保護令內容之證明方式之一。查被告某甲坦承警方於九十七年七月六日有執行本件台灣彰化地方法院以九十七年度家護字第三三一號所核發之通常保護令，並知悉保護令內容，被告既明知保護令之內容，且該保護令自九十七年六月二十七日核發時起即生效，仍故意違反保護令中遠離被害人住居所之命令，業已構成違反保護令罪之犯行甚明。原判決未予審酌家庭暴力防治法第十五條第一項之規定，遽以保護令實際上未送達予被告為由，認定保護令對被告不生效力，判決被告無罪，顯然違反上開法條規定及保護令之立法意旨，自有判決不適用法則之違背法令。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十八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

上列上訴人因被告違反家庭暴力防治法案件，對於台灣高等法院台中分院中華民國九十八年四月三十日第二審確定判決（九十八年度上易字第五一六號，起訴案號：台灣彰化地方法院檢察署九十七年度偵字第一一三〇五號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於違背法令之部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又家庭暴力防治法第十五條第一項規定：通常保護令之有效期間為一年以下，自核發時起生效。其係保護令之程序關於通常保護令生效之特別規定，依家庭暴力防治法第二十條第二項規定，自應逕予適用，即通常保護令自核發時起生效，不再準用非訟事件法或民事訴訟法有關裁定生效之規定。至於通常保護令已否合法送達於當事人，係屬審酌當事人抗告期間能否起算之事項，而與其生效與否不生影響；又於通常保護令生效後，倘相對人猶不知通常保護令所定內容，而有違反通常保護令之行為，應否成立家庭暴力防治法第六十一條之違反保護令罪，

核屬判斷相對人有無犯罪故意之範疇，應予辨明。本件原確定判決理由說明台灣彰化地方法院於民國九十七年六月二十七日核發九十七年度家護字第三三一號民事通常保護令，應依家庭暴力防治法第二十條第一項規定，準用民事訴訟法有關裁定送達之規定。而上開通常保護令核發後，彰化縣警察局田中分局警員於執行時，雖已告知相對人即被告某甲該通常保護令之內容，然迄未合法送達於被告，尚未對被告發生效力，被告縱有實行違反通常保護令所定有關應遠離被害人住居所至少一百公尺之行為，仍不能成立家庭暴力防治法第六十一條第四款之違反保護令罪，因而撤銷第一審之科刑判決，改判諭知被告無罪，揆之首開說明，核有判決適用法則不當之違法。又原判決雖非不利於被告，但所涉及法律見解具有原則上之重要性，與統一法令適用有關，應認有提起非常上訴之必要。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由。惟原判決既非不利於被告，應由本院將原判決關於上述違背法令之部分撤銷，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 九 十 八 年 八 月 十 三 日

【第八十一案】

一、關係條文

毒品危害防制條例	第 5 條第 1 項、第 2 項、第 18 條第 1 項、第 19 條第 1 項。
刑 法	第 2 條第 1 項、第 11 條、第 28 條、第 38 條第 1 項、第 55 條。
刑 事 訴 訟 法	第 378 條、第 447 條第 1 項第 1 款但書。

二、非常上訴理由

- 一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又依刑法第四十七條之規定，累犯之成立，必須曾受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，始足當之。又裁判確定前犯數罪者，併合處罰之；數罪併罰，宣告多數有期徒刑者，於各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下，定其刑期，同法第五十條、第五十一條第五款前段分別定有明文。故刑法第四十七條所謂執行完畢，就數罪併罰案件，係指所定之執行刑執行完畢而言。如於定執行刑之前，有部分犯罪先行確定，而先予執行，仍應於數罪之裁判均確定後，依刑法規定，定其應執行之刑，俟檢察官指揮執行其應執行之刑時，再就形式上已執行部分，予以折抵扣除，不能謂

先前確定之罪，已經執行完畢。此亦有貴院九十八年度台非字第二六〇號判決可資參照。

二、經查，本件受刑人某甲前因贓物案件，經台灣高等法院台中分院以八十六年度上易字第一〇五三號判處有期徒刑六月，並依中華民國九十六年罪犯減刑條例減刑為有期徒刑三月確定，又受刑人另因連續非法吸用化學合成麻醉藥品案件經台灣高等法院台南分院八十六年度上訴字第一七〇三號判處有期徒刑三月，又受刑人另因共同連續非法販賣化學合成藥品案件經該院以八十六年度上訴字第一七〇三號判處有期徒刑五年六月，上開三罪復經九十九年度聲字第一〇二一號刑事裁定定其應執行刑為有期徒刑六年二月確定，嗣經台灣雲林地方檢察署以一〇〇年度執更字第六〇號執行指揮書發監執行，刑期自八十八年五月十四日起算（入監日期八十八年五月二十日）嗣並接續執行偽造文書罪十月，總刑期為七年，於九十一年四月八日因縮短刑期假釋出監，經重新審核後仍符合假釋要件，其保護管束終結日期變更為九十四年二月二十六日，此有該署一〇〇年度執更水字第六〇號執行指揮書、受刑人刑案資料查註表、法務部一〇〇年三月七日法授矯字第10001043691號函、法務部矯正署彰化監獄一〇〇年三月七日及三月二十三日影監教字第1006100205號、1006100248號函附卷可稽，是受刑人所犯前開贓物罪部分僅得折抵扣除而已，於受刑人於九十一年十二月八日再犯本案時尚未執行完畢，自與累犯要件不合，乃原審未予詳查，竟認

受刑人前於八十五年間，因贓物等案件，經台灣高等法院臺中分院以八十六年度上易字第一〇五三號判決判處有期徒刑六月確定，嗣於八十七年三月三日執行完畢，遂論以累犯，並加重其刑，自有判決適用法則不當之違法。案經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇〇年度台非字第一三八號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被 告 某甲

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，對於台灣高等法院台南分院中華民國九十五年九月十九日第二審確定判決（九十五年度上訴字第一三一號，起訴案號：台灣台南地方法院檢察署九十一年度偵字第一三〇五三號），認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決及第一審判決均撤銷。

某甲共同意圖販賣而持有第一級毒品，處有期徒刑貳年。扣案之第一級毒品海洛因肆包（驗餘淨重壹百參拾點肆伍公克）、第二級毒品安非他命玖包（驗餘淨重貳佰捌拾柒點玖壹公克），均沒收銷燬；包裝袋拾參個、分裝夾鏈袋玖拾陸個、電子磅秤壹台，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。又依刑法第四十七條之規定，累犯之成立，必須曾受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，始足當之。又裁判確定前犯數罪者，併合處罰之；數罪併罰，宣告多數有期徒刑者，於各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下，定其刑期，同法第五十條、第五十一條第五款前段分別定有明文。故刑法第四十七條所謂執行完畢，就數罪併罰案件，係指所定之執行刑執行完畢而言。如於定執行刑之前，有部分犯罪先行確定，而先予執行，仍應於數罪之裁判均確定後，依刑法規定，定其應執行之刑，俟檢察官指揮執行其應執行之刑時，再就形式上已執行部分，予以折抵扣除，不能謂先前確定之罪，已經執行完畢。查原判決認定被告某甲前於民國八十五年間，因贓物等案件，經台灣高等法院台中分院以八十六年度上易字第一〇五三號判決判處有期徒刑六月確定，嗣於八十七年三月三日執行完畢。另因違反麻醉藥品管理條例及偽造文書等案件，經該院及台灣高等法院台中分院分別以八十六年度上訴字第一七〇三號判決、八十九年度上訴字第一三九〇號判決，各判處有期徒刑五年八月、十月確定，並接續執行。嗣於九十一年四月八日假釋出監，且應於九十四年三月十七日假釋期滿，固有原判決當時卷附之台灣高等法院被告前案紀錄表可憑。惟依該前案紀錄表所載，上開贓物案件係於八十六年六月二十五日判決確定，而違反麻醉藥品管理條例案件（非法吸用及非法販

賣化學合成麻醉藥品)，則係於八十六年三月十七日始分案偵查(台灣雲林地方法院檢察署八十六年度偵字第一三四二號)，並於八十六年五月八日起訴，而於八十七年一月二十二日(非法吸用部分)及八十七年三月二日(非法販賣部分)分別確定(見第一審卷第二〇、二一頁、原審卷第一九、二〇頁)。由該項記載可知，被告違反麻醉藥品管理條例之犯罪時間顯然係在贓物案件判決確定之前，所犯贓物罪與非法吸用化學合成麻醉藥品、非法販賣化學合成麻醉藥品間屬數罪併罰，而有二裁判以上，即有依刑法第五十三條、第五十一條第五款定其應執行刑之原因。故本件縱因檢察官遲至九十九年十二月間始聲請就該應併罰之數罪定其應執行之刑，但依第一審及原審審理當時之卷證資料，當可知悉該贓物罪部分雖已先行執行，惟因前述應數罪併罰之非法吸用化學合成麻醉藥品及非法販賣化學合成麻醉藥品罪，均已判決確定，且依法須定其應執行之刑，則在所定應執行刑執行期滿前，該贓物罪部分，仍不能謂已執行完畢。故被告於九十一年十二月八日，再犯本件意圖販賣而持有毒品罪時，該贓物罪所處之刑，不能認為已經執行完畢，自無累犯規定之適用。第一審未盡詳察，誤認已執行完畢，遽以累犯論科(處有期徒刑十二年六月)，即有適用法則不當之違背法令。原審未加糾正，仍予維持，同屬違誤。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，爰將原判決及第一審判決均撤銷，另行判決如主文第二項所示，以資救濟。據上論結，應依刑事訴訟法第四百七十七條第一項第一款但書，毒品危害防制條例第五條第一項、第二項、第十八條第

一項前段、第十九條第一項，刑法第二條第一項前段、第十一條前段、第二十八條、第五十五條前段、第三十八條第一項第二款，判決如主文。

中 華 民 國 一 〇 〇 年 五 月 十 九 日

【第八十二案】

一、關係條文

毒品危害防制條例	第 10 條、第 20 條、第 23 條。
保安處分執行法	第 4 條之 1
刑事訴訟法	第 303 條、第 378 條。

二、非常上訴理由

- 一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。次按犯毒品危害防制條例第十條之罪者，檢察官應聲請法院裁定，或少年法院（地方法院少年法庭）應先裁定，令被告或少年入勒戒處所觀察、勒戒，其期間不得逾二月。觀察、勒戒後，檢察官或少年法院（地方法院少年法庭）依據勒戒處所之陳報，認受觀察、勒戒人無繼續施用毒品傾向者，應即釋放，並為不起訴之處分或不付審理之裁定。觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放後，五年內再犯第十條之罪者，檢察官或少年法院（地方法院少年法庭）應依法追訴或裁定交付審理。毒品危害防制條例第二十條第一項、第二項前段、第二十三條第二項分別定有明文。是以初次施用第一、二級毒品犯行，經執行觀察、勒戒而無繼續施用毒品傾向者，須由檢察官為不起訴處分或由少年法庭為不付審理之裁定後，於五年內再犯施用第一、二級毒品罪，始能逕予訴追。

- 二、查本案被告某甲前於民國九十九年間因施用第二級毒品案件，經台灣台北地方法院以九十九年度毒聲字第四五七號裁定應送勒戒處所觀察、勒戒確定，於九十九年十一月三日入台灣台北看守所附設勒戒處所執行觀察、勒戒後，認無繼續施用毒品之傾向，於九十九年十二月七日釋放出所，並經台灣台北地方法院檢察署檢察官於同日以九十九年度毒偵緝字第三二四、三二五號為不起訴處分確定等情，有被告之刑案資料查註紀錄表、全國施用毒品案件紀錄表、矯正簡表及不起訴處分書各一份在卷可憑，則本案被告於九十九年十一月二日為警採尿時回溯九十六小時內之某時點在不詳處所施用第二級毒品甲基安非他命之犯行，顯係在其上開觀察、勒戒尚未執行完畢之前所為，依首揭法條意旨及說明，該犯行之訴追條件自應受限制而不能逕予起訴。惟檢察官誤認被告之上開施用第二級毒品犯行係在觀察、勒戒執行完畢釋放後五年內所為，而逕以一〇〇年度毒偵字第二一四號聲請簡易判決處刑，台灣板橋地方法院亦疏未注意，以前開一〇〇年度簡字第七九八號判決判處被告有期徒刑二月確定，該判決顯有不適用法則之違背法令。
- 三、案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇〇年度台非字第一八四號
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，對於台灣板橋地方法院中華民國一〇〇年二月十六日第一審確定判決（一〇〇年度簡字第七九八號，聲請簡易判決處刑案號：台灣板橋地方法院檢察署一〇〇年度毒偵字第二一四號），認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

本件公訴不受理。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按起訴之程序違背規定者，應諭知不受理之判決，為刑事訴訟法第三百零三條第一款明文規定。而初犯毒品危害防制條例第十條之罪者，必也先經觀察、勒戒或強制戒治執行完畢之前置程序後，五年內再犯同條之罪，始符合應由檢察官依法起訴或聲請簡易判決處刑之要件。倘行為人初犯上開之罪，由檢察官聲請法院裁定觀察、勒戒確定，在該觀察、勒戒處分執行之前，縱有再犯同條之罪之情形，因行為人未曾受觀察、勒戒或強制戒治執行完畢之處分，即與法定訴追之要件不符，自仍應由檢察官就後案聲請法院裁定觀察、勒戒，再由檢察官依保安處分執行法第四條之一規定執行其一，若檢察官逕對後案起訴或聲請簡易判決處刑，顯屬不合，其起訴之程序違背規定，法院應諭知不受理之判決，始為適法。本件被告前於九十九年四月二十七日二十二時許，在台北市中山區○○○路二八二號二樓，因施用第二級毒品

甲基安非他命，由台灣台北地方法院檢察署檢察官聲請台灣台北地方法院於九十九年七月二十八日，以九十九年度毒聲字第四五七號裁定被告令入勒戒處所觀察、勒戒確定後，被告迄未到案執行，經檢察官發布通緝，於同年十一月二日被警查獲，移送執行觀察、勒戒處分，而被告於當日所採集之尿液經檢出毒品甲基安非他命之陽性反應，乃檢察官不察，逕就被告於九十九年十一月二日為警採尿時回溯九十六小時內某時，在不詳處所施用第二級毒品甲基安非他命之犯罪事實，以一〇〇年度毒偵字第二一四號聲請簡易判決處刑書，向台灣板橋地方法院聲請簡易判決處刑（一〇〇年度簡字第七九八號），揆諸前開說明，其聲請程序違背規定，原審本應諭知不受理之判決，竟疏未注意，遽為論罪科刑之實體判決，自有適用法則不當之違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原確定判決撤銷，另為公訴不受理之諭知，以資救濟。

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

中 華 民 國 一 〇 〇 年 七 月 七 日

【第八十三案】

一、關係條文

毒品危害防制條例 第 10 條、第 17 條。

刑事訴訟法 第 378 條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文；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。查本件原判決以被告某甲明知彭○○有施用第一級毒品海洛因習性，竟基於幫助施用第一級毒品海洛因之犯意，於民國九十五年十二月底某日，在花蓮縣吉安鄉假期飯店，引介彭○○向綽號『小江』之姜○○（更名為姜○○，下仍稱姜○○）購買海洛因，以此方式幫助彭○○施用第一級毒品一次，因論被告幫助施用第一級毒品罪刑，固非無見。惟原審既以『本案被告供出毒品來源為綽號【小江】之男子，其真實姓名為姜○○，並於九十七年三月二十七日向檢察署具狀告發姜○○販賣毒品犯行，雖經檢察官對姜○○以罪嫌不足為不起訴處分，被告復提出陳情，而經台灣高等法院高雄分院檢察署檢察長發回台灣高雄地方法院檢察署續查，有本院更一審調取之台灣高雄地方法院檢察署九十七年度偵續字第三二二號卷宗影本可憑。參以九十五年七月一日起修正

施行之刑法，已將科刑上僅論以一罪之連續犯規定刪除，則於一罪一罰之論罪體例下，被告上揭供述自有利追查姜○○販賣毒品之對象、次數，查獲姜○○販毒犯行，以防止毒品之蔓延。而被告上揭供述，復經證人彭○○於警詢中證述被告曾撥打 0000000000（按係 0000000000 之誤繕）號行動電話與小江連繫，被告並曾帶伊至飯店找過小江購買毒品，另於原審及本案中均證稱被告帶著伊找小江購買毒品等情；及證人黃○○於本院前審證述親見姜○○與彭○○交易毒品，並有被告與姜○○持用之 0000000000 號（行動電話）通訊監察譯文附卷可佐，被告應無為獲減刑或免除其刑之寬典而誣陷姜○○之疑慮，若僅因檢察官本於罪疑唯輕原則，對姜○○為不起訴處分，嗣經發回續查迄未對姜○○提起公訴，即驟認被告於本案中供出毒品來源，尚不符合修正後毒品危害防制條例第十七條第一項規定者，顯非該條之立法本意。是本件應認被告供出毒品來源，查獲姜○○涉嫌販賣毒品之事實』，將被告所犯原判決附表一、二所載之犯罪，依毒品危害防制條例第十七條第一項規定減輕其刑。就被告引介彭○○向綽號『小江』之姜○○購買海洛因，幫助彭○○施用第一級毒品罪部分，自亦應依同法條供出毒品來源因而查獲之規定減輕其刑。乃原判決竟疏未適用，自有判決不適用法則之違背法令，且於被告不利。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 九十九年度台非字第三四六號

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毒品危害防制條例案件，對於台灣高等法院花蓮分院中華民國九十八年六月十日第二審確定判決（九十八年度上更（二）字第一四號；起訴案號：台灣花蓮地方法院檢察署九十六年度偵字第八一〇、八一—號），認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於某甲幫助施用第一級毒品罪刑部分撤銷。

某甲幫助施用第一級毒品，累犯，處有期徒刑捌月，減為有期徒刑肆月，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。又犯毒品危害防制條例第十條第一項之施用第一級毒品罪，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，九十八年五月二十日修正公布並已生效之毒品危害防制條例第十七條第一項定有明文。本件原判決認定被告某甲明知彭○○有施用第一級毒品海洛因習性，竟基於幫助施用海洛因之犯意，於九十五年十二月底某日，在花蓮縣吉安鄉假期飯店，引介彭○○向綽號「小江」之姜○○購買海洛因，以此方式幫助彭○○施用海洛因一次等情，因而撤銷第一審關於被告此部分之判決，變更起訴法條，改判論處被告幫助施用第一級毒品罪刑（累犯，量處有期徒刑十月，減為有期徒

刑五月)。惟原判決理由既謂：「修正後毒品危害防制條例第十七條第一項規定：犯第四條之罪，供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑；其立法意旨重在鼓勵具體供出其上游販毒者，俾資追查該毒梟前手及其上游毒品，以杜絕毒品之蔓延與氾濫為目的。又該條所稱『供出毒品來源，因而查獲者』，係指將毒品來源之有關資料諸如前手之姓名年籍、住居所或其他足資辨別之特徵，及犯罪事實等供出，使調查或偵查犯罪之公務員因而得據以查獲起訴。本案被告供出毒品來源為綽號『小江』之男子，其真實姓名為姜○○，並於九十七年三月二十七日向檢察署具狀告發姜○○販賣毒品犯行，雖經檢察官對姜○○以罪嫌不足為不起訴處分，被告復提出陳情，而經台灣高等法院高雄分院檢察署檢察長發回台灣高雄地方法院檢察署續查，有本院（原審）更一審調取之台灣高雄地方法院檢察署九十七年度偵續字第三二二號卷宗影本可憑……。參以九十五年七月一日起修正施行之刑法，已將科刑上僅論以一罪之連續犯規定刪除，則於一罪一罰之論罪體例下，被告上揭供述自有利追查姜○○販賣毒品之對象、次數，查獲姜○○販毒犯行，以防止毒品之蔓延。而被告上揭供述，復經證人彭○○於警詢中證述被告曾撥打 0000000000（按係 0000000000 之誤繕）號行動電話與小江連繫，被告並曾帶伊至飯店找過小江購買毒品……，另於原審（第一審）及本案中均證稱被告帶著伊找小江購買毒品等情；及證人黃○○於本院（原審）前審證述親見姜○○與彭○○交易毒品，並有被告與姜○○持用之 0000000000 號（行動電話）通訊監察譯文附卷可佐，被告

應無為獲減刑或免除其刑之寬典而誣陷姜○○之疑慮，若僅因檢察官本於罪疑唯輕原則，對姜○○為不起訴處分，嗣經發回續查迄未對姜○○提起公訴，即驟認被告於本件中供出毒品來源，尚不符合修正後毒品危害防制條例第十七條第一項規定者，顯非該條之立法本意（按台灣高雄地方法院檢察署檢察官嗣於續查後，認姜○○涉犯販賣海洛因予彭○○等罪嫌，業於九十八年九月一日提起公訴，並經台灣高雄地方法院於九十九年四月二十三日以九十八年度訴字第一八一六號刑事判決判處姜○○販賣第一級毒品罪刑在案，有上開起訴書及刑事判決書影本可稽）。是本件應認被告供出毒品來源，查獲姜○○涉嫌販賣毒品之事實。依上說明，被告所犯附表一、二所載之犯罪，應依毒品危害防制條例第十七條第一項規定減輕其刑」（見原判決第八頁第十七行至第九頁第十七行），顯認被告就所犯前開幫助彭○○施用第一級毒品之罪，亦已供出毒品來源，並因而查獲其上游販毒者姜○○。則依首揭說明意旨，原判決關於被告幫助彭○○施用第一級毒品犯行部分，應有修正後毒品危害防制條例第十七條第一項減輕其刑規定之適用，原審就此部分疏未適用上開規定予以減輕其刑，即有判決不適用法則之違背法令。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由。爰將原判決關於被告幫助施用第一級毒品罪刑部分撤銷，另行判決如主文第二項所示，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，毒品危害防制條例第十條第一項、第十七條第一項，刑法第十一條前段、第三十條、第四十一條第一項前段、第四

十七條第一項，中華民國九十六年罪犯減刑條例第二條第一項第三款、第七條、第九條，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 九 年 十 二 月 二 十 三 日

【第八十四案】

一、關係條文

毒品危害防制條例 第 10 條、第 20 條、第 23 條。
刑事訴訟法 第 378 條。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。對於毒品危害防制條例所規定之觀察、勒戒及強制戒治等事項所為之裁定，乃拘束身體、自由之保安處分，與科刑判決有同等效力，於裁定確定後，如有違法，自得提起非常上訴。又『施用第一、二級毒品為犯罪行為，毒品危害防制條例第十條定有處罰明文。故施用第一、二級毒品者，依前揭規定本應科以刑罰，惟基於刑事政策，對合於一定條件之施用者，則依同條例第二十條、第二十三條之規定，施以觀察、勒戒或強制戒治之保安處分。又毒品危害防制條例於民國九十二年七月九日修正公布，自九十三年一月九日施行，刪除二犯及三犯之規定，一改修法前繁雜之處遇程序，並認施用毒品者係屬病患性犯人，以觀察、勒戒戒除其身癮，並以強制戒治去除其心癮。其中第二十條、第二十三條將施用毒品之刑事處遇程序，區分為《初犯》及《五年內再犯》、《五年後再犯》。依其

立法理由之說明：《初犯》，經觀察、勒戒或強制戒治後，應為不起訴處分或不付審理之裁定；經觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放後，《五年內再犯》者，因其再犯率甚高，原實施之觀察、勒戒及強制戒治既已無法收其實效，爰依法追訴或裁定交付審理。至觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放後，《五年後再犯》者，前所實施之觀察、勒戒或強制戒治已足以遮斷其施用毒品之毒癮，為期自新及協助其斷除毒癮，仍適用《初犯》規定，先經觀察、勒戒或強制戒治之程序。從而依該次修正後之規定，僅限於《初犯》及《五年後再犯》二種情形，始應先經觀察、勒戒或強制戒治之程序。倘被告於五年內已再犯，經依法追訴處罰，縱其第三次(或第三次以上)再度施用毒品之時間，在初犯或前次再犯經觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放五年以後，已不合於《五年後再犯》之規定，且因已於《五年內再犯》，顯見其再犯率甚高，原實施觀察、勒戒或強制戒治，已無法收其實效，即應依該條例第十條處罰。至於第三次(或第三次以上)施用毒品之時間，是否宜有期間限制?以多久為適宜?則分屬刑事政策、專門醫學之範圍，非審判機關所能決定，有待循立法途徑解決。』最高法院九十六年度台非字第一一九號刑事判決意旨可資參照。

二、本件被告前因施用毒品案件(初犯)，經台灣板橋地方法院裁定送觀察、勒戒後，認無繼續施用毒品之傾向，由台灣板橋地方法院檢察署檢察官於八十七年六月十八日以八十七年度偵字第一 0 二二七號為不起訴處分確

定；再因施用毒品案件，經台灣士林地方法院以八十七年度毒聲字第五二七號裁定送勒戒處所觀察、勒戒後，認無繼續施用毒品傾向，經台灣士林地方法院檢察署檢察官以八十七年少連偵字第一一七號為不起訴處分確定在案，再因施用毒品案件，經台灣板橋地方法院以八十八年度毒聲字第三十五號裁定令入戒治處所施以強制戒治，於八十九年五月十六日執行完畢，並經台灣板橋地方法院檢察署檢察官以八十九年度戒毒偵字第三八九號為不起訴處分確定在案，有台灣高等法院被告前案紀錄表、全國刑案資料查註表、台灣士林地方法院檢察署檢察官八十七年(非常上訴意旨誤載為九十七年)少連偵字第一一七號不起訴處分書、台灣板橋地方法院檢察署檢察官八十九年度戒毒偵字第三八九號不起訴處分書各一份在卷可稽。是被告此次施用毒品犯行，雖係在初犯經觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放五年以後，但非第二次犯施用毒品罪，並不合於『五年後再犯』之規定，顯見其再犯率甚高，原實施觀察、勒戒或強制戒治，已無法收其實效，揆諸上揭說明，即應依該條例第十條處罰之，並依同條例第二十三條第二項規定提起公訴，原裁定不察，有適用法則不當之違法。爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

九十八年度台非字第二九四號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，對於台灣板橋地方法院中華民國九十六年十一月九日確定裁定(九十六年度毒聲字第二四〇七號，聲請案號：台灣板橋地方法院檢察署九十六年度聲觀字第一八四四號)，認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原裁定撤銷。

檢察官之聲請駁回。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按對於毒品危害防制條例所規定之觀察、勒戒等事項所為之裁定，乃拘束身體、自由之保安處分，與科刑判決有同等效力，於裁定確定後，如有違法，得提起非常上訴，合先敘明。次按施用第一、二級毒品犯罪行為，毒品危害防制條例第十條定有處罰明文。故施用第一、二級毒品者，依前揭規定本應科以刑罰，惟基於刑事政策，對合於一定條件之施用者，則依同條例第二十條、第二十三條之規定，施以觀察、勒戒或強制戒治之保安處分。又毒品危害防制條例於九十二年七月九日修正公布，自九十三年一月九日施行，刪除二犯及三犯之規定，一改修法前繁雜之處遇程序，並認施用毒品者係屬病患性犯人，以觀察、勒戒戒除其身癮，並以強制戒治去除其心癮。其中第二十條、第二十三條將施用毒品之刑事處遇程序，區分為「初犯」、「五年內再犯」及「五年後再

犯」。依其立法理由之說明：「初犯」，經觀察、勒戒或強制戒治後，應為不起訴處分或不付審理之裁定；經觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放後，「五年內再犯」者，因其再犯率甚高，原實施之觀察、勒戒及強制戒治既已無法收其實效，爰依法追訴或裁定交付審理。至觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放後，「五年後再犯」者，前所實施之觀察、勒戒或強制戒治已足以遮斷其施用毒品之毒癮，為期自新及協助其斷除毒癮，仍適用「初犯」規定，先經觀察、勒戒或強制戒治之程序。從而依修正後之規定，僅限於「初犯」及「五年後再犯」二種情形，始應先經觀察、勒戒或強制戒治之程序。倘被告前於五年內已再犯，經依法追訴處罰，縱其第三次(或第三次以上)再度施用毒品之時間，在初犯經觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放五年以後，已不合於「五年後再犯」之規定，且因前已於「五年內再犯」，顯見其再犯率甚高，原實施觀察、勒戒或強制戒治，已無法收其實效，即應依該條例第十條處罰。至於第三次(或第三次以上)施用毒品之時間，是否宜有期間限制?以多久為適宜?則分屬刑事政策、專門醫學之範圍，非審判機關所能決定，有待循立法途徑解決。本件依原確定裁定所為之認定記載，被告前於八十七年間，因施用毒品案件，經法院裁定送勒戒處所觀察、勒戒後，認無繼續施用毒品傾向，於八十七年六月十八日釋放出所，經台灣板橋地方法院檢察署檢察官於八十七年六月十八日，以八十七年度偵字第一〇二二七號不起訴處分書，對被告為不起訴處分確定；被告又於八十七年間，因施用毒品案件，經法院裁定送勒戒處所觀察、勒戒後，認無繼續施用

毒品傾向，於八十七年九月十七日釋放出所(指揮書執畢日期為八十七年九月二十六日)，經台灣士林地方法院檢察署檢察官於八十七年九月十四日，以八十七年度少連偵字第一一七號不起訴處分書，對被告為不起訴處分確定；被告復於八十八年間，因施用毒品案件，經法院裁定送勒戒處所觀察、勒戒後，認有繼續施用毒品傾向，復經裁定送戒治處所強制戒治，於八十八年九月七日停止戒治處分出戒治所，付保護管束(指揮書執畢日期為八十九年一月四日)，嗣經撤銷保護管束，令入戒治處所強制戒治，於八十九年五月十六日強制戒治執行完畢，所涉連續施用第二級毒品罪，另經台灣板橋地方法院以八十八年度易字第一一五七號判決判處有期徒刑八月，並經台灣高等法院駁回被告之上訴而確定(原確定裁定第三頁第三至第十九行)，上情有台灣板橋地方法院檢察署檢察官八十七年度偵字第一〇二二七號不起訴處分書(台灣板橋地方法院檢察署八十八年度少連偵字第三七號卷第二十四頁)、台灣士林地方法院檢察署檢察官八十七年度少連偵字第一一七號不起訴處分書(台灣士林地方法院檢察署八十七年度少連偵字第一一號卷第六十六頁)、台灣板橋地方法院八十八年度易字第一一五七號刑事判決(台灣板橋地方法院八十八年度易字第一一五七號卷第二十六頁)、台灣高等法院八十八年度上易字第二七一三號刑事判決(台灣高等法院八十八年度上易字第二七一三號卷第二十一至二十三頁)、被告前案紀錄表(台灣板橋地方法院九十六年度毒聲字第二四〇七號卷第二至十四頁)可稽。被告既曾因施用第二級毒品案件，經觀察、勒戒執行完畢釋放後之五

年內，先後二次再犯施用第二級毒品罪，分經法院裁定送勒戒處所觀察、勒戒及判處罪刑確定，則其於原確定裁定所認定之九十六年八月三十一日凌晨零時三十六分許回溯二十六小時內某時，施用第一級毒品海洛因；及於九十六年八月二十九日中午某時許，施用第二級毒品甲基安非他命，即非屬毒品危害防制條例第二十條第三項所規定「五年後再犯」之情形，自應由檢察官依同條例第二十三條第二項規定追訴，始為適法。乃檢察官不察，誤予聲請觀察、勒戒，原確定裁定亦疏未查明，遽予裁定准許，揆諸前揭說明，自有適用法則不當之違法。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原確定裁定撤銷，並駁回檢察官之聲請，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，判決如主文。

中華民國 九十八 年 九 月 三十 日

【第八十五案】

一、關係條文

毒品危害防制條例 第 10 條、第 20 條、第 23 條。
刑事訴訟法 第 447 條第 1 項第 1 款前段。

二、非常上訴理由

- 一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。
- 二、毒品危害防制條例於民國九十二年七月九日修正公布，自九十三年一月九日施行，其中第二十條、第二十三條將施用毒品之刑事處遇程序，區分為「初犯」及「五年內再犯」、「五年後再犯」。依其立法理由之說明「初犯」，經觀察、勒戒或強制戒治後，應為不起訴處分或不付審理之裁定；經觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放後，「五年內再犯」者，因其再犯率甚高，原實施之觀察、勒戒及強制戒治既無法收其實效，爰依法追訴或裁定交付審理。至於觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放後，「五年後再犯」者，前實施之觀察、勒戒或強制戒治足以遮斷施用毒品之毒癮，為期自新及協助其斷除毒癮，仍適用「初犯」之規定，先經觀察、勒戒或強制戒治之程序。從而修正後之規定，僅限於「初犯」及「五年後再犯」二種情形，始應先經觀察、勒戒或強制戒治程序。倘被告於五年內再犯，經依法追訴處罰，縱其第

三次（或三次以上）再度施用毒品之時間，在初犯經觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放五年以後，已不合於「五年後再犯」之規定，且因已於「五年內再犯」，顯見其再犯率甚高，原實施觀察、勒戒或強制戒治，已無法收其實效，即應依該條例第十條處罰（最高法院九十五年第七次刑事庭會議決議參照）。依上述說明，則倘被告於五年內已再犯，經依法追訴處罰者，縱其第三次再度施用毒品之時間，在初犯經觀察、勒戒或強制戒治完畢釋放五年以後；已不合於五年後再犯之規定，即應依該條例第十條處罰，而不僅以曾經實施觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放為限。

- 三、本件被告某甲前因施用毒品案件，經依台灣高雄地方法院以八十七年度毒聲字第八三三號裁定送觀察、勒戒後，認無繼續施用毒品之傾向，由台灣高雄地方法院檢察署檢察官於八十七年七月十七日釋放，並於同年月二十一日以八十七年度偵字第一五五二九號不起訴處分確定。又因施用毒品案件，經依台灣台南地方法院八十七年度毒聲字第一四五七號裁定送觀察、勒戒後，認有繼續施用毒品之傾向，而由台灣台南地方法院另依裁定令入戒治處所施以強制戒治，嗣停止戒治併付保護管束，及因前開施用毒品案件，經台灣台南地方法院於八十八年五月二十八日以八十八年度訴字第四八三號判決有期徒刑五月，如易科罰金以三百元折算壹日，並於八十八年七月五日確定，又因施用毒品案件經台灣台南地方法院於八十九年八月三十一日以八十九年度訴字

第八一三號判決有期徒刑九月、八月，應執行有期徒刑一年三月，經接繼執行於九十一年三月二十七日縮短刑期假釋出監，於九十一年十一月十一日保護管束期滿，未經撤銷假釋，其未執行之刑以已執行論，有前案資料表卷宗可稽。是以被告八十七年七月十七日初犯經觀察、勒戒執行完畢釋放後，即曾於五年內，因施用毒品案件，經台灣台南地方法院以八十九年度訴字第八一三號判決判處有期徒刑九月、八月，應執行有期徒刑一年三月確定，於九十一年十一月十一日執行完畢，是依前開說明，本件被告所犯毒品危害防制條例第十條之罪，自「非」屬毒品危害防制條例第二十條第三項所定「五年後再犯」之情形，應依法追訴或處罰。本件原審認被告於最後一次強制戒治執行完畢之日為八十九年五月二十二日，疏未注意被告曾於九十一年十一月十一日因施用毒品受有期徒刑一年三月之執行完畢，遽為不受理之判決，顯有判決適用法則不當之違法。

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

三、附錄

最高法院刑事判決

九十九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

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，對於台灣台南地方法院中華民國九十八年十月三十日第一審確定判決（九十八年度訴字第一三九八號，起訴案號：台灣台南地方法院檢察署九十八年度毒偵字第一四八四、一六三九號），認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按：施用第一、二級毒品為犯罪行為，毒品危害防制條例第十條第一項及第二項各定有處罰明文。故施用該毒品者，依前揭規定本應科以刑罰，惟基於刑事政策，對合於一定條件之施用者，依同條例第二十條、第二十三條之規定，施以觀察、勒戒及強制戒治之保安處分。嗣因其程序過於繁雜，上揭條例於民國九十二年七月九日修正公布，自九十三年一月九日施行，將第二十條、第二十三條之保安處分程序，單純區分為「初犯」、「五年內再犯」及「五年後再犯」三種；「初犯」者，經觀察、勒戒或強制戒治後，應為不起訴處分或不付審理之裁定；經觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放後，「五年內再犯」者，依法追訴或裁定交付審理。至於經觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放後，「五年後再犯」者，仍適用「初犯」規定，先經觀察、勒戒或強制戒治之程序。從而依上揭修正後之規定，限於「初犯」及「五年後再犯」二情形，始應先經觀察、勒戒或強制戒治程序。倘被告於五年內已再犯，並經依法追訴處罰，縱其第三次（或

第三次以上)再度施用毒品之時間,在初犯經觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放五年以後,已不合於「五年後再犯」之情形,而應依該條例第十條處罰。本件原確定判決認定:本件被告某甲前因施用毒品案件,經台灣高雄地方法院以八十七年度毒聲字第八三三號裁定送觀察、勒戒後,認無繼續施用毒品之傾向,台灣高雄地方法院檢察署檢察官於八十七年七月十七日釋放,並於同年月二十一日以八十七年度偵字第一五五二九號不起訴處分確定。又因施用毒品案件,經台灣台南地方法院八十七年度毒聲字第一四五七號裁定送觀察、勒戒後,認有繼續施用毒品之傾向,而由台灣台南地方法院裁定令入戒治處所施以強制戒治,嗣停止戒治併付保護管束,並經台灣台南地方法院於八十八年五月二十八日以八十八年度訴字第四八三號判決有期徒刑五月,如易科罰金以三百元折算壹日,並於同年七月五日確定,再因施用毒品案件經台灣台南地方法院於八十九年八月三十一日以八十九年度訴字第八一三號判決有期徒刑九月、八月,應執行有期徒刑一年三月,經接繼續執行於九十一年三月二十七日縮短刑期假釋出監,於九十一年十一月十一日保護管束期滿,未經撤銷假釋,其未執行之刑以已執行論,有前案資料表等可稽。則本件公訴意旨所指被告某甲復於九十八年二月十六日下午一時許及同年四月十三日下午一時許為警採尿時間前回溯二十六小時內之某時施用第一級毒品,雖均在前次強制戒治執行完畢釋放五年之後,惟其既於毒品危害防制條例修正前,初犯施用毒品罪,又於五年內再犯,經依修正前毒品危害防制條例規定,追訴處罰並同時施以強制戒治,再於五

年內第三次再犯，經依修正前毒品危害防制條例規定追訴處罰，自與單純「五年後再犯」之情形有別。是本件經台灣台南地方法院檢察署檢察官以九十八年度毒偵字第一四八四、一三六九號提起公訴，依前揭說明，其訴追條件業已充足，於法自無不合。詎原審不察，竟認檢察官之起訴違反上揭規定，而為公訴不受理之判決，顯非適法。原判決誤檢察官起訴程序違背規定，而為不受理之判決，固不發生實質之確定力，檢察官仍得另行起訴，然該違法判決既具判決之形式，並係誤以被告最後一次強制戒治執行完畢日期為八十九年五月二十二日，及本件施用毒品犯行距離前次強制戒治執行及徒刑執行完畢日期（即九十一年十一月五日）後「五年後再犯」者，應先經觀察、勒戒程序，不得逕行起訴，作為判決之立論基礎，為免其與將來檢察官另行起訴及法院之適法判決並存，而相互扞格，在個案上，即非無依非常上訴程序予以糾正之必要性。非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，惟原判決尚非不利於被告，應由本院將其關於違背法令部分予以撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 九 年 四 月 二 十 二 日

【第八十六案】

一、關係條文

毒品危害防制條例 第 10 條、第 21 條第 2 項。

刑事訴訟法 第 447 條第 1 項第 1 款前段。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。次按毒品危害防制條例第二十一條第二項規定：『依前項規定治療中經查獲之被告或少年應由檢察官為不起訴處分或由少年法院(地方法院少年法庭)為不付審理之裁定。但以一次為限。』所稱『依前項規定治療中經查獲』，係指依該條第一項規定，犯同條例第十條之罪者，於犯罪未發覺前，自動向行政院衛生署指定之醫療機構請求治療，而於治療中始經查獲該項未發覺之犯罪而言。於治療中再犯施用毒品之罪而被查獲者，並不包括在內，有最高法院九十七年度台上字第一八九三號判決、台灣高等法院九十七年度上訴字第一九六七號判決及台灣高等法院花蓮分院九十六年度毒抗字第三二號裁定意旨可資參照。經查，被告某甲雖自民國九十六年八月一日起，在安泰醫院接受美沙冬替代療法治療，有安泰醫院九十六年十一月二十九日九十六東安醫字第 0 七五九號函在卷(見台灣屏東地方法院九十六年度訴字第一二一 0 號卷第三十一

頁)可稽,惟本件係被告於接受治療後之九十六年八月十日,再度因施用第一級毒品海洛因而為警查獲(經查,被告正確之施用毒品時間為九十六年八月七日,見同上卷第二十二頁背面),揆諸上揭判決意旨,自不符上開應為不起訴處分之規定。次查,被告前因施用毒品案件,經送強制戒治,於九十一年九月十四日執行完畢後,再犯本件施用毒品犯行,此有台灣屏東地方法院檢察署資料查註紀錄表、全國施用毒品案件紀錄表、矯正簡表各一份在卷(見該署九十六年度毒偵字第一八三五號前案資料表卷宗第六、八頁)可稽,足見被告於強制戒治執行完畢釋放後五年內,再犯毒品危害防制條例第十條之罪,是本件仍應依該條例第十條之規定追訴處罰,則原判決誤認被告於治療中初次為警查獲,自應由檢察官依毒品危害防制條例第二十一條之規定為不起訴處分,而遽為不受理之判決,揆諸前開說明,顯有判決適用法則不當之違法。現本案件既已確定,故認有提起非常上訴之原因。

二、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 九十九年度台非字第二七六號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，對於台灣屏東地方法院中華民國九十六年十二月三十一日第一審確定判決（九十六年度訴字第一二一〇號，起訴案號：台灣屏東地方法院檢察署九十六年度毒偵字第一八三五號），認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於違背法令之部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按：毒品危害防制條例第二十一條第二項規定：「依前項規定治療中經查獲之被告或少年應由檢察官為不起訴處分或由少年法院（地方法院少年法庭）為不付審理之裁定。但以一次為限。」其中所稱「依前項規定治療中經查獲」，係指犯同條例第十條之罪（施用第一、二級毒品）者，於犯罪未發覺前，自動向行政院衛生署指定之醫療機構請求治療，而於治療中始查獲該未發覺之罪者而言；倘係治療中再犯施用第一、二級毒品之罪而被查獲，自不包括在內。本件原確定判決認定，被告某甲基於施用第一級毒品海洛因之犯意，於九十六年八月十日下午六時十五分往前回溯七十二小時內某時，在屏東縣境內某不詳處所，施用海洛因一次。嗣因涉嫌竊盜案件，於九十六年八月十日下午四時三十分許，在屏東縣萬丹鄉○○村○○○河堤旁，為警查獲，經徵得其同意採尿送驗，結果呈嗎啡陽性反應，而查悉上情等情。雖經原審調查結果，被告自九十六年八月一日起，在安泰醫院接受美沙冬替代療法治療，有安泰醫院九十六年十一月二十

九日九六東安醫字第〇七五九號函在卷可查(見第一審卷第三十一頁)，但依原判決所認定之犯罪事實，被告顯係於上開治療中再犯施用第一級毒品之罪而被查獲，自與上開毒品危害防制條例第二十一條第二項之規定不合。次查，被告前因施用毒品案件，經台灣屏東地方法院以九十年度毒聲字第一六三五號裁定令入戒治處所施以強制戒治，嗣因戒治成效良好，經同法院以九十一年度毒聲字第一五八號裁定停止戒治，所餘戒治期間付保護管束，於九十一年九月十四日保護管束期滿，嗣由台灣屏東地方法院檢察署以九十一年度戒毒偵字第二一二號為不起訴處分確定等情，有台灣屏東地方法院檢察署資料查註紀錄表、全國施用毒品案件紀錄表、矯正簡表(見該署九十六年度毒偵字第一八三五號前案資料表卷宗第六、八頁)及上開九十一年度戒毒偵字第二一二號不起訴處分書在卷可稽。被告於前次強制戒治執行完畢釋放後五年內，再犯本件施用第一級毒品之罪，即應依毒品危害防制條例第十條之規定追訴處罰。詎原審不察，竟認檢察官之起訴違反上揭規定，而為公訴不受理之判決，顯非適法。又此不受理之判決，固不發生實質之確定力，檢察官仍得另行起訴，然該違法判決既係誤以被告於接受醫療機構治療中，再行施用第一級毒品被查獲，應由檢察官對被告為不起訴處分，作為判決之立論基礎，為免其錯誤之法律見解，與將來檢察官另行起訴及法院之適法判決相互扞格，在個案上，即非無依非常上訴程序予以糾正之必要性。非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，惟原判決尚非不利於被告，應由本院僅將其關於違背法令之部分予以撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 九 年 十 月 七 日

【第八十七案】

一、關係條文

毒品危害防制條例	第 20 條第 1 項、第 3 項、第 23 條第 2 項。
刑事訴訟法	第 303 條第 1 款、第 307 條、第 378 條。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。次按『犯第十條之罪者，檢察官或少年法庭應先將被告或少年送勒戒處所觀察、勒戒，其期間不得逾一月。經觀察、勒戒後，無繼續施用毒品傾向者，應由檢察官為不起訴之處分或由少年法庭為不付審理之裁定；有繼續施用毒品之傾向者，由檢察官聲請法院或由少年法庭裁定令入戒治處所施以強制戒治，其期間為一年。但自首者，得以保護管束代之。』；『強制戒治執行已滿三月，戒治處所認無繼續戒治之必要者，得檢具事證，報由檢察官聲請法院或由少年法庭裁定停止戒治。前項停止期間，應付保護管束，期滿未經撤銷者，視為強制戒治期滿；其違反保護管束應遵守事項情節重大者，得由檢察官聲請法院或由少年法庭裁定撤銷停止戒治。停止戒治之裁定經撤銷者，其停止之期間，不算入強制戒治期間。』；『依第

二十條第二項強制戒治期滿或交付保護管束期滿，應由檢察官為不起訴之處分或由少年法庭為不付審理之裁定。依前項規定為不起訴之處分或不付審理之裁定後，五年內再犯第十條之罪者，不適用前項之規定。但應由檢察官聲請法院或由少年法庭裁定先令入戒治處所施以強制戒治。三犯以上者，亦同。』九十二年七月九日修正前之毒品危害防制條例第二十條第一項、第二項、第二十二條第一項、第二項及同條例第二十三條分別定有明文。是於上開各條修正前之初次施用第一、二級毒品犯行，經執行觀察、勒戒而仍有繼續施用毒品傾向，再經執行強制戒治者，須戒治期滿或停止戒治交付保護管束期滿，由檢察官為不起訴處分或由少年法庭為不付審理之裁定後，於五年內再犯施用第一、二級毒品罪，始能逕予訴追之，應無疑義。

- 二、查本案被告某甲前於民國九十一年間因施用第一、二級毒品案件，經台灣桃園地方法院以九十一年度毒聲字第三六五〇號裁定應送勒戒處所觀察、勒戒確定，於九十二年十月二十二日入勒戒所執行觀察勒戒後，因仍有繼續施用毒品傾向，經同院以九十二年度毒聲字第三四五三號裁定令入戒治處所施以強制戒治一年，嗣因戒治已滿三月以成效經評定為合格，經台灣桃園地方法院檢察署檢察官依法聲請，並經同院以九十三年度毒聲字第四七一號裁定停止戒治，所餘戒治期間，付保護管束確定後，於九十三年四月二十六日出所；然被告於保護管束期間內，因有違反保護管束應遵守事項情節重大之法定

事由，再經同院以九十三年度毒聲字第一三〇五號裁定撤銷上開停止戒治之處分，令入戒治處所施以強制戒治確定後，因被告逃逸，經台灣桃園地方法院檢察署於九十四年五月六日發佈通緝，直至九十八年七月十四日經該署發現後將被告提解歸案，台灣桃園地方法院於同日即經該署檢察官聲請，而以九十八年度毒聲字第六七一號裁定，上開撤銷停止戒治處分之裁定許可執行，被告現即在台灣台北戒治所執行未了之強制戒治處分等情，有上開各裁定書、通緝書、戒治處分執行指揮書影本(均詳見台灣桃園地方法院檢察署九十二年度戒執一字第〇一一號案件影卷，目前執行之指揮書上姓名誤繕為『都〇〇』)及被告之全國刑案資料查註紀錄表、全國施用毒品案件紀錄表、在監所最新資料報表各一份可憑，足認被告初犯之施用第一、二級毒品行為而經裁定應受之強制戒治程序，迄今仍尚未完成，則本案被告於九十七年一月二十五日下午三、四時許在基隆市住宅，施用第一級毒品之犯行，顯係在其上開強制戒治處分尚未完全執行完畢之前所為，依首揭法文意旨及說明，該犯行之訴追條件自應受限制而不能逕予起訴；惟台灣基隆地方法院檢察署檢察官，誤認被告上揭強制戒治處分業已於九十三年十一月十一日期滿執行完畢，且前被告已因另犯施用第一級毒品罪，經台灣桃園地方法院判刑確定(即該院九十六年度訴緝字第一九號判決)，而逕以九十七年度毒偵字第五一二號起訴，台灣基隆地方法院亦疏未注意，而以上開判決判處被告有期

徒刑七月，第二審亦以程序判決駁回上訴而確定，該判決顯有不適用法則之違背法令。

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

三、附錄

最高法院刑事判決 九十八年度台非字第二九五號

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九十七年三月三十一日第一審確定判決(九十七年度訴字第三七九號，起訴案號：台灣基隆地方法院檢察署九十七年度毒偵字第五一二號)，認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

本件公訴不受理。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令。又案件起訴之程序違背規定者，應諭知不受理之判決，並得不經言詞辯論為之，刑事訴訟法第三百七十八條、第三百零三條第一款、第三百零七條分別定有明文。查行為人施用毒品案件，依毒品危害防制條例第二十條第三項、第一項及第二十三條第二項規定，須行為人係觀察、勒戒或強制戒治執行完

畢釋放後，五年內再犯毒品危害防制條例第十條之施用毒品罪者，始由檢察官依法追訴。若未經觀察、勒戒或強制戒治之程序而犯毒品危害防制條例第十條之施用毒品罪，或觀察勒戒、強制戒治執行完畢釋放五年後，再犯毒品危害防制條例第十條之施用毒品罪者，均應由檢察官向法院聲請裁定送勒戒處所觀察、勒戒，經觀察、勒戒後，如認無繼續施用毒品傾向者，即應釋放，並為不起訴處分；如認有繼續施用毒品傾向者，則由檢察官向法院聲請裁定令入戒治處所強制戒治。是毒品危害防制條例第二十三條第二項規定之「觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放後，五年內再犯」，即為檢察官就行為人施用第一、二級毒品犯行，逕行提起公訴之程序要件。苟未經依法執行強制戒治處分完畢即因故停止戒治釋放，並於釋放後再犯施用毒品犯行，檢察官就該犯行逕行提起公訴，即與毒品危害防制條例所定「強制戒治執行完畢釋放後，五年內再犯第十條之罪」之訴追條件不符，其起訴自屬違背程序。查被告某甲前於民國九十一年間因施用第一、二級毒品案件，經台灣桃園地方法院以九十一年度毒聲字第三六五〇號裁定應送勒戒處所觀察、勒戒確定，於九十二年十月二十二日入勒戒所執行觀察勒戒後，因仍有繼續施用毒品傾向，經同院以九十二年度毒聲字第三四五三號裁定令入戒治處所施以強制戒治一年，嗣因戒治已滿三月以成效經評定為合格，經台灣桃園地方法院檢察署檢察官依法聲請同院以九十三年度毒聲字第四七一號裁定停止戒治，所餘戒治期間，付保護管束確定後，於九十三年四月二十六日出所；然被告於保護管束期間內，因有違反保護管束應遵守事項情節

重大之法定事由，再經同院以九十三年度毒聲字第一三〇五號裁定撤銷上開停止戒治之處分，令入戒治處所施以強制戒治確定後，因被告逃匿，經台灣桃園地方法院檢察署於九十四年五月六日通緝，直至九十八年七月十四日經該署發現後將被告提解歸案，台灣桃園地方法院於同日即經該署檢察官聲請，而以九十八年度毒聲字第六七一號裁定，將上開撤銷停止戒治處分之裁定許可執行，現於台灣台北戒治所執行未了之強制戒治處分等情，有上開各裁定書、通緝書、戒治處分執行指揮書影本及被告之全國刑案資料查註紀錄表、全國施用毒品案件紀錄表、在監所最新資料報表各一份可憑，足認被告初犯之施用第一、二級毒品行為雖經裁定應受強制戒治處分，迄今尚未執行完畢。則本件被告於九十七年一月二十五日下午三、四時許在基隆市住宅，施用第一級毒品之犯行，顯係在其上開強制戒治處分尚未執行完畢之前所為，自非屬於強制戒治執行完畢後五年內再犯之情形。揆諸前開說明，檢察官不得逕予追訴處罰。本件檢察官逕予提起公訴，其起訴程序違背規定，原審未察，遽為論罪科刑實體判決，自有適用法則不當之違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原確定判決撤銷，另為公訴不受理之諭知，以資救濟。

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

中華民國九十八年九月三十日

【第八十八案】

一、關係條文

中華民國 96 年罪犯減刑條例 第 11 條。

刑 法 第 51 條。

刑 事 訴 訟 法 第 447 條第 1 項第 1 款但書。

二、非常上訴理由

- 一、按法律上屬於自由裁量之事項，並非概無法律性之拘束。自由裁量係於法律一定之外部性界限內（以定執行刑言，即不得違反刑法第五十一條之規定），使法官具體選擇以為適當之處理；因此在裁量時，必須符合所適用之法規之目的。更進一步言，須受法律秩序之理念所指導，此亦即所謂之自由裁量之內部性界限。關於定應執行之刑，既屬自由裁量之範圍，其應受此項內部性界限之拘束，要屬當然（本院八十年台非字第四七三號判例意旨參照）。中華民國九十六年罪犯減刑條例之所以制定，依其第一條規定，係為紀念解除戒嚴二十週年，予罪犯更新向善之機。是其適用此一減刑條例，自不得違反此一法律之目的。經查：受刑人前因違反毒品危害防制條例等罪，經各該法院分別判處有期徒刑九月、四月、十四年、八年、二年、一年確定，並經台灣高等法院台南分院以九十四年度聲字第二四六號裁定，定其應執行之刑為有期徒刑二十年，褫奪公權九年確定在案。

嗣經檢察官以受刑人所犯附表編號 1.2.6. 所示犯罪，其犯罪時間，在中華民國九十六年四月二十日以前，合於減刑條件，聲請減刑，並聲請與附表所列其餘不應減刑之犯罪所處之刑（即有期徒刑十四年及褫奪公權九年、有期徒刑八年、有期徒刑二年），定其應執行之刑。台灣高等法院台南分院九十六年度聲減字第九九六號裁定就附表編號 1.2.6. 受刑人所犯施用第一、二級毒品及轉讓第二級毒品之罪，雖依法予以減刑，惟原裁定就附表編號 1. 至 6. 所列犯罪，依法定其應執行刑時，並未審酌受刑人就附表編號 1.2.6. 所示部分，已減刑一年又十五日（即有期徒刑四月又十五日、有期徒刑二月、有期徒刑六月之總和），竟仍定其應執行之刑為有期徒刑二十年，褫奪公權九年，其刑期竟與未減刑前之刑期相同，殊違減刑之目的，且與前揭內部性界限有悖，原裁定就自由裁量所為刑之酌定，顯有適用法則不當之違背法令（本院九十九年度台非字第一三〇號判決意旨參照）。

二、案經確定，且不利於受刑人，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 九十九年度台非字第二八九號
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等罪案件，對於台灣高等法院台南分院中華民國九十六年八月十五日確定裁定（九十六年度聲減字第九九六號，聲請案號：台灣高等法院台南分院檢察署九十六年度聲減字第一一五八號），認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原裁定關於定應執行刑部分撤銷。

某甲因犯如附表所示各罪所處之刑及減得之刑，應執行有期徒刑拾捌年拾壹月又拾伍日，褫奪公權玖年。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按法律上屬於自由裁量之事項，並非概無法律性之拘束。自由裁量係於法律一定之外部性界限內，使法官具體選擇以為適當之處理；因此在裁量時，必須符合所適用之法規之目的。更進一步言，須受法律秩序之理念所指導，此亦即所謂之自由裁量之內部性界限。關於定應執行之刑，既屬自由裁量之範圍，其應受此項內部性界限之拘束，要屬當然。中華民國九十六年罪犯減刑條例之所以制定，依其第一條規定，係為紀念解除戒嚴二十週年，予罪犯更新向善之機。是其適用此一減刑條例，自不得違反此一法律之目的。本件被告某甲因犯違反毒品危害防制條例等罪，先後經判處如附表所示之刑，均已分別確定在案，因合於定應執行刑規定，台灣高等法院台南分院乃依檢察官之聲請，於民國九十四年七月十三日，以九十四年度聲字第二四六號裁定，定應執行有期徒刑二十年，褫奪公權九年確定；嗣附表編號 1.2.6. 所

示各罪，合於中華民國九十六年罪犯減刑條例減刑規定，台灣高等法院台南分院乃依檢察官之聲請，於九十六年八月十五日，以九十六年度聲減字第九九六號裁定，分別減其宣告刑二分之一後（各為有期徒刑四月又十五日；有期徒刑二月；有期徒刑六月），與附表編號 3.4.5. 所示不得減刑之罪所處之刑（各為有期徒刑十四年，褫奪公權九年；有期徒刑八年；有期徒刑二年），定應執行有期徒刑二十年，褫奪公權九年確定，有各該案卷附卷可稽。上開減刑所減有期徒刑之刑期，共一年又十五日，該裁定就有期徒刑部分重定執行刑，其刑期竟與未減刑前之刑期相同，殊悖減刑之目的，自屬違法。案經確定，且不利於被告。非常上訴意旨，執以指摘，洵有理由，而此項定應執行刑之裁定，具有與實體判決相同之效力，自應由本院將原裁定關於定應執行刑部分撤銷，另行判決，藉資救濟。

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，中華民國九十六年罪犯減刑條例第十一條，刑法第五十一條第五款，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 九 年 十 月 二 十 一 日

【第八十九案】

一、關係條文

中華民國 96 年罪犯減刑條例 第 11 條。

刑 法 第 51 條。

刑 事 訴 訟 法 第 447 條第 1 項第 1 款但書。

二、非常上訴理由

按刑法第五十一條之數罪併罰，應以合於同法第五十條之規定為前提，而第五十條之併合處罰，則以裁判確定前犯數罪為條件，若於一罪之裁判確定後又犯他罪者，二罪所科之刑應併予執行，不得適用刑法第五十一條定其應執行之刑（本院三十二年非字第六三號判例參照）。查本件被告某甲犯有原裁定附表所列四罪，其中編號 4. 之罪，犯罪時間為八十五年十一月二十二日，顯係在編號 1. 2. 3. 之罪八十二年四月二十三日判決確定之後，已不合刑法第五十條數罪併罰之規定，故編號 4. 之罪自不得依刑法第五十一條之規定與其餘三罪合併定其應執行刑，乃原裁定失察竟四罪一併定其應執行刑，揆諸上開判例意旨，顯然違法。又法律上屬於自由裁量之事項，並非概無法律性之拘束，自由裁量係於法律一定之外部性界限內（以定執行刑言，即不得違反刑法第五十一條之規定）使法官具體選擇以為適當之處理，因此在裁量時，須符合所適用法規之目的；進而言，須受法律秩序之理念所指導，此即自由裁量之內部性界限。關於定應執行之

刑，既屬自由裁量之範圍，其應受內部性界限之拘束，要屬當然。茲中華民國九十六年罪犯減刑條例之所以制定，依其第一條規定，在賦予罪犯更新向善之機，是其適用該減刑條例，自不得違反此一法律之目的（本院八十年台非字第四七三號判例參照）。查本件被告所犯原裁定附表編號 1.2.3. 之罪，前經台灣高等法院八十一年度上訴字第五九八二號判決分別判處有期徒刑一年、七月及七年一月，應執行有期徒刑七年八月確定，有該判決在卷可考；原裁定就附表編號 1.2.4. 之罪，依中華民國九十六年罪犯減刑條例分別減刑為有期徒刑六月、三月又十五日及六月，而與附表編號 3. 不應減刑之罪所處之刑，合併定其應執行刑為有期徒刑八年四月又十五日，若扣除前述不該合併定其應執行刑之編號 4. 之罪所減得之有期徒刑六月，仍為有期徒刑七年十月又十五日，反較附表編號 1.2.3. 之罪於減刑前所定應執行有期徒刑七年八月為重，殊悖減刑之目的，依上開判例意旨，自屬違法。案經確定，且不利於被告。爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十八年度台非字第九一號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告搶奪等罪減刑及定應執行刑案件，對於台灣高等法院中華民國九十六年七月十六日第二審確定裁定

(九十六年度聲減字第六九三號)，認為定應執行刑部分違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原裁定關於定應執行刑部分撤銷。

某甲因犯搶奪等罪所減如附表編號 1. 2. 所示之刑，與附表編號 3. 所示不應減刑之罪所處之刑，應執行有期徒刑柒年貳月。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按：定應執行刑之裁定，與實體判決有同等效力；此項裁定確定後，如發現有違背法令者，自得提起非常上訴。而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。且刑法第五十一條之數罪併罰，應以合於同法第五十條之規定為前提，而第五十條之併合處罰，則以裁判確定前犯數罪為條件，若於一罪之裁判確定後又犯他罪者，二罪所科之刑應併予執行，不得適用刑法第五十一條定其應執行之刑。再法律上屬於自由裁量之事項，有其外部性界限及內部性界限，並非概無拘束。依據法律之具體規定，法院應在其範圍內選擇為適當之裁判者，為外部性界限；而法院為裁判時，應考量法律之目的及法律秩序之理念者，為內部性界限。法院為裁判時，二者均不得有所逾越。在數罪併罰，有二裁判以上，定其應執行之刑時，固屬於法院自由裁量之事項，但仍應受前揭外部性界限及內部性界限之拘束。本件被告某甲犯如附表編號 1. 2. 3. 所示搶奪、竊盜、強盜等三罪，經台灣高等法院以八十一年度上訴字第五

九八二號判決，分別判處有期徒刑一年、七月、七年一月，應執行有期徒刑七年八月確定。嗣經檢察官以被告所犯如附表編號 1. 2. 4. 三罪部分，核與中華民國九十六年度罪犯減刑條例第二條第一項第三款規定相符，依同條例第八條第一項、第三項規定，聲請減其宣告刑，並就附表編號 1. 2. 與編號 3. 所列不應減刑之罪所處之刑，定其應執行刑。查被告於民國八十五年十一月二十二日犯附表編號 4. 所示公共危險罪，此部分之犯罪日期在附表編號 1. 2. 3. 所示搶奪等罪確定日期即八十二年四月二十三日之後，本不得適用刑法第五十一條就附表所示四罪定其應執行刑。原裁定就附表編號 1. 2. 4. 三罪，依上揭減刑條例減其宣告刑各如附表編號 1. 2. 4. 所示，並與附表編號 3. 所示不應減刑之罪所處之刑，定其應執行刑，自有裁定不適用法律之違背法令。再原裁定被告就附表所犯四罪，應執行有期徒刑八年四月又十五日，固未逾越各刑合併之刑期，然扣除編號 4. 所示減刑後之宣告刑有期徒刑六月，編號 1. 2. 3. 所示部分，仍應執行有期徒刑七年十月又十五日，反較減刑前所定應執行刑七年八月為高，應認有違減刑之目的，且與上揭內部界限相悖。案經確定，原裁定關於定應執行刑部分不利於被告，亦屬違背法令。非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，自應由本院將其所定應執行刑部分撤銷，並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但書，中華民國九十六年罪犯減刑條例第十一條、修正前刑法第五十一條第五款，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 八 年 三 月 二 十 六 日

【第九十案】

一、關係條文

中華民國 96 年罪犯減刑條例 第 2 條第 1 項。

刑 法 第 51 條。

刑 事 訴 訟 法 第 447 條第 1 項第 1 款但書。

二、非常上訴理由

按法律上屬於自由裁量事項，尚非概無法律性之拘束，在法律上有其外部界限及內部界限，前者法律之具體規定，使法院得以具體選擇為適當裁判，此為自由裁量之外部界限。後者法院為自由裁量時，應考量法律之目的，法律秩序之理念所在，此為自由裁量之內部界限。法院為裁判時，二者均不得有所踰越。在數罪併罰而有二裁判以上，應定其應執行刑之案件，法院所為刑之酌定，固屬自由裁量事項，然對於法律之內、外部界限，仍均應受其拘束（最高法院八十八年度台抗字第二七八號裁定要旨參照）。經查，被告某甲因犯如附表所示麻醉藥品管理條例等二罪，經台灣高雄地方法院於八十五年七月十二日以八十五年度訴字第九六七號刑事判決，依次判處有期徒刑八月及有期徒刑五年四月，褫奪公權三年，並定應執行有期徒刑五年十月，褫奪公權三年確定（以上均詳如原判決及原裁定附表所載）。上述附表編號 1 之罪，因合於中華民國九十六年罪犯減刑條例第二條第一項第三款規定，應予減刑與不得減刑之編號二之罪，均係裁判確定前所犯，合於數罪併罰之例而有二裁判以上，應依刑法第

五十一條之規定，定其應執行之刑。案經台灣高雄地方法院檢察署檢察官聲請台灣高雄地方法院裁定減刑及定其應執行之刑，該院竟裁定定應執行刑為有期徒刑五年七月，褫奪公權三年。就有期徒刑定應執行刑部分，從形式上觀察，雖未逾越刑法第五十一條第五款所定之外部界限，但其因本次減刑所獲減四月之寬典，較原前判決已定應執行有期徒刑五年十月，僅減少刑期三月，顯有違減刑之目的，揆諸上揭最高法院裁定意旨，原裁定就自由裁量所為刑之酌定，顯有適用法則不當之違背法令。案經確定，且不利於被告。爰依刑事訴訟法第四百四十一條、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 九十八年度台非字第三四號

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麻醉藥品管理條例等罪定其應執行刑案件，對於台灣高雄地方法院中華民國九十七年十月二十八日裁定（九十七年度聲減字第二七一六號，聲請案號：台灣高雄地方法院檢察署九十七年度執聲字第二七二〇號），認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原裁定撤銷。

某甲所犯如附表編號1所示之罪，視為減刑如附表編號1所載之刑，與附表其餘所示不應減刑之罪所處之刑，主刑部分應執行有期徒刑伍年陸月。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按：定應執行刑之裁定，與實體判決有同等效力，於確定後，如發現有違背法令者，得提起非常上訴。而法律上屬於自由裁量之事項，有其外部性界限及內部性界限，並非概無拘束，依據法律之具體規定，法院應在其範圍內選擇為適當之裁判者，為外部性界限；而法院為裁判時，應考量法律之目的及法律秩序之理念所在者，為內部性界限，法院為裁判時，二者均不得有所逾越。在數罪併罰，有二裁判以上，定其應執行之刑時，固屬法院自由裁量之事項，但仍應受前揭外部性界限及內部性界限之拘束。被告某甲因犯如附表所示麻醉藥品管理條例等二罪，經台灣高雄地方法院於民國八十五年七月十二日以八十五年度訴字第九六七號刑事判決，依次判處有期徒八月及有期徒刑五年四月，褫奪公權三年，並定應執行刑有期徒刑五年十月，褫奪公權三年確定，有該判決書及案卷可稽。上述附表編號1之罪，因合於中華民國九十六年罪犯減刑條例第二條第一項第三款規定，應予減刑與不得減刑之編號2之罪，均係裁判確定前所犯，合於數罪併罰之例而有二裁判以上，應依刑法第五十一條之規定，定其應執行之刑。案經台灣高雄地方法院檢察署檢察官聲請原法院就視為減刑之罪及不應減刑之罪定其應執行之刑，該院裁定定應執行刑為有期徒刑五年七月，褫奪公權三

年。就主刑定應執行刑部分，從形式上觀察，雖未逾越刑法第五十一條第五款所定之外部界限，但其因本次減刑所獲減四月之寬典，較原判決所定應執行之有期徒刑五年十月，僅減少刑期三月，顯有違減刑之目的，原裁定就自由裁量所為刑之酌定，難謂與法律秩序之理念及法律目的之內部性界限無違，應屬違背法令。案經確定，且對被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原裁定撤銷，就主刑部分改判如主文第二項所示，以資救濟。

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

中 華 民 國 九 十 八 年 二 月 十 九 日

【第九十一案】

一、關係條文

中華民國 96 年罪犯減刑條例 第 2 條第 1 項第 3 款、第 5 條。

刑事訴訟法 第 447 條第 1 項第 1 款但書。

二、非常上訴理由

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。又犯罪在中華民國九十六年四月二十四日以前者，除本條例另有規定外，依下列規定減刑：……三、有期徒刑、拘役或罰金，減其刑期或金額二分之一，為中華民國九十六年罪犯減刑條例第二條第一項第三款所明定。另同條例第五條規定：本條例施行前，經通緝而未於中華民國九十六年十二月三十一日以前自動歸案接受偵查、審判或執行者，不得依本條例減刑。而該條例第五條係就本條例施行前經通緝之被告或受刑人而設之規定，如係於本條例施行後始通緝者，即不適用該條規定，亦有法院辦理九十六年減刑案件應行注意事項第九條第一項前段明定在案。經查本件被告某甲犯罪時間係在民國九十四年九月十六日起至九十五年六月三十日止，其因本案經台灣台中地方法院通緝時間為九十八年三月十三日，緝獲時間則為九十八年七月二日，此有基隆市警察局第四分局基警四分偵字第 0 九八 0 四六一二六八號通緝案件報告書及台灣台中地方法

院九十八年八月十一日九十八年中院彥刑銷字第六〇二號撤銷通緝書各一件附卷可稽（地院卷第七十六頁反面、第七十七頁參照），顯見該通緝日期係在九十六年七月十六日中華民國九十六年罪犯減刑條例公布施行以後，且被告所犯之罪名為修正前商業會計法第七十一條第一款及稅捐稽徵法第四十三條第一項，揆諸上開規定，應認符合同條例第二條第一項第三款規定而減其刑期二分之一，始為適法。詎原確定判決竟以被告犯罪時間雖在九十六年四月二十四日以前，惟其經該院通緝後，於九十八年七月二日始緝獲到案，自不符合中華民國九十六年罪犯減刑條例之規定，而無減刑之適用，不予減刑，即有判決不適用法則之違背法令。案經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正及救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十九年度台非字第一七〇號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告違反商業會計法案件，對於台灣台中地方法院中華民國九十八年八月十四日第一審確定判決（九十八年度訴緝字第三二一號，起訴案號：台灣台中地方法院檢察署九十六年度偵字第一五四七一號，九十七年度偵字第一五二七、二九三六、三九一三、六四八三、九九四四號），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，處有期徒刑伍月，如易科罰金，以銀元叁佰元即新台幣玖佰元折算壹日，減為有期徒刑貳月又拾伍日，如易科罰金，以銀元叁佰元即新台幣玖佰元折算壹日。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按中華民國九十六年罪犯減刑條例第五條規定：「本條例施行前，經通緝而未於中華民國九十六年十二月三十一日以前自動歸案接受偵查、審判或執行者，不得依本條例減刑。」係就該條例施行前，經通緝之被告或受刑人而設之規定，如係於該條例施行後，始經通緝者，自無該條規定之適用，亦即如合於該條例減刑規定，仍應予以減刑。被告某甲自九十四年九月十六日起，至九十五年六月三十日止，連續牽連犯修正前商業會計法第七十一條第一款之填製不實罪及稅捐稽徵法第四十三條第一項之幫助逃漏稅捐罪，於台灣台中地方法院審理中逃匿，經該院於九十八年三月十三日通緝，於九十八年七月二日為警緝獲，有該院九十八年三月十三日中院彥刑緝字第一六六號通緝書、基隆市警察局第四分局九十八年七月二日基警四分偵字第〇九八〇四六一二六八號通緝案件報告書附卷可稽。其犯罪時間在九十六年四月二十四日以前，合於上開減刑條例第二條第一項第三款減刑規定，亦無該條例第五條規定不得減刑之情形，乃原判決依牽連犯規定，從一重論其以共同商業負責人，以明知為不實之事項，而填製會計憑證罪，處其有期徒刑五月，如易科罰

金，以銀元三百元即新台幣九百元折算一日，竟認其有該條例第五條規定之情形，而不予減刑，顯有判決不適用法則之違法。案經確定，且不利於被告。非常上訴執以指摘，洵有理由。自應由本院將原判決撤銷，另行判決予以減刑，藉資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款、修正前商業會計法第七十一條第一款、稅捐稽徵法第四十三條第一項、刑法第十一條前段、第二條第一項前段、第二十八條、修正前刑法第五十六條、第五十五條、第四十一條第一項前段、中華民國九十六年罪犯減刑條例第二條第一項第三款、修正前罰金罰鍰提高標準條例第二條、現行法規所定貨幣單位折算新台幣條例第二條，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 九 年 六 月 十 七 日

【第九十二案】

一、關係條文

中華民國 96 年罪犯減刑條例 第 11 條。

刑 法 第 51 條。

刑 事 訴 訟 法 第 447 條第 1 項第 1 款但書。

二、非常上訴理由

按法律上屬於自由裁量事項，尚非概無法律性之拘束，在法律上有其外部界限及內部界限，前者法律之具體規定，使法院得以具體選擇為適當裁判，此為自由裁量之外部界限。後者法院為自由裁量時，應考量法律之目的，法律秩序之理念所在，此為自由裁量之內部界限。法院為裁判時，二者均不得有所逾越。在數罪併罰而有二裁判以上，應定其應執行刑之案件，法院所為刑之酌定，固屬自由裁量事項，然對於法律之內、外部界限，仍均應受其拘束（貴院民國八十年度台非字第四七三號判例意旨參照）。經查：被告某甲犯如原裁定附表所示違反毒品危害防制條例等九罪，經各該法院分別判處罪刑確定（詳見附表所載），有期徒刑部分，前經台灣台南地方法院於九十四年八月十八日以九十四年度聲字第一二一七號裁定，定其應執行之刑為有期徒刑二十年確定。嗣台灣高雄地方法院檢察署檢察官以被告所犯之編號 1、2、3、4、5、6、8 所示之罪部分，核與中華民國九十六年罪犯減刑條例第二條第一項第三款規定相符，應減其宣告刑

期二分之一，並與編號7、9所列不應減刑之罪所處之刑期，聲請定其應執行之刑。原審法院乃就編號1、2、3、4、5、6、8之罪減刑後之刑期，與不得減刑之編號7、9之罪所處之刑期，定其應執行刑為有期徒刑二十年。從形式上觀察，雖未逾越刑法第五十一條第五款所定法律之外部性界限，惟其因本次減刑獲四月又十五日、三月又十五日、二月、四月、九月、二月又十五日、九月之寬典，合計減輕三十四月又十五日（即二年十月又十五日），而原裁定所定執行刑仍為有期徒刑二十年，較諸未減刑前之執行刑二十年，卻未減少刑期，應認有違減刑之目的，且與前揭內部界限有悖，原裁定就自由裁量所為刑之酌定，顯有適用法則不當之違背法令。案經確定，且不利於被告。爰依刑事訴訟法第四百四十一條、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 九十九年度台非字第一三〇號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被 告 某甲

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例等罪案件，對於台灣高雄地方法院九十六年十二月二十八日第一審確定裁定（九十六年度聲減字第八六三九號，聲請案號：台灣高雄地方法院檢察署九十六年度聲減字第四四四二號），認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原裁定關於定應執行刑部分撤銷。

某甲因犯如附表所示各罪所處之刑及減得之刑，應執行有期徒刑拾柒年壹月又拾伍日，罰金新台幣壹萬伍仟元，罰金如易服勞役，以銀元叁佰元即新台幣玖佰元折算壹日，褫奪公權陸年。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按法律上屬於自由裁量之事項，並非概無法律性之拘束。自由裁量係於法律一定之外部性界限內（以定執行刑言，即不得違反刑法第五十一條之規定），使法官具體選擇以為適當之處理；因此在裁量時，必須符合所適用之法規之目的。更進一步言，須受法律秩序之理念所指導，此亦即所謂之自由裁量之內部性界限。關於定應執行之刑，既屬自由裁量之範圍，其應受此項內部性界限之拘束，要屬當然。中華民國九十六年罪犯減刑條例之所以制定，依其第一條規定，係為紀念解除戒嚴二十週年，予罪犯更新向善之機。是其適用此一減刑條例，自不得違反此一法律之目的。本件被告某甲因犯違反毒品危害防制條例等罪，先後經判處如附表所示之刑，均已分別確定在案，因合於定應執行刑規定，台灣台南地方法院乃依檢察官聲請，於九十九年八月十八日，以九十四年度聲字一二一七號裁定，定應執行有期徒刑二十年，罰金新台幣叁萬元，罰金如易服勞役，以銀元三百元即新台幣九百元折算一日確定；嗣附表編號1至6、8所示各罪，合於中華民國九十六年罪犯減刑條例減刑規定，台灣高雄地方法院乃依檢察官聲請，於九十六年十二月二十八日，以九十六年度聲減字第八六三九號裁定，分別減其宣告刑二

分之一後，與附表編號7、9所示不得減刑之罪所處之刑，定應執行有期徒刑二十年，罰金新台幣一萬五千元，罰金如易服勞役，以銀元三百元即新台幣九百元折算一日，褫奪公權六年確定，有各該案卷附卷可稽。上開減刑所減有期徒刑之刑期，共二年十月又十五日，該裁定就有期徒刑部分重定執行刑，其刑期竟與未減刑前之刑期相同，殊悖減刑之目的，自屬違法。案經確定，且不利於被告。非常上訴意旨，執以指摘，洵有理由，而此項定應執行刑之裁定，具有與實體判決相同之效力，自應由本院將原裁定關於定應執行刑部分撤銷，另行判決，藉資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，中華民國九十六年罪犯減刑條例第十一條，刑法第五十一條第五款，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 九 年 五 月 二 十 日

【第九十三案】

一、關係條文

道路交通管理處罰條例 第 86 條第 1 項。

刑 法 第 41 條第 1 項、第 284 條第 1 項前段。

刑 事 訴 訟 法 第 447 條第 1 項第 1 款。

二、非常上訴理由

按累犯之成立，依九十四年二月二日修正公布，九十五年七月一日施行之刑法第四十七條第一項規定：『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，加重其本刑至二分之一』，係以『故意』再犯有期徒刑以上之罪者，始成立累犯，而與修正前刑法第四十七條僅須再犯有期徒刑以上之罪者，即為累犯之規定不同。又事實審法院對於被告有無累犯之事實，應否適用刑法第四十七條累犯之規定加重其刑，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，亦經司法院大法官會議著有釋字第一八一號解釋可參。經查原判決既認定被告某甲係『過失』犯傷害罪，而被告過失傷害犯罪時間點為九十七年十月二十三日二十三時四十二分許，依上開說明，即應適用修正後新法，而不能成立累犯，乃原判決未察，竟依累犯予以論科並加重其刑，顯有適用法則不當及應於審判期日調查之證據未予調查之違背法令。案經確定，

且於被告不利，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

一〇〇年度台非字第六號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

上列上訴人因被告過失傷害等罪案件，對於台灣屏東地方法院中華民國九十八年三月三十一日第一審確定判決(九十七年度交簡字第一〇五七號，聲請簡易判決處刑案號：台灣屏東地方法院檢察署九十七年度偵字第七二七五號，及移送併辦案號：同署九十七年度偵字第七九一四號)，認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於過失傷害罪部分撤銷。

某甲因過失傷害人，處拘役伍拾日，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。另接受徒刑之執行完畢，或受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，為刑法第四十七條第一項所明定。本件被告於民國九十七年十月二十四日晚上二十三時許，駕駛車號K三一〇〇〇〇號自小客車，沿屏東縣里港鄉〇〇路，由南往

北方向行駛，於當日晚上二十三時四十二分許，途經該路與仁和路交岔路口左轉，因酒後疏未注意，撞及對向直行之黃○○所駕附載陳○○之機車，致黃○○、陳○○受傷，案經被害人黃○○、陳○○提出告訴，並經檢察官聲請簡易判決處刑及移送併辦，原審未察依過失傷害罪論處罪刑時，並依累犯及道路交通管理處罰條例第八十六條第一項加重其刑，惟該過失犯罪不成立累犯，原判決誤論以累犯並予加重，自屬適用法則不當，而顯然於判決有所影響，其判決當然違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決關於過失傷害罪部分撤銷，改判如主文第二項所示，並諭知易科罰金之折算標準，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，刑法第二百八十四條第一項前段、第四十一條第一項前段，道路交通管理處罰條例第八十六條第一項，判決如主文。

中華民國一〇〇年一月二十七日

【第九十四案】

一、關係條文

竊盜犯贓物犯保安處分條例 第2條第4項。

刑 法 第51條。

刑 事 訴 訟 法 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。查竊盜犯贓物犯保安處分條例第三條固明定：十八歲以上之竊盜犯、贓物犯，有犯罪之習慣者，得於刑之執行前，令入勞動場所強制工作。但同條例第二條第四項則又明定：應執行之刑未達一年以上者，不適用本條例。而此所謂「應執行之刑」，依最高法院八十四年度台非字第三六八號判決所示：「該條項所稱應執行之刑，係限於因犯該條例所定之竊盜罪或贓物罪所定之應執行刑而言」。則本件台灣雲林地方法院九十七年度訴字第八九五號判決，雖論處被告某甲二竊盜罪，各處有期徒刑六月，表面上兩罪合計之刑度，雖達有期徒刑一年，但此二罪依刑法第五十一條第五款之規定，又必須與被告本件另犯之偽造文書三罪，合併定應執行刑；而上開五罪合併定應執行刑雖為有期徒刑一年十月，但扣除偽造文書三罪（共處有期

徒刑十二月)後,被告所犯之上開兩竊盜罪,其應執行刑自不滿一年(即竊盜二罪合併刑期為十二月,恰與偽造文書三罪之合併刑期相同,則本件原判決所定之五罪應執行刑一年十月,當可劃分一半為竊盜罪之應執行刑即十一月,另一半為偽造文書罪之應執行刑十一月)。本件依上開所述,自不應判處被告強制工作,乃原審疏未注意上開條例第二條第四項之規定及最高法院上開判決之意旨,仍連同偽造文書罪所處徒刑部分,一併算入,而認被告之應執行刑已達一年以上,而諭知被告應入勞動場所強制工作三年,自有不適用法則及適用不當之違背法令。

二、案經確定,且明顯對被告不利,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 九十九年度台非字第三三二號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告偽造文書等罪案件,對於台灣雲林地方法院中華民國九十七年九月三十日第一審確定判決(九十七年度訴字八九五號,起訴案號:台灣雲林地方法院檢察署九十七年度偵字第三二三六、四四六〇號),認為部分違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主 文

原判決關於宣告強制工作部分撤銷。

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，為刑事訴訟法第三百七十八條明定。又竊盜犯贓物犯保安處分條例第二條第四項係規定：應執行之刑未達一年以上者，不適用本條例，而其所稱「應執行之刑」，係限於因犯該條例所定之竊盜罪或贓物罪所定之應執行刑而言。本件原判決論處被告某甲二竊盜罪，各處有期徒刑六月，其合計刑度，雖達有期徒刑一年，惟此二罪依刑法第五十一條第五款之規定，又須與被告另犯之偽造文書三罪，合併定應執行刑；而上開五罪雖經原審合併定應執行刑為有期徒刑一年十月，然如以竊盜二罪合併刑期為十二月與偽造文書三罪合併有期徒刑十二月，依其比例劃分竊盜罪與偽造文書應執行刑，則被告所犯二竊盜罪，其應執行刑為十一月。則被告該部分竊盜罪所應執行之刑自不滿一年，揆諸上開規定，自無竊盜犯贓物犯保安處分條例之適用。乃原判決竟依該條例第三條第一項、第四條及第五條之規定，諭知被告應於刑之執行前，令入勞動處所強制工作三年，依上說明，其判決自有適用法則不當之違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決關於宣告強制工作違背法令部分撤銷，且此撤銷具有改判之性質，效力及於被告，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 九十九 年 十一 月 二十五 日

【第九十五案】

一、關係條文

野生動物保育法 第4條第1項、第2項、第35條、第40條第1項。

刑事訴訟法 第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。而單獨宣告沒收之確定裁定，與科刑判決有同等效力，如發見該裁定有違法情形，自得提起非常上訴（司法院院字第二五〇七號解釋參照）。而依據野生動物保育法，是否屬保育類野生動物產製品而得予以沒收，概依主管機關行政院農業委員會所指定、公告之野生動物名錄而定。最高法院九十五年度台上字第二七三二號判決：『保育類之野生動物，依野生動物保育法第四條第一項第一款、第二項之規定，係指由野生動物保育諮詢委員會評估分類，經中央主管機關指定公告並製作名錄之瀕臨絕種、珍貴稀有及其他應予保育之野生動物而言。又同法第四十條第一項第二款之未經主管機關同意，意圖販賣而陳列珍貴稀有野生動物產製品罪，其所保護之客體，為珍貴稀有野生動物產製品，參酌同法第三十五條之規定，關於野生動物之〈產製品〉不得擅自買賣、或意圖販賣而陳列、展示之處罰，以經中央主管機關指定公告並製作之稀有野生動物之〈產製

品〉為限』，即明斯旨。經查，行政院農業委員會於民國九十八年七月七日最新公告之『野生動物名錄』（詳該會農林務字第 0981700721 號文），業已將製成本件扣案皮草外套之 CHINCHILLA（栗鼠科）自保育類動物名單（適用野生動物保育法之人工飼養、繁殖野生動物種類）上予以刪除，且原『野生動物名錄』僅適用至九十八年七月六日為止。準此，自九十八年七月七日起，製成本件扣案皮草之 CHINCHILLA 既非（行政院）農業委員會所公告『野生動物名錄』，則該皮草外套已非野生動物保育法所列得沒收之違禁物甚明，乃第一審裁定時未再向行政院農業委員會詳查，即逕依檢察官之聲請而裁定將本件扣案皮草外套宣告沒收，顯有裁定不適用法則之違誤。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 九十九年度台非字第一九〇號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告違反野生動物保育法單獨宣告沒收案件，對於台灣台北地方法院中華民國九十九年二月二十四日第一審確定裁定（九十九年度聲字第二七五號，聲請案號：台灣台北地方法院檢察署九十九年度執聲字第二〇〇號），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）

本院按單獨宣告沒收之確定裁定，與科刑之確定判決有同等效力，如發見該裁定有違法情形，自得提起非常上訴，有司法院院字第二五〇七號解釋可資參照。保育類之野生動物，依野生動物保育法第四條第一項第一款、第二項之規定，係指由野生動物保育諮詢委員會評估分類，經中央主管機關指定公告並製作名錄之瀕臨絕種、珍貴稀有及其他應予保育之野生動物而言。又同法第四十條第一項第二款之未經主管機關同意，意圖販賣而陳列珍貴稀有野生動物產製品罪，其所保護之客體，為珍貴稀有野生動物產製品，參酌同法第三十五條之規定，關於野生動物之「產製品」不得擅自買賣、或意圖販賣而陳列、展示之處罰，以經中央主管機關指定公告並製作之稀有野生動物之「產製品」為限。故保育類野生動物之產製品是否得予以沒收，依野生動物保育法規定，概依主管機關行政院農業委員會所指定、公告之野生動物名錄而定。而行政院農業委員會於九十八年七月七日最新公告之「野生動物名錄」，業已將製成本件扣案皮草外套之 CHINCHILLA（栗鼠科）自保育類動物名單（適用野生動物保育法之人工飼養、繁殖野生動物種類）上予以刪除，且原「野生動物名錄」僅適用至九十八年七月六日為止，此有該會九十八年七月七日農林務字第 0981700721 號公告可考。故自九十八年七月七日起，製成本件扣案皮草之 CHINCHILLA 既未列入主管機關行政院農業委員會所公告「野生動物名錄」

之保育類動物名單內，則該皮草外套已非屬野生動物保育法所規定得沒收之違禁物甚明。乃原審於九十九年二月二十四日裁定時，疏未詳查，即逕依檢察官之聲請而裁定將本件扣案皮草外套宣告沒收，顯有適用法則不當之違誤，其裁定自屬違背法令。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨，執以指摘，洵有理由，應由本院將原裁定撤銷，並駁回檢察官之聲請，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 九 年 七 月 七 日

【第九十六案】

一、關係條文

農藥管理法 第 55 條。

刑事訴訟法 第 447 條第 1 項第 1 款。

二、非常上訴理由

查本件原判決認主文所示附表一、附表一之一偽農藥，及附表二加工及分裝偽農藥之器械及物件，分別為依法不得持有之違禁物及供犯罪所用之物，自應依刑法第三十八條相關規定宣告沒收之。惟原判決未察，於主文欄中論知「如附表一（編號 2 至 2-5、4、6、9、13、30、31、34、39 至 42、51 至 52 及 55 至 57 除外）、附表一之一及附表二所示物品均沒入之」，並於理由欄中引用其理由稱：「扣案如附表一（編號 2 至 2-5、4、6、9、13、30、31、34、39 至 42、51 至 52 及 55 至 57 除外）及附表一之一所示之物，均為被告某甲所有經查獲之成品偽農藥及農藥原體；扣案如附表二所示攪拌機一台、封口機二台及標籤紙一箱，係查獲供加工及分裝偽農藥之器械及物件，業據被告供陳在卷，悉應依第五十五條第一項第一款、第三款、第四款之規定（指農藥管理法），不問屬何人所有，均沒入之。再於據上論結欄引用該第五十五條第一項之條文以為沒入。核其農藥管理法第五十五條第一項第一款、第三款、第四款之規定內容，尚屬行政機關依行政處分之權限所應適用之條文，非司法機關依刑事

審判得逕為該條文之適用。因無法依相關沒收規定，執行原判決主文，原判決自有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 九十九年度台非字第一八九號

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農藥管理法案件，對於台灣高等法院花蓮分院中華民國九十八年八月十八日第二審確定判決(九十八年度上訴字第一一一號，起訴案號：台灣台東地方法院檢察署九十六年度偵字第二八〇三號)，認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於諭知「扣案如附表一(編號 2 至 2-5、4、6、9、13、30、31、34、39 至 42、51 至 52 及 55 至 57 除外)、附表一之一及附表二所示物品均沒入之」部分撤銷。

理 由

非常上訴理由(見前二)

本院按刑罰乃國家對於犯罪之人，以剝奪其私人法益之手段，所加之公法上制裁，其種類依刑法第三十三條、第三十四條之規定，有死刑、無期徒刑、有期徒刑、拘役、罰金之主刑，及褫奪公權、沒收、追徵、追繳或抵償之從刑(特別刑法有關銷燬、發還等規定，仍屬沒收之性質)，刑事判決

自應受上開範圍之限制。刑罰復可分為一般刑罰與行政刑罰。前者，通常是就反社會性之犯罪行為，基於防衛社會與矯治教化為目的所施以之制裁；後者，則係基於行政政策上之考量，對違反行政法上之義務行為，以前揭刑法所定主刑及從刑之刑名加以制裁。此類處罰，均屬刑罰之性質，應由刑事法院依刑事訴訟程序處理之。至行政秩序法（即狹義之行政罰），乃就違反行政法上義務之行為，本於維持行政秩序之目的，由該管主管機關以刑法刑名以外之方法予以處罰，其種類繁多，常見之拘留、罰鍰、罰役、沒入、勒令歇業、禁止發行、限期改善、勒令恢復原狀等皆屬之。一般刑罰及行政刑罰，屬於法院處斷之權限，由法院依刑事訴訟程序裁判之。而行政秩序罰處罰之主體，通常為行政機關，僅少數例外，如依社會秩序維護法規定，影響人民權益較為重大之制裁如拘留及勒令歇業等，始由地方法院之簡易庭裁判。足見刑罰（包括行政刑罰）與行政秩序罰（狹義之行政罰），二者性質有別，不容混淆。而農藥管理法第五十五條規定：「有下列情形之一者，不問屬何人所有，均沒入之：一、依本法查獲之禁用農藥或偽農藥。二、依本法查獲之劣農藥。三、依本法查獲供製造、加工或分裝禁用農藥或第七條第一款偽農藥之器械、原料。四、違反第十九條、第三十七條或第三十八條規定，其農藥、標示、宣傳或廣告具有農藥藥效之物品。前項沒入物品之處理辦法，由中央主管機關定之。」，其既係規定「沒入」而非「沒收」，即屬行政罰而非行政刑罰之範疇，刑事法院殊無於判決內宣告「沒入」之餘地。倘刑事判決竟逾越而為「沒入」之諭知，即有判決

適用法則不當之違背法令。本件原確定判決於事實欄認定：被告某甲自民國九十六年七月上旬某日起至九十七年一月十八日止，在雲林縣崙背鄉○○村○○路五八五號等建物內，為加工偽農藥之犯行；於理由欄說明：扣案如原判決附表一（編號 2 至 2-5、4、6、9、13、30、31、34、39 至 42、51 至 52 及 55 至 57 除外）及如原判決附表一之一所示之物，均為被告所有經查獲之成品偽農藥及農藥原體。扣案如原判決附表二所示攪拌機一台、封口機二台及標籤紙一箱，係查獲供加工及分裝偽農藥所用之器械及物件，業據被告供陳在卷，均應依（農藥管理法）第五十五條第一項第一款、第三款、第四款之規定，不問屬何人所有，均沒入之等情，而適用農藥管理法第四十七條第一項、第五十五條第一項第一款、第三款、第四款，論被告以加工偽農藥（累犯）罪，並於主文諭知：「扣案如附表一（編號 2 至 2-5、4、6、9、13、30、31、34、39 至 42、51 至 52 及 55 至 57 除外）、附表一之一及附表二所示物品均沒入之」等情，揆諸首揭說明，顯有判決適用法則不當之違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決關於上開違背法令諭知沒入之部分予以撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 九 年 六 月 三 十 日

【第九十七案】

一、關係條文

- 軍事審判法 第 1 條第 1 項。
陸海空軍刑法 第 1 條、第 54 條第 1 項。
刑事訴訟法 第 379 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。又對於被告無審判權者，應諭知不受理之判決，亦為同法第三百零三條第六款所明定。另現役軍人犯陸海空軍刑法或其特別法之罪，依軍事審判法之規定追訴審判之，此為該法第一條第一項所規定。而服用酒類，不能安全駕駛動力交通工具而駕駛，陸海空軍刑法第五十四條第一項更明定刑責。現役軍人如犯該條項之罪，應依上揭軍事審判法之規定，由軍法機關追訴、審判，法院並無審判權，亦有最高法院九十三年度台非字第一九一號刑事判決要旨可資參照。
- 二、經查本件原判決認定被告某甲於（民國）九十六年九月十三日晚間九時許，在台北縣三重市（已改制為新北市三重區）之○○餐廳飲用高粱酒半瓶後，已達不能安全駕駛動力交通工具之程度，竟仍駕駛車牌號碼 J0-0000 號自小客車上路，嗣於翌（十四）日清晨三時四十二分

許，在台北市中山區○○○路與建國北路口為警查獲，並檢測其呼氣酒精濃度值達每公升 0.66 毫克，被告涉有公共危險罪，因以判處罪刑確定，固非無見。惟查被告某甲係於七十七年五月九日入伍，現為國防部軍備局生產製造中心第二〇二廠物品庫中校庫長，此有國防部高等軍事法院檢察署一〇〇年八月三日國高等檢字第 1000001432 號函及所附被告個人電子兵籍資料在卷可稽。是被告於九十六年九月十三日行為時，仍為現役軍人，而上開行為核屬犯陸海空軍刑法第五十四條第一項所定之罪名，揆諸首揭說明，自應依軍事審判法之相關規定追訴審判，普通法院並無審判權，如經受理，法院應為不受理之判決，始為適法，詎原判決疏未詳查，竟予受理，並為被告有罪之判決，自有適用法則不當之違背法令。

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

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇〇年度台非字第三四四號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告公共危險案件，對於台灣台北地方法院中華民國九十六年十二月七日第一審確定簡易判決(一〇〇年度北交簡字第二八六四號，聲請簡易判決處刑案號：台灣台

北地方法院檢察署九十六年度偵字第二〇三九一號)，認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

本件公訴不受理。

理 由

非常上訴理由（見前二）

法院受理訴訟不當者，其判決當然違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第五款規定甚明。又軍事審判法第一條第一項前段規定：「現役軍人犯陸海空軍刑法或其特別法之罪，依本法之規定追訴審判之。」陸海空軍刑法第五十四條第一項規定：「服用毒品、麻醉藥品、酒類或其他相類之物，不能安全駕駛動力交通工具而駕駛者，處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣二十萬元以下罰金。」故現役軍人觸犯該罪者，依陸海空軍刑法第一條之規定，應依該法處罰，並由軍事審判機關追訴審判。本件原判決事實認定：被告某甲於九十六年九月十三日晚間九時許，在新北市三重區之○○餐廳飲用高粱酒半瓶後，已達不能安全駕駛動力交通工具之程度，竟仍駕駛車牌號碼 J0-0000 號自用小客車上路，嗣於翌（十四）日清晨三時四十二分許，在台北市中山區○○○路與建國北路口為警攔截，經檢測其呼氣酒精濃度值達每公升 0.66 毫克，查獲上情等情。而論被告以刑法第一百八十五條之三之服用酒類，不能安全駕駛動力交通工具而駕駛罪，處罰金新台幣四萬九千元，並諭知易服勞役之折算標準。惟查：被告自七十七年五月九日起入伍服役，迄上開犯

罪行為時及發覺犯罪時，仍在服役中，為現役軍人，有國防部高等軍事法院檢察署一〇〇年八月三日國高等檢字第1000001432號函及所附被告個人電子兵籍資料在卷可稽。是被告於九十六年九月三日犯罪及發覺時均在任職服役中，為現役軍人，所犯又係陸海空軍刑法第五十四條第一項之罪，揆諸前開說明，應由軍事審判機關依法追訴審判，普通法院對之並無審判權。原審不察，未適用通常程序為不受理之判決，逕依簡易程序，以簡易判決為處刑之實體裁判，顯然違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨，執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決撤銷，另行改判諭知不受理，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、第三百零三條第六款，判決如主文。

中 華 民 國 一 〇 〇 年 十 月 二 十 八 日

【第九十八案】

一、關係條文

軍事審判法 第169條、第170條、第228條。

刑事訴訟法 第447條第1項第1款但書。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，而軍事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；又案件無審判權者，應諭知不受理判決，此軍事審判法第一九六條、第一九七條第五款及第一六九條第六款均有明文。次按陸海空軍刑法第一條規定，現役軍人犯本法之罪者，依本法處罰之。所稱陸海空軍刑法之特別法者，參照行政院秘書長（民國）七十六年七月七日台七十六法字第一五〇四五號函抄行政院及司法院研商之三原則，即 1. 凡法律有刑罰規定而陸海空軍刑法亦有規定或有類似之規定者，不論中華民國刑法及其特別法有無規定，該法為陸海空軍刑法之特別法。2. 陸海空軍刑法無規定而中華民國刑法及其特別法有規定者，該法為中華民國刑法之特別法。3. 陸海空軍刑法及中華民國刑法均無規定，如該法明定軍人犯罪由軍法機關審判或有加重規定者，為陸海空軍刑法之特別法。無規定者，為中華民國刑法之特別法。

- 二、卷查：被告某甲為十八歲以上之人，與十六歲以上未滿十八歲之A女為性交易之行為，係觸犯兒童及少年性交易防制條例（以下簡稱本條例）第二十二條第二項『與十六歲以上未滿十八歲之人為性交易』罪，核先敘明。
- 三、次查本條例於八十四年制定時，其第二十二條第一項、第二項俱為當時刑法第十六章妨害風化罪之特別法；嗣刑法於八十八年四月二十一日修正該章為妨害性自主罪，同時增訂第十六章之一為妨害風化罪，本條例第二十二條緣因規範之刑責與刑法相類規定差異頗大，執行時多所爭議，且當時之罰則，已無法發揮遏止作用，而有加重刑度之必要（修正理由參照），遂於八十八年六月二日修正為現行條文。本條例第二十二條第一項、第二項之現行條文，雖法定最重本刑已由罰金刑，提高為一年以下有期徒刑，惟其與刑法『妨害性自主罪章』中，對於合意性交或猥褻罪之保護客體，均未及十六歲以上未滿十八歲之人已有未合。亦即該罪犯罪態樣，刑法『妨害性自主罪章』並無相類規定，且其立法體例亦與同條第一項之處罰規定殊異。是其與刑法妨害性自主罪章各罪之規範及評價對象既有不同，自不得謂其為刑法妨害性自主罪章之特別法，進而認有陸海空軍刑法第七十六條第一項第七款之適用。又特別法與普通法之適用前提，係同一事項，存在複數且規範重疊之法規。本條例第二十二條第二項之構成要件，與刑法妨害性自主罪章尚無規範重疊之處，對十六歲以上之人為合意性交或猥

褻行為，亦非刑法妨害性自主罪章所規範之犯罪，殊難逕認二者有特別法與普通法之關係。

四、再者，參照本條例第一條立法目的，係『為防制、消弭以兒童為性交易對象事件』，而刑法之妨害性自主罪章，其規範乃針對以違反他人性自主之意願或對無性自主能力之他人，對其進行性侵害之行為，與本條例規範客體為具有對價之性交易行為迥異，反觀，與刑法第十六章之一妨害風化罪，藉以規範媒介色情等之犯罪態樣較為相同，由此可見，本條例第二十二條第二項當非為妨害性自主罪章之特別法。綜上，現役軍人觸犯兒童及少年性交易防制條例第二十二條第二項『十八歲以上之人與十六歲以上未滿十八歲之人為性交罪』，既非陸海空軍刑法及其特別法之罪，縱使被告某甲行為時雖具現役軍人身分，軍事法院亦無從依軍事審判法追訴審判，對此依法應為不受理之判決。惟原審法院疏未查明，遽為實體有罪判決，顯有適用法則不當及受理訴訟不當者之違誤。依軍事審判法第二百二十六條規定提起非常上訴，以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇〇年度台非字第六九號

上訴人 國防部最高軍事法院檢察署檢察長
被告 某甲

上列上訴人因被告違反兒童及少年性交易防制條例案件，對於國防部南部地方軍事法院中華民國一〇〇年一月十四日

確定判決（九十九年訴字第一三〇號，起訴案號：國防部南部地方軍事法院檢察署九十九年偵字第一二一號），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。

本件不受理，移送台灣屏東地方法院檢察署。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按：軍事法院受理案件或不受理案件係不當者，其判決當然為違背法令。軍事審判法第一百九十七條第五款定有明文。又現役軍人除在戰時外，須犯陸海空軍刑法或其特別法之罪，始得依軍事審判法之規定追訴審判之，此觀軍事審判法第一條第一項之規定自明。而陸海空軍刑法第七十六條第一項第七款及第二項規定：現役軍人犯刑法妨害性自主罪章之罪，除本法另有規定外，依各該規定處罰。前項各罪，特別法另有規定者，從其規定。查刑法妨害性自主罪章（第十六章）係針對違反他人性自主意願或對欠缺性自主能力之人為性侵害之處罰專章，其中第二百二十七條第一項至第四項，對於未滿十四歲以及十四歲以上未滿十六歲之男女為性交或猥褻之行為，分別定有處罰之規定。係因年稚之男女不具或欠缺性自主之決定能力，故特設處罰明文以資保護。而對於與十六歲以上未滿十八歲之人合意為性交或猥褻之行為，並無處罰之明文，顯已立法擬制十六歲以上之人具有完全之性自主決定能力。而兒童及少年性交易防制條例第二十二條第二項則係針對與十六歲以上未滿十八歲之人為性交

易所為之規範，行為人之所以應受非難，應屬對於社會善良風俗之侵害，而非對於其性交易對象性自主權之妨害，其保護之客體及行為之態樣均有不同，尚難認兒童及少年性交易防制條例第二十二條第二項為刑法妨害性自主罪章之特別法，並進而認為有陸海空軍刑法第七十六條第二項、第一項第七款之適用。犯該罪之人縱具有現役軍人之身分，亦不得依軍事審判法之規定予以追訴審判，軍事法院對之即無審判權。而對於被告無審判權者，應諭知不受理之判決，並同時諭知移送於管轄法院檢察署，又為軍事審判法第一百六十九條第六款、第一百七十條所明定。本件原判決認定被告某甲係陸軍航空特戰指揮部第○○○群特三營特三連志願役上等兵，於民國九十八年十月十七日，在屏東縣屏東市「○○○汽車旅館」內，與十六歲以上未滿十八歲之A女為性交易，因而論以兒童及少年性交易防制條例第二十二條第二項罪刑。查被告雖具現役軍人身分，但所犯兒童及少年性交易防制條例第二十二條第二項之罪，既非陸海空軍刑法之特別法，依前述說明，自不得依軍事審判法之規定對之追訴審判。原軍事法院不察，仍予受理並為實體有罪判決，其判決自屬違背法令。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由。應由本院將原判決撤銷，改判不受理，並諭知移送於有管轄權之台灣屏東地方法院檢察署，以資糾正及救濟。

據上論結，應依軍事審判法第一百六十九條第六款、第一百七十條、第二百二十八條，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 〇 年 三 月 二 十 四 日

【第九十九案】

一、關係條文

鄉鎮市調解條例 第 28 條第 2 項。

刑事訴訟法 第 447 條第 2 項。

二、非常上訴理由

按判決適用法則不當者，為違背法令；又起訴之程序違背規定者，應為不受理判決，刑事訴訟法第三百七十八條、第三百零三條第一款分別定有明文。次查鄉鎮市調解條例第二十八條第二項規定：告訴乃論之刑事事件於偵查中或第一審法院辯論終結前，調解成立，並於調解書上記載當事人同意撤回意旨，經法院核定者，視為於調解成立時撤回告訴或自訴。此所謂「視為撤回其告訴」，係指無庸告訴人再為撤回告訴之表示即生撤回告訴之效力（貴院七十九年度台非字第一九九號判決意旨參照）。經查：本件告訴人黃○○告訴被告某甲妨害名譽案件，原判決認定被告係犯刑法第三百十條第一項之誹謗罪及第三百零九條之公然侮辱罪，依同法第三百十四條之規定，該二罪均屬須告訴乃論之罪，而告訴人向台灣基隆地方法院檢察署告訴被告妨害名譽之案件，計有九十六年度偵字第二七三二、四五七二、四五七三、四七八一及五三三六號等五件案件，該五件案件經檢察官依「檢察官偵查中加強運用鄉鎮市區調解功能方案」之規定，於（民國）九十六年十月二十四日以台灣基隆地方法院檢察署基檢堂

誠九六偵字二七三二號函，轉介至基隆市仁愛區調解委員會調解，於九十六年十一月十三日調解成立，調解內容為：「1. 對造人（即被告）因以前長期說『聲請人（即告訴人）所售豬肉不是黑豬肉及吃藥…等』為未經查證之不實指控，於當場向聲請人道歉。2. 對造人並承諾以後不得以任何形式騷擾聲請人或誹謗聲請人。3. 聲請人願意放棄其餘民事請求權及向台灣基隆地方法院檢察署撤回基檢堂誠九六偵字二七三二號案告訴」，該調解書並於九十六年十一月二十二日經台灣基隆地方法院民事庭以九十六年度核字第七二〇號核定在案，此有台灣基隆地方法院檢察署檢察官簽呈、九十六年十月二十四日基檢堂誠九六偵字二七三二號函令（見九十六年度偵字第二七三二號卷第七四、七五頁），及基隆市仁愛區調解委員會函與調解書（見九十六年度調偵字第一四四號第一、二頁及原審卷第三八頁）可稽，依前開說明，該五件妨害名譽案件，於九十六年十一月二十二日調解書經法院核定時，即視為於調解成立時撤回告訴，檢察官原應為不起訴處分，乃誤於九十六年十一月三十日以九十六年度調偵字第一四四號為緩起訴處分，嗣因被告緩起訴前故意犯傷害罪，而於緩起訴期間內受有期徒刑三月之宣告被撤銷緩起訴，檢察官再以九十七年度撤緩偵字第十八號將被告提起公訴，惟本件為告訴乃論之罪，已於調解成立時視為撤回告訴，有如前述，則本件已欠缺告訴之訴追條件，檢察官原應不起訴，竟誤予提起公訴，自屬起訴之程序違背規定，法院應為不予受理判決（貴院八十二年度台非字第三八〇號判決參照），原審未察，誤為有罪之實體判決，核有適用法則不當之違法。

案經確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第四四一條、第四四三條提起非常上訴（原判決關於不受理判決部分除外），以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十八年度台非字第一五四號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

上列上訴人因被告妨害名譽等罪案件，對於台灣高等法院中華民國九十八年三月二十五日第二審確定判決（九十八年度上易字第四二三號，起訴案號：台灣基隆地方法院檢察署九十七年度撤緩偵字第一八號），認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決及第一審判決關於如附表所示部分撤銷，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）

本院按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又按告訴乃論之罪，其告訴經撤回者，應諭知不受理之判決。告訴乃論之刑事案件，於偵查中或第一審法院辯論終結前，調解成立，並於調解書上記載當事人同意撤回意旨，經法院核定者，視為於調解成立時撤回告訴或自訴。此觀刑事訴訟法第二百零三條第三款，鄉鎮市調解條例第二十八條第二項之規定自明。原判決認定

被告某甲有各如附表所示對黃○○妨害名譽之犯行，因而於九十八年三月二十五日維持第一審就該部分論被告以各如附表所示之刑之判決，復就該部分定應執行之刑拘役五十五日，駁回被告在第二審之上訴。然查，被告被訴犯本件刑法第三百零九條第一項、第三百十條第一項之公然侮辱及誹謗罪，依同法第三百十四條規定，需告訴乃論。而黃○○向台灣基隆地方法院檢察署告訴被告妨害名譽之案件，計有九十六年度偵字第二七三二、四五七二、四五七三、四七八一及五三三六號等五件案件，該五件案件經檢察官依「檢察官偵查中加強運用鄉鎮市區調解功能方案」之規定，於九十六年十月二十四日合併以台灣基隆地方法院檢察署基檢堂誠九六偵字二七三二號函，轉介至基隆市仁愛區調解委員會調解，於九十六年十一月十三日調解成立，調解內容為：「1. 對造人（即被告）因以前長期說『聲請人（即告訴人）所售豬肉不是黑豬肉及吃藥…等』為未經查證之不實指控，於當場向聲請人道歉。2. 對造人並承諾以後不得以任何形式騷擾聲請人或誹謗聲請人。3. 聲請人願意放棄其餘民事請求權及向台灣基隆地方法院檢察署撤回基檢堂誠九六偵字二七三二號案告訴」，該調解書並於九十六年十一月二十二日經台灣基隆地方法院民事庭以九十六年度核字第七二〇號核定在案，有台灣基隆地方法院檢察署檢察官簽呈、九十六年十月二十四日基檢堂誠九六偵字二七三二號函令（見九十六年度偵字第二七三二號卷第七四、七五頁），及基隆市仁愛區調解委員會函與調解書（見九十六年度調偵字第一四四號第一、二頁及原審卷第三八頁）可稽。如若無誤，上開五件妨

害名譽案件既合併以台灣基隆地方法院檢察署基檢堂誠九六偵字二七三二號函轉介調解成立，並經法院核定而視為於調解成立時撤回告訴，雖其調解內容關於撤回告訴部分僅記載「向台灣基隆地方法院檢察署撤回基檢堂誠九六偵字二七三二號案告訴」，能否謂其撤回範圍並不包含合併調解之其餘四案？尚非全無疑義。原判決疏未查明如附表所示各告訴乃論之罪，是否已於調解成立時視為撤回告訴，而有起訴程序違背規定，應為不受理判決之情形？仍對被告論罪處刑，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；且本件是否因告訴人撤回而欠缺訴追條件，係屬事實問題，既未經原審法院調查認定，為使事實臻於明確及維持被告之審級利益，應由本院將原判決及第一審判決關於如附表所示部分撤銷，由原審法院依判決前之程序更為審判，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項前段，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 八 年 五 月 二 十 七 日

【第一〇〇案】

一、關係條文

鄉鎮市調解條例 第 28 條第 2 項。

刑事訴訟法 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。復按告訴乃論之刑事事件於偵查中或第一審法院辯論終結前，調解成立，並於調解書上記載當事人同意撤回意旨，經法院核定者，視為於調解成立時撤回告訴或自訴，鄉鎮市調解條例第二十八條第二項定有明文。又按告訴乃論之罪，告訴人於第一審辯論終結前，得撤回其告訴；告訴乃論之罪，對於共犯之一人告訴或撤回告訴者，其效力及於其他共犯；告訴乃論之罪，其告訴經撤回者，應諭知不受理之判決。刑事訴訟法第二百三十八條第一項、第二百三十九條前段、第三百零三條第三款亦分別定有明文。

二、經查，本件被告某甲與陳〇〇（另經判決不受理確定）被訴共同傷害案件，經台灣台南地方法院檢察署檢察官於九十九年十二月三日以九十九年度偵字第一三九一六號聲請簡易判決處刑，嗣陳〇〇於第一審法院辯論終結前，與告訴人徐〇〇經台南市永康區調解委員會於一〇〇年一月十二日調解成立，調解書載明告訴人徐〇〇

拋棄本案刑事告訴權。此一調解書，亦經台灣台南地方法院新市簡易庭於一〇〇年一月二十四日核定在案。以上均有相關資料附卷可稽。是本件自一〇〇年一月十二日調解成立時，對陳○○發生視為撤回告訴之效力，而此項撤回告訴之效力，依前揭刑事訴訟法第二百三十九條前段之規定，自應及於共同被告某甲。詎原判決未對被告某甲為不受理之諭知，仍於一〇〇年一月二十八日對被告某甲諭知拘役三十日之有罪判決，依前揭說明，顯有適用法則不當之違背法令。

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

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇〇年度台非字第二二三號
上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被 告 某甲

上列上訴人因被告傷害案件，對於台灣台南地方法院中華民國一〇〇年一月二十八日第一審確定簡易判決（一〇〇年度簡字第一〇六號，聲請簡易處刑案號：台灣台南地方法院檢察署九十九年度偵字第一三九一六號），認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

本件公訴不受理。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令；告訴乃論之罪，告訴人於第一審辯論終結前，得撤回其告訴；告訴乃論之罪，對於共犯之一人告訴或撤回告訴者，其效力及於其他共犯；告訴乃論之罪，其告訴經撤回者，應諭知不受理之判決，刑事訴訟法第三百七十八條、第二百三十八條第一項、第二百三十九條前段、第三百零三條第三款定有明文。又告訴乃論之刑事事件於偵查中或第一審法院辯論終結前，調解成立，並於調解書上記載當事人同意撤回意旨，經法院核定者，視為於調解成立時撤回告訴或自訴，鄉鎮市調解條例第二十八條第二項亦規定甚明。本件被告某甲與陳○○（已判決不受理確定）被訴共同傷害案件，經檢察官以九十九年度偵字第一三九一六號聲請簡易判決處刑，嗣陳○○於第一審法院辯論終結前，與告訴人徐○○經台南市永康區調解委員會於民國一〇〇年一月十二日調解成立，調解書載明告訴人徐○○拋棄本案刑事告訴權等語，此調解書經台灣台南地方法院新市簡易庭於一〇〇年一月二十四日核定在案，有相關資料在卷可稽。則依上揭規定，本件應於一〇〇年一月十二日調解成立時，對陳○○發生視為撤回告訴之效力，此撤回告訴之效力及於被告，即應諭知不受理判決。原審未察，猶於一〇〇年一月二十八日對被告論處犯傷害罪刑之判決，顯有適用法則不當之違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，為有理由，應由本院將原判決撤銷，另為不受理判決之諭知，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款、
第三百零三條第三款，判決如主文。

中 華 民 國 一 〇 〇 年 八 月 十 八 日

【第一〇一案】

一、關係條文

行刑累進處遇條例 第 28 條之 1 第 1 項、第 3 項、
第 4 項。

行刑累進處遇條例施行細則 第 15 條第 1 項。

刑事訴訟法 第 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訂有明文。又按行刑累進處遇條例施行細則第十五條第一項規定：『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二十八條之一第一項，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』。該條第三、四項分別定有明文。足見有二以上刑期之受刑人，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（本院九十七年度台非字第三七四號判決意旨參考）。經查被告某甲因煙毒等案件，經台灣高等法院高雄分院八十一年度上訴字第二三四號判處應執行有期徒刑三年四月，褫奪公權三年確定。嗣經台灣高雄地方法院檢察署檢察官發監執行，刑期起算日為八十一年六月二日，執行期滿日為八十四年十月一日，有該署八十一年執緝字第六二三號檢察官執行指揮書在卷（八十一年度執緝字第六二三號執行卷）可稽。被告某甲又於八十一年間分別因預備殺人罪，經台灣高雄地方法院判處有期徒刑三月，於八十一年八月二十六日確定；又於同年因施用毒品罪，經同院判處應執行有期徒刑三年十月，褫奪公權二年，於八十一年八月十九日確定；同年又因偽造有價證券罪，經同院判處有期徒刑三年四月，於八十二年四月十七日確定。上開三罪經聲請定其應執行刑七年二月，褫奪公權二年確定（台灣高雄地方法院八十二年度聲字第九二五號）。嗣經台灣高雄地方法院檢察署檢察官指揮執行，於八十四年十月二日接續上開八十一年度執緝字第六二三號指揮書執行，分別執行，合併計算，刑期十年六月，執行期滿日為九十一年十一月二十六日，嗣於八十五年二月十七日假釋出監，並交付保護管束，有台灣高雄地方法院檢察署檢察官八十二年度執更字第二三九七號執行指揮書及台灣高雄監獄八十五年二月十七日高監教字第五七四號函在卷可稽。依上開說明，被告某甲於八十六年二月至八月間再犯本件販賣毒品罪時，其上開所犯八十一年度上訴字第二三四號判處有期徒刑三年

四月刑期並未執行完畢，原審未查，遽以累犯論科，即有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 九十八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

上列上訴人因被告違反肅清煙毒條例案件，對於台灣高等法院高雄分院中華民國八十八年一月七日第二審確定判決(八十七年度上更(一)字第二一六號，起訴案號：台灣高雄地方法院檢察署八十六年度偵字第一〇六四三號)，認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於罪刑部分撤銷。

某甲連續販賣毒品，處有期徒刑拾壹年拾月，海洛因陸包(驗後淨重拾柒點壹貳公克，包裝重貳點貳參公克)沒收併銷燬之，分裝勺子壹支、電子秤壹台、大空夾鏈袋拾玖個、小空夾鏈袋貳拾壹個，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。又依修正前刑法第四十七條之規定，累犯之成立，必須曾受有期徒刑之執行完畢，或受無期徒刑或有期徒刑一部之執行而赦免後，五年以內再犯有

期徒刑以上之罪者，始足當之。所謂執行完畢，其在監執行期滿者，固不待言；如係經假釋出獄者，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。如其為二以上徒刑併執行者，假釋所定最低應執行之期間，合併計算之；其所餘刑期，亦應合併計算，此觀刑法第七十九條第一項前段、第七十九條之一第一項、第三項之規定甚明。經查本件被告前因煙毒等罪案件，經台灣高等法院高雄分院八十一年度上訴字第二三四號判處應執行有期徒刑三年四月，褫奪公權三年確定。嗣經台灣高雄地方法院檢察署檢察官發監執行，刑期起算日為民國八十一年六月二日，執行期滿日為八十四年十月一日，有該署八十一年度執緝字第六二三號檢察官執行指揮書附該案卷可稽。被告又於八十一年間分別因預備殺人罪，經台灣高雄地方法院判處有期徒刑三月，於八十一年八月二十六日確定；又於同年因施用毒品罪，經同院判處應執行有期徒刑三年十月，褫奪公權二年，於八十一年八月十九日確定；同年又因偽造有價證券罪，經同院判處有期徒刑三年四月，於八十二年四月十七日確定。上開三罪經依聲請定其應執行刑為七年二月，褫奪公權二年確定，有台灣高雄地方法院八十二年度聲字第九二五號案卷足憑。嗣經台灣高雄地方法院檢察署檢察官指揮執行，於八十四年十月二日接續上開八十一年度執緝字第六二三號指揮書執行，分別執行，合併計算，刑期十年六月，執行期滿日為九十一年十一月二十六日，嗣於八十五年二月十七日假釋出監，並交付保護管束，有台灣高雄地方法院檢察署檢察官八十二年度執更字第二三九七號執行指揮書及台灣高雄

監獄八十五年二月十七日高監教字第五七四號函在卷可按。依上開說明，被告於八十六年二月至八月間再犯本件販賣毒品罪時，其上開所犯八十一年度上訴字第二三四號判處有期徒刑三年四月刑期並未執行完畢，原審未查，於撤銷第一審判決後，遽以累犯論科，即有適用法則不當之違背法令。案經確定，且於被告不利，上訴意旨執以指摘，洵有理由，爰將原判決關於罪刑部分撤銷，另行判決如主文所示，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，修正前肅○○毒條例第五條第一項、第十二條前段，第十三條第一項，刑法第十一條，修正前第二條第一項但書、第五十六條、第五十九條，刑法第三十八條第一項第二款，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 八 年 四 月 二 十 三 日

【第一〇二案】

一、關係條文

行刑累進處遇條例 第 28 條之 1 第 1 項、第 3 項、第 4 項。

行刑累進處遇條例施行細則 第 15 條第 1 項。

刑事訴訟法 第 447 條第 1 項第 1 款。

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，始為累犯，刑法第四十七條第一項定有明文。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，該項確定判決即屬違背法令，得提起非常上訴，亦經司法院大法官會議釋字第一八一號解釋在案。是事實審法院對於被告有無累犯之事實，應否適用刑法第四十七條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事項，客觀上有調查之必要，應依職權加以調查，倘被告並非累犯，而事實審並未詳加調查，致判決時依累犯之規定論處，即屬刑事訴訟法第三百七十九條第十款所規定，依法應於審判期日調查之證據而未予調查，其判決當然違背法令。

二、查本件被告某甲，意圖為自己不法之所有，於民國九十九年一月三十一日下午二時許，在台北市○○區○○路二段八十一巷一一三號前，以自備之鑰匙竊取葉○○所有之車號 CNX-XXX 號重型機車，得手後據為己有並供己代步之用，嗣於九十九年二月一日凌晨四時許，在台北市○○○路與忠孝西路口為警查獲，並扣得機車鑰匙一支，報由台灣台北地方法院檢察署檢察官偵查並聲請簡易判決處刑，經台灣台北地方法院認被告前於九十一年間，因犯偽造文書罪，經該院九十一年度簡字第三四四二號判決判處有期徒刑四月確定，及於九十二年間，因違反毒品危害防制條例案件，經該院九十二年度易字第三九六號判決分就其施用第一級毒品、施用第二級毒品判處有期徒刑八月、八月，並定應執行刑有期徒刑一年二月，嗣經台灣高等法院判決上訴駁回確定，上開案件並經台灣高等法院於九十三年七月二十八日以九十三年度聲字第七八六號裁定定應執行刑有期徒刑一年五月確定，遂由台灣台北地方法院檢察署檢察官指揮自九十三年十二月十六日執行，指揮書執行完畢日期雖為九十五年一月十五日（下稱前案）。然被告另於九十三年間，因違反毒品危害防制條例案件，經台灣台北地方法院九十四年度易緝字第三號判決判處有期徒刑十月，嗣經台灣高等法院九十四年度上易字第五四四號判決上訴駁回確定；於九十三年間，因犯竊盜、偽造文書等罪，經該院九十四年度訴緝字第二號判決，分別判處有期徒刑三年六月、五月，並定應執行刑有期徒刑三年八

月，嗣經台灣高等法院九十四年度上訴字第一一九六號判決，分別撤銷改判為有期徒刑三年、四月，並定應執行刑為有期徒刑三年二月確定；於九十四年間，因犯竊盜罪，經台灣台北地方法院九十四年度簡字第一三四四號判決判處有期徒刑六月；於九十四年間，因違反毒品危害防制條例案件，經台灣士林地方法院判處有期徒刑一年二月，嗣經台灣高等法院以九十四年度上易字第一〇九二號撤銷改判有期徒刑一年四月確定；於九十五年間，因違反商業會計法，經台灣台北地方法院九十五年度訴字第一四五八號判決判處有期徒刑五月確定；上開案件並經該院九十六年度聲字第一九八號裁定，定應執行刑有期徒刑六年二月，復因減刑，經同院於九十六年十月四日以九十六年度聲減字第二七九五號裁定，定應執行刑為有期徒刑四年七月確定（下稱後案），而於九十五年一月十六日接續執行前案，但仍應認被告執行完畢之日為九十五年一月十五日，其於刑之執行完畢後五年內之九十九年二月一日，再犯本件有期徒刑以上之罪，自應認為累犯，因而於九十九年三月三十日以九十九年度簡字第八四一號判決，以累犯論判處被告罪刑確定，固非無見。

三、惟查被告於前案執行完畢後，接續執行後案，為有二以上刑期執行之受刑人，依行刑累進處遇條例施行細則第十五條第一項規定：『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二十八條之一第一項，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』。該條第三、四項分別定有明文。足見有二以上刑期之受刑人，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，是本件被告於前案執行完畢後接續執行後案，其是否執行完畢，揆諸上開判決意旨，自應待全部刑期執行完畢後，始能認為各項刑期已執行完畢。本件被告後案指揮書執行完畢日期為九十九年八月十五日，累進縮刑三十六日，九十九年七月十日縮刑期滿，而於九十八年八月十三日假釋出獄，此有台灣高等法院被告前案紀錄表可稽，則其於九十九年一月三十一日再犯本件之罪時，仍在假釋期間，其刑之執行尚未完畢，自不能認係累犯，乃原審法院竟依累犯之規定，判處被告有期徒刑六月，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法。

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

三、附錄

最高法院刑事判決 一〇〇年度台非字第一三六號

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，對於台灣台北地方法院中華民國九十九年三月三十日第一審確定判決(九十九年度簡字第八四一號，起訴案號：台灣台北地方法院檢察署九十九年度偵字第四一五七號)，認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

某甲竊盜，處有期徒刑伍月，如易科罰金，以新台幣壹仟元折算壹日；扣案之機車鑰匙壹支沒收。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按：刑法第四十七條第一項規定累犯之成立，必須曾受有期徒刑之執行完畢，或受無期徒刑或有期徒刑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，為其要件，否則即不能依累犯之規定加重其刑。又行刑累進處遇條例施行細則第十五條第一項規定：「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二十八條之一第一項，就該責任分數計算所得縮短應執行之刑期，自亦合併計算。而「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」，該條第三、四項分別定有明文。足見有二以上刑期之受刑人，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。查本件被告曾於：(一)、九十一年間，因犯偽造文書罪，經台灣台北地方法院以九十一年度簡字第三四四二號判決判處有期徒刑四月，如易科罰金以銀元三百元即新台幣九百元折算一日確定（下稱①罪）；(二)、九十二年間，因違反毒品危害防制條例案件，經台灣台北地方法院以九十二年度易字第三九六號判決，就施用第一級毒品罪，處有期徒刑八月（下稱②罪）、施用第二級毒品罪，處有期徒刑八月（下稱③罪），並定應執行刑為有期徒刑一年二月，嗣經台灣高等法院判決上訴駁回確定；(三)、九十三年間，因違反毒品危害防制條例案件，經台灣台北地方法院以九十四年度易緝字第三號判決判處有期徒刑十月，嗣經台灣高等法院以九十四年度上易字第五四四號判決上訴駁回確定（下稱④罪）；(四)、九十三年間，因犯竊盜、偽造文書等罪，經台灣台北地方法院以九十四年

度訴緝字第二號判決，就加重竊盜罪處有期徒刑三年六月、行使偽造特種文書罪處有期徒刑五月，並定應執行刑為有期徒刑三年八月，嗣經台灣高等法院以九十四年度上訴字第一一九六號判決撤銷改判，加重竊盜罪處有期徒刑三年（下稱⑤罪）、行使偽造特種文書罪處有期徒刑四月（下稱⑥罪），並定應執行刑為有期徒刑三年二月確定；（五）、九十四年間，因犯竊盜罪，經台灣台北地方法院以九十四年度簡字第一三四四號判決判處有期徒刑六月，如易科罰金以銀元三百元即新台幣九百元折算一日確定（下稱⑦罪）；（六）、九十四年間，因違反毒品危害防制條例案件，經台灣士林地方法院判處有期徒刑一年二月，嗣經台灣高等法院以九十四年度上易字第一〇九二號撤銷改判有期徒刑一年四月確定（下稱⑧罪）；（七）、九十五年間，因違反商業會計法，經台灣台北地方法院九十五年度訴字第一四五八號判決判處有期徒刑五月確定，如易科罰金以銀元三百元即新台幣九百元折算一日確定（下稱⑨罪）。上開①至③罪，嗣經台灣高等法院於九十三年七月二十八日以九十三年度聲字第七八六號裁定定應執行刑有期徒刑一年五月確定，遂由台灣台北地方法院檢察署檢察官指揮自九十三年十二月十六日執行，指揮書執行完畢日期雖為九十五年一月十五日（下稱前案三罪）。上開④至⑨罪，經台灣台北地方法院以九十六年度聲字第一九八號裁定，定應執行刑有期徒刑六年二月，復因減刑，經同院於九十六年十月四日以九十六年度聲減字第二七九五號裁定，定應執行刑為有期徒刑四年七月確定（下稱後案六罪），而於前案執行期滿翌日即九十五年一月十六日接續執

行，指揮書執行完畢日期為九十九年八月十五日，累進縮刑三十六日，九十九年七月十日縮刑期滿，而於九十八年八月十三日假釋出獄，此有台灣高等法院被告前案紀錄表可稽。足見上開前案三罪、後案六罪合併接續執行完畢之日期，因累進處遇縮減刑期三十六日，於九十九年七月十日始縮短刑期屆滿。依首揭說明，上揭前案三罪所定應執行刑之有期徒刑一年五月，尚未執行完畢甚明。而被告觸犯本件竊盜罪，依原確定判決所認定之犯罪時間既為九十九年一月三十一日，當時因前案三罪所定應執行刑之有期徒刑一年五月尚未執行完畢，自不成立累犯。詎原審未察，竟誤認被告所犯前案三罪定應執行刑有期徒刑一年五月部分，係於九十五年一月十五日執行完畢，而就本件按累犯論科，並加重其本刑，顯屬違背法令。案經確定，且對被告不利，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，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，刑法第三百二十條第一項、第四十一條第一項前段、第三十八條第一項第二款，刑法施行法第一條之一，判決如主文。

中 華 民 國 一 〇 〇 年 五 月 十 九 日

【第一〇三案】

一、關係條文

行刑累進處遇條例 第 28 條之 1 第 1 項、第 3 項、
第 4 項。

行刑累進處遇條例施行細則 第 15 條第 1 項。

中華民國九十六年罪犯減刑條例 第 8 條第 1 項。

刑事訴訟法 第 447 條第 1 項第 1 款。

二、非常上訴理由

一、某甲曾因肅清煙毒條例等案件，經法院判處有期徒刑三年六月，於（民國）八十五年六月七日假釋出監，殘刑為一年七月十四日。嗣於假釋中再犯懲治盜匪條例、麻醉藥品管制條例、妨害自由等案件，經法院判處有期徒刑十五年十月，兩案合併執行有期徒刑十七年五月十四日，又獲假釋出監，嗣因違反保護管束情節重大，撤銷假釋，執行殘刑四年六月十一日。

二、按中華民國九十六年罪犯減刑條例第八條第一項規定：依本條例應減刑之罪，已經判決確定尚未執行或執行未完畢者，由檢察官或應減刑之人聲請最後審理事實之法院裁定之。又因撤銷假釋執行殘餘刑期，其撤銷之原因事實發生在八十六年刑法第七十九條之一修正實施前者，依修正前之期間，但其原因事實行為終了或犯罪結果之發生在八十六年刑法第七十七條修正施行後者，不

在此限；另二以上徒刑併執行者，刑法第七十七條所定最低應執行之期間，合併計算之；依同法第七十九條之一第一項規定合併計算執行期間而假釋者，第七十九條第一項規定之期間，亦合併計算之；在有期徒刑所餘刑期內未經撤銷假釋者，其未執行之刑，以已執行論，刑法施行法第七條之一第二項，及八十六年十一月二十六日修正前刑法第七十九條之一第一項、第三項、第七十九條（非常上訴書贅載「之一」）第一項前段定有明文。從而，二以上有期徒刑並（併）執行之情形，倘經假釋出獄，則不論嗣後其假釋有無被撤銷，在假釋期滿前，應認尚未執行完畢（最高法院九十七年度台非字第三九四號判決、九十七年度台抗字第七五〇號裁定意旨參照）。

- 三、復按行刑累進處遇條例施行細則第十五條第一項規定：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二十八條之一第一項，就該責任分數計算所得縮短應執行之刑期，自亦合併計算。另『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，函知指揮之檢察官。』同條第三、四項分別定有明文。是以有二以上刑期之受刑人，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，縮短刑期執行完畢之日期，應待全部刑期執行完畢，始能認為各項刑期已執行完畢（最高法院九十七年度台抗字第七五二號裁定意旨參照）。

四、本件受刑人某甲因肅清煙毒條例等罪殘刑一年七月十四日撤銷假釋（撤銷假釋原因：八十五年七月間起至八十五年十一月十八日再犯吸食麻藥罪，八十六年五月十六日判決確定）而與盜匪、麻藥、妨害自由等罪處刑十五年十月接續執行，有執行案件資料表可稽，由其吸食麻藥罪乙案判決確定日期即可知其撤銷假釋之原因事實發生在八十六年刑法第七十九條之一修正實施前，當然有修正前刑法第七十九條之一規定之適用，故在假釋殘餘刑期四年六月十一日尚未完全執畢前，相關之肅清煙毒條例等罪、懲治盜匪條例等罪之徒刑尚難認定已執行完畢。原裁定認已執行完畢，因而撤銷原審（指第一審）之裁定，而駁回減刑之聲請，與前開規定及最高法院判決意旨不符，顯有違背法令（最高法院七十年度台非字第六九號判決參照）。

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

三、附錄

最高法院刑事判決

一〇〇年度台非字第九四號

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麻醉藥品管理條例等罪聲請減刑案件，對於台灣高等法院高雄分院中華民國九十七年六月五日第二審確定裁定（九十七年度抗字第二七四號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原裁定撤銷。

抗告駁回。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按：減刑及定應執行刑之裁定，與科刑判決有同等之效力，於裁定確定後，如發現有違背法令情形，自得對之提起非常上訴。又中華民國九十六年罪犯減刑條例（下稱「九十六年減刑條例」）自民國九十六年七月十六日施行，其第八條第一項規定：依本條例應減刑之罪，已經判決確定尚未執行或執行未完畢者，由檢察官或應減刑之人犯聲請最後審理事實之法院裁定之。則應減刑之罪已判決確定，而於九十六年減刑條例施行之日，尚未執行或執行未完畢者，應依聲請予以減刑。另八十六年十一月二十六日修正公布之刑法第七十九條之一第五項固規定：「經撤銷假釋執行殘餘刑期者，無期徒刑於執行滿二十年，有期徒刑於全部執行完畢後，再接續執行他刑，第一項有關合併計算執行期間之規定不適用之」；即有二以上徒刑合併執行者，其係撤銷假釋而執行之殘餘刑期，應先執行完畢，再接續執行他刑。然為配合上開刑法第七十九條之一第五項之增訂，基於「不溯及既往」原

則，刑法施行法第七條之一第二項復明定：「因撤銷假釋執行殘餘刑期，其撤銷之原因事實發生在八十六年刑法第七十九條之一修正施行前者，依修正前之刑法第七十九條之一規定合併計算其殘餘刑期與他刑應執行之期間。但其原因事實行為終了或犯罪結果之發生在八十六年刑法第七十七條修正施行後者，不在此限」，使在該項修正施行前，已經發生撤銷假釋之原因事實者，仍應適用修正前即八十三年一月二十八日修正公布之刑法第七十九條之一規定，合併計算其殘餘刑期與他刑報請許可假釋所須最低應執行之期間及假釋期滿之期間；不論假釋出監前所執行之期間是否已逾其中一罪之刑期，亦不論嗣後其假釋有無被撤銷，在合併計算之假釋期滿期間內，均應認為尚未執行完畢。查被告即聲請減刑人某甲（下稱「被告」）前因犯原裁定附表編號1、2所示違反麻醉藥品管理條例、違反肅清煙毒條例之罪，經台灣屏東地方法院以八十三年度訴字第四四四號判決分別判處有期徒刑七月、三年二月，並定其應執行刑為有期徒刑三年六月確定。被告於八十三年十月十四日入監執行，至八十五年六月七日縮短刑期假釋出監（殘餘刑期為一年七月十四日）。嗣被告於假釋中之八十五年七月間起至同年十一月十八日止，再犯違反麻醉藥品管理條例、妨害自由、違反懲治盜匪條例及竊盜等罪，並經撤銷上開假釋，執行殘餘刑期一年七月十四日。該殘餘刑期之執行係自八十六年五月十六日起算（指揮書執行完畢日期為八十七年十二月二十九日），並自八十七年十二月三十日起，接續執行上開再犯各罪所應執行之有期徒刑十五年十月，指揮書執行完畢日期為一〇三

年五月四日（縮刑期滿日期為一〇二年三月八日；被告於九十七年八月二十五日再經假釋出監，至九十八年六月二日復經撤銷假釋，應執行殘餘刑期四年六月十一日）。以上各情，有台灣高等法院被告前案紀錄表、相關判決、裁定、檢察官執行指揮書等資料在卷可稽（見原審卷第六、一〇至一二頁；台灣屏東地方法院檢察署九十八年度執更字第七〇八號卷）。是被告所犯原裁定附表編號1、2所示之罪，因撤銷假釋而應執行之殘餘刑期一年七月十四日，其撤銷之原因事實係發生在八十六年十一月二十六日刑法第七十九條之一修正施行前。揆諸首揭說明，仍應適用八十三年一月二十八日修正公布之刑法第七十九條之一規定，合併計算該殘餘刑期與再犯各罪所應執行刑之假釋期滿期間；在合併計算之假釋期滿期間內，應認為尚未執行完畢。從而，被告犯原裁定附表編號1、2所示之罪所應執行之刑，於九十六年七月十六日九十六年減刑條例施行時，尚未執行完畢。被告依九十六年減刑條例之規定，就其所犯原裁定附表編號1、2所示之罪，向第一審之台灣屏東地方法院聲請減刑，並由該法院以九十七年度聲減字第七一號裁定，分別減為有期徒刑三月十五日、一年七月，並定其應執行刑為有期徒刑一年九月，核無不合。乃原審法院未察，誤認台灣屏東地方法院檢察署檢察官之抗告有理由，以被告所犯原裁定附表編號1、2所示之罪所應執行之刑，業於八十七年十二月二十九日執行完畢，並無九十六年減刑條例之適用；將台灣屏東地方法院九十七年度聲減字第七一號裁定撤銷，且駁回被告減刑之聲請，自有適用法則不當之違背法令。案經確定，且於被告不

利，非常上訴意旨執以指摘，為有理由。應由本院將原裁定撤銷，並駁回檢察官在原審法院之抗告，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 〇 年 四 月 二 十 一 日

【第一〇四案】

一、關係條文

公 司 法 第 19 條 第 2 項。
刑 法 第 28 條、第 339 條 第 1 項。
刑 事 訴 訟 法 第 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。又刑法第三百三十九條第一項之詐欺取財罪、公司法第十九條第一項、第二項之未經設立登記不得以公司名義經營業務罪，其法定刑分別為三年以上十年未滿及一年以上三年未滿有期徒刑之罪，其追訴權時效，依刑法第二條第一項、修正前刑法第八十條第一項第二款、第三款規定，其期間為十年及五年。而追訴權時效已完成者，應諭知免訴之判決，為刑事訴訟法第三百零二條第二款所明定。本件依原判決確認之事實，係以被告某甲與某乙二人有兄弟關係，其二人明知『○○企業股份有限公司』（下稱○○公司）未經設立登記，依法不得以○○公司名義經營業務或為其他法律行為，竟共同意圖為自己不法之所有，基於共同詐欺取財之犯意聯絡，於民國八十一年九月間，在台北縣三重市○○街一一二號卓○○（原名卓○○）之住處，由某甲出面佯稱其經營之○○公司欲在苗栗縣竹南鎮○○段一〇九地號等面積一一四公頃之竹南工業區擴編工業園

區開發範圍內與地主合併開發，以須支付地主開發保證金之名義，向卓○○借款新台幣（下同）五千萬元，並以○○公司名義與卓○○簽訂協議書，約定以某甲之弟某乙所有之高雄市○○區○○段二小段八五四地號土地所有權全部設定最高限額六千萬元之抵押作為擔保，且於八十二年三月三十日以前無息返還卓○○，若在該期限之前，該擴編開發工程已可開工者，則願於可開工之時無息返還卓○○，屆時並會將全部之開發工程任由卓○○自行或找人承作其全部或一部等語。致使卓○○信以為真，而予同意。某甲即以○○公司負責人身分，代表○○公司與卓○○簽訂協議書而為法律行為，其後某甲偕同某乙至地政事務所，聲稱某乙為○○公司之股東，並為抵押之義務人，配合某甲辦理設定上開抵押權予卓○○，其等並利用卓○○本人對於物權法律並不熟悉之機會，利用不知上情之代書黃○○於未特別聲明有第三債務人存在時之狀況下，即將抵押物義務人登記兼債務人之抵押權登記慣例，刻意不予告知，致代書黃○○將名義上非為借款人之某乙設定登記成為債務人，卓○○因認債權可獲得擔保，遂陷於錯誤而於八十一年十月間，在台北縣三重市○○街一一二號，交予某甲面額合計五千萬元之支票，且已兌現。嗣後苗栗縣竹南工業區擴編工業園區並未能進行開發，卓○○向某甲催討返還上開借款無著，某甲避不見面，某乙欲脫免其擔保責任，更於八十九年二月一日委由正邦聯合律師事務所發律師函予卓○○，意旨略稱上開抵押係為擔保伊本人陸續向卓○○借款之債務，卓○○須提出該所擔保之債務憑證，始得主張權利云云，卓○○始知遭設局詐騙等情。

因而適用公司法第十九條第二項、刑法第二條第一項前段、第十一條前段、修正前刑法第二十八條、第五十五條後段、刑法第三百三十九條第一項、刑法施行法第一條之一第一項、第二項前段，判處某甲共同意圖為自己不法之所有，以詐術使人將本人之物交付罪，處有期徒刑四年六月。某乙共同意圖為自己不法之所有，以詐術使人將本人之物交付罪，處有期徒刑三年。惟查被告等於八十一年十月間，所犯刑法第三百三十九條第一項之詐欺取財罪、公司法第十九條第一項、第二項之未經設立登記不得以公司名義經營業務罪，其追訴權時效期間為十年，自犯罪成立之日起算，期間並無停止進行之原因存在，計算至檢察官於九十四年七月二十五日起訴時，其期間已逾十三年，揆諸首開說明，其追訴權時效已完成。乃原審不察，仍撤銷第一審科刑判決，而判處被告等上開罪刑，自有判決適用法則不當之違背法令。案經確定，且於被告等不利。爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十八年度台非字第一〇五號
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詐欺案件，對於台灣高等法院中華民國九十七年九月十九日第二審確定判決(九十七年度上易字第一〇七二號，起訴案號：台灣板橋地方法院檢察署九十四年

度調偵字第一二〇號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於罪刑部分撤銷。

某甲、某乙共同意圖為自己不法之所有，以詐術使人將本人之物交付，某甲處有期徒刑肆年，某乙處有期徒刑貳年陸月

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令。刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又案件時效已完成者，應諭知免訴之判決，為同法第三百零二條第二款所明定，是案件之時效已完成者，自不得為有罪之科刑判決。牽連犯追訴權時效，在各個犯罪間各自獨立，不相干連，應分別計算，牽連犯之輕罪，如追訴權時效已完成，而重罪部分仍應諭知科刑時，應於判決內說明輕罪部分，因屬裁判上一罪不另諭知免訴之理由。本件原判決認定被告等基於共同之犯意聯絡，推由某甲以未經設立登記之〇〇公司名義與卓〇〇簽訂協議書為法律行為，觸犯公司法第十九條第二項之罪部分（被告等行為後，公司法第十九條第二項於八十六年六月二十五日修正公布時，僅將罰金刑由銀元五萬元修正為新台幣十五萬元，於九十年十一月十二日修正公布時，僅為文字上之修正，犯罪構成要件及刑度實際均未變更），因該罪為即成犯，一經以〇〇公司名義為法律行為，犯罪即已完成，故其犯罪成立時間為八十一年九月間（依卷附協議書所載為八十一年九月二十五日），該罪之最重本刑一年以下有期徒刑，依修

正前刑法第八十條第一項第三款規定，其追訴權時效為五年。而本件被害人卓○○係於九十年十二月六日具狀向台灣板橋地方法院檢察署檢察官提出告訴，嗣經檢察官實施偵查後於九十四年七月二十五日提起公訴，有卷附之刑事告訴狀、起訴書可稽，則被告等所犯公司法第十九條第二項之罪，其追訴權時效於檢察官在開始偵查前早已完成。揆諸上揭說明，原審就被告等所犯公司法第十九條第二項之罪部分，自不得為有罪判決，而應於理由內敘明此部分應與被告等牽連犯之詐欺取財罪有裁判上一罪關係，而不另為免訴諭知之旨。乃原審不察，仍從實體上予以論罪，自有適用法則不當之違背法令。案經確定，非常上訴意旨執以指摘原判決此部分不當，洵有理由。另原判決關於詐欺取財部分，該罪之最重本刑為五年以下有期徒刑，查被告等行為時之刑法第八十條第一項規定：「追訴權，因左列期間內不行使而消滅：……二、三年以上十年未滿有期徒刑者，十年。」，嗣於九十四年二月二日修正（於九十五年七月一日生效施行）為「追訴權，因下列期間內未起訴而消滅：……二、犯最重本刑為三年以上十年未滿有期徒刑之罪者，二十年。」，相較之下，以適用修正前之刑法規定有利於被告等。復按修正前刑法第八十條第一項規定，追訴權因一定期間不行使而消滅，係指追訴機關於法定期間內怠於行使追訴權，即生時效完成而消滅追訴權之效果。故追訴權消滅時效之發生，應以不行使追訴權為其前提要件，而所謂追訴權之行使，應包括偵查、起訴及審判程序在內，苟已開始實際偵查，且事實上已在進行中，此時追訴權既無不行使之情形，自不生時效進

行之問題，觀乎刑法第八十條、第八十三條規定之立法意旨，益無疑義。申言之，公訴案件一經檢察官開始偵查，即應認為追訴權之行使，同時停止時效之進行。依原判決認定之事實，被告等所犯詐欺取財罪取得被害人交付財物之時間為八十一年十月間（依卷附協議書所載為八十一年十月八日），依修正前刑法第八十條第一項第二款規定，其追訴權時效原本應至九十一年十月間完成，然告訴人於九十年十二月六日已具狀向台灣板橋地方法院檢察署檢察官提出告訴，檢察官隨即分案（九十一年度他字第一一六號）開始實施偵查，其後迭經檢察官對被告等為不起訴處分，告訴人再議後經台灣高等法院檢察署檢察長將全案發回續行偵查，再經檢察官移送三重市調解委員會調解不成立後，於九十四年七月二十五日提起公訴，有各該偵查卷宗可稽。本件檢察官於被告等所犯詐欺取財罪追訴權時效尚未完成前，即已因告訴人之告訴開始實施偵查，迄原審法院判決時止，除被告等被第一審法院通緝期間，其追訴權時效停止進行外，其他期間追訴權並無不行使之情形，自不生時效進行問題，故原審就詐欺取財部分判決時，其追訴權時效並未完成，非常上訴意旨指摘被告等詐欺取財犯行，於檢察官起訴時，其追訴權時效已完成云云，自屬誤會，此部分非常上訴難認為有理由。惟因原判決就被告等違反公司法第十九條第二項之罪部分已屬違背法令，案經確定，且於被告等不利，仍應由本院將原判決撤銷，改判如主文第二項所示，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，刑法第三百三十九條第一項、第二十八條，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 八 年 四 月 十 六 日