最高法院刑事判決

111年度台非字第15號

上　訴　人　最高檢察署檢察總長
被　　告　陳明輝

選任辯護人　周宇修律師
　　薛煒育律師
　　李艾倫律師

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例等罪定應執行刑案件，對於臺灣高雄地方法院中華民國99年1月25日之確定裁定（99年度審聲字第233號，聲請案號：臺灣高雄地方檢察署99年度執聲字第78號），認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主　文

原裁定關於違背法令部分撤銷。

理　由

壹、非常上訴理由稱：

「□按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第378條定有明文；又裁判確定前犯數罪者，併合處罰之；數罪併罰，有二以上裁判者，依第51條之規定，定其應執行之刑；數罪併罰，分別宣告其罪之刑，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30年，刑法第50條第1項、第51條第5款、第53條分別定有明文。故得依數罪併罰規定定應執行刑者，自以裁判確定前所犯之數罪為限。被告所犯數罪有二裁判以上時，其所犯各罪是否合於數罪併罰規定，應以各裁判中最初判決確定者為基準，凡在該裁判確定前所犯之各罪，均應依刑法第50條、第51條各款規定，定其應執行之刑；其餘在該裁判確定之後所犯之罪，則不

得與在上開最初判決確定前所犯之罪合併定執行刑（最高法院110年度台抗字第643號刑事裁定參照）。

□經查，被告陳明輝因犯施用及持有毒品罪，經臺灣高雄地方法院（下稱高雄地院）以99年度審聲字第233號裁定應執行有期徒刑1年8月確定；惟如附表編號1、2所示高雄地院97年度審訴字第5555號判決係依協商程序所為之判決，該協商判決，應於（民國）98年1月20日第一審判決時即告確定，並非於同年2月23日始確定，判決日與判決確定日應同為98年1月20日。而如附表編號3、4所示之罪，犯罪時間分為98年2月5日及同年月3日，均在如附表編號1、2所示之罪判決確定後，自不得與如附表編號1、2所示之罪合併定應執行刑。從而，本案高雄地院99年度審聲字第233號裁定，就如附表所示之罪定應執行有期徒刑1年8月，自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441條、第443條提起非常上訴，以資糾正及救濟」等語。

貳、本院按：

□定應執行刑之裁定，與科刑之判決有同等效力，其確定裁定違背法令，得提起非常上訴。又「裁判確定前犯數罪者，併合處罰之」，民國102年1月23日修正公布、同年月25日施行前之刑法第50條定有明文。而同法第53條亦規定：「數罪併罰，有二裁判以上者，依第五十一條之規定，定其應執行之刑」，係以該二裁判以上所宣告之數罪，均在裁判確定前所犯者為必要；若於其中一罪之判決確定後，復犯他罪，則兩罪並無適用該條之餘地。亦即如於一罪之裁判確定後又犯他罪者，祇能併予執行，不能依刑法第51條規定定其應執行之刑。

□本件被告陳明輝因犯附表所示違反毒品危害防制條例等4罪，經高雄地院於99年1月25日以99年度審聲字第233號裁定（下稱原裁定）定應執行有期徒刑1年8月確定。而附表編號1、2所示之罪係高雄地院依協商程序所為之科刑判決（下稱協商判決），因未經提起上訴，原裁定乃依檢察官聲請書及臺灣高等

法院被告前案紀錄表所載，以其上訴期間屆滿時之98年2月23日為判決確定日期，並與在該確定日期前所犯之附表編號3（於98年2月5日犯罪）、4（於98年2月3日犯罪）所示之罪合併定應執行刑。非常上訴意旨則指附表編號1、2之協商判決係於判決時即98年1月20日即告確定，被告在該日期之後所犯附表編號3、4所示之罪，不得與附表編號1、2所示之罪合併定其應執行刑。

□茲所應審究者為「附表編號1、2所示之罪係何時判決確定」，亦即「第一審協商判決如未提起上訴，應於何時確定」。對此，本院先前裁判有以協商判決時確定者（下稱甲說），亦有以上訴期間屆滿時確定者（下稱乙說），已見歧異。本庭基於：㈠從法律規定及立法意旨而言，判決係於不能聲明不服時確定，如仍可提起通常上訴，該判決即難謂業已確定。觀諸刑事訴訟法第455條之10第1項（下稱系爭法條）規定及其立法意旨，協商判決原則上雖以其係經當事人同意而不得上訴，然於有系爭法條但書所列之違誤時，仍得提起上訴，且其上訴準用通常程序之相關規定。顯見立法者只是限制協商判決得據以提起上訴之理由，並未排除協商判決得循上訴程序救濟之可能，能否僅因系爭法條前段「不得上訴」之規定，遽謂協商判決於第一審判決時即已確定，尚非無疑。㈡自未提起上訴之協商判決內涵以觀：協商判決是否有系爭法條但書所列之得上訴救濟事由，除已提起上訴者，得由第二審法院實質審認外，別無其他判斷機制，亦無法從形式上判斷。然未提起上訴之協商判決，除可能係不具系爭法條但書所列情形者外，亦有可能係具有系爭法條但書情形而未據當事人提起上訴者，實有不同之內涵。後者於上訴期間屆滿前，當事人得依系爭法條但書規定提起上訴，而有上訴之可能性，必該期間屆滿而當事人未提起上訴，始告確定。㈢由訴訟權保障、公平原則及法理一致性立論：未提起上訴之協商判決既因無受實質審認之機會，以致無從區辨有無系爭法條但書所列情形，為求公平及訴訟權保障，不得不將上開兩種未提起上訴之協商判決內涵一體看待。此

時，若採甲說，將無法合理說明為何未提起上訴之協商判決係有系爭法條但書所列情形者，卻必須回溯至第一審判決時確定；反之，如採乙說，則無論是否合於系爭法條但書情形，均公平地給予上訴期間，俟期間屆滿，判決才確定，前後論理一致，對於人民訴訟權之保障顯較為周延，且對於內涵為不具系爭法條但書所列情形者（即系爭法條本文之案件）而言，只是判決確定時間延至上訴期間屆滿時，並未變更其不得上訴之性質。再徵以已提起上訴之協商判決，縱使符合系爭法條但書規定，但倘若其提起上訴已逾上訴期間者，第二審法院仍必須以其上訴逾期予以駁回，而於上訴期間屆滿時確定，此與乙說所認有系爭法條但書情形而未提起上訴者，於上訴期間屆滿時確定之結論相同，不會因當事人有無提起上訴而有相異之認定。然若採甲說，對於同為具有系爭法條但書情形之協商判決，如未提起上訴時，應回溯於判決時確定；如提起上訴但逾上訴期間被駁回時，卻應於上訴期間屆滿時確定，致判決確定之時間將因有無提起上訴而異，實在欠缺法理之一致性等理由，認為本案之法律爭議以採乙說為宜。經依法向其他各刑事庭徵詢結果，因未能取得一致見解，乃依法提案大法庭。

□本院刑事大法庭於111年11月9日以111年度台非大字第15號裁定：「第一審依協商程序所為之科刑判決，於宣示判決時確定」，並於裁定理由內說明：㈠立法者鑑於91年2月8日、92年2月6日先後修正刑事訴訟法公布後，我國刑事訴訟制度明確朝「改良式當事人進行主義」之方向調整，要求通常程序案件於第一審即行合議審判，並須以集中審理、交互詰問方式發見真實，而為有效運用訴訟資源，讓法院有更多之時間與精神致力於重大繁雜案件之審理，使已悔過之初犯、犯罪情節非屬嚴重或已與被害人達成和解之被告早日脫離訴訟，用啟自新，遂參考88年全國司法改革會議所達成「為強化當事人進行主義之配套措施，應擴大運用刑事簡易程序並酌採認罪協商求刑制度」之結論，視被告罪行輕重及是否認罪，採行認罪協商求刑制度，而於93年4月7日修正公布刑事訴訟法，仿效美國與義大利

立法例增訂第七編之一協商程序，共10條文（即同法第455條之2至第455條之11），係屬有別於通常訴訟程序之特別程序。㈡為達成前揭立法目的，使法院得以迅速、簡易方式終結訴訟，乃以協商程序均經當事人同意，於系爭法條本文規定：「依本編所為之科刑判決，不得上訴」，已明定協商判決不得上訴。蓋對於判決結果是否提起上訴雖屬當事人訴訟上之處分權，然如允許當事人在協商判決後，又反覆上訴爭執，推翻先前之合意，將使前揭立法目的落空。惟憲法第16條明文保障人民訴訟權，人民於其權利遭受侵害時，有請求法院救濟之權利，基此憲法原則，人民權利遭受侵害時，必須給予向法院提起訴訟，請求依正當法律程序公平審判，以獲及時有效救濟之機會。而上訴制度之目的，係在糾正下級審裁判之違法或不當，避免專擅、誤判，並進而救濟以保障當事人之訴訟權利。協商判決縱經當事人同意，亦難謂無違法或不當之救濟需求，為兼顧協商判決之正確、妥適及當事人之訴訟權益，系爭法條但書另規定：「有第四百五十五條之四第一項第一款、第二款、第四款、第六款、第七款所定情形之一，或協商判決違反同條第二項之規定者，不在此限」，使協商判決於有刑事訴訟法第455條之4第1項第1款（撤銷合意或撤回協商聲請）、第2款（被告協商之意思非出於自由意志）、第4款（被告所犯之罪非依法得以聲請協商判決）、第6款（被告有其他較重之裁判上一罪之犯罪事實）、第7款（法院認應諭知免刑、免訴或不受理）情形之一，或違反同條第2項之科刑超過協商判決得科之刑者，得提起特別救濟，其於第二審法院認為上訴有理由者，應將原審判決撤銷，將案件發回第一審法院依判決前之程序更為審判。㈢關於協商判決之特別救濟，刑事訴訟法第455條之11第1項規定：「協商判決之上訴，除本編有特別規定外，準用第三編第一章及第二章之規定」，而同法第344條第1項、第361條第1項雖分別規定：「當事人對於下級法院之判決有不服者，得上訴於上級法院」、「不服地方法院之第一審判決而上訴者，應向管轄第二審之高等法院為之」，惟系爭法條

本文既已明定協商判決不得上訴，僅於有特定之情形始得依系爭法條但書規定為特別救濟，且係獨立規定於協商程序編，即屬上開同法第455條之11第1項所指「本編有特別規定」，並無上開同法第344條第1項、第361條第1項等通常程序上訴規定之適用。又判決係於不能聲明不服時確定，系爭法條本文既明定協商判決「不得上訴」，顯然於協商判決宣示時即告確定。㈣至協商判決是否有系爭法條但書所規定之特別救濟事由，除已提起上訴者，可由第二審法院實質審認外，別無其他判斷機制。則未提起上訴之第一審協商判決有無前揭但書之特別情形既無從判斷，即無自行假設或認可能有該特別情形存在等不確定因素之必要，而應回歸條文「不得上訴」之文義，一經宣示判決即告確定，始符合前揭增訂協商程序，對無爭執之非重罪案件明案速判，以達疏減訟源，合理、有效運用有限司法資源之立法意旨。倘有符合系爭法條但書規定之得上訴之情形，只能認係對於原應確定之協商判決所為特殊救濟程序，尚難據此改變協商判決原定「不得上訴」之本質。故除有刑事訴訟法第455條之10第3項之情形外，其餘協商判決不論有無提起上訴，均於宣示判決時確定。㈤綜上，無論係從立法目的、立法體例或法律規定而言，刑事訴訟法第七編之一協商程序既係獨立於通常程序之特別規定，自應依據協商判決不得上訴之本質，認為第一審協商判決應於宣示判決時即告確定等旨，已就本件前揭法律見解歧異予以統一。

□本庭就上開採為裁判基礎之法律見解，即受本院刑事大法庭前揭裁定見解之拘束，而應依旨裁判。基此，附表編號1、2所示之罪既於98年1月20日判決時即已確定，則附表編號3、4所示之罪，其犯罪日期係在編號1、2之判決確定日期之後，即不得與編號1、2所示之罪合併定應執行刑。原裁定未及審酌至此，而予合併定應執行刑，自有判決適用法則不當之違法，且因涉及之法律見解有闡釋必要而與統一適用法令有關，非常上訴意旨執以指摘原裁定違背法令，應為有理由；惟原裁定就附表編號1至4所示之罪定應執行刑，係就不得定應執行刑之罪合併定

刑，使被告享有定應執行刑之恤刑利益，尚非不利於被告，因此，僅由本院將原裁定關於違背法令部分撤銷，以資適法。

□至附表編號1之罪雖係不得易科罰金之罪，而附表編號2至4則係得易科罰金之罪，但本件原裁定係於102年1月23日修正公布、同年月25日施行之刑法第50條施行前所為，即無修正後刑法第50條第1項但書、第2項規定之適用，附此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第447條第1項第1款前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　11　　月　　10　　日

刑事第四庭審判長法　官　林　立　華

法　官　林　瑞　斌

法　官　王　敏　慧

法　官　梁　宏　哲

法　官　李　麗　珠

本件正本證明與原本無異

書記官

中　　華　　民　　國　　111　　年　　11　　月　　15　　日

附表

編號		1	2	3	4
罪名		毒品危害防制條例	毒品危害防制條例	毒品危害防制條例	毒品危害防制條例
宣告刑		有期徒刑8月	有期徒刑4月	有期徒刑6月	有期徒刑4月
犯罪日期		97.10.05前2、3日	97.10.05前2、3日	98.02.05	98.02.03
偵查（自訴）機關年度案號		高雄地檢97年度毒偵字第8587號	高雄地檢97年度毒偵字第8587號	高雄地檢98年度毒偵字第1323號	高雄地檢98年度毒偵字第1329號
最後事實審	法院	高雄地院	高雄地院	高雄地院	高雄地院
	案號	97年度審訴字第5555號	97年度審訴字第5555號	98年度審簡字第2595號	98年度審簡字第1973號
	判決日期	98.01.20	98.01.20	98.05.11	98.04.30
確定判決	法院	高雄地院	高雄地院	高雄地院	高雄地院
	案號	97年度審訴字第5555號	97年度審訴字第5555號	98年度審簡字第2595號	98年度審簡字第1973號
	判決日期	98.01.20	98.01.20	98.06.01	98.06.05
是否為得易科罰金之案件		否	是	是	是
備註		高雄地檢98年度執緝字第1302號	高雄地檢98年度執緝字第1302號	高雄地檢98年度執字第7976號	高雄地檢98年度執字第8955號