

《刑事訴訟法》

一、檢察官在緩起訴期間內，發現新證據，認不宜緩起訴，又無法定撤銷緩起訴之事由，得否就同一案件起訴？試從緩起訴之法律效果論述之。(25分)

命題意旨	本題旨在測驗同學對於 94 台非 215 判例及學說上對於緩起訴效力之看法是否有清楚掌握。尤其在測試同學對於緩起訴是否有實質確定力，此一爭議問題是否能清楚分析。
答題關鍵	依題示，本題的答題宜先從學說上對於緩起訴法律效果之探討開始，再依緩起訴之法律效果，便可得出題目所問「得否對於同一案件再行起訴」之答案。另外，在探討緩起訴法律效果時，除引出學說看法外，尚應提及 94 台非 215 判例，此乃實務上之代表見解，如此答題應可獲致高分。
高分閱讀	1.柯耀程，〈被起訴的緩起訴〉，《月旦法學教室》49 期。 2.金台大，總複習講義第二回，第 3~7 頁。(命中率 100%) 3.金台大，律師司法官講義第五回，第 85~92 頁。(命中率 100%)

【擬答】

(一)本題爭點之一乃在於緩起訴期間內，緩起訴究竟有無禁止對於同一案件再行起訴之效力？分別就實務及學說見解說明如下：

1. 實務見解

(1)最高法院 94 年台非字第 215 號判例意旨略為：...予以緩起訴處分，期間為一年以上三年以下，以觀察犯罪行為人有無施以刑法所定刑事處罰之必要，為介於起訴及微罪職權不起訴間之緩衝制度設計。其具體效力依同法第二百六十條規定，於緩起訴處分期滿未經撤銷者，非有同條第一款或第二款情形之一，不得對於同一案件再行起訴，即學理上所稱之實質確定力。足見在緩起訴期間內，尚無實質確定力可言。且依第二百六十條第一款規定，於不起訴處分確定或緩起訴處分期滿未經撤銷者，仍得以發現新事實或新證據為由，對於同一案件再行起訴。本於同一法理，在緩起訴期間內，倘發現新事實或新證據，而認已不宜緩起訴，又無同法第二百五十三條之三第一項所列得撤銷緩起訴處分之事由者，自得就同一案件逕行起訴，原緩起訴處分並因此失其效力。復因與同法第二百六十條所定應受實質確定力拘束情形不同，當無所謂起訴程序違背規定之可言。

(2)據上述判例意旨可知，緩起訴期間內，緩起訴並無禁止對於同一案件再行起訴之效力。

2. 學說見解

(1)學說上認為：蓋緩起訴處分並無當然阻卻起訴之效力，若起訴合法，緩起訴當然失效。

(2)進一步言，於法定條件下，法院之繫屬應有優先之效力，除非存在§303④之事由，否則案件繫屬於法院，其效力應具有優先性關係，先前所為之緩起訴，應被視為撤銷。

(3)綜上學說，亦認為緩起訴期間內，緩起訴並無禁止對於同一案件再行起訴之效力。

(二)基於前開討論，就本題而言，會延伸出一個爭點，即未撤銷緩起訴即再行起訴是否妥適？此有不同看法，分述如下：

1. 不適法說

立法者既然創設撤銷制度，便應經撤銷之後，再行起訴，始為適法。

2. 適法說

(1)就§253-3 之規定而言，該規定乃賦予檢察官撤銷緩起訴與否之裁量權，因此檢察官不撤銷緩起訴處分亦不違法。

(2)就程序法理而言，當檢察官於緩起訴期間內對於具撤銷事由之緩起訴，不撤銷該處分而逕行起訴時，除因適用§260 而違法外，於其他情況，該訴並不當然違法，蓋緩起訴並無當然阻卻起訴之效力，若起訴合法，緩起訴當然失效。

3. 小結

淺見以為應以適法說較為可採，因為倘若僅以立法者創設撤銷制度為由，而認為非經撤銷不能起訴，恐有



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586 (代表號)

過度擴大適用撤銷制度之嫌，亦未必與當初立法者創設撤銷制度之原意相符。

(三)結論

綜上所述，緩起訴於緩起訴期間內並無限制對於同一案件再行起訴之效力，於具備起訴要件時，自得對於同一案件再行起訴。復，於緩起訴期滿而未經撤銷後，亦可因發現新證據而對於同一案件再行起訴，本於舉重以明輕之法理，在緩起訴期間內，發現新證據，雖無得撤銷緩起訴處分之事由，但仍應許對於同一案件再行起訴，方屬的論。

二、派出所值班警察甲，接獲民眾檢舉轄區內某住家經常有不尋常的人員出入。警察甲隨即以無線電通告巡邏警網警察乙與丙前往瞭解。警網警察乙與丙到現場時，發現所檢舉之住家附近並無異樣情形，惟仍直接衝入該住家，當場發現有十幾人抽頭聚賭。警察乙與丙兩人隨即掏槍示警不得亂動，並聯絡其他警網警察到場協助，總共搜扣賭具一批、賭資二十餘萬元與賭客十五人，離開前並請房屋負責人簽具同意搜屋證明。試從理論與實務觀點，論本案搜扣所取得之相關證據有無證據能力？本案相關證據之證據能力有無之判斷，法院宜於訴訟程序何階段為之？（25分）

命題意旨	測驗同學對於搜索要件之熟悉度，同時，亦測驗同學是否瞭解為了避免法院產生預斷，應在何程序中為證據能力之判斷。
答題關鍵	1.應將搜索要件逐一檢討，切莫僅檢討同意搜索。 2.應說明自願性同意之意涵及如何判斷。 3.應說明在準備程序中判斷證據能力較為妥適之原因。
高分閱讀	1.金台大，總複習講義第二回，第 19、20 頁。(命中率 100%) 2.金台大，總複習講義第一回，第 49~51 頁。(命中率 100%)

【擬答】

(一)本案證據有無證據能力之判斷

1.本案搜索行為並不合法

(1)緣本案中警察乙丙所發動之搜索，非於執行拘提、逮捕或羈押後所為，自非以刑事訴訟法(下稱本法)第 130 條之附帶搜索為依據。

(2)其次，本法第 131 條第 2 項之緊急搜索，需由檢察官發動或由檢察官指揮警察(官)發動。依題示，本案中乃由警察甲通知乙丙發動，自不符本法第 131 條第 2 項之要件，故本案中，警察乙丙所發動之搜索亦非本法第 131 條第 2 項之緊急搜索。

(3)復按本法第 131 條第 1 項第 3 款規定，有明顯事實足信為有人在本內犯罪而情形急迫者，司法警察，雖無搜索票，得逕行搜索住宅或其他處所。此或有可能為本案中警察乙丙發動搜索之依據；惟查：乙丙到達現場時，並無發現異樣，與本法第 131 條第 1 項第 3 款規定需有「明顯事實足信有人在本內犯罪」之要件實屬有偏，故本案中警察乙丙所發動之搜索，尚難以本法第 131 條第 1 項第 3 款作為根據。

(4)第按本法第 131 條之 1 規定，經受搜索人出於自願性同意者，得不使用搜索票。但執行人員應出示證件，並將其同意之意旨記載於筆錄。學說上認為所謂「自願性」同意，係指明示且心悅誠服地同意，且參以實務見解，認為是否屬於自願性，應綜合一切情況判斷之。本題中，警察乙丙衝入屋內，即刻掏槍，且係於搜索完畢後，方令房屋負責人簽立同意書，衡諸上情，實難謂房屋負責人係自願性地同意，故本案中之同意搜索，並不合法。

(5)小結

據上論結，本題中乙丙之搜索行為並不合法。

2.如上述，本題中前階段之搜索行為既不合法，則扣押行為亦難有適法之可能。

3.本題中警察乙丙乃為搜查犯罪之人，即實施刑事訴訟程序之公務員無疑，而渠等違背搜索扣押之規定而扣押本案之證據，屬違背法定程序所取得之證據，在無其他特別規定之情形，應依本法第 158 條之 4 規定判斷證據能力之有無。

4.復參最高法院 93 年台上字第 664 號判例所揭諸本法第 158 條之 4 規定之衡酌標準，本題所示之罪名乃賭博罪，案屬輕微，為保障人權，自應否定本案扣得之物之證據能力較妥。



(二)法院應於「準備程序」中為本案證據證據能力有無之判斷，較為妥適

- 1.有證據能力之證據，係指該證據得提出未來審判程序中之證據。而整個訴訟程序中，對於證據能力與否之判斷，審判程序中之準備程序可以說是最適當的階段，因準備程序之後，即進入審判程序，而審判程序又是認定事實之重心所在，在原、被告主導證據調查之訴訟架構下，所有之證據將全數呈現法庭中，若於法院所呈現之證據屬於自始不得提出之證據（無證據能力之證據），將造成訴訟延宕，且使法官產生與該案件無關之心證及偏見。
- 2.職是之故，基於無罪推定及公平法院之理念，在準備程序中防堵無證據能力之證據進入法庭，將是區分證據有無證據能力之第一步，換言之，法院應於「準備程序」中為本案證據能力有無之判斷，較為妥適。

三、某甲明知自己支票帳戶已遭銀行拒絕往來，因急需現款週轉，仍簽發支票向乙借款新台幣一百萬元，約定一個月清償，詎屆期乙將支票提示，遭退票，始知甲於向其借款之前，已屬銀行拒絕往來戶，認甲自始惡意詐騙，乃委任律師為代理人，以甲觸犯詐欺罪，提起自訴，第一審法院審理時，甲到庭接受審判，坦承借款事實，惟堅決否認有不法所有意圖，法院認為甲辯解不可採信，依詐欺罪判處甲有期徒刑一年，甲感事態嚴重，一面依法提起上訴，一面向其他親友告貸，籌款清償乙，第二審法院認甲之上訴合法，審理時，乙未再委任律師，惟親自到庭表示已經與被告和解，雙方誤會一場，其不想再追究。試問第二審法院應如何處理與判決？（25分）

命題意旨	測驗同學是否熟悉對自訴強制律師代理之爭議。
答題關鍵	本題爭議問題無法直接以條文找到答案加以解答，須參照 94 年第六次、第七次刑庭決議作答，始能獲致高分。
高分閱讀	1.林俊益，月旦法學教室第 35 期。 2.刑政大，刑事訴訟法第五回。 3.刑政大，刑事訴訟法總複習第二回。 4.94 年第六次、第七次刑庭決議。

【擬答】

(一)自訴採律師強制代理原則：

- 1.依據刑事訴訟法第 37 條第 2 項：自訴人應委任代理人到場。但法院認為必要時，得命本人到場。自訴之代理人應選任律師充之。
- 2.依據刑事訴訟法第 319 條第 2 項：犯罪之被害人得提起自訴。但無行為能力或限制行為能力或死亡者，得由其法定代理人、直系血親或配偶為之，自訴之提起，應委任律師行之。
- 3.依據刑事訴訟法第 329 條第 2 項：自訴人未委任代理人，法院應定期間以裁定命其委任代理人；逾期仍不委任者，應諭知不受理之判決。

(二)被告上訴之自訴案件，自訴人亦應委任律師為自訴代理人

修正刑事訴訟法自民國九十二年九月一日施行後，採強制委任律師為代理人之自訴制度，為自訴制度之重大變革，旨在限制濫訴，提高自訴品質，當無分別各審級而異其適用之理。總則編第四章第三十七條第一項明定：自訴人應委任代理人「到場」，在事實審之第二審同應適用。第三百六十四條規定：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，自亦應準用第三百十九條第二項、第三百二十九條第一項規定，由律師為代理人，提起第二審上訴。至自訴案件，被告不服第一審判決，提起第二審上訴，自訴人並未上訴，惟第二審為事實審，仍須由自訴代理人為訴訟行為。或認此有強迫自訴人選任律師為代理人之嫌，但自訴人既選擇自訴程序，即有忍受之義務，自應採肯定見解（最高法院九十四年度第六、七次刑事庭會議紀錄）。

(三)本題自訴人乙提出自訴，被告甲提出上訴，第二審法院認甲之上訴合法，審理時，乙未再委任律師，訴人雖未上訴，惟自訴案件之上訴仍屬自訴性質，自訴人仍應委任律師為代理人到場。第二審法院應依照上揭條文及實務見解，定期間命自訴人委任自訴代理人，如自訴人逾期仍不委任自訴代理人，法院應撤銷第一審判決，改諭知自訴不受理判決。

四、甲同時同地對 A、B 二人恐嚇取財，檢察官先依 A 之告訴而起訴甲涉犯恐嚇取財罪嫌，法院行準



備程序時，甲自白不諱，表示願受有期徒刑六個月得易科罰金之宣告，檢察官亦依甲之表示，向法院為同一內容之求刑，法院認為宜以簡易判決處刑，不經通常審判程序，逕以簡易判決處刑，論處甲恐嚇取財罪刑（處有期徒刑六月，如易科罰金以新台幣一千元折算一日），檢察官於上訴期間內，以甲尚同時同地對 B 恐嚇取財為由提起上訴，試問：檢察官之上訴是否合法？第二審法院應如何處理？第二審法院判決後，當事人得否對之提起上訴？（25 分）

命題意旨	1.檢察官以通常程序起訴，法院改依簡易判決處刑之案件，有無刑事訴訟法第 451 條之 1 第 2 項（與法院辦理刑事訴訟簡易程序案件應行注意事項第 12 項），即「法院於請求範圍內科刑，各該當事人均不得上訴」規定之適用？ 2.當案件有刑事訴訟法第 451 條之 1 第 4 項但書情形（法院不受檢察官聲請以簡易程序求刑協商之拘束情形），有無例外？ 3.第二審法院應適用第一審訴訟程序審理之情形。
答題關鍵	1.刑事訴訟法第 451-1 第 1 項規定「前條第一項之案件」，又同法第 451 條係規定「檢察官審酌案件情節，認為宜以簡易判決處刑者，應即以書面為聲請」即「檢察官聲請簡易判決處刑案件」，則「檢察官以通常程序起訴，法院改以簡易判決處刑之案件」究竟有無該條之適用？ 2.又如經發現原審求刑協商判決有刑事訴訟法第 451 條第 4 項但書情形，檢察官提起上訴，二審法院如何審理？ 3.簡易判決之二審法院如認為案件係屬於法定「不應以簡易判決處刑案件」時，應按如何之程序進行審理？
高分閱讀	1.刑政大，刑事訴訟法講義第六回。 2.95 台非字第 281 號判決。 3.96 年台上字第 6861 號。 4.94 年台非字第 296 號。

【擬答】

(一)法院依照檢察官求刑協商所為之判決，當事人不得上訴。惟有刑事訴訟法第 451-1 第四項但書各款情形者，仍得上訴。

- 依據刑事訴訟法第 451-1 規定，被告於偵查中自白者，得向檢察官表示願受科刑之範圍或願意接受緩刑之宣告，檢察官同意者，應記明筆錄，並即以被告之表示為基礎，向法院求刑或為緩刑宣告之請求。檢察官為前項之求刑或請求前，得徵詢被害人之意見，並斟酌情形，經被害人同意，命被告為左列各款事項：一、向被害人道歉。二、向被害人支付相當數額之賠償金。被告自白犯罪未為第一項之表示者，在審判中得向法院為之，檢察官亦得依被告之表示向法院求刑或請求為緩刑之宣告。第一項及前項情形，法院應於檢察官求刑或緩刑宣告請求之範圍內為判決，但有左列情形之一者，不在此限：一、被告所犯之罪不合第四百四十九條所定得以簡易判決處刑之案件者。二、法院認定之犯罪事實顯然與檢察官據以求處罪刑之事實不符，或於審判中發現其他裁判上一罪之犯罪事實，足認檢察官之求刑顯不適當者。三、法院於審理後，認為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤判決之諭知者。四、檢察官之請求顯有不當或顯失公平者。
- 依據刑事訴訟法第 455-1 規定，對刑事訴訟法第 451-1 規定判決不服者，依據禁反言原則，不得上訴。當事人依刑訴法第 451 條之 1 第 1 項或第 3 項規定表示願受科刑範圍（指被告）或為求刑或為緩刑宣告之請求（指檢察官）者，法院如於被告所表示範圍內科刑，或依檢察官之請求（求刑或請求宣告緩刑）為判決者，各該當事人不得上訴，並應於判決書內載明之。（刑訴法 455 之 1 II）
- 本案雖係檢察官依通常訴訟程序提起公訴，但法院如依法認定本案屬於「得聲請簡易判決處刑案件」，則仍有刑事訴訟法第 451 條之 1 求刑協商程序之適用，本案被告表示願受科刑之宣告，檢察官亦為相同之求刑請求，並經記明於法院準備程序筆錄，則即有刑事訴訟法第 451 條之 1 之適用。又依照刑事訴訟「當事人」禁反言原理，如果檢察官僅對於原審量刑不服，原則並不得上訴。惟本案之情形，檢察官係以被告有



裁判上一罪之犯罪事實，原審漏未審酌為由提起上訴，應有刑事訴訟法第 451 條之 1 第 4 項但書第 2 款情形，而提起上訴，此時因本案原不宜在求刑範圍內判決，應認為仍得以提起上訴。

(二)第二審法院經審酌結果，如認為因原審漏未審酌裁判上一罪之部分犯罪事實，即得以上訴有理由，撤銷原判決並另為適當之判決。又此時可能有不同處理方式：

1. 第二審法院經審酌後，認為本案仍符合簡易判決處刑要件，例如雖然犯罪事實認定與一審不同，但仍判處相同刑度；或判處更重刑度，但有諭知緩刑者：以簡易判決之第二審程序審理，當事人均不得再上訴。
2. 經審酌後，認為本案並不符合簡易判決處刑要件者（即應判處依法不得易科罰金之有期徒刑，且未諭知緩刑者）：第二審法院適用第一審通常訴訟程序而為判決，此時依法當事人仍得向上級審法院提出上訴。除依 451-1 之請求所為之科刑判決，不得上訴。

重要實務見解整理

95 台非 281 判決

檢察官審酌案件情節，認為宜以簡易判決處刑者，應即以書面為聲請，刑事訴訟法第四百五十一條第一項定有明文；另依同法第四百五十一條之一第一項、第三項之規定，其第四百五十一條第一項之案件，被告於偵查中自白者，得向檢察官表示願受科刑之範圍或願意接受緩刑之宣告，檢察官同意者，應記明筆錄，並即以被告之表示為基礎，向法院求刑或為緩刑宣告之請求；被告自白犯罪，未為第一項之表示（即未於偵查中向檢察官表示願受科刑之範圍或願意接受緩刑之宣告）者，在審判中得向法院為之。

是開啓簡易程序並非專屬於檢察官之權限，法院亦具有開啓簡易程序之權限；法院既有開啓簡易程序之權限，自亦有於簡易程序審判中進行求刑協商程序之權限。簡易程序案件，被告自白犯罪者，得於偵查中或審判中表示願受科刑之範圍或願意接受緩刑之宣告；於偵查中，經檢察官同意記明筆錄，並以被告之表示為基礎，向法院求刑或為緩刑宣告之請求者，法院於裁判時，應先審查被告自白之文書資料或筆錄（法院辦理刑事訴訟簡易程序案件應行注意事項第五項），然其對於簡易程序審判中，始進行協商是否需經檢察官同意，並未明確規定，惟參酌認罪、求刑協商制度之法意，係藉由賦予被告表示願受刑罰範圍之機會，並使檢察官得衡酌案情決定是否予以同意及相應為具體之求刑，而於法院依其所請科刑後限制其上訴，以兼顧被告權益及公平正義，使輕微案件簡速審結確定，自應認為於審判中始進行協商，仍應獲得檢察官之同意以及對被告之具體求刑。亦即，於法院開啓簡易程序之情形下，檢察官具有就該案件是否適用協商程序之同意權。而所謂檢察官之「求刑」，本有「抽象求刑」與「具體求刑」之區別；所謂「抽象求刑」，指檢察官所為之求刑並不涉及刑度或刑之執行方式，諸如檢察官表示被告素行良好，請求法院從輕量刑等等；而「具體求刑」則指檢察官向法院所為之求刑，已涉及具體刑度或刑之執行方式。當事人依刑事訴訟法第四百五十一條之一第一項或第三項規定表示願受科刑範圍（指被告）或為求刑或為緩刑宣告之請求（指檢察官）者，法院如於被告所表示範圍內科刑，或依檢察官之請求（求刑或請求宣告緩刑）為判決者，依第四百五十五條之一第二項規定，各該當事人不得上訴（法院辦理刑事訴訟簡易程序案件應行注意事項第十二項），乃採「禁反言」之方式立論。質言之，被告於偵查中向檢察官表示願受科刑之範圍，經檢察官據以向法院為具體求刑者，或被告於審判中逕向法院為科刑範圍之具體表示並經檢察官同意為求刑者，如法院於其表示之範圍內為科刑判決時，被告對之即不得上訴；再者，檢察官於偵查中或審判中依被告之表示為基礎，向法院為具體之求刑者，如法院就求刑之範圍而為科刑判決時，檢察官對之亦不得上訴。

96 年台上字第 6861 號

刑事訴訟法第四百五十一條之一所定簡易程序求刑協商制度，不論其第一項「偵查中求刑協商」或第三項「審判中求刑協商」，皆在擴大簡易程序力求迅速審結之功能，同條第四項乃定明除有該條但書情形外，法院判決時，應受檢察官求刑或緩刑請求範圍之限制。又基於已尊重當事人意願而為判決，同法第四百五十五條之一第二項復規定：「依第四百五十一條之一之請求所為之科刑判決，不得上訴。」此所謂「依第四百五十一條之一之請求」，自包括該法條第一項「偵查中求刑協商」及第三項「審判中求刑協商」所為之科刑判決，皆不得上訴，以落實此等輕微明確案件早日定讞之立法目的。而該第四百五十一條第一項所稱「前條第一項之案件」，應係指法院得以簡易判決處刑之案件而言，並非祇限檢察官以書面聲請簡易判決處刑之案件，同法第四百四十九條第二項法



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586 (代表號)

院逕以簡易判決處刑之案件亦屬之，否則同法第四百五十一條之一第三項審判中求刑協商之規定，勢將成為具文，殊違立法之本意。至案件如有同法第四百五十一條之一第四項但書之情形，因法院並不受檢察官聲請以簡易程序求刑協商之拘束，依同法第四百五十二條之規定，仍應改以通常程序審判之，苟法院誤以簡易程序並依被告之表示或檢察官之請求而為判決者，同法第七編簡易程序，雖未如同法第七編之一協商程序第四百五十五條之十第一項但書有例外「得上訴」之明文規定，然為兼顧裁判之正確妥適及當事人之訴訟權益，當事人仍得依法提起上訴，此乃法理所當然。

94 年台非字第 296 號

刑事訴訟法第四百五十五條之一第三項規定，對於簡易判決之上訴，準用同法第三編第一章及第二章之規定，管轄第二審之地方法院合議庭受理簡易判決上訴案件，應依通常程序審理之；其認案件有刑事訴訟法第四百五十二條所定第一審應適用通常程序審判而不得適用簡易程序審判之情形者，即應撤銷原第一審之簡易判決，逕依通常程序而為第一審判決。本件被

告李○○因違反著作權法案件，經台灣台南地方法院檢察署以九十三年度偵字第五二六二、五四〇一號聲請以簡易判決處刑，台灣台南地方法院判決後，經檢察官不服該判決，提起上訴於同院合議庭，經審理結果，認應變更檢察官起訴書所引應適用之法條，改判依想像競合犯、牽連犯從一重論以(九十三年九月一日修正後)著作權法第九十四條第二項之常業犯，而判處被告有期徒刑一年六月。原判決雖案由欄載稱係上訴人(檢察官)對該案件之第一審(簡易)判決提起上訴，由該院管轄之第二審合議庭判決云云，惟卷查原法院合議庭審理該案件，業經依法定程序進行調查、辯論，並通知檢察官到庭執行職務，有該案卷內準備程序筆錄、審判筆錄及原判決之記載可稽，顯然已實際踐行刑事案件之通常審判程序，其判決書案由欄上開所謂由該院管轄之第二審合議庭判決之記載，充其量亦僅係表明該案原係簡易案件，由該院管轄之第二審合議庭為審理、判決，尚不能以之逕視為係屬該院所為簡易程序之第二審判決，是其所為判決，自係屬於依通常程序所為之「第一審判決」，被告不服該判決，向台灣高等法院台南分院提起第二審上訴，即難認於法不合。台灣高等法院台南分院九十四年度上更(一)字第四七一號刑事判決，以原判決係原院所為之第二審判決，不得再向該院提起第二審上訴為由，認被告之上訴為違背法律上之程式，而予以駁回，適用法則自有未當。按刑事訴訟程序中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，尚不屬於司法院大法官釋字第二七一號解釋之範圍，仍應援用本院二十五年上字第三二三一號判例，亦即此種程序判決，不發生實質上之確定力，毋庸先依非常上訴程序撤銷，可逕依合法上訴，進行審判(本院八十年十一月五日、八十年度第五次刑事庭會議決議一參照)。原判決既經被告為自己利益提起第二審上訴於台灣高等法院台南分院審理，判決後，復對之提起第三審上訴，而經本院以九十四年度台上字第四七九六號刑事判決予以撤銷並發回該院更為審理在案，揆諸上開說明，本件台灣高等法院台南分院九十四年度上更(一)字第四七一號駁回被告第二審上訴之判決，不具實質上之確定力，原判決尚未合法確定，上訴人竟對之提起非常上訴，自屬於法不合，不應准許。

