

中華民國八十六年五月

非常上訴理由及判決要旨

第三十輯

最高法院檢察署編印

非常上訴理由及判決要旨第十三輯序

非常上訴制度，係為救濟原確定判決之審判違背法令而設之刑事特別訴訟程序，與為救濟原確定判決之事實錯誤而設之再審制度，迥不相侔。其主要之目的，在於糾正適用法律之錯誤，以統一法律見解之適用，及平反冤獄，以保障人民之權益。

非常上訴，無審級及期間之限制。故不論是一審、二審或三審之刑事判決確定後，發現該案件之審判係違背法令者，則專由最高法院檢察署檢察總長依職權或依檢察官、被告、自訴人或第三人之聲請，向最高法院提起非常上訴。比年以來，本署受理聲請提起非常上訴之案件，遞有增加。惟因非常上訴審為法律審，僅採書面審理，不經言詞辯論，僅以原確定判決認定之事實為基礎，以審核其審判適用法令有無違誤，並不調查未經原確定判決認定之事實及涉及事實之證據。因之，凡不能確切指明原確定判決如何違背法令，而以事實上之理由聲請非常上訴者，均屬無從提起，不得不依法予以駁回。

本署為提供從事司法實務人員及社會人士參考及避免法律適用錯誤之重見，自民國四十四年起，歷年來已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，迄今已出版十二輯。茲就本署全體檢察官近三年來經辦之案

件中審慎篩選出一百則案例，經本人審定，而成第十三輯。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、確保人民權益。爰略陳編輯之旨，以為之序。

中華民國八十六年四月

陳 涵於最高法院檢察署

凡例

一、本書係將本署八十三至八十五年度，提起非常上訴經最高法院判決之案件，擇其內容異於已發行之第一至十二輯且具參考、代表性的一百案，予以分類彙編而成。

二、本書分為刑法 刑事訴訟法、刑事特別法三部分，刑法部分四十八案，刑事訴訟法部分二十三案，刑事特別法部分二十九案。

三、每一部分之案例順序，係依該部分之法條編號順序而編排。

四、每案之內容，依照第十二輯之編排方式，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。另以里色線條，將附錄之最高法院判決理由之重點部份，予以標出，使閱讀者易於明瞭非常上訴理由及判決之意旨所在。

非常上訴理由及判決要旨第十三輯目錄

壹、刑法

案次	年度	判決案號 台非字	關 係 條 又	頁 次
一	八五	二三五	刑法第三十五條第二項、第三百三十五條第一項、第二百十條、第二百十二條、第五十五條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	一
二	八五	二六一	槍砲彈藥刀械管制條例第四條、第五條、第六條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	五
三	八四	三〇八	刑法第三十八條第一項第三款、第三十八條第三項前段。 刑事訴訟法第三百七十八條。	八

四	八五	一四三	刑法第四十一條、第二百七十七條第一項、第二百八十一條。	一一
五	八四	二八四	刑事訴訟法第三百七十八條。	一四
六	八四	四四	刑事訴訟法第三百七十八條。	一八
七	八五	一六一	刑事訴訟法第三百七十八條。	二三
八	八五	二二一	刑事訴訟法第三百七十八條。	二八
九	八四	四一一	刑事訴訟法第三百七十八條、第三百七十九條第十四款。	三二

一〇	八五	二六八	司法院院字第八六五號解釋。 刑法第五十五條、第二百十條、第二百十六條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	三七
一一	八四	三一〇	刑法第五十五條、第三百零四條第一項、第三百四十四條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	四〇
一二	八五	二六二	刑事訴訟法第三百七十八條。 刑法第五十五條、第二百七十七條第一項、第三百零九條第二項。	四四
一三	八四	一〇	刑事訴訟法第三百七十八條。 刑法第五十六條、第二百十七條第一項、第三百二十條第一項、第二百十九條。 中華民國七十七年罪犯減刑條例第二條第一項乙類第三目、第三條、第四條第二項、第五條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	四七
一四	八五	二三一	刑法第八十條第一項第五款、第五十五條、三百三十七條	五一

一五	八五	二七六	槍礮彈藥刀械管制條例第十三條第二款。 刑事訴訟法第三百七十八條。 刑法第九十條、第九十八條、第五十五條。 竊盜犯贓物犯保安處分條例第三條第一項第一款、第四條、第五條。	五五
一六	八四	一九五	刑事訴訟法第三百七十八條。 刑法第九十五條。 國籍法第十一條。 護照條例第七條第一款。 護照條例施行細則第五條。	六六
一七	八五	一四五	刑事訴訟法第三百七十八條、第三百七十九條第十款。 刑法第一百三十八條、第三百五十四條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	七〇
一八	八五	一二	刑法第一百三十八條、第二百十六條、第二百十五條、	七三

一九	八四	一三二	第二百十四條、第五十五條。 貪污治罪條例第四條第一項第一款。 刑事訴訟法第三百七十八條。 刑法第一百三十九條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	七八
二〇	八四	二四九	刑法第一百五十八條、第三百三十九條第一項。 刑事訴訟法第三百七十八條。	八三
二一	八五	一四七	刑法第一百六十四條第一項、第五十五條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	八六
二二	八三	二〇三	刑法第一百八十四條第一項、第二項、第五項。 刑事訴訟法第三百七十九條第十四款、第三百七十八條。	八九
二三	八四	四二七	刑法第二百零五條、第二百十九條、第三十八條第一項第二款、第三款。 刑事訴訟法第三百七十八條。	九三

二四	八三	三六七	刑法第二百十條、第二百十四條、第二百十六條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	九七
二五	八五	一四六	刑法第二百十條、第二百十六條、第二百十四條、第二百十七條、第二百十九條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	一〇一
二六	八五	二六〇	刑法第二百十條、第二百二十條、第二百十六條、第三百三十九條第一項。 刑事訴訟法第三百七十八條。	一〇六
二七	八三	二三九	刑法第二百十四條。 勞工保險條例第十條第三項、第七十二條第二項、第三項。	一一〇
二八	八五	一五七	刑事訴訟法第三百七十八條。 刑法第二百二十七條第二項、第二百二十八條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	一一五
二九	八四	一四六	刑法第二百三十一條第一項、第二項。	一一九

三〇	八五	一一七	司法院大法官會議釋字第一八一號解釋。 刑法第二百六十六條第一項、第二百六十七條。 遊藝場業輔導管理規則第十三條第五款但書。 憲法第一百七十二條。 刑事訴訟法第三百七十九條第十二款、第二百六十七條、第二百六十八條。 刑法第二百六十八條後段、前段、第五十五條、第三十八條第一項第三款、第二款。 刑事訴訟法第三百七十八條。 刑法第二百七十六條第二項。 勞工安全衛生法第五條第一項第五款、第二十八條第二項第一款、第三十一條第一項。 刑事訴訟法第三百七十八條、第三百七十九條第十四款。 刑法第二百七十七條第一項、第二百八十七條前段。	一二四
三一	八五	二四九		一三〇
三二	八四	三〇九		一三四
三三	八四	四三九		一三八

三四	八五	二五九	刑事訴訟法第三百七十八條、第三百零三條第三款。 刑法第三百零二條第一項、第三百零四條第一項。 刑事訴訟法第三百七十八條。	一四二
三五	八五	一四四	刑法第三百零四條第一項。 刑事訴訟法第三百七十八條。	一四六
三六	八四	一九四	刑法第三百零四條、第三百零五條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	一五二
三七	八五	一一六	刑法第三百二十一條第一項。 刑事訴訟法第三百七十八條。	一五五
三八	八五	三一三	刑法第三百二十一條第一項第二款、第三十八條第一項第三款。 刑事訴訟法第三百七十八條。	一五九
三九	八三	一五四	刑法第三百二十一條第一項第一款、第三百二十條第一項。 刑事訴訟法第三百七十八條。	一六三

四〇	八三	四〇	刑法第三百二十一條第一項第二款、第三款、第三百零六條第一項。	一六六
四一	八四	二二五	刑事訴訟法第三百七十八條。	一七〇
四一	八四	二二五	刑法第三百二十四條第二項、第三百二十條第一項。	一七〇
四二	八四	一五二	刑事訴訟法第三百零三條第三款、第三百七十八條。	一七四
四二	八四	一五二	刑法第三百三十五條。	一七四
四二	八四	一五二	刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款、第三百七十八條。	一七四
四三	八四	二四八	刑法第三百三十七條、第三百四十九條。	一七八
四三	八四	二四八	刑事訴訟法第三百七十八條。	一七八
四四	八三	一五九	刑法第三百三十九條第一項、第二項、第五十六條。	一八一
四四	八三	一五九	中華民國八十年罪犯減刑條例第二條第一項前段、第八條第一項、第三條、第五條第二項、第六條。	一八一
四五	八四	三七二	刑事訴訟法第三百七十八條。	一八六
四五	八四	三七二	刑法第三百三十九條、第二百零一條。	一八六

貳、刑事訴訟法	四六	八三	五八	刑事訴訟法第三百七十八條、第三百七十九條第十款、第四百四十七條第一項第一款。 司法院大法官會議釋字第一八一號解釋。 刑法第三百四十六條第三項第一項、第三百二十條第一項、第五十五條。 懲治盜匪條例第五條第三項第一項第一款。 刑事訴訟法第三百七十八條。 刑法第三百四十九條第一項。 刑事訴訟法第三百七十八條。 刑法第三百五十四條、第三百零四條第一項。 民法第八百十一條。 刑事訴訟法第三百七十八條、第三百七十九條第十二款。	一九二
	四七	八三	一六一	刑事訴訟法第三百七十八條。 刑法第三百四十九條第一項。 刑事訴訟法第三百七十八條。 刑法第三百五十四條、第三百零四條第一項。 民法第八百十一條。 刑事訴訟法第三百七十八條、第三百七十九條第十二款。	一九六
	四八	八五	三四四	刑事訴訟法第三百七十八條、第三百七十九條第十二款。	一九九

四九	八三	一一二	刑事訴訟法第三十五條、第二百七十一條、第三百七十八條。	二〇七
五〇	八三	二二	刑事訴訟法第三十七條、第三十八條、第三百零三條第一款、第三百三十四條、第三百四十三條、第三百七十八條。	二一〇
五一	八五	一一八	專利法第八十八條之一。(現爲第九十五條)。	二一四
五二	八四	一三五	刑事訴訟法第五十九條、第二百八十一條第一項、第三百七十一條、第三百七十九條第六款。	二一八
五三	八五	二二七	刑事訴訟法第一百五十五條第二項、第一百六十四條、第四百四十七條第一項第一款。 司法院大法官會議釋字第一八一號、第一四六號解釋。 刑事訴訟法第二百三十二條、第三百七十八條。 刑法第三百零六條第一項、第三百零八條第一項、第三百二十條第二項、第一項、第三百五十四條、第五十五條。	二二二

五四	八三	八九	刑事訴訟法第二百三十六條第一項、第三百零三條第三款、第二百三十三條第一項、第二百三十七條第一項。	二二六
五五	八四	二二三	刑法第二百八十四條第一項、第二百八十七條前段。	二三一
五六	八五	一三一	刑事訴訟法第二百三十八條第一項、第二項、第二百三十九條、第三百七十八條。	二三五
五七	八五	一九九	刑事訴訟法第二百六十四條第二項第一款、第三百零三條第一款、第三百零七條、第三百七十八條。 司法院院字第一二四三號解釋。	二三八
五八	八三	四四	刑事訴訟法第二百六十七條、第三百七十八條。 刑法第三百二十四條第二項、第三百二十條第一項、第二百零一條第一項、第五十五條。	二四三
五九	八五	九七	刑事訴訟法第二百六十八條、第三百條、第三百七十八條。 刑法第三百二十條第一項、第三百四十九條第一項。 刑事訴訟法第二百六十八條、第三百條、第三百七十八條。	二四七

六〇	八五	一二五	修、第三百七十九條第十二款。 刑法第三百三十六條第二項。 動產擔保交易法第三十八條、第五條、第十六條、第二十七條、第三十三條。 司法院大法官會議釋字第二二七號解釋。 刑事訴訟法第三百零六條、第三百七十八條、第三百七十九條第十款。 司法院大法官會議釋字第四十三號、第一八一號解釋。 刑事訴訟法第三百十九條第一項前段、第三百三十四條。 司法院院字第一三〇六號解釋。 刑事訴訟法第三百十九條第二項、第一項、第三百三十四條。 刑法第二百十四條、第二百十六條、第三百三十九條第二項、第五十五條、第五十六條。	二五二
六一	八四	五九		二五六
六二	八四	四五		二六〇

六三	八五	一二三	刑事訴訟法第三百二十三條第一項、第三百三十四條、第三百七十八條。	二六五
六四	八五	三一	商標法第六十二條第一款、第二款。 刑法第二十八條。 刑事訴訟法第三百五十九條、第三百七十八條。 刑法第七十五條第一項第二款。 民法第一百四十四條第一項。 司法院院字第二五〇七號解釋。 刑事訴訟法第三百七十九條第十款。 懲治走私條例第二條第一項、第三條第一項。 刑事訴訟法第三百七十九條第十款、第十二款、第二百六十七條。	二七〇
六五	八四	三六七	刑事訴訟法第三百七十九條第十款。	二七五
六六	八三	三六九	刑事訴訟法第三百七十九條第十款、第二百六十七條。	二七九
六七	八四	八五	刑事訴訟法第三百七十九條第十款、第十四款。	二八四
六八	八五	二	刑事訴訟法第三百七十九條第十二款、第二百六十七條、第二百六十八條。	二八八

六九	八四	四二六	刑事訴訟法第三百七十九條第十四款。 刑法第十三條。	二九一
七〇	八三	三七二	刑事訴訟法第三百九十五條、第三百七十六條。 刑法第六十一條、第三百三十五條第一項、第一百三十 四條。	二九五
七一	八五	一〇五	戕亂時期貪污治罪條例第六條第四款。 刑事訴訟法第四百四十七條第二項、第三百七十八條。 公平交易法第三十五條、第二條第三款、第七條。 刑法第三百十條第二項、第三百十三條。	三〇〇
叁、刑事特別法 台灣省內菸酒專賣暫行條例				
七二	八四	二五四	台灣省內菸酒專賣暫行條例第四十條第一款、第四款、 第五款。 懲治走私條例（修正前）第二條之一第一項。	三〇七

七三	八三	七一	刑事訴訟法第三百七十八條。 台灣省內菸酒專賣暫行條例第四十二條、第三十七條第五款。 戡亂時期罰金罰鍰提高標準條例第一條、第三條。 司法院院字第一八五七號解釋。 司法院大法官會議釋字第四三號解釋。 民事訴訟法第二百三十二條。 刑事訴訟法第二百二十條、第三百七十八條。	三一
七四	八四	二四五	竊盜犯贓物犯保安處分條例 竊盜犯贓物犯保安處分條例第二條第四項、第三條第一項。 刑事訴訟法第三百七十八條。	三一六
七五	八四	四四五	戡亂時期貪污治罪條例 戡亂時期貪污治罪條例第六條第三款、第四款、第七條。	三二〇

七六	八三	二八一	刑法第五十五條、第二百十三條。 刑事訴訟法第三百七十八條。 戡亂時期貪污治罪條例第十條。（貪污治罪條例第九條。） 刑事訴訟法第三百七十八條。	三二六
七七	八五	二七五	商業會計法第六十六條第一款、第十四條第二款。 稅捐稽徵法第四十三條第一項。 刑法第二百十六條、第二百五條、第五十五條。 刑事訴訟法第四十六條、第四十七條、第三百七十八條。	三三一
七八	八四	一二二	稅捐稽徵法 稅捐稽徵法第四十七條第一款、第四十一條、第四十二條、第四十三條第一項。 商業會計法第六十六條第一款。	三三五

			刑法第三十一條第一項、第五十五條、第二百十五條、第二百十六條。	
		肅清煙毒條例		
七九	八三	一〇四	肅清煙毒條例第四條第三項。	三四〇
			刑法第六十二條前段。	
			刑事訴訟法第三百七十八條。	
八〇	八四	二二	肅清煙毒條例第九條第七項後段。	三四四
			司法院院字第一九九八號、第二〇七二號解釋。	
			刑事訴訟法第三百七十八條。	
八一	八三	二〇五	肅清煙毒條例第十六條、第五條第一項、第七條第一項。	三四八
			國家安全法第六條第一項。	
			懲治走私條例第二條第一項。	
			藥物藥商管理法第七十二條第一項。	
			刑法第五十五條。	

麻醉藥品管理條例

八二	八三	一八四	麻醉藥品管理條例第十三條之一第二項第一款。 司法院院解字第四〇七七號解釋。	三五三
八三	八三	一二七	刑事訴訟法第三百七十八條。 麻醉藥品管理條例第十三條之三。 刑事訴訟法第三百七十八條。	三五七

槍砲彈藥刀械管制條例

八四	八五	一七〇	槍砲彈藥刀械管制條例第七條第四項、第十一條第三項、第十三條之一。	三六一
八五	八四	三三七	刑事訴訟法第三百七十八條。 槍砲彈藥刀械管制條例第十三條第一款、第二款、第四條第三款。 刑法第三十八條第一項第一款、第二款、第十一條前段、第五十五條、第二百十二條、第二百十六條。	三六六

			懲治盜匪條例第五條第一項。	
			刑事訴訟法第二百六十七條、第三百七十八條。	
少年事件處理法				
八六	八四	二	少年事件處理法第六十九條前段、第四十二條、第三條第一款、第一條。	三七一
			刑法第五十六條。	
			藥事法第八十三條第一項。	
			刑事訴訟法第三百零三條第一款。	
司法院大法官會議解釋				
八七	八五	七八	司法院大法官會議解釋字第二七一號解釋。	三七六
八八	八四	四六	刑事訴訟法第三百七十八條。	
			司法院院字第二八三二號解釋。	三八〇
			刑事訴訟法第三百七十八條。	
軍事審判法				
八九	八五	二〇二	軍事審判法第四十八條。	三八三

			陸海空軍刑法第六十六條第二款、第八十三條。 國家安全法第八條第二項前段。 刑法第一百三十五條第一項、第五十五條。 刑事訴訟法第三百零三條第六款。	
九〇	八五	三四一	兵役法 兵役法第五條。 兵役法施行法第五十九條第二項。 妨害兵役治罪條例第四條第五款。 刑事訴訟法第三百七十八條。	三八七
九一	八四	四一四	兒童福利法 兒童福利法第四十三條第一項前段。 刑法第八十七條第二項、第三項、第十九條第二項、第五十九條。 懲治盜匪條例第五條第一項第一款。 刑事訴訟法第三百零九條第六款、第三百七十八條。	三九三

公司法		
九二	八五	二二九
公司法第九條第三項。		三九七
刑事訴訟法第三百七十八條。		
證券交易法		
九三	八四	四二四
證券交易法第二十二條第三項、第一項、第一百七十五條、第二條、第六條、第一百三十九條。		四〇一
公司法第一百三十三條、第二百六十八條、第一百六十四條、第一百六十五條。		
刑事訴訟法第三百七十八條。		
管理外匯條例		
九四	八五	三九〇
管理外匯條例第二十二條第一項、第一條、第七條、第八條、第二十四條第一項。		四〇九
公司法第十五條第一項。		
刑事訴訟法第三百七十八條。		
專利法		

九五	八五	一四九	專利法第一百三十一條、第一百二十五條。 刑事訴訟法第三百七十八條、第三百四十三條、第三百零三條第一款。	四一四
商標法				
九六	八三	三一	商標法第六十五條第二項、第一項、第七十七條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	四一八
著作權法				
九七	八四	三八七	著作權法第八十七條第二款、第四款、第九十三條第三款、第三條第一項第十二款。 刑事訴訟法第三百七十八條。	四二三
勞工安全衛生法				
九八	八三	二六八	勞工安全衛生法第三十一條第一項、第二十八條第二項第一款、第五條第一項。 刑法第三百七十六條第二項。 刑事訴訟法第三百七十八條。	四二八

就業服務法			
九九	八三	五三	就業服務法第五十三條第三款、第四款、第五十四條第一項第一款、第五十八條第一項。
			刑事訴訟法第三百七十八條。
			四三二
道路交通管理處罰條例			
一〇〇	八三	二二九	道路交通管理處罰條例第八十六條第一項、第二十二條第一款、第二款。
			道路交通安全規則第六十一條第二款、第五條第二款。
			刑法第六十二條、第二百七十六條第二項。
			刑事訴訟法第三百七十八條。
			四三六

壹、 刑 法

【第一壹案】

一、關係條文

刑法 第三十五條第二項、第三百三十五條第一項、第二百十條、第二百十二條、第五十五條。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。

二、本件被告某甲因犯刑法第三百三十五條第一項之侵占罪，第二百十條之偽造文書罪及第二百十二條之變造特種文書罪，原判決認上開三罪具有方法結果之牽連關係，爲牽連犯，應從較重之侵占罪論處等情，惟查上開三罪除第二百十二條之變造特種文書罪法定刑最輕外，第二百十條之偽造文書罪，其法定本刑爲五年以下有期徒刑，而第三百三十五條第一項之侵

占罪，其法定本刑爲五年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金，二罪間除法定最高本刑均爲有期徒刑五年，屬相同外，該偽造私文書罪之法定最低本刑爲有期徒刑，而上開侵佔罪之法定最低本刑則爲罰金刑，依刑法第三十五條第二項規定，應以刑法第二百十條之偽造文書罪最重，自應依該罪論處，惟原判決未察，率依較輕之同法第三百三十五條第一項之侵佔罪論科，自有判決適用法則不當之違法。

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

三、附錄

最高法院刑事判決

八十五年度台非字第二三五號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告重利等罪案件，對於台灣桃園地方法院中華民國八十四年十一月八日第一審確定判決，認爲部分違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於侵占罪違背法令部分撤銷。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又同種之刑，以最高度之較長或較多者爲重，最高度相等者，以最低度之較長或較多者爲重，刑法第三十五條第二項亦規定甚明。本件被告某甲因犯刑法第三百三十五條第一項之侵占罪、第二百十條之偽造私文書罪及第二百十二條之變造特種文書罪，原判決認上開三罪具有万法結果之牽連關係，爲牽連犯，應從較重之侵占罪論處等情，惟按刑法第二百十條之偽造私文書罪，其法定本刑爲五年以下有期徒刑，而第三百三十五條第一項之侵占罪，其法定本刑爲五年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金，二罪之法定最高本刑固同爲有期徒刑五年，而偽造私文書罪之法定最低本刑則爲有期徒刑二月，侵占罪之法定最低本刑則爲罰金刑，依刑法第三十五條第二項規定，應以刑法第二百十條之偽造私文書罪爲重，自應依該罪論處，乃原判決竟依較輕之同法第三百三十五條第一項侵占罪論科，自有判決適用法則不當之違法。案經確定，非常上訴意旨，指摘原判決關於侵占部分違背法令，尙有理由，惟原判決尙非不利於被告，應由本院僅將該侵占罪之違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。
中華民國八十五年九月五日

【第貳案】

一、關係條文

刑法 第三十八條第一項第一款。

槍砲彈藥刀械管制條例 第四條、第五條、第六條。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又刑法上所謂之違禁物，係指在法令上禁止個人私自製造、販賣、運輸、持有或行使流通之物而言。又槍砲彈藥刀械管制條例所管制者，係該條例第四條所列槍砲、彈藥、刀械。同條例第五條、第六條各有明文。本件被告所拾獲、持有之彈匣不與焉。而遍查有關法令，亦無列管彈匣，禁止私人持有，屬於違禁物之規定。原判決失察，竟謂被告拾獲而持有之彈匣一個係違禁物，適用刑法第三十八條第一項第一款諭知沒收，其法則之適用，顯屬違誤。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

八十五年度台非字第二六一號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告違反槍砲彈藥刀械管制條例案件，對於台灣板橋地方法院中華民國八十五年三月七日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決撤銷。

某甲未經許可無故持有彈藥，累犯，處有期徒刑陸月，如易科罰金，以叁佰元折算壹日。扣案之子彈壹拾陸顆沒收。

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，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又刑法上所

謂之違禁物，係指在法令上禁止個人擅自製造、販賣、運輸、持有之物而言。又槍砲彈藥刀械管制條例所管制擅自製造、販賣、運輸、持有者，乃係該條例第四條所列之槍砲、彈藥、刀械，並不包括單純之彈匣在內（彈匣如附於槍枝內，應屬槍枝之一部分）。而其他法令，亦無禁止擅自持有單純彈匣之規定，故單純之彈匣應非違禁物。乃原判決竟謂被告拾獲而持有之彈匣一個係違禁物，適用刑法第三十八條第一項第一款論知沒收，其法則之適用，顯屬違誤。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨，執以指摘，尙有理由。又王從刑之審判不可分，其論知彈匣一個沒收之從刑部分既屬違法，而應撤銷，則其未經許可無故持有彈藥之王刑部分自亦無可維持，應由本院將原判決撤銷，另行判決，並諭知如原判決所示之王刑及扣案之子彈十六顆沒收，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百七條第一項第一款但書，槍砲彈藥刀械管制條例第十一條第三項，刑法第十一條前段、第三百三十七條、第五十五條、第四十七條、第四十一條、第三十八條第一項第一款，罰金罰鍰提高標準條例第一條前段（原判決漏引）、第二條，判決如王又。

中華民國八十五年九月十九日

【第 三 案】

一、關係條文

刑法 第三十八條第一項第三款、第三十八條第三項前段。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按刑法第三十八條第一項第三款之因犯罪所得之物，依同條第三項前段規定，以屬於犯人者爲限，始得沒收。查原判決認定被告某甲基於不法所有之概括犯意，連續於原判決附表編號一至九所列之時地，攜帶其所有之螺絲起子、虎頭鉗、美國鉗、大嘴鉗等客觀上具有危險性之兇器，其中編號四係夥同某乙，編號七夥同某丙，編號九夥同某丁，餘則由其一人，先後竊取被害人莊某、李某、蘇某、林某、葉某、陳某、吳某、邵某等所有如附表之新台幣現款及機車等物，經警查獲，並扣得贓款新台幣一萬零九百九十元。及上開行竊工具等事實，係依據被告於警訊中之自白，核與被害人莊某等八人之指證情節相符，並經共犯某乙、某丁

供證明確，爲其所憑之證據及認定之理由，據以依共同連續攜帶兇器竊盜判處有期徒刑一年六月，固屬不無見地，惟查扣案之現款一萬零九百九十元，判決理由既說明係被告犯罪所得贓款，其非被告所有甚明，自應分別發還給被害人，乃竟一併宣告沒收，揆諸首開說明，顯有適用法則不當之違法。案已確定，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

八十四年度台非字第三〇八號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告竊盜案件，對於台灣台南地方法院中華民國八十三年二月七日第一審確定判決，認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑法第三十八條第一項第三款所載，因犯罪所得之物，依同條第三項前段之規定，以屬於犯人者爲限，始得沒收。則其物非屬於犯人，而第三人又得對之王張權利者，自在不得沒收之列。本件被告某甲因犯連續竊盜，經查扣有新台幣一萬零九百九十元，該款係被告竊得之贓款，不屬於被告所有，爲原判決所確認之事實，依上說明，即在不得沒收之列。原判決未注意及此，併予宣告沒收，自屬違法。案經確定，非常上訴意旨，執以指摘，非無理由。該沒收之物，雖屬被害人所有，究不失爲從刑，仍應認爲於被告不利，應由本院將原判決違法沒收部分撤銷，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，判決如王又。

中華民國十八年八月二十四日

【第 肆 案】

一、關係條文

刑法 第四十一條、第二百七十七條第一項、第二百八十條。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用法則不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又犯最重本刑爲三年以下有期徒刑以下之刑之罪，而受六月以下有期徒刑之宣告者，依刑法第四十一條之規定，固得易科罰金，惟法定本刑苟因法律之規定加重其刑，致超過三年最重本刑時，即非最重本刑三年以下有期徒刑以下之罪，自不得諭知易科罰金，最高法院五十二年台非字第七一號著有判例。本件被告某甲傷害其母係犯刑法第二百七十七條第一項之罪，依刑法第二百八十條規定，應加重其刑，其最重本刑已逾三年，不得易科罰金，原審疏未注意，竟予諭知易科罰金之標準，顯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

八十五年度台非字第一四三號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告傷害等罪案件，對於台灣花蓮地方法院中華民國八十四年十月七日第一審確定判決，認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於傷害直系血親尊親屬部分之違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑法第二百八十條規定，對於直系血親尊親屬犯第二百七十七條之罪者，加重其刑至二分之一，此刑法分則之加重，具有法定刑之性質，因加重結果，最重本刑已逾三年有期徒刑，即與同法第四十一條規定犯最重本刑為三年以下之刑之罪，而受六月以下有期徒刑或拘

役之宣告，因身體、教育、職業、或家庭之關係，執行顯有困難者，得易科罰金之規定不合。本件原判決既認定被告毆打其母親成傷，即應依上開法條論處，並應加重其刑，因加重之結果，其法定刑已逾三年，自無適用刑法第四十一條易科罰金之餘地。乃原判決竟於量處被告有期徒刑三月之同時，諭知易科罰金折算之標準。依前開說明，顯有判決適用法則不當之違法。案經確定，非常上訴意旨，執以指摘此部分原判決違背法令，洵有理由。但原判決尚非不利於被告，應由本院將原判決關於傷害直系血親尊親屬部分之違背法令部分撤銷，用資糾正。

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，判決如王又。

中華民國二十五年六月十三日

【第五案】

一、關係條文

刑法 第四十七條。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按受有期徒刑之執行完畢，或受無期徒刑或受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，始爲累犯，刑法第四十七條定有明文。本件被告固曾於八十一年七月間犯偽造文書罪，被處有期徒刑六月，並於八十二年五月二十八日易科罰金完畢，惟應併合處罰之數罪，經分別判處有期徒刑確定，其中一罪之有期徒刑已執行完畢，由檢察官聲請定其應執行之刑確定後，其前已執行有期徒刑部分，僅應在應執行之刑扣除，而不能認已執行完畢（參見司法院七十一年十一月二日廳刑一字第一〇八三函核定台南地院七十一年夏季法律座談會之研討意見及最高法院七十六年台非字第一二八號判決），本件被告所犯偽造

又書罪與其另犯之施用毒品罪及違反麻醉藥品管理條例罪部分，經檢察官聲請台灣高等法院於八十二年十一月十七日以八十二年一九〇號裁定合併定應執行之刑爲有期徒刑肆年，有該裁定可稽，故被告於八十二年六月間犯本件違反槍斃彈藥刀械管制條例之罪時，其偽造又書罪不能認已執行完畢，原判決依累犯予以論科，顯屬違法。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

八十四年度台非字第二八四號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告違反槍斃彈藥刀械管制條例案件，對於台灣彰化地方法院中華民國八十三年七月三十日第一審確定判決，認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決撤銷。

某甲未經許可無故持有可發射子彈具有殺傷力之手槍，處有期徒刑伍月，如易科罰金，以叁

佰元折算壹日。

改造手槍壹支沒收。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按被告犯有應併合處罰之數罪，經法院分別判處有期徒刑確定，其中一罪之有期徒刑先執行期滿後，法院經檢察官之聲請，以裁確定其數罪之應執行刑確定後，其在未裁定前已先執行之有期徒刑之罪，因嗣後合併他罪定應執行刑之結果，檢察官所換發之執行指揮書，係執行應執行刑，其前已執行之有期徒刑部分，僅應予扣除，而不能認為已執行完畢。本件被告某甲曾先後犯偽造文書罪、施用毒品罪及違反麻醉藥品管理條例罪，經法院分別判處有期徒刑六月、三年四月、六月，均已確定，其中偽造文書罪所處有期徒刑六月，於八十二年五月二十八日易科罰金執行完畢。嗣台灣高等法院依據檢察官之聲請，於八十二年十一月十七日以八十二年度聲字第一九〇號就上開三罪，裁確定其應執行刑為四年確定，並經檢察官換發執行指揮書，執行該合併之應執行刑，執行期滿日期為八十六年四月十六日，有該裁定及執行指揮書可按。被告嗣於八十二年六月間犯本件違反槍砲彈藥刀械管制條例之罪，經原法院於八十三年七月三十日判處有期徒刑六月，如易科罰金，以叁佰元折算壹日確定（即八

十三年度易緝字第四×號），則依首揭說明，被告前犯偽造文書罪不能認已執行完畢，乃原判決未注意及此，竟認定被告應成工累犯，而依累犯之規定加重其刑，顯有判決適用法則不當之違法。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由，且原判決不利於被告，應由本院將原判決撤銷，並另行判決，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，槍砲彈藥刀械管制條例第十條第三項，刑法第十一條前段、第四十一條、第三十八條第一項第一款，罰金罰鍰提高標準條例第二條，判決如王又。

中 華 民 國 八 十 四 年 八 月 四 日

【第陸案】

一、關係條文

刑法 第四十七條。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又受有期徒刑之執行完畢，五年以內再犯有期徒刑以上之罪者爲累犯，加重本刑至二分之一，亦爲刑法第四十七條所規定。本件序判決事實記載被告某甲曾於七十三年間犯偽造有價證券罪，經判處有期徒刑三年，又於同年犯妨害自由罪，經判處有期徒刑二年六月，於確定後經台灣高等法院定其應執行刑五年四月。於七十三年六月十九日入監執行，指揮書記載執行完畢日期爲七十八年九月八日，於七十六年三月十七日縮短刑期假釋出獄後，經同院於七十七年六月七日依中華民國七十七年罪犯減刑條例減爲有期徒刑二年六月。其執畢日期爲七十六年三月十

七日，仍不知悔改，復於八十二年五月二十五日在桃園縣中壢市任處被查獲其於該日前四十八小時內在某時某地內非法吸用化學合成麻醉藥品安非他命。經將第一審論處被告累犯之判決撤銷，另行判處其罪刑，並於判決理由中說明其事實欄所載被告之前案執行完畢日期為七十六年三月十七日，距本件被告犯罪時間八十二年五月間已逾五年，故不構成累犯。云云。惟查被告前案之裁定定應執行有期徒刑五年四月，原執行完畢日期為七十八年九月八日，經縮短刑期執行完畢日期為七十八年七月三十日，於七十六年三月十七日假釋出監。嗣逢中華民國七十七年罪犯減刑條例施行，又經原法院於七十七年六月七日依該條例裁定減為有期徒刑二年六月。因定應執行中之偽造有價證券罪得上诉于第三審法院，故該裁定屬於得抗告之裁定，其裁定係七十七年六月二十一日送達，裁定確定日期為同年六月二十六日。此有原減刑裁定卷可稽。因中華民國七十七年罪犯減刑條例，並無明文規定，其減刑裁判之效力得回溯至該條例施行前之被告假釋出獄之日。則減刑之裁定自應自裁定確定之日方行發生效力。在未經依法裁定減刑確定之前，被告經假釋之所餘刑期仍在假釋執行中，原判決竟認其減刑後原執行之刑期，自假釋出獄之日，即告執行完畢，顯然指減刑之效力，應回復至其假釋之日發生，其見解自與法理有違。被告前案刑期於減刑裁定確定日即七十七年六月二十六日方能因減刑而執行完畢，其於八十二年五月間，再犯罪，仍在五年之內，應為累犯，原判決竟

指被告非為單犯，即有判決不適用法則之違背法令，案經確定，應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。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十四年度台非字第四四號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告違反麻醉藥品管理條例案件，對於台灣高等法院中華民國八十三年二月八日第二審確定判決認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 文

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又受有期徒刑之執行完畢，五年以內再犯有期徒刑以上之罪者為單犯，加重本刑至二分之一，可為刑法

第四十七條所明定。本件原判決事實記載被告某甲曾於民國七十三年間犯偽造有價證券罪，經判處有期徒刑三年，又於同年犯妨害自由罪，經判處有期徒刑二年六月，於確定後經台灣高等法院定其應執行刑五年四月，於七十三年六月十九日入監執行，指揮書記載執行完畢日期為七十八年九月八日，於七十六年三月十七日假釋出獄後，經同法院於七十七年六月十七日依中華民國七十七年罪犯減刑條例減為有期徒刑二年六月，其執行完畢日期為七十六年三月十七日，仍不知悔改，復於八十二年五月二十五在桃園縣中壢市任處被查獲其於該日前四十八小時內非法吸用化學合成麻醉藥品安非他命，經將第一審論處被告累犯之判決撤銷，另行判處其罪刑，並於判決理由中說明其實情欄所載被告之前案執行完畢日期為七十六年三月十七日，距本件被告犯罪時間之八十二年五月間已逾五年，故不構成累犯云云、惟查被告前案之裁定定應執行刑有期徒刑五年四月，業經原法院於七十七年六月七日依中華民國七十七年罪犯減刑條例裁定減為有期徒刑二年六月確定，經檢察官於七十七年七月九日指揮執行，此有原減刑裁定卷可稽。因中華民國七十七年罪犯減刑條例並未規定減刑裁定之效力得回溯至該條例施行前被告假釋出獄之日，則減刑之裁定，自應以該裁定由檢察官指揮執行之日即七十七年七月九日，為執行完畢日期。乃原判決竟認其減刑後原執行之刑期，自假釋出獄之日即告執行完畢，顯指減刑之效力，應回復至其假釋之日發生，尚有違誤。被告前案刑期於

減刑裁定由檢察官指揮執行之日即七十七年七月九日始因減刑而執行完畢，其於八十二年五月間再犯非法吸用化學合成麻醉藥品罪，仍在五年之內，應爲累犯，原判決指被告非爲累犯，即有判決不適用法則之違背法令，案經確定，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由，惟原判決

尚非不利於被告，應由本院將原判決關於違背法令部分撤銷，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，判決如王又。

中

華

民

國

八

十

四

年

二

月

九

日

【第 柒 案】

一、關係條文

刑法 第四十八條前段、第四十七條。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又刑法第四十八條規定，得依同法第四十七條之規定更定其刑者，以裁判確定後發覺爲累犯者爲限。如在審判程序中或判決確定前即已發覺被告爲累犯，應逕以累犯論科或依上訴程序請求改判，殊無待判決確定後，再更定其刑之餘地。又更定累犯之刑之裁定，屬適用刑罰之裁判，其效力與科刑判決無異。於確定後發覺該裁定違法，自得提起非常上訴（二十一年度非字第一五二號判例參照）。本件被告曾於七十年間犯陸海空軍刑法第八十四條規定之結夥搶劫罪，經臺灣高等法院判處有期徒刑十五年確定，執行至七十七年，因合於中華民國七十

七年罪犯減刑條例減刑之規定，復經臺灣高等法院裁定減為有期徒刑十年確定，於八十年四月二十八日執行完畢。又於八十年九月九日再犯業務上過失傷害罪，固係累犯。惟查被告前開曾犯結夥搶劫罪經判處罪刑確定，並已執行完畢，尚未逾五年前案資料，在臺灣桃園地方法院八十一年度偵字第六〇〇號卷第五頁「刑案資料作業個別查詢報表」有詳細之記載。被告在臺灣桃園地方法院審理其業務過失傷害罪之調查程序中，亦自承其曾因犯結夥搶劫罪被判處有期徒刑，於八十年四月二十八日執行完畢，有筆錄為證。足徵臺灣桃園地方法院在審理被告過失傷害案件程序中、判決前，已發覺被告係累犯。乃竟於判決時不論以累犯，於判決確定後，依檢察官之聲請，以裁定更定其刑為有期徒刑七月，揆諸首開規定與說明，顯屬違法。案經被告抗告，原審未予糾正而駁回被告之抗告，同屬違誤。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，以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十五年度台非字第一六一號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上诉人因被告過失傷害更定單犯之刑案件，對於台灣高等法院中華民國八十二年四月二十日第二審確定裁定，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原裁定及第一審之裁定均撤銷。

檢察官之聲請駁回。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決適用法則不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。次按受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，為單犯，加重本刑至二分之一，裁判確定後，發覺為單犯者，依刑法第四十七條之規定更定其刑，為刑法第四十七條、第四十八條前段所規定。然此所稱更定其刑，必其單犯之發覺，係在裁判確定之後，始足當之，苟於裁判確定之前，已經發覺有單犯之情事者，即無適用之餘地。事實審法院於審理時如發覺被告有單犯之事實，自應論以單犯並依法加重其刑，倘已發覺為單犯而於判決時扁論單犯並加重其刑，亦僅能另依上訴程序或非常上訴程序予以救濟，殊難再依刑法第四十八條前段之規定予以更定其刑。本件被告某甲於八十年九

月九日犯業務過失傷害罪，經臺灣桃園地方法院檢察署檢察官提起公訴。而臺灣桃園地方法院於調查程序中，該案偵查卷（臺灣桃園地方法院檢察署八十一年度偵字第六××號）內已有被告曾犯陸海空軍刑法第八十四條之結夥搶劫罪，經臺灣高等法院判處有期徒刑十五年確定，於執行期間，因合於中華民國七十七年罪犯減刑條例減刑之規定，復經臺灣高等法院裁定減為有期徒刑十年確定，於八十年四月二十八日執行完畢之臺灣桃園地方法院檢察署刑案資料查註紀錄表可稽，且有被告供承曾犯結夥搶劫，被判處有期徒刑十五年，於八十年四月二十八日執行完畢之筆錄可憑。然原審於判決時，竟未依刑法第四十七條論以累犯並加重其刑，論知「被告從事業務之人，因業務上之過失傷害人，處有期徒刑陸月，如易科罰金以叁拾元折算壹日。」，並已確定。依此以觀，臺灣桃園地方法院於審理前述被告業務過失傷害案件之調查程序中，已經發覺被告有構成累犯之情事，雖於判決時，未論以累犯並加重其刑，依前開說明，並非於判決確定後始發覺為累犯，即無於判決確定後再依刑法第四十八條前段之規定更定累犯之刑之餘地。乃臺灣桃園地方法院依據臺灣桃園地方法院檢察署檢察官以判決確定後發覺為累犯為由聲請更定其刑，竟適用刑法第四十七條、第四十八條（前段）裁定某甲從事業務之人，因業務上之過失傷害人，累犯，更定其刑為有期徒刑柒月。揆諸上開說明，自有適用法則不當之違法。而被告對該裁定不服提起抗告，原裁定竟予維持，駁回

被告之抗告，於法同有違誤。而此項裁定與實體判決有同等之效力。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由，應由本院將原裁定及第一審之裁定均撤銷，另諭知檢察官之聲請駁回，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但書，判決如王又。

中 華 民 國 八 十 五 年 七 月 四 日

【第捌案】

一、關係條文

刑法 第四十九條。

司法院三十四年院解字 第二九五七號解釋。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按累犯之規定，於前所犯罪，依軍法或外國法院受裁判者，不適用之，刑法第四十九條規定甚明。又所稱依軍法受裁判，凡前所犯罪，係受軍法機關裁判者皆屬之，不以犯罪之性質及裁判適用之實體法為準，復有司法院三十四年院解字第二九五七號解釋可稽。本件被告於七十七年八、九月間，在服兵役期中，因連續吸用麻煙，為海軍陸戰隊六十六師司令部於七十九年一月四日以七十九年謙判字第××號判決，處有期徒刑一年六月，執行完畢，有該司令部軍事檢察官（七九）執行第××號執行指揮書影本可稽，其係受軍法裁判，要無適用

畢犯規定之餘地。該被告復於八十二年六月起至八十四年三月二十三日上午三時許止，先後三次，連續在台北市××路二段×號四樓之五任處或賓館等地，以在香煙內放置大麻方式，點火非法吸用大麻。又另行起意，基於概括之犯意，自八十一年三月起至八十四年三月二十三日上午三時許止，以玻璃管吸食器，在上開處所等地，連續非法吸用化學合成麻醉藥品安非他命，為原判決所認定之事實，原審就此部分，認為被告所為，應成立連續施用麻煙及連續非法吸用化學合成麻醉藥品罪名，應分論併罰，固非無見。惟被告前犯連續吸用麻煙案件，係受軍法裁判，依首揭說明，即無累犯規定之適用，原判決竟以累犯論處，自有適用法則不當之違法，案經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十五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

右上訴人因被告煙毒等罪案件，對於台灣台北地方法院中華民國八十五年一月三十一日第一

審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

序判決撤銷。

某甲連續施用麻煙，處有期徒刑壹年陸月，扣案含有大麻之香煙貳支及收並銷燬之，又連續非法吸用化學合成麻醉藥品，處有期徒刑叁月，扣案含有安非他命殘渣玻璃瓶壹個及收，應執行有期徒刑壹年柒月，扣案含有大麻之香煙貳支及收並銷燬之，含有安非他命殘渣玻璃瓶壹個及收。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按累犯之規定，於前所犯罪，依軍法或於外國法院受裁判者，不適用之，刑法第四十九條定有明文。又所稱依軍法受裁判，凡前所犯罪，係受軍法機關裁判者皆屬之，不以犯罪之性質及裁判適用之實體法為準，復經司法院三十四年院解字第二九五七號解釋在案。是犯罪係受軍法機關判處有期徒刑並執行完畢，五年內再犯有期徒刑以上之罪者，即不成「累犯」。本件被告某甲於民國七十七年八、九日間，在服兵役期中，因連續吸用麻煙，為海軍陸戰隊六十六師司令部於七十九年一月四日以七十九年謙判字第××號判決處有期徒刑一年六月，

並於七十九年六月十九日執行完畢，有該司令部軍事檢察官(79)執字第××號執行指揮書影本可稽，乃被告雖於八十二年六月起至八十四年三月二十三日上午三時許止，在前案執行完畢五年以內，先後三次犯連續施用麻煙罪，又另行基於概括之犯意，自八十一年三月起至八十四年三月二十三日上午三時許止犯連續非法吸用化學合成麻醉藥品罪，依首揭說明，自與累犯之要件不合，原判決對被告所犯上列各罪，均依累犯論處被告罪刑，顯屬違誤。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，尚有理由，且不利於被告，爰將原判決撤銷，另行判決，以資糾正。據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，肅清煙毒條例第九條第二項、第十二條前段，麻醉藥品管理條例第十三條之一第二項第四款，刑法第十一條前段、第五十六條、第五十一條第五款、第三十八條第一項第一款第二款，判決如王又。

中華民國 八十年八月九日

【第三玖案】

一、關係條文

刑法 第五十五條。

刑事訴訟法 第三百七十八條、第三百七十九條第十四款。

司法院院字 第八六五號解釋。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，又判決所載理由矛盾者，當然爲違背法令。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。又侵占後爲圖彌縫而偽造文書，併併合罪，無無法結果關係。有司法院二十二年院字第八六五號解釋可供遵循。所謂牽連犯，必須二個以上之行爲有無法結果之關係者始足構成。亦即必須以犯一罪之一方法行爲犯他罪或以犯一罪之結果行爲犯他罪，方有牽連關係之可言。復有最高法院七十七年台上字第五四四六號判例可供參照。本件第一審判決事實欄記載 被告自八十二年七月

起至八十三年四月間止，連續將其職務上所領取之辦公費等公有財物計新台幣（以下同）二百四十八萬五千八百五十九元及當事人所繳之違反社會秩序法罰鍰等款項計一百八十三萬一千六百零五元之公有財物予以侵占。「爲掩飾其未將附表二所示之罰鍰收入等公有財物繳交高雄市庫，乃前往高雄市苓雅區公所旁巷內某不詳商號之列印店，利用該店內不知情之人，盜刻高雄銀行公庫部櫃員收付章一枚，連續將該偽造之高雄銀行公庫部櫃員收付章蓋於附表三高雄市銀行代理高雄市庫透支款憑單回單及高雄市市庫繳款收入書內，以偽造該透支款憑單回單及繳款書，進而將偽造之憑單及繳款書交付於不知情之王任會計連某入帳。」又明知依所得稅法之規定，代三民分局員工扣繳之八十三年二月及三月之薪資所得稅款計一百五十三萬二千六百五十八元，並未向財政部高雄市國稅局繳納，「爲避免業務檢查時被發覺，竟前往上揭苓雅區公所旁巷內不詳商號之列印店，利用該店內不知情之人盜刻偽造之高雄銀行公庫部代收國市庫稅款章及偽造林××印章各一枚，偽造其業務上所製作如附表五所示之財政部高雄市國稅局薪資所得扣繳稅額繳款書，以備業務檢查之用。」依此事實，被告乃係於侵占公有財物後，「爲圖掩飾」其侵占公有財物之行爲或「爲避免（其侵占公款之行爲）於業務檢查時被發現」，故盜刻印章、偽造公文書，核係「侵占後爲圖彌縫而偽造又書」，依前開司法院解釋及判例意旨，應併合罪，無万法結果關係。該判決竟認該偽造又書之行爲與其

侵占行為係万法結果之牽連關係，依刑法第五十五條從一重處斷，其法則之適用，顯屬不當，其理由項下謂被告「偽造高雄市庫送款憑單回單及高雄市市庫繳款收入書，以達其侵占公有財物之行為」，亦與其實情攔認定被告係「為圖掩飾」或「避免於業務檢查時被發現」而偽造公文書之事實自相矛盾。案經被告上訴，原判決不予糾正而駁回被告之上訴，同屬違誤。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

八十四年度台非字第四一一號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告貪污案件，對於台灣高等法院高雄分院中華民國八十四年五月二十三日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原審及第一審判決關於違背法令部分均撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按所謂牽連犯，必須二個以上之行爲有万法結果之關係者始足構成，亦即必須以犯一罪之一万法行爲犯他罪或以犯一罪之結果行爲犯他罪，万有牽連關係之可言，又侵占後爲圖彌縫而偽造文書，併併合罪，無万法結果關係。本件原判決判決事實欄記載 被告某甲自民國八十二年七月間起，迄於八十三年四月間止，基於侵占公有財物之概括犯意，意圖爲自己不法之所有，連續將其職務上所領取之辦公費、交通補助費、水電補助費、民防人員辦公費、民防人員夜點費、義警辦公費、義警人員夜點費、義警自強活動費、誤餐費、差旅費、各類獎金等公有財物，計新台幣（下同）二百一十八萬二千八百五十七元，及當事人所繳交之違反社會秩序法罰鍰、戶政罰款、預借零用全，計一百八十三萬一千六百零五元之公有財物予以侵占入己，「爲掩飾其未將附表二所示之罰鍰收入等公有財物繳交高雄市庫，乃前在高雄市苓雅區公所旁巷內某不詳商號之刻印店，利用該店內不知情之人盜刻高雄銀行公庫部櫃員收付章壹枚，連續將該偽造之高雄銀行公庫部櫃員收付章，蓋於附表三高雄市銀行代理高雄市庫迂款憑單回單及高雄市市庫繳款收入書內，以偽造該迂款憑單回單及繳款書，進而將偽造之憑單及繳款書交付於不知情之王任會計連某入帳」。又明知依所得稅法之規定代三民分局員工扣繳之八十三年二月及三月之薪資所得稅款計一百五十三萬二千六百五十八元，並

未向財政部高雄市國稅局繳納，「爲避免業務檢查時被發覺，竟前往上揭苓雅區市公所旁巷內不評而號之刻印店，利用該店內不知情之人盜刻偽造之高雄銀行公庫部代收國市庫稅款章及偽造林××之印章各一枚，偽造其業務上所製作如附表五所示之財政部高雄市國稅局薪資所得扣繳稅額繳款書，以備業務檢查之用。」依此事實，被告係於侵占公有財物後，爲圖掩飾其侵占公有財物之行爲，或爲避免其侵占公款行爲於業務檢查時被發現，始盜刻印章、偽造文書，極係「侵占後爲圖彌縫而偽造文書」，揆諸前開說明，應係併合罪，無無法結果關係，原確定判決竟維持第一審之判決，認該偽造文書行爲與侵占行爲間有無法結果之牽連關係，依刑法第五十五條從一重處斷，俱有適用法則不當之違法。又其理由欄內謂被告「偽造高雄市庫遷款憑單回單及高雄市市庫繳款收入書，以達其侵占公有財物之行爲」，亦與事實欄認定之上開偽造公文書之事實不符，亦有判決理由矛盾之違法，案經確定，非常上訴執以指摘，尙有理由。惟原判決對於被告並無不利，爰將原審及第一審判決關於違背法令部分均撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中華民國二十一年十一月二十二日

【第拾案】

一、關係條文

刑法 第五十五條、第二百十條、第二百十六條。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。依本件第一審判決所認定之事實，被告係『於八十二年九月二十日在台北市××路一段××號八樓，同時盜蓋其保管中之趙某之印章，偽造趙某署名於股份轉讓證書及股票過戶聲請書上，表示趙某願將其所有之一百四十股之股權轉讓與許某而完成偽造，足生損害於趙某，並將前開股份轉讓證書及股票過戶聲請書寄交許某而行使之。』依此事實，被告係同時偽造趙某之股份轉讓證書及股票過戶聲請書，所侵害之法益只有一個，而爲單純一罪。並非想像競合犯。該判決不察，竟謂被告一行爲而偽造二件私文書後同時行使，係一行爲而犯數罪名，

適用刑法第五十五條從一重處斷，其法則之適用，顯屬違法。案經被告上訴，原審不予糾正，而駁回被告之上訴，同屬違誤。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

八十五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

右上訴人因被告偽造又書案件，對於台灣高等法院中華民國八十四年七月三十一日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決及第一審判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按被告未經趙某同意，於民國八十二年九月二十日，在台北市××路一段××號八樓，

同時盜蓋其保管中之趙某印章，並偽造趙某署名於股份轉讓證書及股票過戶聲請書上，表示趙某願將所有××股份有限公司之一百四十股股權轉讓許某，而完成偽造行為，足生損害於趙某，並將前開股份轉讓證書及股票過戶聲請書寄交許某而行使之等情，為原判決及第一審判決所認定之事實。被告既係同時偽造趙某之股份轉讓證書及股票過戶聲請書後行使，所侵害之法益只有一個，自僅成一偽造私文書而行使罪，為單純一罪，並非想像競合犯。第一審判決以被告係一行為而偽造上開二件私文書，嗣後同時行使，各係一行為觸犯數罪名，應依想像競合犯之規定，從一行行使偽造私文書罪處斷，原判決不予糾正，仍予維持，均有判決適用法則不當之違法，案經確定，非常上訴意旨執以指摘，尚有理由，因原判決及第一審判決尚非不利於被告，應僅將其違背法令部分撤銷，以資糾正。

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，判決如左。

中華民國 八十五年 九月十九日

【第拾壹案】

一、關係條文

刑法 第五十五條、第三百零四條第一項、第三百四十四條。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

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。又刑法上所謂之牽連犯，係指犯一罪而其方法或結果之行爲犯他罪名者而言。故牽連犯須具備行爲人預有使之牽連之意思之一罪與他罪間，具有方法或結果之牽連關係爲要件。換言之，該一罪與他罪間，應有爲必要之手段或必然之結果關係，始得成立牽連犯。如該一罪並非犯他罪之必然方法或手段，他罪亦非該一罪之必然結果，即非此所謂之牽連犯而應爲數罪。依本件原判決事實欄之記載，被告某甲係自八十二年十月二十一日、十二月十五日至八十三年一月二十九日間及八十三年一月四日至二十日間，先後乘許某急需支付店租、員工薪資，或

爲防止其簽發之支票因存款不足而遭退票喪失債信等，急需調用現款之際，由許某簽發支票作質，貸以全錢，取得與原本顯不相當之重利，並持其收受之許某簽發之部分支票向他人調現後，因「許某欠款未還」，乃於八十三年一月三十一日夜間十一時許，與共同被告某乙以強暴脅迫之方法，致許某心生畏懼，在被告準備好之租賃契約書、讓渡契約書上簽字，同意將其不動產讓渡或出租他人。原判決依此事實，認被告應成立刑法第三百四十四條重利罪、第三百零四條第一項之強制罪，固屬無誤。惟查被告既係於成立重利罪之後，因許某欠款未還，乃與某乙以強迫脅迫方法，強制許某簽署讓渡契約書、租賃契約書。則其犯重利罪時，無從預見許某欠款不還，而必須以強制方法取得保障，其所犯強制罪更非犯重利罪之必然結果。二罪顯無方法結果之可言。自非刑法上之牽連犯。原判決失察，竟謂被告所犯該二罪間有方法結果之牽連關係，爲牽連犯，依刑法第五十五條後段從一重論以強制罪。其法則之適用，顯屬不當。案經確定，爲求法律得以正確適用，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

八十四年度台非字第三一〇號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告妨害自由等罪案件，對於台灣高等法院中華民國八十四年四月二十八日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於某甲違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決適用法則不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又刑法上之牽連犯，係指犯一罪而其方法或結果之行為犯他罪者而言，苟該一罪並非犯他罪之必然方法或手段，他罪亦非該一罪之必然結果者，即非所謂之牽連，而係另行起意之數罪。經查，本件原判決事實記載，被告某甲自民國八十二年十月二十一日、同年十二月十五日至八十三年一月廿九日間及八十三年一月四日至同年月二十日間，先後乘許某急需支付店租、員工薪資，或為防止其簽發之支票因存款不足而遭退票喪失債信等，急需調用現款之際，由許某簽

發支單作質，貸與金錢，取得與原本顯不相當之重利。並將其收受許某簽發之部分支單持向他人調現。嗣被告見許某欠款未還，再於八十三年一月卅一日晚上二十三時許，乘與許某談判之際，夥同已判處罪刑確定之某乙以強暴脅迫之方法，致許某心生畏懼，在被告準備好之租賃契約書、讓渡契約書上簽字，同意將其不動產讓渡他人，或同意出租他人等情，認被告應成刑法第三百四十四條之重利罪及第三百零四條之強制罪，固無違誤。惟查被告於貸與金錢予許某之際，其目的在於取得與原本顯不相當之重利，並非必然須以強制手段取得債權之保障，乃因嗣後見許某欠款未還，始乘與許某談判之際，夥同某乙以強暴脅迫之方法，致使許某心生畏懼在租賃契約書及讓渡契約書上簽字而行無義務之事。依上開說明，被告所犯重利罪，並非犯強制罪之必然方法手段，其所犯強制罪亦非重利罪之必然結果，而係嗣後因許某欠債未還，其為取得債權保障而另行起意之數罪。原審未詳予勾稽，竟謂被告所犯上開二罪間係有方法結果之牽連關係，為牽連犯，依刑法第五十五條後段規定從一重論以較重之強制罪，其適用法則，顯屬不當。案經確定，非常上訴執以指摘，尚屬有據。惟因並非不利於被告，故僅將原判決關於被告違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中華民國八十四年八月三十一日

【第拾貳案】

一、關係條文

刑法 第五十五條、第二百七十七條第一項、第三百零九條第二項。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又刑法第五十五條所謂之牽連犯，必須二個以上之行爲，有方法與結果之關係者，始足構成。亦即必須以犯一罪之方法行爲犯他罪，或以犯一罪之結果行爲犯他罪，方有牽連關係之可言。亦有最高法院七十三年台上字第五四四六號判例可供參考。依本件原判決所確認之事實，被告係於「出手毆打某乙」時，「並公然向某乙辱稱『這個死鬼的，臭查查』」云云，而施以強暴，致某乙受有右肘擦傷。等傷害。」因而論以刑法第二百七十七條第一項之傷害罪及同法第三百零九條第二項之強暴侮辱罪。是被告之犯罪行爲僅有一個，並無方法行爲或結果

行爲犯他罪名之別，自亦無万法結果牽連關係之可言。原判決失察，竟謂被告一行爲所犯二個罪名有万法結果牽連關係，從一重之傷害罪處斷，揆諸首開說明，顯屬違誤。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，用予糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十五年度台非字第 二六二 號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告傷害案件，對於台灣板橋地方法院中華民國八十五年一月三日第一審確定判決，認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決適用法令不當者爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又刑法第五

十五條所謂之牽連犯，必須二個以上之行爲有万法與結果之關係者，始足構成，亦即必須以犯一罪之万法行爲犯他罪，或以犯一罪之結果行爲犯他罪，万有牽連關係之可言。本件依原判決確認之事實，被告某甲係基於傷害之犯意，出手毆打某乙，並公然向某乙辱稱「這個死鬼的，臭查某」云云，而施以強暴，致某乙受有右肘挫傷二處各一×一公分、右手前臂挫傷一×一公分、左手背瘀腫傷四×三公分等傷害。基此確定事實，被告既係基於傷害之犯意，出手毆打告訴人，則其於傷害過程中之強暴行爲，應係屬於傷害行爲之一部分，要難將其一個傷害行爲割裂成傷害行爲與強暴行爲。而被告之傷害行爲，與其辱罵某乙「這個死鬼的，臭查某」之公然侮辱行爲，亦無万法結果之牽連關係，乃原判決竟謂被告係犯刑法第二百七十七條第一項之傷害罪及同法第三百零九條第二項之強暴侮辱罪，所犯二罪有万法結果之牽連關係，而從一重之傷害罪處斷，其法則之適用，即有違誤，案經確定，非常上訴意旨，執以指摘，尙有理由。但原判決尙非不利於被告，應由本院將原判決關於違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中華民國二十五年九月十九日

【第拾叁案】

一、關係條文

刑法 第五十六條、第二百十七條第一項、第三百二十條第一項、第二百十九條。
中華民國七十七年罪犯減刑條例 第二條第一項乙類第三目、第三條、第四條第二項、第五條。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

一、按犯罪在中華民國七十七年一月三十日以前者，除別有規定外，有期徒刑減其刑二分之一，中華民國七十七年罪犯減刑條例第二條第一項乙類第三目、第四條第二項定有明文。查台灣高雄地方法院以被告犯刑法第三百二十條第一項竊盜罪判處有期徒刑陸月，另犯刑法第二百十七條第一項偽造署押罪，諭知有期徒刑四月，唯其犯罪時間為七十六年十二月二十五日及二十六日，均在七十七年一月三十日以前，均合於中華民國七十七年罪犯減刑條例之

規定，應予減刑，原審於七十九年二月二十六日對被告為判決時，竟未適用該條例之規定論知減刑，顯有適用法則不當之違法。

二、次按犯罪嫌疑人名應訊正偽造署押，雖先後在警訊及偵查筆錄均有偽造行為，唯其仍屬一犯意接續多次行為，侵害一個法益，應為接續犯，顯屬單純一罪，非連續犯（司法院七十二年十二月六日（七十二）廳刑一字第一〇六七號函參照，刊登該院第二廳編刑事法律問題研究彙編（一）——刑法第六五三、六五四頁）。原判決認被告在高雄市警察局新興分局中山路派出所偵訊筆錄及台灣高雄地方法院檢察署訊問筆錄上，先後偽簽「陳寶玉」姓名，係基於概括之犯意，依連續犯論以一罪，揆諸上開說明，原判決此部分亦有適用法則不當之違法。

三、案經判決確定，對於被告不利。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

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

八十四年度台非字第一〇號

被告 某甲

右上訴人因被告竊盜等罪案件，對於台灣高雄地方法院中華民國七十九年二月二十六日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決撤銷。

某甲竊盜，累犯，處有期徒刑陸月，減為有期徒刑叁月，又偽造署押，足以生損害於他人，累犯，處有期徒刑肆月，減為有期徒刑貳月，偽造之「陳寶玉」署押沒收，應執行有期徒刑肆月，偽造之「陳寶王」署押沒收。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按犯罪在民國七十七年一月三十日以前者，除有中華民國七十七年罪犯減刑條例第三條、第五條但書規定之情形外，應依同條例第二條予以減刑，為該條例第二條所明定。本件原判決認定被告某甲於七十六年十二月二十五日晚上十一時二十分許，竊取張某上衣口袋內里色皮夾一個，內有現全新台幣三千八百元，得手後為路人發覺逮捕送警究辦。嗣於同日十一時五十分許，被告在高雄市政府警察局新興分局中山路派出所經警訊問，及翌日（二十六日）

上午十時十分在台灣高雄地方法院檢察署爲檢察官偵訊時，各在偵訊筆錄及訊問筆錄上，僞簽「陳寶玉」姓名等情，因而論以竊盜及僞造署押罪刑，惟查被告之犯罪既在七十七年一月三十日以前，又無前開減刑條例第三條、第五條但書所定不得減刑之原因，竟未依上開減刑條例予以減刑，自屬違背法令。次按犯罪嫌疑人名被訊並僞造署押，雖先後在警訊及偵查筆錄均有僞造行爲，惟其仍屬一犯意接續多次行爲，侵害一個法益，應爲接續犯，屬單純一罪，而非連續犯，原判決認被告先後在警局偵訊筆錄及檢察官訊問筆錄上僞簽「陳寶玉」姓名，係基於概括犯意，而依連續犯規定論以一罪，此部分亦有適用法則不當之違法。案經確定，且於被告不利，非常上訴，執以指摘尙有理由，應由本院將原判決撤銷改判，以資糾正。據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，刑法第二百一十七條第一項、第三百二十條第一項、第四十七條、第五十一條第五款、第二百十九條，罰金罰鍰提高標準條例第一條前段，中華民國七十七年罪犯減刑條例第二條第一項第二款乙類(三)、第四條第二項、第六條，判決如王又。

中華民國八十四年一月十二日

【第拾肆案】

一、關係條文

刑法 第八十條第一項第五款、第五十五條、三百三十七條。

槍砲彈藥刀械管制條例 第十三條第二款。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決適用法則不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。本件原判決認定被告某甲於八十三年某月某日白天，在新竹市香山區某處海邊，檢獲離不評姓名之人所有之武士刀一把而予侵占入己，並未經許可，攜帶上開刀械行經巷道等公共場所，返回新竹市中華路五段××巷××號後，無故繼續持有之，至八十五年二月三日下午五時四十分許，爲警查獲等情，因而適用刑法第三百三十七條，槍砲彈藥刀械管制條例第十三條第二款，刑法第五十五條依牽連犯之規定從一重論處被告未經許可，於公共場所攜帶刀械罪刑，固非無

據。惟查牽連犯追訴權時效，在各個犯罪間各自獨立，不相干連，應分別計算，此有最高法院六十九年台上字第四九一七號判例可稽，刑法第三百三十七條侵占遺失物罪，其法定本刑為五百元以下罰金，依同法第八十條第一項第五款之規定，其追訴權之時效期間為一年，被告自八十三年間某日侵占上開武士刀，至八十五年二月三日為警查獲時，其追訴權之時效期間，早已經過，追訴權已罹於時效而消滅。乃原判決對被告侵占武士刀部分，仍從實體上予以論罪，並認其與所犯未經許可於公共場所攜帶刀械罪有牽連關係，而依刑法第五十五條從一重處斷，其適用法律，顯有不當，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

八十五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

右上訴人因被告違反槍砲彈藥刀械管制條例案件，對於台灣新竹地方法院中華民國八十五年五月二十三日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於未經許可於公共場所攜帶刀械部分撤銷。

某甲未經許可，於公共場所攜帶刀械，單犯，處有期徒刑肆月，如易科罰金，以叁佰元折算壹日。

武士刀壹把沒收。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決適用法則不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又牽連犯之追訴權時效，在各個犯罪間各自獨立，不相干連，應分別計算，本院亦著有六十九年度台上字第四九一七號判例可資參照。本件原判決認定被告某甲意圖爲自己不法之所有，於民國八十三年某月某日白天，在新竹市香山地區某處海邊，撿拾離不詳人所持有之武士刀一把而予侵占入己，並未經許可，攜帶該刀械行經巷道等公共場所返回新竹市中華路五段××巷××號後，無故繼續持有之，迨至八十五年二月三日下午五時四十分許，在其上開任處爲警查獲，並扣得上開武士刀一把等情，因而適用槍斃彈藥刀械管制條例第十三條第二款，刑法第三百三十七條，依牽連關係從一重論處被告未經許可於公共場所攜帶刀械罪刑。惟按侵占罪

爲即成犯，於行爲人易持有爲所有之意思時，其犯罪行爲即已完成，而刑法第三百三十七條之罪，其最高本刑爲五百元以下罰金，依同法第八十條第一項第五款之規定，追訴權時效爲一年。則依原判決認定之上開事實，被告係於八十三年某月某日拾得該武士刀後，即將之侵占入己，迄至八十五年二月三日爲警查獲時止，歷時已一年有餘，其追訴權自己罹於時效，而不得再予追訴處罰，原審不察，仍就該部分併予實體上之審判，而依牽連關係論以侵占離本人所持有之物罪，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，尙有理由，應由本院將原判決關於此部分撤銷改判，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，槍斃彈藥刀械管制條例第十三條第二款，刑法第十一條前段、第四十七條、第四十一條、第三十八條第一項第一款，罰金罰鍰提高標準條例第二條，判決如左。

中華民國八十五年八月二十八日

【第拾伍案】

一、關係條文

刑法 第九十條、第九十八條、第五十五條。

竊盜犯贓物犯保安處分條例 第三條第一項第一款、第四條、第五條。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決適用法則不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又判決所載理由矛盾致適用法律違誤者，爲判決違法。同時，法院就同一罪刑所適用之法律，無論係對罪或刑（包括王刑、從刑、或刑之加重、減輕與免除等項）或保安處分，除法律別有規定外，均應本統一性或整體性之原則，予以適用，而竊盜犯贓物犯保安處分條例，爲刑法有關保安處分規定之特別法，其適用範圍以竊盜犯贓物犯爲限，其他犯罪應無適用之餘地。本件原判決認定被告某甲曾犯偽造文書、違反麻醉藥品管理條例、違反肅清煙毒條例、竊盜等罪，

其中於民國七十九年間所犯之違反麻醉藥品管理條例罪，經台灣桃園地方法院以八十年度易字第××號判決處有期徒刑七月確定，並於八十年七月七日執行完畢。被告某乙曾犯二次竊盜、違反麻醉藥品管理條例、贓物等罪，其中於民國八十年間所犯之竊盜罪，經台灣桃園地方法院以八十年度訴字第××號判決處有期徒刑十月確定，並於八十一年一月三十一日執行完畢。二人皆係成年人，均不知悔改，而有犯罪之習慣，分別與某丙、某丁（二人另案審結）、某戊（另案審理中）及未滿十八歲之少年某己（六十五年六月十五日生）（另案由台灣桃園地方法院少年法庭審結）等人，共同意圖為自己不法之所有，並基於概括之犯意，先後於如原判決附表（一）所示之時間、地點，或一人、或二人、或三人、或四人，以如原判決附表（一）所示之犯罪態樣，連續多次竊取如原判決附表（一）所示之被害人財物。被告等與某戊等人並為供原判決附表（二）所示時間、地點強劫他人財物之用而竊取如原判決附表（一）編號十六、十八、十九、二十所示之自用小客車。某甲復夥同原判決附表（二）編號一至十所示之行爲人，共同意圖為自己不法之所有，並基於概括之犯意，駕駛上揭竊得之賊車，由某甲及原判決附表（二）編號一至九所示之行爲人，分持原判決附表（四）編號三所示，由某甲於八十二年四月底某日，在桃園縣中壢市中原大學附近，向一不詳姓名之人購得之如原判決附表（四）編號三之槍管已貫通，以擊發火藥為發射動力，機械性能良好，具發

射子彈之功能，且有殺傷力之仿半自動手槍之玩具手槍一支及原判決附表（四）編號四號之由某甲於上揭時、地購得之壓縮彈簧為發射力經測試其功能甚微，不具殺傷力之仿半自動手槍製造之玩具手槍一支（另於同時、地購得不具殺傷力之改造子彈四發及玩具槍用底火藥，惟非供本件犯罪所用之物），暨原判決附表（四）編號一之西瓜刀及編號五所示之開山刀等兇器，以如原判決附表（二）一至十所示之犯罪態樣，分別致使如原判決附表（二）編號一至十所示之被害人不能抗拒，而連續強取被害人如原判決附表（二）編號一至十所示之財物，得手後，均朋分花用殆盡等情。因認被告等各所為如原判決附表（一）所示之竊盜犯行，分別各伴犯如原判決附表（一）所示法條之普通竊盜罪及加重竊盜罪，又被告某甲所為如原判決附表（二）編號一至十所示之強盜犯行，及被告某乙所為如原判決附表（二）編號一、二、三、五、七所示之強盜犯行，均伴犯懲治盜匪條例第五條第一款之盜匪罪，而被告某甲就原判決附表（二）編號八之犯行，則另犯槍斃彈藥刀械管制條例第十條第三項之罪，被告某甲、某乙各所犯上揭竊盜、強盜等罪分別與原判決附表（一）（二）所示之其他行為人間有犯意之聯絡及行為之分擔，均為共同正犯。又被告某甲先後如原判決附表（一）所示之刑法第三百二十條第一項之普通竊盜罪，同法第三百二十一條第一款第二款、第三款、第四款之加重竊盜罪，暨先後所犯多次強盜犯行，及被告某乙先後所犯刑法第三百二十條第一項

之普通竊盜罪，同法第三百二十一條第一項第二款、第三款、第四款之加重竊盜罪，暨先後多次之強盜犯行，各時間緊接，手法相互類同，且各均觸犯同一基礎構成要件或同一構成要件之罪名，顯均係各基於概括犯意爲之，各應依連續犯規定，論以一罪，其中被告某甲竊盜部分，應從情節較重之刑法第三百二十一條第一項第二款、第三款、第四款之加重竊盜罪論處，被告某乙竊盜部分，則應從情節較重之刑法第三百二十一條第一項第二款、第三款、第四款之加重竊盜罪論處，並各依法加重其刑，而被告某甲所犯之上揭加重竊盜、強盜及槍礮彈藥刀械管制條例等三罪，被告某乙所犯上揭加重竊盜及強盜二罪，均有方法結果之牽連關係，爲牽連犯，均應從一重之懲治盜匪條例第五條第一項第一款之強盜罪處斷，固非無據。惟查原判決以被告等均有犯罪之習慣，認有宣付保安處分令入勞動場所強制工作之必要，乃未兼適用法律，應本統一性及整體性之原則，依刑法第九十條規定宣付保安處分，竟割裂法律適用，而依竊盜犯贓物犯保安處分條例第三條第一項第一款規定宣付保安處分，命於刑之執行前令入勞動場所強制工作三年，顯有判決適用法則不當及判決所載理由矛盾之違背法令。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

八十五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

某乙

右上訴人因被告等盜匪案件，對於台灣高等法院中華民國八十四年五月二十四日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 文

原判決關於罪刑部分撤銷。

某甲成年人與未滿十八歲之人共同連續意圖為自己不法之所有，以強暴致使不能抗拒，而取他人之物，累犯，處有期徒刑拾年，並於刑之執行完畢或赦免後，令入勞動場所強制工作叁年。扣案如原判決附表（三）及（四）所示之物沒收。

某乙成年人與未滿十八歲之人共同連續意圖為自己不法之所有，以強暴致使不能抗拒，而取他人之物，累犯，處有期徒刑拾年，並於刑之執行完畢或赦免後，令入勞動場所強制工作叁年。扣案如原判決附表（三）及附表（四）編號五所示之物沒收。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決適用法則不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又按法院就同一罪刑所適用之法律，無論係對罪或刑（包括主刑、從刑、或刑之加重、減輕與免除等項）或保安處分，除法律別有規定外，均應本統一性或整體性之原則，予以適用，而竊盜犯贓物犯保安處分條例，爲刑法有關保安處分規定之特別法，其適用範圍以所宣告之罪名爲竊盜犯或贓物犯爲限，苟所宣告之罪名非竊盜犯或贓物犯之罪，縱其牽連之他罪，爲竊盜犯或贓物犯之罪，亦無適用竊盜犯贓物犯保安處分條例宣付保安處分之餘地。本件原確定判決認定被告某甲曾犯偽造文書、違反麻醉藥品管理條例、違反肅清煙毒條例、竊盜等罪，其中於民國七十九年間所犯之違反麻醉藥品管理條例罪，經台灣桃園地方法院以八十年度易字第××號判決處有期徒刑七月確定，並於八十年七月七日執行完畢。被告某乙曾犯二次竊盜、違反麻醉藥品管理條例、贓物等罪，其中於民國八十年間所犯之竊盜罪，經台灣桃園地方法院於八十年七月五日以八十年度訴字第××號判決處有期徒刑十月確定，並於八十一年一月三十一日執行完畢。二人皆係成年人，均不知悔改，而有犯罪之習慣，分別與某丙、某丁（二人另案審結）、某戊（另案審理中）及未滿十八歲之少年某己（六十五年六月十五日生）（另案由台灣桃園地方法院少年法庭審結）等人，共同意圖爲自己不法之所有，並基於概括之犯

意，先後於如原確定判決附表（一）所示之時間、地點，或一人、或二人、或三人、或四人，以如原確定判決附表（一）所示之犯罪態樣，連續多次竊取如原確定判決附表（一）所示之被害人之財物。被告等與某戊等人並為供原確定判決附表（二）所示時間、地點強劫他人財物之用而竊取如原確定判決附表（一）編號十六、十八、十九、二十所示之自用小客車。某甲復夥同原確定判決附表（二）編號一至十所示之行爲人，共同意圖爲自己不法之所有，並基於概括之犯意，駕駛上揭竊得之贓車，由某甲及原確定判決附表（二）編號一至九所示之行爲人，分持原確定判決附表（四）編號三所示，由某甲於八十二年底某日，在桃園縣中壢市中原大學附近，向一不詳姓名之人購得之如原確定判決附表（四）編號三之槍管已貫通，以擊發火藥爲發射動力，機械性能良好，具發射子彈之功能，且有殺傷力之仿半自動手槍製造之玩具手槍一支及原確定判決附表（四）編號四之由某甲於上揭時、地購得之壓縮彈簧爲發射力經測試其功能甚微，不具殺傷力之仿半自動手槍製造之玩具手槍一支（另於同時、地購得不具殺傷力之改造子彈四發及玩具槍用底火藥，惟非供本件犯罪所用之物），暨原確定判決附表（四）編號一之西瓜刀及編號五所示之開山刀等兇器，以如原確定判決附表（二）至十所示之犯罪態樣，分別致使如原確定判決附表（二）編號一至十所示之被害人不能抗拒，而連續強取被害人如原確定判決附表（二）編號一至十所示之財物，得手後，均朋分花用殆

盡，嗣爲警查獲，並先後扣得如原確定判決附表（三）、附表（四）所示之工具等情。因認被告等所爲，其中如原確定判決附表（一）所示之竊盜犯行，分別各係犯如原確定判決附表（一）所示法條之普通竊盜罪及加重竊盜罪，又被告某甲所爲如原確定判決附表（二）編號一至十所示之強盜犯行，及被告某乙所爲如原確定判決附表（二）編號一、二、三、五、七所示之強盜犯行，均係犯懲治盜匪條例第五條第一款之盜匪罪，而被告某甲就原確定判決附表（二）編號八之犯行，則另犯槍斃彈藥刀械管制條例第十條第三項之罪。被告某甲、某乙各所犯上揭竊盜、強盜等罪，分別與原確定判決附表（一）（二）所示之其他行爲人間有犯意之聯絡及行爲之分擔，均爲共同正犯。又被告某甲先後如原確定判決附表（一）所示之刑法第三百二十條第一項之普通竊盜罪，同法第三百二十一條第一項第二款、第三款、第四款之加重竊盜罪，暨先後所犯多次強盜犯行，及被告某乙先後所犯刑法第三百二十條第一項之普通竊盜罪，同法第三百二十一條第一項第二款、第三款、第四款之加重竊盜罪，暨先後多次之強盜犯行，各時間緊接，手法相互類同，且各均觸犯同一基礎構成要件或同一構成要件之罪名，顯均係各基於概括犯意爲之，各應依連續犯規定，論以一罪。其中被告某甲竊盜部分，應從情節較重之刑法第三百二十一條第一項第二款、第三款、第四款之加重竊盜罪論處，被告某乙竊盜部分，亦應從情節較重之刑法第三百二十一條第一項第二款、第三款、

第四款之加重竊盜罪論處，並各依法加重其刑，而被告某甲所犯之上揭加重竊盜、強盜及槍斃彈藥刀械管制條例等三罪，被告某乙所犯上揭加重竊盜及強盜二罪，均有不法結果之牽連關係，爲牽連犯，均應從一重之懲治盜匪條例第五條第一項第一款之強盜罪處斷。被告等之如原確定判決附表（二）編號二所示之犯行，以一行爲同時強劫被害人林×東、林×芬二人之財物，爲想像競合犯，仍應從一重處斷。又被告等均係成年人，與未滿十八歲之少年某己（六十五年六月十五日生，有警訊筆錄記載之年籍可憑）共同實施犯罪，應依少年事件處理法第八十五條之規定（法定本刑中有期徒刑部分）加重其刑，而被告某甲、某乙各曾於七十九年間及八十年間，因違反麻醉藥品管理條例、竊盜罪，各經台灣桃園地方法院判處有期徒刑七月、十月確定，並分別於八十年七月七日及八十一年一月三十一日執行完畢，有臺灣高等法院檢察署刑案紀錄簡覆表二份可稽，其等於執行完畢後五年內再犯本件有期徒刑以上之罪，均爲累犯，各應依法（就法定本刑中有期徒刑部分）遞加重其刑。因而撤銷第一審不當之科刑判決，審酌被告等犯罪一切情狀，認被告等均前科累累，仍不知悔改，又有多次竊盜、強盜犯行，顯有犯罪之習慣，應令入勞動場所強制工作，以資矯正。乃適用懲治盜匪條例第五條第一項第一款、第八條，槍斃彈藥刀械管制條例第十條第三項，刑法第二十八條、第五十六條、第三百二十一條第一項第二款、第三款、第四款、第五十五條、第四十七條、第三

十八條第一項第一款、第二款，少年事件處理法第八十五條，竊盜犯贓物犯保安處分條例第三條第一項第一款，判決「一、某甲成年人與未滿十八歲之人共同連續意圖為自己不法之所有，以強暴致使不能抗拒，而取他人之物，累犯，處有期徒刑拾年，並應於刑之執行前，令入勞動場所強制工作叁年。扣案之如原判決附表（三）及（四）所示之物品沒收。二、某乙成年人與未滿十八歲之人共同連續意圖為自己不法之所有，以強暴致使不能抗拒，而取他人之物，累犯，處有期徒刑拾年，並應於刑之執行前，令入勞動場所強制工作叁年。扣案如原判決附表（三）及附表（四）編號五所示之物品沒收。」依上揭說明，原確定判決關於宣告保安處分，就所適用之法律，未本統一性或整體性之原則，適用刑法第九十條之規定，宣告被告等於刑之執行完畢或赦免後，令入勞動場所強制工作，竟適用竊盜犯贓物犯保安處分條例第三條第一項第一款，命被告等應於刑之執行前，令入勞動場所強制工作叁年，顯有判決適用法則不當之違法。又依竊盜犯贓物犯保安處分條例第三條第一項宣告強制工作，應依該條例第四條之規定於判決同時諭知其期間，並依該條例第五條之規定，有關於知期間應定為三年，不得增減，而依刑法第九十條宣告強制工作，其處分期間依同條第二項之規定，為三年以下。且依刑法第九十條宣告強制工作者，依刑法第九十八條之規定，於刑之執行完畢或赦免後，認無執行之必要者，法院得免其處分之執行。而依竊盜犯贓物犯保安處分條例第

三條第一項宣告強制工作者，則須執行滿一年六個月而無繼續執行之必要者，始得檢具事證，報請檢察官聲請法院准予繼續執行。兩者相較，以依竊盜犯贓物犯保安處分條例宣告之保安處分較不利於被告等。業經確定，且於被告等不利，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由，應由本院將原判決關於罪刑部分撤銷，另行判決，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，懲治盜匪條例第五條第一項第一款、第八條，槍砲彈藥刀械管制條例第十條第三項，刑法第十一條前段、第二十八條、第五十六條、第三百二十一條第一項第二款、第三款、第四款、第五十五條、第四十七條、第三十八條第一項第一款、第二款、第九十條第一項、第二項，少年事件處理法第八十五條，判決如王又。

中 華 民 國 八 十 五 年 九 月 二 十 六 日

【第拾陸案】

一、關係條文

刑法 第九十五條。

國籍法 第十一條。

護照條例 第七條第一款。

護照條例施行細則 第五條。

刑事訴訟法 第三百七十八條、第三百七十九條第十款。

二、非常上訴理由

按刑法第九十五條規定外國人受有期徒刑以上刑之宣告者，得於刑之執行完畢或赦免後，驅逐出境，從其反面解釋，倘非外國人即無本條之適用，又理甚明。而所謂外國人，指凡不屬於中華民國國籍之人皆屬之，不以具有特定外國籍者為限，即無國籍之人亦然，反之，如具有中華民國國籍者，縱同時具有外國國籍，如未依國籍法第十一條規定，經內政部許可，

喪失中華民國國籍，則仍不失爲本國人民。經查本案被告某甲係持有中華民國普通護照之菲律賓華僑，此有該普通護照影本在卷可稽，而普通護照依護照條例第七條第一款規定，須爲中華民國國民始能受發給，是該被告爲本國人民，應無疑義。詎序確定判決竟誤認該被告爲具有菲律賓國籍之華僑，並謂業經其供承在卷，惟遍閱全卷，該被告雖於警訊及偵查中供承其爲菲律賓華僑，但從未供稱其具有菲律賓國籍之華僑，此有全案卷宇可按，是其判決已有認定事實不依證據之違法，且縱令該被告同時具有菲律賓國籍，但既無證據足證該被告已依國籍法第十一條規定，經內政部許可，喪失中華民國國籍，則充其量亦僅能謂其具有雙重國籍之人，揆之前揭說明，仍屬本國人民，難謂其爲外國人，從而序確定判決依據刑法第九十五條諭知被告於刑之執行完畢或赦免後驅逐出境，即有適用法則不當之違背法令。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十四年度台非字第一九五號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告竊盜案件，對於台灣台中地方法院中華民國八十三年六月二十三日第一審確

定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 文

原判決撤銷，由台灣台中地方法院依判決前之程序更為審判。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑法第九十五條規定外國人受有期徒刑以上刑之宣告者，得於刑之執行完畢或赦免後，驅逐出境者，應僅限於外國人始有該條之適用，倘具有中華民國國籍者，縱其同時具有外國國籍，即俗稱擁有雙重國籍之人，若未依國籍法第十一條之規定，經內政部許可喪失中華民國國籍時，則其仍不失為本國人民，與一般所謂「外國人」之含義不符，自無刑法第九十五條規定之適用。經查本件依卷附台北市政府警察局士林分局八十三年五月二十六日北市警士分三字第八八七六號函載，雖稱被告某甲係菲籍華僑在台未設籍，惟其持有我國外交部核發之OM—○○六二七××號普通護照，有上開護照影本在卷可考。此依護照條例第七條第一款及同條例施行細則第五條之規定，我國普通護照之發給，須為中華民國國民始能申請，是被告縱令具有菲律賓國籍，是否同時仍具有中華民國國籍，未臻明確，倘其仍具有我國之國籍，則即仍屬本國人民之範疇，自難謂其係刑法第九十五條規定所指之「外國人」。原審對

被告持有上述護照未加調查，逕認其爲菲律賓賓籍之華僑，係屬外國人，率依刑法第九十五條規定諭知於刑之執行完畢或赦免後驅逐出境，自亦難謂無應於審判期日應行調查之證據未予調查，致適用法則不當，爲判決理由矛盾之違法，而顯然於判決有影響。案經確定，非常上訴意旨，執以指摘，非無理由，應由本院將原判決撤銷。原判決既不利於被告，爲維持被告審級之利益，爰發回原審法院依判決前之程序更爲審判，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，判決如王又。

中華民國二十六年六月十五日

【第拾柒案】

一、關係條文

刑法 第一百三十八條、第三百五十四條。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又刑法第一百卅八條所謂公務員職務上掌管之物品，以該物品由公務員本於職務上之關係所掌管者爲已足，最高法院著有五十四年台上字第四七七號判例。本件被告某甲於八十四年七月十五日前某日，在台中縣東勢鎮中正路第三橫街（即台中縣警察局消防警察隊東勢分隊前）之叉岔路口，因違規超速行駛，而遭台中縣警察局所有並設置之固定式測速照相機拍照逕行告發取締處罰，心生不悅，竟於八十四年七月十五日凌晨零時二十分許，駕駛車牌號碼〇Q—九二××號自用小貨車持鐵樂士噴漆，基於毀損之犯意，將該台中縣警察局所有並設置

之固定式測速照相機鏡頭噴漆洩恨，致該照相機不堪使用，足生損害於台中縣警察局。係原判決引用檢察官起訴書之記載所認定之事實，該固定式測速照相機為台中縣警察局交通隊員警本於職務上之關係所掌管之物品，該被告所為，係犯刑法第一百三十八條之毀損公務員職務上掌管之物品罪，原判決竟認其係犯同法第三百五十四條之毀損罪，係屬告訴乃論之罪，並因台中縣警察局撤回告訴，而論知不受理之判決，揆諸首揭說明，顯屬違法，案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十五年度台非字第一四五號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

右上訴人因被告毀損案件，對於台灣台中地方法院中華民國八十四年九月廿九日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑法第一百卅八條所謂公務員職務上掌管之物品，以該物品由公務員本於職務上之關係所掌管者爲已足，查被告於民國八十四年七月十五日所噴漆致不堪使用之固定式剷連照相機，既爲台中縣警察局所有，本於取締超速違規之公務上之關係所設置掌管，其所爲，自犯該法條之罪，原判決竟認係犯同法第三百五十四條之毀損罪，並因台中縣警察局撤回告訴，而諭知公訴不予受理，顯屬判決適用法則不當之違法。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由。惟原判決尙非不利於被告，應由本院將其違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中華民國八十五年六月十三日

【第拾捌案】

一、關係條文

刑法 第一百三十八條、第二百十六條、第二百十五條、第二百十四條、第五十

五條。

貪污治罪條例 第四條第一項第一款。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。本件原判決事實欄記載 被告「係嘉義縣鄉農會職員，自八十二年一月間，經該農會派駐嘉義縣竹崎地政事務所，代理臺灣省嘉義縣公庫竹崎分庫，辦理收繳各項地政規費業務。爲受公務機關委託承辦公務之人員。自同年六月十六日起，迄同年九月十一日止。連續將代收屬公有財物之規費共新台幣十八萬九千六百一十一元予以侵占償債使用。同時爲避免犯行暴露，

將各該筆規費之繳納通知聯(二)、(三)『藏匿』在其抽屜中，未依規定交予嘉義縣竹崎地政事務所負責受理一般民眾土地登記及稽徵規費之公務員張某統計規費收入。復明知其每日所收之規費，尚包括其侵占之數額，竟連續於各該侵占日，在其業務上所作成『竹崎鄉公庫送款回單』上『隱匿』各該侵占短少部分而為不實之登載。進而將各該回單共三聯連同現金，於各該侵占日送交該農會出納及公庫承辦人鄭某等，另一聯彙整每日交由張某，連續使張某將此不實之規費收入事項，登載於其職務上所掌之竹崎地政縣(市)徵解地政規費月報表上。：。』另證人林某在偵查中作證時，檢察官訊以「農會代收客戶之費，其聯單如何處理」答稱「我們把聯單(以前四聯，現改為五聯)開工給百姓去繳費。繳費完畢，『農會代收規費人員須把二、三聯交還給地政事務所。』其中一聯繳給縣府，一聯留於事務所附卷。農會代收規費人員每天下午四點半將所收之規費繳回農會。」依上開事實及證人林某之證述，被告乃受公務機關委託承辦公務之人員，其於代收地政規費後，吟應將繳費聯單之收據聯交付繳納規費之人以為憑證外，其餘二、三兩聯則應繳還嘉義縣竹崎地政事務所。在其收受規費後，未將該聯單繳還嘉義縣竹崎地政事務所之前，該聯單之二、三兩聯，即屬公務員委託第三人掌管之又書。被告為侵占其代收之規費，不依規定交還嘉義縣竹崎地政事務所而將之「藏匿」，吟犯侵占公有財物罪外，並犯刑法第一百三十八條隱匿公務員職務上委託第三人掌管

之又書罪。原判決僅論以侵占公有財物罪，與其所犯偽造又書罪從一重處斷，置其所犯刑法第一百三十八條之罪於不論，揆諸首開說明，顯屬違法。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十五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

右上訴人因被告貪污案件，對於台灣高等法院台南分院中華民國八十三年十二月一日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

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

確定判決認定被告某甲係嘉義縣竹崎鄉農會職員，於民國八十二年一月間，經該農會派駐嘉義縣竹崎地政事務所，代理台灣省嘉義縣公庫竹崎分庫，辦理收繳各項地政規費業務，為受公務機關委託承辦公務之人員。自同年六月十六日起至同年九月十一日止，連續將代收屬公有財物之規費計新台幣十八萬九千六百一十一元予以侵占用以償債。為免犯行暴露，將各該筆規費之繳納通知聯(二)、(三)藏匿在其抽屜中，未依規定又予嘉義縣竹崎地政事務所負責受理一般民眾土地登記及稽徵規費之公務員張某統計規費收入。復明知其每日所收之規費，尚包括其侵占之數額，竟連續於各該侵占日，在其業務上所作成「竹崎鄉公庫迓款回單」上隱匿各該侵占短少部分而為不實之登載，進而將各該回單共三聯連同現全，於各該侵占日迓交該農會出納及公庫承辦人郭某等，另一聯彙整每日交由張某，連續使張某將此不實之規費收入事項，登載於其職務上所掌之竹崎地政縣(市)徵解地政規費月報表上，足以生損害於嘉義縣公庫竹崎分庫等情(另證人即嘉義縣竹崎地政事務所第一課課長林某在偵查中經檢察官訊以「農會代收客尸之費(用)，其聯單如何處理？」答稱「我們把聯單(以前四聯，現改為五聯)開工給百姓去繳費，繳費完畢，農會代收規費人員須把(二)聯交還給地政事務所。其中一聯繳給縣府，一聯留於事務所附卷。農會代收規費人員每天下午四點半將所收之規費繳回農會」)。(依上開事實之認定(參照證人林某之供證)被告既係受公務機關委託承辦公務

之人員，其於代收地政規費後，除應將繳費聯單之收據聯交付繳納規費之人執爲憑證外，(二)、(三)兩聯則應繳還嘉義縣竹崎地政事務所。被告收受規費後，未將上述(二)(三)聯單繳還嘉義縣竹崎地政事務所之前，該(二)(三)之聯單即屬公務員職務上掌管之文書。被告爲侵占其代收之規費，未依規定將(二)(三)聯單交還嘉義縣竹崎地政事務所而將之藏匿在其抽屜中，除犯貪污治罪條例第四條第一項第一款、刑法第二百零六條第二十五條、第二百零七條、第二百零八條侵占公有財物，行使業務上登載不實及使公務員登載不實罪外，向牽連犯刑法第一百三十八條隱匿公務員職務上掌管之文書罪。原判決僅論以貪污治罪條例第四條第一項第一款、刑法第二百零六條第二十五條、第二百零七條之罪，於不論，顯有不適用法則之違背法令。案經確定，非常上訴執以指摘，尙有理由。顧此違誤，尙非不利於被告，應由本院僅將原判決違背法令部分撤銷，以資糾正。據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中華民國八年十一月十二日

【第拾玖案】

一、關係條文

刑法 第一百三十九條。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又查刑法第一百三十九條侵害封印或查封之標示罪，須行爲人損壞、除去或污穢公務員所施之封印或查封之標示或違背其效力爲要件。是其行爲客體，爲公務員所施之封印或查封之標示，若執行方法，並無爲封印或查封之標示，自與刑法第一百三十九條之構成要件不符，尚難律以該罪。本件原判決維持第一審判決，認定被告某甲因登記商號爲「寶田瓦斯器具企業社」與寶田工業股份有限公司（下稱寶田公司）之註冊商標「寶田」近似。寶田公司爲保全權益，乃向台灣桃園地方法院聲請假處分，禁止某甲使用「寶田」商標於其製造之商品上，

並禁止使用「寶田」作爲商號名稱之特取部分，經該院以八十一年全字第六〇×號裁定准許在案，並於八十一年八月七日以八十一年度民執全字第四〇×號實施假處分。詎某甲於實施假處分後，置之不理，仍續使用「寶田」作爲其商號名稱之特取部分，製造販賣標有「寶田瓦斯器具企業社」之吸油煙機、執水器、瓦斯爐等，行銷各地，而爲違背上開假處分查封效力之行爲，迄同年十一月間，始停止製造販售等情。惟查上開「實施假處分」之事實，執行法院於八十一年八月七日下午四時二十分，由書記官督同執達員到達執行場所，實施執行假處分時，其執行方法，僅「告知」假處分裁定王又之內容，並未將假處分裁定，揭示於現場或爲封印或查封之標示等行爲，有該「假處分執行筆錄」（影本）在卷可稽。則實施執行假處分之公務員既無爲封印或查封之標示，被告縱有違背假處分效力之行爲，揆之首開說明，亦與刑法第一百三十九條侵害封印或查封之標示罪之構成要件不符。乃一審台灣桃園地方法院竟依刑法第一百三十九條論處被告罪刑（八十二年度易字第一七〇×號）。原判決未加糾正，仍予維持，將被告第二審上訴駁回，均非適法。案經確定，且於被告不利。爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條，提起非常上訴，以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十四年度台非字第一三二號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

右上訴人因被告妨害公務案件，對於台灣高等法院中華民國八十二年十月四日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

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）

本院按刑法第一百三十九條侵害封印或查封之標示罪，須行為人損壞、除去或污穢公務員所施之封印或查封之標示，或為違背其效力之行為，始成立犯罪。故所損壞、除去、污穢或為違背其效力之行為者，須為公務員所施之封印或查封之標示，若執行方法，並無為封印或查封之標示者，自與該條之構成要件不符，尚難律以該罪。本件原判決維持第一審判決，認定被告某甲因登記商號為「寶田瓦斯器具企業社」與寶田公司之註冊商標「寶田」近似，寶田公司為保全權益，乃向台灣桃園地方法院聲請假處分，禁止被告使用「寶田」商標於其製造

之商品上，並禁止被告使用「寶田」作為商號名稱之特取部分，經該院以八十一年全字第六××號裁定准許在案，並於八十一年八月七日以八十一年度民執全字第四××號實施假處分，詎被告於實施假處分後，置之不理，仍續使用「寶田」作為其商號名稱之特取部分，製造販賣標有「寶田瓦斯器具企業社」之吸油煙機、執水器、瓦斯爐等，行銷各地，而為違背上開假處分查封效力之行為，迄同年十一月間，始停止製造販售等情。惟查上開「實施假處分」之事實，執行法院於八十一年八月七日下午四時二十分，由書記官督同執達員到達執行場所，執行假處分，其執行方法，僅告知假處分裁定王又之內容，並未將假處分裁定揭示於現場或為封印或查封之標示等行為，有該假處分執行筆錄影本在卷可稽，並經本院調卷核閱無誤，則執行假處分之公務員既無為封印或查封之標示，被告縱有違背假處分效力之行為，揆之首開說明，亦與刑法第一百三十九條侵害封印或查封之標示罪之構成要件不符。乃第一審法院竟依刑法第一百三十九條論處被告罪刑，原判決未加糾正，仍予維持，駁回被告在第二審之上訴，即屬判決適用法則不當之違法，案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決撤銷，惟非常上訴為法律審，關於實體法上之事實，無從遽行加以調查審認，自無從依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書之規定，自為判決，為維持被告審級利益之必要，應由原審法院依判決前之程序更為審判，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百十七條第一項第一款前段、第二項前段，判決如左。
中華民國十四年四月二十七日

【第貳拾案】

一、關係條文

刑法 第一百五十八條、第三百三十九條第一項。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用法則不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。原判決認定被告意圖爲自己不法之所有，於八十二年五、六月間，在台北市合江街附近，向被害人翁女佯稱伊爲政府公務人員專辦國宅業務，可代購國宅爲詞，使翁女不疑有詐，而先後交付新台幣八十萬元及五十萬元，係犯刑法第一百五十八條及第三百三十九條第一項之罪，惟查刑法第一百五十八條之冒行公務員職權罪，除須有冒充公務員之行爲外，尚須行使其職權，始屬相當，茲被告僅係冒充專辦國宅業務之政府公務人員，並未行使該公務人員之職權，自不構成該條之罪，被告向被害人翁女佯稱伊爲政府公務人員專辦國宅業務，可代購

國宅云云，應僅係施用詐術之方法而已，原判決認被告構成刑法第一百五十八條之罪，即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

八十四年度台非字第249號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告詐欺案件，對於台灣台北地方法院中華民國八十三年八月二日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決撤銷。

某甲意圖為自己不法之所有，以詐術使人將本人之物交付，處有期徒刑壹年壹月。

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，爲違背法令。刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又刑法第一百五十八條之冒行公務員職權罪，除須有冒充公務員之行爲外，尚須行使其職權，始克相當。本件原判決認定被告先後向被害人翁女佯稱伊爲政府公務人員專辦國宅業務，可代購國宅爲詞，使翁女信以爲真，乃先後交付新台幣八十萬元及五十萬元，共詐取一百三十萬元。惟查被告僅僱充專辦國宅業務之政府公務人員，並未行使該公務員之職權，被告向被害人佯稱伊爲政府公務人員專辦國宅業務，可代購國宅云云，僅係施用詐術之方法而已，乃原判決認被告除詐欺罪外，另犯刑法第一百五十八條之罪，顯屬違法。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由，應由本院將原判決撤銷，另行判決，以資糾正。據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，刑法第三百三十九條第一項，罰金罰鍰提高標準條例第一條，判決如王又。

中華民國八十四年七月十九日

【第貳拾壹案】

一、關係條文

刑法 第一百六十四條第一項、第五十五條。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用法則不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又刑法第一百六十四條之藏匿人犯罪，乃妨害國家之搜查權，侵害國家之法益，故一次藏匿多人，仍應論以一罪，並無想像競合犯之適用，原判決認定被告於八十三年七月下旬，以同一行爲藏匿犯人楊某及「阿其」二人，竟論以想像競合犯，並以第一審未論想像競合犯爲由，將第一審判決撤銷，顯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

八十五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

右上訴人因被告藏匿人犯案件，對於台灣高等法院中華民國八十五年二月六日第二審確定判決，認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於某甲部分撤銷。

某甲藏匿犯人，處有期徒刑肆月，如易科罰金，以貳佰元折算壹日。

理 由

非常上訴理由（見前二）

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。本件原確定判決認定某甲於民國八十三年七月下旬，明知友人楊某及緯號「阿其」之不詳姓名男子係參與同年月二十二日下午在台北市××路××號十樓××營造股份有限公司開槍恐

嚇該公司負責人不得參加桃園中正國際機場第二期擴建工程之投標之犯人，竟於同年月二十八日邀其不知情之女友某乙及妹某丙隨行，開車搭載楊某及「阿其」至台中市、高雄市、台東鎮、花蓮市等地逃匿，住宿時均以某甲或其女友某乙名義登記，至同年八月二日始返回台北市，而藏匿犯人楊某及「阿其」數日，嗣於同年八月十一日十六時三十分在台北市××街一五三之三號地下室為警查獲等情，因認被告某甲所為，係犯刑法第一百六十四條第一項之罪，其以同一行為而藏匿犯人楊某及「阿其」二人，為想像競合犯，而適用刑法第五十五條從一重處斷。但查刑法第一百六十四條第一項藏匿犯人罪，係侵害國家裁判上之搜索權，雖同時藏匿多人，仍僅成工一罪，並無想像競合犯之適用。原確定判決既認定被告以同一行為而藏匿犯人楊某及「阿其」二人，竟論以想像競合犯，而適用刑法第五十五條從一重處斷，揆諸上揭說明，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，尚有理由，應由本院將原判決關於某甲部分撤銷，另行判決如王又所示，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但書，刑法第一百六十四條第一項、第四十一條，罰金罰鍰提高標準條例第一條前段、第二條，判決如王又。

【第貳拾貳案】

一、關係條文

刑法 第一百八十四條第一項、第二項、第五項。
刑事訴訟法 第三百七十九條第十四款、第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令。又判決不載理由或所載理由矛盾者，當外違背法令。刑事訴訟法第三百七十八條、第三百七十九條第十四款分別定有明文。本件原判決事實欄記載之事實，係被告『於八十二年一月三十日中午十二時五十四分許，在鐵路基隆起十七公里八百公尺處，持鐵路旁之道碴石，向正在行經該處之鐵路局第二五二五次通勤電（聯）車投擲，使該列車之右側車長室正前方玻璃及指示牌玻璃全毀，並致生該列車往來之危險，因列車司機緊急煞車始未發生危險。』因而論以刑法第一百八十四條第五項、第一項之妨害舟車、航空機行駛安全未遂罪。理由項下亦謂被告之行爲未致生火車往來之危險，

既適用刑法第一百八十四條第五項、第一項論科。惟查刑法第一百八十四條第一項之妨害舟車航空機往來之危險罪，在於被告之行爲，是否已致生火車等往來之危險爲其既遂、未遂之要件，至於是否因而致舟車等傾覆或破壞，則屬於同法條第二項加重結果犯問題，有六十三年度台上字第六八七號判例可供參考。原判決既在事實欄認定被告之行爲『使該列車之右側車長室正前方玻璃及指示牌全毀，並致生該列車往來之危險』，卻又謂『因列車司機緊急煞車，始未發生危險』。理由項下亦謂其爲未遂犯。顯屬自相矛盾，並足以影響判決本旨。況本件被告係持鐵路旁之道踏石向行駛中之通勤電（聯）車投擲、將車長室正前方玻璃及指示牌玻璃擊毀，駕駛員因而緊急煞車，其行爲即已生該火車往來之危險。雖因列車司機緊急煞車而未發生加重結果即火車之傾覆，乃被告之行爲是否構成該法條第二項罪名之問題，而非第一項之未遂罪。原判決不容，竟論以妨害舟車航空機行駛安全未遂罪，其法則之適用，顯欠妥適。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

八十三年度台非字第20三號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告公共危險案件，對於台灣高等法院中華民國八十二年八月十一日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 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）

本院按刑法第一百八十四條第一項之妨害舟、車及航空機行駛安全罪，其區別其既遂、未遂之標準，在於是否致生火車、電車或其他供水、陸、空公眾運輸之舟、車及航空機往來之危險，至於因而致舟、車等傾覆或破壞，則屬同條第二項之加重結果犯問題，殊不得資為判斷該罪之既遂未遂之標準。本件原判決既認定被告某甲於民國八十二年一月三十日中午十二時五十四分許，在鐵路（指縱貫鐵路）基隆起十七公里八百公尺處，持鐵路旁之道碴石，向正行經該處之第二五二五次通勤電車（指電聯列車）投擲，使該列車之右側車長室正前方（車

窗）玻璃及指示牌玻璃全毀，並「致生該列車往來之危險」。繼又認定「因列車司機緊急煞車，始未發生危險」云云。判決理由亦說明被告之犯罪行為，尚屬未遂，並適用刑法第一百八十四條第一項、第五項之向火車投擲石塊，致生火車往來危險未遂罪刑。惟被告業已以道磙石擲破車長室車窗及指示牌玻璃，致生火車往來危險（失控），縱因火車司機緊急煞車，未發生傾覆或損壞火車效用之加重結果，被告之前開犯罪行為，仍係既遂。從而原判決不獨理由矛盾，其適用法則亦有不當。非常上訴意旨，執以指摘，尚有理由。但原判決尚非不利於被告，應由本院將原判決關於違背法令部分撤銷，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，判決如王又。

中華民國二十八年八月十一日

【第貳拾叁案】

一、關係條文

刑法 第二百零五條、第二百十九條、第三十八條第一項第二款、第三款。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又刑法第二百零五條規定不問屬於犯人與否沒收之之物，係以偽造、變造之有價證券爲限，刑法第二百十九條規定不問屬於犯人與否沒收之之物，則以偽造之印章、印文或署押爲限。盜用之印章、印文不與焉。依本件第一審判決事實欄一——(六)之記載，被告某甲、某乙二人係向林某詐借新台幣八萬元，「林某爲求債權有所保障，要求二人開工本票及收據爲憑。某甲與某乙乃共同簽工二人均具名，於八十二年二月十六日屆期之八萬元本票及借款收據各一紙，復未經某甲之妻孫某授權同意之情形下，二人基於共同犯意之連絡，意圖供行使之用，於相

互商量後，由某甲擅自盜用其所攜帶之孫某印章蓋用印又並偽造孫某之署押於前開本票及借款收據上，以偽造孫某爲發票人之本票及偽造孫某爲借款人之借據私又書，復一次提出行使，交予林某。——可知被告二人係以其自己之名義簽發本票並書立借款收據，而後在該本票及借款收據上偽造孫某署押並盜用孫某之印章加蓋印又於該本票及借款收據上。故該本票關於孫某部分雖係偽造，被告二人以自己之名義簽發該本票部分則不生偽造之問題。依刑法第二百零五條規定，僅得將被告在該本票上偽造之孫某發票部分論知沒收而不得連同不屬於偽造之部分，將該本票全部論知沒收。又前開偽造之借款收據上孫某之署押，固應依刑法第二百零九條爲沒收之諭知。但其上孫某之印又既係盜用，該收據又已交付與林某而不屬於被告所有，無論依刑法第二百零九條或三十八條第一項第二、三款，均不應爲沒收之諭知。該判決竟適用刑法第二百零五條、第二百十九條諭知「偽造之本票一紙（含偽造之署押、盜用之印又）暨借據上之孫某印又、署押 均沒收」，揆諸首開說明，顯屬違法。案經檢察官及被告分別提起上訴，原審不予糾正而爲上訴駁回之判決，同屬違法。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十四年度台非字第四二七號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

某乙

右上訴人因被告等偽造有價證券案件，對於台灣高等法院中華民國八十三年十月六日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決及第一審判決關於如附表及收違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑法第二百零五條規定所應沒收者，以偽造、變造之有價證券為限，同法第二百十九條規定所應沒收者，亦以偽造之印章、印文或署押為限。查本件被告某甲、某乙所偽造之本票，除冒用孫某為發票人外，被告等向同時簽名蓋章為共同發票人，被告等所偽造之收據，除冒用孫某名義為借款人外，尚盜用其印章加蓋在收據上，足見被告等為共同發票人部分及盜用孫某所蓋用之印文部分均不應諭知沒收，原判決未予區分，竟一併宣告沒收，顯屬違背

法令。案經確定，且對被告等不利，非常上訴意旨，執以指摘，爲有理由，自應由本院將原判決關於違背法令部分撤銷，以資救濟。又原判決不利於被告者，依法固應撤銷另行判決，其效力始及於被告，惟本件原判決係因適用法則不當，誤爲沒收之諭知，致不利於被告等，本院就該不利於被告等之原判決違背法令部分爲撤銷之判決，實具有改判之性質，無庸更爲何種判決，其效力仍及於被告等，併予敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中華民國十八年十一月三十日

【第貳拾肆案】

一、關係條文

刑法 第二百十條、第二百十四條、第二百十六條。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。而刑法第二百十條之偽造私文書，以偽造他人名義之文書爲其成立要件，若爲自己之文書，縱有不實之記載，仍屬虛妄行爲，不能以本罪相繩，最高法院廿九年上字第一一九六號及四十七年台上字第三六五號分別著有判例可考。本件原判決認定被告某丙（上訴中尚未確定）、某甲及某乙三人，基於共同犯意之聯絡，明知某丙所有坐落台南市××路一段××巷卅四號建物及土地，已於八十二年二月廿四日售與某乙，嗣因某乙與某丙間有三親等關係，所爲不動產之買賣，依法應另繳贈與稅，故其二人，爲免繳該稅款，乃由知情之某甲與某丙於同年

三月一日就上開不動產另行偽造虛偽之買賣契約，持以向台南市地政事務所辦理不動產所有權移轉登記，供承辦之公務員登載於其職務上所掌之土地及建物登記簿上，足以生損害於地政機關對於地政資料之管理等事實，據以依共犯刑法第二百十六條、第二百十條、第二百十四條之行使偽造私文書及行使使公務員登載不實等罪論科，並從一重之行使偽造私文書罪處斷，判處被告三人各如王又所示之刑。惟查被告某丙與某甲間所訂定之不動產買賣契約書，固屬私文書，但係以自己名義所制作，並無冒用他人名義，縱其內容記載不實，亦屬虛妄行為，應不構成刑法第二百十條之偽造私文書罪，原判決竟以被告等共犯行使偽造私文書罪與其所行使之使公務員登載不實罪，兩罪有方法結果之牽連關係，而從一重之行使偽造私文書罪處斷，顯有適用法則不當之違背法令。被告某甲、某乙部分業已確定，且於該被告不利，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

八十三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

某乙

右上诉人因被告等偽造又書案件，對於台灣台南地方法院中華民國八十三年一月二十八日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於某甲、某乙部分撤銷，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）

本院按刑法第二百十條之偽造私文書罪，以偽造他人名義之又書為其成立要件，若為自己之又書縱有不實之記載，仍屬虛妄行為，不能以偽造私文書罪相繩（本院二十九年度上字第一一九六號、四十七年度台上字第三六五號判例參照）。本件原判決以被告某甲、某乙與上訴中未確定之某丙，三人基於共同犯意之聯絡，明知某丙所有座落台南市××路一段××巷三十四號建物及土地，已於民國八十二年二月二十四日出售予某乙，惟以某乙與某丙間有三親等關係，其買賣不動產，依法應另繳交贈與稅，某丙、某乙二人為免繳上開贈與稅，即由知情之某甲與某丙，於同年三月一日就上開不動產，偽造虛偽之買賣契約之私文書，並持該虛偽買賣契約書向台南市台南地政事務所辦理所有權移轉登記，使不知情之承辦之地政事務所

人員登載於職務上所掌之土地及建物登記簿，足生損害於地政機關對地政資料之管理，認被告某甲、某乙與某丙共犯刑法第二百十六條、第二百十四條之行使偽造私文書及行使使公務員登載不實等罪，所犯二罪有牽連關係，從一重以行使偽造私文書罪處斷，因而論被告某甲、某乙以共同行使偽造私文書，足以生損害於公眾罪，各量處有期徒刑五月，均緩刑三年等情，固非無見。惟前開某丙與某甲間之不動產買賣契約書，係被告某甲與某丙二人以自己名義制作，並無偽造他人名義，內容縱有不實，僅屬虛妄行為，應不構成刑法第二百十條之偽造私文書罪，原判決認被告某甲、某乙共犯刑法第二百十六條、第二百十四條之行使偽造私文書罪，與所牽連之同法第二百十六條、第二百十四條之行使使公務員登載不實罪，二罪有方法結果關係，依牽連犯之規定從一重論處行使偽造私文書罪，自非適法，其判決顯有違誤。上訴人於該判決對於被告某甲、某乙部分確定後，認為違法，提起非常上訴，尚屬正當。應由本院將原判決關於某甲、某乙部分撤銷，並為維持審級利益之必要，仍由原審法院依判決前之程序更為審判，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款、第二項，判決如王又。

中華民國二十八年十二月二十二日

【第貳拾伍案】

一、關係條文

刑法 第二百十條、第二百十六條、第二百十四條、第二百十七條、第二百十九條。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。本件原判決事實欄一（二）記載，某甲，明知王×榮之汽車駕駛執照並未遺失，竟冒用王×榮名義，持上開變造之王×榮國民身分證，於八十三年六月二十三日在台北監理處汽（機）車駕，駛人審驗暨各項異動登記書上偽造王×榮署押，以遺失爲由，向該處申請補發王×榮之汽車駕駛執照，使不知情之台北市監理處承辦公務員登載於職務上掌管之公文書而准以補發王×榮名義之印制號碼（北）〇二一九四三××號汽車駕駛執照一枚，足生損害於王×榮及

監理機關對車輛及駕駛執照之管理。依此事實，被告係冒用王×榮名義，填寫汽（機）車駕駛人審驗暨各項異動登記書，申請補發王×榮之汽車駕駛執照。暨既係申請補發王×榮之汽車駕駛執照，該項汽（機）車駕駛人審驗暨各項異動登記書即具有申請書之性質。就該汽（機）車駕駛人審驗暨各項異動登記書本身觀之，除應記載姓名、駕照號碼外並應簽章，且有申請項目。本件被告在該汽（機）車駕駛人審驗暨各項異動登記書（見一審卷第一四四頁）上駕照類別欄職小格打√申請項目在遺失格打√外，姓名欄寫王×榮，其下寫駕照號碼，最後在簽章欄簽王×榮之名。顯係冒用王×榮名義，申請補發王×榮之職業小型車駕駛執照之私文書。應係犯刑法第二百十六條、第二百十條、第二百十四條之罪。原判決僅論以刑法第二百十七條、第二百十四條之罪，顯屬違法。又刑法第二百十九條規定不問屬於犯人與否沒收之物，以偽造之印章、印文或署押為限。本件被告偽造之汽（機）車駕駛人審驗暨各項異動登記書上姓名欄應記載申請人姓名，僅在使監理機關承辦之公務員知悉申請人為誰，並不具有署押之性質。原判決竟誤認係署押，一併予以論罪科刑，並依刑法第二百十九條宣告沒收，亦屬違法。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十五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

右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八十四年十二月廿七日第二審確定判決，認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於某甲偽造署押及「台北市監理處汽（機）車駕駛人審驗暨各項異動登記書姓名欄上王×榮之填載」諭知沒收違背法令部分，均撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑法上之偽造署押罪，係指單純偽造簽名、畫押而言，若在制式之書類上偽造他人簽名，已為一定意思表示，具有申請書或收據等類性質者，則係犯偽造文書罪（該偽造署押為偽造文書之部分行為不另論罪）。又在申請書類之姓名欄填寫申請人姓名，僅在識別何人申

請，並非表示本人簽名之意思，尚不生偽造署押問題，該填載自不得依刑法第二百十九條論知沒收。本件原判決既認定被告某甲冒王×榮名義，持變造之王×榮國民身分證，於八十三年六月二十三日在台北監理處汽（機）車駕駛人審驗暨各項異動登記書上偽造「王×榮」署押，以遺失為由，向該處申請補發王×榮之汽車駕駛執照，使不知情之台北市監理處承辦公務員登載於職務上掌管之公文書而准以補發「王×榮」名義之印制號碼（北）〇二一九四三××號汽車駕駛執照一枚，足生損害於王×榮及監理機關對車輛及駕駛執照之管理等情。則被告係冒用王×榮名義，填寫「汽（機）車駕駛人審驗暨各項異動登記書」，申請補發王×榮之汽車駕駛執照。既係申請補發王×榮之汽車駕駛執照，該項「汽（機）車駕駛人審驗暨各項異動登記書」即具有申請書之性質，且就該「汽（機）車駕駛人審驗暨各項異動登記書」本身觀察，除應記載姓名、駕照號碼外並應「簽章」外，尚有「申請項目」，本件被告在該「汽（機）車駕駛人審驗暨各項異動登記書」（見一審卷第一四四頁）上「駕照類別」欄「職小」格打「v」——「申請項目」在「遺失」格打「v」外，姓名欄寫「王×榮」，其下寫「駕照號碼」，最後在「簽章」欄簽「王×榮」之名，顯係冒用王×榮名義，申請補發王×榮之職業小型車駕駛執照之私文書，應係犯刑法第二百十六條、第二百十條、第二百十四條之罪，原判決僅論以刑法第二百十七條、第二百十四條之罪，顯屬違法。又本件被告偽造之「汽（機）車駕

丈人審驗暨各項異動登記書一上姓名欄應記載申請人姓名，僅在使監理機關承辦人識別何人申請。自不具署押性質，原判決對該部分一併論罪科刑，論知沒收，可屬違誤。案經確定，非屬上訴意旨執以指摘，尚有理由，惟原判決此部分尚非不利被告，應由本院將各該違背法律部分撤銷，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，判決如王又。

中華民國二十八年六月十三日

【第貳拾陸案】

一、關係條文

刑法 第二百十條、第二百二十條、第二百十六條、第三百三十九條第一項。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又刑法上所謂偽造文書，係指無制作權人，冒用他人名義，制作內容不實之文書而言。故偽造之文書，必其內容不實，又足以辨別係以何人之名義所制作，始構成犯罪，若僅有不實之內容，而不能辨別究係以何人之名義所制作，即難認其係偽造之文書。刑法第二百二十條之準文書，亦同。依本件序判決事實欄之記載，被告某甲係『利用會員未到齊監看標會情形，多次偽造標金爲六千元、未具姓名之標單，假冒不特定之活會會員出標，並持以行使，因而得標』，每月向會員蘇某等訛稱該會有人以六千元得標，云云。經許某等人究問何人得

標，均答以不須告訴你們，只要負責將標金給你們就好……。」足徵被告雖有以內容不實之標單冒標合會會款，但該標單上僅有『標息』數目，既無標會人員姓名，被告亦未告知各會員究係何人名義標會，無從辨別究係何人之標單，即與偽造又書之要件不合。原判決竟論以刑法第二百十六條、第二百二十條、第二百十條之行使偽造準私又書罪，與其所犯詐欺取財罪從一重處斷，其法則之適用，顯屬違誤。案經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第四百一十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟，並予糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十五年度台非字第二六〇號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告偽造又書案件，對於台灣士林地方法院中華民國八十四年十二月十四日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決撤銷，由原審法院依判決前之程序更為審判。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令。刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又按刑法第二百十條之偽造文書罪，以無制作權人，冒用他人名義而制作內容不實之文書，足以生損害於公眾或他人爲要件。故偽造之文書，必其內容不實，又足以辨別係以他人之名義所制作，始足構成犯罪，若僅有不實之內容，而不能辨別究係以何人之名義所制作，即難認其係偽造之文書，刑法第二百二十條之準文書，亦同。本件原確定判決事實認定被告某甲與其夫江某於民國八十一年六月間及八十二年三月間，由江某任會首，分別召集每會新台幣（下同）一萬元、二萬元互助會，並由江某與被告收取會款，嗣因經濟能力不佳，共同意圖爲自己不法之所有，基於概括犯意，對於上開二萬元之互助會，以冒標方式得財，於八十二年七月間起，利用會員未到齊監看標會情形之機會，多次偽造標金爲六千元、未具姓名之標單，假冒不特定之活會會員出標，並持以行使，因而得標，足以生損害於該活會會員，並向會員蘇某、許某等人訛稱該期會款有人以六千元得標云云，經許某等人究問何人得標，均答以不須告訴你們，只要負責將標全給你們就好云云，使活會會員許某等人未察，將會款交予被告夫婦，計詐得會款達一千餘萬元，迨至八十二年十一月間，因會員郭某在場競標並

得標，被告夫婦竟拒付會款，且對一萬元之互助會於八十三年十一月二十五日藉故停標，始被查獲等情。足見被告夫婦雖有以內容不實之標單冒標互助會會款，但該標單上僅有「標金」（標皂）之數目，並無標會人員之姓名，被告夫婦亦未告知各會員究係由何人名義標會，自無從辨別該標單究係冒用何人名義而制作，依前述說明，即與刑法第二百十條偽造文書之構成要件不合。乃原確定判決竟以理由欄記載上訴人擅自於標單上填載標金、未具姓名，偽造標單，假冒活會會員得標，詐取會款之所為，係犯法第二百十六條、第二百二十條、第二百十條之行使偽造準私文書罪，及刑法第三百三十九條第一項之詐欺取財罪等語。而從一重依牽連犯之規定論處被告共同連續行使偽造私文書之罪刑，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，尙有理由。為維持被告審級利益之必要，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，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項，判決如王又。

中華民國八十五年九月十九日

【第貳拾柒案】

一、關係條文

刑法 第二百十四條。

勞工保險條例 第十條第三項、第七十二條第二項、第三項。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

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既定有明文。而刑法第二百十四條所謂使公務員登載不實事項於公文書罪，須一經他人之聲明或申報，公務員即有登載之義務，並依其所為之聲明或申報予以登載，而屬不實之事項者，始足構成，若其所為聲明或申報，公務員尚須為實質之審查，以判斷其真實與否，始得為一定之記載者，即非本罪所稱之使公務員登載不實，最高法院復著有七十三年台上字第一七一〇號判例。本件被告某甲為××實業股份有限公司（下稱××公司）之代表人，明知公司於八十年四月廿

六日到職之技工林某每月支領之月薪總額爲新台幣（下同）二萬一千九百七十元，於八十年四月卅日向台閩地區勞工保險局申報其加入勞工保險時，固將其月投保薪資僅申報爲一萬零二百元。但依勞工保險條例第十條第三項『保險人爲查核投（保）單任勞工人數、工作情況及薪資，必要時得查對其員工或會員名冊，出勤工作紀錄及薪資帳冊。』第七十二條第二項『投保單任違背本條例規定，將投保薪資以多報少或以少報多者，自事實發生之日起，按其短報或多報之保險金額，處以二倍罰鍰，並追繳其溢領給付金額。勞工因此所受損失，應由投保單任賠償之。』及同條第三項『保險人依第十條第三項之規定，查對員工或會員名冊，出勤工作紀錄及薪資帳冊時，投保單任拒不出示者，處以『罰鍰』等規定，顯見勞保局承辦人員對於投保單任申報之員工薪資金額，有查核之權責甚明，被告依勞工保險條例之規定。就其公司僱用之技工林某向勞保局辦理勞工保險而申報之該勞工薪資金額，其正確與否，既尚有待於勞保局之查核，縱其將投保薪資金額以多報少而申報不實，依上開說明，殊不將之與『使公務員登載不實』同視，即不足構成刑法第二百十四條之罪，第一審法院不察，竟科處其有期徒刑四月，被告提起上訴，原判決未予糾正，復將上訴駁回，均屬違背法令，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

八十三年度台字第二三九號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告偽造又書案件，對於台灣高等法院中華民國八十三年五月卅一日第二審確定判決，認為一部違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決及第一審判決關於某甲明知為不實之事項，而使公務員登載於職務上所掌之公文書，足以生損害於公眾及他人部分撤銷。

右撤銷部分，某甲無罪。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑法第二百十四條所謂使公務員登載不實事項於所掌之公文書罪，須一經他人之聲明或申報，公務員即有登載之義務，並依其所為之聲明或申報予以登載，而屬不實之事項者，

始足構成，若其所爲之聲明或申報，公務員尚須爲實質之審查，以判斷其真實與否，始得爲一定之記載者，即非本罪所稱之使公務員登載不實。查本件被告某甲有被訴之上開事實，固爲原判決所明載，惟查依勞工保險條例第十條第三項、第七十二條第二項及第三項之如非常上訴理由所載之規定，參諸同條例第十條第三項之工法理由「爲避免投保單件將不合規定之人員申報投保，配合加強查核工作之需要，酌增查核範圍及查對資料」所示，顯見台閩地區勞工保險局（下稱勞保局）承辦人員，對於投保單件申報之員工及其薪資金額，有查核之權責甚明，原判決援引勞保局八十三年二月廿八日（83）勞承字第一〇〇二二八七號函，認「勞工之投保薪資係採申報主義，逕行登載，僅於發現有申報不實時，始逕行更正，勞保局僅負形式審查，並無依職權查明究有無申報不實之義務」云云，與上開規定不相符合，自屬誤會。從而被告依勞工保險條例之規定，就其負責之××公司僱用之勞工林某向勞保局辦理勞工保險而申報其薪資金額時，正確與否，既尚有待於勞保局之查核，縱依原判決認定之事實，故意將投保薪資金額以多報少而申報不實，亦與刑法第二百十四條所規定之「使公務員登載不實」之構成要件不符，乃第一審不察，仍論處被告明知爲不實之事項，而使公務員登載於職務上所爲之公文書，足以生損害於公眾及他人罪刑，原審不予糾正，仍率維持第一審之判決，自均屬刑事訴訟法第三百七十八條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，尙有理由，應由本院將原判決及第一審判決關於此部分撤銷，另予被告無罪之諭知，以資救濟。

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

中 華 民 國 八 十 三 年 八 月 三 十 一 日

【第貳拾捌案】

一、關係條文

刑法 第二百二十七條第二項、第二百二十八條。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決適用法則不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。查刑法第二百二十七條第二項之猥褻罪，祇以被害人之年齡爲其特殊條件，苟被猥褻之男女，係在十四歲以上未滿十六歲，縱使被告係利用權勢，對於服從自己監督之人爲之，亦應認爲吸收於上開條項犯罪之內，與同法第二百二十八條不發生法條競合關係（最高法院二十八年上字第六五八號、五十一年台上字第一二一四號判例參照）。本件原判決認定被告某甲係某乙之生父，自八十二年八、九月間起，利用權勢，連續多次，在其任處，對於因親屬、監護、教養關係而服從自己監督之十四歲以上未滿十六歲之某乙，將自己全身衣服脫光壓在其女身上，

或以自己之生殖器摩挲其女之生殖器，或以手撫摸其女之身體、生殖器而為猥褻之行爲等情，以其所爲，係犯刑法第二百二十七條第二項猥褻幼女罪及第二百二十八條之利用權勢猥褻罪，二罪併法條競合關係，應依第二百二十七條第二項處斷云云，依首揭說明，原判決委有適用法則不當之違法。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十五年度台非字第一五七號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告妨害風化案件，不服台灣彰化地方法院中華民國八十四年十月二十六日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決撤銷。

某甲連續對於十四歲以上未滿十六歲之女子，為猥褻之行爲，處有期徒刑貳年。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑法第二百二十七條第二項之猥褻罪，祇以被害人之年齡為其特殊條件，苟被猥褻之男女，係在十四歲以上未滿十六歲，縱使被告係利用權勢，對於服從自己監督之人為之，亦應認為吸收於上開條項犯罪之內，與同法第二百二十八條不發生法條競合關係（本院二十八年上字第六五八號、五十一年台上字第一二一四號判例意旨參照）。本件原判決認定被告某甲與其配偶李某因故於民國八十二年六月間分居，由某甲以父親之地位監護、教養三名未成年之女兒，其竟未善盡人父之職，基於概括犯意，自同年八、九月間起，利用權勢，連續多次在彰化縣芬園鄉××路一段××巷××號住處，對於因親屬、監護、教養關係而服從自己監督之十四歲以上未滿十六歲之長女某乙（六十八年四月七日生），將自己全身衣服脫光壓在其長女身上，或以自己之生殖器摩挲其長女之生殖器，或以手撫摸其長女之身體、生殖器而為猥褻之行爲，迄至八十四年五月間止，女母李某，始悉上情，而由其母提出告訴等情。依首揭說明，被告雖係利用權勢，對於服從自己監督之女兒為猥褻行爲，亦應認為吸收於刑法第二百二十七條第二項罪名之內，與同法第二百二十八條不發生法條競合關係。原判決失察竟認被告係犯上開二罪，二罪係法條競合關係，應依第二百二十七條第二項處斷。適用法

則顯有不當。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由，應由本院將原判決撤銷改判，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，刑法第五十六條、第二百二十七條第二項，判決如左。

中華民國十八年七月四日

【第貳拾玖案】

一、關係條文

刑 法 第二百三十一條第一項、第二項。

司法院大法官會議釋字 第一八一號解釋。

二、非常上訴理由

按依法應於審判期日調查之證據未予調查，致適用法令違誤，而顯然於判決有影響者，該項確定判決，即屬判決違背法令，司法院大法官會議釋字第一八一號著有解釋。而法院之審判，固應以起訴之犯罪事實為範圍，但法院於不妨害事實同一之範圍內，仍得自由認定事實，適用法律，而變更檢察官之起訴法條。所謂事實同一，乃指刑罰權所以發生之原因事實，係屬同一者而言，故同一犯罪事實，僅行為之程度不同，如犯罪之完成須經過各種不同階段，而各階段之犯罪行為，均為法律所處罰者，縱令法律上規定各別，仍不失為同一性之犯罪事實，其一部經起訴者，依審判不可分之原則，其起訴之效力自應及於全部，均屬法院審判之

範圍。本件起訴事實，以被告某甲意圖營利，提供旅社房間，容留良家婦女許某與男客莊某爲姦淫之行爲，經警當場查獲。嗣經序審審理結果，認爲許某並非良家婦女，而判決被告無罪。准查被告於警訊時供認『先由小姐與客人在合室內共浴，然後從事性行爲，』。準此以觀，許某與莊某在合室共浴，彼此在客觀上有足以誘起他人之性慾，在王觀上有足以滿足自己性慾之行爲，至爲顯然。從而被告有使人爲猥褻之行爲，灼灼甚明。而刑法第二百三十一條第一項之圖利引誘良家婦女與人姦淫罪，及同條第二項之圖利使人爲猥褻罪，其『姦淫』與『猥褻』間之關係，應屬具有階段性之同一社會事實，兩者僅係行爲之程度不同而已（參照最高法院八十三年度台非字第二一八號判決）。欲使姦淫行爲進入高潮，必先經過猥褻之階段行爲，不因刑法規定之罪名不同，而影響其犯罪事實之同一性。序審對於被告以上在警訊時之自白，未予調查、審認，遽以許某非良家婦女而判決被告無罪，而置猥褻部分於不顧，顯有應於審判期日調查之證據未予調查，致適用法令違誤而影響於判決之違背法令。案已確定，雖於被告並無不利，然爲統一法令之適用，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

八十四年度台非字第一四六號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

右上訴人因被告妨害風化案件，對於台灣板橋地方法院中華民國八十三年七月十一日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

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，即屬判決違背法令，為司法院大法官會議釋字第一八一號解釋所釋明。而法院之審判，固應以起訴之犯罪事實為範圍，然法院於不妨害事實同一之範圍內，既於被告防禦權行使無有妨礙，自亦仍得自由認定事實，適用法律，而變更檢察官之起訴法條，庶維訴訟經濟原則，復無損被告之權益保障。所稱事實同一云者，又指刑罰權所以發生之原因事實，係屬同一者而言，因之同一犯罪事實，僅行為之程度不同或實施該行為之過程先後有

別，諸如犯罪之完成於通常情形下，須經過各種不同階段，而各階段之犯罪行為，又均爲法律規定應予評價處罰者，即令法律上之規範評價輕重容有不同，於訴訟法上，仍不失其爲同一性之犯罪事實，其一部事實經起訴者，依審判不可分之原則，其起訴之效力自應及於全部，悉屬應予審判之範圍。本件起訴事實，係認定被告某甲在台北縣板橋市××路一段一巷××號「××旅社」任職，意圖營利，提供該旅社房間，容留良家婦女許某與男客莊某爲姦淫之行爲，經警當場查獲。而原審審理結果，認爲許某係習於淫行之人，並非良家婦女，因以許某先前已在他處所賣淫，此次復伴其自行打電話囑詢被告示知有無男客？伊要接客！而前往該旅社與男客姦淫，則被告之行爲，並不該當刑法第二百三十一條第一項之圖利引誘良家婦女與人姦淫罪之構成要件，而判決被告無罪。第依卷內資料，被告於警訊中已供明「色情交易係先由小姐與客人在冷室內共合，然後從事性行爲（性交）」云云在卷。據此以言，許某與莊某在冷室共合，彼此在客觀上有足以誘起他人之性慾，主觀上亦足以滿足自己色慾之行爲，至爲顯然。是以被告之告知並提供許某以房間，使其得以與男客爲上揭色情行爲，被告有使人爲猥褻之行爲殊爲灼然。而刑法第二百三十一條第二項已明定有「意圖營利，使人爲猥褻之行爲，可同」之處罰條款，且該法條第一項之圖利引誘良家婦女與人姦淫罪，與同條第二項之圖利使人爲猥褻之行爲罪，其所稱之「姦淫」與「猥褻」間之關係，於通常

本乎意在姦淫，而非僅止於「猥褻」之階段即爲滿足其「目的」之情形下，應屬實施犯罪行為之程度輕重、過程先後之具有階段性之同一基本社會事實，二者間祇係行為之程度不同耳。何況此項「姦淫」與「猥褻」之行為，復爲實定法明定其處罰之犯罪，抑且該項圖利使人爲猥褻之行為之罪，其「使」爲猥褻之行為之對象，原不侷限於女性，其爲兩性間者，復不問係同性抑異性之間，均包括在內，若其爲女性者，尤不以「良家婦女」爲必要，縱係現時習於淫行之人，仍涵括其內。是以期使姦淫行為進入高潮，遂其行姦「目的」，恒先經過猥褻之「前期」階段行為，自亦不因刑法規定之罪名不同，而影響其犯罪事實之同一性。原審對於被告前揭於警訊中之自白，未踐行調查程序，查明與事實是否相符，並爲必要之論敘，遽以許某並非良家婦女，被告之行為尚不該當於圖利引誘良家婦女姦淫罪之構成要件，而判決被告無罪，置有無圖利使人爲猥褻之行為罪部分於不顧，殊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影響於判決之違背法令。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由。惟原判決尚非不利於被告，應由本院將原判決關於違背法令部分撤銷，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，判決如王又。

中華民國二十八年五月四日

【第三拾案】

一、關係條文

刑法 第二百六十六條第一項、第二百六十七條。

遊藝場掌輔導管理規則 第十三條第五款但書。

憲法 第一百七十二條。

刑事訴訟法 第三百七十九條第十二款、第二百六十七條、第二百六十八條。

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。又刑法第二百六十六條第一項賭博罪，以在公共場所或公眾得出入之場所賭博財物為成立要件。本件公訴意旨以 某甲自民國八十三年十一月間起，分別在台東市××路一五八號××科技廣場、同路××巷二十號×族遊藝場及同路巷七號×朝遊藝場（公眾得出入之場所）擺設賭博性電動玩具合計一百台，供不特定之顧客投注押賭，連續與人賭博財物。並自八十三年十二月一

日起以月薪新台幣（下同）三萬元僱請某乙管理×疾遊藝場及×潮遊藝場之業務，復自八十年十一月間起以月薪二萬元僱請某丙管理××科技廣場之業務，三人均以之爲常業。八十四年一月十七日二十時五十分許，在上址爲警查獲，並扣得賭博電動玩具一百台、峰牌及七星牌香煙各九條、娛樂券（含一〇〇點、五十點及十點）一六二張、獎品券六十張、壁報一袋、已撕毀日報表、元月十七日日報表、頂讓協議書、電光使用說明書各一紙、飲料日報表、記事本各一本、現金八千八百元、香煙（含峰牌、七星、長壽）十一條又五包、洋酒（V S O P HENNESSY, VSOP COGNAC）十一瓶，MILDEVEN香煙三包、布娃娃（包括大、小）四十六具又三套、代幣一千一百五十七個、倍數表五張、貼紙二張、集分卡（包括一百分、五百分、一千分）三百九十八張、交班分數清單一百二十六張、交班獎單清單二十張及員工薪資表三張。因認某甲、某乙、某丙均犯刑法第二百六十七條常業賭博罪嫌。厚判決以按有關電動玩具，經王管機關教育部公告查禁者，計有「拉霸」（SLOT MACHINE）、「搖錢樹」「大瑪莉」（JUMBO BINGO）、「小瑪莉」（BAR）、「輪盤」（ROULETTE）（FARO JACK）、「賭盤」（THE ROULETTE）、「四輪盤」（DISK FIVE）、「骰子」（BIG & SMALL）、「骰子機」（DICE ROKER）、「台灣麻將」、「麻將一〇一」、「撲克」（POKER）、「新型廿一點」（BLACK JACK）、「廿一點」及「吃角子老虎」、「麻將牌」、「撲克牌」、「卡通遊藝」、

「羅他美」、「美女拳」等及其同類型或變異體之機具，有教育部七十九年十二月十日台七九社字第一三五四號函、八十年四月十二日台（八〇）社一六八五四號函可查，而經濟部八十一年六月十二日經（八一）一〇二二九七六號公告禁止國內製造之賭博性、色情性電動玩具內銷，亦係指教育部公告禁止陳列與營業之賭博性、色情性電動玩具，包括其成品、半成品、零件及零組件而言。又依教育部公布之遊藝場業輔導管理規則第十三條第五款但書規定，經營遊藝場得設兌換價值二千元以下之獎品。本件被告某甲等擺設於遊藝場者係「象棋」、「開心球」、「水果盤」、「夢幻象棋」、「賓果馬戲團」、「皇家馬戲團」等機具，顯不在前揭公告查禁之列，亦有台灣省政府教育廳八十二年三月十九日（82）教五字第三五三一三號函可證，足見被告某甲等所經營之上開店內係符合教育部所頒布之上開管理規則第十三條第五款但書之規定，已不在警方查禁取締之列。且上開規則既係由王管機關所頒布，符合上開管理規則所定者，依行政法上關於行政指導行為之理論，應可認為是一種欠缺侵害性之社會相當性行為，可以阻卻違法而不成工賭博罪（參照司法院刑事廳八十二年五月十九日（82）廳刑一字第三二二三號函）。此外復查無其他積極證據，足認被告有兌換現金或逾二千元禮品之賭博犯行，此亦為公訴人及序審認定無訛，故本件並無證據證明被告犯罪。序審認定刑法上之賭博罪，並不以賭博之機具係屬「教育部所公告查禁之賭博性電動玩具」為要件，

僅以賭博方式具有射倖性及非供人暫時娛樂爲已足，至於行政機關所作之解釋，並無拘束司法機關之效力，而未考慮被告因信任教育部之公告擺設未具有賭博性之電動玩具，致欠缺賭博罪之犯意，仍認定被告觸犯賭博罪自有違誤云云爲論據，撤銷第一審判決，諭知被告等無罪。惟按賭博罪之成立，僅以行爲之態樣符合該罪之構成要件爲已足，不以使用之賭具應屬查禁品爲必要。而教育部所頒之上開規則屬行政命令，其准許經營遊藝場業者得兌換二千元以下之獎品，顯係以命令限制法律（刑法第二百六十六條第一項）之適用範圍，造成脫法行爲，自屬牴觸法律，依憲法第一百七十二條規定，該行政命令應屬無效。況本件被告某甲等於警訊及偵查中供承贏得積分兌換，並無上限，且可保留積分下次把玩等語，其等賭博行爲，應足認定。原判決未察，率爾適用上開牴觸法律應屬無效之行政命令，諭知被告等無罪，揆諸前開說明，爲違背法令。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。

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

八十五年度台非字第一一七號

被 告 某甲

某乙

某丙

右上诉人因被告等賭博案件，對於台灣高等法院花蓮分院中華民國八十四年八月七日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑法第二百六十六條第一項賭博罪之成立，係以行為人在公共場所或公眾得出入之場所賭博財物為要件，以犯該罪為常業者，應依同法第二百六十七條常業賭博罪論處。本件被告某甲經營之上開遊藝場三處，均為公共場所，共擺設電動玩具一百台供賭客賭博，僱用某乙、某丙現場管理，並以之為常業等情。檢察官依同法第二百六十七條常業賭博罪起訴，併認三人間，有犯意聯絡、行為分擔，應依共同正犯論處。第一審法院，審理結果，認被告等犯行明確，論處被告等共同常業賭博之罪刑，被告等不服，提起第二審上訴，原判決以教育

部公布之遊藝場業輔導管理規則第十三條第五款但書有規定 經營遊藝場業，得設兌換價值二千元以下之獎品等情，因認被告等欠缺犯賭博罪之故意，犯罪事實均屬不能證明，將被告等均改判無罪。然姑不論教育部公布之上開行政命令與法律之規定有無牴觸，但被告等既於警訊及偵查中供承「贏得積分兌獎並無上限」，與該規則第十三條第五款規定之「二千元以下獎品」不符，焉可以之謂無犯意？被告等之行爲，與刑法上常業賭博罪之犯罪構成要件相當，原判決竟率爲被告等無罪判決，於法不無違誤。案經確定，且非不利於被告，非常上訴意旨執以指摘原判決違背法令，尙有理由，爰將原判決關於違背法令部分撤銷，用資糾正。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，判決如王又。

中華民國 八 十 五 年 五 月 九 日

【第三拾壹案】

一、關係條文

刑法 第二百六十八條後段、前段、第五十五條、第三十八條第一項第三款、第

二款。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按刑法第二百六十八條意圖營利聚眾賭博罪，除有營利之意圖外，並以聚眾賭博為其構成要件，本件原判決所認定之事實，係被告某甲於八十四年六月十日晚間九時許，意圖營利，將不知情之媳婦廖某在花蓮縣王里鎮××里××十九之六號房屋，提供作為賭博場所，並邀集蔡某、姚某、雷某三人（均由花蓮縣警察局玉里分局依違反社會秩序維護法裁罰），與之在該處以天九牌比大小之方式賭博財物，約定每賭一把莊家應付抽頭金新台幣（下同）五十元，當晚九時四十八分許，為警當場查獲，並扣得被告所有供賭博用之天九牌一副，賭資五

千三百元（包含已收取之抽頭金二百元）等情，依此事實，被告所爲，固應成刑法第二百零六十八條前段意圖營利，供給賭博場所罪（院解字第三九六二號參照）。惟查被告所聚集者，僅有三人，其人數且非隨時可以增加，自難謂係聚眾，其於同法條意圖營利聚眾賭博財物罪名之聚眾要件，即未具備（最高法院六十五年台非字第一八四號判決參照）。乃原判決認被告除刑法第二百零六十八條前段意圖營利供給賭博場所罪外，並犯同條後段意圖營利聚眾賭博罪，又以其係一行爲觸犯數罪名，依同法第五十五條從較重之圖利聚眾賭博罪處斷，其適用法律，顯有未當。又扣案之賭資五千三百元中，既明白認定有二百元係被告抽頭所得，顯係屬刑法第三十八條第一項第三款所規定因犯罪所得之物，乃原判決均依同法條第一項第二款宣告沒收，亦有判決適用法則不當之違法。又原判決結論欄，引用刑法第二百零六十六條第一項，亦有疏誤。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，以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十五年度台非字第二四九號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上诉人因被告賭博案件，對於台灣花蓮地方法院中華民國八十四年七月三十一日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決撤銷。

某甲意圖營利供給賭博場所，處有期徒刑貳月，併科罰金壹仟捌佰元，有期徒刑如易科罰金，罰全如易服勞役，均以叁佰元折算壹日。

扣案之天九牌壹副，現款新台幣伍仟叁佰元沒收。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑法第二百六十八條後段之聚眾賭博罪，其所謂之聚眾，係指集合不特定之多數人，有隨時可以增加之情形而言。本件原判決認定「被告某甲於民國八十四年六月十日晚間九時許，意圖營利，提供其不知情之媳婦廖某坐落花蓮縣玉里鎮××里××十九之六號房屋為賭博場所，邀集蔡某、姚某、雷某三人與之在該處以天九牌比大小之方式賭博財物，約定每賭一把則莊家應付抽頭全新台幣（下同）五十元，至當晚九時四十八分許為警當場查獲，扣得

被告所有用於賭博之天九牌一付，賭資（包含已收取之抽頭金二百元）五千三百元」等情。依此事實，被告所爲，固應成立刑法第二百六十八條前段之意圖營利供給賭博場所罪，但其提供賭博場所，邀集蔡某、姚某、雷某與其賭博，抽取頭錢，其所聚集者僅三人，並非不特定之多數人，又無隨時可以增加之情形，自難謂係聚眾，而與同條後段之聚眾賭博罪之構成要件有間，乃原判決竟論以上開二罪名，且認二罪間有一行為觸犯二罪名之想像競合關係，而從一重之聚眾賭博罪處斷。另原判決既認定扣案之五千三百元，其中二百元爲被告已抽取之頭錢，則該二百元乃係被告因犯罪所得之財物，自應依刑法第三十八條第一項第三款諭知沒收。原判決竟將該二百元，連同其餘賭資五千一百元，併依同條項第二款宣告沒收，自均有判決適用法則不當之違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決撤銷，另行改判，以資救濟。至原判決論結欄雖引用刑法第二百六十六條第一項，但原判決既未援引該法條論處被告罪刑，核係屬贅引，於判決本旨不生影響，自不得據爲非常上訴之理由，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但書，刑法第二百六十八條前段、第四十一條、第四十二條第二項、第三十八條第一項第二款、第三款，罰金罰鍰提高標準條例第一條前段、第二條，判決如左。

中華民國 八十五年 九月 十一 日

【第叁拾貳案】

一、關係條文

刑法 第二百七十六條第二項。

勞工安全衛生法 第五條第一項第五款、第二十八條第二項第一款、第三十一條第一項。
刑事訴訟法 第三百七十八條、第三百七十九條第十四款。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，判決不載理由或理由矛盾者，其判決當然爲違背法令。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。依原判決事實欄記載之事實，『被告係××裝潢設計工程有限公司負責人，於八十二年十二月間承包××保齡球館整修工程，應注意就其僱用之勞工從事上開作業時，有自二公尺以上高度之工作台跌落之虞，須提供防止墜落之安全設備，以維護勞工之安全。且依其情形，並非不能注意，竟未注意而未於該處屋頂鷹架設置防墜安全設備。其僱用之勞工林某於八十二年十

二月八日下午五時許，在二公尺高之施工架上釘天花板，因無安全設備支撐，腳部未踩穩，至造成後仰而墜落於施工架旁之地面上，顱內出血，經送醫後於翌日凌晨零時十分許不治死亡。』依此事實，被告除應負違反勞工安全衛生法之罪責外，對於勞工林某之死亡結果之發生，並應負應注意，且能注意而不注意之過失致人於死責任。二罪屬裁判上一罪，應從一重處斷。原判決理由欄亦認為被告對於勞工之工作場所應有符合標準而可防止墜落之必要設備，依去『有注意之義務，依當時情形又非不能注意。竟未按規定採取防止墜落之措施，致林某於施工時不慎自二公尺以上之工作台跌落而死亡，顯有過失。』乃竟僅論被告以違反勞工安全衛生法第五條第一項第五款之規定，致生同法第二十八條第二項第一款之職業（死亡）災害，成同法第三十一條第一項之罪，置被告應負之業務過失致人於死罪責於不論。依首開說明，顯屬違法。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

八十四年度台非字第三〇九號

被告 某甲

右上訴人因被告違反勞工安全衛生法案件，對於台灣新竹地方法院中華民國八十三年二月二十八日第一審確定判決，認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於某甲違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。本件原判決認定被告某甲為××裝潢設計工程有限公司（下稱××公司）之負責人，於民國八十二年十二月間承包××保齡球館整修工作，應注意就其僱用之勞工從事上開作業時，有自二公尺以上高度之工作台跌落之虞，須提供防止墜落之安全設備，以維護勞工之安全，且依其情形並非不能注意，竟未注意，而未於該處屋頂鷹架設置防墜安全設備，嗣其僱用之勞工林某於八十二年十二月八日下午五時許，在二公尺高之施工架上釘天花板，因無安全設備支撐，腳部未踩穩，致造成後仰而墜落於施工架旁之地面上，顱內出血，經送醫後於翌（十九）日凌晨零時十分許，不治死亡等情。並於理由欄記載「被告對於僱用勞工在高度二公尺

以上之作業場所工作時，應有符合標準而可防止墜落之必要安全設備，例如提供安全帶供勞工使用，並在勞工工作之工作台上方配置繫掛安全帶之裝置等，· 自有注意之義務，而依當時情形又非不能注意，竟未按規定採取防止墜落之措施，致林某於施工時不慎自二公尺以上之工作台跌落而死亡，顯有過失，況查本件職業死亡災害，經台灣省政府勞工處北區勞工檢查所鑑定結果，亦採相同見解，有該所八十三年一月十五日(83)北檢四字第八一九號函及所附之職業災害檢查報告書可稽，又被告之過失行為與被害人林某之死亡間，具有相當因果關係」等語。由上可見，原判決就被告之業務過失致人於死罪部分，已於事實欄內認定，復於理由內說明，乃論處以違反勞工安全衛生法罪刑，而末論處業務過失致人於死罪刑，自有判決不適用法則之違法。案經確定，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，應由本院將原判決關於被告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，判決如王又。

中華民國八十四年八月三十一日

【第三拾叁案】

一、關係條文

刑法 第二百七十七條第一項、第二百八十七條前段。
刑事訴訟法 第三百七十八條、第三百零三條第三款。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。次按刑法第二百七十七條第一項之傷害罪，係同法第二百八十七條前段規定須告訴乃論。本件被告某甲於八十四年四月十七日中午十二時四十分許在屏東市××路××號任處，因細故持柴刀一把砍傷被害人潘某左額部裂痕十三×二×一公分及前額骨粉碎，經被告向屏東縣警察局長分局民生派出所自首，案經台灣屏東地方法院檢察署檢察官以殺人未遂罪提起公訴，惟該案被害人潘某於警訊時及檢察官偵查中均未就傷害或殺人未遂罪提出告訴，分別有警訊及檢察官偵查卷可稽，嗣該案經台灣屏東地方法院審理結果認被告無殺人之犯意，乃變更

起訴法條，於八十四年七月十一日以八十四年度訴字第三××號，依刑法第二百七十七條第一項之傷害罪量處被告有期徒刑二年，柴刀一把沒收，案由被告提起上訴於台灣高等法院高雄分院，經該院以八十四年上易字第一五××號受理後，被告於判決前之八十四年十月三日撤回上訴而告確定。查原判決法院就未經告訴之傷害罪逕行爲論罪科刑之判決，依前開法條所示，其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

八十四年度台非字第四三九號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被 告 某甲

右上訴人因被告傷害案件，對於台灣屏東地方法院中華民國八十四年十月三日第一審確定判決，認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決撤銷。

本件不受理。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用不當者爲違背法令，又告訴或請求未乃論之罪，未經告訴、請求或其告訴，應諭知不受理之判決，刑事訴訟法第三百七十八條、第三百零三條第三款分別定有明文，本件被告某甲於八十四年四月十七日中午十二時四十分許在屏東市××路××號住處，因細故持柴刀一把砍傷被害人潘某左顳部裂痕十三×二×一公分及前額骨粉碎，經被告向屏東縣警察局屏東分局民生派出所自首，案經台灣屏東地方法院檢察署檢察官以殺人未遂罪提起公訴，惟該案被害人潘某於警訊時及檢察官偵查中均未就傷害或殺人未遂罪提出告訴，分別有警訊及檢察官偵查卷可稽，嗣該案經台灣屏東地方法院審理結果認被告無殺人之犯意，乃變更起訴法條，於八十四年七月十一日以八十四年度訴字第三××號，依刑法第二百七十七條第一項之傷害罪量處被告有期徒刑二年，柴刀一把沒收，案由被告提起上訴於台灣高等法院高雄分院，經該院以八十四年上易字第一五××號受理後，被告於判決前之八十四年十月三日撤回上訴而告確定。本件傷害罪既未經告訴，依法應爲不受理之判決，原判決不當，竟予論處有期徒刑二年，顯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，尙有理由，應由本院將原判決撤銷，另行判決，用示糾正。
據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款後段、第三百零三條第三款，判決如王又。

中 華 民 國 八 十 四 年 十 二 月 六 日

【第三拾肆案】

一、關係條文

刑法 第三百零二條第一項、第三百零四條第一項。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又強制罪，重在保護個人之意思自由，而剝奪人行動自由罪，則重在保護個人行動自由，且後者，其處罰較前者爲重，故行爲人以使人行無義務之事爲目的，而其方法已達於剝奪人之行動自由之程度時，其使人行無義務之事，已爲剝奪人行動自由之行爲所吸收，應僅成立剝奪人行動自由罪，不能以其目的係在使人行無義務之事，即認爲係觸犯刑法第三百零四條第一項之強制罪（最高法院二十九年上半年第二三五九號判例參照）。本件原判決依其確認之事實，認定被害人王某於八十二年十二月二十九日下午四時許，在台東市博愛路四九八巷十六

號武安宮下車遭被告某甲、某乙二人聯手圍毆時起，至被害人王某於同日下午六時許，書工拋棄書後，始行離去時止之情觀之，被害人王某顯然已遭被告二人以非法方法剝奪其行動自由，達二個小時之久。揆諸前開說明，原判決應依剝奪人行動自由罪之規定論處，始為適法。乃原判決竟仍以強制罪論科，自有判決適用法則不當之違誤。案經確定，雖非不利於被告，但為統一法律之適用，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。

二、附錄

最高法院刑事判決

八十五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

某乙

右上訴人因被告等妨害自由案件，對於台灣高等法院花蓮分院中華民國八十五年七月十一日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 文

原判決關於某甲、某乙違背法令部分撤銷。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用不當者，其判決爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又行爲人以使人行無義務之事爲目的，而其方法已達於剝奪人之行動自由之程度時，其使人行無義務之事，已爲剝奪人行動自由之行爲所吸收，應僅成工剝奪人行動自由罪，不再論刑法第三百零四條第一項之強制罪。本件原判決確認之事實爲某甲、某乙於民國八十二年十二月二十九日下午四時許，電邀王某至台東縣台東市博愛路四九八巷十六號武安宮見面，明知王某並無交付所駕駛蘭吉雅自用小客車及書工汽車拋棄書之義務，亦明知王某並無交付房地權狀之義務，竟於王某甫下車，即予圍毆，致王某左側腹部挫傷併瘀血及左手下背部挫傷瘀血，不支倒地（傷害部分業於檢察官偵查中撤回告訴），仍不肯罷休，又將王某拖入武安宮辦公室繼續毆打，並由某乙將王某所開上開小客車之鑰匙拔下，交由某甲保管，並逼迫王某簽署汽車拋棄書，取走該車以資抵償部分債款，且要求王某於八十三年一月十日下午九時許，備妥新台幣（下同）九十一萬二千元及將台東縣台東市××街××號王某所有房地權狀交付，使王某心生畏懼不敢反抗，遂於同日下午六時許，不得已同意書工以其所有前開蘭吉

雅轎車頂讓於某甲，向欠九十一萬二千元定於八十三年一月十日償還清楚之拋棄書後，始行離去，依其所認定之事實，被告某甲、某乙爲使王某簽署上開汽車拋棄書，取走該車抵償部分債款，且爲使王某交付上開所有房地權狀及同意書上尚欠九十一萬二千元定於八十三年一月十日償還清楚之拋棄書，而以毆打王某使之受傷，又將之拖入武安宮辦公室繼續毆打，並將王某所有上開汽車之鑰匙拔下，使之不能離去之強暴脅迫手段，迨至王某不得已於八十三年十二月二十九日下午六時許，書工上開拋棄書被取走上開汽車之行無義務之事後，始行離去，其間即自八十三年十二月二十九日下午四時許至同日下午六時許止之二個小時，王某顯然已因被告二人之強暴脅迫而無法行動自由，則被告二人以使王某行無義務之事爲目的，其使用之方法已達於剝奪王某行動自由之程度，依上開說明，彼等二人所爲使人行無義務之事，已爲剝奪人行動自由之行爲所吸收，應僅成工刑法第三百零二條第一項之以非法方法剝奪人行動自由罪，而不再論以同法第三百零四條第一項之強制罪。乃原判決未予細查勾稽，竟以刑法第三百零四條第一項之強制罪論處，顯有適用法則不當之違法。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由，惟原判決尚非不利於被告等，應由本院將原判決關於被告二人違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中華民國八十年十月四日

【第三拾伍案】

一、關係條文

刑法 第三百零四條第一項。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。依本件原判決事實欄所記載之事實，被告係「基於共同不法索債之犯意，持前開不獲付款之支票，先於八十四年四月二十日下午一時許，至陳某仁在台北縣××市××街××號店內，由某甲自稱律師，前來解決爭據債務。未經陳某同意，即自行動手在店內紙盒、紙箱內搜尋名片及相關資料，妨害陳某行使權利，並對陳某恐嚇稱 第二天一定要將錢準備好，否則讓你好看等語。致陳某心生畏懼，隨後始行離去。又某甲於同年五月六日以電話聯絡，先以客氣之口氣向陳某稱請陳某於同年五月八日至××聯合法律事務所協商，並配合找許某出面以

解決會款事宜。致陳某不疑有他，遂於五月八日下午一時四十五分許依約前往。詎某甲與某乙竟與另一不詳姓名年籍之男子，候在該法律事務所內，由該另一不詳姓名之男子出言對陳某脅迫稱：「今天休想回去，不然自殺好了。如從八樓跳下去太高會怕的話，要帶其至五樓跳，致陳某心生畏懼。隨後由某甲提議而強使陳某開工金額七十七萬元、發票日為同年五月七日本票一紙，並強要陳某在該本票上書工與前述債務無任何關連之陳某之妻林××、大女兒陳××、二女兒陳××之名而同為共同發票人及留下陳某南部二仁兄長之電話，如不從並作勢要打，使陳某行無義務之事後，始讓陳某離去。」可知被告一切行為，均係「基於共同不法索債之犯意」而為，故所有對被害人陳某之強暴脅迫，均在其「不法索債」之單一意念之中。而刑法第三百零四條第一項之強制罪，無論係「使人行無義務之事」或「妨害人行使權利」，莫不以強暴脅迫為要件。被告既係基於「不法索債」之單一意念而對陳某為強暴脅迫，先後數個動作，應屬接續行為而為單純一罪，核與刑法第五十五條後段規定犯一罪而其方法或結果之行為犯他罪名之牽連犯迥不相同。原判決理由項下謂被告八十四年四月二十日所為，成工刑法第三百零四條第一項前後段以脅迫使人行無義務之事及強暴妨害人行使權利二罪，同年五月八日所為犯同條項前段以脅迫使人行無義務之事罪。「所犯三罪間，有方法結果之牽連關係，應從一重以刑法第三百零四條第一項前段之罪處斷。」其法則之適用，顯屬不當。

又刑法第三百零四條第一項之強制罪，係以強暴脅迫爲要件，已見前述。原判決事實欄記載被告於八十四年四月二十日下午一時許，至陳某店內，「未經陳某同意，即自行動手在店內紙盒、紙箱內搜尋名片及相關資料」部分，並無被告施用強暴脅迫之記載，即與刑法第三百零四條第一項以「強暴脅迫妨害人行使權利」罪之構成要件不合。經核閱全卷，無論被害人之指訴或被告之供述，亦無被告就該部分使用強暴脅迫行爲之資料。原判決就該部分論被告以刑法第三百零四條第一項之妨害人行使權利罪，尤屬無據。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，俾資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十五年度台非字第一四四號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

某乙

右上訴人因被告等妨害自由案件，對於台灣高等法院中華民國八十五年二月十四日第二審確定判決，認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決撤銷，由台灣高等法院依判決前之程序更爲審判。

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，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又刑法第三百零四條第一項規定，以強暴、脅迫使人行無義務之事，或妨害人行使權利者，係以對被害人實施強暴、脅迫爲構成要件，而所謂「使人行無義務之事」，係指他人本無作爲或不作爲之義務，另所謂「妨害人行使權利」，係指對於他人行使正當之權利加以妨害者而言。倘若未以強暴、脅迫之手段妨害他人行使權利、或對之施加強暴脅迫使人行非義務之事，則除步犯他罪名外，核與上開罪名之成立要件有間，尚難遽以該條項罪名論擬。原判決於事實欄認定被告某甲受某丙、某丁之託處理與許某間會款糾紛，因某丁持有許某以陳某所簽發付款人爲台北銀行社子分行，民國八十四年四月十八日期票號SI二〇六五九××號，面額新台幣七十七萬元之不獲付款支票，詎某甲竟不循合法之程序，而與其所私下僱請之某乙，基於共同不法索債之犯意，持上開不獲付款之支票，先於八十四年四月二十日下午一時許，至陳某仁在台北縣××市××街××號店內，由某甲自稱「×律師」前來解決票據債務，

未經陳某同意，即自行動手在店內紙盒、紙箱內搜尋名片及相關資料，妨害陳某行使權利等情，於判決理由內敘明被告等此部分行為，係犯刑法第三百零四條第一項後段以強暴妨害人行行使權利之罪。然查原判決就被告等對陳某究竟如何施以強暴之手段並未明確認定詳細記載，況遍查全卷此部分證據資料之載示，無論被害人陳某之指訴，或被告等之供述，除未經陳某之同意外，亦乏被告等確有對陳某施加強暴抑或脅迫行為之證據足佐，可見原判決遽論以該項罪名，已難謂為適法。又依卷附被害人陳某之指訴，及證人某丙、某丁於警訊、偵審中之證述相互勾稽顯示，陳某既供認上開支票係其簽發借與許某使用屆期未兌現付款無訛，則其本即有依票據上所載又義負清償票款之義務，甚為瞭然，被告等受託於持上開不獲付款支票向其索債未果時，苟有如原判決事實認定對陳某恐嚇稱「第二天一定要將錢準備好，否則讓你好看」等情屬實，惟此核與刑法第三百零四條第一項前段規定，必以脅迫使人行無義務之事始克相當之構成要件，亦有未合，原判決此部分併論以脅迫使人行無義務之事之罪，即難謂無適用法則不當之違誤。綜上所述，原審未察，就上述二部分依牽連犯之例與被告等八十四年五月八日所犯刑法第三百零四條第一項前段以脅迫使人行無義務之事罪，從一重處斷，不無適用法則不當之違背法令，而顯然於判決有影響。案經確定，且於被告等不利，非常上訴意旨，執以指摘，非無理由，應由本院將原判決撤銷，為維持被告某甲、某乙審級之利益，

爰發回原法院依判決前之程序更爲審判，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款、第二項前段，判決如左。

中華民國二十六年六月十三日

【第三拾陸案】

一、關係條文

刑法 第三百零四條、第三百零五條。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。刑法第三百零五條之恐嚇危害安全罪，係以將加害惡之旨，通知於人，使生畏怖心之謂。若以強暴脅迫手段，使人行無義務之事或妨害人行使權利，已構成同法第三百零四條之強制罪。縱有恐嚇行爲，亦僅屬犯強制罪之手段，無更論以恐嚇危害安全罪之餘地。本件原判決事實欄認定之犯罪事實，係引用檢察官起訴書之記載。而檢察官起訴書所記載之犯罪事實，則係被告於八十三年六月二十六日下午五時十分，在南投縣草屯鎮××路一二九號前，因道路施工拆屋等事，與其嫂林女發生口角，竟嚇令林女下跪，並以雙手掐住林女脖子，使林女不支

倒地昏迷，再以冷水潑麗林女，又揚言『要把林埋在水溝裡』，『你們全家不夠死』等語。以加害生命之事恐嚇林女，使林女心生畏懼。基此事實，被告所為掐林女脖子，又揚言『要把林埋在水溝裡』或『你們全家不夠死』等強暴脅迫行為，均係嚇令林女下跪之手段，即應論以刑法第三百零四條之強制罪。原判決竟僅論以恐嚇危害安全罪，適用刑法第三百零五條論科，揆諸首開說明，顯屬違法。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十四年度台非字第一九四號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告恐嚇案件，對於台灣南投地方法院中華民國八十三年十一月十七日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用不當者爲違背法令。刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又按刑法第三百零五條之恐嚇危害安全罪，係指單純以將來加害生命、身體、自由、名譽、財產之事，恐嚇他人致生危害於安全者而言，如對於他人之生命、身體等，以現實之強暴、脅迫手段加以危害要挾，使人行無義務之事或妨害人行使權利，即應構成刑法第三百零四條之強制罪，縱有恐嚇行爲，亦僅屬犯強制罪之手段，無更論以恐嚇危害安全罪之餘地。本件原確定判決認定被告某甲因道路施工拆屋等事與其嫂林女發生口角，竟嚇令林女下跪，並以雙手掐住林女脖子，使林女不支倒地，再以冷水潑灑，又揚言「要把林埋在水溝裡」、「你們全家不夠死」等情之事實，顯已以強暴手段，使人行無義務之事或妨害人行使權利，極其行爲應成「刑法第三百零四條第一項之強制罪，乃原判決竟論以恐嚇危害安全罪，即有適用法則不當之違法。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，惟原判決尚非不利於被告，應僅將原判決關於違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中華民國 八十四年 六月 十五日

【第叁拾柒案】

一、關係條文

刑法 第三百二十條、第三百二十一條第一項。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按刑法第三百二十一條第一項所列各款，乃竊盜之加重要件，行爲人是否構成該條項之犯罪，仍應視行爲人是否著手實施同法第三百二十條之竊盜行爲而定。而竊盜行爲之著手，係以已否開始財物之搜尋爲要件。若行爲人僅具備刑法第三百二十一條之加重行爲而尚未爲同法第三百二十條之竊盜著手行爲，仍不能以該條項之未遂論科。查本件原判決其犯罪事實，認定被告「嗣於八十三年十二月六日凌晨二時許，至高雄縣鳳山市××路××號李某所開設兼任家之××商店，以其所有之上開干口長起子、鴨嘴鉗等兇器，「撬壞」該店之鐵門，戴手套、持小型手電筒」尚未入內行竊財物」，爲屋王李某聽到聲音、速報警當場查獲，

而未竊盜得逞」。據此以觀，被告就本次竊盜行為，僅止於攜帶兇器及「毀壞」鐵門（尚未越門）之加重要件行為，既未進入店內，更未開始搜尋財物，而撬壞鐵門，不過竊盜之預備行為，不能認為竊盜行為之著手，自無竊盜未遂可言。詎原判決理由由五，竟謂「，其所為附表編號十之部分（即上開事實），攜帶兇器毀壞門扇尚未入內竊盜，係犯同法第三百廿一條第二項、第一項第三款、第二項之攜帶兇器毀壞門扇竊盜未遂罪。其先後犯行，反覆為之，而犯同一之罪名，顯係基於概括之犯意，應依連續犯之規定論以情節較重之附表編號八所示之攜帶兇器於夜間侵入住宅竊盜既遂罪……」。顯有適用法律不當之違法。又本次行為雖不構成竊盜未遂罪，但撬壞鐵門部分，業經被害人李某向警察派出所報案，自屬已經告訴，則應就毀損部分之犯罪與原判決附表編號一至九之連續竊盜部分分論併罰。原判決既有上開適用法則不當之違法，且經確定，復對被告不利，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

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

八十五年度台非字第一一六號

被告 某甲

右上訴人因被告竊盜案件，對於台灣高等法院高雄分院中華民國八十四年五月十八日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

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）

本院按刑法第三百二十一條第一項各款所列情形，乃竊盜之加重要件，行為人是否構成該條項之犯罪，仍應視行為人是否著手實施同法第三百二十條之竊盜行為而定。而竊盜行為之著手，係以已否開始財物之搜尋為要件，若行為人僅著手於刑法第三百二十一條第一項各款所列之加重要件行為，而尚未為竊盜行為之著手者，仍不能以該條竊盜罪之未遂犯論科。查原判決事實欄記載被告「嗣於八十三年十二月六日凌晨二時許，至高雄縣鳳山市××路××號李某所開設兼任家之××雜貨批發商店，以其所有之上開千口長起子，鴨嘴鉗等兇器，撬壞該店之鐵門，戴手套，持小型手電筒向未入內行竊財物，為屋主李某聽到聲音，速報警當場查獲，而未竊盜得逞。」等情，據此以觀，被告就本次竊盜行為，僅止於攜帶兇器及毀

壞鐵門（尚未越門）之加重要件行爲，其既未進入店內，更未開始搜尋財物，尚難認爲竊盜行爲之著手，自無竊盜未遂可言。乃原判決竟認被告此部分係犯刑法第三百二十一條第二項、第一項第三款、第二款之攜帶兇器毀壞門扇竊盜未遂罪，並與原判決附表編號一至九竊盜部分有連續犯關係，而從一重論以攜帶兇器於夜間侵入住宅竊盜既遂罪，難謂無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，尙有理由，應由本院將原判決撤銷，惟非常上訴爲法律審，關於被告毀壞鐵門部分，是否業據合法告訴，未可逕行加以調查審認，自無從依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書之規定，自爲判決，爲維持被告審級利益之必要，應由原審法院依判決前之程序更爲審判，以資救濟。

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

中華民國二十五年五月九日

【第叁拾捌案】

一、關係條文

刑法 第三百二十條第一項、第三百二十一條第一項第二款、第三十八條第一項

第三款。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又因犯罪所得之物，以屬於犯人所有者爲限，始得沒收之。刑法第三十八條第三項亦有明文規定。本件扣案之新台幣（下同）二千八百九十元，係被告於本年六月十一日及十二日，先後在台北市忠孝西路與中華路上，他人所有之小客車內行竊而來。係被害人遭竊之贓物，並非被告所有。原判決以其係被告因犯罪所得之物，適用刑法第三十八條第一項第三款論知沒收，顯屬違法。又刑法第三百二十一條第一項第二款所謂「其他安全設備」，係指固定於土

地上之建築物或工作物之安全設備而言。觀諸原條又係緊接於門扇、牆垣之下而為規定可知。若謂汽車車窗亦係刑法第三百二十一條第一項第二款之安全設備，毀越行竊，係犯刑法第三百二十一條第一項之加重竊盜罪。由於汽車屬於動產之一種，則行竊汽車者僅犯刑法第三百二十條第一項之普通竊盜罪，顯非立法本意。原判決以被告敲破小客車車窗玻璃行竊，係犯刑法第三百二十一條第一項第二款之加重竊盜罪，其法則之適用，亦屬不當，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

八十五年度台非字第三一三號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告竊盜案件，對於台灣台北地方法院中華民國八十五年七月二十六日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決撤銷，由台灣台北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）

本院按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，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、第三項明文規定因犯罪所得之物，除有特別規定外，以屬於犯人者爲限，始得沒收。倘犯罪所得之物其所有權並不屬犯人時，自不在得宣告沒收之列。本件原確定判決既認定扣得之贓款二千八百九十元係被告行竊所得，且被告於八十五年六月十三日警訊時亦供承稱「是我在八十五年六月十一日十八時在忠孝西路上及在八十五年六月十二日十九時三十分在中華路上的營業小客車內所竊得的」。可見上開贓款係被害人遭竊之物，並非被告所有，至爲賾然。原判決不察，率認係被告因犯罪所得之物，適用刑法第三十八條第一項第三款論知沒收，已難謂無適用法則不當之違誤。再按刑法第三百二十一條第三項第二款所謂「其他安全設備」，係指具有隔絕防閑作用，並固定於土地之上建築物或工作物之安全設備而言。而汽車爲屬動產之一種，雖其車窗兼具有防閑功能，惟其與上揭竊盜罪之加重條件所指之「安全設備」含義尚屬有間，若將汽車車窗毀壞竊取車內之物，除該毀壞車窗之行爲另步犯他項罪名外，殊難遽以毀壞其他安全設備之加重竊盜罪名相繩。原判決於事實欄記載被告係將停放在路邊之營業小客車車窗玻璃敲破，伸手入內行竊，而於判決理

由內就此部分行為竟誤認援用刑法第三百二十一條第一項第二款「毀越安全設備」規定之竊盜加重條件予以論擬，於法亦有未合，其法則之適用自有不當之違法，而顯然於判決有影響。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨，執以指摘，非無理由，應由本院將原判決撤銷，為維持被告某甲審級之利益，爰發回原法院依判決前之程序更為審判，以資救濟。

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

中華 民國 國 八 十 五 年 十 月 二 十 三 日

【第叁拾玖案】

一、關係條文

刑法 第三百二十一條第一項第一款、第三百二十條第一項。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又公寓樓下之樓梯間，雖僅供各任戶出入通行，然就公寓之整體而言，該樓梯間爲該公寓之一部分，而與公寓有密切不可分之關係。故於夜間侵入公寓樓梯間竊盜，難謂無同時妨害居住安全之情形。自應成立刑法第三百二十一條第一項第一款於夜間侵入住宅竊盜罪。亦有七十六年度台上字第二九七二號判例可供遵循。公寓樓下之樓梯間既係公寓之一部，於夜間侵入竊盜，應成立於夜間侵入住宅竊盜罪，其餘各種住宅之樓梯間自亦相同。依序判決事實欄記載，被告係意圖爲自己不法之所有，於八十二年七月三十日凌晨零時三十分許，在台北市

××街××巷廿九弄一號樓梯間，以自有之鑰匙一支，竊取李某停放於該處之機車，得手後供已騎用。被害人李某即任於該××街××巷廿九弄一號五樓，則被告之行爲，即構成刑法第三百二十一條第一項第一款於夜間侵入住宅竊盜罪。原判決竟論以普通竊盜罪，適用刑法第三百二十條第一項論科，殊屬違法。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，用予糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十三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

右上訴人因被告竊盜案件，對於台灣高等法院中華民國八十二年十二月八日第二審確定判決，認爲違背法令，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院查判決適用法則不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。本件依原判決所確認之事實，既謂被告某甲於民國八十一年間因違反麻醉藥品管理條例案件，經台灣台北地方法院士林分院判處有期徒刑六月，於八十一年十月廿三日易科罰金執行完畢，仍不知悔改，復意圖爲自己不法之所有，於八十二年七月三十日凌晨零時三十分許，在台北市×街××巷廿九弄一號樓梯間，以其所有之機車鑰匙一支，竊取李某停放於該處之OY P—三××號機車，得手後供已騎用，迄同日凌晨二時許，騎經台北市通河東街堤防上時，爲警查獲，並扣得上開行竊用鑰匙一支等情。則被告於夜間侵入被害人李某居住公寓一樓樓梯間竊取其機車，係犯刑法第三百二十一條第一項第一款於夜間侵入住宅竊盜罪。乃原判決竟誤認其係犯同法第三百二十條第一項之竊盜罪，予以論科，難謂無判決適用法則不當之違法。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由。但原判決尚非不利於被告，爰將關於原判決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，判決如王又。

中華民國八十年六月二十三日

【第肆拾案】

一、關係條文

刑法 第三百二十一條第一項第二款、第三款、第三百零六條第一項。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又毀越門扇入室行竊，其越入行爲即屬侵入住宅，已結合於所犯加重竊盜之罪質中，無更構成侵入住宅罪之理，亦經最高法院著有二十七年上字第一八八七號判例可供參考。本件原判決既在事實欄內記載被告係以起子、鐵剪各一把破壞門鎖，進入桃園市××街××號等處住宅，竊取王某等人之財物，構成連續攜帶兇器毀越門扇竊盜罪。依前開判例意旨，其無故侵入王某等住宅部分，即已結合於其所犯毀越門扇竊盜罪質中，不應再論刑法第三百零六條第一項無故侵入住宅罪。原判決除論以刑法第三百二十一條第一項第二款之罪外，竟另論以刑

法第三百零六條第一項之無故侵入住宅罪，且二者係想像競合犯，從一重之刑法第三百二十一條第一項第二款之加重竊盜罪論科，徵諸首開說明，其法則之適用，自欠妥適，顯為違背法令。又原判決認定被告某甲以鐵剪、起子破壞門鎖入內竊取云云（見原判決附件之犯罪手法欄）並未認定被告有越入之行爲，惟理由及王又則認被告犯有毀越門扇竊盜罪，互相矛盾，亦屬違背法令（參見最高法院四十三年台上字第三七七號判例）。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，以資救濟並予糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十三年度台非字第四〇號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告竊盜案件，對於台灣桃園地方法院中華民國八十二年七月二十八日確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於某甲部分撤銷。

某甲共同連續攜帶兇器毀損門扇竊盜，累犯，處有期徒刑貳年壹月。起子及鐵剪各一把沒收。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑法第三百二十一條第一項第二款之毀越門扇竊盜罪，係指毀損及踰越門扇入室竊盜而言，如其入室行竊，僅毀損而未踰越門扇，或僅有踰越而未毀損門扇，均不得併論「毀」或「越」門扇竊盜罪。本件原判決既僅認定被告某甲以鐵剪、起子破壞門鎖入內竊取財物，並未認定被告有踰越門扇之行爲，而竟論被告以共同連續攜帶兇器毀越門扇竊盜累犯罪刑，事實與理由及王又均相矛盾。且毀越門扇而入室行竊，其越入行爲即屬侵入住宅，已結合於所犯加重竊盜之罪質中，無更行構成侵入住宅之理，本院二十七年上字第一八八七號著有判例。原確定判決，既認定被告係犯刑法第三百二十一條第一項第二款、第三款之攜帶兇器毀越門扇竊盜罪，又認其另犯同法第三百零六條第一項之侵入住宅罪，並以該二罪間有想像競合犯關係，而從一重之刑法第三百二十一條第一項第二款、第三款處斷，適用法則亦有未當。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決關於被告部分撤銷，另行判決，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，刑法第二十八條、第五十六條、

第三百二十一條第一項第二款、第三款、第四十七條、第三十八條第一項第二款，判決如王
又。

中華民國三十八年二月四日

【第肆拾壹案】

一、關係條文

刑法 第三百二十四條第二項、第三百二十條第一項。
刑事訴訟法 第三百零三條第三款、第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按配偶間犯竊盜罪者，須告訴乃論，刑法第三百二十四條第二項定有明文。又告訴乃論之罪未經告訴者，應諭知不受理之判決。判決不適用法則或適用不當者，其判決當然為違背法令。刑事訴訟法第三百零三條第三款、第三百七十八條，亦有明文規定。本件被告與被害人王某係夫妻關係，為原判決事實欄所確認。王某於七十九年六月十二日具狀向台灣台北地方法院士林分院檢察署告訴被告與某乙等共同偽造文書一案時，狀內明白表示告訴被告「於七十八年八、九月間，串通某乙及代書某丙，將告訴人所有之房地持分，以假買賣方式，先移轉登記予某乙，旋於二個多月後，又以假買賣方式登記予某甲，並於七十九年四月份擬出

售予訴外人官某。告訴人近日因官某催促遷離，始知上情。查告訴人自始未聞其事，且從未親自簽名蓋章於移轉又件。故被告等之行爲，已合於偽造又書、『盜用印章』及使公務員登載不實等罪之構成要件。請：：依法將被告等偵查起訴。」有原告訴狀附七十九年度偵字第三二〇號卷可稽。可知王某係告訴被告等「盜用印章」、偽造又書。既未明示告訴被告「竊盜印章」，更未告訴被告竊盜其印鑑證明。該偵查卷內又別無告訴人告訴被告竊盜罪之記載。而「盜用」，性質上係屬私取使用後原物返還。與意圖爲自己或第三人不法所有，竊取據以爲己有之情形，顯不相同。且法無處罰明文。故檢察官未一併提起公訴。原審不察，竟於事實欄認定被告「共同意圖爲自己不法之所有，先由某甲於七十八年八月間竊取王某請領取，準備將上述房地持分過戶給其子某丁等人之印鑑證明書及印鑑章：：。」論以刑法第三百二十條第一項之竊盜罪，與所犯偽造私文書等罪，依牽連犯之例，從一重處斷，揆諸首開說明，顯屬違法。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，以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十四年度台非字第_{二二五}號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

右上訴人因被告偽造又書案件，對於台灣高等法院中華民國八十二年十一月十七日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於某甲部分撤銷，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）

本院按於直系血親、配偶、同時共居親屬之間、或其他五親等內血親或三親等內姻親之間，犯刑法第二十九章竊盜罪者，須告訴乃論，刑法第三百二十四條定有明文。又告訴乃論之罪，未經告訴者，因欠缺追訴條件，縱與他項罪名具有牽連犯關係，仍不得依刑法第五十五條規定併予論擬從一重處斷。查查本件告訴人王某於民國七十九年六月十二日具狀向台灣台北地方法院士林分院檢察署告訴被告與某乙等共同偽造又書一案，依其告訴狀內之記載係明白表示告訴被告等盜用印章、偽造又書之犯行，於偵查中檢察官訊以「告某甲、某乙、某丙何

事？」亦僅陳明「我丈夫某甲未經我之同意，將我之北投區××街四十一號二樓房子賣給某乙，不到二個月，又將該房子過戶過來，然後再轉賣官某」等語，均未見有明示告訴被告「竊盜印章」抑或竊盜其印鑑證明，可見王某並未就竊盜部分明確表示訴追之意思，至爲灼然，且是否竊盜？事實亦欠明瞭，縱令於告訴狀內敘及「盜用印章」之字句，惟「盜用」，在性質上係屬私取使用後原物返還，與刑法上之竊盜罪，須意圖爲自己或第三人不法之所有，而取他人所有之物，爲其成主要件之情形有間，自難遽以竊盜罪責論擬，此可由檢察官就此未一併提起公訴，得資稽佐。原審未察，於原判決事實欄內既確認被告某甲與告訴人王某係夫妻關係，竟就未經王某告訴之竊盜部分，於事實認定記載被告某甲共同意圖爲自己不法之所有，先由其於七十八年八月間竊取王某申請領取，準備將上述房地持分過戶給其子某丁等人之印鑑證明書及印鑑章。等情，而於判決理由中復敘明併論以刑法第三百二十條第一項之竊盜罪，再與被告所犯之行使偽造私文書等罪，依牽連犯之例，從一重處斷，揆諸首揭說明，原判決此部分不無適用法則不當之違背法令，而顯然於判決有影響。案經確定，非常上訴意旨，執以指摘，非無理由，應由本院將原判決此部分撤銷，且既不利於被告，爲維持被告某甲審級之利益，爰發回原審法院依判決前之程序更爲審判，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，判決如王又。

中華民國八十四年六月二十九日

【第肆拾貳案】

一、關係條文

刑法 第三百三十五條。

刑事訴訟法 第四百四十七條第一項第一款、第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用法則不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又侵占罪乃以意圖爲自己或第三人不法之所有，而侵占自己持有他人之物爲要件，刑法第三百三十五條亦有明文，原判決認定被告與自訴人合夥出資購買農地一筆，因無自耕農身分，而將該地信託登記在被告之弟某乙名下，並約定由被告全權處理出售土地事宜，嗣被告將該土地出售，竟未將自訴人應得價款分給自訴人，而予侵占入己，因依侵占罪論處被告罪刑，惟查我國並無信託法之頒行，通常所謂信託行爲，係指信託人將財產所有權移轉與受託人，使其成爲權利人，以達到當事人間一定目的之法律行爲而言，受託人在法律上爲所有權

人，在其未將受託財產移轉信託人前，不能謂該財產仍爲信託人所有（最高法院七十二年台非字第九八號刑事判決參照），本件被告與自訴人合購之土地，信託登記在某乙名下，自訴人對該土地並無所有權，茲被告管理該土地，且得所有權人某乙之事先授權使用印章以出售土地，其所爲處分土地之行爲完全有效，與所有權人自行出售土地無異，被告應無侵占系爭土地可言，至被告賣地所得價金，在交付自訴人前尚非自訴人所有，被告雖未將價金分予自訴人，可不生持有自訴人之物予以侵占之問題，原判決依侵占罪對被告論罪科刑，即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

八十四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

右上訴人因被告侵占案件，對於台灣高等法院中華民國八十四年一月二十五日第二審確定判決，認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

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 判決理由矛盾，致適用法令違誤者，為判決違背法令，有刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款之適用。本件原判決認定被告某甲與簡某合夥購買新竹縣竹東鎮××段二之六號農地一筆，因二人均無自耕農身分，乃登記為有自耕農身分之某乙所有，實際則由被告管理，約定嗣後由被告全權處理出售該土地事宜，所得價金應分配與簡某三分之一。至同年九月間，被告竟隱瞞簡某，私自將該土地按每坪新台幣八千元價格出售，所得價款，悉數侵占入己等情，理由欄竟又謂系爭土地雖登記為某乙名義，然實際上土地買賣價金及税金均由被告支付，某乙並將印章放在被告開設之代書事務所，授權被告使用，足證土地實際由被告管理，為實際上之持有人，雖該合夥契約書載有簡某應分配實得價金三分之一，然按合夥契約書意旨，被告擅自處分其持有之不動產土地，所得價款私自併為己用，隱瞞不告知簡某，其有易持有為所有之意思，甚為明顯。並稱被告處分土地時，有為自己不法所有之意圖云云，維持第一審論處被告刑法第三百三十五條第一項罪刑之判決，駁回其上訴，既認定被告出售

系爭土地，事前已獲權利人簡某授權（約定由被告全權處理出售）爲有權爲之，又謂被告隱瞞簡某私自出賣該土地爲侵占，論理上顯然矛盾，致適用法令違誤，自屬判決違背法令。非常上訴意旨，執以指摘，尙有理由（非常上訴意旨，謂被告有權處分系爭土地，其處分該土地及賣得價金未分配簡某，均不成工侵占罪，指原判決論罪爲適用法則不當，則原判決認爲被告犯侵占罪所說明之心證理由矛盾，自亦爲其上訴範圍），應由本院將原判決撤銷。又原判決不利於被告，且認本件有維持被告審級利益之必要，爰發回原審法院依判決前之程序更爲審判。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款第二項，判決如左。

中華民國二十八年五月四日

【第肆拾叁案】

一、關係條文

刑法 第三百三十七條、第三百四十九條。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用法則不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。原判決認定被告於八十三年九月中旬，在桃園縣大溪鎮仁華里七鄰三塊厝五號附近之垃圾堆，見前由秦某於八十二年九月四日凌晨六時許，在桃園縣龜山鄉處頭山三聖宮前所竊得陳某所有之RTT—六××號機車，經秦某騎用後故障，棄置該處，被告即意圖爲自己不法之所有，牽回家中修理，而侵占入己，嗣適逢秦某至被告住宅，發現渠前所竊之機車在被告處，乃告知被告該車爲其所竊，並要求被告代爲保密，被告聞此，知該車係贓物，竟另行起意，仍予收受，而依侵占脫離物罪及收受贓物罪，對被告論罪科刑，惟查原判決既認被告將

機車牽回修理時，係犯侵占脫離物罪，則被告當時對機車已易持有為所有。縱其後秦某告以該機車係贓物，其既無另有收贓之行爲，僅係其侵占脫離物罪狀態繼續而已，自無收受贓物可言，原判決論以贓物罪，應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

八十四年度台非字第248號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告贓物案件，對於台灣桃園地方法院中華民國八十四年二月十六日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於收受贓物罪部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑法第三百三十七條之侵占脫離物罪，係即成犯，以凡拾得他人之物者，未予通知所有人或公告招領，爲自己或第三人不法所有之意思與行爲即爲完成。原判決既認該機車經秦某騎用後故障棄置該處，被告即意圖爲自己不法之所有，牽回家中修理，而侵占入己。則被告當時對該機車已易持有爲所有，縱其後秦某告以該機車係贓物，其並無另有收受贓物之行爲，僅係其侵占脫離物罪狀態繼續而已，自無收受贓物之可言，原判決竟再論以贓物罪，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，尙有理由，查檢察官起訴之事實，業經原判決論處侵占脫離物罪刑確定，則對於同一事實，再以收受贓物罪重複判決違背法令部分僅由本院撤銷以資糾正即可，無庸另爲裁判，併予敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中華民國三十八年七月十九日

【第肆拾肆案】

一、關係條文

刑法 第三百三十九條第一項、第二項、第五十六條。

中華民國八十年罪刑減刑條例 第二條第一項前段、第八條第一項、第三條、第五條第

二項、第六條。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。本件原判決之事實記載，被告某甲基於概括犯意，於民國七十八年十一月十三日，知悉李某有意購買計程車靠行營業，乃與其已另行起訴之配偶某乙共同意圖爲自己不法之利益，向李某稱願以現金給付方式出售小客車一輛並辦理靠行於××交通有限公司，乃微得不知情之××公司負責人藍某出名，以××公司名義向基隆市大耀汽車股份有限公司以附條件買賣分期

付款方式購入牌照○〇九—五九××號小客車一輛約定價款未清償以前該車仍由大耀公司保有所有權，乃竟向李某詐稱該小客車爲其所有，致李某陷於錯誤，以新台幣（下同）三十四萬八千四百二十二元向某甲夫婦購買。又某甲明知另輛牌號○〇九—五三××號小客車係其以附條件買賣方式分期付款向大耀公司購入，車輛所有權仍屬大耀公司所有，乃向張某詐稱該車爲其所有，致張某亦陷於錯誤，以四十八萬五千元向其購買，旋因其未能繳納分期付款款項，致車輛爲大耀公司取回。乃認被告所爲係得財產上不法利益。而依刑法第三百三十九條第二項論處被告罪刑。惟就上述事實以觀，被告係以隱瞞各該車輛所有權非其所有之事實，而分向被害人詐取購車價款，並非行使詐欺而得財產上不法利益。原判決竟論以詐欺得利罪，自有判決適用法則不當之違法。又被告之詐財行爲係在民國七十八年十一月至十二月之間，而犯罪在七十九年十月三十一日以前者，除別有規定者外，應予減刑。又應減刑之罪，未經判決確定者，於裁判時減其宣告刑，中華民國八十年罪犯減刑條例第二條第一項前段、第八條第一項定有明文，被告所犯之詐欺罪又非在該條例所定不予減刑之列，原判決未依該條例予以減刑，亦有判決不適用法則之違法。案經確定，且對被告不利，應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。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十三年度台非字第一五九號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告詐欺案件，對於台灣基隆地方法院中華民國八十一年十二月十七日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決撤銷。

某甲共同連續意圖為自己不法之所有，以詐術使人將本人之物交付，處有期徒刑拾月，減為有期徒刑伍月。

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。本件依原判決認定之事實，被告某甲與其配偶某乙於七十八年十一月十三日先向被害人李某

詐稱願以現金給付方式出售小客車一輛並辦理靠行於××公司，而以××公司名義向大耀公司以附條件買賣分期付款方式購入○〇九—五九××號小客車一輛約定價款未清償以前該車仍由大耀公司保有所有權，並向李某詐稱該小客車爲其所有，致李某陷於錯誤以三十四萬八千四百二十二元向被告夫婦購買。又被告明知○〇九—五三××號小客車亦係其以附條件買賣分期付款方式向大耀公司購入，車輛所有權仍屬大耀公司所有，而向被害人張某詐稱該車爲其所有，致張某亦陷於錯誤，於七十八年十二月二十五日以四十八萬五千元向其購買，旋因其未繳分期付款款項，致車輛爲大耀公司取回。就上述事實以觀，被告係以隱瞞各該車輛所有權非其所有之事實，而分別向被害人詐取購車價款，並非以詐欺方法得財產上不法利益，核其所爲係犯刑法第三百三十九條第一項之詐欺取財罪，原判決竟論以同條第二項之詐欺得利罪，自有判決適用法則不當之違法。又按犯罪在七十九年十月三十一日以前者，除有中華民國八十年罪犯減刑條例第三條、第五條第二項前段及第六條規定之情形外，應依同條例第二條予以減刑，爲該條例所明定。被告之詐財行爲係在七十八年十一月至十二月之間，乃在七十九年十月三十一日以前，合於上開條例第二條所定之減刑條件，而被告所犯刑法第三百三十九條第一項之罪，不屬於上開條例第三條所列之罪，被告亦無同條例第五條第二項前段或第六條所規定不予減刑之情形，原判決竟未依該條例予以減刑，亦有判決不適用法則之違

法。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨，執以指摘，尙有理由，應由本院將原判決撤銷，自爲判決。核被告所爲係犯刑法第三百三十九條第一項之詐欺取財罪，其先後二次犯行，時間接近，犯罪構成要件相同，顯係基於概括犯意爲之，爲連續犯，又其第一次詐欺犯行與其配偶某乙有犯意聯絡及行爲分擔，爲共同正犯，仍酌處原審所定之刑，並減爲有期徒刑五月，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，刑法第二十八條、第五十六條、第三百三十九條第一項，罰金罰鍰提高標準條例第一條前段，中華民國八十年罪犯減刑條例第四條第二項、第二條第一項乙類（三）、第八條，判決如王又。

中 華 民 國 八 十 三 年 六 月 二 十 三 日

【第肆拾伍案】

一、關係條文

刑法 第三百三十九條、第二百零一條。

刑事訴訟法 第三百七十八條、第三百七十九條第十款、第四百四十七條第一項第一款。
司法院大法官會議釋字 第一八一號解釋。

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，又應於審判期日調查之證據而未予調查者，其判決當然為違背法令，同法第三百七十九條第十款亦有明文。原判決認定被告夥同綽號阿財者，分別與綽號劉太太、吳小姐、林先生等不詳姓名者約六十餘人，共同基於意圖為自己不法所有之概括犯意，自民國八十三年初起，由被告以每張新台幣（下同）七百元至五千元之價格向阿財者購買台北區中小企業銀行內湖分行等金融機構之空頭支票，連續以每張七千元至八千元不等之價格賣予劉太太、吳小姐、

林先生等不詳姓名者約六十餘人，而劉太太、吳小姐、林先生等不詳姓名者約六十餘人再伴稱收得客票而轉讓予不知情之受讓者牟利，使不知情之受讓人誤以爲係真正客票，而交付票面金額之款項或物品，因係共同連續詐欺既遂罪對被告論罪科刑，乃以被告自白販賣不能兌現之空白支票及扣案之支票拾伍張、帳冊叁本、客戶電腦卡片壹佰拾貳張、客戶電腦卡片半成品拾捌張、呼叫器壹具、護貝機壹台、護貝膠膜壹盒及新台幣伍萬叁仟元等爲證據，惟按刑法第三百三十九條詐欺罪之成立，乃以意圖爲自己或第三人不法之所有，以詐術使人將本人或第三人之物交付爲要件，原判決既認被告與劉太太等六十餘人，共同以空白之芭樂票詐騙支票之受讓人，則被告詐欺罪責之成立，自以該劉太太等人已持該空白支票向支票之受讓人行騙，並使之陷於錯誤而交付財物爲必要，然原判決所引用之上開證據均僅能證明被告有將空白支票售予劉太太等六十餘人之行爲，並無證據證明劉太太等人已將該空白支票持向不知情之人行騙，即不能證明被告或被告之共犯劉太太等人已著手於詐欺之犯行（被告將空白空頭支票售予劉太太等人部分，因劉太太等人係明知支票不能兌現而買受，該部分不生詐欺之著手問題）。又扣案帳冊內除載有向被告買受支票者之電話號碼外，復載有被告所售支票之付款行社及支票號碼，乃原審未循線調查該出售之支票是否流通市面，是否有人被騙而持票提示，即逕論被告以連續詐欺既遂罪，自有認定事實不憑證據及應調查之證據未調查之違

法。又被告自承係向阿財者購買已蓋好發票人印章之空白支票出售，其不知票主是誰，則被告顯未得發票人授權以簽發支票，而被告另自承其賣空白支票，如客人要未其填載，其即填載，否則由客人自己填載，按被告既無簽發該支票之權，則不論其係自己填載或交由客人自行填載，均難辭偽造有價證券罪責，原審未調查被告所售空白支票，有無已載填日期、金額而由劉太太等人持以行騙之情形，徒以扣案空白支票上印章與發票人在銀行登記之印鑑相符，即認被告不負偽造有價證券之責，亦有適用法則不當及應調查之證據未調查之違法，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。

二、附錄

最高法院刑事判決

八十四年度台非字第三七二號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告詐欺案件，對於台灣高等法院高雄分院中華民國八十四年四月十三日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決撤銷，由台灣高等法院高雄分院依判決前之程序更爲審判。

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款規定 依本法應於審判期日調查之證據而未予調查者，其判決當然爲違背法令。又依法應予審判期日調查之證據未予調查，致適用法令違誤，而顯然於判決有影響者，該項確定判決，即屬違背法令，應有刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款規定之適用，亦經司法院大法官會議著有釋字第一八一號解釋在案。本件原確定判決以被告夥同阿財者，分別與綽號劉太太、吳小姐、林先生等不詳姓名者約六十餘人，共同基於意圖爲自己不法所有之概括犯意，自民國八十三年初起，由被告以每張新台幣（下同）七百元至五千元之價格，向阿財者購買台北區中小企業銀行內湖分行等金融機構之空頭支票，連續以每張七千元至八千元不等之價格賣予劉太太、吳小姐、林先生等不詳姓名者約六十餘人，而劉太太、吳小姐、林先生等不詳姓名者約六十餘人再佯稱收得客票而轉讓予不知情之受讓者牟利，使不知情之受讓人誤以爲係真正客票，而交付票面全額之款項或物品，因係共同連續詐欺既遂罪對被告論罪科刑，乃以被告自白販賣不能兌現之空白支票及扣案之支票拾伍張、帳冊壹本、客戶電腦十片壹佰拾貳張、客戶電腦卡片半成品拾捌張、呼叫器壹具、護

貝機臺台、護貝膠膜壹盒及新台幣伍萬叁仟元等爲證據。惟按刑法第三百三十九條詐欺罪之成工，乃以意圖爲自己或第三人不法之所有，以詐術使人將本人或第三人之物交付爲要件。原判決既認被告與劉太太等六十餘人，共同以不能兌現之支票詐騙支票之受讓人，則被告詐欺罪責之成工，自以該劉太太等人已持該空白支票向支票之受讓人行騙，並使之陷於錯誤而交付財物爲必要，然原判決所引用之上開證據均僅能證明被告有將空白支票售予劉太太等六十餘人之行爲，並無證據證明劉太太等人已將該空白支票持向不知情之人行騙，即不能證明被告或被告之共犯劉太太等人已著手於詐欺之犯行（被告將空白空頭支票售予劉太太等人部分，因劉太太等人係明知支票不能兌現而買受，該部分不生詐欺之著手問題）。又扣案帳冊內除載有向被告買受支票者之電話號碼外，復載有被告所售支票之付款行社及支票號碼，乃原審未依卷內證據資料，調查該出售之支票是否流通市面，是否有人被騙而持票提示，即遽論被告以連續詐欺既遂罪，自有應調查之證據未調查之違法，而顯然於判決有影響。揆諸上引司法院大法官會議釋字第一八一號解釋意旨，要屬判決違背法令，且不利於被告，案經確定，檢察總長提起非常上訴，執以指摘，尙有理由，爲維持被告審級利益及調查事實之必要，應由本院將原判決撤銷，由原法院依判決前之程序更爲審判，以資救濟。非常上訴意旨另指摘原審未調查被告有否同時觸犯偽造有價證券部分，核其所指未盡職權調查事項，與發回部

分所指未調查者相同，即均以原審就被告或其共犯有無完成支票應行記載事項並持以行使之事實未調查清楚，爲其指摘內容，且持偽造之支票行使以遂詐欺之目的，行爲祇有一個，在審判上有不可分之關係。故非常上訴此部分，自爲發回效力之所及。惟於更審裁判時，應受刑事訴訟法第四百四十七條第二項但書之限制，附此說明。

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

中 華 民 國 八 十 四 年 十 月 十 八 日

【第肆拾陸案】

一、關係條文

刑 法 第三百四十六條第三項第一項、第三百二十條第一項、第五十五條。

懲治盜匪條例 第五條第三項第一項第一款。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法律或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文，本件被告某甲與某乙於八十一年二月十二日晚九時許在高雄市謀議搶劫財物花用，其竊得開山刀一把爲工具，選定光武路××號××商號爲目標，由某乙在外把風，某甲進入店內佯稱購買香煙一包、口香糖一條，並交付店王何女新台幣一百元，於何女找錢之際，取出其身上開山刀以台語向何女嚇稱 小弟不方便，你錢給我，欲使何女無法抗拒，而交付財物，何女見狀，先以煙灰缸及馬克杯丟向被告，嗣乘機撞開被告跑至店外拿起拖把反抗時，適爲鄰人

陳某發現大喊搶劫，被告始奔逃而去等情，爲原判決認定之事實，按所謂以強暴、脅迫使人不能抗拒，須被害人已達喪失意思自由之程度，始與強盜罪相當，本件依原判決認定之事實，被害人既尚能抵抗，意思自由顯未喪失，難謂已達不能抗拒之程度，原判決竟論以強盜罪，不無適用法則不當之違法，案經確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十三年度台非字第五八號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告盜匪等案件，對於台灣高雄地方法院中華民國八十一年三月卅一日第一審確定判決，認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於某甲部分撤銷。

某甲共同意圖爲自己不法之所有，以恐嚇使人將本人之物交付，未遂，處有期徒刑貳年肆月。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按以強暴、脅迫使人交付財物，如其施用強暴、脅迫等威嚇之程度足以抑壓被害人之意思自由，致使不能抗拒而為財物之交付，應屬強盜罪，否則被害人之交付財物與否，仍有自由斟酌之餘地，亦即被害人未達於不能抗拒之程度者，即祇成立恐嚇罪，此為本院最近之見解（本院八十年八月六日、八十年度第四次刑事庭會議決議參照）。本件原確定判決認定被告某甲與某乙（業經以恐嚇取財未遂罪判處罪刑確定）於民國八十一年二月十二日晚上九時許，在高雄市前鎮區××旅社謀議搶劫，而於同晚十時許，先至巷內某豬肉攤竊得開山刀一把為工具，嗣選定光武路××號××商號為目標，由某乙在外把風，被告則持開山刀進入店內向店王何女伴稱購買香煙乙包、口香糖乙條，並交付何女新台幣一百元，而於何女找錢之際取出開山刀以台語向何女嚇稱「小弟不方便，你錢給我。欲使何女無法抗拒而交付財物，何女見狀，以收銀台旁之煙灰缸及馬克杯丟向被告，並於被告持刀進逼，且以左手搶下其欲丟擲之錄音機時稱「不可喊叫，可不准出去」之際，乘機撞開被告，跑至店外拿起拖把反抗。嗣為鄰人陳某發現大喊搶劫及囑何女打電話報警，被告見狀始奔逃而去，並告知把風之某乙一同逃逸，致未取得財物等情。依此事實，被害人何女當時既尚能抵抗，縱有心生畏懼之情

形，惟其意思自由顯未喪失而未達於不能抗拒之程度，理由欄內復說明被告所爲尚未達何女不能抗拒，依前開說明，尚不成工盜匪罪，原判決論以懲治盜匪條例第五條第三項第一項第一款之盜匪未遂罪，並牽連犯刑法第三百二十條第一項之竊盜罪，依刑法第五十五條規定，從一重之盜匪未遂罪處斷，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，尙有理由，應由本院將原判決關於被告部分撤銷改判，核被告所爲，應成工刑法第三百四十六條第三項第一項之恐嚇取財未遂罪及第三百二十條第一項之竊盜罪，關於恐嚇取財罪部分，檢察官認係盜匪罪，因援引懲治盜匪條例第五條第三項第一項第一款提起公訴，起訴法條容有未合，應予變更。被告與某乙間有犯意之聯絡、行爲之分擔，爲共同正犯，惟所犯二罪，有方法結果之牽連關係，應從一重之恐嚇取財未遂罪處斷，爰審酌被告之素行、犯罪之動機、手段及犯罪後之態度等一切情狀，酌情量處有期徒刑二年四月，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書、第三百條，刑法第二十八條、第三百四十六條第三項、第一項、第三百二十條第一項、第五十五條，罰金罰鍰提高標準條例第一條，判決如王又。

中華民國十八年三月九日

【第肆拾柒案】

一、關係條文

刑法 第三百四十九條第一項。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又依學者並實務上之通說，刑法第三百四十九條第一項之收受贓物罪，係指無償受贈或無息消費借貸而取得贓物所有權之謂。故所謂收受，必有交付或授予之行爲。依原判決事實欄所記載之被告收受贓物罪之事實，係謂被告『明知在許某向其承租房屋中之一間房間內，如原判決附表編號一、二、三、五、六、七等物品，均係來源不明之贓物，竟於許某八十一年七月七日死亡後，於八十一年八月間整理許某之房間後，將之收受。』則被告係於所謂贓物之持有人即其房客許某死亡後，於整理許某租住之房間時，擅自將該許某持有之物據爲己有，

並非許某贈與或交付或授予，顯與收受贓物罪之構成要件不符。是被告之行爲，除構成其他罪名外，殊無構成贓物罪之餘地。原判決不察，遽論以收受贓物罪，適用刑法第三百四十九條第一項論罪科刑，顯屬違法，案經確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟，並予糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十三年度台非字第一六一號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告贓物案件，對於台灣台北地方法院士林分院中華民國八十二年十月二十九日第一審確定判決，認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於收受贓物部分撤銷，由台灣台北地方法院士林分院依判決前之程序更爲審判。

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爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又刑法第三百四十九條第一項之收受贓物罪，必有交付或授與贓物之行爲始得構成。本件原判決認定被告某甲明知在許某向其承租房屋中之一間房間內，如原判決附表編號一、二、三、五、六、七等物品，均係來源不明之贓物，竟於許某民國八十一年七月七日死亡後，於八十年八月間整理許某之房間後，將之收受等情，則被告係於其房客即贓物之持有人許某死亡後，於整理其租住之房間時，擅自將許某持有之物據爲己有，並非由許某交付，顯與收受贓物罪之構成要件不符，故被告之行爲是否構成其他罪名外，殊無構成贓物罪之餘地，原判決不察，遽論以收受贓物罪，適用刑法第三百四十九條第一項論罪科刑，顯屬違法，案經確定，上訴意旨執以指摘，尙有理由，且不利於被告，爲維持被告審級之利益，應由本院將原判決關於收受贓物部分撤銷，由原審法院更爲審判，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，判決如王文。

中華民國八十年六月三十日

【第肆拾捌案】

一、關係條文

刑法 第三百五十四條、第三百零四條第一項。
民法 第八百十一條。
刑事訴訟法 第三百七十八條、第三百七十九條第十二款。

二、非常上訴理由

按刑法第三百五十四條之毀損罪，須以毀棄、損壞「他人之物」或致令不堪用，足以生損害於公眾或他人，為成工要件，又刑法第三百零四條之強制罪，須以強暴脅迫使人行無義務之事或妨害人行使權利始克成工，而強暴脅迫之對象，實務上及學者通說，皆以對「人」直接或間接施強暴脅迫為限，對「物」不包括在內。又除刑事訴訟法有特別規定外，未受請求之事項予以判決者，其判決當然為違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第十二款亦定有明文。本件原判決認定被告某甲觸犯妨害自由等罪，所據事實係以 某甲於民國七十八年間

向王某買受案外人賴某所有而登記王某名下之坐落台北縣石門鄉××段××坑小段第四七—二一地號土地，詎某甲明知上開土地緊臨陳某所有坐落台北縣石門鄉××村××別墅巷十二號房屋，寬約四公尺，舖有柏油之馬路是建商賴某於六十二年間將房屋出賣予金某（嗣後金某又將房屋轉賣予陳某）時，約定作為道路使用，詎某甲竟於八十三年十二月二十日僱用不知情之不詳姓名成年工人，以挖土機將上開柏油馬路挖掘損壞，並損壞埋設在馬路下供陳某及另任尸張某、黃某排水用之地下鋼筋混泥土箱涵、自來水管，並在馬路之一端擺放二粒大石頭，妨害陳某通行之權利，足生損害於陳某、張某、黃某。於判決理由欄論述被告某甲所犯之罪時則以 查告訴人陳某因買賣繼受而取得前所有人金某使用原建商賴某所有而撥用之道路之權利，雖被告某甲嗣後取得該土地所有權，但告訴人陳某係合法取得使用道路之權利，被告某甲竟加以毀損該柏油道路，並在道路盡頭放置二塊大石頭擋住去路，並破壞埋設在道路下告訴人陳某、張某、黃某所使用之排水箱涵、自來水管。核被告某甲所為係犯刑法第三百零四條第一項之妨害自由罪及同法第三百五十四條之毀損罪。被告某甲利用不知情之不詳姓名成年男子犯罪，為間接正犯。又對於毀損部分，其一行為侵害數個法益，為想像競合犯。又其一行為觸犯上開二罪，為想像競合犯，應從重之刑法第三百零四條第一項妨害自由罪處斷。公訴人雖未就妨害自由部分起訴，惟此部分與起訴部分有裁判上一罪之關係，本院自得

加以審判云云爲原判決所認事實及所據理由。惟查民法第八百一十一條規定動產因附合而爲不動產之成分者，不動產所有人取得動產所有權，柏油路面因動產附合而爲不動產之成分，即由不動產所有人即被告某甲取得所有權，從而被告某甲以挖土機將上開柏油馬路挖掘損壞，因係損壞「自己之物」，其行爲自不構成刑法第三百五十四條之毀損罪。又查本案公訴人對於被告某甲之起訴事實爲 某乙、某甲明知其所有位於台北縣石門鄉××段××坑小段四十七之二十一地號上之土地（即台北縣石門鄉××村××別墅巷十二號至四十四號前），久已爲臨近任尸日常通行之道路，惟因種植蔬果須用土地，竟於民國八十三年十二月二十日，擅自僱用挖土機，將前開道路挖掘，致損壞路面而不堪使用，足生損害於居任臨近任尸陳某、張某、黃某等之利益。公訴人所起訴者僅爲被告挖掘道路，致損壞路面而不堪使用，足生損害於公訴人，並未述及損壞埋設在馬路下排水用之地下鋼筋混凝土箱涵、自來水管。被告某甲挖掘柏油馬路之行爲既不構成犯罪，則原審自不得對於未經公訴人起訴之破壞埋設在道路下之混凝土排水箱涵、自來水管，依想像上競合犯之規定加以審判至爲明顯。又依原判決認定之事實而觀，被告某甲顯未對「人」實施強暴脅迫，被告既未直接或間接對人施強暴脅迫之手段，依首揭說明，要與刑法第三百零四條第一項之構成要件不符，乃原審不察，竟認被告某甲所爲係犯刑法第三百零四條第一項之妨害自由罪及同法第三百五十四條之毀損罪。被

告某甲利用不知情之不詳姓名成年男子犯罪，爲間接正犯。又對於毀損部分，其一行爲侵害數個法益，爲想像競合犯。又其一行爲觸犯上開二罪，爲想像競合犯，應從重之刑法第三百零四條第一項妨害自由罪處斷。公訴人雖未就妨害自由部分起訴，惟此部分與起訴部分有裁判上一罪之關係，本院自得加以審判云云，揆諸首開說明，原判決不無適用法則不當及未受請求之事項予以判決（訴外裁判）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，以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十五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

右上訴人因被告妨害自由（毀損）案件，對於台灣高等法院中華民國八十五年五月二十二日第二審確定判決，認爲部分違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於某甲部分撤銷，由台灣高等法院依判決前之程序更爲審判。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑法第三百五十四條之毀損罪，須以毀棄、損壞他人之物，或致令不堪用，足以生損害於公眾或他人爲成要件。又刑法第三百零四條之強制罪，須以強暴、脅迫使人行無義務之事，或妨害他人行使權利始克成。而所謂強暴乃逞強施暴，即對於他人身體，以有形之實力或暴力加以不法攻擊之謂，所謂脅迫，係指威脅逼迫，即以言詞姿態脅迫他人，足使人心生畏懼而言。故所謂強暴脅迫，均須對人直接或間接爲之爲限，對物加以暴力則不包括在內。本件序判決認定 被告某甲於民國七十八年間向王某買受案外人賴某所有而登記王某名下之坐落台北縣石門鄉××段××坑小段第四七——二一地號土地，明知上開土地緊臨陳某所有坐落台北縣石門鄉××村××別墅巷十二號房屋，寬約四公尺，舖有柏油之馬路，係建商賴某於六十二年間將房屋出賣予金某（嗣後金某又將房屋轉賣予陳某）時，約定作爲道路使用。竟於八十三年十二月二十日僱用不知情之不詳姓名成年工人，以挖土機將上開柏油馬路挖掘損壞，並損壞埋設在馬路下供陳某及另任尸張某、黃某排水用之地下鋼筋混泥土箱涵、自來水管，並在馬路之一端擺放二粒大石頭，妨害陳某通行之權利，足生損害於陳某、張某、黃某等情。因而撤銷第一審諭知被告無罪部分之判決，改判論處被告以強暴妨害他人行使權

利罪刑。係以上開事實已據被害人陳某、張某、黃某指訴在卷。被告對於僱工挖地及擺置大石頭之事實亦供承不諱。雖辯稱該地爲伊所有，地目仍爲「田」，因奉台北縣稅捐稽徵處函催該農地不得閒置，始予僱工整地，準備種植蔬菜，事先不知地下有自來水管及排水箱涵等語，惟該地已經原建商建造道路供人通行，被害人陳某等均有使用之權，且陳某等所有房屋又無其他通路可供通行，台北縣稅捐稽徵處函亦未要求被告毀損道路。被告竟將被害人陳某等合法取得使用權之道路加以毀損，並損壞地下排水箱涵及自來水管，雖其已取得該地所有權，所爲仍犯刑法第三百零四條、第三百五十四條之罪。被告利用不知情之不詳姓名人犯罪，爲間接正犯。其一行爲侵害數法益，並觸犯數罪名，爲想像競合犯，應從一重之刑法第三百零四條第一項之妨害自由罪處斷。公訴人雖未就妨害自由部分起訴，但與起訴部分有裁判上一罪之關係，自得加以審判，爲所憑之證據及認定之理由。惟查本件道路，不過就原有土地加以整地加鋪柏油而成，所謂道路與原有土地合爲一體，無從區分爲二個不同之物。該土地既由被告取得所有權，究難因被害人陳某等對之有使用權，即認該物爲非屬被告所有。被告損壞自己之物，即與刑法第三百五十四條之損害他人之物之要件不合。又原判決認定之事實，對於被告如何對被害人或其他之人施以強暴脅迫一節，並未明確認定，於事實內詳細記載，縱令被告所爲有妨害他人行使權利情事，亦與刑法第三百零四條第一項須對人施加強暴脅迫

之要件不符。原判決撤銷關於被告部分之第一審判決，論處被告該二條之罪，適用之法條與認定之事實不相適合，即有適用法則不當之違背法令。又被告毀損自來水管及排水箱涵部分未經公訴人提起公訴。而毀損道路部分如不成工犯罪，即與毀損排水箱涵及自來水管部分不發生裁判上一罪之關係。原判決併予判決，亦非合法。案經確定，非常上訴意旨執以指摘此部分原判決違背法令，尙有理由。為期事實之真切，並為維持被告審級之利益，應將原判決關於被告之部分撤銷，由原審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二項前段，判決如王又。

中華民國十八年十一月十五日

貳、刑事訴訟法

【第肆拾玖案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第三十五條、第二百七十一條、第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按被告或自訴人之配偶、直系或三親等內之旁系血親或家長、家屬或被告之法定代理人於起訴後，得向法院以書狀或於審判期日以言詞陳明爲被告或自訴人之輔佐人。輔佐人得在法院陳述意見。又審判期日應傳喚被告或其代理人，並通知檢察官、辯護人、輔佐人。刑事訴訟法第三十五條、第二百七十一條分別定有明文。且該第二百七十一條之並通知檢察官、辯護人、輔佐人，係接連應傳喚被告或其代理人而來，其係應通知而非得通知甚明。查本件被告某甲因賭博一案，不服一審判決，上訴二審法院，其妻某乙於八十二年十月二十一日具狀聲請爲輔佐人，並請准予審理期間傳訊到庭陳述意見。承辦法官竟予批示「附卷」，有聲請狀在卷足憑。未於八十二年十月二十六日通知輔佐人到庭陳述意見，即行辯論終結，遽予

判決，揆諸首開說明，自有判決不適用法則之違法。案經確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百十三條，提起非常上訴。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十三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

右上訴人因被告賭博案件，對於台灣高等法院高雄分院中華民國八十二年十月三十日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於訴訟程序違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按被告之配偶於起訴後，得向法院以書狀陳明為被告之輔佐人，在法院陳述意見。又審判期日應通知輔佐人，此觀刑事訴訟法第三十五條、第二百七十一條之規定甚明。本件被告

某甲因賭博案件，不服台灣高雄地方法院判決，上訴於原審法院後，其配偶某乙於民國八十二年十月二十一日具狀陳明爲被告之輔佐人，並聲請於審理期間，傳喚其到庭陳述意見，有聲請狀在卷可稽。乃原審於同月二十六日審判期日，未通知該輔佐人到庭，予以陳述意見之機會，即行辯論終結，並定期宣判，依照前開說明，其踐行之訴訟程序，顯有違法，案經確定，非常上訴意旨，執以指摘，尙有理由。惟上開未通知輔佐人到庭陳述意見，尚未致適用法令違誤，而顯然於判決有影響，故應由本院僅將原判決訴訟程序違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第二款，判決如王又。

中華民國八十年五月二十六日

【第伍拾案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第三十七條、第三十八條、第三百零三條第一款、第三百三十四條、第三百四十三條、第三百七十八條。
 專利法 第八十八條之一。（現為第九十五條）。

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。又未經認許之外國法人或團體，就專利法規定事項得為告訴、自訴或提起民事訴訟，係以依條約或其本國法令、慣例，中華民國國民或團體得在該國享受同等權利者為限。其由團體或機構互訂保護專利之協議，經經濟部核准者亦同。專利法第八十八條之一亦有明文規定。本件自訴人××工業股份有限公司係日本國商人，並未經我國中央主管機關認許，為原判決所是認。日本特許法關於外國人權利之享有雖採互惠原則，我國國民可在日本享有專利權。但

我國國民專利權受侵害時，亦依日本特許法之規定處理，業據我國亞東關係協會駐東京辦事處查復台灣高等法院函轉本件第一審法院在卷。而日本特許法對於我國國民或團體就專利權受侵害事項有無訴訟能力，並未規定。可知關於專利權受侵害事項之訴訟能力問題，日本特許法對於我國國民或團體，並未給予互惠。日本刑事訴訟法又無自訴制度。依前開我國專利法第八十八條之一規定，本件自訴人即不得提起本件自訴。原判決不依刑事訴訟法第三百三十四條爲不受理之諭知而爲實體上之判決，已屬於法不合。況自訴人雖得委任代理人到場，但依刑事訴訟法第三十八條準用第三十條之規定，應於每審級提出委任狀。然經遍閱全卷，自訴代理人某乙所提出之委任狀，乃「××工業株式會社」於一九九〇年出具之事前概括委任某乙處理中華民國專利第三八六〇一號專利權事務之影本，並非就本件具體訴訟所提出之委任狀，所有自訴狀、上訴狀，亦均未經自訴人簽名、蓋章，是該某乙就本件自訴、上訴，曾否受合法之委任，其自訴是否合法，均有疑問。原判決不察，率爲實體上之判決，尤屬違誤。案經確定，且於被告不利，爰檢附日本特許法影本一份，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，並予糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十三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

右上訴人因被告違反專利法案件，對於台灣高等法院台中分院中華民國八十一年十二月廿九日第二審確定判決，認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於某甲罪刑部分撤銷。

某甲被訴部分，自訴不予受理。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按起訴之程序違背規定者，應諭知不予受理之判決，刑事訴訟法第三百零三條第一款定有明文。此項規定，依同法第三百四十三條之規定者，並為自訴程序所準用。又刑事訴訟法第三十七條規定，自訴人得委任代理人到場。但法院認為必要時，得命本人到場，並無許自訴人得委任代理人代為提起自訴之規定，此與民事訴訟得由訴訟代理人起訴之情形有異，是自訴代理人之到場為訴訟行為，自當須有合法之自訴存在為前提要件，其並無代為提起自訴之

權（本院七十六年台上字第七四三號判例參照）。經查本件自訴人日商××工業股份有限公司及其代表人某丙並未在自訴狀上簽名、蓋章，而係於起訴前提出一份委任某乙之委任狀，於委任狀載明，就中華民國第三八六〇一號發明專利權，全權委託某乙為全權代理人，有權代理行使訴訟上一切必要之行為及複委任權，而由某乙在自訴狀上簽名、蓋章，代理自訴人提起本件自訴，有自訴狀及委任狀影本附卷可稽，揆之前揭說明，本件自訴之起訴程序顯屬違背規定，應予諭知不予受理之判決。第一審不察，竟為實體上之判決，原審雖予撤銷改判，但仍為實體判決，並論處被告違反專利法之罪刑，有原判決附卷可稽，依上說明，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，爰將原判決關於被告某甲罪刑部分予以撤銷，由本院另行諭知不予受理之判決，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款、第三百四十三條、第三百零三條第一款，判決如王又。

中華民國三十一年一月二十一日

【第伍拾壹案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第五十九條、第二百八十一條第一項、第三百七十一條、第三百七十九條第六款。

一一、非常上訴理由

按第二審得不待被告陳述逕行判決者，以被告經合法傳喚，無正當理由不到庭者爲限。觀諸刑事訴訟法第三百七十一條之規定自明。又對於被告爲公示迂達，以被告之住、居所、事務所及所在不明者，掛號郵寄而不能達到者或因住居於法權所不及之地，不能以其他方法迂達者三種情形之一時，始可爲之。同法第五十九條定有明文。本件自訴人李某於提起自訴時，自訴狀記載之被告居住或營業所有二，一爲高雄市新興區××路七號，二爲桃園縣平鎮市××街六十五號。第一審法院依址迂達之結果，掛號郵寄至其在高雄市新興區××路七號之地址，係經其本人簽名收受，掛號郵寄至桃園縣平鎮市××街六十五號之地址，則係寄存

於該管警察分局干鎮派出所，以爲送達。被告並曾遵傳到庭應訊。有送達證書、訊問筆錄及審判筆錄爲證。另依卷附筆錄記載，被告曾陳報其住所爲中壢市××街六十五號，而第一審判決係掛號郵寄至桃園縣中壢市××路一七六號，由被告之同居人或受僱人古某代收，亦有該送達證書附卷可稽。案經自訴人上訴，其上诉状繕本，亦係送達至桃園縣中壢市××路一七六號，且係由本人簽名收受，有該送達證書附上易字第一五××號卷第五頁可考。原審八十四年九月十一日上午九時四十分調查庭傳票掛號郵寄至桃園縣干鎮市××街六十五號，曾經送達郵差以寄存送達方式爲合法送達。原審失察，並未向被告其他之處所爲送達，竟以被告戶籍仍設桃園縣干鎮市××街六十五號而認其住居所（事務所及所在）不明而予公示送達，並誤以被告業經合法送達，無正當理由而不到庭，不待其陳述逕行判決，揆諸前揭說明，顯屬違法。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

八十五年度台非字第一一八號

被告 某甲

右上訴人因李×章自訴被告詐欺案件，對於台灣高等法院高雄分院中華民國八十四年十一月廿八日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於訴訟程序違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按 審判期日，除刑事訴訟法有特別規定外，被告不到庭者，不得審判，同法第二百八十一條第一項定有明文。而第二審法院依同法第三百七十一條規定不待被告陳述逕行判決，須被告經合法傳喚無正當理由不到庭始得為之。如審判期日之傳票，未對被告合法送達，即不能認為合法傳喚，若不待其到庭陳述逕行判決，其踐行之訴訟程序，即有刑事訴訟法第三百七十九條第六款之當然違背法令。查卷內資料，被告某甲之住、居、處所，除戶籍所在之桃園縣千鎮市××街六十五號外，尚有高雄市新興區××路七號及桃園縣中壢市××路一七六號二處，且一、二審法院按此二處送達被告傳喚或上訴書繕本等文書，均曾經被告親自簽收，有送達證書附卷足憑（見第一審卷第十一、卅三頁、原審卷第五頁）。原審法院對被告

戶籍所在之桃園縣千鎮市遷達準備程序期日傳票，雖經執行遷達之郵務人員以「遷移」爲由而退回，但被告尚有前述曾經合法遷達之任居處所二處可爲遷達，不合於刑事訴訟法第五十九條規定公示遷達之條件。乃原審就其所定民國八十四年十二月廿一日下午二時卅分審判期日之被告傳票，未再遷達該二處，而以被告住所、居所、營業所及所在不明爲由，裁定准予公示遷達，並不待被告到庭陳述，逕行判決，其踐行之訴訟程序，自屬違背法令。案經確定，非常上訴意旨，執以指摘，尙有理由，應由本院將原判決關於訴訟程序違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第二款，判決如王又。

中華民國八十五年五月九日

【第五拾貳案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第一百五十五條第二項、第一百六十四條、第四百四十七條第一項第一款。
 司法院大法官會議釋字 第一八一號、第一四六號解釋。

二、非常上訴理由

按無證據能力，未經合法調查，顯與事理有違，或與認定事實不符之證據，不得作為判斷之依據，又證物應由被告，令其辨認，如係又書而被告不解其意義者，應告以要旨，刑事訴訟法第一百五十五條第二項、第一百六十四條定有明文。原判決認被告有詐欺犯行，乃以被告於偵查中之自白，卷附旅遊契約、客人資料、報告資料、退費申請書單據等證物及證人王某、張某、葉某、吳某、黃某、林某等之證言為證據，惟被告於偵查中從未自白其有詐欺行為，原判決謂其於偵查中自白犯罪事實，已與卷內資料不符，且原判決採為判決基礎之旅遊契約等證物及王某等證人之證言，均未據原審於審判期日提示被告，令其辨認或告以要旨，

亦有應於審判期日調查之證據未調查之違法，又王某等六人證人無一指證被告有向彼等收取旅遊費用之行爲，被告亦一再否認曾經手客戶繳交之旅遊費用，原判決認定被告意圖爲自己不法之所有詐取財物，應有認定事實不憑證據之違法。經上所述，原判決及其訴訟程序均屬違背法令，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

八十四年度台非字第一三五號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告詐欺案件，對於台灣桃園地方法院中華民國八十二年三月一日第一審確定判決，認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決撤銷，由台灣桃園地方法院依判決前之程序更爲審判。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按依法應於審判期日調查之證據，未予調查，致適用法令違誤，而顯然於判決有影響者，該項確定判決，即屬判決違背法令，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，司法院大法官會議釋字第一八一號解釋有案。又刑事判決確定後，發見該案件認定犯罪事實與所採用之證據，顯屬不符，自屬審判違背法令，得提起非常上訴，亦經司法院大法官會議著有釋字第一四六號解釋。又證物應由被告令其辨認，如係又書而被告不解其意義者，應告以要旨，刑事訴訟法第一百六十四條定有明文。本件原確定判決論處被告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刑，其事實欄係認被告厚於虛設之××國際開發公司任王任，負責赴韓國觀光旅遊之招覽及介紹工作，竟與該公司不詳姓名之負責人共同意圖為自己不法之所有，於民國八十年十二月間，在桃園縣中壢市××路××號九樓之四，對不知情而欲往韓國旅遊之邱某、吳某等約三百人誑稱 我們公司有補助，只要繳新台幣（下同）二百元再另邀二人參加就能赴韓國觀光，邱某等約三百人認錢數不多，受被告之佯吹，繳給款項，旋被告以治安機關在查稽而逃散，計約騙取六萬元等情。其所憑之證據，為被告於偵查中之自白，卷附旅遊契約、客人資料、報告資料、退費申請書單據等證據，及證人王某、張某、葉某、吳某、黃某、林某等人之證言。惟查卷內資料被告於偵查中並未自白其有詐欺行為，且王某等六人，亦未指證被告有向彼等收取旅遊費用之行為，而被告亦一再否認曾經

手客尸繳交之旅避費用。則原判決謂被告自白犯罪事實，及認定其意圖爲自己不法之所有詐欺財物，與其所採用之證據，顯屬不符，自屬違背法令。又原判決採爲判決基礎之證據即上述旅避契約等證物及王某等人之證言，均未據原審於審判期日踐行調查程序，提示被告，令其辨認或告以要旨，而各該證據，實與被告是否成工犯罪以及應成工何種犯罪，至關重要，未予調查，遽行判決，亦有應於審判期日調查之證據而未予調查之違法，且難謂無致適用法令違誤而顯然於判決有影響。案經確定，且於被告不利，上訴人認爲違法，提起非常上訴，尙有理由。爲期事實之明確及維持被告審級利益之必要，應將原判決撤銷，由原審法院依判決前之程序更爲審判，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項，判決如王又。

中華民國三十四年四月二十七日

【第伍拾叁案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第二百三十二條、第三百七十八條。

刑法 第三百零六條第一項、第三百零八條第一項、第三百二十條第二項、第一項、第三百五十四條、第五十五條。

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。本件原確定判決認定被告某甲明知坐落台北市北投區××路××號房屋係陳某所有並租予案外人高某使用，竟未經陳某或高某之同意，夥同案外人某乙（女四十七年四月二日生，未據起訴）共起意圖為自己不法之利益（減少每月約新台幣五萬元租金之支付），於八十四年二、三月間將王臥房及嬰兒房之床桌壁櫥等予以拆卸毀損後，另行裝潢，將其經營且為負責人之××發

展有限公司總辦公室遷設於斯，足以生損害於陳某及高某。案經陳某訴請台灣士林地方法院檢察署檢察官偵查起訴等情，並認被告所爲，係犯刑法第三百零六條第一項、第三百二十條第二項、第一項，第三百五十四條之罪。所犯三罪間互有方法結果之牽連關係，應從一重論以刑法第三百二十條第二項之竊佔罪云云，固非無據。

惟按刑法第三百零六條之無故侵入罪，依同法第三百零八條第一項規定，須告訴乃論。又犯罪之被害人，得爲告訴，刑事訴訟法第二百三十二條定有明文。所謂被害人，係指因犯罪行爲直接受害之人而言，亦迭經最高法院著有判例可稽。本件原判決既認定陳某已將上開房屋，出租予高某任居使用，則該房屋雖屬陳某所有，但因陳某出租而未續在該房屋居住之事實，顯已非陳某之住宅，從而被告縱有無故侵入該住宅，但對陳某之居住安寧與私人生活秘密之保持，毫不生影響，自非該罪之被害人，從而對被告所犯無故侵入罪，自不得爲告訴。而承租使用該房屋之高某，對被告所犯無故侵入罪，又未提出告訴，此亦有序偵查卷可供查考，則被告所犯無故侵入罪，雖與竊盜、毀損罪，有裁判上一罪之牽連關係，然因未經告訴，法院仍僅能就竊佔、毀損部分爲判決，乃第一審法院對被告所犯之告訴乃論罪而未經被害人高某告訴之無故侵入住宅部分，竟一併予以審判論罪，被告上訴後，原判決不予糾正改判，駁回被告之上訴，均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

八十五年度台非字第二七七號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告竊佔案件，對於台灣高等法院中華民國八十五年四月十八日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決及第一審判決均撤銷。

某甲共同意圖為自己不法之利益，而竊佔他人之不動產，累犯、處有期徒刑叁月。

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，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又刑法第三百零六條之誣故侵入住宅罪，依同法第三百零八條第一項之規定須告訴乃論。而犯罪之

被害人得爲告訴，所指被害人，係指因犯罪行爲直接受害之人而言。本件確定判決認定陳某已將台北市北投區××路××號房屋出租予高某，則該房屋雖屬陳某所有，但其未在该房屋內居住，縱然被告無故侵入，但對陳某之居住安寧及保持生活上隱私毫不生影響，自非該罪之被害人，從而對被告所犯刑法第三百零六條第一項之罪，自不得提出告訴，而承租該房屋之被害人高某，對被告所犯無故侵入住宅部分，又未提起告訴，則被告所犯無故侵入他人住宅罪，雖與竊佔、毀損罪，有裁判上一罪之牽連關係，然因未經告訴，法院僅能就竊佔、毀損部分爲判決，乃第一審法院對被告所犯無故侵入住宅部分，竟一併予以論罪，原確定判決未予糾正，仍予維持駁回被告在第二審之上訴，自有判決適用法則不當之違法。案經確定，且不利於被告，上訴意旨執以指摘洵有理由，應由本院將原判決及第一審判決均撤銷，改判如王又第二項所示，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但書，刑法第三百二十條第二項第一項、第三百五十四條、第五十五條、第四十七條，罰金罰鍰提高標準條例第一條前段，判決如王又。

中 華 民 國 八 十 五 年 九 月 二 十 六 日

【第伍拾肆案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第二百三十六條第一項、第三百零三條第三款、第二百三十三條第一項、

第二百三十七條第一項。

刑法 第二百八十四條第一項、第二百八十七條前段。

二、非常上訴理由

按告訴乃論之罪，其告訴應自得為告訴之人知悉犯人之時起，於六個月內為之。如未經告訴、撤回或其告訴已逾告訴期間者，應諭知不予受理之判決。又告訴乃論之罪，被害人之配偶得獨行告訴，如無得為告訴之人或得告訴之人不能行使告訴權者，該管檢察官得依利害關係人之聲請或依職權指定代行告訴人，刑事訴訟法第二百卅七條第一項、第三百零三條第三款、第二百卅三條第一項、第二百卅六條第一項分別設有明文規定。本件被告某甲於八十年十月廿日下午四時許，駕駛自用小客車在高雄市民權一路與五福二路交岔口左轉時肇事，致

楊某受傷。楊某受傷後意識不清且不能言語（見八十一年偵字第二八××號偵查卷一頁背面、七頁背面），嗣經以楊某名義於八十一年一月廿二日具狀，由其子某乙爲代理人提出告訴，檢察官於同年月廿七日，指定其子某乙代行告訴（見同上卷五頁辦案進行單記載），並於同年四月廿一日提起公訴。台灣高雄地方法院於同年九月廿五日，以被害人楊某尚有配偶某丙得爲告訴，且無不能行使告訴權之情事，自無代行告訴之問題，其告訴非合法，與未經告訴同，而諭知不予受理之判決確定。查被害人楊某有配偶某丙得爲獨工告訴，且依其女某丁指稱『我父親昏迷不醒，由我哥哥代理告訴人，而我母親一直在照顧他，』（見八十一年交易字第一××號卷四十頁背面某丁陳述及四十五頁戶籍謄本），核無無得爲告訴之人或得爲告訴之人不能行使告訴權之情形。被害人楊某復於八十一年十月十六日，以自己名義爲告訴人具狀告訴，承辦檢察官傳訊利害關係人之子某乙陳稱『其父（楊某）昏迷不省人事，對自己之事務根本無法處理（發生車禍當時）我母親就知道。但我父親受傷至今無法表達告訴意旨，我母親之告訴權又逾告訴期間，無法提出告訴』後，八十一年十月廿一日指定某乙爲代行告訴人（見八十一年偵字第二二七××號卷十五頁背面、十七頁）。足見八十年十月廿日案發時起，被害人之子女及得獨工告訴之配偶均已知悉犯人爲何人，其配偶亦無不能行使告訴權之情事，而逾告訴期間未提告訴，乃檢察官竟於八十一年十月廿一日，

又指定其子某乙爲代行告訴人，不僅已逾告訴期間，且其指定代行告訴亦不合法。原判決未爲不受理之判決而以被害人楊某迄今無從知悉犯人爲何人，故其告訴期間尚不能起算爲由，認指定代行告訴爲合法，而爲實體上之判決，論知被告罪刑，顯有判決不適用法則之違法。爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十三年度台非字第八九號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告過失傷害案件，對於台灣高等法院高雄分院中華民國八十二年八月二十四日第二審確定判決，認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決及第一審判決均撤銷。

本件不受理。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑法第二百八十四條第一項後段之過失傷害人致重傷罪，依同法第二百八十七條前段規定，須告訴乃論。而告訴或請求乃論之罪，未經告訴、請求或其告訴、請求經撤回或已逾告訴期間者，應諭知不予受理之判決，刑事訴訟法第三百零三條第三款，亦定有明文。又告訴乃論之罪，檢察官得指定代行告訴人者，以血得爲告訴之人或得爲告訴之人不能行使告訴權者爲限，此觀刑事訴訟法第二百三十六條第一項之規定甚明。本件被告某甲於民國八十年十月二十日下午四時許，駕駛自用小客車在高雄市民權一路與五福二路交岔口左轉時，疏未注意而肇事，致楊某受傷，意識不清，不能言語等情，檢察官以被告涉犯刑法第二百八十四條第一項之罪嫌提起公诉，原判決依刑法第二百八十四條第一項後段及其他相關法條論處被告罪刑，依刑法第二百八十七條前段規定，屬於告訴乃論之罪。查被害人楊某受傷後，縱因意識不清且不能言語，而不能行使其告訴權，但查楊某尚有配偶某丙，據其女某丁供稱「我父親昏迷不醒，而我母親一直在照顧他」等語，且有楊某、某丙之尸籍謄本附卷可稽，復爲卷附台灣高雄地方法院八十一年度交易字第一XX號刑事判決所明載，顯尚有得爲獨工告訴之人，而無由檢察官指定代行告訴人之餘地。檢察官於八十一年十月二十一日誤予指定某乙爲代行告訴人，既非適法。從而，某乙於是日代行告訴，亦非合法，與未經合法告訴同。乃

第一審疏未注意，竟爲實體上有罪之判決，原判決未加糾正，仍予維持，揆諸上開說明，均屬違背法令，且於被告不利。案經確定，非常上訴意旨，執以指摘，洵有理由。應由本院將原判決及第一審判決均予撤銷，另爲諭知不受理之判決，以資糾正。

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

中 華 民 國 八 十 三 年 四 月 二 十 一 日

【第伍拾伍案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第二百三十八條第一項、第二項、第二百三十九條、第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用法則不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。本件被告某甲、某乙步犯妨害家庭罪嫌，先後經被告等之配偶翁某、蔡某提出告訴，其中翁某告訴部分，先經台灣高雄地方法院檢察署以八十三年偵字第三六〇號提起公訴，該案繫屬第一審法院後，台灣高雄地方法院檢察署復於八十三年四月八日將蔡某告訴部分移請第一審法院併案審理，此種移請併案審理之性質，乃屬對已繫屬於第一審之單一事實之訴追條件之補充，與裁判上一罪之案件，移請併辦之情形尚有不同，故告訴人翁某於八十三年四月九日具狀撤回對被告等之告訴時，僅翁某告訴部分之訴訟繫屬消滅，另告訴人蔡某告訴部分之訴訟繫屬應仍存在，原犯罪事實之訴追條件並未欠缺，第一審就本件爲不受理判決，即

屬違法。又告訴乃論之罪，告訴人僅得於第一審辯論終結前，撤回其告訴，告訴人蔡某於第二審審理中撤回對被告之告訴，應不生撤回告訴之法定效力，乃原判決竟以翁某於第一審所具及蔡某於第二審所具之撤回告訴狀為據，維持第一審所為不受理判決，而駁回檢察官之上訴，即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

八十四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

某乙

右上訴人因被告等通姦案件，對於台灣高等法院高雄分院中華民國八十三年七月五日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決及第一審判決關於違背法令部分撤銷。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按告訴乃論之罪，對於共犯之一人告訴，其效力及於其他共犯，又告訴乃論之罪，告訴人於第一審辯論終結前，始得撤回其告訴，此觀之刑事訴訟法第二百三十八條第一項、第二百三十九條前段規定甚明。再告訴人合法撤回其告訴後，固不得再行告訴，但有告訴權人爲數人時，本得各別行使其告訴權，除撤回告訴人應受刑事訴訟法第二百三十八條第二項之限制外，於其他有告訴權人之告訴，不生何種影響。查查本件被告某甲、某乙涉犯妨害家庭罪嫌，先後經被告等之配偶翁某、蔡某提出告訴，雖蔡某僅指明對共犯某乙一人提起告訴，惟其效力依法已及於共犯某甲，此有高雄市警察局新興分局八十二年二月十四日高市警新分刑字第三五〇號，及台灣高雄地方法院檢察署八十三年度偵字第四六〇、五〇〇號等刑事偵查卷足稽。其中翁某告訴部分，先經台灣高雄地方法院檢察署以八十二年偵字第三六〇號提起告訴，於八十二年四月八日繫屬台灣高雄地方法院後，該署復於同日將蔡某告訴部分移送該第一審法院併案審理，復有上開偵查卷及台灣高雄地方法院八十三年度易字第二〇〇號卷可考。而此種移請併案審理之性質，與裁判上一罪之案件移請併辦之情形並不相同，乃屬對已繫屬於第一審之單一事實訴追條件之補充。是本件告訴人翁某於八十二年四月九日

具狀撤回對被告之告訴時，僅翁某告訴部分之訴追條件消滅，於告訴人蔡某告訴部分之訴訟繫屬存在，尚不生影響，其原犯罪事實之訴追條件經補充後，並未欠缺。第一審就本件爲不受理判決，已難謂適法，原審未予糾正，竟以翁某於第一審所具之撤回告訴狀，及蔡某於原審所具已不生撤回告訴法定效力之第二審撤回告訴狀爲據，而維持第一審所爲不受理判決，駁回檢察官之第二審上訴，揆諸首揭說明，原判決顯有適用法則不當之違法。非常上訴意旨，執此指摘，尙有理由。案經確定，惟原判決尚非不利於被告，應由本院將原判決及第一審關於違背法令部分一併予以撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百七條第一項第一款前段，判決如王又。

中華民國八年四月二十九日

【第伍拾陸案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第二百六十四條第二項第一款、第三百零三條第一款、第三百零七條、第三百七十八條。

司法院院字 第一二四三號解釋。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明又。本件原審判決諭知被告某甲所犯煙毒乙案公訴不予受理，係以檢察官提起本件公訴，雖於起訴書上記載被告某甲任高雄市××路××巷二十四號，但未載明確實之年齡（出生年月日）、籍貫、任居所或其他足資辨別之特徵，不足以避免共同姓名之第三人相混，亦不足以辨識公訴人所起訴之確實犯罪主體爲何人，欠缺刑事訴訟法第二百六十四條第二項第一款所示之法定必備之程式云云。經查本件檢察官對於被告某甲因煙毒案提起公訴，起訴書上除列有被告

之姓名、出生年月日及住所外，尚有身分證統一號碼，有該起訴書在卷可稽，與刑事訴訟法第二百六十四條第二項所定之起訴書應記載事項並無不合，起訴之程式亦無不備。縱認起訴書所載之被告犯罪事實係他人冒用被告之姓名所為，乃屬應否對被告為無罪論知之問題，原法院即應為實體判決，其逕以起訴欠缺法定必備程式而為不受理之判決，顯有判決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

八十五年度台非字第一三一號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告煙毒等罪案件，對於台灣高雄地方法院中華民國八十四年十一月十日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

理由

非常上訴理由（見前二）

按起訴書應記載被告之姓名、性別、年齡、籍貫、職業、住所或居所或其他足資辨別之特徵等事項，固爲刑事訴訟法第二百六十四條第二項第一款所明定，但上開各事項，不須均爲檢察官所已知。是起訴書中縱漏列某事項，惟依其他之記載，在客觀上足以確知所追訴之人者，其起訴仍爲合法，不得遽以程式未備爲理由，予以不予受理之判決（司法院院字第一二四三號解釋參照）。本件起訴書業已記載被告某甲之姓名、性別、年齡、出生年月日、住所及其國民身分證統一編號，有起訴書在卷可稽。且上開記載復核與被告之國民身分證影本及尸籍謄本上之記載相符（見原法院卷第一二、三九頁），自足以辨別檢察官所起訴者係何人。原確定判決徒以係他人冒用被告之名義，在警局及檢察官偵查中應訊，且經裁定限期公訴人於十日內補正，逾期竟不補正，爰適用刑事訴訟法第三百零三條第一款、第三百零七條，不經言詞辯論，逕爲不予受理之判決云云，其適用法則顯有不當。非常上訴意旨，執以指摘，尙有理由。惟原法院本應受理而誤爲不予受理，尚非不利於被告，應由本院將原判決關於違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如左。

中華民國十八年六月六日

【第伍拾柒案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第二百六十七條、第三百七十八條。

刑法 第三百二十四條第二項、第三百二十條第一項、第二百零一條第一項、第五十五條。

二、非常上訴理由

按檢察官就犯罪事實一部起訴者，其效力及於全部，刑事訴訟法第二百六十七條固定有明文。惟牽連犯一部犯罪事實為告訴乃論之罪，而未經告訴者，法院仍僅能就非告訴乃論之部分為判決。本件被告某甲於民國八十二年八月二十二日，在彰化縣竹塘鄉田頭村××路××巷五號家中，竊取其胞弟某乙置於屋內抽屜中已蓋妥發票人謝××印章之彰化商業銀行北高雄分行，帳戶二四三一、票號七四四九九二〇之空白支票一張後，與陳某共同基於偽造有價證券之犯意聯絡，將該空白支票交由陳某於八十二年八月二十四日委由不知情之成年男子

填寫全額爲新臺幣三十五萬元、發單日爲八十二年九月四日後，持以行使。原法院因認被告某甲吟與陳某共犯刑法第二百零一條第一項之偽造有價證券罪，尚犯同法第三百二十四條第一項之竊盜罪，且二者有方法、結果之牽連關係，應從一重處斷，並說明公訴人雖未就竊盜行爲起訴，惟與起訴部分有牽連關係，應爲起訴效力所及，自得一併審究云云，固非無據。惟查被告某甲竊取其胞弟某乙持有中之空白支票一張之竊盜行爲，依刑法第三百二十四條第二項之規定，須告訴乃論，經查某甲於警訊及檢察官偵查中，均未提出告訴，此有原案卷可供查考，則被告所犯之竊盜罪，雖與偽造有價證券罪，有裁判上一罪之關係，仍祇得僅就起訴之偽造有價證券部分爲判決，乃原判決對被告所犯之告訴乃論罪，未經被害人蔡某告訴，竟一併審判論罪，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，以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十五年度台非字第一九九號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上诉人因被告偽造有價證券案件，對於台灣高等法院台中分院中華民國八十四年八月一日第二審確定判決，認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如左

王 文

原判決關於某甲偽造有價證券罪刑部分撤銷。

某甲共同意圖供行使之用，而偽造有價證券，處有期徒刑叁年。

偽造之彰化商業銀行北高雄分行第七四四九九二〇號、民國八十二年九月四日、面額新台幣參拾伍萬元、謝××名義簽發之支票一張沒收。

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。次按檢察官就犯罪事實一部起訴者，其效力及於全部，同法第二百六十七條固有明定，惟牽連犯一部犯罪事實為告訴乃論之罪，而未經告訴者，法院仍僅能就非告訴乃論之部分為判決。本件原確定判決，認定被告某甲於民國八十二年八月二十二日，在彰化縣竹塘鄉田頭村××路××巷五號家中，竊取其同居一處之胞弟某乙置於屋內抽屜中已蓋妥發票人謝××印章之彰化商業銀行北高雄分行，帳戶第二四三一號、單號第七四四九九二〇之空白支票一張後，

與陳某共同基於偽造有價證券之犯意聯絡，將該空白支票交由陳某於八十二年八月二十四日委由不知情之成年男子代為填寫金額為新臺幣三十五萬元、發票日為八十二年九月四日後，持以行使，交與邱某以為清償借款等情。因認被告吟與陳某共犯刑法第二百零一條第一項之偽造有價證券罪外，尚犯同法第三百二十條第一項之竊盜罪，且所犯二罪間，有方法、結果之牽連關係，應從一重依偽造有價證券罪處斷，乃撤銷第一審不當之科刑判決，就被告被訴偽造有價證券部分，改判論處被告共同意圖供行使之用，而偽造有價證券之罪刑。並說明公訴人雖未就竊盜部分起訴，惟與起訴之偽造有價證券部分有裁判上一罪之牽連關係，應為起訴效力所及，自得一併審判云云。惟查被告與某乙係同居一處之同胞兄弟，為原確定判決所認定，即被告與某乙為二親等血親，被告竊取其胞弟某乙持有中之空白支票一張之竊盜行為，係犯刑法第三百二十條第一項之罪，依同法第三百二十四條第二項之規定，須告訴乃論。經查某乙於警訊及第一審偵審中，均未提出告訴，此有原案卷可稽，則被告所犯之竊盜部分，雖與偽造有價證券部分，有裁判上一罪之牽連關係，然因未經告訴，法院僅得就起訴之偽造有價證券部分為判決，乃原判決對被告所犯之告訴乃論罪而未經被害人某乙告訴之竊盜部分，竟一併予以審判論罪，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，尚有理由，應由本院將原判決關於被告偽造有價證券部分撤銷，另行判決，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，刑法第二十八條、第二百零一條第一項、第二百零五條，罰金罰鍰提高標準條例第一條前段，判決如王又。

中華民國 八 十 五 年 八 月 八 日

【第五拾捌案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第二百六十八條、第三百條、第三百七十八條。
刑 法 第三百二十條第一項、第三百四十九條第一項。

二、非常上訴理由

按科刑或免刑之判決，得就起訴之犯罪事實，變更檢察官所引應適用之法條者，係指法院得在事實同一之範圍內，亦即不變更起訴之犯罪事實，始得自由認定事實，適用法律。最高法院六十九年度台上字第一八〇二號著有判例可循。本件起訴書所載之犯罪事實爲『某甲意圖爲自己不法之所有，於民國八十二年一月廿九日八時許，在花蓮市慈濟醫院前，竊取楊某所有二五六一九××號機車一部，得手後供已騎乘。至同年七月廿九日十一時許，經警循線查獲』。並無一語涉及贓物之記載，且竊盜與贓物，乃截然不同之兩事，要無事實同一之可言，詎厚判決竟將檢察官起訴之竊盜事實置而不提，並變更犯罪事實爲『車號二五

六—九××號機車為被害人楊某於八十二年一月二十九日遭竊之車輛，八十二年五月間某甲之表弟曾某騎未懸掛車牌之上揭機車前來某甲於花蓮縣光復鄉××路××號之住宅借宿，某甲即予收受騎用，嗣後曾某離去，仍將車子留下，某甲繼續使用，而於八十二年七月二十九日上午十一時許 為警查獲 〇。不僅將起訴之犯罪事實變更，並變更竊盜之法條為收受贓物之法條，科被告如王又所示之收受贓物罪，委有適用法則不當之違法。案經確定，為統一法律之適用，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

八十三年度台非字第四四號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告竊盜案件，對於台灣花蓮地方法院中華民國八十二年九月二十九日第一審確定判決，認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按法院不得就未經起訴之犯罪審判，又諭知科刑之判決，得變更檢察官所引應適用之法律者，應以起訴之犯罪事實爲限，刑事訴訟法第二百六十八條、第三百條分別定有明文。本件依台灣花蓮地方法院檢察署檢察官起訴書記載，係認被告某甲於八十二年一月廿九日八時許，在花蓮市慈濟醫院前，竊取楊某所有二五六—九×××號機車一部，涉有刑法第三百二十條第一項之竊盜罪嫌。乃原審法院認爲該被告係於八十二年五月間，在花蓮縣光復鄉××路××號任處收受其表弟曾某所交付之同一財物（機車），而依刑法第三百四十九條第一項之收受贓物罪處刑。查刑法上之竊盜罪及收受贓物罪，雖同爲侵害財產法益之罪，然前者係以自己之犯罪行爲，直接侵害他人之財產，後者則以收受他人犯罪所得之財產爲其成立要件，兩者在犯意、行爲、罪名均有差異，事實難謂具有同一性。檢察官既以竊盜事實提起公訴，原審却以收受贓物行爲論處罪刑，按諸首開規定，顯係對於未經起訴之犯罪審判，自屬違背法令。案已確定，且於被告不利，上訴人提起非常上訴，尙有理由，應由本院將原判決撤銷，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後段，判決如王又。

中華民國三十八年二月二十三日

【第伍拾玖案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第二百六十八條、第三百條、第三百七十八條、第三百七十九條第十二款。
刑法 第三百三十六條第二項。

動產擔保交易法 第三十八條、第五條、第十六條、第二十七條、第三十三條。

司法院大法官會議釋字 第二二七號解釋。

二、非常上訴理由

一、原判決變更檢察官起訴法條，有適用法則不當之違法。按法院固得就起訴之犯罪事實，變更檢察官所引應適用之法條。然必起訴之犯罪事實，符合變更後所適用法條之犯罪構成要件始克相當。若其起訴之犯罪事實，與檢察官所引應適用之法條本相符合，根本不得變更其法條。查本件檢察官起訴之犯罪事實，係謂被告某甲是A特殊金屬工業股份有限公司（下稱A公司）之名義負責人，竟與公司員工某乙（共同被告）共同意圖為自己不法之所有，將

該公司依附件買賣契約向B實業股份有限公司（下稱B公司）所購之自動車床多台（如起訴書附表三至十一所列），於尚未付清價款前，據爲己有，並搬至中國大陸。復於證據並所犯法條一，說明係搬至中國大陸供某乙之弟所開設之公司（即某丙所開設之C金屬有限公司）使用。按附件買賣，在價全未付清前，其標之物之所有權仍屬於賣方，有附卷之買賣契約第四條可憑。則被告等所搬走之自動車床其所有權仍屬B公司所有，被告等服務之A公司對之僅爲占有之關係，被告等係A公司員工，對該等自動車床，則係輔助占有有人，亦即刑法第三百三十六條第二項所指「對於業務上所持有之物」，被告等竟共同意圖爲自己不法之所有，變持有爲所有，將之運往中國大陸，核其所爲，自與刑法第三百三十六條第二項之犯罪構成要件悉相符合，檢察官引用該法條起訴完全正確，殊無變更法條之必要。原判決竟認爲被告等之行爲係犯動產擔保交易法第三十八條之罪，而變更適用該法條論罪。然查動產擔保交易法之犯罪主體係交易之債務人。本件之債務人係A公司，被告二人均係該交易之保證人，並非債務人，有該契約附卷可憑。且起訴之犯罪事實，明白認定被告等係基於意圖爲自己不法之所有而將該等持有之自動車床據爲己有。並無一語涉及係爲A公司（即債務人）之利益而遷移其物。又並無任何證據足以證明被告等將該等標之物文與某丙所開設之C金屬有限公司，係基於爲A公司之利益之行爲。就原判決所認定之犯罪事實，亦無一語說明被告等之行爲，

係爲債務人和A公司之利益而遷移該標之物。核與動產擔保交易法第三十八條之要件迥不相牟。原判決所爲之變更檢察官所引應適用之法條，顯有適用法則不當之違法。

二、原判決依動產擔保交易法第三十八條判處被告等罪刑，有適用法則不當之違法。按動產擔保交易法第三十八條之罪，係以動產擔保交易之債務人爲犯罪主體，並不包括公司負責人、保證人在內，司法院大法官會議釋字第二二七號著有解釋在案，又依動產擔保交易法成立之交易，係屬要式行爲，應以書面訂立契約，視其爲動產抵押、附條件買賣或信託占有，分別載明其應記載之事項，此爲動產擔保交易法第五條、第十六條、第二十七條及第三十三條所明定。孰爲交易債務人，即依契約之記載而定。查本件係A公司向B公司以附條件買賣方式購買繫案標之物，被告某甲、某乙雖分別爲A公司之負責人及總經理，但就本件交易則僅屬連帶保證人而非債務人，有該契約附卷可證，依上開大法官會議之解釋，被告二人均非動產擔保交易法第三十八條之犯罪主體，原判決竟以該法條論處被告罪刑，顯有適用法律不當之違法。

三、原判決既有上開之違法，且經確定，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

八十五年度台非字第九七號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

某乙

右上訴人因被告等違反動產擔保交易法案件，對於台灣高等法院中華民國八十五年一月五日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

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）

本院按法院不得就未經起訴之犯罪審判，而諭知科刑之判決，得變更檢察官所引應適用之法律者，亦應以起訴之事實為限，刑事訴訟法第二百六十八條、第三百條分別定有明文。本件前台灣台北地方法院士林分院檢察署檢察官係以被告某甲係A特殊金屬工業股份有限公司（下

稱A公司）之負責人，與其公司員工即被告某乙共同意圖為自己不法之所有，將其公司持有屬於B實業股份有限公司所有之自動車床、送料機、插針機等機具，據為己有，搬至中國大陸，認有觸犯刑法第三百三十六條第二項業務侵占罪嫌，提起公訴，並未說及某甲、某乙係動產擔保交易之債務人，或意圖為A公司不法之利益，案經台灣士林地方法院適用刑法第三百三十六條第二項論處某甲、某乙共同意圖為自己不法之所有，而侵占對於業務上所持有之物罪刑，被告等均不服提起第二審上訴後，原判決認被告等之行爲，不構成業務上侵占罪，竟變更檢察官起訴法條，改依動產擔保交易法第三十八條論處罪刑，然動產擔保交易法第三十八條僅得對動產擔保交易之債務人始得予以處罰，某甲、某乙係附條件買賣契約書內記載僅為買方之連帶保證人，原判決予以論處罪刑，已與該第三十八條之規定不合而有違誤，且併未受請求之事項予以判決，其判決即屬當然違背法令。案經確定，上訴人提起非常上訴指摘原判決不當，尙有理由，應由本院將訴外裁判之原判決撤銷，至於起訴事實部分（未為判決），為維持被告審級之利益，應由台灣高等法院依判決前之程序更為審判。據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項前段，判決如王又。

中華民國八十五年四月二十六日

【第陸拾案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第三百零六條、第三百七十八條、第三百七十九條第十款。

司法院大法官會議釋字 第四十三號、第一八一號解釋。

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。又應於審判期日調查之證據而未予調查者，其判決當然為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條、第三百七十九條第十款分別定有明文。次按原判決誤被告張三為張四，如全案關係人中別有張四其人，而未經起訴，其判決自屬違背法令，應分別情形，依上訴、非常上訴及再審各程序糾正之，司法院大法官會議著有釋字第四十三號解釋。

二、本件被告羅××（某甲）賭博一案，實係某乙於警局及檢察官偵查中冒充『羅××』應訊，並偽造其署押，業經某乙於台灣台北地方法院民國八十四年度易字第三三××號偽造

又書乙案審理中直承不諱，並有指紋分析卡及內政部警政署刑事警察局函在卷可稽，復經該院八十四年七月卅一日判決某乙連續偽造署押，足以生損害於公眾及他人，累犯，處有期徒刑五月，如易科罰金以三百元折算一日確定在案，有上開判決可稽，足證本件賭博罪確非『羅××』所爲，而係某乙冒名所爲。且查被告羅××確有其人，亦有其尸籍謄本附台灣台北地方法院八十四年度易字第三三××號卷可憑。本件原法院亦係對被告羅××之任所爲傳喚，因其經合法傳喚無正當理由不到庭，而不待其陳述逕爲判決，惟查刑事訴訟法第三百零六條所定，得不待被告之陳述而逕行判決者，法院仍應對有關證據爲必要之調查（最高法院四十七年台上字第七七八號判例參照），非謂不須調查即得逕爲判決。有關經合法傳喚之人是否即爲檢察官起訴之被告，自有調查之必要性，原判決未對附卷之被告之照片、指紋卡等證據予以調查，即逕對爲人冒用其名之被告爲判決，自有應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。

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

八十五年度台非字第一二五號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

右上訴人因被告賭博案件，對於台灣台北地方法院中華民國八十三年八月十九日第一審確定判決，認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於某甲部分撤銷，由台灣台北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）

本院按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令。又應於審判期日調查之證據而未予調查者，其判決當然為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條、第三百七十九條第十款分別定有明文。次按非常上訴，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，亦經司法院大法官會議著有釋字第一八一號解釋。本件被告羅××（某甲）賭博一案，實係某乙於警局及檢察

官偵查中冒充「羅××」應訊，並偽造其署押，業經某乙於台灣台北地方法院八十四年度易字第三三××號偽造文書一案審理中直承不諱，並有指紋分析卡及內政部警政署刑事警察局八十四年二月二十七日八四刑紋字第三六〇四號函附於上開案卷足憑，復經該院於八十四年七月三十一日判決某乙連續偽造署押，足以生損害於公眾及他人，單犯，處有期徒刑五月，如易科罰金以三百元折算一日確定在案，有上開判決可稽。足證本件賭博罪確非「羅××」所為，而係某乙冒名所為。且查被告羅××確有其人，亦有其尸籍謄本附於上開案卷為證。本件原法院係對被告羅××之任所為傳喚，因其經合法傳喚無正當理由不到庭，而不待其陳述逕為判決。惟查刑事訴訟法第三百零六條所定，得不待被告之陳述而逕行判決者，法院仍應對有關證據為必要之調查，非謂不須調查即得逕為判決。有關經合法傳喚之人是否即為檢察官起訴之被告，自有調查之必要性。原判決未對附卷之被告之照片、指紋卡等證據予以調查，即逕對為人冒用其名之被告為判決，自有應於審判期日調查之證據而未予調查之違法，並因而致適用法令違誤，而顯然於判決有影響，揆諸前揭說明，其判決顯屬違背法令。案經確定，非常上訴意旨，執以指摘，尚有理由，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，判決如王又。

中華民國八十五年五月二十三日

【第陸拾壹案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第三百十九條第一項前段、第三百三十四條。
司法院院字 第一三〇六號解釋。

二、非常上訴理由

按『不得提起自訴而提起者，應諭知不受理之判決』，刑事訴訟法第三百三十四條定有明文，而『股份有限公司之股東對於公司董事及監察人員之侵占或背信罪，不能提起自訴』，可經最高法院刑事庭會議決議有案（會議年、月、日不詳，惟見於最高法院民、刑事庭會議決議暨全文彙編第三五八頁及第五五一頁）可資參照。本件自訴人史某自訴A飲料股份有限公司董事某甲、某乙、某丙犯背信罪，微論自訴人史某所稱其為A飲料股份有限公司之股東，並無任何文件可資證明，而原審法院亦未予調查翔實，且縱令該自訴人確為該公司股東無訛，但依前揭最高法院刑事庭會議決議，亦不得對於該公司董事之某甲、某乙、某丙所涉背信罪

提起自訴。詎原審法院對此不得提起而提起之自訴，不依刑事訴訟法第三百三十四條規定諭知不予受理之判決，而從實體上判決該被告等無罪，揆之前開說明，其判決自有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，以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十四年度台非字第59號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

某乙

某丙

右上訴人因被告等背信案件，對於台灣板橋地方法院中華民國八十三年八月八日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按犯罪之被害人得提起自訴，刑事訴訟法第三百十九條第一項前段定有明文。所謂犯罪之被害人係指因犯罪而直接被害之人而言，亦經司法院院字第一三〇六號解釋在案。股份有限公司被公司董事及監察人侵占或背信，雖股東之利益亦受影響，但直接被害者究為公司，股東並非因犯罪而直接被害之人，自不得提起自訴。又按不得提起自訴而提起者，應諭知不予受理之判決，刑事訴訟法第三百三十四條亦有明定。本件自訴人史某自訴被告某甲、某乙、某丙背信案件，其自訴意旨略稱：自訴人史某係A飲料股份有限公司（下稱A公司）之股東，緣A公司之產品均委託B食品股份有限公司（下稱B公司）銷售，估計B公司每年可獲利新台幣（下同）九千多萬元，而A公司每年只獲利二千五百九十三萬元，何以A公司不自己銷售產品？況A公司持有B公司三百多萬股權，成本為二千八百四十一萬元，但於民國八十二年十月間，A公司卻以每股〇二八元出售B公司百分之十五股權給C有限公司，而C有限公司之成員有A公司董事即被告某甲、某乙、某丙等人，足認A公司董事即被告等與C有限公司顯然有利益輸送，因認被告等有共同犯刑法第三百四十二條第一項之背信罪云云。則自訴人史某係以A公司之股東身分自訴該公司董事某甲、某乙、某丙犯背信罪，依上揭司法

院解釋意旨及本院所持之見解，自不得提起自訴。原判決失察，不依刑事訴訟法第三百三十四條之規定諭知不受理，竟從實體上爲被告等均無罪之諭知，顯有判決不適用法則之違誤。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由，惟原判決尚非不利於被告等，應由本院將原判決違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中華民國二十八年二月十六日

【第陸拾貳案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第三百十九條第二項、第一項、第三百三十四條。

刑 法 第二百十四條、第二百十六條、第三百三十九條第二項、第五十五條、第五十六條。

一一、非常上訴理由

按犯罪之被害人，固得依刑事訴訟法第三百十九條提起自訴，惟此之所謂被害人，係指因犯罪而直接被害之人而言。又，犯罪事實之一部提起自訴者，他部雖不得自訴，亦以得提起自訴論。但不得提起自訴部分係較重之罪者，不在此限，同條第二項亦定有明文（最高法院四十七年台上字第一二九一號、七十五年台上字第七四二號判例參照）。本件原判決認定被告某甲因其父即自訴人某戊於七十八年八月間，欲將其坐落台灣省桃園縣中壢市××段一二三六號土地八四五十萬公尺，交其處理並贈與之，為免繳交贈與稅，乃基於概括犯意與其

妻被告某乙之同意，明知上開土地並非以買賣爲移轉原因，而事實上乃爲贈與，竟以某戊爲出賣人，某丁爲買受人，訂立所有權移轉契約，委由知情之被告某丙以此聲請所有權移轉登記，使地政機關之承辦人員，將此不實之事項登載於職務上所掌之公文書，足以生損害於地政機關管理之正確性，並使稅捐機關陷於錯誤，未對納稅義務人某戊課徵贈與稅新台幣一百一十五萬六千八百五十元，某戊因此獲得該贈與稅之不法利益。某丁復於七十九年六月二十五日，明知與某乙並無買賣關係，而訂立所有權移轉契約，並於七十九年八月七日提出登載不實之土地登記謄本，委由不知情之楊某辦理所有權移轉登記，使地政機關之承辦人員，將此不實之事項登載於職務上所掌之公文書，足生損害於地政機關管理之正確性。因認被告等係犯刑法第五十五條、第五十六條、第二百十四條、第二百十六條、第三百三十九條第二項之罪，依刑法第三百三十九條第二項共同以詐術使第三人得財產上不法之利益論科。經查，被告等所犯刑法第二百十四條、第二百十六條偽造文書罪部分，自訴人某戊固得對之提起自訴。但關於被告等所犯刑法第三百三十九條第二項詐欺罪部分，直接被害人爲國家法益（稅捐機關少收贈與稅），自訴人某戊不僅非犯罪之被害人，且爲犯罪之受益人（少繳贈與稅），自不得對之提起自訴。且不得提起自訴部分，較得提起自訴部分爲重，依諸首開說明，則偽造文書部分，自亦不得提起自訴。復查，不得提起自訴而提起者，應諭知不受理之判決，刑

事訴訟法第三百三十四條有明文規定。原審法院未從程序上諭知自訴不受理，而從實體上科處被告罪刑，自屬於法有違。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

八十四年度台非字第四五號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

某乙

某丙

某丁

右上訴人因被告等偽造文書案件，對於台灣高等法院中華民國八十一年一月二十九日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決及第一審判決均撤銷。

本件自訴不受理。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按犯罪之被害人，固得依刑事訴訟法第三百十九條第一項提起自訴，惟此之所謂被害人，係指因犯罪而直接被害之人而言。而犯罪事實之一部提起自訴者，他部雖不得自訴，亦以得提起自訴論。但不得提起自訴部分係較重之罪者，不在此限。又不得提起自訴而提起者，應爲不受理之判決，同法第三百十九條第二項、第三百三十四條分別定有明文。本件原判決認定被告某甲因其父即自訴人某戊於七十八年八月間，欲將其坐落台灣省桃園縣中壢市××段一二三六地號之田地八四五平方公尺交其處理並贈與之，爲免繳交贈與稅，乃基於概括犯意，與其妻某乙謀議，並徵得某丁之同意，明知上開土地並非以買賣爲移轉原因，而事實上乃爲贈與，竟以某戊爲出賣人，某丁爲買受人，訂立所有權移轉契約，委由知情之某丙以此聲請所有權移轉登記，使地政機關之承辦人員將此不實之事項登載於職務上所掌之公文書，足以致生損害於地政管理之正確性，並僅以納稅義務人某戊之名義繳納土地增值稅二百九十萬零八百九十六元，使稅捐稽徵機關陷於錯誤，未對納稅義務人某戊課徵一百十五萬六千八百五十元之贈與稅，某戊因此獲得上開贈與稅之不法利益。某丁復於七十九年八月七日提出登載不

實之土地登記簿謄本，委由不知情之楊某辦理所有權移轉登記，使地政機關之承辦人員將此不實之事項登載於職務上所掌之公文書，足生損害於地政機關管理之正確性，因認被告等係犯刑法第二百十四條、第二百十六條、第三百三十九條第二項之罪，因所犯各罪有方法結果之牽連關係，而從一重以第三百三十九條第二項之詐欺得利罪論科。惟查，被告等所犯刑法第二百十六條、第二百十四條之行使使公務員登載不實文書罪部分，自訴人某戊得對之提起自訴，但因所犯刑法第三百三十九條第二項詐欺得利部分，直接被害人則為國家法益，自訴人某戊並非犯罪被害人，自不得對之提起自訴。且不得提起自訴部分，較得提起自訴部分為重，揆諸首揭說明，則偽造文書部分，自亦不得提起自訴，本件應諭知不予受理。第一審未諭知不予受理，仍從實體上為科刑之判決，即屬違背法令。被告等不服，提起上訴，原判決不予糾正，仍予維持，亦同有違背法令之情形。案經確定，且於被告等不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決及第一審判決均撤銷，另為自訴不予受理之諭知，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書、第三百三十四條，判決如王又。

【第陸拾叁案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第三百二十三條第一項、第三百三十四條、第三百七十八條。

商標法 第六十二條第一款、第二款。

刑法 第二十八條。

二、非常上訴理由

按同一案件經檢察官終結偵查者，不得再行自訴。不得提起自訴而提起者，應諭知不受理之判決。刑事訴訟法第三百二十三條第一項、第三百三十四條分別定有明文。又，所謂同一案件，係指所訴彼此兩案為同一被告，其被訴之犯罪事實亦屬同一者而言，經最高法院著有判例可稽。（最高法院二十八年上字第一四七四號、四十九年台上字第三一五號、五十年台上字第四五一號判例參照）。本件原審法院以被告某甲、某乙分別為台中市北屯區水旱里××巷三之五號××興業股份有限公司負責人及業務經理，明知『淨所』及圖為輝×有限公司

公司已註冊使用於各種飲水機、淨水器、逆滲透式純水機類商品之商標，享有商標專用權，二人竟未經同意或授權，基於共同意圖欺騙他人，於民國八十三年三月間在其公司所生產之同類產品『××純水機』及廣告型錄上使用近似之商標圖樣，並行銷全省各地，嗣於行銷台北市××街二十三巷××號三樓時，為自訴人輝×公司派員查獲，案經自訴人提起自訴，認定被告某甲、某乙二人所為，均犯商標法第六十二條第一款之罪。彼二人間並有犯意聯絡及行為分擔，均為共同正犯。第一審法院適用商標法第六十二條第一款，刑法第二十八條，論罪科刑，均無不合，駁回被告等之上訴。惟查，確定判決所認定之事實，與台灣台北地方法院檢察署檢察官八十二年七月二十九日對被告等被訴 被告某乙係台中市北屯區水景里××巷三之五號××興業股份有限公司負責人，被告某甲則係該公司業務經理，明知『淨源』及圖為告訴人台灣美×工業股份有限公司已註冊使用於各種飲水機、淨水器、逆滲透式純水機類商品之商標，竟意圖欺騙他人，於民國八十三年三月間，在××興業股份有限公司所生產之同類產品『××純水機』及廣告型錄上使用近似之商標圖樣，並行銷於台北市區。：均步有違反商標法第六十二條第一款、第二款罪嫌。認為犯罪嫌疑不足而為不起訴處分確定之事實（八十二年偵字第八〇××・一五一××號），兩案被告同一，其被訴之犯罪事實，亦屬同一，應屬同一案件。雖經不起訴處分案件之告訴人為『台灣美×工業股份有限公司』，本

件之自訴人爲『輝×有限公司』，有所不同（前者之商標專用權移轉於後者，見台灣高等法院八十四年度上訴字第一七××號刑事判決理由三）。但依首揭最高法院判例意旨，所謂同一案件，乃指前後案件之被告及犯罪事實俱相同者而言，至於告訴人或自訴人是否相同，則非所問。本件既經檢察官不起訴處分確定（最高法院二十七年上字第二〇四五號判例參照），依法自應諭知不予受理之判決。乃原判決以『所謂同一案件必當事人同一，事實同一始足當之。之前美×公司與本案自訴人輝×公司，要屬不同主體，並非同一案件，自訴人之自訴爲合法』云云（見原判決理由二），對被告等爲科刑之實體判決，其將『被告同一』，擴張爲『當事人同一』，依諸首開說明，自屬不當，爲違背法令。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。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十五年度台非字第一二三號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

某乙

右上诉人因被告等違反商標法案件，不服台灣高等法院中華民國八十四年九月二十七日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決及第一審關於某甲、某乙部分之判決均撤銷。

某甲、某乙部份不受理。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑事訴訟法第三百二十三條第一項規定，同一案件經檢察官終結偵查者，不得再行自訴。所謂同一案件，係指所訴彼此兩案為同一被告，其被訴之犯罪事實亦屬同一者而言，不因告訴人、告發人與自訴人有異即可謂非同一案件。本件被告某甲、某乙被訴其二人分別為台中市北屯區水亭里××巷三之五號××興業股份有限公司負責人及業務經理，明知「淨淨」及圖為輝×有限公司已註冊使用於各種飲水機、淨水器、逆滲透式純水機類商品之商標（原為台灣美×工業股份有限公司註冊之商標，於八十一年五月六日經核准移轉註冊於輝×公司），享有商標專用權，二人竟未經同意或授權，基於共同意圖欺騙他人，於民國（下同）八十三年三月間在其公司所生產之同類產品「××純水機」及廣告型錄上使用近似上開之商

標圖樣，並行銷全省各地，嗣被查獲之事實，既由台灣美×工業股份有限公司告發，經台灣台北地方法院檢察署檢察官於八十三年七月二十九日以八十三年度偵字第八〇××號，第一五一××號不起訴處分書處分不起訴，有該不起訴處分書及案卷可稽。既已經檢察官終結偵查，縱因聲請再議發回續行偵查中，亦屬不得再行自訴。輝×有限公司就同一事實及同一被告之同一案件，於前案不起訴處分後之八十四年二月二十二日，又向台灣台北地方法院提起自訴，有違上開法條規定，自應依法諭知自訴不予受理之判決。乃第一審法院竟對被告二人部分爲實體上之有罪判決，經被告等上訴原審法院，竟不加糾正，仍予維持，爲上訴駁回之判決，均屬於法有違。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨，執以指摘，尙有理由。應由本院將原判決及第一審關於被告某甲、某乙部分之判決撤銷，另行判決不予受理如王又第二項所示，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、第三百三十四條，判決如王又。

中華民國八十五年五月十六日

【第陸拾肆案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第三百五十九條、第三百七十八條。

刑法 第七十五條第一項第二款。

民法 第一百十四條第一項。

司法院院字 第二五〇七號解釋。

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。此項規定於與科刑判決，有同等效力之裁定，亦有其適用。如有違反，自得對之提起非常上訴（司法院院字第二五〇七號解釋參照）。次按捨棄上訴權抗告權或撤回上訴抗告者，案件於聲明捨棄或撤回時確定。又緩刑前犯他罪，而在緩刑期內受有期徒刑以上刑之宣告，撤銷其緩刑，刑法第七十五條第一項第二款亦定有明文。

二、查被告某甲因犯過失致死罪，經台灣台中地方法院於民國八十四年二月廿八日判處有期徒刑九月，緩刑三年，於同年四月十一日確定。該被告於緩刑前自七十九年三月間起至八十二年七月間止曾犯貪污罪，經同法院於八十三年九月二十一日判處有期徒刑二年，緩刑三年，該案被告於上訴台灣高等法院台中分院後，於八十四年五月卅一日撤回上訴而告確定，故該貪污罪係在過失致死罪前所犯，並於過失致死罪之緩刑期內之八十四年四月十一日判決確定後，始受有期徒刑以上刑之宣告，依前開刑法第七十五條第一項第二款規定，該過失致死罪之緩刑宣告，自應予以撤銷。台灣台中地方法院檢察署以上開理由，向台灣台中地方法院聲請撤銷其緩刑宣告，惟為該院以八十四年度撤緩字第一九〇號裁定駁回。經向原裁定法院提起抗告，原法院復以八十四年抗字第一三〇號裁定駁回而告確定，駁回理由係以撤回上訴即將上訴之意思表示撤回，參照民法第一百十四條第一項規定，應與未上訴之情形同，即視為自始未上訴，故該貪污案件之撤回上訴應溯及於上訴期間屆滿時之八十三年十月廿九日確定，從而被告並非於過失致死罪之緩刑期內更受有期徒刑之宣告，因認檢察官之聲請與刑法第七十五條第一項第二款之規定不符。惟查本件原裁定係引用民法第一百十四條第一項意思表示撤回之規定為工論，而民法上之意思表示，係以發生私法上效力為目的，與刑事訴訟法上撤回上訴發生刑事訴訟法上之效果，截然不同，況依刑事訴訟法第三百五十九條規定，

撤回上訴者，喪失其上訴權，依法條又義解釋，顯係指上訴權於撤回後方行喪失而言。應非原裁定理由所指回潮至上訴期間屆滿時發生效力。其裁定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

八十五年度台非字第三一號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告過失致人於死案件，對於台灣高等法院台中分院中華民國八十四年十月廿七日第二審確定裁定，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原裁定及第一審裁定關於違背法令部分均撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用不當者爲違背法令。又緩刑前犯他罪，而在緩刑期內受有期徒刑以上刑之宣告者，撤銷其緩刑，刑事訴訟法第三百七十八條及刑法第七十五條第一項第二款分別定有明文。本件被告因犯過失致人於死罪，經台灣台中地方法院於八十四年二月廿八日判處有期徒刑九月，緩刑三年（八十四年度交訴字第七×號），於同年四月十一日確定，該被告於緩刑前自七十九年三月間起至八十二年七月間止，曾犯貪污罪，經同院八十三年九月廿一日判處有期徒刑二年，緩刑三年（八十三年度訴字第九〇×號），該案被告於上訴原審後，於八十四年五月三十一日撤回上訴而告確定，有各該案卷可稽，該貪污罪係在過失致人於死罪前所犯，並於過失致死罪之緩刑期內始受有期徒刑以上刑之宣告，該過失致死罪之緩刑宣告，自應予以撤銷，惟爲台灣台中地方法院以八十四年撤緩第一九×號裁定駁回，經檢察官向原審提起抗告，原審復以八十四年度抗字第一三×號裁定駁回而確定。查刑事訴訟法上被告上訴後，第一審判決即處於不確定狀態，至其撤回上訴時，因喪失其上訴權，始告確定，應以撤回上訴日爲判決確定之日，與民法上之意思表示，係以發生私法上效力爲目的者有間，原裁定竟參照民法第一百十四條第一項規定認被告撤回上訴，應與未上訴之情形相同，即視爲自始未上訴，該貪污案之撤回上訴應溯及於上訴期間屆滿之八十三年十月廿九日確定，認被告並非於過失致死罪之緩刑期內更受有期徒刑之宣告，駁回檢察官在原審之抗告，

顯有適用法則不當之違法，此項裁定與判決有同一效力，案經確定，但非不利於被告，非常上訴意旨執以指摘尚有理由，應由本院將原裁定及第一審裁定關於違背法令部分均予以撤銷，用示糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百七十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中華民國二十五年二月七日

【第陸拾伍案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第三百七十九條第十款。

懲治走私條例 第二條第一項、第三條第一項。

二、非常上訴理由

一、按稱『輸入』者，指自國外進口而言。中華民國之領海經總統於六十八年十月八日公布爲十二海里，我國漁民與大陸漁民僅在領海內交換物資，以漁船運迂入港。如非在公海上行爲或經由他國之轉口港輸入者，當不能與自外國進口同論以輸入罪（最高法院七十二年台上字第三八二二號判決參照）。本件原判決之事實認定被告等分別係基隆八尺門漁港『X六號』之船長及船員，於八十三年十月二十七日下午駕該漁船自台北縣澳底港出海捕花蜆，於同年十一月九日下午三時許，在彭佳嶼附近海域，共同以捕獲之花蜆約八百斤及被告某甲所有之金項鍊，合計值約新台幣（下同）十八萬餘元，向某大陸漁船人員交換大陸未貼專賣

憑證之酒類錦竹大麴○ 五L瓶二千八百八十瓶、董公酒○ 五L瓶七千三百八十瓶，合計完稅價格爲七十五萬五千六百四十七元，私藏於船艙內，於同年十一月十日上午十一時四十分許，駛入台北縣澳底漁港，等候機會搬運上岸販售圖利，於同年十一月十三日凌晨經警查獲，因認被告等共犯懲治走私條例第二條第一項私運管制物品進口逾公告數額之罪，分別判處有期徒刑及爲緩刑之宣告，扣案之私貨予以沒收，惟查被告等以花蟬等物與大陸不明船籍交換大陸之錦竹大麴酒，其文換地點係在彭佳嶼海域約七海浬處，業據被告某戊於偵查中供明在卷，該處顯在我國領海範圍之內，原判決未予調查認定，遽認其係私運管制物進口，而依懲治走私條例第二條第一項論處被告等罪刑，依首揭說明，顯有應於審判期日調查證據而未予調查及適用法則不當之違法。

二、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

八十四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

某乙

某丙

某丁

某戊

右上诉人因被告等走私案件，對於台灣台北地方法院中華民國八十四年六月十三日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決撤銷，由台灣台北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。本件原判決認定被告等五人於民國八十三年十一月九日下午三時許，在「彭佳嶼附近海域」，以漁獲及金項鍊向大陸漁船交換得未貼專賣憑證之大陸酒一批（完稅價格為新台幣七十五萬五千六百四十七元），並藏放於××六號漁船密艙內，共

同私運返回台北縣澳底漁港，俟機搬運上岸販售圖利，於同年月十三日凌晨四時四十分許經警查獲等情。惟查，海域遼闊，該「彭佳嶼附近海域」究係在我國領海之內？抑或屬公海？關係被告等人所爲係犯懲治走私條例第二條第一項之走私罪、或第三條第一項之運送走私物品罪，原審並未明白認定，而被告某戊於偵查中供述，渠等係於距彭佳嶼約七海浬處與大陸漁船交換大陸酒，如果非虛，則被告等係在我國領海內取得已走私進口之大陸酒而爲運送，並非走私大陸物品進口，乃原審對此有利於被告等之事證未詳予調查，自屬應於審判期日調查之證據而未予調查之違法，致適用法令違誤，且於判決之結果顯然有影響，非常上訴執以指摘，尙有理由。案經確定，且於被告等不利，爲維持被告等之審級利益，應由本院將原判決撤銷，發回原審法院依判決前之程序更爲審判。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項，判決如王又。

中華民國三十八年十月十三日

【第陸拾陸案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第三百七十九條第十款、第十二款、第二百六十七條。

二、非常上訴理由

按應於審判期日調查之證據而未予調查或已受請求之事項未予判決者，其判決當然為違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第十款、第十二款分別定有明文。又依公訴不可分原則，檢察官就犯罪事實一部起訴者，其起訴之效力及於全部，故檢察官就裁判上應以一罪論之犯罪事實一部起訴，其未經起訴之部分，法院即應併予審判，縱檢察官就此具有不可分性之整個犯罪事實強裂為二，將其中一部分予以不起訴處分，其所為不起訴處分，即應認為無效，亦有最高法院四十二年台上字第六九〇號判例可稽。本件被告某甲、某乙於民國八十二年六月四日經警查獲共同未經許可無故持有管制槍械二支，其中槍枝編號一一〇二一七六九五〇號之改造空氣手槍，經鑑定具殺傷力，有內政部警政署刑事警察局八十二年刑鑑字第五

一二四九號鑑驗通知書可憑，檢察官乃就此部分提起公訴，至另支槍枝編號一一〇二一七六九四三之制式空氣手槍，因上開鑑驗通知書記載編號一一〇二一七六九四五號之槍枝無法發射鉛彈，機械性能不良云云，檢察官誤認該一一〇二一七六九四五號部分之鑑定係針對本件扣案之制式空氣手槍而為，而將扣案之一一〇二一七六九四三號手槍部分認定為無殺傷力，並於起訴書內記載不另為不起訴處分之理由，惟本件扣案之一一〇二一七六九四三號制式空氣手槍，實具殺傷力，此有內政部警政署刑事警察局八十三年三月五日（八三）刑鑑字第五六四九四號函可證，而該局前述第五一二四九號鑑驗通知單之鑑定，因係對警方所送之十枝槍為鑑定，又未分別就各編號槍枝記載其鑑定結果，致混淆不清，惟自其鑑證三之記載可知逆鑑空氣手槍四支，其中三支以彈簧壓縮空氣為動力者，除編號一一〇二一七六九四五號之手槍外，另二枝機械性能正常，可裝填發射同口徑鉛彈，本件之一一〇二一七六九四三號手槍應屬該二枝可發射子彈之手槍之一，故被告等應係一行為持有二枝具殺傷力之手槍，檢察官誤將其中一部『不另為不起訴處分』，其不起訴處分核屬無效，原審自應就二枝手槍是否均具殺傷力為調查審認，乃原判決就被告等共同持有制式空氣手槍部分未予調查及裁判，自有應於審判期日調查之證據未予調查及已受請求之事項未予判決之違法。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。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十三年度台非字第三六九號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

某乙

右上訴人因被告等違反槍斃彈藥刀械管制條例案件，對於台灣新竹地方法院中華民國八十二年十一月三十日第一審確定判決，認為一部違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違反槍斃彈藥刀械管制條例部分之違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按應於審判期日調查之證據而未予調查或已受請求之事項未予判決者，其判決當然為違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第十款、第十二款分別定有明文。又依公訴不可分原則，檢察官就犯罪事實一部起訴者，其起訴之效力及於全部，故檢察官就裁判上應以一罪論之犯

罪事實一部起訴，其未經起訴之部分，法院即應併予審判，縱檢察官就此具有不可分性之整個犯罪事實強裂爲二，將其中一部分予以不起訴處分，其所爲不起訴處分，即應認爲無效，亦經本院著有四十年台上字第六九〇號判例可循。本件被告某甲、某乙於民國八十二年六月四日經警查獲共同未經許可無故持有編號一一〇二一七六九五〇號之改造空氣槍及編號一一〇二一七六九四三號制式空氣手槍各乙支，移送台灣新竹地方法院檢察署，檢察官就前者提起公訴，關於後者則認該空氣手槍不具殺傷力，於起訴書內敘明不另爲不起訴處分之理由。惟查該編號一一〇二一七六九四三號制式空氣手槍，連同其餘獲案槍枝共十枝，編號自一一〇二一七六九四一至一一〇二一七六九五〇號一併送請內政部警政署刑事警察局鑑驗，其中送鑑空氣手槍四支（包括一一〇二一七六九四三號），一枝爲利用瓦斯氣瓶充氣爲動力，餘三枝均係利用彈簧壓縮空氣爲動力，除編號一一〇二一七六九四五，機械性能不良，依現狀無法發射鉛彈，另二枝機械性能正常，可裝填發射同口徑軟鉛彈，有該局八十二年六月二十六日刑鑑字第五一二四九號鑑驗通知書在卷足憑，本件之一一〇二一七六九四三號手槍係該二枝可發射子彈之手槍之一，檢察官誤爲不具殺傷力，不成工犯罪，惟被告等係一持有行爲同時持有前開具有殺傷力之改造空氣槍及不具殺傷力之制式空氣手槍，爲單純一罪，故不另爲不起訴處分，然依首開說明，其處分應認爲無效，原審自應就該二枝手槍是否均具有殺傷

力爲調查審認，乃原判決就被告等共同持有制式空氣手槍部分漏未調查、判決，自有應於審判期日調查之證據未予調查及已受請求之事項未予判決之違背法令。非常上訴意旨執以指摘，尙有理由，惟原判決尚非不利於被告等，爰將原判決關於被告等違反槍砲彈藥刀械管制條例違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中華民國八年十二月二十九日

【第陸拾柒案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第三百七十九條第十款、第十四款。

二、非常上訴理由

按依本法應於審判期日調查之證據而未予調查者或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款、第十四款分別定有明文。又當事人聲請調查之證據，縱係於辯論終結後始行提出，如其所提出之證據，確有調查之必要，未經再開辯論予以調查者，仍係於審判期日應行調查之證據未予調查，其判決即屬違背法令。亦經最高法院以四十一年台上字第四三八號著為判例。本件原判決以被告『迄未能與自訴人馮某達成和解，償還其所保管之畫作，甚或無意彌補自訴人之損失，足證其所言不實，並於王觀上有詐欺取財之犯意。』為由（原判決理由一——（三）），維持第一審論處被告詐欺罪刑之判決，卻又認『被告以事後已與自訴人和解而聲請再開辯論，因本件已事證明確，核無必

要。』（原判決理由三）已屬理由自相矛盾。又原判決既係以『被告迄未能與自訴人達成和解償還其所保管之畫作，無意彌補自訴人之損失』為認定被告王觀上有詐欺取財犯意之證據，則自訴人於辯論終結後，具狀陳明『雙方業經和解，而被告表示其誠意並提供房、地產設定抵押權為擔保 為使被告有自新機會，敬請：再開辯論。』並附陳和解書一件為證，則此項證據，對原判決理由——（三）所敘認定被告「王觀上有詐欺取財犯意」之論斷，當然有其影響而確有調查之必要性。依前開判例意旨，即有再開辯論予以調查之必要。原審非但未予再開辯論予以調查，反而謂『事證明確，核無必要。』顯有應於審判期日調查之證據而未予調查之違誤。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，以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十四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

右上訴人因被告詐欺案件，不服台灣高等法院台南分院中華民國八十三年十一月二十三日第

二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原審關於訴訟程序違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按應於審判期日調查之證據而未予調查者，當然違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第十款定有明文，又當事人聲請調查之證據，縱係於辯論終結後始行提出，如其所聲請調查之證據，確有調查之必要，而未經再開辯論予以調查者，仍係應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。原判決理由第一段第(三)項論敘「被告於原審曾供承尚有部分水彩畫由其保管，但迄未能與自訴人馮某達成和解償還其所保管之畫作，甚或無意彌補自訴人之損失，足證其所言不實，並於王觀上有詐欺取財犯意。」云云，據此認定，則被告有無返還畫作及彌補自訴人之損失，與被告是否犯罪應有關係，即與待證事實有關。乃自訴人馮某與被告於民國八十三年十一月二十一日即原審辯論終結（八十三年十一月十六日）之後，宣判期日（八十三年十一月二十三日）之前，檢附和解書乙份，以雙方經成工和解，被告已償還部分畫作，並設定不動產抵押擔保分期清償欠款為由，聯名具狀聲請原審再開辯論，據前所述，此於客

觀上應有調查之必要，但原審未再開辯論加以調查審究，而逕行判決，自有應於審判期日調查之證據而未予調查之違誤，且於判決理由第三段說明「至於被告以事後已與自訴人和解，而聲請再開辯論，因本件已事證明確核無必要，併予敘明。」等詞，又與前開論敘理由矛盾，亦屬違背法令。案經確定，非常上訴執以指摘，尚有理由。惟查，依原判決理由第一段第(一)、(二)項所為論斷之理由及證據，已足認定被告詐欺之犯行，是上述違誤均僅屬於訴訟程序（含製作判決書之程式）之違法，對判決之結果並無影響，亦無因而致適用法律違誤之情形，應由本院僅將原審關於訴訟程序違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第二款，判決如王又。

中華 民國 八 十 四 年 三 月 三 日

【第陸拾捌案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第三百七十九條第十二款、第二百六十七條、第二百六十八條。

二、非常上訴理由

按除本法有特別規定外，未受請求之事項予以判決者，其判決當然爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第十二款定有明文。而檢察官就裁判上一罪之犯罪事實之一部起訴者，其效力及於全部，依審判不可分之原則，法院固得就全部犯罪事實予以審判，惟就被告之全部犯罪事實，仍僅得於王又爲一次判決，且檢察官之函請併辦，非屬訴訟上之請求，並非起訴，不得就之爲判決（刑事訴訟法第二百六十七條、第二百六十八條，最高法院八十二年度第八次刑事庭會議決議參照）。本件被告某甲與林某共同於八十四年三月十三日起至同年三月十八日止所犯連續賭博罪部分，經台灣台中地方法院檢察署檢察官於八十四年四月十四日以八十四年度偵字第五四××號聲請簡易判決處刑，於同年四月廿八日繫屬法院（前案）。

嗣被告又於同年四月十五日起至同年四月十八日止，單獨犯連續賭博罪，經同署檢察官以八十四年度偵字第七一××號（後案），認與前案有連續犯之裁判上一罪關係，為前案起訴效力所及，而函請併前案審理。法院審理結果，如認與前案有連續犯之關係，本應依裁判上一罪而為一判決，如認併辦部分，與前案無連續關係，即不得對之為判決，而須退回檢察官另行辦理，始為適法。乃原審法院已就前案判處被告共同連續賭博罪刑後，竟又就被告後案併辦部分，再為判處被告連續賭博罪刑，顯有前述違背法令。案經確定，且於被告不利。爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條規定，提起非常上訴，以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十五年度台非字第二號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告賭博案件，對於台灣台中地方法院中華民國八十四年五月五日第一審簡易判決，認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於被告於八十四年四月十五日至同月十八日止連續在公眾得出入之場所賭博財物違背法令部分撤銷。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按檢察官之函請併辦，非屬訴訟上之請求，並非起訴，不得單獨據以判決。本件被告於八十四年四月十五日起至同月十八日所犯連續賭博罪部分，檢察官以八十四年度偵字第七一××號（後案）偵查結果，認與已聲請簡易判決之八十四年度偵字第五四××號共同連續賭博部分（前案）有連續犯之裁判上一罪關係，乃函請原審法院併辦，原判決則認前後二案不具連續犯關係，而予分論併罰，其就函送併辦之後案，未退還檢察官依法偵辦，逕行判決，顯係就未受請求之事項予以判決，此部分自屬違背法令，非常上訴意旨執以指摘，非無理由，案經確定，且對被告不利，自應由本院將此部分撤銷，以資糾正。因此部分正無訴之存在，自勿庸另行判決，惟其效力仍屬及於被告，附此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，判決如左。

中華民國八十五年一月十一日

【第陸拾玖案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第三百七十九條第十四款。

刑法 第十三條。

二、非常上訴理由

按判決不載理由或所載理由矛盾者，當然爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第十四款定有明文。又刑法上之加重結果犯，以行爲人能預見其結果之發生爲要件。所謂能預見，乃指客觀情形而言，與主觀上有無預見之情形不同。若主觀上有預見，而結果之發生又不違背其本意時，則屬故意範圍，有最高法院四十七年台上字第九二〇號判例可供參考。故刑法第十三條規定 行爲人對於構成犯罪之事實，明知並有意使其發生者爲故意，行爲人對於構成犯罪之事實，預見其發生而其發生並不違背其本意者，以故意論。本件原判決事實欄記載被告之行爲係『明知』如續行開車，陳某將有自小客車引擎蓋掉落而受傷之危險。且『預見』

陳某可能因自車上掉落，頭部碰及地面將引起頭部外傷、顱內出血而死亡。惟因當時陳某雙手持酒瓶，隨時可能對被告進行攻擊，被告對斯時存在之不法侵害，為防衛自己之權利，竟『明知』急駛離去，可能發生傷害致死之結果，卻仍以傷害之犯意而『悍然』向前急駛，以致防衛過當，而行駛二十公尺左右後，陳某即自小客車上掉落而受傷。經送醫急救後，終因顱內出血、頭部外傷不治死亡。依此事實，被告係預見且明知其行為可能發生陳某死亡之結果，而悍然為之。依首開判例意旨，及刑法第十三條之規定，顯已屬故意之範圍。原判決竟論以傷害人之身體因而致死罪，理由項下復謂『其王觀上具有預見陳某可能因而受傷致死，卻讓其發生亦在所不惜之意思，甚為明顯』，其認定之事實與王又、王又與理由間顯屬自相矛盾。揆諸首開說明，當然為違背法令。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十四年度台非字第四二六號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告傷害致人於死案件，對於台灣高等法院高雄分院中華民國八十二年十一月二十四日第二審確定判決，認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑事訴訟法第三百七十九條第十四款之因理由矛盾致適用法令違誤者，就非常上訴而言，應屬判決違背法令。又加重結果犯，以行為人能預見其結果之發生為要件，所謂能預見，乃指客觀情形而言，與主觀有無預見之情形不同。若主觀之有預見，而結果之發生又不違背其本意時，則屬故意之範圍。本件原判決事實欄係記載「被告某甲於民國八十二年七月九日下午六時許，駕駛車號WF四××號自小客車前往屏東縣佳冬鄉××村××路二十七號養豬場旁陳某之魚池，向陳某索取修車費用，萌生爭執，陳某遂先出手毆打被告，嗣經友人勸阻後，被告即欲駕車離去，陳某跑回屋內取出二只酒瓶，跳上正起動離去之自小客車引擎蓋上，阻止被告離去。此時被告『明知』如續行開車，陳某將自小客車引擎蓋掉落而受傷之危險，且『預見』陳某可能因自車上掉落，頭部碰及地面將引起頭部外傷、顱內出血而死亡，

惟因當時陳某雙手持酒瓶，隨時可能對被告進行攻擊，被告對斯時存在之不法侵害，為防衛自己之權利，竟『明知』急駛離去，可能發生傷害致死之結果，卻仍以傷害之犯意，而『悍然』向前急駛，以致防衛過當，而行駛二十公尺左右後，陳某即自小客車摔落而受傷，經送醫急救後，終因顱內出血，頭部外傷死亡」云云，依此事實，被告既係「預見」且「明知」其行為可能發生陳某死亡之結果，而「悍然」為之，並生死之結果，已屬犯殺人罪。理由項下可謂「被告王觀上具有預見陳某可能因而受傷致死，卻讓其發生亦在所不惜之意思，甚為明顯」等語，同認被告具有殺人之故意。然原判決竟論被告以傷害人之身體，因而致人於死罪刑，致王又與事實、理由間，相互矛盾，而有法令適用上之達誤。案經確定，非常上訴意旨，執以指摘，尚有理由。惟原判決尚非不利於被告，應由本院將原判決關於違背法令部分撤銷，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，判決如王又。

中華民國八年十一月三十日

【第柒拾案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第三百九十五條、第三百七十六條。

刑法 第六十一條、第三百三十五條第一項、第一百三十四條。
戡亂時期貪污治罪條例 第六條第四款。

二、非常上訴理由

按刑法第六十一條第二款至第五款所定係以罪爲標準，重在罪，與第一款前段所定以刑爲標準，重在刑者不同，故第二款至第五款之罪，縱因分則條又加重至五年以上時，仍無上訴於第三審之餘地。又不得上訴於第三審法院之案件，一經第二審判決，即告確定，如當事人對此已確定之案件提起第三審上訴，第三審法院即應依刑事訴訟法第三百八十七條（現修正爲三百九十五條）上段，以判決駁回之，倘竟誤爲撤銷發回更審，原第二審法院亦遵照更爲判決，均屬違法，難謂有效，並無影響於更審前之第二審判決確定之效力，最高法院四

十二年台上字第一一六號及五十五年台非字第二〇五號分別著有判例可考。本件被告某甲，於任職台灣台北看守所管理員期間之七十九年七月某日，受羅某之姐羅××之託，代收新台幣一萬五千元，囑其轉文在押之羅某，竟意圖不法，悉數侵占入己之事實，檢察官雖依貪污台罪條例第六條第四款及刑法第三百卅五條第一項之罪起訴，一審法院審理結果，認定被告持有該款並非因其職務關係而持有，而僅依刑法第三百卅五條之侵占罪論科，並以被告係假借職務上機會犯之，依刑法第一百卅四條規定加重其刑，被告不服上訴二審，台灣高等法院復以八十一年上訴字第四五××號判決駁回其上訴，檢察官並未上訴，亦未於言詞辯論終結前就起訴法條有所爭執，本案至此即告確定，詎被告仍提起第三審上訴，最高法院以八十二年台上字第二六××號判決，未依刑事訴訟法第三百九十五條上段規定，駁回其上訴，竟誤將台灣高等法院八十一年上訴字第四五××號判決撤銷，發回更審，更審法院亦遵照發回意旨，仍為實體上之科刑判決，雖仍科以同等之刑，於被告並無不利，亦不影響更審前之第二審判決確定之效力，外揆諸前開說明，該兩判決既均屬違法，為統一法律之適用，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

八十三年度台非字第三七二號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告侵占案件，對於本院中華民國八十二年五月二十七日第三審、及台灣高等法院八十三年五月三日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

本院八十二年度台上字第二六〇號判決關於違背法令部分及台灣高等法院八十二年度上更（一）字第三〇〇號更審判決均撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按檢察官以非刑法第六十一條所列之罪起訴之案件，第二審判決如係依刑法第六十一條所列之罪論處罪刑，而檢察官未提起第三審上訴，則因被告不得上訴於第三審法院，即告確定，如被告對此已告確定之案件，猶提起第三審上訴，第三審法院即應依刑事訴訟法第三百九十五條前段，以判決駁回之，倘竟誤為撤銷，發回更審，原第二審法院可復遵照更為判決，均屬違法，難謂有效，並無影響於更審前之第二審判決確定之效力（參照本院五十五年度台

非字第二〇五號判例）。本件被告某甲經第一審法院檢察官認其一行爲觸犯戡亂時期貪污治罪條例第六條第四款（現修正爲貪污治罪條例第六條第一項第五款）及刑法第三百三十五條第一項之罪，提起公訴，第一審法院審理結果，認定被告非因其職務關係而侵佔款項，僅依刑法第三百三十五條第一項之普通侵占罪論科，並以被告係假借公務員職務上之機會犯罪，應依刑法第一百三十四條規定加重其刑，被告不服提起第二審上訴，經台灣高等法院以八十八年度上訴字第四五〇號判決駁回上訴，第二審判決既依刑法第三百三十五條第一項論處罪刑，就被告而言，本件核屬同法第六十一條第三款所列之案件，依刑事訴訟法第三百七十六條規定，被告不得上訴於第三審法院，且因檢察官未提起第三審上訴，該第二審判決即告確定，乃被告對此已告確定之判決復提起第三審上訴，本院疏未依刑事訴訟法第三百九十五條前段從程序上予以駁回，反將已確定之第二審判決撤銷，發回更審（本院八十八年度台上字第二六〇號判決），台灣高等法院亦更爲判決（八十八年度上更（一）字第三〇〇號），仍駁回被告在第二審之上訴，依照首開說明，均屬於法有違，案經確定，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由，惟此項不合法之上訴，本院誤認爲合法，而逕爲實體上之發回判決，原不生效力，然尙非於被告不利，即不得另行判決，自應僅將本院八十八年度台上字第二六〇號判決關於應判決上訴駁回而誤判決撤銷發回之違背法令部分、及台灣高等法院八十八年度上更（一）字第三〇〇號更審判決均予撤銷，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，判決如王又。
中華民國十八年十二月三十日

【第柒拾壹案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第四百四十七條第二項、第三百七十八條。
 公平交易法 第三十五條、第二條第三款、第七條。
 刑法 第三百十條第二項、第三百十三條。

二、非常上訴理由

按原判決違背法令，併誤認為無審判權而不受理或其他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，刑事訴訟法第四百四十七條第二項定有明文。查本件更審前之判決，認定被告某甲以桃園縣錄影節目帶商業同業公會名義發函給全體會員，指摘自訴人××影視有限公司（簡稱××公司）將八十二年度合約發行之「王者之風」、「新仙鶴神針」兩片挪至八十三年度新約推出，該公司代表曾同意與其公會總幹事同赴法院公證，屆時卻未依約去辦理公證，有違協調承諾，

且該公司對於桃園業者特別提高價格牟取暴利，因而籲請全體會員在現階段暫不與該公司簽約等事實，認為足以毀損××公司名譽及經濟上之評價與事業不得為聯合行為之規定，有犯刑法第三百十條第二項、第三百十三條及公平交易法第三十五條之罪，其一行為觸犯數罪名，為想像競合犯，應從一重之公平交易法第三十五條論科，判決被告某甲行為人違反事業不得為聯合行為之規定，處罰金新台幣五萬元，如易服勞役，以銀元三百元即新台幣九百元折算一日，而告確定，本署認有違法，提起非常上訴，而非非常上訴審亦以商業同業公會依公平交易法第二條第三款規定，固為該法所稱之事業，但依商業團體法第一條規定，同業公會係以推廣國內外貿易，促進經濟發展，協調同業關係，增進共同利益為宗旨，係為會員服務，而非從事交易之團體，故錄影節目帶商業同業公會與其會員之錄影節目帶商並非處於競爭關係，自不能與無競爭關係之會員構成公平交易法第七條所規定之聯合行為。被告以桃園縣錄影節目帶商業同業公會名義發函全體會員，呼籲現階段暫勿與××公司簽約，認與同業公會會員或會員代表相互間皆有競爭關係，得為聯合行為之王體，透過同業公會為限制競爭或相互約束事業活動，而為聯合行為之合意有別，蓋公平交易法之聯合行為，係指複數事業在同一產銷階段之水平聯合，故其聯合行為之王體至少須有二個以上，與被告僅以桃園縣錄影節目帶商業同業公會一家，並無兩個聯合行為王體有間，原判決竟撤銷一審諭知被告無罪之判決，

而從一重之違反公平交易法第三十五條規定處斷，顯屬判決違背法令，惟為維持被告審級利益，乃將原判決撤銷，發回原審依判決前之程序更為審判。更審法院審理結果認定被告明知××公司八十二年度片中並無「王者之風」、「新仙鶴神針」二片，竟發函桃園縣錄影帶商業公會全體會員，指該公司將八十二年度合約發行之上開二片，挪至八十三年度新約發行，認有以散布文字之方式，指摘足以生損害於他人名譽之事實，而以自訴人上訴為有理由，據以將一審諭知被告無罪判決撤銷，改判為王又第二項所示之刑。顧更審前之判決，係從一重之公平交易法第三十五條處斷，該條法定本刑為三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣一百萬元以下罰金，而僅選科新台幣五萬元罰金，更審後之判決係依刑法第三百十條第二項論科，該條項法定本刑為二年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金，反而科處有期徒刑二月，揆諸首開說明，顯有判決不適用法則之違背法令。案已確定，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

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

八十五年度台非字第一〇五號

被告 某甲

右上訴人因××影視有限公司自訴被告妨害名譽案件，對於台灣高等法院中華民國八十四年十一月九日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決撤銷。

某甲散布又字，指摘足以毀損他人名譽之事，處罰金玖仟元，如易服勞役，以貳佰元折算壹日。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按認為非常上訴有理由者，如原判決違背法令係誤認為無審判權而不受理，或其他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，刑事訴訟法第四百四十七條第二項定有明文。本件原更審前確定判決（台灣高等法院八十三年度上易字第四九××號）認定被告以桃園縣錄影節目帶商業同業公會名義發函給全體會員，指摘自訴人××公司將八十二年度合約發行之「王者之風」、「新仙鶴神針」影片，挪至八十三年度新約推出，及該公司代表同意與該公會總幹事赴法院

公證，却未履行，又對桃園縣業者特別提高價格牟取暴利，籲請全體會員暫不與該公司簽約云云，足以毀損該公司名譽及經濟上之評價與違反事業不得為聯合行為之規定等情，因而撤銷第一審諭知被告無罪之判決，改判以被告一行為觸犯公干交易法第三十五條、刑法第三百十條第二項、第三百十三條之罪，為想像競合犯，從一重論以公干交易法第三十五條之罪，處罰金新台幣五萬元，如易服勞役，以銀元三百元即新台幣九百元折算一日。上诉人認被告所為與公干交易法第七條所稱之聯合行為有間，該項確定判決適用同法第三十五條加以處罰，顯屬違背法令，提起非常上訴，經本院認為有理由，為維持被告審級利益，將該判決撤銷，由台灣高等法院依判決前之程序更為審判。嗣更審判決認定被告前開行為，僅足以毀損自訴人公司名譽，因而撤銷第一審諭知被告無罪之判決，改判論以刑法第三百十條第二項之散布文字，指摘足以毀損他人名譽之事罪，處有期徒刑二月，如易科罰金以三百元折算一日。至被訴觸犯刑法第三百十三條及公平交易法第三十五條之罪部分，則認不能證明犯罪，不另為無罪之諭知。上開更審判決論以被告犯刑法第三百十條第二項之罪，較原更審前確定判決從一重論處之公干交易法第三十五條之罪為輕，乃竟判處被告有期徒刑二月，較原更審前確定判決所處罰金新台幣五萬元為重，依首揭說明，顯屬違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨，執此指摘，洵有理由，應由本院將原判決撤銷，另行判決，酌情量處被告如

王又所示罰金，並諭知易服勞役之折算標準，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但書、刑法第三百十條第二項、第四十二條第二項、罰金罰鍰提高標準條例第一條、第二條，判決如王又。

中華民國十八年五月二日

叁、刑事特別法

【第柒拾貳案】

一、關係條文

台灣省內菸酒專賣暫行條例 第四十條第一款、第四款、第五款。
懲治走私條例（修正前） 第二條之一第一項。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按沒收爲從刑之一種，依王從不可分原則，應附隨於主刑而宣告之，未經爲主刑之宣告，即無由爲沒收之諭知。本件被告某甲、某乙、某丙、某丁於八十一年四月間共犯運送私運管制物品進口逾公告數額罪，原判決各處有期徒刑十月，均緩刑三年，並同時諭知扣案之七星牌洋菸三百二十五箱（每箱五百包）及其包裝、容器均沒收。而其諭知沒收所適用之法條引用台灣省內菸酒專賣暫行條例第四十條第一款、第四款及第五款爲依據，惟查原判決事實僅認定被告等有爲年籍不詳之男子郭某僱用，爲其運送私運進口未貼專賣憑證之洋菸，有犯懲

台走私條例第二條之一第一項之罪，並未認定被告等另有販賣或轉讓該批未貼專賣憑證洋菸之事實或有印製、製造其包裝、容器等行爲，且其於理由內亦未敘明被告等有何觸犯台灣省內菸酒專賣暫行條例之罪名，乃竟遽依該條例前開條又宣告扣案未貼專賣憑證之洋菸及其包裝、容器等均沒收，揆諸首開說明，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，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十四年度台非字第二五四號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

某乙

某丙

某丁

右上訴人因被告等走私案件，對於台灣台北地方法院中華民國八十一年七月二十四日第一審確定判決，認為關於沒收部分違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於沒收違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按沒收爲從刑之一種，依王從不可分原則，應附隨於王刑而宣告之，未經爲王刑之宣告，即無由爲沒收之諭知，又未貼專賣憑證之洋菸，及其包裝、容器，亦不能認爲違禁物，予以宣告沒收。本件被告某甲、某乙、某丙、某丁皆以捕魚爲業，共同受年籍不詳之男子郭某僱用，以每箱洋菸新台幣（下同）八百元之代價，爲其運送私運進口，未貼專賣憑證之洋菸，被告等人旋於民國八十一年四月五日上午九時許，駕駛「××號」漁船，由台北縣瑪鍊港報關出海，於同日下午四時許抵達東經一百二十二度四十分、北緯二十五度十五分之海域，向一不知名貨船接駁管制進口物品七星牌（MTLDSEVEN）洋菸三百二十五箱（緝獲時之完稅價格總額爲新台幣一百十六萬九千七百九十二元，已逾公告管制之十萬元），一次運送進口，於翌（六）日零時二十分許，返抵我海域之鼻頭外海五點五海浬處，爲警查緝截獲，並扣得七星牌未貼專賣憑證之洋菸三百二十五箱（每箱五百包）等情，經原審台灣台北地方法院於八十一年七月二十四日，以八十一年度訴字第一三××判決，引用修正前懲治走私條例第二條

之一第一項、第十一條，台灣省內菸酒專賣暫行條例第四十條第一、四、五款，刑法第二十八條、第七十四條第一款論某甲、某乙、某丙、某丁共同私運管制物品進口逾公告數額罪，各酌處有期徒刑十月，均緩刑三年。扣案之七星牌洋菸三百二十五箱（每箱五百包）及其包裝、容器均沒收，固非無見。但查原判決僅認定被告等係犯共同運送私運管制物品未貼專賣憑證洋菸之罪，並未牽連觸犯販賣或轉讓未貼專賣憑證洋菸之犯行，乃原審竟依據台灣省內菸酒專賣暫行條例第四十條第一款、第四款、第五款之規定論知上述扣案之七星牌洋菸三百二十五箱（每箱五百包）及其包裝、容器均沒收。揆諸首開說明，顯屬違法。案經確定，且於被告等不利，非常上訴意旨，執以指摘，尙有理由，應由本院將原判決關於沒收違背法令部分撤銷，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前段，判決如王又。

中華民國三十四年七月二十日

【第柒拾叁案】

一、關係條文

台灣省內菸酒專賣暫行條例 第四十二條、第三十七條第五款。

戡亂時期罰金罰鍰提高標準條例 第一條、第三條。

司法院院字 第一八五七號解釋。

司法院大法官會議釋字 第四三號解釋。

民事訴訟法 第二百三十二條。

刑事訴訟法 第二百二十條、第三百七十八條。

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。本件原判決以被告違反台灣省內菸酒專賣暫行條例第三十七條第五款之規定，判處罰金壹萬元，如易服勞役以參佰元折算壹日。嗣於八十三年一月十七日以裁定更正原判決之王又為處

罰金新台幣壹萬元，如易服勞役，以新台幣玖佰元折算壹日。惟查臺灣省內菸酒專賣暫行條例第四十二條規定『本條例規定之罰金罰鍰以新台幣爲單位』，原判決未依新台幣科處罰金，判決即有不適用法則之違法。又同條例第三十七條所規定之法定刑爲『一年以下有期徒刑，拘役或科或併科五千元以下罰金』，嗣經行政院於七十二年九月一日，依修正前之戡亂時期罰金罰鍰提高標準條例規定，以命令提高其罰金倍數爲五倍，其罰金最高額亦僅爲新台幣二萬五千元，原判決之諭知罰金既未冠以新台幣之名稱，自係以銀元計算，壹萬元折合新台幣爲三萬元，顯已逾得科處之罰金最高數額，嗣原法院又以裁定將王又更正爲處罰金新台幣一萬元，惟查判決王又原本錯誤，對於判決之本旨，判決顯有影響，不能逕以裁定更正之，最高法院七十二年台抗字第五一八號著有判例，其於判決後以裁定更正原判決之王又，既屬於法無據，應不生更正之效力。應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。

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

八十三年度台非字第七一號

被告 某甲

右上诉人因被告違反台灣省內菸酒專賣暫行條例案件，對於台灣新竹地方法院中華民國八十二年十一月十六日第一審確定簡易判決，認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於王刑違背法令部分撤銷。

某甲販賣未貼專賣憑證之菸類，處罰金新台幣壹萬元，如易服勞役，以新台幣玖佰元即銀元叁佰元折算壹日。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按 違反台灣省內菸酒專賣暫行條例第三十條之規定，販賣未貼專賣憑證之菸類者，依同條例第三十七條第五款之規定，處「一年以下有期徒刑，拘役或科或併科五千元以下罰金」，同條例第四十二條復規定上開罰金以「新台幣」為單位。又上開罰金數額，業經行政院會同司法院於民國七十二年九月一日，依戡亂時期罰金罰鍰提高標準條例（該條例名稱已於八十年五月六日修正為罰金罰鍰提高標準條例）第一條前段及第三條規定公布施行予以提高為五倍，則其法定罰金刑為新台幣二萬五千元以下，倘諭知之罰金刑逾越此數額，其判決

自屬違背法令，得提起非常上訴救濟。本件原確定判決認定被告某甲在新竹市××路二段××號××機車行販賣未貼專賣憑證之菸類，於八十二年九月二十六日爲警查獲，並扣得未貼專賣憑證之七星牌菸一百九十六包等情，適用臺灣省內菸酒專賣暫行條例第三十七條第五款、第四十條第一款，刑法第十一條前段、第四十二條第二項，罰金罰鍰提高標準條例第一條前段、第二條，處以「罰金壹萬元，如易服勞役，以叁佰元折算壹日。未貼專賣憑證之七星牌菸壹佰玖拾陸包均沒收」，其所諭知之罰金數額及易服勞役之折算標準，均非以新台幣爲單位，自係指銀元而言，則銀元壹萬元折合新台幣爲叁萬元，顯逾法定罰金刑之數額，揆諸首揭說明，已屬判決違背法令。又原判決正本先後於八十二年十一月二十九日及同年十二月六日分別送達於被告及檢察官後，原法院因發現原判決原本及正本均有上揭之違誤，雖曾於八十三年一月十七日以裁定更正，然依司法院院字第一八五七號及大法官會議釋字第四三號解釋意旨，刑事判決正本送達後，發現原本錯誤，不得以裁定更正，如僅顯係文字誤寫，而不影響於全案情節與判決本旨者，始得參照民事訴訟法第二百三十二條，依刑事訴訟法第二百二十條（舊法第一百九十九條）由原法院以裁定更正之。本件原判決之原本及其正本關於王又王刑之上開違誤，與「誤寫、誤算或其他類此之顯然錯誤」情形有別，顯已影響判決之本旨，不得以裁定更正之，該裁定自不生更正之效力，原判決仍屬違法。案經確定，且於

被告不利，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由，爰將原判決關於王刑違背法令部分撤銷（從刑沒收部分並未違法），由本院另行依法判決，並諭知罰金易服勞役之折算標準，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但書，臺灣省內菸酒專賣暫行條例第三十七條第五款，刑法第十一條前段、第四十二條第二項，罰金罰鍰提高標準條例第一條前段、第二條，判決如王又。

中 華 民 國 八 十 三 年 四 月 八 日

【第柒拾肆案】

一、關係條文

竊盜犯贓物犯保安處分條例 第二條第四項、第三條第一項。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令。而竊盜犯、贓物犯得於刑之執行前，令入勞動場所強制工作者，必其應執行之刑達一年以上始有其適用。刑事訴訟法第三百七十八條，竊盜犯贓物犯保安處分條例第二條第四項、第三條第一項分別定有明文。查本件被告某甲，有多次竊盜前科，於民國八十一年六月二十日執行完畢後，復於八十二年八月二十九日在高雄市泰順街竊取他人機車爲警查獲，經檢察官提起公訴後，台灣高雄地方法院認爲罪證明確，依竊盜罪犯，處有期徒刑拾月，固無不當。唯又認爲被告有犯罪之習慣，爰併宣告應於刑之執行前，令入勞動場所強制工作壹年。查被告所犯，係單純一罪，所處有期徒刑拾月，

其應執行刑顯然未達一年以上，依首開說明，自無適用該條例爲保安處分之宣告，其有適用法則不當之違法至爲明顯。案經上訴於原審法院，原審對其違法之判決未予糾正，仍以該院八十三年度上易字第八××號判決維持原判而駁回上訴人之上訴，其判決亦屬當然違法。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

八十四年度台非字第二四五號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告竊盜案件，對於台灣高等法院高雄分院中華民國八十三年十月二十六日第二審確定判決，認爲部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決及第一審判決關於違背法令部分均撤銷。

某甲竊盜，累犯，處有期徒刑拾月。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按 凡應執行之刑未達壹年以上者，不得適用竊盜犯贓物犯保安處分條例第三條第一項第一款、第五條第一項前段之規定宣告於刑之執行前令入勞動場所強制工作，同條例第二條第四項定有明文。倘應執行之刑未達壹年以上，竟依上開條例之規定宣付強制工作者，自屬適用法則不當之違背法令，於判決確定後，得提起非常上訴救濟。本件台灣高等法院高雄分院八十三年度上易字第八××號確定判決，認定被告某甲曾有竊盜、偽造文書及贓物等多次前科，最後一次所犯贓物罪，經法院判處有期徒刑伍月確定後，於民國八十一年六月二十日執行完畢，顯有犯罪習慣，仍未知悔改，復意圖為自己不法之所有，於八十二年八月二十九日十三時許，在高雄市××街六十六號前，竊取張某所有Y P M—六××號輕機車一輛，更換上其所有Y P M—九××號車牌後騎用，於同年九月十日一時三十五分許為警查獲等情。乃維持第一審適用刑法第三百二十條第一項、第四十七條，竊盜犯贓物犯保安處分條例第三條第一項第一款、第五條（第一項前段），罰金罰鍰提高標準條例第一條前段，論被告以竊盜，累犯之罪，處有期徒刑拾月，並於刑之執行前，令入勞動場所強制工作。查年之判決，駁回被告在第二審之上訴，於第一審判決就被告所犯竊盜，累犯之罪，既僅量處有期徒刑拾月，

其應執行之刑顯未達壹年以上，揆諸首揭說明，自無適用竊盜犯贓物犯保安處分條例宣付被告強制工作之餘地，乃第一審判決予以宣付強制工作，已有適用法則不當之違法，原確定判決未加糾正，竟仍予以維持，亦屬違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由，應由本院將原判決及第一審判決關於違背法令部分均予撤銷，依法另行判決，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，刑法第三百二十條第一項、第四十七條，罰金罰鍰提高標準條例第一條前段，判決如王又。

中 華 民 國 八 十 四 年 七 月 十 四 日

【第柒拾伍案】

一、關係條文

戡亂時期貪污治罪條例 第六條第三款、第四款、第七條。

刑法 第五十五條、第二百十三條。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又依司法院三十七年四月五日院解字第三九一七號前懲治貪污條例（三十二年六月三十日公布）第三條第六款及第七款關於圖利罪及第五條關於未遂規定所爲釋示，圖利罪祇須有圖利之行爲即爲既遂，不以得利爲構成要件。該條例上開規定，與現行戡亂時期貪污治罪條例第六條第三款第四款及第七條之規定相同，上開解釋，自應繼續適用。亦經最高法院六十七年台上字第三〇八五號著爲判例。本件原判決事實欄既認定「被告某甲等係經濟部商品檢驗局

基隆分局五堵辦事處技士或技佐，負責我國進口商品之取樣檢驗業務。為依據法令從事公務之人員。八十年三月十七日，商人簡某自日本進口電壓一百伏特之三菱牌真空吸塵器七百二十台，每台日幣四千一百元，計值日幣二百九十五萬二千元，加上運費及保險費後，其完稅價格共折合新台幣六十萬八千五百六十元，交由陳某於同月二十五日向商檢局基隆分局五堵辦事處投單報驗。某甲奉派查驗，竟與簡某、陳某基於共同犯意連絡，未依規定親赴上述電器產品暫存間展倉庫現場取樣檢驗，即在所製作之二〇三WO—八二四九號商品輸入報驗申請書取樣員欄上先蓋『技士趙××』職章後，交由陳某在該申請書上擅自偽填『相符』、『如報單』、『一台』等不實之字樣，並由陳某託請謝某代為核發合格證。謝某基於概括犯意，明知該批報驗貨物未經取樣檢驗及陳某擅自填載上述不實之內容，竟違背職務登載一百十伏特不實記錄在所製作之檢驗紀錄表電壓欄內，逕予評定合格，並加蓋技士謝某職章，核發編號二〇二WO—八二四九號合格證。足以生損害於商檢局檢驗進口物品之正確性，交由陳某轉交：辦理通關稅放。：。上開吸塵器 簡某擬以每台新台幣一千一百元至一千二百元出售，共可獲利新台幣十三萬四千七百五十五元至二十萬六千七百五十五元。同月二十六日，基隆關稅局五堵支局驗貨員周某查驗該批貨物，發現實際電壓均表示為禁止進口之電壓一百伏特之電器產品，與合格證上所載之電壓一百十伏特不符，遂未予放行。」是被告已有圖利

之行爲。依前開司法院解釋及貴院判例意旨，被告之圖利已屬既遂。原判決竟論以圖利未遂罪，顯屬違法。又依原判決事實欄之記載，被告於獲悉上開未獲基隆關稅局放行之情形後，「即將謝某所製作之記錄表加蓋其自己之職章，『欲予掩飾』，並與陳某謀議，由貨王簡某提供一台一百十伏特電壓之吸塵器充作樣品，於同年四月一日，由陳某攜至商檢局基隆分局五堵辦事處，再由某甲虛偽製作編號○○一七二九號取樣單，『藉以掩飾未親赴取樣檢驗違法縱放事實』，『意圖規避刑責』……。」是被告此一偽造公文書之行爲，係『在掩飾其未依規定親赴取樣檢驗，違法縱放』，『意圖規避刑責』，係在其前開圖利行爲完成後之別一彌縫行爲，其犯意根本不同，與其圖利犯行更無必然之方法結果關係，依司法院院字第八六五號解釋意旨，係屬併合罪。原判決竟謂二者有方法結果之牽連關係，從一重之圖利罪處斷，亦屬違誤。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

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

八十四年度台非字第四四五號

被告 某甲

右上訴人因被告貪污案件，對於台灣高等法院中華民國八十三年三月十七日第二審確定判決，認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於某甲違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決適用法則不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又公務員對於王管或監督之事務，直接或間接圖利罪，祇須有圖利之行爲即爲既遂，不以得利爲構成要件，本院六十七年台上字第三〇八五號著有判例。本件依序判決事實欄所認定，被告某甲係與謝某於奉派查驗商人簡某自日本進口之真空吸塵器時，明知未依規定取樣檢驗，竟基於犯意之聯絡而違背職務，分別在商品輸入報驗申請書爲檢驗合格之記載，及在檢驗紀錄表電壓欄內逕予評定合格，而據以核發二〇二WO—八二四九號合格證，交由報驗員陳某持以向基隆關稅局辦理通關等情，被告既有參與圖利簡某之行爲，且已違法發放合格證，予以放行，其圖利之行爲自己完成，即應爲既遂，至於該批吸塵器事後於辦理通關時，被基隆關稅局驗

貨員周某發現伴禁止進口之電壓一百伏特之電器產品而未予放行，致簡某未能獲得不法利益，伴屬另一回事，依首開說明，被告仍應負圖利既遂罪責，乃原審竟論以對於王管之事務直接圖利未遂罪刑，並依刑法第二十六條前段之規定減輕其刑，自有適用法則不當之違背法令。又刑法第五十五條所謂之牽連犯，必須二個以上之行爲有方法、結果之關係者，始足構成，亦即必須以犯一罪之方法行爲犯他罪，或以犯一罪之結果行爲另犯他罪，方有牽連關係之可言，如伴犯一罪完成之後，爲圖彌縫以掩飾前犯，再另犯他罪，則前後二罪不惟犯意有別，行爲亦屬各別，自難謂有何牽連關係。本件原判決復認定被告於獲悉上述電器被基隆關稅局查獲而未予放行後，爲掩飾其圖利犯行，即在謝某所製作之記錄表補蓋其自己之職章，並虛偽製作編號○○一七二九號取樣憑單，藉以掩飾未親赴取樣檢驗而違法縱放之事實，意圖規避刑責，因認被告犯有刑法第二百十三條公務員登載不實公文書之罪名，與前述圖利未遂罪間，有方法結果之牽連關係，應從一重之圖利未遂罪處斷云云，據此事實，被告伴於圖利犯行完成之後，因被發覺，爲掩飾前一犯罪，始另犯此部分公務員登載不實罪，前後二罪犯意各別，且行爲亦無互爲方法結果之牽連關係，殊無論以牽連犯之餘地，乃原審竟對此部分公務員登載不實罪認與圖利罪間有牽連關係，應依刑法第五十五條規定，從一重處斷，亦屬適用法則不當之違法。案經確定，非常上訴執以指摘，尙有理由，但原判決尚非不利於被告，應僅由本院將原判決關於被告違背法令部分予以撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百七條第一項第一款前段，判決如王又。
中華民國十八年十二月八日

【第柒拾陸案】

一、關係條文

戡亂時期貪污治罪條例 第十條。（貪污治罪條例 第九條。）

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按戡亂時期貪污治罪條例第十條規定，犯第四條至第六條各款之罪者，其所得之財物，應予追繳，並依其情節，分別沒收或發還被害人。而該條規定應予追繳沒收者，係以被告貪污所得之財物為限，不正利益既無明文規定，自不包括在內。最高法院七十四年台上字第一三五五號著有判例可考。查台灣高等法院八十二年上訴字第一七〇號判決，認定被告某甲係新竹縣××鄉鄉長，某乙係該鄉（鄉民）代表會副主席，某丙、某戊均係鄉民代表，皆為依據法令從事公務之人員，於民國八十年六月間，私工××工業專科學校擬創辦××工業學院及××敬老中心，委由董事會王任秘書張某規劃執行。張某因與××鄉××村村長某丁熟識，

而某丁又與某甲係結拜兄弟，獲知××鄉公所有土地出租，經寧看後認為滿意，乃於八十年七月六日向××鄉公所提出申請租用。惟因須經鄉民代表會同意，某甲、某丁二人頻頻接觸，從中索賄牟利，初步決定，應由叔万支付代表會主席新台幣（下同）八十萬元、副主席五十萬元、鄉長一百二十萬元，代表各三十萬元，為使租地案順利通過，並安排張某出面於八十年八月五日晚，在新竹市遠東百貨公司三泰廳宴請全體鄉民代表，席間，因代表孫某反對，某甲恐事變複雜，宴畢又約數位代表吃花酒，費用一萬四千元，經某丁轉向張某支領，對於職務上行爲收受不正利益。其後某甲接續對其職務上之行爲，接受不正當飲宴計二萬六千三百元。被告某乙獲知某甲、某丁二人之計畫，擔心透過某丁傳話付款，恐其中飽私囊，乃提議於代表會開會前，由張某親自付款，八十年九月十八日上午某乙、某丙、某戊在某丁宅，對於職務上之行爲，收受張某各發給三十萬元、某乙於當日中午再返某丁宅取走多分二十萬元等事實，據以依法論科固屬不無見地。惟以追繳沒收部分，某乙所得賄款五十萬元，某丙、某戊各三十萬元，某丁先後收取賄款一百零五萬元（二十萬元，另八十五萬元），某甲接受不正利益飲宴四萬零三百元（KTV報帳一萬四千元，另飲宴二萬六千三百元）及先後收取賄款一百四十萬元，其中二十萬元已退還行賄人，不另沒收。以上共計三百三十九萬零三百元，應依法連帶追繳沒收，如全部或一部無法追繳時，以其財產抵償之。且不問各人所得額，

應連帶負責，而其中四萬零三百元，既認定係某甲接受不正利益飲宴，其非貪污所得甚明，揆諸首開判例說明，自應不在追繳沒收之內。乃竟一併宣告追繳沒收，並命與其餘被告連帶追繳，顯有適用法則不當之違法，被告等上訴（第）三審，原判決不予糾正，竟予維持，而駁回其上訴，亦屬違背法令。案已確定，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，以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十三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

某乙

某丙

某丁

某戊

右上訴人因被告等貪污案件，對於本院中華民國八十三年三月十八日第三審確定判決，認為

部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決及第二審判決關於某甲、某乙、某丙、某丁、某戊所得財物應予追繳沒收之違背法令部分撤銷。

某甲、某乙、某丙、某丁、某戊所得財物新台幣叁佰叁拾伍萬元，應予連帶追繳沒收，如全部或一部無法追繳時，以其財產抵償之。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按貪污治罪條例第九條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，而該條規定應於追繳沒收者，係以被告貪污所得財物爲限，不正利益既無明文規定，自不包括在內，本院七十四年台上字第一三五五號著有判例。本件第二審判決既認定共同正犯之所得賄款，被告某乙爲五十萬元，某丙、某戊各三十萬元，某丁一百零五萬元、某甲一百四十萬元（其中二十萬元已退還行賄人）合計三百三十五萬元，另被告某甲接受不正利益飲宴四萬零三百元等情，則此四萬零三百元，即非貪污所得之財物，依照本院上開判例，自不在應予追繳沒收之列，乃第二審於撤銷第一審此部分之判決，除所得財物三百三十五萬元外，竟將此部分四萬零三百元之不正利益，一併宣告命與其餘被告連

帶追繳沒收，顯有適用法則不當之違法，原判決不予糾正，仍予維持，併有違誤。案經確定，且於被告等不利。非常上訴意旨執以指摘原判決及第二審判決關於追繳沒收部分爲違背法令，尙有理由，爰將原判決及第二審判決關於宣告追繳沒收，違背法令之部分撤銷，另行判決如王又所示，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書、貪污台罪條例第九條判決如王又。

中華民國三十八年九月三十日

【第柒拾柒案】

一、關係條文

商鞏會計法 第六十六條第一款、第十四條第二款。

稅捐稽徵法 第四十三條第一項。

刑法 第二百十六條、第二百十五條、第五十五條。

刑事訴訟法 第四十六條、第四十七條、第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。本件原判決認定被告係××電料行負責人，明知該行無銷貨事實，與另一不詳姓名之成年人，共同基於概括之犯意，連續自八十年七月間起至八十一年七月間止，開工不實銷貨統一發票，銷售金額計六千五百三十七萬五千七百七十二元，共一百三十一張，交付××工程行等十三家公司行號爲進項憑證，幫助他人逃漏營業稅三百二十六萬八千七百七十七元，爲其事實欄所

載明。依此事實，被告既爲××電料行負責人，自係商業負責人。而統一發票，乃證明交易事項之經過而爲造具記帳憑證所根據之原始憑證。其開工不實之銷貨統一發票予他人助入逃漏稅捐，除犯刑法第二百十五條、第二百十六條等罪外，由於該項統一發票屬於商業會計法第十四條第二款所稱之給予商業本身以外之人之對外憑證，並犯行爲時商業會計法第六十六條第一款之罪。原判決僅依牽連關係論被告以刑法第二百十六條、第二百十五條及稅捐稽徵法第四十三條第一項罪刑，置商業會計法第六十六條第一款之罪於不論，自屬判決不適用法則。又審判筆錄，應由審判長簽名，審判長有事故時，由資深陪席推事簽名。獨任推事有事故時，僅由書記官簽名。書記官有事故時，僅由審判長或推事簽名。並分別附記其事由。刑事訴訟法第四十六條規定甚明。而審判期日之訴訟程序，專以審判筆錄爲證。同法第四十七條亦有明文。本件原審於本年三月十四日審判期日，係由獨任法官陳××出席審判，但該審判筆錄並未經陳××簽名，而僅由書記官黃某簽名且未附記法官不能簽名之事由。揆諸最高法院四十二年台非字第廿九號判例，其所踐行之訴訟程序，顯屬違誤。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。

二、附錄

最高法院刑事判決

八十五年度台非字第275號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告違反稅捐稽徵法案件，不服台灣台北地方法院中華民國八十五年三月十四日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違背法令及訴訟程序之違背法令部分均撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法令者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條有明文規定。本件原確定判決事實欄記載被告某甲係××電料行負責人，明知該行並無銷貨予原判決附表所示××工程行等公司行號之事實，竟與另一不詳姓名成年男子，共同基於概括之犯意，連續自民國八十年七月間起至八十一年七月間止，開工不實銷貨之統一發票共一百三十一張，金額計新台幣（下同）六千五百三十七萬五千七百七十二元，交付上述公司行號作為進項憑證，幫助他人逃漏營業稅三百二十六萬八千七百七十七元等情。依此認定之事實，被告既為××電料行

負責人，自作商業負責人。而統一發票乃證明交易事項之經過而爲造具記帳憑證所根據之原始憑證。則被告開工不實之銷貨統一發票予他人幫助他人逃漏稅捐，除犯刑法第二百十五條、第二百零六條、稅捐稽徵法第四十三條第一項等罪外，因統一發票屬被告行爲時商業會計法第十四條第二款所稱之給付商業本身以外之人之對外憑證，自另犯行爲時商業會計法第六十六條第一款之罪。乃原判決竟漏未適用商業會計法第六十六條第一款論處，自有判決不適用法則之違法。案經確定，上訴人對之提起非常上訴，洵有理由。惟原判決尚非不利於被告，應由本院僅將其違背法令部分撤銷，以資糾正。又按審判筆錄應由審判長簽名，審判長有事故時，由資深陪席法官簽名，獨任法官有事故時，僅由書記官簽名，書記官有事故時，僅由審判長或法官簽名，並分別附記其事由，審判期日之訴訟程序，專以審判筆錄爲證，刑事訴訟法第四十六條、第四十七條規定甚明。核閱原卷，原審審判期日爲八十五年三月七日，該審判筆錄載明由獨任法官陳××出庭，惟該筆錄未經法官陳××簽名，僅由書記官黃某簽名，又未附記法官不能簽名之事由，其訴訟程序，顯難謂無違背法令。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訴訟程序違背法令部分撤銷，以資糾正。據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段、第二款，判決如王又。

【第柒拾捌案】

一、關係條文

稅捐稽徵法 第四十七條第一款、第四十一條、第四十二條、第四十三條第一項。
商掌會計法 第六十六條第一款。
刑法 第三十一條第一項、第五十五條、第二百十五條、第二百十六條。

二、非常上訴理由

按稅捐稽徵法第四十七條第一款所定公司法規定之公司負責人應受處罰，其處罰之對象專指公司法規定之公司負責人而言，若非公司法規定之公司負責人，即非轉嫁處罰之對象，縱有逃漏稅捐之行爲，除成工同法第四十三條第一項之幫助犯外，要無引用刑法第三十一條規定論以共犯之餘地。（最高法院八十年度台上字第二九一四號判決參照）。本件原判決事實以某乙『已判決確定係台灣省彰化縣和美鎮××路三段××號××工業有限公司（以下稱××公司）』納稅義務人之負責人，某甲係某乙之夫，爲該公司實際執行業務之人，無納稅

義務之身分，基於爲渠等經營之公司逃漏稅捐之意圖，於民國七十七年一月間，自許某收受原判決附表（十二）所示，×日企業有限公司、×技企業有限公司之不實發票共三張，並無進貨之事實，竟將該統一發票委由知情之某丙、某丁所經營設於彰化市之××會計師事務所，將發票金額登載於業務上應記載之日記簿，及會計憑證之現金傳票上，持向彰化縣稅捐稽徵處申報七十七年一月份營業稅之進項稅額扣抵及於七十七年五月十三日申報七十六年度營利事業所得稅之製造成本，而逃漏營業稅新台幣（下同）五萬七十七元，營利事業所得稅二十五萬三百五十元。因認被告雖非納稅義務人，爲無身分關係之人，依刑法第三十一條第一項規定，與某乙爲共同正犯，係犯刑法第二百十六條行使第二百十五條業務上登載不實文書罪，稅捐稽徵法第四十七條第一款、第四十一條、商業會計法第六十六條第一款之罪，上開三罪有方法結果之牽連關係，爲牽連犯，依刑法第五十五條從一重之稅捐稽徵法第四十七條第一款、第四十一條處斷。惟查被告既非公司法規定之公司負責人，自非稅捐稽徵法第四十七條第一款規定轉嫁處罰之對象，其幫助××公司以不正當方法逃漏稅捐，僅成立同法第四十三條第一項之幫助犯，原判決竟引用刑法第三十一條第一項，論以稅捐稽徵法第四十七條第一款、第四十一條之共同正犯，自有判決適用法則不當之違法。又原判決認定××公司於七十七年一月間收受七十七年一月份不實發票。則各該發票依規定應列爲七十七年度之進貨憑證，

而於七十八年三月三十一日前（得延至五月十五日）結算申報營利事業所得稅，原判決認定被告於七十七年五月十三日用以申報七十六年營利事業所得稅之製造成本，將七十七年度之進貨憑證，作為前一年之成本，減免營利事業所得稅，不可能有此事實，原判決此部分之採證論斷，違背經驗法則，亦係違背法令。案經判決確定且對被告不利，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

八十四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

右上訴人因被告違反稅捐稽徵法案件，對於台灣彰化地方法院中華民國七十八年十二月二十九日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於某甲部分撤銷，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 稅捐稽徵法第四十七條第一款處罰公司負責人之規定，係公司為納稅義務人或代徵人、扣繳義務人有同法第四十一條或同法第四十二條應罰之行爲應處徒刑部分轉嫁之結果，其自身非犯罪主體，為犯罪主體之公司，又非如自然人有犯罪意思，與共同正犯須二人以上對於犯罪有意思聯絡之觀念不相容。故非公司負責人參與公司上述各種犯罪之實施，亦不能依刑法第三十一條以共同正犯論。本件原判決認定被告某甲係彰化縣和美鎮××路三段××號××工業有限公司（下稱××公司）負責人某乙之夫，為實際執行該公司業務之人，於民國七十七年一月間，夥同公司負責人某乙，收受案外人許某交付如原判決附表十二所示內容不實之統一發票三張，將各該發票所載進貨金額，記入其業務上所掌之日記帳、現金傳票等會計憑證，持向彰化縣稅捐稽徵處申報該公司七十七年一月份營業稅之進項稅額扣抵並於七十七年五月十三日申報七十六年度營利事業所得稅之製造成本，而逃漏營業稅（新台幣）五萬零七十元及營利事業所得稅二十五萬零三百五十元等情，如果屬實，被告此部分逃漏稅捐行爲，除具備幫助犯成立要件，應依稅捐稽徵法第四十三條第一項論處外，不成工同法第四十一條罪之共同正犯。原判決除論被告刑法第二百十五條、第二百十六條及商業會計法第六十六條第一款之罪外，就上述逃漏稅捐部分，援引刑法第三十一條論以稅捐稽徵法第四十一

條罪之共同正犯，並與所論其餘偽造文書、違反商業會計法各罪，按牽連犯從一重處斷，自有適用法則不當之違背法令。案經確定，非常上訴意旨，執此指摘，尙有理由，應由本院將原判決撤銷。按原判決既不利於被告，而商業會計法第六十六條第一款之罪，與稅捐稽徵法第四十三條第一項及刑法第二百五條各罪比較，又爲重罪，爲裁判上所應從處斷之罪名。而商業會計法第六十六條第一款之罪，爲身分犯，限於商業負責人或經辦會計人員，始能犯之，原判決並未認定被告爲××公司之負責人或經辦會計人員，因而，其是否成立該罪，尚待調查認定。故認有維持被告審級利益之必要，應發回原審法院依判決前之程序更爲審判。又非常上訴意旨所指原判決認定××公司於七十七年一月間取得之七十七年一月份之統一發票，作爲前一年度之進貨憑證申報七十六年度營利事業所得稅之進貨成本，爲不可能之事云云，究竟實情如何，案經發回，原審審判時應一併查明汪意釐清。

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

中華民國八十四年四月二十日

【第柒拾玖案】

一、關係條文

肅清煙毒條例 第四條第三項。
 刑法 第六十二條前段。
 刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，爲刑事訴訟法第三百七十八條所明定。本件原判決事實記載，被告某甲，因懲治盜匪條例案件，羈押於台灣台北看守所，基於概括之犯意，自八十年九月下旬起至同年十一月五日止，連續在台灣台北看守所明一舍二十六號房內，將毒品海洛因摻入香菸內吸食，前後共施用十餘次，案經被告於八十年十一月四日具狀向台灣板橋地方法院檢察署自首，乃依刑法第六十二條前段之規定，予以減輕其刑後諭知施用毒品之罪刑。惟查關於煙毒犯之自首，中華民國八十一年七月二十七日修正公布之肅清

煙毒條例第四條第三項明定「施用煙毒於犯罪未發覺前，向檢察官或司法警察機關自首者，減輕或免除其刑」。此項規定，較諸刑法第六十二條前段所定之自首者減輕其刑，顯對被告有利，應屬同條但書之特別規定。確定判決疏未注意此項特別規定，而竟引用不利於被告之刑法第六十二條前段規定減輕其刑，自有判決適用法則不當之違法。案經確定，且對被告不利，應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。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十三年度台非字第一〇四號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告煙毒案件，對於台灣高等法院中華民國八十一年十二月三十日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於罪刑部分撤銷。

某甲連續施用毒品，累犯，處有期徒刑貳年玖月。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按肅清煙毒條例，係爲肅清煙毒，維護國民身心健康之特別目的而制定，自爲刑法之特別法，二者有競合時，即應優先適用肅清煙毒條例規定，而排除刑法之適用。關於施用煙毒，於犯罪未發覺前向檢察官或司法警察機關自首者，減輕或免除其刑，肅清煙毒條例第四條第三項已有明文規定，遇此情形，即應優先適用，刑法第六十二條無再適用之餘地。本件原判決認定被告某甲有逃脫、竊盜、偽造文書、違反槍砲彈藥刀械管制條例等前科，其最後一次犯偽造文書罪，經原審法院判處有期徒刑二月，於民國七十六年九月十一日執行完畢，仍不知悔改，於另案被羈押於台灣台北看守所期間，又基於概括之犯意，自民國八十年九月下旬起至同年十一月五日止，連續在該所明一舍二十六號房內，將毒品海洛因摻入香菸內吸食，前後十餘次等情，因而撤銷第一審不當之判決，適用肅清煙毒條例第九條第一項，刑法第二條第一項前段、第五十六條、第六十二條前段、第四十七條論被告連續施用毒品罪，按罪犯加重及自首減輕後處有期徒刑三年，原非無據。惟其對被告自首減輕，不優先適用肅清煙毒條例第四條第三項之特別規定，而適用刑法第六十二條前段之普通規定，自屬適用法則不當，爲判決違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨，執以指摘，尙有理由，應由本

院將原判決關於罪刑部分撤銷改判，處如王又第二項所示之徒刑，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，肅清煙毒條例第九條第一項、第四條第三項，刑法第二條第一項前段、第十一條前段、第五十六條、第四十七條，判決如王又。

中華民國十八年五月十二日

【第捌拾案】

一、關係條文

肅清煙毒條例 第九條第七項後段。

司法院院字 第一九九八號、第二〇七二號解釋。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

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。而肅清煙毒條例第九條第七項後段，所謂煙毒勒戒斷癮後，三犯施用毒品之規定，係指行為人經兩次勒戒斷癮後又再犯施用毒品罪而言，此觀諸司法院院字第一九九八號、第二〇七二號解釋甚明（最高法院八十二年度台覆字第五三號判決要旨參照）。本件覆審判決核准初審判決，認定被告某甲曾於七十一年間，犯施打毒品罪，經法院判刑，經減刑為有期徒刑六年，於七十六年九月七日假釋，至七十九年九月十四日假釋期滿執行完畢。復自七十七年八月間

起，連續施打毒品海各因，於七十七年十月二十四日因施打毒品成癮，向台灣台北地方法院士林分院檢察署檢察官自首，經初審法院裁定，於七十七年十一月二十四日，移送台北市煙毒戒所勒戒，至七十七年十二月十一日勒戒斷癮，並經初審法院諭知免刑確定。又自七十八年一月初起至同年四月十九日再犯連續施打毒品罪，經台灣高等法院判處有期徒刑六年，於八十二年六月十七日假釋，竟不知悔改，復基於概括犯意，自八十二年八月初某日起至八十二年十月十六日止，在台北市北投區××路二五五巷×號十樓任處及建成醫院等處，三犯連續施用毒品海各因，經警查獲等情。經查被告第一次施用毒品勒戒斷癮後，再犯連續施用毒品罪，並未再經勒戒斷癮，雖曾多次連續施用毒品，仍與上述規定三犯毒品罪之構成要件不符。原審判決竟依該條規定，論處被告罪刑，難謂無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

八十四年度台非字第 二二號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被 告 某甲

右上诉人因被告煙毒案件，對於本院中華民國八十三年四月二十日第三審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決及初審關於某甲部分之判決均撤銷，發回台灣台北地方法院士林分院更審。

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。又肅清煙毒條例第九條第七項後段所謂煙毒勒戒斷癮後三犯施用毒品之規定，係指行為人經兩次勒戒斷癮後又再犯施用毒品罪而言，此觀諸司法院院字第一九九八號、第二〇七二號解釋自明。本件覆判核准初審判決，認定被告某甲曾於七十一年間，犯施打毒品罪，經判處有期徒刑四年，另犯販賣毒品罪，經判處有期徒刑七年，定其應執行刑十年確定，嗣經減刑為有期徒刑六年，於七十六年九月七日假釋出獄，七十七年九月十四日假釋期滿執行完畢。復於七十七年八月間起，連續施打毒品海洛因，於同年十月二十四日因施打毒品成癮，向台灣台北地方法院士林分院檢察署檢察官自首，經初審法院裁定，於同年十一月二十四日移送台北市煙毒勒戒所勒戒，至同年十二月十一日勒戒斷癮，並經初審法院諭知免刑確定。又自七十八年一月初起至同年四月十九日止，再犯

連續施打毒品罪，經判處有期徒刑六年，於八十二年六月十七日假釋，竟不知悔改，復基於概括犯意，自八十二年八月初某日起至同年十月十六日止，三犯連續施用毒品海各因等情。依原確定判決認定之事實，被告僅一次施用毒品勒戒斷癮後，再犯連續施用毒品罪，並未再經勒戒斷癮，與前述規定三犯毒品罪之構成要件不符。原確定判決竟核准初審依該條規定論處被告罪刑，已有判決適用法則不當之違法。又被告於第一次勒戒斷癮後，復於七十八年一月初起至同年四月十九日止再犯連續施打毒品罪，有無指定相當處所勒戒斷癮，與被告應否成立該條之三犯毒品罪至有關係，初審未調查審認，亦有未合。案經確定，且於被告不利，非常上訴執此指摘，尙有理由，應將覆判及初審關於被告部分撤銷，由初審法院依判決前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，肅清煙毒條例第十七條第三款，判決如左。

中華民國八十四年一月十九日

【第捌拾壹案】

一、關係條文

肅清煙毒條例

第十六條、第五條第一項、第七條第一項。

國家安全法

第六條第一項。

懲治走私條例

第二條第一項。

藥物藥商管理法

第七十二條第一項。

刑法

第五十五條。

二、非常上訴理由

按肅清煙毒條例之罪，除判處死刑或無期徒刑之案件，應送最高法院覆判外，以地方法院或其分院為初審，高等法院或其分院為終審，此觀該條例第十六條規定甚明。本件台灣高等法院台南分院八十一年度上訴字第一一〇號判決，以被告某甲未經許可，擅自出境，與被告某乙等利用××號漁船自大陸地區走私物品來台圖利，共同私運管制物品茶葉、茶壺等

進口逾公告數額，並私運未經核准製造之雷尼替丁胃藥，且與在逃之某丙共同運輸毒品每各因等如判決附表所載等事實，據以依違反國家安全法第六條第一項，修正前之懲治走私條例第二條第一項，藥物藥商管理法第七十二條第一項及肅清煙毒條例第五條第一項、第七條第一項等罪論科，並以所犯各罪有方法結果之牽連關係，或係一行爲觸犯數罪名之想像競合犯，應從一重之共同運輸毒品罪處斷，而判處被告某甲有期徒刑十二年、褫奪公權七年，其中所犯懲治走私條例及藥物藥商管理法等罪，雖得上訴第三審，但既係從一重之肅清煙毒條例處斷，基於訴訟程序單一化之原則，自應依肅清煙毒條例之覆判程序，既非判處死刑或無期徒刑之案件，全案即因二審之終審判決而告確定，訴訟關係歸於消滅，輕罪部分亦不得依通常程序提起第三審上訴（參照最高法院八十年三月十一日第二次刑事庭會議決議），該被告不服，仍提起第三審上訴，最高法院八十一年台上字第六八八×號判決，對於被告某甲部分，不從程序上予駁回其上訴，而竟將已確定之二審判決撤銷，發回原二審法院，顯有不適用法則之違背法令，參酌最高法院四十二年五月九日刑庭會議決議，其發回後據以更審仍予實體上判決之台灣高等法院台南分院八十二年度上重更（一）字第一×號判決，亦屬違法，案已確定，雖於被告並無不利，外爲統一法令之適用，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

八十三年度台非字第二〇五號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告煙毒案件，對於本院中華民國八十一年十二月三十一日八十一年度台上字第六八八×號判決、台灣高等法院台南分院八十二年七月二十七日八十二年度上重更(一)字第一×號判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

本院八十一年度台上字第六八八×號判決及台灣高等法院台南分院八十二年度上重更(一)字第一×號判決關於某甲部分均撤銷。

理 由

非常上訴理由(見前二)

本院按犯肅清煙毒條例之罪，除判處死刑或無期徒刑之案件應送本院覆判外，以地方法院或其分院為初審，高等法院或其分院為終審，此觀同條例第十六條之規定自明。次按犯肅清煙

毒條例之罪，與得上訴於第三審法院之罪，有裁判上一罪關係，依刑法第五十五條從肅清煙毒條例之重罪論科，除合於該條例第十六條但書規定者外，依同條前段規定，全案因經終審法院判決而確定，訴訟關係歸於消滅，基於訴訟程序單一之原則，輕罪部分不得依通常訴訟程序提起第三審上訴。如提起第三審上訴，即非合法。倘第三審誤予撤銷發回更審者，該項第三審法院之判決及發回更審後之判決，均屬違背法令，難謂有效，並無影響於更審前之終審判決確定之效力。惟該違法判決，既具有判決之形式，得依非常上訴程序予以救濟。卷查被告某甲煙毒案件，台灣高等法院台南分院八十一年九月八日八十一年度上訴字第一一〇號刑事判決，以被告未經許可擅自出境，並共同私運管制進口物品茶壺等進口逾公告數額，共同運送禁藥及共同運輸毒品，觸犯國家安全法第六條第一項、修正前之懲治走私條例第二條第一項、藥物藥商管理法第七十二條第一項、肅清煙毒條例第五條第一項、第七條第一項等罪，各罪間有方法結果之牽連關係及一行爲觸犯數罪名之想像競合關係，從較重之共同運輸毒品罪處斷，而判處被告有期徒刑十二年，褫奪公權七年，並非判處死刑或無期徒刑。既因從一重處斷之結果，自應全部適用肅清煙毒條例第十六條規定之訴訟程序，全案因經終審法院判決而確定，訴訟關係歸於消滅，基於訴訟程序單一之原則，即不得再行上訴。乃被告不服該判決，提起第三審上訴，本院竟於八十一年十二月三十一日以八十一年度台上字第六

八××號刑事判決將原判決關於被告部分撤銷發回台灣高等法院台南分院更審，台灣高等法院台南分院亦於八十二年七月二十七日以八十二年度上重更(一)字第一×號刑事判決更爲判決，論被告以共同運輸毒品罪，處有期徒刑十二年，褫奪公權七年。依上開說明，均屬違背法令。非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將上開二判決關於被告部分均撤銷。此項不合法之上訴誤認爲合法，逕爲實體上之判決，而其判決非於被告不利者，即不得另行判決，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前段，判決如王又。

中華民國八十二年八月十一日

【第捌拾貳案】

一、關係條文

麻醉藥品管理條例 第十三條之一第二項第一款。

司法院院解字 第四〇七七號解釋。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用法則不當者，爲違背法令，爲刑事訴訟法第三百七十八條所明定。又所謂販賣，並不以販入之後復行賣出爲構成要件，但使以營利爲目的，將麻醉藥品購入或將之賣出，有一於此，其犯罪即經完成，有二十五年非字第一二三號判例、司法院院解字第四〇七七號解釋可供參考，該號判例與解釋雖係針對販賣鴉片煙毒罪作成，惟非法販賣化學合成麻醉藥品罪與販賣鴉片罪性質相同，自亦有其適用。本件原判決事實欄暨認定『被告於八十一年五月十八日下午六時許，在台北市延平北路太平市場附近，以新台幣三萬三千

元向一緯號阿龍者，販入淨重二一九點〇八公克（經取樣一點三七〇〇公克用罄，餘二一七點七一公克）之化學合成麻醉藥品安非他命七包，攜回任處，準備分裝出售。『依前開判例及解釋意旨，被告之行爲，顯已構成非法販賣化學合成麻醉藥品罪，原判決不察，竟以最高法院六十六年第一次刑事庭會議決議（二），作專爲修正前之藥物藥商管理法對於意圖販賣而持有偽藥或禁藥未有處罰規定之見解，認爲販賣麻醉藥品須有販入復賣出之行爲方構成，置前開判例暨解釋於不顧，僅論以意圖販賣而持有化學合成麻醉藥品罪，其法則之適用，顯屬違法，案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，用以糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十三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

第二上訴人因違反麻醉藥品管理條例案件，對於台灣高等法院中華民國八十二年六月九日第二審確定判決，認爲違背法令，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用法則不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又麻醉藥品管理條例第十三條之一第二項第一款之非法販賣麻醉藥品罪，並不以販入後復行賣出爲成工要件，祇須以營利之目的，將麻醉藥品予以販入或賣出，有一於此，其犯罪即告成工，此與該條第二款所規定「意圖販賣而非法持有」，乃指「意圖販賣」而販入以外之原因而持有者（如因他人之贈與或寄藏而持有，嗣後始意圖販賣而持有），迥然有別，原判決既認定被告意圖營利，在台北市延平北路太平市場附近，以新台幣三萬三千元向綽號阿龍販入淨重二一九點〇八公克（經取樣一點三七〇〇公克用罄，餘二一七點七一公克）之化學合成麻醉藥品安非他命七包，攜回任處，準備分裝出售等情，則上訴人顯係意圖營利而販入，雖未及賣出即被查獲，仍應成工非法販賣化學合成麻醉藥品罪，原判決論以意圖販賣而非法持有，其適用法則即有不當，案經確定，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由。惟原判決尙非不利於被告，應僅將其違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如左。

中華民國三十七年七月二十二日

【第捌拾叁案】

一、關係條文

麻醉藥品管理條例 第十三條之三。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。而麻醉藥品管理條例第十三條之三規定，供出麻醉藥品來源，因而破獲者，得減輕其刑，應係指供出販賣或供應者之來源而言，共犯應非此所謂之來源，縱予破獲，仍屬本案，其於維護社會杜絕安非他命之擴散，並無裨益，自難遽邀減刑之寬典。本件原判決認定被告某甲與某乙基於共同意圖販賣安非他命之犯意聯絡，而由某乙將其執有之安非他命一百四十瓶交付被告某甲以每瓶新台幣五百元至六百元不等之價格出售。某甲於尋覓買主，非法持有中，爲警查獲。雖其於警訊時供出該批安非他命係某乙所交付，經警將某乙查獲，仍屬本案之共犯，

並未破獲販賣或供應安非他命之他案，亦未查獲任何安非他命，原判決遽予減輕其刑，自有適用法則不當之違法，案已確定，雖於被告並無不利，然為統一法令之適用，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

八十三年度台非字第一二七號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

上訴人因被告違反麻醉藥品管理條例案件，對於台灣高等法院台中分院中華民國八十二年四月二十一日第二審確定判決，關於意圖販賣而非法持有化學合成麻醉藥品部分，認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於意圖販賣而非法持有化學合成麻醉藥品違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按 判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，於判決確定後，得提起非常上訴，刑事訴訟法第三百七十八條、第四百四十一條定有明文。而非非常上訴制度，既係對審判違背法令之確定判決所設之救濟程序，與因事實錯誤而設之再審救濟制度有別，自應以原判決所確認之事實爲基礎，據以判斷其審判是否違背法令。又麻醉藥品管理條例十三條之三所規定，供出麻醉藥品來源，因而破獲者，得減輕其刑，其工法理由既係爲鼓勵供出來源，俾擴大偵破，以宏效果，則所謂供出來源者，當係指麻醉藥品之非法持有、施打、吸用、販賣之人供出該麻醉藥品之來源，即供應者係爲誰，始有本條減輕其刑之適用，至若僅供出共犯，非此所謂之來源，縱據此而予破獲，仍屬本案範圍，其對於維護社會，擴大麻醉藥品之偵破，並無裨益，自難遽邀減刑之寬典。本件原判決認定被告某甲與某乙基於共同意圖販賣安非他命之犯意聯絡，而由某乙將其執有之安非他命一百四十瓶交付被告某甲以每瓶新台幣五百元至六百元不等之價格出售，被告某甲於尋覓買主，非法持有中，爲警查獲等情，雖其於警訊時供出該批安非他命係某乙所交付，經警將某乙查獲，仍屬本案之共犯，並未擴大偵破供應安非他命之他案，亦未查獲任何其他之安非他命，原確定判決遽以予減輕其刑，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，尙有理由。惟因原確定判決尚非不利於被告，應由本院僅將原確定判決關於違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百七條第一項第一款前段，判決如王又。
中華民國三十五年五月三十一日

【第捌拾肆案】

一、關係條文

槍砲彈藥刀械管制條例 第七條第四項、第十一條第三項、第十三條之一。
刑法 第一百八十七條。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。本件原判決以所認定之事實及認定事實所採用之證據暨敘述之理由，與第一審所記載者相同而引用之。按第一審判決認定被告某甲於民國八十二年間，曾犯麻醉藥品管理條例罪，經原法院判處有期徒刑五月確定，於八十二年七月六日易科罰金執行完畢，仍不知悔改。復於八十二年初某日，在台南縣歸仁鄉西埔村××號住處，受綽號「阿義」之不詳姓名男子之託，未經主管機關許可，爲之受寄具殺傷力之九MM制式手槍一支，九MM制式子彈六顆，藏放

於西埔村上揭任處內。某甲於八十四年二月間因與陳某發生碰撞而生口角，當時見對方人多乃忍氣吞聲，惟忿恨未息，後於八十四年四月二十五日凌晨，見陳某進入台南市××街××號「××世界理容中心」內，乃另行起意，返回上揭任處，意圖供自己犯傷害罪之用，取出持有上揭制式手槍一枝及子彈六顆，回到「××世界理容中心」前等候，嗣於同日凌晨六時許，陳某步出理容中心，某甲乃基於傷害之犯意，趨前持槍朝陳某腳部射擊三槍，致陳某受傷倒地，某甲則迅速逃離現場（傷害部分未據告訴）等情。依此事實，被告某甲除一行為觸犯槍砲彈藥刀械管制條例第七條第四項、第十一條第三項之未經許可無故寄藏手槍或寄藏彈藥罪，應依想像競合犯之規定從一重之未經許可無故寄藏手槍罪處斷外，又犯槍砲彈藥刀械管制條例第七條第四項未經許可無故持有手槍罪暨刑法第一百八十七條意圖供自己犯罪之用，而持有軍用子彈二罪，因係一行為而觸犯上開二罪名，為想像競合犯，亦應從一重未經許可無故持有手槍罪處斷，並與上開無故寄藏手槍罪併合處罰之，方為適法。乃第一審判決，認被告意圖供自己犯罪之用，而未經許可無故持有上開制式手槍、子彈，僅犯刑法第一百八十七條之罪，而置槍砲彈藥刀械管制條例第七條第四項之罪於不顧，顯然於法有違，原判決不予糾正改判，竟予以維持，自屬違背法令。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，以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十五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

上訴人因被告違反槍砲彈藥刀械管制條例案件，對於台灣高等法院台南分院中華民國八十四年十二月二十日第二審確定判決，認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決及第一審判決關於意圖供自己犯罪之用，持有軍用槍砲、子彈（累犯）違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本件原確定判決係維持第一審論處被告某甲未經許可無故寄藏制式手槍及意圖供自己犯罪之用，持有軍用槍砲、子彈罪刑（均累犯）之判決，駁回被告在第二審之上訴。非常上訴意旨，係針對被告意圖供自己犯罪之用，持有軍用槍砲、子彈部分，提起非常上訴，合先敘明。

本院按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。原確定判決認定被告某甲於民國八十二年間，犯違反麻醉藥品管理條例之罪，經台灣台南地方法院判處有期徒刑五月確定，於八十二年七月六日執行完畢。仍不思悔改。復於八十二年某日，在其台南縣歸仁鄉西埔村七一號住處，受不詳姓名綽號「阿義」男子之託，未經許可，受寄具殺傷力之九MM制式手槍一支，九MM制式子彈六顆，而將之藏放於上址。被告嗣於八十四年二月間，因與陳某發生碰撞而起口角，當時見對方人多乃忍氣吞聲，惟忿恨未息。同年四月二十五日上午四時許，被告見陳某進入台南市××街××號××世界理容中心，乃另行起意，返其上開住處，意圖供自己犯罪之用，取出上述槍、彈，回到××世界理容中心前等候，於同日上午六時許，見陳某步出該理容中心，遂基於傷害之意思，持槍趨前朝陳某腳部射擊三槍，陳某受傷倒地，被告則迅速逃離現場（傷害部分未據告訴）等情。依原判決確認之事實，被告前段犯行，係一行爲觸犯槍砲彈藥刀械管制條例第七條第四項未經許可無故寄藏手槍及第十一條第三項之未經許可無故寄藏彈藥罪，原判決依想像競合關係，從一重之未經許可，無故寄藏手槍罪處斷，固無不合。至後段犯行，亦犯同條例第七條第四項、第十一條第三項之罪。惟被告意圖供犯傷害罪之用而持有軍用子彈部分，依槍砲彈藥刀械管制條例第十三條之一規定，應適用有較重處罰之刑法第一百八十七條處斷。但槍砲彈藥刀械

管制條例第七條第四項之刑度，較之刑法第一百八十七條爲重，是被告意圖供自己犯罪之用，未經許可，無故持有手槍部分，仍應依槍斃彈藥刀械管制條例第七條第四項處斷。被告一行爲，觸犯上開二罪名，依想像競合關係，應從一重之未經許可，無故持有手槍罪處斷。並與上開未經許可，無故寄藏手槍罪，併爲處罰，方爲適法。乃第一審判決就後段犯行，誤認被告意圖供自己犯罪之用，未經許可，無故持有上開手槍、子彈，僅犯刑法第一百八十七條之罪，以事實上之一罪論處罪刑，置槍斃彈藥刀械管制條例第七條第四項之罪及該二罪間有想像競合關係於不顧，自有不適用法則之違背法令。原判決未予糾正，竟予維持，均非適法。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由。惟原確定判決尚非不利於被告，應由本院將上開違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中華民國 八十五年 七月 五日

【第捌拾伍案】

一、關係條文

槍砲彈藥刀械管制條例 第十三條第一款、第二款、第四條第三款。

刑法 第三十八條第一款、第二款、第十一條前段、第五十五條、第二

百十二條、第二百十六條。

懲治盜匪條例 第五條第一項。

刑事訴訟法 第二百六十七條、第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。依本件原判決事實欄之記載，被告係於八十三年二月二十五日至三月八日間，分持藍波刀及L型六角板手一支強迫威脅趙某、馮某、張某及李某，致各該被害人不能抗拒而取得財物。因論以懲治盜匪條例第五條第一項之罪。惟查被告持以犯罪之藍波刀，業經內政部於八十一

年八月十日以一八一台內字第八一八二二八一號公告查禁在案。被告於夜間在公共場所持該藍波刀犯盜匪罪，應同時觸犯槍斃彈藥刀械管制條例第十三條第一款、第二款之罪。原判決未經查明其持有該藍波刀之原因，僅論以盜匪罪，置違反槍斃彈藥刀械管制條例罪於不論，已屬違誤。又該藍波刀既經查禁，不得販賣、運輸、持有或陳列，即屬違禁物。原判決僅以該藍波刀係被告所有，供犯罪所用之物，適用刑法第三十八條第一項第二款論知沒收，亦屬不合。案經確定，（被告上訴後，在二審法院調查程序中當庭以書面撤回上訴），爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十四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

右上訴人因被告盜匪等罪案件，對於台灣桃園地方法院中華民國八十三年十月十一日第一審確定判決，認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於盜匪違背法令部分撤銷。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按 判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，於判決確定後，得提起非常上訴，刑事訴訟法第三百七十八條、第四百四十一條定有明文。而此一非常上訴，乃係對審判違背法令之確定判決所設之救濟程序，藉以統一各級法院關於法令之適用，與因事實錯誤而設之再審制度，性質有別，故非常上訴審應以原判決所確認之事實爲基礎，據以判斷其審判是否違背法令。又檢察官就實質上或裁判上一罪之犯罪事實起訴一部者，依同法第二百六十七條之規定，其效力及於全部，依審判不可分之原則，法院應就全部予以審判。再藍波刀業經內政部依槍砲彈藥刀械管制條例第四條第三款之規定，於民國八十一年八月十日以八一台內警字第八一八二二八一號公告查禁，不得製造、販賣、運輸、持有或陳列在案，自屬於刑法第三十八條第一項第一款之違禁物，依同法條第二項之規定，不問屬於犯人與否，均應宣告沒收，倘於夜間在公共場所或公眾得出入之場所未經許可攜帶者，處一年以下有期徒刑，爲槍砲彈藥刀械管制條例第十三條第一款、第二款所明定。本件原判決於事實欄明確記載被告某甲於七十九年四月十四日有期徒刑執行完畢後，復意圖爲自己不法之所有，先於八十二年底某日，

在新竹縣湖口鄉其弟某乙服役駐地，藉會客機會，竊取其弟所有之空白「迅雷管區示別證件」一枚（未據告訴），並於八十三年一月間某日，在其住宅擅自在上開證件偽填其本人姓名並貼上本人相片加以偽造，旋基於概括之犯意，分別於原判決附表所示之時、地（時間依序爲八十三年二月二十五日凌晨三時許、同年三月八日晚上六時二十分許、同年二月二十六日晚上七時五十分許、同年三月三日晚上八時十分許。地點依序爲桃園市永安路圍管區旁巷內、同市泰昌三街口、八德鄉現改制爲八德市建國路土地公廟旁、鶯歌鎮建國路附近土地公廟旁），持上開偽造之證件，先後將被害人趙某、馮某、張某、李某騙上其承租之自用小客車，均以持藍波刀及L型六角板手各一支以強暴、脅迫方法，分別使各被害人不能抗拒而取得如原判決附表所示之財物等情（被告另連續非法吸用化學合成麻醉藥品安非他命部分，亦經原判決論處罪刑確定）。是依原判決所確認之上開犯罪事實，被告除犯刑法第二百十六條、第二百十二條之行使偽造證照罪及懲治盜匪條例第五條第一項第一款之盜匪（強劫）罪外，其於夜間在公共場所未經許可攜帶藍波刀之行爲，尚觸犯槍砲彈藥刀械管制條例第十三條第一款、第二款之攜帶刀械罪，所犯上開各罪間，顯有方法結果之牽連關係，依刑法第五十五條規定，應從一重以上揭盜匪（強劫）罪處斷，並適用刑法第五十六條連續犯與同法第四十七條累犯規定論處。檢察官雖未就攜帶刀械罪部分起訴，然與起訴部分既具牽連犯之裁判上一

罪關係，爲起訴效力所及，依審判不可分之，則，自應一併予以審判，且對扣押之藍波刀一把，應依刑法第三十八條第一項第一款違禁之規定諭知沒收。乃原判決就此部分，漏未適用刑法第十一條前段、第五十五條，槍砲彈藥、械管制條例第十三條第一款、第二款之規定，藍波刀一把復未依刑法第三十八條第一項第一款而誤適用同條項第二款之規定宣告沒收，揆諸首揭說明，均屬違背法令。案經確定，非常上訴意旨，執以指摘，尙屬有理，因原判決尙非不利於被告，應由本院僅將原判決關於盜匪違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如左。

中 華 民 國 八 十 四 年 九 月 二 十 七 日

【第捌拾陸案】

一、關係條文

少年事件處理法 第六十九條前段、第四十二條、第三條第一款、第一條。

刑法 第五十六條。

藥事法 第八十三條第一項。

刑事訴訟法 第三百零三條第一款。

二、非常上訴理由

按對於少年犯罪，已依少年事件處理法第四十二條爲管訓處分者，不得就同一事件再爲刑事追訴或處罰，少年事件處理法第六十九條前段定有明文。又連續數行爲而犯同一之罪名者，以一罪論，復爲刑法第五十六條所明定。查原判決認定被告某甲與同居女友劉某（通緝中）二人，共同基於概括之犯意，自民國八十二年三月間起至同年九月間止，連續多次在台北市萬大路及台北縣永和市中正路等地，將購自不詳年籍之蘇、邱等成年男子之安非他命，

以每包新台幣（下同）一千元至一千五百元不等之同價讓與許某、張某、蘇某等人吸用之事實，據以判決如王又所示之刑，固屬不無見地。惟查被告於未滿十八歲時之八十二年二月間起至同年四月十三日止，在台北市××路××巷一號三樓將安非他命血價供應少年蔡某、許某、黃某等非法吸用各情，業經台灣台北地方法院少年法庭於八十二年五月十一日以八十二年度少訓字第五××號裁定，依少年事件處理法第四十二條第一項第二款、第三條第一款裁處交付保護管束確定，有該案卷可稽。是其犯行，在該案宣示裁定之八十二年五月十一日以前部分，應為該裁定效力之所及（參照三十二年上字第二五七八號判例）。原審失察，竟與其後新發生之事實，一併依共同連續明知為禁藥而轉讓罪論科，顯有一事再理之違法。案已確定，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

八十四年度台非字第二號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上诉人因被告違反藥事法案件，對於台灣台北地方法院中華民國八十三年四月三十日第一審確定判決，認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於某甲明知為禁藥而轉讓部分撤銷。

某甲共同連續明知為禁藥而轉讓，處有期徒刑肆月。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按少年事件處理法第一條規定「少年管訓處分及少年刑事案件之處理，依本法之規定，本法未規者，適用其他法律。」又案件起訴之程序違背規定者，應諭知不受理之判決，再連續數行為而犯同一之罪名者，以一罪論，刑事訴訟法第三百零三條第一款，刑法第五十六條分別定有明文。而對於少年犯罪，已依少年事件處理法第四十二條為管訓處分後，不得就同一事件再為刑事追訴或處罰，少年事件處理法第六十九條前段亦規定甚明。從而檢察官如再就同一事實起訴，法院應依少年事件處理法第一條準用刑事訴訟法第三百零三條第一款，諭知不受理之判決。本件原確定判決認定被告某甲與其同居之女友劉某，共同基於概括之犯意，自民國八十二年三月間起至同年九月間止，連續多次將安非他命轉讓與許某、張某、蘇某等

人吸用，而論被告以共同連續明知爲禁藥而轉讓罪，處有期徒刑捌月。惟查被告於未滿十八歲時之八十二年二月間起至同年四月十三日止，將安非他命無償供應少年蔡某、許某、黃某等非法吸用部分，業經台灣台北地方法院少年法庭於八十二年五月十一日以八十二年度少訓字第五××號裁定，依少年事件處理法第四十二條第一項第二款、第三條第一款裁處交付保護管束確定，有該案卷可稽。原審既認定被告先後轉讓禁藥有連續關係，爲連續犯，是其犯行，在八十二年五月十一日以前部分，應爲該裁定效力所及。原審原應分別就已依少年事件處理法第四十二條爲管訓處分確定，不得再爲刑事追訴部分，說明檢察官之起訴程序違背規定，僅就其後發生之事實部分，爲科刑判決，始爲適法。乃原審不察，竟一併爲科刑之判決，自屬於法有違，且於被告不利。上訴人於判決確定後提起非常上訴，執以指摘，尙有理由，應將原判決關於被告明知爲禁藥而轉讓部分撤銷，另行改判，就確定裁定後新發生之事實爲科刑之判決，論處如王又所示之刑。至其已依少年事件處理法第四十二條爲管訓處分確定，不得再爲刑事追訴，檢察官竟併予起訴，其起訴之程序違背規定部分，原應諭知不受理，因公訴人係以連續犯，爲裁判上一罪一併起訴，爰不於王又內諭知，僅於理由內說明，併予敘明，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，藥事法第八十三條第一項，

刑法第十一條前段、第二十八條、第五十六條，判決如王又。
中華民國十八年四月

年一月六日

【第捌拾柒案】

一、關係條文

司法院大法官會議釋字 第二七一號解釋。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又按刑事訴訟程序中不利益於被告之合法上訴，上訴法院誤爲不合法而從程序上爲駁回上訴之判決確定者，其判決固屬重大違背法令，惟既具有判決之形式，仍應先依非常上訴程序將該確定判決撤銷後，始得回復原訴訟程序，就合法上訴部分進行審判，否則即與憲法第八條第一項規定，人民非依法定程序不得審問處罰之意旨不符，司法院大法官會議著有釋字第二七一號解釋。

二、查本件被告某甲殺人乙案，經台灣高等法院於八十四年九月七日以八十四年度重上

更(四)字第四×號判決被告無罪，其判決正本於八十四年九月二十五日逕達台灣高等法院檢察署檢察官，檢察官不服原判決於同年十月五日提起上訴，當日即以檢義紀署字第一三〇五〇號函將聲明上訴書逕由台灣高等法院收受，有同院逕達文件證明簿影本可稽（原影本隨又附送），其上訴自屬合法。雖其檢送聲明上訴書之函片上所蓋之台灣高等法院收文戳所蓋日期為八十四年十月六日，但不影響已合法上訴之效力。查本件台灣高等法院對於檢察官之上訴，其收文日期究係八十四年十月六日或十月五日，其上訴有無逾期，攸關上訴之是否合法，自有調查之必要性，乃屬第三審法院依職權調查事項，最高法院未經調查即認上訴業已逾期，以判決駁回上訴，其判決顯屬違背法令。

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

二、附錄

最高法院刑事判決

八十五年度台非字第七八號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上诉人因被告殺人案件，對於本院中華民國八十四年十二月十三日第三審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按司法院大法官會議釋字第二七一號解釋既明示，刑事訴訟程序中不利益於被告之合法上訴，上訴法院誤為不合法，而從程序上駁回上訴確定者，其判決係屬重大違背法令，惟既具判決形式，應依非常上訴程序將該確定判決撤銷，始得回復原訴訟程序，就合法上訴部分，進行審判。經查本件被告某甲殺人乙案，經台灣高等法院於民國八十四年九月七日以八十四年度重上更(四)第四×號判決被告無罪，其判決正本於八十四年九月二十五日送達台灣高等法院檢察署檢察官，而檢察官不服該判決於同年十月五日提起上訴，當日即以檢義紀署字第一三〇五〇號函附聲明上訴書送由台灣高等法院收受，有同院送達文件證明簿可稽（影本附卷），則其上訴並未逾十日之上訴期間，自屬合法。雖台灣高等法院在上開函片上所蓋之收又戳日期為八十四年十月六日，但仍不影響已合法上訴之效力。原判決誤以檢察官上訴逾期，

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，尙有理由，應由本院將原判決撤銷，俾回復原訴訟程序，就檢察官之合法上訴進行審判，以資救濟。據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中 華 民 國 八 十 五 年 三 月 二 十 八 日

【第捌拾捌案】

一、關係條文

司法院院字 第二八三二號解釋。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按已經海關適用海關緝私條例爲沒入處分之私運貨物，普通法院不得更爲沒收之諭知（司法院院字第二八三二號解釋，行政法院四十二年判字第四二號判例參照），本件扣案之如厝判決王又第二項所示之物，於檢察官起訴後法院判決前已經財政部高雄關稅局爲沒入處分確定，此有該局八十三年八月二十六日（八三）關緝字第一三六二號函附卷可稽，揆之上揭解釋及判例，法院自不得更爲沒收之諭知。乃厝判決仍予諭知沒收，即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

八十四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

右上訴人因被告違反懲治走私條例案件，對於台灣澎湖地方法院中華民國八十三年十月二十九日第一審確定判決認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決撤銷。

某甲明知為禁藥而運送，處有期徒刑捌月，緩刑叁年。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按得由海關沒收之貨物，如經海關為沒收處分，刑事判決內即不得更為沒收諭知（司法院院字第二八三二號解釋參照）。本件扣案之如原判決王又第二項所示物品中國廣西豆漿晶壹包、剪刀壹把、純真珍珠粉壹瓶、強力銀翅片壹瓶、西瓜霜壹瓶、中華一珍壹片、大陸椰

樹牌椰子汁壹罐、大陸字簾壹幅、天王麝香止痛膏壹片，於法院判決前已經財政部高雄關稅局爲沒入處分確定，此有該局八十三年八月二十六日（八三）關緝字第一三六二號函附卷可稽，揆之上開解釋，法院自不得更爲沒收之諭知，乃原判決仍予諭知沒收，即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，尙有理由。又，王從刑之審判不可分，其諭知沒收之從刑部分既屬違法，而應撤銷，則其明知禁藥而運送之王刑部分自亦無可維持，應由本院將其一併撤銷，另行判決，並諭知如原判決所示之王刑及緩刑期間。以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，懲治走私條例第三條第一項、第十一條，台灣省內菸酒專賣暫行條例第三十七條第五款，藥事法第八十三條第一項，刑法第十一條、第五十五條、第七十四條第一款，罰金罰鍰提高標準條例第一條前段，判決如王又。

中華民國八十四年二月九日

【第捌拾玖案】

一、關係條文

軍事審判法 第四十八條。

陸海空軍刑法 第六十六條第二款、第八十三條。

國家安全法 第八條第二項前段。

刑法 第一百三十五條第一項、第五十五條。

刑事訴訟法 第三百零三條第六款。

二、非常上訴理由

對於被告無審判權者，應諭知不予受理之判決，刑事訴訟法第三百零三條第六款定有明又。又軍事審判法第四十八條規定，刑法第五十五條、第五十六條之案件，其一部犯罪事實依本法審判時，全部依本法審判之。本件被告某甲於七十七年九月九日十一時五十分許，行經北宜公路小格頭檢查哨時，爲逃避憲警臨檢，搶奪被害人黃某所有之計程車，並據以銜撞執行

臨檢之電警劉某，對公務員依法執行職務時，施強暴，經台灣台北地方法院八十年度易緝字第三××號判決，判處罪刑確定在案，惟查被告所犯妨害公務罪與搶奪罪有牽連關係，依軍事審判法第四十八條規定，妨害公務罪部分，應由軍事法庭一併審判，有陸軍總司令部八十五年覆判字第六號判決、陸軍第六軍團司令部八十五年判字第○二八號判決，暨該司令部八十五年五月二十二日（八五）華潤字第六一八六號在卷可稽，原審未依首開規定，論知不受理之判決，而竟為實體上科刑之判決，顯屬違誤，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。

二、附錄

最高法院刑事判決

八十五年度台非字第二〇二號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告妨害公務案件，對於台灣台北地方法院中華民國八十年六月二十八日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決撤銷。

本件不受理。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按對於被告無審判權者，應諭知不受理之判決，刑事訴訟法第三百零三條第六款定有明文。本件原判決認定之事實，係被告某甲（現役軍人、一等兵），於民國七十七年九月九日十時許，與某乙（現役軍人、已死亡）自宜蘭縣礁溪鄉陸軍明德訓練班不假離營潛逃（逃亡部分業經判刑確定），搭乘黃某所駕駛之○八○—八六××號計程車，欲往台北市成都路，同日十一時五十分許，行經北宜公路新店小格頭檢查哨時，負責執行臨檢之憲警攔車示意受檢，被告與某乙喝令衝過，黃某不從，停車受檢，被告即乘黃某下車之際，將車開走，朝依法執行臨檢之憲警（軍官）劉某（現役軍人、官階中尉）衝去，闖越檢查哨，哨兵洪某見狀鳴槍嚇阻無效，乃對車輪射擊，因失準擊斃後座之某乙，該計程車亦因而撞及路側山壁後停止，被告則乘機逃逸等情。依此認定之事實，被告既對上官劉某施以暴行，其所為係犯陸海空軍刑法第六十六條第二款之暴行罪嫌，並非該法及其特別法以外之罪而屬於刑法第六十一條所列各罪之一，依國家安全法第八條第二項前段規定，應由軍法機關追訴審判。縱檢察官

係引用刑法第一百三十五條第一項之妨害公務罪法條起訴，但依檢察官起訴之事實，被告乘司機黃某下車受檢之際，將計程車開走，被告尚犯陸海空軍刑法第八十三條之搶奪財物罪嫌，並與其所犯妨害公務罪間，有方法與結果之牽連關係，爲裁判上之一罪，係軍事審判法第四十八條規定，仍應由軍法機關審判，普通法院正無審判權。原法院未察，竟爲實體上之判決，論處被告妨害公務罪刑，揆諸前開說明，自有違誤。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨，執以指摘，尙有理由，應由本院將原判決撤銷，自爲判決，並爲不受理之諭知，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前段、第三百零三條第六款，判決如王又。

中華民國 八十五年 八月 八日

【第三拾案】

一、關係條文

兵役法 第五條。

兵役法施行法 第五十九條第二項。

妨害兵役治罪條例 第四條第五款。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決適用法則不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。本件原判決諭知被告無罪，無非以被告於八十一年十二月十六日台北市政府常備兵徵集前，自七十三年十月十七日起（按被告於七十三年九月十四日晚上十一時許，駕駛汽車因過失致人於死，故應係自七十三年九月十四日起），至七十四年五月十五日止，先後因過失致人於死、殺人未遂、槍斃彈藥刀械管制條例、竊盜、妨害公務等案件，經法院分別判處有期徒刑七月、五

年六月、八月、一年六月並於刑之執行前令入勞動場所強制工作（當時規定期間爲七年）、八月，合計其宣告之有期徒刑爲八年十一月。兵役法第五條規定 凡曾判處七年以上有期徒刑者，禁服兵役。並不以單一罪被判處七年以上有期徒刑爲限，觸犯數罪合計達七年以上有期徒刑者亦屬之。被告因犯數罪其被宣告之有期徒刑顯已在七年以上。又其先後被羈押及在監執行之時間，合計實際執行有期徒刑三年七月又二十四日，執行強制工作時間，合計三年八月又十三日，二者共計在監所實際執行之期間（含羈押期間）已達七年四月有餘。依前揭兵役法第五條及兵役法施行法第五十九條第二項之規定，被告係在禁役之列，則其雖未應常備兵之徵集，向部隊報到入營，亦無妨害兵役治罪條例第四條第五款之適用，被告之行爲乃屬不罰爲其論據。惟查依兵役法第五條規定應禁役者，其判處徒刑人員，經依法赦免、減刑、假釋後，其禁役者，如實際執行徒刑期間不滿四年時，免除禁役。兵役法施行法第五十九條第二項規定甚明。本件原判決既認定被告在監實際執行徒刑之時間，僅「三年七月又二十四日」，而不滿四年，依上揭法條規定，已免除禁役，自係依法應受徵集盡服兵役義務之人，乃被告意圖避免常備兵徵集，不遵台北市府所發應於八十一年十二月十六日向陸軍某部隊報到入營之徵集令，無故逾入營期限五日，自應依妨害兵役治罪條例第四條第五款論處其罪刑，方爲適法。且上開施行法第五十九條第二項既明白規定以『實際執行徒刑期間』爲限，

而不兼及『執行強制工作期間』，顯已將執行強制工作期間，排除於上開法條項之適用，乃原判決以執行強制工作，亦係剝奪人身自由，其效果與徒刑之執行同云云，顯係遠離原工法之目的所為任意擴張之解釋，自不足取。況強制工作，係保安處分之一種，與刑罰之性質功用迥異，乃原判決將強制工作之執行期間，與執行徒刑之期間，二者合併計算，致實際僅執行徒刑三年七月又二十四日（含羈押期間），不滿四年，依法免除禁役之被告，仍認為係禁服兵役之人，顯有適用法則不當之違法，案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十五年度台非字第三四一號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告妨害兵役案件，對於台灣高雄地方法院中華民國八十五年三月二十八日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

厚判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決適用法則不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。兵役法第五條規定 凡曾判處七年以上有期徒刑者，禁服兵役。雖不以單一罪被判處七年以上有期徒刑爲限，其觸犯數罪合計達七年以上有期徒刑者亦屬之。惟依同法施行法第五十九條第二項之規定，依兵役法第五條應禁役者，其判處徒刑人員，經依法赦免、減刑、緩刑、假釋後，其禁役者，如實際執行徒刑期間不滿四年時，免除禁役。是以曾判處七年以上有期徒刑者，如其實際執行徒刑期間不滿四年時，仍應免除禁役。而此所稱之有期徒刑，並無將執行強制工作期間合併計算之規定。本件原確定判決以公訴意旨略以 被告某甲係役齡男子，列徵民國八十一年十二月十六日陸軍一六七二次常備兵，意圖避免徵集，無故逾入營期限五日，未向收訓之單位陸軍一五一師第四五二旅報到，步犯妨害兵役治罪條例第四條第五款之罪嫌。但查被告於八十一年十二月十六日台北市政府常備兵徵集前，自七十三年十月十七日起，即先後因犯違反槍砲彈藥刀械管制條例、竊盜、妨害公務、殺人未遂、過失致人於死等罪，分別判處有期徒刑八月、一年六月、八月、五年六月及七月，合計被判處有期徒刑八年十一月，

合乎兵役法第五條犖服兵役之規定，嗣所犯竊盜與妨害公務二罪，經依中華民國七十七年罪犯減刑條例減刑後，裁定應執行有期徒刑十一月，再依中華民國八十年罪犯減刑條例減刑後，裁定應執行有期徒刑五月。其違反槍砲彈藥刀械管制條例、殺人未遂及過失致人於死三罪，經依中華民國七十七年罪犯減刑條例減刑後，裁定合併定應執行有期徒刑二年十月。而上開有期徒刑其實際在監執行期間連同羈押折抵日數合計為三年七月又二十四日（其中有期徒刑五月部分，其減刑前羈押之日數折抵減刑後之刑期，但減刑裁定送達前，其羈押之日數已逾減刑後之刑期，其超過部分不算入該五月刑期，故其實際執行期間合計逾三年三月）。另被告所犯之竊盜罪，除判處有期徒刑外，並於刑之執行前令入勞動場所強制工作，並先後在職訓總隊及台灣澎湖監獄執行強制工作，合計三年八月又十三日。而強制工作與入監執行有期徒刑，其令入固定處所，剝奪人身自由則屬同一，是工法上乃定有強制工作結果，於無繼續執行徒刑之必要者，得免除其刑之執行之強制工作處分與刑之替代規定，故兵役法第五十九條第二項所謂之「徒刑」，亦應包括強制工作在內云云。因而將被告實際執行徒刑期間連同強制工作期間合併計算，認被告因違反槍砲彈藥刀械管制條例等罪已被判處有期徒刑七年以上，其實際在監執行之期間（含羈押期間）已達七年四月有餘，揆諸兵役法第五條及同法施行法第五十九條第二項之規定，被告依法即在犖役之列，則其未應常備兵之徵集向部隊報到，

自無妨害兵役治罪條例第四條第五款之適用，而爲被告無罪之諭知。惟原確定判決既認定被告所判處之有期徒刑八年十一月，經減刑後在監實際執行徒刑之期間爲三年七月又二十四日，尙未滿四年，依兵役法施行法第五十九條第二項之規定，已免除禁役，自係依法應受徵集盡服兵役義務之人，如被告意圖避免常備兵徵集，不遵台北市政府所發徵集令按期向指定部隊報到，無故逾入營期限五日，自應依妨害兵役治罪條例第四條第五款論處其罪刑，方爲適法。乃原判決竟將強制工作之執行期間，與執行徒刑之期間，二者合併計算，致實際僅執行徒刑三年七月又二十四日，尙不滿四年，依法應免除禁役之被告，仍認爲係禁服兵役之人，顯有適用法則不當之違法。上訴人於判決確定後提起非常上訴，就此指摘，尙有理由。惟原判決尙非不利於被告，應由本院將原判決關於違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中華民國八年十一月十四日

【第三拾壹案】

一、關係條文

兒童福利法 第四十三條第一項前段。

刑法 第八十七條第二項、第三項、第十九條第二項、第五十九條。

懲治盜匪條例 第五條第一項第一款。

刑事訴訟法 第三百零九條第六款、第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按利用或對於兒童犯罪者，加重其刑至二分之一，兒童福利法第四十三條第一項前段定有明文。又因心神喪失而不罰者，得令入相當處所，施以監護。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，復為刑法第八十七條所明定。查原判決認定被告某甲有犯懲治盜匪條例第五條第一項第一款之罪，惟以被告係精神耗弱之智障者，應依刑法第十九條第二項規定減輕其刑二分之一，且

以被告犯罪所得財物，僅有佛珠一串，新台幣硬幣二元，事後並與被害人和解，若依減輕其刑二分之一後，處以法定最低刑，仍嫌過重，並依刑法第五十九條規定遞減其刑至二分之一，及參酌被告之品行、犯罪之動機、目的等情況，判處有期徒刑一年九月，固屬不無見地。惟查被害人謝某係七十七年六月四日出生，尚屬兒童，有其年籍資料在卷可稽。被告對於兒童犯罪，厚判決未依兒童福利法第四十三條第一項前段加重其刑至二分之一（依刑法第七十一條規定先加後減）已有不當，且以被告有加強教育矯治措施之必要，併予命其應於刑之執行完畢或赦免後，令入相當處所施以監護，卻未依刑法第八十七條第二項第三項規定，宣告其處分期間，均有不適用法則之違背法令。案已確定，雖於被告並無不利，然為統一法令之適用，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

八十四年度台非字第四一四號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告盜匪案件，對於台灣彰化地方法院中華民國八十四年七月六日第一審確定判

決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 文

原判決關於諭知保安處分及其他違背法令部分撤銷。

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）

本院按對於兒童犯罪者，加重其刑至二分之一，兒童福利法第四十三條第一項前段定有明文。又因精神耗弱而減輕其刑者，得於刑之執行完畢或赦免後，令入相當處所，施以監護，其期間為三年以下，此觀刑法第八十七條第二項、第三項之規定即明，又有罪判決書，如諭知保安處分者，並應記載其處分及期間，為刑事訴訟法第三百零九條第六款所明定。本件被告某甲因盜匪罪，經原判決認其為精神耗弱之人，而依刑法第十九條第二項及第五十九條遞減其刑後，判處有期徒刑一年九月，緩刑五年，並諭知於刑之執行完畢或赦免後，令人相當處所施以監護。惟查被害人謝某係七十七年六月四日出生，尚屬兒童（有其年籍資料在卷可稽），原判決亦認其為學童。被告對於兒童犯罪，原判決未依兒童福利法第四十三條第一項前段加重其刑，已有違誤，且諭知令入相當處所施以監護，未記載其監護期間，依前開說明，其此

部分判決，自屬違法。案經確定，非常上訴，執此指摘，尙有理由。其未依兒童福利法加重其刑之違法部分，於被告尙非不利，應由本院將此違背法令部分撤銷，用資糾正，至其未諭知監護處分期間，自屬不利於被告，應將此部分撤銷，另行判決，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，刑法第八十七條第二項、第三項，判決如王又。

中 華 民 國 八 十 四 年 十 一 月 二 十 三 日

【第玖拾貳案】

一、關係條文

公司法 第九條第三項。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。依本件原判決事實欄一、之記載，被告係××建設股份有限公司負責人，該公司於民國八十二年三月十一日向台灣省政府建設廳申請核准設工，登記資本額爲新台幣（下同）六千萬，分爲六萬股每股一千元。由董事長某甲及監察人某乙各認一萬八千五百股，董事某丙、某丁、某戊各認五千股，股東某己、某庚各認二千五百股，某辛認三千股。上開各股東應繳之股款中，某甲僅繳一千五百萬元，某乙僅繳一千二百五十萬元、某丁、某丙各繳二百五十萬元、某庚分又未繳。某甲竟於申請登記又件中表明已收足，另於八十二年十月間在公司內將某乙

所繳股全中之五百萬元發還予某乙。依此事實，被告係犯公司負責人，公司應收之股款，股東並未實際繳納，而以申請文件表明收足罪及股東雖已繳納而於登記後將股款發還股東罪二項罪名。其所犯二罪，罪名既不相同，構成要件各異，本應分論併罰。原判決竟合而為一，論以一罪，判處有期徒刑七月，揆諸首開刑事訴訟法規定，顯屬違法。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十五年度台非字第二三九號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告違反公司法案件，對於台灣高等法院台中分院中華民國八十五年三月二十日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於某甲違反公司法部分之違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又刑事法上所謂「一罪」者，係指單純一罪，或實質一罪而言。若以一犯意，爲一行爲，其結果侵害一法益，稱之爲單純一罪，而若以一犯意、數行爲而構成一罪，謂之爲實質一罪。本件依原判決事實欄一、認定被告某甲係××建設股份有限公司負責人，該公司於八十二年三月十一日申請核准設立，登記資本額爲六千萬元，股份總數六萬股，每股一千元，由董事長某甲及監察人某乙各認一萬八千五百股，董事某丙、某丁各認五千股，股東某戊認五千股，股東某己、某庚各認股二千五百股，某辛認三千股。詎上開應收之股款，某甲僅繳股金一千五百萬元，某乙僅繳一千二百五十萬元，某丁、某丙各繳二百五十萬元，某庚未實際繳納，竟於上開申請登記文件表明已收足。且某乙所繳股金一千二百五十萬元後，某甲竟在該公司登記後之八十二年十月間，在公司內發還股款五百萬元予某乙，因而使公司財務發生困難等情。依此事實之記載被告所爲，係犯公司法第九條第三項之公司負責人，公司應收之股款，股東並未實際繳納，而以申請文件表明收足，及股東雖已繳納而於登記後將股款發還股東二項罪名。經查該二罪之罪名不一，構成要件亦殊，又被告之行爲有二，其所侵害之法益復不相同而非單一，顯與上揭所謂「一罪」之含義有間，理應分論併罰，方始適法。詎原審未察，

就此部分以單純一罪之公司負責人，公司應收之股款，股東並未實際繳納，而以申請文件表明收足，及股東雖已繳納而於登記後，將股款發還股東，量處被告某甲有期徒刑七月，顯屬違法。非常上訴意旨，執此指摘，洵有理由。案經確定，惟原判決尚非不利於被告，應由本院將上揭違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中華民國二十五年九月五日

【第三拾叁案】

一、關係條文

證券交易法 第二十二條第三項、第一項、第一百七十五條、第二條、第六條、第一百三十九條。

公司法 第一百三十三條、第二百六十八條、第一百六十四條、第一百六十五條。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用法則不當者，當然爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。本件原判決所以維持第一審就被告某乙、某甲違反證券交易法無罪之諭知而駁回檢察官之上訴者，無非以「又按證券交易法所謂之股票，係指公開募集發行之公司股票，此爲證券交易法第六條第一項所定，即俗稱之上市股票。查台糖公司股票並非經公開募集發行之股票，乃俗稱之未上市之股票，此爲告訴人及被告等所是認，復按諸公司法第一百六十

四條、第一百六十五條規定，及前開財政部台灣省南區國稅局八十三年十月二十八日南區國稅審三字第八三〇七二四五三號覆本院函所載，台糖公司股票係可由持有人自行買賣轉讓者，正無須受證券交易法規定之限制應無疑義。被告某甲係單純轉讓台糖公司股票予告訴人，被告某乙亦僅係求售股份有限公司台糖公司股票，均無證券交易法第二十二條第三項之公開募集證券，或同法第四十四條之經營證券業務行為。」「及「被告某乙刊登於報紙之求售台糖公司股票廣告，聯絡電話均為〇七—二二四四×××草合，……該〇七—二二四四×××號電話係由杜某租用，……足證此廣告之聯絡方式均與被告某甲毫無關係，被告某乙可供稱該廣告為伊所登，與某甲無涉等語。」「為其論據。

二、查原判決上開理由，顯然將證券交易法第六條所稱之「公開募集發行之股票」與「上市股票」混為一物。以致適用法律發生錯誤。按證交法第六條所稱之公開募集發行之股票，係指依公司法第一百三十三條之方式申請公開募集而發行之股票而言。而「上市股票」，係指已經公開募集發行之股票，依證券交易法第一百三十九條之規定申請上市，並經主管機關核准上市之股票而言。故公開募集發行之股票，如經依法申請上市並經主管機關核准上市後，始稱為上市股票，如未依法申請上市，則稱未上市股票，原判決誤公開募集發行之股票即係上市股票，已非適當。而台灣糖業股份有限公司之股票（即原判決所指台糖公司股票）係公

開募集發行之股票，有財政部證券管理委員會（八四）台財證稽字第二〇七三三號函可查。故台糖公司之股票，雖係未上市股票，但仍係證交法第六條所指之公開募集發行之股票。此類股票固得依公司法之規定而為轉讓，然若將持有之股票以公開募集之方式向不特定之人出售時，則依證券交易法第二十二條第三項第一項之規定，非經王管機關核准或向王管機關申報生效後不得為之。本件被告某乙於八十一年三月二十三、二十四、二十五日連續在新聞紙上刊登出售台糖公司之股票，既未經王管機關之核准，即完全符合證交法第二十二條規定之要件，應依同法第一百七十五條之規定處罰，原判決竟認為不構成犯罪，委有不適用法則或適用法則不當之違法。

三、按實施刑事訴訟程序之公務員，應於被告有利不利之情形一律注意，乃刑事訴訟法第二條所明定。本件被告某甲雖否認與某乙刊登出售台糖股票之行為有關，並稱二人只是在股票市場認識而已。某乙亦否認刊登未售台糖股票，並非受某甲之指示。原判決並以廣告上之聯絡電話係杜某所租用，與被告某甲無涉，因而認為某甲與某乙刊登出售台糖股票之行為無關。然查杜某乃某甲之外甥女，某乙即伊之外甥女婿，乃屬至親，有戶籍資料可查，某甲竟稱只是股票市場認識而已，顯有不敢告人之隱情。又據卷內資料，告訴人於八十一年三月二十二日在某甲家中合謀買賣台糖股票事，告訴人出價每股新台幣（下同）一千五百元，某

甲堅持每股二千元，雙方因價差而未成交。次日就由某乙連續在大高雄焦點刊登出售台糖股票之廣告，告訴人按廣告所示電話向某乙聯絡詢價，並試探如售與某乙，願以何價購進，某乙答稱每股二千七百元，告訴人始決定以每股二千元向某甲購買。某乙自告訴人向其探訊股價以後即不再繼續刊登廣告，且於告訴人持其向某甲購得之股票向其求售時，則以該股票非告訴人所有（股票係某甲之妻林劉某名義）而拒絕買入，經觀上開經過及相關證據，顯見某乙刊登未售台糖股票之廣告，係某甲所指示，故某甲與某乙應共負證券交易法第二十二條第三項、第一百七十五條之刑責要無疑義，原判決竟為無罪之諭知，委有不適用法則或適用法則不當之違法，案經確定，雖對被告並無不利，然為統一法律之適用，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

八十四年度台非字第四二四號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

某乙

右上訴人因被告等違反證券交易法案件，對於台灣高等法院高雄分院中華民國八十三年十一月二十九日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於某乙違背法令部份撤銷。

其他上訴駁回。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按有價證券之募集、發行買賣，其管理、監督依證券交易法之規定，而證券交易法所稱之有價證券謂政府債券及公開募集、發行之公司股票、公司債券及經財政部核定之其他有價證券。證券交易法第二條、第六條定有明文。而公開募集、發行之公司股票，係指依公司法第一百三十三、第二百六十八條及證券交易法相關規定申請公開募集、發行之股票。而上市股票則指已經公開募集、發行之公司股票，依證券交易法第一百三十九條之規定申請上市，並經王管機關核准上市之股票而言。故公開募集、發行之公司股票，如經依法申請上市並經王管機關核准上市後，始稱為上市公司股票。從而證券交易法所規範之對象，不僅是上市公司股票，尚包含已經公開募集、發行之公司股票。台灣糖業股份有限公司係屬公開發行之公

司，有財政部證券管理委員會(84)台財證稽第二〇七三三號函可按。故台灣糖業股份有限公司之股票，雖係未上市股票，但仍屬證券交易法第六條所指公開發行之公司股票。此類股票固得依公司法之規定而為轉讓，然若將持有之股票以公開招募之方式向非特定人出售時，依證券交易法第二十二條第三項、第一項之規定，非經王管機關核准或向王管機關申報生效後不得為之。查被告某乙於八十一年三月二十三、二十四、二十五日連續三日在新聞紙上刊登出售台灣糖業股份有限公司之股票，既未經王管機關之核准，其行為違反證券交易法第二十二條第三項、第一項之規定，應依同法第一百七十五條處罰。原判決以證券交易法所謂之股票，係指公開募集發行之公司股票，即俗稱之已上市股票。台糖公司股票並非經公開募集發行之股票，乃俗稱之未上市之股票，台糖公司股票係可由持有人自行買賣轉讓，並無須受證券交易法規定之限制，被告某乙亦僅係未售台糖公司股票，無證券交易法第二十二條第三項之公開募集有價證券之行爲，不成工犯罪云云，其適用法則自屬不當，此部分顯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，尙有理由，惟原判決此部分尚非不利於被告某乙，僅應由本院將其違背法令部分撤銷，以資糾正。本件非常上訴意旨另以被告某乙刊登未售台糖公司股票之廣告，係被告某甲所指示，故被告某甲與被告某乙應共負證券交易法第二十二條第三項、第一百七十五條之刑責，原判決竟為無罪之諭知，委有不適用法則或適用不當之違法云云，經查原確定判決係認定被告某乙刊登於報紙之未售台糖公司股票廣告，

聯絡電話均爲「〇七——二二四四××××蔡合」，此有告訴人提出之報紙廣告影本在卷可憑，該「〇七——二二四四××××號」電話係由杜某租用，此有交通部台灣南區電信管理局八十二年六月九日南營服八二字第一〇三九〇號函在卷可佐，足證此廣告之聯絡方式均與被告某甲毫無關聯，被告某乙亦供稱該廣告爲伊自己所刊登，與某甲無涉等語，復揆諸台糖公司民股股票應非被告某甲一人所完全持有，被告某乙未售該股票，自無悖常理，此外亦無何積極事證足資證明被告某乙係受被告某甲委託刊登廣告，尚難徒因被告某乙於八十一年三月二十三、二十四、二十五日刊登廣告，遽予推斷其與被告某甲共同刊登廣告以矇蔽告訴人情事等情。已於判決理由內說明其取捨證據之認定理由，其取捨證據之論斷難認有何違背法令之處。本件非常上訴提出戶籍謄本一份，以證明被告某乙與某甲具有親屬關係，非如被告某甲所辯彼此並無任關係。但上開戶籍謄本於事實審審判並不存在，非常上訴意旨又非以原審未調查該證據指原判決有應於審判期日調查之證據未予調查之違法爲指摘，則原判決未斟酌該證據以認定被告某乙刊登廣告有與被告某甲共同謀議爲之，或係被告某甲所指示，而認被告某甲不成立證券交易法第二十二條第三項、第一百七十五條之罪，即難認有何違誤。是上訴意旨對於事實審法院證據取捨裁量權行使之當否任意指摘，認原判決關於某甲部分有不適用法則或適用不當之違法，非有理由，應予駁回。

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

中 文。
。

華

民

國

八

十

四

年

十

一

月

二

十

四

日

【第三拾肆案】

一、關係條文

管理外匯條例 第二十二條第一項、第一條、第七條、第八條、第二十四條第一項。

公司法 第十五條第一項。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用法則不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。原判決認定被告某甲係台北市××路××號八樓××商情諮訊顧問有限公司負責人，被告某乙則爲該公司現場實際業務操作員，明知該公司經王管機關核准登記營業項目爲國際商情資訊提供及分析顧問業務，並不包括外國貨幣之外匯保證金交易業務，且明知外匯之買賣除業務王管機關中央銀行及其所指定之銀行外不得爲之，竟自八十三年十一月間起，二人基於共同犯意擅自招攬不特定之客戶，透過該公司至該公司簽約合作之香港英皇集團澳門金融

投資有限公司開戶，參加非經中央銀行核准之外匯指定銀行不得承作之外匯保證金交易業務，而違法經營公司登記範圍外之業務，其經營方式爲以美元爲本位，客戶先繳交保證金至××集團澳門金融投資有限公司指定之香港匯豐銀行帳戶，用以買入或賣出英鎊、馬克、日圓、瑞士法郎等外幣，由客戶自行下單或委由該公司業務員下單買賣，並依各該外幣匯率在市場行情變動之漲跌計算客戶盈虧，而由××集團從中收取手續費，每口退佣新台幣（下同）六百元予該公司，迄被查獲日止共抽得退佣手續費約一百八十萬元，因依管理外匯條例第二十二條第一項及公司法第十五條第一項論處被告罪刑，且將該手續費一百八十萬元依管理外匯條例第二十二條第一項後段論知沒收。惟按管理外匯條例第二十二條第一項所謂非法買賣外匯，觀諸該條例第一條、第二十四條第一項、第八條、第七條之規定，應係指在國內非法買進或賣出外匯而言，原判決乃認定被告之客戶將保證金繳交至××集團澳門金融投資有限公司指定之香港匯豐銀行帳戶，用以買入或賣出英鎊、馬克、日圓、瑞士法郎等外幣，並未認定被告等在國內有與客戶從事外匯買賣之行爲，其依該條例第二十二條第一項對被告論罪，已有適用法則不當之違法，且該條例第二十二條第一項後段係規定非法買賣外匯之外匯及價金沒收之，原判決既認定本件之一百八十萬元係退佣之手續費，則該一百八十萬元顯非非法買賣外匯之價金，原判決予以論知沒收，亦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

八十五年度台非字第三九〇號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

某乙

右上訴人因被告等違反管理外匯條例案件，對於台灣高等法院中華民國八十五年三月十九日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原審及第一審關於沒收新台幣壹佰捌拾萬元部分之判決均撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按管理外匯條例第二十二條第一項後段係規定 以非法買賣外匯為常業者，其外匯及價金沒收之。故必限於以非法買賣外匯為常業者之外匯及價金，始得適用該法條宣告沒收。本

件被告某甲係台北市××路××號八樓××商情諮訊顧問有限公司負責人，被告某乙則為該公司現場實際業務操作員，明知該公司經王管機關核准登記營業項目為國際商情資訊提供及分析顧問業務，並不包括外國貨幣之外匯保證金交易業務，且明知外匯之買賣除業務王管機關中央銀行及其所指定之銀行外不得為之，竟自民國八十三年十一月間起，二人基於共同犯意擅自招攬不特定之客戶，透過該公司至該公司簽約合作之香港××集團澳門金融投資有限公司開戶，參加非經中央銀行核准之外匯指定銀行不得承作之外匯保證金交易業務，而違法經營公司登記範圍外之業務，其經營方式為以美元為本位，客戶先繳交保證金至××集團澳門金融投資有限公司指定之香港匯豐銀行帳戶，用以買入或賣出英鎊、馬克、日圓、瑞士法郎等外幣，由客戶自行下單或委由該公司業務員下單買賣，並依各該外幣匯率在市場行情變動之漲跌計算客戶盈虧，而由××集團從中收取手續費，每口退佣六佰元予該公司，迄被查獲日止共抽得退佣手續費約一百八十萬元，並扣得如第一審判決書附表所示之證物等情，為原確定判決所認定之事實，是則該一百八十萬元乃係被告等犯以非法買賣外匯為常業罪所抽得之退佣手續費，並非其非法買賣外匯之外匯或價金，自不得適用管理外匯條例第二十二條第一項後段之規定宣告沒收。第一審判決誤引該法條予以宣告沒收，已屬於法有違，被告等上訴，原判決既未注意糾正，仍予維持，而駁回被告等在第二審之上訴，亦屬違法，且不利

於被告等，案經確定，非常上訴意旨，執以指摘，尙有理由，應由本院將原審及第一審關於沒收新台幣一百八十萬元部分之判決均撤銷，以資糾正。次按非常上訴審，應以原判決所確認之事實爲基礎，以判斷其適用法律有無違誤。本件原判決前開確定之事實，係以被告等在台北市××路××號八樓××商情諮訊顧問有限公司，共同擅自招攬不特定之客戶，透過該公司至該公司簽約合作之香港××集團澳門金融投資有限公司開戶，參加非經中央銀行核准之外匯指定銀行不得承作之外匯保證金交易業務，其經營方式爲以美金爲本位，客戶先繳交保證金至××集團澳門金融投資有限公司指定之香港匯豐銀行帳戶，用以買入或賣出英鎊、馬克等外幣，由客戶自行下單或委由該公司業務員下單買賣，並依各該外幣匯率在市場行情變動之漲跌計算客戶盈虧等情，是被告等所爲非法買賣外匯爲常業之犯行，係自台灣延伸至香港，台灣仍爲行爲地之一部分，自有管理外匯條例之適用，原判決依該條例第二十二條第一項前段論處被告等罪刑，即難指爲違法。非常上訴意旨，以原判決此部分亦有適用法則不當之違背法令情形，尙非有理由，併予駁明。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如左。

中華民國十八年十二月十七日

【第三拾伍案】

一、關係條文

專利法 第一百三十一條、第一百二十五條。

刑事訴訟法 第三百七十八條、第三百四十三條、第三百零三條第一款。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又本章之罪，除第一百三十條外，須告訴乃論。專利權人就第一百二十三條至第一百二十六條提出告訴，應檢附侵害鑑定報告與侵害人經專利權人請求排除侵害之書面通知。未提出前項文件者，其告訴不合法。專利法第五章第一百三十一條第一項至第三項定有明文。此一有關告訴之規定，於自訴程序當然有其適用。本件自訴人即專利權人係自訴被告等犯專利法第一百二十五條之罪，依前開該法第一百三十一條第二項規定，於自訴時即應檢附侵害鑑定報告與侵害人經專利權人請求排除侵害之書面通知，否則其自訴即屬不合法。經遍查全卷，自

訴人於向司法警察機關告訴時，在檢察官偵查中及其提起自訴時，乃至在第一、二審審判中，均未提出『侵害人經專利權人請求排除侵害之書面通知』。揆諸專利法第一百三十一條第三項之規定，其自訴應屬不合法。原判決不察，竟爲實體上論罪科刑之判決，其法則之適用，顯有未當。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

八十五年度台非字第一四九號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

某乙

某丙

右上訴人因××機具廠有限公司自訴被告等違反專利法案件，對於台灣高等法院台南分院中華民國八十四年十二月十三日第二審確定判決，認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決撤銷，由台灣高等法院台南分院依判決前之程序更爲審判。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按提起自訴之程序違背規定者，應諭知不予受理之判決，此觀刑事訴訟法第三百四十三條、第三百零三條第一款之規定甚明。本件自訴人××機具廠有限公司在第一審自訴意旨略稱：被告某甲、某乙、某丙，於民國八十三年四、五月間，未經自訴人同意，共同擅自製造秧苗輸送裝置，並裝在嘉義縣××市溫某之秧苗場內，侵害自訴人取得新型第三二五一八號「全面往復式田間秧苗轉彎輸送裝置之改良」專利權，而觸犯專利法第一百二十五條之罪云云。惟該條之罪，依同法第一百三十一條規定須告訴乃論，於告訴時並應檢附侵害鑑定報告與侵害人經專利權人請求排除侵害之書面通知，否則其告訴不合法。其工法理由係防止專利權人過度使用刑事告訴權，致影響於產業之正常運作。是上開限制告訴權之規定，於自訴程序當亦有適用。卷查自訴人提起自訴之時，並未檢附請求未被告等排除侵害之書面通知，其提起自訴之程序，顯有違背規定，第一審遽爲實體上判決，而諭知被告等無罪。原審雖撤銷第一審此部分之判決，但仍未予調查說明，即遽爲實體上判處被告等共同侵害新型專利權罪刑之判決，自有違誤。案經確定，且不利於被告等，非常上訴意旨，執以指摘，尙有理由。故前開

自訴程序之違背，即自訴人未檢附侵害人經專利權人請求排除侵害之書面通知，原可補正，原審及第一審是否業經裁定限期補正，自訴人已否補正，卷內查無資料可考，以致尚欠明瞭，本院顯難遽予自行判決，並為維持被告等審級利益，應將原判決撤銷，由台灣高等法院台南分院依判決前之程序更為審判，以期適法。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項前段，判決如王又。

中華民國二十六年八月二十一日

【第三玖拾陸案】

一、關係條文

商標法 第六十五條第二項、第一項、第七十七條。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條既定有明文，而商標法第六十五條第一項之惡意使用他人註冊商標圖樣中之文字經營同一商品業務罪，如公司或商號名稱申請登記日在商標申請註冊日前者，無前項規定之適用，復爲同條第二項所明定。查本件被告某甲負責之××愛人攝影婚紗事業有限公司之××愛人及圖服務標章於八十二年八月二十四日始申請註冊，分有新竹市政府營利事業登記證及自訴人服務標章之商標公報影本可按，被告負責之商號名稱登記，既在自訴人服務標章註冊之前，被告之××愛人攝影社，

於自訴人取得××愛人服務標章專用權後，縱有在其卡片、宣傳單名片上，仍以××愛人新竹店作爲其攝影社商號名稱之特取部分，正經營相同禮服出租服務、攝影照相等項目之業務，依商標法第六十五條第二項之規定，亦無依同條第一項論罪科刑之餘地。第一審法院未予詳察，就該部分竟予科處有期徒刑肆月，被告提起上訴，原審未加糾正，仍予維持，將被告之該部分上訴一併駁回，自均違背法令，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

八十三年度台非字第三一一號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因××愛人攝影婚紗事業有限公司自訴被告違反著作權法等罪案件，對於台灣高等法院中華民國八十三年八月十一日第二審確定判決，關於違反商標法部分，認爲違背法令，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違反商標法部分撤銷，由台灣高等法院依判決前之程序更爲審判。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按 非常上訴制度，乃係對於審判違背法令之確定判決所設之救濟程序，故依法應於審判期日調查之證據，未予調查，致適用法令違誤，而顯然於判決有所影響者，該確定判決，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，此所稱應於審判期日調查之證據，係指該項證據，在客觀上爲法院認定事實及適用法律之基礎者而言。又凡惡意使用他人已註冊服務標章圖樣中之文字，做爲自己公司或商號名稱之特取部分，而經營同一或類似商品之業務，或提供同一或類似之營業上服務，經利害關係人請求其停止使用，而不停止使用者，依民國八十二年十二月二十二日修正公布施行之商標法第七十七條之規定，固應準用同法第六十五條第一項之罪加以處罰，但其公司或商號名稱申請登記日，係在該服務標章申請註冊日之前者，依該法第七十七條準用同法第六十五條第二項之規定，則無上開刑罰規定之適用。本件自訴人××愛人攝影婚紗事業有限公司（代表人張某）自訴被告某甲違反商標法部分，係以自訴人依法取得第○○○六九二六八號「××愛人」服務標章註冊在案，被告明知上情，仍故意在新竹市成工「××愛人攝影社」，且經營相同之業務，

經自訴人於八十二年九月委請律師發函請被告停止使用，被告仍不停止而繼續使用爲其商號名稱之特取部分等事實提起自訴。然被告在第一審之選任辯護人於八十三年四月十八日所提出之辯護意旨狀，及被告所提出之第二審上訴理由狀，均一再主張被告早於八十二年八月三日即向新竹市政府辦妥「××愛人攝影社」之營利事業登記，而自訴人則遲至八十二年八月二十四日始向經濟部中央標準局申請上開服務標章已註冊等語，並提出新竹市政府於八十二年八月三日核發之第八一九一五四二八號「××愛人攝影社」、「負責人×××」營利事業登記證影本，及記載自訴人於八十二年八月二十四日申請「××愛人及圖」服務標章註冊之商標公報影本爲證，有各該書狀及影本資料附卷可稽。被告上開辯解及其所提出之證據資料，倘屬無訛，則被告之「××愛人攝影社」商號名稱申請登記日期，應係在新竹市政府於八十二年八月三日核准日期之前，而自訴人之服務標章，於八十二年八月二十四日方申請註冊登記，揆之上揭說明，依商標法第七十七條、第六十五條第二項之規定，對被告此部分行爲，即不得適用同法第七十七條、第六十五條第二項之罪加以處罰。足徵上開證據資料，與被告是否成立此部分之犯罪至有關係，客觀上，爲事實審法院認定事實與適用法律所應行調查之證據，乃原審於審判期日，未依法加以調查，率予判決，仍認被告有其事實欄所載之違反商標法犯行，維持第一審對此部分論處被告惡意使用他人服務標章中之文字，作爲自己商號名

稱之特取部分，而經營同一商品之業務，經利害關係人請求其停止使用，而不停止使用罪刑（處有期徒刑肆月）之判決，駁回被告對此部分之第二審上訴，其法律之適用，因此致生違誤，對判決顯已有所影響，自屬判決違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨，執以指摘，尙有理由，爰將原判決關於違反商標法違背法令部分撤銷，惟非常上訴審爲法律審，除關於訴訟程序及得依職權調查之事項得予調查外，關於實體法上之事實，無從逕行加以調查審認，自亦無法依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書之規定，另行自爲判決，但爲維持被告審級利益之必要，應由原審法院依判決前之程序更爲審判，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，判決如王又。

中華民國二十八年十一月四日

【第三拾柒案】

一、關係條文

著作權法 第八十七條第二款、第四款、第九十三條第三款、第三條第一項第十二款。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。本件公訴意旨略以 被告某甲係台中縣豐原市中正路××號××唱片行實際負責人，明知「阿達一族」、「以父爲名」、「終極標靶」、「李小龍傳」等影片之重製權、出售權、出租權、發行權等，業經美國環球影片公司及派拉蒙公司授與××影視股份有限公司（以下簡稱××公司），詎某甲自八十二年底起至八十三年七月間止，竟意圖出租營利未經著作權人同意，託不詳姓名之綽號「小琴」友人輸入上開影片之影碟片後（其中「以父爲名」及「李小龍傳」各爲二片），再將該輸入之影碟片陳列於上址之唱片行內，出租予其不特定之客戶，嗣八十

三年八月三日十五時十分許，爲警持檢察官核發之搜索票在上址查獲，並扣得上開影片之影碟片含四片字匣六片，經××公司告訴，因認被告有違反著作權法第八十七條第四款之規定，應依同法第九十三條第三款處斷云云。原審法院依調查證據之結果，認定『本案被扣之影碟片係被告託綽號「小琴」之不詳姓名友人以郵購方式輸入，業據被告於偵查中供承不諱，嗣其於本院雖辯稱 涉案之影碟片係「小琴」拿至其店裡推銷，伊不知「小琴」之影碟片如何來等語，然其於原審法院竟稱其係向自行由國外進口水貨影碟片之友人所購買云云，前後供述歧異，所辯顯係推卸之詞而不足採信，又查扣之影碟片上均有條碼編號，其中「以父爲名」一片，尚有「雙片有匣請三天還」之字樣，此爲被告所不否認，並有照片影本五幀附卷可稽，是被告固有「意圖在中華民國管轄區域內散布而輸入在該區域內重製係屬侵害著作權或製版權之物」之事實，惟因告訴人並非著作財產權人如上所述，被告委託他人輸入上開影碟片，自無徵得告訴人同意之必要，其雖未經著作權人美國環球影片公司及派拉蒙公司同意而輸入，縱可認爲侵害該公司之著作財產權，惟告訴人獲授權者，僅有重製、銷售、出租、散布等權限，故其犯罪之被害人應係美國環球影片公司及派拉蒙公司而非告訴人，尚難認被告上開行爲有侵害告訴人之權利。』並認定『被告爲警查獲之右揭影碟片係在被告所經營唱片行內之被告私人房間所查獲，並未陳列唱片行內之營業場所，且查獲當時查詢被告電腦

之出租交易資料，亦查無右揭影碟片之出租紀錄，此業據執行搜索之警員陳某及會同搜索之告訴人代理人鄧某於原審法院審理時證述明確，固難認被告有出租右揭影碟片之行爲。雖查扣之影碟片上均有條碼編號，其中「以父爲名」一片，尚有「雙片有匣請三天還」之字條，此爲被告所不爭執，並有照片影本五幀附卷可稽，惟此充其量僅能證明被告有出租之意圖而已，尚不能認其有出租之行爲。」因認被告犯罪不能證明，維持第一審諭知被告無罪之判決，駁回公訴人之上訴，固非無見。惟查 原判決既認定被告所輸入者爲著作原件，竟又謂其有「意圖在中華民國管轄區域內散布而輸入在該區域內重製係屬侵害著作權或製版權之物」之事實，按此爲八十一年六月十日修正著作權法第八十七條第三款所規定者，與現行八十二年四月二十四日修正公布著作權法第八十七條第四款之規定，不盡相同。法律已有變更，原判決仍援用舊法而銓釋，已有適用法則不當之違法。次查 依著作權法第三條第一項第十二款規定 所謂「散布」，係指不問有償或無償，將著作之原件或重製物提供公眾交易或流通而言。原判決既認定被告有輸入影碟片原件而持有之及意圖出租之行爲，該行爲復已合乎著作權法第八十七條第二款「明知爲侵害著作權或製版權之物而散布或意圖散布而陳列或持有或意圖營利而交付者」之要件，即應依同法第九十三條第三款之規定科罰。蓋出租人之對象爲不特定之客戶，不特定之客戶，即屬公眾，故出租行爲，即屬流通，亦即所謂屬散布，意圖

出租，義同意圖散布也。原判決未察及此，認為被告犯罪不能證明，亦有判決不適用法則之違法。爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條，提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十四年度台非字第三八七號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告違反著作權法案件，對於台灣高等法院台中分院中華民國八十四年七月二十六日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決及第一審判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又未經著作財產權人同意而輸入著作原件或其重製物者，視為侵害著作權，著作權法第八十七條第四款

亦規定甚明。再同條第二款所謂「散布」，係同法第三條第一項第十二款規定，係指不問有償或無償，將著作之原件或重製物提供公眾交易或流通而言，出租之對象，為不特定之公眾，將著作物出租予客戶，即屬提供公眾流通，應認係屬散布之行爲，故意圖出租，亦應認係意圖散布。查原判決既認定被告意圖出租營利，未經著作財產權人美國環球影片公司及派拉蒙公司同意而輸入本件影碟片原件及持有之行爲，暨告訴人××公司已獲前述二公司之授與本件影碟片之出租權，則依著作權法第八十七條第四款之規定，被告之輸入行爲應視為侵害著作權，其行爲復合於同條第二款所規定「明知爲侵害著作權或製版權之物而散布或意圖散布而陳列或持有或意圖營利而交付者」之要件，即應依同法第九十三條第三款之規定科罰，雖檢察官起訴書認被告作違反同法第八十七條第四款之規定，應依同法第九十三條第三款科罰，但起訴書已記載被告意圖出租輸入本件影碟片後，將之陳列於其所經營之唱片行內，出租予不特定之客戶，起訴事實自應及於意圖散布而持有之行爲，乃第一審竟不予論科，而爲無罪之諭知，原判決亦不予糾正，仍予維持，同有判決不適用法則之違背法令情形。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由，惟原判決尚非不利於被告，應由本院將原判決及第一審判決關於違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中華民國十八年十一月二日

【第三拾捌案】

一、關係條文

勞工安全衛生法 第三十一條第一項、第二十八條第二項第一款、第五條第一項。

刑法 第三百七十六條第二項。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又刑法上所謂法條競合，係指一行爲，因法條之錯綜，致有數法條可資適用，係單純一罪，應按一般法理決定應適用之法條而排斥其他法條之適用者而言。依序判決所確認之事實，被告係『承包陳某所有住宅新建工程模板部分之承包人，爲從事業務之人，僱用楊某從事模板工作，爲雇主。對於僱用勞工從事作業，有自二公尺以上高度之開口部分跌落之虞，應注意設置護欄或護蓋等防護措施，能注意而疏未注意，致楊某於八十二年一月九日上午十時二十

分許，站工於該新建工程二樓電梯間內以二根角材支撐，上鋪以一八公尺、寬〇六公尺之模板上，欲拆除二樓電梯間內最下層之側模時，因重心不穩，跌落至地下室電梯間，致頭部碎裂骨折，送醫不治死亡。』基此事實，被告係違反勞工安全衛生法第五條第一項『雇工對左列事項應有符合標準之必要安全衛生設備 一、五、防止有墜落、崩塌等之虞之作業場所引起之危害。』及營造安全衛生設施標準第十四條之規定，致發生勞工安全衛生法第二十八條第二項第一款之職業災害。觸犯勞工安全衛生法第三十一條第一項、刑法第二百七十六條第二項之罪二個罪名。即非單純一罪，自非法條競合。原判決竟認其爲法條競合，論以刑法第二百七十六條第二項從事業務之人，因業務上之過失致人於死一罪，置違反勞工安全衛生法部分於不論，其法則之適用，顯屬違誤。而其理由先謂被告所犯乃刑法第二百七十六條第二項、勞工安全衛生法第三十一條第二項『二罪』，繼又謂『係法條競合關係，依法優於輕法原則，應依刑法第二百七十六條第二項論處。』亦屬理由矛盾，且足以影響判決結果。案經確定，妥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

八十三年度台非字第_二六八號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告過失致人於死案件，對於台灣台南地方法院中華民國八十二年七月六日第一審確定判決，認為一部違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於業務上之過失致人於死部分之違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又法條競合，係指一個犯罪行為，因法條錯雜，致觸犯數個法條，適用某一種法條，可以排除他法條而言，若一行為侵害數個獨立之法益，致觸犯數個罪名，同時具有數罪之性質者，則為想像競合，不可混同。本件原確定判決係認定被告某甲係模板之承包商，為從事業務之人，僱用楊某從事模板工作，為雇王。對於僱用勞工從事作業，有自二公尺以上高度之開口部分跌落之虞，應注意設置護欄或護蓋等防護措施，能注意而疏未注意，致楊某於民國八十

二年一月九日上午十時二十分許，站工於陳某所有住宅新建工程二樓電梯間內以二根角材支撐，上鋪以長一八公尺、寬〇六公尺之模板上，欲拆除二樓電梯間最下層之側模時，因重心不穩，跌落至地下室電梯間，致頭部碎裂骨折，送醫不治死亡等情。依此認定之事實，被告係違反勞工安全衛生法第五條第一項「雇主對於左列事項應有符合標準之必要安全衛生設備。五、防止有墜落、崩塌等之虞之作業場所引起之危害。」之規定，致發生同法第二十八條第二項第一款之職業災害。觸犯該法第三十一條第一項及刑法第二百七十六條第二項之罪，係侵害二個法益，應成立二個罪名，即非單純一罪，不能認為法條競合。乃原判決竟認其為法條競合，論以刑法第二百七十六條第二項從事業務之人，因業務上之過失致人於死罪，置違反勞工安全衛生法部分於不論，其適用法則，已有不當。且理由先謂被告所犯刑法第二百七十六條第二項，勞工安全衛生法第三十一條第二項二罪，繼則謂係法條競合關係，依重法優於輕法原則，應依刑法第二百七十六條第二項論處亦屬理由矛盾。案經確定，上訴人提起非常上訴，尙有理由，惟原判決尚非不利於被告，應由本院僅將其違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百七十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中華民國十八年九月二十二日

【第玖拾玖案】

一、關係條文

就業服務法 第五十三條第三款、第四款、第五十四條第一項第一款、第五十八條第一項。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按未經許可聘僱或留用他人申請聘僱之外國人爲二人以上者，應處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣三十萬元以下罰金，就業服務法第五十三條第三款、第五十八條第一項規定甚明。本件被告某甲曾因違反就業服務法，經法院判處有期徒刑二月確定，在緩刑期間，復於民國八十二年一月二十日下午六時三十分，未經許可，以發給加班費方式，將××工程股份有限公司因台南××國宅新建工程所申請僱用之泰籍勞工二十九名，予以留用，在台南縣永康鄉東灣村民族路二七三巷二十三弄旁，爲××建設有限公司推出之『××登場』

建築工地工作，於同日晚八時三十分爲警查獲，原經台灣台南地方法院判處罪刑，原判決竟謂被告留用他人申請之泰籍勞工利用下班後之休息時間，至其友人負責之工地從事相同性質之工作，屬支援性質，且僅預定工作一次而已，並給付加班費，不構成上開罪刑，撤銷原判決改判無罪。查外籍勞工不得受聘僱於爲其申請許可以外之雇王，雇王亦不得指派所聘僱之外國人從事申請許可以外之工作，就業服務法第五十四條第一項第一款、第五十三條第四款規定甚明，乃原判決竟謂本件外籍勞工係受雇王指派支援被告工作爲由，撤銷原判決改爲諭知無罪之判決，適用法則顯屬不當。案經判決確定，尚非於被告不利，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

八十三年度台非字第五三號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被 告 某甲

右上訴人因被告違反就業服務法案件，對於台灣高等法院台南分院中華民國八十二年十月十二日第二審確定判刑，認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

厚判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決適用法則不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。次查未經許可聘僱或留用他人所申請聘僱之外國人，其聘僱或留用人數為二人以上者，處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣三十萬元以下罰金，為就業服務法第五十三條第三款、第五十八條第一項後段所明定。所謂未經許可聘僱他人所申請聘僱之外國人，凡指派所聘僱之外國人從事申請許可以外之工作，或使其受聘僱於為其申請許可以外之雇王者，皆屬之，此觀同法第五十三條第四款、第五十四條第一項第一款之規定自明。本件依厚判決理由之記載，被告某甲並不否認其係××工程股份有限公司（下稱××公司）台南市××國宅新建工程之鋼筋下包商，於民國八十二年一月二十二日下午六時許，利用××公司引進台南市××國宅新建工程從事鋼筋工作之泰籍勞工二十九名下班後，以第一、二小時每小時給付加班費新台幣（下同）七十七元，第三、四小時每小時給付加班費九十九元之條件，由其帶往台南縣永康鄉東灣村民族路二七三巷二十三號旁，為其友人負責之××建設股份有限公司「××登場」

建築工地，擔任鋼筋工作，預定工作四小時，而於當晚八時三十分爲警查獲之事實。上開二十九名泰籍勞工作××公司所聘僱引進，承建北部第二高速公路夕止至中和段碧潭橋及新店隧道合標工程、山水××C區集合住宅新建工程，經行政院勞工委員會職業訓練局同意調派至台南市××國宅工程工作，有該局八十二年二月十三日(82)職業字第一九七九號函等影本附卷可稽，且爲被告所不爭執。是上開二十九名泰籍勞工爲××公司所聘僱，從事於申請許可之台南市××國宅工程工作，應無疑義。乃被告竟以給付加班費方式僱用至××建設股份有限公司「××登場」建築工地工作，不僅使之改受僱於爲其申請許可以外之雇王，亦使其從事於申請許可以外之工作，揆之前開說明，自難辭就業服務法第五十八條第一項後段刑責。迺序判決遽以被告因應友人一時之便，使××公司台南市××國宅新建工程引進之泰籍勞工利用下班後之休息時間至其友人負責之上開工地從事相同性質之工作，屬支援性質，且僅預定工作至同日晚十二時而已，並給付加班費，與就業服務法第五十三條第一、二、三款之行為不相符合，不構成同法第五十八條第一項罪責，因將第一審科刑判決撤銷，改判諭知被告無罪，揆之前開說明，顯有適用法則不當之違法，案經確定，非常上訴論旨執以指摘，尙有理由，因序判決尚非不利被告，應由本院將序判決關於違背法令部分撤銷，以資糾正。據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中華民國八十年三月四日

【第壹佰案】

一、關係條文

道路交通管理處罰條例 第八十六條第一項、第二十二條第一款、第二款。

道路交通安全規則 第六十一條第二款、第五條第二款。

刑法 第六十二條、第二百七十六條第二項。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

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。本件檢察官起訴被告係從事駕駛業務之人，僅有普通大客車駕駛執照，而未請領得職業大貨車駕駛執照。竟於八十三年一月三日上午十一時三十分許，駕駛其任職之××通運有限公司所有之GZ—〇××號牌營業大貨車車頭，因疏於注意，追撞万某騎乘之重型機車，致万某倒地，經送醫急救無效死亡，觸犯刑法第二百七十六條第二項因業務上之過失致人於死罪。

因其僅有普通大客車駕駛執照，竟駕駛職業大貨車，屬於無照駕駛，請依道路交通管理處罰條例第八十六條第一項加重其刑。原判決雖亦認定被告係從事駕駛業務之人，因業務上之過失致人於死，予以論罪科刑，但卻認為被告已領有普通大客車駕駛執照，依道路交通安全規則第六十一條第二款規定，已領有大客車駕駛執照者，得駕駛大貨車等車輛，故被告不為無照駕駛，即不適用道路交通管理處罰條例第八十六條第一項加重其刑之規定，因不予加重其刑。惟查依道路交通管理處罰條例第二十二條第一、二款規定，持普通駕駛執照、駕駛營業汽車營業或以駕駛為職業者，處六百元以上一千二百元以下罰鍰，並禁止其駕駛。同規則第五條第二款規定，以駕駛自用車而非駕駛汽車為職業者為「普通駕駛人」。可知持普通駕駛執照者不得從事駕駛業務，否則即係無照駕駛。原判決既認定被告係從事駕駛業務之人，又謂其持普通駕駛執照，從事駕駛業務，並非無照駕駛，而不依道路交通管理處罰條例第八十六條第一項規定加重其刑，已屬不合。又刑法上所謂自首，係指對於未發覺之罪，自首而受裁判者而言。依卷附資料，被告雖在警察人員訊問時，自稱其於車禍發生後，立即叫路人幫忙打電話報警。該管警察派出所變死案件初步調查報告報案人一欄可記載「路人（過路者）」。但所謂報案，其內容未必合於自首要件，該管公務員是否已因該「報案」而「發覺」被告之犯行，關係被告得否依刑法第六十二條之規定獲減刑寬典，即有調查明白之必要。原

審僅憑被告在警察人員偵訊時之陳述及該變死案件調查報告簡略之記載，遽認被告係自首，既未於審判期日將該變死案件調查報告顯出於審判庭，供兩造為辯論，亦未傳喚承辦該案之警察人員到庭，查明所謂路人報案之內容，是否已經因而「發覺」被告之犯罪。逕依刑法第六十二條減輕其刑，顯有應於審判期日調查之證據而未予調查，及認定事實不依證據之違誤。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，用予糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十三年度台非字第二二九號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告過失致人於死案件，對於台灣新竹地方法院中華民國八十三年四月二十八日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又汽車駕駛人無照駕車，因而致人死亡，依法應負刑事責任者，加重其刑至二分之一，道路交通管理處罰條例第八十六條第一項定有明文，查原確定判決認定被告係從事駕駛業務之人，駕駛大貨車因疏於注意，追撞王某騎乘之重型機車，致方某倒地死亡，因被告已領有普通大客車駕駛執照，依道路交通安全規則第六十一條第二款規定，已領有大客車駕駛執照者，得駕駛大貨車等車輛，故認被告尚非無照駕駛，而未適用道路交通管理處罰條例第八十六條第一項加重其刑之規定，予以加重其刑等情。惟按道路交通管理處罰條例第二十二條第一、二款規定，持普通駕駛執照駕駛營業汽車營業或以駕駛爲職業者，處六百元以上一千二百元以下罰鍰，並禁止其駕駛。又道路交通安全規則第五條第二款規定，以駕駛自用車而非駕駛汽車爲職業者爲普通駕駛人，足見持普通駕駛執照者不得從事駕駛業務，否則即係無照駕駛。原確定判決既認定被告係從事駕駛業務之人，又謂其持普通駕駛執照，從事駕駛業務，並非無照駕駛，而不依道路交通管理處罰條例第八十六條第一項規定加重其刑，僅依刑法第二百七十六條第二項論處被告罪刑，揆之前開說明，此部分顯有判決不適用法則之違法。案經確定，非常上訴意旨就此部分執以指摘，尙有理由。惟原判決尚非不利於被告，應由本院僅將

原判決關於違背法令部分撤銷，以資糾正。次按證據之取捨，事實之認定，乃事實審法院職權行使之範圍，苟其認定與論理法則或經驗法則無誤，即不得任意指為違法，查原判決依被告於警訊時已供稱其於肇事後立即叫路人幫忙打電話報警等語，及警察機關轄區發生變死案件初步調查報告表之報警人欄亦記載為路人（見相驗卷第八頁反面），而認定被告於肇事後，託人向警方報案自首，並依刑法第六十二條前段自首規定減輕其刑，此部分經核尚與論理法則及經驗法則無違，自不得漫指為違法，併予指明。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中華民國三十八年八月二十五日

國家圖書館出版品預行編目資料

非常上訴理由及判決要旨 第十三輯 / 最高法院
院檢察署編輯委員會編輯 --臺北市 最高
法院檢察署，民86

面，公分

ISBN 957-00-9308-0 (平裝)

1 非常上訴 - 裁判

586 585

86005076

非常上訴理由及判決要旨 第十三輯

編輯者 最高法院檢察署編輯委員會

發行所 最高法院檢察署

地址 臺北市10036重慶南路一段130號

電話 (02)3619203

承印者 其澤有限公司

電話 (02)5553618

中華民國八十六年五月出版

定價 新台幣250元

ISBN 957-00-9308-0 (平裝)

