非常上訴理由及判決要旨第十七輯序

非常上訴制度,係為救濟確定判決之審判違背法令之刑事特別訴訟程序,與為救濟確定判決之事實錯誤之再審制度,迥不相侔。其主要目的,在於糾正原確定判決適用法律之錯誤,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。不論是一審、二審或三審之刑事判決確定後、受判決人之刑期已否執行,於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。經提起者,如係實體上適用法律錯誤,且不利於被告者,最高法院應撤銷原判決,就該案件另行判決或發回原審法院更審,俾被告得以獲得平反之實益;惟如係訴訟程序違背法令者,最高法院依法僅將該違背訴訟程序部分撤銷,作形式上之糾正,而在實質上因程序違法所生當事人之不利益則依然存在,對被告並無實益可言。

本署對於非常上訴案件之審理極為重視,近年來受理聲 請提起非常上訴之案件,遞有增加,惟因提起非常上訴之法 律規定甚嚴,且非常上訴審為法律審,僅採書面審理,不經 言詞辯論,並以原確定判決所認定之事實為基礎,以審核其 審判適用法令有無違誤,復不調查未經確定判決認定之事實 及涉及事實之證據。因之,凡不能確切指明確定判決如何違 背法令,而純就事實為爭執聲請非常上訴者,均屬無從提 起,不得不依法予以駁回;如經審核合於非常上訴法定要件者,本署為統一法律見解及保障人民權益,自當提起,以謀救濟。

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,自民國四十一年起,分就非常上訴案 件中具有參考價值者,各擇取案例約一百則,接續編成「非 常上訴理由及判決要旨」一書發行,迄今已出版十六輯。茲 就本署全體檢察官近三年來經辦案件中審慎篩選一百二十 則案例,類編成第十七輯。稿定付梓,期對從事司法實務及 刑事法學研究者,有所助益,從而得以提高辦案正確性與確 保人民權益。爰略陳編輯之旨,以之為序。

中華民國九十八年十二月

陳聰明於最高法院檢察署

凡 例

- 一、本書係將本署 95 至 97 年,提起非常上訴經最高法院判 決撤銷原確定判決之案件,擇其內容異於已發行之第 1 至 16 輯且具參考、代表性的一百二十案,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 部分四十七案,刑事訴訟法部分四十三案,刑事特別法 部分三十案。
- 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。另以黑色線條, 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十七輯目錄

壹、刑法

案	年	判決案號	關係條文	頁次
次	度	台非字	71.1. 1 O 14 1 - T	1
1	96	171	刑法第2條第1項。	1
			刑事訴訟法第 302 條第 4 款、	
			第 378 條。	
2	97	38	刑法第2條第1項但書、第42	4
			條第2項(修正前)、第43條第	
			3項。	
			刑事訴訟法第 378 條。	
3	96	16	刑法第2條第1項、第56條(已	8
			刪除)、第91條之1、第222條	
			第1項第2款。	
			刑事訴訟法第 310 條第 7 款、	
			第 378 條。	
4	96	100	刑法第2條第1項、第55條(修	12
			正前)。	
			刑事訴訟法第 378 條。	
5	96	306	刑法第2條第3項、第53條。	15
			動產擔保交易法第 38 條(民國	

		96 年 7 月 11 日公布廢止)。	
		刑事訴訟法第 378 條。	
97	121	刑法第7條、第1條、第339	18
		條第1項。	
		香港澳門關係條例第 43 條、第	
		2條。	
		司法院解字第 3619 號解釋	
		刑事訴訟法第 378 條。	
95	149	刑法第28條、第30條第1項、	23
		第 339 條第 1 項。	
		刑事訴訟法第 378 條。	
97	156	刑法第30條、第2條第1項、	26
		第 56 條(修正前)。	
		刑事訴訟法第 378 條。	
96	262	刑法第 30 條第 2 項、第 66	30
		條、第346條第1項。	
		刑事訴訟法第 378 條。	
96	80	刑法第31條第1項。	33
		刑事訴訟法第 378 條。	
96	139	刑法第33條、第320條第1項。	39
		刑事訴訟法第 378 條。	
95	205	刑法第33條第3款、第47條、	42
	95 97 96 96	95 149 97 156 96 262 96 80 96 139	刑事訴訟法第 378 條。

			第 185 條之 3。	
			刑事訴訟法第 378 條。	
13	96	43	刑法第38條第1項第2款。	45
			刑事訴訟法第378條。	
14	96	97	刑法第38條第1項第3款。	50
			刑事訴訟法第 378 條。	
15	96	15	刑法第 40 條、第 38 條第 1 項	53
			第2款。	
			兒童及少年性交易防治條例第	
			29條。	
			刑事訴訟法第378條。	
16	96	266	刑法第41條第1項。	57
			刑事訴訟法第378條。	
17	95	163	刑法第 42 條、第 74 條、第 75	61
			條、第75條之1。	
			勞動檢查法第34條第2項。	
			刑事訴訟法第378條。	
18	96	102	刑法第42條第3項(修正後)、	65
			第 42 條第 2 項(修正前)、第 2	
			條第1項、第51條。	
			罰金罰鍰提高標準條例第 2 條	
			(已廢止)。	
			刑事訴訟法第 378 條。	
19	97	554	刑法第48條但書、前段。	70

			刑事訴訟法第 378 條。	
20	97	364	刑法第 53 條、第 50 條。	73
			中華民國九十六年罪犯減刑條	
			例 第2條第1項。	
			刑事訴訟法第 378 條。	
21	96	79	刑法第 51 條。	77
			刑事訴訟法第378條。	
22	95	290	刑法第53條。	81
			刑事訴訟法第 477 條第 1 項、	
			第 456 條、第 378 條。	
23	97	324	刑法第 55 條、第 56 條(已刪	84
			除)。	
			毒品危害防治條例第 4 條第 2	
			項、第3項。	
			刑事訴訟法第378條。	
24	97	530	刑法第 55 條。	90
			毒品危害防治條例第 4 條第 2	
			項、第3項、第5條第4項。	
			刑事訴訟法第 303 條第 2 款、	
			第 378 條。	
25	95	96	刑法第55條、第320條第1項、	95
			第 306 條第 1 項。	
			著作權法第91條第1項。	
			刑事訴訟法第 378 條。	

26	96	263	刑法第56條(已刪除)。	98
			著作權法第91條之1第3項、	
			第2項。	
			刑事訴訟法第 378 條。	
27	95	136	刑法第57條第6款。	101
			刑事訴訟法第447條第1項第1	
			款、第378條。	
28	97	279	刑法第74條第2項第4款。	104
			刑事訴訟法第 378 條。	
29	97	221	刑法第74條第2項第8款、第	107
			4款、第2款、第3款、第4項。	
			刑事訴訟法第378條。	
30	97	407	刑法第75條第2項、第1項。	111
			刑事訴訟法第 378 條。	
31	96	193	刑法第91條之1第1項、第2	115
			條第1項、第227條第3項。	
			刑事訴訟法第 378 條。	
32	97	392	刑法第93條第1項第2款、第	119
			74條第2項。	
			刑事訴訟法第 378 條。	
33	97	361	刑法第 168 條。	122
			中華民國九十六年犯罪減刑條	
			例第2條第1項。	
			刑事訴訟法第378條。	

34	96	310	刑法第 169 條第 1 項。	126
			司法院院字第 1012 號解釋。	
			刑事訴訟法第379條第10款、	
			第 447 條、第 378 條。	
35	96	77	刑法第 210 條、第 216 條。	131
			刑事訴訟法第 378 條。	
36	95	14	刑法第 210 條。	135
			刑事訴訟法第378條。	
37	96	126	刑法第 212 條、第 214 條。	138
			刑事訴訟法第378條。	
38	96	19	刑法第 214 條。	141
			民法第 1063 條。	
			刑事訴訟法第378條。	
39	97	321	刑法第 218 條第 1 項。	145
			刑事訴訟法第378條。	
40	96	49	刑法第 234 條第 1 項。	148
			刑法施行法第1條之1。	
			刑事訴訟法第 378 條。	
41	95	123	刑法第266條第2項、第1項。	151
			刑事訴訟法第379條第14款、	
			第 378 條。	
42	96	185	刑法第 266 條第 2 項。	155
			刑事訴訟法第379條第14款、	
			第 378 條。	

43	97	14	刑法第 320 條。	160
			刑事訴訟法第 378 條。	
44	96	177	刑法第 336 條第 2 項。	163
			刑事訴訟法第 378 條。	
45	96	346	刑法第336條第1項、第2項。	165
			刑事訴訟法第378條。	
46	97	285	刑法第 361 條、第 363 條。	170
			刑事訴訟法第378條。	
47	96	273	刑法施行法第1條之1。	178
			刑法第266條第1項前段。	
			刑事訴訟法第378條。	
貳、	刑	事訴訟法		
48	95	122	刑事訴訟法第1條第2項、第1	181
			項、第 378 條。	
			刑法第 284 條第 1 項、第 185	
			條之3。	
			軍事審判法第1條第1項、第	
			2項、第5條第1項、第2項、	
			第 237 條。	
			國家安全法第8條第2項。	
			陸軍空軍刑法第1條、第54條	
			第1項。	
			憲法第8條、第9條、第16條。	

49 95 116					
50 95 84	49	95	116	刑事訴訟法第31條第1項、第	186
第 378 條。 51 95 315 刑事訴訟法第 154 條第 2 項、 第 447 條第 1 項第 1 款、第 378 條。 刑法第 320 條第 1 項、第 321 條第 1 項第 1 款、第 56 條(修正前)。 52 97 548 刑事訴訟法第 155 條第 2 項、 第 159 條之 3、第 186 條(修正前)、第 198 條之 1、第 447 條第 1 項第 1 款、第 378 條。 刑事訴訟法施行法第 7 條之 3。 司法院大法官解釋第 582 號、 592 號。 刑法第 342 條第 1 項。 53 96 144 刑事訴訟法第 158 條之 3、第 206 159 條第 1 項、第 378 條。 刑事訴訟法施行法第 7 條之 3。 54 95 102 刑事訴訟法第 158 條之 4、第 198 條、第 204 條、第 204 條之 1、第 204 條之 3 第 2 項、第 205				379條第7款、第378條。	
51 95 315 刑事訴訟法第 154 條第 2 項、	50	95	84	刑事訴訟法第 154 條第 2 項、	190
第 447 條第 1 項第 1 款、第 378 條。 刑法第 320 條第 1 項、第 321 條第 1 項第 1 款、第 56 條(修正前)。 52 97 548 刑事訴訟法第 155 條第 2 項、 199 第 159 條之 3、第 186 條(修正前)、第 198 條之 1、第 447 條第 1 項第 1 款、第 378 條。 刑事訴訟法施行法第 7 條之 3。司法院大法官解釋第 582 號、592 號。 刑法第 342 條第 1 項。 53 96 144 刑事訴訟法第 158 條之 3、第 206 159 條第 1 項、第 378 條。刑事訴訟法施行法第 7 條之 3。				第 378 條。	
378 條。	51	95	315	刑事訴訟法第154條第2項、	193
刑法第 320 條第 1 項、第 321 條第 1 項第 1 款、第 56 條(修正前)。 52 97 548 刑事訴訟法第 155 條第 2 項、第 159 條之 3、第 186 條(修正前)、第 198 條之 1、第 447 條第 1 項第 1 款、第 378 條。刑事訴訟法施行法第 7 條之 3。司法院大法官解釋第 582 號、592 號。刑法第 342 條第 1 項。 53 96 144 刑事訴訟法第 158 條之 3、第 159 條第 1 項、第 378 條。刑事訴訟法施行法第 7 條之 3。				第 447 條第 1 項第 1 款、第	
(条第1項第1款、第56條(修正前)。 52 97 548				378 條。	
正前)。 52 97 548 刑事訴訟法第155條第2項、 199 第159條之3、第186條(修正前)、第198條之1、第447條第1項第1款、第378條。刑事訴訟法施行法第7條之3。司法院大法官解釋第582號、592號。刑法第342條第1項。 53 96 144 刑事訴訟法第158條之3、第 206 159條第1項、第378條。刑事訴訟法施行法第7條之3。 54 95 102 刑事訴訟法第158條之4、第 214 198條、第204條、第204條之1、第204條之3第2項、第205				刑法第 320 條第 1 項、第 321	
 52 97 548 刑事訴訟法第155條第2項、第159條之3、第186條(修正前)、第198條之1、第447條第1項第1款、第378條。刑事訴訟法施行法第7條之3。司法院大法官解釋第582號、592號。刑法第342條第1項。 53 96 144 刑事訴訟法第158條之3、第159條第1項、第378條。刑事訴訟法施行法第7條之3。 54 95 102 刑事訴訟法第158條之4、第214 198條、第204條、第204條之1、第204條之3第2項、第205 				條第1項第1款、第56條(修	
第 159 條之 3、第 186 條(修正前)、第 198 條之 1、第 447 條第 1 項第 1 款、第 378 條。 刑事訴訟法施行法第 7 條之 3。司法院大法官解釋第 582 號、592 號。 刑法第 342 條第 1 項。 53 96 144 刑事訴訟法第 158 條之 3、第 206 159 條第 1 項、第 378 條。刑事訴訟法施行法第 7 條之 3。 54 95 102 刑事訴訟法第 158 條之 4、第 214 198 條、第 204 條、第 204 條之 1、第 204 條之 3 第 2 項、第 205				正前)。	
前)、第 198 條之 1、第 447 條 第 1 項第 1 款、第 378 條。 刑事訴訟法施行法第 7 條之 3。 司法院大法官解釋第 582 號、 592 號。 刑法第 342 條第 1 項。 53 96 144 刑事訴訟法第 158 條之 3、第 159 條第 1 項、第 378 條。 刑事訴訟法施行法第 7 條之 3。 54 95 102 刑事訴訟法第 158 條之 4、第 198 條、第 204 條、第 204 條之 1、第 204 條之 3 第 2 項、第 205	52	97	548	刑事訴訟法第155條第2項、	199
第 1 項第 1 款、第 378 條。 刑事訴訟法施行法第 7 條之 3。 司法院大法官解釋第 582 號、 592 號。 刑法第 342 條第 1 項。 53 96 144 刑事訴訟法第 158 條之 3、第 206 159 條第 1 項、第 378 條。 刑事訴訟法施行法第 7 條之 3。 54 95 102 刑事訴訟法第 158 條之 4、第 214 198 條、第 204 條、第 204 條之 1、第 204 條之 3 第 2 項、第 205				第 159 條之 3、第 186 條(修正	
刑事訴訟法施行法第7條之3。 司法院大法官解釋第582號、 592號。 刑法第342條第1項。 53 96 144 刑事訴訟法第158條之3、第 159條第1項、第378條。 刑事訴訟法施行法第7條之3。 54 95 102 刑事訴訟法第158條之4、第 198條、第204條、第204條之 1、第204條之3第2項、第205				前)、第198條之1、第447條	
司法院大法官解釋第 582 號、 592 號。 刑法第 342 條第 1 項。 53 96 144 刑事訴訟法第 158 條之 3、第 159 條第 1 項、第 378 條。 刑事訴訟法施行法第 7 條之 3。 54 95 102 刑事訴訟法第 158 條之 4、第 198 條、第 204 條、第 204 條之 1、第 204 條之 3 第 2 項、第 205				第 1 項第 1 款、第 378 條。	
592 號。				刑事訴訟法施行法第7條之3。	
刑法第 342 條第 1 項。 53 96 144 刑事訴訟法第 158 條之 3、第 206 159 條第 1 項、第 378 條。 刑事訴訟法施行法第 7 條之 3。 54 95 102 刑事訴訟法第 158 條之 4、第 214 198 條、第 204 條、第 204 條之 1、第 204 條之 3 第 2 項、第 205				司法院大法官解釋第582號、	
53 96 144 刑事訴訟法第 158 條之 3、第 206 159 條第 1 項、第 378 條。 刑事訴訟法施行法第 7 條之 3。 54 95 102 刑事訴訟法第 158 條之 4、第 214 198 條、第 204 條、第 204 條之 1、第 204 條之 3 第 2 項、第 205				592 號。	
159 條第 1 項、第 378 條。 刑事訴訟法施行法第 7 條之 3。 54 95 102 刑事訴訟法第 158 條之 4、第 214 198 條、第 204 條、第 204 條之 1、第 204 條之 3 第 2 項、第 205				刑法第 342 條第 1 項。	
刑事訴訟法施行法第7條之3。 54 95 102 刑事訴訟法第 158 條之 4、第 214 198 條、第 204 條、第 204 條之 1、第 204 條之 3 第 2 項、第 205	53	96	144	刑事訴訟法第158條之3、第	206
54 95 102 刑事訴訟法第 158 條之 4、第 214 198 條、第 204 條、第 204 條之 1、第 204 條之 3 第 2 項、第 205				159條第 1 項、第 378條。	
198 條、第 204 條、第 204 條之 1、第 204 條之 3 第 2 項、第 205				刑事訴訟法施行法第7條之3。	
1、第204條之3第2項、第205	54	95	102	刑事訴訟法第 158 條之 4、第	214
				198條、第204條、第204條之	
條之1、第378條、第441條。				1、第204條之3第2項、第205	
				條之1、第378條、第441條。	

55	97	7	刑事訴訟法第 158 條之 4、第	219
			378 條。	
			刑法第 132 條第 1 項。	
			通訊保障及監察法第 5 條第	
			2 項、第 1 項第1款。	
			憲法第 12 條。	
			司法院大法官解釋第 631 號、	
			第 177 號、第 185 號。	
56	95	129	刑事訴訟法第 159 條第 1 項、	225
			第 159 條之 1~第 159 條之 5、	
			第 206 條、第 378 條。	
			刑事訴訟法施行法第 7 條之 3	
			但書。	
			第 1 項、第 23 條。	
57	95	99	刑事訴訟法第224條第1項、	229
			第 227 條第 1 項、第 267 條、	
			第 302 條第 1 款、第 378 條。	
58	96	67	刑事訴訟法第233條第1項、	233
		01	第 236 條第 1 項、第 303 條第 3	200
			款、第378條。	
			刑法第 277 條第 1 項、第 2 項、	
			第 287 條、第 302 條第 2 項。	
E0	07	70		997
59	97	79	刑事訴訟法第 238 條第 1 項、 第 202	237
			第 303 條第 3 款、第 451 條第	

			3 項、第 451 條之 1 第 4 項但	
			書第 3 款、第 378 條。	
			刑法第 287 條、第 284 條第 1	
			項。	
60	97	19	刑事訴訟法第238條第1項、	240
			第 378 條。	
			司法院院解字第 3658 號解釋	
			刑法第 284 條第 1 項、第 287	
			條。	
61	96	172	刑事訴訟法第239條前段、第	243
			238 條第 1 項、第 303 條第 3	
			款、第 378 條。	
			刑法第 277 條第 1 項、第 287	
			條前段。	
62	97	356	刑事訴訟法第 253 條之 3 第 1	247
			項第 3 款、第 303 條第 1 款、	
			第 378 條。	
63	95	284	刑事訴訟法第260條第1款、	251
			第 253 條之 1、第 253 條之 3 第	
			1 項第 3 款、第 267 條、第 379	
			條第 5 款。	
64	95	105	刑事訴訟法第 265 條、第 379	256
			條第 12 款。	
			刑法第 339 條第 3 項、第 349	
			條、第 55 條。	

0.7	0.0	450	-1	000
65	90	470	刑事訴訟法第 269 條第 2 項、 	260
			第 1 項、第 270 條、第 264 條、	
			第 379 條第 12 款、第 378 條。	
66	96	291	刑事訴訟法第271條第1項、	265
			第 364 條、第 455 條之 1 第 1	
			項、第 378 條。	
67	97	108	刑事訴訟法第 273 條第 1 項第	268
			1款、第264條第2項第2款、	
			第 379 條第 12 款、第 378 條。	
			刑法第 349 條第 2 項。	
68	97	536	刑事訴訟法第 273 條第 5 項、	276
			第 1 項、第 3 項、第 272 條、	
			第 279 條、第 371 條、第 364	
			條、第 378 條。	
69	97	220	刑事訴訟法第 300 條、第 378	280
			條、第 379 條第 14 款。	
			毒品危害防制條例第8條、第2	
			條。	
70	96	129	刑事訴訟法第 302 條第 1 款、	286
			第 267 條、第 268 條、第 378	
			條。	
71	97	144	刑事訴訟法第 302 條第 1 款、	291
			第 378 條。	_31
72	97	106	刑事訴訟法第 308 條、第 379	295
14	JI	100	77 中的4 A 010 体 为 010	400

			條第 14 款、第 378 條。	
			證券交易法第 157 條之 1 第 1	
			項、第 157 條。	
73	95	259	刑事訴訟法第 309 條第 6 款、	298
			第 378 條。	
			刑法第89條(民國94年2月2	
			日修正前)、第225條第1項。	
74	95	32	刑事訴訟法第 349 條、第 445	301
			條之1第1項、第3項、第378	
			條。	
			司法院大法官解釋第 271 號。	
75	97	304	刑事訴訟法第 354 條、第 357	306
			條、第 364 條、第 379 條第 12	
			款、第378條。	
76	95	37	刑事訴訟法第 367 條、第 362	309
			條、第 329 條第 2 項、第 30 條、	
			第 38 條、第 319 條第 2 項、第	
			378條、第379條第5款。	
			刑事訴訟法施行法第7條之3	
			前段。	
			司法院院字第 1755 號解釋。	
77	97	36	刑事訴訟法第 369 條第 1 項前	313
			段、第 455 條之 1 第 3 項、第	
			378 條。	

78	96	284	刑事訴訟法第 369 條第 1 項前	318
			段、第 378 條。	
79	97	293	刑事訴訟法第 370 條、第 378	323
			條。	
80	96	204	刑事訴訟法第376條第1款、	327
			第 395 條前段、第 378 條。	
			刑法第 227 條第 4 項。	
81	96	183	刑事訴訟法第379條第12款、	331
			第 378 條。	
			刑法第328條、第277條第1	
			項、第 354 條。	
82	96	63	刑事訴訟法第 379 條第 14 款。	334
83	95	302	刑事訴訟法第379條第14款、	336
			第 378 條。	
			刑法第 266 條第 1 項、第 268	
			條。	
84	97	591	刑事訴訟法第 447 條第 2 項、	339
			第 378 條。	
85	95	95	刑事訴訟法第 451 條之 1 第 4	342
			項但書第 3 款、第 452 條、第	
			449條第3項、第455條之1第	
			1 項、第 3 項、第 369 條、第	
			364條、第378條。	
86	96	218	刑事訴訟法第 452 條、第 449	345

			條第1項、第3項、第455條	
			之1第3項、第369條、第378	
			條。	
			法院辦理刑事訴訟簡易程序案	
			件應行注意事項第14點。	
87	97	129	刑事訴訟法第 455 條之 5 第 1	349
			項、第 455 條之 2 第 1 項、第	
			455條之4第2項、第379條第	
			7款、第378條。	
			刑法第 41 條第 1 項前段。	
			台灣地區與大陸地區人民關係	
			條例第 15 條第 1 款、第 79 條	
			第4項、第1項。	
88	97	127	刑事訴訟法第 455 條之 10 第 1	353
			項、第3項、第455條之11第	
			1 項、第 378 條。	
89	97	485	刑事訴訟法第 455 條之 10 第 1	357
			項、第 378 條。	
			刑法第 53 條。	
90	96	31	刑事訴訟法第 476 條、第 379	362
			條第4款。	
			刑法第 75 條之 1。	
			<u> </u>	

参、刑事特別法

	公職人員選舉罷免法				
91	96	68	公務人員選舉罷免法 第 98 條	365	
			第 3 項(修正後為第 113 條第		
			3 項)		
			刑法第 143 條第 2 項。		
			刑事訴訟法第 378 條。		
	少一	年事件處	理法		
92	95	164	少年事件處理法第27條第1項	368	
			第2款、第2條。		
			少年事件處理法施行細則第 8		
			條第1項、第2項。		
			刑事訴訟法第5條、第6條、		
			第7條、第303條第1款、第		
			304條、第379條第4款。		
93	95	11	少年事件處理法第 78 條第 1	372	
			項。		
			懲治盜匪條例(廢止)第5條		
			第1項第1款、第7條第1項、		
			第8條。		
			刑法第28條、第37條第2項、		
			第 38 條第 1 項第 2 款、第 55		
			條、第 56 條。		
			刑事訴訟法第 378 條。		

		Г		
94	95	208	少年事件處理法第 78 條第 1	376
			項。	
			組織犯罪防制條例第 3 條第 3	
			項、第1項。	
			刑法第 305 條。	
			刑事訴訟法第 378 條。	
	證	券交易法		
95	97	118	證券交易法第18條第1項、第	380
			175 條。	
			證券投資顧問事業管理規範	
			第 5 條第 1 項第 4 款、第 28	
			條第9款(98年9月25日廢止)。	
			刑事訴訟法第 378 條。	
			司法院大法官會議 釋字第 634	
			號解釋。	
	政)	府採購法		
96	95	93	政府採購法第87條第5項。	385
			刑法第1條。	
			刑事訴訟法第 301 條第 1 項、	
			第 378 條。	
	藥:	事法		

97	97	397	藥事法第 83 條第 1 項、第 22	388	
			條第1項第1款、第1條、第4		
			條。		
			毒品危害防制條例第 8 條第 2		
			項、第6項、第9條。		
			刑事訴訟法第 378 條。		
	含	污治罪條	Azai		
	貝(7770 非1床			
98	95	49	貪污治罪條例第 4 條第 1 項第	394	
			1 款。		
			刑法第 320 條第 1 項。		
			刑事訴訟法第 378 條。		
99	95	12	貪污治罪條例第10條第1項、	397	
			第 2 項、第 4 條第 1 項第 3		
			款。		
			刑事訴訟法第 378 條。		
100	96	28	貪污治罪條例第11條第4項、	402	
			第3項、第1項。		
			刑法第 41 條。		
			刑事訴訟法第 376 條第 1 款、		
			第 378 條。		
	給:	向彈藥刀	林 		
1	槍砲彈藥刀械管制條例				

101	95	253	槍砲彈藥刀械管制條例第 8 條	405		
			第 4 項。			
			刑法第 337 條。			
			刑事訴訟法第 378 條。			
	竊	盗贓物寶	案處分條例			
102	97	222	竊盜犯贓物犯保安處分條例第	408		
			1 條、第 3 條第 1 項、第 2			
			條第 4 項。			
			刑法第90條第1項、第92條			
			第1項。			
			刑事訴訟法第 378 條。			
	兒:	童及少年	性交易防治條例			
103	95	282	兒童及少年性交易防制條例第	411		
			29條。			
			刑法第38條。			
			刑事訴訟法第 378 條。			
	山坡地保育利用條例					
104	95	289	山坡地保育利用條例第34條第	414		
			1 項、第 5 項、第 10 條。			
			刑法第 320 條第 2 項、第 55			
			條。			

				1			
			刑事訴訟法第 455 條之 9 第 1				
			項、第 378 條。				
	妨害兵役治罪條例						
105	95	255	妨害兵役治罪條例第 6 條第 1	418			
			項、第 10 條第 3 項、第 1 項				
			第3款。				
			刑事訴訟法第 378 條。				
	妨害國幣懲治條例						
106	96	42	妨害國幣懲治條例第6條。	421			
			刑法第38條第1項第2款、				
			第 3 款、第 3 項。				
			刑事訴訟法第 378 條。				
	光	谍管理條	例				
107	95	175	光碟管理條例第9條之1第1	425			
			項、第2項。				
			刑法第 235 條第 2 項、第 2 條				
			第1項。				
			刑事訴訟法第 302 條第 4 款、				
			第 378 條。				
	電子遊戲業管理條例						

108	95	229	電子遊戲場業管理條例第 22	429		
			條、第 15 條。			
			刑事訴訟法第 378 條。			
	道	咯交通管	理處罰條例			
109	96	225	道路交通管理處罰條例 第 86	432		
			條第1項。			
			刑法第185條之3、第276條第			
			1 項。			
			刑事訴訟法第378條。			
	毒品危害防治條例					
110	97	585	毒品危害防制條例第10條、第	435		
			20條、第23條。			
			刑事訴訟法第 378 條。			
111	97	396	毒品危害防制條例第20條、第	440		
			2條第2項、第10條、第11條、			
			第11條之1。			
			刑事訴訟法第379條第14款、			
			第 378 條。			
	中華民國九十六年罪犯減刑條例					
112	97	469	中華民國九十六年罪犯減刑條	444		
			例第2條第1項第3款。			

			刑法第 51 條第 5 款。	
			刑事訴訟法第 378 條。	
113	97	170	中華民國九十六年罪犯減刑條	447
			例第2條第2項、第1項。	
			刑法第 51 條。	
			刑事訴訟法第 378 條。	
114	97	268	中華民國九十六年罪犯減刑條	451
			例第5條。	
			刑事訴訟法第 378 條。	
115	97	297	中華民國九十六年罪犯減刑條	456
			例第6條、第2條第1項。	
			槍砲彈藥刀械管制條例第11條	
			第1項。	
			刑事訴訟法第 378 條。	
116	97	20	中華民國九十六年罪犯減刑條	461
			例第8條第1項。	
			檢肅流氓條例第 21 條第 1 項。	
			刑事訴訟法第 378 條。	
117	97	105	中華民國九十六年罪犯減刑條	464
			例第8條第3項、第1項。	
			刑事訴訟法第 378 條。	
118	97	85	中華民國九十六年罪犯減刑條	468
			例第8條第3項、第1項、第5	
			項、第12條。	

			刑事訴訟法第 379 條第 12 款、 第 477 條第 1 項、第 378 條。	
119	96	331	中華民國九十六年罪犯減刑條 例第10條第1項、第7條。	472
			刑事訴訟法第 378 條。	
120	97	59	中華民國九十六年罪犯減刑條	475
			例第14條、第2條第1項第	
			2 款。	
			刑法第37條第2項。	
			刑事訴訟法第 378 條。	

【第一案】

一、關係條文

刑 法 第 2 條第 1 項。 刑 事 訴 訟 法 第 302 條第 4 款、第 378 條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴訟法 第三百七十八條定有明文。復按被告行為後,因刑罰法律之 變更,致其規定之犯罪構成要件變更而有擴張或限縮時,必 其行為同時該當修正前、後法律所定之犯罪構成要件,均應 予科處刑罰時,始生刑法第二條第一項之比較適用問題。故 被告之行為,依行為時之法律規定,應成立犯罪,但依裁判 時之法律已不加處罰者,即屬「犯罪後之法律已廢止其刑罰」 之範疇,應依刑事訴訟法第三百零二條第四款之規定諭知免 訴;反之,依裁判時之法律規定雖應成立犯罪,但依行為時 之法律無處罰明文者,即應本於刑法第一條罪刑法定主義規 定予以無罪之諭知。不得先就新舊法規定之犯罪構成要件, 予以比較適用有利於被告之法律,或逕依新法規定之犯罪構 成要件,為審認被告是否成立犯罪之準據,有最高法院九十 一年度台上字第二七五()號、九十二年度字第六()七六號等 判決可資參照。原確定判決既認定,被告行為後貪污治罪條 例關於圖利罪之犯罪構成要件已有修正,其行為已無刑事責 任,卻依刑法第二條第一項但書規定,於適用修正後之貪污

治罪條例處斷後,撤銷第一審論處被告罪刑部分之判決,改 判諭知被告無罪,自有判決適用法則不當之違法。案經確 定,爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起 非常上訴,以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十六年度台非字第一七一號

上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告貪污案件,對於台灣高等法院中華民國九 十四年十一月三十日第二審關於公務員圖利部分之更審確 定判決,認為違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主文

原判決關於某甲公務員圖利違背法令之部分撤銷。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又行為後法律有變更,應依刑法第二條第一項從新從輕原則予以比較適用者,係指被告行為後至裁判時,無論修正前之法律,或修正後之法律,均構成犯罪而應科以刑罰者而言。倘被告之行為,在修正前之法律雖有處罰明文;但修正後之法律,因犯罪構成要件之變更,已無刑罰之規定時,則屬犯罪後之法律已廢止其刑罰之範圍,即無刑法第二條第一項之適用,應依刑事訴訟法第三百零二條第四款,諭知免訴之判決。本件原確定判決既認

定,被告行為後貪污治罪條例關於圖利罪之犯罪構成要件已 有修正,其行為已無刑事責任,但卻依刑法第二條第一項前 段規定,於適用修正後之貪污治罪條例後,撤銷第一審論處 被告圖利部分之科刑判決,再予判決無罪,自有適用法則不 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,應僅將原判決違背法令之部分撤 銷,以資糾正。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前 段,判決如主文。

中華民國九十六年六月二十九日

【第二案】

一、關係條文

刑 法 第 2 條第 1 項但書、第 42 條第 2 項 (修正前)、第 43 條第 3 項。

刑事訴訟法第378條。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用法則不當者,為違背法令,刑 事訴訟法第三百七十八條定有明文。又依中華民國九十六年 罪犯減刑條例所為之減刑裁定,係按原確定判決之宣告刑而 减之, 並非重新裁判, 故是否准予易科罰金及關於該易科罰 金之折算標準、罰金易服勞役之折算標準,應依原確定判決 所諭知之標準折算,不生新舊法之比較適用問題(最高法院 九十六年度台非字第一()二號刑事判決參照)。復按減刑裁 定,與科刑判決有同等效力,於裁定確定後,認為違法,得 提起非常上訴,亦有最高法院四十四年台非字第四一號判例 可資參考。二、經查本件原確定裁定以受刑人某甲因犯槍砲 彈藥刀械管制條例,經台灣高等法院於民國九十四年十一月 十六日以九十四年度上訴字第一七六五號判處有期徒刑一 年二月,併科罰金新台幣十萬元,罰金如易服勞役以銀元三 百元即新台幣九百元折算一日。並經最高法院於九十五年四 月六日以九十五年度台上字第XX號駁回該部分上訴而告 確定。因受刑人犯罪期間在九十六年四月二十四日以前,而

徒刑部分業經執行完畢,故檢察官僅就罰金部分向原審法院聲請裁定減刑,並請諭知易服勞役之折算標準。原裁定就罰金新台幣十萬元減為新台幣五萬元,應無違法。就易服勞役折算標準部分,揆諸上開說明,亦應依原確定判決當時所適用之法律,即修正前刑法第四十二條第二項、九十五年四月二十八日修正公布同年七月一日施行前之罰金罰錄提第二條,諭知『罰金如易服勞役,以銀元三百元即新台幣係知百元拆算壹日』,始為適法。詎竟疏失,引用刑法第二條第一項但書為刑法第四十二條新舊法之比較,而適用修正後刑法第四十三條第三項為罰金易服勞役之折算標準,自有適用法則不當之違背法令。三、案經確定,爰依刑事訴訟法第四十一條、第四百四十三條提起非常上訴,以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十七年度台非字第三八號 上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告違反槍砲彈藥刀械管制條例減刑案件,對 於台灣高等法院中華民國九十六年十月二十四日確定裁 定,認為部分違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主 文

原裁定關於違背法令部分撤銷。

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。減刑裁定,與科刑判決有同 等效力,於裁定確定後,認為違法者,自得提起非常上訴。 又刑法第二條第一項所規定,關於新舊法律之比較適用,係 指被告行為後刑罰法律有變更,而其所涉犯之案件,法院尚 未為裁判者而言,如法院已裁判確定,即無其適用,此觀該 法條之規定自明。再依中華民國九十六年罪犯減刑條例所為 之減刑裁定,係按原確定判決之宣告刑而減之,並非重新裁 判,故是否准予易科罰金及關於該易科罰金之折算標準、罰 金易服勞役之折算標準,均應依原確定判決所諭知之標準折 算,不生新舊法律之比較適用問題。本件原確定裁定以被告 即受刑人因違反槍砲彈藥刀械管制條例,經台灣高等法院以 九十四年度上訴字第 X X 號判決處以有期徒刑一年二月,併 科罰金新台幣十萬元,罰金如易服勞役,以銀元三百元即新 台幣九百元折算一日,並經本院以九十五年度台上字第 X X 號判決從程序上駁回該部分上訴而告確定。因被告犯罪時間 在九十六年四月二十四日以前,而徒刑部分業已執行完畢, 故檢察官僅就罰金部分向原審法院聲請裁定減刑,並諭知易 服勞役之折算標準。原裁定就罰金新台幣十萬元減為新台幣 五萬元,並無不合。就易服勞役折算標準部分,揆諸上開說 明,自應依原確定判決當時所適用之法律,即修正前刑法第 四十二條第二項、九十五年四月二十八日修正公布同年七月 一日施行前之罰金罰鍰提高標準條例第二條、現行法規所定 貨幣單位折算新台幣條例第二條,諭知「罰金如易服勞役, 以銀元參佰元即新台幣玖佰元折算壹日」,始為適法,詎竟

誤引刑法第二條第一項但書為刑法第四十二條新舊法之比 較,而適用修正後刑法第四十三條第三項為罰金易服勞役之 折算標準,自有適用法則不當之違背法令。本件係減刑裁 定,與科刑判決具有同等效力,自得提起非常上訴。案經確 定,非常上訴意旨執以指摘,洵有理由。然該確定裁定尚非 不利於被告,應由本院僅將原確定裁定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,判決如主文。

中華民國九十七年二月二十一日

【第三案】

一、關係條文

刑 法 第 2 條第 1 項、第 56 條(已刪除)、第 91 條之 1、第 222 條第 1 項第 2 款。 刑 事 訴 訟 法 第 310 條第 7 款、第 378 條。

二、非常上訴理由

一、按判決適用法則不當者為違背法令,刑事訴訟法第三百 七十八條定有明文。又行為後法律有變更者,適用行為時之 法律,但行為後之法律有利於行為人者,適用最有利於行為 人之法律,刑法第二條第一項亦有明文規定。再參酌最高法 院民國九十五年五月二十三日刑事庭第八次會議決議意 旨,新刑法第二條第一項之規定,係規範行為後法律變更所 生新舊法律比較適用之準據法,於新刑法施行後,應適用新 刑法第二條第一項之規定,為『從舊從輕』之比較。另於比 較時應本於統一性及整體原則,綜其全部罪刑之結果而為比 較,再整體適用有利行為人之法律處斷,不得將新舊法律割 裂適用。本件原判決認被告某甲於九十八年某日起至九十三 年六月某日止,在其住處,連續以身體強壓未滿十四歲之女 子A身上等強暴之方法,違反A女之意願,將其手指或陰莖 插入A女之陰道內,或將其陰莖插入A女口內,對A女多次 為強制性交得逞,核犯刑法第二百二十二條第一項第二款之 加重強制性交罪。原判決關於連續犯及妨害性自主罪之強制 治療處分部分,論述比較,認適用舊刑法有利於行為人,而

依舊法處斷,惟關於刑法第二百二十二條第一項第二款之加重強制性交罪,原判決關於連續犯及妨害性自主罪之強制治療處分部分,論述比較,認適用舊刑法有利於行為人,而重強制性交罪,則適用新法處罰,顯就新舊法割裂適用,與則自有未當。況被告所犯加重強制性交罪,其犯罪在舊法有效時期,依舊刑法第二百二十二條第一項第二款,其本刑為無期徒刑或七年以上有期徒刑,修正後同條款則為七年以上有期徒刑。依刑法第二條第一項但書規定,就法定刑刑法的,以新法為有利於行為人,惟原判決對此新舊法之比較,以新法為有利於行為人,惟原判決對此新舊法之比較,以新法為有利於行為人,惟原判決對此新舊法之於確定,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

最高法院刑事判决 九十六年度台非字第一六號 上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告妨害性自主案件,對於台灣板橋地方法院 中華民國九十五年九月十九日第一審確定判決;認為違法, 提起非常上訴,本院判決如下:

主 文

原判決關於違背法令部分撤銷。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按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。又法律變更之比較適用原則,於比較時 應就罪刑有關之共犯、未遂犯、想像競合犯、牽連犯、連續 犯、結合犯,以及累犯加重、自首減輕暨其他法定加減原因 (如身分加減)與加減例等一切情形,綜其全部罪刑之結果 而為比較。至拘束人身自由之保安處分,如因法律變更而發 生新舊法律之規定不同者,雖亦應依刑法第二條第一項規 定,定其應適用之法律,但因其與罪刑無關,則不在上開綜 合比較之範圍內;再刑法第二條第一項規定之新舊法律比較 適用情形,應依刑事訴訟法第三百十條第七款規定於判決理 由內加以說明,否則,即有判決理由不備及不適用法則之違 法。本件原判決認定被告某甲自八十九年某日起至九十三年 六月某日止,在其住處連續以身體強壓未滿十四歲之A女身 上等強暴之方法,違反A女之意願,將其手指或陰莖插入A 女之陰道內,或將其陰莖插入A女口內,對A女多次為強制 性交得逞,觸犯刑法第二百二十二條第一項第二款之對未滿 十四歲女子犯強制性交罪。但被告行為後,刑法部分條文業 於九十四年二月二日修正公布,並於九十五年七月一日施 行,其中刑法第二條第一項由原規定:「行為後法律有變更 者,適用裁判時之法律。但裁判前之法律有利於行為人者, 適用最有利於行為人之法律。」修正為:「行為後法律有變 更者,適用行為時之法律。但行為後之法律有利於行為人 者,適用最有利於行為人之法律。」即由「從新從輕」原則 改採「從舊從輕」原則;同法第五十六條有關連續犯之規定, 則經刪除;同法第二百二十二條加重強制性交罪之法定本 刑,亦從修正前「處無期徒刑或七年以上有期徒刑」之規定,

修正為「處七年以上有期徒刑」;另同法第九十一條之一強 制治療處分規定,則從「於刑之執行前為之」,修正為「徒 刑執行期滿前,於接受輔導或治療後,經鑑定、評估,認有 再犯之危險者」,始得令入相當處所,施以強制治療。乃原 判決於依新刑法第二條第一項規定比較新舊刑法後,關於連 續犯及強制治療處分部分,係分別適用舊刑法第五十六條、 第九十一條之一規定,但於被告所犯對未滿十四歲女子犯強 制性交罪部分,則適用裁判時之新刑法第二百二十二條第一 項第二款規定,按諸前開說明,刑法第九十一條之一所規定 之強制治療處分部分,因屬與罪刑無關之拘束人身自由保安 處分,固無庸與罪刑有關各項情形綜合比較。然原判決關於 連續犯及被告所犯對未滿十四歲女子犯強制性交罪部分,則 未就連續犯及法定本刑等與罪刑有關之一切情形,比較其全 部之結果,而為整體之適用,竟僅就連續犯部分單獨予以比 較適用行為時法,就法定本刑部分則未予比較即逕適用裁判 時法,自有判決不適用法則及適用不當之違背法令。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,應由本院僅將原判決關於違背法令部分撤銷,以資 糾正。又原判決就刑法第二百二十二條第一項第二款未予比 較適用,乃屬判決不適用法則,其未說明何以適用新法之理 由,即非判决理由未備之問題,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前段,判決如主 文。

中華民國九十六年一月二十五日

【第四案】

一、關係條文

刑 法 第 2 條第 1 項、第 55 條(修正前)。 刑事訴訟法 第 378 條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴訟法 第三百七十八條定有明文。經查本件判決認定被告某甲基於 強盜之犯意,於民國九十五年七月九日凌晨一時三十八分 許,持其所有客觀上可為兇器之生魚片刀一把,前往台南市 南區○○路ХХ號「○○超商」內,取出預藏生魚片刀,將 店員林某逼進櫃臺內,使其不敢抗拒,再喝令林某交出錢 財。林某見狀,立即出聲呼救,店內另一名同事李某及客人 楊某聞訊前來,三人乃合力反制某甲。於反抗過程中,某甲 可預見手中持有之生魚片刀極可能刺中林某及李某,使其二 人受傷,竟仍基於傷害之不確定故意,於拉扯過程中拒不放 下生魚片刀,刀子因而刺中林某,致林某受有右前臂裂傷併 榜神經、榜側屈肌腱斷裂等傷害之事實。被告犯罪時間為九 十五年七月九日,係在刑法於九十四年一月七日修正,同年 二月二日公布,於九十五年七月一日施行之後。而修正後刑 法既已删除第五十五條關於牽連犯之規定,則被告所犯上述 強盜及傷害罪,應依數罪併罰之規定分論併罰,始為適法, 並無新舊法比較適用之問題。乃原判決竟予以比較新舊法,

認修正後之規定並非較有利於被告,依刑法第二條第一項 『行為後法律有變更者,適用行為時之法律。但行為後之法 律有利於行為人者,適用最有利於行為人之法律』之規定, 應適用行為時法律,即適用修正前刑法第五十五條牽連犯之 規定,從一重論處加重強盜未遂罪,判處被告有期徒刑五 年,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、第四百四十三條之規定提起非常上訴,以 資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十六年度台非字第一〇〇號 上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告強盜案件,對於台灣台南地方法院中華民國九十五年十二月二十日第一審確定判決,認為違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主文

原判決違背法令之部分撤銷。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。本件原確定判決認定被告基於強盜犯意,於九十五年七月九日凌晨一時三十八分許,持其所有客觀上可為兇器之生魚片刀一把,前往台南市南區〇〇路XX號「〇〇超商」內,取出預藏生魚片刀,將店員

林某逼進櫃檯內,使其不敢抗拒,再喝令林某交出錢財。林 某見狀,立即出聲呼救,店內另一名同事李某及客人楊某聞 訊前來,三人乃合力反制某甲。於反抗過程中,被告可預見 手中持有之生魚片刀極可能刺中林某及李某,使其二人受 傷,竟仍基於傷害之不確定故意,於拉扯過程中拒不放下生 魚片刀,刀子因而刺中林某,致林某受有右前臂裂傷併橈神 經、橈側屈肌腱斷裂等傷害之事實。經查被告犯罪時間為九 十五年七月九日,係在刑法於九十四年一月七日修正,同年 二月二日公布,於九十五年七月一日施行之後。現行刑法既 已刪除第五十五條關於牽連犯之規定,則被告所犯上述強盜 罪及傷害罪,自不得適用行為時法律所無之牽連犯規定論 處,亦無新舊法比較適用之問題。乃原判決竟予以比較新舊 法,認修正後之規定並非較有利於被告,依刑法第二條第一 項「行為後法律有變更者,適用行為時之法律。但行為後之 法律有利於行為人者,適用最有利於行為人之法律」之規 定,應適用行為時即修正前刑法第五十五條牽連犯規定,從 一重論處加重強盜未遂罪云云,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,洵有理由。惟原判決尚 非不利於被告,應僅將原判決違背法令之部分撤銷,以資糾

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前 段,判決如主文。

中華民國九十六年五月十一日

【第五案】

一、關係條文

刑 法 第 2 條第 3 項、第 53 條。 動產擔保交易法 第 38 條(民國 96 年 7 月 11 日公布廢止)。

刑事訴訟法第378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後段定有明文。又,處罰之裁判確定後,未執行或執行未完畢,而法律有變更,不處罰其行為者,免其刑之執行。刑法第二條第三項,亦有規定。本件原裁定,於附表編號2被告所犯違反動產擔保交易法第三十八條一罪,絕應,在是人人人人人人人人。 產擔保交易法,於(民國)九十六年七月十一日,業經統企務發上該條之刑罰,依上開規定,應免其刑之執行,經列入定執行刑之範疇。乃原裁定以:受刑人某甲於附件一覽表所列之刑確定在案,所犯肅清煙毒條例等罪,均在中華民國九十六年罪犯減刑條例九十六年四月二十四日實施以前,悉合於減刑條件,爰依法減刑如附表,並定其應執行之刑有與徒刑一年十一月。自有判決適用法律不當之違背法令。案經確定,且不利於被告。爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴,以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十六年度台非字第三①六號 上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告違反肅清煙毒條例等罪案件,對於台灣士林地方法院中華民國九十六年七月十六日減刑及定應執行刑之第一審確定裁定,認為定應執行刑部分違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主文

原裁定關於定應執行之刑部分撤銷。

某甲因違反肅清煙毒條例等貳罪,減刑所處如附表編號1、 3所示之刑,應執行有期徒刑壹年玖月。

檢察官關於附表編號2所示併定應執行刑之聲請駁回。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按定應執行之刑之確定裁定與科刑之確定判決有同一效力,如發見該裁定有違背法令情形,自得提起非常上訴。 又數罪併罰案件,有二裁判以上者,依第五十一條之規定, 定其應執行之刑,刑法第五十三條固定有明文。惟刑法第二 條第三項規定:處罰或保安處分之裁判確定後,未執行或執 行未完畢,而法律有變更,不處罰其行為或不施以保安處分 者,免其刑或保安處分之執行。則依刑法第五十三條定其應 執行之刑,自不包括處罰之裁判確定後,未執行或執行未完 畢,而法律有變更,不處罰其行為之情形在內。本件被告所 犯如附表編號1至3所示之罪,固屬二裁判以上之數罪併罰 案件。然其中被告所犯如附表編號2所示,即違反動產擔保 交易法第三十八條之罪部分,未執行完畢,有卷附台灣基隆 地方法院檢察署檢察官九五年執更助丁字第XX號執行指 揮書影本附卷可稽。而經查動產擔保交易法第五章罰則(即 第三十八條至第四十條)部分,已於九十六年七月十一日公 布廢止,於同年月十三日生效,則該部分自不包括在本件定 應執行之刑之列。乃原審疏未查明上情,而以九十六年度聲 减字第XX號刑事裁定,將附表編號1至3所示之罪,定其 應執行之刑為有期徒刑一年十一月,顯屬於法有違。案經確 定,且於被告不利,非常上訴意旨執以指摘,為有理由,應 由本院將原裁定關於定應執行之刑部分撤銷,並就如附表編 號1、3所示部分另行判決如主文第二項所示;及另駁回檢 察官關於附表編號2所示併定應執行刑之聲請,以資糾正。 據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款, 中華民國九十六年罪犯減刑條例第八條第三項、第十條第二 項、第十二條,刑法第二條第一項、第五十三條、修正前刑 法第五十一條第五款, 判決如主文。

中華民國九十六年十一月一日

【第六案】

一、關係條文

刑 法 第7條、第1條、第339條第1項。 香港澳門關係條例 第43條、第2條。 司法院院解釋第3619號解釋 刑事訴訟法 第378條。

二、非常上訴理由

一、按審判權之有無,係以該案件應否屬於普通法院審判為 斷;而行為之處罰,以行為時之法律有明文規定者為限,刑 法第一條定有明文。如非屬刑法或特別刑事法令上所規定處 罰之行為,則屬實體上判決之範疇。刑法第七條前段規定: 本法於中華民國人民在中華民國領域外犯前二條以外之 罪,而其最輕本刑為三年以上有期徒刑者適用之。依其反面 罪,而其最輕本刑非為三年以上有期徒刑者,則屬不罰。 () 一年度台上字第一四一三號、八十九年度台上字第一三三 號判決)。次按『本條例所稱香港,指原由英國治理之香港 島、九龍半島、新界及其附屬部分』、『在香港或澳門或在 其船艦、航空器內,犯下列之罪者,適用刑法之規定:一、 刑法第五條各款所列之罪。二、台灣地區人民或對於台灣地區人 民,犯前二款以外之罪,而其最輕本刑為三年以上有期徒刑 者。但依香港或澳門之法律不罰者,不在此限。』香港澳門 關係條例第二條、第四十三條亦有明文; 再按刑法第五條、 第六條分別規定:『本法於凡在中華民國領域外犯下列各罪 者,適用之:一、內亂罪。二、外患罪。三、第一百三十五 條、第一百三十六條及第一百三十八條之妨害公務罪。四、 第一百八十五條之一及第一百八十五條之二之公共危險 罪。五、偽造貨幣罪。六、第二百零一條至第二百零二條之 偽造有價證券罪。七、第二百十一條、第二百十四條、第二 百十八條及第二百十六條行使第二百十七條、第二百十三 條、第二百十四條文書之偽造文書罪。八、毒品罪。但施用 毒品及持有毒品、種子; 施用毒品器具罪, 不在此限。九、 第二百九十六條及第二百九十六條之一之妨害自由罪。十、 第三百三十三條及第三百三十四條之海盜罪。』、『本法於 中華民國公務員在中華民國領域外犯左列各罪者,適用之: 一、第一百二十一條至第一百二十三條、第一百二十五條、 第一百二十六條、第一百二十九條、第一百三十一條、第一 百三十二條及第一百三十四條之瀆職罪。二、第一百六十三 條之脫逃罪。三、第二百十三條之偽造文書罪。四、第三百 三十六條第一項之侵占罪。』凡此皆係實體上之法律規定, 與刑事訴訟法第三百零三條第六款有關審判權之程序規定 不容混淆, 先予敘明。二、本案被告某甲於民國九十五年十 月三十日下午三時四十分許,在香港赤臘角國際機場向 A 謊稱其機票逾期、提款卡亦不能使用,身上無現金購買機票 返台,欲借款購買機票,待返台後返還等語,並當場將其名

片及聯絡電話交付 A,以之取信,致 A 陷於錯誤,誤信其詞,當場將美金三百元及新台幣二千元(合計約等值新台幣一萬一千元)如數借與被告。詎 A 返台後,被告不僅未曾聯繫還款事宜,且所留下之聯絡電話、地址均屬不實,始知受騙,因認被告涉犯刑法第三百三十九條第一項之詐欺取財罪嫌。則本案係屬本國人民在香港、澳門地區犯刑法第五、條所列以外之罪,而其最輕本刑非為三年以上有期徒刑,於諸前開說明,應屬我國刑法不罰之行為,此既屬實體上之規定,自應諭知無罪之實體判決。原確定判決未見及此,乃以『被告所為既無從適用台灣地區刑法之規定,台灣地區法院對被告即無審判權』為由,逕為不受理判決之諭知,顯有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、附録

最高法院刑事判決 九十七年度台非字第一二一號 上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長 被 告 某甲

上列上訴人因被告詐欺案件,對於台灣高等法院中華民國九十六年七月三十一日第二審確定判決,認為違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主文

第一審及原審判決均撤銷。

某甲無罪。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按審判權之有無,係以該案件應否屬於普通法院審判為 斷;而行為之處罰,以行為時之法律有明文規定者為限,為 刑法第一條所明定。如非屬刑法或特別刑事法令所規定處罰 之行為,則屬實體上判決之範疇。我國刑法第七條前段規 定:本法於中華民國人民在中華民國領域外犯前二條以外之 罪,而其最輕本刑為三年以上有期徒刑者適用之。依其反面 解釋,我國人民在我國領域外犯同法第五、六條以外之罪, 而其最輕本刑非為三年以上有期徒刑者,則屬不罰。次按香 港澳門關係條例第二條、第四十三條分別規定:「本條例所 稱香港,指原由英國治理之香港島、九龍半島、新界及其附 屬部分」、「在香港或澳門或在其船艦、航空器內,犯下列 之罪者,適用刑法之規定:一、刑法第五條各款所列之罪。 二、台灣地區公務員犯刑法第六條各款所列之罪者。三、台 灣地區人民或對於台灣地區人民,犯前二款以外之罪,而其 最輕本刑為三年以上有期徒刑者。但依香港或澳門之法律不 罰者,不在此限。香港或澳門居民在外國地區犯刑法第五條 各款所列之罪者;或對於台灣地區人民犯前項第一款、第二 款以外之罪,而其最輕本刑為三年以上有期徒刑,且非該外 國地區法律所不罰者,亦同。」本件檢察官起訴事實係認被 告某甲於民國九十五年十月三十日下午三時四十分許,在香 港赤臘角國際機場,向A謊稱其機票逾期、提款卡亦不能使 用,身上無現金購買機票返台,欲借款購買機票,待返台後 返還等語,並當場將其名片及聯絡電話交付 A,致 A 陷於錯 誤,誤信為真,當場將美金三百元及新台幣(下同)二千元

(合計約等值一萬一千元)如數借與被告。詎A返台後,被告不僅未曾聯繫還款事宜,且所留下之聯絡電話、地址均屬不實,始知受騙,因認被告涉犯刑法第三百三十九條第一項之詐欺取財罪嫌等情。是被告係屬本國人民,其在香港涉犯刑法第三百三十九條第一項之詐欺取財罪,所犯既非刑法第五條、第六條之罪,亦非刑法第七條所稱最輕本刑為三年以上有期徒刑之罪,核與香港澳門關係條例第四十三條規定不合,其行為不罰,揆之上開說明,自應從實體上諭知被告無罪之判決。乃原判決竟仍維持第一審以普通法院無審判權,從程序上為不受理之判決,駁回檢察官在第二審之上訴,顯係違背法令。非常上訴執以指摘,洵有理由。案經確定,且於被告不利,應由本院將第一審及原審判決均撤銷,另諭知被告無罪,以資救濟。

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

中華民國九十七年三月十三日

【第七案】

一、關係條文

刑 法 第 28 條、第 30 條第 1 項、第 339 條第 1 項。

刑事訴訟法 第378條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用法則不當者,為違背法令,刑事訴 訟法第三百七十八條定有明文。又刑法第二十八條之共同正 犯,係指二人以上共同實施犯罪之行為而言。幫助他人犯 罪,並非實施正犯,在事實上雖有二人以上共同幫助(殺人) 犯罪,要亦各負幫助(殺人)之責任,仍無適用該條之餘地 (最高法院三十三年上字第七九三號判例、八十二年度台上 字第六()八四號判決要旨參照)。本件原判決引用起訴書犯 罪事實,認定『被告某甲與某乙明知將自己之金融帳戶存摺 及金融卡交付他人使用,可能因此供不法詐騙份子利用,仍 共同基於幫助詐欺之未必故意,先由某乙於九十三年十月四 日在寶華商業銀行忠孝分行開立帳號00二00四三0XXX X 號帳戶,交由某甲於同年月某日,將上開帳戶之存摺、提 款卡及密碼,交由詐欺集團利用』等情。依照上開判例要旨, 被告等雖共同幫助他人犯詐欺罪,但亦僅各負幫助詐欺罪 責,無刑法第二十八條規定之適用。原判決未注意及此,竟 依刑法第二十八條之規定,論以共同幫助詐欺罪刑,揆之上

開說明,原判決自有判決適用法則不當之違法。案經確定, 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 九十五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

上列上訴人因被告詐欺案件,對於台灣台北地方法院中華民國九十五年二月二十三日第一審刑事確定判決,認為違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主文

原判決關於違背法令部分撤銷。

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,為違背法令,刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又刑法第二十八條之共同正犯,係指二人以上共同實施犯罪之行為而言。幫助他人犯罪,並非實施正犯,在事實上雖有二人以上幫助殺人,要亦各負幫助殺人責任,仍無適用該條之餘地(本院三十三年上字第七九三號判例參照)。原判決認定某乙於民國九十三年十月四日將在寶華商業銀行忠孝分行開立帳號為00二00四三0XXXX號帳戶,交被告於同年月某日轉交詐欺集團利用,適林某同年月八日,接獲詐欺集團成員以簡訊,佯稱中獎,若欲領取獎金須購買該詐欺集團之基金,致林某誤依

指示將新台幣七萬八千元匯入某乙之上開帳戶,被告與某乙明知將金融帳戶存摺及金融卡交與他人使用,可能落入不法詐騙份子利用,仍共同基於幫助詐欺之未必故意而為之,因依刑法第二十八條、第三十條第一項、第三百三十九條第一項論處被告共同幫助意圖為自己不法之所有,以詐術將本人之物交付,處有期徒刑貳月,如易科罰金,以參佰元折算一日等情。但刑法第二十八條之共同正犯,係指二人以上共同實施犯罪之行為而言。幫助他人犯罪,並非實施正犯,在事實上雖有二人以上幫助詐欺,要亦各負幫助詐欺罪責,無適用該條之餘地,原判決適用刑法第二十八條之規定論處被告共同幫助詐欺罪刑,自有適用法則不當之違誤,案經確定。惟原判決尚非不利於被告,應由本院僅就違背法令部分撤銷,以資糾正。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前 段,判決如主文。

中華民國九十五年七月十三日

【第八案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第378條。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用法則不當者,為違背法令,刑 事訴訟法第三百七十八條定有明文。又按幫助犯係從屬於正 犯而成立,以正犯已經犯罪為要件,故幫助犯並非其幫助行 為一經完成,即成立犯罪,必其幫助行為或其影響力持續至 正犯實施犯罪始行成立,有關追訴權時效,告訴期間等,亦 自正犯完成犯罪時開始進行,至於法律之變更是否於行為 後,有無刑法第二條第一項所定之新舊法比較適用,亦應以 該時點為準據(最高法院民國九十六年度台非字第三一二號 判決參照)。二、經查,本件原審判決認定被告某甲第二次 販賣帳戶資料之行為,係於九十五年六月下旬,在新營交流 道統聯客運旁之統一超商前,將自己所申辦之台南○○郵局 帳戶之存摺、提款卡、印章及密碼等物以新台幣(下同)六 千元之價格出售予一名真實姓名年籍不詳之男子;嗣該男子 所屬詐欺集團於取得上開帳戶後,即與其所屬集團成員共同 基於意圖為自己不法所有之概括犯意聯絡,於九十五年七月 間,撥打電話予A、B及C,向其佯稱其家人為他人作保或 遭綁架,需匯款其家人方能獲釋云云,致 A、B 陷於錯誤,而依其指示分別匯款八十五萬元及三萬元至某甲上開郵局帳戶,該詐騙集團成員再將上開款項提領一空等情。依上開說明,其犯罪完成之日應在九十五年七月間。是被告第二次犯罪已在九十五年七月一日刑法修正施行後,自應適用修正人規定,則被告前後之規定,而刑法修正後已刪除連續犯之規定,則被告前後二次幫助詐欺犯行,應予分論併罰,並定其應執行刑,方屬適法。原審未查上情,適用修正前刑法第五十六條之規定,將被告前後二次幫助詐欺犯行,依連續犯論以一罪,即有判決適用法則不當之違背法令情事。三、案經確定,爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴,以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十七年度台非字第一五六號 上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告詐欺案件,對於台灣台南地方法院中華民國九十六年一月二十五日第一審簡易判決,認為違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主 文

原判決關於違背法令部分撤銷。

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。又幫助犯係從屬於正犯而成 立,以正犯已經犯罪為要件,故幫助犯並非其幫助行為一經 完成,即成立犯罪,必其幫助行為或其影響力持續至正犯實 施犯罪始行成立,有關追訴權時效,告訴期間等,亦自正犯 完成犯罪時開始進行,至於法律之變更是否於行為後,有無 刑法第二條第一項所定之新舊法比較適用,亦應以該時點為 準據。本件原判決認定:被告某甲先後二次出售提供某乙及 其所有之銀行、郵局之存摺、提款卡、印章及密碼予姓名年 籍不詳之成年男子,用以詐欺取財等情,因而論被告以連續 幫助意圖為自己不法之所有,以詐術使人將本人之物交付 罪,處有期徒刑五月,並諭知易科罰金之折算標準。惟依原 判決援引檢察官聲請簡易判決處刑書所認定之事實,被告第 二次出售提供其存摺、提款卡、印章及密碼等之時間,係於 九十五年六月下旬,而其正犯持以使用詐欺取財之時間,則 係於九十五年七月間。則依上開說明被告第二次犯罪完成之 時間,應係於九十五年七月間。是其第二次犯罪既已在九十 五年七月一日刑法修正施行後,該第二次犯罪,即應適用修 正後之規定,而無新舊法之比較適用,亦無從與第一次犯罪 行為適用修正前刑法第五十六條之規定,依連續犯論以一 罪。即被告二次幫助詐欺取財之犯罪行為,應予分論併罰, 並定其應執行刑,方屬適法。原審不察而就被告前後二次幫 助詐欺取財犯行,依修正前刑法第五十六條連續犯之規定論 以一罪,即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,洵有理由。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之部分撤 銷,以資糾正。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段,判決如主文。

中華民國九十七年四月十七日

【第九案】

一、關係條文

條第1項。

刑事訴訟法 第378條。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用法則不當者,為違背法令,刑 事訴訟法第三百七十八條定有明文。又『幫助他人實行犯罪 行為者,為幫助犯。幫助犯之處罰,得按正犯之刑減輕之。』 『有期徒刑、拘役、罰金減輕者,減輕其刑至二分之一。 但同時有免除其刑之規定者,其減輕得減至三分之二。』為 刑法第三十條、第六十六條所明定。復按刑法第三百四十六 條第一項恐嚇取財罪,法定本刑為六月以上、五年以下有期 徒刑,依照上開刑法規定,幫助恐嚇取財罪減輕其刑至二分 之一,應在最低刑度三月以上量處其刑,始為適法。經查本 件被告某甲,經原判決認定係犯刑法第三十條、第三百四十 六條第一項幫助恐嚇取財罪, 揆諸上開條文及說明, 自應在 法定本刑及減輕其刑範圍內即在三月以上量處有期徒刑,方 屬合法。詎竟在法定最低刑度以外之他種主刑量處拘役,顯 有適用法則不當之違背法令。二、案經確定,爰依刑事訴訟 法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴,以資糾 正。

三、附錄

最高法院刑事判决 九十六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

上列上訴人因被告恐嚇取財案件,對於台灣新竹地方法院中華民國九十六年四月二十五日第一審確定簡易判決,認為違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主文

原判決關於違背法令部分撤銷。

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。又刑法第三百四十六條第一項恐嚇取財罪之法定本刑為六月以上五年以下有期徒刑,得併科一千元以下罰金,並無得科處拘役之明文。而幫助犯依刑法第三十條第二項規定,固得按正犯之刑減輕之,然依刑法第六十六條規定,有期徒刑、罰金減輕者,減輕其刑至二分之一;同時有免除其刑之規定者,得減輕至三分之二。故幫助犯減輕其刑之結果,仍應於該罪法定本刑原有種類中加以選科,不得逸出原有法定本刑之種類。本件原簡易判決以依所確認之事實,認被告某甲所為係犯刑法第三百四十六條第一項恐嚇取財罪之幫助犯,並援引同法第三十條第二項規定,減輕其刑,自應依該罪「六月以上五年以下有期徒刑,得併科一千元以下罰金」法定刑之種類及高低刑度,加以選科量定並

依上開標準減輕其刑,方為適法。詎原判決不察,竟科以拘役五十日,併諭知如易科罰金,以新台幣一千元折算一日, 顯已逾越法定刑之範圍,而有判決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,洵有理由。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,判決如主文。

中華民國九十六年十月十一日

【第十案】

一、關係條文

刑 法 第31條第1項。

刑事訴訟法 第378條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴訟法 第三百七十八條定有明文。又背信係因身分而成立之罪,其 共同實施或教唆幫助者,雖無此項身分,依刑法第三十一條 第一項規定,仍以共犯論(最高法院二十八年上字第三0六 七號判例、八十五年度台上字第一八〇七號判決參照)。查 本件原判決事實認定:某甲與某乙、某丙等人謀議,以人頭 購買土地提供擔保,分散向汐止農會借款之方式,取得款項 供其個人集中使用。乃利用某丙之子某丁為人頭,以每坪新 台幣(下同)一千元至二千元之價格,購買台北縣○○鄉下 ○○段○○湖小段四四地號等三十筆土地。透過某丙告知 ○○農會總幹事某戊,以上開土地為擔保品,向汐止農會借 款。某戊竟意圖為某甲、某丙之不法利益,指示承辦人某辛 及信用部主任某戊,基於共同之犯意,違反農會信用部不得 對非會員辦理放款及會員申貸案最高不得超過九千萬元之 規定,且於貸款申請書調查意見欄內,虛偽記載某乙及某庚 為會員,未實際調查,即以某甲所要求之一億三千萬元借款 額度為基準加以反算,將上開土地高估為一億四千五百零六

萬四千三百九十六元(扣除土地增值稅),虛偽登載每坪時 價為一萬二千元,送請某壬、某戊批示准予貸款合計一億二 千七百萬元。嗣某甲復利用建築合建契約方式,以買賣名 義,將基隆市○○區○○段XXX地號等十筆建地過戶至其 名下,持為擔保品向汐止農會借款,以前開手法,將時價僅 為每坪十六萬至二十萬元之土地,超估為每坪四十萬元,貸 得二億四千萬元。某甲再以每坪約一千元之價格,購得台北 縣○○鄉下○○段○○湖小段四六之三等地號共計面積二 萬六千四百四十八點三三二坪之山坡地保育區林地,市值僅 二千餘萬元,竟意圖向金融機構以高估擔保品方式超貸以獲 取不法利益,商請某丙向熟識之淡水一信○○分社經理某癸 接洽放款事宜。由某癸規避於信用合作社業務區域內設籍始 得申請為信用合作社社員,且信用合作社不得對非社員貸放 資金之規定,及違背財政部嚴禁各信用合作社冒用人頭申請 入社之函示,推由某丙之子某丑擔任名義借款人,某癸則在 其業務上作成之放款擔保品評估調查紀錄表為不實評估記 載,及要求總社法務室襄理某寅在放款擔保品覆估調查紀錄 表為不實評估記載,高估為每坪六千元,使淡水一信○○分 社貸予七千萬元。貸得款項均由某甲集中使用,致生損害於 ○○農會及淡水一信,因論某癸等背信等罪。則被告某甲、 某乙等人雖非為○○農會及淡水一信處理事務,惟依上開刑 法第三十一條第一項之規定,仍以共犯論。且被告某甲等係 透過某戊等人,朝違法貸款之同一目的,彼此互助參與行為 而完成犯罪行為,彼此間有犯意聯絡與行為分擔,與相互對 立之對向犯有別,自應成立共同正犯。乃原審竟以某甲、某

乙二人與某戊等人,彼此係居於相互對立之對向關係,行為 縱有合致,並使被告某甲、某乙無身分之人因而得不法之利 益,但彼此之行為既各有其目的,仍應分別就各該行為負 責,彼此間無所謂犯意聯絡與行為分擔,自難論某甲、某乙 二人以背信罪責,而駁回檢察官之上訴,維持第一審所為被 告某甲、某乙二人無罪之判決,自有適用法則不當之違背法 令。案經確定,爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四 十三條提起非常上訴,以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十六年度台非字第八 ① 號

上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

某乙

上列上訴人因被告等背信案件,對於台灣高等法院中華民國 九十五年一月三日第二審確定判決,認為違法,提起非常上 訴,本院判決如下:

主文

原判決及第一審判決關於某甲、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<u>背信係因身分而成立</u>之罪其共同實施或教唆幫助者,雖無此項身分,依刑法第三十一條第一項之規定,仍以共犯論,本院二十八年上字第三

①六七號判例意旨可資參照·本件原判決以公訴意旨以被告 某甲與某丙(前台北縣○○鄉長,由第一審法院通緝中)、 某乙謀議,共同以人頭購買土地為擔保,再以分散借款、集 中使用之方式,向台北縣○○鎮(市)農會借款,而於民國 八十四年一月間,利用不知情之某丙之子某丁為人頭,以每 坪一千元至二千元,購得台北縣○○鄉下○○段○○小段四 四號等三十筆土地,透過某乙告知該農會總幹事某戊,欲以 上開土地為擔保借得鉅額之款項。某戊明知上開土地不足以 借得鉅額之貸款,竟意圖為某甲、某丙之不法利益,無視於 申貸人某乙及某庚(某乙之父)並未取得該會會員之身分, 乃以「分散借款,集中使用」之方式予以規避,於某丙持某 乙及不知情之某戊二人之申貸書,於八十四年三月二日向 ○○農會申貸九千萬元、四千萬元時, 指示承辦人某辛及信 用部主任某壬二人違法超貸,某辛、某壬二人亦明知農會不 得對非會員放款,且會員申貸案最高不得超過九千萬元之規 定,亦基於背信之共同犯意,由某辛於貸款申請書調查意見 欄內,虛偽記載該二人為會員,且於製作不動產土地調查表 前,並未實際調查前手買賣資料及查訪附近土地近年來之實 際成交價,即以某甲所要求之一億三千萬元借款額度反算, 虚偽登載每坪時價為一萬二千元,將該三十筆土地高估為一 億四千五百零六萬四千三百九十六元(扣除土地增值稅), 而貸與一億二千七百萬元。某甲復以建築合建契約方式,將 其於八十三年二、三月間所取得之基隆市○○區○○段XX 地號等時價僅每坪十六萬至二十萬元之十筆建地,以同一手 法向該農會違法超貸二億四千萬元。某甲再於八十三年初,

以每坪約一千元之價格,購得之台北縣○○鄉○○段○○湖 小段四六之三等地號共二萬六千四百四十八點三三二坪之 山坡地保育區林地,透過與淡水一信○○分社經理某癸熟識 之某丙負責接洽高額放款事宜。某癸無視於信用合作社不得 對於未於業務區域內設籍之社員貸款,及財政部嚴禁各信用 合作社貸款予人頭之規定,先行介紹某丙之子某丑入社,而 為借款人頭,繼而於其業務上作成之放款擔保品評估調查紀 錄表內,虛偽載為每坪為六千元至一萬二千元;上開評估調 查紀錄表經送淡水一信總社審核,經該社放款課襄理某?覆 估,認前開土地每坪市值僅約三千元,並依淡水一信八十三 年四月十二日主管會議規定「非都市計劃內土地(山坡地保 育區等)僅能貸放估價之三至四成」,認本件之最高放款值 為三千零十五萬一千零九十九元,某癸認上開評估,與被告 所申貸之金額差距過大,改由法務室襄理某寅覆估。某癸並 要求某寅以每坪六千元之單價核算,而共同違貸七千萬元, 某丑於得手後,將款項轉入A、B之聯名帳戶,再匯至第一 商業銀行○○分行○○公司帳戶內供某甲使用,某甲事後未 依約繳納本息,終造成鉅額呆帳,而論處某辛、某癸、某寅 共同背信罪刑確定;某戊、某壬二人因之前之另案背信罪經 判刑確定,本件之犯行與前開確定判決所示之犯行,為裁判 上一罪而諭知免訴等語。依上開公訴意旨所示之犯罪事實, 已認某甲、某乙以低價土地,利用人頭為高額貸款之申請, 再由某戊指示某士、某辛,某癸指示某寅為不實之估價違法 超貸,造成鉅額呆帳等情,原判決亦認定被告二人與該等承 辦貸款人員之間,有行為之合致,並致該無身分者因而獲得

不法利益之事實進而論處某戊、某壬、某辛、某癸、某寅背信各罪刑確定。依上開說明,自無對向犯之適用。原審未依刑法第三十一條之規定,撤銷第一審諭知被告某甲、某乙背信無罪部分之判決,改判論處被告二人以背信罪之共同正犯,遽而駁回檢察官此部分之第二審上訴,自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,洵有理由。惟原判決尚非不利於某甲、某乙,應由本院將原判決及第一審判決關於某甲、某乙違背法令之部分撤銷,以資糾正。據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段,判決如主文。

中華民國九十六年四月十九日

【第十一案】

一、關係條文

刑 法 第 33 條、第 320 條第 1 項。 刑 事 訴 訟 法 第 378 條。

二、非常上訴理由

本案原判決以被告某甲共同連續觸犯刑法第三百二十條第一項之竊盜罪,判處有期徒刑四年四月,併科罰金一百八十萬元,固非無見。惟查刑法第三百二十條第一項竊盜罪,其法定刑為五年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金,並無併科罰金之規定,於科刑時,自僅得於有期徒刑、拘役或罰金三種主刑,選擇其一,不得併科兩種主刑(最高法院台非字第一二0號判決參照),乃原判決除判處被告四年四月外,竟予併科罰金一百八十萬元,並諭知罰金易服勞役之折算標準,顯已逾越法定刑之範圍,自有適用法則不當之違法。案經確定,且於被告不利,爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴,以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判决 九十六年度台非字第一三九號 上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長 被 告 某甲 上列上訴人因被告竊盜案件,對於台灣高等法院台中分院中華民國九十五年八月十四日第二審確定判決,認為部分違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主文

原判決關於某甲併科罰金刑部分撤銷。

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。又有罪之判決,於科刑時, 除法律另有併科罰金之規定外,僅能科處一種主刑,如法定 本刑處有期徒刑、拘役或罰金者,係賦予法院選科之權,法 院僅得選擇其一,不得就一罪宣告兩種主刑。原判決認定被 告係犯刑法第三百二十條第一項之普通竊盜罪,該罪法定本 刑為五年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金,並無併科 罰金之規定,於科刑時,自僅得於有期徒刑、拘役或罰金三 種主刑,選擇其一,不得併科兩種主刑;即不得論處有期徒 刑及併科罰金刑。乃原審撤銷第一審判決論以被告普通竊盜 罪刑,除判處有期徒刑四年四月外,竟又依刑法第五十八條 加重、併科罰金一百八十萬元,並諭知罰金易服勞役之折算 標準,此諭知併科罰金刑部分顯已逾越法定刑之範圍,自有 適用法則不當之違法。案經確定,且於被告不利,非常上訴 意旨執以指摘,洵有理由,應由本院改判將原判決關於某甲 併科罰金刑部分撤銷,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但書,刑法第二十八條、第三百二十條第一項、第四十七條、

修正前刑法第五十六條,修正前罰金罰鍰提高標準條例第一條前段,判決如主文。

中華民國九十六年六月七日

【第十二案】

一、關係條文

刑 法 第 33 條第 3 款、第 47 條、第 185 條 之 3。

刑事訴訟法 第378條。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴 訟法第三百七十八條定有明文。又服用毒品、麻醉藥品、酒 類或其他相類之物,不能安全駕駛動力交通工具而駕駛者, 處一年以下有期徒刑、拘役或三萬元以下罰金,刑法第一百 八十五條之三亦有明文規定。而有期徒刑最低度為二月,且 累犯,應加重其刑至二分之一,復有期徒刑加減者,其最高 度及最低度同加減之,刑法第三十三條第三款、第四十七條 復定有明文。二、本件被告某甲前因傷害案件,經台灣南投 地方法院判處有期徒刑三月確定,於民國九十三年十月八日 執行完畢, 詎猶不知悔改, 於九十五年二月四日上午十時許 至十二時許,在南投縣草屯鎮○○里○○路ХХХ號居處內 飲用米酒一瓶後,已不能安全駕駛動力交通工具,竟仍騎乘 車牌號碼 () ○○ - X X X 號重型機車, 嗣於同日十四時二十 分許,行經南投縣草屯鎮縣投八線一·三公里處時,因不勝 酒力,騎車滑倒,經警到場處理,並檢測其呼氣中所含酒精 濃度為每公升一·三七毫克,始知上情。經檢察官以九十五 年度偵字第XXX號聲請簡易判決處刑,並經台灣南投地方法院南投簡易庭於九十五年四月十三日以九十五年度投交簡字第XXX號以某甲不能安全駕駛動力交通工具罪,犯,處有期徒刑二月,如易科罰金,以參佰元折算壹日,並於九十五年五月八日確定在案,有被告之刑案資料查註紀錄表及該案判決書在卷可稽。三、本件被告係觸犯刑法第一百八十五條之三之罪,查刑法第一百八十五條之三之罪,查刑法第一百八十五條之三之罪,確定刑為一年以下有期徒刑、拘役或三萬元以下罰金,原確定判決既認被告應科處有期徒刑之刑並應成立累犯,則依法應加重其刑至二分之一,乃竟未依法就刑法第一百八十五條之三關於有期徒刑法定刑之最低度加重,僅處以法定最低度有期徒刑貳月,揆諸首開說明,自屬違背法令。四、爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴,以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十五年度台非字第二()五號

上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告公共危險案件,對於台灣南投地方法院中華民國九十五年四月十三日第一審確定簡易判決,認為違背法令,提起非常上訴,本院判決如下:

主 文

原判決關於違背法令部分撤銷。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按有期徒刑除有減輕情形外,為二月以上,十五年以下,刑法第三十三條第三款定有明文。原確定判決認定被告某甲犯刑法第一百八十五條之三之服用酒類不能安全駕駛動力交通工具而駕駛罪,並因被告為累犯而加重其刑,既未認定有減輕本刑之原因,即應在超過二月以上之範圍內處斷,乃竟諭知有期徒刑貳月,如易科罰金以參佰元折算壹日,顯屬與法有違。上訴人於判決確定後,認為違背法令,提起非常上訴,洵屬正當,惟原判決尚非不利於被告,自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

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前 段,判決如主文。

中華民國九十五年八月二十五日

【第十三案】

一、關係條文

刑 法 第38條第1項第2款。

刑事訴訟法 第378條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴訟法 第三百七十八條定有明文。查本件原判決以被告某甲基於意 圖為自己不法所有之概括犯意,於原判決附表所示時間,攜 帶其所有客觀上足供兇器使用之破壞剪、油壓剪、斧頭、鐵 管及大型扳手等工具,至如該附表所示地點,先以鐵管插入 電線桿孔藉以攀爬至電線桿頂端後,再持上開破壞剪、油壓 剪、斧頭或大型扳手剪斷電纜線,以此方式連續竊取臺灣電 力公司所有之 PVC22 平方風雨線多次。其中,如該附表編 號五、六、九、十所示之犯行,係由某甲與有概括犯意聯絡 之被告某乙共同為之,其分工方式為推由某甲以同上開方式 攀爬至電線桿頂端並剪斷電纜線後,由某乙在地面上把風並 負責收線。俟得手後,某甲或單獨一人,或與某乙共同持上 開竊得之電纜線至人煙稀少之處所,以噴火燈燃火焚燒竊得 電纜線之絕緣外皮以擷取銅線,變賣予不知情之黃某所經營 之廢棄物回收企業行,得款則單獨或兩人平分花用,因論處 被告等共同連續攜帶兇器竊盜電線罪刑,雖非無見。惟扣案 之噴火燈既係被告等於竊得電纜線後,用以焚燒竊得電纜線 之絕緣外皮以擷取銅線變賣者,足見被告等以噴火燈燃燒電 纜線外皮之行為,乃係渠等於竊盜既遂後處分贓物之後續行 為,是該噴火燈顯非(漏載供)被告等竊盜所用之物。乃原 判決竟以該噴火燈為被告某甲所有供犯罪所用之物,依刑法 第三十八條第一項第二款之規定,併予宣告沒收,自有證據 上理由矛盾及適用法則不當之違法。又扣案之破壞剪,據原 判決事實認定,係警察於九十四年(民國)十二月十七日凌 晨一時十五分許,搜索某甲之自小客車時,在該車駕駛座下 方查獲,從而某甲與某乙共同於九十四年十二月二十日晚上 十一時許、同年月二十二日晚上十一時許、同年月二十四日 晚上十一時許,先後在高雄縣路竹鄉○○路三二七巷水利高 分十右分四-分六電線桿、復興路立大高分三三-三五電線 桿、中山路一七 () 巷大坵園高分三三電線桿 - A 3、中山路 一七 () 巷大坵園高分五六佐五電線桿A 3 - A 8 等處竊取 臺電公司電纜線,即如該附表編號五、六、九、十所示之犯 行時,應未使用該破壞剪,易言之,以破壞剪剪斷電纜線之 行為純係被告某甲單獨犯時所為,(贅載不在)其與被告某 乙共同竊盜時,並未使用該破壞剪。 詎原判決竟仍於主文中 一併對某乙諭(誤載為論)知沒收破壞剪,顯有認定事實與 卷內資料不符及判決主文與事實理由矛盾之違背法令。爰依 刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上 訴,以資糾正。

三、附録

最高法院刑事判決

九十六年度台非字第四三號

上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長 被 告 某甲 某乙

上列上訴人因被告等竊盜案件,對於臺灣高雄地方法院中華 民國九十五年四月二十四日第一審確定判決,認為部分違 法,提起非常上訴,本院判決如下:

主文

原判決關於諭知某甲、某乙噴火燈壹支沒收及某乙破壞剪壹 支沒收等部分均撤銷。

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,為違背法令,為刑事訴訟法第三百七十八條所明定。又刑法第三十八條第一項第二款所定得沒收之供犯罪所用或供犯罪預備之物,必於犯罪有直接關係者,始屬相當。如於犯罪無直接關係,僅係供間接使用者,即難依上開法條規定宣告沒收。而非常上訴審,應以原判決確認之事實為基礎,以判斷其適用法律有無違誤。依原判決事實認定:「某甲基於意圖為自己不法所有之概括犯意,於原判決附表所示時間,攜帶其所有客觀上足供兇器使用之破壞剪、油壓剪、斧頭、鐵管及大型扳手等工具,至如該附表所示地點,先以鐵管插入電線桿孔藉以攀爬至電線桿頂端後,再持上開破壞剪、油壓剪、斧頭或大型扳手剪斷電纜線,以此方式連續竊取臺灣電力公司(下稱臺電公司)所有之 PVC22 平方風雨線多次。其中,如該附表編號五、六、九、十所示之犯行,係由某甲與有概括犯意聯絡

之被告某乙共同為之,其分工方式為推由某甲以同上開方式 攀爬至電線桿頂端並剪斷電纜線後,由某乙在地面上把風並 負責收線。俟得手後,某甲或單獨一人,或與某乙共同持上 開竊得之電纜線至人煙稀少之處所,以噴火燈燃火焚燒竊得 電纜線之絕緣外皮以擷取銅線,變賣予不知情之黃某所經營 之廢棄物回收企業行,得款則單獨或兩人平分花用」,則扣 案之噴火燈一支,顯係被告等竊得電纜線後,供焚燒竊得之 電纜線絕緣外皮以擷取銅線變賣所用之物,被告等以噴火燈 燃燒電纜線外皮,乃渠等竊盜既遂後處分贓物之行為,使用 該支噴火燈與被告等所犯之竊盜罪,並無直接關係,自非供 被告等犯竊盜罪所用之物。乃原判決竟以該噴火燈為某甲所 有供犯罪所用之物,於諭知被告等罪刑時,併依刑法第三十 八條第一項第二款規定宣告沒收,自有判決適用法則不當之 違法。再依原判決事實認定,某甲、某乙係於九十四年十二 月二十日晚上十一時許、同年月二十二日晚上十一時許、同 年月二十四日晚上十一時許,先後在高雄縣路竹鄉共同行竊 臺電公司之電纜線四次;某甲其餘竊盜犯行,某乙並未參 與。而扣案之破壞剪,依原判決事實認定,乃警方於某乙與 某乙共同行竊前之九十四年十二月十七日上午一時十五分 許,在某甲之自用小客車駕駛座下方查獲;則某甲與某乙共 同行竊時,顯未使用該支破壞剪; 詎原判決於諭知某乙罪刑 時,竟併宣告該支破壞剪沒收,有判決理由矛盾之違背法 令。非常上訴執以指摘,為有理由。案經確定,且於被告等 不利,應由本院將原判決關於諭知某甲、某乙噴火燈一支沒 收及某乙破壞剪一支沒收等部分均撤銷,以資糾正。又原判

決上開違背法令部分既經撤銷,即具改判性質,本院無庸再 另行判決;至於原判決主刑及其他部分,非常上訴意旨並未 指摘,自非本件非常上訴審所得審究,併為指明。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款, 判決如主文。

中華民國九十六年三月十五日

【第十四案】

一、關係條文

刑 法 第 38 條第 1 項第 3 款。 刑 事 訴 訟 法 第 378 條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又因犯罪所得之物,依刑法第三十八條第三項前段之規定,以屬於犯人者為限,始得沒收。則其物非屬於被告,而第三人又得對之主張權利者,自不得沒收。查本件原判決以被告二人因共犯常業竊盜罪,為警在台中縣鄉○○村○○路XX號其住處查扣之張某、吳某帳戶之存摺各一本、提款卡各一張、磨平之起子二支等物及恐財所得之贓款新台幣(下同)九千元,係被告A所有,雖財所得之贓款新台幣(下同)九千元,係被告A所有,雖財所得之贓款新台幣(下同)九千元,係被告A所有,雖財所得之贓款新台幣(下同)九千元,係被告A所有,雖財所得之贓款新台幣(下同)九千元,係被告入明有追問之六千元,業於查獲後由被害人犯罪所用,及因犯罪所得,均予宣告沒收,對方宣告沒收,對方適用法則不管之違背法令。爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴,以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十六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

上列上訴人因被告等常業竊盜案件,對於台灣高等法院台中 分院中華民國九十三年三月四日第二審確定判決,認為部分 違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主 文

原審及第一審關於某甲部分之判決暨原判決關於某乙罪刑部分所諭知超過新台幣參仟元沒收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。而修正前刑法第三十八條第一項第三款所規定,因犯罪所得之物得沒收者,依同法條第三項前段規定,以屬於犯人者為限,始得沒收之。本件原判決認定警員扣得之九千元,係被告某甲、某乙共同竊取汽車後,以不付款即將汽車解體等言詞,向車主恐嚇所得之錢財。而查被害人B、C已於警詢中陳明該九千元中有六千元為彼二人所匯,並於警詢後分別掣據各領回贓款三千元,本件扣案者亦僅為三千元,並非九千元,有B、C之警詢筆錄及贓物認領保管單二紙,暨扣押物品清單在卷可憑。從而,原來查扣之贓款固為九千元,但已被領回六千元,被告等僅有三千元,該被領回之六千元並非屬被告等所有,自不在刑法第三十八條第一項第三款所規定得沒收之列。乃原判決竟

以該九千元均為被告等因犯罪所得之物,維持第一審關於某 甲部分所諭知沒收九千元即包括已被領回之六千元部分之 判決;另撤銷第一審關於某乙部分之判決,仍依修正前刑法 第三十八條第一項第三款規定宣告沒收九千元,顯有判決適 用法則不當之違法。案經確定,且不利於被告等,非常上訴 意旨執以指摘,洵有理由,應由本院將原審及第一審關於某 甲部分之判決暨原判決關於某乙罪刑部分所諭知超過三千 元之沒收部分均撤銷,以資糾正。又本院既將違法諭知沒收 之部分撤銷,已具有改判性質,其救濟目的已達,即不發生 另行判決之問題。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款, 判決如主文。

中華民國九十六年五月十日

【第十五案】

一、關係條文

刑 法 第 40 條、第 38 條第 1 項第 2 款。 兒童及少年性交易防制條例 第 29 條。 刑 事 訴 訟 法 第 378 條。

二、非常上訴理由

按刑法第三十八條第一項第二款規定供犯罪所用或供犯罪 預備之物,以屬於犯人者為限,始得沒收之;而此得沒收之 供犯罪所用或供犯罪預備之物,必於犯罪有直接關係者,始 屬相當(最高法院五十年度台非字第一三號判例參照)。故 如於犯罪無直接關係,僅事後使用者,即不包含在內。本件 確定判決認被告係犯兒童及少年性交易防制條例第二十九 條之罪,並就查扣之行動電話一支,認係被告所有且供犯罪 預備之物,予以補充判決宣告沒收。惟查兒童及少年性交易 防制條例第二十九條之罪,以在媒體散布、播送或刊登足以 引誘、媒介、暗示或其他促使人為性交易之訊息者,即已構 成,不以進而有性交易之結果為必要。則依原確定判決認定 之事實,被告以電腦網路刊登足以引誘、暗示人為性交易之 訊息,播送至全省各地,欲與不特定之人從事性交易等情, 其犯罪即已成立(最高法院九十一年度台非字第一三號判決 參照),因之,本件查扣之行動電話一支,與其犯罪之成立 無直接關係,該行動電話一支縱屬被告所有,因與其犯罪之 成立無直接關係,自不得沒收之。乃原確定判決仍予補充判決宣告沒收,即有適用法則不當之違法。次按沒收為從刑之一種,與主刑有從屬關係,依主從刑不可分原則,應於判決時附隨於主刑而宣告。本件確定判決於九十三年二月二十七日判決時僅論以被告主刑有期徒刑五月,扣案之行動電話一支宋宣告沒收,於九十三年四月十二日補充判決時,又單獨宣告扣案之行動電話一支沒收,顯與修正前刑法第四十條之規定有違,亦有判決適用法則不當之違法。案經確定,爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴,以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十六年度台非字第一五號 上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告某甲

上列上訴人因被告違反兒童及少年性交易防制條例案件,對 於台灣南投地方法院中華民國九十三年四月十二日第一審 確定判決認為違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主 文

原判決(民國九十三年四月十二日九十三年度投刑簡字第XX號)撤銷。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按對裁判上可分之罪漏未審判,因其漏判部分之訴訟關

係並未消滅,自可對之補充判決。倘依實質上或裁判上一罪 關係起訴之案件,法院僅受單一訴訟關係之拘束,如審判有 遺漏,因訴訟關係已經消滅,對遺漏部分即無從再予審判。 又關於實體上雙重判決之後一確定判決,為當然無效判決, 雖不生效力,但乃具有形式上之確定力,應以非常上訴救濟 之,並應認該判決當然不利於被告,予以撤銷,不再另行判 决。本件原審法院以民國九十三年二月二十七日對被告某甲 違反兒童及少年性交易防制條例案件之確定判決,漏未就扣 案之 0 9 6 X X X X X 8 9 號行動電話壹支(含 S I M卡壹 張)宣告沒收,乃依台灣南投地方法院檢察署九十三年三月 二十八日請求判決函,於九十三年四月十二日另行判決諭 知:扣案之096XXXXX89號行動電話壹支(含SI M卡壹張)沒收,案經確定,此有上開原審法院九十三年四 月十二日及同年二月二十七日之確定判決(案號均為九十三 年度投刑簡字第XX號)之案卷可稽。查被告某甲違反兒童 及少年性交易防制條例案件,於九十三年二月二十七日原審 法院判決後,其訴訟關係已消滅,縱判決有遺漏未沒收之情 形,亦不得再行判決。本件上開先後二次判決,均為實體判 决, 並非就裁判上可分之數罪分別判決, 而係對單一訴訟關 係之案件,所為之雙重判決,揆之首開說明,應認上開原審 法院九十三年四月十二日之確定判決為當然無效之判決,非 常上訴意旨執以指摘,洵有理由,案經確定且於被告不利, 應由本院將該判決撤銷,以資糾正。又本件非常上訴理由書 之案由中,雖係以原審法院九十三年二月二十七日九十三年 度投刑簡字第 X X 號確定判決為非常上訴之客體,但就其非

常上訴理由內之說明,顯係針對原審法院九十三年四月十二 日九十三年度投刑簡字第XX號之確定判決違背法令,提起 非常上訴(因先後判決案號相同),堪認本件非常上訴理由 書之案由中,「九十三年二月二十七日」為「九十三年四月 十二日」之誤植,合予指明。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項但書,判決如主文。

中華民國九十六年一月二十五日

【第十六案】

一、關係條文

刑 法 第 41 條第 1 項。 刑 事 訴 訟 法 第 378 條。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴 訟法第三百七十八條定有明文。又按刑法部分條文業於民國 九十四年二月二日修正公布,依刑法施行法第十條之一規 定,自九十五年七月一日起施行,而修正後之刑法第四十一 條第一項前段規定:『犯最重本刑為五年以下有期徒刑以下 之刑之罪,而受六個月以下有期徒刑或拘役之宣告者,得以 新台幣一千元、二千元或三千元折算一日,易科罰金。』其 後該規定並未再修正。二、經查:原判決以『某甲前因施用 毒品案件,經本院裁定送觀察、勒戒,認有繼續施用毒品之 傾向,經台灣板橋地方法院以九十二年度毒聲字第 X X X X 號裁定令入戒治處所施以強制戒治一年,嗣因執行強制戒治 六個月以上,認已無繼續強制戒治之必要,而於九十三年八 月九日釋放出所,強制戒治執行完畢,並經台灣板橋地方法 院檢察署檢察官於九十三年十一月二十三日以九十三年度 戒毒偵字第XX號為不起訴處分確定, 詎某甲竟基於施用第 一級毒品海洛因(下稱海洛因)及第二級毒品甲基安非他命 (下稱甲基安非他命)之犯意,於九十五年七月八日凌晨零

時三十分許,在桃園縣桃園市大○○路○段XX巷XX號 『○○汽車旅館』三樓三○八房內,以將海洛因摻入甲基安 非他命,同時置入玻璃球吸食器內,燃燒吸食其煙之方式, 同時施用海洛因及甲基安非他命一次。嗣為警於九十五年七 月八日凌晨一時四十分許在上址查獲,並扣得某甲所有供其 施用毒品使用之海洛因十九包(驗餘淨重 48.69 公克,空包 裝重 17.75 公克) 、甲基安非他命三包(驗餘淨重 1.1452 公克)、玻璃球吸食器一只、夾子一支、藥鏟三支、分裝袋 二十七只、裝置毒品之 CD 盒一個及非某甲所有之注射針筒 二支等物』為由,認定被告犯施用第一級毒品罪。原判決諭 知『某甲施用第一級毒品,處有期徒刑陸月,如易科罰金, 以銀元參佰元即新台幣玖佰元折算壹日。』並經確定,揆諸 首開說明,被告行為時刑法第四十一條既已修正施行,原判 決即應依修正後刑法第四十一條第一項前段規定,以新台幣 (下同)一千元、二千元或三千元折算一日,諭知易科罰金 之標準,竟適用修正前刑法第四十一條之規定,以銀元三百 元即新台幣九百元折算一日為易科罰金之折算標準,顯有適 用法則不當之違背法令情事。案經確定,爰依刑事訴訟法第 四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴,以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十六年度台非字第二六六號 上訴人 最高法院檢察署檢察總長 被 告 某甲 上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件,對於台灣桃園地方法院中華民國九十五年十一月十七日第一審確定判決,認為部分違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主文

原判決關於諭知有期徒刑易科罰金之折算標準違背法令部分撤銷。

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。又刑法部分條文業於九十四 年二月二日修正公布,並自九十五年七月一日起施行,修正 後刑法第四十一條第一項前段係規定:「犯最重本刑為五年 以下有期徒刑以下之刑之罪,而受六個月以下有期徒刑或拘 役之宣告者,得以新台幣一千元、二千元或三千元折算一 日,易科罰金。」該規定迄今並未再有修正。原判決(以宣 示判決筆錄代協商判決書)認定被告某甲前因施用毒品案 件,經法院裁定交付觀察、勒戒及強制戒治,執行完畢釋放 後,五年以內再於九十五年七月八日凌晨零時三十分許,在 桃園縣桃園市○○○路二段ХХ巷ХХ號「○○汽車旅館」 房內,同時施用海洛因及甲基安非他命一次等情,乃依毒品 危害防制條例第十條第一項、第二項及刑法第五十五條、第 四十一條第一項前段等規定,於判決主文諭知被告「施用第 一級毒品,處有期徒刑陸月,如易科罰金,以銀元參佰元即 新台幣玖佰元折算壹日。」(沒收部分之記載從略)。惟被 告於九十五年七月八日凌晨同時施用第一、二級毒品,犯罪

時間已在修正刑法於九十五年七月一日起施行之後,原判決量處被告有期徒刑六月,合於刑法規定得易科罰金,其折算標準自應適用修正後刑法第四十一條第一項前段之規定,在「以新台幣一千元、二千元或三千元折算一日」之法定範圍而為諭知。原判決就其宣告被告有期徒刑六月,竟諭知「如易科罰金,以銀元三百元即新台幣九百元折算一日」,與前揭現行法律規定不合,自顯有判決不適用法則及適用不當之違法。案經確定,非常上訴意旨執以指摘原判決違背法令,洵有理由,惟原判決此部分尚非不利於被告,應由本院將原判決關於諭知有期徒刑易科罰金之折算標準違背法令部分撤銷,以資糾正。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前 段,判決如主文。

中華民國九十六年十月十一日

【第十七案】

一、關係條文

刑 法 第 42 條、第 74 條、第 75 條、第 75

條之1。

勞動檢查法 第34條第2項。

刑事訴訟法 第378條。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又同法第四百五十五條之九第一項前段規定,協商判決,得僅由書記官將主文、犯罪事實善及處罰條文記載於同宣示判決筆錄,以代判決書,故協商程序之宣示判決筆錄,與判決同其效力,如確定後,發現該案件之審判係違背法令者,自得對之提起非常上訴。二、按刑法第四十二條規定之罰金易服勞役,乃換刑處分之一種,係以易服勞役代替罰金之執行。法人係社會之組織體,與自然人有別,事實上不可能以服勞役代替罰金之執行,故刑法第四十二條罰金易服勞役之規定,於法人之本質行,故刑法第四十二條罰金易服勞役之規定,於法人之本質行,故刑法第四十二條罰金易服勞役之規定,於法人之本質不合,不能予以適用,最高法院八十二年度台非字第一七六號著有判決足供參照。又按目前經濟刑法中,對法人僅能為罰金之判決,依刑法第七十五條之規定,以緩刑期內或緩刑期前犯他罪,受有期徒刑以上刑之宣告者始能撤銷緩刑之宣告,茲法人犯罪客觀上不受有期徒刑以上刑之宣告,法院如

諭知法人緩刑,無法對之為撤銷,殊與緩刑制度旨在鼓勵犯人自新之立法原意有違,法人自不得為緩刑之諭知。查本件被告A公司係法人,因違反勞動檢查法經原判決科處罰金新台幣八萬元,雖無不合,然竟依刑法第四十二條第二項之規定,諭知易服勞役以銀元三百元即新台幣九百元折算一日之折算標準。於法人之本質不合,顯屬違法。又其另依刑法第七十四條之規定一併宣告緩刑二年,亦與緩刑制度之立法要旨有違。均有適用法則不當之違誤。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,以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十五年度台非字第一六三號

上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 A公司

代表人某甲

上列上訴人因被告違反勞動檢查法案件,對於台灣台中地方 法院中華民國九十四年十二月二十一日第一審確定判決,認 為部分違背法令,提起非常上訴,本院判決如下:

主文

原判決關於違背法令部分撤銷。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按:<u>判決不適用法則或適用不當,為違背法令,於判決</u>確定後,得提起非常上訴,為刑事訴訟法第三百七十八條、

第四百四十一條所明定。法人所屬人員因執行業務犯罪時, 處罰行為人同時亦對法人科以罰金刑之兩罰規定,法人雖非 犯罪主體,但仍係刑罰宣告之對象,為受罰主體。而我國緩 刑制度,依刑法第七十四條之規定,採刑罰執行猶豫主義, 於有罪判決宣告之同時,得依法對受罰主體,宣告一定期間 之緩刑,在緩刑期間內暫緩刑之執行,俟緩刑期滿,緩刑之 宣告未經撤銷,其刑之宣告即因而失其效力,法人既得為受 罰之主體,自具有受緩刑宣告之適格;又緩刑制度設計之本 旨,除可避免執行短期自由刑之流弊外,主要目的係在獎勵 惡性較輕者使其遷善,則惡性較短期自由刑猶輕之罰金刑, 溯自我國舊刑法修正施行時,即入於得宣告緩刑之列,是法 人雖無有期徒刑之適應性,既得科以罰金,復以刑法緩刑規 定並未排除法人之適用,對法人自非不得宣告緩刑。而經宣 告緩刑後,若有具體事證足認受宣告者並不因此有改過遷善 之意,即不宜給予緩刑之寬典,乃另有撤銷緩刑宣告制度。 至該撤銷緩刑宣告規定之立法是否周延,能否與緩刑宣告之 規定互相呼應,以促使受緩刑宣告者均知所惕勵不致再犯, 乃立法政策問題,非常上訴意旨以法人一旦受緩刑宣告,即 不可能撤銷,執為不得對法人宣告緩刑之立論,實乃本末倒 置,此參諸修正後於民國九十五年七月一日施行之刑法,關 於緩刑宣告之撤銷,除修正原第七十五條必要撤銷之規定 外,並增訂第七十五條之一得裁量撤銷之規定,則經宣告緩 刑之法人,倘有第七十五條之一第一項第四款情形,已得撤 銷其緩刑之宣告,以彌補原有規定之不足,其理至明,此部 分非常上訴意旨容有誤會。復按刑法第四十二條規定之罰金

易服勞役,乃換刑處分之一種,係以服勞役代替罰金之執行。法人為社會組織體,與自然人有別,事實上無法服勞役以代替罰金之執行,故刑法第四十二條易服勞役之規定,與法人本質不合,不能予以適用。本件被告A公司係法人,因違反勞動檢查法,經原判決依同法第三十四條第二項之規定,處以罰金新台幣八萬元,並諭知緩刑,依上揭說明,此部分固無違背法令之可言。然原判決竟對事實上無法服勞役之被告公司,併依裁判時刑法第四十二條第二項,諭知如易服勞役以銀元三百元即新台幣九百元折算一日,顯有適用法則不當之違法。案經確定,非常上訴意旨指摘此部分違法,洵有理由,惟此部分諭知易服勞役,與法人本質不合,客觀上無從執行,尚非不利於被告公司,應由本院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,判決如主文。

中華民國九十五年七月二十日

【第十八案】

一、關係條文

刑 法 第 42 條第 3 項(修正後)、第 42 條第 2 項(修正前)、第 2 條第 1 項、第 51 條。

罰金罰鍰提高標準條例 第 2 條(已廢止)。 刑 事 訴 訟 法 第 378 條。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又行為後法律有變更者,適用行為時之法律。但行為後之法律有利於行為人者,適用最大期法第二條第一項,亦有明文規定。依此規定,比較新舊法何者有利於行為人時,應就罪刑有關之一切情形,比較其全部之結果,應整體適用新法或舊法,不得摘取新舊法中各有利行為人之條文予以割裂混用(最高法院二十四年上字第四六三四號、二十七年上字第二六元號判例參照)。本件原裁定對於刑法第五十一條第五款定應執行有期徒刑部分,認比較後之結果,修正後刑法並非較有利於行為人,而依刑法第二條第一項前段規定,適用修正前刑法第五十一條第五款,定其應執行之刑。然本件原裁定對刑法第五十一條第五款,定其應執行之刑。然本件原裁定對刑法第四十二條第三項關於罰金易服勞役折算標準部分,卻認新法以新台幣(下同)一千元、二千元或三千元折算一日,

對被告較為有利,而依新刑法第二條第一項但書規定,適用 修正後刑法第四十二條第三項。本件原裁定針對刑法第五十 一條第五款及同法第四十二條第三項分別適用修正前、後之 刑法, 揆諸前開判例意旨, 顯屬違法。又本件原裁定割裂適 用修正後刑法第四十二條第三項關於罰金易服勞役折算標 準,認為以一千元、二千元或三千元折算一日,較之舊刑法 第四十二條第二項規定以銀元一元以上三元以下(按:業經 提高為一百倍)折算一日,比較結果,新法對被告有利,卻 忽略本件被告併科罰金高達十九萬元,依新舊法折算罰金總 額,均逾六個月之日數,而易服勞役期間,修正前最長為六 個月之日數,修正後,將易服勞役之期間提高為一年,本件 被告依修正後刑法,則易服勞役天數高達一百九十天,折算 結果逾六個月之日數,則舊法對於行為人應較有利。本件原 裁定疏未依刑法第二條第一項適用最有利行為人之舊法諭 知易服勞役折算標準,自有判決適用法則不當之違法。二、 案經確定,爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三 係提起非常上訴,以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判决 九十六年度台非字第一〇二號 上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長 被 告 某甲

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例等罪案件,對於台灣高等法院中華民國九十五年八月二十一日定其應執行刑之確定裁定,認為違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主文

原裁定關於罰金易服勞役折算標準部分撤銷。 某甲所併科罰金新台幣拾玖萬元,如易服勞役,以罰金總額 與陸個月之日數比例折算。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴 訟法第三百七十八條定有明文。又刑法第二條第一項所規 定,關於新舊法比較適用,係指被告行為後法律有變更,而 其所涉犯之案件,法院尚未為裁判者而言,如法院已裁判確 定,即無其適用,此觀該法條之規定自明。因此,數罪併罰, 有二裁判以上,而依刑法第五十一條之規定定其應執行刑 時,除裁判確定前犯數罪,其中一罪在新法施行前者外,如 各罪於法律變更前均已判決確定,而於法律變更後始合併定 執行刑時,即應依原確定裁判時所適用之法律定其應執行 刑。如均有易科罰金或易服勞役之情形者,合併定執行刑 後,關於易科罰金、易服勞役亦應依原確定裁判所諭知之標 準折算,並不生新舊法比較適用問題。本件原裁定以被告某 甲於裁判確定前,犯有原裁定附表所示之施用第一級毒品等 四罪,分別經判決確定,因而依檢察官之聲請定其應執行之 刑,諭知「某甲因犯如(原裁定)附表所示各罪所處之刑, 應執行有期徒刑七年,併科罰金新台幣十九萬元,罰金如易 服勞役,以新台幣一千元折算一日」。惟查刑法雖於九十四 年二月二日修正公布,並自九十五年七月一日起施行。然依 原裁定附表之記載,被告所犯之施用第一級毒品等四罪,分

別係於九十二年十二月二十五日、九十二年十二月二十五 日、九十四年八月十二日、九十五年五月十二日判決確定, 均係在刑法修正公布施行前確定,依上開說明,關於定其應 執行刑及諭知罰金易服勞役折算標準時,即應依原確定判決 所適用之法律為之,並無刑法第二條第一項之適用。故被告 所併科罰金新台幣十九萬元,其易服勞役折算標準部分,自 應依原確定判決所適用之法律,即修正前刑法第四十二條第 三項、九十五年四月二十八日修正公布同年七月一日施行前 之罰金罰鍰提高標準條例第二條,諭知「罰金如易服勞役, 以罰金總額與六個月之日數比例折算」,方為適法。乃原判 决關於此部分,竟依刑法第二條第一項之規定,比較新舊法 之適用,認修正後刑法第四十二條第三項關於易服勞役折算 標準,以新台幣一千元、二千元或三千元折算一日,較修正 前刑法第四十二條第二項之規定有利於被告,因而適用新法 諭知「罰金如易服勞役,以新台幣一千元折算一日」,且其 易服勞役折算之日數達一百九十日,反較適用舊法以罰金總 額與六個月之日數比例折算為多,顯有適用法則不當之違背 法令。本件係定應執行刑之裁定,與科刑判決具有同等效 力,自得提起非常上訴。案經確定,且不利於被告,非常上 訴意旨,就此部分執以指摘,為有理由。爰將原裁定關於諭 知罰金易服勞役折算標準部分撤銷,另行判決如主文第二項 所示,以資糾正。末查原裁定關於有期徒刑定應執行刑部 分,亦就修正前與修正後刑法第五十一條第五款之規定為比 較適用,而依修正前即原確定判決所適用之規定為之。雖其 有關新舊法比較適用之論述,屬於贅述而有欠允當,但因其

適用修正前之規定為之,並無違誤,顯然於裁定結果無影響,依刑事訴訟法第三百八十條規定之意旨,亦不得執為非常上訴之理由,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、 修正前刑法第四十二條第三項、修正前罰金罰款提高標準條 例第二條,判決如主文。

中華民國九十六年五月十七日

【第十九案】

一、關係條文

刑 法 第 48 條但書、前段。

刑事訴訟法 第378條。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴 訟法第三百七十八條定有明文。又按裁判確定後發覺為累犯 者,應依刑法第四十七條之規定更定其刑,此固為刑法第四 十八條前段所明定,惟依同條但書規定:『但刑之執行完畢 或赦免後發覺者,不在此限』。是如刑罰執行完畢,始發覺 為累犯者,即不得更定其刑至明。二、查本件受刑人某甲因 公共危險案件,於九十六年十二月十七日經台灣台南地方法 院以九十六年度交簡字第XX號簡易判決處拘役五十五 日,如易科罰金,以新台幣一千元折算一日,並於九十七年 一月二十九日確定,經送台灣台南地方法院檢察署分九十七 年度執字第XX號執行,受刑人已於九十七年五月十三日繳 清全部易科罰金金額而執行完畢在案,以上有台灣台南地方 法院九十六年度交簡字第XX號刑事案卷、台灣台南地方法 院檢察署九十七年度執字第一XX號執行案卷可稽。而本件 執行檢察官係於同年五月二十九日始以裁判確定後發覺為 累犯之理由,聲請更定其刑,台灣台南地方法院不察,仍於 九十七年七月十七日以九十七年度聲字第 X X 號裁定,更定 其刑為拘役七十日,案經受刑人以已繳清罰金為由,並檢附繳款收據提起抗告,台灣高等法院台南分院疏未注意,竟於九十七年八月二十七日為駁回受刑人抗告之第二審裁定,揆諸首開說明,本件原確定裁定顯有判決適用法則不當之違法。案經確定,爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴,以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十七年度台非字第五五四號

上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告公共危險案件,對於台灣高等法院台南分院中華民國九十七年八月二十七日第二審確定裁定,認為違背法令,提起非常上訴,本院判決如下:

主 文

原裁定及第一審裁定均撤銷。

檢察官之聲請駁回。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按:裁判確定後發覺為累犯者,應依刑法第四十七條規定更定其刑,固為刑法第四十八條前段所明定,然同條但書規定:「但刑之執行完畢或赦免後發覺者,不在此限。」是如刑罰已經執行完畢,始發覺為累犯,即不得更定其刑。本件被告某甲於民國八十四年間因犯偽造署押罪,經台灣台北地方法院判處有期徒刑四月確定,業於九十三年三月十八日

執行完畢,復於五年內即九十六年九月二十一日故意再犯公 共危險(服用酒類,不能安全駕駛動力交通工具而駕駛)罪, 經台灣台南地方法院(下稱台南地院)於九十六年十二月十 七日以九十六年度交簡字第XX號簡易判決處拘役五十五 日,如易科罰金以新台幣一千元折算一日,嗣確定送執行, 於九十七年五月十三日易刑執行完畢,有上揭各訴訟資料在 案可徵。詎檢察官於同年月二十九日以裁判確定後發覺為累 犯為由,聲請台南地院就上揭公共危險罪更定其刑,該院不 察,於同年七月十七日以九十七年度聲字第XX號裁定更定 其刑為拘役七十日,被告檢附其易科罰金,已先於同年五月 十三日全部執行完畢之收據,提起抗告,原審仍未察,駁回 其抗告確定,亦有上揭各訴訟資料存卷可稽。顯係就已經執 行完畢、不得更正其刑之案件,誤予更定其刑,而有適用法 則不當之違法。案經確定,且不利於被告,非常上訴意旨執 以指摘, 洵有理由, 應由本院將原裁定及第一審裁定均予撤 銷,改判如主文第二項所示,以資救濟。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款, 判決如主文。

中華民國九十七年十二月十一日

【第二十案】

一、關係條文

刑 法 第 53 條、第 50 條。 中華民國九十六年罪犯減刑條例 第 2 條第 1 項。 刑 事 訴 訟 法 第 378 條。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴 訟法第三百七十八條定有明文;定應執行刑之裁定,與科刑 判決有同等效力,其確定裁定違背法令,自得提起非常上 訴。次按數罪併罰之案件,其各罪判決均係宣告刑,而非執 行刑,縱另各案中一部分犯罪之宣告刑在形式上已經執行, 應依法聲請犯罪事實最後判決之法院裁定,然後再依所裁定 之執行刑,換發指揮書併合執行,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,在所裁定之執行刑 尚未執行完畢前,各案之宣告刑不發生執行完畢之問題(最 高法院九十年度台非字第三四○號、最高法院九十五年度台 非字第三二〇號判決可資參照)。經查本件被告即受刑人某 甲所犯附表編號1、2之案件,係在編號3之案件判決確定 前所犯,三罪係屬數罪併罰之案件,依刑法第五十條之規 定,應由台灣台南地方法院檢察署向法院聲請定其應執行之 刑,雖其中二罪業已於民國九十六年二月十二日執行完畢, 然依上述說明,在所裁定之執行刑尚未執行完畢前,各案之

宣告刑不發生執行完畢之問題, 詎原裁定竟以受刑人其中所犯其中二罪, 既於九十六年二月十二日執行完畢, 則非屬中華民國九十六年罪犯減刑條例第八條第一項規定得以減刑之範圍, 故就其所犯如附表編號1、2所列之罪, 不得減刑與定應執行刑, 其裁定自屬違背法令。二、案經確定, 且對被告不利, 爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴, 以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十七年度台非字第三六四號 上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長 被 告 某甲

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例等罪案件,對於台灣台南地方法院中華民國九十六年十月三十一日駁回檢察官聲請減刑及定應執行刑之第一審確定裁定,認為部分違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主文

原裁定關於駁回檢察官之聲請部分撤銷。

某甲所犯附表編號1所示之罪,減為有期徒刑壹月又拾伍日,如易科罰金,以銀元參佰元即新台幣玖佰元折算壹日;附表編號2所示之罪,減為有期徒刑肆月又拾伍日,如易科罰金,以銀元參佰元即新台幣玖佰元折算壹日;並與附表編號3所示之罪經原裁定減得之有期徒刑貳月,應執行有期徒刑陸月,如易科罰金,以銀元參佰元即新台幣玖佰元折算壹日。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴 訟法第三百七十八條定有明文。而提起非常上訴,固應對於 違法之確定判決為之,但減刑及定執行刑之裁定,具有實體 判決同一之效力,於裁定確定後,認為違法,得對之提起非 常上訴。又數罪併罰案件之執行,以法院所定應執行之刑執 行期滿,為執行完畢之時;若其中一罪之徒刑或拘役先執行 期滿,法院始依檢察官聲請裁定定數罪應執行之刑確定,其 在裁定前已先執行之罪,因嗣後合併他罪定應執行刑結果, 檢察官所換發之執行指揮書,係執行定應執行刑之裁定,其 之前已執行之刑期部分,僅應予以扣除,不能認已執行完 畢。本件被告某甲前所犯如附表編號1所示之罪,犯罪日期 為民國九十四年四月二十六日,經台灣台南地方法院以九十 四年度簡字第XXXX號判處有期徒刑三月,於九十五年一 月九日判決確定,如附表編號2之罪,犯罪日期為九十三年 七月至九十四年十月十九日,經同院以九十四年度訴字第X XXX 號判處有期徒刑九月,於九十五年一月二十三日判決 確定,上開二罪並於九十六年二月十二日執行期滿,如附表 編號 3 之罪,犯罪日期為九十四年四月十八日,經同院以九 十六年度簡字第XXXX號判處有期徒刑四月,於九十六年 六月十四日判決確定,因上開三案均在九十五年一月九日裁 判確定前所犯,合於數罪併罰之規定,且三罪之犯罪時間, 均在九十六年四月二十四日前,亦符合中華民國九十六年罪 犯減刑條例第二條第一項之規定,故檢察官聲請予以減刑及

定應執行之刑。依首揭說明,被告所犯如附表編號1、2所示之罪,形式上雖先執行期滿,但因與所犯尚未執行之如附表編號3之罪,合於數罪併罰之規定,即應定其應執行之刑,其前已執行部分,僅應在應執行之刑中扣除,而不能認已執行完畢,原審未察,誤認被告所犯如附表編號1、2所示之罪,已經執行完畢,不符合上開減刑條例第八條第一項之規定,而駁回檢察官就該二罪減刑及本件定其應執行刑之聲請,自有判決適用法則不當之違法。案經確定,且於被告不利,非常上訴意旨執以指摘,洵有理由,應由本院將原裁定關於違背法令即駁回檢察官之聲請部分撤銷,就附表編號2所示之罪,依法減為有期徒刑壹月又拾伍日,附表編號2所示之罪,依法減為有期徒刑量月又拾伍日,並均諭知易科罰金之折算標準,再與附表編號3所示之罪經原裁定減得之有期徒刑二月,定其應執行之刑,併諭知易科罰金之折算標準如主文第二項所示,以資救濟。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款,中華民國九十六年罪犯減刑條例第二條第一項第三款、第八條第一項、第十條第一項,修正前刑法第四十一條第一項前段、第五十一條第五款,修正前罰金罰鍰提高標準條例第二條,現行法規所定貨幣單位折算新台幣條例第二條,判決如主文。

中華民國九十七年八月七日

【第二十一案】

一、關係條文

刑 法 第 51 條。 刑 事 訴 訟 法 第 378 條。

二、非常上訴理由

按數罪併罰有二裁判以上者,固得依刑法第五十一條之規定 定其應執行之刑,但須以裁判確定前為前提。倘若被告先後 犯甲、乙、丙三罪,而甲罪係在乙罪裁判確定前所犯,甲、 乙兩罪均經判決確定,並已裁定定其應執行之刑,則丙罪雖 在乙罪裁判確定前所犯,但因其在甲罪裁判確定之後,且乙 罪既已與甲罪合併定其應執行刑,則丙罪即不得再與乙罪重 複定其應執行之刑,只能單獨執行,有鈞院七十二年台非字 第四七號判例可參。查本件被告前於民國八十七年間犯藏匿 人犯罪,經台灣台中地方法院八十七年度訴字第XX號判處 有期徒刑四月確定,又於八十六年間犯偽造有價證券罪,經 台灣高等法院台中分院八十八年度上訴字第XX號判處有 期徒刑三年二月確定,另於八十七年間違反商業會計法,經 台灣台中地方法院九十四年度重訴緝字第XX號判處有期 徒刑九月確定,嗣經台灣台中地方法院九十四年度聲字第X X號裁定,定其應執行之刑為有期徒刑四年二月,此有台灣 台中地方法院檢察署刑案資料查註紀錄表及九十六年度執 更字第XX號執行卷宗可參·本件裁定其中違反商業會計法 部分,既曾經法院裁定與他罪定其應執行刑,依前開判例說明,自不得再與本件台灣台中地方法院九十四年度訴字第X X號、台灣苗栗地方法院九十四年度易字第XX號偽造文書 罪各判處有期徒刑五月兩部分,重複定其應執行之刑,乃原 裁定竟予合併定其應執行之刑,自有適用法則不當之違法。 爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常 上訴,以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十六年度台非字第七九號

上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因偽造文書案件,對於台灣台中地方法院中華民國九十五年十二月八日第一審數罪併罰定執行刑確定裁定,認為違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主 文

原裁定撤銷。

某甲因偽造文書等罪,所處如附表三所示之刑,應執行有期徒刑捌月,如易科罰金以新台幣玖百元折算壹日。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按數罪併罰有二裁判以上者,固得依刑法第五十一條之 規定定其應執行之刑,但須以裁判確定前為前提。倘若被告 先後犯甲、乙、丙三罪,而甲罪係在乙罪裁判確定前所犯, 甲、乙兩罪均經判決確定,並已裁定定其應執行之刑,則丙

罪雖在乙罪裁判確定前所犯,但因其在甲罪裁判確定之後, 且乙罪既已與甲罪合併定其應執行刑,則丙罪即不得再與乙 罪重複定其應執行之刑,祇能單獨執行,本院七十二年台非 字第四七號著有判例。查本件被告某甲前於民國八十七年間 犯藏匿人犯罪,經台灣台中地方法院(下稱台中地院)八十 七年度訴字第 X X 號判處有期徒刑四月確定,又於八十六年 間犯偽造有價證券罪,經台灣高等法院台中分院(下稱台中 高分院)八十八年度上訴字第XX號判處有期徒刑三年二月 確定,另於八十七年間違反商業會計法,經台中地院九十四 年度重訴緝字第XX號判處有期徒刑九月確定,嗣經台中地 院九十四年度聲字第 X X 號裁定, 定其應執行之刑為有期徒 刑四年二月,此有台灣台中地方法院檢察署(下稱台中地檢) 刑案資料查註紀錄表及九十六年度執更字第XX號執行卷 宗可參。本件裁定其中違反商業會計法部分,既曾經法院裁 定與他罪定其應執行刑,揆之上開判例意旨,自不得再與本 件台中地院九十四年度訴字第XX號、台灣苗栗地方法院 (下稱苗栗地院)九十四年度易字第XX號偽造文書罪各判 處有期徒刑五月兩部分,重複定其應執行之刑,乃原裁定對 上開違反商業會計法部分,未於理由內加以指駁及說明,竟 予合併定其應執行之刑,自有適用法則不當之違法,而此項 裁定與確定判決有同一之效力,上訴人提起非常上訴執以指 摘, 洵有理由。案經確定, 且對被告不利, 應由本院將原裁 定撤銷改判,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、刑法第二條第一項前段、刑法施行法第三條之一、修正

前刑法第四十一條第一項前段、第二項、第五十一條第五 款、修正前罰金罰鍰提高標準條例第二條、現行法規定所訂 貨幣單位折算新台幣條例第二條,判決如主文。

中華民國九十六年四月十九日

【第二十二案】

一、關係條文

刑 法 第53條。

刑 事 訴 訟 法 第 477 條第 1 項、第 456 條、第 378

條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴訟法 第三百七十八條定有明文。又定執行刑之裁定,與科刑之確 定判決有同一效力,如有違法,得依非常上訴程序加以糾 正。次按刑法第五十三條所謂數罪併罰有二裁判以上者,依 第五十一條之規定,定其應執行之刑,係指二以上之確定裁 判,定其應執行之刑而言(司法院三十六年院解字第三四**(**) 二號解釋、最高法院四十五年台非字第六六號判例參照)。 亦即, 數罪併罰之二以上裁判, 必須皆告確定者, 始得依刑 事訴訟法第四百七十七條第一項之規定聲請法院以裁定定 其應執行之刑。查本件被告某甲被訴竊盜案件,經台灣台中 地方法院於九十五年三月十日以九十四年度訴字第XX號 刑事判決判處有期徒刑八月,被告不服提起上訴,經台灣高 等法院台中分院於同年七月二十六日以九十五年度上訴字 第 X X 號刑事判決無罪確定在案,有上開一、二審判決在卷 足稽。惟台灣台中地方法院誤認該被告被訴竊盜所處有期徒 刑八月部分已經確定,於同年四月二十八日以中院慶刑愛九 十四訴XX字第XX號函移送台灣台中地方法院檢察署先予執行,並經該署將上開竊盜部分所處有期徒刑八月與台灣高等法院高雄分院九十三年度上訴字第XXX號刑事判決所處妨害自由有期徒刑一年八月部分,聲請台灣台中地方法院合併定其應執行之刑,該法院亦疏未注意上開竊盜所處有期徒刑八月尚未確定,而於同年六月二十日以九十五年度聲字第XX號刑事裁定其應執行有期徒刑二年二月確定。顯有對尚未確定之裁判定其應執行刑,揆之首開說明,即有適用法則不當之違誤。案經確定且於被告不利,爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條規定提起非常上訴,以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十五年度台非字第二九 () 號上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告竊盜等罪案件,對於台灣台中地方法院中華民國九十五年六月二十日定應執行刑之確定裁定,認為違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主 文

原裁定撤銷。

檢察官之聲請駁回。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按:定應執行刑之裁定,亦屬適用刑罰之裁判,其效力 與科刑之判決無異,如裁定確定後,發現其係違背法令者, 自應視同判決,得提起非常上訴。又裁判於確定後執行之, 故數罪併罰,有二裁判以上者,必須於數裁判均已確定後, 該管檢察官始得聲請管轄法院定其應執行之刑,倘檢察官對 尚未確定之裁判聲請定應執行之刑,法院即應為駁回聲請之 裁定,此觀刑事訴訟法第四百五十六條前段、第四百七十七 條第一項及刑法第五十三條之規定自明。本件台灣台中地方 法院檢察署檢察官九十五年度執聲字第XX號聲請書略 稱:被告某甲因犯原裁定附表所示妨害自由及竊盜等罪,分 別經台灣高等法院高雄分院及原裁定之台灣台中地方法院 判處徒刑確定(均詳如該附表所示),爰聲請原法院裁定定 應執行之刑。經查被告所犯上開竊盜罪部分,原裁定法院判 處有期徒刑八月後,被告不服提起上訴,業經台灣高等法院 台中分院以九十五年度上訴字第XX號判決,撤銷原裁定法 院所為第一審科刑之判決,改諭知被告無罪確定,有各該判 决可稽,是原裁定法院所為該科刑判決,並非確定判決。原 法院不察, 逕依檢察官之聲請, 將之與被告另犯之上開妨害 自由罪合併定其應執行刑有期徒刑二年二月,揆諸前揭說 明,自屬違背法令。案經確定,且不利於被告,非常上訴意 旨,執此指摘,洵有理由,應由本院將原裁定撤銷,另為檢 察官聲請駁回之判決,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, 判決如主文。

中華民國九十五年十一月二十三日

【第二十三案】

一、關係條文

刑 法 第 55 條、第 56 條(已刪除)。 毒品危害防制條例 第 4 條第 2 項、第 3 項。 刑 事 訴 訟 法 第 378 條。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用法則不當者,其判決當然為違 背法令,刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又按(民國) 九十五年七月一日起施行之修正刑法,基於一罪一罰,以實 現刑罰公平原則之考量,將包含多數侵害法益行為,但科刑 上僅論以一罪之連續犯及僅成立實質一罪之常業犯規定刪 除。為避免流於嚴苛,原可單獨成罪之多數行為,苟依社會 通念, 認在刑罰上予以單純一罪評價, 始符合刑罰公平原則 者,自應僅總括地論以一罪,然其範圍之認定,須與修法之 意旨相契合。又集合犯係指犯罪構成要件之行為,依其本 質、犯罪目的或社會常態觀之,常具有反覆、繼續為之之特 性,此等反覆實行之行為,於自然意義上雖係數行為,但依 社會通念,法律上應僅為一總括之評價,法律乃將之規定為 一獨立之犯罪類型,而為包括一罪。故犯罪是否包括一罪之 集合犯,客觀上,應斟酌其法律規定文字之本來意涵、實現 該犯罪目的之必要手段、社會生活經驗中該犯罪實行常態及 社會通念等; 主觀上, 則視其是否出於行為人之一次決意,

並秉持刑罰公平原則,加以判斷。二、卷查本件被告某甲經 濟窘迫,起意販賣毒品營利以貼補家用,乃基於販賣第二級 毒品 MDMA(俗稱搖頭丸)、第三級毒品愷他命(俗稱愷他 命) 營利之犯意,自九十六年一月間起至同年五月二十三日 止,在台南市區○路旁,先後以新台幣(下同)一萬五千元、 二萬八千元之對價,向綽號『阿發』之真實姓名年籍不詳之 成年男子販入第二級毒品 MDMA 五十顆、一百顆。並於同時 期,復在台南市市區〇路旁處,另以三萬二千五百元之對 價,向綽號『小強』之真實姓名年籍不詳之成年男子,販入 第三級毒品愷他命五十公克,前後共計五次。另自九十六年 四月間起,至同年五月二十三日止,在台南市市區(路旁, 以二萬二千元之對價,向綽號『男的朋友』之真實姓名年籍 不詳之成年男子販入第二級毒品 MDMA 一百顆;以五萬五千 元之對價販入第三級毒品愷他命一百公克。嗣將所購之第二 級毒品 MDMA、第三級毒品愷他命同時攜至台南市地區之 KTV、PUB、飯店或購毒者所約定地點等處,以其所有之行動 電話 098 X X X X 300 號、092 X X X X 39 號為聯絡工具, 而以每顆 MDMA 三五〇元或四〇〇元; 愷他命每包六〇〇元 (重約零點七公克)、八○○元(重約零點九公克)之價格 販售,並賣出第三級毒品愷他命予 A、B、C、D、E、F、G 等人。本件被告意圖營利而販賣毒品之行為,為實現牟利之 犯罪目的,依吾人之生活經驗,其犯罪之實行,固以反覆、 繼續為常態,然其販賣之時間,自九十六年一月間起,迄同 年五月二十三日止,長達近四月;販賣地點在台南市多處地 方;販賣之對象則包括 A 等七人,此類綿延數月,異時、異

地且異其對象之販賣毒品行為,依社會通念,殊難認以評價為一罪為適當,自不得認係集合犯及想像競合犯僅成立包括一罪。乃原判決竟認被告應係本於一販賣毒品之犯意,反覆實施販賣第二級毒品 MDMA、第三級毒品愷他命之犯行,其所為應屬以一行為觸犯毒品危害防制條例第四條第二項販賣第二級毒品之二罪罪名,應依刑法第五十五條想像競合犯之規定,僅論以較重之毒品危害防制條例第四條第二項販賣第二級毒品罪,揆諸首揭說明,原判決顯有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 九十七年度台非字第三二四號 上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件,對於台灣台 南地方法院中華民國九十六年十二月二十六日第一審確定 判決,認為違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主 文

原判決關於違背法令部分撤銷。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按: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。所謂集合犯,乃其犯

罪構成要件中,本就預定有多數同種類之行為將反覆實行, 立法者以此種本質上具有複數行為,反覆實行之犯罪,認為 有包括一罪之性質,因而將此種犯罪歸類為集合犯,特別規 定為一個獨立之犯罪類型,例如營業犯、收集犯、職業犯…… 是。從而集合犯之成立,除行為人主觀上須出於一個決意 外,該自然意義之複數行為,在時、空上並應有反覆實行之 密切關係,依社會通念,客觀上認為以包括之一罪評價較為 合理者,始與立法之意旨相符。又刑法刪除連續犯規定之 前,基於概括之犯意連續多次販賣毒品之行為,實務上向採 連續犯說,惟依刑法第五十六條修正理由之說明,謂「對繼 續犯同一罪名之罪者,均適用連續犯之規定論處,不無鼓勵 犯罪之嫌,亦使國家刑罰權之行使發生不合理之現象。」「基 於連續犯原為數罪之本質及刑罰公平原則之考量,爰刪除有 關連續犯之規定」等語,即係將本應各自獨立評價之數罪, 回歸本來就應賦予複數法律效果之原貌。因此,就刑法修正 施行後多次販賣毒品之犯行,採一罪一罰,始符合立法本 旨。反之,若將此種行為歸類為集合犯,顯然與社會通念不 合,且違背修法之意旨。再者,刑法第五十五條所稱一行為 而觸犯數罪名,係指行為人基於一個犯意,實行一個犯罪行 為,侵害數個相同或不同之法益者而言;如其犯意各別,或 有數個行為者,即與前開要件不合,不能適用刑法第五十五 條規定從一重處斷。本件原確定判決係認定:被告某甲基於 販賣第二級毒品、第三級毒品營利之犯意,自九十六年一月 間起至同年五月二十三日止,先後以一萬五千元、二萬八千 元之價格,向綽號「阿發」者販入第二級毒品 MDMA 五十

顆、一百顆;另以三萬二千五百元之價格,向綽號「小強」 者販入第三級毒品愷他命五十公克,前後五次。嗣另自九十 六年四月間起,至同年五月二十三日止,以二萬二千元之價 格,向綽號「男的朋友」者販入第二級毒品 MDMA 一百顆; 以五萬五千元之價格,向其販入第三級毒品愷他命一百公 克。隨後即將所販入之第二級毒品、第三級毒品攜至台南市 之 KTV、PUB 及飯店等處,以每顆 MDMA 三百五十元或四百元、 每包愷他命六百元或八百元之價格販售,其中已賣出第三級 毒品愷他命予A、B、C、D、E、F、G等人,詳如原判決附表 所示等情。依其認定之事實,關於販賣第二級毒品部分,被 告係於九十六年一月間至同年五月二十三日,先後以一萬五 千元、二萬八千元之價格,向綽號「阿發」者販入第二級毒 品 MDMA 五十顆、一百顆;嗣於九十六年四月間至同年五月 二十三日,再以二萬二千元之價格,向綽號「男的朋友」者 販入第二級毒品 MDMA 一百顆 (原判決認第二級毒品尚未賣 出,見原判決第四頁第八行至第十二行)。關於販賣第三級 毒品部分,被告係於九十六年一月間至同年五月二十三日, 以三萬二千五百元之價格,向綽號「小強」者販入第三級毒 品愷他命五十公克,前後五次;嗣於九十六年四月間至同年 五月二十三日,再以五萬五千元之價格,向綽號「男的朋友」 者販入第三級毒品愷他命一百公克。其後已賣出第三級毒品 愷他命予 A、B、C、D、E、F、G 等人, 詳如原判決附表所示。 而刑法刪除連續犯之前,關於多次販賣毒品之行為,實務上 之見解,向來均不認為有集合犯之性質。本件被告多次以營 利為目的而販入第二級毒品之行為,及多次販賣(販入之後

已賣出)第三級毒品行為,均在刑法刪除連續犯之後,自不 因刑法刪除連續犯即變為集合犯。依前揭說明,自應採一罪 一罰,始符合社會通念及立法意旨。原判決認為上開行為均 屬於集合犯,而論以販賣第二級毒品、販賣第三級毒品各一 罪,自有適用法則不當之違法。又被告係分別向「阿發」、 「小強」販入第二級毒品、第三級毒品,其間並無一行為而 觸犯數罪名之問題;嗣將第三級毒品販賣給 A、B、C、D、E、 F、G 等人,亦無一行為而觸犯數罪名之問題。至於被告雖 於九十六年四月間至同年五月二十三日,以二萬二千元之價 格,向綽號「男的朋友」者販入第二級毒品 MDMA 一百顆; 以五萬五千元之價格,向其販入第三級毒品愷他命一百公 克。惟依被告在警詢時及原審之供述,係先後「二次」為之, 亦難認有一行為而觸犯數罪名之情形。乃原判決竟謂,被告 係一行為而觸犯販賣第二級毒品、販賣第三級毒品二罪名, 應依想像競合犯規定,從一重處斷,亦有適用法則不當之違 法。案經確定,非常上訴意旨執以指摘,為有理由,惟原判 决尚非不利於被告,應將原判決關於違背法令部分撤銷,以 資糾正。又本院之調查,以非常上訴理由所指摘之事項為 限,刑事訴訟法第四百四十五條第一項定有明文。非常上訴 意旨未指摘之部分,不在本院審酌範圍,併此指明。 據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前 段, 判決如主文。

中華民國九十七年七月十七日

【第二十四案】

一、關係條文

刑 法 第 55 條。

毒品危害防制條例 第 4 條第 2 項、第 3 項、第 5 條第 4 項。

刑 事 訴 訟 法 第303條第2款、第378條。

二、非常上訴理由

一、按已經提起公訴之案件,在同一法院重行起訴者,應論知不受理之判決,刑事訴訟法第三百零三條第二款定有明文。又連續犯為裁判上一罪之案件,其犯罪事實之一部經提起公訴者,其效力及於全部。原審判決係以被告某甲及某也於不詳時、地,向姓名年籍不詳之人,購買大麻煙草及液的快樂丸後,旋即無故持有,並由被告某甲提供位於台北市中山區〇〇路XX號七樓XX室之租屋處藏放,或由被告某乙藏置於其所承租位於台北市中山區〇〇路XX巷XX。 就XX室之房屋,為警先於九十三年十一月十五日二十三時三十分許,在上開被告某甲租屋處查獲,並扣得大麻煙草淨重二點四七公克及液態快樂丸十四瓶(合計驗餘淨重八十十三十分許,在上開被告某乙租屋處查獲,並扣得大麻煙草淨重零點三三公克。因認被告某甲涉有毒品危害防制條例第十一條第二項之持有第二級毒品罪。惟被告二人所承租之上開二址除於前 揭時間為警查獲本件扣案之第二級毒品大麻及液態快樂丸 外,尚同時為警查獲扣得第二級毒品 MDMA、第三級毒品 K 他命及第四級毒品耐妥眠(俗稱一粒眠),而因被告某甲及 某乙除涉有共同持有上開毒品外,並涉嫌共同販賣第二級毒 品 MDMA、第三級毒品K他命及意圖販賣而持有第四級毒品 一粒眠,乃涉有毒品危害防制條例第四條第二項販賣第二級 毒品罪嫌、同條第三項販賣第三級毒品罪嫌及同條例第五條 第四項意圖販賣而持有第四級毒品罪嫌。被告某甲、某乙所 涉此部分販賣毒品等罪嫌,前經台灣板橋地方法院檢察署檢 察官提起公訴,於九十四年三月一日繫屬於台灣板橋地方法 院,而由該院以九十四年度訴字第XX號審理,此有該案判 决書及卷宗影本附卷可按。嗣後台灣板橋地方法院檢察署檢 察官復就被告某甲、某乙本件持有第二級毒品大麻及液態快 樂丸部分,認被告某乙、某甲共同涉有毒品危害防制條例第 十一條第二項持有第二級毒品罪嫌,而聲請簡易判決處刑, 並於同年四月十九日繫屬於台灣板橋地方法院。惟查,被告 某甲、某乙共同持有本件扣案之第二級毒品大麻、液態快樂 丸及同時查獲扣案之第二級毒品 MDMA 之部分,曾經台灣板 橋地方法院於九十四年度簡上字第 X X 號 (僅某乙上訴) 判 決認定『衡以被告某甲、某乙共同持有上開三種不同種類之 第二級毒品既係同時被查獲扣案,自無法排除渠等係同時持 有上開第二級毒品,或於短時間內先後持有上開第二級毒品 之可能性,故理論上基於有疑時應從有利於被告解釋之原 則,應認被告某甲、某乙係同時持有上開三種不同種類之第 二級毒品,乃一行為觸犯相同罪名,為同種想像競合犯,應

從一持有第二級毒品罪處斷;或認被告某甲、某乙係於短時 間內先後持有上開第二級毒品,故就渠等先後持有上開第二 級毒品,時間緊接,犯罪手法相同,所犯構成要件亦相同, 顯係出於概括犯意反覆為之,應屬連續犯,而應論以持有第 二級毒品一罪。』又被告某甲、某乙持有第二級毒品後,復 進而販賣(第二級毒品 MDMA 部分),渠等持有第二級毒品 之低度行為應為販賣第二級毒品之高度行為所吸收,二者間 即有吸收犯之實質上一罪關係。二、職是,依有利於被告之 認定,被告某甲所為之本件持有第二級毒品犯行應與前案持 有第二級毒品犯行有上述裁判上一罪關係,該持有第二級毒 品犯行復為前案販賣第二級毒品犯行所吸收,是依前揭說明 意旨,前案起訴之效力,應及於全部犯罪事實,亦即包含本 件持有第二級毒品部分,其理甚屬灼然。三、綜上所述,揆 諸前揭法律規定,本案應判決公訴不受理,原審疏未詳究前 情,遽為科刑之判決,容非允洽,有違一事不再理之原則。 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

最高法院刑事判决 九十七年度台非字第五三 () 號上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長 被 告 某甲

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件,對於台灣板橋地方法院中華民國九十四年四月二十二日第一審確定判決,認為部分違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主 文

原判決關於某甲部分撤銷。 某甲被訴部分公訴不受理。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按:已經提起公訴或自訴之案件,在同一法院重行起訴 者,應諭知不受理之判決,刑事訴訟法第三百零三條第二款 定有明文。又想像競合犯及連續犯均係裁判上一罪,其一部 分犯罪事實已經檢察官提起公訴或聲請簡易判決處刑者,效 力當然及於全部。倘檢察官復就其他部分行為在同一法院重 行起訴或聲請簡易判決處刑,法院自應依前開規定,諭知不 受理之判決。本件被告某甲被訴與某乙(已經判決不受理確 定)於不詳時、地,向姓名年籍不詳之人,購買大麻煙草及 液態快樂丸後,旋即無故持有,並由被告提供其台北市大同 區長安西路XX號七樓XX室之租屋處藏放,或由某乙藏置 於所承租之同市中山區林森北路一〇七巷ХХ號ХХ室 內,為警先於民國九十三年十一月十五日二十三時三十分 許,在上開被告租屋處查獲,扣得大麻煙草淨重二點四七公 克及液態快樂丸十四瓶(合計驗餘淨重八十七點零六公 克);復於翌(十六)日零時四十分許,在上開某乙租屋處 查扣得大麻煙草淨重零點三三公克。台灣板橋地方法院檢察 署檢察官因認被告涉有毒品危害防制條例第十一條第二項 之持有第二級毒品罪嫌,於九十四年四月十一日向原審聲請 簡易判決處刑,於同年月十九日繫屬法院,有該案卷可稽。 惟被告與某乙在上揭時、地,除為警查獲本件扣案之第二級 毒品大麻及液態快樂丸外,尚同時搜出第二級毒品 MDMA、 第三級毒品 K 他命及第四級毒品耐妥眠(俗稱一粒眠),先 經同署檢察官以被告及某乙除涉有共同持有上開毒品外,另 犯毒品危害防制條例第四條第二項之販賣第二級毒品、第三 項之販賣第三級毒品及第五條第四項之意圖販賣而持有第 四級毒品罪嫌,提起公訴,於九十四年三月一日繫屬原審法 院,此有該案判決書及卷宗影本附卷可按。衡以被告及某乙 共同持有上開三種不同種類之第二級毒品,既係同時被查獲 扣案,自無法排除渠等係同時持有上開第二級毒品,或於短 時間內先後持有上開第二級毒品之可能性,基於罪證有疑、 利歸被告之原則,堪認被告係同時共同持有上開三種不同種 類之第二級毒品,乃一行為觸犯相同罪名,為同種想像競合 犯,應從一持有第二級毒品罪處斷;或認被告係於短時間內 出於概括犯意先後共同持有上開第二級毒品,屬連續犯,而 應論以連續持有第二級毒品一罪。復因持有後,進而販賣(第 二級毒品 MDMA 部分),持有之低度行為應為販賣之高度行 為所吸收,且有吸收犯之實質上一罪關係。揆之上開說明, 前案起訴之效力,應包含本件持有第二級毒品部分。原審未 察,未諭知不受理,而仍為科刑之判決,顯有判決適用法則 不當之違法。案經確定,且於被告不利,非常上訴意旨執以 指摘,洵有理由,應由本院將原判決關於被告部分撤銷,另 為如主文第二項所示之諭知,以資救濟。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款、 第三百零三條第二款,判決如主文。

中華民國九十七年十月三十日

【第二十五案】

一、關係條文

刑 法 第 55 條、第 320 條第 1 項、第 306

條第 1 項。

著作權法第91條第1項。

刑事訴訟法 第378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後段定有明文。又一行為而觸犯數罪名,或犯一罪而其方法或結果之行為犯他罪名者,從一重處斷,刑法第五十五條亦有明文規定。本件確定判決認被告某甲所為,係犯刑法第三百零六條第一項、第三百二十條第一項及著作權法第九十一條第一項等罪,而所犯三罪間,有方法目的之牽連關係,固無違誤。然竟未依法從一重以刑法第三百二十條第一項處斷,而以著作權法第九十一條第一項之重製他人著作罪論斷,自有判決適用法則不當之違背法令,爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴,以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十五年度台非字第九六號

上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告違反著作權法案件,對於台灣台北地方法院中華民國九十四年十二月二十日第一審確定刑事簡易判決,認為違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主文

原判決關於違背法令部分撤銷。

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 百七十八條後段定有明文。又犯一罪而其方法或結果之行為 犯他罪名者,從一重處斷,刑法第五十五條後段亦著有規 定。本件確定判決認定被告某甲原係台北市○○區○○街X X號七樓 A 證券投資顧問股份有限公司員工,已於民國九十 三年十二月十日離職,意圖為自己不法所有並侵害他人著作 權之犯意,於九十四年七月二日上午六時四十一分許,趁無 人上班之機會,侵入該公司,將該公司享有著作權之「世紀 多空大圖鑑」、「選擇權天龍八部終極班」、「盤中九式, 三大指標分析」、「國人十大投資敗因」等資料,以影印方 式重製後攜出,而竊得該資料,並侵害該公司之著作財產權 等情。因認被告所為,係犯刑法第三百零六條第一項、第三 百二十條第一項及著作權法第九十一條第一項之罪,所犯三 罪間,有方法目的之牽連關係,固非無見。但未依法從一重 論以刑法第三百二十條第一項之竊盜罪,逕從輕依著作權法 第九十一條第一項,論被告擅自以重製之方法侵害他人之著 作財產權,處有期徒刑三月,如易科罰金,以三佰元折算一 日。顯有判決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,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,判決如主文。

中華民國九十五年五月十一日

【第二十六案】

一、關係條文

刑 第 56 條(已刪除)。

著作權法第91條之1第3項、第2項。

刑事訴訟法 第378條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令。刑事訴訟法第三百七十八定有明文。又修正前刑法第五十六條所規範之連續犯,已於九十四年一月七日廢止,經總統公布,自九十五年七月一日實施。經核本案確定判決,認定被告某甲於公司內不詳年籍之推銷員,購得未經視聽著作權利人。司內不詳年籍之推銷員,購得未經視聽著作權利人。司內光碟片各二十套,旋即售予不特定顧客,牟取利益,因此一樣是一十一條之一第三項、第二項之罪刑,固非無見。然被告於本案犯罪時,刑法有關連續犯之規定,業已廢止,詎原審認定被告係基於修正廢止前連續犯之規定,業已廢止,詎原審認定被告係基於修正廢止刑之規定,業已廢止,詎原審認定被告係基於修正廢止刑之規定,業已廢止,詎原審認定被告係基於修正廢止刑法領犯之規定,業已廢止,詎原審認定被告係基於修正廢止刑法領租之規定,業已廢止刑法第五十六條條文。判決顯有別,……』並引用已經廢止刑法第五十六條條文。判決顯有適用法則不當之違背法令。案經確定,且不利於被告。爰依

刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴,以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十六年度台非字第二六三號 上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告違反著作權法案件,對於台灣新竹地方法院中華民國九十六年六月二十九日第一審確定簡易判決,認為違背法令,提起非常上訴,本院判決如下:

主 文

原判決關於違背法令部分撤銷。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按:判決不適用法則或適用不當,為違背法令,於判決確定後,得提起非常上訴,為刑事訴訟法第三百七十八條、第四百四十一條所明定。民國九十四年二月二日修正公布,自九十五年七月一日起施行之刑法,基於連續犯原為數罪之本質及刑罰公平原則之考量,杜絕僥倖之犯罪心理,並避免鼓勵犯罪之嫌,已刪除第五十六條連續犯之規定。其後原屬連續犯,實具數罪本質之行為,本於一行為一罪一罰原則,自應各自獨立評價,併合處罰。原簡易判決既確認被告某甲係新竹市○○街XX號及桃園縣中壢市○○路XX號○○碟影公司負責人,明知其於九十六年三月間,向真實姓名年籍不詳之業務員購得之「流星花園二」、「華麗一族」DV

D光碟片各二十套,均係未得著作權人日本電視台TBS東京放送株式會社及經專屬授權,在台灣地區重製、販賣、散布及出租該等視聽著作之日新開發實業股份有限公司等權利人同意或授權而非法重製之光碟,竟基於「概括犯意」,在上開「二址」之○○碟影公司內,公開陳列,並僱用不知情之員工邱某等人,以每套新台幣二百二十元之價格,散布販售予不特定顧客牟利,迄於同年月二十六日下午為警當場查獲等情,亦即認被告有先後多次散布侵害他人著作權之光碟重製物,而應成立實質上數罪之行為,且犯罪時間均在刑法修正之後,乃竟未本於新法刪除連續犯使回歸一罪一罰之修法意旨,予以併合處罰,仍援引修正前刑法第五十六條之規定,認係連續犯,僅論以一罪,自有判決適用法則不當之規定,認係連續犯,僅論以一罪,自有判決適用法則不當之遺背法令。案經確定,非常上訴意旨執以指摘,洵有理由。因原判決尚非不利於被告,應由本院僅將原判決上開關於違背法令之部分撤銷,以資糾正。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前 段,判決如主文。

中華民國九十六年十月十一日

【第二十七案】

一、關係條文

刑 法 第57條第6款。

刑事訴訟法 第447條第1項第1款、第378條。

二、非常上訴理由

按科刑之判決書其宣示之主文,與所載之事實及理由必須互相適合,否則即屬理由矛盾,其判決當然為違背法令(最高院六十四年台上字第八九三號判例意旨參照)。經查本案被告某甲並未於民國九十三年間因服用酒類,不能安全駕駛動力交通工具而駕駛罪,為台灣高雄地方法院判處拘役五十百年度交簡字第XX號審理卷附之九十三年度交簡字第XX號判決書實為同名同姓之「陳〇〇」(三十七年X月XX日生,身分證統一編號:S100XXXXXX5)所犯,而非本案之被告所為,此有該九十三年度交簡字第XX號判決書及刑案資料查註紀錄表等附卷可稽。本件確定判決失察,引用錯誤之酒後駕車前科而從重量處被告有期徒刑四月,揆諸上開說明,顯有判決主文與所載理由矛盾之違背法令。案經確定,且對被告不利,爰依刑事訴訟法第四百十一條、第四百四十三條提起非常上訴,以資糾正。。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十五年度台非字第一三六號

上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告公共危險案件,對於台灣高雄地方法院中華民國九十五年二月十五日第一審確定簡易判決,認為違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主 文

原判決撤銷。

某甲服用酒類,不能安全駕駛動力交通工具而駕駛,處有期 徒刑參月,如易科罰金,以參佰元折算壹日。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按科刑之確定判決,其宣示之主文,與所載之事實及理由,前後必須互相一致,且須與卷內之證據資料相適合,否則即屬理由矛盾,其判決為當然違背法令。而犯人之品行,雖為單純科刑應行審酌之情狀(刑法第五十七條第六款),非屬犯罪構成要件之事實,以經自由證明為已足,然所謂自由證明,係指使用之證據,其證據能力或證據調查程序不受嚴格限制而已,其關於此項科刑審酌之裁量事項之認定,仍應與卷存證據相符,始屬適法(本院七十一年台上字第五六五八號判例意旨參照)。又就非常上訴審而言,確定判決所載理由矛盾致適用法令違誤,而顯然於判決有影響者,應屬刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款之判決違背法令。查本件原確定判決認定被告於九十四年一月五日下午,因服用酒類,不能安全駕駛動力交通工具而駕駛,係犯刑法第一百八十五條之三之罪,又說明「經審酌被告曾於九十三

年間亦因服用酒類,不能安全駕駛動力交通工具而駕駛罪, 為本院(指台灣高雄地方法院)判處拘役五十日確定,此 有……本院九十三年度交簡字第XX號判決書……可查,被 告竟不思悔改,猶為本案酒後駕車之公共危險……等一切情 狀,從重量處如主文所示之刑」,是審酌被告甫於九十三年 間犯相同罪名,經台灣高雄地方法院判處罪刑之情狀,乃從 重量處如其主文所示之有期徒刑四月。然查:台灣高雄地方 法院九十三年度交簡字第XX號刑事簡易判決之被告姓名 雖與本案之被告同為「陳○○」,惟彼係三十七年X月XX 日生,身分證統一編號為SI○○XXXXX5,有該判決書 及全國刑案資料查註表附台灣高雄地方法院檢察署九十五 年度執聲非字第X號卷可憑,顯非本案之被告。原確定判決 於科刑時「從重量刑」,適用刑法第五十七條第六款規定審 酌被告之品行部分,所引用前科資料與被告身分不符,自有 證據上理由矛盾致適用法令違誤,事涉被告所受科刑之輕 重,顯然於判決有影響,自屬判決違背法令。案經確定,且 對被告不利,非常上訴意旨執以指摘,洵有理由,應由本院 將原判決予以撤銷改判,就被告所犯因服用酒類,不能安全 駕駛動力交通工具而駕駛罪,酌情量處有期徒刑三月,並諭 知易科罰金之折算標準。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款, 刑法第一百八十五條之三、第四十一條第一項前段,罰金罰 鍰提高標準條例第二條,判決如主文。

中華民國九十五年六月二十九日

【第二十八案】

一、關係條文

刑 法 第74條第2項第4款。

刑事訴訟法 第378條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴訟法 第三百七十八條定有明文。又刑法第七十四條第二項各款緩 刑宣告所附條件之量定,係實體法上賦予法院得為自由裁量 之事項,倘其未有逾越法律所規定之範圍,或濫用其權限, 即為適法。因此法院審酌各項情形後,酌定被告受緩刑宣告 須履行刑法第七十四條第二項各款條件時,仍應在上開法律 所規定之範圍內,否則即難謂為適法。而法院依刑法第七十 四條第二項規定,於宣告緩刑經斟酌情形,命犯罪行為人支 付一定金額時,其命支付之對象,依同法條第二項第四款規 定,僅得對公庫為之,並未規定得對公益團體支付一定金 額。查本件原審判決被告有期徒刑十月,減為有期徒刑五 月,緩刑二年,並諭知被告應向公益團體財團法人創世社會 福利基金會支付新台幣(下同)十萬元,原判決命被告支付 一定金額之對象,已逾越刑法第七十四條第二項第四款所明 定向『公庫』支付一定之金額之範圍,揆諸前開說明,本件 即有判決適用法則不當之違背法令。案已判決確定,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 九十七年度台非字第二七九號

上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告偽證案件,對於台灣台南地方法院中華民國九十六年十月二十六日第二審確定判決,認為部分違背法令,提起非常上訴,本院判決如下:

主 文

原判決關於違背法令部分撤銷。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按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。又宣告緩刑審酌情形,命犯罪行為人支付一定之金額者,依刑法第七十四條第二項第四款規定,應向公庫支付,同條並無向公益團體支付一定金額之規定,此觀該條文之規定甚明。本件原判決撤銷第一審關於被告某甲之科刑判決,改判仍論以偽證罪,量處有期徒刑十月,減為有期徒刑五月,宣告緩刑二年,並命自民國九十六年十月三十一日起,於每月末日,分十期向公益團體財團法人創世社會福利基金會支付十萬元(每期支付一萬元),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,洵有理由。因原審審理時論及宣告緩刑命被告支付

一定金額時(非協商程序),經被告及檢察官同意由被告分期向公益團體支付十萬元,為宣告緩刑之條件,原判決因而以命被告分期向公益團體財團法人創世社會福利基金會支付十萬元為條件予以宣告緩刑,雖支付之對象有前述之違誤,尚非不利於被告,自應由本院僅將原判決關於違背法令之部分撤銷,以資糾正。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前 段,判決如主文。

中華民國九十七年六月五日

【第二十九案】

一、關係條文

刑 法 第 74 條第 2 項第 8 款、第 4 款、 第 2 款、第 3 款、第 4 項。

刑事訴訟法 第378條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用法則不當者,為違背法令;又依刑 法第七十四條第二項規定,緩刑宣告所附之條件,其『支付 一定之金額』者,僅有同條項第四款『向公庫支付一定之金 額』之情形;至同條項第八款所定『預防再犯所為之必要命 令』者,當係指迥異於同條項第一款至第七款,且係為預防 再犯所為之命令而言;再依同法條第四項規定,得為民事強 制執行名義者,則僅有同法條第二項第三款『向被害人支付 相當數額之財產或非財產上之損害賠償』及第四款『向公庫 支付一定之金額』之情形。查本件被告某甲因犯偽造文書等 案件,經原審法院判處有期徒刑捌月,減為有期徒刑肆月, 如易科罰金,以銀元參佰元即新台幣玖百元折算壹日。緩刑 貳年,緩刑期內付保護管束。竟復依刑法第七十四條第二項 第八款規定,諭知向公益團體財團法人創世社會福利基金會 支付新台幣(下同)十五萬元,並於判決理由中敘明得為民 事強制執行之名義。惟命被告向公益團體財團法人創世社會 福利基金會支付一定之金額,實難認與預防被告再犯有何關

聯性。且依上開說明,其命令並無得為民事強制執行名義之規定,原判決顯有不適用法則及適用法則不當之違背法令。 案經確定,爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三 條提起非常上訴,以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判决 九十七年度台非字第二二一號 上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告詐欺等案件,對於台灣台南地方法院中華 民國九十六年十一月六日第一審確定判決,認為部分違法, 提起非常上訴,本院判決如下:

主文

原判決關於諭知被告某甲應向公益團體財團法人創世社會福利基金會支付新台幣拾伍萬元部分撤銷。

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,為違背法令,刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又「緩刑宣告,得斟酌情形,命犯罪行為人為下列各款事項:一、向被害人道歉。二、立悔過書。三、向被害人支付相當數額之財產或非財產上之損害賠償。四、向公庫支付一定之金額。五、向指定之公益團體、地方自治團體或社區提供四十小時以上二百四十小時以下之義務勞務。六、完成戒癮治療、精神治療、心理輔導或其他適當之處遇措施。七、保護被害人安全之必要命

令。八、預防再犯所為之必要命令。」「第二項第三款、第 四款得為民事強制執行名義。」刑法第七十四條第二項、第 四項亦分別著有明文。依此,法院於宣告緩刑並命犯罪行為 人支付一定之金額時,僅得依刑法第七十四條第二項第四款 規定,命其向公庫為之,並無得命犯罪行為人向公益團體支 付一定金額之明文;又法院依刑法第七十四條第二項命犯罪 行為人為該項各款所列事項時,僅其中第三款之命「向被害 人支付相當數額之財產或非財產上之損害賠償」,及第四款 之命「向公庫支付一定之金額」,始得為民事強制執行名義; 至該法條第二項第八款所謂「預防再犯所為之必要命令」, 則以法院所為之命令與同法條第二項第一款至第七款所列 事項之性質不同,而與預防犯罪行為人再行犯罪有關者為 限。本件原判決論被告某甲連續意圖為自己不法之所有,以 詐術使人將本人之物交付罪,量處有期徒刑八月,減為有期 徒刑四月,如易科罰金,以銀元三百元即新台幣九百元折算 一日,並以被告未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告, 經起訴、審判程序,當知所警惕,信無再犯之虞,認所宣告 之刑以暫不執行為適當,而於諭知被告緩刑二年時,另以為 平衡法益,及確保被告緩刑之宣告能收具體成效,併依刑法 第七十四條第二項第八款規定,命被告向公益團體財團法人 創世社會福利基金會支付十五萬元,且敘明此項命令得為民 事強制執行名義。然此項命被告向公益團體支付一定之金 額,性質上既非屬預防被告再犯所為之必要命令,又非係依 刑法第七十四條第二項第三款、第四款所為之命令,依上開 說明,其此項宣告即有判決適用法則不當之違法。案經確

定,且不利於被告,非常上訴意旨執以指摘,洵有理由,應由本院將原判決關於諭知被告應向公益團體財團法人創世社會福利基金會支付十五萬元部分撤銷,以資救濟。本院既將該違法諭知部分撤銷,已不發生該項命令得否為民事強制執行名義問題,且已具有改判性質,其救濟目的已達,即不發生另行判決之問題,併此敘明。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款, 判決如主文。

中華民國九十七年五月二十二日

【第三十案】

一、關係條文

刑 法 第 75 條第 2 項、第 1 項。 刑 事 訴 訟 法 第 378 條。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴 訟法第三百七十八條定有明文。又撤銷緩刑宣告之裁定,與 科刑判決有同等效力,於裁定確定後,認為違法,得提起非 常上訴,此有最高法院四十四年台非字第四一號判例可資參 照。復按受緩刑之宣告,而有下列情形之一者,撤銷其宣告: (一)緩刑期內因故意犯他罪,而在緩刑期內受不得易科罰 金之有期徒刑以上刑之宣告確定者。(二)緩刑前因故意犯 他罪,而在緩刑期內受不得易科罰金之有期徒刑以上刑之宣 告確定者。前項撤銷之聲請,於判決確定後六月以內為之, 刑法第七十五條定有明文。二、查被告某甲被訴妨害風化案 件,前經台灣台中地方法院於民國九十三年四月二日,以九 十三年度訴字第XX號判處有期徒刑一年六月,緩刑五年確 定。惟其於緩刑期內即九十三年四月下旬某日起,至同年五 月二十八日止,更犯妨害風化罪,經台灣台中地方法院於九 十六年九月三日,以九十六年度訴字第 X X 號判處有期徒刑 一年,减為有期徒刑六月確定,並於九十六年十月八日確 定。經本署以受刑人於緩刑期間內故意犯他罪,而在緩刑期

間內受不得易科罰金之有期徒刑之宣告確定為由,聲請撤銷 其上述緩刑之宣告,嗣經台灣台中地方法院於九十七年五月 二十七日,以九十七年度撤緩字第 X X 號裁定撤銷被告上述 緩刑宣告,並於九十七年六月九日確定在案。三、本年被告 於緩刑期內所犯妨害風化罪,經台灣台中地方法院於九十六 年九月三日,以九十六年度訴字第XX號判處有期徒刑一 年, 減為有期徒刑六月, 並於九十六年十月八日確定, 依前 揭刑法第七十五條第一項第一款、第二項之規定,聲請撤銷 本件九十三年度訴字第 X X 號緩刑之宣告,應於前偈九十六 年度訴字第XX號判決確定日九十六年十月八日後之六個 月內為之,即至遲應於九十七年四月七日前為之,方屬適 法。因台灣台中地方法院檢察署於九十七年五月十五日始聲 請撤銷緩刑宣告,而於九十七年四月七日以後,顯已違反刑 法第七十五條第二項之規定,台灣台中地方法院本應駁回該 署檢察官之聲請, 詎九十七年度撤緩字第 X X 號裁定竟諭知 撤銷緩刑之宣告,揆諸前揭說明,自有適用法則不當之違 法。案經確定,且不利於被告,爰依刑事訴訟法第四百四十 一條、第四百四十三條提起非常上訴,以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十七年度台非字第四○七號 上訴人 最高法院檢察署檢察總長 被 告 某甲

上列上訴人因被告妨害風化案件,對於台灣台中地方法院中華民國九十七年五月二十七日第一審確定裁定,認為違法,

提起非常上訴,本院判決如下:

主文

原裁定撤銷。

檢察官之聲請駁回。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按:判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事 訴訟法第三百七十八條定有明文。又撤銷緩刑宣告之裁定, 與科刑判決有同等效力,於裁定確定後,認為違法,得提起 非常上訴。刑法第七十五條規定:受緩刑之宣告,而有下列 情形之一者,撤銷其宣告:一、緩刑期內因故意犯他罪,而 在緩刑期內受不得易科罰金之有期徒刑以上刑之宣告確定 者。二、緩刑前因故意犯他罪,而在緩刑期內受不得易刑罰 金之有期徒刑以上刑之宣告確定者。前項撤銷之聲請,於判 决確定後六月以內為之。查被告某甲因妨害風化案件,經台 灣台中地方法院於民國九十三年四月二日以九十三年度訴 字第 X X 號判決判處有期徒刑一年六月,緩刑五年確定(下 稱前案)。惟其於緩刑期內故意犯刑法第二百三十一條第二 項之以犯意圖使女子與他人為性交及猥褻之行為,而容留以 營利為常業罪,經台灣台中地方法院九十六年九月三日以九 十六年度訴字第 X X 號判決判處有期徒刑一年, 減為有期徒 刑六月。於九十六年十月八日確定(下稱後案),有上開二 件判決書及台灣高等法院被告前案紀錄表在卷可稽。是依前 開規定,應於後案判決確定後六個月內,即九十七年四月七 日前撤銷前案所為緩刑之宣告,然檢察官遲至九十七年五月

十五日始擬具聲請書,於九十七年五月二十二日向台灣台中 地方法院聲請撤銷緩刑宣告,顯已逾刑法第七十五條第二項 規定之期間。原審不察,竟仍依其聲請裁定撤銷緩刑之宣 告,有適用法則不當之違背法令。案經確定,且於被告不利, 非常上訴執以指摘,洵有理由,應由本院將原裁定撤銷,改 判駁回檢察官之聲請,以資救濟。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款, 判決如主文。

中華民國九十七年九月十二日

【第三十一案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第378條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴訟法 第三百七十八條定有明文;又行為後法律有變更者,適用行 诙時之法律,但行為後之法律有利於行為人者,適用最有利 於行為人之法律。非拘束人身自由之保安處分適用裁判時之 法律。刑法第二條第一項、第二項規定甚明。查本件原審於 九十五年十月四日,以被告某甲自九十四年九月五日起至九 十五年三月五日止,連續犯九十五年七月一日修正施行前刑 法第二百二十七條第三項對於十四歲以上未滿十六歲之女 子為性交罪,而判處被告罪刑,固非無見。惟被告所犯刑法 第二百二十七條第三項之罪,依修正前刑法第九十一條之一 第一、二項之規定,於裁判前應鑑定有無施以治療之必要。 有施以治療之怍要者,得令入相當處所,施以治療。前項處 分於刑之執行前為之,其期間至治癒為止。但最長不得逾三 年。雖修正刑法第九十一條之一第一項對鑑定程序發動之時 間,自修正前刑法之『裁判前』,修正為有以下兩種情形之 一,始經鑑定:『一、徒刑執行期滿前,於接受輔導或治療

後,經鑑定、評估,認有再犯之危險者;二、依其他法律規 定,於接受身心治療或輔導教育後,經鑑定、評估,認有再 犯之危險者』。但此拘束人身自由之強制治療處分,應屬依 修正刑法第二條第一項比較適用法律之範圍。而修正前刑法 第九十一條之一第三項明定,強制治療處分得以折抵有期徒 刑、拘役或罰金易服勞役之折算日數,折抵日數清楚,無虞 行刑期間之表現優劣,致受折抵日數不一之不確定因素干 擾,復因強制治療最長不得逾三年之期限明確,免致對於人 格違常再犯危險無從顯著降低之性侵害犯罪加害人,形成不 定期限之流弊,況加害人如依修正正前刑法囑託鑑定機關鑑 定結果,倘認無施以治療之必要,自無須於徒刑執行期滿 前,再行鑑定評估再犯危險性,且依修正前刑法規定其鑑定 報告仍應經審判程序之調查、辯論,保障被告之聽審權,賦 予被告防禦權之充分行使,自非單純依修正刑法之裁定程序 所可比擬,顯以修正前刑法刑前治療較有利於被告。是本件 自應依修正刑法第二條第一項,比較適用修正前刑法第九十 一條之一第一、二項之規定,於裁判前鑑定被告有無施以治 療之必要。乃原審竟以刑法第九十一條之一第一、二項之修 正,將鑑定程序性侵害治療處分,由『刑前鑑定強制治療』 修正為『刑中或刑後鑑定治療』,屬程序事項之修正,基於 程序從新原則,應適用修正刑法第九十一條之一之規定,不 於裁判前鑑定。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 九十六年度台非字第一九三號 上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告妨害性自主案件,對於台灣桃園地方法院 中華民國九十五年十月四日第一審確定判決,認為部分違 法,提起非常上訴,本院判決如下:

主 文

原判決關於妨害性自主部分撤銷,由台灣桃園地方法院依判 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,刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又強制治療之規定,屬於拘束人身自由之保安處分,依民國九十四年二月二日修正公布,九十五年七月一日起施行之刑法第一條後段、第二條第一項規定,仍有從舊從輕原則之適用。經查上開修正公布之刑法第九十一條之一有關性侵害犯罪被告強制治療之規定,雖將刑前治療改為刑後治療,但其治療期間未予限制,且治療處分之日數,復不能折抵有期徒刑、拘役或同法第四十二條第六項裁判所定之罰金額數,應認較修正前之規定不利於行為人。本件原確定判決認定被告某甲知A女為十四歲以上未滿十六歲之少女,竟基於與之為性交之概括犯意,自九十四年九月五日起至九十五年三月五日上午十一時止,連

續在桃園縣中壢市○○街ХХ號四樓及同市○○街ХХ號 三樓之三等住處,與A女性交多次等情,因而就此部分對被 告論以刑法第二百二十七條第三項連續對於十四歲以上未 滿十六歲之女子為性交罪刑(被告被訴傷害部分,另諭知公 訴不受理)。固非無見。然被告所犯係屬同法第九十一條之 一第一項所列之罪,被告行為後,本法條業經修正變更,原 審並未依同法第二條第一項規定,適用有利於被告之修正前 法律,亦即未屬託醫學專門機構對被告為鑑定,以調查認定 渠有無令入相當處所,施以治療之必要,乃於判決理由內, 以被告行為後,刑法第九十一條之一有關強制治療之規定業 經修正,由「刑前鑑定強制治療」修正為「刑中或刑後鑑定 治療」,此程序事項之修正,依程序從新原則,應適用修正 刑法第九十一條之一之規定,乃逕認無須於裁判前對被告實 施鑑定及為強制治療處分之宣告。揆諸上開說明,自有判決 適用法則不當之違背法令。案經確定,且於被告不利,非常 上訴意旨執以指摘,洵有理由;且被告有無施以強制治療之 必要,係屬事實問題,既未經原審法院調查認定,為使事實 臻於明確及維持被告之審級利益,應由本院將原判決關於妨 害性自主部分撤銷,由原審法院依判決前之程序更為審判, 以資救濟。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項前段,判 決如主文。

中華民國九十七年七月十九日

【第三十二案】

一、關係條文

刑 法 第 93 條第 1 項第 2 款 × 第 74 條第 2 項。

刑事訴訟法 第378條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又按受緩刑之宣告者,執行第七十四條第二項第五款至第八款所定之事項者,應於緩刑期間付保護管束,刑法第九十三條第一項第二款定有明文。本件原判決依刑法第七十四條第一項第一款、第二項第五款規定諭知被告某甲緩刑貳年,並自本判決確定之日起至緩刑期滿日止,向台灣士林觀護志工協進會提供伍拾小時之義務勞務,卻未依刑法第九十三條第一項諭知應於緩刑期內付保護管束,顯有判決不適用法則之違法。案經確定,爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條規定提起非常上訴,以資糾正。

三、附録

最高法院刑事判決 九十七年度台非字第三九二號 上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長 被 告 某甲 上列上訴人因被告公共危險案件,對於台灣士林地方法院中華民國九十六年十二月二十四日第一審確定判決,認為違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主文

原判決關於違背法令之部分撤銷。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴 訟法第三百七十八條定有明文。又受緩刑之宣告,執行刑法 第七十四條第二項第五款至第八款所定之事項者,應於緩刑 期間付保護管束,同法第九十三條第一項第二款定有明文。 本件原判決認定:被告某甲於民國九十六年八月二十八日, 酒後騎駛重型機車,經警施以酒測結果,發現其呼氣中酒精 濃度達每公升①·三四毫克等情。而論以刑法第一百八十五 條之三之罪,判處拘役拾日,並諭知易科罰金之折算標準; 併宣告緩刑貳年,暨自該判決確定之日起至緩刑期滿日止, 向台灣士林觀護志工協進會提供伍拾小時之義務勞務。乃原 判決併予宣告緩刑,暨依刑法第七十四條第二項第五款之規 定,指定提供義務勞務時,竟未依刑法第九十三條第一項第 二款之規定宣告於緩刑期間付保護管束,揆之前開說明,自 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,洵有理由。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之部分撤銷,以資糾正。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前 段,判決如主文。

【第三十三案】

一、關係條文

刑 法 第168條。 中華民國九十六年犯罪減刑條例 第2條第1項。 刑 事 訴 訟 法 第378條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴訟法 第三百七十八條定有明文。又『犯罪在中華民國九十六年四 月二十四日以前者,除本條例另有規定外,依下列規定減 刑:一、死刑減為無期徒刑。二、無期徒刑減為有期徒刑二 十年。三、有期徒刑、拘役或罰金,減其刑期或金額二分之 一』,中華民國九十六年罪犯減刑條例第二條第一項亦有明 文,是被告須犯罪在九十六年四月二十四日以前,始得依該 條例之規定減刑。再按偽證罪所侵害之法益係國家之審判 權,故對於同一訴訟案件,證人縱在偵查、第一審及第二審, 先後多次具結而為虛偽之陳述,因所侵害國家審判權之法益 仍屬一個,自僅成立單一之偽證罪,此最高法院八十九年度 台上字第七五九一號判決可資參照。二、經查:原判決認定 之犯罪事實係引用檢察官起訴書之記載,認被告某甲於民國 九十六年三月一日、六月十四日,以證人身分於台灣台南地 方法院九十五年訴字第XX號、台灣高等法院台南分院九十 六年上訴字第 X X 號案件審理中作證陳述時,對於與案情有

重要關係之某乙是否共同實施竊盜、強盜未遂行為部分,供 前具結為『(偷車是你自己偷還是有人把風(自己偷的)』、 『(台南市農會安南辦事處行搶有無同夥)自己去作』、『是 我自己去搶的』、『(為何後來提到某乙)是法官、檢 實 問的』、『(某乙是否看到你偷機車)沒有』等虛偽不實之 證述,依據前揭最高法院判決意旨,被告於第一審、第二審 先後多次具結而為虛偽之陳述,所侵害國家審判權之法益 屬一個,僅成立單一之偽證罪,是被告所犯既為單一偽證 罪,則其偽證罪犯行終了時,應係九十六年六月十四日以前,依前揭條 定,應屬不得減刑之犯罪,原審未察,誤依中華民國九十六 定,應屬不得減刑之犯罪,原審未察,誤依中華民國九十六 年罪犯減刑條例第二條第一項第三款之規定予以減刑,自有 判決適用法則不當之違法。案經確定,爰依刑事訴訟法第四 百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴,以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十七年度台非字第三六一號 上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告偽證案件,對於台灣台南地方法院中華民國九十七年三月三十一日第一審確定判決,認為部分違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主 文

原判決關於違背法令部分撤銷。

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「犯罪在中華民國九十六 年四月二十四日以前者,除本條例另有規定外,依下列規定 減刑:一、死刑減為無期徒刑。二、無期徒刑減為有期徒刑 二十年。三、有期徒刑、拘役或罰金,減其刑期或金額二分 之一」,亦為中華民國九十六年罪犯減刑條例第二條第一項 所明定,是被告須犯罪在九十六年四月二十四日以前,始得 依該條例之規定減刑。本件原確定判決係依簡式審判程序, 引用檢察官起訴書記載之事實,認定被告某甲與某乙基於意 圖為自己不法所有犯意聯絡,先於九十五年四月十四日十二 時許,在台南縣永康市○○路四ХХ號前,由某乙在旁把 風,被告下手之方式,共同竊取A所有 $\bigcirc\bigcirc$ L-XX二號機車,得手後二人進而於同日十五時二十七分許,持玩具手槍 至台南市○○區○○路二段三○○號「台南市農會辦事 處」,由某乙在附近等候,被告則持玩具手槍入內,喝令該 辦事處人員交出現金,因警鈴大作,二人分別駕車逃逸,致 未得逞。被告與某乙所涉該竊盜、強盜未遂案,嗣經起訴, 乃被告於九十六年三月一日、六月十四日,以證人身分於台 灣台南地方法院九十五年度訴字第XX號、台灣高等法院台 南分院九十六年度上訴字第XX號上開強盜未遂案件審理 中,作證陳述時,對於與案情有重要關係之某乙是否共同實 行竊盜、強盜未遂行為部分,供前具結為「(偷車是你自己 偷還是有人把風(自己偷的)」、「(台南市農會安南辦事 處行搶有無同夥)自己去作」、「是我自己去搶的」、「(為

何後來提到某乙)是法官、檢察官問的」、「(某乙是否看 到你偷機車)沒有 | 等虛偽不實之證述等情,因而論以被告 刑法第一百六十八條之偽證罪(累犯),量處其有期徒刑十 月,並以被告犯罪係在九十六年四月二十四日之前,合於中 華民國九十六年罪犯減刑條例規定為由,而減其宣告刑為有 期徒刑五月。然偽證罪所侵害之法益係國家之審判權,故對 於同一訴訟案件,證人縱於偵、審中,先後多次具結而為虛 偽之陳述,因所侵害國家審判權之法益仍屬一個,應僅成立 單一之偽證罪。因之被告於上開強盜未遂案之第一、二審審 理時,供前具結,先後就於案情有重要關係之事項,為虛偽 證述,仍僅成立一偽證罪。則所犯偽證罪之一部行為既係於 九十六年六月十四日所為,已在上開減刑基準日之後,即無 該減刑條例規定之適用。原判決疏未詳查,仍依上開減刑條 例予以減刑,自有判決適用法則不當之違背法令情形。案經 確定,非常上訴意旨,執以指摘,洵有理由,因原判決尚非 不利於被告,僅由本院將原判決關於違背法令部分撤銷,以 資糾正。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前 段,判決如主文。

中華民國九十七年八月七日

【第三十四案】

一、關係條文

刑 法 第169條第1項。

司法院解釋 院字第1012號。

刑事訴訟法 第379條第10款、第447條、第378

條。

二、非常上訴理由

按刑事判決確定後,發見該案件認定犯罪事實與所採用證據顯屬不符,自屬審判違背法令,得提起非常上訴,業經司法院釋字第一四六號解釋釋明在案。次按僱(雇)員并非公務員懲戒法上之公務員,亦經司法院院字第一〇一二號解釋示在案。再按刑法第一百六十九條第一項所謂懲戒處分,係指公務員懲戒法規所定之各項處分而言,故受此項懲戒處分之主體,以有受上開法規懲戒處分之公務員之身分為前提,實質,要不過為一種僱關關係,並無公務員懲戒法規上公務員之身分,即不受該項法規之適用,若意圖其歇業而申告虛偽事實於其僱用之機關,並非使受懲戒處分,自難以公務員之身分,即不受該項法規之適用,若意圖其歇業而申告虛偽事實於其僱用之機關,並非使受懲戒處分,自難以不務。 查台灣板橋地方法院上揭確定判決認定被告某甲確有誣告A、B之犯罪事實,係以有下列證據可資證明為據:(一)於警詢及告某甲於警詢、偵查中之自白。(二)告訴人C、D於警詢及 偵查中之指訴。(三)告訴人A、B於警詢中之指訴。(四)卷附之『台北縣政府黑幕大頭條』之檢舉信件影本、○○公司提供之電子郵件申設資料、○○資通股份有限公司提供之IP 使用者撥接電話資料及通聯調閱查詢單及○○網咖店登入交易明細表等件。惟告訴人A、B於警詢中均供稱其等為約僱人員,揆諸首開說明,原確定判決認定某甲確有誣告A、B之犯行並據以判處誣告罪刑部分自屬違背法令。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 九十六年度台非字第三一①號 上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長 被 告 某甲

上列上訴人因被告誣告案件,對於台灣板橋地方法院中華民國九十五年五月五日第一審確定簡易判決,認為違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主 文

原判決撤銷,由台灣板橋地方法院依判決前之程序更為審判。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按依法應於審判期日調查之證據而未予調查者,其判決 當然為違背法令,刑事訴訟法第三百七十九條第十款定有明 文,而所謂「依刑事訴訟法應於審判期日調查之證據」,係 指該項證據在客觀上為法院認定事實及適用法律之基礎者 而言,此種證據,未予調查,其判決為當然違背法令。且非 常上訴,乃對於審判違背法令之確定判決所設之救濟方法, 依法應於審判期日調查之證據未予調查致適用法令違誤,而 顯然於判決有影響者,該項確定判決,即屬判決違背法令, 應有刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款規定之適 用,司法院著有釋字第二三八、一八一號解釋可資參照。又 刑法第一百六十九條第一項所謂懲戒處分,係指公務員懲戒 法規所定之各項處分而言,故受此項懲戒處分之主體,以有 受上開法規懲戒處分之公務員之身分為前提(本院民國二十 九年上字第二九八六號、二十六年渝上字第一九一〇號判例 意旨参照)。而依司法院院字第一()一二號解釋意旨,雇員 並非公務員懲戒法上之公務員;公務員懲戒委員會七十六年 六月二日(七六)台會議字第①八六八號函亦說明:「本會 審議懲戒案件,如屬品位制之雇員,仍依照司法院院字第一 ○一二號解釋辦理。」等旨,從而依雇員管理規則僱用之雇 員,違法失職並不適用移付懲戒之規定(銓敘部七十六年六 月十六日(七六)台華甄四字第九八四四四號函、行政院人 事行政局七十六年六月三十日(七六)局參字第一六七三二 號函參照)。是若意圖使雇員受行政處分而申告虛偽之事 實,因並非使受懲戒處分,自難以誣告罪論。本件原確定判 決認定:被告某甲為○○縣政府工務局違章建築拆除隊職 員,意圖使其同事 A、B、C 受行政懲戒,先於九十四年五月 二十一日,冒用 D 之名義,向○○網資訊股份有限公司提供 之〇〇生活館,申請使用「XXX@ms95.url.com.tw」電子

郵件信箱帳號,再於九十四年七月十一日下午九時四十五分 許,在台北市○○區○○路「○○網咖店」內,利用該電子 信箱,偽造「E〈XXX@ms95.url.com.tw〉」之發送名義, 寄發電子信件及張貼留言之方式,分別向有權接受申告而開 始行政懲戒程序之行政院院長信箱、台北縣政府研考會等公 務機關及台北縣板橋市公所、台北縣土城市公所網頁留言 版、司法院政風處、法務部政風司等處,發送如該判決所載 之內容不實之檢舉信件,而為誣告,足生損害於 A、B、C 及D、E等人等情。因認被告係犯行使偽造準私文書、加重 誹謗及意圖他人受懲戒處分,向該管公務員誣告等罪,依修 正前刑法牽連犯之規定,從一重論以意圖他人受懲戒處分, 向該管公務員誣告罪,處有期徒刑陸月,並宣告緩刑參年。 惟依卷內資料,告訴人A、B分別於警詢時陳稱:「我(A) 現在台北縣政府工務局使用管理課,約僱人員,在櫃檯審查 人員審查營利事業證(登)記證。」「我(B)現在台北縣 違章建築拆除隊,職稱是約僱五等,專門做違章建築的認 定。 | 各等語。是其二人是否具有公務員懲戒法上所稱公務 員之身分?尚非無疑。倘為否定,則因並無受懲戒處分之 虞,被告縱向該管機關為不實之申告,關於其二人部分仍不 能成立意圖使人受懲戒處分之誣告罪。原審就此攸關法律適 用之重要事實,未予詳查究明,遽行判決,自有應於審判期 日調查之證據未予調查,致適用法令違誤,而顯然於判決有 影響之情形。揆諸首開說明,其判決應屬違背法令。案經確 定,且對被告不利,非常上訴意旨執以指摘,洵有理由,為

使事實臻於明確及維持被告審級利益,應將原判決撤銷,由 原審法院依判決前之程序更為審判,以資救濟。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項前段,判決如主文。

中華民國九十六年十一月九日

【第三十五案】

一、關係條文

刑 法 第210條、第216條。

刑事訴訟法 第378條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴訟法 第三百七十八條定有明文。又刑法處罰偽造文書之主旨,所 以保護文書之實質的真正,故不僅作成之名義人須出於虛捏 或假冒,即文書之內容,亦必出於虛構,始負偽造之責任, 最高法院二十年上字第一 () 五 () 號判例可資參照。另刑罰上 處罰有形的偽造文書,非祇因其虚捏或冒用他人名義,而在 於虛偽文書有害於公共信用及社會交往之安全,故必內容虛 偽,方有發生如此妨害之可能,以保護文書之實質的真正。 是刑法第二百十條至第二百十二條之所謂偽造文書,必須文 書之名義人非屬真正,且不僅作成之名義人須出於虛捏或假 冒,同時其內容亦必出於虛構,才為相當;我刑法對於偽造 文書罪,採有形偽造,亦即形式主義,以無製作權人冒用他 人名義製作內容不實之文書為要件,且須二者兼具始可,故 於偽造文書罪,對冒用何人名義,製作之文書其內容如何之 不實,均須明白認定,詳細記載,始足為適用法令之基礎, 最高法院九十六年台上字第三一九一號、八十九年台上字第 一三二九號、八十九年台上字第二五六六號判決參照。本件 台灣高雄地方法院認定之事實,係被告某甲基於偽造文書之 概括犯意,竟連續盜用『工地負責人』某乙之印章,逕以某 乙之名義上簽呈,足以生損害於某乙等人。惟本案被告某甲 以案外人某乙名義上簽之『○○縣政府○○精忠合建國宅水 電工程₿區工作費』比價簽呈、『○○縣政府○○精忠合建 國宅水電工程』施工預算書簽呈,二簽呈之內容並無不實之 處,且原判決亦未認定二簽呈內容不實,本案僅係被告某甲 盗蓋案外人某乙之印章,至其製作之簽呈內容既無不實之 處,依上開說明,被告某甲應僅係盜蓋某乙之印章、印文, 而非偽造刑法第二百十條之私文書,然原審卻認被告某甲所 犯係連續行使偽造私文書罪,而依刑法第二百十條、第二百 十六條諭知某甲連續行使偽造文書之罪刑,其判決主文與認 定之事實不符,理由顯相矛盾,即有判決不適用法則或適用 法則不當之違背法令,現該案既已確定,爰依刑事訴訟法第 四百四十一條、第四百四十三條規定提起非常上訴,以資救 濟。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十六年度台非字第七七號

上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告偽造文書案件,對於台灣高雄地方法院中華民國九十五年十二月二十七日第二審確定簡易判決,認為違背法令,提起非常上訴,本院判決如下:

主 文

原判決撤銷,由台灣高雄地方法院依判決前之程序更為審判。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按刑法處罰偽造私文書之主旨,在於保護私文書之實質 的真正,故不僅作成之名義人須出於虚捏假冒,即文書之內 容,亦必出於虛構,始負偽造之責任,此二項構成犯罪之要 件,應於判決書內詳加記載,並應於理由內將其憑以認定之 證據及理由詳為論述,始足為適用法律及判斷其適用法律是 否適當之根據。本件原判決認定被告某甲係行政院國軍退除 役官兵輔導委員會○○榮民技術勞務中心第X工程隊副技 術師兼業務承辦人,基於偽造文書之概括犯意,以委託不知 情之業務助理某丙依其口述或擬妥之草稿內容謄寫簽呈,再 由其本人盜用○○縣政府○○精忠合建國宅水電工程之工 地負責人某乙之印章,冒用某乙名義擬具簽呈之方式,先後 於民國八十七年三月九日、同年月二十二日偽造「○○縣政 府○○精忠合建國宅水電工程」施工預算書簽呈及「○○縣 政府○○精忠合建國宅水電工程B區工作費」第一次比價案 簽呈,並蓋用其本人印章以示已核閱,再呈轉上級,經上開 中心之主任某丁核可而行使之,足以生損害於某乙及上開中 心對工程業務控管監督之正確性等情;因而撤銷第一審簡易 庭之科刑判決,改判適用刑法第二條第一項前段、第二百十 六條、第二百十條、第七十四條第一項第二款、第二項第五 款、第九十三條第一項第二款,修正前刑法第五十六條、第 四十一條第一項前段,修正前罰金罰鍰提高標準條例第二

條,論處被告連續行使偽造私文書罪刑。惟查原判決就被告 以某乙名義擬具之前述二項簽呈,其內容是否出於虛構,既 未於事實欄詳加記載,復未於理由欄詳予論斷說明,則其論 被告以行使偽造私文書罪,顯不足為判斷其適用法律是否適 當之準據,自屬違背法令。案經確定,且於被告不利,非常 上訴意旨執以指摘,洵有理由,應由本院將原判決撤銷,並 為維持被告之審級利益,由原審法院依判決前之程序更為審 判,以為救濟。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項,判決如 主文。

中華民國九十六年四月十九日

【第三十六案】

一、關係條文

刑 法 第210條。 刑事訴訟法 第378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378條 定有明文。又統一發票上之號碼僅係表彰營業人開立該憑證 之部分內容,而未中獎之統一發票,乃具憑證功能,故如就 統一發票之號碼擅自更改,應成立變造罪責,而非屬偽造行 為;被告持變造為中獎號碼之統一發票兌領獎金,應論以行 使私文書罪(最高法院89年度台上字第5428號、92年度 台上字第5616號判決參照)。查本件原判決引用起訴書之 犯罪事實,認定:『某甲明知所持有之中華民國92年7月 至8月份中獎統一發票一張(編號:VP00000000)係經變造, 竟意圖為自己不法之所有,於同年12月23日下午3時20 分許,持上開變造之中獎統一發票,至臺北市中山區○○○ 路○段89之4號合作金庫員山分行,向行員A要求兌領中 獎獎金一千元,而施以詐術,因 A 發現該紙發票為偽造即報 警處理,並扣得上開尚未兌領之變造統一發票一張』等情。 則依上述最高法院見解,被告所為,顯應論以行使變造私文 書罪,乃原判決竟以行使偽造文書罪論處,自有適用法則不

當之違誤。案經確定,爰依刑事訴訟法第 441 條、第 443 條 提起非常上訴,以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十五年度台非字第一四號

上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告偽造文書案件,對於台灣台北地方法院中華民國九十四年九月三十日第一審確定判決,認為違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主 文

原判決關於行使偽造私文書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。又刑法上所謂偽造文書,以無制作權之人制作他人名義之文書為要件;而變造文書,係指無權制作者,就他人所制作之真正文書,加以改造而變更其內容者而言。本件原判決引用起訴書犯罪事實欄之記載,認定被告某甲明知所持有之中華民國九十二年七月至八月份、編號VP000000000 之中獎統一發票,其中號碼部分係經變造,竟意圖為自己不法之所有,於同年十二月二十三日下午三時二十分許,持至台北市中山區〇〇〇路〇段合作金庫員山分行,向行員 A 要求兌領中獎獎金新台幣一千元,而施以詐術,經 A 發現該紙發票為變造即報警處理,並扣得該變造之

統一發票一張等情。該發票號碼既屬變造,則被告所為關於 行使文書部分之犯行,顯應論以行使變造私文書罪,乃原判 決竟誤以行使偽造私文書罪論處,自有適用法則不當之違 誤。案經確定,非常上訴意旨執此指摘,洵有理由。惟原判 決尚非不利於被告,自應由本院將原判決關於行使偽造私文 書罪違背法令部分撤銷,以資糾正。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前 段,判決如主文。

中華民國九十五年二月九日

【第三十七案】

一、關係條文

刑 法 第212條、第214條。

刑事訴訟法 第378條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴訟法 第三百七十八條定有明文。本件原判決認定被告某甲於民國 九十三年一月五日某時,利用其子某乙委託請領國民身分證 之機會,在台中縣○○市戶政事務所處,將某丙之個人照一 張,黏貼在國民身分證申請書上,致不知情之承辦人員,誤 認申請書上之人即為某乙本人,乃以申請書上所黏貼某丙之 相片,核發偽造之某乙國民身分證一張,並將前開不實之某 丙相片登載於其職務上所掌管之文書上,足生損害於某乙及 戶政與司法機關對身分之查核與管理及追訴犯罪之正確 性,因認被告觸犯刑法第二百十四條之使公務員登載不實 罪,且利用不知情之户政人員,成立刑法第二百十二條偽造 國民身分證罪之間接正犯。惟所謂間接正犯,係指犯罪行為 人不親自實施犯罪,而利用無責任能力人或無犯罪意思之人 實施犯罪而言,故必須被利用人之行為成立犯罪時,該利用 者始能依間接正犯論處。而刑法第二百十二條之偽造特種文 書罪,以無製作權之人冒用有製作權者之名義而製作該文書 為要件,如果製作該文書者,對於此種文書本有製作之權,

即不發生偽造問題。本件台中縣〇〇市戶政事務所核發之國 民身分證,乃戶政機關本於職權,有權製作之文書,自無偽 造可言,該證件既非偽造,被告無從成立偽造國民身分證罪 之間接正犯。原判決以被告之上開行為成立刑法第二百十二 條偽造國民身分證罪之間接正犯,自有判決適用法則不當之 違法。案經確定,爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百 四十三條提起非常上訴,以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十六年度台非字第一二六號 上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告偽造文書案件,對於台灣台中地方法院中華民國九十五年五月三日第一審確定刑事判決,認為違背法令,提起非常上訴,本院判決如下:

主 文

原判決關於違背法令部分撤銷。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按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。又所謂間接正犯,係指犯罪行為人不親自實施犯罪,而利用無責任能力人或無犯罪意思之人實施犯罪而言,故必須被利用人之行為該當於構成要件行為時,該利用者始能依間接正犯論處。而刑法第二百十二條之偽造特種文書罪,以無製作權之人冒用有製作權者之名

義而製作該文書為要件,如果製作該文書者,對於此種文書 本有製作之權,即不發生偽造問題。本件原判決認定被告某 甲於九十三年一月五日某時,利用其子某乙委託請領國民身 分證之機會,在台中縣○○市戶政事務所處,將某丙之個人 照一張,黏貼在國民身分證申請書上,致不知情之承辦人 員,誤認申請書上之人即為某乙本人,乃以申請書上所黏貼 某丙之相片,核發偽造之某乙國民身分證一張,並將前開不 實之某丙相片登載於其職務上所掌管之文書上,足生損害於 某乙及戶政與司法機關對身分之查核與管理及追訴犯罪之 正確性等情。按諸原判決所認定之上開事實,被告將某丙之 個人照一張,黏貼在國民身分證申請書上,申請核發偽造之 某乙國民身分證一張部分,依上開說明,自不能另論以刑法 第二百十二條偽造國民身分證罪之間接正犯,方為適法。乃 原判決關於此部分竟論以刑法第二百十二條偽造國民身分 證罪之間接正犯,並與其所犯使公務員登載不實罪,依牽連 犯從一重處斷,諭知被告明知為不實之事項,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罪,顯 有判決適用法則不當之違法,為判決違背法令。案經確定, 非常上訴意旨指摘原判決關於此部分違法,洵有理由。惟此 項違法尚非不利於被告,僅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,判決如主文。

中華民國九十六年五月三十一日

【第三十八案】

一、關係條文

刑 法 第214條。 民 法 第1063條。 刑 事 訴 訟 法 第378條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用法則不當者,為違背法令,刑事訴 訟法第三百七十八條定有明文。又按妻之受胎係在婚姻關係 存續中者,夫縱在受胎期間內未與其妻同居,妻所生子女依 民法第一千零六十三條第一項規定,亦推定為夫之婚生子 女,在夫妻之一方依同條第二項規定提起否認之訴,得有勝 訴之確定判決以前,無論何人皆不得為反對之主張,自無許 與妻通姦之男子出而認領之餘地(最高法院七十五年台上字 第二()七一號判例要旨參照)。本件原判決認定,被告某甲 與某乙係夫妻關係,為有配偶之人,二人已因故分居多年。 詎某甲乃於與某乙分居期間,基於通姦之犯意,於民國九十 三年九月間某日,在某不詳處所,與不詳年籍姓名男子通 姦,並於九十四年六月間產下一子 A (通姦罪部分已經判決 確定)。而某甲明知某乙並非 A 之生父,竟於九十四年八月 一日向新竹縣○○鄉戶政事務所辦理 A 出生登記時,在出生 登記書上不實填載 A 之父為某乙,使該戶政事務所不知情之 承辦公務員將該不實事項登載於職務上所掌之戶籍登記簿

公文書,足以生損害於某乙及戶政機關對於戶籍資料管理之 正確性。嗣某乙於九十四年八月二十四日至新竹縣○○鄉戶 政事務所請領戶籍謄本時,發現同戶戶口內有 A 之出生登 記,並登載其為A之父,乃向某甲查詢得知上情等情。因而 論處如原判決主文所示之罪刑。惟查,關於偽造文書部分, 被告某甲雖明知 A 係其與他人通姦所生,但其受胎既係在婚 姻關係存續中,則在告訴人某乙未依民法第一千零六十三條 第二項規定,提起否認子女之訴,得有勝訴判決前,被告之 子A在法律上不能不認為係某乙之婚生子。被告某甲依民法 第一千零六十三條第一項、戶籍法第十四條、第三十一條規 定,向戶政機關辦理出生登記時,申報 A 之父為某乙,尚難 認有何不實可言,核與刑法第二百十四條之犯罪構成要件不 相適合。而被告及告訴人夫妻,均尚未提起否認子女之訴, 法律上亦未課以被告或告訴人必須提起否認子女之訴之義 務。乃原審竟認被告所生之子與某乙既無血緣關係,應另循 民事訴訟程序解決之,遽行申報登記,即有不法云云,係課 以當事人額外負擔法律上所無之義務,於法難認有據。原審 未注意及此,竟撤銷一審無罪之判決,改判被告使公務員登 載不實文書罪刑,依上開說明,顯有判決適用法則不當之違 背法令。案經確定,且於被告不利。爰依刑事訴訟法第四百 四十一條、第四百四十三條提起非常上訴,以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十六年度台非字第一九號 上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長 被 告 某甲

上列上訴人因被告偽造文書案件,對於台灣高等法院中華民國九十五年九月十四日第二審確定判決,認為違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主文

原判決撤銷。

檢察官在第二審之上訴駁回。

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。又妻之受胎,係在婚姻關係存續中者, 依民法第一千零六十三條第一項,推定其所生子女為婚生子 女。受此推定之子女,在夫妻之一方未依同法條第二項之規 定提起否認之訴,或雖提起而未受有勝訴之確定判決前,該 子女在法律上不能不認為夫之婚生子女。本件原判決認定被 告某甲與告訴人某乙係夫妻關係,為有配偶之人,二人已因 故分居多年。詎被告於與告訴人分居期間,基於通姦之犯 意,於九十三年九月間某日,在某不詳處所,與不詳年籍姓 名男子通姦,並於九十四年六月間產下一子 A。被告明知告 訴人並非 A 之生父,竟於九十四年八月一日向新竹縣○○鄉 戶政事務所辦理 A 之出生登記時,在出生登記書上不實填載 A 之父為告訴人, 使該戶政事務所不知情之承辦公務員將該 不實事項登載於職務上所掌之戶籍登記簿公文書,足以生損 害於告訴人及戶政機關對於戶籍資料管理之正確性。嗣告訴 人於九十四年八月二十四日至○○鄉戶政事務所請領戶籍

謄本時,發現同戶戶口內有 A 之出生登記,並登載其為 A 之父,經向被告查詢而得知上情等事實,而論處被告以刑法 第二百十四條之明知為不實之事項,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罪刑(通姦罪部 分另經判刑確定)。惟依原判決所載,被告受胎(A)係在 其與告訴人婚姻關係存續中,告訴人又係在被告為上述出生 登記後始知悉上情,被告復坦承其並未提起否認 A 為告訴人 子女之訴,則在被告及告訴人均未依民法第一千零六十三條 第二項之規定提起否認子女之訴而得有勝訴之確定判決 前,A在法律上不能不認係被告與告訴人之婚生子,被告於 此時依法定程序申報 A 之出生登記,並登記其生父為告訴 人,究難認有犯罪之故意,自不成立刑法第二百十四條之 罪。乃原判決竟撤銷第一審關於諭知被告被訴使公務員登載 不實部分無罪之判決,以被告既明知A非告訴人之血緣,竟 未經告訴人同意,亦未將實情告知戶政事務所之承辦人員, 即逕行向戶政事務所申請將 A 辦理登記為告訴人之子,自並 無解其犯行之成立等理由,改判論處被告上開罪刑,自有適 用法則不當之違法。案經確定,且於被告不利,非常上訴意 旨執以指摘,洵有理由,應由本院將原判決撤銷,並將檢察 官在原審為被告不利益之上訴駁回,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,判決如主文。

中華民國九十六年二月一日

【第三十九案】

一、關係條文

刑 法 第218條第1項。

刑事訴訟法 第378條。

二、非常上訴理由

按刑法上所稱之公印,係表示公署或公務員資格之印信而 言,如不足以表示公署或公務員之資格者,不得謂之公印, 即為普通印章。被告所偽造之『交通部公路總局監理處行車 執照之章』,其機關全銜之下既綴有『行車執照之章』數字, 其非依印信條例規定,由上級機關所製發之印信,以表示該 機關之資格者甚明,自非公印(最高法院六十九年台上字第 一六七六號判例參照)。又刑法所稱公印,係指表示公署或 公務員資格之印信而言,如機關內收發室之圖記,僅足為該 機關內一部分之識別,不足以表示公署或公務員之資格,不 得謂之公印,而為普通印章。被告所偽造之『交通部駕駛執 照製發之章』及『交通部製發駕駛執照』鋼印,其機關全銜 之下既綴有『駕駛執照製發之章』、『製發駕駛執照』字樣, 即非依印信條例規定所製發,以表示該機關資格之印信,自 非公印,亦有最高法院八十九年度台上字第七①九三號判決 足資參考。查本件原判決認定被告將自身之相片二張交予 『阿仁』,黏貼於『宋○○』之國民身分證及汽車駕駛執照 上(其上本已分別有偽造之『內政部印』及『交通部駕駛執 照製發之章』之公印文),再於相片與證件之騎縫處,分別偽造『台中市政府』及『交通部公路總局簽發之章』之公印文(為鋼印),連續偽造『宋〇〇』之國民身分證與汽車駕駛執照各一張後,由『阿仁』將偽造之證件交予被告等情。理由欄則謂『交通部駕駛執照製發之章』、『交通部公路總局簽發之章』(鋼印),均為偽造之公印文等語,適用之法條又援引刑法第二百十八條第一項,依上開判例、判決意旨,自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 九十七年度台非字第三二一號 上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長 被 告 某甲

上列上訴人因被告偽造文書案件,對於台灣台中地方法院中華民國九十三年十一月三十日第一審確定判決,認為違法, 提起非常上訴,本院判決如下:

主文

原判決撤銷,由台灣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。<u>又刑法上所稱之公印,係表示</u> 公署或公務員資格之印信而言,如不足以表示公署或公務員 之資格者,不得謂之公印,即為普通印章。「交通部駕駛執 照製發之章」、「交通部公路總局簽發之章」,其機關全街 之下既綴有「駕駛執照製發之章」、「簽發之章」字樣,其 非依印信條例規定,由上級機關所製發之印信,以表示該機 關之資格者甚明,自非公印。本件原判決認定被告某甲共同 偽造之「宋〇〇」之汽車駕駛執照上「交通部駕駛執照製發 之章」、「交通部公路總局簽發之章」(鋼印)印文,係屬 公印文,而論以刑法第二百十八條第一項之偽造公印文罪, 揆之上開說明,原判決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,洵有理由。因原判決不利於 被告,且偽造「交通部駕駛執照製發之章」、「交通部公路 總局簽發之章」(鋼印)印文,倘不成立偽造公印文罪,被 告是否另犯其他罪名,尚待調查、認定,影響於事實之確定, 為維持被告審級利益,應由本院將原判決撤銷,由原審法院 依判決前之程序更為審判,以資教濟。

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

中華民國九十七年七月十一日

【第四十案】

一、關係條文

刑 法 第234條第1項。

刑法施行法 第1條之1。

刑事訴訟法 第378條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴訟法 第三百七十八條定有明文。查本件原判決以被告某甲意圖供 人觀覽,於民國九十五年十月十六日下午四時三十分許,在 高雄市小港區○○路XX號『○○學校』三樓圖書館內,脫 掉所著牛仔褲後,將生殖器官裸露於外,而公然為猥褻之行 為,係犯刑法第二百三十四條第一項之公然猥褻罪,而判處 罪刑,雖非無見。惟八十八年四月二十一日修正之現行刑法 第二百三十四第一項規定:『意圖供人觀覽,公然為猥褻之 行為,處一年以下有期徒刑,拘役或三千元以下罰金。』而 依刑法施行法第一條之一規定:『中華民國九十四年一月七 日刑法修正施行後,刑法分則編所定罰金之貨幣單位為新台 幣。九十四年一月七日刑法修正时,刑法分則編未修正之條 文定有罰金者,自九十四年一月七日刑法修正施行,就其所 定數額提高為三十倍。但七十二年六月二十六日至九十四年 一月七日新增或修正之條,就其所定數額提高為三倍』。是 刑法第二百三十四條第一項之公然猥褻罪之法定本刑應為

『一年以下有期徒刑,拘役或新台幣九千元以下罰金』。乃原判決竟科處『罰金壹萬伍仟元』,已逾越刑法第二百三十四條第一項所定之罰金刑最高刑度新台幣九千元,顯有判決不適用法則之違背法令。爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴,以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十六年度台非字第四九號 上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告某甲

上列上訴人因被告妨害風化案件,對於台灣高雄地方法院中華民國九十五年十一月二十日第一審確定刑事簡易判決,認 為部分違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主文

原判決關於刑之諭知部分撤銷。

某甲所犯意圖供人觀覽,公然為猥褻之行為罪,處罰金新台幣玖仟元,如易服勞役,以新台幣幣參仟元折算壹日。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。本件依原判決所確認之事實,認定被告某甲係犯刑法第二百三十四條第一項之公然猥褻罪,而判處罰金壹萬伍仟元,如易服勞役,以新台幣叁仟元折算壹日,惟按民國八十八年四月二十一日修正之現行刑法第二百三十四條第一項規定:「意圖供人觀覽,公然為猥

褻之行為者,處一年以下有期徒刑、拘役或三千元以下罰 金」,而依刑法施行法第一條之一規定:「中華民國九十四年 一月七日刑法修正施行後,刑法分則編所定罰金之貨幣單位 為新台幣。九十四年一月七日刑法修正時,刑法分則編未修 正之條文定有罰金者,自九十四年一月七日刑法修正施行, 就其所定數額提高為三十倍。但七十二年六月二十六日至九 十四年一月七日新增或修正之條,就其所定數額提高為三 倍」。是刑法第二百三十四條第一項之公然猥褻罪之法定本 刑應為「一年以下有期徒刑,拘役或新台幣九千元以下罰 金」。乃原判決竟科處「罰金壹萬伍仟元」,已逾越刑法第二 百三十四條第一項所定之罰金刑最高刑度新台幣九千元,顯 有判決不適用法則之違背法令;案經確定,且於被告不利, 非常上訴意旨執行指摘,洵有理由,應由本院將原判決關於 刑之諭知部分撤銷,另行判決如主文第二項所示,以資糾 正。至原判決其他部分,非常上訴意旨並未指摘,非本院所 得審究,附為敍明。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款,刑法第二百三十四條第一項、第四十二條第三項,判決如主文。

中華民國 九十六 年 三 月 二十二 日

【第四十一案】

一、關係條文

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。又科刑之判決書其宣示之主文, 與所載之事實及理由必須互相適合,否則即屬理由矛盾,其 判決當然為違背法令,嘴高法院(民國)六十四年台上字第 八九三號著有判例。而在兌換籌碼處之財物,不問屬於犯人 與否,沒收之,亦為刑法第二百六十六條第二項所明定。經 查本件原判決犯罪事實及證據,引用檢察官聲請簡易判決處 刑書之記載。又觀諸該處刑書犯罪事實欄記明『扣得周轉金 新台幣(下同)十一萬七千五百元,及某乙置放袋子內之周 轉金三千五百元,和某丙置放袋子內之周轉金二千三百元』 等語,而原判決理由論敘編號十三所示之物,即周轉金十二 萬一千元(十一萬七千五百元加三千五百元之合計),係屬 在兌換籌碼處之財物,應依刑法第二百六十六條第二項規定 宣告沒收,主文亦為沒收之諭知。惟同屬應認係屬在兌換籌 碼處之某丙置放袋子內之周轉金二千三百元,則理由內未論 述亦應依法沒收,主文亦漏未為沒收之宣告,致原判決主文 與事實、事實與理由俱不相一致,即有判決理由矛盾之違背

法令,亦有判決不適用刑法第二百六十六條第二項規定之違誤。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,以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判决 九十五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

某丙

某丁

上列上訴人因被告等賭博案件,對於台灣高雄地方法院中華 民國九十五年二月二十二日第一審確定判決,認為違法,提 起非常上訴,本院判決如下:

主 文

原判決關於違背法令部分撤銷。

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,為違背法令;又 犯在公共場所或公眾得出入之場所賭博財物罪者,其在兌換 籌碼處之財物,不問屬於犯人與否,沒收之。刑事訴訟法第 三百七十八條及刑法第二百六十六條第二項分別定有明 文。本件原確定簡易判決引用檢察官聲請簡易判決處刑書之 記載,認定被告某甲為高雄市○○路XX號「○○育樂廣場」 負責人,以在該遊藝場內之公眾得出入場所,擺設電動賭博 機具六十台為賭具,並僱用被告某乙、某丙負責為賭客兌換 現金及「開分、洗分」等工作,由賭客以現金開分後隨意下 注,再將下注贏得之分數依特定比例洗分後兌換積分卡,再 持積分卡向某乙兌換相同點數現金之方法,與不特定人賭博 財物為常業。嗣賭客即被告某丁於九十四年十二月二十日十 一時四十五分許,在上址以下注所贏分數經某丙洗分兌得一 千點積分卡,並持向某乙兌換一千元時,為警持搜索票當場 查獲,而扣得上開機具、每日營收報表、積分卡及某丁前揭 因賭博所得之一千元等物外,復扣得在兌換籌碼處之周轉金 十一萬七千五百元,及某乙、某丙分别置放袋子內之周轉金 三千五百元、二千三百元等情,而依刑法第二百六十七條論 處某甲、某乙、某丙罪刑,依同法第二百六十六條第一項論 處某丁罪刑,並依同法第二百六十六條第二項將上開當場賭 博之器具等與在兌換籌碼處之財物即周轉金十一萬七千五 百元、三千五百元計十二萬一千元宣告沒收。惟就同屬在兌 换籌碼處之財物即某丙置放袋內之周轉金二千三百元部 分,則未適用前開規定併予諭知沒收,自屬違背法令。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 等,應由本院將原判決關於違背法令部分撤銷,以資糾正。 又簡易判決,依刑事訴訟法第四百五十四條規定,無須記載 理由。則理由一項既非簡易判決之法定應記載事項,即令原 判決之說明有與主文記載及所引用檢察官聲請簡易判決處 刑書記載之犯罪事實等不相適合之情形,亦難遽認有判決理 由矛盾之違法。非常上訴意旨謂原判決併有判決理由矛盾之 違背法令云云,不無誤會,附此敘明。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段,判決如主文。

中華民國九十五年六月十五日

【第四十二案】

一、關係條文

刑 法 第266條第2項。

刑事訴訟法 第379條第14款、第378條。

二、非常上訴理由

一、判決不適用法則或適用不當者,為違背法令;依本法應 於審判期日調查之證據而未予調查者。其判決當然違背法 令:刑事訴訟法第三百七十八條、第三百七十九條第十款分 別定有明文。又當場賭博之器具與在賭檯或兌換籌碼處之財 物,不問屬於犯人與否,沒收之。同法第二百六十六條第二 項亦有規定。據此,因賭博案而扣案之財物係在賭檯或兌換 籌碼處遭查獲,為適用刑法第二百六十六條第二項予以沒收 之前提事實,法院於適用刑法第二百六十六條第二項沒收 前,自應依職權調查扣案之財物,是否在賭檯上遭查獲,以 為能否適用該條之依據。如未調查明白,遽以適用刑法第二 百六十六條第二項予以沒收,即屬應於審判期日調查之證據 而未予調查,其判決當然為違背法令。二、經查,原判決認 被告某甲基於賭博之概括犯意,於民國九十五年四月十四日 下午六時許起,連續在台南市○○路二段XX號某乙向某丙 承租作為賭場之公眾得出入之屋內,與某乙、某丙及其他賭 客A、B、C,D、E、F、G等多人,以俗稱「狗仔生」之方式 賭博財物,為台南市警察局第一分局所查獲,並扣得賭資新 台幣(下同)四十萬五千一百元,復又承前賭博之概括犯意, 於九十五年五月六日被告某甲在某丁向某戊承租台南縣永 康市○○里○○路ХХ號二樓之公眾得出入之場所作為賭 博場所,與 H, I、J 等人在該賭場以天九牌賭博財物之事實, 乃依據刑法第二百六十六條第一項前段暨同條第二項,判決 主文:『被告某甲連續在公眾得出入之場所賭博財物,處罰 金新台幣壹萬元,如易服勞役以新台幣壹仟元折算壹日』、 『扣案之, ……賭資新台幣肆拾萬伍仟壹佰元,均沒收。』 然遍查原審卷證,並無證據足以證明上開扣案之賭資四十萬 五千一百元係於賭檯上所查獲,原判決顯有應於審判期日調 查之證據而未予調查之違背法令;況查,於台灣台南地方法 院九十五年度簡字第 X X 號某乙等人賭博一案中,關於上開 扣案之四十萬五千一百元,業經該案承審法官函詢台南市警 察局第一分局,經該局函復謂:抽頭金六萬元以外之扣案三 十四萬五千一百元,均係在場賭客自行主動交付,且現場賭 檯並未查獲現金或籌碼等語,此有台南市警察局第一分局九 十五年十月十四日南市警一刑字第XX號函附台灣台南地 方法院九十五年度簡字第 X X 號卷可稽; 是上開扣案之四十 萬五干一百元於查獲時,顯非置於賭檯上,前開九十五度簡 字第XX號簡易判決亦已說明不宣告沒收之理由。乃原判未 盡調查,援引刑法第二百六十六條第二項,予以沒收,誠屬 有不適用法則之違背法令。三、爰依刑事訴訟法第四百四十 一條、第四百四十三條提起非常上訴,以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十六年度台非字第一八五號

上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告賭博案件,對於台灣台南地方法院中華民國九十五年十二月五日第二審確定判決,認為違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主文

原判決關於某甲部分撤銷,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)

本院按依法應於審判期日調查之證據而未予調查者,其判決當然違背法令,刑事訴訟法第三百七十九條第十款定有明文。又依法應於審判期日調查之證據未予調查,致適用法律錯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(司法院釋字第一八一號解釋參照)。本件原判決認定被告基於賭博之概括犯意,於九十五年四月十四日下午六時許起,連續在台南市〇〇路二段XX號某乙向某丙承租作為賭場之公眾得出入之屋內,與某乙、某丙及其他賭客A、B、C,D、E、F、G等多人,以俗稱「狗仔生」之方式賭博財物,為台南市警察局第一分局所查獲,並扣得賭資四十萬五千一百元;復又承前賭博之概括犯意,於九十五年五月六日被告在某丁向某戊承租台南縣永康市〇〇里〇〇路XX號二樓之公眾得出入之場所作為賭博場所,與H,I、J等人在該賭

場以天九牌賭博財物等情,因而撤銷原審九十五年度簡字第 XX號第一審關於某甲部分不當之判決,依刑法第二條第一 項前段、第五十六條(修正前)、第二百六十六條第一項前 段、第二項、第四十二條第三項前段等規定,論被告以連續 在公眾得出入之場所賭博財物之罪,量處罰金新台幣壹萬 元,如易服勞役以新台幣壹仟元折算壹日。扣案之天九牌壹 付、賭桌壹張、骰子壹佰捌拾粒、帳冊壹本、賭資新台幣玖 仟零捌拾元、天九牌陸付、骰子參粒、無線對講機壹支、帳 簿壹本及賭資新台幣肆拾萬伍仟壹佰元,均沒收。原非無 見。然刑法第二百六十六條第二項「當場賭博之器具與在賭 檯或兌換籌碼處之財物,不問屬於犯人與否,沒收之。」之 規定,係指因賭博案在賭檯或兌換籌碼處遭查獲而扣案之財 物而言,是法院於適用刑法第二百六十六條第二項之規定諭 知沒收,自應依職權調查扣案之財物,是否在賭檯上遭查 獲,以為能否適用該條之依據。本件關於賭資新台幣肆拾萬 伍仟壹佰元沒收部分,非常上訴意旨以:依原審卷證資料, 並無證據足以證明上開扣案之賭資四十萬五千一百元係於 賭檯上所查獲;且台灣台南地方法院九十五年度簡字第XX 號某乙等人賭博一案中,關於上開扣案之四十萬五千一百 元,業經該院函詢台南市警察局第一分局,經該局函覆謂: 除抽頭金六萬元以外之扣案三十四萬五千一百元,均係在場 賭客自行主動交付,現場賭檯並未查獲現金或籌碼等語,有 台南市警察局第一分局九十五年十月十四日南市警一刑字 第XX號函附台灣台南地方法院九十五年度簡字第XX號 卷可稽等語,經查尚非無據。是非常上訴意旨所指上開扣案 之四十萬五干一百元部分於查獲時,是否係置於賭檯上或在 兌換籌碼處遭查獲而扣案之財物,是否全係賭資,能否依刑 法第二百六十六條第二項之規定諭知沒收,均有疑問。揆之 上開說明,自有依法應於審判期日調查之證據未予調查,致 適用法律錯誤而顯然於判決有影響之情形,該確定判決自屬 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。案經確定,非常上訴執以指摘,洵有理由。且為 維持被告之審級利益,應將原判決關於某甲部分撤銷,由原 審台灣台南地方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 主文。

中華民國九十六年七月十九日

【第四十三案】

一、關係條文

刑 法 第320條。

刑事訴訟法 第378條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則者,為違背法令,刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又刑法第三百二十條竊盜罪,其法定本刑為五年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。並無併科罰金之規定。本件原判決認被告某甲等人犯刑法第三百二十條竊盜罪,竟於科處被告等壹年貳月至肆年捌月之有期徒刑外,再併科新台幣貳拾萬元至貳佰萬元不等之罰金;顯然有判決不適用法則之違背法令。案經確定,且於被告不利,爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴,以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十七年度台非字第一四號

上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

某乙

某丙

某丁

某戊

某己 某庚 辛

上列上訴人因被告等竊盜案件,對於台灣高等法院台中分院 中華民國九十五年八月十四日第二審確定判決,認為違法, 提起非常上訴,本院判決如下:

主文

原判決關於某甲、某乙、某丙、某丁、某己、某戊、某庚、 某辛、某甲併科罰金部分均撤銷。

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,為違背法令,刑事訴訟法第三百七十八條定有明文;又刑法第三百二十條之竊盜罪,其法定本刑為五年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金,並無併科罰金之規定。本件原判決認被告某甲、某乙、某丙、某丁、某戊、某己、某庚、某辛、某甲等八人犯刑法第三百二十條第一項之竊盜罪,除分別科處壹年貳月至肆年捌月之有期徒刑外,竟再分別併科新台幣貳拾萬元至貳佰萬元不等之罰金(依序併科新台幣壹佰伍拾萬元、捌拾萬元、壹佰捌拾萬元、疊拾萬元、獻拾萬元、貳拾萬元、疊拾萬元、貳佰萬元,並均諭知罰金易服勞役之折算標準),其為法定刑外之併科罰金,顯有適用法則不當之違法。案經確定,且於被告等不利,上訴意旨執以指摘,洵有理由,爰將原判決關於上述被告等八人併科罰金部分撤銷,以資糾正。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段,判決如主文。

中華民國九十七年二月十四日

【第四十四案】

一、關係條文

刑 法 第336條第2項。

刑事訴訟法 第378條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用法則不當,為違背法令,刑事訴訟 法第三百七十八條定有明文。又對於業務上所持有之物,犯 刑法第三百三十五條第一項之侵占罪者,處六月以上五年以 下有期徒刑,得併科三千元以下罰金,同法第三百三十六條 第二項規定甚明。即犯業務侵占罪者,其最輕法定刑為六月 以上有期徒刑。查本件原判決以被告某甲擔任國泰人壽保險 股份有限公司之業務員,負責收取保險費等業務,為從事業 務之人。竟自民國八十八年十一月二十六日起至八十九年一 月十五日止,連續將其基於上開職務上關係,收取持有之林 某等保戶應繳交予○○人壽保險股份有限公司之保險費 等,以變易持有為所有之意思,在屏東市區等地,多次將款 項侵占入己,合計侵占新台幣二十二萬六千六百二十四元, 係犯刑法第三百三十六條第二項業務侵占罪。先後多次業務 侵占行為,時間緊接,所犯構成要件相同罪名,顯係基於概 括犯意為之,為連續犯,應論以一罪,並加重其刑。乃竟僅 量處被告有期徒刑五月,其判決顯有適用法則不當之違背法 令,爰依刑事訴訟法第四百四十一條、四百四十三條提起非 常上訴,以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十六年度台非字第一七七號

上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告業務侵占等罪案件,對於台灣高等法院高雄分院中華民國九十一年二月二十七日第二審確定判決,認為一部違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主 文

原判決關於業務侵占科刑違背法令部分撤銷。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按:對於業務上所持有之物,犯刑法第三百三十五條第一項之侵占罪者,處六月以上五年以下有期徒刑,得併科三千元以下罰金,刑法第三百三十六條第二項定有明文。本件第二審判決關於被告某甲業務侵占部分,係連續犯刑法第三百三十六條第二項之罪,既無減輕事由,竟處以有期徒刑五月,於法即屬有違。案經確定,非常上訴意旨執以指摘,洵有理由。原判決尚非不利於被告,應由本院僅將原判決關於業務侵占罪科刑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,判決如主文。

中華民國九十六年七月十二日

【第四十五案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第378條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴訟法 第三百七十八條定有明文。原判決認定被告某甲自民國(下 同)八十九年十一月起擔任由台灣省政府捐助新台幣(下同) 一億五千萬元成立之財團法人台灣省義勇消防人員安全濟 助基金會(下稱基金會)之董事長兼執行長,任用其女即被 告某乙為該基金會會計,負責會計出納業務,父女二人均受 基金會之委任,為從事執行基金會相關業務之人,竟基於共 同概括之犯意聯絡為下列業務侵占及業務上登載不實等行 為:(一)、某甲、某乙均明知基金會之收入來源僅有台灣省 政府編列一億五千萬元預算之孳息,且基金會章程規定該孳 息限使用於『濟助因參加各項訓練、演習、協勤、救災等勤 務時因公傷亡之人員』,竟共同基於意圖為某甲不法所有之 概括犯意聯絡,自九十年二月起至九十三年七月間止,連續 於原判決附表一至附表四所列之時間,陸續以基金會之孳息 支付某甲如原判決附表所示之私人餐敘、紅白應酬、禮金、 禮品等不符基金會捐助章程規定之費用,計一百二十二萬二 千二百七十元,並由某乙違背會計作業準則,將前揭款項予 以作帳核銷,侵占基金會之孳息。某乙復另利用其掌理基金

會支票之機會,自行於九十年十月十日開立基金會之台灣銀 行○○分行支票十萬元乙紙,存入其第一商業銀行○○分行 之帳戶內,用以清償其萬泰銀行現金卡債務。(二)、又某甲、 某乙二人明知基金會九十年度並未編列輪胎保養之預算,卻 共同基於在業務上登載不實之概括犯意聯絡,由某乙連續將 某甲於九十年十月間無故更換其所有車號○○-XXXX 號自小客車四個輪胎費用一萬二千八百元,不實登載於九十 一年度之分錄帳上;復將九十一年一月二十九日某乙至台南 市○○路○段ХХ號○○汽車音響材料行,為某甲提供予基 金會使用之車號○○- X X X X 號自小客車裝設汽車音響 四千五百元之費用,在分錄帳上不實登錄為『安裝防盜鎖』 項目,均致生損害於財團法人台灣省義勇消防人員安全濟助 基金會等情,而論被告等以刑法第三百三十六條第二項之共 同連續業務侵占罪。惟查:財團法人台灣省義勇消防人員安 全濟助基金會係由台灣省政府捐助一億五千萬元成立,該基 金會捐助章程第二條第一項規定該會捐助款孳息限使用於 『濟助因參加各項訓練、演習、協勤、救災等勤務時因公傷 亡之人員』,足見該基金會乃以濟助因公傷亡之義勇消防人 員為目的,係具公益性質之財團法人,被告某甲擔任該基金 會之董事長兼執行長,被告某乙任該基金會會計,彼等持有 該基金會所有捐助款項及孳息,應係為公共利益而持有,乃 意圖為自己不法之所有而予侵占,自應成立刑法第三百三十 六條第一項之侵占公益上持有物之罪,原判決論以同條第二 項之業務侵占罪,核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

最高法院刑事判决 九十六年度台非字第三四六號

上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

某乙

上列上訴人因被告等業務侵占案件,對於台灣高等法院台南 分院中華民國九十六年八月十五日之第二審確定判決,認為 違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主文

原判決關於違背法令部分撤銷。

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為違背法令,刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又刑法第三百三十六條第二項規定之業務侵占罪,其所謂之「業務」係指職業上之事務,亦即吾人於社會上之地位所繼續經營之事務而言。而刑法第三百三十六條第一項規定之侵占因公益上所持有之物罪,則以行為人所侵占之物,乃因公益上之原因而持有為要件;亦即倘行為人持有之原因,為公共利益,而竟予以侵占,即該當侵占公益上持有物罪。本件原確定判決事實認定:被告某甲自八十九年十一月起即擔任由台灣省政府捐助一億五千萬元成立之財團法人台灣省義勇消防人員安全濟助基

金會之董事長兼執行長,被告某乙為該基金會之會計,被告 某甲、某乙共同基於意圖為某甲不法所有之概括犯意聯絡, 自九十年二月起至九十三年七月間止,連續於原判決附表一 至四所載之時間,支出不符基金會捐助章程規定費用,犯有 連續業務侵占罪等情;惟理由內說明:「台灣省義勇消防人 員安全濟助基金會之支出,依該章程第二條第一項之規定僅 有義勇消防人員因參加訓練、演習、協勤、救災等勤務時因 公傷亡之人員為限始有依該濟助金之發放。……又該基金會 成立迄今,其經費收入只有基金孳息,別無其他來源,且基 金會僅有濟助傷亡,沒有其他對外業務,所以不需對外募集 基金,不僅從未對外進行任何募集基金活動,亦未接受任何 團體或個人之捐款,此觀該基金會董監事會歷年編列之收支 預算表甚明。基金會董監事均是無給職,為該會捐助章程第 六條所明訂, 具公益色彩」等語。且依卷附資料, 該基金會 捐助章程第二條第一項規定「本會以濟助因參加各項訓練、 演習、協勤、救災等勤務時因公傷亡之人員為宗旨」,第四 條規定「本會基金由台灣省政府捐助成立,總值為新台幣一 億五千萬元。前項基金得由個人或團體繼續捐贈」;是該基 金會應依內政部業務財團法人監督準則第五條規定,以所捐 助財產及其收入、孳息辦理公益事務為目的,係屬以公益為 目的之財團法人。從而被告某甲以董事長兼執行長身分及被 告某乙以會計身分持有該基金會財物,乃因公益上而持有, 揆諸前開說明,即應依刑法第三百三十六條第一項論處。 原判決理由既敘明該基金會具有公益色彩,惟原判決竟適用 同法第三百三十六條第二項論罪,有適用法則不當及理由矛

盾之違誤,判決自屬違背法令。案經確定,非常上訴意旨執 以指摘,洵有理由,惟此項違誤尚非不利於被告,應由本院 僅將其違背法令部分撤銷,以資糾正。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段,判決如主文。

中華民國九十六年十二月二十八日

【第四十六案】

一、關係條文

刑 法 第361條、第363條。

刑事訴訟法 第378條。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用法則不當者,為違背法令,刑 事訴訟法第三百八十七條定有明文。次按刑法第三百六十一 條之罪,並非告訴乃論之罪,此觀『中華民國刑法部分條文 修正草案(電腦網路犯罪部分)審查會通過行政院、司法院 提案現行法條文對照表』第三百六十三條說明欄所載『至於 第三百六十一條之罪,因公務機關之電腦系統往往與國家安 全或社會重大利益密切關聯,實有加強保護之必要,故採非 告訴乃論以嚇阻不法。…審查會:照案通過。』及所有立法 院審議過程之紀錄即明(見立法院公報第九十一卷第七十七 期第一頁、第九十二卷第二十一期第五十九—六十二頁、第 九十二卷第二十四期第一六一—一七七頁、第九十二卷第二 十六期第一三五—一三八頁、第第九十二卷第二十九期第一 二八—一五二頁、第九十二卷第三十三期第一七八—一八() 頁)。再按『侵害國家法益者,該機關有監督權之長官,得 代表告訴,本件上訴人所犯刑法第三百五十四條之毀損罪, 業經有監督權之○○林區管理處○○工作站主任向檢察官 提出告訴,原判決以其僅係告發,顯有違誤。』亦有最高法 院六十七年台上字第四二五七號刑事判例可考。而當時各林 區管理處依前台灣省政府六十二年十二月十三日ХХХ字 第XXXX就令發布之前台灣省政府農林廳林務局各林 區管理處組織規程第七條規定於轄區內設置之工作站,並非 獨立之行政機關,而係內部單位,此觀該組織規程規定自 明。另按『資訊處掌理左列事項:一、關於本部暨所屬機關 資訊系統之規劃、開發及推動事項。二、關於本部暨所屬機 關資訊作業之指導、監督事項。三、關於本部暨所屬機關資 訊相關工作人員之訓練事項。四、關於刑事偵查、執行案件 資料處理之管理事項。五、關於犯罪矯正、保護管束資料處 理之管理事項。六、關於檢察法規資料之彙整、運用事項。 七、關於本部資訊設施之管理、操作及維護事項。八、關於 本部與其他機關間資訊交換之協調事項。九、其他有關法務 資訊事項。』法務部組織法第十六條亦著有明文。二、本件 原確定判決係以下列理由,就被告被訴妨害電腦使用部分不 另為公訴不受理諭知:(一)九十二年四月二十四日立法院 第五屆第三會期司法委員會第十六次全體委員會議紀錄,似 未就刑法第三百六十一條是否須告訴乃論乙節有所定論。佐 以立法院公報第九十二卷第二十九期第一四八頁所刊登之 中華民國刑法部分條文修正草案行政院、司法院提案條文對 照表第三百六十三條說明欄第三項雖記載『至於第三百六十 一條之罪,因公務機關之電腦系統往往與國家安全或社會重 大利益密切關聯,實有加強保護之必要,故採非告訴乃論以 嚇阻不法,…。』惟其後經總統公布修正條文時,刑法第三 百六十三條之立法理由第三項業經全文刪除,此有卷附之法 源法律網立法理由及上開立法院公報各一份為憑,故僅依上 開立法院會議紀錄,尚難認立法者於立法時業已明確說明刑 法第三百六十一條採非告訴乃論之意旨。因之公訴人起訴被 告犯刑法第三百五十九條、第三百六十一條之罪,依同法第 三百六十三條之規定,須告訴乃論;若未經合法告訴,公訴 人即遽予起訴,依刑事訴訟法第三百零三條第三款之規定, 法院自應諭知不受理之判決。(二)法務部資訊處僅為該部 之內部單位,尚非獨立之行政機關,法務部資訊處縱有法益 遭受侵害,仍應由法務部有監督權之首長代表提出告訴,方 屬適法,本件法務部資訊處並無訴訟主體之能力,則其告 訴,自難認為合法。三、惟按刑法第三百六十一條之罪並非 告訴乃論之罪之理由,已如前述。至原確定判決認總統公布 修正條文時,刑法第三百六十三條之立法理由第三項業經全 文刪除,有法源法律網立法理由可據一節,固有法源法律網 下載之立法理由可供參考,然法源法律網並非政府網站,其 所載之立法理由復未載明出處,與首揭立法院公報所載內容 又不符,已無可信性;況總統公布法律修正條文時,並不一 併公布立法理由,此為眾所週知之事實,故原確定判決該部 分之立論,並無依據,不足以推翻首開刑法第三百六十一條 之罪並非告訴乃論之罪之說明。而縱認刑法第三百六十一條 之罪,須告訴乃論,惟依最高法院六十七年台上字第四二五 七號刑事判例意旨及法務部組織法第十六條規定,法務部資 訊處處長就有關法務資訊事項遭侵害時,自得合法提出告 訴。查本案於法務部調查局調查中,法務部資訊處處長 A 已於九十四年十一月十一日向該局提出委任狀載明委任 B 為告訴代理人,B並於該局在九十四年十一月十日詢問時表

明代理法務部資訊處提出告訴,有委任狀及詢問筆錄分別附於台灣台北地方法院檢察署九十五年度他字第XX號卷第八十七頁及第八十八—九十一頁可稽,則本案自亦已合法提出告訴。綜上說明,原確定判決以刑法第三百六十一條之罪須告訴乃論及本案未據合法告訴為由,就被告被訴妨害電腦使用部分不另為公訴不受理諭知,自有適用法則不當之違法。四、爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴,以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十七年度台非字第二八五號 上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告妨害使用電腦案件,對於台灣高等法院中華民國九十六年十一月二十二日第二審確定判決,認為部分違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主文

原判決關於違背法令之部分撤銷。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又<u>刑法第三百六十一條及第三百六十三條分別規定</u>:「對於公務機關之電腦或其相關設備犯前三條之罪者,加重其刑至二分之一。」,「第三百五十八條至第三百六十條之罪須告訴乃論」,固未就同法第三

百六十一條之罪,是否屬告訴乃論予以明定。惟按刑法分則 所列各罪,其須告訴乃論者,以法律有明文規定者為限。又 法律解釋固須探究立法者於制訂法律時所作價值判斷及其 所欲實踐之目的,以推知立法之原意,惟如文義解釋已極為 明確,仍應以文義解釋為先,而無庸另作論理解釋。原確定 判決雖以:刑法第三百六十一條於上開司法委員會討論時, 就本罪是否屬告訴乃論,已有爭議,並無定論,且其後經總 統公布修正條文時,刑法第三百六十三條之立法理由第三項 業經全文刪除,有卷附之法源法律網立法理由可稽,尚難認 刑法第三百六十一條係採非告訴乃論之意旨,況上開規定之 編排方式與同法第二百七十七條規定:「傷害人之身體或健 康者, 處三年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金。犯前 項之罪因而致人於死者,處無期徒刑或七年以上有期徒刑; 致重傷者,處三年以上十年以下有期徒刑。」、同法第二百 八十條規定:「對於直系血親尊親屬,犯第二百七十七條或 第二百七十八條之罪者,加重其刑至二分之一。」、及同法 第二百八十七條規定:「第二百七十七條第一項、第二百八 十一條、第二百八十四條及第二百八十五之罪,須告訴乃 論。但公務員於執行職務時,犯第二百七十七條第一項之罪 者,不在此限。」相較,兩者之規定方式均屬相同;且參照 本院民國十九年上字第一九六二號判例:「本案原審及第一 審判決均認上訴人毆傷某氏,係犯刑法第二百九十三條第一 項之罪,依同法第三百零二條規定,該罪須告訴乃論,雖某 氏係上訴人之直系尊親屬,應依同法第二百九十八條規定加 重其刑,然該條既明定為對於直系尊親屬犯第二百九十三條

第一項之罪者,加重本刑二分之一,是加重其刑者,而所犯 者仍係第二百九十三條第一項之罪,第三百零二條復明定為 第二百九十三條之罪,須告訴乃論,又係以罪而不以刑,則 對於直系尊親屬犯第二百九十三條第一項之罪者,自在告訴 乃論之列。」,益證刑法第三百六十一條應屬告訴乃論,本 件被告被訴刑法第三百六十一條之加重破壞電磁紀錄罪部 分,既僅由法務部資訊處處長提出告訴,自非合法,該被訴 部分,自不得受理等旨。惟查刑法第三百六十一條於九十二 年四月二十四日立法院第五屆第三會期司法委員會第十六 次全體委員會議討論時,固有認應採告訴乃論之意見,然嗣 經當時之法務部顏大和次長說明:「之所以第三百六十一條 及第三百六十二條不採告訴乃論,是因為第三百六十一條的 刑度已經有加重,所以不應該再適用告訴乃論」等語,並表 明希望維持原來公訴罪之規定後,並未再有爭議。嗣經二、 三讀程序,均未再作文字之修正或增刪。參諸「中華民國刑 法部分條文修正草案(電腦網路犯罪部分)審查會通過行政 院、司法院提案現行法條文對照表」第三百六十三條說明欄 第三點所載:「至於第三百六十一條之罪,因公務機關之電 腦系統往往與國家安全或社會重大利益密切關聯,實有加強 保護之必要,故採非告訴乃論以嚇阻不法。……審查會:照 案通過。」,有立法院審議過程之紀錄甚明(見立法院公報 第九十二卷第二十六期第一三七頁、第九十二卷第二十九期 第一四八、一四九頁、第九十二卷第三十三期第一八()頁), 足見立法院制定通過之刑法第三百六十一條,並未將之列為 告訴乃論之罪,應無足疑。至上開條文經總統公布修正時,

法源法律網就刑法第三百六十三條之立法理由雖僅登載: 「一、本條新增。二、刑罰並非萬能,即使將所有狹義電腦 犯罪行為均規定為非告訴乃論,未必就能有效遏止電腦犯罪 行為,尤其對於個人電腦之侵害行為,態樣不一,輕重有別, 如受害人無告訴意願,並配合偵查,實際上亦難達到偵查成 效,故採告訴乃論,有助於紛爭解決及疏解訟源,並可將國 家有限之偵查及司法資源集中於較嚴重之電腦犯罪,有效從 事偵查,爰增訂本條。」,並未記載前揭第三點之說明,但 既與立法院公報之上開內容未符,應係漏載,尚難認該第三 點所載之說明係有意刪除。況按之首開說明:刑法分則所列 各罪,其須告訴乃論者,以法律有明文規定者為限。又刑法 分則之加重,係就犯罪類型變更之個別犯罪行為予以加重, 成為另獨立之罪名。刑法第三百六十一條係就對象為公務機 關之妨害電腦使用罪所訂之加重懲罰規定,屬刑法分則加重 之獨立罪名,其是否屬告訴乃論之罪,自應以法律有無明文 規定為判斷之基準。而刑法第三百六十三條既未明定第三百 六十一條之罪須告訴乃論,則其非屬告訴乃論之罪,乃屬當 然。本院十九年上字第一九六二號判例,所闡述之法理,自 不宜適用於本條之規定,原判決予以援引,自有違誤。乃原 判決見未及此,竟以刑法第三百六十一條之加重破壞電磁紀 錄罪係告訴乃論,因認被告被訴違反刑法第三百六十一條部 分,未據合法告訴,惟公訴意旨認此部分與論罪科刑之公然 侮辱公署罪間,有裁判上一罪之牽連關係,故不另為不受理 之諭知。揆諸上開說明,顯有不適用法則之違背法令。案經 確定,非常上訴執以指摘,洵有理由。惟原判決該違法部分

尚非不利於被告,應由本院僅將其違背法令之部分撤銷,以 資糾正。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段,判決如主文。

中華民國九十七年六月六日

【第四十七案】

一、關係條文

刑法施行法 第1條之1。

刑 法 第266條第1項前段。

刑事訴訟法 第378條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴訟法 第三百七十八條定有明文。又刑法第二百六十六條第一項前 段規定:『在公共場所或公眾得出入之場所賭博財物者,處 一千元以下罰金』。又依刑法施行法第一條之一規定:『中 華民國九十四年一月七日刑法修正施行後,刑法分則編所定 罰金之貨幣單位為新臺幣。九十四年一月七日刑法修正時, 刑法分則編未修正之條文定有罰金者,自九十四年一月七日 刑法修正施行後,就其所定數額提高為三十倍。但七十二年 六月二十六日至九十四年一月七日新增或修正之條文,就其 所定數額提高為三倍』。本件原判決認定,被告某甲於民國 九十五年九月四日二十二時三十分許,在臺北縣板橋市 ○○○路Ⅹ樓『○○撞球館內』與人賭博財物等情。因而依 刑法第二百六十六條第一項前段及相關規定,論處被告在公 眾得出入之場所賭博財物罪,處罰金新臺幣陸萬元。惟查, 刑法第二百六十六條之賭博罪,自民國二十四年施行後迄今 未經修正,依刑法施行法第一條之一規定,自九十五年七月

一日刑法修正施行後,就其所定最高法定之罰金數額提高為 三十倍。而本件被告之賭博犯行發生於九十五年九月四日, 自有上開規定之適用。經換算之後,其最高法定刑之罰金數 額僅為新臺幣三萬元。乃原判決未察,竟判處罰金新臺幣六 萬元,顯已逾越該罪之法定最高刑度,又查無被告具其他法 定加重其刑之事由,自有判決不適用法則之違背法令。案經 確定,且於被告不利。爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第 四百四十三條提起非常上訴,以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十六年度台非字第二七三號

上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告賭博案件,對於臺灣板橋地方法院中華民國九十六年五月四日第一審確定簡易判決,認為部分違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主文

原判決關於某甲刑之諭知部分撤銷。

某甲所犯在公眾得出入之場所賭博財物罪,處罰金新台幣叁萬元,如易服勞役,以新台幣壹仟元折算壹日。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。本件依原判決所確認之事實,被告某甲係於九十五年九月四日犯刑法第二百六十六條

第一項前段之在公眾得出入之場所賭博財物罪,而判處罰金 新臺幣陸萬元,如易服勞役,以新臺幣壹仟元折算壹日。惟 按刑法第二百六十六條第一項前段規定:「在公共場所或公 眾得出入之場所賭博財物者,處一千元以下罰金」。又依刑 法施行法第一條之一規定:「中華民國九十四年一月七日刑 法修正施行後,刑法分則編所定罰金之貨幣單位為新臺幣。 九十四年一月七日刑法修正時,刑法分則編未修正之條文定 有罰金者,自九十四年一月七日刑法修正施行後,就其所定 數額提高為三十倍。但七十二年六月二十六日至九十四年一 月七日新增或修正之條文,就其所定數額提高為三倍」。是 被告行為時,刑法第二百六十六條第一項前段之在公眾得出 入之場所賭博財物罪,其法定本刑應為「新臺幣三萬元以下 罰金」。乃原判決竟科處「新臺幣陸萬元」,已逾越罰金刑 之最高刑度,顯有判決不適用法則之違背法令;案經確定, 且於被告不利,非常上訴意旨執以指摘,洵有理由,應由本 院將原判決關於被告刑之諭知部分撤銷,另行判決如主文第 二項所示,以資糾正。至原判決其他部分,非常上訴意旨並 未指摘,非本院所得審究,附為敘明。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款,刑法第二百六十六條第一項前段、第四十二條第三項,判決如主文。

中華民國九十六年十月十二日

【第四十八案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第1條第2項、第1項、第378條。

刑 法 第284條第1項、第185條之3。

軍事審判法 第1條第1項、第2項、第5條第

1 項、第 2 項、第 237 條。

國家安全法 第8條第2項。

陸海空軍刑法第1條、第54條第1項。

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 378 條定有明文。本件台灣台南地方法院檢察署檢察官認被告某甲犯有刑法第 185 條之 3 及同法第 284 條第 1 項之罪嫌,而提起公訴,經台灣台南地方法院 94 年度交訴字第 X X 號判決,對被告酒後駕車公共危險部分,處有期徒刑 4 月,過失傷害部分,處有期徒刑 3 月,應執行有期徒刑 6 月。嗣檢察官以量刑過輕提起上訴,台灣高等法院台南分院以被告犯罪時及發覺時均仍在任職服役中為由,應歸軍法機關審判,乃撤銷原判決,為公訴不受理之判決。惟查被告所涉犯酒後駕車公共危險及過失傷害二罪間,乃應分論併罰之二罪,雖酒後駕車公共危險罪部分,應屬軍法機關審判,但被告所涉過失傷害罪部分,仍應由普通法院審判(陸海空軍刑

法第1條、第54條第1項、軍事審判法第1條第1項前段、 國家安全法第8條第2項但書參照)。原審未察,竟連過 失傷害罪部分,亦為不受理之判決,顯有適用法則不當之違 法。爰依刑事訴訟法第441條、第443條提起非常上訴, 以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判决 九十五年度台非字第一二二號 上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長 被 告 某甲

上列上訴人因被告過失傷害案件,對於台灣高等法院台南分院中華民國九十四年十一月十七日第二審確定判決,認為一部違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主 文

原判決關於過失傷害部分撤銷,由台灣高等法院台南分院依 判決前之程序更為審判。

理由

非常上訴理由(見前二)

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。次按憲法第八條第一項規定,人民身體之自由應予保障,非由法院依法定程序,不得審問處罰。憲法第十六條並規定人民有訴訟之權。現役軍人亦為人民,自應同受上開規定之保障。又憲法第九條規定:「人民除現役軍人外,不受軍事審判。」乃因現役軍人負有保衛國家之特別義務,基於國家安全及軍事需要,對其犯罪

行為得設軍事審判之特別訴訟程序,非謂軍事審判機關對於 軍人之犯罪有專屬之審判權。至軍事審判之建制,憲法未設 明文規定,雖得由立法機關裁量而以法律定之,惟軍事審判 機關所行使者,亦屬國家刑罰權之一種,其發動與運作,必 須符合正當法律程序之最低要求,包括獨立、公正之審判機 關與程序。觀諸民國八十八年十月二日修正公布,同年十月 三日起施行之軍事審判法,其修正過程,考量「刑事訴訟之 審判權,原則上應由法院行使;現役軍人如涉嫌犯罪,唯有 在必要之情況下,方有接受軍事審判之義務。」並明定軍法 案件得上訴司法之最高法院或高等法院,完成軍司法終審一 元化之目標,尤為瞭然。又刑事訴訟法第一條第一項規定: 「犯罪,非依本法或其他法律所定之訴訟程序,不得追訴、 處罰。」第二項規定:「現役軍人之犯罪,除犯軍法應受軍 事裁判者外,仍應依本法追訴、處罰。」而軍事審判法即為 刑事訴訟法之特別法,依軍事審判法第一條第一項之規定: 「現役軍人犯陸海空軍刑法或其特別法之罪,依本法之規定 追訴審判之,其在戰時犯陸海空軍刑法或其特別法以外之罪 者,亦同。」顯見立法機關認為在「法治國原則」下,軍事 審判之範圍應有所抑制。是在承平時期,以現役軍人犯陸海 空軍刑法或其特別法之罪者為限,始得依軍事審判法之規定 追訴審判之;如所犯為陸海空軍刑法或其特別法以外之罪, 法既無得由軍法機關依軍事審判法之規定追訴審判之明 文, 揆諸上開說明, 自應由司法機關依刑事訴訟法之規定追 訴處罰,其理至明。雖立法機關前以確保國家安全,維護社 會安定為由,曾以法律擴張軍事審判之範圍,而於國家安全 法第八條第二項規定:「現役軍人犯罪,由軍法機關追訴審 判,但所犯為陸海空軍刑法及其特別法以外之罪,而屬刑法 第六十一條所列各罪者,不在此限。」但依八十八年十月二 日修正公布,同年十月三日起施行之軍事審判法第二百三十 七條規定:「國家安全法第八條第二項自中華民國九十年十 月二日停止適用。」是自九十年十月二日起,關於現役軍人 犯罪,即不得再適用國家安全法第八條第二項之規定,而應 回歸法治常態之要求,依法律適用之基本原則,除軍事審判 法有特別規定者外,均應由司法機關依刑事訴訟法之規定追 訴處罰。至軍事審判法第五條第一項雖又規定:「犯罪在任 職服役前,發覺在任職服役中者,依本法追訴審判。但案件 在追訴審判中而離職離役者,初審案件應移送該管第一審之 法院,上訴案件應移送該管第二審之法院審判。」第二項規 定:「犯罪在任職服役中,發覺在離職離役後者,由法院審 判。」依其立法體例,係在補充軍事審判法第一條之規定, 必現役軍人犯罪符合第一條之規範,始有該法條適用之可 言。查本件原確定判決既認定被告於九十二年三月四日入 伍,至九十三年十月二十一日退伍人兵籍資料查詢結果附於 原審卷第四十七頁可稽),其於服役中之九十三年九月十二 日涉犯刑法第二百八十四條第一項前段之過失傷害罪嫌,揆 諸上開說明,被告所犯既非陸海空軍刑法或其特別法之罪, 自應由普通法院審判,軍事法院對之並無審判權。乃原確定 判決竟以被告此部分犯罪及發覺均在任職服役中為由,認應 由軍事法院審判,而將第一審之有罪判決撤銷,改諭知公訴 不受理,顯有適用法則不當之違背法令。案經確定,且係誤

認為無審判權而不受理,非常上訴意旨以本件應適用已停止適用之國家安全法第八條第二項之規定改由普通法院審判雖有誤認,惟原判決就普通法院對本案有無審判權之認定既有適用法則不當之違背法令,且為上訴意旨所指摘,仍應認非常上訴為有理由。為維持被告之審級利益,應將原確定判決關於過失傷害部分撤銷,由原審法院就此部分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前段,判 決如主文。

中華民國九十五年六月十五日

【第四十九案】

一、關係條文

刑 事 訴 訟 法 第 31 條第 1 項、第 379 條第 7 款、 第 378 條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令;又按最輕本 刑為三年以上有期徒刑或高等法院管轄第一審案件或被告 智能障礙無法為完全之陳述,於審判中未經選任辯護人者, 審判長應指定公設辯護人或律師為其辯護;其他審判案件, 低收入戶被告未選任辯護人而聲請指定,或審判長認為有必 要者,亦同。又依刑事訴訟法應用辯護人之案件或已經指定 辯護人之案件,辯護人未經到庭辯護而逕行審判者,其判決 當然違背法令。刑事訴訟法第三百七十八條、第三十一條第 一項、第三百七十九條第七款分別定有明文,經查本件被告 某甲設籍台北縣瑞芳鎮○○里○號路ХХ號,該戶自九十四 年六月一日至九十四年十二月三十一日止,經核定為低收入 户,被告亦屬戶內列冊扶助人口等情,有前述戶籍謄本及台 北縣瑞芳鎮公所出具之低收入戶證明書各一份附於台灣高 等法院花蓮分院九十四年度上訴字第XX號案件(下稱上訴 卷)之刑事卷宗內可佐。是本件被告係屬刑事訴訟法第三十 一條第一項所稱之低收入戶被告,要無疑義。又台灣高等法 院花蓮分院審理之九十四年度上訴字第XX號被告某甲偽 造文書、盜用他人電信設備、竊盜、毀損、恐嚇危害安全、 公然侮辱等案件,被告曾於九十四年九月二十二日,檢附前 揭低收入證明書及戶籍謄本等文件,以其乃低收入戶為由, 具狀向台灣高等法院花蓮分院聲請指定辯護人;旋該院於九 十四年十月五日行準備程序時,被告復於當庭聲請法院指定 辯護人為其辯護,此亦有筆錄可按。惟原審理法院竟忽略被 告之聲請,未指定辯護人為被告辯護即逕行審判,並於九十 五年一月六日判決諭知被告上訴駁回,維持第一審即台灣台 東地方法院(九十四年度訴緝字第X號)所為之有罪判決; 其中被告所犯竊盜、毀損器物、恐嚇危害安全及公然侮辱等 罪,因不得上訴第三審而告確定。乃台灣高等法院花蓮分院 審理前開案件受低收入戶被告之聲請,未依刑事訴訟法第三 十一條第一項規定指定辯護人為被告辯護而逕行審判,依首 揭法條規定,其判決自屬違背法令。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 糾正。

三、附錄

最高法院刑事判决 九十五年度台非字第一一六號 上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長 被 告 某甲

上列上訴人因被告竊盜等罪案件,對於台灣高等法院花蓮分院中華民國九十五年一月六日第二審確定判決,認為部分違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主文

原判決關於竊盜、毀損器物、恐嚇安全、公然侮辱部分撤銷,由台灣高等法院花蓮分院依判決前之程序更為審判。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令;又最輕 本刑為三年以上有期徒刑或高等法院管轄第一審案件或被 告智能障礙無法為完全之陳述,於審判中未經選任辯護人 者,審判長應指定公設辯護人或律師為其辯護;其他審判案 件,低收入戶被告未選任辯護人而聲請指定,或審判長認為 有必要者,亦同;另依刑事訴訟法應用辯護人之案件或已經 指定辯護人之案件,辯護人未經到庭辯護而逕行審判者,其 判決當然違背法令,刑事訴訟法第三十一條第一項、第三百 七十八條、第三百七十九條第七款分別定有明文。經查被告 某甲設籍台北縣瑞芳鎮○○里○號路ХХ號,該戶自民國九 十四年六月一日至九十四年十二月三十一日止,經核定為低 收入戶,有台北縣瑞芳鎮公所出具之低收入戶證明書及戶籍 謄本各一份附於原法院卷內可稽,是被告係屬刑事訴訟法第 三十一條第一項所稱之低收入戶被告。而原法院審理九十四 年度上訴字第XX號被告竊盜、毀損器物、恐嚇安全、公然 侮辱等案件,被告曾於九十四年九月二十二日,檢附前揭低 收入證明書及戶籍謄本等文件,具狀向原法院聲請指定辯護 人,該院於九十四年十月五日行準備程序時,被告復當庭聲 請法院指定辯護人為其辯護,亦有準備程序筆錄可按。惟原 法院忽略被告之聲請,未指定辯護人為被告辯護即逕行審 判,並於九十五年一月六日判決諭知被告上訴駁回,維持第 一審即台灣台東地方法院(九十四年度訴緝字第X號)所為之有罪判決;其中被告所犯竊盜、毀損器物、恐嚇危害安全及公然侮辱等罪,因不得上訴第三審而告確定,顯然剝奪被告防禦權及辯護人倚賴權之行使,因辯護人未能於審判期日提出有利之證據及辯護,喪失對被訴事實及不利證據陳述意見之機會,影響法院取捨證據、認定事實及量刑職權之行使,不惟使被告無法享有法院依法定程序鎮密審判之保障,與正當程序之規定相違背,並影響於公平正義之維護。揆之前開規定,自有判決不適用法則之違背法令。案經確定,且對被告不利,非常上訴執以指摘,洵有理由,爰將原判決關於竊盜、毀損器物、恐嚇安全、公然侮辱部分撤銷(偽造文書、盜用他人電信設備部分尚未聲請非常上訴),並為維持被告之審級利益,由原第二審台灣高等法院花蓮分院依判決前之程序更為審判,以資救濟。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項前段,判決如主文。

中華民國九十五年六月八日

【第五十案】

一、關係條文

刑 事 訴 訟 法 第154條第2項、第378條。

二、非常上訴理由

按犯罪事實應依證據認定之,無證據不得認定犯罪事實,刑 事訴訟法第一百五十四條定有明文。本件原判決認定被告某 甲於九十四年九月十日七時三十九分許,在台南縣○○鎮 ○○路五十六巷XX號前,徒手扳開車牌○○-XXX號重 機車置物箱蓋,竊取黃某所有之手提包一個(內有現金新台 幣一萬四千元、行動電話一支、中國信託商業銀行現金卡一 張、存摺一本等物)得手後,將行動電話丟棄,現金取置於 其身上,其餘物品連同皮包置於其所騎之腳踏車前置物籃 內,嗣於同日二十一時五十分許,在台南縣○○鎮○○路九 十七號前經警查獲,在其所騎腳踏車前置物籃內扣得上開黃 某所有之手提包(內有現金卡一張、存摺一本),另自其上 衣口袋內扣得花用後剩餘之贓款新台幣九千九百元,被告觸 犯竊盜罪,其認定被告上述犯罪事實所憑之證據理由,除被 告之自白外,另與被害人黃某在警訊中供述之情節相符,並 有贓物領據附卷可證,惟遍查全案卷證資料中,並無被告之 自白及被害人黄某之警訊筆錄以及贓物領據,是本件並無任 何卷證資料,足資認定被告確有犯罪事實,原判決顯有判決 不依證據之違背法令,案已確定,且不利於被告,爰依刑事 訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴,以 資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十五年度台非字第八四號

上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告竊盜案件,對於台灣高等法院台中分院中華民國九十四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,本院判決如下:

主 文

原判決撤銷,由台灣高等法院台中分院依判決前之程序更為審判。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按犯罪事實應依證據認定之,無證據不得認定犯罪事實;又判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴訟法第一百五十四條第二項、第三百七十八條分別定有明文。本件原判決認定被告某甲於民國九十四年九月十日七時三十九分許,在台南縣○○鎮○○路五十六巷XX號前,徒手扳開車牌KK六一〇一〇號重機車置物箱蓋,竊取黃某所有之手提包一個,內有現金新台幣(下同)一萬四千元、行動電話一支、中國信託商業銀行現金卡一張、存摺一本等物,得手後,將行動電話丟棄,現金取置於其身上,其餘物品連同皮包置於其所騎之腳踏車前置物籃內。嗣於同日二十

一時五十分許,在台南縣○○鎮○○路XX號前,經警查獲,並在其所騎腳踏車前置物籃內,扣得上開黃某所有之手提包(內有現金卡一張、存摺一本),另自其上衣口袋內,扣得花用後剩餘之贓款九千九百元等情,並於理由欄內敘明此部分之犯罪事實,除被告之自白外,與被害人黃某於警詢供述之情節相符,並有贓物認領保管單附卷可憑,認被告此部分所為應成立連續竊盜罪中之一罪。惟依據全卷證據資料,並無被告對此部分事實之自白,亦無黃某於警詢供述筆錄及贓物認領保管單等證據資料。則原判決認定此部分犯罪事實,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。

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,期臻適法。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項前段,判決如主文。

中華民國九十五年四月十四日

【第五十一案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第154條第2項、第447條第1項第

1款、第378條。

刑 法 第320條第1項、第321條第1項第

1 款、第 56 條(修正前)。

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 378 條定有明文。又判決所載理由矛盾者當然為違背法令,刑事訴訟法第 379 條第 14 款亦有明文。原判決事實認定,某甲基於意圖為自己不法所有之概括犯意,於 94 年 2 月 22 日 14 時 35 分許,在臺北縣新莊市〇〇街XXX巷XX號前,徒手竊取徐某所有之下〇〇一XXX 號機車,得手後供已使用,則被告此部分應係犯刑法第 320 條第 1 項之普通竊盜罪,乃於判決理由內記載,被告某甲於竊取機車時,攜帶鑰匙及丁字型螺絲起子各 1 支,此為被告某甲自承在卷,被告某甲此部分之犯行,應論以刑法第 321 條第 1 項第 3 款之攜帶兇器竊盜罪,自有理由矛盾及適用法則不當之違法。又犯罪事實應依證據認定之,無證據不得推定其犯罪事實,而刑事訴訟法上所謂認定犯罪事實之證據,係指足以證明被告確有犯罪行為之積極證據而言,該項證據必須適合於被告犯罪事實之認定,始得採為斷罪之資料,苟卷存證據

資料不足以積極證明犯罪事實時,被告並不負自證其為無罪 之責任。原判決認定被告有竊盜徐某所有F○○-ХХХ 號機車之犯行,乃以徐某、許家儂之證言及臺北縣政府警察 局車輛失竊電腦輸入單、贓物領據、行竊時經錄影翻拍之照 片各1紙為證據,惟查:徐某之證言及臺北縣政府警察局車 輛失竊電腦輸入單、贓物領據等證據,僅能證明徐某所有之 $FE\bigcirc\bigcirc-XXX$ 號機車,確係於 94年2月22日在臺北 縣新莊市○○街XX巷XX號前遭竊,並不能證明該車係被 告所竊,而卷附行竊時經錄影翻拍之照片,完全無法辨識行 竊者之形貌,有該照片可稽,自不得憑該照片作為認定被告 竊盜之犯罪證據,而證人許某指證被告騎F○○─ХХХ 號行搶,僅能證明被告騎機車行搶,並不能證明該機車為被 告所竊,本件並無積極證據證明被告有竊取徐某所有F〇〇 -XXX 號機車之犯行,原判決此部分論被告以加重竊盜 罪,應有判決不適用法則之違法。又修正前刑法第56條之 連續犯雖以一罪論,但得加重其刑至二分之一其加重多寡, 當與連續犯行次數之多寡有關,故同一連續犯案件,其所認 定犯行次數較少者,與所認定犯行次數較多者,兩者適用之 連續犯刑罰法條,就形式上觀之,雖無差異,但實質上其法 條所含刑罰輕重之程度,顯有不同(最高法院 82 年度第7 次刑事庭會議參照),原判決認定被告竊取 $F \bigcirc \bigcirc -XXX$ 號機車,自影響被告刑度之輕重,且於被告不利,案經確定, 爰依刑事訴訟法第 441 條、第 443 條提起非常上訴,以資 糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十五年度台非字第三一五號

上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告竊盜等罪案件,對於台灣高等法院中華民國九十五年一月二十六日刑事第二審確定判決,認為違背法令,提起非常上訴,本院判決如下:

主文

原判決關於加重竊盜部分撤銷,由台灣高等法院依判決前之程序更為審判。

其他上訴駁回。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按科刑之判決書其所記載之事實與理由之說明,必須彼此互相適合,否則即屬理由矛盾,其判決為當然違背法令。 又提起非常上訴之判決所載理由矛盾致適用法令違誤,而顯然於判決有影響者,應屬刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款之判決違背法令。再刑事訴訟法上所謂認定犯罪事實之證據,係指足以證明被告確有犯罪行為之積極證據而言,該項證據必須適合於被告犯罪事實之認定,始得採為斷罪之資料。若所憑之證據資料與其所認定之犯罪事實間,欠缺必要之關聯性,即與不憑證據認定事實無異,自與刑事訴訟法第一百五十四條第二項之規定有違。本件原判決事實欄記載:被告某甲基於意圖為自己不法所有之概括犯意,於九十

四年二月二十二日十四時三十五分許,在台北縣新莊市〇〇 街XX巷XX號前,徒手竊取徐某所有之F〇〇-XXX號 機車,得手後供己使用等情;並未記載被告於竊取上述機車 時,有使用鑰匙或其身上攜帶有T型螺絲起子或其他兇器之 情形。但其理由二之(五)內卻說明「被告某甲於竊取徐某機 車時,攜帶前揭鑰匙及T型螺絲起子各一支……雖其以鑰匙 為竊取該部機車之工具……被告某甲此部分之犯行,仍應論 以刑法第三二一條第一項第三款之攜帶兇器竊盜罪」云云。 其所記載之事實與理由之說明,顯然不相適合,自有判決理 由矛盾之當然違背法令。而原判決事實既未認定被告竊取徐 某之機車時,有攜帶T型螺絲起子或其他兇器之情形,則該 部分自應論以刑法第三百二十條第一項之普通竊盜罪。乃原 判決理由謂被告於竊取徐某機車時,攜帶前揭可供兇器使用 之丁型螺絲起子一支,而應論以刑法第三百二十一條第一項 第三款之攜帶兇器竊盜罪云云。則其理由矛盾已致適用法令 違誤,而顯然於判決有影響,依上說明,自屬刑事訴訟法第 四百四十七條第一項第一款之判決違背法令。又原判決認定 被告有竊取徐某所有上揭機車之犯行,無非依憑徐某、許某 之證言,以及台北縣政府警察局車輛失竊電腦輸入單、贓物 領據,暨錄影翻拍之照片各一張為證據。惟徐某之證言,以 及台北縣政府警察局車輛失竊電腦輸入單暨贓物領據各一 紙,雖能證明徐某所有之上揭機車,於九十四年二月二十二 日,在台北縣新莊市○○街XX巷XX號失竊,但尚不能據 以證明該機車即係被告所竊取。而證人許某雖指證被告騎乘 上揭機車強盜其財物,但亦不能憑此證明該機車即為被告所

竊取。另卷附錄影翻拍之照片,因過於模糊而無法辨識行竊 者之形貌,亦難憑該照片作為認定被告竊盜之犯罪證據。是 原判決所憑之證據,與被告竊取上揭機車間之關聯性尚有未 足。乃原審僅憑上述證據資料,遽認被告有竊取徐某上揭機 車之犯行,實與未憑證據認定犯罪事實無異,自與刑事訴訟 法第一百五十四條第二項之規定有違。又修正前刑法第五十 六條之連續犯,雖以一罪論,但得加重其刑至二分之一;其 加重程度,當與連續犯行次數之多寡有關,故同一連續犯案 件,其所認定犯行次數較少者,與所認定犯行次數較多者, 兩者適用之連續犯刑罰法條,在形式上雖無差異,但實質上 其法條所含刑罰輕重之程度,顯有不同(本院八十二年度第 七次刑事庭會議決議參照)。原判決未憑確實之證據,遽認 被告有竊取徐某所有下○○-XXX號機車之事實,復於理 由內謂被告攜帶兇器 (即T型螺絲起子) 竊取上揭機車,而 為與其事實認定不符之說明,並據以撤銷第一審判決,而論 斷被告此部分係犯刑法第三百二十一條第一項第三款之加 重竊盜罪,而與其他竊盜部分構成連續犯行之一部,自影響 被告刑度之輕重,而於被告不利。案經確定,非常上訴意旨 執以指摘原判決違法,洵有理由。惟原判決認定被告竊盜徐 某所有上揭機車,既有不憑證據認定事實之違法情形。為維 持被告審級之利益,並求事實之真切,爰由本院將原判決關 於加重竊盜部分撤銷,由原審依判決前之程序更為審判,期 臻適法。至非常上訴意旨雖就原判決關於恐嚇取財部分一併 提起非常上訴,但並未指摘該部分有何違背法令之情形,該 部分上訴自難認為有理由,應予駁回。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十六條、第四百四十七條第二項前段,判決如主文。

中華民國九十五年十二月 二十一 日

【第五十二案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第155條第2項、第159條之3、第

186條(修正前)、第196條之1、第447

條第 1 項第 1 款、第 378 條。

刑事訴訟法施行法 第7條之3。

司法院大法官解釋 第582號、592號。

刑 法 第342條第1項。

二、非常上訴理由

一、按共同被告乃被告以外第三人,本質上屬於證人,為確保被告對證人之詰問權,證人於審判中,除客觀上不能接受詰問者外,應依法定程序,命其到庭具結陳述,並命立於證人之地位接受被告本人之詰問,其陳述始得作為認定被告犯罪事實之判斷依據,否則,即有不當剝奪其他共同被告對實具證人適格共同被告詰問之權利,而有違憲法第八條、第十六條法院應循依正當程序保障被告訴訟防禦權之意旨,大法官會議釋字第五八二號著有解釋。該號解釋之效力,溯及於九十三年七月二十三日解釋公布前已繫屬於各級法院之刑事案件,其個案事實認定涉及以共同被告之陳述作為其他共同被告論罪之證據者,同有適用,大法官會議釋字第五九二號解釋並經補充釋示在案。查本件係於九十三年七月二十三日前即已繫屬於原第一審法院之刑事案件,本案共同被告某

甲、某乙、某丙等三人相互間,未見原法院於審判期日命其 具結並立於證人之地位接受被告本人之對質詰問,即逕就共 同被告某乙所為不利於被告之供述,採為被告犯罪之證據。 核其踐行調查程序,揆之上揭說明,自屬違法,原審逕採該 未經合法調查之某乙供述為判斷之依據,即有違背刑事訴訟 法第一百五十五條第二項規定之違誤。二、訊問證人,除另 有不得命其具結之法定原因外,悉應命其具結,倘未合法具 結而採用此項證言,即屬違法,此觀刑事訴訟法第一百五十 五條第二項、第一百五十八條之三之規定即明。本件原審引 用證人A、B、C於九十一年十月二十二日在本案檢察官偵查 中未命具結之偵查筆錄,採為被告論罪之基礎,揆之上揭說 明,自屬採納不具證據能力之證據為判斷之依據,顯屬違背 法令。三、原審採用下列被告以外之人(包括共同被告、共 犯、證人等),於審判外之傳聞供述,未詳查審酌並說明何 以各該傳聞陳述人不命其於審理中到庭踐行具結、詰問程 序,及各該項傳聞供述何以例外具有證據能力之理由,亦有 調查程序合法性與採用傳聞證據適格性之違誤。(一)、原 判決事實(一)部分,採用下列傳聞供述:(1)、共犯 A 及證 **人 B、C、D、E、**某丙等六人調查及偵查筆錄。(2)、共同被 告某乙偵訊筆錄。(3)、共犯某丁調查筆錄。(4)、證人 E 調查筆錄。(二)、原判決事實(二)部分,採用下列傳聞供 述:(1)、共犯邱吉雄調查筆錄及另案八十八年易字第XX 號審判筆錄。(2)、證人邱純蓮另案八十八年易字第XX號 審判筆錄。(3)、共犯 Ⅱ 調查筆錄。(4)、證人郭永泉偵查中 訊問筆錄。(三)、原判決事實(四)部分,採用下列傳聞供

述:(1)、共犯某乙調查筆錄。(2)、證人 I 調查筆錄。(3)、 共同被告某乙調查筆錄。(4)、共犯某庚調查筆錄。查本案 係於刑事訴訟法於九十二年二月六日修正,同年九月一日施 行前繫屬法院,而於施行後終結,屬於跨越新舊法領域之案 件,其於施行前依舊法調查之證據,依刑事訴訟法施行法第 七條之三但書規定,其效力固不受影響,惟既於施行後終 結,其施行後之新調查程序,法院仍應依同條前段規定依修 正後之新法進行並終結之。原審就上開傳聞供述人於修正後 之新程序,未依新法規定命其於審理中到庭踐行具結、詰問 程序,又各該傳聞供述何以例外具有證據能力,悉未詳查審 酌並說明其所憑之法律上理由,遽採為本案判決之基礎,在 調查程序合法性及採用傳聞證據適格性上,顯有違背法令。 四、原審認定事實(一)、(二)、(三)、(四)部分行為,悉均 業已發生『致生損害於本人利益』結果,符合背信之客觀犯 罪構成要件,有調查未盡、判決不備理由暨適用法則不當之 違誤。按刑法第三百四十二條第一項之背信罪為結果犯,必 須以行為人所為違背其任務之行為,已『致生損害於本人之 財產或其他利益』之結果,為其構成要件。倘處理他人事務 之人,縱有因不法利益或損害本人利益之意思,而故為違背 任務之行為,惟其行為之結果,於損害本人財產或其他利益 猶未發生實害,僅係有損害之危險者,自尚無成立此項結果 犯之餘地(二十九年上字第八二)號判例及八十六年台上字 第二七九四號判決意旨參照)。查原判決事實(四)抵押貸款 部分〈起訴事實(三)部分〉,某己於八十四年五月以關西及 竹北兩批土地設定抵押權擔保貸款後,雖貸款人於八十五年 四月起未繳利息,但〇〇市農會於八十五年六月間開始聲請 法院拍賣抵押物之裁定及支付命令之追償程序,就全部土地 向台灣新竹地方法院聲請強制執行,於八十七年七月及八十 八年五月先後拍賣抵押物之結果,除本金全部收回外,先後 尚收到借款人繳交及拍賣後之計息共計六萬餘元,本息全獲 清償,此有平鎮市農會交易明細表在卷可按。單以此部分而 論,原審不惟未向執行法院函查此部分抵押土地拍賣執行之 結果,亦漏未審酌此部分申貸人某己涉及共犯背信及業務上 文書登載不實罪嫌,業經台灣桃園地方法院檢察署以八十八 年偵字第XX號處分不起訴確定在案,徒以『申貸人(指某 己及借貸名義人 [) 未再依約繳付利息,無法對申貸人為追 償,僅得對擔保物執行拍賣』為由,即認為已對農會發生『致 生損害於本人利益』之結果,遽為被告有與某己共犯此部分 背信罪之論斷。揆諸上揭判例意旨及說明,實有調查未盡、 判決理由不備暨適用法則不當之違誤。五、案經確定,爰依 刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上 訴,以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十七年度台非字第五四八號 上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告背信案件,對於台灣高等法院中華民國九十七年五月二十二日第二審確定判決,認為部分違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主文

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:(一)、刑事訴訟法新制採改良式當事人進行主義, 並於證據章內,引進英美傳聞法則,充實交互詰問等相關規 定,且於該法施行法第七條之三規定新、舊法過渡之適用準 據,施行迄今已經多年,其間,關於在舊法施行之時,依當 時法定程序所取得之共同正犯與一般證人之供述證據,如何 判斷其證據能力,尚迭據司法院釋字第五八二號及第五九二 號解釋釋明。詳言之,警詢或調查時之證人,依刑事訴訟法 第一百九十六條之一第二項,固無命具結之明文準用規定, 而偵查中之證人,如與被告具有共犯(包括共同正犯、教唆 犯、幫助犯)、藏匿犯人、湮滅證據、偽證、贓物等關係者, 修正前刑事訴訟法第一百八十六條第三款定有不得命其具 結之明文,然上揭施行法第七條之三但書規定,仍應與刑事 訴訟法有關規定相配合適用,亦即被告以外之人,無論係一 般之證人,或與被告具有上揭共犯等關係之人,除經被告或 其辯護人明示捨棄反對詰問權,及有新制刑事訴訟法第一百 五十九條之三所定無從再行調查之情形外,既在刑事訴訟法 新制施行之後,法院自應傳喚其到庭具結、供證,踐行交互 詰問程序,由兩造當事人對於該證人在舊制時期已經完成之 審判外陳述,關於信用性、必要性與適當性之要件,予以究 詰、彈劾、檢驗而表示意見,屬於證據調查之方式及範疇,

其若未採此作為,即有刑事訴訟法第一百五十五條第二項所 定「無證據能力、未經合法調查之證據,不得作為判斷之依 據一之適用,斯亦上揭施行法修正理由所稱「舊程序用舊法, 新程序始用新法」之真意。本件原確定判決認定被告某甲犯 其事實欄(一)所載之○○社區貸放款之背信等罪行,採用證 人 C 於民國九十一年十月二十二日檢察官偵查中之供述,作 為依據,然該證人未經具結,亦無修正前刑事訴訟法第一百 八十六條所定不得命其具結之情形,所為之供述應無證據能 力。又證人 A、C、D、E、F、G、H、某丙、某己、I、某庚 (後二人係共同正犯)等人在本案歷審審判中,均未曾到庭 踐行法定人證之調查證據程序,原判決逕行採用上揭諸人於 舊制時期之審判外供述,作為認定某甲犯罪之依據,顯已剝 奪對於證人之對質、詰問權,依照上揭說明,已有判決不適 用法則之情形,並因各該供述證據之憑信性,實有待對質、 詰問,始足審認,是上開違誤,顯然於判決有影響,自屬判 决違背法令。(二)、依法應於審判期日調查之證據,未予 調查,致適用法令違誤,顯然於判決有影響者,該項確定判 决,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,業經司法院釋字第一八一號解釋在 案。又刑法第三百四十二條第一項之背信罪,乃侵害財產法 益之犯罪,係屬結果犯性質,其致生損害於本人之財產或其 他利益,亦以財產上利益為限。原判決事實(四)之抵押貸款 部分,強制執行結果,是否已經悉數清償,攸關此部分有無 符合背信罪之構成要件,或犯罪是否既遂問題,乃原審未向 執行法院查明,遽認為已對放款農會發生「致生損害於本人 利益」之結果,難認無證據調查未盡之違失,並足以影響判決之基礎。案經確定,非常上訴意旨執以指摘,洵有理由,因原判決此部分不利於某甲,為維護其審級利益,自應由本院將之撤銷,由原審法院依判決前之程序更為審判,以資救濟。至非常上訴意旨所指:原審於審判期日未將共同被告某乙、某丙以證人身分命具結、行詰問,即逕行採用該二人所為不利於某甲之供述,作為認定犯罪之依據,有調查證據程序違法乙節;其中,某乙業於原審九十六年七月二十六日審判期日以證人身分具結後,踐行交互詰問程序;而某丙之各項供述,原判決並未採作認定某甲犯罪之憑證,此部分非常上訴意旨,不無誤會。另證人B、E及共同正犯某戊、某丁,均在審判中到庭供證並受詰問,非常上訴意旨指稱未行傳證、調查,要與卷證資料不符,均附此指明。

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

中華民國九十七年十一月六日

【第五十三案】

一、關係條文

刑 事 訴 訟 法 第158條之 3、第159條第 1 項、第 378條。

刑事訴訟法施行法 第7條之3。

二、非常上訴理由

一、刑事訴訟法有關被告詰問證人之規定,旨在發現真實及 保障人權,屬憲法第十六條保障人民訴訟權之權利,且屬憲 法第八條第二項正當法律程序所保障之權利,不當剝奪被告 詰問證人之機會,不僅妨害被告訴訟防禦權之行使,亦有礙 於真實之發現(大法官會議五八二號解釋意旨)。又告訴人 係向司法警察機關或偵查機關申告犯罪事實而要求訴追之 人,其於我國刑事訴訟法中,並非法定列舉之獨立證據方 法,若以告訴人所陳親身經歷之被害經過,作為認定犯罪事 實之依據時,乃居於證人之地位,亦即其證據方法為證人, 必須踐行有關證人之證據調查程序,除非其有依法不得令其 具結之情形,否則事實審法院應命其具結,若依法應具結而 未具結時,該告訴人有關被害事實之陳述,無證據能力,法 院不得援其陳述作為判決之基礎(最高法院九十三年度台上 字第五九六四號判決參照)。茲告訴人某所為之指訴不實, 被告一再聲請原審以證人身分傳訊渠到庭詰問後再結,使真 實呈現,惟紀某故不到庭,使被告及辯護人喪失詰問證人之 權利,原審未強制其等到庭,嗣僅憑紀某片面之陳述證據, 即採為判決被告有罪之基礎,不但有違背大法官會議五八二 號解釋意旨,且遍查全卷,均無告訴人紀某、方某二人作證 具結之結文,足見渠等二人並無具結之情事,其陳述無證據 能力, 詎原判決竟以無證據能力之陳述作為判處被告有罪之 依據,於法顯屬有違。二、依法應於審判期日調查之證據而 未予調查者,為判決違背法令,刑事訴訟法第三百七十九條 第十款定有明文。查原判決僅以告訴人方某在偵查中指訴被 告向伊詐借新台幣(下同)三千四百萬元資為論處被告犯有 詐欺取財之基礎,惟告訴人方某嗣於第二審九十三年九月五 日審理時到庭已證稱『八十八年八月,我透過朋友某介紹認 識某甲,劉某在某甲公司工作,劉某說某甲從事高科技音 響,承包很多土程,要我與某甲接洽,我當時是以投資的方 式與某甲合作,也借錢給他應急,大約四百萬元,後來已清 償』、『我投資三千四百萬元左右』、『我有告訴他這些錢 有的不是我的,某甲說大約一年內就會回收』、『我錢是交 給他們公司』、『後來劉某(被告員工)知道他們(指被告) 出事,去搬一些物品回來,且將之變賣,被告某甲給我一千 萬元』、『八十九年七月五日還三百萬元,七月三十一日還 七百萬元』,核與被告同日所供『我公司有二個倉庫,我曾 經將一個倉庫的貨品給他抵債。但告訴人說他有急用,我只 好將貨品賤賣,我向他借七、八百萬元,已經清償。及偵查 中所供: 我確實透過劉一成向他說要標政府的工程, 當時投 標的工程費約有一億元左右,我說要一千多萬元的利潤給 他,另外向他借的錢約定利息是一千萬月息是十八萬元,開

給他的支票有二張有兌現,總金額是八百多萬元』及和解書 記載『投資款三千四百萬元……、不追究法律責任』內容均 相符合,有審判、偵查筆錄及和解書記載足憑,原判決所確 認之事實與其所憑之證據,顯不相適合,依法應有詳加調查 之必要。而依告訴人方某之指訴及被告之供述,兩造是透過 被告公司員工劉某介紹而有金錢往來,有關方某係投資或借 款,劉某理應知之最詳,原審未傳訊劉某到庭調查釐清,僅 憑告訴人方某於偵查中片面之指訴,遽為對被告論罪科刑之 基礎,顯有應於審判期日調查之證據未予調查之違法,其判 决為違背法令。三、按證據力之強弱,法院固有自由判斷之 權,惟判斷證據力如與經驗法則有違,即屬判決適用法則不 當,自足為上訴之理由。有本院二十六年渝上字第八號、三 十一年上字第一三一二號判例可資參照。原判決認定:『如 果投資始應負擔盈虧,被告嗣後給付方某一千萬元,有違常 理,顯見方某係借款予被告,並非投資』,因此不採信方某 九十三年三月五日所為『八十八年八月,我透過朋友劉一成 介紹認識某甲,劉一成在某甲公司工作,劉某說某甲從事高 科技音響,承包很多工程,要我與某甲接洽,我當時是以投 資的方式與某甲合作,也借錢給他應急,大約四百萬元,後 來已清償』、『我投資三千四百萬元左右』、『我有告訴他 這些錢有的不是我的,某甲說大約一年內就會回收』、『我 錢是交給他們公司』、『後來劉某(被告員工)知道他們(指 被告)出事,去搬一些物品回來,將之變賣,被告某甲給我 一千萬元』、『八十九年七月五日還三百萬元,七月三十一 日還七百萬元』之供述,判決被告犯有詐欺取財罪行。按對 事業之投資,一般固應負擔盈虧,惟本件告訴人方某係於八十八年八月始參與公司之投資,而在短短二個月後(八十八年十月八日)發生公司在仁和路主要倉庫貨品三億元,遭另一告訴人紀某將公司所有倉庫斷電扣押侵占,致公司無法營運而倒閉,被告慮及告訴人方某僅投資二個月,公司即發生勞力,為表示擔負責任(即是無詐欺之犯意),及時將公司另一時,為表示擔負責任(即是無詐欺之犯意),及時將公司第一時,因告訴人急需用錢而賤賣),此經告訴人方某(原價約三千多萬元,因告訴人急需用錢而賤賣),此經告訴人方某於九十三年三月五日開庭時自述在卷,原審以被告嗣後返還告訴人所交付之款項係借款,並非投資款,顯係過於武定告訴人所交付之款項係借款,並非投資款,顯係過於武定告訴人所交付之款項係借款,並非投資款,顯係過於武定告訴人所交付之款項係借款,並非投資款,顯係過於武國錢,當然就是借款,並非投資),原審判決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

最高法院刑事判决 九十六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

上列上訴人因被告詐欺案件,對於台灣高等法院台南分院中華民國九十六年一月十日第二審確定判決,認為違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主 文

原判決撤銷,由台灣高等法院台南分院依判決前之程序更為審判。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按原確定判決係認定被告某甲擔任台南市○○路ХХ 巷十七號「○○有限公司」(下稱「○○公司」)之總經理, 先於民國八十八年七月間,明知所經營之○○公司財務週轉 困難,已無清償能力,竟基於意圖為自己不法所有之概括犯 意,以短期週轉借款為由,向告訴人紀某詐稱:「○○公司 標到台灣省政府台南社教館二億多元工程」等語,並交付如 原判決附表三所示之支票,使紀某陷於錯誤,誤以為○○公 司確有標到重大工程,而陸續給付二千三百三十二萬九千一 百六十元之款項,惟上開支票屆期提示,均遭退票,致生損 害於紀某,紀某始知受騙。復自八十八年八月間某日起至八 十八年十月四日止,承前詐欺之概括犯意,並與其妻即○○ 公司董事長某乙(業經判處有期徒刑二年,緩刑五年確定) 共同基於為自己不法所有之意圖,於○○公司內,向告訴人 方某詐稱○○公司承包很多全國各地之工程,須繳交工程保 證金,並交付張惠騰簽發如原判決附表四所示之支票十二張 予方某,以之作為借款憑據,致方某因而陷於錯誤,誤信其 有償債能力而陸續交付借款共計三千四百三十三萬五千 元, 詎支票屆期提示均遭退票或已拒絕往來, 致生損害於方 某,方某始知受騙。又告訴人紀某、方某於偵查中之陳述, 均在九十二年一月十四日修正通過之刑事訴訟法施行前,並 經第一審合法調查,故告訴人等於檢察官偵查中及第一審所

為供述證據具適法性,因而撤銷第一審關於被告部分不當之 判決,改判依刑法修正前連續犯之例,論處被告共同連續意 **圖為自己不法之所有,以詐術使人將本人之物交付罪刑,原** 非無見。惟按刑事訴訟法第一百五十九條第一項規定:被告 以外之人於審判外之言詞或書面陳述,除法律有規定者外, 不得作為證據。從而有罪判決書如以被告以外之人於審判外 之言詞或書面陳述,資為認定犯罪事實之基礎時,自應先說 明其如何具有證據能力之理由,始為適法。又九十二年二月 六日增訂公布之刑事訴訟法施行法第七條之三規定:「中華 民國九十二年一月十四日修正通過之刑事訴訟法施行前,已 繋屬於各級法院之案件,其以後之訴訟程序,應依修正刑事 訴訟法終結之。但修正刑事訴訟法施行前已依法定程序進行 之訴訟程序,其效力不受影響」。係以程序從新為原則,故 修正刑事訴訟法施行前,已繫屬於各級法院之案件,於新法 施行後,應依修正後之程序終結之,僅修正刑事訴訟法施行 前已依法踐行之訴訟程序(包含相關證據法則之適用),基 於法的安定性,其效力不受影響而已。從而依修正後規定應 踐行之訴訟程序中,關於被告對證人之對質、詰問權部分, 自均應依修正後之法定程序為之,並就修正刑事訴訟法施行 前及施行後所合法取得,均具有證據能力之證據資料,本於 合理之心證以定其取捨,尚非謂修正刑事訴訟法施行前已依 法定程序取得證人之供述證據者,即得依刑事訴訟法施行法 第七條之三但書規定,剝奪被告依修正後法定程序對證人之 對質、詰問權。法院如未踐行對證人對質、詰問之法定程序, 致適用法令違誤,而顯然對判決有影響者,該確定判決即屬

判決違背法令,自非不得據為非常上訴之理由。查本件依偵 查及第一審法院審判筆錄,檢察官及審判長僅於被告未在場 時分別對告訴人等實施訊問,並未使告訴人立於證人之地 位,於訊問前或訊問後命其具結而陳述,該告訴人之供述證 據,在刑事訴訟法第一百五十八條之三修正前,依刑事訴訟 法施行法第七條之三但書之規定,雖非當然即無證據能力, 然被告及其選任辯護人於九十五年十二月二十七日原審審 理時,即已主張告訴人紀某、方某二人未經具結之證詞並無 證據能力,並以紀某為關鍵證人,要求傳訊,以為對質詰問, 而被告為上開主張時,修正刑事訴訟法早已施行多年,依刑 事訴訟法施行法第七條之三規定,關於被告對證人之對質、 詰問權之行使,自應依修正後之規定。乃原審並未依修正後 刑事訴訟法之規定,傳喚告訴人等到庭,踐行法定人證之調 查程序,並綜合調查證據之結果定其取捨,即援引告訴人等 於偵審中之供述證據,資為認定被告犯罪事實之基礎,顯已 剝奪被告對證人之對質、詰問權,有判決不適用法則之違法 情形。而紀某等人證言憑信性如何,有待被告之對質、詰問, 始足審認,是上開違誤,顯然於判決有影響,自屬判決違背 法令。案經確定,非常上訴意旨執以指摘,洵有理由。原判 決於被告不利,為維護其審級利益,應由本院將原判決撤 銷,由原審法院依判決前之程序更為審判,以資糾正。至其 餘非常上訴意旨所指,均核非適法之非常上訴理由,併予指 明。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項,判決如 主文。

【第五十四案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第158條之4、第198條、第204條、 第204條之1、第204條之3第2項、 第205條之1、第378條、第441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。本件原判決以警察機關搜索後未 發現應扣押物,卻持檢察官簽發之鑑定許可書,對被告強制 採尿之事實,而認鑑定人因鑑定之必要,得經許可後採取分 泌物、排泄物,發動人為鑑定人,並非偵查機關,乃指偵查 機關以強制採尿未(為)找被告犯罪之證據,並非已有證據 再採尿,足見檢警機關係以鑑定之名,行強制處分之實,警 方據此而採得之被告尿液,係屬因違背法定程序取得之證 據,認無證據能力,而改判被告無罪云云。經查警察局、憲 兵隊有專辦毒品案件隊員,有相當程度專業技術及配備,而 政府乃對之投入相當人力、金錢及設備成立各種技術支援單 位,法律並無明文限制警察機關不得為鑑定單位,因之,本 件檢察官指定宜蘭縣警察局、宜蘭憲兵隊為鑑定人機關,鑑 定事項為採集尿液,此項選任鑑定人應屬符合刑事訴訟法第 一百九十八條之規定。原判決雖謂鑑定人經許可後得採取被 告之分泌物、排泄物等,其發動人為鑑定人而非偵查機關云

云,按刑事訴訟法第二百零五條之一第一項之規定,乃係指 經法官或檢察官選任後之鑑定人,因鑑定之必要,得經許 可,而為上開採取作為,並非謂欲採取被告之分泌物等,應 由鑑定人抑或由偵查機關發動始可,原判決似有誤會。而本 案被告某甲於九十三年五月十八日警詢時自承八十四年初 曾吸食安非他命毒品,且檢察官因從監聽毒品交易之紀錄, 乃簽發搜索票及拘票,雖未蒐獲交易毒品,但對涉嫌交易之 人即被告有所懷疑,進而指揮選任司法警察機關為鑑定人, 予以採取尿液,送交委託之慈濟大學濫用藥物檢驗中心進行 檢測,且檢測結果認定安非他命為陽性之事實,程序上何得 謂屬違背法令?況縱如原判決所指此項證據之取得為違背 法定程序,但吸食毒品不僅戕害被告個人身心健康,且危害 社會治安,甚至動搖國本,此所以政府每年持續宣示向毒品 宣戰,投入大量人力財力,從緝毒、拒毒、戒毒等三方面, 全面反毒,不敢有所鬆懈可見一斑;當非如原判決所指施用 安非他命者,戕害己身,其行為與公共利益關聯有限云云, 則揆諸刑事訴訟法第一百五十八條之四規定,其有無證據能 力之認定,仍應審酌人權保障及公共利益之均衡維護。是從 吸食毒品之危害至深且鉅有如上述,其甚至有動搖國本之 虞,為公共利益之維護,亦應認此項採取尿液取得行為具證 據能力,始符上引刑事訴訟法第一百五十八條之四規定之旨 意。綜上所述,本案檢警機關採取被告尿液之行為,應屬符 合法律規定,具有證據能力者,原判決竟認其係違背法定程 序,不具證據能力,而改判被告無罪,即有判決不適用法則

或適用不當之違法。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 九十五年度台非字第一〇二號

上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件,對於台灣高 等法院中華民國九十四年七月七日第二審確定判決,認為違 背法令,提起非常上訴,本院判決如下:

主文

原判決關於違背法令部分撤銷。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按:判決不適用法則或適用不當,為違背法令,於判決確定後,得提起非常上訴,為刑事訴訟法第三百七十八條、第四百四十一條所明定。又刑事訴訟上檢查身體及其採樣等處分,係為便利執行鑑定,以判別、推論犯罪相關事實,而對人之身體進行觀察、採集或檢驗之取證行為,乃鑑定之前置準備,常為鑑定之必要處分,或對人之身體健康及不可侵犯性等基本權造成干預、侵害,而具有強制處分之性質,為保障人權,因而採令狀主義,鑑定人固須依同法第二百零四條、第二百零四條之一及第二百零五條之一之規定,於偵查中經檢察官、審判中經審判長或受命法官許可,始得進行。然為許可授權主體之檢察官、法官,各本於其在偵查、審判

程序中調查證據之職權,自得不待聲請,主動為之,再揆諸 刑事訴訟法第二百零四條之三第二項規定,法官、檢察官並 得強制實施之,尤徵法官、檢察官對檢查身體及其採樣等處 分之執行,實居於指揮、主導之地位。而同法第二百零五條 之一所列舉之採取出自被鑑定人身體之尿液等鑑定採樣行 為,為實施尿液等鑑定之必要處分,屬檢查身體之範疇,依 此規定,鑑定人(包括鑑定機關)因鑑定而有採樣之必要時, 須經法官、檢察官許可始得為之。是鑑定許可之聲請,固應 以鑑定人為聲請人,然法官或檢察官亦得本於職權之行使, 主動為鑑定採樣取證之許可,非必待鑑定人聲請,此乃法理 所當然。從而法官或檢察官主動許可鑑定人為身體檢查採樣 取證及其檢驗鑑定結果,既無違背法定程序可言,自不生由 法院依同法第一百五十八條之四之權衡規定,判斷其證據能 力有無之問題。原判決係以宜蘭縣警察局執行另案關於販賣 毒品案件之搜索,未發現應扣押物,竟於搜索程序結束後, 提示由檢察官主動簽發之鑑定許可書,經被告某甲同意,而 對其採尿送驗,但依法鑑定人因鑑定之必要,得經許可後採 取分泌物、排泄物,是鑑定許可之發動人應為鑑定人,非偵 查機關,本件偵查機關在未知被告施用毒品犯罪之情形下, 簽發鑑定許可書,對被告採尿,係藉鑑定之名,行強制處分 之實,被告因不諳鑑定許可之法定程序而同意採尿,其同意 難認係出自誠摯之同意,警方對被告採尿,亦非出於被告自 願,因認該尿液係違背法定程序取得之證據,乃依刑事訴訟 法第一百五十八條之四權衡結果,排除該所採尿液暨檢驗結 果之證據能力,將第一審之科刑判決予以撤銷,改判諭知被

告無罪。惟查本件檢察官以宜蘭縣警察局及宜蘭縣憲兵隊為 鑑定機關,採集尿液為鑑定事項,對被告所簽發之鑑定許可 書,係囑託該二單位為鑑定機關,並許可其對被告進行採尿 之鑑定處分,即使非出於該鑑定機關之聲請,而係檢察官本 於職權為之,於法本無不合,縱該警察局之警員為採尿而徵 詢被告同意與否之意見時,曾對被告提示該鑑定許可書或告 以要旨,亦難因此遽謂被告同意採尿與其心中之真意不符而 非出於自願。該尿液之採集,既經被告出於自願性同意,即 未違背法定程序,本得採為論罪之依據,自不生由法院依刑 事訴訟法第一百五十八條之四規定判斷其證據能力之問 題。原判決以該尿液之取得,違背法定程序,進一步依上揭 權衡規定,排除該尿液檢驗報告之證據能力,揆諸首揭說 明,自有採證違背證據法則之違法,且此項違誤,關乎犯罪 事實有無認定之當否,顯然直接影響於判決,自非僅訴訟程 序違法,而屬判決違背法令。案經確定,非常上訴意旨執以 指摘,洵有理由,惟原判決上述違背法令,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。 據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前 段,判決如主文。

中華民國九十五年五月十八日

【第五十五案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第158條之4、第378條。

刑 法 第132條第1項。

通訊保障及監察法 第5條第2項、第1項第1款。

憲 法 第12條。

司法院大法官解釋 第631號、第177號、第185號。

二、非常上訴理由

接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。又確定終局裁判所適用之法律聲壽 內。其適用法律、命令所表示之見解,經本院依人民聲請解釋認為與憲法意旨不符,其受不利益確定終局裁判者,得依該解釋為再審或非常上訴之理由。亦經司法院大法官會議以釋字第一八五號解釋在案。本件原審判決以第一審判決以第一審判決以第一審判決以第一審判決以第一審判決以第一審判決以第一審判決以第一審判決以第一審判決以第一審判決以第一審判決以第一審判決以第一審判決以第一審判決以第一審判決以第一審判決以第一審判決以第一審,以第一點等資料查詢結果,亦不得自電腦系統所屬。 民車籍、年籍及刑案資料,且該等資料查詢結果,亦不得出場上午八時二十六分許,接獲一名喚「芷玲」之不詳年籍姓名成年女子,以行動電話 0000000000 號撥接至其使用之 0000000000 號行動電話,該「芷玲」並於電話中要求某 問助查詢一姓名為「高〇〇」、年約五十四年次、配偶姓陳 之女子是否住於高雄及其工作等個人資料。某甲旋於翌日上 午八時四十八分起至八時五十四分止,在其位於○○市警察 局資訊室四樓辦公室內,以XX密碼帳號,經由其使用之電 腦,向內政部警政署連線查詢姓名為高嘉萍之車籍資料與刑 案資料後,得悉「芷玲」所欲查詢之「高○○」,可能係五 十五年次住於高雄市○○巷·····號、電話為XXX······七 號;或五十八年次住於高雄市○○路……Х樓,並即於同日 上午九時三十三分,以上述 000000000 號行動電話,撥接 行動電話 0000000000 號告知「芷玲」上述二位姓名為高○○ 女子之年次住址後。該「芷玲」又於同日上午九時三十五分 另以 000000000 號市內電話撥接某甲使用之 0000000000 號行動電話,洽問上述住於高雄市○○巷之高○○登載之市 內電話,某甲再答以電話為XXX三……七號等,而接續洩 漏國防以外之應祕密之消息予該「芷玲」者。案經台南地方 法院檢察署九十年十一月二日南檢玲讓字第XXX號核發 通訊監察書,對其使用之 000000000 號行動電話為通訊監 察查獲等情。論以被告公務員洩漏關於中華民國國防以外應 秘密之消息,處有期徒刑壹年,褫奪公權壹年。認事用法並 無不當,駁回被告上訴。被告則以原判決認定其構成刑法第 一百三十二條第一項之罪部分,依通訊監察取得通訊內容之 證據,所適用之通訊保障及監察法第五條第二項及第一項第 一款規定,有抵觸憲法第八條、第十二條、第十六條及第二 十三條之疑義,而聲請司法院大法官會議解釋。經司法院大 法官會議於九十六年七月二十日,以司法院釋字第六三一號 解釋,認中華民國八十八年七月十四日制定公布之通訊保障

及監察法第五條第二項規定:「前項通訊監察書,偵查中由檢察官依司法警察機關聲請或依職權核發」,未要求通訊監察書原則上應由客觀、獨立行使職權之法官核發,而使職司犯罪偵查之檢察官與司法警察機關,同時負責通訊監察書之聲請與核發,難謂為合理、正當之程序規範,而與憲法第十二條保障人民秘密通訊自由之意旨不符,應自該解釋公日起,至遲於九十六年七月十一日修正公布之通訊保障及監察法第五條施行之日失其效力。揆諸首開說明,原判決唯一據以認定被告洩漏國防以外應秘密之消息之監聽內容,即非合法取得之證據,並無證據能力,其據以處罰,難謂為非違法。原判決適用法則自屬不當。合依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴,用予救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決

九十七年度台非字第七號

上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告洩密案件,對於台灣高等法院台南分院中華民國九十三年九月二十九日第二審確定判決,認為部分違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主文

原判決關於某甲洩密部分撤銷,由台灣高等法院台南分院依判決前之程序更為審判。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按司法院依人民聲請所為之解釋,對聲請人據以聲請之 案件,亦有效力;又確定終局裁判所適用之法律或命令,或 其適用法律、命令所表示之見解,經司法院依人民聲請解釋 認為與憲法意旨不符,其受不利確定終局裁判者,得以該解 釋為再審或非常上訴之理由,已非法律見解歧異問題;分別 經司法院以釋字第一七七、一八五號解釋在案。被告某甲任 職於○○市警察局資訊室警員期間,明知警察機關所屬司法 警察限於公務所需,始得自電腦系統查詢人民車籍、年籍及 刑案資料,且該等資料查詢結果,亦不得洩漏供其他非公務 用途之個人使用,竟因於民國九十年十一月十二日上午八時 二十六分許,接獲一名喚「芷玲」之不詳年籍姓名成年女子, 以行動電話 0000000000 號撥接至其使用之 0000000000 號行 動電話,該「芷玲」並於電話中要求某甲協助查詢一姓名為 「高○○」、年約五十四年次、配偶姓陳之女子是否住於高 雄及其工作等個人資料。被告旋於翌日上午八時四十八分起 至八時五十四分止,在其位於○○市警察局資訊室四樓辦公 室內,以XXX密碼帳號,經由其使用之電腦,向內政部警 政署連線查詢姓名為高○○之車籍資料與刑案資料後,得悉 「芷玲」所欲查詢之「高○○」,可能係五十五年次住於高 雄市○○巷……號、電話為ХХХ三……七號;或五十八年 次住於高雄市○○路…… X樓,並即於同日上午九時三十三 分,以上述 0000000000 號行動電話,撥接行動電話 000000000 號告知「芷玲」上述二位姓名為高○○女子之 年次住址後。該「芷玲」又於同日上午九時三十五分另以 000000000 號市內電話撥接被告使用之 000000000 號行動

電話,洽問上述住於高雄市○○巷之高○○登載之市內電 話,某甲再答以電話為XXX三……七號等,而接續洩漏國 防以外應祕密之消息予該「芷玲」者。案經台灣台南地方法 院檢察署九十年十一月二日南檢玲讓字第XX號核發通訊 監察書,對其使用之00000000000000號行動電話為通訊監察查 獲而偵查起訴,經原審法院維持第一審關於論被告以公務員 洩漏關於中華民國國防以外應秘密之消息,量處有期徒刑壹 年,褫奪公權壹年部分之判決,駁回被告在第二審關於該部 分之上訴確定。被告則以原判決認定其構成刑法第一百三十 二條第一項之罪之此部分,依通訊監察取得通訊內容之證 據,所適用之通訊保障及監察法第五條第二項及第一項第一 款規定,有牴觸憲法第八條、第十二條、第十六條及第二十 三條之疑義,而聲請司法院大法官解釋。經司法院大法官於 九十六年七月二十日,以司法院釋字第六三一號解釋,認中 華民國八十八年七月十四日制定公布之通訊保障及監察法 第五條第二項規定:「前項通訊監察書,偵查中由檢察官依 司法警察機關聲請或依職權核發」,未要求通訊監察書原則 上應由客觀、獨立行使職權之法官核發,而使職司犯罪偵查 之檢察官與司法警察機關,同時負責通訊監察書之聲請與核 發,難謂為合理、正當之程序規範,而與憲法第十二條保障 人民秘密通訊自由之意旨不符,應自該解釋公布之日起,至 遲於九十六年七月十一日修正公布之通訊保障及監察法第 五條施行之日(即公布後五個月)失其效力。揆諸首開說明, 原判決據以認定被告洩漏國防以外應秘密之消息之監聽內 容,即屬非合法取得之證據,其有無證據能力,依原判決時 刑事訴訟法第一百五十八條之四規定,原應審酌人權保障及公共利益之均衡維護以為決定,原判決未經權衡,遽認有證據能力而採為被告論罪之重要證據,即難謂非違法,而該解釋對於被告據以聲請解釋之本件亦有效力,自得據為提起非常上訴之理由。案經確定,且於被告不利,非常上訴意旨執以指摘原審關於被告此部分判決違背法令,洵有理由,因上開證據能力之權衡判斷涉及部分事實之認定,為維護被告之審級利益,應將原判決關於此部分撤銷,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 主文。

中華民國九十七年一月十七日

【第五十六案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第159條第1項、第159條之1~第159

條之5、第206條、第378條。

刑事訴訟法施行法 第7條之3但書。

公平交易法 第26條、第27條第1項、第23條。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。本件原判決理由六、認定: (一)證據能力之說明:按被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述,除法律另有規定外,不得作為證據,刑事訴訟法第一百五十九條第一項定有明文。查本件證人張某、洪某、鄭某、王某等人於調查局及檢察官偵查中所為之證言,及證言,均屬審判外之陳述,未經交互詰問,違反直接審理之原則,另被告某乙於公平交易委員會行政調查所為之『參加人業績不好,公司會人為排線給他』,亦屬審判外之陳述,且無相關之錄音、錄影以證明其制作相關陳述筆錄時具有可信性之特別情況,被告某甲亦否認其證據能力,本院認為均無證據能力,首予敘明等語。二、惟查:(一)、刑事訴訟法第一百五十九條第一項之規定,原則上雖不認其有許容性,不具證據能力;但除具有必要性及信用性情況者外,如同法第一百五十九條之一至一百五十九條之五及第二 百零六條等情形,仍例外認有證據能力。查證人張某、洪某、 鄭某、王某等人於調查局及檢察官偵查中所為之證言,及證 人林某於偵查中之證言,雖屬審判外之陳述,但依上述傳聞 法則之例外規定,非無證據能力。又上述證人張某等人均為 修正刑事訴訟法施行前,依法定程序進行之訴訟程序所為之 證言,依刑事訴訟法施行法第七條之三但書之規定,其效力 不受影響。原審疏未注意刑事訴訟法第一百五十九條第一項 『除法律另有規定外』之上述例外規定,遽認證人王某等人 於調查局及檢察官偵查中所為之證言,均屬審判外之陳述, 未經交互詰問,違反直接審理之原則,均無證據能力,顯有 判決不適用法則之違法。(二)、被告某乙並非被告以外之 人,顯非證人,原審亦適用刑事訴訟法第一百五十九條第一 項之規定,認其於公平交易委員會之供述,屬審判外之陳 述,無證據能力;又公平交易委員會對於違反本法規定,危 害公共利益之情事,依公平交易法第二十六條及第二十七條 第一項之規定,得行使調查權。被告某乙於該會行政調查所 為之陳述,原審既未認定其自白非出於自由意志,則該會依 法定程序取得之陳述,亦應非無證據能力。原判決竟認無證 據能力,亦有判決適用法則不當之違法。三、案經確定,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 九十五年度台非字第一二九號 上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長 被 告 A公司

兼上列代表人 某甲

被 告某乙

上列上訴人因被告等違反公平交易法案件,對於台灣高等法院中華民國九十五年一月二十五日第二審確定判決,認為違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主文

原判決關於違背法令部分撤銷。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按<u>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。而證據法則雖屬程序法則,</u>但確定裁判倘違背證據法則,關乎被告犯罪事實之有無及認定之當否,直接影響該確定裁判之法令適用,自非僅屬訴訟程序違背法令,而屬判決違背法令。又被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述,除法律有規定者外,不得作為證據,固為民國九十二年二月六日修正公布,同年九月一日施行之刑事訴訟法第一百五十九條第一項所明定。然依該法施行法第七條之三但書規定,其施行前繫屬法院之案件,已依法定程序所進行之訴訟程序,其效力不受影響。本件被告A公司(下稱A公司)、某甲、某乙等三人被訴違反公平交易法第二十三條規定,經檢察官分別依修正前同法第三十五條、第三十八條之罪嫌提起公訴,其所憑證人張某、洪某、鄭某、王某於法務部調查局台北市調查處調查、檢察官偵查中及證人林某於偵查中之供證,雖屬審判外之陳述,然各該陳述均

係在該次刑事訴訟法修正施行前之八十六、八十七年間所 為,且各該陳述筆錄於八十九年七月六日第一審言詞辯論終 結前,已顯出於審判庭,依修正前之刑事訴訟法規定踐行調 查證據程序,則上開供述證據依前述刑事訴訟法施行法第七 條之三但書規定,其已依法定程序進行之訴訟程序,既不受 影響,原具有證據能力。同理,被告某乙就其他共同被告而 言,固具證人適格,渠於公平交易委員會依公平交易法第二 十六、二十七條規定,於八十六年間為行政調查時所為陳 述,對其他共同被告而言,雖屬被告以外之人於審判外陳 述,依上開說明,亦應認其同具證據能力。原確定判決認上 開證人於前揭修正刑事訴訟法施行前,已經合法調查之供述 證據,屬審判外陳述,俱無證據能力,而予排除,因將第一 審皆論處被告等三人罪刑之判決撤銷,改判均諭知被告等三 人無罪,自屬採證違背證據法則,依上揭說明,顯有適用法 則不當之判決違法。案經確定,非常上訴意旨執以指摘,洵 有理由,然原判決尚非不利於被告等,應僅由本院將原判決 關於違背法令部分撤銷,以資糾正。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前 段,判決如主文。

中華民國九十五年六月二十二日

【第五十七案】

一、關係條文

刑 事 訴 訟 法 第 224 條第 1 項、第 227 條第 1 項、 第 267 條、第 302 條第 1 款、第 378 條。

二、非常上訴理由

按『既判力對於時間效力之範圍應以最後審理事實法院之宣 示判決日為判斷之標準,而最高法院(民國)三十二年上字 第二五七八號判例稱最後審理事實法院而非最後事實審,顯 然不限於二審判決,因而在未經上訴於二審法院之判決,亦 屬相同。』『書記官接受簡易判決原本後,應立即製作正本 送達於當事人,從而刑事簡易案件之判決,既未經宣示,該 判決自應以正本送達於當事人時,始對外發生效力,則地方 法院依簡易程序判決後,因未上訴而確定,其判決確定既判 力對於時間效力之範圍,應以判決正本送達時為準。』『不 經宣示之裁判必經合法送達始生效力,亦生不可變更之效 果,故應以最初送達之日期為其既判力之時點。』(參照最 高法院八十二年度第四次刑事庭會議決議、台灣高等法院暨 所屬法院八十六年法律座談彙編八十七年六月版及台灣高 雄地方法院八十五年一月份法律座談會刑事法律問題研究) 本件確定判決維持第一審免訴之判決,係以被告某甲前因施 用毒品案件之第一審判決(即台灣台東地方法院九十四年度

XX字第X號判決)係於九十四年一月十七日,寄存送達於台東縣警察局成功分局東河分駐所,至九十四年一月二十八日始生合法送達效力,逕認本件檢察官起訴範圍,即被告某甲於九十四年一月十七日至同年月二十一日連續施用第二級毒品安非他命之行為,已為判決既判力所及,而駁回檢察官之上訴。惟查上開簡易判決,係於九十四年一月十三日送達於檢察官,有送達證書在卷可稽。揆之前述說明,該簡易判決對外發生效力,應係九十四年一月十三日,而非九十四年一月二十八日,本件檢察官起訴範圍應非該簡易判決既判力所及,並無任何免訴事由,原第一審判決錯誤諭知免訴,確定判決維持第一審免訴之判決,自有判決適用法則不當之審判違背法令。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、附録

最高法院刑事判决 九十五年度台非字第九九號 上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件,對於台灣高等法院花蓮分院中華民國九十四年十一月八日第二審確定 判決,認為違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主 文

原判決及第一審判決關於違背法令部分均撤銷。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按刑事訴訟法第三百零二條第一款規定,案件曾經判決 確定者,應為免訴之判決,係以同一案件已經法院為實體上 之確定判決,該被告應否受刑事制裁,即因前次判決而確 定,不能更為其他有罪或無罪之實體上裁判。此項原則,關 於實質上一罪或裁判上一罪,其一部事實已經判決確定者, 對於構成一罪之其他部分,固亦均應適用;但此種情形,係 因審判不可分之關係,在審理事實之法院就全部犯罪事實, 依刑事訴訟法第二百六十七條規定,本應予以審判,故其確 定判決之既判力自應及於全部之犯罪事實。再按判決應宣示 之,但不經言詞辯論之判決,不在此限,刑事訴訟法第二百 二十四條第一項定有明文。又裁判製作裁判書者,除有特別 規定外,應以正本送達於當事人、代理人、辯護人及其他受 裁判之人,同法第二百二十七條第一項亦有明定。是裁判如 經宣示者,於宣示時對外發生效力;如未經宣示、公告時, 則於該裁判送達於當事人、代理人、辯護人或其他受裁判之 人時,始對外發生裁判之效力。而經宣示之判決,於最後審 理事實法院宣示判決後始行發生之事實,既非該法院所得審 判,即為該案判決之既判力所不及,其既判力對於時間效力 之範圍,應以最後審理事實法院之宣示判決日為判斷之標 準,因而得上訴於高等法院之第一審刑事判決經宣示者,如 未據上訴,其既判力之時點,固應至宣判之日;惟若第一審 之確定判決,因未經言詞辯論,而未宣示及對外公告,即應 以其正本最先送達於當事人之時,對外發生效力,而以之為 該確定判決既判力範圍之時點。經查被告某甲前犯施用第二 級毒品罪,經台灣台東地方法院於民國九十四年一月十一

日,以九十四年度XX字第X號刑事簡易判決判處有期徒刑 四月,該判決未經宣示及公告,其正本最先係於九十四年一 月十三日送達於承辦檢察官;嗣於同月十七日對被告為寄存 送達(至同月二十八日生合法送達效力),因未據上訴,已 確定在案,有上開刑事案卷及所附送達證書影本可稽。是依 前揭說明,該確定判決係於九十四年一月十三日對外發生效 力,並以之為既判力範圍之時點。本件檢察官起訴被告於其 後之九十四年一月十七日至同月二十一日,又連續施用第二 級毒品安非他命等情,即非上開確定判決之既判力所及。乃 第一審判決以本件檢察官起訴被告之犯罪時間,係在上開確 定判決之正本合法送達於被告(即九十四年一月二十八日) 之前,因認應為該確定判決之既判力所及,而為免訴之諭 知,即有判決適用法則不當之違背法令。原判決未加糾正而 予維持,駁回檢察官在第二審之上訴,同屬違誤。案經確定, 非常上訴意旨執以指摘,為有理由,惟原判決尚非不利於被 告,應僅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,判決如主文。

中華民國九十五年五月十二日

【第五十八案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第233條第1項、第236條第1項、

第303條第3款、第378條。

條、第302條第2項。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用法則不當者,為違背法令,刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又依同法第二百三十六條規定告訴乃論之罪,無得為告訴人之人或得為告訴之人不能權力,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之人。本件被告某甲於民國九十一年十一月二十一時許,在〇公司,與共同被告某乙、某两等協會害罪提起公訴,惟第一審法院審理結果認被告某甲藥人某一與共同發言解被告某甲藥檢察官將被告某中藥檢察官將被告某中並無事傷害罪責,而予改依刑法第二百二十七條第一項傷害罪,依同法第二百二十七條第一項傷害罪,依同法第二百二十七條規定係告訴乃論之罪,本件被害人某丁自被監傷等別內人會逃,迄未能行使告訴權,亦未經檢察官依法指定代行告訴之人,僅有被害人之父某戊於警詢時表示要提出告訴,然查被害人某丁係六十年十一月十一日生,其於九十

一年十一月二十四日案發時已為成年人,某戊並非其法定代理人,無獨立告訴權,其告訴並不合法,是本案並未經合法之告訴,即應為公訴不受理之判決,惟原審疏查,竟予被告有罪之判決,原判決即有判決不適用法則及適用法則不當之違背法令,案已判決確定,且不利於被告,爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條規定提起非常上訴,以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十六年度台非字第六七號

上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告重傷害案件,對於台灣高等法院台中分院 中華民國九十五年六月八日第二審確定判決,認為部分違 法,提起非常上訴,本院判決如下:

主文

原判決關於某甲傷害罪刑部分撤銷。

前開撤銷部分公訴不受理。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按告訴乃論之罪案件,未經告訴者,應諭知不受理之判決;又告訴乃論之罪,無得為告訴人之人或得為告訴之人不能行使告訴權者,該管檢察官得依利害關係人之聲請或依職權指定代行告訴人。刑事訴訟法第三百零三條第三款、第二百三十六條第一項分別定有明文。本件被告某甲被訴於九十

一年十一月二十四日二十一時許,與原審共同被告某乙、某 丙在某乙經營之○○事業有限公司,為逼債,共同毆打被害 人某丁,案經檢察官將被告某甲等依刑法第二百七十七條第 二項後段之傷害致重傷及第三百零二條第二項之非法剝奪 他人行動自由致重傷罪嫌(並依牽連犯從一重處斷)提起公 訴,第一審法院審理結果,認被告某甲並無妨害自由及重傷 害罪責,而予改依刑法第二百七十七條第一項判處被告普通 傷害罪刑(另說明被訴之致重傷加重結果及非法剝奪他人行 動自由致重傷罪嫌部分,依公訴意旨與有罪部分有裁判上一 罪關係,均不另為無罪之諭知),案經上訴於第二審法院, 原審亦僅以第一審判決有未審酌某甲已與被害人之父和解 等不當情形,經予以撤銷改判,仍認某甲所為成立刑法第二 百七十七條第一項之傷害罪,而為前述之有罪論斷。惟按刑 法第二百七十七條第一項之傷害罪,依同法第二百八十七條 之規定須告訴乃論,卷查本件被害人自被毆傷案發後即陷入 昏迷,呈植物人狀態,迄未能行使告訴權,亦未經檢察官依 法指定代行告訴之人,其父某戊雖於警詢時表明要提出告 訴,但被害人係六十年十一月十一日生,有卷內警局刑事案 件移送報告書、診斷證明書等記載可稽,其於九十一年十一 月二十四日案發時已為成年人,某戊並非其法定代理人,無 刑事訴訟法第二百三十三條第一項規定得獨立告訴之權,其 告訴即非合法。是本案被告某甲所犯刑法第二百七十七條第 一項之普通傷害罪,並未經合法告訴,揆諸上揭說明,即應 為公訴不受理之判決。原審不察,竟為被告有罪之實體判 决,即有判决不適用法則及適用法則不當之違背法令。案經

確定,且於被告不利,非常上訴意旨,執以指摘,洵有理由, 爰將原判決關於被告某甲傷害之罪刑部分予以撤銷,改判公 訴不受理,以資糾正及救濟。

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

中華民國九十六年三月二十九日

【第五十九案】

一、關係條文

刑 事 訴 訟 法 第 238 條第 1 項、第 303 條第 3 款、

第 451 條第 3 項、第 451 條之 1 第 4

項但書第 3 款、第 378 條。

二、非常上訴理由

一、按判決適用法則不當者,為違背法令,刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又告訴乃論之罪,告訴人於第一審辯論終結前得撤回其告訴,而告訴經撤回者,應諭知不受理之判決,刑事訴訟法第二百三十八條第一項、第三百零三條第三款亦分別定有明文。二、查本件告訴人A告訴被告某甲過失傷害乙案,公訴人認被告係觸犯刑法第二百八十四條第一項前段之過失傷害罪,依同法第二百八十七條前段之規定,屬於告訴乃論之罪。而告訴人A與被告某甲已就本案成立和解,並於九十六年六月二十日具狀撤回告訴,有和解書及刑事聲請撤回告訴狀各乙紙附卷可據。依照首開說明,原審自應為不受理之判決,乃竟諭知有罪判決,自有適用法則不當之違誤。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,以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十七年度台非字第七九號

上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告過失傷害案件,對於台灣台南地方法院中華民國九十六年七月四日第一審確定簡易判決,認為違法, 提起非常上訴,本院判決如下:

主文

原判決撤銷。

本件公訴不受理。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按第一審法院於審理後,認應為不受理之諭知者,依刑事訴訟法第四百五十一條之一第四項但書第三款規定,不在得適用簡易程序之列。又檢察官所為簡易判決處刑之聲請,與起訴有同一之效力;再告訴乃論之罪,告訴人於第一審辯論終結前得撤回其告訴;其告訴經撤回者,應諭知不受理之判決,刑事訴訟法第四百五十一條第三項、第二百三十八條第一項、第三百零三條第三款分別定有明文。本件告訴人私對被告某甲提出過失傷害之告訴,檢察官以被告涉犯刑法第二百八十四條第一項前段之過失傷害罪嫌,聲請簡易判決處刑,原確定判決亦認定被告犯該罪名,而該罪依同法第二百八十七條前段規定,須告訴乃論。經查告訴人在原審法院民國九十六年七月四日為簡易判決之前,業於同年六月二十日具狀撤回告訴,有刑事聲請撤回告訴狀附於原審法院九十六年度交簡字第XX號卷第六頁可稽。則被告被訴之過失傷害

罪,自應改依通常程序,諭知不受理之判決,方為適法。乃 原審未查明及此,逕依簡易程序,以簡易判決從實體上論處 被告罪刑,顯屬於法有違。案經確定,且於被告不利,非常 上訴意旨執以指摘,洵有理由,應由本院將原判決撤銷,另 行判決諭知不受理,以資救濟。

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

中華民國九十七年二月二十七日

【第六十案】

一、關係條文

刑 事 訴 訟 法 第 238 條第 1 項、第 378 條。 司 法 院 院 解 字 第 3658 號解釋 刑 法 第 284 條第 1 項、第 287 條。

二、非常上訴理由

按刑事訴訟法第二百三十八條得撤回告訴之人,以有告訴權並實行告訴之人為限,代行告訴人並不包括在內,有司法院院解字第三六五八號解釋可供參考。查本件被告某甲騎乘重機車,行經台中縣大里市○○路巷口,撞及行人A倒地致腦部受重傷,涉嫌過失傷害罪之案件,因被害人A受撞後,腦部機能障礙,無意識表示能力,經檢察官指定A之子B為代行告訴人,有檢察官民國九十六年三月七日訊問筆錄及財團法人仁愛綜合醫院函復之診療說明書附卷可稽。B代行提出告訴後,雖於原審辯論終結前具狀撤回告訴,但因其係經檢察官指定代行告訴之人,依上開解釋,自無權撤回其告訴,故不生撤回之效力。乃原審竟認代行告訴人已具狀撤回告訴,而諭知本件公訴不受理之判決,即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 九十七年度台非字第一九號

上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告過失傷害案件,對於台灣台中地方法院中華民國九十六年五月十六日第一審確定判決,認為違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主 文

原判決關於違背法令之部分撤銷。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又同法第二百三十八條第一項得撤回告訴之人,以有告訴權並實行告訴之人為限,代行告訴人並不包括在內,業經司法院著有院解字第三六五八號解釋可稽。查本件被告某甲過失傷害案件,因受傷害人A被撞後,中樞神經系統機能極度障礙、顱內出血、合併癲癇,致無意思表示能力,未提告訴,由檢察官指定A之子B為代行告訴人並記明筆錄,有台灣台中地方法院檢察署檢察官九十六年三月七日訊問筆錄、財團法人仁愛綜合醫院九十六年一月九日診斷證明書及同院九十六年三月六日仁總字第XX號函在卷可稽。代行告訴人B於該案第一審言詞辯論終結前,因與被告成立和解而具狀撤回告訴,固有聲請撤回告訴狀可考,然揆諸上揭解釋意旨,因B係代行告訴人,無權撤回告訴,縱於第一審言詞辯論終結前為撤回告訴之意思表示,亦不生撤回之效力,是本件告訴乃論罪之訴追條件既未

欠缺,本應就被告有無涉犯公訴意旨所指罪嫌為實體上之判 斷。詎原判決未察,竟以公訴意旨所指刑法第二百八十四條 第一項後段之過失致重傷罪,依同法第二百八十七條前段之 規定,須告訴乃論,既經代行告訴人B具狀撤回告訴,爰不 經言詞辯論,逕為公訴不受理之諭知,自有適用法則不當之 違背法令。非常上訴意旨執以指摘,洵有理由。案經確定, 惟尚非不利於被告,應由本院將原判決關於違背法令之部分 予以撤銷,以資糾正。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段,判決如主文。

中華民國九十七年二月十四日

【第六十一案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第239條前段、第238條第1項、第

303 條第 3 款、第 378 條。

刑 法 第277條第1項、第287條前段。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令;又告訴 乃論之罪,告訴人於第一審辯論終結前,得撤回其告訴;再 告訴乃論之罪,對於共犯之一人告訴或撤回者,其效力及於 其他共犯。其告訴經撤回者,在審判中應諭知不受理之判 决,此觀刑事訴訟法第三百七十八條、第二百三十八條第一 項、第二百三十九條前段、第三百零三條第三款之規定甚 明。本件原判決事實認定,被告某甲與某乙於九十四年十一 月十六日凌晨一時三十分,在楠梓火車站前,確認駕駛○○ - X X X 號自小客車之人為簡某後,即共同基於傷害人身體 之犯意,於附近撿拾鐵棍二支後,即各持鐵棍一支靠近該自 小客車,旋將該自用小客車二側前車門開啟後,即動手將簡 某拖出車外,某甲與某甲並分持鐵棍毆擊簡某之頭部、胸部 及四肢等部位,致簡某受有頭部外傷疑腦震盪、左後枕部挫 傷合併撕裂、左側頭頂挫傷合併多處撕裂傷、左肘挫傷合併 撕裂傷、右胸部挫傷合併擦傷及瘀血腫脹、四肢多處挫傷合 併瘀血腫脹之傷害,適有警方巡邏車經過該處,簡某遂高喊

『救命』,某甲見狀即趁隙逃逸,並將鐵棍棄置於高雄市楠 梓區楠都市場某處,某甲則當場為警逮捕,警方將簡某送醫 急救後,並於同日凌晨二時二十分,通知某甲到案後,由某 甲帶同員警至高雄市楠梓區楠都市場扣得上開鐵棍一支等 情。因認被告某甲等乃係基於傷害人身體之故意而為本件傷 害犯行。核被告某甲等所為,係犯刑法第二百七十七條第一 項之傷害罪,公訴人起訴雖認被告係犯刑法第二百七十一條 第二項、第一項之殺人未遂罪,惟按,由於犯罪實乃侵害法 益之行為,犯罪事實自屬侵害性之社會事實,亦即刑法加以 定型化之構成要件事實,故所謂『同一性』,應以侵害性行 為之內容是否雷同,犯罪構成要件是否具有共通性(即共同 概念)為準,若二罪名之構成要件具有相當程度之吻合而無 罪質之差異時,即可謂具有同一性。本院認定被告某甲與某 甲共同分持鐵棍毆打告訴人簡某之傷害犯罪事實,與公訴人 起訴之殺人未遂事實,侵害性行為之內容雷同,且無罪質之 差異,應認具『同一性』,本院自得依刑事訴訟法第三百條 予變更起訴法條。被告某甲與某甲二人間,就前揭傷害之犯 行,有犯意聯絡及行為分擔,均應論以共同正犯。核被告某 甲上開持鐵棍打傷告訴人簡某之行為,依前揭論述,應係犯 刑法第二百七十七條第一項之傷害罪。惟按犯刑法第二百七 十七條第一項傷害罪,須告訴乃論,刑法第二百八十七條前 段定有明文。又依刑事訴訟法第三百零三條第三款規定,告 訴乃論之罪,其告訴經撤回者,應諭知不受理判決。而告訴 人簡某已於第一審辯論終結前,具狀陳明不願告訴,撤回告 訴之意,有撤回告訴狀、和解書各一份附卷可查,並經選任 辯護人在原一審陳明對被告某甲部分,撤回告訴之意旨。是被告某甲被訴持鐵棍毆打告訴人簡某成傷部分,自應為不受理之諭知。惟查,被告某甲共犯傷害罪部分,原審卻疏未注意告訴乃論之罪,依告訴不可分之主觀不可分原則,對於共犯之一人撤回其告訴者,其效力及於其他共犯,對共犯某甲部分,原應依刑事訴訟法第二百三十九條前段、第三百零三條第三款之規定為不受理判決,方為合法,竟誤為實體上有罪之判決,顯有適用法則不當之違背法令。二、案經確定,且對被告不利,爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴,以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十六年度台非字第一七二號 上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告傷害案件,對於台灣高等法院高雄分院中華民國九十五年十一月八日第二審確定判決,認為部分違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主文

原判決關於某甲部分撤銷。

某甲被訴部分公訴不受理。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按<u>非常上訴審為法律審,應以原判決所確認之事實為基</u>礎,據以判斷其審判是否違背法令。而告訴乃論之罪,告訴

人於第一審辯論終結前得撤回其告訴;對於共犯之一人告訴 或撤回告訴者,其效力及於其他共犯。又告訴經撤回者,應 諭知不受理之判決,刑事訴訟法第二百三十八條第一項、第 二百三十九條前段、第三百零三條第三款分別定有明文。本 件依原判決所確認之事實,係認定被告某甲與某甲共同基於 傷害人身體之犯意,分持鐵棍毆傷告訴人簡某,觸犯刑法第 二百七十七條第一項之傷害罪。本罪依同法第二百八十七條 前段規定,為告訴乃論之罪。經查簡某已於民國九十五年四 月七日第一審言詞辯論終結前,具狀撤回本件之告訴,第一 審審理中,被告之共同選任辯護人張賜龍律師並陳明伊係該 和解之見證人,簡某僅撤回對於某甲傷害部分之告訴,有撤 回告訴狀、和解書、審判筆錄在卷可稽。揆諸上揭規定及說 明,其撤回告訴之效力,應及於某甲,當應依刑事訴訟法第 二百三十九條前段、第三百零三條第三款之規定為不受理判 决,始為合法,乃原審竟對於某甲部分撤銷第一審論處共同 殺人未遂(累犯)罪刑之判決,改判論處某甲共同傷害(累 犯)罪刑,誤為實體上有罪之判決,顯有適用法則不當之違 背法令。案經確定,且不利於被告,非常上訴意旨執以指摘, 洵有理由。應由本院將原判決關於某甲部分撤銷,改判諭知 不受理,以資救濟。

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

中華民國九十六年七月五日

【第六十二案】

一、關係條文

刑 事 訴 訟 法 第 253 條之 3 第 1 項第 3 款、第 303 條第 1 款、第 378 條。

二、非常上訴理由

一、本件受刑人某甲基於偽造文書之犯意,於民國(下同) 九十一年間,提供其中華民國護照或中華人民共和國簽證等 身分資料,並交付新台幣八千元予A、B等人,以偽造『○○ 公司』之任職證明及聘僱證明書等文書,並持之向內政部入 出國及移民署高雄市服務站申請入出境許可證明,經台灣高 雄地方法院認其犯有刑法第二百十六條、第二百十五條、第 二百十四條等罪,而於九十六年八月三日,以九十六年度簡 字第 X X 號判處有期徒刑三月, 減為有期徒刑一月十五日, 嗣同年十月二十三日確定在案,固非無見。二、按起訴之程 序違背規定者,應諭知不受理之判決,刑事訴訟法第三百零 三條第一款定有明文。查本件受刑人所犯上開罪行,原經台 灣高雄地方法院檢察署檢察官以九十五年度偵字第XX號 為緩起訴處分確定並諭知緩起訴應履行事項,受刑人亦於九 十五年十一月二十七日履行完畢,有郵政跨行匯款申請書一 紙在卷可按;然該署檢察官誤認其未履行緩起訴應履行事 項,遂依據刑事訴訟法第二百五十三條之三第一項第三款撤 銷原緩起訴處分,另行聲請簡易判決處刑。是以,原審自應

以聲請程序違背規定而諭知不受理判決,卻逕以九十六年度 簡字第XX號予以論罪科刑,復對被告為有期徒刑之實體上 判決,依照前開說明,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。

三、附錄

最高法院刑事判决 九十七年度台非字第三五六號 上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長 被 告 某甲

上列上訴人因被告偽造文書案件,對於台灣高雄地方法院中華民國九十六年八月三日第一審確定簡易判決,認為違法, 提起非常上訴,本院判決如下:

主文

原判決撤銷。

本件公訴不受理。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按檢察官為緩起訴處分者,得命被告於一定期間內遵守 或履行刑事訴訟法第二百五十三條之二第一項各款所定事 項。又被告於緩起訴期間內如有違背上開應遵守或履行事項 之規定時,檢察官固得依職權或依告訴人之聲請,撤銷原緩 起訴處分,繼續偵查或起訴,但以原緩起訴處分已經撤銷為 前提,此觀刑事訴訟法第二百五十三條之三第一項第三款之 規定甚明。又檢察官為緩起訴處分,若係命被告於一定期

間,向公庫或指定之公益團體支付一定之金額者, 苟被告已 遵命履行,但檢察官誤為未遵命履行,而依職權撤銷原緩起 訴處分,並提起公訴(或聲請簡易判決處刑)時,該撤銷原 緩起訴處分之處分,顯係重大違背法令,不生實質之效力, 與未經撤銷原緩起訴處分無異,其後所提起之公訴(或聲請 簡易判決處刑),因違背刑事訴訟法第二百五十三條之三第 一項第三款以原緩起訴處分已經撤銷為前提之規定,應認其 起訴(或聲請簡易判決處刑)之程序違背規定,依刑事訴訟 法第三百零三條第一款之規定,為不受理之判決,始為適 法。本件被告某甲因偽造文書案件,經台灣高雄地方法院檢 察署檢察官於民國九十五年八月二十八日以九十五年度偵 字第 X X 號為緩起訴處分,緩起訴期間一年,並命被告應於 緩起訴處分確定之日起二個月內,向「高雄縣政府社會局家 暴中心保護您專戶」繳納新台幣一萬元,緩起訴處分並於九 十五年十月三日確定,被告於九十五年十一月二十七日向該 專戶如數繳訖等情,有卷附台灣高雄地方法院檢察署檢察官 執行緩起訴處分命令通知書、新莊中港郵局九十五年十一月 二十七日郵局跨行匯款申請書可稽。乃台灣高雄地方法院檢 察署檢察官於被告支付上述指定之金額後,誤認為並未支 付,而於九十六年一月三日以九十五年度撤緩字第XX號撤 銷緩起訴處分書撤銷原緩起訴處分,揆諸首開說明,其撤銷 原緩起訴處分之處分,自屬重大違背法令,應為無效,與原 緩起訴處分未經撤銷無異。台灣高雄地方法院檢察署檢察官 於緩起訴期間未屆滿前之九十六年七月六日向原審法院聲 請簡易判決處刑,其聲請簡易判決處刑之程序即屬違背規

定,原審自應改依通常程序審判,諭知不受理之判決,始為 合法。乃原判決竟逕依檢察官之聲請,論以被告共同連續行 使使公務員登載不實文書罪,處有期徒刑三月,減為有期徒 刑一月又十五日,並諭知易科罰金之折算標準,<u>顯有判決適</u> 用法則不當之違背法令。案經確定,且於被告不利,非常上 訴意旨執以指摘,為有理由,應由本院將原判決撤銷,另諭 知公訴不受理之判決,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但 書、第三百零三條第一款,判決如主文。

中華民國九十七年七月二十五日

【第六十三案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第260條第1款、第253條之1、第 253條之3第1項第3款、第267 條、第379條第5款。

二、非常上訴理由

一、按判決適用法則或適用法則不當者,為違背法令,刑事 訴訟法第三百七十八條定有明文。次按在緩起訴期間內其效 力未定,倘發現新事實、新證據,而認已不宜為緩起訴,又 無同法第二百五十三條第一項所列得撤銷緩起訴處分之事 由者,自得就同一案件逕行起訴,原緩起訴處分並因此失其 效力,復因與同法第二百六十條所定應受實質確定力拘束情 形不同,當無所謂起訴程序違背規定之可言,法院對此另行 起訴之案件,自應予以受理、審判,並有同法第二百六十七 條所定關於起訴不可分原則之適用,最高法院著有二十二年 上字第一八六三號、四十三年台上字第六九 () 號判例、九十 四年台非字第二一五號判決可資參照。又緩起訴既然是附條 件的便宜不起訴處分,則『條件成就』包含兩個部分,其一 是經過一定的猶豫期間,其二是緩起訴未經撤銷,兩個條件 皆成就時,才會產生如同確定不起訴處分之禁止再訴效力。 查台灣嘉義地方法院檢察署檢察官以九十四年度偵字第X X號,另查得被害人許某於九十四年五月二日遭詐騙而匯款 六千元、被害人施某亦遭詐騙而於同年五月三日匯款一萬五 千元至被告某甲所有之帳戶內等新事實、新證據,並已足認 就被告幫助詐欺之犯行已不適宜為緩起訴處分,本得起訴 救濟原承辦檢察官緩起訴處分之不當,原緩起訴處分即應歸 於無效,斷無本件反受前案已失效之緩起訴『形式確定力』 效力所及之問題。況本件緩起訴處分未經期滿,尚不生所謂 實質確定力之法律效力,嗣後發現新事實、新證據,該 署官再行聲請簡易判決處刑,亦無違背刑事訴訟法第二百 程 起訴處分之『形式確定力』所及,以原一審認起訴程序違 規定,判決本件公訴不受理並無不合而駁回上訴。 接之 規定,則決本件公訴不受理並無不合而駁回上訴。 接之 規明,顯有適用法則不當之違背法令。二、案經確定,爰依 刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上 訴,以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十五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

上列上訴人因被告詐欺案件,對於台灣高等法院台南分院中華民國九十五年六月九日第二審確定判決,認為違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主 文

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)

本院按法院不受理訴訟係不當者,其判決當然違背法令,刑 事訴訟法第三百七十九條第五款定有明文。又現行刑事訴訟 法為配合由職權主義調整為改良式當事人進行主義,並採行 起訴猶豫制度,於同法增訂第二百五十三條之一,許由檢察 官對於死刑、無期徒刑或最輕本刑三年以上有期徒刑以外之 罪之案件,得參酌刑法第五十七條所列事項及公共利益之維 護,認為適當者,予以緩起訴處分,期間為一年以上三年以 下,以觀察犯罪行為人有無施以刑法所定刑事處罰之必要, 為介於起訴及微罪職權不起訴間之緩衝制度設計。其具體效 力依同法第二百六十條規定,於緩起訴處分期滿未經撤銷 者,非有同條第一款或第二款情形之一,不得對於同一案件 再行起訴,足見在緩起訴期間內,尚無實質確定力可言。且 依上揭第二百六十條第一款規定,於不起訴處分確定或緩起 訴處分期滿未經撤銷者,仍得以發現新事實、新證據為由, 對於同一案件再行起訴。此所謂新事實、新證據,即指在原 處分確定前,未經發現,屬於原處分採證認事所憑證據及所 認事實範圍以外之新事實、新證據而言。是本於同一法理, 在緩起訴期間內,其效力未定,倘發現新事實、新證據,而 認已不宜緩起訴,又無同法第二百五十三條之三第一項所列 得撤銷緩起訴處分之事由者,自得就同一案件逕行起訴,原 緩起訴處分並因此失其效力。復因與同法第二百六十條所定 應受實質確定力拘束情形不同,當無所謂起訴程序違背規定 之可言,法院對此另行起訴之案件,自應予以受理、審判, 並有同法第二百六十七條所定關於起訴不可分原則之適

用,有本院二十二年上字第一八六三號、四十三年台上字第 六九○號判例可資參照。至同法第二百五十三條之三第一項 第一款有關被告於緩起訴期間內,故意更犯有期徒刑以上刑 之罪,經檢察官提起公訴者,檢察官得撤銷原處分,繼續偵 查或起訴之規定,亦與此原緩起訴處分已失其效力之情形有 別,要不生另行起訴將致撤銷緩起訴程序與被告不服得聲請 再議之法定程序發生扞格之問題,否則即有國家刑罰權無法 正確行使之缺漏,殊非修法之本旨。本件原判決以第一審判 决認被告於民國九十四年四月中旬某日之下午三時許,在嘉 義市○○路交流道附近,將其所有之華南商業銀行嘉義分行 帳號 000000000000000000 、玉山銀行嘉義分行帳號 000000000000 、板信商業銀行嘉義分行帳號 00000000000000 、第一商業銀行帳號 0000000000 等四個 帳戶之存摺、提款卡及密碼,以每本存摺新台幣(下同)三 千元,總計一萬二千元之價格同時出售予一年籍姓名不詳之 成年男子等情,業據被告供述在卷,足認被告係一次出賣上 開四個帳戶。又被告以其中玉山銀行嘉義分行帳號 000000000000 帳戶幫助詐欺取財之犯行,業經台灣嘉義地 方法院檢察署檢察官以九十四年度偵字第XX號為緩起訴 處分在案,並依職權送請台灣高等法院台南分院檢察署再議 结果,亦認原處分核無不當,於九十四年十月三日確定,而 緩起訴時間為一年,於九十五年十月二日期滿,有上揭緩起 訴處分書、台灣高等法院台南分院檢察署處分書、台灣嘉義 地方法院檢察署檢察官執行緩起訴處分命令通知書及台灣 高等法院被告全國前案紀錄表各一份在卷可按。茲雖又發現 被害人許某於九十四年五月二日遭詐騙而匯款六千元、被害 人施某亦遭詐騙而於同年月三日匯款一萬五千元至被告所 有華南商業銀行嘉義分行帳號 000000000000 之帳戶內等 新事實、新證據,足認被告幫助詐欺之犯行,不適宜為緩起 訴處分,而於九十四年十月三十一日提起本件公訴。惟按國 家之刑罰權係對於每一犯罪事實而存在,單一之犯罪事實, 實體法上之刑罰權僅有一個,在訴訟法上自亦無從分割,是 被告以一幫助行為幫助他人連續犯詐欺取財罪,仍僅一幫助 行為,應僅論以一幫助詐欺取財罪,本件與上揭緩起訴案 件,顯係事實上同一案件,是檢察官既為緩起訴處分確定在 先,則該緩起訴已具形式確定力,故單一犯罪事實之本件犯 行應為緩起訴效力所及,是本件起訴之程序,顯然違背規 定,因認第一審判決不經言詞辯論,逕為不受理判決之諭 知,於法並無不合,予以維持,駁回檢察官在第二審之上訴, 原非無見。惟查被告之緩起訴處分於緩起訴期間內,其效力 尚屬未定,檢察官既已發現新事實、新證據,自得就同一案 件另行起訴或聲請以簡易判決處刑,無須先撤銷原緩起訴, 而後再行起訴或聲請之必要。揆之首開說明,第一審應受理 而不予受理,原審未查予以維持,自屬違背法令。案經確定, 非常上訴意旨執以指摘,非無理由,依本院二十九年非字第 七一號判例意旨,原判決尚非不利於被告,應由本院僅將原 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,判決如主文。

中華民國九十五年十一月十六日

【第六十四案】

一、關係條文

刑 事 訴 訟 法 第 265 條、第 379 條第 12 款。 刑 法 第 339 條第 3 項、第 349 條、第 55 條。

二、非常上訴理由

按對未受請求之事項,予以判決者,當然違背法令,刑事訴 訟法第三百七十九條第十二款定有明文。本件原判決事實欄 (二)所載被告某甲另基於意圖為自己不法所有之犯意,於 (民國)九十一年十二月初,在自由時報刊登公家機關徵清 潔員之廣告,鄭某見該廣告即依所載電話撥打,某甲接獲電 話後即向鄭某詐稱其係桃園農會人員欲徵求清潔工一名,致 鄭某誤以為真,陷於錯誤,而相約在桃園市火車站附近餐廳 見面,並在某甲所交付之履歷表填寫個人資料,見面約二日 後,復相約在同上地點見面,鄭某並繳交照片、身分證影本 及印章,再隔二日,某甲以電話告知鄭某已錄取,並偽稱須 至農會上班要先至農會開戶,鄭某即應某甲之要求至桃園農 會開戶,並將存摺付予某甲,某甲更要求鄭某匯入新台幣(下 同)二十萬元,鄭某始察覺有異,向農會求證,始知受騙而 未匯款。某甲詐欺未遂之犯行,並未在原檢察官起訴事實範 圍內,原判決亦認為被告某甲此部分之犯行,未經檢察官起 訴,原判決並認定被告所為上述詐欺未遂罪與其所犯恐嚇取 財罪間,係犯意各別,行為互異,應分論併罰,是其詐欺未遂罪與起訴部分,並無牽連犯或連續犯之裁判上一罪關係,是則檢察官於上訴時,追加此部分之犯罪事實,自屬非法上訴,原審疏未查明竟將此部分併予為實體判決,即有對未經請求之事項為訴外裁判之違背法令。另原判決理由,先謂『被告所犯恐嚇取財及詐欺未遂罪,犯意各別,行為互異,應分論併罰』,復稱『就事實欄二、三所載之犯行(包括上述詐欺未遂部分在內)檢察官雖未起訴,惟該部分與起訴部分有連續犯之裁判上一罪關係,本院自得併予審判』云云,所敘判決理由顯有矛盾,惟原判決已確定,且不利於被告,爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條規定提起非常上訴,以資救濟。

三、附録

最高法院刑事判決 九十五年度台非字第一①五號 上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告恐嚇取財等罪案件,對於台灣高等法院中華民國九十五年一月六日第二審確定判決,認為其中詐欺未遂部分違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主文

原判決關於某甲詐欺未遂部分撤銷。

理 由

非常上訴理由(見前二)

本院按除有特別規定者外,未受請求之事項予以判決者,其 判決當然為違背法令,同法第三百七十九條第十二款定有明 文。本件原判決關於被告某甲詐欺未遂部分,係認定某甲基 於意圖為自己不法所有之犯意,於九十一年十二月初,在報 紙刊登公家機關徵清潔員之廣告,向鄭某詐稱其係桃園農會 人員欲徵求清潔工一名,鄭某已獲錄取,要鄭某在桃園農會 開戶及匯入二十萬元,嗣鄭某察覺有異,向農會求證,始知 受騙,未為匯款而未遂等情,乃就此部分犯行論以刑法第三 百三十九條第三項、第一項之詐欺未遂罪,其理由並說明: 某甲所犯如原判決事實欄一、二所載之數次收受贓物犯行, 事實欄四、五所載之竊盜犯行,事實欄二、三、五所載之恐 嚇取財犯行,各應依連續犯規定論以一罪,並加重其刑,所 犯該事實欄一、二、三、四、五所載之收受贓物罪、竊盜罪、 以不正方法由自動付款設備取得他人之物罪、恐嚇取財罪 間,有方法、目的之牽連關係,應從重論以恐嚇取財一罪; 又所犯恐嚇取財罪及詐欺未遂罪,犯意各別,行為互異,應 分論併罰;其事實欄二(包括詐欺未遂部分)、三所載之犯 行,檢察官雖未起訴,該部分與起訴部分有連續犯之裁判上 一罪關係,自得併予審理云云。而依原判決事實及理由之認 定,上開詐欺未遂部分,既不在檢察官起訴範圍之內,復與 被告所犯其餘各罪間,犯意各別,應分論併罰,即無實質上 一罪或裁判上一罪關係,依不告不理原則,法院自不得就該 未經起訴部分併予審判。原審不察,竟就該詐欺未遂部分併 予審判,而為論罪科刑之判決,其理由所稱該詐欺未遂部 分,與其餘各罪經依牽連犯從一重處斷之恐嚇取財罪係犯意

各別,應分論併罰,又贅謂該部分與起訴部分有連續犯之裁 判上一罪關係(按詐欺未遂與恐嚇取財、收受贓物、竊盗等 所觸犯法條不同,顯不可能成立連續犯,況檢察官僅得於第 一審辯論終結前就與本案相牽連之犯罪或本罪之誣告罪追 加起訴,刑事訴訟法第二百六十五條規定至明,本件檢察官 於第二審上訴理由就詐欺未遂部分請求併案審理,亦不符上 開追加起訴之規定)論斷並相互矛盾,自難謂無未受請求之 事項予以判決及理由矛盾之違背法令。案經確定,非常上訴 意旨執此指摘原判決違背法令,洵有理由。且原判決關於上 開部分,係對被告某甲不利,復無維持被告審級利益,由原 審法院依判決前之程序更為審判之必要,本院爰僅就原判決 關於該詐欺未遂訴外裁判違背法令部分,予以撤銷,以資救 濟。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款, 判決如主文。

中華民國九十五年五月二十五日

【第六十五案】

一、關係條文

刑 事 訴 訟 法 第 269 條第 2 項、第 1 項、第 270 條、第 264 條、第 379 條第 12 款、第 378 條。

二、非常上訴理由

一、按除刑事訴訟法有特別規定外,已受請求事項未予判決 或未受請求之事項予以判決者,其判決當然違背法令,刑事 訴訟法第三百七十九條第十二款定有明文。又檢察官就被告 之犯罪事實以實質上或裁判上一罪起訴者,因其刑罰權單 一,在審判上為一不可分割之單一訴訟客體,法院自應就全 部犯罪事實予以合一審判,以一判決終結之,如僅就其中一 部分加以審認,而置其他部分於不論,即屬刑事訴訟法第三 百七十九條第十二款所稱『已受請求事項未予判決』之違 法。又已經提起公訴之犯罪事實,除經檢察官依法撤回起訴 外,並不能因檢察官在審判期日表示減縮起訴事實或未予陳 述主張而發生消滅訴訟繫屬之效力,此與民事訴訟程序因採 當事人處分權主義而得由當事人減縮應受判決事項之聲明 之情形不同,换言之,該部分既未消滅訴訟繫屬,法院仍應 予以裁判。(最高法院九十七年度台上字第一一五七號判決 可資參照)二、經查,本件檢察官業於起訴書犯罪事實(三) 記載:被告某甲向A佯稱附表三所示之丙會(即民國九十年 一月十日至九十二年二月十日,二十六會,內標制,每會新 台幣〈下同〉二萬元)尚有姚某、鄒某、白某、王某參加丙 會,並冒用蔡某、白某名義標會,復於證據並所犯法條欄, 記載被告冒用如附表一、二、三所示合會會員之名義,而偽 造標單, 持以向到場各個合會會員行使, 而冒標詐取活會會 員會款,各足生損害於被冒標名義人及活會會員,應係犯刑 法第二百十六條、第二百二十條第一項、第二百十條之行使 偽造私文書罪嫌及同法第三百三十九條第一項之詐欺取財 罪嫌。是起訴書附表三所示丙會之偽造文書、詐欺部分顯在 檢察官起訴範圍內,至公訴檢察官雖於台灣南投地方法院九 十五年度訴字第一四號案件審理時以言詞陳稱:同意變更起 訴書附表為被告所提出自白書狀所載之事實,惟揆諸上開說 明,仍不能認附表三之丙會已發生消滅訴訟繫屬之效力,而 第二審判決對於附表三之丙會部分,以業經公訴檢察官更正 起訴事實,如附表一、二部分,而未予任何裁判,自有就已 受請求之事填未予判決之違法。三、爰依刑事訴訟法第四百 四十一條、第四百四十三條提起非常上訴,以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十七年度台非字第四七〇號 上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長 被 告 某甲

上列上訴人因被告偽造文書案件,對於台灣高等法院台中分院中華民國九十五年七月十二日第二審確定判決,認為部分違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主文

原判決關於違背法令部分撤銷。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按:法院受理公訴案件,係由檢察官將卷宗及證物,連 同載有被告基本資料、犯罪事實及所犯法條之起訴書,送交 法院之時,發生訴訟繫屬關係,此觀刑事訴訟法第二百六十 四條規定甚明,是自斯時起,訴訟結構之三面關係即告確 定,非因法律程序,不能使其消滅。詳言之,於法院方面, 唯有以裁判方式,始能終結訴訟;在被告方面,祇有因死亡, 才脫離繫屬;就檢察官方面,僅可依同法第二百六十九條第 一項、第二項規定,於第一審辯論終結前,提出撤回書敘述 理由,方得取消其訴追請求。而訴訟繫屬後,可否減縮部分 起訴事實,端視案件之同一性有無影響而定。就同一之基本 社會事實與(非數罪性質之)實質上一罪之情形以言,雖減 縮部分起訴事實,然於基本法律評價不生影響,是依檢察一 體原則,檢察官自可當庭以言詞更正之,法院則不受拘束; 就裁判上一罪之情形而言,實體法上,各罪之法益均受保 護、皆可評價,減縮事實,將致相關罪名無從附麗,有評價 不足之嫌,前已確定之訴訟關係亦隨之變更,於此,因同法 第二百七十條前段規定:「撤回起訴與不起訴有同一之效 力,以其撤回書視為不起訴處分書。」是檢察官須依同法第 二百六十九條第二項規定,提出敘明理由之撤回書,以昭慎 重,並維告訴人權益。法院審理結果,除認為係實質上數罪 之情形,即生撤回效力外,如認為未撤回部分與撤回部分均

屬有罪,且具裁判上一罪關係時,仍得本於審判不可分之原 則,一併審究;然如認為二部分不具有該關係,即可不予裁 判。惟若檢察官僅以言詞表示,而未補具撤回書,應不生效 力,其訴訟繫屬未消滅,法院仍應裁判,否則即有同法第三 百七十九條第十二款所稱已受請求之事項未予判決之違 誤。本件被告某甲被訴於民國八十九年二月五日、五月三十 日及九十年一月十日,先後邀集互助會,自任會首,竟連續 冒名偽造標單,詐取會款,涉有連續犯行使偽造私文書及詐 欺取財罪嫌,嗣被告在第一審提出「刑事自白書狀」,僅承 認前二會有冒標行詐之事,但否認第三會之犯行,到庭實行 公訴之檢察官乃當庭陳述:「同意變更起訴書附表(按載有 三個互助會之詳情)為被告所提出自白書狀所載之事實」, 第一審判決亦僅說明:「證人A、B、C、D、E於本院審 理中到庭具結均證稱被告並未以渠等之名義冒標等語明 確,此部分亦經公訴人當庭以言詞變更起訴事實」而已,並 未為其他處理(載明「不另為無罪之諭知」),檢察官不服, 以被告有無冒用他人名義參加該第三會,第一審判決未加審 認,尚非允當(亦即不應僅著眼「冒名標會」,而仍應審究 「冒名入會」)為由,提起第二審上訴,原審法院則以該情 「業經檢察官於原審更正起訴事實」為由,認檢察官之上訴 「尚有誤會」,有各該訴訟資料在案可稽。既未對於該起訴 繫屬部分為是否有罪之裁判,顯然認為連續犯裁判上一罪之 部分公訴事實,得由檢察官當庭以言詞撤回起訴,揆諸上揭 說明,自非允洽。非常上訴意旨執以指摘其不當,洵有理由,

但因非不利於被告,爰由本院將原判決關於違背法令部分撤銷,以資糾正。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段,判決如主文。

中華民國九十七年十月八日

【第六十六案】

一、關係條文

刑 事 訴 訟 法 第 271 條第 1 項、第 364 條、第 455 條之 1 第 1 項、第 378 條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又審判期日,應傳喚被告或其代理人,並通知檢察官、辯護人、輔佐人,為刑事訴訟法第二百七十一條所明定。此項規定,依同法第三百六十四條並為第二審審判程序所準用,如未於審判期日通知辯護人到庭辯護,而逕行判決,其所踐行之訴訟程序,自屬於法有違(最高法院八十六年台非字第六〇號判決參照)。本件被告某即因妨害名譽案件,不服第一審判決,提起上訴,並於民國九十五年十二日委任陳某律師為第二審辯護人,有委任狀附卷可稽。乃原審指定於九十六年五月四日為審判,是任狀附卷可稽。乃原審指定於九十六年五月四日為審判時代,竟未通知該辯護人到庭為被告辯護,即行辯論終結,以予制工。對筆錄在卷可考,與宣判,有刑事案件審理單、報到單、審判筆錄在卷可考,與當前揭說明,其所踐行之訴訟程序,顯有不適用法則之違誤。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,以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判决 九十六年度台非字第二九一號

上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告妨害名譽案件,對於台灣高雄地方法院中華民國九十六年五月十八日第二審合議庭確定刑事判決,認 為部分違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主文

原判決關於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,亦為刑事訴訟法第二百七十一條第一項所明定。此項規定,依同法第四百五十五條之一第三項、第三百六十四條,為刑事簡易判決之上訴所準用。故已選任辯護人之案件,審判期日未通知辯護人到庭辯護,即逕行判決,其所踐行之訴訟程序,自屬違背法令。本件被告因妨害名譽案件,不服第一審法院刑事簡易判決,向管轄之同法院第二審合議庭提起上訴,並選任陳某律師為辯護人。乃原審指定於九十六年五月四日之審判期日,未通知陳某律師到庭為被告辯護,即行辯論終結,定期宣判,有該刑事卷宗可考。揆諸前揭說明,其所踐行之訴訟程序,自屬於法有違。案經確定,非常上訴意旨執以指摘,洵有理由,應由本院將該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, 判決如主文。

中華民國九十六年十月二十五日

【第六十七案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第273條第1項第1款、第264條第

2 項第 2 款、第 379 條第 12 款、第

378條。

刑 法 第349條第2項。

二、非常上訴理由

一、按除刑事訴訟法有特別規定外,已受請求事項未予判決 或未受請求之事項予以判決者,其判決當然違背法令,刑事 訴訟法第三百七十九條第十二款定有明文。又法院得於第一 次審判期日前,傳喚被告或其代理人,並通知檢察官、辯 人、輔佐人到庭,行準備程序,為『起訴效力所及之範圍』 事項之處理,刑事訴訟法第二百七十三條第一項第一款前段 第二百七十三條立法理由二中強調:法院對於檢察官起訴 第二百七十三條立法理由二中強調:法院對於檢察官起訴 等四方式,應經由『訊問』或『闡明』之方式,使之 明確等語。足見新修正之刑事訴訟法亦採納上開『公開 證、法律見解』之論點;以免對當事人頻生突襲。另基於『當 事人進行主義』之精神,在於控、辯、審三方,協同發現『事 資與法之所在』(協同發現真實說),且檢、審雙方均為實 施刑事訴訟之公務員,依刑事訴訟法第二條第一項規定,又

負有對於被告有利不利之處均應一律注意之法定義務。是 故,法院除應依法要求檢察官確定其起訴範圍外,尚負有『公 開』其對『起訴範圍、審理範圍』判斷之『心證』的義務, 以確保被告之防禦權與發現真實之公益,而檢察官則負有 『盡量確定』(因為控訴範圍在性質上本即處於隨時變動之 狀態)起訴範圍主張之義務,同時亦應要求法院『公開其對 起訴範圍判斷之心證』,並在控訴範圍變動之際,要求法院 給予被告準備或防禦之必要時間,以保障被告防禦權與發現 真實之公益。至律師則可要求檢察官特定起訴範圍,或要求 法院公開心證,以防止對被告產生突襲。末以犯罪是否起 訴,應以起訴書曾否就犯罪事實加以記載為準,與所犯法條 之記載無涉,向為實務之通見。二、本件檢察官起訴書之犯 罪事實欄記載:『一、某甲、某乙及夥同綽號「黑仔」真實 姓名年籍不詳之成年男子共同意圖為自己之不法所有,並基 於三人以上竊盜、恐嚇取財之犯意聯絡,於民國九十五年八 月三日起至同年九月四日止,由綽號「黑仔」在南部賽鴿飛 行路徑之山區,架設大型鳥網藉以竊取飛行該山區之賽鴿 後,再由綽號「黑仔」將賽鴿以每隻新台幣(下同)一千四 百元之代價出售予某甲、某乙後,再由某甲依賽鴿腳環號碼 及鴿主聯絡電話,去電向林明泉等五十九位鴿主恐嚇要求一 千五百元至一萬三千二百元不等之贖金』。上開事實欄前段 認『共同基於三人以上竊盜、恐嚇取財之犯意聯絡』,係認 該三人有竊盜與恐嚇取財之分工,但依後段所述之事實,則 係由被告以金錢向綽號『黑仔』之人購得贓物之故買贓物事 實,本件檢察官起訴事實,事關法院審判之範圍及被告之防

禦權之行使,自應經由訊問或闡明之方式,使之明確,始符 合九十二年二月六日修正公布之刑事訴訟法第二百七十三 條第一項第二款之立法意旨。三、起訴之事實為何,依上開 論述,則應由法院經由『訊問』或『闡明』之方式,使之明 確,而本案於九十六年二月十三日台灣南投地方法院九十六 年度易字第XX號行準備程序審理時,業經蒞庭檢察官更正 起訴之事實及起訴法條為刑法第三百四十九條第二項故買 贓物罪(按原審審判筆錄所載之「變更」法條,非為刑事訴 訟法第三百條之「變更」法條,僅係檢察官「更正」起訴書 內容及法條;原審筆錄內容及判決所載「變更」,易使人產 生誤會,毋寧稱「更正」為妥;何況,法院變更起訴法條係 法院本於職權發動,惟本件係檢察官主動當庭更正,二者並 不相同),並當庭補充犯罪事實為被告明知為贓物而買受, 因此起訴之事實應為:『由綽號「黑仔」將賽鴿以每隻新台 幣(下同)一千四百元之代價出售予某甲』之故買贓物罪, 而起訴書前段『並基於三人以上竊盜、恐嚇取財之犯意聯絡』 中之『竊盜』應為誤植,起訴事實既已明確,並經台灣南投 地方法院判決被告犯恐嚇取財、故買贓物罪,此有台灣南投 地方法院檢察署檢察官九十五年度偵字第XX號、九十六年 度偵字第XXO、XX一、XX四、XX七號起訴書、台灣 南投地方法院九十六年度易字第六二號判決書、九十六年二 月十三日台灣南投地方法院審判筆錄在恭可稽。而本件蒞庭 檢察官於準備程序中,將起訴內容及法條由竊盜更正為贓物 罪後,承審法官亦當庭公開其對起訴範圍判斷之心證,並給 予被告充分準備答辯之時間;以防免突襲,此觀之審判筆錄

記載:法官問:對於檢察官變更(應記載為「更正」)起訴法條及補充犯罪事實部分,有何意見?被告某乙答:我承認犯罪。被告某甲答:我承認犯罪。可見一斑。綜上所述,本件起訴範圍為故買贓物及恐嚇取財罪;並非竊盜及恐嚇取財罪,故台灣南投地方法院九十六年度易字第XX號判決範圍並無違誤,台灣高等法院台中分院九十六年度上易字第XX號判決,對於第一審判決主文第一項,被告某甲故買贓物罪及執行刑之部分撤銷,有已受請求事項未予判決之違誤;另就第一審判決主文第四項未起訴之加重竊盜罪,判決無罪,則有未受請求之事項予以判決之違誤,依刑事訴訟法第三百七十九條第十二款規定,其判決當然違背法令。爰依刑事訴訟法第四百四十一條、四百四十三條提起非常上訴,以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十七年度台非字第一①八號 上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告恐嚇取財案件,對於台灣高等法院台中分院中華民國九十六年六月二十八日第二審確定判決,認為違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主 文

原判決關於故買贓物及加重竊盜部分均撤銷。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按除刑事訴訟法有特別規定外,已受請求事項未予判決 或未受請求之事項予以判決者,其判決當然違背法令,同法 第三百七十九條第十二款定有明文。次按法院之審判,固應 以起訴之犯罪事實為範圍,但於不妨害事實同一之範圍內, 仍得自由認定事實,適用法律。而所謂事實同一,指刑罰權 所以發生之原因事實係屬同一而言,非謂罪名或犯罪之構成 要件同一,亦非謂全部事實均須一致。申言之,起訴書所指 之罪名,在審判上並無拘束之效力,祇須其基本社會事實相 同,縱令行為之程度有所差異,亦無礙其犯罪事實之同一 性,仍得自由認定事實,變更檢察官所認之罪名,予以適用 刑罰。再檢察官之起訴書依法固應記載被告之犯罪事實及所 犯法條,但如其記載不明確或有疑義,事關法院審判之範圍 及被告防禦權之行使,法院自應經由「訊問」或「闡明」之 方式,使之明確,此觀刑事訴訟法第二百七十三條第一項第 一款規定,法院得於第一次審判期日前,傳喚被告或其代理 人,並通知檢察官、辯護人、輔佐人到庭,行準備程序,為 「起訴效力所及之範圍與有無變更檢察官所引應適用法條 之情形」之處理,及該法條第一項第一款立法理由之說明「依 本法第二百六十四條第一項(應係第二項之誤植)第二款規 定,檢察官之起訴書固應記載被告之犯罪事實及所犯法條, 惟如記載不明確或有疑義,事關法院審判之範圍及被告防禦 權之行使,自應於準備程序中,經由訊問或闡明之方式,先 使之明確,故首先於第一款定之。」甚明。茍法院就起訴書 所記載關於被告犯罪事實及所犯法條不明確或有疑義之部 分,經由「訊問」或「闡明」之方式,加以更正,當事人復

無爭執,法院就已更正之被告犯罪事實及所犯法條,依法定 訴訟程序進行審判,即不能指為違法。本件原判決撤銷第一 審關於被告故買贓物及執行刑部分之判決,改判被告被訴加 重竊盜部分無罪,並於理由內說明本件檢察官起訴被告涉犯 結夥三人以上竊盜罪,該罪係以行為人結夥三人竊取他人之 動產為成立要件,而故買贓物罪則以行為人明知為贓物而有 償取得贓物之所有權始足成立,二者構成要件迥異,社會基 本之事實並非同一,第一審判決就未經檢察官起訴之故買贓 物事實,於檢察官當庭陳明變更起訴法條後,逕行認定而論 處被告故買贓物罪刑,其判決於法顯有未合,將第一審判決 關於被告故買贓物部分撤銷,並以不能證明被告有公訴意旨 所指加重竊盜之犯行,而為其無罪之諭知,對於被告是否涉 犯故買贓物之罪,則應由檢察官另行依法為妥適之處理等 語,原非無見。但查本件依檢察官起訴書犯罪事實欄之記 載:被告及某甲、綽號「黑仔」真實姓名年籍不詳之成年男 子共同意圖為自己之不法所有,並基於三人以上竊盜、恐嚇 取財之犯意聯絡,於民國九十五年八月三日起至同年九月四 日止,由綽號「黑仔」在南部賽鴿飛行路徑之山區,架設大 型鳥網藉以竊取飛行該山區之賽鴿後,再由綽號「黑仔」將 賽鴿以每隻一千四百元之代價出售予被告及某甲後,再由某 甲依賽鴿腳環號碼及鴿主聯絡電話,去電向A等五十九位鴿 主恐嚇要求一千五百元至一萬三千二百元不等之贖金等情 以觀;上開事實欄前段係認「共同基於三人以上竊盜、恐嚇 取財之犯意聯絡」,而後段所述之事實,則係認由被告與某 甲共同以金錢向綽號「黑仔」之人購買其所竊得之賽鴿。本 件因檢察官起訴之上開犯罪事實中關於被告究竟係涉犯加 重竊盜罪或故買贓物罪之事實部分(按非常上訴意旨並未指 摘恐嚇取財部分),其記載確有不明確或有疑義之處,第一 審法院於九十六年二月十三日行準備程序審理時,經蒞庭檢 察官更正起訴之犯罪事實及所犯法條為刑法第三百四十九 條第二項故買贓物罪,並當庭補充犯罪事實為被告二人明知 「黑仔」所交付之賽鴿為他人竊取之贓物,而予故買等情, 承審法官於檢察官將起訴犯罪事實中不明確及有疑義之部 分內容及所犯法條,更正為贓物之犯罪事實而非加重竊盜之 犯罪事實後,亦已給予被告表示意見之機會,被告對於檢察 官更正之犯罪事實及所犯法條部分,復未爭執(見九十六年 度易字第 X X 號卷第二九頁)。第一審法院於依刑事訴訟法 第二百七十三條第一項第一款之規定,釐清本件起訴上開之 犯罪事實及所犯法條,並確認法院之審判範圍為故買贓物及 恐嚇取財罪後,進而分別論處被告犯恐嚇取財、故買贓物之 罪刑,並依法定其應執行之刑,此有台灣南投地方法院檢察 署檢察官九十五年度偵字第五○三二號、九十六年度偵字第 XX()、XX一、XX四、XX七號起訴書、台灣南投地方 法院九十六年度易字第XX號判決書、九十六年二月十三日 台灣南投地方法院審判筆錄在卷可稽,經核於法並無違誤。 查本件係因檢察官起訴之犯罪事實(社會基本之事實)記載 不明確或有疑義,並非第一審法院就未經起訴之犯罪事實加 以判決。乃原判決疏未審認第一審法院就本件檢察官起訴之 犯罪事實(社會基本之事實)因記載不明確或有疑義,已依 刑事訴訟法第二百七十三條第一項第一款之規定釐清為故

買贓物及恐嚇取財罪,並已確認法院之審判範圍,竟認第一 審法院判決就未經檢察官起訴之故買贓物事實,逕行認定而 論處被告故買贓物罪刑,其判決於法未合,而將第一審判決 關於被告故買贓物部分撤銷,並以不能證明被告有公訴意旨 所指加重竊盜之犯行,而為其無罪之諭知等情,依上開說 明,自屬於法有違。案經確定,非常上訴執以指摘原判決撤 銷關於被告故買贓物論罪科刑部分,有已受請求事項未予判 决之違誤;另就未起訴之加重竊盜罪,判決被告無罪部分, 則有未受請求之事項予以判決之違誤等語; 洵有理由。惟原 判決誤將第一審關於被告故買贓物罪部分撤銷,係屬違背法 令,應由本院將此部分撤銷;又原判決關於加重竊盜諭知被 告無罪部分,則係訴外裁判,自始不生效力,因具有實體裁 判之形式,参照司法院釋字第二七一號解釋意旨,應由本院 將此部分撤銷,使回復未判決前之狀態;以資救濟。至本件 被告故買贓物漏未判決部分,係屬補充判決問題,併予指 明。又本件非常上訴之案由雖係對於台灣高等法院台中分院 九十六年六月二十八日第二審確定判決,認為違法,提起非 常上訴,但依非常上訴意旨內容所指,僅係對於該判決中關 於被告被訴加重竊盜部分,認為違背法令,未及於該判決中 維持第一審關於論處被告恐嚇取財罪刑之判決部分,應認本 件非常上訴之範圍為該確定判決中關於被告被訴加重竊盜 建背法令部分,合予指明。

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,判決如主文。

中華民國九十七年三月六日

【第六十八案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第 273 條第 5 項、第 1 項、第 3 項、 第 272 條、第 279 條、第 371 條、第 364 條、第 378 條。

二、非常上訴理由

一、按『第二審之審判,除本章有特別規定外,準用第一審 審判之規定』、『行合議審判之案件,為準備審判起見,得 以庭員一人為受命法官,於審判期日前,使行準備程序,以 處理第二百七十三條第一項、第二百七十四條、第二百七十 六條至第二百七十八條規定之事項。』分別為刑事訴訟法第 三百六十四條、第二百七十九條所明定。又審判期日,應踐 行刑事訴訟法第二百八十五條至第二百九十條等規定,以使 被告有聲請調查有利證據及就事實及證據辯解及陳述意見 之機會,若未踐行上開程序,或僅有準備程序而未進行審理 程序,則與上述規定有違,其判決即有違背法令之處。二、 按被告經合法傳喚,無正當之理由不到庭者,刑事訴訟法第 三百七十一條固規定,得不待其陳述,逕行判決。惟此乃規 定得不待被告陳述而判決,並非得不進行審理期日之程序而 判決,蓋若未進行審理程序即行判決,則無法踐行上揭規定 所要求之程序,其逕行判決,則與未經審理而判決無異,顯 與刑事審判制度採彈劾制度之原則有違。本件原審法院僅訂 九十七年七月十六日行準備程序,準備程序傳票於九十七年 四月二十二日送達被告之母洪A,台灣台南地方法院檢察署 亦查復原審, 屆時將派公訴檢察官就本案行準備程序到庭執 行職務。因該期日傳票由被告母親收受,其遲至期日過後始 告知在外受訓之被告,致被告無法到庭,業據被告於九十七 年七月二十九日具狀陳明。依刑事訴訟法第二百七十三條第 五項規定,第一項之人經合法傳喚或通知,無正當理由不到 庭者,法院僅得對到庭之人行準備程序,惟原審法院不待另 行傳喚被告到庭,亦未訂定審理期日並傳喚被告,率於準備 程序當日,突襲改行公開審判,並諭知辯論終結,定期宣判, 此與未進行審理期日程序即行判決無異,其進行之訴訟程序 顯然違背法令,此等違法情形導致未予被告請求調查證據及 辯明證據證明力之機會,顯然於判決之結果有重大影響,而 有審判違背法令之情形。三、案經確定,且於被告不利,爰 依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上 訴,以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判决 九十七年度台非字第五三六號 上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長 被 告 某甲

上列上訴人因被告竊盜等罪案件,對於台灣台南地方法院中華民國九十七年七月三十日第二審確定判決,認為違背法令,提起非常上訴,本院判決如下:

主文

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:刑事訴訟之目的,在於經由程序正義,以實現實體 正義,自以嚴格遵守法定程序為要。法院審理訴訟,除依法 得不經言詞辯論或簡易程序案件外,一般分為審判程序及準 備程序二種,前者係審判之中心,透過法庭活動,使審判者 獲取心證而為判決;後者僅為便於審判之順利進行,而預作 準備,刑事訴訟法第二百七十三條第一項各款與第二百七十 九條第一項定有內容、規範。二種程序有別,不能相混。雖 同法第二百七十二條有關第一次審判期日傳票送達預留就 審期間之規定,依同法第二百七十三條第三項,於準備程序 準用之,然此二種程序之內容、功能既不相同,除得當事人 兩造同意外,無許於指定之準備程序期日,當庭變更為審判 程序期日進行審判,否則不啻剝奪兩造之就審期間利益,亦 不符憲法第八條所保障之正當法律程序及訴訟上之防禦 權。又被告經合法傳喚,無正當理由不到庭者,依刑事訴訟 法第三百七十一條,固規定得不待其陳述,逕行判決,然若 未經合法傳喚,被告未到庭,斯乃當然,難認係無正當理由, 倘仍逕行一造辯論、判決,所踐行之訴訟程序,即非適法。 且此違背,嚴重侵害被告在訴訟上之在場權、辨明權、防禦 權等保障,顯然於判決有影響,並屬判決違背法令。本件被 告某甲因竊盜之事,經原審審判長指定於民國九十七年七月 十六日下午四時()分進行準備程序,送達被告之傳票亦載明 為:「準備程序傳票一件」,該管檢察署回覆之通知書同稱:

「屆時派公訴檢察官靜股蘇○○檢察官到庭執行職務」、「行 準備程序」等語,詎原審屆期組織合議庭,以被告經合法傳 喚無正當理由未到庭為由,不待其陳述,逕行一造辯論,嗣 並為科刑判決之宣示,有審理單、被告送達證書、檢察署通 知書、刑事報到單、審判筆錄及宣判筆錄等在案可稽。顯見 係於原指定之準備程序期日,逕行變更為審判期日,復不待 被告到庭,誤認已經合法傳喚,逕行一造辯論,依照上揭說 明,所踐行之訴訟程序,自屬違法。非常上訴意旨指摘原審 係未經審理而為判決,雖與卷內訴訟資料不符,但所指訴訟 程序之違法,顯然於判決之結果有重大影響,而有審判違背 法令之情形,洵有理由,應由本院將原判決撤銷,並為維持 被告審級利益所必要,應由原審法院依判決前之程序更為審 判。

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

中華民國九十七年十月三十日

【第六十九案】

一、關係條文

刑 事 訴 訟 法 第 300 條、第 378 條、第 379 條第 14 款。

毒品危害防制條例 第8條、第2條。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用法則不當者,為違背法令;判 决不載理由或所載理由矛盾者,其判決當然違背法令,刑事 訴訟法第三百七十八條、第三百七十九條第十四款分別定有 明文。次按販賣毒品之所謂販賣行為,係行為人基於營利之 目的,而販入或賣出毒品而言。販賣毒品者,其主觀上須有 營利之意圖,且客觀上有販賣之行為,即足構成,至於實際 上是否已經獲利,則非所問。即於有償讓與他人之初,係基 於營利之意思,並已著手實施(如兜售等),而因故無法高 於購入之原價出售,最後不得不以原價或低於原價讓與他人 時,仍屬販賣行為。必也始終無營利之意思,縱以原價或低 於原價有償讓與他人,方難謂為販賣行為,而僅得以轉讓罪 論處(最高法院九十三年度台上字第一五六一號判決、九十 一年度台上字第一四四三號判決及最高法院八十四年度第 三次刑事庭會議決議意旨參照)。二、本案被告某甲收受證 人A新台幣(下同)一千元,而交付安非他命一包予A之行 為,業為本案確定判決所認定。證人A雖於法院審理中具結

證稱:『我有打電話給某甲,請某甲幫我調安非他命,不是 某甲賣給我的,只有一次。』等語,然查被告於本次毒品交 易中,係基於不可或缺之地位,若無被告從中收取金錢及交 付毒品之構成要件行為,毒品當不致散布流通至A之手,縱 認被告本身未從中獲取利潤,然其自稱之毒品來源『蔡學文』 成年男子顯有獲取販賣毒品之利差,衡諸我國查緝販賣毒品 執法甚嚴,又販賣甲基安非他命既係違法行為,當非可公然 為之,亦無公定價格,且容易分裝並增減份量,而每次買賣 之價量,可能隨時依雙方關係深淺、資力、需求量及對行情 之認知、來源是否充裕、購買者被查獲時供述購買對象之可 能風險之評估等情形,而異其標準,非可一概而論;販賣之 利得,除被告就販賣之價量俱明確供述外,委難察得實情, 販賣之人從價差或量差中牟利之方式雖異,其意圖營利之販 賣行為則同一。足以因甲基安非他命量微價高,販賣者率有 暴利可圖,苟非意圖販賣營利,一般人焉有可能甘冒重度刑 責而販賣甲基安非他命,足認被告與『蔡學文』之成年男子 間有共同販賣第二級毒品之行為。三、本案縱認被告收受金 錢、交付毒品之行為尚難構成販賣毒品,然依刑事訴訟法第 三百條規定,法院得就起訴之犯罪事實變更法條,亦即法院 依起訴認定被告犯罪事實, 祗須不逾起訴基本事實之範圍, 得自由為之,不以與起訴事實完全相同為必要(最高法院七 十六年度台上字第一一六 () 號判決參照)。其所謂起訴之犯 罪事實,係指單純一罪之單一犯罪事實及實質上一罪之全部 犯罪事實而言,不包括裁判上一罪在內(最高法院八十年度 台上字第一四二六號判決參照)。本案經核『販賣毒品』與

『轉讓毒品』都是侵害社會大眾身體生命法益,罪質相同, 且客觀上被告本身有把毒品交付予他人之犯意及已達著手 階段之行為,交付毒品之目的若是有賺差價就是販賣,倘沒 有賺差價則為轉讓,可認其社會基本事實同一,應予變更法 條。從而,本案確定判決認『不得僅以被告有代意圖施用安 非他命之A調貨供其施用,即認被告有營利之目的……基於 無罪推定原則,自應為被告無罪之判決。』,而對於被告是 否與『蔡學文』共同販賣第二級毒品或轉讓第二級毒品、禁 藥則未見任何判決理由,顯有判決不載理由之當然違背法令 及判決不適用法則之違背法令。四、案經確定,爰依刑事訴 訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴,以資 糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十七年度台非字第二二〇號 上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件,對於台灣高等法院台中分院中華民國九十六年十一月六日第二審確定 判決,認為違背法令,提起非常上訴,本院判決如下:

主 文

原判決關於違背法令部分撤銷。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按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。刑事訴訟法第三百條規 定,法院得就起訴之犯罪事實變更法條,亦即法院依起訴認 定被告犯罪事實,祇須不逾起訴基本事實之範圍,得自由為 之,不以與起訴事實完全相同為必要。本件原起訴事實係以 被告某甲明知甲基安非他命為毒品危害防制條例第二條第 二項第二款所列管之第二級毒品,不得非法販賣,竟仍基於 販賣第二級毒品甲基安非他命以營利之犯意,於不詳時間、 地點,向自稱「蔡學文」、或綽號「阿銘」、「賢哥」之不 詳年籍成年男子販入第二級毒品甲基安非他命後,再承前揭 販入之犯意,於民國九十四年五月二十四日,由A以電話與 被告聯繫購買第二級毒品甲基安非他命之事宜,俟雙方談妥 交易細節,並約定交易時間及地點後,被告即攜帶第二級毒 品甲基安非他命至約定之台北縣中和市○○街某處,以一手 交錢、一手交貨之方式,且以一千元之價格,接續販賣第二 級毒品甲基安非他命與A一次,得款一千元,因認被告涉有 販賣第二級毒品安非他命之罪嫌云云。原審審理結果,認販 賣毒品罪,係以行為人有營利之目的,而販入或賣出毒品, 或二者兼而有之為犯罪構成要件。本件被告雖有收受證人A 一千元,而交付安非他命一包予A之行為,然依證人A於警 方前往證人受羈押之台灣台北看守所進行詢問中證稱:「我 和某甲二人的女朋友是親姐妹,我們可以算是褲襟關係。」 等語,及於偵查中以遠距視訊具結證稱:「我只有施用安非 他命,叫他幫忙調安非他命。」、「我記得只有叫他(指某 甲)幫我調一次而已。」等語,於第一審審理時亦具結證稱:

「我有打電給某甲,請某甲幫我調安非他命,不是某甲賣給 我的,只有一次。」等語。被告收受 A 給付之現金一千元後, 所購入之安非他命一包之價格是否未及一千元致被告受有 利益,綜觀全卷,並無此一不利被告之事證,且佐以被告與 A間彼此女友係親姐妹之關係,則被告於收受A交付之一千 元後,即代為調貨,嗣後並將所調取之安非他命一包交付A 之單純受A之託而出面調取貨物,亦無背於常情,此外,本 件被告為警查獲時,並無扣得任何安非他命,且被告因另涉 有販賣第一級毒品海洛因之犯行,其所持有經警取得通訊監 察書所監聽門號 091 X-X X X-X61 號之行動電話,於上開 時間與人聯絡時,雖有被告與董禮誠間交易海洛因之內容, 至於安非他命部分,縱有提及「硬的」,然僅有談論第三人 處有貨源,亦無任何販賣安非他命之交談內容,尚難僅憑上 開提及「硬的」等話語之通話內容,遽為不利被告之認定。 既無查獲任何被告有向前手「蔡學文」等購入安非他命之事 證,亦未查獲被告任何購入安非他命之數量及價額之帳冊等 資料,更未查扣任何安非他命,參酌被告遭長期監聽之電話 譯文內容,均無任何販賣安非他命之對談,實難認被告有何 意圖販賣而販入安非他命之事實,至於被告收受 A 一千元而 代為購入安非他命一包供A個人施用乙節,雖為被告所是 認,然被告上開犯行,既無證據證明有何獲利之可言,亦難 認有營利之意圖,自不得僅以被告有代意圖施用安非他命之 A調貨供其施用,即認被告有營利之目的。本件公訴人所舉 證據,顯未達通常一般人均不致有所懷疑,而得確信被告有 此部分販賣第二級毒品罪之程度,基於無罪推定原則,自應

為被告無罪之判決等語。此有卷附之起訴書及判決書可稽。 原判決理由中既已敘及無證據足認被告有販賣,則對於起訴 所指之販賣第二級毒品部分自屬已有判決。然毒品危害防制 條例第八條所指之「轉讓」行為,係指非基於營利之意圖, 而以原價或低於原價,甚或無償,將毒品轉讓給他人之行 為,其交付、收受之雙方,係立於對向關係者而言。本件原 判決理由中既已認定被告並無營利之意圖,惟於收受A交付 之一千元後,即代為調貨,嗣後並將所調取之安非他命一包 交付A,被告係受A之託而出面調取安非他命,則被告之行 為即已合乎轉讓之要件,而此項轉讓安非他命之事實,自應 構成犯罪,且與起訴之犯罪事實所指移轉安非他命所有權之 主要事實,具有同一性,自得變更檢察官所引應適用之法 條,逕為有罪之科刑判決。乃原判決疏未適用上開法條,遽 為被告無罪之諭知,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,洵有理由。但原判決尚非不利 於被告,應僅將原判決關於違背法令之部分撤銷,以資糾正。 據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前 段,判決如主文。

中華民國九十七年五月二十二日

【第七十案】

一、關係條文

刑 事 訴 訟 法 第 302 條第 1 款、第 267 條、第 268 條、第 378 條。

二、非常上訴理由

本件檢察官起訴意旨認:被告某甲自民國九十四年九月間某 日起,向綽號『風雄』之不詳姓名年籍成年男子以不詳價格 買進甲基安非他命後, ……基於販賣甲基安非他命之犯意, 於不詳時、地,分別以新台幣(下同)三千元、二萬八千元 之價格,將不詳重量之甲基安非他命販賣予綽號『林哥』之 人,嗣於九十四年十一月十一日上午九時許,員警經長時間 監控後,持搜索票前往某甲位於高雄縣橋頭鄉○○村○○路 XX號之住處查獲,並扣得甲基安非他命二小包(驗前毛重 三·六六公克),因認被告涉有毒品危害防制條例第四條第 二項之販賣第二級毒品罪嫌。第一審由台灣高雄地方法院以 九十五年度訴字第 X X 號審理, 認被告販賣第二級毒品部分 犯罪嫌疑不足,而諭知無罪之判決。經檢察官上訴後,由台 灣高等法院高雄分院以九十五年度上訴字第 X X 號審理,認 無證據證明被告有販賣第二級毒品甲基安非他命之犯行,亦 無從認定被告係意圖販賣而持有第二級毒品甲基安非他 命,故認被告係持有第二級毒品供吸食用,而持有第二級毒 品之低度行為應為施用第二級毒品之高度行為所吸收,惟其

三、附錄

最高法院刑事判決 九十六年度台非字第一二九號 上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件,對於台灣高等法院高雄分院中華民國九十六年二月八日第二審確定判決,認為部分違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主 文

原判決關於被訴販賣第二級毒品免訴部分撤銷。 上開撤銷部分某甲無罪。 非常上訴理由(見前二)

本院按判決不適用法則或適用法則不當者,為違背法令,刑 事訴訟法第三百七十八條定有明文;又實質上一罪之刑罰權 為單一,故其犯罪事實之一部如經判決有罪確定,其既判力 自及於全部,其他部分如經起訴,僅應從程序上諭知免訴之 判決,毋庸再從實體上為有罪或無罪之判決,此為刑事訴訟 法第三百零二條第一款所定一事不再理原則所當然。又依同 法第二百六十七條、第二百六十八條之規定,刑事裁判採訴 訟主義,法院應就已經起訴及起訴效力所及之犯罪事實全部 加以審判,將審理結果之裁判主旨記載於判決書之主文欄, 以回應起訴之請求。故檢察官以實質上一罪起訴者,法院審 理結果,如認其中一部有罪,他部無罪、免訴或不受理,其 判決主文固僅須記載有罪部分,以為單一刑罰權之宣示,而 就其餘部分於理由欄敘明毋庸於主文另行諭知之理由,即為 已足;但如認為一部應免訴或不受理,他部無罪,則應全部 於主文內加以記載,始足以表示已就起訴事實全部加以裁 判,以符訴訟主義之本旨(本院五十五年度第四次民、刑庭 總會會議決議(九)參照)。經查本件檢察官以被告某甲自九 十四年九月間某日起,先向綽號「風雄」之成年男子買進第 二級毒品甲基安非他命後,除供自己施用外,另基於販賣甲 基安非他命之犯意,於不詳時、地,以二萬八千元之價格, 將不詳重量之甲基安非他命販賣予綽號「林哥」之人,嗣於 九十四年十一月十一日上午九時許,經警前往被告位於高雄 縣橋頭鄉○○村○○路XX號之住處搜索而查獲,並扣得甲

基安非他命二小包、帳冊等物等情,因認被告涉有毒品危害 防制條例第四條第二項之販賣第二級毒品罪嫌提起公訴,雖 起訴書之「證據及所犯法條」欄未記載被告另涉有同條例第 十一條第二項之持有第二級毒品罪嫌,惟依上開起訴事實觀 之,起訴範圍自包括販賣及持有二部分。嗣第一審經審理結 果,以查無積極證據足認被告確有公訴人所指之上開販賣犯 行,判決諭知被告無罪(判決主文為「其他被訴部分無罪」, 亦即對販賣及持有部分均為無罪之諭知,至被告另涉犯販賣 第一級毒品犯行部分則經判刑確定)。第一審檢察官不服上 開無罪部分之判決提起第二審上訴,原判決雖仍認不能證明 被告涉有販賣甲基安非他命犯行,並認「被告被訴販賣罪名 中所包括之持有第二級毒品甲基安非他命行為,事實上應屬 被告所持有而供己施用之範疇」,但以被告另自九十四年十 一月初某日起至九十五年一月十四日止,連續多次施用甲基 安非他命之犯行,業經台灣高雄地方法院以九十四年度訴字 第 X X 號刑事判決判處有期徒刑五月,並於九十五年九月十 一日確定在案,有台灣高等法院被告前案紀錄表及前開判決 書在卷可稽,本件被告被訴持有甲基安非他命部分之行為, 屬其上開施用而持有甲基安非他命犯行之範疇,與前述已判 决確定之施用甲基安非他命犯行間,有吸收犯之實質上一罪 關係,應為其施用甲基安非他命犯行之確定判決效力所及, 則依前揭說明,原審自應就被告被訴涉嫌販賣甲基安非他命 及持有甲基安非他命二部分,分別於主文內諭知無罪及免訴 之判決,始為適法。乃原審不察,竟撤銷第一審關於此部分 之判決後,改判諭知被告被訴販賣第二級毒品部分免訴(依 原判決本旨,亦係對販賣及持有部分均為免訴之諭知),其關於販賣第二級毒品部分之判決,自有適用法則不當之違法。案經確定,且於被告不利,非常上訴意旨執以指摘,洵有理由,應將原判決關於諭知被告被訴涉嫌販賣第二級毒品免訴部分撤銷,就該撤銷部分改判諭知無罪,以資救濟。至原判決就被告被訴持有第二級毒品判決免訴部分,依上開說明,並無違誤,且不在本件非常上訴範圍,附此敘明。據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書、第三百零一條第一項,判決如主文。中華民國九十六年五月三十一日

【第七十一案】

一、關係條文

刑 事 訴 訟 法 第302條第 1 款、第378條。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴 訟法第三百七十八條定有明文。又依同法第三百零二條第一 款規定,案件曾經判決確定者,始得諭知免訴之判決。查本 案被告某甲因施用第一、二級毒品,於民國九十六年二月十 三日晚間十時四十五分許,在台北縣三重市○○路XX號 「○○賓館」三①六號房為警查獲,經移送台灣板橋地方法 院檢察署以九十六年度毒偵字第XX號案件偵辦。被告於偵 查中自承其於九十六年二月十三日下午四時許,在上開賓館 房間內分別施用第一級毒品海洛因及第二級毒品甲基安非 他命,且其為警採集之尿液經送驗結果,亦呈甲基安非他 命、嗎啡陽性反應,此有台灣○○生技醫藥股份有限公司濫 用藥物檢驗報告一紙在卷可稽。惟被告前因施用第二級毒品 案件,業經台灣板橋地方法院檢察署檢察官以九十五年度毒 值字第XX號提起公訴,是本案乃就被告施用第一級毒品犯 行部分,於九十六年三月十九日提起公訴;至被告施用第二 級毒品甲基安非他命部分,則移請台灣板橋地方法院併案審 理。嗣起訴部分,經同法院於九十六年八月二日,以九十六 年度訴字第 X X 號判決被告施用第一級毒品,處有期徒刑十

月(被告不服,提起上訴);併案部分,則經同法院於九十 六年五月四日,以九十六年度易字第XX號判決被告施用第 二級毒品,處有期徒刑三月,並於同年五月三十一日確定, 此有上開二案判決書、刑案資料查註紀錄表各一件附卷可 稽。是上開九十六年度易字第XX號案件僅認定被告施用第 二級毒品甲基安非他命,並未敘及被告施用第一級毒品海洛 因部分,本案起訴之被告施用第一級毒品犯行,並未經前案 判決確定;然台灣高等法院失察,誤以被告上開施用第一級 毒品之犯行,業經台灣板橋地方法院以九十六年度易字第X X號判決確定,而為該案確定判決效力所及,諭知被告免訴 之判決,顯有判決適用法則不當之違背法令。二、案經確定, 爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常 上訴,以資糾正。

三、附録

最高法院刑事判決 九十七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

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件,對於台灣高 等法院中華民國九十六年十一月十五日第二審確定判決,認 為違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主 文

原判決關於違背法令之部分撤銷。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴 訟法第三百七十八條定有明文。又刑事訴訟法第三百零二條 第一款規定,案件曾經判決確定者,應諭知免訴之判決。此 一訴訟法上所謂一事不再理之原則,不得更為有罪或無罪之 實體上判決,係以該案之同一事實已有實體上之確定裁判者 為限,始得以案件曾經判決確定為由,而諭知免訴。查本件 被告某甲於前案施用毒品經裁定交付觀察、勒戒執行完畢釋 放後五年內,復於九十六年二月十三日晚間十時四十五分 許,在台北縣三重市○○路XX號「○○賓館」三①六號房, 為警查獲其於同日十六時許在上址施用第一級毒品海洛因 一次,涉犯毒品危害防制條例第十條第一項之施用第一級毒 品罪,案經台灣板橋地方法院檢察署以九十六年度毒偵字第 XX號案件提起公訴,並經台灣板橋地方法院以九十六年度 訴字第 X X 號案件論以施用第一級毒品罪,處有期徒刑十 月,減為有期徒刑五月,並諭知易科罰金折算之標準,案經 被告上訴於原法院審理。至於被告自九十五年十一月間某日 起至九十六年二月十三日十八時許止,施用第二級毒品安非 他命部分之事實,則經同署檢察官另案提起公訴(九十六年 度毒偵字第 X X 號) 及移送併案審理(九十六年度毒偵字第 XX號),而經台灣板橋地方法院以九十六年度易字第九一 八號案件,於九十六年五月四日判處施用第二級毒品罪刑在 案。以上各節,有原法院九十六年度上訴字第 X X 號案件 偵、審全部卷宗及卷附台灣板橋地方法院九十六年度易字第 XX號案件刑事判決可稽。上開台灣板橋地方法院九十六年 度易字第 X X 號案件,係認定被告有施用第二級毒品安非他

命之犯罪事實,乃據以判決,並未論及被告施用第一級毒品海洛因部分,則本件起訴之被告施用第一級毒品犯行,與之並無同一事實關係,即無因該案件業經判決確定,而應諭知免訴判決之情形。乃原法院不察,竟誤以本件起訴事實為該案件確定判決效力所及,而撤銷第一審之科刑判決,改判諭知被告免訴,自顯有判決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,洵有理由,惟原判決尚非不利於被告,應由本院將其關於違背法令之部分撤銷,以資糾正。據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段,判決如主文。

中華民國九十七年四月十日

【第七十二案】

一、關係條文

刑 事 訴 訟 法 第 308 條、第 379 條第 14 款、第 378 條。

證券交易法 第157條之1第1項、第157條。

二、非常上訴理由

按科刑之判決書,須將認定之犯罪事實詳記於事實欄,然後 於理由內逐一說明其憑以認定之證據,使事實與理由兩相一 致,方為合法。倘事實欄已有敘及,而理由內未加說明,是 為理由不備。理由已加說明,而事實欄無此記載,則理由失 其依據,均足構成撤銷之原因(最高法院五十四年度台上字 第一九八 () 號判例參照)。查本件原判決事實僅認定「A、 B、C、D分別為○○公司之董事或監察人,對於○○公司 前開現金增資案,因逾期未依法公告而承銷商圈購募股不 順,如申請延長增資案之募股期限,依法核屬無據,該現金 增資案如經證期會依法撤銷核准,應係影響○○公司股票市 場價格之重大消息,在該消息未公開前,均不得違反對該公 司上市股票買賣之規定,違反規定將對善意不知情之證券市 場投資人造成損害。因E(已死亡)及○○投資公司之負責 人巫文祥有意招募其他投資人提供資金參與經營○○公 司,即基於共同之犯意聯絡推由A出面於八十八年六月二十 七日,將包括渠等所持有之〇〇公司股票在內計八百萬股簽

訂買賣協議書,以每股八·五元售予○○投資公司」。並無被告某甲違反上開不得對該公司上市股票買賣之規定,與A等人有共同之犯意聯絡及分擔行為,出售股票予○○投資公司等犯罪事實之記載。即以被告某甲違反修正前證券交易法第一百五十七條之一第一項第一款規定,依同法第一百七十五條論處罪刑,自有宣示之主文,與所載之事實及理由不相適合之理由矛盾。案經確定,爰依刑事訴訴法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴,以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十七年度台非字第一〇六號

上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告違反證券交易法案件,對於台灣高等法院 中華民國九十五年八月二十二日第二審確定判決,認為部分 違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主 文

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)

本院按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又判決書應分別記載其裁判之主文與理由;有罪之判決書並應記載犯罪事實,且得與理由合併記載,為同法第三百零八條所明定。是有罪判決對被

告之犯罪事實應詳加記載,始足為適用法律及判斷其適用法 律是否妥適之根據,犯罪事實若未明確認定,即不足資為適 用法令論罪科刑之依據,遽為有罪之判決,即屬用法不當。 本件原判決論處被告某甲以共同違反公司之經理人獲悉發 行股票公司有重大影響其股票價格之消息時,在該消息未公 開前,不得對該公司之上市之股票賣出之規定罪刑。然其事 實僅記載:A、B、C、D(均已判決確定)分別為三粹企 業股份有限公司(下稱○○公司)之董事或監察人,如何共 同違反公司之董事、監察人獲悉發行股票公司有重大影響其 股票價格之消息時,在該消息未公開前,不得對該公司之上 市之股票賣出之規定等情。就被告某甲部分,除認定其係 ○○公司副總經理外,並未就其有如何違反證券交易法之犯 罪事實明白認定,詳細記載,事實即屬不明,論處被告某甲 罪刑,顯失依據。揆諸上開說明,原判決關於某甲部分,顯 有判決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,為有理由,且原判決上述之違誤影響於事實之確 認,又於被告不利,為維持其審級利益,應由本院將原判決 關於某甲部分撤銷,由原審法院依判決前之程序更為審判, 以資救濟。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項,判決如 主文。

中華民國九十七年二月二十九日

【第七十三案】

一、關係條文

刑 事 訴 訟 法 第 309 條第 6 款、第 378 條。 刑 法 第 89 條(民國 94 年 2 月 2 日修正前)、 第 225 條第 1 項。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴 訟法第三百七十八條定有明文。又修正前刑法第八十九條第 一項、第二項規定,因酗酒而犯罪者,得於刑之執行完畢或 赦免後,令入相當處所,施以禁戒,其期間為三個月以。復 有罪之判決書,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。從而,依上 開修正前刑法規定因酗酒而犯罪,並諭知禁戒處分者,法院 自應在三個月以下之法定期間範圍內,酌定禁戒處分之期 間,以為執行之依據,始為適法。經查本件被告某甲所犯刑 法第二百二十五條第一項對於女子乘機性交罪,原判決認定 係因喝酒,經由酒精催化緣故,始罹本案,實有依修正前刑 法第八十九條規定施以禁戒之必要,爰併諭知令入相當處所 施以禁戒,惟有判決主文並未具體諭知禁戒期間,致禁戒處 分之執行,處於未確定狀態,揆之首開說明,自有判決不適 用法則之違背法令。二、案經確定,且不利於被告,爰依刑 事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴,

以資糾正及救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十五年度台非字第二五九號 上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告某甲

上列上訴人因被告妨害性自主案件,對於台灣南投地方法院 中華民國九十四年六月二日第一審確定判決,認為部分違 法,提起非常上訴,本院判決如下:

主 文

原判決關於禁戒處分部分撤銷。

某甲刑之執行完畢或赦免後,令人相當處所,施以禁戒貳月。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按:判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又修正前刑法第八十條九第一項、第二項規定「因酗酒而犯罪者,得於刑之執行完畢或赦免後,令入相當處所,施以禁戒。」「前項處分期間,為三個月以下」。而有罪之判決書,諭知保安處分者,依刑事訴訟法第三百零九條第六款規定,應於主文內記載其處分及期間。從而依修正前刑法第十九條規定諭知禁戒處分者,法院自應在三個月以下之法定期間範圍內,酌定禁戒處分之期間,以為執行之依據,方為適法。本件原判決認定,被告某甲於酒後乘機對A女為性交,係犯刑法第二百二十五條第一項之罪,經囑託行政院衛生署草屯療養院鑑定結果,雖無

令入相當處所強制治療之必要,但被告長期飲酒,情緒低 落,導致行為衝動性增加,建議「進行酒精戒癮治療」。爰 審酌被告甫因酒醉駕車,經原審法院另案依公共危險罪,判 處拘役五十九日確定,被告且承認經常飲酒,本件復因酗酒 而犯罪,因認被告有依(修正前)刑法第八十九條規定施以 禁戒之必要,而諭知於刑之執行完畢或赦免後,令入相當處 所,施以禁戒。惟原判決主文僅記載「期間為三個月以下」, 並未於前揭法定禁戒期間內,具體酌定禁戒處分之期間,致 該項處分之期間並不明確,無從據以執行,自有判決不適用 法則之違法。案經確定,且不利於被告,非常上訴意旨執以 指摘,洵有理由。應由本院將原判決關於禁戒處分部分撤 銷,另行判決如主文第二項所示,以資救濟。又刑法部分條 文於民國九十四年二月二日修正公布,並自九十五年七月一 日施行,其中第八十九條之禁戒處分已經修正,但非常上訴 程序,係代替原審就其裁判時應適用之法律為裁判,原審判 決時,刑法上開條文尚未施行,自仍應適用原審裁判時應適 用之法律,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,修正前刑法第八十九條第一項、第二項,判決如主文。中 華 民 國 九 十 五 年 十 月 十 九 日 附錄法條

修正前刑法第八十九條

因酗酒而犯罪者,得於刑之執行完畢或赦免後,令入相當處 所,施以禁戒。

前項處分期間為三個月以下。

【第七十四案】

一、關係條文

刑 事 訴 訟 法 第 349 條、第 445 條之 1 第 1 項、第 3 項、第 378 條。

司法院大法官解釋 第271號。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴 訟法第三百七十八條定有明文。又上訴期間為十日,自送達 判決後起算。但判決宣示後送達前之上訴,亦有效力。另對 於簡易判決之上訴,準用第三編第一章及第二章之規定。刑 事訴訟法第三百四十九條、第四百五十五條之一第三項,亦 有明文。依上開規定,簡易判決雖無宣示程序,惟仍應有準 用送達前之上訴,亦有效力之規定;且因簡易判決在法官作 成判決後翌日,即上傳司法院網站公告,供民眾查詢,亦已 有宣示之效力,是當事人不論是被告或檢察官於查獲判決內 容後,接受判決前,依刑事訴訟法第三百七十八條所提之上 訴亦應屬於合法之上訴。二、另訴訟法所設上訴期間之規 定,其原意在於計算判決確定之日期,並能將被告移送執行 以計算刑期,惟上訴期間之設計亦有處罰不行使上訴權之 人,使其喪失上訴權利,若當事人已行使上訴權利,則應保 障其上訴權,刑事訴訟法第三百四十九條但書所規定『判決 宣示後送達前之上訴,亦有效力』之目的,亦為宣示此一原

則,是不論普通判決或是簡易判決,皆應為相同之解釋,使 上開法律解釋,只要當事人在接受判決後十天以前所提之上 訴,不論當事人是以何方法(可能是網站查詢、詢問書記官、 詢問已接受判決之其他當事人等)得知判決內容,並提起上 訴,皆應屬於合法之上訴。三、本件台灣高雄地方法院合議 庭九十四年度簡上字第 X X 號判決,係以檢察官提起上訴日 (九十四年四月二十七日)在於收受判決日(九十四年五月 九日)前,原判決未宣示公告為由,駁回被告之上訴,且不 得上訴而於判決日(九十四年九月二十三日)判決確定在 案。台灣高雄地方法院九十三年度簡字第XX號被告某甲違 反毒品危害防制條例案件之判決,係於九十三年十二月三十 日作成判決,書記官於九十四年一月四日作成正本後,依司 法院規定,於判決翌日,即上傳司法院網站公告週知,檢察 官於接獲台灣高雄地方法院雄院貴刑亨九十三簡XX字第 XX函稱上開判決「被告無罪,無從併辦」後,於九十四年 四月二十六日在司法院網站查詢,查知司法院已揭示台灣高 雄地方法院九十三年簡字第 X X 號被告有期徒刑六月,隨即 於九十四年四月二十一日將上訴書送交台灣高雄地方法 院, 詎台灣高雄地方法院合議庭以檢察官在接受判決前提起 上訴,判決尚未對外發生效力,而認其上訴自非合法為由, 駁回檢察官上訴, 揆諸上開說明, 顯有適用法則不當之違 法。四案經確定,爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百 四十三條提起非常上訴,以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

九十五年度台非字第三二號

上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件,對於台灣高雄地方法院中華民國九十四年九月二十三日第二審確定判決,認為違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主文

原判決撤銷。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按上訴期間為十日,自送達判決後起算,但判決宣示後送達前之上訴,亦有效力,刑事訴訟法第三百四十九條定有明文。又對於簡易判決有不服者,得上訴於管轄之第二章規定,為同法第四百五十五條之一第三項所明定,是檢察官或被告不服地方法院簡易庭判決,於判決宣示後送達前提起上,亦有效力。所謂宣示,指將裁判意旨對外表示而言,於法院當庭對外表示,或以函文通知,於法院當庭對外表示,或以函文通知,於法院當庭對外表示,或以函文通知,於法院當庭對外表示,或以函文通知,於法院當庭對外表示,或以函文通知,被告某甲違反毒品危害防制條例案件,經台灣高雄地方法院都易庭於民國九十三年十二月三十日以九十三年度簡累又表號刑事簡易判決,論處被告連續施用第二級毒品,累犯罪刑(處有期徒刑六月),該院並於九十四年一月七日以於檢察署,謂被告已於九十三年十二月三十一日(簡易)判決無

罪,移送併案辦理部分無從併辦,而將檢察官移送併案辦理 部分退回。檢察官不服,雖於九十四年五月九日收受判決, 然於同年五月二日即提起第二審上訴。其後第一審法院(簡 易庭)又於九十四年八月二十九日重行送達第一審簡易判決 書於檢察官,檢察官亦於同年九月八日再度提起上訴,有上 開函文一件、送達回證二件、九十四年度上字第XX號上訴 書、九十四年度上字第XX號上訴書、台灣高雄地方法院檢 察署檢博藏九十四上XX字第XX九號函及同署檢博藏九 十四上八三五字第 X X 號函在卷可稽。按第一審法院(簡易 庭)既於九十四年一月七日將本案已經裁判之事實,以公文 通知檢察官,縱通知內容有誤(將判處有期徒刑六月誤為判 决無罪),仍屬對外表示其裁判意旨,而檢察官係九十四年 五月九日收受判決之送達,其於同年五月二日提起第二審上 訴,自屬判決宣示後送達前之上訴,其上訴應屬合法。原審 法院(合議庭)認檢察官於九十四年五月九日收受送達,遲 至同年九月八日始提起上訴,已逾上訴期間,以九十四年度 簡上字第XX號判決予以駁回,顯有判決適用法則不當之違 背法令。案經確定,非常上訴意旨,執以指摘違背法令,為 有理由。又按刑事訴訟程序中不利益於被告之合法上訴,上 訴法院誤為不合法,而從程序上為駁回上訴之判決確定者, 其判決屬重大違背法令,既具有判決之形式,仍應先依非常 上訴程序,將該確定判決撤銷後,始得回復原訴訟程序,就 合法上訴部分進行審判(司法院大法官釋字第二七一號解釋 意旨參照)。本件原係檢察官為被告之不利益提起第二審之 合法上訴,原審法院誤其上訴不合法,所為駁回上訴之程序 判決,本不發生實質效力,然因其具有判決之形式,應由本院將原判決撤銷,且此撤銷之諭知,具有改判之性質,亦即回復原訴訟程序,由原審法院就原上訴進行審判,以資救濟。據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款,判決如主文。

中華民國九十五年二月二十三日

【第七十五案】

一、關係條文

刑 事 訴 訟 法 第 354 條、第 357 條、第 364 條、第 379 條第 12 款、第 378 條。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴 訟法第三百七十八條定有明文。又上訴於判決前,得撤回 之;撤回上訴,應向上級審法院為之;第二審之審判,除本 章有特別規定外,準用第一審審判之規定,刑事訴訟法第三 百五十四條、第三百五十七條及第三百六十四條分別定有明 文。次按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定有明文。所謂未 受請求之事項予以判決,係指法院對於未經起訴或上訴之事 項,或起訴或上訴不及之事項,予以判決者而言。被告提起 上訴後,於判決前得撤回之,案件經撤回者,其撤回部分於 撤回上訴之日即告確定,已不屬於上訴事項,法院自不得就 撤回部分再加以裁判,又當事人於提起上訴後聲請撤回,即 係表示不求裁判之意思,故自聲明之日起,即生撤回之效 力,舊刑事訴訟法第三百七十二條第三項曾有明文。而受理 上訴之法院,不得就已撤回之上訴,予以任何之裁判,此有 最高法院八十七年度台非字第一六九號 (判決) 及十九年 (度)非字第一九六號判例足資參照。經查:本件被告某甲

明知坐落於苗栗縣銅鑼鄉○○○段○○小段四號並非其所 有之土地,基於為自己不法利益之意圖,自(民國)九十三 年十月間之某日起, 迄九十六年三月三十日止, 在上開土地 上堆放電線桿八十四支,而竊佔如卷內所附苗栗縣銅鑼(鄉) 地政事務所土地複丈成果圖編號 A、B、C 所示土地面積共 計二九五 · 一九平方公尺,犯竊佔罪,經檢察官提起公訴 後,台灣苗栗地方法院於九十六年十二月五日,以九十六年 度易字第XX號判決處有期徒刑八月,減為有期徒刑四月, 如易科罰金,以銀元三百元即新台幣九百元折算一日後,被 告某甲不服該判決而提起上訴,嗣被告某甲具狀撤回上訴, 其撤回聲請狀於九十七年四月十五日郵寄送達至台灣高等 法院台中分院收受即告確定, 詎台灣高等法院台中分院未察 仍於九十七年四月二十四日判決該案上訴駁回而確定在 案,原判決有未受請求之事項予以判決之違誤,即有判決不 適用法則之違背法令。二、爰依刑事訴訟法第四百四十一 條、第四百四十三條之規定提起非常上訴,以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十七年度台非字第三①四號 上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長 被 告 某甲

上列上訴人因被告竊佔案件,對於台灣高等法院台中分院中華民國九十七年四月二十四日第二審確定判決,認為違法, 提起非常上訴,本院判決如下:

主 文

原判決撤銷。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按未受請求之事項予以判決者,其判決為當然違背法 令,刑事訴訟法第三百七十九條第十二款定有明文。又「上 訴於判決前,得撤回之。」刑事訴訟法第三百五十四條前段 亦有明定。案經上訴人撤回上訴,即喪失上訴權,並自聲明 之日起即發生撤回之效力,受理上訴之法院不得對已喪失上 訴權之上訴人再行審判。本件被告某甲因犯竊佔罪,為檢察 官提起公訴後,經台灣苗栗地方法院於九十六年十二月五 日,以九十六年度易字第 X X 號判決判處有期徒刑八月,減 為有期徒刑四月,並諭知如易科罰金,以銀元三百元即新台 幣九百元折算一日。被告不服該判決而提起第二審上訴,嗣 被告於原審九十七年四月二十四日判決前之九十七年四月 十四日具狀撤回上訴,其聲明撤回上訴之刑事聲請狀並於九 十七年四月十五日經郵寄送達至原審法院等情,有原審卷及 卷附該聲請狀可稽,本件上訴之撤回,即應自聲明之日起發 生撤回之效力,原審法院不得就已撤回之上訴,為任何之裁 判。詎原審法院不察,仍為駁回上訴之實體判決,揆諸上揭 說明,顯有未受請求之事項予以判決之違法。案經確定,非 常上訴意旨,執以指摘,洵有理由,應由本院將原判決撤銷, 以資糾正及救濟。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款, 判決如主文。

中華民國九十七年七月十日

【第七十六案】

一、關係條文

刑 事 訴 訟 法 第 367 條、第 362 條、第 329 條第 2

項、第30條、第38條、第319條第2

項、第378條、第379條第5款。

刑事訴訟法施行法 第7條之3前段。

司法院院字 第1755號解釋。

二、非常上訴理由

按第二審法院認為上訴有第 362 條前段『上訴不合法律上之程式』之情形者,應以判決駁回之。刑事訴訟法第 367 條,定有明文。又自訴人上訴,未依刑事訴訟法第 319 條第 2 項『自訴之提起,應委任律師行之。』之規定,委任律師為代理人者,自屬上訴不合法,第二審法院應以判決駁取自訴人之上訴。本件,自訴人某甲曾於 91 年 11 月 15 日,刑事訴訟法 92 年 9 月 1 日施行前,未經委任律師為代理人,自訴被告某乙毀謗,經第一審台灣台南地方法院 92 年 11 月 14 日以 91 年度自字第 X X X 號判決無罪。因自訴人於新法『自訴應委任律師為代理人』之規定施行前自訴,第一審未諭知自訴不受理,為實體之無罪判決,並無違誤(最高法院 94 年第 6、7 次刑庭會議決議參照)。惟自訴人不服原判決,另於 92 年 11 月 25 日向原審提起上訴,乃繫屬於另一審級之開始,自應依修正後之規定委任律師為代理人。且經

原審於94年4月1日裁定,命自訴人於五日內補正此一訴訟程式之欠缺,自訴人迄未補正,原屬『上訴不合法律上之程式』,應依上開規定,駁回上訴。乃原審竟以自訴人提起上訴,仍屬自訴案件之性質,未委任律師為代理人,自訴不合法,撤銷第一審判決,諭知不受理,顯有刑事訴訟第378條適用法則不當、第379條第5款不受理訴訟係屬不當之當然違背法令。案經確定,且不利於被告,爰依刑事訴訟法第441條、第443條,提起非常上訴,以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十五年度台非字第三七號

上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

自訴人某甲

被 告某乙

上列上訴人因某甲自訴被告妨害名譽案件,對於台灣高等法院台南分院中華民國九十三年四月二十七日第二審刑事確定判決,認為違背法令,提起非常上訴,本院判決如下:

主 文

原判決撤銷。

自訴人在第二審之上訴駁回。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按自訴之提起,應委任律師為之;又第二審之審判,除 本章有特別規定外,準用第一審審判之規定;再第二審法院 認為上訴有第三百六十二條前段之情形者,應以判決駁回 之。但其情形可以補正而未經原審法院命其補正者,審判長 應定期間先命補正,(民國九十二年九月一日修正後)刑事 訴訟法第三百十九條第二項、第三百六十四條、第三百六十 七條分別定有明文。又刑事案件,一經提起公訴、自訴或上 訴而繫屬於法院,訴在該審級法院繫屬中,訴訟主體相互間 即發生訴訟上之權利義務關係,此訴訟關係,法院與當事人 均應受其拘束,故訴訟繫屬中,該繫屬之法院自應加以審 判,但一經終局裁判,審級訴訟關係即已消滅,從而自訴案 件倘經繫屬之第一審或第二審法院為終局判決,原有審級之 訴訟關係即歸於消滅,當事人若表示不服,提起第二審或第 三審上訴,乃繫屬於另一審級之開始,與該上訴審發生另一 審級之訴訟關係。刑事訴訟法施行法第七條之三前段復規 定:九十二年九月一日施行之修正刑事訴訟法施行前,已繫 屬於各級法院之案件,其以後之訴訟程序,應依修正刑事訴 訟法終結之。再參照刑事訴訟法第三十八條準用第三十條之 規定,及司法院院字第一七五五號解釋,自訴人委任律師為 代理人之委任狀,應於每一審級提出,案件於該審級終結 後,原有委任效力即不復存在。則自訴案件已經第一審或第 二審判決者,其原有審級之訴訟關係即歸於消滅,其後提起 上訴時,即重新繫屬於上訴審,本諸舊程序用舊法,新程序 用新法之原則,自訴人自應依修正後之規定委任律師為代理 人。本件自訴人某甲於民國九十二年九月一日修正刑事訴訟 法施行前之九十一年十一月十五日,向台灣台南地方法院自 訴被告某乙涉犯妨害名譽罪,雖未委任律師為代理人,惟其 係於修正刑事訴訟法施行前即提起自訴,合於當時刑事訴訟

法之規定,基於起訴恒定原則,其於當時已依法取得之訴訟 權,不得因嗣後法律之修正而被剝奪,其自訴自屬合法,則 台灣台南地方法院於九十二年十一月十四日為實體判決被 告無罪,於法並無不合。但第一審判決後,自訴人於九十二 年十一月二十五日提起第二審上訴時,修正刑事訴訟法既已 施行,依首開說明,自應依新法之規定委任律師為代理人。 但自訴人於提起第二審上訴時並未委任律師為代理人,經原 審法院於九十四年四月一日以裁定命其於五日內補正,該裁 定已於同年月七日送達於自訴人,有上開刑事裁定正本及送 達證書各一份附卷可稽。詎自訴人逾期仍未補正,其上訴即 有刑事訴訟法第三百六十二條前段所稱「上訴不合法律上之 程式」之情形,依同法第三百六十七條之規定,原審法院自 應以判決駁回自訴人之上訴,始屬合法。乃原審竟依同法第 三百二十九條第二項之規定,將第一審判決撤銷,改諭知自 訴不受理之判決,依上說明,原判決自有同法第三百七十八 條判決適用法則不當,及同法第三百七十九條第五款法院不 受理訴訟係不當之違背法令。非常上訴意旨執以指摘,洵有 理由,且第一審係諭知被告無罪,原判決撤銷第一審判決, 改諭知自訴不受理,顯於被告不利,爰由本院將原判決撤 銷,另為判決如主文第二項所示,以資救濟。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款, 判決如主文。

中華民國九十五年三月二日

【第七十七案】

一、關係條文

刑 事 訴 訟 法 第 369 條第 1 項前段、第 455 條之 1 第 3 項、第 378 條。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用法則不當者,為違背法令,刑 事訴訟法第三百七十八條定有明文。次按第二審法院認為上 訴雖無理由,而原判決不當者,應將原審判決經上訴之部分 撤銷,就該案件自為判決,刑事訴訟法第三百六十九條第一 項前段亦著有明文。末按罪與刑具有不可分離之關係,第二 審法院如認為第一審判決論罪雖無違誤,但科刑不當者,仍 應將第一審判決罪刑一併撤銷改判,不得將罪與刑分而為 二,分別為改處刑罰及駁回上訴之判決,並有最高法院三十 一年上字第二二三()號刑事判例可參。二、經查本件第一審 判決引用檢察官聲請簡易判決處刑書之記載,認定被告某甲 曾因違反毒品危害防制條例案件,經法院判處有期徒刑十月 確定,於民國九十二年四月三十日縮刑期滿執行完畢。 詎仍 不知悔改,因缺錢花用,於見報紙刊登『租用帳戶』之廣告, 得知有人收購郵局、銀行等金融機構帳戶之存摺及提款卡, 在可預見其交付自己之金融帳戶予他人使用,他人可能以該 金融帳戶遂行財產上犯罪之目的,且取得他人存摺之目的在 於收取贓物及掩飾犯行不易遭人追查,竟不顧他人所可能遭 害之危險,仍以縱若有人持以犯罪亦無違反本意之不確定幫 助詐欺犯意,即撥打電話聯絡,相約於九十五年十月間某 日,在苗栗縣苑裡鎮某處,將其所有之新竹國際商業銀行帳 户存摺、提款卡(附密碼)、身分證影本、語音密碼等物, 以新台幣(下同)約三千元之代價,賣予姓名、年籍均不詳 之成年人作為詐騙之帳戶使用。而該不詳之成年人及其所屬 之詐欺集團成員取得某甲所交付之上揭存摺、印章及提款卡 後,旋即基於意圖為自己不法所有之犯意聯絡,於同年十月 十六日晚間十時三十分許,佯裝A之網友『湘婷』,並相約 見面,惟要求A須先至自動櫃員機依指示操作以確認身分, 致A陷於錯誤,遂依指示將一萬五千元匯至某甲所有之上開 帳戶內。嗣因A察覺有異,經報警處理而查獲,而諭知被告 幫助意圖為自己不法之所有,以詐術使人將本人之物交付, 處有期徒刑三月,如易科罰金,以新台幣一千元折算一日。 被告不服第一審判決而向原審提起上訴,原審審理結果,一 方面以第一審判決認事用法及量刑均無不當,認被告上訴為 無理由,而於原判決主文第一項諭知『上訴駁回』;另一方 面又以被告犯罪時間係在中華民國九十六年罪犯減刑條例 所定減刑基準日即九十六年四月二十四日以前,所犯合於同 條例所規定減刑之要件,認應依該條例第二條第一項第三款 之規定減其宣告刑二分之一,乃又於原判決主文第二項諭知 『某甲所犯幫助詐欺取財罪,減為有期徒刑一月又十五日, 如易科罰金,以-新台幣一千元折算一日。』惟查原判決既 認定被告犯罪時間係在上開減刑條例所定減刑基準日以 前,且所犯合於同條例所規定減刑之要件(即並無該條例所

定不得減刑之例外情形),而應依該條例第二條第一項第三 款之規定減其宣告刑二分之一。而第一審於判決時,上開減 刑條例雖尚未公布施行,然其未及依上開條例之規定減刑, 致科刑之結果不當,仍難謂無判決不適用法則之違法。原審 自應將第一審判決罪刑一併撤銷改判,然後再依上開條例之 規定減刑,始為適法。乃原判決既認為第一審判決認事用法 及量刑均無不當,而於主文第一項諭知『上訴駁回』;卻 以被告所犯之罪應依上述條例第二條第一項第三款之 減其宣告刑二分之一,而於主文第二項諭知『某甲所犯章 訴欺取財罪,減為有期徒刑一月又十五日,如易科罰金 訴欺取財罪,減為有期徒刑一月又十五日,如易科罰金 新台幣一千元折算一日。』其將罪與刑分而為二,分別為上 訴駁回及改處刑罰之判決,依上述規定及說明,自有適用法 則不當之違法。三、爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四 百四十三條提起非常上訴,以資糾正。

三、附録

最高法院刑事判決 九十七年度台非字第三六號

上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告詐欺案件,對於台灣台中地方法院中華民國九十六年八月二十二日第二審確定簡易判決,認為違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主 文

原審及第一審簡易判決均撤銷。

某甲幫助意圖為自己不法之所有,以詐術使人將本人之物交付,累犯,處有期徒刑參月,如易科罰金,以新台幣壹仟元折算壹日,減為有期徒刑壹月又拾伍日,如易科罰金,以新台幣壹仟元折算壹日。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按第二審法院認為上訴雖無理由,而原判決不當者,應 將原審判決經上訴之部分撤銷,就該案件自為判決,刑事訴 訟法第三百六十九條第一項前段定有明文;依同法第四百五 十五條之一第三項規定,此亦為簡易程序之第二審判決所準 用。又罪與刑具有不可分離之關係,第二審法院如認為第一 審判決論罪雖無違誤,但科刑不當者,仍應將第一審判決罪 刑一併撤銷改判,不得將罪與刑分而為二,分別為改處刑罰 及駁回上訴之判決。經查本件原確定第二審簡易判決既引用 檢察官聲請簡易判決處刑書及第一審簡易判決之記載,認定 被告某甲確有上述幫助詐欺取財犯行,且其犯罪之時間,係 在中華民國九十六年罪犯減刑條例所定減刑基準日以前,所 犯合於同條例規定減刑之要件(即並無該條例所定不得減刑 之例外情形),應依該條例第二條第一項第三款之規定減其 宣告刑二分之一。而第一審於簡易判決時,上開減刑條例雖 尚未公布施行,未及依上開條例之規定減刑,致科刑之結果 不當,難謂無判決不適用法則之違法。原審即簡易程序之第 二審自應將第一審簡易判決罪刑一併撤銷改判,再適用上開 條例之規定予以減刑,始為適法。乃原判決認第一審判決認 事用法及量刑均無不當,而於主文第一項諭知「上訴駁回」;

卻又以被告所犯之罪應依上述條例第二條第一項第三款之 規定減其宣告刑二分之一,而於主文第二項諭知「某甲所犯 幫助詐欺取財罪,減為有期徒刑一月又十五日,如易科罰 金,以新台幣一千元折算一日」。

將罪與刑分而為二,分別為上訴駁回及改處刑罰之判決,依 上述規定及說明,自有適用法則不當之違法。案經確定,且 就被告不服第一審簡易判決所提之上訴,應撤銷自為減刑之 第二審簡易判決,竟仍予以維持,駁回被告之第二審上訴, 另於主文第二項為無效之減刑諭知,自屬不利於被告,非常 上訴意旨執以指摘,洵有理由,應由本院將原審及第一審判 決均撤銷,另依法判決如主文第二項所示,以資救濟。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款,刑法第三百三十九條第一項、第三十條第二項、第四十七條第一項、第四十一條第一項前段,中華民國九十六年罪犯減刑條例第二條

第一項第三款,判決如主文。

中華民國九十七年二月二十一日

【第七十八案】

一、關係條文

刑 事 訴 訟 法 第 369 條第 1 項前段、第 378 條。

二、非常上訴理由

一、本件原確定判決認定被告某甲自九十六年二月二十六日 二十三時許起至翌日凌晨一時許止,在台中縣大里市○○路 之○○路KTV處,飲用台灣啤酒約二瓶後,已達不能安全 駕駛動力交通工具之程度,竟於同年月二十七日凌晨一時 許,駕駛車號二XX-○○號自用小客車上路,並搭載友人 回家,途經台中縣大里市○○路XX號前處,因未繫安全 带,為警攔檢,並於同年月二十七日一時五十二分許,測得 其酒後吐氣所含酒精成份每公升達一·二九毫克等情。因而 維持第一審(臺灣臺中地方法院刑事簡易判決九十六年度中 交簡字第XXX號)論處被告服用酒類,不能安全駕駛動力 交通工具而駕駛罪刑之判決,於主文第一項諭知『上訴駁 回』,即駁回被告在第二審之上訴,並以本案犯罪時間係九 十六年四月二十四日以前,合於中華民國九十六年罪犯減刑 條例所定減刑要件,應依該條例第二條第一項第三款規定, 减其刑期二分之一,於主文第二項諭知『某甲所犯本件酒醉 駕車之公共危險罪,減為有期徒刑貳月,如易科罰金,以新 台幣壹仟元折算壹日』。二、按第二審法院認為上訴雖無理 由,而原判(決)不當者,應將原審判決經上訴之部分撤銷,

就該案件自為判決,刑事訴訟法第三百六十九條第一項前段 定有明文。又『罪與刑有不可分離之關係,第二審法院如認 第一審判決論罪雖無違誤,但科刑不當者,仍應將罪刑一併 撤銷改判,不得將罪與刑分而為二,分別為改處刑罰及駁回 上訴之判決。』、『上級法院對於下級法院所為有罪判決, 如認適用法律不當,即令論罪科刑結果尚屬無誤,亦應撤銷 改判,另為適法之判決。』,此有最高法院三十一年上字第 二二三 () 號、三十四年上字第八四五號判例可稽。本案第一 審於判決時,因中華民國九十六年罪犯減刑條例尚未施行而 未及適用,但第二審於判決時,依該條例第二條第一項第三 款規定應減輕宣告刑二分之一,亦即據以科刑所適用的法律 與第一審有所不同,依罪刑不可分原則,應將第一審判決撤 銷,始為適法,然原判決於主文第一項諭知上訴駁回,於主 文第二項則減輕原宣告刑二分之一,核諸上開法律說明,自 有適用法則不當之違背法令。三、依刑事訴訟法第四百四十 一條、第四百四十三條提起非常上訴,以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十六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

上列上訴人因被告公共危險案件,對於台灣台中地方法院中華民國九十六年八月三日第二審刑事確定判決,認為違背法令,提起非常上訴,本院判決如下:

主文

原判決及第一審判決均撤銷。

某甲服用酒類,不能安全駕駛動力交通工具而駕駛,處有期 徒刑肆月,如易科罰金,以新台幣壹仟元折算壹日;減為有 期徒刑貳月,如易科罰金,以新台幣壹仟元折算壹日。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按第二審法院認為上訴雖無理由,而原判決不當者,應 將原審判決經上訴之部分撤銷,就該案件自為判決,刑事訴 訟法第三百六十九條第一項前段定有明文。又罪與刑具有不 可分離之關係,第二審法院如認為第一審判決論罪雖無違 誤,但科刑不當者,仍應將第一審判決罪刑一併撤銷改判, 不得將罪與刑分而為二,分別為改處刑罰及駁回上訴之判 決。本件第一審判決引用檢察官聲請簡易判決處刑書之記 載,認定被告某甲自民國九十六年二月二十六日二十三時許 起,至翌(二十七)日上午一時許止,在台中縣大里市某「K TV_|處,飲用台灣啤酒約二瓶後,已達不能安全駕駛動力 交通工具之程度,竟仍駕駛車號二 $XX-\bigcirc\bigcirc$ 號自用小客車 上路,途經同市○○路XX號前,因未繫安全帶,為警攔檢 查獲,經測得其酒後吐氣所含酒精成分每公升達一點二九毫 克等情,而論以被告服用酒類,不能安全駕駛動力交通工具 而駕駛罪,量處有期徒刑四月,並諭知如易科罰金,以新台 幣一千元折算一日。被告不服第一審判決而向原審提起上 訴,原審審理結果,一方面以第一審判決認事用法及量刑均 無不當,認被告上訴為無理由,而於原判決主文第一項諭知 「上訴駁回」;另一方面又以被告犯罪時間係在中華民國九 十六年罪犯減刑條例所定減刑基準日即九十六年四月二十 四日以前,所犯合於同條例所規定減刑之要件,認應依該條 例第二條第一項第三款之規定減其宣告刑二分之一,而第一 審判決未及依上開規定減刑,乃又於原判決主文第二項諭知 「某甲所犯本件酒醉駕車之公共危險罪,減為有期徒刑貳 月,如易科罰金,以新台幣壹仟元折算壹日」。惟查原判決 既認定被告犯罪時間係在上開減刑條例所定減刑基準日以 前,且所犯合於同條例所規定減刑之要件(即並無該條例所 定不得減刑之例外情形),而應依該條例第二條第一項第三 款之規定減其宣告刑二分之一。而第一審於判決時,上開減 刑條例雖尚未公布施行,然其未及依上開條例之規定減刑, 致科刑之結果不當,仍難謂無判決不適用法則之違法。原審 自應將第一審判決罪刑一併撤銷改判,然後再依上開條例之 規定減刑,始為適法。乃原判決既認為第一審判決認事用法 及量刑均無不當,而於主文第一項諭知「上訴駁回」;卻又 以被告所犯之罪應依上述條例第二條第一項第三款之規定 减其宣告刑二分之一,而於主文第二項諭知「某甲所犯本件 酒醉駕車之公共危險罪,減為有期徒刑貳月,如易科罰金, 以新台幣壹仟元折算壹日」。其將罪與刑分而為二,分別為 上訴駁回及改處刑罰之判決,依上述規定及說明,自有適用 法則不當之違法。案經確定,且於被告不利,非常上訴意旨 執以指摘,洵有理由,應由本院將第一審判決及原判決均撤 銷,並自行判決如主文第二項所示,以資救濟。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款、刑法第一百八十五條之三、第四十一條第一項前段、中華民

國九十六年罪犯減刑條例第二條第一項第三款,判決如主文。

中華民國九十六年十月十八日

【第七十九案】

一、關係條文

刑 事 訴 訟 法 第 370 條、第 378 條。

二、非常上訴理由

按由被告上訴或為被告之利益而上訴者,第二審法院不得諭 知較重於原審判決之刑,但因原審判決適用法條不當而撤銷 者,不在此限,刑事訴訟法第三百七十條定有明文。查本件 原判決認定被告某甲之犯罪事實如原判決附表壹共計一百 一十二項,與第一審法院所認定者完全相同,其情節並無較 諸第一審為重之情形,理由欄援引刑法第二十八條、第三百 二十二條(舊法)、第三十八條第一項第二款論罪,亦與第 一審法院之科刑法條一致,而原審之撤銷改判又非因第一審 法院判決適用法條不當,且本件係被告提起第二審上訴,檢 察官並未為被告之不利益而上訴,依首開法條規定,原審自 不得諭知較重於第一審判決之刑。乃原審除判處被告與第一 審相同之有期徒刑一年六月外,竟另諭知並於刑之執行前令 入勞動場所強制工作三年。參酌修正刑法第一條、第四十六 條之立法理由,拘束人身自由之保安處分(如強制工作), 係以剝奪受處分人之人身自由為其內容,在性質上,帶有濃 厚自由刑之色彩,與刑罰相近,故原判決已較第一審判決為 重,顯然違背禁止不利益變更原則,自有判決不適用法則之

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

三、附錄

最高法院刑事判決 九十七年度台非字第二九三號

上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告竊盜案件,對於台灣高等法院中華民國九 十年一月二十九日第二審確定判決,認為部分違法,提起非 常上訴,本院判決如下:

主 文

原判決關於某甲併宣告於刑之執行前,令入勞動場所強制工作參年部分撤銷。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按刑事訴訟法第三百七十條規定,由被告上訴或為被告之利益而上訴者,第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑。但因原審判決適用法條不當而撤銷之者,不在此限。此即禁止不利益變更之法則。所謂不利益,除就第一審及第二審所宣告之主刑、從刑作形式上之比較外,尚須為整體之觀察,將二判決對應比較,凡使被告之自由、財產、名譽等權益受較大損害者,即屬實質上之不利益。查保安處分雖為對受處分人將來之危險性所為之處置,以達教化與治療之目的;然保安處分中之強制工作,係以剝奪受處分人之身體自由為內容,其所形成之社會隔離、拘束身體自由之性質,實

與刑罰無異。從而由被告上訴或為被告之利益而上訴者,關 於拘束身體自由之保安處分,仍有刑事訴訟法第三百七十條 所規定不利益變更禁止原則之適用。因此,第一審判決未諭 知強制工作者,除因其判決適用法條不當而撤銷之者外,倘 第二審法院逕予諭知強制工作,即與刑事訴訟法第三百七十 條所規定不利益變更禁止原則之意旨有違。本件第一審判決 依修正前刑法規定,以被告共同犯常業竊盜罪判處有期徒刑 一年六月,被告不服,提起上訴,原審法院為第二審判決後, 經本院撤銷發回更審,原審以不能證明共同被告某乙共同犯 罪,及第一審未諭知刑前強制工作不當為由,撤銷第一審關 於被告部分之判決,改判仍論以共同以犯竊盜罪為常業罪, 判處有期徒刑一年六月,並諭知應於刑之執行前,令入勞動 場所強制工作參年。惟查本件係由被告上訴,而原判決主文 所適用之論罪法條與第一審判決完全相同,並無因適用法條 不當而撤銷第一審判決之情形,原判決附表一認定被告及其 餘共同正犯所竊得之機車數量與第一審判決附表一所認定 者完全相同,檢察官亦未以第一審判決未對被告諭知刑前強 制工作不當為由,為被告之不利益提起上訴。則原判決於第 一審判決未諭知被告強制工作之情形下,逕予諭知應於刑之 執行前,令入勞動場所強制工作叁年,揆諸上揭說明,即與 刑事訴訟法第三百七十條所規定不利益變更禁止原則之意 旨有違,自屬判決違背法令。非常上訴意旨執以指摘原判決 關於諭知被告強制工作部分違法,為有理由。案經確定,且 於被告不利,應由本院將原判決關於諭知被告於刑之執行完 畢前,令入勞動場所強制工作三年部分撤銷,以資救濟。又 本院既將原判決併予宣告強制工作三年之部分撤銷,已具改 判之性質,救濟目的已達,故無庸再為改判,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, 判決如主文。

中華民國九十七年七月三日

【第八十案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第376條第1款、第395條前段、第

378條。

刑 法 第227條第4項。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令;又刑法第二 百二十七條第四項之猥褻十四歲以上未滿十六歲男女案件 (其法定本刑為三年以下有期徒刑),經第二審判決者,不 得上訴於第三審法院,刑事訴訟法第三百七十八條、第三百 七十六條第一款分別定有明文。至案件是否屬於刑事訴訟法 第三百七十六條所列各罪之範圍,係以當事人在第二審言詞 辯論終結前有無提出爭執而定,如當事人宋主張非刑事訴訟 法第三百七十六條所列各罪,且按其起訴犯罪事實又非顯然 不屬於該條所列各罪,經第二審判決者,即不得上訴於第三 審法院(司法院大法官會議釋字第六○號解釋參照)。次按 不得上訴第三審法院之案件,經第二審判決後,即告確定, 縱第三審法院誤認上訴為合法,將第二審判決撤銷,發回更 審判決確定,雖不影響原第二審判決確定之效力。惟因發回 更審及更審後之判決均屬違法判決,自得提起非常上訴(最 高法院五十五年度第四次民刑庭總會決議(一)及司法院大 法官會議釋字第一三五號解釋參照)。查本件台灣台中地方

法院檢察署檢察官係以被告某甲觸犯刑法第二百二十七條 第四項猥褻十四歲以上未滿十六歲男女罪嫌提起公訴,屬刑 事訴訟法第三百七十六條第一款之案件,台灣台中地方法院 審理後亦依該條罪名以九十一年度易字第XX號刑事判 决, 判處被告某甲有期徒刑二年, 檢察官對此未表示不服, 被告某甲則不服該判決依法提起上訴。經台灣對此未表示不 服,被告某甲則不服該判決依法提起上訴。經台灣高等法院 台中分院審理後,於九十二年十二月二十五日以九十二年度 上訴字第 X X 號刑事判決,判處被告有期徒刑一年在案,有 各該偵、審案卷可稽,足見本件檢察官起訴及第一、二審判 決均為刑事訴訟法第三百七十六條第一款之案件。而卷查檢 察官及被告於第二審言詞辯論終結前,對被告某甲所涉上開 罪名並未有所爭執,且稽之檢察官起訴書所載被告某甲之犯 罪事實顯然屬於刑事訴訟法第三百七十六條第一款之案 件,揆之首開說明,自應受不得上訴第三審法院之限制。乃 被告提起第三審上訴,即屬法律上不應准許,最高法院不依 刑事訴訟法第三百九十五條前段規定予以駁回,而以九十五 年度台上字第XX號刑事判決誤將該第二審判決撤銷,發回 台灣高等法院台中分院,依前開說明,其判決有適用法則不 當之違誤。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。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十六年度台非字第二〇四號 上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告某甲

上列上訴人因被告妨害性自主案件,對於本院中華民國九十 五年十一月九日第三審判決,認為違法,提起非常上訴,本 院判決如下:

主 文

本院九十五年度台上字第XX號判決撤銷。

某甲對於台灣高等法院台中分院九十二年度上訴字第XX 號判決之上訴駁回。

理由

非常上訴理由(見前二)

 件檢察官起訴及第一、二審判決均認被告係犯刑事訴訟法第 三百七十六條第一款之罪。而卷查檢察官及被告於第二審言 詞辯論終結前,對被告所涉上開罪名並未有所爭執,且稽之 檢察官起訴書所載被告之犯罪事實顯然屬於刑事訴訟法第 三百七十六條第一款之案件,揆之首開說明,自應受不得上 訴第三審法院之限制。乃被告提起第三審上訴,即屬法律上 不應准許,本應依刑事訴訟法第三百九十五條前段規定予以 駁回,而本院九十五年度台上字第XX號刑事判決誤將該第 二審判決撤銷,發回台灣高等法院台中分院,依前開說明, 其判決有適用法則不當之違法。非常上訴執以指摘,為有理 由,爰將院上開判決撤銷,並將被告對於原審法院九十二年 度上訴字第XX號判決之上訴予以駁回。

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、第三百九十五條前段,判決如主文。

中華民國九十六年八月十六日

【第八十一案】

一、關係條文

刑 事 訴 訟 法 第 379 條第 12 款、第 378 條。 刑 法 第 328 條、第 277 條第 1 項、第 354 條。

二、非常上訴理由

按除刑事訴訟法有特別規定外,未受請求之事項予以判決者,其判決當然違背法令,同法第三百七十九條第十二款定有明文。本件檢察官起訴犯罪事實僅強盜一罪,並未包括傷害及毀損,此由檢察官起訴書所載傷害及毀損(未據告訴),甲提出搶奪告訴』、『我要對某乙及某甲提出強盜告訴』、『我要對某乙及某甲提出強盜告訴』以及偵查卷第三十六頁所答『我不向某乙及某甲等人提出毀損及傷害告訴』甚明。原確定判決竟誤認『被害人A、醫的時,即表明對被告二人所為全部行為提出告訴之意思於被告不人傷害及被告某甲毀損犯行,均已表明告訴之意思於明。而被告傷害及被告某甲毀損犯行,均已表明告訴之意思於明。而被告傷害及毀損行為,復係被告等強盜未遂後,另於起言所犯,起訴書既已敘及,自應併予審理,原判決就是明。而被告傷害及毀損行為,復係被告等強盜未遂後,另行起意所犯,起訴書既已敘及,自應併予審理,原判決之違可不被告傷害及確定,且對被告不利,爰依刑事訴訟法第四百十一條、第四百四十三條提起非常上訴,以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十六年度台非字第一八三號

上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告傷害等罪案件,對於台灣高等法院台南分院中華民國九十三年四月一日第二審確定判決,認為部分違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主 文

原判決關於某甲傷害及毀損部分均撤銷。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按未受請求之事項予以判決者,其判決為當然違背法令,刑事訴訟法第三百七十九條第十二款定有明文。本件原判決以被告某甲與某乙(另經原判決判處罪刑確定)共同強盜A、B兄弟財物未果之後,心有未甘,竟另基於傷害人身體之共同犯意,輪流持球棒毆打A,致彼受有左手挫傷等傷害;被告復基於毀損犯意,持球棒砸毀A之腳踏車,乃認被告所為係犯刑法第二百七十七條第一項(原判決漏載「第一項」)之傷害罪及同法第三百五十四條之毀損罪,上開二罪,與被告另犯之強盜未遂罪犯意各別、行為互殊,應分論併罰。然查,A於民國九十二年三月十三日之警詢筆錄,已明確表示「我不向某乙及某甲等人提出毀損及傷害告訴」;檢察官於起訴書犯罪事實欄亦載明被告上開傷害及毀損部分「未據告訴」,有台灣台南地方法院檢察署九十二年度營值

字第XX號起訴書及該案號偵查卷附之警詢筆錄可稽。原審不察,竟就該未據合法告訴且未經檢察官起訴之傷害及毀損部分,併為被告有罪之實體判決,顯係就未受請求之事項予以判決,此部分判決當然為違背法令。案經確定,且不利於被告,非常上訴意旨執以指摘,洵有理由。且原判決關於此部分,係對被告不利,復無維持被告審級利益,由原審法院依判決前之程序更為審判之必要,本院爰僅就原判決關於被告傷害及毀損之訴外裁判違背法令部分,予以撤銷,以資救濟。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款, 判決如主文。

中華民國九十六年七月十七日

【第八十二案】

一、關係條文

刑 事 訴 訟 法 第 379 條第 14 款。

二、非常上訴理由

按判決不載理由或所載理由矛盾者,其判決為當然違背法令,刑事訴訟法第三百七十九條第十四款定有明文。復按科刑之判決書其宣示之主文,與所載之事實及理由必須互相適合,否則即屬理由矛盾,其判決當然為違背法令,有最高法院六十四年台上字第八九三號判例可資參照。經查原確定判決主文雖諭知被告某甲為累犯,惟原確定判決並未確認被告為累犯之事實,復未說明被告為累犯之理由,其主文所載即與事實及理由不相適合,揆諸上開判例,自有判決理由矛盾之當然違背法令。案經確定,爰依刑事訴訟法第四百四十一條提起非常上訴,以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判决 九十六年度台非字第六三號 上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長 被 告 某甲

上列上訴人因被告違反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九十四年七月二十九日刑事第一 審確定判決,認為違背法令,提起非常上訴,本院判決如下: 主 文

原判決撤銷,由台灣板橋地方法院依判決前之程序更為審判。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按科刑之判決書其宣示之主文,與所載之事實及理由必須互相適合,否則即屬理由矛盾,其判決當然為違背法令。本件原確定判決主文諭知被告為累犯,但判決內並無認定被告為累犯之事實記載,亦未說明被告係累犯之理由,其所宣示之主文與事實及理由之記載自有不相適合之矛盾,而該矛盾已致適用法令違誤,顯然於判決有影響,自屬刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款之判決違背法令。案經確定,且於被告不利,非常上訴意旨執以指摘,洵有理由,應由本院將原判決撤銷,且為維持被告審級之利益,應發回由原審法院依判決前之程序更為審判,以資救濟。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項前段,判決如主文。

中華民國九十六年三月二十八日

【第八十三案】

一、關係條文

刑 事 訴 訟 法 第 379 條第 14 款、第 378 條。 刑 法 第 266 條第 1 項、第 268 條。

二、非常上訴理由

一、按判決適用法則不當者,為違背法令,刑事訴訟法第三 百七十八條定有明文。又科刑之判決書其宣示之主文,與所 載之事實及理由必須互相適合,否則即屬理由矛盾,其判決 當然為違背法令,有最高法院六十四年台上字第八九三號判 例可資參考。經查本件被告某甲意圖營利聚眾賭博及被告某 乙在公共場所賭博財物之犯行,業經被告某甲、某乙於警 訊、偵查中自白,並有證人某丙、某丁等人之證述及扣案之 賭具、賭資可佐,檢察官亦認定上開犯罪事實而以九十三年 度偵字第XXX號聲請簡易判決處刑,原審判決犯罪事實及 證據部分並均引用上開聲請簡易判決書之記載,是原審判決 犯罪事實部分亦認定:『被告某甲意圖營利,聚眾賭博;被 告某乙在公共場所賭博財物』,是被告某甲所犯法條應係刑 法第二百六十八條之聚眾賭博罪,被告某乙所犯法條應係刑 法第二百六十六條第一項前段之普通賭博罪。詎原判決主文 竟諭知某乙意圖營利,聚眾賭博,處有期徒刑四月;某甲在 公共場所賭博財物,處罰金二千元。原審判決顯有適用法則 不當及其宣示之主文與所載之事實及理由不相適合(判決理

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

三、附錄

最高法院刑事判決 九十五年度台非字第三〇二號 上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

某乙

上列上訴人因被告等賭博案件,對於台灣花蓮地方法院中華 民國九十四年三月十一日第一審確定刑事簡易判決,認為部 分違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主文

原判決關於某甲、某乙違背法令部分撤銷。

某乙在公眾得出入之場所賭博財物,處罰金貳仟元,如易服 勞役,以叁佰元折算壹日。

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。本件原判決引用檢察官聲請簡易判決處刑書記載之事實,認定某甲意圖營利,於民國九十三年一月二十九日凌晨一時五十分許,在花蓮縣花蓮市〇〇路XX號六樓公眾得出入之場所,聚集某乙等多人,以撲克牌賭博財物,由某甲抽頭牟利等情。依此確認之事實,某甲係犯刑法第二百六十八條意圖營利聚眾賭博罪,某乙係犯同法第二百六十六條第一項前段在公眾得出入之場所賭博財物

罪。乃原判決主文卻分別論處某甲在公共場所賭博財物罪刑,及某乙意圖營利,聚眾賭博罪刑,顯有判決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,洵有理由。因原判決不利於某乙,但尚非不利於某甲,應由本院將原判決關於上開違背法令部分撤銷,某乙部分另行改判如主文第二項所示,並諭知罰金易服勞役之折算標準,以資稅濟。再,非常上訴審認非常上訴有理由,依法撤銷原判決商署,非常上訴審認非常上訴有理由,依法撤銷原判決而另行判決時,係代替原審就其裁判時應適用之法律而為裁判。本件原審判決後,刑法第四十二條第二項於九十四年二月二日修正公布,九十五年七月一日施行;罰金罰鍰提高標準條例亦於九十五年五月十七日修正公布,刪除第二條之規定,九十五年七月一日施行,惟於非常上訴判決仍無刑法第二條第一項比較適用之問題,併予說明。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款,刑法第二百六十六條第一項前段、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,判決如主文。

中華民國九十五年十二月十四日

【第八十四案】

一、關係條文

刑 事 訴 訟 法 第447條第2項、第378條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴訟法 第三百七十八條定有明文;又同法第四百四十七條規定:認 為非常上訴有理由者,應分別為左列之判決:1、原判決違 背法令者,将其違背之部分撤銷。但原判決不利於被告者, 應就該案件另行判決。2、訴訟程序違背法令者,撤銷其程 序。前項第一款情形,如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 决之刑。查本件被告某甲所犯妨害性自主罪,前經台灣桃園 地方法院以九十五年度訴字第XX號判決判處有期徒刑六 月,緩刑二年,緩刑期間付保護管束確定。因判決違背法令 經最高法院以九十六年度台非字第 X X 號判決諭知:原判決 關於妨害性自主部分撤銷,由台灣桃園地方法院依判決前之 程序更為審判。惟原審於更為審判後,竟判處某甲連續對於 十四歲以上未滿十六歲之女子為性交,處有期徒刑陸月,減 為有期徒刑叁月。緩刑貳年,緩刑期間付保護管束。並諭知: 於刑之執行前令入相當處所施以治療,其期間至治癒為止, 但最長不得逾叁年。顯較更審前之確定判決為重,自有判決

不適用法則之違背法令。爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四十四十三條提起非常上訴,以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十七年度台非字第五九一號 上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告某甲

上列上訴人因被告妨害性自主案件,對於台灣桃園地方法院 中華民國九十七年五月二十六日第一審確定判決,認為部分 違背法令,提起非常上訴,本院判決如下:

主 文

原判決關於宣告強制治療部分撤銷。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按:刑事訴訟法第四百四十七條第二項但書規定:「前項第一款情形(按指原判決違背法令者,將其違背之部分撤銷。但原判決不利於被告者,應就該案件另行判決),如係誤認為無審法權而不受理,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。」此即不利益變更禁止之法則。所謂不利益,除就所宣告之主刑、從刑作形式上之比較外,尚須為整體之觀察,凡使被告之自由、財產、名譽等權益受較大損害者,即屬實質上之不利益。保安處分,固為防衛社會之目的,對於受處分人之危險人格特質命為一定之處置,然保安處分執行時,常使受處分人不能任意

行動,致人身自由受有某程度之限制,其中強制治療之保安 處分,因治療作為之必要,須剝奪受處分人之身體自由,所 形成之社會隔離、拘束行動結果,實與刑罰無異。倘原未宣 告強制治療,而改判應予強制治療,自屬更為不利,而有上 揭不利益變更禁止原則之適用。本件更審前(即原審九十五 年度訴字第XX號),對於被告某甲係宣判「處有期徒刑陸 月,緩刑貳年,緩刑期間付保護管束」。經本院非常上訴撤 銷由原審法院依判決前之程序更為審判(九十六年度台非字 第XX號),原審更審後,宣示仍處有期徒刑陸月,但依中 華民國九十六年罪犯減刑條例規定,減為有期徒刑叁月,並 亦緩刑貳年,緩刑期間付保護管束,尚另諭知「於刑之執行 前令入相當處所施以治療,其期間至治癒為止,但最長不得 逾叁年」。 揆諸上揭說明,即與不利益變更禁止原則之意旨 有違,自屬判決違背法令。非常上訴意旨執以指摘,洵有理 由。案經確定,且於被告不利,應由本院將原判決關於宣告 強制治療部分撤銷,以資救濟。又此項撤銷,具有改判之性 質,效力及於被告,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, 判決如主文。

中華民國 九十七 年 十二 月 二十五 日

【第八十五案】

一、關係條文

刑事訴訟法

第 451 條之 1 第 4 項但書第 3 款、第 452 條、第 449 條第 3 項、第 455 條之 1 第 1 項、第 3 項、第 369 條、第 364 條、第 378 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。又法院得為簡易判決處刑者,以所科之刑係宣告緩刑、得易科罰金之有期徒刑及拘役或罰金者為限,於檢察官聲請以簡易判決處刑之案件,經法院認應為無罪自然之論知者,應適用通常程序審判之,刑事訴訟法第四百五十一條第三項、第四百五十一條之一第四項但書第三款為問期決處刑後,經提起上訴,而地方法院合議庭認為應為則決之論知者,應依同法第四百五十五條之一第三項之規定意旨,由該地方法院合議庭制期決之論知者,應依同法第四百五十五條第二項之規定意旨,由該地方法院合議庭期第三百六十九條第二項之規定意旨,由該地方法院合議庭期第三百六十九條第二項之規定意旨,由該地方法院合議庭期第一審其決。查本件被第一審其決論知無罪(最高法院出刊法院十三年度台非字第二二四號判決意旨參照)。查本件被告因涉傷害案件,經第一審法院據檢察官聲請以簡易判決處刑後,不服台灣台北地方法院九十四年簡字第XXX號簡易判

決,提起第二審上訴,經同院管轄第二審合議庭審理結果, 認為不能證明被告犯罪,竟不適用前開法則依據刑事訴訟法 第四百五十五條之一第三項準用第三百六十九條第二項規 定改依第一審通常程序判決,而逕援引同法第四百五十五條 之一第一項、第三項、第三百六十九條第一項前段、第三百 六十四條、第三百零一條,仍以簡易程序第二審判決諭知被 告無罪,其適用法則顯有違誤。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

九十五年度台非字第九五號

上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告傷害案件,對於台灣台北地方法院中華民國九十四年十一月二十五日第二審確定簡易判決,認為部分違背法令,提起非常上訴,本院判決如下:

主文

原判決關於某甲訴訟程序違背法令部分撤銷。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按法院得為簡易判決處刑者,以所科之刑係宣告緩刑、 得易科罰金之有期徒刑及拘役或罰金者為限;於檢察官聲請 以簡易判決處刑之案件,經法院認應為無罪判決之諭知者, 應適用通常程序審判之,刑事訴訟法第四百四十九條第三 項、第四百五十一條之一第四項但書第三款、第四百五十二 條分別規定甚明。是地方法院簡易庭對被告為簡易判決處刑 後,經提起上訴,而地方法院合議庭認應為無罪判決之諭知 者,依同法第四百五十五條之一第三項準用第三百六十九條 第二項之規定意旨,應撤銷簡易庭之判決,改依第一審通常 程序審判,並自為第一審判決,不得逕依簡易程序為第二審 判決諭知無罪。本件檢察官認被告某甲涉犯傷害罪嫌,而聲 請原法院以簡易判決處刑,經原法院簡易庭以九十四年度簡 字第XX號簡易判決處刑後,被告不服,向原法院合議庭提 起第二審上訴,經原審審理結果,認被告犯罪不能證明,應 為無罪之諭知,自應適用通常程序審判之,乃原審竟逕行援 引刑事訴訟法第四百五十五條之一第一項、第三項以第二審 簡易判決為之,此部分之違誤,尚非足認應為無罪以外之判 决,自僅屬訴訟程序之違背法令。案經確定,非常上訴執以 指摘,洵有理由,應由本院將原判決關於某甲訴訟程序違背 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, 判決如主文。

中華民國九十五年五月四日

【第八十六案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第452條、第449條第1項、第3項、 第455條之1第3項、第369條、第 378條。

法院辦理刑事訴訟簡易程序案件應行注意事項第14點。

二、非常上訴理由

 欄亦援引刑事訴訟法第四百五十五條之一第三項、第三百六十九條第一項前段、第三百六十四條、第二百九十九條第一項前段之規定,且判決理由欄並未記載「自為第一審判決之意旨」,足見原審係以簡易判決程序之第二審地位而為第二審判決。依上開說明,對被告所科之刑,應以宣告緩刑、得易科罰金之有期徒刑及拘役或罰金為限。乃原判決竟科處被告有期徒刑壹年貳月,並應於刑之執行前,令入勞動場所強制工作參年。顯逾上開法定限制,而有適用法則不當之違背法令,且於被告不利。案經確定,爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴,以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十六年度台非字第二一八號 上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告竊盜案件,對於台灣高雄地方法院中華民國九十四年六月二十四日第二審確定判決,認為違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主文

原判決撤銷,由台灣高雄地方法院依判決前之程序更為審判。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院查本件原判決認定被告某甲前曾於民國七十五、七十七、七十九、九十、九十三年間屢囚犯竊盜罪,經原審法院

先後以七十五年度易字第XX號、七十七年度易字第XX 號、七十九年度易字第XX號、九十年度雄簡字第XX號、 九十三年度簡字第XX號論罪科刑確定,顯有竊盜犯行習 惯,於九十三年間所犯竊盜案件,經原審以九十三年度簡字 第XX號判處有期徒刑四月確定, 甫於九十三年十二月七日 執行完畢。詎仍不知悔改,復意圖為自己不法所有之概括犯 意,先後於如原判決附表一所示時、地,竊取某乙等人所有 之機車,嗣於同附表所載時、地為警查獲等情,因而撤銷台 灣高雄地方法院高雄簡易庭九十四年度簡字第XX號中華 民國九十四年三月十四日第一審判決,改判論被告以連續竊 盗,累犯之罪,量處有期徒刑壹年貳月,扣案鑰匙參支沒收, 並諭知應於刑之執行前,令入勞動場所強制工作叁年,已在 判決內說明其依憑之證據及理由,原非無見。惟按對於簡易 判決之上訴,準用刑事訴訟法第三編第一章及第二章之規 定,管轄第二審之地方法院合議庭受理簡易判決上訴案件, 應依通常程序審理,其認案件有刑事訴訟法第四百五十二條 之情形者,應撤銷原判決,逕依通常程序為第一審判決,此 觀刑事訴訟法第四百五十五條之一第三項、第四百五十二 條、第三百六十九條及法院辦理刑事訴訟簡易程序案件應行 注意事項第十四點之規定甚明。本件檢察官對被告所犯之竊 盗罪,初雖聲請依簡易判決處刑,然檢察官嗣後又發現被告 另涉犯其他之竊盜罪,對於本件簡易判決處刑不服,向管轄 第二審之原審合議庭提起第二審上訴,原審合議庭審理之結 果,既已認被告有竊盜之犯罪習慣,所犯之竊盜罪,顯有刑 事訴訟法第四百五十二條所規定不合簡易處刑之情形,依上

開說明,自應撤銷第一審之簡易判決處刑,逕依通常程序為第一審判決,始為適法。乃原審合議庭仍以簡易判決程序之第二審地位而為第二審判決,並科以被告有期徒刑壹年貳月,及諭知應於刑之執行前,令入勞動場所強制工作豐年,有原審審判筆錄及原判決正本可稽,自屬違背法令,案經確定且不利於被告,非常上訴執以指摘,洵有理由,因有維持被告審級利益之必要,爰將原判決撤銷,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 主文。

中華民國九十六年九月十三日

【第八十七案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第455條之5第1項、第455條之2

第1項、第455條之4第2項、第379

條第7款、第378條。

刑 法 第41條第1項前段。

台灣地區與大陸地區人民關係條例第 15 條第 1 款、第 79 條第 4 項、第 1 項。

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。查本件被告係違反台灣地區與大陸地區人民關係條例第十五條第一款之規定,依同法第七十九條第四項、第一項之規定,係處一年以上七年以下有期徒刑,得併科新台幣一百萬元以下罰金之罪,屬不得易科罰金之鄙知,顯有違誤。又協商之案件,被告表示所願受科之刑逾有期徒刑六月,且未受緩刑護人者,法院應指定公設辯護人或律師為所以下,其未選任辯護人者,法院應指定公設辯護人或律師為所項定有明文。本件被告與檢察官協商願受科之刑為有期徒刑七月,且其未選任新辯護人,而原審於九十六年八月十日審判庭時並未指定新辯護人到庭協助被告進行協商,其進行協商判決之訴訟程序,亦有違誤。案經確定,且不利於被告,

爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常 上訴,以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十七年度台非字第一二九號 上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告某甲

上列上訴人因被告違反台灣地區與大陸地區人民關係條例 案件,對於台灣新竹地方法院中華民國九十六年八月二十二 日第一審確定協商判決,認為違法,提起非常上訴,本院判 決如下:

主 文

原判決撤銷,由台灣新竹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,刑事訴訟 法第三百七十八條定有明文。犯最重本刑為五年以下有期徒 刑以下之刑之罪,而受六個月以下有期徒刑或拘役之宣告 者,始得易科罰金,刑法第四十一條第一項前段規定甚明。 又依刑事訴訟法第四百五十五條之二第一項、第四百五十五 之四第二項規定,依法進行協商之案件,須當事人雙方就被 告願受科刑之範圍達成合意,俾法院得憑以於該協商合意之 範圍內為判決。是協商程序中被告表示所願受科之刑,乃法 院依協商程序為科刑判決時量定宣告刑之依據。從而同法第 四百五十五條之五關於協商案件,被告表示所願受科之刑逾 有期徒刑六月,且未受緩刑宣告,其未選任辯護人者,法院 應指定公設辯護人或律師為辯護人,協助進行協商之規定, 所稱被告所願受科之刑,即指法院所為協商判決之宣告刑, 要非法院另依罪犯減刑條例減其宣告刑後,所減得之刑。是 協商判決原宣告刑逾有期徒刑六個月者,縱減刑後所減得之 刑在六個月以下, 苟未受緩刑宣告, 復未選任辯護人, 仍應 依上開規定指定辯護人。另依刑事訴訟法應用辯護人之案件 或已經指定辯護人之案件,辯護人未經到庭辯護而逕行審判 者,其判決當然違背法令,刑事訴訟法第四百五十五條之五 第一項、第三百七十九條第七款亦分別定有明文,而刑事訴 訟法第四百四十一條所謂「案件之審判係違背法令」,包括 原判決違背法令及訴訟程序違背法令,後者係指判決本身以 外之訴訟程序違背程序法之規定,與前者在實際上時相牽 連。非常上訴審就個案之具體情形審查,如認其判決前之訴 訟程序違背上開應用辯護人之案件而未經到庭辯護逕行審 判之規定,致有依法不應為判決而為判決之違誤,顯然於判 決有影響者,該項確定判決,即屬判決違背法令。本件被告 某甲係違反台灣地區與大陸地區人民關係條例第十五條第 一款之規定,依同法第七十九條第四項、第一項,其法定本 刑為一年以上七年以下有期徒刑,得併科新台幣一百萬元以 下罰金,屬不得易科罰金之罪,原判決竟為易科罰金之諭 知,顯有違誤。又本件被告未選任辯護人,原審於九十六年 八月十日審判中,當庭諭知同意並由當事人即時進行協商程 序,被告於協商中所表示願受科之刑為有期徒刑七月,原審

竟未指定辯護人到庭協助被告進行協商,即依該協商結果判處被告有期徒刑七月,且未對被告宣告緩刑,縱併依中華民國九十六年罪犯減刑條例減其宣告刑為有期徒刑三月又十五日,然其進行之訴訟程序,已剝奪被告對於辯護人之倚賴權,有違正當程序及公平正義之維護,且致依法不應判決而為判決之違誤,非僅訴訟程序違法,而屬判決違背法令。案經確定,非常上訴意旨執以指摘,洵有理由,原判決關於易科罰金之部分雖非不利於被告,然原審審判程序未依法指定辯護人協助被告進行協商,顯對被告不利,爰將原判決撤銷,且為維持被告之審級利益,應由原台灣新竹地方法院依判決前之程序更為審判,以資救濟。

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

中華民國九十七年三月二十日

【第八十八案】

一、關係條文

刑 事 訴 訟 法 第 455 條之 10 第 1 項、第 3 項、第 455 條之 11 第 1 項、第 378 條。

二、非常上訴理由

按判決適用法則不當者,為違背法令,又判決所載理由矛 盾,其判決當然違背法令,刑事訴訟法第三百七十八條、第 三百七十九條第十四款分別定有明文。本件原確定判決以起 訴及追加起訴被告除持有第一級毒品外,另涉有『二次』施 用安非他命犯行,惟原一審判決主文欄僅諭知被告持有第一 級毒品、施用一次安非他命之罪刑,認原一審判決主文與事 實、理由顯相矛盾,並有未依協商合意而為判決之違誤為 由,將第一審判決撤銷,發回更審。惟查第一審判決筆錄主 文欄,除記載被告持有第一級毒品外,亦已明確記載被告『二 次』施用第二級毒品之罪刑,並以三罪併罰定執行刑有期徒 刑壹年貳月,與卷內資料及協商合意內容均相符合,並無矛 盾之處,乃原審未經詳查,竟認第一審判決主文欄僅諭知被 告持有第一級毒品、施用一次安非他命之罪刑;其判決主文 與事實、理由顯相矛盾,並有未依協商合意而為判決之違誤 為由,而將原一審判決撤銷,並發回台灣苗栗地方法院。原 判決顯有適用法則不當及判決理由矛盾之違誤。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,以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十七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

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件,對於台灣高等法院台中分院中華民國九十六年一月三十一日第二審確定判決,認為違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主文

原判決撤銷。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按判決所載理由若與卷存證據資料不符,即屬證據上理由矛盾,其判決當然為違背法令。又依協商程序所為之科刑判決,不得上訴;但有刑事訴訟法第四百五十五條之四第一項第一款、第二款、第四款、第六款、第七款所定情形之一,或協商判決違反同條第二項之規定者,不在此限。第二審法院認為上訴有理由者,應將原審判決撤銷,將案件發回第一審法院依判決前之程序更為審判;此觀之同法第四百五十五條之十第一項、第三項規定自明。是依協商程序所為之科刑判決,原則上不得上訴,須合於刑事訴訟法第四百五十五條之十第一項但書規定始得提起第二審上訴,如不合上開規定而提起上訴,應認其上訴不合法,依同法第四百五十五條之

十一第一項,準用同法第三百六十七條第一項規定駁回其上 訴。本件第一審法院行協商程序時,檢察官與被告某甲均就 被告所犯施用第二級毒品安非他命二罪及持有第一級毒品 海洛因一罪為協商合意,而第一審法院刑事宣示判決筆錄, 其主文欄係記載:被告持有第一級毒品,處有期徒刑六月; 又施用第二級毒品,處有期徒刑七月;又施用第二級毒品, 處有期徒刑七月;應執行有期徒刑一年二月。係依協商合 意,就被告所犯上開三罪及在其願受科刑之範圍內為科刑判 決;嗣被告以其在協商程序中因誤解案件範圍致陷於錯誤為 由,提起第二審上訴,此有台灣苗栗地方法院九十五年度易 字第XX號、台灣高等法院台中分院九十六年度上易字第X X號案件等影印卷宗可稽。是第一審法院依協商程序而為之 科刑判決,並無未依協商合意而為判決之情形,原確定判決 竟以第一審判決於主文欄僅諭知被告持有第一級毒品、施用 一次第二級毒品罪刑,其主文與事實、理由顯相矛盾,有未 依協商合意而為判決之違誤為由,將第一審判決撤銷,改判 諭知發回第一審法院依判決前之程序更為審判,顯與卷存之 證據資料不符,自有判決理由矛盾之違背法令。又綜觀全 卷,本件被告並無誤解協商範圍之情形,其以此為由提起第 二審上訴,並不合刑事訴訟法第四百五十五條之十第一項但 書規定之適法上訴要件,依首開說明,原審本應認被告之上 訴為不合法,駁回其上訴,乃竟誤認其上訴為有理由而將第 一審判決撤銷,改判諭知發回第一審法院依判決前之程序更 為審判,併有適用法則不當之違法。本件原判決誤不合法上 訴為合法之上訴,其所為之判決屬無效之判決,自始不生效 力,但仍具有判決之形式上效力,非常上訴執以指摘,為有理由,應由本院將原判決撤銷,且無須另行判決,以符法制。 據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款, 判決如主文。

中華民國九十七年三月二十日

【第八十九案】

一、關係條文

刑 事 訴 訟 法 第 455 條之 10 第 1 項、第 378 條。 刑 法 第 53 條。

二、非常上訴理由

按刑法第五十三條所謂數罪併罰,有二裁判以上,依第五十 一條之規定,定應執行之刑者,以二裁判以上所宣告之數 罪,均在裁判確定前所犯者為必要(最高法院三十三年非字 第十九號判例要旨參照);若於一罪之裁判確定後又犯他罪 者,僅能併予執行,不能依刑法第五十一條定其應執行之 刑。次按不得上訴之判決,於宣判時即告確定(最高法院五 十五年台非字第二()五號判例要旨參照)。本件被告某甲所 犯如原裁定附表所示編號一、二、三三罪,有各該判決書在 卷可稽。經查,被告所犯如附表編號一、二之故買贓物罪, 依台灣基隆地方法院九十六年度易字第XX號宣示判決筆 錄,係依協商程序而為判決,而協商程序除有刑事訴訟法第 四百五十五條之四第一項第一款,於本訊問程序終結前,被 告撤銷協商合意或檢察官撤回協商聲請者;第二款,被告協 商之意思非出於自由意志者;第四款,被告所犯之罪非第四 百五十五條之二第一項所定得以協商判決者;第六款,被告 有其他較重之裁判上一罪之犯罪事實者;第七款,法院認應 諭知免刑或免訴、不受理者情形之一者,及違反同條第二

項,法院『應於協商合意範圍內為判決;法院為協商判決所 科之刑,以宣告緩刑或二年以下有期徒刑、拘役或罰金為限』 之規定者外,不得上訴。刑事訴訟法第四百五十五條之十第 一項(前段),定有明文。查上開協商判決,就被告某甲部 分,並無任何刑事訴訟法第四百五十五條之四第一項第一 款、第二款、第四款、第六款、第七款所定情形之一,或協 商判決違反同條第二項之規定者,例外得為上訴之情形存 在;且該協商判決亦無任何當事人提起上訴,因之,被告某 甲上開編號一、二之故買贓物罪,其協商判決,應於宣判時 即九十六年八月二十九日即告確定。惟第一審裁定,誤認該 判決須經當事人收受判決書之送達十日後,於九十六年十二 月十七日始確定。又被告另犯如附表編號三之公共危險罪, 其犯罪日期為九十六年十一月十八日,該判決於九十七年二 月二十五日確定。依上開犯罪時間及裁判確定之時間,編號 三之罪,係在編號一、二之罪裁判確定後所犯,依刑法第五 十三條之規定及首開判例意旨,法院為定應執行之刑之裁定 時,自應就編號一、二(所示)二罪定其應執行之刑,方為 適法,而編號三之罪,僅能併予執行,不能依刑法第五十一 條定其應執行之刑。乃第一審法院不察,竟就編號三之罪與 編號一、二之罪,裁定合併定其應執行之刑,其裁定自有不 適用法則之違背法令。被告不服提起抗告,惟原審法院仍認 該協商判決,必須經當事人收受判決書之送達十日後,於九 十六年十二月十七日始確定,未予糾正,而駁回其抗告,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 九十七年度台非字第四八五號

上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告贓物等罪定應執行刑案件,對於台灣高等 法院中華民國九十七年六月十八日第二審確定裁定,認為違 法,提起非常上訴,本院判決如下:

主 文

原裁定及第一審裁定均撤銷。

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。又減刑、定應執行刑之裁定,與科刑之判決有同等效力,如該確定裁定違背法令,自得提起非常上訴。另按依刑事訴訟法第七編之一協商程序所為之科刑判決,不得上訴;但有刑事訴訟法第四百五十五條之四第一項第一款、第二款、第四款、第六款、第七款所定情形之一,或協商判決違反同條第二項之規定者,不在此限,為刑事訴訟法第四百五十五條之十第一項所明定。是依協商程序所為之科刑判決,原則上不得上訴,須合於刑事訴訟法第四百五十五條之十第一項但書之規定,始得例外提起上訴。又刑法第五十三條規定:「數罪併罰,有二裁判以上,依第五十一條規定,定應執行之刑」,係以該二裁判以上所

宣告之數罪,均在裁判確定前所犯者為必要;若於其中甲罪 之判決確定後,復犯乙罪,則甲、乙兩罪即無適用該條之餘 地。亦即如於一罪之裁判確定後又犯他罪者,則祇能併予執 行,不能依刑法第五十一條規定定其應執行之刑。被告某甲 所犯如原裁定附表編號一、二所示之故買贓物二罪,均係台 灣基隆地方法院,依刑事訴訟法第七編之一之協商程序,不 經言詞辯論,於協商合意範圍內所為之科刑判決,有台灣基 隆地方法院九十六年度易字第XX號宣示判決筆錄影本乙 份在卷可稽。而依前開台灣基隆地方法院第一審協商判決所 確認之事實,依協商程序所為之系爭科刑判決,又無刑事訴 訟法第四百五十五條之四第一項第一款、第二款、第四款、 第六款、第七款所定情形之一,或有違反同法條第二項規定 之情事, 揆諸前揭法律規定, 當事人自不得對依協商程序所 為之上開科刑判決提起上訴,該第一審協商判決,應於九十 六年八月二十九日第一審判決時即告確定。又被告係於九十 六年十一月十八日再犯如原裁定附表編號三所示之公共危 險罪,於九十七年一月二十四日,經台灣基隆地方法院判處 有期徒刑三月,如易科罰金,以新台幣一千元折算一日,於 九十七年二月二十五日確定,亦有上開刑事判決影本乙份在 卷可按。則該附表編號三所示之公共危險罪,顯係於原裁定 編號一、二所示故買贓物二罪裁判確定後所犯,揆諸前開法 條規定及說明,該編號三所示公共危險罪所論處之刑,僅能 併予執行,不能與該附表編號一、二所示之故買贓物二罪合 併定應執行刑。第一審不察,誤依檢察官之聲請,就該附表 編號一、二、三所示三罪裁定定應執行之刑,自有適用法則

不當之違法。原裁定法院亦誤認系爭協商判決,必須於當事 人收受判決書送達之十日後,即九十六年十二月十七日始告 確定,因而維持第一審就該附表編號一、二、三所示三罪定 其應執行刑之裁定,乃駁回被告在第二審之抗告,同屬於法 有違。案經確定,且於被告不利(被告於所犯上揭三罪,合 併定其應執行之刑前,均得易科罰金,經定其應執行刑為有 期徒刑七月後,始不得易科罰金),非常上訴意旨執以指摘, 非無理由,應由本院將第一審裁定及原裁定均撤銷,並駁回 檢察官之聲請,以資救濟。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款, 判決如主文。

中華民國九十七年十月十六日

【第九十案】

一、關係條文

刑 事 訴 訟 法 第 476 條、第 379 條第 4 款。 刑 法 第 75 條之 1。

二、非常上訴理由

按法院所認管轄之有無係不當者,其判決當然違背法令,刑事訴訟法第三百七十九條第四款定有明文。又緩刑之宣告應撤銷者,由受刑人所在地或其最後住所地之地方法院檢察署檢察官聲請該法院裁定之,同法第四百七十六條定有明文。經查本件被告即受刑人某甲之戶籍地在彰化縣鹿港鎮〇〇巷XX號,居所地在高雄市三民區〇〇路XX巷十三號XX樓,且在台灣南投地方法院檢察署轄內並無在監、在押之紀錄。是台灣南投地方法院對本件聲請撤銷緩刑宣告之案件,並無管轄權,乃竟誤認為有管轄權,而裁定撤銷受刑人某甲緩刑之宣告。依首開說明,其裁定當然違背法令。案經確定,爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴,以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十六年度台非字第三一號 上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長 被 告 某甲 上列上訴人因被告違反電信法案件,對於台灣南投地方法院 中華民國九十五年一月十七日第一審撤銷緩刑之確定裁 定,認為違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主 文

原裁定撤銷。

檢察官之聲請駁回。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按撤銷緩刑宣告之裁定,與科刑判決有同等效力,於裁 定確定後,認為違法,得提起非常上訴,本院著有四十四年 台非字第四一號判例可資參照。又緩刑之宣告應撤銷者,由 受刑人所在地或其最後住所地之地方法院檢察署檢察官聲 請該法院裁定之,刑事訴訟法第四百七十六條定有明文。本 件被告某甲前因違反電信法案件,經台灣南投地方法院判處 罰金新台幣六萬元,緩刑二年,於民國九十三年七月十二日 確定。檢察官以被告於緩刑期間內即九十三年十二月底某日 更犯違反電信法案件,經台灣屏東地方法院於九十四年九月 二十六日判處有期徒刑四月確定,認被告於緩刑期內更犯 罪,而受有期徒刑以上刑之宣告,向台灣南投地方法院聲請 撤銷緩刑,經該法院九十五年度撤緩字第X號裁定准許撤銷 緩刑。然查本件被告即受刑人某甲之戶籍地在彰化縣鹿港鎮 ○○巷XX號,居所地在高雄市三民區○○路XX巷XX號 二十二樓,且在台灣南投地方法院轄內並無在監、在押之紀 錄,有法務部戶役政連結作業系統被告個人戶籍資料,及台 灣高等法院出、入監簡列表各一件存於原審卷可考。按諸前

揭說明,台灣南投地方法院對本件聲請撤銷緩刑宣告之案件,並無管轄權,乃原審不察,竟誤認為有管轄權,而裁定撤銷受刑人某甲之緩刑宣告,顯有管轄不當之違背法令。案經確定,且不利於被告,非常上訴意旨執以指摘,洵有理由,應由本院將原裁定(九十五年度撤緩字第X號)撤銷,並另行判決駁回第一審檢察官之聲請,以資糾正。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但 書,判決如主文。

中華民國九十六年二月八日

【第九十一案】

一、關係條文

公務人員選舉罷免法 第98條第 3 項(修正後為第113條第 3 項)

刑 法 第143條第2項。

刑事訴訟法 第378條。

二、非常上訴理由

按公職人員選舉罷免法第九十八條第三項規定,『犯本章之罪或刑法分則第六章之妨害投票罪,宣告有期徒刑以上之刑者,並宣告褫奪公權。』本件被告某甲等六人原審判決均各依違反刑法第一百四十三條第一項規定判處有期徒刑三月,卻漏未宣告褫奪公權;且亦均未依刑法第一百四十三條第二項規定對被告等收受賄賂部分宣告沒收或追徵其價額,即有判決不適用法則之違背法令。案經確定,爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴,以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十六年度台非字第六八號 上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

某乙

丙○○ 某丁○ 戊○○

上列上訴人因被告等違反公職人員選舉罷免法案件,不服台 灣屏東地方法院中華民國九十五年七月三十一日第一審確 定判決,認為違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主 文

原判決關於違背法令部分撤銷。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按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。又公職人員選舉罷免法第九十八條第三項規定:犯本章之罪或刑法分則第六章之妨害投票罪,宣告有期徒刑以上之刑者,並宣告褫奪公權。刑法第一百四十三條第二項規定:犯前項之罪者,所收受之賄賂沒收時,追徵其價額。因此,犯司之。如全部或一部不能沒收時,追徵其價額。因此,犯司告,即應併宣告褫奪公權,其所得之賄賂亦應追徵沒收,即應併宣告褫奪公權,其所得之賄賂亦應追徵沒收,其內、某戊、某己係犯刑法第一百四十三條第一項,有投票權之人,收受賄賂,而許以投票權為一定之行使罪,各處有期之人,收受賄賂,而許以投票權為一定之行使罪,各處有期徒刑三月,如易科罰金均以三百元折算一日,均緩刑二年。而竟均未依公職人員選舉罷免法第九十八條第三項之規定宣告褫奪公權。且對被告等所收受之賄賂,即某甲新台幣(下

同)二千五百元、某乙一千元、某丙二千五百元、某丁二千元、某丁戊二千元、某己一千元,亦未依刑法第一百四十三條第二項之規定諭知沒收,顯有刑事訴訟法第三百七十八條所定之判決違背法令。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等,應由本院將原判決關於違背法令部分撤銷,以資糾正。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前 段,判決如主文。

中華民國九十六年四月十二日

【第九十二案】

一、關係條文

少年事件處理法 第 27 條第 1 項第 2 款、第 2 條。 少年事件處理法施行細則第 8 條第 1 項、第 2 項。 刑 事 訴 訟 法 第 5 條、第 6 條、第 7 條、第 303 條 第 1 款、第 304 條、第 379 條第 4 款。

二、非常上訴理由

按法院所認管轄權之有無係不當者,其判決當然違背法令。 刑事訴訟法第三百七十九條第四款定有明文。又案件由犯罪 地或被告之住所、居所或所在地之法院管轄;無管轄權之案 件,應諭知管轄錯誤之判決,同法第五條第一項、第三百 四條定有明文。再按檢察官受理一般刑事案件,發現被告已 嚴者,不在此限。前項但書情形,檢察官應適用本法第四 支規定,進行偵查,認應起訴者,應向少年法院提起公訴, 少年事件處理法施行細則第八條第一、二項,分別定有明 文。本件,某甲為(民國)七十四年七月X日生,於犯罪時 未滿十八歲,惟於檢察官受理案件後偵查終結時,已滿二 文。本件,某甲為(民國)七十四年十二月二十一日),依少年 大人歲,惟於檢察官受理案件後偵查終結時, 是理法施行細則第八條第一、二項規定之意旨,應由檢察 官向該管少年法院提起公訴,無庸移送該管少年法院行使 議權;又被告某甲住居所位於台南縣,犯罪地不詳,且其與 另案被告某乙、某丙(住居所均位於高雄市)等人間,並無數人共犯一罪或數罪,或數人同時在同一處所個別犯罪之情形,亦無犯與本罪有關係之藏匿人犯、湮滅證據、偽證、贓物各罪之情形,與刑事訴訟法第六條、第七條所規定之牽連管轄之要件不符,故本件原應由台灣台南地方法院少年法庭管轄,乃檢察官誤向台灣高雄地方法院聲請簡易判決,台灣高雄地方法院本應依刑事訴訟法第三百零四條之規定,為管轄錯誤之判決,並同時將案件移送該管台南地方法院少年法庭審理,原判決竟未如此,而依刑事訴訟法第三百零三條第一款為不受理判決,依首開說明,其判決當然違背法令。案經確定,爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴,以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十五年度台非字第一六四號 上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告詐欺案件,對於台灣高雄地方法院中華民國九十五年三月二十日第一審確定判決,認為違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主 文

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上述理由(見前二)

本院按:檢察官受理一般刑事案件,發現被告犯罪時未滿十

八歲者,應移送該管少年法院,但被告已滿二十歲者,不在 此限;上開但書情形,檢察官應適用少年事件處理法第四章 之規定,進行偵查,認應起訴者,應向少年法院提起公訴; 少年事件處理法施行細則第八條第一、二項,分別定有明 文。又少年事件處理法第五條規定:「直轄市設少年法院, 其他縣(市)得視其地理環境及案件多寡別設少年法院「尚 未設少年法院地區,於地方法院設少年法庭。但得視實際情 形,其職務由地方法院原編制內人員兼任,依本法執行之」。 後按依法應由少年法院管轄審判之刑事案件,如由普通法院 管轄審判者,其判決為管轄錯誤;於未設有少年法院之地區 與高等法院及其分院,應由少年法庭審判之刑事案件,如由 普通刑事庭審判者,為法院組織不合法。又無管轄權之案 件,應諭知管轄錯誤之判決,並同時諭知移送於管轄法院, 刑事訴訟法第三百零四條定有明文。至於少年事件處理法第 二十七條有關少年觸犯刑罰法律者應移送該有管轄權之法 院檢察署檢察官之規定,其中第一項第二款於八十九年二月 二日修正公布,將原規定之「事件繫屬前已滿十八歲者」之 要件,修正為「事件繫屬後已滿二十歲者」;惟該條款之修 正並未因而變更同法「少年」之定義,此觀同法第二條關於 本法稱少年者,謂十二歲以上十八歲未滿之人之規定,並未 同時修正即明;該第二十七條第一項第二款之修正,僅係宣 示未滿十八歲之少年所為之觸法行為,其少年本人適用少年 保護事件處分之適應性,依法可延長至二十歲;亦即,少年 觸法行為發生於未滿十八歲之前,其在未滿二十歲前,仍得 依法適用少年保護事件之程序;但少年滿二十歲成年之後既 無以少年保護事件處理之必要,則少年法庭對已滿二十歲之 人亦先無議權之空間。是該少年事件處理法第二十七條第一 項第二款之規定,非謂檢察官於受理案件時少年尚未滿二十 歲,而於發現少年已滿二十歲時,仍應移送於少年法庭行使 先議權,以決定是否以少年保護事件處理。本件被告某甲為 民國七十四年七月X日出生,於犯罪時未滿十八歲,有其年 籍資料在卷,惟於檢察官受理案件後,於九十四年十二月二 十一日偵查終結時,已滿二十歲,依少年事件處理法施行細 則第八條第一、二項之規定,應由檢察官向該管少年法院提 起公訴。本件檢察官誤向台灣高雄地方法院簡易庭聲請簡易 處刑 (嗣經該庭改依普通程序處理),而高雄係設有少年法 院之地區,原法院自應依法諭知管轄錯誤之判決,並依上開 規定將案件移送於有管轄權之少年法院(或少年法庭)。惟 原判決以本件檢察官應先將被告移送少年法庭行使先議 權,認檢察官聲請簡易處刑係起訴違背程序,而判決不受 理; 揆諸前開說明, 其判決即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,洵有理由。又該案因不 受理判決而終結,自難認該違誤之不受理判決於被告不利, 是原判決既非不利被告,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,判決如主文。

中華民國 九十五 年 七 月 二十七 日

【第九十三案】

一、關係條文

少年事件處理法 第78條第1項。

懲治盜匪條例(廢止)第5條第1項第1款、第7條第1

項、第8條。

刑 法 第28條、第37條第2項、第38條

第1項第2款、第55條、第56條。

刑事訴訟法 第378條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴訟法 第三百七十八條定有明文;又對於少年不得宣告褫奪公權, 少年事件處理法第七十八條第一項亦有規定。本件原判決事 實欄既認定被告為民國六十七年二月X日出生,行為時為十 四歲以上未滿十八歲之人,自八十四年九月二十八至同年十 一月十一日止,共同連續觸犯懲治盜匪條例之普通盜匪罪等 情,原審竟於判處罪刑時,以其所犯盜匪罪之性質,認有褫 奪公權之必要,依刑法第三十七條第二項之規定,併予宣告 褫奪公權四年,其判決自有適用法則不當之違法。爰依刑事 訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴,以 資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

九十五年度台非字第一一號

上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告盜匪案件,對於台灣高雄地方法院中華民國八十五年五月八日第一審確定判決,認為違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主 文

原判決撤銷。

某甲共同連續意圖為自己不法所有,以強暴致使不能抗拒而 取他人之物,處有期徒刑柒年陸月。

如附表二所示之物品均沒收。

如附表三所示之物品應發還被害人。

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;又對於少年不得宣告褫奪公權,少年事件處理法第七十八條第一項亦規定甚明。本件原判決認定:被告某甲(為民國六十七年二月X日出生)行為時為十四歲以上未滿十八歲之人,夥同某乙、某丙及十四歲以上未滿十八歲之少年某丁、某戊等四人共組強盜集團,於附表一所示之時間、地點,由四或五人不等為一組,於附表一所示之時間、地點,先以染髮劑噴染頭髮,再戴上口罩,繼分持西瓜刀、不具殺傷力之玩具手槍、童軍繩,以附表一所示之犯罪方法,致使被害人不能抗拒,強劫黃某等人之財物(上開各次強盜行為之時間、地點、共犯、犯罪方法、被害人、

搶得財物及處分情形均詳如附表一)。嗣於八十四年十一月 十一日二十時許,被告與上揭四人搶劫高雄市○○區○○路 ○○號○○美容護膚坊時,以相同手法綑綁被害人盧某等五 人,並搶劫財物新台幣(下同)十四萬一千四百元及支票一 張、提款卡、護照各一枚後,甫欲離開之際,遭被害人黃某 等人抵抗及俟機大喊搶劫,為高雄市政府警察局左營分局巡 邏警員趕至當場查獲某乙,其餘四人則分頭逃逸,隨後經警 循線在高雄市○○路○號十二樓○○賓館○○房租住處查 獲作案後返回上開○○賓館更換衣服並藏放作案工具、贓款 之被告及某戊二人。並於上開○○賓館○○房天花板查扣被 告與前揭四人所有如附表二所載之作案工具等情,因而援引 懲治盜匪條例第五條第一項第一款、第八條,刑法第二十八 條、第五十六條、第三十七條第二項、第三十八條第一項第 二款(漏引懲治盜匪條例第七條第一項及刑法第五十五條) 等相關之規定,論處被告共同連續意圖為自己不法所有,以 強暴致使不能抗拒而取他人之物,處有期徒刑柒年陸月,褫 奪公權肆年;如附表二所示之物品均沒收;如附表三所示之 物品應發還被害人。雖已於判決內詳述其所依憑之證據及理 由,惟查被告係六十七年二月〇日出生,行為時為十二歲以 上未滿十八歲之少年,有被告之年籍資料在卷可稽,且為原 判決事實所認定,依首揭規定,對之不得宣告褫奪公權,乃 原判決竟予宣告褫奪公權肆年,顯有判決適用法則不當之違 法。案經確定,且於被告不利,非常上訴就此執以指摘洵有 理由,應由本院將原判決撤銷,另行判決如主文第二至四項 所載,以資救濟。又懲治盜匪條例雖業經廢止,但非常上訴

審認為非常上訴有理由,應撤銷原判決,另行改判時,係代替原審就其裁判時應適用之法律而裁判,故仍應依廢止前懲治條例論處被告罪刑,赴此敘明。

據上論結,依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款,廢 止前懲治盜匪條例第五條第一項第一款、第七條第一項、第 八條,刑法第十一條前段、第二十八條、第五十五條、第五 十六條、第三十八條第一項第二款,判決如主文。

中華民國 九十五 年 一 月 十三 日

【第九十四案】

一、關係條文

少年事件處理法 第78條第1項。

組織犯罪防制條例 第3條第3項、第1項。

刑 法 第305條。 刑事訴訟法 第378條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用法則不當者,為違背法令,刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又民國八十五年十二月十一日公布之現行組織犯罪防制條例第三條第三項固規定『犯第一項之罪者,應於刑之執行完畢或赦免後,令入勞動場所,強制工作』;但就少年刑事案件,少年事件處理法第七十八條第一項於八十九年二月二日修正規定『對於少年不得宣告褫奪公權及強制工作』,依狹義法優於廣義法之原則,少年犯上開條例第三條第一項之罪者,應無該條例第三條第三項之獨出人。本件原判決認定被告某甲(七十二年三月X日生,行為時為十四歲以上未滿十八歲之少年)於八十七年七月間,在台中市○○廣場○○KTV唱歌時,由朋友介紹認能犯罪組織竹聯幫忠堂台中分堂堂主某乙後,正式參與加入犯罪組織竹聯幫忠堂台中分堂或員,並由堂主某乙册封其對號

為山字輩之『山雞』, 並擔任犯罪組織幹部之『右護法』一 職。復自八十九年五、六月間起,由堂主某乙指揮帶領被告、 竹聯幫另外成員山貓某丙、山猴某丁、山豹某戊、山狼某已、 山豬某庚等人,基於共同之概括犯意聯絡與行為之分擔,至 台中縣鳥日鄉 $\bigcirc\bigcirc$ 路XX巷X號A住宅內,以加害生命、身 體、財產之方法,向A威嚇索討A之子B積欠他人新台幣(下 同)四十餘萬元之債款,並出言向A恐嚇『有沒有看到電視 上欠人家錢的後果,自己要小心』,且以渠等所攜帶之紅色 噴漆將A家中牆壁、機車隨意亂噴之方式進行恐嚇討債之活 動,致生危害於A生命、身體、財產之安全,A並因心生畏 怖而交付其子積欠他人之金錢。又於同年六、七月間,由某 乙指揮被告、山貓某丙、山狗某辛,赴台中縣太平市○○街 X號C之住處,向C索討搭蓋鐵皮屋之工程款二萬八千元, 因 C 之子與山龍某乙一言不合,被告即動手欲毆打 C 之子, 以加害生命、身體之事恐嚇,令℃心生畏懼,致生危害於℃ 之生命、身體之安全,嗣後為警循線查獲等情,因而依方法 結果牽連關係,從一重之組織犯罪防制條例第三條第一款 (項)後段之參與犯罪組織罪論處刑責,固非無見。惟查被 告行為時,係十四歲以上未滿十八歲之少年,依八十九年二 月二日修正之少年事件處理法第七十八條第一項規定,不得 對之宣告強制工作,乃原判決疏未注意及此,竟依上開條例 第三條第三項前段規定諭知被告『並應於刑之執行完畢或赦 免後令入勞動場所強制工作叁年』, 揆之首開說明, 原判決 顯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、第四百四十三條規定提起非常上

訴,以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判决 九十五年度台非字第二○八號 上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因報告違反組織犯罪防制條例案件,對於台灣高等法院台中分院中華民國九十一年五月十五日第二審確定 判決,認為部分違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主 文

原判決關於諭知某甲「應於刑之執行完畢或赦免後令入勞動場所強制工作,其期間為叁年」部分撤銷。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按:按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又組織犯罪防制條例第三條第三項前段固規定「犯第一項之罪者,應於刑之執行完畢或赦免後,令入勞動場所,強制工作」;但就少年刑事案件,少年事件處理法第七十八條第一項規定「對於少年不得宣告褫奪公權及強制工作』,依狹義法優於廣義法之原則,少年犯上開條例第三條第一項之罪者,應無該條例第三條第三項之適用(本院八十九年臺上字第五〇六五號判例參照)。本件原判決認定:被告某甲係七十二年三月X日生,於八十七年七月間(當时係十四歲以上未滿十八歲之少年),在台中市〇〇廣場十一樓〇〇KTV,經朋友介紹,

參與某乙主持之犯罪組織「竹聯幫忠堂台中分堂」為成員, 並由堂主某乙冊封為山字輩之「山雞」,擔任該犯罪組織之 「右護法」。旋於八十九年五、六月間及六、七月間,夥同 該犯罪組織之其他成員,向A、C等人為暴力討債之恐嚇行 為,係犯組織犯罪防制條例第三條第一項後段之參與犯罪組 織罪及刑法第三百零五條之恐嚇危害安全罪,所犯上開二罪 間,有方法結果之牽連關係,應從一重之參與犯罪組織罪處 斷(按原審為裁判時,刑法之牽連犯尚未刪除),並諭知應 於刑之執行完畢或赦免後令入勞動場所強制工作,其期間為 三年。惟查,被告係七十二年三月 X 日出生,於行為時為十 四歲以上未滿十八歲之少年,有被告之年籍資料在卷可稽, 且為原判決所確認之事實,依少年事件處理法第七十八條第 一項規定,自不得對之宣告強制工作。乃原判決誤依組織犯 罪防制條例第三條第三項前段規定,予以宣告強制工作三 年,即有適用法則不當之違法。案經確定且不利於被告,非 常上訴意旨執以指摘,洵有理由,應由本院將原判決關於諭 知某甲「應於刑之執行完畢或赦免後令入勞動場所強制工 作,其期間為叁年」部分撤銷,以資救濟。又本件既將違法 諭知強制工作部分撤銷,已具有改判之性質,其救濟之目的 已達,即不發生另行判決之問題,併此敘明。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款, 判決如主文。

中華民國 九十五 年 八 月 三十一 日

【第九十五案】

一、關係條文

證券交易法 第18條第1項、第175條。 證券投資顧問事業管理規則 第5條第1項第4款、第 28條第9款(98年9月25 日廢止)。

刑 事 訴 訟 法 第 378 條。 司法院大法官會議 釋字第 634 號解釋。

二、非常上訴理由

按司法院大法官會議依據憲法及司法院大法官審理案件法之規定,有統一解釋法律及命令之權。該解釋有拘束全國各機關及人民之效力,因其性質相當於法律或命令,故法官於裁判時適用解釋意旨,即與適用法律或命令而為裁判相同,如違背解釋意旨而為裁判,即屬違法(最高法院四十年度台非字第五號判例參照)。次按『中華民國七十七年一月二十九日修正公布之證券交易法第十八條第一項原規定應之之法目的及憲法保障言論自由之意旨,並不包括僅提供一般性之證券投資額,而非以直接或間接從事個別有價證券價值分析或推介建議為目的之證券投資講習。八十年十月九日修正發布之證券投資顧問事業管理規則(已停止適用)第五條第一項第四款規定,於此範圍內,與憲法保障人民職業自由

及言論自由之意旨尚無牴觸。』亦經司法院大法官會議於九十六年十一月十六日以釋字第六三四號解釋在案。查本件確定判決,就被告某甲僅提供一般性之證券投資資訊,而無直接或間接從事個別有價證券價值分析或推介建議之證券投資講習,認定屬於原證券交易法第十八條第一項所謂『證券投資顧問事業』,並認被告違反證券交易法罪證明確而駁與其上訴確定。經核本件確定判決對於原證券交易法第十八條第一項『證券投資顧問事業』及原證券投資顧問事業管理規則第五條第一項第四款『舉辦證券投資之講習』所表示見解,均違背上述釋字第六三四號解釋意旨而為裁判,揆諸首開判例說明,即屬違法。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,以資救濟及糾正。

三、附錄

最高法院刑事判决 九十七年度台非字第一一八號 上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長 被 告 某甲

上列上訴人因被告違反證券交易法案件,對於台灣台北地方 法院中華民國九十三年三月二十五日第二審確定簡易判 決,認為違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主 文

原判決撤銷,由台灣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)

本院按司法院依人民聲請所為之解釋,對聲請人據以聲請之 案件,亦有效力;又確定終局裁判所適用之法律或命令,或 其適用法律、命令所表示之見解,經司法院依人民聲請解釋 認為與憲法意旨不符,其受不利確定終局裁判者,得以該解 釋為再審或非常上訴之理由,已非法律見解歧異問題;分別 經司法院以釋字第一七七、一八五號解釋在案。本件原審判 决以第一審認定:被告某甲自民國九十年十一月間起,在財 訊快報等報紙上刊登「史○○操盤手特訓班」之廣告,以每 二月為一期收取新台幣十萬元之代價,招攬投資大眾參加其 所舉辦有關證券投資之講習課程,並在台北市○○○路○段 XX號B1內,由被告於上開課程內提供證券交易市場分析 資料以作有價證券價值分析及投資判斷建議,而從事證券投 資顧問服務之業務,計有A(課程期間為九十一年三月三十 日至九十一年五月四日)、B(課程期間為九十一年三月三 十日至九十一年五月四日)等三十人先後繳費參與前開證券 投資之講習。案經法務部調查局台北市調查處移送台灣台北 地方法院檢察署檢察官聲請簡易判決處刑。論以被告違反經 營證券投資顧問事業,應經主管機關之核准之規定,經營證 券投資顧問事業,處有期徒刑三月,如易科罰金,以三百元 折算一日,緩刑二年。認事用法並無不當,駁回被告上訴。 被告則以原判決認定其違反證券交易法第十八條第一項之 規定,應依同法第一百七十五條處罰。有牴觸憲法法律保留 原則、法律明確性原則以及第十一條、第十五條之疑義,而 聲請司法院大法官解釋。經司法院於九十六年十一月十六

日,以釋字第六三四號解釋,認中華民國七十七年一月二十 九日修正公布之證券交易法第十八條第一項原規定應經主 管機關核准之證券投資顧問事業,其業務範圍依該規定之立 法目的及憲法保障言論自由之意旨,並不包括僅提供一般性 之證券投資資訊,而非以直接或間接從事個別有價證券價值 分析或推介建議為目的之證券投資講習(釋字第六三四號解 釋文前段參照)。本件原判決維持第一審論處被告違反經營 證券投資顧問事業,應經主管機關之核准之規定,經營證券 投資顧問事業之罪刑,駁回被告在第二審之上訴。係採用證 人即財政部證券暨期貨管理委員會之 C 於原審證言, 認是否 違反證券投資顧問事業管理規則第二十八條第九款之規 定,認定的標準是針對有無對有價證券作價值分析,或投資 判斷建議,如果有這樣的行為,就是屬於從事證券投資顧問 事業,重點並不是在個股或非個股等語,而於理由內說明: 被告確有課程內提供有價證券價值分析、投資判斷建議之行 為。況被告所稱僅係舉辦講學課程之提供建議方式,亦與證 券投資顧問事業管理規則第五條第一項第四款規定證券投 資顧問事業所得經營之「舉辦有關證券投資之講習」相符; 而被告未經主管機關核准舉辦證券投資之講習,提供有價證 券價值分析、投資判斷建議,並向所招攬之學員收取費用供 作報酬,自屬從事證券投資顧問事業之行為等為由,資為認 定被告違反經營證券投資顧問事業,應經主管機關之核准之 規定,經營證券投資顧問事業行為之主要論據。原判決認被 告僅提供一般性之有價證券價值分析、投資判斷建議屬於原 證券交易法第十八條第一項所謂「證券投資顧問事業」為其

論處被告罪刑之基礎,顯與前開司法院解釋意旨相違,自屬 判決適用法則不當,於判決之結果顯有影響,非常上訴執以 指摘,洵有理由。案經確定,且於被告不利,此涉及事實認 定及為維持被告之審級利益,應由本院將原判決撤銷,由原 審法院依判決前之程序更為審判,以資救濟。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項,判決如 主文。

中華民國九十七年三月十三日

【第九十六案】

一、關係條文

政府採購法 第87條第5項。

刑 法 第1條。

刑 事 訴 訟 法 第 301 條第 1 項、第 378 條。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴 訟法第三百七十八條定有明文。又行為之處罰,以行為時之 法律有明文規定為限,刑法第一條亦有明文規定。而政府採 購法第八十七條第五項意圖影響採購結果或獲取不當利 益,而借用他人名義或證件投標或容許他人借用本人名義或 證件參加投標者,處三年以下有期徒刑,得併科新台幣一百 萬元以下罰金之規定,則係該法於民國九十一年一月十六日 修正時,始行增訂處罰之條文(對照該法於九十一年一月十 六日修正前後之條文,即可明瞭)。二、本案被告某乙係於 八十八年六月間,意圖影響採購結果,而借用他人名義及證 件投標,而被告某甲、某丙則係於上開時間容許他人借用本 人名義及證件投標,當時政府採購法尚未增訂第八十七條第 五項以處罰上開行為,台灣苗栗地方法院上開判決逕以該條 文, 對被告某甲、某乙、某丙論罪科刑, 顯有判決適用法則 不當之違法。三、爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百 四十三條提起非常上訴,以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

九十五年度台非字第九三號

上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

某乙

某丙

上列上訴人因被告等違反政府採購法案件,對於台灣苗栗地 方法院中華民國九十三年九月二十七日第一審確定判決,認 為違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主文

原判決撤銷。

某甲、某乙、某丙均無罪。

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;行為之處罰,以行為時之法律有明文規定為限,刑事訴訟法第三百七十八條、刑法第一條分別定有明文。原確定判決認定被告某甲係A木包工業之負責人,於八十八年六月間,交通部台灣區國道高速公路局中區工程處辦理「新竹至豐原段護欄及部分柵欄修復工程」招標之際,意圖影響採購結果,取得被告即B土木包工業之負責人某乙、被告即元C木包工業之負責人某丙容許,借用某乙、某丙二人名義,取得其證件,以本人及某丁之名義,向台灣銀行苗栗分行申購供押標金使用之支票,填寫投標單、營造廠商切結書,製作前三家土木包

工業名義之標封,於同月二十一日,由某甲一人持該三份標 封前往參加競標。經開標結果,A木包工業標價新台幣(下 同)四百二十九萬元最低,得優先減價,經第二次減價為三 百九十萬元,低於底價而得標等情,於九十三年五月十八日 判處某甲意圖影響採購結果,而借用他人名義及證件投標罪 刑;判處某乙、某丙意圖影響採購結果,容許他人借用本人 名義及證件參加投標罪刑。然查現行政府採購法第八十七條 第五項意圖影響採購結果或獲取不當利益,而借用他人名義 或證件投標,處三年以下有期徒刑,得併科新台幣一百萬元 以下罰金。容許他人借用本人名義或證件參加投標者,亦同 之規定。係總統於九十一年二月六日公布修正之政府採購法 所增訂之處罰規定,而被告三人於該次修正前之八十八年六 月間行為時,政府採購法對於該等行為並無處罰之明文,彼 等之行為自屬不罰,原判決未依刑事訴訟法第三百零一條第 一項規定諭知無罪之判決,卻適用裁判時法即被告等行為後 始增訂之前揭處罰規定論處罪刑,自有適用法則不當之違 法。案經確定,且不利於被告等,非常上訴意旨執以指摘, 洵有理由。應由本院將原判決撤銷,另為無罪之諭知,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、 第三百零一條第一項,判決如主文。

中華民國九十五年五月四日

【第九十七案】

一、關係條文

藥 事 法 第83條第1項、第22條第1項第1

款、第1條、第4條。

毒品危害防制條例 第8條第2項、第6項、第9條。

刑 法 第51條。 刑 事 訴 訟 法 第378條。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴訟法第三百七十八條定有明文;次按原判決就其所認定上訴人轉讓第二級毒品安非他命部分之犯行,論以毒品危害防制條例第八條第二項之『轉讓第二級毒品罪』。然查『安非他命』雖係上述條例第二項第二款所規定之『第二級毒品』,但其亦屬於藥事法所稱之『禁藥』(即藥事法第二十二條第一款所稱之『經中央衛生主管機關明令公告禁止製造為為所稱之『經中央衛生主管機關明令公告禁止制知為禁藥中央衛生主管機關明令公告禁止制知為禁藥事法第八十三條亦定有處罰明文。故行為品危害防制條例第八條第二項之『轉讓第二級毒品罪』外,屬於藥事法第八十三條第一項之『轉讓禁藥罪』,此係屬於藥法第八十三條第一項之『轉讓禁藥罪』,此係屬於藥法第八十三條第一項之『轉讓禁藥罪』,此係屬於藥法第八十三條第一項之『轉讓禁藥罪』,此係屬於不可之。以,

擇一處斷。而毒品危害防制條例第八條第二項轉讓第二級毒 品罪之法定本刑為『六月以上五年以下有期徒刑,得併科新 台幣七十萬元以下罰金』。而民國九十三年四月二十一日修 正後藥事法第八十三條第一項轉讓禁藥罪之法定本刑為『七 年以下有期徒刑,得併科新台幣五百萬元以下罰金』。且原 判決並未認定上訴人轉讓安非他命之情節(亦即其轉讓之數 量及對象),有應依毒品危害防制條例第八條第六款及第九 條之規定加重其刑至二分之一之情形。則修正後藥事法第八 十三條第一項之罪之法定本刑,顯較毒品危害防制條例第八 條第二項之罪之法定本刑為重,依前述『重法優於輕法』之 法理,本件上訴人轉讓安非他命部分之行為,自應優先適用 藥事法第八十三條第一項之規定處斷。乃原判決竟依毒品危 害防制條例第八條第二項之規定論以『轉讓第二級毒品 罪』,依上述說明,其適用法則自有不當,此有最高法院九 十六年度台上字第三五八二號判決闡釋甚詳。二、本件台灣 花蓮地方法院第一審判決(九十六年度訴字第XX號及九十 六年度訴字第XX號)就被告某甲與某乙(尚未送執行)關 於共同轉讓第二級毒品確定判決部分,係認定『某甲與某乙 又基於共同轉讓第二級毒品安非他命之犯意,於九十五年十 二月十六日二十三時許,因某丙毒癮發作而向某甲索討安非 他命施用,某甲即於花蓮縣花蓮市長頸鹿遊樂場附近,將重 量約零點零幾公克之第二級毒品安非他命交給某乙後,囑由 某乙無償轉讓予某丙施用』之事實,犯罪時間係於藥事法第 八十三條第一項轉讓禁藥罪,九十三年四月二十一日修正生 效之後,台灣花蓮地方法院第一審確定判決卻以被告某甲之 共同轉讓第二級毒品,依毒品危害防制條例第八條第二項論 罪科刑,而未按『重法優於輕法』、『後法優於前法』等法 理,由毒品危害防制條例第八條第二項之『轉讓第二級毒品』 與藥事法第八十三條第一項之『轉讓禁藥』兩罪中,擇一處 斷,而以藥事法第八十三條第一項之『轉讓禁藥』罪,論罪 科刑,就此原確定判決自不無適用法則不當之違背法令。 三、再按數罪併罰,應於判決時,依刑法第五十一條各款, 宣告其應執行之刑者,以其數個罪刑之宣告,係同一判決者 為限,此為最高法院四十三年台上字第四四一號判例可稽。 台灣花蓮地方法院第一審判決(九十六年度訴字第XX號及 九十六年度訴字第 X X 號) 就被告某甲確定判決關於販賣第 二級毒品、轉讓第一級毒品及共同轉讓第二級毒品部分,主 文諭知『某甲犯……。又犯如附表二所示之罪,均累犯,各 處如附表二所示之刑,應執行有期徒刑拾年,....。又犯附 表三所示之罪,均累犯,各處如附表三所示之刑,各減為如 附表三所示之刑,應執行有期徒刑壹年。又共同轉讓第二級 毒品,累犯,處有期徒刑捌月,減為有期徒刑肆月。應執行 無期徒刑,褫奪公權終身,……』,即就原確定判決附表二 之販賣第二級毒品、附表三之轉讓第一級毒品,分別諭知『應 執行刑』後,再與販買(賣)第一級毒品及共同轉讓第二級 毒品,再諭知『應執行刑』,顯然違背刑法第五十一條規定, 致有違背法令之處。四、案經確定,爰依刑事訴訟法第四百 四十一條、第四百四十三條提起非常上訴,以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十七年度台非字第三九七號

上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件,對於台灣花 蓮地方法院中華民國九十六年十二月二十六日第一審確定 判決,認為部分違背法令,提起非常上訴,本院判決如下:

主文

原判決關於共同轉讓第二級毒品及其附表二、三所示之刑先 行定應執行刑違背法令之部分均撤銷。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按:(一)、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。又安非他命為第二級毒品,並經行政院衛生署於七十五年七月十一日以衛署藥字第五九七六二七號重申公告禁止使用在案,迄未變更,仍應認屬藥事法第二十二條第一項第一款所列之禁藥,有該署九十七年八月二十一日衛藥字第①九七〇〇三七七六〇號致本院函可稽。再藥事法所規範者,係藥事之管理;所稱藥事、並非僅止於藥物(指藥品及醫療器材),尚包括藥商、藥局及其有關之事項,此觀該法第一條、第四條之規定自明。而毒品未必係經公告之禁藥,禁藥亦未必為毒品,亦有上揭行政院衛生署函可資參照。故毒品危害防制條例與藥事法二者,並無必然之特別法與普通法關係。是除轉讓之安非他命,其數量達行政院依毒品危害防制條例第八條第六項規定所訂定之標準,經依法加重該條第二項之法定刑後,較藥事

法第八十三條第一項之法定刑為重之情形外,因藥事法第八 十三條第一項係於九十三年四月二十一日修正公布,同年月 二十三日施行,為毒品危害防制條例第八條第二項之後法, 且為重法,自應優先適用藥事法處斷。本件依原確定判決所 認定被告某甲於九十五年十二月十六日與某乙共同轉讓安 非他命零點零幾公克(未達公告應依毒品危害防制條例第八 條第六項加重之淨重十公克之數量)等情,被告應係犯藥事 法第八十三條第一項之轉讓禁藥罪。原判決疏未注意及此, 而按毒品危害防制條例第八條第二項之轉讓第二級毒品論 處罪刑,顯有適用法則不當之違背法令。(二)、數罪併罰應 分别宣告其罪之刑,然後依法定標準定其應執行之刑,刑法 第五十一條定有明文。所謂其罪之刑,包括主刑、從刑而言, 固無論主刑、從刑,均須依其所犯之罪分別宣告後,再據以 定其應執行之刑,方為相當(本院五十三年台上字第一三八 二號判例參照)。本件原判決關於被告販賣第二級毒品五罪 (其判決附表二部分)、轉讓第一級毒品二罪(其判決附表 三部分) 等二部分, 主文諭知「某甲犯……。又犯如附表二 所示之罪,均累犯,各處如附表二所示之刑,應執行有期徒 刑拾年, ……。又犯附表三所示之罪,均累犯,各處如附表 三所示之刑,各減為如附表三所示之刑,應執行有期徒刑壹 年」,並與其餘同判決附表一所示之罪所處之刑(販賣第一 級毒品部分經提起第二審上訴,不在本件非常上訴範圍)及 共同轉讓第二級毒品所減得之刑,就主刑部分定應執行無期 徒刑,褫奪公權終身。亦即原判決就其附表二之販賣第二級 毒品五罪、附表三之轉讓第一級毒品二罪,先行分別定各該 部分之應執行刑後,再與其他販賣第一級毒品及共同轉讓第二級毒品部分諭知全部之應執行刑,核與首揭定應執行刑之法則不符,且各該部分(即其附表二、三部分)不當先行定應執行刑之結果,致生不必要之自由裁量之內部性界限之拘束效力,顯然影響於判決之本旨,而有適用法則不當之違背法令。(三)、案經確定,非常上訴意旨執以指摘,洵有理由,惟原判決上揭違誤均尚非不利於被告,應僅由本院將其關於違背法令之部分撤銷,以資糾正。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段,判決如主文。

中華民國九十七年八月二十九日

【第九十八案】

一、關係條文

貪污治罪條例 第4條第1項第1款。

刑事訴訟法 第378條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者為違背法令,刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。經查:被告某甲係台灣鐵路管理局台北機廠電機一場技術工,其竊取柴電機廠廢銅瓦懸掛軸承十三只,除涉犯刑法之竊盜罪嫌外,因被告具備公務人員身分,且依交通部台灣鐵路管理局八十九年十二月頒訂之材料管理須知規定,上開銅瓦廢料必須公開標售,是被告另涉有貪污治罪條例第四條第一項之竊取公用或公有器材、財物罪嫌,原審未慮及此,其判決即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,以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十五年度台非字第四九號

上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告竊盜案件,對於台灣台北地方法院中華民國九十四年八月八日第一審確定簡易判決,認為違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主 文

原判決關於違背法令之部分撤銷。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴 訟法第三百七十八條定有明文。貪污治罪條例,乃係刑法之 特別法,依據法令從事公務之人員,於執行職務之際,而有 不法取得他人財物之貪污行為者,不論其貪污行為之態樣如 何,均應適用該條例之相當條文,予以論罪科刑,斷無再援 用刑法予以從寬論處之餘地,藉以嚴懲貪污,澄清吏治。依 法令從事公務之人員,竊取公用或公有器材、財物者,處無 期徒刑或十年以上有期徒刑,得併科新台幣一億元以上罰 金,貪污治罪條例第四條第一項第一款定有明文。原判決引 用檢察官聲請簡易判決處刑書之記載,認定被告某甲係台灣 鐵路管理局台北機廠電機一場技術工,為償還欠款,竟意圖 為自己不法之所有,於民國九十四年七月二十一日上午七時 二十分許,在台北市市○○道○段XX八號台北機廠柴電工 場內,徒手竊取台北機廠所有、總值達新台幣二千九百六十 四元之柴電機車廢銅瓦懸掛軸承十三只,得手後,盡數置放 於被告所駕駛之車牌號碼X四XX─○○自用小客車後車 廂中;嗣經柴電工場員工察覺有異,報警循線查獲,始悉上 情等情。被告係依法令從事公務之人員,意圖為自己不法之 所有,竊取公有財物,此與其職務有相當之關連性,依上開 說明,自應依貪污治罪條例第四條第一項第一款處斷。乃原 判決竟依刑法第三百二十條第一項規定,論以竊盜罪,處罰 金參仟元,顯有適用法則不當之違誤。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 將其違背法令之部分撤銷,以資糾正。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前 段,判決如主文。

中華民國九十五年三月三日

【第九十九案】

一、關係條文

貪污治罪條例 第10條第1項、第2項、第4條第1

項第3款。

刑事訴訟法 第378條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴訟法 第三百七十八條定有明文。又犯貪污治罪條例第四條第一項 第三款收取回扣罪者,其所得財物,應予追繳,並依其情節 分別沒收或發還被害人。該財物如全部或一部無法追繳時, 應追繳其價額,或以其財產抵償之,亦為同上條例第十條所 明定。若屬應沒收之財物,縱被告於犯罪後已返還,仍應諭 知没收,如全部或一部無法追繳時,應追徵其價額或以其財 產抵償,不能因其返還而免責。又經辦公用工程收取回扣罪 所稱『回扣』,係指公務員意圖不法所有,將應給付之工程 價款中,與對方約定,取得一定比率或扣取其中一部分,據 為不法所有之謂也。從而,交付回扣之人與被告約定給付不 法之回扣,即非犯罪之被害人,不發生發還問題(最高法院 八十八年度台上字第一八六二號刑事判決參照)。經查本件 原確定判決既認定被告某甲、某乙共犯貪污治罪條例第四條 第一項第三款收取回扣罪,共取得回扣新台幣(下同)五十 七萬九千五百元,已返還交付回扣之人A等三人每人各十二 萬六千五百元,尚留存回扣二十萬元等情,揆諸上揭說明, 交付回扣之人A等三人均非犯罪之被害人,不發生發還回扣 問題。原判決應將回扣五十七萬九千五百元全部追繳沒收, 如全部或一部無法追繳時,以被告財產抵償之,始為適法。 詎竟諭知留存部分二十萬元發還交付回扣之人,已發還部分 未為追繳沒收,即有適用法則不當之違背法令。案經確定, 爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常 上訴,以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十五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

某乙

上列上訴人因被告等貪污案件,對於台灣高等法院高雄分院 中華民國九十一年十一月十九日第二審確定判決,認為部分 違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主 文

原判決關於某甲、某乙所得財物應予追繳發還違背法令之部 分撤銷。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴訟法第三百七十八條,定有明文。又貪污治罪條例第十條第 一項、第二項固規定:「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;前項財 物之全部或一部無法追繳時,應追徵其價額,或以其財產抵 償之」。然公務員經辦公用工程,收取回扣罪,其交付回扣 之人縱係對公務員職務上之行為為之,不成立交付回扣罪, 但此種玷辱公務員應公正廉潔執行職務之違背公序良俗行 為,自不在法律保護範圍之內,倘猶認其屬被害人,豈非變 相鼓勵貪污?自與制定貪污治罪條例旨在嚴懲貪污,澄清吏 治之立法本旨有違。是以對公務員經辦公用工程,交付回扣 之人,不能認屬被害人,其所交付之回扣應予沒收,不得發 還之,此為當然之解釋。本件原確定判決事實既認○○縣 ○○鄉公所(以下簡稱○○鄉公所)因建築物使用數十年已 老舊龜裂,需另購地興建辦公大樓,乃由鄉公所組成「興建 行政大樓地價查估小組」。被告某甲係○○鄉公所課員,負 責總務業務,擔任該地價查估小組執行秘書,負責地價之蒐 集;被告某乙為該鄉鄉民代表會代表,對該購地預算案有審 議之責。二人均係依據法令從事公務之人員。某甲因負責承 辦○○鄉公所(含代表會)行政大樓興建及購地等公用工程 之業務,於民國八十八年一月間,選定該鄉〇〇段一三五九 及一三六一地號土地,作為興建用地,並以價購方式取得該 兩筆土地。某甲、某乙藉經辦此項購地案之機會,向一三六 一地號土地所有權人D、E各收取回扣十萬元,並向同地號 所有權人A、B、G各收取十二萬六千五百元之回扣,合計 得款五十七萬九千五百元等情。理由內並說明某乙、某甲係 依土地價與購地價間之差額,以每坪六千五百元計算,向 A、B、G收取回扣,另依與E之女蔡玉美協議,由E交付

回扣十萬元,D亦依同一標準交付回扣十萬元。乃論某乙、 某甲以貪污治罪條例第四條第一項第三款共同依據法令從 事公務之人員,經辦公用工程收取回扣罪責。依原判決此項 認定之事實,A、B、C、D、E交付回扣,與某乙、某甲 收受回扣,二行為之間具對合關係,其所侵害之法益,為國 家之官箴,交付回扣之A、B、C、D、E並非被害人。法 院對於貪污案件,如依上開法條論處被告罪刑,按同條例第 十條第一項規定,只能追繳沒收賄款,繳交國庫,而不能追 繳發還交付回扣之人。原確定判決誤認A、B、C、D、E 為被害人,將某乙、某甲收取回扣二十萬元諭知發還D、E, 並引證人C、G之證詞及某乙之供述,以某甲、某乙向A、 B、C所收取回扣三十七萬九千五百元,嗣為佯係借款以掩 飾犯行而返還A、B、C,此部分不另為追繳發還之諭知, 其適用法則自屬不當。案經確定,非常上訴意旨執以指摘此 部分之確定判決違背法令,洵有理由。惟原確定判決已諭知 某甲、某乙共同所得財物二十萬元應予連帶追繳發還D、E 各拾萬元,如全部或一部無法追繳時,以其財產抵償之。而 沒收或發還被害人,僅係就追繳所得款項分別依有無被害人 之情節而異其處理。原確定判決將應予沒收之追繳財物,誤 為發還D、E之諭知,對被追繳財物或以財產抵償之某甲、 某乙,並非不利。再原確定判決以某乙、某甲向A、B、G 所收取之回扣已返還,未就此部分為追繳及沒收之諭知,亦 非對某甲、某乙不利。自應由本院僅將原確定判決關於某 乙、某甲所得財物應予追繳發還違背法令部分撤銷,以資糾 正。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段,判決如主文。

中華民國九十五年一月十三日

【第一○○案】

一、關係條文

貪污治罪條例 第11條第4項、第3項、第1項。

刑 法 第41條。

刑 事 訴 訟 法 第376條第 1 款、第378條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴訟法 第三百七十八條定有明文。又按刑法總則之加重,係概括性 之規定,所有之罪名均一體適用;刑法分則之加重,係就犯 罪類型變更之個別犯罪行為予以加重,成為另一獨立之罪名 (最高法院九十二年度第一次刑事庭會議決議意旨參照)。 貪污治罪條例第十一條第四項規定,僅對行為人自首或偵查 及審判中自白者,有所規範,並無變更其原來交付賄賂之犯 罪類型,應屬刑法總則之減輕性質,故貪污治罪條例第十一 條第三項、第一項之法定刑並未減輕,仍為一年以上七年以 下有期徒刑。本件原判決認定被告某甲有如犯罪事實要旨欄 所載之共同連續對於依據法令從事公務之人員,關於違背職 務之行為,交付賄賂犯行,而適用貪污治罪條例第十一條第 三項、第一項論處罪刑。因被告於偵查及審判程序中自白犯 罪,依同條例第十一條第四項之規定,減輕其刑。而宣告有 期徒刑六月,併科罰金新台幣十五萬元,有期徒刑如易科罰 金,罰金如易服勞役,均以銀元三百元即新台幣九百元折算

一日。褫奪公權二年。惟查,其中有期徒刑六個月部分,依 上開說明,並不符合(修正前)刑法第四十一條第一項之規 定,屬犯最重本刑五年以下有期徒刑以下之刑之罪,不得諭 知易科罰金。原判決竟諭知如易科罰金,以銀元參佰元即新 台幣玖佰元折算壹日。此部分顯有判決適用法則不當之違背 法令。案經確定,惟對於被告尚非不利,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 九十六年度台非字第二八號

上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告違反貪污治罪條例案件,對於台灣桃園地方法院中華民國九十四年八月三日第一審確定判決,認為部分違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主文

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。又刑法及其特別法有關加重、減輕或免除其刑之規定,依其性質,可分為「總則」與「分則」二種。其屬「分則」性質者,係就其犯罪類型變更之個別犯罪行為予以加重或減免,使成立另一獨立之罪,其

法定刑亦因此發生變更之效果;其屬「總則」性質者,僅為 處斷刑上之加重或減免,並未變更其犯罪類型,原有法定刑 自不受影響。此關乎刑法第四十一條、刑事訴訟法第三百七 十六條第一款等法律之適用,自應加以辨明。貪污治罪條例 第十一條第四項關於犯該條之罪自白減輕或免除其刑之規 定,雖列於該條第一項至第三項之末,且係就個別之特定犯 罪行為而設,然其立法目的與自首規定雷同,係在藉此優 惠,鼓勵行為人及時悔悟,並早日發現真實,節省訴訟勞費。 此一規定,既未變更其犯罪類型,自屬相當於「總則」之減 免其刑規定,其原有法定刑並不因此而受影響。本件被告某 甲所犯上開之罪,縱依自白規定減輕其刑,並宣告六月以下 有期徒刑,仍無諭知易科罰金之餘地。乃原審不察,依貪污 治罪條例第十一條第三項、第一項予以論罪,宣告有期徒刑 六月,併科罰金新台幣十五萬元,竟就有期徒刑部分,依刑 法第四十一條第一項前段規定,諭知如易科罰金,以銀元參 佰元即新台幣玖佰元折算壹日,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,洵有理由,惟原判決此 部分之判決違法(原判決另有被告某乙部分),尚非不利於 被告某甲,應由本院僅將原判決關於此違背法令部分撤銷, 以資糾正。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前 段,判決如主文。

中華民國九十六年二月八日

【第一○一案】

一、關係條文

槍砲彈藥刀械管制條例 第8條第4項。

刑 法 第337條。

刑事訴訟法 第378條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用法則不當者,為違背法令,刑事訴 訟法第三百七十八條定有明文,又未經許可,持有可發射金 屬具有殺傷力之槍枝者,處三年以上十年以下有期徒刑,併 科新台幣七百萬元以下罰金,槍砲彈藥刀械管制條例第八條 第四項定有明文。本件被告某甲前因竊盜案件,經台灣高等 法院台中分院判處應執行有期徒刑十月確定,於民國九十三 年五月二十日縮短刑期執行完畢。仍不知悔改,於九十四年 二月十七日下午四時許,搭乘某乙所駕駛車牌號碼○○-○ XX一號自小客車至南投縣仁愛鄉○○段四一七地號附近 產業道路附近,發現不詳姓名之人所遺失之可發射子彈具有 及並明知該槍枝係公告查禁之槍枝,竟萌生為自己不法所有 之意圖,將之侵占入己,並無故持有該可發射子彈具有殺傷 力之土造獵槍,迨於同日晚上十時三十分許,為警於上址附 近產業道路查獲某甲搭乘某乙駕駛上開自小客車,而發現某 甲持有上開獵槍,因而循線發現上情。案經檢察官提起公 訴,並經台灣南投地方法院以九十五年度訴字第XXX號判處某甲未經許可,持有可發射金屬具有殺傷力之槍枝,累犯,處有期徒刑三年六月,扣案可發射金屬具有殺傷力之土造獵槍一枝沒收。並於九十五年六月十五日確定在案,有被告之刑案資料查註表及該案判決書在卷可稽。依前開說明,被告所觸犯槍砲彈藥刀械管制條例第八條第四項之罪,其法定本刑除應處以三年以上十年以下有期徒刑外,尚應併科新台幣七百萬元以下罰金,法院並無斟酌之餘地。詎原判決疏忽及此,僅判處被告有期徒刑三年六月,漏未為併科罰金之宣告,自有判決不適用法則之違背法令,案經確定,爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴,以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十五年度台非字第二五三號 上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告違反槍砲彈藥刀械管制條例案件,對於台灣南投地方法院中華民國九十五年五月十七日第一審確定 判決,認為違背法令,提起非常上訴,本院判決如下:

主 文

原判決關於違背法令之部分撤銷。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按判決不適用法則者,為違背法令,刑事訴訟法第三百 七十八條定有明文。而犯未經許可,持有可發射金屬或子彈 具有殺傷力之槍枝罪者,處三年以上十年以下有期徒刑,併 科新台幣七百萬元以下罰金,槍砲彈藥刀械管制條例第八條 第四項亦規定甚明。本件原判決事實認定:被告某甲於民國 九十四年二月十七日下午四時許,在南投縣仁愛鄉武界段X X地號附近產業道路,拾獲不詳姓名之人遺失可發射子彈具 有殺傷力之土造獵槍一支,竟意圖為自己不法之所有,將該 槍枝侵占入己,而未經許可持有之等情,因而論被告以刑法 第三百三十七條之侵占遺失物罪及槍砲彈藥刀械管制條例 第八條第四項之未經許可持有可發射金屬具有殺傷力之槍 枝罪(累犯),且認上開二罪間有方法結果之牽連關係,應 從一重之未經許可持有可發射金屬具有殺傷力之槍枝罪(累 犯)處斷,處有期徒刑三年六月等情。然該非法持有槍枝罪 依上開條例第八條第四項之規定,其法定本刑,除應處以三 年以上十年以下有期徒刑外,並應併科新台幣七百萬元以下 罰金。故觸犯本條項之罪,應同時併科罰金刑,法院並無斟 酌之餘地。惟原判決僅判處被告有期徒刑三年六月,竟漏未 依上開條文之規定為併科罰金之宣告,自有判決不適用法則 之違法。案經確定,非常上訴執以指摘,洵有理由。但原判 决尚非不利於被告,自應僅將原判決關於違背法令之部分撤 銷,以資糾正。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前 段,判決如主文。

中華民國九十五年十月十二日

【第一○二案】

一、關係條文

竊盜犯贓物犯保安處分條例 第 1 條、第 3 條第 1 項、 第 2 條第 4 項。

刑 法 第90條第1項、第92條第1項。 刑 事 訴 訟 法 第378條。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用法則不當者,為違背法令,刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又竊盜及與竊盜案件有關之贓物犯,其保安處分之宣告及執行,依竊盜犯贓物犯保安處分條例之規定,本條例未規定者,適用刑法及其他法律之規定,為該條例第一條所明定。另十八歲以上竊盜犯,犯罪之習慣者,其應執行之刑已達一年以上者,得於刑亞東行前,令入勞動場所強制工作,復為同條例第二條第四項、第三條第一項第一款所規定。足見十八歲以上有犯罪習慣而應執行之刑已達一年以上之竊盜犯,如有宣付保安處分條例應係刑法第九十條之特別法。依特別法優先於普通法適用之原則,自應適用上開條例之規定宣告強制工作,始為適法。經查本件受刑人某即民滿十八歲,經原確定判決判處竊盜罪有期徒刑一年,並認其有犯罪之習慣,應以強制工作之處遇方式,矯正其頑習,惟竟捨竊盜犯贓物犯保安處分條例第二條第四項、第三條第

一項第一款之規定而依刑法第九十條第一項為保安處分強制工作之諭知,即有判決適用法則不當之違背法令。二、案經確定,爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴,以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十七年度台非字第二二二號

上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告竊盜案件,對於台灣桃園地方法院中華民國九十六年十二月二十八日第一審確定判決,認為部分違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主文

原判決關於宣付強制工作違背法令部分撤銷。

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。又十八歲以上之竊盜犯、贓物犯,有犯罪之習慣,且宣告之應執行之刑達一年以上者,得於刑之執行前,令入勞動場所強制工作,竊盜犯贓物犯保安處分條例第二條第四項、第三條第一項定有明文。故竊盜犯及與竊盜案件有關之贓物犯,其保安處分之宣告及執行,係刑法第九十條關於保安處分規定之特別法,自應優先適用,此觀同條例第一條之規定自明。本件原確定判決認定被告某甲自民國八十一年間起至九十四年間止,先後犯加重竊

盗罪、竊盗罪多次,其最後一次所犯竊盗罪,經判處有期徒 刑十月,於九十六年七月十六日執行完畢。復於九十六年八 月三十日十五時二十分許,在桃園縣中壢市○○路路旁攜帶 質地堅硬、客觀上足以對人生命、身體、安全具危險性之扳 手,竊取羅健泰所有之機車一輛,而犯加重竊盜罪等情。因 而依刑法第三百二十一條第一項第三款規定,諭知被告攜帶 兇器竊盜,累犯,處有期徒刑一年;並依同法第九十條規定, 宣告應於刑之執行前令入勞動場所強制工作三年,固非無 見。惟依卷內資料,被告係五十八年六月XX日出生,其犯 本件之罪時,已滿十八歲;原判決論被告加重竊盜罪,量處 有期徒刑一年,並認有犯罪習慣,依上開說明,即應依竊盜 犯贓物犯保安處分條例宣付保安處分,乃原判決竟依刑法第 九十條規定宣告強制工作,顯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,為有理由。惟依刑法第 九十條第一項規定令入勞動場所強制工作者,同法第九十二 條第一項明定按其情形得以保護管束代之,較之竊盜犯贓物 犯保安處分條例之規定,尚非不利於被告,應由本院將原判 決關於該違背法令部分撤銷,以資糾正。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前 段,判決如主文。

中華民國九十七年五月二十二日

【第一○三案】

一、關係條文

兒童及少年性交易防制條例第29條。

刑事訴訟法 第378條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴訟法 第三百七十八條定有明文。復按刑法第三十八條第一項第二 款所定『供犯罪所用或供犯罪預備之物』,必於犯罪有直接 關係者,始屬相當(最高法院五十一年度台非字第一三號著 有判例、九十二年台非字第二三一號判決參照)。故如於犯 罪無直接關係,僅間接使用者,即不含在內。原確定判決引 用檢察官聲請簡易判決處刑書記載,認定被告某甲與綽號 「小蘭」之女子,共同於九十三年三月十二日,在自由時報 刊登暗示與他人為性交易之廣告,以招攬不特定男子與之從 事性交易,為警查獲,並扣得被告所有保險套一個、潤滑油 一瓶,認被告犯有兒童及少年性交易防制條例第二十九條之 罪,並就查扣之保險套一個、潤滑油一瓶,認均係被告所有 且供犯罪預備之物,予以宣告沒收。然查兒童及少年性交易 防制條例第二十九條之傳播媒體散布性交易誕息罪,以在媒 體散布、播送或刊登足以引誘、媒介、暗示或其他促使人為 性交易之訊息者,即已構成,不以進而有性交易之結果為必

要。則依原判決認定之事實,被告刊登足以引誘、暗示使人為性交易之廣告,其犯罪即已成立。因之查扣之保險套一個、潤滑油一瓶,縱屬被告所有,因與其犯罪之成立無直接關係,自不得為沒收。原判決竟為沒收之諭知,自有判決適用法則不當之違法。案經確定,爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條規定,提起非常上訴,以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十五年度台非字第二八二號 上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告違反兒童及少年性交易防制條例案件,對 於台灣南投地方法院中華民國九十三年六月十八日第一審 確定簡易判決,認為違背法令,提起非常上訴,本院判決如 下:

主 文

原判決撤銷。

某甲共同以出版品,刊登足以引誘、暗示人為性交易之訊息,處有期徒刑參月,如易科罰金以參佰元折算壹日。

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二款規定「供犯罪所用或供犯罪預備之物」,以屬於犯人者為限,始得沒收之;而此得沒收之「供犯罪所用或供犯罪預備之物」,必於犯罪有直接關係者,始屬相當(本院五十一年台非字第一三號判例參

照)。故如於犯罪無直接關係,僅間接使用者,即不含在內。 原判決認定被告某甲與綽號「小蘭」之女子,共同於民國九 十三年三月十二日,在自由時報刊登暗示與他人在南投草屯 為性交易之廣告,以招攬不特定男子與之從事性交易,為警 查獲,並扣得被告所有保險套一個、潤滑油一瓶等情,因而 論處被告以違反兒童及半年性交易防制條例第二十九條之 罪,並就查扣之保險查一個、潤滑油一瓶,認均係被告所有 且供犯罪預備之物,予以宣告沒收。然查兒童及少年性交易 防制條例第二十九條之傳播媒體散布性交易訊息罪,以在媒 體散布、播送或刊登足以引誘、媒介、暗示或其他促使人為 性交易之訊息者,即已構成,不以進而有性交易之結果為必 要。則依原判決認定之事實,被告在自由時報刊登暗示與他 人在南投草屯為性交易之廣告,以招攬不特定男子與之從事 性交易,其犯罪即已成立。因之,查扣之保險套一個、潤滑 油一瓶,與其犯罪之成立無直接關係,則該扣案之物品,縱 屬被告所有,因與其犯罪之成立無直接關係,自不得為沒 收。原判決竟為沒收之諭知,自有判決適用法則不當之違 法,非常上訴執以指摘,為有理由。案經確定,且於被告不 利,應由本院將原判決撤銷,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,兒童及少年性交易防制條例第二十九條,(修正前)刑法第十一條前段、第四十一條第一項前段,罰金罰鍰提高標準條例第二條,判決如主文。

中華民國九十五年十一月十日

【第一○四案】

一、關係條文

山坡地保育利用條例 第 34 條第 1 項、第 5 項、第 10 條。 刑 法 第 320 條第 2 項、第 55 條。 刑 事 訴 訟 法 第 455 條之 9 第 1 項、第 378 條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用法則不當者,為違背法令,刑事訴 訟法第三百七十八條定有明文。又違反山坡地保育利用條例 第十條規定,應依該條例第三十四條之規定處罰。在他人土 地上擅自占用,雖屬竊盜之行為,但如係在他人山坡地上擅 自占用土地,山坡地保育利用條例既有處罰之規定,依特別 法優於普通法之法律競合關係,即應擇一適用山坡地保育利 用條例第三十四條第一項之規定論處(最高法院九十二年度 台非字第二三二號、八十九年度台非字第二〇九號、九十年 度台上字第二三二七號判決參照)。又犯本條之罪者,其墾 殖物、工作物,施工材料及所使用之機具沒收之,山坡地保 育利用條例第三十四條第五項亦定有明文。查本件原判決認 定:被告某甲、某乙二人,均係位於南投縣信義鄉○○段 「○○砂石場」之實際負責人,從事砂石產製及買賣業務, 竟共同意圖為自己不法利益之犯意聯絡,自民國(下同)九 十一年十一月間某日起,竊佔坐落南投縣信義鄉○○段未登 記土地三筆(土地複丈成果圖編號A1、E1、H1號,共 計一千五百八十六平方公尺)之國有農牧用地(亦為河川公 地);又竊佔同段九-五四地號土地(土地複丈成果圖編號 D2、E4、H8號,共計一百零二平方公尺)之私有土地, 得手後在竊佔土地上設置辦公室、車道及堆置原料之用,合 計竊佔面積達一千六百八十八平方公尺之廣大土地(編目為 山坡地)等情。則依前開判決要旨所敘,本件被告二人所為, 均係犯刑法第三百二十條第二項之竊佔罪及山坡地保育利 用條例第三十四條第一項之罪,被告二人所犯違反山坡地保 育利用條例第三十四條第一項之罪,為刑法第三百二十條第 二項之竊佔罪之特別規定,依特別法優於普通法之法律適用 原則,應不再論以刑法之竊佔罪,乃原判決竟認被告二人均 係一行為同時觸犯上開二罪,而依刑法第五十五條想像競合 犯之規定從一重處斷,顯有適用法則不當之違誤。又原判決 未依上開山坡地保育利用條例第三十四條第五項之規定,宣 告沒收被告等設置於該處之辦公室、車道,亦有判決不適用 法則之違誤。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,以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十五年度台非字第二八九號 上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長 被 告 某甲 某乙

上列上訴人因被告等違反山坡地保育利用條例案件,對於台灣南投地方法院中華民國九十五年五月八日第一審確定(協

商)判決(宣示判決筆錄),認為部分違法,提起非常上訴, 本院判決如下:

主文

原判決關於違背法令部分撤銷。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按協商判決,得僅由書記官將主文、犯罪事實要旨及處 罰條文記載於宣示判決筆錄,以代判決書,刑事訴訟法第四 百五十五條之九第一項前段定有明文。故協商程序之宣示判 决筆錄,與判決同其效力,如確定後,發現該案件之審判係 違背法令者,自得對之提起非常上訴。又山坡地保育利用條 例第十條規定,在公有或他人山坡地內,不得擅自墾殖、占 用或從事同條例第九條第一款至第九款之開發、經營或使 用。違反之者,同條例第三十四條第一項定有處罰明文。此 項規定,乃刑法第三百二十條第二項竊佔罪之特別規定,自 應優先適用。本件原判決認定被告等係南投縣信義鄉「○○ 砂石場 |實際負責人,共同基於意圖為自己不法利益之犯意 聯絡,自九十一年十一月間起,竊佔坐落南投縣信義鄉○○ 段未登記之國有土地三筆(土地複丈成果圖編號Al、E 1、H1部分,共一千五百八十六平方公尺),及同地段九 -五四地號之私有土地(土地複丈成果圖編號D2、E4、 H8部分,共一百零二平方公尺),在該山坡地上設置辦公 室、車道及堆置原料等情。依此確認之事實,被告等所為, 係犯山坡地保育利用條例第三十四條第一項之罪,不另論以 刑法第三百二十條第二項之竊佔罪。乃原判決認被告等係犯 刑法第三百二十條第二項、山坡地保育利用條例第三十四條第一項之罪,並依刑法第五十五條規定,從一重之山坡地保育利用條例第三十四條第一項處斷,自有判決適用法則不當之違背法令。再,山坡地保育利用條例第三十四條第五項規定犯該條之罪者,其墾殖物、工作物、施工材料及所使用之機具沒收之。原判決認被告等在竊佔之土地上設置辦公室、車道及堆置原料,但未依上開規定將該等工作物及材料宣告沒收,亦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,洵有理由,因原判決尚非不利於被告等,應由本院將原判決關於違背法令之部分撤銷,以資糾正。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前 段,判決如主文。

中華民國九十五年十一月二十三日

【第一○五案】

一、關係條文

妨害兵役治罪條例 第6條第1項、第10條第3項、

第1項第3款。

刑事訴訟法 第378條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴訟法 第三百七十八條定有明文。本件原判決認定被告某甲係『九 十四年度博愛XXXX教育召集』之應召員,受南投縣後備 司令部教育召集令,應於九十四年三月三十日前往台中縣鳥 日鄉○○村○○路○段五○二號『成功嶺營區』報到,接受 教育召集訓練三日,其召集令於同年二月十五日以雙掛號郵 件投遞方式寄送,由南投縣信義鄉○○村第 X 鄰鄰長某乙代 收後,轉交予某甲雙親收執,嗣因某甲已遷出位於南投縣信 義鄉○○村一鄰○○巷 XX 號住所,且無故不依規定申報, 亦無留有聯絡方式,致其雙親未能轉達,使該教育召集令無 法送達等情,係犯妨害兵役治罪條例第十條第三項、第一項 第三款之罪,應依同條例第六條第一項規定論處,固非無 據。惟查該條例第六條第一項之法定刑為『三年以下有期徒 刑』,並無拘役或罰金之選科規定,乃原判決疏未注意及此, 竟科罰金新台幣六萬元,同時併諭知如易服勞役以三百元折 算一日,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、第四百四十三條規定提起非 常上訴,以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十五年度台非字第二五五號

上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告妨害兵役治罪條例案件,對於台灣南投地 方法院中華民國九十四年七月二十二日第一審刑事確定簡 易判決,認為違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主 文

原判決關於違背法令部分撤銷。

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。又妨害兵役治罪條例第六條第一項妨害教育召集罪之法定刑為三年以下有期徒刑,並無得科處罰金刑之明文。本件原確定簡易判決以被告某甲係後備軍人,意圖避免召集處理,居住處所遷移,無故不依規定申報,致使教育召集令無法送達,所為係犯妨害兵役治罪條例第十條第三項、第一項第三款規定之罪,應依同條例第六條第一項科刑,自應在「三年以下有期徒刑」之法定刑度內量刑,的適法。詎原判決不察,竟科以罰金新台幣六萬元,併諭知如易服勞役,以三百元折算一日,已逾越法定刑之範圍,顯有判決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,洵有理由。惟原判決尚非不利於被告,應由本院 僅將原判決關於上開違背法令之部分撤銷,以資糾正。 據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前 段,判決如主文。

中華民國九十五年十月十二日

【第一○六案】

一、關係條文

妨害國幣懲治條例 第6條。

刑 法 第38條第1項第2款、第3款、

第 3 項。

刑事訴訟法 第378條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。次按犯意圖供行使之用,而偽造幣券罪者,其偽造之幣券,不問屬於犯人與否,固應依妨害國幣懲治條例第六條之規定宣告沒收,但所謂偽造之幣券完定或為真幣者為限;苟其尚未偽设定成而不具有幣券之外觀者,則不在得依上開規定論知之列(最高法院九十四年度台上字第XX號判決參照)之人臺灣高等法院九十四年度上訴字第二五九九號刑事理中就被告某下、某不(另由臺灣苗栗地方法院審理中就被告某甲、某乙、某两(房判決)附表三編號8所示之與所共同偽造出而過未完成如(原判決)附表三編號8所示之與所共同偽造出而過未完成如(原判決)附表三編號8所記入與所人為省級。惟查上開千元偽鈔半成品一張為A4紙張,僅印有燙金線及偽鈔號碼,並無已具有足以使人誤認係真幣之外觀,與人與發號碼,並無已具有足以使人誤認係真幣之外觀,原則決逕依上開規定宣告沒收,揆之首開說明,顯有判決適用

法則不當之違法,案經確定,爰依刑事訴訟法第四百四十一 條、第四百四十三條提起非常上訴,以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十六年度台非字第四二號

上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

某乙

上列上訴人因被告等違反妨害國幣懲治條例案件,對於臺灣 高等法院中華民國九十五年七月四日第二審確定判決,認為 部分違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主文

原判決關於諭知如附表所示之物沒收部分撤銷。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按關於沒收規定,其他法律或刑法分則有特別規定者,應優先於刑法總則第三十八條沒收規定而適用。而刑罰法令關於沒收之規定,有採職權沒收主義與義務沒收主義。職權沒收,指法院於宣告主刑時,就法律規定與犯罪行為人及犯罪有關之某種物品得為沒收時,法院得本於職權為斟酌沒收與否之宣告,如刑法第三十八條第一項第二款、第三款之物。義務沒收,指法院就此等應沒收之物,有宣告沒收之義務;又以是否限於屬於犯罪行為人所有而區分為絕對義務沒收與相對義務沒收;前者指不問屬於犯罪行為人與否,均應沒收之,如妨害國幣懲治條例第六條;後者則以屬於犯罪行

為人所有者為限,如毒品危害防制條例第十九條。又妨害國 幣懲治條例第六條固規定:「犯本條例之罪者,其銀類、金 類、新舊各種硬幣、偽造、變造或損毀之幣券,不問屬於犯 人與否,沒收之。」但所謂偽造之幣券,以客觀上已達於認 為真幣者為限; 苛其尚未偽造完成而不具有幣券之外觀者, 則不在得依上開規定諭知沒收之列,自應依刑法第三十八條 第一項第二款、第三款、第三項規定,由事實審法院本於職 權斟酌是否宣告沒收。本件原判決理由中論述「扣案之…… 如附表(指原判決附表)三編號五至八所示之千元偽鈔半成 品……皆係偽造之幣券,不問屬於犯人與否,均應依妨害國 幣懲治條例第六條之規定,宣告沒收」,亦即就其附表三編 號八之「千元偽鈔半成品一張」,亦適用妨害國幣懲治條例 第六條之規定宣告沒收。惟該「千元偽鈔半成品」一張,係 「A4紙張,僅印有燙金線及偽鈔號碼」,係屬尚未偽造完 成而不具有幣券之外觀,並非絕對應沒收之物,原判決依妨 害國幣懲治條例第六條宣告沒收,依首開說明,自有適用法 則不當之違法。案經確定,非常上訴意旨,執以指摘,洵有 理由。

又上開偽鈔半成品是否合於依刑法第三十八條第一項第二款、第三款、第三項規定沒收,乃原審之裁量範圍,且非常上訴意旨就此亦未指摘,本院為法律審自無從代為審酌,是原判決誤以係絕對應沒收之物而宣告沒收,顯然不利被告,自應由本院將原判決關於諭知其附表三編號八沒收部分,即本判決附表所示沒收部分撤銷,以資糾正。又本院既將原判

決上開沒收部分撤銷,自具有改判之性質,另原判決其他罪刑部分,非常上訴未予指摘,本院無庸審究,均併敘明。 據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款, 判決如主文。

中華民國九十六年三月十五日

【第一○七案】

一、關係條文

光 碟 管 理 條 例 第 9 條之 1 第 1 項、第 2 項。 刑 法 第 235 條第 2 項、第 2 條第 1 項。 刑 事 訴 訟 法 第 302 條第 4 款、第 378 條。

二、非常上訴理由

「按犯罪後之法律已廢止其刑罰者,應諭知免訴之判決,刑 事訴訟法第三百零二條第四款定有明文。本件被告等於民國 九十一年間製造猥褻物品運送至國外販賣之行為,係犯刑法 第二百三十五條第二項之意圖販賣而製造猥褻之色情光碟 罪,於行為時係屬可罰之行為(最高法院九十三年度台非字 第六二號判決參照)。惟光碟管理條例於九十四年六月十五 日公布修正增定(訂)第九之一:「事業經國外合法授權製 造專供輸出之預錄式光碟,且符合下列規定者,得製造、持 有或輸出,不適用刑法第二百三十五條之規定:一、已取得 外國權利人授權之證明文件者。二、輸出人具結未違反輸入 國法令之規定者。前項專供輸出之預錄式光碟,不得在我國 散布、播送或販賣。」並於同年月十七日施行(按應係同年 月十七日生效)。該條例施行後,被告等所為,始排除刑法 第二百三十五條規定罪刑之適用。原審自應依刑事訴訟法第 三百零二條之規定,諭知免訴之判決。詎原審竟將第一審有 罪之判決撤銷,改判被告無罪,自有判決適用法則不當之違 法。案經確定,爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四 十三條提起非常上訴,以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十五年度台非字第一七五號 上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲 某乙 某丙

上列上訴人因被告等妨害風化案件,對於台灣高等法院中華 民國九十五年二月二十七日第二審確定判決,認為違法,提 起非常上訴,本院判決如下:

主 文

原判決關於違背法令部分撤銷。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按:行為後法律有變更,應依刑法第二條第一項從輕原則予以比較適用者,以新舊法均有處罰之規定時,始有其適用。倘被告之行為,在行為時法律有處罰明文,但在裁判時已無刑罰規定時,即屬犯罪後之法律已廢止其刑罰之範圍,應依刑事訴訟法第三百零二條第四款規定諭知免訴之判決,不發生依刑法第二條第一項為比較,再以行為不罰為由,判決無罪之問題。本件公訴意旨略稱:被告某甲係台北市XX國際有限公司負責人,被告某乙受僱於該公司負責出口業務,二人明知不特定客戶所委託壓製之光碟片,皆係錄有暴露已滿十八歲男女裸體及描述性器官、男女性行為之猥褻物品,仍共同基於意圖散布含有色情內容之猥褻光碟片之

犯意聯絡,自民國九十一年間起,以每片新台幣十二元之代 價,接受不特定之客戶委託壓製色情片光碟片。壓製完畢 後,交由被告某丙及某丁(另經處分不起訴)包裝,再交予 不知情之某戊 (另經處分不起訴) 運送至香港等地另行販 售,嗣於九十二年四月一日經警查獲等情。因認被告某甲、 某乙、某丙(下稱被告等三人)涉有刑法第二百二十五條第 二項之妨害風化罪嫌云云。原審經審理結果,以:被告等三 人係受澳洲客戶委託,加工製造色情光碟後,再辦理出口至 美國等事實,除據被告第三人自承不諱外,尚有訂單、經濟 部智慧財產局著作權文件核驗驗單、安泰商業銀行客戶交易 明細單、出口報單及發票等附卷可稽,而扣案光碟片之內容 皆錄有暴露已滿十八歲男女裸體、性器官、男女性行為等猥 褻之影像,亦有翻拍照片在卷可佐。上訴人等三人製造猥褻 之色情光碟,事證雖已明確,惟因光碟管理條例於九十四年 六月十五日修正公布,增訂第九條之一,其第一、二項規定: 「事業經國外合法授權製造專供輸出之預錄式光碟,且符合 下列規定者,得製造、持有或輸出,不適用刑法第二百三十 五條之規定:一、已取得外國權利人授權之證明文件者。二、 輸出人具結未違反輸入國法令之規定者。」「前項專供輸出 之預錄式光碟,不得在我國散佈、播送或販賣。」是以若經 國外權利人授權,而未違反輸入國法令,又無在國內散布、 播送或販賣者,即可免責。且經濟部智慧財產局亦以九十四 年八月十六日智法字第○九四○○○六八九七○號函復:美 國嚴禁兒童色情光碟,對於成人色情光碟,則管理較為寬 鬆,因此絕大部分之成人色情光碟可進口、配銷及擁有等

語,有該函及其附件(即我國駐美國代表處經濟組函)可參。 被告等三人所為既經國外權利人之授權,又無違反輸入國之 法令,亦無證據足以證明上揭色情光碟有在國內流通之情 形,依光碟管理條例上開規定,自無刑法第二百三十五條規 定之適用。因認被告等三人所為,依現行法律尚屬不罰,第 一審未及審酌,所為科刑判決即有未洽,而予撤銷改判,諭 知被告等三人均無罪。惟查原判決既認被告等三人行為後, 依九十四年六月十五日修正公布(同年十七日生效)之光碟 管理條例第九條之一第一項規定,已不適用刑法第二百三十 五條之處罰規定,則依此論斷,本件因被告等三人犯罪後之 法律已廢止其刑罰,揆諸首開說明,自應為免訴之判決,始 為適法。仍原判決撤銷第一審判決,竟改判諭知被告等三人 均無罪,自有判決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,為有理由,惟原判決尚非不利於被告 等三人,應僅將其違背法令之部分撤銷,以資糾正。 據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十六條,第四百四十七 條第一項第一款前段, 判決如主文。

中華民國九十五年八月四日

【第一○八案】

一、關係條文

電子遊戲場業管理條例 第 22 條、第 15 條。 刑 事 訴 訟 法 第 378 條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又電子遊戲場業管理條例第二十二條規定『違反第十五條規定者,處行為人一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣五十萬元以上二百五十萬元以下罰金。』是犯本條之罪者,其法定本刑係一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣五十萬元以上二百五十萬元以下割金。本件原判決既認被告某甲所犯為違反電子遊戲場業管理條例規定辦理營利等業登記,不得經營電子遊戲場業管理條例規定辦理營利等業登記,不得經營電子遊戲場業之規定,科處被告罰金時,自應於新台幣五十萬元以上二百五十萬元以下科處,乃竟科處被告罰金新台幣六萬元,顯與上揭法條規定之罰金刑度有違,自有判決不適用法則之違背法令。案經確定,爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴,以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十五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

上列上訴人因被告違反電子遊戲場業管理條例案件,對於台灣南投地方法院中華民國九十一年十二月十八日第一審確 定簡易判決,認為部分違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主 文

原判決關於違背法令部分撤銷。

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。又電子遊戲場業管理條例第二十二條規定「違反第十五條規定者,處行為人一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣五十萬元以上二百五十萬元以下罰金」。本件原確定簡易判決既引用檢察官聲請簡易判決處刑書所載事實、證據,認被告所為係違反電子遊戲場業管理條例第十五條,未依該條例規定辦理營利事業登記者,不得經營電子遊戲場業之規定,而經營電子遊戲場,應依該條例第二十二條規定科處刑罰。乃原判決並未認被告所為有何法定減輕其刑之事由,竟僅科以新台幣六萬元罰金,並諭知易服勞役之折算標準,所為量刑顯已在該條法定最低罰金刑度以下,其判決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,洵有理由,因原判決尚 非不利於被告,應由本院僅將原判決關於上開違背法令部分 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,判決如主文。

中華民國九十五年九月二十一日

【第一○九案】

一、關係條文

道路交通管理處罰條例 第86條第1項。

刑 法 第185條之3、第276條第1項。

刑事訴訟法 第378條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用法則不當者,為違背法令,刑事訴 訟法第三百七十八條定有明文;次按汽車駕駛人,酒醉駕 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亦有規定。 查本件原判決事實欄既認定被告飲用啤酒威士忌酒後,已達 不能安全駕駛動力交通工具之程度,仍駕駛自用小客車上 路,嗣行至台中縣梧棲鎮○○路,依當時情形並無不能注意 之情事,卻因酒後影響其正常駕駛判斷,疏未注意車前狀況 而超速行駛,致碰撞卓登山逆向停放於肇事地點之重型機 車,造成當時正坐在該機車上之卓登山人車倒地受傷,經送 醫不治死亡等情,而於理由欄依刑法第一百八十五條之三及 刑法第二百七十六條第一項論罪,惟就被告過失致人於死罪 部分,竟未依上開道路交通管理處罰條例第八十六條第一項 規定,加重其刑至二分之一,自有不適用法則之違法。案經 確定,爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提 起非常上訴,以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十六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

上列上訴人因被告過失致人於死等罪案件,對於台灣台中地 方法院中華民國九十五年九月十四日第一審確定判決,認為 部分違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主 文

原判決關於過失致人於死違背法令部分撤銷。

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。又汽車駕駛人,酒醉駕車,因而致人受傷或死亡,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亦有明文規定。本件原確定判決認定被告某甲飲用啤酒威士忌酒後,其呼氣所含酒精濃度達每公升①·六六毫克,已達不能安全駕駛動力交通工具之程度,仍駕駛自用小客車上路,嗣行至台中縣梧棲鎮○○路,依當時情形並無不能注意之情事,卻因酒後影響其正常駕駛判斷,疏未注意車前狀況而超速行駛,致碰撞某乙逆向停放於肇事地點之重型機車,造成當時下坐在該機車上之某乙人車倒地受傷,經送醫不治死亡等情。因而論處被告服用酒類,不能安全駕駛動力交通工具而駕駛罪刑,及因過失致人於死罪刑。然依原判決所確認之事

實,被告飲酒後其呼氣所含酒精濃度達每公升()・六六毫克,已達不能安全駕駛之狀態,而仍駕駛,顯係酒醉駕車等過失,因而致人於死,乃竟對其論以因過失致人於死罪部分,未適用道路交通管理處罰條例第八十六條第一項之規定加重其刑,有判決不適用法則之違法,此部分為判決違背法令。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,應由本院僅將原判決關於過失致人於死違背法令部分撤銷,以資糾正。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段,判決如主文。

中華民國九十六年九月十三日

【第一一○案】

一、關係條文

毒品危害防制條例 第10條、第20條、第23條。 刑事訴訟法 第378條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴訟法 第三百七十八條定有明文。又按民國九十二年七月九日修正 公布,九十三年一月九日施行之毒品危害防制條例第二十 條、第二十三條,依施用第一、二級毒品者為『初犯』、『五 年內再犯』或『五年後再犯』,異其刑事處遇程序;依其立 法理由修正後之規定,僅限於『初犯』及『五年後再犯』二 種情形,始應先經觀察、勒戒或強制戒治程序;倘被告於五 年內已再犯,經依法追訴處罰,縱其第三次(或第三次以上) 再度施用毒品之時間,在『初犯』經觀察、勒戒或強制戒治 執行完畢釋放五年以後,已不合於『五年後再犯』之規定, 即應依該條例第十條處罰(最高法院九十七年度第五次刑事 庭會議決議參照)。查被告前因施用毒品案件,經原審於八 十八年間裁定送觀察、勒戒,因認無繼續施用毒品之傾向, 由台灣屏東地方法院檢察署以八十八年度偵字第XXX號 為不起訴處分,而於同年三月一日釋放出所;嗣於五年內因 施用毒品案件,經原審於八十九年間裁定觀察、勒戒後,認 有繼續施用毒品之傾向,再經原審裁定送強制戒治,而於八

十九年五月二十三日強制戒治執行完畢,且該次犯行另經原 審判處有期徒刑五月,與其所犯竊盜罪合併應執行有期徒刑 十月,於八十九年九月三十日執行完畢等情,有被告前案紀 錄表在卷可稽。則被告於原判決所確認之九十五年十月十九 日及九十六年三月二十六日,第三次、第四次犯施用毒品 罪,依上開說明,已不合於『五年後再犯』之規定,自應依 該條例第十條處罰。乃原判決違背上開最高法院決議,竟認 本件被告第三次、第四次施用毒品, 距前次強制戒治執行完 畢之八十九年五月二十三日,顯已逾五年,應重行觀察勒戒 程序,檢察官就被告各該犯行,應再聲請送強制戒治以完成 療程,而以檢察官提起本件公訴為違背起訴之程序規定,逕 為不受理之判決,即有適用法則不當之違法。案經確定,因 本件前經該檢察署檢察官先後二次聲請強制戒治均遭駁 回,嗣另依裁定意旨予以起訴,又遭原審先後二次判決不受 理,原審既就此法律見解不一,自有提起非常上訴統一法律 見解之必要。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

最高法院刑事判决 九十七年度台非字第五八五號 上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長 被 告 某甲

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件,對於台灣屏 東地方法院中華民國九十七年九月二十四日第一審確定判 決,認為違背法令,提起非常上訴,本院判決如下: 主文

原判決關於違背法令部分撤銷。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按:施用第一、二級毒品為犯罪行為,毒品危害防制條 例第十條第一項及第二項各定有處罰明文。故施用該毒品 者,依前揭規定本應科以刑罰,惟基於施用毒品之人,兼有 病患屬性,乃於刑事政策上對合於一定條件之施用者,依同 條例第二十條、第二十三條之規定,施以觀察、勒戒及強制 戒治之治療,期以保安處分替代刑罰,戒斷其身、心癮。嗣 因其程序過於繁雜,上揭條例於民國九十二年七月九日修正 公布,自九十三年一月九日施行,將該第二十條、第二十三 條之保安處分程序,單純區分為「初犯」、「五年內再犯」 及「五年後再犯」三種;依其立法理由之說明:「初犯」, 經觀察、勒戒或強制戒治後,應為不起訴處分或不付審理之 裁定;經觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放後,「五年內 再犯 | 者,因其再犯率甚高,原實施之觀察、勒戒及強制戒 治既已無法收其實效,爰依法追訴或裁定交付審理。至於經 觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放後,「五年後再犯」者, 前所實施之觀察、勒戒或強制戒治已足以遮斷其施用毒品之 毒癮,為期自新及協助其斷除毒癮,仍適用「初犯」規定, 先經觀察、勒戒或強制戒治之程序。從而依修正後之規定, 僅限於「初犯」及「五年後再犯」二種情形,始應先經觀察、 勒戒或強制戒治程序,不能逕行起訴,亦即設為施用毒品罪 起訴條件之限制。但倘被告於五年內已再犯,經依法再為保

安處分或追訴處罰者,縱其第三次(或第三次以上)施用毒 品之時間,在初犯之保安處分執行完畢釋放五年以後,即非 屬「五年後再犯」之情形,且因前有「五年內再犯」情形, 顯見其再犯率甚高,原實施之保安處分無法收其實效,毋庸 仍予寬典處遇,而應依該條例第十條逕予刑罰制裁。至於第 三次(或第三次以上)施用毒品之時間,是否宜有期間限制? 以多久為適宜?則分屬刑事政策、專門醫學之範圍,非審判 機關所能決定,有待循立法途徑解決(修正前肅清煙毒條例 第九條第七項規定施用毒品斷癮後,三犯者,處死刑或無期 徒刑,即本此旨),此為本院最新之統一見解。本件原確定 判決認定,被告某甲前於八十八年間因施用毒品案件,經裁 定送觀察勒戒,認無繼續施用毒品傾向,於同年三月一日執 行完畢釋放,並由檢察官依法為不起訴處分確定,嗣於五年 內再犯施用毒品罪,復經裁定送觀察勒戒,因有繼續施用毒 品傾向而裁定強制戒治,於八十九年五月二十三日執行完畢 釋放,刑責部分並經判處有期徒刑五月,與另犯之竊盜罪合 併定應執行有期徒刑十月,於同年九月三十日縮刑期滿,有 台灣高等法院被告前案紀錄表、全國施用毒品案件紀錄表在 卷可憑,竟於九十五年十月十九日及九十六年三月二十六日 仍施用第一、二級毒品,先後遭警查獲(即本件被訴之犯罪 事實)。是被告此最後二次之犯罪時間,雖距離其初犯時已 逾五年,然其間既曾犯施用毒品罪,經觀察、勒戒,進而強 制戒治,同時判刑,均執行完畢,自與單純「五年後再犯」 之情形有別,其訴追條件業已充足,檢察官提起公訴,並未 違背程序規定,原判決持此相反見解,而為公訴不受理之諭

知,即非適法。非常上訴意旨執以指摘,洵有理由,應由本院將原判決關於違背法令部分予以撤銷。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款, 判決如主文。

中華民國九十七年十二月十八日

【第一一一案】

一、關係條文

毒品危害防制條制 第20條、第2條第2項、第10條、

第11條、第11條之1。

刑 事 訴 訟 法 第 379 條第 14 款、第 378 條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴訟法 第三百七十八條定有明文。又對於毒品危害防制條例所定之 送勒戒處所觀察、勒戒事項所為之裁定,牽涉人身自由之拘 束,與科刑判決具有同等之效力,於裁定確定後,如有違法, 得提非常上訴,合先敘明。復按毒品危害防制條例第二條第 二項規定, 毒品依其成癮性、濫用性及對社會危害性分為四 級,並就製造、運輸、販賣、意圖販賣而持有、以非法方法 使人施用、引誘他人施用及轉讓等不同品項毒品之行為,分 別定其處罰。至施用或持有第三、四級毒品,因其可罰性較 低,僅於同條例第十一條之一規定:「第三、四級毒品及製 造或施用毒品之器具,無正當理由,不得擅自持有。」而未 明定其刑罰,力於同條例第十條、第十一條明定就施用及持 有第一、二級毒品科以刑罰。並於同條例第二十條第一項規 定,犯第十條之罪者,檢察官應聲請法院裁定,或少年法院 (地方法院少年法庭)應先裁定,令被告或少年入勒戒所觀 察、勒戒,其期間不得逾二月。二、本件被告某甲於民國九 十六年九月十五日中午某時,在桃園縣桃園市○○街XX號八樓住處施用第三級毒品K他命,為警於九十六年九月十六日凌晨零時五十分許在上址查獲,並扣得K他命三十六包及紅色藥丸一顆,經採集尿液檢體及扣案物送○○檢驗科技股份有限公司檢驗結果,尿液呈Ketamine陽性反應,紅色藥丸一顆部分呈PMMA陽性反應(均屬第三級毒品),有該公司出具之濫用藥物檢驗報告三紙附卷可稽,與見被告施用及持有之上開扣案毒品,均屬毒品危害防制條例所規定之第三級毒品,並非第二級毒品。是以,原裁定對此疏未查考,竟認被告施用第二級毒品。是以,原裁定對此疏未查考,竟認被告施用第二級毒品。是以,原裁定對此疏未查考,竟認被告施用第二級毒品。是以,原裁定對此疏未查考,竟認被告施用第二級毒品。是以,原裁定對此疏未查考,竟認被告施用第二級毒品。是以,原裁定對此疏未查考,竟認被告應送勒戒處所觀察、勒戒確定。揆諸前開說明,自有裁定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

最高法院刑事判决 九十七年度台非字第三九六號 上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件,對於台灣桃園地方法院中華民國九十六年十二月十日第一審確定裁定,認為違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主 文

原裁定撤銷。

檢察官之聲請駁回。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按:裁判所憑之證據及其說明理由須與卷內之證據資料 相適合,否則即屬證據上之理由矛盾,即有刑事訴訟法第三 百七十九條第十四款所定所載理由矛盾之當然違背法令。又 依毒品危害防制條例第二十條規定,由檢察官聲請法院裁定 令被告入勒戒處所觀察、勒戒者,以犯同條例第十條之施用 第一級、或施用第二級毒品罪者為限。至於施用同條例所定 之第三、四級毒品者,該條例並無處罰之明文,亦無從依其 第二十條之規定,裁定令入勒戒處所觀察、勒戒。本件被告 於民國九十六年九月十六日十二時許為警採集尿液檢驗,有 第三級毒品Ketamine(K他命)、PMMA陽性反 應,至甲基安非他命則呈陰性反應,有○○檢驗科技股份有 限公司九十六年十月二十五日編號 С H / 2 0 0 7 / A 0 899、九十六年十月二十四日CH/2007/A090 6號濫用藥物檢驗報告在卷可稽,且被告亦供承僅有施用K 他命等語,足認其係施用第三級毒品,而非第二級毒品。檢 察官不察,依憑上開檢驗報告,遽以被告有施用第二級毒品 甲基安非他命之犯行,聲請法院裁定令被告入勒戒處所觀 察、勒戒,原確定裁定疏未查明,逕予准許,其所認事實即 與所憑證據不相適合,而有證據上理由矛盾之當然違背法 令。案經確定,且於被告不利。非常上訴執以指摘,洵有理 由,應由本院將原裁定撤銷,改判駁回檢察官之聲請,以資 救濟。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但

書,判決如主文。

中華民國 九十五 年 八 月 二十二 日

【第一一二案】

一、關係條文

中華民國九十六年罪犯減刑條例 第 2 條第 1 項第 3

款。

刑 法 第51條第5款。

刑事訴訟法 第378條。

二、非常上訴理由

一、按法律上屬於自由裁量之事項,須受其外部性界限及內部性界限之拘束。依據法律具體規定,法院應在其範圍內為適當裁判者,為外部性界限;而法院為裁判時,應考量法律之目的,及法律秩序之理念者,為內部性界限。查本件受刑人某甲犯如原裁定附表所示肅清煙毒條例等臺罪,經台灣高雄地方法院於民國八十四年十月二十四日以八十四年度高等法院高雄分院駁回上訴後確定。嗣檢察官以受刑人所犯前揭施用毒品及非法吸用化學合成麻醉藥品貳罪,核與中華民國九十六年罪犯減刑條例第二條第一項第三款規定相符,乃依同條例第八條第一項規定,向原審法院聲請裁定減刑,原審法院就該二罪部分,減刑後與不得減刑之販賣毒品罪,定其應執行刑為有期徒刑十二年六月,褫奪公權八年,從形式上觀察,雖未踰越刑法第五十一條第五款所定法律之外部性界限,惟其因本次減刑獲一年十月又十五日之寬典,本件原裁

定所定執行刑較諸未減刑前之執行刑卻僅減少刑期六月,顯 違減刑之目的,且與前揭內部界限有悖(最高法院九十六年 度台抗字第四一四號裁定參照),應屬違背法令。二、案經 確定,且不利於受刑人,爰依刑事訴訟法第四百四十一條、 第四百四十三條提起非常上訴,以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十七年度台非字第四六九號 上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長 被 告 某甲

上列上訴人因被告聲請減刑及定應執行刑案件,對於台灣高 等法院高雄分院中華民國九十六年十月三日確定裁定,認為 部分違背法令,提起非常上訴,本院判決如下:

主文

原裁定關於所定應執行刑有期徒刑部分撤銷。

某甲因犯如附表編號二、三之罪減得之刑,與同表編號一之 罪刑,有期徒刑部分應執行拾貳年。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按:法律上屬於自由裁量之事項,須受其外部性界限及內部性界限之拘束。依據法律具體規定,法院應在其範圍內為適當裁判者,為外部性界限;而法院為裁判時,應考量法律之目的,及法律秩序之理念者,為內部性界限。查本件被告某甲犯如附表所示肅清煙毒條例等三罪,經台灣高雄地方法院判刑,並定應執行有期徒刑十三年,原審則駁回被告之

上訴而確定。嗣檢察官以所犯之施用毒品及非法吸用化學合成麻醉藥品二罪部分,核與中華民國九十六年罪犯減刑條例第二條第一項第三款規定相符,向原審法院聲請裁定減刑。原審法院乃就該二罪部分減刑後,與不得減刑之販賣毒品罪,定其應執行刑為有期徒刑十二年六月,褫奪公權八年。從形式上觀察,雖未踰越刑法第五十一條第五款所定法律之外部性界限,惟其因本次減刑獲一年十月又十五日之寬典,而原裁定所定執行刑,較諸未減刑前之執行刑,卻僅減少刑期六月,應認有違減刑之目的,且與前揭內部界限有悖,並不利於被告,當屬違背法令,非常上訴意旨執以指摘,洵有理由,應由本院就其所定應執行刑中之有期徒刑部分予以撤銷,改判如主文第二項所示,以資救濟。

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

中華民國九十七年十月八日

【第一一三案】

一、關係條文

中華民國九十六年罪犯減刑條例 第2條第2項、第1項。

刑 法 第51條。 刑 事 訴 訟 法 第378條。

二、非常上訴理由

按刑法第五十三條所謂數罪併罰,有二裁判以上,依第五十一條之規定,定應執行之刑者,應以二裁判以上各罪之宣告刑為其基礎,而定其應執行刑,此由第五十一條之規定,明。又中華民國九十六年罪犯減刑條例第二條第二項規定,假釋中之人犯,於該條例施行之日起,視為已依第一項規定或其宣告刑,毋庸聲請裁定減刑。是依上開規定,視為減稅之案件,於檢察官依減刑標準換算其減得之刑期後,即脫離這無刑已定其執行刑者,因據以定其應執行刑之宣告刑。如原宣告刑已定其執行刑者,因據以定其應執行刑之宣告刑的原宣告刑已定其執行刑者,因據以定其應執行刑之宣告刑的經歷,自應聲請另定其應執行之刑。經查,本件被告某甲所犯如附表(檢察官聲請書附表)編號一、二號二罪,係合於數罪併罰之數罪,雖曾經台灣高等法院於民國八十四年度聲字第XX號裁定,定其應執行有期往刑十一年確定在案。惟其中編號一之罪,因合於減刑之條件,又因被告於假釋中,依上開條例規定,毋庸聲請裁定減

刑,視為已依規定減其宣告刑,則檢察官將已視為減其宣告刑之編號一之罪及不合減刑之編號二之罪,向原審法院聲請定其應執行之刑,依上開說明,並無違誤。乃原審竟以被告已於假釋中,並無撤銷假釋之情事,且原宣告刑已定其執行刑,又未經原審法院再為減刑後,為新刑之宣告,則既無新之宣告刑,即無從另定其應執行刑,而駁回檢察官之聲請。揆諸上述說明,自有裁判不適用法則之違背法令。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

最高法院刑事判决 九十七年度台非字第一七○號 上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長 被 告 某甲

上列上訴人因被告數罪併罰定其應執行刑案件,對於台灣高 等法院中華民國九十六年十二月十二日確定裁定,認為違 法,提起非常上訴,本院判決如下:

主文

原裁定撤銷,由台灣高等法院依裁判前之程序更為審判。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按:判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事 訴訟法第三百七十八條定有明文。而定應執行刑之裁定,與 實體科刑判決有同等效力,於裁定確定後,如發現有違背法 令情形,自得等同於判決,提起非常上訴。又數罪併罰,應 依分别宣告其罪之刑為基礎,定其應執行刑,此觀刑法第五 十一條規定自明,故一裁判宣告數罪之刑,雖曾經定其執行 刑,但如該數罪中有因符合減刑之法律規定者,自得就該減 得之刑與其餘部分之宣告刑,另定其應執行刑。再者,法條 詞語所謂之「視為」,乃將具有類似性質,而實質不同之法 律事實,基於公益之需要,以法律「擬制」方式強行規定, 賦予相同法律效果之立法。故凡合於「視為」應具之要件事 實者,即應適用其所擬制規定之法律效果。中華民國九十六 年罪犯減刑條例第二條第二項規定,緩刑或假釋中之人犯, 於該條例施行之日起,視為已依第一項規定減其宣告刑,毋 庸聲請裁定減刑。其立法理由載稱:「緩刑或假釋中之人犯 約占受刑人總人數百分之二十三,而緩刑人或假釋中之人 犯,並非在監服刑,無立即辦理減刑之必要,為免除聲請裁 定減刑之繁瑣程序,爰於第二項明定視為已依第一項規定減 輕其宣告刑,由檢察官或軍事檢察官逕依第一項減刑標準換 算其應減得之刑,以減輕辦理減刑之負荷。」則符合中華民 國九十六年罪犯減刑條例減刑規定之假釋中人犯,於上開減 刑條例施行之日起,既視為已依該條例第二條第一項規定減 其宣告刑,自發生擬制裁定減刑之相同法律效果,其據以執 行之原宣告刑已更易為減得之刑, 茍該假釋之人犯係因數罪 併罰而定有應執行刑者,則檢察官逕依上開條例第二條第一 項減刑標準換算其應減得之刑後,自應聲請另定其應執行之 刑。查被告某甲所犯如台灣高等法院檢察署檢察官聲請書 (九十六年執聲字第XXX號)附表(原確定裁定及非常上 訴書均漏附附表)編號一、二所示數罪併罰之罪,雖曾經台

灣高等法院八十四年度聲字第XXXX號裁定,定其應執行 有期徒刑十一年確定在案,惟其中編號一之罪,係符合上開 減刑條例之減刑規定,因被告於假釋中,依上開條例規定, 毋庸聲請裁定減刑,即視為已依規定減其宣告刑。則台灣高 等法院檢察署檢察官將上開附表已視為減其宣告刑之編號 一之罪及不合減刑之編號二之罪,向原裁定法院聲請定其應 執行之刑,依上開說明,即無不合。

原確定裁定遽以被告已於假釋中,並無撤銷假釋情事,且原宣告刑已定其執行刑,又未經原裁定法院再為減刑後,為新刑之宣告,則既無新之宣告刑,即無從另定其應執行刑,而駁回檢察官之聲請。揆諸上述說明,自有裁判不適用法則之違背法令。案經確定,且於被告不利,非常上訴意旨執以指摘,洵有理由。為維持被告審級利益,自應由本院將原裁定撤銷,由原裁定法院依裁判前之程序更為審判,以資救濟。據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項,判決如主文。

中華民國九十七年四月十七日

【第一一四案】

一、關係條文

中華民國九十六年罪犯減刑條例 第 5 條。 刑事訴訟法 第 378 條。

二、非常上訴理由

一、按『判決不適用法則或適用不當者,為違背法令。』刑 事訴訟法第三百七十八條定有明文。次按中華民國九十六年 罪犯減刑條例已於九十六年六月十五日由立法院三讀通 過,經總統於九十六年七月四日公告,自九十六年七月十六 日施行,本件被告某甲犯罪係於該減刑條例規定九十六年四 月二十四日減刑基準日前之九十五年八月三十一日所犯,合 於該減刑條例第二條第一項第三款、第三條第一項第十五款 所列減刑規定;再按上揭減刑條例第五條規定『本條例施行 前,經通緝而未於中華民國九十六年十二月三十一日以前自 動歸案接受偵查、審判或執行者,不得依本條例減刑。』, 考其立法意旨即本條例第一條規定:『為紀念解除戒嚴二十 週年,予罪犯更新向善之機,特制定本條例。』則中華民國 九十六年罪犯減刑條例之立法,乃為紀念解除戒嚴二十週 年,予該條例基準日即九十六年四月二十四日以前之罪犯更 新向善之機會,即屬無誤;復參以與本減刑條例類似規範之 中華民國八十年罪犯減刑條例第六條:『本條例施行前,經 通緝而未於本條例施行之日起,十個月內自動歸案而接受偵 查、審判或執行者,不得依本條例減刑。』之規定,即於中 華民國八十年罪犯減刑條例施行前經發布通緝,於該條例施 行前已經緝獲到案者,並不受該條規定不得減刑之限制(最 高法院八十一年台非字第一二號判決參照),是於九十六年 四月二十四日之中華民國九十六年罪犯減刑條例基準日前 之犯罪,於本減刑條例施行前已經發有通緝,且於該條例九 十六年七月十六日發布生效前已緝獲到案者,如合於本減刑 條例所規範得以減輕其刑者,自得依據本減刑規定予以減輕 其刑,始合於本條例之立法意旨。則本案被告之上揭犯罪係 於九十六年四月二十四日之中華民國九十六年罪犯減刑條 例基準日前所犯,於九十六年六月七日經臺灣彰化地方法院 以九十六年彰院賢緝字第XX號通緝書發布通緝,再於九十 六年七月十六日上揭減刑條例施行前之九十六年六月九日 緝獲,並由該院於九十六年六月十三日以年彰院賢緝銷字第 XX號撤銷通緝書撤銷通緝一節,有通緝書、撤銷通緝書、 彰化縣警察局員林分局九十六年六月十日員警分偵緝字第 XX號通緝案件報告書在恭可查,是本件應依中華民國九十 六年罪犯減刑條例第二條第一項第三款、第三條第一項第十 五款之規定予以減輕其刑。乃原確定判決竟以被告係於上開 條例施行前,經通緝且未於九十六年十二月三十一日以前自 動歸案接受審判,不得依上開條例減刑,即有判決適用法則 不當之違背法令。二、案經確定,爰依刑事訴訟法第四百四 十一條、第四百四十三條提起非常上訴,以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十七年度台非字第二六八號

上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告詐欺案件,對於台灣高等法院台中分院中華民國九十六年十一月一日第二審確定判決,認為違背法令,提起非常上訴,本院判決如下:

主 文

原判決及第一審判決均撤銷。

某甲幫助共同意圖為自己不法之所有,以詐術使人將本人之物交付,處有期徒刑陸月,如易科罰金,以新台幣壹仟元折算壹日;減為有期徒刑叁月,如易科罰金,以新台幣壹仟元折算壹日。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又中華民國九十六年罪犯減刑條例於九十六年七月四日制定公布,並於同年月十六日生效施行,其第五條規定:「本條例施行前,經通緝而未於中華民國九十六年十二月三十一日以前自動歸案接受偵查、審判或執行者,不得依本條例減刑。」係指於該條例生效施行前經通緝,而未於九十六年十二月三十一日前自動歸案者,不得依該條例之規定減刑而言;如係於該條例施行前經緝獲歸案者,應不受該條不得減刑規定之限制。故於中華民國九十六年罪犯減刑條例基準日(即九十六年四月二十四日)前犯罪,於該減刑條例施行前

已經發布通緝,且於該條例生效施行(即九十六年七月十六 日)前已緝獲到案者,如合於該減刑條例減刑之規定者,仍 非不得依該減刑條例之規定予以減刑。本件原審判決及第一 審判決均認定被告某甲於九十五年七、八月間某日,基於幫 助詐欺之犯意,將其向中華郵政股份有限公司彰化大竹郵局 申辦之存摺、金融卡、密碼及印章提供予某不詳姓名之成年 人使用。嗣該不詳姓名之成年人與化名「林○升」、「陳○ 鈴」等人於同年八月三十一日上午,分別假冒「中華電信公 司」、「防偽中心」、「中央存保局」人員,以電話向被害 人A佯稱:「因欠費新台幣(下同)約一萬多元,需打電話 至防偽中心」、「其名下帳戶遭冒用,需去電中央存保局」、 「需將其帳戶內金額匯至指定帳戶」等語, 使A陷於錯誤而 至銀行分別匯款八十萬零一千元、八十萬零五千元、七十萬 零六千五百元及十萬元至被告上揭帳戶及某乙、某丙名義之 其他帳戶內,再由該不詳姓名之人將款項領出等情,適用刑 法第三十條第一項前段、第二項、第三百三十九條第一項、 第四十一條第一項前段,刑法施行法第一條之一第一項、第 二項前段,論以幫助詐欺罪,量處有期徒刑六月,並諭知如 易科罰金,以一千元折算一日。又以被告犯罪時間雖在九十 六年四月二十四日以前,但其係於九十六年六月九日經緝獲 後接受審判,不得依中華民國九十六年罪犯減刑條例予以減 刑,固非無見。惟查被告犯罪後,因逃匿而於九十六年六月 七日經台灣彰化地方法院以九十六年彰院賢緝字第XX號 通緝書發布通緝,旋於同年月九日緝獲,並由該院於同年月 十三日以九十六年彰院賢緝銷字第XX號撤銷通緝書撤銷

通緝,有通緝書、撤銷通緝書及彰化縣警察局員林分局九十 六年六月十日員警分偵緝字第XX號通緝案件報告書各一 份在卷可稽(見台灣彰化地方法院九十六年度易字第五二九 號卷第三十一至五十二頁)。足見被告係於中華民國九十六 年罪犯減刑條例減刑基準日即九十六年四月二十四日前犯 罪,其犯罪後雖經發布通緝,但於上述減刑條例施行前即已 緝獲到案,依首開說明,應無同條例第五條不得減刑規定之 適用。第一審判決認被告有該條例第五條不得減刑規定之適 用,而未依該條例相關規定予以減刑,自有判決不適用法則 及適用不當之違誤,原判決未予撤銷糾正,仍予維持,同屬 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,應由本院將原判決及第一審判決均撤銷,另行判 决,依法减其宣告刑二分之一,並仍諭知易科罰金之折算標 準,以資救濟。又按非常上訴審應以原確定判決所確認之事 實為判決基礎,以審認原確定判決有無違背法令。非常上訴 審亦屬法律審,關於實體法上之事實,因其係決定刑事責任 之存否及刑罰權應予如何實現之問題,須經嚴格之證明,非 常上訴審自無從為必要之調查,而應受確定判決所認定事實 之拘束。本院爰依原判決所確認之事實,另為判決,附此敘 明。據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一 款,刑法第三十條第一項前段、第二項、第三百三十九條第 一項、第四十一條第一項前段,刑法施行法第一條之一第一 項、第二項前段,中華民國九十六年罪犯減刑條例第二條第 一項第三款、第七條、第九條,判決如主文。

中華民國九十七年五月二十九日

【第一一五案】

一、關係條文

中華民國九十六年罪犯減刑條例 第6條、第2條第1項。

槍砲彈藥刀械管制條例 第11條第1項。 刑事訴訟法 第378條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。而減刑之裁定與科刑之判決有同等效力,如有違背法令,自得對之提起非常上訴。復按中華民國九十六年罪犯減刑條例第六條『對於第三條所定不內自首而受裁判者,依第二條第一項規定予以減刑』中,『施行前至』等四字係立法委員於協商時,以自首係對犯罪行為之因,又鼓勵自首,乃其行為足以減少司法資源之浪費,不因自首排除於減刑適用之外,有失公允等情而增列。經過一段,不過一個人某一時人以減一時,犯修正前槍砲彈藥力,以進手槍罪,在該犯罪未發覺前,於九十三年九月二十九日改造手槍罪,在該犯罪未發覺前,於九十三年九月二十九日自首而接受裁判,為台灣高雄地方法院九十五年度訴字雖修

正前槍砲彈藥刀械管制條例第十一條第一項之罪,為中華民國九十六年罪犯減刑條例第三條第一項第四款所列不予減刑之罪,惟受刑人既係在該條例施行前自首,即與該條例第六條所定相符,自應依該條例規定予以減刑,始為適法(台灣高等法院刑事庭庭長會議就中華民國九十六年罪犯減刑條例之法律問題決議第一號參照)。詎台灣高雄地方法院九十六年度聲減字第XX號確定裁定,以其附表編號一所示之修正前槍砲彈藥刀械管制條例第十一條第一項之罪,依中華民國九十六年罪犯減刑條例第三條第一項第四款規定,本不應減刑,該條例第六條之規定僅適用於尚未判決確定之案件,附表編號一所示之罪業經判決確定,並不符合上開規定應執刑,該條例第六條之規定僅適用於尚未判決確定之案件,附表編號一所示之罪業經判決確定,並不符合上開規定適用之範圍云云,駁回檢察官該部分之減刑聲請,及其因此所定之應執行刑,即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、附録

最高法院刑事判決 九十七年度台非字第二九七號 上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長 被 告 某甲

上列上訴人因被告違反槍砲彈藥刀械管制條例案件聲請減 刑及定應執行刑案件,對於台灣高雄地方法院中華民國九十 六年八月二十四日所為第一審確定裁定,認為部分違背法 令,提起非常上訴,本院判決如下:

主文

原裁定關於駁回附表編號一部分減刑之聲請及定應執行刑部分撤銷。

某甲所犯如附表編號一部分之製造改造手槍罪,應減刑如附表編號一所示,並與所犯如附表編號二未經許可持有刀械罪減刑後如附表編號二所載之刑期,應執行有期徒刑壹年陸月,併科罰金新台幣伍萬元。罰金如易服勞役,以新台幣貳仟元折算壹日。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按:判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事 訴訟法第三百七十八條定有明文。而減刑及定應執行刑之裁 定,與實體科刑判決有同等效力,於裁定確定後,如發現有 違背法令情形,自得對之提起非常上訴。又中華民國九十六 年罪犯減刑條例第六條規定:「對於第三條所定不予減刑而 未發覺之罪,於本條例施行前至施行之日起三個月內自首而 受裁判者,依第二條第一項規定予以減刑。」該條文既明定 「於本條例施行前至施行之日起三個月內自首」,而無始期 之限制,自應包括在該條例施行前自首而受裁判,亦有該條 例第六條規定之適用。雖該條之立法理由載稱:「為鼓勵罪 犯藉此次減刑機會自首,俾使昔日未偵破之案件得以澄清, 爰參考中華民國八十年罪犯減刑條例第七條,定明對於本條 例第三條所定列為不得減刑範圍而未發覺之罪,如於本條例 施行之日起三個月內,自首而受裁判者,亦予減刑寬典 | 等 語。但查條文中「施行前至」四字係立法院於該條例審議中 進行協商時,以自首係對犯罪行為之懺悔,法律應予鼓勵,

又自首行為足以減少司法資源之浪費,此項功能,不因自首 係在減刑條例施行前、後而有異,若將減刑條例施行前之自 首排除於減刑適用之外,有失公允等情而增列(立法院公報 第九六卷第五六期院會紀錄參照)。是依其立法過程及立法 精神,該條例第六條之減刑事由規定,亦應包括施行前之自 首在內,且並不侷限於尚未判決確定之案件,始得適用。本 件被告所犯附表編號一所列之製造改造手槍罪,經宣告有期 徒刑三年,併科罰金新台幣(下同)十萬元,雖屬第三條第 一項第四款所定不予減刑之罪,惟依台灣高雄地方法院九十 六年四月二十日九十五年度訴字第 X X 號確定判決,其事實 欄認定:「某甲於未為警方發覺其有攜帶管制槍械前,即主 動將背包內上開仿 BERETTA 廠半自動九二型改造手槍一支 及內含裝有三發子彈之彈匣交由警方,並坦承犯行(即附表 編號一之製造改造手槍部分)接受裁判」;理由亦說明:「被 告於九十三年九月二十九日為警盤查時,於未為警方發覺其 有攜帶管制槍械前,即主動將本案槍彈交由警方,並坦承犯 行接受裁判,此有被告警詢筆錄及員警李順從於檢察官偵查 中之證詞可證。是被告就其連續製造具殺傷力之改造手槍罪 部分,為對未發覺之犯罪自首而接受裁判,應依修正前刑法 第六十二條規定減輕其刑。」等語。則被告係在該條例施行 前自首而受裁判,洵可認定。揆諸前開說明,自應適用該條 例第六條,依第二條第一項規定予以減刑,再與附表編號二 所列之犯罪減刑後之刑定其應執行刑,方稱適法。乃原裁定 疏未細察,遽以應限於尚未判決確定之案件,始得減刑,本 件業經判決確定,並不符合減刑之規定為由而不予減刑並駁 回被告減刑之聲請,自有不適用法則之違背法令。案經確定,且不利於被告,非常上訴意旨執以指摘,洵有理由,應由本院將原裁定關於駁回附表編號一部分減刑之聲請及定應執行刑部分撤銷,另行判決,依法予以減刑,並定應執行刑,以資救濟。據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款,中華民國九十六年罪犯減刑條例第二條第一項第三款、第六條、第八條第一項、第十條第二項,刑法第四十二條第三項前段、修正前刑法第五十一條第五款,判決如主文。

中華民國九十七年七月十日

【第一一六案】

一、關係條文

中華民國九十六年罪犯減刑條例 第 8 條第 1 項。 檢肅流氓條例 第 21 條第 1 項。 刑 事 訴 訟 法 第 378 條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴訟法 第三百七十八條定有明文。又減刑裁定與科刑之確定判決具 有同一效力,如有違背法令,自得提起非常上訴。復按中華 民國九十六年罪犯減刑條例第八條第一項規定:『依本條例 應減刑之罪,已經判決確定尚未執行或執行未完畢者,由檢 察官或應減刑之人犯聲請最後審理事實之法院裁定之』。經 查:本件被告某甲因犯違反槍砲彈藥刀械管制條例之罪,經 台灣高等法院以八十五年度上訴字第XX號判決判處有期 徒刑一年二月確定,然被告自九十一年二月二十六日至九十 三年二月十六日借執行感訓處分計一年十一月二十二日,依 檢肅流氓條例第二十一條規定,該感訓期間可折抵上開一年 二月之有期徒刑,故本件違反槍砲彈藥刀械管制條例罪所處 之有期徒刑已因折抵而執行完畢,此有台灣桃園地方法院檢 察署桃檢清乙九十執助字第XX號函、八十七(年)執更乙 字第XX號之一執行指揮書可稽,本件既已執行完畢,自不 得再依中華民國九十六年罪犯減刑條例第八條第一項規 定,予以裁定減刑,原裁定予以裁定減刑,應有判決適用法 則不當之違法。案經確定,爰依刑事訴訟法第四百四十一 條、第四百四十三條提起非常上訴,以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十七年度台非字第二 () 號

上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告違反槍砲彈藥刀械管制條例案件,經檢察 官聲請減刑,對於台灣高等法院中華民國九十六年七月十六 日確定裁定,認為違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主文

原裁定關於違背法令之部分撤銷。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按減刑之裁定,與實體判決有同等效力;此項裁定確定後,如發現有違背法令者,自得提起非常上訴。又判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。再依中華民國九十六年罪犯減刑條例應減刑之罪,已經判決確定尚未執行或執行未完畢者,由檢察官或應減刑之人犯聲請最後審理事實之法院裁定之,為該條例第八條第一項所明定。易言之,聲請減刑,以應減刑之罪已判決確定,而於中華民國九十六年罪犯減刑條例施行之日,尚未執行或執行未完畢者為限,如於該條例施行之前,其刑已執行完畢者,即無再予減刑之可言。本件原裁定以:被告因

於民國八十四年九月底至同年十一月三日止犯違反槍砲彈 藥刀械管制條例之罪,經原審以八十五年度上訴字第 X X X ①號判決,判處有期徒刑一年二月確定在案。茲檢察官以其 犯罪時間在九十六年四月二十四日以前,所犯為槍砲彈藥刀 械管制條例第七條第四項之罪,合於減刑條件,聲請減刑, 認無不合而予裁定減為有期徒刑七月。然查:被告雖因違反 槍砲彈藥刀械管制條例之罪,經原審判處有期徒刑一年二月 確定,惟被告因曾羈押得折抵刑期四十二日,復自九十一年 二月二十六日至九十三年二月十六日經執行感訓處分計一 年十一月二十二日,依檢肅流氓條例第二十一條第一項,受 裁定感訓處分之流氓行為,同時觸犯刑事法律者,經判決有 罪確定,其應執行之有期徒刑,與感訓期間,相互折抵之。 其折抵以感訓處分一日互抵有期徒刑一日之規定,該感訓期 間可折抵上開一年二月有期徒刑之所餘刑期,該罪所處之徒 刑已因折抵而執行完畢等情,有卷附台灣桃園地方法院檢察 署桃檢清乙九十執助字第XX號函、八十七年執更乙字第X X號之一及九十年執助乙字第XX號執行指揮書(均影本) 可稽,本件既已執行完畢,依上開說明,自不生減刑問題。 乃原審疏未詳查,遽依檢察官之聲請,裁定減刑,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, 洵有理由,惟原裁定尚非不利於被告,應僅由本院將其關於 **違背法令之部分撤銷,以資糾正。**

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前 段,判決如主文。

中華民國九十七年二月十四日

【第一一七案】

一、關係條文

中華民國九十六年罪犯減刑條例 第8條第3項、第1項。刑事訴訟法 第378條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴訟法 第三百七十八條定有明文。又,減刑及定應執行刑之裁定, 與科刑判決有同等效力,於裁定確定後,認為違法,得提起 非常上訴。復按中華民國九十六年罪犯減刑條例第八條第三 項、第十二條分別明定:『依本條例應減刑之數罪,經二以 上法院栽判確定者,得由一檢察官或應減刑之人犯合併向其 中一栽判法院聲請栽定之。』、『前二條關於定應執行之刑, 準用第八條第三項規定。』,其中第八條第三項之立法理由 更載明:『依本條例應減刑之數罪併罰或不合數罪併罰案 件,依現行規定,須由檢察官分別向各該法院聲請裁定減 刑,勢將影響減刑及釋放作業,爰於第三項規定得由檢察官 或應減刑之人犯合併向其中一裁判法院聲請裁定減刑,以爭 取時效。』;而司法院訂頒之法院辦理九十六年減刑案件應 行注意事項第二十九點亦規定:『本條例第八條第三項及第 十二條之規定,一人犯數罪,且經二以上法院裁判確定者, 不論係數罪併罰或不合數罪併罰之數罪,均得由一檢察官或 應減刑之人犯合併向其中一裁判法院聲請裁定減刑。受理聲 請之法院,應就聲請之全部為減刑之裁定。』經查本案檢察官以受刑人所犯確定裁定附表所列編號2至8之罪,與中華民國九十六年罪犯減刑條例所定應減刑之規定相符,聲請減刑;並依該條例第十、十一條規定,就附表編號1、2、3、4、6等五罪,及附表編號5、7、8等三罪,聲請分別定其應執行之刑。詎原確定裁定就編號1、2、3、4、6等五罪部分,認與編號5、7、8各罪,非屬數罪併罰案件,且其最後事實審法院均為台灣宜蘭地方法院,原裁定法院無管轄權,駁回減刑及定應執行刑之聲請,自有裁定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、附録

最高法院刑事判決 九十七年度台非字第一①五號 上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例減刑及定應執行刑案件,對於台灣高等法院中華民國九十六年十一月二十一日減刑確定裁定,認為違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主文

原裁定關於聲請駁回部分撤銷,由台灣高等法院依裁定前之 程序更為裁定。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按中華民國九十六年罪犯減刑條例第八條第一項對於 單獨一罪之減刑聲請,固規定由最後審理事實之法院裁定。 惟同條第三項對於一人犯數罪之情形,為避免影響減刑及釋 放作業,爰規定:「依本條例應減刑之數罪,經二以上法院 裁判確定者,得由一檢察官或應減刑之人犯合併向其中一裁 判法院聲請裁定之。」亦即得由檢察官或應減刑之人犯合併 向其中一裁判法院聲請裁定減刑,以爭取時效。是故在一人 犯數罪案件中,各個案件之最後事實審法院如經檢察官或應 減刑之人犯聲請減刑及定執行刑時,不論其是否為數罪中之 最後事實審法院,法律即賦予管轄權,無可規避裁判。查本 件係被告某甲一人犯如原裁定附表所示編號1-8之罪,上 訴人既已就全部八罪向其中附表編號5、7、8等三罪之最 後事實審法院,即原審法院聲請減刑及定執行刑,揆之首開 法條規定與解釋,原審法院即對於全部八罪有法律賦予之管 轄權,而須兼對得減刑各罪之減刑以及符合刑法第五十條裁 判確定前所犯數罪部分,依中華民國九十六年罪犯減刑條例 第十條至第十二條裁定定其應執行之刑,無可推諉。乃原裁 定竟以無管轄權為由,駁回如原裁定附表所示編號1、2、 3、4、6等五罪部分之減刑及定執行刑聲請,自屬於法有 違。次按減刑及定應執行刑之裁定,與科刑判決有同等效 力,於裁定確定後,認為違法,得提起非常上訴。本件案經 確定,且不利於被告,上訴人提起非常上訴,據以指摘,洵 有理由,應由本院將原裁定關於「聲請駁回」部分撤銷,由 原審法院依裁定前之程序更為裁定,以資救濟。

據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項前段,判決如主文。

中華民國九十七年二月二十九日

【第一一八案】

一、關係條文

中華民國九十六年罪犯減刑條例 第8條第3項、第1項、 第5項、第12條。

刑 事 訴 訟 法 第 379 條第 12 款、第 477 條第 1 項、 第 378 條。

二、非常上訴理由

一、按判決適用法則不當者,為違背法令。又減刑之裁定,亦屬適用刑罰之裁判,其效力與科刑之判決無異,若於確定後,發現其適用法則違法,自應視同判決,提起非常上訴。另依不告不理原則,法院對未受請求之事項予以判決者,其十九條第十二款後段分別定有明文。二、經查本件台灣高者分院檢察署檢察官僅針對受刑人某甲所犯竊盜罪名部分向同院聲請減刑。至其另犯之違反槍砲彈藥刀械管制定,不應減刑;再其犯無故離役(得減刑)、妨害性自主(不得減刑)罪名部分,最後事實審法院均為國防部高等軍事法院詢滿刑裁定後,再依法由檢察官向法院聲請裁定定執行刑。詎台灣高等法院高雄分院誤就無故離役罪名部分亦為減刑,同時為定執行刑之諭知,明顯逸出檢察官聲請減刑範

圍,亦取代高等軍事法院將非屬其得減刑之罪名併予減刑, 自有對未受請求之事項予以判決之違背法令。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

最高法院刑事判决 九十七年度台非字第八五號 上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告某甲

上列上訴人因被告竊盜等罪案件,對於台灣高等法院高雄分院中華民國九十六年十一月一日確定裁定,認為部分違背法令,提起非常上訴,本院判決女下:

主 文

原裁定關於無故離役罪減刑及定應執行刑部分撤銷。

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。又除有特別規定外,已受請求之事項未予判決,或未受請求之事項予以判決者,其判決為當然違背法令,刑事訴訟法第三百七十八條、第三百七十九條第十二款分別定有明文。再減刑及定應執行刑之裁定,與科刑判決有同等效力,於裁定確定後,認為違背法令者,自得提起非常上訴。又「依本條例應減刑之罪,已經判決確定尚未執行或執行未完畢者,由檢察官或應減刑之人犯聲請最後審理事實之法院裁定之」、「第一項至前項規定,於軍事檢察官適用之。」中華民

國九十六年罪犯減刑條例第八條第一項、第五項分別定有明 文。另同條第三項規定「依本條例應減刑之數罪,經二以上 法院裁定確定者,得由一檢察官或應減刑之人犯合併向其中 一裁判法院聲請裁定之。」其中所稱之法院,不含軍事審判 機關,故分別由司法、軍法機關判決確定之案件,應分別由 司法、軍法機關辦理減刑;其應定執行刑文,適用刑事訴訟 法第四百七十七條第一項之規定處理,無本條例第八條第三 項及第十二條之適用(司法院頒「法院辦理九十六年減刑案 件應行注意事項」第三十項參照)。本件被告某甲於民國八 十九年十月六日所犯舊軍刑法第九十三條第三款之無故離 役罪,係由國防部南部地方軍事法院於九十年十月二日,以 九十年和判定第 X X 號刑事判決判處有期徒刑十月確定, 揆 諸上開說明,其依中華民國九十六年罪犯減刑條例減刑,自 應由該軍事審判機關裁定之,始為適法。且檢察官僅向原法 院聲請就被告另犯之竊盜罪部分裁定減刑及定應執行刑,並 未聲請就被告所犯無故離役罪部分一併減刑及定應執行 刑。乃原裁定逸出檢察官聲請減刑之範圍,對於被告所犯前 述無故離役罪部分誤依上開減刑條例予以減刑,並與被告所 犯得減刑之竊盜罪所減得之有期徒刑九月及不得減刑之妨 害性自主案件所處有期徒刑三年六月暨違反槍砲彈藥刀械 管制條例案件所處有期徒刑五年六月,合併定其應執行之刑 為有期徒刑九年九月,自有未受請求之事項予以裁判及適用 法則不當之違背法令。案經確定,非常上訴意旨執以指摘, 洵有理由。因原裁定上開違背法令部分,屬自始不生法律上 效力之訴外裁判,依司法院釋字第二七一號解釋意旨,應依 非常上訴程序予以撤銷,即具改判之性質,故應由本院將原裁定關於無故離役罪減刑及定應執行刑違背法令部分撤銷(至原裁定關於竊盜罪部分減刑合法,且非常上訴意旨亦未指摘此部分違法,故不予撤銷),以資糾正。又定應執行刑部分,應於軍事審判機關依法減刑後,再依刑事訴訟法第四百七十七條規定聲請定應執行刑,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, 判決如主文。

中華民國 九十五 年 二 月 二十七 日

【第一一九案】

一、關係條文

中華民國九十六年罪犯減刑條例 第10條第1項、第7條。

刑 法 第51條。 刑 事 訴 訟 法 第378條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者,為違背法令,刑事訴訟法 第三百七十八條亦定有明文。又依中華民國九十六年罪犯減 刑條例第七條規定:『依本條例應減刑之罪,未經判決應於裁 者,於裁判時,減其宣告刑。依前項規定裁判時,應於裁 主文同時諭知其宣告刑及減得之刑』,另同條例第十條第 項規定:『裁判確定前犯數罪均應減刑而未定執行刑者, 為罪依第二條、第四條、第六條至第八條規定減刑後 ,應分別諭知其宣告刑及減得之刑。亦即犯數罪均應減刑 者,應分別諭知其宣告刑及減得之刑,再適用刑法第五十一 條定其應執行之刑。本件原判決於主文竟諭知:『某甲共 偽造私文書,足以生損害於他人,處有期徒刑陸月,應執行 有期徒刑拾壹月,減為有期徒刑伍月又拾伍日』。係先定執 行刑再予以減刑,已違反該減刑條例之規定,顯非適法。原 判決已確定,爰聲請提起非常上訴,以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十六年度台非字第三三一號

上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

上列上訴人因被告偽造文書等罪案件,對於臺灣高雄地方法院中華民國九十六年七月二十六日第一審確定判決,認為部分違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主文

原判決關於違背法令部分撤銷。

理由

非常上訴理由(見前二)

本院按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。又中華民國九十六年罪犯減刑條例第七條規定:「依本條例應減刑之罪,未經判決確定者,於裁判時,減其宣告刑。依前項規定裁判時,應於裁判時,減其宣告刑及減得之刑。」同條例第十條第一項復規定:「裁判確定前犯數罪均應減刑而未定執行刑者,就各罪依第二條、第四條、第六條至第八條規定減刑後,適用刑法第五十一條定其應執行之刑。」本件原判決以被告某係於九十六年四月二十四日以前犯共同偽造私文書罪及行使為造私文書罪,應依中華民國九十六年罪犯減刑條例予以減刑並定其應執行之刑,惟疏未依上開法條規定程式為適法之記載,僅於判決主文諭知該二罪之宣告刑各為有期徒刑六月,並定應執行之刑為有期徒刑十一月及減得之應執行之刑

為有期徒刑五月又十五日。原判決既未依上開條例第七條規定於主文同時諭知被告所犯二罪之宣告刑及減得之刑,再依同條例第十條第一項規定就該二罪減得之刑,適用刑法第五十一條定其應執行之刑,自有適用法則不當之違法。案經定定,非常上訴意旨執以指摘,洵有理由。再按數罪併罰分別宣告多數有期徒刑者,於各刑中之最長期以上,各刑合併之刑期以下,定其應執行之刑,刑法第五十一條第五款定有明文。被告所犯二罪,適用上開減刑條例第二條第一項第三款規定,應各減為有期徒刑三月;又依刑法第五十一條第五款規定,應於三月以上、六月以下合併定其應執行之刑。原判決主文對被告諭知減得之應執行之刑為有期徒刑五月又十五日,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,判決如主文。

中華民國九十六年十二月十三日

【第一二〇案】

一、關係條文

中華民國九十六年罪犯減刑條例 第14條、第2條第1項第2款。

刑 法 第37條第2項。

刑事訴訟法 第378條。

二、非常上訴理由

上列上訴人因被告妨害兵役案件,對於台灣板橋地方法院中華民國九十四年九月三十日第一審確定簡易判決(九十四年度簡字第四五〇二號,聲請簡易判決處刑案號:台灣板橋地方法院檢察署九十四年度偵字第一三〇三二號),認為違法,提起非常上訴,本院判決如下:

主 文

原判決關於違背法令部分撤銷。

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。本件受刑人因殺人案件,經貴院於八十九年X月X日以八十九年度台上字第XXXX號判處無期徒刑,褫奪公權終身確定,經檢察官以其犯罪時間,在中華民國九十六年四月二十四日以前,且係對於未發覺之罪,於中華民國九十六年罪犯減刑條例施行之前自首而受裁判,合於該條例第六條規定之減刑條件,聲請依同條例第二

條一項第二款減刑。按中華民國九十六年罪犯減刑條例第二條第一項第二款規定,無期徒刑減為有期徒刑二十年,同條例第十四條規定,依本條例應減刑之罪,經宣告褫奪公權。一年者,其褫奪公權,比照主刑減刑標準定之,其期間不得少於一年。查該第十四條雖規定,依本條例應減刑之罪,經宣告褫奪公權逾一年者,其褫奪公權,比照主刑減刑標準定之,惟其期間仍須受刑法第三十七條第二項之限制(貴院六十三年度第四次刑庭庭推總會決議參照),而刑法第三十七條第二項規定,宣告六個月以上有期徒刑,依犯罪之性質認有褫奪公權之必要者,宣告一年以上十年以下褫奪公權。原裁定將褫奪公權部分減為二十年,已逾褫奪公權之最長期限,自有判決適用法則不當之違法。案經確定,且於被告不利,爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴,以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決 九十七年度台非字第五九號

上 訴 人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

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。又提起非常上訴,固應對於違法之確定判決為之,但減刑之裁定,具有實體判決同一之效力,於裁定確定後,認為違法,得提起非常上訴。再中華

民國九十六年罪犯減刑條例第二條第一項第二款規定:無期 徒刑減為有期徒刑二十年。同條例第十四條規定:依本條例 應減刑之罪,經宣告褫奪公權逾一年者,其褫奪公權,比照 主刑減刑標準定之,其期間不得少於一年。該條例第十四條 雖規定依該條例應減刑之罪,經宣告褫奪公權逾一年者,其 褫奪公權,比照主刑減刑標準定之,惟其期間仍須受刑法第 三十七條第二項規定之限制,亦即減刑後之褫奪公權期間不 得少於一年或逾十年。本件被告某甲前於民國八十八年一月 十八日犯殺人罪,經本院於八十九年三月二日,以八十九年 度台上字第 X X X X 就刑事判決量處無期徒刑,褫奪公權終 身確定。嗣檢察官以被告犯罪時間係在九十六年四月二十四 日以前,且係對於上述減刑條例所定不予減刑而未發覺之 罪,於該條例施行前自首而受裁判,合於減刑條件,向最後 審理事實之原審法院聲請減刑,原裁定將原確定判決所宣告 之無期徒刑,褫奪公權終身,減為有期徒刑二十年,褫奪公 權二十年。其對於褫奪公權部分減刑已逾刑法第三十七條第 二項所規定宣告褫奪公權十年之最長期限,依上述說明,該 部分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原判決關於褫奪公權減刑部分違 背法令,洵有理由,應由本院將原裁定關於褫奪公權減刑部 分撤銷,另為判決如主文第二項所示,以資救濟。 據上論結,應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款、 中華民國九十六年罪犯減刑條例第二條第一項第二款,第六

條、第十四條、刑法第二百七十一條第一項、第三十七條第

二項,判決如主文。