

最高法院檢察署編印

非常上訴理由及判決要旨

石明江



第十一輯

最高法院檢察署
非常上訴理由
及判決要旨彙編第十一輯目錄

刑法

案次	年度	判決案號 台非字	關 係 條 文	頁 次
一	七九	五〇	刑法第二條第一項、第四十一條。 妨害兵役治罪條例第十一條第三項第一項 第三款、第七條第一項。 戡亂時期罰金罰鍰提高標準條例第二條第一項。	一
二	七九	二七七	刑法第三條。 刑事訴訟法第三百四十三條、第三百零三條第六款。	四
三	七八	四〇	刑法第十條第四項第六款、第二百八十四	八

四	五	六	七	八	九
七七	七九	七八	七八	七九	七八
三二	四〇	九六	一八	七〇	七一
三二	四〇	九六	一八	七〇	七一
條第一項後段。	藥劑藥品管理條例第十三條之一第二項第五款。	藥劑藥品管理條例第七十三條第三項。	刑法第四十條前段、第三十八條第一項第二款。	刑事訴訟法第三百七十九條第十四款。	刑法第四十條、第二百條。
刑法第十二條。	中華民國七十七年罪犯減刑條例第八條。	刑法第四十一條。	刑法第四十二條第二項第三項。	刑法第四十七條。	刑法第四十七條。
三二	四〇	九六	一八	七〇	七一
三二	四〇	九六	一八	七〇	七一
二一	一四	一七	一九	二一	二四
二一	一四	一七	一九	二一	二四

十一	七 八	四	保安處分執行法第四十條第一項。	三〇
十二	七 九	一九	刑法第五十一條第五、六、七款、第五十三條。	三二
十三	七 九	五六	刑事訴訟法第四百七十七條。	三四
十四	七 八	一四三	刑法第五十三條、第五十一條。	三六
十五	七 九	二〇二	刑法第五十五條、第五十條、第二百六十六條前段、第二百六十八條。	三九
十六	七 九	一六	刑法第五十六條。	四二
十七	七 九	一四八	刑事訴訟法第三百零三條第二款。	四五
十八	七 八	三一	刑法第六十二條。	四八
十九	七 九	一四	刑法第七十四條。	五一

戡亂時期竊盜犯贓物犯保安處分條例第九條。

保安處分執行法第四十條第一項。

刑法第五十條。

刑法第五十一條第五、六、七款、第五十三條。

三條。

刑事訴訟法第四百七十七條。

刑法第五十一條第八款。

刑法第五十三條、第五十一條。

刑法第五十五條、第五十條、第二百六十六條前段、第二百六十八條。

刑法第五十六條。

刑事訴訟法第三百零三條第二款。

刑法第六十二條。

刑法第七十四條。

刑法第七十四條。

刑法第七十四條。

二十	七九	二二	刑法第七十四條、第七十六條。	五三
二十一	七八	九二	刑法第七十六條。	五五
二十二	七八	三八	刑法第八十七條第一項第三項。	五八
二十三	七九	三八	刑事訴訟法第三百零一條第二項。	六〇
二十四	七九	一八〇	刑法第八十七條第二項第三項。	六二
二十五	七九	一一三	刑事訴訟法第三百零九條第六款。	六二
二十六	七九	四五	刑法第一百六十八條。	六九
二十七	七八	一九	刑法第二百二十七條第一項。	七一
			中華民國七十七年罪犯減刑條例第三條第一項第一款第三項、第七條第一項。	
			六款、第四條第一項第七款、第二條第一項第一款第三項、第七條第一項。	
			刑法第二百八十七條前段。	
			刑事訴訟法第二百三十七條第一項、第三	

二十八	七八	一四五	百二十二條、第三百三十四條。 刑法第三百二十條第二項。	七四
二十九	七八	一三八	刑事訴訟法第三百七十八條。 刑法第三百二十一條第一款、第五十六條。	七七
三十	七九	五四	刑法第三百二十四條第二項。	七八
三十一	七九	一八	刑事訴訟法第二百三十七條第一項。	八二
三十二	七七	三六	刑法第三百三十五條第一項、第三百三十六條第二項。 刑法第三百三十七條。 戡亂時期罰金罰鍰提高標準條例第一條前段。	八五
三十三	七七	二〇	刑事訴訟法第五條第一項、第七條。	八七
三十四	七九	四三	刑事訴訟法第八條上段、第三百零三條第一	九〇
刑事訴訟法				

三十五	七九	一五六	七款。 刑事訴訟法第八條前段、第三百零三條第七款。	九三
三十六	七九	三三三	刑事訴訟法第三十五條、第二百七十一條。	九六
三十七	七八	一三一	刑事訴訟法第四十七條、第二百七十一條、第三百六十四條。	九八
三十八	七九	二	刑事訴訟法第一百十八條。	一〇一
三十九	七八	一二七	刑事訴訟法第二百三十八條第一項、第三百零三條第三款。	一〇三
			刑法第二百七十七條第一項、第二百八十七條前段。	
四十	七八	五三	刑事訴訟法第三百零二條第一款。	一〇六
四十一	七九	一〇	刑事訴訟法第三百零二條第二款。	一〇九
			刑法第三十條、第二百六十六條第一項、第八十條第一項第五款、第八十三條。	

四十二	七九	七六	刑事訴訟法第三百零二條第二款。 刑法第三百零五條、第八十條第一項第三款。	一一二
四十三	七八	一一四	刑事訴訟法第三百零二條第二款。 刑法第三百三十七條、第八十條第一項第五款。	一一五
四十四	七九	一	刑事訴訟法第三百零二條第四款。 農藥管理法第四十四條。	一一七
四十五	七八	六〇	刑事訴訟法第三百零三條第二款。 司法院大法官會議釋字第一六八號解釋。	一二〇
四十六	七九	三	刑事訴訟法第三百零三條第五款。	一二三
四十七	七八	二三	刑事訴訟法第三百零三條第五款。 刑法第二百六十八條、第六十一條第一款。	一二五
四十八	七八	九三	刑事訴訟法第三百零三條第五款、第三百九十四條第一項但書、第三百九十三條第	一二七

四十九	五十九	五十一	五十二	五十三	五十四	五十五
七八	七九	七九	七八	七八	七八	七九
六二	一四七	一六六	八	九九	一七三	一七三
刑事訴訟法第三百零六條。	刑事訴訟法第三百二十一條、第三百三十四條。	刑法第二百三十二條後段、第二百四十五條第一項。	刑事訴訟法第三百二十三條第一項、第三百三十四條、第三百七十八條。	刑事訴訟法第三百四十九條前段、第三百六十七條前段。	刑事訴訟法第三百六十九條第一項前段。	刑事訴訟法第三百七十條、第三百四十四條第三項。
一三〇	一三二	一三五	一三七	一四〇	一四三	一四五

五十六	七八	二五	刑法第三十五條第一項、第三十三條。	一四八
五十七	七八	一三〇	刑事訴訟法第三百七十一條。	一五一
			刑事訴訟法第三百七十八條。	
			中華民國七十七年罪犯減刑條例第七條第三項、第十一條。	
			戡亂時期肅清煙毒條例第五條第一項、第九條第一項。	
五十八	七八	六一	刑事訴訟法第三百七十八條。	一五四
			少年事件處理第八十五條。	
五十九	七九	八九	民法第十二條、第一百二十四條。	
			刑事訴訟法第三百七十八條。	一五七
六十	七九	九	刑法第三百四十九條第一項、第二項。	
			刑事訴訟法第三百七十八條。	一六〇
			道路交通管理處罰條例第八十六條第二項。	
六十一	七九	四四	刑事訴訟法第三百七十八條、第三百七十	一六二

六十二	七七	一四一	九條第十二款、第三百七十一條。 刑事訴訟法第三百七十八條、第三百七十九條第十四款。	一六五
			妨害兵役治罪條例第十三條。 兵役法施行法第五十五條。	
六十三	七八	一七八	刑事訴訟法第三百七十九條第十款。	一六九
六十四	七九	二一	刑事訴訟法第三百七十九條第十款、第三百八十條。	一七二
六十五	七八	三三	刑事訴訟法第三百七十九條第十款第十四款。	一七四
六十六	七八	一五〇	刑法第二百十四條、第二百十六條。 刑事訴訟法第三百七十九條第十二款。	一七八
六十七	七七	三八	刑事訴訟法第三百七十九條第十二款後段。	一八〇
六十八	七九	一六七	刑事訴訟法第三百七十九條第十二款第十四款。	一八三

六十九	七八	一六	刑事訴訟法第三百七十九條第十四款。	一八六
七十	七八	一七六	刑事訴訟法第三百七十九條第十四款。	一八八
			刑法第三百四十六條第三項、第一項、第三百零二條第二項。	
七十一	七八	二四	刑事訴訟法第三百七十九條第十四款。	一九二
			刑法第二百六十六條第一項、第二百六十八條。	
七十二	七九	一二四	刑事訴訟法第三百七十九條第十四款。	一九五
			戡亂時期肅清煙毒條例第十條第一項。	
七十三	七九	六	刑事訴訟法第三百七十九條第十四款後段。	一九八
七十四	七九	三七	刑事訴訟法第四百七十七條。	二〇二
刑事特別法 司法院大法官會議解釋				
七十五	七八	四二	司法院院字第二七〇二號解釋。	二〇四

七十六 七十七 七十八 七十九 七八 七七 七九 七七 八三 七八 二五 三七 刑法第三百四十六條、第二百七十七條第一項。 司法院大法官會議釋字第一四六號解釋。 司法院大法官會議釋字第一五二號解釋。 司法院大法官會議釋字第一八一號解釋。 刑法第七十四條。 司法院大法官會議釋字第一八一號解釋。 刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款。 二〇七 二〇九 二一一 二一四	軍事審判法		八十 七八 二二 二二 軍事審判法第五條第二項第三項。 刑事訴訟法第三百七十八條。 二一七	中華民國六十四年罪犯減刑條例 六十四年 七十七
---	--------------	--	--	--

八十一	七八	二六	中華民國六十年罪犯減刑條例第二條、第四條。	二一九
八十二	七九	一二	中華民國六十四年罪犯減刑條例第二條、第五條第一項、第六條第一項。	
八十三	七八	四八	刑法第二百零一條第一項。	
			中華民國七十七年罪犯減刑條例第二條。	二二二
			刑法第三百二十條第一項。	
			中華民國七十七年罪犯減刑條例第三條第五款。	二二五
八十四	七九	一一	刑法第二百七十一條第一項。	
			中華民國七十七年罪犯減刑條例第四條第二項、第二條第一項第二款乙類(三)。	二二七
八十五	七八	一〇	中華民國七十七年罪犯減刑條例第六條、第七條。	二二九
			刑法第三百二十條第一項。	

八十六	七九	三六	中華民國七十七年罪犯減刑條例第七條第一項。	二三一
八十七	七九	二〇	中華民國七十七年罪犯減刑條例第十三條、第二條第一項第二款第三目。	二三五
			刑法第二百七十七條第二項前段。	
動產擔保交易法				
八十八	七七	一二九	動產擔保交易法第三十八條。	二三七
			司法院大法官會議釋字第二二七號解釋。	
著作權法				
八十九	七九	四九	著作權法第三十八條第二項。	二四〇
九十	七九	一八一	著作權法第四十七條前段、第三十八條第一項。	二四二
都市計劃法				

九十一	七八	一一八	都市計劃法第八十條。	二四五
少年事件處理法				
九十二	七八	七五	少年事件處理法第七十八條第一項。	二四七
九十三	七九	六〇	刑事訴訟法第三百七十八條。 少年事件處理法第七十九條、第八十二條、第一條。	二四九
			刑法第七十四條第一款、第二款。 刑事訴訟法第三百七十八條。	
道路交通管理處罰條例				
九十四	七八	一一三	。 道路交通管理處罰條例第八十六條第一項。 。 道路交通安全規則第三條第六款。	二五一

懲治盜匪條例

九十五

七八

一〇七

懲治盜匪條例第七條第一項、第五條第一項第一款。

二五四

戡亂時期貪污治罪條例

九十六

七八

一四七

戡亂時期貪污治罪條例第十七條、第十一條第一項。
妨害軍機治罪條例第五條。

二五六

動員時期電信（子）器材管制辦法

九十七

七九

一二二

動員時期電信（子）器材管制辦法第十二條、第十三條。
刑事訴訟法第二百五十一條。

二五八

漁業法

九十八	七九	二四	漁業法第五十八條、第五十一條第三款。	二六一
台灣省內菸酒專賣暫行條例				
九十九	七八	四九	台灣省內菸酒專賣暫行條例第四十二條。 刑法第十一條前段、第四十二條。	二六三
勞動基準法				
一〇〇	七九	七九	勞動基準法第五條、第四十二條、第七十 五條、第七十七條。	二六六

非常上訴理由及判決要旨第十一輯

第壹案

一、關係條文

刑法第二條第一項、第四十一條。

妨害兵役治罪條例第十一條第三項第一項第三款、第七條第一項。

戡亂時期罰金罰鍰提高標準條例第二條第一項。

二、非常上訴理由

按行爲後法律有變更者，適用裁判時之法律，但裁判前之法律有利於行爲人者，適用最有利於行爲人之法律，刑法第二條第一項定有明文。本件被告某甲係後備軍人，原設籍居住臺中市五權路○○○號，於民國七十二年一月間，遷往臺南縣歸仁鄉○○村十二號，無正當理由，竟不依規定申報，致臺中市團管區司令部所發，應於七十二年五月十九日，前往臺中坪林報到之教育召集令無法送達等情，原判決處以有期徒刑四月，減爲有期徒刑二月，固無不合。惟戡亂時期罰金罰鍰提高標準條例於七十二年六月二十四日修正公布，同年月二十六日生效，關於有期徒刑易科罰金，竟未適用刑法第二條第一項但書規

定，適用有利於被告之行爲時舊法定折算標準。而依不利於被告之裁判時新法，諭知有期徒刑如易科罰金均爲以三十元折算一日，自屬違背法令。案經確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條，提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

行爲後法律有變更者，適用裁判時法律，但裁判前之法律有利於行爲人者，適用最有利於行爲人之法律，刑法第二條第一項定有明文。本件被告犯罪時間既在戡亂時期罰金罰鍰提高標準條例公布施行之前，依照上開說明，關於徒刑易科罰金折算之標準，自應適用最有利於行爲人之刑法第四十一條，乃原判決漏未爲新舊法律之比較，遽依戡亂時期罰金罰鍰提高標準條例第二條第一項，諭知有期徒刑如易科罰金，以三十元折算一日，顯有適用法則不當之違法，且於被告不利，應將原判決撤銷，另行判決，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決 七十九年度臺非字第五〇號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

右上訴人因被告妨害兵役案件，對於臺灣臺中地方法院中華民國七十八年五月二十九日第一審確定判決，認爲違背法令，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原判決撤銷。

某甲後備軍人居住處所遷移，無故不依規定申報，致使教育召集令無法送達，處有期徒刑肆月，如易科罰金以叁元折算壹日，減爲有期徒刑貳月，如易科罰金以叁元折算壹日。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按行爲後法律有變更者，適用裁判時之法律，但裁判前之法律有利於行爲人者，適用最有利於行爲人之法律，刑法第二條第一項定有明文。本件被告觸犯妨害兵役治罪條例第十一條第三項第一項第三款、第七條第一項之罪時，徒刑易科罰金折算之標準，應適用刑法第四十一條，以一元以上三元以下折算一日，裁判時依新公布施行之戡亂時期罰金罰鍰提高標準條例第二條第一項，則就其原定數額提高爲十倍折算一日，關於徒刑易科罰金折算之標準，自應適用最有利於被告之刑法第四十一條。本件原判決認定被告於七十二年五月十九日犯妨害兵役治罪條例第十一條第三項第一項第三款、第七條第一項之罪，其犯罪時間既在戡亂時期罰金罰鍰提高標準條例公布施行之前，依照上開說明，關於徒刑易科罰金折算之標準，自應適用最有利於行爲人之刑法第四十一條，乃原判決漏未爲新舊法律之比較，遽依戡亂時期罰金罰鍰提高標準條例第二條第一項，諭知有期徒刑如易科罰金，以三十元折算一日，顯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，執此指摘，尙有理由，應由本院將原判決撤銷，另行判決，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，妨害兵役治罪條例第十一條第三項第一項第三款、第七條第一項，刑法第十一條前段、第二條第一項但書、第四十一條，中華民國七十七年罪犯減刑條例第四條第二項、第二條第一項第二款乙類（一），判決如主文。

中華民國七十九年三月十六日

四

第貳案

一、關係條文

刑法第三條。

刑事訴訟法第三百四十三條、第三百零三條第六款。

二、非常上訴理由

按不受理之判決，固屬程序上判決，但其判決有違背法令之情形，非不得提起非常上訴，以資救濟。此觀諸刑事訴訟法第四百四十七條第二項之規定自明。且有司法院二十五年院字第一六〇三號解釋，貴院二十四年非字第一一九號、二十九年非字第七一號判例可供參考，合先敘明。本件原判決撤銷第一審法院之實體判決，改爲諭知自訴不受理之判決，其所持之理由，無非以自訴人某乙之自訴被告某甲涉犯刑法第三百零五條恐嚇罪嫌之犯罪事實，係在國泰航空公司之班機內，當時該班機雖停留在我國松山機場內，無論國泰航空公司係屬何一國家之航空機，其非本國之航空機，則堪認定，既爲別國之航空機，依國際法通例，即係他國領土之延伸，即非我國刑法效力所及。則無論其行爲或結果，均難認其係在本國領域內犯罪，被告所犯又爲最重本刑爲二年以下有期徒刑之刑法第三百零五條之妨害自由罪，依刑

法第五條、第六條及第七條之規定，均無適用本國刑法予以處罰之餘地，應認對被告無審判權，將原判決撤銷，諭知不予受理之判決。惟查我國刑法第三條前段規定，在中華民國領域內犯罪，適用之。依原判決記載之被告犯罪地，在臺北市之松山機場乃係我國領域，自屬我國刑法適用範圍。至原判決理由所指之別國航空機，依國際法通例，即係他國領土之延伸。未見說明其依據。而依國際法上領域管轄原則，國家對在它領域內之人、物或發生的事件，除國際法或條約另有規定外，原則上享有排他的管轄權。因此，本案該外國民用航空器降落於我國機場後，我國法院對機上發生之刑案，應享有管轄權（請參見附送之外交部本年六月二十七日外四條二字第七九三一六二三二號函影本）。又國泰航空公司為香港商（見附送之臺北地方法院檢察署七十八年偵字第一〇三二號第八頁所附之該公司臺北分公司致該署函），其飛航於臺北、香港間之班機，係屬一般之民用飛機。我國與香港之間之雙邊空運協定，並未就刑事案件之管轄，訂有特別規定。縱認依國際法慣例，外籍航空器為各國領土之延伸，但在機上發生刑案，依國際法慣例，原則上航空器登記國有刑事管轄權，但有例外，非該航空器登記國亦有管轄權，我國政府已簽署及批准之東京、海牙及蒙特婁三公約中，均有規定（請參見附送之交通部民用航空局本年六月二日企法四字第〇〇五〇一一號函影本，東京公約第四條乙款，海牙公約第四條、第七條。蒙特婁公約第五條均見附送之中譯本影本）。則本件被告之犯罪行為，依我國刑法，國際慣例及我國政府所簽訂之公約，我國法院對之均有審判權與管轄權。原判決竟諭知不予受理之判決，自有不當，應屬刑事訴訟法第三百七十九條第五款之判決違背法令（參照貴院四十年三月十九日民刑庭總會決議^(一)）。又縱如原判決理由所載，被告之行爲發生於他國領土延伸之外國民航機上為我國刑法效力所不及。亦屬實體法上行爲不罰之範圍，即其所爲，應依刑事訴訟法第三百零一條第一項為無罪之判決，亦不能依刑事訴訟法之規定，諭知不予受理之判決，其判決亦有適用法則不當之違背法令。案經確定，應依刑事訴訟法第四百四十一條、

第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、判決要旨

依國際法上領域管轄原則，國家對在其領域內之人、物或發生之事件，除國際法或條約另有規定外，原則上享有排他的管轄權；即就航空器有關之犯罪言，依我國已簽署及批准之一九六三年九月十四日東京公約規定，航空器登記國固有管轄該航空器上所犯罪行及行為之權；然此一公約並不排除依本國法而行使之刑事管轄權。另其對犯罪行為係實行於該締約國領域以內、或係對於該締約國之國民所為者，非航空器登記國之締約國，仍得干涉在飛航中之航空器，以行使其對該航空器上所犯罪行之刑事管轄權。因此，外國民用航空器降落於我國機場後，我國法院對其上發生之犯罪行為，享有刑事管轄權，殆屬無可置疑。本件香港商國泰航空公司自香港飛航臺北之民用航空機，其航空器之登記國雖不屬於我國；但我國國民某乙自訴某甲，既係指某甲於該飛機降落於我國松山機場後，在機上對之犯刑法第三百零五條之恐嚇危害安全罪；而我國與香港間之雙邊空運協定，對此類之案件，復未有刑事管轄權之規定，從而依上開之說明，我國法院對之自有刑事管轄權。乃原審不察，竟以該航空器為別國之航空機，依國際法通例，即係他國領土之延伸，非我國刑法效力所及，撤銷第一審無罪之判決，改判諭知自訴不予受理，顯屬違背法令。本件既係應為實體上之判決而認為不予受理之判決，其將來是否再行起訴（自訴）以及應為實體判決之結果如何，尚不可知，而諭知不予受理後，本件訴訟即因而終結，自難斷定違誤之不予受理判決係不利於被告，是本院僅將其違法部分撤銷，其效力不及於被告，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十九年度臺非字第二七七號

上訴人

最高法院檢察署檢察總長

被告

某甲

右上訴人因被告妨害自由案件，對於臺灣高等法院中華民國七十九年一月十八日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左：

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，依國際法上領域管轄原則，國家對在其領域內之人、物或發生之事件，除國際法或條約另有規定外，原則上享有排他的管轄權，即就航空器有關之犯罪言，依我國已簽署及批准之一九六三年九月十四日東京公約（航空器上所犯罪行及若干其他行為公約）第三條第一項規定，航空器登記國固有管轄該航空器上所犯罪行及行為之權；然依同條第三項規定，此一公約並不排除依本國法而行使之刑事管轄權。另其第四條甲、乙款，對犯罪行為係實行於該締約國領域以內、或係對於該締約國之國民所為者，非航空器登記國之締約國，仍得干涉在飛航中之航空器，以行使其對該航空器上所犯罪行之刑事管轄權。因此，外國民用航空器降落於我國機場後，我國法院對其上發生之犯罪行為，享有刑事管轄權，殆屬無可置疑。本件香港商國泰航空公司自香港飛航臺北之民用航空機，其航空器之登記國雖不屬於我國；但我國國民某乙自訴某甲，既係指某甲於該飛機降落於我國松山機場後，在機上對之犯刑法第三百零五條之恐嚇危害安全罪；而我國與香港間之雙邊空運協定，對此類之案件，復未有刑事管轄權之規定，

此有交通部民用航空局七十九年六月二日企法四字第〇〇五〇一一號函可稽，從而依上開之說明，我國法院對之自有刑事管轄權。乃原審不察，竟以該航空機為別國之航空機，依國際法通例，即係他國領土之延伸，非我國刑法效力所及，無論其行為或結果均難認其係在本國領域內犯罪等由，予以撤銷第一審無罪之判決（實體判決），改判諭知自訴不予受理，顯屬違背法令。非常上訴意旨，執以指摘，洵有理由。惟本件既係應為實體上之判決而誤為不予受理之判決，其將來是否再行起訴（自訴）以及應為實體判決之結果如何，尚不可知，而諭知不予受理後，本件訴訟即因而終結，自難斷定違誤之不予受理判決係不利於被告，是本院僅將其違法部分撤銷，其效力不及於被告，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。

中華民國七十九年十二月二十八日

第 叁 案

一、關係條文

刑法第十條第四項第六款、第二百八十四條第一項後段。

二、非常上訴理由

按刑法第十條第四項第六款所謂其他於身體或健康有重大不治或難治之傷害，係指不合於前五款所列舉之重傷，始有適用。而刑法第十條第四項第四款所謂：毀敗一肢以上之機能，係指一肢以上之機能

完全喪失其效用而言，對此毀敗一肢以上之機能，既設有專款規定，則傷害四肢之重傷，自以有被毀敗之情形爲限，其同條第四項第六款所規定，即不包括傷害四肢在內，業經貴院三十年上字第四四五號、四十八年臺上字第一九四號著有判例各在案。本件原確定判決認定被告某甲駕駛自用小客車，因過失衝及被害人某乙之機車，某乙因而左股骨骨折，左脛腓骨粉碎性骨折及下顎骨骨折。致達於重大難治之重傷等事實，並未認定其左腿機能已達於毀敗之程度。原判決理由內，說明被害人某乙左脛骨粉碎太厲害，不一定能治癒，屬於難治之骨折，有臺北市中興醫院七十七年十月十七日北市興骨字第二〇八〇九號函附卷可稽，從而認爲已達於重大難治之傷害，合於刑法第十條第四項第六款之重傷害，適用刑法第二百八十四條第一項後段規定及其他有關法條，論處被告因過失傷害人致重傷罪刑，顯與上開貴院判例意旨有違。自難謂無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、判決要旨

刑法第十條第四項第六款所謂其他於身體或健康有重大不治或難治之傷害，係指不合於前五款所列舉之重傷，始有其適用。而刑法第十條第四項第四款所謂毀敗一肢以上之機能，係指一肢以上之機能完全喪失效用而言，對此毀敗一肢以上之機能，既設有專款規定，則傷害四肢之重傷，自以有被毀敗之情形爲限，其同條第四項第六款所規定者，應不包括傷害四肢在內。原判決並未認定被害人之左腿機能已達於毀敗之程度，竟以其左脛骨粉碎，屬於難治之骨折，合於刑法第十條第四項第六款之重傷害，論處被告因過失傷害人致重傷罪刑，即難謂無判決適用法則不當之違誤，爲維持被告等級利益，爰將原判決撤銷，由原審法院依判決前之程序更爲審判，以資糾正。

四、附錄

最高法院刑事判決

七十八年度臺非字第四〇號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告

某甲

右上訴人因被告過失傷害案件，對於臺灣高等法院中華民國七十七年十一月九日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原判決撤銷，由臺灣高等法院依判決前之程序更為審判。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑法第十條第四項第六款所謂其他於身體或健康有重大不治或難治之傷害，係指不合於前五款所列舉之重傷，始有其適用，而刑法第十條第四項第四款所謂毀敗一肢以上之機能，係指一肢以上之機能完全喪失效用而言，對此毀敗一肢以上之機能，既設有專款規定，則傷害四肢之重傷，自以有被毀敗之情形為限，其同條第四項第六款所規定者，應不包括傷害四肢在內。本件被告某甲駕駛自用小客車，因過失衝及被害人某乙之機車，致被害人左之左股骨骨折、左脛腓骨粉碎性骨折及下顎骨骨折，原確定判決並未認定其左腿機能已達於毀敗之程度，竟以被害人之左脛骨粉碎太厲害，不一定能治癒，屬於難治之骨折，合於刑法第十條第四項第六款之重傷害，適用刑法第二百八十四條第一項後段及其他有關法條論處被告因過失傷害人致重傷罪刑，即難謂無判決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，且於被告不利，惟被害人所受之傷，是否已達於一肢以上機能完全喪失其效用之程度，事實尚未臻明瞭，為維持被告審級利益，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。
中華民國七十八年四月六日

第 肆 案

一、關係條文

刑法第十二條。

麻醉藥品管理條例第十三條之一第二項第五款。

藥物華商管理法第七十三條第三項。

二、非常上訴理由

本件原判決事實認定被告某甲與同案之被告某乙係同居關係，租住於高雄市○○區○○街一八〇巷一二七弄十二號，某乙因自國外非法輸入價值約新臺幣二千餘萬元之安非他命結晶及化學合成麻醉藥品潘他啞新粉末後，於民國七十六年五月下旬某日，由某乙與另一不詳姓名之成年男子，將其中塊狀結晶物一包，重約二十二公克，白色粉末四十五包，可疑針劑六十五支、天秤二台、白色藥丸四十五包、高速粉碎機一台、塑膠袋二袋半、氯化鈉六十瓶、酒精六瓶等物，寄藏於上址。某甲竟疏未注意查詢上開

物品究係何物，而擅予收受寄藏保管，至七十六年六月三日經警查獲，並將查扣之上開物品化驗結果，塊狀結晶物一包，重約二十二公克係安非他命結晶之禁藥，白色粉末為潘他唑新，可疑針劑為逕賜康，乃認定被告某甲係因過失而寄藏禁藥及非法持有麻醉藥品，係犯藥物藥商管理法第七十三條第三項之罪及麻醉藥品管理條例第十三條之一第二項第五款之罪，所犯二罪有想像競合之關係，應從一重之非法持有麻醉藥品罪處斷，而將第一審之不當判決撤銷，改判如（原判決）主文所示之刑及宣告沒收。惟按行為非出於故意或過失者不罰，過失行為之處罰，以有特別規定者為限，刑法第十二條定有明文。又麻醉藥品管理條例第十三條之一第二項第五款之非法持有麻醉藥品罪，並無處罰過失犯之規定，此觀諸該條例之規定自明。本件原判決所認定之事實，係指被告某甲『竟疏未注意查詢上開物品究係何物，而擅予收受寄藏保管』。理由欄中亦指出『其所託寄放之初，自應查詢所寄存之物品究係何種物品，乃竟疏未注意，冒然受託寄放保管持有，難辭過失之刑責』，均僅及於過失，而未說明其係明知為麻醉藥品而予以保管持有，竟不依藥物藥商管理法第七十三條第三項之因過失寄藏禁藥罪處斷，而改依一重之麻醉藥品管理條例第十三條之一第二項第五款予以定罪處刑，其判決即有適用法則不當之違背法令，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，請撤銷原判決，改為適法之判決，以資救濟。

三、判決要旨

行為非出於故意或過失者不罰。過失行為之處罰，以有特別規定者為限，刑法第十二條定有明文。又麻醉藥品管理條例第十三條之一第二項第五款之非法持有麻醉藥品罪，並無處罰過失之規定。本件確定判決並未指出被告受託寄藏白色粉末及可疑針劑時，係明知為麻醉藥品而予以保管持有，竟不依藥物

藥商管理法第七十三條第三項之因過失寄藏禁藥罪論處，而改依故意犯之規定論罪科刑，自有適用法則不當之違法，應將原判決關於被告罪刑部分撤銷，另行判決，以資救濟。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十七年度臺非字第三二號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告

某甲

右上訴人因被告違反麻醉藥品管理條例案件，對於臺灣高等法院臺南分院中華民國七十六年十二月十七日第二審確定判決，認為（一部）違背法令，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原判決關於某甲罪刑部分撤銷。

某甲因過失寄藏禁藥，處有期徒刑六月，如易科罰金以三十元折算一日。安非他命結晶一包重約二十二公克、潘他唑新粉末四十五包（一公斤裝四十二包、散裝三包計二公斤）、速賜康六十五支均沒收並銷燬之。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按行爲非出於故意或過失者不罰，過失行爲之處罰，以有特別規定者爲限，刑法第十二條定有明文。又麻醉藥品管理條例第十三條之一第二項第五款之非法持有麻醉藥品罪，並無處罰過失犯之規定，此觀諸該條例之規定自明。本件原確定判決所認定之事實，係指被告某甲於七十六年五月下旬某日，

受託寄藏某乙自國外非法輸入之塊狀結晶物一包、白色粉末四十五包、可疑針劑六十五支等物時，竟疏未注意查詢上開物品究係何物，而擅予收受寄藏保管，至七十六年六月三日經警查獲，化驗結果，塊狀結晶物一包重約二十二公克係安非他命結晶之禁藥，白色粉末爲潘他唑新，可疑針劑爲「速賜康」，理由欄中亦敘明被告所辯不知受寄物品中有禁藥及麻醉藥品，固可採信，惟其受託寄放之初，自應查詢所寄之物品係何種物品，乃竟疏未注意，冒然受託而寄放保管持有，難辭過失之刑責，並未指出被告受託寄藏白色粉末及可疑針劑時係明知爲麻醉藥品而予以保管持有，竟不依藥物藥商管理法第七十三條第三項之因過失寄藏禁藥罪論處，而改依僅處罰故意犯之麻醉藥品管理條例第十三條之一第二項第五款規定論罪科刑，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，且原判決不利於被告，應由本院將原判決關於被告罪刑部分撤銷，另行判決，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，藥物藥商管理法第七十三條第三項、第八十三條第一項，刑法第四十一條，戡亂時期罰金罰鍰提高標準條例第二條第一項，判決如主文。
中華民國七十七年三月十一日

第 五 案

一、關係條文

刑法第四十條前段、第三十八條第一項第二款。
刑事訴訟法第三百七十九條第十四款。

二、非常上訴理由

按沒收於裁判時併宣告之，故沒收之物不特須於犯罪事實中有具體之記載，並應於主文內詳加宣示，方足以爲執行時之根據。最高法院五十一年臺上字第八六六號判例規定至明。本件原判決對於被告某甲因犯賭博案件，所扣案之簽單簿二本、簽單六張認係該被告所有，並供犯罪所用之物，特予理由內敘明，並說明應依刑法第三十八條第一項第二款沒收之。惟於主文內則漏此宣示，揆諸首揭說明，應屬理由矛盾。其判決當然爲違背法令。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、判決要旨

沒收於裁判時併宣告之，爲刑法第四十條前段所明定。又判決所載理由矛盾者，其判決當然爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第十四款亦定有明文。本件原確定判決事實認定，被告提供場所供人賭博財物，以抽頭圖利，被警查獲並扣押被告所有簽單簿二本、簽單六張等情。理由中亦說明簽單等係供犯罪所用之物，應依法宣告沒收，且引用刑法第三十八條第一項第二款，惟判決主文，對於扣案之簽單簿、簽單竟漏未爲沒收之宣告，自屬違誤，應由本院將原判決關於違背法令部分撤銷，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十九年度臺非字第四〇號

上訴人

最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告賭博案件，對於臺灣桃園地方法院中華民國七十八年十一月廿二日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左：

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）

本院按沒收於裁判時併宣告之，為刑法第四十條前段所明定。又判決所載理由矛盾者，其判決當然為違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第十四款亦定有明文。本件原確定判決事實認定：被告自民國七十八年十月十七日起，連續二次在桃園縣中壢市○○路一〇四號，私設俗稱「六合樂」簽賭卡號碼，並提供上開場所供人簽選號碼賭博財物，以抽頭圖利，同年月十九日被警查獲，扣押被告所有簽單簿二本、簽單六張等情，理由說明扣案之簽單簿二本、簽單六張為被告所有，供犯罪所用之物，應依法宣告沒收，且引用刑法第三十八條第一項第二款，惟判決主文僅諭知：「某甲連續營圖營利，聚眾賭博，處有期徒刑柒月，緩刑肆年」。對於扣案之簽單簿二本、簽單六張，竟漏未為沒收之宣告，自屬違誤。非常上訴意旨，就此部分執以指摘，洵有理由，惟原確定判決未為沒收之宣告，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。

中華民國七十九年三月七日

第陸案

一、關係條文

刑法第四十條、第二百條。

二、非常上訴理由

按違禁物得單獨宣告沒收，又偽造之紙幣，不問屬於犯人與否，沒收之。固爲刑法第四十條、第二百條所明定。惟得單獨宣告沒收之紙幣，必以係偽造者爲限，始得爲之，若係真鈔，即不得依前開規定宣告沒收。從而將真鈔誤認係偽鈔而單獨宣告沒收之裁定，其適用法則，顯屬不當，自係違背法令。本件被告某甲涉犯行使偽造貨幣罪，其所持以行使之HS〇九〇〇二七UG、FQ二一三六四WE千元面額新臺幣各一張，經臺灣銀行臺南分行鑑定認係真鈔，並非偽造，有該分行民國七十八年六月十六日銀南出字第三五〇四號函存卷可稽。原裁定不察，以真誤偽，予以沒收，不免違誤，案已確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條之規定，提起非常上訴，以資救濟。

三、判決要旨

違禁物得單獨宣告沒收，又偽造之紙幣，不問屬於犯人與否，沒收之，刑法第四十條、第二百條固定有明文。惟本件被告涉犯行使偽造貨幣罪，其所持以行使之新臺幣紙幣二張，均爲真鈔，原裁定誤認係偽鈔而依檢察官之聲請單獨宣告沒收，自屬違誤，應由本院將原裁定撤銷，並將檢察官之聲請駁回，

以資救濟。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十八年度臺非字第九六號

最高法院檢察署檢察總長

上訴人
被告

某甲

右上訴人因被告偽造貨幣案件，對於臺灣臺南地方法院中華民國七十八年四月廿六日第一審確定裁定，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左：

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）

本院按違禁物得單獨宣告沒收，又偽造之紙幣，不問屬於犯人與否，沒收之，刑法第四十條、第二百條固定有明文。惟本件被告某甲涉犯行使偽造貨幣罪，其所持以行使之上開新臺幣紙幣二張，均為真鈔，而非偽造者，有臺灣銀行臺南分行七十八年六月十六日銀南出字第三五〇四號函存卷可稽，原裁定以真鈔誤認係偽鈔而依檢察官之聲請單獨宣告沒收，自屬違誤，案經確定，且於被告不利，非常上訴旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原裁定撤銷，並將檢察官之聲請駁回，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，判決如主文。

中華民國七十八年七月廿八日

第 柒 案

一、關係條文

刑法第四十一條。

中華民國七十七年罪犯減刑條例第八條。

二、非常上訴理由

按受六月以下有期徒刑或拘役之宣告，得易科罰金者，依刑法第四十一條規定，以犯最重本刑爲三年以下有期徒刑或拘役之罪爲限。本件受刑人某甲與某乙、某丙自七十二年七月十六日起至七十六年二月間止，共同以非法之方法剝奪某丁、某戊、某己之行動自由，於七十七年二月十二日經臺灣臺東地方法院以七十六年度訴字第一八二號判處有期徒刑叁月，七十七年十一月二十四日經同院以七十七年度聲減字第三五二號刑事裁定減爲有期徒刑壹月拾伍日，如易科罰金以叁拾元折算壹日，並於同年十二月十五日確定。惟查該受刑人某甲所犯係刑法第三百零二條第一項之罪，其最重本刑爲五年以下有期徒刑，並非屬於刑法第四十一條所定得易科罰金之案件，原審不察，竟裁定易科罰金，揆諸首揭規定，顯屬違背法令。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、判決要旨

受六月以下有期徒刑或拘役之宣告，得易科罰金者，以犯最重本刑爲三年以下有期徒刑以下之刑之罪者爲限，刑法第四十一條規定甚明，即中華民國七十七年罪犯減刑條例第八條之規定亦然。本件原確定判決係依刑法第三百零二條第一項，論處被告有期徒刑三月，而該條項之法定最重本刑爲五年以下有期徒刑以下之刑之罪，顯與上開得予易科罰金之規定不合。乃原裁定依中華民國七十七年罪犯減刑條例有關減刑之規定予以減爲一月十五日，竟同時諭知准以三十元折算一日易科罰金，殊屬違法，應將其違背法令部分撤銷，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十八年度臺非字第一八號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告

某甲

右上訴人因被告即受刑人妨害自由案件，對於臺灣臺東地方法院中華民國七十七年十一月廿四日第一審減刑之確定裁定，認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左：

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）

本院按受六月以下有期徒刑或拘役之宣告，得易科罰金者，以犯最重本刑爲三年以下有期徒刑以下之刑之罪者爲限，刑法第四十一條規定甚明，即中華民國七十七年罪犯減刑條例第八條之規定亦然。本件原確定判決係依刑法第三百零二條第一項，論被告即受刑人某甲以非法之方法剝奪人之行動自由罪，處有期徒刑三月，有臺灣臺東地方法院七十六年度訴字第一八二號判決可稽。查該條項之法定最重本刑爲五年以下有期徒刑以下之刑之罪，顯與上開得予易科罰金之規定不合。乃原裁定依中華民國七十七年罪犯減刑條例有關減刑之規定予以減爲有期徒刑一月十五日，竟同時諭知准以三十元折算一日易科罰金，殊屬違法。案經確定，非常上訴意旨，執以指摘，洵有理由；惟原裁定尙非不利於被告即受刑人，因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上段，判決如主文。

中華民國七十八年二月十六日

第 捌 案

一、關係條文

刑法第四十二條第二項、第三項。

戕亂時期罰金罰鍰提高標準條例第二條第一項前段。

二、非常上訴理由

按易服勞役以一元以上三元以下折算一日，但勞役期限不得逾六個月，罰金總額折算逾六個月之日數者，以罰金總額與六個月之日數比例折算。又依刑法第四十二條第二項易服勞役者，就其原定數額提高爲十倍折算一日，刑法第四十二條第二項、第三項，戕亂時期罰金罰鍰提高標準條例第二條第一項前段分別定有明文。被告某甲於民國七十八年二月間起，在其所經營位於澎湖縣馬公市○○路○○○號○影視企業行，公然陳列猥褻色情錄影帶，以零租每卷新臺幣（下同）五十元、會員每卷二十五元之價錢供不特定顧客觀賞，爲法務部調查局澎湖縣調查站於同年十一月七日查獲移送偵辦，並經檢察官提起公訴，原審法院以被告公然陳列猥褻之物品，犯刑法第二百三十五條第一項之罪名，處罰金壹萬伍仟元，如易服勞役以三十元折算一日，緩刑二年，惟易服勞役，罰金總額折算逾六個月之日數者，應以罰金總額與六個月之日數比例折算。原審法院未注意及此，竟以三十元折算一日，致易服勞役期限超過六個月，顯係違背法令，此項判決，已經確定，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、判決要旨

罰金易服勞役期限，不得逾六個月，罰金總額折算逾六個月之日數者，以罰金總額與六個月之日數比例折算。又依刑法第四十二條第二項所處罰金易服勞役者，就其原定數額提高爲十倍折算一日，刑法第四十二條第二項、第三項，戕亂時期罰金罰鍰提高標準條例第二條第一項前段定有明文。本件判決論被告以妨害風化罪，處罰金一萬五千元時，竟論知罰金如易服勞役以三十元折算一日，致折算結果，其期限已逾六個月之日數，依照上開說明，顯然違背法令，且於被告不利，應由本院將原判決撤銷改判，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十九年度臺非字第七〇號

上訴人

最高法院檢察署檢察總長

被 告

某甲

右上訴人因被告妨害風化案件，對於臺灣澎湖地方法院中華民國七十九年二月廿三日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原判決撤銷。

某甲公然陳列猥褻之物品，處罰金壹萬伍仟元，如易服勞役以罰金總額與六個月之日數比例折算，緩刑貳年。

扣案如附表所示之物品均沒收。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按罰金易服勞役期限，不得逾六個月，罰金總額折算逾六個月之日數者，以罰金總額與六個月之日數比例折算。又依刑法第四十二條第二項所處罰金易服勞役者，就其原定數額提高為十倍折算一日。刑法第四十二條第二項、第三項，戡亂時期罰金罰鍰提高標準條例第二條第一項前段定有明文。本件被告某甲於七十八年二月間起在澎湖縣馬公市○○路○○○號其所經營之○○影視企業行，公然陳列猥褻色情錄影帶出租供顧客觀賞，經檢察官提起公訴，原法院於七十九年二月廿三日判決論以妨害風化罪

處罰金一萬五千元時，竟諭知罰金如易服勞役以三十元折算一日，致折算結果，其期限已逾六個月之日數，依照上開說明，顯然違背法令，且於被告不利，案經確定，非常上訴執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決撤銷改判，以資糾正。

據上綸結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，刑法第二百三十五條第一項、第三項，第四十二條第三項、第七十四條第一款，戡亂時期罰金罰鍰提高標準條例第一條、第二條第一項，判決如主文。

中華民國七十九年四月十九日

第 玖 案

一、關係條文

刑法第四十七條。

二、非常上訴理由

按累犯之成立，以曾受有期徒刑之執行完畢或受無期徒刑或有期徒刑一部之執行而赦免後，五年以內再犯有期徒刑以上之罪者為要件，刑法第四十七條規定甚明。本件被告某甲前犯過失致死罪，經判處有期徒刑五月，於七十二年六月三日易科罰金執行完畢，截至七十七年九月間，再犯本罪連續意圖營利聚眾賭博時，已在屆滿五年之後，與累犯要件不合，第一審科處被告某甲共同連續意圖營利聚眾賭博累

犯罪刑，原審不加糾正，竟仍以累犯論擬，均屬違法。案經確定，且對被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、判決要旨

受有期徒刑之執行完畢或受無期徒刑或有期徒刑一部之執行而赦免後，五年以內再犯有期徒刑以上之罪者，爲累犯，刑法第四十七條定有明文。是受有期徒刑之執行完畢五年以後再犯有期徒刑以上之罪，即不成立累犯。本件被告前犯過失致人於死罪，於民國七十二年六月三日執行完畢，七十七年九月間再犯意圖營利聚衆賭博罪，已屆滿五年以上，與累犯之要件自屬不合，原審於撤銷第一審依累犯規定論處被告罪刑之不當判決後，仍依累犯論處被告罪刑，自屬違誤，爰將原判決關於被告部分之罪刑撤銷，另行判決，以資救濟。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十八年度臺非字第七一號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告賭博案件，對於臺灣高等法院中華民國七十八年二月廿二日第二審確定判決，認爲部分違法，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原判決關於某甲之罪刑部分撤銷。

某甲共同連續意圖營利，聚衆賭博，處有期徒刑柒月。

扣案之簽注單統計表伍拾貳張、帳單壹張、新臺幣捌拾壹萬肆仟柒佰伍拾元及如附表所載之支票伍張均沒收。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按受有期徒刑之執行完畢或受無期徒刑或有期徒刑一部之執行而赦免後，五年以內再犯有期徒刑以上之罪者，爲累犯，刑法第四十七條定有明文。是受有期徒刑之執行完畢五年以後再犯有期徒刑以上之罪，卽不成立累犯。本件被告某甲前犯過失致人於死罪，經法院判決處有期徒刑五月，於民國七十二年六月三日易科罰金執行完畢，有臺灣高等法院檢察處刑事資料室簡復表在卷可稽。截至原判決所認定被告於七十七年九月間再犯意圖營利聚衆賭博罪，已屆滿五年以上，與累犯之要件自屬不合。原審於撤銷第一審依累犯規定論處被告罪刑之不當判決後，仍依累犯論處被告罪刑，自屬違誤。案經確定，非常上訴意旨就此部分執以指摘，洵有理由，且不利於被告，爰將原判決關於被告部分之罪刑撤銷，另行判決如主文第二項第三項所載，以資救濟。至於第一審判決依累犯論處被告罪刑，固有不合，但此項違法判決，已經原判決諭知撤銷而不存在，非常上訴理由此部分指摘，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但書，刑法第廿八條、第五十六條、第二百六十八條、第五十五條後段、第卅八條第一項第二款，撤銷時期罰金罰鍰提高標準條例第一條前段，判決如主文。

中華民國七十八年六月二十二日

第拾案

一、關係條文

刑法第四十七條。

戡亂時期竊盜犯贓物犯保安處分條例第九條。

保安處分執行法第四十條第一項。

二、非常上訴理由

按受有期徒刑以上刑之執行完畢或無期徒刑或有期徒刑一部之執行而赦免後，五年以內再犯有期徒刑以上之罪者，爲累犯，刑法第四十七條定有明文。查被告某甲於民國七十七年十二月二十一日犯妨害自由罪，經臺灣高等法院七十八年度上易字第二六一三號判決，認其於七十三年間曾犯竊盜、偽造文書、贓物等罪，分別判處有期徒刑二年六月、六月及六月確定，經減刑並定其應執行刑爲一年三月，刑前付強制工作，並於七十七年五月三十一日經免除其強制工作之執行及刑之執行，而以累犯判處有期徒刑七月確定在案。惟該被告前開刑前強制工作及徒刑，並未經免除，僅其強制工作經裁定准予停止，並於停止期間交付保護管束，保護管束期間自七十七年十月十一日起至八十一年三月十八日止，此有臺灣臺中地方法院七十七年度聲字第五〇號刑事裁定及該院檢察處檢察官執行保護管束指揮書影本各一件可稽，則依首開說明，該確定判決以被告某甲犯本案妨害自由罪，構成累犯而判處有期徒刑七月，自屬違

背法令，且不利於被告，應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、判決要旨

刑法第四十七條規定，受有期徒刑以上刑之執行完畢或受無期徒刑或有期徒刑一部之執行而赦免後，五年以內再犯有期徒刑以上之罪者，爲累犯，加重其本刑至二分之一。又戡亂時期竊盜犯贓物犯保安處分條例第九條規定，依本條例免除其刑或免除其刑之執行之人犯，於受保護管束或感化教育或強制工作處分完畢後，五年以內再犯有期徒刑以上之罪者，以累犯論。本件被告前於七十三年間所犯竊盜等三罪，經減刑定其應執行之刑一年三月，並於刑之執行前令入勞動場所強制工作，嗣臺中地院僅就其強制工作部分，裁定准予停止執行，並非免除其刑及強制工作之執行，揆諸首揭說明，被告於七十七年十二月二十一日犯妨害自由罪，並不成立累犯，第一審法院竟依累犯加重其刑，原判決不加糾正，均屬違法，且不利於被告，應將原判決及第一審判決一併撤銷，另行判決，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十九年度臺非字第三四號

上訴人

最高法院檢察署檢察總長

被 告

某甲

右上訴人因被告妨害自由案件，對於臺灣高等法院中華民國七十八年六月二十八日第二審確定判決，認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原判決及第一審判決均撤銷。

某甲共同以強暴妨害人行使權利，處有期徒刑肆月，如易科罰金，以叁拾元折算壹日。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑法第四十七條規定，受有期徒刑以上刑之執行完畢或受無期徒刑或有期徒刑一部之執行而赦免後，五年以內再犯有期徒刑以上之罪者，爲累犯，加重其本刑至二分之一。又戡亂時期竊盜犯贓物犯保安處分條例第九條規定，依本條例免除其刑或免除其刑之執行之人犯，於受保護管束或感化教育或強制工作處分完畢後，五年以內再犯有期徒刑以上之罪者，以累犯論。本件被告前於七十三年間所犯竊盜、偽造文書、贓物等三罪，經減刑定其應執行之刑爲有期徒刑一年三月，並於刑之執行前令入勞動場所強制工作，嗣臺灣臺中地方法院於七十七年九月二十一日僅就其竊盜罪所宣告之強制工作部分依保安處分執行法第四十條第一項裁定准予停止執行，停止期間並交付保護管束，並非免除其刑及強制工作之執行，此有臺灣臺中地方法院七十七年度聲字第五五〇號裁定及臺灣臺中地方法院檢察處中檢義執護字第三五三二二號檢察官執行保護管束指揮書附存執行案卷內可稽，揆諸首揭說明，被告於七十七年十二月廿一日犯妨害自由罪並不成立累犯。第一審法院竟依累犯加重其刑，原判決不加糾正，而予維持，均屬違法，且不利於被告，案經確定，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決及第一審判決一併撤銷，另行判決，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百七十七條第一項第一款但書，刑法第二十八條、第三百零四條第一項、第四十一條，戡亂時期罰金罰鍰提高標準條例第一條前段、第二條第一項，判決如主文。

中華民國七十九年二月二十三日

三〇

第拾壹案

一、關係條文

刑法第五十條。

二、非常上訴理由

按數罪併罰，以裁判確定前所犯數罪爲限，刑法第五十條規定甚明。因此裁判確定後所犯之罪，即不得與裁判確定前所犯之罪，併合處罰。本件受刑人某甲於六十七年十二月二十九日犯殺人未遂罪，經臺灣高等法院臺南分院於六十八年五月十七日判處有期徒刑五年並於同年六月二十三日確定，又於七十二年五月七日犯殺人罪，經臺灣高等法院於七十一年十月二十日判處無期徒刑褫奪公權終身，並於七十二年一月六日經最高法院判決駁回上訴，而告確定，則受刑人之殺人行爲，顯係在前犯殺人未遂裁判確定後所犯，自不得併合處罰。原審不察，竟誤將二罪合併定應執行刑，揆諸首揭說明，顯然違法。此項裁定與實體判決有同等效力，案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十條、第四百四十三條，提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

本件被告犯殺人未遂罪，於六十八年六月二十三日判刑確定。嗣於七十一年五月七日犯殺人罪，於七十二年一月六日判處無期徒刑確定。則其殺人行爲顯在前犯殺人未遂罪裁判確定後，依法不得併合處罰。原裁定竟將上開二罪減刑後，復依數罪併罰，定其應執行刑，於法顯有違誤，應由本院將原裁定關於違背法令部分撤銷，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十八年度臺非字第四號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告殺人等罪案件，對於臺灣高等法院臺南分院中華民國七十七年六月十三日所爲裁定，認爲違背法令，提起非常上訴，本院判決如左：

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）

本院查本件受刑人某甲於六十七年十二月二十九日犯殺人未遂罪，經臺灣高等法院臺南分院判處有期徒刑五年，於六十八年六月二十三日確定。嗣於七十一年五月七日犯殺人罪，經本院於七十二年一月六日判處無期徒刑褫奪公權終身確定。則其殺人行爲顯在前犯殺人未遂罪裁判確定後，依法不得併合處罰。原裁定竟將上開二罪減刑後，復依數罪併罰，定其應執行刑，於法顯有違誤。案經確定，且尙非不

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二項第一款前段，判決如主文。

中華民國七十八年一月十一日

第拾貳案

一、關係條文

刑法第五十一條第五、六、七款、第五十三條。

刑事訴訟法第四百七十七條。

二、非常上訴理由

按數罪併罰，應於判決時，依刑法第五十條各款，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，若非同一判決宣告者，須俟各該罪刑之判決，均告確定後，由該案犯罪事實最後判決之法院檢察署檢察官，依刑事訴訟法第四百八十一條之規定辦理。貴院四十三年臺上字第四四一號著有判例。本件被告某甲所犯意圖販賣而持有毒品罪及施打毒品罪，於經第一審法院判處罪刑後，雖均經提起上訴，但施打毒品罪於原法院審理中之七十八年十月十六日撤回上訴而告確定，並未經原法院併同意圖販賣而持有毒品罪判決，依上述判例意旨，自不能併定其應執行刑，原判決不察，竟將該二罪併定

其應執行刑爲有期徒刑拾肆年，其判決關於定執行刑部分，即有適用法則不當之違背法令。案經確定，應依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

數罪併罰有二裁判以上，應依刑法第五十一條第五款至第七款之規定，定其應執行之刑者，該案犯罪事實最後判決之法院，據同院檢察官之聲請，始得裁定之，此觀刑法第五十三條，刑事訴訟法第四百七十七條之規定自明。本件被告所犯意圖販賣而持有毒品及連續施打毒品二罪，原審審判時當庭陳明施打毒品部分不上訴，則該部分於本案意圖販賣而持有毒品罪在原審法院判決前即已確定，依照上開規定，該二罪定執行刑之裁定，自應於本案確定後，待同院檢察官聲請時爲之，乃原判決竟一併在本案內定其應執行之刑，自屬於法有違，應將該部分撤銷，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十九年度臺非字第一九號

上訴人

最高法院檢察署檢察總長

被 告

某甲

右上訴人因被告烟毒案件，對於臺灣高等法院中華民國七十八年十一月八日第二審確定判決，認爲部分違法，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原判決關於定執行刑部分撤銷。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按數罪併罰有二裁判以上，應依刑法第五十一條第五款至第七款之規定，定其應執行之刑者，該案犯罪事實最後判決之法院，據同院檢察官之聲請，始得裁定之，此觀之刑法第五十三條，刑事訴訟法第四百七十七條之規定自明。本件被告所犯意圖販賣而持有毒品及連續施打毒品二罪，經臺灣宜蘭地方法院第一審分別判處罪刑，並定應執行刑在案，雖被告不服上訴，旋又於原審審判時當庭陳明施打毒品部分不上訴，則該部分於本案意圖販賣而持有毒品罪在原審法院判決前即已確定，依照上開規定，該二罪定執行刑之裁定，自應於本案確定後，待同院檢察官聲請時爲之，方爲適法。茲原判決竟於意圖販賣而持有毒品改判罪刑之同時，即將前述已確定之施打毒品部分，一併在本案內定其應執行之刑，自屬於法有違。案經確定，非常上訴旨，執以指摘，洵有理由，應由本院將該部分撤銷，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。

中華民國七十九年二月十五日

第拾叁案

一、關係條文

刑法第五十一條第八款。

二、非常上訴理由

按宣告多數褫奪公權者，僅就其中最長期間執行之，刑法第五十一條第八款定有明文。查本件被告妨害兵役、傷害及殺人三罪，其中妨害兵役及殺人二罪分別宣告褫奪公權一年及四年，自應就其中最長期間四年執行始為適法，詎原裁定竟宣告為執行褫奪公權五年，顯與首揭規定不符，自有不適用法則之違法。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、判決要旨

宣告多數褫奪公權者，僅就其中最長期間執行之，刑法第五十一條第八款定有明文。本件被告所犯妨害兵役及殺人罪，經分別宣告褫奪公權一年及四年，依首揭說明，僅應執行褫奪公權四年，始符規定，乃原裁定竟定應執行褫奪公權五年，顯屬違背法令，且不利於被告，應將原裁定關於此部分撤銷改判，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十九年度臺非字第五六號

上訴人

最高法院檢察署檢察總長

被 告

某甲

右上訴人因被告妨害兵役等罪案件，對於臺灣高等法院臺中分院中華民國七十八年十月二十七日確定裁定，認為一部違法，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原裁定關於應執行褫奪公權伍年部分撤銷。

某甲應執行褫奪公權肆年。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按宣告多數併奪公權者，僅就其中最長期間執行之，刑法第五十一條第八款定有明文。查被告某甲所犯妨害兵役及殺人罪，經分別宣告褫奪公權一年及四年，依首揭說明，僅應執行褫奪公權四年，始符規定，乃原裁定竟定應執行褫奪公權五年，顯屬違背法令。案經確定，且不利於被告，而此項裁定與確定判決有同一之效力，上訴人提起非常上訴，執以指摘，洵有理由，應由本院將原裁定關於此部分撤銷改判，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，刑法第五十一條第八款，判決如主文。

中華民國七十九年三月三十日

第拾肆案

一、關係條文

刑法第五十三條、第五十一條

二、非常上訴理由

按數罪併罰有二裁判以上者，必須數裁判均確定後始有定其應執行刑之可言。查本件被告某甲所犯詐欺及偽造文書二罪，經臺灣高雄地方法院判處有期徒刑二年及六月，被告不服提起上訴，復由臺灣高等法院臺南分院以七十六年度上訴字第二四六號判決將其上訴駁回，詐欺部分確定，被告復對偽造文書罪部分提起上訴，再由最高法院於七十八年五月廿六日以七十八年臺上字第二〇一七號刑事判決將其該部分之上訴駁回確定在案。原裁定疏未注意，竟於七十七年七月廿七日將該尚未判決確定之偽造文書部分與前述已確定之詐欺罪部分，均減刑後定其應執行之刑，顯有違背七十七年罪犯減刑條例第七條、第九條第一項之規定，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、判決要旨

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。本件被告所犯詐欺及偽造文書二罪，詐欺部分已判決確定，偽造文書部分則尚在上訴中，迺原審疏未注意，依檢察官之聲請將該尚未判決確定之偽造文書部分與已確定之詐欺罪部分，均依中華民國七十七年罪犯減刑條例規定，於減刑後定其應執行之刑，揆諸首開說明，顯屬違背法令，應將原裁定關於偽造文書減刑及定執行刑部分撤銷改判，以資救濟。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十八年度臺非字第一四三號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告 某甲

右上訴人因被告詐欺等案件，對於臺灣高等法院臺南分院中華民國七十七年七月二十七日確定裁定，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原裁定關於偽造文書減刑及定執行刑部分撤銷。

右開撤銷部分聲請駁回。

理 由

非常上訴理由（見前二）

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。查本件被告某甲所犯詐欺及偽造文書二罪，經臺灣高雄地方法院分別判處有期徒刑貳年及陸月，被告不服提起上訴，復經臺灣高等法院臺南分院以七十六年度上訴字第二四六號判決駁回其上訴，詐欺部分因不得上訴第三審而確定，惟被告對偽造文書罪部分再提起上訴，而由最高法院撤銷發回更審，原審法院以七十七年度上更一字第二二五號判處被告有期徒刑六月，減為有期徒刑三月，被告再行上訴，經最高法院於七十八年五月二十六日以七十八年度臺上字第二〇一七號判決駁回被告之上訴確定在案。迺原審疏未注意，依檢察官之聲請於七十七年七月二十七日將該尚未判決確定之偽造文書部分與前述已確定之詐欺罪部分，均依中華民國七十七年罪犯減刑條例規定，於減刑後定其應執行之刑，揆諸首開說明，顯屬違背法令。案經確定且不利於被告，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應將原裁定關於偽造文書減刑及定執行刑部分撤銷改判，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，判決如主文。

中華民國七十八年十月十三日

第拾伍案

一、關係條文

刑法第五十五條、第五十條、第二百六十六條前段、第二百六十八條。

二、非常上訴理由

按一行爲觸犯數罪名者，依刑法第五十五條前段之規定，應從一重處斷，而同法第五十條所定裁判確定前犯數罪者，併合處罰之。此所謂之數罪，係指各罪均能獨立存在，而無刑法第五十五條或五十六條所定裁判上一罪之情形而言。本件依原判決認定之事實，被告與不詳姓名之女子共同意圖營利提供公衆得出入之場所，聚集不特定之多數人，簽賭如附表「特三尾」「二獎尾」之俗稱六合彩大家樂簽賭單，以對賭方式與賭徒賭博財物，開獎後如無人中獎，則賭資全歸該不詳姓名之女子所有，如有賭徒中獎，該不詳姓名之女子除賠償四百倍或十二倍之彩金外，仍可圖得簽賭五十九倍或三十倍之財物，被告每招攬簽注一支，則抽取新臺幣五元之利益，其本意雖係以幫助該不詳姓名之女子而參與，然所參與者爲犯罪構成要件之行爲，自仍爲共同正犯，是被告所爲係共犯刑法第二百六十六條第一項前段之公共場所賭博及同法第二百六十八條之圖利供給賭博場所與圖利聚衆賭博三罪，此三罪間，客觀上僅有一個提供場所聚衆以簽賭方式賭博之行爲，係屬一行爲觸犯數罪名，並無數行爲之存在（貴院七十九年度臺非字

第一三五號判決參照）揆之前開規定，應從一重之圖利聚衆賭博罪處斷，第一審判決認所犯刑法第二百六十八條之圖利供給賭博場所與圖利聚衆賭博罪係牽連犯，除應從一重之圖利聚衆賭博罪處斷外，復另與同法第二百六十六條第一項前段之公共場所賭博罪分論併罰，被告提起上訴後，原判決未加糾正，仍予維持，自均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，以資救濟。

三、判決要旨

一行爲而觸犯數罪名者，依刑法第五十五條前段規定，應從一重罪處斷。至於同法第五十條所定應予併合處罰者，則以裁判確定前犯數罪者爲限。此所謂數罪，係指各罪均能獨立存在，而無刑法第五十五條或第五十六條所定裁判上一罪之情形而言。再刑法第五十五條後段之牽連犯，須以犯一罪而其方法或結果之行爲犯他罪名爲必要。本件原判決維持第一審判決認被告所爲係犯刑法第二百六十六條前段公眾得出入之場所賭博及同法第二百六十八條之意圖營利提供賭博場所，與意圖營利聚衆賭博三罪，後二罪有方法結果之牽連關係，應從一重之意圖營利聚衆賭博罪處斷，與前一罪犯意各別，應分論併罰，其先後各該賭博行爲時間相接，犯罪構成要件相同，係基於概括之犯意，均應以連續犯各論以一罪。惟查上述三罪，客觀上僅有一個提供場所聚衆以簽賭方式賭博之行爲，係屬一行爲觸犯數罪名而無數行爲之存在，應屬裁判上一罪。揆諸前開說明，應從一重之意圖營利聚衆賭博罪處斷，原判決竟分論併罰，顯有適用法則不當之違背法令。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十九年度臺非字第二〇二號

最高法院檢察署檢察總長

上訴人

被告

某甲

右上訴人因被告賭博案件，對於臺灣高等法院臺南分院中華民國七十九年一月廿四日第二審確定判決，認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原判決及第一審判決均撤銷。

某甲共同連續意圖營利，聚眾賭博，處有期徒刑柒月。

紅包袋壹個、簽號表貳張、簽號帳單貳拾柒張均沒收。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按一行爲而觸犯數罪名者，依刑法第五十五條前段規定，應從一重罪處斷。至於同法第五十條所定應予併合處罰者，則以裁判確定前犯數罪者爲限。此所謂數罪，係指各罪均能獨立存在，而無刑法第五十五條或第五十六條所定裁判上一罪之情形而言。再刑法第五十五條後段之牽連犯，須以犯一罪而其方法或結果之行爲犯他罪名爲必要。本件被告與不詳姓名之成年女子共同意圖營利，基於概括之犯意聯絡，自民國七十八年九月廿一日起至同年月廿七日止，由該不詳姓名女子，在高雄市不詳地點公衆得出入之場所，連續聚集不特定之多數人以附表所列方式，核對香港政府發行每星期二、四開獎之六合彩中獎號碼重新編組賭博財物，某甲則在高雄市左營區○○街一巷十九號，其經營之食品行公衆得出入之場所招攬賭客，每招攬簽注一支，抽取新臺幣五元牟利，嗣於七十八年九月二十七日午後三時卅五分許

，爲警查獲，並扣押紅包袋一個、簽號表二張、簽號帳單二十七張等情，係原判決確定之事實，原判決維持第一審判決認被告所爲係犯刑法第二百六十六條前段公衆得出入之場所賭博及同法第二百六十八條之意圖營利提供賭博場所，與意圖營利聚衆賭博三罪，後二罪有方法結果之牽連關係，應從一重之意圖營利聚衆賭博罪處斷，與前一罪犯意各別，應分論併罰。又被告與該不詳姓名女子，有犯意聯絡，行爲分擔之關係，皆爲共同正犯，其先後各該賭博行爲時間相接，犯罪構成要件相同，係基於概括之犯意，均應以連續犯各論以一罪，惟查上述三罪，客觀上僅有一個提供場所聚衆以簽賭方式賭博之行爲，係屬一行爲觸犯數罪名而無數行爲之存在，應屬裁判上之一罪，揆之前開說明，應從一重之意圖營利聚衆賭博罪處斷。原判決及第一審判決論以意圖營利提供賭博場所與意圖營利聚衆賭博罪，依牽連關係論以一罪處有期徒刑七月，另與同法第二百六十六條第一項前段之公衆得出入場所賭博罪處罰金五千元，分論併罰，顯有適用法則不當之違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴旨，執以指摘，尙有理由，應由本院將原判決及第一審判決均予撤銷，另行判決，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，刑法第二十八條、第五十六條、第二百六十六條第一項前段、第二百六十八條、第五十五條前段、第三十八條第一項第二款第三項，戡亂時期罰金罰鍰提高標準條例第一條前段，判決如主文。

中華民國七十九年九月二十六日

第拾陸案

一、關係條文

刑法第五十六條。

刑事訴訟法第三百零三條第二款。

二、非常上訴理由

按連續數行爲而犯同一罪名者，以一罪論，刑法第五十六條定有明文。已經提起公訴或自訴之案件，在同一法院重行起訴者，應諭知不予受理之判決，刑事訴訟法第三百零三條第二款亦有規定。本件被告某甲在臺中縣大甲鎮蔣公路經營○○影視社，於七十七年間，基於概括之犯意連續出租他人擅自重製○○娛樂股份有限公司及○○股份有限公司所代理發行享有著作權之錄影帶，經上開公司派員會同分別於同年十月二十六日及十一月四日當場查獲，而上述七十七年十一月四日查獲被告違反著作權法案，經臺灣臺中地方法院檢察處檢察官於七十八年二月二十一日提起公訴，並經同院於七十八年五月十日判處有期徒刑二月，於同年六月十一日確定。嗣臺灣臺中地方法院檢察處檢察官另於七十八年三月十六日對七十七年十月二十六日查獲被告違反著作權法案案件，再行提起公訴，司院未依首開規定諭知不予受理之判決，竟從實體上審理，於七十八年五月三十一日判處有期徒刑二月，於同年七月十日確定，顯有受理訴訟不當之違背法令。案經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條之規定，提起非常上訴，以資救濟。

三、判決要旨

連續數行爲而犯同一罪名者，以一罪論，刑法第五十六條定有明文；又已經提起公訴或自訴之案件

，在同一法院重行起訴者，應諭知不予受理之判決，刑事訴訟法第三百零三條第二款亦有明文規定。本件被告基於概括之犯意，連續出租他人擅自重製享有著作權之錄影帶，經警分別於七十七年十月廿六日及十一月四日當場查獲。十一月四日被告違反著作權法部分，經原審於七十八年五月十日判處被告有期徒刑三月，嗣檢察官又於七十八年三月十六日對七十七年十月二十六日查獲被告違反著作權法部分再行提起公訴，原審不依首揭規定諭知不予受理之判決，竟又判處被告有期徒刑三月，自屬違背法令，且不利於被告，應將原判決撤銷，改判不予受理，以資救濟。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十九年度臺非字第一六號

上訴人

最高法院檢察署檢察總長

被 告

某甲

右上訴人因被告違反著作權法案件，對於臺灣臺中地方法院中華民國七十八年五月三十一日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原判決撤銷。

本件公訴不予受理。

理 由

非常上訴理由（見刑二）

本院按連續數行為而犯同一罪名者，以一罪論，刑法第五十六條定有明文，又已經提起公訴或自訴之案件，在同 法院重行起訴者，應諭知不予受理之判決，刑事訴訟法第三百零三條第二款亦有明文規定

。本件被告某甲基於概括之犯意，於民國七十七年間在臺中縣大甲鎮蔣公路經營○○影視社，連續出租他人擅自重製○○娛樂股份有限公司及○○股份有限公司所代理發行享有著作權之錄影帶，經上開公司派員會同警員分別於同年十月二十六日及十一月四日當場查獲，檢察官就上述七十七年十一月四日查獲被告違反著作權法部分，於七十八年二月二十一日提起公訴，經原審於七十八年五月十日判處被告有期徒刑三月，同年六月十一日確定，有原審法院七十八年度易字第一八〇四號刑事案卷可稽。嗣檢察官又於七十八年三月十六日對七十七年十月二十六日查獲被告違反著作權法部分再行提起公訴，原審不依首揭規定諭知不予受理之判決，竟從實體上審理，於七十八年五月三十一日判處被告有期徒刑三月，於同年七月十日確定，自屬違背法令。案既確定，非常上訴執以指摘，洵有理由，且不利於被告，應由本院於原判決撤銷，改判不予受理，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款、第三百零三條第二款，判決如主文。
中華民國七十九年二月九日

第拾柒案

一、關係條文

刑法第六十二條。

二、非常上訴理由

按刑法上之自首減輕，依刑法第六十二條規定，須對於未發覺之罪而受裁判者，始得爲之。而本件被告某甲之過失傷害一案，依卷內資料，並無被告曾經自首犯罪，願受裁判之情事，而原判決認定被告爲自首，依其判決理由記載，其所引之證據，爲卷附警局筆錄，經核本件有關之臺灣臺北地方法院士林分院檢察處七十八年偵字第四〇二三號被告過失傷害一案所附之淡水警分局之被告偵訊（談話）筆錄，僅有一頁，製作於七十八年七月十四日，距離被告駕車肇事已有十日，核其筆錄內容，係說明發生車禍經過，因被害人某乙要提出告訴，而被傳製作筆錄，並未表示自首犯罪而接受裁判，況警局於車禍發生後，曾製作「追路交通事故調查報告表」其上已載明肇事之A車駕駛人爲被告某甲，有關報案人一欄則爲空白，該報告表製作日期爲七十八年七月六日（日期見該表下方，已被訂入線內，須翻開方能看到）足見警局在訊問被告之前，已知悉車輛之肇事人爲被告，則被告於七月十四日到警局接受偵訊時，亦不發生自首之效力，原判決以該警訊筆錄爲依據，認定被告爲自首，予以減輕其刑，自有證據上理由矛盾之違背法令。案經確定，應依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

自首以對於未發覺之罪投案而受裁判者爲要件，如案已發覺，祇係到警等機關接受偵訊而自白其犯罪事實，自非自首，亦不得減輕其刑，此觀之刑法第六十二條規定自明。本件確定判決認定被告於肇事後即向警所自首，惟查應訊筆錄，其內容僅在答詢警員所問車禍發生之經過情形，不俾無自首之意思表示亦無被告若何自首之記述，是原判決依警局筆錄而認定被告係屬自首，即屬不相適合，難謂無證據上之理由矛盾，其判決當然爲違背法令，但此項違誤，尙非不利於被告，應將原判決關於違背法令部分撤

銷，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十九年度臺非字第一四八號

上訴人

最高法院檢察署檢察總長

被 告

某甲

右上訴人因被告過失傷害案件，對於臺灣臺北地方法院士林分院中華民國七十八年九月三十日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左：

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）

本院查自首以對於未發覺之罪投案而受裁判者為要件，如案已發覺，祇係到警察機關接受偵訊而自白其犯罪事實，自非自首，亦不得減輕其刑，此觀之刑法第六十二條規定自明。本件原判決認定被告某甲於民國七十八年七月四日上午七時許，駕駛八三九一四三一七號小客車，由臺北縣淡水鎮往北新莊方向行駛，途經破布子腳站附近，本應注意在未劃標線之道路，汽車應在右行駛，且按當時情形又非不能注意，竟疏未注意而駛入對向之單行車道，致迎面撞及在對向車道行駛由某乙騎乘之二二〇—四八六〇號機車，致使某乙倒地受傷，左側髖關節脫臼與左髖臼骨折、左膝、左下肢及左足背多處裂傷，右上臂腫瘤，案經被告自首及某乙、某乙之配偶某丙訴請偵辦等情，因而論被告以因過失傷害人罪，量處有期

徒刑四月，如易科罰金，以三十元折算一日。又依其理由記載，其所以認定被告自首，係以被告於肇事後，即向臺北縣警察局淡水分局水源分駐所報案自首，有卷附警局筆錄可按，爲其論據云云，固非無見。惟查被告在警局應訊筆錄，係在七十八年七月十四日，其內容僅在答詢警員所問車禍發生之經過情形，不僅並無自首之意思表示，且查現場處理警員於同年七月六日所繪道路交通事故調查報告表(一)於肇事經過摘要欄即記載被告駕車傷人之經過事實，亦無被告若何自首之記述，有筆錄及道路交通事故調查報告表附卷可稽。是原判決依警局筆錄而認定被告係屬自首，即屬不相適合，難謂無證據上之理由矛盾，其判決當然爲違背法令，但此項違誤，尙非不利於被告。案經確定，上訴人提起非常上訴，執以指摘，洵有理由，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。

中華民國七十九年七月二十七日

第拾捌案

一、關係條文

刑法第七十四條。

二、非常上訴理由

按宣告緩刑除須受二年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告之限制外，並須以前未曾受有期徒刑以上

刑之宣告，或前受有期徒刑之宣告執行完畢或赦免後五年以內未曾受有期徒刑以上刑之宣告，認以暫不執行爲適當者始得爲之，刑法第七十四條定有明文。查本件被告某甲於七十年一月間犯詐欺罪，經臺灣高等法院臺中分院於七十一年三月十七日，以七十年度上易字第一八〇四號刑事判決判處有期徒刑三月確定，於七十二年十月十日執行完畢，有臺灣臺中地方法院檢察處函、某甲前科表、及臺灣高等法院臺中分院七十年度上易字第一八〇四號刑事判決影本等，附於臺灣臺北地方法院板橋分院檢察處七十八年度聲非字第〇一號卷內可稽。旋被告又於七十三年三月至九月間犯詐欺罪，經臺灣臺北地方法院板橋分院於七十四年三月十四日以七十三年度易字第三四一八號判處有期徒刑九月，緩刑四年，依上開法條即無論知緩刑之餘地，乃原判決竟諭知緩刑四年，顯非適法。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、判決要旨

被告凡在判決前已受有期徒刑以上刑之宣告確定，未執行完畢，或執行完畢或赦免後未滿五年，再受二年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告者不合於緩刑條件，不得於後案宣告緩刑，此觀於刑法第七十四條之規定而自明。本件被告前曾受有期徒刑宣告，於七十二年十月十日執行完畢，七十三年三月間再犯本罪，原審爲該判決時，被告前受有期徒刑之執行完畢，既未滿五年，自不合於緩刑條件，竟仍爲緩刑四年之諭知，其適用法則顯有違誤，惟原判決尙非不利於被告，僅將其關於違背法令部分撤銷，用資糾正。

四、附 錄

上訴人 最高法院檢察署檢察長
被告 某甲

右上訴人因被告詐欺案件，對於臺灣臺北地方法院板橋分院中華民國七十四年三月十四日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左：

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）

本院按被告凡在判決前已受有期徒刑以上刑之宣告確定，未執行完畢，或執行完畢或赦免後未滿五年，再受二年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告者，不合於緩刑條件，不得於後案宣告緩刑，此觀於刑法第七十四條之規定而自明。本件被告某甲於民國七十年一月間犯詐欺罪，經臺灣高等法院臺中分院於七十一年三月十七日，以七十年度上易字第一八〇四號刑事判決判處有期徒刑三月確定，七十二年十月十日執行完畢，有臺灣臺中地方法院檢察處函、某甲前科表、及臺灣高等法院臺中分院刑事判決影本附卷可稽。嗣該被告又於七十三年三月至九月間，再犯連續詐欺罪，經臺灣臺北地方法院板橋分院於七十四年三月十四日以七十三年度易字第三四一八號判處有期徒刑九月，緩刑四年。原審為該判決時，被告前受有期徒刑之執行完畢，既未滿五年，自不合於緩刑條件，竟仍為緩刑四年之諭知，其適用法則顯有違誤。案經確定，非常上訴執以指摘，洵有理由。惟原判決尚非不利於被告，僅將其關於違背法令部分撤銷，用資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如主文。

中華民國七十八年三月二十四日

第拾玖案

一、關係條文

刑法第七十四條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又刑法第七十四條規定受二年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告，認爲以暫不執行爲適當者，得宣告二年以上五年以下之緩刑。其所謂受二年以下有期徒刑之宣告，係指宣告之本刑而言，並不包括減刑後減得之刑。本件原判決認定被告某甲犯偽造有價證券罪，判處有期徒刑三年四月，減爲有期徒刑一年八月，緩刑三年。其所宣告之本刑三年四月，既在二年以上，依法不得爲緩刑之宣告，縱減爲有期徒刑一年八月，亦不得予以緩刑。乃原判決不察，竟引用刑法第七十四條併爲緩刑之宣告，揆諸前開法條規定，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、第四百四十三條之規定，提起非常上訴，以資救濟。

三、判決要旨

刑法第七十四條所謂受二年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告，係指宣告刑而言，並不包括減刑後減得之刑在內。本件原確定判決以被告犯偽造有價證券罪，判處有期徒刑三年四月，嗣依減刑條例之規定，減為一年八月後，諭知緩刑三年，其宣告刑既超過二年，揆諸上開說明，自不得宣告緩刑，原判顯有適用法則不當之違誤，惟原判決尚非不利於被告，應由本院將原判決關於違背法令部分撤銷，用資料正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十九年度臺非字第一四號

上訴人

最高法院檢察署檢察總長

被 告

某甲

右上訴人因被告偽造有價證券案件，對於臺灣臺中地方法院中華民國七十八年三月二十日第一審確定判決，認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如左：

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）

本院按刑法第七十四條所謂受二年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告，係指宣告刑而言，並不包括減刑後減得之刑在內。本件原確定判決以被告犯偽造有價證券罪，判處有期徒刑三年四月，依中華民國七十七年罪犯減刑條例之規定，減為有期徒刑一年八月後，諭知緩刑三年，其宣告刑既超過二年，揆諸上開說明自不得宣告緩刑，原判決徒以減得之刑在二年以下而為緩刑之宣告，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，尙有理由，惟原判決尙非不利於被告，應由本院將原判決關於違背法令部分撤銷，用資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如主文。

中華民國七十九年二月九日

第貳拾案

一、關係條文

刑法第七十四條、第七十六條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又判決前已經受有期徒刑以上刑之宣告，即不合緩刑條件，不得再爲緩刑之宣告（二十五年非字第三一三號判例參照）。本件被告某甲曾於七十七年五月間，犯妨害家庭案件，經判處有期徒刑六月，緩刑二年有案，不知悔改，又於七十七年九月十八日犯妨害自由罪，經一審法院判處拘役五十日，如易科罰金，以三十元折算一日，緩刑三年。查該被告前案宣告之緩刑，既無刑法第七十六條所定失其效力之情形，其後案即不得再爲緩刑之宣告。乃原判決不察，竟仍予維持第一審法院宣告之緩刑，揆諸首開法條規定，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、第四百四十三條之規定，提起非常上訴。

以資糾正。

三、判決要旨

得爲緩刑之宣告，須以未曾受有期徒刑以上刑之宣告，或前受有期徒刑以上刑之宣告，執行完畢或赦免後五年以內未曾受有期徒刑以上刑之宣告爲要件，此觀刑法第七十四條之規定甚明。本件被告前犯妨害家庭罪，經原法院於七十八年五月二十四日判處徒刑並宣告緩刑二年確定在案。嗣又犯妨害自由罪，臺北地院於同年月三十日判處拘役五十日，緩刑三年，前案宣告之緩刑既無刑法第七十六條失其刑之宣告效力之情形，揆諸上開說明，自不得再爲緩刑之宣告，被告上訴，原判決不爲糾正，顯然違法，應將原判決及第一審判決關於違背法令部分撤銷，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十九年度臺非字第二二號

上訴人

最高法院檢察署檢察總長

被 告

某甲

右上訴人因被告妨害自由案件，對於臺灣高等法院中華民國七十八年八月二十五日第二審確定判決，認爲違背法令，提起非常上訴，本院判決如左：

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）

本院按得爲緩刑之宣告，須以未曾受有期徒刑以上刑之宣告，或前受有期徒刑以上刑之宣告執行完畢或赦免後五年以內未曾受有期徒刑以上刑之宣告爲要件，此觀刑法第七十四條之規定甚明。本件被告前犯妨害家庭罪，經原法院於七十八年五月二十四日判處有期徒刑六月，並宣告緩刑二年確定在案（七十八年度上易字第一三九九號），嗣又犯妨害自由罪，臺灣臺北地方法院於七十八年五月三十日判處拘役五十日，如易科罰金以三十元折算一日，緩刑三年（七十八年度易字第一五〇七號），前案宣告之緩刑既無刑法第七十六條失其刑之宣告效力之情形，揆諸上開說明，自不得再爲緩刑之宣告，案經被告提起上訴，原判決不爲糾正，竟予維持，駁回上訴，顯然違法。案經確定，上訴人提起非常上訴，執以指摘，洵有理由，惟該確定判決尙非不利於被告，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。

中華民國七十九年二月十六日

第貳拾壹案

一、關係條文

刑法第七十六條。

二、非常上訴理由

按宣告緩刑之要件，須被告未曾受有期徒刑以上刑之宣告者，或前受有期徒刑以上刑之宣告，執行完畢或赦免後，五年以內未曾受有期徒刑以上刑之宣告者，始得宣告緩刑，刑法第七十四條定有明文。本件被告某甲曾犯偽造文書罪，經最高法院於中華民國七十七年九月十四日以七十七年度臺上字第四三三七號判決，判處被告某甲有期徒刑二月，如易科罰金以三十元折算一日，減為有期徒刑一月，如易科罰金以三十元折算一日，緩刑四年確定。是被告已曾受有期徒刑以上刑之宣告，尚未執行完畢，亦未經赦免，合先說明。嗣被告某甲另犯侵占罪，經臺灣高等法院於中華民國七十八年三月二十八日以七十七年度上易字第五九七五號判決時，揆諸首揭說明，依法不得予以緩刑之宣告，至為明確。詎原判決竟判處被告某甲有期徒刑一年，減為有期徒刑六月，緩刑二年確定。有該院中華民國七十七年度上易字第五九七五號卷宗可稽，顯屬違背法令。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、判決要旨

判決前已經受有期徒刑以上刑之宣告，雖經同時諭知緩刑，苟無刑法第七十六條失其刑之宣告效力之情形，仍不得於後案宣告緩刑。本件被告前犯偽造文書罪，緩刑尚未期滿，刑之宣告並未失其效力，乃原判決以被告另犯侵占罪，判處徒刑一年，減為六月，竟諭知緩刑二年，自屬違背法令，惟原判決尚非不利於被告，應僅將其違背法令部分撤銷，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十八年度臺非字第九二號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告

某甲

右上訴人因被告侵占案件，對於臺灣高等法院中華民國七十八年三月二十八日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左：

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）

本院按判決前已經受有期徒刑以上刑之宣告，雖經同時諭知緩刑，苟無刑法第七十六條失其刑之宣告效力之情形，仍不得於後案宣告緩刑。本件被告某甲前犯偽造文書罪，經本院於民國七十七年九月十四日以七十七年度臺上字第四三三七號判決，判處有期徒刑二月，如易科罰金以三十元折算一日，減為有期徒刑一月，如易科罰金以三十元折算一日，緩刑四年確定，此有該案卷可稽。該緩刑尚未期滿，刑之宣告並未失其效力，乃原判決以被告另犯侵占罪，於七十八年三月二十八日以七十七年度上易字第五九七五號判決判處有期徒刑一年，減為有期徒刑六月，竟諭知緩刑二年，自屬違背法令。案經確定，非常上訴執以指摘，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。

中華民國七十八年七月二十一日

第貳拾貳案

一、關係條文

刑法第八十七條第一項第三項。

刑事訴訟法第三百零一條第二項。

二、非常上訴理由

查因心神喪失而不罰者，得令人相當處所施以監護，其期間為三年以下，為刑法第八十七條第一項第三項所明定。又因被告心神喪失而行為不罰，認為有諭知保安處分之必要者，並應諭知其處分及期間，刑事訴訟法第三百零一條第二項亦定有明文。經核本件被告某甲所犯搶奪罪，原確定判決審認結果，認其係在心神喪失狀態中所為，依法應在不罰之列，予以諭知無罪，並認有諭知保安處分之必要，諭令入相當處所施以監護，以期精神狀態回復正常，適應社會生活，惟漏未依法諭知其監護期間，顯屬應適用法則而未加適用，難謂非違背法令，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，以資救濟。

三、判決要旨

因心神喪失而不罰者，得令人相當處所施以監護，前項處分期間為三年以下。又因心神喪失而行為不罰，認為有諭知保安處分之必要者，並應諭知其處分及期間，刑法第八十七條第一項第三項及刑事

訴訟法第三百零一條第二項分別定有明文。本件原判決認定被告係心神喪失之人，諭知令人相當處所施以監護，惟漏未宣示監護之期間，依照首開規定，即有違誤，爰將原判決撤銷，另行判決，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十八年度臺非字第三八號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告

某甲

右上訴人因被告搶奪案件，對於臺灣新竹地方法院中華民國七十七年十月廿四日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原判決撤銷。

某甲無罪，應令入相當處所施以監護，期間為叁年。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按因心神喪失而不罰者，得令入相當處所施以監護，前項處分期間為三年以下。又因心神喪失而行為不罰，認為有諭知保安處分之必要者，並應諭知其處分及期間，刑法第八十七條第一項第三項及刑事訴訟法第三百零一條第二項分別定有明文。本件被告某甲被訴搶奪案件，經原判決認定被告係心神喪失之人，乃為無罪之諭知，並認為施以保安處分之必要，並諭知應令入相當處所施以監護，有臺灣新竹地方法院七十七年度訴字第二六五號刑事判決可稽，惟原判決漏未宣示監護之期間，依照首開規定

，即有違誤。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，因其不利於被告，爰將原判決撤銷另行判決如主文第二項所示，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書、第三百零一條第一項，刑法第十九條第一項、第八十七條第一項第三項，判決如主文。

中華民國七十八年三月卅一日

第貳拾叁案

一、關係條文

刑法第八十七條第二項、第三項。
刑事訴訟法第三百零九條第六款。

二、非常上訴理由

按因精神耗弱而減輕其刑者，得於刑之執行完畢或赦免後，令入相當處所，施以監護，期間為三年以下。刑法第八十七條第二、三項規定甚明。復按有罪之判決書，諭知保安處分者，應於主文內載明其處分之名稱及期間。亦為刑事訴訟法第三百零九條第六款所明定。經查原判決在其理由欄第二項中段載稱：「又被告罹患妄想精神分裂病，功能退化日益嚴重，且大部份時間未能接受精神科治療，致平時之判斷力及自我控制不良，行為時其精神狀態，據判斷已達精神耗弱之程度，亦有臺灣省立桃園療養

院七十七年六月十七日桃療社字第一五七四號所附之精神鑑定報告書可考，其行爲時既爲精神耗弱之人，並依法減輕其刑二分之一」云云。而在主文欄，漏未記載，施以監護之具體期間。依照前開說明，自屬違背法令。案經確定，應依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條，提起非常上訴，俾資糾正。

三、判決要旨

因精神耗弱而減輕其刑者，得於刑之執行完畢或赦免後，令入相當處所施以監護，其期間爲三年以下，刑法第八十七條第二、三項規定甚明。又有罪之判決書，諭知保安處分者，應於主文內記載其處分及期間，刑事訴訟法第三百零九條第六款亦定有明文。本件確定判決認定被告罹患精神分裂症，已達精神耗弱程度，依法減輕其刑二分之一，並令入相當處所施以監護，乃未依上述規定，同時諭知監護之期間，自屬違背法令。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十九年度臺非字第三八號

上訴人

最高法院檢察署檢察總長

被 告

某甲

右上訴人因被告竊盜案件，對於臺灣新竹地方法院中華民國七十七年七月六日第一審確定判決，認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原判決關於竊盜部分撤銷。

某甲竊盜、累犯，處有期徒刑伍月，並於刑之執行完畢或赦免後，令入相當處所施以監護貳年。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按因精神耗弱而減輕其刑者，得於刑之執行完畢或赦免後令入相當處所施以監護，其期間爲三年以下，刑法第八十七條第二、三項規定甚明。又有罪之判決書，諭知保安處分者，應於主文內記載其處分及期間，刑事訴訟法第三百零九條第六款亦定有明文。本件原確定判決認定被告某甲罹患妄想型精神分裂症，已達精神耗弱程度，其行爲時既爲精神耗弱之人，依法減輕其刑二分之一，論處被告竊盜累犯，處有期徒刑伍月，並於刑之執行完畢或赦免後，令入相當處所施以監護，乃未依前述規定，同時諭知監護之期間，自屬違背法令，且不利於被告，案經確定，上訴人認爲違法，提起非常上訴，執以指摘，尙有理由，應由本院將原判決關於被告竊盜部分撤銷，另行判決，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款後段，刑法第三百廿條第一項、第四十七條、第十九條第二項、第八十七條第二、三項，戡亂時期罰金罰鍰提高標準條例第一條前段，判決如主文。

中華民國七十九年三月二日

第貳拾肆案

一、關係條文

刑法第一百六十八條。

刑事訴訟法第一百八十一條、第一百八十六條但書第四款。

二、非常上訴理由

按偽證罪之成立，以虛偽陳述之證人，已於供前或供後具結爲其成立要件，刑法第一百六十八條規定極明。所謂具結，係指依法有具結義務之人，履行其具結義務而言。若在法律上，不得令其具結之人，而誤命其具結者，即不發生具結之效力。本件被告某甲爲某乙、某丙、某丁對其他繼承人某戊、某己、某庚提起請求辦理繼承登記之民事訴訟，於七十七年五月十四日，在臺灣高等法院臺南分院七十六年度家上字第一六九號繼承登記事件審理時爲證人，就特留分部分，於案情有重要關係之事項，供前具結，爲虛偽之陳述稱，某辛及某乙向其以不動產抵押借款八百萬元爲真正等語。因而認定被告犯有偽證罪嫌，惟查證人恐因陳述致自己受刑事追訴或處罰者，得拒絕證言，有刑事訴訟法一百八十一條情形，而不拒絕證言者，不得令其具結，是以被告既恐因陳述致自己必定受偽造文書之追訴處罰，依同法第一百八十一條、第一百八十六條第四款之規定，係在不得令其具結之列，原審雖誤命其具結，依照首揭說明，不能謂有具結之效力，亦即欠缺刑法第一百六十八條之構成要件（見最高法院28上三一二號、30非二四號判例），第一審竟以偽證罪論罪科刑，原審就此部分，未加注意糾正，予以維持，駁回被告上訴，顯然有判決適用法則不當之違背法令。案經確定，且對被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、判決要旨

偽證罪之成立，以虛偽陳述之證人已於供前或供後具結爲其成立要件之一。所謂具結，係指依法有具結義務之人，履行具結義務而言。若在法律上不得令其具結之人，縱經具結，亦不發生具結之效力，自不成立偽證罪。又證人恐因陳述致自己受刑事追訴或處罰者，得拒絕證言，其不拒絕證言者，不得令其具結，此觀刑事訴訟法第一百八十一條、第一百八十六條但書第四款規定甚明。本件被告於臺南高分院審理七十六年度家上字第一六九號案時爲證人，如將明知與其有關之虛偽事實陳述，將受處罰，本可拒絕證言而不拒絕，依前開法條規定，不得令其具結，第一審判決竟依偽證罪論處，原判決未予糾正，均顯有判決適用法則不當之違背法令，應將原審及第一審判決關於偽證部分撤銷，改爲無罪之諭知，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十九年度臺非字第一八〇號

上訴人

最高法院檢察署檢察總長

被 告

某甲

右上訴人因被告偽證案件，對於臺灣高等法院臺南分院中華民國七十八年十二月五日第二審確定判決，認爲一部違法，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原審及第一審判決關於偽證部分撤銷。

右開撤銷部分，某甲無罪。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑法第一百六十八條偽證罪之成立，以虛偽陳述之證人已於供前或供後具結爲其成立要件之一，所謂具結，係指依法有具結義務之人，履行其具結義務而言。若在法律上不得令其具結之人，縱經具結，亦不發生具結之效力，自不成立偽證罪。本件原判決以被告某甲因某辛之繼承人某乙、某丙、某丁對其他繼承人某戊、某己、某庚提起請求辦理繼承登記之民事訴訟，於民國七十七年五月十四日，在臺灣高等法院臺南分院審理（七十六年度家上字第一六九號）時爲證人，就特留分部分，於案情有重要關係之事項，供詞具結，偽稱某辛及某乙向其抵押借款新臺幣（下同）八百萬元爲真正等語，而論被告以偽證罪，惟查證人恐因陳述致自己受刑事追訴或處罰者，得拒絕證言，其不拒絕證言者，不得令其具結，此觀刑事訴訟法第一百八十一條、第一百八十六條但書第四款規定甚明。被告於該民事訴訟審理中如將其明知與某辛、某乙間無八百萬元之債務存在，而共同將某辛、某乙共有坐落臺南市公英段第一〇六〇號土地暨地上建物臺南市〇〇路四十三巷四號房屋及某辛所有坐落臺南市公英段第一〇六一號土地暨地上建物臺南市〇〇路四十三巷二號房屋，虛偽設定八百萬元抵押權登記（此部分見原判決關於偽造文書罪部分之認定）之事實陳述，自己將受刑法第二百一十四條偽造文書罪之追訴處罰，本可拒絕證言而不拒絕，依刑開法條規定，不得令其具結，雖經具結，亦不發生具結之效力。依首開說明，被告不成立偽證罪。第一審判決竟依偽證罪論處，原判決就此部分未予糾正，予以維持，駁回被告在第二審之上訴，均顯有判決適用法則不當之違背法令。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨執此指摘，洵有理由，應由本院將原審及第一審判決關於偽證部分撤銷，改爲無罪之諭知，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但書、第三百零一條第一項，判決如主文。

中華民國七十九年八月三十一日

六六

第貳拾伍案

一、關係條文

刑法第二百二十七條第一項。

二、非常上訴理由

按應於審判期日調查之證據，未予調查者，其判決當然違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第十款定有明文。又證據雖已調查，而其內容尚未明瞭者，即與未經調查無異，亦有三十一年上字第八七號判例可循。本件確定判決，認定被告基於概括之犯意，自七十七年十二月二十二日晚上起，至當月底止，連續姦淫其乙三次，因而駁回被告之上訴，仍維持第一審論處其連續姦淫幼女罪刑之判決。惟查某乙係民國六十一年十二月二十七日出生，依民法第一百二十四條第一項規定，年齡自出生之日起算，是某乙之年齡，算至民國七十七年十二月二十七日已滿十六歲，如被告與某乙之三次姦淫行為，其餘二次係在七十七年十二月二十八日至同月三十一日之間，則被告之續姦行為，法無處罰明文，不能再論以連續犯。從而該二次之姦淫行為，究係在某乙未滿十六歲前或已滿十六歲之後，與被告應否成立連續犯，至關重要，而顯然與判決有影響，此項證據，既與待證事實有重要關係，且又非不易調查或不能調查者，為使案情明瞭，不致適用法律違誤，自應盡職權調查之能事，期臻適法。乃原審未經查明，遽依連續犯

判決，揆諸前開說明，自屬審判違背法令，案經確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條之規定，提起非常上訴，以資救濟。

三、判決要旨

姦淫十四歲以上未滿十六歲之女子，固應論以刑法第二百二十七條第一項之姦淫幼女罪，如果被姦淫之女子於第二次被續姦時已滿十六歲，則自第二次以後之被姦淫行為，法律尙無處罰明文，自不能再以該罪之連續犯論擬。本件原判決既認定被告所姦淫之女子爲民國六十一年十二月二十七日出生，算至七十七年十二月二十七日已滿十六歲。被告及某乙均僅供述二人第一次姦淫之時間爲七十七年十二月二十二日，其餘二次究爲同年月二十三日以後至三十一日之間之何日，均已不復記憶，故此二次之姦淫時間卽屬無從調查，既不能爲被告不利之證明，自應爲其有利之認定，認此二次係發生在同年月二十八日至三十一日之間，均在不罰之列，揆諸上開說明，卽不得再以該罪之連續犯論擬。乃第一審判決疏未注意及此，第二審判決未爲糾正，駁回被告第二審之上訴，於法自有違背，應將原審及第一審判決一併撤銷改判，以資救濟。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十九年度臺非字第一一三號

上訴人

最高法院檢察署檢察總長

被 告

某甲

右上訴人因被告妨害風化案件，對於臺灣高等法院中華民國七十八年十一月三十日第二審確定判決

，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原審及第一審判決均撤銷。

某甲姦至十四歲以上未滿十六歲之女子，處有期徒刑壹年。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按姦至十四歲以上未滿十六歲之女子，固應論以刑法第二百二十七條第一項之姦淫幼女罪，如果被姦淫之女子於第二次被續姦時已滿十六歲，則自第二次以後之被姦淫行為，法律尚無處罰明文，自不能再以該罪之連續犯論處。本件原判決既認定被告某甲所姦淫之女子某乙為民國六十一年十二月二十七日出生，依民法第一百二十四條之規定，其年齡算至七十七年十二月二十七日已滿十六歲，依原判決之認定被告於七十七年十二月二十二日第一次姦淫某乙時，其年齡尚未滿十六歲，固應論以上開姦淫幼女罪，然既同時認定其餘二次姦淫某乙之時間為同年月二十三日至當月底之間，同年月二十八日至三十一日之間自均可能為被告姦淫某乙之時間。且依卷存資料，被告及某乙均僅供述二人第一次姦淫之時間為七十七年十二月二十二日，其餘二次姦淫之時間究為同年月二十三日至三十一日之間之何日，均已不復記憶，故此二次之姦淫時間即屬無從調查，既不能為被告不利之證明，自應為其有利之認定，認此二次係發生在同年月二十八日至三十一日之間，均在不罰之列，揆之上開說明，即不得再以該罪之連續犯論擬。乃第一審判決疏未注意及此，遽論被告以該罪之連續犯，並據以加重其刑，顯有未合，第二審判決未為糾正，予以維持，駁回被告第二審之上訴，於法自有違背，案經確定，且於被告不利，上訴人提起非常上訴，執以指摘，洵有理由，應由本院將原審及第一審判決一併撤銷改判，酌情予以量處有

期徒刑壹年，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，刑法第二百二十七條第一項，判決如主文。

中華民國七十九年六月二十日

第貳拾陸案

一、關係條文

刑法第二百七十一條第一項。

中華民國七十七年罪犯減刑條例第三條第六款、第四條第一項第七款、第二條第一項第一款第三目、第七條第一項。

二、非常上訴理由

按一行爲犯刑法第二百七十一條第一項殺人既遂罪而被害人二人以上者，不得減刑，七十七年罪犯減刑條例第三條第六款定有明文。本件原最高法院七十五年度臺上字第四〇七一號刑事確定判決，確認被告某甲一行爲刀殺被害人某乙、某丙二人死亡之事實，論以一行爲犯二個殺人既遂之罪刑，依上開七十七年罪犯減刑條例第三條第六款規定，本不得予以減刑。原裁定依檢察官之聲請，竟誤依同條例第四

條第一項第七款、第二條第一項第一款第三目、第七條第一項予以減刑，顯有適用法則不當之違背法令。案經確定，應依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

一行爲犯刑法第二百七十一條第一項之罪而被害人二人以上，不予減刑，爲中華民國七十七年罪犯減刑條例第三條第六款所明定。本件被告既係一行爲犯二個殺人既遂罪，依前開規定即不在減刑之列，而原審法院竟裁定依上開減刑條例第四條第一項第七款、第二條第一項第一款第三目、第七條第一項予以減刑，自屬違法，應將其違背法令部分撤銷，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十九年度臺非字第四五號

上訴人

最高法院檢察署檢察總長

被 告

某甲

右上訴人因被告殺人案件，對於臺灣高等法院臺南分院中華民國七十七年四月二十二日確定裁定，認爲違法，提起上訴，本院判決如左：

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）

本院按一行爲犯刑法第二百七十一條第一項之罪而被害人二人以上，不予減刑。爲中華民國七十七年罪犯減刑條例第三條第六款所明定。本件被告某甲於民國七十二年九月十八日，同時同地殺死被害人某乙、某丙二人，一行爲犯二個殺人既遂罪，經本院以七十五年度臺上字第四〇七一號判處有期徒刑拾叁年確定。查被告既係一行爲犯刑法第二百七十一條第一項之罪，而被害人二人以上，依前開規定即在減刑之列。而原審法院竟於七十七年四月二十二日裁定，依上開減刑條例第四條第一項第七款、第二條第一項第一款第三目，第七條第一項，裁定減爲有期徒刑捌年捌月，自屬違法，而此項裁定與科刑判決有同等效力，案經確定，非常上訴意旨，執此指摘，洵有理由，然原裁定尙非不利於被告，應僅將其違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如主文。

中華民國七十九年三月十五日

第貳拾柒案

一、關係條文

刑法第二百八十七條前段。

刑事訴訟法第二百三十七條第一項、第三百二十二條、第三百三十四條。

二、非常上訴理由

按刑法第二百七十七條第一項之傷害罪須告訴乃論，又告訴乃論之罪，其告訴應自得爲告訴人知悉犯人之時起，於六個月內爲之，如逾告訴期間者，應諭知不予受理之判決，分別爲刑事訴訟法第二百三十七條第一項、第三百零三條第四款所明定。查本件被告某甲於七十六年三月五日在臺北市銀行信義分行前，將被害人某乙右眼毆打成傷時，某乙卽已知悉實施傷害之人爲被告，有其於七十六年十二月十九日在臺中市警察局偵訊時供稱：『某甲我認識』等語可憑。竟遲至七十七年五月二十六日具補充自訴理由狀時，始對該部分提出告訴，顯已逾告訴期間，原判決不察，竟仍由實體上判處被告罪刑，而末諭知不予受理之判決，自有違誤。案經確定，且對被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、判決要旨

刑法第二百七十七條第一項之傷害罪，須告訴乃論，而其告訴應自得爲告訴人知悉犯人之時起，於六個月內爲之。又告訴乃論之罪，已不得爲告訴者，不得再行自訴。如不得提起自訴而提起者，應諭知不予受理之判決，刑法第二百八十七條前段，刑事訴訟法第二百三十七條第一項、第三百二十二條、第三百三十四條定有明文。本件被害人於知悉犯人之時起，已逾越六個月法定告訴期間，始對被告傷害部分提起自訴，原審不察，竟從實體上論處被告罪刑，而未諭知不予受理判決，顯屬違法，應由本院將原判決關於傷害部分撤銷，另行判決。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十八年度臺非字第一九號

上訴人 最高法院檢察署檢察長

被告 某甲

右上訴人因被告傷害案件，對於臺灣臺中地方法院中華民國七十七年八月九日第一審確定判決，認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原判決關於某甲傷害之違背法令部分撤銷。

某甲被訴傷害部分自訴不予受理。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑法第二百七十七條第一項之傷害罪，須告訴乃論，而其告訴應自得為告訴人知悉犯人之時起，於六個月內為之。又告訴乃論之罪，已不得為告訴者，不得再行自訴。如不得提起自訴而提起者，應諭知不予受理之判決，刑法第二百八十七條前段，刑事訴訟法第二百三十七條第一項、第三百二十二條、第三百三十四條定有明文。本件被告某甲於七十六年三月五日在臺北市銀行信義分行前，將被害人某乙右眼毆打成傷，係犯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前段規定，須告訴乃論，而被害人於被毆傷當時即已知悉實施傷害之人為被告，此有被害人在警詢時供稱：「某甲我認識」等語可憑，是被害人之告訴應於知悉犯人之時起六個月法定告訴期間內，即應於七十六年九月五日以前始得為之，其於逾越六個月法定告訴期間之七十七年五月二十六日已不得為告訴，依法亦不得再行自訴，乃被害人竟於七十七年五月二十六日，始對上開傷害部分提起自訴，即屬不得提起自訴而提起，依上開說明，此部分自應諭知不予受理判決，而不得諭知實體判決。乃原審不察，竟從實體上論處被告傷害

罪刑，而未諭知不受理判決，顯屬違法。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，且原判決對被告不利，應由本院將原判決關於傷害部分撤銷，並另行判決，以資糾正。

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

中華民國七十八年二月十六日

第貳拾捌案

一、關係條文

刑法第三百二十條第二項。

刑事訴訟法第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又刑法第三百二十條第二項之竊佔罪為即成犯，於竊佔行為完成時犯罪即成立，以後繼續竊佔，乃狀態之繼續，而非行為之繼續（六十六年臺上字第三一一八號判例參照）。本件原判決認定被告某甲於七十四年三月間竊佔某乙之不動產，應成立刑法上之竊佔罪。惟以其一部犯罪行為在七十七年一月三十日以後，不合七十七年罪犯減刑條例之規定，故不予減刑。揆諸前開法條及判例，其法律上之見解已屬不當，而判決亦

有不適用減刑法則之違誤。案已確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條之規定，提起非常上訴，以資救濟。

三、判決要旨

刑法第三百二十條第二項之竊佔罪爲即成犯，於竊佔行爲完成時，犯罪即屬成立，爾後之繼續竊佔，乃狀態之繼續，而非行爲之繼續。本件確定判決認定被告於七十四年三月間竊佔某乙之不動產，則其竊佔行爲，於七十四年三月間即已完成，雖該竊佔之狀態，繼續至七十七年四月三十日確定判決之時，因非行爲繼續，其犯罪時間，仍應以七十四年三月間犯罪行爲完成時爲準，既在七十七年一月三十日以前，自應適用中華民國七十七年罪犯減刑條例之規定，予以減刑，方屬適法。該確定判決竟以狀態之繼續至七十七年一月三十日以後，不合減刑規定，法律上之見解殊屬錯誤，且有不適用法則之違背法令，應由本院將原判決撤銷，另行判決，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十八年度臺非字第一四五號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告竊佔案件，對於臺灣臺北地方法院士林分院中華民國七十七年四月三十日第一審確定判決，認爲違背法令，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原判決撤銷。

某甲意圖爲自己不法之利益，而竊佔他人之不動產，處有期徒刑肆月，減爲有期徒刑貳月，緩刑肆年。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑法第三百二十條第二項之竊佔罪爲即成犯，於竊佔行爲完成時犯罪即屬成立，爾後之繼續竊佔，乃狀態之繼續，而非行爲之繼續。本件確定判決認定被告某甲於七十四年三月間竊佔某乙之不動產。則其竊佔行爲，於七十四年三月間即已完成，雖該竊佔之狀態，繼續至七十七年四月三十日確定判決之時，因非行爲之繼續，其犯罪時間，仍應以七十四年三月間犯罪行爲完成時爲準，被告犯罪在七十七年一月三十日以前，自應適用中華民國七十七年罪犯減刑條例之規定予以減刑，方屬適法。該確定判決竟以狀態之繼續至七十七年一月三十日以後，不合減刑條例規定之減刑條件，故不予減刑而科處有期徒刑四月宣告緩刑四年，法律之上見解殊屬錯誤，且有不適用法則之違背法令。案經確定，且對被告不利，非常上訴旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決撤銷，另行判決，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，刑法第三百二十條第二項第一項、第七十四條第一款，戡亂時期罰金罰鍰提高標準條例第一條前段，中華民國七十七年罪犯減刑條例第二條第一項第二款乙類（）、第四條第二項，判決如主文。

中華民國七十八年十月十三日

第貳拾玖案

一、關係條文

刑法第三百二十一條第一項第三款、第五十六條。

二、非常上訴理由

本件原確定判決依刑法第五十六條、第三百二十一條第一項第三款及其他關係法條，論處被告某甲連續攜帶兇器竊盜之罪刑。而刑法第三百二十一條第一項第三款加重竊盜罪，其法定本刑爲六月以上，五年以下有期徒刑，原判決並未說明減輕之原因，亦未適用減輕之法條，竟量處有期徒刑五月，顯屬違背法令。案經確定，應依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

刑法第三百二十一條第一項第三款之加重竊盜罪，其法定本刑爲六月以上五年以下有期徒刑。本件原判決認定被告連續攜帶兇器竊盜，應成立上列加重竊盜罪，乃無其他可予減輕其刑之原因，竟僅處以有期徒刑五月，顯屬違背法令，惟此項違誤尙非不利於被告，自應由本院僅將違背法令部分撤銷，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十八年度臺非字第一三八號

上訴人 最高法院檢察署檢察長

被告 某甲

右上訴人因被告竊盜案件，對於臺灣臺北地方法院中華民國七十七年二月十三日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左：

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）

本院按刑法第三百二十一條第一項第三款之加重竊盜罪，其法定本刑為六月以上五年以下有期徒刑，此觀之該法條之規定即明。本件原判決認定被告某甲連續攜帶兇器竊盜，應成立刑法第五十六條、第三百二十一條第一項第三款之罪。乃無其他可予減輕其刑之原因，竟僅處以有期徒刑五月，顯屬違背法令。案經確定，非常上訴意旨，執以指摘，尙有理由。惟此項違誤，尙非不利於被告，自應由本院僅將違背法令部分撤銷，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。

中華民國七十八年十月六日

第叁拾案

一、關係條文

刑法第三百二十四條第二項。

刑事訴訟法第二百三十七條第一項。

二、非常上訴理由

本件原判決撤銷第一審法院之判決，自行認定事實，指被告某甲於民國七十六年十二月三十一日，乘其母某乙於同年月三十日中風而意識不清時，意圖爲自己不法之所有，竊取某乙存於臺北市重慶南路中國信託公司城中分公司保管箱內之財物，計美金定期存單五千元、港幣三千六百元及土地、建物所有權狀各一紙，經某乙之配偶，即某甲之父某丙，訴請臺灣臺北地方法院檢察署檢察官偵查起訴。惟查本案之被害人某乙係被告之生母，告訴人某丙則爲被告之生父，有戶口名簿附偵查卷第三頁可稽，被告之竊盜行爲，依刑法第三百二十四條第二項規定，須告訴乃論。而告訴乃論之罪，其告訴應自得爲告訴之人知悉犯人之時起六個月內爲之，亦爲刑事訴訟法第二百三十七條第一項所明定。本件告訴人某丙爲被害人某乙之配偶，依同法第二百三十三條第一項之規定，固得獨立提出告訴，惟其向檢察官提出之告訴狀，係在七十八年四月八日，早逾六個月之告訴期限，依法即應深入調查告訴人於何時知悉犯人，以斷定其告訴已否逾告訴期限。經杉全卷並未爲此項之必要調查，第一審之判決事實固記載「嗣經證券公司於七十八年三月間寄對帳單予某乙，始知某甲竊取上述財物」。惟經上訴後原判決已將第一審判決撤銷，自行認定事實，其所認定之事實中，已無此項知悉被告行竊時間之記載，自無從明瞭告訴人究係於何時知悉犯人。另第一審判決認定行竊股票部分事實，已爲原判決認爲不能成立犯罪，亦難以股票出售之對帳單，即斷定被告竊取，對帳單記載以外之財物亦在對帳單寄到時始行知悉；且依原判決理由一、部

分記載：被告於七十七年一月十八日更立據坦承私自收取某乙之財物。惟依偵查卷第十五頁所附該字據影本記載：「茲私自收取母親的財物，現繳出由父親代管」，其載明所取財物即包括原判決事實欄認定所竊取之美金、港幣及所有權狀；告訴人於七十八年九月二十五日所提之撤回告訴狀內，亦敘明被告已將美金定期存單、港幣及所有權狀等，於七十七年元月十八日交付其姊，所取之新臺幣現金亦已歸還（原狀附原審卷九頁）。如上開美金及港幣、所有權狀等物，果已於七十七年一月十八日被告交出後已由其姊交與告訴人代管，則告訴人於是時即確知犯人及其犯罪行為；其遲至七十八年四月八日方行遞狀告訴，其告訴即已逾期。上述卷內之證據對於判決顯有影響，又非不能調查，自有深入查明必要，以判斷其是否已逾告訴期限，原法院竟不為調查，即為實體上判決，即有刑事訴訟法第三百七十九條第十款所定之：依本法應於審判期日調查之證據而未予調查之違背法令。案經確定，且對被告不利，應依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、判決要旨

於直系血親間犯竊盜之罪者，須告訴乃論，刑法第三百二十四條第二項定有明文；而告訴乃論之罪，其告訴應自得為告訴之人知悉犯人之時起，於六個月為之，刑事訴訟法第二百三十七條第一項亦有明定。本件原判決認定被告於七十六年十二月三十一日竊取其母之財物，屬告訴乃論之罪，但告訴人延至七十八年四月八日始行提出告訴，其究於何時知悉犯人？已否逾六個月之告訴期間？此項應於審判期日調查，且顯與判決有影響之證據，原審未予調查，自屬判決違背法令。為維持被告審級利益，應將原判決撤銷，由臺灣高等法院依判決前之程序更為審判，以資救濟。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十九年度臺非字第五四號

上訴人

最高法院檢察署檢察總長

被告

某甲

右上訴人因被告竊盜案件，對於臺灣高等法院中華民國七十八年十二月二十九日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原判決撤銷，應由臺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）

按於直系血親間，犯竊盜之罪者，須告訴乃論，刑法第三百二十四條第二項定有明文；而告訴乃論之罪，其告訴應自得為告訴之人知悉犯人之時起，於六個月內為之，刑事訴訟法第二百三十七條第一項亦有明定。本件原判決認定被告於七十六年十二月三十一日竊取其母某乙存於於臺灣市重慶南路中國信託公司城中分公司保管箱內之財物，計有美金定期存單五千元、港幣三千六百元及土地、建物所有權狀各乙紙，經某乙配偶即被告之父某丙提起告訴等情，而論處被告竊盜罪刑。惟查被告竊取其母之財物，屬告訴乃論之罪，其犯罪時間為七十六年十二月三十一日，但告訴人某丙則延至七十八年四月八日始行提出告訴，其究於何時知悉犯人？已否逾六個月之告訴期間？原審並未踐行調查程序，亦未於判決內敘明此項事實。而依告訴人於七十八年二月二十一日致被告函，記載：「自去年初，你竊取媽媽保險箱財物，內有定期存款」，又於七十八年九月二十五日所提之刑事撤回告訴狀內復表明：「某甲拿取之美金定期存單與港幣以及權狀，已於七十七年元月十八日交與其姊，所取之新臺幣現金已歸還

，「（見偵查卷第十六頁、原審卷第九頁）；再被告於偵查中所提出之七十七年元月十八日出具載明「玆私自收取母親的財物，現繳出由父親代管」之字據內，又包含本件之財物（見偵查第十五頁）等情觀之，倘若告訴人於七十七年一月十八日即已知悉犯人爲被告，則其提出之告訴，似已逾六個月之告訴期間。此項應於審判期日調查，且顯與判決有影響之證據，原審未予調查，逕爲實體上判決，自屬判決違背法令。案經確定，且對被告不利，上訴人提起非常上訴，執以指摘，洵有理由。爲維持被告審級利益，應將原判決撤銷，由臺灣高等法院依判決前之程序更爲審判，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項，判決如主文。

中華民國七十九年三月三十日

第叁拾壹案

一、關係條文

刑法第三百三十五條第一項、第三百三十六條第二項。

二、非常上訴理由

按刑法第三百三十六條第二項之業務侵占罪，必須其持有原因，基於業務關係而發生，始能成立。如果持有該物，並非屬於業務行爲，縱令持有人供業務上之使用，仍不得謂係業務上所持有之物，其有侵占情形時，即應依普通侵占罪論科，最高法院二十四年非字第六〇號著有判例。被告某甲以駕駛計程

車爲業務，其向某乙租借計程車後侵入己，則其持有該計程車要屬民法上之租賃關係，並非因其從事駕駛行爲之業務所致，縱令將之以執行計程車營業之執行行爲，並將之侵入己，揆之前開判例，應僅成立刑法第三百三十二條第一項之普通侵占罪。原判決竟依同法第三百三十六條第二項之業務侵占罪論處，顯屬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、第四百四十三條規定提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

侵占業務上持有物之罪，以其所侵占之他人所有物，係因執行業務而持有爲構成要件，若非因執行業務而基於其他民事法律關係持有他人所有物，即與該罪構成要件不符，祇能以普通侵占論科。本件被告係基於民法之租賃關係持有該計程車，其將租賃物侵入己之行爲與被告是否以駕駛計程車爲業，並無關聯，原審將第一審判決被告普通侵占罪撤銷，改依業務上侵占罪論處，適用法則顯有違誤，且不利於被告，應將原判決關於罪刑部分撤銷改判，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十九年度臺非字第一八號

上訴人

最高法院檢察署檢察總長

被 告

某甲

右上訴人因被告侵占案件，對於臺灣高等法院中華民國七十八年六月十四日第二審確定判決，認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原判決關於罪刑部分撤銷。

某甲意圖爲自己不法之所有，而侵占自己持有他人之物，處有期徒刑肆月。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按侵占業務上持有物之罪，以其所侵占之他人所有物，係因執行業務而持有爲構成要件，若非因執行業務而基於其他民事法律關係持有他人所有物，卽與該罪構成要件不符，祇能以普通侵占論科。本件被告某甲從事計程車司機業務，於民國七十七年七月二十九日以某丙爲保證人向某乙租借○○八—〇三七七號計程車，言明押金新臺幣（下同）五千元，每日租金七百五十元，每星期一結清，被告意圖爲自己不法之所有，於同年八月十五日繳完租金後，將計程車侵占入己，據爲己有，不再繳租，經某乙訴請偵辦等情，爲事實。審法院判決確定之事實。被告某甲既非某乙之受僱人，而係基於民法之租賃關係持有該計程車，其將租賃物侵占入己之行爲與被告是否以駕駛計程車爲業，並無關聯，被告所爲係犯刑法第三百三十五條第一項之普通侵占罪，原審將第一審判決撤銷，改依同法第三百三十六條第二項之業務上侵占罪論處，適用法則顯有違誤。非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，案經確定，且不利於被告，應由本院將原判決關於罪刑部分撤銷改判，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，刑法第三百三十五條第一項，戕亂時期罰金罰鍰提高標準條例第一條前段，判決如主文。

中華民國七十九年二月十五日

第叁拾貳案

一、關係條文

刑法第三百三十七條。

戕亂時期罰金罰鍰提高標準條例第一條前段。

二、非常上訴理由

查本件原確定判決認定被告某甲於民國七十五年五月底某日，在高雄市區不詳地點，拾得某乙所有（高）○○○一一〇二一號職業小客車駕駛執照一枚，予以侵占入己，援引刑法第三百三十七條侵占遺失物罪科處其罰金，固非無據。惟查該條法定刑爲罰金伍佰元以下，縱依戕亂時期罰金罰鍰提高標準條例之規定，提高爲十倍，亦應在五千元以下。詎原判決竟科處其罰金捌仟元，顯已逾越法定最高金額，自屬違背法令。案經確定，且對被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條規定提起非常上訴，以資救濟。

三、判決要旨

本件確定判決認定被告係犯刑法第三百三十七條之侵占遺失物罪，該條之法定刑爲罰金五百元以下，縱依戕亂時期罰金罰鍰提高標準條例之規定提高十倍，亦應在五千元以下，原判決竟科處其罰金八千

元，自屬違法，應將原判決撤銷，另行判決，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十七年度臺非字第三六號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告侵占案件，對於臺灣高雄地方法院中華民國七十六年九月七日第一審確定判決，認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原判決撤銷。

某甲意圖為自己不法之所有，而侵占遺失物，處罰金叁仟元，如易服勞役，以叁拾元折算一日。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑法第三百三十七條規定：「意圖為自己或第三人不法之所有，而侵占遺失物、漂流物或其他離本人所持有之物者，處五百元以下罰金。」原確定判決既認被告某甲係犯該條之侵占遺失物罪，該條之法定刑為罰金五百元以下，縱依戡亂時期罰金罰鍰提高標準條例之規定，按原定數額提高為十倍，亦應在五千元以下，科處其罰金，乃原判決竟科處其罰金捌仟元，自屬違法，且不利於被告，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，另行判決，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，刑法第三百三十七條、第四十二條第二

項，戡亂時期罰金罰鍰提高標準條例第一條前段、第二條第一款，判決如主文。
中華民國七十七年三月十七日

第叁拾叁案

一、關係條文

刑事訴訟法第五條第一項、第七條。

二、非常上訴理由

按犯與本罪有關係之藏匿人犯、湮滅證據、偽證、贓物各罪者，爲相牽連之案件，又數同級法院管轄之案件相牽連者，得合併由其中一法院管轄，刑事訴訟法第七條第四款、第六條第一項分別定有明文。本件臺灣臺南地方法院檢察處檢察官，以被告某甲因欠共同被告某乙新臺幣（以下同）三千元，竟意圖爲自己不法之所有，於七十六年元月五日二十三時許，在高雄市新興區中山一路中國國際商業銀行巷內，竊取被害人某丙所有車號一〇〇—四四五九號山葉一百西西機車一輛，得手後，於同年二月九日十四時三十分許，在高雄縣岡山鎮平和路以三千元之估價，售與知情之某乙抵償。又共同被告某乙除向被告某甲故買贓車外，另意圖爲自己不法之所有，基於概括之犯意，分別於七十五年九月上旬及中旬，在高雄縣岡山鎮白米里白米路〇〇〇號，竊取某丁、某戊之財物。七十五年十一月十六日上午七時三十分許，在臺南市健康路〇〇〇號，竊取某乙所有之財物。七十六年二月十二日上午十一時三十分許，騎乘向

被告某甲購入之賊車，於行經臺南市華南路三段九三巷口時，爲警查獲，始偵悉上情。被告某甲涉有竊盜罪嫌，共同被告某乙則涉有竊盜贓物罪嫌，以七十六年度偵字第一一四一號提起公訴。據此事實，共同被告某乙部分，其犯罪地之一在臺南市，經警移送後，臺南地方法院檢察處檢察官認其有逃亡之虞，而予收押，其現實身體所在地，亦在臺南市，臺南地方法院對之固有管轄權，惟被告某甲部分，其住所地在高雄縣，涉嫌犯罪地亦在高雄市，依刑事訴訟法第五條第一項規定，臺南地方法院對之應無管轄權，雖刑事訴訟法第七條、第六條對相牽連案件，爲期審理便利，得由無管轄權法院，亦能兼有其管轄權，然刑事訴訟法第七條第四款，係指犯與本罪有關係之贓物罪，可認爲相牽連案件，而一併由本罪之管轄法院管轄，而非規定犯與本罪有關係之竊盜罪，亦可認屬相牽連案件，而由本罪管轄法院管轄，故本件被告某甲所犯竊盜罪，並非共同被告某乙所犯贓物罪之相牽連案件，與某乙所犯竊盜罪間更無何關係，臺南地方法院對於被告某甲竊盜罪部分，並無管轄權，應諭知管轄錯誤之判決始屬適法。詎原審之臺南地方法院、臺南高分院未從程序上諭知管轄錯誤，仍予實體審理，諭知無罪判決，適用法律，顯係違背法令。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、判決要旨

案件由犯罪地或被告之住所或所在地之法院管轄，刑事訴訟法第五條第一項定有明文。本件犯罪地在高雄市，而被告之住所及所在地，雖臺南地院對同案被告有管轄權，但二人所犯之罪並無同法第七條所列相牽連之情形，依前開規定，臺南地院對本件被告並無管轄權，依法應諭知管轄錯誤之判決，乃竟爲實體上裁判，自屬於法有違，原審未予糾正，亦屬違法，應將原判決及第一審判決關於被告違背法令部分撤銷，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十七年度臺非字第二〇號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告竊盜案件，對於臺灣高等法院臺南分院中華民國七十六年八月十三日第二審確定判決，認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原判決及第一審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）

本院按案件起犯罪地或被告之住所或所在地之法院管轄，刑事訴訟法第五條第一項定有明文。本件依臺灣臺南地方法院檢察處檢察官起訴之事實，被告某甲係於民國七十六年一月五日二十三時許，在高雄市新興區中山一路中國國際商業銀行巷內竊取被害人某丙所有一〇〇—四四五九號山葉一〇〇西飛機車一輛，其涉嫌犯罪地在高雄市，其任所在高雄縣，雖臺灣臺南地方法院對同案被告某乙有管轄權，但被告某甲所犯之竊盜罪，與某乙所犯之贓物罪及竊盜罪間，並無刑事訴訟法第七條所列相牽連之情形，則依前開規定，臺灣臺南地方法院對被告某甲部分並無管轄權，依法應諭知管轄錯誤之判決，乃竟為實體上裁判而諭知無罪之判決，自屬於法有違，案經上訴，原審法院未予糾正，仍將上訴駁回，亦屬違法，非常上訴意旨，執以指摘，洵有理由，惟原判決對被告尚非不利，應由本院將原判決及第一審判決關

於某甲違背法令部分撤銷，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。

中華民國七十七年二月二十五日

第叁拾肆案

一、關係條文

刑事訴訟法第八條上段、第三百零三條第七款。

二、非常上訴理由

按同一案件，繫屬於有管轄權之數法院者，由繫屬在先之法院審判之。其不得爲審判之法院，應認知不受理之判決，此觀刑事訴訟法第八條及第三百零三條第七款規定甚明（司法院大法官釋字第一六八號解釋可供參考）。查被告某甲意圖爲自己不法所有，於民國七十七年八月二十二日十時三十分許，在臺北縣鶯歌鎮○○路五之一號，竊取某乙所有，飼養於鷄舍內之鷄一支，重約五臺斤，得手後爲被害人當場發覺各情。經臺灣臺北地方法院板橋分院檢察處檢察官於七十七年八月二十三日提起公訴。同年九月十二日繫屬於板橋分院。該院於七十七年十二月二十七日據以依刑法第三百二十條第一項竊盜累犯，判處如原確定判決主文所示之刑，並經公示送達，於七十八年一月二十八日確定在案。惟查該被告曾於七十七年七月二日晚上九時許，在桃園市聖保祿醫院停車場，竊取朱某所有之三四五——三三八五號機

車牌照一枚，懸掛於自己所有之機車上使用，經警查獲，移送臺灣桃園地方法院檢察處檢察官於七十七年八月十日以七十七年度偵字第三九一九號起訴。同年九月七日繫屬於臺灣桃園地方法院，嗣該被告復於同年七月中旬，復在桃園縣八德鄉與豐路陳某之雜貨店內竊取新臺幣三千七百元、臺灣銀行桃園分行二五二四號面額新臺幣四千六百五十五元之支票一紙。同年九月十七日下午五時二十分許，在八德鄉介壽路竊取賴某所有二三四五—一〇三六號機車一輛。同年十月十五日晚在臺北市木柵路竊取林某所有〇〇三一三三八號機車一輛，於同年月二十九日駕駛賊車在桃園縣八德鄉建國路為警查獲等事實。分別移送檢察官依連續犯，屬於裁判上一罪，先後簽准移送法院併案審理，經臺灣高等法院於七十七年十二月二十八日依連續竊盜，累犯，判處有期徒刑六月，於七十八年一月十二日先行確定，並經同院檢察處以七十八年度執字第六十號執行完畢，觀其前案竊盜之犯罪時間，迨在後案犯罪時間七十七年七月二日至十月十五日之間，其係出於概括犯意，圖為自己不法之所有，應屬連續竊盜無疑，為法律上之同一案件，而繫屬於有管轄權之兩法院，臺灣臺北地方法院板橋分院既係受理在後，揆之首開說明，自屬不得審判，應諭知不予受理之判決，而竟為科刑判決，顯屬違背法令。案經確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條，提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

同一案件繫屬於有管轄權之數法院者，由繫屬在先之法院審判之，刑事訴訟法第八條上段定有明文。繫屬在後之法院，即不得為實體上之判決，應諭知不予受理，此觀同法第三百零三條第七款之規定甚明。又連續犯以一罪論，為裁判上一罪，係屬同一案件。本件被告於七十七年七月二日之竊盜行為，業經有管轄權之桃園地檢處檢察官於同年八月十日提起公訴在先，嗣復以該被告於七十七年七月中旬至同年

十月十五日等多次之竊盜行爲，與前所起訴之竊盜行爲係連續犯，而移請刑庭併案辦理，並經臺灣高等法院於同年十二月二十八日依連續竊盜累犯，判處罪刑確定在案。至該被告於七十七年八月二十二日在臺北縣鶯歌鎮之一次竊盜行爲，當屬上開連續犯行中之一部，爲同一案件，乃復經有管轄權之板橋分區檢察處檢察官於七十七年八月二十三日提起公訴後，繫屬於後之原法院不察，竟爲審判，處拘役三十日，揆之首揭說明，自屬違法，且於被告不利，應將原判決撤銷，另行諭知不受理之判決，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十九年度臺非字第四三號

上訴人

最高法院檢察署檢察總長

被 告

某甲

右上訴人因被告竊盜案件，對於臺灣臺北地方法院板橋分院，中華民國七十七年十二月二十七日第一審確定判決，認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原判決撤銷。

本件不受理。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按同一案件，繫屬於有管轄權之數法院者，由繫屬在先之法院審判之，刑事訴訟法第八條上段定有明文。繫屬在後之法院，即不得爲實體上之判決，應諭知不受理，此觀同法第三百零三條第七款之

規定甚明。又連續犯以一罪論，爲裁判上一罪，係屬同一案件。本件被告於七十七年七月三日晚在桃園市之竊盜行爲，業經有管轄權之臺灣桃園地方法院檢察處檢察官早於七十七年八月十日提起公訴在先，嗣復以該被告於七十七年七月中旬、九月十七日、十月十五日等多次之竊盜行爲，與前所起訴之竊盜行爲係連續犯，而移請刑庭併案辦理，並經臺灣高等法院於七十七年十二月二十八日依連續竊盜累犯，判處有期徒刑六月確定在案。至該被告於七十七年八月二十二日在臺北縣鶯歌鎮之一次竊盜行爲，當屬上開連續犯行中之一部，爲同一案件，乃復經有管轄權之臺灣臺北地方法院板橋分院檢察處檢察官於七十七年八月二十三日提起公訴於後，繫屬於後之原法院不察，竟爲審判，於七十七年十二月二十七日判決該被告竊盜累犯，處拘役三十日，並經公示送達確定，揆之首揭說明，自屬違法。案經確定，非常上訴意旨，執以指摘，洵有理由，且於被告不利，應由本院將原判決撤銷，另行諭知不予受理之判決，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，第三百零三條第七款，判決如主文。

中華民國七十九年二月九日

第叁拾伍案

一、關係條文

刑事訴訟法第八條前段、第三百零三條第七款。

二、非常上訴理由

按同一案件繫屬於有管轄權之數法院者，由繫屬在先之法院審判之，刑事訴訟法第八條前段有明文規定。而依同法第八條之規定，不得爲審判者，法院應諭知不予受理之判決，同法第三百零三條第七款亦有明文規定。本件被告某甲所犯如附表（指原判決附表）所載之犯罪事實，經臺灣臺北地方法院板橋分院檢察處檢察官於民國七十八年八月二十二日，向該分院提起公訴，該分院於同年九月六日收文繫屬在先，並於同年月二十七日以七十八年度訴字第一〇六四號刑事判決，論處被告某甲連續結夥三人以上竊盜罪有期徒刑拾月，被告某甲不服，提起第二審上訴，臺灣高等法院於同年十一月二十八日，以七十八年度上訴字第三八六三號刑事判決，將第一審判決撤銷，仍論處被告某甲連續結夥三人以上竊盜罪，有期徒刑拾月，某甲不服，提起第三審上訴，最高法院於七十九年三月九日以七十九年度臺上字第九二三號刑事判決，認被告之第三審上訴書狀未敘述理由，亦未另提出上訴理由狀，上訴爲不合法律以駁回，全案於是確定，此有上開各案可稽。而本案在審判上同一犯罪事實，臺灣臺北地方法院檢察處檢察官於七十八年八月十九日提起公訴，原審法院於同年九月八日收文繫屬在後，並於同年九月二十九日以七十八年度訴字第一七五三號刑事判決，論處被告某甲連續結夥三人以上竊盜罪，有期徒刑一年二月，檢察官與該被告均未提起上訴，於七十八年十二月一日確定，亦有本案各卷足考。是繫屬在先之臺灣臺北地方法院板橋分院七十八年度訴字第一〇六四號刑事判決確定在後（七十九年三月九日），繫屬在後之原判決確定在前（七十八年十二月一日），而上開板橋分院七十八年度訴字第一〇六四號判決之上訴審即臺灣高等法院七十八年度上訴字第三八六三號刑事判決時，後繫屬之原判決尚未確定，依照首開法條規定，並參酌司法院大法官會議釋字第一六八號解釋意旨之同一法理，仍應就繫屬在後之原判決，依非常

上訴程序予以糾正，爰依刑事訴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、判決要旨

同一案件繫屬於有管轄權之數法院者，由繫屬在先之法院審判之，刑事訴訟法第八條前段規定甚明。依第八條之規定不得為審判者，應諭知不予受理之判決，同法第三百零三條第七款定有明文。本件被告所犯結夥三人以上竊盜罪之同一案件，於民國七十八年九月六日先繫屬於臺灣臺北地方法院板橋分院，於同年九月八日後繫屬於臺灣臺北地方法院，自應由繫屬在先之板橋分院審判，原法院為不得審判之法院，應在程序上，諭知不予受理之判決，方為適法，乃竟在板橋分院於同年九月二十七日為有罪判決後，被告提起第二審上訴，由第二審法院審理中，於同年九月二十九日為實體上之有罪判決，於法顯有違誤，爰將原判決關於被告部分撤銷，改為諭知公訴不予受理之判決，以資救濟。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十九年度臺非字第一五六號

上訴人

最高法院檢察署檢察總長

被 告

某甲

右上訴人因被告竊盜案件，對於臺灣臺北地方法院，中華民國七十八年九月二十九日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原判決關於某甲部分撤銷。

某甲部分公訴不予受理。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按：同一案件繫屬於有管轄權之數法院者，由繫屬在先之法院審判之，刑事訴訟法第八條前段規定甚明。依第八條之規定不得爲審判者，應諭知不予受理之判決，同法第三百零三條第七款定有明文。本件被告某甲所犯結夥三人以上竊盜罪之同一案件，於民國七十八年九月六日先繫屬於臺灣臺北地方法院板橋分院，於同年九月八日後繫屬於臺灣臺北地方法院，自應由繫屬在先之臺灣臺北地方法院板橋分院審判，原法院爲不得審判之法院，應在程序上，諭知不予受理之判決，方爲適法。乃竟在臺灣臺北地方法院板橋分院於同年九月廿七日爲有罪判決後，被告提起第二審上訴，由第二審法院審理中，於同年九月二十九日爲實體上之有罪判決，有各該案卷可稽，於法顯有違誤。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，爰將原判決關於被告部分撤銷，改爲諭知公訴不予受理之判決，以資救濟。據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款、第三百零三條第七款，判決如主文。

中華民國七十九年八月九日

第叁拾陸案

一、關係條文

刑事訴訟法第三十五條、第二百七十一條。

二、非常上訴理由

按被告之配偶於起訴後，得向法院以書狀陳明爲被告之輔佐人，在法院陳述意見。又審判期日應通知輔佐人，刑事訴訟法分別於第三十五條、第二百七十一條定有明文。本件被告因違反麻醉藥品管理條例案件，於上訴原審法院後，其配偶曾具狀陳明爲被告之輔佐人，乃原審於審判期日，未通知該輔佐人到庭（民國七十八年九月十九日雖有通知，但僅係受命推事訊問調查期日，非審判期日）即行辯論終結，定期宣判，自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、判決要旨

被告之配偶於起訴後，得向法院以書狀陳明爲被告之輔佐人，在法院陳述意見。又審判期日應通知輔佐人，此觀刑事訴訟法第三十五條、第二百七十一條之規定甚明。本件被告因烟毒案件，上訴於原審法院後，被告之配偶曾提出聲明狀乙件，陳明爲被告之輔佐人，乃原法院於審判期日，未通知該輔佐人到庭，即行辯論終結，定期宣判，揆諸前開說明，自有判決不適用法則之違誤，應由本院將原判決關於訴訟程序違背法令部分撤銷，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十九年度臺非字第三三號

上訴人

最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右訴人因被告烟毒案件，對於臺灣高等法院臺南分院中華民國七十八年十一月二十九日第二審確定判決，認為一部違法，提起非常上訴，本院判決如左：

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）

本院按被告之配偶於起訴後，得向法院以書狀陳明為被告之輔佐人，在法院陳述意見，又審判期日應通知輔佐人，此觀刑事訴訟法第三十五條、第二百七十一條之規定甚明。本件被告某甲因烟毒案件，於上訴原審法院後，被告之配偶某乙曾於七十八年九月十一日提出聲明狀乙件，陳明為被告之輔佐人，乃原法院於七十八年十一月二十二日審判期日，未通知該輔佐人到庭，即行辯論終結，定期宣判，揆諸前開說明，自有判決不適用法則之違誤。案經確定，非常上訴執此指摘，洵有理由，應由本院將原判決關於訴訟程序違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第二款，判決如主文。

中華民國七十九年二月二十三日

第叁拾柒案

一、關係條文

刑事訴訟法第四十七條、第二百七十一條、第三百六十四條。

二、非常上訴理由

按審判期日應傳訊被告或其代理人，並通知檢察官、辯護人、輔佐人；又審判期日之訴訟程序，專以審判筆錄爲證，刑事訴訟法第四十七條、第二百七十一條定有明文。此項規定，依同法第三百六十四條，應爲第二審法院所準用。本件被告因賭博案件，不服第一審判決，提起上訴，並於七十八年七月十日委任某乙、某丙、某丁等律師爲第二審辯護人，有委任狀可稽，乃原審法院指定七十八年七月十一日爲審判期日，竟未通知前開律師到庭辯護，即行判決，揆諸前開說明，其所踐行之訴訟程序自屬違背法令（參照六十九年度臺非字第五十六號判決）。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、判決要旨

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；又審判期日之訴訟程序，專以審判筆錄爲證，刑事訴訟法第四十七條、第二百七十一條定有明文。此項規定，依同法第三百六十四條，應爲第二審法院所準用。本件被告提起上訴後，曾委任律師爲第二審辯護人，乃原審法院於審判期日，竟未通知其所委任之律師到庭辯護，即行判決，依前說明，其所踐行之訴訟程序，自屬於法有違，應將原判決關於訴訟程序違背法令部分撤銷，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十八年度臺非字第一三一號

最高法院檢察署檢察長

上訴人

被告

某甲

右上訴人因被告賭博案件，對於臺灣高等法院臺南分院中華民國七十八年七月十八日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左：

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；又審判期日之訴訟程序，專以審判筆錄為證，刑事訴訟法第四十七條、第二百七十一條定有明文。此項規定，依同法第三百六十四條，應為第二審法院所準用。本件被告某甲因賭博案件，不服第一審判決，提起上訴，並於七十八年七月十日委任某乙、某丙、某丁等律師為第二審辯護人，有委任狀附卷可稽，乃原審法院指定七十八年七月十一日為審判期日，竟未通知前開律師到庭辯護，即行判決，依前說明，其所踐行之訴訟程序，自屬於法有違。案經確定，上訴人認為違法，提起非常上訴，洵屬正當，應將原判決關於訴訟程序違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第二款，判決如主文。

中華民國七十八年九月廿九日

第叁拾捌案

一、關係條文

刑事訴訟法第一百十八條。

二、非常上訴理由

按刑事訴訟法第一百十八條規定，僅以經具保停止羈押之被告逃匿者，爲構成沒入保證金之要件，並未限制僅於偵審中逃匿者始有其適用，亦未限制僅於偵審中始得爲沒入保證金之處分。被告於偵查中或審判中經具保停止羈押者，並不因嗣後判決確定而得免除保證金之責任。從而於實施刑罰前票傳執行時逃匿者，自得依該項規定命繳納及沒入保證金，蓋非此則無以保全刑事案件之執行。乃法理上之當然解釋。本件聲請人（即具保人）某甲因其子某乙輪姦案件，於偵審中繳納新臺幣十萬元之保證金，聲請停止羈押。迨輪姦案確定後，檢察官票傳執行時，迭經合法傳喚，竟不帶同被保人某乙到案，而逃匿規避執行。執行檢察官依法將其繳納之保證金十萬元處分沒入，洵無不合。乃一審法院不察，竟指檢察官未通知聲請人偕同某乙到案執行，而撤銷檢察官所爲之處分，於事實殊有違誤。而原裁定亦未詳加審究，復將抗告人之抗告駁回，自屬違背法令。案已確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條之規定，提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

刑事訴訟法第一百十八條規定，僅以經具保停止羈押之被告逃匿者，爲構成沒入保證金之要件，並未限制僅於偵審中逃匿者始有其適用，亦未限制僅於偵審中始得爲沒入保證金之處分。被告於偵查中或審判中經具保停止羈押者，並不因嗣後判決確定而得免除保證金之責任。從而實施刑罰前票傳執行時逃匿者，自得依該項規定命繳納及沒入保證金，蓋非此則無以保全刑事案件之執行，乃法理上之當然解釋。本件聲請人因其子輪姦案件，於偵審中繳納保證金新臺幣十萬元聲請停止羈押，迨該案科刑確定後，檢察官票傳執行時，竟不帶同被保人到案執行，而逃匿規避，此與受刑人於入監執行後保外醫治而逃匿之情形，有所不同，執行檢察官依法將其繳納之保證金處分沒入，尚無不合。乃一審法院不察，竟指檢察官未通知聲請人偕同被告到案執行，而撤銷檢察官之處分，於事實殊有違誤，而原裁定亦未詳加審究，而將檢察官之抗告駁回，自屬違背法令。惟原裁定尚非不利於具保人及被告，應僅將原裁定及第一審裁定違背法令部分撤銷，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十九年度臺非字第二號

上訴人

最高法院檢察署檢察總長

聲請人

某甲

即具保人

右上訴人因聲請人聲請撤銷沒入保證金案件，對於臺灣高等法院臺中分院中華民國七十八年六月二十日第二審確定裁定，認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原裁定及第一審裁定關於違背法令部分撤銷。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑事訴訟法第一百十八條規定，僅以經具保停止羈押之被告逃匿者，爲構成沒入保證金之要件，並未限制僅於偵審中逃匿者始有其適用，亦未限制僅於偵審中始得爲沒入保證金之處分。被告於偵查中或審判中經具保停止羈押者，並不因嗣後判決確定而得免除保證金之責任。從而實施刑罰前票傳執行時逃匿者，自得依該項規定命繳納及沒入保證金，蓋非此則無以保全刑事案件之執行，乃法理上之當然解釋。本件聲請人某甲因其子某乙輪姦案件，於偵審中繳納保證金新臺幣十萬元聲請停止羈押，迨輪姦案科刑確定後，檢察官票傳執行時，迭經合法傳喚，竟不帶同被保人某乙到案執行，而逃匿規避執行，此與受刑人於入監執行後保外醫治而逃匿之情形，有所不同，執行檢察官依法將其繳納之保證金十萬元處分沒入，洵無不合。乃一審法院不察，竟指檢察官未通知聲請人偕同某乙到案執行，而撤銷檢察官之處分，於事實殊有違誤，而原裁定亦未詳加審究，遽以被保人某乙係於執行中逃匿，不得沒入保證金而將檢察官之抗告駁回，自屬違背法令。上訴人於裁定確定後提起非常上訴，洵有理由，惟原裁定尙非不利於具保人及被告，應僅將原裁定及第一審裁定違背法令部分撤銷，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。

中華民國七十九年一月十日

第叁拾玖案

一、關係條文

刑事訴訟法第二百三十八條第一項、第三百零三條第三款。

刑法第二百七十七條第一項、第二百八十七條前段。

二、非常上訴理由

按告訴乃論之罪，告訴人於第一審辯論終結前，得撤回告訴。又告訴乃論之罪，對於共犯之一人告訴或撤回告訴者，其效力及於其他共犯，其告訴經撤銷者，應諭知不予受理之判決，刑事訴訟法第二百卅八條第一項、第二百卅九條前段、第三百零三條定有明文。本件原判決認定被告某甲，於七十七年十二月十四日一時四十分，駕駛一二一八一七八自用小客車，行經臺北市羅斯福路三段時，因前方由某乙駕駛之四四二一八七二九號小客車欲左轉，某甲煞停不及，致兩車碰撞，詎知某甲竟與另一不詳姓名王姓男子，共同基於傷害之故意，下車毆打某乙左下額瘀傷之事實，係犯刑法第廿八條、第二百七十七條第一項之共同傷害罪，依同法第二百八十七條前段之規定，須告訴乃論，查上訴人某乙已於七十八年三月七日具狀撤回告訴，此有刑事撤回告訴狀附卷可稽。應諭知不予受理之判決，原審疏未注意，竟為實體上之科刑判決，顯然違法，案經確定，且對被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條，提起非常上訴，以資救濟。

三、判決要旨

告訴乃論之罪，告訴人於第一審辯論終結前，得撤回告訴。又告訴乃論之罪，其告訴經撤回者，應諭知不予受理之判決，刑事訴訟法第二百三十八條第一項、第三百零三條第三款分別定有明文。本件傷害

案件經受害人提出告訴後，復於偵查中具狀陳明撤回傷害之告訴，有撤回狀在卷可稽，揆諸上開規定，原審自應爲不予受理之判決，乃竟爲實體之利刑判決，顯有違誤，應將原判決撤銷，諭知公訴不予受理之判決，以資救濟。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十八年度臺非字第一二七號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告傷害案件，對於臺灣臺北地方法院中華民國七十八年五月十二日第一審確定判決，認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原判決撤銷。

本件公訴不予受理。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按告訴乃論之罪，告訴人於第一審辯論終結前，得撤回告訴，又告訴乃論之罪，其告訴經撤回者，應諭知不予受理之判決，刑事訴訟法第二百卅八條第一項、第三百零三條第三款分別定有明文。本件原判決係認定被告某甲於民國七十七年十二月十四日廿一時四十分許，在臺北市羅斯福路三段，與一王姓者共同傷害某乙，案經某乙提出告訴等情，核係犯刑法第二百七十七條第一項之傷害罪，依同法第二

百八十七條前段之規定，屬於告訴乃論之罪，經某乙提出告訴後，已於偵查中在七十八年三月七日具狀陳明撤回傷害之告訴，有刑事撤回告訴狀在卷可稽，揆諸上開規定，原審自應為不予受理之判決，乃竟為實體之科刑判決，顯有違誤。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，尚有理由，應將原判決撤銷，諭知公訴不予受理之判決，以資救濟。

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

中華民國七十八年九月二十一日

第肆拾案

一、關係條文

刑事訴訟法第三百零二條第一款。

二、非常上訴理由

按案件曾經判決確定者，應諭知免訴之判決，刑事訴訟法第三百零二條第一款定有明文。本件被告某甲於民國七十一年三月十日起至七十二年五月七日止，連續結夥三人以上，攜帶兇器，於夜間踰越牆垣，毀壞安全設備，侵入有人居住之建築物，竊盜財物計二十次，經臺灣高等法院臺中分院於七十三年七月三日判處罪刑確定在案。但臺灣高等法院臺南分院對於被告某甲如原判決附表(一)編號3—6及編號

104—123號之常業竊盜行爲，因係前一次判決連續犯罪之一部分，就此部分，原應諭知免訴，查非常上訴應以原判決所確認之事實爲基礎（43臺非4號判例），原判決認定被告犯常業竊盜罪，而常業竊盜整體係本於一個常業竊盜之犯罪故意，每一竊盜行爲，均係常業竊盜之一部分，不能分割個別論處，故在後之常業竊盜罪，既與在前已確定之連續竊盜罪重複判決，即應將被告常業竊盜罪諭知免訴，始屬合法，惟二審法院就其中部分，竟仍爲科刑之判決，被告上訴後，第三審法院未加糾正，仍實體上判決上訴駁回，揆諸首開說明，均屬違背法令。案經確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、判決要旨

案件曾經判決確定者，應諭知免訴之判決，此爲刑事訴訟法第三百零二條第一款所明定。按常業竊盜整體係本於一個常業竊盜之犯罪故意，每一竊盜行爲，均係常業竊盜之一部分，不能分割個別論處，故在後之常業竊盜罪，既與在前已確定之連續竊盜罪重複，即應將被告常業竊盜罪諭知免訴，始屬合法。詎第二審竟仍爲科刑之判決，被告上訴後，本院未予糾正，自屬違背法令，應由本院將原判決關於被告部分及原第二審判決關於被告罪刑部分均撤銷，另行諭知該被告免訴之判決。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十八年度臺非字第五三號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告

某甲

右上訴人因被告竊盜案件，對於本院中華民國七十四年十一月十五日確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原判決關於某甲部分及第二審關於某甲罪刑部分之判決均撤銷。

某甲被訴常業竊盜部分免訴。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按案件曾經判決確定者，應諭知免訴之判決，此為刑事訴訟法第三百零二條第一款所明定。經查被告某甲於七十二年四月二十二日起至七十二年五月七日止，連續結夥三人以上，攜帶兇器，於夜間險越牆垣，毀壞安全設備，侵入有人居住之建築物，竊盜財物計二十次，經臺灣高等法院臺中分院於七十三年七月三日判處罪刑（有期徒刑三年，並刑前強制工作）確定在案，有該院七十三年度上更（一）字第九三號判決書附卷可稽。嗣臺灣高等法院臺南分院於七十四年五月三十日以七十三年度上訴字第二六九四號判決，又就被告自六十九年十一月至七十二年四月二十六日間之共同竊盜行為，變更臺灣高雄地方法院第一審之科刑判決，改判論處被告常業竊盜罪，處有期徒刑五年，褫奪公權四年，並令於刑之執行前，令入勞動場所強制工作，而該判決附表（一）中所示之被告常業竊盜行為，因係前一判決連續犯罪之一部分，而常業竊盜整體係本於一偶常業竊盜之犯罪故意，每一竊盜行為均係常業竊盜之一部分，不能分割個別論處，故在後之常業竊盜罪，既與在前已確定之連續竊盜罪重複，即應將被告常業竊盜罪諭知免訴，始屬合法，詎第二審竟仍為科刑之判決，被告上訴後曾具狀就此加以辯解，本院未予糾正，仍於七十四年十一

月十五日以七十四年度臺上字第六二七五號判決，就實體上予以判決上訴駁回，均有案卷可稽，自屬違背法令。案經確定，且於被告不利，上訴人認為違法，提起非常上訴，洵有理由，應由本院將原判決關於被告部分及原第二審判決關於被告罪刑部分均撤銷，另行諭知該被告免訴之判決，以資糾正。

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

中華民國七十八年五月五日

第肆拾壹案

一、關係條文

刑事訴訟法第三百零二條第二款。

刑法第三十條、第二百六十六條第一項、第八十條第一項第五款、第八十三條。

二、非常上訴理由

按時效已完成者，應諭知免訴之判決。罰金刑之追訴權時效期間為一年，追訴權之時效，如依法律之規定，偵查、起訴或審判之程序，不能開始或繼續時，停止其進行。上項時效停止，自停止原因消滅

之日起與停止前已經過之期間，一併計算，停止原因繼續存在之期間，如達於第八十條第一項各款所定期間四分之一者，其停止原因，視為消滅，刑事訴訟法第三百零二條第二款，刑法第八十條第一項第五款、第八十三條分別定有明文。本件原判決認定被告某甲於民國七十五年十一月十日犯幫助普通賭博罪，並依刑法第三十條、第二百六十六條第一項前段，處以罰金五百元。查該刑法第二百六十六條第一項前段之罪，法定本刑為罰金，追訴權時效期間為一年，經檢察官起訴後於七十六年元月七日繫屬於原審法院，被告經屢傳不到，並經原審法院於七十六年二月二十日，以中院義刑緝字第第九六號通緝書發布通緝，至七十八年三月廿六日緝獲，進行審判，依照前開規定，其追訴權顯已罹時效完成而消滅，應諭知免訴之判決，原審未加注意，仍在實體上予以論罪科刑，自屬違法。案經確定，且於被告不利，應依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

時效已完成者，應諭知免訴之判決，刑事訴訟法第三百零二條第二款定有明文。本件原判決認定被告犯刑法第二百六十六條第一項之賭博罪，法定本刑為專科罰金，依刑法第八十條第一項第五款之規定，其追訴權時效為一年，經檢察官起訴後，於七十六年元月七日繫屬於原審法院，因被告屢傳不到，於同年二月二十日發布通緝，至七十八年三月廿六日緝獲進行審判，按追訴權之時效，如依法律之規定，偵查、起訴或審判之程序，不能開始或繼續時，停止其進行，上項時效停止，自停止原因消滅之日起與停止前已經過之期間，一併計算，停止原因繼續存在之期間，如達於刑法第八十條第一項各款所定期間四分之一者，其停止原因視為消滅，同法第八十三條規定甚明。依此規定，被告被緝獲時，其時效早已完成，原審未依上開規定諭知免訴，顯屬違法，且於被告不利，應將原判決關於幫助在公衆得出入之場

所賭博財物部分撤銷，另爲免訴之判決。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十九年度臺非字第一〇號

上訴人

最高法院檢察署檢察總長

被 告

某甲

右上訴人因被告賭博案件，對於臺灣臺中地方法院中華民國七十八年五月十七日第一審確定判決，認爲部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原判決關於幫助在公衆得出入之場所賭博財物部分撤銷。

右開撤銷部分免訴。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院查時效已完成者，應諭知免訴之判決，刑事訴訟法第三百零二條第二款定有明文。本件原判決認定被告某甲於民國七十五年十一月十五日犯幫助在公衆得出入之場所賭博財物罪，而依刑法第三十條、第二百六十六條第一項前段，科處罰金五百元。查該罪之法定本刑爲專科罰金，依刑法第八十條第一項第五款之規定，其追訴權時效爲一年，經檢察官起訴後，於七十六年元月七日繫屬於原審法院，因被告屢傳不到，原審法院於七十六年二月二十日以中院義刑緝字第九十六號通緝書發布通緝，至七十八年三月廿六日緝獲，進行審判，有原審卷附資料可稽，按追訴權之時效，如依法律之規定，偵查、起訴或

審判之程序，不能開始或繼續時，停止其進行，上項時效停止，自停止原因消滅之日起與停止前已經過之期間，一併計算，停止原因繼續存在之期間，如達於刑法第八十條第一項各款所定期間四分之一者，其停止原因視為消滅，同法第八十三條規定甚明，依此規定，被告被緝獲時其時效早已完成。原審未依上開規定諭知免訴，仍為論罪科刑，顯屬違法，且於被告不利。上訴人於判決確定後提起非常上訴，執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決關於幫助在公眾得出入之場所賭博財物部分撤銷，另為免訴之判決，以資糾正。

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

中華民國七十九年二月八日

第肆拾貳案

一、關係條文

刑事訴訟法第三百零二條第二款。

刑法第三百零五條、第八十條第一項第三款。

二、非常上訴理由

被告某甲妨害自由一案，關於恐嚇危害安全部分，原檢察官起訴旨稱：七十二年三月間，被告打

電話至某乙家，以加害生命之事恐嚇其家人，致生危害於安全，另犯刑法第三百零五條罪嫌。查刑法第三百零五條之罪，其最高本刑爲有期徒刑二年，依同法第八十條第一項第三款之規定，其追訴權時效爲五年。被告於臺灣臺北地方法院板橋分院審理中，拒不到案，經法院發布通緝，再依同法第八十三條加算四分之一，其最長期間亦僅六年三個月。本件被告於七十八年一月二十七日具狀自行到案，請求審判，至七十八年十二月十三日始由原審判決確定。計自七十八年三月犯罪成立之日起，至原審判決時止，長達七年九個月之久，其追訴權時效已完成，依刑事訴訟法第三百零二條第二款之規定，應諭知免訴之判決，原審竟爲實體上審判，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、判決要旨

時效已完成者，應諭知免訴之判決，刑事訴訟法第三百零二條第二款定有明文。本件被告犯刑法第三百零五條之罪，其最高本刑爲有期徒刑二年。依同法第八十條第一項第三款規定，其追訴權時效爲五年，加計因被告逃亡，審判程序不能開始而停止進行之期間四分之一，合計爲六年三月。自被告犯罪之七十八年三月十三日起算，至被告投案之七十八年三月十五日，已歷七年，其追訴權時效早已完成，依法自應爲免訴之判決。第一審未注意及此，第二審撤銷第一審判決，竟未予糾正，顯屬違背法令。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十九年度臺非字第七六號

上訴人

最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告妨害自由案件，對臺灣高等法院中華民國七十八年十二月十三日第二審確定判決，關於恐嚇危害安全部分，認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原判決關於恐嚇危害安全違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按時效已完成者，應諭知免訴之判決，刑事訴訟法第三百零二條第二款定有明文。本件原檢察官以被告於民國七十一年三月十三日，打電話至某乙住宅，以加害生命之事恐嚇其家人，致生危害於安全。因認其犯有刑法第三百零五條罪嫌，而與另犯之傷害及剝奪人之行動自由罪部分一併起訴。嗣因被告逃亡，而由第一審法院通緝。至七十八年三月十五日，始由被告投案，接受審判。查刑法第三百零五條之罪，其最高本刑為有期徒刑二年。依同法第八十條第一項第三款規定，其追訴權時效為五年，加計因被告逃亡，審判程序不能開始而停止進行之期間四分之一，合計為六年三月。自被告犯罪之七十一年三月十三日起算，至被告投案之七十八年三月十五日，已歷七年，其追訴權時效早已完成。依法自應為免訴之判決。第一審未注意及此，竟連同此部分一併為實體之審判，論處被告以加害生命之事恐嚇他人，致生危害於安全罪刑。第二審撤銷第一審判決，竟未予糾正，而從實體上諭知被告無罪，顯屬違背法令。案經確定，上訴人提起非常上訴，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。

中華民國七十九年四月二十五日

第肆拾叁案

一、關係條文

刑事訴訟法第三百零二條第二款。

刑法第三百三十七條、第八十條第一項第五款。

二、非常上訴理由

按時效已完成者，應諭知免訴之判決，刑事訴訟法第三百零二條第二款定有明文。查原判決認定被告某甲於七十六年二月間，在臺中市南京路干城營區憲兵隊前空地上，拾獲他人棄置而屬於某乙所有失竊之五四二—五八八二號車牌，竟冒圖爲自己不法之所有，予以侵占入己，將之懸掛於其妻所有引擎號碼V九A—M三八五三一號車體上使用等事實，而依刑法第三百三十七條予以論科。惟查刑法第三百三十七條之侵占遺失物罪，其法定本刑爲專科罰金，其追訴權時效，依同法第八十條第一項第五款規定爲一年，自犯罪成立日之七十六年二月間起算，至發現犯罪經檢察官偵查，於七十八年一月三十日提起公訴日止，已逾一年十一個月有餘，其追訴權時效早已完成，揆諸首開說明，自應諭知免訴之判決，乃竟爲科刑之判決，顯有適用法則不當之違背法令。案已確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十二條提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

時效已完成者，應諭知免訴之判決，刑事訴訟法第三百零二條第二款定有明文。本件原判決以被告於民國七十六年二月間，拾獲他人所有車牌將之侵占入己，適用刑法第三百三十七條科以罰金。然查該侵占遺失物罪，為專科罰金之罪，其追訴權時效依刑法第八十條第一項第五款之規定，為一年。自被告犯罪之日起算至七十八年一月三十日第一審檢察官提起公訴時，其追訴權時效早已完成。原審未依首開規定諭知免訴，而為論處罪刑之判決，顯屬違法，應由本院將原判決撤銷，另為免訴之判決，以資糾正。

四、附錄

最高法院刑事判決

七十八年度臺非字第一一四號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告

某甲

右上訴人因被告侵占案件，對於臺灣臺中地方法院中華民國七十八年三月二十一日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原判決撤銷。

本件免訴。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按時效已完成者，應諭知免訴之判決，刑事訴訟法第三百零二條第二款定有明文。本件原判決

以被告某甲於民國七十六年二月間，拾獲他人所有車牌後將之侵占入己，適用刑法第三百三十七條及其他相關法條科處罰金五千元，減為罰金二千五百元，宣告緩刑三年。然查該侵占遺失物罪為專科罰金之罪，其追訴權時效，依刑法第八十條第一項第五款之規定為一年，自被告犯罪之日起算至七十八年一月三十日第一審檢察官提起公訴時，其追訴權時效早已完成。原審未依首開規定諭知免訴，而為論處罪刑之判決，顯屬違法。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨，執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決撤銷，另為免訴之判決，以資糾正。

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

中華民國七十八年八月二十五日

第肆拾肆案

一、關係條文

刑事訴訟法第三百零二條第四款。

農藥管理法第四十四條。

二、非常上訴理由

按製造、加工或輸入劣農藥者，處二萬元以上十萬元以下罰鍰，農藥管理法第四十四條規定甚明。

本件被告某甲係○○股份有限公司之負責人，該公司以製造農藥爲主要業務，於中華民國七十七年一月二十五日在屏東縣○○鄉製造蓋力（免賴得）五〇%可濕性粉劑之劣質農藥，經臺中縣政府查獲該劣質農藥一包移送法辦，因爲不爭之事實。惟查農藥管理法，業於中華民國七十七年十二月五日修正公布生效，將該法第四十四條製造劣藥等行爲，原來科處刑罰之規定予以廢止，改定爲行政罰之罰鍰。現犯罪行爲後之法律，既有變更，依照刑法第二條第一項前段規定，應適用裁判時之法律，始爲適法。迺原判決未依刑事訴訟法第三百零二條第四款規定諭知免訴，而仍對被告某甲爲科刑之判決。揆諸首揭規定，顯屬違背法令。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、判決要旨

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。本件確定判決，於七十七年十二月九日，依同年月五日修正前之農藥管理法第四十四條，論處被告製造劣質農藥之罪刑。惟查依上述修正前應科之刑罰，而修正後之同條則規定爲行政罰，處以罰鍰，顯已廢止其刑罰，揆之首揭規定，應諭知免訴之判決，而確定判決竟爲科刑之判決，自屬違背法令。應將原判決關於被告部分撤銷，另爲免訴之諭知，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十九年度臺非字第○○一號

上訴人

最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告違反農藥管理法案件，對於臺灣臺中地方法院中華民國七十七年十二月九日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原判決關於某甲部分撤銷。

某甲免訴。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院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。本件被告某甲係○○股份有限公司負責人，該公司於民國七十七年一月二十五日在屏東縣○○鄉製造蓋力（免賴得）五〇%可濕性粉劑之劣質農藥，案經臺灣臺中地方法院檢察署檢察官偵查起訴，確定判決於同年十二月九日，依七十七年十二月五日修正前之農藥管理法第四十四條，論處被告製造劣農藥之罪刑。惟查依上述修正前農藥管理法第四十四條之規定製造劣農藥應科以刑罰，而修正後之同條則規定為行政罰，處以罰鍰，顯已廢止其刑罰。揆之首揭規定，應諭知免訴之判決，方屬適法，而確定判決竟為科刑之判決，自屬違背法令。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨，執以指摘，洵有理由。應由本院將原判決關於被告部分撤銷，另為免訴之諭知，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項第一款後段、第三百零二條第四款，判決如主文。

中華民國七十九年一月五日

第肆拾伍案

一、關係條文

刑事訴訟法第三百零三條第二款。

司法院大法官會議釋字第一六八號解釋。

二、非常上訴理由

按已經提起公訴或自訴之案件，在同一法院重行起訴者，應諭知不予受理判決，刑事訴訟法第三百零三條第二款定有明文。本件被告某甲於中華民國七十五年九月二十八日帶其女某乙（民國五十九年九月二日出生）至桃園市不詳地址之私娼館，質押與該館不詳姓名之老閩爲期壹年，得款新臺幣（下同）十二萬元等情，曾經臺灣桃園地方法院於七十六年八月二十日以七十六年度易字第八四四號判決論處引誘服從監督之人與他人姦淫罪，有期徒刑拾月，緩刑叁年，並經臺灣高等法院於七十七年元月二十六日以七十六年度上訴字第三四六五號判決，上訴駁回確定在案。嗣上開同一事實，復經檢察官提起公訴，臺灣桃園地方法院未察，於七十七年二月二十二日，以七十六年度訴字第三六一號判決，復對被告某甲重複判處有期徒刑壹年，依照前開說明，顯屬違法，業經確定，且於被告不利，應依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，俾資糾正。

三、判決要旨

已經提起公訴或自訴之案件，在同一法院重行起訴者，應諭知不予受理之判決，刑事訴訟法第三百零三條第二款定有明文。縱先起訴之判決確定在後，如判決時，後起訴之判決尚未確定，仍應就後起訴之判決，依非常上訴程序，予以撤銷，諭知不予受理，業經司法院大法官會議著有釋字第一六八號解釋。本案後起訴部分判決時，先起訴之判決尚未確定，原審不從程序上諭知不予受理，而逕為實體上判決，依據首開說明，自屬於法有違，應將原判決關於某甲部分撤銷，另為公訴不予受理之諭知，用資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十八年度臺非字第六〇號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告

某甲

右上訴人因被告妨害家庭案件，對於臺灣桃園地方法院中華民國七十七年二月二十二日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原判決關於某甲部分撤銷。

某甲公訴不予受理。

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，應諭知不予受理之判決，刑事訴訟法第三百零三條第二款定有明文。縱先起訴之判決確定在後，如判決時，後起訴之判決，尚未確定，仍應就

後起訴之判決，依非常上訴程序，予以撤銷，諭知不受理，業經司法院大法官會議著有釋字第一六八號解釋。本件被告某甲於民國七十五年九月二十八日，帶其女某乙（五十九年九月二日生）至桃園市文昌公園附近不詳地址之私娼館，質押與該館不詳名字之林姓女老闆，引誘某乙與他人姦淫，為期一年，得款十二萬元，案由臺灣桃園地方法院檢察處檢察官於七十六年六月二十三日以七十六年度偵字第二六六四號起訴書提起公訴在先，並於七十六年七月二日繫屬於第一審臺灣桃園地方法院，旋經同院於七十六年八月二十日，以七十六年度易字第八四四號刑事判決諭被告共同意圖營利，引誘因親屬關係服從自己監督之人與他人姦淫罪，處有期徒刑十月，緩刑三年。被告上訴後，第二審臺灣高等法院，係於七十七年一月二十六日，以七十六年度上訴字第三四六五號刑事判決上訴駁回，於七十七年三月十四日確定。嗣臺灣桃園地方法院檢察處檢察官復就被告上開同一事實，於七十六年七月二十五日再以七十六年度偵字第一六七八、二九二九、三七六八號起訴書重複提起公訴，臺灣桃園地方法院於七十七年二月二十二日，即先提起公訴之七十六年度偵字第二六六四號案件尚未判決確定時（按係七十七年三月十四日確定），不從程序上諭知不受理，而逕為實體上判決，又論被告意圖營利及意圖使被誘人為姦淫而和誘未滿二十歲之女子脫離家庭罪，處有期徒刑一年，有各該案卷可稽。依據首開說明，自屬於法有違。案經確定，且不利於被告，非常上訴執以指摘，洵有理由，應將原判決關於某甲部分撤銷，另為公訴不受理之諭知，用資糾正。

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

中華民國七十八年五月十九日

第肆拾陸案

一、關係條文

刑事訴訟法第三百零三條第五款。

二、非常上訴理由

按於判決時被告已死亡者，應諭知不予受理之判決，刑事訴訟法第三百零三條第五款定有明文。本件被告某甲於七十八年四月十日在臺南縣仁德鄉○○路○○○號向○○小客車租賃股份有限公司租用八六二一六八一六號自用小客車乙輛後，予以侵占，經臺灣臺南地方法院判處有期徒刑六月，被告不服，聲明上訴，原審於七十八年九月二十九日判決上訴駁回，惟被告已於七十八年九月二十六日溺水窒息死亡，此有臺灣臺南地方法院檢察處相驗屍體證明書在卷可稽，原審應依前開規定諭知不予受理之判決，乃竟駁回上訴而維持有罪之實體判決，即屬違背法令。案經確定，應依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條規定，提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

被告死亡者，應諭知不予受理之判決，刑事訴訟法第三百零三條第五款定有明文。本件被告因侵占案件，經臺南地院於七十八年七月十四日判處有期徒刑六月，而於上訴原審後之同年九月二十六日死亡，原審於七十八年九月二十九日判決時，未依首開法條之規定，撤銷第一審判決，諭知不予受理，竟將被告

之上訴駁回，顯屬違法，爰將原判決及第一審判決均撤銷，改判不予受理，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十九年度臺非字第三號

上訴人

最高法院檢察署檢察總長

被 告

某甲

右上訴人因被告侵占案件，對於臺灣高等法院臺南分院中華民國七十八年九月二十九日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原判決及第一審判決均撤銷。

本件不予受理。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按被告死亡者，應諭知不予受理之判決，刑事訴訟法第三百零三條第五款定有明文。本件被告某甲因侵占案件，經臺灣臺南地方法院於民國七十八年七月十四日，以七十八年度自字第一〇三號刑事判決，判處有期徒刑六月，而於上訴原審後之同年九月二十六日死亡，有臺灣臺南地方法院檢察處相驗屍體證明書附卷可稽，原審於七十八年九月二十九日判決時，未依首開法條之規定，撤銷第一審判決諭知不予受理，竟仍維持第一審判決，將被告之上訴駁回，顯屬違法。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由，爰將原判決及第一審判決均撤銷，改判不予受理，以資糾正。

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

中華民國七十九年一月十一日

第肆拾柒案

一、關係條文

刑事訴訟法第三百零三條第五款。

刑法第二百六十八條、第六十一條第一款。

二、非常上訴理由

按被告死亡者，應諭知不予受理之判決，刑事訴訟法第三百零三條第五款定有明文。查本件被告因賭博案件，經臺灣桃園地方法院判處有期徒刑七月，併科罰金一萬五千元，被告不服，上訴於臺灣高等法院審理中，於七十五年十月十七日服農藥自殺死亡，有臺灣桃園地方法院檢察處七十五年度相字第一〇三五號某甲農藥中毒相驗卷宗可憑，且有被告之父某乙於同年月十九日檢具相驗被告屍體證明書影本函知承辦推事在案，有該函及證明書影本於卷宗內可稽。原判決不察，竟仍由實體上將被告之上訴駁回，未爲不予受理之諭知，顯有違背法令，案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

被告死亡者，應諭知不予受理之判決，此爲刑事訴訟法第三百零三條第五款所明定。本件被告所犯刑法第二百六十八條之罪，屬同法第六十一條第一款上段所列之案件，其確於民國七十五年十月十七日死亡，而原判決於同月二十二日，竟仍將第一審從實體上對該被告論罪科刑之判決予以維持，並將其第二審之上訴駁回，顯屬違背法令，應由本院將該原確定判決及第一審判決關於被告某甲部分一併撤銷，另行判決，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十八年度臺非字第二三號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告賭博案件，對於臺灣高等法院中華民國七十五年十月二十二日第二審確定判決，關於該被告部分認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原判決及第一審判決關於某甲部分均撤銷。

某甲部分之上訴不予受理。

理 由

非常上訴理由（見前二）

按被告死亡者，應諭知不予受理之判決，此爲刑事訴訟法第三百零二條第五款所明定。經核非常上訴理由所指及其附送之資料所載，被告某甲所犯刑法第二百六十八條之罪，屬同法第六十一條第一款上段所列之案件，而其確於民國七十五年十月十七日死亡，而原判決，竟仍將第一審從實體上對該被告論罪科刑之判決予以維持，並將其第二審之上訴駁回，顯屬違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘爲有理由，應由本院將該原確定判決及第一審判決關於被告某甲部分一併撤銷，並另行判決，以資糾正。

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

中華民國七十八年二月十七日

第肆拾捌案

一、關係條文

刑事訴訟法第三百零三條第五款、第三百九十四條第一項但書、第三百九十三條第五款、第三百九十八條第二款、第三百八十七條。

二、非常上訴理由

按被告死亡者，應諭知不予受理之判決，刑事訴訟法第三百零三條第五款就此定有明文。本件被告某

甲已於民國七十八年六月七日死亡，有臺灣臺北地方法院板橋分院檢察處相驗屍體證明書可稽。原判決於被告死亡後，未就程序上予以判決，竟諭知實體上駁回上訴之判決，其判決即屬違背法令，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、判決要旨

被告死亡者，應諭知不予受理之判決，爲刑事訴訟法第三百零三條第五款所明定。被告在第二審法院判決後，上訴第三審法院中死亡者，依同法第三百九十四條第一項但書、第三百九十三條第五款、第三百九十八條第二款、第三百八十七條之規定，第三審之審判亦應有上開條款之適用。本件被告因貪污案件，經臺灣高等法院判決後，於七十八年二月十四日提起上訴，旋於同年六月七日死亡。原判仍予維持科刑判決，將被告在第三審之上訴駁回，按之上揭說明，自屬違法。應由本院將原判決及第二審判決關於被告部分均撤銷，另爲諭知不予受理之判決，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十八年度臺非字第九三號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告貪污案件，對於本院中華民國七十八年六月十五日第三審確定判決關於某甲部分，認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原判決及第二審判決關於某甲部分均撤銷。

右開撤銷部分不受理。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按被告死亡者，應諭知不予受理之判決，爲刑事訴訟法第三百零三條第五款所明定。被告在第二審法院判決後，上訴第三審法院中死亡者，依同法第三百九十四條第一項但書、第三百九十三條第五款、第三百九十八條第二款、第三百八十七條之規定，第三審之審判亦應有上開條款之適用。本件被告某甲因貪污案件，經臺灣高等法院撤銷臺灣臺北地方法院板橋分院第一審關於被告部分之判決，於民國七十八年一月六日論被告公務員對於監督之事務直接圖利，處有期徒刑壹年拾月，褫奪公權壹年，減爲有期徒刑拾壹月，褫奪公權壹年，其所得之利益新臺幣壹仟元，所收受之賄賂共新臺幣陸仟元，均沒收之，如全部或一部不能沒收時，追徵其價額。被告不服，於同年二月十四日提起上訴後，旋於同年六月七日死亡，有前開卷宗及臺灣臺北地方法院板橋分院檢察處相驗屍體證明書可稽。原判決仍予維持上項科刑判決，將被告在第三審之上訴駁回，按之上揭說明，自屬違法，且不利於被告，非常上訴意旨，執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決及第二審判決，關於被告部分均撤銷，另爲諭知不予受理之判決，以資糾正。

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

中華民國七十八年七月二十一日

第肆拾玖案

一、關係條文

刑事訴訟法第三百零六條。

二、非常上訴理由

按被告經合法傳喚，無正當理由不到庭，得不待其陳述逕行判決者，以法院認為應科拘役、罰金或諭知免刑或無罪之案件為限，刑事訴訟法第三百零六條定有明文。查本件被告某甲於審理中雖經合法傳喚，却始終未到庭陳述，原判決竟判處被告有期徒刑三月，減為有期徒刑壹月又拾伍日，自有違背法令。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、判決要旨

被告經合法傳喚，無正當理由不到庭，第一審法院得不待其陳述，逕行判決者，以法院認為應科拘役、罰金或諭知免刑或無罪之案件為限，刑事訴訟法第三百零六條規定甚明。本件被告雖經原審合法傳喚，無正當理由不到庭，得不待其陳述逕行判決，但依首開說明，自應以科拘役罰金或免刑或無罪之判決為限，原判決竟處被告有期徒刑三月，於法自屬有違，應由本院將原判決撤銷改判，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十八年度臺非字第六二號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告

某甲

右上訴人因被告傷害案件，對於臺灣臺北地方法院中華民國七十八年一月三十一日確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原判決關於某甲部分撤銷。

某甲共同連續傷害人之身體、果犯，處拘役捌拾日，如易科罰金以叁拾元折算一日，減為拘役肆拾日，如易科罰金，以叁拾元折算一日。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按被告經合法傳喚，無正當理由不到庭，第一審法院得不待其陳述，逕行判決者，以法院認為應科拘役、罰金或諭知免刑或無罪之案件為限，刑事訴訟法第三百零六條規定甚明。本件被告某甲曾犯恐嚇、妨害自由、毀損、傷害等罪，最後所犯傷害罪經臺灣高等法院判處有期徒刑四月確定，於民國七十五年四月十八日易科罰金執行完畢。嗣因與鄰居某乙不睦，竟與某丙二人，基於概括之犯意聯絡，於七十六年九月十三日上午九時許，在臺北市信義路三段××巷××號某乙家門口，共同毆打某乙及其子某丁，致某乙四肢挫傷，某丁右手挫傷，又於同年月二十九日上午八時許，在同址再共同毆打某乙及某丁，致某乙背部及頭部挫傷、皮下瘀血，某丁右耳介及右臉多處裂傷、皮下瘀血等情，為原判決所確認為事實，原判決予以論科，固非無見。唯查被告雖經合法傳喚，無正當理由不到庭，得不待其陳述逕行判決，但依首開說明，自應以科拘役、罰金或免刑或無罪之判決為限，原判決竟處被告有期徒刑叁月，

於法自屬有違，案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨，執以指摘，尙有理由，應由本院將原判決撤銷，改判如主文第二項所示，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，刑法第二十八條、第五十六條、第二百七十七條第一項、第五十五條、第四十七條、第四十一條，中華民國七十七年罪犯減刑條例第二條第一項第二款乙類(一)、第四條第二項，戡亂時期罰金罰鍰提高標準條例第一條前段、第二條第一項判決如主文。

中華民國七十八年五月十九日

第伍拾案

一、關係條文

刑事訴訟法第三百二十一條、第三百三十四條。

刑法第二百三十九條後段、第二百四十五條第一項。

二、非常上訴理由

按對於配偶不得提起自訴，刑事訴訟法第三百十三條有明文規定。被告與自訴人之妻某氏相姦，本爲觸犯刑法第二百三十九條之罪，依同法第二百四十五條第一項須告訴乃論。自訴人對於其妻某氏既不得提起自訴，依告訴不可分之原則，即對於被告亦不得提起自訴。最高法院二十九年非字第一五號判例

規定至明。本件被告某甲明知自訴人某乙之夫某丙係有配偶之人，竟基於於概括之犯意，自中華民國七十五年間起，連續多次與之姦淫，直至七十九年二月中旬止，事為自訴人某乙知悉而提起本件自訴。原判決不察，竟未依法諭知不受理之判決，而將被告某甲判處有期徒刑叁月，如易科罰金，以叁拾元折算壹日確定。揆諸首揭規定，顯屬違背法令。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、判決要旨

對於配偶不得提起自訴，刑事訴訟法第三百二十一條定有明文。如係告訴乃論之罪，依告訴不可分之原則，對於共犯之相姦人，自亦不得提起自訴。不得提起自訴而提起者，應諭知不受理之判決，為同法第三百三十四條所明定。本件自訴人對於其配偶既不得提起自訴，揆之前開說明，對於相姦人之被告，自亦不得提起自訴，原審竟未諭知不受理，仍為實體判決，顯屬於法有違，應將原判決撤銷，另行判決，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十九年度臺非字第一四七號

上訴人

最高法院檢察署檢察總長

被 告

某甲

右上訴人因被告妨害婚姻案件，對於臺灣臺中地方法院中華民國七十九年四月二十四日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原判決撤銷。

本件不予受理。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按對於配偶不得提起自訴，刑事訴訟法第三百二十一條定有明文。而被害人對其配偶既不得提起自訴，如係告訴乃論之罪，依告訴不可分之原則，對於共犯之相姦人，自亦不得提起自訴。又不得提起自訴而提起者，應諭知不予受理之判決，爲同法第三百三十四條所明定。本件原自訴人某乙以被告某甲明知自訴人之夫某丙係有配偶之人，竟基於概括犯意，自民國七十五年間起，至七十九年二月中旬止，連續多次與之相姦等情，提起自訴，經原審法院適用刑法第二百三十九條後段，論處被告罪刑。惟查該條之罪，依同法第二百四十五條第一項之規定，須告訴乃論。自訴人對於其配偶某丙既不得提起自訴，揆之前開說明，對於相姦人之被告，自亦不得提起自訴，乃原審竟未諭知不予受理，仍爲實體判決，顯屬於法有違。案經確定，且於被告不利，非常上訴執以指摘，洵屬正當，應由本院將原判決撤銷，另行判決，以資糾正。

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

中華民國七十九年七月二十七日

第伍拾壹案

一、關係條文

刑事訴訟法第三百二十三條第一項。

司法院三十二年院字第二五五〇號解釋。

二、非常上訴理由

按刑事訴訟法第三百二十三條所謂之偵查終結，係指該案件曾經檢察官爲起訴或不起訴之處分而言。惟其所爲之起訴或不起訴處分，須對外表示，始生效力，司法院院字第二五五〇號解釋有案。又被害人提起自訴後，檢察官提起公訴或不起訴處分，均不能動搖先時提起合法自訴之效力，亦有二十六年渝上字第一八六三判例可按。本件原判決認自訴人某乙提起自訴，在檢察官就同一案件偵查終結以後，遽依刑事訴訟法第三百三十四條之規定諭知不予受理。第查本件被害人某乙，係於民國七十八年十一月一日向原審法院提起自訴，雖檢察官制作不起訴處分書之日期爲七十八年十月三十日，但至同年十一月三日开始對外公布，有卷附該不起訴處分書影印本上之公告期戳可稽，是檢察官之偵查終結，顯在被害人提起自訴之後，揆諸首開解釋與判例意旨，該項不起訴處分書，既未達向外表示發生處分之效力，自不足影響合法之自訴，原判決誤認偵查終結在先，而諭知自訴不予受理，顯屬違背法令。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、判決要旨

同一案件經檢察官終結偵查者，不得再行自訴，固爲刑事訴訟法第三百二十三第一項所明定。但此項偵查終結，須對外表示，始屬有效，司法院三十二年院字第二五五〇號解釋有案。本件自訴人於七十八年十一月一日向原審法院自訴被告詐欺之前，雖向原審法院檢察處提出告訴，經檢察官偵查終結，而於同年十月三十日爲不起訴處分，但其對外表示係在同年十一月三日，既在自訴人提起自訴之後，則自訴人之自訴自屬合法。原審不察，竟諭知自訴不予受理之判決，顯屬於法有違，應將原判決關於違背法令部分撤銷，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十九年度臺非字第一六六號

上訴人

最高法院檢察署檢察總長

被告

某甲

右上訴人因某乙自訴被告詐欺案件，對於臺灣臺北地方法院中華民國七十八年十一月二十九日第一審確定判決，認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左：

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）

本院按同一案件經檢察官終結偵查者，不得再行自訴，固爲刑事訴訟法第三百二十三條第一項所明定。但此項偵查終結，須對外表示，始屬有效，司法院三十二年院字第二五五〇號解釋有案。本件自訴人某乙於民國七十八年十一月一日向原審法院自訴被告某甲詐欺之前，雖曾於同年八月十八日向原審法院檢察處提出告訴，經檢察官偵查終結，而於同年十月三十日爲不起訴處分，但其對外表示（即對外揭示）係在同年十一月三日，有該不起訴處分書原本公告日期觀爲憑，並經臺灣高等法院檢察署查明有案，是該檢察官不起訴處分對外表示，既在自訴人同年十一月一日提起自訴之後，則自訴人之自訴，自屬合法。（檢察官不起訴處分，已經臺灣高等法院檢察署命令撤銷）乃原審法院不察，誤認偵查終結在先，竟諱知自訴不受理之判決，顯屬於法有違，但此項違誤，尙非不利於被告，案經確定，檢察總長提起非常上訴，洵有理由，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。

中華民國七十九年八月十七日

第伍拾貳案

一、關係條文

刑事訴訟法第三百二十三條第一項、第三百三十四條、第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按同一案件經檢察官終結偵查者，不得再行自訴，不得提起自訴而提起者，應諭知不受理之判決，

刑事訴訟法第三百二十三條第一項、第三百三十四條定有明文。而所謂同一案件係指同一訴訟客體，即被告及犯罪事實均相同者而言，不以自訴人或告訴人之不同爲區別標準。本件被告某甲、某乙二人於民國七十五年十月二十四日十五時許，在臺南市安和路四段加由站對面，於臺南區車輛行車事故鑑定委員會鑑定某戊與某己間發生車禍之現場時，對某丙恐嚇稱：如要拿醫藥費則要拿刀殺你們，你們要注意，要怎樣都沒關係。致使某丙心生畏懼之事實，則經某丙提出告訴，業據臺灣臺南地方法院檢察處檢察官於七十五年十二月二十二日，以七十五年度偵字第八一二二號終結偵查，處分不起訴，並經臺灣高等法院臺南分院檢察處駁回再議，而告確定。本件第一審及原審判決認定之事實，亦謂被告某甲、某乙二人於民國七十五年十月二十四日十五時許，在臺南市安和路四段加油站對面，於臺南區車輛行車事故鑑定委員會鑑定某戊與某己間發生車禍現場時，對某丁及其家人某丙、某戊恐嚇稱：如要拿醫藥費則要拿刀殺你們，你們要注意，要怎樣都沒關係。致某丁心生畏懼。其審理之被告與所認定之犯罪事實與前開經偵查終結之案件相同，雖告訴人與自訴人不同，依前開說明亦屬同一案件，乃第一審法院，竟對被告等恐嚇某丁部分判決無罪，其餘恐嚇某丙、某戊部分，以某丁非犯罪之直接被害人，不得提起自訴爲理由，諭知自訴不予受理。而未依首開說明爲理由，全部諭知不予受理之判決，已屬違誤。原判決就某丁上訴部分，雖將恐嚇某丁部分撤銷，却仍爲有罪之實體判決，揆諸首開法條規定，難謂無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，以資救濟。

三、判決要旨

被告及犯罪事實均相同之同一案件，經檢察官終結偵查者，不得再行自訴，不得提起自訴而提起者

，應諭知不受理之判決。本件被告某甲、某乙被訴恐嚇某丙之事實，業經檢察官不起訴處分確定。某丙之子某丁就同一事實及同一被告再行提起自訴，依上開法條規定，自應諭知自訴不受理之判決，乃第一審法院竟對恐嚇某丁部分判決無罪，對於恐嚇某丙部分，認某丁非犯罪之直接被害人，以不得提起自訴為理由，諭知不受理，不依前開理由，全部諭知不受理，原判決對某丁上訴部分，改為實體上有罪判決，顯係均有不適用法則及適用不當之違誤，應由本院將原判決及第一審判決違背法令部分撤銷，另行判決。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十八年度臺非字第八號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

某乙

右上訴人因被告等妨害自由案件，對於臺灣高等法院臺南分院中華民國七十六年七月九日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原判決及第一審判決關於違背法令部分均撤銷。

本件不受理。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按被告及犯罪事實均相同之一案件，經檢察官終結偵查者，不得再行自訴，不得提起自訴而提起者，應諭知不予受理之判決，法有明文。本件被告某甲、某乙二人被訴於民國七十五年十月二十四日十五時許，在臺南市安和路四段加油站對面恐嚇之事實，既由某丙提起告訴，經臺灣臺南地方法院檢察處檢察官以七十五年度偵字第八一二一號不起訴處分，臺灣高等法院臺南分院檢察處檢察官於七十六年二月四日以七十六年偵議字第一二七號駁回再議確定。某丙之子某丁就同一事實及同一被告，於不起訴確定後之七十六年四月二十二日向臺灣臺南地方法院提起自訴，依上開法條規定，自應諭知自訴不予受理之判決，乃第一審法院竟對恐嚇某丁部分判決無罪，對於恐嚇某丙、某戊部分，認某丁非犯罪之直接被害人，以不得提起自訴為理由，諭知自訴不予受理。未依上開理由，全部諭知不予受理，原判決對某丁上訴部分，改為實體上之有罪判決，顯係均有不適用法則及適用不當之違誤。案經確定，且就判決有罪部分於被告不利，就判決不予受理部分，對被告等雖無不利但有違背法令，上訴人對之提起非常上訴，洵有理由，應由本院將原判決及第一審判決違背法令部分撤銷，另行判決如主文第二項所示，以資糾正。

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

中華民國七十八年元月十三日

第伍拾叁案

一、關係條文

刑事訴訟法第三百四十九條前段、第三百六十七條前段。

二、非常上訴理由

按刑事訴訟法第五十八條所稱之承辦檢察官，基於檢察一體之原則，固不限於原起訴或蒞庭之檢察官。凡於送達時，依法令有收領及受理該項送達文書之職掌者，均包括在內（參照最高法院七十年度臺上字第一〇四五號刑事判決）。經查本案偵查卷及第一審刑事卷，原起訴之檢察官雖爲高某，但高檢察官於七十七年六月十六日奉法務部七十七年令字第九八八二號令核定，以原職調臺灣屏東地方法院檢察處辦事，並已於同年七月十一日離職，嗣檢察官陳某奉該院檢察處首席檢察官之命令接辦檢察官高某之藏股職務之事實，有臺北地檢處七十八年七月七日北檢義內字第一八九七四號呈及有關派令、簽呈處令等影本各一件，隨案附送可稽，堪以認定陳檢察官合於刑事訴訟法第五十八條規定之該案承辦檢察官，第一審判決正本由檢察官陳某收受，自屬合法之送達，合先說明。次查本案第一審判決正本，由承辦檢察官陳某於七十八年一月三十日收受後，遲至同年二月二十三日始作成上訴書，同月二十五日，提出於臺灣臺北地方法院，顯已逾十日法定上訴不變期間，其上訴爲不合法，應從程序上予以駁回，原判決未加注意仍爲實體判決，自屬違背法令。應依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，俾資糾正。

三、判決要旨

上訴期間爲十日，自送達判決後起算，第二審法院認爲上訴逾期即應爲上訴駁回之判決，此觀刑事訴訟法第三百四十九條前段、第三百六十七條前段規定甚明。本件第一審高姓檢察官提起公訴後離職，陳姓檢察官奉派接辦其業務，第一審判決係於民國七十八年一月三十日送由承辦陳姓檢察官收受，該檢

察官遲至同年二月二十三日始作成上訴書，同月二十五日提出於第一審法院，顯已逾上訴期間，原判決不從程序上爲上訴駁回之判決，竟從實體上論處被告罪刑，自屬違法，應由本院將原判決關於被告某甲部分撤銷，另行諭知檢察官在第二審之上訴駁回之判決，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十八年度臺非字第九九號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告賭博案件，對於臺灣高等法院中華民國七十八年四月十一日第二審確定判決，認爲一部違法，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原判決關於某甲部分撤銷。

右開撤銷部分檢察官在第二審之上訴駁回。

理 由

非常上訴理由（見前二）

按上訴期間爲十日，自送達判決後起算，第二審法院認爲上訴逾期，即應爲上訴駁回之判決，此觀刑事訴訟法第三〇四十九條前段、第三百六十七條前段規定甚明。本件第一審檢察官高某提起公訴後離職，檢察官陳某奉派接辦其業務，第一審判決係於民國七十八年一月三十日送由承辦檢察官陳某收受，該檢察官遲至同年二月二十三日始作成上訴書，並於同月二十五日提出於第一審法院，顯已逾上訴期間

，原判決不從程序上爲上訴駁回之判決，竟從實體上將第一審對被告某甲依賭博罪判處有期徒刑六月併科罰金五千元之判決撤銷，改判處有期徒刑七月併科罰金一萬元，自屬違法，且於被告不利。案經確定，上訴人執此提起非常上訴，洵有理由，應由本院將原判決關於被告某甲部分撤銷，另行諭知檢察官在第二審之上訴駁回之判決，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書、第三百六十七條前段，判決如主文。
中華民國七十八年八月四日

第伍拾肆案

一、關係條文

刑事訴訟法第三百六十九條第一項前段。

二、非常上訴理由

按第二審法院，認爲上訴有理由或上訴雖無理由，而原判決不當或違法者，應將原審判決經上訴之部分撤銷，就該案件自爲判決。但因原審判決諭知管轄錯誤、免訴、不受理係不當而撤銷之者，得以判決將該案件發回原審法院。由此足徵發回原審法院者，僅限於管轄錯誤、免訴、不受理之判決。本件經臺灣臺北地方法院，於中華民國七十八年一月廿六日，判決被告第二貿易有限公司某甲、第三貿易有限公司某乙均無罪，自訴人不服，上訴臺灣高等法院，該院竟未注意，不爲實體判決，竟於七十八年三月

十六日，判決將原判決撤銷，發回臺灣臺北地方法院，顯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，以資救濟。

三、判決要旨

第二審法院認為上訴有理由，或上訴雖無理由，而原判不當或違法者，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。本件自訴人以被告等涉犯藥物藥商管理法第七十七條之罪嫌，提起自訴，第一審判決被告等均無罪，自訴人提起第二審上訴，原審法院認其上訴為有理由，將第一審判決撤銷，依前開規定，即應就該案件自為判決，竟為「發回臺灣臺北地方法院」之判決，顯屬違法，應由本院將原判決撤銷，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十八年度臺非字第一七三號

上 訴 人 最高法院檢察署檢察長

被 告 第二貿易有限公司

兼右代表人 某甲

被 告 第三貿易有限公司

兼右代表人 某乙

右上訴人因第一股份有限公司，自訴被告等違反藥物藥商管理法案件，對於臺灣高等法院中華民國七十八年三月十六日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原判決撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院查第二審法院認為上訴有理由，或上訴雖無理由，而原判不當或違法者，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。本件自訴人第一股份有限公司，以被告第二貿易有限公司代表人某甲等，涉犯藥物藥商管理法第七十七條之罪嫌，提起自訴，經臺灣臺北地方法院判決被告等均無罪後，自訴人提起第二審上訴，原（第二）審法院認其上訴為有理由，將第一審判決撤銷，依前開規定，即應就該案件自為判決，竟為「發回臺灣臺北地方法院」之判決，顯屬違法。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。

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。

中華民國七十八年十一月二十三日

第伍拾伍案

一、關係條文

刑事訴訟法第三百七十條、第三百四十四條第三項。

刑法第三十五條第一項、第三十三條。

二、非常上訴理由

按爲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，爲刑事訴訟法第三百七十條上段所規定。本件被告某甲因過失傷害罪，經第一審法院以其無照駕駛以原動機行駛之車輛，因而致人受傷，引用道路交通管理處罰條例第八十六條第一項加重其刑二分之一後，依刑法第二百八十四條第一項前段，判處拘役九十日。第一審法院檢察署檢察官，以拘役依刑法第三十三條第四款、第六十八條規定，加重之結果，其最高刑度應爲三月未滿。指第一審法院之判決所處刑期已逾三月未滿之日數爲違法，提起第二審上訴，請求撤銷原判決，更爲適法之判決。核其上訴意旨，自屬爲被告之利益而提起。原判決之理由，並未認定第一審法院之判決有適用法條不當，而合於刑事訴訟法第三百七十條但書規定之情形，其將原判決撤銷後，竟改處被告有期徒刑叁月，依刑法第三十五條第一項規定，其所處之刑，顯較第一審法院所處之刑爲重，其判決即有不適用法則之違背法令，且對被告不利，案經確定，應依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、判決要旨

檢察官爲被告之利益亦得上訴，爲被告利益上訴時，除因適用法條不當爲原因而撤銷第一審判決外，第二審法院不得諭知較重於第一審判決之刑，而主刑之重輕，應以刑法第三十三條規定之次序定之，刑事訴訟法第三百四十四條第三項、第三百七十條，刑法第三十五條第一項規定甚明。本件檢察官提起

上訴，並未言及第一審量刑嫌輕，係爲被告之利益上訴。揆之首揭說明，確定判決即不得諭知較重於第一審判決所處之刑，其撤銷第一審判決之原因，非以適用法條不當而撤銷，但竟諭知較重於第一審判決之刑，自屬違法。應將原判決罪刑部分予以撤銷，另行判決，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十九年度臺非字第一七三號

上訴人

最高法院檢察署檢察總長

被 告

某甲

右上訴人因被告過失傷害案件，對於臺灣高等法院臺南分院中華民國七十八年五月二十五日第二審確定判決，認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原判決關於罪刑部分撤銷。

某甲因過失傷害人，處拘役捌拾日，如易科罰金，以叁拾元折算壹日。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按檢察官爲被告之利益亦得上訴，爲被告利益上訴時，除因適用法條不當爲原因而撤銷第一審判決外，第二審法院不得諭知較重於第一審判決之刑，而主刑之重輕，應以刑法第三十三條規定之次序定之，刑事訴訟法第三百四十四條第三項、第三百七十條，刑法第三十五條第一項規定甚明。本件第一審判決以被告某甲無照駕駛動力機車，疏於注意，撞傷他人，係犯刑法第二百八十四條第一項前段過失

傷害罪，且應依道路交通管理處罰條例第八十六條第一項加重其刑，酌量處拘役九十日。檢察官以依刑法第三十三條第四款、第六十八條加重其刑之結果，最高刑度爲三月未滿，所謂「未滿」，應不包含本數在內。被告所犯之罪並無其他刑之加重原因，認第一審判決被告拘役九十日，已逾三月未滿之日數，爲違背法令，提起上訴，其上訴書內並未言及第一審量刑嫌輕，核此情形，即應認檢察官係爲被告之利益上訴。癸之首揭說明，確定判決即不得諭知較重於第一審判決所處之刑，其撤銷第一審判決之原因，係認檢察官之上訴爲有理由，非以第一審判決適用法條不當而撤銷者，但竟諭知較重於第一審判決之刑，改判被告有期徒刑三月，自屬違法。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決罪刑部分予以撤銷，另行判決，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，刑法第二百八十四條第一項前段、第四十一條，戡亂時期罰金罰鍰提高標準條例第一條前段、第二條第一項，道路交通管理處罰條例第八十六條第一項，判決如主文。

中華民國七十九年八月二十三日

第伍拾陸案

一、關係條文

刑事訴訟法第三百七十一條。

二、非常上訴理由

按第二審法院對於已受合法傳喚之被告不到庭，固可不待其陳述逕行判決，但以無正當理由爲限，

刑事訴訟法第三百七十一條定有明文。本件被告某甲，於原審所定七十七年六月十六日審判期日，已受合法傳喚而未到庭，雖屬事實，但被告已因病具狀聲請展期審理，核閱附卷之同年六月十五日之申請書，及高雄縣旗山鎮所出具之診斷書，載明被告係重感冒，請求展期審理。依社會通常觀念，均認有正當理由，況被告原住高雄縣旗山鎮，距離臺南市甚遠，如患重感冒屬實，則被告行動困難，其不到庭，自難謂無正當理由。原審未經查證，即推斷被告之不到庭，有故延訴訟之嫌，認無正當理由，而逕行判決，未與被告以最後陳述之機會，其所踐行之訴訟程序，依最高法院十七年上字第七三五號、五十五年台非字第一三七號判例，顯有違背法令。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

患病之人能否出庭，即其在社會通常觀念上，是否具有不到庭之正當原因，本非「價值觀念」或「法律性標準」之範疇，當應就具體情形，按實際狀況分別予以觀察，未可一概而論。本件被告於原審具狀聲請展期所遞之「診斷書」，僅記載診斷結果係「重感冒」，並無行動困難，或不能由高雄縣旗山鎮至臺南市之原審法院為適當陳述之記載，則原判決以「被告雖提出聲請書及診斷書，謂因感冒無法到庭，然核所提出診斷書，未能證明其所患感冒達無法到庭之程度」為由，而認其「仍屬無正當理由未到庭」之論斷，就案卷所存在之訴訟資料言，即不能指為無據。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十八年度臺非字第二五號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告

某甲

右上訴人因被告賭博案件，對於臺灣高等法院臺南分院中華民國七十七年六月廿三日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左：

主文

上訴駁回。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按患病之人能否出庭，即其在社會通常觀念上，是否具有不到庭之正當原因？本非「價值概念」或「法律性標準」之範疇，當應就具體情形，按實際狀況分別予以觀察，未可一概而論。本件被告於原審具狀聲請展期所違之「診斷書」，僅記載診斷結果係「重感冒」，並無行動困難，或不能由高雄縣旗山鎮至臺南市之原審法院為適當陳述之記載，則原判決以「被告雖提出聲請書及診斷書謂因感冒無法到庭，然矜所提出診斷書，未能證明其所患感冒達無法到庭之程度」為由，而認其「仍屬無正當理由未到庭」之論斷，就案卷所存在之訴訟資料言，即不能指為無據。非常上訴意旨，既未對原判決本於前開診斷書記載所為之認定，如何與實情乖離，原審未就此項事實予以調查，即為無不到庭之正當理由之判斷，如何未妥，敘明其根據之所在，乃僅以被告患重感冒之乙端，即謂其聲請展期為有正當理由，並以此指摘原審所踐行之訴訟程序違法，自不能認為有理由。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十六條，判決如主文。

中華民國七十八年二月廿七日

第伍拾柒案

一、關係條文

刑事訴訟法第三百七十八條。

中華民國七十七年罪犯減刑條例第七條第三項、第十一條。

戡亂時期肅清烟毒條例第五條第一項、第九條第一項。

二、非常上訴理由

按中華民國七十七年罪犯減刑條例第七條第三項規定：「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」。所指合併聲請裁定，乃因二以上之確定裁判均應減刑者而言，否則即不生合併之問題。此項規定，於減刑後須定其應執行刑者，亦準用之，復為同條例第十一條所明定。亦即二以上之裁判，合併由一法院裁定分別減刑，得由該法院就其各罪減得之刑，依聲請定其應執行之刑，而可不受刑事訴訟法第四百七十七條規定，由犯罪事實最後判決之法院檢察官向該法院聲請裁定之限制，凡此應屬當然之解釋。查被告某甲與共同被告某乙、某丙三人，自七十六年四月起，連續在臺北市販賣海洛因，同年八月間復連續吸食海洛因，至同年十月十九日先後為警緝獲等事實，經臺北地方法院檢察處檢察官依戡亂時期肅清烟毒條例第五條第一項、第九條第一項之販賣及吸食毒品罪嫌提起公訴，並經臺北地方法院於七十七年三月十六日以七十七年訴字第八

十二號判處其連續販賣毒品，處有期徒刑十四年；又連續吸食毒品，處有期徒刑三年二月；應執行有期徒刑十五年。嗣後被告對於吸毒部分，並未上訴，而告確定。而販毒部分，上訴臺灣高等法院於七十七年九月十四日以七十七年上訴字第一二九〇號判決，以其合於中華民國七十七年罪犯減刑條例之規定，一審未及審酌，乃將上訴及定執行刑部分撤銷改判，仍處有期徒刑十四年，減為有期徒刑九年四月確定，而其所犯兩罪，均應依該條例減刑，檢察官就被告一審判決確定未有減刑部分及二審判決已減刑部分，向原審法院聲請合併減刑，並定其應執行之刑，揆諸首開說明，其一罪既已減刑，一罪尚未減刑，已無合併減刑之可言，原裁定未予駁回其聲請，而竟就未減刑部分予以依法減刑後，並準用同條例第十一條規定與已減刑部分一併定其應執行之刑。自有適用法則不當之違法。而該減刑及定應執行刑之裁定，與科刑判決有同等之效力。案已確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條規定，提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

中華民國七十七年罪犯減刑條例第七條第三項規定：「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」。所指合併聲請裁定，乃因二以上之確定裁判均應減刑者而言，否則即不生合併之問題，此項規定於減刑後須定其應執行刑者，亦準用之，復為同條例第十一條所明定。亦即二以上裁判，合併由一法院裁定分別減刑，得由該法院就其各罪減得之刑，依聲請定其應執行之刑，而可不受刑事訴訟法第四百七十七條規定，由犯罪事實最後判決之法院檢察官向該法院聲請裁定之限制，凡此應屬當然之解釋。揆諸首開說明，本件被告一罪既已減刑，一罪尚未減刑，已無合併減刑之可言，原審未見及此，未能裁定駁回檢察官之聲請，而竟就未減刑

部分，予以裁定減刑後，並與已減刑部分一併定其應執行之刑，自有適用法則不當之違法，惟原裁定尚非不利於被告，應由本院僅將其違背法令部分撤銷，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十八年度臺非字第一三〇號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告烟毒案件，對於臺灣高等法院中華民國七十七年十一月十六日減刑及定應執行刑之確定裁定，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左：

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）

本院查中華民國七十七年罪犯減刑條例第七條第三項規定：「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」。所指合併聲請裁定，乃因二以上之確定裁判均應減刑者而言，否則即不生合併之問題，此項規定於減刑後須定其應執行刑者，亦準用之，復為同條例第十一條所明定。亦即二以上裁判，合併由一法院裁定分別減刑，得由該法院就其各罪減得之刑，依聲請定其應執行之刑，而可不受刑事訴訟法第四百七十七條規定：由犯罪事實最後判決之法院檢察官向該法院聲請裁定之限制，凡此應屬當然之解釋。本件被告某甲自民國七十六年四

月起，連續在臺北市販賣毒品海洛因，同年八月間復連續吸食海洛因，至同年十月十九日先後爲警緝獲等事實，經臺灣臺北地方法院檢察處檢察官依戡亂時期肅清烟毒條例第五條第一項、第九條第一項之販賣及吸食毒品罪嫌提起公訴，並經同法院於七十七年三月十六日判處被告連續販賣毒品部分爲有期徒刑十四年，連續吸食毒品部分爲有期徒刑三年二月；應執行有期徒刑十五年，被告對於吸毒部分，因未上訴而告確定。販賣毒品部分，則上訴於臺灣高等法院，於七十七年九月十四日判決，以被告合於中華民國七十七年罪犯減刑條例之規定，一審未及審酌，乃將被告經上訴之販賣毒品及定執行刑部分，予以撤銷改判，仍處被告有期徒刑十四年，減爲有期徒刑九年四月確定。而其所犯前述二罪，均應依該條例規定減刑，檢察官原應就被告一審判決確定未予減刑部分，及二審判決已減刑部分，依同條例第七條第一項規定，向一審法院聲請裁定，竟誤向原審法院聲請合併減刑並定其應執行之刑。揆諸首開說明，被告一罪既已減刑，一罪尚未減刑，已無合併減刑之可言。原審未見及此，未能裁定駁回檢察官之聲請，而竟就未減刑部分，予以裁定減刑後，並與已減刑部分併定其應執行之刑，自有適用法則不當之違法。案經確定，上訴人提起非常上訴，洵有理由，惟原裁定尙非不利於被告，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。
中華民國七十八年九月二十二日

第伍拾捌案

一、關係條文

刑事訴訟法第三百七十八條。

少年事件處理法第八十五條。

民法第十二條、第一百二十四條。

二、非常上訴理由

按少年事件處理法第八十五條所定，成年人與未滿十八歲之人共同實施犯罪，依其所犯之罪加重其刑至二分之一之規定，專以成年人為適用之對象。所謂成年人，依民法第十二條規定，係指年滿二十歲之人而言（參照七十一年臺非字第九四號裁判要旨，及六十六年臺非字第九十三號判例）。查本件被告某甲係民國五十七年五月一日出生，其連續犯罪之最後日期為七十七年二月十三日，行為時尚未滿二十歲，為未成年，原判決不察，竟依首揭法條加重其刑，顯有適用法則不當之違法。案經確定，且對被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

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。而少年事件處理法第八十五條所規定，依其所犯之罪加重其刑至二分之一者，以成年人有教唆幫助或利用未滿十八歲之人犯罪，或與之共同實施犯罪為要件。所謂成年人，依民法第十二條規定，係指年滿二十歲之人而言。而年齡之計算，依民法第一百二十四條規定，應自出生之日起算。本件被告係民國五十七年五月一日生，其連續結夥三人以上竊盜之最後一次日期為七十七年二月十三日，則被告行為時，其年齡尚未滿二

十歲，自非成年人。縱有與未滿十八歲之人共同實施犯罪，但與上述加重之條件不合，即無少年事件處理法第八十五條適用之餘地。原判決竟依該條加重其刑，顯屬適用法則不當，應由本院將原判決關於某甲部分撤銷，另行判決，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十八年度臺非字第六一號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告

某甲

右上訴人因被告偽造文書等案件，對於臺灣臺中地方法院中華民國七十七年十月六日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原判決關於某甲部分撤銷。

某甲連續結夥三人以上攜帶兇器竊盜，累犯，處有期徒刑捌月。

扣案之小鐮刀叁把、大鐮刀壹把、木劍壹支，均沒收。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用不當者為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。而少年事件處理法第八十五條所規定，依其所犯之罪加重其刑至二分之一者，以成年人有教唆幫助或利用未滿十八歲之人犯罪，或與之共同實施犯罪為要件。所謂成年人，依民法第十二條規定，係指年滿二十歲之人

而言。而年齡之計算依民法第一百二十四條規定，應自出生之日起算。本件被告某甲係民國五十七年五月一日出生（曾犯贓物罪經判處有期徒刑三月，七十六年三月十七日執行完畢），既爲原判決所認定，而被告連續結夥三人以上攜帶兇器竊盜之最後一次日期，爲七十七年二月十三日下午一時許，則被告行爲時，其年齡尚未滿二十歲，自非成年人。縱有與未滿十八歲之某乙共同實施犯罪，但與上述加重之條件不合，即無少年事件處理法第八十五條適用之餘地。原判決竟依該條加重其刑，處以有期徒刑十月，顯屬適用法則不當，且不利於被告，非常上訴意旨執以指摘，洵屬正當，應由本院將原判決關於某甲部分撤銷，另行判決，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，刑法第二十八條、第五十六條、第三百二十一條第一項第三款、第四款、第四十七條、第三十八條第一項第二款，判決如主文。
中華民國七十八年五月十九日

第伍拾玖案

一、關係條文

刑事訴訟法第三百七十八條。

刑法第三百四十九條第一項、第二項。

二、非常上訴理由

按判決事實、理由與主文矛盾者，其判決當然爲違背法令。本件原判決認定被告某甲，借用來路不明之贓車，事隔月餘後，將借用之贓車，放置於彰化戲院寄車處，經警查獲。經查被告某甲明知爲竊來之機車，仍予借用，係觸犯刑法第三百四十九條第一項之收受贓物罪，收受贓物之後，或則騎用，或者暫時放置於寄車處所，均爲收受贓物罪之當然結果，不能於收受贓物罪外，再論以搬運、寄藏贓物罪（見最高法院二十四年上字第三二八三號、三十年非字第五十七號判例要旨）。則原判決認定被告犯罪事實及理由，既均爲收受贓物罪，然主文與理由二部分，却又論處搬運贓物罪，不但主文與事實理由矛盾，且理由亦自相矛盾，判決適用法則，亦有未當。案經確定，且對被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、判決要旨

判決主文與事實矛盾，或適用法則不當者，其判決均當然爲違背法令。本件原判決事實欄記載被告明知某不詳姓名人交付之機車係贓車，仍予借用，嗣因寄放戲院停車處，爲警查獲，認係犯刑法第三百四十九條第一項之收受贓物罪。至於收受之後，或騎用，或放於寄車處，均爲收受贓物罪之當然結果，不能再論以搬運或寄藏贓物罪。乃原判決論以同條第二項之搬運贓物罪，致主文與事實矛盾，適用法則亦有不當，均屬違法，應將原判決撤銷，另行判決，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十九年度非字第八九號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告贓物案件，對於臺灣彰化地方法院中華民國七十七年二月八日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原判決撤銷。

某甲收受贓物，累犯，處有期徒刑捌月。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決主文與事實矛盾，或適用法則不當者，其判決均當然為違背法令。本件原確定判決事實欄記載被告某甲曾犯竊盜罪，經原法院判處有期徒刑三月，於民國七十六年七月二十三日執行完畢，復於同年十月十日，在彰化縣員林鎮，明知某不詳姓名人交付之機車係贓車，竟予借用，嗣因寄放在彰化市彰化戲院寄車處時，經警查獲等情。依此認定之事實，被告明知為贓車，仍予借用，係犯刑法第三百四十九條第一項之收受贓物罪。至收受贓物之後，或騎用，或暫放於寄車處，均為收受贓物罪之當然結果，不能於收受贓物罪外，再論以搬運或寄藏贓物罪。乃原判決論以同條第二項之搬運贓物罪，量處有期徒刑九月，致主文與事實矛盾，適用法則亦有不當，均屬違法。案經確定，且不利於被告，上訴人提起非常上訴，洵有理由，應由本院將原判決撤銷，另行判決，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，刑法第三百四十九條第一項、第四十七條，戡亂時期罰金罰鍰提高標準條例第一條前段，判決如主文。

中華民國七十九年五月二十五日

第陸拾案

一、關係條文

刑事訴訟法第三百七十八條。

道路交通管理處罰條例第八十六條第二項。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又汽車駕駛人在快車道依規定駕車行駛，因行人或慢車不依規定，擅自進入快車道，而致人受傷或死亡，依法應負刑事責任者，減輕其刑，道路交通管理處罰條例第八十六條第二項亦有明文規定。本件臺灣臺中地方法院七十八年度交訴字第四三六號刑事判決，認定被告某甲於民國七十八年七月十六日下午七時三十分許駕駛車牌號碼六八三一〇二三五號自用小貨車，在南投縣草屯鎮中正路，由南往北方向行駛，疏於注意，而某乙於穿越馬路時亦未注意左右來車，待某甲發現時，已煞車不及，致撞上某乙受傷身死。則被告某甲既駕車在快車道依規定行駛（投鑑字第一六〇號鑑定意見書參照），因煞車不及而撞上穿越馬路之某乙，固難辭疏忽過失罪責。但其乙之貿然穿越則爲肇事主因。揆諸前開法條規定，被告某甲應予以減輕，乃原判決不察，漏未適用該條例減輕，自屬違背法令。案經確定，且對被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條之規定，提起非常上訴，以資救濟。

三、判決要旨

判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又汽車駕駛人在快車道依規定駕車行駛，因行人或慢車不依規定，擅自進入快車道，而致人受傷或死亡，依法應負刑事責任者，減輕其刑，道路交通管理處罰條例第八十六條第二項亦規定甚明。本件被告駕車依規定行駛，因行人不依規定擅自穿越馬路，未注意左右來車，待被告發現時已致車不及，致撞上行人受伤身死，被告固應負過失致人於死罪責，但行人貿然穿越快車道則爲肇事主因，原判漏未適用上開條例予以減刑，顯有違誤，且於被告不利，應將原判決撤銷改判，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十九年度臺非字第九號

上訴人

最高法院檢察署檢察總長

被 告

某甲

右上訴人因被告過失致人於死案件，對於臺灣臺中地方法院中華民國七十八年十月四日第一審確定判決，認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原判決撤銷。

某甲因過失致人於死，處有期徒刑肆月，如易科罰金以參拾元折算壹日，緩刑貳年。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文，又汽車駕駛人在快車道依規定駕車行駛，因行人或慢車不依規定，擅自進入快車道，而致人受傷或死亡，依法應負刑事責任者，減輕其刑，道路交通管理處罰條例第八十六條第二項亦規定甚明。本件被告某甲於七十八年七月十六日丁午七時三十分許，駕駛自用小貨車在南投縣草屯鎮中正路依規定行駛，因行人某乙不依規定擅自穿越馬路，未注意左右來車，待某甲發現時已煞車不及，致撞上某乙受傷身死。則某甲依法固應負過失致人於死罪責，但某乙之貿然穿越快車道則爲肇事主因，自有上開法條規定之適用，乃原確定判決，判處被告石期徒刑六月，並諭知易科罰金之折算標準，及緩刑二年，竟漏不適用該條予以減刑，顯有違誤，且於被告不利。案經確定，非常上訴執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決撤銷改判，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，刑法第二百七十六條第一項、第六十二條前段、第四十一條、第七十四條第一款，道路交通管理處罰條例第八十六條第二項，裁亂時期罰金罰鍰提高標準條例第一條前段，第二條第一項，判決如主文。

中華民國七十九年二月八日

第陸拾壹案

一、關係條文

刑事訴訟法第三百七十八條、第三百七十九條第十二款、第三百七十一條。

二、非常上訴理由

本件被告某甲因懲治盜匪條例等案件，經臺灣雲林地方法院以七十七年度訴字第三二一號刑事判決，依刑法第一百三十五條第一項之妨害公務罪，判處有期徒刑八月，除被告不服，自行提起上訴外，該案件之指定辯護人，臺灣雲林地方法院公設辯護人，亦為被告之利益提起上訴。而原審之辯護人為被告之利益上訴，依刑事訴訟法第三百四十六條規定，並非獨立之上訴，原判決竟視之為獨立之上訴人，除於當事人欄列「上訴人臺灣雲林地方法院公設辯護人」，並於判決主文諭知「其他上訴駁回」外，且在判決理由內說明：「公設辯護人之上訴非有理由，應予駁回」。即單獨對其所提出之上訴予以判決，而並未就其所提出之為被告利益之上訴，對被告為判決，其判決即有不適用法則之違背法令。又依卷內所附之臺灣雲林地方法院公設辯護人為被告利益上訴之上訴書，上訴人欄僅記載：「上訴人即被告某甲（年籍詳卷）」結尾之具狀人欄記載為：「公設辯護人蘇某」，並未表明其為上訴人對該案提起獨立之上訴，自僅係為被告之利益而提起上訴，原判決竟將其列為獨立上訴人，對之單獨為判決，亦有未受請求之事項予以判決之違背法令。另第二審法院之以上訴人經合法傳喚，無正當理由不到庭者，得不待其陳述逕行判決，依刑事訴訟法第三百七十一條規定，僅適用於被告，被告之原審辯護人之經合法傳喚而不到庭，並不包括在內。原判決竟於理由內說明「上訴人即臺灣雲林地方法院公設辯護人，經合法傳喚而無正當理由不到庭，爰不待其陳述，逕行判決」。其判決亦有適用法則不當之違背法令。案經確定，應依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令。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，其判決當然爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條、第三百七十九條第十二款規定甚明。本件被告不服第一審判決，自行提起上訴外，該案件之指定辯護人，亦爲被告之利益提起上訴，上訴書亦係以被告名義行之，並非獨立上訴，乃原判決竟視之爲獨立之上訴人，顯有未受請求之事項予以判決，而未就其所提出之爲被告利益，代被告之上訴，而爲判決，自屬於法有違。再依刑事訴訟法第三百七十一條規定，係被告經合法傳喚，無正當理由不到庭者，得不待其陳述，逕行判決，乃原判決理由又謂上訴人即公設辯護人，經合法傳喚而無正當理由不到庭，爰不待其到庭陳述，逕行判決，亦有違誤，應將原判決關於該違背法令部分撤銷，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十九年度臺非字第四四號

上訴人

最高法院檢察署檢察總長

被 告

某甲

右上訴人因被告盜匪等罪案件，對於臺灣高等法院臺中分院中華民國七十八年十一月十五日第二審確定判決，認爲部分違法，提起非常上訴，本院判決如左：

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，爲違背法令。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，其判決當然爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條、第三百七十九條第十二款規定甚明。本件被告某甲因盜匪等罪案件，經臺灣雲林地方法院以七十七年度訴字第三二一號刑事判決，依刑法第一百五十五條第一項之妨害公務罪，判處有期徒刑八月。除被告不服，自行提起上訴外，該案件之指定辯護人，臺灣雲林地方法院公設辯護人，亦爲被告之利益提起上訴，且其上訴書亦係以被告名義行之，並非獨立上訴。乃原判決竟視之爲獨立之上訴人，除於當事人欄列「上訴人臺灣雲林地方法院公設辯護人」外，理由內並說明「公設辯護人之上訴非有理由，應予駁回」。及於判決之主文諭知「其他上訴駁回」，顯有未受請求之事項予以判決，而未就其所提出之爲被告利益，代被告之上訴，而爲判決，自屬於法有違。再依刑事訴訟法第三百七十一條規定，係被告經合法傳喚，無正當理由不到庭者，得不待其陳述，逕行判決。乃原判決理由又謂「上訴人即臺灣雲林地方法院公設辯護人，經合法傳喚，而無正當理由不到庭，爰不待其到庭陳述，逕行判決」亦有違誤，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，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。
中華民國七十九年三月十五日

第陸拾貳案

一、關係條文

刑事訴訟法第三百七十八條、第三百七十九條第十四款。

妨害兵役治罪條例第十三條。

兵役法施行法第五十五條。

二、非常上訴理由

按妨害兵役治罪條例第十三條所謂：依法負有傳達、通報義務者，依兵役法施行法第五十五條規定：『應受各種召集之後備軍人及國民兵，其本人因故不在時，以戶長爲當然召集通報人，本人爲戶長時，由其本人委託親友一人爲召集通報人，無親友者，由村里長爲召集通報人』。在被告某甲雖係後備軍人某乙之祖母，然非某乙之兵役召集通報義務人，而某乙之兵役召集通報人爲某丙，有高雄縣六龜鄉公所七十七年九月五日之鄉兵字第六三六三號函足憑。且該某乙之兵役召集令係由某丁代收，亦非由被告收受，某乙於原審訊問時，亦未表示曾委任被告爲其兵役召集通報人，被告自無通報義務甚明。雖某丁於代收某乙之點閱召集令後，曾由其弟以電話通知被告，囑其轉告某乙往取，被告因年邁而忘記轉告，致某乙未能如期前往左營軍區報到接受點閱召集，要難據此即認定被告依法負有通報義務。原判決遽予論處其罪刑，顯有認定事實不依據證據之理由矛盾及適用法則不當之違誤，自屬違背法令。案已確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、判決要旨

判決不適用法則或適用不當者爲違背法令；又判決不載理由或所載理由矛盾者，當然爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條、第三百七十九條第十四款定有明文。復查妨害兵役治罪條例第十三條所謂

依法負有通報義務者，依兵役法施行法第五十五條規定，係指應受召集之後備軍人及國民兵，其本人因故不在時，以戶長爲當然召集通報人，本人爲戶長時，由其本人委託親友一人爲召集通報人。本件被告雖係後備軍人某乙之祖母，但非某乙之兵役召集通報義務人，且召集令亦非由被告收受，雖代收人曾以電話通知被告，囑其轉告某乙往取而忘予轉告，要難據此卽足認被告依法負有通報之義務。乃原審竟論被告不依規定通報點閱召集令罪。揆諸首開說明，自屬於法有違，應將原判決撤銷，改判被告無罪，以資救濟。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十七年度臺非字第一四一號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告妨害兵役案件，對於臺灣高雄地方法院中華民國七十七年六月十七日第一審確定判決，認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原判決撤銷。

某甲無罪。

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爲違背法令；又判決不載理由或所載理由矛盾者，當然爲違背

法令，刑事訴訟法第三百七十八條、第三百七十九條第十四款定有明文。復查妨害兵役治罪條例第十三條所謂依法負有通報義務者，依兵役法施行法第五十五條規定，係指應受召集之後備軍人及國民兵，其本人因故不在時，以戶長爲當然召集通報人，本人爲戶長時，由其本人委託親友一人爲召集通報人。無親友者，由村里長爲召集通報人。本件被告某甲雖係後備軍人某乙之祖母，但非某乙之兵役召集通報義務人。而某乙之兵役召集通報人爲某丙，有高雄縣六龜鄉公所民國七十七年九月五日之鄉兵字第六三六三號函在卷可稽。且該某乙之點閱召集令，係由某丁代收，亦非由被告收受，某乙於原審訊問時，亦未供述有委任被告爲召集通報人，亦有原召集令受領回執及筆錄可憑。固某丁於代收某乙之點閱召集令後，曾由其弟以電話通知被告，囑其轉告某乙往取，被告因年遠而忘予轉告，致某乙未能如期於七十六年八月十一日前往左營軍區報到，接受點閱召集，要難據此卽足認被告依法負有通報之義務，從而此項證據，自不能證明被告犯罪，乃原審不爲無罪之諭知，竟援引妨害兵役治罪條例第十三條後段^五相關法條，論被告以依法負有通報義務，不依規定通報點閱召集令罪，量處拘役五十日如易科罰金以三十元折算一日，減爲拘役二十五日如易科罰金以三十元折算一日，緩刑二年。揆諸首開說明，自屬於法有違。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨，執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決撤銷，改判被告無罪，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。
中華民國七十七年十月廿一日

第陸拾叁案

一、關係條文

刑事訴訟法第三百七十九條第十款。

二、非常上訴理由

按依法應於審判期日調查之證據而未予調查者，其判決當然爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第十款定有明文。本件被告某甲、某乙賭博案件，據前往現場查獲之警員某丙供稱：『在查獲前一天，我們得到情報說某甲在家做組頭，聚衆賭博。我們本來就在巷子埋伏，看到某乙向前去拿拷貝單時才逮捕他。某乙已先拿乙張放在口袋，然後又在那裏摸。我們是三個人一起去逮捕，逮捕行動是隊長和另一同事爲之，但是我有看到逮捕經過。』而被告某乙於警訊中亦稱：『我於昨（二月十五日）晚廿一時許，前往新化鎮中正路○○巷○○號○○煤氣行向老闆娘某甲，簽賭六合彩，簽93號三支，並當場交付新臺幣三百元給某甲，然後她叫我今天下午來拿影印單。七十八年二月十六日下午十八時四十五分，在新化鎮中正路○○巷○○號屋後，拿六合彩總簽單時被警當場查獲。』此項供述，究否屬實，與被告某甲等有無賭博之待證事實，極有關係。乃原判決對與犯罪是否成立有關之新化鎮中正路○○巷○○號屋主，堅固往查獲之刑警隊長與另一同事之重要事證，竟未予以傳證調查，徒以被告等事後不實之供詞，遽將第一審判決撤銷，而改爲無罪之諭知。顯有應於審判期日調查之證據而未予調查之違法，而其採證亦有違經驗法則。揆諸首開法條規定，其判決自屬違背法令。案已確定，爰依刑事訴訟法第四

百四十一條、第四百四十三條之規定，提起非常上訴，以資救濟。

三、判決要旨

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。凡審理事實之法院，對於案內一切與待證事實有重要關係，且在客觀上認為應行調查之證據，均應盡調查之能事，又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，固屬判決違背法令，如其尚非顯然於判決有影響，仍屬訴訟程序違背法令，非常上訴審，僅應將原審關於訴訟程序違背法令部分撤銷。本件確定判決對於與待證事實有重要關係且在客觀上認為應行調查之證據，均未盡調查證據之能事，遽將第一審利處被告等賭博罪刑之判決撤銷，改為無罪之諭知，委難謂無依法應於審判期日調查之證據而未予調查之違背法令。惟其違誤尚非顯然於判決有影響，揆諸前開說明，仍屬訴訟程序違背法令，應由本院將原審關於訴訟程序違背法令部分撤銷，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十八年度臺非字第一七八號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

某乙

右上訴人因被告等賭博案件，對於臺灣高等法院臺南分院中華民國七十八年七月廿五日第二審確定

判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原審關於訴訟程序違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按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。是審理事實之法院，對於案內一切與待證事實有重要關係，且在客觀上認為應行調查之證據，均應盡調查之能事，又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，固屬判決違背法令，如其尚非顯然於判決有影響，仍屬訴訟程序違背法令，非常上訴審，僅應將原審關於訴訟程序違背法令部分撤銷。本件被告某乙，於民國七十八年二月十六日下午六時四十五分，在臺南縣新化鎮中正路○○巷○○號屋後，取得「六合彩」賭博之簽單影印本時，當場被「逮獲」，送於「偵訊」中，供認經向被告某甲「簽賭六合彩，第93號三支」，並聽從其指示，前往「址取得」總簽單」，復經訊問某乙並制作筆錄之警員某丙到庭結證：渠等三人，據報友甲做六合彩組頭，即赴現場附近埋伏，果見某乙在新化鎮中正路○○巷○○號屋後取得六合彩簽單，乃由「隊長和另一同事」予以逮捕各等語。則為判斷某乙之前述自白及某丙之證言，是否與事實相符，該「隊長和另一同事」及屋主等人證，均屬待證事實，且有重要關係，且在客觀上認為應行調查之證據，均應予以傳訊。乃原審未盡調查證據之能事，遽以某乙嗣後翻供否認曾向某甲簽賭六合彩等詞，認為其在警訊中之自白與事實不符，而此第一審利處被告等賭博罪刑之判決撤銷，改為無罪之諭知，委難謂無依法應於審判期日調查之證據而未予調查之違背法令。惟其違誤尚非顯然於判決有影響，揆諸刑開說明，仍屬

訴訟程序違背法令。案經確定，非常上訴意旨，執以指摘，洵有理由，應由本院將原審關於訴訟程序違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第二款，判決如主文。

中華民國七十八年十二月七日

第陸拾肆案

一、關係條文

刑事訴訟法第三百七十九條第十款、第三百八十條。

二、非常上訴理由

按依刑事訴訟法應於審判期日調查之證據而未予調查者，當然違背法令，為該法第三百七十九條第十款所明定。查本件臺灣彰化地方法院七十七年度易字第一一一六號刑事確定判決，既以被告某甲等十三人之供詞，河川駐衛警某乙、刑警某丙及堆土機駕駛員某丁在偵查中之證言，檢察官勘驗筆錄、現場照片十一張及海域被盜犁位圖等為其認定事實之證據，各該證據自屬與待證事實有重要之關係，為審判期日應行調查之證據。卷查原審對於以上各該證據，於七十七年十一月一日審判期日，均未踐行調查之程序，而遽採為認定事實之證據，依照首揭說明，顯屬違背法令。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、判決要旨

應於審判期日調查之證據而未予調查，倘其已致適用法令於違誤，且顯然於判決有影響者，固屬判決違背法令，否則，仍僅屬訴訟程序違背法令。至此項訴訟程序違背法令，若不在刑事訴訟法第三百八十條限制之列者，自得提起非常上訴。本件原判決認定被告等之竊佔犯行，係以檢察官勘驗筆錄及現場照片等爲其論據，當屬刑事訴訟法第三百七十九條第十款所規定應於審判期日調查之證據，乃竟未予提示令其辨認，或未予宣讀告以要旨，自不能謂無違法。惟此等證據資料確係存在於案卷內，原判決據以認定被告等竊佔之犯行，雖不生判決違背法令問題，然所踐行之訴訟程序，究不能謂非違法。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十九年度臺非字第二一號

上訴人

最高法院檢察署檢察總長

被 告

某甲等十三人

右上訴人因被告等竊佔案件，對於臺灣彰化地方法院中華民國七十七年十一月八日第一審確定判決，認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左：

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）

本院按應於審判期日調查之證據而未予調查，倘其已致適用法令於違誤，且顯於判決有影響者，固屬判決違背法令，否則，仍僅屬訴訟程序違背法令。至此項訴訟程序違背法令，若不在刑事訴訟法第三百八十條限制之列者，自得提起非常上訴。本件原判決認定被告等之竊佔犯行，既係以河川駐衛警察某乙、刑警某丙，堆土機駕駛員某丁在偵查中之證言、檢察官勘驗筆錄、現場照片及海域被濫墾位置圖等爲其論據，即係以之爲事實認定及適用法律之基礎，當屬刑事訴訟法第三百七十九條第十款所規定應於審判期日調查之證據，乃竟未予提示令其辨認，或未予宣讀告以要旨，比有審判筆錄可稽，自不能謂無違法。惟此等證據資料僅係存於案卷內，原判決據以認定被告等竊佔之犯行，其於法令之適用殊不致有何違誤，且其所爲判決亦無何影響，雖不生判決違背法令問題，然所踐行之訴訟程序究不能謂非違法。案經確定，非常上訴旨，執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決關於訴訟程序違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第二款，判決如主文。

中華民國七十九年二月十六日。

第陸拾伍案

一、關係條文

刑事訴訟法第三百七十九條第十款、第十四款。

刑法第二百十四條、第二百十六條。

二、非常上訴理由

(一)本件檢察官以被告某甲提供其所有坐落臺北市敦化南路之房地，供其兄某丁作爲向○○飼料公司進貨之貨款擔保，並設定抵押權登記，嗣以某丁積欠貨款新臺幣二百六十萬元，簽發之本票，於民國七十五年五月間起開始退票，某甲爲恐其房地被拍賣查封點交，竟與其夫即被告某乙、姐夫即被告某丙通謀，虛立租約，將該房地租與某丙，並於同年十一月二十四日執向臺灣臺北地方法院公證，使公證人作成不實之公證書，足以生損害公證之公信力。嗣由某丙於七十六年五月十六日及六月十四日，先後具狀持該不實之公證書向同院民事執行處聲明異議及聲請拍賣後不點交等事實，認定被告等有共犯刑法第二百十四條及第二百十六條之偽造文書罪嫌，提起公訴。一審判決被告等均無罪，檢察官不服，上訴二審之臺灣高等法院，竟以當事人對該契約有權制作，而不發生偽造問題，公證書內容僅證明雙方請求公證及依法爲公證之事實，並無任何不實之記載，認無公務員登載不實之可言，將其提出於法院民事執行處，亦不成立行使偽造文書罪，並以被告等之租賃契約是否真實，與本件是否行使登載不實之偽造文書係屬兩事，因而認爲上訴無理由，予以判決駁回。(二)查公證人爲公務員，公證書原本係公務員職務上所掌之公文書，當事人通謀訂立虛偽契約，固屬有權制作之虛妄文書，但如主動請求公證，以此不實之事項使公證人登載於職務上所掌之公文書上，自應構成刑法第二百十四條之偽造文書罪無疑。蓋公證人對於契約內容是否真實，並不作實體上之審查，僅核對與契約有關之證件（如房屋租賃之所有權狀等）及到場人之身分證明等相符後，將之綴於公證書後，由雙方當事人在公證書上簽名及蓋章，以承認其行爲，自屬足生損害於公證之公信力及他人之權益，灼灼甚明。本件被告等如確以不實之租賃契約請求公證後執向法院民事執行處行使，復使法院民事執行處人員將此不實之租賃關係，記載於其職務上所掌管之公文書

，而不予點交，足生損害於該拍賣不動產之買受人，自有刑法第二百十六條及第二百十四條之適用，應無疑義。乃原判決竟以被告等之租賃契約是否真實與本件是否行使登載不實之公證書係屬兩事，顯有判決理由矛盾及不備之違法，況該項租賃契約是否真實與是否構成犯罪至關重要，原審未就檢察官所指各點加以調查，俾以雙方當事人對該契約均有權制作，亦不發生偽造問題，資爲搪塞，尤屬違誤。參照司法院大法官會議第一八一號解釋，自屬判決違背法令，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。案已確定，爰依同法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

原判決對租約之訂立，是否出於通謀而爲虛偽之意思表示，未予調查，竟以當事人對該契約有權制作，不發生偽造問題。又謂：租約是否真實，與本件是否成立行使公務員登載不實之公證書罪，係屬兩事，而維持第一審之無罪判決，自有刑事訴訟法第三百七十九條第十款，應於審判期日調查之證據而未予調查及判決所載理由矛盾之違法，應由本院將原判決關於訴訟程序違背法令部分撤銷，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十八年度臺非字第三三號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

某乙

某丙

右上訴人因被告等偽造文書案件，對於臺灣高等法院中華民國七十七年八月十一日第二審確定判決，認爲違背法令，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原判決關於訟訴程序違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

按本件起訴事實，係以被告等爲恐某甲提供擔保、設定抵押權之房屋土地被查封拍賣，而通謀訂立上開虛偽之房屋租約，並以該租約聲請法院公證後，持向法院民事執行處聲明異議，請求不點交房屋，使該執行處公務員予以登載，而不爲點交。如果起訴事實無訛，被告等即應成立行使明知爲不實之事項而使公務員登載於職務上所掌之公文書罪。乃原判決對該租約之訂立，是否出於通謀而爲虛偽之意思表示，未予調查，竟以當事人對該契約有權制作，不發生偽造問題，公證書內容僅證明雙方請求公證及依法爲公證之事實，並無任何不實之記載，要無使公務員登載不實之可言，其將該公證書提出於法院民事執行處，亦不成立行使罪。又謂：租約是否真實，與本件是否成立行使公務員登載不實之公證書罪，係屬兩事，而維持第一審之無罪判決，自有刑事訴訟法第三百七十九條第十款，應於審判期日調查之證據而未予調查及判決所載理由矛盾之違法。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，爲有理由。應由本院將原判決關於訴訟程序違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第二款，判決如主文。

中華民國七十八年三月二十四日

第陸拾陸案

一、關係條文

刑事訴訟法第三百七十九條第十二款。

二、非常上訴理由

按除刑事訴訟法有特別規定外，已受請求之事項未予判決，或未受請求之事項予以判決者，其判決當然違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第十二款規定甚明。本件被告某甲於民國七十七年三月五日，在臺灣省宜蘭縣境內海岸，私運未貼專賣憑證之管制進口菸類上岸，分裝後，搬運中爲警查獲，移送臺灣宜蘭地方法院檢察處，檢察官以七十七年度偵字第四六五及一〇一〇號提起公訴，移送臺灣宜蘭地方法院審理中，又查獲被告於同年月一日晚上僱人私運未稅管制進口菸類計六萬九千包，該處分七十七年度偵字第一三二〇號案偵查結果，認被告之該案犯罪行爲與前述一〇一〇號案犯罪行爲係出於一個概括之犯意，有連續犯關係，於同年八月廿九日以宜檢英安字第五一〇一號函移送臺灣宜蘭地方法院併案辦理，該院不察，竟將該併辦部分漏未判決，嗣經上訴，原判決亦未注意予以糾正，仍對該部分漏未判決，顯有違背法令。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

除刑事訴訟法有特別規定外，已受請求之事項未予判決者，其判決當然爲違背法令，同法第三百七

十九條第十二款規定甚明。本件被告因私運未貼專賣憑證之管制進口菸類，經宜蘭地檢處檢察官提起公訴，移送同院審理中，又查獲另案私運菸類，檢察官認其犯行與前案係出於一個概括之犯意，有連續犯關係，函送同院併案辦理，該院不察，竟將該併辦部分漏未判決，自有未合。嗣經檢察官及被告提起上訴，原法院雖將第一審判決撤銷改判，但未予糾正，對該部分仍漏未判決，顯屬於法有違，惟原判決尚非不利於被告，爰將原判決關於違背法令部分撤銷，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十八年度臺非字第一五〇號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告懲治走私條例案件，對於臺灣高等法院中華民國七十八年五月十一日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左：

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）

本院按除刑事訴訟法有特別規定外，已受請求之事項未予判決者，其判決當然為違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第十二款規定甚明。本件被告某甲於七十七年三月五日，在臺灣省宜蘭縣境內海岸，私運未貼專賣憑證之管制進口菸類上岸，分裝後，搬運中為警查獲，移送臺灣宜蘭地方法院檢察處，

檢察官以七十七年度偵字第四六五及一〇一〇號提起公訴，移送臺灣宜蘭地方法院審理中，又查獲被告於同年月一日晚上僱人私運未稅管制進口菸類計六萬九千包，該處分七十七年度偵字第一三二〇號案偵查結果，認被告之該案犯罪行為與前述一〇一〇號案犯罪行為係出於一個概括之犯意，有連續犯關係，於同年八月廿九日以宜檢英安字第五一〇一號函移送臺灣宜蘭地方法院併案辦理，該院不察，竟將該併辦部分漏未判決，自有未合。嗣經檢察官及被告提起上訴，原法院雖將第一審判決撤銷改判，但未予糾正，對該部分仍漏未判決，顯屬於法有違。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，爰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。

中華民國七十八年十月十九日

第陸拾柒案

一、關係條文

刑事訴訟法第三百七十九條第十二款後段。

二、非常上訴理由

按未受請求之事項予以判決及判決適用法則不當者，當然爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第十二款後段、第三百七十八條後段分別定有明文。本件被告某甲係於告訴人將支票交其重新蓋印時，

乘機將支票撕毀，僅有單純毀損文書之事實，撕毀支票，其行爲並非詐術。詐術云者，使人誤信爲真實之方法也。因支票係告訴人自願交出要求重新蓋印，尙非被告施詐使告訴人誤信爲真而交出，故檢察官起訴事實僅謂被告損毀支票，並未起訴被告詐欺得利罪。而確定判決事實中，亦未記載被告施用何項詐術，既無詐術，即與毀損罪不生牽連關係，兩者又非同一事實，則判決主文判處被告以詐術得財產上不法之利益未遂罪，顯有未受請求之事項予以判決之違誤。又詐欺未遂罪，須以被告向受害人施用詐術爲要件，否則即不能成立。本件被告毀損支票外，並未施用詐術，此觀告訴人之告訴、檢察官起訴書事實、一審判決書事實及二審判決書事實，均未記載被告如何施用詐術即明。被告既未施用詐術，核與詐欺罪構成要件不合，原判論知詐欺未遂罪，非但主文與事實矛盾，且適用法則，尤有未當。至於被告借款在先，告訴人握有債權憑證在卷，倘被告所開支票不足債額，或支票不能兌現，甚或賴債不還，此不過民事上債務不履行之問題，而雙方債權債務關係，依然存在，尙不能與原判主文「詐術」混爲一談，併加說明。案經確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、判決要旨

未受請求之事項予以判決者，當然爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第十二款後段定有明文。本件確定判決並未於事實欄中認定被告如何實施詐術使某乙交付支票，竟撤銷第一審判決，更論意圖爲自己不法之所有以詐術得財產上不法之利益未遂罪，認爲起訴之毀損罪有方法結果之牽連關係，而從一重處斷，顯與起訴事實不同，而有未受請求之事項予以判決之違法。因原判決不利於被告，且關於認定毀損部分之事實，該被告所撕毀之支票，如何足以生損害於公衆或他人，未據認定，爲維持被告審級

之利益，自應將原判決撤銷，由原審法院依判決前之程序更爲審判，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十七年度臺非字第三八號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告毀損案件，對於臺灣高等法院中華民國七十六年十月十三日第二審確定判決，認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原判決撤銷，由原審法院依判決前之程序更爲審判。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按未受請求之事項予以判決者，當然爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第十二款後段定有明文。本件被告某甲係於其債權人某乙將被告所簽發之支票三紙（面額共新臺幣（下同）七十二萬六千四百元），其中一紙支票文還被告請求重行蓋章時，詎被告以其僅負欠某乙五十萬元，乘機將其所簽發之支票三紙悉予撕毀，另支付面額五十萬元之支票一紙與某乙，此爲公計及第一審判決所認定之事實，原確定判決除爲上開事實認定，並論被告毀損他人文書罪外，復認定：「被告意圖得財產上不法之利益，撕毀上開三紙支票，另簽發五十萬元之支票償還某乙，否認其他二十二萬六千四百元之債務」。

又未於判決書事實欄中，認定被告如何實施詐術，使某乙交付支票，竟撤銷第一審判決，更論被告意圖爲自己不法之所有，以詐術得財產上不法之利益未遂罪，認與起訴之毀損罪有方法結果之牽連關係，而從一重處斷，顯與起訴事實不同，而有未受請求之事項予以判決之違法。案經確定，非常上訴旨執以指摘，洵有理由，因原判決不利於被告，且關於認定毀損部分之事實，該被告所撕毀之支票如何足以生損害於公衆或他人，未據認定，爲維持被告審級之利益，自應由本院將原判決撤銷，由原審法院依判決前之程序更爲審判，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項前段，判決如主文。

中華民國七十七年三月十八日

第陸拾捌案

一、關係條文

刑事訴訟法第三百七十九條第十二款、第十四款。

二、非常上訴理由

按刑事訴訟法第三百七十九條第十二款規定，除本法有特別規定外，已受請求之事項，未予判決，或未受請求之事項，予以判決者，及第十四款規定判決所載理由矛盾者，均屬當然違背法令。本件被告某甲，前犯竊盜侵占兩罪，經臺灣臺北地方法院判處有期徒刑十一月、二月，甫於七十五年八月廿九日

執行完畢出獄。未幾又於七十八年五月廿五日犯詐欺罪，同年六月廿四日犯搶奪罪，同年八月廿二日犯恐嚇取財罪，經同地方法院於同年十月卅日分別判處有期徒刑十月、一年、一年，應執行有期徒刑二年四月在案。被告不服，對上開三罪刑，提起第二審上訴。第二審法院審理中，被告當庭撤回詐欺及恐嚇兩部分之上訴，該兩部分之第一審判決自應確定。然原審法院未及詳察，竟仍就被告恐嚇取財部分予以判決，謂其上訴無理由應予駁回等情。自屬有未受請求之事項予以判決之違法。另被告上訴之搶奪部分，原審法院曾經審理及宣判，並均紀錄在卷。惟判決書理由內漏未記載，自有判決理由矛盾之當然違背法令情形。案經確定，且不利於被告。爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條之規定，提起非常上訴，以資救濟。

三、判決要旨

除刑事訴訟法有特別規定外，未受請求之事項予以判決者，或判決所載理由矛盾者，其判決當然違背法令，此觀乎刑事訴訟法第三百七十九條第十二款、第十四款規定自明。本件被告犯詐欺、搶奪、恐嚇三罪，於上訴中就詐欺及恐嚇部分撤回上訴，乃原審不察，仍就恐嚇部分與搶奪部分一併審判，並駁回其上訴。依其宣判筆錄及原判決案由欄內，均記明其所判決者為搶奪罪，而其理由及事實所載，則全為被告恐嚇部分，對於其搶奪財物部分則無一語提及。是原判決顯係對於恐嚇及搶奪二罪部分而為判決。惟就恐嚇部分而言，原判決就已撤回上訴之案件更為判決，顯有未受請求之事項予以判決之違法。就搶奪部分而言，則判決僅有主文，而未載事實及理由，亦有主文與事實、理由矛盾之違法。爰將原判決撤銷，並將搶奪部分由臺灣高等法院依判決前之程序更為審判，以維被告之審級利益。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十九年度臺非字第一六七號

上訴人

最高法院檢察署檢察總長

被告

某甲

右上訴人因被告搶奪等罪案件，對於臺灣高等法院中華民國七十九年一月十八日第二審確定判決，認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如左：

主文

原判決撤銷，關於搶奪部分由臺灣高等法院依判決前之程序更爲審判。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按除刑事訴訟法有特別規定外，未受請求之事項予以判決者，或判決所載理由矛盾者，其判決當然違背法令，此觀乎刑事訴訟法第三百七十九條第十二款、第十四款規定自明。本件被告分別於民國七十八年五月廿五日、六月廿四日、八月廿三日犯詐欺、搶奪、恐嚇三罪，經第一審以七十八年度訴字第一九三〇號分別判處有期徒刑各十月、一年、一年，並合併定其應執行刑爲二年四月。被告不服提起第二審上訴，嗣於上訴中就詐欺及恐嚇部分撤回上訴。則該二部分第一審判決即因撤回上訴而告確定。乃原審不察，仍就恐嚇部分與搶奪部分一併審判，並駁回其上訴。依其宣判筆錄及原判決案由欄內，均記明其所判決者爲搶奪罪。而其理由及事實所載，則全爲被告恐嚇某乙部分，對於其搶奪某丙財物部分則無一語提及。是原判決顯係對於恐嚇及搶奪二罪部分而爲判決。惟就恐嚇部分而言，原判決就已撤回上訴之案件更爲判決，顯有未受請求之事項予以判決之違法。就搶奪部分而言，則判決僅有主文，而未記載事實及理由，亦有主文與事實、理由矛盾之違法。非常上訴意旨執以指摘原判決違背法令，洵有理

由。案經確定，且不利於被告，爰將原判決撤銷，並將搶奪部分由臺灣高等法院依判決前之程序更爲審判，以維被告之審級利益。

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

中華民國七十九年八月二十二日

第陸拾玖案

一、關係條文

刑事訴訟法第三百七十九條第十四款。

二、非常上訴理由

按判決所載理由矛盾者，其判決當然違背法令，爲刑事訴訟法第三百七十九條第十四款所明定。本件原判決之理由三，載明：「本件交易之提單，美商公司之正式發票，均載明訂單號碼爲X21215C，×福公司（即告訴人）雖謂係爲被告及×島公司所持之零件訂單X21289D塗改者，惟該X21215C與X21289D訂單（亦即告訴人方面所稱之銷售契約英文名稱：SALES CONTRACT）即其所提證據即本案外附之原證據冊內之編號十八、十九號被告所遞刑事呈證並補充說明狀附件之編號上證一號與原證十六號兩者非但號碼不同，買賣貨品名稱、買賣條件等均屬有別」云云，惟依卷附之訂單，亦即銷售契約，其二者區別，僅在於將打字之訂單號碼X21289D塗改後改爲手寫之X21215C而已，其餘內容均屬相同，

原判決指該二紙訂單買賣貨品名稱、買賣條件等亦均有別，而與卷內證據資料不符，其判決顯有證據上理由矛盾，自屬判決理由矛盾，且屬於刑事訴訟法第三百八十條除外之違背法令，案經確定，自應依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

本案告訴人提出之銷售契約 (SALES CONTRACT) X21215C 及 X21289D 二紙，兩者區別僅在於將打字之訂單號碼 X21289D 塗改後改爲手寫之 X21215C 而已，其餘內容均屬相同，原判決理由謂「兩者非但號碼不同，買賣貨品名稱、買賣條件等亦均屬有別」等語。核與卷內證據資料並不相符合，顯有證據上理由矛盾之違背法令，應由本院將原判決關於違背法令部分予以撤銷，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十八年度臺非字第一六號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告等詐欺案件，對於臺灣高等法院中華民國七十七年八月三十日第二審確定判決認爲部分違法，提起非常上訴，本院判決如左：

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）

本院查告訴人提出之銷售契約（SALES CONTRACT）X21215C 及 X21289D（即告訴人提出之原證編號十八、十九、被告提出之上證一號與原證十六號）二紙，兩者區別僅在於將打字之訂單號碼 X21289D 塗改後改爲手寫之 X21215C 而已，其餘內容均屬相同，原判失理由謂「兩者非但號碼不同、買賣貨品名稱、買賣條件等亦均屬有別」等語。核與卷內證據資料並不符合，顯有證據上理由矛盾之違背法令。案經認定，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，惟原判決既諭知被告無罪，尙非不利於被告，應由本院⁴⁸原判決關於違背法令部分予以撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如主文。

中華民國七十八年二月三日

第柒拾案

一、關係條文

刑事訴訟法第三百七十九條第十四款。

刑法第三百四十六條第三項第一項、第三百零二條第二項。

二、非常上訴理由

按有罪之判決書應記載事實，刑事訴訟法第三百零八條定有明文。所謂事實，不僅指犯罪之行爲而

言，即犯罪之動機、目的、手段、結果等與論罪科刑有關之事項，亦應依法認定予以明確記載。而擄人勒贖罪，須行爲人自始有使被害人以財物取贖人身之意思，如被害人之交付財物，別有原因，爲達其取得財物之目的，而剝奪被害人之自由者，除應成立其他財產上之犯罪或牽連犯妨害自由罪外，更無成立擄人勒贖罪之餘地。「意圖」爲本罪之構成要件之一，自應於判決之事實中，詳爲認定始爲適法。原判決之事實，僅載明被告夥同某乙、某丙及綽號「阿炮」之男子等，共同意圖爲自己不法之所有，到臺北市濱江街一帶對猪舍勒索金錢，並未記載被告等於擄人之前即有勒贖之意圖，則其判決理由，遽認被告所爲應成立懲治盜匪條例第二條第一項第九款之擄人勒贖罪，顯失其依據，其判決即屬違法。又依原判決事實之記載，被告等係意圖勒索金錢，而於七十六年一月六日晚同至臺北市濱江街○○巷○○號對面某丁所經營之猪舍，因某丁外出不在，久候不還而不耐，至翌晨一時許，由「阿炮」者持開山刀架住猪舍工人某戊脖子，並由其餘三人持刀及磚塊等搗毀猪舍內鍋子、電話線、汽車玻璃等物（毀損部分未據告訴），並要二人轉告某丁準備新臺幣五萬元，明天來拿，否則要對其不利等語，始行離去。嗣後於八日凌晨再駕車前來取款，方發生該猪舍工人某己、某庚被持刀押走，以電話向某丁勒索金錢之事實。上述毀損部分雖未據告訴，但以刀架住受雇人之脖子，除搗毀僱用人之物外，並要其告訴僱用人準備金錢，否則對其不利，應已構成刑法上之妨害自由及恐嚇取財未遂之行爲，此項行爲並非擄人勒贖罪之當然結果。原判決之理由內並未敘明上開不法行爲部分與所處斷之擄人勒贖罪之間，具有牽連關係或分別起意之數罪，遽以擄人勒贖之單純一罪處斷，其判決亦有理由不備及不適用法則之違背法令。案經確定，應依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

科刑判決之事實欄，應將法院職權上所認定被告犯罪事實，詳為記載，方足為適用法律之依據。而擄人勒贖罪，須行為人自始有使被害人以財物取贖人身之意思為要件。如被害人之交付財物，別有原因，為達其取得財物之目的，而剝奪被害人之自由者，除應成立其他財產上之犯罪或牽連犯妨害自由罪外，即無成立擄人贖罪之餘地。又判決事實與理由不相符者，其判決當然為違背法令。本件原判決事實欄，並未記載被告於擄人之前即有勒贖之意圖，乃於理由欄竟謂被告等至被害人之宿舍目的，自始即是勒贖，而後擄押工人脅迫被害人交付財物而放人。適用懲治盜匪條例第二條第一項第九款論處罪刑，不僅理由失所依據，並有前後矛盾之違法，應由本院將原判決關於被告部分撤銷改判，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十八年度臺非字第一七六號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告

某甲

右上訴人因被告擄人勒贖等罪案件，對於臺灣臺北地方法院中華民國七十六年四月廿四日第一審確定判決，認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原判決關於某甲部分撤銷。

某甲共同意圖為自己不法之所有，以恐嚇使人將本人之物交付未遂，處有期徒刑肆年肆月，減為有期徒刑貳年貳月。

玩具手槍、玩具烏茲衝鋒槍、開山刀、番刀各一把，玩具手槍之塑膠子彈一包均沒收。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按科刑判決之事實欄，應將法院職權上所認定被告犯罪事實，詳為記載，方足為適用法律之依據。而擄人勒贖罪，須行為人自始有使被害人以財物取贖人身之意思為要件。如被害人之交付財物，別有原因，為達其取得財物之目的，而剝奪被害人之自由者，除應成立其他財產上之犯罪或牽連犯妨害自由罪外，即無成立擄人勒贖罪之餘地。又判決事實與理由不相符者，其判決當然為違背法令，本件原判決事實欄僅認定被告某甲夥同某乙、某丙及綽號「阿炮」之男子等，共同意圖為自己不法之所有，到臺北市濱江街一帶對猪舍勒索金錢，且於某丁報警後，依約携款前往贖人等情。並未記載其於擄人之前即有勒贖之意圖，乃於理由欄，竟謂被告等至被害人某丁之猪舍，目的自始即是勒贖，而後贖押某庚、某乙等脅迫某丁交付財物而放人，適用懲治盜匪條例第二條第一項第九款對之論處擄人勒贖罪刑，不僅理由失所依據，並有前後矛盾之違法，且於被告不利。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被告某甲部分撤銷改判。又因被告犯罪在七十七年一月三十日以前，合於減刑條件，並依中華民國七十七年罪犯減刑條例予以減刑，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，刑法第二十八條、第三百四十六條第三項、第一項、第三百零二條第一項、第五十五條、第三十八條第一項第二款，戡亂時期罰金罰鍰提高標準條例第一條前段，中華民國七十七年罪犯減刑條例第二條第一項第二款乙類(一)、第四條第二項、第一條，判決如主文。

中華民國七十八年十一月三十日

第柒拾壹案

一、關係條文

刑事訴訟法第三百七十九條第十四款。

刑法第二百六十六條第一項、第二百六十八條。

二、非常上訴理由

按有罪之判決書，應記載犯罪之事實，諸凡有關犯罪之時間、地點、方法、態樣以及其他與適用法律有關之事項，均應為詳實之記載，始足為適用法律之依據。本件原判決認定之事實，為某甲等圖營利，自民國七十七年六月九日起，提供其高雄市三民區建和街之住宅為賭博場所，供公眾自由出入，設置簽賭卡供不特定人簽賭六合樂，其賭博方式為（一）核對當期香港六合彩同獎號碼所湊和五組二位數字（即俗稱特二）每簽一支號碼之賭金為新臺幣（下同）五百元。如押中者可獲賠十三倍賭金，如未押中則賭金由某甲贏得，（二）核對當期香港六合彩同獎號碼所湊合一組三位數字（即俗稱特三）每簽一支號碼之賭金為一百元，押中者可獲賠四百倍之賭金。否則賭金歸某甲所有。至同月十四日下午三時三十分為之查獲。依此事實，原判決除判處被告某甲等圖營利供給賭博場所及聚眾賭博罪，二罪之間有方法與結果牽連關係，依一重之聚眾賭博罪處斷外，並認其所為應另行構成刑法第二百六十六條第一項前段之普通賭博罪。此部分與聚眾賭博部分犯意各別，應分論併罰。惟原判決之事實，既認定係圖營利聚眾賭博之

行爲，則對其所犯之普通賭博罪之犯罪態樣，自應就其事實，詳爲認定，方足資以適用法律。觀諸原判決之事實，既未就普通賭博罪之態樣予以記載，此判決書即有不按刑事訴訟法第三百零八條所定應記載事實之違背法令。又依原判決理由「二」部分指出：「上訴人所主持之上開特二、特三組賭博，若簽賭人次未滿額時，亦不退組，由上訴人補足未簽選部分而參與賭博，又身兼決定勝負於偶然變數之賭徒身分，與其他簽賭者同在公衆得出入之場所賭博財物，係另犯刑法第二百六十六條第一項前段之普通賭博罪」云云。惟關於被告自行補足未簽選部分而參與賭博部分之犯罪態樣，既未見諸於判決之事實，則其判決理由之認定，即失其依據。復又未於判決內說明認定被告之就補足未簽選部分而參與賭博，構成普通賭博罪之證據，亦有判決不備理由之違法。又利刑之判決書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。貴院六十四年臺上字第八九三號亦有判例可稽。本件原判決即未載事實，其判決主文顯然不能與之適合，自屬違背法令。案經確定，應依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

按有罪判決書之事實欄內，應將犯罪事實及其他一切適用法律有關之事項，明白認定，詳細記載，並在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，其論罪利刑始有根據。若僅於理由內敘明而事實欄內並未認定，則該項犯罪事實，不僅理由失其根據且與法定程式不符，自係違背法令。應由本院將原判決關於此部分撤銷，並爲維持被告審級利益，由原審法院依判決前之程序更爲審判。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十八年度臺非字第二四號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告

某甲

右上訴人因被告賭博案件，對於臺灣高等法院臺南分院中華民國七十七年十一月二十二日第二審確定判決，認為一部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原判決關於在公衆得出入之場所賭博財物罪部分撤銷。由臺灣高等法院臺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）

本院按有罪判決書之事實欄內，應將犯罪事實及其他一切適用法律有關之事項，明白認定，詳細記載，並在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，其論罪科刑始有根據。若僅於理由內敘明而事實欄內並未認定，則該項犯罪事實，不僅理由失其根據且與法定程式不符，自係違背法令。本件原判決主文分別諭知被告某甲意圖營利聚衆賭博及在公衆得出入之場所賭博財物二罪刑。惟觀諸原判決之事實欄，僅記載被告意圖營利聚衆賭博之犯罪態樣外，其另犯之普通賭博罪犯罪事實，即漏未記載，而於理由內「二」部分說明「上訴人所主持之上開特二、特三組賭博，若簽賭人次未滿額時亦不退組，由上訴人補足未簽選部分而參與賭博，又身兼決定勝負於偶然變數之賭徒身分，與其他簽賭者，同在公衆得出入之場所賭博財物」云云。致僅有理由而無犯罪事實，即有理由矛盾之違背法令。又復未說明其憑以認定被告自行補足未簽選部分而參與賭博，應構成普通賭博罪之證據，亦屬判決不備理由而

違背法令。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由。原判決既不利於被告，應由本院將原判決關於此部分撤銷。並為維持被告審級利益，由原審法院依判決前之程序更為審判，以資糾正。

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

中華民國七十八年三月二十二日

第柒拾貳案

一、關係條文

刑事訴訟法第三百七十九條第十四款。

戡亂時期肅清煙毒條例第十條第一項。

二、非常上訴理由

查科刑之判決書其宣示之主文與所載之事實及理由，必須互相適合，否則即屬理由矛盾，其判決當然為違背法令，最高法院六十四年臺上字第八九三號著有判例。被告某甲煙毒一案，原判決主文為施打毒品，處有期徒刑四年，褫奪公權三年；其確認之事實，則為某甲正欲施打，尚未施打之際，為警當場查獲，並扣押某甲所有海洛因粉末一小包及注射針筒各一支，其中某甲所有之針筒含美娜水尚未使用。原判決理由則稱：被告某甲所持持有粉末一小包，經送請內政部警政署刑事警察局鑑驗結果，確含海洛因部分，有該局刑鑑電字第三七五〇三號鑑驗通知書附卷可稽；所持經查扣之針筒，則內含美娜水尚未施打

從而，被告某甲持有毒品之事證均明，犯行亦堪認定，且援引戡亂時期肅清煙毒條例第十條第一項持有毒品罪條文。稽諸原判決確認之事實，與認定之理由及援引之法條，均從被告係犯持有毒品罪而爲論斷；而判決之主文，竟判處被告施打毒品罪刑。依前述判例意旨，原判決自屬違背法令，且於被告不利。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，以資救濟。

三、判決要旨

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，其判決當然爲違背法令；而刑事訴訟法第三百七十九條第十四款之因理由矛盾致適用法令違誤者，就非常上訴而言，應屬判決違背法令。本件確定判決宣示之主文與所載之事實及理由，互生齟齬，而有判決理由矛盾致適用法令違誤之違背法令，應將原判決撤銷，自爲判決，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十九年度臺非字第一二四號

上訴人

最高法院檢察署檢察總長

被 告

某甲

右上訴人因被告煙毒案件，對於臺灣高雄地方法院中華民國七十九年一月二十五日初審確定判決，認爲一部違法（持有毒品部分），提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原判決關於某甲煙毒部分撤銷。

某甲持有毒品，累犯，處有期徒刑貳年貳月，褫奪公權貳年，扣案之海洛因粉末壹點伍捌公克、注射針筒壹支均沒收。

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；而刑事訴訟法第三百七十九條第十四款之因理由矛盾致適用法令違誤者，就非常上訴而言，應屬判決違背法令。本件原確定判決事實欄，係記載被告某甲於民國七十八年十月二日下午，在高雄縣大寬鄉會社村鳳林三路附近，正欲施打毒品海洛因，尚未施打之際，為警當場查獲，並扣得其所所有海洛因粉末一小包（共重一點五八公克）及注射針筒一支（含美娜水，尚未使用）；理由內亦謂被告所為，係犯戕亂時期肅清煙毒條例第十條第一項持有毒品之罪，而據上開法條論處其罪刑。但主文却宣示某甲施打毒品，累犯，處有期徒刑四年，褫奪公權三年，扣案之海洛因粉末一點五八公克、注射針筒一支沒收；其宣示之主文與所載之事實及理由，互生齟齬，而有判決理由矛盾致適用法令違誤之違背法令。非常上訴意旨執以指摘，洵有理由。案經確定，且不利於被告，應由本院將原判決撤銷，自為判決，論以持有毒品，累犯之罪，酌情處以有期徒刑二年二月，褫奪公權二年，並沒收扣案之海洛因粉末一點五八公克、注射針筒一支，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，戕亂時期肅清煙毒條例第十條第一項、第十二條，刑法第十一條前段、第四十七條、第三十七條第二項、第三十八條第一項第二款，判決如主文。

中華民國七十九年七月五日

第柒拾叁案

一、關係條文

刑事訴訟法第二百七十九條第十四款後段。

二、非常上訴理由

按科刑判決書，須先認定犯罪事實，然後於理由內敘明其認定犯罪所傳之證據，方足以資論罪科刑。如認定事實與其所採用之證據，及認定之理由不相適合，即屬理由矛盾，其判決當然違背法令。貴院四十六年臺上字第三〇七號著有判例。本件原判決之事實，認定某甲、某乙與同係澎湖縣白沙鄉吉貝村之不詳姓名成年男子多人，因不滿同鄉赤崁村民向警檢舉吉貝村民炸魚事，共同謀議以汽油鐵桶打洞穿插鋼筋，內填石塊製成障礙物，投入赤崁村民作業漁場海底，以損壞前往撈捕丁香魚之赤崁村民漁網，於七十七年六月十六日上午九時許，在吉貝漁港碼頭前福德廟廣場，共同將舊汽油鐵桶打洞及鋼筋剪斷成段，再分批以漁船載運至赤崁村民作業漁場製成障礙物投入海中。某甲、某乙與另一不詳姓名成年男子，基於犯意聯絡駕駛「全得發號」漁船，載運一名小孩及經打洞之舊汽油鐵桶二只，自吉貝港出海，於是日上午十一時十五分許，駛經吉貝島北面時，搭載在岸邊招手，請求載往目斗嶼之乘客某丙等三人，於上午十一時五十分許，送某丙等三人在目斗嶼上岸後，隨即駕船駛往目斗嶼南方約二・三哩，即吉貝島西南方約一・六哩處赤崁村民撈捕丁香魚之海域，將所載汽油鐵桶穿插鋼筋製成障礙物，投入海中，致使附表所列時地作業之赤崁村民某丁等二十五人之漁網相繼爲其所投凸插汽油鐵桶外之鋼筋勾纏割

損破壞。依上述事實以觀，被告係於七十七年六月十六日上午九時許，始在吉貝港前福德廟廣場，共同將舊汽油桶打洞及鋼筋剪斷成段，再分批以漁船將之載運至赤崁村民作業漁場製成障礙物投入海中，而被告之漁船於上午十一時五十分以後方駛至吉貝島西南方約一・六哩處將障礙物投入海中。依原判決此項事實而言，被告及其有共同犯意聯絡之人，不可能在七十七年六月十六日上午九時以前將障礙物投置於赤崁村漁民作業之海底。而依原判決作爲事實一部分之附表列載漁船漁網被損壞之地點，其中編號8益勝發號漁船漁網被破壞三次，其中二次，分別爲七十七年六月十五日七時及十六日三時。編號9益勝發六號漁船漁網亦被破壞三次，其中二次分別爲七十七年六月十五日五時及十六日七時。編號17金日春號漁船漁網被破壞二次，其中一次爲七十七年六月十六日五時。編號18漁滿發號漁船漁網被破壞爲七十七年六月十六日四時。均在被告或其犯意聯絡之人投置障礙物之前。則上述表列漁網之損壞，顯非被告或其犯意聯絡者行爲所致，原判決之認定事實，先後即有矛盾。又原判決之理由二之(一)及(二)部分，所引敘之證人蔡某、黎某、林某、梁某、魏某、郭某之證言，均不能證明被告有於七十七年六月十六日上午九時以前將障礙物投置於海之事實，則原判決之認定被告等七十七年六月十六日上午九時以前之毀損事實，即欠依據，自有判決理由矛盾之違背法令。案經確定，應依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

科刑判決書認定之事實，如與其所採用之證據及認定之理由不相適合，即屬理由矛盾，其判決當然違背法令。本件依第一審判決認定之事實，被告等於七十七年六月十六日上午十一時五十分，將障礙物投入吉貝島西南方海域，而判決附表所列漁船被毀損時間，均在七十七年六月十六日上午十一時被告等

投置障礙物之前，則漁船漁網之被毀損，顯非被告等行爲所致，第一審判決就上開部分認定之事實，即與其所採用之證據及認定之理由不相適合，難謂無判決所載理由矛盾致適用法令違誤之違法。上訴第二審法院，竟不加糾正，均屬於法有違，應將原判決及第一審判決均撤銷，另爲判決。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十九年度臺非字第第六號

上訴人

最高法院檢察署檢察總長

被 告

某甲

某乙

右上訴人因被告等毀損一案，對於臺灣高等法院臺南分院中華民國七十八年一月十二日第二審確定判決，認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原判決及第一審判決均撤銷。

某甲、某乙共同損壞他人之漁網，足以生損害於他人，各處有期徒刑玖月。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按科刑判決書認定之事實，如與其所採用之證據及認定之理由不相適合，即屬理由矛盾，其判決當然違背法令。本件依第一審判決認定之事實，被告某甲、某乙及另一具有共同犯意之不詳姓名成年男子，於民國七十七年六月十六日上午十一時五十分將障礙物投入吉貝島南方約一・六哩處赤崁村民撈捕丁

香魚之海域，第一審判決採爲證據之證人蔡某、黎某、林某、梁某、郭某之證述，亦證明被告等於七十七年六月十六日上午十一時五十分後，始將障礙物投置於海，則第一審判決附表所列編號第8益勝發號漁船受損時間欄，其中七十七年六月十五日七時、七十七年六月十六日三時二次，編號第9益勝發六號漁船其中七十七年六月十五日五時、七十七年六月十六日七時二次；編號第17金日春號漁船，其中七十七年六月十六日五時一次；編號第18漁滿發號漁船，七十七年六月十六日四時，其被毀損時間既均在七十七年六月十六日上午十一時被告等投置障礙物之前，則上開漁船漁網之被毀損，顯非被告等行爲所致，第一審判決就上開部分認定之事實，即與其所採用之證據及認定之理由不相適合，難謂無判決所載理由矛盾致適用法令違誤之違法。經上訴第二審法院，竟不加糾正，仍予維持，爲上訴駁回之判決，均屬於法有違。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨，執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決及第一審判決均撤銷，另爲判決。核被告等除前開部分外，其餘毀損行爲罪證明確，仍應成立刑法第三百五十四條罪名，被告等與不詳姓名人間，互有犯意聯絡及行爲分擔，爲共同正犯，其以一行爲而毀損多人之漁網，係一行爲觸犯數罪名，爲想像競合犯，應從一重處斷，爰審酌犯罪動機、手段、犯罪所生之損害等一切情狀，論以共同毀損罪各處有期徒刑玖月。至前揭所述部分，其犯罪尙屬不能證明，因公訴意旨，認與論罪部分有想像競合關係，爲裁判上一罪，不另爲無罪之諭知，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但書，刑法第二十八條、第三百五十四條、第五十五條，酌亂時期罰金罰鍰提高標準條例第一條前段，判決如主文。

中華民國七十九年一月廿五日

第柒拾肆案

一、關係條文

刑事訴訟法第四百七十七條。

二、非常上訴理由

茲依刑法第四十八條應更定其刑者，由該案犯罪事實最後判決之法院之檢察官聲請該法院裁定之，爲刑事訴訟法第四百七十七條所明定。查本件被告某甲於民國七十六年六月中旬犯恐嚇取財罪，經臺灣高等法院於七十七年五月二十五日，以七十七年度上訴字第四〇九號判決，判處有期徒刑貳年，減爲有期徒刑壹年確定後，發現該被告曾因犯偽造文書罪，經臺灣臺北地方法院以七十三年訴緝字第五四五號判決，判處其有期徒刑叁月，如易科罰金以叁拾元折算壹日確定，已於七十四年四月二十四日執行完畢在案，均有判決書正本等可稽，其所犯恐嚇取財罪係屬累犯應更定其刑。依首揭說明，自應由臺灣高等法院檢察署檢察官聲請臺灣高等法院裁定，原裁定不察，竟依臺灣臺北地方法院檢察署檢察官之聲請逕，爲裁定，顯有違背法令。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

依刑法第四十八條裁判確定後發覺爲累犯應更定其刑者，由該案犯罪事實最後判決之法院之檢察官

聲請該法院裁定之，刑事訴訟法第四百七十七條定有明文。本件被告所犯恐嚇取財罪，其犯罪事實最後判決之法院爲臺灣高等法院，嗣後發覺爲累犯，自應由該院檢察署檢察官向同院聲請，原審爲該案犯罪事實最先判決之法院，本無管轄權，對同院檢察署檢察官之聲請更定其刑，不從程序上駁回，竟爲實體上之裁定，顯屬違法，應將原裁定撤銷，並駁回檢察官更定其刑之聲請，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十九年度臺非字第三七號

上訴人

最高法院檢察署檢察總長

被 告

某甲

右上訴人因被告恐嚇取財案件，對於臺灣臺北地方法院中華民國七十八年十二月十一日累犯更定其刑之確定裁定，認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左：

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）

本院按依刑法第四十八條裁判確定後發覺爲累犯應更定其刑者，由該案犯罪事實最後判決之法院之檢察官聲請該法院裁定之，刑事訴訟法第四百七十七條定有明文。本件被告某甲於七十六年六月中旬所犯恐嚇取財罪，其犯罪事實最後判決之法院爲臺灣高等法院，嗣後發覺爲累犯，應更定其刑時，自應由

臺灣高等法院檢察署之檢察官，向同院聲請，原審爲該案犯罪事實最先判決之法院，本無管轄權，對同院檢察署檢察官之聲請更定其刑，不從程序上駁回，竟爲實體上之裁定，顯屬違法。該項確定裁定與確定判決有同一之效力，且於被告不利，上訴意旨，執以指摘，洵有理由，應由本院將原裁定撤銷，並駁回檢察官更定其刑之聲請，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但書，判決如主文。

中華民國七十九年三月二日

第柒拾伍案

一、關係條文

司法院院字第二七〇二號解釋。

刑法第三百四十六條、第二百七十七條第一項。

二、非常上訴理由

按數罪併罰中之一罪，其最重本刑雖在三年以下，而他罪之最重本刑如已超過三年，則因併合處罰之結果，根本上不得易科罰金，司法院院字第二七〇二號著有解釋。本件被告某甲因犯刑法第三百四十六條第一項之恐嚇罪，被處有期徒刑捌月。又因犯刑法第二百七十七條第一項之傷害罪，被處有期徒刑陸月。案經確定後，因均合於中華民國七十七年罪犯減刑條例之規定，原裁定分別據以減刑各二分之一

後，並定其應執行刑有期徒刑陸月。因恐嚇罪之最重本刑爲五年以下之有期徒刑，縱經減刑爲有期徒刑肆月，亦與刑法第四十一條得予易科罰金之規定有間。原裁定竟將之與傷害罪合併定應執行刑之有期徒刑陸月，諭知易科罰金之標準，其裁定即屬違法。雖原法院裁定後之同年五月三十日，以該裁定諭知易科罰金之標準，係屬顯然誤寫之理由，以裁定更正錯誤，惟刑事裁判之上文記載錯誤，以裁定將其更正，此項裁定自屬無效，貴院二十六年渝上字第八七一號著有判例在案。本件之更正裁定係將得易科罰金部分，變更爲不得易科罰金，顯然變更原裁定之主文，其更正自不生效力。原裁定顯有適用法則不當之違背法令，且減刑及定執行刑之裁定，與科刑判決有同一效力。案經確定，應依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

數罪併罰中之一罪，其最重本刑雖在三年以下，而他罪之最重本刑如已逾三年，則因合併處罰之結果，即不得易科罰金，經司法院院字第二七〇二號解釋在案。本件被告因犯恐嚇罪及傷害罪，前者最重法定本刑爲五年，二罪併罰所定應執行刑，自不得易科罰金，乃原裁定竟諭知易科標準，自屬違法。又因刑事裁判之主文記載錯誤，不得以裁定更正，原法院於發現錯誤後，雖又裁定刪除上開易科罰金標準之諭知，於原裁定之違法，仍不生影響。且定執行刑之裁定，與科刑判決有同一效力，得爲非常上訴之對象，原裁定尙非不利於被告，僅應由本院將原裁定違背法令部分撤銷，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十八年度臺非字第四二號

上訴人 最高法院檢察署檢察長

被告 某甲

右上訴人因被告恐嚇等罪案件，對於臺灣高等法院臺中分院中華民國七十七年五月十八日減刑確定裁定，認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如左：

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）

本院按數罪併罰中之一罪，其最重本刑雖在三年以下，而他罪之最重本刑如已逾三年，則因合併處罰之結果，根本即不得易科罰金，經司法院院字第二七〇二號解釋在案。本件被告某甲因犯刑法第三百四十六條之恐嚇罪及第二百七十七條第一項之傷害罪，所處有期徒刑八月及六月，原裁定均予減刑並定應執行刑為有期徒刑六月，因恐嚇罪之最重法定本刑為有期徒刑五年，二罪併罰所定應執行刑，自不得易科罰金，乃原裁定主文竟論知應執行有期徒刑六月部分，「如易科罰金，以叁拾元折算一日」，自屬違法。又因刑事裁判之主文記載錯誤，不得以裁定更正，原法院於發現錯誤後，雖又裁定刪除上開易科罰金標準之諭知，於原裁定之違法，仍不生影響。且定執行刑之裁定，與科刑判決有同一效力，得為非常上訴之對象。原裁定既經確定，非常上訴意旨指摘原裁定上開部分違法，洵有理由，惟此項違法，尚非不利於被告，僅應由本院將原裁定違背法令部分撤銷，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。

中華民國七十八年四月六日

第柒拾陸案

一、關係條文

司法院大法官會議釋字第一四六號解釋。

二、非常上訴理由

按刑事判決確定後，發見該案件認定事實與所採用證據顯屬不符，自屬違背法令，得提起非常上訴，司法院大法官會議釋字第一四六號解釋有案。本件被告某甲主持俗稱大家樂賭博，於民國七十五年十二月二十四日上午十時二十分，在臺北縣中和市光華街福和市場，當場被查獲扣案之賭博現金爲新臺幣（以下同）壹拾萬捌仟柒佰伍拾元，業據被告某甲於警訊時供述明確，並有贓物款收據一紙在卷可稽。乃原判決竟將壹拾萬捌仟柒佰伍拾元誤爲壹拾捌萬捌仟柒佰伍拾元而諭知沒收，顯有認定事實與所採用證據不符之違背法令，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、判決要旨

刑事判決確定後，發見該案件認定事實與所採用證據顯屬不符，自屬違背法令，得提起非常上訴，業經司法院大法官會議釋字第一四六號解釋在案。本案扣得之賭資爲新臺幣十萬八千七百五十元，乃原判決竟誤認爲十八萬八千七百五十元，並據以諭知沒收，顯有認定事實與所憑證據不相適合之違背法令

。應由本院將原判決關於沒收部分撤銷改判，以資料正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十八年度臺非字第八三號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告賭博案件，對於臺灣高等法院中華民國七十六年九月三十日第二審確定判決，認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原判決關於沒收部分撤銷。

扣案之新臺幣拾萬捌仟柒佰伍拾元沒收。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑事判決確定後，發見該案件認定事實與所採用證據顯屬不符，自屬違背法令，得提起非常上訴，業經司法院大法官會議釋字第一四六號解釋在案。本件被告某甲主持大家樂賭博，於七十五年十二月二十四日上午十時二十分，在臺北縣中和市光華街福和市場內為警當場查獲，並扣得賭資新臺幣（下同）拾萬捌仟柒佰伍拾元之事實，業據被告某甲於警訊時供述明確，並有贓證物款收據一紙在卷可稽。乃原判決竟誤認為扣案賭資拾捌萬捌仟柒佰伍拾元並據而論知沒收，顯有認定事實與所憑證據不相適合之違背法令。案經確定，且不利於被告，非常上訴執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決關於沒收部

分撤銷改判，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，刑法第三十八條第一項第二款，判決如主文。

中華民國七十八年七月十三日

第柒拾柒案

一、關係條文

司法院大法官會議釋字第一五二號解釋。

二、非常上訴理由

按連續犯須連續數行為而犯同一罪名，始能成立。所謂犯同一罪名，依司法院大法官會議釋字第一五二號解釋，指構成犯罪要件相同之罪名而言。上訴人所犯刑法第三百廿一條第一項第四款之罪，係屬所犯同法第三百廿一條之加重條件者，認為同一罪名，雖無不合，但同法第三百廿九條則為準強盜罪，認為同一罪名，而依連續犯規定論擬，則有未當，業經貴院六十七年臺上字第二八四八號著有判例在案。至貴院廿五年上字第五四六八號判例，因抵觸司法院大法官會議釋字第一五二號解釋而已失效，不生先後判例見解不同之問題。本件原判決認定如其附表編號(一)記載被告所犯之準加重強盜罪，與附表編號(一)至(六)所示之十九次連續竊盜行為，依首開判例意旨，不能成立連續犯，應予分論併罰，原判決疏未注意

，於撤銷第一審判決後，竟依連續犯論以一罪，從準加重強盜罪處斷，並依戡亂時期竊盜犯贓物犯保安處分條例第四條第一款，宣告應於刑之執行前，令入勞動場所強制工作，顯屬適用法則不當之違法，案經確定，應依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

連續犯須連續數行為而犯同一罪名者，始能成立。所謂犯同一罪名，依司法院大法官會議釋字第一五二號解釋，係指構成犯罪要件相同之罪名而言。若所犯數行為，其構成犯罪要件不相同時，即不能論以該罪名之連續犯。本件被告所犯連續加重竊盜罪與準加重強盜罪，二者構成犯罪要件，尙難謂為相同，原判竟認係連續犯而從一重之準加重強盜罪論處，適用法則不無違誤，應將原判決關於違背法令部分撤銷，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十七年度臺非字第七八號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告準強盜罪（偽造有價證券）案件，對於臺灣高等法院臺南分院中華民國七十三年四月卅日確定判決，認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如左：

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）

本院按連續犯須連續數行為而犯同一罪名者，始能成立。所謂犯同一罪名，依司法院大法官會議釋字第一五二號解釋，係指構成犯罪要件相同之罪名而言。若所犯數行為，其構成犯罪要件不相同時，即不能論以該罪名之連續犯。本件被告某甲所犯原判決附表編號（一）至（六）所示之連續加重竊盜罪，與所犯該附表編號（二）所示之準加重強盜罪（刑法第三百卅條），二者構成犯罪要件，尚難謂為相同，不能成立連續犯，原判決於撤銷第一審判決後，竟認係連續犯而從一重之準加重強盜罪（即某甲連續攜帶兇器，踰越安全設備，於夜間侵入住宅竊盜，因脫免逮捕，當場施以強暴累犯）論處，並以其有犯罪習慣，諭知應於刑之執行前，令入勞動場所強制工作，未將二者分論併罰，適用法則（連續犯部分），不無違誤。案經確定，非常上訴意旨，執以指摘，尚有理由，但以其尚非不利於被告，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。

中華民國七十七年七月八日

第柒拾捌案

一、關係條文

司法院大法官會議釋字第一八一號解釋。

刑法第七十四條。

二、非常上訴理由

按得宣告緩刑者，以受二年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告，而有：(一)未曾受有期徒刑以上刑之宣告，(二)前受有期徒刑以上刑之宣告，執行完畢或赦免後，五年以內未曾受有期徒刑以上刑之宣告情形之一，認以暫不執行為適當者為限，刑法第七十四條規定甚明。本件被告某甲因犯明知為偽藥而販賣罪，經臺灣宜蘭地方法院於民國七十七年八月五日，以七十七年度訴字第一九六號刑事判決，處以有期徒刑一年十月，緩刑四年確定在案。不惟有臺灣新竹地方法院檢察處七十八年度偵字第一七一三號偵查卷第五頁所附該處刑案資料查註紀錄表記載可稽，並有附送之該案全卷足考。嗣被告於民國七十八年三月十七日又犯共同私運管制物品進口逾公告數額罪，原確定判決處以有期徒刑三月，固無不合，但對於上開偵查卷第五頁所附之刑案資料查註紀錄表內容，疏未注意，此一資料關係被告是否合於緩刑要件之重要證據，竟未予調查，率行宣告緩刑，依司法院大法官會議釋字第一八一號解釋，自屬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，為判決違背法令。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、判決要旨

判決前已經受有期徒刑以上刑之宣告，雖經同時諭知緩刑，苟無刑法第七十六條失其刑之宣告效力之情形，仍不得於後案宣告緩刑。本件被告因販賣偽藥罪，經宜蘭地院於七十七年八月間，判處罪刑緩刑四年確定，原判決於七十八年八月廿八日以被告犯走私罪，處以有期徒刑三月，依前開說明，自不得

再宣告緩刑，原判疏未調查，率予宣告緩刑二年，依司法院大法官會議釋字第一八一號解釋，自屬判決違背法令，惟原判決尚非不利於被告，應僅將原判決關於被告違背法令部分撤銷，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十九年度臺非字第二五號

上訴人

最高法院檢察署檢察總長

被 告

某甲

右上訴人因被告走私案件，對於臺灣新竹地方法院中華民國七十八年八月二十八日第一審確定判決，認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如左：

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）

本院按判決前已經受有期徒刑以上刑之宣告，雖經同時諭知緩刑，苟無刑法第七十六條失其刑之宣告效力之情形，仍不得於後案宣告緩刑。本件被告某甲因犯明知為偽藥而販賣罪，經臺灣宜蘭地方法院於七十七年八月五日，以七十七年度訴字第一九六號刑事判決，處以有期徒刑一年十月，緩刑四年確定。此有該案偵查卷第五頁所附刑案資料查註紀錄表之記載可稽，並有該案卷可證。原判決於七十八年八月二十八日，以被告犯共同私運管制物品進口逾公告數額罪，處以有期徒刑三月，依前開說明，自不得再宣告緩刑，乃原判決竟疏未對於上開刑案資料查註紀錄表內容予以調查，率予宣告緩刑二年，依司法院

大法官會議釋字第一八一號解釋，自屬判決違背法令。案經確定，上訴人提起非常上訴，洵有理由。惟原判決尚非不利於被告，應僅將原判決關於被告違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如主文。

中華民國七十九年二月十六日

第柒拾玖案

一、關係條文

司法院大法官會議釋字第一八一號解釋。

刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款。

二、非常上訴理由

一、按卷宗內之筆錄及其他文書可為證據者，應向被告宣讀，或告以要旨。證物應示被告，令其辨認。如係文書被告不解其意義者，應告以要旨。此項程序為公開審判期日所應踐行者，亦為第二審審判程序所準用，否則即係於審判期日所應調查之證據未予調查，若採為裁判之基礎，其判決當然違背法令，貴院四十六年臺上字第四一四號著有判例。本件原確定判決，認定被告某甲有共同殺人未遂之犯行，而予論處罪刑，其據裁判基礎證據之「報告書」一份，並未於審判期日，依刑事訴訟法第一百六十四條及第一百六十五條規定，提示被告或告以要旨，此有該案之中華民國七十六年五月六日審判筆錄可

按。雖該筆錄載有，問被告等：「對某乙、某丙、某丁在偵審中及本院前庭所供（分別提示並告要旨）有何意見？」顯見其所提示者，僅為該三人之應訊筆錄而已，並未包括該三人所提出附於警卷之報告書。該報告書既未依法為提示或告以要旨，其遽採為被告不利之證據，其判決自屬違背法令。二、依司法院大法官會議釋字第一八一號解釋：「依法應予審判期日調查之證據，未予調查，致適用法令違誤，而顯然於判決有影響者，該項確定判決，即屬違背法令，應有刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款規定之適用。」本案被告某甲於案件審理中，始終否認其參與殺人，並辯謂其服務於高雄縣××鄉××村××路××號××橡膠有限公司，案發當日，即七十五年七月十九日上午七時五十九分起至晚上八點十分止，始終在廠內並未外出，何能於是日中午在其自宅殺人。並提出打卡之「出勤卡」一紙為證。此項「出勤卡」之證據力如何，原審法院於審判期日，並未予以調查，亦未於判決理由中說明何以不足採為有利被告某甲之認定。如謂「出勤卡」能採為有利於被告之證據，對原判決顯然有影響，則其不予調查，自屬判決違背法令，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、判決要旨

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，大法官會議釋字第一八一號解釋在案。本件被告於審理中，曾提出出勤卡一紙，證明其於案發時，始終在廠內並未外出，此項出勤卡，原審未予調查，且未說明如何不足採為有利被告之證據，其判決自屬違背法令，為維持被告審級利益，應將原判決關於此部分撤銷，由原審法院依判決前之程序更為審判，以資救濟。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十七年度臺非字第三七號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告

某甲

右上訴人因被告殺人未遂案件，對於臺灣高等法院臺南分院第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左：

主文

原判決關於某甲部分撤銷，由臺灣高等法院臺南分院，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：「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」。大法官會議釋字第一八一號解釋在案。本件被告某甲於審理中，否認有參與殺人行爲，辯稱服務於高雄縣××鄉××村××路××號××橡膠有限公司，案發時，即七十五年七月十九日上午七時五十九分起，至晚間八點十分止，始終在廠內並未外出，何能於是日中午在其自宅殺人，並提出打卡之「出勤卡」一紙爲證。此項「出勤卡」，原審未予調查，且未說明該「出勤卡」如何不足採爲有利被告之證據，其判決自屬違背法令。上訴人於判決確定後，提起非常上訴自屬正當。原判於被告不利，爲維持被告審級利益，應將原判決關於此部分撤銷，由原審法院依判決前之程序更爲審判，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款第二項，判決如主文。

中華民國七十七年三月十八日

第捌拾案

一、關係條文

軍事審判法第五條第二項第三項。

刑事訴訟法第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決適用法則不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條後段定有明文。又犯罪在任職服役中，發覺在離職離役後者，由法院審判，並按行爲時之身分適用法律，軍事審判法第五條第二項第三項亦規定甚明，且有^(四)軍事委員會偉成法審^(四)偷一代電可稽。本件被告某甲係陸軍一九五〇部隊士兵，於七十七年二月廿八日服役中盜取他人機車一輛，於同年同月廿九日逃亡，爲陸軍總司令部七十七年三月廿五日通緝，並於七十七年五月十二日發覺盜取財物罪，查被告無故離營已逾一月之後發覺盜取財物罪，業已喪失軍人身分，雖應由法院審判（見兵役法第廿條第一項第三款，最高法院⁽⁸⁸⁾臺非字第一七五號判例），但仍須按盜取財物行爲時之軍人身分，適用陸海空軍刑法第八十五條之規定論罪處刑，始屬合法。乃原判竟依普通刑法第三百廿條第一項論科，適用法則顯有未當。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、判決要旨

犯罪在任職服役中，發覺在離職離役後者，由法院審判，並按行爲時之身分適用法律，軍事審判法第五條第二項第三項規定甚明。本件被告無故離營已逾一月之後，始發覺其在服役期中犯罪，雖應由普通法院審判，但原確定判決不依被告盜取財物時之軍人身分適用陸海空軍刑法論處，而依普通刑法處斷，其適用法則顯有未當，自應由本院將其違背法令部分撤銷，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十八年度臺非字第二二號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告盜取財物案件，對於臺灣高等法院中華民國七十七年九月十六日第二審確定判決，認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左：

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）

本院按犯罪在任職服役中，發覺在離職離役後者，由法院審判，並按行爲時之身分適用法律，軍事審判法第五條第二項第三項規定甚明。本件被告某甲於民國七十七年二月廿八日在陸軍一九五〇部隊服士兵役時，竊取他人機車一輛，於同年月廿九日逃亡，同年三月廿五日經陸軍總司令部通緝，同年五月十二日被警緝獲，發覺盜取他人機車，凡此均有確定判決事實及陸軍總司令部軍法處函可稽。被告無故離

營已逾一月之後，始發覺其在服役期中犯罪，雖應由普通法院審判，但原確定判決不依被告盜取財物時之軍人身分，適用陸海空軍刑法第八十五條之規定論處罪刑，而依刑法第三百廿條第一項處斷，其適用法則顯有未當，上訴人於判決確定後，認為違法，提起非常上訴，洵有理由，第查原判決於被告尚非不利，自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。

中華民國七十八年二月十七日

第捌拾壹案

一、關係條文

中華民國六十年罪犯減刑條例第二條、第四條。

中華民國六十四年罪犯減刑條例第二條、第五條第一項、第六條第一項。

刑法第二百零一條第一項。

二、非常上訴理由

按犯罪在中華民國六十年八月十六日以前者，除別有規定外，應予減刑。又應減刑之罪，未經判決確定者，於裁判時減刑，此觀中華民國六十年罪犯減刑條例第二條前段、第四條及中華民國六十四年罪

犯減刑條例第二條第一項、第六條之規定甚明。本件依原判決所確認之事實，被告某甲犯偽造有價證券等罪案件，係在民國五十七年六月至五十八年九月間，所犯又非中華民國六十年罪犯減刑條例第二條但書及中華民國六十四年罪犯減刑條例第三條所列各該不予減刑之罪名，乃原確定判決論處被告罪刑時，竟未予減刑，目屬判決不適用法則之違背法令。案經確定，且於被告不利，應依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

中華民國六十年罪犯減刑條例第二條規定，犯罪在中華民國六十年八月十六日以前者，應予減刑，惟犯該條例但書所列各罪者不適用之。而應依同條例減刑之案件，未經判決確定者，於裁判時行之，則為同條例第四條所明定。又中華民國六十四年罪犯減刑條例第二條亦規定，犯罪在中華民國六十四年四月十六日以前者，除本條例別有規定者外，應依其規定減刑。同條例第五條第一項規定，依本條例應減刑之罪，曾依其他法令減刑者，仍就原減得之刑再予減刑，而依此條例應減刑之罪，未經判決確定者，於裁判時減其宣告刑，亦為其第六條第一項所明定。本件被告觸犯刑法第二百零一條第一項之偽造有價證券罪名，此項犯罪，既不在前開六十年罪犯減刑條例第二條但書之列，亦不在前開六十四年罪犯減刑條例第二條所稱別有規定之列，第一審未依照上述規定，於裁判時減刑，並再予減輕其宣告刑，原審亦未予糾正，均屬於法有違。應由本院將原判決關於罪刑部分撤銷，依法改判，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十八年度臺非字第二六號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告

某甲

右上訴人因被告偽造有價證券案件，對於臺灣高等法院臺南分院中華民國七十七年一月二十一日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原判決關於罪刑部分撤銷。

某甲連續意圖供行使之用，而偽造有價證券，處有期徒刑玖月，減為有期徒刑肆月又拾伍日。

偽造之某乙、某丙名義共同簽發之發票日各為五十七年六月二十四日、五十七年七月二十九日、五十七年九月二十八日，到期日各為五十七年七月二十四日、五十七年八月二十九日、五十七年十月二十八日，面額均為新臺幣伍萬元及某乙、某丙、某丁名義共同簽發之發票日五十八年九月十二日，到期日五十八年十月十二日，面額新臺幣伍萬元本票共肆張均沒收。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按中華民國六十年罪犯減刑條例第二條規定，犯罪在中華民國六十年八月十六日以前者，應予減刑，惟犯該條但書所列各罪者不適用之。而應依同條例減刑之案件，未經判決確定者，於裁判時行之，則為同條例第四條所明定。又中華民國六十四年罪犯減刑條例第二條亦規定，犯罪在中華民國六十四年四月十六日以前者，除本條例別有規定者外，應依其規定減刑，同條例第五條第一項規定，依本條例應減刑之罪，曾依其他法令減刑者，仍就原減得之刑再予減刑，而依此條例應減刑之罪，未經判決確定者，於裁判時減其宣告刑，亦為其第六條第一項所明定。本件原審撤銷第一審判決，引用刑法第五十六

條、第二百零一條第一項（贅引第五十五條）、第五十九條、第二百零五條、第二條第一項但書，戕亂時期罰金罰鍰裁判費執行費公證費提高標準條例第一條（前段），改判論處被告某甲連續意圖供行使之用而偽造有價證券罪有期徒刑一年六月，並將偽造之四張本票宣告沒收，固非無見。惟依原確定判決所認定之事實，被告係自五十七年六月二十四日起至五十八年九月十二日止，連續偽造如主文所示被害人某乙等名義之本票四張持以行使，觸犯刑法第二百零一條第一項之偽造有價證券罪名。此項犯罪，既不在前開六十年罪犯減刑條例第二條但書之列，亦不在前開六十四年罪犯減刑條例第二條所稱別有規定之列。第一審未依照上述規定，於裁判時減刑，並再予減輕其宣告刑，原審亦未予糾正，仍予維持，均屬於法有違。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，應由本院將原判決關於罪刑部分撤銷，依法改判，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，刑法第五十六條、第二百零一條第一項、第五十九條、第二百零五條、第二條第一項但書，戕亂時期罰金罰鍰裁判費執行費公證費提高標準條例第一條前段，中華民國六十年罪犯減刑條例第二條前段、第四條、第三條第一項第三款，中華民國六十四年罪犯減刑條例第六條、第五條第一項、第四條第二項、第二條第一項第二款乙類（一），判決如主文。

中華民國七十八年二月廿七日

第捌拾貳案

一、關係條文

中華民國七十七年罪犯減刑條例第二條。

刑法第三百二十條第一項。

二、非常上訴理由

按犯罪在中華民國七十七年一月三十日以前，除有中華民國七十七年罪犯減刑條例第三條及第五條但書規定之情形外，應依同條例有關規定予以減刑。其未經判決確定者，於裁判時減其宣告刑，同條例第二條、第六條分別定有明文。本件被告某甲曾有毀損、侵占、竊盜、偽造文書、傷害等前科多次，竟仍不知悔改，復基於概括之犯意，意圖為自己不法之所有，自七十六年十月中旬，至同年十一月底先後四次，利用休息時間，竊取其任職之臺中市某塑膠股份有限公司所有之塑膠湯匙，每次數量約一百至二百公斤，合計約六百多公斤，得手後即迅以每公斤八元之賤價，出賣於知情之舊貨商某乙（已判決確定執行完畢），經公司負責人某丙發覺報警查獲之事實，已為原確定判決所認定，而其犯罪時間既在七十七年一月三十日以前，所犯又無中華民國七十七年罪犯減刑條例第三條及第五條但書之情形，揆諸首揭說明，自應依同條例第二條之規定予以減刑，原審不察，疏未減刑，顯有不適用法則之違背法令。案經確定，且對被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條，提起非常上訴，以資救濟。

三、判決要旨

犯罪在中華民國七十七年一月三十日以前者，除別有規定外，應依中華民國七十七年罪犯減刑條例第二條予以減刑，此為該條例所明定。本件被告所犯連續竊盜罪，原判決既認定其犯罪時間係七十六年十月中旬至同年十一月底，乃在七十七年一月三十日以前，其所科處之有期徒刑六月，竟未依上開條例

減刑，顯有不適用法則之違誤，應由本院將原判決撤銷改判，並予減刑，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十九年度臺非字第一二號

上訴人

最高法院檢察署檢察總長

被 告

某甲

右上訴人因被告竊盜案件，對於臺灣臺中地方法院中華民國七十八年八月三十一日第一審確定判決，認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原判決撤銷。

某甲連續竊盜，處有期徒刑陸月，減為有期徒刑叁月。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按犯罪在中華民國七十七年一月三十日以前者，除別有規定外，應依中華民國七十七年罪犯減刑條例第二條予以減刑，此為該條例所明定。本件被告某甲所犯連續竊盜罪，原判決既認定其犯罪時間係七十六年十月中旬至同年十一月底，乃在七十七年一月三十日以前，其所科處之有期徒刑六月，竟未依上開條例減刑，顯有不適用法則之違誤，且於被告不利，案經確定，非常上訴執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決撤銷改判，並予減刑，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，刑法第五十六條、第三百二十條第

一項，中華民國七十七年罪犯減刑條例第四條第二項、第二條第一項第二款乙類(一)，戡亂時期罰金罰鍰提高標準條例第一條前段，判決如主文。

中華民國七十九年二月九日

第捌拾叁案

一、關係條文

中華民國七十七年罪犯減刑條例第三條第五款。

刑法第二百七十一條第一項。

二、非常上訴理由

按犯刑法第二百七十一條第一項之殺人罪二次以上者，不予減刑，中華民國七十七年罪犯減刑條例第三條第五款定有明文。查本件被告某甲曾於七十五年七月一日因犯共同殺人罪，經最高法院於七十六年十二月三十一日以七十六年度臺上字第八五四八號判處有期徒刑十四年，褫奪公權五年確定在案。復於七十六年三月三十一日又犯本件共同殺人罪，依首揭法條規定，自不予減刑。乃原確定判決不察，竟判處被告有期徒刑十二年，褫奪公權六年，減為有期徒刑八年，褫奪公權四年，顯有適用法則不當之違背法令。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、判決要旨

犯刑法第二百七十一條第一項之罪二次以上者，不予減刑，中華民國七十七年罪犯減刑條例第三條第五款規定甚明。本件被告因殺人罪，經本院於七十六年十二月三十一日量處有期徒刑十四年，褫奪公權五年確定，爲原判決事實欄所明載。嗣同年三月間被告復犯殺人罪，其第二次所犯之殺人罪，即在不子減刑之列，而原判仍爲減刑之諭知，於法自屬有違，惟原判決尙非不利於被告，本院僅就其違背法令部分撤銷，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十八年度臺非字第四八號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告殺人案件，對於臺灣高等法院臺中分院中華民國七十七年八月二日第二審確定判決，認爲一部違背法令，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原判決關於某甲部分之違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按犯刑法第二百七十一條第一項之罪二次以上者，不予減刑，中華民國七十七年罪犯減刑條例第三條第五款規定甚明。本件被告某甲因於民國七十五年七月一日與某乙等共同殺死某丙，業經本院於

七十六年十二月三十一日，以七十六年度臺上字第八五四八號判決，論被告以共同殺人罪，量處有期徒刑十四年，褫奪公權五年確定，有該案卷判可稽。該被告嗣復於七十六年三月三十一日與某丁等共同將某戊殺死，乃原判決所認定之事實。其已先犯共同殺人罪，經判處有期徒刑十四年確定之事實，又為原判決所明載，則被告既已先後犯殺人罪二次，揆之上開說明，其第二次所犯之殺人罪即在不預減刑之列，乃原判決仍於第二次殺人罪判處有期徒刑十二年，褫奪公權六年，減為有期徒刑八年，褫奪公權四年，於法自屬有違。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，本院僅就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。

中華民國七十八年四月二十日

第捌拾肆案

一、關係條文

中華民國七十七年罪犯減刑條例第四條第二項、第二條第一項第二款乙類
(三)。

二、非常上訴理由

按犯罪在中華民國七十七年一月三十日以前者，有期徒刑、拘役或罰金減其刑期或金額二分之一，

中華民國七十七年罪犯減刑條例第二條第一項第二款第三目定有明文。本件被告（即受刑人）某甲於七十二年三月間，犯詐欺罪，經臺灣高等法院臺中分院，以七十三年度上易字第一四七一號，判處有期徒刑一年二月，嗣經該院以七十八年度聲減字第二〇二號裁定，所犯詐欺罪減為有期徒刑六月，依據首開法律規定，應減為有期徒刑七月，方為適法。乃原裁定不察，竟減為有期徒刑六月，顯有適用法則不當之違背法令。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條，提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

犯罪在中華民國七十七年一月三十日以前者，除有特別規定外，有期徒刑、拘役或罰金減其刑期或金額二分之一，中華民國七十七年罪犯減刑條例第四條第二項、第二條第一項第二款乙類（定有明文。本件被告於七十二年三月間，犯詐欺罪，判處有期徒刑一年二月，嗣經原審以七十八年度聲減字第二〇二號裁定減為六月，惟依上開規定減刑二分之一，應為有期徒刑七月，乃原裁定竟減刑為有期徒刑六月，顯屬違背法令，爰將原裁定關於違背法令部分撤銷，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十九年度臺非字第一一號

上訴人

最高法院檢察署檢察總長

被 告

某甲

右上訴人因被告詐欺案件，對於臺灣高等法院臺中分院中華民國七十八年八月九日減刑之確定裁定，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左：

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）

本院按犯罪在中華民國七十七年一月三十日以前者，除有特別規定外，有期徒刑、拘役或罰金減其刑期或金額二分之一，中華民國七十七年罪犯減刑條例第四條第二項、第二條第一項第二款乙類（一）定有明文。本件被告即受刑人某甲於七十二年三月間，犯詐欺罪，經原審法院以七十三年度上易字第一四七一號判處有期徒刑一年二月。嗣經原審以七十八年度聲減字第二〇二號裁定，減刑爲有期徒刑六月，並經確定在案。惟查被告所處有期徒刑一年二月，如依上開規定減刑二分之一，應爲有期徒刑七月。乃原裁定竟減刑爲有期徒刑六月，顯屬違背法令。原裁定業已確定，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由。惟原裁定尙非不利於被告，爰僅將原裁定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。
中華民國七十九年二月八日

第捌拾伍案

一、關係條文

中華民國七十七年罪犯減刑條例第六條、第七條。

刑法第三百二十條第一項。

二、非常上訴理由

按中華民國七十七年罪犯減刑條例規定，得依該條例減刑之犯罪，係以犯罪在中華民國七十七年一月三十日以前，尚未判決確定或已判決確定尚未執行或執行未完畢者為限。其已執行完畢者，自不在減刑之列，至為明顯。本件被告某甲於七十五年九月十五日上午九時五十分，在花蓮火車站搭乘花蓮汽車客運公司班車，至花蓮市××路郵局前，利用下車之機會竊取某乙新臺幣一千四百五十元，經臺灣花蓮地方法院判處有期徒刑六月，又於七十六年四月二十日上午九時許，在宜蘭縣蘇澳鎮××路口，竊取某丙新臺幣四千九百元，經臺灣宜蘭地方法院判處有期徒刑十月，均經確定，並由臺灣宜蘭地方法院檢察處檢察官發交臺灣宜蘭監獄執行完畢，此有執行指揮書影本在卷可稽。原審未祭，竟仍依該條例之規定，予以裁定減刑，顯然違法。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、判決要旨

刑法第三百二十條第一項之竊盜罪，在中華民國七十七年一月三十日以前犯之者，固屬於七十七年罪犯減刑條例所定應予減刑之案件，惟在該條例施行前已經執行完畢之案件，不再予以減刑，此觀該條例第六條、第七條之規定自明。本件被告所犯竊盜罪，判處徒刑六月，已於七十七年一月八日執行完畢。原審法院未予注意，竟依檢察官之聲請而為減刑之裁定，自屬於法有違，應將原裁定關於此部分違背

法令部分撤銷，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十八年度臺非字第一〇號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告

某甲

右上訴人因被告竊盜案件，對於臺灣高等法院中華民國七十七年四月二十二日確定裁定，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原裁定關於某甲竊盜罪所處有期徒刑六月減刑違背法令部分撤銷。

其他上訴駁回。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑法第三百二十條第一項之竊盜罪，在中華民國七十七年一月三十日以前犯之者，固屬於中華民國七十七年罪犯減刑條例所定應予減刑之案件。惟中華民國七十七年罪犯減刑條例，係於七十七年四月二十二日施行，在該條例施行前，已經執行完畢之案件，不再予以減刑，此觀該條例第六條、第七條之規定自明。被告某甲於七十五年九月十五日所犯竊盜罪，經臺灣花蓮地方法院判處有期徒刑六月確定，發監執行，於七十七年一月八日執行完畢，有臺灣宜蘭地方法院檢察處檢察官執行指揮書影本在卷可稽。依上開說明，已不得再聲請減刑，原審法院未注意及此，竟依檢察官之聲請而為減刑之裁定，自

屬於法有違。案經確定，而此項裁定與確定判決有同一之效力，非常上訴就此部分執以指摘，洵有理由。惟原裁定尙非不利於被告，應僅將原裁定關於此部分違背法令部分撤銷，以資糾正。至被告於七十六年四月二十日所犯竊盜罪，經臺灣高等法院於七十六年六月三十日，以七十六年度上易字第三一二四號刑事判決，判處有期徒刑拾月確定，發監執行，其刑期至七十七年六月七日始屆滿，有臺灣宜蘭地方法院檢察處檢察官七十七年執減更字第二三八號執行指揮書在卷可稽。原審法院就此部分，依檢察官之聲請，適用中華民國七十七年罪犯減刑條例之規定，而爲減刑之裁定，經核於法並無違誤。非常上訴聲旨指摘原裁定此部分違背法令，卽難謂有理由。

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

中華民國七十八年一月二十六日

第捌拾陸案

一、關係條文

中華民國七十七年罪犯減刑條例第七條第一項。

二、非常上訴理由

按提起非常上訴，固應對於違法之確定判決爲之，但基於減刑之裁定，亦屬適用刑罰之裁判，其效力實與科刑之判決無異。若於確定後發現其適用法則違法，自應視同判決，得提起非常上訴，最高法院

二十一年非字第一五二號判例著有明文，合先敘明。本件被告即受刑人某甲因犯殺人未遂罪，經臺灣高等法院臺南分院，以六十五年度上訴字第六三二號判決，判處有期徒刑二年六月。案經最高法院確定，並於中華民國七十七年三月二十五日執行完畢（見臺灣臺東地方法院檢察處中華民國七十四年度執助字第肆七九號及七十七年度減執助字第四一三號卷宗，內附該處檢察官執行指揮書七十四執助字第四七九號附案可稽）。是本案非屬中華民國七十七年罪犯減刑條例第七條所定，已經判決確定尚未執行或執行未完畢之案件，依法不得遽予減刑。乃原裁定不察，竟為減刑之裁定，揆諸首揭說明，其裁定顯屬違背法令。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、判決要旨

中華民國七十七年罪犯減刑條例規定應減刑之罪，已經判決確定案件，應由檢察官、軍事檢察官或應減刑之人犯，聲請最後審理事實之法院或軍事審判機關裁定，係限於尚未執行或執行未畢之案件而言，此觀該條例第七條第一項之規定自明。本件被告因犯殺人未遂罪，被處有期徒刑二年六月，已於七十七年三月二十五日執行完畢，有執行指揮書在卷足憑。原審竟依同院檢察官之聲請，於同年五月三十一日准予裁定減刑為一年三月，自屬適用法則不當之違背法令。應將原裁定關於違背法令部分撤銷，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十九年度臺非字第三六號

上訴人

最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告殺人未遂案件，對於臺灣高等法院臺南分院中華民國七十七年五月三十一日減刑之確定裁定，認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如左：

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）

本院按中華民國七十七年罪犯減刑條例規定應減刑之罪，已經判決確定案件，應由檢察官、軍事檢察官或應減刑之人犯，聲請最後審理事實之法院或軍事審判機關裁定，係限於尚未執行或執行未畢之案件而言，此觀該條例第七條第一項之規定自明。如該確定判決案件，已經執行完畢者，依該條立法意旨之反面解釋，自己不得為減刑聲請之裁定，其理至明。查被告某甲於六十四年十二月十七日因犯殺人未遂罪，經本院於六十六年一月十三日，以六十六年度臺上字第六十三號刑事判決，判處有期徒刑二年六月確定，並經臺灣臺東地方法院檢察處檢察官發交執行，至七十七年三月二十五日已執行完畢，有本院確定判決正本及該處七十四年度執助字第四七九號檢察官執行指揮書在卷足憑。臺灣高等法院臺南分院竟依同院檢察處檢察官之聲請，於七十七年五月三十一日准予裁定減刑為有期徒刑一年三月（七十七年度聲減字第三〇九五號），自有適用法則不當之違背法令。案經確定，該項裁定與確定判決有同一之效力，非常上訴意旨執以指摘，尚屬有理。惟原裁定此部分對於被告並無不利，爰將原裁定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。

中華民國七十九年二月二十八日

第捌拾柒案

一、關係條文

中華民國七十七年罪犯減刑條例第十三條、第二條第一項第二款第三目。
刑法第二百七十七條第二項前段。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又中華民國七十七年罪犯減刑條例第十三條明定，依本條例應減刑之罪，其褫奪公權，比照主刑標準審酌之。本件原判決認定被告某甲、某乙、某丙共同傷害人致死罪，判處有期徒刑七年六月、七年六月、八年，各依七十七年罪犯減刑條例第二條第一項第二款第三目、第十三條之規定，減爲有期徒刑三年九月、三年九月、四年，固無不合。惟褫奪公權部分，依同條例第十三條，自應就宣告之五年減爲二年六月，方符規定。乃原判決不察，竟分別減爲三年，其適用法則顯屬不當。案經確定，且於被告等不利。爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條之規定，提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

中華民國七十七年罪犯減刑條例第十三條規定，依本條例應減刑之罪，其褫奪公權，比照主刑標準審酌之。本件原判決論被告等共同傷害人之身體因而致人於死罪，分別判處徒刑，均宣告褫奪公權五年，並各依同條例第二條第一項第二款第三目、第十三條之規定予以減刑，其褫奪公權部分，依上開法條規定，自應就其宣告之五年減為二年六月，始為合法，乃原判決竟減為三年，於法顯有違誤，且對被告等不利，應將原判決關於罪刑部分撤銷改判，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十九年度臺非字第二〇號

上訴人

最高法院檢察署檢察總長

被 告

某甲

某乙

某丙

右上訴人因被告等傷害致人於死案件，對於臺灣高等法院臺南分院中華民國七十七年四月廿九日第二審確定判決，認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原判決關於罪刑部分撤銷。

某甲、某乙共同傷害人之身體，因而致人於死，各處有期徒刑柒年陸月，褫奪公權伍年，均減為有期徒刑叁年玖月，褫奪公權貳年陸月。

某丙共同傷害人之身體，因而致人於死，累犯，處有期徒刑捌年，褫奪公權伍年，減為有期徒刑肆

年，褫奪公權貳年陸月。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按中華民國七十七年罪犯減刑條例第十三條規定，依本條例應減刑之罪，其褫奪公權，比照主刑標準審酌之。本件原確定判決認定被告某甲、某乙、某丙於民國七十四年十一月廿九日凌晨一時許，在高雄市××路×號狗肉店外，共同傷害某丁致死等情，因而撤銷第一審之不當判決，論被告等共同傷害人之身體因而致人於死罪（某丙爲累犯），分別判處有期徒刑七年六月、七年六月、八年，均宣告褫奪公權五年，並各依同條例第二條第一項第二款第三目、第十三條之規定減爲有期徒刑三年九月、三年九月、四年，即其褫奪公權部分，依上開法條規定，自應就其宣告之五年減爲二年六月，始爲合法。乃原判決竟減爲三年，於法顯有違誤。非常上訴意旨執以指摘，洵有理由。案經確定，且對被告等不利，應由本院將原判決關於罪刑部分撤銷改判，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，刑法第二十八條、第二百七十七條第二項前段、第四十七條、第三十七條第二項，中華民國七十七年罪犯減刑條例第二條第一項第二款乙類（三）、第四條第二項、第十三條，判決如主文。

中華民國七十九年二月十五日

第捌拾捌案

一、關係條文

動產擔保交易法第三十八條。

大法官會議釋字第二二七號解釋。

二、非常上訴理由

按動產擔保交易法第三十八條之罪，係以動產擔保交易之債務人爲犯罪主體，並不包括其保證人在內。有七十七年六月二十七日釋字第二二七號解釋可據。且上開解釋係因原確定判定引起歧見所爲之釋示，依大法官會議釋字第一八八號解釋，自得據爲提起非常上訴之理由。查本件原確定判決以被告某甲係○○鋼鐵股份有限公司總經理，某乙爲該公司董事兼公司財務，均爲該公司與法商百利銀行股份有限公司臺北分行簽訂信託占有契約之連帶保證人，竟意圖不法利益，未依約定於○○公司出賣信託標的物時，通知百利銀行臺北分行及買受人，由價金中即行撥付該分行之本金、利息及其他一切債務金額，致生損害於該分行，爲其所認定之事實。依此事實及首揭解釋，被告等顯非動產擔保交易法第三十八條所列之債務人，自不能爲犯罪主體。原判決竟依該條判處被告罪刑，顯有適用法則不當之違背法令。案經確定，且對被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、判決要旨

動產擔保交易法第三十八條之罪，係以動產擔保交易之債務人爲犯罪主體，並不包括其保證人在內，大法官會議釋字第二二七號著有解釋。本件被告等僅爲信託占有契約之連帶保證人，而非動產擔保交易之債務人，其非本件犯罪主體甚明。第一審不察，竟論被告等以動產擔保交易之債務人，將標的物出

賣，致生損害於債權人罪，原審未予糾正，均屬違背法令，應將原判決及第一審判決均撤銷，諭知被告等無罪，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十七年度臺非字第一二九號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

某乙

右上訴人因被告等違反動產擔保交易法案件，對於臺灣高等法院臺南分院中華民國七十四年二月十五日第二審確定判決，認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原判決及第一審判決均撤銷。

某甲、某乙均無罪。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按動產擔保交易法第三十八條之罪，係以動產擔保交易之債務人爲犯罪主體，並不包括其保證人在內，大法官會議釋字第二二七號著有解釋。本件被告某甲係○○公司總經理，被告某乙爲董事兼公司財務，民國七十一年八月間，由百利銀行臺北分行供給資金美金三百萬元予○○公司融資，至民國七十二年五月二十七日及同年六月二十八日，始由百利銀行臺北分行與○○公司接續訂立信託占有契約，

簽訂信託收據二份，依序一份金額爲美金一百五十萬五千零八十二元二角，另一份爲七十五萬五百八十七元五角，由某甲、某乙擔任該信託占有契約之連帶保證人，並登記在案。此有信託收據二份與高雄縣政府七三府建工字第七〇〇九四號代辦動產交易登記單一份，臺灣省政府建設廳動產擔保交易登記證明書二份在卷可稽，爲不爭之事實。是則被告等僅爲信託占有契約之連帶保證人，而非動產擔保交易之債務人。依上所述，其非本件犯罪主體甚明，應無適用動產擔保交易法第三十八條論處罪刑之餘地。第一審不察，竟論被告等以動產擔保交易之債務人，意圖不法之利益，將標的物出賣，致生損害於債權人罪，顯屬判決適用法則不當。原審未加糾正，竟予維持，均屬違背法令。案經確定，且於被告等不利，上訴人對之提起非常上訴，洵有理由，應由本院將原判決及第一審判決均撤銷，另行判決，諭知被告等無罪，以資糾正。

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

中華民國七十七年九月三十日

第捌拾玖案

一、關係條文

著作權法第三十八條第二項。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條就此定有明文。本件原判決之事實認定被告某甲意圖出租而陳列重製他人之著作，而依著作權法第三十八條第二項，論處被告拘役伍拾日，如易科罰金，以叁拾元折算壹日。「鹿鼎記」錄影帶壹拾捲沒收。惟查著作權法第三十八條第二項之法定刑爲「處二年以下有期徒刑，得併科二萬元以下罰金」，並無得科拘役之規定。則其論處被告拘役，卽有判決不適用法則之違背法令。案經確定，應依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

著作權法第三十八條第二項規定：銷售、出租或意圖銷售、出租而陳列持有擅自重製他人之著作，處二年以下有期徒刑或併科二萬元以下罰金，意圖營利而交付前項著作，亦同。並無得處拘役之明文。本件被告意圖出租而陳列重製他人之著作，原判決竟處以拘役五十日，並諭知易科罰金之折算標準，顯有不適用法則之違背法令，應將原判決關於違背法令部分撤銷，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十九年度臺非字第四九號

上訴人

最高法院檢察署檢察總長

被 告

某甲

右上訴人因被告違反著作權案件，對於臺灣高雄地方法院中華民國七十八年三月六日第一審確定判決，認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左：

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）

本院按著作權法第三十八條第二項規定：銷售、出租或意圖銷售、出租而陳列持有擅自重製他人之著作，處二年以下有期徒刑或併科二萬元以下罰金，意圖營利而交付前項著作，亦同。並無得處拘役之明文。本件被告某甲於民國七十七年十月廿九日，在其經營之○○企業行，意圖出租而陳列重製他人之著作，原判決予以論罪科刑，竟處以役拘伍拾日，並諭知易科罰金之折算標準，顯有不適用法則之違背法令。案經確定，非常上訴執以指摘，為有理由。惟此項違背法令尚非不利於被告，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。
中華民國七十九年三月十六日

第玖拾案

一、關係條文

著作權法第四十七條前段、第三十八條第一項。

二、非常上訴理由

按告訴乃論之罪，於第一審辯論終結前，告訴人得撤回告訴，刑事訴訟法第二百三十八條第一項定有明文。本件被告某甲係經○○○有限公司告訴，檢察官依著作權法第三十八條第一項之罪提起公訴，依同法第四十七條前段規定，係屬告訴乃論之罪，惟告訴人○○○有限公司於審理中，具狀表明七十九年六月四日上午十時十分，因該公司舉辦旅遊，不克到庭一事，雖於內容中明載已與被告達成和解，但未表示撤回告訴之意，有原書狀在卷可稽。乃原審不察，竟誤為撤回告訴狀，諒知不予受理之判決並確定在案。其判決自屬違背法令，應依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

告訴乃論之罪，經告訴人於第一審辯論終結前，將其告訴撤回者，法院固應諭知不予受理之判決。又告訴人與被告雖已成立和解，但如告訴人對其告訴並未表示撤回告訴之意思，仍應為實體上之裁判，方為合法。本件告訴人所書呈報狀，僅表明已與被告達成和解，並未表示有撤回告訴之意思，原審未察，誤認已經撤回告訴，諒知公訴不予受理，自屬於法有違。應將原判決撤銷，因有維持被告審級利益之必要，由原審法院依判決前之程序更為審判，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十九年度臺非字第一八一號

上訴人

最高法院檢察署檢察總長

被 告

某甲

右上訴人因被告違反著作權法案件，對於臺灣臺中地方法院中華民國七十九年五月三十一日第一審

確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左：

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）

本院按告訴乃論之罪，經告訴人於第一審辯論終結前，將其告訴撤回者，法院固應諭知不予受理之判決。又告訴人與被告雖已成立和解，但如告訴人對其告訴並未表示撤回告訴之意思，仍應為實體上之裁判，方為合法。本件被告某甲因違反著作權法一案，經告訴人○○有限公司提出告訴後，檢察官係依著作權法第三十八條第一項之罪提起公訴，依同法第四十七條前段規定，屬告訴乃論之罪。在原（第一）審審判中，告訴人所書呈報狀，僅表明民國七十九年六月四日上午十時十分，因該公司舉辦旅遊不克到庭，已與被告達成和解云云。顯未表示有撤回告訴之意思，有其呈報狀在卷可稽。原審未察，竟誤為告訴人已經撤回告訴，諭知本件公訴不予受理之判決。依首揭說明，自屬於法有違，上訴人於判決確定後，認為違法，提起非常上訴，洵屬正當。應由本院將原判決撤銷，因有維持被告審級利益之必要，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。

中華民國七十九年八月三十一日

第玖拾壹案

一、關係條文

都市計劃法第八十條。

二、非常上訴理由

按都市計劃法第八十條規定：不遵前條規定拆除、改建、停止使用或恢復原狀者，除應依法予以行政強制執行外，並得處六個月以下有期徒刑、拘役或三千元以下之罰金。並無得併科罰金之規定。查本件原確定判決不察，認被告犯該條之罪，竟判處其有期徒刑伍月，併科罰金六千元，顯屬違背法令。案經確定，且對被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

都市計劃法第八十條規定：不遵前條規定拆除、改建、停止使用或恢復原狀者，除應依法予以強制執行外，並得處六個月以下有期徒刑、拘役或三千元以下罰金，並無得併科罰金之規定。原確定判決不察，竟以被告犯該條之罪，而判處有期徒刑五月併科罰金六千元，自屬違背法令。應由本院將原判決撤銷改判，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十八年度臺非字第一一八號

上訴人 最高法院檢察署檢察長

被告 某甲

右上訴人因被告違反都市計劃法案件，對於臺灣臺北地方法院士林分院中華民國七十八年二月廿七日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原判決撤銷。

某甲連續在都市計劃地區範圍內變更地形，不遵鄉公所之命令恢復原狀，處有期徒刑伍月，如易科罰金以叁拾元折算壹日。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按都市計劃法第八十條規定：不遵前條規定拆除、改建、停止使用或恢復原狀者，除應依法予以強制執行外，並得處六個月以下有期徒刑、拘役或三千元以下罰金，並無得併科罰金之規定。原確定判決不察，竟以被告犯該條之罪，而判處有期徒刑伍月併科罰金六千元，自屬違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決撤銷改判，以資糾正。

按上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，都市計劃法第八十條，刑法第十一條前段、第五十六條、第四十一條，戡亂時期罰金罰鍰提高標準條例第一條前段、第二條第一項，判決如主文。

中華民國七十八年八月二十一日

第玖拾貳案

一、關係條文

少年事件處理法第七十八條第一項。

刑事訴訟法第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又對於少年不得褫奪公權，少年事件處理法第七十八條第一項，亦有明文規定。本件被告少年某甲因盜匪案件，經原判決判處有期徒刑五年，褫奪公權三年確定。惟查該被告某甲係民國六十二年四月二十五日出生，截至七十七年十月十九日犯罪時，尙未屆滿十八歲，依少年事件處理法第二條規定，尙屬少年，其犯罪不得併爲褫奪公權之宣告。乃原判決不察，除處以徒刑外，併予宣告褫奪公權，揆諸首開法條規定，其判決自屬違背法令。案已確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條之規定，提起非常上訴，以資救濟。

三、判決要旨

對於少年不得宣告褫奪公權，爲少年事件處理法第七十八條第一項所明定。本件被告某甲係六十二年四月二十五日出生，於七十七年十月十九日犯強盜罪時，尙未屆滿十八歲，依上開規定，自不得宣告

褫奪公權，原判不察，對其宣告褫奪公權三年，顯係適用法則不當之違背法令。應將原判決關於某甲褫奪公權部分撤銷改判，以資救濟。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十八年度臺非字第七五號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告盜匪案件，對於臺灣雲林地方法院中華民國七十八年三月九日第一審確定判決，認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原判決關於某甲褫奪公權部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按對於少年不得宣告褫奪公權，為少年事件處理法第七十八條第一項所明定。本件被告某甲係六十二年四月二十五日出生，於七十七年十月十九日犯強盜罪時，尚未屆滿十八歲，依上開規定，自不得宣告褫奪公權。詎原判決不察，對其宣告褫奪公權三年，顯係適用法則不當之違背法令。且不利於被告，上訴人於判決確定後提起非常上訴，洵有理由，應將原判決關於某甲褫奪公權部分撤銷改判，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，判決如主文。

中華民國七十八年六月二十九日

第玖拾叁案

一、關係條文

少年事件處理法第七十九條、第八十二條、第一條。

刑法第七十四條第一款、第二款。

刑事訴訟法第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按少年犯罪，經宣告緩刑者，在緩刑期中應付保護管束，爲少年事件處理法第八十二條所明定。本件被告某甲係民國六十二年八月十五日生，於原判決認定犯罪時之民國七十七年十月二十六日，尙未滿十六歲，爲少年事件處理法第二條所稱之少年。原判決對被告依妨害自由罪判處有期徒刑肆月，並諭知緩刑叁年，竟未依少年事件處理法之規定，同時諭知付保護管束，其判決自屬違背法令。案經確定，應依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又少年受三年

以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告，合於刑法第七十四條第一款、第二款之規定，認為以暫不執行為適當，得宣告緩刑，少年在緩刑期中應付保護管束，少年事件處理法第七十九條、第八十二條規定甚明。本件被告係六十二年八月十五日出生，於七十七年十月二十六日犯罪時為未滿十八歲之少年，因以非法方法剝奪人之行動自由罪，經原審判處有期徒刑四月，緩刑三年，惟未於主文內一併諭知緩刑期間應付保護管束，自屬違背法令。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十九年度臺非字第六〇號

上訴人

最高法院檢察署檢察總長

被告

某甲

右上訴人因被告妨害自由案件，對於臺灣臺中地方法院中華民國七十八年九月十三日第一審確定判決，認為一部違法，提起非常上訴，本院判決如左：

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。又少年受三年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告，合於刑法第七十四條第一款、第二款之規定，認為以暫不執行為適當，得宣告緩刑，少年在緩刑期中應付保護管束，少年事件處理法第七十九條、第八十二條規定

甚明。保護管束屬於保安處分之一種，依少年事件處理法第一條，適用刑法第九十六條前段之規定，法院應於裁判時併宣告之，方為適法。本件被告某甲係民國六十二年八月十五日出生，於七十七年十月二十六日犯罪時，為十二歲以上，未滿十八歲之少年。因以非法方法剝奪人之行動自由罪，經原審判處有期徒刑四月，緩刑三年。惟原確定判決不適用少年事件處理法第七十九條、第八十二條，於主文內一併諭知被告緩刑期間應付保護管束，自屬違背法令。案經確定，非常上訴執以指摘，洵有理由，但原判決尚非不利於被告，自應僅將關於某甲違背法令部分撤銷，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。

中華民國七十九年三月三十日

第玖拾肆案

一、關係條文

道路交通管理處罰條例第八十六條第一項。

道路交通安全規則第三條第六款。

二、非常上訴理由

按汽車駕駛人無照駕車因而致人死亡，依法應負刑事責任者，加重其刑至二分之一，為民國七十五年五月二十一日修正公布，並自民國七十六年七月一日起施行之道路交通管理處罰條例第八十六條所明

定。而汽車之種類，依道路交通安全規則第三條第六款規定，包括機車在內。本件原判決認定被告某甲未考領機車駕照，於七十七年八月十八日晚上十一時，駕駛三六〇—四五三二號重機車附載某乙，由南投縣埔里鎮麒麟里中正路往埔里鎮市區行使，途經中正路與東潤路交岔口時，疏未注意，適有一不詳車號之小客車逆向駛至左轉欲進入東潤路，某甲閃避不及，因而兩車相撞，某甲人車倒地，致使附載之某乙亦倒地受腦挫傷等傷害，經送醫不治死亡，依刑法第二百七十六條第一項之過失致死罪判處有期徒刑五月，如易科罰金以三十元折算一日，緩刑三年，確定在案。惟漏未依首揭法條加重其刑至二分之一，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、第四百四十三條規定提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

汽車駕駛人無照駕車而致人死亡，依法應負刑事責任者，加重其刑至二分之一；而所謂汽車係包括機器腳踏車在內，此觀諸道路交通管理處罰條例第八十六條第一項、道路交通安全規則第三條第六款之規定即明。本件被告未經考領駕照，駕駛重機車附載某乙，途經交岔路口，未減速慢行，隨時作停車之準備，適有不詳車號之小客車逆向駛至並左轉，被告因而煞避不及，兩車相撞，被告之人車倒地，後載之某乙亦倒地腦挫傷不治死亡等情，為原判決所確認之事實，並依此而科以過失致人於死之罪刑，乃竟未依首開條例之規定，加重其刑，其於法律之適用，自難謂無違誤。惟原判決尚非不利於被告，應由本院僅將其違背法令部分撤銷，藉示糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十八年度臺非字第一一三號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告

某甲

右上訴人因被告過失致人於死案件，對於臺灣臺中地方法院中華民國七十八年二月廿二日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左：

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）

本院查汽車駕駛人無照駕車因而致人死亡，依法應負刑事責任者，加重其刑至二分之一；而所謂汽車係包括機器腳踏車在內，此觀諸道路交通管理處罰條例第八十六條第一項、道路交通安全規則第三條第六款之規定即明。本件被告未經考領駕照，於民國七十七年八月十八日晚間，駕駛重機車附載某乙，途經交岔路口，未減速慢行，隨時作停車之準備，適有不詳車號之小客車逆向駛至並左轉，被告因而煞避不及，兩車相撞，被告之人車倒地，後載之某乙亦倒地腦挫傷不治死亡等情，為原判決所確認之事實，並依此而科以過失致人於死之罪刑，乃竟未依首開道路交通管理處罰條例之規定，加重其刑，其於法律之適用，自難謂無違誤。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，應由本院僅將其違背法令部分撤銷，藉示糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如主文。

中華民國七十八年八月二十五日

第玖拾伍案

一、關係條文

懲治盜匪條例第七條第一項、第五條第一項第一款。

二、非常上訴理由

按盜匪所得之財物，應發還被害人，爲懲治盜匪條例第七條第一項所明定。本件原判決以被告某甲先後二次犯強盜罪，就其乙部分所竊得之洋酒四瓶、外出服、香水、旅行箱四只、新臺幣（下同）二萬餘元、金飾約四兩、鑽石一顆、空白支票二本、客票約七十九萬餘元、印章兩枚及其丙之身分證一枚、戶口名簿一本。就某丁部分，計竊得金飾約六十兩。此項新臺幣、金飾、洋酒等財物，雖未扣押，惟既不能證明其已費失，揆諸首開法條規定，自應予主文內爲發還被害人之諭知，方符法令。乃原判決不察，除就犯罪用之短刀等工具爲沒收者外，對上項所列之各項財物，並未諭知發還被害人，其判決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、第四百四十三條之規定，提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

盜匪所得之財物應發還被害人，爲懲治盜匪條例第七條第一項所明定。是盜匪所得財物，除已「費失」或事實上已經發還者外，應於裁判同時併爲發還之宣告，始屬適法。本件原判決依上開條例第五條

第一項第一款論處被告罪刑，然其關於被告刼取被害人所有之財物，既未有費失之認定，事實上復未予發還，乃竟不爲發還之諭知，顯屬於法有違，惟原判決尙非不利於被告，應由本院僅將其違背法令部分撤銷，藉資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十八年度臺非字第一〇七號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告盜匪案件，對於臺灣臺中地方法院中華民國七十七年十月六日第一審確定判決，認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左：

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）

本院查盜匪所得之財物應發還被害人，爲懲治盜匪條例第七條第一項所明定。是盜匪所得財物除已「費失」或事實上已經發還者外，應於裁判同時併爲發還之宣告，始屬適法。本件原判決依據懲治盜匪條例第五條第一項第一款（強暴致使不能抗拒而取他人財物）論處被告之罪刑；然其關於被告刼取被害人某乙所有之洋酒四瓶、外出服、香水、旅行箱四只、現款二萬餘元、金飾約四兩、鑽石乙顆、空白支票二本、客票約七十九萬餘元、印章兩枚、某丙身分證乙枚與戶口名簿乙本等財物，原判決既未有費失

之認定，事實上復未予發還，乃竟不爲發還之諭知，顯屬於法有違，案經確定，非常上訴意旨，執以指摘，洵有理由，惟原判決尙非不利於被告，應由本院僅將其違背法令部分撤銷，藉資糾正。至連續行爲一部之規取被害人某丁之金飾部分，於案發後經查獲卽已發還被害人，有贓物領據在卷可稽，自毋庸再爲發還之宣告，是此部分尙非違法，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。

中華民國七十八年八月十八日

第玖拾陸案

一、關係條文

戡亂時期貪污治罪條例第十七條、第十一條第一項。

妨害軍機治罪條例第五條。

二、非常上訴理由

按犯戡亂時期貪污治罪條例之罪，宣告有期徒刑以上之刑者，並宣告褫奪公權，爲該條例第十七條所明定。本案被告二人所爲，係犯妨害軍機治罪條例第五條之刺探軍職務上所應知悉之軍機罪，及戡亂時期貪污治罪條例第十一條第一項之行賄罪。至所犯兩罪間，有方法結果之牽連關係，並均爲共同正犯，乃從一重依行賄罪分別論處各該被告罪刑如主文所示（某甲處有期徒刑貳年，減爲有期徒刑壹年，緩

刑肆年，某乙處有期徒刑貳年肆月，減爲有期徒刑壹年貳月，緩刑伍年。惟原判決未依前項規定並宣告褫奪公權，而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、第四百四十三條之規定，提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

犯戕亂時期貪污治罪條例之罪，宣告有期徒刑以上刑者，並宣告褫奪公權，同條例第十七條定有明文。此項褫奪公權屬於強制規定，與刑法上所規定者得依職權裁量之情形不同。本件原審法院依妨害軍機治罪條例第五條、戕亂時期貪污治罪條例第十一條第一項、刑法第五十五條及其他相關法條論處被告等罪刑，竟不依首開規定，對被告等爲褫奪公權之宣告，顯屬違法。惟原判決尙非不利於被告，應僅將其違背法令部分撤銷，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十八年度臺非字第一四七號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

某乙

右上訴人因被告等行賄案件，對於臺灣臺北地方法院士林分院中華民國七十七年五月十六日第一審確定判決，認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左：

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）

本院按犯戡亂時期貪污治罪條例之罪，宣告有期徒刑以上刑者，並宣告褫奪公權，同條例第十七條定有明文。此項褫奪公權屬於強制規定，與刑法上所規定者得依職權裁量之情形不同。本件被告某乙指示被告某甲對於執行守哨任務之公務員某丙，關於洩露軍機並背職務之行爲行求賄賂，原審法院依據同院檢察處檢察官之起訴，依妨害軍機治罪條例第五條，戡亂時期貪污治罪條例第十一條第一項，刑法第五十五條及其他相關法條，從一重處斷，科處被告某甲有期徒刑貳年，減爲有期徒刑壹年，某乙有期徒刑貳年肆月，減爲有期徒刑壹年貳月，竟不依首開規定，對被告等爲褫奪公權之宣告，顯屬違法。案經確定，非常上訴意旨，執此指摘，洵有理由，惟原判決尙非不利於被告，應僅將其違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如主文。

中華民國七十八年十月十三日

第玖拾柒案

一、關係條文

動員時期電信（子）器材管制辦法第十二條、第十三條。

刑事訴訟法第二百五十一條。

二、非常上訴理由

按法院不予受理訴訟係不當者，其判決當然違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第五款後段定有明文。查動員時期電信（子）器材管制辦法第十二條規定：「凡憲警機關均應依照本辦法規定，協助防止電信（子）器材之非法經營、裝修、持有情事，如有發現，除應將其器材扣留外，並應立即移送當地電信監察機關依法處理」。該條文既明確揭示其主體為憲警機關，顯係專對「憲警機關」明定於有發現上開非法經營等情形時，應如何對於「行政處理」移送之程序，而檢察官根據司法警察官偵查之結果，或就其他方面偵查所得之證據，足認被告有犯罪嫌疑者，即應提起公訴，自不受前揭管制辦法第十二條關於「行政處理」規定之拘束，尤不能執此指其刑事起訴之程序違背規定（參照刑事訴訟法第二百五十一條、司法院院解字第二九八一號解釋）。本件原判決以被告某甲，被訴未經許可，自行裝配無線電發射機及收音機各乙組，非法持有使用，違反依國家總動員法第七條第一項、第十八條發布之動員時期電信（子）器材管制辦法第四條規定，涉犯妨害國家總動員暫行條例第五條第一項第二款罪嫌，檢察官未依上開管制辦法第十二條之規定，先行移送當地電信監察機關處理，而逕行偵查起訴，認與上開管制辦法之規定不合，其起訴之程序違背規定，因將第一審科刑之判決撤銷，改爲不予受理之諭知，顯已將「行政處理」與「刑事訴訟程序」混淆。揆之前開說明，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、判決要旨

動員時期電信（子）器材管制辦法第十二條及第十三條之規定，係對憲警機關明定應如何爲行政上

之處理或移送處罰之程序，並非對於檢察官偵查犯罪之職權有所拘束。因之，檢察官依據司法警察移送之犯罪嫌疑人，依其偵查之結果，認被告有犯罪之嫌疑者，即應依刑事訴訟法第二百五十一條提起公訴，要不能指其起訴之程序違背規定。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十九年度臺非字第一二一號

上訴人

最高法院檢察署檢察總長

被 告

某甲

右上訴人因被告違反國家總動員法案件，對於臺灣高等法院臺中分院，中華民國七十九年三月二十九日第二審確定判決，認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如左：

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：動員時期電信（子）器材管制辦法，係政府依據國家總動員法第七條第一項、及第十八條頒佈之命令，該辦法第十二條及第十三條固規定：「凡憲警機關均應依照本辦法協同防止電信（子）器材之非法經營、裝修、持有情事，如有發見，除應將器材扣留外，並應立即移送當地電信監察機關依法處理」。及「違反本辦法第二至八條之規定者，視情節輕重，依左列各款辦理：（一）警告（二）定期收回許可證（三）吊銷許可證（四）依妨害國家總動員懲罰暫行條例處罰」。惟此規定係對憲警機關明定，如有發現上開情形

時，應如何爲行政上之處理或移送處罰之程序，並非對檢察官偵查犯罪之職權有所拘束，因之，檢察官依據司法警察移送之犯罪嫌疑人，依其偵查之結果，認被告有犯罪嫌疑者，即應依刑事訴訟法第二百五十一條提起公訴，要不能指其起訴之程序違背規定。本件確定判決，以被告某甲，未經許可，擅自持有電信器材之無線電發射機及收信機，爲法務部調查局彰化縣調查站查獲，而未經先行移送當地電信監察機構視情節之輕重，依法處理，即逕行移送臺灣彰化地方法院檢察處檢察官偵查起訴，顯與上述動員時期電信（子）器材管制辦法之規定不合，認檢察官之起訴程序係違背規定，而撤銷第一審實體上之有罪判決，改爲諭知不受理之判決，發之首揭說明，自屬違法。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。惟原判尚非不利於被告，應僅將其違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款上段，判決如主文。

中華民國七十九年六月二十八日

第玖拾捌案

一、關係條文

漁業法第五十八條、第五十一條第三款。

二、非常上訴理由

按違反漁業法第五十一條各款之一者，處一年以下有期徒刑，併科一千元以下罰金，同法第五十八

條定有明文。本件被告某甲未經該管主管機關核准，於民國七十八年七月九日凌晨二時許，在臺中縣東勢鎮明正里水尾大安溪底，使用其所有電氣設備與電池一具、漁網一只，以電氣方法採捕水產動植物，當場爲警查獲，係違反漁業法第五十一條第三款之規定，爲原判決確認之事實，揆諸首揭說明，應依同法第五十八條之規定科刑，原審不察，雖依上開法條規定量處有期徒刑二月，但未諭知併科罰金，顯有適用法則不當之違背法令，案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

漁業法第五十八條規定：違反第五十一條各款規定之一者，處一年以下有期徒刑，併科一千元以下罰金。本件原判決以被告違反漁業法第五十一條第三款之規定，判處有期徒刑二月，並諭知易科罰金折算之標準，竟漏未諭知併科罰金，揆諸前開說明，顯屬違法，應將其違背法令之部分撤銷，以資糾正。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十九年度臺非字第二四號

上訴人

最高法院檢察署檢察總長

被 告

某甲

右上訴人因被告違反漁業法案件，對於臺灣臺中地方法院中華民國七十八年九月十三日第一審確定判決，認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左：

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）

本院按漁業法第五十八條規定：違反第五十一條各款規定之一者，處一年以下有期徒刑，併科一千元以下罰金。是違反上開規定，判處有期徒刑者，自應一併科以罰金，始爲適法。本件原判決以被告某甲未經該管機關核准，使用電氣方法，採捕水產動植物，違反漁業法第五十一條第三款之規定，適用同法第五十八條，判處有期徒刑二月，並諭知易科罰金折算之標準，竟漏未諭知併科罰金，揆之前開說明，顯屬違法。案經確定，非常上訴意旨，執以指摘，洵屬正當。惟原判決尚非不利於被告，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。

中華民國七十九年二月十六日

第玖拾玖案

一、關係條文

臺灣省內於酒專賣暫行條例第四十二條。

刑法第十一條前段、第四十二條。

二、非常上訴理由

按臺灣省內於酒專賣暫行條例第四十二條規定：「本條例規定之罰金罰鍰，以新臺幣爲單位」。此項特別規定，自應優先適用。而原判決主文第一項載明「併科罰金伍仟元」，並未記載以新臺幣爲單位，顯以銀元爲單位。且罰金易服勞役，仍依刑法第四十二條第二項規定，以銀元叁拾元折算壹日，均有適用法則不當之違法。案經確定，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，以資糾正。

三、判決要旨

臺灣省內於酒專賣暫行條例規定之罰金，以新臺幣爲單位，同條例第四十二條設有特別規定。則凡因違反該條例之案件，而科處罰金者，應以新臺幣爲科罰之標準。至罰金易服勞役如何折算，該條例雖未規定，依刑法第十一條前段，自有同法第四十二條之適用，其罰金係指銀元而言，故應將科處罰金新臺幣之數額，按法定三與一之比率合成銀元，定其折算之標準，方爲適法。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十八年度臺非字第四九號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告違反臺灣省內於酒專賣暫行條例案件，對於臺灣臺中地方法院中華民國七十七年十

二月廿一日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原判決撤銷。

某甲販賣未貼專賣憑證之菸類，處拘役叁拾日併科罰金新臺幣伍仟元，拘役如易科罰金，罰金如易服勞役，各以新臺幣玖拾元即銀元叁拾元折算壹日。

附表所列之菸類均沒收。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按臺灣省內菸酒專賣暫行條例規定之罰金，以新臺幣為單位，同條例第四十二條設有特別規定。則凡因違反該條例之案件，而科處罰金者，應以新臺幣為科罰之標準。至罰金易服勞役如何折算，該條例雖未規定，依刑法第十一條前段，自有同法第四十二條之適用，其罰金係指銀元而言，故應將科處罰金新臺幣之數額按法定三與一之比率合成銀元，定其折算之標準，方為適法。本件原判決認定被告某甲，於民國七十七年九月廿六日，販賣未貼專賣憑證之菸類，違反臺灣省內菸酒專賣暫行條例第三十七條第五款之規定，而科處「拘役叁拾日併科罰金伍仟元，拘役如易科罰金，罰金如易服勞役，以叁拾元折算壹日」，並諭知菸類沒收，其拘役及沒收部分，固無不合，罰金部分未記載為新臺幣，即係以銀元為單位，揆諸前開說明，顯係違背法令。案經確定，非常上訴意旨，執以指摘，洵有理由。原判決不利於被告，應由本院予以撤銷，另行判決，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，臺灣省內菸酒專賣暫行條例第三十七條第五款、第四十條第一款、第四十二條，刑法第十一條前段、第四十一條、第四十二條第二項，撤

亂時期罰金罰鍰提高標準條例第一條前段、第二條第一項，判決如主文。

中華民國七十八年四月廿二日

第壹佰案

一、關係條文

勞動基準法第五條、第四十二條、第七十五條、第七十七條。

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規定甚明。本件原判決論被告某甲違反勞動基準法第七十七條之罪，係以該被告曾於中華民國七十七年十月六日早會時，向全體員工宣布：「今後假日全體加班，不加班則予以申誡處分」。因而認定被告某甲違反勞動基準法第四十二條規定，強制勞工從事正常工作時間以外之工作為其依據。惟查勞動基準法第四十二條規定之全文為：「勞工因健康或其他正當理由，不能接受正常工作時間以外之工作者，雇主不得強制其工作。」同法第七十七條規定：「違反第四十二條規定者，處六月以下有期徒刑、拘役或科或併科二萬元以下罰金。」故違反該法第四十二條規定之罪，必須具有：（一）須勞工因健康或其他正當理由，不能接受正常工作時間以外之工作。（二）須雇主強制勞工於正常工作時間以外之時間工作者。二個要件始得成立，且無處罰未遂犯之規定。綜上所述，查原判決認定之事實內，並無員工因健康關係或其他正當理由，不能接受正常

工作時間以外之時間工作之情事，況該公司之員工亦未因該被告之宣布而於正常時間以外之時間而爲工作之事實。又經核全卷亦無該二項犯罪要件之證據，原判決竟判處被告某甲以勞働基準法第七十七條違反同法第四十二條規定之罪，揆諸首揭說明，其適用法則殊爲不當，顯屬違背法令。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、判決要旨

勞働基準法第五條之規定，乃指雇主所實施之強制手段係出於強暴、脅迫、拘禁或與此相類之其他方法而言。亦即其所實施之強制手段必須已達於剝奪勞工意思自由之程度。至於同法第四十二條，則係指勞工倘有正當理由而不能接受正常工作時間以外之工作，雇主不得強制其工作而言。僅在保障勞工正常之作息，以維護其身心之健康，尙與妨害意思之自由無關。本件被告所爲當應成立同法第七十五條之違反第五條規定之罪，原判決竟依第七十七條之違反第四十二條之罪論處，於法殊有違誤。

四、附 錄

最高法院刑事判決

七十九年度臺非字第七九號

上訴人

最高法院檢察署檢察總長

被 告

某甲

右上訴人因被告違反勞働基準法案件，對於臺灣高等法院中華民國七十八年八月十日第二審確定判決，認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左：

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）

本院查勞動基準法第五條所稱「雇主不得以強暴、脅迫、拘禁或其他非法方法強制勞工從事工作」之規定，乃指雇主所實施之強制手段係出於強暴、脅迫、拘禁或與此相類之其他方法而言。亦即其所實施之強制手段，必須已達於剝奪勞工意思自由之程度，方足當之。至於同法第四十二條所謂「勞工因健康或其他正當理由，不能接受正常工作時間以外之工作者，雇主不得強制其工作」，則係指勞工倘有正當理由而不能接受正常工作時間以外之工作，雇主不得強制其工作而言。此一構成要件，除勞工應具有正當理由外，其關於雇主所實施之強制方法，並須尚未達於強暴、脅迫、拘禁等足以剝奪其意思自由，或與此相類之其他方法者始可。此觀諸前者規定於總則乙章，違反者之法定本刑較重（同法第七十五條），後者規定於工作時間、休息休假乙章，違反者法定本刑較輕（同法第七十七條），即可明瞭後者規定之目的，僅在保障勞工正常之作息，以維護其身心之健康，尙與妨害意思之自由無關。本件原判決既認被告爲雇主，於民國七十七年十月一日上午在工廠公告，要求勞工於翌（二）日（星期日）全體加班，以配合趕貨，惟加班之勞工不多，竟於同年十月六日早會時，向全體員工宣佈今後假日全體加班，不加班則予申誡處分，強制勞工從事正常工作時間以外之工作等情，顯不問任何理由，均強制所屬勞工應從事加班之工作；且申誡之處分，復可影響勞工之昇遷與考動獎賞，自足以威脅勞工，而剝奪其工作意思之自由，其爲此項之宣告應係脅迫之一種，所爲當應成立勞動基準法第七十五條之違反同法第五條規定之罪，乃原判決竟依同法第七十七條之違反第四十二條之罪論處，於法殊有違誤。案經確定，非常上訴意旨，執以指摘，洵有理由，惟原判決尙非不利於被告，因僅將其違背法令部分撤銷，以資糾正。再原

判決如上之事實認定，既謂「強制勞工從事正常工作時間以外之工作」，並無雖經強制仍未加班之記載，而實際上確亦有部分勞工爲此而加班，故本法條之處罰是否及於未遂犯，自毋庸予以論列。又非常上訴雖未提及則開勞動基準法第五條、第七十五條適用之問題，但本院依原判決所確認之事實，爲法律之適用，自不受其拘束（參看刑事訴訟法第四百四十五條第二項規定），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。

中華民國七十九年四月二十七日

中華民國八十年五月初版

非常上訴理由及判決要旨第十一輯（壹冊）

版權所有
翻印必究

編輯及
發行

最高法院檢察署編輯委員會

承印者 文友印刷紙業公司

台北市重慶南路一段九五號
電話：三一七三四七代表

