

中華民國八十三年六月

非常上訴理由及判決要旨

第二十輯

最高法院檢察署編印

非常上訴理由及判決要旨第十二輯序

刑事案件，在判決確定前，當事人如有不服，固可依審級制度，循上訴程序聲明不服，爭取權益。惟判決一經確定，即產生既判力及執行力，不容許任何人或任何機關對該判決有所爭議或推翻，俾能維護司法之威信。然審判之目的，在探求事實真相，並正確的適用法律。倘於判決確定後，發現法律適用確有違法情事，卻不許糾正錯誤，則反而有害於法律適用之一致性，及人民之權益。又若許以救濟而不加限制，任由當事人聲明不服，不獨與三級三審之基本制度難以符合，亦將影響國家刑罰權之行使，訟爭亦將無已時，故為救濟此等缺失，而有非常上訴制度之設。

非常上訴制度，一般言之，為救濟適用法律錯誤而設之特別訴訟程序，對於一審、二審或三審之確定判決，發現該案件之審判係違背法令者，專由最高法院檢察署檢察總長依職權或聲請，向最高法院提起非常上訴，以糾正法律適用之錯誤，並達統一法律適用之目的。所謂審判違背法令，係指其確定判決之審判程序或其判決所援用之法令與當時應適用之法令有所違背而言。故確定判決，如係實體上適用法律錯誤，且不利於被告者，提起非常上訴後，最高法院應撤銷原判決，就該案件另行判決或發回原審法院更審，俾被告得以獲得正反之實

益，惟如係訴訟程序違背法令者，最高法院依法僅將該違背訴訟程序部分撤銷，對被告則毫無實益。易言之，縱認原訴訟程序違法，但僅作形式上之糾正，而在實質上因程序違法所生當事人之不利益依然存在。此實為非常上訴制度之一大缺失。

社會進化不息，法律上新的問題隨時滋生，致適用法律之疑竇日增，且司法人員案牘負荷漸增，審判時對法令之適用，難免百密一疏，有所違誤，故本署近年來，依職權或依檢察官、被告、自訴人或第三人聲請而提起非常上訴的案件亦遞有增加。本署為提供從事司法實務人員及社會人士參考及避免適用法律同樣錯誤之重見，歷年來已就非常上訴案件中擇其有參考價值者，編成「非常上訴理由及判決要旨」一書，先後已發行有十一輯。茲者第十二輯之資料，經由本署王任檢察官城壁連、葉雪鵬，審慎選擇、蒐集本署全體檢察官近三年來經辦之案件，並經本人審定，而成斯編。稿定付梓，期對從事司法實務及刑事法律研究者，有所助益，並因而提高辦案之正確性與確保人民之權益。爰略陳所見，以為之序。

中華民國八十三年六月

陳 涵於最高法院檢察署

凡例

一、本書係將本署八十至八十二年度，提起非常上訴經最高法院判決之案件，擇其內容異於已發行之第一至十一輯且具參考、代表性的一百案，予以分類彙編而成。

二、本書分爲刑法、刑事訴訟法、刑事特別法三部分，刑法部分二十七案，刑事訴訟法部分二十七案，刑事特別法部分四十六案。

三、每一部分之案例順序，係依該部分之法條編號順序而編排。

四、每案之內容，就前十一輯之編排方式稍作改進，分爲(一)關係條文。(二)非常上訴理由。(三)附錄最高法院刑事判決三欄。另以黑色線條，將附錄之最高法院判決理由之重點部份，予以標出，使閱讀者易於明瞭非常上訴理由及判決之意旨所在。

非常上訴理由及判決要旨第十二輯目錄

壹、刑法

案次	年度	判決案號 台非字	關 係 條 又	頁次
一	八二	二七六	刑法第一條、第二條第一項但書。 著作權法第三條第一項第十一款第十二款第二十三款、 第四條第一項第六款第七款、第二十八條第一項第七款、 第三十八條第一項（七十九年一月二十四日修正公布 ），第三條第一項第五款（八十一年六月十日修正公布 ）。	一
二	八十	一六三	刑法第二條第一項。 商業法第五十八條（五十九年四月三十日修正公布）， 第六十條（八十年二月一日修正公布）。	六
三	八二	二九六	刑法第二條第一項、第五十五條後段、第一百六十四條	九

四	五	六	七	八	九
八二	八一	八二	八一	八二	八一
三一〇	二三三	一八五	一五二	三〇八	二九四
第一項。 就業服務法第六十八條、第五十八條第一項。 台灣地區與大陸地區人民關係條例第十五條第四款、第八十三條第一項。 刑法第二條第一項但書、第五十六條。 罰金罰鍰提高標準條例第二條。 刑法第二十八條、第二百六十六條第一項。 刑法第二十八條。 少年事件處理法第八十五條。 刑法第三十三條第三款、第二百六十七條。 刑法第三十三條第四款、第五十六條。 刑法第三十八條第一項第一款第二項、第四十條但書。 刑事訴訟法第三百零一條第一項。 司法院三十年院字第二一六九號、三十七年院解字第四〇二八號解釋。	一三	一七	二一	二五	二八

十	十一	一二	一三	一四	一五
八十	八十	八一	八十	八二	八一
四三八	二五六	二七六	一七四	七八	四八
刑法第四十一條、第一百三十四條、第二百七十七條第一項。	刑法第五十一條、第二百三十一條第二項。	中華民國八十年罪犯減刑條例第十條。	刑法第五十五條後段、第五十六條、第二百十二條、第二百十六條、第二百十七條第一項。	中華民國八十年罪犯減刑條例第二條第一項。	司法部院解字第三四五號解釋。
三五	三八	四二	四六	五〇	五四

一六	八十	一九九	刑法第九十條、第五十五條、第五十六條、第二百零一條第一項第二項、第三百二十二條。 戕亂時期竊盜犯贓物犯保安處分條例第四條第一項第二款。	五七
一七	八十	二〇九	刑事訴訟法第三百七十九條第十四款。	六三
一八	八十	九八	刑法第一百九十六條第一項。	六七
一九	八十	二八〇	刑法第二百零一條第二項、第三百三十九條第一項。	七二
二十	八一	二〇六	刑事訴訟法第三百零一條第一項。	七六
二一	八十	二七七	刑法第二百零一條第一項。 刑事訴訟法第三百零一條第一項。 刑法第二百零九條、第二百十條、第二百十六條、第二百十七條。	八〇
二二	八一	一七五	民法第三條。 刑法第二百二十條、第二百十二條、第二百十六條、第二百十七條。	八四

貳、刑事訴訟法

二七	二六	二五	二四	二三
八二	八十	八一	八二	八十
三七八	二三九	三二	二四六	三八四
第二百二十條。	刑法第三百三十九條第一項、第三百二十條第一項、第五十五條、第五十六條、第二百十條、第二百十六條、第二百二十條。	刑法第三百零九條第一項、第三百十條第二項、第三百十一條。	第三百零五條。	第二百十九條。 刑法第二百六十六條第二項、第三十八條第一項第二款第三款、第二百六十七條。 刑法第三百零四條、第三十八條第一項第一款第二項、第三百零五條。
一〇八	一〇三	九八	九三	八九

二八	八一	二五七	刑事訴訟法第十七條第七款、第三百七十九條第二款、第三百九十三條第一款。	一一三
二九	八二	三〇四	刑事訴訟法第五十五條第一項、第六十二條、第三百七十一條。	一一七
三十	八二	三二二	刑事訴訟法第六十條第一項、第三百七十一條、第三百七十九條第六款。	一二一
三一	八一	二七一	刑事訴訟法第一百十八條。	一二五
三二	八二	四一二	刑事訴訟法第一百五十四條、第一百五十六條第二項、第三百零一條第一項。	一二九
三三	八二	三八〇	刑事訴訟法第二百三十九條、第二百五十二條第五款、第三百零三條第一款。	一三四
三四	八二	四〇六	刑法第三百十條、第三百十四條。	一三八
三五	八二	三二一	刑事訴訟法第二百六十六條、第二百六十四條第二項第一款、第三百七十九條第十二款。 刑事訴訟法第二百六十七條、第三百零二條第一款。	一四二

三六	八二	一五四	刑事訴訟法第二百六十七條、第三百七十九條第十二款。	一四六
三七	八一	四二三	刑法第二百十條、第二百十五條、第二百十六條。 稅捐稽徵法第四十一條、第四十七條。 刑事訴訟法第三百條、第三百七十九條第十二款。 刑法第三百三十六條第二項、第三百三十九條第三項第一項。	一五一
三八	八十	一八〇	刑事訴訟法第三百零二條第一款。	一五九
三九	八十	二四九	刑事訴訟法第三百零三條第二款。	一六三
四十	八二	二三一	刑事訴訟法第三百零三條第三款。 司法院院字第二三八三號解釋。 刑法第三百五十四條、第三百五十七條。	一六六
四一	八一	七二	刑事訴訟法第三百零六條。 妨害兵役台罪條例第十一條第三項第一款、第七條第二項。	一七〇

四二	八一	一八五	刑法第四十一條。 刑事訴訟法第三百零八條。 勞工安全衛生法第二條第二項、第五條第一項第三款、第二十五條、第二十八條第一項第一款（修正前）。 刑法第二百七十六條第二項。	一七三
四三	八一	四三四	刑事訴訟法第三百六十二條、第三百四十六條。 司法院大法官會議釋字第一八八號、第三〇六號解釋。	一七八
四四	八一	三三五	刑事訴訟法第三百六十八條、第三百七十八條。	一八三
四五	八二	三六四	刑法第三十八條第一項第一款。 刑事訴訟法第三百七十條。 肅清煙毒條例第十條第一項、第十二條。	一八七
四六	八二	三四〇	刑法第二條第一項前段、第十一條前段、第二十八條、第四十七條、第五十九條。	一九一
四七	八一	一二二	刑事訴訟法第三百七十一條。 刑事訴訟法第三百七十六條。	一九四

五十	四九	四八
八二	八一	八二
二七〇	二四	一九二
刑法第三百四十六條第一項、第三百三十九條第一項。 、第三百條。 刑事訴訟法第三百七十九條第十二款、第二百六十八條 嘉義市魚市場組織規程第一條、第二條、第十三條。 刑法第十條第二款、第二百十三條、第二百十六條。 戡亂時期貪污治罪條例第二條、第五條第二款。 司法院大法官會議釋字第一八一號解釋。 刑事訴訟法第三百七十九條第十款。 刑法第六十一條、第一百三十四條、第三百三十五條。 三百九十六條第一項。 司法院大法官會議釋字第六十號、第二七一號解釋。 藥物藥商管理法第七十三條第一項。 麻醉藥品管理條例第十三條之一第二項第五款。 刑法第六十一條。	二〇二	一九八

五五	八十	四八九	中華民國七十七年罪犯減刑條例第七條第一項。	二二九
參、刑事特別法 中華民國七十七年罪犯減刑條例				
五一	八二	一八〇	刑事訴訟法第三百七十九條第十四款。	二一三
五二	八十	五三六	刑法第一百三十五條第一項。	二一七
五三	八十	一〇六	刑事訴訟法第四百三十七條第二項第一項前段、第三百零三條第五款、第四百三十六條。	二二二
五四	八二	一二三	刑事訴訟法第四百五十一條之一第一項、第四百五十五條之一第二項。	二二五
			刑法第六十一條第一款。	
			公司法第十五條。	
			刑事訴訟法第四百五十四條第四款。	
			刑法第二條第一項、第四十一條、第四十二條第二項、第二百七十七條第一項。	
			罰金罰鍰提高標準條例第二條。	

五 六	八 十	五 四 三	中華民國七十七年罪犯減刑條例第十三條。	二 三 三
中華民國八十年罪犯減刑條例				
五 七	八 十	四 七 三	中華民國八十年罪犯減刑條例第一條、第十二條。 刑法第五十一條。	二 三 六
五 八	八 十	四 六 四	中華民國八十年罪犯減刑條例第六條。 槍礮彈藥刀械管制條例第七條第四項。 刑法第一百八十七條、第五十五條、第三十八條第一項第一款。	二 四 〇
五 九	八 十	四 二 八	中華民國八十年罪犯減刑條例第六條、第十七條。	二 四 四
六 十	八 十	三 五 八	中華民國八十年罪犯減刑條例第九條第一項。	二 四 八
六 一	八 十	二 〇 〇	中華民國八十年罪犯減刑條例第十條。 戡亂時期肅清煙毒條例第十條第二項。	二 五 一
六 二	八 一	一 〇 九	中華民國八十年罪犯減刑條例第十二條。 刑法第五十一條第五款。	二 五 四

就業服務法

六三	八二	三三四	就業服務法第五十八條第一項、第五十三條第一款。 刑法第十一條前段、第四十二條。	二五八
----	----	-----	--	-----

台灣地區與大陸地區人民關係條例

六四	八二	二五六	台灣地區與大陸地區人民關係條例第八十三條第一項、 第十條第一項、第十五條第四款。 刑法第一百六十四條第一項、第五十五條。 刑事訴訟法第二百六十七條、第三百七十八條、第四百 四十一條。	二六一
----	----	-----	---	-----

藥物藥商管理法

六五	八一	九二	藥物藥商管理法第六十一條。 麻醉藥品管理條例第二條第四款。	二六五
六六	八十	四七五	藥物藥商管理法第七十三條。	二六九

			刑事訴訟法第三百零一條第一項。	
麻醉藥品管理條例				
六七	八一	五	麻醉藥品管理條例第十三條之一第二項第四款、第五款。	二七三
道路交通管理處罰條例				
六八	八十	五〇〇	道路交通管理處罰條例第八十六條第一項。	二七六
六九	八十	五〇八	刑法第二百七十六條第二項。 道路交通管理處罰條例第八十六條第二項。 道路交通安全規則第六條第一款、第一百二十四條第三項。 刑法第二百七十六條第一項。	二八〇
少年事件處理法				
七十	八二	二七七	少年事件處理法第十八條第一項、第三條、第二十七條第一項第二項、第六十五條第一項。	二八三

七五	八十	五四五	戡亂時期貪污治罪條例 戡亂時期貪污治罪條例第六條第三款、第四款。 刑法第三百三十六條第一項、第五十六條。 司法院大法官會議釋字第一七四號解釋。	三〇一
七一	八一	一七〇	麻醉藥品管理條例第十三條之一第二項第四款。 刑事訴訟法第三百零三條第一款。 少年事件處理法第六十五條第二項、第八十五條之一第一項。 刑事訴訟法第三百三十四條。 少年事件處理法第八十二條前段。 少年事件處理法第八十五條。 刑法第十八條第一項。 少年事件處理法第八十五條。 刑法第三十條。	二八七
七二	八十	四二七		二九一
七三	八二	二四八		二九四
七四	八二	三四七		二九八

七六	八十	一一八	戡亂時期貪污治罪條例第六條第三款、第七條。	三〇六
貪污治罪條例				
七七	八二	四二〇	貪污治罪條例第十六條、第十條第二項。	三〇九
動員戡亂時期公職人員選舉罷免法				
七八	八十	八四	動員戡亂時期公職人員選舉罷免法第九十八條第三項。 刑法第三十七條第三項、第一百四十三條第一項。	三一二
竊盜犯贓物犯保安處分條例				
七九	八二	一〇三	竊盜犯贓物犯保安處分條例第四條、第五條第一項。 法院辦理竊盜犯贓物犯保安處分條例案件應行注意事項 (五)。	三一五
保安處分累進處遇規程				
八十	八十	一二	保安處分累進處遇規程第十七條第二項第一款。	三一八

台灣省內菸酒專賣暫行條例			
八一	八二	三八一	台灣省內菸酒專賣暫行條例第三十七條第五款、第四十一條第一款第四款。
八二	八十	二二四	司法院大法官會議釋字第二三九號解釋。 懲治走私條例第二條第一項。 台灣省內菸酒專賣暫行條例第四十二條、第三十七條第五款。
罰金罰鍰提高標準條例			
八三	八十	二一四	罰金罰鍰提高標準條例第五條前段、第一條前段。 商業登記法第三十二條第二項。
森林法			
八四	八十	五四〇	森林法第四十九條第二項第五項（修正前），第五十一條第一項（修正後）。
			三三五
			三三一
			三二七

商標法	八八	八七	著作權法	八六	八五
	八一	八十		八十	八十
	三一	四九四		五一二	五三七
	刑法第二百十六條、第二百十條、第五十五條。 著作權法第三十八條第一項前段。 著作權法第二條第一項。	著作權法第二十八條第三項、第三十九條第一項前段（七十九年一月二十四日修正公布）。 刑法第二條第一項。		漁業法第六十條第一項、第一條、第六條。 刑事訴訟法第三百零一條第一項、第三百七十九條第十款。	刑法第二條第一項但書、第三百二十條第二項。 森林法第五十二條第一項第一款、第六款。
	三五三	三四八		三四四	三四〇

八九	八十	四八	商標法第六十二條之二。 刑法第二百五十三條。 刑事訴訟法第三百七十八條、第三百七十九條第十四款。	三五七
九十	八二	三九〇	稅捐稽徵法第四十一條。 刑法第二百十六條、第二百十五條。	三六二
稅捐稽徵法				
證券交易法				
九一	八一	六六	證券交易法第一百五十五條第一款、第十二條、第一百五十條、第一百五十五條第二項、第一百七十一條。 證券商營業處所買賣有價證券管理辦法第二條、第四條。	三六八

醫師法			野生動物保育法		
九二	八十	一三二	野生動物保育法		
		醫師法第二十八條第一項。 刑法第五十六條。	九三	八二	二五
					野生動物保育法第四十一條第一項、第三十二條第四項 第一項。 刑法第三十八條。 刑事訴訟法第一百四十一條。
動員戡亂時期集會遊行法			九四	八一	四六
		動員戡亂時期集會遊行法第三十條。 刑法第一百四十條第二項。 司法院院字第一三七一號、第二〇二五號解釋。			
					三八〇

戡亂時期肅清煙毒條例			
九五	八一	七四	戡亂時期肅清煙毒條例第九條第五項第一項、第十二條。 刑法第四十七條、第五十六條。
			三八五
懲治盜罪條例			
九六	八十	三六〇	懲治盜匪條例第五條第一項第一款。 刑法第三百四十六條第一項。
			三八九
懲治走私條例			
九七	八十	一一六	懲治走私條例第二條之一第三項、第一項、第二項。
			三九三
槍礮彈藥刀械管制條例			
九八	八十	五五	槍礮彈藥刀械管制條例第十二條第一項。
			三九七
妨害兵役台罪條例			

九九	八二	一一六	妨害兵役治罪條例第二十六條。	四〇〇
駐華外國機構及其人員特權暨豁免條例				
一〇〇	八一	三七二	駐華外國機構及其人員特權暨豁免條例第三條。 中美間之特權、免稅暨豁免協定第六條第二項。 刑事訴訟法第三百七十九條第五款。	四〇三

壹、刑法

【第壹案】

一、關係條文

刑法 第一條、第二條第一項但書。

著作權法 第三條第一項第十一款第十二款第二十三款、第四條第一項第六款第七款、第二十八條第一項第七款、第三十八條第一項（七十九年一月二十四日修正公布），第三條第一項第五款（八十一年六月十日修正公布）。

二、非常上訴理由

按判決適用法則不當者，爲違背法令。其不載理由者，爲當然違背法令。刑事訴訟法第三百七十八條、第三百七十九條第十四款前段，既定有明文。而依刑法第二條第一項但書適用有利行爲人之法律時，既認行爲時法有利於行爲人，自應整個適用，不容對於其他關係條文，復參用裁判時法，以免牽系統，復有二十九年上字第五二五號判例可考。本件原判決以被告某甲連續擅自重製他人之著作，依被告行爲時七十九年一月二十四日修正之著作權法第

三十八條第一項處有期徒刑八月。其認定事實爲 被告明知EA—七九〇六號海洋水族箱（依某乙之著作權執照，似屬一「圖一字」），係某乙自七十八年六月十日著作完成享有一〇二〇五三號著作權之美術著作。竟基於概括犯意，自民國七十九年一月間起，至八十年八月四日止，擅自將之重製成工體水族箱櫃，編號爲EA—七九〇六型號。並於理由謂 被告所製造EA—七九〇六型號水族箱櫃，與告訴人所享有第一〇二〇五三號著作權之美術著作海洋水族箱（圖之形態，完全相同云云。惟查七十九年十月二十四日修正之著作權法第三條第一項第二十三款後段規定「如爲圖形著作，就干面或工體轉變成工體或平面者，視同重製。」係配合同法第二十八條第一項第七款「就他人平面或工體圖形仿製、重製爲工體或干面著作」之規定而予規定。依立法意旨，僅限於同法第三條第一項第十二款所規定之「圖形著作」有其適用。並不包括同條項第十一款所規定之「美術著作」在內。且依該第十一款但書規定 凡有標示作用，或涉及本體形貌以外意義，或係表達物體結構、實用物品形狀、文字字體、色彩及布局、構想、觀念之設計，並不屬「美術著作」之範疇。故將美術著作圖形，製成工體成品，乃屬專利法上之實施，而非重製，向無侵害著作權之可言。原判決理由引用八十一年六月十日修正之著作權法第三條第一項第五款之規定，以解釋重製，爲論處被告違反著作之依據，不無判決適用法則不當及不載理由之違法。案經確定，且於被告不利，爰

依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條，提起非常上訴，以資救濟。

三、附 錄

最高法院刑事判決

八十二年度台非字第二七六號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

右上訴人因被告違反著作權法案件，對於台灣高等法院中華民國八十二年二月九日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決撤銷，由台灣高等法院依判決前之程序更為審判。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按行為之處罰，以行為時之法律有明又規定者為限。行為後法律有變更者，適用最有利於行為人之法律時，不容對於其他關係條文，復參用裁判時法，以紊系統。刑法第一條、第

二條第一項但書既有明定，本院二十九年上字第五二五號，復著有明例。本件被告某甲違反著作權法案件，原判決以被告明知E A——七九〇六型號海洋水族箱，係某乙享有著作權之美術著作。竟擅自將之重製成工體水族箱櫃。因而撤銷第一審諭知被告無罪之判決，依刑法第二條第一項但書規定，適用七十九年一月二十四日修正公布之著作權法第三十八條第一項，論處被告罪刑。查該修正之著作權法第三條第一項第十一款、第十二款及第四條第一項第六款、第七款，均將「美術著作」「圖形著作」分列併舉，二者為不同之著作形態。其第三條第一項第二十三款末段明定 如為「圖形著作」，就平面或工體轉變成工體或平面者，視同重製。第二十八條第一項第七款復明定 就他人平面或工體「圖形」仿製、重製為工體或平面著作者，視為侵害著作權。均專對「圖形著作」而言，不及於「美術著作」。被告將他人之「美術著作」製成工體水族箱櫃是否視同重製及是否視為侵害著作權，尚乏明文規定。又原判決既適用七十九年一月二十四日修正之著作權法，論處被告罪刑，復謂 所謂重製，係指以印刷、複印、錄音、錄影、攝影、筆錄，或其他方法有形之重複製作，或依建築設計圖或建築模型建造建築物者，均屬之。竟引用八十一年六月十日修正之著作權法第三條第一項第五款之規定，以解釋重製。揆諸首開說明，顯屬違背法令。案經確定，非常上訴意旨，執以指摘，為有理由。願告訴人某乙享有著作權之美術著作海洋水族箱，究屬工體抑或平面，

原判決事實記載並不明確。爲維持被告審級利益，應由本院將原判決撤銷，由原審法院依判決前之程序更爲審判，以期適法。

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

中 華 民 國 八 十 二 年 八 月 二 十 六 日

【第貳案】

一、關係條文

刑法 第二條第一項。

海峽殖民地法律 第五十八條（五十九年四月三十日修正公布），

第六十條（八十年二月一日修正公布）。

二、非常上訴理由

按行為後法律有變更者，適用裁判時之法律，但裁判前之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律，刑法第二條第一項定有明文。查本件原判決認定被告某甲於八十年一月一日未經王管機關許可，使用電氣採捕水產物，其行為顯在漁業法八十年二月一日修正公布施行，同年月三日生效之前，原審於八十年二月十一日判決時，自應依照首揭說明比較新舊法，何者最有利於行為人而適用，其竟疏未適用刑法第二條第一項比較新法第六十條法定

刑爲五年以下有期徒刑、拘役或併科罰金新台幣十五萬元之罰金與舊法第五十八條法定刑爲一年以下有期徒刑，併科乙千元（銀元）以下罰金之結果，何者較有利於被告，而逕適用已失效之舊法判處被告罪刑，自失其法律上之依據，顯有判決不適用法則之違法，雖原判決並非不利於被告，但本署爲統一法令之適用，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附 錄

最高法院刑事判決

八十年度台非字第一六三號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

右上訴人因被告違反漁業法案件，對於台灣台中地方法院中華民國八十年二月十一日第一審確定判決認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

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。本件被告某甲於民國八十年一月一日未經許可，在台中縣石岡鄉九房村石水荊溪，使用電氣採捕水產物，原審予以論科，固非無見。惟查漁業法於八十年二月一日修正公布施行，同年月三日生效，原第五十八條，已修正爲第六十條，且將原法定刑「一年以下有期徒刑，併科一千元以下罰金」提高爲「五年以下有期徒刑、拘役或併科新台幣十五萬元以下罰金」。是被告行爲後，法律已有變更，自應比較新舊法，何者較有利於被告，乃始適法，乃原判決未予比較適用，顯有判決不適用法則之違法。上訴人於判決確定後，提起非常上訴，自屬正當，但原判決於被告並無不利，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，判決如左。

中華民國二十三年五月二十三日

【第 三 案】

一、關係條文

刑法 第二條第一項、第五十五條後段、第一百六十四條第一項。
就業服務法 第六十八條、第五十八條第一項。
台灣地區與大陸地區人民關係條例 第十五條第四款、第八十三條第一項。

二、非常上訴理由

本件原判決之事實記載 某甲明知某乙、某丙二人均係由中國大陸未經入境許可擅自偷渡來台，違反國家安全法之犯人，竟於民國八十年八月二十日擅自以每月新台幣一萬元留用某乙二人，在高雄縣岡山鎮××路××號其所經營之××企業公司工作並供任所予以藏匿，於八十一年九月四日為警查獲。乃據以論處被告藏匿人犯之罪刑。並於判決理由中說明某乙二人係中國人非外國人，並無違反就業服務法第五十三條第一款之問題。惟查就業服務法第

五十三條第一款，因係對雇主不得聘僱或留用未經許可或許可失效之外國人爲規定。但同法第六十八條已明定大陸地區人民受聘僱於台灣地區從事工作，其聘僱與管理，除法律另有規定外，準用第五章（即外國人之聘僱與管理）相關之規定。在台灣地區未經許可僱用或留用大陸地區人民從事工作，自應準用該法有關未經許可聘僱或留用外國人之法則予以適用。依原判決事實之記載，被告係留用未經許可擅自偷渡來台之大陸地區人民從事工作，另步及就業服務法第五十八條第一項後段之罪，原判決竟誤認留用未經許可之大陸地區人民從事工作，無就業服務法之適用，顯然有不適用法則之達誤。又不得僱用大陸地區人民從事未經許可或與許可範圍不符之工作，爲台灣地區與大陸地區人民關係條例第十五條第四款所明定，違反者應依同條例第八十三條第一項所定之罰則予以處罰。被告行爲時該條例雖未施行，但審判中該條例業已實施，原判決所記載之被告犯罪事實，又與該條例所定之罰則犯罪構成要件相當，該條例又爲處理兩岸人民關係之特別法，依刑法第二條第一項之規定即應比較適用，原判決置而不論。亦有判決不適用法則之達法，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。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十二年度台非字第二九六號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

右上訴人因被告藏匿人犯案件，對於台灣高雄地方法院中華民國八十一年十一月五日第一審確定判決，認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院查被告某甲於民國八十年八月二十日僱用未經許可擅自偷渡來台之某乙等二人並提供住所予以藏匿，陰成工刑法第一百六十四條第一項之藏匿人犯罪外，當時就業服務法尚未公布施行，固無由成工未經許可聘僱大陸地區人民罪。惟該法於八十一年五月八日公布施行後，被告仍繼續僱用某乙等二人，則自八十一年五月十日該法生效之日起，被告即有違反就業服務法第六十八條、第五十八條第一項規定，應與所犯藏匿人犯罪依牽連犯規定，從一重處斷。原判決對此部分漏未論究。且原判決裁判時，台灣地區與大陸地區人民關係條例已於八十

一年七月三十一日經總統公布，行政院令於同年九月十八日起施行。該條例第十五條第四款規定不得僱用大陸地區人民從事未經許可或與許可範圍不符之工作，違反者，應依同條例第八十三條第一項處罰。自係行爲後法律有變更，應依刑法第二條第一項但書規定，比較兩法何者有利於被告而適用有利之法律裁判。原判決復認置不論。難謂無不適用法則之違誤。案經確定，非常上訴執以指摘，尙有理由。但原判決尙非不利於被告，應由本院將原判決關於違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中華民國二十九年九月八日

【第肆案】

一、關係條文

刑法 第二條第一項但書、第五十六條。
罰金罰鍰提高標準條例 第二條。

二、非常上訴理由

按刑法上之連續犯，以一罪論，刑法第五十六條定有明文。是連續犯之數行為，於法律有變更時，其一部涉及舊法，一部涉及新法，即應依最後行為時之法律處斷。並無刑法第二條第一項但書之適用。此有貴院二十七年上字第一六〇七號、二十九年上字第三八六六號判例可供參考。本件原判決之事實記載被告某甲基於概括之犯意，自民國八十一年二月初起至八十二年一月七日止，連續在其高雄市××區××路××號××樓之四任處等地，非法吸用女非他命，為警查獲，移送檢察官偵查後經限制住居獲釋，仍賡續基於前吸用女非他命之概括

犯意，復在前開住處及新遷居之同市××區××路××號三樓等處連續非法吸用安非他命，直到八十二年二月二十七日爲警再度查獲。乃認其多次犯行，係屬連續犯，論以一罪。處以有期徒刑六月。並以罰金罰鍰提高標準條例第二條業於民國八十二年二月五日修正公布、同月七日生效，被告行爲時，在該條又修正公布施行前，易科罰金之折算標準，應依刑法第二條第一項但書之規定，比較適用有利於被告行爲時之修正前罰金罰鍰提高標準條例第二條第一項之規定，諭知其如易科罰金，以叁拾元折算壹日。惟依原判決之事實，被告之最後犯罪行爲爲八十二年二月二十七日，已在罰金罰鍰提高標準條例第二條修正之後。依前述之貴院判例意旨，即無刑法第二條第一項但書之適用。原判決仍謂其係該條例修正以前所爲，而依有利於被告之修正前條又諭知易科罰金之標準，不僅判決理由有矛盾，且有判決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。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十二年度台非字第三一〇號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告違反麻醉藥品管理條例案件，對於台灣高等法院高雄分院中華民國八十二年五月二十六日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按連續數行為而犯同一之罪名者，以一罪論，刑法第五十六條定有明文，則當連續犯罪之際，遇法律有變更時，其一部步及舊法，一部步及新法，即應依最後行為時之法律處斷，無適用刑法第二條第一項但書之餘地。本件被告某甲基於概括之犯意，自民國八十一年二月初起至八十二年一月七日止，連續在高雄市××區××街××號×樓之四等地，非法吸用安非他命，為警查獲，移送檢察官偵查後經限制住居獲釋，仍賡續基於前吸用安非他命之概括犯意，復在上開處所及新遷之同市××區××路××號三樓等處連續非法吸用安非他命，直至八十二年二月二十七日為警再度查獲，移送併辦，為原確定判決認定之事實。查罰全罰緩提高標準條例第二條於八十二年二月五日修正公布，同月七日生效，被告犯罪行為雖起於該

條又修正前，但在該條又修正後仍連續犯同一罪名，合於刑法第五十六條規定以一罪論，其在該條又修正前之犯行屬於連續犯之一部，最終之犯行既在該條又修正以後，自應依修正後之法律提高易科罰金之折算標準，而無刑法第二條第一項但書之適用，乃原判決不察，謂其行爲在該條又修正以前所爲，而係有利於被告之修正前條又諭知易科罰金之折算標準，其適用去則，自屬不當。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由，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，判決如左。

中 華 民 國 八 十 二 年 九 月 十 六 日

【第 伍 案】

一、關係條文

刑法 第二十八條、第二百六十六條第一項。

二、非常上訴理由

按科刑之判決書，其宣示之王文，與所載之事實及理由必須互相適合。否則即屬理由矛盾，其判決當然為違背法令，有最高法院六十四年台上字第八九三號判例可資參照。本件原判決認定事實為 某甲基於共同之概括犯意，自民國八十年七月初起，在台南縣××鎮××農工前之公路旁其所設之檳榔攤之公眾得出入之場所，擺設賭博性電動玩具三台與不特定之顧客賭博財物，迄同月九日下午二時三十分許，為警查獲等情。事實內並未載明被告與何人有犯意之聯絡，以及如何分擔犯罪行為之實施，竟引用刑法第二十八條，於王又諭知共同連續在公眾得出入之場所賭博財物，依首揭判例，顯有判決所載理由矛盾致適用法則不當之違

背法令。案已確定，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、附錄

最高法院刑事判決

八十一年度台非字第二三三號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告賭博案件，不服台灣台南地方法院中華民國八十年九月四日第一審確定簡易判決，認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按 有罪科刑之確定判決，其宣示之王又，與所載之事實及理由，必須互相適合，如有

不合，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，得提起非常上訴。次按共犯在學理上，有「任意共犯」與「必要共犯」之分，前者指一般原得由一人單獨完成犯罪而由二人以上共同實施之情形，當然有刑法總則共犯規定之適用，後者係指須有二人以上之參與實施始能成工之犯罪而言。且「必要共犯」依犯罪之性質，尚可分為「聚合犯」「與」「對向犯」，其二人以上朝同一目標共同參與犯罪之實施者，謂之「聚合犯」，如刑法分則之公然聚眾施強暴、脅迫罪、參與犯罪結社罪、輪姦罪等是，因其本質上即屬共同正犯，故除法律依其首謀、下手實施或在場助勢等參與犯罪程度之不同，而異其刑罰之規定時，各參與不同程度犯罪行為者之間，不能適用刑法總則共犯之規定外，其餘均應引用刑法第二十八條共同正犯之規定。而「對向犯」則係二個或二個以上之行為者，彼此相互對工之意思經合致而成工之犯罪，如賄賂、賭博、重婚等罪均屬之，因行為者各有其目的，各就其行為負責，彼此間無所謂犯意之聯絡，苟法律上僅處罰其中部分行為者，其餘對向行為縱然對之不無教唆或幫助等助力，仍不能成工該處罰行為之教唆、幫助犯或共同正犯，若對向之二個以上行為，法律上均有處罰之明文，當亦無適用刑法第二十八條共同正犯之餘地。

本件原確定之簡易判決，認定被告某甲基於共同之概括犯意，自八十年七月初起，在台南縣

××鎮××農工（職業學校）前之公路旁其所設之檳榔攤，擺設賭博性電動玩具三台，與不特定之顧客賭博財物，於同月九日下午二時三十分許為警查獲等情，並未審認被告吟與參加賭博之不特定顧客外，尚有何與其他第三人間，以自己共同犯罪之意思，在上開檳榔攤共同實施擺設賭博性電動玩具與顧客賭博財物之行爲，至其單獨擺設賭博性電動玩具與不特定之顧客間，所爲賭博財物之行爲，乃其所犯刑法第二百六十六條第一項賭博罪構成要件之內容，亦即須有其與顧客間彼此對向爲賭博財物之行爲始能成立本罪，屬「必要共犯」中之「對向犯」，自毋庸適用刑法第二十八條並將「共同」宣示於王又。乃原判決竟於理由內援引刑法第二十八條，復於王又爲「共同」之諭知，適用法令顯有違誤，且此項違誤顯於判決有所影響，揆諸上揭說明，原判決已屬違背法令。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由，惟原判決尙非不利於被告，應由本院僅將原判決關於違背法令部分撤銷，用資糾正。據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中

華

民

國

八十一

年

六

月

二十六

日

【第陸案】

一、關係條文

刑法 第二十八條。

少年事件處理法 第八十五條。

二、非常上訴理由

按刑事判決確定後，發現該案件認定犯罪事實與所用證據顯屬不符，自屬判決違背法令，得提起非常上訴，有司法院大法官「職釋字第一四六號解釋可資遵循。本件原確定判決認定被告有與未滿十八歲人也女共同服用化學合成麻醉藥品安非他命，論以成年人與未滿十八歲人共同連續非法服用化學合成麻醉藥品罪，係以被告之自白並也女之證述爲其證據，惟查被告在審判中之陳述係「與也女一起吸」，「對也女所言無意見」，而少年也女在警察人員偵訊時所爲之陳述則係「我所吸食之女非他命，係我們到老爹（按指被告）任處，由老爹所

供給」，「他（指被告）現任××街二段××巷×弄×號二樓，與其一同吸食安非他命及他給我安非他命之人」，「八十一年八月十三日早上十時許到某甲住處，他曾與我一同吸食安非他命一次」，「某甲供我吸食安非他命」（見偵查卷第四頁背面、第五頁），被告在警察人員偵訊中，亦自承係他女到其家中，見其正在吸食安非他命，「要我分點給他共同吸食」（見同上卷第七頁至第八頁），在檢察官偵查中復自承是分給他女吸，「跟他女一起吸」（見同上卷第十二頁）。原判決認定被告作與他女共同吸食安非他命，顯與所採用之證據不符，況刑法上所謂之共同正犯，係指二人以上共同實施犯罪行為，而有犯意之連絡與行為之分擔者而言，查吸食安非他命，乃個人行為，他人既不可能與吸食者有犯意之連絡，其本人在吸食時，他人亦不可能有行為之分擔，殊無成工共同正犯之餘地，原判決就被告提供安非他命與他女一起吸食之行為，論以共同非法吸用化學合成麻醉藥品罪，適用少年事件處理法第八十五條加重其刑，顯不適法，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、附 錄

最高法院刑事判決

八十二年度台非字第一八五號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告違反醉麻藥品管理條例案件，對於台灣台北地方法院中華民國八十一年九月二十五日第一審確定判決，認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決撤銷。

某甲連續非法吸用化學合成麻醉藥品，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）

本院按判決不適用法則或適用法則不當者，為違背法令，為刑事訴訟法第三百七十八條所明定，而少年事件處理法第八十五條所稱之共同實施犯罪與刑法第二十八條用語相同，所謂共同正犯，必需行為人間有犯意之連絡及行為之分擔，行為人間有互相利用對行為之情形，始克當之，若行為人彼此行為間並無相互利用關係者，僅同時在一起各自為犯罪行為時，應屬同時犯，而非共同實施犯罪。查本件原判決認定被告某甲基於概括犯意，連續多次在台北

市××街二段××巷×弄×號二樓非法吸用化學合成麻醉藥品安非他命，復於八十一年八月十三日上十時許，有少年也女（民國六十四年六月三日生，另由第一審法院少年法庭審理）前在台北市××街×段××巷×弄×號二樓，見某甲正非法吸用化學合成麻醉藥品安非他命，而要求共同吸用，某甲應允，二人基於犯意之連絡而共同吸用等情，並未敘明兩人有如何之行爲分擔及如何彼此互相利用對万行爲之情形，則兩人雖同時在一起吸用安非他命，亦僅係各自犯非法吸用化學合成麻醉藥品罪之同時犯，與共同實施犯罪之情形有別，自無少年事件處理法第八十五條之適用。乃原判決竟依少年事件處理法第八十五條規定，以某甲成年人與未滿十八歲之人共同連續非法吸用化學合成麻醉藥品，判處有期徒刑陸月，如易科罰金以叁拾元折算壹日，顯屬違背法令，案經確定，且對被告不利，非常上訴執以指摘，尙有理由，爰由本院將原判決撤銷，另行判決，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，麻醉藥品管理條例第十三條之一第二項第四款，刑法第十一條前段、第五十六條、第四十一條，（舊）罰金罰鍰提高標準條例第二條第一項，判決如王又。

【第 柒 案】

一、關係條文

刑法 第三十三條第三款、第二百六十七條。

二、非常上訴理由

按有期徒刑，二年以上，十五年以下，但遇有加減時，得減至二月未滿，或加至二十年，刑法第三十三條第三款定有明文。查本件原判決認定被告某甲共同以賭博爲常業，處有期徒刑一月，併科罰金一千元，既未說明其有減輕情由，乃判處有期徒刑一月，顯與首揭法條規定不符，自有違背法令，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、附 錄

最高法院刑事判決

八十一年度台非字第一五二號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告賭博案件，對於台灣台中地方法院中華民國八十年十二月十二日第一審確定判決，認為一部違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於某甲違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按有期徒刑之期間，除遇有減輕得減至二月未滿外，為二年以上，十五年以下，此觀刑法第三十三條第三款規定甚明。本件原判決論被告某甲共同以賭博為常業罪，既無減輕事由，竟處以有期徒刑一月（併科罰金一千元），依照首揭說明，自屬違背法令，業經確定，非常上訴執以指摘，洵有理由，惟原判決尚非不利於被告，應僅將原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，判決如王又。

中
華
民
國
八
十
一
年
五
月
八
日

【第捌案】

一、關係條文

刑法 第三十三條第四款、第五十六條。

二、非常上訴理由

按拘役之刑度，為一日以上，二月未滿，刑法第三十三條第四款前段定有明文。所謂二月未滿，依民法第一百二十三條第二項「月或年，非連續計算者，每月為三十日」

之規定，應係指未滿六十日，亦即五十九日甚明，稽之司法實務，歷來於科處拘役而無加重情形時，亦莫不以此為其上限，連續犯，依刑法第五十六條規定，雖得加重其刑至二分之一，惟其刑之加重，於科處拘役之場合，仍須以拘役之刑度為基準而加重，乃屬自明之理，不言可喻，徵以最高法院三十一年上字第九二二號判例，可明示「刑法第三十三條第四款但書所謂拘役遇有加重時得加至四個月，以加重結果可以科處四個月為限，上訴人等假借公

務員職務上之權力犯罪，依刑法第一百三十四條規定，祇能加重本刑至二分之一，如科處拘役祇能就三月未滿之限度內量處，乃為適法」，兩相對照，益為灼然。原判決以被告連續非法吸用化學合成麻醉藥品，予以論罪科刑固無不合，惟論知科處拘役九十日，揆諸首揭法條及前開判例，顯屬違背法令，業經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十二年度台非字第三〇八號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告違反麻醉藥品管理條例案件，對於台灣高等法院中華民國八十二年六月十日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於所處拘役部分撤銷。

某甲所犯連續非法吸用化學合成麻醉藥品罪，處拘役柒拾伍日，如易科罰金，以叁拾元折算壹日。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑法第三十三條第四款規定拘役一日以上，二月未滿，但遇有加重時，得加至四個月。而連續數行為而犯同一罪名者，得加重其刑至二分之一，為刑法第五十六條所明定，而拘役二月未滿之上限為五十九日，加重至二分之一之上限，應為八十八日，該條款但書規定得加重四個月，應係指不論加重之原因及其次數若干，其拘役之上限至多為四個月而言。本件被告僅有連續犯一個加重原因，原判決竟判處拘役九十日，即有判決適用法則不當之違法，且於被告不利。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由。應將原判決關於違背法令部分撤銷，由本院另行判決，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百七條第一項第一款但書，麻醉藥品管理條例第十三條之一第二項第四款，刑法第十一條上段、第二條第一項但書、第五十六條、第四十一條，修正前罰金罰鍰提高標準條例第二條第一項，判決如王又。

中華民國二十九年九月十六日

【第玖案】

一、關係條文

刑法 第三十八條第一項第一款第二項、第四十條但書。
刑事訴訟法 第三百零一條第一項。
司法院三十年院字第二一六九號、三十七年院解字第四〇二八號解釋。

二、非常上訴理由

按海各因或其合成製品係毒品。又查獲之煙毒，均沒收銷燬之，戡亂時期肅清煙毒條例第二條、第十二條訂有明文。又毒品係違禁物，不問屬於犯人與否，沒收之。而沒收於裁判時宣告之，但違禁物得單獨宣告沒收，刑法第三十八條第一項第一款、第二項、第四十條復有明文。本件扣案針劑三支（原係四支，一支於警員查獲時摔破，實存三支），含有海各因反應，有高雄市政府衛生局八十一年一月三十日高市衛檢字第〇二九〇九號簡便行又表所附高衛試煙字第A一三七一號鑑定書附卷可憑，原判決認係毒品，依首揭條文規定，應宣告沒

收。又被告某甲雖不構成戕亂時期肅清煙毒條例之罪，或不構成違反麻醉藥品管理條例之罪，其扣案之毒品即針劑三支，應單獨宣告沒收（參照三十七年院解字第四〇二八號）。乃原判決竟未依法單獨宣告沒收，顯有不適用法則之違法，此項判決已告確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條規定提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十一年度台非字第二九四號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告違反麻醉藥品管理條例案件，對於台灣高等法院高雄分院中華民國八十一年六月十六日第二審確定判決，認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違禁物未宣告沒收違背法令部分撤銷。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按被告被訴犯罪不能證明或行爲不罰時，依刑事訴訟法第三百零一條第一項規定，固應諭知無罪之判決，但該案扣押之違禁物，依刑法第三十八條第二項規定，則不問屬於犯人與否，均應宣告沒收。故如被告宣告無罪之案件，遇有扣案之違禁物時，即應依刑法第三十八條第一項第一款第二項及第四十條但書規定，於諭知被告無罪判決之同時，單獨宣告沒收之，始爲合法（參照司法院三十年院字第二一六九號及三十七年院解字第四〇二八號解釋）。本件原確定判決認定被告某甲被訴非法施打化學合成麻醉藥品製劑違犯毒品罪不能證明，扣案之三支針劑亦不能證明爲被告所持有，因而諭知被告無罪之判決，但查獲之扣案三支針劑，既經原審法院函送高雄市政府衛生局鑑定結果，證實爲含有海洛因反應之毒品，有該局函送之八十一年一月三十日煙毒物品鑑定書在卷足憑（附於原審八十一年度上易字第一〇〇號卷第十五頁），自屬違禁物無誤，其不問屬於犯人與否，均應依法宣告沒收。原判決於諭知被告無罪判決時，未同時依刑法第三十八條第一項第一款、第二項及第四十條但書規定單獨宣告沒收該毒品，自屬違背法令，業經確定，非常上訴意旨執以指摘，尚屬有理。惟原判決對於被告並無不利，爰將原判決關於違禁物未宣告沒收違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。
中華民國十一年八月十七日

【第拾案】

一、關係條文

刑法 第四十一條、第一百三十四條、第二百七十七條第一項。

二、非常上訴理由

按判決適用法則不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。原判決以被告某甲、某乙共同公務員假借職務上之機會，傷害人之身體，各處拘役伍拾日，如易科罰金，均以參拾元折算壹日。惟公務員假借職務上之機會犯傷害罪之加重其刑，係屬刑法分則之加重而非刑法總則之加重，按刑法分則之加重係就犯罪類型變更之個別犯罪行為予以加重處罰，而成另一獨立之罪，與刑法總則加重之宣告刑之加重之性質，並不相同，此有最高法院六十六年度第七次刑庭庭推總會議決議可資參照。原判決既認定被告等係假借職務上之機會而犯傷害罪，經加重其刑之結果，揆諸前開說明，其最重本刑已逾三年，即不得適用

刑法第四十一條規定易科罰金，乃原判決竟於依同法第一百三十四條加重第二百七十七條第一項之刑，論處被告拘役後，仍予諭知易科罰金，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、第四百四十三條規定，提起非常上訴，以資糾正。

三、附 錄

最高法院刑事判決

八十年度台非字第四三八號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

某乙

右上訴人因被告等傷害案件，對於台灣澎湖地方法院中華民國八十年七月十八日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決適用法則不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。本件原判決以被告等共同公務員假借職務上之機會傷害人之身體，各處拘役伍拾日，如易科罰金均以叁拾元折算一日。惟公務員假借職務上之機會犯傷害罪之加重其刑，係屬刑法分則之加重而非刑法總則之加重，刑法分則之加重係就犯罪類型變更之個別犯罪行爲予以加重處罰，而另成一獨工之罪，與刑法總則之加重係宣告刑之加重性質並不相同，原判決既認定被告等假借職務上之機會而犯傷害罪，經加重其刑之結果，其最重本刑已逾三年，即不得適用刑法第四十一條規定予以易科罰金，乃原判決竟於依同法第一百三十四條加重第二百七十七條第一項之刑後，論處被告等拘役，仍予諭知易科罰金，顯有適用法則不當之違法，案經確定，但非不利於被告，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由，應由本院將原判決關於違背法令部分撤銷，用示糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王文。

中華民國十八年十月十一日

【第拾壹案】

一、關係條文

刑法 第五十一條、第二百三十一條第二項。
中華民國八十年罪犯減刑條例 第十條。

二、非常上訴理由

按數罪之宣告刑，得依刑法第五十一條規定定其執行刑者，以所犯之數罪均在裁判確定前者為限。又犯最重本刑為三年以下有期徒刑以下之刑之罪，依中華民國八十年罪犯減刑條例減得之刑，如為六月以下有期徒刑，應於為減刑裁判時，併諭知易科罰金折算之標準，有最高法院二十九年抗字第六二號判例及中華民國八十年罪犯減刑條例第十條可資參照。被告某甲，於七十五年七月間，犯竊藏贓物罪經台灣台北地方法院於七十六年四月十日，以七十六年度易字第一×××號判處有期徒刑三月，緩刑三年確定在案。因於緩刑期間內之七十八

年十月十一日再犯妨害風化罪經台灣高等法院，於七十九年二月廿八日，以七十九年度上易字第三××號依刑法第二百三十一條第二項判處有期徒刑七月確定，贓物罪撤銷緩刑後依中華民國七十七年罪犯減刑條例規定，有期徒刑減為一月又十五日，前後兩罪均符合中華民國八十年罪犯減刑條例規定，經檢察官聲請減刑，台灣高等法院於八十年一月一日，以八十年度聲減字二××號裁定減刑，竟違法定應執行之刑，妨害風化罪又屬未諭知易科罰金折算之標準，依前揭判例、條例，顯有違背法令，案已確定，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、附錄

最高法院刑事判決

八十年度台非字第二五六號

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風化等罪案件，對於台灣高等法院中華民國八十年一月一日所為減刑及定應執行刑之確定裁定，認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原裁定關於妨害風化罪減刑暨定執行刑部分撤銷。

某甲因妨害風化罪，所處有期徒刑柒月，減為有期徒刑叁月又拾伍日，如易科罰金以叁拾元折算壹日。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按數罪併罰有二裁判以上者，固得依刑法第五十一條之規定定其應執行之刑，惟須以裁判確定前所犯之數罪為前提，若於一罪之裁判確定後又犯他罪者，自應於他罪之科刑裁判確定後，與前罪之刑併予執行，而不得適用刑法第五十一條所列各款，定其應執行刑。又犯最重本刑為三年以下有期徒刑以下之刑之罪，依中華民國八十年罪犯減刑條例減得之刑，如為六月以下有期徒刑、拘役者，應於為減刑裁判時，併諭知易科罰金折算之標準，同條例第十條定有明文。本件依原確定裁定附表之記載，被告某甲於民國七十五年七月間犯寄藏贓物罪，經台灣台北地方法院判處有期徒刑叁月減為有期徒刑壹月又拾伍日，於七十六年五月十日判決確定。嗣又於七十八年十月十一日犯妨害風化罪，經台灣高等法院於七十九年二月二十八日判處有期徒刑柒月確定。原確定裁定依檢察官之聲請再減刑詳如附表所載。然因妨害風化罪係在寄藏贓物罪判決確定後所犯，依首開說明，自應將兩罪判處之刑併予執行，而不得

定其應執行之刑。原裁定竟將附表兩罪減得之刑，定應執行刑爲有期徒刑四月。又妨害風化罪，原確定判決係依刑法第二百三十一條第二、一項論處罪刑，查該條爲法定本刑三年以下有期徒刑以下之刑之罪，既經減爲有期徒刑叁月又拾伍日，依前引中華民國八十年罪犯減刑條例第十條之規定，於減刑裁定時，應併予諭知易科罰金折算之標準，原裁定漏未諭知，均屬於法有違，案經確定。非常上訴意旨，執以指摘，洵有理由，且於被告不利，應由本院將原裁定關於妨害風化罪減刑及定執行刑部分撤銷，自爲判決，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，中華民國八十年罪犯減刑條例第四條第二項、第二條第一項第二款乙類(三)、第十條，刑法第四十一條，罰金全罰緩提高標準條例第二條第一項前段，判決如左。

中 華 民 國 八 十 年 七 月 十 八 日

【第拾貳案】

一、關係條文

刑法 第五十五條後段、第五十六條、第二百十二條、第二百十六條、第二百十七條第一項。
中華民國八十年罪犯減刑條例 第二條第一項。
司法院院解字 第三四五四號解釋。

二、非常上訴理由

按牽連犯之一罪，既不在減刑之列，則其據以處斷之罪，自應不予減刑，司法院著有院解字第三四五四號及三五四〇號解釋。本件原判決之事實記載被告某甲於民國七十九年二月間，在高雄市與自稱爲「某丁」之男子共同偽造××大地社之社印，蓋於偽造之被告名義之行政院新聞局版台字第〇七〇五號及今地字第〇一八六號採訪證上，得手後被告將之攜回花蓮，即基於概括犯意，至八十年五月間止，先後多次出示於客尸某乙、某丙等，並持向花蓮

火車站購買火車票，足以生損害於行政院新聞局、××大地社。判決理由乃認被告所爲，應成工刑法第二百十六條行使第二百十二條之特種又書罪之連續犯及第二百十七條第一項之偽造印章罪，二罪之間互有方法與結果之牽連關係，應從一重之共同偽造印文罪處斷。又其犯罪在民國七十九年十月三十一日以前，所犯合於中華民國八十年罪犯減刑條例規定，減其宣告刑二分之一。惟查依判決事實之記載，被告行使偽造特種又書罪之行爲，既連續至八十年五月間止，即不合中華民國八十年罪犯減刑條例第二條所定 犯罪在中華民國七十九年十月三十一日以前者，應予減刑之規定，雖其牽連所犯之偽造印章罪合該條例之減刑規定，依前開說明，亦不得予以減刑。原判決竟予減刑，自有適用法則不當之違背法令。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。

三、附 錄

最高法院刑事判決

八十一年度台非字第二七六號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上诉人因被告偽造文書案件，對於台灣高等法院花蓮分院中華民國八十一年五月十九日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按牽連犯之一罪不在減刑之列，則所從處斷之他罪，自應不予減刑。有司法院院解字第三四五四號解釋可循。本件原判決認定被告某甲與自稱「某丁」者共犯刑法第二百十六條、第二百十二條及第二百十七條第一項罪，分別依連續犯、牽連犯從一重之共同偽造印章罪處斷。查被告所犯連續行使偽造刑法第二百十二條罪，其行為延續至民國八十年五月間，非在中華民國七十九年十月三十一日以前，不合於中華民國八十年罪犯減刑條例第二條第一項規定之減刑條件，則所從處斷之偽造印章罪，自亦不得依該條例減刑。乃原判決論處被告有期徒刑十月，並依上述條例有關規定減為有期徒刑五月、並諭知易科罰金之折算標準，自屬違背法令。案經確定，但尚非不利於被告，非常上訴意旨，執以指摘，尚有理由，應由本院將原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。

中華民國八十七年七月三十日

日

【第拾叁案】

一、關係條文

刑 法 第五十六條。

中華民國八十年罪犯減刑條例 第二條第一項前段。

司法院院解字 第三五四〇號解釋。

二、非常上訴理由

按犯罪在中華民國七十九年十月三十一日以前者，除中華民國八十年罪犯減刑條例有特別規定不予減刑外，應予減刑，而連續犯之部分行為，在中華民國七十九年十一月一日以後者，不得適用該條例減刑，此觀中華民國八十年罪犯減刑條例第二條第一項及司法院院解字第三五四〇號解釋甚明。本件原判決認定 被告某甲意圖營利，自民國七十九年十月廿七日起，至同年十一月七日止，提供麻將牌等賭具及座落台北市××街×××號×樓房屋為賭博

場所給與某乙、某丙、某丁、某戊及其他不特定多數人共同賭博財物，約定抽頭萬法爲每局四人共抽頭新台幣四千元等事實，依此事實，被告連續犯罪行爲之一部，既在中華民國七十九年十一月一日以後，而連續犯以一罪論，則其整個連續犯行，均不得適用上開減刑條例予以減刑，原判決疏未注意，於論處被告罪刑後，並予減刑，揆諸前開說明，自有判決適用法則不當之違法，案經確定，雖原判決尚非不利於被告，但本署爲統一法令之適用，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、附錄

最高法院刑事判決

八十年度台非字第一七四號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告賭博案件，對於台灣高等法院中華民國八十年二月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

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按連續數行為而犯同一之罪名者，以一罪論，刑法第五十六條定有明文，則當連續犯罪，遇有減刑特典之頒行時，雖因一部分行為在減刑令之前，一部分行為在減刑令之後，但既以一罪論，即應以最後行為時，作為減刑與否之標準，倘最後犯罪行為，已在減刑令之後，即均無罪犯減刑令之適用，業有司法院民國三十六年院解字第三五四〇號解釋，可資覆按。本件原判決認定被告意圖營利，自七十九年十月二十七日起，至同年十一月七日止，基於概括之犯意，連續提供台北市××街××號××樓之場所，予某乙等多人賭博財物並抽取頭錢，而論處其連續意圖營利，供給賭博場所之罪刑，並依中華民國八十年罪犯減刑條例之規定，減其宣告刑二分之一，惟依同條例第二條第一項前段規定，犯罪在七十九年十月三十一日以前者，始予減刑，則被告連續犯行之一部，既在七十九年十一月一日以後，依照上開說明，自無該減刑條例之適用，乃原判決竟依該條例之規定予以減刑，顯有適用法則不當之違背法令，業經確定，非常上訴執以指摘，尙有理由，惟原判決尙非不利於被告，應僅將其違背法

令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王文。

中華民國十八年五月二十四日

【第拾肆案】

一、關係條文

刑法 第六十二條前段。

二、非常上訴理由

按對未發覺之罪自首而受裁判者，減輕其刑，刑法第六十二條前段定有明文。本件被告某甲於八十年六月二十七日下午一時許，在台中市千城車站旁，竊取曾某所有四××—六四二七號機車一輛後，留為己用。嗣於八十年六月二十八日凌晨三時十五分，騎上開機車，在台中縣大里鄉益民路二段六桂路口，以強脅之方法，攫取陳某之財物，為警查獲時，警察人員，對於被告竊取曾某所有機車之事實，尚未發覺，此觀於八十年六月二十八日上午五時四十五分被告之警訊筆錄，問「警方於八十年六月二十八日三時二十分查獲你駕駛一部四××—六四二七號機車，該機車你從何處而來」？答「該四××—六四二七號機車，係我於

八十年六月二十七日十三時左右，在台中市千城車站旁竊得『暨同日上午九時三十分被害人曾某之警訊筆錄，問「『四××—六四二七號機車於何時在何地失竊，有無報案』？答『於八十年六月八日在台中市精武路一一三巷四弄十七—一號前失竊，還未報案』及原審八十年五月十八日之訊問筆錄，受命法官問『遺失（指機車）為何未報案』？答『證件放在我媽媽那邊，她在台北，我一直跟她要，不久警察就通知我』等語，足見被告是對於未發覺之竊盜罪自首而接受裁判，毫無疑義，自應依刑法第六十二條前段之規定，減輕其刑，萬為適法，第一審法院未適用該規定減輕其刑，原審亦疏於注意不加糾正，維持原判，將被告第二審之上訴駁回，顯屬違背法令，案經確定，且不利於被告，應依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，俾資救濟。

三、附 錄

最高法院刑事判決

八十二年度台非字第七八號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

右上訴人因被告盜匪等罪案件，對於台灣最高法院台中分院中華民國八十一年八月二十六日第二審確定判決，關於上訴駁回之竊盜部分，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決及第一審判決關於竊盜部分均撤銷。

某甲竊盜，卑犯，處有期徒刑伍月。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按對於未發覺之罪，自首而受裁判者，減輕其刑，為刑法第六十二條前段所明定。本件被告某甲於民國八十年六月二十七日下午一時許，在台中市千城車站旁竊取曾某所有四××—六四二七號機車一輛留為己用，嗣於八十年六月二十八日凌晨三時十五分騎上開機車在台中縣大里鄉益民路二段六桂路口以強脅方法攫取陳某之財物，為警查獲時，警察人員，對被告竊取曾某所有機車之事實，尚未發覺，此有被告及曾某所述前開警訊筆錄及原審訊問筆錄記載明確，有各該筆錄存卷可稽，足證被告是對於未發覺之竊盜罪自首而接受裁判，核與自首要件符合。第一審法院未依自首規定減輕其刑，原審亦疏於注意未加糾正，竟予維持，並駁回被告在原審此部分之上訴，顯有判決不適用法則之違法。且不利於被告，上訴人於判決

確定後，對此部分提起非常上訴，倘有理由，應由本院將原判決及第一審判決關於竊盜部分均撤銷，另爲判決，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一項、第四十七條、第六十二條前段，罰金罰鍰提高標準條例第一條前段，判決如左。

中華民國二十八年四月十六日

【第拾伍案】

一、關係條文

刑法 第七十四條。

司法院院字 第六五三號解釋。

中華民國八十年罪犯減刑條例 第二條第一項。

二、非常上訴理由

按受二年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告，而有刑法第七十四條所列情形之一，認為以暫不執行為適當者，得宣告二年以上五年以下之緩刑。至所稱『受二年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告』，依司法院院字第六五三號解釋，係指宣告刑而言。本件被告某甲因犯偽造有價證券罪，經原判決處以有期徒刑二年四月，並依中華民國八十年罪犯減刑條例有關規定，減為有期徒刑一年二月，其減得之刑雖為一年二月，但原宣告刑為二年四月，超過刑

法第七十四條規定『受二年以下有期徒刑 乙宣告』，應不合緩刑要件，原判決竟仍諭知緩刑四年，顯屬違背法令，業經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附 錄

最高法院刑事判決

八十一年度台非字第四八號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

右上訴人因被告偽造有價證券案件，對於台灣台中地方法院中華民國八十年五月十七日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按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某甲犯偽造有價證券罪，判處有期徒刑二年四月，依中華民國八十年罪犯減刑條例之規定，減為有期徒刑一年二月後，諭知緩刑四年，其宣告刑既超過二年，摺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，用資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如左。

中華民國八十二年二月二十一日

【第拾陸案】

一、關係條文

刑法 第九十條、第五十五條、第五十六條、第二百零一條第一項第二項、第三百二十二條。

戡亂時期竊盜犯贓物犯保安處分條例 第四條第一項第二款。
刑事訴訟法 第三百七十九條第十四款。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又判決所載理由矛盾，致適用法律違誤者，為判決違法，如不利於被告，即應將其撤銷，另行判決，貴院六十八年台非字第一四八號著有判例可稽。查原判決以被告某甲有犯罪習慣，迭犯盜竊、脫逃、偽造文書等罪，經分別判處罪刑，並命入勞動場所強制工作，猶不知悔改

。復夥同被告某乙、某丙、某丁、某戊共同意圖爲自己不法之所有，基於概括之犯意，或單獨或分別結夥或與（原判決）附表所列之人共同在同附表所列時、地，以闖空門方式，或毀壞門扇或踰越安全設備，於夜間侵入住宅竊取財物逾百次，其中將竊得被害人李某、詹某、陳某等所有之支票，分別偽填金額、日期，並加蓋所竊被害人之印章，持向付款行庫兌領現款或將支票日期更改，留置身邊（詳如附表三所載）各情。認其係以竊盜爲謀生之職業，有犯刑法第三百二十二條之常業竊盜罪及第二百零一條第一、二項之偽造有價證券罪，其竊盜部分與某乙等人互有犯意聯絡，行爲分擔，爲共同正犯。偽造、變造並行使偽造有價證券部分，其行使之低度行爲，應爲偽造之高度行爲所吸收，且其三次偽造、變造之行爲，時間緊接，構成要件相同，係基於概括犯意反覆爲之，應依連續犯以一罪論，並加重其刑，所犯連續偽造有價證券及常業竊盜間，有方法結果之牽連關係，屬裁判上一罪，應從一重之連續偽造有價證券罪處斷。固無不當。惟查原判決以被告有犯竊盜罪之習慣，而依戡亂時期竊盜犯贓物犯保安處分條例第四條第一項第一、二款規定，諭知於刑之執行前令入勞動場所強制工作，顯有割裂法則適用之違誤，蓋該條例之適用應以竊盜犯贓物犯爲限，偽造有價證券並不包括在內。原判決既從一重之偽造有價證券罪處斷，如認其有犯罪之習慣，依法律適用之統一性及整體性之原則，自應依刑法第九十條規定宣告保安處分，方爲適法。乃竟斷章取捨，

而依戡亂時期竊盜犯贓物犯保安處分條例命其於刑之執行前令入勞動場所強制工作，頗有判決理由矛盾及適用法則不當之違背法令。業經確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十年度台非字第一九九號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告偽造有價證券案件，對於台灣高等院中華民國七十七年七月二十八日第二審確定判決，認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於某甲罪刑部分撤銷。

某甲連續意圖供行使之用，而偽造有價證券，處有期徒刑陸年，減為有期徒刑參年，並應於刑之執行完畢或赦免後，令入勞動場所強制工作貳年。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院查判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又，判決所載理由矛盾，致適用法律違誤者，為判決違法，如不利於被告，即應將其撤銷，另行判決。同時，法院就同一罪刑所適用之法律，無論係對罪或刑（包括王刑、從刑、或刑之加重、減輕與免除等項）或保安處分，除法律別有規定外，均應本統一性或整體性之原則，予以適用。而戡亂時期竊盜犯贓物犯保安處分條例，為刑法有關保安處分規定之特別法，其適用範圍以竊盜犯贓物犯為限，其他犯罪應無適用之餘地。本件原判決認定被告某甲有犯罪之習慣，迭犯竊盜、脫逃、偽造文書等罪，經分別判處罪刑，並命入勞動場所強制工作，猶不知悛悔。復夥同某乙、某丙、某丁、某戊共同意圖為自己不法之所有，基於概括犯意，於民國六十九年一月八日起至七十一年三月十日止，或單獨或分別結夥，或與（原判決）附表一所列之人共同在該附表所列時、地，以闖空門方式，或毀壞門扇或踰越安全設備，於夜間侵入住宅竊取財物逾百次，其間併意圖供行使之用，將竊得被害人李某、詹某、陳某等所有之支票（附表一編號52、57、88所示），分別偽填全額、日期，並加蓋所竊被害人之印章，持向付款行庫兌領現款或將支票日期更改（變造），留置身邊（詳如附表三所載）等情。

認被告以竊盜爲謀生之職業，係犯刑法第三百二十二條之常業竊盜罪及同法第二百零一條第一項第二項之偽造有價證券罪，竊盜部分與某乙等人互有犯意聯絡，行爲分擔，均爲共同正犯。偽造、變造並行使偽造有價證券部分，其行使之低度行爲，應爲偽造之高度行爲所吸收，先後三次偽造、變造有價證券犯行，時間緊接，犯罪構成要件相同，顯係基於概括犯意反覆實施，應依連續犯以一罪論，並加重其刑，所犯連續偽造有價證券與常業竊盜二罪間，有方法結果之牽連關係，屬裁判上一罪，應從一重之連續偽造有價證券罪處斷。固非無據。惟查原判決認定被告以竊盜爲常業有宣付保安處分令入勞動場所強制工作之必要，乃未棄適用法律，應本統一性或整體性之原則，依刑法第九十條規定宣付保安處分，竟割裂法律適用，而依戡亂時期竊盜犯贓物犯保安處分條例第四條第一項第二款規定宣付保安處分命於刑之執行前令入勞動場所強制工作，顯有判決適用法則不當與判決所載理由矛盾之違背法令。案經確定，且不利於被告。非常上訴意旨執以指摘，尙有理由。爰將原判決關於被告罪刑部分撤銷改判，酌情仍量處被告有期徒刑六年，減爲有期徒刑三年，並應於刑之執行完畢或赦免後，令入勞動場所強制工作二年，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、第五十五條、第二百零一條第一項、第三百二十二條、第二百零五條、第九十條、第二

條第一項但書，戡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，中華民國七十七年罪犯減刑條例第二條第一項第二款乙類(三)、第四條第二項、第六條，判決如王又。

中華民國 八十年 六月 二十日

「第拾柒案」

一、關係條文

刑法 第一百九十六條第一項。

二、非常上訴理由

按刑法上行使偽造通用紙幣罪，祇須知其為偽造之通用紙幣予以行使，犯罪即告成立，至於收集與交付於人罪，雖係二種不同之犯罪行為，然在法律上均以意圖供行使為要件，故凡收集或交付而後有行使之行為，在行為階段上言，交付為收集之高度實害行為，行使為交付之高度實害行為，依高度行為吸收低度行為之法理，均應論以行使罪，方為適法。查本件原判決認定被告某甲收集偽造之新台幣千元券五百張，先後持以購買香煙等物，行使多張，復以低價售與（交付）知情之被告某乙六十張，某乙收集後，先後多次持該偽鈔購買物品，行使多張等情，依此事實，被告等均意圖供行使之用而收集或交付後，復各自用以購買物品

行使，自均應論以行使罪，原判決竟論被告某甲交付罪，某乙收集罪，顯有違誤，案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附 錄

最高法院刑事判決

八十年度台非字第二〇九號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

某乙

右上訴人因被告等偽造貨幣案件，對於台灣新竹地方法院中華民國七十九年四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

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑法第一百九十六條第一項之行使、收集或交付偽造幣券罪，其行使與交付均爲高度行爲，收集則爲低度行爲，而行使與交付之區別，在於犯人有無欺騙相對人之意思以爲斷，如有欺騙之意，則爲行使，否則爲交付，凡應成工交付罪者，行使罪即無成工之可能，再交付罪之構成，亦以「意圖供行使之用」爲要件，且行使罪兼有欺騙相對人之犯意，故應認其情節較交付罪爲重，若犯人基於概括之犯意，連續爲多次行使、交付之行爲，自應論以連續行使偽造幣券罪。本件原判決認定被告某甲收集偽造之新台幣千元券五百張，基於概括之犯意，連續持以購買香菸，找回真鈔行使之，復以低價售予知情之被告某乙六十張，某乙亦基於概括之犯意，連續持以購買香菸等物行使之等情，揆諸前開說明，某甲收集偽造通用紙幣之低度行爲，應爲行使、交付之高度行爲所吸收，而其基於概括犯意，多次行使、交付，則應論以連續行使偽造之通用紙幣罪，某乙收集偽造通用紙幣之低度行爲，應爲行使之高度行爲所吸收，而應論以連續行使偽造之通用紙幣罪，方爲適法。乃原判決竟認被告等之行使行爲，應爲交付及收集之高度行爲所吸收，而論某甲以意圖供行使之用而交付偽造之通用紙幣罪，某乙以連續意圖供行使之用，而收集偽造之通用紙幣罪，顯有適用法則不當之違背法令。案經確定，非常上訴執以指摘，尙有理由，惟原判決尙非不利於被告等，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，判決如王文。

中華民國二十一年八月十六日

【第拾捌案】

一、關係條文

刑法 第二百零一條第二項、第三百三十九條第一項。

二、非常上訴理由

按犯罪事實，應依證據認定之，不能證明被告犯罪者，應諭知無罪之判決，而證據之證明力，雖由法院自由判斷，但無證據能力，顯與事理有違或與認定事實不符之證據，不得作為判斷之依據，刑事訴訟法分別定有明文。本件原判決論處被告某甲有期徒刑一年二月，係以被告於七十七年十二月二十九日晚，在其住宅向某乙收受該某乙自己名義簽發之屏東縣××鎮信用合作社，編號○五三四○○二號，面額新台幣（下同）三萬元之支票乙紙，以偏名『張××』背書後，持向某丙抵付欠債八千元，並詐取某丙面額二萬一千元之支票一張，業據被告供認不諱，某乙在××鎮信用合作社並未請領支票，上開支票係屬偽造，亦有該社×

鎮信字第一號函可稽，爲其認定之事實及所憑之證據。惟查在單據上簽名者，依單上所記載又義負責，爲準據法第五條第一項所明定，是以刑法上之偽造有價證券罪，係以無權簽發之人，冒用他人之名義簽發爲成立要件，若以自己之名義簽發，不論空白支票來歷如何，因未冒用他人名義，而伴有權簽發，自無偽造有價證券之可言，從而所謂行使偽造有價證券者，必須明知爲偽造之有價證券而仍行使，方爲相當。本件被告既始終否認知所行使之上開支票爲偽造，而該面額三萬元之支票，係某乙蓋章簽發，有序支票影印本附警卷可按，則被告收受某乙親自交付其自己名義簽發之支票，衡之事理，既難認被告知爲偽造，繼之背書償債，即與行使偽造有價證券之要件不合，且所謂被告以偏名「張××」背書者，原判決已就該部分被訴之偽造又書罪，認被告爲無罪，就其行使偽造有價證券部分而言，顯已無證據能力，至所謂××鎮信用合作社之×鎮信字第一號函，僅足證明某乙就空白支票之取得或有不當，惟某乙既以自己名義，簽發支票與偽造有價證券之構成要件不合，已如上述，從而不能執此以爲被告行使偽造有價證券罪之證據。綜上所述，原判決所憑之證據，均不足爲被告犯罪事實之證明，而竟論處其偽造有價證券罪刑，顯有認定犯罪事實不憑證據及適用法則不當之違法。案經確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附 錄

最高法院刑事判決

八十年度台非字第九八號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

右上訴人因被告偽造有價證券案件，對於台灣高等法院台南分院中華民國七十九年五月三十一日第二審確定判決，認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於罪刑部分撤銷。

某甲意圖為自己不法之所有，以詐術使人將本人之物交付，處有期徒刑壹年貳月。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑法上偽造有價證券罪，以無權簽發之人冒用他人名義為要件，若以自己名義簽發，不論空白支票來原如何，因未冒用他人名義，自無偽造有價證券可言。行使偽造有價證券罪，可須以該有價證券出於偽造為前提。本件原判決以被告某甲明知某乙（通緝中）於民國七十

七年十二月二十九日晚間，在屏東縣××鄉××路×××號，又付編號○五三四○○二號，發單日七十八年一月五日，面額新台幣（下同）三萬元，發單人爲某乙之保證責任屏東縣××鎮信用合作社支單一紙係偽造，竟意圖爲自己不法之所有，以偏名「張××」一背書後，持向某丙抵欠鐵材費八千元，並詐取某丙簽發之面額二萬一千元支單一紙，嗣被告交付之支單屆期經提示，不獲支付，某丙始知受騙，所爲係犯刑法第二百零一條第二項之行使偽造有價證券罪及同法第三百三十九條第一項之詐欺罪，兩罪間有方法、結果之牽連關係，應從一重之行使偽造有價證券罪處斷。因而撤銷第一審之判決，引用相關法條，論處被告行使偽造之有價證券罪，量處有期徒刑一年二月，偽造之屏東縣××鎮信用合作社支單號○五三四○○二號，發單人某乙，發單日中華民國七十八年一月五日，面額新台幣三萬元支單乙張及收，固非全然無見。惟查某乙既以自己名義，簽發系爭支單，自非偽造有價證券，行使該支單之被告，揆諸前開說明，可難以行使偽造有價證券罪相繩。原判決竟按牽連犯從一重論處被告行使偽造有價證券罪刑，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，執以指摘，非無理由，應由本院將原判決關於罪刑部分撤銷，僅就詐欺部分科以有期徒刑一年二月，以資糾正。被訴行使偽造有價證券罪部分，行爲不罰，然公訴人認此部分，與其詐欺罪部分，具有牽連關係，屬裁判上一罪，故不另爲無罪之諭知。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，刑法第三百三十九條第一項，戡亂時期罰金罰鍰提高標準條例第一條前段，判決如王又。

中 華 民 國 八 十 年 三 月 二 十 八 日

【第拾玖案】

一、關係條文

刑法 第二百十一條。
刑事訴訟法 第三百零一條第一項。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。本件被告某甲，僱基隆××局通信課課員，該局於民國七十六年九月六日，辦理估缺契約工甄試，明知試卷業經閱畢密封，不得擅自變造全改原寫之答案及成績，竟基於共同之犯意與某乙二人共同著手進行全改，其方法為將第一五三號試卷，是非題第三、十、十二、十四題答案由「×」改為「○」，選擇題第一題答案由「2」改為「3」，一題二分，再將答案卷面分數欄由一百分變造全改為九十分，將一七〇號答案卷第十題、第十五題答案由「○」改

爲「×」，選擇題第十七題、第二十五題答案均由「1」改爲「2」，試卷卷面成績由一百分改爲九十二分，將第一七九號答案卷是非題第五題、第十六題、第二十二題答案由「○」改爲「×」，選擇題第二十一題答案由「1」改爲「3」，將卷面成績欄由一百分塗改爲九十二分，足以損害於基隆××局辦理考試之公正，對該項考試之信賴及被塗改答案及成績之應考人員之權益，因而論以被告變造公文書罪刑，按刑法上偽造又書罪之成工，以足生損害於公眾或他人爲特別要件，所謂足生損害，固不以實已發生爲必要，然亦必須有足生損害之虞者始足當之，若其僅具偽造之形式，而實質上並不足以生損害之虞者，當難構成本罪（參照最高法院四十九年台非字第十八號判例）。本件變造塗改答案及分數之試卷，編號一五三（趙某）一七〇（簡某）一七九號（張某）三份，雖原由各一百分改爲各九十多分，但其三人均錄取，對其三人權益，並不發生損害，也不足生損害於基隆××局辦理考試之公正，自不能成工共同偽造又書罪，原審不察，予以論罪科刑，揆諸首揭說明，頗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、附錄

最高法院刑事判決

八十年度的台非字第二八〇號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

右上訴人因被告偽造又書案件，對於台灣基隆地方法院中華民國七十七年八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

王 又

原判決關於某甲部分撤銷。

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為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又刑法上偽造、變造又書罪之成立，以足生損害於公眾或他人為特別要件，所謂足生損害，固不以實已發生損害為必要，然亦必須有足以生損害之虞者，始足當之，若其僅具偽造、變造之形式，而實質上並不足以生損害之虞者，尚難構成本罪。依原判決所確認之事實，本件遭變造全改答案及分數之試卷編號一五三（趙某）、一七〇（簡某）、一七九（張某）三份，

雖原由各一百分改爲九十分、九十二分、九十二分，但其三人均錄取，對其三人權益，並不發生損害。且同案被告某丙等因某乙洩漏試題範圍，爲免引人物議，商議將成績達滿分之該三名應考人試卷答案予以塗改，降低分數，但仍然予以錄取，亦不足以生損害於基隆××局辦理考試之公正。是該被告所爲，縱在行政責任上不無可議，但按諸上開說明，向與偽造、變造又書罪之成工要件不合，難論以罪責。共同被告某丙、某丁、某乙、某戊等人偽造又書部分，亦經台灣高等法院判決無罪確定在案，有該院七十九年度上更(二)字第9×號刑事判決可稽。原判決不察，竟論被告以共同變造公文書，足以生損害於公眾及他人之罪，頗有判決適用法則不當之違法。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由，應由本院將原判決關於被告部分撤銷，另行判決，諭知被告無罪，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，判決如王又。

中華民國二十五年七月二十五日

【第貳拾案】

一、關係條文

刑法 第二百十五條。
刑事訴訟法 第三百零一條第一項。

二、非常上訴理由

本件被告某甲偽造文書案，台灣高等法院台中分院事實認定被告係台中市××綜合醫院醫師，為從事業務之人，於民國七十九年七月三十日在該院為患者某乙開具乙種診斷證明書時，明知某乙自七十九年四月四日至同年四月三十日任院二十六天，竟於該診斷證明書診斷欄不實記載為七十九年四月十六日入院，七十九年四月二十日出院，足生損害於某乙等情，因認被告係犯偽造文書罪，依刑法第二百十五條科處罪刑。按刑法第二百十五條業務上登載不實罪，以從事業務之人所登載不實之事項，出於「明知」為前提要件，所謂明知，係指直

接故意而言，若爲間接故意或過失，均難繩以該條之罪，最高法院四十六年台上字第三七七號著有判例。該判決理由謂被告之偽造文書犯行，係以「間接故意」爲之（見原判決第一頁反面理由二最後一行），揆諸上揭判例意旨，自難令被告負該刑責，該判決論處被告罪刑顯係違背法令，業經確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十一年度台非字第二〇六號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告偽造文書案件，對於台灣高等法院台中分院中華民國八十年九月廿四日第二審確定判決，認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於業務上又書登載不實罪刑部分撤銷。

某甲無罪。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院查原判決理由敘明，自訴人某乙確係於民國七十九年四月四日入××綜合醫院治療，於同年月卅日出院，被告竟於診斷證明書不實記載為七十九年四月十六日入院，七十九年四月二十日出院。據證人即該院護士某丙證稱，醫師開具診斷證明書時，都有附病歷表等語，是被告開具診斷證明書時，既附有某乙之病歷表，竟未檢視而填寫，其對於業務登載不實之事項，顯有間接故意之犯行，因認被告犯業務上又書不實登載罪，乃撤銷第一審關於此部分之判決改判，依刑法第二百十五條論處被告罪刑。惟按刑法第二百十五條之業務上又書不實登載罪，以從事業務之人所登載不實之事項，出於明知為要件。所謂明知，係指直接故意而言，若為間接故意則難繩以該條之罪。原判決理由謂被告之偽造又書犯行，係以間接故意為之，所指被告未檢視病歷表而填寫診斷證明書云云，又非說明被告有何偽造又書之直接故意，竟將應諭知無罪之案件，論處被告罪刑，顯有判決所載理由矛盾之違背法令。案經確定，且於被告不利，上訴人執以提起非常上訴，尚有理由。應由本院將原判決關於此部分之罪刑撤銷，另為被告無罪之判決，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、第三百零一條第一項，判決如王又。

中 華 民 國 八 十 一 年 六 月 十 一 日

【第貳拾壹案】

一、關係條文

刑法 第二百十九條、第二百十條、第二百十六條、第二百十七條。
民法 第三條。

二、非常上訴理由

按在郵政存簿儲金提款單儲戶姓名欄填寫儲戶姓名與填寫帳號之用意相同，僅在識別帳戶爲何人，以使郵政人員查出存戶卡片，既非表示本人簽名之意思，則未經儲戶本人授權而填寫其姓名，尚不生偽造署押問題（參照本院七十年台上字第二四八〇號判例）。本件被告某甲於民國七十九年二月十四日竊取何某所有之新莊郵政儲金簿一本與何某姓名之印章一顆，隨後委諸不知情之人，偽造何某名義制作並盜蓋印又於郵政存簿儲金提款單上，持向郵局詐領何某之郵局存款，足以生損害於何某，因而論罪科刑，並諭知偽造之「何××」署押及

收，固非毫無見地。惟查台灣高等法院判決被告某甲竊取何某之新莊第六支局郵政儲全簿及私章後，委諸不知情之人填寫提款單，並在該提款單上偽造何某之署押，持向郵局詐領存款，於論以行使偽造私文書罪刑外，併依刑法第二百十九條規定論知及收偽造之署押，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、附 錄

最高法院刑事判決

八十年度台非字第二七七號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

右上訴人因被告偽造文書案件，對於台灣高等法院中華民國七十九年八月三十日第二審之確定判決，認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於罪刑部分撤銷。

某甲行使偽造私文書，足以生損害於他人，處有期徒刑壹年。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按 刑法第二百十七條所稱之「偽造署押」，係指行為人冒用本人名義在文件上簽名或爲民法第三條第三項所稱指印之類似簽名之行為而言，如果僅在空白文書之姓名欄，書寫他人之姓名，其作用係識別人稱之用，而無簽名或類似與簽名有同一效力之行為者，即非該條所稱之署押，既非署押，即不生同法第二百十九條不問屬於犯人與否沒收之問題。本件被告委諸不知情之人，在郵政存簿儲金提款單之儲戶姓名欄填寫「何××」三字，在請蓋印鑑欄蓋「何××」之印章，核該儲戶姓名欄顯係識別人稱之用，請蓋印鑑欄爲民法第三條第二項以印章代簽名之與簽名有同等之效力之行為，因之該儲戶欄書寫「何××」三字，既非署押，揆諸上開說明，即無適用刑法第二百十九條沒收之餘地，原確定判決竟依該條之規定爲沒收之宣告，於法顯有違誤。非常上訴意旨執此指摘，尙有理由。案經確定，且於被告不利，且查沒收爲從刑，依罪刑及王從刑不可分法則，應將原判決罪刑部分予以撤銷，由本院自爲判決，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，刑法第二百十六條、第二百十條、第三百二十條第一項、第三百三十九條第一項、第五十五條，罰金罰鍰提高標準條例第一條前段，判決如王又。

中 華 民 國 八 十 年 七 月 二 十 五 日

【第貳拾貳案】

一、關係條文

刑法 第二百二十條、第二百十二條、第二百十六條、第二百十九條。

二、非常上訴理由

按判決適用法則不當者為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。依原確定判決所載之事實，略以「被告某丙因其二子某丁、某戊赴美觀光後滯留美國未歸，其本人欲再赴美國，恐難獲美國在台協會簽證。乃求助於××旅行社之某庚（此部份尚在台灣高等法院審判中），某庚與其同事即被告某甲研究後，由某甲介紹被告某乙幫忙。四人於（民國）八十年一月三十日下午，在台北市××路×××號十樓之二××旅行社樓下之××餐廳會商，決議由某乙負責偽造中正機場入境章，偽蓋在某丁、某戊之護照上，使美國在台協會誤以為某丁、某戊已於七十九年七月十九日回國，以順利取得某丙之美國簽證。某乙並約某丙於

八十年一月三十一日早上在美國在台協會前會合。協商畢，某乙隨即取走某丁、某戊護照離去，於當日下午到台北市松江路委託不知姓名之成年人偽刻「入境中華民國JUL19，1990中正機場032」圓型章，旋於當日晚上在其板橋市××路任處偽蓋該圓型章於某丁、某戊之「護照簽證」欄上。翌日（八十年一月三十一日）下午某乙再將某丁、某戊之護照於美國在台協會前交予某丙，某丙隨即連同簽證申請文件持向美國在台協會申請簽證。嗣被發覺該偽造入境章之事實，足以生損害於內政部警政署航空警察局及美國在台協會。基於此項事實，參照卷附王管機關函件，可知被告某乙所偽刻並加蓋於某丁、某戊護照上之圓型章戳，乃表示內政部警政署航空警察局證照查驗隊於持用該護照之人，在中華民國七十九年七月十九日自中正機場入境時查驗完畢之意。其加蓋於護照之上，即係刑法第二百二十條規定，表示該一定意思以又書論之公文書（見台灣台北地方法院檢察署偵字第二××卷第十五頁內政部警政署航空警察局八十航警外字第○五九七四號函及其附件）。原判決誤認被告偽造之該圓型章戳（見前揭卷第十八頁及第二十頁）加蓋於護照上係「入境證書」，適用刑法第二百十六條、第二百十二條，論被告以行使偽造之「入境證書」罪，其法律之適用，即屬不當。該圓型章戳既係刑法第二百二十條以又書論之又書，依四十八年台上字第七十二號、四十九年台上字第六七八號判例意旨，即應依刑法第三十八條第一項第二款上段論知沒收，

原判決竟依刑法第二百十九條爲沒收之諭知，於法亦有未合。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附 錄

最高法院刑事判決

八十一年度台非字第一七五號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

某乙

某丙

右上訴人因被告等偽造又書案件，對於台灣台北地方法院中華民國八十年九月二十四日第一審確定判決，認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於某甲、某乙、某丙違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院查判決適用法則不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。而在紙上或物品上之文字、符號，依習慣或特約，足以為表示其用意之證明者，以又書論，又為刑法第二百二十條所明定。內政部警政署航空警察局執行入出國境旅客證照查驗職務之公務員（內政部警政署航空警察局組織規程第二條第四款規定參照），於職務上制作表示入出國境旅客（人民）經受查驗完畢之證明，縱以戳章型式在護照上填記，既非護照、旅券之本體，復與關於護照持有人之品行、能力、服務或其他相類之證書無涉，自非刑法第二百十二條規定之特種又書，而屬於同法第二百二十條規定之準公文書，且該圓型章戳亦非表示人格證明符號之印章。本件依原判決所確認之事實，係認被告等共同偽刻「入境中華民國JUL19，1990中正機場032」圓型章後，加蓋於某丁、某戊之護照上，表示某丁、某戊於西元一九九〇年（中華民國七十九年）七月十九日自中正機場入境時，經查驗完畢之意，而特以行使等情。則該加蓋於某丁、某戊護照上之戳章，原應為公務員職務上制作表示某丁、某戊入境經查驗證照完畢之意思，被告等予以偽造，即係偽造刑法第二百二十條規定以又書論之公文書，並非所謂「入境證書」。乃原判決竟誤認其為同法第二百十二條之「入境證書」，

適用該法條及第二百十六條論被告等以行使偽造之入境證書，足以生損害於公眾之罪刑，復依同法第二百十九條諭知及收該圓型章戳，難謂無判決適用法則不當之違法。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由。但原判決尚非不利於被告等，爰將關於被告等部分之原判決違背法令之部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如左。

中華民國二十二年五月二十二日

【第貳拾叁案】

一、關係條文

刑法 第二百六十六條第二項、第三十八條第一項第二款第三款、第二百六十七條。

二、非常上訴理由

原判決確認某甲基於以賭博爲常業之犯意，僱用被告某乙，自民國七十九年十一月間起，在台北市大同區×××路×××號一樓遊樂場之公眾得出入場所，設置電動賭博機具「麻將台」「撲克牌」「黑傑克廿一點」各一台、「小瑪莉」三台、「水果盤」六台與不特定之顧客賭博財物，至八十年二月二十二日晚上九時卅五分許，被告某丙前往賭玩「黑傑克廿一點」時，經警當場查獲，並扣得賭博機具十二台及賭資新台幣三百元。被告等均係在公眾得出入之場所賭博財物，被告某甲、某乙原審雖認爲共犯刑法第二百六十七條之常業賭博罪，但仍具在公眾得出入之場所賭博之本質，扣案之賭博機具十二台、賭資新台幣三百元，自應

適用刑法第二百六十六條第二項予以沒收，始為適法。原審不察，竟適用刑法第三十八條第一項第二、三款諭知沒收，核有判決適用法則不當之違背法令，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、附錄

最高法院刑事判決

八十年度台非字第三八四號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

某乙

某丙

右上訴人因被告等賭博案件，對於台灣台北地方法院士林分院中華民國八十年四月三十日第一審確定判決，認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按凡在公共場所或公眾得出入之場所賭博財物而被當場查獲之賭博器具與在賭枱或兌換籌碼處之財物，不問屬於犯人與否，均應宣告沒收，此觀刑法第二百六十六條之規定自明。經查本件原判決認定「某甲基於以賭博為常業之犯意，僱用某乙，自民國七十九年十一月間起，在台北市××路××號一樓遊樂場之公眾得出入之場所，設置電動賭博機具『麻將台』、『撲克牌』、『黑傑克廿一點』各一台、『小瑪莉』三台、『水果盤』六台與不特定之顧客賭博財物，至八十年二月廿二日晚上九時卅五分許，適有某丙前往賭玩『黑傑克廿一點』時，經警當場查獲，並扣得賭博機具十二台及賭資新台幣三百元」等情，因而論處被告某甲、某乙共同以賭博為常業及被告某丙在公眾得出入之場所賭博財物罪刑，固非無見。惟查被告等既在公眾得出入之場所賭博財物而被警當場查獲前述賭博器具與在賭枱上之賭資，自應適用刑法第二百六十六條第二項之特別規定宣告沒收，始為合法，原判決竟認上述扣案之賭博機具為被告某甲所有供犯罪所用之物，及賭資為被告某甲所有因犯罪所得之物，而依刑法第三十八條第一項第二款第三款宣告沒收，自有適用法則不當之違背法令，業經確定，非常上訴意旨執以指摘，尚屬有理。惟原判決對於被告並無不利，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，判決如王又。

中 華 民 國 八 十 年 九 月 六 日

【第貳拾肆案】

一、關係條文

刑法 第三百零四條、第三十八條第一項第一款第二項、第三百零五條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。依原判決及第一審法院判決所認定之事實，係謂被告爲尋找已離去之同居人某乙出面談判，基於概括之犯意，自民國八十年九月二十二日中秋節後，即一再自任處以電話或寄發書信恐嚇某乙之大姐劉某等稱：如不交出某乙即要殺害全家。云云等語，致劉某等心生畏怖。又於八十年五月二十三日持刀脅迫葉某交出某乙，否則要對其不利。經葉某允諾後始行離去。先後多次脅迫劉某等人行無義務之事。八十一年六月四日凌晨又自任處以電話威脅劉某，揚言「如果今天沒有將某乙交出來，就等著收屍」。經劉某報警將被告逮獲。基於此項事實，認

被告係犯刑法第三百零五條、第三百零四條第一項之罪，二罪間有方法結果之牽連關係，乃從較重之刑法第三百零四條第一項之罪論處。惟查刑法第三百零四條第一項之強制罪，如係以強暴脅迫使人行無義務之事，應於被害人著手實施後，他人果已行無義務之事，始為既遂。另依司法院院字第二七四四號解釋，被害人受強暴脅迫後，僅有應允之表示，被告祇成工以強暴脅迫使人行無義務之事之未遂犯。原判決及第一審法院判決既未確認各被害人受被告脅迫後，果已交出某乙，且明白認定被害人葉某僅止於「允諾」，劉某於八十一年六月四日凌晨受被告脅迫後，即行報警將被告查獲。依前開司法院解釋意旨，被告以強暴脅迫使人行無義務之事之犯行，尚屬未遂。被告以脅迫使各被害人交出某乙，乃犯刑法第三百零四條之強制罪。第一審法院之判決謂被害人等均因被告之行爲喪失不作爲之自由，已屬既遂，且另犯刑法第三百零五條之恐嚇危害安全罪，應從一重之強制罪處斷。論以連續以脅迫使人行無義務之事既遂罪。原判決未予糾正，而為駁回被告上訴之判決，均屬違法。又違禁物不問屬於犯人與否，沒收之。刑法第三十八條第一款、第二項有明文規定。案內在被告任處查獲之十字弓一把，在被告犯罪時及鑑定機關為鑑定時，雖非槍砲彈藥刀械管制條例所管制之刀械。但該十字弓業經內政部於八十一年八月十日以八十一台內警字第八一八二二八一號公告查禁，已屬違禁物。檢察官且曾在起訴書中請求沒收。原判決於八十一年十二月八日為

判決時，即應一併為沒收之宣告。乃竟謂該十字弓並非違禁物，又非供犯罪所用或供犯罪預備之物而不依法為沒收之諭知，可屬違誤。案經確定，對被告各有利與不利。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，並予救濟。

三、附 錄

最高法院刑事判決

八十二年度台非字第二四六號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

右上訴人因被告妨害自由案件，對於台灣高等法院中華民國八十一年十二月八日第二審確定判決，認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決及第一審判決關於強制罪刑與未宣告十字弓一把沒收違背法令部分，均撤銷。
某甲連續以脅迫使人行無義務之事未遂，處有期徒刑柒月。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑法第三百零四條第一項以強暴脅迫使人行無義務之事之強制罪，以犯人著手實施後，被害人已行無義務之事時，始爲既遂，否則被害人僅爲允諾之表示，尚未爲該無義務之事，犯罪尚屬未遂，不能以該罪名之既遂處斷。原判決維持第一審法院所論處連續以脅迫使人行無義務之事之罪刑，係認定被告某甲基於概括之犯意，自民國八十年九月二十二日起，自其任處以電話或寄發信函恐嚇某乙之大姐劉某等人稱：如不交出某乙即要殺害其全家云云，八十一年五月二十三日持刀脅迫葉某交出某乙，否則要對其不利，經葉某允諾後始行離去，並先後多次脅迫劉某等人行此無義務之事，八十一年六月四日凌晨又自任處以電話給劉某揚言：「如果今天沒有將某乙交出來，就等著收屍」，經劉某報警將被告逮捕等情。則依該事實被告既以脅迫使葉某等人行無義務之事之犯行，尚在未遂階段，第一審判決以被告之行爲係犯刑法第三百零四條第一項之既遂罪，原判決未予糾正仍予維持，認與刑法第三百零五條之恐嚇危害安全罪，有牽連犯之關係，從一重之強制既遂罪處斷，自有適用法則不當之違誤。又扣案十字弓一把，檢察官在起訴書中曾請求宣告沒收，而第一審於八十一年九月十四日宣告判決時，十字弓已經內政部於同年八月十日公告查禁，屬違禁物，自應予諭知沒收，乃第一

審及原判決竟以十字弓非違禁物，復非供犯罪所用或供犯罪預備之物，而不依法為沒收之諭知，均非適法。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由，惟未諭知沒收部分，尙非不利於被告，僅將第一審及原判決關於此違背法令部分撤銷，就強制未遂部分誤為既遂，對被告不利，應由本院將原判決及第一審判決該部分撤銷改判，依未遂規定減輕其刑，酌情量處有期徒刑未月，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，刑法第五十六條、第三百零四條、第三百零五條、第五十五條、第二十六條前段，罰金罰鍰提高標準條例第一條前段，判決如王又。

中華民國二十七年七月三十日

【第貳拾伍案】

一、關係條文

刑法 第三百零九條第一項、第三百十條第二項、第三百十一條。
司法院院解字 第二一七九號、第三八〇二號解釋。

二、非常上訴理由

按刑法第三百十條誹謗罪之成立必須意圖散布於眾，而指摘或傳述足以毀損他人名譽之具體事實。如果僅在抽象的公然為詈罵嘲弄等行為，而未指摘具體之事實者，則應屬同法第三百零九條第一項侮辱罪之範圍。本件依原判決所確認之事實，該判決理由內，認其中被告某甲於××雜誌之「一個計劃，一個謊言，一個勸告」論文中，提出攻擊自訴人某乙為「騙子一」、「真小人的無賴」、「掩飾其漢奸賣國工作」、「流氓造謠」等言論，非無毀損自訴人名譽之意，因而維持第一審論處被告散布文字，指摘足以毀損他人名譽之事罪刑之判決。

，駁回被告在第二審之上訴。惟查所謂「騙子」、「真小人的無賴」、「掩飾其漢奸賣國工作」、「流氓造謠」等文字，祇以羞辱文字，詈罵自訴人而咸損其聲譽，並非指摘或傳述毀損名譽之一定具體事實，自與刑法第三百十條第二項加重誹謗罪之構成要件有間，若其非公然為之，固不為罪。如已具備「公然」之要件，參照司法院院解字第三八〇二號解釋意旨，則應成工同法第三百零九條第一項之公然侮辱人罪名，原判決仍維持第一審論處被告加重誹謗罪刑之判決，難謂無判決適用法則不當之違背法令，至本案有血刊法第三百十一條之適用亦請併予依法審酌，業經確定，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、附 錄

最高法院刑事判決

八十一年度台非字第三二號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被 告 某甲

右上訴人因被告妨害名譽案件，對於台灣高等法院中華民國八十年十月四日第二審確定判決

，認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原審及第一審關於某甲部分之判決均撤銷。

某甲公然侮辱人，處拘役貳拾日，如易科罰金以參拾元折算壹日，咸為拘役壹拾日，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）

本院按刑法第三百十條誹謗罪之成立必須意圖散布於眾，而指摘或傳述足以毀損他人名譽之具體事實，倘僅設罵或嘲弄，並未指有具體事實，則屬刑法第三百零九條第一項公然侮辱罪範圍，司法院院解字第二一七九號、第三八〇二號解釋可資參照。本件原判決及第一審判決認定被告某甲自民國七十八年十月起至七十九年六月止，陸續在××雜誌上署名發表「一個計劃，一個謊言，一個勸告」之論文中，具體指摘自訴人「某乙賣某丙，賣某丁 他的詐騙大家皆知，不必理他，以免增加臭豆腐銷路」、「我是基於這個問題之歷史文化背景參加辯論，而××與某乙等則是執行美國的××計劃」、「由某乙負責變造文書」、「一般的騙子只要將騙的東西到手就了事，所謂謀財不害命，某乙這騙子則不然，他捏造根本沒有的事

實」、「某丙的學生不附合他這個真小人的無賴」、「某乙一面不談他與某戊關係，是要掩飾其漢奸賣國工作」、「他寫了兩本書誹謗，我也未計較，他在騙子評論上想害我，我還未計較，因為一個流氓造謠，值不得計較」及「某乙無賴，可以瞎說，諸仁是大學教授，難道不懂大學的基本規定」等足以毀損自訴人某乙名義之事等情。該篇文章既可供不特定人讀覽，自有散布於眾之意圖可明，但所指自訴人某乙為「騙子」、「真小人的無賴」、「變造又書」、「掩飾其漢奸賣國工作」、「流氓造謠」等言論，經核尚屬以羞辱之文字概為詈罵自訴人而咸損其聲譽。並未舉出具體之事實以為指摘或傳述，依上述說明自與刑法第三百十條第二項加重誹謗罪之構成要件有間。但既公然為之，則應成立同法第三百零九條第一項公然侮辱罪。第一審判決就此部分論處被告某甲加重誹謗罪刑，原審予以維持，即有適用法則不當之違法，上訴人於判決確定後提起非常上訴執以指摘，非無理由，原第一、二兩審判決均不利於被告，應由本院將此部分撤銷改判，審酌其犯罪情節，並依中華民國八十年罪犯減刑條例規定減其刑期二分之一，仍宣告緩刑二年，以資糾正。至被告所為，尚難認係因自衛、自辯或保護合法利益而善意發表言論，自不適用刑法第三百十一條免責不罰之規定，原判決理由已詳為論述，此部分經核於法無違，併附敘明。

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，刑法第三百零九條第一項、第四十一條、第七十四條第一款，罰金罰鍰提高標準條例第一條前段、第二條第一項，中華民國八十年罪犯減刑條例第二條第一項(乙)類第三目、第四條第二項，判決如王又。

中 華 民 國 八 十 一 年 二 月 十 三 日

【第貳拾陸案】

一、關係條文

刑法 第三百二十條第二項。
刑事訴訟法 第三百零一條第一項。

二、非常上訴理由

按刑法第三百二十條第二項之竊佔罪，其須有意圖為自己或第三人不法之利益之王觀要件以外，尚須具備乘他人不知而占有他人之不動產之客觀要件，方能構成（參照貴院二十四年七月民刑庭總會決議）。本件原判決事實記載 坐落桃園縣大溪鎮××段第一〇一三之一地號土地及同段第一〇一三之一三地號土地，於民國七十四年五月九日移轉於該案之自訴人A鞋業股份有限公司（以下簡稱A公司），該一〇一三之一三地號土地上另有B工業股份有限公司（以下簡稱B公司）在其上建有守衛室一幢，因B公司積欠A公司債務，經A公司於

七十七年六月二十日予以承受。惟B公司之負責人某甲竟捏詞其什衛室已出租與C針織有限公司（以下簡稱C公司），再由C公司出租與D有限公司為由，某甲乃夥同D有限公司之負責人某乙意圖為自己不法之利益，基於共同犯意之聯絡，於七十八年七月九日，僱請不知情之工人在什衛室兩邊搭建房屋二幢，竊佔自訴人A公司所有上開一〇一三之一地號土地五千方公尺，第一〇一三之一三之地號土地一平方公尺，因認其成工刑法第三百二十條第二項之竊佔罪，乃據以處刑。惟其判決理由記載被告等應成工犯罪之理由，無非以上開X×段第一〇一三之一三之地號土地及地上什衛室於自訴人向法院拍定時，固因債務人B公司交與D公司占有使用，以致未點交與自訴人。惟經自訴人訴請還讓交還土地房屋後業經判決確定，有最高法院七十七年度台上字第四X×號等判決可稽。被告等於判決確定後僱請不知情之工人建屋佔用自訴人所有之上述土地，因認其具有為自己不法利益之意圖甚明（見判決理由一部分）。本件原判決所認定被告竊佔之上開第一〇一三之一及一〇一三之一三兩筆土地，雖已於法院拍賣後，移轉登記於該案之自訴人A公司，但並未由法院點交與自訴人，一直由被告占有使用中，此經自訴人於提起民事訴訟請求法院判決被告等應交還上述二筆土地之事件中陳述明確，有原判決所引之台灣桃園地方法院七十四年訴字第二X×X號民事判決之事實記載可按（原判決及其餘民事判決影本均存放於該案之證物袋）。有關之一〇一三之一地號土地，

於第一審即判決應交還A公司。第一〇一三之一三號土地，則由台灣高等法院七十六年上更(一)字第1××號民事判決，於七十六年八月十日判決交還自訴人，並告確定。則上述二筆土地之所有權雖已移轉於自訴人，但土地則始終在被告占有之中，此項占有之狀態，並未因交還土地之判決確定而當然改變。被告之占有既未經自行交還，或經法院強制執行解除其占有以前，在其自始占有使用中之自訴人土地上，並未另行排除自訴人之占有而支配該土地，自非乘人不知而秘密擅自佔據他人之不動產，所為即與竊佔罪之構成要件不符。原判決之理由，與其所載之事實，顯有矛盾，其適用法則，亦屬不當，均屬判決違法。業經確定，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、附 錄

最高法院刑事判決

八十年度台非字第二三九號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

某乙

右上诉人因被告等竊佔案件，對於台灣高等法院中華民國七十九年五月九日第二審確定判決，認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

第一審及原審判決均撤銷。

某甲、某乙均無罪。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑法第三百二十條第二項「竊佔他人之不動產」之竊佔二字，指在他人不知之間占有他人之不動產而言。本件原判決雖認定被告某甲係B公司負責人，被告某乙係D公司負責人，B公司所有坐落桃園縣大溪鎮X×段一〇一三之一及一〇一三之一三土地已於七十四年五月九日移轉為自訴人A公司所有。B公司所有在一〇一三之一地號上門牌號碼大溪鎮X×路X段X×X號加強磚造守衛室一棟，亦因該公司積欠自訴人債務由自訴人於七十七年六月二十日依拍賣程序以新台幣五十萬元承受後，某甲竟捏詞謂該守衛室已出租與C公司，再由C公司出租與D公司，並夥同某乙於七十八年七月九日僱請不知情之工人在守衛室兩側搭建房屋二棟，共竊佔一〇一三之一地號內土地面積五千萬公尺，一〇一三之一三一地號內土地面積

一千万公尺，因而論被告等以竊佔罪刑。然在理由內則又謂一〇一三之一三地號土地及地上宇衛室一棟於自訴人向法院承受後，固因債務人B公司交與D公司占有使用，以致未點交予自訴人，惟經自訴人訴請遷讓房屋交還土地後，業經本院於七十七年三月三日判決B公司及D公司敗訴確定，此有本院七十七年台上字第四〇〇號民事判決書影本等可稽，被告等於判決確定後，猶於七十九年七月九日僱請不知清工人在厝宇衛室兩側加建房屋，並占用自訴人所有上開X×段一〇一三之一土地五千万公尺，一〇一三之一三土地一千万公尺云云，顯示上開兩筆土地，固已移轉登記為自訴人所有，但並未由法院點交與自訴人，始終仍在被告占有使用中，此占有之狀態，並不因交還土地之判決確定而當然改變。被告等既係在自訴人取得該土地前即已占有使用該土地，自非在自訴人不知之間占有有自訴人之不動產，即與竊佔罪之構成要件不符，乃原判決竟仍維持第一審論處被告等竊佔罪刑之判決，駁回自訴人及被告等在第二審之上訴，顯係違背法令，上訴意旨執以指摘，洵有理由。案經確定，且對被告等不利，應由本院將第一審及原審判決撤銷，另行改判，諭知被告等無罪之判決，用資救濟。據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，第三百零一條第一項，判決如王又。

【第貳拾柒案】

一、關係條文

刑法 第三百三十九條第一項、第三百二十條第一項、第五十五條、第五十六條、第二百十條、第二百十六條、第二百二十條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文，而在自動提（付）款機（電腦）鍵盤上打密碼及領取全額之數字，僅係對電腦之一種指令，使已設定之程式，依其指令爲一定之操作，故打密碼數字及領取全額數字之行爲，不能認作偽造以又書論之私又書，而提存款紀錄及存款結餘帳單（即存戶取款明細表）係付款人所製作，供提款人對帳之用，亦難謂提款人有使之製作之意思，故轉（持）以他人之提款卡利用提（付）款機冒領該他人存款之行爲，尚難繩以刑法第二百十六條、第二百二十條、第二百

十條之行使偽造私文書罪，貴院八十一年度第十一次刑事庭會議決議可供參攷。本件被告某甲竊取被害人侯某在郵局設工存款戶領得之密碼九九七四號提款卡後，持往郵局多次冒領自動提（付）款機內之存款，除牽連犯竊盜及詐欺兩罪，參照前開說明，自不應課以行使偽造私文書之罪責，乃原審不察，竟認被告所犯竊盜，行使偽造私文書有牽連關係，從一重之行使偽造私文書科處有期徒刑六月，自屬適用法則不當之違法，案經確定，且對被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十二年度台非字第三七八號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告竊盜案件，對於台灣高雄地方法院中華民國八十一年六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

王 又

原判決撤銷。

某甲連續意圖爲自己不法之所有，以詐術使人將本人之物交付，處有期徒刑伍月，緩刑叁年。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按金融機關自動付款機係電腦設施之一種，以他人之提款卡持向自動付款機冒領款項者，因該付款機係該機構辦理付款業務員之替代，對其所施用之詐術，應視同對自然人所爲，自應成工刑法上之詐欺罪，至其爲冒領所按上之「密碼」數字，目的乃使電腦辨識其與原先所設工者是否相符，並以此判定其是否確係有權使用該提款卡之人，該「密碼」並未在磁帶、磁碟上儲存，亦非對已有之程式或資訊、資料予以變更（竄改或塗去），而僅具有辨識之作用，雖其不無表示一定用意之證明，但仍不合乎「永續狀態中記載一定意思或觀念」之刑法又書概念，自不能認係又書。又冒領時於自動付款機所按上之「提款數字」，係一種付款操作之指令，即命軟體程式依此就其所控制之自動付款系統爲一定之處理並付出與該數字相同之現款，所爲既非輸入虛偽之資料，亦非變更原先儲存之紀錄，當不生偽造、變造又書之

問題，且提款人王觀上可無制作因此項自動提款之「內帳」或「存摺」上一定紀錄之意思，自不能遽論以偽造文書罪責。為本院八十一年九月八日八十一年度第十一次刑事庭會議所決議。本件原判決認定被告某甲於八十一年五月一日晚上七時許，到高雄市××區××路××號其友侯某住所，竊得侯某所有郵局第○七四○二一—○號提款卡，並知悉該提款卡之密碼為九九七四號，即基於意圖為自己不法所有之犯意，於當天晚間持該提款卡至高雄市第十六支郵局分三次按下上述提款密碼及提領全額輸入該郵局提款機，每次詐領新台幣（下同）三萬元，計詐領九萬元，復於翌日（即二日）上午八時三十分許，以同一方法向高雄市第十支郵局詐領三萬元三次、一萬元一次，計十萬元，為侯某發覺報警等情。因認被告犯有刑法第三百二十條第一項普通竊盜罪及第三百卅九條第一項連續詐欺取財罪，於法固屬無誤，但原判決又指被告持用上開提款卡，對郵局所設之提款機按下密碼及全額，係表示存款人提領該存款之證明，屬刑法第二百二十條規定之準私文書，此部分之行為另成立刑法第二百十六條、第二百二十條、第二百十條之行使偽造準私文書罪，與上開竊盜、詐欺二罪間有方法結果之牽連關係，從一重論以連續行使偽造私文書罪刑，處有期徒刑六月，緩刑三年。依本院上揭決議之說明，其適用法律顯有違誤，案經確定，且於被告不利，非常上訴旨執此指摘

，非無理由，應由本院將原判決撤銷改判，就被告所犯竊盜及詐欺二罪，依牽連犯從一重論以連續詐欺取財罪，酌處有期徒刑五月，並仍宣告緩刑三年，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，刑法第三百二十條第一項、第三百卅九條第一項、第五十五條、第五十六條、第七十四條第一款，罰金罰鍰提高標準條例第一條前段，判決如左。

中華民國二十一年十一月十一日

中華

民

國

八十二

年

十一

月

十一

日

貳、刑事訴訟法

【第貳拾捌案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第十七條第七款、第三百七十九條第二款、第三百九十三條第一款。

二、非常上訴理由

按推事於該管案件曾執行檢察官之職務者，應自行迴避，不得執行職務，又依法律或裁判應迴避之推事參與審判者，其判決當然為違背法令，刑事訴訟法第十七條第七款、第三百七十九條第二款分別定有明文，查台灣高等法院高雄分院八十年十月廿四日八十年度上更七字第××號被告某甲、某乙、某丙三人偽造又書案件之刑事判決，參與審判之法官（推事）蔡某，曾就本案於台灣高等法院台南分院七十五年三月卅一日以七十五年度上訴字第×號判決後，以檢察官名義對該被告等提起上訴，有聲請上訴書及上訴理由書附最高法院七十五年度台上字第××××號刑事上訴卷可稽，乃於數度發回更審後，又死法官（推事）參與審

判，並判處某甲有期徒刑一年，減為有期徒刑六月，再減為有期徒刑三月，某乙、某丙各處有期徒刑一年四月，均減為有期徒刑八月，各再減為有期徒刑四月，被告等不服，提起上訴，原審不察，仍從實體上判決將上訴駁回，揆之上開規定，均屬違背法令，案經確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十一年度台非字第257號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

某乙

某丙

右上訴人因被告等偽造文書案件，對於本院中華民國八十一年四月二十四日確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決及台灣高等法院高雄分院八十年度上更(七)字第××號判決，關於訴訟程序違背法令部分均撤銷。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按法官於該管案件，曾執行檢察官之職務者，應自行迴避，不得執行職務，又依法律應迴避之法官參與審判者，其判決當然為違背法令，再二審判決有無違背刑事訴訟法第三百七十九條各款所列之情形，為第三審法院得依職權調查之事項，刑事訴訟法第一百七條第三款、第三百七十九條第二款、第三百九十三條第一款分別定有明文。查台灣高等法院高雄分院八十年度上更(七)字第××號被告某甲、某乙、某丙偽造文書案，參與審判之法官蔡某，曾就該案於台灣高等法院台南分院七十五年度上訴字第××號判決後，在國七十五年五月二十日，以檢察官身分對被告等提起第三審上訴，執行檢察官之職務，此有台灣高等法院台南分院檢察處檢察官聲明上訴書、上訴理由書，附本院七十五年度台上字第×××號刑事上訴卷內可稽，乃於數度發回更審後，又以法官之身分參與審判，執行職務，並在八十年十月二十四日判處某甲有期徒刑一年，減為有期徒刑六月，再減為有期徒刑三月，某乙、某丙各處有期徒刑

刑一年四月，均減為有期徒刑八月，各再減為有期徒刑四月，其所踐行之訴訟程序，顯係違背法令，被告等不服，提起上訴，原判決未依職權調查、糾正，復從實體上判決，駁回其上訴，訴訟程序自亦違背法令。上訴人於判決確定後，提起非常上訴，向有理由，應由本院將原判決及台灣高等法院高雄分院八十年度上更(七)字第××號判決，關於訴訟程序違背法令部分均撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第二款，判決如王文。

中華民國八十年七月十七日

【第貳拾玖案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第五十五條第一項、第六十二條、第三百七十一條。

二、非常上訴理由

按第二審法院得不待被告到庭陳述，而逕行判決者，以被告經合法傳喚，無正當理由為要件，此觀刑事訴訟法第三百七十一條規定甚明。查被告某甲因毀損一案，不服台灣板橋地方法院八十一年度自字第四××號所為一科刑判決，於法定期間內提起二審上訴，其上訴狀寫明現住所 台北縣新莊市××路××號（一審之審理傳票及判決書亦向該址逕達），詎二審定期八十二年十二月二十二日上午九時二十五分之審理傳票，竟向其戶籍地之雲林縣××鄉××路××號逕達，無人收受，而寄存於××分駐所，有送證書附卷足憑。被告既居新莊市，自屬無從收受傳票，顯見本案未經合法傳喚，自難認其無正當理由而不到庭，原審未予

改期，查明按其陳報地址再行傳喚，而不待其陳述，逕行判決，將其上訴駁回，自屬於法有違，案已確定，且於被告不利。爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十二年度台非字第三〇四號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告毀損案件，對台灣高等法院中華民國八十一年十二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

王 又

原判決關於訴訟程序違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按 刑事被告爲接受法院文書之遷達，得將其任居所或事務所向法院陳明，法院於遷達時，可應向被告之任居所、事務所行之，必限於不能依上開情形向被告本人遷達，或不能向被告有辨別事理能力之同居人、受僱人補充遷達時，始得以寄存於該管警察機關之寄存遷達方式爲之，此爲刑事訴訟法第五十五條第一項，及同法第六十二條準用民事訴訟法第一百三十六條至第一百三十八條所明定。又刑事訴訟法第三百七十一條規定，被告經第二審法院傳喚，無正當理由不到庭，得不待被告之陳述，逕行判決者，應以被告經合法傳喚爲前提，倘被告非經合法傳喚，而未於審判期日到庭陳述，法院仍逕行予以判決時，其訴訟程序即屬違背法令。本件被告某甲因自訴人某乙自訴其毀損案件，經台灣板橋地方法院以八十一年度自字第四××號爲論處罪刑之判決，判決正本當事人欄載明被告「籍設雲林縣××鄉××路××號，現任台北縣新莊市××路××號，被告不服第一審判決，於法定上訴期間內，具狀提起第二審上訴，上訴狀內亦陳明除設籍於雲林縣××鄉××路××號外，「現任所 台北縣新莊市××路××號」，足見其當時之任所在雲林縣××鄉之尸籍地，但居所在台北縣新莊市××路××號，原審法院定期於八十一年十二月二十二日上午九時二十五分開庭審理，該審理期日之傳單，自亦應按被告所陳明之上揭台北縣新莊市之居所遷達。乃原審僅依被告在

雲林縣××鄉之住所，交付郵政機關代為遞達，致郵差因未獲會晤被告本人，亦無被告之同居人或受僱人可資補充遞達，而寄存於雲林縣警察局十六分局××分駐所寄存遞達，並未向被告當時陳明之居所遞達，此有該遞達證書附於原審卷可稽，自不能認為被告業經合法之傳喚，至為顯然。乃原審不察，竟不待被告之到庭，即逕行判決，揆諸首揭說明，其所踐行之訴訟程序要屬違背法令。案經確定，非常上訴意旨執此相指摘，尙有理由，應由本院僅就原

判決關於上開訴訟程序違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第二款，判決如王又。

中華

民

國

八十二

年

九

月

十三

日

【第 叁 拾 案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第六十條第一項、第三百七十一條、第三百七十九條第六款。

二、非常上訴理由

按刑事訴訟法第三百七十一條規定 第二審法院不待被告陳述，得逕行判決者，以被告已受合法傳喚，無正當理由而不到庭者為限，而公示迂達除將應迂達之文書或其節本張貼於法院牌示處外，並應以其繕本登載報紙或以其他適當方法通知或公告之，復為同法第六十條第一項所明定。本件被告某甲因違反麻醉藥品管理條例等案，不服一審判決上訴二審，因其自原任所之台東市××街××號遷移不明，原審定期八十二年六月廿二日上午九時三十分審理之刑事傳票，經裁定公示迂達。台東市公所遲至同年五月廿七日始行張貼於該所公告欄，因未達三十日期效，予以改期，嗣定期同年七月六日上午九時二十分審理之傳票，經公示迂

達，僅張貼於原審法院公告欄牌示處外，未再囑託台東市公所就近公告遷達，亦未登載報紙或以其他適當方法通知或公告之。是其遷達顯有不合，被告既未受合法傳喚。原審不待其到庭陳述，逕行判決，其訴訟程序自有刑事訴訟法第三百七十九條第六款之違法，業已確定，且於被告不利，為統一法令之適用，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、附 錄

最高法院刑事判決

八十二年度台非字第三二二號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

右上訴人因被告違反麻醉藥品管理條例案件，對於台灣高等法院花蓮分院中華民國八十二年七月十三日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決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，被告不到庭，得不待其陳述逕行判決者，以經合法傳喚而無正當理由者爲限，而公示迂達除將應迂達之又書或其節本張貼於法院牌示處外，並應以其繕本登載報紙或以其他適當方法通知或公告之，刑事訴訟法第三百七十一條、第六十條第一項定有明文。本件被告某甲違反麻醉藥品管理條例等案，原審指定民國八十二年六月廿二日上午九時三十分審理之刑事傳票，經裁定公示迂達，惟以台東市公所同年五月廿七日始行張貼於該所公告欄，因未達三十日期效，予以改期，嗣定同年七月六日上午九時二十分爲審判期日之傳票，經公示迂達，竟僅張貼於原審法院公告欄牌示處，而未再囑託台東市公所就近公告迂達，亦未登載報紙或以其他適當方法通知或公告之，有原審恣可稽。按法律並未規定第二次以後之公示迂達僅須將應迂達之又書張貼於法院牌示處即可，則爲保障被告權益，其有關公示迂達之程序，自均應依上述刑事訴訟法之規定爲之，否則，其所爲迂達即不能認爲合法。乃原審既未將上開審判期日之傳票合法迂達，遽認被告經合法傳喚，無正當理由不到庭，而不待其陳述逕行判決，其所踐行之訴訟程序，顯係違背法令，案經確定，非常上訴執以指摘，尙有理由

，應由本院將原判決關於訴訟程序違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第二款，判決如王文。

中 華 民 國 八 十 二 年 九 月 二 十 七 日

【第叁拾壹案】

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以下（參見第一百十九條、第一百二十一條、第四百七十條）各條之沒入保證全，係因被告於具保人以相當全額具保後逃匿所給予具保人之制裁，雖與刑法從刑沒收有別，但此項刑事訴訟法上之沒入裁定，既具有強制執行之名義，自與判決有同一效力，於裁定確定，認為違法，自得提起非常上訴（貴院七十五年度台非字第247號判決參照），次查具保停止羈押之被告逃匿者，應命具保人繳納指定保證全額並沒入之，不繳納者，強制執行，保證全已繳納者沒入之，為刑事訴訟法第一百十八條所明定，故裁定沒入具保人已繳納之保證全，應以被告逃匿為前提要件，本件被告某甲雖經原法院定期審理中

傳拘無著，而於民國八十年十月十四日裁定沒入保證全後並予通緝。惟查被告早於原法院裁定沒入保證全前之同年八月二十日因煙毒案件經台灣台中地方法院檢察署檢察官將其羈押於台中看守所，迄至八十一年四月二十三日為止，仍在該所羈押中，有該所同日出具之被告在所證明書附原法院八十年度訴字第二××號卷第一二九頁可稽，原法院裁定之前，被告既係因另案執行羈押中，並非逃匿，縱因傳拘而未到案，依前述說明，亦不能沒入具保人已繳納之保證金，原裁定竟予沒入，自有裁定適用法則不當之違背法令，業經確定，應依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴。

三、附 錄

最高法院刑事判決

八十一年度台非字第二七一號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

具保人 某乙

右上訴人因被告煙毒案件，對於台灣臺林地方法院中華民國八十年十月十四日第一審沒入保

證金之裁定，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原裁定撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院查刑事訴訟法第一百十八條規定「具保停止羈押之被告逃匿者，應命具保人繳納指定之保證金額，並沒入之。不繳納者，強制執行，保證金已繳納者沒入之。」係以被告於具保停止羈押後，故意逃匿者為限，藉以對具保人之具保責任而課以制裁，如被告於具保停止羈押後，並非故意逃匿者，即不得依據此項規定，沒入其保證金，自不待言。本件被告某甲因違反戕亂時期肅清煙毒條例案件，於偵查中經檢察官指定具保人某乙繳納保證金新台幣（下同）拾壹萬元並具保證書，將被告停止羈押，原審於審理中，因對被告傳拘無著，而於八十年十月十四日裁定沒入具保人某乙所繳納之保證金拾壹萬元，並予通緝。惟依台灣台中看守所具被告在所證明書記載，被告某甲早在原審未裁定沒入保證金之前即八十年八月二十日已因另案在該所羈押當中，迄至八十一年四月二十三日仍未獲釋，有該證明書在卷足憑，由此可見，原審於審理當中，對被告傳拘無著，係因被告在台灣台中看守所羈押，並非故意逃

亡藏匿所致，依上開說明，自不得裁定沒入具保人某乙所繳納之保證金，乃原審不察，竟誤認被告逃匿，予以裁定沒入保證金，即屬於法有違，案經確定，非常上訴意旨，執以指摘原裁定違背法令，尙有理由，應由本院將原裁定撤銷，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款後段，判決如王又。

中 華 民 國 八 十 一 年 七 月 三 十 日

【第叁拾貳案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第一百五十四條、第一百五十六條第二項、第三百零一條第一項。

二、非常上訴理由

按認定犯罪事實須依證據。無證據不得推定其犯罪事實。被告之自白不得作為有罪判決之唯一證據。無證據能力之證據，不得作為判斷依據。刑事訴訟法第一百五十四條、第一百五十六條第二項、第一百五十五條第二項分別定有明文。又事實之認定，應憑證據，如未發現相當證據或證據不足以證明，自不能以推測或擬制之方法，以為裁判基礎。被告之自白若無法證明其與事實相符，即根本失其證據之證明力。不得採為判斷之根據。亦經貴院著為四十年台上字第八六號、四十六年台上字第八〇九號判例。不能證明被告犯罪者，應諭知無罪之判決。復為刑事訴訟法第三百零一條第一項所明定。本件原判決認定被告基於概括犯意，

於七十九年十月中旬及同月二十一日，連續非法吸用化學合成麻醉藥品安非他命二次，論以連續非法吸用化學合成麻醉藥品罪，係以被告之自白為唯一證據。遍閱全卷，除被告之自白外，可別無任何其他足以證明被告之自白與事實相符之事證。卷內既無足以證明被告之自白與事實相符之證據，則被告之自白已根本失其證據之證明力，而為無證據能力之證據。依首開刑事訴訟法之規定及貴院判例，本件卷內訴訟資料即屬不能證明被告犯罪而應為諭知被告無罪之判決。原判決竟僅依被告之自白，認定被告有連續非法吸用化學合成麻醉藥品安非他命之事實而予論罪科刑，顯係以無證據能力之證據，為裁判基礎。非但與證據法則不合，更與首開刑事訴訟法之規定及貴院判例有違。案經確定，前曾提起非常上訴，期予救濟。貴院以「查獲時距其吸用時間已逾九月之久，抹尿尿水檢驗，已難獲得確實之證明。被告之自白是否與事實相符，尚未據原審於審判中調查其他證據以資審認。乃據為判決基礎，復未說明毋庸為此項補強證據之調查理由，其訴訟程序之踐行顯屬違法。」惟「原審疏未深入查證，是否已達判決違背法令之程度 原判決是否已致適用法令違誤而於判決顯然有影響 尚難予以判斷。」乃僅將其訴訟程序違背法令部分撤銷。惟查本案卷內除被告自白外，並無足以證明被告之自白與事實相符之證據，已詳前述。查獲時距其吸用時又已逾九月之久而無從驗尿獲得證據，則原判僅依被告之自白論罪科刑，即係認定事實不憑證據，依卷內現有資料

即已違法，且顯然足以影響判決結果，豈得謂係單純之訴訟程序違法而已。如謂此項違法僅「係訴訟程序違法，是否已致適用法令達誤而於判決顯然有影響尚難判斷」，則法院將可不憑證據逕為有罪之判決，而強入人罪。殊非保障人權之道。爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十二年度台非字第四一二號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告違反麻醉藥品管理條例案件，對於台灣台南地方法院中華民國八十一年十二月十五日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決撤銷。

某甲無罪。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按認定犯罪事實須依證據，無證據不得推定其犯罪事實。被告之自白，不得作為有罪判決之唯一證據，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符。刑事訴訟法第一百五十四條、第一百五十六條第二項分別定有明文。又被告雖經自白，仍應調查其他必要之證據，以察其與事實是否相符，苟無法證明其與事實相符，根本即失其證據之證明力，不得採為判斷事實之根據，亦有本院四十六年台上字八〇九號判例可循。本件原判決認定被告某甲基於概括犯意，於民國七十九年十月中旬及同月二十一日，連續非法吸用化學合成麻醉藥品安非他命二次，論以連續非法吸用化學合成麻醉藥品罪刑，係以被告之自白為唯一證據，遍閱全卷，除被告自白外，別無任何其他足以證明被告之自白與事實相符之事證，則被告之自白，根本失其證據之證明力，不得採為判斷事實之根據，依首開說明，本件卷內訴訟資料即屬不能證明被告犯罪而應諭知被告無罪之判決。原判決竟僅以被告之自白為唯一之證據，論處被告連續非法吸用化學合成麻醉藥品罪刑，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，尚有理由，應由本院將原判決撤銷，另行判決，以資救濟。

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

中 華 民 國 八 十 二 年 十 二 月 二 十 三 日

【第叁拾叁案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第二百三十九條、第二百五十二條第五款、第三百零三條第一款。
刑法 第三百十條、第三百十四條。

二、非常上訴理由

按告訴乃論之罪，其告訴已經撤回者，應為不起訴處分。又告訴乃論之罪，對於共犯之一人撤回告訴者，其效力及於其他共犯。起訴之程序違背規定者，法院應諭知不予受理之判決。刑事訴訟法第二百五十二條第五款、第二百三十九條及第三百零三條第一款均有明文。本件聲請人（指被告某甲）於八十一年九月間對於王辦台南縣××鎮××橋改建之王某、郭某、李某、林某、王某、林某等意圖散布謠言，與共同被告某乙、某丙等，指摘足以毀損他人名譽之事，案經上開王辦人王某等六人向台灣台南地方法院檢察署告訴，在檢察官偵查中，

王某等六人撤回對某乙之告訴而處分不起訴（八十一年偵字第一××××號），而對聲請人及某丙提起公訴（八十一年偵字第一××××號），揆諸上揭說明，其起訴之程序即有違背規定，原法院不察，均為實體之判決，被告某丙經提起上訴，台灣高等法院台南分院已將原判決關於某丙部分撤銷，改為諭知公訴不受理之判決（八十二年度上易字第六××號），本件被告邵分則未經上訴判決確定，其判決顯屬違法，且對被告不利，應依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十二年度台非字第三八〇號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告妨害名譽案件，對於台灣台南地方法院中華民國八十二年二月二十六日第一審確定判決，認為一部違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於某甲部分撤銷。

某甲公訴不予受理。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑法第三百十條之誹謗罪，須告訴乃論，又告訴乃論之罪，於偵查中對於共犯之一人撤回告訴者，其效力及於其他共犯，均應為不起訴處分，如應不起訴而起訴者，其起訴之程序即屬違背規定，法院應諭知不予受理之判決。此觀刑法第三百十四條，刑事訴訟法第二百三十九條、第二百五十二條第五款及第三百零三條第一款規定甚明。經查本件告訴人梁某、王某、王某、林某、郭某、李某等六人，於民國八十一年九月八日，向台灣台南地方法院檢察署告訴被告某甲與某乙、某丙等三人共同意圖散布於眾，指摘足以毀損其六人名譽之事，共同犯刑法誹謗罪，嗣於同年十一月十九日偵查中，告訴人梁某及其餘告訴人王某等五人，分別當庭或具狀對某乙撤回告訴，依前開說明，檢察官對於被告部分，本應為不起訴處分，竟予以起訴，其起訴之程序即屬違背規定，原審自應諭知不予受理之判決，乃原審誤為科刑判決，顯屬違法。案經確定，且不利於被告，非常上訴執此指摘，尚有理由。應由本院將原判決

關於被告部分撤銷改判諭知公訴不受理，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、第三百零三條第一款，判決如左。

中華民國二十八年十一月十八日

【第叁拾肆案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第二百六十六條、第二百六十四條第二項第一款、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，已受請未之事項未予判決，或未受請未之事項予以判決者，其判決當然為違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第十二款定有明文。查本案被告某甲實係其胞兄某乙冒用其姓名，於八十年七月間起至同年九月十四日止，施用毒品多次及服用安非他命二次，復於同年七月間起至同年九月十日止，代共同被告某丙向不詳姓名男子購買毒品多次，為警查獲。某乙在警訊時及檢察官偵查中暨第一審審理中，均以某甲之姓名應訊並簽名，致起訴之檢察官及第一審法院均誤以「某甲」為「某乙」之姓名，予以記載在起訴書及判決書，因某乙於獲案後即由檢察官羈押，至第一審法院審理中，始於八十一年十一

月二十五日具保釋放，嗣第一審法院審理期（日），及判決後提起第二審上訴，亦均係其自行到庭或自行提起。其弟某甲均不知情（見第二審卷第三六頁某甲訊問筆錄）足見本案檢察官所起訴之被告爲某乙，而非「某甲」，第一審法院所判決及不服該判決而提起上訴者，亦均爲某乙。嗣經第二審法院發覺係某乙冒用「某甲」之姓名，因起訴及第一審法院判決與提起上訴之人既均爲某乙，而非某甲，其有關書類所記載之姓名縱書寫爲某甲，此際原法院自得逕將被告之姓名更正爲某乙，並對其爲判決即可。詎原判決竟對未經檢察官提起公訴之「某甲」爲判決。依首揭法條說明，其判決即爲違法，案經確定，應依刑事訴訟法第四百四十一條及第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十二年度台非字第四〇六號

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肅清煙毒條例等罪案件，對於台灣高等法院高雄分院中華民國八十二年

四月二十七日第二審確定判決，認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於某甲部分撤銷。

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，已受請未之事項未予判決，或未受請未之事項予以判決者，其判決當然為違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第十二款定有明文。又同法第二百六十六條規定起訴之效力不及於檢察官所指被告以外之人，即所謂起訴對人之效力。而同法第二百六十四條第二項第一款規定起訴書應記載被告之姓名、性別等資料或其他足資辨別之特徵，作為特定刑罰權對象之用，其起訴之對象為被告其「人」，而非「姓名」。本件被告某甲之胞兄某乙因步犯施用毒品、吸用安非他命及幫助他人施用毒品等罪嫌，於民國八十一年九月十四日為警查獲，解送檢察官羈押，其自警訊、檢察官偵查中及第一審法院審理時，始紋冒用某甲之姓名應訊並簽名（或按指紋），致檢察官及第一審法院均誤某乙即係某甲，而對之起訴、審理，嗣第一審法院分別於八十一年十一月二十五日及同年十二月十一日，准

予具保開釋及判處罪刑後，某乙不服第一審判決，仍冒用某甲姓名提起第二審上訴。原審法院審理時，經傳喚某乙、某甲對質及原查獲該案之警員供某作證，而查明本件涉嫌犯罪之行為人確爲某乙，冒用某甲之姓名應訊，與某甲無關。是檢察官起訴之對象實爲冒用某甲姓名之某乙其人，而非被冒用姓名之某甲。則原審自應撤銷第一審關於某甲部分之判決，將判決書當事人欄某甲之姓名更正爲某乙並註明冒用某甲之姓名，逕對某乙予以論罪科刑，始爲適法，乃竟對未經起訴之某甲本人改判諭知無罪，即有未受請求之事項予以判決之違法（參照司法院院字第五六九、一七二九號解釋、本院五十一年台上字第五九四號、七十年台上字第一〇一號判例）。案經確定，非常上訴執以指摘，非無理由，應由本院將原判決關於某甲部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中華民國二十二年十二月十七日

【第叁拾伍案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第二百六十七條、第三百零二條第一款。

二、非常上訴理由

刑事訴訟法第三百零二條第一款規定，案件曾經判決確定者，應為免訴之判決。係以同一案件，已經法院為實體上之確定判決，該被告應否受刑事制裁，即因前次判決而確定，不能更為其他有罪或無罪之實體上裁判。此項原則，關於實質上一罪或裁判上一罪，其中一部事實已經判決確定者，對於構成一罪之其他部分，固亦均應適用。但此種情形，係因審判不可分之關係，在審理事實之法院，對於全部犯罪事實，按照刑事訴訟法第二百六十七條規定，本應予以審判。故其確定判決之既判力，亦自應及於全部之犯罪事實。若在最後審理事實法院宣示判決後始行發生之事實，既非該法院所得審判，即為該案判決之既判力所不能及。

檢察官就此部分發生之事實依法起訴，受訴法院即應另爲有罪或無罪之實體上裁判。有三十
二年上字第二五七八號判例可供參照。本件被告於八十一年七月二日犯竊盜罪，曾經台灣
北地方法院於八十一年九月七日以八十一年度易字第XX號判處有期徒刑四月，於九月
廿九日確定，固屬實在。然本件被告之犯罪事實，乃發生於八十一年九月九日，在前案最後
審理事實之法院於九月七日宣示判決之後。依上開判例意旨，爲前案判決既判力之所不能及
。受訴法院即應另爲有罪或無罪之實體上之裁判。原判決竟誤認前開判例所謂「最後審理事
實法院」係指管轄第二審之高等法院而言。將「最後審理事實法院」誤認爲係指「最後事實
審法院」，謂本件犯罪事實，爲前案判決既判力之所及，遂爲免訴之判決。其法則之適用，
即欠妥當。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，用
予糾正。

三、附 錄

最高法院刑事判決

八十二年度台非字第三二一號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告竊盜案件，對於台灣台北地方法院中華民國八十一年十二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

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑事訴訟法第三百零二條第一款規定，案件曾經判決確定者，應為免訴之判決，係以同一案件，已經法院為實體上之確定判決，該被告應否受刑事制裁，既因前次判決而確定，不能更為其他有罪或無罪之實體上裁判，此項原則，關於實質上一罪或裁判上一罪，其一部事實已經判決確定者，對於構成一罪之其他部分，固亦均應適用，但此種事實係因審判不可分之關係在審理事實之法院，就全部犯罪事實，依刑事訴訟法第二百六十七條規定，本應予以審判，故其確定判決之既判力自應及於全部之犯罪事實，惟若在最後審理事實法院宣示判決後始行發生之事實，既非該法院所得審判，即為該案判決之既判力所不能及（本院卅二年上字第^二五七八號判例參照），是既判力對於時間效力之範圍應以最後審理事實法院之宣示

判決日爲判斷之標準，而上開判例稱「最後審理事實法院」而非謂「最後事實審」，顯示不限於二審判決，因而在未經上訴於二審法院之判決，亦屬相同。本件被告於八十一年七月二日犯竊盜罪，曾經台灣台北地方法院於八十一年九月七日以八十一年度易字第5×××號判處有期徒刑四月，而本件被告竊盜之犯罪事實，發生於八十一年九月九日，係在最後審理事實法院台灣台北地方法院宣告判決之後，爲前案判決既判力之所不能及，乃受訴法院台灣台北地方法院竟以所謂「最後審理事實法院」，係指管轄第二審之高等法院而言，故第一審判決宣告後，確定前發生之事實，苟與該案有實質上或裁判上一罪之關係，當爲該第一審確定判決效力所及，是其既判力之時點應至第一審判決確定之日，而爲免訴之判決，殊屬違背法令。案經確定，非常上訴意旨，執以指摘，爲有理由，惟此項違誤尚非不利於被告，應由本院僅將其違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如左。

中華民國八十二年九月二十七日

【第叁拾陸案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第二百六十七條、第三百七十九條第十二款。
刑法 第二百十條、第二百十五條、第二百十六條。
稅捐稽徵法 第四十一條、第四十七條。

二、非常上訴理由

按檢察官就犯罪事實一部起訴者，其效力及於全部。又除本法有特別規定外，已受請求之事項未予判決者，其判決當然為違背法令。刑事訴訟法第二百六十七條、第三百七十九條第十二款分別定有明文。本件檢察官所起訴之犯罪事實，指被告以「明知麥某、鄧某夫妻於八十年間並未在××材料行工作，竟利用該二人以前在該行工作所留之身分證、年籍等資料，於八十年底某日，由有制作權之被告虛列麥、鄧二人為××材料行之員工，虛報八十年一

至十二月份所得工資表，再利用不知情之會計人員，向稅捐稽徵機關報「各類所得扣繳暨免扣繳憑單」，虛列麥某、鄧某在該材料行領薪。足以生損害於稅捐稽徵之正確性，並以此虛列成本之不正當方法逃漏稅捐」。基於此項起訴之犯罪事實，被告陰犯刑法第二百十六條、第二百十五條，稅捐稽徵法第四十七條、第四十一條之罪外，由於被告係明知麥某等二人並未在××材料行工作而虛列工資表，該工資表所記載之內容係虛偽。該工資表上麥、鄧二人之印又即係偽造或盜用。該工資表經領薪之人蓋用印章之後，即表示蓋章之人已領收該筆薪資，具有領據之性質。屬於私又書。是被告並同時犯刑法第二百十六條、第二百十條之行使偽造私又書罪嫌，與原判決論罪科刑部分有方法結果之牽連關係，為裁判上一罪。均為檢察官起訴犯罪事實效力之所及。原判決竟未一併調查審判且置而不論。其判決當然為違背法令。另依麥某、鄧某之指證，被告向稅捐機關所申報之工資表（見調查站卷第九至第二十頁）上之印又均非其所有，係被告所冒刻（見同上卷第五頁背面、偵查卷第六頁）。果爾，則該印又即應依法予以沒收。原判決未一併予以查明論知沒收。可屬違誤。其僅認定被告犯刑法第二百十六條、第二百十五條，稅捐稽徵法第四十一條之罪，亦與卷證資料所顯示之情況不符，而為證據上之理由矛盾。案經確定。爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附 錄

最高法院刑事判決

八十二年度台非字第一五四號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

右上訴人因被告違反稅捐稽徵法案件，對於台灣新竹地方法院中華民國八十一年十一月二十七日第一審確定判決，認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院查依公訴不可分之原則，檢察官就犯罪事實之一部起訴者，其效力及於全部。故法院對於起訴效力所及之事項，自應予以判決。如對於起訴效力所及之事項，未經判決，按之刑事訴訟法第三百七十九條第十二款之規定難謂無已受請求之事項，而未予判決之違背法令。本件檢察官所起訴被告某甲之犯罪事實，係指其「明知麥某、鄧某夫妻於民國八十年間，並未

在××材料行工作，被告竟利用該二人以前在該行所留之身分證、年籍等資料，於八十年底某日，由有制作權之被告虛列麥、鄧二人爲××材料行之員工，虛報八十年一至十二月份所得工資表，再利用不知情之會計人員，向稅捐稽徵機關填報『各類所得扣繳暨免扣繳憑單』，虛列麥、鄧二人在該材料行領薪，足以生損害於稅捐稽徵之正確性，而以此虛列成本之不正當方法逃漏稅捐等情，有起訴書在卷可稽。基於此項起訴之犯罪事實，及其引用之證據即被告向稅捐稽徵機關所申報之工資表上已蓋用麥、鄧二人之印章（見調查站卷第九至二十頁），該工資表既經領薪之人蓋用印章，即表示蓋章之人已領收該筆薪資，具有領據之性質，屬於私文書。被害人麥某、鄧某復指證該印又非其所有，係被告所偽刻（見同上卷第五頁、偵查卷第六頁）之情狀觀之，則被告除犯刑法第二百十六條、第二百十五條，稅捐稽徵法第四十七條、第四十一條之罪外，顯然同時犯有刑法第二百十六條、第二百十條之行使偽造私文書罪，此部分與原判決論罪科刑部分有方法結果之牽連關係，屬裁判上一罪，爲檢察官起訴效力所及，原判決竟未一併判決，依前開說明，自有已受請求之事項而未予判決之違背法令。至原判決未將被告偽造之工資表上所偽造之麥某、鄧某印又論知沒收，乃因其未併論以行使偽造私文書罪之當然結果，毋庸論述。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由。惟原判決尚非不利於被告，應由本院將原判決關於違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中 華 民 國 八 十 二 年 六 月 四 日

【第叁拾柒案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第三百條、第三百七十九條第十二款。
刑法 第三百三十六條第二項、第三百三十九條第三項第一項。

二、非常上訴理由

按法院就未受請求之事項予以判決者，其判決當然爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第十二款後段就此定有明文。本件原判決關於被告某甲部分之事實，記載其係××企業有限公司負責人，於民國七十七年十二月三日因同案被告某乙（已判決確定）所任職之今日公司辦理週年慶活動，乃以今日公司南京西路分公司名義請某甲派員拆除屏機一百台與今日公司，經迄至今日公司後由不知情之職員點收，除卸下六台擺於該公司銷售，以圖掩飾外，其餘則指示迂貨人員載往知情之某丙處藏匿而予侵占入己。嗣某乙之侵占犯行爲今日公司於

七十八年一月十八日發覺，乃通知某甲連回銷售剩餘之八十一台除屏機，某甲當日即派員取回。其知今日公司應支付者僅爲十九台除屏機貨款，竟意圖爲自己不法之所有，於同月二十日迂達上開一百台除屏機貨款之對帳單予今日公司，意圖詐領八十一台除屏機之貨款。因認第一審法院依上述事實論處被告之詐欺未遂罪刑爲無不當，將檢察官及被告所提之上訴駁回而告確定。惟查本件檢察官七十九年偵續字第一××號起訴書之犯罪事實，係記載被告爲××企業有限公司之負責人，於民國七十七年十二月三日與某乙共同意圖爲自己不法所有，推由某乙冒用其任職之今日股份有限公司南京西路分公司名義請未派員迂除屏機一百台後圖爲侵占入己，竟依某乙之指示將除屏機一百台先迂抵上開分公司經其不知情職員點收後，卸下六台於該分公司擺設銷售，以掩人耳目，其餘則連往知情之某丙住宅，交其收受藏匿。嗣於七十八年一月十八日因見某乙違法情事案發，恐遭牽累，無法向今日公司領取上述除屏機貨款，復夥同某乙載回其所餘之除屏機八十一台。並無隻字指出有原判決事實所記載之被告於載回除屏機八十一台後，竟意圖爲自己不法之所有，於同月二十日迂達上開一百台除屏機貨款之對帳單予今日公司，意圖詐領八十一台除屏機之貨款。此可由起訴書之犯罪事實與原判決所載該部分之事實比對即明。按犯罪已否起訴，應以起訴書所載之事實爲準。有關被告於七十八年一月二十日持對帳單向今日公司行詐之事實既未爲起訴書之犯罪事實所記載。復未

經檢察官於第一審法院言詞辯論終結前追加起訴。已起訴之被告夥同某乙共犯刑法第三百三十六條第二項之業務侵占罪，既未經第一審法院爲有罪之判決，亦不生一部分犯罪事實經提起公訴效力及於全部之問題。則第一審法院之判決與原判決對於被告詐欺未遂之事實予以裁判，自屬訴外判決。前經本檢察總長以原判決有未經請求之事項予以判決之違法，對之提起非常上訴，惟爲貴院八十一年度台非字第三六三號判決駁回上訴。判決意旨並指「於檢察官起訴之事實及確定判決所認定之事實，二者應屬同一事實之範圍，且依檢察官起訴書『證據及所犯法條欄』記載，亦有謂被告『於七十八年一月十八日，既載回賣餘之八十一台吟屏機，竟於同年月二十日向今日公司請求給一百台貨款，爲其所不否認』等語以觀，雖其起訴認被告係犯業務侵占罪嫌而引用刑法第三百三十六條第二項之法條，實則其事實範圍內容，已包含有詐欺事實在其內。其爲同一事實，亦無疑義」。因認原判決維持第一審變更檢察官原起訴法條，論處被告詐欺未遂罪，難謂有未受請求事項予以判決之違法。惟查犯罪有否起訴應以起訴書之犯罪事實欄爲準（貴院七十年台非字第一一號判例參照）。故起訴之事實，自不應包括起訴書之「證據及所犯法條」欄在內，雖起訴書之「證據及所犯法條」欄有記載被告冒於七十八年一月二十日向今日公司請求給付一百台貨款，爲其所不否認。但有關之詐欺未遂事實，既未記載於起訴書之犯罪事實欄，仍不能遽指其「證據及所犯法條」欄所記

載屬於起訴之範圍。又有罪之判決，法院固得依刑事訴訟法第三百條規定，就起訴之犯罪事實，變更檢察官之起訴法條，但得為起訴法條之變更之前提要件，必須在事實同一之範圍內，可即不變更起訴之犯罪事實，法院始得自由認定事實，適用法律。貴院六十九年台上字第一八〇二號判例可供參考。本件原判決所認定之詐欺未遂事實既為原起訴書犯罪事實欄所未記載。刑法上之業務上侵占罪與詐欺罪之犯罪構成要件各別，原起訴書犯罪事實欄所記載之被告共同業務上侵占之犯罪事實，又顯與原判決所認定之詐欺犯罪事實不同，難謂法院即可依原起訴之業務上侵占罪事實，變更為犯罪時地態樣構成要件全屬不同之詐欺未遂事實。是上述之非常上訴判決意旨所指原判決得為法條之變更，亦欠依據。至原非常上訴判決意旨另指檢察官於原起訴書中之「證據及法條欄」所敘告訴意旨，認被告另犯詐欺及背信罪部分，不另為不起訴處分，而有所說明部分，不具實質之確定力，不影響法院在檢察官起訴事實之範圍內，認定事實云云。惟查檢察官於原起訴書中指告訴人告訴之被告有關詐欺及背信罪部分，不成工犯罪，而與提起公訴之業務上侵占罪部分具有牽連關係，故不另為不起訴處分之記載，法院於經起訴之業務上侵占罪為有罪之判決時，如認未經起訴又未為不起訴部分與有罪部分具有裁判上一罪之關係，固不受其記載之拘束，得逕予審判。惟本件經起訴部分，既未經原判決為有罪之判決，依法即不能逕對未經起訴部分為審判。因此指原判決未有違法，

亦欠依據。爲此就原判決關於未受請求之事項予以判決之違法部分，再依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，期臻適法。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十一年度台非字第四二三號

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，對以台灣高等法院中華民國八十年九月十九日第二審確定判決，認爲一部違背法令，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決及第一審判決關於某甲部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑事訴訟法第三百條所謂變更起訴法條，係指在不擴張及減縮單一法益及同一被害客

體之原訴之原則下，法院得就有罪判決，於不妨害基本社會事實之範圍內，得自由認定事實，變更檢察官所引應適用之法條而言。例如竊盜、侵占、詐欺取財三罪，其基本社會事實同為意圖為自己或第三人不法之所有，以和平手段取得他人之財物，侵害他人之財產法益。因之，檢察官如係以上述三種罪名中之任一罪名起訴，法院依其調查證據審理結果，就被告侵害單一法益之同一被害客體（即事實同一），如認被告犯罪手段有異於起訴書所認定者（例如起訴書認定被告係施用詐術取得系爭財物，法院認定係以竊取方法而取得系爭財物），即得變更起訴法條之罪名為其餘兩罪中之另一罪名是。經查本案檢察官起訴被告某甲之犯罪事實係記載「被告某甲為台北市××企業有限公司負責人，於民國七十七年十二月三日與某乙（已經判處共同連續業務侵占罪刑確定在案）共同意圖為自己不法所有，推由某乙冒用其任職之今日股份有限公司（以下簡稱今日公司）南京西路分公司名義請其派員送除屏機一百台後圖為侵占入己，竟依某乙之指示將除屏機一百台先送抵上開分公司經其不知情職員點收後，卸下六台於該分公司擺設銷售，以掩人耳目，其餘則載往知情之某丙（係某乙之父，已經判處予藏贓物罪刑確定在案）住宅交其收藏。嗣於七十八年一月十八日被告因見某乙違法情事案發，恐遭牽累而無法向今日公司領取上開除屏機貨款，復夥同某乙至某丙任處載回其

所餘之吟屏機八十一台」云云，其起訴法條係指控被告步有與具有業務上持有關係之某乙共犯刑法第三百三十六條第二項之共同業務侵占罪嫌，其原訴之基本社會事實爲「被告與某乙共同意圖爲自己不法之所有，以和平手段取得今日公司南京西路分公司所有之吟屏機，侵害該分公司之財產法益」，被害之客體爲「吟屏機」，而本案一、二審判決所認定之犯罪事實則爲「被告明知今日公司應支付者僅爲十九台吟屏機貨款，竟意圖爲自己不法之所有，於七十八年一月廿日迂達包含上開一百台吟屏機貨款之對賬單予今日公司，意圖詐領該八十一台吟屏機貨款，惟經今日公司查覺，致未得逞」云云，其所論處之罪名爲刑法第三百三十九條第三項、第一項之詐欺取財未遂罪，其基本社會事實爲「被告意圖爲自己不法之所有，以和平手段著手領取今日公司吟屏機貨款未得逞，侵害該公司之財產法益未遂」，被害之客體爲「貨款」，與本案上開起訴之基本社會事實及被害客體均不相同，顯爲兩個不同之訴訟客體，原無變更起訴法條之適用，第一審漏未就已起訴之原訴（被告共同侵占業務上所持有之吟屏機）予以判決，竟另就未經起訴之新訴（被告詐取貨款未遂）以變更起訴法條之方法而爲詐欺未遂罪刑之判決，顯屬違法。原審未予糾正，仍予維持原判駁回檢察官與被告分別之上訴，於法尤有未合。案經確定，且不利於被告，上訴人就原判決關於被告之訴外判決部分

提起非常上訴，據以指摘原判決具有未受請求之事項予以判決之違法，尙有理由，應由本院將原判決及第一審判決關於被告部分之違法判決予以撤銷，以資糾正。至於第一審判決對於已受請求之被告涉嫌共同業務侵占未予判決之違法部分（係屬判決脫漏），因不在本案非常上訴範圍，應由檢察官另行請求或由第一審法院依職權爲補充判決，並此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項但書，判決如左。

中華民國二十八年十二月二十四日

【第叁拾捌案】

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

按同一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。縱令後之起訴事實較之確定判決之事實，有減縮或擴張之情形，仍不失為同一案件，最高法院三十年上字第二二四號有判例可參。本件被告前犯妨害兵役案件，經台灣新竹地方法院於七十八年三月三十一日，以七十八年度易字第一××號判處拘役三十日，易科罰金緩刑二年，於同年六月十二日確定在案。該院又以被告於同一時期內居住處所遷移未依規定申報，致七十八年二月十五日之點閱召集令無法送達之事實，於七十九年九月十四日，以七十九年度易字第一×××號予以論罪科刑，後案之事實，為前案判決之既判力所及，依首揭

法又、判例，原判決顯有違背法令，案已確定，且對被告不利，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，以資救濟。

三、附 錄

最高法院刑事判決

八十年度台非字第一八〇號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

右上訴人因被告妨害兵役案件對於台灣新竹地方法院中華民國七十九年九月十四日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決撤銷。

本件免訴。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按同一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。本件被告原任苗栗縣苗栗市××里××鄰××巷××號，於民國七十七年二、三月間，居住處所遷移，無故不依規定申報，致使苗栗縣國管區司令部先後所發應於七十七年三月九日及七十八年二月十五日前往苗栗縣苗栗市大同國小報到之點閱召集令，均無法送達。檢察官先就七十七年三月九日之點閱召集令部分提起公訴，經原審法院於七十八年三月三十一日，以七十八年度易字第一××號判決，論處被告後備軍人居任處所遷移，無故不依規定申報，致使點閱召集令無法送達罪刑於同年六月十二日確定。嗣檢察官又對七十八年二月十五日之點閱召集令部分提起公訴，復經原審法院於七十九年九月十四日，以七十九年度易字第一××號判決再依同一罪名判處拘役，亦已確定。查本件上訴人於七十七年二、三月間遷移任居所，消極的不依規定申報，雖致兩次召集令均無法送達，但因其遷移任居所之行爲僅有一次，故仍爲實質上之一罪。本件前案檢察官雖僅就七十七年三月九日之點閱召集令部分起訴，原審亦僅就該部分爲判決，惟其起訴及判決之效力應及於七十八年二月十五日之點閱召集令部分。茲檢察官再就七十八年二月十五日之點閱召集令部分重複起訴，原判決未諭知免訴，而誤爲實體判決，顯有適用法則不當之違背法令。案經確定，且不利於被告，非常上訴旨，執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決撤銷，另行判決免訴，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
王又。

中 華 民 國 八 十 年 六 月 五 日

【第叁拾玖案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第三百零三條第二款。

二、非常上訴理由

按刑事訴訟法第三百零三條第二款所謂已經提起公訴或自訴之案件，在同一法院重行起訴，應諭知不予受理之判決者，必須先起訴之案件係合法者始足當之。若先起訴之案件係不合法，則後起訴之案件，自無適用該款規定之餘地，此有最高法院六十一年度台上字第三八七號判例可稽。查被告某甲、某乙涉嫌共同詐欺罪，經台灣台北地方法院士林分院檢察署檢察官，於民國七十七年九月十六日以七十七年度偵字第三××號案偵查終結，提起公訴，雖被害人之子某丙於同年月七日，以同一事實具狀向台灣台北地方法院士林分院提起自訴，惟經該法院七十七年度自字第二××號案，認其非犯罪之直接被害人，不得提起自訴，而予以

不受理之判決，詎該院竟將後起訴之七十七年度易字第一×××號案以重行起訴為理由，再判決不受理而確定在案。揆諸前開判例，顯有適用法則不當之違背法令，業經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條規定提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十年度台非字第二四九號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

某乙

右上訴人因被告等詐欺案件，對於台灣台北地方法院士林分院，中華民國七十七年十月十三日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑事訴訟法第三百零三條第二款所謂已經提起公訴或自訴之案件，在同一法院重行起訴，應諭知不予受理之判決，必須先起訴之案件係合法者始足當之。若先起訴之案件係不合法，則後起訴之案件，自無適用該條款之餘地。本件被告等涉嫌共犯刑法第三百卅九條第一項詐欺罪，經台灣台北地方法院士林分院檢察署檢察官於七十七年九月十六日以七十七年度偵字第三×××號案偵查終結，提起公訴，雖被害人某丁、某戊之子某丙先於同年月七日，以同一事實具狀向台灣台北地方法院士林分院提起自訴，惟該自訴人非犯罪之直接被害人，不得提起自訴，經該院以七十七年度自字第二××號判決，諭知自訴不予受理，有上開起訴書、判決書附卷可稽，是先起訴之案件，係不合法，後起訴之案件，即不得為不予受理之判決，乃原判決竟以重行起訴為由，而諭知不予受理，顯有適用法則不當之違法，案經確定，但非不利於被告等，非常上訴意旨，執以指摘，尚有理由，應由本院將原判決關於違背法令部分撤銷，用示糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如左。

中華民國八十年七月十二日

【第肆拾案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第三百零三條第三款。

司法院院字 第二三八三號解釋。

刑法 第三百五十四條、第三百五十七條。

二、非常上訴理由

本件被告某甲依原判決引用檢察官聲請簡易判決處刑書之記載，其犯罪事實為因氣憤於八十二年二月九日二十三時許，在十六市台西客連十六營連所內摔打交通部電信總局十六電信局所有編號一五二三一九六號卡式公用電話機之話筒，致其毀損，乃依刑法第三百五十四條論處其罪刑。惟查刑法第三百五十四條之罪，依同法第三百五十七條規定，須告訴乃論，遍核原卷，本件並未經有告訴權者提出告訴。雖警卷內附有十六電信局公用電話股之股長曾

某之偵訊筆錄，該曾員於筆錄中表示「要提出告訴」，惟侵害國家法益者，該機關有監督權之長官，得代表告訴，貴院六十七年台上字第四二五七號就此著有判例。該曾員既僅係十六電信局之股長，並非該機關有監督權之長官，自無權代表該機關提出告訴，其告訴顯不合法律。原判決未經合法告訴即為實體上判決，其判決自屬違法。又刑法第三百五十四條並無併科罰金之規定，原判決除判處被告拘役三十天（日），並併科罰金貳仟元，關於併科罰金部分，亦有判決不適用法則之違法。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。

三、附 錄

最高法院刑事判決

八十二年度台非字第二三一號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

右上訴人因被告毀損案件，對於台灣雲林地方法院中華民國八十二年二月二十六日第一審確定簡易判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決撤銷。

本件不受理。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按告訴乃論之罪，未經告訴者，應諭知不受理之判決，刑事訴訟法第三百零三條第三款定有明文。所謂未經告訴，包括不得告訴及未經合法告訴之情形在內。而告訴乃論之罪，如被害人為機關時，應由該機關有監督權之長官代表告訴，始為合法（參照司法院院字第二三八三號解釋及本院六十七年台上字第四二五七號判例）。本件原確定判決既認定被告某甲係毀損文通部電信總局十六電信局所有十式公用電話機之話筒，觸犯刑法第三百五十四條之罪，依同法第三百五十七條之規定，須告訴乃論，自應由該機關有監督權之長官代表告訴，始為合法。惟遍閱全案卷宇，除據文通部電信總局十六電信局公用電話股股長冒某於警訊陳明「要提出告訴」外，並未經該機關有監督權之長官代表告訴，且冒某為十六電信局股長，既非該機關有監督權之長官，又未經該機關有監督權之長官以書面授權委任告訴，顯然無權代

表該機關提出告訴，而欠缺告訴要件，自屬未經合法告訴。揆之前開說明，自應諭知不予受理之判決，乃原審竟仍爲實體判決，顯屬於法有違。案經確定，且於被告不利，非常上訴執以指摘，尚屬正當，應由本院將原判決撤銷，另行判決諭知不予受理，以資糾正。本件既經改判公訴不予受理，原判決併科罰金違法部分，即不另論究，合爲指明。

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

中 華 民 國 八 十 二 年 七 月 二 十 三 日

【第肆拾壹案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第三百零六條。

妨害兵役治罪條例 第十一條第三項第一項第三款、第七條第二項。

刑法 第四十一條。

二、非常上訴理由

按法院認為應科拘役、罰金或應諭知免刑或無罪之案件，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，刑事訴訟法第三百零六條定有明文。查本件被告某甲後備軍人居任所遷移，無故不依規定申報，致使點閱召集令無法送達，妨害兵役一案，被告某甲經合法傳喚，無正當理由不到庭，原審竟判處有期徒刑二月，顯與首揭規定不符，核有判決適用法則不當之違背法令情形，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、附錄

最高法院刑事判決

八十一年度台非字第七二號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告妨害兵役案件，對於台灣新竹地方法院中華民國七十九年七月五日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決撤銷。

某甲後備軍人居住所遷移，無故不依規定申報，致使點閱召集令無法送達，處拘役伍拾日，如易科罰金以參拾元折算壹日。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按法院認為應科拘役、罰金之案件，被告經合法傳喚無正當理由不到庭者，始得不待其陳述逕行判決，此觀之刑事訴訟法第三百零六條之規定甚明。本件被告某甲係後備軍人，設籍苗栗縣××鄉××村九十二號，於民國七十七年三月間遷出上址，其居住所遷移，無故不依規定申報，致使苗栗縣團管區司令部所命其應於七十七年十一月七日至基隆威海營報到之點閱召集令，無法逕達，妨害兵役一案，被告經合法傳喚，無正當理由不到庭，原審竟判處被告有期徒刑二月，顯與首開規定不符，自屬判決適用法則不當。案已確定，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，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、妨害兵役治罪條例第十一條第三項、第一項第三款、第七條第二項，刑法第十一條前段、第四十一條，罰金罰鍰提高標準條例第一條、第三條第一項，判決如王又。

中華民國八十年三月六日

【第肆拾貳案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第三百零八條。

勞工安全衛生法 第二條第二項、第五條第一項第三款、第二十五條、第二十八條第一項第一款（修正前）。

刑法 第二百七十六條第二項。

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。其事實一欄，為適用法令之根據，凡於適用法令有關之事實，必須詳為記載，始足為適用法令之基礎，有本院四十七年台上字第一二一五號等判例多則可供遵循。本件原判決以被告某甲、某乙違反勞工安全衛生法第五條第一項第三款、第二十五條之規定及因業務上之過失致人於死，論以勞工女

全衛生法第二十八條第一項第一款、刑法第二百七十六條第二項之罪。惟查勞工安全衛生法第二十八條之罪，其犯罪主體係以雇王爲限，該法第五條、第二十五條各有明文規定。所謂雇王係指事業王或事業之經營負責人，同法第二條第二項亦有明文規定。原判決既未在事實一欄明確記載被告係雇王，亦未明確記載認定被告有違反勞工安全衛生法第五條第一項第三款、第二十五條規定之行爲，其王又與事實即相互矛盾，且不足以適用勞工安全衛生法第二十八條第一項第一款之根據。又因業務上過失致人於死罪，係以從事業務之人，於從事其業務時，應注意、能注意而不注意因而致人死亡爲其要件。原判決事實欄既未記載被告於從事業務時有何應注意、能注意而不注意致人死亡之情形，王又中論被告以業務上過失致人於死罪，其相互間已屬矛盾。其理由雖就被告應注意而不注意之點加以論斷，而於被告能否注意之事實關係，則並未依法論斷。依本院二十六年上字第一七五四號判例意旨，其判決可屬不合，並係事實與理由相矛盾，復均違反刑事訴訟法第三百零八條之規定。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。

三、附 錄

最高法院刑事判決

八十一年度台非字第一八五號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

某乙

右上訴人因被告等過失致人於死案件，對於台灣板橋地方法院中華民國八十年四月八日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於某甲、某乙違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按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，且判決事實一欄，為適用法令之根據，凡於適用法令有關之事實，必須詳為記載，始足為適用法令之基礎。雖被告等違反勞工安全衛生法部分，原判決理由第二段已說明被告等分別為××水電工程有限公司（以下簡稱××公司）之負責人或該公司工地負責人，對於××公司犯勞工安全衛生法（指修正前）第二十八條第一項之罪，依同條第二項前段（原判決誤繕為「後段」），被告等

亦應受處罰，亦即指××公司爲犯罪主體，被告等係轉嫁處罰之對象。原判決事實已記載被告某甲係××公司負責人，該公司於民國七十九年八月間承包位於台北縣中和市新生街一二巷之××××新建大廈電氣工程，由被告某乙擔任工地負責人，該公司雇用某丙等工作（指××公司爲雇主），於同月十三日下午一時三十分許，某丙在該大廈B棟二樓浴室之冷氣管路工作時，未使某丙戴用絕緣防護具（指未防止電能引起之危害），致某丙觸電引起心臟麻痺死亡，××公司業於災害發生後二十四小時內向王管機關報告等情，自足爲適用法令之基礎，於法尚非有違外。惟被告等因業務上過失致人於死罪部分，該罪係以從事業務之人，於從事業務時，應注意能注意而不注意，因而致人死亡爲要件。縱某丙在前開之冷氣管路工作時，確因被告等本應注意使某丙戴用絕緣防護具以防止電能引起之危害，且亦無不能爲此注意之情事，竟疏於注意，致某丙觸電引起心臟麻痺死亡，有台灣省政府勞工處北區勞工檢查所職業災害檢查報告書及台灣板橋地方法院檢察署驗斷書在卷可稽。但原判決事實欄未記載被告等於從事業務時有何應注意、能注意而不注意致某丙死亡之情形，其理由固已就被告等應注意而不注意加以敘述，然對被告等能否注意之事實則未論及，是其王又諭知被告等業務上過失致人於死罪刑，失諸依據，顯屬違法。案經確定，非常上訴意旨，執以指摘，尚

有理由。惟原判決尚非不利於被告，應由本院將原判決關於違背法令部分撤銷，以資糾正。
據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如左。

中華民國二十八年五月二十八日

【第肆拾叁案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第三百六十二條、第三百四十六條。

司法院大法官會議釋字 第一八八號、第三〇六號解釋。

二、非常上訴理由

本件原判決理由以刑事被告之原審辯護人雖得為被告利益提起上訴，但非獨工上訴，其上訴，應以被告名義行之，若以自己名義提起上訴，即屬違背法律上程式。因認本件被告某甲經第一審判決後，並未提起上訴，其在第一審之辯護人某乙律師雖曾為某甲之利益提起上訴，然其上訴狀係以其自己名義提起上訴，其上訴自屬違背法律上程式，第二審法院將其上訴駁回於法並無違誤，而將其所提之第三審上訴駁回。惟查刑事被告之原審辯護人為被告之利益提起上訴，而僅未於上訴書狀內表明以被告名義上訴字樣者，其情形既非不可補正，自

應依法先定期間命爲補正，如未先命補正，即認爲上訴爲不合法者，應予依法救濟，司法院大法官會議就此著有釋字第三〇六號解釋。有關之認是項程式欠缺之情形爲無可補正之貴院六十九年台非字第二〇號判例，亦經是號解釋明示不予援用。又司法院大法官會議之解釋又，除解釋又內另有明定外，固應自公布日起發生效力，惟引起歧見之該案件，如經確定終局裁判，而其適用法令所表示之見解，經司法院大法官會議解釋爲違背法令之本旨時，是項解釋，自得據爲提起非常上訴之理由，亦經司法院大法官會議解釋字第一八八號解釋在案。本件確定判決宣示在先，釋字第三〇六號解釋在後，惟經函請司法院秘書處查明，有關上述之釋字第三〇六號解釋之聲請人爲某乙及本案被告某甲，有（民國）八十一年十一月十八日（八一）秘台處（二）字第一八六六三號函可稽（原函影本附送參考）。本件確定判決關於被告某甲部分，既未經限期補正，即予判決駁回上訴，復經司法院大法官會議解釋認爲應予救濟，自屬違背法令，被告某甲又爲引起歧見之案件聲請解釋之聲請人，雖解釋原判決違法在後，依上引之釋字第一八八號解釋自得依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十一年度台非字第四三四號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告貪污案件，對於本院中華民國七十八年三月九日第三審確定判決，認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於駁回某甲上訴之違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院查 中央或地方機關就其職權上適用同一法律或命令發生見解歧異，司法院依其聲請所為之統一解釋，除解釋文內另有明定者外，應自公布當日起發生效力。各機關處理引起歧見之案件及其各類案件，適用是項法令時，亦有其適用。惟引起歧見之該案件，如經確定終局裁判，而其適用法令所表示之見解，經司法院解釋為違背法令之本旨時，是項解釋自得據為再審或非常上訴之理由，業經司法院大法官會議解釋字第一八八號解釋在案。而刑事被告之原審辯護人為被告之利益提起上訴，僅未於上訴書狀內表明以被告名義上訴字樣者，其情形既

非不可補正，自應依法先定期間命爲補正，如未先命補正，即認爲上訴爲不合法者，應予依法救濟。本院五十三年台上字第二六一七號判例，以及與該號判例相關之本院六十九年台非字第二〇號判例，所稱原審之辯護人爲被告之利益提起上訴，未於上訴書狀內表明以被告名義上訴字樣之程式欠缺之情形爲無可補正之意旨，應不予援用，復爲司法院大法官會議釋字第三〇六號解釋所申明。本件原判決以被告某甲貪污案件經第一審判決後，並未提起上訴，其在第一審之選任辯護人某乙律師雖曾爲某甲之利益提起第二審上訴。然其上訴狀係以其自己名義提起上訴，即其上訴狀當事人欄係載明「上訴人即被告之選任辯護人某乙律師」，具狀人亦僅載明爲「某乙律師」，顯非以被告名義提起上訴。按諸刑事被告之原審辯護人雖得爲被告利益提起上訴，但非獨工上訴，其上訴應以被告名義行之，若以自己名義提起上訴，即屬違背法律上之程式之判例要旨。第二審判決以某乙律師之上訴爲違背法律上之程式，予以駁回，爲無不合等由，而駁回被告某甲（及某乙律師）之第三審上訴。惟前開確定判決執以駁回某甲上訴依據之本院五十三年台上字第二六一七號（含六十九年台非字第二〇號）判例，嗣經司法院大法官會議於八十一年十月十六日以釋字第三〇六號解釋申明上述判例與「如原審辯護人已爲被告之利益提起上訴，而僅未於上訴書狀內表明以被告名義上訴字樣者

，其情形既非不可補正，自應依法先定期間命爲補正，如未先命補正，即認其上訴爲不合法者，應予依法救濟」之意旨不符，應不予援用。且被告某甲係司法院大法官會議釋字第三〇六號解釋之聲請人，亦有司法院秘書長八十一年十一月十八日八二私台處二字第18663號復函影本可稽。是依前述司法院大法官會議釋字第一八八號解釋所示「引起歧見之該案件，如經確定終局裁判，而其適用法令所表示之見解，經本院解釋爲違背法令之本旨時，是項解釋自得據爲非常上訴之理由」意旨，非常上訴理由以本院之上述確定判決在先，司法院大法官會議釋字第三〇六號解釋在後，爰據上開釋字第一八八號解釋提起非常上訴，即非無據。原確定判決對原第二審法院不先定期間命爲補正欠缺之違誤，未予糾正，逕予維持該第二審判決，而駁回被告（及某乙律師）之第三審上訴，難謂無判決不適用法則之違失，非常上訴意旨執以指摘，非無理由。應將原判決關於駁回某甲上訴之違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中華民國八十一年十二月三十一日

【第肆拾肆案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第三百六十八條、第三百七十八條。

刑法 第三十八條第一項第一款。

二、非常上訴理由

按刑事訴訟法第三百六十八條所謂 第二審法院認為上訴無理由，應以判決駁回之者，係指第一審判決與第二審審理結果所應為之判決相同者而言。本件第一審法院於民國八十年十二月二十七日判決後，被告某甲不服提起上訴案件，繫屬原法院後，台灣台北地方法院檢察署復以被告另有八十一年偵字第八×××號違反麻醉藥品管理條例之犯行，與繫屬原法院之該被告之案件具有連續之關係，於八十一年五月十二日以北檢義晨字一六〇八六號函請併辦（原函見原審卷第九頁）。而原判決之事實已載有所移送併辦被告在台北市惠安街××

號地下室非法吸食「安非他命」，於同年（應為八十一年，此部分係誤書）四月十二日為警查獲之事實。此項事實為第一審判決事實所未記載者，則原判決所認定之事實，顯與第一審法院之判決不同，乃不將第一審判決撤銷，而為上訴駁回之判決，即與上揭之法條不合，其判決自屬違法。又移送併辦之案件中，尚有扣案之一「安非他命」壹小包重一、三一公克（見台灣台北地方法院檢察署八十一年偵字第八×××號卷第十六頁贓證物品清單）係屬違禁物，依刑法第三十八條第一項第一款之規定，應予沒收。其未予沒收亦有判決不適用法則之違背法令。案經確定，應依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴。

三、附 錄

最高法院刑事判決

八十一年度台非字第三三五號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

右上訴人因被告違反麻醉藥品管理條例案件，對於台灣高等法院中華民國八十一年五月廿九日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決及第一審判決關於違背法令部分均撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按第二審法院認爲上訴無理由者，固應依刑事訴訟法第三百六十八條之規定以判決駁回之，但第二審審理結果所認犯罪事實，倘與第一審不同，乃不將第一審判決撤銷改判，而仍依該法條諭知上訴駁回者，其判決即屬違法。查本件被告某甲涉嫌自民國七十九年十二月起連續在台北市汀州路附近之廁所內多次非法吸用安非他命，迄民國八十年五月廿八日爲警查獲，經台灣板橋地方法院檢察署檢察官於八十年九月十四日以八十年少連偵字第三××、八×××號提起公訴，並經第一審法院於八十年十二月廿七日判處被告連續非法吸用化學合成麻醉藥品罪刑，處有期徒刑七月，有台灣板橋地方法院八十年度易字第四×××號刑事判決可稽。嗣於原審審理中檢察官復就被告於八十一年四月十二日在台北市惠安街××號地下室非法吸用女非他命罪嫌，認與已起訴部分有連續關係，移送併辦審理，有該署八十年五月十二日北檢義晨字第一六〇八六號函及八十一年度偵字第八×××號案卷可攷，該移送併辦

部分，雖爲原判決事實欄所認定記載，但所認犯罪事實，顯與第一審不同，乃原判決不將第一審判決撤銷改判，而爲上訴駁回之諭知，自屬違法。又上述移迂併辦之案件中，尚有扣案之「女非他命」一小包淨重一點三—公克（見該卷第16頁贓證物品清單編號第1項所示），係屬違禁物，原判決未諭知沒收，可與刑法第卅八條第一項第一款規定未合，復有不適用法則之疏誤，案經確定，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由，惟原判決及第一審判決尚非不利於被告，應僅將其違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如左又。

中華民國二十一年九月十七日

【第肆拾伍案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第三百七十條。

肅清煙毒條例 第十條第一項、第十二條。

刑法 法 第二條第一項前段、第十一條前段、第二十八條、第四十七條、第五十九條。

二、非常上訴理由

按由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑，為刑事訴訟法第三百七十條所明定，本件被告某甲因其夫吳某吸食海各因，於離家後，乃將其剩餘之海各因七 九公克藏放於其住所之衛生紙盒內，而與吳某共同持有，業經台灣台中地方法院依戡亂時期肅清煙毒條例第十條第一項、刑法第十一條前段、第五十九條，處被告有

期徒刑壹年壹月，被告不服，上訴於原審法院（檢察官未上訴），因戡亂時期肅清煙毒條例業經修正為肅清煙毒條例，並於八十一年七月二十九日生效施行，第一審法院於八十一年七月二十一日判決時，未及適用新法，因將其判決撤銷，改依肅清煙毒條例第十條第一項論科，仍適用刑法第五十九條威刑，處被告有期徒刑壹年陸月，較第一審所處有期徒刑壹年壹月增加五月。查「戡亂時期肅清煙毒條例」，修正為「肅清煙毒條例」，僅法律名稱之修正，對原法第十條條文並未修正，因之第一審適用「戡亂時期肅清煙毒條例」第十條第一項與原判決適用「肅清煙毒條例」第十條第一項，其條文內容完全相同，並無刑事訴訟法第三百七十條但書之適用，換言之，即不得論知較第一審為重之刑，詎原判決竟論知較第一審判決之刑加重五月，又未說明何以加重之理由，依首開說明，其判決顯然違背法令，業經確定，且對被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附 錄

最高法院刑事判決

八十二年度台非字第三六四號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上诉人因被告煙毒案件，對於台灣高等法院台中分院中華民國八十二年二月二十四日終審確定判決，認為一部違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於持有毒品罪刑部分撤銷。

某甲共同持有毒品，單犯，處有期徒刑壹年壹月。

扣案之海各因未點玖公克及收並銷燬之。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按由被告上訴者，除因原審法院適用法條不當而撤銷者外，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑，刑事訴訟法第三百七十條定有明文。本件被告某甲與其夫吳某共同持有毒品海各因，第一審法院依戡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、第二十八條、第四十七條、第五十九條，論被告共同持有毒品，單犯，處有期徒刑壹年壹月，扣案之海各因七．九公克沒收。被告不服，提起第二審上訴，檢察官並未為被告之不利並而上訴，因戡亂時期肅清煙毒條例，業已修正為肅清煙毒條例，並於民國八十一年七月二

十九日生效施行，第一審法院於八十一年七月二十一日判決時未及適用新法，第二審法院乃將第一審判決撤銷，改依肅清煙毒條例第十條第一項、第十二條、刑法第十一條前段、第二條第一項前段、第二十八條、第四十七條、第五十九條，論被告共同持有毒品罪，累犯，處有期徒刑壹年陸月，較第一審所處有期徒刑壹年壹月爲重。惟查「戡亂時期肅清煙毒條例」雖修正爲「肅清煙毒條例」，但原條例第十條第一項條文及法定刑度並未修正變更，因之，第一審適用「戡亂時期肅清煙毒條例」第十條第一項與原判決適用「肅清煙毒條例」第十條第一項，其條文內容完全相同，自無刑事訴訟法第三百七十條但書之適用，詎原判決竟論知較重於第一審判決之刑，依照首揭說明，原判決該部分顯屬違背法令，案經確定，且對被告不利，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由，應由本院將原判決關於被告持有毒品罪刑部分撤銷，並自行判決，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書、肅清煙毒條例第十條第一項、第十二條前段、刑法第十一條前段、第二條第一項前段、第二十八條、第四十七條、第五十九條，判決如王又。

中華民國 八十二年 十一月 四 日
中華

【第肆拾陸案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第三百七十一條。

二、非常上訴理由

按刑事訴訟法第三百七十一條得逕行判決，以被告經合法傳喚，無正當理由不到庭，為必要之條件，本件被告某甲因煙毒案件，不服台灣台北地方法院第一審判決，提起上訴，原審指定民國八十二年七月二十二日為審判期日，被告受合法傳喚，未於是日到庭應訊，但曾具狀陳明，於同月二十日患病延醫急診中，醫院診斷證明另呈，請求改期庭訊，有卷附原聲請狀可稽。如所陳屬實，即不能謂無正當理由，雖原狀到庭時，已在辯論終結之翌日，然亦可命再開辯論。而被告確係急性腸炎及肝炎於八十二年七月二十日至同月二十六日住院治療，並有××醫院診斷證明書足憑，乃原審未予審酌，竟不待其到庭陳述，逕行判決，依首

開規定，顯然違背法令，案經確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條，提起非常上訴，以資糾正。

三、附 錄

最高法院刑事判決

八十二年度台非字第三四〇號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

右上訴人因被告煙毒案件，對於台灣高等法院中華民國八十二年七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

王 又

原審關於訴訟程序違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按審判期日，被告不到庭，得不待其陳述逕行判決者，以經合法傳喚而無正當理由不到

庭爲限，刑事訴訟法第三百七十一條定有明文。本件原審指定八十二年七月二十二日爲審判期日，被告某甲固已受合法傳喚而未於是日到庭應訊，但曾具狀陳明其於同月二十日患病延醫急診中，以致無法到庭應訊，請未改期，醫院診斷證明另呈，有卷附原聲請狀可稽，雖原審於八十二年七月二十二日上午已辯論終結，而上開聲請狀於是日下午始到達原審法院，然仍可命再開辯論。而被告某甲確係患急性腸炎及肝炎於八十二年七月二十日至同月二十六日住院治療，有××醫院診斷證明書足憑，是其未於審判期日到庭應訊，並非無正當理由，原審竟不待其陳述逕行判決，所踐行之訴訟程序，顯係違背法令，上訴人於判決確定後提起非常上訴，尙有理由，應由本院將其訴訟程序違背法令部分撤銷，以資糾正。據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第二款，判決如王又。

中華民國八十二年十月十五日

【第肆拾柒案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第三百七十六條。

刑法 第六十一條。

麻醉藥品管理條例 第十三條之一第二項第五款。

藥物藥商管理法 第七十三條第一項。

司法院大法官會議釋字 第六十號、第二七一號解釋。

二、非常上訴理由

按就第一、二審所認定之事實顯然不屬於刑法第六十一條之案件，而一、二兩審判決均誤引該條所舉之罪刑，當事人在第二審言詞辯論終結前，亦未有爭執者，無釋字第六十號解釋（即非刑法第六十一條案件，當事人無爭執者，不得上訴最高法院）之適用，有貴院四十

五年七月二日第五次民刑庭總會決議可憑，且經貴院四十八年台上字第一〇〇〇號判例意旨明示，原第二審判決認定之事實，非顯然不屬刑法第六十一條之案件，始不得上诉于第三審。查本件事實審法院既認定被告某甲於八十年三月至五月間，持有並免費提供安非他命予其所僱之職員某乙服用之事實，應犯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，及藥物藥商管理法第七十三條第一項之轉讓禁藥罪，其間有方法結果之牽連關係，為裁判上之一罪，應從一重論斷，而事實審法院竟置轉讓禁藥罪不論，僅論以非法持有安非他命罪，且其事實欄內，既已認定被告轉讓禁藥之事實，即與貴院四十五年七月二日第五次民刑總會決議及四十八年台上字第一〇〇〇號判例意旨相合，顯已不屬於刑法第六十一條之案件，自為該第二審判決認定被告所為係非刑法第六十一條案件之事實，原判決不予糾正，竟以檢察官於原審言詞辯論時，未就被告是否涉有非刑法第六十一條罪有所爭執，而將檢察官為此之上訴駁回，顯與本件原二審判決所認定非刑法第六十一條案件之事實不同，其適用刑法第六十一條案件之法則論處，屬於適用法則不當問題，依首揭貴院民刑庭總會決議及判例意旨，自屬違背法令，案經確定，雖非對被告不利，為求統一法令之適用，並參照司法院大法官會議釋字第二七一號解釋意旨，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附 錄

最高法院刑事判決

八十一年度台非字第一二二號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

右上訴人因被告違反麻醉藥品管理條例案件，對於本院中華民國八十年十二月六日確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按就第二審所認定事實，顯然不屬於刑法第六十一條之案件，而第二審判決書誤引該條所舉之罪名，當事人在第二審言詞辯論終結前，亦未有爭執者，無司法院大法官會議解釋字第六十號解釋之適用（參看本院民國四十五年七月二日第五次民刑庭總會決議），次按「安非他命類」藥品，前經行政院衛生署於六十九年十二月八日、七十年六月一日、七十五年七月

十一日，三度公告列爲禁藥管理，同署七十九年十月九日復將之列入麻醉藥品管理條例第二條第四款所定「化學合成類麻醉藥品」管理，然由於列爲禁藥管理之公告，並未廢止，故應兼受禁藥與麻醉藥品之管理，而麻醉藥品管理條例並無處罰轉讓麻醉藥品之規定，故自公告受麻醉藥品之管理後，如有轉讓安非他命之行爲，仍應依藥物藥商管理法第七十三條第一項之轉讓禁藥罪處罰。查查本件台灣高等法院八十年度上易字第四×××號刑事判決事實欄記載「某甲又於八十年三月至五月二十九日間

免費提供安非他命予其所僱用之職員某乙吸用」，顯已認定被告某甲轉讓禁藥之事實，而藥物藥商管理法第七十三條第一項之轉讓禁藥罪，非屬於刑法第六十一條之案件，揆諸首揭說明，檢察官對該判決，自得上訴於第三審法院，本院原判決因二審判決僅論處被告連續非法吸用化學合成麻醉藥品之罪刑，致誤認本案屬刑法第六十一條所列各罪之案件，而從程序上駁回檢察官不利益於被告之第三審合法上訴，依司法院大法官會議釋字第二七一號解釋，當屬重大違背法令，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由，應由本院將原判決撤銷，由原法院就合法上訴部分進行審判，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，判決如左。

中華民國 八十年 四月 二十四 日

【第肆拾捌案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第三百七十六條、第三百九十五條前段、第三百九十六條第一項。
刑法 第六十一條、第一百三十四條、第三百三十五條。

二、非常上訴理由

按刑法第六十一條所列各罪之案件，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院，刑事訴訟法第三百七十六條定有明文。而刑法第六十一條第二款至第五款所定係以罪為標準，在罪，與第一款前段所定以刑為標準，在重在刑者不同，因之原屬第一款前段所定本刑為三年以下有期徒刑之案件，因刑法分則條又加重之結果，其最重本刑超過三年有期徒刑時，即非該條款前段所列之案件，自不受刑事訴訟法第三百六十八條（現修正為三百七十六條）之限制，其因總則條又加重則否，至於第二款至第五款之罪，則縱因分則條又加重至五年以上

時，亦仍無上訴於第三審法院之餘地，貴院四十二年台上字第六一六號曾有著爲判例。查被告某甲因侵佔一案，檢察官依刑法第三百卅五條第一項提起公訴，一審法院以其利用公務員職務上之機會犯罪，應依刑法第一百卅四條前段加重其刑，而科處有期徒刑四月，並依八十年罪犯減刑條例減爲二月，被告不服上訴二審認無理由，判決駁回其上訴，均無不當。被告仍不服，提起第三審上訴，惟依前開判例說明，因其所犯係刑法第六十一條第三款之罪，縱依刑法第一百卅四條予以加重，亦無上訴於第三審之餘地，詎原判決失察，對於已確定之案件上訴，未依刑事訴訟法第三百九十五條前段自程序上駁回其上訴。竟依同法第三百九十六條第一項認其上訴爲無理由，予以實體上判決，駁回上訴，顯有不適用法則之違背法令，業已確定，雖於被告並無不利，然爲統一法令之適用，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附 錄

最高法院刑事判決

八十二年度台非字第一九二號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上诉人因被告侵占案件，對於本院中華民國八十二年三月二十六日第三審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑法第六十一條各款所列之案件，除第一款前段係以刑為標準外，其第二款至第五款均係以罪為標準，不因其有法定加重原因而有異。本件被告因侵占乙案，檢察官依刑法第三百三十五條第一項提起公訴，第一審法院以其係利用公務員職務上之機會犯罪，應依刑法第一百三十四條前段加重其刑，而科處有期徒刑四月，並依中華民國八十年罪犯減刑條例有關之規定減為有期徒刑二月，被告不服，提起第二審之上訴，第二審法院認為上訴無理由，判決駁回其上訴。被告仍不服，提起第三審上訴，雖其係依刑法第一百三十四條加重其刑，但所犯同法第三百三十五條之罪，既屬同法第六十一條第三款所列之案件，依刑事訴訟法第三百七十六條規定，其經第二審判決，即不得上訴於第三審法院，乃原判決失察，對於此項第

三審之上訴，未依刑事訴訟法第三百九十五條前段自程序上予以駁回，竟依同法第三百九十六條第一項認其上訴爲無理由，予以實體上判決，駁回上訴。非無違誤。業經確定，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，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中 華 民 國 八 十 二 年 六 月 三 十 日

【第肆拾玖案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第三百七十九條第十款。

司法院大法官會議釋字 第一八一號解釋。

戡亂時期貪污治罪條例 第二條、第五條第二款。

刑法 第十條第二款、第二百十三條、第二百十六條。

嘉義市魚市場組織規程 第一條、第二條、第十三條。

二、非常上訴理由

按戡亂時期貪污治罪條例，係因身分或特定關係成工之罪，其適用之範圍，依該條例第二條規定，限於依據法令從事公務之人員，及受公務機關委託承辦公務之人。本件原判決理由，認被告某甲，依事實審之台灣高等法院台南分院八十年度上更(三)字第×號判決事實記載

，其係嘉義市魚市場管理委員會助理員，自民國七十四年六月間起，負責登載魚市場淡水魚貨傳單，為依據法令從事公務之人員，而於七十五年二月間起，知悉魚市場承銷人某乙擁有多號承銷牌號，每日承銷魚貨多件而未自行設賬核對，認為有機可乘，竟以不知情之大承銷商某丙之魚貨，作為被害人某乙承銷，多次虛偽登載於職務上作成之傳單上持以行使，使被害人陷於錯誤，多繳價款，乘機從中詐取款項，至同年五月三十一日止共詐得新台幣四十九萬零九百六十八元。六月一日雖調派海水魚拍賣傳單之記載工作，因臨時受命協助淡水魚拍賣傳單記單員黃某記載傳單之機會，又從中篡改傳單，使被害人至同年七月八日止，又被詐取新台幣十三萬九千零七十六元。因認其成工戡亂時期貪污治罪條例第五條第二款之利用職務上機會詐取財物罪，及刑法第二百十六條、第二百十三條行使公務員登載不實罪，從一重論以連續利用職務上機會詐取財物罪處以罪刑。為無不合。而將被告之上訴駁回而確定。惟查原判決及事實審之台灣高等法院台南分院判決（八十年度上更三字第×號）之理由，認定被告為依據法令從事公務之人員，無非以被告所服務之嘉義市魚市場管理委員會係依據台灣省政府63、7、29府農銷字第763八六號，令頒「台灣省農產品批發市場管理辦法」為調節農產品之產銷，干涉其市價，維護生產者與消費者利益而設工。依嘉義市魚市場組織規程第一條「本市場定名為嘉義市魚市場，受嘉義市政府指揮監督經營魚貝類批發業務及附帶

事項。」第二條「本市場依照台灣省農產品批發市場管理辦法第十七條之規定，由嘉義市政府與台灣省漁會組織管理委員會經營」。第十三條「本市場年度預算決算應依法定程序辦理，並轉報王管機關核備」，且魚市場之場所屬於嘉義市政府所有，以收入之管理費作為一切開支，上訴人（被告）為該管理委員會之助理員，擔任淡水魚類拍賣傳票記載工作，自係依據法令從事公務之人員云云。惟查刑法上之公務員，係刑法第十條第二款之規定，必須依據法令從事公務之人員，始克相當。依上述原判決之理由記載，嘉義市魚市場管理委員會，係由嘉義市政府與台灣省漁會合組而成，而受嘉義市政府之指揮監督，以及其預算及決算須報由王管機關核備與魚市場之場所屬於嘉義市政府所有而已，並未說明該管理委員會係屬公務機關。而該管理委員會係由嘉義市政府與台灣省漁會合組而成，而漁會為法人，公務機關與法人合組管理委員會，並不等於該管理委員會即為公務機關，公務機關縱提供場所與該管理委員會使用及對之有指揮監督之權，吟有法令特別依據外，亦不能使該管理委員會運成為公務機關。經本署向王管之台灣省政府農林廳函查結果，「民國七十五年二月至同年七月間（即被告行為時）嘉義魚市場管理委員會係由嘉義市政府及台灣省漁會分別派委員組成之，非屬公務機關，且該兩單位均未投資，亦非屬公營事業機構或一般社團法人，應屬公益性質之產銷服務事業機構」。有該廳八十年十二月十四日八十農魚字第七七〇二號函可稽（

（附送原函影本請參考）。該管理委員會既非公務機關，又非公營事業機構或有公股逾百分之五十之營利單位。則在該管理委員會服務之被告，自不能指係公務員，而該管理委員會或被告，又非戡亂時期貪污治罪條例第二條所定，受公務機關委託承辦公務之人。即無依該條例定罪處刑之餘地，原事實審法院之判決及原判決之理由，未說明被告何以具有公務員之身分，逕依具有公務員身分方能成工之戡亂時期貪污治罪條例第五條第二款，刑法第二百十六條、第二百十三條論處被告罪刑，不僅判決理由不備，其適用法則亦有不當。又被告是否具有公務員之身分或是否為公務機關委託辦理公務之人員，與被告之刑責至有關係，在客觀上具有調查之必要性，其不予調查即予判決，亦有應予審判期日調查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，以資糾正。

三、附 錄

最高法院刑事判決

八十一年度台非字第二四號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告貪污案件，對於本院中華民國八十年八月二日第三審確定判決，提起非常上訴，本院判決如左

王 文

原判決及第二審關於某甲部分之判決均撤銷，由台灣高等法院台南分院依判決前之程序更為審判。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按應於審判期日調查之證據而未予調查者，當然違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第十款定有明文。又依法應於審判期日調查之證據，未予調查，致適用法律違誤，而顯然於判決有影響者，該項確定判決即屬判決違背法令，應有刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款規定之適用（參照司法院大法官釋字第一八一號解釋）。本件原判決及第二審判決（台灣高等法院台南分院八十年度上更三字第×號），認定被告某甲為依據法令從事公務之人員，無非以被告所服務之嘉義市市場管理委員會係依據台灣省政府63、7、29府農銷字第七六三八六號令頒「台灣省農產品批發市場管理辦法」為調節農產品之產銷，平準其市價，維持

生產者與消費者利益而設工。依嘉義市魚市場組織規程第一條「本市場定名為嘉義魚市場，受嘉義市政府指揮監督經營魚貝類批發業務及附帶事項」。第二條「本市場依照台灣省農產品批發市場管理辦法第十七條之規定，由嘉義市政府與台灣省協會組織管理委員會經營」。第十三條「本市場年度預算決算應依法定程序辦理，並轉報王管機關核備」，且魚市場之場所屬於嘉義市政府所有，以收入之管理費作為一切開支，被告為該管理委員會之助理員，擔任淡水魚類拍賣傳票記載工作，自係依據法令從事公務之人員云云，為其王要論據。惟查其場所屬於嘉義市政府，以收入之管理費用作為一切開支，且受嘉義市政府指揮監督，並不能證明該管理委員會即屬公務機關。而最高法院檢察署向王管之台灣省政府農林廳函查之結果，據覆「民國七十五年二月至同年七月間（即被告行為時）嘉義魚市場管理委員會係由嘉義市政府及台灣省協會分別派員組成之，非屬公務機關，且該兩單位均未投資，亦非屬公營事業機構或一般社團法人，應屬公益性質之產銷服務事業機構」，有該廳八十年十二月十四日八十農函字第七七七〇二號函可稽，且該管理委員會或被告，又非受公務機關委託承辦公務之人，即無依戡亂時期貪污治罪條例定罪處刑之餘地。詎第二審未經查明，遽行判決，被告上訴後曾就此加以辯解，本院未予糾正，仍於八十年八月二日以八十年度台上字第

三×××號判決，駁回被告在第二審之上訴，於法自有違背，業經確定，上訴人提起非常上訴，執以指摘，尙有理由。而此項違誤，對被告應負刑責，至有關係，顯然於判決有影響，自應由事實審切實查明，且爲維持被告審級利益，應將原判決及第二審關於被告部分之判決撤銷，由台灣高等法院台南分院依判決前之程序更爲審判，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項，判決如王又。

中華民國二十一年十一月三十日

【第伍拾案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第三百七十九條第十二款、第二百六十八條、第三百條。
法 第三百四十六條第一項、第三百三十九條第一項。

二、非常上訴理由

按法院不得就未經起訴之犯罪審酌，而諭知科刑之判決，得變更檢察官所引應適用之法律者，亦以在所起訴之犯罪事實同一之範圍內為限，此為刑事訴訟法第二百六十八條、第三百條所明定，且未受請本之事項予以判決者，其判決當然為違背法令，同法第三百七十九條第十二款亦定有明文。本件台灣花蓮地方法院檢察署檢察官起訴，認被告某甲於民國七十九年六月五日晚間以不給錢將投害其全家為詞，恐嚇某乙交付新台幣（下同）三萬元，翌（六）日又使交付三百萬元，認觸犯刑法第三百四十六條第一項之罪。經一審審理結果，以不能證

明被告犯罪而爲無罪之諭知。原審據檢察官之上訴，竟將原判決撤銷，改以詐欺罪判處有期徒刑三年，減爲有期徒刑一年六月。查恐嚇取財罪，係行爲人爲惡害之通知，使人心生畏怖交付財物，而詐欺罪，乃行爲人施用詐術使人陷於錯誤而交付財物，二者之構成要件迥異，爲截然不同之二事，要無事實同一之可言。本件原判決變更檢察官起訴法條，顯係對未經起訴之犯罪審判，自屬違背法令，業經確定，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。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十二年度台非字第二七〇號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告詐欺案件，對於台灣高等法院花蓮分院中華民國八十二年五月十三日第二審確定判決，認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決撤銷。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按法院不得就未經起訴之犯罪審判。而論知科刑之判決，得變更檢察官所引應適用之法律，亦以所起訴之犯罪事實為限，此為刑事訴訟法第二百六十八條、第三百條所明定。且未受請求之事項予以判決者，其判決當然為違背法令，同法第三百七十九條第十二款亦定有明文。本件台灣花蓮地方法院檢察署檢察官以被告某甲於七十九年六月五日晚間以不給錢將殺害其全家為詞，恐嚇某乙交付款項，翌（六）日又欲使其交付三百萬元，認觸犯刑法第三百四十六條第一項之恐嚇取財罪嫌，提起公訴，經台灣花蓮地方法院判決無罪，乃檢察官提起第二審上訴後，原審法院竟變更檢察官起訴法律條，對起訴書之犯罪事實內未觸及詐騙，不屬於社會基本之事實同一之事項，改依刑法第三百三十九條第一項詐欺罪判處罪刑，顯係未受請求之事項予以判決，其判決即屬違背法令，案經確定，上訴人提起非常上訴，執以指摘，洵有理由，因其對被告不利，應由本院將原判決予以撤銷，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但書，判決如王又。

中
華
民
國
八
十
二
年
八
月
二
十
日

二
一
二

【第伍拾壹案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第三百七十九條第十四款。
刑法 第一百三十五條第一項。

二、非常上訴理由

按科刑之判決書所宣示之王又，與所載之事實及理由，必須互相適合。若僅於理由內敘明其犯罪之證據，事實欄並未認定，則王又失其依據，僅於王又內宣告罪刑，事實欄並無記載，則王又失其根據。有判例多則可供參考。查刑法第一百三十五條第一項之妨害公務罪，係以對於公務員依法執行職務時施強暴脅迫為要件。本件第一審判決僅於事實欄記載「被告二人駕駛竊得之小客車，沿高速公路北上，途經高速公路楊梅收費站，在北上第八車道等候繳費通過時，警察人員據報欲依法予以攔緝之際，竟基於共同之犯意，企圖逃離該處，由

某乙持握方向盤，左足跨踩油門來回衝撞前後車輛數次。因前後車輛未被衝移而未得逞」。並未明確記載被告「對於公務員依法執行職務時施強暴脅迫」，而其「爲圖逃離該處駕車衝撞前後車輛」，即不能認其有妨害公務員之犯意，其駕車衝撞前後車輛，亦不能謂係「對於依法執行職務之公務員」施強暴脅迫。迺竟論以刑法第一百三十五條第一項之妨害公務罪，其王文即乏根據，理由中所謂被告等之犯行堪以認定云云，亦無依據。原判決對之不爲糾正，事實之記載與第一審判決相同，理由中則謂被告等係「猛打排擋，衝撞警察」，或「衝撞警万」，仍論以刑法第一百三十五條第一項之妨害公務罪，尤屬王文、事實及理由自相矛盾，案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，用予糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十二年度台非字第一八〇號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被 告 某甲

某乙

右上訴人因被告等妨害公務案件，對於台灣高等法院中華民國八十一年九月三十日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於訴訟程序違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按有罪判決書之事實一欄為適用法律之根據，應將法院職權上所認定之犯罪事實詳為記載，始足為適用法令是否正當之準據，否則僅於理由內敘明其有犯罪之證據，而事實欄內並未認定有何種犯罪之事實，不惟理由失其根據，且與法定程式不相符，其判決即有所載理由矛盾之違背法令。又查刑法第一百三十五條第一項之妨害公務罪，以對於公務員依法執行職務時施強暴或脅迫為要件，本件原判決記載被告某甲犯罪事實，係謂被告於民國八十年十二月十三日下午七時二十分許，駕駛其與被告某乙共同竊得之自用小客車（牌照×××—二三六六號）載同某乙沿高速公路北上，途經高速公路楊梅收費站繳費時，為警據報欲依法攔緝之際，竟基於共同之犯意，企圖逃離該處，由某乙持握方向盤，左足跨踰由門來回衝撞前後車輛數次，因前後車輛未被衝移而未得逞等情，但所謂被告等駕車衝撞前後車輛，是否為執行

公務之警車，或雖非警車，但已足識別爲警察執行公務之車輛，或衝撞該前後車輛，如何對攔截之警察人員施以強暴或脅迫，而構成刑法第一百三十五條第一項之罪，並未爲明確之認定，而與原判決在理由內記載被告等猛踩油门控制排擋，衝撞警方之事實，顯不相符，其理由自失其依據。揆諸首開說明，其判決有所載理由矛盾之違背法令，從而其判決程式亦非適法，案經確定，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由，應由本院將原判決關於訴訟程序違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第二款，判決如王又。

中華民國二十八年六月十七日

【第五拾貳案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第四百三十七條第二項第一項前段、第三百零三條第五款、第四百三十六條。

二、非常上訴理由

按開始再審之裁定確定後，法院應依其審級之通常程序更爲審判，受判決人已死亡者，爲其利益聲請再審之案件，應不行言詞辯論，由檢察官或自訴人以書狀陳述意見後，即行判決，爲受判決人之利益聲請再審之案件，受判決人於再審判決前死亡者，準用前項之規定，刑事訴訟法第四百三十六條、第四百三十七條第一項前段及第二項分別定有明文。準此以觀，受判決人既已死亡，仍得爲其利益聲請再審，則開始再審裁定後，受判決人死亡，仍應依其審級之通常程序，爲實體上之審判，俾受判決人得有機會受無罪之諭知，以洗雪其冤曲，否則如依刑事訴訟法第三百零三條第五款規定，逕爲不受理之判決，則同法第四百三十七條

第二項規定準用第一項，由檢察官或自訴人以書狀陳述意見後即行判決，必將形同具文，顯見刑事訴訟法第四百三十七條爲再審程序之特別規定，應排除第三百零三條第五款之適用，此乃當然解釋。貴院八十年八月六日第四次刑事庭會議亦有相同決議轉陳在案，本件被告某甲、某乙二人因妨害名譽等案件，經台灣高等法院台中分院於七十五年二月二十六日以七十四年度上易字第一×××號判處罪刑確定，認有不當，均向同院聲請開始再審，而某甲再審期間之七十九年四月二十二日死亡，原審依據刑事訴訟法第四百三十七條第二項規定，由檢察官陳述意見後，認其罪證明確，仍維持一審有罪判決，而於七十九年五月三十日以七十九年度再字第×號判決將其上訴駁回，核與首開說明，認屬尚無不當，惟該再審判決，經司法院八十年四月十七日（八十）秘台廳（二）字第○一四○九號函以原判決既依被告某甲之尸籍謄本認定其已於判決前死亡，乃不依法撤銷第一審論處被告某甲罪刑之判決，改予諭知該部分不受理，而仍率予維持，似有違誤，請予依法辦理，本署疏未注意，據以提起非常上訴，並經貴院以八十年台非字第一七○號判決如王又，該判決固屬按非常上訴理由所指摘事項予以判決，惟查訴訟受理與否，爲非常上訴審得依職權調查之事項（參照四十一年度非字第四十七號及六十八年度非字第一八一號判例），原非常上訴理由雖說明被告某甲業已死亡，而未指明其係於再審判決前死亡，但已載明係對台中高分院七十九年（判決誤書爲七十九年

經裁定更正爲七十八年）度再字第×號判決提起非常上訴，原判決亦據以引載，而以「再」字分案者，係指再審案件而言，況復已將全卷十宗一併送審，乃原判決乃疏未調查，遽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予以判決如王又，揆諸首開說明，尚有適用法則不當之違法，雖於被告並無不利，然爲統一法令之適用，並據該再審案之法官請求，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、附 錄

最高法院刑事判決

八十年度台非字第五三六號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

右上訴人因被告妨害名譽案件，對於本院中華民國八十年五月二十四日確定判決，認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按開始再審之裁定確定後，法院應依其審級之通常程序更爲審判，受判決人已死亡者，爲其利益聲請再審之案件，應不行言詞辯論，由檢察官或自訴人以書狀陳述意見後，即行判決，爲受判決人之利益聲請再審之案件，受判決人於再審判決前死亡者，準用前項之規定，刑事訴訟法第四百三十六條、第四百三十七條第一項前段第二項定有明文。準此以觀，受判決人既已死亡，仍得爲其利益聲請再審，則開始再審裁定後，受判決人死亡，仍應依其審級之通常程序爲實體上之審判，否則如依刑事訴訟法第三百零三條第五款規定，逕爲不受理之判決，則同法第四百三十七條第二項規定準用第一項，由檢察官或自訴人以書狀陳述意見後即行判決，必將形同具文，顯見刑事訴訟法第四百三十七條爲再審程序之特別規定，應排除第三百零三條第五款之適用。本件被告某甲因妨害名譽等案件，經台灣高等法院台中分院於民國七十五年二月二十六日以七十四度上易字一〇〇〇號判決論處罪刑確定後，向同院聲請開始再審，而於再審期間之七十九年四月二十二死亡，該法院依據刑事訴訟法第四百三十七

條第二項規定，由檢察官陳述意見後，認罪證明確，仍維持第一審法院有罪判決，將其上訴駁回，原無不合，前次非常上訴理由誤引用刑事訴訟法第三百零三條第五款之規定以某甲在原審法院判決前之七十九年四月二十日死亡，自應諭知不予受理之判決，指摘再審判決違法，本院亦疏未注意，依據非常上訴意旨於八十年五月二十四日以八十年度台非字第一七〇號將再審判決及第一審判決關於被告部分撤銷另行諭知公訴不予受理之判決，顯有適用法則不當之違法，非常上訴執以指摘，尙有理由，惟原判決尙非不利於被告，應由本院僅將原判決關於違法部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中華民國八十年十二月十三日

【第伍拾叁案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第四百五十一條之一第一項、第四百五十五條之一第二項。

刑法 第六十一條第一款。

公司法 第十五條。

二、非常上訴理由

按檢察官偵查刑法第六十一條所列各罪之案件，被告於偵查中自白者，得向檢察官表示願受科刑之範圍，檢察官得以被告之表示為基礎，向法院為具體之未刑。未刑所為之科刑判決，不得上訴。刑法第六十一條所列各罪之案件經第二審判決者不得上訴於第三審法院，刑事訴訟法第四百五十一條第一項、第四百五十一條之一第一項、第四百五十五條之一第二項、第三百七十六條法有明文。又刑事訴訟法案件下級法院之判決，當事人不得聲明不服而提

出不服之聲明，上級法院誤予撤銷者，該項上級法院之判決係屬重大違背法令，固不生效力，惟既具有判決之形式，得依非常上訴程序辦理，司法院大法官會議釋字第一三五號著有解釋。本件被告因違反公司法第十五條之案件，於偵查中自白，表示願受科刑之範圍，檢察官以被告表示為基礎，向法院為具體之求刑，法院據檢察官求刑所為之科刑判決，依首揭法文，不得上訴。被告提起上訴，原審及第二審未予駁回，竟予撤銷改判，顯屬違背法令，業經確定，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、附 錄

最高法院刑事判決

八十年度台非字第一〇六號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

右上訴人因被告違反公司法案件，對於台灣台北地方法院中華民國八十年一月二十日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按檢察官偵查刑法第六十一條所列各罪之案件，被告於偵查中自白者，得向檢察官表示願受科刑之範圍，檢察官得以被告之表示為基礎，向法院為具體之求刑，求刑所為之科刑判決，不得上訴，刑事訴訟法第四百五十一條之一第一項、第四百五十五條之一第二項定有明文。本件被告某甲因違反公司法第十五條之案件，係屬刑法第六十一條第一款前段之案件，被告於偵查中自白，表示願受科刑之範圍，檢察官以被告表示為基礎，向法院為具體之求刑，法院據為科刑之判決，依上開規定，不得上訴於第二審地方法院合議庭，應已確定。乃被告不服提起第二審上訴，原審誤認上訴合法，而為實體上之判決，其判決自屬違背法令，非常上訴意旨，執以指摘，尚有理由。但此項違法，尚非不利於被告，應由本院將原判決關於違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如左。

中華民國十八年四月十一日

【第伍拾肆案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第四百五十四條第四款。

刑法 第二條第一項、第四十一條、第四十二條第二項、第二百七十七條第一項。
罰金罰鍰提高標準條例 第二條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。原判決認定被告於八十一年十一月十六日犯傷害罪，因其行為後，罰金罰鍰提高標準條例已於八十二年二月五日修正公布，其第二條規定 依刑法第四十一條易科罰金或第四十二條第二項易服勞役者，均就原定數額提高為一百倍折算一日。關於罰金易服勞役之折算標準，較被告行為時之規定有利於被告。依刑法第二條第一項，應適用新修正之規定，固屬正確。惟新

修正之罰全罰鍰提高標準條例第二條規定之罰全易服勞役折算標準，係就原定數額提高為一百倍。刑法第四十二條第二項原定易服勞役折算標準係一元以上三元以下折算一日，提高一百倍即係一百元以上三百元以下折算一日，原判決竟諭知被告所處之罰金如易服勞役以五十元折算一日，顯屬違法。又原判決引用檢察官聲請書之事實，認定被告係互毆致各受傷，因而引用刑法第二百七十七條論罪，但王又並無被告所犯罪名之記載，亦係相互矛盾。案經確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、附 錄

最高法院刑事判決

八十二年度台非字第一二三號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

某乙

右上訴人因被告等傷害案件，對於台灣花蓮地方法院中華民國八十二年三月一日第一審確定

簡易判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決撤銷。

某甲、某乙傷害人之身體，各處罰全貳仟元，如易服勞役，各以壹佰元折算壹日。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按簡易判決依刑事訴訟法第四百五十四條第四款規定，應於王又內記載王刑，凡王刑之刑名、刑期，當然包括在內。原判決事實及理由認定被告等互毆各受傷，均係犯刑法第二百七十七條第一項之傷害罪，但王又內並未記載被告等所犯之罪名，已有未合。又原判決以被告等於民國八十一年十一月十六日犯傷害罪後，因其行為後，罰金罰鍰提高標準條例已於八十二年二月五日修正公布，其第二條規定 依刑法第四十一條易科罰金或第四十二條第二項易服勞役者，均就其原定數額提高為一百倍折算一日，關於罰金易服勞役之折算標準，較被告等行為時之規定有利於被告等，依刑法第二條第一項，應適用新修正之規定。即依刑法第四十二條第二項原定易服勞役折算標準一元以上三元以下折算一日，提高為一百元以上三百

元以下折算一日。乃原判決竟論知被告等所處罰全如易服勞役以五十元折算一日，顯係違背法令，案經確定，且於被告等不利，非常上訴執以指摘，尙有理由，應由本院將原判決撤銷改判，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，刑法第二百七十七條第一項、第二條第一項、第四十二條第二項，罰金罰鍰提高標準條例第一條前段、第二條，判決如王又。

中華民國二十五年五月二十日

叁、刑事特別法

【第伍拾伍案】

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，提起非常上訴。貴院二十一年非字第一五二號著有判例。本件原裁定依據檢察官之聲請，就被告某甲所犯業經判決確定之妨害公務罪所處有期徒刑玖月，逃亡罪所處有期徒刑壹年捌月，依中華民國七十七年罪犯減刑條例規定，分別將其減為有期徒刑肆月又拾伍日、及有期徒刑拾月。並定其應執行刑為有期徒刑壹年壹月。惟查依中華民國七十七年罪犯減刑條例應減刑之罪，未經判決確定者，於裁判時減其宣告刑。已經判決確定尚未執行或執行未畢者，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之。爲同條例第六條第一項及第七條第一項所規定。顯見依該條例減刑者，限於未判決確定及已經判決確定，尚未執行或執行尚未完畢者爲限。已執行完畢即不在該條例所定應予減刑之列。被告所犯上述兩罪，經判決確定後，由台灣高等法院於七十四年十月二十四日，以七十四年度聲字第一×××號裁定，定其應執行刑爲有期徒刑貳年貳月，並於刑之執行完畢或赦免後，令入勞動場所強制工作壹年。其有期徒刑部分，已於七十六年四月一日執行完畢。自同年肆月貳日起，執行其刑後強制工作，凡此，有原判決影本，裁定影本，檢察官執行指揮書及其影本可稽（有關書類分附於台灣台北地方法院檢察署七十四年度執更字第一×××號及七十七年度執更字第五×××號卷，原卷附送參考）。而被告所處之刑，有否經執行完畢，又爲應否依中華民國七十七年罪犯減刑條例減刑之前提要件，自有其調查之必要性。原裁定未經調查，即就上開二罪均予裁定減刑，自有裁定不適用法則，及應於審判期日調查證據而未調查之違背法令。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、附 錄

最高法院刑事判決

八十年度台非字第四八九號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告妨害公務等罪案件，對於台灣高等法院中華民國七十七年四月三十日第二審確定裁定，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原裁定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第七條第一項規定，依本條例應減刑之罪，已經判決確定尚未執行或執行未畢者，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之。則已執行完畢之罪，即不得依該條例予以減刑。本件被告某甲於民國七十三年八月十日所犯妨害公務罪及七十四年一月二十四日所犯逃亡罪，經分別判處有期徒刑九月及一年八月確定後，由台灣高等法院於七十四年十月二十四日以七十四年度聲字第一×××號刑事裁定，定其應執行刑為有期徒刑二年二月，並於刑之執行完畢或赦免後

，令入勞動場所強制工作三年。其有期徒刑部分，已於七十六年四月一日執行完畢，自同年四月二日起，執行其刑後強制工作，有台灣台北地方法院檢察處七十四年度執更字第一×××號及七十七年度執更字第五×××號執行案卷可稽。原裁定不罕，竟就被告所犯業經判決確定且已執行有期徒刑完畢之上開妨害公務罪所處有期徒刑九月及逃亡罪所處有期徒刑一年八月，依檢察官之聲請，適用中華民國七十七年罪犯減刑條例規定，分別將其減為有期徒刑四月又十五日及有期徒刑十月，並定其應執行刑為有期徒刑一年一月。揆諸上開說明，自有適用法則不當之違法。案經確定，且此項裁定與實體確定判決有同一之效力，上訴人提起非常上訴，執以指摘，尚有理由。惟原裁定尚非不利於被告，應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，判決如左。

中華民國八十年十一月十七日

【第伍拾陸案】

一、關係條文

中華民國七十七年罪犯減刑條例 第十三條。

二、非常上訴理由

按減刑裁定，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，貴院廿一年非字第一五二號著有判例可稽。而依中華民國七十七年罪犯減刑條例應減刑之罪，其褫奪公權比照王刑減刑標準審酌之，其審酌後之期間，不得少於一年，該條例第十三條定有明文。查被告某甲所犯妨害兵役罪，經判處有期徒刑六月，褫奪公權一年確定，因其犯罪在七十七年一月卅日以前，原裁定依該條例第二條第一項第二款乙類第三目、第四條第二項就其有期徒刑六月減為三個月，固無不當，然其褫奪公權部分原僅一年，已無審酌之餘地，自屬不得比照減刑，乃竟仍予減為六月，顯有適用法則不當之違背法令，案已確定，雖於被告並無不利，殊為統一法令之適用，爰依

刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附 錄

最高法院刑事判決

八十年度台非字第五四三號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

右上訴人因被告妨害兵役等罪案件，對於台灣高等法院中華民國七十七年六月二十八日減刑之確定裁定，認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 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）

本院按依中華民國七十七年罪犯減刑條例應減刑之罪，其褫奪公權比照王刑減刑標準審酌之，其審酌後之期間，不得少於一年，為上開條例第十三條所明定。本件被告某甲於民國六十

六年間所犯妨害兵役罪，經判處有期徒刑六月，褫奪公權一年確定，因其犯罪在七十七年一月三十日以前，原裁定依檢察官之聲請，按上開條例，就有期徒刑部分減為三月，固無不當，然褫奪公權部分減為六月，依照前揭說明，顯有適用法則不當之違背法令，又此項裁定，具有實體判決之效力，上訴人於裁定確定後，提起非常上訴，執以指摘，尙有理由，惟原裁定尚非不利於被告，應僅將其關於違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中 華 民 國 八 十 年 十 二 月 二十 日

【第伍拾柒案】

一、關係條文

中華民國八十年罪犯減刑條例 第一條、第十二條。

刑法 第五十一條。

二、非常上訴理由

按中華民國八十年罪犯減刑條例之制定，旨在賦予罪犯更新向善之機會，為該條例第一條所揭示，同條例第十二條所規定之適用刑法第五十一條，並非由於刑法第十一條前段之適用，而係由於該條例之特別規定，即屬該條例所規定減刑應適用法條之一部，自應與該條例其他條文同受該條例減刑本旨之拘束，如果減刑後所定之應執行刑反較未減刑前之執行刑為重者，顯有背制定上述減刑條例之本旨，不能謂無違誤。貴院六十一年台非字第一〇九號、第一六二號、七十七年度台抗字第四三二號、八十年台抗字第一三七號之刑事判決及裁定，

均持此一見解。本件被告即受刑人某甲因結夥搶劫等三罪，經台灣桃園地方法院七十七年度聲減字第二××號刑事裁定，依中華民國七十七年罪犯減刑條例分別減刑後定其應執行刑有期徒刑拾年陸月，有裁定影本附於台灣桃園地方法院檢察署八十年度檢聲減字第八××號卷可稽。中華民國八十年罪犯減刑條例頒行後，該被告前獲減刑之三罪中，所犯之結夥搶劫罪部分，不合於減刑條件，仍應依原減得之有期徒刑拾年執行外，另竊盜罪部分，經原裁定將其有期徒刑壹年叁月，依中華民國八十年罪犯減刑條例減為有期徒刑柒月拾伍日。另脫逃罪有期徒刑二月又十五日部分，並依同條例將其減為有期徒刑壹月柒日，因該三罪合於同條例第十二條之規定，乃依刑法第五十一條第五款，定其應執行刑為有期徒刑拾年捌月。較之減刑前之原定執行刑有期徒刑拾年陸月，反而增加貳月，顯有背於減刑之本旨，於法即有違誤。案經確定，且不利於被告，應依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、附 錄

最高法院刑事判決

八十年度台非字第四七三號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

右上訴人因被告結夥搶劫等案件，對於台灣桃園地方法院中華民國八十年三月二十八日聲請減刑及定其應執行刑之確定裁定，提起非常上訴，本院判決如左

王 文

原裁定關於定應執行刑部分撤銷。

某甲所犯如原裁定附表編號2、3貳罪與編號1之罪，應執行有期徒刑拾年叁月。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按法律上屬於自由裁量之事項，並非概無法律性之拘束。自由裁量係於法律一定之外部性界限內（以定執行刑言，即不得違反刑法第五十一條之規定）使法官具體選擇以爲適當之處理，因此在裁量時，必須符合所適用之法規之目的。更進一步言，必須受法律秩序之理念所指導，此可即所謂之自由裁量之內部性界限。關於定應執行之刑，既屬自由裁量之範圍，其應受此項內部性界限之拘束，要屬當然。茲中華民國八十年罪犯減刑條例之所以制定，依其第一條規定，係爲紀念開國八十年，予罪犯更新向善之機。是其適用此一減刑條例，自不

得違反此一法律之目的。本件被告某甲犯有原裁定附表所列三罪，前經依中華民國七十七年罪犯減刑條例分別予以減刑後，定其應執行刑為有期徒刑十年六月，此有該裁定影本在卷可考，而原裁定既認附表編號2、3兩罪合乎中華民國八十年罪犯減刑條例減刑之要件，依檢察官之聲請予以減刑，乃其與附表編號1之罪定其應執行刑時，竟定為有期徒刑十年八月，反較減刑前所定者為重，殊悖減刑之目的，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，而此項定應執行刑之裁定，具有與實體判決相同之效力，自應由本院將原裁定關於執行刑部分撤銷，另行判決，藉資糾正。

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，中華民國八十年罪犯減刑條例第十二條，刑法第五十一條第五款，判決如左。

中華民國八十年十月二十四日

【第五拾捌案】

一、關係條文

中華民國八十年罪犯減刑條例 第六條。

槍礮彈藥刀械管制條例 第七條第四項。

刑法 第一百八十七條、第五十五條、第三十八條第一項第一款。

二、非常上訴理由

按中華民國八十年罪犯減刑條例第六條規定『本條例施行前經通緝而未於本條例施行之日起十個月內自動歸案接受偵查、審判或執行者，不得依本條例減刑』。係指被告或受刑人於該條例施行日之民國八十年一月一日前被通緝，於民國八十年一月一日後十個月內未自動歸案接受偵查、審判或執行者，不得依該條例予以減刑之謂。本件原判決認定被告在該條例施行前之民國七十九年十二月二十一日經原審法院通緝，嗣經緝獲歸案，有台中市警局第

二分局民國七十九年十二月二十六日中分二刑字第二五五四號通緝案件移送書暨通緝案偵訊筆錄附卷可稽（見原審訴緝卷卷首），本應不在上開不得減刑之列，詎原審未予依該條例減刑，揆諸前開說明，原判決顯有適用法則不當之違背法令，業經確定，且於被告不利。爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條規定，提起非常上訴，以資救濟。

三、附 錄

最高法院刑事判決

八十年度台非字第四六四號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

右上訴人因被告違反槍砲彈藥刀械管制條例案件，對於台灣台中地方法院中華民國八十年三月十八日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決撤銷。

某甲未經許可，無故持有手槍，處有期徒刑貳年，減為有期徒刑壹年。

子彈玖發（含彈匣壹個）沒收。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按中華民國八十年罪犯減刑條例第六條規定，本條例施行前經通緝而未於本條例施行之日起十個月內自動歸案接受偵查、審判或執行者，不得依本條例減刑，係指被告或受刑人於該條例施行日之民國八十年一月一日前被通緝，而未於該條例施行之日即八十年一月一日起十個月內自動歸案接受偵查、審判或執行者，不得依該條例予以減刑而言，並非謂在該條例施行前被通緝，無論於何時緝獲歸案，均不得依該條例予以減刑，如通緝及緝獲歸案均在該條例施行前，即與該條所定不得減刑之情形不同。本件原判決認定被告某甲自民國七十七年起，意圖供他人犯罪之用，未經許可，無故持有○。二二公分口徑手槍一枝、彈匣一個、子彈九發，於七十九年八月二十九日將上開槍彈借與某乙，再轉借與某丙，經警查獲，並扣得彈匣一個、子彈八發等情，核犯槍斃彈藥刀械管制條例第七條第四項無故持有手槍罪及刑法第一百八十七條意圖供他人犯罪之用而持有軍用子彈罪，同時持有手槍及子彈，係一行爲犯數罪名，爲想像競合犯，應從一重之持有手槍罪處斷，因而論以未經許可無故持有手槍，處有期徒刑二年，子彈九發（含彈匣一個）沒收，並以被告犯罪雖在七十九年十月三十一日以前

，但經原審法院於七十九年十二月二十八日通緝，依中華民國八十年罪犯減刑條例第六條規定，自不得予以減刑云云而未予減刑。惟查被告於七十九年十二月二十一日經原審法院通緝（嗣於同月二十八日又與其被訴之重傷害案合併通緝），於同月二十六日經台中市警察局第二分局緝獲歸案，有原審七十九年十二月二十一日中院瑞刑緝字第九××號通緝書及台中市警察局第二分局七十九年十二月二十六日中分二刑字第二五五四號通緝案件移送書在卷可稽，依前開說明，並無不得減刑之情形，原判決竟未予以減刑，顯屬違法，業經確定，且於被告不利，非常上訴，執以指摘，尙有理由，應由本院將原判決撤銷改判，依法予以減刑，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，槍礮彈藥刀械管制條例第七條第四項，刑法第十一條前段、第一百八十七條、第五十五條、第三十八條第一項第一款，中華民國八十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、第八條，判決如王又。

中 華 民 國 八 十 年 十 月 十 八 日

【第伍拾玖案】

一、關係條文

中華民國八十年罪犯減刑條例 第六條、第十七條。

二、非常上訴理由

按中華民國八十年罪犯減刑條例，自中華民國八十年一月一日施行，本條例施行前，經通緝而未於本條例施行之日起十個月內自動歸案接受偵查、審判或執行者，不得依本條例減刑，為該條例第十七條、第六條所明定。本件被告於七十九年五、六月間，犯賭博罪，經檢察官提起公訴後，拒不到案，經台灣台北地方法院於八十年一月十四日發布通緝，經警於同年三月廿二日緝獲，因該案通緝日在減刑條例施行後，不具該條例第六條不得依本條例減刑之要件，自仍應依減刑條例第二條第一項二、乙項(三)減其刑期或金額二分之一，原判認係經緝獲到案，不適用減刑條例減刑，顯有判決不適用法則之違法，案已確定，且對被告不利，

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，以資救濟。

三、附 錄

最高法院刑事判決

八十年度台非字第四二八號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

右上訴人因被告賭博案件，對於台灣台北地方法院中華民國八十年四月三十日第一審確定判決，認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決撤銷。

某甲共同意圖營利，供給賭博場所，處有期徒刑陸月，併科罰金壹萬元，有期徒刑如易科罰金，以叁拾元折算壹日，罰金如易服勞役，以罰金總額與陸個月之日數比例折算，減為有期徒刑叁月，併科罰金伍仟元，有期徒刑如易科罰金，以叁拾元折算壹日，罰金如易服勞役，以叁拾元折算壹日。

扣案之撲克牌捌拾副，紅色、藍色、綠色籌碼各捌枚，粉紅色籌碼貳拾枚，記帳單玖張，均沒收。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按中華民國八十年罪犯減刑條例自中華民國八十年一月一日施行，又本條例施行前，經通緝而未於本條例施行之日起十個月內自動歸案接受偵查、審判或執行者，不得依本條例減刑，爲同條例第十七條、第六條所明定，故如係於本條例施行後，始因逃匿而通緝者，即不適用上開條例第六條之規定。本件被告某甲於七十九年五、六月間犯賭博罪，經檢察官提起公訴後，拒不到案，原審乃於八十年一月十四日發布通緝書，經警於同年三月二十二日緝獲到案等情，有卷附之通緝書、通緝案件移送書可稽，其通緝日期既在上開條例施行後，揆諸首揭說明，自仍應依上開條例減刑，原審徒因被告係經緝獲到案，即不予減刑，顯有不適用法則之違法，且於被告不利，案經確定，非常上訴執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決撤銷，另行判決，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，刑法第二十八條、第二百六十八條、第四十一條、第四十二條第二項、第三項、第三十八條第一項第二款、中華民國八

十年罪犯減刑條例第四條第二項、第二條第一項第二款乙類(三)，罰金罰鍰提高標準條例第一條前段、第二條第一項，判決如左。

中華民國二十八年十月十四日

【第陸拾案】

一、關係條文

中華民國八十年罪犯減刑條例 第九條第一項。

二、非常上訴理由

按中華民國八十年罪犯減刑條例規定，犯罪在中華民國七十九年十月三十一日以前已經判決確定尚未執行或執行未完畢者，法院始得裁定減刑。本件受刑人某甲於中華民國七十七年四月九日侵入宜蘭市××路×號住宅竊取某乙所有新台幣三千零四元花用，經宜蘭地方法院以七十七年度訴字第二××號判決處有期徒刑一年八月，宜蘭地方法院檢察處檢察官以七十七年度執字第三××號執行指揮書發交宜蘭監獄執行於七十八年十二月十日執行期滿，此項事實不符合同條例第九條第一項之情形，不能依該條例規定加以減刑，台灣高等法院台中分院不察竟以八十年度聲減字第四三八號刑事裁定將之減刑，刑期為有期徒刑十月與另案之竊

盜罪合併定執行刑應執行有期徒刑一年二月，原裁定未經抗告而確定該裁定顯然違背法令，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴以資糾正。

三、附 錄

最高法院刑事判決

八十年度台非字第三五八號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

右上訴人因被告竊盜罪聲請減刑案件，對於台灣高等法院台中分院中華民國八十年一月一日第二審確定裁定，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 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）

本院按依中華民國八十年罪犯減刑條例規定應減刑之罪，以經判決確定尚未執行或執行未完

畢者爲限，此觀該條例第九條第一項之規定自明，如案經判決確定並已執行完畢者，即無適用餘地。本件被告某甲於七十七年四月九日在宜蘭市犯竊盜罪，經宜蘭地方法院判處有期徒刑一年八月確定，已於七十八年十二月十日執行完畢，有台灣宜蘭地方法院檢察處檢察官七十七年執字第三××號執行指揮書在卷可稽，此部分犯罪既已執行完畢，依上開說明，自不得依中華民國八十年罪犯減刑條例第九條第一項之規定，予以減刑，原裁定不察，竟依該條例之規定予以減刑，顯屬於法有違，所定之執行刑亦屬違背法令，案經確定，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由，惟原裁定尚非不利於被告，應由本院將其違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中華民國八十年八月二十九日

【第陸拾壹案】

一、關係條文

中華民國八十年罪犯減刑條例 第十條。
戡亂時期肅清煙毒條例 第十條第二項。

二、非常上訴理由

按犯最重本刑爲三年以下有期徒刑以下之刑之罪，依本條例減得之刑如爲六月以下有期徒刑、拘役者，應於爲減刑裁判時，併諭知易科罰金折算之標準，如法院爲裁判時漏未記載，原裁定未於王又諭知易科罰金折算之標準，即屬違法情形，爲中華民國八十年罪犯減刑條例第十條所明定，且有最高法院六十五年四月二十日刑庭庭推總會決議可資參照。本件被告某甲，於七十八年十月八日犯持有麻煙罪，經台灣高等法院於七十九年三月廿七日，以七十九年度上易字第六××號判處有期徒刑八月確定，原裁定以被告所犯情形合於中華民國八十

年罪犯減刑條例規定，予以減為有期徒刑四月，竟未依首揭法又、總會決議，併予諭知易科罰金折算之標準，自屬違背法令，案已確定，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、附 錄

最高法院刑事判決

八十年度台非字第二〇〇號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

右上訴人因被告煙毒案件，不服台灣高等法院中華民國八十年二月十三日第二審確定裁定，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原裁定關於漏未諭知易科罰金之折算標準違背法令部分撤銷。

某甲所犯持有麻煙罪所減處有期徒刑肆月，如易科罰金，以叁拾元折算壹日。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按犯最重本刑爲三年以下有期徒刑以下之刑之罪，依中華民國八十年罪犯減刑條例減得之刑，如爲六月以下有期徒刑、拘役者，應於爲減刑裁判時，併諭知易科罰金折算之標準，中華民國八十年罪犯減刑條例第十條規定甚明。如法院裁判時漏未記載，即係違背法令。本件原裁定以被告於民國七十八年十月八日犯持有麻煙罪，經台灣高等法院於七十九年三月二十七日判處有期徒刑八月確定，其犯罪時間在七十九年十月三十一日以前，所犯戕亂時期肅清煙毒條例第十條第二項之罪，合於中華民國八十年罪犯減刑條例之減刑條件，因依檢察官之聲請，予以減爲有期徒刑肆月。查該罪最重本刑爲二年以下有期徒刑，原裁定於減爲有期徒刑四月後，竟未諭知易科罰金之折算標準，揆諸上開說明，即係違法。業經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，非無理由。應將原裁定關於漏未諭知易科罰金之折算標準違背法令部分撤銷，就所減處有期徒刑四月，另諭知易科罰金之折算標準，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，刑法第四十一條，罰金罰鍰提高標準條例第二條第一項前段，中華民國八十年罪犯減刑條例第十條，判決如王又。

中華民國八十年六月二十日

【第陸拾貳案】

一、關係條文

中華民國八十年罪犯減刑條例 第十二條、
刑法 第五十一條第五款。

二、非常上訴理由

按裁判確定前犯數罪，有應減刑與不應減刑者，就應減刑之罪，依有關規定減刑後，與不應減刑之罪之宣告刑，適用刑法第五十一條定其應執行之刑，又宣告多數有期徒刑者，於各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下，定其刑期。中華民國八十年罪犯減刑條例第十二條、刑法第五十一條五款前段定有明文。本件被告某甲因妨害兵役罪，經台灣屏東地方法院判處有期徒刑十月。又因竊盜罪，被判處有期徒刑一年減為有期徒刑六月。經檢察官聲請更定其應執行之刑，依首揭法文，自應於各刑中最長期十月以上，各刑合併之刑期一年四月

以下，定其執行刑期，萬為合法，原裁定竟定執行刑期為一年六月，顯屬違背法令。案已確定，且對被告不利，此項裁定具有實體判決之效力，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，以資救濟。

三、附 錄

最高法院刑事判決

八十一年度台非字第一〇九號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

右上訴人因被告妨害兵役等罪案件，對於台灣屏東地方法院中華民國八十一年一月三十日確定裁定，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原裁定撤銷。

某甲因妨害兵役罪所處有期徒刑拾月，又因竊盜罪，所處處有期徒刑陸月，應執行有期徒刑壹年貳月。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院查裁判確定前犯數罪，有應減刑與不應減刑者，就應減刑之罪，依有關規定減刑後，與不應減刑之罪之宣告刑，適用刑法第五十一條定其應執行之刑，又宣告多數有期徒刑者，於各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下，定其刑期，中華民國八十年罪犯減刑條例第十二條、刑法第五十一條第五款前段定有明文。本件被告某甲因妨害兵役罪，經台灣屏東地方法院判處有期徒刑十月，褫奪公權一年六月，又因竊盜罪，經同院判處有期徒刑一年，經依中華民國八十年罪犯減刑條例規定減為有期徒刑六月，均經確定（台灣屏東地方法院八十年度易緝字第三×號，同院八十年度易緝字第二××號），檢察官乃聲請定其應執行之刑。詎原審不察，對於被告所犯竊盜罪所處有期徒刑一年，減為有期徒刑六月，誤為未經減刑，以致與其所犯妨害兵役罪，所處有期徒刑十月，定其應執行之刑為有期徒刑一年六月，揆諸首開說明，自有違法，案經確定，且於被告不利，又此項裁定具有實體判決之效力，非常上訴意旨，執以指摘，尚有理由，應由本院將原裁定撤銷，另為判決，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，刑法第五十一條第五款，判決如王又。

中
華
民
國
八
十
一
年
四
月
十
六
日

【第陸拾叁案】

一、關係條文

就業服務法 第五十八條第一項、第五十三條第一款。
刑 法 第十一條前段、第四十二條。

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。雇王違反不得聘僱許可失效之外國人二人以上者，處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣三十萬元以下罰金，為刑事訴訟法第三百七十八條，就業服務法第五十八條第一項、第五十三條第一款所明定。此項罰金刑，明定以新台幣為計算單位，有別於刑法總則之普通規定，以國幣銀元為處罰單位。被告某甲，因違反就業服務法案件，台灣台北地方法院，於民國八十一年十二月三十一日，以八十二年度北簡刑字第一×××號為簡易判決時，選科罰金六萬元，依首揭法又，顯有違背法令。

案經確定，且對被告不利，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，以資救濟。

三、附 錄

最高法院刑事判決

八十二年度台非字第三三四號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告違反就業服務法案件，對於台灣台北地方法院中華民國八十一年十二月三十一日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決撤銷。

某甲雇王違反不得聘僱許可失效之外國人二人以上，處罰金新台幣陸萬元，如易服勞役以罰金總額與陸個月之日數比例折算。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按就業服務法規定之罰金，以新台幣為計算單位，同條例第五十八條第一項設有特別規定。則違反該條例之案件，而科處罰金者，應以新台幣為計算標準。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。本件原判決認定被告某甲於八十一年七月間，於台北市××路×段××號未經許可僱用觀光護照業已失效之菲律賓勞工二人，違反就業服務法第五十三條第一款之規定，而依同法第五十八條第一項，處罰全陸萬元，如易服勞役以罰金之總額與陸個月之日數比例折算。關於罰金部分未記載新台幣，即係以銀元為單位，揆諸前開說明，顯係違背法令。案經確定，且對被告不利，非常上訴意旨，執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決撤銷，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，就業服務法第五十八條第一項、第五十三條第一款，刑法第十一條前段、第四十二條第三項，罰金罰鍰提高標準條例第二條第一項，判決如王文。

中華民國八十二年十月十四日

【第陸拾肆案】

一、關係條文

台灣地區與大陸地區人民關係條例 第八十三條第一項、第十條第一項、第十五條第四款。
刑法 第一百六十四條第一項、第五十五條。
刑事訴訟法 第二百六十七條、第三百七十八條、第四百四十一條。

二、非常上訴理由

按僱用大陸地區人民從事未經許可之工作者，處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣三十萬元以下罰金，台灣地區與大陸地區人民關係條例第十五條第一項第四款及第八十三條第一項規定至明。本件原判決認定被告某甲明知林某係未經申請許可入境之大陸偷渡客，為違反國家安全法之犯人，竟自民國八十一年十一月九日起，以每日新台幣一千元之代價，僱其在台北縣林口鄉××建築工地做工，其以台北縣××鄉××路××巷十號任處供林

某住宿，且供給膳食，藏匿該犯人，嗣於同年月十四日十一時許，在上開工地為警查獲，移送法辦之犯罪事實，以其事證明確，犯行堪以認定，認該被告所為係犯刑法第一百六十四條第一項之藏匿犯人罪，乃依法判處拘役叁拾日，如易科罰金，以叁拾元折算壹日確定在案。惟對於台灣地區與大陸地區人民關係條例竟漏未適用，依照首揭說明，顯屬於法有違。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附 錄

最高法院刑事判決

八十二年度台非字第二五六號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

右上訴人因被告藏匿人犯案件，對於台灣板橋地方法院中華民國八十一年十二月二十二日第一審確定判決，認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決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，於判決確定後，得提起非常上訴，刑事訴訟法第三百七十八條、第四百四十一條定有明文，而此非常上訴制度，既係對審判違背法令之確定判決所設之救濟程序，與因事實錯誤而設之再審制度有別，故應以原判決所確認之事實爲基礎，據以判斷其審判是否違背法令。又檢察官就實質上或裁判上一罪之犯罪事實起訴一部者，依同法第二百六十七條之規定，其效力及於全部，依審判不可分之原則，法院應就全部予以審判。再大陸地區人民非經王管機關許可，不得進入台灣地區，僱用大陸地區人民從事未經許可之工作者，處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣三十萬元以下罰金，爲台灣地區與大陸地區人民關係條例第十條第一項、第十五條第四款、第八十三條第一項所明定。本件原確定判決明確認定被告某甲明知林某係未經申請許可入境之大陸偷渡客，爲違反國家安全法之犯人，竟自民國八十一年十一月九日起，以每日新台幣一千元代價，僱用林某在台北縣林口鄉××建築工地做工，並以其台北縣××鄉××路××巷十號住處供林某住宿及供給膳食，藏匿該犯人，於同年月十四日爲警查獲等情。是依原判決所確認之事實

，被告除刑法第一百六十四條第一項之藏匿犯人罪外，尚觸犯台灣地區與大陸地區人民關係條例第八十三條第一項之罪，二行為間顯有方法結果之牽連關係，依刑法第五十五條規定，應從一重以藏匿犯人罪處斷，檢察官雖僅就被告藏匿犯人罪部分提起公訴，然其起訴效力及於全部，仍應就違反台灣地區與大陸地區人民關係條例部分一併予以審判。乃原判決漏未適用上開刑法第五十五條、台灣地區與大陸地區人民關係條例第八十三條第一項之規定，揆諸首揭說明，自屬違背法令。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，尚屬有理，因原判決尚非不利於被告，應由本院僅將原判決關於違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如左。

中華民國二十八年八月十三日

【第陸拾伍案】

一、關係條文

藥物藥商管理法 第六十一條。

麻醉藥品管理條例 第二條第四款。

二、非常上訴理由

本件原判決就被告某甲明知爲禁藥而轉讓部分諭知無罪，其所持之理由無非以「安非他命」藥品雖經行政院衛生署分別於六十八年七月七日以衛署藥字第二一四三二號及六十九年十二月八日以衛署藥字第三〇一一二四號，公告列爲不准登記藥品及禁止使用，並依藥物藥商管理法第六十一條規定，不得轉讓。但行政院衛生署復於七十九年十月九日以衛署藥字第九〇四一四二號公告列爲麻醉藥品管理條例第二條第四款所規定之化學合成麻醉藥品，而該條例對於單純轉讓行爲，則無處罰之規定，而「安非他命」既列爲化學合成麻醉藥品，而非禁藥，自應適用麻醉藥品管理條例有關規定，該條例既無處罰明文，自屬不罰云云（見原

判決理由乙之四部分）。惟查行政院衛生署前曾三度將「女非他命」列爲禁藥，嗣因女非他命爲害甚鉅，而藥物藥商管理法對吸用者，無處罰明文，爲杜絕氾濫，乃進而於民國七十九年十月九日公告，將「女非他命」類藥品列入麻醉藥品管理條例第二條第四款所定「化學合成麻醉藥品」管理，並禁止於醫療上使用，依該公告意旨，自係使「女非他命」同具禁藥與化學合成麻醉藥品雙重性質，並無將之自禁藥之列除去之意。經本署函向王管官署行政院衛生署查詢，經其於本年二月二十一日以衛署藥字第八一〇六六六九號函覆說明「七十九年十月九日經本署公告列爲化學合成類麻醉藥品管理者，係指本署七十五年七月十一日衛署藥字第五九七六二七號公告說明二所列女非他命類藥品而言，由於上述七十五年之公告並無廢止，故兼受麻醉藥品與禁藥之管理」（原函及有關之公告影本附送參考），「女非他命」既仍爲禁藥，原判決遽認爲非禁藥，而將第一審法院對被告就轉讓禁藥行爲爲有罪之判決撤銷，改爲被告無罪之判決，自有判決不適用法則之違背法令。又藥品是否爲禁藥，惟有衛生主管機關最爲明瞭，原判決未向主管機關查明，竟自行斷定其非爲禁藥而爲判決，可有應於審判期日調查證據而未調查致適用法令違誤之違背法令。案經確定，應依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三提起非常上訴，以資糾正。

三、附 錄

最高法院刑事判決

八十一年度台非字第九二號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

右上訴人因被告違反藥物藥商管理法案件，對於台灣高等法院台中分院中華民國八十年十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

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。行政院衛生署以女非他命類藥品係危害國民健康之毒害藥品，經三度公告重申禁止使用，將之列入禁藥管理。嗣以藥物藥商管理法對於持有或使用女非他命類藥品者，向無處罰規定，乃於民國七十九年十月九日以衛署藥字第九〇四一四二號公告將之列入麻醉藥品管理。俾適

用該條例禁止非法持有或使用「化學合成類麻醉藥品」之規定，以爲處罰依據，各該公告已在說明欄敘述甚詳，足徵「安非他命」藥品既爲禁藥，亦屬麻醉藥品，行政院衛生署八十一年二月二十一日衛署藥字第八一〇六六六九號函更已明示斯旨。原審遽認「安非他命」列爲化學合成麻醉藥品，即非禁藥，單純轉讓麻醉藥品不成工犯罪，而將第一審關於論處某甲明知爲禁藥而轉讓罪刑部分之判決撤銷，改爲無罪之諭知，自屬適用法則不當之違背法令。案經確定，上訴人提起非常上訴，尙有理由，惟判決於被告並無不利，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，判決如王又。

中華民國八十一年三月二十六日

【第陸拾陸案】

一、關係條文

藥物藥商管理法 第七十三條。

刑事訴訟法 第三百零一條第一項。

二、非常上訴理由

按藥物藥商管理法第七十三條所規定之明知爲偽藥或禁藥而運送罪，須以行爲人明知爲他人之偽藥或禁藥而爲之運送爲構成要件，若行爲人係爲自己運送者，即不能依該法條論罪，最高法院四十四年台非第一〇二號判決就「運送」意義所爲之闡示可資參照。經查本件原判決既於事實欄認定被告某甲、某乙、某丙、某丁係明知爲偽藥而將之撈獲上船，並利用×××二號漁船運送入南寮漁港，依此事實，被告等於撈獲上開偽藥時，該偽藥即屬被告所有，被告等縱然知悉撈獲之物爲偽藥而加以運送，亦係爲自己運送而非爲他人運送極明。依首

開說明，即無成工明知爲偽藥而運送罪之餘地。本件同案被告某戊、某己經台灣高等法院以八十年度上訴字第八××號判決無罪，亦本相同見解。有該案判決書一份在卷可按，是原判決認被告等係犯共同明知爲偽藥而運送罪，自屬刑事訴訟法第三百七十八條判決適用法則不當之違背法令，案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、附 錄

最高法院刑事判決

八十年度台非字第四七五號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

某乙

某丙

某丁

右上訴人因被告等違反藥物藥商管理法案件，對於台灣新竹地方法院中華民國七十九年十月

十九日、同年十一月卅日第一審確定判決，認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於某甲、某乙、某丙及某丁部分均撤銷。

某甲、某乙、某丙及某丁均無罪。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按藥物藥商管理法第七十三條所規定之明知為偽藥或禁藥而運送罪，以行為人明知為他人之偽藥或禁藥而為之運送，始足當之，若行為人係為自己運送偽藥或禁藥者，即難以該罪責相繩，為本院實務上所採之一般見解（有本院四十四年台非字第一〇二號判決意旨可資參照）。本件原確定判決於事實欄均認定被告某甲、某乙、某丙、某丁等四人均係×××二號船船員，於民國七十九年一月七日下午六時夥同某戊、某己（二人已判決無罪確定）航駛該船，途經距新竹市南寮港約三海里處，共同撈獲由中國大陸擅自產製如原判決附表所示之偽藥而運送入南寮港，為警查獲等情。依此事實，被告等撈獲之上開偽藥即屬其所有，其等並非為他人運送各該偽藥甚明，依上說明，尚與藥物藥商管理法第七十三條運送偽藥罪之構成要件有間，乃原判決不察仍論處被告等共同運送偽藥罪刑，自屬刑事訴訟法第三百

七十八條判決適用法則不當之違法，案經確定，且於被告等不利，非常上訴意旨執以指摘，即有理由，應由本院將原判決關於被告某甲、某乙、某丙及某丁部分均予撤銷，各另爲無罪之諭知，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、第三百零一條第一項，判決如王又。

中華民國十八年十月二十四日

【第陸拾柒案】

一、關係條文

麻醉藥品管理條例 第十三條之一第二項第四款、第五款。

二、非常上訴理由

查原判決認定事實爲 某甲非法持有化學合成麻醉藥品製劑女非他命，並於民國八十年元月間，在桃園縣龍潭鄉凌雲村××路××巷××號某乙住處，將保劑丸裝之女非他命二瓶交給某乙吸用。某乙嗣於同年二月二十三日爲警查獲，始尋線查得上情。其持有之行爲，已爲幫助他人非法吸用之犯行所吸收，且吸用之罪重於持有，應依幫助他人非法吸用化學合成麻醉藥品製劑罪論處，原判決未變更檢察官起訴法條，仍依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罪科罰，顯有判決適用法則不當之違背法令，業已確定，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、附錄

最高法院刑事判決

八十一年度台非字第五號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告違反麻醉藥品管理條例案件，對於台灣桃園地方法院中華民國八十年七月二日第一審確定判決，認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按實質上一罪，其行為如具有高低度及輕重階段之分時，應依法條競合之吸收關係去理，按高度行為吸收低度行為及重行為吸收輕行為之原則論處罪刑，始為合法。本件確定判決及起訴事實均一致認定「被告某甲非法持有化學合成麻醉藥品製劑安非他命，並於民國八

十年一月間，在桃園縣龍潭鄉凌雲村××路××巷三之三號某乙任處，將保劑九瓶裝之安非他命二瓶交給某乙吸用（已另案判處非法吸用化學合成麻醉藥品製劑罪刑）」等語，自屬實質上一罪，被告之單純非法持有化學合成麻醉藥品安非他命，係屬低度行為及輕行為，其幫助他人（指某乙）非法吸用化學合成麻醉藥品製劑安非他命，係屬高度行為及重行為，依前開吸收關係之法理，其單純非法持有化學合成麻醉藥品製劑罪應為幫助他人非法吸用化學合成麻醉藥品製劑罪所吸收，不另論罪，乃原判決不變更檢察官所引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化學合成麻醉藥品製劑罪之起訴法條，改依同條例第十三條之一第二項第四款非法吸用化學合成麻醉藥品製劑之幫助犯論處，而仍依起訴法條論處被告以非法持有化學合成麻醉藥品製劑罪刑，顯有判決不適用法則及適用法則不當之違背法令，業經確定，非常上訴意旨執以指摘，尚屬有理。惟原判決對於被告並無不利，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，判決如王又。

中華民國二十一年一月十日

【第陸拾捌案】

一、關係條文

道路交通管理處罰條例 第八十六條第一項。
刑法 第二百七十六條第二項。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。而汽車駕駛人無照駕駛或爭道行駛或行經行人穿越道，不依規定讓行人優先通行，因而致人受傷或死亡，依法應負刑事責任者，加重其刑至二分之一，復為道路交通管理處罰條例第八十六條第一項所明定。查被告某甲係台中汽車客運股份有限公司司機，於七十九年十一月八日下午五時四十五分許，駕駛該公司所有×××—○○三七號大客車，途經台中市中正路一三〇號前之行人穿越道，竟疏於注意讓行人先行通過，致其大客車右前輪與前門之間，撞及

橫越中正路行走於行人穿越道之某乙倒地，因而受腦震盪等傷害，至同月十一日下午五時許不治死亡各情爲原判決所認定之事實，並經台中市區車輛行車事故鑑定結果，「某甲駕車行經行人穿越道前未讓行人先行通過，爲肇事原因，某乙應無過失」。顯見被告有犯業務過失致人於死罪而應負刑責，依法自應加重其刑至二分之一，一審判決疏失，漏未加重其刑，上訴二審，未有糾正仍予維持，判決上訴駁回，揆諸首開說明，自有判決不適用法則之違背法令，業已確定，雖於被告並無不利，然爲統一法令之適用，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附 錄

最高法院刑事判決

八十年度台非字第五〇〇號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

右上訴人因被告過失致人於死案件，對於台灣高等法院台中分院中華民國八十年五月三十日第二審確定判決，認爲違背法令，提起非常上訴，本院判決如左

王 文

原判決及第一審判決關於違背法令部分均撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按汽車駕駛人無照駕駛或爭道行駛人行道或行經行人穿越道，不依規定讓行人優先通行，因而致人受傷或死亡，依法應負刑事責任者，加重其刑至二分之一，道路交通管理處罰條例第八十六條第一項定有明文。本件原判決認定被告某甲於民國七十九年十一月八日下午五時四十五分許，駕駛台中汽車客運公司所有×××—○○三七號營業大客車，行經台中市中正路一三〇號前行人穿越道，疏未注意讓行人先行通過，致撞及橫越該行人穿越道之某乙，使其受腦震盪等傷害，不啻死亡等情，因而適用刑法第二百七十六條第二項，論處被告從事業務之人，因業務上之過失致人於死罪刑，固非無見。惟依原判決認定之事實，被告既係駕駛營業大客車行經行人穿越道，不依規定讓行人優先通行，因而致人死亡，應負業務過失致人於死罪責，依前開說明，自應依道路交通管理處罰條例第八十六條第一項之規定加重其刑，方為適法。乃第一審判決竟漏未適用上開規定加重其刑，被告上訴於第二審法院，原審亦未加以糾正，竟予維持，駁回被告在第二審之上訴，均屬於法有違，案經確定。非常上訴意

旨執以指摘，洵有理由，惟原判決尚非不利被告，應由本院將原判決及第一審判決關於違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前，判決如王文。

中 華 民 國 八 十 年 十 一 月 二 十 一 日

【第陸拾玖案】

一、關係條文

道路交通管理處罰條例 第八十六條第二項。
 道路交通安全規則 第六條第一款、第一百二十四條第三項。
 刑法 第二百七十六條第一項。

二、非常上訴理由

按汽車駕駛人，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定有明文。本件確定判決認定被告某甲於七十九年十一月五日晚上十時許，駕車在台中縣大里橋北側頭附近肇事，涉有過失，而予論罪科刑，固非無見，惟查本件肇事地點係在快車道上，此有道路交通事故調查報告表(一)附卷足參，而肇事王因係被害人手拖二輪車穿越車

道未注意往來車輛，此亦經確定判決認定在卷，被告並未有未依規定駕事情事，自應依前開規定減輕其刑，茲確定判決不察，對卷內之重要證據屬未審酌致未依法減輕其刑，顯有判決不適用法則之違法，案經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、附 錄

最高法院刑事判決

八十年度台非字第五〇八號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

右上訴人因被告過失致人於死案件，對於台灣台中地方法院中華民國八十年五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

王 又

原判決撤銷。

某甲因過失致人於死，處有期徒刑肆月，如易科罰金以三十元折算一日，緩刑叁年。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八有明文規定。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定有明文。本件肇事地點係在快車道上，有道路交通事故調查報告表（一）附卷可稽，而肇事王因係被害人手拖二輪車穿越車道未注意往來車輛，亦爲原確定判決所認定，且查手拖二輪車爲慢車之一種，不得侵入快車道行駛，爲道路交通安全規則第六條第一款及第一百二十四條第三項所明定，被告駕駛汽車在快車道又無未依規定駕車行駛之情事，自應依上開規定減輕其刑，原審不察，對卷內之重要證據未審酌致未依法減輕其刑，顯有判決不適用法則之違法。案已確定，且不利於被告，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由，應由本院將原判決予以撤銷改判，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，道路交通管理處罰條例第八十六條第二項、第四十一條、第七十四條第一款，罰金罰鍰提高標準條例第一條前段、第二條第一項前段，判決如王又。

【第 柒 拾 案】

一、關係條文

少年事件處理法 第十八條第一項、第三條、第二十七條第一項第二項、第六十五條第一項。

麻醉藥品管理條例 第十三條之一第二項第四款。

刑事訴訟法 第三百零三條第一款。

二、非常上訴理由

按案件起訴之程序違背規定者，應諭知不予受理之判決。檢察官於執行職務時，知少年有觸犯刑罰法令之行爲或有觸犯刑罰法令之虞之事件者，應移迂該管少年法庭依少年管訓事件處理之。刑事訴訟法第三百零三條第一款，少年事件處理法第十八條第一項、第三條，定有明文。本件原判決認定事實爲 某甲係民國六十三年十一月二十日生，爲十四歲以上未滿十

八歲之少年。自七十九年七月間起，至同年十二月十六日止，在桃園縣觀音鄉、中壢市等地，連續吸用化學合成麻醉藥品製劑，係犯麻醉藥品管理條例第十三條之一第二項第四款之罪。其最重本刑為三年以下有期徒刑，而非少年事件處理法第二十七條第一、二項所列之罪。為判決時又無同條第三、四項所列情形，竟循公訴人之請求，予以論罪科刑。依首揭法又，顯有違背法令。業已確定，且對被告不利，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，以資救濟。

三、附 錄

最高法院刑事判決

八十二年度台非字第二七七號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被 告 某甲

右上訴人因被告違反麻醉藥品管理條例案件，對於台灣桃園地方法院中華民國八十年六月二十九日第一審確定判決，認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於非法吸用化學合成麻醉藥品製劑部分撤銷。

右開撤銷部份公訴不受理。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按檢察官、司法警察官或法院於執行職務時，知少年有觸犯刑罰法令之行爲或有一定情形而有觸犯刑罰法令之虞者，應移送該管少年法庭。對於少年犯罪之刑事追訴及處罰，以依少年事件處理法第二十七條移送之案件爲限。少年事件處理法第十八條第一項、第三條、第六十五條第一項、第二十七條第一項、第二項，分別定有明文。本件被告某甲，十四歲以上未滿十八歲之少年。因涉嫌販賣女非他命，經原審法院少年法庭裁定移送同院檢察官。檢察官於偵查中發現其另有吸用安非他命罪嫌，未依法將吸用部分移送該管少年法庭，竟一併提起公訴。其起訴程序，顯屬違背規定。原判決不察，除將販賣部分爲免訴之判決（連續行爲之一部業經判刑確定）外，其吸用部分，竟依麻醉藥品管理條例第十三條之一第二項第四款論處被告罪刑。查該條款爲三年以下有期徒刑之罪，並非依少年事件處理法第二十七條移送之案件。揆諸首開說明，自屬違背法令。案經確定，且不利於被告。非常上訴意旨，執以指

摘，尚有理由。應由本院將序判決關於非法吸用化學合成麻醉藥品製劑部分撤銷，另為公訴
 不受理之諭知，以期適法。

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

中 華 民 國 八 十 二 年 八 月 二 十 六 日

【第柒拾壹案】

一、關係條文

少年事件處理法 第六十五條第二項、第八十五條之一第一項。
刑事訴訟法 第三百三十四條。

二、非常上訴理由

自訴人某乙於民國七十九年九月二十三日下午三時許，雖曾至雲林縣××鎮××路××號××由廠步犯強盜罪，並經判處有期徒刑確定，惟其於同日中午十二時四十五分許，仍身在台南市並未至同鎮大同里××路××號××中醫診所竊取某丙所有置於診所抽屜內之新台幣（下同）二千五百元，詎某丙竟夥同其女即被告某甲至雲林縣警察局北港分局，僅憑自訴人之照片即指認自訴人竊盜，並經台灣雲林地方法院檢察官偵查起訴，幸經同院判決無罪，雖檢察官不服而上訴，仍經台灣高等法院台南分院駁回上訴，維持原無罪判決而確定（台灣

雲林地方法院八十年度易字第二××號、台灣高等法院台南分院八十年度上易字第九××號），因認被告步有刑法第一百六十九條之誣告罪及第三百零九條之公然侮辱罪云云，案經原審法院以前開判決諭知某丙、某甲均無罪，雖非無見，惟按未滿十二歲之人有觸犯刑罰法令之行爲者，由少年法庭適用少年管訓事件之規定處理之，且刑事訴訟法關於自訴之規定，於少年刑事案件，不適用之，再不得提起自訴而提起者，應諭知不予受理之判決，少年事件處理法第八十五條之一第一項、第六十五條第二項，刑事訴訟法第三百三十四條分別定有明文，查本件自訴人提起自訴時，被告某甲年僅十一歲，是本件自訴人原不得對未滿十二歲（現已滿）之被告某甲提起自訴，其不得提起自訴而提起，原審不就程序上諭知不予受理，竟誤爲實體判決，自屬違背法令，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附 錄

最高法院刑事判決

八十一年度台非字第一七〇號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上诉人因被告誣告案件，對於台灣雲林地方法院中華民國八十一年一月二十二日第一審確定判決，認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於某甲違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑事訴訟法關於自訴之規定，於少年刑事案件不適用之，未滿十二歲之人有觸犯刑罰法令之行爲者，由少年法庭適用少年管訓事件之規定處理，不得提起自訴而提起者，應諭知不予受理之判決，少年事件處理法第六十五條第二項、第八十五條之一第一項，刑事訴訟法第三百三十四條分別定有明文。本件卷查被告某甲係於六十九年二月二十日出生，至自訴人於八十年十月二十九日以被告有誣告、公然侮辱罪行，向台灣雲林地方法院提起自訴時，尚未滿十二歲，依首揭說明，其自訴顯非適法，乃原判決不從程序上爲不予受理之諭知，而逕從實體上判決被告無罪，顯屬違背法令，非常上訴意旨就此指摘，洵有理由，但此種違法尚非不利於被告，應由本院僅將原判決關於某甲違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百十七條第一項第一款前段，判決如王文。

中 華 民 國 八 十 一 年 五 月 十 五 日

【第柒拾貳案】

一、關係條文

少年事件處理法 第八十二條前段。

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，為少年事件處理法第八十二條所明定。本件被告某甲係民國六十四年二月二十四日生，於原判決認定犯罪時之民國七十九年六月十三日，尚未滿十八歲，為少年事件處理法第二條所稱之少年，原判決對被告依妨害風化罪判處有期徒刑一年，並諭知緩刑三年，竟未依少年事件處理法之規定，同時諭知保護管束，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、第四百四十三條規定，提起非常上訴，以資糾正。

三、附 錄

最高法院刑事判決

八十年年度台非字第四二七號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告妨害風化案件，對於台灣高等法院台中分院中華民國八十年五月八日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院查「少年在缓刑或假釋期中，應付保護管束」，少年事件處理法第八十二條前段定有明文。又。本件被告某甲因妨害風化案件，經原審法院於八十年五月八日判決維持第一審被告以姦淫十四歲以上未滿十六歲之女子罪，處有期徒刑一年之判決，併予諭知缓刑三年，固非無見。惟查被告係六十四年二月二十四日生，於實施犯罪行為時，未年滿十八歲，依首開說明，自應同時諭知被告缓刑期中，付保護管束，詎原審不察，於諭知被告缓刑三年期中，竟不為付保護管束，自屬於法有違，但此項違誤，尚非不利於被告，案經確定，上訴人提起非常上訴

，執以指摘，尙有理由，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，判決如王又。

中華民國十八年十月四日

【第柒拾叁案】

一、關係條文

少年事件處理法 第八十五條。
刑 法 第十八條第一項。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者為違背法令。刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又少年事件處理法第八十五條所謂『成年人教唆、幫助或利用未滿十八歲之人犯罪或與之共同實施犯罪者，依其所犯之罪加重其刑至二分之一。』之規定，所謂成年人教唆、幫助未滿十八歲之人犯罪或與之共同實施犯罪，須該未滿十八歲之人已滿十四歲，且有刑事責任能力，始得依該條予以加重其刑。可經貴院於六十六年九月二十日決議在案。本件第一審判決事實欄記載被告犯詐欺罪之事實為『某甲係少年徐某（民國六十三年十月二日生）之母，二人共

同意圖爲自己不法所有，向洪某詐稱徐某願與之訂婚，惟需聘金新台幣二十萬元，使洪某誤信爲真，於七十七年四月廿五日下午，在台南縣××鎮××新村××號洪某任處與徐某訂婚，並交付二十萬元與某甲母女，並經某甲母女同意，在訂婚證書上署押，並刻印蓋章。詎三、四個月後，徐某即潛逃，並與他人結婚，洪某始知受騙。』依此事實，被告之女徐某係六十二年十月二日出生（另見偵字第二×××號卷第十七頁戶籍謄本），其於七十七年四月二十五日與被告行詐時，尚不滿十四歲。依前開貴院決議，被告所犯之詐欺罪，即不得適用少年事件處理法第八十五條之規定。該判決竟予適用，據以論被告『與未滿十八歲之人共同意圖爲自己不法之所有，以詐術使人將本人之物交付』罪，並加重其刑，顯屬違法。原判決未予糾正而爲駁回上訴之判決，同屬違法。業經確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、附 錄

最高法院刑事判決

八十二年度台非字第二四八號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告詐欺案件，對於台灣高等法院台南分院中華民國八十一年十一月十一日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原審及第一審判決關於詐欺部分撤銷。

某甲竟圖為自己不法之所有，以詐術使人將本人之物交付，處有期徒刑伍月減為有期徒刑貳月又拾伍日。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按「未滿十四歲人之行為，不罰。」刑法第十八條第一項定有明文。故少年事件處理法第八十五條所謂成年人與少年共同實施犯罪者，依其所犯之罪加重其刑二分之一之規定，必須該未滿十八歲之少年已滿十四歲，有刑事責任能力，始有其適用。本件第一審判決認定被告之女徐某係民國六十三年十月二日生，被告向洪某詐稱徐某願與之結婚，惟需聘全新台幣（下同）二十萬元，使洪某誤信為真，交付二十萬元與被告，並於七十七年四月廿五日與被告之女徐某訂婚，及其後徐某潛逃與他人結婚時，徐某尚未滿十四歲。揆諸首開說明，被告

所犯之詐欺罪，即不得適用少年事件處理法第八十五條之規定。該第一審判決竟予適用，並加重其刑，顯屬違法。原判決未予糾正，而駁回被告之上訴，同屬違誤。案經確定，且於被告不利。上訴人執以提起非常上訴，洵有理由。應由本院將原判決及第一審判決關於詐欺部分撤銷，另為判決，並仍依中華民國八十年罪犯減刑條例之規定，減輕其宣告刑二分之一，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，刑法第三百三十九條第一項，罰金罰鍰提高標準條例第一條前段，中華民國八十年罪犯減刑條例第四條第二項、第二條第一項第二款乙類(三)、第八條，判決如左。

中華民國八十二年八月四日

【第柒拾肆案】

一、關係條文

少年事件處理法 第八十五條。
刑 法 第三十條

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。又少年事件處理法第八十五條規定成年人幫助未滿十八歲之人犯罪，加重其刑，業已排除適用刑法第三十條幫助犯得減輕其刑之規定，復經貴院著為六十八年台上字第二九六一號判例。原判決既確認被告係成年人幫助六十四年九月十五日生，未滿十八歲之少年顏某非法吸食化學合成麻醉藥品女非他命，適用少年事件處理法第八十五條加重其刑。依上開判例意旨，自無再適用刑法第三十條幫助犯得減輕其刑規定之餘地，迺竟於判決理由內敘明被告「因僅止幫助之從犯程度，按正犯之刑減輕之」，並適用刑法第三十條第二項，顯屬違法。案經確

定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，用予糾正。

三、附 錄

最高法院刑事判決

八十二年度台非字第三四七號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

右上訴人因被告違反麻醉藥品管理條例案件，對於台灣高等法院台南分院中華民國八十二年八月二十五日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院查判決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定「成年人教唆、幫助或利用未滿十八歲之人犯罪或與之

共同實施犯罪者，依其所犯之罪，加重其刑至二分之一」云者，乃秉持保護少年之本旨，以特別工法將成年人之教唆、利用、予以助力加工，或參與少年犯罪之行爲，課以較重之刑，期能遮斷禁絕對於心智未臻成熟之少年，輒受成年人之支配、影響而陷於犯罪。是以成年人若有幫助未滿十八歲之人犯罪，應依所犯之罪加重其刑，自己排除適用刑法（普通法）第三十條幫助犯得減輕其刑之規定。本件原判決認定被告某甲係成年人於民國八十一年九、十月間，連續受六十四年九月十五日出生，未滿十八歲少年顏某之託，代爲購買麻醉藥品安非他命交與顏某吸用，而幫助其非法吸用化學合成麻醉藥品安非他命，應依少年事件處理法第八十五條規定加重其刑。自無再適用刑法第三十條幫助犯得減輕其刑規定之餘地。迺原判決竟於適用少年事件處理法第八十五條加重被告之刑後，又以被告之行爲「僅止幫助犯之從犯程度，按正犯之刑減輕之」云云爲由，而減輕被告之刑，並在論結欄引用刑法第三十條第二項條文，顯有判決適用法則不當之違法。案經確定，非常上訴意旨，執以指摘尚有理由。惟原判決尚非不利於被告，應由本院將原判決關於違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項前段，判決如左。

【第柒拾伍案】

一、關係條文

戡亂時期貪污治罪條例 第六條第三款、第四款。

刑 法 第三百三十六條第一項、第五十六條。

司法院大法官會議釋字 第一七四號解釋。

二、非常上訴理由

按依法令從事公務之人員侵佔職務上持有之非公用私有財物者，為貪污行為，應分別按戡亂時期貪污治罪條例第六條第三款或第四款論罪，如其情節輕微，而其所得或所圖得財物在三千元以下者，應有同條例第十二條第一項之適用，業經司法院大法官會議釋字第一七四號解釋在案。本件原判決認定 被告某甲在台灣省政府交通處鐵路管理局××工務段××道班擔任佐級領班，為依據法令從事公務之人員，某甲於民國七十九年六月至十一月間，轉發

該局山線雙軌工程處發給道班員工之出差費及延時工資，竟意圖爲自己不法之所有，基於概括之犯意，連續多次侵占公務上持有之其中部分款項，計侵占陳某新台幣（下同）三千四百十二元、吳某七千一百六十八元、周某一萬一千一百元、張某六千四百三十一元、周某四千零十九元，共計三萬二千一百三十元等事實，雖未敘明所謂「轉發」，究係該局交其轉發之依法令職權行爲？抑爲因領班職務爲所屬班內員工代領後轉發之職務行爲？但查本案台灣新竹地檢署八十年度偵字第一×××號偵查卷第二十四頁至第二十六頁所附台灣省政府交通處鐵路管理局××工務段八十年三月廿六日中工人工發密字第八〇〇〇三號函略稱：報領出差費、延時工資，咸由××領班某甲，以便條紙記載出差人、出差日期、延時工資日期、時數送交該段養路監工員蔣某造冊蓋章（爲便於會計作業及領款手續，員工個人私章均由蔣某集中保管統一蓋章）後，再轉送鐵路局山線雙軌工程處請領，經報准後，由領班某甲或副領班楊某簽領，再由某甲轉發給所屬員工云云，由此觀之，原判決事實內記載所謂「轉發」，係因其領班職務爲所屬班內員工代領後轉發之職務上行爲，而代領後轉發前，其所持有之該款項，屬於職務上持有之各該員工之私有財務，應無疑義。從而被告利用其領班職務爲班內員工代領轉發之機會，連續私自侵占其職務上持有該班員工所得之部分出差費及延時工資，依照前開解釋，應成工戕亂時期貪污治罪條例第六條第三款依法令從事公務之人員，對於

王管之事務，直接圖利罪之連續犯，原判決竟依刑法第五十六條、第三百三十六條第一項之連續公務上侵佔罪論處，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、附 錄

最高法院刑事判決

八十年度台非字第五四五號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

右上訴人因被告侵佔案件，對於台灣新竹地方法院中華民國八十年七月二日第一審確定判決，認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按依法令從事公務之人員侵占職務上持有之非公用私有財物者，爲貪污行爲，應分別按戡亂時期貪污治罪條例第六條第三款或第四款論罪，司法院大法官會議釋字第一七四號著有解釋。本件原判決認定被告某甲係依據法令從事公務之人員，於民國七十九年六至十一月間轉發台灣鐵路管理局山線雙軌工程處發給道班員工之出差費及延時工資，竟意圖爲自己不法之所有，並基於概括犯意，前後多次侵占其公務上持有員工陳某等人應領之上述款項計新台幣（下同）三萬二千一百卅元等情，而被告轉發該款項之性質，已據台灣省政府交通處鐵路管理局××工務段函略稱：報領出差費及延時工資，咸由領班某甲以便條紙記載出差人、出差日期、延時工資日期、時數遞交該段養路監工員蔡某造冊蓋章後，再轉遞鐵路局山線雙軌工程處請領。經報准後，由領班某甲或副領班楊某簽領，再由某甲轉發給所屬員工等語，有該工務段八十年二月廿六日中工人二發密字第八〇〇〇三號函在卷足稽，準此，被告固本其職務代領其所屬班內出差費等款項，但於代領後轉發前，其持有之上開款項即屬各該員工之私有財物，非仍屬公有財物甚明，被告利用其代領轉發之機會，連續多次予以侵吞入己，依上開解釋，應成戡亂時期貪污治罪條例第六條第三款對王管之事務直接圖利罪之連續犯，乃原判決竟依刑法五十六條、第三百卅六條第一項之規定論以連續侵占對於公務上所持有之

物罪刑，顯有適用法則不當之違背法令，案經確定，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由，惟原判決尙非不利於被告，應由本院僅將原判決關於違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如左。

中華民國十八年十二月二十日

【第柒拾陸案】

一、關係條文

戡亂時期貪污治罪條例 第六條第三款、第七條。

二、非常上訴理由

按戡亂時期貪污治罪條例第六條第三款，對於主管或監督之事務，直接或間接圖利者，祇須有圖利之行爲，即爲既遂，不以得利爲構成要件，經核原判決，以被告某甲爲彰化縣××鄉長，係依據法令從事公務之人員，該鄉公所准依台灣省環境衛生實驗所函，而與××鄉××社區理事會，訂立工程合約書，將該社區工程，交由社區理事會，自行承包營繕，由該鄉公所派員監工，該工程是否有偷工減料或不符合設計，均係被告監督之範圍，被告利用鄉民代表會組成專案小組，調查該工程之機會，向××社區理事長某乙索取十萬元（新台幣下同），作爲擺平調查之用，直接圖利自己及第三人，因論以戡亂時期貪污治罪條例第六條第

三款之罪，固非無見，惟以其未能達到目的，爲未遂犯，應以同條例第七條之規定處罰，依首開說明，顯有判決適用法則不當之違背法令，案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條之規定，提起非常上訴，以資糾正。

三、附 錄

最高法院刑事判決

八十年度台非字第一一八號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

右上訴人因被告貪污案件，對於台灣高等法院台中分院中華民國七十一年十月十四日第二審確定判決，認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 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）

按戡亂時期貪污治罪條例第六條第三款對於王管或監督之事務直接或間接圖利者，祇須有圖利之行爲即爲既遂，不以得利爲構成要件，本院六十七年台上字第三〇八五號著有判例可循，本件原確定判決認定被告利用爲調查上開工程有無偷工減料等之機會，囑由共同被告某丙（論以共同直接圖利既遂罪確定）出面向某乙表示索取十萬元，用以擺平專案小組之調查，致爲某乙所拒而未達目的，因論以對直接監督之事務直接圖利未遂，處有期徒刑三年褫奪公權三年，有原審七十年度上更（一）字第三〇八號刑事案卷可稽，則被告之所爲縱實際未獲得利益，係上開判例意旨，仍屬既遂犯，原判決論以未遂犯，其法則之適用顯有違誤，案經確定，非常上訴意旨，執以指摘，尙有理由，但原判決尚非不利於被告，應由本院僅將原判決關於被告違背法令部分予以撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中華民國二十八年四月十八日

【第柒拾柒案】

一、關係條文

貪污治罪條例 第十六條、第十條第二項。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則者爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。本件被告某甲因違反貪污治罪條例（行賄罪）案件，經台灣高雄地方法院以八十二年度訴字第一XX號判決處有期徒刑壹年貳月。原判決既以貪污治罪條例第十條第二項論處被告有期徒刑，依貪污治罪條例第十六條規定，宣告有期徒刑以上之刑者，並宣告褫奪公權。原判決竟漏未對被告宣告褫奪公權，顯有判決不適用法則之違法，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。

三、附 錄

最高法院刑事判決

八十二年度台非字第四二〇號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告貪污案件，對於台灣高雄地方法院中華民國八十二年四月二十七日第一審確定判決，認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法令或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又貪污治罪條例第十六條規定，犯本條例之罪，宣告有期徒刑以上之刑者，並宣告褫奪公權。本件原判決既認定被告某甲於民國八十二年二月三日二十三時十分許，在高雄市中華橫路一七三號前，經警在其身上查獲針頭、針筒、美娜水及變造之身分證影本等物，於乘警車解送警察局途中，為脫免刑責，而取出新台幣三萬元向警員蕭某行求釋放，而被論以貪污治罪條例第十條第二項之行求賄賂罪，量處有期徒刑壹年貳月。揆之上開說明，即應併予宣告褫

奪公權，乃竟漏未爲此宣告，自難謂無判決不適用法則之違法，案經確定，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由，惟原判決尙非不利於被告，應僅由本院將原判決關於違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如左。

中華民國二十二年十二月三十日

【第柒拾捌案】

一、關係條文

動員戡亂時期公職人員選舉罷免法 第九十八條第三項。
刑法 第三十七條第三項、第一百四十三條第一項。

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。而犯刑法分則第六章之妨害投票罪，宣告有期徒刑以上之刑者，並宣告褫奪公權，復爲動員戡亂時期公職人員選舉罷免法第九十八條所明定。查原判決認定被告某甲於七十九年間，台北縣××鄉鄉長選舉時，因派系關係，選情激烈，經同案被告某乙（二審判決確定）於同年元月十九日下午三、四時許，在該鄉××村大灣路附近，向某甲行賄，由某甲交付全家五口有選舉權人之國民身分證，約定不行使投票權，以免其投票給鄉長候選人某丙，則按每一有

選舉權人給予新台幣（下同）五千元，某甲因思及年關將屆，且賄款甚鉅，遂當場應允，旋即返家將原放於客廳桌上其父、母、弟等及其本人之身分證五張交與某乙，並收取某乙交付之二萬五千元等事實，而依刑法第一百四十三條第一項判處該被告有期徒刑八月，並以被告未曾受有期徒刑以上刑之宣告，犯罪後已知悔改，認無再犯之虞，予以緩刑之諭知，固無不當。惟未依法併予宣告褫奪公權，揆諸首開說明，自有判決不適用法則之違背法令，業經確定，雖於被告並無不利，然為統一法令之適用，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴。

三、附 錄

最高法院刑事判決

八十年度台非字第八四號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

右上訴人因被告妨害投票案件，對於台灣台北地方法院中華民國七十九年八月十四日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 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）

本院按犯動員戡亂時期公職人員選舉罷免法第五章之罪或刑法分則第六章之妨害投票罪，宣告有期徒刑以上之刑者，並宣告褫奪公權，爲動員戡亂時期公職人員選舉罷免法第九十八條第三項所明定，而褫奪公權應於裁判時併宣告之，亦爲刑法第三十七條第三項所規定。本件被告因妨害投票罪，經原審依刑法第六章之第一百四十三條第一項有投票權之人收受賄賂而許以不行使其投票權，判處有期徒刑捌月，有該七十九年度訴字第一〇〇〇號某甲妨害投票案卷可據，惟原判決未依前開規定併予宣告褫奪公權，其判決顯有不適用法則之違背法令。案經確定，非常上訴執以指摘，尙有理由，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，判決如王又。

中 華 民 國 八 十 年 三 月 二 十 二 日

【第柒拾玖案】

一、關係條文

竊盜犯贓物犯保安處分條例 第四條、第五條第一項。
法院辦理竊盜犯贓物犯保安處分條例案件應行注意事項（五）。

二、非常上訴理由

按判決適用法則不當者，為違背法令，又依竊盜犯贓物犯保安處分條例宣告之強制工作處分，其執行以三年為期，為刑事訴訟法第三百七十八條，竊盜犯贓物犯保安處分條例第五條第一項前段所明定。司法院八十一年八月六日院台廳二字第一二七八〇號所頒發之法院辦理竊盜犯贓物犯保安處分條例應行注意事項（五）並解釋為「應依第四條規定於判決同時諭知其期間，並依第五條規定，有關諭知期間應定為三年，不得增減。」，而本件被告某甲竊盜罪部分，原判決諭知有期徒刑三年六月，並於刑之執行前令入勞動場所強制工作二年。

依首揭法令，原判決有適用法則不當之違法，業已確定，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、附 錄

最高法院刑事判決

八十二年度台非字第一〇三號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

右上訴人因被告竊盜案件，對於台灣高等法院中華民國八十一年十一月三日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院查依竊盜犯贓物犯保安處分條例所爲之保安處分其期間，依該條例第四條之規定，固應

由法院以判決諭知，惟依同條例宣告之強制工作處分，其執行以三年為期，同條例第五條第一項前段定有明文，另司法院八十一年八月六日院台廳二字第一二七八〇號函所頒之法院辦理竊盜犯贓物犯保安處分條例案件應行注意事項（五）規定「應依第四條規定於判決同時諭知其期間，並依第五條規定，有關諭知期間應定為三年，不得增減。」亦有明文。本件原判決對被告某甲於民國八十年十月二十九日至八十一年一月十三日間，所犯竊盜罪部分，除論以連續結夥三人以上攜帶兇器踰越牆垣及安全設備於夜間侵入有人居住之建築竊盜，累犯，量處有期徒刑叁年陸月外，並諭知於刑之執行前令入勞動場所強制工作貳年。揆之首揭說明，其諭知強制工作之期間，顯屬於法有違，惟此項違誤，尚非不利於被告，案經確定，非常上訴意旨執以指摘，尚有理由，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，判決如左。

中華民國八十二年四月三十日

【第捌拾案】

一、關係條文

保安處分累進處遇規程 第十七條第二項第一款。

二、非常上訴理由

按依戡亂時期竊盜犯贓物犯保安處分條例宣告之受強制工作處分人，執行滿三年，已晉入第二等，其最近三個月內，每月得分在二十二分以上，執行機關認為無繼續執行之必要，得檢具事證報請上級機關核准，通知檢察官轉請法院裁定停止其處分之執行，停止期間並付保護管束，為依據保安處分執行法第五十七條、第四十五條第一項規定所訂定之保安處分累進處遇規程第十七條第二項第一款所明定。又刑事裁定確定，與科刑之確定判決有同等效力者，如發現該裁定有違法情形，自得對之提起非常上訴，此有司法院院字第二五〇七號解釋可資參照，從而保女處分之裁定，具有實體判決之效力，得為非常上訴之對象。本件被告即

受處分人某甲因竊盜罪，經台灣高等法院七十四年度上訴字第三×××號刑事判決，處以有期徒刑四年，並於刑之執行前，令入勞動場所強制工作確定（有期徒刑部分，嗣依中華民國七十七年罪犯減刑條例減為二年），由台灣台北地方法院檢察署檢察官以77執保字第三×號及75執更字第八×××號指揮書執行刑前強制工作，執行起算日期為七十五年四月十六日（請參閱台北地檢處七十五年度執保字第三×號及七十七年度執更字第八×××號執行卷內資料）。惟在此強制工作處分執行中，由同署將之借提執行另案竊盜罪之撤銷假釋殘餘刑，執行期間，自七十五年八月廿七日至七十六年七月廿九日計十一月又三日，亦有該署檢察官75執保更字第一×××號執行指揮書可稽（請參閱台北地檢處七十五年度執更字第一×××號執行卷內資料），此部分之日數，依法不算入執行強制工作之期間內。但台灣澎湖監獄計算被告執行強制工作之期間時，漏未扣除上開借提執行之期間，實際上其執行強制工作僅二年四月又廿九日，不合保女處分單進處遇規程第十七條第二項第一款「執行滿三年」之規定，竟誤為已滿三年，乃於七十八年九月二日，以澎監壁聲字第二九八五號函請台灣台北地方法院檢察署聲請法院裁定停止其處分之執行，該署檢察官未加注意，即提出聲請，原法院亦未深究，遽行裁定停止強制工作處分之執行，停止期間並付保護管束。依昭前開說明，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、附 錄

最高法院刑事判決

八十年度台非字第一二號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

右上訴人因被告竊盜案件，對於台灣台北地方法院中華民國七十八年九月廿六日第二審判決停止保安處分執行之確定裁定，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原裁定關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按依戡亂時期竊盜犯贓物犯保安處分條例宣告強制工作處分人，依保安處分累進處遇規程第十七條第二項第一款裁定停止其處分之執行，除須其執行已晉入累進處遇第二等及最近

三個月內每月得分二十二分以上外，尚須執行期間滿三年始得爲之。又此停止強制工作處分裁定，爲實體裁定，其效力與確定判決同，自得對之提起非常上訴。本件被告即受處分人某甲因竊盜罪，經台灣高等法院七十四年度上訴字第三×××號案件七十五年一月三十日判決，處有期徒刑四年，並於刑之執行前令入勞動場所強制工作確定，關於強制工作部分，台灣台北地方法院檢察處檢察官以七十五年執保字第三××號及七十七年執更字第八×××號案件指揮執行，其起算日期爲七十五年四月十六日。在執行中，受處分人因另竊盜案件撤銷假釋，由同處檢察官以七十五年執更字第一×××號案件於七十五年八月廿七日借提執行，刑期至七十六年七月廿九日計十一個月又三日，有各該案卷附判決、執行指揮書記載可稽。上開借提執行刑期，非本件強制工作處分之執行，自不得算入受處分人強制工作執行期內。扣除後，其執行至七十八年九月二日尚不滿三年，按照首揭說明，不合停止處分執行之條件。乃檢察官以受處分人執行至該日已滿三年並備其他條件爲由聲請停止受處分人強制工作處分之執行，原裁定予以核准，自屬違背法令。案經確定，但尚非不利於受處分人。上訴意旨，執以指摘，洵有理由，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，判決如王又。

【第捌拾壹案】

一、關係條文

台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款。
 司法院大法官會議釋字 第二三九號解釋。
 懲治走私條例 第二條第一項。

二、非常上訴理由

按中華民國四十二年七月七日公布施行之台灣省內菸酒專賣暫行條例，係以當時包括高雄市在內之台灣省所屬各縣市為施行區域，業經司法院大法官會議以釋字第二三九號解釋在案。第一審法院判決既認定被告四人係「在台灣省宜蘭縣南澳東方約二十海里之海面，基於營利之共同犯意，以漁船上之漁獲換取大陸船上未貼專賣憑證，完稅價格逾公告數額之洋菸，由某乙等三人搬運上船，於同日下午八時許，船駛至蘭陽溪口外海約一點五海里處被查

獲。』，則其基於營利之犯意買入該批洋菸，顯係在首開解釋所謂之『台灣省所屬各縣市區域』外之公海上，應無台灣省內菸酒專賣暫行條例之適用。該判決竟適用該條例第三十七條第五款，論以販賣未貼專賣憑證之菸類罪，與走私罪從一重處斷，並依該條例第四十條第一款、第四款論知沒收該批洋菸及其商標包裝紙，其法則之適用，即屬不當。原判決未予糾正而為駁回上訴之判決，同屬違法。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附 錄

最高法院刑事判決

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

八十二年度台非字第三八一號

被告 某甲

某乙

某丙

某丁

右上诉人以被告等走私案件，對於台灣高等法院中華民國八十一年二月二十五日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決及第一審判決均撤銷。

某甲、某乙、某丙、某丁共同私運管制物品進口，逾公告數額，某甲處有期徒刑壹年貳月，某乙、某丙、某丁各處有期徒刑壹年。某丙、某丁均緩刑叁年。
查扣附表所示之洋菸陸萬陸仟捌佰肆拾包及收。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按中華民國四十二年七月七日公布施行之台灣省內菸酒專賣暫行條例，係以當時包括高雄市在內之台灣省所屬各縣市為施行區域，業經司法院大法官會議解釋字第二三九號解釋在案。換言之，如在台灣省所屬各縣市轄區（含現在之台北市、高雄市）外，縱有違反該條例之行爲，亦無適用該條例之餘地。本件第一審法院判決既認定被告某甲、某乙、某丙、某丁四人於民國八十年八月五日乘×××六號漁船出海捕魚，於同日下午二時許，抵達南萬奧東方約二十海里之海面，遇有大陸漁船前來搭訕，被告等四人乃基於營利之共同犯意，由某甲與

大陸船人員談妥以×××六號船上之魚獲，換取大陸船如附表所示之未貼專賣憑證，完稅價格逾新台幣十萬元之公告管制數額之洋菸，而由某乙、某丙、某丁三人搬該洋菸上船，同日（八月五日）下午八時許，被告等因恐遭查獲，乃將漁船駛往宜蘭縣蘭陽溪口外海約一、五海里處，臨時找一舢板欲接駁上岸，適為保安警察緝私艇發覺，舢板乘隙逃逸而僅查獲×××六號及未貼專賣憑證之洋菸（如附表）等情。依此事實，則渠等基於營利之犯意販入該批洋菸，顯係在上開解釋意旨所謂「台灣省所屬各縣市區域」外之海域上，應無台灣省內菸酒專賣暫行條例之適用，第一審判決竟適用台灣省內菸酒專賣暫行條例第三十七條第五款，論以販賣未貼專賣憑證之菸類罪，與私運管制物品進口逾公告數額罪從一重處斷，論以被告等共同私運管制物品進口，逾公告數額，某甲處有期徒刑壹年貳月，某乙、某丙、某丁各處有期徒刑壹年。扣案之如附表所示之洋菸陸萬陸仟捌佰肆拾包及其商標包裝紙均沒收。其法則之適用，即屬不當，原判決未予糾正，而為駁回被告等在第二審之上訴，同時諭知某丙、某丁均緩刑叁年。亦屬違背法令。案經確定，且於被告等不利，非常上訴執以指摘，尙有理由，應由本院將原判決及第一審判決均撤銷改判，以資糾正，而符法令。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，修正前懲治走私條例第二條

第一項、第十一條，刑法第二十八條、第三十八條第一項第二款，罰金罰鍰提高標準條例第一條前段，判決如王又。

中 華 民 國 八 十 二 年 十 一 月 十 八 日

【第捌拾貳案】

一、關係條文

台灣省內菸酒專賣暫行條例 第四十二條、第三十七條第五款。

二、非常上訴理由

按台灣省內菸酒專賣暫行條例第四十二條規定「本條例規定之罰全罰鍰以新台幣爲單位」，又本條例第三十六條、第三十七條之罰全數額依罰金罰鍰提高標準條例第三條，行政院七十二年八月二十七日（一）台七十二規字第一五八二一號令均提高爲五倍，被告某甲販賣未貼專賣憑證之菸酒類，爲南投縣警察局草屯分局於八十年二月十三日當場查獲，原判決認被告犯台灣省內菸酒專賣暫行條例第三十七條第五款之罪，處拘役五十日，併科罰金二萬五千元，就併科之罰金，未於判決主文又書明爲新台幣，竟以銀元科罰，又引用罰全罰鍰提高標準條例第一條前段將應處罰金就其原定數額提高二至十倍，均有適用法則不當之違背法令情形

，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救濟。

三、附 錄

最高法院刑事判決

八十年度台非字第二二四號

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台灣省內菸酒專賣暫行條例案件，對於台灣台中地方法院中華民國八十年四月三十日第一審確定簡易判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原簡易判決撤銷。

某甲連續販賣未貼專賣憑證之菸酒類處拘役伍拾日併科罰全新台幣貳萬伍仟元。拘役如易科罰全以銀元叁拾元（折合新台幣玖拾元）折算壹日，罰全（新台幣）如易服勞役以罰全總額與陸個月之日數比例折算。

附表所示之物沒收。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按依台灣省內菸酒專賣暫行條例所科處之罰金罰鍰以新台幣爲單位，爲該條例第四十二條所明定，則凡因違反該條例之案件而處罰金者應依新台幣爲科罰標準，無再適用普通規定以銀元單位之餘地，本件被告某甲因販賣未貼專賣憑證之菸酒類，原簡易判決依上開條例第三十七條第五款論科罪刑，罰金部分乃不依其特別規定以新台幣爲單位，而竟處以罰金銀元貳萬五千元，揆諸上開說明，其適用法律顯有違誤，因而其逕行基此爲易服勞役之折算標準亦非合法，非常上訴意旨執以指摘非無理由，且原簡易判決，對被告不利，並因其論罪雖無不合，但處刑既有違誤，依審判上罪刑不可分之原則，自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，台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、四、五款、第四十二條，刑法第十一條前段、第五十六條、第四十一條、第四十二條第三項，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，判決如王文。

中
華
民
國
八
十
年
六
月
二
十
八
日

三
三
〇

【第捌拾叁案】

一、關係條文

罰金罰鍰提高標準條例 第五條前段、第一條前段。
商鞏登記法 第三十二條第二項。

二、非常上訴理由

原判決確認被告某甲未經辦理商業登記，而於台北市××區××路×××號開設××遊樂場營業，民國七十九年一月二十日為台北市政府警察局寧夏分局查獲，經王管商業登記之台北市政府建設局於同年二月十二日函知停業，並處罰鍰五千元，被告拒不遵令停業。嗣於同年三月八日又為警查獲。台北市政府建設局於同月二十二日再函知應即停業，並處罰鍰七千元，被告仍拒不停業，復於七十九年四月二十日為警查獲。經原審依商業登記法第三十二條第二項，戡亂時期罰金罰鍰提高標準條例第一條前段、第二條第一項判處處罪刑確定。查商

業登記法第三十二條第二項之罪，係於七十八年十月二十三日修正時新增並公布施行，依七十二年六月二十四日修正公布之戡亂時期罰金罰鍰提高標準條例第五條之規定，不適用同條例第一條所定提高倍數之規定，原判決竟予適用，顯有判決適用法則不當之違法，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、附 錄

最高法院刑事判決

八十年度台非字第二一四號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

右上訴人因被告違反商業登記法案件，對於台灣高等法院中華民國八十年三月廿一日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於罪刑部分撤銷。

某甲行為人違反商業非經王管機關登記，並發給登記證後，不得開業之規定，經王管機關依

商業登記法第卅二條第一項再處罰鍰，仍拒不停業，處有期徒刑叁月，減為有期徒刑壹月壹拾伍日，併科罰金壹萬伍仟元，減為柒仟伍佰元，有期徒刑如易科罰金，以叁拾元折算壹日。罰金如易服勞役，以罰金總額與陸個月之日數比例折算。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院查商業登記法第卅二條第二項拒不停業罪，係於七十八年十月廿三日該法修正時所新增並公布施行，係七十二年六月廿四日修正公布之戡亂時期罰金罰鍰提高標準條例（現改稱為罰金罰鍰提高標準條例）第五條前段「第一條所定得提高倍數之規定，於本條例修正後制定之法律不適用之」之規定，就應科罰金之法定刑，自不得適用上開條例所定倍數之提高，原判決竟予適用該條例第一條前段，則顯有違誤，且於被告不利，案經確定，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決關於罪刑部分撤銷，審酌情狀再依被告之犯罪時間在七十九年十月卅一日之前合於中華民國八十年罪犯減刑條例第四條第二項應減刑二分之一之規定，改處如王又第二項所示之宣告刑及減得之刑，並均諭知易刑之折算標準，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，商業登記法第卅二條第二項，刑法第十一條前段、第四十一條、第四十二條第三項，罰金罰鍰提高標準條例第二條第一

項，中華民國八十年罪犯減刑條例第二條第一項第二款（乙類）第三目、第四條第二項，判決如王又。

中 華 民 國 八 十 年 六 月 二十七日

【第捌拾肆案】

一、關係條文

森林法 第四十九條第二項第五項（修正前）、第五十一條第一項（修正後）。
刑法 第二條第一項但書、第三百二十條第二項。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令。又行為後法律有變更者，適用裁判時之法律。但裁判前之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律。刑事訴訟法第三百七十八條，刑法第二條第一項，分別定有明文。原判決既認定被告某甲係於七十四年二月十二日向台中縣示範林場承租該林場所管理之台中縣太平鄉頭丁坑段一九七—四五〇地號內部分林地，竟擅自墾植毗鄰之同段一九七—六四六、一九七—六四七地號如原確定判決附圖F所示〇・一二二〇公頃，G所示〇・一四八八公頃林地，以種植雜作、香蕉等物，犯森林法上

之擅自墾植罪，予以論罪科刑。查該罪係刑法第三百二十條第二項竊佔罪之特別規定（見七十年台上字第四九一號判例），性質上屬於即成犯。依被告犯罪時有效之森林法第四十九條第二項規定，其刑度爲六月以上五年以下有期徒刑，得併科五千元以下罰金。依戡亂時期罰金罰鍰提高標準條例及有關規定，其罰金提高五倍，該法於被告犯罪成工後之七十四年十二月十三日修正公布施行，擅自墾植罪改列爲第五十一條第一項，其刑度爲六月以上五年以下有期徒刑，得併科三萬元以下罰金。雖不再適用戡亂時期罰金罰鍰提高標準條例關於提高罰金倍數之規定，仍不利於被告，依前揭刑法第二條第一項但書規定，應適用有利於被告之行為時之法律，原判決竟適用修正後之森林法第五十一條第一項並適用戡亂時期罰金罰鍰提高標準條例第一條前段，其法則之適用，即屬不當。又依被告犯罪成工時之森林法第四十九條第五項（修正後爲第五十一條第四項）規定，犯該條之罪者，其墾植物及工作物沒收之。該項沒收之規定，係必須沒收。法院無自由裁量之權。原判決既認定被告係擅自於他人森林內墾植雜作、香蕉等物，而予論罪科刑，乃竟不適用該沒收之規定，將其墾植物雜作、香蕉等物諭知予以沒收。即屬判決不適用法律。案經確定，且於被告各有利與不利。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，並予糾正。

三、附 錄

最高法院刑事判決

八十年度台非字第五四〇號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

右上訴人因被告違反森林法案件，對於台灣高等法院台中分院中華民國八十年三月十三日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於某甲罪刑部分撤銷。

某甲於他人森林內，擅自墾植，處有有期徒刑捌月，減為有期徒刑肆月，再減為有期徒刑貳月，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，為違背法令。又行為後法律有變更者，適用裁判時之

法律，但裁判前之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律，刑事訴訟法第三百七十八條，刑法第二條第一項，分別定有明文。又森林法第五十一條第一項之於他人森林內擅自墾植罪，為刑法第三百二十條第二項竊佔罪之特別規定，性質上屬於即成犯。原判決既認定被告某甲係於民國七十四年二月十二日於他人森林內即台中縣太平鄉頭丁坑段一九七一六四六、一九七一六四七地號如原確定判決附圖F所示○・一二二〇公頃，G所示○・一四八八公頃林地，擅自墾植，以種植雜作、香蕉等物，犯森林法上之於他人森林內擅自墾植罪，予以論處罪刑。依被告行為時之森林法第四十九條第二項規定，其法定刑為六月以上五年以下有期徒刑，得併科五千元以下罰金。罰金部分，依戡亂時期罰金罰鍰提高標準條例及有關規定，提高為五倍。嗣森林法於被告行為後之七十四年十二月十三日修正公布施行，於他人森林內擅自墾植罪改列於第五十一條第一項，其法定刑為六月以上五年以下有期徒刑，得併科三萬元以下罰金，雖不再適用戡亂時期罰金罰鍰提高標準條例關於提高罰金倍數之規定，依刑法第二條第一項但書規定，應適用較有利於被告之行為時法即修正前森林法第四十九條第二項規定論處。乃原判決竟適用森林法第五十一條第一項，戡亂時期罰金罰鍰提高標準條例第一條前段及其他相關法條，處被告有期徒刑捌月，減為有期徒刑四月，再減為有期徒刑

貳月，緩刑貳年，即有適用法則不當之違誤。又依被告行為時之森林法第四十九條第五項規定，犯該條之罪者，其墾植物沒收之。該項沒收之規定，係必須沒收，法院無自由裁量之權。原判決既認被告係犯於他人森林內擅自墾植罪，予以論罪科刑，竟不適用該沒收之規定，將其墾植物諭知沒收，亦有違誤。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由。應由本院將被告罪刑部分撤銷，另行判決，以資糾正。關於沒收部分，因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但書，修正前森林法第四十九條第二項，刑法第十一條前段、第二條第一項但書、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(三)、第四條第二項，中華民國八十年罪犯減刑條例第二條第一款第二項第二款乙類(三)、第四條第二項，判決如王又。

中華民國八十年十二月十九日

【第捌拾伍案】

一、關係條文

森林法 第五十二條第一項第一款、第六款。

二、非常上訴理由

按竊取森林王副產物，而於保安林犯之，或為搬運贓物使用車輛者，處六月以上五年以下有期徒刑，併科贓額二倍以上、五倍以下罰金，森林法第五十二條第一項第一、六款定有明文。本件原判決認定被告某甲意圖為自己不法之所有於民國七十九年十一月二十日下午三時許，在台中縣境大甲林區事業區第六十七林班地保安林內，竊取森林副產物春蘭五公斤，每公斤新台幣三百元，贓額價值新台幣一千五百元，得手後於同年月二十二日上午九時十分許，以四××—六一三二號自用小貨車載運下山，為警當場查獲等情，依此事實，被告使用車輛搬運贓物，又犯森林法第五十二條第一項第一款之規定，原判決僅論以同條項第一款之

罪，已有違誤，且其贓額祇值新台幣一千五百元，而依首開森林法第五十二條第一項第一、六款規定，併科贓額二倍以上、五倍以下罰金，就本件而言，僅能科以銀元一千元以上、二千五百元以下之罰金，原判決竟宣告併科罰金六千元，顯屬違背法令，該部分對於被告不利，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，以資糾正。

三、附 錄

最高法院刑事判決

八十年度台非字第五三七號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

右上訴人因被告違反森林法案件，對以台灣台中地方法院中華民國八十年四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

王 又

原判決關於王又暨法律適用之違背法令部分撤銷。

某甲於保安林內竊取森林副產物、內搬運贓物使用車輛，處有期徒刑捌月，併科罰金貳仟元

，罰金如易服勞役以叁拾元折算壹日（緩刑叁年）。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院查竊取森林副產物而於保安林內犯之、為搬運贓物使用車輛者，處六月以上五年以下有期徒刑、併科贓額二倍以上五倍以下罰金，為森林法第五十二條第一項第一、六款所明定。本件原判決既認被告某甲於民國七十九年十一月二十日下午三時許，在大甲林區事業區第六十七林班地保安林內，竊取森林副產物春蘭計五公斤，每公斤新台幣（下同）三百元，贓額價值一千五百元，得手後，以自用小貨車載運下山，為警查獲等情，乃僅論其於保安林內竊取森林副產物之罪，而漏未將「為搬運贓物使用車輛」予以論知及為法律之適用，且陰處以有期徒刑八月外，另竟併科罰金銀元六千元，即新台幣一萬八千元，為贓額價值之十二倍（同時宣告緩刑三年），均屬違法，案經確定，且不利於被告。非常上訴意旨，執以指摘，尚有理由，應由本院將原判決關於王又暨法律適用之違背法令部分撤銷，另為判決，而予併科贓額四倍（新台幣六千元、即銀元二千元）之罰金，同時諭知罰金易服勞役折算標準，餘如王又所示，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，森林法第五十二條第一項第

一、六款，刑去第十一條前段、第四十二條第二項、第七十四條第一款，戡亂時期罰金罰鍰提高標準條例第二條第一項，判決如王文。

中 華 民 國 八 十 年 十 二 月 十 三 日

【第捌拾陸案】

一、關係條文

漁業法 第六十條第一項、第一條、第六條。
刑事訴訟法 第三百零一條第一項、第三百七十九條第十款。

二、非常上訴理由

按審理事實之法院，對於案內一切證據，凡與待證事項有關者，均應依職權評為調查，然後基於調查所得之心證，以為判斷事實之基礎，如有應行調查之證據未經調查，率予判決，即屬刑事訴訟法第三百七十九條第十款之當然違背法令（參照最高法院三十年上字第三八九號、五十年台上字第三號、六四年台上字第二九六二號等判例），而漁業法第六十條第一項之處罰，依同法第一條、第六條之規定，係為保護公用水面或與公用水面連成一體之非公用水面之水產資源而設（參前司法行政部台六四刑（二）函字第一六〇八號函，司法院七十

三年七月七日（七十三）廳刑一字第六〇三號函），故若在非公用水面或非與公用水面連成一體之非公用水面，以電氣採捕魚類，即無該條項之適用。本件被告某甲未經王管機關許可，於民國八十年五月三十日晚九時許，在豐原市朴子里朴子火車站前水溝處，以電瓶乙組、電竿乙支及魚網乙個，採捕水溝內之魚、蝦一台斤半，經警當場查獲，為原判決認定之事實，核該水溝是否為公用水面或與公用水面連成一體之非公用水面，與被告犯罪之應否成工，至關重要，自應詳為調查，以為法律之適用。乃原審未予調查，竟行判決，自有應於審判期日應行調查之證據未予調查之違法。且不能證明被告犯罪者，應諭知無罪之判決，刑事訴訟法第三百零一條第一項定有明文，就上開原判決敘載之事實，並未認定該水溝與公用水面連成一體，則被告之行爲，與漁業法上之規定有間，而竟予論罪科刑，亦有判決適用法則不當之違法。案經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、附 錄

最高法院刑事判決

八十年度台非字第五一二號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告違反漁業法案件，對於台灣台中地方法院中華民國八十年七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

王 又

原判決撤銷。

某甲無罪。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按漁業法第六十條第一項之處罰，係同法第一條、第六條之規定，係為保護公共水域或與公共水域相連之非公共水域之水產資源而設，故若在非公共水域或非與公共水域相連之非公共水域，以電氣採捕水產動植物，無該條項之適用，本件被告某甲未經王管機關許可，於民國八十年五月三十日晚九時許，在豐原市朴子里朴子火車站前水溝處，以電瓶乙組、電竿乙支及魚網乙個，採捕水溝內之魚、蝦一台斤半，經警當場查獲，而該水溝是否為公共水域或與公共水域相連之非公共水域，原審未予調查，且未能證明該水溝為公共水域或與公共水

域相連之非公共水域，其犯罪應屬不能證明，乃原判決竟爲科刑之判決，自有判決適用法則不當之違法。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由，應由本院將原判決予以撤銷，改判無罪，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，判決如王又。

中 華 民 國 八 十 年 十 一 月 二 十 八 日

【第捌拾柒案】

一、關係條文

著作權法 第二十八條第三項、第三十九條第一項前段（七十九年一月二十四日修正公布）。
刑法 第二條第一項。

二、非常上訴理由

按行爲後之法律有變更者，適用裁判時之法律，刑法第二條第一項前段定有明文。查著作權法已於七十九年一月廿四日修正，其第二十八條新增第三項爲「已取得合法著作複製物之所有權者，得出借出租或出售該複製物。從而依新法已取得合法著作複製物之所有權者，出租該複製物，應不構成著作權之侵害，不能再科以著作權法第三十九條之罪責。本件原判決認定被告某甲購入後出租之龍祥影業有限公司、學者有限公司及三工公司於七十八年四月六日爲警查獲之錄影帶，係正版錄影帶，所謂正版應屬真品，亦即原著作之複製物，被告購

入願已取得該合法複製物之所有權，其購入後出租，依裁判時法自不構成著作權之侵害，台灣高雄地方法院於七十九年六月四日判決時，以被告行為後法律變更已不處罰其行為，予以無罪之諭知，尚無不合。原審據檢察官之上訴，亦認依著作權法第二十八條新增第三項規定，出租已取得所有權之合法著作複製物，並不侵犯著作權，惟謂此項規定乃事實之變更，而非刑罰法律之變更，被告行為時在該法修正之前，尚無刑法第二條第一項之適用，自不影響其當時已完成之法律行為，仍應依著作權法處罰云云。第按犯罪構成事實與犯罪構成要件不同，前者係事實問題，後者係法律問題，所謂事實變更，乃行政上依據法律授權，適應當時情形所為之犯罪構成事實變更，如行政院依懲治走私條例第二條關於管制物品種類及數額雖時有變更，而以私運管制物品進口出口為犯罪之構成要件則同，所謂法律變更，乃工法上依法律規定，循法定程序所為之刑罰法律變更（參照最高法院51台上一五九號、51台非五一號判例及76、6、2刑事庭會議決議、中央法規標準法第一條、第二條、第四條）。查著作權法第二十八條第三項係經立法院通過，總統七十九年一月二十四日修正公布之法律，其規定已取得合法著作複製物之所有權者，得出借出租或出售該複製物，自係犯罪構成要件之變更，而為法律變更，原判決認屬事實變更，無刑法第二條第一項之適用，將第一審所為被告無罪之判決撤銷，改為科刑之諭知，不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，以資糾正。

三、附 錄

最高法院刑事判決

八十年度台非字第四九四號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

右上訴人因被告違反著作權法案件，對於台灣高等法院高雄分院中華民國八十年一月三日第二審確定判決認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於罪刑部分撤銷。

某甲無罪。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按行爲可罰性之是否存在？國家對於行爲犯罪性之評價是否變更？應自實質上予以觀察

。本件有如前述，被告於民國七十八年四月間所出租之錄影帶，既係「正版」之物，而七十九年一月廿四日修正公布施行之著作權法第二十八條第三項復規定「已取得合法著作複製物之所有權者，得出借、出租或出售該複製物」，則其顯係對於「合法著作複製物」（就本案言，即所謂正版錄影帶）取得所有權者，所為出租行為應賦予如何評價之增訂，亦即修正該法條第一項第五款所規定之「出租他人之著作」之概念上內涵，而認其此一出租行為不構成著作權之侵害。故實際上應視為國家已不認該正版錄影帶之出租行為具備反社會性與犯罪性，因而縮小著作權法第三十九條第一項前段「以仿製以外之方法侵害他人之著作權」此一構成要件之範圍，並予變更其強制規範之概念，亦即對於前述出租行為可罰性之價值判斷（構成要件及處罰與否之價值）有所變更，自不能謂無刑法第二條第一項上段所規定之「行為後法律有變更者，適用裁判時之法律」之適用，而應認其行為不罰，諭知無罪之判決。乃原判決竟以此一修正規定屬於事實之變更，非刑罰法律之變更，不影響及被告當時已完成之犯罪行為，仍應依著作權法處罰，而撤銷第一審諭知被告無罪之判決，改判諭知被告以出租方法侵害他人之著作權（即以仿製以外之方法侵害他人之著作權）之罪刑，其於法則之適用，殊有違誤，非常上訴意旨予以指摘，向有理由，應由本院將原判決關於罪刑部分撤銷，另為無

罪之諭知，以貪糾正。

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，判決如王又。

中 華 民 國 八 十 年 十 一 月 八 日

【第捌拾捌案】

一、關係條文

著作權法 第三十八條第一項前段。

刑法 第二百十六條、第二百十條、第五十五條。

二、非常上訴理由

一按重製或翻製他人有著作權之錄影帶，如係翻印其著作之內容，固係單純侵害他人著作權，若竟連同著作或錄影帶所載發行人、製作人、著作人等一併加以重製、翻印出售、出租圖利，則除觸犯著作權法第三十八條第一項前段之侵害他人著作權之犯罪外，又已構成刑法第二百十六條行使第二百十條偽造私文書之罪名，應依同法第五十五條從一重之行使偽造私文書罪處斷，最高法院四十九年台非字第二四號判例意旨甚明。二、本件被告某甲於七十九年十二月間及八十年三月間，對於享有著作權之『滾滾紅塵』『愛在他鄉的季節』『飛鷹計

劃』『賭俠』（原判決誤爲賭王）等錄影帶（錄影著作），分別重製及陳列出租供不特定顧客觀賞，被告於重製『滾滾紅塵』『愛在他鄉的季節』及『賭俠』三卷錄影帶時，已將該錄影帶之發行公司製作公司或出品人等一併加以重製，吟被告於台灣高等法院審理中（被告原提出上訴，經台灣高等法院以八十年度上易字第五×××號審理，審理中被告撤回上訴而告確定）已詳爲供述。『（竹這些錄影帶其內容有無片頭片尾？）有』（見上開五×××案八十一年四月八日審判筆錄）外，並經原檢察官勘驗屬實，製有勘驗筆錄附卷可稽，揆諸首開說明，被告重製出租之行爲，應係另犯刑法第二百十六條、第二百十條之行使偽造私文書罪，並應依該罪名科處，原判決僅依著作權法論處罪刑，顯有適用法則不當之違背法令，且案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附 錄

最高法院刑事判決

八十一年度台非字第三一一號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

右上诉人因被告違反著作權法案件，對於台灣新竹地方法院中華民國八十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

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按重製或翻製他人有著作權之錄影帶，如係翻印其著作之內容，固係單純侵占他人著作權，若竟連同著作或錄影帶所載發行人、製作人、著作人等一併加以重製、翻印出售、出租圖利者，則吟觸犯著作權法第卅八條第一項前段之罪外，又已構成刑法第二百十六條、第二百十條之行使偽造私文書罪，應依同法第五十五條從一重之行使偽造私文書罪處斷，本件被告某甲於民國七十九年十二月間及八十年三間，對享有著作權之「滾滾紅塵」等錄影帶，分別重製及陳列出租供不特定顧客觀賞，於重製時已將錄影帶之發行公司製作公司出品人等一併加以重製，應係另犯行使偽造私文書罪，並依刑法第五十五條從一重之該罪名論科，原判決僅依著作權法論處罪刑，顯屬適用法則不當之違背法令，案經確定，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，惟原判決尚非不利於被告，應由本院將原判決關於違背法令部分撤銷，以資

糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中華民國八十年八月二十七日

【第捌拾玖案】

一、關係條文

商 標 法 第六十二條之二。

刑 法 第二百五十三條。

刑事訴訟法 第三百七十八條、第三百七十九條第十四款。

二、非常上訴理由

按偽造指無製造之權，不法摹擬製造之謂。本件原判決事實內，認定同案被告某乙係××精密工業股份有限公司（下稱××公司）負責人，明知「恩比豪Zig-I」商標及圖樣，係由佳技企業有限公司向經濟部中央標準局註冊之商品，專用期間自民國七十二年十一月一日至八十二年十月三十一日，並於七十五年八月十八日，經核准移轉註冊於邁騰股份有限公司（下稱邁騰公司）。因邁騰公司於七十五年十二月底，合由××公司製造磁碟機底盤，邁騰公

司並將其出賣製造上有「P」商標圖樣之模具，交予××公司保管。詎某乙於七十七年八月間，將其生產為邁騰公司退回或取消訂單，其上有「P」商標圖樣之磁碟機底盤一千零五十六只，整修後以每只新台幣（下同）一百元之價格，賣與被告某甲。某甲明知上開磁碟機底盤上有一「P」經註冊之商標圖樣，竟意圖欺騙他人，販入後交由不知情之某丙加工組合磁碟機，欲販賣他人，尚未全部組合完成，為警查獲等情。依此事實，前開查獲一千零五十六只磁碟機底盤上之「P」商標圖樣，係經註冊有商標專用權之邁騰公司將該上有「P」商標圖樣之模具，交予××公司負責人即同案被告某乙，為邁騰公司所製造生產磁碟機底盤上之商標圖樣，並非被告某甲偽造，至臻明確。嗣邁騰公司將該為其製造生產具有上開「P」商標圖樣之磁碟機底盤一千零五十六只退回或取消訂單，無論同案被告某乙有無將之出賣之權利，以及是否為某甲所明知，被告某甲於買入後，託人加工組合磁碟機，因該有「P」註冊商標圖樣之磁碟機底盤，既有有商標專用權之邁騰公司授權下製造生產，並非被告某甲所偽造，有如前述，自與刑法第二百五十三條偽造商標罪之構成要件不合，尚難律以該罪刑責。原判決未加深究，遽依刑法第二百五十三條偽造商標罪處斷，尚難謂無判決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、附 錄

最高法院刑事判決

八十年度台非字四八號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

右上訴人因被告妨害農工商（違反商標法）案件，對於台灣高等法院中華民國七十九年十月二十三日第二審確定判決，認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於某甲罪刑部分撤銷。

某甲明知為同一商品，使用相同於他人註冊商標之圖樣商品而販賣，處拘役肆拾日，如易科罰金，以叁拾元折算壹日，扣案之磁碟機底盤壹仟零伍拾陸只沒收。

理 由

非常上訴理由（見前二）

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

又，科刑之判決書其宣示之王又，與所載之事實及理由必須互相適合，否則即屬理由矛盾，按諸刑事訴訟法第三百七十九條第十四款後段規定當然為違背法令。而明知為同一商品，使用相同於他人註冊商標之圖樣商品而販賣者，商標法第六十二條之二定有處罰規定，且所稱販賣，以行為人明知為此類商品，具有營利之目的，將之販入或賣出，有其一即屬成工，並不以販入後復行賣出為構成要件。同時，獲商標專用權人之授權製造該註冊商標圖樣之商品，若其無使用權或將原已製造之商品，擅自更改尺寸、整修，縱未更動商標圖樣，既屬欠缺適法製造（更改），使用權原，仍與不去摹擬製造無異，否則，無由保障商標專用權人權益與交易安全。原判決事實欄認定被告明知某乙將被邁騰公司退回或取消訂單，經其擅自修改尺寸、整修後之一千零五十六只鐳有「MD」商標圖樣之磁碟機底盤，以販售他人營利之目的，以每只一百元價格向某乙販入後，交與不知情之某丙加工組合磁碟機，未及組合完成，即被查獲云云。被告既無偽造「MD」商標圖樣之行為，依前開說明自應成工商標法第六十二條之二之罪。乃原判決竟論以刑法第二百五十三條之偽造商標罪刑，致王又宣示與事實及理由記載，不相適合，難謂非判決理由矛盾與適用法則不當之違誤。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由。爰將原判決關於被告罪刑部分撤銷改判，酌情處

被告如王又所示之刑，暨諭知拘役易科罰金之折算標準，扣案之一千零五十六只磁碟機底盤一併宣告沒收，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百七條第一項第一款但書，商標法第六十二條之二、第六十二條之三，刑法第十一條前段、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，判決如王又。

中 華 民 國 八 十 年 二 月 二 十 八 日

【第二十拾案】

一、關係條文

稅捐稽徵法 第四十一條。

刑法 第二百十六條、第二百十五條。

二、非常上訴理由

一、台灣台北地方法院士林分院八十年度訴字第九××號刑事判決，所認定之犯罪事實，係被告某甲於民國七十五年間，承包××工程有限公司之工程，為納稅義務人，明知卓某並未受其僱用為工人參與工作，竟持卓某之身分證影本，向××工程有限公司申報卓某領取工程款新台幣十萬八千元之薪資，並明知此不實之事項使該公司不知情之會計，登載於其業務上掌管之七十五年度各類所得扣繳暨免扣繳憑單上，再逕往卓某尸籍所在地之稅捐稽征所列

管，足以生損害於卓某及稅捐機關，被告亦因而以此不正當之方法逃漏其所得稅捐（因該年度某甲未申報所得稅，故無法合併計算其逃漏之正確稅額）。並進而認定被告係犯稅捐稽徵法第四十一條之逃漏稅捐罪，及刑法第二百十六條、第二百十五條之行使業務上登載不實罪，依牽連犯之關係從一重論以不正當方法逃漏稅捐罪，處有期徒刑八月。二、按稅捐稽徵法第四十一條之漏稅罪，係屬作為犯，而非不作为犯，即須以詐術或其他不正當方法之作為，以逃漏稅捐，始克成立，有貴院七十年台上字第六八五六號判例可循。本件原判決既認定被告未申報該年度之所得稅，則被告顯無以不正當方法之作為，應無稅捐稽徵法第四十一條之適用，原判決竟以該條論罪科刑，委有適用法則不當之違法，業經確定，且對被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附 錄

最高法院刑事判決

八十二年度台非字第三九〇號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告偽造文書等罪案件，對於台灣台北地方法院士林分院中華民國八十一年十一月三十日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決撤銷。

某甲行使從事業務之人，明知為不實之事項，而登載於其業務上作成之文書，足以生損害於公眾及他人，處有期徒刑肆月，如易科罰金，以叁拾元折算壹日，減為有期徒刑貳月，如易科罰金，以叁拾元折算壹日，再減為有期徒刑壹月，如易科罰金，以叁拾元折算壹日，緩刑貳年。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按稅捐稽徵法第四十一條之漏稅罪，係屬作為犯，即須以詐術或其他不正當方法之作為，以逃漏稅捐，始克成工。本件原確定判決係認定被告某甲於民國七十五年間承包趙某所開設於台北縣××鄉××路×段×××弄×號二樓××工程有限公司之工程，為納稅義務人，明知卓某並未受其僱用為工人參與工作，竟由友人陳某（已死亡，經檢察官不起訴處分在案）幫助提供卓某身分證影本，交與被告持以向××工程有限公司申報卓某領取工程款新台幣

十萬八千元之薪資，並明知此不實之事項使該公司不知情之從事會計業務之職員，據此登載於其業務上作成之卓某七十五年度各類所得扣繳暨免扣繳憑單，再延在卓某尸籍所在地之台北市國稅局北投稽徵所列管，足以生損害於卓某及稅捐機關處理稅務之正確性，而被告以此不正當方法逃漏其所得稅稅捐（因該年度某甲未申報所得稅，故無從合併計算其逃漏之正確稅額）等情，並以被告所為，係犯稅捐稽徵法第四十一條之逃漏稅捐罪及刑法第二百十六條、第二百十五條之行使業務登載不實罪。又其係使不知情之從事業務之人登載不實，係間接正犯。使人為登載不實之又書後復將之送交稅捐機關列管，已達行使之程度，登載不實之低度行為應為行使之高度行為所吸收，不另論罪。所犯上開二罪間，有方法結果之牽連關係，應從一重之逃漏稅捐罪處斷。被告犯罪時間，係在七十七年一月三十日及七十九年十月三十一日以前，符合中華民國七十七年罪犯減刑條例，及中華民國八十年罪犯減刑條例之減刑規定，應各減輕其宣告刑二分之一，乃引用稅捐稽徵法第四十一條、刑法第十一條前段、第二百十五條、第二百十六條、第五十五條、第七十四條第一款，中華民國七十七年罪犯減刑條例第二條第二項第一款乙類三、第四條第二項、第六條，中華民國八十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、第八條，罰金罰鍰提高標準條例第一條，論被告納稅義務人以不正當方法逃漏稅捐罪，酌處有期徒刑八月，減為有期徒刑四月，再減為有期徒刑

刑二月，且以被告前未曾受有期徒刑以上刑之宣告，經此教訓，當知警惕，無再犯之虞，爰併宣告緩刑二年。然查被告於七十五年度並未申報所得稅，有財政部台北市國稅局大同稽徵所81、8、14財北國稅大同資字第九二二〇號函附卷可稽（見訴字第九××號卷第五十八頁），復爲原判決事實所認定，其既未申報該年度之所得稅，依照首揭說明，自無逃漏稅捐罪可言，原審竟仍與被告另犯行使業務登載不實罪，依牽連犯之規定，從一重論處被告納稅義務人以不正當方法逃漏稅捐罪刑，自屬違法。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨，執以指摘，尙有理由，應由本院將原判決撤銷，改判論處被告行使從事業務之人，明知爲不實之事項，而登載於其業務上作成之文書，足以生損害於公眾及他人罪，酌處有期徒刑四月，如易科罰金以三十元折算一日，減爲有期徒刑二月，如易科罰金，以三十元折算一日，再減爲有期徒刑一月，如易科罰金以三十元折算一日，緩刑二年，以資救濟。至於被告被訴逃脫稅捐罪部分，犯罪不能證明，惟此部分與上開論罪科刑部分，具有牽連犯之關係，屬裁判上之一罪，爰不另爲無罪之諭知，合予指明。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，刑法第二百十六條、第二百十五條、第四十一條、第七十四條第一款，中華民國七十七年罪犯減刑條例第二條第一項第二款乙類(三)、第四條第二項、第六條，中華民國八十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、第八條、罰金罰鍰提高標準條例第一條、第二條第一項（修正前），判決如王又。

中 華 民 國 八 十 二 年 十 一 月 二 十 六 日

【第玖拾壹案】

一、關係條文

證券交易法 第一百五十五條第一項第一款、第十二條、第一百五十一條、第一百五十五條第二項、第一百七十一條。

證券商營業處所買賣有價證券管理辦法 第二條、第四條。

二、非常上訴理由

本件原判決確認被告某甲於民國七十九年四月十八日與某乙訂立借股合約，約定每日進出額度為新台幣八百萬元，並指定在桃園市永全證券股份有限公司開戶，由其營業員某丙負責買賣，同年五月十七日上午，某甲明知並無足夠之資金，且未持有足夠之鴻運基金股單，而與某乙之借股合約又僅為八百萬元，竟基於概括之犯意，連續以電話分三次委由某丙在水全公司買進及賣出鴻運基金股單各十萬股、二十萬股、二十萬股、合計共各五十萬股，買入

三次分別爲二百七十三萬四千零九十五元、五百五十八萬八千二百五十元、五百五十五萬八千三百二十五元，合計一千三百八十萬六千七百七十元。賣出三次分別爲二百六十九萬三千二百五十元、五百五十八萬六千元、五百五十二萬六千一百五十元，合計爲一千三百八十萬五千四百元，致未能於買賣成交後履行交割足以影響市場秩序等情。依證券交易法第一百五十五條第二項、第一項第一款、第一百七十一條，刑法第十一條前段，第五十六條，論處被告某甲連續於證券商營業處所買賣有價證券，業經有人承諾接受而不履行交割，足以影響市場秩序，處有期徒刑六月。按所謂於證券商營業處所買賣有價證券，依財政部證券管理委員會七十一年八月二十三日（七一）台財證（三）第一四二九號令訂定發布之證券商營業處所買賣有價證券管理辦法第二條規定：「本辦法所稱證券商營業處所買賣有價證券，指有價證券不在集中交易市場以競價方式買賣，而在證券商專設櫃檯進行之交易行爲，簡稱櫃檯買賣。」本件買賣之鴻運基金股票，爲公開發行已上市之股票，又係在集中交易市場買賣，其不履行交割義務，自難適用證券交易法第一百五十五條第二項，準用同條第一項第一款，再依第一百七十一條予以論罪科刑。茲以原判決有適用法則不當之違背法令情形，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、附 錄

最高法院刑事判決

八十一年度台非字第六六號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

右上訴人因被告違反證券交易法案件，對於本院中華民國八十年十一月八日確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按證券交易法第十二條、第一百五十一條及證券商營業處所買賣有價證券管理辦法第二條、第四條各規定，對已公開發行之已上市公司之股票與未上市公司之股票，其交易場所，有所區分，前者由證券商為主體向集中交易市場為之，後者由股票持有人在證券商所設之櫃

權買賣。本件被告某甲明知其並無足夠之資金及已上市之馮運基金股票，竟於同一交易日，委託桃園市永全證券股份有限公司職員某丙向台灣證券交易所股份有限公司所設置之集中交易市場，先後三次買進並賣出馮運基金股票，買賣總金額達新台幣二千六百餘萬元，均未能於買賣成交後，完成交割手續，足以影響市場交易秩序，顯見被告並非在證券經紀商即永全公司為櫃檯買賣未上市之公司股票，乃是被告在王觀上具有自己犯罪之意思，而在客觀上則係利用該證券經紀商即永全公司不知情之職員某丙，基於為被告受任人之地位，轉向集中交易市場報價買賣，以遂行被告自己犯罪之目的，被告自屬實際犯罪行為人，依間接正犯之法理，被告行為自應成立證券交易法第一百五十五條第一項第一款之罪，原確定判決誤以被告係在證券公司所設之櫃檯買賣有價證券，準用同法條第二項、第一百七十一條處斷，自有適用法則不當之違法，非常上訴意旨執以指摘，非無理由，顧此違誤，尚非不利於被告，爰由本院將原確定判決關於違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王文。

中華民國二十八年二月六日

【第玖拾貳案】

一、關係條文

醫師法 第二十八條第一項。

刑法 第五十六條。

二、非常上訴理由

按刑法上所謂業務，係以事實上執行業務為標準，即指以反覆同種類之行為為目的之社會的活動而言，執行此項業務，縱令欠缺形式上之條件，但仍無礙於業務之性質，有最高法院四十三年台上字第八二六號判例可稽，原判決認定被告某甲未取得合法醫師資格，擅自執行醫療業務，而論以醫師法第二十八條第一項之罪，依前揭判例意旨及論罪法又構成要件觀之，被告之行為必須是反覆為醫療之行為，始構成醫師法第二十八條第一項之罪，亦即該罪之犯罪型態必須有連續之醫療行為，始足當之。是被告之反覆醫療行為，即不得再論以連續

犯。原判決竟對被告違反醫師法部分論以連續犯，並依法加重其刑四分之一，自屬違背法令。案已確定，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、附 錄

最高法院刑事判決

八十年度台非字第一三二號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被 告 某甲

右上訴人因被告違反醫師法案件，對於台灣高等法院台南分院中華民國八十年二月十三日第二審確定判決，認為一部違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於某甲違反醫師法罪刑部分撤銷。

某甲未取得合法醫師資格，擅自執行醫療業務，累犯，處有期徒刑壹年肆月，減為有期徒刑捌月。

汪射筒壹支、針頭叁佰零壹支均沒收。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決適用法則不當者爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。本件原判決認定被告某甲未取得合法醫師資格，而自民國七十八年底某日起，至七十九年四月初止，連續爲林某、吳某、蔡某、陳某等人針灸多次，擅自執行醫療業務，因而撤銷第一審部分判決，論處被告連續未取得合法醫師資格，擅自執行醫療業務罪刑。惟查醫師法第二十八條第一項所定「執行醫療業務」既係以醫療爲業務。而所謂「業務」係指以繼續之意思，反覆實行同種類的行爲爲目的之社會活動，當然包含多次行爲，本件被告先後爲林某等人針灸，擅自執行醫療業務，自係繼續的爲一個「醫療業務」行爲，應僅構成一罪，而無連續犯之適用。原審撤銷第一審判決改判，竟論被告以連續犯，並予加重其刑四分之一，自有適用法則不當之違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，尚屬正當，應由本院將原判決關於被告違反醫師法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，醫師法第二十八條第一項前段，刑法第十一條前段、第四十七條，罰金罰鍰提高標準條例第一條前段，中華民國八十年

罪犯減刑條例第四條第二項、第二條第一項第二款乙類(三)、第八條，判決如王又。
中華民國十八年五月八日

日

【第玖拾叁案】

一、關係條文

野生動物保育法 第四十一條第一項、第三十二條第四項第一項。

刑法 第三十八條。

刑事訴訟法 第一百四十一條。

二、非常上訴理由

原審判決以被告某甲於太魯閣國家公園區內設置簡式鋼索懸吊陷阱捕獵得保育類野生動物長鬃山羊一隻、山羌二隻（已死亡），旋為警拍賣上開山羊、山羌，得款新台幣（下同）五百元，檢察官起訴併請求以該拍賣所得之款項為犯罪所得之物，請求宣告沒收，而原審則以刑法第三十八條規定所得沒收之物係指原物而言，而野生動物保育法第四十一條第一項規定沒收之物以被告持有或占有之野生動物為限，故拍賣所得之款項即不得諭知沒收。惟按刑

事訴訟法第一百四十一條就得扣押之物先予拍賣，其工法意旨乃爲防止扣押物喪失毀損或因不便保管所爲之權宜措施，自不能影響法院對原扣押物之諭知及收，其對原扣押物諭知及收，正得以補正拍賣之依據，況縱令無法復對原物諭知及收，惟拍賣扣押物所得之價款，係由得及收之扣押物變換而來，仍不失其同一性，自得依該野生動物保育法專科及收之規定諭知及收該變得之價款。原審法院見未及於此，竟就該部分漏未宣告及收，顯係已受請求之事項未予判決，判決理由有違背法令，該案業已確定，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、附 錄

最高法院刑事判決

八十二年度台非字第25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野生動物保育法案件，對於台灣花蓮地方法院中華民國八十一年八月十八日第一審確定判決，認爲部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於未諭知沒收之違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按得沒收之扣押物，有喪失毀損之虞或不便保管者，得拍賣之，保管其價全，爲刑事訴訟法第一百四十一條所明定，因之依此規定拍賣所得之價全，係由得沒收之扣押物變換而來，即以保存扣押物應得之原價代替原物之保存，兩者不失爲同一性，如該扣押物依法應予沒收，因原物已因拍賣而喪失，自非不得沒收其保管之價全。本件原確定判決認定被告某甲在太魯閣國家公園區內，設置簡式鋼索懸吊陷阱捕獵得保育類野生動物長鬃山羊一隻、山羌二隻（已死亡），嗣將上開動物先行肢解，於運送下山途中爲警查獲，並扣取上開肢解之野生動物等情，因而論以野生動物保育法第三十二條第四項、第一項之罪，並以刑法第卅八條所得沒收之物係指原物而言，而野生動物保育法第四十一條第一項規定沒收之物以被告持有或占有之野生動物爲限，則拍賣所得之款項即不得沒收爲由，而未准檢察官之請求將上開野生動物拍賣所得之款項予以宣告沒收，雖非無見。惟查野生動物保育法第四十一條第一項之沒收規定，乃屬必沒收，法院無斟酌之餘地。茲被告因犯同法第卅二條之罪，其持有之野生動

物已經死亡並予肢解，已有發臭毀損之虞，且不易保管其原物，經警依刑事訴訟法第一百四十一條之規定予以拍賣，有扣押物品清單、拍賣切結書及照片在卷可稽。此項拍賣所得之款項，依前開說明，應認與扣押之原物具有同一性，自應依法諭知沒收。乃原審見未及此，未依上開野生動物保育法專科沒收之規定，沒收該拍賣所得之款項，自有不適用法則之違誤。案經確定，非常上訴意旨執以指摘原判決違背法令，洵有理由，惟原判決尚非不利於被告，應由本院將該未諭知沒收之違背法令部分撤銷，以資糾正。又非常上訴審以原判決所確認之事實為基礎，本件確定判決僅於理由欄說明不予沒收上開拍賣所得款項之理由，事實欄則未認定扣押之野生動物已經拍賣得款若干元，本院自屬無從逕行為沒收之諭知，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，判決如左。

中華民國二十二年十二月 日

【第玖拾肆案】

一、關係條文

動員戡亂時期集會遊行法 第三十條。

刑法 第一百四十條第二項。

司法院院字 第一三七一號、第二〇二五號解釋。

二、非常上訴理由

按所謂公共場所或公眾得出入之場所，不以法令所容許者爲限，公署爲公共場所，有司法院院字第一三七一號、院字第二〇二五號解釋可資參照。本件原判決所認定事實爲 某甲爲在台南監獄服刑之某乙朋友，於探監時經某乙告知伊在台南監獄服刑時，監獄管理員曾縱容其他受刑人毆打伊，乃邀集某乙之胞弟某丙及其他不詳姓名已成年之群眾共約四十餘人，共同以某乙在台南監獄服刑時，監獄管理員縱容其他受刑人毆傷某乙爲由，意圖公然侮辱台

南監獄，由不詳姓名之人分別駕駛兩輛宣傳車並備妥侮辱台南監獄之白布條及噴漆，前往台南縣歸仁鄉台南監獄抗議，於民國七十九年六月二十七日上午九時許，某甲、某丙及群眾四十餘人與兩輛宣傳車，先後抵達該監獄行政大樓左前側約一百五十公尺交通管制哨時，為第一道電動鐵門擋住宣傳車無法進入，群眾中即有人以扳手卸下鐵門之門扣推開鐵門，使宣傳車與群眾魚貫進入台南監獄，至行政大樓前，復被第二道鐵門擋住，群眾即將宣傳車停在鐵門（前），當天上午九時十六分許，群眾中有六名不詳姓名之人自宣傳車上拿下三幅各書有「歸仁監獄最黑」「政權無能，獄政腐敗」「抗議歸仁監獄草菅人命」等侮辱台南監獄又字之白布條，並手持該三幅白布條公然在台南監獄行政大樓前停車場行走示眾，後再將白布條綁在台南監獄行政大樓前鐵門及矮牆上，嗣群眾中又有人攜帶噴漆自台南監獄接見處前小門或翻越矮牆邊進入行政大樓前廣場，公然在台南監獄所有附表所列之物品上，以噴漆寫附表所列之文字，侮辱台南監獄，某甲復與某丙及不詳姓名男子先後於當天上午九時三十分、九時五十分、十時零六分、十時零八分、十時十七分分別以停在前述鐵門外宣傳車上之擴音器喊話演說聲援某乙，且公然以與上揭白布條上文字相似之言詞侮辱台南監獄，嗣經台南監獄典獄長指派該監獄之秘書劉某，出面與群眾等人協調，最後台南監獄同意由某乙之妻子入監探視某乙，群眾始於當天上午十一時四十分許陸續散去」等情，核被告行為係聚集不特定

之多數人，備妥侮辱台南監獄之白布條及噴漆分乘兩輛宣傳車，在台南監獄行政大樓前廣場，扛白布條噴寫侮辱台南監獄之又字行走示眾，使用宣傳車上之擴音器喊話演說，以又字、言詞侮辱台南監獄，實係觸犯集會遊行法第三十條之罪嫌，於第二審審理中，經在庭檢察官王張請求應依較重之集會遊行法侮辱公署罪論處，原判決以台南監獄設有交通管制哨即係管制人車之進入，當時鐵門不讓被告之宣傳車進入，是被告等人集會遊行之地點即非公共場所或公眾得出入之場所，僅觸犯刑法第一百四十條第二項之公然侮辱公署罪，依首揭司法院解釋，其法律見解，適用法律難謂允洽，顯有判決適用法則不當之違背法令，案已確定，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、附 錄

最高法院刑事判決

八十一年度台非字第四六號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

右上訴人因被告侮辱公署案件，對於台灣高等法院台南分院中華民國八十年十一月十四日第

二審確定判決，認為一部分違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按所謂公共場所或公眾得出入之場所，不以法令所容許者為限，又公署為公共場所，前經司法院以院字第一三七一號、院字第二〇二五號解釋在案，而所謂公署係指公務員執行職務之機關而言，台灣台南監獄乃公務員依法執行罪犯所處徒刑拘役之機關，自屬公署，揆之司法院前開解釋即為公共場所。本件原判決既認定被告某甲與群眾及兩輛宣傳車抵達台南監獄行政大樓左前側約一百五十公尺交通管制哨時，雖為第一道鐵門擋住宣傳車無法進入，但有人以扳手卸下開關，推開鐵門，使宣傳車與群眾進入行政大樓前廣場，並在該處集會持白布條遊行，以文字及圖說侮辱台南監獄，行政大樓前廣場自為台南監獄之一部分，則被告即係在公共場所集會遊行時以文字圖說侮辱公署，應已觸犯動員戡亂時期集會遊行法第三十條之公然侮辱公署罪，迺原判決竟以台南監獄設有交通管制哨，管制人車之進入，認該行政大

樓前廣場並非公共場所或公眾得出入之場所，被告之行爲應僅觸犯刑法第一百四十條第二項之公然侮辱公署罪，其法律見解自有未合，而有判決不適用法則之違背法令，案經確定，非常之訴執以指摘，尙有理由，惟原判決此部分尚非不利於被告，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，判決如左。

中華民國八十二年二月二十一日

【第三拾伍案】

一、關係條文

戡亂時期肅清煙毒條例 第九條第五項第一項、第十二條。
刑法 第四十七條、第五十六條。

二、非常上訴理由

按戡亂時期肅清煙毒條例第九條第五項規定「犯第一項或第二項之罪，依本條第三項或第四條規定勒戒斷癮後再犯者，加重本刑至三分之二，三犯者處死刑。」此乃就煙毒犯加重處罰之特別規定，凡勒戒斷癮後再犯者，無論其所犯是否有期徒刑執行後五年以內，均應予以加重，自己包括累犯應予加重之意旨在內，故無再適用一般刑法累犯規定之餘地（貴院七十六年度台非字第一九一號判決參照）。本件被告某甲曾於民國六十五年犯販賣及施打毒品罪，經台灣高等法院判處罪刑並定其應執行刑為有期徒刑十五年，該案偵查中，經送台

北市煙毒勒戒所勒戒斷癮，至六十五年十二月十三日勒戒斷癮完畢，復於七十三年間犯毒品罪，經台灣台北地方法院士林分院判處有期徒刑四年，於七十七年十二月二十四日執行完畢，為原確定判決認定之事實，原判決對於該被告之本案犯罪，除依戡亂時期肅清煙毒條例第九條規定加重其刑三分之一外，並再依累犯規定遞加其刑四分之一，其判決即有適用法則不當之違背法令。業經確定，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、附 錄

最高法院刑事判決

八十一年度台非字第七四號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

右上訴人因被告告煙毒案件，對於台灣高等法院中華民國七十九年八月十七日終審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於罪刑部分撤銷。

某甲施打毒品勒戒斷癮後再犯連續施打毒品，處有期徒刑肆年。

扣案之嗎啡拾叁小包（毛重柒分）均沒收。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按戡亂時期肅清煙毒條例第九條第五項規定「犯第一項或第二項之罪，依本條第三項或第四條規定勒戒斷癮後再犯者，加重本刑至三分之二，三犯者處死刑。」此乃就煙毒犯加重處罰之特別規定，凡勒戒斷癮後再犯者，無論其所犯是否在原處之有期徒刑執行完畢後五年以內，均應予以加重，自己包括累犯應予加重之意旨在內，且依特別法優於普通法之原則，無再適用一般刑法累犯規定之餘地。本件被告某甲前犯施打毒品罪，偵查中迄台北市煙毒勒戒所勒戒，於民國六十五年十二月十三日勒戒斷癮，復於七十九年四月中旬起再犯本件連續施打毒品罪，既為原確定判決認定之事實，乃於適用戡亂時期肅清煙毒條例第九條第五項之規定加重其刑三分之一外，又依刑法第四十七條規定以累犯論，並遞加其刑四分之一，揆之上開說明，自有判決適用法則不當之違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴執以

指摘，尚无理由，應由本院將原判決罪刑部分撤銷改判，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，戡亂時期肅清煙毒條例第九條第一項、第五項前段、第十二條，刑法第十一條前段，第五十六條，判決如王又。

中 華 民 國 八 十 一 年 三 月 十 二 日

【第玖拾陸案】

一、關係條文

懲治盜匪條例 第五條第一項第一款。

刑 法 第三百四十六條第一項。

二、非常上訴理由

按恐嚇取財罪與強盜罪之區別，前者係以將來之害惡通知被害人，使其心生畏怖，後者係以目前危害，施用強暴脅迫等手法，致使不能抗拒。兩者施用之手段有程度上之不同外，尤應以被害人已否喪失意思自由為標準，此觀貴院十八年上字第八三八號、四十五年台上字第一五八三號、四十八年台上字第九八六號、及四十九年台上字第二六六號等判例甚明。本件依原判決認定之事實，被告某甲提議並在旁把風，由未滿十四歲之少年某乙與某丙（經同院少年法庭以七十八年少訓字第七××號裁定，依強盜罪，令入感化教育處所各施以感化教

育確定在案）以扛扯命令方式，迫使被害人周某、私某（均未滿十四歲）二人進入巷內，旋即分別施以拳打腳踢，致使被害人二人不敢抗拒，任由某乙、某丙予以搜身，而被取走現款新台幣五百五十元朋分花用各情。顯見乙、丙二少年對於被害人之身體自由，既有施用強暴行為，而被害人等因受現實之迫害，其心理所受壓抑，顯已喪失自由意志，而達於不敢抗拒之程度。此與恐嚇取財罪僅以將來害惡通知被害人，而被害人是否交付財物尚可自由決定者不同，況恐嚇取財以被害人自動交付財物為構成要件，並不包括行為人強取財物在內，從而在行為人強取財物之情況，應無論以恐嚇取財之餘地。乃原判決竟變更檢察官依強盜罪起訴之法條，改依恐嚇取財罪論以如王又所示之刑，顯有適用法則不當之違背法令。案已確定，雖於被告並無不利，然為統一法律之適用，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

二、附 錄

最高法院刑事判決

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

八十年度台非字第三六〇號

破 告 某甲

右上訴人因被告盜匪案件，對於台灣新竹地方法院中華民國七十九年三月六日第一審確定判決，認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按強盜罪與恐嚇取財罪之區別，應以行為人所實施之不法手段是否足使人至不能抗拒之程度為標準，如已達於使人不能抗拒之程度，即成強盜罪，反之，則為恐嚇取財罪，而此所謂不法手段，當然包括即時以強脅行為相加之情形在內。至於是否「不能抗拒」又應以通常人之心理狀態為準。如行為人所實施之不法手段足以抑制通常人之抗拒，使之喪失自由意思，即與「不能抗拒」之意義相當。反之則否。而在通常人能以抗拒之狀態，但被害人因年齡、性別、性格、體能等因素，其抗拒能力較之通常人減弱，足認其抗拒顯有困難者，即應以被害人本人之心理狀態為判別標準。本件原確定判決認定被告某甲夥同少年某乙、某丙，於國七十八年十二月五日十三時卅分，在新竹縣竹東鎮，共同意圖為自己不法之所有，拉扯未

滿十四歲之被害人周某、秋某進入巷內。由某乙、某丙分別拳打腳踢，致使周、秋二人心生畏怖，不敢抗拒，任由某乙、某丙搜身取走新台幣五百五十元等情。依所認定之事實，被告等業已對被害人施加強暴行為，並已壓抑被害人之自由意思，使之不敢抗拒，聽任搜取財物，實已達不能抗拒之程度，依首揭說明，或本院十八年上字第八三八號判例之旨趣（本院四十五年台上字第一五八三號、四十八年台上字第九八六號、四十九年台上字第二六六號判例已不再援用），被告等所為已構成懲治盜匪條例第五條第一項第一款之強盜罪。原判決竟變更檢察官起訴法條，改依刑法第三百四十六條第一項論處被告恐嚇取財罪刑，適用法則顯有不當，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由。惟原判決尚非不利於被告，應僅將違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王文。

中華民國十八年八月二十九日

【第三拾柒案】

一、關係條文

懲治走私條例 第二條之一第三項、第一項、第二項。

二、非常上訴理由

按運走私物品之成工，以爲他人運走私物品爲前提要件（附貴院八十年度台上字第七三八號刑事判決參攷）。查本件原判決既認定被告某甲係水產海鮮批發商，僱請某乙駕駛大貨車，由其本人押運向不詳姓名者購買中國大陸地區私運進口之香菇及紫菜，欲在台中市及高雄市銷售，途經瑞芳鎮瑞濱里時爲警查獲云云。被告願係僱他人爲自己運走私物品銷售未遂，自無成工懲治走私條例第二條之一第一項『運走私物品罪』之餘地，僅犯同條例第二條之一第三項第一項之『銷售走私物品未遂罪』。原判決竟認被告與某乙共犯運走私物品罪，併犯銷售走私物品未遂罪，二罪有互為結果之牽連關係，應從一較重之運走私物品

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

三、附 錄

最高法院刑事判決

八十年度台非字第一一六號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

右上訴人因被告走私案件，對於台灣高等法院中華民國七十九年十一月十五日第二審確定判決，認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於某甲罪刑部分撤銷。

某甲銷售私運管制物品進口逾公告數額之走私物品未遂，處有期徒刑肆月。

扣案自中國大陸地區私運進口物品，香菇淨重柒佰公斤，紫菜淨重壹仟玖佰公斤（毛重壹仟玖佰捌拾公斤）均沒收。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院查判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。而懲治走私條例第二條之一第一項所稱之運送逾公告數額之管制進口物品罪，以爲他人運送走私物品爲前提要件，倘若以銷售目的運送屬於自己所有之走私物品，即與運送走私物品罪之構成要件不符，應成立同條項之銷售逾公告數額之管制進口物品罪。本件原判決認定被告係水產海鮮批發商，於民國七十八年十二月二十六日中午十二時許，僱請某乙（已判刑確定）駕駛×××—三二八二號大貨車，至宜蘭縣蘇澳鎮南万澳某處鹹魚工廠載運其向不詳姓名者購買之自中國大陸地區私運進口逾公告數額之管制進口物品，計香菇淨重七百公斤、紫菜淨重一千九百公斤（毛重一千九百八十公斤），完稅價格總值新台幣二十二萬三千四百二十一元，由被告押運擬運往台中市、高雄市銷售。於同日下午二時許，途經台北縣瑞芳鎮瑞濱里時，爲警查獲等情。被告既係以銷售目的自行押運屬於自己所有之逾公告數額之管制進口物品，未及銷售即在途中被查獲，依照前開說明，尚不符運送逾公告數額之管制進口之走私物品罪，應成立懲治走私條例第二條之一第三項第一項銷售逾公告數額之管制進口之走私物品罪，未遂罪，乃原判決竟認其成立懲治走私條例第二條之一第一項之運送逾公告數額之管制進口

之走私物品罪與同條第三項第一項之銷售逾公告數額之管制進口之走私物品未遂罪，二罪間有方法結果之牽連關係，應從一重之運送逾公告數額之管制進口之走私物品罪處斷，而論處被告罪刑，顯有判決適用法則不當之違誤。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨執以指摘，尚有理由。爰將原判決關於某甲部分撤銷改判，酌量量處被告有期徒刑四月，扣案自中國大陸地區，私運進口之走私物品香菇淨重七百公斤、紫菜淨重一千九百公斤（毛重一千九百八十公斤）均沒收，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百七條第一項第一款但書，懲台走私條例第二條之一第三項第一項，刑法第十一條前段、第二十六條、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，判決如王又。

中華民國 四十 年 四 月 十八 日

【第三拾捌案】

一、關係條文

槍礮彈藥刀械管制條例 第十二條第一項。

二、非常上訴理由

一、本件係就原判決未經許可製造刀械部分提起非常上訴，合先說明。二、原判決確認被告某甲於民國七十八年三月中旬用其所有之挫刀，私自製造匕首一支，維持第一審依槍礮彈藥刀械管制條例第十二條第一項未經許可製造刀械處拘役五十日，如易科罰金以三十元折算一日，匕首一支、挫刀十二支均沒收之判決，查槍礮彈藥刀械管制條例第十二條第一項未經許可製造、販賣或運輸刀械者，處一年以下有期徒刑，並無處罰拘役之規定，第一審判處被告拘役五十日，於法即屬有違，原審不察，未加糾正，其確定判決，有適用法則不當之違背法令，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、附 錄

最高法院刑事判決

八十年度台非字第五五號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

右上訴人因被告違反槍砲彈藥刀械管制條例案件，對於台灣高等法院高雄分院中華民國七十九年十一月三十日第二審確定判決，認為一部違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原審及第一審關於製造刀械判決違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按未經許可製造、販賣或運輸刀械者，處一年以下有期徒刑，槍砲彈藥刀械管制條例第十二條第一項定有明文。本件原判決認定被告某甲於七十八年三月中旬用其所有之挫刀，私自製造匕首一支，係犯槍砲彈藥刀械管制條例第十二條第一項之罪，則僅能量處有期徒刑，不

能判處拘役，第一審判處拘役五十日，於法即屬有違，原審不察，未予糾正，竟予駁回上訴，自有違誤。案經確定，上訴人提起非常上訴執以指摘，尙有理由，惟原判決尙非不利於被告，應僅由本院將原審及第一審製造刀械判決關於違背法令部分撤銷，以資糾正。據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中 華 民 國 八 十 年 二 月 二 十 八 日

【第三拾玖案】

一、關係條文

妨害兵役治罪條例 第二十六條。

二、非常上訴理由

按犯妨害兵役治罪條例之罪，處六月以上有期徒刑以上之刑者，應亦宣告褫奪公權，同條例第二十六條定有明文。本件被告某甲因受常備兵現役之徵集，無故逾入營期限五日，經原審判處有期徒刑六月，而屬未宣告褫奪公權，揆諸首揭規定，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，以資糾正。

三、附 錄

最高法院刑事判決

八十二年度台非字第一一六號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告妨害兵役案件，對於台灣桃園地方法院中華民國八十一年十月二十三日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按犯妨害兵役台罪條例之罪，處六月以上有期徒刑以上之刑者，並宣告褫奪公權，同條例第二十六條定有明文。本件被告某甲因意圖避免受常備兵現役之徵集，無故逾入營期限五日，迄未入營服役，經原審判處有期徒刑陸月，而漏未宣告褫奪公權，顯有判決不適用法則之違誤。業經確定，非常上訴意旨，執此指摘，尚有理由，但尚非不利於被告，應由本院將原判決違法部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中
華
民
國
八
十
二
年
五
月
十
四
日

四〇二

【第壹佰案】

一、關係條文

駐華外國機構及其人員特權暨豁免條例 第三條。
中美間之特權、免稅暨豁免協定 第六條第二項。
刑事訴訟法 第三百七十九條第五款。

二、非常上訴理由

按法院受理訴訟或不受理訴訟係不當者，其判決當然爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第五款定有明文，本件原判決依中美間之特權、免稅及豁免協定第六條第二項之規定，以對被告無審判權爲由，且不經言詞辯論，諭知不受理判決，固非無據，惟依駐華外國機構及其人員特權暨豁免條例第三條規定之「駐華外國機構及其人員依本條例享受之特權暨豁免，應基於互惠原則，以該外國亦畀予中華民國駐該外國之機構及人員同等之特權暨豁免

者爲限。」，而我方駐美人員在美所享訴訟及法律程序之豁免權，爲一項功能性之豁免權，在程序上僅屬一種抗辯，倘我方人員步訟，法院仍簽發傳單傳喚我方人員，我方人員須應法院傳喚，如我方人員認爲該案屬職務上行爲，欲享受豁免，則須王動向法院提出豁免之王張，否則法院不會王動就此加以審酌，有上開條例及外交部（八一）北美一字第八一三三九九三號函影本可參，是中美兩國駐處人員所享之豁免顯不對等，有違互惠原則，原審未注意及此，未傳喚被告於其提出豁免權之抗辯，即逕爲不受理之判決，不無不受理訴訟不當之違法，案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、附 錄

最高法院刑事判決

八十一年度台非字第三七二號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

右上訴人因被告詐欺案件，對於台灣台北地方法院中華民國八十一年一月十日第一審確定判

決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 文

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按法院受理訴訟或不受理訴訟係不當者，其判決當然為違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第五款定有明文。本件原判決以被告某甲係美國在台協會台北辦事處旅遊服務組職員，為該協會正式職員，享有依據中美間之特權、免稅暨豁免協定第六條第二項規定之訴訟及法律程序之豁免權，有外交部禮賓司八十一年一月七日禮三(81)字第三號函及所附中美國之特權、免稅暨豁免協定抄件一份附件可稽，是被告縱因執行職務而有如自訴人姜某所訴詐欺行為，因其享有刑事管轄之豁免權，法院對之無審判權，爰不經言詞辯論，諭知不予受理判決云云，固非無據。惟依駐華外國機構及其人員特權暨豁免條例第三條規定「駐華外國機構及其人員依本條例享受之特權暨豁免，應基於互惠原則，以該外國亦畀予中華民國駐該外國之機構及人員同等之特權暨豁免者為限」，而我方駐美人員在美所享訴訟及法律程序之豁免權

，爲一項功能性之豁免權，在程序上僅屬一種抗辯，倘我萬人員步訟，法院仍簽發傳票傳喚我萬人員，我萬人員須應法院傳喚，如我萬人員認爲該案屬職務上行爲，欲享受豁免，則須王動向法院提出豁免之王張，否則法院不予王動審酌，有上開條例及外交部（八一）北美一字第八一三一一三三九三號函影本在卷可稽。從而，被告是否享有刑事管轄之豁免權，仍應經法院傳喚，王動提出豁免權之王張，法院始得以無管轄權爲理由，諭知不予受理之判決。原告見未及此，既未傳喚被告，又不待其提出豁免權之王張，逕行諭知自訴不予受理之判決，揆之前開說明，顯有不予受理訴訟不當之違法。案經確定，非常上訴意旨，執以指摘，尙有理由，應由本院將原判決關於違背法令部分撤銷，以資糾正。又本件情形，既非因誤認爲無審判權而不受理，復與維持被告審級利益無關，參照本院二十九年非字第七十一號判例意旨，尙無刑事訴訟法第四百四十七條第二項之適用。至自訴人得依法另行訴求，不受一事不再理之拘束，自不待言，併此指明。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中華民國二十二年十一月二十一日

國工中央圖書館出版品預行編目資料

非常上訴理由及判決要旨 第十二輯／最高法院
檢察署編輯委員會編輯 --臺北市 最高法
院檢察署，民83

面，公分

ISBN 957-00-4033-5 (平裝)

1 非常上訴一裁判

586 585

83005336

非常上訴理由及判決要旨 第十二輯

編輯者 最高法院檢察署編輯委員會

發行所 最高法院檢察署

地址 臺北市10036重慶南路一段130號

電話 (02)3619203

承印者 其澤有限公司

電話 (02)5080525

中華民國八十三年六月出版

定價 新台幣200元

ISBN 957-00-4033-5 (平裝)

