

中華民國八十九年六月

非常上訴理由及判決要旨

第四十輯

最高法院檢察署編印

非常上訴理由及判決要旨第十四輯序

刑事訴訟，係確定國家對於人民有無刑罰權之制度，而非非常上訴制度，則為救濟原確定判決之審判違背法令而設之刑事特別訴訟程序，與為救濟原確定判決之事實錯誤而設之再審制度，迥不相侔。非常上訴，既係為救濟原確定判決之審判違背法令而設之刑事特別訴訟程序。而所謂審判違背法令，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。足見非常上訴之王要目的，在於糾正適用法律之錯誤，以統一法律見解之適用，及干反冤獄，以保障人民之權益。

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

聲請非常上訴者，均屬無從提起，不得不依法予以駁回。

本署爲提供從事司法實務人員及社會人士參考及避免法律適用錯誤之重見，自民國四十一年起，歷年來已就非常上訴案件中具有參考價值者，各擇取案例約一百則，編成「非常上訴理由及判決要旨」一書發行，迄今已出版十三輯。茲就本署全體檢察官近三年來經辦之案件中審慎篩選出一百則案例，經本人審定，而成第十四輯。稿定付梓，期對從事司法實務及刑事法律研究者，有所助益，並因而提高辦案正確性、確保人民權益。爰略陳編輯之旨，以爲之序。

中華民國八十九年四月

盧仁發於最高法院檢察署

凡例

一、本書係將本署八十六至八十八年度，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十三輯且具參考、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，刑法部分五十二案，刑事訴訟法部分二十案，刑事特別法部分二十八案。

三、每一部分之案例順序，係依該部分之法條編號順序而編排。

四、每案之內容，依照第十三輯之編排方式，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。另以里色線條，將附錄之最高法院判決理由之重點部份，予以標出，使閱讀者易於明瞭非常上訴理由及判決之意旨所在。

非常上訴理由及判決要旨第十四輯目錄

壹、刑法

案次	年度	判決案號 台非字	關係 係 條 又 頁次
一	八七	七	刑法第二條第一項。 貪污治罪條例第六條第一項第四款、第八條（舊法）、第六條第一項第四款、第八條第二項（新法）。 刑事訴訟法第三百七十八條。 刑法第二條第一項、第四十七條、第六十六條。 戡亂時期貪污治罪條例第六條第三款。 貪污治罪條例第六條第一項第四款、第十一條第一項。 刑事訴訟法第三百七十八條。
二	八六	四三	六

三	四	五
八七	八六	八七
二八四	二八五	九七
刑法第二條第一項。 槍砲彈藥刀械管制條例第十條第三項、第十一條第三項、第十三條之二第一項（修正前）、第十一條第四項、第十二條第四項、第十八條第一項（修正後）。 刑事訴訟法第三百七十八條。	刑法第二條第一項、第二百十條、第三百三十九條第二項、第一百八十八條。 電信法第五十六條第一項。 刑事訴訟法第三百七十八條。	刑法第二十八條、第二百十條、第二百十六條。 稅捐稽徵法第四十一條。 刑事訴訟法第三百七十八條、第三百七十九條第十四款。
一一	一五	二〇

六	八八	二九三	刑法第三十八條。 民法第二百零五條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	二六
七	八七	三四〇	刑法第三十八條第一項第三款、第三百二十條第二項。 刑事訴訟法第三百七十八條。	三〇
八	八八	二九	刑法第四十八條前段、第四十七條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	三三
九	八七	一四	刑法第五十一條、第五十三條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	三七
一〇	八七	二五二	刑法第五十三條、第五十一條、第五十六條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	四一

一一	八七	二五八	刑法第五十五條。 刑事訴訟法第三百七十八條、第三百七十九條第十二款。	四五
一二	八七	四〇六	刑法第五十五條、第五十六條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	五〇
一三	八七	二八三	刑法第五十五條前段、第一百三十五條第一項、第一百四十條第一項。	五四
一四	八八	一六〇	刑事訴訟法第三百七十八條。 刑法第五十五條、第一百三十五條第一項、第一百四十條第一項。	五八
一五	八七	四四	刑事訴訟法第三百七十八條。 刑法第六十二條。 政風機構人員設置條例第五條。 刑事訴訟法第三百七十九條第十款。	六三

一六	八七	一五	刑法第六十四條第一項、第六十五條第一項、第四十七條、第四十八條。 肅清煙毒條例第五條第一項。 刑事訴訟法第三百七十八條。	六八
一七	八六	四二	刑法第七十八條第一項、第二項、第七十九條第一項、第四十七條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	七一
一八	八八	三六	刑法第一百三十八條、第二百二十條第一項。 刑事訴訟法第三百七十八條。	七五
一九	八八	一二六	刑法第一百三十八條、第一百三十五條第一項、第三百五十四條、第五十五條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	七九
二〇	八七	一八一	刑法第一百三十八條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	八三

二一	八六	三二七	刑法第一百三十九條、第三百五十六條。 刑事訴訟法第三百條、第三百七十八條。	八七
二二	八六	一二八	刑法第一百四十三條第二項、第一項。 刑事訴訟法第三百七十八條。	九二
二三	八七	二六九	刑法第一百七十五條第二項、第三項、第五十五條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	九六
二四	八六	三五〇	刑法第二百十條、第二百十二條、第二百十六條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	一〇〇
二五	八七	一一一	刑法第二百十一條、第二百十二條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	一〇三
二六	八六	二七八	刑法第二百十一條、第二百二十條、第一百三十四條、第二百十六條、第二百十條、第五十六條。 貪污治罪條例第五條第一項第二款。 刑事訴訟法第三百七十八條。	一〇七

二七	八六	二六五	刑法第二百十二條、第二百十四條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	一一一
二八	八六	一七〇	刑法第二百十二條、第二十五條第二項、第三十八條 第一項第三款、第三百二十條第一項、第三百二十一 條第一項第三款。	一一五
二九	八六	二五一	刑事訴訟法第三百七十八條。	
三〇	八七	一三八	刑法第二百十二條、第二百十一條、第二百十六條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	一二〇
三一	八六	八一	刑法第二百十四條。 民法第一千零六十三條第一項、第二項。 戶籍法第二十二條、第四十三條。 刑事訴訟法第三百七十九條第十款。 刑法第二百十六條、第二百十五條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	一二九

三二	八七	三八六	刑法第二百二十條、第三十八條第一項第二款、第二百十七條第一項、第二百十九條、第二百十六條、第二百十一條、第三百三十九條第一項。 貪污治罪條例第四條第一項第一款。 刑事訴訟法第三百七十八條。	一三三
三三	八六	二八八	刑法第二百二十一條第二項、第五十六條。 兒童福利法第四十三條第一項前段。 刑事訴訟法第三百七十八條。	一三八
三四	八六	一八二	刑法第二百二十四條第二項、第二百二十七條第二項、第二百三十四條、第五十六條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	一四二
三五	八八	二七〇	刑法第二百二十七條第一項、第二百二十一條第一項（修正前）。 刑事訴訟法第三百七十八條。	一四七

三六	八七	一七六	刑法第二百二十八條、第二百二十一條第二項、第二百二十七條第一項、第五十六條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	一五〇
三七	八六	一五〇	刑法第二百四十一條第三項、第二項、第一項。 刑事訴訟法第三百七十八條。	一五四
三八	八七	二一六	刑法第二百七十七條第一條、第二百八十七條、第二百七十一條第一項、第五十五條。 刑事訴訟法第三百七十八條、第三百七十九條第十四款。	一五八
三九	八六	五	刑法第三百二十條第一項。 刑事訴訟法第三百七十八條、第四百四十七條第二項前段。	一六三

四〇	八七	八四	刑法第三百二十條第一項。 民法第八百八十四條、第八百九十三條、第八百九十六條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	一六七
四一	八七	三一	刑法第三百二十條第二項、第八十條第一項第二款。 刑事訴訟法第三百零二條第二款、第三百七十八條。	一七一
四二	八八	二二一	刑法第三百二十一條第一項第二款、第三款、第三百二十條、第二十五條第一項。 刑事訴訟法第三百七十八條。	一七五
四三	八七	三九三	刑法第三百二十一條第一項第六款。 刑事訴訟法第三百七十八條。	一八〇
四四	八六	一四七	刑法第三百二十六條第一項、第三百二十五條第一項。 刑事訴訟法第三百七十八條。	一八三

四五	八六	二五三	刑法第三百二十六條第一項、第三百二十五條第一項、第三百二十一條第一項、第五十六條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	一八六
四六	八六	七〇	刑法第三百三十六條第二項。 民法第七百五十八條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	一九〇
四七	八七	二六	刑法第三百三十九條第一項、第二百十四條。 民法第九百十八條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	一九五
四八	八六	八三	刑法第三百三十九條第一項、第二項、第二百十四條。 刑事訴訟法第三百七十八條、第三百七十九條第十二款、第二百六十七條。	二〇〇

四九	八八	一四四	刑法第三百三十九條第二項、第一項。 刑事訴訟法第三百七十八條。	二〇六
五〇	八七	五二	刑法第三百三十九條之二第一項、第三百三十九條第一項、第三百二十條第一項、第二條第一項、第五十五條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	二一〇
五一	八八	三七二	刑法第三百五十四條。 刑事訴訟法第三百零三條第三款、第三百七十八條。	二一四
五二	八六	二二一	刑法第三百五十六條、第五十六條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	二一八
貳、刑事訴訟法				
五三	八七	三一五	刑事訴訟法第五條第一項、第三百七十八條。	二二五

五四	八六	一七二	刑事訴訟法第五十三條、第三百七十九條第十款。 著作權法第一百條、第九十一條第二項。	二二九
五五	八七	一六三	刑事訴訟法第一百五十四條。 肅清煙毒條例第九條第二項。	二三四
五六	八七	一五一	刑事訴訟法第二百六十七條、第二百三十三條第一項、第三百七十九條第十二款。 刑法第五十五條、第二百七十六條第二項、第二百八十四條第二項。	二三九
五七	八六	三四三	刑事訴訟法第二百六十八條、第三百條、第三百七十九條第十二款。 刑法第三百三十九條第一項、第三百三十五條第一項。	二四三
五八	八六	三一	刑事訴訟法第三百零一條第一項、第三百七十八條。 刑法第三百三十九條第二項。 民法第三百二十條。	二四八

五九	八八	五七	刑事訴訟法第三百零二條第一款、第三百七十八條。	二五三
六〇	八六	二〇五	刑事訴訟法第三百零三條第一款、第三百七十八條。	二五七
六一	八七	九二	刑事訴訟法第三百零三條第二款、第三百十九條第二項、第三百三十四條、第三百七十九條第五款。 刑法一百六十八條、第三百三十九條第一項。	二六〇
六二	八七	三一〇	刑事訴訟法第三百零四條、第五條第一項、第三百七十八條。	二六四
六三	八六	一六七	刑事訴訟法第三百十條第七款、第三百七十八條。 刑法第二條第一項但書、第二百三十三條、第二百三十一條第一項。 兒童及少年性交易防制條例第二十三條第一項、第二項。	二六七

六四	八六	四六	刑事訴訟法第三百十九條第一項、第三百三十四條、第三百七十九條第五款。 刑法第一百二十九條第二項、第一百三十一條第一項。	二七二
六五	八七	三三四	刑事訴訟法第三百二十一條、第三百三十四條、第三百七十九條第五款。 刑法第二百三十九條後段、第二百四十五條第一項。	二七六
六六	八七	一〇六	刑事訴訟法第三百七十條。 刑法第五十九條。	二八〇
六七	八六	一八九	刑事訴訟法第三百七十六條、第四百四十九條、第四百五十二條、第三百七十八條。 漁業法第四十八條第一項第三款、第六十條第一項。	二八四

六八	八七	一一七	刑事訴訟法第三百七十九條第十二款。 稅捐稽徵法第四十三條第一項。 刑法第三百四十九條第二項、第二百十條、第二百十六條。 商業會計法第十五條第一款、第七十一條第一款。	二八七
六九	八六	四八	刑事訴訟法第三百七十九條第十四款。 刑法第五十六條。	二九二
七〇	八六	一五	刑事訴訟法第三百七十九條第十四款。	二九七
七一	八七	二一九	刑事訴訟法第四百三十五條第一項、第三項、第四百三十六條、第二百二十七條第一項、第三百七十八條。	三〇〇
七二	八八	三一九	刑事訴訟法第四百四十九條第三項、第一項、第二項、第三百七十八條。 刑法第三百二十條第一項、第四十一條。	三〇四

叁、刑事特別法

毒品危害防制條例

七三	八八	一四六	毒品危害防制條例第二十條。 刑事訴訟法第三百零三條第一款、第三百七十八條。	三〇七
七四	八八	三三二	毒品危害防制條例第二十條第三項、第二項、第十條、第二十三條第二項。 刑事訴訟法第三百七十八條。	三一〇

槍砲彈藥刀械管制條例

七五	八七	九九	槍砲彈藥刀械管制條例第七條第四項、第九條之一第三項、第十一條第三項（八十六年修正前）、第七條第四項（八十六年修正）。 刑法第二條第一項但書、第五十五條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	三一七
----	----	----	--	-----

七六	八六	一九七	槍礮彈藥刀械管制條例第十三條之二第三項、第十條第三項、第十一條第三項。 刑事訴訟法第三百七十八條。	三二二
妨害兵役治罪條例				
七七	八七	二四八	妨害兵役治罪條例第十一條第一項第三款、第三項。 後備軍人管理規則第十七條、第十九條、第二十條。 尸籍法第三十一條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	三二六
七八	八八	一四	妨害兵役治罪條例第十一條第一項第三款、第三項、第七條第二項。 後備軍人管理規則第十七條、第十九條、第二十條。 尸籍法第三十一條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	三三〇

七九	八七	三二三	兵役法施行法第五十五條。 妨害兵役治罪條例第十三條、第十一條第一項第三款、第三項、第七條第二項。 刑事訴訟法第三百七十九條第十款。	三三五
八〇	八七	二六七	能源管理法第二十條之一。 刑法第五十六條、第三十八條第一項第三款。 刑事訴訟法第三百七十八條。	三四〇
八一	八七	九六	電信法第五十六條第一項、第二項。 刑法第三百三十九條第二項、第二十八條、第五十五條、第二百十條、第二百二十條、第二百十六條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	三四五

著作權法

八二	八八	三〇	著作權法第九十二條、第一百條、第二十三條（舊法）。	三五〇
八三	八六	一一四	民法第五百十六條第一項。 司法院院字第一六四八號解釋。 刑事訴訟法第二百三十二條、第三百七十八條。	
			著作權法第一百條、第九十二條、第二十三條（舊法）。	三五五
			民法第五百十六條第一項。 司法院院字第一六四八號解釋。 刑事訴訟法第二百三十二條、第三百七十八條。	

八四	八八	三五	著作權法第一百條前段、第九十一條、第九十二條、第九十三條第三款。 公司法第一百零八條、第五十六條、第二十七條第二項。 中華民國美利堅合眾國友好通商航海條約第六條。 刑事訴訟法第三百七十九條第十款、第五款。	三六一
商標法				
八五	八六	一四八	商標法第六十二條第一款、第六條第一款。 刑事訴訟法第三百七十八條。	三六八
專利法				
八六	八八	二三三	專利法第一百三十一條第二項、第四項、第一項、第一百二十五條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	三七三

稅捐稽徵法			
八七	八八	二八九	稅捐稽徵法第四十一條、第四十七條第一款。 刑法第二百十六條、第二百十五條、第五十五條。 刑事訴訟法第三百七十八條。
三七九			
商業會計法			
八八	八七	三八九	商業會計法第六十六條第一款（八十四年修正前）、 第七十一條第一款（八十四年修正後）。 刑法第二條第一項但書、第三百三十九條第一項、第 二百十五條、第二百十六條。 刑事訴訟法第三百七十八條。
三八四			
兒童及少年性交易防制條例			
八九	八六	二二七	兒童及少年性交易防制條例第二十四條第三項、第三 十七條。 刑事訴訟法第三百七十八條。
三八八			

兒童福利法			
九十	八六	二三四	兒童福利法第四十三條第一項前段。 刑法第四十一條。 刑事訴訟法第三百七十八條。
			三九一
道路交通管理處罰條例			
九一	八七	四〇一	道路交通管理處罰條例第八十六條第一項、第三條第四款。 刑事訴訟法第三百七十八條。
			三九四
管理外匯條例			
九二	八六	二六一	管理外匯條例第二十二條第一項。 刑事訴訟法第三百七十八條、第三百七十九條第十四款。
			三九八

公平交易法			
九三	八六	二四一	公平交易法第二十條第一項第一款後段、第三十五條。 商標法第六十三條。 刑事訴訟法第三百七十八條。
			四〇三
勞工安全衛生法			
九四	八七	七九	勞工安全衛生法第十六條、第五條第一項第五款、第三十一條第一項第一款。 刑事訴訟法第三百七十八條。
			四〇七
勞動基準法			
九五	八六	一三八	勞動基準法第八十一條第一項前段、第二條第二款、第四十七條、第七十七條。 大法官會議釋字第一四六號。 刑事訴訟法第三百七十八條。
			四一一

農會法

九六

八八

二〇

農會法第四十七條之一第一項第三款、第一款、第二款。

刑事訴訟法第三百十條第七款、第三百七十八條、第三百七十九條第十四款。

四一九

公職人員選舉罷免法

九七

八八

三四三

公職人員選舉罷免法第二條、第九十條之一第一項、刑法第一百四十四條、第二條第一項前段。

刑事訴訟法第三百七十八條。

四二五

竊盜犯贓物犯保安處分條例

九八

八八

一六二

竊盜犯贓物犯保安處分條例第三條第一項、第一條、刑法第九十條。

刑事訴訟法第三百七十八條。

四二九

水土保持法

九九

八八

二七八

水土保持法第三十二條第一項、第八條第一項第二至五款、第三十三條第一項第一款、第三條第三款。
山坡地保育利用條例第三條。
刑事訴訟法第三百七十九條第十款、第三百七十八條。

四三三

私立學校法

一〇〇

八七

九〇

私立學校法第四十五條第四項、第一項（修正後）、第四十三條（修正前）。
補習教育法第二十四條第二項。
刑法第二條第一項。
刑事訴訟法第三百七十八條。

四三九

壹、刑法

【第一案】

一、關係條文

刑法 第二條第一項。

貪污治罪條例 第六條第一項第四款、第八條（舊法）、第六條第一項第四款、第八條第二項（新法）。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又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，刑法第二條第一項亦有明文規定。依此規定，比較適用新舊法何者有利於行爲人時，應就罪刑有關之一切情形，比較其全部之結果而爲整體之適用新法或舊法。不得摘取新舊法中各有利之條又予以割裂混用。本件序判決認定被告係於民國八十二年十一月間犯依

法令從事公務之人員，對於王管之事務直接圖利罪。由於貪污治罪條例於八十五年十月二十三日修正公布施行，被告犯罪時間在該條例修正條文實施前，依刑法第二條第一項但書之規定，適用該條例修正前之第六條第四款論罪科刑。又以被告在偵查中自白，並向包商追回所圖得之利益，割裂適用修正後之該條例第八條第二項規定減輕其刑。揆諸首開說明，顯屬違法。案經確定，合依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十七年度台非字第七號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告貪污案件，對於臺灣臺南地方法院中華民國八十五年十二月十二日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於某甲部分之違背法令部分撤銷。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按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。又比較新舊法何者有利於行爲人，應就罪刑有關之一切情形，綜合其全部結果而爲比較，再整體適用有利於行爲人之法律處斷，不得割裂混用。本件依原判決認定之事實，被告係台南縣○○鎮公所民政課技士，於八十二年十一月間某日，在該鎮公所內負責辦理莊某承包工程結算請款時，擅自變造工程合約書，並在職務上所掌工程完工報告書、結算驗收證明書上爲不實登載，對於王管之事務直接圖利莊某，使其獲得免被扣除逾期完工罰款之不法利益新台幣（下同）二萬四千六百八十七元。而被告行爲後，貪污治罪條例已於八十五年十月二十三日修正公布，同年月二十五日生效。被告所犯對於王管之事務直接圖利罪，修正後貪污治罪條例（新法）第六條第一項第四款法定刑併科罰金之數額，雖從修正前貪污治罪條例（舊法）所定新台幣一百萬元以下，大幅提高爲新台幣三千萬元以下（新舊法條次相同）。惟新法第八條第二項前段規定「犯第四條至第六條之罪，在偵查中自白，如有所得並自動繳交全部所得財物者，減輕其刑」，察其意

旨，顯見犯該法第四條至第六條之罪而有所得者，除在偵查中自白外，尚須具備自動繳交全部所得財物之要件，始能依該項規定減輕其刑。若無犯罪所得，自不生應否具備該要件之問題，僅在偵查中自白，即有上開規定之適用。依序判決所載，被告所為僅圖利莊某，其本身並無所得。被告復在偵查中自白，與上開必減其刑之規定相符。而依舊法第八條規定，犯第四條至第六條之罪，在偵查中自白者，僅得減其刑。又有期徒刑必減者，其最高度及最低度應併減輕之。得減者，僅係得以減輕其刑。被告所犯對於王管之事務直接圖利罪，新法第六條第一項第四款法定刑併科罰金之數額，雖較舊法為多，但適用新法第八條第二項前段為必減其刑，適用舊法第八條則僅得減其刑（新法第十二條第一項與舊法第十一條均規定犯罪情節輕微，所圖不法利益在新台幣五萬元以下者，必減其刑，此部分並無差異），適用新法處斷之最高度刑顯較適用舊法處斷之最高度刑為輕，經合比較結果，自以適用新法對被告較為有利，應整體適用新法。序判決引據新法第二條前段、第十二條第一項、第八條第二項、第十七條，又割裂適用舊法第六條第一項第四款，而未一併適用新法第六條第一項第四款論處罪刑，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，尚有理由。惟序判決尚非不利於被告，應由本院將序判決關於被告部分之違背法令部分

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 七 年 一 月 十 五 日

【第二一案】

一、關係條文

刑 法 第二條第一項、第四十七條、第六十六條。

戡亂時期貪污治罪條例 第六條第三款。

貪污治罪條例 第六條第一項第四款、第十一條第一項。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按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。又被告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。刑法第二條第一項有明文規定。依此規定，被告犯罪後法律如有變更，法院即應比較新舊法之規定，擇其最有利於被告者適用之。為比較時，應就罪刑有關之共犯、未遂犯、連續犯、牽連犯、結合犯以及單犯加重、自首減輕暨其他法定加減原因，與加減例等

一切情形，經其全部之結果而爲比較，再適用有利於行爲人之法律。並應就比較其全部之結果，而爲整個之適用，不能割裂而分別適用有利益之條文（參見最高法院二十四年上字第四六三四號、二十七年上字第二六一五號等判例）。依本件原判決認定之犯罪事實，被告犯罪時，係在八十年十月間。所犯係當時有效之戡亂時期貪污治罪條例第六條第三款之圖利罪。該條例於八十一年七月十七日修正公布爲貪污治罪條例，原第六條第三款之圖利罪，修正爲第六條第一項第四款，最高刑度仍爲五年以上有期徒刑，但其得併科罰金之數額大幅提高爲新台幣一百萬元以下。二者相較，雖以舊法有利於被告，但因其圖得之利益僅新台幣一萬三千餘元，新法第十一條第一項犯第四條至第六條之罪，情節輕微，而其所得、所圖得財物或不正利益在新台幣五萬元以下者，減輕其刑之規定則爲有利於被告。依法自應全部適用新法。原判決竟適用舊法並又割裂適用新法之第十一條第一項，揆諸首開說明，顯屬違法。又有期徒刑減輕者，減輕其刑至二分之一，但同時有免除其刑之規定者，其減輕得減至三分之一。刑法第六十六條規定甚明。原判決既認被告某乙係犯戡亂時期貪污治罪條例第六條第三款之圖利罪，該罪之最輕本刑爲有期徒刑五年，又因其係單犯，應依法加重其刑，復因其犯罪情節輕微，所圖得之利益在新台幣五萬元以下，適用貪污治罪條例第十一條第一項減輕其刑。別未敘明尚有其他減輕或免除其刑之原因，則其刑期至少應在二年七月以上，方屬合

法。乃竟僅處以有期徒刑二年三月，殊屬違法。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，俾資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十六年度台非字第四三號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

某乙

右上訴人因被告等貪污案件，對於台灣高等法院台南分院中華民國八十四年十一月十六日第二審更審確定判決，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（一）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

用最有利於行爲人之法律，刑法第二條第一項定有明文。依此規定，比較適用新舊法律孰爲有利於行爲人時，應就罪刑有關之一切情形，比較其全部之結果，而爲整體之適用新法或舊法，不能摘取新舊法中各有利之條又予以割裂混用。查原確定判決以被告某甲、某乙犯罪時係民國八十年十月間，所犯爲從一重處斷之共同對於王管之事務直接圖利罪，而戡亂時期貪污治罪條例於八十一年七月十七日修正公布爲貪污治罪條例，於同月十九日生效，被告等犯罪時在該條例修正前，依刑法第二條第一項但書規定，比較新舊法結果，適用較有利於被告等之戡亂時期貪污治罪條例第六條第三款規定論處，惟又以被告等圖利之財物價值約新台幣（下同）一萬三千元，未逾五萬元，及被告某甲在偵查中自白犯罪，而依序援引修正後之貪污治罪條例第十一條第一項、第八條後段減輕其刑，顯已割裂法律之適用，依首開說明，自屬適用法則不當。（二）刑法第四十七條規定，累犯加重本刑至二分之一。是法院對累犯之科刑，應於未逾本刑二分之一範圍內裁量加重之。又刑法第六十六條前段規定，有期徒刑減輕者，減輕其刑至二分之一。查戡亂時期貪污治罪條例第六條第三款之圖利罪，其最輕本刑爲五年以上有期徒刑，原確定判決既認被告某乙所犯爲該罪，且爲累犯，應先依刑法第四十七條加重其刑，後依修正後之貪污治罪條例第十一條第一項規定減輕其刑，乃僅量處有期徒刑二年三月，其此部分量刑顯有適用法則不當之違法。案經確定，非常上訴執以指摘，尙有理

由。惟原確定判決尚非不利於被告等，應僅將其上述違背法令部分撤銷，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 六 年 二 月 二 十 一 日

【第三案】

一、關係條文

刑

去 第二條第一項。

槍砲彈藥刀械管制條例

第十條第三項、第十一條第三項、第十三條之二第一項（修正

前）、第十一條第四項、第十二條第四項、第十八條第一項（修正後）。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者為違背法令。刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又刑法第二條第一項規定，行為後法律有變更者，適用裁判時之法律。但裁判前之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律。此所指之法律，應較刑之範圍為廣。比較時，應就罪刑有關之共犯、未遂犯、連續犯、牽連犯、結合犯以及累犯加重、自首減輕暨其他法定加、減

原因，加減例等一切情形，經其全部之結果而為比較。再適用有利於行為人之法律處斷，且應就罪刑有關之一切情形，比較其全部之結果而為整個之適用，不能割裂而分別適用有益之條文。有最高法院二十四年上字第四六三四號、二十七年上字第二六一五號判例可供參照。本件被告某甲於八十六年二、三月間某日犯未經許可無故持有可發射子彈具有殺傷力之改造玩具手槍及土造子彈罪，於同年九月三十日夜間九時許向警察人員自首並報繳其所持有之槍、彈而接受裁判。觸犯當時有效之槍砲彈藥刀械管制條例第十條第三項及第十一條第三項之罪。由於槍砲彈藥刀械管制條例於被告行為後之八十六年十一月二十四日修正公布施行。原第十條第三項及第十一條第三項經修正改列為第十一條第四項及第十二條第四項，並分別提高其刑度。原判決依刑法第二條第一項規定，適用有利於被告之修正前之該條例第十三條第三項及第十一條第三項論罪，本無不合。惟其竟不適用修正前之該條例第十三條之二第一項而割裂適用修正後之該條例第十八條第一項為免刑之諭知，揆諸首開說明，顯屬違法。業經確定，關係法律之正確適用，合依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十七年度台非字第二八四號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告違反槍砲彈藥刀械管制條例案件，對於台灣高等法院台中分院中華民國八十七年三月三十一日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按有罪之判決，關於王、從刑之宣告或刑之加重、減輕或免除等事項所適用之法律，除別有規定外，應本於統一性及整體性之原則，為一體之適用，其相關之條文，不能與所適用之論罪之法律，任意割裂而紊亂其系統。本件原判決認定被告自民國八十六年二、三月間起，未經許可無故持有可發射子彈，具有殺傷力之改造玩具手槍一支及土造子彈二發，迄同

年九月三十日，向警万自首並報繳該槍彈而接受裁判等情。因被告行爲後，槍礮彈藥刀械管制條例業經修正爲槍砲彈藥刀械管制條例，於八十六年十一月二十四日公布施行（同月二十六日生效），厚判決既已依刑法第二條第一項比較新舊法輕重之結果，而適用修正前槍礮彈藥刀械管制條例第十條第三項、第十一條第三項，並按想像競合犯之例，從一重論被告以該條例第十條第三項之未經許可無故持有可發射子彈具有殺傷力之改造玩具手槍罪，則關於被告自首並報繳其持有之（全部）槍、彈，修正前後之上開條例雖均設有應予減輕或免除其刑之規定，惟依首揭說明，自應一體適用修正前該條例第十三條之二第一項前段之規定，始爲適法，乃厚判決竟予割裂，而依修正後之現行條例第十八條第一項爲免除其刑之諭知，顯有適用法則不當之違法。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，爲有理由，惟厚判決尚非不利於被告，應由本院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。

中華民國八十七年九月十七日

【第四案】

一、關係條文

刑 法 第二條第一項、第二百十條、第三百三十九條第二項、第一百八十八條。
電信 法 第五十六條第一項。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。原判決認定被告某甲與張某基於犯意之聯絡，於八十二年十月間，由張某連續爲其盜拷李某所有○九○○○八二××號及趙某所有○九○一三一二××號行動電話內碼序號，供其使用，足以生損害於李某、趙某及電信局對於行動電話管理之正確性。某甲並於拷貝完成後，在台北市區連續使用該拷貝內碼序號之行動電話，使電信單位陷於錯誤，而予以接收訊號，提供通話服務，某甲因此不法享有免費使用行動電話之利益，致李某、趙某受有支付上開通話費用

之損害，並造成電信機構行動電話系統負荷增加，妨害電話事業正常發展，因認被告某甲係犯刑法第二百十條、第三百三十九條第二項、第一百八十八條之罪，三罪間有方法結果之牽連關係，而從重之偽造又書罪處斷。惟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。本件被告盜用他人電信設備之犯罪時間，係在民國八十二年十月間，然原審判決時，電信法已修正公布施行（電信法於民國八十五年二月七日生效），而修正後之電信法第五十六條已就盜拷他人行動電話，意圖為自己不法利益，以無線方式盜用他人電信設備通信之行為，設有特別處罰規定，依特別法優於普通法之競合原則，應無再論以刑法第二百十條、第三百三十九條第二項、第一百八十八條等罪之餘地。且電信法第五十六條與刑法第二百十條相較，亦以電信法較有利於被告。原判決未適用電信法第五十六條之規定對被告論罪科刑，而依刑法第二百十條對被告處斷，自有適用法則不當之違法。案經確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條，第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十六年度台非字第二八五號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告偽造文書（誣告）案件，對於台灣台北地方法院中華民國八十五年五月二十七日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於偽造文書部分撤銷，發回台灣台北地方法院依判決前之程序更為審判。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按 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。本件原判決認定 被告林某意圖為自己免費使用行動電話之不法利益，基於概括之犯意，未經○九○○○八二××號行動電話持有人李某之同意，於民國八十二年十月八日上午，在台北市松仁路電信局前，將其所有已停機之行動電話交付年籍不詳張某，與張某基於犯意聯絡，以新台幣（下同）一千五百元代價，委由張某為其盜拷李某前開行動電話內碼序號，供自己使用，足以生損害於李某及電信局對於行動電話管理之正確性。上訴人並於盜拷完成後，自八十二年十月八日起，基於概括

之犯意，在台北市區連續使用該拷貝內碼序號之行動電話，假冒爲○九○○○八二××號行動電話合法用戶，使電信單位陷於錯誤，予以接收訊號，提供通話服務，因而獲得免費使用其電話之不法利益，致李某受支付其通話費用之損害，並造成電信機構行動電話系統負荷增加，妨害電話事業正常發展。嗣因上開內碼序號之行動電話，自八十二年十月十四日起，因遭停話無法撥用，上訴人基於概括之犯意，未經○九○一三一二××號行動電話持有人趙某同意，又將上開話機交由張某爲其盜拷趙某上開行動電話內碼序號，於同月十五日至十六日連續撥號使用，獲免費使用之不法利益，使趙某、電信局受同上損害及妨害電信事業正常發展等情，按共同正犯，論被告刑法第二百十條、第二百二十條之偽造私文書，第三百三十九條第二項之詐欺得利、第一百八十八條之妨害公用事業罪、依連續犯、牽連犯從一重之偽造私文書罪處斷。惟查電信法已於被告行爲後之民國八十五年二月五日修正公布施行，原審判決時之修正電信法第五十六條第一項，對於意圖爲自己或第三人不法之利益，以有線、無線或其他電磁方式，盜接或盜用他人電信設備通信之行爲，設有處罰之規定。原判決認定被告盜拷李某、趙某行動電話內碼序號於已有之行動電話機上，用以通話之行爲態樣如何？所謂「盜拷」他人行動電話內碼序號用以通話，是否即係以有線、無線或其他電磁方式盜接或盜用他人電信設備通信之行爲？果如是，則被告行爲，除成立上開各罪外，尚構成修正電信法

第五十六條第一項之罪。且本罪之本刑爲五年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣十五萬元以下罰金，較刑法第二百十條偽造又書罪本刑五年以下有期徒刑爲輕，有利於被告，爲應適用之法律。原審就上述事實既未查明，亦未依法比較新舊法之輕重，而適用刑法第二百十條論處被告罪刑，自屬判決不適用法則，爲違背法令。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨，執以指摘，尙有理由。又因事實不明，有維持被告審級利益之必要。應由本院將原判決關於偽造又書部分撤銷，發回原審法院依判決前之程序更爲審判。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款、第二項，判決如左。

中華民國八十六年九月十一日

【第五案】

一、關係條文

刑法 第二十八條、第二百十條、第二百十六條。

稅捐稽徵法 第四十一條。

刑事訴訟法 第三百七十八條、第三百七十九條第十四款。

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。判決之理由矛盾者，當然為違背法令。刑事訴訟法第三百七十八條、第三百七十九條第十四款分別定有明文。查幫助犯並非共同正犯。被告等縱屬共同幫助他人逃漏稅捐，應就其幫助行為共同負責。仍無刑法第二十八條之適用。原判決王又揭示被告「共同幫助納稅義務人以詐術逃漏稅捐」字樣，理由項下並謂「被告某甲、某乙、某丙因上開施用詐術行為而達成幫助不詳姓名之工人多人逃漏稅捐之行為，係犯稅捐稽徵法第四十三條第一項之幫助逃漏稅捐罪，被告等就上開犯行，亦有犯意聯絡行為分

擔，均爲共同正犯。」復適用刑法第二十八條，其法則之適用，已屬違誤。又依原判決事實欄之記載，被告某甲係承包○○營造有限公司（以下簡稱○○公司）位於台中、台南、嘉義、高雄等地之零星配電管路、埋設管線等工程之人。因爲其工作之不詳姓名者多人，爲免所得超過標準，須扣繳所得稅，乃央求某甲分散使用他人名義申報以逃漏所得稅。某甲依其所請，爲幫助各該不詳姓名之工人逃漏稅捐，竟與被告某乙、某丙基於犯意之聯絡，由其二人收購他人之國民身分證影本，某乙、某丙二人將其收集之吳某、莊某、王某等人之國民身分證多紙交與某甲，由某甲於業務上製作不實之○○公司臨時員工領資表，持向○○公司不知情之會計吳女行使，據以製作吳某等二百十九人之八十一年度各類所得扣繳憑單，向財政部高雄市國稅局前鎮稽徵所申報，藉以共同幫助爲某甲工作之不詳姓名之工人多人以該項詐術逃漏稅捐。但遍查全卷，並無爲某甲工作之工人逃漏稅捐、共逃漏若干稅捐之證據。而其憑以論罪之證據，則係財政部台灣省南區國稅局八十四年度營所字第二九二七九號處分書。該處分書乃核定○○公司於八十一年度營利事業所得稅結算申報，逃漏所得稅六百八十七萬五千元，故處以六十八萬七千五百元之罰鍰。是其認定之事實，顯與所採用之證據不相符合，而有證據上之理由矛盾之違誤。又依卷附資料，本件檢舉人莊某在偵查中受檢察官偵訊時，陳稱不認識某丙等，其身分證曾於七十八年間遺失，已申請補發。另檢舉人柯某在檢察

官偵查中，亦陳明其國民身分證曾經遺失。另一告訴人吳某於告訴函中，亦指控○○公司及○○工程行偽造印章和身分證充當人頭報稅。而依卷附柯某、王某、吳某等人領資表以觀，其製作人均係被告某丙，不但載有柯某等人之身分證號碼，且有柯某、王某及吳某等人之印又。足徵被告等所製作之領資表中所載領取工資之工人，並非均係其收購身分證之人，吳某、柯某、莊某身分證均非向吳某等買來。而有以其他不法方法取得他人身分證，盜刻他人印章，偽造他人領資表，虛報工資情事。該項領資表乃表示吳某、柯某等人已收到表列工資之領據，屬於私文書。序判決疏未依前開卷附資料查明，遽認被告等係經由吳某等提供身分證影本之人同意使用，不構成偽造私文書後行使罪。顯有應於審判期日調查之證據未予調查及證據上理由矛盾之違法。案經確定，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

八十七年度台非字第九七號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告等違反稅捐稽徵法案件，對於台灣高等法院高雄分院中華民國八十七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）

本院按刑法第二十八條之共同正犯，係指二人以上共同實施犯罪之行為者而言，幫助他人犯罪，並非實施正犯。在事實上雖有二人以上共同幫助他人犯罪，要亦各負幫助他人犯罪之責任，仍無適用該條之餘地。本件原確定判決認定被告某甲為幫助其所僱不詳姓名之工人逃漏稅捐，竟與被告某乙、某丙共同基於犯意聯絡，由某甲委請某乙轉請某丙搜購吳某等人之國民身分證影本多紙，交由某甲製作業務上內容不實之○○營造有限公司（以下簡稱○○公司）臨時員工領資表，持向該公司不知情之會計吳女行使，據以製作吳某等人八十一年度各類所得扣繳憑單，向財政部高雄市國稅局前鎮稽徵所申報。足以生損害於稅捐機關課稅之正確性，及吳某等人之權益等情。依上說明本件事實上雖有被告三人共同幫助某甲實際所僱不

詳姓名工人逃漏稅捐之犯行，惟亦各負幫助他人犯罪之責任，要無適用刑法第二十八條論以共同正犯之餘地。原判決王又竟諭知被告三人「共同幫助納稅義務人以詐術逃漏稅捐」罪。理由項下並謂三人「因上開施用詐術行爲而達成幫助不詳姓名之工人多人逃漏稅捐之行爲，係犯稅捐稽徵法第四十三條第一項之幫助逃漏稅捐罪，被告等就上開犯行，亦有犯意聯絡行爲分擔，均爲共同正犯。」並引用刑法第二十八條之規定爲論罪之依據，顯有適用法則不當之違去。又本件公訴意旨係指被告等利用收集而來之吳某等人身分證影本製作所得稅扣繳及免扣繳憑單向稅捐機關申報營利事業所得稅，步犯刑法第二百十六條、第二百十條之行使偽造私文書罪及稅捐稽徵法第四十一條之逃漏稅捐罪等情。原判決撤銷第一審判決並變更檢察官起訴法條，改判被告等幫助納稅義務人以詐術逃漏稅捐罪。但對於被告某甲究竟有無僱用各該不詳姓名之工人？僱用幾人？彼等爲何人？彼等領得之工資若干？與被告某甲申報支出工資之全額是否相符？均未調查。而被害人莊某、吳某均已供明彼等均不認識被告等，莊某、柯某稱身分證曾經遺失，已申請補發云云，其所供是否實在？此等攸關被告等有無稅捐稽徵法第四十一條，刑法第二百十條刑責之重要證據，原審均未調查，致適用法令違誤而顯然判決有影響，即爲判決違背法令。案經確定，上訴人對之提起非常上訴，尙有理由。惟

原判決尚非不利於被告等，自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，判決如王又。

中 華 民 國 八 十 七 年 四 月 十 六 日

【第六案】

一、關係條文

刑法 第三十八條。

民法 第二百零五條。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者爲違背法令。爲刑事訴訟法第三百七十八條所明定。又刑法第三十八條所定之沒收，除違禁物外，以供犯罪所用或供犯罪預備之物及因犯罪所得之物爲限。本件被告因收受支票、本票等票據爲擔保，貸放全錢與吳某、王某、黃某、沈某、陳姓、藍姓、李姓等不評姓名者，各以每月爲一期，各按月收取五分重利，犯常業重利罪，經台灣宜蘭地方法院八十六年度訴字第四五九號判決判處有期徒刑六月，扣案如附表一所示各借款入提供擔保之票據二十五紙均沒收。被告上訴於台灣高等法院，台灣高等法院於八十七

年十二月八日以八十七年度上訴字第四四一一號判決駁回被告全部上訴，關於及收部分駁回上訴之理由謂，如附表一所示之票據二十五張，係被害人吳某、王某、黃某、沈某、陳姓、藍姓、李姓等不詳姓名者交付被告供擔保債務所用，為被告因犯罪所得之物且為被告所有，厚判決均予宣告沒收，核無不合云云。查被告雖犯重利罪，然借款人其借款之債權並非無效或不得請求之債權，其利息依民第二百零五條規定，亦僅超過年利率百分之二十部分無請求權，變成債務人之自然債務而已。嗣後債務人若償還債務，貸與人必須返還其厚交付之票據，從而借款人交付作為擔保之支票、本票，既為債權之擔保，亦為債權之憑證，即不得認係被告因犯罪所得之物。本件厚判決既認如台灣宜蘭地方法院判決附表一所示之票據，係各借款人提供被告作為擔保之用，乃對被告上訴後，就第一審法院有關沒收部分之判決，不予撤銷，仍然駁回上訴，自有適用法則不當之違法。案經確定，合依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，請將該違背法令部分撤銷，以資救濟。又本件被告雖曾向最高法院提起上訴，惟最高法院係以上訴違背法律上之程式，從程序上駁回上訴，故本件非常上訴仍對台灣高等法院判決提起，併此敘明。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十八年度台非字第^二九三號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告重利案件，對於台灣高等法院中華民國八十七年十二月八日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決及第一審判決關於宣告沒收票據二十五張違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑法上沒收因犯罪所得之物，係指因犯罪行為直接產生或取得之物，且屬被告所有者而言。本件原判決維持第一審論處被告某甲常業重利罪刑之判決，依其認定之事實，被告於貸款與吳某、萬某、黃某、沈某，及陳姓、藍姓、李姓等不詳姓名之人時，均由各該借款人交付本人或他人之支票或本票，供為借款之擔保等情。依此事實，則被告之取得本票或支

票，既係供爲借款擔保之用，其乃本於質權契約（權利質權）而取得，並非因犯重利罪而直接產生或取得之物。矧被告貸與吳某等人全錢，雖取得與原本顯不相當之重利，步犯重利罪，但其與借款人間之借貸契約，並不因之而失效，或不得請求返還，僅其利息逾週年率百分之二十部分無請求權而已（民法第二百零五條）。嗣後借款人如償還債務，被告對借款人所提供爲擔保之票據，仍負返還之責，故各該供爲借款擔保之票據，在被告未依法實行質權取償之前，其所有權仍屬於提供擔保之債務人（借款人），僅其所有權之權能遭受限制而已，並非當然歸屬於被告，依法不得對之諭知沒收，乃第一審不察，遽以如該判決附表一所示之票據二十五紙係借款人交付供爲借款擔保之用，爲被告因犯罪所得之物，且爲被告所有，予以沒收之諭知，原審不予糾正，仍率維持第一審此部分之不當判決，自均有判決適用法則不當之違背法令。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由。惟原判決及第一審判決除去此部分後，其餘部分於被告即無不利，故僅應由本院將原判決及第一審判決關於上開違背法令部分撤銷，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中華民國十八年十月十四日

【第七案】

一、關係條文

刑法 第三十八條第一項第三款、第三百二十條第二項。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。次按刑法第三十八條第一項第二、三款所定得沒收之(1)供犯罪所用或供犯罪預備之物，或(2)犯罪所得之物，必於犯罪有直接關係者，始屬相當（最高法院五十二年臺非字第一三號著有判例可資參照）。本件被告某甲於七十九、八十年間，意圖爲自己不法之利益，在臺灣省鐵路局、陸軍總司令部、國有林地（未植林）及廖某私人所有之土地上（坐落基隆市○○○區○○○段二四九、四四七、四五〇、四五一等地號），擅自搭蓋磚造房屋壹棟（門牌編爲基隆市○○○路○○○巷○○○弄一之一號）供己居住使用，查被告某甲竊佔前開土地搭蓋房屋，其竊佔

所得之利益，爲土地上之收益及對該地事實上之占領力。至於該棟工於基地上之房屋，僅係占領上開土地後所生之附隨使用利益，要難認與本件犯罪有直接關係，亦顯非被告因犯罪而直接取得之物，自不得援引刑法第三十八條第三款之規定宣告沒收，乃原判決不察，竟認該屋係因犯罪所得之物而併予宣告沒收，自有適用法則不當之違法。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十七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

右上訴人因被告竊佔案件，對於台灣基隆地方法院中華民國八十七年七月二日第一審確定判決，認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於諭知沒收違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑法第三十八條第一項第三款得沒收之物，以犯罪所得並與犯罪有直接關係者爲限。又刑法第三百二十條第二項之竊佔罪，爲即成犯，於其竊佔行爲完成時，犯罪即成工。查本件被告某甲竊佔他人土地搭建房屋，其竊佔所得之利益，應爲該土地上之收益及對該土地事實上之占領力。至於被告在竊佔土地上搭建房屋，係在繼續竊佔狀態中，逐步加工而成，尚難認係因犯罪直接所得之物，此外又無法律特別規定（如山坡地保育利用條例第三十四條第三項沒收工作物），乃原判決竟認該房屋壹棟係因犯罪所得之物而宣告沒收，撥諸前開說明，自屬判決違背法令。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，以資糾正。

中華民國二十七年十一月四日

【第八案】

一、關係條文

刑 法 第四百十八條前段、第四十七條。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則，或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又受有期徒刑之執行完畢，或受無期徒刑或有期徒刑一部之執行而赦免後，五年以內再犯有期徒刑以上罪者，為累犯，加重本刑至二分之一。裁判確定後發覺為累犯者，依刑法第四十七條之規定更定其刑，為刑法第四十八條前段所規定。按此所稱之更定其刑，必其累犯之發覺係在裁判確定後方得為之，苟於裁判確定之前，已經發覺有累犯之情事者，即無適法之餘地。事實審法院於審理時，如發覺被告有累犯之事實，自應論以累犯並依法加重本刑，倘已發覺為累犯而於判決時扁論累犯並加重其刑，僅能另依上訴程序或非常上訴程序予以救濟，

殊難依刑法第四十八條前段之規定予以更定其刑。本案被告某甲於民國八十三年十一月間因違反麻醉藥品管理條例案件，經台灣高等法院台中分院判處有期徒刑八月，於八十五年十月五日執行完畢，有下列前科紀錄存卷可稽：(一)台灣南投地方法院檢察署刑案資料查註紀錄表、(二)台灣南投地方法院刑案被告院內索引卡紀錄表。(三)原法院八十七年三月五日被告供承有前科之訊問筆錄。被告某甲復於八十六年二月四日再犯過失致死罪，核其事實已符合刑法第四十七條單犯加重本刑之要件，乃第一審法院（即台灣南投地方法院）八十六年交易字第一六七號判決竟未依法論以累犯並加重本刑，諭知「某甲因過失致人於死，處有期徒刑陸月，如易科罰金，以參佰元折算壹日」。案經上訴，台灣高等法院台中分院（八十七年度交上易字第四〇五號）為上訴駁回之判決而確定，（前開違法未論累犯部分，另提非常上訴）。依此以觀，原法院於該審訴訟程序中，已經發覺被告有構成單犯之前科紀錄，依法應論以單犯而加重本刑，詎判決時竟未論以累犯並加重本刑，依前開說明，即係於裁判確定之前，已經發覺有單犯情事，自無於判決確定後再依刑法第四十八條前段之規定更定其刑之餘地。乃原法院依據同院檢察署檢察官判決確定後發覺為累犯，聲請更定其刑，竟適用刑法第四十八條前段、第四十七條之規定，裁定「某甲因過失致人於死，單犯，更定其刑為有期徒刑未月」。又更定累犯之刑之裁定，屬適用刑罰之裁判，其效力與科刑判決無異，於裁定確

定後發覺其有適用法則不當之違法，自得提起非常上訴（參考最高法院二十一年非字第一五二號判例）。案經確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條之規定提起非常上訴，以資匡正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十八年度台非字第二九號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告過失致人於死案件，不服台灣高等法院台中分院，中華民國八十七年五月二十日確定裁定，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

序裁定撤銷。

本件更定其刑之聲請駁回。

理 由

非常上訴理由（見前二）

按裁判確定後發覺爲累犯者，依刑法第四十七條之規定更定其刑，固爲同法第四十八條前段所明又，但必其累犯之發現，存在裁判確定之後，始與法意相符，否則無其適用之餘地。查被告於八十三年十一月間，因違反麻醉藥品管理條例案件，經原法院判處有期徒刑八月確定，於八十五年十月五日執行完畢，有台灣南投地方法院檢察署刑事資料查証紀錄表在卷足稽。原法院於審理本件被告因於八十六年二月四日駕車肇事過失致人於死案件，於八十七年三月五日調查時曾訊問被告有無前科？被告回以有麻藥等前科，經判處有期徒刑易科罰金，於八十五年執行完畢，亦有該訊問筆錄足憑。則原審法院於審理本件被告過失致人於死案件時，應即已發覺被告前已受有期徒刑之執行完畢，符合刑法第四十七條累犯之要件，乃原法院未依累犯之規定加重其刑，顯非裁判確定後始發覺，核與前開刑法第四十八條前段所規定更定其刑之要件，尚屬有間，自不得更定其刑。原法院不察遽依檢察官之聲請而裁定更定其刑，自有未合。案經確定，且對被告不利，非常上訴意旨執此指摘，爲有理由，應由本院將原裁定撤銷，另行判決駁回檢察官更定其刑之聲請，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，判決如左。

中華民國 八十八年 一月 二十一日

【第九案】

一、關係條文

刑 法 第五十一條、第五十三條。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按刑法第五十三條所謂數罪併罰，有二裁判以上，依第五十一條之規定，定應執行之刑者。自以二裁判以上各罪之宣告刑，爲其基礎而定其應執行刑。此由第五十一條之規定甚明。本件被告某甲犯連續非法吸用化學合成麻醉藥品罪及未經許可無故持有刀械罪，經台灣台中地方法院分別判處有期徒刑六月及四月，並定應執行刑有期徒刑七月（八十二年度易字第一六三〇號），於八十二年四月二十四日確定。復犯無故持有可發射全屬具殺傷力之玩具空氣長槍罪，經台灣台中地方法院判處有期徒刑四月（八十二年度易字第一八六七號），於八十二年五月七日確定。原審法院於台灣台中地方法院檢察署檢察官聲請就其宣告之數罪，定其應

執行之刑時，竟未以其數罪之宣告刑爲基礎定其應執行刑，而以八十二年度易字第一六三〇號判決中所定之應執行刑七月，與後案之宣告刑四月爲基礎，定其應執行之刑，自有裁判不適用法則之違背法令。爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十七年度台非字第一四號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告數罪併罰定執行刑案件，對於台灣台中地方法院中華民國八十六年五月十四日第一審確定裁定，認爲違法，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）

本院按刑法第五十三條規定數罪併罰，有二裁判以上，依第五十一條之規定，定應執行刑者，自應以二裁判以上各罪之宣告刑，爲定其應執行刑之基礎，此觀同法第五十一條規定自明，故一裁判宣告數罪之刑，雖曾經定其執行刑，如再與其他裁判宣告之刑定執行刑時，前定之執行刑當然失效，仍應以其各罪宣告之刑爲基礎，定其執行刑，不得以以前之執行刑爲基礎，與後裁判宣告之刑定其執行刑。本件被告某甲因連續非法吸用化學合成麻醉藥品罪及未經許可無故持有刀械罪，經台灣台中地方法院分別判處有期徒刑五月及四月，並定應執行有期徒刑七月（該院八十二年度易字第一六三〇號），又犯無故持有可發射全屬具殺傷力之玩具空氣長槍罪，經同院八十二年度易字第一八六七號判處有期徒刑四月，均經先後確定在案，合於定應執行刑之規定，原裁定依檢察官之聲請定其應執行之刑時，竟未以其數罪之宣告刑爲基礎定其應執行刑，而以該院八十二年度易字第一六三〇號判決中所定之應執行有期徒刑七月，與後案之宣告刑有期徒刑四月，定其應執行刑，揆諸前揭說明，自屬於法有違。且此項定執行刑之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。惟原裁定尙非不利於被告，應由本院將其違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中華民國八十七年一月二十一日

【第十案】

一、關係條文

刑法 第五十三條、第五十一條、第五十六條。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

數罪併罰有二裁判以上者，固得依刑法第五十一條之規定定其應執行之刑，但須以裁判確定前爲前提。又連續數行爲而犯同一罪名者，以一罪論，刑法第五十六條定有明文，而連續犯中之部分行爲，係在併定應執行刑裁判確定以後者，但既以一罪論，即不得併定其應執行刑。本件原裁定定應執行刑依（原裁定）附表所載第一罪所處有期徒刑四月，係台灣新竹地方法院於民國八十三年九月二十九日以八十三年度訴字第五五一號判決，於八十四年二月二十八日確定。其中第四罪所處有期徒刑七月，其犯罪日期其附表雖記載爲八十三年十月間，但其實際犯罪日期則爲八十三年十月至八十四年九月十九日，因係連續犯而論以一罪，有原

卷附台灣台中地方法院八十五年度易字第一二三九號判決影本所載之事實可憑。而連續犯之數行爲中部分行爲既在併定應執行刑判決確定之後，因一罪論之結果，即不得併定其應執行刑，原裁定不羣，併定其應執行刑，自屬於法有違。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

八十七年度台非字第二五二號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告違反麻醉藥品管理條例等罪案件，對於台灣高等法院台南分院中華民國八十六年七月十七日第二審定應執行刑之確定裁定，認爲違法，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 刑法第五十三條所規定數罪併罰，有二裁判以上者，依第五十一條之規定，定其應執行之刑，係指二裁判以上所宣告之數罪，均在裁判確定前所犯者而言。若於其中甲罪之判決確定後，復犯乙罪，即不合上開定應執行刑之規定，設所犯乙罪為連續犯，而其部分犯罪行為在甲罪判決確定以後者，亦應於乙罪裁判確定後，與甲罪之刑併予執行，均無適用前揭規定定其應執行刑之餘地。本件被告某甲曾犯原裁定附表所示五罪，其中於八十二年五月間至八十三年七月間因連續非法吸用化學合成麻醉藥品（即原裁定附表所示第一罪），經台灣新竹地方法院於八十三年九月二十九日以八十三年度訴字第五五一號刑事判決，判處有期徒刑四月，被告上訴第二審後，於八十四年二月二十八日撤回上訴確定，有上開卷字可稽（見台灣高等法院八十三年度上訴字第六八七三號卷第七頁、第九十四頁）。被告另於八十三年十月間至八十四年九月十九日又因連續非法吸用化學合成麻醉藥品（即原裁定附表所示第四罪），經台灣台中地方法院於八十五年十一月二十六日以八十五年度易字第一二三九號刑事判決，判處有期徒刑七月，於八十五年十二月二十一日確定，亦有該卷字可憑（見台灣台中地方法院八十五年度易字第一二三九號卷第八十四頁、第九十頁）。前揭第四罪，雖有部分犯罪行為在第一罪案件判決確定之前（註均在既判力時點之後），但其連續犯之最後犯罪行為，既在第一罪案件判決確定之後，因連續犯以一罪論，無從割裂，則第四罪之犯罪時

間，不能認為係在第一罪判決確定之前。依首開說明，其中第四罪部分，即無適用刑法第五十三條規定，與其他各罪定其應執行刑之餘地，乃原審疏未注意及此，就被告所犯如原裁定附表所示第一、第二、第三及第五罪定其應執行刑時，誤就被告所犯前揭第四罪，亦合併定其應執行之刑，自有適用法則不當之違背法令。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由，惟原裁定尚非不利於被告，應由本院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，判決如王又。

中華民國八年十月二十日

【第十一案】

一、關係條文

刑法 第五十五條。

刑事訴訟法 第三百七十八條、第三百七十九條第十二款。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文，查原判決認定共同被告某乙意圖爲自己不法所有，迭以電話恐嚇被害人王某，命其交付新台幣（下同）二百萬元，否則將不利其女兒王女，致王某心生畏懼，經約定減至一百萬元，嗣命被告某甲前前往取款，當某甲持一張一百萬元之本票及不具殺傷力之玩具手槍一支向王某取款時，向未得手，即爲埋伏之警員當場查獲，並扣得偽造之一百萬元本票一張、玩具手槍一支，因認被告等共犯恐嚇取財未遂罪及偽造有價證券罪，兩罪有方法結果之牽連關係，應從一重之偽造有價證券罪處斷，而判處如王又所示之刑，並說明被告二人所犯偽造有價證券罪，起訴

書雖未引載條文，但犯罪事實欄已有記載，且與恐嚇取財未遂部分，有牽連犯之裁判上一罪之關係，應為起訴效力之所及，自得併予審理云云，惟查刑法第五十五條規定之牽連犯，係指行為人意念中欲犯某罪，而其實施犯罪之方法或結果另犯其目的行為以外之他罪而言，而此牽連關係之有無，不以行為人主觀犯意為準，並應參酌行為時客觀之事實以為決定，即數行為之間，其犯意應連貫外，在客觀上認其方法行為或結果行為與犯罪之目的行為，有不可分離之直接密切關係，始為牽連犯。而起訴書應記載之犯罪事實，係指相當於構成要件之具體事實而言，查本件起訴事實，以被告某乙如何恐嚇被害人命其交付現款，嗣由某甲如何前往取款各情，是其犯罪事實，應僅限於恐嚇取財而已，雖其後有 當某甲持一張一百萬元之本票及玩具手槍向王某取款時，為埋伏之警員當場查獲，並扣得一百萬元本票一張 之記載，乃係查獲當時情況之描述，對於被告等於何時、何地、如何偽造本票及其內容等構成要件之具體事實均付闕如，是此部分，自非起訴範圍甚明。況其取款時雖曾持有此本票之行為，亦與其恐嚇取財之目的行為，並無方法行為之關係，蓋其為達恐嚇取財之目的，衡情亦不以偽造有價證券為必要，是其兩者之間，並無不可分離之直接密切關係，向難認係牽連犯為裁判上之一罪，要無庸疑，況共同被告某乙有關此部分，業經三審以八十六年台上字第二三五二號判決將原判決撤銷，發回更審在案，從而原判決認屬裁判上之一罪，從一重之偽造

有價證券罪論處被告罪刑，顯有適用法則不當及未受請求之事項予以判決之違背法令，案已確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十七年度台非字第_二五八號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告恐嚇取財案件，對於台灣高等法院台南分院中華民國八十五年四月五日第二審關於被告部分之確定判決，認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於某甲部分撤銷，由台灣高等法院台南分院依判決前之程序更為審判。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑法第五十五條規定之牽連犯，指行為人意念中欲犯某罪，而其實施之方法或結果，另犯其目的行為以外之他罪名而言，此牽連關係之有無，不以行為人主觀犯意為準，應參酌

行爲時客觀事實以爲決定，即數行爲之間，其犯意應連貫外，在客觀上認其方法或結果行爲，與犯罪之目的行爲，有不可分離之直接密切關係，始爲牽連犯。又起訴書應記載之犯罪事實，係指相當於構成要件之具體的事實而言。第查本件起訴事實，係以共犯某乙如何恐嚇被害人王某，命其交付現款一百萬元，及著由被告某甲前往取款，是其犯罪事實，應僅及於恐嚇取財犯行，雖有「當某甲持一張一百萬元之本票及玩具手槍一支，要向王某取款時，爲埋伏之警員當場查獲」之記載，然此係查獲當時情況之描述，對於被告等於何時、何地、如何偽造本票，偽造之內容等偽造有價證券構成要件之具體犯罪事實，均付闕如，是此部分，自非起訴範圍。第一審台灣台南地方法院，於八十四年九月十九日，以八十四年度訴字第一二六七號判決時，亦以恐嚇取財未遂罪，論處被告有期徒刑八月，有該刑事卷可憑。況被告取款時，雖曾持有該偽造之本票，亦與恐嚇取財之目的行爲，並無方法行爲關係，而恐嚇取財在客觀上更不以偽造有價證券爲結果，其間更無不可分離之直接密切關係，又該偽造之本票，係經警在被告之身上查獲，尚未交付行使，亦經被害人王某證述無訛，是二者間，尚難成立牽連犯。原審不察，竟以「被告等所犯偽造有價證券罪於犯罪事實欄已有記載（認已起訴），且已與起訴並經第一審論罪之恐嚇取財未遂部分，有牽連犯之裁判上一罪關係，是應爲起訴效力所及，自得併予審理」云云爲理由，撤銷第一審之判決，改判論處被告

共同意圖行使之用，而偽造有價證券罪，酌處有期徒刑三年二月，揆諸首揭說明，顯有適用法則不當及未受請求事項予以判決之違法（共犯某乙部分，亦經本院以同上理由於八十六年四月二十四日，以八十六台上字第二三五二號判決撤銷發回台灣高等法院台南分院更為審判，該院旋於八十六年七月十七日，以八十六年度上更（一）字第一九四號判決某乙恐嚇取財未遂罪刑確定）。案經確定，且於被告不利，上訴人提起非常上訴，執以指摘，尙有理由，而此項未為調查其彼此間，是否成立牽連犯關係之違誤，攸關被告刑責，且為維持被告審級利益，應將原判決關於被告部分撤銷，由台灣高等法院台南分院依判決前之程序更為審判，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項，判決如左。

中華民國八十七年九月三日

【第十二案】

一、關係條文

刑法 第五十五條、第五十六條。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決適用法則不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又按牽連犯之成立，須有行爲人預有使之牽連之意思及數罪間具有方法與結果之牽連關係始克相當。本件原判決認定被告於八十六年十二月二十五日凌晨一時三十分許，在台北市八德路三段一九九巷內，基於公然猥褻之意思出手撫摸迎面而來之林女之胸部得逞，嗣因林女出手抵抗，又基於傷害之概括犯意，出拳毆打林女致林女右臉挫傷，此時與林女同行之鄭某見狀拉開林女，被告復承前傷害之概括犯意，出拳毆打鄭某，致鄭某受有右臉頰瘀傷、眼睛瘀血、鼻子流血等傷害，復八十七年五月五日九時許，在台北市基隆路一段四十五號前，無故以拳頭毆打李

女，致李女臉部外傷，而認被告所犯公然猥褻與傷害間有万法結果之牽連關係，並以其先後三次傷害行為係出於概括犯意而為而論以連續犯。惟查被告於公然猥褻林女時，就林女將有何反應或採取何種反制動作，當無法預見，且被告係於林女受辱出手抵抗，万出拳毆傷林女，極其所為當屬犯意各別之獨立犯罪，亦即先前所為之公然猥褻與嗣後發生之傷害犯行間，自難認被告有使之預為牽連之意思，原判決論以牽連犯，自有判決適用法則不當之違法。復按連續犯須行為人於行為伊始即有反覆為之概括犯意万足相當。本件原判決既認定被告係於八十六年十二月二十五日凌晨，因公然猥褻林女得逞後，遭林女出手反抗，万動手毆傷林女，並傷害前來解救林女之鄭某，而被告係於事隔四月餘後之八十七年五月五日上午，始「無故」以拳頭毆打李女成傷。則被告前後之所以傷害人之原因及情況顯然有異，自難因其時間緊接，犯罪構成要件相同，即認係基於概括犯意而為。原判決對傷害部分以連續犯論處，亦有判決適用法則不當之違法。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十七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

右上訴人因被告傷害案件，對於台灣高等法院中華民國八十七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）

本院按判決適用法則不當者為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又刑法第五十五條所謂之牽連犯，必須二個以上行為有方法與結果關係者，始足構成，亦即必須以犯一罪之方法行為犯他罪，或以犯一罪之結果行為犯他罪，方有牽連關係之可言。而連續犯之所謂出於概括犯意，必須其多次犯罪行為自始均在一個預定犯罪計劃以內，出於王觀上始終同一犯意之進行，若中途另有新犯意發生，縱所犯為同一罪名，究非連續其出發之意思，即不能成立連續犯。本件原判決認定被告於民國八十六年十二月二十五日凌晨基於公然猥褻之意思，在台北市八德路三段一九九巷內，出手撫摸林女之胸部得逞，嗣因林女出手抵抗，被告

竟出拳毆打林女致右臉挫傷，並出拳毆打前來解救林女之鄭某，致鄭某受有右臉頰瘀傷、眼睛瘀血、鼻子流血等傷害。嗣於八十七年五月五日九時許，在台北市基隆路一段四十五號前，無故以拳頭毆打李女，致李女臉部外傷。由上開事實觀之，被告撫摸林女胸部之行爲，並非其毆打林女右臉成傷之方法，其毆打林女之行爲，則係林女抵抗後，始另爲之，更非其出手撫摸林女胸部之結果，二者應無方法與結果之關係可言。又原判決既認定被告於事隔四個月餘後，始「無故」以拳頭毆打李女成傷，則其傷害林女與李女之行爲，顯然並非在一個預定犯罪計劃以內，王觀上始終爲同一犯意之進行，自無概括犯意之可言，其犯意各別，應分論併罰，始爲適法。乃原判決竟認被告先後三次傷害犯行，時間密接，犯罪構成要件相同，係基於概括之犯意而爲，爲連續犯，而論以一罪，並與公然猥褻罪間，有方法結果之牽連關係，從一重之連續傷害罪處斷，顯有適用法則不當之違法。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由，惟原確定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。

中華民國八十七年十月十日

【第十三案】

一、關係條文

刑 法 第五十五條前段、第一百三十五條第一項、第一百四十條第一項。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令。又判決不載理由或所載理由矛盾者，其判決當然爲違背法令。刑事訴訟法第三百七十八條、第三百七十九條第十四款分別定有明文。次按刑法第五十五條前段所謂一行為而觸犯數罪名，係指所犯數罪名爲一個犯罪行為之結果者而言，如果行爲非僅一個，即與該條前段之規定無涉（最高法院三十年上字第二二七一號判例參照）。本件原判決認定，被告某甲與某乙（現由台灣高等法院台南分院審理中）於警員執行臨檢公務時，拒絕提出身分證又件及書寫姓名年籍資料，警員陳某等人要求該二人一起到刑警隊以便查明身分，二人不從，並基於侮辱公務員及妨害公務之犯意聯絡，某甲當場以

閩南語「幹你五姨」辱罵陳某，經陳某勸導無效，再繼續以同一言詞辱罵陳某二次，並用手甩開，對陳某使用暴力。陳某用右手抓住某甲之腰帶，準備逮捕某甲時，某乙竟用力抓住陳某之右手背，意圖拉開不讓警方人員帶走某甲，並上前極力阻擾，同時罵另一警員林某「幹你娘」，當場予以侮辱等情。認被告某甲係犯刑法第一百三十五條第一項妨害公務執行罪及第一百四十條第一項侮辱公務員罪，並指其所犯上開二罪，均為國家法益，本件被害法益只有一個，且其行為具有單一性，應視為一個行為，係一行為觸犯上開二罪名，應依想像競合犯之例，從較重之刑法第一百三十五條第一項之罪處斷。惟依上開原判決所確認之事實，被告某甲係先以閩南語「幹你五姨」辱罵陳某，經陳某勸導無效，再繼續以同一言詞辱罵陳某二次，繼而始用手甩開，對陳某使用暴力。縱認其前後之辱罵行為具有單一性，應視為一個行為，惟被告某甲當場侮辱公務員之犯行與其後之用手甩開，對陳某使用暴力之犯行，及與某乙基於共同犯意聯絡而由某乙抓住陳某右手背之犯行，其行為非僅一個，應屬各別獨立之犯罪行為，且二者犯意各別，犯罪構成要件不同，罪名互殊，屬分論併罰之二罪。原判決認係一行為而觸犯上開二罪名，依想像競合犯論處，其適用法則顯有違誤。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條規定，提起非常上訴，以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十七年度台非字第^二八三號

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公務案件，對台灣雲林地方法院，中華民國八十七年二月二十日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

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）

本院查原判決認定警方於KTV臨檢時，被告不配合出示身分證明文件，及書寫姓名年籍資料，以供查核，並基於侮辱公務員及妨害公務之犯意，以閩南語「幹你五姨」，辱罵執行公務之警方人員陳某，並用手甩開，對陳某使用暴力。認被告係犯刑法第一百三十五條第一項之妨害公務執行罪及同法第一百四十條第一項之侮辱公務員罪，而以被告所犯上開二罪，所

侵害者均爲國家法益，應視爲一行爲，依想像競合犯之規定從一重之刑法第一百三十五條第一項規定處斷。惟被告對於依法執行職務公務員施以強暴之行爲，與對之當場侮辱之行爲，雖係基於同一妨害公務之犯意而發生，但二者行爲各別，非不可分，應成立刑法第一百三十五條第一項及第一百四十條第一項之罪，併合處罰。原判決竟依想像競合犯之規定，僅論以刑法第一百三十五條第一項之罪，自有適用法則不當之違法。非常上訴意旨執此指摘，尙有理由。惟原判決向非不利於被告，自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，判決如左。

中 華 民 國 八 十 七 年 九 月 十 七 日

【第十四案】

一、關係條文

刑 法 第五十五條、第一百三十五條第一項、第一百四十條第一項。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用法則不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。原判決認定被告某甲因債務糾紛，於八十七年二月三日晚間十時卅分許，以腳猛踢鄧某在處後門，經鄧某報警處理，而爲身穿制服正服巡邏職務之警員施某前往該後門查看，詎某甲非但公然口出穢言辱罵施某、番某「幹你娘」等語，並基於妨害公務及傷害之故意，而以腳踢打番某之大腿等部位，並於拉扯倒地時仍以腳踢落番某之無線電對講機及拉斷施某之階級章，妨害施某、番某執行警察勤務之公務，並致番某受有左踝及足扭傷之傷勢（傷害部分未據告訴）等事實，而認被告所爲，係犯刑法第一百三十五條第一項之妨害公務罪以及同法第

一百四十條第一項前段之侮辱公務員罪，二罪間具有万法結果之牽連關係，應依刑法第五十五條之規定，從較重之妨害公務罪處斷。准查牽連犯必須二個以上之行爲有万法與結果之關係，始足構成，亦即必須以犯一罪之万法行爲犯他罪，或以犯一罪之結果行爲犯他罪，万有牽連關係之可言，又認定牽連關係存在，應參酌行爲時客觀事實以爲決定，換言之，必須客觀上認其万法或結果行爲，與犯罪之目的行爲，有不可分離之直接密切關係，始克成工（最高法院七十二年台上字第五四四六號、七十九年台上字第五四七號判例參照），本件被告某甲對於正執行勤務之警員辱罵「幹你娘」等語，其後再以腳踢打警員，踢落警員之無線電對講機，並拉斷警員之階級章，乃係先爲侮辱公務員之行爲後，再以踢打、拉扯之強暴万法妨害公務，該侮辱公務員之行爲並非妨害公務行爲之万法，妨害公務亦非侮辱公務員之當然結果，且客觀上侮辱公務員與妨害公務間亦非有不可分離之直接密切關係，揆之上開判例意旨，被告所爲前開二罪間，應無万法結果之牽連關係可言，原審未予分論併罰，而依牽連關係從重論被告以刑法第一百三十五條第一項之妨害公務罪，自有適用法則不當之違法，案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十八年度台非字第一六〇號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告妨害公務案件，對於台灣高等法院台中分院中華民國八十七年十月二十八日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決及第一審判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又刑法第五十五條所謂之牽連犯，必須二個以上之行爲有方法與結果之關係者，始足構成，亦即必須以犯一罪之方法行爲犯他罪，或以犯一罪之結果行爲犯他罪，方有牽連關係之可言。本件原判決引用第一審判決書記載之事實、證據及理由，認定被告某甲因與鄧某發生糾

紛，於執行職務之警員施某、番某前往處理時，竟公然口出穢言辱罵「幹你娘」等語，並基於妨害公務及傷害之故意，以腳踢打番某之大腿等部位，並於拉扯倒地時，仍以腳踢落番某之無線電對講機，及拉斷施某之階級章，妨害其等執行警察職務等情（傷害部分未經告訴），因認被告係犯刑法第一百三十五條第一項之妨害公務罪及第一百四十條第一項前段之侮辱公務員罪，二罪間有方法結果之牽連關係，應從較重之刑法第一百三十五條第一項處斷云云。惟被告於警員依法執行職務時，先則辱罵「幹你娘」等語，當場侮辱，繼之以腳踢打，並踢落其無線電對講機及拉斷階級章，施予強暴，為原判決合法認定之事實。則被告侮辱公務員之行爲，並非對於公務員依法執行職務時施強暴脅迫之方法行爲，而對於公務員依法執行職務時施強暴脅迫，亦非侮辱公務員之當然結果，且在客觀上，兩者亦無不可分離之直接密切關係，殊無方法結果之牽連關係，自應併合處罰，始屬適法。乃第一審判決認為兩者具有方法結果之牽連關係，從較重之刑法第一百三十五條第一項處斷，經被告提起上訴，原審未加以糾正，仍予維持，均有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。惟原判決及第一審判決尚非不利於被告，應由本院將原判決及第一審判決關於該違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百七條第一項第一款前段，判決如左。

中華民國十八年六月二十四日

【第十五案】

一、關係條文

刑 法 第六十二條。

政風機構人員設置條例 第五條。

刑事訴訟法 第三百七十九條第十款。

二、非常上訴理由

按依本法應於審判期日調查之證據未予調查者，其判決當然為違背法令。刑事訴訟法第三百七十九條第十款定有明又。又依法應於審判期日調查之證據未予調查致適用法令違誤而顯然於判決有影響者，該項確定判決，即屬判決違背法令，應有刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款規定之適用。復經司法院大法官會議以釋字第一八一號解釋在案。又依政風機構人員設置條例第五條規定，政風機構之職掌，並不包括犯罪之偵查。本件被告在序審曾一再具狀主張其為自首，復於八十六年二月二十日辯護意旨狀(三)中陳明係於八十三年六月十日上午

九時向台灣台南地方法院檢察署自首，同日上午十一時五分製作筆錄。麻豆監理站雖係於同日密函調查站偵辦，但係於當日下午發又，最早應在翌日即八十三年六月十一日始能寄達。故應合於自首規定。被告是項王張，關係其能否適用自首減輕、免除其刑之規定，顯有調查之必要性，自應予以查明，以爲適用法律之基礎。原審竟未經調查，逕自以被告之犯行早於八十三年六月一日即已經人向麻豆監理站檢舉，該站站長於次日上班查有弊端。八日又該站政風室處理，十日以密函送台南調查站去辦。被告遲至八十三年六月十日始向該管檢察官自首，顯然其辦理自首時，其貪污行爲已經被具有偵查權之公務員發覺，不合於自首要件云云，顯屬違法。本署爲慎重計，特函請法務部調查局台南縣調查站查告該站究係於何時受理某甲貪污案件，經該站於本年一月七日勵肅字第八七六〇一三號函復，該站係於八十三年六月十一日收到麻豆監理站函送之貪污案。更足徵被告之王張非虛。原審未予查明，有損被告利益，有予糾正之必要。又被告犯侵占罪後爲圖彌縫而偽造文書，併併合罪，無方法結果關係。有司法院院字第八六五號解釋可供遵循。原判決事實欄記載被告於侵占公款後，「爲求掩飾」，將已侵占罰款之交通違規案件銷號結案而爲不實之登載。構成刑法第二百十六條、第二百十三條之罪。自應與其所犯侵占公有財物罪分論併罰。原判決竟認被告所犯行使登載不實文書罪與其所犯侵占公有財物罪有牽連犯之關係，從一重之侵占公有財物罪處斷，尤屬

違法。案經確定，對被告各有利與不利。合依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正並予救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十七年度台非字第四四號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告貪污案件，對於台灣高等法院台南分院中華民國八十六年二月二十七日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於某甲部分撤銷，由台灣高等法院台南分院依判決前之程序更為審判。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按應於審判期日調查之證據而未予調查者，其判決當然為違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第十款定有明文。又依法應於審判期日調查之證據未予調查，致適用法令錯誤，而

顯然於判決有影響者，該項確定判決，即屬判決違背法令，應有刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款規定之適用，亦經司法院大法官會議釋字第一八一號解釋有案。本件原判決認定被告某甲不合自首之要件，係以被告之犯行早於八十三年六月一日即已經他人向麻豆監理站檢舉，該站站長於次日上班後查有弊端，同年月八日交該站政風室處理，同年月十日以密函送台南縣調查站查辦，被告遲至同日（十日）始向該管檢察官自首，其自首時犯行已經被具偵查權之公務員發覺為其論據。惟查依政風機構人員設置條例第五條規定，政風機構之職掌，並未包括犯罪之偵查，監理站站長及其他職員亦非有偵查權之公務員。則被告是否合於自首之要件，應以台南縣調查站何時收到麻豆監理站函送被告之貪污案為準。查被告係於麻豆監理站將被告貪污案件函送台南縣調查站查辦之同日上午即向台灣台南地方法院檢察署檢察官自首，為原判決理由七所載明。依公文收、發文之時程，台南縣調查站受理該貪污案之時間，是否能早於被告之自首時間，即非無疑。究竟台南縣調查站何時收受上開函件，攸關被告是否係自首，顯有調查究明之必要。乃原審竟未予調查，遽行判決，認不符合自首之要件，要難謂無依法應於審判期日調查之證據而未予調查，致適用法令違誤，而顯然於判決有影響之判決違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，尚有理由。為期事實之明確，及維持被告審級利益，應將原判決關於被告部分撤銷，由原審法院依判決前之

程序更爲審判，以資糾正。至原判決認定被告與趙某爲違侵占交通違規之罰款之目的，而在其職務上所掌管之「窗口經收費款報告表」及交通違規案件公文書銷號上，爲不實之登載。並非認定被告係於侵占後，因希圖掩飾，始另行起意在上開文書上爲虛偽之登載。原判決以被告所犯侵占公有財物與行使公務員登載不實文書二罪間，有方法結果之牽連關係，而從一重處斷。非常上訴意旨併指原判決未依數罪併罰論處，而依牽連犯規定處斷，有適用法則不當之違背法令云云。本院認既經撤銷此部分之原確定判決，由原審法院依判決前之程序更爲審判，即無庸再對此加以深論，併予註明。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項，判決如左。

中華民國十八年三月十二日

【第十六案】

一、關係條文

刑 法 第六十四條第一項、第六十五條第一項、第四十七條、第四十八條。

肅清煙毒條例 第五條第一項。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按死刑、無期徒刑不得加重，刑法第六十四條第一項、第六十五條第一項分別定有明文，而累犯，加重本刑至二分之一，又為同法第四十七條所明定。故依累犯加重本刑者，係指除死刑、無期徒刑以外之法定有期徒刑以下之本刑而言。本件被告因共同連續販賣毒品，經台灣高等法院台南分院於八十二年九月廿七日以八十二年度上訴字第一七三二號判決，適用肅清煙毒條例第五條第一項、刑法第二十八條、第五十六條、第五十九條等，判處有期徒刑十五年確定。嗣於刑之執行中發覺其為累犯，但因該罪之法定本刑為死刑或無期徒刑，依刑法第

六十四條第一項、第六十五條第一項規定，不得加重，自無更定其刑之餘地。乃序裁定不宥，竟更定其刑爲有期徒刑十六年，亦即加重其刑一年，自屬違法。更定其刑之裁定與判決有同一效力，既經確定，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

八十七年度台非字第一五號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被告 某甲

右上訴人因被告煙毒案件，對於台灣高等法院台南分院中華民國八十三年八月三十一日確定判決，認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

序裁定撤銷。

本件更定其刑之聲請駁回。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按死刑及無期徒刑不得加重，刑法第六十四條第一項、第六十五條第一項分別定有明文。本件被告某甲所犯肅清煙毒條例第五條第一項販賣毒品罪，其法定本刑爲死刑或無期徒刑，依前開規定，本不得加重其刑。是被告於判決確定後執行中經發覺爲累犯，自無從適用刑法第四十七條關於累犯加重其刑之規定，以加重其法定本刑，即不得加重更定其刑。檢察官以被告爲累犯，依法應加重其刑，而依刑法第四十八條前段聲請更定其刑，自屬不應准許。乃原法院未駁回其聲請，竟裁定更定其宣告刑，加重爲有期徒刑十六年，於法顯有違誤。案經確定，且對被告不利，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由，應由本院將原裁定撤銷，另行判決駁回檢察官更定其刑之聲請，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，判決如王又。

中華民國 八 十 七 年 一 月 二 十 二 日

【第十七案】

一、關係條文

刑法 第七十八條第一項、第二項、第七十九條第一項、第四十七條。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按刑法第七十八條第一項規定「假釋中因故意更犯罪，受有期徒刑以上刑之宣告者，撤銷其假釋。」，第二項規定「前項犯罪，其起訴及判決確定均在假釋期滿前者，於假釋期滿後六月以內，仍撤銷其假釋，其判決確定在假釋期滿後者，於確定後六月以內，撤銷之。」。依上開第二項規定，得撤銷假釋者有下列二種情形 (1) 犯罪、起訴、判決確定均在假釋期滿前者，於假釋期滿後六月以內，仍得撤銷其假釋，(2) 犯罪、起訴在假釋期滿前，而判決確定在假釋期滿後者，於確定後六月以內撤銷之。易言之，如犯罪在假釋中，而起訴及判決確定在假釋期滿後，即不得撤銷假釋。原判決認定被告於八十四年五月二十日起至八十

五年一月十三日止，連續非法吸用化學合成麻醉藥品，復於八十五年一月十三日與不詳姓名之男子，共同非法販賣化學合成麻醉藥品，然因被告前犯恐嚇罪，於八十四年五月二十日假釋，原應於八十四年八月二十五日假釋期滿，其所犯本件非法吸用化學合成麻醉藥品，乃於假釋期間故意更犯罪，應予撤銷假釋，故本件不構成累犯云云，惟查 本件被告所犯非法吸用化學合成麻醉藥品部分，其犯罪時間雖在假釋中，然其起訴時間係在假釋期滿後之八十五年二月二十九日，此有卷附起訴書可稽，依首揭說明，被告並不合於刑法七十八條撤銷假釋之要件，原審認應予撤銷假釋，應屬有誤，又本件被告無應撤銷假釋之原因，其前犯之恐嚇罪於八十四年八月二十五日假釋期滿後，未執行之刑即以已執行論，被告復於八十五年一月十三日非法販賣化學合成麻醉藥品，乃受有期徒刑之執行完畢後，五年以內再犯有期徒刑以上之罪，依刑法第四十七條之規定，自應構成累犯，原判決就被告非法販賣化學合成麻醉藥品部分，未依累犯處斷，遽維持一審之違法判決，顯有適用法則不當之違法，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條，提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十六年度台非字第四二號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

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八十五年九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）

本院按假釋中因故意更犯罪，受有期徒刑以上刑之宣告者，撤銷其假釋，刑法第七十八條第一項定有明文。惟同條第二項規定「前項犯罪，其起訴及判決確定均在假釋期滿前者，於假釋期滿六月以內，仍撤銷其假釋，其判決確定在假釋期滿後者，於確定後六月以內，撤銷之。」，故撤銷假釋，必須再犯之罪，其犯罪、起訴均在假釋中始可。如犯罪在假釋中，而起訴及判決確定已在假釋期滿後者，即不得撤銷假釋。本件原判決，依其確定之事實，認定被告前犯恐嚇罪，於八十四年五月二十日假釋，應於同年八月二十五日假釋期滿，竟於假釋期滿前及期滿後，再犯連續非法吸用化學合成麻醉藥品罪及共同非法販賣化學合成麻醉藥品

罪，其犯罪時間，各爲「八十四年五月二十日起至八十五年一月十三日止」及「八十五年一月十三日」等情。所認被告連續非法吸用化學合成麻醉藥品罪，雖在假釋中犯之，然該罪起訴時間，係在假釋期滿後之八十五年二月二十九日，有卷附起訴書可憑，依首揭說明，自不得據以撤銷假釋，原審認應撤銷之，非無違誤。又被告前案假釋，既無撤銷之原因，依刑法第七十九條第一項之規定，其未執行之刑，於假釋期滿時，以已執行論。則被告於八十五年一月十三日復犯非法販賣化學合成麻醉藥品罪，乃受有期徒刑執行完畢後，五年以內再犯有期徒刑以上之罪，自屬累犯，原判決就此未適用刑法第四十七條之規定處斷，遽維持第一審之違法判決，顯有適用法則不當之違法。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由。惟原判決尚非不利於被告，應由本院將原判決及第一審判決關於違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如左。

中華民國八十六年二月二十日

【第十八案】

一、關係條文

刑 法 第一百三十八條、第二百二十條第一項。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，此刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又台灣電力公司在用戶電錶上裝置之封印，一面刻有電力公司或台電字樣，一面印有閃光圖案，既用以證明為電力公司所加封，即與刑法第二百二十條所稱足以為表示其用意之證明者相當，自應以又書論，且已隨同出租之電錶，由用戶保管，如加以毀壞，即應成立同法第一百三十八條毀壞公務員委託第三人掌管之又書罪（二十八年上字第2536號判例參照）。本件依原判決所認定「被告委請某男子將電錶外之鉛質封印拆除外，打開電錶外殼，移動計量器軸承，復以其偽造之鉛質封印加於電錶外殼，偽裝電錶加封完好狀態」之事實，被告既

以偽造之鉛質封印加以毀棄，則其行為已該當於刑法第一百三十八條之罪，原審竟置之不
論，顯有判決不適用法則之違法。次查原判決事實欄認定被告與某年籍不詳之四十餘歲男子
共同意圖為自己不法之所有，惟理由及王又竟未論以共同正犯，亦有事實與理由王又矛
盾之違法。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以
資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十八年度台非字第三六號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告違反電業法案件，對於台灣高雄地方法院中華民國八十五年四月二十六日第
一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又台灣電力公司在用戶電錶上裝置之封印，一面刻有台電字樣，一面印有「K」等字樣，既用以證明爲台灣電力公司業經檢驗加封之又義，並藉以防止私自搬動、拆除，實爲正確計算供電度數之標準，即與刑法第二百二十條（現行刑法第二百二十條第一項）所稱足以爲表示其用意之證明者相當，自應以又書論。且已隨同出租之電錶，由用戶保管，如加以毀壞，即應成立刑法第一百三十八條毀壞公務員委託第三人掌管之又書罪。本件依原判決所認定

「某甲 共同意圖爲自己不法之所有，委請某男子將電錶外之鉛質封印拆除後，打開電錶外殼，移動電錶內之計量器軸承，使計量器之轉速變慢約百分之五十，復以其偽造之一面刻有『K』等表彰業經台灣電力公司檢驗加封字樣之鉛質封印三枚加封於電錶外殼，持以偽裝電錶加封完好狀態，使台灣電力公司未能正確計算用電量，足以生損害於公眾」之事實。則被告將公務員委託保管之電錶外之鉛質封印予以拆除，其行爲已該當於刑法第一百三十八條之毀壞公務員委託第三人掌管之又書罪。乃原判決就此罪名部分竟置之不論，顯有判決不適用法則之違法。次查原判決事實欄認定被告與某年籍不詳之四十餘歲男子共同意圖爲自己不法之所有 等情，准理由欄及王又竟未論以共同正犯，亦有判決理由矛盾之違法。案經確

定，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由，惟原判決尙非不利於被告，應由本院將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 八 年 一 月 二 十 八 日

【第十九案】

一、關係條文

刑法 第一百三十八條、第一百三十五條第一項、第三百五十四條、第五十五條。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決適用法則不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又刑法第一百三十八條毀壞掌管物品罪之行爲客體，為公務員本於職務上關係而掌管之物品。本件依原判決確認之事實，被告以毀損之故意，加速衝撞停放在前之警車，而對於公務員依法執行勤務時，施行強暴行爲，並致令上開彰化縣警察局田中分局編號○○三號之警車左側後方及彭某所有之V L—八二××號自用小客車之前方車頭均受毀損等情，而該警車依事實欄所載，係彰化縣警察局田中分局田中派出所值勤巡邏勤務警員楊某、李某因接獲報案通知驅之前往處理勤務所用，足見為公務員本於職務關係而掌管之物品，被告毀損部分犯行，係以一行爲觸

犯刑法一百三十八條、第三百五十四條（該部分業據被害人彭某提出告訴）之罪，應從一重之毀壞掌管物品罪處斷，並與刑法第一百三十五條第一項妨害公務罪間，因有方法結果之牽連關係，而從一重之毀壞掌管物品罪論處。詎原判決竟漏引刑法第一百三十八條，僅論以同法第一百三十五條第一項、第三百五十四條，從一重之妨害公務罪處斷，即有適用法則不當之違誤。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十八年度台非字第一二六號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告妨害公務案件，對於台灣彰化地方法院中華民國八十七年二月二十四日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於妨害公務部分違背法令部分撤銷。

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。又刑法第一百五十八條毀損公務員職務上掌管物品罪，所稱公務員職務上掌管物品，凡該物品由公務員本於職務上之關係所掌管者，即屬之。本件被告某甲駕駛其所竊取屬彭某所有之車牌號碼VL—八二××號自用小客車，在彰化縣員林火車站前不慎撞及柯某所駕駛之營業小客車，肇事後往二水鄉方向逃逸，經柯某報警處理，彰化縣警察局田中分局田中派出所值勤警員楊某、李某接獲通知，乃驅車趕往二水鄉員集路、海豐路口附近超前攔截，並警示被告靠邊停車，被告見警車在前無法超越，即佯裝靠邊停車，俟見警員李某下車欲加盤查，竟萌毀損之故意，加速衝撞停放在前之警車，而對於公務員依法勤務時，施強暴行爲，並致令彰化縣警察局田中分局編號○○三號警車左側後方及VL—八二××號自用小客車之前方車頭均受毀損等情，爲原判決所確定之事實。按諸上開事實之記載，彰化縣警察局田中分局編號○○三號警車既係警員李某、楊某執行勤務時所駕駛使用之車輛，自屬公務員職務上掌管之物品。被告基於毀損之故意，以其所駕駛之VL—八二××號自用小客車衝撞該警車，而對於依法執行勤務之警員施強暴，致該警車及其所駕駛之自小客車均受毀損，核係一行爲觸犯刑法第

一百三十八條、第一百三十五條第一項、第三百五十四條之罪，應依想像競合犯從一重以損壞公務員職務上掌管之物品罪處斷。乃序判決就此部分竟漏未論處刑法第一百三十八條之罪，僅論以同法第一百五十五條第一項、第三百五十四條之罪，正依牽連犯從一重以對於公務員依法執行職務時施強暴罪處斷，自有適用法則不當之違誤。案經確定，非常上訴意旨，執以指摘，洵有理由。惟序判決關於此部分尚非不利於被告，應由本院將序判決關於妨害公務部分違背法令部分撤銷，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。

中華民國八年十月二十五日

【第二十案】

一、關係條文

刑法 第一百三十八條。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用法則不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。原判決於事實欄認定被告基於損壞公務員職務上掌管物品之犯意，以左手扯破警員蔡某右衣領，致致某職務上所掌管之警員制服嚴重損壞而不堪使用，而論被告以刑法第一百三十八條之損壞公務員職務上掌管之物品罪，惟查刑法第一百三十八條所謂公務員職務上掌管之物品，係指該物品因公務員本於職務上之關係而掌管，而可爲證據之物品而言，並非泛指一般物品，若與其職務無關，僅供日常使用之物品，縱予損壞，亦難繩以該條之罪，警員之制服乃供警員日常使用之物品，如有破損可重新制作取代舊物，與公務員職務上掌管之物品，非

可任意制作取代原物之情形有別，警員之制服應非刑法第一百三十八條所指之公務員職務上掌管之物品（最高法院七十一年度台上字第七七四號、七十三年台上字第四五五七號、七十四年台上字第六七〇號判決參照），原判決因被告扯破警員制服而論以刑法第一百三十八條之罪，應有適用法則不當之違法，案經確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十七年度台非字第一八一號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告妨害公務案件，對於台灣台北地方法院中華民國八十七年二月十七日第一審確定判決，關於毀損公務上掌管之又書物品罪部分，認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於損壞公務員職務上掌管之物品部分撤銷。

某甲右開撤銷部分無罪。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑法第一百三十八條所謂公務員職務上掌管之物品，係指該物品因公務員本於職務上之關係而掌管者而言，若與其職務無關，僅供日常使用之物品，縱予損壞，亦難繩以該條之罪，警員之制服乃警察機關給予警察穿著使用之物品，所有權已歸屬該警員，並非持有掌管之關係，若有破損可重新制作取代舊物，與公務員職務上掌管之物品係無可取代之情形有別，故警員之制服應非上述法條所指之公務員職務上掌管之物品。本件原確定判決於事實欄認定被告某甲基於損壞公務員職務上掌管物品之犯意，於民國八十六年十一月二十七日廿三時五十分許，在台北市新生南路二段、全華街口，以左手扯破警員蔣某右衣領，致蔣某職務上所掌管之警員制服嚴重損壞而不堪使用等情。依此事實觀之，被告損壞蔣某所有之制服右衣領，該制服並非屬其本於職務上之關係而掌管，依上說明，向與刑法第一百三十八條毀損公務上掌管之又書物品罪之構成要件有間，乃原判決不察仍論被告損壞公務員職務上掌管之物品罪，酌處有期徒刑八月，顯有判決適用法則不當之違法，案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，即有理由，應由本院將原判決關於損壞公務員職務上掌管之物品部分

撤銷，另爲無罪之諭知（至於被告所犯對於公務員依法執行職務時，施強暴部分，業經判處有期徒刑六月確定，不在本件非常上訴範圍），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 七 年 六 月 十 八 日

【第二十一案】

一、關係條文

刑 法 第一百三十九條、第三百五十六條。
刑事訴訟法 第三百條、第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。本件原判決以被告某甲係○○○汽車有限公司（以下簡○○○公司）之董事，並出資該公司新台幣（下同）一千萬元，於八十五年六月初某日，收受台灣台南地方法院八十五年五月廿九日八十五南院武執真字第四三四九號執行命令「禁止債務人（即被告）就其對第三人公司（即○○○公司）之出資在一千萬元範圍內，爲轉讓或其他處分之行爲，並禁止第三人就債務人上開出資爲返還及變更章程之行爲」後，明知其前開出資額已經該法院強制執行之扣押命令，竟爲違背公務員前開查封效力之行爲，竟於八十五年七月廿五日向台灣省政府建設廳申請變

更○○○公司名稱爲「○○○開發有限公司」，正處分其原來所有○○○公司出資額一千萬元之財產，將該出資額全部轉讓予其舅舅蘇某，而違背該法院查封標示之效力，乃變更檢察官依刑法第三百五十六條起訴之法條，改依同法第一百三十九條違背公務員查封標示效力之行爲之罪論處，惟查該強制處分係執行法院所爲之執行命令，並未對之實施查封或有施以封印等之程序，有台灣台南地方法院八十五年執字第四三四九號民事執行卷影本可稽，原判決未察，逕以刑法第一百三十九條規定科處被告罪刑，自有適用法則不當之違法。又本件檢察官係以被告於將受強制執行之際，爲意圖損害債權人之債權，而將其對○○○公司之出資額轉讓爲其起訴犯罪事實。並無隻字述及被告有違背公務員查封之標示效力之行爲。毀損債權與違背查封效力之事實並非同一，自不能引用刑事訴訟法第三百條變更起訴法條，改依違背查封效力予以判決，則其逕依違背查封效力罪予以判決，亦有刑事訴訟法第三百七十九條第十二款所定之已受請求事項未予判決及未受請求事項予以判決之當然違背法令。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、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

八十六年度台非字第三二七號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

右上訴人因被告損害債權案件，對於台灣高等法院台南分院中華民國八十六年六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）

本院按刑法第一百三十九條之違背查封效力罪，以行為人有損壞、除去或污穢公務員所施之封印或查封之標示，或為違背其效力之行為為要件。原判決認定被告於八十五年六月初某日，收受台灣台南地方法院所發，禁止其對○○○公司之出資在一千萬元範圍內，為轉讓或其他處分行爲，並禁止第三人就其上開出資為返還及變更章程行為之執行命令，明知該出資額已經該法院為強制執行之扣押命令，竟仍於八十五年七月二十五日，向台灣省政府建設廳申請變更公司名稱，並將其出資額轉讓其舅舅蘇某等情。該項強制執行既未經施以封印或為查封之標示，則被告違背該執行命令，尚與上開違背查封效力罪之構成要件有間，要難以該罪

相繩。次按刑法第三百五十六條損害債權罪所稱之將受強制執行之際，係指債權人對債務人之債權取得執行名義後，強制執行程序未終結前之期間而言。查台灣台南地方法院係因玉山商業銀行股份有限公司（以下簡稱玉山銀行）執有被告簽發面額一千一百八十八萬元本票，經取得准予強制執行裁定之執行名義，聲請強制執行，始先對被告發前開執行（扣押）命令，有該院八十五年執字第三四九號執行卷影本附卷可徵，原判決既認定被告僅收受該項執行命令，台灣台南地方法院尚未對該項出資額拍賣或變賣，以清償玉山銀行之債權，則該項強制執行程序顯尚未終結。且該項強制執行程序嗣係因該出資額經拍賣無人應買，玉山銀行亦不願承受，而於八十五年十月九日，經台灣台南地方法院民事執行處通知玉山銀行及被告，執行程序終結（依強制執行法第七十一條辦理）。足見被告於八十五年七月二十五日變更公司名稱及將其出資額轉讓時，前開強制執行程序尚未終結，核其所為，係犯刑法第三百五十六條之損害債權罪。原判決撤銷第一審論處被告損害債權罪刑之判決，變更起訴法條，改判論處被告違背查封效力罪刑，其判決與起訴之社會事實相同，固無已受請求事項未予判決及未受請求事項予以判決之違法，然其判決適用實體法則則有不當，案經確定，非常上訴執以指摘，洵有理由，惟原判決尚非不利於被告，自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 六 年 十 月 九 日

【第二十二案】

一、關係條文

刑 法 第一百四十三條第二項、第一項。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決適用法則不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。原判決以柯某係○○縣○○鎮第十五屆鎮民代表候選人，意圖當選，竟與其姻親王某基於犯意之聯絡，於民國八十三年七月十五日晚上，在○○縣○○鎮○○路廿三巷十六號透過王某，以每票新台幣（下同）八百元之代價，於翌日即投票日早上至○○鎮○○路一七八號某甲任處，交付賄款計二千四百元予有投票權之某甲，約使某甲促其二子某乙、某丙於投票時將選票投予柯某等情。關於某甲部分，依刑法第一百四十三條第一項論處罪刑，對於某甲收受之賄賂二千四百元，並依同法條第二項諭知沒收或追徵其價格，固非無據。按犯刑法第一百四十三條第一項

之罪者，其所收受之賄賂固應沒收或追徵其價額，但應以實際所得者爲限，如實際並無所得，自無從再爲沒收或追徵其價額之諭知（最高法院五十四年台上字第二六五號判例參照）。本件序判決理由已明白認定被告某甲在檢察官偵查中所供「我家有三票、一票拿八百元，他（指王某）叫我蓋給柯某，我們有蓋給他，後來把錢還給他」「錢退給柯某，他有拿回去」等情爲可信，則被告既已將賄賂全部退回行賄之柯某，實際上已毫無所得，自不得再爲沒收或追徵其價格之諭知，乃序判決仍對被告所收受而實際上已退還行賄者之二千四百元諭知沒收或追徵其價額。委有適用法則不當之違法，案經確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十六年度台非字第一二八號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告妨害投票案件，對於台灣屏東地方法院中華民國八十四年四月十三日第一審確定判決，認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

厚判決關於某甲部分撤銷，由台灣屏東地方法院依判決前之程序更爲審判。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用法則不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又刑法第一百四十三條第二項規定犯同條第一項之罪者，所收受之賄賂沒收之，如全部或一部不能沒收時，追徵其價額。必其所收受之賄賂爲金錢以外之其他財物不能沒收時，始應追徵其價額，使其繳納與厚物相當之價額，而現款新台幣爲通用之貨幣，本身即爲貨幣價值之表示，不若其他貨物有所謂之價額，當不發生追徵其價額之問題。本件被告收受之賄賂既係現款新台幣二千四百元，厚判決予以宣告沒收，並同時諭知如全部或一部不能沒收時，追徵其價額，其法則之適用，已難謂無違誤。又依法應於審判期日調查之證據未予調查，致適用法令違誤，而顯然於判決有影響者，該項確定判決即屬違背法令，得提起非常上訴，業經司法院大法官會議著有釋字第一八一號解釋可稽。再犯刑法第一百四十三條第一項之罪者，其所收受之賄賂固應沒收或追徵其價額，但必以被告實際所得之財物爲限，如所得財物已返還行賄人，其本身實際上已無所得可言，自無從再爲沒收或追徵其價額之諭知。本件厚

判決於理由欄壹——，內載錢存係被告在檢察官偵查中所供「我家有三子，一子拿八百元，他（指王某）叫我蓋給柯某，我們有蓋給他，後來把錢還給他」、「錢退給柯某，他有拿回去」等情爲屬可信，並資作其裁判論斷之王要依據，倘與事實相符，則被告既已將賄款全部退回行賄之柯某，其實際上已毫無所得，自不得再爲沒收或追徵其價額之諭知，乃原判決對被告所收受而實際上已退還行賄者之二千四百元併予諭知沒收或追徵其價額，即亦有適用法則不當之違法。尤以依卷內證據資料之載示，同案被告柯某、王某於偵審中均未見有何上開賄款已收回之供述資料可爲稽考，顯見被告之上開賄款已退還之陳述得否遽信，不無疑竇，實情究竟如何？迄屬未明，致本院無從爲法律上之判斷。原審就此攸關上揭賄款沒收法則適用判斷之重要事項，並未予以詳查究明釐清，即行判決，並諭知上開賄款沒收或追徵其價額殊嫌遽斷，可難謂無證據調查未盡，致適用法令違誤，而顯然於判決結果有影響。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，非無理由，應由本院將原判決此部分撤銷，爲維持被告某甲審級之利益，爰發回原法院依判決前之程序更爲審判，以資救濟。

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

中華民國 八 十 六 年 四 月 三 十 日

【第二十三案】

一、關係條文

刑 法 第一百七十五條第二項、第三項、第五十五條。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

一、按判決確定後，發見該案件之審判係違背法令者，最高法院檢察署檢察總長得向最高法院提起非常上訴，刑事訴訟法第四百四十一條定有明文。二、經查本件台灣台南地方法院八十六年度南簡字第五七三號判決，以被告某甲放火燒燬自己所有之布質摺疊沙發致生公共危險與失火燒燬合室內物品、廚房木質天花板、執水器、電燈、水管致生公共危險，認係分別觸犯刑法第一百七十五條第二項、第三項之罪，各處有期徒刑二月及拘役二十日。惟按一行爲而觸犯數罪名者，從一重處斷，刑法第五十五條定有明文。查本件被告放火燒燬布質摺疊沙發後，雖因試圖滅火而將該沙發椅移至合室門口，致延燒合室內物品、廚房木質天花板、

執水器、電燈、水管，並燒燬該等物品，形式上固分二階段，然實導因於一個放火行為，即屬一行爲而觸犯數罪名，依首開規定，自應從一重處斷，原判決竟認被告前揭燒燬事實爲二行爲，而分論以刑法第一百七十五條第二項之放火罪及第三項之失火罪，自屬違背法令。案經判決確定，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

八十七年度台非字第二六九號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告公共危險案件，對於台灣台南地方法院中華民國八十六年六月五日簡易確定判決，認爲違背法令，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決撤銷。

某甲放火燒燬自己所有之布質摺疊沙發椅、合室內物品、廚房木質天花板、執水器、電燈、

水管致生公共危險，處有期徒刑貳月，如易科罰金，以叁佰元折算壹日，緩刑叁年，打火機壹個沒收。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑法第一百七十五條第二項放人燒燬住宅等以外之自己所有物，致生公共危險罪，雖同時侵害私人財產法益，但仍以保護社會公安法益爲重，況放火行爲原含有毀損性質，而放火燒燬自己所有布質摺疊沙發後，若同時延燒自己所有宅內其他傢俱、日常生活用品，該延燒部分之物品，自應包括在同一放火行爲內，不另成立刑法第一百七十五條第三項之失火罪（本院七十九年台上字第一四七一號判例參照）。本件被告於民國八十六年五月七日晚上十時許，在台南市○○路二段○○巷○○弄任處，與其妻張某發生口角爭吵，心情不佳，乃於隔日（八日）凌晨一時許，以打火機點燃任家內自己所有之布質摺疊沙發椅，嗣火勢大起，被告警覺不對，而將沙發椅推至合室門口，欲以水撲滅，惟火苗順勢延燒合室內之物品、廚房木質天花板、執水器、電燈、水管致生公共危險等情，檢察官乃於八十六年五月十九日，以八十六年度偵字第六六一號，認被告係犯刑法第一百七十五條第二項之罪，向台灣台南地方法院聲請簡易判決處刑，依照首揭說明，被告僅應成立刑法第一百七十五條第二項之

罪，乃原判決不察，認被告向另犯同條第三項之罪，並於八十六年六月五日，以八十六年度南簡字第五七三號判決被告放火燒燬自己所有之布質摺疊沙發椅致生公共危險罪，酌處有期徒刑二月，如易科罰金，以三百元折算一日，緩刑三年，打火機一個沒收。又失火燒浴室內物品、廚房木質天花板、執水器、電燈、水管致生公共危險罪，酌處拘役二十日，如易科罰金，以三百元折算一日，緩刑三年，自屬違誤。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨，指摘事項，雖未盡符合，然仍應認為有理由，並由本院將原判決撤銷，另行判決如王又所載，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，刑法第一百七十五條第二項、第四十一條、第七十四條第二款、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、第二條，判決如王又。

中華民國八十七年八月十三日

【第二十四案】

一、關係條文

刑法 第二百十條、第二百十二條、第二百十六條。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決適用法則不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又委任辯護人爲刑事被告辯護，性質上爲民法上之委任契約。而提出於檢察署或法院之委任狀，係由委任人所製作，表示委任人委託受任人爲被告辯護之用意之文書，自係私文書，並非單純服務證書相類之又書。查最高法院七十六年台上字第五〇一四號判決，係認法律顧問證書爲服務證書之一種，並未謂委任狀係服務證書之一種。原判決引用最高法院上開判決，曲解該判決原意，謂本件被告所偽造之委任狀係服務證書相類之又書之一種，而依刑法第二百十二條之規定論處被告罪刑，自有判決適用法則不當之違法。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一

條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十六年度台非字第三五〇號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告偽造又書案件，對於台灣高等法院花蓮分院中華民國八十五年十一月二十八日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑事辯護人委任狀，乃委任人委託受任律師為被告辯護之契約書，性質上為民法上之委任契約，自係刑法第二百十條之私又書，此與同法第二百十二條規定之關於品行、能力、服務或其他相類之證書、介紹書即一般所稱之特種又書，性質上迥然有別。本件原判決既認

定被告偽造王某、許某任被告爲偵查中辯護人之刑事委任狀，並持以行使。依前開說明，自應論以刑法第二百十六條、第二百十條之行使偽造私文書罪，萬屬適法。乃原判決竟認刑事辯護人委任狀，係與服務證書相類之特種文書，因而變更檢察官起訴之法條，改依同法第二百十六條、第二百十二條論罪處刑。自有適用法則不當之違背法令。案經確定，非常上訴意旨，執以指摘，尙有理由，惟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 六 年 十 一 月 二 十 日

【第二十五案】

一、關係條文

刑 法 第二百十一條、第二百十二條。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。查戶籍登記簿係刑法第二百十一條之公文書，迭經司法院廿七年院字第一七五九號及卅一年院字第二四三二號分別解釋有案，而戶籍謄本係由戶籍登記簿影印而成，二者之性質應屬相同，自不因影印後即轉變爲同法第二百十二條之公文書，復經司法院於七十六年六月廿日以廳刑一字第一〇五九號函釋明在案。本件一審判決認定被告某甲基於詐欺及行使變造身分證及戶籍謄本之概括犯意，於八十年七月四日在其家中，將其身分證統一編號「H一二一××二二三四」之後二碼「三四」挖取後，換貼爲「四三」二字，而將該身分證變造爲「H一二一

××二二四三」號，並將請領之尸籍謄本，其上身分證編號亦由原來之「H一二一××二二三四」變造爲「H一二一××二二四三」號，嗣於同年十月三日，又將其上開身分證編號末二碼仍以挖補方法變造爲「五二」而變成「H一二一××二二五二」，且將請領之尸籍謄本上之身分證編號，亦由原來之「H一二一××二二三四」變爲「H一二一××二二五二」，並各予影印連同變造後之身分證原本，先後執向萬泰商業銀行中壢分行及桃園分行，分別申辦貸款新台幣四十萬元及六十萬元，使各該銀行承辦人員無法查知其已遭拒絕往來，而陷於錯誤，以致如數核撥供其先後花用，復未依約按期分償本息等事實，揆諸首開說明，被告變造尸籍謄本之行爲，係犯刑法第二百一十一條之變造公文書罪，該判決竟以身分證及尸籍謄本均係作爲身分之證明文件，同屬刑法第二百一十二條之又書，說明被告同時行使變造之身分證原本、影本及尸籍謄本，係侵害單一法益，僅應成工一行使變造特種又書罪，並與詐欺取財行爲間有方法結果之牽連關係，應從一重之詐欺取財罪處斷，並依連續犯予以加重其刑，而判處被告有期徒刑一年，被告不服上訴原審，不予糾正，竟予維持，而爲上訴駁回之判決，均有適用法則不當之違法，案已確定。爲統一法律之適用，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十七年度台非字第一一一號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告詐欺案件，對於台灣高等法院中華民國八十六年十二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

原審及第一審關於違背法令部分之判決均撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按戶籍謄本係公務員就其職務上掌管之戶籍登記簿所載內容而為轉載，並證明內容與登記簿記載資料相同之又書，性質上與刑法第二百一十二條關於品行、能力、服務或其他相類證書之特種又書迥異，應屬刑法第二百一十一條之公文書。第一審判決認被告某甲變造戶籍謄本之行爲，係犯刑法第二百一十二條之特種又書，其同時行使變造之身分證原本、影本及戶籍謄

本，侵害法益單一，僅成二一行使變造特種文書罪，並與詐欺取財罪間有方法結果之牽連關係，應從一重之詐欺取財罪處斷，自屬違誤，原審予以維持，未予糾正，顯屬違法。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由。因原判決尚非不利於被告，應由本院僅將原審及第一審關於違背法令部分之判決撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中華民國八年七月四日 二十九日

【第二十六案】

一、關係條文

刑 法 第二百一十一條、第二百二十條、第一百三十四條、第二百十六條、第二百十

條、第五十六條。

貪污治罪條例 第五條第一項第二款。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者為違背法令。刑事訴訟法第三百七十八條規定甚明。依本件原判決事實欄之記載，被告係行政院國軍退除役官兵輔導委員會榮民工程事業管理處基礎工程隊資料站代理站長，負責該隊電腦資料之輸入登錄處理業務，為依法令從事公務之人員。明知其父母不符合請領實物代金之規定，竟意圖不法所有，於八十二年七月間，利用操作電腦作月報表之機會，未經簽報所屬人事室及王管長官核准，擅將電腦王檔資料中其本人應領

實物代全每月子女兩小口共四百五十四元，私自輸入更改爲父母兩大口共一千一百三十二元。致該隊自八十二年七月起按月支付兩大口實物代全，由其領取。至八十三年十二月間被發現止，計溢領九千八百三十一元。可知被告係服務於政府機關之公務員，既係公務員，其請領眷屬實物代全時，應填具申請表附具戶籍謄本，送請會計單位及王管長官核可，由承辦人員輸入電腦，而後按月發給。該項電腦資料，乃該基礎工程隊據以發給員工實物代全之書面依據，具有準公文書之性質。被告竟爾利用其代理資料站站長之身分及操作電腦作月報表之機會，私自更改所屬機關之電腦王檔資料，詐領實物代全，應構成刑法第二百一十一條、第二百二十條變造準公文書、貪污治罪條例第五條第一項第二款，利用職務上之機會詐取財物罪。二者有万法結果之牽連關係，應從一重處斷。原判決僅論以行使變造私文書罪，且置詐欺部分於不論，顯屬違法。案經確定，合依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，用予糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十六年度台非字第二七八號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上诉人因被告偽造文書案件，對於台灣桃園地方法院中華民國八十五年三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。本件原確定判決事實認定，被告係行政院國軍退除役官兵輔導委員會榮民工程事業管理處基礎工程隊資料站代理站長，負責該隊電腦資料之輸入登錄處理業務，為依法令從事公務之人員。明知其父母不符合請領實物代全之規定，竟意圖不法所有，於民國八十二年七月間，利用操作電腦作月報表之機會，未經簽報所屬人事室及王管長官核准，擅將電腦王檔資料中其本人應領實物代全每月子女兩小口共新台幣（下同）四百五十四元，私自輸入更改為父母兩大口共一千一百三十二元。致該隊自八十二年七月起按月支付兩大口實物代全，由其領取。八十三年七月起，因法令變更為每人僅得申報一口，電腦可自動將被告名下實物代全更改為

一大口即五百六十六元，至八十三年十二月間被發現止，計溢領九千八百三十一元。被告既係依據法令從事公務之人員，利用其職務上操作電腦月報表之機會，擅自更改所屬機關之電腦王檔資料，據以詐領實物代金，而該項電腦資料，乃該基礎工程隊據以發給員工實物代金之書面依據，且係被告職務上所製作，具有準公又書之性質，核其所爲，係牽連犯刑法第一百三十四條、第二百十六條、第二百二十條、第二百一十一條之公務員假藉職務上機會行使變造準公又書罪及貪污治罪條例（修正前）第五條第一項第二款之公務員利用職務上機會詐取財物罪，應從一重依公務員利用職務上機會詐取財物罪處斷，乃原判決竟認被告係牽連犯刑法第一百三十四條、第二百十六條、第二百二十條、第二百一十條之公務員假藉職務上機會行使變造準私又書罪及第一百三十四條、第三百三十九條第一項之公務員假藉職務上機會詐取財物罪，而從一重以公務員假藉職務上機會行使變造準私又書罪處斷，即有適用法則不當之違法。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由，惟原判決尙非不利於被告，應由本院將原判決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。

【第二十七案】

一、關係條文

刑 法 第二百十二條、第二百十四條。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用法則不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又刑法上所謂偽造文書罪，係指無制作權人，冒用他人名義，制作內容不實之文書而言。如將明知爲不實之事項，使有制作文書權力之公務員爲不實之登載，因該文書係屬真正，該使公務員爲不實登載者，吟構成其他罪名外，殊難謂其係偽造文書之間接正犯。依本件原判決事實欄之記載，被告係因犯竊盜罪遭通緝，爲逃避緝捕，乃於（民國）八十四年七月十八日，利用代辦其兄陳某機車駕駛執照之機會，在台北市八德路台北市監理處，以自己之照片，矇混爲陳某之照片，繳予監理處，使不知情之公務員將其照片貼於陳某之機車駕照上。

被告取得此一照片不實之駕照後，即隨身攜帶，備供檢驗。可知被告係以其自己之照片，冒充爲其兄陳某之照片，使該管公務員貼於發給陳某之機車駕照上，成爲貼有被告照片之陳某駕照。該駕照既係該管公務員所制作發給，即非偽造。被告自亦無偽造該駕照執照間接正犯之可言。原判決以被告係偽造陳某機車駕照執照之間接正犯，適用刑法第二百十二條論罪科刑，揆諸首開說明，顯屬違法。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十六年度台非字第二六五號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告偽造又書案件，對台灣台北地方法院中華民國八十五年九月四日第一審確定判決，認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於某甲偽造駕駛執照違背法令部分撤銷。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按非常上訴審認為非常上訴有理由，原判決違背法令者，應將其違背之部分撤銷，刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段定有明文。又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亦有明文。本件原判決認定被告為逃避另案通緝，於八十四年七月十八日利用為其兄陳某代辦機車駕駛執照之機會，在台北市監理處，以自己之照片，矇混為陳某之照片，送繳監理處，使不知情之公務員將其照片貼於陳某之機車駕駛執照上，而取得照片不實之駕駛執照，因認被告成立刑法第二百十二條偽造駕駛執照罪之間接正犯。惟查所謂間接正犯，係指犯罪行為人不親自實施犯罪，而利用無責任能力人或無犯罪意思之人實施犯罪而言，故必須被利用人之行為成立犯罪時，該利用者始能依間接正犯論處，而刑法第二百十二條之偽造特種文書罪，以無制作權之人冒用有制作權者之名義而制作該文書為要件，如果制作該文書者，對於此種文書本有制作之權，即不發生偽造問題。本件台北市監理處所核發之機車駕駛執照，乃監理機關本於職權，有權制作之文書，自無偽造可言，該駕駛執照既非偽造，被告自無成立偽造駕駛執照罪間接正犯之餘地。惟被告將上開明知為不實之事項，而使監理處不知情之公務員登載於職務上所掌之公文書即駕駛執照上，足以生損害於

監理機關核發駕駛執照之正確性及陳某，其行為合於刑法第二百十四條之使公務員登載不實罪之規定，應依該法條處罰。原判決以被告之上開行為成立刑法第二百十二條偽造駕駛執照罪之間接正犯，自有判決適用法則不當之違法。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由。惟刑法第二百十四條之使公務員登載不實罪其法定刑較同法第二百十二條之偽造特種文書罪爲重，原判決之結果，尙非不利於被告，應僅將原判決關於被告偽造駕駛執照違背法令部分撤銷，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。

中華民國十八年九月四日

【第二十八案】

一、關係條文

刑 法 第二百十二條、第二十五條第二項、第三十八條第一項第二款、第三百二十條
第一項、第三百二十一條第一項第三款。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者爲違背法令。刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。本件原判決以被告曾於民國八十年間因盜匪等案件，經台灣高等法院合併判處有期徒刑九年六月，於八十四年三月十五日假釋交付保護管束出獄。仍不思悔改，復意圖爲自己不法之所有，基於概括之犯意，自八十五年五月下旬起至八十五年七月十八日八時許止，或徒手，或持客觀上具有危險性之六角扳手，連續在雲林縣及嘉義縣境內如附表所示之犯罪地點，行竊黃某等十一人之如附表被害財物欄內所示之財物，並基於偽造汽車牌照之犯意，使用鋼鋸，銼刀等

工具，將上開竊得之車牌號碼分別鋸下來，再將號碼貼在壓克力板上，以偽造一個新的車牌，預備用來懸掛在竊取之上開車轆上，並已著手將竊得之LR—〇××六號及SF—二××八號兩面車牌部分號碼鋸下，準備粘貼，惟於八十五年七月十八日二十三時三十分許，被告將其所竊得之吳某所有之車牌號碼RQ—二××七號，懸掛於許某所有之自用小客車上，而駕駛該車行經雲林縣十六市中山路大象泡沫紅茶店前時為警查獲而未遂，足以生損害於王管機關車籍之管理，並扣得其所有用以行竊用之六角扳手一支，另有鋸子三把及銼刀一把之犯罪事實明確。因認被告所為，係犯刑法第三百二十條第一項之普通竊盜罪，第三百二十一條第一項第三款之加重竊盜罪及刑法第二百十二條之偽造特許證未遂罪。並以被告所犯竊盜罪與偽造特許證罪間，有方法結果之牽連關係，為牽連犯，應從一重竊盜罪處斷。至偽造特許證未遂罪部分，雖未經檢察官提起公訴，但因此部分與檢察官起訴部分有牽連犯關係，屬裁判上一罪應為起訴效力所及，本院自得一併審理，附此敘明。又被告先後十一次竊盜犯行，時間緊接，所犯構成要件相同，顯係基於概括犯意反覆為之，應依連續犯規定以加重竊盜一罪論，並加重其刑。又以扣案之丁字形六角扳手一支，為被告所有供行竊所用之物，鋸子三把及銼刀一把，為被告所有偽造車牌所用之物，均依刑法第三十八條第一項第二款宣告沒收，並以第一審判決並無不當，予以維持，將被告之上訴駁回，雖非無見。惟查未遂犯之

處罰，以有特別規定者爲限，刑法第二十五條第二項規定甚明。而同法第二百十二條偽造變造特種文書罪，並無處罰未遂犯之規定，乃第一審判決對於被告偽造汽車牌照未遂部分，竟依刑法第二百十二條之偽造特許證未遂罪論處，其適用法律，顯有未當。次查被告偽造汽車牌照未遂，法律既無處罰之明文，從而扣案之鋸子三把及銼刀一把，即非被告供犯罪所用之物，第一審判決竟論知沒收，亦有未當，被告上訴後，原判決不糾正改判，竟予以維持，均屬違背法令，案經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十六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

右上訴人因被告竊盜案件，對於台灣高等法院台南分院中華民國八十五年十一月二十七日第二審確定判決，認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決及第一審判決均撤銷。

某甲連續攜帶兇器竊盜，處有期徒刑壹年貳月。

扣案之丁字形六角扳手壹支沒收。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按未遂犯之處罰，以有特別規定者爲限。刑法第二十五條第二項定有明文。而同法第二百十二條之偽造特種文書（特許證）罪，並無處罰未遂犯之規定。本件台灣雲林地方法院第一審判決（八十五年度易字第八二三號）認定，被告犯有該判決附表所列十一次竊盜犯行，並將竊來之LR—〇××六號及SF—二××八號車牌部分號碼鋸下，準備粘貼偽造一個新車牌，惟於民國八十五年七月十八日二十三時三十分被警查獲而未遂等情，因認被告犯「刑法第二百十二條之偽造特許證未遂罪」，與被告所犯同法第三百二十條第一項普通竊盜罪、第三百二十一條第三款之加重竊盜罪間，有方法結果之牽連關係，應從一重加重竊盜罪論處云云。依其所認定之事實，被告割鋸車牌號碼，雖已著手偽造新車牌，但尚未粘貼拼成偽造之車牌，即被警查獲，所爲僅止於未遂階段而已。而依首開說明，刑法第二百十二條之偽造特許證罪又無處罰未遂之明文，此部分行爲應不構成偽造特許證罪。乃前述第一審判決竟論

處「偽造特許證未遂罪」，自屬判決適用法則不當之違背法令。從而被告用以割鋸車牌所用之鋸子三把及銼刀一把，即非被告犯罪所用之物，第一審判決依刑法第三十八條第一項第二款諭知沒收，亦屬於法有違。被告不服該判決，提起第二審上訴，原審竟未予糾正，仍予維持，當然同屬判決違背法令。案經確定。且於被告不利。非常上訴執以指摘，洵有理由，自應由本院將原判決及第一審判決撤銷，自為判決如王又第二、三項所示，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，刑法第三百二十一條第一項第三款、第五十六條、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 六 年 六 月 十 二 日

【第二十九案】

一、關係條文

刑法 第二百一十二條、第二百一十一條、第二百一十六條。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者為違背法令。刑事訴訟法第三百七十八條規定甚明。刑法第二百一十二條所規定之特種文書，係指護照、旅券、免許證、特許證及關於品行、能力、服務或其他相類之證書、介紹書而言。本件原判決認定被告係馬來西亞國人，於八十五年五月十七日持馬來西亞編號A五三六一×××號護照入境中華民國。明知其獲准停留之期間僅十四日，為謀繼續居留於中華民國，竟以新台幣三萬元之代價，由綽號「大哥」之男子，在其護照上，偽造高雄市政府警察局外處八五字第一二二號「限於八十五年十二月二十四日前離境」之「逾期居/停留限期出境章戳」及內容後，交由被告持以在台居留，於八十五年十二

月二十二日出境時被查獲。是其所偽造者，既非護照、旅券，亦非免驗一定程序而許其取得特定資格之證書、或特許其可執行某種業務或得享某種權利之證書，更非關於品行、能力、服務或其相類之證書，而係中華民國高雄市政府警察局准許被告在中華民國居／停留，至八十五年十二月二十四日前應即離境之公文書。原判決竟謂係逾期居留中華民國境內者，於限期離境前合法居留之憑據，並供入出境管理機關查驗放行之用。性質上爲「與護照相類之證書」。因論以刑法第二百十二條之罪。殊不知刑法第二百十二條所規定列舉之「證書」，乃針對品行、能力及服務相類之證書，與謀生有關或一時方便，其偽造之結果，於公共信用影響較輕者而言。本件被告偽造之「逾期居／停留限期出境」章戳雖附記於護照上，但究非護照。亦非關於品行、能力、服務或其他相類之證書，已詳前述。原判決以其「相類」於護照，適用刑法第二百十二條論罪科刑，顯屬違法。案經確定，關係法律之正確適用，合依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十六年度台非字第251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又書案件，對於台灣桃園地方法院中華民國八十六年一月二十四日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑法第二百十二條之特種又書，係指護照、旅券、免許證、特許證及關於品行、能力、服務或其他相類之證書、介紹書而言。此類又書多為供謀生及一時便利之用，其情節較為輕微，故特設本條，科以較輕之刑。本件原判決認定被告某甲為馬來西亞人，於民國八十五年五月十七日，持馬來西亞編號A五三六一××號護照，參加旅行團搭乘班機自吉隆坡入境我國，明知在我國之停留簽證僅十四天，竟為謀續留台灣工作，於簽證到期後之同年十二月間，以新台幣（下同）三萬元之代價，與綽號「大哥」之不詳姓名男子，共同基於犯意之聯絡，由該「大哥」者於不詳之時間、地點，在其護照上蓋用偽造之高雄市政府警察局外處八五字第一二一號限於八十五年十二月二十四日前離境之「逾期居留/停留限期出境章戳」

內容後，又其於八十五年十二月二十二日，持往桃園中正機場，交予機場之內政部警政署航空警察局人員查驗，欲矇騙出境，足以生損害於內政部入出境管理局對於入出境旅客期限管理之正確性。該項蓋用偽造之章戳內容，既係高雄市政府警察局出具，證明外國旅客得在我國停留期限之公文書，顯非僅供謀生及一時便利之用，自不屬上開法條所規定之特種文書。被告持以行使，係犯刑法第二百十六條、第二百十一條之行使偽造公文書罪。原判決論以同法第二百十六條、第二百十二條之行使偽造特種文書罪，有判決適用法則不當之違法，案經確定，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由。惟原判決尚非不利被告，自應由本院將原判決關於違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中華民國八十六年八月二十八日

【第三十案】

一、關係條文

刑法 第二百十四條。

民法 第一千零六十三條第一項、第二項。

戶籍法 第二十二條、第四十三條。

刑事訴訟法 第三百七十九條第十款。

二、非常上訴理由

按判決適用法則不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。本件原判決引用第一審判決書所記載之事實，認定被告係莊某之妻，明知八十五年六月十八日所產下一子取名莊○○，非其與莊某所生，竟向高雄市左營戶政事務所申報為其與莊某所生，致該管公務員將此不實之事項，登載於戶籍登記簿，足以生損害於莊某及戶政機關對戶籍管理之正確性等情，因以第一審適用刑法第二百十四條論處被告明知為不實之事項，而使公務員登載於

職務上所掌之公文書，足以生損害於公眾及他人罪刑之判決爲無不合，予以維持，駁回被告上訴，雖非無見。惟按妻之受胎，係在婚姻關係存續中，依民法第一千零六十三條第一項，推定其所生子女爲婚生子女，受此推定之子女，在未依同法條第二項之規定提起否認之訴，或雖提起而未受有勝訴之確定判決前，該子女在法律上不能不認爲夫之婚生子女（司法院院字第一四二六號、第二七七三號^(二)、院解字第四〇八二號^(四)、最高法院二十三年上字第三四七三號判例參照）。被告雖明知莊○○係其與他人通姦所生，惟其受胎既係在婚姻關係存續中，則在莊某未依民法第一千零六十三條第二項之規定提起否認之訴得有勝訴判決前，被告之子莊○○在法律上不能不認其係莊某之婚生子，從而被告依上開民法第一千零六十三條第一項，戶籍法第二十二條、第四十三條，向戶政機關申報莊○○之生父爲莊某，尚難認其有何不實，核與刑法第二百十四條之犯罪構成要件不相適合。乃第一審法院關於被告之配偶莊某係何時獲悉莊○○之出生？自知悉出生之日起，在一年內有無提起否認之訴，並受有勝訴之確定判決等有關認定事實及適用法律之重要證據，漏未調查，遽行適用刑法第二百十四條論處被告罪刑，委有應於審判期日調查之證據漏未調查及適用法則不當之違法，被告上訴後，原判決不予糾正改判，竟予以維持，依首開說明，自屬違背法令，案經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十七年度台非字第一三八號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

右上訴人因被告偽造又書案件，對於台灣高等法院高雄分院中華民國八十六年十月十四日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於偽造又書部分撤銷，由台灣高等法院高雄分院依判決前之程序更為審判。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按應於審判期日調查之證據而未予調查者，其判決為當然違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第十款定有明又。又依法應於審判期日調查之證據，未予調查，致適用法令違誤，而顯然於判決有影響者，該項確定判決，即屬判決違背法令，應有刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款規定之適用，亦經司法院大法官會議釋字第一八一號解釋有案。又按妻之受

胎，係在婚姻關係存續中者，依民法第一千零六十三條第一項，推定其所生子女為婚生子女。受此推定之子女，在未依同法條第二項之規定提起否認之訴，或雖提起而未受有勝訴之確定判決前，該子女在法律上不能不認為夫之婚生子女。本件原判決認定被告某甲成立刑法第二百二十四條之罪，係以被告向戶政機關申報莊○○之出生登記時，明知莊○○之生父非其夫即告訴人莊某，而仍申報生父為莊某之事實，為被告及告訴人所供明，為其依據。惟依原判決所載被告受胎（莊○○）中係在被告與告訴人婚姻關係存續中，則在告訴人未依民法第一千零六十三條第二項之規定提起否認之訴，得有勝訴之確定判決前，莊○○在法律上不能不認其係告訴人之婚生子，被告如係在此時申報莊○○之出生登記，並登記其生父為告訴人，究難認有何不實，自不成刑法第二百二十四條之罪。被告於第一審判決後提起第二審上訴時，已就此為抗辯並陳述其理由。究竟告訴人係何時獲悉莊○○之出生？自知悉之日起，有無在一年內提起上述否認之訴，並受有勝訴之確定判決，被告申報戶籍時是否在該判決確定之後，凡此攸關被告是否成立上開犯罪之事實，原審竟未予調查，遽行判決，要難謂無依法應於審判期日調查之證據而未予調查，致適用法令違誤，而顯然於判決有影響之判決違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由。為期事實之明確，及維持被告審級利益，應將原判決關於此部分撤銷，由原審法院依判決前之程序更為審判，以

資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項，判決如王又。

中華民國八十七年五月二十八日

【第三十一案】

一、關係條文

刑 法 第二百十六條、第二百十五條。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令。刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。原判決認定被告縱有在其經營之○○公司扣繳憑單上虛列江某之薪資所得新台幣（下同）二十六萬八千元之行爲，亦不成爲刑法第二百十六條、第二百十五條之罪，乃以「按營利事業公司向稅捐稽徵機關申報營利事業所得稅，係履行其公法上之納稅義務，而營利事業依有關稅法之規定代徵或扣繳稅款而向稅捐稽徵機關填報扣繳憑單，此亦係履行其公法上所委任之扣繳義務，均非該營利事業公司本身業務上之行爲，從而營利事業公司爲其所僱員工填報扣繳憑單，縱其內容有所不實，亦難遽以行使業務登載不實之又書罪論處（最高法院六十九年度台

上字第二四一三號、七十年度台上字第一〇〇三號、七十年度台上字第二四六五號判決均採相同見解），茲被告委託會計事務所人員填載申報之前述被害人江某所領之薪資扣繳憑單既非該公司本身業務上作成之文書，依上開說明，縱其有故意登載不實並據以提出向稅捐稽徵機關申報情事，亦難遽論以刑法第二百十六條、第二百十五條之行使業務登載不實文書罪。爲論據，惟最高法院於七十年九月二十一日之七十年度第九次刑事庭會議決議，謂「營利事業填報扣繳憑單，乃附隨其業務而製作，不得謂非業務上所掌之文書，此種扣繳憑單內容如有不實，而足生損害於公眾或他人，即係犯業務上登載不實文書之罪名。且最高法院七十一年度台上字第一一四三號判例亦採此見解。被告爲公司負責人，其果在扣繳憑單上虛列所僱員工之薪資，並持以行使，自應負行使業務上登載不實文書之罪責，乃原判決捨棄最高法院之判例及決議不用，而適用未被採爲判例之判決，作爲諭知被告無罪之依據，自有不適用法則及適用法則不當之違法，案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。」

三、附錄

最高法院刑事判決

八十六年度台非字第八一號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

右上訴人因被告偽造又書案件，對於台灣高等法院台南分院中華民國八十五年十月十五日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

按判決不適用法則或適用法則不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又營利事業填報扣繳憑單，乃附隨其業務而製作，不得謂非業務上所掌之又書。此種扣繳憑單內容如有不實，而足生損害於公眾或他人，即有犯業務上登載不實之罪名。本件公訴意旨係指被告某甲為○○企業有限公司（以下簡稱○○公司）之負責人，為從事業務之人。明知江某於民國八十三年一月至十二月間，僅受僱在嘉義縣中埔鄉興化○○公司所承造之「○○全莊」工地工作四日，向○○公司所領之薪資僅為新台幣（下同）八千元。竟意圖逃漏營利事業所得稅，而予以虛列二十六萬八千元，載明江某於該年間向○○公司所領取之薪資二十

七萬六千元之資料，持交委託不知情之某會計師事務所。使該會計師事務所人員據以代爲登載制作某甲業務上所制作之又書即「財政部台灣南區國稅局各類所得扣繳暨免扣繳憑單」內，並持以向財政部台灣省南區國稅局申報營利事業所得稅（因未生逃漏稅捐之結果，不成工稅捐稽徵法第四十一條之罪名），足生損害於江某及上開國稅局對稅捐核課管理之正確等情。依起訴書所指事實，被告填報上開所得扣繳憑單，乃附隨其業務而製作，竟爲不實之內容填載，並持以行使，而生損害於公眾及他人。依首開說明，即應成立刑法第二百十六條、第二百十五條之行使業務上登載不實之又書罪。其係利用不知情之會計師事務所人員爲之，爲間接正犯。乃厝審不察，竟謂營利事業依有關稅法之規定代徵或扣繳稅款而向稅捐稽徵機關填報扣繳憑單，係履行其公法上之納稅義務，均非該營利事業公司本身業務上之行爲，縱其內容有所不實，亦難以行使業務登載不實之又書罪，認被告上開所爲不成工犯罪云云，而爲被告無罪之諭知，顯有不適用法則之違法。案經確定，非常上訴執以指摘，尙有理由。惟厝判決向非不利於被告，應僅將厝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。

【第三十二案】

一、關係條文

刑 法 第二百二十條、第三十八條第一項第二款、第二百十七條第一項、第二百十

九條、第二百十六條、第二百十一條、第三百三十九條第一項。

貪污治罪條例 第四條第一項第一款。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者爲違背法令。刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。原判決事實欄記載 被告於竊取○○地政事務所所有之空白他項權利證明書，盜用該地政事務所關防及其王任林某印章，偽造他項權利證明書、地價證明書等公文書後，又利用不知情之列印師傅，偽刻「嘉義縣○○地政事務所登記完畢」圓形印章一顆，加蓋於中華商銀及寶島商銀提供之土地改良物抵押權設定契約書上，填入各該商銀與其合意以不動產設定抵押權之不實

內容，向各該銀行行使申貸款項。因論以貪污治罪條例第四條第一項第一款、刑法第二百十六條、第二百一十一條、第二百十七條、第三百三十九條第一項等罪，依牽連犯之例從一重處斷。固非無見。惟按被告利用不知情之刻印師傅所偽刻之「嘉義縣○○地政事務所登記完畢」圓形印戳，存在物品上之文字，用以表示○○地政事務所已就該項抵押權之設定登記完畢之意，屬於刑法第二百二十條以又書論之公文書而非第二百十七條之印章。其以該印戳加蓋於抵押權設定契約書上所顯示之文字，亦非刑法第二百十七條之印又（最高法院四十八年台上字第七二號、四十九年台上字第六七八號、五十四年台上字第二一七一號判例參照）。原判決誤認該「嘉義縣○○地政事務所登記完畢」印戳及其所印出之文字係刑法第二百十七條之印章及印又，論被告以偽造印章、印又罪，並適用刑法第二百十九條為沒收之諭知，其法則之適用，顯屬不當。案經確定，關係法律之正確適用，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，用予糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十七年度台非字第三八六號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上诉人因被告貪污案件，對於台灣高等法院台南分院中華民國八十七年四月二十九日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。原確定判決認定被告某甲先後於民國八十五年九月下旬及八十六年四月間，在其任職之嘉義縣○○地政事務所內，竊取該所所有空白之他項權利證明書各一份，繼而盜用該所關防及該所主任林某印章，偽造他項權利證明書、地價證明書等公文書後，復利用不知情之刻印師傅，偽刻「嘉義縣○○地政事務所登記完畢」圓形印章一顆，加蓋於中華商業銀行及實島商業銀行提供之「土地、建築改良物抵押權設定契約書」上，填入各該銀行與其合意以不動產設定抵押權之不實內容，持向各該銀行行使而申貸款項等情，因認被告連續犯有貪污治罪條例第四條第一項第一款，刑法第二百十六條、第二百十一條、第二百十七條第一項、第三百

三十九條第一項等罪，乃撤銷第一審之科刑判決，改判仍依牽連犯關係，從一重論被告以連續依據法令從事公務之人員，竊取公有財物罪，處有期徒刑叁年，並宣告褫奪公權貳年，竊取之空白他項權利證明書貳張，應予追繳，發還嘉義縣。○地政事務所，如全部或一部無法追繳時，應追徵其價額，或以其財產抵償之，偽造之「嘉義縣」地政事務所登記完畢」印章壹顆，土地、建築改良物抵押權設定契約書（兩份）上偽造之「嘉義縣」地政事務所登記完畢」印又貳枚（每份各壹枚）均論知沒收。惟按被告利用不知情之刻印師傅所偽刻之「嘉義縣」地政事務所登記完畢」圓形印戳並非表示機關之印信，祇不過為在物品上之文字，用以表示該地政事務所就該項抵押權之設定，已登記完畢之意，應屬於行為時即修正前刑法第二百二十條以又書論之準公文書，而非同法第二百十七條第一項所指之印章。被告以該印戳蓋於前述抵押權設定契約書上，其所顯示之文字符號，即非刑法第二百十七條第一項所指之印又（參見本院四十八年台上字第七二號、四十九年台上字第六七八號及五十四年台上字第二一七一號判例）。原判決誤認該「嘉義縣」地政事務所登記完畢」印戳，及以該印戳所蓋出之文字符號，係刑法第二百十七條第一項所謂之印章及印又，並就此部分論被告以偽造印章、印又罪，適用刑法第二百十九條而非適用同法第三十八條第一項第二款前段為沒收之諭知，均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，尚有理

由。但此違誤，尚非不利於被告，應僅由本院將原判決關於上開違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中華民國十八年十二月四日

【第二十三案】

一、關係條文

刑法 第二百二十一條第二項、第五十六條。

兒童福利法 第四十三條第一項前段。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令。刑事訴訟法第三百七十八條就此定有明文。本件原判決之事實記載，被告爲十四歲以上未滿十八歲之少年與未滿十二歲（民國七十七年十月一日生）之兒童陳女作屬鄰居，見陳女常在桃園縣大溪鎮○○街○○里活動中心玩耍，竟生淫念，自八十三年十二月中旬起至八十四年二月十四日止，基於概括之犯意，將陳童帶至該活動中心圍牆旁之偏僻空地上，先後姦淫陳童五次。嗣於八十四年二月十四日經陳童之父報警查獲。乃論以刑法第二百二十一條第二項之準強姦罪，並因被害人陳童年齡甫滿七歲

（實爲六歲），爲兒童福利法第二條第一項規定未滿十二歲之兒童，被告對未滿十二歲之兒童犯罪，應依兒童福利法第四十三條第一項前段規定加重其刑。惟查兒童福利法第四十三條第一項前段雖規定利用或對兒童犯罪者，加重其刑至二分之一。但其於但書中明定「但各該罪就被害人係兒童已設有特別處罰規定者，不在此限。」本件被告係姦淫女童，所觸犯之刑法第二百二十一條第二項之犯罪要件，已規定爲「姦淫未滿十四歲之女子」，顯已明白規定包括被害人爲未滿十二歲之兒童在內，則該項法條自係對被害人爲兒童已設有特別處罰規定，即其行爲非屬強姦，依法條之規定，亦以「以強姦論」。則所姦淫之被害人雖係兒童，依兒童福利法第四十三條第一項但書規定，亦不得依該前段規定加重其刑，序判決不察，竟依該項前段加重其刑，其判決顯有適用法則不當之違法，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。

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

被告 某甲

八十六年度台非字第二八八號

右上诉人因被告妨害風化案件，對於台灣高等法院中華民國八十四年十月二十四日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

某甲連續姦淫未滿十四歲之女子，處有期徒刑叁年玖月。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，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。本件依序確定判決所認定被告係六十九年八月十一日生，為十四歲以上未滿十八歲之少年，與未滿十二歲之兒童陳女（七十七年十月一日生）係屬鄰居，見陳女經常在桃園縣大溪鎮○○街二〇一巷內之○○里活動中心玩耍，年幼可欺，竟萌淫念，自八十三年十二月中旬起至八十四年二月十四日止，基於概括之犯意，將陳女帶至該中心圍牆旁之偏僻空地上，先後姦淫陳女五次，於八十四年二月十四日經陳女之父陳某獲悉報警查獲等事實。則被告所為，係犯刑法第二百二十一條第二項之準強姦罪，應依同條第一項處斷。其先後五次犯行，顯係基於概括犯意為之，應依刑法第五十六條前段之規定論以一罪。雖被害人陳女為兒童福利法第二條第一項規定未滿十二歲之兒童，

惟被告所犯刑法第二百二十一條第二項之罪，已規定爲「姦淫未滿十四歲之女子」，亦即已明白規定包括被害人爲未滿十二歲之兒童在內，自係對被害人爲兒童已設有特別處罰規定，依兒童福利法第四十三條第一項但書規定，自不得依該條第一項前段規定加重其刑，原判決撤銷第一審判決，依兒童福利法第四十三條第一項前段規定加重其刑，自屬於法有違。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由，應由本院將原判決撤銷，另行判決，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書、刑法第五十六條、第二百二十一條第二項、第一項、第十八條第二項，判決如左。

中華民國 八 十 六 年 九 月 十 一 日

【第三十四案】

一、關係條文

刑 法 第二百二十四條第二項、第二百二十七條第二項、第二百三十四條、第五十六條。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令。刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。本件原判決以第一審法院認定被告基於概括犯意，先於民國八十五年九月七日上午七時十分許，騎乘車牌K C I—××七號重型機車至雲林縣麥寮鄉中興路三一〇巷一號麥寮國中北邊圍牆外之產業小路上，見未滿十四歲之女子雷女（民國七十二年八月八日生）騎腳踏車在路邊，竟於經過雷女左側時，伸出右手公然撫摸雷女之左側乳房一下，而爲猥褻之行爲，以此滿足一己之性慾，隨即離開，繼於同年月十五日下午二時許，騎乘機車至麥寮國中附近，又以同

去公鈺撫摸騎腳踏車經過該處之十四歲以上，未滿十六歲女子楊女（七十年九月十日生）之左側乳房一下，而為猥褻之行爲，以此滿足一己之性慾。旋為楊女記下其車牌號碼，而在麥寮國中旁報警查獲等情，因以被告所為，係犯刑法第二百二十四條第二項對於未滿十四歲之女子為猥褻行爲之準強制猥褻罪，第二百二十七條第二項之猥褻幼女罪及第二百三十四條之公然猥褻罪。其所犯準強制猥褻與公然猥褻二罪及猥褻幼女與公然猥褻二罪，均係一行爲所觸犯，應依想像競合犯規定，從一重即準強制猥褻及猥褻幼女罪處斷，又所犯準強制猥褻及猥褻幼女罪二次犯行，時間緊接，基本構成要件相同，顯係基於概括犯意為之，應依連續犯規定論以準強制猥褻一罪，並依法加重其刑之判決，為無不合，予以維持，將被告之上訴駁回，雖非無見。惟查刑法第二百二十四條第二項之準強制猥褻罪，第二百二十七條第二項之猥褻幼女罪，祇以被害人之年齡為其特殊要件，苟被猥褻之被害人年齡尚未滿十四歲，或係十四歲以上未滿十六歲，縱使被告係公然為之，亦應認為吸收於刑法第二百二十四條第二項，第二百二十七條第二項犯罪之內，不發生與刑法第二百三十四條為想像競合之從一重處斷之問題（最高法院二十八年上字第六五八號、五十一年台上字第一二一四號判例要旨暨八十二年（三）年台上字第二九六二號判決要旨參照）。乃第一審判決，竟認被告所犯之準強制猥褻罪及猥褻幼女罪與公然猥褻罪，各為一行爲所觸犯，均應依想像競合犯之規定，各從一重處

斷云云，其法律之適用，顯有未當。被告上訴後，原判決不予糾正改判，竟予以維持，均屬違背法令，案經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十六年度台非字第一八二號

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風化案件，對於台灣高等法院台南分院中華民國八十六年一月三十一日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決及第一審判決均撤銷。

某甲連續對於未滿十四歲之女子為猥褻之行爲，處有期徒刑壹年貳月。緩刑叁年。

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。本件原判決以第一審認定被告基於概括犯意，先於民國八十五年九月七日上午七時十分許，騎乘車牌K C I—××七號重型機車至雲林縣麥寮鄉中興路三一〇巷一號麥寮國中北邊圍牆外之產業小路上，見未滿十四歲之女子雷女（民國七十二年八月八日生）騎腳踏車在路邊，竟於經過左側時，伸出右手公然撫摸雷女之左側乳房一下，而爲猥褻之行爲，以此滿足一己之性慾，隨即離開。繼於同年月十五日下午二時許，騎乘機車至麥寮國中附近，又以同法公然撫摸騎腳踏車經過該處之十四歲以上、未滿十六歲女子楊女（七十年九月十五日生）之左側乳房一下，而爲猥褻之行爲，以此滿足一己之性慾。旋爲楊女記下其車牌號碼，而在麥寮國中旁報警查獲等情。因認被告所爲，係犯刑法第二百二十四條第二項對於未滿十四歲之女子爲猥褻行爲之準強制猥褻罪，第二百二十七條第二項之猥褻幼女罪，及第二百三十四條之公然猥褻罪。所犯準強制猥褻罪與公然猥褻罪，及猥褻幼女罪與公然猥褻罪均係一行爲所觸犯，應依想像競合犯規定，分別從一重之準強制猥褻罪及猥褻幼女罪處斷。又所犯準強制猥褻罪及猥褻幼女罪二次犯行，時間緊接，基本構成要件相同，顯係基於概括犯意爲之，應依連續犯規定，論以準強制猥褻罪，並依法加重其刑，爲無不合，予以維持，駁回被告在第二審之上訴。另諭知緩刑三年。但刑法第二百二十四條第二項之準強制猥褻罪，及第二百二十七條第

二項之猥褻幼女罪，祇以被害人年齡爲其特殊要件，亦不以公然與否爲要件，苟被猥褻之女子年齡尚未滿十四歲，或係十四歲以上未滿十六歲，縱使被告係公然爲之，亦應認爲吸收於上開條項犯罪之內，不生與刑法第二百三十四條從一重處斷之問題。本件第一審判決竟認被告所犯準強制猥褻罪及猥褻幼女罪，與公然猥褻罪，各爲一行爲所觸犯，均應依想像競合犯規定，從一重處斷。揆諸上揭說明，自有適用法則不當之違背法令。原判決未予糾正，仍予維持，均屬違背法令。案經確定，非常上訴意旨，執以指摘，尙有理由，且於被告不利，應由本院將原判決及第一審判決撤銷，自爲判決，仍量處原宣告刑及緩刑之諭知，以資糾正。據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，刑法第五十六條、第二百二十四條第二項、第七十四條第一款，判決如左。

中華民國十八年六月二十日

【第三十五案】

一、關係條文

刑法 第二百二十七條第一項、第二百二十一條第一項（修正前）。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決適用法則不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。本件原判決認定被告明知A女係十四歲以上未滿十六歲之女子，於民國八十七年三月九日上午十一時，在被告住處三樓房間內，以強暴之方式將A女推倒壓在床上，並以雙手使A女無法抗拒，而強行脫去A女之衣褲，先後姦淫二次得逞，案經A女母親訴請偵辦起訴等情，因而適用刑法第二百二十七條第一項、第五十六條論處被告連續姦淫十四歲以上未滿十六歲之女子罪刑，雖非無見。惟查刑法第二百二十七條第一項姦淫十四歲以上未滿十六歲之幼女罪，係指被告所用之手段非出於強暴脅迫者而言。若係以強暴脅迫而姦淫之者，即屬強姦行爲，自應適用刑

法第二百二十一條第一項論處罪刑，無適用刑法第二百二十七條第一項論罪之餘地。本件原判決既認定被告係以強暴之方式，使A女無法抗拒，姦淫得逞，核其所為，自係犯刑法第二百二十一條第一項之強姦罪，乃原判決竟適用同法第二百二十七條第一項論處其罪刑，其適用法律，委有不當，依首揭說明，自屬違背法令。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十八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

右上訴人因被告妨害風化案件，對於台灣宜蘭地方法院中華民國八十七年九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 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）

本院按修正前刑法第二百二十七條第一項之姦淫罪，祇以被害人之年齡爲其特殊要件，亦即被姦者係十四歲以上未滿十六歲之女子，即構成本罪。如果加害人使用強暴之方法，至使婦女不能抗拒，以實施姦淫之行爲，當然成立同法第二百二十一條第一項之強姦罪。本件原判決既認定被告係以強暴之方法將A女推倒壓在床上，並以雙手使A女無法抗拒，而強行脫去A女之衣褲，先後姦淫A女二次得逞等情。揆之上開說明，被告所爲應構成修正前刑法第二百二十一條第一項之強姦罪，乃原判決竟適用同法第二百二十七條第一項論處，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。惟原判決尚非不利於被告，應由本院僅將原判決關於違背法令之部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中華民國十八年九月十六日

【第三十六案】

一、關係條文

刑 法 第二百二十八條、第二百二十一條第二項、第二百二十七條第一項、第五十六條。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令。刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。原判決以被告自八十四年五月間某日起至八十六年二月間某日止，連續多次，利用權勢對於因親屬關係服從自己監督之女兒林女，藉詞要林女幫伊按摩，命令林女陪同上床睡覺，再命令林女脫下褲子，並脫下自己之褲子，撫摸林女之胸部及身體，施加姦淫得逞，案經林女訴請偵辦等情，論處被告利用權勢姦淫罪刑。經查卷證所示，被害人林女係七十一年八月廿六日生。依原判決認定之上開事實，被告姦淫林女之行爲期間，係自八十四年五月間起至八十六

年二月間止。則被告於八十五年八月廿五日前即林女未滿十四歲之姦淫行爲，應成工刑法第二百二十一條第二項之準強姦罪。另自八十五年八月廿六日起至八十六年二月間止之姦淫行爲，應成工刑法第二百二十七條第一項之姦淫幼女罪。雖林女爲被告之女，被告係利用權勢，對於服從自己監督之人而爲姦淫，其所犯刑法第二百二十八條之罪應爲同時成工之刑法第二百二十一條第二項或第二百二十七條第一項之罪所吸收，僅論以刑法第二百二十一條第二項或第二百二十七條第一項之罪（最高法院五十一年度台上字第一二一四號判例意旨參照）。又被告姦淫林女多次，係基於概括之犯意，反覆爲之，前後之行爲，雖因被害人年齡不同，而異其法條之適用，但其姦淫之基本事實相同，應依連續犯論以較重之姦淫未滿十四歲女子罪（最高法院五十九年台上字第一四五號、七十年台上字第一二六九號判例意旨參照）。乃原判決竟依刑法第二百二十八條論罪科刑，自有適用法則不當之違背法令。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十七年度台非字第一七六號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告妨害風化案件，對於台灣台東地方法院中華民國八十六年七月十六日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑法第二百二十一條第二項姦淫未滿十四歲女子之準強姦罪及第二百二十七條第一項姦淫十四歲以上未滿十六歲女子之姦淫幼女罪，均係以被害人之年齡為其特殊要件。苟被姦女子年尚未滿十四歲，或在十四歲以上未滿十六歲，縱使行為人係利用權勢對於服從自己監督之人而犯之，亦應認為被吸收於上開條項犯罪之內，而不再論以刑法第二百二十八條之利用權勢姦淫罪。又行為人於第一次姦淫被害女子時，被害人年齡尚未滿十四歲，嗣再連續多次予以姦淫時，被害人雖已為十四歲以上未滿十六歲之人，但行為人既係基於概括犯意，反覆為之，前後之行爲雖因被害人之年齡不同而異其法條之適用，但其姦淫之基本事實完全相同，仍應依連續犯之例，論以較重之刑法第二百二十一條第二項之準強姦罪。本件原判決係

認定被告基於概括犯意，自民國八十四年五月間某日起至八十六年二月間某日止，連續多次在其任處，利用權勢姦淫因親屬關係服從其監督之女兒林女等情。而依卷證資料，林女係七十一年八月二十六日出生，是被告姦淫林女之犯罪時間，於八十四年五月間至八十五年八月二十五日止，林女係未滿十四歲之人，其後之八十五年八月二十六日起至八十六年二月間，林女係十四歲以上未滿十六歲之人。則依原判決認定之事實，揆諸首開說明，應論被告以連續姦強姦罪，始為適法。乃原判決竟僅論處連續利用權勢姦淫罪刑，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，為有理由。惟原判決尚非不利於被告，應僅將其違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中華民國八十七年六月十一日

【第三十七案】

一、關係條文

刑法 第二百四十一條第三項、第二項、第一項。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決適用法則不當者，爲違背法令。刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。本件原判決事實認定「被告曾於民國八十二年間因恐嚇案件，經法院判處有期徒刑七月確定，於八十三年七月八日執行完畢，猶不知悔改。先於同年一月間某日，明知王姓少女（姓名年籍詳卷）年僅十三歲，竟與之飲酒，趁酒興後情難自禁之際，將之帶往屏東縣獅子鄉○○村○○巷任處姦淫一次。嗣被告於因前揭案件入監執行有期徒刑七月，於同年七月間出獄，竟意圖姦淫王女，而誘使王女脫離家庭，自八十三年八月間起，在上址共賦同居生活一處，於前開同居期間，乃基於另一姦淫未滿十四歲少女之概括犯意，連續在上址姦淫王女（最後一次爲八十四

年六月四日），致王女現已懷有九月身孕（準強姦部分已撤回告訴），嗣於八十五年六月五日在上址爲警查獲」等情，依據上開事實，王姓少女被誘時爲未滿十六歲之女子，被告意圖姦淫而和誘其脫離家庭，依刑法第二百四十一條第三項之規定，應依同條第二項之罪（最高法院六十七年台上字第四七七號、七十年度台上字第一八五一號判例參照），乃原判決竟謂被告係犯刑法第二百四十一條第三項之準略誘罪，應依同條第一項之略誘罪論處云云，其適用法律，顯有未當，依首揭說明，原判決自屬違背法令。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十六年度台非字第一五〇號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告妨害風化案件，對於台灣屏東地方法院中華民國八十五年十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）

本院按判決不適用法則或適用法則不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又刑法第二百四十一條第一項之規定，必其略誘動機無營利或使被誘人爲猥褻之行爲或姦淫之意圖，始有其適用，否則有一於此，只應依同條第二項論處，再意圖姦淫而和誘未滿十六歲之女子脫離家庭，依刑法第二百四十一條第三項之規定，應負同條第二項之罪責。本件原判決既認定被告意圖姦淫年僅十三歲之王姓少女（姓名年籍詳卷），於八十三年七月間出獄後，誘使王女脫離家庭，自同年八月間起，在屏東縣獅子鄉○○村○○巷任處共賦同居生活，並於同居期間，基於另一姦淫未滿十四歲少女之概括犯意，連續在上址姦淫王女（最後一次爲八十四年六月四日），致王女現已懷有九月身孕（準強姦部分已撤回告訴），嗣於八十五年六月五日在上址爲警查獲等情。則依其上開確認之事實，王姓少女被誘時係爲未滿十六歲之女子，已甚瞭然。被告意圖姦淫而和誘使王女脫離家庭依刑法第二百四十一條第三項之規定，自應負同條第二項之罪責，殊無適用同條第一項規定論處之餘地，詎原判決未察，竟謂被告和誘未滿十六歲之王女脫離家庭，所爲係犯刑法第二百四十一條第三項之準略

誘罪，並依同條第一項之略誘罪論處，顯有適用法則不當之違法。非常上訴意旨，執此指摘，尙有理由。案經確定，惟原判決尙非不利於被告，應由本院將原判決上揭違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，判決如王又。

中 華 民 國 八 十 六 年 五 月 二 十 一 日

【第三十八案】

一、關係條文

刑法 第二百七十七條第一項、第二百八十七條、第二百七十一條第一項、第五十五條。

刑事訴訟法 第三百七十八條、第三百七十九條第十四款。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者爲違背法令。判決所載之理由矛盾者，當然爲違背法令。刑事訴訟法第三百七十八條、第三百七十九條第十四款分別定有明文。依原判決事實欄之記載，被告係基於普通傷害洪某等三人之犯意，先將林某猛撞倒地，再以所持潛水刀猛刺，林某亦予反擊。洪某見被告行兇，亦執其拾自附近之木棍毆打被告，欲營救林某。被告遂持潛水刀揮向洪某，洪某以右手臂抵擋，刀子砍入右臂而受傷倒地，被告仍欲繼續加以砍刺，因洪某以腳踢並持棍抵擋，始未再受傷。被告見林某負傷爬至對面馬路，倒臥地上，已無法行

動，被告自己又因被洪某、林某持木棍擊打頭部、背部，受有腫傷之傷害，竟起殺人犯意，轉而對林某左右大腿後側及右大腿側面猛力刺殺數刀。林某因受被告刺殺，身受多處刀傷，經洪某等迂醫急救，於迂醫途中，因左大腿部外傷致失血性休克死亡。可知被告庠係以普通傷害之犯意，持刀刺殺林某、洪某等人，因林某、洪某持木棍抵擋，並被林某、洪某打傷頭部等處，乃起殺人犯意，將林某殺死。其所犯殺人罪與傷害罪間即非同一犯意而應分論併罰。原判決竟認被告所犯傷害罪之低度行為，應為其殺人之高度行為所吸收，不另論以傷害罪。其法則之適用既欠妥適，所認定之事實亦與理由矛盾。又刑法第二百七十七條第一項之傷害罪，須告訴乃論。刑法第二百八十七條定有明文。本件被告傷害林某之犯行，並未經有告訴權人合法告訴，被害人林某被殺傷部分，即不得追訴處罰。原判決竟認被告以一行為觸犯對林某、洪某二普通傷害罪，為想像競合犯，應從一重處斷，亦屬違誤。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十七年度台非字第 二一六 號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告殺人案件，對於台灣高等法院台中分院中華民國八十五年十月三十日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按裁判上一罪之全部犯罪事實均為告訴乃論之罪者，如僅其中一部犯罪事實經合法告訴，該告訴之效力並不及於他部犯罪事實，法院自不得就未經告訴之他部犯罪事實為實體上之裁判。又科刑之判決書，其宣示之王又，所載之事實及理由，必須互相適合，否則即屬理由矛盾，其判決當然為違背法令。本件原判決事實欄載明 被告某甲「基於普通傷害共某等三人（即共某、林某及黃某）之犯意，先將林某猛撞倒地，再以所持潛水刀對林某臉部及身體後側猛刺」，林某乃持路旁木棍反擊。共某見被告行兇，即拾附近之木棍毆打被告，欲營救林某。被告遂持潛水刀揮向共某，共某以右手臂抵擋，始未再受傷。被告見林某負傷爬至對面馬路，倒臥地上，已無法行動，且因自己被共某、林某持木棍擊打頭部、背部致腫傷，

「竟起殺人犯意，轉而對林某左右大腿後側及右大腿側面猛力刺殺數刀」。林某因受被告刺殺，身受多處刀傷，經洪某、黃某等迂醫急救，於迂醫途中，因左大腿部外傷致失血性休克死亡等情。於理由壹、三則說明 被告「持潛水刀殺人及傷害人身體之所爲，係犯刑法第二百七十一條第一項之殺人罪暨同法第二百七十七條第一項之普通傷害罪。其於持刀衝殺時，原即有傷害洪某等人之犯意，其以一行爲觸犯對林某、洪某二普通傷害罪名，是爲想像上競合犯，應從一重之普通傷害罪處斷。又其對林某犯傷害罪後，再進而對之基於殺人犯意殺人，其傷害之低度行爲應爲殺人之高度行爲吸收，爰不再另論以傷害罪。」因予依「刑法第二百七十一條第一項、第五十五條」，論處被告殺人罪刑。惟查（一）被告以一行爲傷害洪某、林某，觸犯二個刑法第二百七十七條第一項傷害罪，依同法第二百八十七條規定均須告訴乃論，而遍閱全卷，僅洪某提出告訴，並未見有告訴權人就傷害林某部分亦提出告訴。揆諸前揭說明，法院就被告傷害林某部分自不得論罪，是此部分與被告傷害洪某所犯傷害罪部分，即無刑法第五十五條一行爲而觸犯數罪名之想像競合犯應從一重處斷之適用。原判決理由謂 被告「以一行爲觸犯對林某、洪某二普通傷害罪名，是爲想像上競合犯，應從一重之普通傷害罪處斷」，並於論結欄引用刑法第五十五條，其適用法律自有違誤。（二）被告原基於普通傷害之犯意而刺傷林某、洪某，嗣見林某負傷倒地，無法行動，自己又因遭林某、洪某

反擊成傷，遂起意殺人，即猛力刺殺林某，既爲原判決所認定之事實，則被告傷害洪某與殺死林某即爲各別起意之二個獨工行爲，並無吸收關係，自應就其所犯傷害罪與殺人罪分論併罰。原判決以被告對林某所爲傷害之低度行爲爲殺人之高度行爲所吸收，即不再論處被告傷害洪某部分之罪，而僅論被告殺人罪刑，其事實與王又、理由各項，顯相矛盾，自屬違法。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，應僅將原判決關於被告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，判決如王又。

中華民國十八年七月十七日

【第三十九案】

一、關係條文

刑 法 第三百二十條第一項。

刑事訴訟法 第三百七十八條、第四百四十七條第二項前段。

二、非常上訴理由

按判決適用法則不當者，爲違背法令。刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。本件原判決認定被告某甲夥同其弟某乙二人於民國八十五年二月十三日竊取楊女所有之G V L—××二號重型機車，得手後二人共同騎用，而於騎用該機車時，復於置物箱之皮包內發現楊女所有之現全新台幣一千五百元，即再基於同一之概括犯意，共同竊取，並予花用，因認被告成工二個竊盜罪，而以連續犯論處。惟查被告等既已竊得上開機車，該機車連同機車置物箱內之物，業已脫離原所有人之監督而移入被告等支配持有，被告嗣後發現機車置物箱內尚有現全一千五百元，而將之取用，要屬處分贓物之行爲，並不另外構成犯罪。原判決再論以竊盜

罪，自有判決適用法則不當之違法。爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十六年度台非字第五號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告竊盜案件，對於台灣高等法院中華民國八十五年十月二十四日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 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）

本院按非常上訴審以原判決違背法令復於被告不利而認為非常上訴為有理由者，應將其違背部分撤銷，就該案件另行判決，如有維持被告審級利益之必要者，得將原判決撤銷由原審法

院依判決前之程序更爲審判，刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款、第二項前段定有明文。又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亦有明文。本件原判決認定被告某甲夥同其弟某乙二人於八十五年二月十三日竊取楊女所有GV L—××二號重型機車，得手後二人共同騎用，而於騎用該機車時，復於置物箱之皮包內發現楊女所有之現金一千五百元，即再基於同一之概括犯意，共同竊取花用，因認被告成立二個竊盜罪，而依連續竊盜罪論處，並加重其刑。惟查被害人之現金一千五百元，係放置於機車置物箱之皮包內連同機車一併失竊，依原確定判決認定之事實，被告等既已竊得該機車，則機車置物箱內之一千五百元勢必同時竊得，該一千五百元應已脫離原所有人之監督範圍，而移入被告等人支配持有，被告等嗣後發現機車置物箱內尚有現金一千五百元，而將之取用，要屬事後處分贓物之行爲，並不另外構成犯罪，原判決再論以竊盜罪，並依連續犯規定加重其刑，自有判決適用法則不當之違法。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘爲違法，非無理由，應由本院將原判決撤銷。又第一審檢察官僅就被告竊取一千五百元部分提起公訴，對於警方所移送被告竊取機車部分，以刑法不處罰使用竊盜，另說明此部分不成竊盜罪，究竟詳情如何，攸關事實之審認，非本院所得調查裁判，爲維持被告之審級利益，爰發回原法院依判決前之程序更爲審判，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項前段，判決如王又。

中華民國八十六年一月十六日

【第四十案】

一、關係條文

刑 法 第三百二十條第一項。

民 法 第三百八十四條、第三百九十三條、第三百九十六條。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按刑法第三百二十條第一項竊盜罪之構成要件，須所竊取者為他人之動產，始足當之。所謂他人之動產，係指屬於他人所有之動產者而言。如為自己之動產，並不因設定質權在他人占有中而謂為他人之動產，縱對此項動產為竊取，亦不成竊盜罪。本件原判決認定事實為某甲因需款使用，以其所有之RS—三一××號自用小客車及該車行車執照、車輛來原證明又件作為質押擔保，再簽工本學、汽車買賣合約書各一紙，向周某所經營之○○○汽車商行借得新台幣六十萬元。嗣某甲無力清償所借款項本息，明知上開車輛已出質於周某占有使用中，

仍於八十五年十月十八日上午七時許，乘周某不知之際，以出賃前預留之該車鑰匙，逕行開走取回等情，揆諸首揭說明，某甲所有之自用小客車雖設定質權由周某占有中，惟仍不失爲陳某自己之動產，縱有竊取行爲，亦因與竊盜罪之構成要件不符而不能成工竊盜罪，詎原判決竟以竊盜罪論處，即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

八十七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

右上訴人因被告竊盜案件，對於台灣高等法院台中分院中華民國八十六年十月二十二日第二審確定判決，認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於某甲罪刑部分撤銷。

某甲無罪。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院查刑法第三百二十條第一項之竊盜罪，係以意圖為自己或第三人不法之所有，而竊取他人之動產，為構成要件。故行為人所竊取之物必屬他人之動產，始能成罪，如所竊取之物為自己所有之動產，縱在他人占有中，亦與該罪之構成要件有間，自難以該罪相繩。又民法上所謂動產質權，係指債權人為其債權之擔保，占有由債務人或第三人移交之動產，得就其賣得價金，受清償之權，屬擔保物權之一種。質權人於所擔保之債權消滅時，仍應將質物返還於有受領權人，並未因占有質物而取得質物之所有權。換言之，即質物之所有權人並不因移轉質物之占有而喪失其為所有人之身分，縱約定於債權已屆清償期而未為清償時，質物之所有權移屬於質權人者，其約定亦為無效，此觀諸民法第八百八十四條、第八百九十三條、第八百九十六條等規定自明。本件被告某甲因需款使用，而於民國八十三年十二月二十七日，以其所有之車牌號碼RS—三一××號自用小客車及該車行車執照、車輛來源證明文件作為質押擔保，再簽工本學、汽車買賣合約書各一紙，向周某所經營之○○○汽車商行借得新台幣六十萬元。嗣被告無力清償所借款項本息，明知上開車輛已出質於周某占有使用中，其並未擁有完整之所有權，竟意圖為自己不法之所有，於八十五年十月十八日上午七時，前往台中

市南區○○路一段二六五號前，乘周某不知之際，以出賃前預留之該車鑰匙，逕行開走取回，仍由周某占有使用中之上開車輛，經周某發現失竊後報警查獲等情，爲原確定判決所認定之事實。則被告所取回之車牌RS—三一××自用小客車，本係被告所有之物，因設工賃權而將之交付周某占有，揆諸首開說明，該車之所有權人仍屬被告，而非周某，被告乘人不知，將之取回，乃係取回其自己所有之動產，而非竊取他人之動產，自難論以竊盜罪。乃原判決竟將第一審諭知被告無罪部分之判決撤銷，改判憑所認不能構成犯罪之事實，依刑法第三百二十條第一項及其他相關法條，論以竊盜罪，處有期徒刑三月，緩刑三年，即有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，應由本院將原判決關於被告罪刑部分撤銷，改判諭知被告無罪，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、第三百零一條第一項，判決如左。

中華民國十八年四月九日

【第四十一案】

一、關係條文

刑法 第三百二十條第二項、第八十條第一項第二款。
刑事訴訟法 第三百零二條第二款、第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按時效完成者，應諭知免訴之判決，刑事訴訟法第三百零二條第二款定有明文。又刑法第三百二十條第二項之竊佔罪，為即成犯，於其竊佔行為完成時，犯罪即成，以後之繼續竊佔乃狀態之繼續，而非行為之繼續（最高法院六十六年台上字第三一一八號、二十五年上字第七三七四號判例參照）。本件原判決以被告某甲、某乙係夫妻，均明知坐落高雄縣美濃鎮○○段七五一地號土地係屬國有，竟共同基於意圖為自己不法利益之犯意聯絡，於民國六十年左右，翻修建築物時，將建物、屋簷擴及上揭土地，國有財產局台灣南區辦事處曾於七十九年十二月二十四日函催某甲自行拆除，未獲置理，迄八十五年八月十六日經檢察官會同地

政人員前往現場勘驗，則得被告等佔用上開土地面積共計○○二二八八公頃等情，論處被告等竊佔罪刑。惟查竊佔罪之追訴權時效爲十年，此觀刑法第三百二十條第二項、第八十條第一項第二款自明。本件被告等於民國六十年間完成竊佔之行爲，犯罪即屬成工，至民國七十年間，追訴權時效已完成，依首開法條規定，應諭知免訴之判決。詎原判決認「竊佔罪於竊佔行爲成工時之繼續竊佔事宜，應屬竊佔行爲之繼續，而非竊佔狀態之繼續，在其完全除去竊佔之行爲，將該不動產返還被害人之前，其犯罪行爲仍在繼續實施中」，判處被告竊佔罪刑，自有適用法則不當之違背法令。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十七年度台非字第三一號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告等竊佔案件，對於台灣高雄地方法院中華民國八十六年九月三十日第一審確定判決，認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

厚判決撤銷。

本件免訴。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又按時效已完成者，應諭知免訴之判決，同法第三百零二條第二款亦有明定。再查刑法第三百二十條第二項之竊佔罪，爲即成犯，於其竊佔行爲完成時，犯罪即成，以後之繼續竊佔乃狀態之繼續，而非行爲之繼續，司法院卅六年院解字第三五三三號解釋有案，具經本院六十六年台上字第三一一八號、二十五年上字第七三七四號著有判例可循。本件厚判決以被告某甲、某乙係夫妻，均明知坐落高雄縣美濃鎮○○段七五一地號土地係屬國有，並委由財政部國有財產局管理，竟共同基於意圖爲自己不法利益之犯意聯絡，於民國六十年左右，趁管理機關不覺之際，翻修其等所有之同地段第七五二、七七四號土地建築物時，將建物、屋簷擴及至財政部國有財產局管理之前揭土地，嗣財政部國有財產局台灣南區辦事處於七十九年十二月二十四日以台財產南三字第七九〇二〇三七三號函催被告某甲自行拆除，但未獲置

理。迄八十五年八月十六日經台灣高雄地方法院檢察署檢察官會同高雄縣美濃鎮地政事務所人員前往現場勘驗，測得被告等佔用上開第七五一號之土地面積共計○○○二二八八公頃等情，因而適用刑法第二十八條、第三百二十條第二項、第一項、第七十四條第一款，罰金罰鍰提高標準條例第一條前段，判決被告等共同意圖為自己不法之利益，而竊佔他人之不動產，各處有期徒刑三月，均緩刑二年。惟查刑法第三百二十條第二項之竊佔罪，其最重本刑爲有期徒刑五年，其追訴權時效依刑法第八十條第一項第二款之規定爲十年，依前開說明，被告等於六十年間竊佔之行爲，其犯罪即屬成工，迨至原審於八十六年九月三十日判決時，其追訴權時效已完成，依首開法條規定，應諭知免訴之判決。詎原判決誤認被告等犯罪行爲仍在繼續實施中，而判處被告等竊佔罪刑，自有判決適用法則不當之違背法令。案經確定，且於被告等不利，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由，應由本院將原判決撤銷，改判爲免訴之判決，以資糾正。

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

中華民國八十七年二月十九日

【第四十二案】

一、關係條文

刑法 第三百二十一條第一項第二款、第三款、第三百二十條、第二十五條第一項。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

本件原判決之事實欄三部分記載，被告承其意圖為自己不法所有之概括犯意，連續於附表編號（一）至（十四）所示時地竊取賴某等十四人所有如附表所示之財物，又連續於附表（十五）至（十八）所示時地行竊未遂。而論以共同連續竊盜之罪刑，固非無見。惟查原判決附表編號一部分之犯罪事實，記載被告係破壞鐵門侵入公司，竊盜得逞。又編號四部分係記載，被告以預藏鋸子，將香油（錢）箱大鎖鋸斷，竊盜得逞。有關鐵門被破壞進入屋內行竊。以及被告係攜帶鋸子行竊，並以鋸子將附表編號四、福德宮之香油錢箱之鎖以鋸子鋸斷而行竊等情，不僅已據被告於警訊中供明，且經被害人賴某、施某供陳在卷。則被告所為顯

併構成刑法第三百二十一條第一項第二款毀壞安全設備及第三款之攜帶兇器而犯之加重竊盜罪，原判決僅將其與其他竊盜犯行，併論以普通竊盜罪之連續犯，自有判決不適用法則之違法。又刑法上之未遂犯，必須已著手於犯罪行為之實行而不遂，始能成工。刑法第二十五條第一項規定甚明。又所謂著手，係指犯人對於構成犯罪事實開始實行而言，其在開始實行前所為之預備行為，不得謂為著手，自無成工未遂犯之餘地，最高法院二十五年非字第一六四號著有判例。本件原判決附表十五至十八部分之犯罪事實，係記載「鐵門太大，無法開啓，竊盜未遂」、「門推不開，竊盜未遂」、「鐵門裝設警報器，竊盜未遂」、「鐵門上鎖，且旁邊又不能攀爬，竊盜未遂」。依上述事實之記載，被告雖有行竊意圖，但顯未著手竊盜罪之搜取他人財物之行為，其縱有「推門」之行為，亦僅屬竊盜罪之預備行為，因竊盜罪並不處罰預備犯，亦難令負何種罪責，原判決竟據以論以竊盜罪之未遂犯。並以連續犯行從一重論處其罪刑。亦有判決適用法則不當之違法，案經確定，依刑事訴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

八十八年度台非字第二二一號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告竊盜案件，對於台灣高等法院台南分院中華民國八十八年五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

原判決關於某甲共同連續竊盜違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院查，（一）、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。次按犯竊盜罪而有毀越門扇、牆垣或其他安全設備，或攜帶兇器而犯之之情形者，應成刑法第三百二十一條第一項第二款或第三款之加重竊盜罪，無復成普通竊盜罪之餘地。本件原確定判決認定被告基於意圖為自己不法所有之概括犯意，連續於原判決附表編號一至十四所示時地，竊取賴某等十四人所有如同上附表所示之財物。惟查原判決附表編號一部分之犯罪事實，記載被告係破壞鐵門侵入公司，竊盜得逞。編號四部分係記載，被告以預藏鋸子，將香油箱大鎖鋸斷，竊盜得逞。則原確定判決關於上開部分，顯係認定被告分別有

毀壞門扇及攜帶兇器而竊盜既遂之事實。依上開說明，該部分自應分別適用刑法第三百二十一條第一項第二款及第三款之加重竊盜罪規定處斷，並與被告所犯其他普通竊盜犯行部分從重論以同條項第二款及第三款之連續加重竊盜一罪，始為適法。乃原確定判決竟將上開部分與其他竊盜犯行，併論以普通竊盜罪之連續犯，依上說明，自有判決不適用法則之違法。

(二)、又按刑法上之未遂犯，必須已著手於犯罪行為之實行而不遂，始能成立，刑法第二十五條第一項定有明文。又按所謂著手於犯罪行為之實行，係指對於構成犯罪要件之行為，已開始實行者而言，若於著手此項要件行為以前之準備行動，係屬預備行為，除法律有處罰預備犯之明文，應依法處罰外，不能遽以未遂犯罪論擬。本件原確定判決附表十五至十八部分之犯罪事實，依序分別記載被告「意圖竊取財物，惟鐵門太大，無法開啓，竊盜未遂」、「意圖竊取財物，惟門推不開，竊盜未遂」、「意圖竊取財物，惟鐵門有裝設警報器，竊盜未遂」、「意圖竊取財物，惟鐵門上鎖且旁邊又不能攀爬，竊盜未遂」。則依上開犯罪事實之記載，原判決關於該部分，亦僅係著手實施竊盜行為前之準備行動，依上說明，應僅屬竊盜罪之預備行為，尚難認其已開始著手實施竊盜犯罪之行為，且竊盜罪正無處罰預備犯之規定，則被告該部分之行為自難令負何種罪責。原審就此部分應為無罪之判決，惟檢察官認為該部分與起訴部分有裁判上一罪關係而移送原審併案審理，原判決自應就上開不成立犯罪部

分，於理由內併敘明不另爲無罪之諭知，始爲適法。乃原判決竟就該部分論以竊盜罪之未遂犯，並將該部分行爲與被告其他竊盜犯行依連續犯而從一重論處其罪刑，亦有判決適用法則不當之違法。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由。惟原確定判決關於前述(一)之違背法令部分尙非不利於被告。至前述(二)之違背法令部分，雖似不利於被告，然就原確定判決前述適用法則錯誤之點而言，則加重竊盜罪刑較普通竊盜罪刑爲重，原判決結局仍非不利於被告。爰由本院將原判決關於被告共同連續竊盜違背法令部分撤銷，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 八 年 八 月 五 日

【第四十三案】

一、關係條文

刑法 第三百二十一條第一項第六款。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

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

二、次按刑法第三百廿一條第一項第六款之加重竊盜罪，係因犯罪場所而設之加重處罰規定，車站或埠頭為供旅客上下或聚集之地，當以車船停靠旅客上落停留及必經之地為限，而非泛指整個車站或埠頭地區而言（參照最高法院六十二年台上字第三五三九號判例）。在車廂內並非旅客上下之處所，自不能認為車站。被告如於火車車廂內行竊，其非刑法第三百廿一條第一項第六款在車站竊盜罪至明。查本件被告某甲在台灣鐵路管理局第四〇一次普通車上，於該列火車停靠基隆市七堵火車站之際，竟意圖為自己不法之所有，趁坐於其旁邊游

女不注意時，竊取游女所有置於右側座位上之黑色背包一個內有現金等物，得手後下車逃逸，隨即為游女發現報警查獲等情，為原審認定無訛之被告犯罪事實。被告之行竊場所既在車廂內，非在供旅客上下或聚集之車站，自不能成立該款在車站竊盜罪名。原審未察，率予論罪科刑，揆諸首開說明，顯有判決適用法則不當之違背法令。三、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

八十七年度台非字第三九三號

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，對於台灣基隆地方法院中華民國八十七年七月六日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決撤銷。

某甲竊盜，處有期徒刑陸月，緩刑貳年。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑法第三百廿一條第一項第六款之在車站竊盜罪，係指在車站或埠頭行竊者而言。若於火車中竊取他人所有物，即與該條款之規定不符（本院十八年上字第一三八四號判例參照）。經查廖確定判決認定被告某甲於民國八十七年六月十二日四時四十二分許，在台灣鐵路管理局第四〇一次普通車車上，於該列火車停靠基隆市七堵火車站之際，竟意圖為自己不法之所有，趁坐於其旁邊游女不注意時，竊取游女所有置於右側座位上之黑色背包一個內有現金等物，得手後下車逃逸，隨即為游女發現報警查獲等情，被告之行竊場所既在車廂內，依首開說明，自不能成立該款之在車站竊盜罪名。廖確定判決竟依該款諭知被告在車站竊盜，處在期徒刑七月，緩刑二年，其適用法則自有違誤，案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨，就此指摘，非無理由，自應由本院將廖判決撤銷，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，刑法第三百二十條第一項、第七十四條第一款，罰金罰鍰提高標準條例第一條前段，判決如王又。

中華民國八十七年十二月九日

【第四十四案】

一、關係條文

刑 法 第三百二十六條第一項、第三百二十五條第一項。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決適用法則不當者，爲違背法令。刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。原判決認定某甲於附表編號三所示之時地，係夥同王某、柯某三人，搶奪不詳姓名之女子所有皮包乙只，新台幣七千六百元，證件、提款簿乙本、提款卡乙張、名片、書籍等物。依此事實，被告某甲所爲，係犯刑法第三百二十六條第一項結夥三人以上搶奪他人之動產罪，乃原判決竟認被告此部分之所爲，係犯同法第三百二十五條第一項之罪，適用法律，委有未當，依首揭說明，原判決自屬違背法令，案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十六年度台非字第一四七號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告搶奪案件，對於台灣屏東地方法院中華民國八十五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

原判決關於某甲所犯原判決附表編號3之判決違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決適用法則不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又犯刑法第三百二十五條第一項之搶奪罪，而有刑法第三百二十一條第一項各款情形之一者，為加重搶奪罪，刑法第三百二十六條第一項亦規定甚明。本件原判決附表編號3既認定被告與王某、柯某共同於八十四年十一月初凌晨一時許，在屏東市全城街三山國王廟附近，搶奪不詳

女子皮包一只、新台幣七千六百元、證件 提款簿一本、提款卡一張、名片、書籍等物，依此認定，則被告此部分應依刑法第三百二十六條第一項結夥三人以上搶奪他人之動產罪，乃原判決竟認被告此部分係犯刑法第三百二十五條第一項之普通搶奪罪，其法則之適用即有未當，自屬違背法令。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，應由本院將原判決前述違背法令部分撤銷，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。

中華民國十八年五月十五日

【第四十五案】

一、關係條文

刑 法 第三百二十六條第一項、第三百二十五條第一項、第三百二十一條第一項、第五十六條。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者爲違背法令。刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又犯刑法第三百二十五條第一項之罪，而有第三百二十一條第一項各款情形之一者，處一年以上七年以下有期徒刑。刑法第三百二十六條第一項亦有明文規定。本件原判決事實欄記載，被告共同意圖爲自己不法之所有，並基於概括犯意，先後騎乘機車於附表所示之時間、地點，趁路人曾某等人不備之際，連續搶奪彼等財物。而依該判決附表之記載，被告所犯編號一之搶奪罪，其行爲人爲某甲、某乙、某丙及某丁四人。所犯編號四之搶奪罪，係某甲、某丙及某

丁三人共犯。是其連續六次搶奪犯行中，該二次行爲有刑法第三百二十一條第一項第四款之情形，應構成同法第三百二十六條第一項之罪。因與其他四次行爲有連續關係，應論以刑法第三百二十六條第一項之加重搶奪一罪。原判決竟一併論以刑法第三百二十五條第一項之罪，揆諸首開說明，顯屬違法。案經確定，合依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十六年度台非字第二五三號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

某乙

某丙

某丁

右上訴人因被告等搶奪案件，對於台灣台北地方法院中華民國八十六年一月二十一日第一審確定判決，認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於搶奪罪之違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑法第三百二十五條第一項之搶奪罪，而有第三百二十一條第一項各款情形之一者，處一年以上七年以下有期徒刑，此即同法第三百二十六條第一項規定之加重搶奪罪，而有別於同法第三百二十五條第一項之普通搶奪罪（法定本刑為六年以上五年以下有期徒刑）。本件依原確定判決認定之事實，被告等四人共同意圖為自己不法之所有，並基於概括之犯意，先後騎乘機車，於原判決附表所示之時、地，趁路人曾某等人不備之際，連續搶奪其皮包，其詳情有如同附表所示之財物共六次。查其中附表編號(1)之搶奪犯行，係被告某甲、某乙、某丙、某丁四人分乘兩部機車共同為之，編號(4)之搶奪犯行係某甲、某丙、某丁三人夥同為之。其此部分之搶奪犯行顯有刑法第三百二十一條第一項第四款之情形，依前開說明，應構成同法第三百二十六條第一項之加重搶奪罪，因與其他四次搶奪行為有連續關係，應論以刑法第五十六條、第三百二十六條第一項之連續加重搶奪罪，萬屬適法。乃原判決竟一併適用刑法第三百二十五條第一項、第五十六條，而論以連續普通搶奪罪，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。惟厚判決尙非不利於被告，應由本院將厚判決關於搶奪罪之違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中華民國十八年八月二十八日

【第四十六案】

一、關係條文

刑 法 第三百三十六條第二項。

民 法 第七百五十八條。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決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。而侵占罪之成工，以擅自處分自己持有他人所有物，或變易持有之意爲所有之意，而逕爲所有人之行爲，爲其構成要件，雖行爲之外形各有不同，要必具有不法所有之意思，方與本罪之構成要件相符（參照最高法院十九年上字第一〇五二號判例要旨）。本件原判決，依其確認之事實，併認定系爭「○○護理安養村之經營權」，業經自訴人之合夥事業移轉被告經營一年，用以抵充合夥事業積欠被告之工程款等情，則上開安養村於該一年期間內之經營所得，自應

歸被告所有，原判決竟認被告易持有爲所有之犯意，擅自予以侵占入己，難謂無判決適用法則不當之違誤。又刑法上之侵占罪，係以侵占自己持有他人之物爲要件，所謂他人之物，乃指有形之動產、不動產而言，並不包括無形之權利在內，單純之權利，不得爲侵占之客體（最高法院七十一年台上字第二三〇四號判例參照）。本件系爭「○○護理安養村」係自訴人與他人合夥之事業體，並非有形之動產或不動產，自非刑法上侵占之客體。縱認原判決所指者爲該安養村之「不動產」，依民法第七百五十八條規定，其所有權之移轉，非經登記不生效力。被告既未將該「不動產」所有權，登記於自己名下，雖被告供稱，曾向國稅局登記爲該安養村之負責人，亦係其在經營期間，國稅局將其列爲納稅義務人而登記爲負責人而已，原判決據此認定被告擅將「○○護理安養村」所有權予以侵占入己，揆諸上開說明，亦有判決適用法則不當之違背法令。案經確定，且不利於被告。爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條規定，提起非常上訴，以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十六年度台非字第七〇號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因自訴人自訴被告業務侵占案件，對於台灣高等法院高雄分院中華民國八十五年十一月五日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決撤銷。

自訴人在原審之上訴駁回。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。本件原確定判決以被告某甲之妻邱女與自訴人劉某及案外人林某合夥經營「○○護理安養村」，因積欠某甲工程款新台幣一百餘萬元未能給付，邱女乃徵得林某同意（三分之二）後，將上開「○○護理安養村」之經營權轉讓予某甲暫時經營一年，以抵充工程款，認被告於取得上開經營權後，即意圖為自己不法之所有，基於將其經營所得易持有為所有之概括犯意，擅自侵占入己，其於一年期間屆滿後，復擅將「○○護理安養村」之所有權侵占入己等情，因而撤銷第一審諭知被告無罪之判決，改判刑法第三百三十六條第二項論處被告連續意

圖爲自己不法之所有，而侵占對於業務上所有之物罪刑，固非無見。惟查侵占罪之成立，以擅自處分自己持有他人之物，或變易持有之意爲所有之意，而逕爲所有人之行爲，爲其構成要件，雖行爲之外形各有不同，要必具有不法所有之意思，方與本罪之構成要件相符，乃本院歷來所持之見解。本件依原判決所確認之事實，自訴人之合夥事業「○○護理安養村」之經營權，業經合法移轉予被告經營一年用以抵充合夥事業積欠被告之工程款，據此，則上開安養村於一年期間內之經營所得，自應歸被告所有，原判決竟認被告有易持有爲所有之犯意，擅自予以侵占入己，已有未合，又刑法上之侵占罪，係以侵占自己持有他人之物爲要件，所謂他人之物，乃指有形之動產、不動產而言，並不包括無形之權利在內。易言之，即單純之權利，不得爲侵占之客體（本院七十一年台上字第二三〇四號判例參照）。本件系爭「○○護理安養村」，係自訴人與他人合夥之事業體，並非有形之動產或不動產，並非刑法上侵占之客體。又被告雖供稱 曾向國稅局登記爲該安養村之負責人，乃係其在經營期間，國稅局將其登記爲納稅義務人之負責人而已，要難謂係不動產所有權之移轉行爲。原判決誤以被告擅將「○○護理安養村」之所有權侵占入己，改依刑法第三百三十六條第二項罪責相繩。揆諸上開說明，自有適用法則不當之建誤。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由。應由本院將原判決撤銷，並駁回自訴人在原審之上訴，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、第三百六十八條，判決如主文。
又。

中 華 民 國 八 十 六 年 三 月 十 三 日

【第四十七案】

一、關係條文

刑法 第三百三十九條第一項、第二百十四條。
民法 第九百十八條。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決適用法則不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又刑法第三百三十九條第一項之詐欺罪，須以詐術使人將本人或第三人之物交付，爲構成要件。故如行使詐術，並無法達到使人將本人或第三人之物交付之結果，自難構成上開條項之詐欺罪。復按出典人於典權設定後，得將典物之所有權，讓與他人，但典權人對受讓人，仍有同一之權利，民法第九百十八條亦有明文規定。本件原判決認定被告某甲爲屏東縣潮州鎮○○○祭祀公業管理人，某丙爲該祭祀公業派下員。因見該祭祀公業名下坐落屏東縣潮州鎮○○○段第三三

一、二三一—二、三四六、三四六—一、三四六—三號等五筆土地，爲自訴人林某所占有使用，且爲上開土地之典權人，因典物逾回贖期間，依法取得所有權，經法院先後判決認定上開土地爲自訴人所有，並駁回某乙請求塗銷典權登記之訴，案尚在纏訟中。某甲與某丙見勝訴無望，有意脫產，竟與某甲胞姊之女婿某乙，基於犯意之聯絡，共同意圖爲自己不法之所有，共謀以訴訟詐欺之方式，來詐取上開土地。遂於八十一年十一月二十六日，在台北市某乙之公司，由彼三人就上開土地訂立一假買賣契約，再由某乙藉履行買賣契約爲由，訴請台灣台北地方法院，於八十二年三月二十七日，以八十二年度重訴字第一七三號，判決上開土地應登記給某乙，再由某乙於八十二年七月八日，將該判決書，向屏東縣潮州鎮地政事務所，請求辦理土地所有權移轉登記，使不知情之該地政事務所職員，將該不實之事項，登載於所職掌之公文書，足以生損害於自訴人及土地登記之正確性。因認被告犯刑法第三百三十九條第一項及同法第二百十四條之罪，而依從一重之刑法第三百三十九條論處被告罪刑。惟查被告等縱然矇騙法院判決將系爭土地移轉登記予某乙，自訴人既爲典權人，依上開民法之規定，其對被告某乙仍有典權人之權利，亦即仍可占有典物對典物有使用收益之權限。法院之判決，並不能發生使自訴人交付典物之結果，依上開說明自難認與詐欺罪之要件相合。原判決不察竟依詐欺罪論處被告罪刑，自有判決適用法則不當之違法。案經確定，且於被告不

利，爰依刑事訴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

八十七年度台非字第 二六號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

某乙

右上訴人因被告某甲等詐欺案件，對於台灣高等法院高雄分院中華民國八十三年十月二十六日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決撤銷，由原審法院依判決前之程序更為審判。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑法第三百三十九條第一項之詐欺罪，須意圖為自己或第三人不法之所有，以詐術使人將本人或第三人之物交付，為構成要件。而所謂交付，係指移轉占有而言。本件原判決認

定某甲爲屏東縣潮州鎮○○祭祀公業管理人。因見該祭祀公業所有坐落屏東縣潮州鎮○○段三三一、三三一—二、三四六、三四六—一、三四六之三等五筆土地，爲自訴人基於典權而占有使用，且因典物逾回贖期間，依法取得所有權，經法院先後判決確認上開土地爲自訴人所有，尚在纏訟中。某甲見勝訴無望，有意脫產，竟與某乙基於共同意圖爲自己不法所有之犯意聯絡，共謀以訴訟詐欺之方式而詐取上開土地。遂先就上開土地，訂立一假買賣契約，再由某乙藉履行買賣契約爲由，訴請台灣台北地方法院，於八十二年三月二十七日以八十五年度重訴字第一七三號判決上開土地應登記與某乙。再由某乙於同年七月八日將該判決書向屏東縣潮州地政事務所請求辦理土地所有權移轉登記。使不知情之該地政事務所職員，將該不實之事項，登載於所掌之公文書，足以生損害於自訴人及土地登記之正確性等情。惟依民法第九百十八條規定，典權人於典權設定後，將典物之所有權讓與他人者，典權人對受讓人仍有同一之權利，亦即典權人縱將典物所有權讓與他人，典權人仍得占有典物而就典物使用收益。本件被告等縱以訴訟詐欺方式將典物之上開不動產所有權移轉與某乙，並不能發生使自訴人交付典物之結果。況依序確定判決認定之事實某乙所取得者僅爲其與○○祭祀公業間私相授受之所有權而已，自訴人仍占有該不動產，並未使自訴人現實的將不動產交付由某乙占有，亦與前揭詐欺取財罪之構成要件有間（至於被告所爲是否應另成其他罪名，則屬另一

問題)。原判決竟論處被告二人共同意圖爲自己不法所有，以詐術使人將第三人之物交付罪刑，自有適用法則不當之違背法令。案經確定，非常上訴意旨執以指摘原判決違背法令，尙有理由。爲期事實之真切，並爲維持被告審級之利益，應將原判決撤銷，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、第二項前段，判決如王又。

中華民國八年七月二十五日

【第四十八案】

一、關係條文

刑 法 第三百三十九條第一項、第二項、第二百十四條。
刑事訴訟法 第三百七十八條、第三百七十九條第十二款、第二百六十七條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。本件原判決以第一審法院認定被告某甲與某丙間，因積欠租金全事件，經台灣新竹地方法院判令某甲遷讓房屋，並按月給付某丙損害全新台幣（下同）二十四萬元。某丙乃提供擔保請求假執行，將某甲座落於新竹縣○○鎮○○段七○○號土地予以查封。被告某甲恐拍賣價全悉數分配予某丙，竟與被告某乙相互勾結，共同意圖為自己不法之所有，由某甲於民國八十四年十月二日，在新竹縣○○鎮○○里九鄰二十八之一號，簽發八十四年十月十八日期、面額三百九十七萬元之商業本票交予某乙持向台灣新竹地方法院，請求裁定給付票款，猶恐趕不及參

與分配，乃另具又聲請假扣押，經台灣新竹地方法院八十四年度裁全字第一四六四號裁定准予假扣押後，聲請併某丙之上揭執行案參與分配，致台灣新竹地方法院民事（執行）處陷於錯誤，而分配八十五萬九千四百七十五元予某乙等情，並適用刑法第三百三十九條第一項、第二十八條及其他相關法條，論處被告等詐欺罪刑為無不合，予以維持，駁回被告等之上訴，雖非無見。惟按檢察官就牽連犯之一部事實起訴者，依刑事訴訟法第二百六十七條之規定，其效力及於全部。又刑法第二百一十四條規定之明知不實之事項，而使公務員登載於職務上所掌之公文書罪，凡對於所登載之事實，確知其非實在，向公務員為虛偽之聲明，利用公務員不知其事項之不實而登載於職務上掌管之文書皆屬之。本件以原判決事實欄記載 被告某甲、某乙相互勾串，推由被告某乙持被告某甲簽發之商業本票，向台灣新竹地方法院聲請假扣押，經同院八十四年度裁全字第一四六四號裁定准予假扣押後，持此內容不實之裁定，聲請參與分配，致執行法院陷於錯誤，將之加入分配，製作分配表，分配八十五萬九千四百七十五元予被告某乙，足見被告等之行爲，向牽連犯刑法第二百一十四條之偽造文書罪（最高法院七十年台上字第三八二一號判例參照），乃原判決對此竟契置不顧，自有判決不適用法則之違法。又按刑法上詐欺取財罪，係以意圖為自己或第三人不法所有為構成要件之一，上揭法院查封拍賣被告某甲右開土地，既為被告某甲所有，拍賣所得價金，在執行法院未代該

被告清償債權前，仍為被告某甲所有，則該被告縱與被告某乙勾串，推由某乙持被告某甲簽發之商業本票，向上開法院聲請假扣押，持同院八十四年度裁全字第一四六四號不實之裁定，聲請參與分配其所有土地拍賣所得賣金，並分得八十五萬九千四百七十五元，仍無成工詐欺取財之餘地（最高法院八十三年台非字第二〇二號判決參照），原判決竟以詐欺取財論處，亦有適用法則不當之違法。案經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十六年度台非字第八三號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告等詐欺案件，對於台灣高等法院中華民國八十五年十月二十二日第二審確定判決，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）

本院按除刑事訴訟法有特別規定外，已受請求之事項未予判決者，其判決當然爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第十二款定有明文。又犯罪是否已起訴，應以起訴書所載事實爲準，而不以所引法條爲依據。本件原確定判決維持第一審論處被告某甲、某乙共同意圖爲自己不法所有，以詐術使人將第三人之物交付罪刑之判決，係以某甲與某丙間，因積欠租全事件，經台灣新竹地方法院判令某甲遷讓房屋並按月給付某丙損害全二十四萬元，某丙乃提供擔保請未假執行，將某甲坐落新竹縣○○鎮○○段七○○號土地予以查封。某甲恐拍賣價全悉數分配與某丙，竟與某乙相互勾結，共同意圖爲自己不法之所有，由某甲簽發八十四年十月十八日期、面額三百九十七萬元之商業本票交與某乙持向台灣新竹地方法院聲請裁定給付票款，猶恐趕不及參與分配，乃另具狀聲請假扣押，經台灣新竹地方法院裁定准予假扣押後，聲請併某丙之上揭執行案參與分配，致台灣新竹地方法院民事執行處陷於錯誤，而分配八十五萬九千四百七十五元予某乙等情，爲其事實之依據。惟查刑法第二百十四條明知爲不實之事項，而使公務員登載於職務上所掌公文書罪，如行爲人已以欺騙之方法使不知情之公務員將不實之事項登載於職務上所掌之公文書，即克成工。按之卷附之檢察官起訴書，就原

確定判決所認定之前開事實，均已記載於犯罪事實欄。即被告某甲、某乙已有以欺騙方法，使台灣新竹地方法院承辦之法官及其他公務員將其不實之本票債權登載於裁定書及製作分配表，而步犯刑法第二百十四條之罪。雖起诉书漏引此部分之法條，但其起訴事實欄既已記載，自屬已經起訴。乃原判決對此部分是否構成犯罪，與被訴步犯之詐欺罪間有何關係，竟契置未論，難謂無已受請求之事項未予判決之違法。又刑法第三百三十九條第一項詐欺取財罪之成立，以意圖為自己或第三人不法所有，以詐術使人將本人或第三人之物交付為要件。故必行為人有不法所有意圖，並以詐術使人將本人或第三人之物交付，始能成立，如所交付之物係屬行為人自己所有，縱以詐術為之，亦難成立該罪。而法院依強制執行法之規定拍賣債務人之財產，解釋上應為買賣之一種，並認債務人為出賣人，執行法院僅屬代債務人出賣之人，其賣得之價金，在執行法院未代債務人清償債權之前，仍屬債務人所有。原確定判決既認定某甲於其所有之土地經債權人聲請法院強制執行查封拍賣時，與某乙勾結以不實之本票債權參與分配拍賣土地所得之價金，則其分配所取得之價金係某甲自己之物，雖以詐術為之，亦與詐欺取財罪之構成要件不合。第一審判決論被告等詐欺取財罪，已有適用法則不當之違誤，乃原判決未加糾正，率予維持，自屬違背法令。案經確定，且不利於被告等，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由。惟原審對前揭被告等步犯刑法第二百十四條部分之犯行漏未

審判，且被告等雖不構成刑法第三百三十九條第一項之詐欺取財罪，但其以不實之本票債權參與分配，取回部分其供清償債權人之拍賣價全，可使某甲暫時獲得減少清償債務之成數及使某乙取得不法債權等不法之利益，是否構成刑法第三百三十九條第二項之詐欺得利罪，原審未予審酌釐清。為期事實明確及維持被告等審級利益，應將原判決撤銷，由台灣高等法院

依判決前之程序更為審判，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項，判決如王又。

中華民國十八年三月二十日

【第四十九案】

一、關係條文

刑 法 第三百三十九條第二項、第一項。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令。刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。本件原判決之事實，係以被告明知其經濟不佳，無力回贖車輛及清償借款，竟意圖爲自己不法之所有，於民國八十六年七月十六日至台南市○○路五七四號蔡某所經營之○○當舖，佯以自小客車一輛典當予蔡某，並向其借款新台幣（下同）十萬元。繼於同年十月十五日追加借款五萬元，復於同年十一月七日再追加借款五萬元，合計借款二十萬元。嗣又向蔡某佯稱欲借該車使用，並保證屆期即還車，且不會將該車轉售或轉借他人，致蔡某誤信爲真，將該車回借被告使用。詎被告不僅屆期未將該車交還，且將該車轉當他人，且又行蹤不明拒還借款，

始知受騙等情。惟查出質人施用詐術，向質權人將質物騙回另行出質他人，致質權人喪失對質物之占有而不能請求返還，質權歸於消滅，使取回之原質物價值增高，乃屬取得財產上之不法利益，而非詐欺取得財物。最高法院六十六年台非字第一四五號就此著有判例，原判決竟論以刑法第三百三十九條第一項之詐欺取財之罪刑，自有適用法則不當之違背法令。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十八年度台非字第一四四號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

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八十八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

原判決關於違背法令之部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用法則不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。本件被告明知已經濟不佳，無力回贖車輛及清償借款，竟意圖爲自己不法之所有，於八十六年七月十六日至蔡某設在台南市○○路五七四號之當舖，佯以其所有車牌號碼S三—三××號自小客車一輛押當與蔡某，並於同日向蔡某借款十萬元，同年十月十五日追加借款五萬元，同年十一月七日再追加借款五萬元，總計借款二十萬元。嗣又向蔡某佯稱欲借用該車使用，並保證借期屆滿即返還該車，且不得將該車轉售或轉借他人，致蔡某誤信爲真，乃同意將該車自八十六年七月三十日起至同年八月十五日止，回借被告使用，迄同年十二月間，被告不僅未將上開車輛交還蔡某占有，並將該車典當與第三人，且行蹤不明，蔡某始知受騙，爲原判決所確定之事實。被告既將其所有之上述自小客車出質予蔡某，該車即爲質權人之蔡某占有，被告復施用詐術，向質權人騙回另行出質他人，致質權人蔡某喪失對質物之占有而不能請求返還，質權歸於消滅，使取回之原質物價值增高，即屬取得財產上之不法利益，應成立刑法第三百三十九條第二項之罪。原判決竟論以同條第一項之詐欺取財罪，顯有適用法則不當之違法。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由。惟原判決尚非不利於被告，應僅將原判決關於違背法令之部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中 華 民 國 八 十 八 年 六 月 十 一 日

【第五十案】

一、關係條文

刑 法 第三百三十九條之二第一項、第三百三十九條第一項、第三百二十條第一項、

第二條第一項、第五十五條。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決適用法則不當者，爲違背法令。刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又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，刑法第二條第一項亦有明文規定。本件序判決認定被告於民國八十六年五月三日上午十一時許，竊取劉某所有之台灣區中小企業銀行提款卡。得手後，基於概括犯意，連續於是日持該提款卡前往交通銀行、華南銀行及萬泰銀行所設之自動櫃員機，盜領存款共新台幣八萬元，認其觸犯刑法第三百二十條第一項之竊盜罪及同法第三百三十九條第一項之詐欺取財

罪，並以兩罪間有方法結果之牽連關係，從較重之詐欺取財罪論處被告罪刑。惟查八十六年十月八日公布之刑法，業於第三百三十九條之二第一項增定「意圖為自己或第三人不法之所有，以不正方法由自動付款設備取得他人之物者，處三年以下有期徒刑、拘役或一萬元以下罰金」之規定。原審於八十六年十一月二十九日判決時，未援用裁判時已頒布之法律，仍依較重之刑法第三百三十九條第一項之詐欺取財罪論處被告罪刑，自有判決適用法則不當之違法。案經確定，且於被告不利，爰依刑事訴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

八十七年度台非字第五二號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告竊盜案件，對於台灣高等法院中華民國八十六年十一月二十九日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決及第一審判決均撤銷。

某甲竊盜，累犯，處有期徒刑叁月。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決適用法則不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又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，刑法第二條第一項亦著有規定。本件原審及第一審判決均認定被告曾於八十四年間因違反麻醉藥品管理條例案件，經台灣板橋地方法院判處有期徒刑五月，如易科罰金以三百元折算一日，於八十五年一月二十六日易科罰金執行完畢。復意圖爲自己不法之所有，於八十六年五月三日上午十一時許，在台北縣新莊市○○街一〇四巷五弄〇號四樓，竊取劉某所有台灣區中小企業銀行提款卡一張。得手後，基於概括之犯意，連續於當日上午十一時三十分、十一時三十二分、十一時三十六分，分別在新莊市交通銀行、華僑銀行、萬泰銀行，擅自將該提款卡輸入自動櫃員機，按入已得知之密碼，使上開銀行陷於錯誤，分別撥付新台幣二萬元、二萬元、四萬元予被告等情。因而論處被告觸犯刑法第三百二十條第一項之竊盜罪及同法第三百三十九條第一項之詐欺取財罪，並以所犯上開二罪間有方法結果之牽連關

係，從較重之詐欺取財罪處斷。惟查八十六年十月八日修正公布之刑法，業於第三百三十九條之二第一項增訂「意圖為自己或第三人不法之所有，以不正方法由自動付款設備取得他人之物者，處三年以下有期徒刑、拘役或一萬元以下罰金」之規定，該條罰則較同法第三百三十九條第一項為輕。原審於八十六年十一月二十九日判決時，法律已有變更，未援用裁判時已公布且最有利於被告之刑法第三百三十九條之二第一項規定，與同法第三百二十條第一項依牽連犯之關係從一重之竊盜罪處斷，仍依同法第三百三十九條第一項之詐欺取財罪論處被告罪刑，維持第一審之判決，駁回被告在第二審之上訴，自有適用法則不當之違法。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，尚有理由。原判決及第一審判決既均不利於被告，應由本院一併予以撤銷，另行判決，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，刑法第三百二十條第一項、第三百三十九條之二第一項、第五十五條、第四十七條，罰金罰鍰提高標準條例第一條前段，判決如王又。

中 華 民 國 八 十 七 年 三 月 二 十 六 日

【第五十一案】

一、關係條文

刑 法 第三百五十四條。

刑事訴訟法 第三百零三條第三款、第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用法則不當者，爲違背法令。刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又按刑法上之持有，係指對物之現實占有者而言。不問其爲合法或非法之占有，爲維持其實上之占有關係，藉以維護社會秩序，除原所有權人於其所有權被侵害時得依法即時排除侵害外，不容任何人未經法定程序任意變更現實占有之狀態。如有對於他人現實占有之物（含動產、不動產）予以不法侵害時，仍難解免其刑責（最高法院八十四年度台非字第一〇九號判決參照）。本件告訴人申某雖係無權占有系爭台灣省石門農田水利會所有坐落八德鄉霄裡段四四二等地號保留也土地上種植蔬菜及藥草類農作物，而爲事實上之管領。但被告某甲逕

自派人將該保留池之水門出水道口封閉，使申某於該址種植之青菜、藥草因水淹而死亡，自伴侵害告訴人對該地上物之現實占有管領權益，就此而言，申某即難謂非犯罪之被害人。原判決竟以不動產之出產物在未與不動產分離前，爲不動產之部分，其所有權屬於不動產所有人，申某對其種植之青菜、藥草並無所有權，認其無權告訴，而維持第一審法院所爲公訴不予受理之判決，駁回檢察官之上訴，自有判決不適用法則之違法。爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十八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

右上訴人因被告毀損案件，對於台灣高等法院中華民國八十四年四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

原判決及第一審判決關於違背法令部分撤銷。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑法上侵害財產法益之犯罪，重在持有關係，其行為客體並不以他人所有之物為限。凡事實上對物取得管領支配之人，不論其有無合法之權原，為維持現存社會秩序，其持有仍受刑法之保護，得為財產犯罪之行爲客體，若因他人之犯罪行爲，致其對物之管領支配受有侵害，自不失為該犯罪之直接被害人，依法得為告訴。本件起訴事實以被告某甲係台灣省石門農田水利會中壢工作站站長，於民國八十二年九月三日，明知申某在桃園縣八德市霄裡段四四二等地號之社子支渠第四輪區保留也土地上，種植有蔬菜及藥草類農作物，卻未訴諸法律上手段救濟，逕自派人將該保留也之水門出水道口封閉，使申某於上址所種植之青菜、藥草因水淹而死亡，案經申某告訴，因認被告涉有刑法第三百五十四條毀損罪嫌。依起訴事實觀之，申某在前開保留也土地上種植蔬菜及藥草類農作物，事實上已取得對該農作物之管領支配，倘被告係不法予以毀損，不論該農作物在法律上是否屬於申某所有，及申某有無使用前開土地之合法權原，申某均不失為該毀損罪之直接被害人，依法得為告訴。第一審判決以申某並無使用前開土地之合法權原，且不動產之出產物在未與不動產分離前，為不動產之部分，其所有權屬於不動產所有人，申某對其種植之青菜、藥草並無所有權，認申某無權告

訴，依刑事訴訟法第三百零三條第三款規定，諭知本件公訴不予受理，揆諸前開說明，自屬違背法令。原判決未予糾正，仍予維持，駁回檢察官之上訴，同有適用法則不當之違誤。案經確定，非常上訴意旨，執以指摘，洵有理由。惟原判決尚非不利於被告，應由本院將原判決及第一審判決關於違背法令部分均撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中 華 民 國 八 十 八 年 十 二 月 九 日

【第五十一案】

一、關係條文

刑 法 第三百五十六條、第五十六條。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用法則不當者，爲違背法令。刑事訴訟法第三百七十八條定有明文，原判決認定「某甲於民國八十一年五月六日將其所有坐落高雄縣○○鄉○○段九五九號，及其與共某共有應有部分各二分之一之同段九五三號土地，以新台幣（下同）二千三百五十萬元出售予自訴人陳某，陳某已付定金五百萬元及第一期款合計五百萬元，嗣雙方因給付買賣價金及繳納土地增值稅等問題發生糾紛，陳某乃訴請某甲及共某履行所有權移轉登記義務，經最高法院以八十四年度台上字第二一五六號判決，判處某甲、共某應將上開兩筆土地移轉登記爲自訴人所有，該民事案件於八十四年八月二十五日確定，某甲、共某均收受最高

法院判決結果之通知，對於其受敗訴判決，將受強制執行之情形知之甚詳，竟共同意圖損害陳某之債權，某甲基於概括犯意，先於八十四年九月十三日，向高雄縣鳳山地政事務所，就其所有之○○段九五九號土地辦理設定擔保最高限額一千零八十萬元之抵押權登記予洪某，損害陳某之債權，某乙為某甲之父，明知某甲已受敗訴判決確定，亦共同意圖損害陳某之債權，竟於八十四年九月十八日，對該二筆土地聲請法院裁定假扣押，查封債務人某甲所有之土地，而處分其財產，共同意圖使陳某之土地所有權移轉登記債權，不能行使，損害陳某之債權，而論被告以共同損害債權罪，惟查 原判決於理由欄記載憑以認定被告等犯罪之證據及理由謂「被告某乙係某甲之父，某甲明知已受敗訴判決確定，即將上開二筆土地所有權移轉登記予陳某，竟然與其父即被告某乙共同就民國七十七年一月間之本學、面額合計二百二十五萬元之債務聲請法院裁定在許假扣押及聲請對被告某甲之上開二筆土地查封，固據被告某乙及某甲提出本學六張、台灣高雄地方法院七十七年學字第五二七九號裁定等為證，然被告某乙及某甲間之本學債權債務為民國七十七年間取得之執行名義，迄八十四年八月間始終未行使，竟於最高法院判決被告某甲應將該土地所有權移轉登記予陳某確定，始於八十四年九月十八日申請法院查封該二筆土地，則被告某乙及某甲有共同使陳某之土地所有權移轉登記債權，不能行使之意圖甚為明確，被告某乙及某甲辯稱其二人之間確有債權云云，亦

尙不足爲其損害自訴人之債權作有利認定」云云。按債務人之財產爲全體債權人債權之總擔保，其中一債權人取得執行名義，他債權人再參與債權之實施應爲法所不禁，且債權人於取得執行名義後，擬於何時對債務人之財產實施強制執行，亦有自由決定之權，本件原判決既認定被告某乙對某甲享有本票債權，並於民國七十七年間取得之執行名義，則某乙本於其本票債權，對某甲所有之系爭土地聲請法院裁定准許假扣押，予以實施查封，應係保護其債權之正當行爲，原判決竟因被告某乙多年未行使債權，即認其行使債權係損害自訴人之債權，其認定事實顯違經驗法則及論理法則，又被告某乙對某甲所有之系爭土地實施假扣押，乃其債權之正當行使，已如前述，被告某甲係財產被查封之人，其財產原即爲債權人債權之總擔保，自不因查封其財產之人係其父，即令負損害自訴人債權之刑責，原判決就某乙實施債權部分依刑法第三百五十六條對被告等二人論罪科刑，應有適用法則不當之違法。又刑法第五十六條之連續犯雖以一罪論，但得加重其刑至二分之一，其加重之多寡，當與連續犯行次數之多寡有關，故同一連續犯案件，其所認定犯行次數較少者，與所認定犯行次數較多者，兩者適用之連續犯刑罰法條，就形式上觀之，雖無差異，但實質上其法條所含刑罰輕重之程度，顯有不同（最高法院八十二年度第四次及第七次刑事庭會議決議參照），原判決認定被告某甲連續損害債權，然某甲上述部分應不爲罪，原判決併予論罪，自影響其刑罰之輕重。

本件案經確定，且均不利於被告，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十六年度台非字第二二一號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

某乙

右上訴人因被告等毀棄損壞案件，對於台灣高等法院高雄分院中華民國八十六年一月二十八日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於某甲、某乙部分撤銷。

某甲共同債務人於將受強制執行之際，意圖損害債權人之債權，而處分其財產，處有期徒刑伍月，如易科罰金，以參佰元折算壹日。

某乙無罪。

理由

二二二

非常上訴理由（見前二）

本院按債務人之財產爲全體債權人債權之總擔保。其中一債權人取得執行名義，他債權人再參與債權之實施應爲法所不悖。且債權人於取得執行名義後，擬於何時對債務人之財產實施強制執行，亦有自由決定之權。本件原判決既認定某乙對某甲有本學債權存在，並於七十七年間取得執行名義，則某乙本於本學債權，對某甲所有系爭土地聲請法院裁定准許假扣押，予以實施查封，應係保護其債權之正當行爲。原判決竟因某乙多年未行使債權，即認其行使債權係損害自訴人之債權，其認定事實顯違經驗法則及論理法則。再某乙對某甲所有系爭土地實施假扣押，乃其債權之正當行使，某甲係財產被查封之債務人，其財產原即爲全體債權人債權之總擔保，自不因查封其財產之人係其父，即令負損害自訴人債權之刑責。原判決就某乙實施債權部分論處某乙、某甲刑法第三百五十六條罪刑，顯有適用法則不當之違法。又刑法第五十六條之連續犯雖以一罪論，但得加重其刑至二分之一，其加重之多寡，當與連續犯行次數之多寡有關，故同一連續犯案件，其所認定犯行次數較少者，與所認定犯行次數較多者，兩者適用之連續犯刑罰法條，就形式上觀之，雖無差異，但實質上其法條所含刑罰輕重之程度，顯有不同。原判決認定某甲連續損害債權，然某甲上述部分應不爲罪，原判決併

予論罪，自影響其刑罰之輕重。案經確定，且於被告等不利，非常上訴意旨，執以指摘，尙有理由，應由本院將原判決此部分撤銷，另行改判，論某甲以共同債務人於將受強制執行之際，意圖損害債權人之債權，而處分其財產罪，審酌其犯罪一切情狀，量處有期徒刑伍月，如易科罰金，以參佰元折算壹日，諭知某乙無罪，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書、第三百零一條第一項、刑法第二十八條、第三百五十六條、第四十一條、罰金罰鍰提高標準條例第一條前段、第二條，判決如左。

中 華 民 國 八 十 六 年 七 月 三 十 一 日

貳、刑事訴訟法

【第五十三案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第五條第一項、第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按案件由犯罪地或被告之住所、居所或所在地之法院管轄，爲刑事訴訟法第五條第一項所明定。又所謂被告所在地，係以起訴時爲準，至其所在之原因，無論自由或強制皆所不問，此有司法院院字第一二四七號解釋可稽。本件被告某甲，自八十六年九月初某日起，至同年九月二十日止，在基隆市其住所等處，連續多次非法吸用安非他命。又另行起意，於八十六年九月廿二日凌晨三時許，基於牙保之犯意，在基隆市大武崙保齡球館前，介紹王某向不詳姓名年籍綽號「阿干」之男子，購買安非他命新台幣四萬五千元，旋於當日上午五時四十分許，爲警查獲，案經內政部警政署國道公路警察局第一警察隊移送台灣士林地方法院檢察署偵辦。檢察官訊問後，認爲被告犯罪嫌疑重大，有刑事訴訟法第七十六條第四款所定之情

形，依法諭知羈押。嗣檢察官於八十六年十月十三日以八十六年度偵字第九八一號起訴書提起公訴，並於八十六年十一月十八日以士檢孝字第九一六〇號函，連同被告一併解送函請原審法院審判，原法院並於同日下午三時五十分訊問被告後，諭知被告以新台幣五萬元具保釋放等事實，均有上開案卷可稽，足見本件起訴時，被告之所在地，係在台北市士林區，依首揭說明，原法院對被告自難謂無管轄權，乃原法院竟以被告之住所、居所均在基隆市，其犯罪地亦在基隆市，認無管轄權，將本件諭知管轄錯誤，移送於台灣基隆地方法院，自屬違背法令。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十七年度台非字第三一五號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告違反藥事法等罪案件，對於台灣士林地方法院中華民國八十六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

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按案件由犯罪地或被告之住所、居所或所在地之法院管轄，為刑事訴訟法第五條第一項所明定。又所謂被告所在地，係以起訴時為準，至其所在之原因，無論自由或強制皆所不問，此有司法院院字第一二四七號解釋可稽。本件被告某甲涉嫌於民國八十六年九月初起，在基隆市任所，連續非法吸用化學合成麻醉藥品安非他命，又於八十六年九月二十二日，基於牙保之犯意，在基隆市介紹王某向綽號「阿干」之男子購買安非他命，嗣於同日在台北縣汐止鎮為警查獲，移送台灣士林地方檢察署偵辦。檢察官訊問後，認為被告犯罪嫌疑重大，有修正前刑事訴訟法第七十六條第四款所定情形，且有必要，依法諭知羈押，嗣經該署檢察官於八十六年十月十三日以八十六年度偵字第九八一號起訴書提起公訴，並於八十六年十一月十八日連同被告一併解送函請原審法院審判，原審法院於同日訊問被告後，諭知被告以新台幣五萬元具保釋放等事實，有上開案卷可憑。是本件起訴時，被告之所在地，係在台北市士林區，依首揭說明，原審法院對被告自有管轄權，乃原判決竟以被告任居所均在基

隆市，犯罪地亦在基隆市爲理由，諭知管轄錯誤，移送於台灣基隆地方法院，難謂非違去。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 八 十 七 年 十 月 八 日

【第五十四案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第五十三條、第三百七十九條第十款。
著作權法 第一百條、第九十一條第二項。

二、非常上訴理由

按依本法應於審判期日調查之證據而未予調查者，其判決當然為違背法令。刑事訴訟法第三百七十九條第十款定有明文。本件序確定判決事實欄所記載之事實，係被告明知如序判決附表所示之錄影帶著作權人分別係美國三星、哥倫比亞及派拉蒙影片股份有限公司，竟意圖出租營利，未經各該公司授權，擅自予以重製並陳列於其經營之影視社內出租與不特定顧客欣賞。觸犯著作權法第九十一條第二項意圖銷售或出租而擅自重製他人著作罪。由於該罪係告訴乃論，著作權法第一百條有明文規定。故須經有告訴權人合法告訴，檢察官始得提起公诉，法院始可據以論罪科刑。本件是否已由告訴權人合法告訴，乃科處被告罪刑之前提要

件，屬於序審應依職權調查之事項。依偵查卷第一至第三頁告訴狀之記載，本件告訴人係美商哥倫比亞影片股份有限公司、派拉蒙影片股份有限公司及三星影片股份有限公司，均係「股份有限公司」組織。既係股份有限公司，其代表人應係公司之董事長（公司法第二百零八條第三項），如其公司受有損害，自應由該公司董事長以公司名義爲告訴，方屬合法。然本件告訴狀雖係以美商哥倫比亞影片股份有限公司、派拉蒙影片股份有限公司及三星影片股份有限公司具名，但其代表人則分別係其「法定代理人」喬羅 葛羅斯曼或保羅 史賓格。固據其提出刑事委任狀、印鑑證明書等件爲證，惟該喬羅 葛羅斯曼及保羅 史賓格究竟是否各該公司之董事長，則並無任何證據足以證明。況依附於告訴狀提出之印鑑證明書等又件之記載，喬羅 葛羅斯曼自稱「本人業經美商哥倫比亞影片股份有限公司之委派擔任該公司之法定代理人」。云云。既係受該公司之「委派」爲代理人可知其顯非該公司之董事長。又雖其自稱業經美商哥倫比亞影片股份有限公司及三星影片股份有限公司委派爲法定代理人，但未據其提出各該公司之委任文件。則其是否確已受各該公司委任，亦屬不明。是其以各該公司法定代理人名義代表各該公司告訴，即屬無據。抑有進者，原告告訴狀雖係以各該公司名義具狀，然其既未加蓋該公司印信，亦未經其公司之代表人簽名，雖有經喬羅 葛羅斯曼及保羅 史賓格委任爲代理人之朱某蓋章，但亦未親自簽名，更未由代書之人附記其事由並簽

名。核與刑事訴訟法第五十三條「又書由非公務員制作者，應記載年、月、日並簽名。其非自作者，應由本人簽名。不能簽名者，應使他人代書姓名，由本人蓋章或按指印。但代書之人應附記其事由並簽名。」之規定不合。其告訴即不合法。原審未於審判期日就本件之告訴是否合法調查明白，遽依檢察官之起訴，變更法條，適用著作權法第九十一條第二項論罪科刑，揆諸首開規定，顯屬違法。案經確定，且不利於被告。爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十六年度台非字第一七二號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告違反著作權法案件，對於台灣高等法院台南分院中華民國八十五年八月二十一日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決撤銷，由台灣高等法院台南分院依判決前之程序更為審判。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按依法應於審判期日調查之證據而未予調查者，其判決當然為違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第十款定有明文。查本件序確定判決認定被告明知如起訴書附表所示之錄影帶著作權人係美國三星、哥倫比亞及派拉蒙影片股份有限公司。竟意圖出租營利，未經各該公司授權，擅自予以重製並陳列於其所經營之影視社內出租予不特定顧客欣賞，因依著作權法第九十一條第二項論處被告意圖出租而擅自重製他人著作罪刑，惟該條之罪依同法第一百條之規定，須告訴乃論。則本件是否已由告訴人合法告訴，乃論處被告罪刑之前提要件，屬於序審應依職權調查之事項。本件犯罪被害人為美商哥倫比亞影片股份有限公司、派拉蒙影片股份有限公司及三星影片股份有限公司，均為法人，依法自應由該公司代表人以公司名義為告訴。然卷附告訴狀係由美商哥倫比亞影片股份有限公司法定代理人喬羅 葛羅斯曼、美商派拉蒙影片股份有限公司法定代理人保羅 史賓格、美商三星影片股份有限公司法定代理人喬羅 葛羅斯曼具名告訴。但查公司之法定代理人並不當然為公司之代表人，其等提出告訴時，並未據提出該等法定代理人即為該等公司代表人之證明文件，是則該喬羅 葛羅斯曼、保羅 史賓格等人以各該公司法定代理人身分提出告訴是否合法已屬不明。又按又書由非公

務員製作者，應記載年、月、日並簽名。其非自作者，應由本人簽名。不能簽名者，應使他人代書姓名，由本人蓋章或按指印。但代書人應附記其事由並簽名，刑事訴訟法第五十三條定有明文。經查上開告訴狀僅有經各該公司具名委任為代理人之朱某蓋章，並未加蓋各該告訴人公司之印信，並由其代表人簽名或蓋章，或由代書之人附記本人不能簽名之事由並簽名，是否合法告訴，亦非無審酌餘地。原審未於審判期日就本件告訴是否合法調查明白，遽依檢察官之起訴，變更法條，適用著作權法第九十一條第二項規定論罪科刑，揆諸前開規定，顯屬違法。非常上訴意旨，執以指摘，洵有理由。案經確定，且於被告不利，復有維持被告審級利益之必要。本院爰將原判決撤銷，由原審法院依判決前之程序更為審判，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款、第二項，判決如左。

中華民國十八年六月二十二日

【第五十五案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第一百五十四條。

肅清煙毒條例 第九條第二項。

二、非常上訴理由

按犯罪事實應依證據認定之，無證據不得推定其犯罪事實，刑事訴訟法第一百五十四條有明文規定。本件原判決認定被告於八十五年十二月三日晚十時許，在台北市雙城街某餐廳前，向不詳姓名之外籍男子購買疑似大麻膏一塊，購買前並試用大麻，於同年十二月四日下午一時三十分許，在台北市○○路四段××號十樓，為警查獲持有疑似大麻膏物品，經採其尿液送驗，有大麻之陽性反應，而認被告有吸食大麻之事實，依肅清煙毒條例第九條第二項論處被告罪刑，無非以被告雖否認在台灣有施用大麻之犯行，辯稱其於查獲之四天前曾在印尼巴里島施用一次，查被告自承於八十五年十二月三日晚十時許途經台北市雙城街某餐廳

前向不詳姓名外籍男子以新台幣二千五百元購得大麻膏一塊，被告並不認識該外籍男子，其購買前自當試用所購者是否確為大麻，以免受騙，該男子提供試用者當為真正之大麻。被告被查獲時所採之尿液，經法務部調查局檢驗結果，有大麻之反應，被告雖於八十五年十二月三日入境國內，但並無證據足認其係在國外施用大麻，其辯解不足採信，為其論據。惟姑不論被告之尿液於八十六年四月二十三日送往法務部調查局檢驗時，距採取尿液之時間將近五月，檢驗時可能因檢體保存不當，而產生偽陽性反應。查被告之尿液有大麻之反應，充其量亦僅足以證明被告於採尿前之數日內有吸食大麻之事實，被告自被查獲時起即始終辯稱其係在十二月三日回國前，在國外吸食大麻，回國後即未再吸食大麻，並提出蓋有於八十五年十二月三日入境之印戳之護照內頁影本證明其係於十二月三日回國。乃序審在無被告於回國後有吸食大麻之積極證據下，竟以被告向不詳姓名之外籍男子購買前自當試用所購者是否確為大麻，以免受騙，該男子提供試用者當為真正之大麻等推測之詞，資為判斷之基礎，其關於證據上之理由頗有未備，亦有認定事實不依證據之違背法令。爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十七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肅清煙毒條例案件，對於台灣高等法院中華民國八十六年九月二日終審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於某甲部分撤銷，由台灣高等法院依判決前之程序更為審判。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按犯罪事實應依證據認定之，無證據不得推定其犯罪事實，刑事訴訟法第一百五十四條定有明文。本件原判決認定被告於民國八十五年十二月三日晚上十時許，在台北市雙城街某餐廳前，向不詳外籍男子購買疑似大麻膏一塊，購買前正試用大麻，嗣於同年十二月四日下午一時三十分許，在台北市○○路四××號十樓之六，為警查獲其持有疑似大麻膏物品，經

採其尿液送驗，有大麻之陽性反應等情，因而撤銷初審諭知被告無罪之判決，改判論處被告施用麻煙罪刑。係以被告雖否認在台灣有施用大麻犯行，辯稱僅被查獲四天前曾在印尼巴里島施用一次等語。然被告自承其於八十五年十二月三日晚十時許，途經台北市雙城街某餐廳前，向不詳外籍男子以新台幣二千五百元購得大麻膏一塊，被告並不認識該外籍男子，其購買前自當試用所購者是否確為大麻，以免受騙，該男子提供試用者當為真正之大麻。被告被查獲時所採之尿液，經送法務部調查局檢驗結果，確有大麻反應，雖被告係於八十五年十二月三日入境，但並無證據足認其施用大麻是在國外，被告所辯不足採信，為其論據。惟查被告自被查獲時起，即始終供稱其係八十五年十二月三日返國之前，在國外吸食大麻，回國之後即未再施用，並提出護照內頁影本證明確係十二月三日返國。而警方於十二月四日下午一時三十分許，在台北市○○路四段××號十樓之六，查獲被告所稱向不詳外籍男子購買疑似大麻膏之褐色塊狀物品，經檢送法務部調查局鑑定通結果，並非大麻膏，可無煙毒禁藥反應，有法務部調查局鑑定通知書可憑。被告既始終否認十二月三日返國之後曾施用大麻，辯稱僅被查獲四天前在印尼巴里島施用一次云云。被告所稱向不詳外籍男子購買之大麻膏，經送鑑定結果，亦非真正之大麻膏，而被告於十二月四日被查獲之後，採尿驗出大麻反應，僅能證明其在採尿前數日內曾施用大麻，不足據以認定被告係十二月三日回國當晚十時許，向

該外籍男子購買疑似大麻膏前所試用，而非在中華民國領域外之印尼巴里島施用。原審未待進一步查證，在無積極證據足以證明被告在購買疑似大麻膏前，曾經試用真正之大麻，遽以被告向該外籍男子購買前當會試用，以免受騙，以及該外籍男子提供給被告試用者，當爲真正之大麻等推測之詞，資爲判決之基礎，顯有認定事實不依證據及判決理由不備之違法。案經確定，且於被告不利。非常上訴意旨，執以指摘，尙有理由。應由本院將原判決撤銷，由原審法院依判決前之程序更爲審判，以資糾正，並維被告審級利益。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項，第一項第一款，判決如王又。

中華民國十八年六月四日

【第五十六案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第二百六十七條、第二百三十三條第一項、第三百七十九條第十二款。
刑法 第五十五條、第二百七十六條第二項、第二百八十四條第二項。

二、非常上訴理由

按除有特別規定外，已受請求之事項未予判決，或未受請求之事項予以判決者，其判決當然爲違背法令，次按被害人之法定代理人或配偶，得獨工告訴，又檢察官就犯罪事實一部起訴者，其效力及於全部，法院對於未經起訴之其他部分，自屬有權審判，刑事訴訟法第三百七十九條第十二款、第二百三十三條第一項、第二百六十七條分別定有明文暨最高法院二十九年上字第三五七〇號亦著有判例。本件被告某甲係計程車司機爲從事駕駛業務之人，於民國八十五年九月十二日下午十一時二十五分許，駕駛車號YL—××二號計程車，在高雄縣岡山鎮大義路與仁壽路交叉路口處，因疏於注意讓幹道車先行其並超速行駛，適有陳某駕駛車

號UP—××八號自用小客車，車上附載其妻蔡女及其女陳女，行至上開交岔路口時，遭某甲之計程車自右撞及，蔡女及陳女因而由車內摔出車外倒地，陳女因受有顱部挫裂傷、胸腹部內出血等傷，迄醫不治死亡，而蔡女則致臉部嚴重擦傷、左腳骨折及背部擦傷等情，分別有車禍肇事現場圖、現場照片、台灣省高屏澎區車輛行車事故鑑定報告、台灣高雄地方法院檢察署相驗屍體證明書、驗斷書及勘驗筆錄在卷可稽，原判決就被告某甲依業務過失致死罪予以論罪科刑，固非無見，惟查蔡女因車禍受傷之情事，除據其配偶陳某指訴詳外並據被告某甲於偵查中供認不諱，而被告某甲因駕車失疏致陳某之女陳女死亡及其妻蔡女受傷等情，亦據陳某於警訊時表明「請依法處理」在案，則被告所犯業務過失傷害罪之部分，業經合法告訴。按本件被告一次之過失行為致犯業務過失致死及業務過失傷害罪，應屬刑法第十五條所定一行爲而觸犯數罪名之想像競合犯，屬裁判上之一罪，本件檢察官雖只就業務過失致死罪部分起訴，惟其效力自應及於業務過失傷害罪部分，法院依法自應併予審理，始爲適法，惟原判決對此部分均置而不論，顯有已受請求之事項未予判決之當然違背法令。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、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

八十七年度台非字第一五一號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告業務過失致人於死案件，對於台灣高雄地方法院中華民國八十六年七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）

本院按檢察官就犯罪事實一部起訴者，其效力及於全部，刑事訴訟法第二百六十七條定有明文。刑法第五十五條規定之一行為觸犯數罪名之想像競合犯，為裁判上一罪，如果檢察官就其中一部分起訴，依審判不可分法則，法院應就全部犯罪事實加以審判，否則即屬已受請未事項未為判決，按之刑事訴訟法第三百七十九條第十二款之規定，其判決當然違背法令。本

件被告某甲於八十五年九月十二日下午十一時二十五分許，駕駛Y L—X X二號計程車，在高雄縣岡山鎮大義路與仁壽路岔路口處，因疏未注意讓幹道車先行，並超速行駛，而撞及告訴人陳某駕駛之自用小客車，致告訴人之女死亡及妻受傷等情，顯係一個過失行為，發生死亡、傷害之二個結果，觸犯刑法第二百七十六條第二項業務上過失致人於死及第二百八十四條第二項之業務上過失傷害人二罪，雖檢察官僅就業務上過失致人於死罪部分起訴，依上開說明，其效力已及於未經起訴之業務上過失傷害人部分。原判決竟就後者置而不論，於法顯有違誤。案經確定，上訴人執以提起非常上訴，洵有理由。但查原判決尚非不利於被告，應由本院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。

中華民國八十七年五月二十一日

【第五十七案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第二百六十八條、第三百條、第三百七十九條第十二款。
刑 法 第三百三十九條第一項、第三百三十五條第一項。

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，又除本法有特別規定外，已受請求之事項未予判決或未受請求之事項予以判決者，其判決當然爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條、第三百七十九條第十二款分別定有明文，次按科刑或免刑之判決，得就起訴之犯罪事實，變更檢察官所引應適用之法條者，係指法院得在事實同一之範圍內，亦即不變更起訴之犯罪事實，始得自由認定事實，適用法律，又刑法侵占罪之成立，以擅自處分自己持有之他人所有物或變易持有之意思爲所有之意，而逕爲所有人之行爲，而其所侵占之物，於不法領得以前，即已在實力支配之下，爲其構成要件，至於刑法詐欺取財罪之構成要件，則在行爲者欺

罔他人，使其陷於錯誤，而爲交付，從而取得本人或第三者所持之財物之謂（最高法院三十年上字第一五七四號、四十八年臺上字第二二八號、六十九年臺上字第一八〇二號、十九年上字第一〇五二號、二十年上字第一五七三號、大理院二年上字第三四號判例參照），足見侵占罪與詐欺罪之犯罪態樣、性質及構成要件均不相同。二、本件檢察官係以被告某甲因工作關係，常爲病患家屬介紹外聘看護，乃與〇〇看護中心負責人蔡某執識，其竟萌不法所有之意圖，並基於概括之犯意，於民國八十二年一月間向蔡某佯稱，國軍退除役官兵輔導委員會嘉義榮民醫院（以下簡稱嘉義榮民醫院）要籌設佛堂，請蔡某捐款，蔡某乃深信不疑，於同年二月至六月間，共交付新台幣（下同）九萬八千零七十元，某甲得款後，用以支付個人參加婚禮賀儀及飲宴之用，因認被告係犯刑法第三百三十九條第一項之詐欺罪，而予提起公訴，而原審變更檢察官之起訴法條而認被告係犯刑法第三百三十五條第一項之侵占罪，其認定事實係以被告某甲因工作，常爲病患家屬介紹外聘看護，乃與提供看護人員之〇〇看護中心負責人蔡某執識，於八十二年一月間藉嘉義榮民醫院興建之大樓，有意籌建佛堂之機會，接受蔡某之捐款，蔡某於八十二年二月至六月間，共交付曾某九萬八千零七十元，並轉交不知情之林某代爲保管期間，某甲竟意圖爲自己不法之所有，基於概括之犯意，陸續令林某代爲支付某甲個人參加婚禮賀儀及飲宴之費用，前後共花用七千四百九十元等情爲事實認定之

依據，經查本件起訴書，係指被告有詐欺之事實，並無一語涉及其有侵占之情事，且詐欺與侵占乃截然不同之兩事，要無事實同一之可言，乃原審未察，遽行變更檢察官對被告犯罪之起訴法條而論處侵占之罪，自有判決適用法則不當及已受請求之事項未予判決暨未受請求之事項而予判決之違法（最高法院六十九年臺上字第一八〇二號判例參照）。三、案經確定，且對被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條規定，提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十六年度台非字第三四三號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告侵占案件，對於台灣高等法院台南分院中華民國八十六年六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

原判決關於侵占罪刑部分撤銷。

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，而有罪之判決，得就起訴之犯罪事實，變更檢察官所引應適用之法條者，應以起訴之事實爲限，刑事訴訟法第二百六十八條、第三百條分別定有明文。而所謂得就起訴之犯罪事實，變更檢察官所引應適用之法條，係指法院在事實同一之範圍內，不變更起訴之犯罪事實，始得自由認定事實，適用法律而言。本件依台灣嘉義地方法院檢察署檢察官起訴書記載，係認被告某甲基於概括之犯意，意圖爲自己不法之所有，於八十二年一月間向蔡某佯稱醫院要籌建佛堂，使蔡某陷於錯誤，於同年二月至六月間共交付被告九萬八千零七十元，被告得款後用以支付個人賀儀及飲宴之用，涉有刑法第三百三十九條第一項之詐欺罪嫌。乃原審於審理後係認被告於八十二年二月至六月間接受蔡某王勳捐贈興建佛堂之九萬八千零七十元捐款後，於委請不知情之林女保管期間，意圖爲自己不法之所有將之侵占入己，供支付個人賀儀及飲宴之用，而依刑法第三百三十五條第一項論處侵占罪刑。查刑法上之詐欺罪與侵占罪，雖同屬侵害財產法益之犯罪，然侵占罪係以行爲人先持有他人之物，嗣變易其原來之持有意思而爲不法所有之意思，予以侵占爲構成要件，而詐欺罪係以行爲人原未持有他人之物，因意圖不法所有，施用詐術手段使人陷於錯誤而交付

財物爲構成要件。兩者在行爲人犯罪過程中，何時起意犯罪及其犯罪之方法均有差異，其社會基本事實難謂具有同一性。本件檢察官僅就詐欺事實提起公訴，原審審理結果既認爲被告之行爲不成工詐欺罪，自應就被起訴之詐欺部分爲無罪之判決，被告之行爲如步有侵占罪嫌，亦應由檢察官另行起訴，法院始得加以裁判。乃原審逕就未經起訴之侵占部分，自行認定事實加以裁判，並變更起訴法條，論處被告侵占罪刑，揆諸上開說明，自有未受請求之事項予以判決之違背法令。案經確定，且於被告不利（訴外裁判自屬對於被告不利，本院二十年俞非字第二八號判例參照），上訴人提起非常上訴，尙有理由，應由本院將原判決關於侵占罪刑部分撤銷，以資糾正。又本件係訴外裁判，僅將此部分撤銷，已達救濟之目的，既無訴訟繫屬，本院不得就該案件另行判決。至於已受請求之被告涉嫌詐欺部分，原審尚未裁判，應由原審法院補充判決，併此註明。

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，判決如左。

中華民國二十六年十一月十六日

【第五十八案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第三百零一條第一項、第三百七十八條。

刑法 第三百三十九條第二項。

民法 第三百二十條。

二、非常上訴理由

本件原判決以被告某甲、某乙係夫婦關係，以某甲、某乙名義共同召集互助會各一會。以某甲為會首之互助會最後二會由林女得標，被告等應付林女新台幣（以下同）五十萬五千元，以某乙為會首之互助會於第六會宣布止會，經結算後被告等應給付林女二十萬元。詎被告等竟共同意圖為自己不法之利益，明知彼二人已無支付能力，且某甲名義之高雄市農會信用部後勁分部支票，已於八十四年六月二日被拒絕往來，而以某甲之上開農會支票面額分別為二十四萬五千元，及某乙為發票人之面額各為十三萬元之本票二張給林女，以支付某甲為會首

之會款債務，再以某乙爲發票人之面額各爲十萬元之本票二張給林女，以支付某乙爲會首之會款債務。詎屆期上開支票及本票，均不獲兌現，林女始知受騙。因認被告等以支票或本票代替應給付自訴人林女之現款，係以詐術獲得免除債務之利益，犯刑法第三百三十九條第二項之詐欺得利罪。惟民法第三百二十條規定「因清償債務而對債權人負擔新債務者，除當事人另有意思表示外，若新債務不履行時，其舊債務仍不消滅。」本件被告等以支票或本票代替應給付自訴人林女之現款（即會款），該支票及本票屆期雖不獲兌現，依民法之規定其應給付會款之舊債務仍不消滅，被告等並無法獲得免除債務之不法利益。原判決依刑法第三百三十九條第二項之規定論處被告等罪刑，自有判決適用法則不當之違背法令。案經確定且於被告等不利。爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十六年度台非字第三一號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

某乙

右上诉人因林女自訴被告等詐欺案件，對於台灣高等法院高雄分院中華民國八十五年十月三十日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於罪刑部分撤銷。

某甲、某乙均無罪。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按行為不罰者，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。而刑法第三百三十九條第二項之詐欺罪，以得財產上不法之利益為要件。例如取得債權，免除債務之類。本件原確定判決係認定被告等為夫婦，共同於民國八十二年三月間，在高雄市楠梓區○○路○○號任處，以某甲名義任會首召集一組互助會，每會一萬元，自八十二年三月起，至八十四年六月止，會員含會首共二十八會，自訴人林女參加二會，於八十三年十一月間，又以某乙名義任會首，在上址召集一組互助會，每會二萬元，自八十三年十一月起，至八十五年四月止，會員含會首共十八會，林女亦參加二會。以某甲名義為會首所召集之互助會，最後二會（即第二十七會、及第二十八會）由林女標得，被告等應給付林女共五十萬五千元

會款，以某乙名義爲會首所召集之互助會，於第六會宣布止會，經結算後，被告等共應給付林女二十萬元，詎二人竟共同意圖爲自己不法之利益，基於概括之犯意，明知均已無支付能力，且某甲名義之高雄市農會信用部後勁分部支票，已於八十四年六月二日被拒絕往來，卻首先將以某甲名義爲會首所召集之互助會，其結算後應給付林女之五十萬五千元，於八十四年六月七日交付發票人某甲，付款人高雄市農會信用部後勁分部，面額二十四萬五千元，到期日八十四年八月二十日之支票一紙，及於八十四年七月三日，交付某乙爲發票人，面額各爲十三萬元，到期日分別爲八十四年九月三十日、八十四年十二月三十日之本票二紙給林女，其次，再將以某乙名義爲會首所召集之互助會，其結算後應給付林女之二十萬元，於八十四年七月三日，交付某乙爲發票人，面額各爲十萬元，到期日分別爲八十四年十二月三十日、八十五年三月三十日之本票二紙給林女。上開先後交付給林女之支票及本票，均用以抵償所應給付給林女之會款債務，詎屆期均不獲兌現，林女始知受騙等情，因認被告等以支票及本票，代替應給付自訴人之現款，係屬以詐術獲得免除債務之利益，而將第一審諭知被告等無罪之判決撤銷，改判論處被告等共同連續以詐術得財產上不法之利益罪刑。惟民法第三百二十條規定，因清償債務而對於債權人負擔新債務者，除當事人另有意思表示外，若新債務不履行時，其舊債務仍不消滅。被告等以上開支票及本票清償應給付自訴人之會款，彼此

間既無另有意思表示，則該支學及本學屆期未獲兌現，依上開規定，其應給付之會款舊債務仍不消滅，被告等無法獲得免除債務之不法利益甚明，揆諸首開說明，尚與以詐術得財產上不法利益罪之構成要件有間，要難令負該項罪責，乃原判決竟將第一審諭知被告等無罪之判決撤銷，改判諭處被告等該項罪刑，其適用法則顯有不當，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由，案經確定，且於被告等不利，自應由本院將原判決關於罪刑部分撤銷，改判諭知被告等無罪，以資救濟。

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

中 華 民 國 八 十 六 年 二 月 五 日

【第五十九案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第三百零二條第一款、第三百七十八條。

二、非常上訴理由

本件原判決以被告於民國八十七年四、五月間起至同年七月三十日止，連續在台中市施用毒品海各因及安非他命，經檢察官聲請法院裁定送台灣台中看守所附設勒戒所觀察勒戒後，已無繼續施用毒品傾向，經台灣台中地方法院檢察署檢察官於八十七年八月十四日以八十七年度偵字第一六一〇七號為不起訴確定。本案被告自八十六年十一月初某日至同年月七日吸食化學合成麻醉藥品甲基安非他命，於同年月十日為警查獲之事實，與前開檢察官不起訴之犯罪事實有連續犯之關係，為既判力之所及，而依刑事訴訟法第三百零二條第一款為免訴之判決。惟查前開被告自八十七年四、五月間起至同年七月三十日止，連續在台中市施用毒品海各因及安非他命之事實，係經檢察官為不起訴處分，並未經法院判決確定。原判決引用刑事

訴訟法第三百零二條第一款之規定，爲免訴之判決，自有判決適用法則不當之違法。爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十八年度台非字第五七號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，對於台灣彰化地方法院中華民國八十七年九月八日第一審確定判決，認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按 判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又刑事訴訟法第三百零二條第一款規定，案件曾經判決確定者，應諭知免訴之判決，所

謂曾經判決確定，係指曾經由法院爲有罪、無罪、免刑或免訴之判決確定者而言，不包括檢察官之不起訴處分。本件被告曾於八十六年十一月初至同年七月七日止，連續施用安非他命，經檢察官提起公訴，嗣被告逃匿，由原審法院發布通緝。迄八十七年七月三十一日緝獲時，檢察官發覺被告又自八十七年四月間起至同年七月三十日止，有連續施用毒品每各因及安非他命行爲，乃聲請法院裁定將被告送勒戒處所觀察、勒戒，嗣經觀察、勒戒結果，認無繼續施用毒品傾向，爰依毒品危害防制條例第二十條第二項前段規定，對被告自八十七年四月間起至同年七月三十日止之施用第一、二級毒品行爲，爲不起訴處分。按檢察官之不起訴處分，與法院之判決不同，案件曾經判決有罪確定者，無論實質上一罪或裁判上一罪，基於審判不可分原則，其效力及於全部，尚在繫屬中之訴訟固應爲免訴判決，但檢察官就部分行爲所爲之不起訴處分，與法院之有罪確定判決迥異，不發生既判力擴張，論知免訴之問題。乃原判決以被告被訴自八十六年十一月初起至同年七月七日止之連續施用安非他命行爲，與前揭不起訴部分，有連續犯關係，爲不起訴處分之既判力所及，依刑事訴訟法第三百零二條第一款規定，案件曾經判決確定，判決免訴，自有判決適用法則不當之違法。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由。但原判決尚非不利於被告，應由本院將原判決關於違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。
中華民國十八年二月十一日

【第六十案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第三百零三條第一款、第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決適用法則不當者，爲違背法令。刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又法人已解散者，在刑事訴訟上，不認其有當事人能力。對無當事人能力之被告起訴者，法院應爲不予受理之判決。查本件被告○○股份有限公司原判決認定已於八十三年一月十七日辦理解散登記。是其於同年十一月十九日檢察官起訴時，已不具有當事人能力，第一審法院竟對其爲實體上之判決，科處該公司罰金一萬元，自有違誤，原判決不察，駁回被告之上訴，自有判決適用法則不當之違法。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十六年度台非字第二〇五號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 ○○○股份有限公司

代表人 某甲

右上訴人因被告違反勞動基準法案件，對於台灣高等法院台中分院中華民國八十五年二月六日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原審及第一審判決關於被告部分均撤銷。

本件公訴不予受理。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按法人已解散者，訴訟主體消滅，刑事訴訟之關係即不能成立，法院應諭知不予受理之判決。依第一審及原審判決之認定，被告○○○股份有限公司已於民國（下同）八十三年一月十

七日辦理解散登記，則檢察官於同年十一月十九日提起公訴時，被告已不具當事人能力，法院應諭知公訴不予受理，始爲適法，乃第一審仍爲實體之科刑判決，自屬違背法令，上訴後原審未予糾正，復予維持，亦有違誤，案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原審及第一審判決關於被告部分撤銷，依法另爲不予受理之判決，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、第三百零三條第一款，判決如王又。

中華民國十八年七月二十三日

【第六十一案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第三百零三條第二款、第三百十九條第二項、第三百三十四條、第三百七十九條第五款。

刑法 第一百六十八條、第三百三十九條第一項。

二、非常上訴理由

按法院受理訴訟或不予受理訴訟不當者，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。而同法第三百零三條第二款所謂已提起公訴或自訴之案件，在同一法院重行起訴者，必須先起訴之案件係合法者爲前提，若先起訴之案件不合法，則後起訴之案件自無適用本條款之餘地，最高法院六十一年台上字第三八七號著有判例可稽，查自訴人楊某固於八十五年間，自訴被告與其因給付居間報酬事件，自訴人於一、二審均獲勝訴，被告不服上訴三審，判決發回更審中，被告行使偽造之證據即居間協議書，該協議書未經自訴人簽

名，且其當時復不在場，亦未授權他人，應對自訴人不生效力，被告竟串同陳某、梁某偽證，使法院認為該協議書為有效，以此詐術取得勝訴判決，進而聲請假執行，查封自訴人名下之土地三十餘筆，而獲得新台幣（下同）一千五百萬元等事實，而認被告有犯詐欺等罪嫌，台北地方法院以其所訴詐欺取財與偽證有方法結果之牽連關係，屬裁判上之一罪，惟詐欺部分較之偽證部分罪刑為輕，依刑事訴訟法第三百十九條第二項規定，認為不得提起自訴而提起者，而依同法第三百三十四條判決不予受理確定，顯見該自訴案件因不合法，而為程序上之判決，並非實體之判決甚明，有台北地方法院八十五年自字第七一八號卷宗足憑，嗣自訴人復以被告於八十一年間提出其與自訴人之子楊某所簽訂之居間介紹土地買賣約定報酬協議書一紙以欺瞞法院，該協議書並未授權楊某簽訂，對於自訴人應不生效力，法院竟陷於錯誤，判決命自訴人應給付被告土地買賣介紹費一千零七十四萬餘元，進而聲請假執行，查封自訴人名下土地三十餘筆而獲償，使自訴人蒙受損害，因認被告有犯刑法第三百三十九條第一項之詐欺取財罪云云，復行提起本件自訴，而其自認為被害人，且係單純被詐欺，原審自應為實體上之審理，而為有罪或無罪之判決，乃竟依刑事訴訟法第三百零三條第二款規定，認其案件已經提起自訴，而在同一法院重行起訴者，而諭知不予受理之判決，揆諸首開判例說明，顯有不予受理訴訟之違背法令，案已確定爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三

條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十七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

右上訴人因被告某甲詐欺案件，對於台灣台北地方法院中華民國八十六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）

本院按法院受理訴訟或不予受理訴訟係不當者，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。又同法第三百零三條第二款所謂已提起公訴或自訴之案件，在同一法院重行起訴者，必須先起訴之案件係合法，始足當之，若先起訴之案件不合法，則後起訴

之案件，自無適用本條款之餘地，本院六十一年台上字第三八七號著有判例。查自訴人楊某前自訴被告詐欺、偽證兩罪互有方法結果之牽連犯關係一案，係經台灣台北地方法院八十五年自字第七一八號，以詐欺部分較之偽證部分罪刑爲輕，依刑事訴訟法第三百十九條第二項規定不得提起自訴，而依同法第三百三十四條判決不受理在案，足徵該自訴案件係因不合法而不得爲實體之判決。原判決未察，嗣於受理同自訴人再自訴被告詐欺案件，竟認該案件業經前開第七一八號前案提起自訴而在同一法院重行起訴，依刑事訴訟法第三百零三條第二款規定，諭知不受理之判決，自有不受理訴訟係不當之違背法令，業經確定，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，僅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。

中華民國八十七年四月十五日

【第六十二案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第三百零四條、第五條第一項、第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按法院對無管轄權之案件，應諭知管轄錯誤之判決，並同時諭知移遷於管轄法院，刑事訴訟法第三百零四條定有明文。又案件由犯罪地或被告之住所、居所或所在地之法院管轄，同法第五條第一項亦規定甚明。本件被告某甲始終否認有施用毒品及非法吸用安非他命之犯行，其犯罪地不明。而被告住所在高雄縣○○鎮○○街○○號，起訴時又未在押，是無論被告之犯罪地、住居所或所在地，均無在屏東縣。揆諸上開說明，原審法院即台灣屏東地方法院自無管轄權，竟疏未諭知管轄錯誤及移遷於有管轄權法院之判決，而逕為實體上科刑之判決，顯有判決不適用法則之違背法令。案經確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十七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肅清煙毒條例等罪案件，對於台灣屏東地方法院中華民國八十三年五月二十三日第一審確定判決，認為違去，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決撤銷。

本件管轄錯誤，移送於台灣高雄地方法院。

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，又法院對無管轄權之案件，應諭知管轄錯誤之判決，並同時諭知移送於管轄法院，再案件由犯罪地或被告之住所、居所或所在地之法院管轄，刑事訴訟法第三百七十八條、第三百零四條及第五條第一項分別著有明文。本件

依原確定判決所認定之事實，指被告某甲於民國八十三年二月初某日，在不詳地點，非法吸用化學合成麻醉藥品安非他命一次，另於前揭時間，可在不詳地點，施用毒品每各因一次，嗣於同年二月四日上午十時十分許，在屏東縣新埤鄉○○村○○路○○號為警查獲等情。另依原判決理由欄所載，被告始終否認施用毒品及非法吸用安非他命，故其實質欄認定被告犯罪地不明，而被告住所所在高雄縣○○鎮○○街○○號，本件經檢察官提起公訴時，被告並未押，是無論被告犯罪地或其住所地或所在地，均無一在原審法院所轄之屏東縣，則本件即應由台灣高雄地方法院管轄，原審法院自無管轄權。乃原審法院疏未注意及此，未諭知管轄錯誤之判決，而逕為實體上分別科刑之判決，揆諸上揭說明，原判決顯有適用法則不當之違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由，應由本院將原判決撤銷，因係代替原審而為判決，故諭知本件管轄錯誤，移送於台灣高雄地方法院。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、第三百八十七條、第三百零四條，判決如王又。

中華民國八十七年十二月二日

【第六十三案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第三百十條第七款、第三百七十八條。

刑法 去 第二條第一項但書、第二百三十三條、第二百三十一條第一項。

兒童及少年性交易防制條例 第二十三條第一項、第二項。

二、非常上訴理由

按行爲後法律有變更者，適用裁判時之法律，但裁判前之法律有利於行爲人者，適用最有利於行爲人之法律，刑法第二條第一項定有明文。本件原判決認定被告與其配偶潘女，共同意圖營利，並基於概括之犯意，自民國八十年四月中旬起，在台中市○○路○○巷○○號六樓之四任處，共同連續引誘未滿十六歲之女子即良家婦女李女（六十五年十一月二十二日生）至林某、陳某所共同經營之台中市○○路○○號○○三溫暖及不詳姓名成年男子所經營之○○飯店、○○碟影旅館、○○按摩院等場所，被告夫婦另各與林某等人共同意圖營利，並

基於容留良家婦女與他人姦淫之概括犯意聯絡，由林某等人，各提供前開三溫暖、旅館、按摩院等處所，容留良家婦女李女與不特定之男客姦淫多次。其方式為接到上開○○三溫暖、旅館、按摩院之電話後，即由被告或番女以機車載李女到三溫暖、飯店、旅館、按摩院，如遇下雨則由李女自行前往。每次代價新台幣（下同）二千五百元至三千元不等，而李女每次所得之一千五百元，均由番女從中收取或由李女交予番女，番女則每日只給李女五百元零用，迨於八十一年三月二十三日晚上九時三十分許，李女在○○三溫暖與男客從事姦淫行為時，為警當場查獲等情。因認被告成立刑法第二百三十一條第一項與第二百三十三條之罪，惟二者為法規競合，應擇其法定刑較重之刑法第二百三十三條論科，固非無見。惟查「兒童及少年性交易防制條例」於八十四年八月十一日公布施行，同年月十三日生效，該條例第二十三條第一項規定「引誘、容留、媒介、協助或以他法，使未滿十八歲之人為性交易者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新台幣一百萬元以下罰金」，第二項規定「意圖營利而犯前項之罪者，處三年以上十年以下有期徒刑，應併科新台幣五百萬元以下罰金」。此為刑法第二百三十三條之特別規定，且刑罰較重。原審法院於八十五年八月二十一日為判決時，被告行為後法律已有變更，自應比較行為時與裁判時法律之輕重，而適用有輕輕處罰規定之刑法處斷，於理由內加以說明，並適用刑法第二條第一項但書之規定，以為論罪科刑之

依據。原判決未於理由內說明，亦未引用刑法第二條第一項但書為依據，逕依刑法第二百三十三條論處被告罪刑，顯有判決不適用法則之違法。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十六年度台非字第一六七號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告妨害風化案件，對於台灣高等法院台中分院中華民國八十五年八月二十一日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用法則不當者，其判決當然為違背法令。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。此項法律適用情形，應依刑事訴訟法第三百十條第七款規定於判決理由內加以說明，否則即有判決理由不備及不適用法則之違法。本件原確定判決認定被告某甲與其配偶潘女共同基於概括之犯意，意圖營利，自八十年四月中旬起連續引誘未滿十六歲之良家婦女李女至台中市之各三溫暖、飯店、旅館、按摩院等場所與他人姦淫，並與林某、陳某等人共同基於概括之犯意，意圖營利，容留李女在上開三溫暖、飯店、旅館、按摩院等場所，連續多次與不特定之男客姦淫，每次代價二千五百元至三千元不等，李女每次所得一千五百元，均由潘女代為收取或由李女交予潘女，潘女則每日只給李女五百元零用，迨八十一年三月二十三日晚上九時三十分許，李女在台中市三溫暖與男客姦淫時，為警當場查獲等情。因認被告成立刑法第二百三十一條第一項與第二百三十三條之罪，惟二者為法規競合，應擇其法定刑較重之刑法第二百三十三條論科，固非無見。惟查「兒童及少年性交易防制條例」已於八十四年八月十一日公布施行，同年月十三日生效，該條例第二十三條第一項規定「引誘、容留、媒介、協助或以他法，使未滿十八歲之人為性交易者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新台幣一百萬元以下罰金」，第二項規定「意圖營利而犯前項之罪者，處三年以上十年以下有期徒刑，應併科新台幣五百萬元以

下罰全」，此爲刑法第二百三十三條之特別規定。被告行爲後，法律已有變更，則原審法院於八十五年八月二十一日判決時，自應就裁判時之兒童及少年性交易防制條例第二十三條，與行爲時之刑法第二百三十三條比較其輕重，而適用有利於被告即有較輕處罰規定之刑法第二百三十三條處斷，並引用刑法第二條第一項但書之規定，及於理由內詳加說明，方爲適法。乃原判決未比較該二法條刑度之輕重，亦未引用刑法第二條第一項但書，理由復未說明，即逕依刑法第二百三十三條論處被告罪刑，顯有判決不適用法則之違背法令。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，惟原判決尚非不利於被告，應將原判決關於上開違背法令部分撤銷，以資糾正。至於第一審法院於八十五年二月二十六日判決時，亦有相同之違背法令情形，惟第一審判決不在非常上訴意旨指摘之範圍內，本院無從併予裁判，附此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如左。

中華民國八十六年六月十二日

【第六十四案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第三百十九條第一項、第三百三十四條、第三百七十九條第五款。
 法 第一百二十九條第二項、第一百三十一條第一項。

二、非常上訴理由

按犯罪之被害人得提起自訴，固為刑事訴訟法第三百十九條第一項前段所明定，惟此所定得提起自訴之人，係限於因犯罪而直接被害之人，必其人之法益由於犯罪行為直接所加害，若須待乎他人之另一行為，而其人始受損害者，即非因犯罪直接所受之損害，自屬不得提起自訴。而刑法第一百二十九條第二項所定公務員扣留或剋扣應發給之款物罪，其直接被害者為公務機關之公信，亦即國家法益，至於得受領該項應發給之款項、物品之人，雖亦因此受有損害，但係間接被害人。依司法院院字第一三〇六號解釋，自不得提起自訴，最高法院二十年上字第二二〇號及七十五年台上字第七四二號分別著有判例可稽。本件自訴人某乙自訴

以被告某甲爲台北市政府建管處處長，爲公務員，對於王管事務而拆除自訴人所有房屋之補償費，竟違法拘留，不予發給自訴人，並圖利第三人，而將所拘留之款項發給案外人蔣某等事實，因認被告有刑法第一百二十九條第二項之違法扣押款物罪及第一百三十一條第一項之圖利罪嫌，序審審理結果，以刑法第一百三十一條第一項之圖利罪，併侵害國家法益之罪，自訴人並非犯罪被害人，依法不得提自訴，據以判決自訴不予受理。惟對自訴被告所犯刑法第一百二十九條第二款之違法扣押款物罪，則以犯罪不能證明，而判決被告無罪，（同案被告姜某部分經自訴人上訴二審予以改判自訴不予受理確定），揆諸首開判例說明，未有一併爲不予受理之諭知，顯有受理訴訟不當之違背法令，案已確定，雖于被告並無不利，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

八十六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

右上訴人因被告瀆職案件，對於台灣台北地方法院中華民國八十四年五月四日第一審確定判

決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於某甲被訴違法拘留款項違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按 刑事訴訟法第三百十九條第一項所謂得提起自訴之人，係以因犯罪而直接被害之人為限，其不得提起自訴而提起者，應諭知不予受理之判決，同法第三百三十四條亦定有明文。本件自訴人某乙指訴被告某甲為台北市政府建管處處長，拆除自訴人所有之房屋，竟違法拘留補償費，不發給自訴人，改發給案外人蔣某，因認被告觸犯刑法第一百二十九條第二項之違法拘留款項罪云云。惟查刑法第一百二十九條第二項之違法拘留款項罪，其直接被害者為公務機關之公信，亦即國家之公益，雖得受領該款項之人亦因此而受損害，但屬間接被害人，依法不提起自訴，乃自訴人仍以間接被害人之身分提起自訴，核非有據。原審關於此自訴部分不為諭知不予受理之判決，竟為實體上之審判，諭知被告無罪，顯屬受理訴訟不當之違法，上訴意旨就此指摘，尚屬正當，然原判決尚非不利於被告，應由本院將原判決關於被告被訴違法拘留款項違背法令部分撤銷，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 六 年 二 月 二 十 一 日

【第六十五案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第三百二十一條、第三百三十四條、第三百七十九條第五款。
刑 法 第二百三十九條後段、第二百四十五條第一項。

二、非常上訴理由

按法院受理訴訟或不予受理訴訟係不當者，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。本件自訴人張某以被告某甲明知簡女係自訴人之配偶，竟自八十六年一月起至同年六月間，在不詳地點，連續多次與簡女相姦，具狀向台灣嘉義地方法院提起自訴，該院以八十六年度自字第七八號刑事判決諭知無罪後，自訴人提起上訴，原審法院於八十七年七月三十一日以八十六年度上易字第二二三一號刑事判決，將第一審判決撤銷，改判某甲連續與有配偶之人相姦，處有期徒刑三月，如易科罰金，以三百元折算一日，緩刑肆年，固非無見。惟查對於配偶不得提起自訴，刑事訴訟法第三百二十一條有明文規定，被告

與自訴人之配偶簡女相姦，本爲觸犯刑法第二百三十九條之罪，依同法第二百四十五條第一項規定須告訴乃論，自訴人對於其配偶簡女既不得提起自訴，依告訴不可分之原則，即對於被告亦不得提起自訴（參照最高法院二十九年非字第一五號判例），茲自訴人竟對被告提起自訴，乃原審法院於撤銷第一審判決後，未依刑事訴訟法第三百三十四條規定諭知不予受理之判決，竟從實體上審判，論處被告罪刑，依首揭說明，自屬違背法令，案經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十七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

右上訴人因被告通姦案件，對於台灣高等法院台南分院中華民國八十七年七月三十一日第二審確定判決，認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決撤銷。

本件自訴不予受理。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按對於配偶不得提起自訴，刑事訴訟法第三百二十一條定有明文，而被害人對其配偶既不得提起自訴，如係告訴乃論之罪，依告訴不可分之原則，對於共犯自亦不得提起自訴。又不得提起自訴而提起者，應諭知不予受理之判決，為同法第三百三十四條所明文。本件自訴人張某以被告某甲明知自訴人之妻簡女係有配偶之人，竟基於概括犯意，自民國八十六年一月間起至同年六月間止，與簡女在不詳地點連續相姦數次等情，提起自訴，經序審法院適用刑法第二百三十九條後段論處被告罪刑。惟查該條之罪，依同法第二百四十五條規定，須告訴乃論，揆諸上開規定及說明，自訴人對其配偶簡女既不得提起自訴，對於共犯之相姦人即被告，亦不得提起自訴。乃序審未諭知自訴不予受理，竟仍為實體判決，顯然違法。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將序判決撤銷，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、第三百三十四條，判決如王

中文。

華

民

國

八

十

七

年

十

月

二

十

九

日

【第六十六案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第三百七十條。

刑 去 第五十九條。

二、非常上訴理由

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。本件被告因連續施用毒品，經第一審依刑法第五十九條減輕其刑，判處有期徒刑一年七月，被告提起第二審上訴，檢察官並未為被告之不利益而上訴，第二審判決認定被告施用毒品之期間與第一審同為八十六年三月間至同年六月二十一日止，亦同為適用肅清煙毒條例第九條第一項對被告論罪科刑，竟論處被告有期徒刑三年六月，按其既非因適用法條不當而撤銷第一審判決，乃諭知較重於原審之刑，揆諸首開說明，自屬違法。案經確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四

十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十七年度台非字第一〇六號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告煙毒案件，對於台灣高等法院台中分院中華民國八十六年十二月二十四日終審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於施用毒品罪刑部分撤銷。

某甲連續施用毒品，處有期徒刑壹年柒月。扣案海各因（淨重壹點陸捌公克、包裝重壹點柒捌公克）及收正銷燬，注射針筒壹支及收。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按 由被告上訴或為被告之利益而上訴者，除因原審判決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規定甚明。此項不利益變更禁止之規定，於原審判決適用刑法第五十九條酌減其刑之情形，亦有其適用。因之，適用刑法第五十九條酌減其刑之判決，由被告上訴或為被告之利益而上訴者，上訴審法院非以原審判決適用法條不當為理由而撤銷之者，即不得諭知較重於原審判決之刑。查本件初審台灣台中地方法院判決認定，被告某甲基於概括之犯意，自民國八十六年三月間起至八十六年六月二十一日止，先後多次在其任處施用毒品海各因。最後持有海各因淨重一點六八公克、包裝重一點七八公克、注射針筒一支被警查獲等情，適用刑法第十一條前段、第五十六條、五十九條、第三十八條第一項第二款，肅清煙毒條例第九條第一項、第十二條論被告連續施用毒品罪，處有期徒刑一年七月，查獲之毒品海各因沒收並銷燬，注射針筒沒收。被告提起終審上訴，原審法院認定之事實及所適用之法條除刑法第五十九條外，悉與該初審判決同，其撤銷該初審判決改判，又非以該初審判決適用刑法第五十九條酌減其刑不當為原因（實際未說明撤銷理由），竟處被告有期徒刑三年六月，較該初審判決為重，按照首開說明，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，尙有理由，應由本院將原判決關於施用毒品罪刑部分撤銷改判，仍適用刑法第五十九條酌減，處被告有期徒刑一年七月，查獲之毒品沒收並銷燬，注射針筒沒收，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，刑法第十一條前段、第五十六條、第五十九條、第三十八條第一項第二款，肅清煙毒條例第九條第一項、第十二條前段，判決如王又。

中 華 民 國 八 十 七 年 四 月 二 十 三 日

【第六十七案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第三百七十六條、第四百四十九條、第四百五十二條、第三百七十八條。
商業法 第四十八條第一項第三款、第六十條第一項。

二、非常上訴理由

按刑事訴訟法第三百七十六條所規定之案件，得因檢察官之聲請，逕以簡易判決處刑，固為同法第四百四十九條所明定，惟查被告所犯商業法第四十八條第一項第三款之使用電器採捕水產動物之事實，應依同法第六十條第一項處斷。而該條項之法定本刑係五年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣十五萬元以下之罰金，並非刑事訴訟法第三百七十六條所規定之案件，檢察官聲請簡易判決處刑，固有疏失，原審未依同法第四百五十二條規定不得以簡易判決處刑者，應適用通常程序審判，而仍逕以簡易判決，判處如王又所示之刑，顯然有適用法則不當之違法，案已確定，雖於被告並無不利，殊為統一法律之適用，爰依刑事訴訟法第

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

八十六年度台非字第一八九號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告違反漁業法案件，對於台灣宜蘭地方法院中華民國八十五年十二月十七日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑事訴訟法第三百七十六條所規定之案件，第一審法院依被告在偵查中之自白或其他現存之證據，已足認定其犯罪者，得因檢察官之聲請，不經通常審判程序，逕以簡易判決處刑，刑事訴訟法第四百四十九條規定甚明。本件被告所犯漁業法第四十八條第一項第三款使

用電器採捕水產動物犯行，應依同法第六十條第一項處斷，而該條項之法定本刑爲五年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣十五萬元以下罰金，非屬刑事訴訟法第三百七十六條各款所規定之案件，檢察官雖誤爲聲請簡易判決處刑。依同法第四百五十二條規定，仍不得以簡易判決處刑，而應適用通常程序審判，原審竟逕以簡易判決處刑，顯然有適用法則不當之違法，案經確定，非常上訴執以指摘，尙有理由，惟原判決尚非不利於被告，應僅將其違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如左。

中華民國十八年七月二日

【第六十八案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第三百七十九條第十二款。

稅捐稽徵法 第四十三條第一項。

刑法 第三百四十九條第二項、第二百十條、第二百十六條。

商業會計法 第十五條第一款、第七十一條第一款。

二、非常上訴理由

按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，未經判決，徵諸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。本件檢察官起訴及原審法院認定之事實，指被告於八十三年十一月下旬某日，在其高雄縣內門鄉○○路四五號任處，明知卓某所持有之二張空白統一發票，係卓某自設於台南縣仁德鄉之○○貨運有限公司所竊取之物，受黃某所託，而

基於幫助逃漏稅捐之犯意，以新台幣（下同）約一萬三千元之代價，向卓某購買上開二張空白統一發票，並經不詳姓名者填載面額各為十三萬七千五百元及十五萬元，日期分別為八十三年十一月二十日及八十三年十一月二十二日之統一發票二紙（編號WN一五六一一七〇二號及一五六一一七〇三號），再於同年十二月初在上揭任處，交與未有實際交易往來之○○營造有限公司負責人黃某，作為○○營造有限公司於八十四年一月十五日，向高雄縣稅捐稽徵處旗山分處申報八十三年度營業稅扣抵項目之一，藉以幫助○○營造有限公司逃漏營業稅共計一萬四千三百七十五元。基於此項起訴之犯罪事實，被告除犯稅捐稽徵法第四十三條第一項之罪外，因被告尚明知卓某所持有之二張空白統一發票是竊取而來之贓物，竟故予買受，顯有觸犯刑法第三百四十九條第二項之罪。而統一發票為商業交易之文書，即屬刑法第二百十條之私文書（見最高法院六十九年台上字第三六八九號判例），且統一發票又為商業會計法第十五條第一款所列之原始憑證，屬商業會計憑證之一種，被告將其所購買之上開二張空白統一發票，經不知姓名者填載全額、日期後，再交與未有實際交易往來之○○營造有限公司負責人黃某，作為該公司向稅捐機關申報營業稅扣抵項目之一，藉以幫助逃漏營業稅，是被告顯又犯刑法第二百十六條、第二百十條之行使偽造私文書罪及商業會計法第七十一條第一款以明知為不實之事項，而填製會計憑證罪。均與原判決論罪科刑部分有方法結果

之牽連關係，爲裁判上之一罪，應爲檢察官起訴犯罪事實效力之所及，乃原判決竟未一併調查審判，輕置不顧，其判決當然爲違背法令，案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十七年度台非字第一一七號

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稅捐稽徵法案件，對於台灣高雄地方法院中華民國八十六年十月十六日第一審確定判決，認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

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）

本院按已受請求之事項未予判決者，當然爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第十二款

定有明文。本件檢察官起訴及原審認定之事實，指被告於八十三年十一月下旬某日，在其高雄縣內門鄉○○路四五號任處，明知卓某所持有之二張空白統一發票，係卓某自設於台南縣仁德鄉之○○貨運有限公司所竊取之物，受黃某所託，而基於幫助逃漏稅捐之犯意，以新台幣（下同）約一萬三千元之代價，向卓某購買上開二張空白統一發票，並經不詳姓名者填載面額各為十三萬七千五百元及十五萬元，日期分別為八十三年十一月二十日及八十三年十一月二十二日之統一發票二紙（編號WN一五六一一七〇二號及一五六一一七〇三號），再於同年十二月初在上揭任處，又與未有實際交易往來之○○營造有限公司負責人黃某，作為○○營造有限公司於八十四年一月十五日，向高雄縣稅捐稽徵處旗山分處申報八十三年度營業稅扣抵項目之一，藉以幫助○○營造有限公司逃漏營業稅共計一萬四千三百七十五元。基此起訴及原審認定之犯罪事實，被告除犯稅捐稽徵法第四十三條第一項之罪外，因被告尚明知卓某所持有之二張空白統一發票是竊取而來之贓物，竟故予買受，顯有觸犯刑法第三百四十九條第二項之罪。而統一發票為商業交易之又書，核屬刑法第二百十條之私文書，且統一發票又為商業會計法第十五條第一款所列會計憑證之一種，被告將其所購買之上開二張空白統一發票，經不知姓名者填載全額、日期後，再文與未有實際交易往來之○○營造有限公司負責人黃某，作為該公司向稅捐機關申報營業稅扣抵項目之一，藉以幫助逃漏營業稅。是被

告顯又有一行爲觸犯刑法第二百十六條、第二百十條之行使偽造私文書罪及商業會計法第七十一條第一款以明知爲不實之事項，而填製會計憑證罪，此二罪間有想像競合犯關係，應從一重之行使偽造私文書罪處斷。而所犯故買贓物罪、行使偽造私文書罪又與原判決論罪之幫助逃漏稅捐罪有方法結果牽連關係，爲裁判上一罪。且均爲檢察官起訴及原審認定之事實。詎原判決竟僅論及幫助逃漏稅捐一罪置其餘犯罪不顧，自有已受請求之事項未予判決之違背法令。非常上訴意旨執以指摘，尙有理由。惟原判決尚非不利於被告，自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。

中華民國八年七月四日 三十日

【第六十九案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第三百七十九條第十四款。
刑法 第五十六條。

二、非常上訴理由

按判決所載理由矛盾者當然爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第十四款定有明文，又刑法第五十六條之連續犯雖以一罪論，但得加重其刑至二分之一，其加重之多寡，當與連續犯行次數之多寡有關，故同一連續犯案件，其所認定犯行次數較少者，與所認定犯行次數較多者，兩者適用之連續犯刑罰法條，就形式上觀之，雖無差異，但實質上其法條所含刑罰較重之程度，顯有不同（最高法院八十二年度第四次及第七次刑事庭會議決議參照），原判決認被告基於概括犯意，自八十一年七、八月間起至八十五年三月十五日下午一時許前四日內之某時止，連續以燒烤產生煙霧方式，非法吸用安非他命，約一至二週吸用一次，而予判處

有期徒刑捌月，乃以被告在警訊偵查及原審法院審理中之自白及台北市工療養院八十四年九月一日之煙毒尿液檢驗報告書、台北縣衛生局煙毒檢驗成績書、台北市工療養院八十五年三月二十一日之煙毒尿液檢驗報告書，與扣案之白色顆粒一小包經送檢驗結果確爲安非他命等爲證據，惟被告於偵審中僅承認自八十一年七、八月間起至八十五年一月五日止，非法吸用安非他命，約一週至二週吸用一次，而上開台北市工療養院八十四年九月一日之煙毒尿液檢驗報告書、台北縣衛生局煙毒檢驗成績書、與扣案之安非他命等證據，均僅能證明被告於八十五年一月七日爲警查獲前有每隔一、二週即吸食安非他命一次之犯行，另上開台北市工療養院八十五年三月二十一日之煙毒尿液檢驗報告書僅能證明被告於八十五年三月十五日下午一時許前四日內之某時，有非法吸用安非他命之行爲，本件並無證據證明被告於八十五年一月七日爲警查獲後至同年三月十一日間，有每一、二週即吸食安非他命一次之犯行，且被告於八十五年一月七日至同年三月五日間被羈押於士林看守所，並被禁止接見通信，此有臺灣士林地方法院檢察署八十五年少連偵字第一一號卷可稽，原判決認定被告於八十五年一月七日起至八十五年三月十一日止，亦有連續非法吸用安非他命之犯行，顯有認定事實與所採證據不相適合之理由矛盾之違法，且影響被告刑罰之輕重，案經確定，並於被告不利，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

八十六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八十五年八月三十一日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決撤銷，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）

本院按科刑判決所認定之事實，與其所採用之證據不相適合，即屬證據上之理由矛盾，其判決當然為違背法令。又刑法第五十六條之連續犯雖以一罪論，但得加重其刑至二分之一，其加重之多寡，當與連續犯行次數之多寡有關，故同一連續犯案件，其所認定犯行次數較少者，與所認定犯行次數較多者，兩者適用之連續犯刑罰法條，就形式上觀之，雖無差異，但

實質上其法條所含刑罰輕重之程度，顯有不同。原判決認被告基於概括犯意，自八十一年七、八月間起至八十五年三月十五日下午一時許前四日內之某時止，連續非法吸用安非他命，約一至二週吸用一次等情，因而撤銷第一審關於被告部分之判決，改判論被告以連續非法吸用化學合成麻醉藥品，單犯罪，酌處有期徒刑捌月，乃以被告在警訊及第一審偵審中之自白，與台北市工療養院煙毒尿夜檢驗報告書、台北縣衛生局煙毒檢驗成績書，與扣案之安非他命等為證據，惟被告上開自白僅承認自八十一年七、八月間起至八十五年一月五日止，約一週至二週非法吸用安非他命一次，至於其餘犯行，則至警訊伊始即矢口否認。雖其於八十五年三月十五日下午一時許再度為警查獲，經警採集其尿夜送台北市工療養院檢驗結果呈安非他命陽性反應，亦僅能證明被告於八十五年三月十五日下午一時許前四日內之某時，有非法吸用安非他命之行爲而已，並無證據足以證明被告於八十五年一月七日為警查獲後至同年三月十一日間，亦有每一、二週即吸用安非他命之犯行。何況被告於八十五年一月七日起至同年三月五日間，被羈押於台灣士林看守所，並被禁止接見通信，有台灣士林地方法院檢察署八十五年少連偵字第一一號卷可稽。原判決認定被告於八十五年一月七日起至同年三月十一日止，可有連續非法吸用安非他命犯行，顯有認定事實，與所採用之證據不相適合之違法。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘原確定判決違法，尙有理由。為維持

被告審級利益，應將原判決撤銷，由台灣高等法院依判決前之程序更為審判，以資救濟。
據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段、第二項，判決如王又。

中 華 民 國 八 十 六 年 二 月 二 十 一 日

【第七十案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第三百七十九條第十四款。

二、非常上訴理由

按判決所載理由矛盾者當然爲違背法令。刑事訴訟法第三百七十九條第十四款定有明文，又有罪判決書之理由欄，應就事實欄所認定之事實，載明其認定事實所憑之證據及認定之理由，以爲論罪科刑之依據，如事實欄內並未認定某種事實，竟於理由內憑空敘明該事實之證據，並據以適用法律，造成認定事實與所採證據及適用法律，不相適合之違法，即屬判決所載理由矛盾，本件原判決於事實欄內記載被告過失傷害某乙之犯行，經被害人某乙告訴，由台灣台北地方法院檢察署檢察官偵查起訴，卻於理由欄內記載被告於警察機關未知肇事者姓名前，接受偵訊並坦承肇事，有警訊筆錄可按，爲對於未發覺之罪自首而受裁判，應依法減輕其刑，其所載事實與理由顯不相適合，而有判決所載理由矛盾之違法，爰依刑事訴訟法第

四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十六年度台非字第一五號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告過失傷害案件，對於台灣台北地方法院中華民國八十五年三月十九日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

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）

本院按科刑之判決書，須將認定之犯罪事實，詳記於事實欄，然後於理由內說明其所憑之證據，以使事實與理由兩相一致，方為合法，倘事實欄已有敘及而理由欄未加說明，是為理由不備，若理由內已加說明而事實欄無此記載，則理由失其依據。經查本件原判決於理由欄說

明被告某甲因業務過失傷害被害人某乙後，於犯罪被發覺前，向警察機關自首並接受裁判，依刑法第六十二條規定減輕其刑云云，惟於事實欄並未記載被告有自首之事實而卻記載經被害入某乙告訴，由檢察官偵查起訴，致事實與理由矛盾，其理由復顯然失其依據，自屬違背法令，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。

中華民國十八年一月二十二日

【第七十一案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第四百三十五條第一項、第三項、第四百三十六條、第二百二十七條第一項、第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令。又聲請再審，法院認爲有再審之理由者，應爲開始再審之裁定，對該裁定正得於三日內抗告，法院應於開始再審之裁定確定後，始依其審級及通常程序，更爲審判，刑事訴訟法第三百七十八條、第四百三十五條第一項、第三項、第四百三十六條定有明文。本件被告某甲涉嫌竊佔，經檢察官提起公訴，爲原審法院以八十五年度易字第二四六號判決有罪確定，嗣某甲聲請再審，經原審法院於八十六年二月四日以八十六年度聲再字第一號裁定開始再審，裁定竟未依法迂達檢察官，未等裁定確定，即於同年八月十九日以八十六年度再字第一號判決被告無罪確定。則揆諸首揭法條規定，其再

審程序及再審判決顯屬違背法令，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，以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十七年度台非字第二一九號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告竊佔案件，對於台灣南投地方法院中華民國八十六年八月十九日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按法院之得對於具體案件，具有審判之職權，本訴訟制度之原則，蓋有訴訟關係在。此項訴訟關係，係由於訴訟繫屬而得，訴訟繫屬，除因訴之撤回外，一經法院為終局判決即不

存在。而一事不再理，爲刑事訴訟之原則，實體上二重判決之後一確定判決，固屬重大違背法令而爲當然無效判決之一種，其內容雖不生效力，但並非不存在，仍具有形式之效力。如經提起非常上訴，應將二重判決撤銷，予以糾正。又法院認爲聲請再審有再審理由而爲開始再審之裁定者，對造之當事人對於該裁定，得於三日內抗告，此觀刑事訴訟法第四百三十五條第一項、第三項之規定甚明。因此，法院爲開始再審之裁定後，應依刑事訴訟法第二百二十七條第一項之規定，將裁定書正本送達於當事人及其他受裁判之人，並俟該裁定確定，原確定判決失其效力後，始得依其審級之通常程序更爲審判。本件被告某甲因竊佔案件，由台灣南投地方法院檢察署檢察官提起公訴，經原審法院於民國八十五年九月十日以八十五年度易字第二四六號刑事判決判處有期徒刑五月確定。嗣被告以發見確實之新證據，足認其應受無罪之判決爲理由，聲請再審，經原審法院認爲有再審理由，於八十六年二月四日以八十六年度聲再字第一號刑事裁定開始再審。乃原審法院竟未依法將該裁定送達於檢察官，並俟抗告期間屆滿，該裁定確定，原確定判決失其效力，即於八十六年八月十二日下午十五時二十五分依第一審之通常程序更爲審理，並於同年八月十九日以八十六年度再字第一號刑事判決諭知被告無罪，有原審法院八十六年度聲再字第一號、八十六年再字第一號刑事卷字可按，顯係重複判決，致同一案件有二個不同結果之判決存在。揆諸上開說明，其再審之程序顯屬

違背法令，而本於該程序所爲之再審判決自亦屬違背法令。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由。原判決固不生效力，惟既具有判決之形式，應由本院將原判決撤銷，以資糾正。至原審法院應如何依更爲審判前之再審程序踐行訴訟程序，爲適法之迂達，係另一問題，應由原審法院依法爲之，附此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，判決如王文。

中 華 民 國 八 十 七 年 七 月 二 十 三 日

【第七十二案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第四百四十九條第三項、第一項、第二項、第三百七十八條。
 法 第三百二十條第一項、第四十一條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者爲違背法令。刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又依同法第四百四十九條第一、二項規定所科之刑，以宣告緩刑、得易科罰金之有期徒刑及拘役或罰金爲限。同法條第三項亦有明文規定。本件原判決因檢察官之聲請，依據被告於警察人員訊問時及檢察官偵查中之自白、被害人之指述及贓物認領收據等證據，不經通常審判程序，認定被告連續犯刑法第三百二十條第一項竊盜罪，逕以簡易判決處刑，處以拘役五十九日。茲刑法第三百二十條第一項竊盜罪之法定本刑爲五年以下有期徒刑，不屬於刑法第四十一條所列得易科罰金之罪，原判決處以拘役五十九日，依法既不得易科罰金，又未爲緩刑之宣

告，顯屬違法。案經確定，且不利於被告。爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十八年度台非字第三一六號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告竊盜案件，對於台灣台南地方法院中華民國八十八年四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

原判決撤銷，由台灣台南地方法院依判決前之程序更為審判。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按依刑事訴訟法第四百四十九條第一項、第二項以簡易判決處刑者，其所科之刑以宣告緩刑、得易科罰金之有期徒刑及拘役或罰金為限，同法條第三項規定甚明。本件序確定判決

以被告某甲犯連續竊盜罪，經檢察官聲請以簡易判決處刑，乃依刑事訴訟法第四百四十九條第一項前段之規定，以簡易判決量處被告拘役五十九日在案。惟刑法第三百二十條第一項之竊盜罪，其法定最重本刑為五年以下有期徒刑。並非同法第四十一條規定得易科罰全之罪，原判決處以拘役五十九日，依法不得易科罰全，又未宣告緩刑。按之首引刑事訴訟法第四百四十九條第三項之規定，自有適用法則不當之違誤。案經確定，且於被告不利。非常上訴意旨執以指摘，尙有理由。應由本院將原判決撤銷，為維持被告審級利益，並諭知應由原審法院依判決前之程序更為審判，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項前段，判決如王又。

中華民國十八年十一月四日

叁、刑事特別法

【第七十三案】

一、關係條文

毒品危害防制條例 第二十條。

刑事訴訟法 第三百零三條第一款、第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決適用法則不當者，爲違背法令。刑事訴訟法第三百七十八條後段有明文規定。又起訴之程序違背規定者，應諭知不受理之判決，刑事訴訟法第三百零三條第一款亦有明文規定。查肅清煙毒條例業經八十七年五月二十日修正爲毒品危害防制條例；依修正後之毒品危害防制條例第二十條之規定，犯施用毒品之罪者，檢察官或少年法庭應先將被告或少年送勒戒處所觀察、勒戒；經觀察、勒戒後，無繼續施用毒品傾向者，應由檢察官爲不起訴之處分或由少年法庭爲不付審理之裁定；檢察官不得逕向法院提起公訴。本件檢察官係於上開法律修正後之八十七年五月二十六日，始對被告施用毒品之犯行提起公訴，有台灣台南地方法院檢察

署八十八年四月七日南檢萬明八七偵○○八四五字第一七六〇八號呈可稽。是其未將被告先送勒戒處所觀察、勒戒，而逕行起訴，其起訴之程序自係違背規定。原判決未為不受理之判決，竟為免刑之判決，自有判決適用法則不當之違法。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十八年度台非字第一四六號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，對於台灣台南地方法院中華民國八十七年七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。

本件不受理。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決適用法則不當者，為違背法令，又起訴之程序違背規定者，應諭知不予受理之判決，刑事訴訟法第三百七十八條、第三百零三條第一款分別定有明文。次查肅清煙毒條例已於民國八十七年五月二十日修正公布為毒品危害防制條例，並自同年月二十二日生效。依毒品危害防制條例第二十條之規定，犯施用毒品之罪者，檢察官或少年法庭應先將被告或少年送勒戒處所觀察、勒戒，經觀察、勒戒後，無繼續施用毒品傾向者，應由檢察官為不起訴之處分或由少年法庭為不付審理之裁定。檢察官不得逕向法院提起公訴。本件被告施用毒品案件係於毒品危害防制條例修正公布生效後之八十七年六月三日，始繫屬於法院，有確定判決卷證可查。檢察官未將被告先送勒戒處所觀察、勒戒，而逕行起訴，其起訴之程序違背規定。依首揭說明，自應諭知不予受理之判決，乃原審竟從實體上判決被告免刑，自有適用法則不當之違法。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決撤銷，改判諭知不予受理，以資糾正。

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

中華民國八十八年六月十一日

【第七十四案】

一、關係條文

毒品危害防制條例 第二十條第三項、第二項、第十條、第二十三條第二項。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按犯毒品危害防制條例第十條之罪，經依同條例第二十條第二項或第三項觀察勒戒，仍有施用毒品之傾向或三犯以上者，始應裁定令入戒治處所，施以強制戒治期間一年。故強制戒治除三犯外，以經觀察勒戒仍有繼續施用毒品傾向，為必要構成要件，此就毒品危害防制條例第二十條第二項、第三項，第二十三條第二項觀之自明。如經觀察勒戒後，已無繼續施用毒品傾向，或無三犯情事，而仍裁定令入戒治處所施以強制戒治一年，該裁定自屬違背法令。又該裁定雖係保安處分之裁定，然依最高法院四十五年七月二日民刑庭總會決議，仍得提起非常上訴，合先說明。卷查被告於八十七年五月十三日，犯毒品危害防制條例罪，經台灣雲

林地万法院檢察署（下稱雲林地檢署）八十七年度聲觀字第六十號聲請書，聲請台灣雲林地方法院（下稱雲林地院）以八十七年度毒聲字第四十八號裁定觀察勒戒，雲林地檢署以八十七年度觀執字第四十三號指揮書發又（台灣）雲林看守所附設勒戒所執行，因無繼續施用毒品傾向，檢察官以八十七年度偵字第二九七號為不起訴處分確定。嗣被告於八十七年九月一日再犯毒品危害防制條例罪，雲林地檢署以八十七年度偵字第五四三號聲請書，聲請雲林地院以八十七年度毒聲字第六八號裁定觀察勒戒，然被告在觀察勒戒執行前逃亡，經雲林地檢署以八十八年度觀執字第二三號案件通緝，八十八年度觀執緝字第一二號案件緝獲，指揮雲林看守所附設勒戒所自八十八年二月二十三日至同年三月二十二日執行觀察勒戒，執行結果因無繼續施用毒品傾向，經檢察官以八十八年度偵緝字第四六號為不起訴處分確定。然被告於上開觀察勒戒逃亡期間內，在八十八年一月三十日仍吸食安非他命，為警於八十八年二月二十三日查緝前案通緝時一併查獲，並移送雲林地檢署，檢察官以八十八年度偵字第二二四六號聲請書，聲請對被告施予強制戒治，並就該偵查案件提起公訴。雲林地院一面以八十八年度毒聲字第五二二號裁定令被告入戒治處所，施以強制戒治一年，一面認被告八十八年一月三十日吸食安非他命與其前案吸食安非他命有連續犯關係，為前案不起訴效力所及，以八十八年度易字第七三六號判決不受理。此有各該偵查、審判、聲請、裁定、通緝、

執行案卷可稽。查被告八十八年一月三十日施用安非他命時，前第二次即八十七年九月一日所犯違反毒品危害防制條例案件裁定之觀察勒戒尚未執行。該八十七年九月一日違反毒品危害防制條例案件所裁定之觀察勒戒，係在八十八年二月二十三日執行至同年三月二十二日，且因雲林看守所附設勒戒所函雲林地檢署，被告已無繼續施用毒品傾向，故被告在三月十七日即已提前獲釋。被告八十八年一月三十日施用安非他命既係在觀察勒戒之前，而觀察勒戒結果，被告又已無繼續施用毒品之傾向，對於無施用毒品傾向之人，以裁定令入戒治處所，施以強制戒治一年，係首揭法條，顯為適用法則不當。至所謂三犯，係首開毒品危害防制條例第二十條第二、三項，第二十三條第二項，應以經觀察勒戒之次數而為計算，經二次觀察勒戒無施用毒品傾向，所犯案件亦經不起訴處分後，再犯該毒品危害防制條例第十條之罪時，始為應施戒治之三犯。雲林地院既認被告八十八年一月三十日吸食安非他命為前案吸食安非他命之連續犯，為前案不起訴效力之所及，判決不予受理，顯乃無三犯規定之適用。基上說明，被告既無繼續施用毒品傾向，復不合三犯之規定，檢察官誤行聲請強制戒治，法院應予駁回而未駁回，反而裁定令被告入戒治處所，施以強制戒治一年，該裁定自屬違背法令，且不利於被告。案已確定，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，請將該違背法令裁定撤銷，另為適法之裁定，以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十八年度台非字第三三二號

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毒品危害防制條例案件，對於台灣雲林地方法院中華民國八十八年四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

原裁定撤銷。

檢察官在第一審之聲請駁回。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按宣付保安處分之確定裁定與科刑之確定判決有同一效力，如有違背法令，自得提起非常上訴。又犯毒品危害防制條例第十條之施用第一、二級毒品罪者，經檢察官或少年法庭（法院）送勒戒所觀察、勒戒，無繼續施用毒品傾向，由檢察官為不起訴之處分或由少年法

庭（法院）爲不付審理之裁定後，五年內再犯同一施用毒品罪，經觀察勒戒後，認有繼續施用毒品傾向或三犯以上者，由檢察官聲請法院或由少年法庭（法院）裁定先入戒治處所施以強制戒治，此觀毒品危害防制條例第二十條第三項之規定自明。而此所謂「三犯」，係指犯同條例第十條之施用第一或第二級毒品罪者，曾經觀察、勒戒後無繼續施用毒品傾向，由檢察官爲不起訴之處分或少年法庭（法院）爲不付審理之裁定，五年內再犯施用第一或第二級毒品罪又經觀察、勒戒後無繼續施用毒品傾向，由檢察官爲不起訴之處分或少年法庭（法院）爲不付審理之裁定後，五年內復犯施用第一或第二級毒品罪者，始有其適用。本件序確定裁定以被告因犯施用毒品罪，曾經雲林地院以八十七年度毒聲字第四八號、第六六八號裁定觀察、勒戒後，均無繼續施用毒品傾向，分別由雲林地檢署檢察官以八十七年度偵字第二二九七號、八十八年度偵緝字第四六號不起訴處分書處分不起訴，被告再於民國八十八年一月三十日，在雲林縣虎尾鎮惠來里公墓旁施用第二級毒品安非他命等情，因依毒品危害防制條例第二十條第三項准許檢察官之聲請，裁定令被告入戒治處所施以強制戒治一年，惟查被告因於八十五年五月初起至同年五月十一日止連續施用第二級毒品安非他命，犯毒品危害防制條例第十條之施用第二級毒品罪，於八十七年五月十三日被查獲，經雲林地檢署檢察官聲請（八十七年度偵字第二二九七號）雲林地院裁定（八十七年度毒聲字第四八號）送勒戒處

所觀察、勒戒，並經檢察官依該裁定於八十七年六月二十三日將被告送台灣雲林看守所附設勒戒處所執行（八十七年度觀執字第四三號）後，無繼續施用毒品之傾向，由同上檢察署檢察官於八十七年七月十七日為不起訴之處分（八十七年度偵字第二二九七號），被告再於八十七年九月一日起至同年八月八日回潮九十六小時內連續施用第二級毒品安非他命，犯毒品危害防制條例第十條之施用第二級毒品罪，於八十七年九月八日被查獲，經同上檢察署檢察官聲請（八十七年度偵字第五四五三號）同上法院裁定（八十七年度毒聲字第六六八號）送勒戒處所觀察、勒戒後，被告逃匿，經同上檢察署通緝，於八十八年二月二十三日緝獲送執行（八十八年度觀執緝字第一二號）後，無繼續施用毒品之傾向，由同上檢察署檢察官於八十八年三月十二日為不起訴之處分（八十八年度偵緝字第四六號）等情之事實，有雲林地檢署八十七年度偵字第二二九七號、八十七年度觀執字第四三號、八十七年度偵字第五四三三號、八十八年度觀執緝字第一二號、八十八年度偵緝字第四六號，雲林地院八十七年度毒聲字第四八號、八十七年度毒聲字第六六八號等案卷可稽，則被告於八十八年一月三十日施用第二級毒品安非他命所犯施用第二級毒品罪，既在檢察官第二次送勒戒處所觀察、勒戒之前，而經觀察、勒戒後，被告復無繼續施用第二級毒品傾向，顯與毒品危害防制條例第二十条第三項規定之情形有別，不得依該規定令入戒治處所施以強制戒治，原裁定不察，遽依檢

察官聲請，裁定令被告入戒治處所施以強制戒治，顯然適用法則不當，自屬違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由，應由本院將原裁定撤銷，並駁回檢察官在第一審之聲請，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，判決如左。

中華民國十八年十一月十一日

【第七十五案】

一、關係條文

槍砲彈藥刀械管制條例 第七條第四項、第九條之一第三項、第十一條第三項（八十六年修正）。

正前）、第七條第四項（八十六年修正）。

刑法 第二條第一項但書、第五十五條。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令。刑事訴訟法第三百七十八條定有明文，又未經許可，無故持有寄藏或意圖販賣而陳列之未經許可而製造其他可發射全屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲者，應依槍砲彈藥刀械管制條例第十條第三項規定論處。二、查本件原判決事實記載被告某甲於八十四年二月間，在宜蘭縣蘇澳鎮蘇澳火車站前，受已故廖某之友人委託代爲保管寄藏具有殺傷力之仿美國SMITH & WESSON廠，○三八吋轉輪手槍一把

及子彈二顆，收受後即將之持至宜蘭縣礁溪鄉五峰旗旁土地廟旁之榕樹下藏放，因認被告係犯修正前槍砲彈藥刀械管制條例第九條之一第三項、第十一條第三項之罪，並依刑法第五十五條想像競合犯規定，依槍砲彈藥刀械管制條例第九條之一第三項未經許可，無故寄藏改造模型槍之罪，量處有期徒刑四月，固非無見，惟查原判決既認定被告係爲他人代爲保管寄藏具有殺傷力之仿美國SMITH & WESSON廠○三八吋轉輪手槍一支，且該槍經鑑驗結果，認係仿美國SMITH & WESSON廠，○三八吋轉輪手槍製造之仿造槍，有內政部警政署刑事警察局鑑驗通知書在卷可稽，並非改造之模型槍，殆無疑義，惟查模型槍與其他可供發射全屬子彈具有殺傷力之仿造槍枝，在槍砲彈藥刀械管制條例中屬於不同處罰之槍枝，刑度亦有不同。原判決之事實認定被告係寄藏上開仿美國SMITH & WESSON廠之○三八吋轉輪手槍，而判決王又及理由又謂之係改造之模型槍，顯有事實與王又及理由相矛盾及證據上理由矛盾之違法。且有判決適用法則不當之違法。三、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

八十七年度台非字第九九號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告違反槍砲彈藥刀械管制條例案件，對於台灣高等法院中華民國八十六年十二月四日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按科刑判決其宣示之王又，與所載之事實及理由必須互相適合，否則即屬理由矛盾（六十四年台上字第八九三號判例參照）。又提起非常上訴之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（六十八年台非字第148號判例參照）。本件原判決認定被告前因賭博、違反麻醉藥品管理條例罪，經台灣宜蘭地方法院判處罪刑並定應執行有期徒刑六月，甫於民國（下同）八十二年九月二十九日易科罰金執行完畢，仍不知悔改，復於八十四年二月間某日，在宜蘭縣蘇澳鎮蘇澳火車站前，受綽號「小里」之友人廖某（已歿）委託，代為保管具有殺傷力之仿美國SMITH & WESS

SON 廠○三八吋轉輪手槍一把子彈二顆，收受後持至宜蘭縣礁溪鄉五峰旗土地公廟旁榕樹下藏放。嗣於八十六年六月二十八日自行至宜蘭縣警察局礁溪派出所自首起出上揭槍彈等情。因而依八十六年十一月二十四日修正前槍砲彈藥刀械管制條例第九條之一第三項、第十一條第三項、第十三條之二第一項前段、刑法第十一條前段、第二條第一項但書、第五十五條、第四十七條、第三十八條第一項第一款，撤銷第一審判決改判被告未經許可無故寄藏改造模型槍（罕犯）罪刑。惟原判決在事實欄認定被告係寄藏具有殺傷力之仿美國廠製○三八吋轉輪手槍及子彈，並依憑內政部警政署刑事警察局鑑驗通知書，審認該仿造槍具五條右旋來復線，機械性能良好，且有殺傷力，並可供扣案二顆美製轉輪手槍子彈射擊之用（核其效能與一般制式手槍相當），自屬無故寄藏未經許可而製造之手槍，核犯修正前槍砲彈藥刀械管制條例第七條第四項之罪，經與修正後同條例第七條第四項比較法定刑，依刑法第二條第一項但書規定，仍應適用對被告最有利之修正前同條例第七條第四項論處，乃理由中竟認定被告所寄藏之槍枝屬仿造之模型槍，而依修正前同條例第九條之一第三項規定從一重論處，在王又中諭知被告無故寄藏改造模型槍（罕犯）罪刑，自有理由矛盾並致適用法律錯誤之違法。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由。惟原判決尚非不利於被告，僅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二十二日

【第七十六案】

一、關係條文

槍砲彈藥刀械管制條例 第十三條之二第三項、第十條第三項、第十一條第三項。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又槍砲彈藥刀械管制條例第十三條之二第三項所定，犯第七條至第十三條之罪，於偵查或審判中自白，並供述槍砲、彈藥、刀械之來源及去向，因而查獲或因而防止重大危害治安事件之發生者，減輕或免除其刑。其立法理由係修正草案總說明所載，係「為根絕該等為害治安最鉅之犯罪工具，並有效遏止走私槍械及鼓勵民眾報繳、檢舉私槍」。修正增列自首或自白並自動報繳或據實供述槍砲、彈藥之來源及去向因而查獲者，減輕或免除其刑。本件原判決引用第一審判決書記載之事實、證據及理由，認被告某甲收受徐某交付質押之具有殺傷力經改造之

仿西德八釐木手槍形狀製造之玩具手槍一支、彈匣一個及具有殺傷力之土造全屬彈殼子彈一顆，持有後將之藏置於台北縣蘆洲鄉中山一路與三民路口旁之工地內。嗣徐某等另案爲警查獲，供述交付槍、彈與某甲，始爲警查獲某甲。某甲坦承其事，並帶同警員至上開工地內起獲前開槍、彈。是被告自係於偵查中自白並據實供述槍、彈之來歷並因而查獲，符合槍砲彈藥刀械管制條例第十三條之二第三項減輕或免除其刑之規定。乃原判決並未依該條項之規定減輕或免除被告之刑，自有判決不適用法則之違法。案經確定，且於被告不利。爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十六年度台非字第一九七號

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槍砲彈藥刀械管制條例案件，對於台灣高等法院中華民國八十六年四月十五日第二審確定判決，認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決及第一審判決均撤銷。

某甲未經許可，無故持有可發射子彈具有殺傷力之手槍，處有期徒刑陸月，如易科罰金，以參佰元折算壹日。

改造玩具手槍壹支（含彈匣壹個）沒收。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按槍砲彈藥刀械管制條例第十三條之二第三項規定，犯第七條至第十條之罪，於偵查或審判中自白，並供述槍砲、彈藥、刀械之來源及去向，因而查獲或因而防止重大危害治安事件之發生者，減輕或免除其刑。本件被告於民國八十五年八月二十四日，在台北縣蘆洲鄉○○路○○號三樓，因徐某向其借款，而收受徐某質押之可發射子彈具殺傷力，經改造仿西德八釐木手槍形狀製造之玩具手槍壹支（含彈匣一個）及具殺傷力之土造金屬彈殼子彈一顆，未經許可無故持有，藏置蘆洲鄉中山一路與三民路口之工地內。原判決以被告作一行爲觸犯槍砲彈藥刀械管制條例第十條第三項之無故持有手槍罪與同條例第十一條第三項之無故持有彈藥罪，依想像競合犯之例，從一情節較重之無故持有手槍罪處斷。惟原判決既認定被告於警訊及偵查中自白，並已供述槍彈來源，及帶同警員前赴起出上開槍彈（子彈）鑑定經

拆解），有警訊及檢察官訊問筆錄可稽，乃第一審判決未依首揭規定減輕其刑，原判決不予糾正，仍予維持，顯有判決不適用法則之違法。案經確定，且於被告不利，非常上訴執以指摘，尙有理由，應將原判決及第一審判決撤銷，改判量處如王又所示之刑，並諭知易科罰金之折算標準，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書、第三百條，槍砲彈藥刀械管制條例第十條第三項、第十一條第三項，第十三條之二第三項，刑法第十一條前段、第五十五條、第四十一條、第三十八條第一項第一款，罰金提高標準條例第二條，判決如王又。

中華民國十八年七月十日

【第七十七案】

一、關係條文

妨害兵役治罪條例 第十一條第一項第三款、第三項。

後備軍人管理規則 第十七條、第十九條、第二十條。

戶籍法 第三十一條。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。本件原判決為被告無罪之判決，係以被告之遷出厝居任處所未申報，並無避免點閱召集之故意，且已將其新址交付當時建國一路之管區警員，是其遷出厝居任處所未申報並非無故，而無違背申報義務為論據。惟查被告已離去厝居任處所，至新租屋處所，縱因出租人不同意其為遷入登記，然居任處所之遷移申報，後備軍人管理規則第十七條至第十九條定有詳盡規定，後

備軍人居任處所異動，自應依各該規定申報，縱有不能依該規定申報之情形，亦應依戶籍法第三十一條及該規則第二十條之規定爲流動人口登記始屬合法。凡不依各該規定申報即屬「不依規定申報」，當然構成妨害兵役治罪條例第十一條第一項第三款之罪，因而致點閱召集令無法送達，應構成同條第三項之罪（最高法院八十六年台非字第十四號判決參照），原審置役政法令於不顧而爲無罪判決，顯屬違背法令。案經確定，依刑事訴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

八十七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

右上訴人因被告妨害兵役案件，對於台灣高等法院高雄分院中華民國八十五年四月三十日第二審確定判決，認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決及第一審判決關於違背法令部分撤銷。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按妨害兵役台罪條例第十一條第一項第三款之罪，祇需具備後備軍人有居住處所遷移無故不依規定申報之行爲，即足成工。而所謂「不依規定申報」，係指未依戶籍法規定辦理戶籍異動登記，及依後備軍人管理規則第十七條規定向新居地之役、戶政單位異動登記者而言。縱因新居所之房屋係出於租用，出租人不同意其爲遷入登記，而屬暫居性質，仍應依戶籍法第三十一條及後備軍人管理規則第二十條之規定，向暫住地之警察分駐所、派出所爲流動人口登記，不得僅將新居所及電話號碼留存於原任地之警察分駐所或派出所，即謂已盡申報之義務。本件被告某甲係後備軍人，原任高雄市苓雅區建國一路○○○巷○○○弄三十號，於民國八十二年十月間，遷出上開處所，並未依戶籍法之規定，向戶政機關爲遷徙登記，亦未依後備軍人管理規則第十九條之規定向新居地之役、戶政單位申報異動登記，或爲流動人口登記。雖其於遷出當時，曾將其新居地高雄市左營區○○○路○○○巷○○○弄十二號，告知其原任地之警察單位即高雄市政府警察局苓雅分局建國一路派出所，該派出所如依其告知之新居地遷建教育召集令，即可送達，與致使召集令無法送達之情形不相適合。但依首開說明，其所爲仍不符所謂「依規定申報」之要件，而應成工妨害兵役台罪條例第十一條第一項第三款

之罪。第一審判決不察，遽以被告於八十二年十月間，曾向上開建國一路派出所管區警員告知遷出○○路之新租賃處，顯見被告正無避免點閱召集之故意云云，認被告不備上開妨害兵役罪之要件，而為無罪之諭知，自有判決不適用法則之違背法令，原判決未予糾正，仍判決予以維持，同屬違誤。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，尚有理由。惟原確定判決尚非不利於被告，僅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，應依刑事訴訟法第四百十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中華民國八十七年八月六日

【第七十八案】

一、關係條文

妨害兵役治罪條例 第十一條第一項第三款、第三項、第七條第二項。

後備軍人管理規則 第十七條、第十九條、第二十條。

戶籍法 第三十一條。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者爲違背法令。刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。本件原判決爲被告無罪之判決，係以被告之遷出原居任處所未申報，並非無故。且已將其通報人之住址電話向役政單位申報，並未違背申報義務爲其論據。惟查後備軍人居任處所遷移，無故不依規定申報者，爲妨害兵役。兵役法第四十八條規定甚明。而居任處所遷移之申報，後備軍人管理規則第四章第十七條至第十九條設有詳盡之規定。後備軍人居任處所有所異動，自

應依照該「規定」申報。縱有不能依各該條規定申報之情形，亦應依戶籍法第三十一條及該規則第二十條之規定，向暫任地之警察分駐、派出所爲流動人口登記，方屬合法。故凡無故不依各該規定申報其住居所之遷移者，即屬「不依規定申報」，當然構成妨害兵役治罪條例第十一條第一項第三款之罪，如因其不依規定申報致使召集令無法送達者，則係犯同條第三項之罪。茲所謂「無故」係指無法律上之原因或無正當理由者而言。本件被告縱因其原住居所之房屋已因其父轉讓他人，其父租用之住所又因出租人不同意而無法爲戶籍遷入登記，即應依戶籍法第三十一條及後備軍人管理規則第二十條規定爲流動人口登記。迺竟不依各該規定爲申報，僅將其通報人之住址電話告知役政單位，當然係後備軍人居住處所遷移，無故「不依『規定』申報」，觸犯妨害兵役治罪條例第十一條第一項第三款之罪。又因而致使點閱召集令無法送達，應構成同條第三項之罪。原判決不察，竟以被告並非無故不申報，亦未違反申報義務爲由，爲被告無罪之判決，置役政相關法令於不顧，揆諸首開規定，顯屬違法。案經確定，攸關役政法令之正確適用，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十六年度台非字第一四號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告妨害兵役案件，對於台灣台北地方法院中華民國八十五年九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）

本院按妨害兵役治罪條例第十一條第三項、第一項第三款之後備軍人居任處所遷移，無故不依規定申報，致使召集令無法送達，其所謂之「不依規定申報」，係指未依戶籍法規定辦理戶籍異動登記，及依後備軍人管理規則第十七條規定向新居地之役、戶政單任異動登記者而言。縱因新居所之房屋係出於租用，出租人不同意其為遷入登記，而屬暫居性質，仍應依戶

籍法第三十一條及後備軍人管理規則第二十條之規定，向暫住地之警察分駐所、派出所爲流動人口登記，不得僅將新居所及召集通報人之通話號碼留存於原住所地之區公所兵役課，即謂已盡申報之義務。本件被告作後備軍人，原任台北市○○路○○巷○○弄八二號，於民國八十三年四月間遷出上開處所，並未依戶籍法之規定，向戶政機關爲遷徙登記，亦未依後備軍人管理規則第十九條之規定向新居地之役、戶政單位申報異動登記，或爲流動人口登記，致使原任地台北市團管區司令部所發，指定應於八十三年九月七日前往台北市松山路永春坡營區報到之點閱召集令無法逕達，雖其於遷出當時，曾將其通報人即其父之新居地台北縣汐止鎮○○二十二號四樓及其電話號碼留存於原任地之役政單位台北市政府信義區公所兵役課，但依前開說明，所爲仍不符所謂「依規定申報」之要件，而應成立妨害兵役治罪條例第十一條第三項、第一項第三款之罪，應依同條例第七條第二項科刑，原審不察，遽以「被告已留存其父在外縣市之通報地址及電話，係因役政單位之疏於轉交通報人地址及電話予員警，以致無法逕達召集令」云云，認被告並無違背「依規定申報」之義務，而予無罪之諭知，自有判決不適用法則之違背法令，案經確定，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由，惟原判決尚非不利於被告，僅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。

中華民國十八年一月二十二日

【第七十九案】

一、關係條文

兵役法施行法 第五十五條。

妨害兵役治罪條例 第十三條、第十一條第一項第三款、第三項、第七條第二項。

刑事訴訟法 第三百七十九條第十款。

二、非常上訴理由

一、按依本法應於審判期日調查之證據，而未予調查者，其判決當然為違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第十款定有明文，又事實審法院應予調查之證據，不以當事人聲請者為限，凡與待證事實有關之證據，均應依職權調查，方足發現真實，否則仍難謂無刑事訴訟法第三百七十九條第十款之違法（最高法院六十四年台上字第二九六二號判例參照）。二、本件原判決認被告某甲有違反兵役法之情事，係以某甲為後備軍人，民國八十四年間設籍台北縣三重市○○路四段二〇三巷○○號，實際上卻居住於同市○○路四段一六三巷○○號三

樓，而無故不依規定申報，致使台北縣團管區司令部所發指定應於八十五年一月十八日十四時，前往三重市中正室報到之點閱召集令無法送達，復以被告籍設三重市○○路四段二○○三巷○○號，而未任於此，形成空戶，又未委託親友一人為召集通報人，甚至實際住居處所或電話均未留給里長，以便聯絡，自應負居住處所遷移，無故不依規定申報，致使點閱召集令無法送達之責等情，固非無見，惟按應受各種召集之後備軍人及國民兵，其本人因故不在時，以戶長為當然召集通報人，本人為戶長時，由其本人委託親友一人為召集通報人，無親友者，由村里長為召集通報人，兵役法施行法第五十五條定有明文，故應受召集之人若因故不在時，依法自應通知其相關之召集通報人，始符上開之規定，本件被告某甲於民國八十五年一月點召期間之召集通報人為某乙 住址為三重市○○里六鄰○○路四段一六三巷○○號三樓，此有台北縣三重市公所八十七年五月二十二日(87)北縣重兵字第一四五一六號函影本可稽，則被告已依兵役法施行法第五十五條規定，以其父某乙為點召期間之召集通報人，則被告縱不在戶籍地居住而未申報之事實，但召集令既未依法送交其指定之召集通報人，則其行為仍與原判決所論處被告之罪有間。而該點閱召集令有無送達其經指定之召集通報人，對於被告應否成立犯罪之待證事實至有關係，且對於判決顯有影響，原審對此重要之證據未予調查又非不易調查，即逕行認定被告未委託親友一人為召集通報人，即予論罪科刑，原判決

自有應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。三、案經確定，且對被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條之規定，提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十七年度台非字第三二三號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告妨害兵役案件，對於台灣高等法院中華民國八十七年四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）

本院按應於審判期日調查之證據而未予調查者，其判決當然為違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第十款定有明文。又依法應於審判期日調查之證據，未予調查，致適用法律錯誤，

而顯然於判決有影響者，該項確定判決即屬判決違背法令，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。再後備軍人一有居住處所遷移，無故不依規定申報情事，即犯妨害兵役治罪條例第十一條第一項第三款之罪，如發生致使召集令無法迂達之結果者，依同條例第三項規定，分別依同條例第六條、第七條科刑（即依召集令之種類，分別論以意圖避免召集罪責）。矧應受各種召集之後備軍人，其本人因故不在時，以尸長爲當然通報人，本人爲尸長時，由其本人委託親友一人爲召集通報人，無親友者，由村里長爲召集通報人，兵役法施行法第五十五條定有明文，則後備軍人經指定召集通報人者，召集令尚須向該召集通報人爲迂達，此觀同條例第十三條對召集通報人定有違法之處罰自明。原判決雖認定被告某甲爲後備軍人，於八十四年間設籍台北縣三重市○○路四段二○○三巷○○號，實際上卻居住同路段一六三巷○○號三樓，無故不依規定申報，致點閱召集令無法迂達等情。係以其僅設籍該○○號住所，實際上未任於此，形成空戶，既未委託召集通報人，甚且實際住所或電話均未留與里長，自應負妨害兵役治罪條例第十一條第三項、第七條第二項罪刑。惟查被告於八十五年一月該點閱召集期間，係指定其父某乙爲召集通報人，其父住址爲該路段○○號三樓，有台北縣三重市公所八七北縣重兵字第一四五一六號函可按，此項攸關其罪責之重要證據，原審疏未調查（該召集令未向某乙爲迂達），致適用法律錯誤，顯然於判決有影響，自屬判

決違背法令。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，原判決於被告不利，而其事實尚未查明，自有維持被告審級利益之必要，應由本院將原判決撤銷，由台灣高等法院依判決前之程序更爲審判，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項前段，判決如王又。

中 華 民 國 八 十 七 年 十 月 八 日

【第八十案】

一、關係條文

能源管理法 第二十條之一。

刑法 第五十六條、第三十八條第一項第三款。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

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

二、按所謂「業務」係指反覆爲同種類之社會活動而言，本質上即含有反覆性、繼續性，故其行爲雖有先後多次，仍無適用連續犯處罰之餘地。本件原判決之事實既認被告某甲係違反能源管理法第二十條之一規定，未經許可而經營能源產品之輸入業務，據以論處罪刑。卻又以被告先後二次之犯行，具有連續犯之關係，而依連續犯論處，自有判決適用法則不當之違法。又依上開論處被告罪刑之法條後段規定，對於輸入、輸出、生產、銷售之產品得沒收

之，此項特別法上之沒收，應優先普通法之刑法沒收規定之適用。原判決未察，對於第二次查扣之柴由五萬公升，逕依刑法第三十八條第一項第二款規定宣告沒收，亦有適用法則不當之違法。三、案經確定，且對被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條規定，提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十七年度台非字第二六七號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告違反能源管理法案件，對於台灣高等法院台南分院中華民國八十六年十二月三十日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於某甲部分撤銷。

某甲共同未經許可而經營中央王管機關指定之能源產品之輸入業務，處有期徒刑肆月，如易科罰金以參百元折算壹日。

大陸柴油五萬公升沒收。

理由

非常上訴理由（見前二）

本件序判決認定 被告某甲係高雄縣籍「○○」號漁船之船長，陳某為輪機長，林某、戴某（末三人同案已先行判決確定）、蘇某（經序審為免訴判決）則為該船之船員，均明知柴油係管制之中央王管機關指定能源產品，未經許可不得經營輸入業務，竟共同基於概括犯意之聯絡，乃以出海捕魚為名，駕駛前揭漁船，於民國八十四年五月四日下午二時四十分許，在大陸福建省東山縣銅山港東方外海三十五海里之公海處，以新台幣（下同）五萬元之價格向一不知船名之大陸鐵殼船購入柴油一萬六千公升（換算即為一萬三千五百五十公升）並裝載於「○○」號漁船之改裝漁艙內，並於同年月五日上午七時三十分許，運送至台南市安平港外六海里處時，為警方查獲，並扣得上開柴油一萬六千公升（業經財政部高雄關稅局處分沒入），嗣渠等經警方移送台南地檢署由檢察官諭知交保釋放後，竟仍不知悔改，復共同承續前揭犯意，於同年月十九日又在大陸福建省銅山港東方外海約四十五海里處之公海，以每粒（即二百公升）六百元之代價，同大陸漁民購入自偷陷區載至之柴油二百五十粒（即五萬公升，換算即為四萬二千三百五十公斤），並裝載於「○○」號漁船經改裝之漁艙內，嗣於同

年月二十日上午八時許，送至高雄縣茄萣鄉興達港漁港時被法務部調查局高雄縣調查站人員當場查獲，並扣得上開柴油五萬公升（未經上開關稅局處分及入）等情。因認被告某甲所爲，係犯能源管理法第二十條之一之未經許可而經營能源產品之輸入業務罪。又被告第二次犯行之移送併辦部分與起訴第一次犯行部分有連續犯裁判上一罪之關係，自爲起訴效力所及，法院自得一併審理。其先後二次犯行，反覆實施，時間緊接，觸犯同一罪名，顯係基於概括犯意爲之，應依連續犯規定論以一罪，又被告某甲與同案被告陳某、林某、戴某、蘇某等人就前揭所犯之罪間具有犯意聯絡及行爲分擔，爲共同正犯。乃援引上開法條及刑法第十一條前段、第二十八條、第五十六條、第三十八條第一項第二款（按係第三款之誤——下同）、第四十一條，罰金罰鍰提高標準條例第二條前段，論被告以共同連續未經許可而經營中央王管機關指定之能源產品之輸入業務罪，判處有期徒刑伍月，並諭知易科罰金之折算標準。扣案大陸柴油伍萬公升，爲被告等所有，因犯罪所得之物，依法宣告沒收。但查刑法上指所謂之業務，係指以反覆同種類之行爲爲目的之社會活動而言。故能源管理法第二十條之一所稱「經營」中央王管機關指定之能源產品之輸入、輸出、生產、銷售「業務」，係指反覆繼續執行能源產品之輸入、輸出、生產、銷售之營利行爲而言。當然含有連續性，故其多次輸入、輸出、生產、銷售之行爲，並不生連續犯之問題。原判決既認定被告未經許可經

營中央王管機關指定之能源產品之輸入業務，則其先後兩次輸入能源產品之行為，均應包括於一個經營輸入能源產品業務之範疇，僅能單純成爲一個非法經營能源產品輸入業務罪，原判決竟依刑法第五十六條之規定論以連續犯，自屬於法有違。又關於沒收之規定，其他法律或刑法分別有特別規定者，應優先於刑法總則第三十八條沒收規定之適用。而觸犯能源管理法第二十條之一前段之罪者，並得沒收其輸入、輸出、生產、銷售之能源產品，同法條後段既設有特別規定。依前開說明自無適用刑法總則第三十八條之規定予以沒收之餘地。本件第二次查獲扣案之柴油五萬公升，尚未經財政部高雄關稅局依海關緝私條例規定處分沒收，自應依上開能源管理法第二十條之一後段沒收之，原判決援引刑法第三十八條第一項第二款之規定予以沒收，均有適用法則不當之違背法令。案經確定，且於被告不利。非常上訴意旨，執以指摘，尙有理由。應由本院將原判決關於某甲部分撤銷，改判決如王又第二、三項所示，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，能源管理法第二十條之一，刑法第十一條、第二十八條、第四十一條，罰金罰鍰提高標準條例第二條前段，判決如王又。

【第八十一案】

一、關係條文

電信法 第五十六條第一項、第二項。

刑法 第三百三十九條第二項、第二十八條、第五十五條、第二百十條、第二百二十四條、第二百十六條。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者爲違背法令。刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。依第一審判決事實欄之記載，被告係「委託不詳姓名電信行，盜拷他人擁有使用權之編號〇九〇—一九七×××號內碼於其持有行動電話話機內，旋連續多次盜用該盜拷之行動電話多次，以詐術得免付電話費之財產上不法利益」。依此事實，被告應成立刑法第二百十六條、第二百二十條、第二百十條、電信法第五十六條第一、二項之罪。由於電信法第五十六條第一項盜

接或盜用他人電信設備通信罪，亦以意圖爲自己或第三人不法利益爲要件，爲刑法第三百三十九條第二項之特別法，自無再適用刑法第三百三十九條第二項之餘地。該判決一併適用刑法第三百三十九條第二項，已屬違法。又其所犯行使偽造之準私又書罪與盜接盜用他人電信設備通信罪間，具有方法結果牽連關係，應從較重之行使偽造準私又書罪處斷。該判決誤認電信法第五十六條第一項之罪爲重，從該罪處斷，更屬不合。又被告既先委託不詳姓名之人盜拷他人之行動電話內碼於其行動電話機內而後用以通信，其盜拷他人行動電話內碼之行爲，係犯電信法第五十六條第二項製造、變更電信器材，供自己盜接盜用他人電信設備通信罪，而後用以通信，係犯同法條第一項之意圖自己不法利益盜接、盜用他人電信設備通信罪。其所犯製造變更電信器材供自己盜接、盜用他人電信設備通信罪既係委託不詳姓名之人所爲，即與不詳姓名之人間，有共同正犯關係。該判決未予查明，依刑法第二十八條論以共同正犯，亦未適用電信法第五十六條第二項，尤其違誤。案經被告上訴，原判決未予糾正，同屬違法。案經確定，攸關法律之正確適用，合依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，用予糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十七年度台非字第九六號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告違反電信法案件，對於台灣高等法院台中分院中華民國八十六年九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

原判決及第一審判決關於某甲違反電信法違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。本件原判決事實欄記載「被告委託不詳姓名電信行，盜拷他人擁有使用權之編號○九○一九七×××號內碼於其持有行動電話話機內，旋連續多次盜用該盜拷之行動電話多次，以詐衛得免付電話費之財產上不法利益」等情。查○九○一九七×××號行動電話內碼，為中華電

信股份有限公司爲區別使用者而製作，其性質自屬刑法第二百二十條（行爲時）、第二百十條之準私又書。被告委託不詳姓名電信行盜拷他人擁有使用權之○九〇一九七×××號行動電話內碼之行爲，係一行爲觸犯電信法第五十六條第二項之製造變更電信器材，供自己盜接盜用他人通信設備通信罪，及刑法第二百十條、第二百二十條（行爲時）之偽造私又書罪。與該不詳姓名電信行人員，具有犯意聯絡及行爲分擔，爲共同正犯，應從一重之偽造私又書罪處斷。又被告嗣後連續多次盜用該盜拷之行動電話多次，以詐術得免付電話費之財產上不法利益之行爲，係犯電信法第五十六條第一項之意圖自己不法利益盜用他人電信設備通信罪，及行使偽造準私又書罪，所犯該二罪，有方法結果之牽連關係，應從一重之連續行使偽造私又書罪處斷。其偽造私又書之低度行爲，應爲行使之高度行爲所吸收，僅依行使偽造私又書罪處斷。而電信法第五十六條第一項，亦以意圖爲自己或第三人不法利益爲要件，爲刑法第三百三十九條第二項之特別法，自無再適用該條項之餘地。第一審判決一併適用刑法第三百三十九條第二項論處被告罪刑，已屬違誤。且既認中華電信股份有限公司職務上所製作之內碼爲準私又書，被告之行爲應成工行使偽造準私又書罪與盜接盜用他人電信設備罪，但未從較重之行使偽造準私又書罪處斷，而依較輕之電信法第五十六條第一項論處其罪刑，自有適用法則不當之違背法令。另對於被告盜拷他人擁有使用權之行動電話內碼之行爲，應另

成工電信法第五十六條第二項之罪，疏未論處，亦有不適用法則之違法。被告上訴於第二審法院，序審亦未加糾正，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序判決違法，尙有理由。惟序判決尙非不利於被告，應由本院將序判決及第一審判決關於被告違反電信法違背法令部分撤銷，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。

中華民國十八年四月十六日

【第八十二案】

一、關係條文

著作權法 第九十二條、第一百條、第二十三條（舊法）。

民法 第五百十六條第一項。

司法院院字 第一六四八號解釋。

刑事訴訟法 第二百三十二條、第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者爲違背法令。刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又著作人之權利，於契約實行之必要範圍內，移轉於出版人（民法第五百十六條第一項）。此條民法規定所指著作人之權利，其對於侵害人提起訴訟之權，亦包括在內，應爲當然之解釋。著作權法（舊）第二十三條所稱權利人，亦包括享有出版權之出版人在內。故無論出版契約就此有無約定，出版人均得對於侵害人提起訴訟（司法院院字第一六四八號解釋）。又著作權

受侵害，致出版人、發行人等之權益受侵害時，出版人、發行人等，自得依法提起民事訴訟、刑事告訴或自訴，無另於著作權法特予規定之必要。故著作權法第九十二條處罰規定，固以著作財產權為保護之客體，倘著作財產權人業已授權他人利用其著作，基於授權契約，承受著作財產權人權利之出版人或發行人，亦得以該著作財產權直接被害人之身分，行使刑事告訴權，以維護其實行授權契約所必要之權益。本件告訴人○○○育樂股份有限公司所提出之授權書及其譯文，乃美商環球及派拉蒙影片公司所為著作財產權之專屬授權證書。其內容係證明環球影片公司及派拉蒙影片公司授權○○○育樂股份有限公司為其在中華民國台灣地區之獨家錄影帶及影碟代理商。授予○○○育樂股份有限公司獨家權利，包括重製、銷售、出租錄影節目帶、雷射碟影、影音光碟及經銷此類影碟以供家庭觀賞。當○○○公司按上述合約授予之權利受第三者侵害時，可以自身名義依法提出刑事訴訟。有各該授權書及其中又譯本附台南縣警察局新營分局卷可考。原判決失察，誤為美商派拉蒙及環球影片公司僅係概括授予○○○育樂股份有限公司代理告訴權，且非經其公司代表人授權，因認其告訴不合法而為公訴不受理之判決。揆諸首開說明，顯屬違法。案經確定，合依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十八年度台非字第三〇號

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著作權法案件，對於台灣高等法院台南分院中華民國八十七年八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）

本院按著作財產權之授權利用，有專屬授權與非專屬授權之分。非專屬授權，著作財產權得授權多人，不受限制。專屬授權，則係獨占之許諾，著作財產權人不得再就同一內容更授權第三人。依卷附○○育樂股份有限公司（下稱○○公司）所提美商派拉蒙影片公司（下稱派拉蒙公司）及環球影片公司（下稱環球公司）之授權證明書，載明該等公司已授權○○公司

在中華民國台灣地區（包含金門與馬祖）獨家代理該等公司著作之錄影帶及影碟重製、銷售及出租。派拉蒙公司及環球公司授權期間均自民國八十六年一月一日至八十七年十二月三十一日（見台南縣警察局新營分局刑案偵查卷第十五至二十四頁），顯見○○公司已取得美商派拉蒙公司及環球公司之專屬授權利用。而重製、銷售及出租均為發行之態樣，參諸民法第五百十六條第一項規定「著作權人之權利，於契約實行之必要範圍內，移轉於出版人」及司法院二十六年院字第一六四八號解釋「民法第五百十六條所指著作人之權利，其對於侵害人提起訴訟之權，應解為係在其必要範圍內。又著作權法（舊）第二十三條所稱權利人，亦包括享有出版權之出版人在內，無論契約就此有無訂定，出版人均得對於侵害人提起訴訟」之旨意，苟被專屬授權人欠缺告訴權，則法律對被專屬授權人之保護將形同具文。是第三人如侵害著作權人授予被專屬授權人之權利，被專屬授權人即為直接被害人，自得依法提起告訴或自訴。揆之前開說明，○○公司之告訴，應屬合法。原審不察，遽認美商派拉蒙公司及環球公司僅係概括授予○○公司代理告訴權，且非經其公司代表人授權，因認○○公司之告訴不合法而撤銷第一審科刑判決，改判諭知公訴不受理，顯屬違誤。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由。惟原判決尚非不利於被告，應由本院將原判決關於違背法令之部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中華民國十八年一月二十一日

【第八十三案】

一、關係條文

著作權法 第一百條、第九十二條、第二十三條（舊法）。

民 法 第五百十六條第一項。

司法院院字 第一六四八號解釋。

刑事訴訟法 第二百三十二條、第三百七十八條。

二、非常上訴理由

查原判決所以撤銷第一審對被告有罪之諭知，而為公訴不受理之判決者，無非以美國環球影片公司，僅授權○○公司，在台灣地區享有獨家發行其公司所有之錄影帶、影碟片包括重製、出租、銷售、發行等權利，而此等權利，僅為著作權之授權利用，並非著作財產權之讓與，公訴意旨所指訴之行爲，乃係著作財產權之侵害，須享有著作財產權之環球公司始得提出告訴。○○公司並非著作財產權人，又未經授權告訴，竟以○○公司名義提出告訴，其告

訴自非合法。又著作權法第九十二條之罪須告訴乃論，而告訴乃論之罪，未經告訴者，應諭知不予受理之判決，本件著作權人環球公司既未提出告訴，即屬未經告訴之案件，第一審對未經告訴之案件而為實體上之裁判，顯屬違法應予撤銷改判，並為不予受理之諭知為其論據。然查「棒球先生」等影碟片，環球公司已合法授權○○公司享有獨家在台閩地區之重製、出租、銷售權，如其權利受到第三人侵害時，可依法以其自身名義向檢察署或警方提出刑事告訴之權。有該授權證明書附警卷可查。原判決竟謂○○公司未得環球公司授權告訴，核與卷內資料不符，其採證顯然違背證據法則。且因採證錯誤之結果，致使判決發生錯誤，其判決當然違法。復查著作財產權之授權利用，有專屬授權與非專屬授權之分。非專屬授權，著作財產權得授權多人，不受限制。專屬授權，則係獨占之許諾，著作財產權人不得再就同一內容更授權第三人。依卷附○○公司所提美國環球公司之授權證明書，載明該公司已授權○○公司在中華民國台灣地區獨家代理該公司著作之影碟重製、銷售及出租，期間自八十三年八月四日至八十四年八月三十一日止，顯見○○公司已取得環球公司之專屬授權利用。而重製、銷售及出租均為發行之態樣，參諸民法第五百十六條第一項規定「著作人之權利，於契約實行之必要範圍內，移轉於出版人」及司法院二十六年院字第一六四八號解釋「民法第五百十六條所指著作人之權利，其對於侵害人提起訴訟之權，應解為係在其必要範圍內。

又著作權法（舊）第二十三條所稱權利人，亦包括享有出版權之出版人在內，無論契約就此有無訂定，出版人均得對於侵害人提起訴訟」之旨意，苟被專屬授權人欠缺告訴權，則法律對被專屬授權人之保護將形同具文。是第三人如侵害著作權人授予專屬授權人之權利，被專屬授權人即為直接被害人，自得提起告訴或自訴。亦為最高法院八十六年度台非字第六四號所採用之見解。原判決將合法之告訴誤為未經告訴，將第一審正確之判決撤銷，改為不予受理之諭知，其判決當然違法。案經確定，雖對被告並無不利，惟為求統一法令之適用，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

八十六年度台非字第一一四號

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著作權法案件，對於台灣高等法院高雄分院中華民國八十五年六月十八日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用法則不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又。本件原判決撤銷第一審對被告科刑之判決，改判諭知公訴不受理，並非以美國環球影片公司僅授權告訴人○○○公司，在台灣地區享有獨家發行其公司所有錄影帶、影碟片包括重製、出租、銷售、發行等權利。而此等權利，僅爲著作權之授權利用，並非著作權之讓與。而公訴意旨所指訴之行爲，乃係著作財產權之侵害，須享有著作財產權之美國環球影片公司始得提出告訴，○○○公司並非著作財產權人，又未經授權告訴，竟以○○○公司名義提起告訴，其告訴自非合法。而著作權法第九十二條之罪，依同法第一百條規定，須告訴乃論，本件著作權人美國環球影片公司既未提出告訴，即屬未經合法告訴之案件云云，爲其論據。但查本件「棒球先生」等影碟片，業經美國環球影片公司合法授權○○○公司享有獨家在台灣地區之重製、出租、銷售、發行等權利，如其權利受到第三人侵害時，可依法以○○○公司名義向檢察署或警方提起刑事告訴之權，有美國環球影片公司出具之授權證明書在卷可稽（見警訊卷內），原判決竟謂○○○公司未得美國環球影片公司授權告訴，其告訴不合法云云，即與

卷證資料不相符合。又依上開授權證明書之內容，美國環球公司已授權○○公司在台灣地區獨家代理該公司著作影碟之重製、出租、銷售、發行等權利，期間自八十三年八月四日至八十四年八月三十一日止，顯見○○公司已取得美國環球影片公司在台灣地區之該項著作權專屬授權，而重製、發行等係出版之態樣，依民法第五百十六條第一項規定「著作人之權利，於契約實行之必要範圍內，移轉於出版人」，及司法院二十六年院字第一六四八號解釋所揭示「民法第五百十六條所指著作權人，其對於侵害人提起訴訟之權，應解為係在其必要範圍內，著作權法所稱之權利人，亦包括享有出版權之出版人在內，無論契約就此有無訂定，出版人均得對於侵害人提起訴訟」之意旨，苟著作權之專屬授權人欠缺告訴權，則法律對於被專屬授權人之保護，將形同具文。是第三人如侵害著作權人授與專屬授權人之權利，被專屬授權人即為直接被害人，自得提起告訴或自訴。本件告訴人○○公司係經美國環球影片公司授權，如其權利受到第三人侵害時，自可以其名義提出告訴。且○○公司既取得美國環球影片公司在台灣地區影碟財產著作權之專屬授權利用，其權利受到第三人侵害，所提出之告訴，即難認不合法。乃原判決未詳予細審勾稽，竟將○○公司合法之告訴誤為未經告訴，而撤銷第一審科刑之判決，改判諭知公訴不予受理，其判決自屬違背法令。案經確定，非常上訴執以指摘，尚有理由。惟原判決尚非不利於被告，僅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二項第一款前段，判決如王又。

中 華 民 國 八 十 六 年 四 月 十 一 日

【第八十四案】

一、關係條文

著作權法 第一百條前段、第九十一條、第九十二條、第九十三條第三款。

公司法 第一百零八條、第五十六條、第二十七條第二項。

中華民國美利堅合衆國友好通商航海條約 第六條。

刑事訴訟法 第三百七十九條第十款、第五款。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用法則不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。本件原判決認「依中華民國美利堅合衆國友好通商航海條約第六條規定，美方在我國提起告訴，仍應依我國訴訟法規定爲之，故本件是否合法告訴，仍以國內法爲斷。」惟查，不論依我國法律成立之法人或依外國法律成立之外國法人，究竟何人可以代表法人提出告訴，我國刑事訴訟法並無明文規定，如依我國法律設立之法人，因其正無實際上爲法律行爲之能

力，必須由自然人代爲法律行爲，故究竟何人可代表法人爲法律行爲，仍應未諸其他法律之規定以爲決定。例如民法第廿七條第二項規定「董事就法人一切事務，對外代表法人。董事有數人者，除章程另有規定外。各董事均得代表法人。」公司法第五十六條規定「（無限）公司得以章程特定代表公司之股東，其未經特定者，各股東均得代表公司。」同法第一百零八條規定「（有限）公司應至少置董事一人執行職務並代表公司，最多置董事三人，就有行爲能力之股東中選任之，董事有數人時，得以章程特定一人爲董事長，對外代表公司。」同法第二百零八條亦有類似規定。至於外國公司或依外國法律設定之法人，究竟何人可代表該外國公司或外國法人，我國刑事訴訟法並無規定，自應審酌其他法律規定以爲決定。查何人可代表法人爲法律行爲，屬於法人之身分能力之屬人法事項，依據涉外民事法律適用法第一條規定「人之行爲能力依其本國法」，據此，法人之代表人係爲何人之屬人法事項，自應依該法人之本國法而定。因之，我國公司應由何人代表公司，應依我國公司法，此即所以司法院第一八四號解釋謂「公司經理人對於公司被害事件，非受有代表權之董事委任，不得代表公司提起自訴。」及最高法院二十七年上字第九四六號判例謂「股份有限公司爲被害人時，僅得由其代表人提起自訴，公司之股東董事等。如未取得代表資格，自無以公司名義提起自訴之權。」蓋我國公司法已就依公司法設工之公司內何人可代表公司設

有規定。至所謂公司之本國，學說上有以公司據以設定之法律所屬國作為其本國（即「準據法說」），有以公司主營業所所在國為其本國（即「住所地國說」），有以控制該公司自然人之所屬國為其本國（即「控制說」）。我國公司法第四條規定「本法所稱外國公司，謂以營利為目的，依照外國法律組織登記，並經中華民國政府認許，在中華民國境內營業之公司。外國人投資條例第二條第二項規定「外國法人依其所據以成立之法律，定其國籍。」顯然我國工法係以公司據以設立之法律為其本國法，從而外國公司究竟何人可代表為法律行為，應依該外國公司所據以設立之外國法為定，非依中華民國民法或公司法為定。法務部於八十五年八月八日亦以法八五檢字第一九九二號函釋示「外國公司王張其著作權遭受侵害，如係因公司授權代理人提出告訴，應依其提供相關證據資料判斷該外國公司授權代理權之人，依據該外國公司設工地之法律，是否有權代表公司，不宜逕行依我國公司法規定，僅以公司之董事長為唯一有權代表公司授與代理權之人，而於授與代理權之人非公司之董事長，即認其告訴為不合法」。查本件告訴人公司之執行副總裁彼得 L 貝魯具有完全之權利與授權代表告訴人提出告訴，業據美國哥倫比亞區律師 RICHARD E. GAZALA 簽署宣誓書為證，顯然彼得 L 貝魯雖名為副總裁，但依據美國法，彼得 L 貝魯有權代表告訴人提出告訴，原審未予查明而依法為實體審理，竟判決本件公訴不受理，顯有刑事訴訟

法第三百七十九條第五款法院不受理訴訟係不當，及第十款依法應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。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

八十八年度台非字第三五號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 ○○飲水機有限公司

兼右代表人 某甲

被告 某乙

○○電子工業股份有限公司

右一人

代表人 某丙

右上訴人因被告等違反著作權法案件，對於台灣高等法院中華民國八十六年四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）

本院按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又依法應於審判期日調查之證據未予調查，致適用法令違誤，而顯然於判決有影響者，該項確定判決，即屬判決違背法令，應有刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款規定之適用，亦經司法院大法官會議釋字第一八一號解釋在案。中華民國美利堅合衆國友好通商航海條約第六條之規定，係指中華民國、美利堅合衆國（下稱美國）兩國之國民、法人及團體在締約國有訴訟權，因而美國方面在我國所進行之訴訟，應依我國訴訟法之規定而言。至於所進行之訴訟之代理人是否合法代理，授與代理權者是否有權代表法人、公司爲訴訟，因屬私法性質，仍應依其適用之準據法定之。因之美國公司在我國所進行之訴訟，有關其公司是否成立享有法人人格、公司之組織、權限及公司之行爲能力、責任能力等，仍應依美國之本國公司法或其他法律定之。本件原判決以公訴意旨指被告某甲步犯著作權法第九十一條第一項、第九十二條、第九十三條第三款之罪嫌，被告某乙步犯著作權法第九十三條第三款之罪嫌，被

告○○飲水機有限公司、○○電子工業廠股份有限公司因其代表人、受僱人執行業務而步犯著作權法第九十一條、第九十二條、第九十三條第三款之罪嫌，該二公司應依同法第一百零一條規定，科以各該條之罰全刑云云。經審理結果，以被告等被訴上開各罪，依著作權法第一百條前段規定，均須告訴乃論。而依中華民國美利堅合眾國友好通商航海條約第六條規定，美萬在我國提起訴訟，仍應依我國訴訟法規定為之，本件告訴是否合法，應以我國國內法為斷，被害人如為法人組織之公司，應由代表人代表公司提出告訴，始為適法。本件告訴人為美商○○製造公司（下稱○○公司），惟告訴狀上載明代表人為彼得 L 貝魯，其僅為○○公司執行副總裁，自形式上觀察，難認其係○○公司之代表人，且卷內亦無何資料足資證明其受有○○公司享有代表權之董事之委任而提起本件訴訟，是其以○○公司執行副總裁身分，代表該公司告訴，顯非適法。因而撤銷第一審所為被告等無罪之判決，另為公訴不受理之諭知。惟查有關美國公司在我國為訴訟行為，何人有代表公司為訴訟之權能，應依美國之本國法定之。不宜逕行依我國公司法之規定，僅以公司之董事長或董事為唯一有權代表公司之人。原判決雖以告訴人美商○○公司所提之告訴狀代表人載明為彼得 L 貝魯，而依告訴人所提之公證書、認證書記載彼得 L 貝魯為○○公司執行副總裁，因而認其非○○公司之代表人，其以執行副總裁身分，代表該公司告訴，其告訴顯非適法云云。但查卷附經美國

華盛頓特區公證人認證，由 RICHARDE GAZALA 即美國哥倫比亞特區律師所爲之聲明，記載 彼得 L 貝魯具有完全之權利與授權，代表 EBCO 簽署於告訴狀上等語。如果無訛，則苟美國之公司法或其他相關法律規定該職位之人在其職務範圍內有權代表公司爲訴訟行爲，能否謂其無代表告訴人公司提起本件告訴之權能，即非無疑。原審未詳予調查勾稽，究竟依美國法，彼得 L 貝魯有無代表 ○○ 公司爲訴訟行爲之權能，遽謂依我國國內法自形式上觀之，彼得 L 貝魯非 ○○ 公司代表人，且不能證明其有受 ○○ 公司有代表權之董事之委任提起本件訴訟，即認其告訴不合法，而撤銷第一審所爲被告無罪之判決，改判諭知公訴不予受理，尙嫌遽斷，有應於審判期日調查之證據而未予調查之違法，且已致適用法令違反而顯然於判決有影響，依上開說明，自屬判決違背法令。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，爲有理由。惟案件經不受理之判決，其將來是否再行起訴，及應爲實體之判決結果如何，尙不可知，而諭知不受理後，該件訴訟即因而終結，自難認不受理之判決於被告不利。是本件原判決尙非不利於被告等，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，判決如左。

中華民國十八年一月二十八日

【第八十五案】

一、關係條文

商標法 第六十二條第一款、第六條第一款。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。本件原判決以被告係A企業有限公司（下稱A公司）負責人，明知如附表所示之「晶杯圖」圖樣，係B飲水機企業有限公司（下稱B公司），於民國七十三年十一月十六日，向經濟部中央標準局註冊，就各種飲水機、飲水器、淨水器、濾水器、純水機等商品，取得商標專用權（註冊號數為二六〇〇五二號），其商標專用期間，自七十三年十月一日起至八十二年九月三十日止，嗣經核准延展期間由八十二年十月一日起至九十二年九月三十日止。而A公司僅係B公司在桃園地區之總代理商，依雙方之約定，A公司得代理B公司生產之〇〇牌飲水

機之銷售及維修外，不得兼營其他飲水機之銷售業務，詎被告竟違反該約定，吟銷售○○牌飲水機外，更同時銷售其他廠牌之同類飲水機，並做各種飲水機之維修業務，且意圖詐欺他人，基於概括犯意，自八十四年五月間起，陸續在其所維修之C實業股份有限公司及D工業公司所有飲水機上，以標貼印上B公司已取得商標專用權之「晶杯圖」，予以黏貼使用相同於他人註冊商標之圖樣，致侵害B公司之商標專用權等情，依商標法第六十二條第一項及其他相關法條論處被告罪刑，雖非無見。惟查所謂「商標之使用」，依商標法第六條第一款之規定，係指將商標用於商品或其他包裝或容器之上，行銷市面而言，故必係同一或類似商品之銷售人，未經商標專用權人之同意而使用其註冊商標之圖樣於該商品上者，始係對商標專用權之侵害，依原判決認定之事實，被告係在其所維修之C實業股份有限公司及D工業公司所有之飲水機上，以標貼印上B公司已取得商標專用權之「晶杯圖」，予以黏貼使用相同於他人註冊商標之圖樣等情，依此事實，被告使用B公司註冊商標之目的，乃在於日後之維修便於聯繫，顯非對於同一商品以行銷市面為目的，而使用B公司註冊商標之圖樣，核與商標法第六十二條第一款於同一商品或類似商品「使用」相同或近似於他人註冊商標之圖樣之構成要件上，尚有未合，原判決竟依該條款論處被告罪刑，其適用法律，顯有未當，依首揭說明，原判決自屬違背法令，案經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第

四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十六年度台非字第一四八號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告違反商標法案件，對於台灣高等法院中華民國八十五年九月廿日第二審確定判決，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）

本院按商標法第六十二條第一款所謂「於同一商品或類似商品，使用相同或近似於他人註冊商標之圖樣者」，其所謂之使用，依同法第六條規定，係指「為行銷之目的，將商標用於商品或其包裝、容器、標帖、說明書、價目表或其他類似物件上，而持有、陳列或散布」而

言，故如非爲「行銷」之目的，而於同一或類似之商品，使用相同或近似於他人註冊之商標圖樣者，即與該條款之構成要件有間。本件原判決認定被告係A公司「責人」，明知如原判決附表所示之「晶杯圖」圖樣，係B公司向經濟部中央標準局註冊，取得商標專用權，施用於各種飲水機、飲水器、淨水器、濾水器、純水機等商品之商標，專用期間自七十三年十月一日起至八十二年九月卅日，嗣又經核准延展至九十三年九月卅日止。而A公司僅係B公司在桃園地區之總代理商，依雙方之約定，除得代理B公司生產之○○牌飲水機之銷售及維修外，不得兼營其他飲水機之銷售業務，乃被告竟違反該約定，除銷售○○牌飲水機外，並同時銷售其他廠牌之同類飲水機，及做各種飲水機之維修業務。且竟圖詐欺他人，基於概括犯意，自八十四年五月間起，陸續在其所維修之C實業股份有限公司及D工業公司所有之非○○牌飲水機上，以標貼印上B公司上開已取得商標專用權「晶杯圖」，予以黏貼使用相同於他人註冊商標之圖樣，侵害B公司之商標專用權等情。依此事實，被告係於業經銷售（售出），且屬他人所有非○○牌飲水機上黏貼相同於B公司註冊商標之圖樣，其黏貼之目的，並非意圖行銷該非○○牌之飲水機，所爲自與商標法第六十二條第一款之構成要件有間，乃原判決於撤銷第一審判決後，竟論處被告該條款之罪刑，自有判決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，尙有理由，因原判決不利於被告，且關於認定偽造

商標部分之事實，被告所爲是否足使人誤信該非○○牌飲水機係B公司所產製？有無損害B公司商業信用之危險？同一已受請未之事實，是否符合刑法第二百五十三條之犯罪構成要件？未據認定，爲維持被告審級之利益，自應由本院將原判決撤銷，由原審法院依判決前之程序更爲審判，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項前段，判決如左。

中華民國八年六月二十一日

【第八十六案】

一、關係條文

專利法 第一百三十一條第二項、第四項、第一項、第一百二十五條。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

本件序判決將第一審判決撤銷，改爲諭知本件自訴不予受理之判決。其理由係以本案之自訴人○全屬製鎖股份有限公司自訴被告違反專利法第一百二十五條之侵害新型專利權罪，依同法第一百三十一條第一項規定，須告訴乃論，而專利權人提出告訴，應檢附侵害鑑定報告，與侵害人經專利權人請求排除侵害之書面通知，未提出上述文件，其告訴不合法。又所謂侵害鑑定報告，係指經司法院與行政院協調指定之侵害鑑定專業機構鑑定之侵害報告而言，此觀同條第二項、第三項、第四項之規定自明，自訴具有行使告訴權之作用，專利權人提起自訴，自應檢附經上開侵害鑑定專業機構鑑定之侵害報告。本件自訴人提起自訴所檢附○○國

際專利商標事務所出具之專利侵害鑑定報告書，惟該○○國際專利商標事務所並非經司法院與行政院協調指定之六十五家侵害鑑定專業機構之一，其自訴即非合法云云。惟查人民有訴訟之權，為憲法第十六條所明定，而此項憲法上所賦予之列舉權利，除合於憲法第二十三條所定之比例原則，得以法律為限制外，不得任意將其剝奪。本件原判決所指之專利法第一百三十一條第二項，僅係規定「專利權人就第一百二十三條至第一百二十六條提出告訴，應檢附侵害鑑定報告與侵害人經專利權人請求排除侵害之書面通知。」並未明定所檢附之侵害鑑定報告，限於同條第四項所定之「司法院與行政院應協調指定侵害鑑定專業機構」所出者。況享有專利權之新型或物品種類形形色色，且因科技日新月異，並非業經司法院與行政院協調所指定之六十五家專業鑑定機構所能囊括，如依原判決理由所指提出告訴必須檢具經司法院與行政院協調所指定之六十五家專業鑑定機構所出具之侵害鑑定報告書方為合法，若專利之新型或產品性能或型式獨特，所指定之六十五家專業機構對之無法鑑定，或縱有可為鑑定機構，但未為司法院及行政院協調所指定，而告訴乃論之案件，其告訴有其期間之限制，亦不能等待司法院與行政院能及時為其指定，則此類案件，勢將因未能提出所指定之鑑定機構之鑑定報告而無法提出告訴，而被剝奪憲法所賦予之訴訟上權利，應非立法之本旨。況王管專利法之中央王管機關經濟部中央標準局曾於民國八十三年三月三十一日以（八三）

台專（乙）一五〇七〇字第一〇七二三三號函告法務部 專利法第一百三十一條第二項所規定之「鑑定報告」，並不要末由專業鑑定機關（構）出具者為限。由此可知專利法第一百三十一條第四項之規定，旨在方便人民獲得鑑定之妥適機構，而非捨此項鑑定報告即非合法告訴。否則其立法精神即與公平正義有違，原判決遽認不依專利法第一百三十一條第四項所稱之侵害鑑定專業機構所提出之鑑定報告其告訴為不合法，而將自訴人之自訴諭知不予受理之判決，顯有判決適用法則不當之違法。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十八年度台非字第二二三三號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因○○金屬製鎖股份有限公司自訴被告違反專利法案件，對於台灣高等法院高雄分院中華民國八十七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

序判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。本件序判決以自訴人○○金屬製鎖股份有限公司自訴被告犯專利法第一百二十五條之侵害新型專利權罪，依同法第一百三十一條第一項規定，須告訴乃論，而專利權人提出告訴，應檢附侵害鑑定報告與侵害人經專利權人請求排除侵害之書面通知，未提出上述文件，其告訴不合法。又所謂侵害鑑定報告，係指經司法院與行政院協調指定之侵害鑑定專業機構鑑定之侵害報告而言，自訴具有行使告訴權之作用，專利權人提起自訴，自亦應檢附侵害鑑定專業機構鑑定之侵害報告，而自訴人係檢附○○國際專利商標事務所出具之專利侵害鑑定報告書，該事務所並非經司法院與行政院協調指定之六十五家侵害鑑定專業機構之一，其自訴即非合法。因而撤銷第一審之有罪判決，改判諭知本件自訴不予受理。惟查憲法第十六條保障人民有訴訟之權，而提起訴訟所應循之程序及相關要件，則由立法機關衡量訴訟之性質，以法律爲正當合理之規定。告訴乃論之罪，告訴人提出告訴，祇是促使檢察官開始偵查，並充實訴追

條件而已，至其告訴內容是否確實，國家對被告有無具體刑罰權存在，係依刑事訴訟法所定偵查、起訴及審判程序，以資確定，並由檢察官就被告犯罪事實負舉證責任，不能以告訴人應提出相當之證據，爲其合法告訴之前提要件，致告訴權之行使受不合理之限制。專利法第一百五十一條第二項規定專利權人提出告訴，應檢附侵害鑑定報告與侵害人經專利權人請求排除侵害之書面通知，條文僅稱「侵害鑑定報告」，而非「專業機構之侵害鑑定報告」，稽其意旨，應僅要求專利權人提出侵害鑑定報告，以具體表明其專利權被侵害之事實，避免延滯訴訟，並非限定其必須提出同條第四項經指定之專業機構所出具之鑑定報告，以嚴格限制其告訴權之行使。且科技日新月異，若專利之新型或產品較爲複雜獨特，所指定之六十五家專業機構無法鑑定，或鑑定費時甚久，而告訴期間僅有六個月（參照刑事訴訟法第二百三十七條第一項）在此情形下，責令專利權人提出告訴應檢附專業機構之侵害鑑定報告，亦非正當合理。又經濟部中央標準局基於專利法主管機關之工場，曾先後以八十三年三月三十一日八三台專乙一五〇七〇字第一〇七二三三號函及八十四年十二月六日八四台專乙一五〇七〇字第一五四二二六號函，表示「應檢附侵害鑑定報告之門檻條款，係工法院審議時所加列，意在促使專利權人不致濫行起訴，惟爲避免鑑定報告之限制過嚴致妨害告訴權之行使，因此此一報告，並不要求由專業鑑定機關（構）出具，僅需由專利權人出具具體載明涉嫌侵害情

形之鑑定報告爲已足」、「專利法第一百三十一條第二項所規定之鑑定報告，於工法之時其
意旨應不以司法院與行政院依同條第四項所指定之六十五所專業鑑定機構出具者爲限」，益
見專利法第一百三十一條第二項所稱之「侵害鑑定報告」，並不以同條第四項經指定之專業
機構所出具者爲限。原判決撤銷第一審之有罪判決，改判諭知本件自訴不受理，委有適用法
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。

中華民國十八年八月十九日

【第八十七案】

一、關係條文

稅捐稽徵法 第四十一條、第四十七條第一款。

刑法 第二百十六條、第二百十五條、第五十五條。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令。刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。本件原判決認定被告某甲係納稅義務人○○機電有限公司負責人，明知張某於八十四年一月至十二月份並未在○○公司任職領薪，竟委由不知情之會計師在某甲業務上作成之薪資扣繳憑單及營利事業所得稅結算申報書上，虛偽登載張某由○○公司給付薪資新台幣三十萬一千元後，由某甲持向國稅局申報八十四年度營利事業所得稅，逃漏稅捐七萬五千二百五十元。被告係納稅義務人○○公司之負責人，在其業務上作成之薪資扣繳憑單及營利事業所得稅申報

書等又書上，虛偽登載不實事項，逃漏稅捐，所爲係犯稅捐稽徵法第四十一條、第四十七條第一款之逃漏稅捐罪及刑法第二百十六條行使同法第二百五條之業務上登載不實罪，二罪間具有方法、結果之牽連關係，依刑法第五十五條之規定，從較重之逃漏稅捐罪處斷，固非無見。惟按公司爲法人，公司負責人爲自然人，二者在法律上並非同一人格主體。公司負責人爲公司之代表，其爲公司所爲行爲，應由公司負責。故公司負責人爲公司以不正當方法逃漏稅捐，因納稅義務人爲公司，其所觸犯稅捐稽徵法第四十一條之罪之犯罪或受罰主體，仍爲公司，而非公司負責人，僅因公司事實上無從擔負自由刑之責任，基於刑事政策上之考慮，同法第四十七條第一款將納稅義務人之公司應處徒刑之規定，轉嫁於公司負責人。是公司負責人依該條款而適用徒刑之處罰，乃屬代罰之性質，並非因其本身之犯罪而負行爲責任。又刑法第五十五條所規定之牽連犯，必須同一人犯一罪而其方法或結果行爲另犯他罪名，始克相當。亦即必須同一犯罪主體之二個以上犯罪行爲間，具有目的與方法或目的與結果之關係，始得從一重處斷。公司負責人爲納稅義務人之公司以不正當方法逃漏稅捐。既非稅捐稽徵法第四十一條之犯罪或受罰主體，僅依同法第四十七條第一款之規定，代替公司受徒刑之處罰，自與其本身爲犯罪主體所犯其他罪名間，不具牽連犯關係。（最高法院八十八年台非字第一四九號判決參照）。本件序確定判決事實認定被告爲○○機電公司之負責人，

亦爲納稅義務人，該公司爲圖逃漏稅捐，由被告製作業務上登載不實之扣繳憑單及被告業務上製作之營利事業所得稅結算申報書，持向國稅局申報八十四年度營利事業所得稅，使該公司逃漏稅捐，因認被告觸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、第四十七條第一款等罪。則本件納稅義務人顯係○○公司，依上開說明，本件所步稅捐稽徵法第四十一條之罪，其犯罪或受罰主體應爲○○公司，而非被告。此罪自與被告本身爲犯罪主體所犯刑法第二百十六條、第二百十五條之罪間，無牽連犯關係，而應併合處罰，原判決認其間有牽連犯關係，而依刑法第五十五條規定予以從一重處斷，即有適用法則不當之違法，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條規定，提起非常上訴，以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十八年度台非字第二八九號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告違反稅捐稽徵法案件，對於台灣高雄地方法院中華民國八十七年八月三十一日第一審確定判決，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）

本院按公司爲法人，公司負責人爲自然人，二者在法律上並非同一人格主體。公司負責人爲公司之代表，其爲公司所爲行爲，應由公司負責。故公司負責人爲公司以不正當方法逃漏稅捐，因納稅義務人爲公司，其所觸犯稅捐稽徵法第四十一條之罪之犯罪或受罰主體，仍爲公司，而非公司負責人，僅因公司於事實上無從擔負自由刑之責任，基於刑事政策上之考慮，同法第四十七條第一款將納稅義務人之公司應處徒刑之規定，轉嫁於公司負責人。是公司負責人依該條款而適用徒刑之處罰，乃屬代罰之性質，並非因其本身之犯罪而負行爲責任。又刑法第五十五條所規定之牽連犯，必須同一人犯一罪而其方法或結果行爲另犯他罪名，始克相當，亦即必須同一犯罪主體之二個以上犯罪行爲間，具有目的與方法、或目的與結果之關係，始得從一重處斷。公司負責人爲納稅義務人之公司以不正當方法逃漏稅捐，既非稅捐稽徵法第四十一條之犯罪或受罰主體，僅依同法第四十七條第一款之規定，代替公司受徒刑之處罰，自與其本身爲犯罪主體所犯其他罪名（如刑法第二百十六條、第二百十五條等罪）

間，不具牽連犯關係。本件原確定判決事實認定被告某甲係納稅義務人○○機電有限公司之負責人，該公司為圖逃漏稅捐，於民國八十五年一月間，利用不知情之會計師製作業務上登載不實之扣繳憑單，記載張某於八十四年一月至十二月在該公司領取薪資計新台幣（下同）三十萬一千元，並將上開不實之薪資所得記載於被告業務上製作之八十四年度營利事業所得稅結算申報書上，持向財政部台灣省南區國稅局申報該公司八十四年度營利事業所得稅，使該公司藉以逃漏七萬五千二百五十元營利事業所得稅，正足以生損害於張某及稅捐機關對於稅捐稽查之正確性等情，因認被告觸犯刑法第二百零六條、第二百零五條及稅捐稽徵法第四十七條第一款、第四十一條等罪。則依前揭說明，本件所涉稅捐稽徵法第四十一條之罪，其犯罪或受罰主體應為○○機電有限公司，而非被告，此罪自與被告本身為犯罪主體所犯刑法第二百零六條、第二百零五條之罪間，無牽連犯關係，而應併合處罰，原判決認其間有牽連犯關係，而依刑法第五十五條規定予以從一重處斷，自有適用法則不當之違法。本案經確定，但尚非不利於被告，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由，應由本院僅將原判決該違法部分撤銷，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上段，判決如左。

中華民國 八 十 八 年 十 月 十 四 日

【第八十八案】

一、關係條文

商業會計法 第六十六條第一款（八十四年修正前）、第七十一條第一款（八十四年修正後）。

刑法 第二條第一項但書、第三百三十九條第一項、第二百十五條、第二百十六條。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。本件原判決以被告係○○通信機械有限公司負責人，於八十四年四月間，向張某借用支票後，明知並無向張某負責之「○○電話行」買賣通信器材之事實，竟簽發買賣金額新台幣（下同）九萬一千二百元之統一發票一紙，連同借得之支票，向中華商業銀行股份有限公司高雄分行辦理票貼融資，致生損害於張某等，因認被告犯有刑法第三百三十九條第一項詐欺取財罪及

同法第二百十六條、第二百十五條之行使偽造又書罪，並依較重之詐欺取財罪處斷，固非無見。惟按統一發票係屬商業會計法所定之商業會計憑證，亦即商業會計法第七十一條第一款之規定，為刑法第二百五條之特別規定，則依特別法優於普通法之原則，自應優先適用，又商業會計法於八十四年五月十九日已就該法第六十六條第一款修正為七十一條第一款，且刑度加重，依刑法第二條第一項但書從新從輕原則，原審自應適用修正前之商業會計法第六十六條第一款規定加以論處，乃原判決竟論以刑法第二百五條、第二百十六條之行使業務登載不實又書罪，即有判決適用法則不當之違法。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十七年度台非字第三八九號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告詐欺案件，對於台灣高雄地方法院中華民國八十七年二月二十六日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按統一發票乃商業會計法所列，屬商業會計憑證之一種，被告某甲為商業負責人，明知不實之事項而予填製，自應依特別法優於普通法之原則優先適用修正前商業會計法第六十六條第一款論處（被告虛偽填載統一發票時間，係在民國八十四年四月間，而商業會計法於八十四年五月十九日已就該法第六十六條第一款修正為第七十一條第一款，且刑度加重，依刑法第二條第一項但書規定，應適用修正前商業會計法論處），而無適用刑法第二百五條之餘地。經查原判決既認定被告係○○○通信機械有限公司負責人，於八十四年四月間，向張某借用支票後，明知與張某負責之「○○○電話行」間於八十四年四月一日並無買賣呼叫器等通信器材之事實，竟簽發九萬一千二百元之統一發票（編號YA—七〇二四一〇五三號）一紙，連同借得之支票，持向中華商業銀行股份有限公司高雄分行辦理票貼融資，詐得款項。被告上述行為，係犯刑法第三百三十九條第一項之詐欺取財罪，及修正前之商業會計法第六十六條第一款之明知不實事項填製會計憑證罪，所犯二罪有方法結果之牽連關係，應從一重

之明知不實事項填製會計憑證罪處斷。乃原判決不以此論科，竟依牽連犯刑法第三百三十九條第一項之詐欺取財罪及同法第二百十六條、第二百十五條之行使業務登載不實文書罪，而從一重之詐欺取財罪處斷，顯非適法。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，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，判決如王又。

中 華 民 國 八 十 七 年 十 二 月 九 日

【第八十九案】

一、關係條文

兒童及少年性交易防制條例 第二十四條第三項、第三十七條。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。本件第一審判決認定被告係犯兒童及少年性交易防制條例第二十四條第三項、第三十七條之罪，判處有期徒刑十年。竟未依該條例第二十四條第三項予以併科罰金，顯屬違法。案經被告上訴，原審未予撤銷糾正而駁回被告之上訴，同屬違誤。案經確定，合依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十六年度台非字第_{二二七}號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

某乙

右上訴人因被告等違反兒童及少年性交易防制條例案件，對於台灣高等法院中華民國八十六年一月二十九日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決及第一審判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按兒童及少年性交易防制條例第三十七條、第二十四條第三項之意圖營利，以強暴、脅迫使十八歲以上之人為性交易為常業罪，其法定本刑為無期徒刑或十年以上有期徒刑，應併科新台幣一千萬元以下罰金。本件第一審判決認被告某甲、某乙共犯該罪，各判處有期徒刑十年，竟漏未諭知併科罰金，原判決未加糾正而予維持，駁回被告等在第二審之上訴，均有判決不適用法則之違背法令。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，為有理由。惟原判決尚非

不利於被告等，應由本院僅將原判決及第一審判決關於違背法令部分撤銷，以資糾正。
據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中 華 民 國 八 十 六 年 七 月 三 十 一 日

【第九十案】

一、關係條文

兒童福利法 第四十三條第一項前段。

刑法 第四十一條。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者爲違背法令。刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又受六月以下有期徒刑或拘役之宣告得易科罰金者，以所犯係最重本刑爲三年以下有期徒刑以下之刑之罪爲限。刑法第四十一條亦有明文規定。如所犯雖係最重本刑三年以下有期徒刑以下之刑之罪，因依刑法分則或相當於刑法分則規定，經加重其刑之結果，其最重本刑已逾三年，即不得適用該條易科罰金之規定（最高法院二十九年上字第一六〇七號、五十一年台非字第七一號判例）。本件原判決既認定被告係傷害兒童之身體，依兒童福利法第四十三條加重其

刑。該兒童福利法第四十三條之加重，係相當於刑法分則之加重刑（最高法院七十二年台上字第六七八五號判例參照）。是其加重之結果，其最重本刑已逾三年，自不得適用刑法第四十一條易科罰金之規定。原判決竟就被告傷害兒童之身體部分量處有期徒刑四月，與其所犯恐嚇危害安全罪所處有期徒刑三月定其應執行之刑為有期徒刑六月，均諭知如易科罰金，以三百元折算一日。揆諸前開說明，顯屬違法。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十六年度台非字第二三四號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告傷害案件，對於台灣新竹地方法院中華民國八十六年一月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）

本院按兒童福利法第四十三條第一項前段規定，利用或對兒童犯罪者，加重其刑至二分之一，其加重屬刑法分則加重性質。原判決既認定被告某甲傷害其妻某乙及其甫滿一歲之子某丙，係連續犯刑法第二百七十七條第一項之傷害罪，以較重之傷害兒童一罪論。並依兒童福利法第四十三條第一項前段，加重其刑二分之一，其加重結果，最重本刑既已超過三年有期徒刑，自不得依刑法第四十一條易科罰金，乃原判決論被告連續傷害人（兒童）之身體，處有期徒刑四月，竟併論知如易科罰金，以三百元折算一日。又數罪併罰中之一罪，其最重本刑如已超過三年，他罪最重本刑縱在三年以下，併合處罰結果不得易科罰金。原判決將被告上開傷害罪刑，與所犯刑法第三百零五條之恐嚇危害安全罪所處有期徒刑三月，併合處罰結果，定其應執行有期徒刑六月，竟亦論知如易科罰金，以三百元折算一日，均有判決適用法則不當之違法，案經確定，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，惟原判決該部分尚非不利被告，自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，判決如王又。

中華民國 八 十 六 年 八 月 二 十 一 日

【第九十一案】

一、關係條文

道路交通管理處罰條例 第八十六條第一項、第三條第四款。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令。刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又判決理由矛盾者，當然違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第十四款亦有明文。原判決認定本件肇事地點係位於十字路口，並無地下道或行人天橋，行人可依燈號指示穿越道路，雖肇事當時斑馬線因新鋪柏油道蓋住而尚未劃設新斑馬線，仍應認係行人穿越道，而被告騎車行經行人穿越道，不依規定讓徒步行經該處之被害人唐某優先通行，因而肇事致被害人死亡，應依道路交通管理處罰條例第八十六條第一項加重其刑。惟查道路交通管理處罰條例第八十六條第一項固規定汽車駕駛人行經行人穿越道，不依規定讓行人優先通行，因而致人死亡，

依法應負刑事責任者，加重其刑至二分之一，然同條例第三條第四款規定本條例所謂行人穿越道，指在道路上以標線劃設，供行人穿越道路之地方，本件肇事地點於肇事當時既因新鋪柏油致斑馬線遭蓋住，而新斑馬線復尚未重新劃設，該地點即非道路交通處罰條例所指之行人穿越道，被告騎機車肇事，應無行經行人穿越道不依規定讓行人優先通行可言，原判決認定本件肇事地點肇事當時斑馬線因新鋪柏油遭蓋住而尚未劃設新斑馬線，竟依道路交通管理處罰條例第八十六條第一項加重被告之刑，自有理由矛盾及適用法則不當之違法，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

八十七年度台非字第四〇一號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告過失致人於死案件，對於台灣高等法院中華民國八十七年七月十六日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決撤銷，由台灣高等法院依判決前之程序更爲審判。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按汽車駕駛人行經行人穿越道，不依規定讓行人優先通行，因而致人死亡，依法應負刑事責任者，加重其刑至二分之一，道路交通管理處罰條例第八十六條第一項固定有明文，然此所謂行人穿越道，依同條例第三條第四款規定，係指在道路上以標線劃設，供行人穿越道路之地方。卷查本件肇事地點台北縣板橋市文化路一八八巷口，於肇事當時新鋪路面，並未劃設標線，有道路交通事故調查報告表在卷可稽，並經證人即警員田某證述無訛，原確定判決理由亦敘明肇事地點於肇事當時新鋪柏油將原劃設之斑馬線蓋住，尚未劃設新斑馬線，則該肇事地點，在被告肇事當時，自非以標線劃設供行人穿越道路之地方。依前開規定，向難認係道路交通管理處罰條例所稱「行人穿越道」，乃原判決依憑卷附道路交通事故調查報告表資爲論據，竟仍認定該地點爲「行人穿越道」，難謂無證據上理由矛盾之違背法令，且顯然於原判決之適用法則有影響，自足爲非常上訴之理由（司法院大法官會議釋字第一四六號解釋又上段參考）。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨，執以指摘，尙有理由，爲期認事臻於真確及維持被告之審級利益，應將原判決撤銷，由原審法院依判決前之程序更爲審

判，以資糾正及救濟。至於原確定判決依其所認定被告駕駛機車行經行人穿越道疏於注意未依規定讓徒步行經該穿越道之被害人優先通行，因而肇事致被害人死亡等事實，而適用道路交通管理處罰條例第八十六條第一項加重被告之刑，尚無適用法則不當之違法，上訴意指指摘原確定判決此部分適用法則不當，尚有誤會，併予敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項，判決如王又。

中 華 民 國 八 十 七 年 十 二 月 十 日

【第九十二案】

一、關係條文

管理外匯條例 第二十二條第一項。

刑事訴訟法 第三百七十八條、第三百七十九條第十四款。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文，又判決之理由矛盾者，當然為違背法令，同法第三百七十九條第十四款亦有明文。原判決認定被告某甲與董某分別為「○○行」之總經理及負責人，二人明知外匯保證全交易業務，非經中央銀行核准之外匯指定銀行不得承作，竟基於共同之犯意，自民國八十四年五月間某日起，對外招攬不特定客戶，在商號經營日幣、馬克、瑞士法郎、英鎊、奧幣及加拿大幣等外幣保證全交易，並均恃以為業，而論被告以外匯管理條例第二十二條第一項之共同常業買賣外匯罪，惟所謂外幣保證全交易，係指一萬於客戶與其簽約並繳付外幣保證全後，得隨時應客戶

之請求，於保證全之數倍範圍內以自己之名義爲客戶之計算，在外匯市場從事不同幣別間之即期或遠期買賣交易，此項交易不須實際交割，一般都在當日或到期前以反方向交易軋平而僅結算買賣差價，又所謂非法買賣外匯，係指在國內非以指定之銀行或外幣收兌處爲對象所爲買賣外匯之行爲，此有中央銀行外匯局八十五年十一月十一日（八五）台外采字第二五九九號函可稽，由上函可知外幣保證全交易與非法買賣外匯不同，乃原判決竟以被告從事外幣保證全交易業務，而論以非法買賣外匯爲常業罪，自有適用法則不當及王又與理由矛盾之違法，又以非法買賣外匯爲常業者，其外匯及價全沒收之，爲管理外匯條例第二十二條第一項所明定，此項沒收之規定，係刑法第三十八條關於沒收之特別規定，採義務沒收主義，法院無裁量之權，原判決既認被告係犯常業非法買賣外匯罪，則被告買賣之外匯及其價全均應查明其數額，一併諭知沒收，乃原判決於事實欄認定被告從事之保證全交易，每口總額爲美金十萬元，被查获時交易口數爲十口，竟未就該美全部分爲沒收之諭知，復未敘明其不予諭知沒收之理由，亦有判決不適用法則及判決不載理由之違法，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，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十六年度台非字第二六一號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告違反管理外匯條例案件，對於台灣高等法院中華民國八十六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

原判決撤銷。

檢察官在第二審之上訴駁回。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決適用法則不當者為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又管理外匯條例第二十二條第一項所謂非法買賣外匯係指在國內非以指定銀行或外幣收兌處為對象所為買賣外匯之行爲，而外幣保證全交易，係指一萬外幣與其簽約並繳付外幣保證全後，得隨時應客戶之請求，於保證全之數倍範圍內以自己之名義為客戶之計算，在外匯市場從事不同幣別間之即期或遠期買賣交易。此項交易不須實際交割，一般都在當日或到期前以反方向交

易軌平而僅結算買賣差價。此有中央銀行外匯局八十五年十一月十一日（八五）台外來字第二五一九號函在卷可稽，可見非法買賣外匯與外幣保證全交易之情形有所不同。本件原判決認定被告某甲與董某分別為獨資商號「○○行」之總經理及負責人，二人明知外匯保證全交易業務，非經中央銀行核准之外匯指定銀行不得承作，竟基於共同之犯意，自民國八十四年五月間某日起，對外招攬不特定客戶，在商號經營日幣、馬克、瑞士法郎、英鎊、澳幣及加拿大幣等外匯保證全交易，並均恃以為業。其經營方式為客戶存入最低限額美金二萬元至澳門「○○金融商品有限公司」之指定銀行中外匯保證全交易帳戶內開戶，即可透過「○○行」之電話專線，向「○○公司」詢價及並確認下單買賣進行交易，每口（筆）交易總額為美金十萬元，依各該外幣匯率在國際市場行情波動之漲跌計算盈虧，而「○○公司」則自每口（筆）交易中抽取美金八十元手續費，每三個月與「○○行」核對交易名單及買賣次數後，分予「○○行」百分之三十作為佣金等事實，而論被告以管理外匯條例第二十二條第一項之共同以非法買賣外匯為常業罪刑。然非法買賣外匯與外幣保證全交易之情形既有不同，且依原判決事實所載，被告亦無從事與客戶對作外幣交易之行爲，自不成「非法買賣外匯為常業之罪」，乃原判決竟撤銷第一審諭知被告無罪之判決，以被告從事外幣保證全交易業務之事實，改判論以非法買賣外匯為常業罪刑，自有適用法則不當之違法。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以

指摘，洵有理由，應由本院將原判決撤銷，並將檢察官在原審爲被告不利益之上訴駁回，以資糾正。本件既經改判檢察官在原審之上訴駁回，認被告之犯罪不能證明，則非常上訴指摘原判決未論知外匯及價全沒收，違法部分，即不另論究，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但書，判決如王又。

中 華 民 國 八 十 六 年 九 月 四 日

【第九十三案】

一、關係條文

公平交易法 第二十條第一項第一款後段、第三十五條。

商標法 第六十三條。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者爲違背法令。刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又公平交易法第三十五條規定，違反第二十條第一項第一款規定「以相關大眾所共知之他人姓名、商號或公司名稱、商標、商品容器、包裝、外觀或其他顯示他人商品之表徵，爲相同或類似之使用，致與他人商品混淆，或販賣、運送、輸出或輸入使用該項表徵之商品」者，處三年以下有期徒刑、拘役或科，或併科新台幣一百萬元以下罰金。可知其所謂「致與他人商品混淆」，係指「以相關大眾所共知之他人 商標 爲相同或類似使用」之結果。故凡販賣

使用相關大眾所共知之他人商標之商品者，即已違反該公平交易法第二十條第一項第一款之規定，應依該法第三十五條處罰。不因其販賣之場所及其出售之價格影響其罪名之成立。本件厚判決既認定被告明知附表一——五二商標圖樣，係他人已獲經濟部中央標準局准予註冊，分別指定使用於該附表所示之商品。竟在商標專用期間，基於意圖欺騙他人之概括犯意，自八十三年六月間起，連續販賣仿冒使用各該註冊商標之商品。則其除犯商標法第六十三條之罪外，並犯前開公平交易法第三十五條之罪。應依想像競合犯之例，從一重處斷。厚判決竟以被告販售之場所及其價格遠低於真品之價格，認無與商標專用權人之真品混淆之虞，不成工公平交易法第三十五條之罪，僅論以違反商標法罪，顯與公平交易法第二十條第一項第一款之規定不符。况被告既明知其所販售之商品係仿冒他人商標之物而販賣，若因其販賣之場所及價格高低，決定其是否構成犯罪，則法律對於商標及公平交易之保護，豈非具文。尤非立法本意。又如謂被告之販賣場所及價格，不致與真品混淆，即無欺騙他人之可言。其論被告以商標法第六十三條之罪，更屬自相矛盾。案經確定，關係法律之正確適用，合依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，用資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十六年度台非字第二四一號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告違反商標法案件，對於台灣台北地方法院中華民國八十六年三月二十七日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

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）

本院按商標法第六十二條、第六十三條與公平交易法第二十條（第三十五條）之構成要件以及規範範圍不相同。前者僅就已註冊之商標賦與專用權及保護。但後者所保護之客體，包括商標、商品容器、包裝外觀等，且須「相關大眾所共知」為要件，範圍較廣，有時可包含商標仿冒之情形。因此販賣仿冒已經註冊之商標商品者，依商標法第六十三條處罰即足。若進

可證明該註冊商標已爲「相關大眾所共知」、「致使與他人商品混淆」，万有依公平交易法第二十條第一項第一款後段規範之餘地，而得成立同法第三十五條之罪。又一個犯罪行爲觸犯二罪名，該二罪名之構成要件內容重複（相同）時，始有法規競合之問題，商標仿冒行爲，本屬不公平競爭之一環，常同時違反公平交易法第二十條之規定。二者之構成要件及規範範圍不同，已如前述，自無法規競合之適用，以原確定判決認定之事實，被告販賣（如原判決附表所示）已註冊商標之仿冒商品，如勞力士手錶、CHANEL、手提箱袋、旅行袋、皮夾等，乃公眾週知之著名商標商品，已爲相關大眾所共知無疑，自係一行爲觸犯公平交易法第二十條第一項第一款後段、第三十五條之罪及商標法第六十三條罪之想像競合犯，應依刑法第五十五條，從一重之公平交易法第三十五條處斷。原確定判決竟謂被告之行爲僅成立商標法第六十三條之罪，不另成立公平交易法第二十條第一項第一款後段、第三十五條之罪云云，不無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，判決如王又。

【第九十四案】

一、關係條文

勞工安全衛生法 第十六條、第五條第一項第五款、第三十一條第一項第一款。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者為違背法令。刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。本件原判決諭知被告無罪，係以本件職業災害發生之原因，係被告○○企業有限公司承包之工程第二十六層電梯開口未設置護欄及護蓋所致。有台灣省政府勞工處北區勞工檢查所八十二年十月二十九日八十二北檢四字第二六五七三號函送之職業災害檢查報告書可按。據撰寫該報告書之李某於原審調查時供稱 A 公司承攬本件工程之總價為新台幣（以下同）二億二千八百四十萬元。被告○○企業有限公司自 A 公司轉包之工程總價為八十一萬零四百四十三元。本件工程之安全措施需費約五百萬餘元。且有關之安全措施是整體的，故不應由承做小部分工

程之○○公司承做，應由A公司做等語。爲其論據。惟查勞工安全衛生法第三十一條第一項規定：違反第五條第一項之規定，致發生第二十八條第二項第一款之職業災害（死亡災害）者，處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣十五萬元以下罰金。而違反第五條第一項之王體，限於雇王。所謂雇王，在承攬關係間，由承攬人負雇王之責任。該法第十六條規定甚明。被告既係向A股份有限公司承攬○○科學園區電梯、電扶梯設備工程中之電梯鋼管架搭架工程，就其承攬部分，即係勞工安全衛生法上之雇王。不論其承攬之工程價格若干，均應依勞工安全衛生法第五條第一項規定，備有符合標準之必要安全衛生設施。其於承攬該工程時，即應將安全設施費用計入。殊不得因其承攬之工程價少而免除其雇王之責任。台灣省政府勞工處北區勞工檢查所之職業災害檢查報告認被告無責任，其撰寫人李某認安全設施應由A公司做云云，均與勞工安全衛生法第五條、第十六條及第三十一條之規定不合。原判決竟據以爲被告無罪之判決，揆諸首開說明，顯屬違法。案經確定，關係相關法律之正確適用，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，用予糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十七年度台非字第七九號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 ○○企業有限公司

兼右代表人 某甲

右上訴人因被告等違反勞工安全衛生法案件，對於台灣高等法院中華民國八十六年六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。又違反勞工安全衛生法第五條第一項之規定，致發生該法第二十八條第二項第一款之職業災害者，處三年以下有期徒刑、拘役、或科或併科新台幣十五萬元以下罰金。法人犯上開之罪者，除處罰其負責人外，對該法人亦科以上開之罰金，該法第三十一條亦規定甚明。而違反該法第五條第一項之規定之王體為雇王，如事業單位以其事業招人承攬時，其承攬人就承攬部分應負該法所定雇王之責任，該法第十六條亦定有明文。本件依原判決所載，被告○○企

業有限公司既係向A股份有限公司承攬○○科學園區電梯、電扶梯設備工程中之電梯鋼管架搭架工程，則就其承攬部分，即應負勞工安全衛生法上雇王之責任，不論其承攬之工程價格若干，亦不論原事業單位（即A股份有限公司）是否應依勞工安全衛生法第十八條第一項規定採取防止職業災害之必要事項，均應依勞工安全衛生法第五條第一項規定，就其承攬工程之工作場所應有符合標準之必要安全衛生設備。而本件職業災害即○○企業有限公司僱用之工人郭某在上開工地墜落死亡之原因，依原判決所載，係該公司承包之工程第二十六層電梯開口未設置護欄護蓋等防止墜落之必要安全設備所致。則被告○○企業有限公司及其代表某甲顯已違反勞工安全衛生法第五條第一項第五款之規定，被告等即應分別負該法第三十一條第一項、第二項之刑責。乃原判決竟不適用上開法則，而以被告承攬之工程款少，安全設施應由A股份有限公司負責為由，為被告等無罪之諭知，顯有不適用法則之違背法令。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，尚有理由。但原判決尚非不利於被告，應僅由本院將原判決違背法令部分予以撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中華民國八十七年四月九日

【第九十五案】

一、關係條文

勞動基準法 第八十一條第一項前段、第二條第二款、第四十七條、第七十七條。
大法官會議釋字 第一四六號。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

右開判決有認定犯罪事實與所採證據不符及判決理由與王又矛盾之違法，茲分述於后 一、認定犯罪事實與所採證據不符 按刑事判決確定後，發見該判決認定犯罪事實與所採證據不符，自屬審判違背法令，得提起非常上訴，大法官會議著有釋字第一四六號解釋可循。又勞動基準法所稱之雇王，依該法第二條第二款之規定，包括（一）僱用勞工之事業王（二）事業經營之負責人（三）代表事業王處理有關勞工事務之人等三者（行政院勞工委員會下同此見解，有序審八十三年度上易字第五七五四號卷第一一一頁後所附該會台八十四勞動一字第一一三四二四

號函可證)。如該事業有違反勞動基準法之規定而應負刑事責任時，究竟應由上開三者中之何人負責？依該法第八十一條第一項前段規定「法人之代表人、法人或自然人之代理人、受僱人或其他從業人員，因執行業務違反本法規定，除依本章規定處罰「行為人」外，對該法人或自然人並應處以各該條所定之罰金或罰鍰。」法條既規定處罰行為人，可知應負刑事責任者，乃違反該法規定之實際行為人，其未參與違反規定行為之人則無刑事責任可言，此與刑法上由行為人負刑責之規定亦相一致。卷查○資訊股份有限公司觀音廠員工上班時間之長短，係由該公司總經理所決定，有該公司報請桃園縣政府核備每週正常工作時間函由公司總經理署名可證。而員工之實際上下班時間之調配、管理則由公司人事單任負責執行，亦有該公司觀音廠區上班時間調整公告可查。而本件使視同童工之建教合作學生王某於八十三年四月十九日之工作時間超過八小時，違反勞動基準法第四十七條規定之實際行為人，係該公司之人事王管賴某、總經理黃某。因該批建教計畫由人事單任賴某提出，而由總經理黃某核定，有原簽呈影本及賴某證明書附卷可查，並經賴某、黃某於偵、審中供證屬實。該批建教之學生到廠後之工作管理指導，亦係由賴、黃二人負責，有黃某就該公司違反勞動基準法第四十七條規定一案之書面說明及賴某對工作時間之指示「連絡單」附偵字第七二二九號卷第十三、十四頁可稽。綜上證據已可認定違反勞動基準法第四十七條使童工王某超過每天八

小時工作之行爲人係賴某、黃某，而該二人又係同法第二條第一項第二款所規定之「代表事業王處理有關勞工事務之人」，亦即雇王。經觀全部卷件，並無任何證據足資證明王某超過每日八小時之工作時間係被告某甲所規定、指示或核准。且就證人賴某、黃某之供證，被告某甲對觀音廠工人之作息規定根本不知情，則被告某甲非本件違反勞動基準法第四十七條之行爲人甚爲明顯，原判決竟於犯罪事實中認定被告某甲有「執行該公司之業務，明知勞動基準法規定未滿十六歲之童工每日工作時間不得超過八小時，竟於八十三年四月十九日未經主管機關許可，並未依規定在該廠房工作之未滿十六歲童工王某 連續工作共計十小時二十五分」之犯罪事實，其認定事實，顯有與證據不符之違法。二、判決理由與王又矛盾

本件第一審台灣桃園地方法院八十三年度易字第二九七一號判決理由二「核被告某甲所爲，係犯勞動基準法第四十七條之規定，應依同法第七十七條之規定論處。而被告」○○○公司「因其代表人即被告某甲執行業務違反勞動基準法第四十七條規定，應依同法第八十一條第一項規定科以同法第七十七條之罰全刑」。由上開說明，可知本件處罰之對象爲被告「某甲」與被告「○○○資訊股份有限公司」二者，但其王又第一項爲「○○○資訊股份有限公司之代表人」，因執行業務違反童工每日工作時間不得超過八小時規定，科罰全壹萬伍仟元。其處罰之對象爲該公司之代表人而非公司，至爲顯然。而王又第二項爲「某甲違反童

工每日工作時間不得超過八小時規定，科罰全壹萬伍仟元，如易服勞役，以參百元折算壹日。」其處罰之對象係某甲而非○○資訊股份有限公司。且處罰某甲係因其任該公司代表人之關係。而王又第一項亦係處罰該公司之代表人，則第一、二項均係對公司之代表人科以刑責，與判決理由所處罰之對象為某甲及○○資訊股份有限公司者不同，顯有判決理由與王又矛盾之違法。案經上訴於原審，原審對其違法部分未予撤銷而駁回被告上訴，其判決亦當然違背法令。三、案經確定，且對被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十六年度台非字第一三八號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 ○○資訊股份有限公司

被告 兼

某甲

右代表人

右上訴人因被告違反勞動基準法案件，對於台灣高等法院中華民國八十四年十二月三十日第

二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決及第一審判決關於○資訊股份有限公司之代表人，因執行業務違反童工每日工作不得超過八小時規定違背法令部分撤銷。

原判決關於某甲部分撤銷，由台灣高等法院依判決前之程序更為審判。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑事判決確定後，發見該案件認定犯罪事實與所採用證據顯屬不符，自屬審判違背法令，得提起非常上訴，大法官會議釋字第一四六號解釋在案。又勞動基準法第二條第二款所稱僱王，謂僱用勞工之事業王、事業經營之負責人或代表事業王處理有關勞工事務之人。如事業王經營事業，違反勞動基準法之規定，而應負刑責時，依該法第八十一條第一項前段規定「法人之代表人、法人或自然人之代理人、受僱人或其他從業人員，因執行業務違反本法規定，除依本章規定處罰行為人外，對該法人或自然人並應處以各該條所定之罰金或罰鍰」。上開規定從法又規定之形式與又義觀之，係屬兩罰之規定，其所處罰之對象，一為實際執行業務個人之獨工行爲，法人之代表人固屬之，其他代理人、受僱人或其他從業人

員，苟因執行業務違反該法規定時，亦皆屬之，一爲法人即事業主體之責任，其應罰之代表人或他從業人員等之刑責，並非轉嫁自法人，是否應負刑事責任，仍應調查其是否爲實際行爲之人以爲斷。本件原判決認定被告某甲爲○○資訊股份有限公司（下稱○○公司）觀音廠房負責人，亦爲該公司之代表人，爲執行該公司之生產業務，明知勞動基準法規定未滿十六歲之童工每日工作時間不得超過八小時。竟於民國八十三年四月十九日違反該規定，使未滿十六歲之童工王某，從早上七時五十分許至十九時四十分許連續工作，扣除休息及用餐時間，連續工作計十小時二十五分等情。係以台灣省政府勞工處北區檢查所函、王某考勤卡影本、○○公司執照影本、證人王某、○○公司之總經理黃某之證述，爲論處某甲罪刑之依據。惟查本件視同童工之建教合作學生王某，於八十三年四月十九日之工作時間超過八小時，致違反勞動基準法第四十七條規定，係由該公司之人事單任賴某提出該批建教計劃，而由總經理黃某核定，未經報知某甲，與其無涉，有該簽呈影本、賴某證明書附卷可按，並經賴某、黃某於偵、審中供證屬實。該批建教學生到廠後之工作管理指導，亦係由賴某、黃某二人負責，復有黃某就該公司違反勞動基準法第四十七條規定一案之書面說明，及賴某對工作時間之指示聯絡單附卷可稽。而○○公司員工實際上、下班之調配、管理，則由該公司人事單任負責執行，另有該公司觀音廠區上班時間調整公告可參。綜觀卷內證據資料，○○公

司違反勞動基準法第四十七條規定，使童工王某工作時間超過每天八小時之實際行為人實係賴某、黃某二人。該二人既為勞動基準法第二條第二款所規定之「代表事業王處理有關勞工事務之人」，即同法第八十一條第一項前段所規定法人之代理人及其他從業人員，自應由彼等就其行為負其責任。原判決所引用論處某甲罪刑之證據，除能證明○○○公司僱用視同童工之王某每日工作時間超過八小時外，並不足據以證明某甲參與○○○公司觀音調廠工人工作時間調配之業務，而為該條所指之行為人。原判決僅以某甲為公司董事長，係公司管理業務之執行人，而認其為違反同法第四十七條之行為人，其認定關於某甲部分之犯罪事實與所採用之證據顯屬不符，自屬審判違背法令。又本件起訴書及第一、二審判決書所列報告，均為「○○○資訊股份有限公司」及「某甲」，而未及於「○○○資訊股份有限公司之代表人」。第一審判決理由謂「核被告某甲所為，係犯勞動基準法第四十七條之規定，應依同法第七十七條之規定論處。而被告○○○公司因其代表人即被告某甲執行業務違反勞動基準法第四十七條之規定，應依同法第八十一條第一項規定，科以同法第七十七條之罰全刑，」等情。可見該判決處罰之對象為「某甲」及「○○○公司」。但其王又第一項論知「○○○資訊股份有限公司之代表人，因執行業務違反童工每日工作時間不得超過八小時規定，科罰全壹萬伍仟元」，既以「○○○資訊股份有限公司之代表人」為其處罰對象，顯見並非處罰「○○○公

司」。而王又第二項諭知「某甲違反童工每日工作時間不得超過八小時規定，科罰全」，其處罰之對象爲「某甲」，亦非「○○公司」。則王又第一、二項均係對「○○公司之代表人即某甲」科以刑責，與判決事實及理由所論處之對象爲「某甲」及「○○公司」不同，顯有判決王又、事實與理由矛盾之違背法令。雖經被告○○公司上訴，原審對此違背法令部分，未予糾正，仍予以維持，而駁回被告○○公司之上訴，其判決自屬違背法令。案經確定，非常上訴意旨執以指摘原判決違背法令，非無理由。惟原判決及第一審判決對於○○公司之代表人，因執行業務違反童工每日工作不得超過八小時規定違背法令部分，係對未經起訴之人而爲判決，且非不利於○○公司，應由本院僅就該部分違背法令部分撤銷。而原判決對某甲不利部分，爲維持某甲之審級利益，應由本院將此部分撤銷，發回原審法院依判決前之程序更爲審判，以資糾正。

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

中華民國十八年五月九日

【第九十六案】

一、關係條文

農 會 法 第四十七條之一第一項第三款、第一款、第二款。
刑事訴訟法 第三百十條第七款、第三百七十八條、第三百七十九條第十四款。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文，又判決不載理由或所載理由矛盾者，其判決當然違背法令，同法第三百七十九條第十四款亦有明文。原判決認定被告某甲係台南縣○○鎮農會第十二屆總幹事，擬再於第十三屆繼續候聘總幹事，故於民國八十六年二月初，向有意參選第十三屆○○鎮農會代表之王某、林某等候選人以新台幣（下同）五十萬元行求，惟嗣遭王、林二人拒絕，某甲另向候選人謝林某、梁某交付三十萬元，惟亦遭謝林、梁二人退回，某甲再委由不知情之司機張某向候選人郭某交付三十萬元，亦遭郭某退回，某甲再委由與之具共同犯意之被告某乙，由某乙轉交予候選人

陳某賄款三十萬元，惟因陳某嗣未當選代表，在被告某乙要求下，陳某退還十五萬元予某甲，某甲再透過某乙交付二十萬元予候選人即被告某丙，某甲原擬要求受賄之代表候選人於當選代表後，支持其所推出之理事候選人，冀能掌握多數理事，進而於候聘總幹事時穩操勝算，惟嗣因其所推出理事候選人於理事選舉中失利，故其於候聘前宣布退出候聘，而論被告某甲、某乙以農會法第四十七條之一第一項第二款、第三款之罪，分處某甲、某乙、某丙等有期徒刑確定在案。惟查農會法第四十七條之一第一項第三款規定「對於候選人行求、期約或交付財物或其他不正利益，而約其放棄競選或爲一定之競選活動者，處三年以上有期徒刑」，此所謂「放棄競選或爲一定之競選活動」，應係指約使候選人就其參選之該次選舉放棄競選或爲一定之競選活動，被告某甲、某乙對被告某丙等人要求之內容，乃係要求其當選農會代表後，要投學予某甲所推出之理事候選人，屬嗣後之目的行爲，並非要求某丙等人於其參選之農會代表選舉，爲一定之競選活動，是被告某甲、某乙所爲，應與農會法第四十七條之一第一項第三款所定之構成要件不合，原判決論某甲、某乙以該條款之罪，應有適用法則不當之違法，又有罪判決書應於理由記載適用之法律，刑事訴訟法第三百十條定有明文，原審爲被告某丙有罪之判決，卻未於理由內記載某丙係適用何條項之法律予以論罪科刑，應有不適用法則之違法，又原判決謂農會法第四十七條之一第一項第一款所謂「有選

舉權之人」係指已當選農會代表，且有選舉農會理事權利之人而言，被告陳某收受賄款時，尚非確定當選之農會代表，自非該款所規範之行爲王體，而爲陳某無罪之諭知，然被告某甲、某乙交付賄款予被告某丙時，亦係在本次農會代表選舉前，此爲序判決所認定，是被告某丙收受賄款時，亦尚非確定當選之農會代表，情形與陳某無異，序審爲某甲、某乙、某丙等有罪之判決，乃未於判決內說明何以認定某丙係有選舉權之人之理由，且未記載某丙係依何項法律予以處斷，應有理由不備之違法，且影響判決結果，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

八十八年度台非字第二〇號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

某乙

某丙

右上訴人因被告等違反農會法案件，對於台灣高等法院台南分院中華民國八十七年九月四日

第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左。

王 又

原判決關於某甲、某乙、某丙部分撤銷，由台灣高等法院台南分院依判決前之程序更為審判。

理 由

非常上訴理由（見前二）

按判決不適用法則或適用法則不當者，為違背法令，判決不載理由或所載理由矛盾者，其判決當然為違背法令，又有罪判決書應於理由內記載適用之法律，刑事訴訟法第三百十條第七款、第三百七十八條、第三百七十九條第十四款分別定有明文。本件序判決撤銷第一審關於被告某甲、某乙、某丙部分之判決，認定被告某甲係台南縣○○鎮農會第十二屆總幹事，擬再於第十三屆繼續候聘總幹事，故於民國八十六年二月初，向有意參選第十三屆○○鎮農會代表之王某、林某等候選人以五十萬元行求，惟嗣遭王、林二人拒絕，被告某甲另向候選人謝林某、梁某交付三十萬元，惟亦遭謝林、梁二人退回，被告再委由不知情之司機張某向候選人郭某交付三十萬元，亦遭郭某退回。被告再委由與之具共同犯意之被告某乙，由被告某乙轉交予候選人陳某賄款三十萬元，惟因陳某嗣未當選代表，在被告某甲要求下，陳某退

還十五萬元予被告某甲，被告某甲再透過被告某乙交付二十萬元予候選人即被告某丙。被告某甲原擬要求受賄之代表候選人於當選代表後，支持其所推出之理事候選人，冀能掌握多數理事，進而於候聘總幹事時穩操勝算，惟嗣因其所推出理事候選人於理事選舉中失利，故其於候聘前宣布退出候聘等情，而論被告某甲、某乙以農會法第四十七條之一第一項第二款、第三款之罪，分處某甲、某乙、某丙等有期徒刑確定在案。惟查農會法第四十七條之一第一項第三款規定「對於候選人行求、期約或交付財物或其他不正利益，而約其放棄競選或為一定之競選活動者，處三年以下有期徒刑」，此所謂「放棄競選或為一定之競選活動」，應係指約使候選人就其參選之該次選舉放棄競選或為一定之競選活動。被告某甲、某乙對被告某丙等人要求之內容，乃係要求其當選農會代表後，要投學予某甲所推出之理事候選人，屬嗣後之目的行為，並非要求某丙等人於其參選之農會代表選舉，為一定之競選活動，是被告某甲、某乙所為，應與農會法第四十七條之一第一項第三款所定之構成要件不合，原判決論被告某甲、某乙以該條款之罪，自有適用法則不當之違法。又原審為被告某丙有罪之判決，卻未於理由內記載某丙係適用何條項之法律予以論罪科刑，復有不適用法則之違法。再原判決謂農會法第四十七條之一第一項第一款所謂「有選舉權之人」係指已當選農會代表，且有選舉農會理事權利之人而言，被告陳某受賄款時，尚非確定當選之農會代表，自非該款

所規範之行爲王體，而爲陳某無罪之諭知，然被告某甲、某乙交付賄款予被告某丙時，亦係在本次農會代表選舉前，此爲原判決所認定，是被告某丙收受賄款時，既非確定當選之農會代表，情形與陳某無異，原審爲被告等有罪之判決，疏未於判決內說明何以認定被告某丙係有選舉權之人之理由，尤有未合。以上諸端於判決之結果顯然有影響，非常上訴執以指摘，尙有理由。案經確定，且於被告等不利，爲維持被告等審級利益，應由本院將原判決關於被告等部分撤銷，由原審法院依判決前之程序更爲審判，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項前段，判決如王又。

中 華 民 國 八 十 八 年 一 月 十 四 日

【第九十七案】

一、關係條文

公職人員選舉罷免法 第二條、第九十條之一第一項。

刑法 第一百四十四條、第二條第一項前段。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決適用法則不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條後段有明文規定。又公職人員選舉罷免法所稱公職人員，並不包括縣、市議會正、副議長。此由該法第二條並未將縣、市議會正、副議長列入觀之，至爲明確。從而於縣、市議會正、副議長選舉時，自無公職人員選舉罷免法第九十條之一第一項之適用。本件事實審法院即台灣高等法院花蓮分院八十三年度上訴字第四九二號判決，認定被告某甲係當選○○縣第十三屆縣議會之議員，與同屆當選議員施某搭配競選議長、副議長，竟基於概括之犯意，先後於民國八十三年二月上旬

某日、同年二月中旬某日及同年二月十七日，派遣不知情之不詳姓名人，分別向同屆議員當選人嚴某、王某、宋某致送賄款新台幣（下同）五十萬元，行求彼等於八十三年三月一日宣誓就任議員，選舉議長時，投票圈選某甲為議長，為嚴某、王某、宋某所拒。因認被告某甲係犯刑法第一百四十四條之投票行求賄賂罪，復以其行為後，公職人員選舉罷免法業於八十三年七月二十三日修正增訂第九十條之一第一項投票行賄罪，其法定刑有期徒刑部分與刑法第一百四十四條雖相同，但罰金部分提高為得併科新台幣四萬元以上四百萬元以下，較諸刑法第一百四十四條所規定得併科罰金銀元七千元以下為重，比較新舊法之規定，仍以刑法第一百四十四條規定，對被告某甲有利，而依刑法第一百四十四條之規定論處某甲之罪刑。惟查縣議會之議長、副議長，並非公職人員選舉罷免法所稱之公職人員，其正、副議長選舉，無公職人員選舉罷免法第九十條之一第一項之適用，已如前述，乃該事實審法院判決竟認有該法條之適用，而引用刑法第二條之規定比較二者輕重之結果，而適用刑法第一百四十四條之規定科處被告之刑罰。其引用公職人員選舉罷免法第九十條之一第一項及刑法第二條之部分，顯有判決適用法則不當之違法（該判決既認被告之行爲亦犯公職人員選舉罷免法第九十條之一第一項之規定，設若該條第一項之併科罰金部分之規定比刑法第一百四十四條之規定為輕或相同時，依刑法第二條第一項前段之規定，該判決自會引用裁判時之法律即公職人員

選舉罷免法第九十條之一第一項之規定論處）。原判決竟維持該事實審法院之判決，自有違誤。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

八十八年度台非字第三四三號

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投票案件，對於本院中華民國八十七年十一月五日第三審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決及第二審判決關於違背法令之部分均撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按台灣省各縣市議會之議長、副議長，並非公職人員選舉罷免法第二條所列之人員，其

選舉罷免係依台灣省各縣市議會組織規程第三章之規定辦理，自非公職人員選舉罷免法所規範之客體。本件第二審判決於事實欄記載被告某甲係當選○○縣第十三屆縣議會之議員，與同屆當選議員施某搭配競選議長、副議長，竟基於概括之犯意，先後於八十三年二月上旬某日、同年二月中旬某日及同年二月十七日，派遣不知情之不詳姓名之成年男子，分別向同屆議員當選人嚴某、王某、宋某送賄款五十萬元，行未彼等於八十三年三月一日宣誓就任議員，選舉議長時，投票圈選某甲為議長，為嚴某、王某、宋某所拒。揆之上開說明，被告所為核與八十三年七月二十三日修正增訂之第九十條之一第一項投票行賄罪有間。乃第二審判決撤銷第一審關於被告部分科刑判決，認被告步犯刑法第一百四十四條之投票行未賄賂罪外。復說明被告行為後，公職人員選舉罷免法業於八十三年七月二十三日修正增訂第九十條之一第一項投票行賄罪，比較新舊法結果，以刑法第一百四十四條規定，對被告有利，而依刑法第一百四十四條規定論處罪刑，原判決未予糾正，仍予維持，自有適用法則不當之違背法令。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由。惟原判決尚非不利於被告，應由本院僅將原判決及第二審判決關於違背法令之部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中華民國八十八年十一月十八日

【第九十八案】

一、關係條文

竊盜犯贓物犯保安處分條例 第三條第一項、第一條。

刑法 第九十條。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。本件原判決以被告自六十二年起至八十五年間止，先後犯脫逃罪一次，竊盜罪二次，強盜罪一次，麻醉藥品罪二次，均經法院分別判處罪刑確定，其最後一次所犯之竊盜罪，所判處之有期徒刑一年二月，於八十六年十月三十日始執行完畢，爲有犯罪習慣之人。復基於意圖爲自己不法所有之概括犯意，自八十七年三月十五日起，至八十七年七月十八日止，在苗栗市市區，又連續犯普通竊盜罪二次，加重竊盜罪二次，經依刑法第五十六條、第三百二十一條第

一項第一款、第二款，第四十七條論處被告連續毀壞門扇於夜間侵入住宅竊盜，累犯罪刑外，並依同法第九十條之規定諭知於刑之執行完畢或赦免後令入勞動場所，強制工作三年，雖非並見。惟查竊盜犯贓物犯保安處分條例，為刑法有關保安處分之特別法。被告為十八歲以上之竊盜犯，既有犯罪之習慣，依竊盜犯贓物犯保安處分條例第一條之規定，自應適用同條例第三條第一項第一款之規定宣付強制工作，為適法，乃原判決適用刑法第九十條宣付強制工作，其適用法則，尚有未當，依首揭說明，原判決自屬違背法令，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

八十八年度台非字第一六二號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告竊盜案件，對於台灣高等法院台中分院中華民國八十七年十一月三十日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於宣付強制工作違背法令部分撤銷。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令。刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又十八歲以上之竊盜犯、贓物犯，有犯罪之習慣者，或以犯竊盜罪或贓物罪爲常業者，得於刑之執行前，令入勞動場所強制工作，竊盜犯贓物犯保安處分條例第三條第一項定有明文。故竊盜犯及與竊盜案件有關之贓物犯，其保安處分之宣告及執行，係刑法第九十條關於保安處分規定之特別法，自應優先適用，此觀同條例第一條之規定自明。本件原確定判決認定被告自民國六十二年間起至八十五年間止，先後犯脫逃罪、竊盜罪、強盜罪及違反麻醉藥品管理條例案件多次，其最後一次所犯竊盜罪，經判處有期徒刑一年二月，八十六年十月三十日執行完畢，爲有犯罪習慣之人。復基於意圖爲自己不法所有之概括犯意，自八十七年三月十五日起，至八十七年七月十八日止，在苗栗市區等地，連續犯普通竊盜罪及加重竊盜罪等情。因而依刑法第三百二十一條第一項第一款及第二款等規定，諭知被告連續毀壞門扇於夜間侵入住宅竊盜，累犯，處有期徒刑二年，並依同法第九十條規定，宣告應於刑之執行完畢或赦免後令入勞動場所強制工作三年，固非無見。惟依卷內資料，被告係四十四年一月十日

出生，其犯本件之罪時，已滿十八歲，原判決論處被告加重竊盜罪刑，並認有犯罪習慣，竟依刑法第九十條規定宣告強制工作，顯有適用法則不當之違背法令，案經確定，非常上訴意旨執此指摘，為有理由。惟依刑法第九十條第一項規定令入勞動場所強制工作者，同法第九十條第二項、第九十二條第一項並明定其期間為三年以下，並得按其情形以保護管束代之，較之竊盜犯贓物犯保安處分條例第五條規定，依同條例宣告之強制工作處分，其執行以三年為期，執行已滿三年，而有延長之必要者，得由法院依聲請許可延長之，尚非不利於被告，應由本院將原判決關於該違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中華民國十八年六月三十日

【第九十九案】

一、關係條文

水土保持法 第三十二條第一項、第八條第一項第二至五款、第三十三條第一項第

一款、第三條第三款。

山坡地保育利用條例 第三條。

刑事訴訟法 第三百七十九條第十款、第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者爲違背法令。刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。依原判決事實欄之記載，被告係桃園縣○○鄉○○段山腳小段一四八—四地號，所有人之一兼管理人。該土地已於六十八年十一月二十一日經行政院以六八台第一一七〇一號函核定，並經台灣省政府於六十九年二月六日以府農山字第一二〇一六六號公告爲山坡地保育利用條例之山坡地地段。被告竟自六十九年至八十五年七月間某日止，連續以每座新台幣（以下同）二千

元或數萬元不等之代價，出售土地使用權與他人設置墳墓。違反在山坡地設置墳墓應遵守之程序而擅自經營使用山坡地。另於八十四年九月間擅將上開土地提供呂某建造廟宇。因未實施水土保持，致生水土流失。論以水土保持法第三十二條第一項罪刑，並依同條第五項及收土地上之墳墓、廟宇。固非毫無根據。惟查水土保持法第三條第三款所規定之山坡地，與山坡地保育利用條例所規定之山坡地，其範圍未盡相同。本件土地雖經行政院依山坡地保育利用條例相關規定核定並經台灣省政府公告為山坡地，但其核定與公告，是否即係水土保持法之核定與公告？該項核定與公告之效力，是否及於水土保持法之規定？政府有無依水土保持之相關規定公告該處為山坡地？關係被告之行爲，能否適用水土保持法處罰，自有調查之必要。原審未予查明，遽行判決已欠妥適。又該水土保持法第三十二條第一項之罪，含有竊佔罪之性質。故以「未經同意，擅自墾殖、占用」為其構成要件。本件土地屬於被告所有並在被告管理中，為原判決所確認之事實。被告之行爲縱有不法，亦係有無違反水土保持法第十三條規定，能否依該法第三十三條第三項處罰問題。原判決竟適用該法第三十二條第一項論科，自屬違誤。況水土保持法係於八十三年五月二十七日公布施行。被告在八十三年五月二十八日以前之行爲，即無適用該法處罰之餘地。原判決認定被告係自六十九年起至八十五年七月間違反該法規定將本件土地之使用權出售他人設置墳墓，而予論罪科刑，並將附

表所列一百二十座墳墓論知沒收。但依桃園縣○○鄉某甲等濫葬案墳墓調查表之記載，及所附照片顯示，該一百二十座墳墓中，多爲水土保持法施行前設置。甚至有設置於五十五年者。依罪刑法定及法律不溯既往原則，自不應一律適用該法處罰。原判決竟一併論罪科刑，並將所有一百二十座墳墓一律依水土保持法第三十二條第五項論知沒收，尤屬違法。案經確定，且不利於被告。依刑事訴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

八十八年度台非字第二七八號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長
被 告 某甲

某乙

右上訴人因被告等違反水土保持法案件，對於台灣高等法院中華民國八十七年十二月九日第二審確定判決，認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決撤銷，由台灣高等法院依判決前之程序更爲審判。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又依法應於審判期日調查之證據，未予調查，致適用法令違誤，而顯然於判決有影響者，該項確定判決，即屬判決違背法令，應有刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款規定之適用，亦經司法院大法官會議釋字第一八一號解釋有案。原判決認定被告某甲、某乙係桃園○○鄉○○段山腳小段一四八—四地號土地所有人之一兼管理人，該土地已於民國六十八年十一月二十一日經行政院以六八台第一一七〇一號函核定，並經台灣省政府於六十九年二月六日以府農山字第一二〇一六六號公告爲山坡地保育利用條例之山坡地，於該山坡地設置墳墓、開發建物，應先擬具水土保持計畫，送請各該目的事業主管機關核定並監督實施。被告等竟自六十九年起至八十五年七月間某日止，連續以每座二千元或數萬元不等之代價，出售土地使用權與莊某等人設置墳墓，違反在山坡地設置墳墓應爲之程序，擅自經營使用山坡地。復於八十四年九月間，擅將上開土地提供予呂某建造廟宇，因未實施水土保持，造成土石流失，致生公共危險等情，因而依水土保持法第三十二條第一項論處罪刑，並依同條第五

項及收土地上之墳墓、廟宇。惟查水土保持法係於八十三年五月二十七日公布施行（同年十月二十一日修正公布部分條文），其第三條第三款所定之山坡地，係指國有林事業區、試驗林地、保安林地、及經省（市）主管機關參照自然形勢、行政區域或保育、利用之需要，就合於同條款第一、二目情形之一者劃定範圍，報請行政院核定公告之公、私有土地。此與六十五年四月二十九日公布施行（嗣於七十五年一月十日、八十七年一月七日先後修正公布）之山坡地保育利用條例第三條所定之山坡地，範圍不盡相同，且水土保持法又屬山坡地保育利用條例之特別法（水土保持法第一條第二項參照）。故前依山坡地保育利用條例第三條規定核定公告之山坡地，於水土保持法公布施行後，仍應依水土保持法第三條第三款規定，由省（市）主管機關報請行政院核定公告，始屬水土保持法所指之山坡地，而有水土保持法之適用。又水土保持法第三十二條第一項之罪，以「在公有或私人山坡地或國、公有林區或他人私有林區內未經同意擅自墾殖、占用或從事第八條第一項第二款至第五款之開發、經營或使用，致生水土流失或毀損水土保持之處理與維護設施」為要件。此項規定含有竊佔罪之性質，其所謂「未經同意」，乃指未經土地所有權人同意而言。倘土地所有權人本人或經土地所有權人之同意，或其他有使用權之人為墾殖、占用或開發經營者，縱未依水土保持技術規範實施水土保持之處理與維護，應屬違反同法第三十三條第一項第一款規定，處以罰

緩之範疇，不得依同法第三十二條規定課以刑事責任。原判決認定上開土地業經行政院核定並由台灣省政府於六十九年二月六日公告爲山坡地保育利用條例之山坡地，並認定被告等係該土地共有人之一兼管理人。惟上開土地於水土保持法公布施行後，是否另經省（市）主管機關依該法之規定，報請行政院核定公告爲山坡地，與本件有無水土保持法之適用攸關。且被告等僅屬共有人之一，惟又兼管理人，則其等就該土地管理權之內容及範圍如何，共有人間之內部關係如何，被告等是否有權墾殖、占用或從事水土保持法第八條第一項第二款至第五款之開發、經營或使用，上開土地之一百二十座墳墓，究係何時設置，在客觀上亦屬能否適用水土保持法論罪科刑之基礎，均有調查之必要性。原判決未詳加調查，明白認定，致援用法令與認定事實不相符合，而顯然於判決有影響，自有適用法則不當及應於審判期日調查之證據而未予調查之違背法令。案經確定，且於被告等不利，非常上訴意旨，執以指摘，爲有理由。因上開違背法令部分，非常上訴審無從調查，並爲維持被告等之審級利益，應由本院將原判決撤銷，由原審法院依判決前之程序更爲審判，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百七十七條第二項，判決如左。

中華民國八十八年九月三十日

【第一〇〇案】

一、關係條文

私立學校法 第四十五條第四項、第一項（修正後）、第四十三條（修正前）。

補習教育法 第二十四條第二項。

刑法 第二百一十一項。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按行爲後法律有變更者，適用裁判時之法律。但裁判前之法律有利於行爲人者，適用最有利於行爲人之法律，刑法第二條第一項定有明文。本件原判決以被告爲○○○又理補習班之負責人，明知未依短期補習班設工管理規則之規定，申請王管教育行政機關台北縣政府教育局核准立案，即自八十四年九月間起，在台北縣土城市○○○路一九一號一、二樓，以「○○○又理補習班」名義，擅自招生，招生對象爲國小、國中學生，從事英又、數學、物理、化學等科

目之課外輔導，收費每人每月新台幣一千五百元至三千元不等，嗣分別於八十四年九月二十日及八十六年六月十七日，爲台北縣政府教育局派員查獲等情，認第一審依補習教育法第二十四條第二項準用私工學校法第四十三條規定，判處被告有期徒刑六月之判決爲無不合，駁回其第二審之上訴。惟查私工學校法業於被告犯罪後之八十六年六月十八日修正公布施行，修正前之第四十三條經修正爲現行法第四十五條。依修正後之規定，須經由王管教育行政機關命其工即停辦、解散，並公告周知，其負責人、行爲人各處新台幣五萬元以上十五萬元以下罰鍰，其所使用之器材、設備得沒收入之（第四十五條第一項），仍拒不遵令工即停辦解散者，始有刑罰規定（同條第四項）。此與修正前之第四十三條勿須經教育行政機關命令工即停辦、解散，並公告周知，亦勿須先處以行政罰鍰，其負責人即應負刑責者迥異。比較修正前後之法律，以修正後之現行法較有利於行爲人，揆諸首揭說明，應適用裁判時之現行法。乃原判決竟依修正前之舊法第四十三條論處被告罪刑，案經確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條規定，提起非常上訴，以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十七年度台非字第九〇號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告違反補習教育法案案件，對於台灣高等法院中華民國八十七年一月二十三日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決撤銷，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）

本院按行為後法律有變更者，除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外，應適用裁判時之法律，刑法第二條第一項定有明文。查私工學校法業於被告犯罪後之民國八十六年六月十八日修正公布，修正前之第四十三條，經修正為現行法第四十五條，依該修正後之第四十五條規定，須經由王管教育行政機關命其工即停辦、解散，並公告周知，其負責人、行為人各處新台幣五萬元以上十五萬元以下罰鍰，其所使用之器材、設備得沒入之（第四十五條第一項），仍拒不遵令工即停辦、解散者，始有刑罰規定之適用（同條第四項）。比較修正前之第四十三條不必經王管教育行政機關命工即停辦、解散，並公告周

知，又處以行政罰鍰，其負責人即應負刑責，以修正後之現行法較有利於行為人，自應適用裁判時之現行法。原判決未察，竟仍維持第一審依修正前舊法第四十三條論處被告違反補習教育法之判決，駁回被告在第二審之上訴，自有判決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，洵有理由，因原判決不利於被告，且就同一受請求之基本事實，是否具備新修正私工學校法第四十五條應適用刑罰規定之要件，未據原審認定，為維持被告審級之利益，自應由本院將原判決撤銷，由原審法院依判決前之程序更為審判，以資糾正。據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項前段，判決如王又。

中華民國八年十月十四日

國家圖書館出版品預行編目資料

非常上訴理由及判決要旨.第十四輯／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89

面， 公分

ISBN 957 02-6307 5 (平裝)

1.非常上訴—裁判

586 585

89009339

非常上訴理由及判決要旨 第十四輯

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)2361-9203

承印者 文章印刷品有限公司

電話 (02)2259-2408

中華民國八十九年六月出版

定 價 新台幣250元

ISBN 957-02-6307-5 (平裝)

