

中華民國九十二年十月

非常上訴理由及判決要旨

第五十輯

最高法院檢察署編印

非常上訴理由及判決要旨第十五輯序

非常上訴制度，係爲救濟確定判決之審判違背法令之刑事特別訴訟程序，與爲救濟確定判決之事實錯誤之再審制度，迥不相侔。其主要目的，在於糾正適用法律之錯誤，以統一法律見解之適用，並彰顯保障人民權益、伸張正義之功能。

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

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，自民國四十年起，分就非常上訴案件中具有參考價值者，各擇取案例約一百則，編成「非常上訴理由及判決要旨」一書發行，迄今已出版十四輯。茲以本署全體檢察官近三年來經辦案件中審慎篩選一百則案例，經本人審定，而成第十五輯。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與確保人民權益。爰略陳編輯之旨，以爲之序。

中華民國九十二年九月

盧仁發於最高法院檢察署

凡 例

一、本書係將本署八十九至九十一年，提起非常上訴經最高法院判決撤銷原確定判決之案件，擇其內容異於已發行之第一至十四輯且具參考、代表性的一百案，予以分類彙編而成。

二、本書分爲刑法、刑事訴訟法、刑事特別法三部分，刑法部分二十八案，刑事訴訟法部分三十案，刑事特別法部分四十二案。

三、每一部分之案例順序，係依該部分之法條編號順序而編排。

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

非常上訴理由及判決要旨第十五輯目錄

壹、刑法

案次	年度	判決案號 台非字	關 係 條 又 頁 次
一	九一	一五四	刑法第十七條、第二百七十一條第一項、第二百七十七條第二項。 刑事訴訟法第三百七十九條第十四款。
二	八九	二五四	刑法第二十八條、第三十八條第三項、第一項第二款。 刑事訴訟法第三百七十八條、第三百七十九條第十四款。
三	八九	四六〇	刑法第二十八條、第三十條、第二百六十八條、第二百六十六條第二項、第三十八條第一項第二款。
			九

四	五	六	七
八九	八九	九一	九一
一五四	四二六	一二	三二
刑事訴訟法第三百七十八條。 刑法第三十條、第二十八條、第三十八條第一項第二款、毒品危害防制條例第十九條第一項。 刑事訴訟法第三百七十八條。	刑法第三十八條第三項、第一項第二款、第二百十六條、營業稅法第三十二條。 軍事審判法第二百二十六條。 軍事審判法施行法第三條第一項但書。 刑事訴訟法第三百七十八條。	刑法第四十七條、第七十九條之一第一項、第三項。 刑事訴訟法第三百七十八條。	刑法第五十一條第五款、第五十三條。 刑事訴訟法第三百七十八條。
一五	一九	二三	三一

八	九一	一〇八	刑法第五十五條後段、第二百六十七條、第二百六十六條第二項。 電子遊戲場業管理條例第十五條、第二十二條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	三六
九	九〇	七〇	刑法第七十四條。 民事訴訟法第二百三十二條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	四一
一〇	九〇	二八〇	刑法第八十條第二項、第一項第二款、第一百九十三條。 刑事訴訟法第三百零二條第二款、第三百七十八條。	四五
一一	九〇	四一〇	刑法第九十一條之一第一項、第二項。 刑事訴訟法第三百七十八條。	四九
一二	八九	二三九	刑法第九十一條之一第一項、第二項。 刑事訴訟法第三百七十八條。	五三

一三	九一	二二六	刑法第一百六十七條、第一百六十五條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	五七
一四	八九	一三六	刑法第二百十七條第一項、第五十五條前段。 刑事訴訟法第三百七十八條。	六二
一五	八九	三八三	刑法第一百六十九條、第一百七十一條。 刑事訴訟法第三百條、第三百七十八條、第三百七十九條第十款、第四百四十五條。	六五
一六	八九	二六五	刑法第一百九十三條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	七〇
一七	八九	三一六	刑法第二百零一條第一項、第三百三十九條第一項、第三百二十條第一項、第五十五條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	七四
一八	九〇	一一〇	刑法第二百十條、第二百二十條。	七八

一九	八九	四七七	刑事訴訟法第三百七十八條。 刑法第二百十四條。 民事訴訟法第五百十一條、第五百十二條、第五百十六條第一項、第五百十九條第一項、第五百十三條第一項。 刑事訴訟法第三百七十八條。	八一
二〇	九〇	三四三	刑法第二百十七條、第二百十八條、第二百十六條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	八六
二一	八九	二五五	刑法第二百二十二條第一項、第二百二十一條、第二百三十六條。 刑法施行法第九條之二。 刑事訴訟法第三百七十八條、第三百零三條第三款。	八九
二二	八九	四	刑法第二百三十一條第三項、第一項、第二項、第五十五條前段。 刑事訴訟法第三百七十八條。	九四

二七	二六	二五	二四	二三
八九	八九	九〇	九〇	九一
四六一	一七八	二六三	一五五	九三
刑法第三百四十二條、第五十五條前段。 銀行法第一百二十七條之一、第三十三條第一項。	刑法第三百三十條、第三百二十九條、第三百二十一條 第一項第四款、第三百二十八條第一項。 刑事訴訟法第三百七十八條。	刑法第三百二十條第二項。 刑事訴訟法第三百七十九條第十款。	刑法第三百十條第三項前段、第二項。 司法院大法官會議釋字第五〇九號解釋、第一八一號解 釋。 刑事訴訟法第三百七十八條。	刑法第三百零四條。 刑事訴訟法第三百七十八條。
一二〇	一一六	一一〇	一〇三	九八

二八	八九	二四〇	刑事訴訟法第三百七十八條、第三百七十九條第十四款。 刑法第三百五十四條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	一二六
貳、刑事訴訟法				
二九	九〇	七四	刑事訴訟法第三十一條第一項、第四十七條、第三百七十九條第七款。 刑法第三百四十八條第一項。	一三一
三〇	九一	一五二	刑事訴訟法第二百八十四條、第二十七條第一項、第三十一條第一項、第三百七十九條第七款、第三百九十三條第一款、第三百九十四條第一項。 刑法第三百四十八條第一項。	一三五
三一	九一	一七六	刑事訴訟法第一百五十五條第二項、第一百六十五條第一項。	一四三

三二	九〇	二一〇	一項、第四百四十七條第一項第一款、第三百七十九條第十款。 著作權法第一百條、第九十一條第一項（八十七年一月二十一日修正前）。	一五一
三三	九一	一〇四	刑事訴訟法第一百八十條第一項第一款、第一百八十五條第二項、第三百七十八條。 刑法第一百六十八條。	一五五
三四	九〇	三八九	刑事訴訟法第二百三十八條第一項、第三百七十八條。 刑事訴訟法第二百三十八條第一項、第三百零三條第三款、第三百七十八條。	一五九
三五	九〇	三四二	刑法第二條第一項但書、第二百二十四條、第二百三十六條。	一六二

三六	八九	九七	刑法施行法第九條之二。	一六八
三七	八九	一六一	刑事訴訟法第二百三十八條第一項、第三百零三條第三款、第三百七十八條。 鄉鎮市調解條例第二十五條第二項。 刑法第二百七十七條第一項、第二百八十七條前段。	一七二
三八	九〇	一六	刑事訴訟法第二百三十七條、第三百七十八條。 司法院大法官會議釋字第一〇八號解釋。	一七七
三九	九一	一一六	刑事訴訟法第二百三十九條第一項、第三百零三條第三款、第三百七十八條。	一八一
四〇	九〇	一六〇	刑事訴訟法第二百六十條、第三百零三條第四款、第三百七十八條。 刑事訴訟法第二百六十六條、第二百六十四條第二項第一款、第三百七十九條第十二款。	一八五

四一	九一	一三九	司法院院字第五六九號解釋、第一七二九號解釋。	一八九
四二	九〇	二三六	刑事訴訟法第二百六十六條、第二百六十四條第二項第一款、第三百零三條第二款、第三百零二條第一款。	一九六
四三	九一	一八二	電子遊戲場業管理條例第十五條、第二十二條。	二〇〇
四四	九一	三〇二	刑事訴訟法第二百七十三條第三項、第三百六十四條、第五十三條、第三百七十八條。	二〇四
四五	九一	九一	刑事訴訟法第二百八十九條第一項、第三百六十四條、第四十七條、第三百七十九條第十款。	二一四
			刑事訴訟法第三百條(原第二百五十九條)、第三百零二條、第三百七十八條。	二一一

四六	九〇	五	專利法第一百二十四條、第一百二十五條。	二一五
四七	九一	七一	刑事訴訟法第三百零二條第一款、第三百七十八條。	二一九
四八	八九	一三七	刑事訴訟法第三百零三條第四款、第二百六十條第一款、第三百七十八條。	二二二
四九	九一	二九〇	刑事訴訟法第三百十九條第一項、第三百七十九條第五款。	二二六
			刑法第二百十四條。	
			司法院院字第一七〇二號解釋。	
五〇	八九	二一九	刑事訴訟法第三百二十三條、第三百七十八條。	二三二
			刑事訴訟法施行法第二條、第五條。	
五一	九一	二〇六	刑事訴訟法第三百四十九條、第六十五條、第三百七十	二三八

五二	八九	四一三	八條。 民法第一百二十二條。 司法院大法官會議釋字第二七一號解釋。	二四二
五三	九〇	三三七	刑事訴訟法第三百七十八條。 民事訴訟法第二百三十二條。 司法院大法官會議釋字第四三號解釋。 公職人員選舉罷免法第九十八條第三項。	二四六
五四	九〇	二八	刑事訴訟法第三百七十九條。	二五〇
五五	九一	二〇四	刑事訴訟法第三百七十九條第五款、第三百七十八條。	二五四
五六	九〇	二五九	刑事訴訟法第三百七十九條第十款。 毒品危害防制條例第二十二條第二項。	二五八

五七	九〇	八二	刑事訴訟法第三百七十九條第十款、第三百七十八條。	二六三
五八	八九	三四〇	刑事訴訟法第四百七十七條第一項、第三百七十八條。 刑法第四十八條、第四十七條。	二六七
參、刑事特別法				
毒品危害防制條例				
五九	九〇	一七四	毒品危害防制條例第十條第二項、第十一條第二項。 刑事訴訟法第三百七十八條。	二七一
六〇	九〇	七二	毒品危害防制條例第十六條、第八條第二項。 刑法第一百六十九條第一項。 刑事訴訟法第三百七十八條。	二七五
六一	九〇	一二一	毒品危害防制條例第十八條第一項前段、第二條第二項第三款。 刑法第四十條但書、第二條第一項但書、第二項。	二七九

六二	九〇	八一	刑事訴訟法第三百七十八條。 毒品危害防制條例第二十條、第十條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	二八四
六三	八九	九〇	毒品危害防制條例第二十條第三項、第二項、第一項、第十條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	二九〇
六四	八九	一六四	毒品危害防制條例第二十條第三項。 刑事訴訟法第三百七十八條。	二九五
六五	九〇	八六	毒品危害防制條例第二十二條第二項、第一項、第二十九條第二項。 刑事訴訟法第三百七十八條。	二九九
六六	九〇	二一七	毒品危害防制條例第二十三條第一項、第二項、第二十九條第一項、第二項。	三〇三

			觀察勒戒處分執行條例第三條第一項。 刑事訴訟法第三百七十八條。	
槍砲彈藥刀械管制條例				
六七	八九	三七五	槍砲彈藥刀械管制條例第七條第四項、第十二條第四項。 刑法第五十五條前段、第三十八條第一項第一款。 刑事訴訟法第三百七十八條、第三百七十九條第十四款。	三〇八
六八	九一	二六五	槍砲彈藥刀械管制條例第十五條第一款、第二款、第十四條第三項。 刑事訴訟法第三百七十八條。	三一四
六九	九一	八	槍砲彈藥刀械管制條例第十九條第一項(八十六年十一月二十四日修正)、第七條第四項(八十六年修正前)。 刑法第三百零二條第一項、第一百八十七條、第五十五	三一八

七〇	八九	三八七	條、第九十條。 懲治盜匪條例第五條第一項、第二項。 刑事訴訟法第三百七十八條。 槍砲彈藥刀械管制條例第二十條第一項、第十一條第四項。 刑事訴訟法第三百七十八條。	三二三
七一	九一	二五一	動產擔保交易法第二十六條、第三十八條。 刑法第三十一條第一項。 刑事訴訟法第三百七十八條。	三二六
七二	九〇	一一三	動產擔保交易法第三十八條、第二條。 民法第八十七條第一項、第二項。 刑事訴訟法第三百七十八條。	三三〇
七三	九一	三〇五	動產擔保交易法第三十八條。 刑法第三十一條第一項。	三三四

動產擔保交易法

司法院大法官會議釋字第二二七號解釋。
刑事訴訟法第三百七十八條。

貪污治罪條例

七四 八九 二七〇 貪污治罪條例第六條第一項第四款、第五條第一項第二款。
三三八

刑事訴訟法第三百七十八條。

七五 八九 一八二 貪污治罪條例第六條第一項第四款、第二項。
三四四

司法院院解字第三九一七號解釋。
刑事訴訟法第三百七十八條。

七六 八九 一九一 貪污治罪條例第八條第二項、第十條第一項、第二項、
三四八

第四條第一項第五款、第五條第一項第三款。
刑事訴訟法第三百七十八條。

公職人員選舉罷免法

七七	八九	一六六	公職人員選舉罷免法第九十條之一第一項。 刑法第一百四十四條、第五十五條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	三五三
少年事件處理法				
七八	九一	七六	少年事件處理法第十八條第一項、第三條第一款。 刑事訴訟法第三百七十九條第五款、第三百零三條第一款、第四百五十一條第一項、第三項。	三五七
七九	九一	一二八	少年事件處理法第六十五條第三項。 少年事件處理法施行細則第三條之一、第八條第一項 (九十年六月二十九日修正)。 刑法第五十六條、第二百二十七條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	三六一
陸海空軍刑法				
八〇	九一	三〇三	陸海空軍刑法第七十七條(九十年十月二日修正)。	三六五

軍事審判法

			軍事審判法第五條第一項前段、第二百三十七條、第一條第一項。 國家安全法第八條第二項前段。 毒品危害防制條例第十條第二項。 刑法第六十一條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	
八一	九〇	一〇〇	軍事審判法第三十四條、第二百二十六條。 國家安全法第八條。 電信法第五十六條第一項。 陸海空軍刑法第八十五條。 刑法第三百三十五條第一項、第三百三十九條第二項、第六十一條、第五十六條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	三七〇
八二	八九	一五八	道路交通管理處罰條例第八十六條第二項、第四十條。	三七五

			道路交通安全規則第九十三條第一項第一款。 刑法第六十二條前段。 刑事訴訟法第三百七十八條。	
	懲治走私條例			
八三	八九	二六九	懲治走私條例第二條第一項、第三條第一項、第十二條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	三八〇
	洗錢防制法			
八四	八九	一八三	洗錢防制法第九條第一項、第二條第二款、第三條第一項第一款。 刑法第三百四十九條第一項、第二項 第五十六條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	三八五
	電子遊戲場業管理條例			
八五	九一	二一二	電子遊戲場業管理條例第二十二條、第三條、第四條、	三九〇

公司法	商標法			專利法		
		八六	九一	二七二	八七	八九
	第五條、第六條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	商標法第六十條、第五十二條第一項、第三十七條第一項、第五十四條、第六十二條第一款。 刑事訴訟法第三百七十九條第九款。		專利法第一百三十一條第二項、第三項、第一百二十四條。 司法院大法官會議釋字第五〇七號解釋、第一八五號解釋。 刑事訴訟法第三百七十八條。		
		三九九			四〇四	

八八	八九	一四〇	公司法第九條第三項。 刑法第二百十六條、第二百十條、第二百十四條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	四〇八
八九	九〇	二四六	動物傳染病防治條例第四十一條第一項、第三十三條。 臺灣地區與大陸地區人民關係條例第四十條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	四一三
九〇	九一	二八八	竊盜犯贓物犯保安處分條例第一條、第三條。 刑法第五十五條、第二百零一條、第三百二十一條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	四一八
九一	八九	八七	農地重劃條例第三十九條。	四二二

			刑法第三十二條、第三十三條、第三十四條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	
台灣地區與大陸地區人民關係條例				
九二	八九	九四	台灣地區與大陸地區人民關係條例第七十五條第二條第二款。 憲法第四條。 憲法增修條又第十一條。 刑法第三百三十九條第一項、第二百十五條、第七條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	四二七
管理外匯條例				
九三	九〇	四〇一	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。	四三二
稅捐稽徵法				
九四	八九	九	稅捐稽徵法第二條、第四十一條、第四十七條第一款。	四三八

就業服務法	公平交易法			關稅法第二條。 刑法第二百十六條、第二百十條、第二百十五條。 刑事訴訟法第三百七十八條。	
	九五	八九	九六		
	藥事法				
	九六	八九	一七九		
公千交易法第三十五條(八十八年修正)、第三十五條(八十八年修正前)、第四十一條、第十四條、第四十九條。 刑法第二條第一項、第一條、第三百零四條第一項。 刑事訴訟法第三百零二條第四款、第三百七十八條。				四四二	
藥事法第八十三條第四項。 刑事訴訟法第三百七十八條。				四五二	

九七	八九	二四三	就革服務法第五十三條第四款、第六十二條、第五十八條第一項。 刑事訴訟法第三百七十八條。	四五七
水利法				
九八	九一	一八九	水利法第九十二條之一第一項中段、前段、第七十八條第一項。 刑事訴訟法第三百七十八條。	四六一
空氣污染防治法				
九九	九〇	八〇	空氣污染防治法第四十五條第一項、第二十四條、第五十一條第一項、第二項、第七十五條第三款。 刑事訴訟法第三百七十八條。	四六五
家庭暴力防治法				
一〇〇	九一	七五	家庭暴力防治法第三十條第一項、第五十條、第三條第	四七〇

一款、第十三條第二項第一款、第二款、
刑事訴訟法第三百七十八條。

壹、刑法

【第一案】

一、關係條文

刑法 第一百七條、第二百七十一條第一項、第二百七十七條第二項。
刑事訴訟法 第三百七十九條第十四款。

二、非常上訴理由

按判決不載理由或所載理由矛盾者，其判決當然為違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第十四款定有明文。復按刑法第一百七條加重結果犯係以行為人對於結果之發生客觀上能預見，而王觀上未預見，為其成立要件，否則即無加重規定之適用。析言之，行為人對於結果之發生有無可能預見，應依行為當時之客觀情狀，而非就行為人之主觀認識，以為判斷。如行為人王觀上有預見，即與加重結果犯之範疇有別，此觀諸最高法院歷年來之判決自明（七十九年度台上字第二〇三號、八十三年度台上字第三六三號、八十九年度台上字第一〇九號、九十年度台上字第二六五四號等判決參照）。經查原確定判決改變公訴人所引刑法第二百七

十一條第一項殺人罪之起訴法條，論以同法第二百七十七條第二項傷害致人於死罪。雖事實欄記載被告某甲、某乙係共同基於普通傷害之犯意聯絡而為，並謂被告某甲與某乙在客觀上均有持續毆打被害人廖女之身體，可預見將造成廖女死亡結果之可能。云云。外理由欄一、(五)卻又指稱是被告某甲、某乙既明知上開犯行足致使被害人死亡，竟持續毆打凌虐導致被害人死亡，其論斷顯與加重結果犯之理論有違。從而原確定判決之事實與理由既互相矛盾自屬違背法令。率經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

九十一年度台非字第一五四號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

某乙

右上訴人因被告等傷害致人於死（殺人）案件，對於台灣高等法院中華民國九十年三月二十七日第二審確定判決，認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不載理由或所載理由矛盾者，其判決當然違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第十四款定有明文。又傷害人之身體，因而致人於死，乃學理上所謂之加重結果犯，以行為人對加重結果（死亡事實）之發生，客觀上有預見之可能，王觀上則未預見為必要，如行為人王觀上亦有預見，則其既明知而為，即屬殺人罪之範疇，非加重結果犯。本件原確定判決事實認被告某甲、某乙於民國八十六年七月四日凌晨二時許，在台北市○○街××號四樓廖女任處，共同基於普通傷害之犯意聯絡，二人在客觀上均有持續毆打廖女身體，可預見將造成其死亡結果之可能，仍以衣架或共同徒手毆打被害人廖女，理由內并說明被告等毆打廖女，係基於普通傷害之犯意而為，其長時間持續毆打，復以沉重之啞鈴痛擊，客觀上足致被害人發生死亡之結果，除為社會之通念外，當為被告等所得預見。復謂被告等既明知

上開傷害犯行足致使被害人死亡，竟持續毆打、凌虐，導致被害人死亡等語，則被告等倘王

觀上對其傷害行為足致被害人死亡之結果，已有預見，猶明知而為，應屬殺人罪範疇。是原確定判決依上開認定事實，論處被告等刑法第二百七十七條第二項前段之傷害致人於死罪責，所為事實認定與其理由之論敘，即有相互矛盾之違法。牽經確定，非常上訴意旨執以指摘，尚有理由，且此項違誤，尚非於被告等不利，應由本院將原確定判決關於違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如左。

中華民國十九年六月十七日

【第二案】

一、關係條文

刑法 第二百二十八條、第三十八條第三項、第一項第二款。

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

按判決適用法則不當者，為違背法令，又判決所載理由矛盾者，其判決當然違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條、第三百七十九條第十四款後段定有明文。次按刑法第三十八條第三項所稱之「屬於犯人」，係包括共犯之人在內，而沒收之諭知，對於共犯中之任何一人，均屬從刑，凡必須沒收之物，於共犯之判決均應為沒收之諭知（貴院六十五年第五次刑事庭會議決議參照）。查本件依原確定判決所認定之事實，某甲於民國八十八年八月八日十九時許，明知姓名年籍不詳綽號「柚子頭」之成年男子委託其前任旗津外海距海岸約零點五海里處載運之貨物，係逾公告數額新台幣（下同）十萬元之管制物品，竟與「柚子頭」基於共同

之犯意聯絡，議定以二萬元爲運費後，由「柚子頭」先交付其一萬元，便駕駛向不詳姓名且不知情之人承租之「扁舢港外××號」膠筏，前往上開地點向一艘不知名之商船，接駁載運前開平菸。嗣其準備將前述平菸載至紅毛港外海叉與「柚子頭」所指定之代號「紅龍果」之小舢舨時，在高雄港第二港口北堤外海零點五海里處，爲警當場查獲。並扣押未稅平菸「大衛杜夫牌」七千包、「七星牌」四千五百包及「峰牌」一千五百包共計一萬三千包（現由台灣省菸酒公賣局屏東分局保管中）等情。因認被告與「柚子頭」間就上開犯行有犯意聯絡及行爲分擔，爲正同正犯。則上開未稅平菸雖係「柚子頭」委請被告所運送，而屬「柚子頭」所有，惟上開未稅平菸現仍扣押在案，由台灣省菸酒公賣局屏東分局保管中，並非不存在，依前揭最高法院刑事庭會議決議之意旨，上開未稅平菸自應依刑法第三十八條規定沒收。詎原判決竟稱「柚子頭」者委請被告運送之走私物品，因並無證據足以認定係被告所有，乃難認係供被告犯罪所用或被告因犯罪所得之物，爰不依刑法第三十八條規定宣告沒收，顯有適用法則不當及判決所載理由矛盾之建誤。牽經確定，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

八十九年度台非字第254號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告走私案件，對於台灣高雄地方法院中華民國八十八年十一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

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按共同正犯係在合同意巴範圍之內，各自分擔行為之一部，相互利用他人之行為，以達犯罪之目的，即應對犯罪之全部事實各負全部之責任。基此理論，對於共同正犯之一所有而為供犯罪所用之物，依刑法第三十八條第三項、第一項第二款之規定予以沒收時，在其他共同正犯部分，自得諭知沒收。本件原判決認定之事實，被告某甲係受綽號「柚子頭」之成年男子委託，共同運送走私物品未稅洋菸，被警查獲。則該批未稅洋菸屬共同正犯「柚子頭」

所有，且係供犯運送走私物品罪之走私物品，依上開規定係屬得沒收之物。本件被告與該「柚子頭」既為共同正犯，據首開說明，法院可得對上述洋菸論知沒收。乃原判決理由竟謂該批未稅洋菸係「柚子頭」委請被告運送之走私物品，因無證據足認係被告所有，乃難認係供被告犯罪所用之物，爰不依刑法第三十八條規定宣告沒收云云，顯有不適用法則之違法。案經確定，非常上訴執此指摘，洵有理由。顧此違誤，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，判決如王文。

中華民國二十九年八月十日

【第三案】

一、關係條文

刑 法 第二十八條、第三十條、第二百六十八條、第二百六十六條第二項、第三十八條第一項第二款。

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定有明文。本件原判決以被告某甲、某乙二人，明知黃某意圖營利提供賭博場所及聚眾賭博，而共同出於幫助之意，代為尋得可供賭博之場所，便利黃某圖利提供賭博場所，聚眾賭博，並以被告二人，就其幫助之行爲，有犯意聯絡及行爲分擔，應論以共同正犯，因而適用刑法第二十八條、第二百六十八條，依想像競合犯之法理，從一重論處被告等共同幫助意圖營利聚眾賭博罪刑，並依幫助犯之規定，減輕其刑，雖非無見。惟刑法第二十八條之共同正犯，係指二人以上共

同實施犯罪之行爲者而言，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，要亦各負幫助責任，仍無適用該條之餘地，此有最高法院三十三年上字第七九三號判例可參，乃原判決對被告等之幫助行爲，竟適用刑法第二十八條論以共同正犯，其適用法律，頗有未當。又得依刑法第二百六十六條第二項之規定沒收者，限於當場賭博之器具與在賭檯或兌換籌碼處之財物，始可不問屬於犯人與否，沒收之。本件原判決將其於被告某甲所搭乘之車號××—五××二號自小客車上，所搜得之賭具骰子二十五粒，賭資新臺幣（下同）三十萬元，竟與其在當場查獲之賭具骰子五十三粒，筒子麻將四十粒，賭檯上之賭資四十九萬二千八百元，一併依刑法第二百六十六條第二項予以沒收，於法尤有違誤。再共同正犯因相互利用他方之行爲，以遂其犯意之實現，本於責任共同之原則，有關從刑之沒收部分，雖他共犯所有供犯罪所用之物，不應於其本身所處王刑之後，併爲沒收之諭知。幫助犯則僅對犯罪構成要件以外之行爲爲加工，且無共同犯罪之意思，自不適用該責任共同之原則，對於正犯所有供犯罪所用之物，自無庸併爲沒收之宣告。本件原判決既認被告二人，共同出於幫助之意思，代爲尋得可供賭博之場所，便利黃某圖利提供賭博場所、聚眾賭博，卻對正犯黃某所有，供賭博用之無線電一台、計算機一台，竟爲沒收之諭知，乃有適用法則不當之違法。牽經確定，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

八十九年度台非字第四六〇號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

某乙

右上訴人因被告等賭博案件，對於臺灣南投地方法院，中華民國八十八年十二月三日第一審確定判決，認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如左

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。

又刑法第二十八條之共同正犯，係指二人以上共同實施犯罪行為而言，幫助他人犯罪，正非實施正犯，在事實上雖有二人以上共同幫助他人犯罪，但既係各負幫助犯責任，自無適用刑法第二十八條論以共同正犯之餘地。此觀諸本院三十三年上字第七九三號判例意旨即明。本件原確定判決認定 被告某甲、某乙共同基於幫助意圖營利，並提供賭博場所聚眾賭博之犯意聯絡，於民國八十八年七月三日，由某乙出面與鄒某合設租借賭博場所，鄒某同意後，某乙即通知某甲轉知黃某，而由黃某以每日新台幣（下同）六千元代價並提供茶水、飲料、宵夜等之方式，向同有犯意聯絡之鄒某，承租南投縣草屯鎮○○路××巷××號前搭建廣場之公眾得出入場所，供做賭博場所，並僱請同有犯意聯絡之楊某在場把風，由黃某聚眾賭客，提供筒仔麻將、骰子等為賭具，聚集王某、周某、華某、李某 等人，由賭客輪流作莊方式，約定莊家或賭客每贏一千元，即反由黃某抽頭三十元比例，自八十八年七月三十一時許開始賭博財物。嗣於同日二十二時三十分許，經警當場查獲等情。而依想像競合犯，從一重論處被告等共同幫助意圖營利聚眾賭博罪刑。茲查原確定判決認定被告等均係以一行為犯刑法第二百六十八條意圖營利供給賭博場所及聚眾賭博罪之幫助犯，應從一重之幫助

意圖營利聚眾賭博罪處斷，則被告等就其行為自應各負幫助犯責任，並無適用刑法第二十八條論以共同正犯之餘地，乃原判決竟適用刑法第二十八條規定，以幫助意圖營利聚眾賭博罪之共同正犯論處被告等罪刑，顯有適用法則不當之違誤，案經確定，非常上訴執以指摘，為有理由，惟原判決此部分尚非不利於被告等，應僅將原判決上述違背法令部分撤銷，以資糾正。再依刑法第二百六十六條第二項規定宣告沒收者，以當場賭博之器具與在賭檯或兌換籌碼處之財物為限。若非賭博現場之賭具或置於賭檯或兌換籌碼處所以外之財物，即不得依該條規定予以沒收。又共同正犯在犯意聯絡範圍內，分擔犯罪行為之遂行，而相互利用他人之行為，以達成其犯罪之目的，故應對全部行為共同負責，則基於責任共同之原則，有關從刑沒收部分，雖係其中一共犯所有供犯罪所用、預備用或犯罪所得之物，惟對於其他共同正犯而言，仍不失為從刑，故仍應於論處其他共同正犯罪刑時，併為沒收之諭知。惟幫助犯既係以幫助他人犯罪之意思，參與該犯罪構成要件以外之行為，因而各自負擔幫助犯罪責，則與所幫助之正犯間，自無責任共同原則之適用，正犯所有供犯罪所用、預備用或犯罪所得之物，自無庸於宣告幫助犯罪刑時，併為沒收之諭知。本件原確定判決認定 無線電一台、計算機

一台、係正犯黃某所有供犯賭博罪所用之物，而賭具骰子二十五粒及賭資三十萬元，係在某甲所搭乘之車號××—五××二號自小客車上搜得扣案。則上開二十五粒骰子，自非當場賭博之器具，賭資三十萬元亦非賭檯或兌換籌碼處之財物，而扣案之無線電及計算機各一台，則係正犯黃某所有供其犯罪所用之物，原確定判決竟分別依刑法第二百六十六條第二項（骰子二十五粒及賭資三十萬元部分）及同法第三十八條第一項第二款（無線電及計算機各一台部分）規定，於宣告被告等罪刑時，就上開物品，併為沒收之諭知，揆諸上開說明，均有適用法則不當之違誤。上訴人於原判決確定後，就此部分認為違法，提起非常上訴，尚屬正當，應由本院將原判決上開違背法令部分撤銷，以資糾正。又後二沒收從刑撤銷部分具有改判性質，原判決此部分既對被告等不利，其效力自及於被告等，附此指明。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，判決如王又。

中華民國八年十月十一日

【第四案】

一、關係條文

刑法 第三十條、第二十八條、第三十八條第一項第二款。

毒品危害防制條例 第十九條第一項。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

以幫助他人犯罪之意思而參與犯罪構成要件之行為者，為正犯而非從犯。故刑法上關於正犯、從犯之區別，係以其主觀之犯意及客觀之犯行為標準。凡以自己犯罪之意思而參與犯罪，無論其所參與者是否犯罪構成要件之行為，皆為正犯，其以幫助他人犯罪之意思而參與犯罪，其所參與者，苟係犯罪構成要件之行為，亦為正犯，不以幫助他人犯罪之意思而參與犯罪，其所參與者，又為犯罪構成要件以外之行為，始為從犯。此有最高法院四十六年台非字第十七號、二十五年上字第二三三號判例可稽。本件依序判決事實記載 被告某甲基於幫助販

賣第一級毒品海洛因之概括犯意，自民國八十七年五月間某日起至同年八月十七日止，連續在其住所等處，以新台幣一千元至三千元不等之價錢，幫助年籍住址不詳之梁某販賣第一級毒品海洛因予尤某施用等情，則被告雖係以幫助梁某販賣第一級毒品海洛因之意思而參與犯罪，但其所參與者，係經手第一級毒品海洛因之出售與價金之收取，自與販賣第一級毒品罪之構成要件相當，依首開判例意旨，被告自係正犯。乃原判決竟以幫助犯論，自有適用法則不當之違法。又犯毒品危害防制條例第四條至第九條、第十二條、第十三條或第十四條第一項、第二項之罪者，其供犯罪所用或因犯罪所得之財物，均沒收之。如全部或一部不能沒收時，追徵其價額或以其財產抵償之，同條例第十九條第一項定有明文。此項沒收之規定，自應優先刑法總則第三十八條沒收規定之適用。原判決既認定，對於扣牽之鍊口塑膠袋二大包，係被告供犯販賣第一級毒品罪所用之物，且為被告所有云云，竟不適用毒品危害防制條例第三十九條第一項諭知沒收，而依刑法第三十八條第一項第二款宣告沒收，亦有適用法則不當之違法，牽經確定，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

八十九年度台非字第一五四號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 茅甲

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八十八年二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）

本院按刑法上之幫助犯，係指以幫助之意思，對於正犯資以助力，而未參與實施犯罪之行為者而言，如就構成犯罪事實之一部，已參與實施即屬共同正犯。本件原確定判決事實認定被告茅甲基於幫助販賣第一級毒品海洛因之概括犯意，自民國八十七年五月間茅日起至同年八月十七日止，連續在其位於台南縣○○鄉○○村×號之住處等處，以新台幣一千元至三千元不等之價錢，幫助年籍住址不詳之梁某販賣第一級毒品海洛因予九某施用。嗣於同年八月十

七日經警查獲九草施用第一級海各因並得知上情後，再循線於同年八月二十日在被告上開住處查獲，並扣得被告所有之海各因一小包（淨重〇・一二公克、包裝重〇・四八公克）、殘渣空塑膠袋一個、鍊口塑膠袋二大包、削大吸管四支及自製水煙十三組等物等情。則被告對於梁草販賣第一級毒品海各因，已參與實施犯罪構成要件之行為，自應以與梁草共犯販賣第一級毒品罪論擬，亦即應論以販賣第一級毒品罪之共同正犯，而非幫助犯。原判決認被告係幫助販賣第一級毒品罪，自有適用法則不當之違法。又毒品危害防制條例第十九條第一項規定犯第四條至第九條、第十二條、第十三條或第十四條第一項、第二項之罪者，其供犯罪所用或因犯罪所得之財物，均沒收之，如全部或一部不能沒收時，追繳其價額或以其財產抵償之。原判決既認定扣案之鍊口塑膠袋二大包，係被告供販賣第一級毒品所用之物，且為被告所有，即應適用上開條例第十九條第一項規定諭知沒收，原判決竟依刑法第三十八條第一項第二款宣告沒收，亦有適用法則不當之違法。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，惟原判決尚非不利於被告，應僅將其關於違背法令之部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。

【第五案】

一、關係條文

刑	法	第三十八條第三項、第一項第二款、第二百十六條。		
營業	稅	法	第三十二條。	
軍事審判	法	第二百二十六條。		
軍事審判	法	施行	法	第三條第一項但書。
刑事訴訟	法	第三百七十八條。		

二、非常上訴理由

一、按供犯罪所用之物，以屬於犯人者為限，得沒收之，刑法第三十八條第三項定有明文，故非屬於犯人所有之物，縱其供犯罪所用，亦不得沒收。

二、本件原確定判決認被告某甲構成刑法第二百十六條「行使變造私文書」罪，前經陸軍第六軍團司令部於八十八年八月十一日(88)判字第XX號判處有期徒刑八月，緩刑三年，變

造之統一發票十六張沒收，並於同年月二十四日確定。查統一發票依營業稅法第三十二條規定，為營業人銷售貨物或勞務與買受人之憑證，本質上係私又書之一種，亦屬動產之範疇，然被告變造之統一發票十六張均已向銀行行使兌獎，其所有權即因被告交付發票、領取獎金之行爲而移轉，已非屬被告所有，雖係供犯罪所用之物，依前揭刑法第三十八條第三項之規定，自不得沒收之，惟原判決仍認變造之統一發票係屬被告所有且供犯罪所用之物而論知沒收，顯係適用法則不當，為違背法令。

三、依軍事審判法第二百二十六條之規定，提起非常上訴，以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十九年度台非字第四二六號

上訴人 國防部最高軍事法院檢察署檢察長

被告 某甲

右上訴人因被告行使變造私又書案件，對於陸軍第六軍團司令部中華民國八十八年八月十一日初審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於沒收部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按供犯罪所用之物，除有特別規定者外，以屬於犯人者為限，得沒收之，刑法第三十八條第三項規定甚明。查本件原判決附表所示之變造統一發票共十六張，係被告某甲於民國八十六年八月五日至六日與非軍人之陳某（另案由台灣台北地方法院審理）共同基於意圖為自己不法所有之概括犯意，由陳某將原未中獎之統一發票變造為八十六年六月份第五獎之統一發票後，再由被告先後十六次前往原判決附表所列之各銀行，行使兌換統一發票獎金，每次詐兌得款新台幣（下同）一千元，共計詐領統一發票獎金一萬六千元，由二人朋分花用，足生損害於財政部及稅捐王管稽徵機關等情，為原判決所認定之事實，則原判決附表所示之統一發票，已因被告詐兌行使而交付原判決附表所示之各銀行，顯非被告等所有甚明，且無得就該變造之統一發票予以沒收之特別規定，乃原判決竟認該變造之統一發票共十六張係屬被告所有供犯罪所用之物，依刑法第三十八條第一項第二款規定予以沒收，自屬違法，且不利於被告，率經確定，非常上訴意旨執此指摘，洵有理由，應由本院將原判決關於沒收部分予

以撤銷，以資救濟。又本件係軍事審判法八十八年十月二日修正公布前，依舊法確定之案件，依同日修正公布之軍事審判法施行法第三條第一項但書規定，得向本院提起非常上訴，併予指明。

據上論結，應依軍事審判法第二百二十六條、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 九 年 十 一 月 十 六 日

【第六案】

一、關係條文

刑 法 第四十七條、第七十九條之一第一項、第三項。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決適用法則不當者，爲違背法令，又應於審判期日調查之證據而未予調查者，其判決當然爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條、第三百七十九條第十款定有明文。本件台灣嘉義地方法院八十七年度訴字第××號刑事確定判決以被告曾於八十二、八十三年間，因犯煙毒案件，分別經台灣台南地方法院判處有期徒刑二年並經台灣高等法院台南分院駁回上訴確定，及經台灣台南地方法院判處有期徒刑三年四月確定，從八十三年二月二日刑期起算，嗣於八十五年一月三十一日執行完畢，並又接續執行（已構成累犯），有期徒刑三年四月，假釋期間則至八十八年五月三日止。竟不知悔改，與吳草及綽號「老王」之不評姓名男子，共

同基於販賣毒品安非他命之概括犯意聯絡，於假釋期間內之八十七年五月中旬起，至同年九月三日凌晨止。由吳某與綽號「老王」之不詳姓名男子一同前往或由某甲開車載吳某前往或由某甲本身前往，先後六次在嘉義市聖馬爾定醫院入口處等地，以新台幣（下同）五千元、八千元、五千元、五千元、三千元、七千元不等代價，販賣第二級毒品安非他命予陳某。嗣於同年九月三日晚十一時三十分許，某甲在台南縣白河鎮草店里右轉小路旁嘉慶公廟前，欲以四千元代價，販賣安非他命予陳某之際，由陳某帶同之警方當場查獲。因認被告犯毒品危害防制條例第四條第二項販賣第二級毒品罪，而依單犯規定加重其刑後判處有期徒刑拾年。惟查受有期徒刑之執行完畢，或受無期徒刑或受有期徒刑一部之執行而赦免後，五年以內再犯有期徒刑以上之罪者，始為累犯，刑法第四十七條定有明文。又所謂執行完畢，其在監獄執行刑期屆滿者，固不待言，如係經假釋出獄者，須在無期徒刑假釋後滿十年，或在有期徒刑所餘刑期內未經撤銷假釋者，其未執行之刑，始得以執行完畢論。如其為二以上徒刑併執行者，依刑法第七十九條之一第一項規定「二以上徒刑併執行者，第七十七條所定最低應執行之期間，合併計算之」。同條第三項規定「依第一項規定合併計算執行期間而假釋者，前條第一項規定之期間，可合併計算之」。從而，在併合執行之情形，經許其假釋出獄者，其報請許可假釋所須最低應執行期間既合併計算，且假釋期間（即殘刑期間）可合併

計算之，其期間即無從區分。因之，不論假釋出獄前所執行之期間，是否已逾其中任一罪之刑期，可不論嗣後其假釋有無被撤銷，在假釋期間內，均應認為未執行完畢。其於執行逾其中任一罪之刑期後五年以內之假釋期間，再犯有期徒刑之刑以上之罪者，即不應論以累犯。本件被告上開因犯煙毒案件被判處有期徒刑二年及三年四月，自八十三年二月二日刑期起算，檢察官執行指揮書執行完畢日期為八十五年一月三十一日，並接續執行有期徒刑三年四月，檢察官執行指揮書執行完畢日期為八十八年五月三日，而被告於八十四年十二月十四日假釋出獄，此有台灣嘉義地方法院檢察署刑事資料查証紀錄表在卷可稽。依上述說明，被告於八十七年五月中旬起至同年九月三日凌晨止之共同連續販賣第二級毒品犯行時，上開因犯煙毒案件被判處有期徒刑二年及三年四月案件，均尚未執行完畢，自不應論以累犯。原審對於被告上開前科資料及其執行之情形未詳加調查，致誤認被告合併執行中之有期徒刑二年，已於八十五年一月三十一日執行完畢，而於五年以內再犯本件有期徒刑以上之罪，並依累犯規定加重其刑後予以處刑，揆諸首揭法條規定，原判決自有應於審判期日調查之證據未予調查及判決適用法則不當之違背法令。率經確定，且於被告不利。爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

九十一年度台非字第一二號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，對於台灣嘉義地方法院中華民國八十八年四月十二日第一審確定判決，認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於某甲王刑（從刑除外）部分撤銷。

某甲共同連續販賣第二級毒品，處有期徒刑柒年。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按 刑法累犯之成立，以受有期徒刑之執行完畢，或受無期徒刑或有期徒刑一部之執行而赦免後，五年以內再犯有期徒刑以上之罪為要件，故有期徒刑如尚未執行完畢，或未經一部之執行而赦免以前，更犯有期徒刑以上之罪者，即不得依刑法第四十七條累犯之規定加重

其刑，否則即有適用法則不當之違背法令，於判決確定後，得提起非常上訴救濟。又刑法第七十九條之一第一項規定「二以上徒刑併執行者，第七十七條所定最低應執行之期間，合併計算之。」同法條第三項規定「依第一項合併計算執行期間而假釋者，前條第一項規定之期間，不合併計算之。」，則二以上有期徒刑併執行之情形，倘經許其假釋出獄者，其報請許可假釋所須最低應執行之期間，既應合併計算，且假釋之殘刑期間，亦應合併計算之，其期間即無從區分，從而，不論假釋出獄前所執行之期間是否已逾其中一罪之刑期，亦不論嗣後其假釋有無被撤銷，在假釋期間內，均應認為尚未執行完畢，其於執行逾其中一罪之刑期後五年內之假釋期間，再犯有期徒刑以上之罪者，均不應論以累犯。本件第一審確定判決於事實欄內，確認被告某甲曾於民國八十二年、八十三年間，先後因犯煙毒案件，分別經台灣高等法院台南分院維持第一審判決判處其有期徒刑二年確定，及經台灣台南地方法院判處其有期徒刑三年四月確定，有期徒刑二年部分之執行，刑期從八十三年二月二日起算，於八十五年一月三十一日（應為三十日）執行完畢，又接續執行有期徒刑三年四月，經假釋出獄，假釋期間至八十八年五月三日期滿，於假釋期間，竟不知悔改，與吳某（經原判決論處罪刑

後，不服提第二審上訴，復經台灣高等法院台南分院判決論處罪刑確定）及綽號「老王」之不詳姓名男子，共同基於販賣第二級毒品安非他命之概括犯意聯絡，自八十七年五月中旬起，至同（八十七）年九月三日，連續六次在嘉義市聖馬爾定醫院、台南縣白河鎮草店里等地，販賣安非他命予陳某，於同（八十七）年九月三日晚上十一時三十分許，在台南縣白河鎮草店里嘉慶公廟前，第七次販賣安非他命予陳某之際，經警當場查獲等情。依原判決所確認之事實，本件被告共同連續販賣第二級毒品安非他命之時間，為八十七年五月中旬起至同年九月三日止。而被告於八十二年間因施用毒品案件，經台灣台南地方法院以八十二年訴字第X號判決，判處有期徒刑二年，復經台灣高等法院台南分院於八十二年十二月十五日以八十二年上訴字第X號判決上訴駁回確定，八十三年間，又因施用毒品案件，經台灣台南地方法院以八十三年訴字第X號判決判處有期徒刑三年四月，於八十三年五月十三日確定。上開有期徒刑二年之執行，刑期自八十三年二月二日起算，於八十五年一月三十日執行完畢，執行期間，於八十四年十二月七日假釋出獄，有期徒刑三年四月之執行，自八十五年一月三十一日起接續執行，原執行完畢日期為八十八年五月二十五日，嗣縮短刑期為八十八年五月

三日，此有原審法院被告全國前案紀錄表附於原審卷宗，及台灣嘉義地方法院檢察署刑案資料查註紀錄表附於該署八十八年度執字第××號執行卷宗，分別載明可稽。則被告前經判處有期徒刑二年及三年四月確定之執行，依法其報請許可假釋所須最低應執行之期間，及假釋之殘刑期間，均應合併計算，其期間已無從區分，假釋期間內，均應認為尚未執行完畢，被告於假釋期間內再犯本件之罪，顯與累犯之要件未合。詎原判決誤認為被告前犯經判處有期徒刑二年，已於八十五年一月三十一日執行完畢，於五年之內再犯本件有期徒刑以上之罪，論被告共同連續販賣第二級毒品罪，並依累犯規定就本刑無期徒刑以外部分加重其刑，王刑部分處以有期徒刑十年（從刑部分，宣告扣率之安非他命一包，淨重〇．八四公克，驗餘〇．八〇七八克，沒收銷燬之，販賣第二級毒品所得新台幣三萬三千元沒收，如全部或一部不能沒收時，追徵其價額或以其財產抵償之），揆諸上揭說明，原判決關於被告王刑累犯部分，顯然違背法令。率經確定，且於被告不利，非常上訴意旨，執以指摘，洵有理由，爰將原判決關於被告王刑部分撤銷（被告從刑部分，非常上訴意旨未加指摘），由本院另行依法判決如王又第二項之所示，以資救濟。至被告從刑部分，仍維持原判決，附為指明。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書、毒品危害防制條例第四條第

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、毒品危害防制條例第四條第二項，刑法第十一條前段、第二十八條、第五十六條，判決如王又。

中 華 民 國 九 十 一 年 一 月 十 一 日

【第七案】

一、關係條文

刑法 第五十一條第五款、第五十三條。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按法律上屬於自由裁量事項，向非概無法律性之拘束，在法律上有其外部界限及內部界限，前者法律之具體規定，使法院得以具體選擇為適當裁判，此為自由裁量之外部界限。後者法院為自由裁量時，應考量法律之目的，法律秩序之理念所在，此為自由裁量之內部界限。法院為裁判時，二者均不得有所踰越。在數罪併罰而有二裁判以上，應定其應執行刑之案件，法院所為刑之酌定，固屬自由裁量事項，然對於法律之內、外部界限，仍均應受其拘束（最高法院八十八年度台抗字第二七八號裁定參照）。經查本件受刑人某甲因妨害自由及違反槍砲彈藥刀械管制條例二罪，經台灣高等法院八十八年度上訴字第XX號刑事判決依次判處

有期徒刑拾壹月及有期徒刑壹年拾月，併科罰金拾伍萬元，並定應執行刑有期徒刑貳年肆月，併科罰金拾伍萬元確定，另受刑人某甲又因違反槍砲彈藥刀械管制條例罪，經同院八十八年度上訴字第二XX號刑事判決判處有期徒刑伍月併科罰金玖萬元確定。上述三罪均係裁判確定前所犯，合於數罪併罰之例而有二裁判以上，應依刑法第五十一條之規定定其應執行之刑。奉經台灣高等法院檢察署檢察官聲請台灣高等法院裁定定其應執行刑，該院竟裁定定應執行刑為有期徒刑叁年，併科罰金貳拾肆萬元。就有期徒刑定應執行刑部分，該院前判決已定應執行刑有期徒刑貳年肆月及原後判決判處之有期徒刑伍月合併執行之貳年玖月為重。揆諸上揭最高法院裁定意旨，原裁定就自由裁量所為刑之酌定，顯有適用法則不當之違背法令情事，案經確定且於受刑人不利。爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

九十一年度台非字第三二號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告妨害自由等罪案件，對於台灣高等法院中華民國八十九年五月三十日定執行刑之確定裁定，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判定關於有期徒刑定執行刑部分撤銷。

某甲因犯如附表所示各罪所處之有期徒刑部分，應執行有期徒刑貳年捌月。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按法律上屬於自由裁量事項，尚非概無法律性之拘束，在法律上有其外部界限及內部界限，前者法律之具體規定，使法院得以具體選擇為適當裁判，此為自由裁量之外部界限。後者法院為自由裁量時，應考量法律之目的，法律秩序之理念所在，此為自由裁量之內部界限。法院為裁判時，二者均不得有所踰越。在數罪併罰而有二裁判以上，應定其應執行刑之案件，法院所為刑之酌定，固屬自由裁量事項，然對於法律之內、外部界限，仍均應受其拘束。本件被告某甲計犯如附表所示三罪，分別被判處罪刑確定。其中如附表編號一所示違反槍砲彈藥刀械管制條例罪，由台灣高等法院以八十八年度上訴字第二××號判處有期徒刑五月，併

科罰全新台幣九萬元後，經本院以八十八年度台上字第××號判決駁回上訴，於八十八年十一月四日確定，另附表編號二、三所示違反槍砲彈藥刀械管制條例罪及妨害自由罪，經台灣高等法院以八十八年度上訴字第×××號分別判處有期徒刑一年十月，併科罰全新台幣十五萬元，及有期徒刑十一月，並就有期徒刑部分定執行刑為有期徒刑二年四月，於同月十八日確定。嗣後台灣高等法院檢察署檢察官，以上開三罪合於刑法第五十三條規定，乃依刑事訴訟法第四百七十七條規定，聲請原審法院另定其應執行之刑。原裁定就其有期徒刑部分定執行刑為有期徒刑三年，從形式上觀察，雖未逾越刑法第五十一條第五款所定法律之外部界限，惟已重於先前就如附表編號二、三所示二罪所定之執行刑有期徒刑二年四月，加計如附表編號一所示之罪所處有期徒刑五月之總和，而不利於被告，殊與前揭內部界限有悖，自屬違法。案經確定，且不利於被告。非常上訴意旨，執以指摘，尙有理由。而此項定執行刑之裁定，具有與實體判決相同之效力，應由本院將原裁定關於有期徒刑定執行刑部分撤銷，另行判決如王又第二項所示，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，刑法第五十三條、第五十一

條第五款，判決如王又。

中 華 民 國

九

十

一

年

二

月

二

十

一

日

【第八案】

一、關係條文

刑

法 第五十五條後段、第二百六十七條、第二百六十六條第二項。

電子遊戲場業管理條例 第十五條、第二十二條。

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，為違背法令，對違背法令之確定判決，得提非常上訴，刑事訴訟法第三百七十八條、第四百四十一條分別定有明文。復查犯一罪而其方法或結果之行為犯他罪名者，為牽連犯，應從一重處斷，刑法第五十五條後段訂定有明文。本件原確定判決認被告某甲未依電子遊戲場業管理條例規定向台南縣政府辦理營利事業登記，並基於常業賭博之犯意，而於公眾得出入之場所內，擺設賭博性電動玩具「賽車雙人座」等多台供顧客投錢開分把玩後又依積分換回現金等為賭博行為，因認其有觸犯非法從事電子遊戲場行業，

違反電子遊戲場管理條例第十五條規定，應依同條例第二十二條規定論處，及犯刑法第二百六十七條之常業賭博罪二種罪刑，固非無見，惟對第一審判決認被告所犯上開二罪間，犯意各別，行為不同，予以分論併罰，未予糾正，而駁回上訴即有可議。查被告未依規定辦理登記而經營電子遊戲場業，應係為遂其常業賭博犯行之方法行為，二罪間顯有方法結果之牽連關係，揆諸刑法第五十五條後段之規定，應從一重之常業賭博罪處斷為是。因之，原判決之適用法則即有不當，為違背法令，率經確定，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

九十一年度台非字第一〇八號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告賭博案件，對於台灣台南地方法院中華民國九十一年一月二十九日簡易第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決及第一審關於某甲部分之判決均撤銷。

某甲以賭博爲常業，處有期徒刑肆月，如易科罰金，以叁佰元折算壹日。

扣案之賭博性電動機具拾伍台、賭資新台幣肆佰元，均沒收。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決適用法則不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又刑法第一百五十五條所謂之牽連犯，係指二個以上之行爲有方法與結果之關係者而言，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，即足當之。本件依原判決所認定之事實，被告某甲明知未依電子遊戲場業管理條例規定辦理營利事業登記者，不得經營電子遊戲場業，竟未依規定向王管機關台南縣政府辦理營利事業登記，並基於常業賭博之犯意，自民國九十年七月十日起，在其所經營位於台南縣○○市○○路××之一號「○○釣蝦場」之公眾得出入場所內，擺設賭博性電動玩具「賽車雙人座」三台、「滿貫大亨」七台、「新象王」一台、「鷹王」一台、「全象王」一台、「豹中豹」一台、「千禧龍」一台供顧客投錢開分把玩，並以此爲業，由機台依機車射倖得分之方式累積分數，迨顧客不願把玩時可向被告先

分，亦即以積分依同比率換回現金或抵銷在釣蝦場內消費之時間，而連續與不特定之人賭博財物，並非法從事電子遊戲場行革，嗣於同年月二十五日凌晨零時五分許，當場為警萬實施臨檢而查獲，並扣得上開電動賭博機具及賭資新台幣（下同）四百元。是被告未辦理電子遊戲場營業利事業登記，在其所經營之釣蝦場擺設賭博性電子遊戲機台經營電子遊戲場革，此項作為行為該當應經辦理營業利事業登記而不登記之誡命規範，自屬已違反電子遊戲場革管理條例第十五條之規定，符合同條例第二十二條規定之構成要件，應依該法條論科。且被告以違反電子遊戲場革管理條例第十五條規定之方法，用以犯常革賭博罪，其所犯電子遊戲場革管理條例第二十二條之罪與刑法第二百六十七條之罪間有方法結果之牽連關係，應從一重之常革賭博罪處斷。原第一審判決認被告所犯上開二罪間，犯意各別，行為不同，應分論併罰，殊有判決不適用法則之違誤，原判決卻仍予維持，乃同有判決不適用法則之違背法令。率經確定，且不利於被告，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決及第一審關於被告部分之判決均撤銷改判，酌量處如王又第二項所予之刑，並諭知易科罰金之折算標準，另扣案之上開賭博性電動機具十五台、賭資四百元，均係當場查獲之賭博器具及賭博財物，

併依刑法第二百六十六條第二項宣告沒收，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，電子遊戲場業管理條例第二十二條，刑法第十一條前段、第二百六十七條、第五十五條、第四十一條第一項前段、第二百六十六條第二項，罰金罰鍰提高標準條例第一條前段、第二條，判決如左。

中華民國十九年五月二十三日

【第九案】

一、關係條文

刑法 第七十四條。

民事訴訟法 第二百三十二條。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

本件原判決以被告某甲犯竊盜罪與未經許可，而經營中央王管機關指定之能原產品之銷售業務罪，分別判處拘役五十日、三十日，定其應執行拘役七十日，併予宣告緩刑一年，雖非無見。惟按受二年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告，如合於法條各款條件之一，且認為以暫不執行為適當者，得宣告二年以上五年以下之緩刑，刑法第七十四條規定甚明，乃原判決僅宣告緩刑一年，顯屬違法。雖原法院於判決後，以屬誤寫為理由，以裁定更正其錯誤，惟判決王又記載錯誤，以裁定將其更正，此項裁定自屬無效，此有最高法院二十六年渝上字第八

七一號判例可稽，抑且本件裁定係將「緩刑一年」，更正為「緩刑二年」，顯已變更王又之內容，其更正自不發生效力。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

九十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

右上訴人因被告竊盜案件，對於台灣台中地方法院中華民國八十八年六月四日第一審確定判決，認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於宣告緩刑之期間違背法令部分撤銷。

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，又受二年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告，而認以暫不執行為適當者，得宣告二年以上五年以下之缓刑，復為刑法第七十四條所明定。本件原法院以被告某甲犯竊盜罪與未經許可而經營中央王管機關指定之能原產品之銷售業務罪，於民國八十八年六月四日以八十八年度易字第XX號刑事判決分別判處拘役五十日、三十日，定其應執行拘役七十日，並認該宣告刑以暫不執行為適當，而宣告缓刑，竟論知缓刑之期間「一年」，此部分顯有適用法則不當之違法。原法院雖於八十八年六月十日依職權裁定稱「原判決之正本中王又欄關於『缓刑壹年』之記載，應更正為『缓刑貳年』，理由欄關於『併予宣告缓刑一年』之記載，應更正為『併予宣告缓刑二年』，惟按判決一經宣示或達達，為該判決之法院，即應受其拘束，縱使其後發覺違誤，除非顯係又字誤寫而不影響於全案情節與判決本旨者，亦不得擅自更正，此徵諸刑事訴訟法並無與民事訴訟法第二百三十二條同一之規定及觀司法院大法官會議釋字第43號解釋自明。本件原判決王又及理由欄均記載「缓刑一年」，顯非又字之誤寫，且此部分違誤已影響於判決之本旨，自不行上開解釋所稱「顯係又字誤寫而不影響於全案情節與判決本旨」

得以裁定更正之意旨，從而原法院上開更正裁定仍屬無效。又依卷內所附之裁判王又公告及原判決原本影本觀之，該判決公告王又及原本之王又記載，亦均爲「緩刑壹年」，益見原判決原本王又之記載亦有違誤，自無從依本院七十一年度第二次刑事庭會議決議（一）之意旨重行繕打正本達達被告得以補救。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，爲有理由，惟原判決尚非不利於被告，應僅將原判決關於宣告緩刑之期間違背法令部分撤銷，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。

中華民國九十三年八月 日

【第十案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第八十條第二項、第一項第二款、第一百九十三條。
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

一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又時效已完成者，應為免訴之判決，同法第三百零二條第二款亦有明文。查原判決認定被告某甲身為建築師，於民國七十一年間，受地王林芋等人之委託，設計監造坐落台北縣三峽鎮白雞段白雞小段六四—五一〇全部，六四—五一三全部之二層樓房屋，竟未遵守建築術成規，在未經鑽探並確實整地之基地，多次申請建造執照建造上開房屋，八十四年六月二十五日下午發生地震，上開房屋因之發生傾斜倒塌，而生公共危險，乃適用刑法第五十六條、第一百九十三條判處如王又所示之刑，固非無見，惟刑法第一百九十

三條之公共危險罪，係最重本刑爲三年以下有期徒刑之罪，依同法第八十條第一項第二款之規定，其追訴權因十年不行使而消滅。爭房屋係於七十一年十二月間建造完成，並於同年十二月六日，經台北縣政府發給七十一年使字第二一九五號使用執照在案。經查告訴人遲至八十四年七月十四日始行提出告訴，距被告設計監造完成之日，已有十二年之久，其追訴權已逾十年不行使而消滅，詎原審法院不察，竟爲有罪之實體判決，而未爲免訴之諭知，揆諸上開說明，顯有適用法則不當之違法。

二、案經判決確定，且對被告不利，應依刑事訴訟法第四百四十一條及第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決

九十年度台非字第二八〇號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告公共危險案件，對於台灣高等法院中華民國八十九年十一月十日第二審確定判決，認爲其中關於被告部分判決違法，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。

某甲免訴。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑法第八十條第二項規定「追訴權期間，自犯罪成立之日起算。但犯罪行為有連續或繼續之狀態者，自行爲終了之日起算。」，又時效已完成者，應諭知免訴之判決，刑事訴訟法第三百零二條第二款亦有明定。查原判決認定被告某甲身為建築師，於七十一年間，受地王林某等人之委託，設計監造坐落台北縣三峽鎮白雞段白雞小段六四—五一〇全部，六四—五一三全部之二層樓房屋，竟未遵守建築術成規，在未經鑽探並確實整地之基地，多次申請建造執照建造上開房屋，八十四年六月二十五日下午發生地震，上開房屋因之發生傾斜倒塌，而生公共危險，乃論處刑法第一百九十三條之監工人於營造建築物時，違背建築術成規，致生公共危險罪刑。惟該罪係最重本刑爲三年以下有期徒刑之罪，依同法第八十條第一項第二款之規定，其追訴權因十年不行使而消滅。至爭房屋係於七十一年十二月間建造完成，並

於同年十二月六日，經台北縣政府發給七十一年使字第二一九五號使用執照在案。本件被告所營造之建築物，於八十四年六月二十五日因地震倒塌，告訴人於同年七月十四日提出告訴，距被告設計監造完成之日，已逾十二年六月餘，即告訴人提出告訴，已距被告為監工人於營造建築物時，違背建築術成規之行爲已十二年六月餘，其上開行爲並無繼續性或連續性，其追訴權顯已逾十年不行使而消滅，詎原審法院不察，竟為有罪之實體判決，而未為免訴之諭知，揆諸上開說明，顯有適用法則不當之違法。率經確定，非常上訴執以指摘，非無理由，應由本院將原判決關於某甲部分撤銷，另諭知免訴之判決以資救濟。

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

中華民國九年八月二十三日

【第十一案】

一、關係條文

刑法 第九十一條之一第一項、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。原判決認被告對十四歲以下之女子為性交，經送國軍高雄總醫院鑑定結果，認被告有強制治療之必要，而依刑法第九十一條之一第一項、第二項之規定諭知於刑之執行前，令入相當處所施以治療，其期間至治癒為止。惟查 刑法第九十一條之一規定，犯刑法第二百二十七條之罪，有施以治療之必要者，得於刑之執行前令入相當處所施以治療，其期間至治癒為止，但最長不得逾三年。按性犯罪之身心障礙者，病情之輕重因人而異，其治療期間之久暫，非裁判時所能預估，故刑法未規定一定之治療期間，而僅規定「其期間至治癒為止」，惟為兼

顧被告權益，上開規定不予最長治療期間不得逾三年之限制，俾免被告受無限期之保安處分，乃原判決於王又及理由內均未論知被告之治療性保安處分最長不得逾三年，自與上開刑法之規定不符，而有不適用法則及適用法則不當之違法。審經確定，且於被告不利。爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

九十年度台非字第四一〇號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告妨害性自主案件，對於台灣高等法院高雄分院中華民國九十年一月十日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於宣告治療期間部分撤銷。

某甲應於刑之執行前，令入相當處所，施以治療，其期間至治療為止，但不得逾三年。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用法則不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明又。又犯刑法第二百二十一條至第二百二十七條、第二百二十八條、第二百二十九條、第二百三十條、第二百三十四條之罪者，於裁判前應經鑑定有無施以治療之必要。有施以治療之必要者，得令入相當處所施以治療。前項處分於刑之執行前爲之，其期間至治癒爲止，但最長不得逾三年。刑法第九十一條之一第一項、第二項亦有明又。足見犯妨害性自王罪者之身心障礙，病情之輕重因人而異，其治療期間之久暫，非裁判時所能預估，故刑法規定「其期間至治癒爲止」，而未限制一定之治療期間，惟爲兼顧被告權益，俾免被告受無限期之治療分，故訂明定最長不得逾三年。原判決以被告某甲對十四歲以下之女子爲性交，經送國軍高雄總醫院鑑定結果，認被告有強制治療之必要，雖依刑法第九十一條之一第一項、第二項之規定，諭知於刑之執行前，令入相當處所施以治療，其期間至治癒爲止，乃竟於王又及理由內，均未諭知被告之治療性保安處分，最長不得逾三年。揆諸前開說明，原判決即有適用法則不當之違法，其判決自屬違背法令。牽經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，

爲有理由，爰將原判決違背法令部分撤銷，另行判決如王又，以資糾正。

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，刑法第九十一條之一第一、二項，判決如王又。

中 華 民 國 九 十 年 十 二 月 二 十 日

【第十二案】

一、關係條文

刑法 第九十一條之一第一項、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法則不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又犯刑法第二百二十一條至第二百二十七條之罪者，於裁判前應經鑑定有無施以治療之必要，有施以治療之必要者，得令入相當處所施以治療。前項處分於刑之執行前爲之，其期間至治療爲止。但最長不得逾三年。刑法第九十一條之一第一項、第二項亦有明文。蓋性犯罪之身心障礙者，非短時期所能痊癒，且病之輕重，恆有不同，其治療期間之久暫，亦非在裁判時所能預測，故刑法未定一定之期間，而以治療時爲止，爲此種治療之終期（參見高仰止著刑法總則之理論與實用第百六二〇頁）。故論知此項處分，只要於判決理由內說明論知之理由即可，不必預定其期間（褚劍

為著刑法總則論第四八八頁參照）。詎原判決竟以 被告之身心發展有明顯異常之情形，將來成年後可能為一人格異常之患者，故有以要接受進一步診治，而宣告被告應於刑之執行前令入相當處所施以治療，其期間為二年核與上開「其期間至治愈為止」之規定不合。被告如不能於二年之期間內痊癒，則有失當初宣告強制治療之本旨，若早於二年之期間即可提前痊癒，則宣告二年之治療期間不無侵犯人權之虞。揆諸上揭說明，原判決顯有適用法則不當之違法。案經確定，應依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十九年度台非字第二三九號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

右上訴人因被告妨害性自主案件，對於台灣台中地方法院中華民國八十九年三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

原判決關於宣告治療期間違背法令部分撤銷。

某甲應於刑之執行前令入相當處所施以治療，其期間至治愈爲止，但不得逾三年。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用法則不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又犯刑法第二百二十一條至第二百二十七條之罪者，於裁判前應經鑑定有無施以治療之必要，有施以治療之必要者，得令入相當處所施以治療。前項處分於刑之執行前爲之，其期間至治愈爲止。但最長不得逾三年。刑法第九十一條之一第一項、第二項亦有明文。足見性犯罪之身心障礙者，非短時期所能痊癒，惟應以「治愈爲止」，不以預定其期間，乃原判決竟以被告之身心發展有明顯異常之情形，將來成年後可能爲一人格異常之患者，故有必要接受進一步診治，而宣告被告應於刑之執行前令入相當處所施以治療，其期間爲二年，揆諸前開說明，原判決即有適用法則不當之違法，其判決自屬違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由，爰將原判決違背法令部分撤銷，另行判決如王又，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，判決如王又。

中
華
民
國
八
十
九
年
八
月
三
日

五
六

【第十三案】

一、關係條文

刑法 第一百六十七條、第一百六十五條。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

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。又配偶、五親等內之血親或三親等內之姻親圖利犯人或依法逮捕拘禁之脫逃人，而犯第一百六十五條之罪者，減輕或免除其刑，刑法第一百六十七條有明文規定。本件序判決認定被告某甲與某乙為兄弟關係，某乙係台北縣樹林市○○路一段××號A電器有限公司（下稱A公司）負責人，某甲則受僱某乙擔任店員。緣某乙，涉嫌明知置於其店內之電腦伴唱機內附之九碟片，係姓名年籍不詳男子持往兜售，係疑似侵害詞、曲音樂著作權人之物，竟仍在其上址店內，意圖散布而陳列及持有侵害著作權人B唱片有限公司（下稱B公司）關於「不想

伊」、「無李無李」、「大船入港」、「褪色的戀情」等詞曲音樂著作權之盜版光碟。經B公司代理人廖某於八十九年十一月十日就A公司負責人涉嫌違反著作權法向台北市政府警察局中正第二分局提出告訴。嗣於八十九年十一月十三日十二時，在上址經警持搜索票會同B公司告訴代理人執行搜索。警方在該公司後方修理室執行搜索查扣涉案之九碟片五片，取其中一片試放採證時，某甲明知該九碟係關係他人刑事被告案件之證據，竟仍基於湮滅關係他人刑事被告案件證據之犯意，將該九碟片折毀，致該九碟損壞無法播放。而以被告某甲犯刑法第一百六十五條之湮滅刑事證據罪，論處其有期徒刑叁月，並諭知易科罰金之折算標準。惟查原判決既認定被告與侵害著作權之犯罪嫌疑人某乙為兄弟，依上開說明，被告圖利某乙而犯湮滅刑事證據罪，即應依刑法第一百六十七條之規定減輕或免除其刑。乃原判決竟未依法減輕或免除其刑，即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

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

九十一年度台非字第226號

被告 某甲

右上诉人因被告潭威證據案件，對於台灣高等法院中華民國九十一年五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

原判決關於某甲罪刑部分撤銷。

某甲潭威關係他人刑事被告案件之證據，處有期徒刑貳月，如易科罰金，以參佰元折算壹日。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按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。又配偶、五親等內之血親或三親等內之姻親，圖利犯人或依法逮捕拘禁之脫逃人，而犯第一百六十四條或第一百六十五條之罪者，減輕或免除其刑，刑法第一百六十七條亦有規定。查原判決認定被告某甲與某乙為兄弟關係，某乙係台北縣樹林市○○路一段××號A公司負責人，被告則受僱擔任店員。因某乙涉嫌意圖散布而陳列及持有侵害著作權人B公司關於「不相伊」、「無李無李」、「大船入港」、「褪色的戀情」等詞曲音樂著作權之盜版光碟，經

B公司於八十九年十一月十日就A公司負責人涉嫌違反著作權法向台北市政府警察局中正第二分局提出告訴。嗣於同月十三日十二時許，經警持搜索票在上址執行搜索，而於該公司後方修理室查扣涉案之光碟片五片，嗣取其中一片試放採證時，被告明知該光碟係關係他人刑事被告案件之證據，竟仍基於湮滅關係他人刑事被告案件證據之犯意，將該光碟片折毀，致該光碟損壞無法播放。原審因而撤銷第一審關於被告部分之判決，改判論處被告湮滅關係他人刑事被告案件之證據罪刑（量處有期徒刑叁月，如易科罰金，以叁佰元折算壹日）。惟原判決既認定被告與違反著作權法之犯罪嫌疑人甲乙為兄弟，自屬二親等之旁系血親，被告又係為圖利甲乙而犯湮滅刑事證據罪，揆諸前揭說明，即應依刑法第一百六十七條之規定減輕或免除其刑。乃原判決竟未依法減輕或免除其刑，即有判決不適用法則之違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨，執以指摘，尙有理由，應由本院將原判決關於被告罪刑部分撤銷。爰依刑法第一百六十七條減輕其刑，並審酌一切情狀，判處如王又第二項所示之刑，及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，刑法第一百六十五條、第一

百六十七條、第四十一條第一項，罰全罰鍰提高標準條例第一條前段、第二條，判決如主文。
中華民國十九年八月二十二日

【第十四案】

一、關係條文

刑法 第二百一十七條第一項、第五十五條前段。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決適用法則不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又利用不知情之人犯罪者，為間接正犯。一行為侵害數個法益者，為刑法第五十五條前段規定之想像競合犯。本件原判決認定事實，被告某甲於民國八十七年六月初，在台南市○○路委託不知情之○○鎖店偽刻張某、蘇某印章各一枚，足以生損害於張某、蘇某等情，則被告利用不知情之人刻造印章，應成立刑法第二百一十七條第一項偽造印章罪之間接正犯。又被告利用他人同時偽造張某、蘇某印章各一枚，係一行為侵害張某、蘇某二人法益，應為刑法第五十五條前段規定之想像競合犯，原判決未就上開法則評予論斷，即有不適用法則之建誤。牽經確定，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

八十九年度台非字第一三六號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告偽造又書等罪案件，對於台灣高等法院台南分院中華民國八十八年十一月十一日第二審確定判決，認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於某甲偽造印章違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按利用不知情之人犯罪者，為間接正犯，又一行為侵害數個法益者，為刑法第五十五條前段規定之想像競合犯。本件依原判決認定之事實，被告某甲係於民國八十七年六月初，在

台南市○○路，委託不知情之人，同時偽造張某、蘇某之印章各一枚，足以生損害於張某、蘇某。則被告應成立刑法第二百一十七條第一項偽造印章之間接正犯，且被告係以一行爲同時侵害張某、蘇某二人之法益，應論以刑法第五十五條前段之想像競合犯。乃原判決未依上開法則予以論斷，自有不適用法則之違法。非常上訴意旨執以指摘，尙有理由，惟原判決關於此部分尙非不利於被告，應僅將其違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中 華 民 國 八 十 九 年 五 月 十 八 日

【第十五案】

一、關係條文

刑法 第一百六十九條、第一百七十一條。

刑事訴訟法 第三百條、第三百七十八條、第三百七十九條第十款、第四百四十五條。

二、非常上訴理由

按判決適用法則不當者，爲違背法令，又應於審判期日調查之證據而未予調查者，其判決當然爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條、第三百七十九條第十條定有明文。本件原判決認被告犯未指定犯人之誣告罪，固非無見，惟查原審法院於審理時，已知被告實際負責之○塑膠工業股份有限公司等於第一審判決前，已另具狀向台灣台南地方法院檢察署告訴黃草竊盜、偽造有價證券與本案相同之支票等情，有刑事告訴狀、台灣台南地方法院民事裁定影本附於偵查卷可稽，且偵審中被告丁一再明確指稱係黃草竊取其公司之支票，則起訴書既將誣告事實敘明，法院認被告所爲係構成誣告犯罪，因被告已明確稱系爭支票係黃草所竊，而

非未指定犯人之誣告犯罪，自得依刑事訴訟法第三百條之規定，就起訴之行為而變更所載應適用之法條，乃原審判決未注意及此，竟依刑法第一百七十一條而非第一百六十九條論罪，應屬判決適用法則不當之違法（參照貴院二十年上字第七七八號判例）。又原審法院於審理時，已就告訴黃茅竊盜、偽造有價證券等事實訊問被告，被告並敘明相關資料在臺灣台南地方法院檢察署八十五年度偵字第××號卷內，原審理應調卷詳予調查，詎竟就關係被告犯罪事實是否為普通誣告如此重要之證據，未予調查，其應於審判期日調查之證據而未予調查，乃屬判決違背法令。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十九年度台非字第三八三號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

右上訴人因被告誣告案件，對於台灣高等法院中華民國八十八年十二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

原判決及第一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）

本院按非常上訴，乃對於審判違背法令之確定判決所設之救濟方法。非常上訴審應就非常上訴理由所指摘之事項，調查裁判之，此觀刑事訴訟法第四百四十五條第一項之規定自明。又依刑事訴訟法第四百四十五條第二項準用同法第三百九十四條之規定，關於訴訟程序及得依職權調查之事項，得調查事實。應於審判期日調查之證據，而未予調查，如致適用法令違誤，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，丁經司法院法官會議議決釋字第一八一號解釋在案。本件第一審判決認定被告甲仔○○○機械股份有限公司、○○○工業股份有限公司及○○○塑膠股份有限公司（下稱○○○公司）三家公司之實際負責人，且上開三家公司之支票存款帳戶均由其自己實際掌控，被告明知卷附七紙支票，係其父由黃草調現並未遺失，竟連續利用不知情之上開各公司名義負責人柳草、溫草、陳草等人向各付款銀行申請掛失止付，並申報空白票據遺失，

同時訴請警察機關追究不特定之人侵占遺失物罪責，而未指定犯人誣告，應負刑法第一百七十一條第一項之罪責。然查本件偵查中，被告某甲已陳明「另有案件在偵查中，在台南地檢署八十六年度偵字第××偵查中」，並有被告以○○○公司法定代理人陳某名義提出告訴黃某竊盜、偽造有價證券等罪之刑事告訴狀，及台灣台南地方法院民事庭所為該院八十六年度營簡字第××號給付票款事件於黃某刑事訴訟法終結前停止訴訟程序之民事裁定影本附於偵查卷可稽。又被告於原審審理時，已就上揭支學為黃某所竊取偽造，告訴黃某竊盜、偽造有價證券等事實訊問被告，被告之選任辯護人並陳明告訴狀附於偵查卷，第一審法院審理時對於案內所存在攸關被告是否應構成刑法第一百六十九條普通誣告罪，而非同法第一百七十一條第一項未指定犯人誣告罪之重要證據，自有依法調查證據之職責。乃第一審判決對於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，即屬判決違背法令，原審未加糾正，仍予維持，均屬違誤。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，尚有理由。惟因原判決尚非不利於被告，應由本院僅將原判決及第一審判決關於違背法令之部分撤銷，用資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。
中 華 民 國 八 十 九 年 十 一 月 二 日

【第十六案】

一、關係條文

刑法 第一百九十三條。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決適用法則不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。次查刑法上所稱之「建築物」，固指定著於土地之一種工作物而言，但此種工作物必須上有屋面，周有門壁，足以蔽風雨而通出入，且適於人之起居者，始得認為建築物，至僅供休憩之亭，並無牆壁等類設備，顯非適於吾人起居之用，尚難以建築物論（最高法院二十年上字第七一二號、二十二年上字第二六九號、二十五年上字第二〇〇九號判例參照）。又刑法第一百九十三條之違背建築成規罪，係以承攬工程人或監工人在營造或拆卸「建築物」時，違背建築術成規，致生公共危險，為構成要件，若所營造或拆卸者並非「建築物」時，自無由成立該罪甚明。

經查本件施工或監工發生塌陷之處所為花蓮縣羅山瀑布風景區公共設施工程之「木棧道基座部分」，該木棧道基座，雖為定著於土地之一種，惟僅供人行走之用，並非屬上有屋面，周有門壁，足以蔽風雨而通出入，且適於人起居之工作物。揆諸上開判例意旨，本件公訴人所指之工作物尚與刑法上所稱之「建築物」有間。為此，台灣高等法院花蓮分院八十九年度上訴字第××號判決認定同案被告等所「施作」之工作物既非刑法上所稱之「建築物」，姑不論被告等有無違約施作該工作物，其等行為均難認有構成刑法第一百九十三條違背建築成規罪之餘地，而為被告等無罪之判決。詎原確定判決（台灣花蓮地方法院）失察，遽以被告違約「監工」該工作物，即予論罪科刑，顯有判決適用法則不當之違法。寧經確定，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

八十九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

右上訴人因被告貪污案件，對於台灣花蓮地方法院中華民國八十八年十一月十一日第一審確

定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於芋甲部分撤銷。

芋甲無罪。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑法第一百九十三條之承攬工程人或監工人在營造或拆卸建築物時，違背建築術成規，致生公共危險罪，其所稱之建築物，固指定著於土地之一種工作物而言，但此種工作物必須上有屋面，周有門壁，適於人之起居出入者，始足當之。原判決認定被告某甲為花蓮縣政府建設局觀光課之人員，於民國八十六年六月間起，擔任○○營造有限公司（下稱○○公司）承攬花蓮縣政府「羅山瀑布風景區公共設施工程」之監工，明知○○公司負責人蘇某及現場工人鍾某（以上二人均經台灣高等法院花蓮分院判決無罪確定）違背建築成規，未按承攬契約內所附圖說中有關木棧道基座部分，應以個別人工挖方之方式施作，竟仍違約監工而不予糾正，致該工程之地表土質鬆動。嗣於八十七年五月中旬，該木棧道之基礎部分因不耐

雨水冲刷而鬆動塌陷，造成公共危險等情，縱屬無訛，惟查上開工程之木棧道部分，雖爲定著於土地之工作物，然其僅供通行之用，並無屋面、門壁等設備，顯非適於居住之刑法上所謂之建築物，此有公訴人勘驗現場時攝製之照片附卷可憑，是被告所監工之工作物既非建築物，即無成工刑法第一百九十三條罪責之餘地，原審竟論處該條之罪刑，而就公訴意旨另指被告牽連步犯公務員圖利罪嫌，原審審理結果，認爲不能證明被告犯罪部分，不另諭知無罪，經核顯有判決適用法則不當之違背法令。案經確定，且於被告不利，上訴人對之提起非常上訴，爲有理由，應將原判決關於被告部分撤銷，另行判決，諭知被告無罪，以資糾正。據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款、第三百零一條第一項，判決如左又。

中 華 民 國 八 十 九 年 八 月 十 日

【第十七案】

一、關係條文

刑 法 第二百零一條第一項、第三百三十九條第一項、第三百二十條第一項、第十五條。
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，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又行使偽造有價證券，以取得票面價值之對價，固不另論詐欺罪，但如以偽造之有價證券供作擔保或作為新債清償而借款，則其借款之行爲，為行使有價證券以外之另一行爲，其間有方法結果關係，應論以詐欺罪之牽連犯，此亦有最高法院六十二年第一次刑庭庭長會議決定(一)可供查考。本件原判決認定被告竊取李芋所有，付款人台南市第七信用合作社安中分社，票號CANO—〇〇二八一〇〇號之空白支票一紙，盜蓋李芋名義之印章於上開支票之發票人

欄，偽填發票日（民國）八十三年四月三十日，面額新台幣（下同）二十萬元後，持向黃芋調借二十萬元，俟黃芋提予遭退票，始知受騙等情，因而適用刑法第三百二十條第一項、第二百零一條第一項、第五十五條及其他相關法條，從一重論處被告罪刑，雖非無見。惟查被告偽造有價證券後，又持以向黃芋借款，其借款之行爲，顯係行使偽造有價證券以外之另一行爲，且其間有方法結果關係，應論以詐欺罪之牽連犯，乃原判決竟以行使偽造有價證券使人交付財物，本含有詐欺性質，不另論詐欺罪云云，揆諸首揭說明，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

八十九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

右上訴人因被告偽造有價證券案件，對於台灣高等法院台南分院中華民國八十七年四月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

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 判決不適用法則者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又行使偽造有價證券，以取得票面價值之對價，固不另論詐欺罪，但如以偽造之有價證券供作擔保或作為新債清償而借款，則其借款之行爲，為行使有價證券以外之另一行爲，其間有方法結果關係，應論以詐欺罪之牽連犯。本件序判決認定，被告某甲意圖為自己不法之所有，於八十八年四月二十日下午二時許，在台南市○○街三段××號，竊取李某所有以台南市第七信用合作社安中分社為付款人，票號CANO—○○二八一○○號之空白支票一紙，並盜蓋李某之印章，用以偽造八十三年四月三十日期，面額二十萬元之支票一紙。旋於八十二年四月二十七日，在台南市○○街四十四巷××號二樓之二，持向黃某調借二十萬元。依其認定之事實，被告除竊取空白支票外，進而偽造該支票，並持以行使，作為新債清償而借款詐得全錢，則其借款之行爲，為行使偽造有價證券以外之另一行爲，所犯竊盜、偽造有價證券、詐欺三罪之間，有方法結果之牽連關係，應從一重之偽造有價證券罪處斷。乃序判決竟認，被告行

使偽造有價證券使人交付財物，本含有詐欺性質，不另論詐欺罪，而僅論以竊盜罪及偽造有價證券罪之牽連犯，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，惟原判決尙非不利於被告，應由本院僅將原判決關於違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中 華 民 國 八 十 九 年 九 月 十 四 日

【第十八案】

一、關係條文

刑 法 第二百十條、第二百二十條。
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。又被告在交通違規通知單移送聯「收受通知聯者簽章」欄內偽簽「林某」姓名，自不待依據習慣或特約，單從形式上觀察，即足以知悉係表示由林某名義出具領收通知聯之證明，此與事先在印妥內容之收據上偽簽他人姓名之情形，無分軒輊，當然屬於刑法第二百十條所稱之私文書，此有最高法院八十三年度台上字第六六三一號判例可供參照。查本件被告在民國（下同）八十九年十月二日公警局文字第乙四〇〇四一四七三號、第乙四〇〇四一四七二號國道公路警察局舉發違反道路交通管理事件通知單通知聯上偽造之「洪〇〇」簽名，揆諸前揭判例意旨，應

認屬於刑法第二百十條所稱之私文書，本件原確定判決理由中論以準文書，並引用刑法第二百十條之規定，其適用法則顯有違誤。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

九十年度台非字第一一〇號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告偽造文書案件，對於台灣雲林地方法院十六簡易庭中華民國八十九年十月二十三日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院查被告在八十九年十月二日公警局交字第乙四〇〇四一四七三號、第乙四〇〇四一四七二號國道公路警察局舉發違反道路交通管理事件通知單二份，每份其中「交被通知人收執聯」上「舉發單位」欄及其複印「移送管理機關聯」上「收受通知聯者簽章」欄，各偽簽「洪〇〇」之簽名，從形式上觀察，即足知悉係表示由「洪〇〇」名義簽領通知單之證明，而屬於刑法第二百十條之私文書，原判決引用同法第二百二十條之規定逕論以準私文書，揆之前揭最高法院八十三年台上字第六六一號判例意旨，顯有適用法則不當之違誤，率經確定，非常上訴意旨執以指摘原判決違背法令，非無理由，惟原判決尚非不利於被告，自應由本院將原判決關於違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中華民國九十一年四月十二日

【第十九案】

一、關係條文

刑法 第二百十四條。

民事訴訟法 第五百十一條、第五百十二條、第五百十六條第一項、第五百十九條第一項、第五百十三條第一項。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又支付命令之聲請，除應表明當事人及法院外，祇須表明請求之標的並其數量及請求之原因、事實，以及應發支付命令之陳述，此觀民事訴訟法第五百十一條之規定自明。因債務人依同法第五百十六條對支付命令得不附理由提出異議，故債權人在督促程序就其所主張之事實毋庸舉證，亦即支付命令僅係就債權人請求之事項及所提出之書證為「形式上之審查」，與判決

之行言詞辯論程序須為實質上審查有別，支付命令之送達是否合法，僅影響於其確定力之發生，與支付命令之內容無涉，更無從於支付命令之審查程序予以審酌（最高法院六十一年度台抗字第四〇七號判例、最高法院八十六年度抗字第四五五號判決可資參照）。本件原審以支付命令須由法院就債權人之聲請為實質審查後，方對債務人發支付命令，且支付命令尚需待合法送達及債務人並未對之提出異議而生效力，故其性質與刑法第二百十四條之使公務員登載不實罪之構成要件有別而為無罪之諭知。惟依前揭最高法院判例意旨，法院就債權人所聲請之支付命令僅就形式上加以審查後即得對債務人發支付命令，並不須為實質審查，且本件告訴人林芋（即債務人）因支付命令送達時未居任在送達處所，並因代收人未通知收受支付命令之情事，致其無法按時對法院提出異議而失去救濟之途徑，是告訴人確因被告所聲請之支付命令而受有損害，原審認支付命令須法院實質審查而認其與刑法第二百十四條之構成要件有間，顯有誤會。另支付命令聲請後須經合法送達而生效力，然此係支付命令發出後之生效要件，應與之前聲請支付命令使公務員登載不實事項於其職務上所掌公又書之行爲顯有不同，若債權人因故失去聲明異議之機會而受有損害，仍應論以刑法第二百十四條之罪（最高法院八十五年度台上字第三九三六號判決就執票人持偽造之本票聲請法院裁定准予強制執行，如足生損害於公眾或他人，不認犯有刑法第二百十四條之使公務員登載不實罪），是原

判決顯有不適用法則及適用不當之違法。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十九年度台非字第四七七號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告偽造文書案件，對於台灣高等法院台中分院中華民國八十九年七月二十六日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決及第一審判決關於違背法令部分均撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按支付命令之聲請，除應表明當事人及法定代理人、法院外，祇須表明請求之標的並其數量及請求之原因、事實，以及應發支付命令之陳述，又法院應不訊問債務人，就支付命令

之聲請爲裁定，債務人對於支付命令，得不附理由於法定期間向發命令之法院提出異議，此時，支付命令失其效力，以債權人支付命令之聲請，視爲起訴或聲請調解，民事訴訟法第五百十一條、第五百十二條、第五百十六條第一項、第五百十九條第一項分別定有明文，故債權人於督促程序就支付命令之聲請毋庸舉證，法院就其聲請並不爲實質之審查，經爲形式上之審查後，除有民事訴訟法第五百十三條第一項應予裁定駁回之情形外，應發支付命令，故聲請人如就請求之標的、數量及請求之原因、事實有虛僞不實之聲明，使法院將此不實事項登載於支付命令上，自足生損害於債務人及債務人之真正債權人，應構成刑法第二百十四條之使公務員登載不實罪，至於債務人有無於法定期間內對支付命令提出異議，乃支付命令是否失其效力之另一問題，尚難以債務人有異議權，即謂不足以生損害於債務人或他人。本件第一審判決以法院對被告之聲請支付命令應爲實質之審查，且須經債務人未提出異議始生效力，而認支付命令之聲請不能成爲刑法第二百十四條之罪，判決被告無罪，顯有不適用法則之違法，案經檢察官提起上訴，乃原審不予糾正，仍認第一審判決並無不當，而維持第一審判決，並引用第一審判決之理由，駁回檢察官在第二審之上訴，同屬違法。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，應僅由本院將原判決及第一審判決違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如左。

中 華 民 國 八 十 九 年 十 二 月 二 十 日

【第二十案】

一、關係條文

刑法 第二百十七條、第二百十八條、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，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又刑法第二百十七條及同法第二百十八條所處罰之犯罪行為，僅「偽造」或「盜用」公印或公印又等行為，未有「行使」之處罰規定。又同法第二百十六條規定處罰條又僅及於第二百十條至第二百五條之罪，乃未及於刑法第二百十七條及同法第二百十八條之罪。本件原確定判決對於被告某甲之犯罪事實竟論以「行使」偽造署押及「行使」偽造公印又罪，顯有判決適用法則不當之違法。牽經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

九十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

右上訴人因被告偽造文書案件，對於台灣台南地方法院中華民國九十年三月十二日第一審確定判決，認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於某甲部分撤銷，由台灣台南地方法院依判決前之程序更為審判。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑法第二百十七條及同法第二百十八條之罪，所處罰之犯罪行為，僅止於「偽造」或「盜用」行為，並無「行使」之處罰規定，而同法第二百十六條所規定「行使」罪之處罰，不僅及於同法第二百十條至二百十五條之罪，亦未及於同法第二百十七條及同法第二百十八條之罪，此觀法條規定自明。本件原確定判決對於被告之犯罪事實卻論以「行使」偽造署押罪

及「行使」偽造公印又罪，自有適用法則不當之違背法令。寧經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由。由於被告有無步犯偽造署押或公印又之犯行？涉及事實之認定，應予審究明白，原審疏未調查清楚，逕爲判決，殊有審理未盡之違法，又爲維護被告之審級利益，應由本院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，以資糾正及救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項，判決如左。

中華民國十九年十月四日

【第二十一案】

一、關係條文

刑法 第二百二十二條第一項、第二百二十一條、第二百三十六條。

刑去施行法 第九條之二。

刑事訴訟法 第三百七十八條、第三百零三條第三款。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用法則不當者為違背法令。又按刑法第二百二十一條、第二百二十四條之罪，於中華民國八十九年十二月三十一日前仍適用八十八年三月三十日修正實施前之刑法第二百三十六條告訴乃論之規定，刑法施行法第九條之二定有明文。依拉丁法諺有云「明示規定其一者，應認為排除其他」，「法律未規定者，視為有意省略」。因之刑法施行法第九條之二，既未將情節較重之刑法第二百二十二條加重強制性交罪予以規定，自屬有意省略，排除其適用，此觀其立法理由謂「為免因刑法妨害性自主罪

驟然修正為全面非告訴乃論之罪，使被害人無法調適，影響被害人受協助之意願及偵審機關追訴審判性侵害犯罪之成效，爰增訂『一般之強制性反及猥褻』，規定一年之緩衝期，以使社會及全民及早導正觀念，並督促相關部門積極規劃改善保護性侵害被害人之相關措施」等情，自明。詎原確定判決竟以刑法第二百二十二條所列各款之規定為同法第二百二十一條妨害性自主罪之加重條件，自有修正後刑法施行法第九條之二規定之適用，本件業據告訴人及其法定代理人吳草當庭撤回告訴為由，論知公訴不予受理之判決，揆諸上開說明，自有判決不適用法則之違法。

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

三、附錄

最高法院刑事判決

八十九年度台非字第二五五號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

某乙

右上訴人因被告等妨害性自主案件，對於臺灣基隆地方法院中華民國八十九年二月二十九日

第一審確定判決，認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決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。又按刑法第二百二十二條第一項所列各款情形，為成立該條加重強制性交罪之加重條件，並非成立同法第二百二十一條一般強制性交罪之加重條件。因之，犯刑法第二百二十一條之罪，而有同法第二百二十二條第一項所列各款情形之一者，即應成立同法第二百二十二條之加重強制性交罪，無復論以同法第二百二十一條之罪之餘地。又刑法施行法第九條之二規定：「刑法第二百二十一條、第二百二十四條之罪，於中華民國八十九年十二月三十一日前仍適用八十八年三月三十日修正施行前之刑法第二百三十六條告訴乃論之規定。該規定既僅列舉刑法第二百二十一條及第二百二十四條二罪，而未將同法第二百二十二條之罪併予列入，自屬有意省略，而排除刑法第二百二十二條之適用。因之，於民國八十八年四月二十三日刑法修正

生效後犯同法第二百二十二條之加重強制性交罪者，依新法之規定，該罪爲非告訴乃論之罪，且無依刑法施行法第九條之二之規定，於八十九年十二月三十一日以前仍適用修正前刑法第二百零三條告訴乃論規定之餘地。本件檢察官起訴被告等二人涉嫌於八十八年六月間某日，夥同一姓名年籍不詳之人，共同對身心障礙之被害人予以強制性交得逞，而犯刑法第二百零三條第一項、第二百零三條第一款、第三款之罪嫌，有台灣基隆地方法院檢察署八十八年度偵字第五××、五××號起訴書一份附卷可稽。則被告等既於新法修正後步犯刑法第二百零三條第一、三款之加重強制性交罪。依上說明，該罪已屬非告訴乃論之罪，且無依刑法施行法第九條之二規定，於八十九年十二月三十一日以前仍適用修正前刑法第二百零三條告訴乃論規定之餘地。乃原判決竟謂刑法第二百零三條第一項所列各款情形爲同法第二百零三條之罪之加重條件，而以被害人及其法定代理人吳某已於原審當庭撤回告訴，仍援引刑法施行法第九條之二之規定，適用修正前刑法第二百零三條及刑事訴訟法第二百零三條第三款之規定，逕予諭知公訴不受理之判決，依上說明，自有適用法則不當之違法。非常上訴意旨執以指摘原判決違背法令，洵有理由。惟原判決尚非不利於被告二人，應由本

院僅將原判決關於違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如左。

中華民國十八年八月十日

【第二十二案】

一、關係條文

刑法 第二百三十一條第三項、第一項、第二項、第五十五條前段。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。本件原判決以被告某甲係台北市○○區○○路二十二之二號一樓○○理髮廳負責人，因生意不佳，竟意圖營利，並基於經營色情泰國浴裸體按摩及姦淫牟利為常業之犯意，分別於如原判決附表所示之時間，容留良家婦女華草等十人，在上址與不特定之男客闢室裸體按摩等猥褻或姦淫行為，及僱使非良家婦女侯草，在上址與不特定之男客闢室裸體按摩等猥褻行為，而從中抽成謀利之犯罪事實明確，認被告所為，係犯刑法第二百三十一條第三項、第一項之意圖營利容留良家婦女與人姦淫為常業罪與同法第三項、第二項之意圖營利使人為猥褻行為

爲常業罪，其以一行爲觸犯前開二罪名，爲想像競合犯，應從一重之意圖營利容留良家婦女與人姦淫爲常業罪處斷，雖非無見。惟所謂想像競合犯，係指刑法第五十五條前段所定「一行爲而觸犯數罪名」之情形而言。所謂常業犯，則指以犯罪爲日常之職業，賴以爲生而言，其本質乃多數行爲之集合或一定行爲之反覆實施，在工法上予以擬制，定爲一罪。故就常業犯本身而言，應不發生想像競合犯之問題。刑法第二百三十一條第三項所稱以犯該條前二項之罪爲常業，固不以犯圖利誘留良家婦女與人姦淫及圖利使人爲猥褻行爲二罪爲必要，但如基於常業之犯意而犯該二罪，則後者低度行爲應爲前者高度行爲所吸收，僅應論以意圖營利誘留良家婦女與他人姦淫爲常業一罪。原判決既認定被告基於常業之犯意，經營理髮廳，同時容留良家婦女及非良家婦女與人姦淫並使人爲猥褻行爲而謀利，乃竟論以想像競合犯，從一重之意圖營利容留良家婦女與人姦淫爲常業罪處斷，其適用法律，頗有未當。依首揭說明，原判決自屬違背法令，率經確定，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

八十九年度台非字第四號

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風化案件，對於台灣高等法院中華民國八十八年四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

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

按民國八十八年四月二十一日修正前刑法第二百三十一條第三項所謂犯前二項之罪為常業者，係指專以觸犯同條第一項或第二項，或兼犯二項之罪，為其日常之職業，賴以為生而言，為第一、二項犯罪之加重態樣之一，且性質上屬多數行為之集合犯，法律上擬制以一罪論，其反覆從事之多數行為相互間並不發生連續犯、牽連犯或想像競合犯之問題。但如基於常業之犯意而犯同條第一、二項兩罪，則第二項低度行為應為第一項高度行為所吸收，僅論犯第一項之常業一罪。查原判決認定被告基於常業之犯意，經營理髮廳，同時容留良家婦女及非

良家婦女與人姦淫並使人爲猥褻行爲而營利，竟論以刑法第二百三十一條第三項、第一項容留良家婦女姦淫常業罪及同條第三項、第二項使人爲猥褻常業罪，並以一行爲觸犯前開兩罪，爲想像競合犯，從一重之意圖營利容留良家婦女與人姦淫常業犯處斷，揆之上開說明，其贅論想像競合犯部分，顯有適用法則不當之違背法令。案經確定，非常上訴意旨執以指摘原判決違背法令，非無理由，惟原判決同依刑法第二百三十一條第三項第一項規定論處罪刑之結果，尚非不利於被告，自應由本院將原判決關於違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中華民國十八年一月十六日

【第二十三案】

一、關係條文

刑法 第三百零四條。

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，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。原判決認定被告某甲與彭某、許某等人，基於共同使人行無義務之事之犯意聯絡，於民國八十八年二月二十八日以○○公司名義與建竿廢棄物業者李某簽訂契約，約定○○公司提供○○棄土場予李某傾倒十四萬方米十三千台車次之建竿廢棄物，總價款為新台幣（下同）五百四十萬元，並發給李某通行證四十張，再以下述強暴、脅迫之方式，恐嚇棄土場經營權人趙某、陳某等人，欲強行傾倒廢棄土，以遂其等傾倒廢土謀得不法利益之目的。1 彭某帶領四海幫海嵩堂掌法黃某、許某、王某、何某等○○公司職員吳某、少年劉○○，基於共同以強暴

脅迫使人行無義務之事之犯意聯絡，於八十八年二月二十三日下午三時許至○○棄土場，由某甲、彭某、許某、王某進入棄土場工務所，其餘黃某、何某、吳某、少年劉○則在工務所外助勢，彭某進入工務所後即告知經營權人趙某，○○公司已經某甲同意招攬廢棄土傾倒生意，進場傾倒廢棄物之代價為每車一千八百元，○○公司抽取九百元，趙某等經營權人取得九百元等語，然經趙某以未取得使用執照不得傾倒建築廢棄物為由予以拒絕，彭某即以徒手毆打趙某（隨後由王某將二人拉開）之強暴方式，彭某並猛力拍打桌子向趙某威脅稱「棄土場係你作王還是我作王！這場子（指棄土場）我們已經包下來了！」等語，許某則嚇稱「你頭頂著我的天、腳踩我的地（或你頭頂著誰的天！腳踩著誰的地）連市長都拿我沒辦法，都要看我的面子，怎麼說沒經過你的在許不能進車！」等語，王某則警告趙某「要經過你同意（始可倒廢棄土），那我們三個算什麼！」等語之脅迫方式，恐嚇趙某同意傾倒廢棄土，以便從中攫取不法利益，致趙某心生畏懼。2 四海幫成員彭某、黃一、黃二及○○公司許某、王某及某甲等人，接續上開之犯意聯絡，於八十八年三月十四日，在○○公司住址集合，由彭某告知翌日（即十五日）李某將進車傾倒廢土，要求黃某召集人馬戰備，並決議若陳某等股東反對時，予以暴力行為壓制之，黃某並立即通知何某、林某及幫派組長簡某聯絡組員少年林一、黃○、劉○、林二，翌日（即十五日）上午九時許，彭某即率領四海幫海嵩

堂成員黃一、黃二、黃三及○○公司王草、何草、吳草、李草、何某、林某及少年林一、黃○、劉○、林二等十五人，先由彭草以強暴之方式踢開棄土場大門，率眾進入棄土場，正對在場經營權人陳草、趙草、呂草等人揚稱「我是四海幫的！怎麼樣！」、「如果有人敢對甲董（草甲）大小聲，就把他綁手綁腳處理掉！我講的！誰都一樣！」等脅迫方式，並命其餘四海幫成員及林草、何草、少年等人列隊站工於工務所門口助勢，彭草、某甲等人則進入工務所，欲逼迫趙草等人同意李草所載運之廢棄土得以進場傾倒，以牟取不法利益，幸經陳草等人即時報警處理，當場查獲彭草等人等情，而論被告某甲以刑法第三百零四條第一項之強制既遂罪，並因其與少年共犯依少年事件處理法第八十五條第一項加重其刑。惟查刑法第三百零四條強制罪之既遂與未遂之區別，乃以實施強暴脅迫行為後，他人是否已行無義務之事，或他人之權利行使已否受妨害為斷，本件依原判決之認定，被告及其共犯彭草等人以強暴脅迫方式，欲使趙草、陳草同意其傾倒廢土，而強使之行無義務之事，惟趙、陳二人受強暴脅迫後並未同意被告等人傾倒廢土，即被害人並未因受強暴脅迫而行無義務之事，被告之強制罪犯行應尚屬未遂階段，原判決論以既遂罪，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

九十一年度台非字第九三號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告妨害自由案件，對於台灣高等法院中華民國九十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

原判決關於某甲部分撤銷，由台灣高等法院依判決前之程序更為審判。

理 由

非常上訴理由（見前二）

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

又刑法第三百零四條強制罪既遂與未遂之區別，乃以實施強暴、脅迫行為後，他人是否已行無義務之事，或他人之權利行使已否受妨害為斷。本件依原判決事實之認定，被告某甲與共

犯彭草等及其他四海幫海嵩堂成員，於八十八年二月二十三日下午三時許及同年三月十五日

上午九時許，至新竹縣○○鄉○○小段第二九之四號等土地之○○棄土場內，以強暴、脅迫方式，欲逼迫該棄土場經營者趙某、陳某同意其傾倒廢土，而強使之行無義務之事。惟被害人趙某、陳某受強暴、脅迫後並未同意被告與彭某等人傾倒廢土，且及時報警處理，於八十八年三月十五日當場查獲被告與彭某等人，則被害人等並未因受強暴、脅迫而行無義務之事，依前揭說明，被告之強制犯行應屬未遂階段。原確定判決論以既遂罪，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，洵有理由，為維持被告之審級利益，應將原判決關於被告部分撤銷，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二項前段，判決如左。

中華民國九十年四月二十五日

【第二十四案】

一、關係條文

刑 法 第三百十條第三項前段、第二項。
司法院大法官會議釋字 第五〇九號解釋、第一八一號解釋。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

一、按判決適用法令不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又依法應於審判期日調查之證據未予調查者，致適用法令錯誤，而顯然於判決有影響者，該項確定判決即屬違背法令。韋經司法院大法官會議釋字第一八一號解釋在案。另依大法官會議釋字第一七七號解釋「本院依人民聲請所為之解釋，對聲請人據以聲請之案件，亦有效力」，大法官會議釋字第一八五號解釋「確定終局裁判所適用之法律或命令，或其適用法律、命令所表示之見解，經本院依人民解釋認為與憲法意旨不符，其受不利確

定終局裁判者，得以該解釋爲再審或非常上訴之理由」，及大法官會議釋字第一八八號解釋「引起歧見之該案件，如經確定終局裁判，而其所適用法令所表示之見解，經本院解釋爲違背法令之本旨時，是項解釋自得據爲再審或非常上訴之理由」，足徵大法官會議對於人民聲請釋憲所爲之解釋，對該聲請之個案具有效力，得爲聲請非常上訴之理由。

二、查本件原判決判處被告等犯有刑法第三百十條第二項之誹謗罪，無非以被告等未能證明系爭報導內容係「真實之陳述」，而被告某甲爲○○週刊之總編輯，負責審核並決定稿件之登載，衡以被告某乙並無實據而撰又指責自訴人以鉅額裝潢官舍，其報導客觀上足以使不特定讀者誤認自訴人有虛費公帑、辱損官箴之情事，被告等對未經查證虛實之內容予以撰又刊登，足以生損害自訴人名譽之危害，自難謂無誹謗之犯意云云，爲其主要論據。惟依大法官會議針對本案所作成之釋字第五〇九號解釋稱「刑法同條（即第三百十條）第三項前段以對誹謗之事，能證明其爲真實者不罰，係針對言論內容與事實相符者之保障，並藉以限定刑罰權之範圍，非謂指摘或傳述誹謗事項之行爲人，必須自行證明其言論內容確屬真實，始能免於刑責。惟行爲人雖不能證明言論內容爲真實，但依其所提證據資料，認爲行爲人有相當理由確信其爲真實者，即不能以誹謗罪之刑責相繩，

亦不得以此項規定而免除檢察官或自訴人於訴訟程序中，依法應負行為人故意毀損他人名譽之舉證責任，或法院發現其為真實之義務」。依此解釋可知，刑法第三百十條第三項前段之規定，非謂行為人必須自證無罪，始能免於刑責。行為人雖不能證明言論內容為真實，但依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實者，即不能以誹謗罪之刑責相繩，亦不得以此項規定而免除檢察官或自訴人於訴訟程序中，依法應負行為人故意毀損他人名譽之舉證責任，或法院發現其為真實之義務甚明。查本件原判決認定被告某甲、某乙構成誹謗罪，其主要理由即係認被告未能自證無罪，此由原判決理由指「被告某乙所為上開推斷客觀上殊乏依據，不足擬為有利於其之事證」等語。及對被告等聲請調查證據，僅以「本件事證既臻明確，被告聲請勘驗自訴人住宅，送請臺北市室內設計裝飾商某同某公會鑑定該屋裝潢費用，並聲請傳喚證人廖某、李某、劉某，以明自訴人所支裝潢費之實際額數暨證明被告確無誹謗之王觀犯意，另聲請向中華電信股份有限公司台灣北區電信分公司函查（○二）三××六××九電話號碼之用戶名稱，資以證明交通部嗣確曾以傳真方式致函○○周刊要求更正報導內容，經核與被告已成立之罪責不生影響，尚無予以勘驗、鑑定、傳喚及函查必要」等情，即足證明。是原判決顯係將刑法第三百十條證明真實之舉證責任完全推由被告負擔，置自訴人、檢察

官之舉證責任及法院發現真實之義務於不顧，對依法應於審判期日調查之證據，復未予調查，致適用法令違誤，而顯然於判決有影響，揆諸前揭大法官解釋第一八一號及第五〇九號解釋意旨，原判決顯已違背法令。次按「陳述事實與發表意見不同，事實有能證明真實與否之問題，意見則爲主觀之價值判斷，無所謂真實與否，在民王多元社會各種價值判斷皆應容許，不應有何者正確或何者錯誤而運用公權力加以鼓勵或禁制之現象，僅能經由言論之自由市場機制，使真理愈辯愈明而達去益存善之效果。對於可受公評之事項，尤其對政府之施政措施，縱然以不留餘地或大酸刻薄之語言又字予以批評，亦應認爲仍受憲法之保障」（前揭大法官會議解釋五〇九號解釋所附吳大法官庚之協同意見書參照），查原判決以當期〇〇周刊筆名「秦〇〇」所撰文章，其內容關於「氣量狹小」、「趕盡殺絕」、「刻薄寡恩」等字詞，認難謂屬出諸善意之適當評論，足以貶損自訴人之名譽，乃以被告某甲同意刊載該篇又章並向外發行為由，據以論處被告某甲誹謗罪責，顯係將該刊對於可受公評之事項所發表之意見與事實之陳述混爲一談，揆諸前揭說明，原判決顯有違誤。案經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條，提起非常上訴，以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決

九十年度台非字第一五五號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

某乙

右上訴人因蔡某自訴被告等誹謗案件，對於台灣高等法院中華民國八十六年八月十一日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決撤銷，由台灣高等法院依判決前之程序更為審判。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又依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，亦經司法院大法官會議釋字第一八一號解釋在案。查原判

判決處被告等犯有刑法第三百十條第二項之誹謗罪，係以被告某甲爲○○週刊之總編輯，負責審核並決定稿件之登載，被告某乙「並無實據證明」手爭報導內容係「真實之陳述」，而撰又指責自訴人蔡某以鉅額裝潢官舍，其報導客觀上足以使不特定讀者誤認自訴人有虛費公帑、辱損官箴之情事，被告等對「未經證實」之內容予以撰又刊登，足以生損害自訴人名譽之危害，自難謂無誹謗之犯意云云。惟依法官會議釋字第五〇九號解釋謂「刑法同條（即第三百十條）第三項前段以對誹謗之事，能證明其爲真實者不罰，係針對言論內容與事實相符者之保障，並藉以限定刑罰權之範圍，非謂指摘或傳述誹謗事項之行為人，必須自行證明其言論內容確屬真實，始能免於刑責。惟行為人雖不能證明言論內容爲真實，但依其所提證據資料，認爲行為人有相當理由確信其爲真實者，即不能以誹謗罪之刑責相繩，亦不得以此項規定而免除檢察官或自訴人於訴訟程序中，依法應負行為人故意毀損他人名譽之舉證責任，或法院發現其爲真實之義務」。依此解釋，刑法第三百十條第三項前段之規定，非謂行為人必須自行證明其言論內容確屬真實，始能免於刑責。行為人雖不能自行證明其言論內容之真實性，但依其所提之證據資料，足認行為人有相當理由確信其爲真實者，即不能論

以誹謗罪，乃不得以此項規定而免除檢察官或自訴人於訴訟程序中，依法應負行為人故意毀損他人名譽之舉證責任，或法院發現其為真實之義務甚明。查本件原判決論處被告某甲、某乙構成誹謗罪，其主要理由係認定被告某乙「未經證實」率行報導為其論罪之依據，顯見原判決就被告等是否有相當理由確信其報導為真實乙節，未經斟酌，又將刑法第三百十條證明真實之舉證責任完全推由被告負擔，置自訴人、檢察官之舉證責任及法院發現真實之義務於不顧，致被告等之報導是否出於明知為不實或因輕率疏忽而不知其真偽等情，即有無同法條第三項規定之不罰條件，尚屬不明，自有依法應於審判期日調查之證據未予調查，致適用法令違誤，且顯然於判決有影響，揆諸前揭大法官會議釋字第一八一號及第五〇九號解釋意旨，原判決顯屬違背法令。率經確定，且於被告等不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由。又本件既涉及事實之認定，為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為審判，期臻適法。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項前段，判決如左。

中華民國九年五月二十三日

【第二十五案】

一、關係條文

刑 法 第三百二十條第二項。

刑事訴訟法 第三百七十九條第十款。

二、非常上訴理由

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，原判決於事實欄認定自訴人等向被告購買坐落台中市北屯區賴厝廓段第一〇、一〇三二、一〇一三三、一〇一三六地號土地上「新〇〇海」大樓新建工程之房屋及土地持分，於八十三年二月間陸續交屋完畢，詎被告明知該建物一樓如原判決附件一所示編號A部分面積零點零零肆公頃，係屬全體住戶共有共用之通道，竟意圖為自己不法之利益，於八十四年間將該部分建物出租與外人某甲乙、某甲丙開設「〇〇便利商店」，再於八十五年間出租與外人某甲丁開設「〇〇靚鍋」火鍋店使用而收取租金牟利以竊佔云云，而論被

告以竊佔罪責。惟查 有罪判決書之事實一欄爲適用法律之依據，凡於適用法律有關之事實必須詳爲記載，始足爲適用法律是否正當之準據，而刑法第三百二十條第二項之竊佔罪，乃即成犯，於其竊佔行爲完成時犯罪即成工，以後之繼續竊佔乃狀態之繼續，而非行爲之繼續，本件被告係將通道之隔牆打掉，將編號A部分納入一樓店面內，再將店面出租，故出租應係竊佔狀態之繼續，非竊佔行爲本身，原判決未於事實欄認定被告係何時以何方法竊佔該A部分建物，而以出租行爲論被告以竊佔罪責，已屬違法，且本件大樓係由被告建造後出售，該大樓之新建工程在爰屋予承購尸前均在被告之占有中，被告如在爰屋前將通道隔間打掉，重新再隔，而侵害到承購尸之權益，應僅係民事上給付不完全或債務不履行之問題，無竊佔可言，必須被告在爰屋予承購尸後，擅自將通道隔爲己有，始生竊佔問題，自訴人雖於自訴狀指被告於爰屋後始作通道變更，惟於九十年二月十五日原審訊問時，辯護人質疑自訴人謂房屋點爰在變更設計之後，自訴人當時何以不異議，自訴人等又謂是被迫點爰云云，似不否認通道變更在爰屋之前，而被告一再辯稱其在大樓完工後一個月，即已將通道隔間變更，並非在爰屋之後始作變更，按本件大樓使用執照於八十二年十一月即取得，有該使用執照申請書影本可稽，大樓乃八十三年二月間起陸續爰屋，該大樓之任尸計六十餘尸，究通道A部分係何時遭被告隔入一樓店面內，向自訴人以外之任尸調查即知，且隔入之時點影響被告是否應

成工竊佔罪責，原審未予調查，遽認被告出租建物，應成工竊佔罪責，自有應調查之證據未調查之違法，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

九十年度台非字第二六三號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告竊佔案件，對於台灣高等法院台中分院中華民國九十年三月二十一日第二審確定判決，認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於某甲竊佔部分撤銷，由台灣高等法院台中分院依判決前之程序更為審判。

理 由

非常上訴理由（見前二）

按非常上訴，乃對於審判違背法令之確定判決所設之救濟方法。依法應於審判期日調查之證

據，未予調查，致適用法令違誤，而顯然於判決有影響者，該項確定判決，即屬判決違背法令，應有刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款規定之適用。又有罪判決書之事實一欄為適用法律之依據，凡於適用法律有關之事實必須評為記載，始足為適用法律是否正當之準據。而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。本件原判決認定自訴人黃草等人向被告某甲購買坐落臺中市北屯區賴厝廓段第一〇、一〇三二、一〇一三三、一〇一三六地號土地上「新〇〇海」大樓新建工程之房屋及土地持分，於民國八十三年二月間陸續交屋完畢。詎被告明知該建物一樓部分如原判決附件一所示編號A部分面積零點零零肆公頃屬全體任尸共有共用之通道，竟意圖為自己不法之利益，於八十四年間將該部分建物出租與案外人草乙、草丙開設「〇〇便利商店」，再於八十五年間出租與案外人吳草開設「〇〇靚鍋」火鍋店使用而收取租全牟利以竊佔之。於理由欄說明「被告係在交屋後始二次施工竊佔附件一所示編號A部分面積零點零零肆公頃建物一樓走道，並連同原設計之一樓停車位部分於八十四、八十五年間出租與案外人」等語，係以被告二次施工之方式竊佔前揭編號A部分一樓走道面積，再

將之連同一樓店面出租他人。則被告之竊佔行為於其施工完成時即已完成，嗣後之出租乃竊佔狀態之繼續，而非竊佔行為本身。原判決未於事實欄記載被告究竟於何時以何方法竊佔前揭A部分建物面積，而以被告之出租行為論處其竊佔罪行，已屬違法。而本件大樓為被告建造後出售予自訴人等人，該大樓之新建工程在交屋前均在被告之占有中，尚非屬自訴人等之不動產。被告如有交屋前將通道間隔打通，重新再隔，而侵害到自訴人之權益，應僅為民事上之雙方債權債務之糾紛，並無竊佔可言。被告於原審辯稱「（你何時把停車位及走道間的牆拆掉？）使用執照剛取得，要交屋時，因應承購戶之要求，我在取得使用執照一個月左右將那道牆拆掉。」、「（你把停車位及走道間的牆拆掉是否在交屋後？）不是，那在交屋前就拆除了，因為他們說如果不拆除屋型不好，他們不交屋。」。而本件大樓之使用執照於八十二年十一月九日取得，有該使用執照影本附卷可按，原判決乃認定自訴人所購之房屋係自八十三年二月間陸續交屋完畢。究竟前揭編號A部分一樓走道被告係於何時施工併入一樓店面，如被告確在交屋前即已二次施工，其行為是否能成立竊佔罪，即有研酌之餘地，此與被告是否成立犯罪攸關，即有調查之必要。原判決對於前揭事項，未詳予調查審酌，而顯然

於判決有影響，揆諸首揭說明，即屬判決違背法令。牽經確定，非常上訴意旨，執以指摘原判決關於此部分違背法令，非無理由，且於被告不利，為維持被告審級利益之必要，應由本院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前段，判決如左。

中 華 民 國 九 十 八 年 九 月 九 日

【第二十六案】

一、關係條文

刑 法 第三百三十條、第三百二十九條、第三百二十一條第一項第四款、第三百二十八條第一項。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。本件原判決以被告某甲與蕭某、林某、許某四人，於八十七年七月十三日下午二時二十分許，在苗栗市中正路五〇六號新竹區中小企業銀行苗栗分行附近，發現何某手提之二個白色袋，分裝有現全新台幣四百萬元（新台幣下同）、二百萬元，正要穿越馬路，欲到上開苗栗分行辦理存款，即基於共同意圖為自己不法所有之犯意聯絡，由許某駕駛機車後載被告某甲自後趨近，蕭某、林某乃各騎機車在旁把風接應，並由被告某甲乘何某未及抵抗之際，自後搶奪裝

有四百萬元之現金一袋，得手後因何某欲奪回該錢袋而倒地遭拖行，致兩腳受傷，詎被告某甲因防護贓物而獨自另行起意，即當場以手、腳推、踢何某而施以強暴，致何某鬆手後，林某等四人隨即分別騎機車逃逸，嗣經警查獲等情。因而適用刑法第三百二十九條、第三百二十八條第一項論處被告某甲罪刑，雖非無見。惟查刑法第三百二十九條之以強盜論，即以強盜罪相當條又處罰之意，並非專以第三百二十八條第一項之強盜論，故第三百三十條所謂犯強盜罪，不僅指自始犯強盜罪者而言，即依第三百二十九條以強盜論者，亦包含之，如此項準強盜有第三百二十一條第一項各情形之一，自應依第三百三十條論處，此有最高法院二十年上字第六六二六號，四十二年台上字第五二三號判例可稽，被告某甲結夥三人以上搶奪，因防護贓物，而當場施以強暴，則其所犯之準強盜罪，已具有刑法第三百二十一條第一項第四款之情形，即應依同法第三百三十條第一項論處，乃原判決竟適用第三百二十八條論罪，委有適用法則不當之違法，幸經確定，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

八十九年度台非字第一七八號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

右上訴人因被告搶奪案件，對於台灣高等法院台中分院中華民國八十八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

原判決關於某甲加重強盜罪違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑法第三百二十九條之以強盜論，即以強盜罪相當條又處罰之意，並非專以第三百二十八條第一項之強盜罪論，故第三百三十條所謂犯強盜罪，不僅指自始犯強盜罪者而言，即依第三百二十九條以強盜論者，亦包含之，如此項準強盜有第三百二十一條第一項各情形之一，自應依第三百三十條論處。查本件被告某甲結夥三人以上搶奪而獨自另行起意，因防護贓物，當場施以強暴，則其所犯之準強盜罪，已具有刑法第三百二十一條第一項第四款之情形，揆諸前開說明，即應依同法第三百三十條第一項論處，乃原判決竟適用同法第三百二十

八條論罪，即有適用法則不當之違誤，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，惟原判決尚非不利於被告，應僅將原判決關於某甲加重強盜罪違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如左。

中 華 民 國 八 十 九 年 七 月 六 日

【第二十七案】

一、關係條文

刑法 第三百四十二條、第五十五條前段。

銀行法 第一百二十七條之一、第三十三條第一項。

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

按判決適用法則不當及所載理由矛盾者，均為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條及同法第三百七十九條第十四款定有明文。本件原判決撤銷第一審關於被告某甲等所犯刑法第三百四十二條背信罪之判決，而改判諭知被告違反銀行法第一百二十七條之一、第三十三條第一項授信限制罪，固非無見。惟按刑法上所謂法條競合，係指一行為侵害一法益而符合數法條所定犯罪構成要件，觸犯數罪名，因該數罪名所保護者為同一法益，禁止為雙重評價，故僅能適用一法條論罪，而排除其他法條之適用，其本質乃單純一罪而擇一適用競合之法條。另

所謂想像競合犯，則指一行爲侵害數法益，符合相同或不同之數法條所定犯罪構成要件，應爲雙重之評價，論以相同或不同之數罪名，但工法上基於刑罰衡平原理，規定爲僅應從一重處斷，其本質實爲犯罪之競合，貴院八十八年台非字第二十一號、八十八年台上字第五四五五號判決可資參考。又刑法第三百四十二條之背信罪，係損害本人或他人之財產利益爲其構成要件，而銀行法第一百二十七條之一，第三十三條第一項違法授信限制罪，則係損害銀行業務之健全經營及存款人之權益，兩者所保護之法益，並不完全相同。故如一行爲同時損害本人或他人之財產利益，暨銀行業務之健全經營及存款人之權益者，則應予以雙重評價，論以該二罪，因屬異種想像競合犯，應依刑法第五十五條前段規定，從一重處斷。本件依原判決所確認之事實，被告等係犯有刑法第三百四十二條背信罪及銀行法第一百二十七條之一、第三十三條違反授信限制罪，依前開說明，自應依刑法第五十五條前段規定，從一重之背信罪論處，乃原判決理由欄六竟稱：關於對利害關係人放款，條件若優於其他會員，銀行法有處罰之規定，且係刑法背信罪之特別規定，依特別法優於普通法原則，應優先適用銀行法之規定，而依銀行法第一百二十七條之一、第三十三條違反授信限制罪論處，自有適用法則不當之違誤。且依上開判決理由欄六之論述，顯已認定被告等所爲，已構成刑法第三百四十二條背信罪及銀行法第一百二十七條之一、第三十三條違反授信限制罪，僅因銀行法有處罰之

規定，且係刑法背信罪之特別規定，而優先適用銀行法之規定予以論處，乃原判決理由七又稱被告等所為，不成工背信罪，亦有判決理由矛盾之違誤。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十九年度台非字第四六一號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

某乙

某丙

某丁

某戊

某己

右上訴人因被告等違反銀行法等罪案件，對於台灣高等法院臺南分院中華民國八十八年六月二十二日第二審確定判決，認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決適用法則不當及所載理由矛盾者，均為違背法令，此觀之刑事訴訟法第三百七十八條，及同法第三百七十九條第十四款之規定甚明。本件原判決認定被告等均有共同違反銀行法第一百二十七條之一、第三十三條第一項所規定授信限制之事實，並於理由欄第六段記載「關於對利害關係人放款，條件若優於其他會員，銀行法有處罰之規定，且係刑法背信罪之特別規定，依特別法優於普通法原則，應優先適用銀行法之規定」等語。依原判決上開認定及理由之論述，顯已認定被告等所為已構成刑法第三百四十二條之背信罪及銀行法第一百二十七條之一、第三十三條之違反授信限制罪，僅因銀行法上開規定係刑法背信罪之特別規定，而優先適用銀行法之規定論處。乃原判決於理由欄第七段內復謂「被告等所為不成工刑法背信罪云云，所載理由前後齟齬，自有判決理由矛盾之違誤。次按刑法上所謂法條競合，係指一行為侵害同一法益，同時符合數法條所規定之犯罪構成要件，而觸犯數罪名，因該數

罪名所保護者爲同一法益，禁止爲雙重評價，故僅能選擇其中一法條論罪，而排除其他法條之適用，其本質乃屬單純一罪。而所謂想像競合犯，則指一行爲侵害數法益，符合相同或不同之數法條所定犯罪構成要件，應爲雙重或多重之評價，併論以相同或不同之數罪名，但工法上基於刑罰衡平原理，規定爲僅應從其中一重罪處斷，其本質爲數罪之競合，與前述法條競合之情形不同。查刑法第三百四十二條之背信罪，係處罰侵害他人之財產或利益，銀行法第一百二十七條之一、第三十三條第一項之違反授信限制罪，則係處罰侵害銀行業務之健全經營及存款人之權益，兩者所保護之法益，並不相同，如同時以一行爲侵害他人之財產或利益，兼又侵害銀行業務之健全經營暨存款人之權益者，則應予以雙重之評價，併論以上開二罪，屬於異種想像競合犯，應依刑法第五十五條前段之規定，從一重處斷。原判決關於此部分認係法條競合，而依特別法優於普通法原則，擇一適用銀行法第一百二十七條之一、第三十三條第一項之規定論處，依上說明，亦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，惟原判決尙非不利於被告等，應僅由本院將上開違背法令之部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。
中 華 民 國 八 十 九 年 十 二 月 七 日

【第二十八案】

一、關係條文

刑法 第三百五十四條。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按刑法第三百五十四條毀棄損壞罪所稱「損壞」，係指損害破壞物質之形體而使其效用一部喪失而言（參見趙琛著「刑法分則實用」下冊第九六六頁、陳樸生著「實用刑法」第八六九頁、周治干著「刑法各論」第九四四頁、蔡墩銘著「刑法各論」第二二三頁、最高法院四十七年台非字第三四號判例、司法院第二廳七十四年六月十五日（七四）廳刑一字第四五二號函）。本件原審法院認定被告某甲因懷疑其夫王芋外遇，經多方查訪後，得知王芋經常出入李芋仁於台北市內湖區○○路××號四樓之任處，乃於民國八十七年七月十六日晚上聯繫其弟芋乙、親戚劉芋、張芋（後二人業經第一審判決無罪確定），及鎖匠芋丙至台北市政府警

寧局內湖分局又德派出所會同警員黃某、蕭某於次日即八十七年七月十七日凌晨一時許抵達李某任處。經警員黃某、蕭某按門鈴並表明身分後，仍未見李某開門，未幾，某甲已無法按捺，不願警員黃某、蕭某「不要破壞門鎖」之警告，爲進入屋內蒐證，乃當場與其弟某乙、鎖匠某丙，基於共同損壞他人大門門鎖設備之犯意聯絡，由某丙以其所有之開鎖工具鐵條二支，著手先將封閉鎖頭之門把上、下螺絲轉開取出，而將門把卸下，使門把與鎖頭分離，而喪失門把之功能，並使門鎖設備之一部效用喪失，足以生損害於李某之事實，固於理由欄內詳予敘明所憑之證據及認定之理由，惟卷查第一審於八十八年七月二十七日審判期日當庭命被告某丙攜同型門鎖到庭擇作開鎖及回復過程，某丙確能於庭訊期間將該門鎖以扣某乙之鐵條等工具完成開鎖、回復動作，業經記明筆錄在卷，足見該門鎖僅係組裝之暫時分解，如將門鎖重行組裝，又能立即恢復門鎖之功能，顯未損害破壞其物質之形態，而使其效用一部喪失，自與刑法第三百五十四條損壞他人之物罪之構成要件不合，且該罪又無處罰未遂之規定，自不成立犯罪。乃原判決竟以門把卸下，使門把與鎖頭分離，即喪失門把之功能，並使門鎖設備之一部效用喪失，而論處被告等損壞他人之物罪刑，法律適用不無違誤。幸經確定，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

八十九年度台非字第二四〇號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

某乙

某丙

右上訴人因被告等毀損案件，對於台灣高等法院中華民國八十九年四月十三日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決撤銷，由台灣高等法院依判決前之程序更為審判。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑法第三百五十四條之毀損罪，以使所毀損之物，失其全部或一部之效用為構成要件，若僅暫時失其效用者，要難以毀損罪相繩。本件被告等雖基於共同損壞他人大門門鎖設備之

犯意聯絡，由某甲以開鎖工具鐵條二支，將封閉鎖頭之門把上、下螺絲轉開取出，再將門把卸下，使門把與鎖頭分離，而喪失門把之功能，並使門鎖設備之一部效用喪失，惟第一審法院於審判期日，曾命某甲攜同型門鎖到庭掙作開鎖及復原經過情形，某甲確能於當庭以鐵條等工具完成開鎖及回復原狀動作，此有審判筆錄在卷可稽，足見該門鎖僅係暫時分解，重行組裝後，旋即可回復原狀，既未破壞該門鎖之形體，亦未使其門鎖喪失效用，該門鎖僅因被告等之拆卸而暫時失去其功能，揆諸前開說明，即與毀損罪之構成要件有間，又該罪並無處罰未遂犯之規定，自不成工犯罪。乃原判決竟以被告等使門把與鎖頭分離，而喪失門把之功能，並使門鎖設備之一部效用喪失，遽論被告等損壞他人之物罪刑，即有法則適用不當之違誤，其判決當然違背法令，案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由。為維持被告等之審級利益，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、第二項前段，判決如左。

中華民國十八年八月三日

貳、刑事訴訟法

【第二十九案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第三十一條第一項、第四十七條、第三百七十九條第七款。
刑 法 第三百四十八條第一項。

二、非常上訴理由

按最輕本刑爲三年以上有期徒刑之案件，於審判中未經選任辯護人者，審判長應指定公設辯護人爲其辯護。依本法應用辯護人之案件或已經指定辯護人之案件，辯護人未經到庭辯護而逕行審判者，其判決當然爲違背法令。審判期日之所訟程序，專以審判筆錄爲證。刑事訴訟法第三十一條第一項、第三百七十九條第七款及第四十七條各有明文規定。又強制辯護案件，審判筆錄雖有律師陳述辯護意旨如辯護書所載字樣，但卷無律師提出任何辯護書狀或上訴理由書狀，與未經辯護無異。其訴訟程序，自屬不合。亦有貴院六十八年台上字第一〇四六號判例可供參照。本件被告某甲所犯，乃刑法第三百四十八條第一項之擄人勒贖而故意殺害破

害人罪，為唯一死刑之罪。屬於刑事訴訟法第三十一條第一項規定之應用辯護人之強制辯護案件。臺灣高等法院雖曾指定義務辯護人張○○律師為被告辯護，該指定辯護人張○○律師曾於八十九年八月二十八日上午十時二十分審判期日到庭為被告某甲辯護，但其辯護意旨僅稱「詳如辯護書所載」。有該審判筆錄附卷可稽。經遍查全卷，並未發見該辯護人所提出之「辯護書」在卷，是被告某甲部分即與未經辯護無異。揆諸首開刑事訴訟法各規定，該臺灣高等法院之訴訟程序顯屬違法。率經被告提起第三審上訴，依刑事訴訟法第三百九十三條第一款、第三百九十四條第一項之規定，前開違誤，屬於貴院得依職權調查之事項，貴院竟未經調查，糾正而駁回被告之上訴，乃屬違法。率經確定，且不利於被告。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

九十年度台非字第七四號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告盜匪案件，對於本院中華民國八十九年十二月二十八日確定判決，認為某甲

部分違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原審關於某甲部分之訴訟程序違背法令之部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按最輕本刑爲三年以上有期徒刑之案件，於審判中未經選任辯護人者，審判長應指定公設辯護人爲其辯護。又依本法應用辯護人之案件或已經指定辯護人之案件，辯護人未經到庭辯護而逕行審判者，其判決當然違背法令。刑事訴訟法第三十一條第一項、第三百七十九條第七款定有明文。又依同法第四十七條規定，審判期日之訴訟程序，專以審判筆錄爲證。關於強制辯護案件，原審審判筆錄雖有律師陳述辯護意旨如辯護書所載字樣，但核閱卷宗，該律師未曾提出任何辯護書狀或上訴理由書狀者，與未經辯護無異，所踐行之訴訟程序，自屬於法不合。查本件被告某甲所犯，乃刑法第三百四十八條第一項之擄人勒贖而故意殺被害人罪，爲唯一死刑之罪，屬於刑事訴訟法第三十一條第一項規定之應用辯護人之強制辯護案件。第二審法院審理民國八十九年重上更（四）字第××號被告某甲盜匪案件時，固曾指定義務

辯護人張○○律師爲被告辯護，且該指定辯護人亦於八十九年八月二十八日上午十時二十分審判期日到庭，固有記載「指定辯護人張○○律師到」之刑事報到單在卷可按，但其審判筆錄僅記載「義務辯護人爲被告辯護詳如辯護書所載」，有該審判筆錄附卷可稽。經遍查全卷，並未發見該辯護人所提出之「辯護書」在卷，且據台灣高等法院九十年三月二日院賓刑水字第三三一號函復本院敘明被告之辯護人張○○律師於該案並未提出辯護狀在卷，是被告部分即與未經辯護無異。揆諸首開刑事訴訟法規定，該第二審法院所踐行之訴訟程序顯屬違法。該案經被告上訴第三審，本院未予糾正，予以維持，以上訴無理由駁回被告第三審之上訴而告確定，其所訟程序實屬於法有違。案經確定，非常上訴意旨，執以指摘，尙有理由，應由本院將原判決關於某甲部分之訴訟程序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二款，判決如王又。

中華民國九年三月十四日

【第三十案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第二百八十四條、第二十七條第一項、第三十一條第一項、第三百七十九條第七款、第三百九十三條第一款、第三百九十四條第一項。
刑法 第三百四十八條第一項。

二、非常上訴理由

按強制辯護案件，審判筆錄雖有律師陳述辯護意旨如辯護書所載字樣，但卷無律師提出任何辯護書狀或上訴理由書狀，與未經辯護無異，其訴訟程序自屬不合，有貴院六十八年台上字第一〇四六號判例可供參照。本件被告某甲所犯刑法第三百四十八條第一項之擄人勒贖而故意殺害被害人罪，為唯一死刑之罪，屬刑事訴訟法第三十一條第一項規定之強制辯護案件。台灣高等法院雖曾指定義務辯護人張○○律師為被告辯護，該指定辯護人亦曾於八十九年八月二十八日審判期日到庭為被告某甲辯護，但其辯護意旨僅稱「評如辯護書所載」，惟經過

查全卷，並未發見該辯護人所提出之「辯護書」在卷，是被告某甲部分即與未經辯護無異，依刑事訴訟法規定，該台灣高等法院之訴訟程序顯屬違法，率經被告提起第三審上訴，就此違誤，依刑事訴訟法第三百九十三條第一款、第三百九十四條第一項之規定，屬於貴院得依職權調查之事項，貴院竟未經調查，糾正而駁回被告之上訴，乃屬違法。前經向貴院提起非常上訴，貴院九十年台非字第七四號判決，認爲原判決於法有違，惟僅就原審關於某甲部分之訴訟程序違背法令之部分撤銷，卻未發回更審。按強制辯護制度，旨在保障其辯護利益，以維審判之公平，因對於重大案件，恐被告自行辯護不周，無法保障其辯護利益，故規定強制指定具法律專業之公設辯護人或律師爲被告辯護。本件情形，法院雖曾指定義務辯護人張○律師，惟卻未見其提出辯護書，即與未經辯護無異，此乃爲貴院九十年度台非字第七四號判決所採認。是本件如不予發回二審更審，而僅就訴訟程序違背法令之部分撤銷，無異剝奪被告某甲二審應有之訴訟權益，況被告所犯爲唯一死刑之罪，人命關天，其在台灣高等法院二審審理，依法應強制辯護之程序，竟無義務辯護人之辯護書，即與未經辯護無異，自屬不利於被告，已如前述。而貴院採認此項理由，認定原判決違背法令，卻僅撤銷其訴訟程序違背法令部分，並未諭知發回原審法院依判決前之程序更爲審判，如此判決顯然無法確實保障、維護被告某甲應有之辯護及審級利益，亦不符強制辯護所欲維持審判公平之目的。更且

提起非常上訴之判決如適用法律違誤者，為判決違法，如不利於被告，即應將其撤銷，另行判決（貴院六十八年台非字第一四八號判例參照），而非僅撤銷其所訟程序違背法令部分而已。從而貴院撤銷原判決，卻未發回更審即屬違誤，乃違強制辯護制度之精神。率經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決

九十一年度台非字第一五二號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告盜匪案件，對於本院中華民國八十九年十二月二十八日第三審確定判決（八十九年度台上字第××號）及本院中華民國九十年三月十四日非常上訴判決（九十年度台非字第七四號），認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

本院八十九年度台上字第××號判決暨台灣高等法院八十九年度重上更（四）字第××號判決關於某甲部分均撤銷，由台灣高等法院依判決前之程序更為審判。

其他上訴駁回。

理由

非常上訴理由（見前二）

一、關於本院八十九年台上字第××號判決部分

本院按「被告得隨時選任辯護人」「最輕本刑爲三年以上有期徒刑或高等法院管轄第一審案件或被告因智能障礙無法爲完全之陳述，於審判中未經選任辯護人者，審判長應指定公設辯護人爲其辯護」，刑事訴訟法第二十七條第一項前段、第三十一條第一項分別定有明文，此乃藉由辯護人之專事，充實被告防禦權及彌補被告法律知識之落差，以維審判之公平。同法第二百八十四條規定「第三十一條第一項所定之案件無辯護人到庭者，不得審判。」，因此強制辯護案件，第二審未經辯護人到庭辯護逕行審判，其判決依同法第三百七十九條第七款之規定當然違背法令。又刑事訴訟法第四百四十一條之審判違背法令，包括原判決違背法令及訴訟程序違背法令，後者係指判決本身以外之訴訟程序違背程序法之規定，與前者在理論上雖可分工，實際上時相牽連，第二審其所踐行之訴訟程序違背同法第三百七十九條第七款、第二百八十四條之規定，固屬判決前之訴訟程序違背法令，但非常上訴審就個案之具體情形

審查，如認判決前之訴訟程序違背被告防禦權之保障規定，致有依法不應為判決而為判決之違誤，顯然於判決有影響者，該確定判決，即屬判決違背法令，率經上訴第三審，非常上訴審就上開情形審查，如認其違法情形，第三審法院本應為撤銷原判決之判決，竟予維持，致有違誤，顯然影響於判決者，應認第三審判決為判決違背法令，此為本院最近所採之見解（參見本院九十一年六月二十五日第八次刑事庭會議決議）。本件被告某甲所犯，乃（修正前）刑法第三百四十八條第一項之擄人之勒贖而故意殺被害人罪，為唯一死刑之罪，屬於刑事訴訟法第三十一條第一項規定應用辯護人之強制辯護案件。第二審法院審理八十九年度重上更四字第××號被告某甲盜匪案件時，曾指定義務辯護人張○○○律師為被告辯護，該指定辯護人於八十九年八月二十八日上午十時二十分審判期日到庭，固有記載「義務辯護人張○○○律師到」之刑事報到單在卷可按，且其審判筆錄記載「義務辯護人為被告辯護，辯護意旨詳如辯護書所載」，有該審判筆錄附卷可稽。但查全卷，並未發見該辯護人所提出之「辯護書」在卷，且經台灣高等法院九十年三月二日院賓刑水字第三三一號函及九十年八月七日院賓刑水字第五八〇八號函，函覆本院敘明被告之辯護人張○○○律師於該案並未提出辯護狀及該

率之錄音帶於八十九年十一月二十九日檢卷送上訴後十日即已銷毀在卷（其辯護內容無從查考），是被告某甲部分與未經辯護無異（本院六十八年台上字第一〇四六號判例參照），第二審法院逕行判決，即有同法第三百七十九條第七款「依本法應用辯護人之案件或已經指定辯護人之案件，辯護人未經到庭辯護而逕行審判者」之情形，其判決當然違背法令。對於上開違背同法第三百七十九條第七款之第二審判決，依同法第三百九十三條第一款規定屬於第三審法院得依職權調查之事項。被告上訴第三審後，原確定判決本得依職權調查後，撤銷第二審判決，予以糾正，卻以上訴無理由駁回被告在第三審之上訴，即有違誤。刑事司法之實踐，首重保障人權，不藉由程序之遵守確保障判之公正，本件被告步犯為唯一死刑之罪，不經原確定判決處以極刑，第二審法院判決「未經辯護，逕行審判」，顯然剝奪被告防禦權及辯護人倚賴權之行使，致辯護人未能於審判期日提出有利之證據及辯護，喪失對被訴事實及不利證據陳述意見之機會，影響及於法院對於證據之調查、取捨、事實之認定及刑之量定。原確定判決未為糾正，不惟使被告無法享有法院依法定程序緝密審判之保障，與正當程序之規定相違背，亦影響於公平正義之維護。揆之前開說明，應認原確定判決違背法令。率經確

定，且對被告不利，非常上訴執以指摘，為有理由，爰由本院將八十九年度台上字第X×號判決暨台灣高等法院八十九年度重上更（四）字第X×號判決關於被告部分一併撤銷，並為維持被告之審級利益，由原第二審台灣高等法院依判決前之程序更為審判，以資救濟。

二、關於本院九十年度台非字第七四號判決部分

本院按 非常上訴制度，係為糾正確定裁判之審判違背法令所設之救濟方法，以統一各級法院對於法令之解釋為其主要目的。所謂審判違背法令，係指審判程序或其判決之援用法令與當時應適用之法令有所違背而言。又判決違背刑事訴訟法第三百七十九條第七款、第二百八十四條之規定者，當然違背法令，在通常上訴程序，當得為上訴第三審之理由，在非常上訴程序，（九十一年六月二十五日本院第八次刑事庭會議決議前）本院向來認係判決本身以外之訴訟程序違背程序法之規定，僅為判決前訴訟程序違背法令。本院九十年三月十四日非常上訴判決以被告某甲所犯修正前刑法第三百四十八條第一項之擄人勒贖而故意殺被害人罪，屬於刑事訴訟法第三十一條第一項規定之應用辯護人之強制辯護案件，第二審法院指定義務辯護人為被告辯護，且該義務辯護人雖於審判期日到庭，但審判筆錄僅記載「義務辯護人為被告辯護詳如辯護書所載」，該辯護人並未提出「辯護書」，第二審法院逕行判決，所踐

行之訴訟程序顯屬違法，被告上訴第三審，第三審法院未予糾正，予以維持，非常上訴判決依變更前之見解，以此爲裁判前之訴訟程序違背法令，依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第二款將原確定判決訴訟程序違背法令部分撤銷。非常上訴判決，其審判程序或其判決所援用法令，雖嗣後見解變更，仍難認與當時應適用之法令有所違背。按之前揭說明，本件非常上訴意旨指摘本院上開判決違背法令云云，難認有理由，應予駁回。

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

中華民國十九年六月二十五日

【第三十一案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第一百五十五條第二項、第一百六十五條第一項、第四百四十七條第一項第一款、第三百七十九條第十款。

著作權法 第一百條、第九十一條第一項（八十七年一月二十一日修正前）。

二、非常上訴理由

按未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據，刑事訴訟法第一百五十五條第二項定有明文。又依同法第一百六十五條第一項之規定，卷宗內之筆錄及其他文書可為證據者，應向被告宣讀或告以要旨，此為事實審法院於審判期日就文書證據所應踐行之調查方法及程序，旨在使當事人澈底瞭解該等文書記載之內容及意涵，而為充分之辯論，以使法院形成正確之心證。故法院就又書證據，如未確實依照上開法定調查方法，於審判期日踐行調查程序，而遽採為判決之基礎，即難謂其判決於上開證據法則無所違背。本件原確定判決認定 被告某甲係○

○工業股份有限公司（以下簡稱爲○○公司）之負責人，茅乙則係該公司之實際負責人，爲便於銷售產品，茅甲與其夫茅乙等二人於民國八十四年五月間即出資聘請賴茅、江茅、童茅、彭茅爲其製作○○五層不銹鋼鍋之示範錄影帶，介紹產品之功能及使用方法，且雙方就該視聽著作權之歸屬並未特別約定，於同年五月二十六日製作完成，江茅、童茅、彭茅並均於同年五月十日即與賴茅約定將上開視聽著作之著作財產權讓與給賴茅，詎茅甲、茅乙等二人均明知該示範廣告錄影帶係由賴茅於創作完成時即取得著作權，竟未經著作權人賴茅之同意或授權，即共同基於概括之犯意聯絡，擅自將上開○○五層不銹鋼鍋之示範錄影帶予以重製後，於全省有線電視台公開播送，連續侵害賴茅之著作財產權。又茅乙明知其非○○不銹鋼鍋視聽著作之創作人，竟以著作人自居，於同年八月三十日向內政部申請著作權登記，使內政部不知情之承辦公務員將此不實事項登載於職務上所掌之著作權登記簿上，嗣於同年十一月八日，茅甲、茅乙就該○○五層不銹鋼鍋之示範廣告錄影帶，向台灣台中地方法院檢察署告訴江茅違反著作權法一審時（八十四年度偵字第××號），又基於犯意之聯絡，由茅乙提出上開內政部著作權登記簿謄本，以證明其爲著作人，足以生損害於著作權管理機關對著作權管理之正確性及賴茅等情，而論被告茅甲、茅乙以違反著作權法第九十一條第一項、第九十二條及刑法第二百十六條、第二百十四條之罪之牽連犯，而從一重之連續以重製方法侵害他人

著作財產權罪處斷，被告○○公司則依著作權法第一百零一條第一項處斷，乃以證人彭某、楊某、陳某、童某、宋某於台灣台中地方法院檢察署八十四年度偵字第××號及台灣高等法院台中分院八十五年度上訴字第××號違反著作權法案件中之證詞，及卷附趙某、楊某於八十四年五月十日將其著作權讓與江某、宋某、彭某、童某、陳某與江某於同一日讓與賴某之著作財產權讓與證明書七紙等為主要證據。惟查 原審乃於九十年五月十七日行又向台灣台中地方法院檢察署調借上開偵字第××號違反著作權法等一率全卷，此有（九〇）中分義刑萬決八九上易××字第〇八七五〇號函稿在卷可稽，而台灣台中地方法院檢察署乃於九十年五月三十日始發又將該案全卷六宗檢送原審法院，此亦有該署中檢盛檔字第三七〇七七號函附卷為憑，是本件原審於九十年五月二十九日行本件審判程序時，上開偵字第××號及上訴字第××號卷尚未到達原審法院，則該證人宋某、彭某、童某、陳某、及楊某於上開審內之陳述，原審即無法於審判期日踐行調查證據程序，原判決採該未經合法調查之證言作為判決最主要之基礎，自不符上開證據法則，原判決應有不適用法則及應調查之證據未調查之違法，又卷附趙某、楊某於八十四年五月十日將其著作權讓與江某、宋某、彭某、童某、陳某及江某於同一日讓與賴某之著作財產權讓與證明書七紙，乃屬私文書，被告一再指稱該讓與證明書係告訴人臨訟偽造，原審未予調查即採該證明書為證據，乃有應調查之證據未調查

之違法，原判決憑為論斷基礎之主要證據，均未經合法調查，自影響判決結果，業經確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

九十一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 ○○工業股份有限公司

兼右代表人 某甲

被告 某乙

右上訴人因被告等違反著作權法案件，對於台灣高等法院台中分院中華民國九十年六月五日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決撤銷，由台灣高等法院台中分院依判決前之程序更為審判。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按無證據能力，未經合法調查，顯與事理有違，或與認定事實不符之證據，不得作為判決之依據，刑事訴訟法第一百五十五條第二項定有明文。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，該項判決，即屬違背法令，應有刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款規定之適用，司法院大法官會議訂著有釋字第一八一號解釋可供參照。本件原判決認定被告某甲、某乙及○○公司有其事實欄所載擅自以重製之非法侵害告訴人賴某之著作財產權等犯行，係以證人彭某、楊某、陳某、童某、宋某於另牽即台灣台中地方法院檢察署八十四年度偵字第××號，及原審法院八十五年度上訴字第××號江某違反著作權法案件中之證詞，及本件「○○五層不銹鋼鍋之示範錄影帶」視聽著作，係由江某企劃、賴某導演、宋某畫製電腦動畫、彭某剪輯、童某攝影、陳某配音、趙某主持、楊某擔任示範，共同合力創作，各人之創作復不能分離利用，應由畢等共同取得著作權，惟趙某、楊某已於八十四年五月十日將其著作權讓與江某、宋某、彭某、童某、陳某與江某乃於同日將其著作權讓與賴某，有著作財產權讓與證明書七份可稽，該錄影帶視聽著作之著作財產權應為賴某無疑云云，為王要論罪之基礎。但按上開彭某等人之供述證據，既分別存在

於台灣台中地方法院檢察署八十四年度偵字第××號及原審法院八十五年度上訴字第××號江草違反著作權法一案卷中，而依卷內資料，原審係於九十年五月十七日以（九〇）中分義刑萬決八九上易××字第〇八七五〇號函向台灣台中地方法院檢察署調借上開案件全卷，有函稿附卷可查，台灣台中地方法院檢察署則於九十年五月三十日以中檢盛檔字第三七〇七七號函附送該案全卷六宗，由原審法院於同日收受，丁有加蓋原審法院收又章戳之該函附卷足憑。則原審於九十年五月二十九日審理時，上開借調之案卷因尚未送抵原審法院，該審判期日，存於借調案卷之證人彭草等人供述筆錄，自無從顯出於審判庭，未能踐行宣讀或告以要旨，使被告等陳述意見，並為辯論之機會，即行宣告辯論終結，並就上開未經合法調查之供述證據，遽採為判決基礎，有違直接審理與言詞辯論之原則，已屬判決違背法令。又原判決係以行為時即八十七年一月二十一日修正公布前之著作權法第九十一條第一項論處被告等人罪刑，該條之罪，依當時著作權法第一百條規定，須告訴乃論，則未經合法告訴部分，因欠缺追訴條件，依法即不得予以追訴。本件前開趙草等人將著作權讓與告訴人賴草之著作財產權讓與證明書七份，核屬私文書，被告等於原審審理中，復已主張各該讓與證明書係賴草臨

訟偽造。則各該著作財產權與證明書之真實與否，關於刑法第五十七條之適用，自屬應於審判期日調查證據之範圍，有評予查明之必要。原審未予調查，遽採該等證明書為判決基礎，不難謂並無應於審判期日調查之證據未予調查，致適用法令違誤，而顯然於判決有影響之違背法令。率經確定，且於被告等不利，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由，為期事實明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為審判，以資救濟。又非常上訴，依法僅得由最高法院檢察署檢察總長提起，且非常上訴審調查之範圍，係以檢察總長非常上訴理由所指摘之事項為限，此觀之刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十五條之規定即明，不即除檢察總長所提出之非常上訴理由書外，均非本院調查範圍之事項。是被告或其辯護人如有理由補充，應向最高法院檢察署檢察總長為之，而非向本院提出辯護。至於刑事訴訟法第二十七條至第三十條及第五十一條之規定，觀於各該條工法精神，係指對普通刑事訴訟程序而言，被告為訴訟當事人之身分，因判決確定而消失。判決確定後之非常上訴，係特別訴訟程序，依法不經言詞辯論，除準用第三百九十四條得自行調查者外，僅對檢察總長非常上訴理由所指摘之事項為裁判，從而判決書當事人欄亦無須記載辯護人之姓名。

準此，本件被告等雖選任楚某律師爲辯護人，該律師並爲被告等提出辯護書狀，但依上揭說明，判決內自無庸論列，當事人欄亦無須記載上開辯護人姓名，併此敘明。

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。

中華民國十九年七月二十五日

【第三十二案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第一百八十八條第一項第一款、第一百八十五條第二項、第三百七十八條。
刑法 第一百六十八條。

二、非常上訴理由

按刑事訴訟法第一百八十八條第一項第一款係規定證人現為或曾為被告或自訴人之配偶、五親等內之血親、三親等內之姻親或家長、家屬者，得拒絕證言。至證人與告訴人具有該款所載之關係時，不在適用之列，法院訊問證人時，當然不應為同法第一百八十五條第二項之告知（最高法院二十九年上字第一〇一一號判例參照）。本件原判決以被告某甲為被告即台灣宜蘭地方法院檢察署八十七年度偵字第××號案件告訴人某甲配偶張某之五哥，被告某丙為某甲同母異父之妹鍾某之配偶，彼等均為該案告訴人某甲之二親等姻親，雖該案檢察官於偵查時，就該案告訴人即本案被告某甲所訴之案件，誤命彼等於供前具結，然依照最高法院四十

四年台上字第七一四號判例及司法院院字第一七九七號解釋之同一法理，不能謂有具結之效力，亦即欠缺刑法第一百六十八條之構成要件，要難令自偽證責任，而被告某甲縱有唆使被告甲乙、甲丙爲虛偽陳述，亦與教唆犯應依其所教唆之罪處罰之條件不合，亦不負教唆偽證罪責，因將第一審科刑之判決撤銷，改判被告等均無罪。惟查刑事訴訟法第一百八十條第一項第一款係指現爲或曾爲「被告或自訴人」之配偶、五親等內之血親、三親等內之姻親或家長、家屬者，始有其適用，並未包括「證人與告訴人」具有該條款所載之關係者亦有其適用，此觀乎首揭判例要旨甚明，該項判例迄未變更，自屬仍然有效。原審不察，遽依其判決所引「判例」、「解釋」之所謂「同一法理」，撤銷第一審法院所爲科刑之判決，改判被告等均無罪，顯有判決不適用法則之違背法令情形，案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

九十年度台非字第二一〇號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

草乙

草丙

右上訴人因被告等偽證案件，對於台灣高等法院中華民國八十九年十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）

按刑事訴訟法第一百八十條第一項第一款係規定 現為或曾為被告或自訴人之配偶、五親等內之血親、三親等內之姻親或家長、家屬者，得拒絕證言。此項規定，於證人與非刑事訴訟當事人之告訴人間具有該款關係之情形，並不適用（二十九年上字第一〇一一號判例意旨參照）。查被告草甲係台灣宜蘭地方法院檢察署八十七年度偵字第××號案件之告訴人，被告草乙則為草甲配偶張草之五哥，被告草丙為草甲同母異父之妹鐘草之之配偶，揆之上揭說明，草乙、草丙在上述草甲為告訴人之案件中，供前具結而為虛偽之陳述，尚難謂有刑事訴訟法

第一百八十條第一項第一款規定之適用而得拒絕證言，並得執以認為不得令其具結。原審未察，就被告等相互間並非僱傭關係之情形，比附援引四十四年台上字第七一四號判例及司法院院字第一七九七號解釋，誤認某乙、某丙前開具結，因依法不得令其具結而不生具結之效力，核與刑法第一百六十八條偽證罪之構成要件不符，某甲亦無從成工教唆某乙、某丙二人偽證之罪，遽予撤銷第一審論處某甲教唆偽證、某乙、某丙二人偽證罪刑之判決，改判諭知無罪，即有適用法則上之違誤。案經確定，非常上訴意旨執以指摘原判決違背法令，向有理由。因原判決違背法令部分並非不利於被告等，自應僅將原判決違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中華民國九年七月五日

【第三十三案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第二百三十二條、第三百七十九條第五款。
著作權法 第九十一條第二項。

二、非常上訴理由

按法院不受理訴訟係不當者，其判決當然爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第五款定有明文。查本件被告於八十七年六月間起至同年十月七日止，明知自己未經授權，意圖銷售而擅自以電腦掃描至膠片之方式，連續重製A國際股份有限公司（下稱A公司）享有著作權之李草、彭草畫作多幅，再黏貼全箔製成黃金畫作，而陸續銷售予知情B實業有限公司，所涉違反著作權法第九十一條第二項罪嫌，革據A公司於同年九月一日出具授權書，授權該公司總經理周某向台北市政府警察局大安分局警備隊提出告訴，有A公司執照、營利事業登記證、A公司授權書、警訊筆錄附於台灣台北地方法院檢察署八十七年度偵字第XX號偵查卷，

被授權人周草首在警訊時稱「我現任職於A國際股份有限公司」，繼表明「因為我公司所生產 黃全畫遭人仿冒販賣所以至貴隊製作本筆錄」，並於被訊問「貴公司是否要

對 B實業有限公司提出告訴」時，明確答稱「我要依法提出告訴」，且提出公司執照、營利事業登記證、授權書等件附卷，則本件告訴乃論之罪顯已經合法告訴。案經移轉台灣台中地方法院檢察署檢察官偵查後予以提起公訴，於法應無不合。按授權與委任不同，前者，被授權人於授權範圍內之行爲，與授權人本人所爲之效力相同，後者，受委任人僅能於受委任範圍內代理委任人處理事務。乃原審竟誤以爲被授權人所爲僅係代理性質，謂周草首雖在警訊中稱「我要依法提出告訴」等語，惟其本人既無告訴權，此部分之告訴自不合法云云，諭知不予受理之判決，揆諸上揭法條規定，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

九十一年度台非字第一〇四號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 草甲

右上诉人因被告違反著作權法案件，對於台灣台中地方法院中華民國八十九年七月五日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決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。此為刑事訴訟法第三百七十九條第五款定有明文。查，周芋於警訊中雖稱「我要依法提出告訴」，然此陳述係回答員警所問「貴公司是否要對 C 有限公司（即被告之公司）提出告訴？」之回答。而周芋於警訊之初，即表示伊為告訴人 A 公司總經理，「因為我公司生產、印製、銷售、販賣的黃金畫遭人仿冒販賣，所以至貴隊製作本筆錄」，已表明因公司被害而至警局應訊，並於警訊中同時提出 A 公司之同意授權書、公司執照影本、營利事業登記證影本等資料附卷，足證周芋並非以自己名義提出告訴，而係表明基於 A 公司之代理人地位而提出告訴。否則，何須於警訊時即提出 A 公司之同意授權書、公司執照影本、營利事業登記證影本等資料？是

周芋雖未另以書面表明本人A公司名義告訴之意旨。外據其於警訊所述、併提出上揭資料而爲告訴，顯已足認周芋係經授權以A公司名義提出本件告訴，事理甚明，自屬合法之告訴。乃原審不察，未探究真意，拘泥於「『我』要依法提出告訴」一語，誤認周芋係以自己名義告訴，非以A公司名義提起告訴，乃認本件未經合法告訴而爲不受理之判決，顯係不受理於訟爲不當，其判決當然違背法令。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。

中華民國九年五月二十二日

【第三十四案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第二百三十八條第一項、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。按撤回告訴為一種訴訟上行為，核與和解為私法上之契約行為者有別。故告訴乃論之罪，縱經當事人私行和解，願撤回其告訴，但如未經告訴人依刑事訴訟法第二百三十八條第一項規定，在第一審辯論終結前，向該第一審法院以書狀或言詞表示撤回告訴之意思，仍不生撤回告訴之效力。本件告訴人與被告雖於法院審理中達成民事和解，惟告訴人並未以書狀或言詞向法院為撤回告訴之意思表示，自不生撤回告訴之效力，原審逕依卷附和解書有「告訴人不得再行追訴」之記載，而認告訴人已撤回告訴，遽為不受理之判決，應有適用法則不當之違法。牽經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

九十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

右上訴人因被告過失傷害案件，對於台灣高雄地方法院中華民國九十年五月十一日第一審確定判決，認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於論知過失傷害部分不受理之違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按撤回告訴為一種訴訟上行為，核與和解為私法上之契約行為者有別。故告訴乃論之罪，縱經當事人私行和解，願撤回其告訴，但該告訴人嗣未依刑事訴訟法第二百三十八條第一項之規定，在第一審辯論終結前，向該第一審法院以書狀或言詞表示撤回告訴之意思，仍不生撤回告訴之效力。查本件告訴人與被告雖於原法院審理中達成民事和解，惟告訴人並未以書

狀或言詞向法院爲撤回告訴之意思表示，有原審民國九十年度的交易字第××號卷可按，自不生撤回告訴之效力，原審逕依卷附和解書有「告訴人不得再行追訴」之記載，而認告訴人已撤回告訴，遽就過失傷害部分諭知不予受理，依前開說明，自有適用法則不當之違背法令，業經確定，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由，惟原審關於過失傷害部分之判決，尙非不利於被告，本院僅將其關於諭知該部分不予受理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，判決如左。

中華民國九年十一月二十八日

【第三十五案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第二百三十八條第一項、第三百零三條第三款、第三百七十八條。

刑法 第二條第一項但書、第二百二十四條、第二百三十六條。

刑法施行法 第九條之二。

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。本件原判決認定某甲於民國八十九年十月四日十六時三十分許，基於猥褻之犯意，騎乘車牌號碼F××—三××號重型機車（已預先以里色膠帶黏貼牌昭末三碼），途經彰化縣秀水鄉莊雅村○○巷八十二巷口，見代號一○○四之女學生獨自騎乘腳踏車行經該處，認有機可乘，遂違反其意願，自後強行出手撫摸其胸部後離去，嗣於同日十七時二十分許，在同鄉秀水村○○巷五十一號前，為警查獲等情。因認被告犯有刑法第二百二十四條對於女子以強暴而為猥褻罪，判

處有期徒刑拾月，緩刑肆年，固非無見。惟按告訴權之行使、撤回與否，並非得以單純之程序問題視之，因而原屬告訴乃論之類型化犯罪，經修正為屬非告訴乃論之罪，既事涉國家刑罰權，其內容及範圍之劃定，仍應認係法律有變更，而有比較新舊法之適用，查刑法修正前之妨害風化罪章第二百二十一條至第二百三十條之罪，原規定屬告訴乃論之罪，於被告犯罪後經修正變更為非告訴乃論之罪，自以舊法對國家刑罰之發動所做一定限制之規定，較有利於行為人，而應適用舊法之規定。又新法對於國家刑罰權發動之訴追條件之具備與否（即告訴權之行使或撤回之方法）既未加以更易，則其訴追條件之具備與否仍應工於舊法之規定觀察，即舊法係屬告訴乃論之罪，自無不許告訴權人事後撤回告訴之理，而法院應在其訴追條件完備下始得為實體判決。（台灣台中地方法院法律座談會提審，司法院八十九年一月二十一日八九廳刑一字第八三七號函參考，院解字第一六三五號及最高法院二十四年民刑庭總會決議可採相同意見）。查本件依原判決前開認定之犯罪事實，被告於八十九年十月四日犯罪後，刑法第二百二十四條業經修正為非告訴乃論之罪，惟依上開說明，自以舊法較有利於被告，而應適用舊法之規定，經查本件被害人雖於八十九年十月四日警訊時提出告訴，惟已於九十年二月二日日本審理時撤回告訴，原判決事實欄二項証明被害人已撤回告訴，則本件既已欠缺訴追條件，自應論知不予受理之判決，乃原審竟為實體有罪判決，其適用法則顯有違

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

三、附錄

最高法院刑事判決

九十年度台非字第三四二號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告妨害性自主案件，對於台灣彰化地方法院中華民國九十年四月三十日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決撤銷。

本件不受理。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按告訴乃論之罪，告訴人於第一審辯論終結前，得撤回其告訴，其告訴經撤回者，應諭

知不受理之判決，刑事訴訟法第二百三十八條第一項、第三百零三條第三款定有明文。又按行爲後法律有變更者，應將行爲時之法律與中間法律及裁判時之法律予以比較，而適用最有利於行爲人之法律，刑法第二條第一項但書規定甚明。所謂比較適用最有利於行爲人之法律，即應先審查應否諭知無罪，次審查應否諭知免訴、不受理，再次則審查有無法定之應免刑之情形。被告所犯之罪，法律是否規定須告訴乃論，其內容及範圍之劃定，暨其告訴權之行使、撤回與否，事涉國家刑罰權，非僅屬單純之程序問題，如有變更，應認係有刑罰法律之變更，即有刑法第二條第一項但書之適用。如其行爲時之舊法原規定屬告訴乃論之罪，裁判時之新法經修正變更爲非告訴乃論之罪，如未經告訴或其告訴經撤回者，則舊法對國家刑罰權之發動所做一定限制之規定，即其追追條件之具備與否，依舊法之規定觀察，既較有利於被告，自應適用舊法之規定，認須告訴乃論，不許告訴人得依舊法規定於第一審辯論終結前，撤回其告訴之理。從而即應諭知不受理之判決。若已依法告訴且未經撤回告訴時，應就其罪刑有關之一切情形，綜合全部之結果，而爲比較適用對其最有利之法律。本件原判決認定被告某甲於民國八十九年十月四日十六時三十分許，基於猥褻之犯意，騎重型機車途經彰化縣

秀水鄉莊雅村○○街八十二巷口，見代號一○○四之女學生獨自騎腳踏車行經該處，認為有機可乘，遂違反該女學生意願，自後出手強行撫摸其胸部後離去，牽經該女學生訴請偵辦等情。因之論處被告刑法第二百二十四條之對於女子以強暴而為猥褻行為罪刑，固非無見。惟刑法第二百三十六條於八十八年三月三十日修正時，雖已將犯同法第二百二十四條之罪須告訴乃論之規定刪除，但刑法施行法第九條之二規定 刑法第二百二十四條之罪，於八十九年十二月三十一日前，仍適用八十八年三月三十日修正施行前之刑法第二百三十六條告訴乃論之規定。依原判決認定之事實，被告犯罪之時間為八十九年十月四日，適在同年十二月三十一日之前，揆諸上開說明，被告行為時所犯之強制猥褻罪，仍屬告訴乃論。且告訴人即代號一○○四女學生，於原審辯論終結前即九十年二月二日，已具狀撤回其告訴，有撤回告訴狀在卷可稽。比較結果，自以修正前之法律對被告有利。告訴人既已撤回其告訴，原判決不從程序上諭知不予受理，竟為實體上判處被告罪刑，顯有違誤。案經確定，且於被告不利。非常上訴意旨，執以指摘，尚有理由。應由本院將原判決撤銷，另為不予受理之判決，以資糾正。據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款、第三百零三條第三款，判決如王

中 文。

華

民

國

九

十

年

十

月

四

日

【第三十六案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第二百三十八條第一項、第三百零三條第三款、第三百七十八條。

鄉鎮市調解條例 第二十五條第二項。

刑 法 第二百七十七條第一項、第二百八十七條前段。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，又告訴經撤回者，應諭知不受理判決。刑事訴訟法第三百七十八條、第三百零三條第三款分別定有明文。且調解成工，經法院核定，並經當事人同意撤回者，視為調解成工時撤回告訴，鄉鎮市調解條例第二十五條第二項亦有明文規定。本件被告犯傷害罪，已於八十七年十二月十九日與告訴人達成調解並撤回告訴，且經原審法院於八十八年一月十八日以八十八年度核字第××號核定，有南投縣南投市調解委員會調解書及撤回告訴筆錄附於原審法院八十八年簡上字第××號卷可稽。故本件應為不受

理判決，原審未查，仍於八十八年四月一日判處被告拘役五十日，揆諸首揭法條規定，顯有適用法則不當之違法。率經確定，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

八十九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

右上訴人因被告傷害案件，對於臺灣南投地方法院中華民國八十八年四月一日第一審確定刑事簡易判決，認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於某甲部分撤銷。

某甲公訴不受理。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按「告訴乃論之罪，告訴人於第一審辯論終結前，得撤回其告訴」、「告訴乃論之罪，其告訴經撤回者，應諭知不予受理之判決」，刑事訴訟法第二百三十八條第一項、第三百零三條第三款分別定有明文。又刑事事件於偵查中或第一審法院辯論終結前，調解成工經法院核定，並經當事人同意撤回者，視為於調解成工時撤回告訴或自訴。復為鄉鎮市調解條例第二十五條第二項所明定。本件原確定判決認定被告某甲犯刑法第二百七十七條第一項之傷害罪，依同法第二百八十七條前段規定須告訴乃論。經查告訴人藍某於檢察官偵查終結聲請簡易判決處刑，於民國八十七年十二月二日擊屬於原審法院後，原審八十八年四月一日判決前，即於八十七年十二月十九日，與告訴人在南投縣南投市調解委員會，依鄉鎮市調解條例有關規定，成工調解，該調解復於八十八年一月十八日，經原審法院以八十八年度核字第××號核定在案，有南投縣南投市調解委員會調解書影本乙份在卷可按。雖該調解書調解成工內容僅記載「聲請人（即被告）與對造人（即告訴人）於八十七年十一月二日十時三十分在聲請人任處，因債務糾紛起衝突，發生互毆，致雙方受傷等事件，雙方願意無條件和解，有關兩造受傷醫藥由雙方自行負責，兩造其他請求拋棄，刑事責任不予追究」，而未明確記載

告訴人同意撤回告訴等語，惟於上開調解成工之前，被告及告訴人就對方之傷害犯行，皆已合法提出告訴，調解當時，已無經協議不提出告訴之問題，再參諸告訴人供稱「我們已和解，雙方都願意撤回告訴」，足認該調解書所載「刑事責任不予追究」，即指雙方同意撤回告訴之意，揆諸前揭法條規定及說明，告訴人之告訴，於調解成工之時（即八十七年十二月十九日）既已視為撤回，則被告被訴之傷害罪，自應諭知不予受理之判決，原審竟從實體上判處被告罪刑，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，非無理由，應由本院將原判決關於某甲部分撤銷，改判諭知某甲公訴不予受理之判決，以資糾正。

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

中華民國八十九年四月二十一日

【第三十七案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第二百三十七條、第三百七十八條。
 最高法院法官會議釋字 第一〇八號解釋。

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。本件自訴人以被告明知自訴人享有「兼具跨置及橫掛兩用架體」之新型專利，竟仍販售上揭新型專利所製造之仿冒品，經自訴人於八十七年十一月間獲悉等情，具狀向第一審法院提起自訴，經判無罪後，自訴人向原審法院提起上訴，原審法院審理結果，認為自訴人於八十六年間已知悉被告販售上揭新型專利所製造之仿冒品予另牽被告吳某，乃竟至八十七年十二月十五日始提起本件自訴，顯已逾六個月之告訴期間，自訴人遲誤告訴期間仍提起自訴，為不合法，而為不受理之判決，雖非無見，惟按告訴乃論之罪，其犯罪行為有連續或繼續之狀態者，其六個月

之告訴期間，應自得爲告訴之人，知悉犯人最後一次行爲或行爲終了之時起算，有司法院大法官會議釋字第一〇八號解釋可按，本件被告於八十六年間販售上揭新型專利仿冒品予吳某之事實，自訴人縱於八十六年間既已獲悉，惟被告接續販售上揭仿冒品予鄭某之事實，自訴人係於八十七年十一月六日方始獲悉，並於同年十二月十五日具狀向第一審法院提起自訴，依司法院上開解釋，自訴人提起自訴時，並未逾六個月之告訴期間，依法並無不合，乃原審法院未從實體上審判，竟以自訴人之自訴，因遲誤告訴期間，而爲不予受理之判決，顯有違誤。次查原判決以「原審未予程序審查本件是否合法自訴，爲實體判決被告無罪，尙有違誤，被告上訴指摘及此，爲有理由，應由本院予以撤銷之，爰改判本件自訴不予受理」等情，然卷查被告並未提起上訴，乃原判決竟認爲被告之上訴爲有理由，而將第一審判決撤銷改判，乃有未受請求之事項予以判決之違法。牽經確定，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

八十九年度台非字第一六一號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告違反專利法案件，對於台灣高等法院台南分院中華民國八十八年十二月二十九日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

其他上訴駁回。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按告訴乃論之罪，其犯罪行為有連續或繼續之狀態者，其六個月之告訴期間，應自得為告訴之人，知悉犯人最後一次行為或行為終了之時起算，有司法院大法官會議釋字第一〇八號解釋可稽。本件被告某甲於民國八十六年間，販售上揭新型專利仿冒品予吳某之事實，自訴人〇〇工業有限公司縱於八十六年間已獲悉，惟被告連續販售前開新型專利仿冒品予鄭某之事實，自訴人係於八十七年十一月六日，始經鄭某告知而獲悉，業據自訴人指訴甚詳，且有鄭某所出具證明書附卷可佐。則自訴人於同年十二月十五日，具狀向第一審法院提起自訴，

並未逾六個月之告訴期間。乃原判決法院未從實體上審判，竟以自訴人之自訴，因遲誤告訴期間，而爲自訴不受理之判決，自有適用法則不當之違法。非常上訴意旨執以指摘，尙有理由，惟原判決關於此部分尚非不利於被告，應僅將其違背法令部分撤銷，以資糾正。又刑事判決之又字，如有誤寫、誤算或其他類此之顯然錯誤者，法院既得隨時或依聲請以裁定更正之，即與刑事訴訟法第四百四十一條所規定判決違背法令之情形有別，尚不能以此爲由，提起非常上訴。卷查本件係由自訴人對第一審判決提起上訴，被告就第一審判決並未提起上訴，而原判決法院於審理時，僅列自訴人爲上訴人，命其陳述上訴之要旨，且原判決當事人欄僅記載自訴人爲上訴人，並未記載被告爲上訴人，有審判筆錄及原判決附卷可稽。又被告於原判決法院調查及審理時，一再指摘自訴人已逾告訴期間後，始提起自訴，其自訴不合法。足見原判決理由三所記載「原審未予程序審查本件是否合法自訴，爲實體判決被告無罪，尙有違誤，被告『上訴』指摘及此，爲有理由，應由本院予撤銷之，爰改判本件自訴不受理」，其中「上訴」二字係屬贅載而生之顯然錯誤，向不影響於判決之本旨，應屬裁定更正之範圍，與確定判決之違背法令情形有間，關於該部分之上訴，難認爲有理由，應予駁回。

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

中 華 民 國 八 十 九 年 六 月 十 五 日

【第三十八案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第二百三十九條第一項、第三百零三條第三款、第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則及適用法則不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。本件原判決以被告某甲被訴之毀損罪，屬告訴乃論之罪，而告訴人羅某曾於民國八十七年十一月二十四日具狀就其所有之車牌號碼××—五××五號自用小客車玻璃及車身被毀損之事，對被告之共犯黃某撤回告訴，其撤回效力自及於被告，故依刑事訴訟法第三百零三條第三款，諭知本件公訴不予受理。查告訴人羅某於案發當天即八十七年十一月二十四日警訊時，對於其物被毀損之事並未陳明要對黃某提出告訴，此有該警訊筆錄可稽，是其於八十七年十一月二十四日具狀撤回對黃某之告訴，應係告訴權之預爲捨棄或拋棄，而刑事訴訟法並無預行捨棄或拋棄告訴權之規定，自不得預行捨棄或拋棄，其縱有捨棄或拋棄之意表示，亦屬

無效，故本件應不生對被告之共犯黃草撤回告訴，效力及於被告之問題，告訴人嗣於檢察官偵查中對被告提出告訴，應屬合法，其告訴後亦未撤回告訴，原審誤認被告被訴毀損罪為撤回告訴效力所及，諭知本件公訴不予受理，應有適用法則不當之違法，率經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

九十年度台非字第一六號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告毀損案件，對於台灣高等法院台中分院中華民國八十九年七月五日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決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。又刑事訴訟上之告訴權，性質上屬於人民在公法上之權利，刑事訴訟法既未規定得予捨棄，告訴權人自不得予以捨棄，其縱有捨棄之意思表示，亦屬無效。本件依卷內資料以觀，被害人羅草雖曾於本件案發日之八十七年十一月二十四日具狀就黃草毀損其所有車牌××—五××五號自小客車部分撤回告訴，有該撤回告訴書影本在卷可按，惟依被害人於八十七年十一月二十四日警訊筆錄內容觀之，被害人僅係因其所開設之小夜曲及停於停車場內之汽車遭人砸毀一事，至南投縣警察局草屯分局派出所報警，並無請求警察機關追訴之意思表示，即尚未行使告訴權，則上開被害人所書工之撤回告訴書，自不生撤回告訴之效力，縱認係屬捨棄告訴之意思表示，依上開說明，亦屬無效。而被害人羅草係嗣後於八十八年四月二日於台灣南投地方法院審理另案被害人許草等告訴被告某甲毀損案時，始具狀向該法院承辦法官請求移送檢察官偵查追訴被告某甲毀損其自用小客車之犯行，有其告訴函在卷可憑。乃原判決竟以上開被害人羅草於八十七年十一月二十四日所書工之撤回告訴書，認定被害人即告訴人羅草已對共同被告黃草撤回告訴，其撤回告訴效力及於其他共犯，而撤銷第一審對被

告草甲科刑之判決，改諭本件公訴不受理之判決，自有適用法則不當之違法。非常上訴意旨執以指摘，應屬有理由，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。

中華民國九年十一月十一日

【第三十九案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第二百六十條、第二百零三條第四款、第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決適用法則不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又同法第二百六十條所稱之「同一案件」係指被告及犯罪事實俱相同之情形而言，並不包括法律上之同一案件在內。因案件在偵查中，並無類似審判不可分之法則，故連續犯等裁判上一罪一部犯罪事實縱經不起訴處分確定者，仍可就未經不起訴之部分另行起訴。查被告某甲於民國八十九年五月三十一日下午六時二十分回潮九十六小時內之某時許曾因施用第二級毒品安非他命案件，經台灣新竹地方法院檢察署檢察官於民國八十九年十一月十七日以八十九年度毒偵緝字第××號為不起訴處分確定在案。而本件施用毒品之時間，檢察官認定為八十九年十一月十五日上午十時許回潮四日內，雖在前案不起訴處分確定前。惟因偵查中並無審判不可分法

則之適用，該不起訴部分，與本件犯行，尚不生全部與一部之關係，非屬同一案件。檢察官自得對本件犯行，另行起訴，原判決應為實體判決，始為適法。詎竟認定其間為連續犯，屬裁判上一罪，為法律上之同一案件，而論知不受理之判決，即有適用法則不當之違誤。牽經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

九十一年度台非字第一一六號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，對於台灣基隆地方法院中華民國九十年十二月二十七日第一審確定判決，認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院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。又同法第二百六十條固規定「不起诉處分已確定者，非有同條第一、二款所列情形之一，不得對同一案件再行起訴。然此所謂之「同一案件」，係指被告及犯罪事實俱屬相同之情形者而言，並不包括法律上之同一案件在內。因案件在偵查中並無類似審判不可分原則之適用，故如連續犯、牽連犯或想像競合犯等裁判上一罪之案件，其一部犯罪事實縱經處分不起诉確定者，檢察官仍可就未經處分不起诉之其他部分另行提起公訴，不生所謂全部與一部之關係。查被告某甲前於民國八十九年五月三十一日下午六時二十分回潮九十六小時內之某時許，因施用第二級毒品安非他命案件，經台灣新竹地方法院檢察署檢察官於民國八十九年十一月十七日，以八十九年度毒偵緝字第××號為不起诉處分確定在案。而本案檢察官聲請簡易判決處刑書指被告施用毒品之時間為八十九年十一月十五日上午十時許回潮四日內，雖在前案不起诉處分確定之前。惟因偵查中並無所謂審判不可分原則之適用，上開案經不起诉處分部分之犯行與本案聲請簡易處刑部分之犯行，並不生全部與一部之關係，尚非屬同一案件，則檢察官自不受前案不起诉處分效力之拘束，仍得就本案另行提起公訴或聲請簡易判決處刑，而法院自

仍應爲實體判決，始屬合法。詎原判決竟謂本件檢察官聲請簡易判決處刑部分之犯行，與前揭不起訴處分部分之犯行間具有連續犯之裁判上一罪關係，爲法律上之同一案件，而逕依刑事訴訟法第三百零三條第四款之規定論知不受理之判決，依上說明，自有判決適用法則不當之違背法令。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由，惟原判決尚非不利於被告，應

僅由本院將原確定判決關於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前段，判決如左。

中華民國十九年五月三十日

【第四十案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第二百六十六條、第二百六十四條第二項第一款、第三百七十九條第十二款。
司法院院字 第五六九號解釋、第一七二九號解釋。

二、非常上訴理由

按起訴之效力，不及於檢察官所指被告以外之人，刑事訴訟法第二百六十六條定有明文。又法院審判之對象，是否即為檢察官所指之被告，應以檢察官指為刑罰對象之被告為依據，縱犯罪行為人以偽名或冒用他人名義與訊，致檢察官以被冒名者之姓名、年籍起訴，則檢察官指為被告之人，即為實際應訊之該犯罪行為人，法院自應對其為審判，而該被冒名頂替之人，並非檢察官指為被告之人，縱檢察官誤以其姓名、年籍起訴，仍非檢察官指為刑罰對象之人，非起訴效力所及，法院自不得對其加以審判（台灣高等法院八十四年度上訴字第六七一〇號判決、鈞院八十二年度台非字第四〇六號判決參照）。本件步重利罪嫌之人為王草，遭警方

查獲時，冒名林○○（某甲）應訊，並於筆錄上偽簽「林○○」姓名，且按捺指印。移送檢察官偵訊時，可於筆錄上偽簽「林○○」姓名，經交保新台幣二十萬元獲釋，檢察官雖以「林○○」姓名提起公訴，然檢察官所指審判之對象，實為步重利罪嫌在筆錄上偽簽「林○○」姓名按捺指印而被檢察官交保之王某，而非林○○本人。故原審自應逕對王某審判，而於判決時將當事人欄更正為王某之姓名、年籍，並註明「冒名林○○」之旨，或通知檢察官將「林○○」姓名、年籍更正為王某之姓名、年籍。原審竟對未經起訴之某甲本人為諭知無罪之判決，而對檢察官實際起訴之王某卻未裁判，依上開判決說明，顯有未受請求事項予以判決及已受請求事項未予判決之違法，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

九十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

右上訴人因被告常步重利案件，對於台灣台南地方法院中華民國八十九年九月十一日第一審

確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按除刑事訴訟法有特別規定外，已受請求之事項未予判決，或未受請求之事項予以判決者，其判決當然為違背法令，同法第三百七十九條第十二款定有明文。又同法第二百六十六條規定起訴之效力不及於檢察官所指被告以外之人，即所謂起訴對人之效力，而同法第二百六十四條第二項第一款規定起訴書應記載被告之姓名、性別等資料或其他足資辨別之特徵，係為特定刑罰權對象之用。惟檢察官起訴之對象為被告其「人」，並非其「姓名」。本件步犯常幸重利罪嫌之人為王草，其於警局初訊及檢察官偵查中，均冒用「林○○」之姓名，復在偵訊筆錄上偽簽「林○○」之姓名及按下自己之指模，致檢察官誤認王草係林○○（某甲），而諭知交保新台幣二十萬元予以釋放，繼對之起訴。但檢察官起訴之對象仍為冒名之王草，並非某甲本人，原法院於審理中，經證人曾草指證稱 步犯常幸重利罪嫌者係王草，

其乃冒用某甲之姓名應訊云云。原法院正依據台南縣新營市戶政事務所函送某甲遺失國民身分證而申請補發之資料，認定某甲之姓名被王草所冒用，有原案卷可稽。參照司法院院字第五六九、一七二九號解釋意旨，原法院應將被告更正爲王某，或通知檢察官更正後，逕對王某予以審判，方爲適法。原法院竟對未經起訴之某甲本人判決無罪，自有未受請求之事項予以判決之違誤。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，非無理由，應由本院將原判決撤銷，以資糾正。又前開所謂已受請求之事項未予判決，係指已起訴實質上或裁判上一罪之案件，其中一部未予裁判者而言。原法院對於王某未予審判，尚與上述之情形有別，除得依法請求原法院補行審判外，不得遽指此部分亦有刑事訴訟法第三百七十九條第十二款之當然爲違背法令，併予敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王文。

中華民國九年六月十七日

【第四十一案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第二百六十六條、第二百六十四條第二項第一款、第三百零三條第二款、第三百零二條第一款。

二、非常上訴理由

按已經提起公訴或自訴案件，在同一法院重行起訴者，應諭知不予受理之判決，刑事訴訟法第三百零三條第二款定有明文。縱先起訴之判決，確定在後，如判決時，後起訴之判決，尚未確定，仍應就後起訴之判決，依非常上訴程序予以撤銷，諭知不予受理（大法官會議釋字第一六八號解釋參照）。查本件被告某甲於民國九十年六月十日晚間九時許至十一時許，在新竹市光復路一段某小吃店，與友人共飲啤酒，置自己於不能安全駕駛動力交通工具之狀態後，嗣於翌（十一）日凌晨零時三十分許，駕駛○○—九九××二號自小客車，載送友人至新竹市東大路後返家途中，在新竹市○○路二段三七三號前，為警攔檢，經警測試其吐氣所含酒精

成份達每公斤○．六六毫克，竟假冒友人「曾○○」身分，在當場臨檢員警所填發之新竹市警察局舉發違反道路管理事件通知單、酒精測定數據表、汽機車駕駛人酒後生理協調平衡檢測紀錄表、警方調查筆錄、逮捕通知單上，偽簽「曾○○」署押。牽經新竹市警察局第二分局報告臺灣新竹地方法院檢察署偵辦，該署檢察官於九十年六月十九日以九十年度偵字第三××號偵查終結，認被告某甲涉嫌公共危險而以「曾○○」姓名向臺灣新竹地方法院聲請簡易判決處刑。嗣警方將被告指紋卡送交刑事局電腦比對結果，始發覺被告係假冒「曾○○」身分，將之報告臺灣新竹地方法院檢察署偵辦，該署檢察官於同年十月二十九日以九十年度偵字第五××號偵查終結，對被告除偽造文書部分外，連同前述公共危險部分一併向臺灣新竹地方法院提起公訴，有該兩案之偵、審卷可考。按刑事訴訟法第二百六十六條規定起訴之效力不及於檢察官所指被告以外之人，即所謂起訴對人之效力，而同法第二百六十四條第二項第一款規定起訴書應記載被告之姓名、性別等資料或其他足資辨別之特徵，係為特定刑罰權對象之用。惟檢察官起訴之對象為被告其「人」，並非其「姓名」。本件步公共危險罪嫌之人為被告某甲，其於警訊及檢察官偵查中，均冒用「曾○○」之姓名，復偽簽「曾○○」之姓名並按下自己之指印，雖檢察官誤認涉嫌公共危險之被告某甲係「曾○○」，而以「曾○○」姓名向臺灣新竹地方法院聲請簡易判決處刑，惟檢察官起訴之對象仍為冒名之被告某

甲，並非「曾○○」本人（按法院審理此案時，如發覺被告係假冒他人姓名，是否參照司法院院字第五六九、一七二九號解釋意旨，將被告姓名更正為某甲逕予審判，或通知檢察官更正、或為如何之審判，均屬別一問題）。因此，被告某甲涉嫌公共危險部分，檢察官已於九十年六月十九日以九十年度偵字第三××號偵查終結提起公訴。嗣後檢察官於同年十月二十九日再以九十年度偵字第五××號將被告某甲涉嫌公共危險部分向同法院重行起訴，原法院未依首開說明，對之為諭知不受理之判決，竟對該部分仍為實體之判決，自屬違背法令。爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

九十一年度台非字第一三九號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告偽造文書等罪案件，對於臺灣新竹地方法院中華民國九十年十二月二十八日第一審確定判決，認為其中關於公共危險部分違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於公共危險部分撤銷。
右開撤銷部分免訴。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按 案件曾經判決確定者，應諭知免訴之判決，為刑事訴訟法第三百零二條第一款所明定。又同法第二百六十六條規定起訴之效力不及於檢察官所指被告以外之人，即所謂起訴對人之效力。而同法第二百六十四條第二項第一款規定起訴書應記載被告之姓名、性別等資料或其他足資辨別之特徵，係為特定刑罰權對象之用，其起訴之對象為被告其「人」，而非「姓名」。被告冒用他人姓名應訊，檢察官未發覺，起訴書乃記載冒用之姓名、年籍等資料者，其起訴之對象仍為被告其人，法院於審理中發現，參照本院五十一年台上字第五四號判例意旨，自應將被告姓名等資料予以訂正，或通知檢察官更正後，逕予審判，如判決確定後始發現者，因僅屬被告冒用他人姓名應訊之「姓名錯誤」，乃係以裁定方式更正即可，與冒充犯人頂替之「被告錯誤」情形有別。本件被告某甲於九十年六月十日晚間九時許至十一時許，在新竹市九復路一段芋小吃店，與友人共飲啤酒，置自己於不能安全駕駛動力交通工具之狀

態後，嗣於翌（十一）日上午零時三十分許，駕駛〇〇—九××二號自小客車，載送友人至新竹市東大路後返家途中，在新竹市〇〇路二段三七三號前，為警攔檢，經警測試其吐氣所含酒精成份達每公升〇・六六毫克，竟假冒友人「曾〇〇」身分，在當場臨檢員警所填發之新竹市警察局舉發違反道路管理事件通知單、酒精測定數據表、汽機車駕駛人酒後生理協調平衡檢則紀錄表、警方調查筆錄、逮捕通知單上，偽簽「曾〇〇」署押。牽經新竹市警察局第二分局報告臺灣新竹地方法院檢察署偵辦，該署檢察官於九十年六月十九日以九十年度偵字第三××號偵查終結，認被告某甲涉嫌公共危險而以「曾〇〇」姓名向臺灣新竹地方法院聲請簡易判決處刑，並經臺灣新竹地方法院於九十年七月十三日以九十年度竹交簡字第××號簡易判決，處罰全一萬七千元確定，並於九十年九月十一日繳納罰全在案。嗣警於九十年九月二十一日經指紋比對發覺被告係假冒「曾〇〇」身分，將之報告臺灣新竹地方法院檢察署偵辦，該署檢察官於同年十月二十九日以九十年度偵字第五××號偵查終結，對被告陰偽造又書部分外，連同前述公共危險部分一併向臺灣新竹地方法院提起公訴，經該院於九十年十二月二十八日以九十年度訴字第××號判決，就公共危險部分處罰全一萬二千元，就行

使偽造私又書部分處有期徒刑六月確定在案。此有臺灣新竹地方法院檢察署上開二案偵查卷、九十年年度罰執字第××號執行卷、九十一年度罰執字第××號執行卷，及臺灣新竹地方法院上開二案刑事卷宗可稽。本件被告所犯上開公共危險部分，雖檢察官誤認被告係「曾○○」，而以「曾○○」姓名向臺灣新竹地方法院聲請簡易判決處刑，惟此一與起訴有同一效力之聲請對象仍爲被告，而非「曾○○」，該署於發覺被告冒用「曾○○」姓名，又於九十年十月二十九日就被告所犯上開公共危險部分一併提起公訴，係就同一案件重行起訴，原審於九十年十二月二十八日判決時，前審簡易判決，既係依檢察官聲請之對象即被告行使其審判權，雖將被告姓名等資料誤載爲「曾○○」，且已判決確定，但此僅屬姓名錯誤而非被告錯誤，予以裁定更正即可，就此部分自應爲免訴之判決，原判決不察，未從程序上諭知免訴，卻逕爲實體上科刑之判決，自屬違法，且不利於被告，牽經確定，上訴人認爲原判決此部分違法，提起非常上訴，非無理由，應由本院將原判決此部分撤銷，另行諭知免訴，以資救濟。至非常上訴意旨以此部分應爲不受理之判決，顯屬誤會，併予敘明。

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

如王又。

中華

民

國

九

十

一

年

六

月

十

三

日

【第四十二案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第二百六十七條、第三百七十九條第十二款。

電子遊戲場業管理條例 第十五條、第二十二條。

刑法 第二百六十六條。

二、非常上訴理由

一、按除刑事訴訟法有特別規定外，已受請求之事項未予判決，或未受請求之事項予以判決者，其判決當然為違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第十二款定有明文。又電子遊戲場業管理條例第十五條規定 未依本條例之規定辦理營利事業登記者，不得經營電子遊戲場業。同法第二十二條復規定，違反第十五條規定者，處行為人一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣五十萬元以上二百五十萬元以下之罰金。查某甲係○○超商負責人，竟夥同其受僱人廖某共同基於賭博之概括犯意聯絡，自民國八十九年十二月十五日

起，在其所經營之○○超商公眾得出入之場所，設置賭博機五台，連續與不特定人賭博財物，此為原判決所認定之事實。另某甲於警察局及檢察官偵訊中，均已供承 準設置賭博機五台，並未申請營利事業登記證等語，則被告除觸犯刑法第二百六十六條之賭博罪外，尚觸犯電子遊戲場業管理條例第二十二條之罪，上開二罪有方法結果之牽連關係，應從一重之違反電子遊戲場業管理條例第二十二條之罪處斷，雖檢察官就被告違反電子遊戲場業管理條例第十五條、第二十二條部分，漏未論及，惟依起訴不可分及審判不可分之原則，原審法院仍應依法併予審判（參照貴院二十八年上字第○七九號判例），李原判決就此部分並未依法併予審判，揆諸上開說明，顯有已受請求之事項而未予判決之違法。

二、牽經判決確定，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

九十年度台非字第二三六號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告賭博案件，對於台灣台中地方法院中華民國九十年二月二十六日第一審確定簡易判決，認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於某甲部分違背法令之部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按除刑事訴訟法有特別規定外，已受請求之事項未予判決，其判決當然違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第十二款定有明文。又所謂已受請求之事項未予判決者，檢察官如僅就犯罪事實之一部起訴，其效力自及於全部，法院基於審判不可分之原則，仍應就該全部事實加以審判，否則即有已受請求之事項未予判決之違法，自得提起非常上訴救濟。再按電子遊藝場管理條例第十五條規定：「未依本條例之規定辦理營利事業登記者，不得經營電子遊藝場業。」同法第二十二條復規定：「違反第十五條規定者，處行為人一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣五十萬元以上二百五十萬元以下之罰金。」本件原判決引用檢察官聲請簡易判決處刑事書事實之記載，固認定被告某甲係○○超商負責人，竟夥同其受僱人廖某共同基於

賭博之概括犯意聯絡，自民國八十九年十二月十五日起，在其所經營之○○超商公眾得出入之場所，設置賭博機五台，連續與不特定人賭博財物等情，惟被告於警訊及檢察官偵查中，均已供承 畢未申請營利事業登記證等語，則被告陰犯刑法第二百六十六條之賭博罪外，依前揭說明，尚觸犯電子遊戲場管理條例第二十二條之罪，兩罪間，有方法結果之牽連關係，應從一重之電子遊戲場管理條例第二十二條之罪處斷，雖檢察官就被告違反電子遊戲場管理條例第十五條、第二十二條部分，漏未論及，惟依起訴不可分及審判不可分之原則，原審法院仍應一併加以審判，原判決就此部分未併予論列，自有已受請求之事項未予判決之違背法令。牽經確定，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由。因原判決尚非不利於被告，應由本院僅將原判決關於某甲部分違背法令之部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百七條第一項第一款前段，判決如王文。

中華民國九十年七月十三日

【第四十三案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第二百七十三條第三項、第三百六十四條、第五十三條、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。又起訴或其他訴訟行爲，於法律上必備之程式有欠缺而其情形可補正者，法院應定期間，以裁定命其補正，可爲同法第二百七十三條第三項所明定。而此項關於第一審審判之規定，依同法第三百六十四條，復爲第二審所準用。查本件自訴人蔡某於第一審提起自訴時，雖漏未在所訴狀上簽名或蓋章，惟此項程式上之欠缺並非不可補正，揆諸首揭規定，法院自應先以裁定命爲補正，方屬合法。又依序判決所引貴院七十年台上字第三三一七號判例意旨，係針對第一審判決已就起訴程式之欠缺而可補正之事項，經裁定限期補正，惟未據自訴人遵限補正，嗣該自訴人於提起第二審上訴後始爲補正，難認其得追溯在第一審判決前之起訴程序未曾違背之情形而

言，顯與本件未經第一審法院裁定限期命自訴人補正之情形有間，嗣自訴人提起上訴，原審并未依法先命補正，即遽認其起訴之程式違背規定而逕為不受理之判決，自有適用法則不當之違背法令。牽經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

九十一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

某乙

某丙

右上訴人因被告等誣告等案件，對於臺灣高等法院中華民國九十年十一月二十九日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於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。又起訴或其他訴訟行爲，於法律上必備之程式有欠缺而其情形可補正者，法院應定期間，以裁定命其補正，刑事訴訟法第二百七十三條第三項定有明文。此項關於第一審審判之規定，依同法第三百六十四條，亦爲第二審所準用。查本件自訴人蔡某於第一審提起自訴時，於自訴狀當事人欄及具狀欄均載明「自訴人蔡○○」「代理人任○○律師」，雖僅代理人任某律師於具狀欄蓋章，而自訴人漏未來自訴狀上簽名或蓋章，惟自訴人之自訴狀未依刑事訴訟法第五十三條規定製作，此項程式上之欠缺並非不可補正，揆諸首揭說明，法院自應先以裁定命爲補正，方屬合法。雖第一審法院未命補正，惟既經自訴人提起上訴，其情形即非不可補正，原審依刑事訴訟法第三百六十四條之規定，仍應定期間，以裁定命其補正，乃未依法先命補正，即遽認其起訴之程式違背規定而逕爲不予受理之判決，自有適用法則不當之違背法令。率經確定，非常上訴意旨執以指摘，非無理由。惟原判決尚非不利於被告等，應僅將其違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百十七條第一項第一款前段，判決如王又。
中 華 民 國 九 十 一 年 七 月 三 十 一 日

【第四十四案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第二百八十九條第一項、第三百六十四條、第四十七條、第三百七十九條第十款。

二、非常上訴理由

按確定之判決，係違背法令者，得提起非常上訴，又法院於調查證據完畢後，應命檢察官、被告、辯護人就事實及法律辯論之，審判期日之訴訟程序專以審判筆錄為證，依法應於審判期日調查之證據而未予調查者，其判決當然違背法令。刑事訴訟法第四百四十一條、第二百八十九條第一項、第四十七條、第三百七十九條第十款分別定有明文。復查第二審之審判，除有特別規定外，準用第一審審判之規定，故審判長調查證據完畢，應由檢察官、被告及辯護人依次辯論，而此種關於審判期日之訴訟程序，是否依法踐行，並應以審判筆錄為證，如調查證據完畢後，未載命在庭之檢察官等辯論，其所踐行之訴訟程序，顯有違誤。另證據之

證明力雖由法院自由判斷，然證據之本身如對於待證事實不足為供證明資料，而事實審仍採為判決基礎，則其自由判斷之職權行使，自與採證法則有違，有貴院四十四年台非字第五八號、七十一年台上字第四〇二二號判例可資參考。本件確定判決原審法院有違背法令之處如下：一、原審八十九年十月十七日審判筆錄第十頁末行雖記載「諭本案證據調查完畢開始辯論，請檢察官論告」，惟該筆錄第十一頁起並未見記載檢察官論告或辯論，顯見原審未遵守刑事訴訟法第二百八十九條第一項規定之法定程序，揆諸前揭判例，應踐行之訴訟程序而未踐行，即有違誤，二、原判決認被告某甲構成背信犯罪，係採「千鎮市農會辦理會員及同戶家屬貸款處理要點（下稱貸款要點）」第三點擔保品為「保育區土地之審查載明「保育區土地徵收不一，有購買資格限制，且所有權人不能向政府捐獻之情事發生，再者此類擔保品於債務人無法償還債務，依法訴追時無人問津，債權確保不易，原則上應不受理」之規定，而仍予受理並准貸款，外查該貸款要點第三點（二）之6所指「保育區土地原則上不受理貸款者，係以「保育區土地為公共設施保留地者而言，本件李男、李女貸款所提供土地雖係「保育區土地，惟是否為「公共設施保留地」，原審並未調查，其對此影響被告犯罪是否成立之重要證據應能調查而未予調查，又置此規定於不顧，逕截取「原則上不應受理」之文字，認被告有違背任務之行爲，其不僅有應於審判期日調查之證據而未予調查之違法，且與採證法則亦

有違背，三、李男、李女貸款所提供土地六十五筆之土地價值，依照貸款當年（八十二）公告現值合計爲新台幣（下同）四千五百三十五萬七千一百元，一般貸款就公告現值加四成爲一千八百一十四萬二千八百四十元，合計六千三百四十九萬九千九百四十元，而被告服務之農會核貸六千萬元，並無超額貸款情事，況該六十五筆土地中之六十三筆嗣因另案遭桃園縣蘆竹鄉農會聲請台灣桃園地方法院查封拍賣，法院委託鑑定拍賣最低價格爲四億三千五百二十一萬四千元，即高出本案貸放全額之七點二倍，則被告等所爲貸款行爲，如何能認其有損害於平鎮市農會？雖本件因民事執行處不肯分筆拍賣，致此鉅額價值土地不易拍定，又逢景氣低迷而難於脫手，或可能使平鎮市農會造成損失，然依貴院五十三年台上字第二四二九號判例所示「若本人之利益之受損害，乃基於正當原因，並非不法，則因缺乏犯罪意思要件之故，即難律以本罪」旨意，原判決認被告所爲構成背信罪，惟農會之損失既係因景氣低迷，土地價值暴跌之客觀環境使然，應符合「正當原因」，則此類判決乃與採證之經驗法則有違。原判決既有上述之違背法令，率經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決

九十一年度台非字第30二號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告背信案件，對於台灣高等法院中華民國八十九年十月三十一日第二審確定判決，認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原審關於某甲之訴訟程序違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按「調查證據完畢後，應命依左列次序就事實及法律辯論之一、檢察官。二、被告。三、辯護人」，為刑事訴訟法第二百八十九條第一項所明定，又依同法第三百六十四條規定，此於第二審審判，亦有適用，且此項訴訟程序之遵守，專以筆錄證之，不經同法第四十七條規定甚明。故審判期日審判長於調查證據完畢後，應命由檢察官、被告及辯護人就事實及法律依次辯論，而此項關於審判期日之訴訟程序，是否依法踐行，並應以審判筆錄為證，如調

查證據完畢後，未載命蒞庭之檢察官等辯論，其所踐行之訴訟程序，即有違誤。且此項訴訟兩造就個事實、法律攻防之辯論過程，對法院心證之形成，頗具重要價值，倘有欠缺，即難謂對判決顯無影響。本件原審法院於民國八十九年十月十七日進行審判程序，據其審判筆錄雖記載審判長「諭本案證據調查完畢開始辯論，請檢察官論告」等語，惟緊接其下，並未見記載經到庭之檢察官為論告或辯論，顯見原審未遵守刑事訴訟法第二百八十九條第一項規定之法定程序，揆諸前揭說明，其訴訟程序自屬違背法令，且於判決非顯無影響。牽經確定，非常上訴意旨就此執以指摘，洵有理由，因未致適用法令違誤，應由本院僅將原審關於被告某甲之訴訟程序違背法令部分撤銷，以資糾正。又依千鎮市農會辦理會員及同戶家屬貸款處理要點三之（二）擔保品類別之審查6，「分區使用編定為保育區、工業用地、軍事使用預定地、機關、學校、道路、公路、公園、市場等公共設施預定地」，及其註「以上6土地徵收標準不一，有購買資格之限制，且所有權人可能向政府捐獻之情事發生，再者此類擔保品於債務人無法清償債務，依法追訴時，無人問津，債權確保不易，原則上應不予受理」之規定觀之，係對於分區使用編定為保育區、工業用地、軍事使用預定地之土地，原則上不予受

理貸款。至所謂公共設施預定地，係指機關、學校、道路、公路、公園及市場用地等而言，非謂保育區內屬公共設施預定地，始在禁止之列。非常上訴意旨謂該要點所指保育區土地原則上應不受理貸款，係以該保育區土地為「公共設施保留地」而言，尚屬誤會。是李男、李女提供擔保之保育區土地，是否屬公共設施保留地，要與被告本件犯罪成否之認定無涉。況被告與林某、胡某、詹某、劉某於法務部調查局桃園縣調查站調查時，已一致坦承李男、李女提供擔保之土地均屬保育區農牧用地無訛，是原審未再調查其是否為公共設施保留地，即無非常上訴意旨所指審判期日應調查之證據未予調查之違法情形，猶無採證違法可言。且原確定判決理由係以李男、李女提供擔保之土地歷經九次拍賣，底價為一億五千三百十九萬六千元，此與被告所稱係以公告地價加四成計算，合計為六千三百多萬比較，仍高出甚多，足見所定拍賣底價並不合理，不得據此認其足可確保債權。而全融機構放貸於人，目的係在收取利息，滋生利潤，非以現全交換抵押品而予以拍賣取償。況該擔保之土地估價六千三百餘萬元，而貸以六千萬元，若有數期利息不付，早逾該數額，即以法院歷經九次拍賣底價一億五千餘萬元，仍不足清償本金、利息及違約金，顯見債款已不能確保等由，說明被告之背信

行爲，確已對千鎮市農會致生損害。則此項損害既係因被告身爲農會總幹事，明知上開貸款處理要點之規定，乃故予違背准貸所造成，要無損害係無出於「正當原因」可言。非常上訴意旨逕將農會之損害，歸諸景氣低迷及地價暴跌之客觀環境使然，乃指斥審採證違背經驗法則，即非可採。均併予敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第二款，判決如王又。

中 華 民 國 九 十 一 年 十 一 月 七 日

【第四十五案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第三百條（原第二百五十九條）、第三百零二條、第三百七十八條。
專利法 第一百二十四條、第一百二十五條。

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。又刑事訴訟法第二百五十九條雖明定法院不得就未經起訴之行爲審判，但其事實如已爲起訴書狀所敘明，則起訴法條縱有疏漏，法院可得就起訴之行爲，變更起訴法條而爲判決。（最高法院二十三年度上字第一九六九號判例參照）。查本件第一審法院以被告某甲未經新型專利權人同意製造該物品，致侵害其專利權，判處被告某甲違反專利法第一百二十五條罪刑。被告提起上訴，原審法院以被告行爲後，專利法業經立法院修正通過，並經總統於民國九十年十月二十四日公布，於同年月二十六日生效，其中第一百二十四條序定有刑事罰則已廢止。

公訴意旨認被告某甲步犯專利法第一百二十四條侵害万法發明專利權罪嫌，因新修正之專利法既已廢止對於該行為之刑罰，自應諭知免訴之判決，第一審判決未及適用新法，而判處被告某甲罪刑，容有未合，因予撤銷改判，諭知免訴。惟檢察官起訴書之犯罪事實已敘明「某甲基於概括犯意，未經同意或授權，竟自八十三年十二月至八十六年二月左右期間，連續在桃園縣○○鄉○○村××號，非法使用令某甲享有新型第七五五六號『焚化爐新結構』專利万法製造同類焚化爐，侵害他人之專利權利，迄八十六年四月二十四日為警查獲，扣得上開仿製半成品二只。」雖將被告違反專利法第一百二十五條之犯行，誤引為違反專利法第一百二十四條。但依上開說明，原審法院仍應就起訴之行為，變更起訴法條而為判決。又九十年十月二十四日修正公布施行之專利法第一百二十四條侵害万法發明專利權罪固已廢止，但專利法第一百二十五條之違法製造侵害新型專利權罪，則仍有刑事罰則之規定。乃原審法院置而不論，逕為免訴之諭知，揆之上開說明，自有判決適用法則不當之違法。率經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

九十一年度台非字第九一號

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專利法案件，對於台灣高等法院中華民國九十年十二月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）

本院按法院固不得就未經起訴之犯罪審判，但若被告之犯罪事實已為起訴書狀所敘明，則起訴法條縱有誤引或疏漏，法院仍應對起訴之犯罪事實加以審理，分別為無罪或為有罪而變更起訴法條等之判決。本件檢察官於起訴書記載「某甲基於概括犯意，未經同意或授權，竟自八十三年十二月起至八十六年二月左右期間，連續在桃園縣○○鄉○○村××號，非法使用令某甲享有新型第七五五六號「焚化爐新結構」專利方法製造同類焚化爐，侵害他人之專利權利」等情，並認被告所為係犯九十年十月二十四日修正公布前之專利法第一百二十

四條，即未經方法發明專利權人同意使用該方法，致侵害其專利權之罪嫌。惟第一審審理結果認檢察官起訴法條尚有未合，而變更起訴法條改依專利法第一百二十五條，即未經新型專利權人同意製造該物品，致侵害其專利權之罪論處。被告不服第一審判決提起上訴，原審縱認專利法第一百二十四條已於九十年十月二十四日經修正公布廢止，然因檢察官於起訴書已指明被告連續非法使用今草享有新型第七五五六號「焚化爐新結構」專利方法製造同類焚化爐，侵害他人之專利權利，等情，則被告所爲是否構成專利法第一百二十五條之未經新型專利權人同意製造該物品，致侵害其專利權之罪，仍應加以審理並於判決內爲論斷說明。乃原判決不察，僅以專利法原第一百二十四條業經廢止，即撤銷第一審判決並諭知本件免訴，揆之前開說明，原判決顯有判決不適用法則之違法。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，惟原判決尚非不利於被告，應由本院將原判決關於違背法令部分撤銷，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。

中華民國九十一年四月二十二日

【第四十六案】

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

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令。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、第三百零二條第一款分別定有明文。本件被告○○實華有限公司違反就革服務法案件，檢察官係於民國八十八年十月二十九日提起公訴，○○實華有限公司在檢察官起訴前之八十七年七月十五日，即已爲前台灣省政府建設廳撤銷公司登記在案。原確定判決法院未依上開法條諭知不予受理，反以實體判決科處罰金五萬元，此有台灣台中地方法院檢察署八十八年度核退字第××號、同年度偵字第××號、八十九年度非字第××號偵查、執行案卷，台灣台中地方法院八十八年度中簡字第××號審判案卷及各該卷內所附之起訴書、判決、前台灣省政府建設廳八十七年七月十五日建三管字第四一一七○○號

致被告公司函，經經濟部中部辦公室八十九年三月十日經八九中辦三管字第〇八七六二九號致台灣台中地方法院檢察署函可稽。○〇實業有限公司既早在起訴前，即已被撤銷公司登記，其法人資格自己消滅，無從爲被告。檢察官本不得提起公訴，乃誤對已不存在之公司提起公訴，其起訴（按以上所稱公訴、起訴，係指聲請簡易判決處刑而言）乃屬違背法律上之程式，受訴法院應諭知不予受理之判決，乃誤爲實體判決，其判決自係違背法令，牽經確定，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，請將該判決違背法令部分撤銷，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

九十年度台非字第五號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 〇〇實業有限公司

代表人 林萃

右上訴人因被告違反就業服務法案件，對於台灣台中地方法院中華民國八十八年十一月十九日第一審確定簡易判決，認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 文

原判決關於○○實業有限公司部分撤銷，由台灣台中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）

本院按非常上訴，乃對於審判違背法令之確定判決所設之救濟方法。依法應於審判期日調查之證據，未予調查，致適用法令違誤，而顯然於判決有影響者，該項確定判決，即屬判決違背法令，業經司法院大法官議決釋字第一八一號解釋在案。本件原判決引用檢察官聲請簡易判決處刑書之記載，認定被告○○實業有限公司明知外國人未經雇王向行政院勞工委員會申請許可，不得在中華民國境內工作，竟於八十八年四月間，未經許可，以月薪新台幣（下同）

八千元至一萬五千元不等之全額聘僱泰國籍之A、B、C、D、E等五名外國人，在被告公司從事自行車零件製造工作，迄八十八年六月十五日下午二時五十分許，爲警查獲等情。因而逕以簡易判決論處被告○○實業有限公司，因執行業務違反雇王不得未經許可聘僱許可失效之外國人之規定，其聘僱人數爲二人以上，科罰全新台幣伍萬元罪刑。惟同案被告林劉草於偵查中供稱「我是實際掌理營業之人，林某他並不知我非法僱用外勞之事。」被告

代表人林某於偵查中不否認知情。則上列之奉國籍外國人似爲同案被告林劉某僱用，而非被告公司僱用，原審未予查明。且依據卷內資料，檢察官聲請簡易判決處刑時，被告已被撤銷公司登記，而不復存在，如果非虛，原判決此部分，即不免因而動搖，乃原審竟對此足以動搖判決基礎之重要證據未加詳查，遽予論處被告罪刑，難謂非適用法令違誤而顯然於判決有影響。揆諸首開司法院大法官議決解釋意旨，要屬判決違背法令，且不利於被告。案經確定，非常上訴意旨執以指摘原判決此部分違背法令，尙有理由。爲維持被告審級利益，應由本院將原判決此部分撤銷，由原審法院依判決前之程序更爲審判，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項前段，判決如王又。

中華民國十九年一月四日

【第四十七案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第三百零二條第四款、第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決適用法則不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又犯罪後之法律已廢止其刑罰者，應諭知免訴之判決，亦為同法第三百零二條第四款所明定。而法院就起訴之案件，應先就程序上為審理，調查起訴之要件是否具備，如已具備，始得進而為實體上有無犯罪及其刑罰權範圍之審理。故法院依職權調查，認有免訴事由，無論犯罪是否不能證明，均應諭知免訴，此觀司法院三十六年院解字第三六二三號解釋自明。查違反公司法第十五條第一項規定之「公司不得經營登記範圍以外之業務」行為，業於民國九十年十一月十二日明令公布廢止刑罰，並於同年月十四日生效適用。本件被告某甲於犯公司法第十五條第三項即違反同條第一項之罪刑後，法律既已廢止該罪之刑罰，揆諸上開規定及說明，原審自應

就該部分爲免訴之判決，始爲適法。乃竟不察，竟仍爲無罪之諭知，顯有判決適用法則不當之違誤。牽經確定，因攸關法律之正確適用，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，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

九十一年度台非字第七一號

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公司法案件，對於台灣高等法院中華民國九十年十一月二十八日第二審確定判決，認爲部分違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違反公司法違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決適用法則不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又犯罪後之法律已廢止其刑罰者，應諭知免訴之判決，乃爲同法第三百零二條第四款所明定。而法院就起訴之案件，應先就程序上爲審理，調查起訴之要件是否具備，如已具備，始得進而爲實體上有無犯罪及其刑罰權範圍之審判。故法院依職權調查，認有免訴事由，無論犯罪是否不能證明，均應諭知免訴。而公司法第十五條第三項、第一項有關公司負責人違反公司不得經營登記範圍以外之業務之規定，處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣十五萬元以下罰金之規定，業經總統於民國九十年十一月十二日公布廢止其刑罰，於同年月十四日生效。本件被告某甲於八十二年五月間步犯違反公司法第十五條第三項、第一項之罪後，法律既已廢止其刑罰，則原審於九十年十一月二十八日判決時，自應就該罪爲免訴判決，始爲適法。原判決未察，仍爲無罪判決之諭知，揆諸首揭說明，自有判決適用法則不當之違法。率經確定，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由。惟原判決關於此部分尚非不利於被告，應由本院僅將該部分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。

中華民國九十年四月十一日

【第四十八案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第三百零三條第四款、第二百六十條第一款、第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，不起訴處分已確定者，非發現新事實新證據者，不得對於同一案件再行起訴，再行起訴者，應諭知不予受理之判決，刑事訴訟法第三百七十八條、第二百零三條第一款、第三百零三條第四款分別定有明文。本案同一案件業經台灣台南地方法院檢察署依中國石油公司台南營業處（民國）八十八年五月十日（八八）南處華二六三—〇二—〇〇八號函之化驗報告，認被告所販售之油料，非屬（八五）能字第八五四六一一二號所公告之柴油。於八十八年五月三十一日以八十八年度營偵字第XX號不起訴處分確定，有該不起訴處分書可稽。嗣該署檢察官依經濟部能源委員會八十八年九月一日能（八八）密二字第〇九三五六號函，認被告所販售之油料，屬（八五）能字第八五四六一一

二四號所公告之弊油，以八十八年度偵字第××號提起公訴。二者所憑之事證完全相同，實不因前後鑑定意見之不同，即可視後之鑑定意見為新事實或新證據之發現（最高法院六十九年台上字第一一三九號判例參照）。前開八十八年度偵字第××號案件，再行起訴已違背規定，原審判處被告等拘役，而未為不受理之諭知。揆諸首開說明，顯有判決適用法則不當之違背法令。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十九年度台非字第一三七號

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能源管理法案件，對於台灣台南地方法院中華民國八十八年十二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

原判決撤銷。

本件公訴不受理。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令。又案件曾爲不起訴處分，而違背第二百六十條之規定再行起訴者，應諭知不予受理之判決，刑事訴訟法第三百七十八條、第二百零三條第四款，分別定有明文。本件被告等涉嫌違反能源管理法之同一案件，前經台灣台南地方法院檢察署檢察官，以其所販售之油料，依中國石油公司台灣營業總處台南營業處檢送之化驗報告，認非屬中央王管機關經濟部（八五）能字第八五四六一一二四號所公告之柴油，於八十八年五月三十一日爲不起訴處分確定，有該署八十八年度營偵字第××號不起訴處分書在卷足憑。嗣經濟部能源委員會雖函致該署謂，該署所查獲油料已符合經濟部上開又號所公告之柴油規格第三項之柴油規範等語，與前開化驗報告之意見並不一致。然二者所憑事證完全相同，要不因先後二機關之意見不同，即可認後之意見，爲刑事訴訟法第二百六十條第一款所稱之新事實或新證據，自不得憑以就已經不起訴處分確定之同一案件，再行起訴。原判

決就檢察官違背該條款規定再行起訴，未於程序上爲不受理諭知，猶爲科刑之判決，自有判決不適用法則之違法。案經確定，且於被告等不利，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由，應由本院將原判決撤銷，並依首揭規定爲不受理之判決，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書、第三百零三條第四款，判決如王又。

中 華 民 國 八 十 九 年 五 月 十 八 日

【第四十九案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第三百十九條第一項、第三百七十九條第五款。

刑法 第二百十四條。

司法院院字 第一七〇二號解釋。

二、非常上訴理由

一、查原判決就被告等被訴使公務員登載不實部分判決自訴不受理，係以本件自訴人自訴被告某甲於八十二年十月間，以提供不動產向聲請人抵押借款，而後竟與某甲及某丙等人共同謀議，而由被告某甲、某乙提出偽造不實之租賃契約（私文書）於法院，進而使法院公務員將此不實事項登載於職務上所載之公文書上，影響抵押權所擔保之債權不能受滿足之清償，因認被告等人均步犯刑法第二百十四條之使公務員登載不實罪嫌之所為，雖國家社會公益與個人法益均有受到侵害之情形存在，惟該罪所侵害者乃係國家公文書

上登載事項之公信力，被告等人於檢具不實之租賃契約予本院之際，實已直接侵害司法機關對民事執行程序進行之正確性，是犯罪之直接被害人應係本院，且自訴人並非被告等人所出具之偽造私文書或使公務員登載不實之文書名義人或破行使之人，自訴人即令因此受有損害，乃係間接受害而非此部分犯行之直接被害人，自訴人並非本件使公務員登載不實罪之直接被害人，其就其所自訴之使公務員登載不實事項於公文書罪部分自不得提起自訴，是就此部分本院自應為被告等人不受理判決之諭知云云。

二、惟按偽造文書罪，一乃侵害社會法益，同時具有侵害個人法益（不以制作權為限）之故意，其受損害之個人，自可提起自訴，司法院著有院字第一七〇二號解釋，又犯罪同時侵害國家社會及個人法益者，其被侵害之個人即得提起自訴，另刑事訴訟法第三百十一條（即現行法第三百十九條第一項）所謂犯罪之被害人，祇須就其所訴之事實如果屬實，在實體法上足認其為被害之人為已足，並不以實際上確曾受害為必要，最高法院刀著有二十六年上字第二三三七號、三十年上字第四五二號等判例可資參照。即司法院七十年十月二十八日（70）廳刑字第一一〇四號暨七十二年七月七日廳刑字第六〇三號函示，亦均同採此見解。本件自訴人自訴被告某甲等共同步犯刑法第二百十四條之使公務員登載不實罪嫌之所為，其所訴之事實如果屬實，在實體法上已足認其為被害之人，原

判決乃指自訴人所訴爲國家社會公益與個人法益均有受到侵害之情形存在之事實，則依上述司法院院字、廳刑字暨最高法院判例意旨，受理本案之法院，即應予以受理並爲實體之判決。乃原判決竟以自訴人並非本件使公務員登載不實罪之直接被害人，其所自訴之使公務員登載不實事項於公又書罪部分自不得提起自訴，而就此部分諭知自訴不予受理之判決，其判決自顯有刑事訴訟法第三百七十八條所定判決不適用法則或適用法則不當之違背法令。

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

三、附錄

最高法院刑事判決

九十一年度台非字第二九〇號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

草乙

草丙

草丁

右上訴人因被告等偽造又書案件，對於台灣台北地方法院中華民國九十一年三月一日第一審確定判決，認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於論知自訴不受理違背法令之部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按法院受理訴訟或不受理訴訟係不當者，其判決當然違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第五款定有明文。又同法第三百十九條第一項所稱之被害人，以因犯罪而直接被害之人為限。再犯罪之直接被害人得提起自訴，而被害之是否直接，應以犯罪行為與受害法益有無直接關係為斷，若國家社會法益與個人法益同時被侵害，因國家社會與個人均為直接被害人，個人自得提起自訴。復按偽造又書罪，於侵害國家社會法益外，倘又同時對他人個人法益有所侵害，該他人當然得提起自訴（參照司法院院字第一七〇二號解釋、本院二十六年上字第二三三七號判例）。本件自訴人黃草自訴意旨略稱，被告某甲於民國八十二年十月間提供坐落台北縣新店市○○路××巷×弄×號一樓之房屋土地設定抵押權登記予自訴人，並約定

「債務人及擔保品提供人保證，所提供擔保物並無法定抵押權或長期押租或一般租賃權」，上開房地於提供抵押登記時並無出租情事。詎某甲恐上開房地遭拍賣後無法使用，明知並未出租予被告某乙，竟與知情之被告等共同基於犯意之聯絡，於八十八年一月十八日，先由某甲和某甲書工上開房屋已出租予某乙，內容虛偽不實之租賃契約，於同年二月二十二日將租約送至原審法院，並於同月二十三日向執行書記官陳報上址係由其占用等情，使執行書記官就上開不實事項記載於該日之執行筆錄，並使執行法官將該不實事項登記於原審法院民事執行處八十七年民執字第××號函，致自訴人以債權人身分請求拍定點交之聲請遭駁回，足以生損害於強制執行之正確性及自訴人之權益云云。依自訴人所诉被告等之犯罪事實，在實體法上除足認侵害司法機關對民事執行程序之正確性外，亦同時侵害自訴人之債權，自訴人顯可屬直接被害人。原判決以依自訴人所訴事實，被告等係直接侵害司法機關對民事執行程序之正確性，犯罪之直接被害人係原審法院，自訴人並非被告等所出具偽造租約或使公務員登載不實又書名義人或被行使之人，自訴人即令因此受損害，亦係間接受害而非直接被害人，不得提起自訴為由，而為自訴不受理之判決，揆諸前開說明，原判決此部分論知自訴不受理

顯係不當，其判決當然違背法令。率經確定，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由。按自訴案件本應爲實體上之審判，而誤爲不予受理之判決，其將來是否再行起訴，及應爲實體判決之結果如何，尚不可知，而論知不予受理後，本件訴訟即因而終結，自難認其違誤之不予受理判決於被告不利，此種情形，既非因誤認爲無審判權而不予受理，又與維持被告審級利益無關，當無刑事訴訟法第四百四十七條第二項之適用，應由本院僅將原判決關於被告等被訴使公務員登載不實又書諭知自訴不予受理違背法令之部分撤銷，以資糾正。至自訴人得依法另行訴求，不受一事不再理之拘束，自不待言（參照本院二十九年非字第七一號判例、七十三年九月十八日、七十三年度第九次刑事庭會議決議）。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中華民國二十九年十月三十一日

【第五十案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第三百二十三條、第三百七十八條。
刑事訴訟法施行法 第二條、第五條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用法則不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八定有明文。本件原判決依據民國八十九年二月九日修正公布之刑事訴訟法第三百二十三條第一項之規定，以自訴人在八十八年十二月三十日所提起之本件自訴，前已經檢察官開始偵查為由，認其自訴程序不合法，而維持第一審法院所為不受理之判決，駁回自訴人之上訴。惟查自訴人對被告提起自訴之際，係在檢察官就同一案件偵查終結前提起，依當時有效之刑事訴訟法，係採行「公訴」與「自訴」雙軌制，即自訴人提起自訴時，業已具備訴訟條件而屬合法，自不得因嗣後刑事訴訟法之修正，而認原屬合法之自訴案件，轉為欠缺訴訟條件而認為不合法。再

者，自訴人於自訴時既已具備訴訟條件，為保障其所享有之訴訟權，自不得因嗣後法律之更易，而否定其已合法取得之訴訟實施權。查刑事訴訟法施行法第二條固規定「修正刑事訴訟法施行前，已經開始偵查或審判之案件，除有特別規定外，其以後之訴訟程序，應依修正刑事訴訟法終結之。」，但該條亦僅係規定修正後之訴訟程序，應依修正刑事訴訟法終結，並非否定修正前所為訴訟程序之效力。參照刑事訴訟法施行法第五條規定「修正刑事訴訟法施行前，原得上訴於第三審之案件，已繫屬於各級法院者，仍依施行前之法定程序終結之。修正刑事訴訟法施行前，已繫屬於各級法院之簡易程序案件，仍應依施行前之法定程序終結之」之法理，自訴人提起本件自訴時，既已具備自訴程序之合法要件，自應依修正前之法定程序終結案件。原審以刑事訴訟法於八十九年二月九日修正為由，維持第一審法院所為不受理之判決，自有違誤，爰依刑事訴訟法第四百四十一條及第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十九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

某乙

右上诉人因自訴人○○國際股份有限公司自訴被告等詐欺案件，對於台灣高等法院台中分院中華民國八十九年四月十一日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原審及第一審判決關於違背法令部分均撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決適用法則不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又憲法第十六條規定人民有訴訟之權，乃屬人民在司法上之受益權，包括人民得依法定程序提起及實施訴訟之制度性保障。人民已依法取得之訴訟權，即屬其合法正當之信賴利益，自不得因嗣後法律之修正而予剝奪。刑事訴訟法第二編第二章就犯罪之被害人有權提起自訴、但應受各種限制等規範，定有明文。自訴行為是否合法，係以提起時之法律規定為準，其提起時為法所允許者，既屬合法之自訴，自不因嗣後法律修正對自訴權更有所限制而受影響。（此依中

中央法規標準法第十八條後段對法規變更之適用所採從優原則予以解釋，不得相同之結論。）故刑事訴訟法第三百二十三條原規定「同一案件經檢察官終結偵查者，不得再行自訴。（第一項），在偵查終結前檢察官知有自訴者，應即停止偵查，將案件移送法院。（第二項）。」，雖於民國八十九年二月九日修正為「同一案件經檢察官依第二百二十八條規定開始偵查者，不得再行自訴。但告訴乃論之罪，經犯罪之直接被害人提起自訴者，不在此限（第一項）。於開始偵查後，檢察官知有自訴在先或第一項但書之情形者，應即停止偵查，將案件移送法院。（第二項）」，對於非告訴乃論罪之自訴權的行使為更嚴格之限制，

但於該修正前提起之自訴，如合乎原規定，既屬合法，自不受該修正之影響者，除有其他訴訟條件之變化外，自應以實體判決終結之。至於所謂「程序從新原則」，就上開法條之修正而言，因該法條係規定在起訴程序（與同編第一章之「公訴」平行），而非審判程序，自指檢察官之偵查而言，而非指審判程序，乃即在該修正後，同一案件於檢察官開始偵查後，除知有自訴在先或有第一項但書之情形外，不受任何在後自訴之影響，應一直偵查至終結為止，毋須停止偵查。再刑事訴訟法施行法第二條、第五條等規定，其所謂「修正刑事訴訟法」，

依該法第一條之規定，係指八十四年十月五日修正後公布施行之刑事訴訟法，既不及於上開修正之法條，本件自無從予以援用。本件原確定判決引用第一審判決書記載之理由，認定自訴人○○國際股份有限公司就被告某甲、某乙於八十八年六至八月陸續向自訴人詐購電腦周邊設備商品而不付款、步犯詐欺罪嫌之案件，前於八十八年十一月二十六日向台灣台中地方法院檢察署檢察官提出告訴，由該署檢察官以八十八年度偵字第××號偵辦中，有刑事告訴狀附於本件自訴案卷內可憑，依八十九年二月九日修正公布之刑事訴訟法第三百二十三條第一項規定「同一案件經檢察官依第二百二十八條規定開始偵查者，不得再行自訴。」，對於同一案件即不得再行自訴，自訴人於八十八年十二月三十日就同一案件再行自訴，應予諭知不予受理之判決，並引刑事訴訟法施行法第二條之規定，謂依程序從新原則，本件自訴為不合法，因而維持第一審法院所為不予受理之判決，駁回自訴人在第二審之上訴。惟查原判決既認定自訴人對被告等提起本件自訴係在刑事訴訟法第三百二十三條於八十九年二月九日修正公布之前，又係就同一案件於檢察官終結偵查前所提起，合乎修正前該條第一項之規定，依前揭說明，自不得謂自訴人之自訴不合法，而予以不予受理之判決，從而原判決及第一審判決俱不無

適用法則不當之違法。案經確定，非常上訴意旨指摘原審及第一審判決違法，核有理由。惟此項違誤尚非不利於被告等，應由本院將原審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 九 年 七 月 二 十 日

【第五十一案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第三百四十九條、第六十五條、第三百七十八條。
民 法 第一百二十二條。
司法院大法官會議釋字 第二七一號解釋。

二、非常上訴理由

一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又程序上之判決不發生實質的確定力（最高法院二十五年上字第三二三一號判例參照）。惟另依大法官釋字第二七一號解釋 刑事訴訟程序中不利益於被告之合法上訴，上訴法院誤為不合法，而從程序上為駁回上訴之判決確定者，其判決固屬重大違背法令，惟既具有判決之形式，仍應先依非常上訴程序將該確定判決撤銷後，始得回復原訴訟程序，就合法上訴部分進行審判，否則即與憲法第八條第一項規定人民非依法定程序不得

審問處罰之意旨不符，最高法院二十五年上字第三二三一號判例，於上開解釋範圍內，應不再援用。

二、按上訴期間爲十日，自送達判決後起算，期間之計算，依民法之規定，又期間之末日，爲星期日、紀念日或其他休息日時，以其休息日之次日代之，刑事訴訟法第三百四十九條、第六十五條及民法第一百二十二條分別定有明文。本案被告某甲所犯竊盜罪，業經台灣台北地方法院以九十年簡字第××號判決，並於九十年七月十八日送達於台北地方法院檢察署檢察官，其上訴期滿日原本爲九十年七月二十八日，適逢週休二日假期，順延至同月三十日，又當日復因颱風，台北市乃宣布停止辦公及上課，有行政院人事行政局九十一年六月二十一日局考字第○九一○○二一九一八號來函附卷可證，是本案之上訴期滿日自應再順延一天至七月三十一日，原檢察官於九十年七月三十一日提起上訴，並無違誤，乃台灣台北地方法院仍以上訴逾期爲由，駁回上訴，顯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

九十一年度台非字第二〇六號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告竊盜案件，對於台灣台北地方法院中華民國九十一年三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

原判決撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。而上訴期間為十日，自送達判決後起算，期間之計算，依民法之規定，又期間之末日，為星期日、紀念日或其他休息日時，以其休息日之次日代之，刑事訴訟法第三百四十九條前段、第六十五條及民法第一百二十二條下分別規定甚明。本案被告某甲所犯竊盜罪，經台灣台北地方法院於民國九十年七月九日，以九十年簡字第××號簡易判決處刑，該判決正本並於同月十八日送達於台灣台北地方法院檢察署檢察官，其上訴期滿日原為同月二十八日，適逢

週休二日假期，順延至同月三十日，又當日適因颱風來襲，經台北市政府宣布停止辦公及上課，有行政院人事行政局九十一年六月二十一日局考字第〇九一〇〇二一九一八號來函存卷足憑，是本審之上訴期滿日自應再順延一天至同月三十一日。則台灣台北地方法院檢察署檢察官不服上揭第一審簡易判決，於九十年七月三十一日提起第二審上訴，其上訴期間之遵守，要無逾越。原確定判決誤認其已逾法定上訴期間，而駁回其上訴，自有適用法則不當之違法。且台灣台北地方法院檢察署檢察官係以被告另有竊盜犯行未及併辦為由，乃為被告之利益提起上訴，確定判決將此不利益被告之合法上訴，誤為不合法，予以駁回，雖屬程序上判決，然既具判決之形式，揆諸司法院大法官會議釋字第二七一號解釋意旨，仍應依非常上訴程序予以救濟，始得回復原訴訟程序，就合法上訴進行審判。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，尚有理由，應由本院將原確定之程序判決撤銷，且一經撤銷，原有合法上訴後之訴訟程序，當然隨即回復，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，判決如王又。

中華民國九十一年八月十五日

【第五十二案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第三百七十八條。

民事訴訟法 第二百三十二條。

司法院大法官會議釋字 第四三號解釋。

公職人員選舉罷免法 第九十八條第三項。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又按刑事判決又字，顯係誤寫，而不影響於全案情節與判決之本旨者，參照民事訴訟法第二百三十二條規定，原審法院得以裁定更正之，固經司法院大法官會議釋字第四三號解釋在案。惟刑事判決正本送達後，發現原本錯誤，即不得以裁定更正之（最高法院七十二年台抗字第五一八號判例參照）。本件原判本及正本之王又及理由欄均未被告等人褫奪公權之諭知

及記載，據上論斷欄亦未引用公職人員選舉罷免法第九十八條第三項之規定，顯有判決適用法則不當之違法。此項錯誤顯非謬寫，而已影響於全案情節與判決之本旨，自不得以裁定更正之。原審未查，竟以裁定更正，增加褫奪公權之諭知，揆諸首揭法條規定及判例，顯有適用法則不當之違法。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十九年度台非字第四一三號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

某乙

某丙

某丁

某戊

某己

某庚

某辛

某丑

右上訴人因被告等妨害投票案件，對於台灣新竹地方法院中華民國八十九年三月十六日第一審確定裁定，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原裁定關於某甲、某乙、某丙、某丁、某戊、某己、某庚、某辛、某丑部分均撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決顯係又字誤寫而不影響於全案情節與判決本旨，經宣示或送達者，固得參照民事訴訟法第二百三十二條規定，由原審法院依聲請或本於職權以裁定更正之，惟刑事判決正本送達後，發現原本錯誤，即不得以裁定更正，本件原判決以被告某甲、某乙、某丙、某丁、某戊、某己、某庚、某辛、某丑等共同以非法之方法使投票發生不正確之結果，各處有期徒刑三月，均緩刑二年，原判決原本及正本之王又及理由欄均未有被告等褫奪公權之諭知及記

載，論結欄亦未引用公職人員選舉罷免法第九十八條第三項之規定，已有判決不適用法則之違法，此項錯誤顯非誤寫，並已影響全案情節與判決本旨，自不得以裁定更正之，原審竟以裁定更正增列褫奪公權之諭知及說明，並引用上述第九十八條第三項，顯屬違法，案經確定，且於被告等不利，非常上所執以指摘，尚屬有理，應將原裁定關於被告某甲等九人部分撤銷，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，判決如左。

中 華 民 國 八 十 九 年 十 一 月 十 日

【第五十二案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按對於宣付保安處分之確定裁定，可提起非常上訴，曾經最高法院四十五年度第五次民刑庭總會會議決議有案。又依毒品危害防制條例所規定之觀察、勒戒，性質上屬於保安處分，對於宣付此種保安處分之確定裁定，如有違背法令，自可提起非常上訴，合先敘明。再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。又二審法院對上訴案件為實體上之審理，必以案件係經合法上訴為其前提要件，如上訴有不法情形，即應為程序上駁回上訴之判決，不得逕行實體上之審理。本件被告某甲因犯肅清煙毒條例案件，經台灣新竹地方法院於八十七年三月四日依連續施用毒品罪判處有期徒刑三年四月，被告於八十七年三月十四日接受判決書，惟遲至同年四月二日始行提起上訴二審法院，已逾法定上

訴期間，爲不合法之上訴，台灣高等法院原應以其上訴不合法而爲駁回上訴之判決，不得爲實體上之審理，竟仍逕行爲實體上之審理，而於八十七年六月一日依修正公布之毒品危害防制條例第二十條第一項、第三十五條第三款規定裁定將被告送勒戒處所觀察、勒戒後，認有繼續施用毒品之傾向，於同年七月三十一日裁定令入戒治處所施以強制戒治壹年，於強制戒治後，再以上訴逾期之理由，爲上訴駁回之判決，其強制戒治之裁定自屬違背法令，原裁定已確定，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

九十年度台非字第三三七號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，對於台灣高等法院中華民國八十七年七月三十一日確定裁定，認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原裁定撤銷。

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。又第二審上訴是否合法，有無違背法律上程式，或上訴權已否喪失等，原為第二審法院應依職權調查之事項，如第二審法院有認其合法上訴為不合法而駁回其第二審上訴，或認其不合法上訴為合法，逕為實體上之審判，其第二審裁判，自屬適用程序法則不當之判決違背法令。故第二審法院對上訴案件為實體上之審理，又以案件係經合法上訴為其前提要件，如上訴有不合法情形，即應為程序上駁回上訴之判決，不得逕行實體上之審理。查被告某甲自民國八十六年八月十三日起至同年九月四日止，連續在彰化縣芬園鄉嘉興村○○路一段××巷××號等處，施用第一級毒品海洛因之犯行，前經台灣新竹地方法院於八十七年三月四日判處有期徒刑三年四月（八十六年度訴字第××號）。被告於八十七年三月十四日收受該判決後，雖曾於同年四月二日提起上訴，惟因其上訴已逾法定上訴期間，為不合法之上訴，原法院原應以其上訴不合法而為駁回上訴之判決，竟仍於八十七年七月三十一日裁定被告令

入戒治處所施以強制戒治壹年（八十七年度上訴字第XX號），有該裁定及台灣高等法院戒治執行指揮書回證在卷可稽，揆之前開說明，原裁定就不合法之上訴逕為實體之審理，顯有適用法則不當之違背法令。掌經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，因無庸另為何種之裁判，應由本院將原裁定撤銷，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，判決如王又。

中華民國十九年九月二十七日

【第五十四案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第三百七十九條。

二、非常上訴理由

按採爲判決基礎之證據資料，須經合法之調查程序。以顯出於審判庭者，始合於直接審理主義及言詞辯論主義。否則其所踐行之訴訟程序，即有應於審判期日調查之證據而未予調查之違誤。故案經辯論終結後，再行勘驗證物，其勘驗結果，既未顯出於審判庭踐行調查程序。如採爲認定事實之證據，自屬違法。有貴院三十七年特覆字第二九二五號判例可供參照。查本件原審係於八十九年九月二十一日辯論終結，有當日審判筆錄可考。在辯論終結日之前，並未勘驗牽內證物。乃竟於辯論終結後之八十九年九月二十五日上午十時，勘驗扣牽之證物十字弓及箭二十一支，認該「十字弓具有槍托、準星、扳機、瞄準器及望遠鏡等配備，以發射箭矢之原理將箭射出。」可有該日之勘驗筆錄可稽。其於勘驗之後既未再開辯論，該勘驗

筆錄即未顯出於審判庭，依法不得採爲判決基礎。乃竟於判決理由中引用該勘驗筆錄以爲其認定事實之證據，顯屬違法。率經確定，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，以資糾正並予救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決

九十年度台非字第二八號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告違反槍砲彈藥刀械管制條例案件，對於台灣板橋地方法院中華民國八十九年九月二十八日第一審確定判決，認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原審關於訴訟程序違背法令之部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑事訴訟法第三百七十九條所列各款，除第四款、第五款、第十二款與第十款之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，及第十四款之因理由矛盾，致適用法令違誤者，係屬判決違法外，其餘情形均屬訴訟程序違背法令。又採爲判決基礎之證據資料，須經合法之調查程序，以顯出於審判庭者，始合乎直接審理王義及言詞辯論主義，否則其踐行之訴訟程序，即有應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。查查本件原審係於民國八十九年九月二十一日辯論終結，有審判筆錄可查，原審於言詞辯論終結之前，並未勘驗案內證物即十字弓及箭，乃竟於辯論終結後之同月二十五日上午十時，勘驗該弓、箭，並認該「十字弓具有槍托、準星、扳機、瞄準器及望遠鏡等配備，以發射箭矢之原理將箭射出。」亦有勘驗筆錄可稽。原審於勘驗之後既未再開辯論，該勘驗筆錄即未顯出於審判庭，依法不得採爲判決基礎，乃竟於判決理由中引用該勘驗筆錄以爲認定事實之證據，自有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，非常上訴執以指摘，尙有理由。惟原判決尙非不利於被告，應由本院僅將原審關於訴訟程序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二款，判決如王又。

中 華 民 國 九 十 年 一 月 十 八 日

【第五十五案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第三百七十九條第五款、第三百七十八條。

二、非常上訴理由

一、按判決適用法則不當者，為違背法令，又法院受理訴訟係不當者，其判決當然為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條、第三百七十九條第五款定有明文。經查本件被告等觸犯妨害風化案件，經檢察官向台灣高雄地方法院提起公訴，並未以本件係少年法庭所管轄之刑事案件，向台灣高雄少年法院（或原台灣高雄地方法院少年法庭）起訴，有台灣高雄地方法院檢察署起訴書一份在卷可稽，顯然本件訴訟繫屬於台灣高雄地方法院。詎台灣高雄少年法院未察，在無訴訟關係之情形下，逕為管轄錯誤之判決，顯有受理訴訟係不當之違誤，經檢察官提起上訴，台灣高等法院高雄分院未審酌及此，遽為上訴駁回之判決，其判決有適用法則不當之違背法令。

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

三、附錄

最高法院刑事判決

九十一年度台非字第二〇四號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

某乙

某丙

右上訴人因被告等違反兒童及少年性交易防制條例案件，對於台灣高等法院高雄分院中華民國九十年四月二日第二審確定判決，認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決及第一審判決均撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按法院對於具體案件，具有審判之職權，係本於訴訟制度之原則，以有訴訟關係存在為前提。而此項訴訟關係，係由於訴訟繫屬而得。又於無訴訟繫屬之情形下所為判決，屬重大違背法令而為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，應將該違法判決撤銷，予以糾正。經查本件被告某甲、某乙、某丙等違反兒童及少年性交易防制條例案件，經檢察官向台灣高雄地方法院提起公訴，而非以本件係少年法院所管轄之刑事事件，向台灣高雄少年法院起訴，此有台灣高雄地方法院檢察署起訴書日期欄前係記載「此致台灣高雄地方法院」，及該署就本件提起公訴移送案卷函之受又單仁為「台灣高雄地方法院」可稽，顯然本件訴訟繫屬於台灣高雄地方法院。乃台灣高雄少年法院未察，在無訴訟繫屬之情形下，逕為管轄錯誤之判決，顯為無效之判決。揆之首開說明，自屬違法判決。檢察官上訴後，原審未予糾正，率予維持，而為駁回上訴之判決，同屬違法。率經確定，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由。原判決及第一審判決固不生效力，惟既具有判決之形式，應由本院將原判決及第一審判決撤銷，以資糾正。至本件原即繫屬於台灣高雄地方法院，該院以九十年度訴字第XX號予以審判，自無不合，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，判決如王又。

中 華 民 國 九 十 一 年 八 月 十 五 日

【第五十六案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第三百七十九條第十款。
毒品危害防制條例 第二十二條第二項。

二、非常上訴理由

按撤銷停止戒治，令人戒治處所施以強制戒治之裁定與科刑判決有同等效力，如有違法自得提起非常上訴。又審理事實之法院對於案內一切證據，除認為不必要者外，均應評為調查，然後基於調查所得之心證，以為判斷事實之基礎，故證據雖已調查而其內容尚未明瞭者，即與未經調查無異，如遽行判決，仍屬刑事訴訟法第三百七十九條第十款應於審判期日調查之證據而未予調查之違法，有最高法院四十四年台非字第四一號、三十三年上字第八七號判例足資參照。本件抗告人某甲不服台灣苗栗地方法院於九十年四月二十日裁定「某甲撤銷停止戒治，令入戒治處所施以強制戒治」（九十年度毒聲字第××號）而於同年四月三十日提起

抗告，並於同年五月十四日提出聲請狀檢附行政院國軍退除役官兵輔導委員會台中榮民總醫院出具載明「病人（按即抗告人）因系統性紅斑狼瘡在本院過敏免疫風濕科門診約二年，使用的藥物中 BROWN MIXTURE 含有鴉片酞劑，每CC 含十毫克鴉片，可造成尿夜嗎啡反應。建議停用該藥一段時間之後再進行尿夜篩檢」之診斷證明書乙紙，為其所辯並無吸用嗎啡之有利證據，此與認定抗告人有無再度吸用嗎啡之待證事實確有重要關係。乃台灣高等法院台中分院未加審酌，遽以抗告人所辯罹患紅斑性狼瘡病，長期服用類固醇及鎮靜劑有嗎啡劑量云云，核屬無據，因認抗告無理由而為駁回之裁定，自難謂非應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。案經確定且對抗告人不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

九十年度台非字第二五九號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，對於台灣高等法院台中分院中華民國九十年六

月一日第二審確定裁定，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原裁定撤銷，由台灣高等法院台中分院依裁定前之程序更為審判。

理 由

非常上訴理由（見前二）

按撤銷停止戒治，令入戒治處所施以強制戒治之裁定與科刑判決有同等效力，如有違法自得提起非常上訴。又審理事實之法院對於案內一切證據，除認為不必要者外，均應評為調查，然後基於調查所得之心證，以為判斷事實之基礎，故證據雖已調查而其內容尚未明瞭者，即與未經調查無異，如遽行判決，仍屬刑事訴訟法第三百七十九條第十款應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。本件原裁定維持第一審撤銷停止戒治，令入戒治處所施以強制戒治之裁定，駁回其在第二審之抗告。係以被告某甲前因施用第二級毒品令入戒治處所施以強制戒治，經台灣苗栗地方法院裁定停止戒治，所餘戒治期間付保護管束（九十年年度毒聲字第××號），惟其在保護管束期間，再度施用第一級毒品嗎啡，違反保護管束應遵守事項，情節重大，有私工中山醫學院附設孫中山先生紀念醫院藥物濫用檢測中心驗斷報告在卷足稽。台

灣苗栗地方法院乃依毒品危害防制條例第二十二條第二項前段規定，裁定撤銷停止戒治，令入戒治處所施以強制戒治，並無不當，被告以其罹患紅斑性狼瘡症長期服用類固醇及鎮靜劑含有嗎啡劑量云云，非屬有據，因而認其抗告為無理由，應予駁回等情。固非無見。惟查被告於提起第二審抗告時已提出行政院國軍退除役官兵輔導委員會台中榮民總醫院九十年五月十一日門字第一四〇三七八九九—〇一號診斷證明書內載「病人（即被告）因系統性紅斑狼瘡在本院過敏免疫風濕科門診約二年，使用的藥物中 BROWN MIXTURE 含有鴉片酞劑，每〇〇含十毫克鴉片，可造成尿夜嗎啡反應。建議停用該藥一段時間之後再進行尿夜篩檢」等詞。如果無訛，被告所辯非故意再施用第一級毒品嗎啡之詞，尚非全然無據，此等事項與認定被告有無再度施用嗎啡之待證事實確有重要關係，既非不易調查又非不能調查，自應盡職權調查之能事，原法院未經詳查，遽行駁回被告之抗告，自屬應於審判期日調查之證據而未予調查，致適用法令發生疑義，且於裁定之結果顯然有影響，當然為違背法令。率經確定，非常上訴執以指摘，尚有理由。且於被告不利，為維持其審級利益，應由本院將原裁定撤銷，由原法院依裁定前之程序更為審判，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款、第二項，判決如王又。

中 華 民 國 九 十 一 年 八 月 九 日

【第五十七案】

一、關係條文

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

按判決適用法則不當者，爲違背法令，又應於審判期日調查之證據而未予調查者，其判決當然違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條、第三百七十九條第十款定有明又。又應送勒戒處所觀察、勒戒之裁定與科刑判決有同一之效力，亦得提起非常上訴。本件原審以被告施用第二級毒品，裁定應送勒戒處所觀察、勒戒。惟未調查尿液是否爲被告所有，被告被緝獲後，經檢察官將其簽名及指印送法務部調查局鑑定，鑑定結果認與警訊筆錄上之簽名及指印，筆畫特徵不符、指紋不同，有鑑定書在卷可稽。可知被告係被冒用身份證應訊，原採集尿液並非被告所排放，原審對此應於審判期日調查之證據而未予調查，致誤認被告施用第二級毒品，裁定應送勒戒處所觀察、勒戒，顯屬違背法令。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、

第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

九十年度台非字第八二號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，對於台灣士林地方法院中華民國八十九年五月三十一日第一審確定裁定，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原裁定撤銷。

檢察官之聲請駁回。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按法院審判之被告，係檢察官所指刑罰權對象之人，起訴書所記載之被告姓名、年籍，

一般固與審判中審理之人對象姓名年籍一致，惟若以偽名起訴，而審判之對象為真正之犯罪行為人確為檢察官所指被告之人，因刑罰權之客體同一，僅姓名年籍不同，其於審理中查明時，由法院逕行更正被告之姓名年籍，其於判決確定後始發現者，乃由原法院裁定更正姓名年籍重行送達即可，但若依卷證資料及調查證據之結果，無法查出真正之犯罪行為人，並可確信起訴書所指被告並非真正犯罪行為之人，且無從更正被告之姓名年籍，自應就起訴書所指被告之人為有無犯罪行為之裁判，合先指明。第查本件檢察官係依據警察機關之移送書面資料，於民國八十九年五月二十五日，以被告某甲涉嫌於八十八年十二月三十一日六時三十分許採尿前四日內某時，在草地施用第二級毒品安非他命，為警於八十八年十二月三十一日，在台北市南港區○○街××號四樓查獲等情，聲請原審法院依毒品危害防制條例第二十條第一項及觀察勒戒處分執行條例第三條第一項第二項規定，裁定將被告送勒戒處所觀察勒戒。本件檢察官並未對被告踐行調查證據之程序，被告亦未到案接受偵查，足見檢察官係以警察機關移送之被告年籍資料聲請原審法院裁定，其聲請裁定之對象為被告，並非警察機關移送書所指真正施用安非他命之犯罪行為人。又原審法院雖曾傳訊被告應訊，但因被告遷移新址

不明，而逕以書面審核，認檢察官之聲請於法並無不合，裁定將被告送勒戒處所觀察、勒戒，該裁定亦依公示送達之規定送達而確定，依該確定裁定之內容觀之，原審法院裁定之對象，即聲請之對象，為被告，然本件警察機關查獲移送之真正施用安非他命之人並未到庭接受調查，要難認原裁定之對象為該真正施用安非他命之人甚明，此有上開卷證資料可資佐證。次查被告於嗣後經警緝獲送執行觀察、勒戒前，經檢察官將其簽名及指印送法務部調查局鑑定，鑑定結果，認與警訊筆錄上「陳○○」之簽名及指印，筆畫特徵不符，指紋不同，有鑑定書在卷可稽，足見前開為警查獲施用安非他命者，係冒被告之名在警察機關應訊，原採集之尿液並非被告之尿液。檢察官所指被告並非警察機關移送之真正犯罪行為人，原審法院未於調查期日詳加調查，致誤認被告為施用安非他命之人，裁定被告應送勒戒處所觀察、勒戒，顯有應於審判期日調查之證據未予調查之違背法令，案經確定，且於被告不利，非常上訴執以指摘，洵有理由，應由本院將原裁定撤銷，另為諭知檢察官之聲請駁回，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，判決如王又。

中華民國十九年三月十五日

【第五十八案】

一、關係條文

刑事訴訟法 第四百七十七條第一項、第三百七十八條。
刑 法 第四百十八條、第四十七條。

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，其判決違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第五款定有明文。又實體裁定具實體判決之效力，應視同判決，若於確定後發現其適用法則違法，得提起非常上訴，此有貴院四十四年台非字第四十一號及六十八年台非字第五〇號判例可資參照。次依刑法第四十八條前段規定，裁判確定後，發覺為罪犯者，固應依前條之規定更定其刑，惟依刑事訴訟法第四百七十七條第一項規定，依刑法第四十八條應更定其刑者，由該案件犯罪事實最後判決之法院之檢察官，聲請該法院裁定之。查本件被告前因犯偽造文書罪，經台灣彰化地方法院彰化簡易庭於民國八十八年十一月三十日，以八十八年度彰簡字第××

號判處有期徒刑五月，並於八十九年一月十九日確定，台灣彰化監獄於被告在監執行期間，發現其曾於八十三年間，因違反麻醉藥品管理條例案件，經台灣彰化地方法院於八十四年一月二十八日判處有期徒刑五月確定，並已於八十四年七月十二日以易科罰金執行完畢，是前開被告所犯之偽造又書罪係屬累犯，惟前開判決尚未論以累犯，故台灣彰化監獄以八十九年五月五日彰監總字第二四一五號函將該事實告知台灣彰化地方法院，該院彰化簡易庭乃以八十九年五月十六日以八十九年度彰簡聲字第××號裁定將前揭被告所犯之偽造又書罪論以累犯，並更定其刑為有期徒刑六月，該裁定於八十九年六月十四日確定。惟依前揭說明，依刑法第四十八條應更定其刑者，應由該案件犯罪事實最後判決之法院之檢察官，聲請該法院裁定之。本件係由台灣彰化監獄將被告前所犯之偽造又書罪應係累犯乙事以函又告知台灣彰化地方法院，該函又應非聲請書，台灣彰化監獄亦無提出聲請更定其刑之意，且該聲請案件並非由上開偽造又書案犯罪事實最後判決之法院檢察署即台灣彰化地方法院檢察署檢察官提出聲請，台灣彰化地方法院彰化簡易庭本應將該函又移由台灣彰化地方法院檢察署處理或退回台灣彰化監獄另行處理。乃該院卻以上開裁定將原判處之有期徒刑五月更定其刑為有期徒刑六月而為變更刑期之實體裁定，並將台灣彰化監獄列為聲請人，顯有受理訴訟不當之違背法令。牽經確定，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

八十九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

右上訴人因被告偽造文書案件，對於台灣彰化地方法院中華民國八十九年五月十六日更定其刑確定裁定，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

序裁定撤銷。

台灣彰化監獄之聲請駁回。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按依刑法第四十八條應更定其刑者，由該審犯罪事實最後判決之法院之檢察官，聲請該法院裁定之，刑事訴訟法第四百七十七條第一項定有明文。本件被告某甲所犯偽造文書罪，係由台灣彰化地方法院彰化簡易庭於八十八年十一月三十日，以八十八年度彰簡字第××號

判處有期徒刑五月，並於八十九年一月十九日確定，有該案卷可憑。揆之上開規定，該案犯罪事實最後判決法院之檢察官，應係台灣彰化地方法院檢察署檢察官，自應由該署檢察官聲請台灣彰化地方法院依刑法第四十八條裁定更定其刑。詎台灣彰化地方法院竟依台灣彰化監獄之函，以台灣彰化監獄為聲請人，依刑事訴訟法第四百七十七條第一項、刑法第四十八條、第四十七條裁定「被告連續偽造署押，足以生損害於公眾及他人，累犯，更定其刑為有期徒刑六月，如易科罰金，以三百元折算一日」，顯屬違法。此項裁定與科刑判決具有同等效力，案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將序裁定撤銷，駁回台灣彰化監獄之聲請，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，判決如王又。

中華民國八十九年九月二十八日

叁、刑事特別法

【第五十九案】

一、關係條文

毒品危害防制條例 第十條第二項、第十一條第二項。
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。又施用第二級毒品安非他命罪與持有第二級毒品安非他命罪，分別規定於毒品危害防制條例第十條第二項及第十一條第二項，其爲不同之犯罪型態。另施用毒品前固須先有持有毒品之行爲，惟其持有乃以施用爲目的，其主觀犯意顯與單純持有之犯意不同，兩罪持有部分間要難認係基於概括犯意而爲之，不能成立連續犯，前案單純持有行爲亦不能爲後案施用毒品行爲所吸收。否則，施用或販賣毒品行爲前均有持有毒品之低度行爲，將因吸收於高度之施用或販賣行爲中，如依實質一罪之法理，施用毒品行爲曾經判決確定者，其後之販賣毒品行爲將依刑事訴訟法

第三百零二條第一款而為免訴之判決，顯非妥適。且觀之二者犯意及行為態樣俱不相同，如以各該實質一罪中一部分持有行為相同，即認定屬同一案件，亦非適法。從而，本件原判決認定前案即八十九年度易字第××號刑事判決以持有第二級毒品罪應為本件之施用同一毒品犯行所吸收，乃實質上一罪，而前案既經判決有罪確定，本件即受其既判力所及，應諭知免訴之判決，揆諸上揭說明，既非適法，自有判決適用法則不當之違誤，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

九十年度台非字第一七四號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，對於台灣板橋地方法院中華民國八十九年十二月一日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違背法令之部分撤銷。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又刑法上所謂吸收犯，係指一罪所規定之構成要件，爲他罪構成要件所包括，因而發生吸收關係者而言。如意圖供自己施用而持有毒品，進而施用，則其持有之低度行爲，當然爲高度之施用行爲所吸收，不另論以持有毒品罪，惟如施用毒品者，另基於其他原因而單純持有毒品，其單純持有毒品之行爲與施用毒品間即無高低度行爲之關係可言，自不生吸收犯之問題。經查本件序判決係認被告前曾於民國八十九年一月二十七日晚間十一時許，在臺北縣三重市隼美街、重安街口，受託爲其男友宋某保管安非他命一小包（驗餘淨重一・八四公克）而非法持有，至同日晚間十一時三十分許，在上開路口被查獲之持有第二級毒品犯行，業經同院以八十九年度易字第××號判決，於八十九年十月二十六日判處被告拘役四十日，如易科罰金以三百元折算一日確定在案。而被告嗣於八十九年二月十五日被查獲犯本件施用第二級毒品犯行，因與前開持有第二級毒品行爲時僅隔十餘日，其時間密接，且被告供稱伊自八十九年元月二十七日被查獲後某日起至同年二月十五日再被查獲前止，有連續施用安非他命多

次，前案所起訴之持有第二級毒品部分，應爲本件之施用同一毒品犯行吸收，爲實質上一罪。前案既經判決有罪確定，本件所訴即受前案既判力拘束，而諭知免訴之判決。然查前案係認定被告受託爲其男友宋某保管安非他命而非法持有毒品，且於八十九年一月二十七日即爲警查獲而將毒品扣案，有該案卷可按。而原審既認被告係在前案查獲後始犯本件之施用毒品犯行，則其前案顯非爲施用而持有毒品，且所持有毒品，早經查獲並扣案，其前案持有之毒品既非供本件施用毒品之用，如何能論以吸收關係，原判決誤以兩者具有吸收關係而認屬實質上一罪，顯有適用法則不當之違法。本件與該前案並無吸收犯一罪之關係，自不爲該前案確定判決之效力所及。案經確定，非常上訴執以指摘，尙有理由，惟原判決並非不利於被告，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，應依刑事訴訟法第四百七十七條第一項第一款前段，判決如王文。

中華民國九年十月十五日

【第六十案】

一、關係條文

毒品危害防制條例 第十六條、第八條第二項。

刑法 第一百六十九條第一項。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用法則不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。本件原判決以被告某甲因不滿其舅媽王某保管家族分配後之財產等問題，竟意圖使王某受刑事處分，故意藉其因施用第二級毒品安非他命，為警採尿檢驗發覺，而於八十八年十月十一日再施用第二級毒品安非他命後，於同日十九時十五分許前往新竹縣警察局竹東分局芎林分駐所受訊問時，虛構事實，故意向該管員警誣指其所施用之安非他命係其舅母王某所提供云云。經新竹縣警察局竹東分局將王某以轉讓第二級毒品罪移送台灣新竹地方法院檢察署檢察

官偵查，而以被告犯刑法第一百六十九條第一項之誣告罪論處被告罪刑。惟查毒品危害防制條例第十六條規定「栽贓誣陷或捏造證據誣告他人犯本條例之罪者，處以其所誣告之罪之刑」，該條係刑法第一百六十九條第一項之特別法，自應優先於刑法第一百六十九條第一項而適用。乃原判決竟未適用毒品危害防制條例第十六條之規定，而適用刑法第一百六十九條第一項論處被告罪刑，自有判決適用法則不當之違法。幸經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

九十年度台非字第七二號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告誣告案件，對於台灣高等法院中華民國八十九年九月十五日第二審確定判決，認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如左

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。本件原判決認定 被告 王甲曾於民國八十三年間因違反麻醉藥品管理條例案件，經台灣新竹地方法院判處有期徒刑四月確定，於八十三年十一月十五日易科罰金執行完畢，仍不悔改。因不滿其舅媽王草仔管家族分配後之財產等問題，竟意圖使王草受刑事處分，藉其施用第二級毒品安非他命，為警採尿檢驗發覺，而於八十八年十月十一日再施用第二級毒品安非他命後，於同日下午七時十五分許，前往新竹縣警察局竹東分局芎林分駐所受訊問時，故意虛構事實，向該管員警誣指其所施用之安非他命係其舅媽王草所轉讓云云，經新竹縣警察局竹東分局將王草以步犯轉讓第二級毒品罪嫌移送台灣新竹地方法院檢察署檢察官偵辦，被告復於該署八十九年度偵字第××號筆偵查中，再度向承辦檢察官供陳其所施用之第二級毒品安非他命係由王草所提供，以促使檢察官追訴王草轉讓第二級毒品犯行，圖使王草受刑事處分等情。因而撤銷第一審不當之判決，適用刑法第一百六十九條第一項、第四十七條，改判論處被告意圖他人受刑事處分，向該管公務員誣告（累犯）罪刑。惟查毒品危害防制條例第十六

條規定「栽贓誣陷或捏造證據誣告他人犯本條例之罪者，處以其所誣告之罪之刑」，該條係刑法第一百六十九條第一項之特別法，自應優先於刑法第一百六十九條第一項而適用。原判決既認定被告栽贓誣陷王草犯轉讓第二級毒品之罪，則應適用毒品危害防制條例第十六條、第八條第二項，論處被告所誣告他人之轉讓第二級毒品罪之刑，乃竟適用刑法第一百六十九條第一項，論處被告罪刑，自有判決適用法則不當之違法。牽經確定，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由，惟原判決判處被告有期徒刑三月，顯低於毒品危害防制條例第八條第二項轉讓第二級毒品罪之刑度（六月以上五年以下有期徒刑，得併科新台幣七十萬元以下罰金），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。

中華民國九年三月八日

【第六十一案】

一、關係條文

毒品危害防制條例 第十八條第一項前段、第二條第二項第三款。

刑法 去 第四十條但書、第二條第一項但書、第二項。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按單獨宣告沒收之確定裁定，與科刑之確定判決有同等效力，如發現該裁定有違法情形，自得由最高法院檢察署檢察總長提起非常上訴，司法院院字第二五〇七號解釋可資參照。又沒收為從刑之一種，具有刑罰及保安處分之性質，且與王刑有從屬關係，如行為後，法律有所變更，但王刑之法定最高度及最低度刑，與修正前之舊法完全相同，或僅沒收之從刑規定有所更易，王刑並未修正時，則沒收部分，固不生比較問題，依從新之原則，皆應適用修正後之法律，倘若王刑及從刑均已加以修正，依刑法第二條第一項但書就王刑比較結果，應適用

最有利之修正前舊法時，依從刑附屬於主刑之原則，自不得就新舊法予以割裂適用，應一律適用修正前之法律，有最高法院八十七年度台上字第二五九六號判決可參。查本件扣牽之第三級毒品戊巴比妥(PENTOBARBITAL)係於八十二年一月二十日為警查獲，而在八十七年五月二十日公布施行之毒品危害防制條例，就持有戊巴比妥之行爲，與修正前之肅清煙毒條例相同，均未設有處罰規定，僅於該條例第十八條沒收之從刑規定有所更易，依首開說明，本件扣牽之毒品戊巴比妥自應適用修正後之毒品危害防制條例處置。另按毒品危害防制條例第十八條第一項規定之法條文字，並未如民國三十六年七月十六日公布施行之禁煙禁毒條例第十七條規定「犯本條例之罪」。故被告之行爲縱未犯本條例之罪，可得依該條例第一項加以宣告沒收。且依特別法優先普通法適用之原則，對於查獲毒品之單獨宣告沒收，應依特別法之毒品危害防制條例第十八條第一項前段單獨宣告沒收，而非依刑法第四十條但書規定單獨宣告沒收，司法院(八八)廳刑一字第〇三三二五號函可資參照。查本件扣牽之華九五顆，係毒品危害防制條例第二條第二項第三款規定之第三級毒品戊巴比妥(PENTOBARBITAL)，此有法務部調查局八十八年十一月二日(八八)陸八八〇七六三三四號檢驗通知書一紙附卷可稽。而依同條例之規定，單純持有第三級毒品不構成該條例之罪，依首開見解，其不論屬於犯人與否，均應依該條例第十八條第一項前段規定單獨宣告沒收。原審徒以該條例未處罰單純持有第三

級毒品，遽認扣牽之華九戊巴比妥(PENTOBARBITAL)非屬違禁物，故無從依刑法第四十條但書規定單獨宣告沒收，而駁回單獨宣告沒收之聲請，難謂其裁定無適用法則不當之違誤。牽經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

九十年度台非字第一二一號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，對於台灣台北地方法院中華民國八十八年十一月四日第一審確定裁定，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原裁定關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按沒收爲從刑之一種，與王刑有從屬關係，惟若新舊法之王刑未變更，僅沒收之規定有所更易時，該沒收部分，尚無刑法第二條第一項但書之比較問題，應依同條第二項從新之原則，適用修正後之法律。查本件扣案之第三級毒品戊巴比妥（PENTOBARBITAL），係於民國八十二年一月二十日爲警查獲，而八十七年五月二十日公布施行之毒品危害防制條例，就持有戊巴比妥之行爲，與修正前之肅清煙毒條例相同，均未設有處罰規定，僅於該條例第十八條沒收之從刑規定有所更易，揆諸上開說明，本件扣案之毒品戊巴比妥自應適用修正後之毒品危害防制條例處置。次按查獲之毒品，不問屬於犯人與否，均沒收銷燬之，此觀毒品危害防制條例第十八條第一項之規定自明，查本件扣案之華丸五顆係毒品危害防制條例第二條第二項第三款規定之第三級毒品戊巴比妥（PENTOBARBITAL），此有法務部調查局八十八年十一月二日（八八）陸八八〇七六三四號檢驗通知書一紙附卷可稽。該條例雖無處罰單純持有第三級毒品之規定，惟戊巴比妥（PENTOBARBITAL）既屬第三級毒品，且依該條例之規定，凡製造、運輸、販賣、引誘他人吸用及轉讓第三級毒品者，均有處罰明文，足證本件扣案之第三級毒品戊巴比妥，應屬違禁物甚明，僅以單純持有此類毒品，可罰性較低，依比例原則，予以除罪

化而已，揆諸前開說明，不問屬於犯人與否，均應依法沒收銷燬之，原裁定僅以該條例未處罰單純持有第三級毒品，遽認扣案之華九戊巴比妥，非屬違禁物，無從依刑法第四十條但書規定單獨宣告沒收，從而駁回檢察官之聲請，即有適用法則不當之違誤，其判決自屬違背法令。案經確定，非常上訴意旨，執以指摘，尙有理由，惟原裁定尚非不利於被告，應僅將原裁定關於違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如左。

中華民國九年四月十九日

【第六十二案】

一、關係條文

毒品危害防制條例 第二十條、第十條。

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。原判決以被告施用第二級毒品部分未經觀察、勒戒程序而判決公訴不予受理，固非無見。惟查，本件被告係因持有第一級毒品，於（民國）八十九年三月十六日在國道一號新市收費站北向為國道公路警察局第五警察隊查獲而移送偵辦，該隊於移送時併將被告尿液送請高雄縣衛生局鑑定，此有該隊刑事案件移送書附卷可憑，被告於偵查中坦承施用第一級毒品，檢察官遂聲請法院於八十九年三月十七日裁定將其移送勒戒處所觀察、勒戒。嗣台南看守所於八十九年三月十八日被告入所時，採取尿液夜節檢結果，另有安非他命類陽性反應，檢察官乃就被告施用第二級

毒品部分再簽分偵案依法辦理。被告經觀察、勒戒結果，被認有繼續施用毒品傾向，檢察官乃於同年四月十七日聲請法院裁定令被告入戒治處所施以強制戒治。而刑事部分經偵查結果，認被告涉有毒品危害防制條例第十條第一項、第二項之罪嫌而於同年四月十七日一併聲請簡易判決處刑。按毒品危害防制條例第二十條規定，犯同法第十條之罪，檢察官應先將被告送勒戒處所觀察、勒戒，上開條又中並未就施用第一級毒品或第二級毒品區分不同之勒戒處所及程序，是本件被告在接受上開觀察、勒戒前所犯施用毒品行為，無論是第一級毒品或第二級毒品均屬二犯，應在同一勒戒處所接受同一之觀察、勒戒程序。雖本件台灣台南地方法院於觀察、勒戒裁定王又中僅諭知被告施用第一級毒品應送勒戒處所觀察、勒戒，並未就被告施用第二級毒品部分一併諭知送觀察、勒戒，惟事實上被告於入所時尿液經篩檢結果，即被驗出另呈安非他命類陽性反應，此有台灣台南看守所尿液檢驗報告單附於該署八十九年度毒偵字第××號卷可稽，並有國道公路警察局第五警察隊函送之高雄縣衛生局煙毒尿液檢驗成績書附卷可參，是台南看守所事實上已就被告施用第二級毒品部分一併實施觀察、勒戒，並依其臨床徵候，於八十九年四月一日認定被告有繼續施用毒品傾向，則被告施用第二級毒品部分自應認為已經觀察、勒戒。乃原判決竟認被告施用第二級毒品部分未經觀察、勒戒程序而論知不受理之判決，不惟與上開條例之規定有違，且有損被告權益，自有適用法則不當

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

三、附錄

最高法院刑事判決

九十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八十九年六月十五日第一審確定判決，認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於施用第二級毒品違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

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

而犯毒品危害防制條例第十條之罪者，檢察官應先將被告送勒戒處所觀察、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處分，依前項規定為不起訴處分後，五年內再犯第十條之罪，經觀察、勒戒後，認有繼續施用毒品之傾向者，不適用前項之規定，毒品危害防制條例第二十條亦有明文。依上開規定，祇要犯該條例第十條之罪，無論施用第一級毒品、第二級毒品或兼而有之，其觀察、勒戒程序僅有一個，不問毒品之級別如何，均在觀察、勒戒範圍內，故行為人因施用毒品經檢察官聲請法院裁定送觀察、勒戒後，僅研判其有無繼續施用毒品之傾向，即符合上開規定。無須就第一級毒品、第二級毒品為不同之觀察、勒戒，亦無須就第一級毒品、第二級毒品分別研判有無繼續施用之傾向。又毒品危害防制條例第二十條所規定之觀察、勒戒，有無繼續施用毒品傾向及再犯，並未區分其毒品之等級，祇要犯第十條之罪經觀察、勒戒有繼續施用毒品傾向者，即有其適用，並不以均屬同等級之毒品為必要。本件被告某甲曾於八十八年間，因連續施用第一級毒品及第二級毒品，由原審法院於八十八年五月三日以八十八年度毒聲字第××號裁定送觀察、勒戒後，認無繼續施用毒品之傾向，經台灣台南地方法院檢察署檢察官於八十八年七月三日以八十八年度偵字

第××號爲不起訴處分確定。嗣又於八十九年三月十六日，因施用第一級毒品經警查獲移送偵辦，檢察官於翌（十七）日聲請原審法院裁定送勒戒處所觀察、勒戒。嗣台灣台南看守所於八十九年三月十八日受理被告入所時，採尿檢驗，另驗出有安非他命反應，亦送請檢察官偵辦。其後經觀察、勒戒結果，認有繼續施用毒品傾向，檢察官乃於八十九年四月十七日聲請法院裁定令被告入戒治處所施以強制戒治，刑責部分經偵查結果，認被告於前案不起訴處分後，又自八十八年間起至八十九年三月十六日止，連續施用第一級毒品及第二級毒品，以步有毒品危害防制條例第十條第一項、第二項之罪嫌，於八十九年四月十七日聲請簡易判決處刑，原審法院認不宜爲簡易判決，改依通常訴訟程序審理，有原審法院八十八年五月三十八十八年度毒聲字第××號裁定、台灣台南地方法院檢察署檢察官八十八年度偵字第××號不起訴處分書、高雄縣衛生局八九煙檢字第一〇七六號尿夜檢驗成績書、台灣台南看守所尿夜檢驗報告單、台灣台南看守所附設勒戒所檢送之「繼續施用毒品傾向證明書」及本卷之偵審卷宗可稽。被告前犯毒品危害防制條例第十條第一項、第二項之罪，經觀察、勒戒，認無繼續施用毒品之傾向，由檢察官爲不起訴處分後，復於五年內再犯同條例第十條第一項、第

二項之罪，其中施用第二級毒品部分，檢察官雖不及在聲請書一併記載，但法院裁定送觀察、勒戒後，無論何級毒品均在觀察、勒戒範圍內，且觀察、勒戒之目的僅在研判有無繼續施用毒品之傾向，無須就第一級毒品、第二級毒品分別踐行兩套程序，況該條例第二十條所規定之觀察、勒戒及有無繼續施用毒品傾向，並未區分毒品之等級，祇要犯第十條之罪經觀察、勒戒有繼續施用毒品傾向者，即有其適用，並不以均屬同等級之毒品爲必要。本案經檢察官偵查敘結，以被告違反毒品危害防制條例第十條第一項、第二項規定，向原法院提起公訴（原聲請簡易判決已改依通常程序審理），尚無不合。原法院僅就被告施用第一級毒品部分爲實體裁判，關於施用第二級毒品部分，認爲未經觀察、勒戒程序，不爲實體判決，而以檢察官之起訴程序違背規定，論知不予受理，自有判決不適用法則及適用法則不當之建誤。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，爲有理由，惟原判決尚非不利於被告，應僅將關於施用第二級毒品違背法令部分撤銷，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。

中華民國十九年三月十五日

【第六十三案】

一、關係條文

毒品危害防制條例 第二十條第三項、第二項、第一項、第十條。
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為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又犯毒品危害防制條例第十條之罪者，依同條例第二十條第一項之規定，檢察官固應先將被告送勒戒處所觀察、勒戒。經觀察、勒戒後而無繼續施用之特定情形下，始得由檢察官為不起訴處分，此即所謂除刑不除罪。惟除此情形外，行為人倘有繼續施用毒品行為，仍應依通常刑事訴訟程序追訴處罰，此觀同條例第二十條第三項規定不起訴處分後五年內再犯或三犯以上者，不適用同條例第二項得由檢察官為不起訴處分之規定即明。本件被告某甲於民國八十七年八月間施用毒品，經法院裁定送觀察、勒戒後，認無繼續施用毒品之傾向，經檢察官以八十

七年度偵字第××號為不起訴處分，於八十七年九月間再犯毒品案件，經法院裁定送觀察、勒戒後，認為有繼續施用毒品之傾向，由法院以八十七年毒聲字第××號裁定令入戒治處所施以強制戒治一年，刑罰追訴部分，由檢察官以八十七年度偵字第××號聲請簡易判決處刑，原審法院台中簡易庭於八十七年十一月四日判處有期徒刑四月，得易科罰金，於同年月三十日確定。嗣被告於八十八年二月九日因無繼續戒治之必要而停止戒治出所，所餘戒治期間付保護管束，被告竟於八十八年五月三日保護管束期間內，三犯本案毒品案件，檢察官依法起訴，原審竟認僅屬違反保護管束應遵守事項情節重大，構成撤銷其停止戒治之原因，尚難認被告係再犯或三犯毒品危害防制條例第十條之罪之情事，以公訴違背起訴程序，諭知不予受理判決。惟原判決理由二中乏引毒品危害防制條例第二十條，未明確指明起訴違背第幾項規定之程序，已有理由不備之違法。況本案屬該條第三項之三犯情形，已不再適用先觀察、勒戒之規定，除應施予強制戒治外，並應為刑事追訴，依首揭說明，原判決顯有適用法則不當之違法。率經確定，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

八十九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毒品危害防制條例案件，對於台灣台中地方法院中華民國八十八年九月二十三日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑事訴訟法第三百七十八條規定 判決不適用法則或適用不當者，為違背法令。本件被告某甲於民國八十七年八月間因施用毒品，經原法院裁定送觀察、勒戒後，認無繼續施用毒品之傾向，經台灣台中地方法院檢察署檢察官為不起訴處分。被告於同年九月間再犯施用毒品罪，經原法院裁定送觀察、勒戒後，認為有繼續施用毒品之傾向，由原法院裁定令入戒治處所施以強制戒治一年。刑罰追訴部分，由同檢察署檢察官聲請簡易判決處刑，原法院台

中簡易庭於八十七年十一月四日判處被告有期徒刑四月，於同月三十日確定。嗣被告於八十八年二月九日經認無繼續戒治之必要而停止戒治出所，所餘戒治期間交付保護管束，有台灣台中地方法院檢察署刑案資料查註紀錄表可稽。惟被告竟於保護管束期間內即八十八年二月九日，三犯本件施用第二級毒品安非他命，被告既已三犯，依毒品危害防制條例第二十條第三項規定，不適用同條第二項關於先經觀察、勒戒後，如無繼續施用毒品傾向者，應由檢察官為不起訴處分之規定。檢察官因而除聲請原法院裁定令被告入戒治處所施以強制戒治外，並以被告步犯毒品危害防制條例第十條第二項之罪，向原法院提起公訴，有聲請書及起訴書可按，其起訴程序尚無違反規定，且在保護管束期間內，並非阻卻犯罪之事由，原判決竟以「被告於八十八年五月三日得護管束期間，再度施用毒品行為，僅屬違反保護管束應遵守事項情節重大，構成撤銷其停止戒治之原因，尚難認被告係再犯或三犯毒品危害防制條例第十條之罪情事」云云，不為實體上判決，遽以檢察官起訴程序違背規定，而諭知不予受理之判決，自有不適用法則及適用不當之違誤。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由，因原判決尚非不利於被告，應僅將其違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中 華 民 國 八 十 九 年 四 月 二 十 日

【第六十四案】

一、關係條文

毒品危害防制條例 第二十條第三項。
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。又因同一原因宣告多數強制治療者，執行其一，保安處分執行法第四條之一第一項第八款定有明文。查本件被告某甲因施用第二級毒品安非他命，前經台灣南投地方法院以八十七年度毒聲字第××號裁定送南投看守所附設勒戒所觀察、勒戒後，認無繼續施用毒品之傾向，經該院檢察署處分不起訴在案，其於八十八年四月二十六日又因施用第二級毒品安非他命爲警查獲，並經依台灣南投地方法院八十八年毒聲字第××號裁定送台灣南投看守所附設勒戒所勒戒後，因無繼續施用毒品傾向，再經檢察官於八十八年五月十三日以八十八年度偵緝字第××號爲不起

訴處分確定，有不起訴處分書乙紙可稽。惟查本率被告於八十八年四月二十八日因施用第二級毒品安非他命，為警於同年月二十九日查獲部分，因與前案具連續犯關係，且係於前案不處分之前所犯，應為該率效力所及，是被告尚非三犯毒品危害防制條例案件，自不得聲請強制戒治，乃檢察官誤為三犯而聲請強制戒治，該院未查准予強制戒治，顯有適用法則不當之違誤，率經確定，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

八十九年度台非字第一六四號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

右上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，對於台灣南投地方法院中華民國八十八年八月六日之確定裁定，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原裁定撤銷。

檢察官之聲請駁回。

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、二級毒品者，經檢察官或少年法庭送勒戒處所觀察、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為不付審理之裁定後，五年內再犯同一施用毒品罪，經觀察勒戒後，認有繼續施用毒品之傾向或三犯以上者，由檢察官聲請法院或由少年法庭裁定先令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，係指被告犯同條例第十條之罪，經觀察、勒戒後，無繼續施用毒品傾向，由檢察官為不起訴處分或少年法庭為不付審理之裁定後，五年內再施用第一級或第二級毒品，又經同一程序為不起訴之處分或不付審理之裁定後，五年內復施用第一級或第二級毒品者，始有其適用。查被告某甲前因施用第二級毒品安非他命，經台灣南投地方法院以八十七年度毒聲字第××號裁定送觀察、勒戒後，認無繼續施用毒品之傾向，經該院檢察署檢察官於民國八十七年十月十五日以八十七年度偵字第×××、三×

X、四X號爲不起訴之處分，嗣於八十八年四月二十六日又因施用第二級毒品安非他命爲警查獲，經台灣南投地方法院以八十八年度毒聲字第X號裁定送觀察、勒戒後，因無繼續施用毒品傾向，再經檢察官於八十八年五月十三日以八十八年度偵緝字第X號爲不起訴之處分，有上開不起訴處分書可稽，則被告於八十八年四月二十八日因施用第二級毒品安非他命，爲警於同年月二十九日查獲，此部分既在前案不起訴處分之前所犯，應爲該處分效力所及，顯見被告並無三犯之情，尙與毒品危害防制條例第二十條第三項之規定不符，不得依該條規定令入戒治處所施以強制戒治，台灣南投地方法院八十八年八月六日裁定時，疏於查明，未予裁定駁回，竟爲強制戒治之諭知，適用法則顯然不當，自屬違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴執此指摘，尙有理由，應由本院將原裁定撤銷，並將檢察官之聲請駁回，以資糾正。

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。

中華民國八十九年六月二十二日

【第六十五案】

一、關係條文

毒品危害防制條例 第二十二條第二項、第一項、第二十條第二項。
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。又強制戒治執行已滿三月，戒治處所認無繼續戒治之必要者，得檢具事證，報由檢察官聲請法院或少年法庭裁定停止戒治，前項停止期間，應付保護管束。期滿未經撤銷者，視爲強制戒治期滿。其違反保護管束應遵守事項情節重大者，得由檢察官聲請法院或少年法庭裁定撤銷停止戒治。毒品危害防制條例第二十二條第一項及第二項亦有明文規定。本件被告某甲因犯毒品危害防制條例第十條施用毒品罪，經台灣宜蘭地方法院以民國八十八年度毒聲字第××號裁定令入戒治處所施以強制戒治一年確定，經檢察官於八十八年十一月五日發交台灣宜蘭戒治

所執行，應於八十九年十月二十九日期滿。於執行滿三月後，台灣宜蘭地方法院於八十九年三月七日以八十九年度毒聲字第××號裁定停止戒治，又付保護管束。詎其於保護管束期間又因施用第二級毒品安非他命，違反保護管束應遵守事項情節重大，經檢察官於八十九年十月七日，以八十九年度執聲撤戒字第××號聲請書，聲請台灣宜蘭地方法院裁定撤銷停止戒治，並於送裁定之公文中說明 本件停止戒治付保護管束期滿日期，為八十九年十月二十九日，請速辦理。有各該又件附卷可查。該台灣宜蘭地方法院無視各該又件之存在，竟於被告保護管束期滿之次日即八十九年十月三十日，始裁定將已保護管束期滿，視為強制戒治期滿之停止戒治撤銷，令入戒治處所施以強制戒治。殊屬違法。率經確定，且於被告不利。爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟並予糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

九十年度台非字第八六號

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，對於台灣宜蘭地方法院中華民國八十九年十月

三十日第一審確定裁定，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原裁定撤銷。

檢察官之聲請駁回。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又犯施用毒品罪，經觀察、勒戒後，認有繼續施用毒品之傾向者，由檢察官聲請法院裁定令入戒治處所施以強制戒治，其期間為一年。強制戒治執行已滿三月，戒治處所認無戒治之必要者，得檢具事證，報由檢察官聲請法院裁定停止戒治。前項停止期間，應付保護管束，期滿未經撤銷者，視為強制戒治期滿，其違反保護管束應遵守事項情節重大者，得由檢察官聲請法院裁定撤銷停止戒治，復為毒品危害防制條例第二十條第二項、第二十二條第一項、第二項所明定。本件被告某甲前因犯施用毒品罪，經台灣宜蘭地方法院於八十八年十月二十九日以八十八年度毒聲字第××號裁定諭知令入戒治處所施以強制戒治確定，檢察官並於八十

八年十一月五日簽發執行指揮書指揮台灣宜蘭監獄戒治所執行，期間至八十九年十月二十九日屆滿。於執行滿三月後，該戒治所認已無繼續戒治之必要，報請檢察官聲請同法院於八十九年三月七日以八十九年度毒聲字第××號裁定諭知停止戒治，所餘期間交付保護管束。詎被告於保護管束期間又施用第二級毒品安非他命，違反保護管束應遵守事項情節重大，經檢察官於八十九年十月七日以八十九年度執聲撤戒字第××號聲請書，聲請台灣宜蘭地方法院裁定撤銷停止戒治，乃原審未於保護管束期間內及時裁定，遲至八十九年十月三十日始以八十九年度毒聲字第××號裁定諭知撤銷停止戒治，令入戒治處所施以強制戒治，有各該裁定、聲請書及執行指揮書可稽。惟原審裁定當時，被告之保護管束已執行期滿，依毒品危害防制條例第二十二條第二項規定，視為強制戒治期滿，已無所謂「撤銷停止戒治，令入戒治處所施以強制戒治」之可言。原審仍率將執行期滿，已無可撤銷之「停止戒治」撤銷，自有適用法則不當之違背法令。率經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原裁定撤銷，並駁回檢察官之聲請（代替原審為裁定），以資救濟，並符法制。據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，判決如王又。

【第六十六案】

一、關係條文

毒品危害防制條例 第二十三條第一項、第二項、第二十條第一項、第二項。
觀察勒戒處分執行條例 第三條第一項。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。本件原裁定以被告係犯毒品危害防制條例第十條第二項之罪。依毒品危害防制條例第二十條第一項、觀察勒戒處分執行條例第三條第一項之規定，應送勒戒處所觀察勒戒。惟查，依毒品危害防制條例第二十條第二項強制戒治期滿或交付保護管束期滿，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後，五年內再犯第十條之罪者，應由檢察官聲請法院或由少年法庭裁定先令入戒治處所施以強制戒治，此觀諸毒品危害防制條例第二十三條第一、二項之

規定自明。準此，如於第一次犯時，係經觀察、勒戒後送強制戒治（或交付保護管束）期滿，而由檢察官爲不起訴處分後，於未滿五年內再犯同條例第十條之罪，而仍予以裁定應送勒戒處所觀察、勒戒者，該裁定即屬違背法令。又該裁定係關係保安處分之裁定，與科刑裁定有同等效力，裁定確定後，認有違背法令者，得提起非常上訴，最高法院四十四年台非字第四十一號判例及四十五年度第五次民、刑庭總會會議決議參照。查被告於本件裁定前，曾因施用第二級毒品安非他命案件，經觀察勒戒後，認有繼續施用毒品傾向，由台灣雲林地方法院以八十八年毒聲字第××號裁定，令入戒治處所施以強制戒治一年，於八十九年二月二十八日強制戒治並交付保護管束期滿，由台灣雲林地方法院檢察署檢察官於八十九年五月二十九日以八十九年度戒毒偵字第××號不起訴處分確定在案，此有前開不起訴處分書及該署刑率資料查証紀錄表各一紙在卷可憑。故於本件裁定，被告實已經一次觀察、勒戒並強制戒治（交付保護管束）期滿，原審竟誤以爲被告於第一次犯時，僅經觀察、勒戒後，認無繼續施用毒品之傾向，而由台灣雲林地方法院檢察署檢察官爲不起訴處分，並據以裁定本件（第二次犯）仍應將被告送勒戒處所觀察、勒戒，顯有違誤，依諸上揭說明，自屬該裁定不適用法則或適用不當之違背法令。且本件裁定既經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條之規定，提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

九十年年度台非字第二一七號

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毒品危害防制條例案件，對於台灣雲林地方法院中華民國九十年三月二十六日第一審確定裁定，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原裁定關於違背法令之部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又犯毒品危害防制條例第十條之罪者，依同條例第二十條第一項、第二項、第二十三條第一項規定，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，有繼續施用毒品之傾向者，由檢察官聲請法院或少年法庭裁定令入戒治處所施以強制戒治，其

期間爲一年。但自首者，得以保護管束代之。強制戒治或保護管束期滿，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。惟如依上開規定爲不起訴之處分或不付審理之裁定後，五年內再犯第十條之罪者，即不適用前開規定，應依通常刑事訴訟程序追訴處罰，但仍應由檢察官聲請法院或少年法庭裁定先令入戒治處所施以強制戒治，此觀同法第二十三條第二項規定自明。本件被告某甲曾犯施用第二級毒品罪，經觀摩、勒戒後，認有繼續施用毒品之傾向，經台灣雲林地方法院裁定令入戒治處所施以強制戒治一年，至民國八十九年二月二十八日強制戒治及保護管束期滿，由台灣雲林地方法院檢察署檢察官於八十九年五月二十九日爲不起訴之處分確定，此有台灣雲林地方法院檢察署刑案資料查註紀錄表、台灣雲林地方法院八十八年度毒聲字第××號裁定、台灣雲林地方法院檢察署檢察官八十九年度戒毒偵字第××號不起訴處分書附卷可稽。嗣被告於九十年三月二十三日起至同年三月二十六日止，再犯施用第二級毒品罪，依前揭規定，自不適用毒品危害防制條例第二十條第一項先經觀摩、勒戒之程序，而應由檢察官聲請法院裁定先令入戒治處所施以強制戒治，然檢察官誤爲聲請裁定送觀摩、勒戒，原審不察，竟裁定將被告送勒戒處所觀摩、勒戒，自有適用法則

不當之違法。此項裁定與確定判決有同一效力，案經確定，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由，惟原裁定尙非不利於被告，應由本院僅將原裁定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。

中華民國十九年七月五日

【第六十七案】

一、關係條文

槍砲彈藥刀械管制條例 第七條第四項、第十二條第四項。

刑法 第五十五條前段、第三十八條第一項第一款。

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，其判決當然為違背法令。刑事訴訟法第三百七十八條、第三百七十九條第十四款分別定有明文。本件第一審判決事實欄所記載，經查獲被告無故寄藏具有殺傷力之子彈計有（一）可供白朗寧武器公司美國廠製BD₃₀口徑九厘米手槍用者五顆。（二）可供捷克CZ廠75COMPACT型口徑九厘米制式半自動九〇手槍用六顆。（三）可供口徑十二厘米GAUGE制式霰彈槍用者八十一顆。理由項下敘明關於（二）部分之六顆子彈已全部試射，關於（三）部分採樣送鑑定十顆均經試射。而依卷

附嘉義市警察局函所載，其所送寧之霰彈共九十一顆，採樣十顆送鑑，認均具有殺傷力。另八十八年度偵字第××號卷第四十六頁之內政部警政署刑事警察局鑑驗通知書記載，可供白朗軍武器公司美國廠製四三〇口徑九厘米手槍用之子彈五顆，其中一顆係制式子彈，另四顆係土造子彈，經採樣一顆試射，可擊發。同卷第四十二頁及第四十三頁鑑驗通知書記載，可供捷克CZ廠75COMPACT型口徑九厘米手槍用有殺傷力之子彈六顆均已試射。送鑑霰彈十顆，均已試射。可知關於前開（一）之子彈除已射試者外，僅餘四顆。關於（二）之子彈六顆，已全部試射無餘。該判決就該（一）及（二）之子彈，竟仍就查獲之數目全數諭知沒收，顯屬無據，並係事實、理由與卷證資料相矛盾。關於（三）之子彈，其事實欄記載之數目，與查獲之數目並不相符。其判決王又所為沒收八十一顆之諭知，即屬與理由自相矛盾。又該判決既認定被告寄藏自動手槍、半自動九〇手槍及霰彈長槍各一把，均係犯槍砲彈藥刀械管制條例第七條第四項之未經許可無故寄藏制式手槍罪，寄藏可供上開各槍支用之子彈，均係犯同條例第十二條第四項之未經許可無故寄藏彈藥罪，則應各係單純一寄藏罪。乃竟認被告一個寄藏行為，寄藏多把手槍，一個寄藏行為，寄藏多顆子彈，各係一行為觸犯數罪名之想像競合犯。其法律之適用，乃屬不合。寧經被告上訴，原判決未予撤銷糾正而為上訴駁回之判決，同屬違誤。寧經確定，且不利於被告，並使執行發生困難。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，以資救濟並予糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十九年度台非字第三七五號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告違反槍砲彈藥刀械管制條例案件，對於台灣高等法院台南分院中華民國八十九年六月七日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決及第一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）

本院按一個犯罪行為之結果，而侵害數個相同或不同之法益，具數個犯罪構成要件，成工數個罪名，即係刑法第五十五條前段所謂之一行為而觸犯數罪名之想像競合犯，應從一重處斷，

但如俘單純一罪，則非一行爲觸犯數罪名，不生想像競合犯問題。本件原確定判決事實認定被告某甲自民國八十七年九月間某日，由姓名年籍不詳、綽號「又欽」之成年男子，持具殺傷力之白朗寧武器公司美國廠製 BDM 口徑九厘米制式自動手槍一把（含彈匣一個，槍枝管制編號 一一〇二〇四五七八六號），供該手槍用之具殺傷力之子彈五顆，與具殺傷力之捷克 CZ 廠 75COMPACT 型口徑九厘米之制式半自動九〇手槍一把（含彈匣一個，槍枝管制編號 一〇二〇四四六九五號）、供該手槍用之具殺傷力之子彈六顆，及口徑十二厘米 GAUGE 之制式霰彈長槍一把（槍枝管制編號 一一〇二〇四四六九六號），供該長槍用之具殺傷力之霰彈八十一顆、彈殼十顆託其寄藏，其即未經許可而無故藏匿上開槍彈。嗣於八十八年十月二十三日十時許，因被告另步傷害陳某致死案件（另案由台灣嘉義地方法院判處有期徒刑九年，現上訴原審審理中），逃亡多時，經警策動，始於八十八年十月二十三日十時許，向警方投案，警方質問被告爲防止仇家報復，大批槍械置放何處，始於同年十月二十三日十四時五十分，帶同警方至嘉義市〇〇路一段××號針對面廢棄空屋貨櫃屋底下，取出前開具殺傷力之白朗寧武器公司美國廠製 BDM 口徑九厘米制式自動手槍一把（含彈匣一個），供該手槍

用之且殺傷力之子彈五顆，復因警方積極追查槍械來歷，由檢察官將被告交警方追查，被告又於同年十月二十九日十四時三十分許，帶同警方至嘉義市盧厝里紅毛埤X X號附近廢棄木屋內起獲前開具殺傷力之捷克CZ廠75COMPACT型口徑九厘米之制式半自動九〇手槍一把（含彈匣一個），供該手槍用之具殺傷力之子彈六顆，及口徑十二厘米GAUGE之制式霰彈長槍一把，供該長槍用之具殺傷力之霰彈八十一顆、彈殼十顆，並扣得該槍、彈等情。則被告同時寄藏槍、彈之行爲，係觸犯槍砲彈藥刀械管制條例第七條第四項之未經許可無故寄藏手槍罪及第十二條第四項之未經許可無故寄藏子彈罪，固應依想像競合犯，從一重之該條例第七條第四項未經許可無故寄藏手槍罪處斷。但同時寄藏同一條項不同之手槍或子彈，應屬單純一罪，不生想像競合犯之問題。序判決維持第一審判決認被告一個無故寄藏前開自動手槍、半自動九〇手槍及霰彈長槍各一把之行爲，係一未經許可，無故寄藏槍枝行爲，而同時觸犯三罪名之競合犯，又一個無故寄藏前開自動手槍子彈五顆、半自動九〇手槍子彈六顆及霰彈長槍霰彈八十一顆之行爲，係一未經許可，無故寄藏子彈之行爲，而同時觸犯三罪名之想像競合犯，揆之前開說明，顯誤以單純一罪爲想像競合犯，自有適用法則不當之違法。又扣案之

上述自動手槍子彈五顆，於鑑定時已試射一顆，僅餘四顆，半自動九〇手槍子彈六顆，已全部試射，原判決維持第一審判決依刑法第三十八條第一項第一款諭知自動手槍子彈五顆、半自動手槍子彈六顆均沒收，刀有適用法則不當之違法。再嘉義市警察局函所載查獲被告寄藏之霰彈共九十一顆，採樣十顆送鑑定（另彈殼十顆），原判決事實欄記載被告寄藏之霰彈八十一顆，其數目與查獲之數目，並不相符，其王又諭知沒收霰彈八十一顆（扣除送鑑定試射之十顆）固無不合，但事實欄之記載已與理由矛盾，刀屬違法。牽經確定，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，應僅將原判決及第一審判決，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 九 年 十 月 二 十 六 日

【第六十八案】

一、關係條文

槍砲彈藥刀械管制條例 第十五條第一款、第二款、第十四條第三項。
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。本件原判決認定被告某甲、某乙、某丙（少年犯另移高雄少年法院處理）等三人明知武士刀係管制之刀械，竟未經王管機關之許可，於民國八十九年間某日，被告某甲與少年某丙基於犯意之聯絡，共同出資在高雄市榮民總醫院附近夜市向不詳姓名攤商購買武士刀三把，而無故持有，將之藏置於高雄縣仁武鄉○○村○○街××號三樓某丙任處。嗣於九十年六月二十九日下午四時許，少年某丙將該三把武士刀置於手提袋，由與有未經許可無故持有武士刀犯意聯絡之被告某甲背提攜帶，乘坐某丙所騎機車欲送任被告某甲任處，同日下午四時五十分許行至仁武鄉

○○釣蝦場道路上，爲警攔檢查獲，並扣押上開武士刀三把等情，因依槍砲彈藥刀械管制條例第十四條第三項論處被告二人拘役，固非無見。惟查 未經許可攜帶刀械，於夜間犯之或於公共場所犯之者，處二年以下有期徒刑，槍砲彈藥刀械管制條例第十五條第一款、第二款定有明文，本件被告某甲既與某丙在高雄市榮民總醫院附近夜市購買武士刀，顯係於夜間未經許可攜帶刀械，又被被告某乙與某丙因欲將武士刀三把交付給某甲，而騎乘車輛在高雄縣仁武鄉釣蝦場旁道路上爲警查獲攜帶刀械，自係於公共場所犯之，自有槍砲彈藥刀械管制條例第十五條第一款、第二款規定之適用，而該條款法定本刑爲二年以下有期徒刑，應不得爲拘役之諭知，乃原判決諭知被告等各處拘役三十日，自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

九十一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

某乙

右上訴人因被告等違反槍砲彈藥刀械管制條例案件，對於台灣高雄地方法院中華民國九十年十月二十九日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決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。

又未經許可，於夜間或於車站、埠頭、航空站、公共場所或公眾得出入之場所，攜帶刀械者，處二年以下有期徒刑，槍砲彈藥刀械管制條例第十五條第一、二款亦有明文規定。本件原確定判決認定被告某甲、某乙、某丙（少年犯，另由高雄少年法院處理）等三人明知武士刀係管制之刀械，竟未經王管機關之許可，於民國八十九年間某日，被告某甲與少年某丙基於犯意之聯絡，共同出資在高雄市榮民總醫院附近夜市，向不詳姓名攤商購買武士刀三把，而無故持有，將之藏置於高雄縣仁武鄉○○村○○街××號三樓某丙任處。嗣於九十年六月二十九日下午四時許，少年某丙將該三把武士刀置於手提袋，由與有未經許可無故持有武士刀犯

意聯絡之被告某乙背提攜帶，乘坐某丙所騎機車欲送往被告某甲任處，同日下午四時五十分許行至仁武鄉○○釣蝦場旁道路上，爲警攔檢查獲，並扣押上開武士刀三把等情。依此事實，被告某甲與少年某丙於高雄夜市之攤商購買武士刀三把後，將刀攜帶至高雄縣仁武鄉某丙任處藏置之行爲，顯係於未經許可於夜間在公共場所（道路上）攜帶刀械，又被告某乙、與某甲未經許可將上述武士刀，自某甲任處攜帶外出，欲交予某甲，於高雄縣仁武鄉某釣蝦場旁之道路上爲警查獲之行爲，亦係未經許可，於公共場所攜帶刀械，揆諸上開說明，應依槍砲彈藥刀械管制條例第十五條第一、二款規定論處被告等罪刑，乃原判決竟依同條例第十四條第三項之未經許可持有刀械罪，科處被告各拘役三十日，其適用法則顯有不當，自屬違背法令，案經確定，上訴人執以指摘，尙有理由。但此種違法，尚非不利於被告，應僅將原判決關於違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如左。

中華民國十九年九月二十六日

【第六十九案】

一、關係條文

槍砲彈藥刀械管制條例 第十九條第一項（八十六年十一月二十四日修正）、第七條第四項

（八十六年修正前）。

刑 法 第三百零二條第一項、第一百八十七條、第五十五條、第九十條。

變 治 盜 匪 條 例 第五條第一項、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，按有罪判決之同一罪名所適用之法律，不論係對罪刑或保安處分，除法律另有特別規定外，均應本乎統一性或整體性之原則予以適用，而修正後之槍砲彈藥刀械管制條例第十九條第一、二項有關強制工作之規定，其適用之範圍，以所「宣告」之罪名，為犯同條例第七條、

第八條、第十條、第十一條、第十二條第一項至第三項、第十三條第一項至第三項之罪，經判處有期徒刑者爲限，故倘該有罪之判決，其所宣告之罪名，並非該條例第十九條第一項所列之上開罪名，縱其想像競合犯或牽連犯之其他犯罪，爲上開罪名，乃無適用該條例宣付停安處分之餘地。此爲貴院所持之見解。本件原判決認定被告某甲與曾某、陳某、王某、吳某共同持槍、彈，押解賭場所派接客司機某乙進入賭場，以脅迫致使不能抗拒之方法，強劫被害人廖某等多人之財物既遂，及對被害人徐某等人強劫未遂等情，均係觸犯刑法第三百零二條第一項之非法剝奪人之行動自由罪、懲治盜匪條例第五條第一款之強劫既遂罪與同法條第二項之強劫未遂罪，及應比較適用有利於被告之修正前槍砲彈藥刀械管制條例第七條第四項之無故持有槍枝罪與刑法第一百八十七條之意圖供犯罪之用而持有軍用子彈罪，因而維持第一審皆依想像競合犯及牽連犯從一重適用懲治盜匪條例第五條第一項第一款論處共同意圖爲自己不法所有，以脅迫致使不能抗拒而取他人之物罪刑，並依修正後之槍砲彈藥刀械管制條例第十九條第一項、第二項宣付於刑之執行完畢或赦免後令入勞動場所強制工作三年之判決，駁回被告對此部分之第二審上訴。然依上開說明，第一審判決對此部分所宣告之罪名，既爲強劫罪，而非屬於修正後槍砲彈藥刀械管制條例第十九條第一項所列之罪名，即不得依該法條之規定併予宣付強制工作，原判決未加糾正，仍予以維持，顯有適用法則不當之

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

三、附錄

最高法院刑事判決

九十一年度台非字第八號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告盜匪案件，對於台灣高等法院中華民國八十七年八月二十七日第二審確定判決，認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決及第一審判決關於宣告某甲強制工作部分均撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

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

又。又同一罪刑所適用之法律，無論係對罪或刑（包括王刑、從刑或刑之加重減輕與免除等項）或強制工作，除法律別有規定外，均應本統一性或整體性之原則，予以適用。民國八十六年十一月二十四日修正公布施行之槍砲彈藥刀械管制條例第十九條第一項關於強制工作之規定，乃刑法有關強制工作之特別規定，其適用之範圍以所宣告之罪名，為犯同條例第七條、第八條、第十條、第十一條、第十二條第一項至第三項、第十三條第一項至第三項之罪，經判處有期徒刑者為限，苟所宣告之罪非上開條項之罪名，即無適用該槍砲彈藥刀械管制條例宣付強制工作之餘地。本件第一審判決認被告某甲所為係犯刑法第三百零二條第一項之非法剝奪人之行動自由罪、懲治盜匪條例第五條第一款之強劫既遂罪與同條例第二項之強劫未遂罪，及應比較適用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七條第四項之無故持有槍枝罪與刑法第一百八十七條之意圖供犯罪之用而持有軍用子彈罪，依想像競合犯及牽連犯從一重適用懲治盜匪條例第五條第一款論處共同意圖為自己不法所有，以脅迫致使不能抗拒而取他人之物罪刑，並依八十六年十一月二十四日修正公布之槍砲彈藥刀械管制條例第十九條第一項宣付於刑之執行完畢或赦免後令入勞動場所強制工作三年。查第

一審判決對被告所宣告之罪名，既爲強劫罪，而非上開槍砲彈藥刀械管制條例第十九條第一項所列之罪，自不得依該條項規定，宣付強制工作，乃竟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，揆之前開說明，顯有判決適用法則不當之違法，被告不服，提起第二審上訴，原審疏未糾正，仍予維持，同屬違誤。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由，應由本院僅將原判決及第一審判決關於宣告某甲強制工作部分均撤銷，以資救濟。至刑法第九十條之保安處分，並非強制規定，是否合乎宣告，乃原判決之裁量範圍，尚難認其未依刑法此項規定予以宣告，爲有違誤，而由本院逕予宣告，且非常上訴意旨就此亦未指及，併此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，判決如左。

中華民國十九年一月十日

【第七十案】

一、關係條文

槍砲彈藥刀械管制條例 第二十條第一項、第十一條第四項。
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。本件原判決認定被告某甲係台東縣成功鎮之千地厝居民，於八十七年間，以新台幣三千元向不詳姓名之男子購買土造獵槍一支，非法藏放在其工寮內，供其防山豬入侵之用。查原判決既認定被告係向不詳姓名之男子購買獵槍而持有，並非持有自己製造之獵槍，其行為自與同條例第二十條第一項所稱「厝任民未經許可，製造、運輸、陳列或持有自製之獵槍，供作生活工具之用者」之要件不合。乃原判決依槍砲彈藥刀械管制條例第十一條第四項之未經許可持有可發射子彈之土造獵槍處罰被告時，竟引用同條例第二十條第一項之規定，諭知免刑之

判決，揆之上開說明，自有判決適用法則不當之違法。牽經確定，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

八十九年度台非字第三八七號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告違反槍砲彈藥刀械管制條例案件，對於台灣台東地方法院中華民國八十九年七月三十一日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決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，其判決當然違背法令。又槍砲彈藥刀械管制條例

第二十條第一項所稱 原任民未經許可持有自製之獵槍，供作生活工具之用者，以其持有之獵槍係自製者，或依該條第二項規定原任民相互間販賣、轉讓者爲限，此觀該條之規定自明。查原判決既認定本件查獲之土造獵槍一支，係被告某甲於民國八十六年間以新台幣三千元向不評姓名之男子購得，即與該條例第二十條第一項之規定不合，乃原判決依該條例第十條第四項論以被告未經許可持有可發射子彈之土造獵槍彈，竟引用同條例第二十條第一項之規定，諭知免刑之判決，揆諸上開說明，原判決即有判決適用法則不當之違法，其判決當然違背法令。案經確定，非常上訴執以指摘，尙有理由，惟原判決向非不利於被告，應僅將原判決關於違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如左。

中華民國 八 十 九 年 十 一 月 二 日

【第七十一案】

一、關係條文

動產擔保交易法 第二十六條、第三十八條。

刑法 第三十一條第一項。

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。又稱附條件買賣者，謂買受人先占有動產之標的物，約定至支付一部分或全部價金、或完成特定條件時，始取得標的物所有權之交易，動產擔保交易法第二十六條定有明文。是以如買受人僅支付部分價金，而未完成取得標的物所有權之條件時，該標的物所有權仍屬出賣人，乃不待言。查本件依原判決所載事實及理由，被告某甲因債信不佳，乃商得被告某乙同意，由某乙出具名義，於民國八十七年九月三十日，在花蓮縣花蓮市○○路××號○○珠寶藝品店內，以附條

件買賣方式，向○○企業股份有限公司（下稱○○公司），購入××—三××一號自小客車一輛，約定於分期付款價全未清償前，自小客車所有權仍屬○○公司所有（參見附條件買賣契約其他約定事項第一款）。○○公司遂將車輛交由被告使用。惟被告於給付頭期款新台幣（下同）七萬元、分期付款十五萬元八千二百四十八元後，即不再給付所餘六十五萬八千二百四十八元價款。就此以觀，無論該附條件買賣之買受人為某甲抑或被告，因買受人未完成取得標的物所有權之條件，該自小客車所有權自仍屬出賣人○○公司，而被告既借用某甲之名義購車，○○公司亦係將車直接交被告使用，被告自屬持有他人之物，其將上開自小客車交付予第三人，作為借款之抵押品，自己易持有為所有，應負侵占罪責。乃原判決竟以被告借用某甲名義，以附條件買賣方式購車，被告應為真正所有權人，其不法處分標的物之行為，非易持有為所有，乃論知被告被訴侵占部分無罪，顯屬違背法令。牽經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

九十一年度台非字第2五一號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 茅甲

右上訴人因被告侵占案件，對於台灣花蓮地方法院中華民國九十一年一月十七日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於論知茅甲侵占無罪違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決適用法令不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又稱附條件買賣者，謂買受人先占有動產之標的物，約定至支付一部分或全部價金、或完成特定條件時，始取得標的物所有權之交易，動產擔保交易法第二十六條定有明文。是附條件買賣之買受人在未完成取得標的物所有權之條件時，該標的物所有權仍屬出賣人，此乃當然之解釋。查本件依原確定判決所認定之事實，被告係因債信不佳，乃商得其友人茅乙同意，由茅乙出面於八十七年九月三十日以附條件買賣方式，向○○公司購買××—三××一號自小客車一輛，約定於分期付款價全未清償前，自小客車所有權仍屬○○公司所有，此有附條件買賣契

約書在卷可稽。○○公司將車輛交由被告使用。惟被告於給付部分款項後，即不再給付所餘款項，同時將上開車輛又付予第三人作為借款之擔保，準此以觀，該附條件買賣之買受人甲乙未完成取得標的物所有權之條件前，該自小客車所有權仍屬出賣○○公司。被告將該車交付他人作為借款擔保，自係意圖不法利益，將附條件買賣標的物出賣，致生損害於債權人，核係犯動產擔保交易法第三十八條之罪。被告與甲乙彼此間有犯意聯絡及行為分擔，應為共同正犯。又被告雖非動產擔保交易之債務人，然與具有動產擔保交易債務人身份之甲乙共同實施犯罪，依刑法第三十一條第一項規定，仍應以共同正犯論擬。乃原判決逕以被告借用他人名義以附條件買賣方式購車應為真正所有權人，其不法處分標的物之行為非易持有為不法所有，論知無罪，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非無理由，然此違誤尚非不利於被告，應由本院將原判決關於此違背法令部分撤銷，用資糾正。據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中華民國九年十一月十九日

【第七十二案】

一、關係條文

動產擔保交易法 第三十八條、第二條。

民 法 第八十七條第一項、第二項。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按民法第八十七條第一項雖規定表意人與相對人通謀而為虛偽意思表示，其意思表示無效，惟同條第二項則規定虛偽意思表示，隱藏他項法律行為者，適用該法律行為之規定。復按動產擔保交易法第三十八條之罪係以動產擔保交易之債務人為犯罪主體，祇要動產擔保交易之債務人即有其適用。又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。經查本件債權人○○企業股份有限公司之業務員廖某雖於原审審理時證稱該公司本身不能經營貸款業務，因用買賣方式達到放款給客戶之目的，本件即係被告將

爭車輛先過尸等外人吳某，吳某登記給該公司，該公司再將車輛過尸登記給被告，因而該公司才與被告訂工附條件買賣契約來達到放款給被告之目的等語，核與被告所供相符，足見被告與該公司訂工之附條件買賣契約雖有通謀之虛偽意思表示，實隱藏有就動產設定抵押借款交易之法律行為，仍屬動產擔保交易法第二條所指之動產擔保交易，被告自屬動產擔保交易法第三十八條所定之動產擔保交易之債務人，乃意圖為自己之不法利益，未得債權人之同意，擅將系爭車輛質押於當舖，其應成「動產擔保交易法第三十八條之罪」，洵堪認定。原審不察，撤銷論處罪刑之簡易判決，改判被告無罪，揆諸首開說明，顯有判決不適用法則之違背法令情形。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

九十年度台非字第一一三號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告違反動產擔保交易法案件，對於台灣雲林地方法院中華民國九十年一月五日

第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決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。又民法第八十七條第一項規定 表意人與相對人通謀而為虛偽意思表示，其意思表示無效。而虛偽意思表示，隱藏他項法律行為者，適用關於該項法律行為之規定，並為同條第二項所明定。復按動產擔保交易法第三十八條之罪，係以動產擔保交易之債務人為犯罪主體，祇要動產擔保交易之債務人於債務未清償前，有法定之違法事由致生損害於債權人者，即有其適用。本件原判決以聲請簡易判決旨略以被告某甲於民國八十八年七月十二日以動產擔保交易附條件買賣之方式，向債權人○○企業股份有限公司購買××—二××七號自用小客車總價為新台幣五十四萬元，分二十四期給付，並完成動產擔保登記。詎被告竟意圖為自己不法利益，擅於八十八年十月間將該汽車質押於不詳之當舖，餘款丕拒不繳交，致生損害於債權

人等情。經審理結果，認債權人因不能經營貸款業務，乃由被告將上開汽車過戶與案外人吳某，吳某過戶與債權人，再由債權人過戶與被告，是該分期付款買賣契約顯屬通謀虛偽意思表示，依民法第八十七條第一項前段之規定應屬無效，乃撤銷論處被告罪刑之簡易判決，而為改判被告無罪。第查通謀虛偽意思表示隱藏動產抵押之法律行為，應適用該隱藏之法律行為，被告以分期付款之形式，隱藏動產擔保交易，自係動產擔保交易之債務人，其既於債務未清償前，擅自質押汽車，且拒不清償餘款，致生損害於債權人，已該當動產擔保交易法第三十八條所定之犯罪。序判決遽為無罪之諭知，顯屬違法。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，尚有理由，但此違法，尚非不利於被告，應由本院僅將序判決關於違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中華民國九年四月十二日

【第七十三案】

一、關係條文

動產擔保交易法 第三十八條。

刑 法 第三十一條第一項。

司法院大法官會議釋字 第二二七號解釋。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按動產擔保交易法第三十八條規定動產擔保交易之債務人，意圖不法之利益，將標的物遷移、出賣、出質、移轉、抵押或為其他處分，致生損害於債權人者，處三年以下有期徒刑、拘役、或科或併科六千元以下罰金。此項規定，係因特定關係而成之罪，其犯罪主體，須為動產擔保交易之債務人，乃即限於依法訂立動產抵押在契約上負有債務之人，為構成本罪之特別構成要件。至債務人之法定代理人，或其他利害關係人，除有刑法第三十一條教唆、幫助或

與債務人共同實施之情形應以共犯論外，不能單獨成立本罪（貴院八十四年台非字第一四〇號判例參照）。查「該公司（○○國際有限公司）於民國八十六年七月十一日，以動產擔保交易附條件買賣之方式，向○○汽車股份有限公司（以下稱○○公司）購買○○—六××二號自用小客車乙輛，為動產擔保交易之債務人」，為原判決所認定之事實，足證本件債務人為○○國際有限公司而非被告某甲，被告某甲僅係該公司之法定代理人或連帶保證人而已，自非動產擔保交易法第三十八條之犯罪主體。奈原判決不察，竟對被告某甲論罪科刑，揆諸上開說明，顯有適用法則不當之違法。率經確定，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

九十一年度台非字第三〇五號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告違反動產擔保交易法案件，對於台灣桃園地方法院中華民國八十八年六月十一日第一審確定判決，認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決撤銷。

某甲無罪。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按動產擔保交易法第三十八條規定動產擔保交易之債務人，意圖不法之利益，將標的物遷移、出賣、出質、移轉、抵押或爲其他處分，致生損害於債權人者，處三年以上有期徒刑、拘役、或科或併科六千元以下罰金。此項規定係以動產擔保交易之債務人爲犯罪主體，並不包括其保證人在內，業經司法院大法官會議釋字第227號解釋在案。申言之，此項規定，係因特定之債務人關係而始成工之罪，其犯罪主體，須爲動產擔保交易之債務人，亦即限於依法訂立動產抵押在契約上負有債務之人，至債務人之法定代理人、保證人或其他利害關係人，除其有與債務人共同實施或教唆、幫助之情形應依刑法第三十一條第一項規定以共犯論外，不得單獨爲該罪之犯罪主體。原判決認定「被告某甲爲○○國際有限公司負責人，○○國際有限公司於民國八十六年七月十一日，以動產擔保交易附條件買賣之方式，向○○汽

車股份有限公司購買○○—六××二號自用小客車乙輛，爲動產擔保交易之債務人，某甲並爲上開動產擔保交易附條件買賣契約之連帶保證人」等情，足證本件動產擔保交易附條件買賣契約之債務人爲○○國幣有限公司而非被告某甲，被告某甲僅係該公司之法定代理人兼該契約之連帶保證人而已，依上說明，並非動產擔保交易法第三十八條之犯罪主體。乃原判決不察，竟對被告論以動產擔保交易法第三十八條之罪，自有判決適用法則不當之違法。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由，應由本院將原判決撤銷，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但書、第三百零一條第一項，判決如王又。

中 華 民 國 九 十 一 年 十 一 月 二 十 一 日

【第七十四案】

一、關係條文

貪污治罪條例 第六條第一項第四款、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定有明文。又貪污治罪條例第六條第一項第四款及第五款所規定之圖利罪，係屬貪污罪之概括規定，必行為人之行為，不合於其他貪污罪之要件，始有其適用。如行為人之行為合於其他貪污罪之成立要件，而有專條可以處罰，即應適用各該專條之規定予以處罰，不得論以圖利罪。本件原判決事實欄既認定被告某甲係○○市殯儀館館長，某乙係該館總務組書記，均有執行該館預算之權責，為依據法令從事公務之人員。某甲於八十三年六月上旬，知悉該館在該會計年度內「車輛管理」項目下「維護費」經費尚有餘裕新臺幣（以下同）十餘萬元，乃指示某乙「以購買

汽車材料爲名消化預算」。二人基於共同之犯意聯絡，由某乙以電話向○○○汽車修配所負責人某丙表示要向其採購汽車材料，要求其出具三家不同廠商之估價單，金額不得逾十萬。某丙即於同年六月十日，提供其自己經營之○○○汽車修配所及另二家修配所所出具之估價單給某乙。某乙於取得各該估價單後，明知並未實際訪價，於同日簽擬購置財物申請單，並於「處理情形」欄內，逕行簽填「經招商三家估價結果，由○○○汽車修配所以九萬五千八百元爲最低價得標」之不實事項，又明知該○○○汽車修配所並未實際交貨，竟於同月十四日，要求不知情之該館司機林某，在該館「粘貼憑證用紙」「驗收」欄內蓋章表示驗收。某乙即在該單據上「保管或登記」欄內蓋章後，持以報請不知情之會計人員核章。某甲明知上述不實採購事項，爲方便報銷預算，於同日乃在各該單據之「機關長官」欄內蓋章，表示核可付款。致○○○市政府將上開全額九萬五千八百元之國庫支票，寄交某丙於八十三年六月二十一日兌領。某甲及某乙二人於某丙以電話向其請示交貨日期時，向某丙表示不需交貨，該採購款項，可先扣除其二人所欠之私人修理汽車費用四萬四千六百五十元及三千一百元後，餘款退還某乙。某丙明知其事，即將該公款扣抵某甲、某乙二人私人所欠之修車款後，餘款交予某乙。某甲指予某乙擬將該款作爲該館員工自強活動之用。因適逢颱風未果，該款遂爲調查人員查扣。等情，可知被告某甲等係利用其執行預算職務之機會，假採購之名，詐使○○○市政府支

付其所為假採購之款項。應觸犯其行為時貪污治罪條例第五條第一項第二款之利用職務上之機會，詐取財物罪。原判決竟論以該條例第六條第一項第四款之圖利罪，其法則之適用，顯屬違法。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，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十九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

某乙

某丙

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八十八年五月十三日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

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。又民國八十五年十月二十三日修正公布前之貪污治罪條例第六條第一項第四款及第五款所規定之圖利罪，乃公務員職務上圖利之概括規定，以其圖利行為不合於同條例第四條至第六條各款之特別規定者，始有其適用。如行為人之行為合於其他貪污罪之成要件，而有特別規定可以處罰，即應依各該特別規定予以處罰，不得論以圖利罪。本件原判決事實認定被告某甲係○○市工殯儀館館長，被告某乙係該館總務組書記，均有執行該館預算之權責，為依據法令從事公務之人員。某甲於八十三年六月上旬知悉該館會計年度預算「車輛管理」項目下「維護費」經費尚有餘裕十萬餘元，乃指示某乙以購置汽車材料為名向化預算，二人即基於共同之犯意聯絡，由某乙以電話向○○汽車修配所負責人即被告某丙表示要向其採購汽車材料，要求其出具三家不同廠商之估價單，全額不得逾十萬元。某丙遂於同年六月十日前提供其○○汽車修配所及另二家修配所出具之估價單交與某乙。某乙取得估價單後，明知未實際查訪廠商比價，仍於同日簽擬購買財物申請單，並於「處理情形」欄內，逕行簽填「經招商

三家估價結果，由○○汽車修配所以九萬五千八百元為最低價得標」之不實事項，又明知該○○汽車修配所未實際交貨，竟於同月十四日，要求不知情之該館司機林某，在該館「粘貼憑證用紙」單據上「驗收」欄內蓋章表示驗收。某乙並在該單據上「保管或登記」欄內蓋章後，持以行使報請不知情之會計人員核章。某甲亦明知上述不實採購事項，為方便報銷預算，於同日亦在各該單據之「機關長官」欄內蓋章，表示核可付款，致○○市政府將上開全額九萬五千八百元之國庫支票，寄交某丙於同年六月二十一日兌領。嗣某甲及某乙二人於某丙以電話向其請求交貨日期時，向某丙表示不需交貨，該採購款項，可先扣除其二人所欠之私人修理汽車費用四萬四千六百五十元及三千一百元後，餘款退還某乙。某甲明知其事，即將該公款扣抵某甲、某乙二人私人所欠之修車款後，餘款交予某乙。某甲指示某乙擬將該款作為該館員工自強活動之用，因適逢颱風未果，該款遂為調查人員查扣等情。可見某甲等係利用其執行預算職務之機會，假採購之名，詐使○○市政府支付其等所為假採購之款項，應係觸犯其等行為時貪污治罪條例第五條第一項第二款之利用職務上之機會，詐取財物罪。原判決竟論以該條例第六條第一項第四款之圖利罪，顯有適用法則不當之違法。牽經確定，非常上

訴意旨執以指摘，尙有理由。惟原判決尚非不利於被告等，爰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 九 年 八 月 十 七 日

【第七十五案】

一、關係條文

貪污治罪條例 第六條第一項第四款、第二項。

司法院院解字 第三九一七號解釋。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用法則不當者為違背法令。刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又圖利罪祇須有圖利之行爲即為既遂，不以得利為構成要件。曾經司法院以院解字第三九一七號解釋在案，並經貴院六十七年台上字第三〇八五號著為判例。依第一審判決事實欄之記載，被告係台灣○○監獄戒護科管理員，明知依規定不得攜帶違禁物品進入戒護區，竟基於圖利不詳姓名之受刑人之意圖，於八十六年八月二十日上午七時五十一分許，將含有氫路氣安干

成分，列爲劇華管理，價值新臺幣一千元之白色華片一百顆，藏入已開封之長壽煙包中，再置於其所著長褲右口袋內，欲矇混夾帶入戒護區內，又草不評姓名之受刑人食用，於例行安檢時爲該監獄王任管理員當場查獲等情。是被告已有圖利之行爲，縱尚未得利，依前開司法院解釋及貴院判例意旨，仍屬圖利既遂。該判決論以圖利未遂罪刑，其法則之適用，顯屬違法。案經被告上訴，原判決未予糾正而駁回上訴，同屬違誤，案已確定，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，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十九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

右上訴人因被告貪污案件，對於台灣高等法院花蓮分院中華民國八十七年六月三十日第二審確定判決，認爲違背法令，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決及第一審判決關於違背法令部分撤銷。

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。又貪污治罪條例第六條第一項第四、五款關於公務員圖利罪之規定，祇須行爲人有圖私人不法利益之王觀犯意，客觀上且有圖利之行爲者，即爲既遂，不以果已得利爲構成要件。本件依第一審及原審判決認定之事實，被告某甲係台灣○○監獄戒護科管理員，明知依規定不得攜帶違禁物品進入戒護區，竟基於圖利不詳姓名之受刑人之意圖，將含有氟路氫安平劇毒成分，價值新臺幣一千元之白色藥片一百顆，藏入已開封之長壽煙包中，置於所著長褲右口袋內，欲瞞混夾帶入戒護區內，交某不詳姓名之受刑人食用，而於例行安檢時爲該監獄王任管理員當場查獲，則其圖利犯行已屬既遂。第一審判決認係犯貪污治罪條例第六條第二項、第一項第四款之公務員對於主管事務直接圖利未遂罪，並依未遂犯減輕其刑，其適用法則顯屬不當。原判決未加糾正，仍予維持，亦有違誤。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由，因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。
中華民國十八年七月十六日

【第七十六案】

一、關係條文

貪污治罪條例 第八條第二項、第十條第一項、第二項、第四條第一項第五款、第五條第一項第三款。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者爲違背法令。刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又犯第四條至第六條之罪者，其所得財物應予追繳，並依其情節分別沒收或發還被害人。如全部或一部無法追繳時以其財產抵償之。貪污治罪條例第十條第一項、第二項亦有規定。本件原判決既認定被告係台灣省鐵路警察局第一警務段○○分駐所警員，爲依據法令在○○火車站取締及舉發違法事項之公務員。竟基於概括犯意，自八十五年八月起至八十六年七月底，在○○火車站執行取締流動攤販時或未執勤時，連續向站內流動小販楊某要求賄賂。於取得賄款

後，即違背其職務不予取締。先後收受楊某所付之賄款四次共新台幣（以下同）八千元。觸犯貪污治罪條例第四條第一項第五款之違背職務受賄罪等情。查被告收受楊某所交付之八千元賄款，係其貪污所得之財物，應依貪污治罪條例第十條第一、二項之規定宣告追繳沒收。如全部或一部無法追繳時，應諭知以其財產抵償之，方屬合法。縱其已將賄款返還行賄者，由於對於依據法令從事公務之人員，關於違背職務之行爲交付賄賂，觸犯行賄罪，其給付乃屬不法，依法無請求返還之權。被告將賄款返還行賄者，乃屬處分其贓款之行爲，並非已無所得。殊不得因而免予追繳沒收。原判決以被告已將賄款返還楊某即不爲追繳沒收之諭知，顯有違貪污治罪條例第十條第一、二項之規定。又貪污治罪條例第八條第二項減輕其刑之規定，係以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爲其要件。茲所謂繳交全部所得財物，應係將其因貪污所得之全部財物，提出繳交與偵查或審判機關，供沒收或發還被害人或已自行返還被害人者而言。如係犯貪污治罪條例第四條第一項第五款之違背職務受賄罪或第五條第一項第三款之職務上受賄罪，並已取得財物，行賄者並非被害人，其送賄本屬不法，賄款本應沒收。縱其已將賄款返還行賄者，僅係其收受賄款後之處分贓款行爲，殊不得認其已無所得或已將賄款繳交而依貪污治罪條例第八條第二項減輕其刑。原判決以被告已將賄款返還同犯行賄罪之楊某，即依貪污治罪條例第八條第二項減輕

其刑，殊難認為合法。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，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十九年度台非字第一九一號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告貪污案件，對於台灣高等法院中華民國八十七年八月五日第二審確定判決，認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按貪污治罪條例第十條第一項、第二項規定「犯第四條至第六條之罪者，其所得財物

應予追繳，並依其情節分別沒收或發還被害人，前項財物之全部或一部無法追繳時，應追繳其價額，或以其財產抵償之」，此項追繳之規定，係採義務主義，法院於裁判時，須於王又中明確諭知，否則即有判決不適用法則之違法，至所謂依其情節分別沒收或發還被害人，係指應追繳之財物，究應予以沒收，抑應予發還被害人，應依個案之犯罪情狀，由法院審酌處理。本件原確定判決確定之事實 被告係台灣省鐵路警察局第一警務段○○分駐所警員，為依據法令在○○火車站取締及舉發違法事項之公務員，竟基於概括犯意，自民國八十五年八月起至八十六年七月底，在○○火車站執行取締流動攤販時或未執勤時，連續向站內流動小販楊某要求賄賂，於取得賄款後，即違背其職務不予取締，先後收受楊某所付之賄款四次共八千元，觸犯貪污治罪條例第四條第一項第五款之違背職務受賄罪等情，被告收受之八千元，係其犯貪污治罪條例第四條第一項第五款之貪污罪所得財物，而對之行賄之楊某，其對於依據法令從事公務之人員，關於違背職務之行爲交付賄賂而觸犯行賄罪之對合犯，非貪污治罪條例第十條第一項所稱之被害人，本件被告縱於事後將上開賄款返還楊某，係於犯罪有所得後之處分贓款行爲，自不得因而即免予追繳沒收，原判決以被告已將賄款返還楊某，即不爲

追繳沒收之諭知，有不適用法則之違背法令。又同條例第八條第二項規定「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」，所謂自動繳交全部所得財物，應指因犯同條例第四條至第六條之罪所得之全部財物已提交警察機關或檢察官者而言，若僅因處分贓款致表面上所得財物已不存在者，自不得認已自動繳交全部所得財物而減輕其刑，依原判決之記載及卷內資料，被告並未自動繳交全部所得財物，原判決竟依同條例第八條第二項，減輕其刑，有判決適用法則不當之違背法令。案經確定，非常上訴執以指摘，尙有理由，惟原判決尚非不利於被告，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。

中華民國十八年七月七日

【第七十七案】

一、關係條文

公職人員選舉罷免法 第九十條之一第一項。

刑法 第一百四十四條、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。本件第一審判決事實欄認定，被告係基於共同意圖使第三人林某當選台南縣○○鄉第十六屆鄉民代表之犯意，以價值新台幣二百元之香腸禮盒，於八十七年五月二十三日夜間七時許，交付與有投票權之梁某而約定其投票予候選人林某。依此事實，各被告應係犯公職人員選舉罷免法第九十條之一第一項之罪。該項規定乃刑法第一百四十四條之特別法，應優先適用。該判決竟謂被告係一行為觸犯刑法第一百四十四條、公職人員選舉罷免法第九十條之一第一項二罪

名，爲想像競合犯，依刑法第五十五條從較重之公職人員選舉罷免法第九十條之一第一項之罪處斷。其法則之適用自屬違誤。案經被告上訴，原審未予撤銷糾正而駁回上訴，同屬違誤。案經確定，攸關法律之正確適用，應依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十九年度台非字第一六六號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

某乙

某丙

右上訴人因被告等違反公職人員選舉罷免法案件，對於台灣高等法院台南分院中華民國八十八年四月十四日第二審確定判決，認爲違背法令，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決及第一審判決關於某甲、某乙、某丙違背法令部分撤銷。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑法上所謂法條競合，係指一行為侵害一法益而符合數法條所定之犯罪構成要件，觸犯數罪名，因該數罪名所保護者為同一法益，禁止為雙重評價，故僅能擇一適用一法條論罪而排除其他法條之適用，此即所謂法條之競合。而想像競合犯，則指一行為侵害數法益，具備數個犯罪構成要件，應為雙重之評價，但其本質上為犯罪之競合，基於罪刑衡平原則，故僅應從一重罪處斷。本件原判決認定被告等人共同意圖使第三人林芋富選台南縣○○鄉第十六屆鄉民代表，於民國八十七年五月二十三日十九時許，以香腸禮盒交與有投票權人梁某，而約其為一定之行使，被告等一行為而侵害選舉公正、廉潔之同一法益，除觸犯公職人員選舉罷免法第九十條之一第一項之罪，同時又觸犯刑法第一百四十四條之罪，此乃法條之競合，依特別法優於普通法之原則，應擇一適用公職人員選舉罷免法第九十條之一第一項論處，第一審判決論處被告等人係一行為而觸犯上開二罪名，應從一重之公職人員選舉罷免法第九十條之一第一項論處罪刑，原判決未加糾正，竟予維持，駁回被告等人在第二審之上訴，有適用法則不當之違法。案經確定，非常上訴執以指摘，尚有理由，惟該等判決對於被告等尚非

不利，爰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 九 年 六 月 二 十 九 日

【第七十八案】

一、關係條文

少年事件處理法 第十八條第一項、第三條第一款。

刑事訴訟法 第三百七十九條第五款、第三百零三條第一款、第四百五十一條第一項、

第三項。

二、非常上訴理由

一、按法院受理訴訟不當者，其判決當然違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第五款定有明又。又按少年有觸犯刑罰法律之行爲者，由少年法院依少年事件處理法處理之。又檢察官、司法警察官或法院於執行職務時，知有第三條之事件者，應移送該管少年法院，少年事件處理法第三條、第十八條可分別定有明又。查被告某甲係民國七十二年十月二十七日生，八十九年十一月間，尚未滿十八歲，基於概括之犯意，自八十九年十一月三十日起至同年十二月三日止，連續在台北市八德路九華商場內，販賣色情光碟與不特定

人，當場被警查獲，竟冒用其胞兄某乙之名義應訊。原審法院未加細察，並未依少年事件處理法之規定，移送該管少年法庭處理，遽依簡易程序判處被告拘役二十日，揆諸上開說明，其判決當然違背法令。

二、案經判決確定，應依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決

九十一年度台非字第七六號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告妨害風化案件，對於台灣台北地方法院中華民國九十年二月八日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決撤銷。

本件不受理。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按起訴之程序違背規定者，應諭知不受理之判決，而檢察官審酌案件情節認為宜以簡易判決處刑者，應即以書面為聲請，其聲請與起訴有同一之效力，刑事訴訟法第三百零三條第一款、第四百五十一條第一項、第三項定有明文。又少年有觸犯刑罰法律之行為者，由少年法院依少年事件處理法處理之，而檢察官、司法警察官或法院於執行職務時，知有此事件者，應移送該管少年法院，少年事件處理法第三條第一款、第十八條第一項分別規定甚明。本件被告某甲係民國七十二年十月二十七日生，於八十九年十一月三十日起同年十二月三日被警查獲，其連續多次在台北市八德路一段XX號九華商場內，販賣有猥褻色情光碟片之行為時，尚屬十二歲以上十八歲未滿之少年，則其雖有觸犯刑罰法律之行為，自應由少年法院依少年事件處理法處理之，乃檢察官對於被告冒用其胞兄某乙之名應訊失察未予發覺，並未依少年事件處理法之規定，移送該管少年法院處理，竟依刑事訴訟法第四百五十一條第一項聲請逕以簡易判決處刑，其聲請程序已有違規定，而原審法院亦未加細察，仍予受理依簡易程序判處被告拘役二十日，其判決自屬違背法令。牽經確定，且於被告不利，非常上訴執以指

摘，向屬正當，應由本院將原判決撤銷。另行判決諭知不受理，以資糾正。

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

中 華 民 國 九 十 一 年 四 月 十 一 日

【第七十九案】

一、關係條文

少年事件處理法 第六十五條第三項。

少年事件處理法施行細則 第三條之一、第八條第一項（九十年六月二十九日修正）。

刑法 第五十六條、第二百二十七條。

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。本件確定判決認被告某甲係民國七十年八月二十四日生，而被告經未滿十四歲之某甲同意，與某女性交時間係在八十八年八月初，是被告行為時並未滿十八歲，縱檢察官於受理本案時之九十年二月一日被告已滿十八歲，惟依九十年六月二十九日修正通過少年事件處理法施行細則第三條之一、第八條第一項，檢察官受理一般刑事案件後，發現被告犯罪時未滿十八歲，如

受理時被告尚未滿二十歲，應移送該管少年法院（庭）行使先議，如檢察官對之逕行提起公訴，其起訴程序顯然違反規定，而為不受理之判決云云。外查本件被告係自八十八年八月初起迄同年十月間止，連續與某甲女為性交行為，其最後犯罪行為日為八十八年十月間，被告於該時已滿十八歲，依少年事件處理法第六十五條第三項「本章之規定，於少年犯罪後已滿十八歲者適用之」之規定，並無應先移送該管少年法院（庭）行使先議權之問題。本件犯行屬連續犯，原確定判決將被告犯罪時間割裂，謂被告犯罪行為時尚未滿十八歲之認定，而為不受理之判決，自有適用法則不當之違法。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

九十一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性自主案件，對於台灣台中地方法院中華民國九十年七月二十五日第一審確定判決，認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決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。又少年觸犯刑罰法律，於滿十八歲後，始經報告、移送或請求少年法院之事件，仍由少年法庭依中華民國八十九年二月四日修正生效之少年事件處理法第三章之規定處理，檢察官受理一般刑事案件，發現被告於犯罪時未滿十八歲者，應移送該管少年法庭，九十年六月二十九日修正發布之少年事件處理法施行細則第三條之一、第八條第一項分別定有明文。連續數行為而犯同一之罪名者，以一罪論，刑法第五十六條定有明文，則當連續犯罪，行為一部分在未滿十八歲之前，一部分在滿十八歲之後，但連續犯既以一罪論，即應以最後行為時，作為應否移送少年法院（庭）行使先議權之標準，倘最後犯罪行為，已在滿十八歲之後，即均無少年事件處理法第六十五條、少年事件處理法施行細則第八條第一項移送少年法院（庭）行使先議權之適用。查本件被害人於警詢指訴被告與其為性行為之時間，自八十八年八月至

十月間，起訴書丌指明被害人直至同年十月間方離開被告任處繼續在外遊蕩，雖起訴書就被告涉犯兒童及少年性交易防制條例之罪嫌部分以犯罪不能證明，而不另爲不起訴之處分，然未就被告自八十八年八月二十四日以後之違犯刑法第二百二十七條部分，認爲犯罪丌不能證明。因此本件檢察官起訴被告（民國七十年八月二十四日出生）連續步犯刑法第二百二十七條之罪嫌，其連續犯行之一部既非在八十八年八月二十四日以前，依據上開說明，自無上開法條移送少年法院（庭）行使先議權之適用。原確定判決將被告犯罪時間割裂，謂被告犯罪行爲時尚未滿十八歲之認定，而爲不受理之判決，自有適用法則不當之違背法令。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由。因原判決尚非不利於被告，應由本院將原判決關於諭知不受理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。

中華民國九十年五月三十日

【第八十案】

一、關係條文

陸 每空軍刑法 第七十七條（九十年十月二日修正）。

軍事審判法 第五條第一項前段、第二百三十七條、第一條第一項。

國家安全法 第八條第二項前段。

毒品危害防制條例 第十條第二項。

刑 法 第六十一條。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又民國九十年十月二日修正施行之陸海空軍刑法第七十七條規定「現役軍人違反毒品危害防制條例之規定者，依其規定處理之。」另軍事審判法第五條第一項規定「犯罪在任職服役前，發覺在任

職服役中者，依本法追訴審判」。經查本件被告某甲於九十年三月八日，為警通知至台中縣警察局清水分局接受驗尿，其尿液於同年三月二十三日由私工中山醫院藥物濫用檢測中心檢驗出含甲基安非他命陽性反應，嗣該醫院將檢驗報告書送交清水分局，承辦員警始悉被告施用毒品犯行，並報請檢察官偵辦，經台灣台中地方法院檢察署檢察官以九十年度聲戒字第X號聲請強制戒治，再經原審以九十年度毒聲字第X號裁定令被告入戒治處所強制戒治確定。惟被告於九十年三月二十日入伍服役，此有被告服役單仁聯勤工兵裝備基地勤務處九十年六月十八日（九一）踢訓字第一八四二號函可稽，是被告為警發覺其有施用毒品犯行時，已具現役軍人身分，本件於九十年十月五日擊屬原審法院時，上開陸海空軍刑法新修正之第七十七條已施行，而被告之施用毒品犯行在任職服役前，發覺在任職服役中，應依軍事審判法對其追訴審判，原審對被告並無審判權，自應駁回檢察官強制戒治之聲請，乃原裁定不察，令被告入戒治處所強制戒治，揆諸首開說明，應有不適用法則之違法。率經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

九十一年度台非字第三〇三號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被 告 某甲

右上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，對於台灣台中地方法院中華民國九十年十月九日確定裁定，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原裁定撤銷。

檢察官之聲請駁回。

理 由

非常上訴理由（見前二）

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

又九十年十月二日修正公布施行之陸海空軍刑法第七十七條規定「現役軍人違反毒品危害防制條例之規定者，依其規定處理之。」另軍事審判法第五條第一項前段規定「犯罪在任職服役前，發覺在任職服役中者，依本法追訴審判」。本件被告某甲於九十年三月八日，經台中縣警察局清水分局通知接受驗尿，其尿液於同年三月二十三日由私工中山醫學院附設醫院檢

驗科藥物檢測中心檢驗結果，呈甲基安非他命陽性反應，乃報請偵辦，台灣台中地方法院檢察署檢察官於同年九月二十五日以九十年度聲戒字第XX號聲請原審法院裁定令入戒治處所施以強制戒治。惟被告於同年三月二十日入伍服役，此有聯勤工兵裝備基地勤務處九十一年六月十八日（九一）踢訓字第一八四二號函在卷可稽。是被告為警發覺其有違反毒品危害防制條例第十條第二項施用第二級毒品罪時，已具有現役軍人身份，雖所犯最重本刑為三年以下有期徒刑，屬刑法第六十一條所列之罪，依國家安全法第八條第二項規定，原應由普通法院審判，但八十八年十二月二日修正公布之軍事審判法第二百三十七條規定國家安全法第八條第二項自中華民國九十年十月二日停止適用，即應由軍法機關審判，且被告所犯為修正後陸海空軍刑法第七十七條規定現役軍人違反毒品危害防制條例第十條第二項施用第二級毒品之罪，從而，本件於九十年十月五日繫屬原審法院，同年九月九日審判時，被告為現役軍人犯陸海空軍刑法之罪，依軍事審判法第一條第一項規定，法院並無審判權，原審未察，竟據以裁定令入戒治處所施以強制戒治壹年，揆諸前揭說明，顯屬違背法令。率經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原裁定撤銷，並將檢察官之聲請駁回，

以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，判決如王又。

中 華 民 國 九 十 一 年 十 一 月 二 十 一 日

【第八十一案】

一、關係條文

軍事審判法 第三十四條、第二百二十六條。

國家安全法 第八條。

電信法 第五十六條第一項。

陸海空軍刑法 第八十五條。

刑法 第三百三十五條第一項、第三百三十九條第二項、第六十一條、第五十六條。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

一、按適用法則及不受理案件係不當者，其判決當缺違背法令。本件被告某甲於八十八年九月五日十二時三十分許，與被害人林女前任台北市工本柵動物園途中，趁林女下車購物

之際，意圖爲自己不法之所有，盜取其外套乙件、行動電話乙具及背包乙個（內有新台幣二百元、身分證乙枚、金融卡乙張、行動電話電池二個、充電器乙座、筆記本乙本）等財物，並以竊得之行動電話盜打八通，得財產上之利益計新台幣四百三十九元等之行爲，經軍事檢察官偵查結果認被告觸犯陸海空軍刑法第八十五條前段「盜取財物」、刑法第五十六條、第三百三十九條第二項「連續詐欺得利」等罪嫌，並認該二罪間有方法結果之牽連關係，應從一重以「盜取財物」罪嫌論處而提起公訴，嗣經審理結果，原判決認被告並非盜取被害人之財物，而係代被害人保管財物，其後變更持有爲所有之意圖及連續擅自盜打行動電話之行爲，係構成刑法第三百三十五條第一項「侵占」、同法第五十六條、第三百三十九條第二項「連續詐欺得利」罪責，並以該二罪均屬刑法第六十一條所列之罪，依國家安全法第八條第二項但書之規定，軍事法院無審判權，而諭知判決不予受理，移送台灣台北地方法院檢察署偵辦。惟按電信法已於八十五年二月五日修正公布，於同年月七日生效施行，是被告連續擅自盜打他人行動電話之行爲，應構成刑法第五十六條、電信法第五十六條第一項「連續盜用他人電信設備通信」罪，本罪係處罰詐得免繳電信通信費用之不法利益規定，乃刑法詐欺得利罪之特別法，依特別法優於普通法之原則，自應適用前述之「連續盜用他人電信設備通信」罪，而該罪非屬刑法第六十

一條之案件，軍事法院自有審判權，與前揭之刑法第三百三十五條第一項「侵占」罪有方法結果之牽連關係，而犯罪事實之一部應依軍事審判法追訴審判，則全部依軍事審判法追訴審判，因此，原判決適用法則及不受理案件均有不當，顯屬違背法令。

二、依軍事審判法第二百二十六條前段之規定，提起非常上訴，以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決

九十年度台非字第一〇〇號

上訴人 國防部最高軍事法院檢察署檢察長

被告 某甲

右上訴人因被告盜取財物案件，對於國防部北部地方軍事法院桃園分院中華民國八十九年五月二十五日初審確定判決，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）

本院按現役軍人犯罪，除所犯為陸海空軍刑法及其特別法以外之罪，而屬刑法第六十一條所列各罪者外，由軍法機關追訴審判，且犯罪事實之一部應依軍事審判法審判時，全部依該法審判之，國家安全法第八條、軍事審判法第三十四條分別定有明文。本件被告某甲於民國八十八年九月五日十二時三十分許，與被害人林女前往台北市工木柵動物園途中，趁林女下車購物之際，意圖為自己不法之所有，盜取其外套乙件、行動電話乙具及背包乙個（內有新台幣二百元、身分證乙枚、全融卡乙張、行動電話電池二個、充電器乙座、筆記本乙本）等財物，並以所得之行動電話盜打八通，得財產上之利益計新台幣四百三十九元等之行爲，姑不論其中被告取得林女財物之行爲，係原審軍事檢察官起訴所認之觸犯陸海空軍刑法第八十五條前段之盜取財物罪嫌，抑或原判決所認之構成刑法第三百三十五條第一項之侵占罪，惟其中被告連續擅自盜打他人行動電話之行爲，則應構成於八十五年二月五日修正公布，於同年月七日生效施行之電信法第五十六條第一項之盜用他人電信設備通信罪，且因該罪係處罰詐得免繳電信通信費用之不法利益規定，乃刑法詐欺得利罪之特別法，依特別法優於普通法之原則，自毋庸再論以刑法詐欺得利罪。而該罪之法定刑為處五年以下有期徒刑、拘役或科或

併科新台幣十五萬元以下罰金，不屬刑法第六十一條所列之罪，依首揭規定，該部分之犯罪事實，應依軍事審判法之規定追訴審判，且本件犯罪事實之一部既應依軍事審判法追訴審判，本案件全部自應依軍事審判法審判之。是原判決認被告並非盜取林女之財物，而係代林女保管財物，其後變更持有為所有之意圖及其連續擅自盜打林女行動電話之行爲，係犯刑法第三百三十五條第一項之侵占罪及同法第三百三十九條第二項之詐欺得利罪，並以該二罪均屬刑法第六十一條所列之罪，依國家安全法第八條第二項但書之規定，軍事法院無審判權，而諭知判決不予受理，移送台灣台北地方法院檢察署偵辦，即有適用法則不當之違背法令。率經確定，非常上訴意旨執以指摘原判決不當，洵有理由，惟本件序審雖係誤認為無審判權而判決不予受理，但原判決尚非不利於被告，應由本院將上開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、軍事審判法第二百二十八條，判決如王又。

中 華 民 國 九 十 年 三 月 二 十 九 日

【第八十二案】

一、關係條文

道路交通管理處罰條例 第八十六條第二項、第四十條。

道路交通安全規則 第九十三條第一項第一款。

刑法 第六十二條前段。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者為違背法令。刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又道路交通管理處罰條例第八十六條第二項所為汽車駕駛人減輕其刑之規定，係以汽車駕駛人「在快車道依規定駕車行駛」，因行人或慢車不依規定擅自進入快車道而致人受傷或死亡，依法應負刑事責任者為其要件。如汽車駕駛人未依規定駕車行駛，並因而致人於死，即非「在慢車道依規定駕車行駛」，當然不得適用該規定減輕其刑。依本件原判決事實欄之記載，被

告係於八十八年一月八日六時十五分許，駕駛自用小客車，沿臺北縣新店市安和路二段內側快車道，由新店往中和方向行駛，途經安和路二段外挖子橋、安興路有號誌岔岔路口前、限速為四十公里之路段時，正天雨視線不佳且路面濕滑，本應注意汽車行駛速度應依標誌之規定，無標誌者，在市區道路之時速不得超過四十公里，如因雨霧致視線不清時，則應注意減速慢行作隨時停車之準備，並應注意車前狀況，隨時採取必要之安全措施。依當時狀況並無不能注意之情事，竟疏未注意而以時速四十至五十公里之速度行駛，因而撞死穿越道路之徐某，可知被告當時係未依規定減速且超速行駛，自非「在快車道依規定駕車行駛」。當然無道路交通管理處罰條例第八十六條第二項減輕其刑之適用。原判決竟適用該項規定予以減輕其刑，顯屬違法。率經確定，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

八十九年度台非字第一五八號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上诉人因被告過失致人於死案件，對於臺灣高等法院，中華民國八十九年一月二十八日第二審確定判決，認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於違背法令部分撤銷。

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。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。又道路交通管理處罰條例第八十六條第二項係規定「汽車駕駛人，在快車道依規定駕車行駛，因行人或慢車不依規定，擅自進入快車道，而致人受傷或死亡，依法應負刑事責任者，減輕其刑。」，是以汽車駕駛人依該規定減輕其刑者，須以汽車駕駛人在快車道依規定駕車行駛為要件。本件原確定判決認定被告於民國八十八年一月八日上午六時十五分許，駕駛車輛××—二×××號自用小客車，沿臺北縣新店市安和路二段內側快車道，由新店往中和方向行駛，途經安和路二段外挖子橋、安興路有號誌交岔路口前速限為時速四十公里之路段，當時又伴天雨視線不佳且路面濕滑，本

應注意汽車行車速度應依標誌之規定，無標誌者，在市區道路之時速不得超過四十公里，如因霧致視線不清時，則應注意減速慢行作隨時停車之準備，並應注意車前狀況隨時採取必要之安全措施，而依當時路面無缺陷、道路無障礙物，並無不能注意之情事，被告竟疏未注意而貿然以時速四十至五十公里之速度行駛，適有行人徐某於設有行人穿越道之路段，亦疏未注意應經由行人穿越道穿越道路，不得在該行人穿越道三十公尺範圍內任意穿越道路，而在外挖子橋橋頭號誌燈桿處（距離行人穿越道二十五公尺又二十公分）擅自進入快車道，由東往西萬欲穿越安和路至安興路運動，致被告駕車致避不及，而撞及徐某，徐某因而受有開放性頭顱骨折併右硬膜下腦出血、腦內出血等傷害，經送醫急救後，仍因顱骨骨折併顱內出血，延至同日上午十時許不治死亡等情。乃撤銷第一審判決，改判仍依刑法第六十二條前段及道路交通管理處罰條例第八十六條第二項規定，遞予減輕其刑後，論處被告因過失致人於死罪刑（處有期徒刑八月。緩刑三年）。惟被告於上開時、地駕駛小客車在時速限速四十公里之路段，以時速四十至五十公里之速度超速行駛，有違道路又通安全規則第九十三條第一項第一款之規定，屬道路交通管理處罰條例第四十條所處罰之違規行為，自非屬「在快車道

依規定行駛」，揆諸上開說明，應無道路交通管理處罰條例第八十六條第二項減輕其刑規定之適用，原確定判決竟依該規定減輕被告之法定刑，自有適用法則不當之違背法令。寧經確定，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，判決如左。

中華民國十八年六月九日

【第八十三案】

一、關係條文

懲治走私條例 第二條第一項、第三條第一項、第十二條。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按懲治走私條例第二條第一項之私運管制物品進口罪，係以自國外私運管制物品進入我國領域內爲其構成要件。若自國內某一地區運送已走私進口之管制物品至國內另一地區。則屬同條例第三條之運送走私物品罪。原判決既認定被告係在大陸地區福建省及我國馬祖海域一帶，向大陸漁民販入大陸蝦皮私運至臺灣省臺北縣全山鄉阿里荖漁港。理由項下又引用運送走私蝦皮來台之○○二號漁船船長即證人謝某之證言，謂共同被告池某購買蝦皮之地點，係在離馬祖約一小時航程，仍在馬祖十二海里內，向不知名之船舶所購買。等語。並謂共同被告池某雖在該證人所駕駛之船上，對船舶之位置，自應以駕駛船舶之該船長較爲明白。云云。

可知也。其係在我國馬祖海域之內，向不明船舶購買蝦皮運送來台。足以證明被告並非自國外私運管制物品至我國領域內。原判決論以私運管制物品進口罪，其事實、理由與判決王又即屬相互矛盾。況依原判決事實欄之記載，被告係在「大陸地區福建省及我國馬祖海域一帶」向不評名稱之大陸漁船上之漁民購買蝦皮私運來台。共同被告也。其在警察人員訊問時，亦曾自稱其購買蝦皮係「在福建省外海上交易」。所謂大陸地區福建省及我國馬祖海域一帶，或福建省外海上，究係屬於大陸地區抑屬於臺灣地區，是否在我國所屬十二哩領海之外，關係被告應成工應台走私條例第二條第一項之罪抑或同條例第三條第一項之罪，以及應否適用該條例第十二條之規定。原判決含糊其詞，未作明確之認定，顯不足以爲適用法律之依據，乃竟論以私運管制物品進口罪刑，殊屬乏據。案經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十九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

右上訴人因被告走私案件，對於臺灣高等法院中華民國八十八年十月二十七日第二審確定判決，認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於某甲部分撤銷，由臺灣高等法院依判決前之程序更為審判。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又按懲治走私條例第二條第一項之私運管制物品進口罪，係以自國外私運管制物品進入我國領域內為其成立要件。若自國內某一地區運送管制物品至國內另一地區，或自大陸地區私運管制物品進入臺灣地區。其屬前者，應適用同條例第三條之規定論以國境內運送管制物品罪。若屬後者，則應成立同條例第十二條之準私運管制物品進口罪，並依該條之規定適用同條例第二條第一項之規定處斷，均不能逕論以同條例第二條第一項之私運管制物品罪。本件原判決認定被告某甲與同案被告乙某基於共同犯意聯絡，由乙某僱用不知情之謝某駕駛馬祖籍○二號漁船，於民國八十五年八月十五日十二時許，在「大陸地區福建省及我國馬祖海域一

帶」，向草不評大陸漁船上之大陸漁民購入大陸蝦皮六百箱（共九千公斤，完稅價格新台幣二十七萬二千零九十三元）。並於同年月十六日上午五、六時許，私運至我國臺灣之阿里港漁港卸貨。復由被告僱用鄭某、吳某駕駛貨車前往欲載運至臺北縣三重市草冷庫庫存放，被警於臺北縣及全公路○○電機公司前查獲等情。且原判決理由第一段第四小節中又謂「也草向不知名之船舶購買蝦皮地點應係在「馬祖十二海里附近」，而我國金門、馬祖地區海域與大陸地區交界處之海域為兩岸所管轄，究竟何處屬於我國領海，何處屬於大陸地區之領海，無從區分，仍有待我國與大陸地區協商解決，尚不能遽認也草係在大陸地區購買蝦皮云云。其對於共犯也草究竟在「大陸地區福建省」，抑或在「我國馬祖海域」向大陸漁民購入前揭大陸蝦皮，並未加以釐清，竟於事實欄中籠統記載自「大陸地區福建省及我國馬祖海域一帶」向大陸漁民購入大陸蝦皮，而將之私運至台灣等情，其事實之認定不無矛盾。查共犯也草如係自「大陸地區福建省」將上開大陸蝦皮私運入我國台灣境內，則應成工懲治走私條例第十二條之走私運管制物品進口罪。反之，若其係自「我國馬祖海域內」將上揭大陸蝦皮私運入台灣阿里港港，則應成工同條例第三條之在國境內運送管制物品罪。不論屬於前者或

後者，本件均無適用同條例第二條第一項之私運管制物品罪論罪之餘地。乃原判決未釐清事實，即變更檢察官起訴法條，逕依懲治走私條例第二條第一項予以論罪科刑，依首揭說明，難謂無適用法則不當之違背法令。牽經確定，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由，應由本院將原判決關於某甲部分撤銷。惟原審就本案事實之認定未臻明確，非常上訴審無從調查，爲未事實之明確，並爲維持被告之審級利益，應由原審依判決前之程序更爲審判，以資糾正。據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項，判決如王又。

中 華 民 國 八 十 九 年 八 月 十 七 日

【第八十四案】

一、關係條文

先錢防制法 第九條第一項、第二條第二款、第三條第一項第一款。

刑法 第三百四十九條第一項、第二項、第五十六條。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決適用法則不當者，為當然違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又收受他人因重大犯罪所得財物者，係犯先錢罪，此觀之先錢防制法第二條、第三條、第九條第一項規定自明，且本罪為刑法贓物罪之特別規定，應優先適用。本件原判決既認定被告某甲「明知羅某逃亡期間所攜帶之財物，均係強盜所得之贓物，竟基於概括之犯意，連續收受羅某所給予之現金二萬元，其間並於八十八年五月十日持羅某所交予之勞力士紅蟬手錶一只，至嘉義市○○路××號令某所經營之○○當舖典當得款二萬五千元，並收受其中六千元贓款花

用。」竟未依洗錢防制法第九條第一項論以洗錢罪，仍依刑法贓物罪判處罪刑，自有適用法則不當之違法。又被告既犯洗錢罪，其收受贓物及持贓物典當之行爲，均屬洗錢之態樣，不能分別論科，乃原判決分別論處被告收受及牙保贓物二罪，亦屬於法有違，業經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十九年度台非字第一八三號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告贓物案件，對於台灣台南地方法院中華民國八十九年三月一日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於某甲部分撤銷，由台灣台南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）

本院按判決適用法則不當者，其判決當然違背法令，爲刑事訴訟法第三百七十八條所明定。本件原確定判決認定 被告某甲曾於民國八十五年間，因賭博案件，經台灣高雄地方法院判處有期徒刑三月，甫於八十六年三月九日執行完畢，猶不知悔改。因與羅某係男女朋友關係，其明知羅某（經原判決論以強劫而故意殺人未遂罪，判處無期徒刑，褫奪公權終身）逃亡期間所攜帶之財物，均係強盜所得之贓物，竟基於概括之犯意，連續收受羅某所給予之現金新台幣（下同）二萬元，其間並於八十八年五月十日持羅某所交予之勞力士紅蟬手錶一只，至嘉義市○○路××號令某所經營之○○當舖典當得款二萬五千元，並收受其中六千元贓款花用。嗣於八十八年八月十九日二十一時五十分許，二人在嘉義縣○○鎮○○路六三巷××號爲警查獲，並扣得自羅某處取得之贓款六千五百元等情。因認被告所爲，係犯刑法第三百四十九條第一項之收受贓物罪及同條第二項之牙仔贓物罪，其爲羅某典當勞力士手錶二萬五千元後，收受羅某給付其中之六千元，係刑法第三百四十九條第三項「因贓物變得之財物，以贓物論」之規定，乃屬收受贓物之犯行。被告先後二次收受贓物犯行，時間緊接，所犯又係構成要件相同之罪名，顯係基於概括犯意爲之，應依刑法第五十六條之規定以連續犯論處，

並加重其刑。又某甲所犯前開連續收受贓物與牙仔贓物二罪間，犯意各別，行爲互殊，應分別併罰。且其甫於八十六年三月九日，受有期徒刑之執行完畢，有台灣高等法院被告刑案紀錄表及台灣台南地方法院檢察署刑案資料查註紀錄表各一紙在卷可按，其於五年內再犯本件有期徒刑以上之罪，爲累犯，應依刑法第四十七條之規定遞加重其刑。乃撤銷第一審關於被告部分之科刑判決，改判論以連續收受贓物，累犯罪及牙仔贓物，累犯罪，並審酌一切情狀，依序判處有期徒刑肆月、陸月，及定應執行刑爲有期徒刑玖月，雖非無見。惟按凡收受、搬運、寄藏、故買或牙仔他人因重大犯罪所得財物或財產上利益者，均稱之爲先錢，又所稱重大犯罪，係指所犯最輕本刑爲五年以上有期徒刑以上之刑之罪而言，而先錢者，處五年以下有期徒刑，得併科新台幣三百萬元以下罰金，先錢防制法第二條第二款、第三條第一項第一款、第九條第一項分別定有明文。又本件依原確定判決認定之事實，被告所收受及牙仔者，均係其女友羅芊（觸犯強劫而故意殺人未遂罪）因強盜所得之贓物，依前開說明，顯係觸犯先錢防制法第九條第一項之先錢罪。而先錢防制法係政府爲防制先錢，追查重大犯罪所制定之特別法，其法定本刑又較之刑法第三百四十九條第一項、第二項爲重，依特別法優於普通法

之原則，自應適用先錢防制法處斷，原判決見未及此，竟分別依刑法第三百四十九條第一項之收受贓物及同條第二項之牙保贓物罪論處，已有適用法則不當之違背法令。又被告先後所爲，既均成工洗錢罪，罪名相同，依原判認定之犯罪情節，顯係基於概括之犯意反覆爲之，自應依刑法第五十六條之規定論以連續洗錢一罪。原判決認其所犯連續收受贓物及牙保贓物二罪，犯意各別，行爲互殊，應分論併罰，乃有違誤。案經確定，且就原判決論罪科刑之整體觀察，顯於被告不利，應由本院將原判決關於被告某甲部分撤銷，爲維持其審級利益，應由原審法院依判決前之程序更爲審判，期臻適法。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款、第二項前段，判決如左。

中華民國十八年七月六日

【第八十五案】

一、關係條文

電子遊戲場業管理條例 第二十二條、第三條、第四條、第五條、第六條。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。查，電子遊戲場業管理條例第三條規定「本條例所稱電子遊戲場業，指設置電子遊戲機供不特定人益智娛樂之營利事業」，第四條第一項前段規定「本條例所稱電子遊戲機，指利用電子、電腦、機械或其他類似方式掙縱，以產生或顯示聲光影像、圖象、動作之遊樂機具，或利用上述方式掙縱鋼珠或鋼片發射之遊樂機具。」，同條第二項規定「前項電子遊戲機不得有賭博或妨害風化之設計及裝置，其分類如下 一、益智類。二、鋼珠類。三、娛樂類」，關於電子遊戲場業之營業分級更分為普通級（指僅設置益智類電子遊戲機，供兒童、少年及

一般大眾遊藝者）及限制級（指設置鋼珠類、娛樂類或附設益智類電子類遊戲機，僅供十八歲以上之人遊藝者），電子遊戲場業在同一營業場所不得混合營業級別經營（同條例第五條第一項、第二項），再對照同條例第六條規定「電子遊戲機之製造業、進口人或軟體設計廠商，應於製造或進口前，就其軟體，向中央王管機關申請核發評鑑分類文件，並於出廠或進口時，向中央王管機關申請查驗，合格者，發給機具類別標示證。但專供出口電子遊戲機之製造，不在此限。前項查驗，中央王管機關得委託相關團體協助之。中央王管機關為執行第一項之評鑑分類，應成立評鑑委員會，其組織及評鑑作業程序，由中央王管機關定之。中央王管機關應自收受評鑑申請書之日起三十日內，完成評鑑分類之決定，並公告評鑑分類之結果。第一項製造業或進口人，應就其機具結構，依商品檢驗法申請檢驗」觀之，該條例第四條雖亦有「電腦」字樣，但該「電腦」應與坊間販售含有王機、螢幕、鍵盤、音效卡等之個人電腦有間，亦即該條例所規範者，係指利用電腦原理及相關電腦配件所設計及裝置可以產生或顯示聲光影像、圖案、動作之內有固定程式軟體及主機板之專用遊樂機具，而一般個人電腦內雖亦可儲存或自網際網路上擷取可以產生或顯示聲光影像、圖案、動作之遊戲，並供人下載把玩使用，惟此僅係具備多重功能之現代個人電腦之附屬功能之一，顯非電子遊戲業管理條例所規範利用電腦操縱，以產生或顯示聲光影像、圖案、動作之專用遊樂機具，此

丁可由該條例第四條第二項明又規定「前項電子遊戲機不得有賭博或妨害風化之設計及裝置」可證，否則市售個人電腦之製造、進口或軟體設計廠商，於製造或進口前，就其軟體，均應依該條例第六條規定，向中央王管機關申請核發評鑑分類文件，並於出廠或進口時，向中央王管機關申請查驗，合格者，始發給機具類別標予證，顯與市售個人電腦之製造、進口或軟體設計之現況不合，當非該條例之立法本旨。次查，電子遊戲場業管理條例自民國八十九年二月三日公布施行後，中央王管機關經濟部先後於八十九年五月五日、十九日、十一月十五日、二十一日以經（八九）商字第八九〇一二四二八號、第八九〇一三四九四號、第八九二二三二九八號、第八九二二三九九〇號函釋，略以「業者利用電視遊樂器裝置提供卡匣供人操作娛樂、利用電腦功能以磁碟、光碟供人遊戲娛樂、利用電腦網路供人下載或擷取遊戲軟體供人遊戲之營業，應登記於現行公司行號營業項目『代號丁七九九九九〇其他娛樂業』項下營業，非屬電子遊戲場業」（台灣高等法院八十九年度上易字第三七二六號、第四六七三號判決、九十年度上易字第七一號、第一一〇號、第五四〇號判決參照），足見頒布該條例之中央王管機關顯已明示，利用電腦功能以磁碟、光碟供人遊戲娛樂或利用電腦擷取網路資料供人遊戲者，應屬「丁七九九九九〇其他娛樂業」，而非屬「丁七〇一〇一〇電子遊戲場業」甚明，自丁無須依電子遊戲場業管理條例之規定辦理營利事業登記證。

本件被告某甲在台北市中山區○○路××巷××號一樓開設「○○資訊館」，提供電腦四五部供消費者上網查尋擷取資料或擷取網路遊戲或連線對打即時遊戲等，店方並提供即時戰略遊戲「世紀帝國II等遊戲光碟片供消費者現場打玩等情，依上開經濟部函釋，應非屬「電子遊戲場業」，自不受電子遊戲場業管理條例之規範，即經本署函詢經濟部於九十一年五月九日以經商字第○○九一〇二〇八一〇六〇號函復以「『○○資訊館』提供電腦，供消費者上網查尋擷取資料或擷取網路遊戲或連線對打即時遊戲等 應依公司行號營業項目代碼分別登記為『一三〇一〇三〇電子資訊供應服務業』及『丁七九九九〇其他娛樂業（應具體訂明）』」在卷足稽，被告所為顯與電子遊戲場業管理條例第二十二條之構成要件不符，乃台灣台北地方法院於九十一年一月二十四日以九十一年度簡字第××號刑事簡易判決時，疏未向經濟部函詢，遽行依電子遊戲場業管理條例第二十二條規定論罪科刑，揆諸首開說明，原判決顯有依本法應於審判期日調查之證據未予調查及適用法則不當之違背法令。案經確定且於被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條規定提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

九十一年度台非字第二一二號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告違反電子遊戲場業管理條例案件，對於台灣台北地方法院中華民國九十一年一月二十四日第一審確定簡易判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決撤銷，由台灣台北地方法院依判決前之程序更為審判。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又電子遊戲場業管理條例所稱電子遊戲場業，係指設置電子遊戲機供不特定人益智娛樂之營利事業（電子遊戲場業管理條例第三條）。另所謂電子遊戲機，則指利用電、電子、電腦、機械或其他類似方式掙縱，以產生或顯示聲光影像、圖案、動作之遊樂機具，或利用上述方式掙縱鋼珠或鋼片發射之遊樂機具（同條例第四條第一項），前項電子遊戲機不得有賭博或

妨害風化之設計及裝置，共分為益智類、鋼珠類及娛樂類（同條例第四條第二項）。而關於電子遊戲場業之營業分級更分成普通級（指僅設置益智類電子遊戲機，供兒童、少年及一般大眾遊藝者）及限制級（指設置鋼珠類、娛樂類或附設益智類電子遊戲機，僅供十八歲以上之人遊藝者），且電子遊戲場業在同一營業場所不得混合營業級別經營（同條例第五條）。再對照同條例第六條所定「電子遊戲機之製造業、進口人或軟體設計廠商，應於製造或進口前，就其軟體，向中央主管機關申請核發評鑑分類文件，並於出廠或進口時，向中央主管機關申請查驗，合格者，發給機具類別標示證。但專供出口電子遊戲機之製造，不在此限。前項查驗，中央主管機關得委託相關團體協助之。中央主管機關為執行第一項之評鑑分類，應成立評鑑委員會，其組織及評鑑作業程序，由中央主管機關定之。中央主管機關應自收受評鑑申請書之日起三十日內，完成評鑑分類之決定，並公告評鑑分類之結果。第一項製造業或進口人，應就其機具結構，依商品檢驗法申請檢驗。」之規定觀之，該條例第四條所規定之「電腦」之又意，自與坊間販售含有主機、螢幕、鍵盤、音效卡等之個人電腦有間，即本條例所規範者，應指利用電腦原理及相關電腦配件所設計及裝置可以產生或顯示聲光影像、

圖案、動作之有固定程式軟體及主機板之專用遊樂機具而言。至一般之個人電腦雖亦可儲存或自網際網路上擷取聲光影像、圖案、動作之遊戲，並供人下載使用，惟此僅係具備多重功能之現代個人電腦之附屬功能之一，顯非屬電子遊戲場業管理條例所規範之利用電腦掙縱，以產生或顯于聲光影像、圖案、動作之專用遊樂機具，此可由該法第四條第二項規定「前項電子遊戲機不得有賭博或妨害風化之『設計及裝置』」等語可證，否則市售個人電腦之製造、進口或軟體設計廠商，於製造或進口前，就其軟體，豈非均應依該條例第六條規定，向中央王管機關申請核發評鑑分類文件，並於出廠或進口時，向中央王管機關申請查驗，合格者，始發給機具類別標于證，此顯與市售個人電腦之製造、進口或軟體設計之現況不合，當非該條例立法之本旨。次查電子遊戲場業管理條例於八十九年二月三日公布施行後，王管機關經濟部迭於八十九年五月五日、十九日、十一月十五日、二十一日以經（八九）商字第八九〇一二四二八、八九〇一三四九四、八九二二三二九八、八九二二三九九〇號函指出「業者利用電視遊樂器裝置提供卡匣供人操作娛樂、利用電腦功能以磁碟、光碟供人遊戲娛樂、利用電腦網際網路供人下載或擷取網際網路資料供人遊戲之營業，應登記於現行公司行號營

業項目「代號丁七九九九九〇其他娛樂業」()項下營業，非屬電子遊戲場業。」等語，此有卷附之台灣台北地方法院九十年度簡上字第三三七號判決引用之前開函釋足查，足認頒佈該條例之王管機關乃認利用電腦功能以磁碟、光碟供人遊戲娛樂或利用電腦擷取網路網路資料供人遊戲者，應屬「其他娛樂業」，而非屬「電子遊戲場業」，自不須依電子遊戲場業管理條例之規定辦理營利事業登記證。再原確定判決之犯罪事實雖引用檢察官聲請簡易判決處刑書之記載，認定 被告明知未依電子遊戲場業管理條例規定辦理營利事業登記證，不得經營電子遊戲場業，竟自八十九年十二月二十九日起，在台北市中山區○○路××巷×號一樓開設「○○資訊館」，擅自設置以電、電子、電腦方式掙縱，產生或顯于聲光影像、圖案、動作連結各分機提供遊戲對打，經營供不特定之人益智娛樂之營利事業，先後於同年十二月二十九日、三十日、三十一日及九十年一月四日、五日、六日、十二日、十三日、十四日為警查獲等情，並以臨檢記錄表資為不利被告之認定。然依卷內台北市政府警察局中山分局長春路派出所臨檢記錄表記載「據現場負責人某甲稱 該店 係一開放性包廂空間，店內裝設電腦四十五部，供消費者上網查尋擷取資料或擷取網路遊戲或連線對打即時遊戲

等，店方正提供即時戰略遊戲。世紀帝國2等遊戲光碟片，供消費者現場打玩。臨檢時，現場消費者A、B、C、D、E、F、G、H、I等人正在打玩即時戰略遊戲世紀帝國2（由店方提供之光碟片）」等語，原判決認定之事實頗與所採卷證資料不符，自有證據上理由矛盾之違背法令。況依上開警方臨檢查獲之事實，如果無訛，被告既係提供電腦四十五部供消費者上網擷取資料或擷取網路遊戲或連線對打即時遊戲，依上開經濟部函釋，被告經營之資訊館應非屬「電子遊戲場業」，自不受電子遊戲場業管理條例之規範，原審於九十一年一月二十四日判決時，疏未向經濟部函詢查明，遽依電子遊戲場業管理條例第二十二條之規定論罪科刑，揆諸首開說明，尤有應於審判期日調查之證據未予調查及適用法則不當之違誤。案經確定，又於被告不利，非常上訴執以指摘，尙有理由。本件既步及事實之認定，爲使事實臻於明確，應由本院將原判決撤銷，由原審依判決前之程序更爲審判，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項，判決如左。

中華民國九十一年八月二十一日

【第八十六案】

一、關係條文

商 標 法 第六十條、第五十二條第一項、第三十七條第一項、第五十四條、第六十二條
第一款。
刑事訴訟法 第三百七十九條第九款。

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。又依商標法第六十條規定，在評定程序進行中，凡有提出關於商標專用權之民事或刑事訴訟者，應於評定商標專用權之評決確定前，停止其訴訟程序之進行。揆其立法目的在於商標專用權之本身，是否確係合法存在？得否為保護之客體？此為商標專用權案件之民事或刑事訴訟之前提待決事項，故應在評定程序確定前，停止訴訟程序之進行，此乃強行規定，違者，即有刑事訴訟者第三百七十九條第九款規定依該法規定應停止審判而未停止審判者，當然違背法

令之情形（本院七十九年台上字第五三六七號判決、七十三年台非字第十六號判決參照）。查本件自訴人○○墊板股份有限公司（以下簡稱○○墊板公司）前以「○○墊」商標，指定使用於民國七十二年商標法施行細則第二十七條第九十類之航空機、船舶、車輛、運輸機械器具及其組件等商品，申請註冊，經准列為第二四九一九九號註冊商標。嗣被告以該註冊商標有違反註冊時商標法第三十七條第一項第十款之規定及商標法第五十四條規定，請求認定該商標專用權範圍，對之申請評定，經前中央標準局於八十二年十一月十八日以中台評字第八二〇四二六號商標評定書第一次評定，自訴人不服提起訴願，經經濟部撤銷原處分，中央標準局又於八十三年十月三日作成中台評字第八三〇三五七號第二次評定。然該評定並未確定，自訴人不服再提訴願，復經經濟部撤銷該處分，中央標準局再於八十五年二月七日以中台評字第八五〇〇三三號作成第三次評定，嗣經被告提起訴願，再訴願均被駁回始告確定。查本件第一審審理時，曾函詢中央標準局該評定是否確定，該局函復向未確定，原審審理時，雖曾函中央標準局查詢上開評定書所稱「貨車用鋪設之塑膠纖維墊板」與「貨車用鋪設之塑膠墊板」是否為「同類商品」，惟未再查證該評定書是否已確定，即根據該向未確定之中台評字第八三〇三五七號評定書遽予判決，其審判自屬違背法令。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決

九十一年度台非字第廿七二號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因○○墊板股份有限公司自訴被告違反商標法案件，對於台灣高等法院中華民國八十三年十二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

原判決關於訴訟程序違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按商標之註冊違反商標法第三十七條第一項之規定者，利害關係人得申請商標主管機關評定其註冊為無效，在評定程序進行中，凡有提出關於商標專用權之民事或刑事訴訟者，應於評定商標專用權之評定確定前，停止其所訟程序之進行，商標法第五十二條第一項、第六十條定有明文。因上開法條既有應停止訴訟程序規定，法院自無裁量之餘地。故應在評定程

序確定前停止訴訟程序進行之案件，未停止審判而遽行判決，即有刑事訴訟法第三百七十九條第九款所定依本法應停止審判而未停止者之當然違背法令情形。本件自訴人○○○公司以被告某甲自七十七年間起至八十二年二月六日止曾連續多次於其所製造販賣之汽車墊板上，使用自訴人於七十三年間向前經濟部中央標準局登記註冊而取得使用於航空機、船舶、車輛、運輸機械器具及其組件之「○墊」商標專用權，認被告步有商標法第六十二條第一款罪嫌。而被告則以上開商標之註冊有註冊時商標法第三十七條第一項第十款所規定之情形，依第五十四條之規定申請商標王管機關評定該商標專用權之範圍。嗣經中央標準局於八十二年十一月十八日以中台評字第八二〇四二六號商標評定書第一次評定，自訴人不服提起訴願，經經濟部撤銷原處分，中央標準局又於八十三年十月三日作成中台評字第八三〇三五七號第二次評定，然該評定並未確定，自訴人不服再提訴願，復經經濟部撤銷該處分，中央標準局再於八十五年二月七日以中台評字第八五〇〇三三號作成第三次評定，嗣經被告提起訴願，再訴願均被駁回始告確定。且本件第一審審理時，曾函詢中央標準局該評定是否確定，該局函復尚未確定，原審審理時，雖曾函中央標準局查詢上開評定書所稱「貨車用鋪設之塑膠纖維墊

板」與「貨車用鋪設之塑膠墊板」是否爲「同類商品」，惟未於上開商標專用權之評決確定前，依法停止其訴訟程序之進行，遽予撤銷第一審科刑判決、改判諭知被告無罪。揆諸首開說明，其所踐行之訴訟程序自屬違背法令，案經確定，非常上訴執以指摘，尙有理由，應將原判決關於訴訟程序違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第二款，判決如王文。

中 華 民 國 九 十 一 年 十 月 十 七 日

【第八十七案】

一、關係條文

專利法 第一百三十一條第二項、第三項、第一百二十四條。
 最高法院法官會議釋字 第五〇七號解釋、第一八五號解釋。
 刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決適用法則不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又專利法第一百三十一條第二項應檢附侵害鑑定報告及同條第三項未提出前項侵害鑑定報告者，其告訴不合法之規定，因違反憲法第二十三條之比例原則，應自解釋公布之日即民國八十九年五月十九日起不適用。是王張遭侵害之專利權人已以訴狀具體指明其專利權遭受侵害之事證者，其告訴即屬合法，業經司法院法官會議釋字第五〇七號解釋在案。而確定終局判決所適用之法律或適用法律所表示之見解，經司法院依人民聲請解釋與憲法意旨不符，其受不利確定終

局判決裁判者，得以該解釋爲非常上訴之理由，亦有釋字第一八五號解釋可資參考。本件告訴人○○企業股份有限公司（下稱○○公司）就被告侵害專利法犯行，業以訴狀檢附專利代理人林萃制作之鑑定報告及請求排除侵害之存證信函依法提出告訴，足見已具體指明其專利權被侵害之事證，其告訴即屬合法，法院應爲實體判決。詎第一審竟以上開侵害鑑定報告乃屬專利代理人個人所撰而非侵害鑑定專業機構所爲，不符專利法第一百三十一條規定，其告訴不合法，而爲公訴不受理之判決，原判決不予撤銷糾正，而爲駁回上訴，同有適用法則不當之違誤。又上開釋字第五〇七號解釋係據告訴人聲請而作成，亦有司法院大法官書記處八十九年六月十五日（八九）處大二字第一四四三五號函所附解釋抄本可稽。率經確定，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

八十九年度台非字第249號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告違反專利法案件，對於台灣高等法院台中分院中華民國八十七年二月二十七

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

原審及第一審判決關於違背法令部分均撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按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。又確定終局裁判所適用之法律，或其適用法律所表示之見解，經司法院依人民聲請解釋認為與憲法意旨不符，其受不利確定終局裁判者，得以該解釋為非常上訴之理由，有司法院釋字第一八五號解釋可稽。又民國八十三年一月二十一日修正公布之專利法第一百三十一條第二項第三項所定「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。」「未提出前項又件者，其告訴不合法。」，業經司法院於八十九年五月十九日公布之大法官會議解釋字第五〇七號解釋認為係對人民訴訟權所為不必要之限制，違反憲法第二十三條之比例原則，應自該解釋公布之日起不予適用，上開解釋係據告訴人聲請而作成，亦有司法院大法官書記處八十九年六月十五日（八九）處大二

字第一四四三五號函所附解釋抄本在卷可憑。卷查本件告訴人○○公司就被告某甲步犯專利法第一百二十四條罪嫌，革以訴狀檢附專利代理人林某製作之鑑定報告及請求排除侵害之存證信函提出告訴，足見已具體指明其專利權被侵害之事證，依上開司法院釋字第五〇七號解釋，其告訴即屬合法，法院自應為實體判決，乃第一審竟以上開侵害鑑定報告乃屬專利代理人個人所擇而非侵害鑑定專事機構所為，不符專利法第一百三十一條規定，其告訴不合法而為公訴不受理之判決，自有適用法則不當之違背法令，原判決不予撤銷糾正，仍予維持，同有違誤。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，但原判決尚非不利於被告，應由本院將原判決及第一審判決關於違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中華民國八年九月九日

【第八十八案】

一、關係條文

公司法 第九條第三項。

刑法 第二百十六條、第二百十條、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不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又公司法第九條第三項前段規定公司應收之股款，股東並未實際繳納，而公司負責人以申請又件虛偽表明收足者，係指投資人有入股之意思及行為，於公司申請設工登記時，公司應收之股款，股東並未實際繳納，而以申請又件虛偽表明收足者為限。若其本無入股之意思，即無所謂應收之股款，股東並未實際繳納之問題，且如股東未達法定之人數，依法本不得為公司之設工登記，公司負責人竟持虛偽之證明又件使王管機關公務員陷於錯誤而准予登記，乃係同

法條第一項「公司設工登記後，發現其設工登記有違法情事」之問題，與同條第三項規定之要件自有未合（八十六年度台上字第四九九號判決參照）。查本件原判決於事實欄既認定被告某甲於發起設工○○國際有限公司（下稱○○公司）時，明知劉某、陳某、黃某、張某並未同意加入該公司為股東，且四人亦未出資繳納股款，竟未經劉某等四人之同意或授權，於公司設工登記時，虛列其四人為股東，而在公司章程股東資料上虛偽記載劉某出資新台幣（下同）二百五十萬元，陳某出資一百萬元，黃某、張某各出資五十萬元，掛名為股東，並利用不知情之刻印商人偽刻其四人之印章，加蓋於公司章程上。繼而將上開資料送由不知情之○○會計師事務所人員鄭某持以向台北市政府建設局辦理○○公司設工登記。是本件劉某等四人既無入股為股東之意，即無所謂應收之股款，亦無並未實際繳納股款之問題，依上開判決意旨被告所為與公司法第九條第三項規定之要件自有未合。乃原判決竟認被告所為陰犯有刑法第二百十六條、第二百十條、第二百十四條之偽造文書罪外，又犯公司法第九條第三項之罪。自有判決適用法則不當之違背法令。案經確定且對被告不利。爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十九年度台非字第一四〇號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告偽造文書案件，對於台灣高等法院中華民國八十八年四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違背法令之部分均撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按公司法第九條第三項所謂「公司應收之股款，股東並未實際繳納，而以申請又件表明收足」，係指投資人有入股之意思及行為，於公司申請設工登記時，公司應收之股款，股東並未實際繳納，而以申請又件虛偽表明收足者而言。若其本無入股之意思，即無所謂應收之股款，股東並未實際繳納之問題。本件第一審判決既認定被告某甲於發起設工○○○公司時，明知劉某、陳某、黃某、張某並未同意加入該公司為股東，且四人亦未出資繳納股款，竟未

經劉甲等四人之同意或授權，於公司設工登記時，虛列其四人為股東，而在公司章程股東資料上虛偽記載劉某出資二百五十萬元、陳某出資一百萬元、黃某、張某各出資五十萬元，掛名為股東，並利用不知情之刻印商人偽刻其四人之印章，而加蓋偽造之印又於公司章程上。繼而將上開資料送由不知情之○○會計師事務所人員鄭某持以向台北市政府建設局辦理○○公司設工登記等情。足證劉甲等四人並無入股為○○公司股東之意思，即無所謂應收之股款，股東並未實際繳納之問題。揆之上開說明，被告某甲所為核與公司法第九條第三項之犯罪構成要件不合。乃第一審判決認被告某甲所為陰步犯刑法第二百十六條、第二百十條、第二百十四條之罪外，另犯公司法第九條第三項之罪，原判決未予糾正，仍予維持，自有判決適用法則不當之違背法令。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由。因原判決認被告某甲所犯刑法第二百十六條、第二百十條、第二百十四條及公司法第九條第三項三罪間，有方法結果之牽連關係，應從一重之刑法第二百十六條、第二百十條之行使偽造私文書罪處斷，就計算罪數錯誤之點而論，原判決雖似不利於被告，然就適用法則錯誤之點而論，則行使偽造私文書罪狀較違反公司法第九條第三項之罪刑為重，原判決結局仍非於被告不利。應由本院

僅將原判決及第一審判決關於違背法令之部分均撤銷，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 九 年 五 月 十 八 日

【第八十九案】

一、關係條文

動物傳染病防治條例 第四十一條第一項、第三十三條。
臺灣地區與大陸地區人民關係條例 第四十條。
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，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又依台灣地區與大陸地區人民關係條例第四十條規定，輸入或攜帶進入台灣地區之大陸地區物品，以進口論，其檢驗、檢疫、管理、關稅等稅捐之徵收及處理等，依輸入物品有關法令之規定辦理。且大陸地區經行政院農委會公告為偶蹄類動物傳染病疫區，有行政院農委會（八八）農防字第八八五〇〇〇一八號函在卷足憑。故自大陸進口偶蹄類動物，應依動物傳染病防治條例之規定辦理。本件被告自大陸地區輸入馬匹至全門縣，係違反動物傳染病

防治條例第三十三條之規定，應依同條例第四十一條之規定處罰，原判決竟認非動物傳染病防治條例第三十三條規定之輸入，而改判無罪，顯有適用法則不當之違背法令。牽經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

九十年度台非字第246號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告違反動物傳染病防治條例案件，對於福建高等法院金門分院中華民國九十年二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。本件原判決以公訴意旨略稱：被告某甲明知未經許可，不得擅自輸入禁止輸入之檢疫物，竟未經許可，與姓名年籍不詳之洪姓大陸成年男子共同基於自大陸地區輸入未經許可及檢疫之馬匹進入全門地區之犯意，先於民國八十九年八月十四日下午四時許，以電話聯絡議定購買二匹馬，總價款爲新台幣（下同）二萬元，同日晚間十時許，該大陸洪姓成年男子即將未經王管機關允許進口，且無檢疫證明又件之小馬二匹，運送至全門縣金寧鄉安東海邊，並以電話通知被告前往該處收受馬匹及交付價金二萬元，被告旋將該二匹小馬藏於防風林內，並擬將該二匹小馬牽回其任處時，爲海岸巡防署中部地區海岸巡防局第九海岸巡防總隊人員會同全門機動查緝隊當場查獲，因認被告步犯動物傳染病防治條例第四十一條第一項之罪嫌等情。原審則以上揭事實固爲被告所坦承，並有貨品扣押單及現場照片二幀附卷可稽，本件馬匹係自大陸地區輸入，足堪認定。但查刑事法上所謂「輸入」或「進口」，皆指由國外將貨物運輸進入我國領土而言，而我國領土，則以固有之領域爲範圍，按國家之統治權係以獨占性與排他性行使於其領土之內，不因領土之一部分由於某種事實上之原因暫時未能發揮作用

而異，我國大陸領土雖因當前政治情勢陷於兩岸分治之局面，而使國家統治權在實際行使上發生部分之困難，司法權之運作亦因此有其事實上之窒礙，但其仍屬固有之疆域，其上之人民仍屬國家之構成員，自不能以其一時非行政權之所及而變更其法律上之地位。台灣地區與大陸地區人民關係條例第二條第二款亦明定大陸地區係指「台灣地區以外之中華民國領土」，既係中華民國領土，其非外國，尤無疑義。而動物傳染病防治條例對於由我國大陸地區私運動物進入台灣地區之行爲，並未設有類似懲治走私條例第十二條之比照處罰規定，被告既係自大陸地區輸入馬匹，所爲自與動物傳染病防治條例第四十一條第一項之構成要件有間，乃撤銷第一審論處被告共同違反中央王管機關公告外國動物傳染病之疫區，以禁止檢疫物之輸入之規定，擅自輸入禁止輸入之檢疫物罪刑之判決，改判諭知被告無罪。惟查「輸入或攜帶進入台灣地區之大陸地區物品，以進口論，其檢驗、檢疫、管理、關稅等稅捐之徵收及處理等，依輸入物品有關法令之規定辦理」，爲台灣地區與大陸地區人民關係條例第四十條所明定。而大陸地區華經行政院農委會於八十八年三月二十四日以八十八農防字第八八五〇〇〇一八號公告列爲偶蹄類動物口蹄疫疫區，不得自該地區輸入檢疫物，亦有該公

告附卷可查。準此，被告違反動物傳染病防治條例第三十三條之規定，擅自自大陸地區輸入禁止輸入之檢疫物馬匹（爲偶蹄類動物），所爲自符該條例第四十一條第一項之犯罪構成要件。原審不察，未審台灣地區與大陸地區人民關係條例第四十條之規定，率撤銷第一審判決，改判諭知被告無罪，自有判決不適用法則之違背法令，案經確定，非常上訴竟旨執以指摘，尙有理由，惟原判決尚非於被告不利，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。

中華民國九年八月二日

【第九十案】

一、關係條文

竊盜犯贓物犯保安處分條例 第一條、第三條。

刑 法 第五十五條、第二百零一條、第三百二十一條。

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。查本件原判決認定被告陰犯有連續加重竊盜罪外，另犯偽造有價證券罪，並以兩罪間具有方法結果之牽連關係，而從一重之偽造有價證券罪處斷，固非無見，惟原判決既依法定刑較重之偽造有價證券罪處斷，竟又援引竊盜犯贓物犯保安處分條例之規定，諭知應於刑之執行前，令入勞動場所強制工作叁年，將法律予以切割適用，顯有判決適用法則不當之違背法令。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

九十一年度台非字第^二八八號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告偽造有價證券案件，對於台灣宜蘭地方法院中華民國九十一年四月十一日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決撤銷，由台灣宜蘭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）

本院按法院就同一罪刑所適用之法律，無論係對罪或刑（包括王刑、從刑、或刑之加重、減輕與免除等項）或保安處分，除法律別有規定外，均應本統一性或整體性之原則，予以適用，而竊盜犯贓物犯保安處分條例，為刑法有關保安處分規定之特別法，其適用範圍以所宣告之罪名為竊盜犯或贓物犯為限，苟所宣告之罪名非竊盜犯或贓物犯之罪，縱其牽連之他罪，為

竊盜犯或贓物犯之罪，亦無適用竊盜犯贓物犯保安處分條例宣付保安處分之餘地。本件原判決認定被告某甲基於意圖為自己不法所有之概括犯意，自民國九十年十二月二十一日起至九十一年二月十六日止，連續爲如原判決附表所示之竊盜犯行，復意圖供行使之用，偽造被害人林某名義之支票，持交予不知情之陳某等情。因認被告所犯連續加重竊盜罪及偽造有價證券罪間，具有方法結果之牽連關係，應依刑法第五十五條規定，從一重之偽造有價證券罪處斷。遂審酌被告之前科事行、犯罪情節、犯罪後態度等一切情狀，論處意圖供行使之用，而偽造有價證券罪刑（判處有期徒刑叁年肆月）。復以被告有多次竊盜前科，並二次經法院宣告應於刑之執行前，令入勞動場所強制工作三年，且被告仍於假釋保護管束中，又連續爲本件之竊盜犯行，顯見其已有犯罪習慣，併依竊盜犯贓物犯保安處分條例之規定，諭知應於刑之執行前，令入勞動場所強制工作三年。惟查原判決所宣告之罪名既非竊盜犯或贓物犯之罪，依首開說明，自無適用竊盜犯贓物犯保安處分條例宣付保安處分之餘地。乃原判決竟依竊盜犯贓物犯保安處分條例之規定，諭知被告應於刑之執行前，令入勞動場所強制工作三年，自有適用法則不當之違背法令。牽經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，爲有理由。

惟原判決事實欄記載被告有犯罪習慣等，而刑法第九十條第一項規定之強制工作處分，並非強制規定，是否合予宣告，仍待調查審認而屬原審之裁量範圍，為期事實之明確及維持被告審級利益，應由本院將原判決撤銷，由原審即台灣宜蘭地方法院依判決前之程序更為審判，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項，判決如王又。

中 華 民 國 九 十 一 年 十 月 三 十 一 日

【第九十一案】

一、關係條文

農地重劃條例 第三十九條。

刑法 第三百二十二條、第三十三條、第三十四條。

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，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。查被告某甲自民國八十二年間起，未經許可，在葦經重劃之嘉義縣○○鄉○○段○○小段七一之一地號農地上，以將原有之農舍加以擴充加建之方式興建工廠，經營○○木葦有限公司，從事木葦加工業務，經台灣嘉義地方法院八十七年度易字第××號，判處有期徒刑七月，變更農地而為工廠之使用部分應予恢復原狀。並經原審法院駁回被告之上訴而確定。又查刑罰之種類分主刑及從刑二種，刑法第三十二條定有明文。至於主刑及從刑之種類，則分別規定

於刑法第三十三條及第三十四條。司法者對於刑之量定，應僅能在刑法所定王刑及從刑之範圍內，選擇適當之種類及刑度，不能逾越此範圍。農地重劃條例第三十九條所稱之「恢復原狀」，又字雖列在有期徒刑之後，惟既不在上開刑法所定王刑、從刑之列，即無權予以援用，應屬行政機關之權責範圍，彰彰甚明。原判決不察，除宣告有期徒刑七月外，並同時諭知行政罰「責令變更農地部分恢復原狀」，將屬於行政機關權責範圍之事項，於判決中併予處罰，已明顯違背法令。揆諸上開說明，顯有判決適用法則不當之違法。案經確定，且對被告不利，應依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十九年度台非字第八七號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告違反農地重劃條例案件，對於台灣高等法院台南分院中華民國八十八年三月十六日第二審確定判決，認為部分違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決及第一審判決關於論知「變更重劃農地而爲工廠之使用部分應予恢復原狀」部分均撤銷。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按 刑罰者，乃對犯罪行爲之制裁方法，其種類不外乎刑法第三十三條所定死刑、無期徒刑、有期徒刑、拘役、罰金五種主刑，及同法第三十四條規定之褫奪公權、沒收二種從刑（特別刑法有關銷燬、發還、追徵、追繳、財產抵償等規定，仍屬沒收之性質），縱令爲彌補刑罰之不足，亦祇有輔助上開制裁以護衛社會安全之保安處分而已，刑事判決，自應受上開範圍之限制。刑罰復可分爲一般刑罰與行政刑罰，前者，通常是就違反社會性之犯罪行爲，基於防衛社會與矯治教化爲目的所施以之制裁，後者，則係基於行政政策上之考量，對違反行政法上之義務行爲，以前揭刑法所定主刑及從刑之刑名加以制裁，此類處罰，屬於刑罰之性質，應由刑事法院依刑事訴訟程序處理之。至行政罰，乃就違反行政法上義務之行爲，本於維持行政秩序之目的，由該管主管機關以刑法刑名以外之方法予以處罰，其種類繁多，常見之拘留、罰鍰、罰役、沒入、勒令歇業、禁止發行、限期改善、勒令恢復原狀等皆屬之。

足見行政刑罰與行政罰，二者性質有別，不容混淆，然行政刑罰若未能完全達其功能，自非不得再加行政罰予以併罰之。而違反農地重劃條例第三十九條所列各款之行爲，依該法條規定「處一年以下有期徒刑、拘役或二千元以下罰金，並責令恢復原狀」，其中處以有期徒刑、拘役或罰金之法定刑，顯屬行政刑罰，但上開所定「責令恢復原狀」，乃責令行爲人應爲一定作爲之處罰，核與沒收之剝奪物之所有權不同，既非屬於刑法所定之罪、從刑，復不具有保安處分之性質，顯屬行政罰而非行政刑罰之範疇，此觀之判決確定後，受判決人如拒不恢復原狀等，刑事訴訟法並無如行政執行法有得依強制方法執行之規定自明，故應由該管行政機關依法定程序爲之，刑事法院殊無於判決內予以援用宣告之餘地。倘竟逾越而爲責令恢復原狀之諭知，即有判決適用法則不當之違背法令。如經確定，自得提起非常上訴以資救濟。本件被告某甲因自民國八十二年間起，未經許可，在華經重劃之嘉義縣○○鄉○○段○○小段七一之一地號農地上，擅將原有農舍予以擴充加建之方式，興建鋼架鐵皮工廠，經營○○木業有限公司，從事木業加工等業務，變更重劃農地使用，經嘉義縣政府於八十七年三月二十日發函取締，勒令停工，並於同年七月二日執行斷電處分，被告仍未恢復原狀等情，

經台灣嘉義地方法院檢察署檢察官以八十七年度偵字第××號案提起公訴，台灣嘉義地方法院於八十七年十一月二十一日以八十七年度易字第××號第一審判決，適用農地重劃條例第三十九條第一款，論被告以未經許可，私自變更重劃農地之使用罪，處有期徒刑七月，並於王又第二項諭知「變更重劃農地而為工廠之使用部分應予恢復原狀」，被告不服，提起第二審上訴，原判決對第一審判決上揭屬行政罰而非刑罰範圍竟一併予以宣告之違誤，並未加以糾正，仍予以維持，駁回被告在第二審之上訴，揆諸首揭說明，均有判決適用法則不當之違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由，應由本院將原判決及第一審判決關於諭知應予恢復原狀違背法令部分均予撤銷，此項撤銷，具有改判之性質，其效力及於被告，以資救濟。又被告倘仍未恢復原狀，自應由王管機關依法處理之，併予敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，判決如王又。

中華民國八十九年四月十四日

【第九十二案】

一、關係條文

台灣地區與大陸地區人民關係條例 第七十五條、第二條第二款。

憲法 第四條。

憲法 增修條文 第十一條。

刑法 第三百三十九條第一項、第二百十五條、第七條。

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。又中華民國之領土，依其固有之疆域，非經國民大會之決議，不得變更之。為中華民國憲法第四條所明定。中華民國憲法增修條文第十一條復規定 自由地區與大陸地區人民權利義務及其他事務之處理，得以法律為特別之規定。臺灣地區與大陸地區人民關係條例第二條第二款更明

定 大陸地區，係指臺灣地區以外之中華民國領土。第七十五條並明定 在大陸地區或在大陸船艦、航空器內犯罪，雖在大陸地區曾受處罰，仍得依法處斷。按政府雖自三十八年遷臺，但國民大會迄無變更中華民國領土之決議，中華民國憲法增修條文及臺灣地區與大陸地區人民關係條例又明定大陸地區為中華民國領土，已如上述。則大陸地區現為中華民國領土，毫無疑義。本件被告既係被訴在大陸地區之福州犯刑法第三百三十九條第一項之詐欺罪及同法第二百十五條之偽造又書罪，自係在中華民國領域內犯罪而有中華民國刑法之適用。第一審判決竟認大陸地區事實上非我中華民國王權所及之區域，在大陸地區犯罪，應屬在我國領域外犯罪。無中華民國刑法之適用。因而為被告無罪之判決，率經檢察官上訴，原審不予糾正，竟駁回檢察官之上訴。揆諸首開說明，均屬違法。率經確定，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上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十九年度台非字第九四號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告詐欺等罪案件，對於台灣高等法院中華民國八十八年九月三十日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原審及第一審判決關於違背法令部分均撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按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。又中華民國憲法第四條明又「中華民國領土，依其固有之疆域，非經國民大會之決議，不得變更之。」而國民大會並未曾為變更領土之決議。又中華民國憲法增修條文第十一條復規定「自由地區與大陸地區間人民權利義務關係及其他事務之處理，得以法律為特別之規定。」且臺灣地區與大陸地區人民關係條例第二條第二款更指明「大陸地區 指台灣地區以外之中華民國領土。」揭于大陸地區仍屬我中華民國之領土 該條例第七十五條復規定「在大陸地區或在大陸船艦、航空器內犯罪，雖在大陸地區曾受處罰，仍得依法處斷。但得免其刑之全部或一部之執行。」據此，大陸地區現在雖因事實上之障礙為我國王權所不及，

但在大陸地區犯罪，仍應受我國法律之處罰，即明示大陸地區猶屬我國領域，並未對其放棄王權。本件被告某甲被訴於民國八十二年及八十五年間在大陸福州市犯有刑法第三百三十九條第一項之詐欺取財及第二百十五條之業務登載不實又書罪嫌，即為在中華民國領域內犯罪，自應適用中華民國法律論處。乃第一審判決未注意及此，竟認大陸地區事實上並非我中華民國王權所及之地域，從而在大陸地區犯罪，應屬在我國領域外犯罪。且被告所犯上述二罪，其最重法定本刑為五年以下有期徒刑，依刑法第七條規定「本法於中華民國人民在中華民國領域外犯前二條以外之罪（前述二罪屬之），而其最輕本刑為三年以上有期徒刑者，適用之。」被告被訴詐欺及業務登載不實又書二罪，均非法定本刑最輕三年以上有期徒刑之罪，不能適用我國刑法處罰，乃諭知被告無罪，併將法權因事實上之障礙所不及、與領域外之地混為一談，有違上述中華民國憲法及台灣地區與大陸地區人民關係條例之規定，自有判決不適用法則之違誤，原審未予糾正，仍予維持，駁回檢察官在第二審之上訴，同屬判決違背法令。率經確定，非常上訴意旨執以指摘，非無理由，願此違誤尚非不利於被告，應由本院將原審及第一審判決關於違背法令部分撤銷，用資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中 華 民 國 八 十 九 年 四 月 二 十 日

【第九十三案】

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。

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為，而外幣兌換證全交易，係指一萬於客戶與其簽約並繳付外幣兌換證全後，得隨時應客戶之請求，於兌換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軋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兌換證全交易之情形有所不同（貴院八十六年台

非字第二六一號判決參照）。本件原判決認定被告某甲係台北市○○路二段××號九樓之一○○全融投資（海外）有限公司（以下簡稱○○全融公司）及○○資產管理顧問有限公司（以下簡稱○○顧問公司）之負責人，明知○○全融公司及○○顧問公司未獲王管機關經濟部之許可設工登記，且明知外匯之買賣除業務王管之中央銀行及其所指定之銀行外，不得為外國貨幣、票據及有價證券等外匯保證全交易業務，竟仍自民國八十五年四月間起，與香港○○集團負責人施某合作，基於共同之犯意聯絡及行為分擔，由某甲以○○全融公司及○○顧問公司之名義在台招攬不特定之顧客開戶，從事非經中央銀行核准之外匯指定銀行不得承作之外匯保證全交易業務，並恃以維生，其經營方式為以美元為本位幣，客戶先在上址簽約，並代理香港○○集團與客戶簽約開戶，由客戶繳交貳萬元美元之開戶保證全匯至香港○○集團指定之美國花旗銀行、運通銀行、化工銀行等在美紐約華爾街分行之帳戶後，再轉匯至○○集團在香港花旗銀行帳戶，即得以口為交易單位，每口當日買賣為美金一千元或二千元（現有無隔倉而定），用以買入或賣出美元、英鎊、馬克、法郎、日幣、瑞士法郎等六種外幣，由客戶或經客戶授權委託之經紀人詢價、敲進、確認成交後，填寫交易單，並下單至○○集團轉單至外匯交易市場，進行外幣保證全交易，而依各該外幣匯率在匯率市場之漲跌計算客戶盈虧，香港○○集團則從每口交易中收取八十美元作為手續費，嗣於八十五年六月二十一

日爲法務部調查局台北市調查處搜索查獲，並扣獲○○全融公司及○○顧問公司所有之如判決附表所示之物等事實，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爲常業罪刑。然非法買賣外匯與外幣保證金交易之情形既有不同，且依原判決事實所載，被告並無從事與客戶對作外幣交易之行爲，自不成工非法買賣外匯爲常業之罪，乃原判決竟以被告從事外幣保證金交易業務之事實，論處被告以非法買賣外匯爲常業之罪刑，自有適用法則不當之違法。牽經確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

九十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

右上訴人因被告違反管理外匯條例案件，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，由台灣台北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爲對象所爲買賣外匯之行爲，而外幣兌換證全交易，係指一萬於客戶與其簽約並繳付外幣兌換證全後，得隨時應客戶之請求，於兌換證全之數倍範圍內以自己名義爲客戶之計算，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，此有中央銀行外匯局八十五年十一月十一日（八五）台外銀字第二五一九號函在卷可稽（見本院八十六年度台非字第二六一號判決）。可見非法買賣外匯與外幣兌換證全交易之情形有所不同。本件原判決認定被告某甲係○○○全融投資（海外）有限公司（以下簡稱○○○全融公司）及○○○資產管理顧問有限公司（以下簡稱○○○顧問公司）之負責人。明知○○○全融公司及○○○顧問公司未獲王管機關經濟部之許可設工登記，且明知外匯之買賣除業務王管之中央銀行及其所指定之銀行外，不得爲外國貨幣、票據及有價證券等

外匯保證全交易業務。竟自民國八十五年四月間起，與香港○○集團負責人施某合作，基於共同之犯意聯絡及行為分擔，由被告以○○全融公司及○○顧問公司之名義在臺招攬不特定之顧客開戶，從事外匯保證全交易業務，並恃以維生。其經營方式為以美元為本位幣，客戶先簽約，由客戶繳交貳萬元美元之開戶保證金，匯至該集團指定之銀行等在美國紐約華爾街分行之帳戶，再轉匯至○○集團在香港花旗銀行帳戶，即得以口為交易單位。每口當日買賣為美金一千元或二千元，用以買入或賣出美元、英鎊、馬克、法郎、日幣、瑞士法郎等六種外幣，由客戶或經客戶授權委託之經紀人詢價、敲價、確認成交後，填寫交易單，由○○集團轉單至外匯交易市場，進行外幣保證全交易，而依各該外幣匯率在匯率市場之漲跌計算客戶盈虧。香港○○集團則從每口交易中收取八十美元作為手續費等事實，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外幣交易之行為，自不成非法買賣外匯為常業罪。揆諸首揭說明，自有適用法則不當之違法。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，尚有理由，為維持被告審級利益，應由本院將原判決撤銷，

由原審法院依判決前之程序更爲審判，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但書，判決如左。

中 華 民 國 九 十 年 十 二 月 十 三 日

【第九十四案】

一、關係條文

稅捐稽徵法 第二條、第四十一條、第四十七條第一款。

關稅法 第二條。

刑法 第二百十六條、第二百十條、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，本件原判決認定被告某甲係○○建材股份有限公司之負責人，自民國八十四年二月二十日起至同年三月二十三日止，先後進口素面合板二十三批，連續變造進口商所附發票之進口貨物品名、單價及總價，委由不知情之報關公司持該變造之又書辦理報關核稅手續，連續逃漏進口稅捐新台幣四百零八萬四千二百六十五元，而論被告以刑法第二百十六條之行使變造又書

罪及稅捐稽徵法第四十一條、第四十七條第一款之罪，並認該三罪有方法結果之牽連關係，而從重之行使變造又書罪處斷，惟查 稅捐稽徵法所稱之稅捐，不包括關稅及鹽稅在內。而所謂關稅，係指對國外進口貨物所課徵之進口稅，稅捐稽徵法第二條及關稅法第二條分別定有明文。本件被告逃漏之進口稅係關稅，自無稅捐稽徵法之適用。原判決論被告以稅捐稽徵法第四十一條及第四十七條第一款之罪，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

八十九年度台非字第九號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告偽造又書案件，對於台灣高雄地方法院中華民國八十五年六月二十九日第一審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決撤銷。

某甲連續行使變造私文書，足以生損害於他人及公眾，處有期徒刑拾月，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。又稅捐稽徵法所稱之稅捐，不包括關稅及釐稅在內，而所謂關稅，係指對國外進口貨物所課徵之進口稅，此觀之稅捐稽徵法第二條、關稅法第二條規定即明。本件依原判決所認定之事實，被告某甲係納稅義務人○○建材股份有限公司之負責人，基於概括之犯意，自民國八十四年二月二十日至同年三月二十三日，先後進口素面合板二十三批，於向財政部高雄關稅局報關時，連續變造出口商所附發票之進口貨物品名、單價及總價，並檢附各該變造之私文書，足以生損害於出口商及稅捐稽徵機關，委由不知情之○○報關有限公司，連續填寫貨物單價及總價均不實之業務上作成之文書進口報單，辦理報關核稅手續，足以生損害於稅捐稽徵機關，並以此低報交易價格之詐欺之手段，連續逃漏進口稅捐計新台幣四百零八萬四千二百六十五元。被告所逃漏者乃進口稅係關稅，非屬稅捐稽徵法所稱之稅捐，所爲應不構成該法第四十一條、第四十七條第一款之逃漏稅捐罪責。乃原判決就此部分竟認被告牽連犯稅捐稽徵法第

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、第二百十條、第二百十五條之行使變造私文書罪與行使業務上登載不實文書罪，從一重之行使變造私文書罪處斷，自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。應由本院將原判決撤銷，改判如王又第二項所示，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書、刑法第二百十六條、第二百十條、第二百十五條、第五十五條、第七十四條第一款、罰金罰鍰提高標準條例第一條前段，判決如王又。

中 華 民 國 八 十 九 年 一 月 六 日

【第九十五案】

一、關係條文

公平交易法 第三十五條（八十八年修正）、第三十五條（八十八年修正前）、第四十一條、第四十四條、第四十九條。

刑法 第二條第一項、第一條、第三百零四條第一項。

刑事訴訟法 第三百零二條第四款、第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又行為後法律有變更者，應適用裁判時之法律。僅裁判前之法律有利於行為人時，始應適用最有利於行為人之法律，乃係刑法第二條第一項所規定。本件被告等在嘉義縣共同協議圍標嘉義縣政府山地行政課所承辦之民生道路等工程，違反公平交易法，其犯罪行為係發生在八十三年十月八十五年三月間。被告等違反之公平交易法已於八十八年二月三日修正公布，同月五

日生效。此就公干交易法第四十九條觀之自明。依修正後之公干交易法第三十五條規定 違反第十條、第十四條、第二十條第一項規定，經中央王管機關依第四十一條規定限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，而逾期未停止、改正其行為或採取必要更正措施，或停止後再為相同或類似違反行為者，處行為人三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣一億元以下罰金。違反第二十三條規定者，處行為人三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣一億元以下罰金。第四十一條規定 公干交易委員會對於違反本法規定之事業，得限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並得處新台幣五萬元以上二千五百萬元以下罰鍰，逾期仍不停止、改正其行為或未採取必要更正措施，並按次連續處新台幣十萬元以上五十萬元以下罰鍰，至停止、改正其行為或採取必要更正措施為止。與該法修正前第三十五條所規定違反第十條、第十四條、第二十條、第二十三條第一項之規定者，處行為人三年以下有期徒刑、拘役或科或併科一百萬元以下罰金不同。修正後履行第四十一條規定之程序，顯為該條犯罪之構成要件。兩相比較自以修正後之規定須經第四十一條程序而不從者始予以刑罰處罰之規定為有利於行為人，自應適用修正後該法之規定。查被告等並未經中央王管機關依修正後公干交易法第四十一條之規定限期命被告等停止、改正其行為或採取必要更正措施，僅能由行政機關依第四十一條之規定科以罰鍰。乃台灣高等法院台南分院不依刑事訴訟法第三

百零二條第四款諭知免訴，竟依修正前之公干交易法第三十五條、第十四條科處如前開王又所示之罪刑，有判決不適用法令之違法。率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，請將該判決違背法令部分撤銷，另為適法之判決，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十九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

某乙

某丙

某丁

某戊

某己

右上訴人因被告等違反公干交易法案件，對於台灣高等法院台南分院中華民國八十八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

原判決關於某甲、某乙、某丙、某丁、某戊、某己等違反公干交易法部分撤銷，由台灣高等法院台南分院依判決前之程序更爲審判。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按確定判決有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之情形者，即屬判決違背法令，得爲非常上訴之理由，此觀司法院大法官會議釋字第一八一解釋自明。又行爲之處罰，以行爲時之法律有明又規定者爲限，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，刑法第一條、第二條第一項訂定有明又。本件原判決認定被告某甲、某乙、某丙、某丁於民國八十四年十二月底某日，在嘉義縣○○鄉○○村○○九之二號某丁任處，達成共同圍標嘉義縣政府山地行政課承辦之嘉義縣阿里山鄉達邦至高雄縣三民鄉民生村民生道路三七K十三二〇至三九K十八二〇工程之協議，約定該項工程由某甲、某乙承包，事成後按得標底價一成半作爲圍標報酬，又某丙、某丁於八十四年十二月底某日知悉營造商張某領得該項工程之標

單，竟夥同不詳姓名之成年男子四名，基於共同之犯意，至嘉義縣○○鄉○○路××號張某任處，由某丙、某丁與其中一名不詳姓名之成年男子進入屋內向張某稱 此項工程，已全部處理好了，所領標單應交付，不得參與投標等語，其餘不詳姓名成年男子均在外等候，以脅迫使張某將該標單交付，而行無義務之事。某丙、某丁、簡某基於共同之犯意，自八十五年一月十日起至八十五年三月間止，由某丙負責向嘉義縣政府山地行政課承辦嘉義縣阿里山鄉達邦至高雄縣三民鄉民生村之道路工程之某某，詢問該道路四九K十五○○至五一K十五○○工程及四七K至四九K十五○○工程所編列預算全額、設計施工長度、地點及設計預算書圖說，並分別通知有意承包工程之廠商，於八十五年一月十日，在嘉義市興業路○○飯店二樓餐廳部內，與其他已成年之不詳姓名營造商等多人共同達成協議，由簡某向在場之營造商告以同上道路三七K十三二〇至三九K十八二〇工程已由A營造有限公司承包，某甲、某乙等再借用A營造有限公司之名義書工投標全新台幣（下同）四千二百五十萬元之標單，並安排陪標之標單，於八十五年一月十一日上午十一時許，在嘉義縣政府第五會議室順利得標，嗣某甲等依約給付某丙、某丁共六百四十萬元之報酬，又八十五年一月二十五日中午十二時

許，草丙、草丁、簡草與被告即廠商草戊、草己及其他已成年之不評姓名廠商等多人在上開○○飯店二樓餐廳，共同達成圍標同上道路四九K十五○○至五一K十五○○工程之協議，同意由某戊標取該項工程，約定事成之圍標報酬為七百五十萬元，某戊再借用B營造有限公司名義，填具投標全額三千零八十五萬元之標單，並由草丙等人安排陪標之標單，於八十五年一月二十七日上午十時許，在嘉義縣政府第五會議室順利得標，嗣草戊與草丙討價還價結果，給付五百五十萬元之圍標報酬，另八十五年三月三日，草丙、草丁、簡草、草戊、草己及其他已成年之不評姓名廠商等多人在嘉義市林森東路○○日本料理店共同達成圍標同上道路四七K至四九K十五○○工程，同意由草戊以一千零五十萬元之圍標報酬取得該工程，草戊乃以B營造有限公司名義填具標單，並安排陪標之標單，惟於八十五年三月四日上午，卻由未參與圍標會議之陳草以C營造有限公司名義得標，嗣經嘉義縣政府宣告廢標，並再公開招標，草丙、草丁又於八十五年三月二十五日，在同上日本料理店，與簡草、草戊、草己及其他已成年之不評姓名營造商等多人達成圍標該工程之協議，由某戊以內標五百萬元取得，但因草己願支付草丙圍標報酬七百萬元，某丙乃另同意由草己承包，草己因而借用D營造有

限公司名義填具投標金四千零三十萬元之標單，並由某丙等人安排陪標之標單，於同年三月二十七日上午十時，在嘉義縣政府第一會議室開標時順利得標，嗣某已依約給付某丙等七百萬之圍標報酬，又八十三年十月二十七日，某甲、某乙與綽號「洪經理」之成年男子及其他已成年之不評姓名營造商等多人共同達成圍標同上道路三五K十五〇〇至三七K十三二〇之工程之協議，同意由某甲、某乙標取，約定事成後給付綽號「洪經理」者圍標報酬五百七十萬元，某甲、某乙即借用A營造有限公司名義書寫投標全額三千二百七十八萬元之標單，於八十三年十月二十九日，在嘉義縣政府順利得標，並依約給付綽號「洪經理」者五百七十萬元之圍標報酬，又八十五年六月間，某甲、某乙與王草共同達成圍標嘉義縣大埔鄉水樂、茄冬村對外道路工程之協議，約定事成由某甲、某乙按得標全額二成給付王草作為圍標酬勞，王草則告以該工程底價為七千五百萬元，某甲乃借用A營造有限公司名義參與投標，並填寫投標金額為七千四百九十六萬元之標單，安排陪標之標單，於八十五年六月二十七日上午十時許，在嘉義縣大埔鄉公所二樓會議室開標後得標，嗣某甲等與王草再協商後，共支付一千三百三十四萬元予王草作為圍標報酬等情，認被告等違反公平交易法第十四條之規定，應依

八十八年二月三日修正公布前之公干交易法第三十五條論處罪刑，被告某丙、某丁另牽連犯刑法第三百零四條第一項之強制罪，從一重論處同上罪刑。本院查公干交易法第三十五條原規定違反同法第十條、第十四條、第二十條或二十三條第一項規定者，處行為人三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣一百萬元以下罰金，被告等行為後，原審於八十八年四月二十九日判決前，該條又於八十八年二月三日經修正公布，改列為同法第三十五條第一項，變更行為人違反同法第十條、第十四條、第二十條第一項規定，須經中央主管機關依同法第四十一條規定限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，而逾期未停止、改正其行為或未採取必要更正措施，或未採取必要更正措施，或停止後再為相同或類似違反行為，始課以三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣一億元以下罰金之刑責，是被告等犯罪後，公平交易法就違反該法第十四條之處罰規定已經修正，行為人如未經中央主管機關依同法第四十一條規定限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，而逾期未停工、改正其行為或未採取必要更正措施，或停止後再為相同或類似違反行為，已無處罰規定，顯然裁判前之法律並非有利於被告等，依刑法第二條第一項規定，應適用裁判時即八十八年二月三日修正公布之公干交易法，又行

爲人是否經中央王管機關依公平交易法第四十一條規定期限命其停止、改正其行爲或採取必要更正措施，而逾期未停止、改正其行爲或未採取必要更正措施，或停止後再爲相同或類似違反行爲，既爲八十八年二月三日修正公布之公平交易法第三十五條之罪的構成要件，則被告等是否有此前提要件行爲，自應予究明。原審未詳予調查，亦未於判決事實欄明確認定，即遽依八十八年二月三日修正公布前之公平交易法第三十五條論處被告等罪刑（其中某甲、某丁另牽連犯刑法第三百零四條第一項之強制罪，從一重論處同一罪刑），自有應於審判期日調查之證據未予調查之違法，致適用法律發生疑義，且於判決之結果顯然有影響，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由。案經確定，且不利於被告等，爲使事實臻於明確及維持被告等之審級利益，應將原判決此部分撤銷，由台灣高等法院台南分院依判決前之程序更爲審判，以資糾正及救濟。又原確定判決認被告某甲、某丁犯強制罪與被告某戊、某己等被訴犯強制罪嫌而不另爲無罪諭知及檢察官起訴指被告某甲、某乙、某丙、某丁步犯強制罪嫌而未予判決（檢察官起訴指被告某甲、某丁步犯三強制罪名，其中二次未予判決）部分，既經檢察官起訴書指明與前開違反公平交易法部分有牽連犯之裁判上一罪關係，依審判不可分原則，應

一併撤銷及更爲審判，附予敘明。

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 九 年 四 月 二 十 日

【第九十六案】

一、關係條文

竊 罪 法 第八十三條第四項。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

一、本件原起訴事實認定某甲在台南縣○○○市○○路××號經營「○○中西藥房」，基於概括之犯意，自民國八十七年八月初起，明知FM2及威而鋼係禁藥，仍向綽號「阿吉」之男子購入後，再分別以每粒新台幣二十元之價格販賣FM2給李芋、謝芋等人，威而鋼（一粒一千元）則尚未賣出。嗣於八十七年九月二十一日十五時三十分許，在上址為警查獲，並扣得FM2一千四百八十五粒、威而鋼二十五粒。原審審理結果，認為販賣FM2部分事實明確，因而予以論罪科刑，對於販賣威而鋼部分，則以被告並未陳列，可無法證明其有販賣行為，犯罪尚不能證明。

二、按華事法第八十三條規定「明知爲偽華或禁華，而販賣、供應、調劑、運送、寄藏、牙保、轉讓或竟圖販賣而陳列者，處五年以下有期徒刑，得併科新台幣十萬元以下罰金。犯前項之罪，因而致人於死者，處七年以上有期徒刑，致重傷者，處一年以上七年以下有期徒刑。因過失犯第一項之罪者，處一年以下有期徒刑、拘役或新台幣十萬元以下罰金。第一項之未遂犯罰之。」。經查本件被告某甲供承該威而鋼係「阿吉」要求幫他賣，但因顧客嫌價格太貴未買，放在店內尚未賣出，顯見其係受阿吉「寄藏」禁華並伺機出售，而所謂「販賣」，只須行爲人以營利爲目的而有販入或賣出之行爲，其犯罪即已成工，且「販賣」或「寄藏」禁華並不以陳列爲必要條件，從而被告縱未將威而鋼售出，揆諸前開法條之規定，亦應以寄藏既遂或販賣未遂論處，而與已論罪部分構成連續犯。原審認此部分犯罪不成工，有判決不適用法則之違背法令。

三、牽經確定，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

八十九年度台非字第一七九號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

右上訴人因被告違反藥事法案件，對於台灣台南地方法院中華民國八十九年二月八日第一審確定判決，認為關於販賣威而鋼部分違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決關於販賣威而鋼違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用法則不當者為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。本件原起訴事實係以被告在上開其所營之西藥房，基於概括之犯意，自八十七年八月初起，明知F M 2及威而鋼係禁藥，仍向綽號「阿吉」之男子購入後，再分別以每粒二十元之價格販賣F M 2給李某、謝某等人，威而鋼（一粒一千元）則尚未賣出等情，原判決經審理結果以被告連續販賣F M 2部分犯行明確，乃判決被告連續明知為禁藥而販賣罪刑，並宣告緩刑，另就被告被訴販賣威而鋼部分，於理由中以公訴意旨略以被告在其所營西藥房內意圖

販賣而陳列威而鋼琴，惟被查獲者固係威而鋼琴，但訊據被告堅決否認前揭犯行，辯稱該琴係「阿吉」寄賣，因顧客嫌價錢太貴尚未賣出，其將該琴置於皮包內，僅供其先生用，並未陳列亦未賣出等語。經查威而鋼在華房桌子抽屜內查獲，無論係置於皮包或抽屜內，均非屬陳列行為，亦無法證明其有販賣之行為，乃認此部分犯罪尚屬不能證明，而不另為無罪之諭知，此有卷附之起訴書及判決書可稽。原判決將起訴所指連續販賣威而鋼，以為係意圖販賣而陳列，固屬有誤，惟既下於理由中敘及無證據足認被告有販賣，則對於起訴所指之販賣自屬已有判決。然按所謂受寄賣者，係指受他人之託寄而伺機販賣，其於受託寄而持有，非屬販入，自不能以其受寄賣，即認已著手販賣而屬販賣既遂，但其於受寄賣後，如已著手販賣，雖未賣出，如該罪有處罰未遂者，自應成立販賣未遂罪。本件依原判決上開理由所載，查獲之威而鋼琴係他人所寄賣，且因顧客嫌價格高致未賣出，依原判決此確認之事實，則被告顯係於受寄賣後已著手販賣，因價格因素始未賣出，則其於受人之託寄伺機販賣後，既已著手販賣，雖未賣出，仍應論以華事法第八十三條第四項之明知為禁藥而販賣未遂罪，原判決竟認不能證明被告有此部分販賣之犯行，而不另為無罪之諭知，顯有適用法則不當之違

背法令。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，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販賣威而鋼違背法令部分撤銷，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 九 年 七 月 六 日

【第九十七案】

一、關係條文

就業服務法 第五十三條第四款、第六十二條、第五十八條第一項。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按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。本件依原判決認定之事實，被告某甲以「家庭幫傭」名義聘僱菲律賓籍勞工A（下簡譯稱菲傭A）一名，在僱用期間除將其留在任處幫傭外，並陸續交由岳父某甲載往某甲經營之公司，從事幫傭以外之掙作員工工作等情，因認被告某甲違反就傭服務法第五十三條第四款「指派所聘僱之外國人從事申請許可以外之工作」規定，依同法第六十二條規定，僅科以行政罰鍰，而刑事上應諭知無罪，詎原判決竟誤以第五十八條第一項科處刑罰，其適用法則顯有違誤。又被告某甲究係未經許可「聘僱」他人所申請聘僱之外國人，或僅係「留用」而已，依菲傭A指訴每日

薪水只有新台幣（下同）五十元云云。被告某甲或稱五十元是某甲給她伙食費，或稱外勞有時午餐在公司吃，如果在外面吃，我們也貼他五十元等語，則被告某甲究係聘僱或留用菲傭，攸關犯罪之態樣，并非調查不易，原審未詳予調查並為論斷，竟於理由二記敘被告某甲未經許可「留用」他人所申請聘僱之外國人，而於王又卻論知未經許可「聘僱」他人申請聘僱之外國人，乃有應於審判期日調查之證據而未予調查及判決理由矛盾之違背法令。案經確定，且對被告某甲不利，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，以資救濟及糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

八十九年度台非字第243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就業服務法案件，對於台灣台南地方法院中華民國八十八年十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

原判決關於某甲違背法令部分暨某乙部分撤銷。

某乙無罪。

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。本件依原判決認定之事實，被告某乙以「家庭幫傭」名義聘僱菲律賓籍勞工A在僱用期間，陰將其留在任處幫傭外，並陸續交由岳父某甲載往某甲經營之公司，從事幫傭以外之掙作員工作等情。因認某乙違反就業服務法第五十三條第四款「指派所聘僱之外國人從事申請許可以外之工作」規定，惟依同法第六十二條規定，違反上開條款之規定者，僅處以行政罰（即新台幣三萬千元以上三萬元以下罰鍰）而已，乃原判決竟依同法第五十八條第一項科以罰全新台幣三萬元之刑罰，適用法則顯有違誤。又原判決關於被告某甲部分，王又諭知其「違反雇王不得未經許可聘僱他人所申請聘僱之外國人之規定，其聘僱人數為一人」之罪刑，但判決理由卻說明某甲係未經許可留用他人所申請聘僱之外國人云云，自有理由矛盾之違誤。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。惟查原判決關於某甲部分，因違反未經許可聘僱或留用他人所申請聘僱之外國人者，同屬觸犯就業服務法第五十八條第一項之罪，故原判決尚非不利於某甲，本院僅將其違背法令部分撤銷，至於某乙部分，原判決將規定係處行政罰緩誤以科處刑罰，自屬不利於某乙，則除將其部分之判決撤銷外，並應由本院另爲某乙無罪之諭知，以資糾正。

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

中 華 民 國 八 十 九 年 八 月 三 日

【第九十八案】

一、關係條文

水利法 第九十二條之一第一項中段、前段、第七十八條第一項。
刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。查本件原判決以某甲爲A砂石開發有限公司負責人，A公司因參加大甲溪第六工區聯合管理公司即「B砂石開發股份有限公司」，而爲B公司之成員，B公司於八十九年二月間承攬經濟部水利處第三河川局辦理大甲溪第六工區第二期疏浚工程，B公司承攬後再將該工程分配予A公司施作，詎某甲自八十九年三月間某日起，未經主管機關之許可，竟擅將A公司所疏浚之砂石堆置在河川區域行水區內之台中縣東勢鎮大甲溪大茅埔段第一〇四三之一二、一〇四三之一四及一〇四三之一四旁未登錄地先之大甲溪河川公地上，經經濟部水利處第三河川局發

現，於八十九年四月六日函限期清除，某甲卻未依限清除完竣，因而損害經濟部水利處對河川區域行水區之管理，論處某甲以水利法第九十二條之一第一項中段之在行水區內堆置砂石，因而損害他人權益罪責。惟水利法第九十二條之一第一項中段所指違反第七十八條第一項在行水區內堆置砂石之規定，因而損害「他人」權益者，該「他人」應指王管機關以外之自然人及私法人，如單純違反在王管機關公告之行水區內堆置砂石之規定，而無損及他人權益，僅構成同法條第一項前段之行政罰而已。本件被告雖有在行水區內堆置砂石，經經濟部水利處第三河川局限期清除，而未依限清除完竣之事實，但原審並未認因而有損害經濟部水利處以外之他人之權益，顯與上開犯罪構成要件未合，乃原判決僅以被告之行爲，損害經濟部水利處對河川區域行水區之管理，即論以刑責，自有適用法則不當之違背法令。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

九十一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

右上诉人因被告違反水利法案件，對於台灣高等法院台中分院中華民國九十一年四月十七日第二審確定判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決撤銷，由台灣高等法院台中分院依判決前之程序更為審判。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按科刑判決書，須先認定犯罪事實，然後於理由內敘明其認定犯罪所憑之證據，方足以資論罪科刑。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。次按違反水利法第九十二條之一第一項中段之罪，以有違反同法第七十八條第一項各款情形之一，因而損害他人權益者，為構成要件，而同法第九十二條之一第一項前段，係指單純違反同法第七十八條第一項各款王管機關為保護水道禁止之事項，而無損及他人權益者而言。前者係刑罰，而後者為行政罰，二者迥不相同，自應嚴格區分。本件原確定判決認定被告某甲自民國八十九年三月間草日起，未經王管機關之許可，擅將A砂石開發有限公司所疏浚之砂石堆置在河川區域行水區內之台中縣東勢鎮大甲

溪大茅埔段第一〇四三之一二、一〇四三之一四及一〇四三之一四旁未登錄地先之大甲溪河川公地上，經經濟部水利處第三河川局發現，於八十九年四月六日函限期清除，被告卻未依限清除完竣，因而損害經濟部水利處對河川區域行水區之管理等情。因而撤銷第一審諭知無罪之判決，改判論處被告在行水區內堆置砂石，因而損害他人權益罪刑。茲依原判決所確定之犯罪事實，被告固有將疏浚之砂石堆置在河川區域行水區內之台中縣東勢鎮大甲溪大茅埔段大甲溪河川公地上，惟此項行為究僅單純違反上揭水利法第七十八條第一項王管機關禁止之事項？抑尚足生損害於他人權益？徒憑原判決事實欄所載「損害經濟部水利處對河川區域行水區之管理」，尚不足認定被告上揭行為是否生損害於他人權益？原審對於上揭客觀上為法院認定事實及適用法律之基礎之重要證據，未經詳查，遽行判決，自屬應於審判期日調查之證據而未予調查之違法，致適用法令發生疑義，且於判決之結果顯然有影響，非常上訴執以指摘，洵有理由。牽經確定，且於被告不利，為維持被告審級利益，應由本院將原判決撤銷，由原審法院依判決前之程序更為審判，以資救濟。

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。

中華民國九十年八月八日

【第九十九案】

一、關係條文

空氣污染防治法 第四十五條第一項、第二十四條、第五十一條第一項、第二項、第七十五條第三款。

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。又依空氣污染防治法第四十五條第一項規定，科處刑罰者，以「公私場所不遵行王管機關依該法所爲停工或停業之命令」爲要件。如公私場所因違反同法第二十四條第一項或第三項所定許可辦法，經王管機關告發處分並限期改善，改善期限屆滿前自報停工，惟仍繼續營運者，王管機關得認屬情節重大，追溯自改善期限屆滿翌日起，按日連續罰鍰並命其停工，倘仍不遵行該停工命令，始得依同法第四十五條移送偵辦，此觀同法第二十四條、第五十一條第一

項第二項、第七十五條第三款之規定自明，乃有行政院環境保護署民國八十九年十月二日（八十九）環屬空字第○○五七五八九號函可資參考。本件被告某甲為○○企業社登記負責人，被告某乙則係實際負責人，二人明知○○企業社因違反空氣污染防治法第二十四條規定，經王管機關命限期改善，乃於改善期限屆滿前提出停工申請。嗣經彰化縣政府於八十九年六月二十七日以八九彰府環二字第一〇九一五五號函准，並飭其應確實停工在案。詎竟未予停工，仍繼續營運致被查獲。經查上開彰化縣政府函僅係對○○企業社自行報請停工申請所為之回函，尚非王管機關依法定格式所為停工命令之處分書，自與「依空氣污染防治法所為停工之命令」有間，應認不符合該法第四十五條第一項規定之構成要件，而為無罪之諭知，詎原判決失察，竟為科刑判決，顯有適用法則不當之違背法令。率經確定，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，以資救濟及糾正。

三、附錄

最高法院刑事判決

九十年度台非字第八〇號

上訴人 最高法院檢察署檢察總長

被告 某甲

草乙

右上訴人因被告等違反空氣污卒防制法案件，對於台灣彰化地方法院彰化簡易庭中華民國八十九年十月二十七日第一審確定簡易判決，認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 又

原判決撤銷。

草甲、草乙均無罪。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用法則不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又依空氣污卒防制法第四十五條第一項規定，科處刑罰者，係以「公私場所不遵行王管機關依該法所為停工或停業之命令」為要件。如公私場所因違反同法第二十四條第一項或第三項所定許可辦法，經王管機關告發處分並限期改善，於改善期限屆滿前自報停工。惟經查證非屬實者，王管機關得認屬同法第五十一條第二項之情節重大情形，除追溯自改善期限屆滿翌日起，按日連續處罰鍰外，並得命其停工，倘仍不遵行該停工命令，始得依同法第四十

五條第一項規定科以刑責，此觀同法第二十四條、第五十一條第一項第二項、第七十五條第三款之規定自明。本件確定判決係序審台灣彰化地方法院彰化簡易庭依簡易判決處刑程序，引用檢察官簡易判決處刑聲請書所記載之事實及證據，認被告某甲、某乙二人分係○○企業社登記負責人及實際負責人，均明知該企業社因違反空氣污染防制法，於限期改善期限屆滿前提出停工申請，並經彰化縣政府八十九年六月二十七日以八九彰府環二字第一〇九一五五號函准停工。詎該社未確實停工，仍繼續營運，迨同年八月四日經查獲等情，且以上開彰化縣政府八十九年六月二十七日復函爲其犯罪之論據之一。然觀諸該函內容實係○○企業社於改善期限屆滿前向彰化縣政府自報停工改善，縣府予以回函而已，尚非空氣污染防制法第四十五條第一項所謂「王管機關所爲停工、停業之命令」。而該企業社嗣於同年八月四日經查獲未確定停工，仍繼續營運，係屬同法第七十五條第三款之情節重大情形，王管機關於此依同法第五十一條第二項規定命其停工、停業，其仍不遵行者，始與同法第四十五條第一項之構成要件該當。至上開彰化縣政府復函說明欄二、所謂嗣後如經環保單仁稽查發現未依規定停工時，將依空氣污染防制法第四十五條規定移送司法機關偵辦之語，要屬誤解法定要件。

原判決誤認上開彰化縣政府函爲空氣污卒防制法第四十五條第一項之「主管機關所爲停工、停業之命令」，逕依該條項規定科處刑罰，自有判決適用法則不當之違法。而依卷內有關證據資料以觀，被告等之行爲，尚不該當空氣污卒防制法第四十五條第一項所定之犯罪構成要件，應屬行爲不罰。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，另爲被告等無罪之判決，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、第三百零一條第一項判決如王又。

中 華 民 國 九 十 年 三 月 十 五 日

【第一〇〇案】

一、關係條文

家庭暴力防治法 第三十條第一項、第五十條、第三條第一款、第十三條第二項第一款、第二款。

刑事訴訟法 第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用法則不當者，為違背法令，又按犯家庭暴力罪或違反保護令罪而受缓刑之宣告者，在缓刑期內應付保護管束，刑事訴訟法第三百七十八條、家庭暴力防治法第三十條第一項分別定有明文，原判決以本件被告某甲犯家庭暴力防治法第五十條之違反保護令罪，而予判處有期徒刑五月，缓刑二年，惟漏未諭知被告在缓刑期內應付保護管束，依首揭規定，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

九十一年度台非字第七五號

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家庭暴力防治法案件，對於台灣台中地方法院中華民國九十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

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按犯家庭暴力罪及違反保護令罪而受緩刑之宣告者，在緩刑期內應付保護管束，家庭暴力防治法第三十條第一項定有明文。經查本件原判決認定被告某甲與洪某係夫妻關係，二人間具有家庭暴力防治法第三條第一款所定之家庭成員關係，洪某曾於民國九十年二月十二日經台灣台中地方法院依家庭暴力防治法第十三條第二項第一、二款之規定，以九十年度家護

字第××號民事通常保護令裁定令被告不得對洪某為身體或精神上之不法侵害之行爲，亦不得直接或間接對於洪某為騷擾行爲。詎被告於同年月二十三日凌晨零時三十分許，在台中縣太平市○○路××巷九號二樓住處，對洪某辱罵，並出手毆打洪某等情，乃維持第一審簡易庭以被告犯家庭暴力防治法第五十條第一款、第二款之違反保護令罪，而判處其有期徒刑五月，如易科罰金，以三百銀元折算一日之判決，另併宣告被告緩刑二年確定，此有該案全卷可證，揆諸前開說明，原判決自應併諭知被告在緩刑期內付保護管束，乃原判決卻漏未予諭知，即有判決不適用法則之違法，其判決自屬違背法令。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，尙有理由，惟原判決尚非不利於被告，應僅將原判決關於違背法令部分撤銷，以資糾正。據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如王又。

中 華 民 國 九 十 一 年 四 月 十 一 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 第十五輯／最高法院
院檢察署編輯 —— 臺北市 最高法院檢察署
，民 92

面， 公分

ISBN 957-01-5163-3 (平裝)

1 非常上訴—裁判

586 585

92018133

非常上訴理由及判決要旨 第十五輯

編輯者 最高法院檢察署

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

中華民國九十二年十月出版

定 價 NT\$ 250

GPN 1009203155

ISBN 957-01-5163-3 (平裝)

