

最高法院檢察署編印

非常上訴理由及判決要旨

第七輯

王建今題



非常上訴理由及判決要旨第七輯序

非常上訴之提起，以發見刑事案件之審判係違背法令者爲限。所謂審判違背法令，係指其審判程序或判決援用之法令與當時應適用之法令有所違誤者而言，援用法令是否違誤，應以原判決所確認之事實爲基礎，如依原判決所確認之事實，其所適用之法律並無違誤，縱原確定判決因重要證據漏未調查，致所確定之事實發生疑義，除合於再審條件應依再審程序救濟外，非常上訴審無從進行調查未經原確定判決認定之事實，其適用法令有無違背，卽屬無憑判斷，因之以調查此項事實爲前提之非常上訴，自難認爲有理由（參照最高法院四十四年台非字第四號判例）。因之，凡非常上訴理由涉及重要證據，縱存在卷內，對被告絕對有利，倘未經原確定判決認定，最高法院亦一律不予調查審理。當事人如欲以重要證據漏未審酌爲理由聲請再審，往往已超過刑事訴訟法第四百二十四條規定之二十日期間，亦徒喚奈何而已。嗣經司法院大法官會議釋字第一四六號解釋：「刑事判決確定後，發見該案件認定犯罪事實與所採用證據顯屬不符，自屬審判違背法令，得提起非常上訴」。自此以後，則原確定判決所認定之事實與附卷之證據顯不相符者，縱該項證據未經確

定判決審酌認定，亦可提起非常上訴，予以救濟。

非常上訴案件，凡合乎前述之要件者，均依法向最高法院提起，否則即予駁回。本署自大陸遷臺以來，每年提起非常上訴案件，均在二百件左右，爲提供司法人員及社會人士參考起見，經就提起非常上訴案件中擇其有參考價值者，編成「非常上訴理由及判決要旨」一書問世，先後發行已有六輯。現第七輯即將繼續發行，同時第一輯至第六輯亦增加發行，俾需用者得就民國三十八年政府遷臺歷時約三十年之非常上訴重要案件約七百案，均可一覽無餘。深信無論對司法實務上各種刑案之處理或從事法律理論與實務之研究者，均有重大之神益。爰略述提起非常上訴之要件與本書編輯發行概況，以爲之序。

中華民國六十九年三月

王建今於最高法院檢察署

最高法院檢察署
非常上訴理由
及判決要旨彙編第七輯目錄

刑 法		關 係 條 文		頁 數
案次	年度	判決案號 臺非字		
一	六五	一〇二	刑法第二條第一項、第二百三十三條 少年事件處理法第八十五條	一
二	六四	八四	刑法第三十七條第二項、第一百二十三條第三項 戡亂時期貪污治罪條例第十二條第二項	三
三	六二	一六四	刑法第四十一條、第三百四十九條第二項	六
四	六四	三七	刑法第五十一條第五款、第六款	八
五	六二	八五	刑法第六十一條	〇
六	六二	七九	刑法第六十一條	一
七	六五	一一七	刑事訴訟法第三百七十六條	三
八	六六	一九三	刑法第六十二條 刑法第七十九條第一項、第四十七條	六

九	六五	一〇七	刑法第七十四條	一九
一〇	六四	八二	刑法第八十條第一項	二二
			刑事訴訟第三百零二條第二款	二四
一一	六三	一七五	刑法第八十七條	
			刑事訴訟法第三百零九條第六款	二六
一二	六四	一〇	刑法第九十三條第二項	二九
			刑事訴訟法第四百八十一條第一項	三一
一三	六二	一二七	刑法第一百二十一條第一項、第二項	
一四	六三	一一八	刑法第二百十四條	三三
			刑事訴訟法第三百七十八條	
一五	六三	一〇一	刑法第二百十四條、第二百十六條	三六
			刑事訴訟法第三百七十九條第五款	三八
一六	六三	三五	刑法第二百十五條、第八十條第一項第二款	
一七	六六	六四	刑法第二百十九條、第三十八條第一項第二款及第三項	四一

戡亂時期肅清煙毒條例第九條
中華民國六十四年罪犯減刑條例第四條第一項第三款

一八	六五	一八四	項法第二百六十八條	四三
一九	六六	九	刑法第二百六十八條	四五
二〇	六五	九六	刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款 刑法第二百七十七條第一項、二百八十條、第四十 一條	四七
二一	六五	一五六	刑法第二百九十八條第二項、第二百三十三條	四九
二二	六五	四八	刑事訴訟法第三百七十八條 刑法第三百二十條第一項、第六十一條 最高法院民刑庭總會六十年第一次會議紀錄	五一
二三	六五	一三六	刑法第三百二十條第二項	五四
二四	六六	二〇五	刑法第三百二十條第二項、第十二條	五六
二五	六三	一九九	刑法第三百二十一條第一項第一款、第二款、第四 款	五九
二六	六二	一四〇	刑法第三百三十五條	六一
二七	六四	二〇	刑法第三百三十七條、第八十一條第一項第五款	六四
二八	六五	一六九	刑法第三百三十九條第一項	六六
二九	六五	一七二	刑法第三百三十九條第一項	七〇
三〇	六四	五	刑法第三百三十九條第二項	七三

刑事訴訟法

三一	六四	一五八	刑法第三百三十九條、第二百十四條	七六
三二	六六	六	刑法第三百四十二條第一項	
			中華民國六十年罪犯減刑條例、中華民國六十四年罪犯減刑條例	八一
三三	六三	一三六	刑事訴訟法第六十條第二項	八四
三四	六六	八一	刑事訴訟法第六十一條第二項、第六十二條、第三百七十六條、第三百七十二條	
三五	六五	一	刑法第六十一條	八六
			刑事訴訟法第九十四條、第三百六十五條、第四十七條	八九
三六	六五	二二一	刑事訴訟法第一百五十四條第二項	
			司法院大法官會議釋字第一四六號解釋	九一
三七	六五	一三〇	刑事訴訟法第一百五十五條第二項	九三
三八	六五	一五〇	刑事訴訟法第二百六十六條	九七
三九	六五	六八	刑事訴訟法第二百六十六條、第三百四十三條	九九
四〇	六四	七八	刑事訴訟法第二百六十八條、第三百條	一〇一

四一	六二	二五	刑事訴訟法第二百六十八條、第三百條	一〇四
四二	六二	六八	刑事訴訟法第二百零三條第二款	一〇六
四三	六六	一六二	刑事訴訟法第二百零六條、第三百七十九條第六款	一〇八
四四	六六	二八	刑事訴訟法第二百零九條第二款	一一〇
四五	六五	七三	刑事訴訟法第三百十九條第一項、第三百三十四條	一一二
四六	六六	五	刑事訴訟法第三百十九條第一項、第三百三十四條	一一五
四七	六六	一八四	刑事訴訟法第三百三十四條	一一七
四八	六五	一六二	刑事訴訟法第三百三十四條、第三百二十一條	一一九
四九	六二	一一五	刑事訴訟法第三百四十五條	一二一
五〇	六五	一二〇	刑事訴訟法第三百五十九條、第三百七十九條第十 二款	一二三
五一	六六	三三	刑事訴訟法第三百七十一條、第五十六條、第二百 七十二條	一二五
五二	六五	六九	刑事訴訟法第三百七十八條	一二八
五三	六三	八二	刑事訴訟法第三百七十八條	一二八

五四	六五	刑法第三百三十七條	一三〇
五五	六四	少年事件處理法第二十七條、第六十五條	一三二
五六	六三	刑事訴訟法第三百七十九條第十二款	一三四
		刑事訴訟法第三百七十九條第十四款	
		刑事訴訟法第三百九十五條前段、第三百七十九條第十四款後段	一三七

刑事特別法

中華民國六十年罪犯減刑條例，中華民國六十四年罪犯減刑條例

五七	六五	八四 中華民國六十年罪犯減刑條例	一三九
五八	六二	中華民國六十四年罪犯減刑條例	一四二
五九	六六	一九九 中華民國六十年罪犯減刑條例第二條	
		五七 中華民國六十年罪犯減刑條例第九條第一項	
		刑法第四十七條	一四五
六〇	六五	九五 中華民國六十四年罪犯減刑條例第五條第一項	一四七
六一	六四	一四三 中華民國六十四年罪犯減刑條例第五條第二項	一五〇
六二	六四	一三三 中華民國六十四年罪犯減刑條例第六條第一項	一五二

六六	六五	一七三	中華民國六十四年罪犯減刑條例第十三條第一項	一六一
六六	六五	一五八	刑法第一百三十五條第一項	一六五
六四	六四	一三一	中華民國六十四年罪犯減刑條例第七條、第十二條	一五四
六三	六五	三七	中華民國六十四年罪犯減刑條例第七條	
票 據 法				
六七	六五	七九	票據法第二十二條第一項、第一百三十六條第二款	一六三
六八	六五	一九四	票據法第二十二條第一項、第一百三十六條第二款	一六六
六九	六六	一〇	票據法第一百四十一條	一六八
七〇	六五	一七二	票據法第一百四十一條第一至三項	一七〇
少年事件處理法				
七二	六六	三五	少年事件處理法第二條、第三條、第四十七條第三項	

七二	六三	一三四	少年事件處理法施行細則第八條 少年事件處理法第二十七條、第六十五條 刑事訴訟法第三百零三條第二款	一七三
七三	六三	一四〇	少年事件處理法第六十五條第一項、第二十七條 刑法第二百七十一條第三項、第三百三十七條	一七六
七四	六五	一三二	少年事件處理法第七十七條 戕亂時期竊盜犯贓物犯保安處分條例第三條 刑法第二條第一項但書	一七九
七五	六四	五三	少年事件處理法第八十五條 刑法第三百二十條第一項	一八二
七六	六六	九三	少年事件處理法第八十五條 刑事訴訟法第三百七十八條	一八四
七七	六三	一四六	兒童福利法第二十五條、第二十八條 刑事訴訟法第三百七十八條	一八六
兒童福利法				一八九

動產擔保交易法

七八	六二	一六六	動產擔保交易法第三十八條	一九一
七九	六五	五〇	動產擔保交易法第三十八條	

			刑法第二條第一項但書	一九四
--	--	--	------------	-----

兵役法

八〇	六五	三九	兵役法第二十條第一項第二款、第三款	
----	----	----	-------------------	--

			刑事訴訟法第三百零三條第六款	一九八
--	--	--	----------------	-----

妨害兵役治罪條例

八一	六三	六四	妨害兵役治罪條例第四條第一款	
----	----	----	----------------	--

			刑法第二百十六條、第二百十二條	
--	--	--	-----------------	--

			刑事訴訟法第三百七十八條	二〇一
--	--	--	--------------	-----

八二	六六	二二七	妨害兵役治罪條例第十一條第一項第三款、第三項	
----	----	-----	------------------------	--

			、第六條	二〇三
--	--	--	------	-----

八三	六六	二二四	妨害兵役治罪條例第十一條第一項第三款、第三項	
----	----	-----	------------------------	--

、第六條、第七條
後備軍人管理規則第十九條
戶籍法第五十八條第一項

二〇五

戡亂時期竊盜犯贓物犯保安處分條例

八四	六五	一七五	戡亂時期竊盜犯贓物犯保安處分條例第七條、第八條	二〇八
八五	六四	一三六	戡亂時期竊盜犯贓物犯保安處分條例第八條	二一一

戡亂時期貪污治罪條例

八六	六六	八〇	戡亂時期貪污治罪條例第十條、第六條第三款、第三條	二二三
八七	六六	五〇	戡亂時期貪污治罪條例第十條、第十二條 刑法第一百二十一條第一、二項	二二六

戰時交通電業設備及器材防護條例

八八	六四	四三	戰時交通電業設備及器材防護條例第十四條第一項	二一八
----	----	----	------------------------	-----

八九	六五	二〇四	戰時交通電業設備及器材防護條例第十四條第一項、第二條第一項第四款第八款	一一一
所得稅法				
九〇	六六	二二五	所得稅法第一百十條第三項 刑法第一條 刑事訴訟法第三百七十八條 所得稅法第一百十條第三項 刑法第十一條、第四十條 中華民國六十四年罪犯減刑條例第六條、第四條第二項、第二條	一一四
九一	六四	一四二	所得稅法第一百十條第三項 刑法第十一條、第四十條 中華民國六十四年罪犯減刑條例第六條、第四條第二項、第二條	一一七
戡亂時期肅清煙毒治罪條例施行細則				
九二	六六	二四二	戡亂時期肅清煙毒治罪條例施行細則第二十六條第一項第二項 刑事訴訟法第三百七十九條第十四款	一二九
水利法				

九三	六四	七二	水利法第九十三條第一項 刑法第三百五十四條	二三一
海關緝私條例				
九四	六二	四四	海關緝私條例第二十一條第三、四項 司法院院字第一七四八號解釋	二三六
戡亂時期罰金罰鍰裁判費執行費公證費提高標準條例				
九五	六六	二二	戡亂時期罰金罰鍰裁判費執行費公證費提高標準條例 例	二三八
臺灣省內菸酒專賣暫行條例				
九六	六二	二九	臺灣省內菸酒專賣暫行條例第四十二條	二四一
建築法				
九七	六五	一七〇	建築法第九十五條	

		刑法第十一條、第五十六條	二四三
	森 林 法		
九八	六五	八五 森林法第五十條第一項第一款 刑法第三百二十條第一項	二四五
	陸海空軍刑法		
九九	六三	九八 陸海空軍刑法第七十八條第二項 臺灣地區戒嚴時期軍法機關自行審判及交法院審判 案件劃分辦法	二四七
	軍 事 審 判 法		
一〇〇	六五	二二三 軍事審判法第五條第一項	二四九

第 壹 案

一、關係條文

刑法第二條第一項、第二百三十三條。
少年事件處理法第八十五條。

二、非常上訴理由

本件依原確定判決所認定之事實，被告某甲係與十七歲之少年某乙意圖營利，基於概括犯意，於民國六十四年四月廿九日起，四天中，在龍門旅社，共同引誘未滿十六歲之女子，某丙、某丁接客賣淫，因認為該被告與某乙共同連續犯刑法第二百三十三條之罪名，固無不合，原審於本年五月五日判決時，少年事件處理法業已修正公布施行，依修正後第八十五條規定，成年人與未滿十八歲之人共同實施犯罪，應依其所犯之罪加重其刑二分之一，惟該被告共同實施該項犯罪，則係在修正以前，而修正以前之第八十五條所規定之加重，並未及於共同實施犯罪之成年人，原判未適用修正後第八十五條予以加重，亦無不合，但行為後，法律既有變更，原判決未引用刑法第二條第一項但書而明白論敘，仍不無違誤，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、判決要旨

刑法第二條第一項規定行為後法律有變更者，適用裁判時法律，但裁判前之法律，有利於行為人者，適用於最有利於行為人之法律，本件原判決認定被告某甲與十七歲少年某

乙意圖營利，基於概括犯意，於六十四年四月廿九日起，四天中，共同引誘未滿十六歲之女子二人賣淫，認被告某甲與少年某乙有共同連續犯刑法第二百三十三條之罪，惟查本院於六十五年五月五日判決時，少年事件處理法業已修正公佈施行，依修正後該法第八十五條規定，成年人與未滿十八歲之人共同實施犯罪者，依所犯之罪，加重其刑至二分之一，雖該被告共同實施犯罪時，係在該法修正以前，而修正前之第八十五條所規定之加重，並未及於共同實施犯罪之成年人，惟被告行為後法律既有變更，原判決未引用刑法第二條第一項但書而明白論敘，不無違誤。

四、附 錄

最高法院刑事判決

八十五年度臺非字第一〇二號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告妨害風化案件，對於本院中華民國六十五年五月五日第三審確定判決，（六十五年度臺上字第一三七八號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原審關於訴訟程序違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑法第二條第一項規定行為後法律有變更者，適用裁判時法律，但裁判前之法律，有利於行為人者，適用於最有利於行為人之法律，本件原判決認定被告某甲與十七歲之少年某乙意圖營利，基於概括犯意，於六十四年四月廿九

日起，四天中，在龍門旅社，共同引誘未滿十六歲之女子某丙、某丁接客賣淫，認該被告與某乙有共同連續犯刑法第二百三十三條之罪，惟查本院於本年五月五日判決時，少年事件處理法業已修正公布施行，依修正後，該法第八十五條規定，成年人與未滿十八歲之人共同實施犯罪者，依所犯之罪，加重其刑至三分之一，雖該被告共同實施犯罪時，係在該法修正以前，而修正前之第八十五條所規定之加重，並未及於共同實施犯罪之成年人，惟被告行為後法律既有變更，查原判決未引用刑法第二條第一項但書而明白論敘，不無違誤，案經確定，上訴人提起非常上訴，執此指摘非無理由，惟此項判決不載理由係屬訴訟程序之違法，應僅將其關於訴訟程序違背法令部分撤銷，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二款判決如主文。

中華民國六十五年七月十四日

第 貳 案

一、關係條文

刑法第三十七條第二項、第一百二十二條第三項。

戕亂時期貪污治罪條例第十二條第二項。

二、非常上訴理由

宣告六月以上有期徒刑，依犯罪之性質，認為有褫奪公權之必要，宣告褫奪公權一年以上十年以下，刑法第三十七條第二項有明文規定，反之，如宣告之刑，未滿六月，即無適用該條項褫奪公權之餘地。又依戕亂時期貪污治罪條例第十二條第一項規定，犯第四條至第六條各款之罪，情節輕微，而其所得或所圖得財物在三千元以下者，適用有較輕處斷規定之刑法或其他法律，第二項規定犯前條第一項第二

項之罪，情節輕微，而其行求期約或交付財物在三千元以下者亦同，依此規定，凡犯貪污治罪條例第四條至第六條及第十一條第一項第二項之罪，而適用有較輕處罰規定之刑法或其他法律時，無論主刑或從刑，均應依法或其他較輕之法律處斷，關於褫奪公權之規定，亦無該條例第十七條之適用，而應適用刑法第三十七條，即主刑宣告未滿六月者，不能宣告褫奪公權。本件被告某甲因對於公務員關於違背職務之行爲交付賄賂案件，本係犯戕亂時期貪污治罪條例第十一條第二項之罪，但其交付之賄賂共僅新臺幣四百元，依同條例第十二條第二項之規定情節輕微，自得適用有較輕處罰規定之刑法，所以原第一審法院適用刑法第一百二十二條第三項科處有期徒刑六月，褫奪公權一年，該被告不服，上訴於第二審法院，審理結果，認爲某甲於偵查中已自白犯罪，且情節輕微，顯堪憫恕，乃依戕亂時期貪污治罪條例第十二條，第十一條第三項，刑法第一百二十二條第三項，第二十八條，第四十一條，第三十七條第二項，第五十九條，戕亂時期罰金罰鍰裁判費執行費公證費提高標準條例第一、二條，改處該被告有期徒刑三月，並諭知易科罰金之標準，亦無不合，惟該案件，既經依戕亂時期貪污治罪條例第十二條之規定，適用刑法處斷，則王刑適用刑法，關於從刑褫奪公權部分，亦應全部適用刑法，而不能再適用戕亂時期貪污治罪條例第十七條，依首開說明，乃當然之解釋，從而原確定判決，於改判被告某甲有期徒刑三月後，按刑法第三十七條第二項之規定，自不能對之再行宣告褫奪公權，亦不待言，而原確定判決竟違反上述法條規定，亦未適用戕亂時期貪污治罪條例第十七條，又宣告褫奪某甲公權一年，則其從刑部分顯屬違法，案經確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條，提起非常上訴，以資救濟。

三、判決要旨

刑法第三十七條第二項規定

「宣告六月以上有期徒刑，依犯罪之性質認爲有褫奪公

權之必要者，宣告褫奪公權一年以上十年以下」，原審認被告犯瀆職罪，所得賄款在三千元以下，依戡亂時期貪污治罪條例第十二條第二項，適用刑法第一百二十二條第三項，科處被告有期徒刑三月，如易科罰金以九元折算一日，褫奪公權一年。原判宣告之刑期既未滿六月，依上開規定，自不得褫奪公權。乃原判竟予宣告褫奪公權，顯屬違法。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十四年度臺非字第八四號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告瀆職案件，對於臺灣高等法院臺南分院中華民國六十三年十一月二十日第二審確定判決（六十三年上訴字第九〇七號）認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決關於某甲罪刑部分撤銷。

某甲共同對於公務員關於違背職務之行爲，交付賄賂，處有期徒刑三月，如易科罰金以九元折算一日。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑法第三十七條第二項規定「宣告六月以上有期徒刑，依犯罪之性質認為有褫奪公權之必要者，宣告褫奪公權一年以上十年以下」，依此規定凡宣告之刑期未滿六月者，自不得宣告褫奪公權，是爲當然之解釋。本件原判決以被告某甲於民國六十三年一月十日夜間，與同案被告某乙共謀向龍崗警察派出所巡佐某丙、警員某丁分別交付賄賂新臺幣二百元，要求對於某乙之違規駕駛不予告發等情，其賄賂既在三千元以下，情節輕微，且於偵查中自白，爰依戡亂時期貪污治罪條例第十二條第二項，適用刑法第一百二十二條第三項，科處被告有期徒刑三月，如易科罰金以九元折算一

日，褫奪公權一年，雖非無見，但其宣告之刑期既未滿六月，竟予宣告褫奪公權，揆之前開說明，自屬違法，案經確定，且於被告不利，非常上訴，執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決關於被告罪刑部分撤銷，自爲判決，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，戡亂時期貪污治罪條例第十二條第二項，刑法第一百二十二條第三項，第二十八條，第四十一條，戡亂時期罰金罰鍰裁判費執行費公證費提高標準條例第一條、第二條，判決如主文。

中華民國六十四年八月十三日

第 叁 案

一、關係條文

刑法第四十一條、第三百四十九條第二項。

二、非常上訴理由

按得易科罰金之案件，以所犯最重本刑爲三年以下有期徒刑以下之刑之罪爲限，刑法第四十一條定有明文，本件被告某甲因故買贓物，爲臺灣臺北地方法院依刑法第三百四十九條第二項，論處拘役三十日，該罪最重本刑爲五年以下有期徒刑之罪，依法不得易科罰金，而原判主文竟諭知易科罰金折算之標準，揆諸上開說明，當屬違法，案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

受六月以下有期徒刑或拘役之宣告，得易科罰金者，以犯最重本刑爲三年以下有期徒刑以下之刑之罪爲限，刑法第四十一條規定甚明。本件原判決係依刑法第三百四十九條第二項，論處被告某甲故買贓物罪拘役三十日，查該條項之法定最重本刑爲五年以下有期徒刑以下之刑之罪，與上開得易科罰金之規定不合，乃原判決對其所處被告拘役三十日，竟諭知准以六元折算一日，易科罰金，顯屬違法。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十二年度臺非字第一六四號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告

某甲

右上訴人因被告贓物案件，對於臺灣臺北地方法院中華民國六十二年四月三十日第一審確定判決（六十二年度易字第六八一八號）認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按受六月以下有期徒刑或拘役之宣告，得易科罰金者，以犯最重本刑爲三年以下有期徒刑，以下之刑之罪爲限，刑法第四十一條規定甚明。本件原判決係依刑法第三百四十九條第二項，論處被告某甲故買贓物罪拘役三十日，查該條項之法定最重本刑爲五年以下有期徒刑以下之刑之罪，與上開得易科罰金之規定不合，乃原判決對其所處被告拘役三十日，竟諭知准以六元折算一日，易科罰金，顯屬違法，上訴人於判決確定後，執以提起非常上訴，洵有理由，惟原判決於被告尚無不利，應僅將其違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款上段，判決如主文。

中華民國六十二年十月十七日

八

第 肆 案

一、關係條文

刑法第五十一條第五款、第六款。

二、非常上訴理由

查刑法第五十一條第六款規定，宣告多數拘役者，比照前款定其刑期，但不得逾四個月，依民法第一百二十三條第二項所定，每月爲三十日計算，四個月則爲一百二十日，原裁定諭知應執行拘役一百五十日，顯已逾法定期間，當屬違法，案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條，提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

數罪併罰案件宣告多數拘役者，應比照刑法第五十一條第五款規定，於各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下，定其刑期，但不得逾四個月，此爲同條第六款所明定。本件被告某甲因違反票據法三十九罪，分別被判罪刑，其中有四罪係科處拘役五十五日、五十五日、五十五日及二十日，依照首開說明，自應在拘役五十五日以上，四個月（卽一百

二十日)以下定其應執行之刑，方爲適法，乃原裁定於更定執行刑時就該四罪所科處之拘役，竟諭知執行拘役一百五十日，顯已超逾法定刑期，自顯違誤。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十四年度臺非字第三七號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告

某甲

右上訴人因被告違反賭博法案件，對於臺灣高等法院中華民國六十四年一月三十日更定執行刑之確定裁定(六十四年度聲字第三十六號)認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原裁定關於拘役部份所定執行刑撤銷。

某甲被處之拘役五十五日、五十五日、五十五日、二十日應執行拘役一百二十日，拘役如易科罰金，以三元折算一日。

理 由

非常上訴理由(見前二)

本院按數罪併罰案件宣告多數拘役者，應比照刑法第五十一條第五款規定，於各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下，定其刑期，但不得逾四個月，此爲同條第六款所明定。本件被告某甲因違反票據法三十九罪，分別被處罪刑，其中有四罪係科處拘役五十五日、五十五日、五十五日及二十日，依照首開說明，自應在拘役五十五日以上，四個月(即一百二十日)以下定其應執行之刑，方爲適法，乃原裁定於更定執行刑時就該四罪所科處之拘役，竟諭知應執行拘役一百五十日，顯已超逾法定刑期，自屬違誤。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，且原裁定於被告不利，爰將原裁定關於拘役部份所定執行刑撤銷，由本院另行判決，就所處之拘役五十五日、五十五日、五十五日、二十日諭知

應執行拘役一百二十日，拘役如易科罰金以三元折算一日。

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，刑法第十一條前段，第五十三條，第五十一條第六款，第四十一條，判決如主文。

中華民國六十四年四月九日

第 伍 案

一、關係條文

刑法第六十一條。

二、非常上訴理由

刑法第六十一條所列各罪之案件，依刑事訴訟法第三百六十八條規定，不得上訴於第三審法院，故一經第二審判決即告確定，如當事人對此已告確定之案件，猶提起第三審上訴，第三審法院即應依刑事訴訟法第三百八十七條上段以判決駁回之，倘竟誤為撤銷發回更審，原第二審法院亦復違昭更為判決，均屬違法，難謂有效，並無影響於更審前之第二審判決確定之效力（五十五年臺非字第二〇五號判決），本件被告某甲原係屏東縣警察局里港分局沙漠派出所警員，因該所管轄之三地鄉沙漠村係山地管制區，外地居民進入該村，依規定均需辦理入山手續，而申請書並須經警勤區警員即被告某甲查核簽證後，方能持向該管警察分局請領入山證，適有高雄市居民某乙、某丙父子，於民國五十六年起即受案外人某丁委託，代為管理其所有之沙漠村鳳梨園，時在該村耕作，被告竟於六十年六月下旬某日，乘某丙重新

申領入山證之機會，而意圖爲自己不法之所有，向黃某捏稱 爲交際上峰，須付四、五百元，某丙誤信爲真，惟其時身無分文，迨至同年七月下旬某日下午四時，向乃父求得新臺幣二百元交與被告，被告因僅得二百元，未厭所欲，心有未甘，乃對某丙申請入山手續，多方留難，案經屏東縣警察局查獲，移送屏東地方法院檢察官偵查，於同年十二月十七日，依刑法第一百二十一條第一項，提起公訴，同院認被告之行爲，固合於戕亂時期貪污治罪條例第五條第二款之情形，惟念被告所得財物，乃在銀元三千元以下，應變更起訴法條，適用普通刑法第三百三十九條第一項論處被告有期徒刑五月，第一審檢察官對該判決並無爭執，而因被告不服提起第二審上訴，第二審臺南高分院經多方面調查，認本案並無積極證據，以證明被告有詐欺財物之犯行，而原審遽予論罪科刑，顯有未洽，遂將原判決撤銷，改判被告無罪，依法本案至此卽告確定，詎臺南高分院檢察官據被害人之聲請，對此已告確定之案件，猶提起第三審上訴，貴院未依刑事訴訟法第三百九十五條上段以判決駁回之，竟誤爲撤銷發回更審，臺南高分院亦復遵照更爲審理，認原審認事用法，洵無不合，諭知上訴駁回，維持第一審對被告科處有期徒刑五月之判決，被告不服再提起第三審上訴，貴院於六十二年二月十五日判決，認本案原審係依刑法第三百三十九條第一項論處罪刑，縱按同法第一百三十四條予以加重，仍屬第六十一條第四款之案件，既經第二審判決，卽不得上訴於第三審法院，乃諭知上訴駁回，揆諸上開說明，對已告確定之上訴案件，誤爲撤銷發回更審，第二審法院復更爲判決，以及貴院六十二年二月十五日諭知上訴駁回之判決，均屬違誤，案經確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條規定，提起非常上訴，以資救濟。

三、判決要旨

第一審起訴時，如非刑法第六十一條之案件，而第一審判決爲刑法第六十一條所列之

罪者，當事人在第二審言詞辯論終結前，亦未有爭執，仍屬刑法第六十一條之案件（見司法院大法官會議第六十號解釋），故一經第二審判決，即告確定，依刑事訴訟法第三百七十六條之規定，不得上訴於第三審法院，如當事人對於已告確定之案件，猶提起第三審上訴，第三審即應依刑事訴訟法第三百九十五條上段，以判決駁回之，乃本件原判竟誤為撤銷，發回更審，原第二審法院，亦復遵照更為判決，均屬違法，難謂有效，並無影響於更審前之第二審判決之效力。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十二年度臺非字第八五號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告

某甲

右上訴人因被告賈職案件，對於本院中華民國六十二年二月十五日第三審確定判決（六十二年度臺上字第四五七號）認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決及前第三審暨第二審更審判決均撤銷。

檢察官之前第三審上訴駁回。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按第一審起訴時，如非刑法第六十一條之案件，而經第一審判決為刑法第六十一條所列之罪者，當事人在第二審言詞辯論終結前，亦未有爭執者，仍屬刑法第六十一條之案件（見司法院大法官會議第六十號解釋），故一經第二審判

決，即告確定，依刑事訴訟法第三百七十六條之規定，不得上訴於第三審法院，如當事人對於已告確定之案件，猶提起第三審上訴，第三審即應依刑事訴訟法第三百九十五條上段，以判決駁回之，倘竟誤爲撤銷，發回更審，原第二審法院，亦復遽照更爲判決，均屬違法，難謂有效，並無影響於更審前之第二審判決之效力。本件被告某甲經第一審檢察官認其觸犯刑法第一百二十一條第一項之罪，提起公訴，第一審法院審理結果，認其觸犯刑法第三百三十九條第一項之罪，依法變更起訴法條，論處被告詐欺罪，被告不服上訴於第二審法院，在第二審言詞辯論終結前，當事人對此變更起訴法條，亦無爭執，而此項詐欺罪係屬於刑法第六十一條第四款所列之案件，既經第二審判決，諭知被告無罪，依刑事訴訟法第三百七十六條，不得上訴於第三審法院，則該第二審判決已告確定，乃第二審法院檢察官，對此已告確定之判決，猶復提起第三審上訴，本院亦復疏未依刑事訴訟法第三百九十五條上段，從程序上予以駁回，反將已確定之第二審判決撤銷，發回更審，臺灣高等法院臺南分院亦復更爲判決，竟維持第一審對於被告科處有期徒刑五月，被告不服提起第三審上訴，本院依刑事訴訟法第三百九十五條上段，從程序上予以駁回，依昭上開說明，顯屬於法有違，且不利於被告，上訴人於判決確定後，認爲違法，提起非常上訴，自應予以駁回，本院六十二年度臺上字第四五七號）及前第三審判決（本院六十一年度臺上字第四一七〇號）暨第二審更審判決（臺灣高等法院臺南分院六十一年度一上更字第五八七號）均予撤銷，而將檢察官之第一審上訴駁回，以維持原第二審無罪判決之確定力，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上段，第三百九十五條上段，判決如主文。

中華民國六十二年五月十七日

第 陸 案

一、關係條文

刑法第六十一條

刑事訴訟法第三百七十六條。

二、非常上訴理由

按刑法第六十一條所列各罪之案件，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院，刑事訴訟法第三百七十六條定有明文。本件被告某甲，第一審檢察官對之提起公訴，依其起訴書理由欄內記載，認係觸犯戕亂時期貪污治罪條例第五條第二款之罪嫌。惟以被告所得財物在三千元以下，依同條例第九條適用較輕之刑法第一百二十一條第一項處斷。按該條例第五條第二款係規定「利用職務上之機會詐取財物者」。而刑法第一百二十一條第一項所規定者，則並非詐財罪名，所謂適用較輕之刑法第一百二十一條第一項處斷云云，與其本旨不符，顯係誤寫。第一審法院因依刑法第一百三十四條，第三百三十九條第一項論處，同院檢察官不服，提起第二審上訴，據其上訴書記載，係以被害人某乙具狀請求上訴，經核尚非顯無理由，此外，並無其他理由，而據某乙請求原狀陳述，則以「被告身為公務員，竟忍心將政府之區區救濟金詐取而去」，為其被害之事實，並係因「處以徒刑四月」「不足以資懲儆」為其請求上訴之理由。是於第一審適用法律並無爭執。第二審審理中，檢察官陳述上訴意旨，依審判筆錄記載，其「要旨與上訴書同」。五十九年六月二十五日第二審判決，撤銷第一審判決，諭知被告無罪，據其事實欄記載，亦係以「觸犯公務員假借職務上之機會，詐取財物之罪嫌」，為其裁判之範圍。第二審檢察官不服，提起第三審上訴，依其上訴書記載，仍以「詐取新臺幣一千二百元之事實」「不能謂非明確」為其上訴理由。就法律方面仍無爭執，是本件顯屬於刑法第六十一條所列之案件，按之首開規定，自不得上訴於第三審法院，依刑事訴訟法第三百九十五條前段規定，第三審法院應即以判決駁回其上訴，乃第三審法院於同年十二月十七日判決，竟撤銷原判決發回臺灣高等法院，顯有違誤，而臺灣高等法院於六十年三月二十四日復為實體上判決，自屬於法有違，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非

常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

刑法第六十一條所列各罪之案件，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院，刑事訴訟法第三百七十六條定有明文。倘是否屬於刑法第六十一條各款之罪，見解尚有不同時，以檢察官在第二審言詞辯論終結前業已有所爭執，而第二審判決仍認係該條之罪，方得上訴於第三審，業經司法院大法官會議解釋字第六十號解釋在案。本件被告因瀆職案件，原第一審依刑法第三百三十九條第一項論處罪刑，雖有引用同法第一百三十四條予以加重，惟仍屬於同法第六十一條第四款之案件，該第一審檢察官僅以量刑過輕提起上訴，並於第二審言詞辯論終結前，第二審檢察官對於罪名均無爭執，經第二審判決，依前開說明改判被告無罪，第二審檢察官亦不得以被告詐欺屬實，再行上訴於第三審法院。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十二年度臺非字第七九號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告瀆職案件，對於臺灣高等法院中華民國六十年三月二十四日第二審確定判決（六十年度上更（一）字第三八號）認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決及發回更審之前第三審判決關於違背法令部分均撤銷。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑法第六十一條所列各罪之案件，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院，刑事訴訟法第三百七十六條定有明文。倘是否屬於刑法第六十一條各款之罪，見解尚有不同時，以檢察官在第二審言詞辯論終結前業已有所爭執，而第二審判決仍認係該條之罪，方得上訴於第三審，業經司法院大法官會議解釋在案（釋字第六十號）。本件被告因瀆職案件，原第一審係依刑法第三百三十九條第一項論處罪刑，雖有引用同法第一百三十四條予以加重，惟仍屬於同法第六十一條第四款之案件，該第一審檢察官僅以量刑過輕提起上訴，並於第二審（臺灣高等法院五十九年度上訴字第二六七號）言詞辯論終結前，第二審檢察官對於罪名均無爭執，既經第二審判決，依前開說明改判被告無罪，第二審檢察官亦不得以被告詐欺處實，再行上訴於第三審法院，乃本院於五十九年十二月十七日判決（五十九年度臺上字第四〇一七號）誤以檢察官第三審上訴為合法，竟撤銷該第二審判決予以發回，而臺灣高等法院復為實體上裁判，於六十年三月二十四日判決（六十年度上更（一）字第三八號）再撤銷原第一審判決，諭知被告無罪，均難謂非違背法令。案經確定，上訴人提起非常上訴，洵有理由，但此種違法，尚非不利於被告，應由本院將更審後之原判決及發回更審之前第三審判決關於違背法令部分均撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百七十七條第一項第一款前段，判決如主文。

中華民國六十二年五月四日

第 柒 案

一、關係條文

刑法第六十二條。

二、非常上訴理由

按對於未發覺之罪，自首而受裁判者，減輕其刑，爲刑法第六十二條前段所明定。本件被告某甲所簽發彰化銀行士林分行六十四年五月六日號碼〇四四八七三面額新臺幣六千二百元，同年五月七日號碼〇四四八三五面額新臺幣一萬五千元，同日號碼〇四四八三六面額新臺幣二萬五千元。又被告於同月九日簽發第一銀行士林分行號碼三〇〇三三三面額四萬六千八百元，同年四月十五日號碼三一六〇〇一面額新臺幣一萬元，五月十五日號碼三一六〇〇二面額新臺幣一萬元，同日號碼三一六〇〇四面額新臺幣一萬元，同日號碼三一六〇〇五面額新臺幣一萬元之支票共八張，業於被告第二次之自首狀中列明（見臺北地檢處64年偵字第一八三六六號卷宗），且係於犯罪發覺前自首（自首狀係六十四年六月十三日到該處，本案係六十四年六月十八日移送），核與自首要件相符，原判決曾說明上訴人雖於偵查中自首（誤爲第一次自首狀六十四年臺北地檢處一七八七四號卷宗），但與上開支票部分無關，應予駁回。惟查上訴駁回部分之支票中，確有上開八張支票在內，既經被告自首，未予減輕，顯屬違誤，案經確定，且於被告不利，應依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條，提起非常上訴，以資救濟。

三、判決要旨

對於未發覺之罪，自首而受裁判者，減輕其刑，爲刑法第六十二條前段所明定。本件被告某甲簽發支票時故意將金額超過其存數之支票八張，均經執票人提示未獲兌現，上開犯行，業經被告於第二次之自首狀中列明，有臺北地方法院檢察處六十四年度偵字第一八三六六號卷宗可考。且其自首係在六十四年六月十三日，而本案於同年月十八日移送，核與自首要件符合。原判決理由謂被告雖於偵查中自首，但與上開支票部分無關（誤爲第一

次自首狀一附在同檢察處一七八七四號卷），而駁回被告之上訴。但查上訴駁回部分之支票中，確有上開八張支票在內，既經自首，未予減輕其刑，顯有判決不適用法則之違法。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十五年度臺非字第一一七號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告

某甲

右上訴人因被告違反票據法案件，對於臺灣高等法院中華民國六十四年十二月卅一日第二審確定判決（六十四年度票上易字第九二四四號）認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原審及第一審關於所處罰金八百元、一千七百元、二千七百元、六百元、四千八百元、一千二百元、一千二百元、一千二百元部分之判決均撤銷。

某甲發票人簽發支票時故意將金額超過其存數，經執票人提示不獲支付八罪，處罰金四百元、八百五十元、一千三百五十元、三百元、二千四百元、六百元、六百元，如易服勞役，罰金在五百四十元以內者以三元折算一日，超過五百四十元者以罰金總額與六個月之日數比例折算。」

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按對於未發覺之罪，自首而受裁判者，減輕其刑，為刑法第六十二條前段所明定。本件被告某甲簽發支票時故意將金額超過其存數，計付款人彰化商業銀行士林分行六十四年五月六日（號碼〇四四八七三）面額新臺幣六千二百元，同年五月七日（號碼〇四四八三五）面額新臺幣一萬五千元，同日（號碼〇四四八三六）面額新臺幣二萬五千元。又於同月九日簽發付款人第一商業銀行士林分行（號碼三〇〇三三三）面額四萬六千八百元，同年四月十五日（號碼三一

六〇〇一）面額新臺幣一萬元，五月十五日（號碼三一六〇〇二）面額新臺幣一萬元，同日（號碼三一六〇〇四）面額新臺幣一萬元，同日（號碼三一六〇〇五）面額新臺幣一萬元之支票共八張，均經執票人提示未獲兌現，上開犯行，業經被告於第二次之自首狀中列明，有臺灣臺北地方法院檢察處六十四年度偵字第一八三六號卷可考。且其自首係在六十四年六月十三日，而本案於同年月十八日移送，核與自首要件符合。原判決理由謂被告雖於偵查中自首，但與上開支票部分無關（誤為第一次自首狀——附在同檢察處一七八七四號卷內），而駁回被告之上訴。但查上訴駁回部分之支票中，確有上開八張支票在內，既經被告自首，未予減輕其刑，顯有判決不適用法則之違法，且不利於被告，上訴人於判決確定後，提起非常上訴，洵有理由，應由本院將原審及第一審關於上開部分之判決均撤銷，另為判決，依例減輕其刑（六十四年四月十五日簽發三一六〇〇一號支票所處罰金一千二百元部分，原判決已依中華民國六十四年罪犯減刑條例減為罰金六百元，茲應減為三百元），以資糾正。

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，票據法第一百四十一條第二項，刑法第十一條，第六十二條前段，第四十二條第二項第三項，中華民國六十四年罪犯減刑條例第二條第一項第二款乙類，第四條第二項，判決如主文。

中華民國六十五年八月五日

第 捌 案

一、關係條文

刑法第七十九條第一項、第四十七條。

戡亂時期肅清煙毒條例第九條。

中華民國六十四年罪犯減刑條例第四條第一項第三款。

二、非常上訴理由

被告某甲於民國六十年五月十八日犯煙毒罪，經臺北地方法院判處有期徒刑四年，發監執行，於六十三年九月十二日假釋出獄，並於六十四年五月十七日刑期屆滿，有臺北地方法院檢察官六六執加字第四五八五號執行指揮書附卷可稽，依刑法第七十九條規定，在有期徒刑所餘刑期內，未經撤銷假釋者，其未執行之刑，以已執行論，是以本案已經執行完畢，極爲明顯，該被告又於民國六十六年二月間吸食毒品，臺北地方法院以其受有期徒刑之執行完畢，五年以內，再犯有期徒刑以上之罪，依照累犯，判處有期徒刑四年，核無不當，乃上訴原審法院後，原審竟將已於六十四年五月十七日執行完畢之案件，認爲應依六十四年七月十四日方始公布施行之中華民國六十四年罪犯減刑條例，予以減刑，亦不能以累犯論處，而將原判決撤銷改判，當屬違誤，案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條，提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

在有期徒刑所餘刑期內，未經撤銷假釋者，其未執行之刑，以已執行論，刑法第七十九條規定甚明。本件被告於六十年五月十八日犯煙毒罪，第一審判刑四年，發監執行，於六十三年九月十二日假釋出獄，並於六十四年五月十七日刑期屆滿。又於六十六年二月間吸食毒品，第一審以其受有期徒刑之執行完畢，五年以內再犯罪，依累犯科處徒刑四年。乃上訴後，原審竟憑空認定「被告前犯之煙毒罪減刑部分應予撤銷，不能以累犯論」，而將原判決撤銷改判，不加重其刑，顯屬違誤。

四、附 錄

上訴人 最高法院檢察署檢察長

被告 某甲

右上訴人因被告煙毒案件，對於臺灣高等法院中華民國六十六年六月十日終審確定判決（六十六年度上訴字第一〇四三號）認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按戡亂時期肅清煙毒條例第九條所定之吸食毒品罪，在中華民國六十四年四月十六日以前者，固屬於中華民國六十四年罪犯減刑條例第四條第一項第三款所列應予減刑之案件，惟中華民國六十四年罪犯減刑條例於六十四年六月五日始行公布，並明定同年七月十四日施行，而減刑特典，又採不溯及既往之原則，故在減刑條例公布施行前，已經執行完畢之案件，均不再辦理減刑手續，自亦無撤銷減刑之可言，從而如已受有期徒刑之執行完畢，五年以內再犯有期徒刑以上之罪，即應以累犯論。本件被告某甲曾於民國六十年犯施打毒品罪，經臺灣臺北地方法院判處有期徒刑四年，發監執行至六十三年九月十二日假釋出獄，其刑期應至六十四年五月十七日屆滿，有臺灣臺北地方法院檢察官六六執加字第四五八五號執行指揮書附於該案執行卷內可稽，因在所餘刑期內未撤銷假釋，依刑法第七十九條第一項規定，其未執行之刑，以已執行論，迨至六十四年六月五日雖有中華民國六十四年罪犯減刑條例之頒行，但因被告前案刑期執行完畢在先，依照減刑不溯及既往之原則，並未辦理減刑手續，自無撤銷減刑裁判之可言，則其於六十六年二月間再犯吸食毒品罪，距其前案已受有期徒刑之執行完畢，尚未逾五年，依刑法第四十七條規定，應以累犯論，加重其刑，乃原判決竟憑空認定「被告前犯之煙毒罪減刑部分應予撤銷，不能以累犯論」，而將臺灣臺北地方法院以累犯論處之初審判決撤銷改判，不加重其刑，於法殊有未合，上訴人於判決確定後，認為違法，提起非常上訴，洵有理由，惟原判決於被告尚無不利，應僅將其違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款上段判決如主文。

中華民國六十六年十一月九日

二二

第 玖 案

一、關係條文

刑法第七十四條。

二、非常上訴理由

按刑法第七十四條所謂受二年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告，係指宣告之本刑而言，並不包括減刑之宣告（最高法院六十五年第一次刑庭庭推總會會議決議在案），本件被告某甲犯偽造有價證券罪，臺灣臺北地方法院判處有期徒刑三年，參酌前開說明，即不得諭知緩刑，而該院依減刑後之有期徒刑一年六月，諭知緩刑四年，顯屬不合，係有適用法則不當之違法，案已確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條之規定，提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

刑法第七十四條所謂受二年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告，係指宣告之本刑而言，並不包括減刑之宣告在內。（見最高法院六十五年第一次刑庭庭推總會會議決議）。本件原處有期徒刑三年，依中華民國六十四年罪犯減刑條例減處有期徒刑一年六月，竟予宣告緩刑，自非適法。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十五年度臺非字第一〇七號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告偽造有價證券案件，對於臺灣臺北地方法院中華民國六十五年一月二十日第一審確定判決（六十四年度訴字第二三七九號），認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決關於違背法令部份撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑法第七十四條所謂受二年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告，係指宣告之本刑而言，並不包括減刑之宣告，本件原判決因被告某甲犯偽造有價證券罪，處以有期徒刑三年，雖依中華民國六十四年罪犯減刑條例之規定，減爲有期徒刑一年六月，但揆諸首揭說明，自不得宣告緩刑，原判竟依刑法第七十四條第一款，宣告緩刑四年，顯屬違法，案經確定，非常上訴論旨，執以指摘，尙有理由，惟原判決並非不利於被告，應由本院僅將其違背法令部份撤銷，以資糾正。

據上論結，依懲刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段判決如主文。

中華民國六十五年七月廿七日

第拾案

一、關係條文

刑法第八十條第一項。

刑事訴訟法第三百零二條第二款。

二、非常上訴理由

按時效已完成者，應諭知免訴之判決，刑事訴訟法第三百零二條第二款定有明文。本件被告某甲因違反稅務法案件，經原審法院財務法庭於民國五十四年十一月十日派書記官呂某、執達員孫某持拘票前往某甲之住所執行拘提被告，呂、孫二員於十一時在某甲宅出示拘票，見被告想逃，孫員用強制力拉住其手，正帶上車，被告被拘後，拼力掙扎，向外衝跑，孫員被掙倒地，仍抱被告不放。某甲之家人覩狀自動來援，合力將孫員拖住，被告因而掙脫逃逸，爲原判認定之事實，原審因而判處被告依法拘禁之人脫逃，處以有期徒刑二月，併諭知易科罰金之標準，固非無見。惟被告犯罪時在五十四年十一月十一日，檢察官起訴後，法院傳其於同年十二月二十一日審判，被告並未到案。查被告所犯之脫逃罪爲一年以下有期徒刑之罪，依刑法第八十條第一項第三款，其追訴權因五年不行使而消滅。再依刑法第八十三條規定追訴之時效，在五十六年三月二十一日通緝之日起，審判程序既不能開始，其追訴權時效應因而停止，其停止原因繼續存在之期間，已達於五年四分之一，即一年三月，其停止原因視爲消滅。再經五年，其追訴權已因五年間不行使而消滅。則由五十六年三月二十一日起，經過六年三個月，即乃六十二年六月二十一日，其追訴權時效，業已完成。被告被通緝後，於六十三年十月二十六日始緝獲歸案，原第

一審判決時，被告犯罪時效業已完成，依照首開法條規定，應諭知免訴之判決，詎原第一審竟判處被告脫逃罪行，已屬不合。被告上訴後，原審對於被告犯罪時效完成情形未予注意，雖將原判決撤銷，仍復判處被告罪刑，顯屬違背法令。案經確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、判決要旨

時效已完成者，應諭知免訴之判決，刑事訴訟法第三百零二條第二款定有明文。本件被告違反稅務法案件，法院派員拘提，乘間脫逃，犯刑法第一百六十一條第一項之脫逃罪，其追訴權時效為五年，再加以其在審判中被通緝應停止之時效五年之四分之一，即一年三月，計自其於五十六年三月二十一日被通緝之翌日起，算至六十二年六月二十一日止，共為六年三月。其追訴權時效業已完成。該被告於六十三年十月二十六日始被緝獲，原判決不依上首法條諭知免訴，顯係違背法令。

四、附錄

最高法院刑事判決

六十四年度臺非字第八二號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告

某甲

右上訴人因被告脫逃案件，對於臺灣高等法院臺中分院中華民國六十四年二月二十五日第一審確定判決（六十四年度上訴字第二九號）認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

主文

原判決及第一審判決均撤銷。

本件免訴。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按時效已完成者，應諭知免訴之判決，爲刑事訴訟法第三百零二條第二款所明定。本件被告某甲因違反稅務法案件，經第一審法院財務法庭於民國五十四年十一月十一日派員依法執行拘提後乘間脫逃，係犯刑法第一百六十一條第一項之脫逃罪，爲原判決認定之事實。查該罪之法定刑爲一年以下有期徒刑，其追訴權時效，依同法第八十條第一項第三款爲五年。再加以其在審判中被通緝致審判程序不能繼續，而應依同法第八十三條第二項規定扣除原定時效五年四分之一即一年三月。計自其於五十六年三月二十一日被通緝之翌日起，算至六十二年六月二十一日止，共爲六年三個月，其追訴時效業已完成。第一審法院因被告於六十二年十月二十六日被緝獲，而於同年十一月十八日爲判決時，不依首開法條，諭知免訴，竟爲實體上審判科處罪刑，嗣據被告上訴，原審雖將第一審之不當判決撤銷，竟仍爲論處被告罪刑之判決，顯屬違法，且不利於被告。非常上訴意旨，執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決及第一審判決均撤銷，改爲諭知免訴之判決，以資糾正。

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

中華民國六十四年八月八日

第拾壹案

一、關係條文

刑法第八十七條。

刑事訴訟法第三百零九條第六款。

二、非常上訴理由

按宣告監護處分，其期間爲三年以下，並應於有罪之判決主文內，載明其期間，刑法第八十七條第二三兩項，刑事訴訟法第三百零九條第六款定有明文，本件被告某甲因傷害其母因而致死，原審判處罪刑，並諭知於刑之執行完畢後，令入相當處所，施以監護，但未諭知監護之期間，顯係違法（參照最高法院四十九年臺非字第三十八號判決），案經判決確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

刑法第八十七條之監護制度屬於保安處分之一種，其期間爲三年以下，經諭知保安處分之有罪判決書，應於主文內載明其處分及期間，刑事訴訟法第三百零九條第六款定有明文。本件被告某甲患有精神分裂症，將其母毆傷致死，原審論以傷害直系血親尊親屬，因而致人於死罪，依法加重其刑七分之一後，遞減其刑，量處有期徒刑二年，並於刑之執行完畢後，令入相當處所，施以監護，但未諭知監護期間，按諸前開規定，有違法令。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十三年度臺非字第一七五號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告

某甲

右上訴人因被告傷害案件，對於臺灣臺中地方法院中華民國六十一年十月二十七日第一審確定判決（六十一年度訴字第六五六號）認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決撤銷。

某甲傷害直系血親尊親屬之身體，因而致人於死，處有期徒刑二年，並於刑之執行完畢後，令入相當處所，施以監護二年。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑法第八十七條之監護制度屬於保安處分之一種，其期間為三年以下，經諭知保安處分之有罪判決書，應於主文內載明其處分及期間，刑事訴訟法第三百零九條第六款定有明文。本件原判決認定被告某甲因其妻於民國五十六年間，被洪水沖走流失，憂慮過度，致自五十九年十月起，即患有精神分裂症，又因家境困苦，財產支配權復操之於其七十四高齡之母某乙，經屢勸其母變賣田地，貼補生活，亦遭拒絕，乃時常發生糾葛，對其母懷有強烈敵對心理，某乙恐遭不測，自六十一年一月即離家至其弟某丙處居住，偶爾回家探望，則暫住於鄰居處，六十一年七月五日下午四時許，某乙回到臺灣省南投縣草屯鎮北勢里玉屏巷五十號其住宅附近水田邊徘徊時，為被告發覺，被告在精神耗弱，憎惡其母之心理狀態下，持竹質扁擔（非被告所有）揮打其母右手左腳成傷，經延醫診治，終因年老體衰，於同月八日凌晨二時三十分，引起心臟衰竭死亡，案經南投縣警察局草屯分局移送偵辦等情，因而論被告以傷害直系血親尊親屬，因而致人於死罪，依法加重其刑七分之一後遞減其刑，量處有期徒刑二年，並於刑之執行完畢後，令入相當處所，施以監護，固非無據，但未依前述規定，同時諭知監護之期間，按諸刑事訴訟法第三百七十八條之規定，當然為違背法令，且不利於被告，案經確定，上訴人認為違法，提起非常上訴，洵有理由，應由本院將原判決撤銷，自為判決，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，刑法第二百七十七條第二項，第二百八十條，第九條第二項，第五十九條，第八十七條判決如主文。

中華民國六十三年十月十七日

第拾貳案

一、關係條文

刑法第九十三條第二項。

刑事訴訟法第四百八十一條第一項。

二、非常上訴理由

按民刑訴訟案件下級法院之判決，當事人不得聲明不服而提出不服之聲明，或未提出不服之聲明而上級法院誤予廢棄或撤銷發回更審者，該項上級法院之判決，及發回更審後之判決，均屬重大違背法令，固不生效力，惟既具有判決之形式，得分別依上訴、再審、非常上訴及其他法定程序辦理。業經司法院大法官會議議決解釋字第一三五號解釋在案。本件被告某甲因犯煙毒等罪一案，經臺灣臺北地方法院判處脫逃罪有期徒刑三月，行使偽造文書罪有期徒刑三月，傷害罪有期徒刑六月，吸食毒品罪有期徒刑三年二月，應執行有期徒刑四年，自六十一年二月廿二日入監執行至六十四年九月七日，刑期始能屆滿（見原附保護管束名冊）。原審係據司法行政部六十二年七月八日監函字第二四一號函誤送受刑人保護管束名冊而裁定。惟該名冊業經司法行政部於六十三年十月十八日以臺六三函監決字第〇九〇七六號函，予以註銷，乃原審未經詳核，竟對未經核准假釋之受刑人某甲予以裁定該受刑人假釋中付保護管束，其裁定顯然違誤，惟該裁定既具有實體判決之效力，且有裁定之形式，案經裁定確定，依前述解釋，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條，提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

受刑人因假釋出獄者，在假釋期間，依刑法第九十三條第二項應付保護管束。檢察官固得依刑事訴訟法第四百八十一條第一項規定聲請法院裁定之。如受刑人並未獲准假釋出獄，即無刑法第九十三條第二項之適用。原審竟對未經司法行政部核准假釋之受刑人裁定假釋中付保護管束，顯然違誤。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十四年度臺非字第一〇號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告

某甲

右上訴人因被告煙毒等罪案件，對於臺灣臺北地方法院中華民國六十三年八月六日所為聲請保安處分之確定裁定（六十二年聲字第一〇八一號）認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原裁定撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按受刑人因假釋出獄者，在假釋期間中，依刑法第九十三條第二項應付保護管束。檢察官固得依刑事訴訟法第四百八十一條第一項規定聲請法院裁定之。如受刑人並未獲准假釋出獄，即無刑法第九十三條第二項之適用，則檢察官即不得依前開規定聲請付保護管束，法院如逕予裁定，即屬違背法令。本件被告某甲因犯煙毒等罪案件，經臺灣臺北地方法院判處脫逃罪有期徒刑三月，行使偽造文書罪有期徒刑三月，傷害罪有期徒刑六月，吸食毒品罪有期徒刑三年二月

，應執行有期徒刑四年，自民國六十一年二月廿二日入監執行至六十四年九月七日，刑期始能屆滿（見原附保護管束名冊）原審依據司法行政部六十二年七月八日監函字第二四一號函誤送受刑人保護管束名冊而對被告裁定。假釋中付保護管束，惟該名冊業經司法行政部於六十三年十月十八日以臺六三函監決字第〇九〇七六號函，予以註銷，（某甲等十一名悛悔程度不足，有繼續教化之必要，暫緩假釋），乃原審未經詳核，竟對未經核准假釋之受刑人某甲予以裁定該受刑人假釋中付保護管束，其裁定顯然違誤，自不生效力，惟既具有裁判之形式，案經確定，且屬違法，上訴人提起非常上訴，洵有理由，應由本院將原裁定撤銷，以資糾正。

據上論結，依應刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如主文。

中華民國六十四年一月二十九日

第拾叁案

一、關係條文

刑法第一百二十一條第一項、第二項。

二、非常上訴理由

按犯刑法第一百二十一條第一項之收受賄賂罪，其收受之賄賂依同條第二項，固應沒收或追征其價額，惟該項賄賂如退還行賄人，即不能更向受賄人追征（參照最高法院廿五年上字第二二六〇號判決），本件被告某甲依原判決所確認之事實，於五十九年九月十四日收受某乙賄款新臺幣二千元，惟至六十年六月四日業已退還某乙，該項賄賂既已退還行賄人自無從沒收，而按之首開說明亦不應更向受賄人追征，乃原判仍諭知沒收，如全部或一部不能沒收時，追征其價格，顯有違誤，案已確定，應依刑事訴訟

法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

犯刑法第一百二十一條第一項之罪，其收受之賄賂，如已退還於行賄人，即不能向受賄人更爲沒收追征。本件被告某甲貪污案件，據原判決所認定之事實，其對於職務上行爲所收受之賄賂新臺幣二千元，既於案發之初已退還於行賄人某乙，依首開說明，自不得再爲沒收，乃原判決竟對被告仍爲沒收追征之諭知，顯屬違誤。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十二年度臺非字第一二七號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告貪污案件對於臺灣高等法院臺南分院中華民國六十一年一月三日第二審部分確定判決（六十一年度一上更字第六〇三號），認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決關於某甲罪刑部分撤銷。

某甲公務員對於職務上之行爲收受賄賂，處有期徒刑壹月。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按犯刑法第一百二十一條第一項之罪，其收受之賄賂，如已退還於行賄人，即不能向受賄人更爲沒收追征。本件被告某甲貪污案件，據原判決所認定之事實，其在五十九年九月十四日，對於職務上行爲所收受之賄賂新臺幣二千元

，既於案發之初已退還於行賄人某乙，依首開說明，自不得再爲沒收，乃原判決竟對被告仍爲沒收追征之諭知，顯屬違誤，案經確定，且於被告不利，非常上訴執以指摘，洵有理由，應將原判決關於被告罪刑部分撤銷改判，仍照原定主刑處以有期徒刑壹月，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，刑法第一百二十一條第一項，戕亂時期罰金罰鍰裁罰費執行費公證費提高標準條例第一條，中華民國六十年罪犯減刑條例第四條、第二條前段、第三條第一項第三款判決如主文。

中華民國六十二年八月九日

第拾肆案

一、關係條文

刑法第二百十四條。

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爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條已有明文規定。本件被告某甲爲某乙之妻，在婚姻存續中，又與某丙同居，於六十年七月二日生一子名某丁，憑衛生所開發之出生證明書，登載生父爲某乙，因申報戶籍，經臺灣新竹地方法院檢察官以偽造文書罪提起公訴，原審以該某戊登載於出生證明書，足以生損害於他人判處罰金二百元，爲原判決所認定之事實。惟查妻在婚姻關係存續中，未予其夫同居時受胎所生之子女，依民法第一千零六十三條規定，在其夫提起否認之訴，

得有勝訴之確定判決以前，應認爲其夫之婚生子女，此子女縱爲其妻與他人通姦所生，亦非生父所得認領（參照司法院解釋字第三一八一號解釋）。本件某丁爲某乙與某甲婚姻關係存續中所生之子，某乙並未依民法第一千零六十三條規定提起否認之訴，則依上說明，某丁之父在法律上應爲某乙，從而某甲向新竹縣關西鎮衛生所助產士某戊陳報某丁之父爲某乙，尙與法律規定相符，換言之，某甲使公務員登載於職務上所掌公文書之事項，既係依法律之規定，與所謂不實之事項，尙屬有別，原審依刑法第二百二十四條之刑責相繩，其適用法則顯有不當，自屬違背法令，案經判決確定，爰依法提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

判決不適用法則或適用不當者爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。本件被告某甲爲某乙之妻，在婚姻關係存續中，又與某丙同居，生有一子某丁，明知某丁係與某丙所生，竟向衛生所偽報其子之父爲某乙，原審因而依刑法第二百二十四條論處被告某甲罪刑。惟妻在婚姻關係存續中，未與其夫同居時受胎所生子女，依民法第一千零六十三條規定，在其夫提起否認之訴，得有勝訴之確定判決以前，應認爲其夫之婚生子女。本件某丁係被告與某乙在婚姻關係存續中所生子女，而某乙並未依民法第一千零六十三條規定提出否認之訴，依上開說明，某丁之父在法律上應爲某乙。原審依刑法第二百二十四條之刑責相繩，其適用法則，顯有不當。

四、附錄

最高法院刑事判決

六十三年度臺非字第一一八號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告

某甲

右上訴人因被告偽造文書案中，對於臺灣新竹地方法院中華民國六十一年五月廿五日第一審確定判決（六十一年度易字第二三五〇號），認為違背，提起非常上訴，本院判決如左

主文

原判決撤銷。

某甲無罪。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用不當者為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。本件被告某甲為某乙之妻，在婚姻關係存續中，又與某丙同居，於民國六十年七月二日生一子名某丁，被告明知其子某丁係其與某丙所生，竟向臺灣省新竹縣關西鎮衛生所助產士某戊偽報其子之父為某乙，使某戊登載於出生證明書，足以生損害於他人，原審因依刑法第二百三十四條論處被告明知為不實之事項，而使公務員登載於職務上所掌之公文書，足以生損害於他人罪刑。惟查妻在婚姻關係存續中，未與其夫同居時受胎所生之子女，依民法第一千零六十三條規定，在其夫提起否認之訴，得有勝訴之確定判決以前，應認為其夫之婚生子女，此子女縱為其妻與他人通姦所生，亦非生父所得認領（參照司法院院解字第三一八一號解釋）。本件某丁為某乙與被告在婚姻關係存續中所生之子，某乙並未依民法第一千零六十三條規定提起否認之訴，則依上開說明，某丁之父在法律上應為某乙，從而被告向該衛生所助產士某戊陳報某丁之父為某乙，尚與法律規定相符，換言之，被告使公務員登載於職務上所掌公文書之事項，既係法律之規定，與所謂不實之事項，即屬有別，原審依刑法第二百三十四條之刑責相繩，其適用法則顯有不當，自屬違背法令。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨執此指摘，洵有理由，應由本院將原判決撤銷，改為無罪之諭知，以資糾正。

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

第拾伍案

一、關係條文

刑法第二百十四條、第二百十六條。
刑事訴訟法第三百七十九條第五款。

二、非常上訴理由

按法院受理訴訟或不予受理訴訟係不當者，其判決當然爲違背法令。刑事訴訟法第三百七十九條第五款定有明文。本件被告某甲之母某乙早年嫁夫某丙，於卅八年十月死亡，偕女改嫁某丁，爲免其有非生父之感，於五十四年七月卅一日將某甲易名某戊僞報戶籍，請領身份證，六十一年十一月間，某乙以患不治之癌症，向某甲告知內蘊，其於知悉之後，仍使用某戊之身份證，具有雙重戶籍，至六十二年三月卅一日，始共同具狀臺北地方法院檢察官自首。原檢察官就此經過事實，認爲共犯刑法第二百十四條，第二百十六條之罪，僞造之低度行爲，爲行使之高度行爲所吸收，應依行使僞造文書論科，其於犯罪未發覺前自首，應予減輕其刑，依法提起公訴。自某乙僞報戶籍及某甲知悉僞爲身份證而猶行使之日起，至彼等具狀自首之日止，皆爲起訴效力之所及，極爲明顯。乃原判決竟謂其犯罪時間及所犯之罪，均未爲起訴書所提及，換言之，原判決認定之犯罪，未經檢察官起訴，法院不得就未經起訴之犯罪審判，將第一審科處某甲罰金五百元之判決撤銷，揆之首開說明，顯屬不予受理訴訟爲不當，當然違法，案經確定

，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

法院受理訴訟或不受理訴訟係不當者，其判決當然爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第五款定有明文。本件原起訴事實，認定被告某甲之母某乙因夫死改嫁，於民國五十四年七月卅一日將被告改名爲某戊，申報戶籍，請領國民身分證使用，至六十二年二月卅一日始共同具狀自首，應共犯刑法第二百十四條、第二百十六條之罪。依此事實，自某乙偽報戶籍及某甲知悉爲偽造身份證而行使之日起至自首之日止，皆爲起訴效力之所及，至爲明顯。乃原判決竟謂其犯罪時間及所犯之罪，均未爲起訴書所提及，因認法院不得就未經起訴之犯罪爲審判，而將第一審科處被告某甲罰金之判決撤銷，顯係不受理訴訟爲不當，自屬違法。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十三年度臺非字第一〇一號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告偽造文書案件，對於臺灣高等法院中華民國六十二年十月二日第二審確定判決（六十二年度上易字第一四二五號）認爲違背法令，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決關於違背法令部分撤銷。

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，其判決當然爲違背法令，此爲刑事訴訟法第三百七十九條第五款所明定。本件原起訴事實，認定被告某甲之母某乙，因夫亡改嫁於某丁，當時爲免影響某甲之心理，於民國五十四年七月卅一日，將某甲改名爲某戊，僞報戶籍，誣領國民身份證，六十一年十一月間，某甲始知爲僞身份證但仍予使用，至六十二年三月卅一日，始共司具狀臺灣臺北地方法院檢察官自首，應共犯刑法第二百十四條，第二百十六條之罪，其於犯罪未發覺前自首，應予減輕其刑等情。依此事實，目某乙僞報戶籍及某甲知悉爲僞身份證而猶行使之日起至被告等具狀自首之日止，皆爲起訴效力之所及，極爲明顯。乃原判決竟謂其犯罪時間及所犯之罪，均未爲起訴書所提及，因之法院不得就未經起訴之犯罪爲審判，而將第一審科處某甲罰金五百元之判決撤銷，顯係不予受理訴訟爲不當，自屬違法。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，應將其違背法令部分撤銷，用資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款判決如主文。

中華民國六十三年六月十二日

第拾陸案

一、關係條文

刑法第二百十五條、第八十條第一項第二款。

二、非常上訴理由

按刑法第二百十五條之寫造文書罪之最高本刑爲三年，而同法第八十條第一項第二款規定追訴權時效消滅之期間，三年以上十年未滿有期徒刑者十年，同法第十條第一項規定稱以上以下以內者俱連本數

或本刑計算，因而刑法第二百十五條之偽造文書罪，其追訴時效應爲十年，此觀各該規定甚明。

本件被告某甲因偽造文書案，原判以被告製造不實秤量表之時間爲五十六年六月十五日，而刑法第二百十五條之偽造文書罪，最高本刑爲三年以下有期徒刑，依刑法第八十條第一項第三款之規定，追訴時效爲五年，原審檢察官於六十二年七月卅一日始提起公訴，顯已逾五年之時間，其追訴權之時效消滅，爰將原判決撤銷，並爲免訴之判決云云。

查刑法第二百十五條之偽造文書罪，雖爲三年以下有期徒刑，然依首揭規定說明，該罪應依刑法第八十條第一項第二款規定，其追訴權時效消滅之期間爲三年以上十年未滿有期徒刑者應爲十年，而原判決誤爲五年，因認其追訴時效消滅，予以免訴，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，卽希依法核判。

三判決要旨

刑法第二百十五條之偽造文書罪之最高本刑爲三年，而同法第八十條第一項第二款規定追訴權時效消滅之期間，三年以上十年未滿有期徒刑者十年，同法第十條第一項規定稱以上以下以內者俱連本數或本刑計算，因而刑法第二百十五條之偽造文書罪，其追訴權時效應爲十年。本件被告某甲製作不實之秤量表，係犯刑法第二百十五條之偽造文書罪，其最高本刑爲三年以下有期徒刑，其追訴權時效爲十年，乃原判決誤認爲五年，而爲免訴之諭知，顯有違誤。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十三年度臺非字第三五號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告

某甲

右上訴人因被告偽造文書案件，對於臺灣高等法院臺南分院中華民國六十二年十月卅一日第二審確定判決（六十二年度上易字第二七八三號）認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院查刑法第二百五條之偽造文書罪之最高本刑爲三年，而同法第八十條第一項第二款規定追訴權時效消滅之期間應爲三年以上十年未滿有期徒刑者十年，同法第十條第一項規定稱「以上以下」以內者俱連本數或本刑計算，因而刑法第二百五條之偽造文書罪，其追訴權時效，應爲十年，本件被告某甲因偽造文書案原判決以其製作不實秤量表，係犯刑法第二百五條之罪，最高本刑爲三年以下有期徒刑，依刑法第八十條第一項第三款之規定其追訴權時效爲五年，依其五十六年六月十五日犯罪時間計算，已逾五年，乃判決諭知免訴，該與上開追訴時效十年之規定，顯有違誤，案經確定，上訴人認爲違法，提起非常上訴，洵屬正當，惟查原判決尚非不利於被告，祇應由本院將原判決關於違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段判決如主文。

中華民國六十三年二月二十八日

第拾柒案

一、關係條文

刑法第二百十九條、第三十八條第一項第二款及第三項。

二、非常上訴理由

按於支出傳票暫付款項之後，偽造印文，依照習慣即係表示領取該款，其與製作收據相同，依刑法第二百二十條固應以偽造文書論，但該項印文，仍不失爲偽造之印文，自應依同法第二百十九條予以沒收，以免該偽造之印文得遺留於社會，仍妨碍公共信用。本案第二審判決關於被告某甲部分，以該被告於六十二年十月廿六日在新莊鎮農會支出傳票上偽造某乙之印文，向臺北縣新莊鎮農會冒領某乙之隨賦征谷收購價款四千五百卅元四角，足以生損害於某乙，因認爲係犯行使偽造文書及詐欺兩項罪名，應從較重之行使偽造私文書罪名處斷，關於偽造之某乙之印文，則依刑法第二百十九條予以沒收，按之前項說明，尙無不合，原判乃於該項偽造之印文改依刑法第三十八條第一項第二款沒收，尙有未洽，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，以資補救。

三、判決要旨

偽造之印章、印文或署押，不問屬於犯人與否沒收之，刑法第二百十九條定有明文。與同法第三十八條第一項第二款及第三項規定供犯罪所用之物，以屬於犯人者爲限，始得沒收之情形，並不相同。本件被告某甲偽造某乙印文於農會支出傳票上「暫付款項」之後

，用以向農會詐領某乙應領之隨賦征谷收購價款，足生損害於某乙。原判決竟將第二審論被告行使偽造私文書與詐欺罪之牽連犯，並依刑法第二百十九條沒收支出傳票上偽造某乙印文之判決撤銷，改依刑法第三十八條第一項第二款以爲沒收部分之法律依據，揆之前開說明，自屬於法有違。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十六年度臺非字第六四號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告偽造文書案件，對於本院中華民國六十五年十二月十七日第三審確定判決（六十五年度臺上字第四〇〇三號）認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決關於宣告沒收違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，又刑法第二百十九條規定偽造之印章印文或署押，不問屬於犯人與否，沒收之，與同法第三十八條第一項第二款及第三項規定供犯罪所用之物，以屬於犯人者爲限，始得沒收之情形，並不相同。本件被告某甲偽造某乙印文於臺北縣新莊鎮農會支出傳票上「暫付款項」之後，用以向農會詐取某乙應領之隨賦征谷收購價款新臺幣四千五百卅元四角，足以生損害於某乙，既爲原判決依據第二審判決所確認之事實，而上開支出傳票亦非被告所有。乃原判決竟將第二審論被告以行使偽造私文書與詐欺罪之牽連犯，並依刑法第二百十九條沒收支出傳票上偽造某乙印文之判決撤銷改判，引用刑法第三十八條第一項第二款以爲沒收部分之法律依據，揆之前開說明

，自屬於法有違。案經確定，非常上訴諭旨，執以指摘，洵有理由。惟原判決此項違法，尙非不利於被告，爰由本院僅將其宣告沒收違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如主文。

中華民國六十六年四月十二日

第拾捌案

一、關係條文

刑法第二百六十八條。

二、非常上訴理由

按刑法第二百六十八條之意圖營利聚衆賭博罪，除有營利之意圖外，並以聚衆賭博爲其構成要件，而同條之意圖營利供給賭博場所罪，其供給賭博場所，如有營利之意圖，卽已成立，此在該條規定甚明。本件如原判所認定之事實，被告某甲係「意圖營利，於六十五年七月十六日晚九時許，提供其花蓮市某街八十四號住宅，爲賭博場所」「聚集某乙、某丙、某丁等人與其賭博財物」「每付四色牌由某甲抽取五元作爲頭錢」。據上開事實，該被告所聚集者，僅有三人，其人數且非隨時可以增加，自難謂係聚衆，按之首開說明，其於刑法第二百六十八條意圖營利聚衆賭博罪名之聚衆要件，卽未具備，而既提供其住宅以爲賭博場所，並有營利之意圖，按之首項說明，則於同條意圖營利供給賭博場所之罪名顯已成立。乃原判竟以意圖營利聚衆賭博罪名論處顯有違誤，案已確定，應依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

刑法第二百六十八條之意圖營利聚衆賭博罪，除有營利之意圖外，並以聚衆賭博爲其構成要件；而同條之意圖營利供給賭博場所罪，其供給賭博場所如有營利之意圖，卽已成立。本件被告某甲在其住宅聚集三人與其賭博財物，抽取頭錢。其聚集者僅有三人，且非隨時可以增加，自難謂係聚衆，應論以意圖營利供給賭博場所罪爲當。乃原判竟以意圖營利聚衆賭博罪論科，顯有未洽。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十五年度臺非字第一八四號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告賭博案件，對於臺灣花蓮地方法院中華民國六十五年八月廿五日第一審確定判決（六十五年度易字第三九五號）認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決撤銷。

某甲意圖營利，供給賭博場所賭博，處有期徒刑二月，如易科罰金以九元折算一日。

扣案之賭具四色牌三十付，抽頭錢新臺幣六十三元，均沒收。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑法第二百六十八條之意圖營利聚衆賭博罪，除有營利之意圖外，並以聚衆賭博爲其構成要件，而同條之意

圖營利供給賭博場所罪，其供給賭博場所如有營利之意圖，即已成立，此在該條規定甚明。本件如原判所認定之事實，被告某甲係「意圖營利於六十五年七月十六日晚九時許，提供其在花蓮市某街八十四號住宅，為賭博場所」一「聚集某甲、某乙、某丙等人與其賭博財物」一每什四色牌由某甲抽取五元為頭錢。一根據以上事實，該被告所聚集者，僅有三人，其人數且非隨時可以增加，自難謂係聚眾，其於刑法第二百六十八條意圖營利聚眾賭博財物罪名之聚眾要件，即未具備，而既提供其住宅以為賭博場所，並有營利之意圖，則於同條意圖營利供給賭博場所之罪名，顯已成立。乃原判決竟以意圖營利聚眾賭博罪名論處，用法顯有違誤，上訴人於判決確定後，對之提起非常上訴，洵有理由，應由本院將原判決撤銷，另為適當之判決，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，刑法第二百六十八條，第四十一條，第卅八條第一項第二款，裁亂時期罰金罰鍰裁判費執行費公證費提高標準條例第一條前段、第二條，判決如主文。

中華民國六十五年十一月三日

第拾玖案

一、關係條文

刑法第二百六十八條。

刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款。

二、非常上訴理由

按受理非常上訴法院，認為非常上訴有理由者，如係原判決違背法令者，即將其違背之部分撤銷，

惟原判決不利於被告者，始應就該案件另行判決，此爲刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款所明定，本案被告某甲係意圖營利供給賭博場所賭博，臺灣花蓮地方法院於中華民國六十五年八月廿五日判決（六十五年度易字第三九五號）竟以意圖營利，聚衆賭博論處，顯有違誤，經提起非常上訴後，貴院判決認爲非常上訴係有理由，應依意圖營利供給賭博場所之罪名論處，固無不合，惟查意圖營利聚衆賭博，與意圖營利供給賭博場所賭博兩罪，同規定於刑法第二百六十八條，其法定刑度相同，原判決既未說明花蓮地方法院前項判決誤以聚衆賭博論處，於被告有何不利，而卽就該案另爲判決，按之首開規定，尙有未洽，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，以資補救。

三、判決要旨

受理非常上訴法院認爲非常上訴有理由而係原判違背法令者，將其違背之部分撤銷，但須原判決不利被告，方得就該案件另行判決，此觀於刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款規定自明。本件原判決認爲非常上訴有理由，應依意圖營利供給賭博場所賭博論處，固無不合。惟查意圖營利聚衆賭博與意圖營利供給賭博場所賭博，皆規定於刑法第二百六十八條，其法定刑度相同，非常上訴判決既未說明原確定判決論處聚衆賭博罪刑於被告有何不利，而竟就該案另行判決，自屬於法有違。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十六年度臺非字第九號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告 某甲

右上訴人因被告賭博案件，對於本院中華民國六十五年十一月三日第三審確定判決（六十五年度臺非字第一八四號）認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按受理非常上訴法院，認為非常上訴有理由而係原判決違背法令者，將其違背之部分撤銷，但須原判決不利被告，方得就該案件另行判決，此觀刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款規定自明。查本件被告某甲係營圖營利供給賭博場所賭博，原第一審法院即臺灣花蓮地方法院，於民國六十五年八月廿五日判決（六十五年度易字第三九五號）竟以營圖營利，聚眾賭博論處罪刑，顯有違誤，經提起非常上訴後，本院認為非常上訴有理由，應依營圖營利供給賭博場所賭博論處，固無不合，惟查營圖營利聚眾賭博與營圖營利供給賭博場所賭博，皆規定於刑法第二百六十八條，其法定刑度相同，原判決既未說明臺灣花蓮地方法院前項判決，論處聚眾賭博罪刑，於被告有何不利，而就該案，另為判決，揆諸首開說明，自屬於法有違，案經確定，上訴人認為違法，提起非常上訴，非無理由，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，俾資補救。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如主文。

中華民國六十六年元月廿一日

第貳拾章

一、關係條文

刑法第二百七十七條第一項、第二百八十條、第四十一條。

二、非常上訴理由

按刑法第二百八十條明定，對於直系血親尊親屬犯第二百七十七條、第二百七十八條之罪者，加重其刑至二分之一，所稱加重即必須加重之意，而刑法第二百七十七條第一項之法定本刑爲三年以下有期徒刑拘役或一千元以下罰金，因加重其刑至二分之一結果，則其本刑已逾三年有期徒刑，如對直系血親尊親屬犯刑法第二百七十七條第一項之罪，判決諭知處有期徒刑者，即無適用刑法第四十一條易科罰金之餘地，本件被告某甲傷害直系血親尊親屬之身體，原判決諭知處有期徒刑三月，如易科罰金以九元折算一日，於法不無違誤，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、判決要旨

受六月以下有期徒刑之宣告得以諭知易科罰金者，以犯最重本刑爲三年以下有期徒刑之罪爲限，刑法第四十一條規定甚明，對直系血親尊親屬犯同法第二百七十七條第一項之罪，依同法第二百八十條規定必須加重其刑之結果，則其法定最重本刑已逾三年有期徒刑，縱爲六月以下有期徒刑之宣告，亦不得爲易科罰金之諭知。本件被告傷害直系血親尊親屬之身體，原判決處以有期徒刑三月，竟諭知易科罰金，顯屬違誤。

四、評語

上訴人 最高法院檢察署檢察長

被告 某甲

右上訴人因被告傷害案件對於臺灣澎湖地方法院中華民國六十四年八月卅日第一審確定判決（六十四年度易字第一八三號）認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按受六月以下有期徒刑之宣告得以諭知易科罰金者，以犯最重本刑為三年以下有期徒刑之罪為限，刑法第四十一條規定甚明。又對直系血親尊親屬犯同法第二百七十七條第一項之罪，依同法第二百八十條規定必須加重其刑結果，則其法定最重本刑已逾三年有期徒刑，縱為六月以下有期徒刑之宣告，亦不得為易科罰金之諭知。本件被告某甲因傷害直系血親尊親屬之身體，原判決處以有期徒刑叁月，竟諭知易科罰金，以九元折算一日，依首開說明，顯屬違誤，案經確定，非常上訴執以指摘，洵有理由，惟查尚非不利於被告，應僅將原判決關於違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如主文。

中華民國六十五年七月十三日

第貳拾壹案

一、關係條文

刑法第二百九十八條第二項、第二百三十三條。

刑事訴訟法第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按告訴乃論之罪，僅須犯罪之被害人向偵查機關申告犯罪事實，希望訴追，告訴要件即已具備，其偵查機關不限於法院檢察處，司法機關亦包括在內（參照司法行政部五十年臺令刑字第一六九〇號令）。同時依最高法院二十六年八月二日刑庭會議決議內容，亦未逾越刑事訴訟法第二百三十七條之告訴期間，因而檢察官據司法警察機關筆錄，請依法究辦，懲罰歹徒之記載，提起公訴，自屬合法。本件被告某甲所犯刑法第二百九十八條第二項之妨害自由罪，依同法第三百零八條之規定，固須告訴乃論，但被害人某乙在臺東縣警察局關山分局訊問時，已表示請依法究辦，懲罰歹徒（見警卷第八頁反面）則告訴條件業已具備，乃原審判決竟認為被害人某乙並未提出告訴，且刑法第二百九十八條第二項之妨害自由罪，與同法第二百三十三條妨害風化罪競合時，應優先適用，原判尚難謂無違誤，案經確定，應依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

判決適用法則不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。本件被告某甲略誘未滿十六歲之女子某乙賣淫圖利之犯行，某乙於警察機關偵訊時已提出「請依法究辦，懲罰歹徒」之告訴。原判決竟謂某乙未提出告訴，不能依刑法第二百九十八條第二項論科，變更檢察官起訴法條，改依刑法第二百三十三條處斷，顯有適用法則不當之違法。

四、附 錄

上訴人 最高法院檢察署檢察長

被告 某甲

右上訴人因被告妨害家庭案件，對於臺灣高等法院花蓮分院中華民國六十四年十二月十日第二審確定判決（六十四年度上訴字第一二九號）認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決適用法則不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。本件被告某甲略誘未滿十六歲之女子某乙（母已死）賣淫圖利之犯行，原係經被害人某乙在臺東縣警察局關山分局「請依法究辦，懲罰歹徒」，自係已有告訴之提起，乃原判決竟謂被告固應成立刑法第二百九十八條第二項所定略誘婦女與人姦淫營利罪，但刑法第二百九十八條第二項之罪，依同法第三百零八條第一項規定，須告訴乃論，未據某乙提起告訴，無從依刑法第二百九十八條第二項論擬，乃將第一審判決撤銷，變更第一審法院檢察官起訴法條，改依刑法第二百三十三條論處被告引誘未滿十六歲之女子與他人姦淫罪刑，置被害人某乙請求究辦之告訴原宥於不理，其不依刑法第二百九十八條第二項論罪，而依同法第二百三十三條處斷，顯有適用法則不當之違法，上訴人於判決確定後，認為違法，提起非常上訴，洵有理由，惟原判決於被告尚無不利，應僅將其違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款上段判決如主文。

中華民國六十五年九月二十九日

第貳拾貳案

一、關係條文

刑法第三百二十條第一項、第六十一條。

最高法院民刑庭總會六十年第一次會議紀錄。

二、非常上訴理由

按提起非常上訴，固應對於違法之確定判決爲之，但基於大赦條例所爲減刑之裁定，亦屬適用刑罰之裁判，其效力實與科刑之判決無異，若於確定後發見其適用法則違誤，自應視同判決，得提起非常上訴，最高法院二十一年非字第一五二號著有判例。本件被告某甲因犯刑法第三百二十條第一項之竊盜罪，經第一審法院判處有期徒刑十月，應於刑之執行前令入勞動場所強制工作，上訴於第二審法院，又被判決上訴駁回，案經確定，並在先執行強制工作中，後第二審法院以其犯罪係在民國五十八年三、四月間，始依中華民國六十年罪犯減刑條例減爲有期徒刑五月，嗣中華民國六十四年罪犯減刑條例公布施行，又經同院依該條例以六十五年度聲減字第二十六號裁定，減爲有期徒刑二月十五日確定，雖非無據，惟查該被告某甲經檢察官發交臺灣警備總司令部綠島地區警備指揮部執行其強制工作後，業於第一次裁定減刑後，即民國六十年七月間死亡，此有該警備指揮部六十五年整完字第〇六一九號函附卷爲證，犯罪之主體既經消滅，原裁定猶對之爲減刑諭知，自屬違背法令，又本件被告縱然死亡，原裁定無法送達，但其所犯竊盜罪，爲刑法第六十一條所列之罪，仍得提起非常上訴（參照最高法院民刑庭總會六十年度第一次會議記錄），且法院能否對已死亡之犯人裁定減刑，爲純法律問題，不涉及事實。

三、判決要旨

受有期徒刑之宣告，於刑之執行前令入勞動場所強制工作，在執行強制工作中死亡，訴訟主體即已失其存在，自毋庸爲減刑裁判，乃原判決竟予裁定減刑，於法顯有違誤。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十五年度臺非字第四八號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告

某甲

右上訴人因被告竊盜案件，對於臺灣高等法院中華民國六十五年一月七日減刑確定裁定（六十五年聲減字第二六號）認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原裁定關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按提起非常上訴，固應對於違法之確定判決爲之，但基於大赦條例所爲減刑之裁定，亦屬適用刑罰之裁定，其效力實與科刑之判決無異，若於確定後，發現其適用法則違法，自應視同判決，得提起非常上訴。復查本件被告某甲因犯刑法第三百二十條第一項之竊盜罪，經臺灣新竹地方法院判處有期徒刑十月，應於刑之執行前令入勞動場所強制工作，上訴於刑事第二庭判決上訴駁回，案經確定，在執行強制工作中，即於民國六十年七月間死亡，此有臺灣警備總司令部綠島地區警備指揮部六十五年整完字第〇六一九號函件可據，因此被告既已死亡，訴訟主體即已失其存在，日毋庸爲減刑裁判，乃原裁定竟予裁定減刑，於法顯有違誤，上訴人於裁定確定後，提起非常上訴，就此指摘，洵屬正當，惟此項裁定尚非於被告不利，應由本院將原裁定關於違背法令部分撤銷，用資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如主文。

中華民國六十五年四月廿一日

第貳拾叁案

一、關係條文

刑法第三百二十條第二項。

二、非常上訴理由

按犯刑法第三百二十條第二項之竊佔罪，以有爲自己或第三人不法利益之意圖，而竊佔他人之不動產爲構成要件，本件被告某甲，係其昌公司執行業務之負責人，關於民國五十七年九月廿日，有軍人某乙與其昌公司訂立委託代建國民住宅合約，委託該公司代建臺灣省臺北縣新店鎮檳榔路十六號之三號四樓房屋一棟，該屋建竣後，某乙於五十八年五月間遷入，唯尚未辦理所有權登記，嗣某乙於六十年三月間死亡，乃由某乙服務機關國防部情報局派員接管，被告見該屋空置，乃於六十年十二月十四日無故侵入該屋，並將該屋以每月新台幣一千元押租金五千元轉租於不知情之某丁，旋以其昌有限公司名義向新店地政事務所申請爲該屋之建物所有權登記等情，被告均不否認，唯於第二審審理時辯稱：(一)某乙尙欠其昌公司房屋價款六萬四千元。(二)某乙遷入後死亡，爲恐該屋爲人竊佔，故將之出租，以租金支付有關費用。(三)由於某乙同一地號之訂戶某丙等之請求，故將該屋先行登記爲其昌公司所有以待日後依法處理，並無竊佔故意。又於聲請提起非常上訴狀稱原確定判決違背法令，其理由要爲：(一)某乙並未取得該屋所有權。(二)被告行爲核與竊佔罪構成要件不符。(三)關於無故侵入住宅部份未經合法告訴等語。

卷查本案被告，係其昌有限公司之業務負責人，其昌公司與某乙生前所訂委任代建國民住宅契約，依最高法院臺上字第一五九〇號判決觀之，其性質仍不失爲買賣之一種，故委建人自屬買受人地位，因而其不動產非經登記，不能取得所有權，某乙生前既尙有價款未能付清，其價款未清有關證明存卷可稽

，雖某乙死後，始經其昌公司聲請將該屋登記爲該公司所有，不論被告辯稱先行登記爲該公司所有，容待以後依法處理，是否適當，唯既經登記機關准其所請，則自有其所本，換言之，被告行爲時，某乙尚未取得該屋所有權則無可疑，被告之行爲，顯非竊佔他人之不動產，核與首開條文竊佔罪構成要件不符，原確定判決竟爲科刑判決，自屬違背法令。關於被告無故侵入住宅部份，固屬不法，唯此部份依法須告訴乃論，經查第一審偵查時，未經合法告訴，第二審未諭知不予受理之判決，竟以牽連犯從一重以竊佔罪科刑，亦有違誤，爰依刑事訴訟第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

刑法第三百二十條第二項之竊佔罪，以有爲自己或第三人非法利益之意圖，而竊佔他人不動產爲構成要件，本件被告某甲受某乙之委託建造樓房一層，完工後某乙遷入，尙欠部分價款，不久某乙病故，某甲即將房屋收回，出租與人。按不動產物權，依法律行爲而取得者，非經登記，不生效力，某乙既未付清價款，亦未辦理所有權登記，其未取得所有權，至爲明顯，則被告所爲，尙非竊佔他人之不動產，原審遽爲科刑之判決，自屬於法有違。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十五年度臺非字第一三六號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告竊佔案件，對於臺灣高等法院中華民國六十一年八月八日第二審確定判決（六十一年上易字第九六

七號）認爲違背法令，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決撤銷。

某甲無罪。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按被告某甲爲其昌公司執行業務之負責人，受軍人某乙委託公司代建臺北縣新店鎮檳榔路十六號之三號四樓一棟，建成後，某乙遷入，嗣某乙於民國六十年三月間死亡，乃由服務機關國防部情報局派員接管，被告又於同年十二月十四日，無故侵入該屋，並將該屋轉租於人，旋以該公司名義又向地政機關爲該屋之建物所有權登記，而被告則以某乙尙欠房屋價款六萬四千元，因恐被人竊佔故予轉租，以待日後依法處理，無竊佔故音等情爲辯。益以不動產物權依法律行爲而取得者非經登記，不生效力，某甲既未付清房屋價款，亦未辦理所有權登記，其未取得房屋之所有權，甚爲明瞭。則被告所爲，尙非竊佔他人之不動產，原審遽爲科刑之判決，自屬於法有違。且侵入住宅部份，須以無故爲其要件，又未經合法告訴，原判決竟以牽連犯從一重以竊佔罪論擬，亦有未當。非常上訴意旨，執以指摘，洵有理由，案經確定，且不利於被告，應由本院將原判決撤銷，另行判決，用資救濟。

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

中華民國六十五年九月二日

第貳拾肆案

一、關係條文

刑法第三百二十條第二項、第十二條。

二、非常上訴理由

按竊佔罪須在他人不知之情況下，佔有他人之不動產爲成立要件，並須故意爲之，刑法第三百二十條第二項、第十二條定有明文。本件被告某甲、某乙與被害人某丙、某丁同住臺北市信義路二段比鄰而居，該屋原爲日式房屋一棟，分爲兩戶，中間加以隔間爲共同壁，民國六十二年間，被害人欲改建高樓，乃與被告協商以舊有共同壁爲界限，在共同壁靠被告一邊之土地（九平方公尺）雖屬被害人所有，但係被告舊屋所佔，並得被害人之同意，立具土地使用權利同意書及證明單，作爲被告以後拆屋改建之用（有同意書及證明單爲證），是被告對該土地有使用之權，已彰彰明甚。雖結果被告未利用該地建造新屋而變更爲巷道圍以磚牆，縱使被害人不同意，亦屬民事返還土地問題，究與意圖爲自己不法之利益，而竊佔他人不動產之「竊」字要件不合，更無犯罪之故意可言。原審對於前項事實實認爲被告僅能利用該土地爲領永久式建築執照房屋，不得爲他項用途之權利，因而科以竊佔罪刑並確定在案，揆之首開說明，其適用法律顯屬不當，不能謂無違誤，且對被告不利，合依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、判決要旨

竊佔罪須在他人不知之情況下，佔有他人之不動產爲成立要件，並須故意爲之，刑法第三百二十條第二項、第十二條定有明文。本件被告某甲、某乙與某丙、某丁比鄰而居，該屋原爲日式房屋一棟，分爲兩戶，中間加以隔間爲共同壁，某丙等欲建高樓，乃與被告協商以舊有共同壁爲界限，在共同壁靠被告一邊之土地（九平方公尺），雖爲某丙等所有，但係被告某甲等舊屋所佔，並得某丙之同意，立具土地使用權利同意書及證明單，作爲

被告以後拆屋改建之用，是被告某甲等對該土地既有使用之權，雖結果被告未利用該地建築新屋，而變更爲巷道圍以磚牆，縱使某丙等不同意，亦屬民事返還土地問題，究與竊佔罪之要件未合，原審論以竊佔罪刑，顯非適法。

四、附錄

最高法院刑事判決

六十六年度臺非字第二〇五號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告

某甲 某乙

右上訴人因被告等竊佔案件，對臺灣高等法院中華民國六十六年三月十六日第二審確定判決（六十五年度上訴字第一七六〇號），認爲違背法令，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決關於某甲、某乙罪刑部份撤銷。

某甲、某乙均無罪。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按被告等與某丙、某丁同住臺北市信義路二段比鄰而居，該屋爲日式房屋一棟，分爲兩戶，中間隔間爲共同壁，民國六十二年間，某丙等欲改建高樓，乃與被告等協商以舊有共同壁爲界限，在共同壁靠被告一邊之土地，雖爲某丙等所有，但係被告舊屋所佔，並得某丙等之同意，立具土地使用權利同意書及證明單，作爲被告以後拆屋改建之用，是被告對該土地既有使用之權，雖結果被告未利用該地建築新屋，而變更爲巷道圍以磚牆，縱使某丙等不同意，亦屬民事返還土地問題，究與竊佔罪之要件未合，顯無犯罪之故意甚明。乃原審認爲被告僅能利用該土地爲領永久式建築執照建築房屋，不得爲他項用途之權利，因而論處竊佔罪刑，其適用法律顯有違誤，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，案經

確定，且不利於被告，應由本院將原判決關於某甲、某乙罪刑部分撤銷，另行判決，以資救濟。

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

中華民國六十六年十一月十七日

第貳拾伍案

一、關係條文

刑法第三百二十一條第一項第一款、第二款、第四款。

二、非常上訴理由

按連續犯之數行為，其處罰條款不同者，應就其中一行爲所犯較重之條款論科，（參閱最高法院六十年臺上字第三八七六號，六十二年臺上字第三三〇號，六十三年臺上字第一九五五號刑事判決）。本件原審判決理由所載被告某甲連續四次竊盜罪行，除第（二）次所犯普通竊盜罪外，其餘（一）（三）（四）次均係加重竊盜罪，該三次罪行之中第（一）次係被告單獨於夜間侵入他人住宅毀越門扇竊盜，具有兩種加重條件，第（三）及第（四）次均爲結夥三人以上竊盜，祇有一種加重之案件，自應以第（一）次犯行之情節爲重，該次僅被告一人單獨行竊，並無共犯，則應依刑法第三百二十一條第一項第一款，第二款，按連續毀越門扇於夜間侵入住宅竊盜或「連續結夥三人以上竊盜」之罪處罰，方爲適法，無將其罪名併科之理，查臺灣高等法院第二審判決，誤將被告第（一）次及第（三）（四）次所犯兩種罪名一併論科，於主文內將各該加重條件全部列入，復於理由內將刑法第三百廿一條第一項第一款，第二款及第四款，全部引用，自屬違誤，原檢

察官提起上訴，終審最高法院未予糾正，竟判決駁回上訴，予以維持原判，顯然違背法令，且與前述判例矛盾，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

連續犯之數行為，其處罰條款不同者，應就其中一行爲所犯較重之條款論科。本件原判決所載被告某甲連續四次竊盜罪行，除第(二)次所犯係普通竊盜罪外，其餘第(一)(三)(四)次均係加重竊盜罪，該三次罪行之中第(一)次係被告單獨於夜間侵入他人住宅毀越門扇竊盜，第(三)及第(四)次均爲結夥三人以上竊盜，自應按「連續毀越門扇於夜間侵入住宅竊盜，或「連續結夥三人以上竊盜」之罪處斷方爲適法，乃二審法院誤將被告第一次及第(三)(四)次所犯兩種罪名一併論科，於主文內將各該加重條件全部列入，復於理由內將刑法第三百二十一條第一項第一款、第二款及第四款，全部引用，檢察官提起上訴後，原審未予糾正，顯屬違背法令。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十三年度臺非字第一九九號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告竊盜案件，對於本院中華民國六十三年九月十九日第三審確定判決，認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決及第二審判決關於某甲違背法令部分撤銷。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院查連續犯之數行爲，其處罰條款不同者，應就其中一行爲所犯較重之條款論科，本件原判決所載被告某甲連續四次竊盜罪行，除第（二）次所犯係普通竊盜罪外，其餘第（一）（三）（四）次均係加重竊盜罪，該三次罪行之中第（一）次係被告單獨於夜間侵入他人住宅毀越門扇竊盜，第（三）及第（四）均爲結夥三人以上竊盜，自應按「連續毀越門扇於夜間侵入住宅竊盜」或「連續結夥三人以上竊盜」之罪處斷方爲適法，乃臺灣高等法院誤將被告第（一）次及第（三）（四）次所犯兩種罪名一併論科，於主文內將各該加重條件全部列入，復於理由內將刑法第三百廿一條第一款，第二款，及第四款，全部引用檢察官提起上訴後，原審未予糾正，竟仍判決駁回上訴，均係違背法令，非常上訴意旨，執此指摘，洵有理由，惟原判決尚非於被告不利，應僅將原判決及第二審判決關於某甲違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段判決如主文。

中華民國六十三年十一月廿九日

第貳拾陸案

一、關係條文

刑法第三百三十五條。

二、非常上訴理由

按刑法上之侵占罪，以侵占自己持有他人之物爲構成要件，合夥人之出資，爲合夥人全體之共同共

有，合夥人退夥時，其公同共有權即行喪失，縱退夥人與他合夥人間結算後，尚有出資償還請求權，而在未償還前，仍屬於他合夥人之公同共有，並非於退夥時，當然變為退夥人之物，他合夥人不履行償還義務，並非將持有他人之物易為不法所有，自不生侵占問題，最高法院著有二十八年度上字第二三七六號判例，本件原判認定被告某甲於民國六十年十二月間，在臺中市與某乙口頭約定，合夥經營金屬加工製品，由某乙以機器十八部及工具多種，作為出資，並負責技術及操作，某甲則提供烏日縣北里村溪南路九十三號廠房，及負責管理，六十一年三月間，某甲因車禍受傷，無法擔任操作，乃要求返還機器，某甲竟圖為自己不法之所有，將之侵為已有等情，就此事實而論，某乙既以機器為其合夥之出資，則該機器已成為合夥財產，屬於合夥人之公同共有，某乙要求退夥，固有出資償還請求權，但在未償還前，該機器並非當然變為某乙之物，則被告此時所持有者，並非他人之物，故被告無論持若何理由，拒絕將之歸還，尚難謂侵占他人之物，原判決不察，以刑法第三百三十五條第一項侵占罪論科，衡諸首開判例要旨，目有適用法則不當之違誤，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

刑法上侵占罪之成立，以持有他人之物為前提，合夥人之出資，在退夥未償還前，仍屬於他合夥人之公同共有，並非於退夥時，當然變為退夥人之物，他合夥人不履行償還義務，並非將持有他人之物易為不法所有，自不生侵占問題。本件某甲提供機器十八部及工具多種，作為出資，並負責技術及操作，與某乙提出廠房，合夥經營工廠，後因某甲受傷，無法操作，要求退夥，雙方並未結算，某乙不返還機器，依首開說明，某乙應不構成侵

占罪。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十二年度臺非字第一四〇號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告

某甲

右上訴人因被告侵占案件，對於臺灣高等法院臺中分院，中華民國六十二年六月十四日第二審確定判決（六十二年度上易字第三四六號）認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決及第一審判均撤銷。

某甲無罪。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑法上侵占罪之成立，以持有他人之物為前提，合夥人之出資，在退夥未償還前，仍屬於他合夥人之公同共有，並非於退夥時，當然變為退夥人之物，他合夥人履行償還義務，並非將持有他人之物易為不法所有，自不生侵占問題，本件被告於民國六十年十二月間，在臺灣省臺中市與某乙口頭約定，合夥經營金屬加工製品由某乙以機器十八部及工具多種，作為出資，並負責技術及操作，被告則提供烏日縣北里村溪南路九十三號廠房及負責管理，六十一年三月間，某乙因車禍受傷，無法擔任操作，乃要求還機器，而某乙確有提出機器等物與被告合夥經營工廠情事，業經證人某丙、某丁、某戊、某庚一致證明屬實，其後雙方發生糾紛，曾由臺中市團管區司令部指派動員官某辛會同臺中市政府兵役科員某壬前往調查調解，被告於調解時，亦承認某乙以機器出資合夥經營工廠，並有證人某壬之證言，復有臺中市團管區司令部某辛簽呈影本可資佐證，既為原判決所認定之事實，則某乙雖有要求退夥，但雙方並未結算，是上述之合夥之

物，仍屬於合夥人之公同共有，至爲明顯，如某乙因被告不返還機器，乃對被告有提起民事訴訟之請求權，自無侵占之可言，第一審未就首開說明加以認定，因而判處罰金一千元，顯屬欠缺侵占犯罪之構成要件，原審不加糾正，於撤銷第一審判決後，仍以欠缺侵占要件之事實，依刑法第三百三十五條第一項，爲同一論罪科刑之判決，均屬於法有違，且不利於被告，上訴人於判決確定後，提起非常上訴，洵屬有理，應由本院將原判決及第一審判決均予撤銷，另爲被告無罪之諭知，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，第三百零一條第一項，判決如主文。
中華民國六十二年八月卅日

第貳拾柒案

一、關係條文

刑法第三百三十七條、第八十一條第一項第五款

二、非常上訴理由

本件原確定判決，依據之事實爲被告於六十一年間，在南投縣草屯鎮警察分局前，拾得某乙警察人員服務證一枚，於六十三年十月間換貼被告本人照片，於同月二十日持向臺中市豪華戲院購買半票等情，關於被告侵占遺失物部分，固應構成刑法第三百三十七條之罪，惟查該案之最重本刑爲專科罰金，其追訴時效，依刑法第八十條第一項第五款之規定爲一年，應至六十二年九月間不行使而消滅，原判決對此點竟爲實體判決，自屬違誤，又關於被告利用變造服務證，購買半票之行爲，自係行使變造之證件，以達詐得不法利益之目的，其方法結果相牽連，原判對於詐財部分未予論究，於法亦有違誤，爰依刑事

訴訟第四百四十一條，第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

刑法第三百三十七條之侵占遺失物罪之最重本刑爲專科罰金，其追訴權之時效，依刑法第八十條第一項第五款之規定爲一年。本件被告拾獲他人之服務證加以變造，持向戲院購買半票，其行使行爲在達詐取不法利益之目的，應犯侵占遺失物、詐欺及偽造文書罪，惟侵占遺失物部分，已逾追訴權一年之時效。乃原判決對侵占遺失物部分不於理由內說明因追訴權時效完成，應不處罰，竟仍予論罪，而對應從重處斷之詐欺罪，置而不論，而依較輕之行使變造服務證罪論科，顯屬於法有違。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十四年度臺非字第二〇號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告侵占等罪案件，對於臺灣臺中地方法院，中華民國六十三年十一月二十一日第一審確定判決（六十三年度易字第八二五七號）認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按原判決確定之事實稱被告某甲於民國六十一年九月間，在臺灣省南投縣草屯警察分局前，拾得某乙所有警察人員服務證一枚，乃竟意圖爲自己不法之所有，將之侵占入己，並於六十三年十月間，換貼其本人相片，加以變造，於同月二十日持向臺中市豪華戲院購買半票，足以生損害於他人等情。

查刑法第三百三十七條之侵占遺失物罪，其最高度本刑爲專科罰金，其追訴權之時效，依刑法第八十條第一項第五款之規定爲一年，計至六十二年九月間其追訴權因不行使而消滅，自不得訴追處罰。

次查被告利用變造之服務證，持向臺中市豪華戲院購買半票，其行使行爲以達詐取不利益之目的，又觸犯刑法第三百三十九條第二項之詐欺罪，並與偽造文書罪，具有方法結果之牽連關係，且該條項之詐欺罪，其最高度本刑爲五年以下有期徒刑，而刑法第二百十六條之行使變造服務證罪，其最高度本刑爲一年以下有期徒刑，自以詐欺罪爲重，乃原判決對侵占遺失物部分不於理由內說明因追訴權時效消滅應不處罰，竟仍于論罪，而對應從重處斷之詐欺罪，應置而不論，而依較輕之行使變造服務證罪論科，顯屬於法有違，非常上訴意旨，執此指摘，洵屬有理，惟查不應論罪而論罪之侵占遺失物部分罪輕，應論罪而末論罪之詐欺部分罪重，兩相比較，原判決尚非不利於被告，應由本院將其違法部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如主文。

中華民國六十四年二月二十六日

第貳拾捌案

一、關係條文

刑法第三百三十九條第一項

二、非常上訴理由

查詐欺罪之成立，係以意圖爲自己或第三人不法之所有，以詐術使人交付財物爲要件。所謂以詐術使人交付，必須被詐欺人因其詐術而陷於錯誤，若其所用方法不能認爲詐術，亦不致使人陷於錯誤，即不構成該罪，歷經最高法院著有判例。本件被告始終否認有詐欺情事，且按一、某甲違反票據法五案，均在六十一年間，分別判處罰金，執行完畢，本案發生在六十三年二、三月間，相隔一年有餘，顯無牽連關係，原判決事實欄謂以某甲名義簽發之支票屢遭退票，經處罰有案，竟共同意圖爲自己不法之所有，設局行詐云云，其記載顯不足以證明犯罪事實，自屬推測之詞。二、查某甲確曾與旅美男友林某論及婚嫁，有意出國結婚，有林某之函件印本附卷可稽，後因共匪與美有貿易關係，外銷凍蝦生意，不能發展，未能出國，按出國與否與轉讓公司並無利害關係，係屬兩事，縱某甲事後不能出國，亦非詐術，原判決謂致某丙陷於錯誤，顯與事實不符。三、查某丙願以五十萬元頂受某甲之祺鳳工藝公司，以及某丙、某乙合夥接辦契約，嗣後因某丙等資金短絀，經營困難，與某甲再訂解約書，均出於雙方同意，有解約書、合夥契約書等印件附卷可稽，某丙實際所受讓該公司之一切物品，合計價值五二四、四三三元，有清單四頁可稽，而壓克力不在該清單之內，原判決理由欄謂實際所受讓者乃空洞之公司名稱，顯與事實不符，又查解約書內，雙方同意仍由被告收回，某甲自願放棄訂金十一萬元，作爲甲方收回條件，嗣後反悔，欲收回該款，純屬民事糾葛，顯無詐欺可言。本檢察長前以上開三點理由，詳爲敘述，認無詐欺犯行，提起非常上訴，乃貴院對於三點理由，未加指駁，僅以對證據之證明力判斷有所不同，遽謂被告等未具有不法所有之意思無詐欺罪責之可言，指摘原判決爲違法，不無誤會云云，而將上訴駁回，顯有刑事訴訟法第三百七十九條第十四款規定判決不載理由之違法。又查有罪之確定判決，對於認定犯罪事實，其記載不足以證明犯罪事實或與犯罪事實不相符合者，均得執以提起非常上訴，亦經大法官會議決議解釋字第一四六號解釋在案，本件原判決事實欄其記載不足以證明犯罪事實，且與詐欺罪之犯罪事實不相符合，參酌前開說明，亦顯難成立。案已確定，且對被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條，

第四百四十三條之規定，再行提起非常上訴，以資救濟。

三、判決要旨

刑法第三百三十九條之詐欺，係以行為人施用詐術，欺罔他人，使其陷於錯誤，而將本人或第三人之財物交付為構成要件。本件被告某甲、某乙經營藝品公司，登報出讓，告訴人前去接洽，以五十萬元成交，先付定金十一萬元，告訴人接收該公司後，因資金短絀，經營困難，雙方同意，仍由被告等收回經營，告訴人自動放棄定金十一萬元，有附卷之兩造訂立之解約書可稽。是本件顯係民事糾葛問題，不涉刑責。乃原審竟依告訴人主張論處被告等詐欺罪刑，顯屬違誤。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十五年度臺非字第一六九號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

某乙

右上訴人因被告等詐欺案件，對於臺灣高等法院中華民國六十三年十二月十七日第二審確定判決（六十三年上易字第一五二七號）認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決及第一審判決均撤銷。

某甲、某乙均無罪。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑法第三百三十九條第一項之詐欺罪，係以行為人施用詐術，欺罔他人，使其陷於錯誤，而將本人或第三人之財物交付為構成要件，故使人交付財物與施用詐術，必彼此互有因果關係，始行成立，如非因對方實施欺罔行為，致表意有所錯誤而為財產上之處分，遭受損害，即與詐欺罪之要件不符。本件原確定判決既認定被告某甲、某乙經營祺鳳工藝公司，民國六十三年三月，在報紙刊登轉讓啟事，告訴人某丙見報前往接洽，以新臺幣五十萬元成交，某丙已分期交付被告等二十三萬五千八百元，又邀案外人某丁出資合作，被告等後藉口部分材料不在出讓範圍，而將數值錢之壓克力運走，某丙不得已再與被告等訂約解除原來之轉讓契約，被告等乃以某丙不履行契約，沒收其最先交付之十一萬元等情，依此事實，足見某丙之受讓祺鳳公司，是否受騙，乃在於訂約時，祺鳳公司之財產是否與五十萬元之價款相當，有無經營價值，全憑某丙自己之衡量而非以被告某甲之財務情況有無週轉不靈，或是否因出國而轉讓公司為斷。易言之，某丙並非以某甲確實出國始受讓該公司，某甲如不出國即不願受讓該公司，則某甲縱云出國而未出國，願與某丙之決定受讓祺鳳公司與否，並無因果關係。被告某甲因週轉困難，違反票據法而出售財產均與詐欺無關，與明知已無清償能力，而仍購進財物之情形迥不相同。況卷附兩造訂立之解約書，載明某丙向被告等接辦祺鳳公司，後因資金短絀，經營困難，雙方同意，仍由被告等收回經營，某丙自願放棄訂金十一萬元云云，其時某丙並未言及祺鳳公司實無財產或其財產低於五十萬元而受詐騙，亦未適時對被告等提出控告，是本件顯係民事糾葛問題，不涉刑責。乃第一審竟因某丙嗣後主張某甲原謂出國在即，轉讓公司，實際並未出國，始知受騙，以及某甲曾違反票據法有案，認為被告等共同詐欺某丙十一萬元，論處罪刑，顯係違背法令，原審未予糾正，予以維持，揆之前開說明，均屬違誤。案經確定，且於被告不利，非常上訴，洵有理由，應由本院將原判決及第一審判決撤銷，諭知被告等無罪，以資糾正。

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

中華民國六十五年十月十三日

第貳拾玖案

一、關係條文

刑法第三百三十九條第一項。

二、非常上訴理由

本件依原確定判決所認定之事實，五十六年四月二日，某丙經被告某甲之介紹，委由其父某丁，將其三十三筆土地，委任案外人某戊建屋三十棟，約定完工後，將其中座落一四四四號之二十六至三十號五筆土地七棟房屋，歸某丙所有，其餘土地二十八筆，則爲承攬上述七棟房屋之對價，互相辦理所有權移轉登記，嗣某戊無力完建，某甲又介紹被告某乙承受完建，完工之後，某丙依約移轉土地所有權，而某乙非僅不依約爲該七棟房屋所有權之移轉，竟意圖不法之所有，與某甲勾結，偽造借用證，由某甲向臺灣高雄地方法院聲請調解，某乙九給付虛構之債權，調解因之成立，嗣某甲卽據以聲請法院強制執行，且故意指封某丙應得之房屋七棟，及其他房屋一棟，約定拍賣得款後，某乙分取十萬元，因認爲該被告等共犯刑法第三百三十九條第一項等罪名，據上事實，某甲共謀指封某丙應得房屋拍賣，仍係意圖得其價金，但查高雄地方法院五十八年度執字第三四一九號某甲聲請強制執行原卷，某甲等間該項債之關係，業由某庚另案起訴，經六十二年度臺上字第四十一號判決確定，認爲並不存在，高雄地方法院因之囑託地政機關，塗銷原查封之登記，此有原稿在卷可稽（第二二七頁）是該被告等並未因指封拍賣而得有價金，且原確定判決亦未認定其得有價金，該被告等既未得有價金，卽應負詐欺罪責，亦屬未遂，原確定判決並論以刑法第三百三十九條第一項之罪名，其適用法律，顯有未當，復查前項執行案件執行中

，某丙曾提起異議之訴，業經六十年度臺上字第二五五號判決確定。據該判決影印本（見臺灣高等法院臺南分院六十三年度再字第一號卷第五十二頁至第五十四頁）記載，上訴人某丙主張，原係「由某戊承攬建築房屋七間」，「縱退步認係與某乙合建有合夥性質，而被上訴人某甲則主張『即上訴人之父或上訴人與乃父提供土地，由某乙出資建築，目的在建築大批房屋，出售圖利』，而該判決則認為『並非如上訴人所主張之承攬或合夥出資之合夥契約，上訴人所交付者為土地，某乙應交付者為房屋，互相移轉金錢以外之財產權，要與民法第三百九十八條所定之互易契約相符。』按刑事法院之判斷，固不受民事判決之拘束，但如前述原確定判決所認定之事實，既謂係「委任案外人某戊建築」，又謂「其餘土地三十八筆（似係二十八筆之誤）則為承攬上述七棟房屋之對價」，而查委任，依民法第五百二十八條規定，係「謂當事人約定一方委託他人處理事務，他方允為處理之契約」承攬，依同法第四百九十條規定，則係「謂當事人約定，一方為他人完成工作，他人俟工作完成給付報酬之契約」。兩者並不相同，原確定判決，據此兩者而為論罪，又未說明其如何併存，即難謂非矛盾，案已確定，應依刑事訴訟法第四百四十一條，第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正云云。

三、判決要旨

刑法上之背信罪，以為他人處理事務為要件，如為自己之工作行為，無論圖利之情形，是否正當，均與該罪之要件不符。本件被告某乙與告訴人某丙合建房屋，由某丙提供土地三十三筆，交由某乙獨資建築樓房三十棟，其中二十三棟歸某乙所有，其餘七棟則歸某丙所有，作為某丙提供土地之代價。全部房屋在未移轉登記前為某乙原始取得。照此情形，某乙乃係為自己之工作行為，與他人處理事務之情形，並不相侔。從而某乙於全部房屋

完工後，勾結被告某甲虛構某乙欠某甲債款五十餘萬元，由某甲向高雄地院聲請，調解成立後，即聲請強制執行，指封某乙應移轉與某丙之七棟房屋，並約定於拍賣得款後，由某乙分取十萬元，此係單純之詐欺行爲，與背信罪之構成要件並不相合。原審論處被告等共犯背信、詐欺、偽造文書三罪，從一重之背信罪處斷，顯非適法。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十五年度臺非字第一七二號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

某乙

右上訴人因被告等背信案件，對於本院中華民國六十三年五月二十三日確定判決（六十三年臺上字第一七〇八號）認爲違去，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決及臺灣高等法院臺南分院六十三年度再字第一號再審判決均撤銷，由臺灣高等法院臺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）

本院按刑法上之背信罪，以爲他人處理事務爲要件，如爲自己之工作行爲，無論圖利之情形，是否正當，均與該罪之要件不符，且背信罪爲一般的違背任務之概括規定，倘藉爲他人處理事務之機會，而以詐術使人交付財物，則該違背任務行爲，已包含於詐欺罪之概念中，即應逕依詐欺罪論處，不得更以背信罪相繩，此有本院三十二年上字第一五四號、二十九年上字第六七四號、二十五年上字第六五一八號、三十年上字第一七七八號判例，可資參照，又刑法第三百

三十九條之詐欺罪，有處罰未遂犯之特別規定，而既遂未遂之區別，又以是否使人交付財物從而取得之爲標準，倘尚未取得財物，而以詐欺既遂論，即有認定之事實與所適用之法律，不相適合之違法，本件原判決既認定告訴人某甲提供其三十三筆土地，交由被告某乙獨資建築樓房三十棟，建造之二十三棟，歸某乙所得，並由某乙出售，其餘七棟則歸某丙所有，作爲某甲提供二十八筆土地之對價，全部房屋在未移轉登記前爲建築人某乙原始取得云云，照此情形，某乙乃係爲其自己之工作行爲，與爲他人處理事務之情形，並不相侔，從而某乙於全部房屋完工後，勾結被告某甲虛構某乙欠某甲債款新臺幣五十七萬五千元，由某甲向臺灣高雄地方法院聲請調解，調解成立後，即聲請強制執行，指封某乙應移轉登記與某丙之七棟房屋，約定於某甲拍賣得款後，由某乙分取十萬元等情，乃係單純之詐欺行爲，與背信罪之構成要件並不合，臺灣高雄地方法院檢察官亦僅以被告等犯刑法第三百三十九條第二項之詐欺罪，及第二百一十四條之使公務員登載不實事項於公文書罪，提起公訴，乃原判決竟維持臺灣高等法院臺南分院之再審判決（原經臺灣高等法院臺南分院判決無罪確定，後經裁定開始再審，始又爲有罪之再審判決）論處被告等共犯背信、詐欺、使公務員登載不實事項於公文書三罪，而從一重之背信罪處斷，用法殊有未合，且原判決維持臺灣高等法院臺南分院之第二審再審判決，僅認定被告等約定於某甲拍賣得款後，由某乙分得十萬元云云，並未認定被告某甲已經拍賣得款，某乙已經分得十萬元，乃竟認定被告等共犯刑法第三百三十九條第一項之詐欺既遂罪，原判決不予糾正，猶予維持，而駁回被告等之第三審上訴，實有認定之事實與所適用之法律，不相適合之違法，上訴人於判決確定後，認爲違法，提起非常上訴，爲有理由，爲維持被告等審級利益，並期認事用法與實情相合，應將原判決及臺灣高等法院臺南分院六十三年度再字第一號再審判決均撤銷，由事實審之臺灣高等法院臺南分院依判決前之程序，更爲審判，以期適法。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項判決如主文

中華民國六十五年十月二十日

第叁拾案

一、關停條文

刑法第三百三十九條第二項

二、非常上訴理由

查詐欺罪之構成要件，必須意圖爲自己或第三人不法之所有，以欺罔方法，使人陷於錯誤，而爲財物之交付，始足以稱，本案依原判決所認定之事實，爲被告某甲於民國六十二年十月至十二月間轉承包老平、唐榮、宏龍、全臺、勝南等工程公司所標得之高雄青果合作社屏東地區香蕉集貨場一百零八處集貨場，力霸油漆工程，不按規定施工，不使用鋼刷除鏽，應漆面漆二次，僅漆一次，先後多次，藉以減少工資之支出，節餘漆料一百六十多加侖等情，按當事人約定一方爲他方完成一定之工作，他方俟工作完成給付報酬，純係承攬契約之民事上法律行爲，縱有偷工減料情事，不具備約定之品質與規格，亦爲不適於約定使用所發生之瑕疵，應依民法第四百九十三條之規定，定作人約定相當期限，請求承攬人補修之，如承攬人不於前項期限修補時，定作人得自行修補，向承攬人請求償還修補必要之費用，並得依同法第四百九十五條之規定請求損害賠償，當雙方當事人簽訂承攬契約時，既無從證明有不法所有之圖，更無以欺罔方法，使人陷於錯誤，而爲財物交付之行爲，顯與構成詐欺罪之要件不合，原判決竟以民事上之法律關係，誤認爲刑法上之詐欺行爲，判處有期徒刑三月，其所持法律之見解，不能不謂爲違誤，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，以資糾正云云。

三、判決要旨

刑法第三百三十九條第二項詐取財產上不法利益罪之構成要件，必須意圖爲自己或第三人不法之所有，以欺罔方法，使人陷於錯誤，而得財產上不法之利益，或使第三人得之者，始足當之。本件被告某甲承包油漆工程，不按規定施工，減少工資支出，節省油料，

按此事實純係承攬契約之民事上法律問題，當事人簽訂契約時，既無從證明有不法所有之意圖，更無以欺罔方法，使人陷於錯誤，而得財產上不法之利益，顯與詐取財產上不法利益罪之構成要件不合，原審繩以詐欺罪，顯有未當。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十四年度臺非字第五號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告詐欺案件，對於臺灣高等法院臺南分院中華民國六十三年十月四日第二審確定判決（六十二年度上訴字第一五一五號）認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決關於罪刑部分撤銷。

某甲無罪。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院查刑法第三百三十九條第二項詐取財產上不法利益罪之構成要件，必須意圖為自己或第三人不法之所有，以欺罔方法，使人陷於錯誤，而得財產上不法之利益，或使第三人得之者，始足以稱。本件依原判決所認定之事實，為被告某甲於民國六十二年十月至十二月間轉承包老平、唐榮、宏龍、全臺、勝南等工程公司所標得之高雄青果合作社屏東地區香蕉集貨場一百零八處集貨場，力霸油漆工程，不按規定施工，不使用鋼刷除銹，應塗面漆二次，僅塗一次，先後多次，藉以減少工資之支出，節餘漆料一百六十加侖（非一百六十多加侖）等情，按當事人約定一方為他方完成一定之工作，他方俟工作完成給付報酬，純係承攬契約之民事上法律行為，縱有偷工減料情事，不具備約定之品質與規格，亦為

不適於約定使用所發生之瑕疵，應依民法第四百九十三條之規定，定作人得定相當期限，請求承攬人修補之，如承攬人不於前項期限修補時，定作人得自行修補，向承攬人請求償還修補必要之費用，並得依同法第四百九十五條之規定請求損害賠償。當雙方當事人簽訂承攬契約時，既無從證明有不法所有之旨圖，更無以欺罔方法，使人陷於錯誤，而得財產上不法之利益，顯與詐取財產上不法利益罪之構成要件不合，原判決竟以民事上之法律關係，誤認爲刑法上之詐欺行爲，判處有期徒刑三月，其適用法則顯有不當，自屬違背法令，案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨執此指摘，洵有理由，應由本院將原判決撤銷，改爲無罪之諭知，以資糾正。

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

中華民國六十四年一月廿三日

第叁拾壹案

一、關係條文

刑法第三百三十九條、第二百十四條。

二、非常上訴理由

按刑法第三百三十九條第二項之詐欺得利罪，係以施用詐術使人陷於錯誤，而得財產上不法利益爲其構成要件，若其行爲並不能認爲係以施詐術，不致使人陷於錯誤，或並未得財產上不法利益，即不構成該條項之罪名，又同法第二百十四條之偽造文書罪，則以明知爲不實之事項，而使公務員登載於職務上所掌之公文書，足以生損害於公眾或他人爲其構成要件，如登載事項非由所使，其構成要件即有未備，亦不構成該條罪名，此由各該條項規定，可以明瞭。

本件原判決係以被告某甲於六十一年十月廿日將其妻某丙名義所有坐落金門縣金城鎮光前路城字第

四〇六四號之二土地及其地上房屋一棟，出售與被告某乙，價款新臺幣（下同）十二萬元，除土地現值申報一萬零二百四十八元外，房屋價額應為十萬九千七百五十二元，詎某乙為圖減契稅，經與某甲商洽同意後，短報契價為七萬二千元，並由某甲填具其妻某丙名義為出賣人，某乙為買受人之契稅申報書，送請金門縣稅捐稽征處，致使該稅捐處依其所載契價七萬二千元，按法定稅率百分之七・五計算課征，並在該申報書內核定審查意見，應課征契稅五千四百元，登載於所掌之六十一年契稅繳納通知書，通知某乙繳納，致使某乙漏減契稅二千八百卅一元四角，獲取不法之利益，因認為該被告等共犯刑法第二百十四條之偽造文書罪，及同法第三百卅九條第二項之詐欺得利罪，而依同法第五十五條從第三百卅九條第二項處斷。

但查當時應適用之契稅條例（五十六年修正公布）第十八條第一項規定「主管稽征機關收到納稅義務人契稅申報案件，應於十五日內審查完竣，查定應納稅額，發單通知納稅義務人依限繳納」，同條第二項又規定，「主管稽征機關對納稅義務人所檢送表件，如認為有欠完備或有疑問時，應於收件後七日內通知繳納義務人補正或說明」，是納稅義務人之申報，僅為主管稽征機關審查稅額之開始，主管稽征機關並不逕依其申報之契價，而為核定課征之標準，觀乎同條例第十三條第一項上段規定，「納稅義務人申報契價，未達申報時當地不動產評價委員會評定之標準價格者，得依評定標準價格計課契稅」，而益明確。

且查金門地區實施平均地權辦法第四十三條規定「前條申報之土地現值，如包括建築改良物，或農作改良物之價值在內者，其建築或農作物之價值，應分別填報，但建築改良物之價值，不得高於課征房捐時之申報或規定價格，並應依規定折舊計算減除之。」（實施都市平均地權條例臺灣省施行細則第一百卅一條第二項及同條例臺北市施行細則第一百七十條第二項亦皆規定建築改良物價，應與土地現值分別填報，而所報建築改良物價，並即不得超過不動產評價委員會所評定之房屋現值）是於該項情形，

申報房價，其高度亦有限制。

以故土地與其地上房屋一同買賣而僅有房地之總價者其納稅義務人所報之房價，如未達申報時當地不動產評價委員會評定之標準價格，依契稅條例第十三條第一項上段稽征機關自得按評定標準價格計課契稅，而在金門地區，即令於課征房捐時之申報或規定再行折舊減除後之價格有所超過，依金門地區實施平均地權辦法第四十三條亦仍應按該折舊減除後之價格計課契稅，是於該項情形，房價應如何核定，各該條項已分別規定有客觀之標準，稽征機關應依規定辦理，無論納稅義務人所申報之價格為高為低，更皆不能使稽征機關陷於錯誤。從而納稅義務人固無以施用其詐術，亦不可能得因而有逃漏契稅之不法利益，且在金門地區，若納稅義務人所申報之價格已達金門地區實施平均地權辦法第四十三條所規定之標準，尤難認為仍有逃漏契稅之意圖，而稽征機關，就計課契稅通知繳納所為之各項登載，既係依據法令之規定，亦難認為係納稅義務人之所使然。

本案如原判決認定之事實，即係土地與地上房屋一同買賣，並僅有房地之總價，而據原承辦該項契稅案件之稅務員某丁報告，某乙房屋申報七萬二千元正，並不低於本處課征房屋稅之現值，（「底」顯係低之筆誤，該報告見金門地檢處六十二年偵字第六號卷第五頁，而某丁之為原承辦人員則見該卷內所附某丙、某乙買賣六〇六四——二號宅地卷申請案卷第三頁）此之所謂現值，依房屋稅條例第十條第一項，第十一條第一項之規定，當即係稽征機關依據申報並參照評定標準價格所核計之現值，是所報房價顯已達金門地區實施平均地權辦法第四十三條所規定之標準，原判仍認為被告某甲等共犯刑法第二百二十四條及同法第三百卅九條第二項之罪名，而依同法第五十五條從第三百卅九條第二項處斷，顯有違誤。

復按第二審法院應就原審判決經上訴之部份調查之，此為刑事訴訟法第三百六十六條之條所明定，本案第一審判決認為被告某甲等應負刑法第二百十四條之罪責，依其事實及理由之記載，係以其為土地現值之申報「致使稅捐處稅務員依其申報書所載內容，登載於職務上所掌之金門縣土地增值稅查定表」而

遍觀該第一審判決之事實及理由各欄，則皆未認定並有「致使」「登載於職務上所掌之六十一年契稅繳納通知書」之犯行。

且查申報房屋契價及申報土地現值，各有其應依據之法律，稅率亦不相同，就法律言，根本上應屬兩事，而癸諸事實，本案申報房屋契價之契稅申報書，係以某乙等人名義先於六十一年十月廿日逕報稽捐處審核，而土地現值申報書則以某丙與某乙兩人名義共同申報，遲至同年十一月二日始行收到，此有各該申報書可稽，（均見前開某丙等買賣宅地申請案原卷）且據地政事務所組長許某供稱，該項申報書係送地政所審查，（見原審卷第六〇頁）是就事實言，亦屬兩個獨立行為，未可混而為一，從而第一審判決就土地申報現值，致使登載於土地增值稅查定表之行為，依刑事訴訟法第二百十四條所為之判決，殊難認為即係依據該條對於申報房屋契價所使登載契稅繳納通知書之行為而為之判決。

被告某乙等係對於第一審有罪之判決提起上訴，而第一審判決認為有罪之致使登載於土地增值稅查定表部份，原確定判決已經認定並無刑責，則其與致使登載於契稅繳納通知書以及漏減契稅兩者又不能謂有互為部份之關係，乃原確定判決，就後兩者竟為實體上之判決，即顯與上開刑事訴訟法第三百六十六條規定有違，按之同法第三百七十九條第十二款且屬當然違背法令。

至本案前經提起非常上訴，雖已駁回，但查該駁回之判決於致使登載土地增值稅查定表之行為何以認為即係致使登載契稅繳納通知書之行為，或對於前者所為之判決應認為即係對於後者所為之上訴，又何以認為即係對於後者之上訴，則均未指出其依據，尚難由該駁回非常上訴之判決而認為原確定判決並無違誤。應再依刑事訴訟第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

依契稅條例之規定，稽征機關對於應征契稅之高低，有審核之權，故無論納稅義務人

所申報之價格爲高爲低，皆不能使稽征機關陷於錯誤，從而納稅義務人固無以施用其詐術，亦不可能因而得有逃漏契稅之不法利益，而稽征機關就計課契稅通知繳納所爲之各項登載，既依法令之規定，縱屬有誤，亦難認係納稅義務人之所使。本件原判決以被告某甲、某乙短報契稅，即以刑法第三百三十九條、第二百十四條詐欺得利及偽造文書罪相繩，顯屬於法無據，應爲被告等無罪之諭知。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十四年度臺非字第一五八號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲 某乙

右上訴人因被告等貪污等罪案件，對於福建高等法院廈門分院中華民國六十三年六月十八日第二審確定判決（六十三年度上字第三號）認爲違背法令，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決關於罪刑部份撤銷。

某甲、某乙均無罪。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑法第三百卅九條第二項詐欺得利罪之構成，與第一項同以施用詐術使人陷於錯誤者爲限。又同法第二百十四條使公務員登載不實事項於公文書之犯罪，亦以有使之行爲始爲相當。本件原判決認定被告某甲於民國六十一年十月廿日，將其妻某丙名義所有坐落福建省金門縣金城鎮光前路城字第四〇六四號之二土地及其地上房屋一棟，出售與被告某乙價款新臺幣（下同）十二萬元，除土地現值申報一萬零二百四十八元外，房屋價額應爲十萬九千七百五十二元，距

某乙爲圖漏減契稅，經與某甲商洽同意後，短報契價爲七萬二千元，並由某甲填具其妻某丙名義爲出賣人，某乙爲買受人之契稅申報書送請金門縣稅捐稽征處，致使該稅捐處依其所載契價七萬二千元，按法定稅率百分之七・五計算課征，並在該申報書內核定審查意見應課征契稅五千四百元，登載於職務上所掌之六十一年度契稅繳納通知書，通知某乙繳納，致使某乙漏減契稅二千八百卅一元四角，獲取不法之利益。（房價爲一〇九、七五二元，依法定稅率百分之七・五課征契稅計爲八、二三一、四〇〇元，扣除已繳契稅五、四〇〇元外漏減如上數）自足生損害於公衆等情，核其並未就被告等如何施用詐術及使公務員登載不實之犯行與證據明白記載，況依契稅條例之規定，稽征機關對於應征契稅之高低，有審核之權，故無論納稅義務人固無以施用其詐術，亦不可能因而得有逃漏契稅之不法利益，而稽征機關就計課契稅通知繳納所爲之各項登載，既係依據法令之規定，縱屬有誤，亦難認係納稅義務人之所使。原判決忽未注意及此，遽予論處被告等共同詐欺得利罪刑，顯屬於法無據，且不利於被告，上訴人就此多所指摘，基以提起非常上訴，洵屬正當，應由本院將原判決關於罪刑部份撤銷，依法改判爲被告等無罪之諭知，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，第三百零一條第一項判決如主文。
中華民國六十四年十二月十八日

第叁拾貳案

一、關係條文

刑法第三百四十二條第一項。

中華民國六十年罪犯減刑條例、中華民國六十四年罪犯減刑條例。

二、非常上訴理由

本件被告係某甲某乙僱用之土地管理人，竟於民國五十九年至六十四年二月間，意圖不法利之益，基於一個背信之決意，將所有經營之土地，設置攤販，陸續出租，每月分向承租人收取租金二百、三百、四、百五十元不等，自行化用，致生損害於某乙之財產，先後係接續進行，應構成一個背信罪，原判決以第二審法認為第一審法院依刑法第三百四十二條第一項之背信罪處斷酌處有期徒刑四月，並依中華民國六十年及六十四年罪犯減刑條例，減為有期徒刑二月，駁回第二審之上訴為無不合，予以駁回第三審上訴在案。惟查原判決既認為被告係接續進行，則其於民國五十九年起始實施犯罪行為，而於六十四年二月完成犯罪行為，只能按一罪，依昭中華民國六十四年罪犯減刑條例，予以減刑一次，要無適用中華民國六十年罪犯減刑條例之餘地，原判決未予糾正，顯屬適用法律不當，違背法令，案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條，第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

本件原判決認定被告某甲係基以一個背信之犯意，自五十九年至六十四年二月間，接續進行，自應以其最後犯罪行為完成之時，亦即六十四年二月間，作為其犯罪之時，構成一個背信行為，而論以背信一罪。從而僅能依中華民國六十四年罪犯減刑條例減刑一次。乃第一審依刑法第三百四十二條第一項論處被告背信罪，復依中華民國六十年罪犯減刑條例及中華民國六十四年罪犯減刑條例予以減刑二次，固有未當。第二審及第三審予維持，顯屬違背法令。

四、附錄

最高法院刑事判決

六十六年度臺非字第六號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告

某甲

右上訴人因被告背信案件，對於本院中華民國六十五年十月十四日第三審確定判決（六十五年度臺上字第三二二七號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決關於違背法令部份撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按本件被告某甲係某乙僱用之土地管理人，於民國五十九年至六十四年二月間，意圖不法之利益，基於一個背信之決意，將所經管之土地，擅自設置攤販，陸續出租，每月分向承租人收取租金二百、三百、四百、五百元不等，自行化用，致生損害於某乙之財產，先後係接續進行，應構成一個背信行為等情，乃為事實審法院所認定之本案犯罪事實，既認係接續犯性質，而論以背信一罪，自應以其最後犯罪行為完成之時亦即六十四年二月間，作為其犯罪之時間，從而僅能依中華民國六十四年罪犯減刑條例予以減刑一次，而不能以其行為之開始發生於五十九年而先依中華民國六十年罪犯減刑條例減刑後再依中華民國六十四年罪犯減刑條例予以減刑。本件第一審判決依刑法第三百四十二條第一項論處被告背信罪刑，以其犯罪在民國六十年八月十六日及六十四年四月十六日以前，而依中華民國六十年及六十四年罪犯減刑條例予以減刑二次後，酌處有期徒刑四月，減為有期徒刑二月，關於減刑部份適用法律顯有不當。第二審法院不為糾正而維持第一審之不當判決，已屬違法，原判決對於第二審之違法判決，依然不予糾正而率予維持，駁回被告之第三審上訴，亦屬違背法令。案經確定，非常上訴意旨執此指摘，洵有理由，惟原確定判決尚非不利於被告，爰將原判決關於違背法令部份撤銷，用示糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段判決如主文。

中華民國六十六年元月十九日

第叁拾叁案

一、關係條文

刑事訴訟法第六十條第二項。

二、非常上訴理由

按公示送達，自最後登載報紙或通知公告之日起，經三十日發生效力，刑事訴訟法第六十條第二項定有明文，本件被告某甲違反票據法一案，原審以被告住居所及所在地不明，文件無從送達，於六十二年三月十五日裁定，將應送被告傳票附貼該院牌示處，定期於同年三月十九日上午十時審判，因被告未到庭，不待其陳述逕行於同年三月廿六日判決，原審在公示送達未發生效力前，即定期審理，其間僅相距四日，衡諸首開說明，其傳喚即非合法，而不待被告到庭陳述，逕行判決，亦即於法有違，案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條，第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、判要旨

公示送達，應自最後登載報紙或通知公告之日起，經三十日發生效力。刑事訴訟法第六十條第二項定有明文。本件被告某甲違反票據法一案，原審既以被告住居所及所在地不明，於六十二年三月十五日裁定爲公示送達，竟未待其發生效力，即定期於同年三月十九日上午十時審理，衡諸前開說明，其傳喚即非合法，而原審不待被告到庭陳述，於同年三月廿六日逕行判決，自亦於法有違。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十三年度臺非字第一三六號

上訴人

最高法院檢察長

被告

某甲

右上訴人因被告違反票據法案件，對於臺灣臺北地方法院中華民國六十二年三月廿六日第一審確定判決（六十二年度易字第二〇六三號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原審關於訴訟程序違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按公示送達，應自最後登載報紙或通知公告之日起，經三十日發生效力。刑事訴訟法第六十條第二項定有明文。本件被告某甲違反票據法一案，原審既以被告任居所及所在地不明，於六十二年三月十五日裁定爲公示送達，竟未待發生效力，卽定期於同年三月十九日上午十時審理，並將應送被告之傳票附貼該院牌示處，依陷首開說明，其指定期日傳喚被告，均難謂爲合法，被告既未經合法傳喚，依刑事訴訟法第三百零六條規定，卽不得待其陳述而逕行判決，乃原審竟不待被告到庭陳述，於同年三月廿六日逕行判決，自屬於法有違，上訴人於判決確定後，據以提起非常上訴，洵有理由，應由本院將原審關於訴訟程序違法部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第二款判決如主文。

中華民國六十三年八月七日

第叁拾肆案

一、關係條文

刑事訴訟法第六十一條第二項、第六十二條、第三百七十六條、第二百七十二條。
刑法第六十一條。

二、非常上訴理由

按上訴期間自送達判決後起算，係指經有合法之送達者而言，如該項判決並非合法送達，祇能以受送達人實際接受判決時爲起算上訴期間之標準，業經最高法院著有二十八年上字第第八號判例。次查誤認被告合法上訴爲不合法，而判決上訴駁回，雖未經爲實體上之判決，但既具有判決之形式，自得依非常上訴程序辦理（最高法院關於非常上訴總決議案第七項及六十六年第二次刑庭庭推總會議決定事項第一項參照）。又查刑事訴訟法第六十一條第二項規定送達裁判或不起訴處分書者，送達人應作收受證書，記載送達證書所列事項，並簽名交收領人，又送達文書除本章有特別規定外，準用民事訴訟法之規定，刑事訴訟法第六十二條亦定有明文。本件被告某甲因違反票據法案件，不服第一審判決提起第二審上訴，原審法院判決將其上訴駁回，不外以被告於六十五年四月二十日接受第一審判決書正本，其法定上訴期間十日已於六十五年四月三十日屆滿，其屆滿之日既非例假，乃遲至六十五年五月一日始行提出上訴，顯已逾越法定十日之上訴期間，爲其唯一論據。惟查第一審卷宗所附送達證書中第六欄收領人拒絕或不能簽名蓋章及捺指印下，雖填有「留置」二字及第四欄同居人下畫「○」，對於同居人之姓名及與被告是何種關係，以及其無法律上理由而拒收之情形，均並未記明，已與民事訴訟法第一百三十九條第一

項規定留置送達者有違，且又未依刑事訴訟法第六十一條第二項之規定，由送達人作成收受證書記載送達證書所列事項並簽名後連同判決一併留置，以作爲交付收領人之證明，其送達自非合法，又據被告在第一審法院六十五年他字第一七九號調查送達情形時供述稱：該判決書係由其鄰居某工程公司職員某丙於六十五年四月二十二日在該公司負責人某丁的信箱內檢出交與被告，並經某丙出具書面證明及在該他字案調查時述明屬實，有筆錄及該書面證明在卷可稽，是該被告實際接受第一審之判決爲六十五年四月二十二日，則其於同年五月一日提起第二審上訴，尚在法定十日上訴期間之內，應具有上訴效力，原審疏未注意詳查，遽認其上訴已逾越上訴期間，而將其上訴駁回，顯屬違誤，且不利於被告，查所犯爲票據法第一百四十一條第一、二兩項之罪，其法定最重本刑爲二年以下有期徒刑，屬於刑法第六十一條第一款之案件，依刑事訴訟法第三百七十六條規定，不得上訴於第三審法院，一經原審判決即告確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條，第四百四十三條規定，並參照最高法院六十六年三月八日六十六年度第二次刑庭庭推總會議決定事項第一項提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

上訴期間自送達判決後起算，係指經有合法之送達者而言，如該項判決並非合法送達，祇能以受送達人實際收受判決時爲起算上訴期間之標準。本案件被告某甲違反票據法經第一審判決後，送達人某乙於六十五年四月二十日向被告送達判決時，竟未依第一審判決記載之被告住所送達，而向被告住所相鄰住戶爲留置送達，其送達顯非合法，迨至同年月二十二日始由鄰居將判決交與被告，是被告實際接受判決時間爲六十五年四月二十二日，該被告於同年五月一日提起上訴，依首開說明，尙未逾十日上訴期間，乃原判誤認上訴逾

期，駁回被告之上訴，顯非適法。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十六年度臺非字第八一號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告

某甲

右上訴人因被告違反刑法案件，對於臺灣高等法院中華民國六十五年五月三十一日第二審確定判決（六十五年度票上易字第四三八〇號）認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決撤銷由臺灣高等法院依判決前之程序更為審判。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按上訴期間自送達判決後起算，係指經有合法之送達而言，如該項判決並非合法送達，祇能以受送達人實際接受判決時為起算上訴期間之標準。本件被告某甲在第一審法院審判中陳明其住所為臺北市溫州街某號二樓，有審判筆錄可稽（第一審卷第七頁）。其戶籍亦設在該地（第一審法院六十五年度他字第一七九號卷第六頁第十六頁），經第一審判決後，送達人司法警察某乙於民國六十五年四月二十日向被告送達判決正本時，竟未依第一審判決設載之被告住所送達，而向被告住所所相鄰之同街一二九之一號二樓為留置送達，亦為送達人某乙所承認（同卷第十五、十六頁）。其送達顯非合法，案外人某丙於同月二十二日發現上開判決正本，當日送交被告，經該證人某丙供明在卷（同卷第八頁背面），是被告實際接受判決時間為六十五年四月二十二日，該被告於同年五月一日提起第二審上訴，揆諸首開說明，尚未逾十日之訴期間，原確定判決誤認上訴逾期，依刑事訴訟法第三百六十七條前段，第三百七十二條駁回被告之上訴，自屬於法有違，案經確定，上訴人認為違法，提起非常上訴，就此指摘，洵有理由，應將原判決撤銷，由原審法院依判決前

之程序，更爲審判，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項判決如主文。

中華民國六十六年四月二十七日

第叁拾伍案

一、關係條文

刑事訴訟法第九十四條、第三百六十五條、第四十七條。

二、非常上訴理由

按第二審法院審判長依刑事訴訟法第九十四條規定訊問被告後，應命上訴人陳述上訴之要旨，爲同法第三百六十五條所明定。此種關於審判期日應爲之訴訟程序，是否依法踐行，依同法第四十七條專以審判筆錄爲證。本件係臺灣新竹地方法院檢察官以被告某甲因竊盜不服同院判決無罪一案，提起第二審上訴，核閱原審六十四年十月九日審判筆錄竟記載上訴人即被告，審判長並未經蒞庭檢察官陳述上訴之要旨，遽行審理判決，其訴訟程序當然違背法令，案經判決確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

第二審之審判，審判長於依刑事訴訟法第九十四條訊問被告後，應命上訴人陳述上訴

之要旨，同法第三百六十五條規定甚明。本件被告某甲因竊盜案件，經第一審爲無罪之判決後，由檢察官提起第二審上訴，乃原審審判期日竟未經檢察官陳述上訴要旨，即行辯論判決，其踐行之訴訟程序，自屬於法有違。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十五年度臺非字第一號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告

某甲

右上訴人因被告竊盜案件，對於臺灣高等法院中華民國六十四年十月十六日第二審確定判決（六十四年度少上易字第三三號），認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原審關於訴訟程序違背法令之部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按第二審之審判，審判長於依刑事訴訟法第九十四條訊問被告後，應命上訴人陳述上訴之要旨，同法第三百六十五條規定甚明。本件被告某甲因竊盜案件，經第一審爲無罪之判決後，由檢察官提起第二審上訴，乃原審審判期日竟未經檢察官陳述上訴要旨，即行辯論判決，其踐行之訴訟程序，自屬於法有違，案經判決確定，非常上訴，執行指摘，非無理由，應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，應供刑事訴訟法第四百四十七條第一項第二款，判決如主文。

中華民國六十五年一月十五日

第叁拾陸案

一、關係條文

刑事訴訟法第一百五十四條第二項
司法院大法官會議釋字第一四六號解釋。

二、非常上訴理由

按與認定事實不符之證據，不得作為判斷之依據，刑事訴訟法第一百五十四條第二項定有明文，又刑事判決確定後，發現該案件認定犯罪事實與採用證據顯屬不符，自屬審判違背法令，大法官釋字第一四六號解釋有案。本件被告某甲違反票據法一案，被告在華銀大同分行雖有存款餘額新臺幣（下同）五、一一二・二八元，却超過其存數，竟開發票面金額二萬一千一百八十二元（四五七一・一五號）支票一紙，因提示不獲支付，經臺北市票據交換所連同其他空頭支票七張，移送臺北地方法院法辦，檢察官起訴後，該院未查明其票面金額若干，竟對被告該支票，判處罰金七千五百元，經被告提出其所開票面金額二萬一千一百八十二元支票影本為證，聲請提起非常上訴，經本署函詢臺北市票據交換所查明該支票票面金額數字究為若干？經復屬實，附有該所北票字五七二二號函為據，是原判決認定事實與證據不符，揆之首開規定，顯屬違背法令，案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條，第四百四十三條，提起非常上訴，以資救濟。

三、判決要旨

科刑判決所認定之事實，與所採用之證據不相適合者，即屬證據上之理由矛盾。刑事判決確定後，發見該案件認定犯罪事實，與所採用證據，顯屬不符，自屬違背法令。本件被告簽發開空頭支票面額爲新臺幣二萬一千一百八十二元，有票據交換所退票單附卷可稽。乃檢察官誤認爲八萬一千一百八十二元提起公訴，原審判處罰金七千五百元，則其所認定之事實，與所憑之證據顯屬不符，即屬證據上之理由矛盾，其判決當然爲違背法令。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十五年度臺非字第二一一號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告違反票據法案件，對於臺灣臺北地方法院廿華北國六十五年五月四日第一審定判決（六十五年度易票字第五四八五號），認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決關於第四五七一一五號支票一張及應執行罰金部分撤銷。

某甲發票人簽發支票時，故意將金額超過其存數，經執票人提示不獲支付，處罰金一千六百元，罰金如易服勞役，以罰金總額與六個月之日數比例折算。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按科刑判決所認定之事實，與所採用之證據不相適合者，即屬證據上之理由矛盾（本院卅一年上字第一四二二號判例），且刑事判決確定後，發見該案件認定犯罪事實，與所採用證據，顯屬不符，自屬違背法令，得提起非常上訴

（見司法院大法官會議決議解釋字第一四六號解釋）。

本件被告某甲明知其在臺北市華南商業銀行大同分行僅有存款新臺幣（下同）五千一百一十二元六角八分，竟對之簽發民國六十四年九月三十日，第四五七一—一五號，票面金額二萬一千一百八十二元之支票一張，因提示不獲支付，經臺北市票據交換所連同其他支票七張，移送臺灣臺北地方法院偵辦，乃該院檢察官因誤認為票面金額二萬一千一百八十二元，為八萬一千一百八十二元，竟於六十五年二月廿七日連同其他支票七張，一併向原審提起公訴，而此張支票，票面金額為二萬一千一百八十二元之事實，有臺北市票據交換所退票單一張在卷可稽，並經被告提出原支票影本，聲請檢察長提起非常上訴，復有臺北市票據交換所六十五年十一月十七日北票字第五七二二號函及檢附該支票退票單影本一張為證，是本件支票票面金額所載為二萬一千一百八十二元，而非八萬一千一百八十二元，極為明確，乃原審對於上開支票一張，判處罰金七千五百元（見原審六十四年度偵票字第六二八八號、六十五年度易票字第五四八五號卷）則其所認定之事實，與所憑之證據，顯屬不相適合，即屬證據上之理由矛盾，其判決當然為違背法令。

上訴人於判決確定後，認為違法，提起非常上訴，就此指摘，非無理由，且此項違法，顯係不利於被告，自應由本院將原判決有關上述支票一張及應執行罰金部分撤銷，另行判決如主文所示，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，票據法第一百四十一條第二項，刑法第十一條，第四十二條第三項，判決如主文。

中華民國六十五年十二月十五日

第叁拾柒案

一、關件條文

刑事訴訟法第一百五十五條第二項。

二、非常上訴理由

按無證據能力，未經合法調查，顯與事理有違或認定事實不符之證據，不得作為判斷之依據，刑事訴訟法第一百五十五條第二項有明文規定，此項規定，為民國五十六年一月二十八日修正公布之本法所新增，立法意旨，在對於本條第一項所定「證據之證明力，由法院自由判斷」加以限制，故法院判斷案情，固可自由心證，若其形成心證基礎之證據，有違反一般經驗法則，而為不合理推測之情事，以致該案件認定犯罪事實與採用證據，顯屬不符，因而影響裁判公正者，依司法院大法官會議釋字第一四六號解釋，自屬審判違背法令，仍得提起非常上訴，本件原確定判決維持第二審科處被告某甲共同走私罪刑之判決，而駁回其在第三審之上訴，無非以被告原係高雄市光華輪船公司所屬「某輪」船長，民國六十二年四月二十三日隨船自香港返抵高雄港，將裝於小型塑膠捲內之走私物品鑽石五粒、白色方形寶石三粒、藍色方形寶石二粒，託已定讞之該船報務主任夾帶上岸，經過第十一號碼頭檢查哨時，被高雄關檢查人員查獲，上開走私物品起岸價格，經高雄關核估共值新臺幣（下同）五十四萬七千一百三十五元，超過二萬一千元之限額，案由第一審法院審理某乙走私案中發覺，移送檢察官偵查起訴等情為依據，而此項犯罪事實之認定，乃係以（一）警員翁某之報告與供述，高雄關關員翁某、林某之證言，及（二）在共同被告某乙身上搜出之署名「松青」致「武兄」函一件，所載暗碼價格，被告均能道出，為其所憑之證據與理由，第查證人翁某等之報告與供述，雖均稱當時在某乙身上搜出上開走私物品時，某乙有云物品是船長所託帶，東西是船長的，叫船長來簽字各等語，但上述情形，並非該證人等親眼目擊，不過轉述某乙之言而已，而某乙此項陳述，並非不利於己，目的在諉責他人，以求脫身逃逸，此觀於某乙一去不返，以後到庭時，又翻異其詞，謂係檢到的，是無主物，所以要請船長來簽字，沒有說東西是船長的等語，可以證明。是此項共同被告諉責之詞，按之一般經驗法則，其不能採為其他共同犯罪論罪科刑之依

據，殊無疑義，原確定判決竟以該證言爲不合理之推斷，認定被告爲共同走私犯罪，其採用之證據，顯與事實不符，從而該案件之審判，即難謂非違背法令，此爲非常上訴理由之一，至於原判決理由所謂在某乙身上搜出之署名「松青」致「武兄」函上載有「川×××」等走私物品價格暗碼一節，查該項數碼，爲我國傳統使用之數碼，國人年齡稍長者，均能知悉，一目瞭然，並非暗碼，原判決誤爲暗碼，且進而謂被告對該暗碼價格均能一一道出，即認爲該走私物品屬被告所有，更係對於無證據能力及與認定事實不符之證據作爲判斷之基礎，則該案件之審判爲違背法令，尤屬顯而易見，此爲非常上訴理由之二。綜上所述，本件原判決認定犯罪事實與所採用證據，顯屬不符，依首揭法條及司法院大法官會議釋字第一四六號解釋顯屬違背法令，案經判決確定，且不利於被告，又與再審原因不合，爰依刑事訴訟法第四百四十一條，第四百四十三條，提起非常上訴，以資救濟。

三、判決要旨

刑事判決確定後，發見該案件認定犯罪事實與所採用證據顯屬不符者，自屬審判違背法令，經司法院大法官會議釋字第一四六號解釋有案。本件原判決認定被告某甲係船長，隨船自香港返抵高雄，將鑽石物品等託該船報務主任某乙夾帶上岸，爲海關查獲。係據某乙供稱該物是被告某甲所託帶，並在某乙身上搜出署名「松青」致「武兄」函一件，因而依走私罪論處。惟查共同被告某乙之陳述，並非不利於己，其目的在諉責他人以求脫身逃逸，此觀某乙一去不返，以後到庭翻異前供，謂上述走私物品係檢到的，是無主物，所以要船長來簽字，沒有說東西是船長的各等語，按一般經驗法則，均不能採爲某甲犯罪科刑之依據。再查「松青」致「武兄」函所載「川×××」等字，乃表示數字之數碼並非

暗號，尤不能證明爲致被告某甲之函件。乃原判決竟以上述之證據爲不合理之推斷，認定被告某甲爲共同走私犯，其採用之證據，顯與事實不符。自屬違背法令。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十五年度臺非字第一三〇號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告

某甲

右上訴人因被告走私案件，對於本院中華民國六十四年一月十五日第三審確定判決（六十四年度臺上字第六十一號）認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決及第二審更審暨第一審判決均撤銷。

某甲無罪。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑事判決確定後，發見該案件認定犯罪事實與所採用證據，顯屬不符，自屬審判違背法令，得提起非常上訴（見司法院大法官會議決議解釋字第一四六號解釋）。

本件原判決認定被告某甲原係臺灣省高雄市光華輪船公司所屬「某輪」船長，民國六十二年四月二十三日隨船自香港返抵高雄，將裝於小型塑膠袋內之走私物品鑽石五粒、白色方形寶石三粒、藍色方形寶石二粒，託已定讞之該船報務主任某乙夾帶上岸，經過第十一號碼頭檢查哨時，被高雄關稅人員查獲，上開走私物品起岸價格，經高雄關稅估共值新臺幣（下同）五十四萬七千一百三十五元，超過二萬一千元之限額，案由第一審法院審理，某乙走私案中發覺，移送檢察官偵查起訴等情，係以警員翁某之報告及供述，暨高雄關稅人員翁某、林某之證言，與共同被告某乙身上搜出之署

名「松青」致「武兄」函一件，復有扣押貨物憑單一紙可稽，爲其所憑之證據，但查共同被告某乙所供「是船長託他帶的，不是他自己的東西」云云，則此項陳述，並非不利於己之供述，而其目的在諉責他人以求脫身逃逸，此觀某乙一去不返，以後到庭翻異前供，謂上述走私物品係檢到的，是無主物，所以要船長來簽字，沒有說東西是船長的各等語，是證人翁某、翁某、林某等乃係轉述某乙之陳述，按一般經驗法則，均不能採爲上訴人犯罪科刑之依據，且核閱署名「松青」致「武兄」之函件上載有「川××」乃表示數字之數碼並非暗號，尤不能證明爲致被告之函件，乃原確定判決，竟以上述之證據爲不合理之推斷，認定被告爲共同走私犯，其採用之證據，顯與事實不符，揆諸前開司法院大法官會議決議解釋字第一四六號解釋，自屬採證違法，且不利於被告，上訴人於判決確定後，提起非常上訴，就此指摘，非無理由，自應將原判決（本院六十四年度臺上字第六一號）及第二審更審判決（六十三年度上更一字第三五六號）暨第一審判決（六十二年度訴字第七六五號）均撤銷，另爲無罪之諭知，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，第三百零一條第一項，判決如主文。
中華民國六十五年八月廿五日

第叁拾捌案

一、關係條文

刑事訴訟法第二百六十六條。

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，爲刑事訴訟法第二百六十六條所明定。法院對於所指以外之人，自不得審判。本件檢察官提起公訴，其所指被告之某甲，據起訴書記載，係居住於臺北

市吳興街某號，該某甲於原審法院到庭供認簽發原起訴書所記之支票，經提示未獲支付不諱，業經原院於六十五年五月卅一日判決，以其全部清償，諭知免刑，此有原院六十五年票上易字第三七一八號案卷可稽，乃第一審法院竟以居住於松山區林口街某號同姓名之某甲爲被告而予判處，是乃對於檢察官所指被告以外之人而爲審判，按之首開說明，顯有違誤，原審仍予維持，亦屬違法，案既確定，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，以資糾正云。

三、判決要旨

起訴之效力，不及於檢察官所指被告以外之人，爲刑事訴訟法第二百六十六條所明定。法院對於檢察官所指被告以外之人，自不得審判。本件檢察官對住於臺北市吳興街某號之某甲提起公訴，詎第一審法院竟以居住於臺北市林口街某號同姓同名之某甲予以科刑之判決，顯係對於檢察官所指被告以外之人而爲審判，實屬違法。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十五年度臺非字第一五〇號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告違反票據法案件，對於臺灣高等法院中華民國六十五年一月廿九日第二審確定判決（六十五年度票上易字第五六七號）認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決及第一審判決均撤銷。

某甲無罪。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按起訴之效力，不及於檢察官所指被告以外之人，爲刑事訴訟法第二百六十六條所明定。法院對於檢察官所指被告以外之人，自不得審判。本件檢察官係對居住於臺北市吳興街某號之某甲提起公訴，已爲起訴書所載明，該某甲於原審法院到庭供認簽發起訴書所記載之支票，經執票人提示未獲支付不諱，業經原審法院於六十五年五月卅一日判決，以其全部清償，諭知免刑，此有該院六十五年票上易字第三七一八號案卷可稽，乃第一審法院竟以居住於臺北市松山區林口街某號同姓名之某甲爲被告而予科刑之判決（六十四年度易票字第四九號），是乃對於檢察官所指被告以外之人而爲審判，按之首開說明，顯有違誤，原審不予撤銷而仍予以維持，亦屬違法，案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨執此指摘，洵有理由，應由本院將原判決及第一審判決均撤銷，另爲無罪之諭知，以資糾正。

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

中華民國六十五年九月廿三日

第叁拾玖案

一、關係條文

刑事訴訟法第二百六十六條、第三百四十三條。

二、非常上訴理由

按自訴程序準用第一章第二節關於公訴之規定，刑事訴訟法第三百四十三條定有明文，又起訴之效

力，不及於檢察官所指被告以外之人，同法第二百六十六條，亦有明文規定，本件自訴人某乙自訴被告某甲詐欺一案，嘉義地方法院經將某甲緝獲歸案後，在審判中，自訴人與被告互稱不認識，且自訴人所指其所诉被告之特徵亦不同（見六十四年五月七日審判筆錄），是被告顯非自訴人所自訴之被告，依照前開規定，本件自訴之效力不及於到庭同姓名之某甲，詎原審予以實體審判，雖被告宣告無罪，於其並無不利益，而此項判決，顯屬違法，且此項審判並非事實問題，觀於審判筆錄之記載，即可明悉，無須作任何調查，即知其訴訟程序顯非適法，爰依刑事訴訟法第四百四十一條，第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

起訴之效力，不及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，又此項規定爲自訴程序所准用，亦爲同法第三百四十三條所明定。法院不得對於自訴人所诉被告以外之人予以審判。本件自訴人自诉被告某甲詐欺，原審將與被告同姓名之某甲通緝歸案後，審判中自訴人與「被告」互不認識，且自訴人指其與所诉被告之特徵亦不相同，是本案到庭之「被告」，顯非自訴人提起自訴所指之被告，從而原審不得對之審判。在實務上遇此情形，除待真正之被告到庭後再爲進行審判外，毋庸爲任何判決，乃原審竟對非自訴人所指之被告某甲予以實體上之判決，自屬違法。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十五年度臺非字第六八號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告 某甲

右上訴人因被告詐欺案件，對於臺灣嘉義地方法院中華民國六十四年五月十二日第一審確定判決（六十二年經呂更第一號）認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按起訴之效力，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，又此項規定爲自訴程序所準用，亦爲同法第三百四十三條所明定。法院對於自訴人所指被告以外之人不得予以審判。本件自訴人某乙自訴被告某甲詐欺一案，原審法院將與被告同姓名之某甲緝獲歸案後，在審判中自訴人與「被告」互稱不相識，且自訴人所指其所诉被告之行儼亦不相同，是本案到庭之「被告」某甲，顯非自訴人提起自訴所指之被告（見六十四年五月七日審判筆錄），依昭首揭說明，本件自訴之效力，自不及於本件「被告」某甲，從而原審不得對之審判，在實務上遇此情形，除待真正之被告（即自訴人所指之被告）到庭後再進行審判外，毋庸爲任何判決。今原審對於非自訴人所指之被告某甲予以實體上之判決，自非適法。案經確定，非常上訴旨執以指摘，非無理由。爰將原判決撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段判決如主文。

中華民國六十五年五月十九日

第肆拾案

一、關係條文

刑事訴訟法第二百六十八條、第二百六十九條。

二、非常上訴理由

按法院不得就未經起訴之犯罪審判，而論知科刑之判決，得變更檢察官所引應適用之法條者，亦應以起訴之事實爲限，刑事訴訟法第二百六十八條、第三百條已分別定有明文，本件被告某甲於六十一年十月廿四日，前往南投縣名間鄉公所推銷公路反射鏡時，竟僞填臺中市某五金股份有限公司及虎尾鎮某鐵工廠之估價單，持任名間鄉公所參加比價，又於六十二年三月十九日再僞填虎尾鎮某鐵工廠之估價單，持任名間鄉公所比價，臺中地檢察處檢察官認係犯刑法第二百六十六條，第二百十條之罪嫌，提起公訴，經臺中地院判決某甲連續行使僞造私文書足以生損害於他人，處有期徒刑六月，被告不服該判決，上訴臺中高分院，該院於六十三年十一月廿二日判決認爲被告難令負僞造文書罪責，而變更檢察官起訴之法條，將原判決撤銷，改判某甲連續詐欺罪有期徒刑六月確定，查原檢察官起訴之犯罪事實，並無隻字提及被告有詐欺之情形，亦未引用觸犯詐欺罪之法條，法院所得變更檢察官所引應適用之法條，亦應以起訴之事實爲限，該院所判詐欺罪，既在檢察官起訴事實範圍以外，參酌前開說明，該案件之審判，顯係違背法令，案已確定，且對被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條，第四百四十三條之規定，提起非常上訴，以資救濟。

三、判決要旨

法院不得就未經起訴之犯罪審判，而論知科刑之判決。得變更檢察官所引應適用之法條，亦以所起訴之犯罪事實爲限。此爲刑事訴訟法第二百六十八條及第三百條所明定。且未受請求之事項予以判決者，當然爲違背法令。同法第二百七十九條第十二款亦定有明文。本件檢察官以被告先後僞造他人工廠估價單，參與政府機關比價，認爲行使僞造私文書

，提起公訴，同院刑庭亦依該罪論科，乃被告上訴後，原審法院認被告之行爲，不構成行使偽造私文書罪，竟變更檢察官起訴法條，改依連續詐欺罪論處，顯有違誤。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十四年度臺非字第七八號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告偽造文書案件，對於臺灣高等法院臺中分院中華民國六十三年十一月廿二日第二審確定判決（六十四年度上訴字第四一六號），認爲違背法令，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按法院不得就未經起訴之犯罪審判，而論知科刑之判決，得變更檢察官所引應適用之法條，亦以所起訴之犯罪事實爲限，此爲刑事訴訟法第二百六十八條，第三百條所明定，且未受請求之事項予以判決者，其判決當然爲違背法令，同法第三百七十九條第十二款亦定有明文。本件臺灣臺中地方法院檢察官係以被告某甲先後偽造臺中市某五金股份有限公司及虎尾鎮某鐵工廠，估價單持往名間鄉公所比價，認有觸犯刑法第二百六十六條，第二百六十條罪嫌，提起公訴，同院刑庭亦依連續行使偽造私文書罪，論處罪刑，乃被告提起第二審上訴後，原審法院認被告之行爲，不構成行使偽造私文書之罪，竟變更檢察官起訴法條，改依連續詐欺罪判處罪刑，顯係未受請求之事項予以判決，其判決即屬當然爲違背法令，案經確定，且於被告不利，上訴人提起非常上訴，洵有理由，應由本院將原判決予以撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款後段判決如主文。

第肆拾壹案

一、關係條文

刑事訴訟法第二百六十八條、第三百條。

二、非常上訴理由

按法院不得就未經起訴之犯罪審判，而諭知科刑之判決，得變更檢察官所引應適用之法條者，亦應以起訴之事實爲限，刑事訴訟法第二百六十八條，第三百條已分別明白規定。本件被告某甲部分，花蓮地方法院檢察官提起公訴，依其起訴書記載，係認爲該被告乘被害人某乙不在之際，牽走其自光復鄉公共造產委員會貸放之水母牛一頭，售與某丙，並認爲該被告係有刑法第三百二十條第一項之竊盜罪嫌，原審乃認爲該被告之於該牛，係買自不詳姓名之竊盜犯，而依刑法第三百四十九條第二項故買贓物罪予以論處。查故買贓物之與竊盜，兩者犯意行爲均不相同，罪名亦屬各別，檢察官既原係以竊盜事實提起公訴，原審之就故買贓物事實予以審判，按之首開規定，顯有違誤。案已確定，應依刑事訴訟法第四百四十一條，第四百四十三案提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

法院不得就未經起訴之犯罪審判，又諭知科刑之判決，得變更檢察官所引適用之法條

者，應以起訴之犯罪事實爲限，刑事訴訟法第二百六十八條、第三百條分別定有明文。本件花蓮地方法院檢察官起訴書認被告某甲偷某乙之水牛，售與某丙。觸犯刑法第三百二十四條第一項之竊盜罪。乃原審法院認爲被告係向不知姓名之竊盜犯，買受該牛，而依刑法第三百四十九條第二項之故買贓物罪予以論處。查竊盜罪係以自己之犯罪行爲，直接侵害他人之財產，而故買贓物罪則以故買他人犯罪所得之物爲成立要件，二者之犯意、行爲及罪名均有差異。本案原審變更檢察官起訴法條，顯係對未經起訴之犯罪審判，自屬違背法令。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十二年度臺非字第二五號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告竊盜案件，對於臺灣高等法院花蓮臨時庭中華民國六十一年二月二十九日第二審確定判決（六十六年度花上易字第一四號），認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決關於某甲部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按法院不得就未經起訴之犯罪審判，又論知科刑之判決，得變更檢察官所引應適用之法條者，應以起訴之犯罪事實爲限，刑事訴訟法第二百六十八條，第三百條分別定有明文。本件依臺灣花蓮地方法院檢察官起訴書記載，係認被

告某甲乘被害人某乙不在之際，牽走其自光復鄉公共造產委員會貸放之水母牛一頭，售與某丙，有觸犯刑法第三百二十四條第一項之竊盜罪嫌，乃經審法院認為該被告係向不詳姓名之竊盜犯，買受該牛，而依刑法第三百四十九條第二項之故買贓物罪予以論處。查刑法上之竊盜罪及故買贓物罪，雖同為侵害財產法益之罪，然前者係以自己之犯罪行為，直接侵害他人之財產，而後者則以故買他人犯罪所得之物為成立要件，二者犯意行為均有差異，罪名亦屬不同。檢察官既以竊盜事實提起公訴，而原審乃以故買贓物行為論處罪刑，揆諸自問規定，顯係對未經起訴之犯罪審判，自屬違背法令，且不利於被告。上訴人以此為理由，其起非常上訴，自有理由，應由本院將被告某甲部分之原判決撤銷，以資糾正。

據上訴理由，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，判決如主文。

中華民國六十二年二月十六日

第肆拾貳案

一、關於條文

刑事訴訟法第三百零三條第二款。

二、非常上訴理由

按案件已經提起公訴，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，本件被告某甲明知其在臺灣第一商業銀行南京東路分行存款不足，仍對之簽發六十二年七月十八日至同年七月二十三日期間內票面金額新臺幣一萬六千元、一千八百七十元、一萬三千七百廿五元、三萬六千九百四十七元六角、八千四百九十一元四角、七千三百八十元、三萬四千七百五十七元五角、一萬四千九百七十六元、一萬七千零六十元、四千五百元、五千元、二千五百元、三萬四千七百

五十七元五角、十萬元、八千元、二千九百零九元、一萬六千元、三千二百七十九元之支票十八張，均被拒絕支付，又簽發六十一年七月十三日票面金額二千五百元之支票一張，故竟提回其存數，致使不獲支付，經臺北地方法院檢察官依據票據交換所移送退票紀錄單一併提起公訴，同院於六十一年十月十八日判決科處罰金併定執行刑，惟查上開一萬六千元之支票二張，及三萬四千七百五十七元五角之支票二張，其號碼日期及金額均屬相同，顯係重複，檢察官將此二張支票重複起訴，原判決對該重複起訴部分，未依首開說明為不受理之諭知，自屬於法有違（參考最高法院五十二年度臺非字第七七號判決），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、判決要旨

檢察官就同一事實，在一個起訴書內重複追訴者，法院亦應依刑事訴訟法第三百零三條第二款，就重行起訴部份諭知不予受理之判決（參照五十五年臺非字第一七六號判決）。本件檢察官就被告某甲簽發新臺幣三萬四千七百五十七元五角之支票二張及一萬六千元之支票二張，其號碼、日期及金額均屬相同，顯係重複起訴，有退票理由單可資核對，原審不依上開說明就重複起訴部份諭知不予受理，而仍予分別科處罰金三千五百元及一千六百元，以致一罪兩罰，自屬違背法令。

四、附錄

最高法院刑事判決

六十二年度臺非字第六八號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告

某甲

右上诉人因被告違反昇據法案件，對於臺灣臺北地方法院中華民國六十一年十月十八日第一審確定判決（六十一年度易字第一七五二號），認為一部分違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決關於處罰金三千五百元及一千六百元各一罪暨執行刑部分撤銷。

右開撤銷部分不受理。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按檢察官就同一事實，在一個起訴書內重複追訴者，法院亦應依刑事訴訟法第三百零三條第二款就重行起訴部分諭知不予受理之判決，業經本院著有判例（五十五年臺非字第一七六號），本件檢察官就被告某甲簽發新臺幣三萬四千七百五十七元五角及一萬六千元支票各一張，而違反票據法之事實，在同一个起訴書內重複追訴，有違票理由單可資核對，原審不依上開說明就重複起訴部分諭知不予受理，而仍予分別科處罰金三千五百元及一千六百元，以致一罪兩罰，自屬違背法令，案經確定，非常上訴，執以指摘，洵有理由，且不利於被告，應由本院就此部分連同所定執行刑予以撤銷，改判不予受理，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，第三百零三條第二款，判決如主文。
中華民國六十二年四月十九日

第肆拾叁案

一、關係條文

刑事訴訟法第三百零六條、第三百七十九條第六款。

二、非常上訴理由

按刑事訴訟法第三百零六條規定法院認為應科拘役罰金或應諭知免刑或無罪之案件，被告經合法之傳喚無正當理由不到庭者，得不待其陳述，逕行判決，係以被告經合法傳喚無正當理由不到庭為限。本件被告某甲違反票據法案件，臺灣臺北地方法院刑事案件審理單載明定於六十六年二月十日下午四時審理，核與被告提出之刑事傳票影本日期相符，而查該院審判筆錄記載於中華民國六十六年二月八日下午四時在本院第十四法庭公開審判，並諭知本案調查證據完畢，被告經合法傳喚無正當理由不到庭，故不待其陳述，開始一造辯論云云，查六十六年二月八日下午四時之公開審理，並無合法傳喚被告之送達文件，被告因而不到庭，顯有正當理由，該院即行判決，參酌前開說明，顯屬違法，案已判決確定，且對被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條之規定，提起非常上訴，以資救濟。

三、判決要旨

刑事訴訟法第三百零六條規定，法院認為應科拘役罰金或應諭知免刑或無罪之案件，被告經合法傳喚無正當理由不到庭者，得不待其陳述，逕行判決，係以被告經合法傳喚無正當理由不到庭為限。本件被告因違反票據法案件，原審本係定於六十六年二月十日下午四時審理，乃原審遽改期提前於同月八日下午四時而為審理，既未對被告再為合法傳喚，則其不到庭，顯有正當理由，原審不待其到庭陳述，逕行判決，自屬違法。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十六年度臺非字第一六二號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告

某甲

右上訴人因被告違反票據法案件，對於臺灣臺北地方法院中華民國六十六年二月十日第一審確定判決（六十六年度易字第四五八號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 文

原審關於訴訟程序違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑事訴訟法第三百零六條規定法院認為應科拘役罰金或應諭知免刑或無罪之案件，被告經合法傳喚無正當理由不到庭者，得不待其陳述，逕行判決，係以被告經合法傳喚無正當理由不到庭為限。本件被告某甲因違反票據法案件，原審本係定於六十六年二月十日下午四時審理，此有該案卷內之刑事案件審理單暨被告提出之刑事傳票影本可稽，乃原審遽改期提前於同月八日下午四時而為審理，既未對被告另行送達改期審理之傳票合法傳喚，被告自無從到庭應訊，則其不到庭，顯有正當之理由，原審不察，率依首開規定不待被告陳述逕行判決，其訴訟程序自難謂無刑事訴訟法第三百七十九條第六款之違法，案經確定，非常上訴執以指摘，洵有理由，應將原審關於訴訟程序違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第二款，判決如主文。

中華民國六十六年九月廿日

第肆拾肆案

一、關停條文

刑事訴訟法第三百零九條第二款。

二、非常上訴理由

按諭知六月以下有期徒刑者，應諭知易科罰金之折算標準，刑事訴訟法第三百零九條第二款定有明文。又扣押物於判決理由欄宣告沒收，而主文內未爲宣示者，亦屬違誤。乃原判決於主文欄內宣示「處有期徒刑五月，如易服勞役以六元折算一日」。既未諭知易科罰金折算之標準，復漏未宣告沒收，顯係違背法令。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條，提起非常上訴，以資救濟。

三、判決要旨

諭知六月以下有期徒刑者，應諭知易科罰金之折算標準，刑事訴訟法第三百零九條第二款定有明文。本件原判主文宣示「處有期徒刑五月，如易服勞役以六元折算一日」，既未依法諭知易科罰金折算之標準，且原判決理由中已敘明扣案之物併予沒收，而又未於主文內爲沒收之宣告，均屬違誤。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十六年度臺非字第二八號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告賭博案件，對於臺灣桃園地方法院中華民國六十五年十一月廿七日第一審確定判決（六十五年甌易字第九六二號），認爲違背法令提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決撤銷。

某甲意圖營利供給賭博場所，處有期徒刑五月，如易科罰金，以六元折算一日。

扣案賭具四色牌四百七十七付及抽頭錢新臺幣二十元均沒收之。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院查原判決主文宣示「處有期徒刑五月，如易服勞役以六元折算一日」，既未依法諭知易科罰金折算之標準，而且原判決理由中業已敘明扣案之賭具四色牌四百七十七付，及抽頭錢廿元，係被告供犯罪所用及犯罪所得之物，均係被告所有，併予沒收，而又未於主文內為沒收之宣告，其主文與理由矛盾，自屬違背法令。應由本院將原判決撤銷，另行判決，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，刑法第二百六十八條、第四十一條、第二百六十六條第二項（按第二百六十八條之賭博罪，係第二百六十六條第一項之加重規定，而該條第二項關於沒收之特別規定，且未限於犯前項之罪，則其他賭博罪當然適用）第三十八條第一項第三款（指賭具外之頭錢而言）欺騙時期罰金罰鍰裁判費執行費公證費提高標準條例第一條第二條，判決如主文。

中華民國六十六年二月十六日

第肆拾伍案

一、關係條文

刑事訴訟法第三百十九條第一項、第三百三十四條。

二、非常上訴理由

查自訴人以自然人或法人為限，未經依法註冊之外國公司既無法人資格，以公司名義委任代理人提

起自訴，應不予受理，曾經司法院院字第五三三號解釋有案。本件自訴人某丁，以未經我國依法註冊之日本東京兎油金屬工業株式會社直接被害之事實，以某丁私人名義，認被告等違反專利法，向臺灣新竹地方法院提起自訴，核與上開解釋顯有未合。

最高法院六十二年度臺上字九八九號刑事判決，其裁判要旨，股份有限公司與其股東或董事個人為各別之人格，股份有限公司為被害人時，僅得由其代表人以公司名義提起自訴，若由股東或董事以個人名義提起自訴者，自屬不得提起自訴而提起，依同法第三百三十四條規定，應諭知不予受理之判決，又臺灣高等法院六十三年度上易字第一五三三號刑事判決，雖引用最高法院二十年上字第二〇一四號判例，將該株式會社視為合夥，而以某丁，既具股東資格，即不失為被害人等理由，認其個人自訴為合法，（見該院六十三年度上易字第一五三三號卷）查最高法院上字二〇一四號民事判例，係指國內公司，發起人合夥關係而言，就此二例與本案不盡相同，均無援用之餘地。

原審對未經依法註冊之外國公司，既無法人資格，而竟允許其提起自訴，並就實體上為上訴駁回之判決，顯屬違背法令，爰依刑事訴訟法第四百四十一條，第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

自訴人以自然人或法人為限，未經依法註冊之外國公司，既無法人資格，以公司名義委任代理人提起自訴，應不予受理，司法院院字第五三三號解釋有案。本件自訴人某丁以未經我國依法註冊之日本某工業株式會社直接被害之事實，以某丁名義認被告某甲、某乙、某丙違反專利法向新竹地方法院提起自訴，核與上開解釋顯有未合。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十五年度臺非字第七三號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告

某甲、某乙、某丙

右上訴人因被告等違反專利法案件，對於臺灣高等法院中華民國六十五年三月二日第二審確定判決（六十四年度上易字第一三八四號）認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決撤銷。

本件不予受理。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑事訴訟法第三百十九條第一項所謂得提起自訴之人，係以因犯罪而直接被害之人為限，其不得提起自訴而提起者，應諭知不予受理之判決，又為同法第三百三十四條所明定，本件自訴人指訴被告等共同仿造之「燒結爐」係日商東京兔油工業株式會社，向經濟部中央標準局申請核准專利之專利品，有該局發給臺專字第六四七五號專利證書影本在卷可據（見第一審六十二年度自字第二八二號卷第四頁）而該株式會社又未經在中華民國政府為法人之登記，取得法人資格，自不得提起自訴，自訴人就該株式會社被害之事實以其本人名義（株式會社董事長）提起自訴，原審不為諭知不予受理之判決，而竟進為實體上之審判，諭知被告等無罪之判決，顯屬違法且於被告不利，上訴意旨，就此指摘，洵屬正當，應由本院將判決原撤銷，另為判決，以資糾正。

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

中華民國六十五年六月一日

第肆拾陸案

一、關係條文

刑事訴訟法第三百十九條第一項、第三百三十四條。

二、非常上訴理由

按犯罪之被害人固得提起自訴，但被害人如爲無行爲能力或限制行爲能力或死亡者，得由其法定代理人直系血親或配偶爲之，刑事訴訟法第三百十九條第一項後段定有明文。卷查本件自訴人某乙、某丙、某丁均以自己名義自訴某甲誣告等罪，而以法定代理人某戊代爲訴訟行爲，其中自訴人某丙年僅十八歲某丁年僅十四歲，依據前開說明，自不得提起自訴，第一審法院未依刑事訴訟法第三百卅四條就二自訴人之自訴諭知不予受理，而爲實體之判決，第二審法院不爲糾正予以維持原判，而第三審判決就該二自訴人上訴部分，復維持二審判決將上訴駁回，均有違誤，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、判決要旨

犯罪之被害人固得提起自訴，但被害人如爲無行爲能力或限制行爲能力或死亡者，僅得由其法定代理人、直系血親或配偶爲之，觀於刑事訴訟法第三百十九條第一項規定而自明。本件某乙、某丙、某丁自訴被告某甲誣告，其中某丙年僅十八歲，某丁年僅十四歲，依前開規定，自不得提起自訴，第一審法院未依刑事訴訟法第三百三十四條，就該二自訴

人之自訴諭知不受理，而爲實體之審判，第二審及第三審判決亦均予維持，自屬違誤。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十六年度臺非字第五號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告

某甲

右上訴人因某乙等自訴被告案件，對於本院中華民國六十五年十月廿七日第三審確定判決（六十五年度臺上字第三三九〇號）認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決及第一、二審判決關於某丙、某丁自訴被告誣告違背法令部分均撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按犯罪之被害人固得提起自訴，但被害人如爲無行為能力或限制行為能力或死亡者，準得由其法定代理人、直系血親或配偶爲之，觀於刑事訴訟法第三百十九條第一項規定及該條之修正立法理由甚明。本件某乙、某丙、某丁者自訴被告某甲誣告案件，自訴人中某丙係民國四十七年八月五日出生，某丁係五十一年十一月十五日出生，均爲限制行為能力人，依照首開規定，自屬不得由其本人提起自訴，乃第一審判決未依刑事訴訟法第三百卅四條就該二人提起被告誣告部分之自訴諭知不受理，而於實體上爲被告無罪之判決，第二審及第三審判決亦均予以維持，未加糾正，自屬違誤。案經確定，非常上訴書旨執以指摘，洵有理由，惟原判決尚非不利於被告，應由本院僅將原判決誣告違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段判決如主文。

中華民國六十六年一月十八日

第肆拾柒案

一、關係條文

刑事訴訟法第三百三十四條。

刑法第三百五十六條。

二、非常上訴理由

查原判認定自訴人某丙與被告某甲、某乙繫爭房屋（中壢市內壢興仁街某號）爲某丁所有，自訴人之請求遷讓房屋，乃代位某丁行使權利，即使其獲得勝訴判決後，聲請執行之際，被告等將該房屋出賣拆毀，按其與自訴人之間並無債權之存在，自亦無毀損自訴人債權之可言，不能成立毀損債權之罪，爰將原判決撤銷，並諭知被告等無罪。惟查原判既認定該被告與自訴人之間並無債權之存在，不能成立毀損債權之罪，則自訴人自始即非本件犯罪之被害人，其提起自訴，於法卽有未合，原審撤銷原判後，不爲程序上不受理之判決，而逕爲實體上諭知被告等無罪，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，卽希依法核判。

三、判決要旨

不得提起自訴而提起者，應諭知不予受理之判決，刑事訴訟法第三百三十四條，定有明文。本件原判決認定自訴人某丙代位某丁行使權利，自訴被告某甲、某乙拆毀某丁所有之房屋，因被告等與自訴人之間並無債權之存在，自亦無毀損自訴人債權之可言，不成立毀

損債權罪，原審撤銷第一審科刑判決，改判被告等無罪。惟原審既認定自訴人與被告間並無債權之存在，則自訴人自始即非本件犯罪之被害人，其提起自訴，於法即有未合，原判決撤銷第一審科刑之判決後，不爲程序上不受理之判決，而逕爲實體上諭知被告等無罪，顯屬違背法令。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十六年度臺非字第一八四號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲、某乙

右上訴人因某丙自訴被告等毀損案件，對於臺灣高等法院中華民國六十六年三月九日第二審確定判決（六十六年度上易字第三一七號），認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按原判決認定自訴人某丙與被告某甲、某乙所繫爭之房屋（臺灣省桃園縣中壢市內壢興仁路某號）爲某丁所有，自訴人之請求遷讓房屋，乃代位某丁行使權利，即使其獲得勝訴判決後，聲請執行之際，被告等將該房屋出賣拆毀，按其與自訴人之間並無債權之存在，自亦無毀損自訴人債權之可言，不能成立毀損債權之罪，爰將第一審科刑之判決撤銷，改爲諭知被告等無罪。惟查原判決既認定被告等與自訴人之間並無債權之存在，不能成立毀損債權之罪，則自訴人自始即非本件犯罪之被害人，其提起自訴，於法即有未合，原判決撤銷第一審科刑之判決後，不爲程序上不受理之判決，而逕爲實體上諭知被告等無罪，顯屬違背法令，非常上訴意旨就此指摘，尙有理由，但此種違法尙非不利於被告，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主文。

中華民國六十六年十月廿七日

第肆拾捌案

一、關係條文

刑事訴訟法第三百三十四條、第三百二十一條。

刑法第二百三十九條、第二百四十五條。

二、非常上訴理由

按不得提起自訴而提起自訴者，應諭知不予受理之判決，爲刑事訴訟法第三百三十四條所明定。本件依原判決所認定之事實，被告某甲係與自訴人之妻某丙連續相姦，乃犯刑法第二百三十九條後段之相姦罪名，但查同法第二百四十五條規定，該項罪名係告乃論，而依刑事訴訟法第三百二十一條之規定，對於配偶不得提起自訴，對於配偶既不得提起自訴，依公訴不可分之原則，對於相姦者自亦不得提起自訴，從而自訴人對於該被告提起自訴，按之首開規定，自應諭知不予受理，乃原判決竟爲實體上判決，顯有違誤，案已確定，應依刑事訴訟法第四百四十一條，第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

不得提起自訴而提起者，應諭知不予受理之判決，刑事訴訟法第三百三十四條定有明文

。本件依原判決所認定之事實，被告某甲與自訴人某乙之妻某丙連續相姦，係犯刑法第二百三十九條後段之相姦罪名，惟查同法第二百四十五條規定該罪名係告訴乃論，而依刑事訴訟法第三百二十一條之規定，對於配偶則不得提起自訴，對於配偶既不得提起自訴，依起訴不可分之原則，對於相姦者自亦不得提起自訴。從而自訴人對該被告提起之自訴，自應諭知不予受理，乃原判決竟爲實體上判決，論罪科刑，顯屬違背法令。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十五年度臺非字第一六二號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告妨害家庭案件，對於臺灣臺東地方法院中華民國六十五年七月十四日第一審確定判決（六十五年度自字第十四號）認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決撤銷。

本件不予受理。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按不得提起自訴而提起者，應諭知不予受理之判決，刑事訴訟法第三百三十四條定有明文。本件依原判決所認定之事實，被告某甲與自訴人某乙之妻某丙連續相姦，係犯刑法第二百三十九條後段之相姦罪名，惟查同法第二百四十五條規定該罪名係告訴乃論，而依刑事訴訟法第三百二十一條之規定，對於配偶則不得提起自訴，對於配偶既不得提起自訴，依起訴不可分之原則，對於相姦者自亦不得提起自訴。從而自訴人對該被告提起之自訴，參之上開法條規定，自應

諭知不受理，乃原判決竟爲實體上判決，論罪科刑，顯屬違背法令，案經確定，且不利於被告，上訴人提起非常上訴，洵有理由。應由本院將原判決撤銷，另爲不受理之判決，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，第三百三十四條，判決如主文。

中華民國六十五年九月卅日

第肆拾玖案

一、關係條文

刑事訴訟法第三百四十五條

二、非常上訴理由

按刑事訴訟法第三百四十五條所謂被告之法定代理人得爲被告之利益獨立上訴，係以被告無行爲能力或限制行爲能力爲前提，被告如係完全有行爲能力之人，則根本卽無法定代理人之存在，自不能以尊親屬或家長名義獨立上訴，最高法院四十二年臺上字第四〇五號著有判例。本件被告某甲係民國三十九年九月十八日出生，因犯竊盜罪，經第一審法院於民國六十二年三月廿七日判決時，依週年法扣足計算，被告已滿廿二足歲，早已成年，且又精神健全，被告之母某乙已非法定代理人，自無得以獨立上訴之權，某乙對於第一審判決，提起獨立上訴，於法不合，原審未從程序上予以駁回，竟將第一審判決撤銷，並自爲實體上判決，顯屬違背法令，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

刑事訴訟法第三百四十五條所謂被告之法定代理人得爲被告之利益獨立上訴，係以被告無行爲能力或限制行爲能力爲前提。本件被告某甲於民國三十九年九月十八日出生，因犯竊盜罪，經第一審法院於民國六十二年三月廿七日判決時，已滿二十二歲，早已成年，且又精神健全，其母某乙卽非法定代理人，自無得以獨立上訴之權，乃竟對第一審判決，提起獨立上訴，於法不合，原審未從程序上予以駁回，顯非適法。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十二年度臺非字第一一五號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告

某甲

右上訴人因被告竊盜案件，對於臺灣高等法院中華民國六十二年五月十五日第二審確定判決（六十二年度保上易字第二〇二號），認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑事訴訟法第三百四十五條所謂被告之法定代理人得爲被告之利益獨立上訴，係以被告無行爲能力或限制行爲能力爲前提，被告如係完全有行爲能力之人，則根本上卽無法定代理人之存在，自不能以尊親屬或家長名義獨立上訴。本件依原判決確定之事實稱被告某甲係民國三十九年九月十八日出生，因犯竊盜罪，經第一審法院於民國六十二年三

月廿七日判決時，依週年法扣足計算被告已滿二十二歲，早已成年，且又精神健全，其母某乙即非法定代理人，自無得以獨立上訴之權，某乙對於第一審判決，提起獨立上訴，於法不合，原審未從程序上予以駁回，竟將第一審判決撤銷，自爲實體上判決，不能謂無違背法令。非常上訴意旨就此指摘，洵有理由。惟查原判決係將科處被告有期徒刑四月之第一審判決撤銷，改判有期徒刑二月，即非不利於被告，應由本院僅將其違背法令部分撤銷，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段判決如主文。

中華民國六十二年七月二十日

第伍拾案

一、關係條文

刑事訴訟法第三百五十九條、第三百七十九條第十二款。

二、非常上訴理由

「按撤回上訴者，喪失其上訴權」，又「未受請求之事項予以判決者，其判決爲當然違背法令」，刑事訴訟法第三百五十九條、第三百七十九條第十二款有明文規定，本件被告某甲與共同被告某乙因賭博案件，經臺灣嘉義地方法院檢察官提起公訴，由同院刑庭於六十五年三月二十日判處各有期徒刑四月後，被告某甲、某乙雖於同年四月六日，一同具狀提起上訴，惟被告某甲，旋已於翌日（即六十五年四月七日）單獨具狀撤回上訴，並經承辦推事批示准予撤回在卷（見第一審卷宗第七十九頁其時卷宗尚未送交上訴審法院，依法可以向第一審撤回上訴），是本案某甲部分，已因撤回上訴而告確定，且查嘉義地方法院送上訴函，亦僅載明被告某乙一人不服本院判決，提起上訴，至於某甲部分，則謂已因撤回上

訴而移送執行，亦有原函可稽，從而上訴審法院，自不得再對該被告爲審判，毫無疑義。乃原判決竟將已撤回上訴之被告某甲，仍列爲上訴人，與被告某乙部分一併判決「上訴駁回」，顯係對於未受請求之事項，予以判決，依首揭法條，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，以資救濟。

三、判決要旨

「撤回上訴者，喪失其上訴權」，又「未受請求之事項，予以判決者，其判決當然爲違背法令」，刑事訴訟法第三百五十九條、第三百七十九條第十二款定有明文。本件被告某甲、某乙犯賭博罪，第一審判決各處有期徒刑四月，上訴後，某甲撤回上訴，所處之刑即告確定。惟原審仍將已撤回之被告某甲列爲上訴人，與被告某乙部份一併判決「上訴駁回」，依照首開規定，顯係違法。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十五年度臺非字第二二〇號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告賭博案件，對於臺灣高等法院臺南分院中華民國六十五年五月廿一日第二審確定判決（六十五年度上易字第二八五〇號），認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決關於某甲部分撤銷。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按「撤回上訴者，喪失其上訴權」，又「未受請求之事項，予以判決者，其判決當然為違背法令」，刑事訴訟法第三百五十九條，第三百七十九條第十二款規定甚明，查本件被告某甲與共同被告某乙因賭博案件，經臺灣嘉義地方法院檢察官提起公訴，由同院刑庭於六十五年三月廿日各判處有期徒刑四月後，被告某甲、某乙二人，雖於同年四月六日一同具狀提起上訴，惟被告某甲，旋已於翌日（即同年月七日）單獨具狀撤回上訴，並經承辦推事批示准予撤回在卷，是本件被告某甲部分，已因撤回上訴而告確定，且查嘉義地院送上訴函，亦僅載明被告某乙一人不服該院判決，提起上訴，至於某甲，則謂已因撤回上訴而移送執行，亦有原函可稽，從而原審法院自不得再對該被告某甲為審判，乃竟仍將已撤回之被告某甲列為上訴人，與被告某乙部分一併判決「上訴駁回」，顯係對於未受請求之事項而予判決，依陷首開法條之規定，其判決當然為違背法令，案經確定，非常上訴意旨，執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決關於被告某甲部分撤銷，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，判決如主文。

中華民國六十五年八月六日

第伍拾壹案

一、關係條文

刑事訴訟法第三百七十一條、第五十六條、第二百七十二條。

刑法第六十一條。

二、非常上訴理由

按被告經合法傳喚無正當之理由不到庭者，得不待其陳述逕行判決，固爲刑事訴訟法第三百七十一條所明定，但有正當理由而不能到庭者，即無適用之餘地。本件被告某甲因違反票據法案件不服臺北地方法院判決，上訴於臺灣高等法院，在上訴中被某乙等以詐欺罪控訴於彰化地方法院檢察處，六十五年十月十六日開庭後即被命令羈押，直至六十五年十一月十五日始獲具保釋放，有彰化地方法院看守所函彰所敬總字第八一四號出所證明書爲證。原審臺灣高等法院於同年十一月二日發出刑事傳票，定於六十五年十一月十八日上午十時辯論，該傳票係送達於六和藥品公司，由事務員以被告名章簽收。查傳票送達時間，被告尚羈押於彰化地方法院看守所，依刑事訴訟法第五十六條第一項，不適用對公司送達之規定，而應依第二項送達於羈押處所。雖原審不知有此事實，但應依職權爲之，不能因不知而犧牲被告訴訟上之權益。再查就審期間依同法第二百七十二條規定，六十一條之案件，至遲應於五日前送達。本件被告於十一月十五日保釋，十八日即係原審辯論期間，遑論傳票據被告陳述係事務員在開庭後十餘日始告知。即令立時告知，亦與二百七十二條之立法精神有違。原審判決既屬違背命令，且於被告不利，合依刑事訴訟法第四百四十一條，第四百四十三條之規定，提起非常上訴，以資救濟。

三、判決要旨

被告經合法傳喚無正當理由不到庭者，得不待其陳述逕行判決，固爲刑事訴訟法第三百七十一條所明定。但有正當理由而不到庭者，即無適用之餘地。本件被告某甲因違反票據法案件，不服第一審判決上訴第二審後，在原審訴訟進行中因另案於六十五年十月十六日羈押於看守所，直至同年十一月十五日始獲保釋放，原審定於同年十一月十八日上午十時爲第一次審判期日之傳票，係於同年月五日由郵務送達被告服務之公司，由事務員以被

告名章簽收，其時被告尙羈押於看守所，依刑事訴訟法第五十六條之規定，其送達已難謂爲合法。且查就審期間，依同法第二百七十二條規定，刑法第六十一條之案件第一次審判期日之傳票，至遲應於五日前送達。而被告於同年十一月十五日保釋後，始由公司事務員告知，距原審所定第一次審判期日僅有三日，其訴訟程序顯屬違背法令。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十六年度臺非字第三三三號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告違反票據法案件，對於臺灣高等法院中華民國六十五年十一月二十二日第二審確定判決（六十五年度票上易字第一一六〇七號），認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原審關於訴訟程序違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按被告經合法傳喚無正當之理由不到庭者，得不待其陳述逕行判決，固爲刑事訴訟法第三百七十一條所明定，但有正當理由而不能到庭者，卽無適用之餘地。本件被告某甲因違反票據法案件，不服第一審科刑之判決提起第二審上訴後，在原審訴訟進行中，因另案被臺灣彰化地方法院檢察官命令於六十五年十月十六日羈押於臺灣彰化地方法院看守所，直至同年十一月十五日始獲具保釋放，有該所鈐彰所敬總字第八一四號出所證明書可證。原審所定於同年十一月十八日上午十時爲第一次審判期日之傳票係於同年五日由郵務送達於六和藥品公司，由事務員以被告名章簽收，其時被告尙羈押於上述看守所，依刑事訴訟法第五十六條之規定，其送達已難謂爲合法。且查就審期間，依同法第二百七十二條

規定，刑法第六十一條之案件，第一次審判期日之傳票，至遲應於五日前送達。而被告於同年十一月十五日保釋後始由公司事務員告知，距原審所定第一次審判期日僅有三日，亦與上述法定就審期間之立法精神有違，其訴訟程序顯屬違背法令。上訴人以原審不待被告到庭陳述逕行判決係屬違法，爰於判決確定後提起非常上訴，執以指摘，洵有理由，應由本院將原審關於訴訟程序違背法令部分撤銷。以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第二款，判決如主文。

中華民國六十六年二月廿八日

第伍拾貳案

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有明文規定，本件被告某甲被訴於民國五十二年二月二十六日，受同案被告某乙之教唆，而變造某丙民國身份證之行爲，因追訴權時效完成，早經臺灣臺中地方法院於六十二年十年八月以該年度緝字第九五號刑事判決諭知「本件免訴」及囑託高雄地方法院看守所送達判決正本，經被告於同年月二十三日收受，並於同年十一月六日確定在案，是本件檢察官提起公訴之案件，關於被告部分，已因免訴判決確定而終結，自毋庸再行審判之餘地，乃原審法院未加詳察，竟又於六十五年二月五日，以該年度緝字第三十五號刑事判決宣告同案被告某丁免訴時，就被告某甲上述已經判決免訴確定之同一事實，一併再為重複之免訴判決，且已確定，則其適

用法則，顯有不當，依首揭法條，自屬違背法令，爰依刑事訴訟法第四百四十一條，第四百四十三條，提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

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。本件被告某甲犯偽造文書罪，因追訴權時效完成，業經第一審判決免訴確定在案。第二審法院對同案被告某乙宣告免訴時，就被告某甲部份重複為免訴之判決，自屬違法。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十五年度臺非字第六九號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告偽造文書案件，對於臺灣臺中地方法院中華民國六十五年二月五日第一審確定判決（六十五年度緝訴字第三五號）認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決關於某甲偽造文書部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院查本件被告某甲於民國五十二年二月二十六日變造某丙民國身份證之行爲，因追訴權時效完成，業經臺灣臺中地方法院於六十二年十月九日判決諭知免訴（見六十二年度緝訴字第五九五號）確定在案，乃原審並未注意及此，竟於六十五年二月五日，對於上述同一案件，重複為免訴之判決（見六十五年度緝訴字第三十五號）自屬於法有違，上訴人於

判決確定後，認為違法，提起非常上訴，洵屬正當，原判決於被告不利應由本院將原判決關於該部分撤銷，俾資糾正。據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項但書判決如主文。

中華民國六十五年五月十九日

第伍拾叁案

一、關係條文

刑事訴訟法第三百七十八條。

刑法第三百三十七條。

少年事件處理法第二十七條、第六十五條。

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有明文規定。本件被告某甲係未滿十八歲之少年，而刑法第三百卅七條之侵占遺失物罪及第二百十七條第一項之偽造署押罪，均非少年事件處理法第二十七條之案件，依同法第六十五條第一項規定，對此兩罪不得追訴及處罰，第二審法院以其侵占與偽造文書有牽連犯或部份行為之關係從一重論以行使偽造私文書罪，惟參照最高法院二十五年上字第一三二八號判例旨旨，上開侵占遺失物及偽造署押部份似不應再行論罪，第二審判決後檢察官提起上訴，原審亦不予糾正，均不無違誤，且不利於被告，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，藉資糾正。

三、判決要旨

判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條有明文規定。本件第二審以被告侵占遺失物、連續竊盜、偽造私文書、詐欺未遂，其間有牽連關係，從一重之行使偽造私文書罪處斷。惟被告係未滿十八歲之少年，而刑法第三百三十七條之侵占遺失物罪，非少年事件處理法第二十七條之案件，依同法第六十五條第一項規定，對此不得追訴及處罰。第二審法院以其侵占遺失物與竊盜等罪有牽連關係，應從一重處斷，原判決未予糾正，均屬違法。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十三年度臺非字第八二號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告偽造文書等罪案件，對本院中華民國六十三年一月十六日第三審確定判決（六十三年度臺上字第五十號），認爲違背法令，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決及一二兩審判決均撤銷。

某甲行使偽造私文書足以生損害於他人處有期徒刑四月。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院查原確定判決以被告某甲拾得某乙鎖匙侵占入己，先後開啓某乙之房門竊取現款及支票，並在支票上偽造某丙

署押爲背書，詐領票款未遂，因認第二審以被告侵占遺失物連續竊盜偽造私文書詐欺未遂其間有牽連關係，從一重之行使偽造私文書罪處斷，爲無不合，原非無見，惟查被告某甲係未滿十八歲之少年，而刑法第三百卅七條之侵占遺失物罪，非少年事件處理法第二十七條之案件，依同法第六十五條第一項規定，對此不得追訴及處罰，第二審法院以其侵占遺失物與竊盜等罪有牽連關係，應從一重處斷，原判決未予糾正，均屬違法，非常上訴意旨，就此指摘，尙有理由，案經確定，且不利於被告，應由本院將原判決及第一、二審判決均予撤銷改判，而其侵占遺失物與其所犯連續竊盜等罪因有牽連關係，爲裁判上一罪，不另爲不受理之諭知，至被告偽造某丙之署押爲背書，原係偽造刑法第二百廿條以文書論之私文書，第二審判決雖又認爲偽造署押，但已說明爲偽造文書之一部，不另成罪，非常上訴意旨認其亦一併從一重處斷，不無誤會，合併說明。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，刑法第二百一十條，第二百十六條，第三百廿條第一項，第三百卅九條第三項第一項，第五十五條，第十八條第二項，判決如主文。
中華民國六十三年五月廿二日

第伍拾肆案

一、關係條文

刑事訴訟法第三百七十九條第十二款。

二、非常上訴理由

按除有特別規定外，未受請求之事項，予以判決者，其判決當然爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第十二款定有明文，本件被告某甲犯違反票據法兩案，其一案於中華民國六十五年元月廿九日經

臺灣臺北地方法院以六十五年度票易字第三五七號判處罪刑，被告於六十五年二月十七日下午收受判決，該院檢察官於同年二月十六日收受判決，均未上訴，逾期即已確定，本署復加調查，被告亦供認該案沒有上訴屬實，而臺北地院將被告另案違反票據法（六十五年度票易字第八一七號之上訴聲明狀，誤送臺灣高院（見臺灣高院六十五年度票上易字第一九九七號卷第五頁及另有影本附臺灣高院六十五年度票上易字第二八五二號卷）該院不察認為該案已上訴，乃於同年三月十七日，以六十五年度票上易字第一九九七號判決，將原判決一部份改判，一部份上訴駁回，顯係對於未受請求之事項，予以判決，參酌前開說明，自屬違法，案已確定，且對被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條之規定，提起非常上訴，以資救濟。

三、判決要旨

除有特別規定外，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。本件被告某甲犯違反票據法兩案，其中一案已經第一審判決，被告與檢察官均未上訴，即告確定。第一審法院將被告另案之上訴聲明狀，誤送第二審法院，該院即據以對已確定一案進行實體審判，顯有對未受請求之事項予以判決之違法。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十五年度臺非字第二二七號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告

某甲

右上訴人因被告違反票據法案件，對於臺灣高等法院中華民國六十五年三月十七日第二審確定判決（六十五年度票上易字第一九九七號）認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑事訴訟法有特列規定外，未受請求之事項予以判決者，其判決當然為違背法令，同法第三百七十九條第十二款定有明文，本件被吾某甲違反票據法一案，於民國六十五年元月廿九日經臺灣臺北地方法院以六十五年度票易字第三五七號判決判處罪刑，被告於同年二月十七日收受判決正本，該院檢察官則於同年月十六日收受判決正本，均未提起上訴，已告確定，此有該臺北地院六十五年票易字第三五七號案卷可資稽對，且經最高法院檢察署檢察官訊問被告某甲，據稱並未對該案提起上訴屬實，亦經記明筆錄在卷可按。乃原審竟對未提起上訴之該案，予以進行第二審實體上審判，將第一審判決，一部撤銷改判，一部諭知上訴駁回，顯有對未受請求之事項予以判決之違法，案經確定，且對被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，應由本院將原判決撤銷，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書判決如主文。

中華民國六十五年八月十八日

第伍拾伍案

一、關係條文

刑事訴訟法第三百七十九條第十四款。

二、非常上訴理由

按判決不載理由或所載理由矛盾者，其判決當然爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第十四款有明文規定。本件被告某甲竊盜一案，原判事實載「被告某甲於民國六十三年一月間，在桃園龜山鄉某乙家，乘某乙未注意之時，竊取其放在抽屜內不詳姓名者重型機車駕駛執照一枚，尙未使用，卽爲警查獲」。是原判所敘之事實，只單純竊盜行爲，而理由一忽謂「被告所爲已構成刑法第三百二十條第一項竊盜及同法第二百一十二條之偽造文書罪」此偽造文書書罪之事實，在事實內既未敘述，而理由內亦未論及，又主文「不詳姓名者之重型機車駕駛執照變造部分沒收」而理由二，雖有「不詳姓名者之重型機車駕駛執照一枚變造部分應予沒收」。但駕駛執照變造情形，原判事實與理由內均無敘述，是其認定事實與其所採用之證據及認定之理由，均不適合，卽屬理由矛盾，揆諸首開規定，顯係違背法令，案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條，第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正，卽希依法核判。

三、判決要旨

判決不載理由或所載理由矛盾者，其判決當然爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第十四款定有明文。本件原判事實欄僅認定被告某甲在某乙家中竊取不詳姓名者機車執照一枚，尙未使用，卽爲警查獲等情，並未認定被告尙有變造該機車執照之犯行，自只能論處被告以竊盜罪，乃原判決理由欄竟謂被告除犯刑法第三百二十條第一項之竊盜罪外，尙構成刑法第二百一十二條之變造機車駕駛執照罪名，並於主文內爲變造機車駕駛執照沒收之諭知，顯有認定事實與適用法律不相適合之違法。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十四年度臺非字第七六號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告

某甲

右上訴人因被告竊盜案件，對於臺灣宜蘭地方法院中華民國六十四年五月十三日第一審確定判決（六十四年度易字第四九一號）認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決關於罪刑部分撤銷。

某甲竊盜處有期徒刑二月。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按有罪判決書之理由欄，僅應就事實欄所認定之被告犯罪事實，載明其認定犯罪事實所憑之證據及認定之理由，以資論罪科刑，若事實欄內並未認定有某種犯罪之事實，竟於理由內憑空敘明有該犯罪之證據，並從而論以該項罪名，造成認定之事實與所採用之證據及適用之法律，不相適合之違法，即屬判決所載理由矛盾，其判決當然為違背法令，本件原判決事實欄僅認定被告某甲於民國六十三年一月間，在桃園縣龜山鄉某乙家抽屜內竊取不詳姓名者重型機車駕駛執照一枚，尚未使用，即為警查獲等情，並未認定被告尚有變造該重型機車駕駛執照之犯行。自只能論處被告以竊盜罪刑，乃原判決理由欄竟謂被告除犯刑法第三百二十條第一項之竊盜罪外，尚構成刑法第二百一十二條之變造重型機車駕駛執照罪名，適用刑法第五十五條，從一重論處以竊盜罪刑，並以主文內為「不詳姓名者之重型機車駕駛執照變造部分沒收」之諭知，逸出其認定犯罪事實之範圍，顯有認定之事實與適用之法律，不相適合之違法，且於被告不利，上訴人於判決確定後，認為違法，提起非常上訴，洵有理由，自應由本院將原判決關於罪刑部分撤銷，按原判決所認定之事實，另行判以單一之竊盜罪名，仍處以原判刑期，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，刑法第三百二十條第一項，戡亂時期罰金罰鍰裁判費執行費公證費提高標準條例第一條上段判決如主文。

中華民國六十四年七月九日

第伍拾陸案

一、關停條文

刑事訴訟法第三百九十五條前段、第三百七十九條第十四款後段。

二、非常上訴理由

按法律規定不得上訴於第三審之案件，第三審法院應以判決駁回之。又判決所載理由矛盾者，其判決當然爲違背法令，刑事訴訟法第三百九十五條前段，第三百七十九條第十四款後段定有明文。查被告某甲因犯連續行使偽造私文書足以生損害於公眾，與連續對於依據法令從事公務之人員關於違背職務之行爲行求賄賂二案，關於前案，檢察官提起上訴後，業經第三審撤銷原判改判，尙無不當，惟關於後案，臺灣高等法院臺中分院判決後，被告提起上訴，第三審對於該部分，雖曾於判決理由內論及，並謂應予駁回，但於王文內未予宣告，其理由失其依據，揆諸首開規定，此項判決與其所載理由顯難謂無矛盾，即屬違背法令，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、判決要旨

法律規定不得上訴於第三審之案件，第三審法院應以判決駁回之，又判決所載理由矛盾者，其判決當然爲違背法令。刑事訴訟法第三百九十五條前段、第三百七十九條第十四款後段定有明文。本件被告某甲因犯連續行使偽造私文書足以生損害於公衆，與連續對於依據法令從事公務之人員關於違背職務之行爲行求賄賂二罪，關於前案，原判尚無不當。惟關於後案，第二審判決後，被告提起上訴，原判決對於此部分雖於判決理由論及，並謂此係刑法第六十一條之案件，不得上訴於第三審法院，應予駁回，但未於主文內宣告駁回上訴，其理由失所依據，顯有判決所載理由矛盾之違法。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十三年度臺非字第七四號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告偽造文書等罪案件，對於本院中華民國六十三年二月廿八日第三審確定判決（六十三年度臺上字第五七〇號）認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決關於行賄之違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按法律規定不得上訴於第三審之案件，第三審法院應以判決駁回之，又判決所載理由矛盾者，其判決當然爲違背法令，刑事訴訟法第三百九十五條前段，第三百七十九條第十四款後段定有明文。本件被告某甲因犯連續行使偽造私

文書足以生損害於公衆，與連續對於依據法令從事公務之人員關於違背職務之行爲行求賄賂二罪，關於前罪，臺灣高等法院臺中分院判決後，檢察官與被告均不服提起上訴，原判決將第二審此部分不當之判決撤銷，改判論以連續行使偽造私文書足以生損害於公衆及他人罪，尙無不當。

惟關於行賄部分，臺灣高等法院臺中分院判決後，被告提起上訴，原判決對於此部分雖於判決理由論及，並謂此係刑法第六十一條之案件，不得上訴於第三審法院，應予駁回，但未於判決主文內宣告緩同上訴，其由理失所依據，爰諸上開說明，此部分判決所載理由顯屬矛盾，當然爲違背法令，上訴人於判決確定後提起非常上訴，洵有理由。應由本院將原判決關於行賄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，判決文如主。

中華民國六十三年五月九日

第伍拾柒案

一、關係條文

中華民國六十年罪犯減刑條例，中華民國六十四年罪犯減刑條例。

二、非常上訴理由

按犯罪最重本刑爲五年以下有期徒刑之罪，其時間在六十年八月十六日及六十四年四月十六日以前，而裁判在六十五年三月間者，依中華民國六十年罪犯減刑條例第二條第一項，第四項，及中華民國六十四年罪犯減刑條例第二條第一項乙類(三)款，第五條第一項，第六條之規定，應遞減其宣告刑二分之一，若僅適用後條例，而捨棄前條例於不顧，仍屬判決不適用法則，爲違背法令。本件被告某甲係已死某

乙之婿，因某乙擬與日本人某丙合作，在我國設立電器工廠，需要土地一筆，以取信於某丙，得知被告之母即自訴人某丁在鶯歌鎮有土地約四公頃，乃以事成之後，由被告擔任業務經理為條件，誘使被告擅將自訴人印章取出，於五十九年九月廿八日，在臺北市南昌街一段卅二號，共同利用不知情之某戊偽造自訴人為出賣人，某乙為買受人之不動產買賣契約書一件，載明自訴人以新臺幣廿四萬元代價，將坐落鶯歌鎮尖山小段三九二——二號、四二二號、三九二號、四一三號、四一四號、四一四——一號、三七八號、三七八——一號、四二〇號等九筆土地，出賣與某乙，致使某乙憑該偽造之契約書，對自訴人提起所有權移轉登記之訴，足生損害於自訴人等情，固屬實在，惟查被告於民國五十九年九月廿八日與人共同偽造文書，其犯罪時間當在六十年八月十六日及六十四年四月十六日以前，原確定判決於六十五年三月廿四日判決時，自應依前述兩減刑條例遞減其刑，方為適法，乃原第二審法院僅適用中華民國六十四年罪犯減刑條例減輕其刑，未依中華民國六十年罪犯減刑條例予以減刑，顯有判決不適用法則之違法，原確定判決竟未予糾正，而為上訴駁回之判決，亦有未合，案經判決確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第四百四十一條，第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、判決要旨

犯罪在民國六十年八月十六日及六十四年四月十六日以前，而合於中華民國六十年罪犯減刑條例及中華民國六十四年罪犯減刑條例應予減刑之規定者，應於裁判時遞減其刑，若僅適用後條例，而不援前條例減刑，仍屬判決不適用法則。本件被告犯罪係在民國五十九年九月間，原審於六十五年三月間判決時，只適用後條例予以減刑，而置前條例於不顧，實屬違背法令。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十五年度臺非字第八四號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告

某甲

右上訴人因被告偽造文書案件，對於本院中華民國六十五年三月廿四日第三審確定判決（六十五年度臺上字第九二一四號）認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決及第二審判決關於罪刑部分均撤銷。

某甲共同偽造私文書，足以生損害於他人，處有期徒刑六月，減爲有期徒刑三月。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按被告犯罪時間在民國六十年八月十六日及六十四年四月十六日以前，而合於中華民國六十年罪犯減刑條例及中華民國六十四年罪犯減刑條例應予減刑之規定者，應於裁判時遞減其刑，若僅適用後條例，而不援前條例減刑，仍屬判決不適用法則，爲違背法令。本件原判決認定被告某甲係已故某乙之婿，某乙於生前五十九年九月間，擬與日本人某丙合作在臺設立電器工廠，需要土地以取信於某丙，得悉被告之母即自訴人某丁在臺灣省臺北縣鶯歌鎮有土地約四公頃，乃以事成之後，由被告任公司業務經理爲條件，誘使被告擅將自訴人印章取出，於五十九年九月廿八日，在臺北市南昌街一段卅二號，共同利用不知情之某戊偽造自訴人爲出賣人，某乙爲買受人之不動產買賣契約書一紙，載明自訴人以新臺幣廿四萬元將坐落鶯歌鎮尖山小段三九二——二、四二二、三九二、四一三、四一四、四一四——一、三七八、三七八——一、四二〇號等九筆土地，出賣與某乙，致使某乙憑該偽造之契約書，向民事法院對某丁提起所有權移轉登記之訴，足生損害於某丁等情，因維持原第二審論處被告共同偽造私文書，足以生損害於他人罪刑之判決，原無不合。

惟查被告於五十九年九月廿八日與某乙共同偽造文書，其犯罪時間既在六十年八月十六日及六十四年四月十六日以

前，原審於六十五年三月廿四日判決時，自應依前述兩減刑條例遞減其刑，方爲適法。乃原第二審判決僅適用中華民國六十四年罪犯減刑條例減輕其刑（處有期徒刑一年，減爲有期徒刑六月），未援中華民國六十年罪犯減刑條例予以減刑，顯有判決不適用法則之違法。原審未予糾正，而駁回被告之上訴，亦有未合，且不利於被告，上訴人於判決確定後提起非常上訴，洵有理由，應由本院將原判決及第二審判決關於罪刑部分均撤銷，另爲判決，並依例遞減其刑，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百七條第一項第一款但書，刑法第二十八條，第二百十條，中華民國六十年罪犯減刑條例第二條前段，第三條第一項第三款，中華民國六十四年罪犯減刑條例第二條第一項第二款乙類，第四條第二項，第五條第一項，判決如主文。

中華民國六十五年六月廿四日

第伍拾捌案

一、關係條文

中華民國六十年罪犯減刑條例第二條。

二、非常上訴理由

按犯罪時間在中華民國六十年八月十六日以前者，予以減刑，應減刑之案件，未經判決確定者，於裁判時行之，中華民國六十年罪犯減刑條例第二條上段，第四條有明文規定，本件被告某甲明知其在臺北市第二信用合作社存款不足，竟對之簽發六十年七月十六日票面金額新臺幣二萬二千五百元之支票一紙，被拒絕交付後，經臺北市票據交換所函送臺灣臺北地方法院檢察官偵查提起公訴，同院未依首開規

定予以減刑，而科處罰金，被告不服提起上訴，原審疏於注意，亦未依首開規定，予以減刑，均屬違背法令，且不利於被告，案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條，第四百四十三條，提起非常上訴，俾資糾正。

三、判決要旨

中華民國六十年罪犯減刑條例第二條上段所謂犯罪在中華民國六十年八月十六日以前者，予以減刑，乃爲強制規定，除犯同條但書所列之罪不適用之外，其他犯罪，均應予以減刑，裁判上並無自由審酌之餘地，本件被告某甲簽發民國六十年七月十六日票面金額新臺幣二萬二千五百元空頭支票，原判決以被告業已清償支票金額之全部減輕其刑，處以罰金三百五十元，但此項減刑，並不影響中華民國六十年罪犯減刑條例之適用。第一審判決，既依該條例遞減其罰金二分之一，本無不合，乃原判決竟以另有減刑原因之故，撤銷改判，而不引用該條例遞減其刑，顯然違法。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十二年度台非字第一九九號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告違反票據法案件，對於臺灣高等法院中華民國六十二年十月十二日第二審確定判決（六十二年度票上易字第二二二號）認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決關於某甲簽發新臺幣二萬二千五百元空頭支票，處罰金三百五十元，暨執行刑部分撤銷。

某甲發票人簽發支票時，故意將金額超過其存數，經執票人提示，不獲支付，處罰金一百七十五元，如易服勞役，以三元折算一日。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按中華民國六十年罪犯減刑條例第二條上段所謂犯罪在中華民國六十年八月十六日以前者，予以減刑之規定，乃為強制規定，除犯同條但書所列之罪，不適用之外，其他犯罪，均應予以減刑，裁判上並無自由審酌之餘地。本件被告某甲簽發民國六十年七月十六日票面金額新臺幣二萬二千五百元空頭支票一紙之所為，原判決以被告業已清償支票金額之全部，有其收回之原支票呈案足憑，依照修正票據法第一百四十一條第四項之規定，減輕其刑，處以罰金三百五十元，但此項減刑，並不影響中華民國六十年罪犯減刑條例之適用，被告違反票據法犯行，既在六十年八月十六日以前，即應依該條例第四條，第三條第一項第三款之規定，遞減其罰金金額二分之一，第一審判決依該條例減輕其刑，（第一審判決原本，已引用該條例減刑，惟判決正本漏寫）本無不合，原判決竟以另有減刑原因之故，撤銷改判，而不引用該條例遞減其刑，顯然違法，且於被告不利，上訴人於判決確定後，認為違法，提起非常上訴，洵有理由，自應由本院將原判決關於被告簽發新臺幣二萬二千五百元空頭支票，處罰金三百五十元，暨執行刑部分撤銷，另為遞減其刑之判決，以資糾正，至於其餘兩罪刑，因不在非常上訴範圍之內，本院無權裁判，故未便更定其執行刑，合併指明。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，修正票據法第一百四十一條第二項、第四項，刑法第十條上段，第二條第一項上段，第四十二條第二項，中華民國六十年罪犯減刑條例第二條上段，第三條第一項第三款，判決如主文。

中華民國六十二年十二月十二日

第伍拾玖案

一、關係條文

中華民國六十年罪犯減刑條例第九條第一項。

刑法第四十七條。

二、非常上訴理由

按受有期徒刑之執行完畢，五年以內再犯有期徒刑以上之罪者，爲累犯，加重其刑至二分之一，刑法第四十七條定有明文，本件被告某甲於民國五十八年間犯恐嚇罪，均累犯，經嘉義地方法院於五十九年七月三十一日以五十九年（訴）第一四九、一五〇號刑事判決，判處被告應執行有期徒刑一年八月，據該院檢察官五十九年執字第三二三五號執行指揮書載：確定日期五十九年八月二十三日，起算日期同，執行日期五十九年八月二十三日起算日期同，執行期滿日期六十一年元月三十一日，嗣嘉義地方法院於六十年十月十日依中華民國六十年罪犯減刑條例減刑，以六十年度聲減字第四六號裁定減爲應執行有期徒刑十月，依該條例第九條但書：因算入而其刑期於減刑裁定達到監獄已屆滿者，其超過部分不算入之規定，其刑期滿日，應爲六十年十月十日（該減刑條例係六十年十月十日施行，被告於六十五年五月二十五日又犯殺人未遂案，該院於六十五年八月四日以六十五年（訴）一〇三號刑事判決，判處被告共同傷害罪刑，查其受有期徒刑之執行完畢，尙未滿五年，又犯有期徒刑以上之罪，依照首開規定，自應以累犯論處，詎原審疏未注意，未予宣告爲累犯，顯屬違背法令，案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條，第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

減刑前已執行之刑期，算入減刑後之刑期，但因算入而其刑期於減刑裁定達到監獄前已屆滿者，其超過部分不算入之，中華民國六十年罪犯減刑條例第九條第一項定有明文。本件被告某甲原應執行之刑期執行開始日期既爲五十九年八月二十三日，茲減爲執行有期徒刑十月，則其刑期於減刑裁定送達於監獄時（六十年十月十日）早已屆滿，因上開規定其超過部分既不算入，則其執行期滿之日應爲六十年十月十日。從而被告於六十五年五月二十五日再犯有期徒刑以上之罪，自屬累犯，原審未依累犯論科，顯屬違背法令。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十六年度台非字第五七號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告殺人未遂案件對於臺灣嘉義地方法院中華民國六十五年八月四日第一審確定判決（六十五年度訴字第一〇三號）認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按本件被告於五十九年七月三十一日經臺灣嘉義地方法院判處有期徒刑一年八月確定，依原檢察官五十九年執字第三三三五號執行指揮書其執行之始期爲五十九年八月二十三日其執行期滿之期日爲六十一年元月三十一日，執行期

中，因中華民國六十年罪犯減刑條例於六十年十月十日施行，經依該條例之規定減為有期徒刑十月，其減刑之裁定亦係於六十年十月十日送達於臺灣嘉義監獄，依中華民國六十年罪犯減刑條例第九條第一項之規定，減刑前已執行之刑期，算入減刑後之刑期，但因算入而其刑期於減刑裁定達到監獄前已屆滿者，其超過部分不算入之，查本件被告原應執行之刑期執行開始日期既為五十九年八月二十三日，茲減為執行有期徒刑十月，則其刑期於減刑裁定送達於監獄時（即六十年十月十日）早已屆滿，惟因依該減刑條例第九條但書之規定其超過部分既不算入，則其執行期滿之日期，應為六十年十月十日，從而其於六十五年五月二十五日再犯有期徒刑以上之罪，自屬累犯，原確定判決未依累犯論科，即屬違法，上訴人執此提起非常上訴，洵屬正當，惟原判決對於被告並無不利，爰僅將原判決違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如主文。

第陸拾案

一、關係修文

中華民國六十四年罪犯減刑條例第五條第一項。

二、非常上訴理由

按依中華民國六十四年罪犯減刑條例，應減刑之罪，曾依其他法令減刑者，仍應就原減得之刑，再予減刑，該減刑條第五條第一項定有明文，本件被告即受刑人某甲、某乙等，於民國五十四年七月十二日起至同年十一月十一日止，犯違反森林法罪，經最高法院判處各有期徒刑六月，各併科罰金十二萬零九百六十六元確定，因合於中華民國六十年犯罪減刑條例之規定，經臺灣高等法院臺中分院以六十年條

減字第一五三一號刑事裁定減爲各有期徒刑三月，各併科罰金六萬零四百八十三元，迨六十四年犯罪減刑條例公佈施行後，檢察官再度聲請減刑，依前述該條例規定，及被告犯罪時間觀察，自應就原減得之刑，卽各有期徒刑三月，併科罰金六萬零四百八十三元，再予減輕二分之一，方爲適法，乃原裁定竟仍按原判處之有期徒刑六月，暨併科罰金十二萬零九百六十六元，予以減半，等於未再減輕，自屬違誤，且不利於被告，又查此項裁定，雖非判決，但基於大赦條例所爲減刑之裁定，其效力與科刑判決無異，若於確定後發見其適用法則違誤，自應視同判決，得提起非常上訴，（參照最高法院二十一年非字第一五二號判例）合併敘明，爰依刑事訴訟法第四百四十一條，第四百四十三條，提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

中華民國六十四年罪犯減刑條例，應減刑之罪，曾依其他法令減刑者，仍應就原減得之刑，再予減刑，該條例第五條第一項定有明文。本件被告某甲、某乙於五十四年間犯罪，經最高法院各處有期徒刑六月，各併科罰金十二萬零九百六十六元確定，因合於中華民國六十年罪犯減刑條例之規定，經臺中高分院裁定減爲有期徒刑三月，各併科罰金六萬零四百八十三元。迨六十四年罪犯減刑條例公佈施行後，檢察官再度聲請減刑，原裁定竟仍按原判處之有期徒刑六月，暨併科罰金十二萬零九百六十六元，予以減半，等於未再減輕，自屬違法。

四、附錄

最高法院刑事判決

六十五年度台非字第九五號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告

某甲

某乙

右上訴人因被告等違反森林法案件，對於臺灣高等法院臺中分院中華民國六十五年三月五日減刑確定之裁定（六十

五年聲減字第一〇〇號）認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原裁定關於某甲、某乙部份撤銷。

某甲、某乙犯違反森林法罪各減爲有期徒刑三月各併科罰金六萬零四百八十三元，罰金如易服勞役，均以罰金總額與六個月之日數比例折算。各再減爲有期徒刑一月又十五日各併科罰金三萬零二百四十一元五角，罰金如易服勞役，均以罰金總額與六個月之日數，比例折算。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院提起非常上訴，固應對於違法之確定判決爲之，但基於大赦條例所爲減刑之裁定，亦屬適用刑訴之裁判，其效力實與科刑之判決無異，若於確定後，發現其適用法則違法，自應視同判決，得提起非常上訴，曾經本院著有判例。（本院二十一年非字第一五二號判例）本件被告某甲、某乙等於民國五十四年七月十二日起至同年十一月十一日止，犯違反森林法罪，經本院判處各有期徒刑六月，各併科罰金十二萬零九百六十六元確定，因合於中華民國六十年罪犯減刑條例之規定，經臺灣高等法院臺中分院以裁定（六十年聲減字第一五三一號）減爲各有期徒刑三月，各併科罰金六萬零四百八十三元，迨中華民國六十四年罪犯減刑條例公佈施行後，檢察官以其犯罪時間在民國六十四年四月十六日以前，合於減刑規定，再度聲請減刑，依同條例第五條第一項規定，依減刑規定，再度聲請減刑，依同條例第五條第一項規定，依本條例應減刑之罪，曾依其他法令減刑者，仍就原減得之刑，再予減刑，原審法院自應就原減得之刑，即各有期徒刑

三月各併科罰金六萬零四百八十三元，再予減輕二分之一，方爲適法，乃原裁定竟仍按原判處之有期徒刑六月，暨各併科罰金十二萬零九百六十六元，予以減輕二分之一，自屬違誤，上訴人於裁定確定後，提起非常上訴，洵有理由，原裁定既係不利於被告，應由本院將原裁定關於被告部份撤銷另爲判決，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，刑法第四十二條第三項，中華民國六十四年罪犯減刑條例第四條第二項，第二條第一項第二款乙類(三)判決如主文。

中華民國六十五年七月九日

第陸拾壹案

一、關係條文

中華民國六十四年罪犯減刑條例第五條第二項。

二、非常上訴理由

按曾受有期徒刑以上刑之宣告，已依中華民國六十年罪犯減刑條例獲得減刑裁判確定後，再犯罪者，不得依本條例再予減刑，中華民國六十四年罪犯減刑條例第五條第二項規定甚明，本件被告某甲因犯逃亡罪，經判處有期徒刑一年二月，犯竊盜罪累犯，判處有期徒刑二年，定執行有期徒刑三年，則經空軍防空砲兵司令部依中華民國六十年罪犯減刑條例裁定逃亡罪，減處有期徒刑七月，竊盜罪減處有期徒刑一年，執行有期徒刑一年六月，確定各在案，有該部六十年度十月十日減裁字第九十三號刑事案卷宗可稽，該被告某甲嗣於六十三年八月廿日再犯本件竊盜案累犯，經臺灣臺北地方法院六十二年十二月五日判處有期徒刑六月，依首開規定，自不得再予減刑，而原審竟依中華民國六十四年罪犯減刑條例再減

爲有期徒刑三月，顯然違背法令，案經裁定確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

曾受有期徒刑之宣告，已依中華民國六十年罪犯條例獲得減刑裁判確定後，再犯罪者，不得依本條例再予減刑，中華民國六十四年罪犯減刑條例第五條第二項規定甚明。本件被告某甲犯逃亡罪、竊盜罪，經空軍防空砲兵司令部於六十年十月依中華民國六十年罪犯減刑條例裁定減刑在案，該被告又於六十三年十二月又犯竊盜罪，判處徒刑，依首開規定自不得再予減刑。原審竟依六十四年罪犯減刑條例再予減刑，於法有違。

四、附錄

最高法院刑事判決

六十四年度台非字第一四三號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告

某甲

右上訴人因被告竊盜案件，對於臺灣臺北地方法院中華民國六十四年七月十四日確定裁定（六十四年度聲減字第四九五號裁定），認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原裁定關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按曾受有期徒刑以上刑之宣告，已依中華民國六十年罪犯減刑條例獲得減刑裁判確定後，再犯罪者，不得依中

中華民國六十四年罪犯減刑條例再予減刑，中華民國六十四年減刑條例第五條第二項前段規定甚明，本件被告某甲因犯逃亡罪，經判處有期徒刑一年二月，犯竊盜罪累犯，判處有期徒刑二年，前經空軍防空砲兵司令部依中華民國六十年罪犯減刑條例裁定，逃亡罪減處有期徒刑七月，竊盜罪減處有期徒刑一年，執行有期徒刑一年六月，確定在案，有該部簡易審判庭六十年十月十日減裁字第九三號裁定在卷可稽。嗣該被告某甲於六十三年八月廿日又犯本件竊盜罪，經臺灣臺北地方法院六十二年十二月五日判處有期徒刑六月，依首開規定自不得再予減刑。而原審法院竟於六十四年七月十四日裁定，依中華民國六十四年罪犯減刑條例再減為有期徒刑三月，自屬違法，而此項裁定與科刑判決有同等效力，案經裁定確定，非常上訴意旨，執此指摘，洵有理由，但原裁定尚非不利於被告，應僅將違背法令部份撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如主文。
中華民國六十四年十一月廿一日

第陸拾貳案

一、關係條文

中華民國六十四年罪犯減刑條例第六條第一項。

二、非常上訴理由

按依中華民國六十四年罪犯減刑條例減刑之罪，未經判決確定，於裁判時減其宣告刑，該條例條第六條第一項定有明文。本件被告某甲犯違反藥物藥商管理法案，經臺灣新竹地方法院判處有期徒刑四月，嗣又上訴臺灣高等法院，因臺灣高院對於某甲部分漏未判決，即送執行，以致檢察官誤以被告部分已

中確定，而向新竹地院聲請減刑，並經該院裁定減刑確定，該案尚在臺灣高等法院審理中，參酌前開說明，該項裁定自屬違法，且應視同判決，爰依法提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

中華民國六十四年罪犯減刑條例應減之罪，未經判決確定者，於裁判時減其宣告刑，該條例第六條第一項定有明文。本件被告某甲犯違反藥物藥商管理法一案，經第一審法院判處徒刑，上訴二審法院，該院對被告某甲部分漏未判決，即送執行，致檢察官誤認本案已告確定，乃聲請第一審法院減刑，經該院裁定減刑確定，該案尚在臺灣高等法院審理中，該項減刑裁定自屬違誤。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十四年度台非字第一三三號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告違反藥物藥商管理法案件，對於臺灣新竹地方法院中華民國六十四年七月卅一日第一審確定之減刑裁定（六十四年度聲減字第四三三號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原裁定撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按依中華民國六十四年罪犯減刑條例應減刑之罪，未經判決確定者，於裁判時減其宣告刑，該條例第六條第一

項定有明文。本件被告某甲所犯違反藥物藥商管理法一案，經臺灣新竹地方法院判處有期徒刑四月，嗣又上訴臺灣高等法院，因臺灣高等法院對於被告某甲部分漏未判決，即送執行，以致檢察官誤以被告某甲部分已判決確定，而向臺灣新竹地方法院聲請減刑，並經該院裁定減刑確定，該案尚在臺灣高等法院審理中，參酌前開說明，該項裁定自屬違法，且應視同判決，案經確定，應由本院將原裁定撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段判決如主文。

中華民國六十四年十一月十三日

第陸拾叁案

一、關係條文

中華民國六十四年罪犯減刑條例第七條

二、非常上訴理由

按依本條例應減刑之罪，已經判決確定，尚未執行，或尚未執行完畢者，由檢察官聲請最後審理事實之法院裁定之，中華民國六十四年罪犯減刑條例第七條定有明文，本件受刑人某甲所犯烟毒罪經臺灣臺北地方以六十年訴字第四〇一一號判決連續販賣毒品處有期徒刑十二年，又連續施打毒品處有期徒刑三年六月，應執行有期徒刑十四年後，受刑人不服，經上訴於臺灣高等法院，除施打毒品部分經撤回上訴確定外，其販賣毒品部分為臺灣高等法院於六十一年三月十七日以六十一年上訴字第三二六號判決駁回確定，嗣於六十四年聲請減刑時，其施打毒品部分應由臺北地方法院裁定外，販毒部分依法應由臺灣高等法院裁定，茲將施打毒品及販賣毒品一併誤為聲請經臺灣臺北地方法院以六十四年九月十七日64聲

減字第五五〇八號裁定，一併減爲有期徒刑九年四月確定，顯有違誤，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，以資救濟。

三、判決要旨

中華民國六十四年罪犯減刑條例，應減刑之罪，已經判決確定，尙未執行，或尙未執行完畢者，由檢察官聲請最後審理事實之法院裁定之，同條例第七條規定甚明。本件被告某甲犯施打毒品及販賣毒品罪，均經第一審法院分別判刑。上訴時，被告施打毒品罪撤回上訴，即告確定。販賣毒品罪則由第二審法院判決確定。依上規定，第一審檢察官祇能對被告施打毒品罪聲請減刑，而竟將販賣毒品罪一併聲請減刑，第一審法院竟爲減刑之裁定，顯屬違誤。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十五年度臺非字第三七號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告

某甲

右上訴人因被告烟毒案件，對於臺灣臺北地方法院中華民國六十四年九月十七日確定裁定（六十四年度聲減字第五五〇八號），認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原裁定撤銷。

某甲因連續施打毒品罪，所處有期徒刑三年六月，減爲有期徒刑二年四月。

檢察官其他聲請駁回。

理由

非常上訴理由（見前二）

按依中華民國六十四年罪犯減刑條例，應減刑之罪，已經判決確定，尚未執行，或尚未執行完畢者，由檢察官聲請最後審理事實之法院裁定之，同條例第七條規定甚明，查本件被告某甲因烟毒案件經臺灣臺北地方法院於民國六十一年一月十七日判處連續販賣毒品罪，有期徒刑十二年，又連續施打毒品罪，有期徒刑三年六月，應執行有期徒刑十四年，嗣被告不服，經上訴於臺灣高等法院，除施打毒品部分經撤回上訴確定外，其販賣毒品部分為臺灣高等法院於六十一年三月十七日判決上訴駁回確定在案，除其施打毒品部分，應由臺灣臺北地方法院裁定減刑外，其販毒部分，依法則應由臺灣高等法院裁定，茲第一審檢察官竟將施打毒品及販賣毒品一併聲請臺北地院裁定，而臺北地院竟就應執行刑之有期徒刑十四年，一併減為有期徒刑九年四月，顯屬違誤，而此項裁定與科刑判決有同等效力，非常上訴意旨，執以指摘，洵有理由，且於被告不利，自應由本院將原裁定撤銷，就被告施打毒品部分另為判決，而將檢察官關於販賣毒品部分之聲請駁回，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，中華民國六十四年罪犯減刑條例第四條第一項第三款，第二條第一項第一款甲類(三)，判決如主文。

中華民國六十五年三月十九日

第陸拾肆案

一、關係條文

中華民國六十四年罪犯減刑條例第七條、第十二條。

二、非常上訴理由

按案件之應依減刑條例予以減刑者，須以案件未經判決確定，及已判決確定尚未執行或尚未執行完畢者爲限，倘已執行完畢，即不能予以減刑，此觀之中華民國六十四年罪犯減刑條例第六、第七兩條，自爲明瞭。本件被告某甲、某乙因於五十三年三月至五月間，犯瀆職罪，經最高法院六十二年十月二十三日判處有期徒刑各六月，均褫奪公權一年，確定在案。某甲已於六十四年一月十五日執行完畢，某乙於同月二十九日執行完畢，有臺中地方法院檢察處六十三年度執刑字第二〇九六號執行卷可考，依照前開說明，即不能適用六十四年七月十四日施行之六十四年罪犯減刑條例予以減刑，案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條，提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

案件之應依減刑條例予以減刑者，倘已執行完畢，及減刑後褫奪公權不得少於一年，均不得予以減刑，中華民國六十四年罪犯減刑條例第七條、第十二條定有明文。本件被告某甲、某乙於五十三年間犯罪經判決確定，於六十四年一月間分別執行完畢，又褫奪公權僅有一年，依前規定，均不應予以減刑。原審不察，竟依被告聲請予以減刑，顯非適法。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十四年度臺非字第一三一號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告

某甲

某乙

右上訴人因被告等竊職案件，對於臺灣高等法院臺中分院中華民國六十四年七月十四日減刑之確定裁定（六十四年度聲減字第十號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如左：

主 文

原裁定關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按中華民國六十四年罪犯減刑條例於六十四年七月十四日施行，被告某甲、某乙犯罪雖在同年四月十六日以前，但因已經判決確定，分別於同年一月十五日及二十九日就其所處有期徒刑各六月執行完畢，有執行卷宗可稽，依該條例第七條規定觀之，已不得再聲請減刑。至宣告褫奪公權各一年部分，固尚未執行完畢，然依該條例第十二條規定，減刑後之褫奪公權仍不得少於一年，故亦無祇就褫奪公權一年部分聲請減刑之餘地。乃原審法院未注意及此，竟依被告等之聲請而為減刑之裁定，自屬於法有違。案經確定，非常上訴執以指摘，非無理由。惟原裁定尚非不利於被告等，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，判決如主文。

中華民國六十四年十一月十一日

第陸拾伍案

一、關係條文

中華民國六十四年罪犯減刑條例第八條。

刑法第一百三十五條第一項。

二、非常上訴理由

按犯最重本刑爲三年以下有期徒刑以下之刑之罪，依本條例減得之刑，如爲六月以下有期徒刑、拘役者，應於爲減刑裁判時，併諭知易科罰金折算之標準，中華民國六十四年罪犯減刑條例第八條定有明文。本件被告某甲、某乙、某丙共同對於公務員依法執行職務時施強暴，係犯刑法第一百三十五條第一項之罪，原審既依中華民國六十四年罪犯減刑條例減刑，均裁定減爲有期徒刑六月，依照首開規定，自應諭知易科罰金折算之標準，詎原審未予諭知易科罰金折算之標準，顯屬違背法令，案經確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、判決要旨

犯最重本刑三年以下有期徒刑以下之刑之罪，依本條例減得之刑，如爲六月以下有期徒刑、拘役者，應於爲減刑裁定時，併諭知易科罰金折算之標準，中華民國六十四年罪犯減刑條例第八條定有明文。本件告被告某甲、某乙、某丙犯妨害公務罪，經原審依刑法第一百三十五條第一項各處有期徒刑一年，原審檢察官依法聲請減刑，原審均減爲有期徒刑六月，固非無見，惟該條之罪，其最重本刑既爲三年以下有期徒刑，原裁定未諭知易科罰金折算之標準，自與首開規定有違。

四、附 錄

上訴人 最高法院檢察署檢察長

被告

某甲

某乙

某丙

右上訴人因被告等妨害公務案件，對於臺灣高等法院中華民國六十四年十月二十日第二審確定裁定（六十四年聲減字第第六三三三號）認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原裁定撤銷。

某甲、某乙、某丙所犯妨害公務罪，均減爲有期徒刑六月，如易科罰金，均以六元折算一日。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按中華民國六十四年罪犯減刑條例第八條規定「犯最重本刑爲三年以下有期徒刑以下之刑之罪，依本條例減得之刑，如爲六月以下有期徒刑、拘役者，應於爲減刑裁判時，併諭知易科罰金折算之標準」，本件被告某甲、某乙、某丙共同對於公務員依法執行職務時施強暴，經原審依刑法第一百三十五條第一項各處有期徒刑一年，原審檢察官嗣依首開條例聲請減刑，原審均減爲有期徒刑六月，固非無見，惟查前開妨害公務罪，其最重本刑既爲三年以下有期徒刑，原裁定減刑時，未諭知易科罰金折算之標準，自屬違反首開規定，案經確定且於被告不利，非常上訴，洵有理由，應由本院將原裁定撤銷改判，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，中華民國六十四年罪犯減刑條例第二條第一項第二款乙類（二），刑法第四十一條，戲亂時期罰金罰鍰裁判費執行費公證費提高標準條例第一條第二條判決如主文。

中華民國六十五年四月廿八日

第陸拾陸案

一、關係條文

中華民國六十四年罪犯減刑條例第十三條第一項。

二、非常上訴理由

按曾受有期徒刑以上刑之宣告，而依本條例減刑，並經執行完畢或受一部之執行而赦免後，五年以內再犯罪，受有期徒刑以上刑之宣告者，撤銷其減刑部分之裁判，仍執行原宣告刑，中華民國六十四年罪犯減刑條例第十三條第一項規定甚明，本件被告某甲於民國六十三年六月間犯賭博罪，被判有期徒刑八月，嗣依六十四年罪犯減刑條例減為有期徒刑四月，於六十四年七月二十二日執行期滿，又於同年十月二十二日犯本案殺人罪，依照首開說明，只能撤銷其減刑之裁判，執行原宣告刑，乃第二審法院竟依累犯論處，加重其刑，貴院未予糾正，亦有違誤，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、判決要旨

刑法第四十七條固規定受有期徒刑之執行完畢，或受無期徒刑或有期徒刑一部分之執行而赦免後，五年以內再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重其刑至二分之一。惟中華民國六十四年罪犯減刑條例第十三條第一項規定，曾受有期徒刑以上刑之宣告，而依本條例減刑，並經執行完畢或受一部分執行而赦免後，五年以內再犯罪受有期徒刑以上刑之宣

告者，撤銷其減刑部分之裁判，仍執行原宣告刑。依此規定，該原宣告之刑期，本質上既尚未執行完畢，如五年以內再犯有期徒刑以上之罪，即難以累犯論。本件被告某甲犯賭博罪判刑八月，應至六十四年十二月八日始能執行完畢，因減刑獲准於六十四年七月二十二日出獄後，又於同年十月二十二日犯人未遂罪，原判決竟依累犯論處，依首開說明，顯有違誤。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十五年度臺非字第一七三號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告殺人案件，對於本院中華民國六十五年七月二十八日確定判決（六十五年度臺上字第二三六七號）認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決及第二審判決關於罪刑暨執行刑部分撤銷。

某甲殺人未遂兩罪，各處有期徒刑五年，應執行有期徒刑五年二月。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑法第四十七條固規定受有期徒刑之執行完畢，或受無期徒刑或有期徒刑一部之執行而赦免後，五年以內再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至二分之一，惟依中華民國六十四年罪犯減刑條例第十三條第一項規定，曾受有期徒刑以上刑之宣告，而依本條例減刑，並經執行完畢或受一部之執行而赦免後，五年以內再犯非受有期徒刑以上刑之宣告者，撤銷其減刑部分之裁判，仍執行原宣告刑，是因六十四年減刑關係，縮短刑期，致提前執行完畢者，如在

五年以內再犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者，既須撤銷其減刑部分之裁判，仍執行原宣告刑，則該原宣告之刑期，本質上既尚未執行完畢，再犯有期徒刑以上之罪，即難以累犯論，本件被告某甲前犯賭博罪，經臺灣高等法院臺南分院判處有期徒刑八月，更應至六十四年十二月九日始能執行完畢，有臺灣嘉義地方法院檢察官執行指揮書可稽，嗣雖因六十四年減刑，經臺灣高等法院臺南分院裁定減為有期徒刑四月，獲准提前於六十四年七月二十二日出獄，但既因被告出獄不久，又於同年十月二十二日殺害某乙及某丙兩人未遂，觸犯兩個殺人未遂罪，應受有期徒刑以上刑之宣告，依照上開說明，其前案之減刑裁定，應予撤銷，仍執行原宣告刑，而被告所犯本案兩個殺人未遂罪之日期，又在前案宣告刑應於六十四年十二月八日執行完畢之前，自難以累犯論，臺灣高等法院臺南分院為第二審判決時，竟以累犯論，加重被告本刑，本院為第三審判決時，亦未注意及此加以糾正，遽予維持，而駁回被告第三審之上訴，均屬於法不合，且於被告不利，上訴人於判決確定後，認為違法，提起非常上訴，為有理由，自應將原判決及第二審判決關於罪刑暨執行刑部分撤銷，參酌第一審判決未以累犯論所處之刑期，另行判決，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，刑法第二百七十一條第二項第一項，第二十六條上段，第五十一條第五款判決如主文。

中華民國六十五年十月二十日

第陸拾柒案

一、關係條文

票據法第二十二條第一項、第一百三十六條第二款。

二、非常上訴理由

按付款人於提示期限經過後，於發行未滿一年時，仍得付款，而支票上之權利，對支票發票人自發

票時起算，一年間不行使，方因時效而消滅，此爲票據法第一百三十六條第二款及同法第二十二條第一項所明定。又以年定期間者，其始日不算入，而期間不以年之始日計算者，以最後之年與起算日之前一日爲期間之末日，此亦爲民法第一百二十條第二項及第一百二十一條第二項上段所明定。本件如原判所認定之事實，被告簽發第一四九三七四號面額新臺幣一萬元之支票，係在六十四年一月九日，因其始日不算入，其時效期間一年起算之始日應爲六十四年一月十日，而執票人於六十五年一月九日提示請求付款，尚在一年期間內，乃原判認爲已逾一年，被告不負票據法刑事責任，顯屬違誤，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、判決要旨

票據上之權利，對支票發票人自發票日起算，一年間不行使，因時效而消滅。又付款人於提示期限經過後，於支票發行未滿一年時，仍得付款，票據法第二十二條第一項、第一百三十六條第二款有明文規定。又以年定期間者，其始日不算入，而期間不以年之始日計算者，以最後之年與起算日相當日之前一日爲期間之末日，此亦爲民法第一百二十條第二項、第一百二十一條第二項前段所明定。本件原判決認定被告某甲明知在銀行已無存款餘額，又未經付款人允許墊借，而簽發六十四年一月九日之支票，因其始日不算入，其時效期間一年起算之始日應爲六十四年一月十日，而執票人於六十五年一月九日提示請求付款，尚在一年期間內，乃原判決竟認爲已逾一年，被告不負票據法上刑事責任，顯屬違誤。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十五年度臺非字第七九號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告

某甲

右上訴人因被告違反票據法案件，對於臺灣花蓮地方法院中華民國六十五年三月十六日第一審確定判決（六十五年度易票字第二四五、三二三號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按票據上之權利，對支票發票人自發票日起算，一年間不行使，始因時效而消滅。又付款人於提示期限經過後，於支票發行未滿一年時，仍得付款，此觀票據法第二十二條第一項，及第一百三十六條第二款規定而自明。又以年定期間者，其始日不算入，而期間不以年之始日計算者，以最後之年與起算日相當日之前一日為期間之末日，此亦為民法第一百二十條第二項，及第一百二十一條第二項前段所明定。本件依原判決認定之事實，被告某甲明知其在臺灣土地銀行花蓮分行已無存款餘額，又未經付款人允許墊借，而簽發六十四年一月九日第一四九三七四號面額新臺幣一萬元之支票一張，經執票人提示不獲支付，由花蓮縣票據交換所函送臺灣花蓮地方法院檢察官與其他部分一併偵查起訴。經同院審理結果，竟以被告簽發之是項支票，其發票日期為六十四年一月九日，則一年時效期間之末日應為六十五年一月九日，而執票人遲至同年月九日始為付款之提示，已逾一年之時效期間，被告應不負票據上刑事責任，爰就此部分諭知被告無罪，顯屬違背法令。案經確定，非常上訴意旨，執以指摘，洵有理由。但原判決尚非不利於被告，應僅將其違法部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如主文。

第陸拾捌案

一、關停條文

票據法第二十二條第一項、第一百三十六條第二款。

刑法第八十一條第一項第三款。

二、非常上訴理由

按票據上之權利，對支票發票人自發票日起算，一年間不行使，始因時效消滅，又付款人於提示期限經過後，於支票行使未滿一年時，仍得付款，此觀票據法第二十二條第一項，第一百三十六條第二款規定甚明。又以年定期者，其始日不算入，而期間不以年之始日計算者，以最後之年與起算日期相當日之前一日為期間之末日，此亦為民法第一百二十條第二項，第一百二十一條第二項前段所明定，本件依原判決認定之事實，被告某甲明知其在第一商業銀行東勢分行已無存款餘額，又未經付款人允許墊借，而對之簽發六十四年四月十五日期票號第二九二五九二號面額新臺幣二萬五千元支票一張，經執票人於六十五年四月十五日提示不獲支付，揆諸首開說明，自在一年時效期間內，案由臺中縣票據交換所函送臺中地方法院檢察官偵查提起公訴，經同院審理結果，竟以被告某甲簽發之支票，其發票日期為六十四年四月十五日，則一年時效期間末日應為六十五年四月十四日，而執票人遲至同年月十五日始為付款之提示，已逾一年時效期間，被告應不負票據上刑事責任，而諭知無罪，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，俾資糾正。

三、判決要旨

刑法上追訴權時效與票據法上權利請求權之時效，迥然不同，犯罪行為之追訴處罰，並不因權利請求權之罹於時效而受影響。又犯一年以上三年未滿有期徒刑之罪者，其追訴權之時效期間五年內，刑法第八十條第一項第三款定有明文。本件被告違反票據法，該罪之法定最重本刑為二年（當時有效之票據法），其追訴時效為五年，原判誤認票據上之權利請求權時效業已完成，竟以執票人喪失票據上之權利，被告不負違反票據法之罪責，而為無罪之諭知，顯屬違法。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十五年度臺非字第一九四號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告違反票據法案件，對於臺灣臺中地方法院中華民國六十五年七月十三日第一審確定判決（六十五年度易票字第九〇五四號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑法上追訴權時效與票據法上權利請求權之時效，迥然不同，犯罪行為之追訴處罰，並不因權利請求權之罹於時效而受影響。又犯最高本刑一年以上三年未滿有期徒刑之罪者，其追訴權之時效期間爲五年，刑法第八十條第一項第三款定有明文。本件原第一審確定判決認定被告某甲在第一商業銀行東勢分行已無存款餘額，又未據付款人允許墊借，竟簽發六十四年四月十五日，第二九二五九二號，面額新臺幣二萬五千元支票一張，經執票人提示不獲支付等情。係犯票據法第一百四十一條第一項之罪，該罪法定最高本刑爲有期徒刑二年（當時有效之票據法），其追訴時效爲五年，自民國六十四年四月十五日犯罪時起算，時效尚未完成，殊無庸疑。乃原判決誤認票據上之權利請求權時效業已完成，竟以執票人喪失票據上之權利，被告不負違反票據法之罪責，而爲無罪之諭知，揆諸首開說明，顯屬違法。上訴人於判決確定後提起非常上訴，非無理由，惟原判決尚非不利於被告，應僅將原判決關於違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如主文。
中華民國六十五年十一月十七日

第陸拾玖案

一、關係條文

票據法第一百四十一條。

司法院大法官會議釋字第一四六號解釋。

二、非常上訴理由

按刑事判決確定後發見該案件認定犯罪事實與所採用證據顯不符者，自屬審判違背法令。司法院大法官會議第一百四十六號解釋有案。本件被告某甲違反票據法罪。共計簽發不足額及無存款支票二十張

，其中十八張之處罰尚無不合，惟民國六十五年六月二日之支票其金額為四千元，六十五年六月六日之支票其金額原為二千元，有臺北市票交換據所移送之退票記錄單為憑。原審竟填載為四萬元及二萬元而分別科處四千元及二千元之罰金，確定在案。衡之首開大法官會議之解釋，顯屬違背法令。且對於被告不利。合依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、判決要旨

刑事判決確定後發見該案件認定犯罪事實與採用證據顯不相符者，自屬審判違背法令，業經司法院大法官會議第一四六號解釋在案。本件被告某甲簽發空頭支票兩張，票面金額一張新臺幣四千元，一張新臺幣二千元，有退票紀錄單附卷可稽，乃原審誤認為四萬元、二萬元，依票據法第一百四十一條論科，顯有違誤。

四、附 錄

最高法院刑決

六十六年度臺非字第一〇號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告違反票據法案件，對於臺灣臺北地方法院中華民國六十五年十一月九日第一審確定判決（六十五年度易票字第二四〇三九號），認為一部違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決關於簽發面額新臺幣四千元（民國六十五年六月二日發票，票號第〇〇四〇八三）、二千元（民國六十五年六月六日發票，票號第〇〇五一三一號）所處罰金四千元、二千元部分撤銷。

某甲發票人簽發支票時，故意將金額超過其存數，經執票人提示不獲支付二罪。處罰金叁佰捌拾元、壹佰捌拾元，如易服勞役均以三元折算一日。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院查刑事判決確定後發見該案件認定犯罪事實與所採用證據顯不相符者，自屬審判違背法令，業經司法院大法官會議第一四六號解釋在案。本件被告某甲明知其在付款入臺北市第三信用合作社西門分社，僅有存款新臺幣一百六十四元，仍對之簽發民國六十五年六月二日面額新臺幣四千元，同年月六日面額新臺幣二千元支票各一張，均經執票人提示付款而不獲兌現，由臺北市票據交換所檢同退票紀錄單，送請原審檢察官偵查起訴。乃原審法院將上述支票金額分別誤為新臺幣四萬元、二萬元，科處罰金四千元、二千元並諭知易服勞役標準。案經確定，上訴人認為原判決此部分違法，且於被告不利，提起非常上訴，洵有理由，應由本院將原判決關於此部撤銷改判，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，票據法第一百四十一條第二項，刑法第十一條前段，第四十二條第二項，判決如主文。

中華民國六十六年元月廿六日

第柒拾案

一、關係條文

票據法第一百四十一條第一至三項。

中華民國六十四年罪犯減刑條例第二條第一項。

二、非常上訴理由

按犯罪時間在中華民國六十四年四月十六日以前者，除本條例別有規定外，應予減刑。中華民國六十四年罪犯減刑條例第二條（第一項）乙類第三款有明文規定。如犯罪時間在民國六十四年四月十六日以後者，即無適用該減刑條例之餘地。又犯違反票據法第一百四十一條第一項至第三項之罪，其犯罪時間，以經執票人提示不獲支付之期日為準。本件被告某甲明知其在彰化市第十信用合作社已無存款餘額，而對之簽發民國六十四年四月七日期，票號第三四九六二二，面額新臺幣三萬三千七百元支票一紙，經執票人於同年四月廿七日（見臺灣彰化地方法院檢察處六十四年偵字第四〇五八號退票理由單及同院六十四年度簡字第九十八號簡易判決）提示不獲支付，由彰化縣票據交換所函送臺灣彰化地方法院檢察官偵查提起公訴。並經同院科處罰金，被告不服提起上訴。揆諸首開說明，即無適用中華民國六十四年罪犯減刑條例餘地，而原審竟依該條例予以減刑，顯有違法令，又未宣告應執行之刑，亦有未合，案經確定。爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

犯罪在中華民國六十四年四月十六日以前者，除本條例別有規定外，應予減刑，中華民國六十四年罪犯減刑條例第二條第一項定有明文。又違反票據法第一百四十一條第一項至第三項之罪，其犯罪時間，以經執票人提示不獲支付之期日為準。本件被告開發空頭支票雖在六十四年四月十六日以前，但執票人提示不獲支付，則在上開期日之後。依前開說明，原判決依違反票據法論處後予以減刑，自非適法。

四、附錄

最高法院刑事判決

六十五年度臺非字第一七四號

最高法院檢察署檢察長

上訴人

被告

某甲

右上訴人因被告違反票據法案件，對於臺灣高等法院臺中分院中華民國六十四年七月卅一日第二審確定判決（六十四年度上易票字第二五七〇號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

主文

原判決關於簽發金額新臺幣三萬三千七百元支票（票號第三四九六二二號）違背法令部分撤銷。

理由

非上訴理由（見前二）

本院查犯罪在中華民國六十四年四月十六日以前者，除本條例別有規定外，應予減刑。中華民國六十四年罪犯減刑條例第二條第一項定有明文。如犯罪時間在民國六十四年四月十六日以後者，即無適用該減刑條例之餘地。又犯違反票據法第一百四十一條第一項至第三項之罪，其犯罪時間，以經執票人提示不獲支付之期日為準。本件被告某甲明知其在彰化市第十信用合作社已無存款餘額，而對之簽發民國六十四年四月七日期，第三四九六二二號，面額新臺幣三萬三千七百元支票一張，經執票人於同年四月廿七日，向付款人提示，不獲支付，有卷附退票理由單可按，揆諸首開說明，即無適用中華民國六十四年罪犯減刑條例之餘地。而原審竟依該條例第二條第一項（乙）類（三）將第一審判決關於簽發本件支票一張部分予以撤銷改判諭知減刑。自屬於法有違。案經確定，上訴人就此部分認為違法，提起非常上訴，洵有理由。惟原判決並非不利於被告，本院僅應將原判決關於此違背法令部分撤銷，以資糾正。至關於上訴理由謂，原確定判決，未宣告應執行之刑，亦有未合一節。查原確定判決未諭知應執行刑，固屬裁判一部脫漏，但得隨時請求原審法院補判，非本院所可越權審判，併予說明。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如主文。

中華民國六十五年十月廿日

第柒拾壹案

一、關係條文

少年事件處理法第二條、第三條、第四十七條第三項。

少年事件處理法施行細則第八條。

二、非常上訴理由

本件原判決撤銷第一審關於被告某甲部份之判決，並就該部份變更起訴時恐嚇罪之法條及以後各審由恐嚇罪變更爲盜匪之法條而爲刑法第三百零四條第一項以強暴使人行無義務之事罪，諭知不予受理，無非以該被告犯罪當時尚未滿十八歲，所犯又爲三年以下有期徒刑以下之刑之罪，依少年事件處理法第二十七條第一項，第二項之規定，少年法庭裁定移送檢察官偵查即屬不合。惟查少年事件處理法第二條規定：「本法稱少年者，謂十二歲以上，十八歲未滿之人」，所謂十八歲未滿之人，如於審判中屆滿十八歲時，即不得再行由少年法庭審理，參諸該法第四十七條第三項：「少年犯罪，其現在年齡已滿十八歲者，於第一項之裁定準用之」即可明瞭，少年事件處理法施行細則第八條亦規定檢察官受理少年刑事事件，發現少年之現在年齡已滿十八歲者，應依刑事訴訟法辦理之，此種規定顯係指在檢官或法院處理時之年齡而言，司法行政部爲使各法院對此問題有統一見解與參考，於六十五年四月六日以臺函刑字第二六三〇號函知所屬院檢，如在法院審理時，該少年屆滿十八歲者，毋庸以起訴程序違背規定而諭知不予受理判決，逕爲實體判決，可爲參證。查某甲於四十六年十月廿五日出生，少年法庭裁定移送偵查時固未滿十八歲，至第二審審判中，則已滿十八歲即非屬於少年事件處理法第三條第一款由少年法庭依該

法處理之事件，揆諸同法第四十七條第三項亦無適用該法第四十二條對被告以裁定諭知管訓處分之餘地。本件應屬普通刑事案件，原審諭知不予受理，顯屬於法有違。再查本件共同被告某乙與被告某甲二人，於民國六十三年四月十六日二十時許，共乘機車至臺中縣大甲鎮大甲國民中學操場後門附近小路上，見婦女某丙騎腳踏車經過，以為婦女獨身夜行可欺，隨身必有財物，乃共同意圖為自己不法之所有，對楊婦同時施以強暴，由某乙在後拉其腳踏車，使之人事倒地，繼由二人一同向前各執某丙婦一臂，至使達於不能抗拒之程度（見少調卷第七頁），一面以言詞問「有無帶錢，拿出來」（見原審卷第十一頁反面）。是其行為已令被害人喪失自由，即應成立懲治盜匪條例第五條第一項強盜罪（見二十一年上字第一一一五號判例）。雖其後搜其身體未搜到錢（見原審卷第十一頁反面），亦係同條第二項未遂罪，共同被告某乙已承認犯罪事實，甘服原判，放棄上訴，乃原審於被告上訴後發回更審時，竟認被告係犯刑法第三百零四條之使人行無義務之事罪，義務云云，究指何事？未加註明，其法律見解難稱允當，亦難謂無違誤。合依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、判決要旨

少年事件處理法第二條規定「本法稱少年者，謂十二歲以上十八歲未滿之人」，參照同法第四十七條第三項及少年事件處理法施行細則第八條規定，觸犯刑法法令之少年被告，雖其犯罪時為未滿十八歲之人，但其在審判中已屆滿十八歲者，即非屬於少年事件處法第三條第一款應由少年法庭依該法處理之事件，乃屬普通刑事事件，應為實體上之判決，而不得以起訴程序違背規定或以無審判權而諭知不予受理判決。本件被告犯罪時雖未滿十八歲，但至原審裁判時已達十九歲，依照前開說明，已不屬於少年事件，而係普通刑事案

件，原審自應逕爲實體上之審判。乃原判決竟以其起訴程序違背規定而諭知不受理，自非適法。爰將原判決撤銷，交田原審法院依判決前之程序更爲審判。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十六年度臺非字第三五號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告

某甲

右上訴人因被告違反懲治盜匪條例案件，對於臺灣高等法院臺中分院中華民國六十五年八月十九日第二審確定判決（六十五年度少上更（三）字第一〇六號）認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決撤銷，由臺灣高等法院臺中分院更爲審判。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按少年事件處理法第二條規定「本法稱少年者，謂十二歲以上，十八歲未滿之人」，此所謂十八歲未滿之人，如於審判中屆滿十八歲時，即不得仍由少年法庭審理，參諸同法第四十七條第三項「少年犯罪，其現在年齡已滿十八歲者，於第一項之裁定準用之（按同條第一項之規定爲少年法庭爲管訓處分後，發見其無審判權者，應以裁定將處分撤銷之，移送於有審判權之機關）」之規定，即可明瞭。少年事件處理法施行細則第八條亦規定檢察官受理少年刑事案件，發現少年之現在年齡已滿十八歲者，應依刑事訴訟法辦理之。凡此規定均足說明被告是否爲十八未滿之人，關係指檢察官或法院處理該案件時之被告當時之年齡而言。換言之，觸犯刑罰法令之少年被告雖其犯罪時爲未滿十八歲之人，但其在審判中已屆滿十八歲者，即非屬於少年事件處理法第三條第一款應由少年法庭依該法處理之事件，乃屬普通刑事案件，應爲實體上之判決，而不得以起訴程序違背規定或以無審判權而諭知不受理判決。本件被告某甲（四十六年十

月廿五日生）現爲臺中縣私立某某高級工商職業學校學生，於六十三年四月十八日晚八時卅分許駕駛機車載同少年某乙到臺中縣大甲鎮大甲國民中學操場後門附近小路散步，見婦女某丙騎腳踏車經過，以其單獨夜行可欺，某乙即上前從後捉住其腳踏車使之入車倒地，繼由二人一同上前各挾某丙一臂（未達不能抗拒程度），某乙開口要錢，二人同時以另一手在某丙身上摸索探取金錢，某丙欲叫，某乙用手掩其嘴，結果手指被某丙咬一口，二人即鬆手，終因某丙身邊無錢，時又有路人經過，二人棄機車倉惶逃遁等情，乃爲原確定判決所認定之事實，原審裁判之時（六十五年八月十九日），被告年已十九歲，即非十八歲未滿之人，依照首揭說明，已不屬於少年事件處理法第三條第一款應由少年法庭依該法處理之事件，而係普通刑事案件，原審自應逕爲實體上之判決，方爲正辦，乃原判決以其起訴程序違背規定而諭知公訴不受理，自非適法。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由。按原確定判決諭知本件公訴不受理之真意，無非誤認本案係依少年事件處理法第三條第一款規定應按少年管訓事件程序處理之案件，而不應移送檢察官依刑事訴訟程序偵查起訴，其情形不啻與誤認無審判權而諭知不受理相若。爰將原判撤銷，交由原審法院依判決前之程序更爲審判。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，第二項判決如主文。

中華民國六十六年三月二日

第柒拾貳案

一、關係條文

少年事件處理法第二十七條、第六十五條。

刑事訴訟法第三百零三條第二款。

二、非常上訴理由

按對於少年犯罪之刑事訴追及處罰，以依少年事件處理法第二十七條移送之案件爲限，該法第六十五條第一項定有明文，本件原確定判決，於事實欄內，認定被告某甲於六十二年十月間，將某乙託其保管之身分證，起意侵占，於同月二十四日持該身分證，冒名某乙，至臺北市四平街十七號某丙所經營之懷古堂畫廊，應徵充當小弟，詎意圖不法之所有，起意搶劫，於工作一週後，相約其同學某丁來店，佯稱來看電視祝壽節目，伺機俟經理某戊離店後，毆打威脅黃女，令取出新臺幣二萬元，至黃女告以現款已於昨日取走，店內無錢時，即取下黃女手錶金戒，並收得日本硬幣、臺幣硬幣等，再將店內電視機、黑絨裸畫、北京大一隻等竊取到手後，復以電線等反綁黃女手脚，且以手帕塞口，始携物乘計程車逸去，案由臺北市中山警察分局查獲，移送臺北地方法院少年法庭裁定送原審檢察官偵查起訴，惟本件被告某甲因涉嫌犯罪而經第一審少年法庭依照首開法條以裁定移送檢察官調查者，僅有搶劫部分，並無竊盜或侵占罪在內，（見臺北地檢處六十二年少偵字第一九六九號偵查卷一、二頁）且竊盜或侵占均與搶劫部分無裁判上一罪之關係，檢察官對於被告侵占某乙國民身分證一枚之事實，誤依竊盜罪一併起訴，此部分之起訴程序顯屬違背規定，第一審疏未判決不予受理，誤從實體上論處被告侵占罪刑，顯有未合，被告上訴二審，二審法院亦未見及此，仍依侵占罪判處被告有期徒刑六月，衡以首開規定，自難謂非違誤，案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條規定，提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

起訴之程序違背規定者，應諭知理不受之判決，刑事訴訟法第三百零三條第一款定有明文，又對於少年刑事案件之追訴及處罰，以依少年事件處理法第二十七條移送之案件爲限，少年事件處理法第六十五條亦有明文規定，所謂依同法第二十七條移送之案件，係指

該管少年法庭經調查之結果，認為少年所犯刑事案件，合於同法第二十七條第一項各款之情形，而應以裁定移送該管檢察官調查者而言。本件被告某甲所犯搶劫及侵占兩罪，為原判決所認定之事實，惟侵占部分並未經該管少年法庭裁定移送，則該管檢察官對被告所犯侵占罪部分，即不得予以追訴。乃竟與被於搶劫罪部分一併追訴，原判對於侵占部分不為不受理之判決，屬實於法有違。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十三年度臺非字第一三四號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告搶奪等罪案件，對於臺灣高等法院中華民國六十三年四月十七日確定判決（六十三年度少上訴字第（四七號）認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決關於被告某甲侵占部份撤銷。

某甲被訴侵占部份公訴不受理。

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，刑事訴訟法第三百零三條第一款定有明文，又對於少年犯罪之刑事追訴及處罰，以依少年事件處理法第二十七條移送之案件為限，少年事件處理法第六十五條亦有明文規定，所謂依同法第二十七條移送之案件云者，係指該管少年法庭經調查之結果，認為少年所犯刑事案件，合於同法第二十七條第

一項各款之情形，而應以裁定移送該管檢察官調查者而言，此由上開各法條相互觀之，亦甚顯然，故該管檢察官對於少年犯罪之追訴，應受少年法庭移送裁定之拘束，本件被告某甲所犯搶劫及侵占兩罪，固為原確定判決所認定之事實，惟關於侵占部分，並未經該管少年法庭依少年事件處理法第二十七條第一項以裁定移送該管檢察官調查，此有原移送之裁定附卷可稽（見臺灣臺北地方法院六十二年度少調字第二一二五號卷二十九頁）則該管檢察官就被告所犯侵占罪部份，即不得予以追訴，乃竟與被告搶劫罪部份一併追訴，其起訴之程序即屬違背規定，依法應予諭知不予受理之判決，原確定判決竟為實體上之罪刑判決，於法自屬有違，上訴人執此指摘原判決不當，提起非常上訴，洵有理由，且原判決不利於被告，爰將原判決部份撤銷，另為不予受理之判決。

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

中華民國六十三年七月十七日

第柒拾叁案

一、關係條文

少年事件處理法第六十五條第一項、第二十七條。

刑法第二百七十一條第三項、第三百三十七條。

二、非常上訴理由

按起訴之程序違背規定者，應諭知不予受理之判決，為刑事訴訟法第三百零三條所明定。本件如原判當事人欄記載，被告某甲係於中華民國四十五年六月二日生，某乙係於四十六年一月二十八日生，某丙係於四十五年七月三生，某丁係於四十四年十二月十八日生，某戊係於四十五年八月二十八日生，而依

原判所認定之事實，前三被告於六十二年九月五日係共犯刑法第三百三十七條之侵占罪，該五被告於同月六日係共犯同法第二百七十一條第三項之預備殺人罪。復查警局移送書（見雲林地院六十二年少調字第七九號第一頁）內記載該兩項犯罪，且於同月六日已被發覺，且顯有少年事件處理法之適用，並均不在同法第二十七條第一項各款所列情形之內。原判決既依據所認定之上開事實，撤銷第一審判決，則第一審檢察官之起訴，即係違背同法第六十五條第一項之規定，按之首開規定，自應諭知不予受理。乃既未諭知不予受理，並進而予以處罰，顯有違誤，案已確定，應依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正，云云。

三、判決要旨

少年事件處理法第六十五條第一項規定，對於少年刑事事件之追訴及處罰，以依同法第二十七條移送之案件為限，而刑法第二百七十一條第三項之預備殺人罪及第三百三十七條之侵占罪，並不屬於移送案件之範圍。本件被告某甲、某乙、某丙、某丁、某戊係分別犯前開預備殺人及侵占罪，而各該被告於犯罪發覺時之年齡，又均未滿十八歲，揆之首開說明，自不得對之為刑事之追訴或處罰。檢察官誤予起訴，原審不為不予受理之諭知，自屬違背法令。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十三年度臺非字第一四〇號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告 某甲

某乙

某丙

某丁

某戊

右上诉人因被告等殺人等罪案件，對於臺灣高等法院臺中分院中華民國六十三年三月廿六日第二審確定判決（六十年度少上訴字第八號）認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決關於某甲、某乙、某丙、某丁、某戊預備殺人及某甲、某乙、某丙侵占部分均撤銷。

右開撤銷部分公訴不予受理。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按少年事件處理法第六十五條第一項規定，對於少年犯罪之刑事追訴及處罰，以依同法第二十七條移送之案件為限，而刑法第二百七十一條第三項之預備殺人罪及第三百三十七條之侵占罪，並不屬於此移送之案件範圍內，觀於該第二十七條第一項之規定即明。本件原判決既認定被告某甲、某乙、某丙、某丁、某戊係分別犯前開預備殺人及侵占罪，而各該被告於犯罪被發覺時之年齡，又均未滿十八歲，揆諸首開說明，自不得對之為刑事之追訴或處罰。檢察官誤予起訴，其程序違背規定，原審不為不予受理之諭知，而為刑事處罰之判決，自屬違背法令。案經確定，且於被告等不利，非常上訴執以指摘，為有理由。應將判原決關於此部分撤銷改判不予受理，以資糾正。

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

中華民國六十三年八月十三日

第柒拾肆案

一、關係條文

少年事件處理法第七十七條。

戡亂時期竊盜犯贓物犯保安處分條例第三條。

刑法第二條第一項但書。

二、非常上訴理由

「按十四歲以上未滿十八歲之竊盜犯贓物犯，免除其刑，令入感化處所施以感化教育，但情節輕微者，得以保護管束代之」。戡亂時期竊盜犯贓物犯保安處分條例第三條第一項有明文規定，雖六十五年二月十二日修正公布之少年事件處理法第七十七條設有「少年犯竊盜罪、贓物罪者不適用戡亂時期竊盜犯贓物犯保安處分條例第三條之規定」。惟查被告行爲時，係在六十四年十月十日，依刑法第二條第一項但書之規定，仍以適用行爲時之戡亂時期竊盜犯贓物犯保安處分條例爲最有利，且該保安處分條例尚在繼續有效期中，仍爲裁判時之法律，依同條第二項規定，當然應予適用。本件被告某甲於民國六十四年十月十日下午六時許，在臺灣省臺中市健行路寶覺寺後草地上，見某乙所養小牛三頭無人看管之際，竟與其同母異父之兄某丙共同意圖爲自己不法之所有，而將拴牛之繩割斷後，將牛牽至同市西屯路一段東海新村附近，爲被害人某乙發現報警，爲管區警所循線尋獲等情，固屬實在。第查被告某甲係民國四十七年一月八日出生，算至牽牛行爲時，即六十四年十月十日下午六時止，尚未滿十八歲，依首述法條規定（當時少年事件處理法七十七條尚未修正公布），自應免除其刑，諭知保安處分，乃原判決竟科處被

告共同竊盜罪，有期徒刑三月，顯有違誤，案經判決確定，且不利於被告，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條，提起非常上訴，以資救濟。

三、判決要旨

民國六十五年二月十二日修正公布之少年事件處理法第七十七條規定「少年犯竊盜罪贓物罪者，不適用戡亂時期竊盜犯贓物犯保安處分條例第三條之規定」。但被告行爲時如係在上開法條修正公布之前，依刑法第二條第一項但書之規定，仍以適用行爲時之該保安處分條例第三條爲最有利。本件被告犯竊盜罪時未滿十八歲且在少年事件處理法修正之前，原審未依上開規定免除其刑，諭知保安處分，於法有違。

四、附錄

最高法院刑事判決

六十五年度臺非字第一三二號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告人

某甲

右上訴人因被告竊盜案件，對於臺灣高等法院臺中分院中華民國六十五年六月廿五日第二審確定判決（六十五年度少上訴字第三八號）認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

主文

原判決關於某甲罪刑部分撤銷。

某甲共同竊盜，免除其刑，令入感化處所施以感化教育，以保護管束代之。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按十四歲以上未滿十八歲之竊盜犯、贓物犯，免除其刑，令入感化處所施以感化教育，但情節輕微者，得以保護管束代之，戡亂時期竊盜犯贓物犯保安處分條例第三條第一項定有明文。雖民國六十五年二月十二日修正公布之少年事件處理法第七十七條有「少年犯竊盜罪贓物罪者，不適用戡亂時期竊盜犯贓物犯保安處分條例第三條之規定」。第被告行爲時如係在上開法條修正公布之前，依刑法第二條第一項但書之規定，仍以適用行爲時之戡亂時期竊盜犯贓物犯保安處分條例爲最有利，且該保安處分條例尚在繼續有效期中，仍爲裁判時之法律，依刑法第二條第二項規定，自應予以適用。本件被告某甲於民國六十四年十月十日下午六時許，在臺中市健行路寶覺寺後草地上，見某乙所養小牛三頭無人在場看管之際，竟與其同母異父之兄卽已判罪確定之被告某丙共同意圖爲自己不法之所有，而將拴牛之繩割斷，將牛牽至同市西屯路一段東海新村附近，爲被害人某乙發現報警尋獲等情，因論處被告共同竊盜罪刑，固非無據。惟查被告某甲係民國四十七年一月八日出生，算至其竊盜行爲時，卽六十四年十月十日下午六時止，尚未滿十八歲，依上開法條規定，（當時少年事件處理法第七十七條尚未修正公布），自應免除其刑，諭知保安處分，乃原判決竟科處被告有期徒刑三月，顯屬違誤，且不利於被告，上訴人於判決確定後提起非常上訴，洵有理由。應由本院將原判決關於被告罪刑部分撤銷，另行判決，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，刑法第二條第一項但書，第廿八條，第三百廿條第一項，戡亂時期罰金罰鍰裁判費執行費費公證費提高標準條例第一條，戡亂時期竊盜犯贓物犯保安處分條例第三條，判決如主文。

中華民國六十五年八月廿六日

第柒拾伍案

一、關係條文

少年事件處理法第八十五條。

刑法第三百二十條第一項。

二、非常上訴理由

按戊年人教唆或幫助未滿十八歲之少年犯罪者，依其所犯之罪，加重其刑至二分之一，少年事件處理法第八十五條定有明文，本件被告某甲教唆未滿十八歲之某乙、某丙於民國六十三年十一月中旬至十二月上旬先後竊盜鵝、雞、鴨各三、四隻食用，及腳踏車、機車等物，原判依刑法第三百二十條第一項論處罪刑，未依首開規定加重被告之刑期，當屬違誤，雖非常上訴不利益之效力不及於被告，不能再予加重其刑，究屬於法有違，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

成年人教唆或幫助未滿十八歲之少年犯罪者，依其所犯之罪，加重其刑至二分之一，少年事件處理法第八十五條定有明文。本件被告教唆未滿十八歲之少年某甲等犯竊盜罪，原審依刑法第三百二十條第一項論處，未依首開規定加重被告之刑，顯非適法。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十四年度台非字第五三號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告竊盜案件，對於臺灣新竹地方法院中華民國六十四年一月十四日確定判決（六十三年少易第一三一

、二四八二號），認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決關於違背法令部份撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院查原確定判處以某乙、某丙均未滿十八歲之少年，而被告竟教唆其竊盜判處竊盜罪等情，惟原判決未依少年事件處理法第八十五條規定加重其刑至二分之一，顯與法令有違，上訴人執以指摘，純屬正當，惟原判決於被告尚非不利，自應將其違法部份撤銷，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，判決如主文。

中華民國六十四年五月十四日

第柒拾陸案

一、關係條文

少年事件處理法第八十五條。

刑事訴訟法第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決所載理由矛盾者，其判決當然爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第十四款定有明文，本件被告某甲係民國四十六年三月廿一日出生，於六十五年十一月一日深夜在新竹竊盜某乙所有光華牌

機車，又夥同少年某丙（五十一年三月九日出生）於同年十二月廿三日在新竹南勢四十三號侵入某丁住宅（係以踰越牆垣，毀壞安全設備之方法爲之）竊取金手鐲等物品，又夥同少年某丙於同年月廿九日凌晨二時左右，以鐵條撬開某戊所有五—三四五六號小客車之車門，企圖行竊時當場被警查獲而未遂，此項犯罪事實業經原審依證據而認定，依法科刑，尙無違誤，惟原判決被告欄某甲之年齡爲廿一歲，其出生日期爲四十六年三月廿二日，依民法第一百廿四條之規定，年齡自出生之日起算，同法第十二條規定滿二十歲爲成年，則被告某甲自四十六年三月廿二日出生至六十五年最後犯罪之十二月廿九日計算，其年齡爲二十歲未滿，尙未成年，原審認定其爲二十一歲已屬失誤，更在其判決理由第二段認定被告與未滿十八歲之少年某丙共同實施竊盜，應依少年事件處理法第八十五條加重其刑二分之一，查被告尙未成年，已如前述，而少年事件處理法第八十五條加重之要件爲成年人與未滿十八歲之人共同實施犯罪，茲被告既未成年，當然係加重之要件不備，原判理由與事實矛盾，顯屬違背法令，且對被告不利，合依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。少年事件處理法第八十五條規定，依其所犯之罪加重其刑至二分之一者，以成年人有教唆幫助或利用未滿十八歲之人犯罪，或與之共同實施犯罪爲要件。本件被告未滿二十歲，自非成年人，縱有與未滿十八歲之少年共同實施犯罪，即與上述加重之要件未合，原判竟依少年事件處理法第八十五條加重科處，顯屬違背法令。

四、附錄

最高法院刑事判決

六十六年度台非字第九三號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告

某甲

右上訴人因被告竊盜，對於臺灣新竹地方法院中華民國六十六年三月四日第一審確定判決（六十六年度訴字第三七號），認為違法，提起上訴，本院判決如左

主 文

原判決撤銷。

某甲共同連續竊越牆垣，毀壞安全設備竊盜，處有期徒刑壹年。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文，而少年事件處理法第八十五條所規定，依其所犯之罪加重其刑至二分之一者，以成年人有教唆幫助或利用未滿十八歲之人犯罪，或與之共同實施犯罪為要件，所謂成年人，依民法第十二條規定，係指年滿二十歲之人而言，而年齡之計算依民法第一百二十四條規定，應自出生之日起算。本件被告某甲係四十六年三月廿二日出生，既為原判決被告欄所認定，而被告所犯三次竊盜之時間，為六十五年十一月一日深夜，同年十二月廿三日九時，同年月廿九日凌晨二時許，亦為原判決事實欄所明白記載，則被告某甲自四十六年三月廿二日出生，計算至其最後一次犯罪之六十五年十二月廿九日止，其年齡尚未滿二十歲，自非成年人，縱有與未滿十八歲之某乙共同實施犯罪，但與上述加重之條件不合，即無少年事件處理法第八十五條適用之餘地，乃原判決竟引少年事件處理法第八十五條而就被告所犯之共同連續竊越牆垣，毀壞安全設備竊盜罪，加重其刑二分之一，量處有期徒刑一年六月，顯係適用法則不當，其判決自屬違法，且不利於被告，上訴人於判決確定後，提起非常上訴，執以指摘，洵屬正當，應由本院將原判決撤銷另行判決，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，刑法第廿八條，第五十六條，第三百二十一條第一項第二款判決如主文。

中華民國六十六年五月廿七日

第柒拾柒案

一、關係條文

兒童福利法第二十五條、第二十八條。

刑事訴訟法第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，又養父母對養子女犯妨害風化罪、妨害自由罪，加重其刑至二分之一，在少年福利法未公佈前，本法於十二歲以上未滿十八歲之人暫準用之，刑事訴訟法第三百七十八條，兒童福利法第二十五條，第二十八條分別定有明文。本件被告某甲係被害人某乙之養母，意圖營利，基於概括犯意，自六十年四月起至六十二年七月止，先後將其於民國四十四年四月二十日出生之養女某乙帶至彰化、南投、雲林縣等地茶室，充當服務生，並與之同住於該各茶室內加以控制，迫使暗操淫業，如有不從，即予威脅毆打，以非法之方法剝奪其行動自由，第一審法院因認被告應成立以非法之方法剝奪人之行務自由及意圖營利引誘因親屬關係，服從自己監督之人與他人姦淫罪名，二者互有方法結果之牽連關係，從一重之妨害風化罪，處有期徒刑一年，固非無見，惟查兒童福利法已於民國六十二年二月八日公佈施行，第一審判決竟未引用該法第二十五條加重其刑，復未說明未引用之理由，而原審亦未予糾正，均不無違誤，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，藉資救濟。

三、判決要旨

養父母對養子女犯妨害風化罪、妨害自由罪，加重其刑至二分之一，又在少年福利法未公布前，本法於十二歲以上未滿十八歲之人暫準用之，兒童福利法第二十五條、第二十八條分別定有明文。本件被告某甲意圖營利，於六十年四月起至六十二年七月止，將其未滿十八歲之養女，迫使賣淫，並以非法之方法剝奪其行動自由。第一審法院因認被告應成立以非法之方法剝奪他人之行動自由及意圖營利引誘親屬關係服從自己監督之人與他人姦淫罪名，二者互有方法結果之牽連關係，從一重妨害風化罪處有期徒刑一年，固非無見，惟查兒童福利法已於六十二年二月八日公佈施行，第一審判決未引用該法第二十五條加重其刑，而原二審及原審判決均未予糾正，均不能謂無違誤。

四、附 錄

最高法院刑事判決

八十三年度台非字第一四六號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告妨害風化案件，對於本院中華民國六十三年五月十五日第三審確定判決（六十三年度台上字第一二五六號）認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決及第一、二審判決關於違背法令部分撤銷。

非常上訴理由（見前二）

本院查養父以對養子女犯妨害風化罪、妨害自由罪，加重其刑至二分之一，又在少年福利法未公佈前，本法於十二歲以上未滿十八歲之人暫準用之，兒童福利法第二十五條及第廿八條分別定有明文。本件被告某甲係被害人某乙之養母，意圖營利基於概括犯意，自六十年四月起至六十二年七月止，先後將其於民國四十四年四月廿日出生之養女某乙帶至彰化、南投、雲林縣等地茶室充當服務生，並與之同在於該各茶室內加以控制，迫使暗操淫業，如有不從，即予威脅毆打，以非法之方法剝奪其行動自由，第一審法院因認被告應成立以非法之方法剝奪人之行動自由及意圖營利引誘因親屬關係，服從自己監督之人與他人姦淫罪名，二者互有方法結果之牽連關係，從一重之妨害風化罪，處有期徒刑一年，固非無見，惟查兒童福利法已於民國六十二年二月八日公佈施行，第一審判決未引用該法第二十五條加重其刑，而原二審及原審判決未予糾正，均不能謂無違誤，非常上訴意旨，就此指摘，洵有理由，惟查原判決尚非不利於被告，應由本院僅將其違法部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段判決如主文。

中華民國六十三年八月十六日

第柒拾捌案

一、關係條文

動產擔保交易法第三十八條。

二、非常上訴理由

按動產擔保交易法第三十八條，係因特定關係成立之罪，其主體為動產擔保交易之債務人，該條規定甚明。本件被告某甲係以玉興企業有限公司之法定代理人，與自訴人某乙訂立動產抵押契約，而就該

公司所有汽車兩輛設定抵押權，不特自訴人某乙在其自訴狀當事人欄內，於被告姓名下已經注明即爲王興企業有限公司負責人，且查自訴人於自訴狀後所附送(一)原契約影印本，其內立約人之甲方及對保欄甲方債務人，均表明爲該公司，而於被告前者列爲負責人，後者記爲代表人。(二)臺北市政府登記證明書影印本申請人名稱欄之甲方，以及車輛所有人欄內，均記明爲該公司，並不及於被告。(三)第一審法院非訴訟事件處所爲拍賣抵押物裁定影印本，其當事人欄更明白記載該公司爲相對人，而被告爲其法定代理人。凡此均足以證明被告本人並非債務人，而爲債務人之法定代理人，依原判決事實理由之記載，其認定事實，即係以上述契約以及登記、拍賣抵押物情形，爲其所憑之證據。但各該證據，依刑事訴訟法第一百五十五條第一項，均不足以爲判斷被告本人爲債務人之依據，且足以證明被告僅爲債務人之法定代理人，乃第一審判決對於被告竟依動產擔保交易法第三十八條論處，原審復予維持，而駁回被告部分之上訴，揆諸首開說明，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、判決要旨

動產擔保交易法第三十八條，係因特定關係成立之罪，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，此爲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。本件被告某甲係某公司之法定代理人，曾代表該公司與自訴人某乙訂立動產抵押契約書，是則被告僅爲某公司之法定代理人，曾代表該公司與自訴人某乙訂立動產抵押契約書，是則被告僅爲某公司對外之

代表人，亦即該債務人之法定代理人，而非動產擔保交易之債務人，無動產擔保交易法第三十八條適用之餘地，原判竟依該條論處，自屬違誤。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十二年度台非字第一六六號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告

某甲

右上訴人因被告違反動產擔保交易法等罪案件，對於臺灣高等法院六十二年六月十九日第二審確定判決（六十二年度上易字第○○號）認為一部分違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 文

原審及第一審關於違反動產擔保交易法部分之判決均撤銷。

上開部分，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，係因特定關係成立之罪，其犯罪主體，須為動產擔保交易之債務人，亦即限於依法訂立動產抵押契約在契約上負有債務之人，此為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。本件被告某甲原為臺北市玉興企業有限公司之法定代理人，曾於民國六十一年三月代表該公司與自訴人某乙訂立動產抵押契約書，將公司所有五十鈴箱式大自貨車（汽車）二輛為某乙設定新臺幣四十五萬元之最高限額抵押權，並登記在案，此有動產抵押契約書、動產擔保交易登記車輛明細表，及臺北市政府建設局動產擔保交易登記證明書等影本在卷可稽，不為爭之事實。是則被告僅為供擔保債務人玉興企業有限公司對外之代表人，亦即該債務人之法定代理人，而非動產擔保交易之債務人

，依上所述，其非本件犯罪主體甚明，應無適用動產擔保交易法第三十八條所定罪名論處之餘地。第一審不察，竟論以被告動產擔保交易之債務人，意圖不法之利益，將標的物遷移，致生損害於債權人之罪，顯屬判決適用法則不當，原審未加糾正，竟予維持，均屬違背法令。且於被告不利，案經確定，上訴人對之提起非常上訴，洵有理由，應由本院將原審及第一審關於違反動產擔保交易法部分之判決均撤銷，另行判決，諭知被告無罪，以資糾正。

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

中華民國六十二年十月十九日

第柒拾玖案

一、關係條文

動產擔保交易法第三十八條。

刑法第二條第一項但書。

二、非常上訴理由

查動產擔保交易法第三十八條所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，處三年以下有期徒刑、拘役、或科或併科三千元以下之罰金，此項規定，爲刑法之特別法，如果行爲人所觸犯者爲該法去處罰範圍內之罪，依特別法優於普通法之原則，自應優先適用該法，而無適用普通刑法之餘地。本件被告某甲爲福泰農產物加工廠之負責人，被告某乙實際主持該廠業務，該廠向國外採購黃豆王米，委託華南商業銀行循環開發有期限之信用狀，由某乙連帶保證，以美金四十四萬元爲貸款限額，先後於民國六十年三月十七日、同月

二十七日、同年五月十九日向自訴人申請開發信用狀，分別將其自阿根廷進口之王米六四七・八五公噸，黃豆一、〇九〇公噸，三、八六五公噸提供自訴人爲信託增保，再依信託收據交由被告等占有及處分，並辦妥信託占有登記在案。該三筆信用狀押匯款，均愈青償期限，尙欠自訴人本息共計美金十四萬八千九百七十四元九角四分，經自訴人於六十一年六月十三日函催履行，或將該項黃豆王米歸還自訴人。詎被告等不予理會，且於六十年五月至六十一年十一月陸續將進口加工之黃豆王米出售一空，將款侵占入己等情，此爲自訴狀起訴之事實，亦即原確定判決事實欄第一、二、三項所認定，依此事實，被告等既係依信託收據而占有該項黃豆王米，並辦妥信託占有登記有案，自與以詐術使人交付財物之情形不同，雖其有將占有之黃豆一部分出售，似屬涉嫌侵占，但因被告等對於該項黃豆王米與自訴人辦有信託占有登記手續，且黃豆王米又屬於被告等進口之物品，不過提供擔保與自訴人，故不應依侵占罪論科，仍屬動產擔保交易法第三十八條所定處罰之範圍，自訴意旨及第一審判決，均持此見解，原無不合。原確定判決竟於被告等依信託收據占有之三筆進口黃豆王米總額中，另行劃出黃豆部分其中分三次提領者，合計三百五十餘公噸，認爲係被告等因詐欺而取得，捨動產擔保交易法而依刑法論科，不僅查無詐欺之證據，尤其法律上之見解，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、判決要旨

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、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，拘役或科或併科三千元以下之罰金，此項規定爲刑法之特別法，自應優先刑法而適用。本

件被告某甲爲某工廠負責人，某乙爲業務執行人，由某甲具名，某乙爲連帶保證人，共同向某銀行申請，委由其循環開發有限期之信用狀，以美金四十四萬元爲貸款限額，並以動產擔保登記信託占有之方式，由國外進口玉米黃豆。後因經營不善，工廠倒閉，遂將信託占有之物資出賣侵占入己，積欠該銀行二百餘萬元。被告等所爲係觸犯動產擔保交易法，原判決依詐欺罪論處，顯非適法。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十五年度台非字第五〇號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲、某乙

右上訴人因被告等違反動產擔保交易法案件，對於臺灣高等法院臺南分院中華民國六十四年九月十六日第二審確定判決（六十四年度上更一字第二〇〇號），認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決撤銷。

某甲、某乙動產擔保交易之債務人，共同連續意圖不法之利益，將標的物出賣，致生損害於債權人，各處罰金一千五百元，如易服勞役，以罰金總額與六個月之日數比例折算。各減爲罰金七百五十元，如易服勞役，以罰金總額與六個月之日數比例折算。

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，處三年以下有期徒刑，拘役或科或併科三千元以下之罰金，此項規

定，爲刑法之特別法，自應優先刑法而適用。查本件被告某甲爲福泰農產物加工廠之負責人，被告某乙爲該廠實際執行業務者，該廠由某甲具名負責，並由某乙爲連帶保證人，共同向自訴人即華南商業銀行股份有限公司申請，委由其循環開發有限期之信用狀，以美金四十四萬元爲貸款限額，並以動產擔保登記信託占有之方式，由國外進口玉米黃豆。(一)民國六十年三月十七日被告等向自訴人申請開發信用狀日一〇四九七號，貸款美金四萬八千二百六十四元八角三分，扣除已結滙美金四千八百二十六元四角九分外，由自訴人貸與美金四萬三千四百三十八元三角四分(按美金一元，折算新臺幣四十元一角)，折算新臺幣，由被告簽發六十年三月十六日面額新臺幣一百七十四萬一千八百七十七元七角一分之本票一紙，交自訴人存執，並爲擔保該責權之履行負起進口之阿根廷玉米六四七 八五公噸所有權屬自訴人，而由自訴人依信託收據交被告占有及處分，並辦妥信託占有登記。(二)民國六十年三月二十七日被告等又向自訴人申請開發信用狀日一〇六〇二號，貸款美金十二萬九千二百十九元五角，扣除已結滙美金一萬二千九百二十一元九角五分外，由自訴人貸與美金十一萬六千二百九十七元五角五分，折算新臺幣，被告簽發六十年三月二十七日面額新臺幣四百六十六萬三千五百三十一元七角六分之本票一紙，交自訴人存執，並爲擔保該債權之履行，貸款進口之黃豆一〇九〇公噸所有權屬自訴人，而由自訴人依信託收據交被告占有及處分，並辦妥信託占有登記。(三)民國六十年五月十九日被告等再向自訴人申請開發信用狀日一一〇三三號，貸款美金六萬八千四百零八元五角五分，扣除已結滙美金六千八百四十元八角六分外，由自訴人貸與美金六萬一千五百六十七元六角九分，折算新臺幣，由被告簽發六十年五月十九日面額新臺幣二百四十六萬八千八百六十四元五角七分之本票一紙，交自訴人存執，並爲擔保該債權之履行，貸款進口之黃豆五三八·六五公噸，所有權屬自訴人，而由自訴人依信託收據交被告占有及處分，並辦妥信託占有登記各在案。又上述第一筆玉米，係於六十年六月十一日提貨，第二筆黃豆提貨及第三筆黃豆於同年七月十日第一次提貨以前，被告等曾陸續償還另筆舊欠款，並於六十年七月十七日，同月二十四日，各提領一百四十八公噸六四八公斤黃豆，悉數變賣侵占入己。前開三筆信用狀押滙款，均已逕清償(三)同月二十四日再提領黃豆六十二公噸四三二公斤(折合新臺幣三十一萬七千九百四十七元二角九分)，合計三次提領黃豆三百五十餘公噸，予以變賣(即上開第三筆黃豆於七月十日第一次提領後其餘之黃豆，折合新臺幣一百八十餘萬元)後，而未償還自訴人本件債務，該工廠旋於是年七月底倒閉，被告等遂即將信託占有之第一筆玉米，第二筆黃豆及第三筆黃豆中第一次提領之一百四十八公噸六四八公斤黃豆，悉數變賣侵占入己。前開三筆信用狀押滙款，均已逕清償

期，尙欠本已共美金十四萬八千九百七十四元九角四分，折合新臺幣五百九十七萬三千八百九十五元零九分，經自訴人催討無效，除由日本三井株式會社代償部分金額外，仍欠新臺幣二百七十七萬一千四百三十三元四角八分，自訴人迄未受清償各情，爲原確定判決所認定之事實。綜上所述，被告等自均屬動產擔保交易之債務人，其意圖不法之利益，將標的物出賣，致生損害於債權人，情至明顯，自應共負動產擔保交易法第三十八條之罪責，尙難認其已具備詐欺取財之要件，雖被告等先後數次將原供信託之動產標的物玉米黃豆出售，而未將價金交付自訴人，事涉侵占，惟動產擔保交易法第三十八條規定，爲刑法之特別法，自應優先刑法而適用，應依連續犯論以違反動產擔保交易法之一罪。被告二人間有犯竊聯絡及行爲分擔，皆爲共同正犯。原確定判決以被告等係觸犯動產擔保交易法第三十八條及刑法第三百三十九條第一項之二罪名，而依連續犯論以較重之詐欺一罪，顯屬違背法令，案經確定，且於被告不利，上訴人對之提起非常上訴，洵有理由，又動產擔保交易法第三十八條業於六十五年一月二十八日修正公布施行，依刑法第二條第一項但書仍應適用裁判前最有利於行爲人之法律，爰由本院將原判決撤銷改判。又被告等犯罪時間係在六十年八月十六日及六十四年四月十六日以前，應依中華民國六十年罪犯減刑條例及中華民國六十四年罪犯減刑條例各規定，予以遞減其刑，爰各處以適當之刑，以資救濟。

據上論結，唯依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，動產擔保交易法第三十八條，刑法第二條第一項但書，第十一條，第二十八條，第五十六條，第四十二條第三項，中華民國六十年罪犯減刑條例第二條前段，第三條第一項第三款，中華民國六十四年罪犯減刑條例第六條，第五條第一項，第四條第二項，第二條第一項第二款乙類，引決如主文。

中華民國六十五年四月廿三日

第捌拾案

一、關係條文

兵役法第二十條第一項第二款第三款。

刑事訴訟法第三百零三條第六款。

二、非常上訴理由

按對於被告無審判權者，應諭知不予受理之判決，爲刑事訴訟法第三百零三條第六款所明定。本件被告某甲係陸軍第九一八三部隊中士，於六十四年四月七日自部隊逃亡，同年五月四日爲警緝獲，同年五月九日移送該部隊偵辦，並羈押於該部隊阿蓮町地看守所。同年六月十四日毆傷該看守所警衛某乙，乘隙脫逃，迄同年六月廿一日爲潮州分局緝獲之事實，業據被告供承不諱，並有潮州分局刑事案件報告書、陸軍第九一八三及九一八五部隊函附卷可稽。是被告某甲脫逃前所犯逃亡罪，其離營時間夫逾一月，其在阿蓮駐地看守所羈押時間，亦未逾三月。依兵役法第二十條第一項第二款第三款之規定，被告仍具軍人身份，法院對之無審判權。原審未依前開規定。諭知不予受理之判決，竟仍爲實體上之審判，諭知科刑之判決，顯屬違誤。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，以資救濟。

三、判決要旨

對於被告無審判權者，應諭知不予受理之判決，刑事訴訟法第三百零三條第六款定有明文。又兵役法第二十條第一項第二款第三款規定，現役軍人有犯罪嫌疑在羈押中已逾三個月者，無故離營已逾一月者，均稱爲停役，即喪失軍人身份。本件被告某甲在部隊逃亡，未逾一月即被緝獲，羈押於駐地看守所，未逾三月，而又逃亡，未逾一月被警緝獲移送法辦，有案可稽。某甲既未喪失軍人身份，原審未依上開規定諭知不予受理之判決，而竟爲實

體上科刑之判決，自屬違誤。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十五年度臺非字第三九號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告

某甲

右上訴人因被告脫逃案件，對於臺灣屏東地方法院中華民國六十四年七月二日第一審確定判決（六十四年易字第一〇四〇號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決關於某甲部分撤銷。

右開撤銷部分不受理。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按對於被告無審判權者，應諭知不受理之判決，刑事訴訟法第三百零三條第六款定有明文。又現役軍人犯罪，應由軍事審判機關依軍事審判法追訴審判，觀軍事審判法第一條第一項規定，亦見明顯。本件被告某甲，係陸軍第九一八三部隊中士，於六十四年四月七日逃亡，同年五月四日為警緝獲，移送該部隊法辦羈押中，又於同年六月十四日脫逃，而於同年二月十一日為警緝獲，有陸軍第九一八三部隊來函附卷可稽。是被告於六十四年四月七日無故離營（逃亡）後，未逾一個月之時，即於同年五月四日被緝獲，當時其現役軍人身分尚未喪失。而於在部隊羈押中，未逾三個月之時，又於同年六月十四日脫逃，其現役軍人身分，亦仍未喪失。其為現役軍人犯脫逃罪，至無疑義。乃原審未遵詳查，不依首開規定，為不受理之判決，而竟從實體上為論處被告脫逃罪刑之判決，自有受理訴訟不當之違法，案經確定，且於被告不利，非常上訴執以指摘，非無理由，應將原判決關於被告部分撤銷，改為不受理之諭知，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，第三百零三條第六款判決如主文。

中華民國六十五年三月卅日

第捌拾壹案

一、關係條文

妨害兵役治罪條例第四條第一款。

刑法第二百十六條、第二百十二條。

刑事訴訟法第三百七十八條。

二、非常上訴理由

本件第二審判決認定被告某甲前於民國五十二年八月間，因犯妨害兵役罪，經臺北地方法院判處有期徒刑二月緩刑三年，仍不知改悔，民國五十三年六月間，接到臺北縣政府所發之預備軍官徵集令參加暑期集訓後，本應於五十三年十二月二十一日前往鳳山陸軍步兵學校報到受訓，竟在緩刑期之五十三年十月間，竟圖避免預備軍官現役徵集，於五十三年十月二十七日以自己所偽造之私立中國文化學院五十三年十月二十四日研教証字第一八三號在學證明書，證明其在該院研究藝術學門二年級第一學期肄業，捏造緩徵原因因持向臺北縣政府申請核准緩徵等情，就此事實而論，被告竟圖避免預備軍官現役徵集而捏造緩徵原因，與行使偽造在學證明書，兩者之間，自有方法結果之牽連關係，應從一重處斷，（參見四十四年臺非字第二三九號判例）因捏造緩徵原因，方法甚多，非只偽造在學證明書一端，無當然吸收關係，即後罪行爲非當然包括於前罪行爲之內，苟其方法爲行使偽造公文書，則兩相比較，應從較重之

行使偽造公文書處斷，法理顯然，原第二審判決理由竟謂行使偽造之在學證明書爲捏造緩徵原因之罪構成要件行爲，故不另成立刑法第二百十六條及第二百十二條之行使偽造證明書罪，僅論妨害兵役治罪條例第四條第一款之罪，原審未予糾正，駁回被告在第二審之上訴，均屬於法有違，案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。本件被告某甲於民國五十三年六月接到預備軍官征集令，於參加暑期集訓後，本應於同年十二月二十一日到陸軍步兵學校報到受訓。竟偽造私立中國文化學院在學證明書，申請緩征，自係犯妨害兵役治罪條例第四條第一款及刑法第二百十六條、第二百十二條之罪，二者有方法結果之牽連關係，應從一重之妨害兵役治罪條例第四條第一款處斷，第二審判決其理由竟謂行使偽造之在學證明書，爲捏造緩征原因之罪構成要件行爲，不另成立刑法第二百十六條、第二百十二條之罪，而不適用同法第五十五條從一重處斷，自難謂非違法。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十三年度臺非字第第六四號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告妨害兵役等罪案件，對於本院中華民國六十三年二月六日第三審確定判決（六十三年度臺上第二三八號）認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按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。本件被告某甲於民國五十三年六月間，接到臺灣省臺北縣政府所發之預備軍官征集令，於參加暑期集訓後，本應於同年十二月二十一日前往該省高雄縣鳳山鎮陸軍步兵學校報到受訓。竟意圖避免征集，又在緩刑期間內之五十三年十月間，偽造私立中國文化學院在學證明書，偽稱其在該學院研究所藝術學門二年第一學期肄業，捏造緩征原因持向該縣政府申請核准緩征，自係犯妨害兵役治罪條例第四條第一款及刑法第二百十六條第二百零二條之罪，二者有方法結果之牽連關係，應從一重之妨害兵役治罪條例第四條第一款處斷，第二審判決不適用刑法第二百十六條第二百零二條之法條，其理由竟謂行使偽造之在學證明書，爲捏造緩征原因之罪構成要件行爲，不另成立刑法第二百十六條及第二百零二條之罪，而不適用同法第五十五條從一重處斷，自難謂非違法，而被告上訴本院竟予維持，將被告之第三審上訴駁回，均屬於法有違。

上訴人於判決確定後，提起非常上訴，就此指摘，洵屬正當，惟此種違法，尙非不利於被告，自應由本院僅將原判決關於違背法令之部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款判決如主文。

中華民國六十三年五月二日

第捌拾貳案

一、關係條文

妨害兵役治罪條例第十一條第一項第三款、第三項、第六條。

二、非常上訴理由

按後備軍人因居住所遷移，無故不依規定申報，致召集令無法送達，而無故逾入營期限二日者，依妨害兵役治罪條例第十一條第一項第三款、第三項之規定，應依同條例第六條科刑，此觀該法條規定甚明。本件被告某甲係後備軍人，其六十六年二月二日之動員召集令，既因居住所遷移，無故不依規定申報，致其胞弟某乙無法將召集令送達與被告，而無故逾入營期限二日，依照首開規定，自應依法論處，乃臺灣臺南地方法院竟依同條例第十一條第一項第三款科刑，殊有未合，嗣檢察官提起上訴，詎原審於判決時，對上開第一審之違法判決，不予糾正，撤銷改判，竟將檢察官之上訴駁回，顯屬違誤。案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

後備軍人因居住處所遷移，無故不依規定申報，致召集令無法送達，而無故逾入營期限二日者，依妨害兵役治罪條例第十一條第一項第三款、第三項之規定，應依同條例第六條科刑。本件被告係後備軍人，居住處所遷移，無故不依規定申報，致其胞弟無法將召集令送與被告，而無故逾入營期限二日，自應依首開規定論科，乃原審竟依同條例第十一條第一項第三款論科，顯有違誤。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十六年度臺非字第二一七號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告

某甲

右上訴人因被告妨害兵役台罪條例案件對於臺灣高等法院臺南分院中華民國六十六年八月十日第二審確定判決（六十六年度上易字第一一三〇號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決及第一審判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按後備軍人因居住所遷移，無故不依規定申報，致召集令無法送達，而無故逾入營期限二日者，依妨害兵役台罪條例第十一條第一項第三款、第三項之規定，應依同條例第六條科刑，此觀該法條規定甚明。本件被告某甲係後備軍人，其六十六年二月二日之動員召集令，既因居住所遷移，無故不依規定申報，致其胞弟某乙無法將召集令送達與被告，而無故逾入營期限二日，自應依首開規定論處，乃臺灣臺南地方法院竟依同條例第十一條第一項第三款科刑，殊有未合，經檢察官提起上訴，原審不糾正第一審之違法判決，竟將檢察官之上訴駁回，顯屬違誤，案經確定，非常上訴執以指摘，洵有理由，准查尚非不利於被告，應僅將原判決及第一審判決關於違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如主文。

中華民國六十六年十一月廿四日

第捌拾叁案

一、關係條文

妨害兵役治罪條例第十一條第一項第三款、第三項、第六條、第七條。

後備軍人管理規則第十九條。

戶籍法第五十八條第一項。

二、非常上訴理由

按後備軍人因居住所遷移，無故不依規定申報，致召集令無法送達，而無故逾入營期限二日者，依妨害兵役治罪條例第十一條第一項第三款、第三項規定，應依同條例第六條科刑，此觀該條例規定甚明。本件被告某甲係後備軍人，因居住所遷移，無故不依規定申報，致屏東縣團管區召集其於六十六年二月二日至八五二七部隊報到之動員召集令，無法送達其本人，至二月四日上午八時五十五分，被告到達召集部隊，因時間超過，不准其報到，是被告顯犯首開法條之罪，自應依法論科。然查原審以被告依據戶籍法第五十八條第一項規定，戶籍登記之申請，應於事件發生或確定後十五日內爲之，但遷出之登記應於事前爲之，被告之遷出既於事前已爲申請登記，自屬合於規定，而其於六十六年一月二十九日教育召集解除後，於六十六年一月三十日到臺北覓職，至六十六年二月三日接獲通知參加臨時召集，相距僅五日，雖未向戶政機關爲申請遷入之登記，但其於遷入事件之發生未逾十五日，尚難認爲違反戶籍法之規定，從而不能認被告居住處所遷移，無故不依規定申報，爰認被告不成立犯罪，竟將第一審判決撤銷，而宣告被告無罪。查後備軍人如住居所遷移，應依後備軍人管理規則第十九條申報，依該條規定，於到達暫住地後，應於當日向當地警察分駐（派出）所申報流動人口登記，爾後並隨時與戶長或召集地報人保持連繫，被告不依此規定，致使動員召集令無法送達於其本人，自應成立妨害兵役治罪條例之罪（此規則係國防部依兵役法施行法第二十七條所訂定，具有法律之效力，自應優先適用），原判捨此規則不論，徒就戶籍法加以闡述論斷，並據以宣告被告無罪，顯屬違背法令，雖非常上訴之判決其不利益效

力不及於被告，然原判既有未當，案經確定，仍應依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

後備軍人居住處所遷移，無故不依規定申報，致使召集令無法送達者，依妨害兵役治罪條例第十一條第一項第三款、第三項規定，應分別情形依同條例第六條、第七條科刑，又後備軍人異動，除依戶籍法規定辦理戶籍異動登記外，並應依後備軍人管理規則第十九條規定辦理。本件被告係後備軍人，受動員召集，應於民國六十六年二月二日報到，其戶籍於六十六年一月八日自屏東市申報遷出，同年三月二十四日再申報遷入，虛懸期間，前往臺北工作，並未申報戶籍異動，亦未依前開規則向當地警察分駐所報流動人口登記，及隨時與召集通報人保持聯絡，致召集令未能及時送達，自應成立妨害兵役罪，乃原審不察，誤以被告戶籍遷出後，於一月十日參加教育召集，一月二十九日退役再往臺北工作，未逾戶籍法第五十八條第一項之十五日申報遷入期間，而諭知被告無罪，自屬違背法令。

四、附錄

最高法院刑事判決

六十六年度臺非字第三二四號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告

某甲

右上訴人因被告妨害兵役案件，對於臺灣高等法院臺南分院中華民國六十六年七月十九日第二審確定判決（六十六年度上訴字第八八四號）認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按後備軍人居住處所遷移，無故不依規定申報，致使召集令無法送達者，依妨害兵役罪條例第十一條第一項第三款、第三項規定，應分別情形依同條例第六條、第七條科刑，又後備軍人異動，除依戶籍法令規定辦理戶籍異動登記外，並應依後備軍人管理規則第十九條規定辦理，此項規則為對於後備軍人之特別規定，自應優先適用。本件被告某甲係後備軍人，受動員召集，應於民國六十六年二月二日報到，其戶籍於六十六年一月八日自屏東市申報遷出，同年三月二十四日再申報遷入，虛匿期間，前往臺北工作，並未申報戶籍異動，亦未依前開規則於到達暫住地後於當日向當地警察分駐（派出）所申報流動人口登記，及隨時與召集通報人保持聯繫，致召集令未能及時送達，有戶籍登記簿謄本、屏東縣警察局公館派出所談話筆錄、臺南軍管區司令部移送函可稽，撥之首開說明，自應成立妨害兵役罪責，乃原審不察，誤以被告戶籍遷出後，於一月十日參加教育召集，一月廿九日退役再往臺北工作，未逾戶籍法第五十八條第一項規定之十五日申報遷入期間，而諱知被告無罪，自屬違背法令，案經確定，非常上訴，洵有理由，惟原判決尚非不利於被告，應由本院將其違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如主文。

中華民國六十六年十一月廿二日

第捌拾肆案

一、關係條文

戡亂時期竊盜犯贓物犯保安處分條例第七條、第八條。

二、非常上訴理由

查戡亂時期竊盜犯贓物犯保安處分條例第七條規定 宣告之強制工作處分，如執行機關認為無繼續執行之必要者，得檢具事證，報請檢察官聲請法院免予繼續執行，此該條例規定甚明。本件受處分人某甲因竊盜案，經宜蘭地方法院裁定除處罪刑外，並宣告令入勞動場所強制工作，嗣因執行保安處分機關之臺灣警備總司令部職業訓導第一總隊依該保安處分條例第八條報請檢察官聲請法院免其刑之執行，此外並未依該條例第七條規定之聲請免其強制工作之繼續執行，詎臺灣高等法院未注意首開法條之規定，除裁定將其刑期免予執行外，並將未經檢察官聲請之強制工作處分，亦竟一併免予執行，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，即希依法核判。

三、判決要旨

戡亂時期竊盜犯贓物犯保安處分條例第七條規定 宣告之強制工作處分，如執行機關認為無繼續執行之必要者，得檢具事證，報請檢察官聲請法院免予繼續執行。本件被告某甲犯竊盜罪，經宜蘭地院判處有期徒刑並宣告令入勞動場所強制工作，嗣因執行保安處分機關依保安處分條例第八條報請檢察官聲請法院免其刑之執行，此外並未依該條例第七條規定免其強制工作之繼續執行，詎臺灣高等法院竟除裁定將其刑期免予執行外，並將未經檢察官聲請之強制工作處分，一併免予繼續執行，顯屬違背法令。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十五年度臺非字第一七五號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告

某甲

右上訴人因被告竊盜案件，對於臺灣高等法院中華民國六十五年七月廿七日免其刑之執行之確定裁定（六十五年度聲字第三五四號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

王 文

原裁定關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按被告某甲因竊盜案件，經臺灣宜蘭地方法院裁定減刑，應執行有期徒刑四月又十五日，並於刑之執行前令入勞動場所強制工作（六十四年度聲字第一七四號），嗣執行保安處分機關之臺灣警備總司令部職業訓導第一總隊依戡亂時期竊盜犯贓物犯保安處分條例第八條之規定，報請檢察官聲請法院免其刑之執行，並未依該條例第七條第一項之規定聲請免其強制工作處分之繼續執行，詎臺灣高等法院確定裁定除將被告有期徒刑四月十五日免予執行外，併將被告所受之強制工作處分免予繼續執行，顯屬違背法令，非常上訴意旨就此指摘，洵屬正當，惟原裁定尚非不利於被告，僅應將其違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段判決如主文。

中華民國六十五年十月廿一日

第捌拾伍案

一、關係條文

戡亂時期竊盜犯贓物犯保安處分條例第八條。

二、非常上訴理由

按依戡亂時期竊盜犯贓物犯保安處分條例第八條規定免除被告刑之執行，應以竊盜罪及贓物罪所處之刑爲限，若被告另犯他罪，因數罪併罰關係與竊盜罪合併定其應執行之刑，依執行保安處分之結果，認爲無執行刑之必要者，亦僅能就竊盜罪部分所處之刑，予以免除，此觀於該條例第一條上段之規定自明。本件被告某甲犯竊盜脫逃二罪，於五十九年十二月廿八日經臺灣臺東地方法院分別判處竊盜罪有期徒刑二年脫逃罪有期徒刑二月。合併定其應執行之刑爲二年，並於刑之執行前令入勞動場所強制工作，上訴於臺灣高等法院花蓮臨時庭，又經該庭於六十年二月十五日判決上訴駁回，案經確定，由該院檢察官發交職訓第一總隊執行強制工作。六十三年六月十二日復經臺灣高等法院花蓮分院以該年度聲減字第九號裁定依中華民國六十年罪犯減刑條例將該被告所犯竊盜罪減爲有期徒刑一年，脫逃罪減爲有期徒刑一月，應執行有期徒刑一年，及該院六十四年度聲減字第三一八號裁定，又依中華民國六十四年罪犯減刑條例將竊盜罪減爲有期徒刑六月，脫逃罪減爲有期徒刑十五日，應執行有期徒刑六月各在案。綜上所述，本案原裁定依據檢察官聲請，認爲強制工作執行之結果，成績良好，悛悔有據，無執行刑之必要，自應依照首開說明，就竊盜罪部分宣告之有期徒刑二年經兩次減刑之結果卽有期徒刑六月，予以免除，另脫逃部分原宣告之刑二月，經兩次減刑後所餘有期徒刑十五日，仍予執行方爲適法。乃原裁定竟將竊

盜脫逃兩部分之刑全部予以免除。且係經原宣告之刑期二年免除，置兩次依法減刑之刑期於不顧，顯屬於法有違，惟原裁定尚非不利於被告，應僅將違法部分撤銷，以資糾正。

三、判決要旨

戡亂時期竊盜犯贓物犯保安處分條例第八條之規定，檢察官根據執行機關報知執行強制工作處分之結果，聲請法院免其刑之執行者，其範圍應以被告犯竊盜罪或贓物罪最後所定有待執行之刑為限。本件被告某甲犯竊盜罪、脫逃罪，經分別判刑二年及二月，初定應執行刑二年。並於刑之執行前令入勞動場所強制工作。強制工作中因六十年罪犯減刑條例及六十四年罪犯減刑條例兩度減刑之結果，竊盜罪減為六月，脫逃罪減為十五日。依首開規定，被告應受免其刑之執行，只以竊盜罪最後減定之有期徒刑六月為限，原審裁定竟連同脫逃罪最後減刑之期一併免予執行，顯屬違法。

四、附 錄

最高法院刑事判決

八十四年度臺非字第一三六號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告脫逃等罪案件，對於臺灣高等法院花蓮分院中華民國六十四年九月一日免其刑之執行之第二審確定裁定（六十四年度聲字第一〇七號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原裁定關於違背法令部分撤銷。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院依戡亂時期竊盜犯贓物犯保安處分條例第八條之規定，檢察官根據執行機關報知執行強制工作處分之結果，聲請法院免其刑之執行者，其範圍應以被告犯竊盜罪或贓物罪最後所定有待執行之刑為限，故被告於竊盜贓物罪外另犯他罪被判之刑，固不在免予執行之列，即先定之刑期，已因減刑更定執行刑等因為後定之刑期所取代而非有待執行之刑者，亦不得據以爲免其執行之諭知。本件被告某甲犯竊盜脫逃二罪，經分別判處有期徒刑二年及二月，初定應執行刑爲二年，並於刑之執行前令入勞動場所強制工作，嗣於先行執行其強制工作處分中，雖經適用中華民國六十年罪犯減刑條例及中華民國六十四年罪犯減刑條例兩度裁定減刑之結果，已將被告竊盜罪所處有期徒刑二年遞減爲有期徒刑六月，脫逃罪所處自期徒刑二月則已遞減爲有期徒刑十五日，但依首開說明，被告應受免其刑之執行之範圍。既以其所犯竊盜罪最後減定之有期徒刑六月爲限，乃原裁定竟依檢察官之聲請，將被告減刑前犯竊盜及脫逃二罪原定之應執行刑有期徒刑二年，一併爲免予執行之諭知，自非適法。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由。惟原裁定尙非不利於被告，應僅將其違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段判決如主文。

中華民國六十四年十一月十八日

第捌拾陸案

一、關係條文

戡亂時期貪污治罪條例第十條、第六條第三款、第三條。

二、非常上訴理由

按追繳贓款，以屬於公有者爲限，私人被勒索之款，如已扣押者，應發還受害人，否則經受害人請求返還，不問其共犯（包括教唆犯、正犯、從犯）朋分數額之多寡，對於贓款之全部，均負連帶返還之責任（見院字第二〇二四號解釋），又上訴人共同侵占之財物，既爲新臺幣一萬五千餘元，依法定三與一之比率計算，已在銀元五千元以上，核與戕亂時期貪污治罪條例第九條（舊法）之規定不符，且共犯對於共同侵占之贓物總額，目應共同負責，不能以其於侵占犯罪完成後，處分贓款各人分受在折合銀元三千元以下，即認爲應適用較輕之刑法處斷（見五十二年臺上字第二二一號判例）。本件被告某甲、某乙等貪污案件，原判認定被告等共同依據法令從事公務之人員，連續對於主管之事務直接圖利，應構成戕亂時期貪污治罪條例第六條第三款第三條共同之罪刑，而第二審就某甲所得財物新臺幣一萬三千五百元，某乙所得財物新臺幣一萬元，未依上開解釋判例科以共同連帶追繳之責，而竟諭知各別追繳責任，顯於法有違誤，被告等提起上訴，原審法院未注意及此，予以糾正，竟將其上訴駁回，於法亦有未合，案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

戕亂時期貪污治罪條例第十條追繳貪污所得財物，向採共犯連帶負責主義，如二人以上共犯本條例之罪，貪污所得財物，不問共犯間朋分數額之多寡，均應就所得財物之全部負連帶繳還之責任。本件第二審判決認被告某甲、某乙共同貪污，某甲所得新臺幣一萬三千五百元、某乙所得新臺幣一萬元，分別諭知追繳沒收，原審未加糾正，予以維持，自屬於法有違。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十六年度臺非字第第八〇號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告

某甲

某乙

右上訴人因被告貪污案件，對於最高法院中華民國六十六年元月二十日第三審確定判決（六十六年度台上字第一八四號）認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按戡亂時期貪污治罪條例第十條追繳貪污所得財物，向採共犯連帶負責主義，如二人以上共犯本條例之罪，貪污所得財物，不問共犯間朋分數額之多寡，均應就所財物之全部，負連帶繳還之責任。本件第二審判決認定被告某甲、某乙均係臺灣省公路局離職人員，於民國五十九年初勾結該局材料處料物課課長某丙及同課副工程師兼股長某丁。就丙、丁二人主管採購電瓶之事務共同圖利新臺幣（下同）四萬元，除其中一萬六千五百元，送交同案被告某丙、某丁，被告某甲分得一萬三千五百元，被告某乙分得一萬元等情，依首開說明，應命被告等就共犯間所得財物之總額四萬元，負連帶繳還之責。第二審判決竟對被告某甲所得財物一萬三千五百元，被告某乙所得財物一萬元，分別諭知追繳沒收，原判決未加糾正，予以維持，駁回被告等在第三審之上訴，自屬於法有違，案經確定，上訴人認為違法，提起非常上訴，洵有理由，唯原判決尚非不利於被告，應僅將其違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段判決如主文。

中華民國六十六年四月二十七日

第捌拾柒案

一、關係條文

戡亂時期貪污治罪條例第十條、第十二條。

刑法第一百二十一條第一、二項。

二、非常上訴理由

查戡亂時期貪污治罪條例第十條所定應予追繳沒收或發還被害人財物，以所得者為限，其無所得或已發還者，自無從再為追繳或發還之諭知，最高法院五十四年臺上字第二六五號著有判例。本件被告某甲賈職一案，原判決於事實欄及理由欄均敘明被告所收受之新臺幣一千元已退還行賄者，但於主文第二項仍諭知收受賄賂新臺幣一千元沒收之，如全部或一部不能沒收時，追徵其價額，該判決此部分顯屬違誤，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，以資救濟。

三、判決要旨

戡亂時期貪污治罪條例第十條所定應予追繳沒收或發還被害人之財物，以所得者為限，其無所得或已退還行為人者，自無從再為追繳之諭知。本件被告某甲受收某乙賄款新臺幣一千元後，已退還與某乙，因某乙之檢舉，原審依戡亂時期貪污治罪條例第十二條第一項、刑法第一百二十一條第一二兩項論科，固非無據，但依刑法第一百二十一條第二項諭知賄款沒收之，自非適法。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十六年度臺非字第五〇號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告

某甲

右上訴人因被告賄職案件，對於臺灣臺中地方法院中華民國六十五年十一月十八日第一審確定判決（六十五年度訴字第六八七號）認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決撤銷。

某甲公務員對於職務上之行爲收受賄賂，處有期徒刑三月。

非常上訴理由（見前二）

本院按刑法第一百二十一條第一項所定之賄賂，依同條第二項固應予以沒收或追徵其價額，但已退還行賄人，即不能更向受賄人追徵（參照本院二十五年上字第二二六〇號判例），本件原判決認定被告某甲係臺灣省臺中縣警察局清水分局三田派出所警員，民國六十五年四月十八日出勤查察戶口時，發現臺中縣清水鎮下浦里中山路四三二號管區居民某乙將住宅土牆改 水泥，竟認有機可乘，示意某乙送禮，某乙爲避免干擾，乃於六十五年五月初某日，以紅包裝進新臺幣（下同）一千元，託其內弟某丙代送，某丙於同月三日或四日晚上八時左右，攜帶上開一千元紅包造訪被告，並在被告住宅客廳裏，將一千元交予被告收受，請求對某乙抹牆之事多關照，而某乙見被告已收受其一千元，竟有恃無恐，於牆壁改建完工後，又矇蔽被告繼續擴建廁所、房棚，被告見某乙不守信諾，事能嚴重，乃於同年五月二十六日下午三點多，在某乙住處，將前所收受之一千元退還，用保職守，並於同年六月二十日繕具取締市民新違章建築查報通知單向分局呈報某乙違建事，某乙心有不甘，出而檢舉，案經臺中縣警察局移送偵辦等情，因依戡亂時期貪污治罪條例第十二條第一項，刑法第一百二十一條第一二兩項，戡亂時期罰金罰鍰裁判費執行費公證費提高標準條例第一條論被告以公務員

對於職務上之行爲收受賄賂罪刑，固非無據。

唯既認定前項賄賂已退還行賄人某乙，竟仍適用刑法第一百二十一條第二項諭知收受之賄賂新臺幣一千元沒收之，如全部或一部不能沒收時，追徵其價額，其適用法則，依前所述，不無欠當，且不利於被告，案經確定，上訴人認爲違法，提起非常上訴，洵有理由，應由本院將原判決撤銷，自爲判決，並處被告以原判決所科之刑，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，戡亂時期貪污治罪條例第十二條第一項，刑法第一百二十一條第一項，戡亂時期罰金罰鍰裁判費執行費公證費提高標準條例第一條判決如主文。

中華民國六十六年三月廿四日

第捌拾捌案

一、關係條文

戰時交通電業設備及器材防護條例第十四條第一項。

二、非常上訴理由

按非軍人觸犯戰時交通器材防護條例第十四條第一項之罪，依行政院修正之臺灣地區戒嚴時期軍法機關自行審判及交法院審判案件劃分辦法第二條第三款之規定，固由軍法機關審判，但此係指五十六年四月一日，該辦法經行政院修正公佈施行後所發生之該項案件而言，至於在該修正辦法公佈施行前案件已繫屬於法院者，仍由法院審判，業經行政院於該辦法公佈施行之同時，以臺五十六法字第二三六二號令明白劃分清楚，並經司法行政部以臺五六刑（二）字第二〇〇〇號轉飭各法院將五十六年四月一日該辦法公佈施行前已繫屬尚未終結之該項案件，分別列冊具報在案，而各級法院亦均遵照辦理，凡此均有原令可

稽，是有關非軍人在五十六年四月一日以前觸犯戰時交通器材防護條例第十四條第一項之罪，如已繫屬於法院者，縱令修正之臺灣地域戒嚴時期軍法機關自行審判及交法院審判案件劃分辦法公佈施行後，法院仍有審判權，毫無疑義，且該辦法修正後，行政院於同年九月四日又以臺五十六法字第六八五七號令，將該修正案條文第二條第三款所列有關戰時交通電業設備及器材防護條例第十四條，第十五條之罪原劃由軍法審判者略加缩小，法院審判範圍擴大，尤足證明行政院對於該第十四條亦即該條例第二條第一項第四款所列之電信設備及器材部份，已經規定繫屬於法院者，仍由法院審判，並無變更再由軍法機關審判之意，更爲明顯。本件被告某甲於五十四年四月十一日、十八日、廿五日及五月二日先後與共犯某乙、某丙在臺北縣新莊鎮田盛里、柴埕里，竊剪國防部情報專用電話銅線，同年四月二日又共同在永和鎮中正新村，竊剪電力公司永和服務所電話銅線，同年五月十七日及六月二日又共同在永和堤外及土城鄉永寧村前山坡等地，竊剪電力公司供電處臺北保線區電話銅線，同年五月底又共同在新莊鎮丹鳳里稻田中竊剪陸軍第三軍通訊電話銅線等情。業經臺灣新竹地方法院檢察官於五十四年六月廿九日偵查終結，提起公訴，該案早已繫屬法院，而共犯某乙、某丙等並經臺灣新竹地方法院於五十四年七月廿二日判處有期徒刑各一年六月，經被告等提起第二、三審上訴，又分別經臺灣高等法院於五十四年十一月卅日、最高法院於五十五年四月七日均已判決「上訴駁回」及確定在案，凡此均有本案卷宗可稽。可見本案不但早已繫屬於法院，並大部分已經法院判決確定，縱該被告某甲當時因逃亡未獲，尚未同時審判，但該案件既早已繫屬於法院，依前述行政院之命令，法院對之仍然有審判權，且此項行政院令與該劃分辦法，同屬行政院依戒嚴法第八條所發佈之行政命令，又係同時公佈實施，效力相同，在行政院未變更該命令前，無論軍法機關或法院均有遵守之義務，乃原審法院於該被告通緝歸案後，竟違反各法院辦理各項案件成例，依修正臺灣地區戒嚴時期軍法機關自行審判及交法院審判案件劃分辦法第二條第三款之規定，認爲法院無審判權，置行政院臺五十六法字第二三六二號令有關對於已繫屬於法院之案件仍由法院

審結之指示於不顧，逕自諭知本件不予受理之判決，顯屬違背法令，惟本案原確定判決係誤認為法院無審判權而不受理，應請貴院將原判決撤銷發交原審法院依判決前之程序更為審判。

三、判決要旨

非軍人觸犯戰時交通器材防護條例第十四條第一項之罪，依行政院修正之臺灣地區戒嚴時期軍法機關自行審判及交法院審判案件劃分辦法第二條第三款之規定，固由軍法機關審判，至於在該修正辦法公布前案件已繫屬於法院，仍由法院審判，有行政院臺五十六法字第二三六二號令加以規定。本件被告某甲犯違反戰時交通器材防護條例罪，係修正公布劃分辦法以前，且已繫屬於法院，自應由法院審判，原審誤認為無審判權而諭知不予受理之判決，自屬違法。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十四年度臺非字第四三號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告違反戰時交通器材防護條例案件，對於臺灣新竹地方法院中華民國六十四年三月廿四日第一審確定判決（六十二年緝訴字第八十五號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決撤銷，由臺灣新竹地方法院依判決前之程序更為審判。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按非軍人觸犯戰時交通器材防護條例第十四條第一項之罪，依行政院修正之臺灣地區戒嚴時期軍法機關自行審判及交法院審判案件劃分辦法第二條第三款之規定，固由軍法機關審判，但此係指五十六年四月一日，該辦法經行政院修正公佈施行後所發生之該項案件而言，至於在該修正辦法公佈施行前案件已繫屬於法院者，仍由法院審判，業經行政院於該辦法公佈施行之同時，以臺五十八法字第二三八二號令明白劃分清楚。此項命令與該劃分辦法，同屬行政院依戒嚴法第八條所發佈之行政命令，又係同時公佈實施，效力相同，在行政院未變更該命令前，無論軍法機關或法院均有遵守之義務。本件被告某甲於五十四年四月十一日、十八日、廿五日先後與共犯某乙、某丙在臺北縣新莊鎮田盛里、柴埕里，竊剪國防部情報專用電話銅線，同年四月二日又共同在永和鎮中正新村竊剪電力公司永和服務所電話銅線，同年五月十七日及六月二日又共同在水和堤外及土城鄉永寧村前山坡等地，竊剪電力公司伊電處臺北保線區電話銅線，同年五月底又共同在新莊鎮丹鳳里稻田中竊剪陸軍第三軍通訊電話銅線等情。業經臺灣新竹地方法院檢察官於五十四年六月廿九日偵查終結，提起公訴，不但早已繫屬於法院，且其共犯某乙、某丙等並經法院判處罪刑確定在案（詳見臺灣新竹地方法院五十四年度訴字第六九〇號一案歷審之案卷）。雖因當時被告某甲在逃未獲而未同時審結，但本案於五十六年四月一日以前，業已繫屬於法院，則無疑義。依照上述劃分辦法及行政院令法院對之仍有審判權。原審未為實體上之審判，誤認法院並無審判權而論知不予受理之判決，自屬違法。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由。因原判決之違法係誤認為無審判權而不受理，爰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。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項，判決如主文。

中華民國六十四年四月十六日

第捌拾玖案

一、關係條文

戰時交通電業設備及器材防護條例第十四條第一項、第二條第一項第四款第八款。

二、非常上訴理由

本件原審以被告某甲於民國六十五年元月十九日上午八時，爲改建房屋，擅自剪斷電力公司輸電線路三條，觸犯戰時交通電業設備及器材防護條例第十四條第一項之罪，依臺灣地區戒嚴時期軍法機關自行審判及交法院審判案件劃分辦法第二條第三款規定，應歸軍法機關自行審判之案件，法院無審判權，諭知不予受理。惟查戰時交通電業設備及器材防護條例第十四條之罪，應歸軍法機關自行審判者，以屬於竊盜或毀損同條例第二條第一項第四款、第八款之交通設備及器材部分爲限，觀於上開劃分辦法第二條第三款後段規定甚明。本件被告某甲所剪斷之電線，係電力公司輸電及配電線路設備，屬於同防護條例第二條第二項第二款之電業設備及器材，被告又非現役軍人自不屬軍法機關審判之範圍，乃京判決竟認爲法院無審判權，諭知不予受理之判決，顯屬違背法令。案經判決確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條，提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

犯戰時交通電業設備及器材防護條例第十四條第一項之罪，應歸軍法機關自行審理者，以屬於竊盜或毀損同條例第二條第一項第四款第八款規定之交通設備及器材爲限。臺灣地區戒嚴時期軍法機關自行審判及交法院審判案件劃分辦法第二條第三款後段定有明文。本件被告因修建房屋，擅自剪斷住宅前之臺灣電力公司輸電線三條，自係毀損防護條例第二條第二項第二款之電業設備及器材。被告又非現役軍人。原審判決竟認爲無審判權，諭

知不受理，顯有違誤。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十五年臺非字第20四號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告

某甲

右上訴人因被告違反戰時交通電業設備及器材防護條例案件，對於臺灣彰化地方法院中華民國六十五年七月廿七日第一審確定判決（六十五年度訴字第一五八號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院查犯戰時交通電業設備及器材防護條例第十四條第一項之罪，應歸軍法機關自行審判者，以屬於竊盜或毀損同條例第二條第一項第四款第八款規定之交通設備及器材為限。臺灣地區戒嚴時期軍法機關自行審判及交法院審判案件劃分辦法第二條第三款後段定有明文。本件原判決認定被告某甲於民國六十五年元月十九日上午八時許，偽改建房屋，擅自以鐵鉗剪斷其住宅前之臺灣電力公司輸電線三條。固屬犯戰時交通電業設備及器材防護條例第十四條第一項之罪。但被告某甲所剪斷者，既為臺灣電力公司之輸電線，自係毀損同防護條例第二條第二項第二款之電業設備及器材。被告又非現役軍人，自不屬軍法機關審判之範圍，乃原判決竟認為法院無審判權，諒知不受理判決，顯屬違背法令。案經確定，上訴人認為違法，提起非常上訴，洵有理由。惟原判決並非不利於被告，本院僅應將原判決關於違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如主文。

中華民國六十五年十二月一日

二二四

第玖拾案

一、關係條文

所得稅法第一百十條第三項。

刑法第一條。

刑事訴訟法第三百七十八條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。本件被告某甲於民國六十年間經營吳建設有限公司，於同年十一月間，以公司名義承建某乙房屋一棟，收取工程費新臺幣九十二萬元，故曾不給予他人憑證，且未於該年度申報綜合所得稅時一併申報，逃漏該年度所得稅，且情節重大，經臺灣臺北地方法院依所得稅法第一百十條第三項判處被告有期徒刑二月，減爲有期徒刑一月確定在案。查承建某乙之房屋乃係公司之名義，逃漏所得稅亦係公司應納之稅捐，依當時有效之所得稅法第一百十條第三項規定『納稅義務人有故意以詐欺或其他不正方法逃漏所得稅，經查明情節重大者，除依前兩項規定加處罰鍰外，並得處二年以下有期徒刑或拘役』。其處罰之主體及對象應爲公司，而非公司負責人。茲被告公司違反有關科處刑罰之規定，依該法第一百十條第三項所稱之『納稅義務人』，既包括法人在內，當然係指公司，雖公司無刑罰之適應性，難以達刑罰之目的，惟該條項

既無公司違反時得處罰其負責人或代表人之明文，此種捨公司而處罰負責人之見解，即屬不合（參見司法行政部五十五年二月廿一日臺（五五）函參字第四七〇號，司法專刊第一八〇期），而原判決在事實之認定時，即說明被告之公司承建房屋逃漏稅捐，今捨公司而處罰負責人，顯有不適用去則或適用不當之違誤。雖新頒稅捐稽征法第四十七條有處罰公司負責人之規定，但已在本案判決確定後方公布施行，要不能溯及既往，合依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資救濟。

三、判決要旨

行爲之處罰以行爲時之法律有明文規定者爲限，刑法第一條規定甚明。本件被告某甲於民國六十年間以某建築公司名義承建某乙房屋一棟，收取工程費新臺幣九十二萬元，故意不給予他人憑證，且未於該年度申報綜合所得稅，依此事實，其違反所得稅法之主體應爲某建築公司，而非被告某甲本人，縱現行稅捐稽征法第四十七條規定關於納稅義務人於公司負責人亦適用之。但稅捐稽征法係在本案判決確定後於六十五年十二月廿二日公布施行，基於法律不溯既往原則，亦不得援用。乃原判竟誤認公司負責人爲個人，依所得稅法第一百十條第三項論罪科刑，自屬違法。應將原判決撤銷，改判無罪。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十六年度臺非字第二二五號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告 某甲

右上訴人因被告詐欺等罪案件，對於臺灣臺北地方法院中華民國六十五年十月廿日第一審確定判決（六十五年度易緝字第九五九號），認爲一部違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決關於違反所得稅法部分撤銷。

上開部分無罪。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按行爲之處罰以行爲時之法律有明文規定者爲限。刑法第一條規定甚明。本件原判決認定被告某甲於民國六十年間經營其建設有限公司，同年十一月間承建某乙房屋一棟，收取工程費新臺幣九十二萬元，故意不給予他人憑證，且未於該年度申報綜合所得稅時，一併申報，逃漏該年度所得稅，情節重大等情。固據被告供認不諱並有財政部臺北市國稅局審查書及原審法院六十二年財所字第四一〇一號刑事裁定影本附卷可稽。但查當時有效之所得稅法第一百十條第三項規定處罰之主體納稅義務人，指依該法規定應申報或繳納所得稅之人，包括自然人及法人。原判決既認定係龍德建設有限公司承建房屋逃漏稅捐，並經裁定對該公司處罰鍰新臺幣四萬六千元確定在案，被告雖爲該公司負責人，要非其個人逃漏所得稅，自無刑責可言。縱現行稅捐稽征法第四十七條規定關於納稅義務人於公司負責人才適用之，但稅捐稽征法六十五年十月廿二日公布施行，基於不溯既往原則，亦不得援用。原審不依前開說明爲諭知無罪之判決，竟誤公司負責人卽爲個人予以論罪科刑，自屬違法。且不利於被告，上訴人於判決確定後，提起非常上訴，洵有理由，應由本院將原判決關於此部分撤銷，改判無罪，以資糾正。

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

中華民國六十六年十二月七日

第玖拾壹案

一、關係條文

所得稅法第一百十條第三項。

刑法第十一條、第四十條。

中華民國六十四年罪犯減刑條例第六條、第四條第二項、第二條第一項第二款乙類(三)。

二、非常上訴理由

按犯罪在六十四年四月十六日以前者，應依中華民國六十四年罪犯減刑條例之規定予以減刑。又犯罪行為之方法結果相牽連者，應從一重處斷。本件原確定判決認定被告某甲於民國六十三年間明知某乙並未在其營造廠工作，亦未領取工資，竟向稅捐稽征機關虛報其領取工資新臺幣一萬六千八百元等情，既向苗栗縣稅捐稽征處申報，填具所得稅扣繳憑單在卷，則被告某甲顯係以偽造文書之方法行為，以達其逃漏所得稅之結果，應依刑法第五十五條之規定，從一重之偽造文書處斷。原審檢察官既已載明被告虛報之事實，即不能以起訴漏列偽造文書條文而不論，原審未就裁判上一罪之關係誤為輕罪之判決，已屬違誤，且其行為在民國六十四年四月十六日以前，原確定判決漏未減刑，亦有違誤。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、判決要旨

犯罪行為之方法結果相牽連者，應從一重處斷。本件被告某甲為增加成本之支出，虛列某乙為其工廠工人，其全年工薪為新臺幣一萬六千八百元，向苗栗稅捐處申報，原審檢察官以違反所得稅法起訴，漏列偽造文書法條，原審未就被告某甲所犯偽造文書一罪與違反所得稅法一罪，從一重之偽造文書罪處斷，已屬違法。又本件犯罪係在中華民國六十四年四月十六日以前，原審未依中華民國六十四年罪犯減刑條例予以減刑，亦屬違誤。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十四年度臺非字第一四二號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告

某甲

右上訴人因被告違反所得稅法案件，對於臺灣新竹地方法院中華民國六十四年九月十二日第一審確定判決（六十四年度易字第二三四七號）認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決撤銷。

某甲納稅義務人，以詐欺方法，逃漏所得稅，處拘役五十日，如易科罰金，以三元折算一日，減為拘役二十五日，如易科罰金以三元折算一日。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按牽連犯應從一重處斷。則希理一部之犯罪事實時，對於他部之犯罪事實，當不能不連帶及之，又被告所犯之法條，起訴書中雖亦要記載，但法條之記載，乃訓示之規定，並非起訴之絕對必要條件，若被告犯有兩罪，起訴書中僅記載一個罪名之違條，其他一罪雖未記載法條，亦為起訴效力所及。本件原確定判決既認被告某甲係苗栗縣某營造

廠負責人，明知某乙於民國六十三年間未在該廠工作，亦無領取工資之事實，竟以增加成本方法，逃漏所得稅，虛報某乙在該廠領取工資新臺幣一萬六千八百元於苗栗縣稅捐稽征處，則被告顯係以偽造文書之方法以達其逃漏所得稅之結果。案經臺灣新竹地方法院檢察官偵查以違反所得稅法起訴後，同院於六十四年九月十二日判決（六十四年度易字第二三四七號）時，未依前開說明，就被告所犯偽造文書一罪與其所犯逃漏所得稅一罪，從一重之偽造文書處斷，而僅論以納稅義務人，以詐欺方法，逃漏所得稅，情節重大罪，酌處拘役五十日，如易科罰金，以三元折算一日，顯屬違背法令，上訴人於判決確定後，提起非常上訴，尙有理由。但此種違誤，尙非不利於被告，祇應僅將原判決關於違背法令部分撤銷，次按犯罪在六十四年四月十六日以前者，應依中華民國六十四年罪犯減刑條例之規定予以減刑，應判決不依該條例減輕其刑，顯屬違誤，且於被告不利，案經確定，上訴人對之提起非常上訴，非無理由，應由本院將原判決撤銷，自爲判決，按原處刑期減輕二分之一，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款但書，所得稅法第一百十條第三項，刑法第十一條，第四十一條，中華民國六十四年罪犯減刑條例第六條，第四條第二項，第二條第一項第二款乙類，判決如主文。
中華民國六十四年十一月廿一日

第玖拾貳案

一、關係條文

戡亂時期肅清煙毒條例施行細則第二十六條第一項第二項。
刑事訴訟法第三百七十九條第十四款。

二、非常上訴理由

按刑法上之沒收，係強制將財物收歸國庫，以其有關被告等人之權利，自爲法院應予裁判之事項，刑事訴訟法第三百零九條第一款因規定須與王刑同記於王文，當在審判中，其與被告等人權利有關者，爲應否沒收，若沒收之後應如何處分，則與被告等人並無若何關係，亦毋須於爲判決之時並予裁判，以故上開條款內僅規定從刑須記於王文，並未規定於其中沒收應論知如何處分，而同法另在第八編內於第四百七十條，第四百七十一條就有關執行事項爲規定之後則有第四百七十二條「沒收物由檢察官處分之」之規定，且卽由刑事訴訟法第三百零九條第一款與同法第四百七十二條對照而觀，則審檢職權範圍極爲顯明，從而關於沒收物之處分，自不應記載於判決王文。復查戡亂時期肅清煙毒條例並非單純特別法，其內第三條第二十條爲行政法，第十六條至第十八條爲刑事訴訟法之特別規定，該條例既爲綜合各種法律之特別法，則何者爲何法條之特別規定，自應視其原本來性質而定。按之前項說明，沒收物應於原判決確定執行之後，應歸國庫之時，始應由檢察官處分，而關於沒收物之銷燬，乃對於沒收物之處分，則同條例第十二條關於煙毒銷燬之規定，當爲刑事訴訟法第四百七十二條之特別規定，乃對於檢察官爲處分時所爲之訓示，該項銷燬，自非法院應予裁判之事項，不應記入主文。若謂「銷燬」兩字係緊接「沒收」兩字之後，卽應隨同沒收而記入王文，但同條例第十三條第二項亦係緊承同條第一項「均沒收之」之後，豈亦應將第二項「應解繳國庫充肅清煙毒經費之用」等語記入判決王文之內。按該條例既原係各項特別法之綜合，其以行文之便於同一條內亦有綜合規定，自未可以其文字之相接，而謂其性質卽應隨同。且查卅七年特覆字第二九七五號判例，卽已謂「煙毒案件對現行沒收之煙毒，祇須於主文內宣示沒收，原判決復爲銷燬之諭知，自有未合」。該判例簡潔明白，並未附有若何條件，爲該條例當時所應適用之禁煙禁毒治罪條例雖已廢止，但查其第十七條之條文（三十六年七月十六日修正）與現行條例第十二條之條文則係相同，其條文既同，其解釋亦應相同，不應有異。如必謂法院於應行沒收物之處分有審判諭知之權，而戡亂時期肅清煙毒條例第十二條關於煙毒銷燬之認定，乃爲刑事訴訟法第三百零九

條第一款之特別規定，然就法律間關係言，刑事訴訟法之規定方爲原則之規定，而條例之規定則應爲例外之規定，就沒收之本旨言，收歸國庫以充公用，乃「物盡其用」係最高原則，燬而不用，更屬例外。別查前開條例之第十二條，於其但書業已明白規定「煙毒合於製藥之用，法令有特別規定者，依其規定」。是法令一有特別規定，即應適用該特別規定，該條上段「銷燬」之規定，並應停止適用，而查同條例施行細則，於製藥之用，則已有特別規定，原第一審判決仍適用該條上段銷燬之規定，以諭知銷燬，該部分判決適用法令自屬不當，依刑事訴訟法第三百七十八條即係違背法令，原確定判決仍予維持，亦係違背法令。復查前開條例施行細則第二十六條原係因製藥之用所爲之規定，其第一項上段先規定「司法機關驗收之煙毒，經化驗合於製藥之用者，應於案件判決確定後，解內政部附酹藥品經理處統籌製藥」，此乃從正面規定，當爲原則，其後段方規定「不合」製藥者彙案會同有關機關開「欠燬之」此乃從反面，就不合製藥者所爲之規定，應屬例外，該條例第二項更明白規定「前項合於製藥之用係指含有有效成分在百分之三以上而言」。是有效成分從百分之一百降至百分之三，皆規定爲合於製藥之用，惟於不及百分之三者，始規定爲不合製藥，而應焚燬，其以物盡其用爲原則，燬而不用爲例外，更爲顯明。按前開施行細則第廿六條第一項後段既已明白規定，以「不合製藥之用」爲焚燬之必要條件，若有「不合製藥之用」之認定，自不得爲焚燬之諭知。本案原確定判決所認定之事實，據其事實欄內記載，係與第一審判決所記載者相同，而第一審判決之事實欄關於案內毒品，則僅有「尙未施打之嗎啡十四包」之記載，並未認定其係「不合製藥之用」之毒品，故依原確定判決所認定之事實，其諭知銷燬，顯然違背該條項後段焚燬之規定。現在法院檢察雙方，對於業經判決確定沒收之煙毒之處置（先經檢察官處分後由雙方會辦）凡合製藥之用者，皆依照規定移送統籌製藥，其不合製藥者，亦依規定予以焚燬。本案沒收之嗎啡，早經臺北市政府警察局刑事警察大隊檢驗明白，確爲嗎啡，其純度約在百分之九十七，有其原檢驗通知書可稽（見臺北地方法院少調字第一三三三號卷第十八頁），若依昭確定判決予以銷燬，

則有違上開施行細則第廿六條第一項之規定，若不銷燬，則又違背確定判決。是以原確定判決維持第一審判決銷燬之諭知，即導致執行上困難，前據臺灣高等法院檢察官本此理由以為聲請，當經提起非常上訴，六十六年度非字第一七八號判決雖予駁回，但所謂原則例外云云，並不足以說明原確定判決並不違背法令，應再依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條，提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

司法機關驗收之煙毒，經化驗合於製藥之用者，應於案件判決確定後，彙解內政部麻醉藥品經理處統籌製藥。前項合於製藥之用，係指含有有效成分在百分之三以上者而言。戡亂時期肅清煙毒條例施行細則第二十六條第一二項規定甚明。本件沒收之嗎啡，經化驗其純度為百分之九十七，合於製藥之用，初審判決理由未予說明，於主文諭知銷燬，終審判決未予糾正，遽予維持，自屬違背法令。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十六年度聲非字第二四二號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告煙毒案件，對於臺灣高等法院中華民國六十六年四月廿六日終審判決（六十六年度少上訴字第三七號）認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

七 文

原審及初審關於訴訟程序違背法令部分之判決撤銷。

理由

非常上訴理由（見則二）

本院按判決不載理由，爲當然違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第十四款定有明文。本案被告某甲施打毒品，初審判決就其身上查獲尚未施打之嗎啡十四包諭知沒收銷燬，惟查本案沒收之嗎啡，早經臺北市政府警察局刑事警察大隊驗明確爲嗎啡，其純度約在百分之九十七，有原檢驗通知書在卷可稽。依戡亂時期肅清煙毒條例施行細則第二十六條第一項前段規定「司法機關驗收之煙毒，經化驗合於製藥之用者，應於案件判決確定後，彙解內政部麻醉藥品經理處統籌製藥」。同條第二項復明定「前項合於製藥之用，係指含有有效成分在百分之三以上而言」。是有效成分有百分之三，即爲合於製藥之用，唯不及百分之三者，始屬不合製藥之用，而應焚燬，此乃以物盡其用爲原則，燬而不用爲例外，法意甚明。本案沒收之嗎啡，其純度既在百分之九十七，已如前述，何以不合製藥之用，初審判決理由未予說明，而於主文諱知銷燬，終審判決未予糾正，遽予維持，揆諸上開規定，其判決當然爲違背法令，非常上訴就此指摘，洵有理由。但此種判決尙非不利於被告，應僅將原審及初審關於訴訟程序違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款，判決如主文。

中華民國六十六年十二月廿二日

第玖拾叁案

一、關係條文

水利法第九十三條第一項。

刑法第三百五十四條。

二、非常上訴理由

按主刑之重輕，依刑法第三十三條規定之次序定之，同種之刑以最高度之較長者爲重，爲刑法第三十五條第一項、第二項上段所明定，本件原判決係以被告某甲於六十二年五月間，擅將垃圾等污穢物品，傾倒於高雄農田水利會所屬大寮在來大排水溝（圳）使該排水溝之溝床，約有三百公尺長沉積，高達零點三公尺，因經常傾倒污穢之物，溝水污毒，而將下流某乙等所放養之蜆類毒斃，致某乙等受有損害，因認爲該被告犯水利法第九十三條第一項及刑法第三百五十四條之罪名，應從一重處斷，查水利法第九十三條第一項之法定刑，於中華民國六十三年二月二日已經修正，係爲三年以下有期徒刑，拘役或科或併科三千元以下罰金，而刑法第三百五十四條之法定刑，則爲二年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金，按之首開規定，自應以水利法第九十三條第一項之刑爲重，乃原判竟依刑法第三百五十四條處斷，顯有違誤，案已確定，應依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條，提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

刑法第五十五條之從一重處斷，以法定刑之輕重爲準。本件被告某甲將其工廠煤渣等倒入大排水溝，致影響農田之排水用水及毀損他人之蜆類等，犯水利法第九十三條第一項及刑法第三百五十四條之罪，爲一行爲觸犯數罪名，應從一重處斷。原判決竟不比較前開兩法條之刑之輕重，竟依刑法第三百五十四條較輕之毀損罪論科，顯有違誤。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十四年度臺非字第七二號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告 某甲

右上訴人因被告違反水利法案件，對於臺灣高等法院臺南分院，中華民國六十四年三月二十八日第二審確定判決（六十三年度上易字第三六二六號）認為違法，提起非常上訴，本院判決如左。

主 文

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按刑法第五十五條之從一重處斷，以法定刑之輕重為準，即係以某一罪之法定刑，與他罪名之法定刑比較，而從一法定刑，較重之罪名處斷方為適法。

本件原判決事實認定被告某甲於民國六十三年五月間，擅將其工廠火爐炭渣，木炭，垃圾等污穢物品，傾倒於臺灣省高雄農田水利會所屬大寮在來大排水溝（圳）使該排水溝，自該工廠起至下游約三百公尺溝床，沉積高達零點三公尺，因經常傾倒污穢之物，溝水汚毒，而將下游某乙等所放養蜆類毒斃，某乙等受有損害等情，並於理由內述明被告大量傾倒污穢物品之結果，影響農田之排水用水，及毀損他人之蜆類，有犯水利法第九十三條第一項及刑法第三百五十四條之罪，為一行為觸犯數罪名，應從一重處斷等語。

惟查水利法第九十三條第一項之罪，其最高度本刑為三年以下有期徒刑，而刑法第三百五十四條之毀損他人之物罪，其最高度本刑為二年以下有期徒刑，依此比較，自以水利法第九十三條第一項之罪為重，乃原判決竟不比較其刑之輕重，而依刑法第三百五十四條較輕之毀損罪論科，自難謂為於法無違，非常上訴意旨，執此指摘，洵屬有理，但原判決尚非不利於被告，應由本院於其違法部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段，判決如主文。

中華民國六十四年六月十八日

第玖拾肆案

一、關係條文

海關緝私條例第二十一條第三、四項。
司法院院字第一七四八號解釋。

二、非常上訴理由

按海關緝私條例，原屬行政法性質，法院不得引爲論罪科刑之依據。早經司法院以廿七年院字第一七四八號「法院受理偷漏關稅事件，除依懲治偷漏關稅暫行條例，（民國卅七年改爲懲治走私條例）論罪科刑外，不得兼適用含有行政罰性質之海關緝私條例併科罰金」。解釋有案，復經本院以廿年上字第九八四號「法院受理偷漏關稅案件，除以懲治偷漏關稅暫行條例論罪科刑，並適用刑法辦理外，不得援用含有行政法性質之海關緝私條例沒收其漏稅之貨物」，著有判例。本件被告某甲在基隆向不詳姓名之人購買私運進口之特麗鈴西裝料六十五段，隱藏於臺北市某街某號，由知情被告某乙看管，原審竟依據海關緝私條例第廿一條第三項第四項，論處被告等共同購買私運貨物罪刑，各處罰金六百元，並定易服勞役之標準，特麗鈴西裝料六十五段均沒收，衡諸首開說明，顯係適用法則不當，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

海關緝私條例，原屬行政法性質，法院不得引爲論罪科刑之依據，早經司法院廿七年

院字第一七四八號解釋有案，復經最高法院以廿八年上字第九八四號著有判例。本件被告某甲在基隆向不詳姓名之人，購買私運進口之西裝料六十五段，運藏於臺北市某街某號，由知情之某乙看管，該項行爲現行刑罰法令尙無處罰規定，原審依海關緝私條例第廿一條第三項第四項（舊）論被告等共同購買私運貨物罪，顯非適法。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十二年度台非字第四四號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

某乙

右上訴人因被告等違反海關緝私條例案件，對於臺灣臺北地方法院中華民國六十一年十二月十九日第一審確定判決，（六十二年易字第二一一九二號），認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決撤銷。

某甲、某乙無罪。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按海關緝私條例，原屬行政法性質，法院不得引爲論罪科刑之依據，早經司法院以廿七年院字第一七四八號解釋有案，復經本院以廿八年上字第九八四號著有判例。本件被告某甲在基隆向不詳姓名之人，購買私運進口之特麗鈴西裝料六十五段，運藏於臺北市某街某號，由知情之被告某乙看管，該項行爲現行刑罰法令尙無處罰規定，原審依海關緝私條例第廿一條第三項第四項論被告等共同購買私運貨物罪，各處罰金六百元，並諭知易服勞役之折算標準，特麗鈴

西裝料六十五段均沒收，自屬違法，且於被告等不利，案經確定，非常上訴意旨，指摘其爲不當，洵有理由，應由本院將原判決撤銷，另行改判，諭知被告等無罪，俾資糾正。

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

中華民國六十二年三月十六日

第玖拾伍案

一、關係條文

戕亂時期罰金罰鍰裁判費執行費公證費提高標準條例。

刑法第二百三十九條、第四十一條。

二、非常上訴理由

按在戕亂時期罰金罰鍰裁判費執行費公證費提高標準條例施行後，犯未經主管法院核定提高罰金倍數之法律之罪，無該條例第二條之適用，爲最高法院民刑庭總會五十一年第六次會議，及五十二年第一次會議所採取之見解，並認爲適用新法即全部從新，適用舊法即全部從舊，不容割裂參雜適用新舊法之關係條文，司法行政部爲避免發生紛歧起見，於五十四年二月一日以臺(64)令刑(一)字第六一三號令修正「補充提示戕亂時期罰金罰鍰裁判費執行費公證費提高標準條例應行注意事項」規定，對於法定刑無罰金之規定者，應無該條例之適用（參照最高法院55、11、14臺文字第二二一號函、58、6、23臺文字第一一九號函、司法行政部55、11、28、函刑(一)字第七〇七八號令、58、7、3臺58令刑(一)字第四九五三號令見司法行政部刑事法令釋答彙編）

本件原判決以被告某甲係犯刑法第二百卅九條後段相姦罪，核相姦罪法定刑並無罰金之規定，原判竟適用戡亂時期罰金罰鍰裁判費執行費公證費提高標準條例第二條規定，將易科罰金提高二倍，而諭知「某甲連續與有配偶之人相姦，處有期徒刑三月，如易科罰金，以九元折算一日。」其判決顯屬違背法令，案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條，第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

對於法定刑無罰金之規定者，應無戡亂時期罰金罰鍰裁判費執行費公證費提高標準條例之適用。此觀於司法行政部於五十四年二月一日修正「補充提示戡亂時期罰金罰鍰裁判費執行費公證費提高標準條例應行注意事項」而自明。本件原判決以被告犯妨害家庭罪，依刑法第二百三十九條及前開條例判處徒刑三月，如易科罰金以九元折算一日。因刑法第二百三十九條為一年以下有期徒刑、無罰金之規定。原判決竟引用前開條例，提高罰金標準，顯有違誤。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十六年度臺非字第二二號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告妨害家庭案件，對於臺灣臺東地方法院中華民國六十五年十一月廿四日第一審確定判決（六十五年度易字第四四〇號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原審關於某甲部分之判決撤銷。

某甲與有配偶之人相姦，處有期徒刑三月，如易科罰金以三元折算一日。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按對於法定刑無罰金之規定者，應無戡亂時期罰金罰鍰裁判費執行費公證費提高標準條例之適用，此觀於司法行政部依據該條例第四條規定，於民國五十四年二月一日，以臺64令刑（字）第六一三號令頒之修正「補充提示戡亂時期罰金罰鍰裁判費執行費公證費提高標準條例應行注意事項。」而自明，本件原判決以被告某甲明知果乙係有配偶之人，竟於民國六十五年九月十五日上午二時許，在臺灣省臺東縣臺東市同樂街六十三號與之相姦，於某乙之配偶某丙發覺，報由臺東警察分局實案派出所會同警員某丁當場捉獲，移送偵辦等情，因而依刑法第二百卅九條，第四十一條，戡亂時期罰金罰鍰裁判費執行費公證費提高標準條例第二條論被告以與有配偶之人相姦罪，量處有期徒刑三月，如易科罰金以九元折算一日，固非無據。

唯查司法行政部依據戡亂時期罰金罰鍰裁判費執行費公證費提高標準條例第四條規定，於五十一年六月十三日所公佈之「提高罰金罰鍰裁判費執行費公證費倍數及開始施行日期令」，業於五十四年二月一日，以臺64令刑（字）第六一三號令修正，有原令所附「補充提示戡亂時期罰金罰鍰裁判費執行費公證費提高標準條例應行注意事項」，可稽，該注意事項既明定「對於法定刑無罰金之規定者，應無該條例之適用」，而刑法第二百卅九條所定處罰之標準，為一年以下有期徒刑，又無罰金之規定，則原判決遽引戡亂時期罰金罰鍰裁判費執行費公證費提高標準條例第二條，諭知被告所處有期徒刑三月，如易科罰金以九元折算一日，依前所述，自屬於法有違，且不利於被告，案經確定，上訴人認為違法提起非常上訴，洵有理由，應由本院將原審關於被告部分之判決撤銷，自為判決，除處以原判決所科之刑外，並依法諭知徒刑易科罰金之折算標準，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一句但書，刑法第二百卅九條、第四十一條判決如主文。
中華民國六十六年二月十日

第玖拾陸案

一、關係條文

臺灣省內菸酒專賣暫行條例第四十二條。

二、非常上訴理由

按判決不適用法則或適用不當者，爲違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條有明文規定。又臺灣省內菸酒專賣暫行條例第四十二條規定，本條例規定之罰金以新臺幣爲單位。本案原審認定被告某甲因違反菸酒專賣暫行條例，乃原判決主文，處罰金五百元，如易服勞役以三元折算一日，依上開法條，其所處罰金，應明定爲新臺幣若干元，而原判決未書明新臺幣，雖在易服勞役內書明折算標準，但究應執行銀元五百元，抑新臺幣五百元，難以適從，依昭首開規定，原判決當然違背法令，案經判決確定，爰依刑事訴訟第四百四十一條，第四百四十三條，提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

臺灣省內菸酒專賣暫行條例規定之罰金以新臺幣爲單位，同條例第四十二條設有特別規定，則凡違反該條例之案件，而科處罰金者，應以新臺幣爲科罰之標準，至罰金易服勞役如何折算爲該條例所未規定，依刑法第十一條之規定，自仍有同法第四十二條之適用，且刑法上之罰金指銀元而言，故又應將新臺幣與銀元按法定三與一之比率合成銀元後，定其折算日數之標準，方爲適法。本件被告違反菸酒專賣暫行條例案件，原審判處罰金，未

依該條例第四十二之特別規定，明白揭示爲新臺幣，自有未洽。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十二年度臺非字第29號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告

某甲

右上訴人因被告違反菸酒專賣暫行條例案件，對於臺灣雲林地方法院中華民國六十一年十二月八日第一審確定判決，（同年度易字第1187號）認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決撤銷。

某甲販賣未貼專賣憑證之菸類及酒類，處罰金新臺幣五百元，如易服勞役以新臺幣九元即銀元三元折算一日。

洋烟威士頓牌（二十支裝）二十包，拉克牌（二十支裝）十包，肯特牌（二十支裝）五十包，固德康匹尼牌（二十支裝）一百七十一包，洋酒懷特卡斯締牌（〇・八公升裝）五瓶，斯利義牌啤酒（〇・三四公升裝）二十四罐均沒收。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按臺灣省內菸酒專賣暫行條例規定之罰金以新臺幣爲單位，同條例第四十二條設有特別規定，則凡因違反該條例之案件，而科處罰金者，應以新臺幣爲科罰之標準，至罰金易服勞役如何折算爲該條例所未規定，依刑法第十一條之規定，自仍有同法第四十二條之適用，且刑法上之罰金係指銀元而言，故又應將新臺幣與銀元按法定三與一之比率合成銀元，定其折算日數之標準，方爲適法。本件被告某甲於民國六十一年十一月五日，在其住宅販賣未貼專賣憑證之菸類酒類等情，原判決依臺灣省內菸酒專賣條例第三十七條第五款，第四十條第一款第五款，刑法第十一條，第四十二條第二項，論科罪刑，惟所處罰金，並未依該條例第四十二條之特別規定，明白揭示爲新臺幣，而結論亦未引用此項條文，是以所處之罰金，究係銀元抑係新臺幣，以致執行時無所適從，按之首開說明，其不適用法律，顯有過誤，上訴人於案

經確定後，提起非常上訴，洵屬有理，但原判決係不利於被告，應由本院將原判決撤銷，另行判決，以資糾正。

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

中華民國六十二年二月廿二日

第玖拾柒案

一、關係條文

建築法第九十五條。

刑法第十一條、第五十六條。

二、非常上訴理由

本件原確定判決以被告某甲於中華民國六十四年九月十三日未經申請核准，擅自增建房屋一點五坪，經安東派出所依章報由拆除大隊於同年十月廿三日予以拆除，該被告又於同年十一月三日違反規定予以重建，又經拆除大隊於同年十二月十日拆除，至六十五年三月十日該被告基於概括之犯意，再違反規定予以重建，因認為該被告應依建築法第九十五條論罪，固無不合，惟查該條所規定之刑罰為一年以下有期徒刑、拘役或併科六千元以下罰金，乃原確定判決竟專科罰金壹千五百元，顯有違誤，案已確定，應依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條提起非常上訴，以資糾正。

三、判決要旨

建築法第九十五條之罪，其法定本刑爲五年以下有期徒刑、拘役或併科六千元以下罰金，本件原確定判決認被告某甲於六十四年九月十三日在其住宅前巷道邊，未經申請核准，擅自增建房屋一點五坪，經拆除大隊強制拆除後，該被告復兩次重建，依建築法第九十五條、刑法第十一條、第五十六條論以連續依建築法規定強制拆除之建築物，違反規定重建罪，而竟單獨科處罰金壹仟伍佰元，與法定本刑有所不符，顯屬違背法令。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十五年度台非字第一七〇號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告違反建築法案件，對於台灣台北地方法院中華民國六十五年六月十五日第一審確定判決（六十五年度易字第三三〇四號）認爲違法，提起非常上訴，本院判決如左：

上 文

原判決關於違背法令部分撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按建築法第九十五條之罪，其法定本刑爲五年以下有期徒刑、拘役或併科六千元以下罰金，本件原確定判決認被告某甲於民國八十四年九月十二日在其住宅前巷道邊，未經申請核准，擅自增建房屋一點五坪，經該管女東街警察派出所報由拆除大隊於同年十月廿三日強制拆除後，該被告先後於同年十一月二日及六十五年三月十日違反規定，兩次重建，依建築法第九十五條、刑法第十一條、第五十六條論以連續依建築法規定強制拆除之建築物，違反規定重建罪，而

竟單獨科處罰金壹千五百元，核與法定本刑有所不符，顯屬違背法令，非常上訴意旨，執以指摘，洵有理由，惟此項違誤，尚非於被告不利，應由本院將原判決關於違背法令部分撤銷，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款前段判決如主文。

中華民國六十五年十月十三日

第玖拾捌案

一、關係條文

森林法第五十條第一項第一款。

刑法第三百二十條第一項。

二、非常上訴理由

按在保安林窃取森林主產物，應依森林法第五十條第一款論處，森林法有明文規定。本件被告某甲係屬累犯，復於六十四年三月十九日上午在埔里林區管理處所屬北港事業區第十九林班保安林內，盜伐松木二株一、七八六立方公尺，於搬離現場時，為巡視員某乙當場查獲，為台中高分院判決事實欄所認定之事實，罪證至為明確。而其理由欄內認為被告係盜伐他人已砍伐之林木，改依刑法第三百廿一條第一項以竊盜累犯論處，已屬認定事實與理由矛盾，退步言之，即令被告在上開保安林，係窃取他人已砍伐之林木二株，參酌前開規定，亦不能依普通竊盜罪論科，該項林木既未離開保安林，仍應以竊盜保安林之林木論處，原判決顯屬違法，案已確定，且剝奪被告之上訴權，亦屬不利，爰依刑事訴訟法第

第四百四十一條、第四百四十三條之規定，提起非常上訴，以資救濟。」

三、判決要旨

在保安森林內竊取森林主產物，應依森林法第五十條第一項第一款論處，森林法有明文規定。本件被告於六十四年三月十九日上午在埔里林區保安林內，盜伐松木二株，於搬離現場時，爲巡視員查獲，罪證明確，詎原判決理由竟認定被告盜伐他人已砍伐之林木，而將第一審適用森林法第五十一條第一項第一款論處罪刑之判決撤銷，改依刑法第三百二十條第一項以竊盜罪論處，顯屬違法。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十五年度臺非字第八五號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告違反森林法案件，對臺灣高等法院臺中分院中華民國六十四年十一月四日第二審確定判決（六十四年度上訴字第四五七號）認爲違背法令，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決關於違背法令部份撤銷。

理 由

非常上訴理由（見前二）

本院按被告某甲於民國六十四年三月十九日上午，在埔里林區管理處所屬北港事業區第十九林班保安林內，盜伐松木二株一、七八六立方公尺，於搬離現場時，爲巡視員查獲，罪證明確，詎原判決理由竟認定被告係盜伐他人已砍伐之

林木，而將第一審適用森林法第五十條第一項第一款論處罪刑之判決撤銷，改依刑法第三百廿條第一項以竊盜罪論處，顯屬違法，上訴人於判決確定後提起非常上訴，執以指摘，洵有理由，唯此種違法失出，尚非不利於被告，應由本院僅將原判決關於違背法令部份撤銷，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上段，判決如主文。

中華民國六十五年六月廿四日

第玖拾玖案

一、關係條文

陸海空軍刑法第七十八條第二項。

台灣地區戒嚴時期軍法機關自行審判及交法院審判案件劃分辦法。

二、非常上訴理由

按故買盜賣軍用品案件，依民國五十六年四月一日行政院修正公佈「台灣地區戒嚴時期軍法機關自行審判及交法院審判案件劃分辦法」第二條第三款規定，由軍法機關自行審判，惟在修正公佈前已繫屬法院者，仍由法院審理之。行政院五十六年四月一日台五十六法字第二三六二號有明令規定，本件被告某甲收購軍用汽油八桶，於民國五十二年一月十日僱卡車由台北運往台中，途經新竹市大同路時，被新竹憲兵隊查獲，移送新竹地方法院檢察官偵查提起公訴，本件提起公訴，既在前開辦法修正公佈前，法院當有審判權，乃原審諒知不受理之判決，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，俾資糾正。

三、判決要旨

故買盜用軍用品案件，依民國五十五年四月一日行政院修正公佈「台灣地區戒嚴時期軍法機關自行審判及交法院審判案件劃分辦法」第二條第三款規定由軍法機關自行審判。惟在修正公佈前已繫屬法院者，仍由法院審理之，行政院五十六年四月一日台五十六法字第二三六二號有明令規定。本件被告某甲收購軍用汽油八桶，於民國五十二年一月十日僱車由台北運往台中時，爲憲兵查獲，移送新竹地院檢察官偵查提起公訴，本件提起公訴時，既在前開辦法修正公佈施行前，法院當有審判權，乃原審諭知不受理之判決，顯屬違背法令。

四、附 錄

最高法院刑事判決

六十三年度台非字第九八號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被 告

某甲

右上訴人因被告買受盜賣軍用品案件。對於台灣新竹地方法院中華民國六十三年二月八日第一審確定判決（六十三年度緝訴字第六一號）提爲違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決撤銷，由台灣新竹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）

本院按犯陸海空軍刑法第七十八條第二項之買受盜賣軍用品之罪者，固經行政院於民國五十六年四月一日修正公佈

之台灣地區戒嚴時期軍法機關自行審判及交法院審判案件劃分辦法第二條第三款，列爲軍法機關自行審判之案件，惟依行政院台五十六法字第二三六二號令，凡在本辦法修正公佈前，已繫屬法院者，仍由法院審理之，是在五十六年四月一日前，法院已經受理之員受盜賣軍用品案件，法院仍有審判權，不惟謂無審判權，而不予受理，倘竟誤認爲無審判權而判決不予受理，依四刑事訴訟法第四百四十七條第二項規定，受理非當上訴之最高法院，即應將該判決撤銷，由原審法院依判決前之程序更爲審判。

本件被告某甲於五十二年元月十日買受盜賣軍用品案件，台灣新竹地方法院檢察官早在六十二年三月二十三日即已提起公訴，顯在行政院五十六年四月一日修正公佈之台灣地區戒嚴時期軍法機關自行審判及交法院審判案件劃分辦法施行前已繫屬法院，依昭上開說明，法院自有審判權，乃鳳寧法院竟誤認爲無審判權，而諭知不予受理之判決，殊有未合，上訴人於原判決確定後，乃爲違法，提起非常上訴，洵有理由，應將原判決撤銷，由原審法院依判決前之程序，更爲審判，以期適法。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項上段判決如主文。

中華民國六十三年六月十二日

第壹百案

一、關係條文

軍事審判法第五條第一項。

二、非常上訴理由

查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，但案件在追訴審判中而離職離役者，初審案件，應移送該管第一審之法院，覆判案件，應移送該管第二

審之法院審判』。本件被告某甲以貪污案件，發覺犯罪在民國六十二年八月廿三日，係在同年七月十一日應征服憲兵第一八五梯次常備兵之後，固應由軍事機關審判，但其在追訴審判中之民國六十四年七月十日，已服役期滿，退伍離役，依照首開說明，仍應由原第二審法院審判，方為適法，乃原審法院竟於離職離役之後，諭知公訴不予受理，當屬違誤，案經確定，爰依刑事訴訟法第四百四十一條、第四百四十三條，提起非常上訴，以資救濟。

三、判決要旨

犯罪在任職服役前，發覺在任職服役中者，依本法追訴審判，但案件在追訴審判中而離職離役者，初審案件，應移送該管第一審法院，覆判案件，應移送該管第二審法院審判，軍事審判法第五條第一項定有明文。本件告被某甲犯罪在服役前，發覺在服役中，在覆判審理中已退伍離役，自應由第二審法院審判。原審竟以對被告無審判權，諭知公訴不予受理，自屬違背法令。應將原判決撤銷，由原審法院依判決前之程序更為審判。

四、附 錄 (一)

最高法院刑事判決

六十五年度台非字第三六號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告

某甲

右上訴人因被告貪污案件，對於台灣高等法院中華民國六十四年九月十日第二審確定判決（六十四年度上訴字第一七八號）認為違法，提起非常上訴，本院判決如左

主 文

原判決關於違背法令部分撤銷。

理由

非常上訴理由（見前二）

本院按犯罪在任職服役前，發覺在任職服役中者，依軍事審判法追訴審判，但案件在追訴審判中而離職離役者，初審案件，應移送該管第一審之法院，覆判案件，應移送該管第二審之法院審判，軍事審判法第五條第一項定有明文。本件被告某甲貪污案件，發覺犯罪在民國六十二年八月廿三日，係在同年七月十一日應征服憲兵第一八五梯次常備兵之後，固應由軍法機關審判，但其在追訴審判中之民國六十四年七月十日，已服役期滿，退伍離役（當時案件在第二審審理中），依昭上開說明，仍應由原第二審法院審判，方為適法，乃原審竟於被告離職離役之後，以其對於被告無審判權，諭知公訴不予受理，自屬違背法令，上訴人於判決確定後提起非常上訴，洵有理由，應由本院將原判決關於違背法令部分撤銷，由原審法院依判決前之程序更為審判。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百四十七條第二項前段，判決如主文。
中華民國六十五年三月十八日。

五、錄附(一)

最高法院刑事裁定

六十五年度台職字第二二號

上訴人

最高法院檢察署檢察長

被告

某甲

右上訴人因被告貪污案件，本院中華民國六十五年三月十八日六十五年度台非字第三六號刑事判決主文撤銷二字之下漏寫「由原審法院依判決前之程序更為審判」十六字應予更正如上。

中華民國六十五年三月廿五日

中華民國六十九年三月初版

非常上訴理由及判決要旨第七輯（壹冊）

版權所有
翻印必究

編輯及
發行

最高法院檢察署編輯委員會

承印者 文瑞印刷文具公司

台北市重慶南路一段九五號
電話 三一四七
三一四七
三一四七

