臺灣高等法院花蓮分院刑事裁定

114年度聲再字第11號

再審聲請人
即受判決人　陳著匡
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000

上列聲請人因違反毒品危害防制條例案件，對於本院98年度重上更㈥字第49號中華民國98年12月1日確定判決（第一審案號：臺灣花蓮地方法院93年度訴字第34號，起訴案號：臺灣花蓮地方檢察署92年度偵字第2802號），聲請再審，本院裁定如下：

主　文

再審之聲請駁回。

理　由

一、聲請意旨略以：

㈠再審聲請人即受判決人陳著匡（下稱聲請人）於民國92年間因連續販賣第一、二級毒品，經本院98年度重上更㈥字第49號判決（下稱原確定判決）判處有期徒刑6年、4年6月，應執行有期徒刑9年確定，因聲請人數行為所犯之數罪，既有連續關係，又有想像競合關係，應採先連續後想像競合之處理原則，原確定判決竟併予處罰，即非適法，後經最高法院以99年度台非字第97號判決（下稱非常上訴判決）將原確定判決關於罪刑部分撤銷，並自行判決，改判聲請人連續販賣第一級毒品，累犯，處有期徒刑8年8月。

㈡原確定判決於98年12月1日判決，毒品危害防制條例（下稱毒品條例）於98年5月20日修正公布，自同年11月20日生效，毒品條例第4條及第17條均有修正，其中第4條第1項及第2項之併科罰金數額，固於修正後予以提高，惟第17條規定則由「…供出毒品來源，因而破獲者，得減輕其刑。」修正為17條第1項「…供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑。」而原確定判決記載：「被告犯後

毒品危害防制條例於98年5月20日修正公布施行，就被告所犯之毒品危害防制條例第4條第1項、第2項…經比較新舊法，自以修正前舊法有利於被告，…應適用修正前之舊法」、「至於毒品危害防制條例第17條於98年5月20日一併修正，將『破獲』修改為『查獲』，於本案之判斷不生影響」。由此可知，原確定判決顯然未發現毒品條例第17條除將「破獲」修改為「查獲」外，「得減輕其刑」亦同時修改為「減輕或免除其刑」之事實，而未及審酌，顯已具備新規性之要件。

㈢或有認為原確定判決未發現毒品條例第17條第1項之修正及比較新舊法之適用，而適用有利於聲請人之修正後之規定，顯然影響判決結果，應屬判決適用法則不當之違法，應循非常上訴程序救濟。惟聲請人曾多次以原確定判決有上開適用法則不當之違法，狀請檢察總長提起非常上訴，惟經最高檢察署認無適用法則不當之違法，而否准聲請人之請求，聲請人因此僅得依刑事訴訟法第420條第1項第6款之規定聲請再審，以資救濟等語。

二、原確定判決認聲請人係犯98年5月20日修正前毒品條例第4條第1項及第2項之連續販賣第一級毒品海洛因及連續販賣第二級毒品安非他命，因其中1次係同時販賣第一、二級毒品，為想像競合犯，應從一重之販賣第一級毒品罪，且連續販賣第一級毒品海洛因罪及連續販賣第二級毒品安非他命罪，應予分論併罰，分別判處有期徒刑6年、4年6月，應執行有期徒刑9年確定，嗣後最高檢察署檢察總長以原確定判決認聲請人連續販賣第一級毒品海洛因3次及連續販賣第二級毒品安非他命2次，均為連續犯，而其中1次係同時販賣第一、二級毒品，為想像競合犯，未先將有連續關係者包括的認定以一罪論，再按想像競合犯之例從一重處斷，竟先分別論以連續販賣第一級毒品罪及連續販賣第二級毒品罪，各以一罪論後，再將兩罪併合處罰，有適用法則不當之違誤為由提起非常上訴，經最高法院認依原確定判決認定聲請人分別基於概

括犯意，連續販賣4次海洛因及連續販賣3次安非他命，其中1次同時販賣海洛因及安非他命，屬一行為觸犯數罪名，為想像競合犯，則聲請人所犯各罪，應先包括的論以連續販賣第一級毒品罪及連續販賣第二級毒品罪，所犯二罪，為一行為觸犯數罪名之想像競合犯，應從一重論以連續販賣第一級毒品罪，原確定判決予以併合處罰，即非適法，且對聲請人不利，以非常上訴判決將原確定判決關於罪刑部分撤銷，並自行判決，改判聲請人連續販賣第一級毒品，累犯，處有期徒刑8年8月及為相關之沒收，有原確定判決及非常上訴判決附卷可稽。

三、刑事訴訟法之再審及非常上訴制度，雖均為救濟已確定之刑事判決而設，惟再審係為原確定判決認定事實錯誤而設之救濟程序，非常上訴程序則在糾正依原確定判決確認之事實為基礎，所生之適用法則違誤。倘原確定判決之審判有違背法令之情事，即應由最高檢察署檢察總長提起非常上訴予以救濟。又刑事法有關「免除其刑」、「減輕或免除其刑」之法律規定用詞，係指「應」免除其刑、「應」減輕或免除其刑之絕對制，依據「免除其刑」及「減輕或免除其刑」之法律規定，法院客觀上均有依法應諭知免刑判決之可能，是以刑事法有關「免除其刑」及「減輕或免除其刑」之法律規定，均足以為法院諭知免刑判決之依據。而刑事「有罪判決確定後」，發現其事實認定有重大違誤，受有罪判決之人依法應受免刑之判決時，刑事訴訟法第420條第1項第6款特別將之列為再審事由而明定「六、因發現新事實或新證據，單獨或與先前之證據綜合判斷，足認受有罪判決之人應受無罪、免訴、免刑或輕於原判決所認罪名之判決者。」因此，該款所稱「應受……免刑」之依據，除「免除其刑」之法律規定外，亦應包括「減輕或免除其刑」之法律規定在內，始與憲法第7條保障平等權之意旨無違（憲法法庭112年憲判字第2號判決意旨參照）。

四、本件聲請人係就原確定判決未發現毒品條例第17條除將「破

獲」修改為「查獲」外，「得減輕其刑」亦同時修改為「減輕或免除其刑」之事實，而未及審酌，顯已具備新規性之要件，認本件有刑事訴訟法第420條第1項第6款之再審事由，可見聲請人係以原確定判決適用修正前毒品條例第17條規定有誤為由聲請再審，惟依上開說明，適用法則違誤應依非常上訴救濟。又聲請人不爭執原確定判決業已敘明並認定聲請人有供出毒品來源之事實，並依98年5月20日修正前毒品條例第17條規定減輕其刑（原確定判決第22-23頁），顯與上開刑事「有罪判決確定後」，才發現有供出上手之情形，致事實認定有重大違誤，得依刑事訴訟法第420條第1項第6款聲請再審之情形不同。從而，本件再審聲請為無理由，應予駁回。

五、聲請再審原則上應踐行訊問當事人之意見以供裁斷，惟基於司法資源之有限性，於顯無必要時，得例外不予開啟徵詢程序。本件自形式觀察，即可認聲請人聲請再審顯無理由，爰無依刑事訴訟法第429條之2踐行通知聲請人到場並聽取檢察官意見等程序之必要，附此敘明。

六、爰依刑事訴訟法第434條第1項，裁定如主文。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　7　　月　　31　　日

刑事第二庭審判長法　官　林慧英

法　官　李水源

法　官　謝昀璉

以上正本證明與原本無異。

如不服本裁定，應於裁定送達後10日內向本院提出抗告狀。抗告書狀，並應敘述抗告之理由。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　7　　月　　31　　日

書記官　徐文彬