最高法院刑事判決

112年度台非字第2號

上　訴　人　最高檢察署檢察總長
被　　告　陳昱全

上列上訴人因被告恐嚇危害安全案件，對於臺灣高等法院中華民國111年5月10日第二審確定判決（111年度上訴字第435號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署93年度偵字第8714、9507、14374號），認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主　文

原判決及第一審判決關於恐嚇危害安全罪部分（除沒收外）均撤銷。

上開撤銷部分免訴。

理　由

一、非常上訴理由稱：「一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第378條定有明文。又刑法第十一章時效之法律發生變更時，除有特別規定外（如刑法施行法第8條之2），基於法律不溯及既往之基本精神，其追訴權或行刑權時效已進行而未完成者，應比較修正前後之條文，適用最有利於行為人之規定（如刑法施行法第8條之1）。又法院對於檢察官起訴之犯罪事實，於不妨害事實同一範圍，得自由認定事實，並依刑事訴訟法第300條規定變更檢察官起訴法條而為判決。此際關於追訴權時效之計算，基於被告利益考量，倘變更後之輕罪追訴權已罹於時效而消滅，法院自無須拘泥於原起訴法條，即得逕依變更後之輕罪法條適用追訴權時效期間為計算，諭知被告為免訴之判決。二、本件檢察官起訴有關被告涉犯恐嚇危害安全犯行之事實略為：『被告陳昱全為竹聯幫忠義堂主要幹部。緣於民國92年間，四海

幫海罡堂幫眾及孫國科等人因故遭新北市板橋、土城地區虎頭幫之黃義倫率幫眾毆打，引起時任海罡堂堂主方寶慶不悅，雙方因而滋生嫌隙，方寶慶遂於92年8月27日傍晚，招集海罡堂等眾人及素與該堂互通聲息之忠義堂堂主陶正一及被告陳昱全等人共同謀議反擊虎頭幫，並基於殺人之未必故意，持管制編號0000000000號具有殺傷力之改造手槍（即起訴書所稱之A槍）前往黃義倫母親彭月琴所開設尚有販售人員高旻君、林鈺珊所在之「清水站檳榔攤」連開3槍後逃逸。』（下稱檳榔攤槍擊事件或簡稱此部分犯罪），因認被告此部分犯罪，係涉刑法第271條第2項、第1項之殺人未遂罪；惟經臺灣新北地方法院為第一審審理結果，認被告此部分犯罪，應僅係開槍恫嚇示威，並無殺人之犯意，乃變更檢察官起訴法條，認被告犯成年人與少年共同恐嚇危害安全罪，處有期徒刑8月，並諭知相關沒收。嗣被告不服第一審判決併同其他有罪判決之犯行，提起第二審上訴，經臺灣高等法院審理結果，維持第一審之判決，駁回被告之上訴而確定。從而，被告所犯有關『檳榔攤槍擊事件』之追訴權時效，即無須拘泥於原起訴殺人未遂罪之重罪法條，自應適用法院審理後變更判決之恐嚇危害安全罪之輕罪法條，以適用追訴權時效期間之計算。三、經查：被告為『檳榔攤槍擊事件』犯行後，刑法於94年2月2日修正公布，自同年7月1日起施行。依刑法施行法第8條之1前段規定，此次刑法修正施行前，其追訴權或行刑權時效已進行而未完成者，比較修正前後之條文，應適用最有利於行為人即上訴人之規定，已如前述。按㈠、修正前刑法第80條第1項第3款及第2項關於追訴權之時效期間規定：『追訴權，因左列期間內不行使而消滅：三、1年以上3年未滿有期徒刑者，5年。前項期間自犯罪成立之日起算。但犯罪行為有連續或繼續之狀態者，自行為終了之日起算。』；修正後刑法第80條第1項第3款及第2項規定：『追訴權，因下列期間內未起訴而消滅：三、犯最重本刑為1年以上3年未滿有期徒刑之罪者，10年。前項期間

自犯罪成立之日起算。但犯罪行為有繼續之狀態者，自行為終了之日起算。』修正前之追訴權時效期間較短，顯較有利於被告。㈡、修正前刑法第83條之規定為：『追訴權之時效，如依法律之規定，偵查、起訴或審判之程序不能開始或繼續時，停止其進行。前項時效停止，自停止原因消滅之日起，與停止前已經過之期間，一併計算。停止原因繼續存在之期間，如達於第80條第1項各款所定期間4分之1者，其停止原因視為消滅。』；修正後之刑法第83條則規定：『追訴權之時效，因起訴而停止進行。依法應停止偵查或因犯罪行為人逃匿而通緝者，亦同。前項時效之停止進行，有下列情形之一者，其停止原因視為消滅：一、諭知公訴不受理判決確定，或因程序上理由終結自訴確定者。二、審判程序依法律之規定或因被告逃匿而通緝，不能開始或繼續，而其期間已達第80條第1項各款所定期間4分之1者。三、依第1項後段規定停止偵查或通緝，而其期間已達第80條第1項各款所定期間4分之1者。前2項之時效，自停止原因消滅之日起，與停止前已經過之期間，一併計算。』；108年12月31日再次修正此條第2款及第3款，將條文中『期間4分之1』變更為『期間3分之1』。據此相關規定，修正前刑法所定追訴權時效停止原因較多，惟其停止原因視為消滅之期間較短，較之修正後規定對行為人各有『有利』及『不利』之規定。㈢、然依刑法第80條、第83條修正意旨觀之，關於追訴權時效消滅之要件、時效之停止進行及其期間之計算，自應一體適用，不得任意割裂，否則無法達成調整行為人時效利益及犯罪追訴衡平之修法目的。經綜合比較結果，修正前刑法第80條第1項關於追訴權時效期間之計算對被告顯較為有利，則關於追訴權時效之停止進行及其期間之計算，亦應一體適用修正前刑法第83條之規定，始符法制。四、按案件時效已完成者，應諭知免訴之判決，刑事訴訟法第302條第2款定有明文。修正前刑法第80條第1項所定追訴權因一定期間不行使而消滅，係指追訴機關於法定期間內怠於行使追訴權，即生

時效完成而消滅追訴權之效果。故修正前刑法追訴權時效之發生，應以不行使追訴權為其前提要件。而所謂追訴權之行使，應包括偵查、起訴及審判程序在內，如已開始實施偵查、審理，且事實上已在進行中，此時追訴權既無不行使之情形，自不生時效進行之問題；且上開所定停止時效進行之事由，包括因被告通緝致審判程序不能開始或繼續之情形。次按偵查係指偵查機關知有犯罪嫌疑而開始調查，以發現及確定犯罪嫌疑人，並蒐集及保全犯罪證據之刑事程序。而所謂『知有犯罪嫌疑』，係指主觀上認為有刑罰權存在，足以引起偵查犯罪之動機者而言，包括告訴、告發、自首或其他情事知有犯罪嫌疑者，即應開始偵查（刑事訴訟法第228條第1項參照）。經查：㈠、被告經原判決維持第一審論其犯刑法第305條之恐嚇危害安全罪，其法定刑為2年以下有期徒刑、拘役或300元以下罰金，依修正前刑法第80條第1項第3款之規定，其追訴權時效為5年。㈡、此部分犯罪於92年10月26日由臺灣新北地方檢察署（下稱新北地檢署）檢察官指揮警方將被告拘提到案開始偵查（見偵字第14374號卷㈠之警詢卷第2至3頁），於94年5月2日經新北地檢署檢察官起訴，於同年6月14日繫屬臺灣新北地方法院。嗣因被告逃匿，經新北地院於96年1月3日發布通緝（見第一審卷㈠第13頁）。㈢、準此，此部分犯罪被告於92年8月27日犯罪終了日起，檢察官、法院皆依法行使偵查、起訴及審判之程序，追訴權並無不行使之情形，尚不生時效進行之問題。㈣、待被告經通緝期間依修正前刑法第83條規定達原計時效5年之4分之1（即1年3月）時，時效始開始進行。然又因本案自新北地檢署起訴至案件移送新北地院繫屬期間（即94年5月2日至94年6月14日，首尾之日不算入共42日，下稱訴訟繫屬前期間），檢、警在此期間內事實上未對被告有任何偵查作為，而該期間長短，每繫於行政程序、效率高低決定，為免行政程序冗長或相關人員輕忽、怠惰，導致期間無謂增長，直接損害被告在追訴權時效之權益，應不生依法律規定偵

查、起訴或審判程序不能開始或繼續之情形，則該段訴訟繫屬前期間內追訴權時效應繼續進行（最高法院111年度台上字第3579號判決參照）。㈤、從而，此部分犯罪時效期間應自被告行為終了之日即92年8月27日起算6年3月（時效5年＋因通緝時效5年之4分之1），加上時效並未不行使之3年又26日（即92年10月26日開始偵查日至96年1月3日經原第一審法院通緝日，但其中訴訟繫屬前期間之42日，因時效仍應進行，故予扣除。算式：92.10.26至95.10.26，計3年；加10月：5日、11月：30日、12月：31日、1月：2日，計68日扣減42日為26日；合計3年又26日），其時效應於101年12月23日（即92年8月27日起算+6年3月+3年26日；算式：起算6年3月為98年11月27日；再加計3年26日為：101年12月23日）即已完成而消滅。因此，第一審於110年11月16日判決時，被告此部分之追訴權時效已完成，依據上開說明，第一審本應諭知免訴之判決，始為適法，惟竟為實體判決，原判決亦不察，仍維持第一審之科刑判決，自有判決適用法則不當之違法。案經確定，且對被告不利，爰依刑事訴訟法第441條、第443條提起非常上訴，以資糾正。」等語。

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378條定有明文。又時效已完成者，應諭知免訴之判決，亦為同法第302條第2款所明定。再者，法院依起訴認定被告犯罪事實，祇須不逾起訴基本事實之範圍，得自由為之，不以與起訴事實完全相同為必要，於不妨害事實同一範圍，得依刑事訴訟法第300條規定變更檢察官起訴法條而為判決。此時，關於追訴權時效之計算，究應以起訴法條為準，抑或以法院變更法條後之判決所適用法條為準，須基於被告利益衡量，視法院變更法條後其判決所適用之法條，究係較原起訴法條之罪名為輕或重，及該罪名所適用追訴權時效期間之長短不同，而異其計算。若判決時因變更後之輕罪其追訴權已罹於時效而消滅，即無須再拘泥於原起訴法條，逕依變更後之輕罪法條所適用之追訴權時效期間，諭知被告

免訴；倘變更後為較重之罪名，且適用之追訴權時效期間亦較長時，如原起訴法條之追訴權已罹於時效而消滅，自無庸再為法條變更，應逕依起訴法條所適用之輕罪較短之追訴權時效期間計算，而為免訴判決之諭知。本件被告陳昱全行為後，刑法關於追訴權時效相關規定於民國94年2月2日修正公布，自同年7月1日起施行，依刑法施行法第8條之1規定，於94年1月7日刑法修正施行前，其追訴權時效已進行而未完成者，應比較修正前後之條文，適用最有利於行為人之規定。而犯1年以上3年未滿有期徒刑之罪者，依修正前刑法第80條第1項第3款規定，其追訴權時效期間為5年；修正後同條項第3款則規定其追訴權於10年期間內未起訴而消滅，是修正前刑法所定之追訴權時效期間較短，顯較有利於行為人，應予適用，關於追訴權時效之停止進行及其期間之計算，亦應一體適用修正前刑法第83條之規定。

三、本件公訴意旨關於「檳榔攤槍擊事件」部分，係認被告涉犯刑法第271條第2項、第1項之殺人未遂罪。第一審臺灣新北地方法院（下稱新北地院）審理結果，變更檢察官起訴法條，認被告犯刑法第305條恐嚇危害安全罪，嗣被告不服提起上訴，並先後經第二、三審法院駁回上訴確定，有相關起訴書、判決書及臺灣高等法院被告前案紀錄表在卷可稽。上開關於「檳榔攤槍擊事件」部分之事實，既經第一審及原審法院將檢察官原起訴殺人未遂罪之重罪法條，變更為較輕之刑法第305條恐嚇危害安全罪，揆諸前揭說明，此部分自應依變更後該較輕罪之法定刑，依修正前刑法規定計算其追訴權時效期間（修正前刑法第305條恐嚇危害安全罪法定刑為2年以下有期徒刑、拘役或銀元300元以下罰金，依修正前刑法第80條第1項第3款規定，時效為5年）。經查：㈠此部分犯罪之犯罪終了日為92年8月27日，於92年10月26日由臺灣新北地方檢察署（下稱新北地檢署）檢察官指揮警方將被告拘提到案開始偵查（見偵字第14374號卷㈠之警詢卷第2至3頁），94年5月2日經新北地檢署檢察官起訴，同年6月14日

繫屬新北地院。嗣因被告逃匿，經新北地院於96年1月3日發布通緝（見110年度重訴緝字第1號卷㈠第13頁）。準此，此部分犯罪92年8月27日終了日起，檢察官、法院皆依法行使偵查、起訴及審判之程序，追訴權並無不行使之情形，尚不生時效進行之問題，待被告經通緝期間依修正前刑法第83條規定達原計時效5年之4分之1（即1年3月）時，時效始開始進行。㈡然因本案自新北地檢署起訴至案件移送新北地院繫屬期間（即94年5月2日至94年6月14日，首尾之日不算入共42日，下稱訴訟繫屬前期間），檢、警在此期間內事實上未對被告有任何偵查作為，而該期間長短，每繫於行政程序、效率高低決定，為免行政程序冗長或相關人員輕忽、怠惰，導致期間無謂增長，直接損害被告在追訴權時效之權益，應不生依法律規定偵查、起訴或審判程序不能開始或繼續之情形，則該段訴訟繫屬前期間內追訴權時效應繼續進行。㈢從而，原判決關於「檳榔攤槍擊事件」部分之犯罪時效期間應自被告行為終了之日即92年8月27日起算6年3月（時效5年＋因通緝時效5年之4分之1），加上3年又26日（即92年10月26日開始偵查日至96年1月3日經第一審法院通緝日，但其中訴訟繫屬前期間之42日，因時效仍應進行，故予扣除），其追訴權時效應於101年12月23日（即92年8月27日起算+6年3月+3年26日）即已完成而消滅。揆諸首開說明，第一審法院於110年11月16日為本件判決時，就前開恐嚇危害安全罪部分本應為免訴之判決，竟仍為實體上之科刑判決。原審未察，予以維持，駁回被告在第二審之上訴，自有判決適用法則不當之違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，為有理由。又依105年7月1日修正施行之沒收新制規定，沒收係刑罰及保安處分以外具有獨立性之法律效果，已非刑罰（從刑），參以該次修正增訂之刑法第40條之2第2項規定「沒收，除違禁物及有特別規定者外，逾第80條規定之時效期間，不得為之」，原判決維持第一審此部分恐嚇判決而諭知沒收之扣案A槍，屬違禁物，本可單獨宣告沒收，且

逾追訴權時效期間仍得沒收，非常上訴意旨亦未指摘原判決此部分沒收之諭知有何違法，自應由本院將原判決及第一審判決關於恐嚇危害安全罪部分（除沒收外）均撤銷，改判諭知免訴，以資糾正。

據上論結，應依刑事訴訟法第447條第1項第1款、第302條第2款，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　3　　月　　22　　日

刑事第九庭審判長法　官　蔡彩貞

法　官　梁宏哲

法　官　莊松泉

法　官　周盈文

法　官　林庚棟

本件正本證明與原本無異

書記官　李丹靈

中　　華　　民　　國　　112　　年　　3　　月　　29　　日