最高法院刑事判決

114年度台非字第206號

上　訴　人　最高檢察署檢察總長
被　　告　何俊周

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，對於臺灣高雄地方法院中華民國96年10月24日第一審確定判決（96年度訴字第123號判決），認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於何俊周共同販賣第一級毒品未遂部分撤銷。

理　由

一、非常上訴理由稱：「按判決適用法則不當者，為違背法令，刑事訴訟法第378條定有明文。又法院不得就未經起訴之犯罪審判，刑事訴訟法第268條定有明文。所謂起訴之犯罪，係指起訴書所載之犯罪事實，即各該犯罪構成要件之社會具體事實而言。又按除刑事訴訟法有特別規定外，未受請求之事項予以判決者，其判決當然違背法令，刑事訴訟法第379條第12款定有明文。是對於未受請求之事項，除該部分與已受請求部分具有審判不可分關係而應一併審理外，基於刑事訴訟法不告不理原則，對於該未受請求之部分，自不能加以審判。若法院對於未受請求之事項予以審判者，即有違上開不告不理原則，乃屬訴外裁判，該部分判決自屬當然違背法令。所謂未受請求之事項，例如未經起訴或上訴之事項、起訴或上訴所不及之事項、不在上級審法院發回範圍內之事項等均屬之，有最高法院111年度台非字第95、101號判決可資參照。本件原判決就被告共同販賣第一級毒品未遂部分，認定：被告與同案共犯吳秋明共同基於販賣第一級毒品海洛因以營利之犯意聯絡，緣張家樹於95年11月9日13時許，以000

0000000號行動電話與被告約定購買新台幣（下同）500元之海洛因，並約定由被告前往交易。嗣因被告已先為警逮捕，而未能依約與張家樹交易，張家樹因久候被告未遇，乃再撥打被告與吳秋明共同使用之0000000000號行動電話，而由吳秋明接聽，經其聯繫被告未果，即要張家樹前來住處交易，張家樹抵達後，以電話通知吳秋明下樓交易，適警員赴該處執行搜索，而為警當場查獲吳秋明手持海洛因 一包下樓欲交付張家樹，並繼而查獲欲上樓進行交易之張家樹等情，因認被告與吳秋明共同販賣海洛因未遂，累犯，各處有期徒刑24年（即原判決附表貳編號三、附表肆最後一列部分），固非無見。惟本件臺灣高雄地方檢察署檢察官起訴書（95年度偵字第29742號）犯罪事實僅記載：被告與吳秋明共同販賣海洛因予陳志昌四次（既遂），共同販賣海洛因予張家樹二次（既遂）等情，並敘明上開各罪，犯意各別，請予分別論罪併合處罰等旨。觀其起訴之犯罪事實，並未包括前揭被告與吳秋明共同販賣海洛因予張家樹未遂部分。而原判決既認定附表肆所示七次共同販賣第一級毒品既遂、未遂之犯行，俱屬數罪而應分論併罰，則其中未遂部分即與既遂部分並無裁判上一罪之關係，是起訴之效力自不及於未經起訴之未遂部分。至於起訴書犯罪事實欄敘及『並逮獲前往現場購買毒品之張家樹』一語，並無關於張家樹向何人、購 買何種毒品之記載，應僅係單純敘述另案被告張家樹為警查獲之事實。本件起訴書就被告此部分共同販賣第一級毒品未遂之構成要件社會具體事實，即如何意圖營利，於何時、何地以何價格、數量販賣何種毒品等項，悉未論及，尚難認此部分業已起訴，則此部分事實既未經起訴，法院自不得裁判。惟原判決不察，仍予判決並諭知罪刑，即屬對於未受請求之事項予以審判，有違不告不理原則，為訴外裁判，此部分判決乃屬當然違背法令。二、次按販賣第一級毒品者，其法定刑為死刑或無期徒刑，為毒品危害防制條例第4條第1項前段所明定。又依刑法第47條第1項規定，累犯加重本刑至二分之

一；而未遂犯之處罰，以有特別規定者為限，並得按既遂犯之刑減輕之，刑法第25條第2項亦有明文；又『死刑不得加重。死刑減輕者，為無期徒刑。』『無期徒刑不得加重。無期徒刑減輕者，為二十年以下十五年以上有期徒刑。』刑法第64條、第65條分別定有明文。原判決認定被告共同販賣第一級毒品未遂部分，係屬累犯，惟依上開規定，死刑、無期徒刑不得加重，無期徒刑減輕者，為20年以下15年以上有期徒刑，乃原判決就有關被告共同販賣第一級毒品未遂部分，竟量處被告有期徒刑24年，其量刑自與上開規定不符，亦有判決不適用法則之違法。三、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。四、再者，原判決就被告共同販賣第一級毒品既遂6罪均各處無期徒刑部分，因被告未上訴，經依職權送上訴，同案被告吳秋明則就原判決全案上訴，經臺灣高等法院高雄分院97年度上訴字第58號判決撤銷原判決共同販賣第一級毒品既遂部分，均各改處有期徒刑16年，另亦撤銷原判決有關同案被告吳秋明共同販賣第一級毒品未遂部分，改處有期徒刑12年，被告部分因未上訴而確定，同案被告吳秋明復就上開第二審判決全 部上訴，經最高法院97年度台上字第3722號判決認上開第二審判決關於吳秋明共同販賣第一級毒品未遂部分，未經起訴，予以撤銷，其餘上訴駁回；前揭撤銷部分，案經發回，經臺灣高等法院高雄分院98年度上更（一）字第12號撤銷原判決關於吳秋明共同販賣第一級毒品未遂罪刑部分及定執行刑部分，另經臺灣臺東地方檢察署檢察官以98年度偵字第2013號起訴後，經臺灣臺東地方法院98年訴字第250號判決判處『吳秋明共同販賣第一級毒品未遂，累犯，處有期徒刑柒年拾月；扣案之海洛因拾壹包（淨重零點柒玖公克，空包裝總重貳點肆叁公克）均沒收銷燬之；未扣案之共同販賣第一級毒品所得新臺幣伍佰元，與何俊周連帶沒收，如全部或一部不能沒收時，以其財產抵償之。』並已確定，附此敘明」。

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。又法院不得就未經起訴之犯罪審判，刑事訴訟法第268條定有明文。所謂起訴之犯罪，係指起訴書所載之犯罪事實，即各該犯罪構成要件之社會具體事實而言。又除有特別規定外，已受請求之事項未予判決，或未受請求之事項予以判決者，其判決當然違背法令，刑事訴訟法第379條第12款定有明文。而訴外裁判，屬自始不生實質效力之裁判，但因具有判決形式，故應撤銷，此撤銷具有改判之性質，使撤銷部分失其形式上之效力。本件檢察官起訴書犯罪事實僅記載：被告何俊周共同與吳秋明販賣海洛因予陳志昌4次（既遂），共同販賣海洛因予張家樹2次（既遂）等旨（見起訴書第5、6頁）。觀其起訴之犯罪事實，並未包括被告與吳秋明前揭共同販賣海洛因予張家樹未遂（即原確定判決附表貳編號三）部分。至於起訴書犯罪事實欄敘及「並逮獲前往現場購買毒品之張家樹」一語，並無關於張家樹向何人、購買何種毒品之記載，應僅係單純敘述另案被告張家樹為警查獲之事實。本件起訴書就被告此部分販賣第一級毒品未遂之構成要件之社會具體事實，即如何意圖營利，於何時、何地以何價格、數量販賣何種毒品等項，悉未論及，尚難認此部分業已起訴。乃原確定判決就未經起訴之該部分事實併為審判，自屬訴外裁判之違背法令（此部分原確定判決所處之刑亦逾其所諭知罪名之處斷刑上限，而當然違背法令）。上開違背法令情形，顯然影響於判決之結果，且不利於被告，自得據為非常上訴之原因，應由本院將原確定判決關於此部分之有罪判決（含沒收銷燬及沒收抵償）俱予撤銷，以資救濟。又此部分本不屬原確定判決應行審判之範圍，經本院撤銷後，本院無庸更為任何判決，即具有改判之性質，不必發回，自不待言。

三、又非常上訴意旨以吳秋明共同販賣第一級毒品未遂部分，業經本院發回臺灣高等法院高雄分院以98年度上更（一）字第12號判決撤銷。惟卷查，本院97年度台上字第3722號判決就

此部分僅諭知關於吳秋明共同販賣第一級毒品未遂部分撤銷，並未諭知發回，非常上訴意旨之說明，容有誤會，併此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第447條第1項第1款，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　11　　月　　27　　日

刑事第二庭審判長法　官　林立華

法　官　王敏慧

法　官　莊松泉

法　官　游士珺

法　官　陳如玲

本件正本證明與原本無異

書記官　游巧筠

中　　華　　民　　國　　114　　年　　12　　月　　1　　日