最高法院刑事判決

114年度台非字第74號

上　訴　人　最高檢察署檢察總長
被　　告　華智傑

張佑偉

上列上訴人因被告等加重詐欺等罪案件，對於臺灣高等法院中華民國113年9月11日第二審確定判決（112年度上訴字第5670號，起訴案號：臺灣士林地方檢察署111年度偵字第5835、5836、5981、6267、6578、7294、7404、7405、7920、8120、9301、9664、9825、9864、9865、10596、11248、11256、11751、11817、11818、12397、13785、14497、14591、14826、15095、15726、15907號；追加起訴案號：同署111年度偵字第26174號、112年度偵字第96、1192、2404、3253、3313、3580號），認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於其附表一編號19、20部分撤銷，由臺灣高等法院依判決前之程序更為審判。

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。次按第二審法院認為上訴有理由，或上訴雖無理由，而原判不當或違法者，應將原審判決經上訴之部分撤銷，就該案件自為判決。但因原審判決諭知管轄錯誤、免訴、不受理係不當而撤銷之者，得以判決將該案件發回原審法院，亦為同法第369條第1項所明定，是第二審法院將下級審判決撤銷時，以自為判決

為原則，符合法定情形時始得發回為例外，而同法第369條第1項但書之規定，係因原審諭知管轄錯誤、免訴或不受理之判決，均屬程序上之判決，並未就該案為實體之審判，為維護當事人之審級利益始然。惟有礙當事人尤其是被告審級利益之事項多端，該條第1項但書僅就未經實體審理之諭知管轄錯誤、免訴、不受理判決係不當而撤銷之情形，規定應將之發回原審，係因我國刑事訴訟法之第二審訴訟，本質上仍為「覆審」，倘認第二審上訴合法，受理上訴之法院即應於上訴範圍內為完全重複之審理，並自為上訴有無理由之判決，至於第一審判決之其餘瑕疵，不論屬程序或實體事項，原則上已因覆審而獲治癒，應由第二審法院逕為審判(最高法院97年度台上字第2391號、113年度台非字第115號判決意旨參照)。因之，若非屬該條第1項但書所列情形而已為實體判決，二審法院若認為上訴有理由或上訴雖無理由，而原判不當或違法者，即應將原審判決經上訴之部分撤銷後就該案自為判決，始為合法。二、原判決事實及理由欄五部分，認第一審臺灣士林地方法院111年度金訴字第758號、112年度金訴字第5、87、96、136號判決（以下稱第一審判決）於理由欄貳、四(六)既已認被告華智傑、張佑偉2人各次對不同被害人之犯行，犯意各別，行為互殊，應予分論併罰，則就第一審判決主文欄所示附表一編號19、20部分之不同被害人，亦應分別宣告罪刑，始屬主文與事實、理由相適合，然第一審判決主文就附表一編號19、20關於被害人陳佳君、廖文榛之不同犯行，僅對被告張佑偉、華智傑分別諭知其二人均係犯三人以上共同詐欺取財罪，各處有期徒刑1年、1年1月之單一宣告刑，核與理由欄所為說明相互矛盾，顯有違誤之處，且從形式上觀之，尚不能明確認定該單一宣告刑係針對何一犯罪事實所諭知，無法逕由原審法院以補充判決為之，為維護被告張佑瑋、華智傑之審級利益，自應由該院將第一審判決就附表一編號19、20關於被告張佑偉、華智傑罪刑之部分均予撤銷，並類推適用刑事訴訟法第369條第1項但

書規定發回第一審法院，另為適法裁判等語，固非無見。

三、惟查，本案第一審有關被告2人侵害被害人陳佳君、廖文榛財產法益之犯罪，即其判決附表一編號19、20部分，已依法進行證據調查、言詞辯論等審理程序，是第一審判決業已進行實體審理及判決，僅係罪數部分有判決主文與理由矛盾之瑕疵。是第一審既為實體判決，即與刑事訴訟法第369條第1項但書之情形不同，揆諸首揭貴院判決意旨，原判決之審判程序既為覆審制，倘認上訴合法，即應於上訴範圍內為完全重複之審理，並自為上訴有無理由之判決，縱第一審判決有上開瑕疵，既可因覆審而獲治癒，自難比附援引刑事訴訟法第369條第1項但書之規定，原判決竟以第一審判決顯有違誤，且無法逕為補充判決為由，類推適用該條項但書之規定，而將第一審判決撤銷並發回，未自為判決，即有判決適用法則不當之違法。」等語。

二、本院按：

㈠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。又第二審法院認為上訴有理由，或上訴雖無理由，而原判不當或違法者，應將原（第一）審判決經上訴之部分撤銷，就該案件自為判決。但因原審判決諭知管轄錯誤、免訴、不受理係不當而撤銷之者，得以判決將該案件發回原審法院，刑事訴訟法第369條第1項定有明文。揆其立法意旨，係以我國刑事訴訟法之第二審訴訟，本質上仍為「覆審」，倘認第二審上訴合法，原則上受理上訴之法院即應於上訴範圍內為審理，並自為上訴有無理由之判決，但如第一審未經實體判決，為維持當事人之審級利益，始例外得將之發回原審法院。因此，不得僅以第一審判決有理由矛盾之違誤為由，將第一審判決撤銷，並發回第一審法院。

㈡經查：本件第一審判決（臺灣士林地方法院111年度金訴字第758號、112年度金訴字第5、87、96、136號判決）認定：被告華智傑、張佑偉與詐欺集團成員共同詐欺其附表一編號19、20所示被害人陳佳君、廖文榛等情，因而就此部分犯

行，論以華智傑犯三人以上共同詐欺取財罪，處有期徒刑1年1月；論以張佑偉犯三人以上共同詐欺取財罪，處有期徒刑1年。並於理由欄貳之四之㈥說明：被告等對於不同被害人之犯行，犯意各別，行為互殊，應分論併罰等語。可見第一審關於此部分係論罪科刑之實體判決，縱認其有理由矛盾之違誤，惟第一審判決就其附表編號19、20所示犯行，並非諭知管轄錯誤、免訴、不受理之判決。原確定判決既未認定華智傑、張佑偉所提起之第二審上訴不合法，依首揭說明，應於審理後，適用刑事訴訟法第369條第1項前段規定，認為上訴有理由，或上訴雖無理由，而原判不當或違法，將原（第一）審判決經上訴之部分撤銷，並就此自為判決。惟原確定判決以第一審判決關於其附表一編號19、20之罪刑(即原確定判決附表一編號19、20)部分，有主文、理由矛盾之違誤(即第一審判決理由認為應論以華智傑、張佑偉犯加重詐欺取財各合計2罪，惟主文僅各論以1罪)為由，而逕為類推適用刑事訴訟法第369條第1項但書規定，將此部分予以撤銷，並發回第一審法院，自屬違背法令。

㈢案經確定，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由，並有維持被告等審級利益之必要，應將原判決關於其附表一編號19、20部分撤銷，由原審法院依判決前之程序更為審判，以資糾正及救濟。

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

中　　華　　民　　國　　114　　年　　5　　月　　22　　日

刑事第四庭審判長法　官　李錦樑

法　官　蘇素娥

法　官　洪于智

法　官　林婷立

法　官　周政達

本件正本證明與原本無異

書記官　杜佳樺

中　　華　　民　　國　　114　年　　5　　月　　28　　日