最高法院刑事判決

114年度台非字第75號

上　訴　人　最高檢察署檢察總長
被　　告　陳玉淋

上列上訴人因被告貪污案件，對於臺灣高等法院中華民國105年12月21日第二審確定判決（102年度矚上訴字第1號，起訴及追加起訴案號：臺灣桃園地方法院檢察署94年度偵字第11928、11929、13105、14810至14813、15892至15895、16213至16219、17096、19244號、95年度偵緝字第1387號），認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

壹、本件非常上訴理由稱：「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。又除刑事訴訟法有特別規定外，已受請求之事項未予判決，或未受請求之事項予以判決者，其判決當然為違背法令，刑事訴訟法第379條第12款亦定有明文。次按非常上訴，乃對於審判違背法令之確定判決所設之非常救濟程序，以統一法令之適用為主要目的。除與統一適用法令有關；或該判決不利於被告，非予救濟，不足以保障人權者外，倘該判決尚非不利於被告，且不涉及統一適用法令；或縱屬不利於被告，但另有其他救濟之道，並無礙於被告之利益者，即無提起非常上訴之必要性。所謂與統一適用法令有關，係指涉及法律見解具有原則上之重要性者而言。亦即所涉及之法律問題意義重大而有加以闡釋、釐清之必要，或對法之續造有重要意義者，或為確保裁判之一致性，以杜同法異判之弊，始克相當。故確定判決對於應諭知沒收而未諭知，固非不利於被告，然如與統一適用法令有關，仍應將其違背法令部分撤銷。再依貪

污治罪條例第10條第1項規定：『犯第4條至第6條之罪者，其所得財物，應予追繳，並依其情節分別沒收或發還被害人。』是符合上開規定之犯罪，自應就犯罪所得財物，諭知追繳、沒收或發還被害人，並無例外，以澈底剝奪貪污犯罪之所得財物。至貪污治罪條例第8條規定『犯第4條至第6條之罪，於犯罪後自首，如有所得並自動繳交全部所得財物者，減輕或免除其刑；因而查獲其他正犯或共犯者，免除其刑。犯第4條至第6條之罪，在偵查中自白，如有所得並自動繳交全部所得財物者，減輕其刑；因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑。』旨在鼓勵犯罪行為人或被告於犯罪後自首或在偵查中自白，如有不法所得者，並自動繳交全部所得財物，且供出其他正犯或共犯，以利偵查、審判，俾得減輕或免除其刑。上開追繳、沒收或發還被害人與減輕或免除其刑規定之規範目的有別，自應一併適用，不可混淆。是被告犯上述貪污罪並自動繳交全部所得財物者，就已自動繳交之全部所得財物，於判決固無庸再諭知追繳，惟仍應諭知沒收或發還被害人，俾於判決確定後，由檢察官依刑事訴訟法第470條第1項前段規定，據以指揮執行。否則在判決確定後，將因確定判決未就自動繳交之全部所得財物諭知沒收或發還被害人，檢察官指揮執行沒收或發還被害人缺乏依據，徒生處理上無謂之爭議，亦不符澈底剝奪貪污犯罪所得之立法目的，最高法院106年度台非字第100號判決意旨可資參照。二、經查：被告陳玉淋因違反貪污治罪條例案件，經臺灣高等法院於105年12月21日以102年度矚上訴字第1號判決處有期徒刑2年，褫奪公權1年，未扣案犯罪所得新臺幣（下同）4萬元沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額，並於106年1月26日確定。惟原判決認被告犯本件收受賄賂罪行所得為6萬元，而被告已繳回2萬元，故就其餘未扣案之犯罪所得4萬元諭知沒收，然揆諸前揭判決意旨，就已自動繳交之全部所得財物，於判決仍應論知沒收，惟原判決卻未就被告已繳交之2萬元諭知沒收，原確定

判決用法尚有未合，屬判決適用法則不當之違背法令；且原確定判決雖非不利於被告，然所涉及之法律見解具有原則上之重要性，而與統一法令之適用有關，應認有提起非常上訴之必要性，自應藉非常上訴程序予以補救。原判決未就被告已繳交之2萬元諭知沒收，即有適用法則不當之違法，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。

貳、本院按：

一、非常上訴乃對於審判違背法令之確定判決所設之非常救濟程序，以統一法令之適用為主要目的。必原判決不利於被告，經另行判決，或撤銷後由原審法院更為審判者，其效力始及於被告。此與通常上訴程序旨在糾正錯誤之違法判決，使臻合法妥適，目的係針對個案為救濟者不同。兩者之間，應有明確之區隔。刑事訴訟法第441條對於非常上訴係採便宜主義，規定「得」提起，非「應」提起。故是否提起，自應依據非常上訴制度之本旨，衡酌人權之保障、判決違法之情形及訴訟制度之功能等因素，而為正當合理之考量。除與統一適用法令有關；或該判決不利於被告，非予救濟，不足以保障人權者外；倘原判決尚非不利於被告，且不涉及統一適用法令，即無提起非常上訴之必要性。亦即，縱有在通常程序得上訴於第三審之判決違背法令情形，並非均得提起非常上訴。所謂與統一適用法令有關，係指涉及法律見解具有原則上之重要性者而言。詳言之，即所涉及之法律問題意義重大而有加以闡釋之必要，或對法之續造有重要意義者，始克相當。倘該違背法令情形，尚非不利於被告，且法律已有明確規定，向無疑義，因疏失致未遵守者，對於法律見解並無原則上之重要性或爭議，即不屬與統一適用法令有關之範圍，殊無反覆提起非常上訴之必要性。基於刑事訴訟法第441條係採便宜主義之法理，檢察總長既得不予提起，如予提起，本院自可不予准許。

二、刑法關於沒收之規定，業於民國104年12月30日修正公布，並自105年7月1日起施行，此次刑法修正將沒收列為專章，具有獨立之法律效果，為使其他法律有關沒收原則上仍適用刑法沒收規定，是刑法第11條修正為「本法總則於其他法律有刑罰、保安處分或『沒收』之規定者，亦適用之。但其他法律有特別規定者，不在此限」，詳言之，有關刑法修正後與其他法律間之適用關係，依此次增訂刑法施行法第10條之3第2項「施行日前施行之其他法律關於沒收、追徵、追繳、抵償之規定，不再適用。」規定，就沒收適用之法律競合，依「後法優於前法」之原則，優先適用刑法，至於沒收施行後其他法律另有特別規定者，仍維持「特別法優於普通法」之原則(刑法第11條修正理由參照）。且為因應上開施行法第10條之3第2項規定，相關特別法於刑法沒收章施行日之105年7月1日起失效，從而貪污治罪條例第10條關於沒收之規定，亦自同年7月1日起修正施行，依新修正之內容，業已刪除原第1項、第3項關於「犯第四條至第六條之罪者，其所得財物，應予追繳，並依其情節分別沒收或發還被害人」、「前二項財物之全部或一部無法追繳時，應追徵其價額，或以其財產抵償之」之規定，是關於犯貪污治罪條例之罪之沒收，應回歸刑法沒收章之規定，一律適用修正後新法之相關規定。被告犯貪污罪並自動繳交全部或一部所得財物者，就已自動繳交之所得財物部分，於判決固無庸再諭知追繳，惟仍應諭知沒收或發還被害人，俾於判決確定後，由檢察官依刑事訴訟法第470條第1項前段規定，據以指揮執行。本件原確定判決論被告以共同連續犯貪污治罪條例第7條之悖職收受賄賂罪，處有期徒刑2年，褫奪公權1年，並諭知未扣案之犯罪所得新臺幣（下同）4萬元應予沒收、追徵，惟就被告(於偵查中)已繳回之2萬元犯罪所得財物卻疏未與一併宣告沒收，自有適用法則不當之違法。惟原確定判決既非不利於被告，且被告之犯罪所得應予沒收，乃法律所明定，向無疑義，因疏失致未遵守者，對於法律見解並無原則上之重要性

或爭議，即不屬與統一適用法令有關之範圍，且被告於偵查中向檢察官繳回犯罪所得2萬元，形同扣案，未諭知沒收此部分犯罪所得，並無不能剝奪被告該部分貪污犯罪所得之疑慮，檢察官猶可透過其他方式指揮執行沒收，尚無提起非常上訴救濟之必要性，應認非常上訴為無理由，予以駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第446條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　5　　月　　14　　日

刑事第六庭審判長法　官　段景榕

法　官　汪梅芬

法　官　何俏美

法　官　江翠萍

法　官　洪兆隆

本件正本證明與原本無異

書記官　陳珈潔

中　　華　　民　　國　　114　　年　　5　　月　　15　　日