最高法院刑事判決

109年度台非字第90號

上　訴　人　最高檢察署檢察總長
被　　告　陳信男

上列上訴人因被告強盜等罪案件，對於臺灣高等法院臺南分院中華民國100年12月15日第二審確定判決（100年度上訴字第636號，起訴案號：臺灣臺南地方檢察署99年度偵字第9476號），認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主　文

原審及第一審關於陳信男罪刑部分之判決均撤銷。

陳信男犯結夥攜帶兇器強盜罪，處有期徒刑捌年肆月；又犯共同攜帶兇器竊盜罪，處有期徒刑捌月。應執行有期徒刑捌年捌月。

理　由

一、本件非常上訴理由稱：「一、按『受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重其刑至二分之一。』刑法第47條第1項定有明文。又依法應於審判期日調查之證據，未予調查，致適用法令違誤，而顯然於判決有影響者，該項確定判決即屬違背法令，得提起非常上訴，業經司法院釋字第181號解釋在案。是事實審法院對於被告有無累犯之事實，應否適用刑法累犯之規定加重其刑，即屬法院認定事實與適用法律之基礎事項，客觀上有調查之必要，應依職權加以調查，倘被告並非累犯，而事實審並未詳加調查，致判決時依累犯之規定論處，即屬刑事訴訟法第379條第10款所規定，依法應於審判期日調查之證據而未予調查，其判決當然違背法令。又少年事件處理法為鼓勵受刑之宣告或管訓（保護）處分之少年自新向善，於65年2月12日修正增訂第83條之1，明定『少年受管訓處分或刑之宣告，於執行完畢或赦免後，五年內未再受管訓處分或刑之宣告者，視為未曾受各該宣告。』即附以在一定期間內不再有非行或犯罪之解除條件，使少年於此期間內有期待解除條件成就而使前受管訓處分或刑之宣告失其效力之利益，以資激勵。為達上開鼓勵受刑之宣告或管訓處分之

少年自新向善之目的，該條文於86年10月29日再次修正，除增定第2項，科以少年法院通知保存少年前科紀錄及有關資料機關塗銷義務，使少年不致因一時失足而終身烙印外，並將第1項修正規定為『少年受第29條第1項之轉介處分執行完畢2年後，或受保護處分或刑之執行完畢或赦免3年後，或受不付審理或不付保護處分之裁定確定後，視為未曾受各該宣告。』此次修正，如純就少年受刑之宣告而言，已將其在一定期間內不再犯罪之條件予以刪除，並將原規定『於執行完畢或赦免後5年』中之『5年』，修正縮短為『3年』，賦予因於刑之執行或赦免後一定期間之屆滿，即無條件發生『視為未曾受刑之宣告』之法律效果。較之修正前之要件寬鬆，而有利於少年。是少年如受刑之執行完畢或赦免3年後，因該期間之屆滿即生使刑之宣告失其效力之效果，其在此3年內是否曾再犯罪而受刑之宣告，並非所問。（上開條文立法要旨及最高法院97年台非字第296號、103年度台非字第322號刑事判決要旨、臺灣高等法院暨所屬法院91年法律座談會刑事類提案第4案研討結果可資參照）。二、本件經調卷審核結果，依據卷附臺灣高等法院被告前案紀錄表所示，被告陳信男係00年00月0日出生。於民國92年間因○○、○○等案件，經臺灣高等法院臺南分院以00年度少上訴字第000號刑事判決判處應執行有期徒刑4年確定，嗣再經同法院以00年度聲減字第000號刑事裁定減為應執行有期徒刑3年1月（為3年11月之誤載）確定，而於97年7月9日縮刑期滿執行完畢。被告於涉犯上開○○、○○等案件時，係14歲以上未滿18歲之少年，且其所犯該○○、○○等案件，業於97年7月9日縮刑期滿執行完畢，至100年7月8日即已屆滿3年之期間。依上開少年事件處理法第83條之1第1項規定，應視為未曾受各該刑之宣告。則被告於99年6月2日及同年月3日再犯本件○○、○○犯行，雖在前開○○、○○等案件執行完畢屆滿3年內，惟原審法院於100年12月15日判決時，已經在前開○○、○○等案件刑之執行完畢屆滿3年後，前開○○、○○

等案件已生刑之宣告失其效力之效果（視為未曾受該宣告），故本件被告所犯○○、○○罪，應不構成累犯。乃原判決未察，仍認定被告於前案即○○、○○等案件執行完畢後，5 年內故意再犯本件有期徒刑以上之罪，依累犯論處，即有適用法則不當及依法應於審判期日調查之證據而未予調查之違背法令。三、案經確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法第441條、第443條規定提起非常上訴，以資糾正。」等語。

二、本院按：

(一)本件被告陳信男係民國00年00月0日生，其於92年8至10月間因○○、○○案件，經臺灣高等法院臺南分院以00年度少上訴字第000號刑事判決，判處應執行有期徒刑4年確定，嗣再經同法院以00年度聲減字第000 號刑事裁定，減為應執行有期徒刑3 年11月確定，而於97年7月9日縮刑期滿執行完畢，有其戶役政連結作業系統資料、臺灣高等法院被告前案紀錄表、臺灣高等法院在監在押全國紀錄表在卷可稽，且為原確定判決認定之事實。是被告於涉犯上開○○等罪案件時，係14歲以上未滿18歲之少年，且其所犯該○○等罪案件，業於97年7 月9日縮刑期滿執行完畢，至100年7月8日即已屆滿少年事件處理法第83條之1第1項所規定少年受刑之執行完畢3年後，視為未曾受該宣告之3年期間。則被告於99年6月2日及同年月3日再犯本件竊盜、強盜犯行，雖在前開○○等罪案件執行完畢屆滿3年內，惟原審法院於100年12月15日判決時，已經在前開○○等罪案件刑之執行完畢屆滿3 年後，前開○○等罪已視為未曾受該宣告，故本件被告所犯竊盜、強盜罪，自不應再憑以論為累犯。原審法院未察，仍就被告所犯結夥攜帶兇器強盜罪、共同攜帶兇器竊盜罪，均依累犯論處並各加重其刑（分別處有期徒刑8年6月、10月，並定其應執行有期徒刑9年），自有適用法則不當之違法。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，為有理由，應由本院將原審及第一審關於被告罪刑部分之判決均撤銷，替代原審依其裁判當時應適用之法律，另行判決如主文第2項所

示，以資救濟。

(二)兒童權利公約施行法已於民國103年6月4日公布，並於同年11月20日施行。依該施行法第2條規定，兒童權利公約所揭示保障及促進兒童及少年權利之規定，具有國內法律之效力。故兒童權利公約有規定者，應屬刑事法律、少年事件處理法關涉保障及促進兒少權利相關事項之特別規定，而應優先適用。再依兒童權利公約施行法第3條明定，適用兒童權利公約之法規及行政措施，應參照公約意旨及聯合國兒童權利委員會對公約之解釋；即包含聯合國兒童權利委員會之一般性意見在內。而該委員會第10號一般性意見第66點已揭示「為了避免實行歧視和/或未經審訊作出判決，少年犯檔案不應在處理其後涉及同一罪犯的案件的成人訴訟中得到使用（見《北京規則》，規則第21條第1項和第2項），該檔案也不得用來加重此種今後的宣判。」（With a view to avoiding stigmatization and/or prejudgements,records of child offenders should not be used in adult proceedings in subsequent cases involving the same offender (see the Beijing Rules, rules21.1 and21.2), or to enhance such future sentencing.）之旨；從而，同一少年成年後之訴訟程序，包括依刑法第47條規定判斷是否為累犯時，依上揭意旨，自不得以其少年時期之少年非行或刑事前科等觸法紀錄或檔案，作為不利之量刑基礎或刑之加重條件。是被告於少年時期所犯之上述少年刑事前科紀錄，依少年事件處理法第83條之1第1項視為未曾受刑之宣告、第2項紀錄塗銷，暨兒童權利公約第10號一般性意見第66點後段關於成人訴訟中不應使用該紀錄及用以加重其刑之規定，既不得被使用於其成年後之訴訟程序，從避免污名化或預斷之觀點，少年之觸法紀錄不應被使用於同一少年成年後之訴訟程序或被使用於加重成年後訴訟之量刑，自不生累犯問題，併此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第447條第1項第1款，刑法第2條第1

項前段、第28條、第330條第1項、（100年1月26日修正前）第321條第1項第3款、第51條第5款，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　6　　月　　10　　日

最高法院刑事第九庭

審判長法官　吳　信　銘

法官　何　菁　莪

法官　林　英　志

法官　蔡　廣　昇

法官　梁　宏　哲

本件正本證明與原本無異

書　記　官

中　　華　　民　　國　　109　　年　　6　　月　　16　　日

附錄本案論罪科刑法條

刑法第330條第1項

犯強盜罪而有第321條第1項各款情形之一者，處7年以上有期徒刑。

100年1月26日修正前刑法第321條第1項第3款

犯竊盜罪而有下列情形之一者，處6月以上、5年以下有期徒刑。

三、攜帶兇器而犯之者。