

最高法院刑事提案裁定

110年度台上大字第5557號

上訴人 臺灣高等檢察署臺南檢察分署檢察官鄭益雄
被告 蘇柏誠

選任辯護人 陳思成律師

下列法律問題，本庭經評議後，因擬採為裁判基礎之法律見解，
本院先前裁判已有歧異，爰提案予刑事大法庭裁判：

本案提案之法律問題

中華民國人民在中華民國領域外（含香港與澳門）犯刑法第5條
至第7條以外之罪，而無我國刑法之適用時，法院究應以行為不
罰為無罪判決，抑或無審判權而為不受理判決？

理由

壹、本案法律問題之基礎事實

被告蘇柏誠係中華民國人民，得知告訴人高維辰因違反銀行
法案件被通緝而藏匿在泰國，欲返國又恐遭羈押，被告遂與
共同正犯2人，共同基於詐欺取財之犯意聯絡，先後於民國
104年6月、9月、10月間在泰國曼谷，及於105年4月25日在
香港，對告訴人佯稱熟識警察及司法人員，可安排返國歸案
而不被羈押，致告訴人陷於錯誤陸續共支付美金4萬元。嗣
告訴人於105年4月26日從香港搭機回臺灣，於桃園國際機場
入境後為法務部調查局人員逮捕歸案，並由檢察官聲請法院
羈押獲准，始知受騙。

原判決以被告係於105年12月2日修正公布施行之刑法第5條
增列「第十一款、第三百三十九條之四之加重詐欺罪」之前
，在泰國曼谷及香港，涉犯刑法第339條之4第1項第2款之加
重詐欺罪嫌，依被告行為時之刑法第5條至第7條規定，及香
港澳門關係條例第1條、第43條第1項之特別規定，中華民國

人民在該條款施行前，於中華民國領域外（含香港與澳門）犯該罪，並無我國刑法之適用，無從追訴、審判而無審判權，依刑事訴訟法第303條第6款規定，諭知被告被訴加重詐欺罪嫌部分公訴不受理。檢察官不服提起上訴，指摘依原審認定之事實，被告所為係刑法第7條之不罰行為，應依刑事訴訟法第301條第1項行為不罰之規定，諭知無罪之判決，而非不受理判決。

貳、本院先前裁判所持之見解

一、無罪說

刑法適用法屬於實體法範疇，故當非屬刑法之適用範圍時，應為無罪之判決。最早由司法院於39年作成院解字第3619號解釋，針對中華民國人民在領域外犯重婚罪之情形，認為縱令回國同居，依刑法第7條規定不適用刑法處罰。但此號解釋並未說明所謂「不適用刑罰處罰」的具體法律效果究應為無罪或不受理之判決。本院60年台非字第61號判例則明確認此種情形屬於刑事訴訟法第301條第1項之行為不罰，而應諭知無罪之判決。本院81年度台上字第1413號判決進而說明：「按行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限，刑法第1條定有明文，又依刑法第11條前段及第5條、第6條、第7條規定，中華民國人民在中華民國領域外犯刑法第5、6條以外其最輕本刑為3年以上有期徒刑以外之罪者，不適用之。易言之，此種行為係屬不罰，如經起訴，應為無罪之判決，原判決竟認此部分係無審判權，應不另為不受理之諭知，自屬違誤。」之後本院89年度台上字第1334號判決更闡明：「如非屬刑法或特別刑事法令所規定處罰之行為，則屬實體上判決之範疇。刑法第7條前段規定：本法於中華民國人民在中華民國領域外犯前2條以外之罪，而其最輕本刑為3年以上有期徒刑者適用之。依其反面解釋，我國人民在我國領域外犯同法第5、6條以外之罪，而其最輕本刑非為3年以上有期徒刑者，則屬不罰（司法院院解字第3619號解釋參照），此係實體上之規定。」（本院97年度台非字第121號判決亦採

相同意旨)

二、不受理說

法院受理案件，其審查順序，係先程序、後實體。倘從程序方面審查結果，認為不符合程序規定要件，例如無審判權等情形，即當逕受程序判決，無從進而為實體判決之餘地。而刑事審判權的判斷，係以刑罰權存在之可能性作為決定之基礎，而刑罰權存在與否須仰賴實體刑法之適用可能性，始能決定刑罰權乃至於審判權之存否。亦即，當行為人所為之行為事實得為刑法效力所及時，則對該案件之程序處理具有審判權存在，亦即審判權之判斷標準乃取決於刑法得以適用之效力範圍，而刑法效力適用範圍之決定原則有4種標準，分別是屬人原則、屬地原則、保護原則以及世界法原則。因此，當依據此4種原則為基準予以判斷結果無法適用本國刑法時，則無審判權存在，此時在偵查中檢察官應依刑事訴訟法第252條第7款法院對於被告無審判權，而非第8款行為不罰之規定為不起訴處分；若誤予起訴者，法院應依刑事訴訟法第303條第6款對於被告無審判權規定為不受理，而非無罪之判決。簡言之，法院必先有審判權，始有管轄權，兩者兼具，始能為實體之（有罪、無罪）判決。（本院83年度台上字第326號判決採此見解）

參、本庭擬採之法律見解

本庭擬採不受理說，理由補充如下：

- 一、刑法第5條至第7條規定所稱「適用之」之解釋，究為罪刑法定之問題抑或審判權之有無，係造成「不罰而無罪」與「無審判權而不受理」兩種歧異判決之主要爭點。而我國刑法對人、事與地的適用範圍，係以屬地原則為基準，輔以國旗原則、屬人原則、保護原則及世界法原則，擴張我國刑法領域外適用之範圍，具體以言，即依刑法第3條、第5至8條之規定所示，作為（刑事）案件劃歸我國（刑事）法院審判（實質審判權）之準據（本院108年度台上字第334號判決參照）。學者林鈺雄教授亦認刑事訴訟法之效力範圍，指得適用該

法追訴處罰之人、事、時、地的效力而言，一言以蔽之，其實就是刑事審判權的範圍。有刑事審判權者，即在效力範圍之內；無刑事審判權者，即非效力範圍所及。

二、按刑事訴訟法第301條第1項規定，所謂應諭知無罪之判決，僅係「不能證明被告犯罪或其行為不罰者」，並不包含「不適用」，意即「刑罰權行使範圍」與「無處罰規定」不應混為一談。又所謂「不罰」，包括刑事實體法上構成要件不該當、具備阻卻違法事由或阻卻罪責事由，因此在「不罰」的概念當中並未包括「不適用」，顯然立法之初即有意區別「不適用」與「不罰」的不同。

三、刑罰權之行使範圍與法無處罰規定有別，對於不適用刑法處罰之罪，並非我國刑法對該行為無處罰規定，而是我國刑罰權不及於領域外之犯罪行為。此種情形與罪刑法定原則本旨並不相符，本院81年度台上字第1413號判決或許認為擴大刑法第1條之解釋較有利於行為人，但卻造成法價值的混淆。對於刑罰權不及於領域外之案件，理應屬無審判權，應作成不予受理判決，無從為實體之審查。至行為人於不予受理判決確定前曾受羈押、鑑定留置或收容，如有證據足認為如無該判決不予受理之事由即應為無罪判決者，仍得依刑事補償法第2條第2款但書規定請求國家補償。

四、法院受理訴訟之基本法則，係先審查程序事項，必須程序要件具備始能為實體之認定，而確認個案非屬本國刑法適用範圍時，已構成訴訟障礙，不可為本案實體判決，應諭知不予受理判決。

肆、徵詢其他各庭之結果

經徵詢其他各庭，刑事第一庭、第三庭、第四庭、第六庭、第七庭、第八庭及第九庭均同意本庭見解（即採不予受理說），刑事第二庭則不同意本庭見解（即採無罪說）。

伍、本庭經評議後認前揭法律問題應採何種見解為斷，就此法律爭議，本庭擬採之法律見解，既與本院先前裁判歧異，未能經由徵詢程序達成一致之見解，自有提案之必要，爰依法院

01 組織法第51條之2第1項第2款規定，提案予刑事大法庭。
02 陸、本庭指定庭員蔡廣昇法官為刑事大法庭之庭員。
03 中 華 民 國 111 年 1 月 26 日
04 刑 事 第 五 庭 審 判 長 法 官 吳 信 銘
05 法 官 何 菁 莪
06 法 官 沈 揚 仁
07 法 官 蔡 廣 昇
08 法 官 梁 宏 哲
09 本 件 正 本 證 明 與 原 本 無 異
10 書 記 官
11 中 華 民 國 111 年 1 月 27 日