最高法院刑事判決

110年度台非字第230號

上　訴　人　最高檢察署檢察總長
被　　告　白承宇

上列上訴人因被告業務侵占等罪案件，對於臺灣高等法院臺南分院中華民國110年8月18日第二審確定判決（110年度上易字第386號，起訴案號：臺灣嘉義地方檢察署110年度偵字第437號），認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於其附表編號1至8違背法令部分撤銷。

理　由

一、非常上訴理由稱：「一、按刑事訴訟法第95條規定之罪名告知，乃植基於保障被告防禦權而設，既係被告依法所享有基本訴訟權利之一，亦係國家課予法院應闡明告知及訴訟上照料之義務。而該條第1 項第1 款所稱罪名變更應再告知者，除質的變更（罪名或起訴法條的變更）以外，自包含量的變更造成質的變更之情形（如包括的一罪或裁判上一罪變更為數罪）。事實審法院於罪名變更時，若違反上開義務，所踐行之訴訟程序即屬於法有違（參照最高法院109 年度台上字第2947號刑事判決）。基此，第一審法院就數個具體之犯罪行為論以包括的一罪（集合犯、接續犯），第二審法院審理之結果認係實質數罪，從形式上觀察，兩者適用之罪名相同，雖無須變更起訴法條，惟實質上已從一罪名變更為數罪名，自會增加被告之罪責，究其本質仍屬罪名之變更。故第二審法院應踐行罪名再告知程序，告知被告罪數之變更已被包攝入審判範圍，並給予其辯明及辯論之機會，以保障其訴訟上防禦權之行使。而第二審之審理如於言詞辯論終結前未予告知被告、辯護人應訊所為陳述、辯護之內容，足認被告就其被訴事實之意見，未得有充分表達及辯護之機會時，於被

告防禦權之行使，即有妨礙，所踐行之訴訟程序自有違背上開規定，而於判決有影響，自得執為非常上訴之理由。經查本件第一審就被告所犯如判決附表編號1至3、4至5、6至8所示多次向客戶拿取飼料款或毛鴨款後未交還東峰公司之行為，分別係於密切接近之時間、地點實施，侵害同一人法益，各行為間獨立性極為薄弱，依一般社會健全觀念，在時間差距上難以強行分開，應分別視為數個舉動之接續實行，合為包括之一行為予以評價，均屬接續犯。二審即本件判決則以被告先後所為如判決附表（非常上訴意旨誤載為附表一，逕予更正）編號1至8各次業務侵占犯行，時間有所區隔，犯行時間並非密接，顯係基於不同業務侵占犯意而為之，尚難認係接續犯，應依一罪一罰之原則，分論犯業務侵占共9罪。是本件上開由一審接續犯包括的一罪，變更為一罪一罰的數罪。惟核二審判決審理言詞辯論時審判長均未踐行罪名再告知程序，即未告知被告罪數之變更已被包攝入審判範圍，並給予其辯明及辯論之機會，以保障其訴訟上防禦權之行使。此有該審判筆錄在卷可稽。從而本件判決，其所踐行之訴訟程序，顯係違背法令。二、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，以資糾正及救濟」等語。

二、本院按：

（一）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。又非常上訴乃對於審判違背法令之確定判決所設之特別救濟程序，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。

（二）本件原確定判決說明被告白承宇所犯如其附表（下稱附表）編號1至8各次業務侵占犯行，各次向客戶收取款項之時間均相隔達數日或數月，難謂係於密切接近之時間實行，被告每次向客戶收取貨款未繳回時，即構成一次業務侵占犯行，難謂各該行為在時間差距上不能分開，亦不能以相同客戶作為罪數計算之基準，難認係接續犯，犯意各別，行為互殊，應依一罪一罰之原則，予以分論併罰。惟第一審判決係同於檢察官起訴書所載之犯罪事實、所犯罪名及罪數，認定附表編號1至3（被害人均為客戶楊照山）；編號4及5（被害人均為客戶尤美蓉）；編號6至8（被害人均為客戶郭燈諒），分別係於密切接近之時間、地點實行，且侵害同一人法益，各行為間獨立性極為薄弱，依一般社會健全觀念，在時間差距上難以強行分開，應分別視為數個舉動之接續實行，合為包括之一行為予以評價，各為一個接續犯，分別論處業務侵占罪刑。被告提起第二審上訴，並未爭執所犯業務侵占罪之罪數，僅請求從輕量刑，檢察官則未提起上訴。

（三）原確定判決就被告提起第二審上訴，而未爭執第一審判決關於附表編號1至8所犯業務侵占罪之罪數及法律評價所為論敘，並未進行準備程序，且於審理期日，審判長依據刑事訴訟法第95條第1項第1款規定，踐行告知程序，係略以：「對上訴人告知其犯罪之嫌疑及所犯刑法第336條第2項之業務侵占罪嫌（詳如起訴書及第一審判決書所載）」，未包括所犯罪數變更之情形；又於言詞辯論前僅告以：「另就本件罪數部分一同辯論」等語（參見原審卷第67頁），被告無從知悉原確定判決所指罪數究為若干？致難以對此為實質辯明及辯論。原確定判決逕將附表編號1至8所示犯行，改論以8 罪，因此衍生有無違反上述告知義務程序之法律見解爭議。

刑事訴訟法第95條第1項第1款係規定：「訊問被告應先告知犯罪嫌疑及所犯所有罪名。罪名經告知後，認為應變更者，應再告知」。所謂應告知或再告知之「罪名」，是否包括「罪數」在內？因本院先前裁判就此見解有所歧異，有認為不包括告知「罪數」在內，係以究屬接續犯或集合犯一罪，抑應論以數罪而併合處罰，係犯罪罪數問題，並非罪名之變更，縱未告知，亦與刑事訴訟法第95條第1 項第1 款之規定無違。有認為應包括告知「罪數」在內，則以刑事訴訟法第95條第1項第1款規定之罪名告知，植基於保障被告防禦權而設，既係被告依法所享有基本訴訟權利之一，亦係國家課予法院的闡明告知及訴訟上照料之義務，縱使檢察官或被告向法院提出罪名變更之請求，皆不能免除法院告知與聽聞之義務。又所稱罪名變更者，除質的變更（罪名或起訴法條的變更）以外，自包含量的變更造成質的變更之情形（如包括的一罪或裁判上一罪變更為數罪），事實審法院於罪名變更時，若違反上述義務，所踐行之訴訟程序即屬於法有違。

本合議庭擬採包括「罪數」在內之見解，並於民國111年6月10日以110年度台非徵字第230號徵詢書，依大法庭程序向本院其他刑事庭提出徵詢，受徵詢之各刑事庭，均同意本庭所採取之見解。本件採為裁判基礎之法律見解，經徵詢庭與受徵詢庭均採相同之見解，已達大法庭統一法律見解之功能，而無須提案至刑事大法庭裁判，即依該見解就本案逕為終局裁判。茲補充理由如下：

1.刑事訴訟法第95條第1 項第1 款所規定之罪名告知，除為保障被告防禦權，並課予法院的闡明告知及訴訟上照料義務外，更是被告在刑事訴訟程序上的請求資訊權規定，基於憲法第8 條、第16條正當法律程序及訴訟基本權保障核心的聽審權，具體落實於刑事訴訟程序而課予國家的憲法上告知義務，旨在使被告能充分行使訴訟防禦權，以維審判程序之公平。所謂「犯罪嫌疑及所犯所有罪名」，除起

訴書所記載之犯罪事實及所犯法條外，自包含依刑事訴訟法第267 條規定起訴效力所擴張之犯罪事實及罪名，暨法院依同法第300 條規定變更起訴法條後之新罪名。法院就此等新增或變更之罪名，則均應於其認為有新增或變更之時，隨時、但至遲應於審判期日前踐行告知之程序，使被告能知悉而充分行使其防禦權，始能避免突襲性裁判，而確保其權益。

2.聽審權的內涵，至少包含有請求資訊權、請求表達權及請求注意權三者。刑事訴訟法第95條第1 項第1 款的罪名告知程序即係資訊請求權的具體實現，唯有被告知悉完整資訊後，始能對之有陳述並進而辯明的機會，尤其在對被告作出不利益決定前，更應讓被告能陳述其意見（請求表達權）；而被告的答辯及表達，法院要能實質且有效的回應，提出論理及說服的過程，被告始能得知法官有無注意，並足供上級審檢驗（請求注意權）。一般而言，數罪併罰的科刑合計及定應執行刑結果，相較於實質上或裁判上一罪的單一科刑，在罪責評價上對於被告顯為不利，自應保障被告有預先獲知可能性，並進而就此為陳述及辯論之機會，法院始能將被告的意見充分考量及予以回應，如此方係完整的聽審權保障，以防免突襲性裁判。

3.綜上所述，法院踐行刑事訴訟法第95條第1 項第1 款之罪名告知義務，如認為可能自實質上或裁判上一罪，改為實質競合之數罪，應隨時、但至遲應於審判期日前踐行再告知之程序，使被告能知悉而充分行使其防禦權，始能避免突襲性裁判，而確保其權益，不致侵害被告憲法上之聽審權。至被告如已就罪名、罪數之變更，曾為實質辯論而得知悉，縱形式上未依刑事訴訟法第95條第1項第1款之罪名告知程序再為告知罪數變更，既對被告之防禦權未造成突襲性侵害，屬無害瑕疵，如顯然於判決無影響，仍不得據為上訴第三審之理由，自屬當然。

（四）原確定判決關於其附表編號1至8部分，未踐行罪名再告知

程序，而告以被告罪數之變更，給予被告充分辯明及辯論之機會，顯就被告聽審權之保障未足，造成突襲性裁判，侵害被告之防禦權，自有判決適用法則不當之違法。非常上訴意旨雖未具體指明原確定判決此部分如何不利於被告，然所涉及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。非常上訴執以指摘原確定判決此部分違背法令，為有理由，自應由本院將原確定判決關於此違背法令部分撤銷，以資糾正。末按最高法院之調查，以非常上訴理由所指摘之事項為限。刑事訴訟法第445條第1項定有明文。本件非常上訴意旨未指明原確定判決就附表編號1至8罪名、罪數之認定事實及適用法律有何違背法令，以及影響判決結果，因而實質上不利於被告之情形，本院就此無從審究。如認原確定判決關於罪數變更之結果，其事實認定及法律適用有違背法令而不利於被告，得另行提起非常上訴，併此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第447 條第1項第1款前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　7　　月　　28　　日

刑事第五庭審判長法　官　李　錦　樑

法　官　周　政　達

法　官　林　孟　宜

法　官　吳　淑　惠

法　官　錢　建　榮

本件正本證明與原本無異

書記官

中　　華　　民　　國　　111　　年　　7　　月　　29　　日