

刑法判解

告訴乃論之修正適用從舊從輕原則

最高法院100年度台上字第6875號判決

【實務選擇題】

甲所犯之罪於行為時屬非告訴乃論之罪，然而裁判時該罪已改為告訴乃論之罪，試問法院應如何適用法律？

- (A) 告訴乃論與否之修正僅為程序法上之修正，與實體法無關，故適用裁判時之法律。
- (B) 告訴乃論之修正非屬法律變更與刑法第2條第1項無關。
- (C) 告訴乃論之修正為刑罰法律變更，依第2條第1項但書，即適用裁判時之法律。
- (D) 告訴乃論之修正為刑罰法律變更，依第2條第1項本文，適用行為時之法律。

答案：C

【裁判要旨】

被告所犯之罪，法律規定是否須告訴乃論，其內容及範圍之劃定，暨其告訴權之行使、撤回與否，事涉國家刑罰權，非僅單純之程序問題，如有變更，應認係刑罰法律之變更，即有刑法第二條第一項但書之適用。又依行為時之法律規定，係屬非告訴乃論之罪，而裁判時之法律規定為告訴乃論，如該案件欠缺合法告訴之訴追條件時，依形式判決優先實體判決之原則，應認有利於被告，依刑事訴訟法第三百零三條第三款之規定諭知不受理之判決；是為新舊法比較時，不能僅就犯罪構成要件、刑度之輕重為比較何者有利於被告，而置是否告訴乃論之罪有無合法告訴之訴追條件於不論。……修正前刑法之竊盜罪及贓物罪，並非告訴乃論之罪（除親屬間竊盜外），而修正後之刑法第三百五十九條之罪，依同法第三百六十三條規定，須告訴乃論；是原判決僅就新舊法規定之犯罪構成要件、刑度之輕重比較何者有利於被告，對於所犯是否告訴乃論之罪及有無合法告訴之訴追條件，置之未論，依上開說明，自非適法。

【裁判分析】

依照刑法第2條第1項之規定：「行為後法律有變更者，適用行為時之法律。但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律。」本條乃罪刑法定原

則中從舊從輕原則的明文，一般而言適用行為時之法律，僅例外時適用有利於行為人之法律。從舊從輕原則有兩個重要的適用前提：第一，必須是「行為後」始發生變更；第二，變更的必須是「法律」。針對第一點而言，倘若繼續行為當中發生法律變更，自始排除本條之適用，例如甲對乙犯刑法第302條的私行拘禁罪，並拘禁長達兩個月，惟拘禁過程中立法院修正減輕該罪法定刑，此乃行為時法律發生變更，無法適用從舊從輕原則。針對第二點而言，變更的乃是法律，而不是事實；此外，所變更的法律包括實體要件與法律效果在內。有疑問的是：告訴乃論此等訴訟條件的變更，是否也算是法律變更？

最高法院100年度台上字第6875號判決闡釋，雖然告訴係為刑事訴訟法上的程序，但一個犯罪是否屬告訴乃論之罪則必須看刑法上的規定，也就是說告訴乃論亦是實體法且涉及刑罰權的發動，告訴乃論之變更應屬刑罰法律變更，有刑法第2條第1項之適用。所以本案甲適用從舊從輕原則，依刑法第2條第1項但書適用裁判時之法律。

最後要強調的是，按照97年度第2次刑庭會議決議：「依最高法院九十五年度第八次及九十五年度第二十一一次刑事庭會議決議意旨，甲受有期徒刑之執行完畢，於五年內之九十五年一月間故意再犯有期徒刑以上之罪，無論依修正前刑法第四十七條或修正後第四十七條第一項之規定均構成累犯，即無有利或不利之情形，於刑法修正施行後法院為裁判時，無庸為新、舊法之比較。個案如有其他應依刑法第二條第一項之規定為新、舊法之比較情形時，依綜其全部罪刑之結果而為比較後，整體適用法律。」故判斷有利不利必須整體判斷，不得切割適用。

【關鍵字】

告訴乃論、從舊從輕原則。

【相關法條】

刑法第2條。

【參考文獻】

- 林鈺雄，《新刑法總則》，2006年9月，頁55以下，元照。