

最高法院刑事提案裁定

110年度台上大字第5660號

上訴人 張邱群

選任辯護人 吳啟玄律師

下列法律問題，本庭經評議後，認擬採為判決基礎之法律見解，與本院先前裁判之法律見解歧異，且具原則重要性，爰提案予刑事大法庭裁判：

本案提案之法律問題

關於被告成立累犯以及應加重其刑之事項，檢察官應否基於「改良式當事人進行主義」之精神，踐行主張並指出證明方法之責任。亦即，依司法院釋字第775號解釋（下稱釋字第775號解釋）所揭示，將累犯「必」加重其刑變更為「可裁量」事項之意旨，法院於審酌被告是否適用累犯規定而加重其刑時，程序上應否先由當事人（尤其是檢察官）就被告構成累犯以及應加重其刑之事項，主張並指出證明方法後，法院才需進行調查與辯論程序，而列為是否加重其刑之裁判基礎？

理由

壹、本案基礎事實

上訴人張邱群因涉犯非法寄藏可發射子彈具殺傷力之槍枝、殺人未遂罪嫌，經檢察官提起公訴，起訴書未請求對上訴人所為上開犯行依累犯規定加重其刑。法院於審理時，檢察官亦未就上訴人成立累犯以及應加重其刑之事項，有所主張並指出證明方法。事實審法院於判決時，自行認定上訴人犯行成立累犯，並依累犯規定加重其刑。

貳、法律見解

關於上開法律問題，經蒐集相關意見後，擬具否定說、肯定說如下：

（一）否定說（檢察官無主張並指出證明方法之責任〔係法院應依職權調查之事項〕）

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，該項判決即屬違背法令，得提起非常上訴，復經司法院釋字第181號解釋在案，故事實審法院對於被告有無累犯之事實，應否適用刑法第47條規定加重其刑，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性，應依職權加以調查。（例如本院88年度台非字第28號；106年度台非字第194號；109年度台非字第180、168、157、113、62號；110年度台非字第193、184、122、112、106、18號等判決意旨參照）

（二）肯定說（應由檢察官負主張及指出證明方法之責任〔非法院應依職權調查之事項〕）

1. 釋字第775號解釋之意旨：本號解釋就累犯應否加重之「觀念」，已有由原來的「必」加重，變更為較靈活之「可裁量」事項的趨勢。加上其解釋理由書亦進一步就法院訴訟程序進行中關於科刑資料之調查與辯論方面，闡釋：「……目前刑事訴訟法……對於科刑資料應如何進行調查及就科刑部分獨立進行辯論均付闕如。為使法院科刑判決符合憲法上罪刑相當原則，法院審判時應先由當事人就加重、減輕或免除其刑等事實（刑法第47條第1項及第59條至第62條參照）及其他科刑資料（刑法第57條及第58條參照），指出證明方法，進行周詳調查與充分辯論，最後由法院依法詳加斟酌取捨，並具體說明據以量定刑罰之理由，俾作出符合憲法罪刑相當原則之科刑判決。相關機關應依本解釋意旨儘速修法，以符憲法保障人權之意旨……。」由此可知，關於被告成立累犯以及應加重其刑之主張及指出證明方法，應在後述「改良式當事人進行主義」的框架中。

2. 刑事訴訟法關於累犯科刑事項之修正：依釋字第775號解釋理由書所闡釋「當事人應就累犯加重其刑之事實指出證明方

法」之意旨可知，在審判程序中，就被告有累犯之事實，應先由檢察官主張並指出證明方法，才能由法院據以調查、辯論及裁量審酌。是以，修正後刑事訴訟法第288條第4項：「審判長就被告科刑資料之調查，應於前項事實訊問後行之。」及第289條第2項：「前項辯論後，應命依同一次序，就科刑範圍辯論之。於科刑辯論前，並應予到場之告訴人、被害人或其家屬或其他依法得陳述意見之人就科刑範圍表示意見之機會。」之規定，乃應運而生。民國109年1月15日修正刑事訴訟法第289條第2項之立法理由，更說明：原條文僅給予當事人就科刑範圍表示意見之機會，而未經當事人辯論，尚有未足，爰依釋字第775號解釋意旨，明定當事人、辯護人就事實及法律辯論後，應依第一項所定次序，就科刑範圍（按尤其是累犯加重與否）辯論之，並賦予到場之告訴人、被害人或其家屬或其他依法得陳述意見之人，於科刑辯論前就科刑範圍表示意見之機會，俾使量刑更加精緻、妥適。

- 3.改良式當事人進行主義之思維：刑事訴訟法第163條第2項規定，法院為發見真實，得依職權調查證據。但於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，法院應依職權調查之。此即我國採「改良式當事人進行主義」之明文。惟前項但書所指法院應依職權調查之「公平正義之維護」事項，依目的性限縮之解釋，應以「利益」於被告之事項為限，此為本院一致之見解（參本院101年度第2次刑事庭會議〔一〕）。成立累犯並加重其刑乙節，係對被告不利之事項，自不在法院「應」依職權調查之範圍。詳言之，被告成立累犯以及應加重其刑係對被告不利之事項，應由檢察官承擔主張（兼含提出證據）之責任，並指出證明方法加以說服（刑事訴訟法第161條第1項、刑事妥速審判法第6條參照），法院始得為被告犯行是否構成累犯以及應否加重其刑之認定。是以，倘檢察官未具體主張被告構成累犯及應加重其刑，基於改良式

當事人進行主義之原理，亦應尊重檢察官之「程序選擇權及處分權」，不宜由法院逕依職權調查，俾符合「控訴原則」之精神。準此，檢察官若未主張並指出證明方法，法院不予調查、審認，即難謂有應調查而不予調查之違法。

4. 國外實務運作之借鏡：上開課予檢察官實質舉證責任之趨勢，在我國法經常參考的美、日二國，其實務運作亦然。(1) 就美國聯邦法院判決實務而言，美國聯邦第一巡迴上訴法院曾於指標性判決中闡明：檢察官有責任提出被告之前科紀錄及證明被告之前科確實存在等旨（United States v. McKenzie, 539 F.3d 15, 18-19 [1st Cir. 2008]；U.S. v. Bryant, 571 F.3d 147, 153-157 [1st Cir. 2009]）。(2) 日本實務運作上，同認就被告有關累犯之前科資料須主張及指出證明方法，而學界見解相同。該國實務見解亦認為，檢察官應就法律上刑之加重事由負說服責任（例如最高裁判所大法廷昭和32〔あ〕1029〔昭和33年2月26日〕，最高裁判例刑集，12卷，2號，316頁），而該國學界亦持相同見解。

參、本庭擬採之法律見解

本庭就所徵詢之法律爭議擬採肯定說。無論從釋字第775號解釋、刑事訴訟法關於科刑辯論的修（增）訂，或從美國、日本實務與學界一致的看法以觀，關於有無成立累犯之事實及應否加重其刑之主張及指出證明方法之責任，屬於改良式當事人進行主義下檢察官應踐行之訴訟義務範疇。新時代的法律浪潮，既有將關於成立累犯以及應加重其刑之事項，轉型成由當事人（尤其是檢察官）主張、指出證明方法及辯論之基調，不應因循職權進行之舊例，由法院逕行調查審認，而無須當事人主張、指出證明方法。且另一方面，控訴原則在課以檢察官主張及指出證明方法責任的同時，亦表徵賦予檢察官程序選擇權及尊重其起訴處分（裁量）之意思，就檢察官是否欲主張被告有成立累犯之事實，有自由裁量、決定

01 權限。是以，法院於審酌被告是否適用累犯加重其刑之規定
02 時：(1) 程序上應「先」由當事人（尤其是檢察官）就被告
03 成立累犯及應加重其刑之事項，主張及指出證明方法；(2)
04 法院才需依法進行調查與辯論；(3) 最後由法院依法斟酌取
05 捨，並具體說明據以加重刑罰之理由。又若檢察官未主張及
06 指出證明方法，則被告之前科、素行，仍得列為刑法第57條
07 所定「犯罪行為人之品行」之審酌事項，併予敘明。

08 肆、徵詢其他各庭之結果

09 上開法律問題，經徵詢其他各庭後，刑事第一庭、第三庭、
10 第四庭、第六庭、第九庭同意本庭見解，刑事第五庭、第七
11 庭就累犯應否加重其刑部分，同意本庭見解，就有無構成累
12 犯事實部分，認係法院得依職權調查事項（不同意本庭見解
13 ），刑事第二庭不同意本庭見解，意見紛歧，未獲一致見解
14 。

15 伍、本庭經評議後，認本件法律問題經依法徵詢後，既仍存有潛
16 在歧異，且具原則重要性，爰依法院組織法第51條之2、第
17 51條之3規定，提案予刑事大法庭裁判。

18 陸、本庭指定庭員邱忠義法官為刑事大法庭之庭員。

19 中 華 民 國 111 年 1 月 19 日

20 刑事第八庭審判長法官 李 英 勇

21 法官 洪 兆 隆

22 法官 楊 智 勝

23 法官 吳 冠 霆

24 法官 邱 忠 義

25 本件正本證明與原本無異

26 書記官

27 中 華 民 國 111 年 1 月 27 日