

1 刑事辯護意旨狀

2 案 號 110年度台上大字第5660號

3 上 訴 人 張 邱 群 住詳卷

4 選任辯護人 吳啟玄律師 設臺北市基隆路二段166號5樓之2

5 電話：27339373

6

7 為被告張邱群涉嫌殺人未遂及槍砲等案件，依法呈明第三審
8 辯護意旨狀事。

9 壹、本案法律爭點：「法院於審酌被告是否適用累犯規定而
10 加重其刑時，程序上應否先由當事人（尤其是檢察官）
11 就被告構成累犯以及應加重其刑之事項，主張並指出證
12 明方法後，法院才需進行調查與辯論程序，而列為是否
13 加重其刑之裁判基礎？」

14 貳、最高法院對本案法律爭點之見解：

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

17 判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟
18 法第378條定有明文；又依法應於審判期日調查之證據未
19 予調查，致適用法令違誤而顯然於判決有影響者，該項
20 判決即屬違背法令，得提起非常上訴，復經司法院釋字
21 第181號解釋在案，故事實審法院對於被告有無累犯之事
22 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。

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〕）

（一）釋字第775號解釋之旨：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
及其他科刑資料，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。」

（二）依民國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

1 、被害人或其家屬或其他依法得陳述意見之人，於科
2 刑辯論前就科刑範圍表示意見之機會，俾使量刑更加
3 精緻、妥適。

4 （三）刑事訴訟法第163條第2項但書所指法院應依職權調查
5 之「公平正義之維護」事項，依目的性限縮之解釋，
6 應以「利益」於被告之事項為限（最高法院101年度第
7 2次刑事庭會議〔一〕）。成立累犯並加重其刑乙節，
8 係對被告不利之事項，自不在法院「應」依職權調查
9 之範圍。

10 （四）美國及日本實務均認檢察官就被告之前科記錄應主張
11 並指出證明方法。

12 參、辯護人對於本案法律爭點之見解：

13 一、依釋字第775號解釋文之意旨「累犯一律加重最低本刑，
14 不符憲法罪刑相當原則」：

15 大法官於108年2月22日做成釋字第775號解釋，其解釋文
16 為「刑法第47條第1項規定：「受徒刑之執行完畢，或一
17 部之執行而赦免後，5年以內故意再犯有期徒刑以上之罪
18 者，為累犯，加重本刑至二分之一。」有關累犯加重本
19 刑部分，不生違反憲法一行為不二罰原則之問題。惟其
20 不分情節，基於累犯者有其特別惡性及對刑罰反應力薄
21 弱等立法理由，一律加重最低本刑，於不符合刑法第59
22 條所定要件之情形下，致生行為人所受之刑罰超過其所

1 應負擔罪責之個案，其人身自由因此遭受過苛之侵害部
2 分，對人民受憲法第8條保障之人身自由所為限制，不符
3 憲法罪刑相當原則，牴觸憲法第23條比例原則。於此範
4 圍內，有關機關應自本解釋公布之日起2年內，依本解釋
5 意旨修正之。於修正前，為避免發生上述罪刑不相當之
6 情形，法院就該個案應依本解釋意旨，裁量是否加重最
7 低本刑。」，顯見司法院大法官認為累犯一律加重最低
8 本刑，不符憲法罪行相當原則。

9 二、依釋字第775號解釋之解釋理由書意旨，當事人應先就加
10 重、減輕等事由指出證明方法，並進行調查及辯論後，
11 法院方能做出符合憲法罪刑相當原則之判決：

12 依釋字第775號解釋之解釋理由書所闡釋：「……對累
13 犯者加重本刑涉及科刑。目前刑事訴訟法，僅規定科刑
14 資料之調查時期應於罪責資料調查後為之（刑事訴訟法
15 第288條第4項參照），及賦予當事人對科刑範圍表示意
16 見之機會（刑事訴訟法第289條第3項參照），對於科刑
17 資料應如何進行調查及就科刑部分獨立進行辯論均付闕
18 如。為使法院科刑判決符合憲法上罪刑相當原則，法院
19 審判時應先由當事人就加重、減輕或免除其刑等事實（
20 刑法第47條第1項及第59條至第62條參照）及其他科刑資
21 料（刑法第57條及第58條參照），指出證明方法，進行
22 周詳調查與充分辯論，最後由法院依法詳加斟酌取捨，

1 並具體說明據以量定刑罰之理由，俾作出符合憲法罪刑
2 相當原則之科刑判決。相關機關應依本解釋意旨儘速修
3 法，以符憲法保障人權之意旨，併此指明。」，故當事
4 人顯應先就加重、減輕或免除其刑及其他科刑資料之事
5 實，指出證明方法，並進行調查與辯論，最後法院再據
6 以做出符合罪刑相當原則之判決。

7 三、對於被告不利之事項，並非法院應依職權調查之範圍，
8 然被告是否成立累犯係屬於對被告不利之事項，依釋字
9 第775號解釋之解釋文及解釋理由書意旨，自應由當事人
10 （檢察官）先就加重事由指出證明方法，並進行調查、
11 辯論後，法院方得做出符合憲法罪刑相當原則之判決：

12 （一）依最高法院101年第2次刑事庭會議決議意旨：「……

13 再參酌刑事訴訟法第一百六十三條之立法理由已載明

14 ：如何衡量公平正義之維護及其具體範圍則委諸司法

15 實務運作和判例累積形成，暨刑事妥速審判法為刑事

16 訴訟法之特別法，證明被告有罪既屬檢察官應負之責

17 任，基於公平法院原則，法院自無接續檢察官應盡之

18 責任而依職權調查證據之義務。則刑事訴訟法第一百

19 六十三條第二項但書所指法院應依職權調查之「公平

20 正義之維護」事項，依目的性限縮之解釋，應以利益

21 被告之事項為限，否則即與檢察官應負實質舉證責任

22 之規定及無罪推定原則相牴觸，無異回復糾問制度，

1 而悖離整體法律秩序理念。（採乙說）」，足見證明
2 被告有罪是屬檢察官應負之責任，故刑事訴訟法第163
3 條第2項但書所指法院應依職權調查之「公平正義之維
4 護」事項，應以利益於被告之事項為限。

5 （二）累犯既不是利益於被告之事項，自非法院應依職權調
6 查之事項，故累犯之加重事由顯應由檢察官先主張並
7 提出證明方法，再經調查、辯論後，法院方得做出符
8 合罪刑相當原則之判決。

9 四、至於累犯成立後，是否應裁量加重本刑及量刑應加重多
10 少，依照謝煜偉教授之鑑定意見，雖然採取「修正的舉
11 證責任不要說」，惟依釋字第775號解釋理由書之意旨，
12 量刑事實仍應由檢察官先指出證明方法，再進行調查及
13 辯論，故辯護人認關於量刑事實即是否應裁量加重及加
14 重多少之舉證責任，仍應由檢察官負舉證責任。

15 五、最高檢察署之言詞辯論意旨書雖表示「釋字第775號解釋
16 之解釋理由，僅提及科刑程序調查進行的順序，應先由
17 當事人提出主張與舉證，法院再進行周詳之調查與充分
18 辯論。至於法院調查範圍是否限於當事人之主張？特別
19 是關於累犯之適用，是否應由檢察官主張並指出證明方
20 法，實無從自解釋文導出此結論。」。然「對於被告不
21 利之事項，並非法院應依職權調查之範圍，然被告是否
22 成立累犯，係屬於對被告不利之事項」，已如前述，故

1 依最高法院101年度第2次刑事庭會議決議意旨，法院依
2 職權調查之事項，僅限於利益於被告之事項，此雖非可
3 由釋字第775號解釋之解釋文或解釋理由書中導出此結論
4 ，而係刑事訴訟法第163條第2項但書依照目的性限縮解
5 釋所必然，附此說明。

6 肆、謹依法呈明辯護意旨，敬請 鈞院鑒核，以維被告之權
7 益，不勝感禱。

8 謹 狀

9 最高法院刑事庭 公鑒

10 中 華 民 國 1 1 1 年 3 月 2 4 日

11 具 狀 人：張 邱 群

12 選任辯護人：吳啟玄律師