

最高法院 110 年度台上大字第 5660 號殺人未遂等罪提案大法庭案件

法律意見書

國立臺灣大學法律學院

謝煜偉教授

因最高法院審理 110 年度台上大字第 5660 號殺人未遂等罪提案大法庭案件，選任本人為專家學者受諮詢法律意見，並諭示如下所示之法律問題，謹提示書面意見，供 鈞院卓參。

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？

一、爭點的釐清

本案中，檢察官起訴書未請求依累犯規定加重其刑，事實審法院審理時，亦沒有由檢察官主張成立累犯並指出證明方法，法院判決時自行認定被告（上訴人）成立累犯並依累犯規定加重其刑。

從上述基礎事實可以歸納出二項重要的爭點供後續深入檢討：

- ① 累犯加重是否屬於檢察官訴訟上之請求，而應受控訴原則之拘束？亦即，若檢察官不主張或請求累犯加重，則法院不得自行針對是否論以累犯加以判斷？
- ② 應經何種審理程序始能認定累犯成立及加重其刑之事項？

提案裁定未清楚區分上開二種不同爭議的層次，僅列出整體肯定與整體否定兩種見解，並且採取肯定說之立場。大抵上，否定說認為，被告有無成立累犯以及是否適用累犯加重其刑規定，皆屬法院職權認定之事項，無待檢察官之主張¹。而肯定說則認為，累犯事由之有無，係有關刑罰加重且對被告不利之事實，自應

¹ 見最高法院 110 年度台非字第 112 號刑事判決：「事實審法院對於被告是否為累犯，應否適用刑法第 47 條關於累犯規定加重其刑，即屬法院認定事實與適用法律之基礎事項，在客觀上有調查之必要，自應依職權加以調查。倘被告並非累犯，事實審法院於判決時誤認係累犯，而依刑法第 47 條第 1 項規定加重其刑者，依上述規定及說明，當然為違背法令，而此項違背法令致適用法令違誤而顯然影響於判決之結果，且不利於被告，自得據為非常上訴之原因。」

由檢察官基於控訴原則，提出訴訟上之主張、請求；檢察官是否欲主張累犯，有自由裁量、決定之權限。此外，肯定說亦認為，從司法院釋字 775 號解釋理由書中提及科刑資料調查與辯論的段落來看，檢察官另應就累犯成立及加重其刑之事實負舉證責任，先主張個案構成累犯，並指出證明之方法²。另有類似看法主張，如果僅因卷內現存資料，以書面審查後認定是否構成累犯及決定是否加重，未讓檢察官到庭指出累犯構成與否以及加重之證明方法，亦未讓被告到庭舉證辯論及主張有利意見之機會，顯已侵害被告到庭陳述科刑意見之訴訟防禦權利，則原判決審理程序不但違反累犯科刑審理之正當法律程序，且已實質侵害被告到庭陳述科刑意見之防禦權益³。不過，論者在此注重的是審理累犯加重時的正當程序，而似未將討論提升到控訴原則的層次。

本意見書認為，若要仔細周詳回答所提示之法律問題，應分別從上開二層次分別討論，並釐清法院審理範圍問題與法院職權調查證據問題的不同。

二、累犯加重是否屬檢察官訴訟上之請求，而應受控訴原則之拘束？

眾所周知，法院審判的對象係公訴事實，則檢察官以何一罪名起訴，對法院而言並無拘束力；法院在實體法上究竟應如何適用法律，應為何種罪名之判決，不受檢察官起訴罪名之拘束。那麼，公訴事實（犯罪事實）的範圍，是否應包括累犯前科事實？就此，學說上曾有主張，法律上刑之加重事由，其事實乃為直接類型性的刑罰權範圍，且對被告不利，應視同係構成刑罰權成立之基礎事實，相當於「準犯罪事實」予以處理，應屬嚴格證明之對象⁴。但上開說法，重點在於判斷是否屬於嚴格證明之對象，亦即，涉及後階段應如何進行證據調查的問題，並不能當然認為，累犯前科事實即等同於「公訴事實以外之其他的犯罪事實」或等同於「公訴事實之一部」。是以，在處理累犯前科事實應如何進行證據調查的問題前，吾等應先處理累犯前科事實的定性，以及是否列入審理對象、是否有控訴原則適用的疑問。

申言之，「論以累犯」是否屬於檢察官在「訴訟上之請求」，因而受有控訴原則之拘束？於提案裁定中，不但認為應尊重檢察官之「程序選擇權及處分權」，不宜由法院逕依職權調查累犯是否成立，以便符合「控訴原則」之精神，甚至認為：「控訴原則在科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、決定權限。」提案裁定的說法如果屬實，則被告案件是否論以累犯，將繫於檢察官之主張，若檢察官並未於該案件主張成立累犯，

² 肯定說之看法，應脫胎自：吳燦，再論累犯刑罰之適用，收於：氏著，刑事證據法與救濟程序，2021 年 9 月，頁 344-345。

³ 朱朝亮，從量刑法則之應然，談我國現行量刑實務問題，法官協會雜誌，22 卷，2020 年 12 月，頁 74。

⁴ 林永謀，刑事訴訟法釋論（中），改訂版，2010 年 12 月，頁 18-19；上口裕，刑事訴訟法，5 版，頁 346 亦指出：決定刑罰權範圍的法律上刑之加重減免事由，如併合罪加重、累犯加重、中止犯、自首等屬於實體法上之事實，應屬嚴格證明之對象。

則法院基於控訴原則，不得審酌。然則，我國現行刑事訴訟法（以下簡稱刑訴法）的制度下，控訴原則的射程範圍果真能夠延伸至「特定刑罰效果（累犯）」上？

例如檢察官之起訴，即屬控訴原則下「訴訟上請求」之典型⁵，檢察官起訴範圍是以「特定被告之特定犯罪事實」為界定依據，無追訴即無審判（刑訴法第 268 條），相對地，法院審判之對象及範圍需以起訴之被告及犯罪事實為限，此乃不告不理原則下的必然結果。問題是，「累犯前科事實」的屬性為何？是否屬於獨立本案犯罪事實的另一犯罪事實？抑或屬於檢察官起訴之犯罪事實之一部？又或者，既非獨立的犯罪事實，亦非屬起訴之犯罪事實之一部分，而是屬於附隨在犯罪事實相關法律效果之前提事實？

筆者認為，累犯前科事實是被告過去曾受有罪確定判決之事實，除非犯罪構成要件中帶有考慮過去犯罪行為的要素，例如常業犯或日本法中的常習累犯竊盜罪等情況，否則累犯前科事實與本件犯罪構成要件事實性質迥然相異。此與其他法律上加重減輕事由，例如未遂減輕、限制責任能力減輕、刑分加重事由等事實，（從行為刑法的角度而言）涉及要件事實內容變動，而屬於犯罪事實之一部者不同。與累犯前科事實類似的是（刑法第 62 條「對於未發覺之罪自首而受裁判」）自首之事實，這兩者本身都與犯行內涵的形塑無關，並非建構犯罪事實之一環，但都是相關法律效果發動與否之前提事實。

實務上，針對聲請法院宣告沒收第三人財產，過去見解曾認為檢察官聲請沒收第三人財產（刑訴法第 455 條之 13 第 2 項）係一種訴訟上之請求，有控訴原則之適用⁶，然而最高法院 108 年度台上大字第 3594 號裁定卻明確認為：「本諸控訴原則，檢察官對特定之被告及犯罪事實提起公訴，其起訴之效力當涵括該犯罪事實相關之法律效果，故法院審判之範圍，除被告之犯罪事實外，自亦包括所科處之刑罰、保安處分及沒收等法律效果之相關事實。」本號大法庭裁定對於「第三人沒收」亦理解為屬於「與公訴事實關連的法律效果」這點，筆者持反對態度⁷，然本裁定仍舊正確的指出與公訴犯罪事實關連的法律效果相關事實，為檢察官起訴效力之所及，無待檢察官針對法律效果提出訴訟上主張，法院即應依職權審理判斷之。除非立法者特別賦予檢察官針對法律效果的聲請或裁量權，例如刑訴法第 451 條之 1 第 4 項（法院應於檢察官求刑或緩刑宣告請求之範圍內為判決），否則我國現行法之下，關於罪名評價⁸、法律效果的選擇，仍舊屬於法院職權判斷的範圍，並未有任由當事人（特別是檢察官）自由裁量或處分的餘地⁹。從

⁵ 參見最高法院 95 年度台上字第 2633 號刑事判決、106 年度台上字第 2106 號刑事判決等。

⁶ 參見最高法院 107 年度台上字第 2101 號刑事判決。

⁷ 質言之，筆者認為，縱然針對犯罪行為人本人之沒收屬於法律效果之相關事實，無庸檢察官額外提出請求，這並不意味著第三人沒收也當然涵括在起訴效力的範圍內。相關討論，參見吳燦，最高法院 108 年度台上大字第 3594 號不同意見書。

⁸ 刑訴法第 300 條規定法院得依職權變更起訴法條，即屬適例。

⁹ 若錯誤認定仍屬於判決違背法令。參見最高法院 110 年度台非字第 193 號刑事判決：「揆諸前揭規定及說明，甲案所定應執行刑既經撤銷假釋，仍須執行原殘餘刑期，不能認為已經執行完畢，則被告本案於 104 年 10 月 10 日凌晨 1 時至 2 時間犯加重竊盜罪，及於翌（11）日晚間 9 時許犯妨害公務執行罪時，甲案既尚未執行完畢，自不成立累犯。原判決未及審酌前情而就被告上開加重竊盜、妨害公務執行之犯行均論以累犯，並加重其刑，即有判決適用法則不當之違背法令情

檢察官具體求刑之意見不拘束法院，僅具有參考性質一事¹⁰，更可明白此一道理¹¹。我國法固然改採「改良式當事人進行主義」，然其制度變革重心放置在程序主導權由當事人決定，法院居第三者中立聽審角色之上，並未允許當事人針對法律要件適用及法律效果擁有處分權。

與我國「改良式當事人進行主義」較為接近的日本刑訴法，也可觀察到相似的情形。固然日本刑訴法採取訴因制度，然在審判對象同一性的範圍內，就該公訴事實應如何適用法令及處斷，專屬於法院之權責，法院就罪數認定等法解釋適用，不受到檢察官見解之拘束¹²。那麼，在日本刑訴法中，累犯前科事實應如何定性？是否受到控訴原則之所及？

日本起訴狀記載事項中關於公訴事實與罪名的記載，並沒有包括「累犯前科」（若是常習累犯之罪則因本身已成為一獨立罪名，則另當別論）之事實及適用之法條¹³。一般的累犯前科事實並不屬於構成犯罪行為之要件事實，因此不是檢察官起訴時應記載之公訴事實的範圍內。且起訴狀所記載之「罪名」，也是以顯示如殺人或竊盜犯罪類型等名稱，再加上犯罪階段或犯罪參與程度的描述，例如殺人未遂、竊盜教唆等，並不包括累犯。其次，所記載的「處罰條文」，亦係屬與公訴犯罪事實相關的條文規定，由於累犯前科事實並非公訴事實的範圍內，自然也不會列入「處罰條文」的記載範圍。

就此，日本最高裁在日本戰後新刑訴法改採起訴狀一本主義後不久，針對被告之前科能否記載於起訴狀公訴犯罪事實中，做出大法庭判決¹⁴，本判決明白宣示了日刑訴法第 256 條第 6 項「不得附加令法官就事件產生預斷之虞之書類或引用其內容」之意涵以及違反本項之效果；判決認為，為了避免法官預斷，妨礙直接審理主義及公判中心主義之精神，就公訴犯罪事實不應於起訴狀上記載恐令法官產生預斷之事項。而本件起訴狀一開頭即記載「被告因詐欺罪既已受二次處罰」一語，應理解為將有令法官產生預斷之虞之事項。檢察官上訴意旨雖主張本件被告的前科是作為本件公訴犯罪累犯加重的事由，為了促使法官妥適正確適用法令，然而，既然前科作為累犯加重事由之事實，亦屬於與量刑有關之事項，那

形。」

¹⁰ 參見最高法院 94 年度台上字第 139 號刑事判決：「檢察官雖曾向法院求刑九年六月，然檢察官之求刑，僅供法院依職權量刑之參考，並無拘束法院之效力。……量處有期徒刑十二年，乃其審判職權之合法行使，並未逾越法律所規定之範圍，或濫用其權限，尤不得指為違法。」

最高法院 97 年度台非字第 115 號刑事判決：「按公訴案件，檢察官係代表國家為原告提起公訴，其所為具體求刑及為緩刑宣告與其期間、條件之表示，屬訴訟法上當事人之請求，除刑事訴訟法第四百五十一條之一第四項前段所規定，於聲請簡易判決處刑案件，法院應於檢察官求刑或緩刑宣告請求之範圍內為判決之情形外，並無拘束法院之效力，法院於審理過程亦無告知被告此無拘束力及是否依檢察官請求而為判決之義務，否則即形同於辯論終結前先告知判決內容，此顯非法所容許。」

¹¹ 筆者個人一直主張應正面肯認檢察官的求刑權，讓刑罰等法律效果成為檢察官訴訟上請求之對象，法院除有例外事由外，原則上不得判處逾越檢察官求刑限度的刑罰等法律效果。然這需要透過縝密的修法以及完善的配套措施才能盡其功，無法僅憑解釋或見解的變更就能達成目的。

¹² 酒卷匡，刑事訴訟法，2015 年，頁 311。

¹³ 最判昭和 39・5・23 刑集 19 卷 9 號 166 頁。

¹⁴ 最大判昭和 27・3・5 刑集 6 卷 3 號 351 頁。

麼只要依照正規的程序，如參照日刑訴法第 296 條，於檢察官開審陳述中敘明犯罪事實之外一併說明前科等情狀事實，並在證據調查階段予以釐清的話，即為已足，不必非得要將前科記載於起訴狀當中。本大法庭判決也提醒，若被告的前科本身就是屬於公訴犯罪事實的構成要件，例如常習累犯竊盜罪，或者如被告以前科之事實作為方法手段來恐嚇等，成為公訴犯罪事實之內容的情況時，有必要將前科事實呈現於公訴犯罪事實中，記載於起訴狀當中自屬適法。

本判決引起爭議之處其實不在於前科事實的屬性判定，而在於違反不得記載預斷事項的規定下，應有何種法律效果。亦即，是否僅需要刪除或更正即可治癒其瑕疵？或者如本判決一般，認為記載在起訴狀上就會對法官造成難以事後治癒的預斷危險？在此，因與本意見書之主旨無關，故不再贅述¹⁵。至少可以確認的是，實務上一致認為，前科事實作為累犯加重事由之事實，並非屬於公訴犯罪事實，亦非屬訴因（處罰規定）形成的範圍內，且為了避免造成法官預斷，不應記載在起訴狀內。

相對地，在科刑判決中，累犯加重事由又會如何記載？日刑訴法第 335 條（有罪判決應記載之理由）第 1 項規定，有罪判決應記載犯罪事實、證據標目以及法令之適用。第 2 項規定，當事人主張有阻礙法律上犯罪成立之理由，或者主張有作為刑之加重減免理由之事實時，必須記載法院對證據之判斷。就此，有爭議之處在於，所謂刑之加重減免理由¹⁶，是限於必要的加重減免理由（累犯加重、自首免除等），抑或可以包含任意的加重減免理由？通說及實務普遍認為，應僅限於必要加重減輕理由，始需於有罪判決中記載¹⁷；即使判決並未針對當事人對於某任意加減事由的主張有明示其判斷的結論，亦未違法¹⁸。此外，日本實務上在判決書中會在「證據項目」與「法令適用」之間，以獨立的項目記載累犯前科的事實及其證據認定¹⁹。

針對遺漏認定前科事實是否顯然對判決有影響之問題，日本實務上有裁判例認為：構成累犯的前科雖然不是（日本）刑訴法第 335 條第 1 項之「犯罪事實」，但其作為準犯罪事實必須認定並表示於判決中，然而原判決並沒有認定並在判決

¹⁵ 橫山晃一郎，起訴狀一本主義（2）：前科的記載，別冊ジュリスト刑事訴訟法判例百選〔第三版〕，1976 年 9 月，頁 78-79；青柳文雄，起訴狀一本主義，別冊ジュリスト刑事訴訟法判例百選〔第四版〕，1981 年 10 月，頁 50-51。

¹⁶ 日本刑法典當中有四種態樣：1. 法律上必要加重事由：併合罪（日刑法 47 條）、累犯（日刑法 57、59 條）；2. 法律上必要減輕事由：心神耗弱（日刑法 39 條 2 項）、中止未遂（日刑法 43 條但書）、幫助犯（日刑法 63 條）；3. 法律上任意減輕事由：防衛過當（日刑法 36 條 2 項）、避難過當（日刑法 37 條 1 項但書）、不法意識欠缺（日刑法 38 條 3 項但書）、自首（日刑法 42 條）、普通未遂（日刑法 43 條前段）等；4. 裁判上的減輕事由：酌量減輕（日刑法 66 條）。

¹⁷ 最三小判昭 26・4・10 刑集 5 卷 5 号 890 頁<LEX/DB24001268>：「此（防衛過當）既非法律上當然減輕或免除其刑之規定，則是否減輕或免除委由法院裁量。從而，上開防衛過當之主張，並不該當於舊刑訴法第 360 條第 2 項之主張，原判決未於判決中表示關於原審辯護人之主張的准否判斷，並沒有違法可言。」另參見最一小決昭 32・7・18 刑集 11 卷 7 号 1880 頁<LEX/DB24002988>。

¹⁸ 不過，也有其他學說認為，不應區分必要加減或任意加減事由，只要是法律上的加重減輕事由，都應該在有罪判決中的理由內詳加交代。

¹⁹ 最二小判昭 39・5・23 刑集 18 卷 4 号 166 頁<LEX/DB24004382>；最大決昭 33・2・26 刑集 12 卷 2 号 316 頁<LEX/DB24003185>；最大判昭 24・5・18 刑集 3 卷 6 号 734 頁<LEX/DB27760118>。

中表示該事實，可以說原判決具有法令解釋適用上的違法，或有未予調查累犯前科之事實誤認。……構成累犯的前科是成為法律上刑之加重理由的事實，是判決主文所依憑而生的重要理由的一部分，因此，上開法令解釋適用的錯誤或事實誤認，不可不謂顯然對判決結果有影響²⁰。其中關於構成累犯之前科事實的定性，乃沿用早期最高裁大法庭判決之見解²¹：「被告前科屬於法律上刑之加重事由，作為判決主文所依憑而生之理由，在判決中必須要對此認定並表示之，然而由於前科事實並非是犯罪構成事實（罪となるべき事実），並無必要說明如何依證據認定之理由，且即使沒有依照被告供述而是依照卷宗內適當的資料（本件中被被告的原籍調書）來認定也無妨。」不過此大法庭判決處理的是當前科事實之記載與證據之間存有若干差異時，該瑕疵並不影響判決結果；而東京高裁的判決則是認為當判決遺漏認定前科事實時，屬於顯然對判決有影響之情形²²。

由於累犯前科事實屬於與刑罰效果的賦科有關，日本相關學術文獻並未探討是否需限於檢察官主張或請求下，法院始能適用累犯之規定，因為在審理同一性的範圍內，就該公訴事實應如何適用法令及法律效果之處斷，專屬於法院之權責，法院就罪數認定等法解釋適用，不受到檢察官見解之拘束。日本法的討論重心，不是放在第一層次，而是在於第二層次：累犯前科事實的證據調查程序。

綜合上述討論，本意見書認為，檢察官對特定之被告及犯罪事實提起公訴，其起訴之效力涵括該犯罪事實相關之法律效果，故法院審判之範圍，除被告之犯罪事實外，自亦包括所科處刑罰法律效果之相關事實，包括成立累犯的前科事實。

三、累犯成立及加重其刑之審理

從日本法的討論可清楚知悉，就算累犯前科事實包含在法院的審理範圍，這並不代表在調查證據認定事實的層次上，法院必然要採取職權探知、職權進行主義的立場。相對的，我們應從以下三個問題方向加以探究：①法院應否職權調查累犯相關事實？②檢察官是否應負起舉證責任？或說明責任（指出證明方法）？以及③證據調查方法應採取嚴格證明抑或自由證明？並且，應分別從「構成累犯與否的證據調查」，以及「決定累犯加重與否之科刑資料調查」兩個層次，依序討論上述三個問題。

²⁰ 東京高判昭 54・12・13 高刑集 32 卷 3 号 291 頁<LEX/DB27921109>。

²¹ 最大判昭 24・5・18 刑集 3 卷 6 号 734 頁<LEX/DB27760118>。

²² 關於刑之加重減輕事由的誤認是否對於判決結果顯然有影響，涉及到上訴審應否撤銷原判決之判斷。實務上錯誤認定累犯而被認為被撤銷者，參見：東京高判昭 27・9・16 特報 37 号 7 頁<LEX/DB27914573>、東京高判昭 28・11・21 東高時報 4 卷 5 号 169 頁<LEX/DB27915013>、最一小判昭 29・4・2 刑集 8 卷 4 号 399 頁<LEX/DB24001946>、東京高判昭 34・2・11 東高時報 10 卷 2 号 109 頁<LEX/DB27920594>、大阪高判昭 55・11・27 刑月 12 卷 11 号 1184 頁<LEX/DB27915343>、東京高判昭 56・5・21 東高時報 32 卷 5 号 22 頁<LEX/DB27915369>等判決。另一方面，錯誤認定為累犯，但因處斷刑範圍最終來看並沒有實質差異，因此認為該誤認對判決無影響者，如：東京高判昭 56・1・14 東高時報 32 卷 1 号 1 頁<LEX/DB27917983>、東京高判平 4・2・18 判夕 797 号 268 頁<LEX/DB27921245>、東京高判平 11・10・13 東高時報 50 卷 1-12 号 114 頁<LEX/DB28065031>等。

（一）構成累犯與否的判斷

首先，關於刑法第 47 條累犯加重的性質，在經過司法院釋字第 775 號解釋之後，要求法院在修法前就個案依本解釋意旨裁量是否加重最低本刑，以避免發生罪刑不相當之情形。就此，實務上分成忠於解釋文文義的「例外個案裁量不加重」以及「得裁量加重」這兩種不同的見解²³。不過，以近期事實審法院的判斷趨勢來看，有朝向得裁量加重的傾向²⁴。亦即，即使根據前科資料，符合刑法第 47 條有關「受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪」或「關於因強制工作而免其刑之執行者，於受強制工作處分之執行完畢或一部之執行而免除後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪」等累犯成立的要件，仍得以根據：「前案執行完畢與後案發生之時間相距長短；前案是故意或過失所犯；前案執行是入監執行完畢，抑或易科罰金或易服社會勞動而視為執行完畢；前、後案對於他人生命、身體、財產等法益侵害情形如何等具體個案各種因素，再兼衡後案犯罪之動機、目的、計畫、犯罪行為人之年齡、性格、生長環境、學識、經歷、反省態度（即後案之行為內涵及罪責是否明顯偏低）等情綜合判斷，以觀其有無特別惡性或對刑罰反應力薄弱而決定是否依累犯規定加重最低本刑²⁵。」

換言之，「累犯」是否成立，以及論以累犯之後是否要加重（及加重程度多少）是兩個不同層次的問題。可能有成立累犯但不加重（可類比其他法律上任意加減事由，如成立自首但不減輕²⁶之情形）。由於單純成立累犯而不加重刑罰，對於被告而言，仍然有其他衍生的法律適用上的不利益，例如涉及犯最重本刑為三年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪者，聲請具保停止羈押仍得駁回（刑訴法第 114 條第 1 款）；在監執行期間不得報准日間外出（監獄行刑法第 26 條之 2 第 3 項第 2 款）；受刑進級責任分數逐級加成（行刑累進處遇條例第 19 條第 3 項）；不得被遴選至外役監受刑（外役監條例第 4 條第 2 項第 3 款）；提報假釋最低執行期間較高（刑法第 77 條第 1 項）等差別待遇，因此，就單純是否構成累犯一事，仍屬於不利益於被告之事項²⁷。

²³ 請參見謝煜偉，當弦外之音成為主旋律——評釋字第 775 號解釋兼論解釋公布後之量刑新趨勢，月旦法學雜誌，294 期，2019 年 11 月，頁 33-55；許恒達，累犯與處斷刑加重之裁量：評大法官釋字第 775 號解釋暨後續實務裁判，月旦法學雜誌，294 期，2019 年 11 月，頁 5-32。

²⁴ 另請參見許恒達，刑法裁判精選—後釋字第 775 號解釋的累犯議題，月旦法學雜誌，319 期，2021 年 12 月，頁 181-193。

²⁵ 最高法院 108 年度台非字第 176 號刑事判決。

²⁶ 自首要件成立但不減輕之例，如臺灣高等法院高雄分院 109 年度上重訴字第 7 號刑事判決：被告之行為雖符合自首之規定，然經審酌後，認不宜減輕其刑，原審僅以考量自首本為使犯罪事實易於發覺之立法本質等語，即裁量減輕其刑，理由不備。

²⁷ 參見最高法院 108 年度台非字第 185 號刑事判決：「原判決誤認被告前揭公共危險罪所處之有期徒刑 3 月，於其犯本件恐嚇危害安全罪之前 5 年內已執行完畢，而就其本案恐嚇危害安全罪論以累犯，自有適用法則不當之違法。又原判決雖依司法院釋字第 775 號解釋意旨審酌相關情事，認無依累犯加重法定最低本刑之必要而未加重被告刑罰，然論以累犯衍生之相關法律效果……仍屬不利於被告。」

參酌最高法院 101 年度第 2 次刑庭決議²⁸基於公平法院原則，認為法院無接續檢察官應盡之舉證責任而依職權調查證據之義務，故將刑訴法第 163 條第 2 項但書法院應依職權調查之範圍目的性限縮至「以利益被告之事項」為限。由此可知，就被告之前科資料並非屬於法院應依職權調查之範圍，基於改良式當事人進行主義之精神，應先由檢察官提出相關證據資料（如前科表），踐行相關證據調查程序，如果法院認為仍有不足，得依職權調查之。不過，從制度設計的法理精神來看，由於累犯前科事實屬於顯然對被告不利益的事項，儘管法院仍得職權調查（非「應調查」），但仍然應限定在極為例外的情況，較為合理。

就此，日本刑訴法上，與我國現行制度設計方式類似，原則上以當事人主導證據調查活動，法院中立聽審角色，原則上不發動職權調查證據，但法院若認為必要時，仍得依職權調查證據²⁹。進一步而言，當當事人訴訟活動不充足的情況下，法院得以扮演補充性的角色，然而即使法院要發動職權調查證據，也應需要先聽取當事人之意見再做證據決定（參見日刑事訴訟規則第 190 條第 2 項）。實務上進一步認為，法院不負有職權調查之義務，除非當該證據顯然存在，檢察官卻疏忽漏未聲請證據調查時，法院例外有促請檢察官聲請調查證據之義務³⁰。

其次，關於檢察官是否應就構成累犯之前科事實負起舉證責任？或說明責任（指出證明方法）？眾所周知，司法院釋字 775 號解釋理由書特別提示一段傍論：「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。」其中，就刑法第 47 條累犯加重之事實，大法官認為應先由當事人指出證明方法。那麼，所謂「指出證明方法」內涵為何？是否等同於「負舉證責任」？從學理角度而言，參照刑訴法第 161 條第 1 項要求檢察官「並指出證明之方法」，意謂督促檢察官應積極為證明方法之提出，以盡其追訴者之職責，在整個審判過程不得置身事外，隨時指出證明之方法，形同負有「形式舉證責任」之意³¹。刑訴法另於第 161 條之 1 規定：「被告得就被訴事實指出有利之證明方法。」亦同此理。因此，「指出證明方法」一事頂多是

²⁸ 此外附帶修正最高法院 100 年度第 4 次刑事庭會議決議內容，認為案內存在形式上不利於被告之證據，檢察官未聲請調查，然如不調查顯有影響判決結果之虞，且有調查之可能者，法院得依刑事訴訟法第 273 條第 1 項第 5 款之規定，曉諭檢察官為證據調查之聲請，並藉由告訴人、被害人等之委任律師閱卷權、在場權、陳述意見權等各保障規定，強化檢察官之控訴功能，法院並須確實依據卷內查得之各項直接、間接證據資料，本於經驗法則、論理法則而為正確判斷。

²⁹ 參見日刑訴法第 298 條：「檢察官、被告或辯護人得請求調查證據。II 法院認有必要時得依職權調查證據。」

³⁰ 最一小判昭 33・2・13 刑集 12 卷 2 号 218 頁<LEX/DB24003171>。該判決因此認為，若原審並未敦促檢察官進行舉證，就直接以無充分證據認定公訴事實而判決無罪的話，不得不謂原判決有審理未盡之理由不備或事實誤認之情形，而顯然對判決有影響。

另需留意日刑訴法第 303 條另有規定在準備程序中已調查證據並記載於書類上的證據書類或證據物，應於審判期日調查該證據書類或證據物。

³¹ 林永謀，刑事訴訟法釋論（中），改訂版，2010 年 12 月，頁 38。

要求當事人應負起「主張或爭點形成責任（或形式舉證責任）」。³²至於窮盡調查之後事實仍陷入真偽不明，應將不利益歸屬於當事人的「舉證責任」，則並未在解釋理由書當中詳述。因為理由書中不僅提到法律上的加重事由，也列舉了法律上的減輕事由（刑法第 59 條至第 62 條），如果所謂「由當事人指出證明方法」是指舉證責任的話，顯然對於被告這一方不利，也與實務通說向來對於阻卻或減輕事由應先由被告負爭點形成責任，大致說明（*prima facie*）該事由存在，再由檢察官針對「該事由不存在」負起舉證責任的立場不相符合。

那麼構成累犯的前科事實，應由誰負起舉證責任？一般認為，縱然刑訴法第 161 條第 1 項明定檢察官就「犯罪事實」負舉證責任，然此乃概括性規定，非謂除犯罪事實以外其他即可不負舉證責任。一般而言，如處罰條件亦屬應證明之事項，由檢察官負舉證責任；而關於刑之加重理由之事實，如累犯加重之前科事實，雖與被告是否有罪沒有關係，但屬於刑應否為類型性之加重，就被告而言，與有罪無罪之問題有相同重要性，應解為檢察官有舉證責任³²。因此，當前科事實經證據調查後仍陷於真偽不明之際，應要由檢察官這方負起舉證責任，亦即，法院應對被告做有利的認定，認為構成累犯的前科事實不存在。

再者，針對累犯前科事實的證據調查方法，應採取嚴格證明或自由證明？法雖無明文規範，但若參考日本法相關的實務見解，似應採取嚴格證明說。就此，日本最高裁曾經做出一大法庭判決，多數意見認為：成為累犯加重理由的前科並非屬於日刑訴法第 335 條所謂「犯罪事實」，但是該前科事實是作為刑之法定加重理由的事實，實質上準於犯罪構成事實，必須依證據認定之，並且應依日刑訴法 305 條踐行「（前科調書等）證據書類」之證據調查。從而，原審將未經合法調查之證據作為前科認定之資料，違法³³。也就是說，根據同樣的法理，於台灣現行制度之下，法院縱使在例外情況下得依職權調查被告是否構成累犯，也不能僅僅在辦公室查看卷宗內的前科資料，就認定被告成立累犯；法院必須將前科資料等證據書類，以踐行刑訴法第 165 條調查書證方式，宣讀、告以要旨或交付閱覽之。

綜上所述，刑法第 47 條有關「受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪」或「關於因強制工作而免其刑之執行者，於受強制工作處分之執行完畢或一部之執行而免除後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪」等累犯成立的要件事實（累犯前科事實），法院雖得依職權調查其證據，但由於累犯明顯對被告不利，故非屬法院應依職權調查之事項。累犯前科事實之證據調查應採取嚴格證明程序，並且，累犯前科事實之證據調查，應由檢

³² 林永謀，刑事訴訟法釋論（中），改訂版，2010 年 12 月，頁 40。

³³ 日本最大判昭和 33・2・26 刑集 12 卷 2 号 316 頁。本判決中，垂水克己法官另提出協同意見書，認為：現行刑訴法下成為問題的是這樣的累犯加重事由的證據，要如何在法院審理時呈現。現行法下，前科證據應該在審理階段事實調查的後半段，由當事人提示於法庭。從保障被告權利的角度來看，這個作法得以避免被告方就該證據無法獲得意見陳述及提出反證之機會；避免前科證據在不知不覺中就被法院判決採納作為累犯加重事由的證據，因為這對被告而言既不公平，亦藏有事實誤認的危險。

察官負起舉證責任，若證據調查完畢後事實仍陷入真偽不明的情況下，法院應對被告做有利的認定，認為構成累犯的前科事實不存在。

（二）就累犯是否加重其刑之判斷：屬科刑資料、科刑辯論之範圍

前述釋字 775 號解釋理由書傍論在我國量刑改革的路程中扮演重要的角色。司法院因應本號解釋理由書針對科刑資料調查與辯論的諭示，也迅速提出刑訴法第 289 條第 2、3 項之修正，將原本第 289 條第 3 項「當事人就科刑範圍表示意見之機會」，改置於第 2 項，並將當事人的意見陳述升級為「就科刑範圍辯論之」，並且賦予到場之告訴人、被害人或其家屬或其他依法得陳述意見之人就科刑範圍表示意見之機會。細觀該條項有關科刑辯論之修正理由中，僅提及：「依司法院釋字第七百七十五號解釋意旨，將原條文第三項移列第二項，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**辯論之，俾使量刑更加精緻、妥適」，其中，並未如本提案裁定中肯定說第 2 點所引「**就科刑範圍（按尤其是累犯加重與否）**辯論之」（3 頁）之括號內的字句。

實務上受限於「法定刑、處斷刑、宣告刑、執行刑」的四階段流程的拘束，會將處斷刑上下限之調整（法律加減事由）與在處斷範圍內刑之裁量所依憑的規範基礎切割開來，認為刑法第 57 條所規定的事項僅須在考量完法律加減事由，形成處斷範圍之後，才需要加以審酌考慮之事項。從量刑的規範邏輯而言，這樣的流程固屬正確，然而，刑法第 57 條所列各款事由的調查，仍然有助於在法律加減事由的判斷。申言之，各項法律加減事由本身雖然有特別審酌之要件（例如，自首「未發覺之罪」、累犯「特別惡性或刑罰適應力低落」等等），但法院仍須在「得否」加重或減輕、加重或減輕徒刑的比例等處進行裁量，此際，即需要回歸到刑法第 57 條各款事由內容的檢視³⁴。

申言之，刑法第 57 條各款事由的作用範圍，不僅侷限在現有條文體系安排下的位階，只涉及在處斷範圍內的刑度裁量而已；刑法第 57 條在於宣示整體刑事處遇所應審酌之事項內容，其意義應進一步涵蓋至：刑之加減（自首、累犯、酌減等）、刑種與刑度選擇，乃至於延伸到緩刑、易刑處分，甚至合併定執行刑的判斷準據。以累犯而言，即使根據前科資料的調查結果，被告應論以累犯，但法院為了判斷是否符合裁量加重的條件，必須調查被告一般情狀等多項資料，例如，在累犯加重與否的裁量判斷上，關於「特別惡性」之認定，屬於藉由犯情因素來進行可責性高低的判斷；而「刑罰適應性」則將會涉及評估行為人屬性因素（品行、生活狀況、智識程度）之檢討。因此在架構上，第二階段的累犯裁量加重，應置於與其他科刑資料調查以及科刑辯論的脈絡下加以理解³⁵。如此一來，

³⁴ 詳細檢討，參見謝煜偉，從量刑目的論形構量刑框架及量刑理由之判決架構，法官協會雜誌，22 期，2021 年 3 月，頁 90-104。

³⁵ 最高法院 108 年度台非字第 176 號判決亦清楚表明是否依累犯規定加重刑罰，應「兼衡後案犯罪之動機、目的、計畫、犯罪行為人之年齡、性格、生長環境、學識、經歷、反省態度（即後案之行為內涵及罪責是否明顯偏低）等情綜合判斷」，也符合本意見書的立場。日本法上細緻的說明，見杉田宗久，量刑事實の証明と量刑審理，收於：量刑實務大系 4，判例タイムズ社，2011

才更能適切符合解釋理由書傍論中將「事實（刑法第 47 條第 1 項）及其他科刑資料」並列，要求當事人「指出證明方法，進行周詳調查與充分辯論」之意旨。

基於上述觀點，關於累犯裁量加重與否及其程度的證據調查，應與其他刑法第 57 條之科刑資料相同，採取強化版的自由證明程序，亦即，對於量刑事實有關之證據，仍須「提示調查」並請「當事人表示意見」，使被告及辯護人得以對不利之科刑資料進行防禦，始能謂合法調查³⁶。本人進一步認為，除了合法調查之事項外，關於證據適格性（證據能力）亦應做一定程度的限制，也就是說，針對重大違法所取得之證據，應否定其作為證明量刑事實之證據適格性³⁷。

而關於量刑事實的舉證責任，學理上可略分為三種不同見解：（一）檢察官舉證說。此說認為，不問該事實對被告有利或不利，檢察官一律負起舉證責任，亦即，將量刑事實當作是「準犯罪事實」、廣義的法律要件事實或實體法上的事實，因此與犯罪事實等同看待³⁸。（二）區分說：就「對被告不利事項」由檢察官負起舉證責任，就「對被告有利事項」由被告負起舉證責任³⁹。（三）舉證責任不要說：此為日本學界的有力見解。本說認為，關於量刑事實，除了與犯罪事實有密切關聯的「犯罪情節事實」外，其餘的量刑事實（如生長經歷、品行、犯罪後態度等）沒有舉證責任分配的問題。量刑事實屬於法院職權認定事項，「對被告利或不利」之方向難以確定，認定不明之際，仍得以根據手邊所有的科刑資料綜合判斷⁴⁰。

本意見書認為，一般而言，針對量刑事實的調查應採取「修正的舉證責任不要說」。也就是說，當量刑事實在調查前即可預知將形成對量刑事由絕對性的評價時（對被告不利之量刑事實），其相關證據之證明，應由檢察官負起舉證責任，並且在量刑辯論程序中重新做爭點整理，以成為具體之攻防內容。然而，透過本意見書前述的討論可知，「累犯成立」與否的認定已與「累犯裁量加重」的認定分開，法院針對後階段累犯裁量加重的科刑資料調查時，並沒有如前科資料的調查一樣，顯然會對被告不利之事項。因此有採取舉證責任不要說的餘地。

四、結論

1. 是否正確認定構成累犯，在現行法律制度下仍屬重要。無論是刑訴法、監獄行刑法、行刑累進處遇條例、外役監條例等相關規定中仍多有以「累犯」作為相關法律效果發生與否的條件。然這些衍生的累犯待遇，皆屬於對於被告或受刑人不利之對待。

年 11 月，頁 170 以下。

³⁶ 參見最高法院 102 年台上字第 5091 號判決：「凡與科刑有關之事項與資料，自仍必須在此一階段經過一定之調查，使當事人、辯護人等有陳述意見之機會，並得以對不利之科刑資料進行防禦，凡此量刑之程序規定，乃保障被告訴訟基本權之正當法律程序，一般案件適用之，於死刑案件尤應嚴格遵守，始符合上開公約規定及人權事務委員會解釋之相關要求。」

³⁷ 相關論述，參見謝煜偉，量刑事實之調查與量刑情狀鑑定：與談意見（二），檢察新論，23 期，2018 年 2 月，頁 32-34。

³⁸ 田宮裕，刑事訴訟法〔新版〕，1996 年 3 月，頁 302；久岡康成，量刑事情の實質的挙証責任について，立命館法学，1977 年 2 月，129・130 号，頁 595。

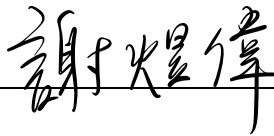
³⁹ 上口裕，刑事訴訟法，2011 年 1 月，二版，頁 370。

⁴⁰ 原田國男，量刑事實の立証，收於：刑事事實認定的基本問題，2015 年 11 月，三版，頁 440。

2. 檢察官對特定之被告及犯罪事實提起公訴，其起訴之效力涵括該犯罪事實相關之法律效果，故法院審判之範圍，除被告之犯罪事實外，自亦包括所科處刑罰法律效果之相關事實，包括成立累犯的前科事實。累犯加重並非屬於檢察官訴訟上之請求，故沒有受控訴原則（不告不理，告即應理）之拘束。亦即，即使檢察官不主張或請求累犯加重，法院仍得依照適切的證據調查程序認定被告是否成立累犯。
3. 所謂適切的證據調查程序，依照現行改良式當事人進行主義以及實務上的一致立場，針對累犯成立的要件事實（累犯前科事實），法院雖得依職權調查其證據，但由於累犯明顯對被告不利，故非屬法院應依職權調查之事項。累犯前科事實之證據調查應採取嚴格證明程序，並且，累犯前科事實之證據調查，應由檢察官負起舉證責任，若證據調查完畢後事實仍陷入真偽不明的情況下，法院應對被告做有利的認定，認為構成累犯的前科事實不存在。
4. 至於就認定累犯成立後，是否要裁量加重本刑，以及裁量加重多少，屬於不同階段的問題，就此，關於累犯加重裁量的相關資料、證據，屬於廣義的科刑資料，應依照司法院釋字 775 號解釋理由書關於科刑資料之傍論，先由當事人指出證明方法，再進行周詳調查與充分辯論。就此，針對科刑資料的調查應採取「修正的舉證責任不要說」。除了明顯對被告不利之量刑事實，應由檢察官負起舉證責任及爭點形成責任外，其餘部分無舉證責任分配的問題。
5. 關於累犯裁量加重與否及其程度的證據調查，應與其他刑法第 57 條之科刑資料相同，採取強化版的自由證明程序，亦即，須「提示調查」並請「當事人表示意見」，並且應排除以重大違法所取得之證據，否定其作為證明量刑事實之證據適格性。

鑑定人

謝煜偉



中 華 民 國 1 1 1 年 3 月 2 3 日