

累犯成立與加重其刑之舉證責任釋疑

黃惠婷 / 中央警察大學刑事警察學系教授

目次

壹、前言

貳、最高法院法律見解

一、否定說

二、肯定說

三、本案提案法庭之意見

參、檢察官之舉證責任與法院之調查義務

一、「應」與「得」之辨

（一）法條規定「應」加重

（二）釋字第 775 號解釋反對一律加重其刑

二、改良式當事人進行主義之框架

（一）刑事訴訟法第 288 條第 4 項與第 289 條第 2 項修法回應

（二）面子與裡子之爭

（三）刑事訴訟法第 163 條第 2 項法院調查證據之範圍

（四）公平正義之維護

（五）累犯加重其刑關乎公平正義？

三、累犯與假釋認定殊途同歸

（一）假釋撤銷影響累犯認定

（二）累犯與假釋基準之共通性

肆、結語

壹、前言

刑法第 47 條依第 1 項「受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，5 年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至二分之一。」理由是「累犯之加重，係因犯罪行為人之刑罰反應力薄弱，需再延長其矯正期間，以助其重返社會，並兼顧社會防衛之效果。」108 年 02 月 22 日司法院針對刑法第 47 條第 1 項有關累犯加重本刑部分作出釋字第 775 號解釋。有關機關應自本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨修正之。於修正前，為避免發生上述罪刑不相當之情形，法院就該個案應依本解釋意旨，裁量是否加重最低本刑。然至今已超過 2 年，對立法者而言是未竟之業；對司法者而言，不僅增加訴訟負擔，也會因假釋撤銷影響累犯認定，造成更多的非常上訴案件。

本案的基礎事實是上訴人張○○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。本案衍生的法律問題是：

- 一、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？
- 二、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？

最高法院各庭針對上述法律問題，未獲一致見解，遂提案予刑事大法庭裁判。

貳、最高法院法律見解

刑法第 47 條規定累犯加重其刑二分之一在釋字第 775 號解釋後，檢察官應負被告是否構成累犯以及應加重其刑之事項之舉證責任，並指出證明方法嗎？最高法院有採否定與肯定見解：

一、否定說

此說認為檢察官無主張被告所為犯行依累犯規定加重其刑並指出證明方法之責任，而係法院應依職權調查之事項。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。法院未履行調查義務將有刑事訴訟法第 378 條判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，或第 379 條第 10 款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，得提起非常上訴之適用。

二、肯定說

此說認為應由檢察官負主張及指出證明方法之責任，而非屬法院應依職權調查之事項。

1.依釋字第 775 號解釋之意旨，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。又解釋理由書闡釋：「……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。**」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「改良式當事人進行主義」的框架中。

2.立法者於民國 109 年 1 月 15 日依釋字第 775 號解釋理由書，關於累犯科刑事事項修正刑事訴訟法第 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。」修正理由是明定當事人、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. 刑事訴訟法第 163 條第 2 項規定即我國採「改良式當事人進行主義」之明文，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。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〔一〕）。成立累犯並加重其刑，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. 借鏡國外實務之運作之借鏡，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。日本實務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。

三、本案提案法庭之意見

提案法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、決定權限。是以，法院於審酌被告是否適用累犯加重其刑

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

參、檢察官之舉證責任與法院之調查義務

刑事訴訟法第 378 條規定，判決不適用法則或適用不當者，為違背法令；第 379 條第 10 款規定依法應於審判期日調查之證據而未予調查，其判決當然違背法令。至於所稱依法應於審判期日調查之證據，係指與待證事實有重要關係，在客觀上顯有調查必要性的證據而言，故其範圍並非漫無限制，必其證據與判斷待證事實之有無，具有關聯性，得據以推翻原判決所確認的事實，而為不同之認定，始足當之¹。上述否定說認為檢察官沒有主張被告所為犯行依累犯規定加重其刑並指出證明方法之責任，法院未履行調查義務，將有刑事訴訟法第 378 條或第 379 條第 10 款之適用。因此有必要先釐清累犯加重情形是「應」加重？還是「得」加重？

一、「應」與「得」之辨

（一）法條規定「應」加重

刑法第 47 條第 1 項規定：「受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，5 年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至二分之一。」有疑義的是，依現行規定，成立累犯究竟是應加重其刑，還是得加重其刑？

民國 24 年制定公布第 47 條累犯加重其刑，立法理由係「受刑後復犯罪，可證明通常刑之不足以懲治其特別惡性，而有加重其刑之必要。」釋字第 775 號解釋也認為本條是不分情節，一律加重最低本刑。另從刑法體系而論，立法者認為刑罰的減輕或加重，若屬可裁量，則是使用「得」字，例如刑法第 16 條、第 18 條第 2 項、第 19 條第 2 項、第 23 條但書、第 24 條但書、第 25 條第 2 項或第 30 條第 2 項等，否則對累犯規定若解釋上認為包含「應」或「得」，刑法第二章至第四章規定「不罰」或「減輕或免除其刑」，可以選擇「得」為之，有違立法者本意與立法目的。因此，刑法第 47 條規定加重其刑，屬不可裁量的應加重，此由民國 94 年將第 62 條自首規定從「減輕其刑」改為「得減輕其刑」更可確認。

（二）釋字第 775 號解釋反對一律加重其刑

釋字第 775 號解釋有關累犯加重本刑部分，不生違反憲法一行為不二罰原則之問題。惟其不分情節，基於累犯者有其特別惡性及對刑罰反應力薄弱等立法理由，一律加重最低本刑，於不符合刑法第 59 條所定要件之情形下，致生行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪責之個案，其人身自由因此遭受過苛之侵害部分，對人民受憲法第 8 條保障之人身自由所為限制，不符憲法罪刑相當原

¹ 最高法院 106 年度台上字第 1778 號。

則，牴觸憲法第 23 條比例原則。...於修正前，為避免發生上述罪刑不相當之情形，法院就該個案應依本解釋意旨，裁量是否加重最低本刑。

依上述解釋意旨可以確定的是：**累犯不能一律加重其刑**。至於是由法官視個案情節裁量判斷是否加重，修法為「得加重其刑至二分之一」？還是如法務部提出的修正版本採「原則一例外」模式？即基於刑事政策考量，累犯應發揮刑罰之嚇阻、懲罰與矯正功能，原則加重刑罰，例外不加重。目前尚未有一致見解，立法院就行政院與司法院的提案予以保留²。只是在刑法第 47 條未修法前，**法院就該個案應依本解釋意旨，裁量是否加重最低本刑**。根據統計，自本號解釋於民國 108 年 2 月 22 日公布後，兩年後民國 110 年 3 月的累犯案件在地方法院裁量不加重基本刑者占全部案件的 20.9%；高等法院依解釋不加重案件比例有 19.2%。易言之，有八成案件法院裁量加重，約二成左右案件不加重，目前司法實務在未修法前已經採用「得」加重最低本刑³。

依刑法第 47 條與司法院解釋，是否成立累犯與累犯是否加重其刑，屬不同層次的問題，前者只是後者的必要條件，並非充分條件。易言之，**有加重其刑，一定成立累犯；但成立累犯，不一定要加重其刑**。成立累犯是一回事，其與刑法第 77 條假釋要件有關，但是否加重其刑是另一回事，而這才是刑法第 47 條的重點。成立累犯由客觀可判斷，故確認累犯不是問題，**問題是，累犯是否應加重其刑，故本次法律問題為檢察官是否應主張累犯加重其刑**。累犯加重其刑至二分之一，如果是應加重或原則應加重，必須先判斷被告所犯事實是否適用刑法第 47 條，其關係事實之認定與法律適用之基礎事項，並影響被告刑罰之加重，在具有關聯性、必要性與調查可能性下，法院在檢察官未主張被告依累犯規定加重其刑並指出證明方法時，法院又未履行調查義務，將有第 379 條第 10 款依法應於審判期日調查之證據而未予調查，其判決當然違背法令，或刑事訴訟法第 378 條判決不適用法則或適用不當者，為違背法令之適用。反之，誠如上述，累犯依司法院解釋在未修法前，法院依解釋採用「得」加重其刑，在檢察官未主張被告依累犯規定加重其刑並指出證明方法時，法官是否應履行調查義務，要屬另一法律問題，以下說明之。

二、改良式當事人進行主義之框架

(一)刑事訴訟法第 288 條第 4 項與第 289 條第 2 項修法回應

釋字第 755 號解釋的理由書提及科刑資料之調查與辯論，闡釋「**對累犯者加重本刑涉及科刑**」。目前刑事訴訟法，僅規定科刑資料之調查時期應於罪責資料調查後為之（刑事訴訟法第 288 條第 4 項參照），及賦予當事人對科刑範圍表示意見之機會（刑事訴訟法第 289 條第 3 項參照），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

² 立法院公報第 110 卷第 64 期，頁 230。

³ 立法院公報第 110 卷第 64 期，頁 179 以下。

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,併此指明。」

刑事訴訟法第 288 條第 4 項規定審判長就被告科刑資料之調查,應於前項事實訊問後行之。理由是「由於我國刑事訴訟不採陪審制,認定犯罪事實與科刑均由同一法官為之,為恐與犯罪事實無關之科刑資料會影響法官認定事實的心證,則該等科刑資料應不得先於犯罪事實之證據而調查,乃明定審判長就被告科刑資料之調查,應於其被訴事實訊問後行之。」刑事訴訟法第 289 條第 2 項於民國 109 年 1 月 15 日修正公布為: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。修正理由是:「一、按犯罪事實有無之認定,與應如何科刑,均同等重要,其影響被告之權益甚鉅,原條文第三項僅給予當事人就科刑範圍表示意見之機會,而未經辯論,尚有未足,爰依司法院釋字第七百七十五號解釋意旨,就科刑範圍辯論之,俾使量刑更加精緻、妥適。」

是以,釋字第 775 號解釋指出是當事人就加重、減輕或免除其刑等事實及其他科刑資料,指出證明方法。若就「當事人」而言,依改良式當事人進行主義與刑事訴訟法第 3 條規定,法院非刑事訴訟之當事人,被告是否依累犯加重其刑應由檢察官負舉證責任。

(二)面子與裡子之爭

刑事訴訟法第 288 條第 4 項修法理由指出有關訴訟程序之進行,以採當事人間互為攻擊、防禦之型態為基本原則,法院不立於絕對主導之地位,亦即法院依職權調查證據,退居於補充、輔助之性質。因此,在通常情形下,法院應係在當事人聲請調查之證據全部或主要部分均已調查完畢後,始補充進行。刑事訴訟法第 163 條之 1 立法理由也說明「在加重當事人進行主義色彩,淡化職權進行主義之刑事訴訟制度下,證據調查為整個審判程序之核心,其中當事人間互為攻擊、防禦更為法庭活動中調查證據程序之重點所在。為使證據之調查集中而有效率、訴訟程序之進行順利而迅速,聲請調查證據之方式,應予明定,始克有成。」

民國 91 年修法時強調以主張、舉證為中心,但不因而解除法院傳拘證人、調查證據之義務。由刑訴法第 163 條第 2 項可得知,法院有調查證據之權限,但書則宣示,法院於特定範圍內負有澄清義務,澄清義務係為追求實體正義,因此實務運作上可能有利或不利被告。學者因而質疑刑事案件為發現實體真實,有可能不涉及公平正義或被告利益⁴?另有學者認為,刑事訴訟法第 163 條第 2 項前段「得」字只是授權法院在以當事人為主導的調查證據程序中,傳達具有調查證據之權限而已,但對於犯罪事實認定有影響的證據,法院不具有

⁴ 林鈺雄,刑事訴訟法(上冊),2020 年 9 月,10 版,頁 59 以下、頁 64-70。

「裁量」調查或不調查的選擇，法院豈可只有調查權限，卻無調查義務，此見解與刑事訴訟法第 2 條第 1 項之法律誠命規定相違背⁵。論者也反對法院高舉無罪推定原則，犧牲公平原則與發現真相的訴訟原則⁶。本文認為，條文但書規定法院基於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係，應依職權調查之。然二者與「發現真實」息息相關，或稱前者是後者的具體內涵也不為過。法院對被告之利益事項，固然應調查之，但於公平正義之維護也應負起調查義務，卻可能對被告不利，因為不是只有被告才有公平正義可言，此修法結果是當事人進行主義贏了面子，在修法過程中最後卻失了裡子⁷。問題是，檢察官未主張被告所為犯行依累犯規定加重其刑並指出證明方法，法院是否應基於「公平正義之維護」而依職權調查？

(三) 刑事訴訟法第 163 條第 2 項法院調查證據之範圍

刑事訴訟法第 161 條修訂理由謂「我國刑事訴訟法制之設計係根據無罪推定原則，以檢察官立於當事人之地位，對於被告進行追訴，則檢察官對於被告之犯罪事實，自應負提出證據及說服之實質舉證責任。」刑事訴訟法第 163 條第 2 項之立法理由說明「凡與公平正義之維護或被告利益有重大關係事項，法院仍應依職權調查之。」「在強化當事人進行色彩後之刑事訴訟架構中，法院依職權調查證據僅具補充性、輔佐性，因此在例外地依職權進行調查證據之情況下，為確保超然、中立之立場，法院於調查證據前，應先給予當事人陳述意見之機會。」為了淡化糾問主義色彩，法院對證據調查改居於消極被動地位，只是法院為了發現真實，仍可能斟酌個案情形主動依職權介入調查。依最高法院 91 年第度四次刑事庭決議，法院應調查的範圍有三：一、當事人、代理人、辯護人或輔佐人聲請調查而客觀上認為必要；二、第 163 條第 2 項但書規定應依職權調查之證據；三、第 163 條第 2 項前段規定為發現真實，經裁量後，客觀上又為法院認定事實適用法律之基礎者。最高法院 100 年度第 4 次刑事庭會議也指出，法院原則上不主動調查證據，除非有當事人等聲請調查證據而客觀上認為有必要，以及刑事訴訟法第 163 條第 2 項但書規定之情形，方有調查證據之義務。

依上述說明，有關本次法律問題，若法院積極認定被告成立累犯有誤，例如假釋撤銷後，非屬刑法第 47 條「受徒刑之執行完畢」，被告卻因累犯而加重

⁵ 楊雲樺，新法下檢察官的舉證責任及法院的調查義務—評最高法院九十一年度第四次刑事庭會議，月旦法學，第 89 期，2002/10，頁 242、244。

⁶ 林麗瑩，典範的轉移或失落—論最高法院 2012 年 1 月 17 日第 2 次刑事庭會議決議，檢協會訊，第 76 期，頁 10。

⁷ 最高法院於 2012 年作成 101 年度第 2 次刑庭會議決議針對第二項但書所指「公平正義之維護」事項為目的性限縮解釋，應以利益被告之事項為限。此決議贏得喝采肯定者有之，質疑與批判者亦有之，後者如林麗瑩，同註 6，頁 8 以下；張升星，公平法院的中立假象—從最高法院 101 年第 2 次刑事庭決議談起，檢察官新論，第十三期，2013/1，頁 172。詳細立法過程參閱林輝煌，刑事法院職權調查證據之界限—評最高法院 101 年第 2 次刑事庭會議針對刑事訴訟法第 163 條第 2 項但書之決議，法令月刊，63 卷 11 期，2012/11，頁 4 以下、蔡碧玉，法官的職權調查義務 VS. 公平法院—評最高法院 101 年第 2 次刑事庭會議決議，檢察新論，第十二期，2012/7，頁 166 以下。

其刑，乃是不利於被告，適用法律之基礎屬違背法令，應無爭議。但累犯要件成立，法院因檢察官對被告未依累犯加重其刑，也因累犯加重其刑對於被告屬不利事項，法院是否有應調查而未調查之情形，考慮的是有否負起第 163 條第 2 項但書「於公平正義之維護」。

(四)公平正義之維護

刑事訴訟法第 163 條第 2 項但書規定法院對於公平正義之維護有調查義務，何謂「公平正義」？刑事訴訟法第 163 條通過後，當時負責研修該條文的司法院刑事廳廳長說明⁸：「但書所稱『公平正義之維護』之重大事項，係指：例如案件攸關國家、社會或個人重大法益之保護，或牽涉整體法律目的之實現及國民法律感情之維繫者均屬之。」最高法院 101 年度第 1 次刑事庭會議之補充修正指出：「公平正義之維護專指利益被告而攸關公平正義者而言。」論者認為此與無罪推定原則相契合，基於公正法院審判原則，法官不負擔推翻被告無罪推定之責任。若檢察官未盡舉證責任，法院未依職權裁量予以調查不利於被告之犯罪事實與證據，無違法可言。又檢察官不會因但書規定法院應調查而減免其舉證責任，檢察官未盡實質舉證責任時，不應要求法院接續依職權調查不利被告之證據，否則與修法目的有違，故支持公平正義之維護以目的性限縮之解釋方法，專指以利益被告之事項為限⁹。當檢察官未予起訴時或審判中提出不利於被告之證據或指出證明方法，法院於當事人主導之證據調查完畢後，若所欲證明之事項已臻明確，未依刑事訴訟法第 163 條第 2 項但書規定調查，不能因為對非案內已存在、當事人也未聲請調查且非專為利益被告而攸關公平正義之證據未予調查，而有調查職責未盡之違法可言¹⁰。

公平正義可以是實體公平正義，也含程序公平正義。前者是實現國家刑罰權，有罪者繩之以法，無罪者還其清白，且刑罰應符合罪刑相當原則；後者是保障被告法定程序之基本權利。刑事訴訟法第 163 條第 2 項但書所指的「公平正義之維護」與前段「發現真實」連結，係指實體公平正義。但不管是實體公平正義，還是程序公平正義，法院都應該站在客觀中立立場，不偏頗任何一方當事人，由檢方與辯方雙方舉證以決定訴訟結果，只是無辯護人的被告，國家基於照料義務應提供義務辯護人給予協助，以發現真實，實現公平審判的目的¹¹。

(五)累犯加重其刑關乎公平正義？

檢察官未主張被告成立累犯並加重其刑，因屬不利於被告事項，法院是否應依刑事訴訟法第 163 條第 2 項但書「公平正義之維護」而負起調查義務？民國 24 年制定公布第 47 條累犯加重其刑規定，加重理由係「受刑後復犯罪，可

⁸ 蔡清遊，刑事訴訟法第一六一、一六三條修正後之新思維、新作為，司法周刊，2002/1/23，第 1067 期，第三版。

⁹ 陳文貴，最高法院難以割捨的職權糾問思惟——以最高法院 110 年度台上字第 246 號刑事判決為例，月旦裁判時報，2021/7，第 109 期，頁 101 以下。

¹⁰ 陳文貴，同註 9，頁 105 以下。

¹¹ 蔡碧玉，同註 7，頁 174。

證明通常刑之不足以懲治其特別惡性，而有加重其刑之必要。」民國 94 年修正除限制累犯要件之再犯是故意犯外，仍維持加重本刑，理由有二：一是犯罪行為人前因犯罪而經徒刑執行完畢或一部之執行而赦免後，理應產生警惕作用，返回社會後能因此自我控管，不再觸犯有期徒刑以上之罪，卻故意再犯後罪，足見有其特別惡性；二是前罪之徒刑執行無成效，行為人對刑罰之反應力顯然薄弱，猶無法達到刑罰矯正之目的，基於特別預防之法理，有必要加重後罪本刑至二分之一，再延長矯正期間，以助其重返社會，兼顧社會防衛之效果¹²。

是以，累犯加重處罰是基於相對理論中的特別預防觀點。特別預防理論認為刑罰正當性在於對犯罪行為人的影響，經由判決再執行刑罰，會產生直接可感受的效果，導致其不敢繼續犯罪。刑罰具有消極與積極功能，透過刑罰威嚇直接強制犯罪行為人，令其不敢繼續犯罪，且透過刑罰讓犯罪行為人在將來生活中不具有犯罪的可能，此為刑罰執行的目的—「再社會化」¹³。監獄行刑法第 1 條明定本法目的是促使受刑人改悔向上，培養其適應社會生活之能力，益見本法強調特別預防的目的。特別預防理論是經由判決再執行刑罰，會讓行為人產生直接可感受的效果，導致其不敢繼續犯罪，則累犯加重其刑與公平正義沒有直接與密切關聯。

累犯規定也與一般預防理論有關，此理論認為刑法經由刑罰的宣告與執行，可以嚇阻大眾犯罪。犯罪形成原因存於意念中與追逐私利的想法，故刑罰對犯罪意念的驅動具有心理強制效果，此為消極一般預防理論的主張。一般預防理論是以抗制犯罪為出發點，的確有利於特定刑事政策的制定，認為一再侵犯法律是目前刑罰不足以威嚇，為了有效的一般預防，提高刑罰屬必要，以事前先昭告大眾，達到嚇阻功效¹⁴，累犯即其產物。累犯加重其刑雖具有威嚇功能，這是刑事政策考量，與公平正義之維護無關。

另學者指出，國家執行刑罰權會導致人民的利益直接或強烈地受到剝奪或影響，只要與被告構成犯罪事實之認定、違法性、有責性等涉及罪責與法律效果等問題之證據，涉及公平正義之維護，縱使當事人未聲請調查證據，法院仍有調查義務¹⁵。但被告是否成立累犯及是否加重其刑與犯罪構成要件及其(法定)法律效果無涉，檢察官未於起訴時或審判中提出，法院未依刑事訴訟法第 163 條第 2 項但書規定調查，不能因為法院未維護公平正義，而有調查職責未盡之違法可言。

三、累犯與假釋認定殊途同歸

(一) 假釋撤銷影響累犯認定

¹² 立法院公報第 94 卷第 5 期，頁 237；司法院釋字第 775 號解釋；最高法院 104 年度第六次刑事庭會議決議。

¹³ 黃惠婷，由刑罰目的探討累犯加重刑罰之正當性，矯正期刊，第 9 卷第 1 期，2020，頁 19 以下。

¹⁴ 黃惠婷，同註 13，頁 20 以下。

¹⁵ 楊雲樺，同註 5，頁 245。

近期司法實務有關累犯提起多件非常上訴案件，共通點是與假釋有關¹⁶。檢察署業已撤銷被告假釋並發監執行在案，事實審以被告之保護管束期滿，假釋未經撤銷，視為執行完畢，故認為被告符合累犯要件，依刑法第 47 第 1 項規定加重其刑。事後發現判決基礎與事實不符，因被告之假釋案件業已撤銷在案，應不適用於累犯之規定，顯有判決適用法則不當之違法，並對被告明顯不利¹⁷。

依監獄行刑法第 138 條規定，核准假釋者，應於保護管束命令送交監獄後二十四小時內釋放之。釋放時，由監獄給與假釋證書，並告知如不於特定時間內向執行保護管束檢察署檢察官報到，得撤銷假釋之規定。刑法第 77 條假釋要件是「受徒刑之執行而有悛悔實據者…累犯逾三分之二，由監獄報請法務部，得許假釋出獄¹⁸。」依刑法第 78 條、第 79 條與第 79 條之 1 規定，假釋出獄，須未經撤銷假釋者，其未執行之刑，始以已執行論，倘假釋中因故意更犯罪，受逾六月有期徒刑之宣告確定者，撤銷其假釋者，仍須執行原殘餘刑期，不能認為徒刑已執行完畢。監獄行刑法第 120 條假釋出監受刑人刑期變更者，監獄於接獲相關執行指揮書後，應依刑法第七十七條規定重新核算，並提報其假釋審查會決議後，報請法務部辦理維持或廢止假釋。前項經維持假釋者，監督機關應通知該假釋案犯罪事實最後裁判法院相對應檢察署向法院聲請裁定假釋中付保護管束；經廢止假釋者，由監獄通知原指揮執行檢察署辦理後續執行事宜。又依監獄行刑法第 118 條規定，法務部參酌監獄陳報假釋之決議，應為許可假釋或不予許可假釋之處分。雖然依第 137 條規定，法務部得將假釋之審查、維持、停止、廢止、撤銷、本章有關復審審議及其相關事項之權限，委任所屬矯正署辦理。因成立累犯的前提是行為人受徒刑之執行完畢，假釋是否經法務部撤銷將影響累犯之成立與否，法務部是假釋的主管機關，且由上述有關假釋的規定，累犯成立與否與假釋要件及其撤銷與否有關係。從組織編制與任務賦予而言，同屬法務部之下的檢察署較能掌握被告之假釋撤銷與否情形，故被告是否成立累犯，甚至有加重其刑之必要者，應由檢察官負舉證責任。

（二）累犯與假釋基準之共通性

刑法第 47 條經司法院解釋後，被告是否成立累犯關係假釋要件或影響受刑人累進處遇之分類，然對於該條而言，重點在於是否加重其刑。加重其刑應以量刑事實為依據，因為「量刑事實」即是與量定刑罰有關的事實。檢察官的舉證責任是否涵蓋量刑事實？犯罪事實之待證事項係該當於犯罪構成要件之事實的存否，屬於「有」與「無」的問題，檢察官依刑事訴訟法第 161 條第 1 項應負

¹⁶ 最高法院 109 年台非字第 113 號；最高法院 109 年台非字第 157 號；最高法院 109 年台非字第 168 號；最高法院 109 年台非字第 180 號；最高法院 110 年台非字第 18 號；最高法院 110 年台非字第 193 號。

¹⁷ 最高法院 110 年度台非字第 193 號。

¹⁸ 刑法第 47 條在未修正前，累犯加重本刑至二分之一，是應加重。在司法院釋字第 775 號解釋後，累犯非一律加重，因此被告是累犯，但沒有加重其刑，如果其假釋要件也須逾三分之二才能提報，與有期徒刑逾二分之一比較，顯然條件較苛，不利受刑人，是否符合公平正義？不無疑義。

舉證責任。量刑事實所形成的量刑評價是「程度(高低)」問題，而非「有無」問題，其所能提供者是提供法官從輕或從重之依據，少數例外將「教化可能性之有無」設定為待證事項¹⁹。量刑事實不等同於刑法第 57 條量刑應審酌之事由，前者屬於後者之下位概念，透過各種量刑事實以對應應審酌的量刑事由，例如被告的生長經歷、前科紀錄或矯治狀況，對應犯罪行為人品行，並反應在刑度上，量刑事實並沒有以「經合法調查之證據所形成之量刑事實」作為基礎²⁰。至於量刑事實的舉證責任有主張檢察對被告有利或不利一概負起舉證責任、檢察官僅對被告不利負舉證責任或沒有舉證責任分配的舉證責任不要說等三種見解，學者採「修正的舉證責任不要說」，當量刑事實在調查前即可預知是對被告不利者，相關證據證明應由檢察官負起舉證責任，並且在量刑辯論中成為具體的攻防內容²¹。

監獄行刑法第 115 條規定監獄對於受刑人符合假釋者，應提報其假釋審查會決議後，報請法務部審查；第 116 條規定假釋審查應參酌受刑人之犯行情節、在監行狀…犯罪紀錄…綜合判斷其悛悔情形。法務部應依前項規定內容訂定假釋審查參考基準，並以適當方式公開之。受刑人假釋實施辦法第 3 條規定犯行情節考慮者有犯罪動機、犯罪方法及手段以及犯罪所生損害；在監行狀有平日考核紀錄、輔導紀錄與獎懲紀錄；犯罪紀錄則是歷次裁判摘要或紀錄、歷次執行刑罰及保安處分紀錄以及撤銷假釋或緩刑紀錄。累犯加重刑罰理由係因犯罪行為人之刑罰反應力薄弱，需再延長其矯正期間，以助其重返社會，並兼顧社會防衛之效果。此理由表示累犯者在徒刑執行完畢或假釋期滿後五年內故意再犯，因對前罪的刑罰反應力薄弱，有必要再矯正。釋字第 775 號解釋的理由書也闡述「立法機關衡量其所欲維護法益之重要性、防止侵害之可能性及事後矯正行為人之必要性，綜合斟酌各項情狀，以法律規定法官所得科處之刑罰種類及其上下限，應與該犯罪行為所生之危害、行為人責任之輕重相符」。因此，對前罪的徒刑執行，假釋主管機關的法務部對累犯的前罪在監行狀最能掌握相關資訊，而隸屬於法務部的檢察署比起法院更是貼近被告前罪之執行情形。誠如立法者在刑事訴訟法第 163 條之立法理由中也肯認，偵查機關是最接近犯罪事實者，故累犯是否因犯罪刑罰反應力薄弱，需要延長矯正期間而加重其刑，應尊重檢察官意見。累犯成立與加重其刑屬不利被告之事項，檢察官既然在起訴時或審判中未提出相關證據或指出證明方法，可推知檢察官已基於被告犯行情節、前科紀錄與對前罪的刑罰反應力等，而認定被告雖成立累犯，但無須透過加重其刑延長矯正之必要。因此，法院未依刑事訴訟法第 163 條第 2 項但書規定調查，非有第 379 條第 10 款依法應於審判期日調查之證據而未予調查，其判決當然違背法令之適用。

肆、結語

¹⁹ 謝煜偉，量刑事實之調查與量刑情狀鑑定，檢察新論，第 23 期，2018/2，頁 28。

²⁰ 謝煜偉，同註 19，頁 29。

²¹ 謝煜偉，同註 19，頁 31。

刑法第 47 條規定累犯加重其刑至二分之一，於釋字第 775 號解釋後，累犯一律加重其刑，有違罪刑相當原則，故法院於未修法前對累犯依解釋採「得」加重其刑。被告成立累犯是一回事，但不一定加重其刑，只是加重其刑不利於被告，且累犯基於特別預防思想而認為有加重其刑之必要時，此與刑事訴訟法第 163 條第 2 項但書「公平正義之維護」無涉。此外，累犯加重其刑是因對刑罰反應力薄弱，需要延長矯正期間，而假釋成立與否參酌受刑人之犯行情節、在監行狀與犯罪紀錄等綜合判斷其悛悔情形，二者考量的重點都是被告或受刑人對於刑罰之反應力，而是否有加長或延長矯正之必要，故檢察官比法官更能掌握被告前罪之刑罰執行完畢後，五年內故意再犯者之刑罰反應力。檢察官於起訴時或審判中未提出相關證據或指出證明方法，法院未依刑事訴訟法第 163 條第 2 項但書規定調查，非屬應調查而未調查之情形，導致判決違背法令。