

「軍法審判前案」在刪除「排除軍法審判案件條款」後，得否被採計為累犯之「前案」？

林三欽（東吳大學法律學系教授）

壹、序說.....	2
一、本案背景事實.....	2
二、串接的生活事實中遇有法律變動的因應.....	3
貳、法律不溯及既往原則.....	3
參、累犯制度的概念.....	4
肆、本文立場.....	5
一、累犯規定之「本質」與構成要件事實之「範圍」.....	5
二、民國 95 年 7 月 1 日累犯新規定（不再排除軍法審判案件）「不真正溯及適用」於本案之正當性.....	5
（一）不真正溯及既往適用並非原則上允許.....	6
（二）刑罰相關規定應禁止「不真正溯及既往適用」.....	6
（三）類似做法在行政罰領域也抵觸「處罰法定主義」.....	7
（四）以「記點」模式來理解「疊加行為加重罰則規定」.....	7
（五）肯定說的理解盲點.....	7

壹、序說

一、本案背景事實

民國 93 年間：當事人因軍法案件，經國防部東部地方軍事法院判處有期徒刑 1 年 2 月確定（「軍法前案」）

民國 94 年 2 月：「前案」執行完畢

民國 95 年 7 月 1 日：刑法修正施行，其中刑法第 49 條刪除「依軍法受審判者不適用累犯規定」之相關文字¹

民國 96 年 5 月 11 日：當事人涉犯共同販賣二級毒品之行為（「後案」）

民國 99 年 4 月：當事人被依共同販賣二級毒品罪，並依刑法第 47 條第 1 項累犯規定加重其刑，全案於 99 年 4 月間判刑確定（最高法院 99 年台上字第 2187 號判決程序駁回當事人之上訴）



本案的爭點在於，在前後二案中間，刑法第 49 條修正，不再排除「軍法審判」案件作為構成「累犯」之事實元素，擴大「累犯」適用案例範圍後，究竟「後案」發生後，可否直接依據修正後之規定，將「後案」認定為累犯而加重其刑？

¹ 民國 95 年 7 月 1 日修正前刑法第 49 條規定：「累犯之規定，於前所犯罪依軍法或於外國法院受裁判者，不適用之。」修正後該條規定為：「累犯之規定，於前所犯罪在外國法院受裁判者，不適用之。」即刪除「依軍法或」4 個字，並將「於外國法院」改為「在外國法院」。

此處發生爭議的見解有二：

肯定說：於刑法修正、累犯適用範圍擴張後，應即依據新的累犯規定，將前述「後案」認定為累犯，而將舊法時期發生、且在舊法時期執行完畢的「前案」，當作新累犯規定之「單純背景事實」。請參見最高法院 103 年第 18 次刑事庭庭長法官聯席會議之決議：「被告係於新法施行後始犯丁罪，其行為時，刑法已無『於前所犯罪依軍法受裁判者，不適用累犯規定』之相關明文，是否成立累犯，自應以犯丁罪時之法律為斷，不能適用行為前之法律。」。

否定說：應將「前案」視為累犯的構成要件事實，認為本案係事實發展中法令有所修正，基於罪刑法定主義、法令不溯及既往及信賴保護等原則，不應將擴張後之累犯概念適用於橫跨新舊法時期的本案。請參見最高法院 111 年度台非大字第 34 號刑事提案裁定：「而修正前軍法前案並非判斷後案是否構成累犯之基礎的此一既存法律事實，係依舊法已取得之「於後案不論以累犯」的權益，有信賴保護的問題（見司法院釋字第 605 號解釋、釋字第 574 號解釋許宗力大法官協同意見書），此不因刑第 49 條規定之修正改變。」

二、串接的生活事實中遇有法律變動的因應

人類生活事實並非均為獨立發生，通常個別事實間具有某種串接的關連性，特別是就法律規範的評價意義而言。舉例來說：

- 大學生入學後所就讀的每個學期，均為其取得學位的元素；
- 公務員服務的每個年度均為其退休年資的組成元素；
- 人民一年當中陸續取得的各類收入均為其所得稅額計算之基礎；
- 公務員陸續所為之相關違失行為，均為其後評定懲處責任之事實依據（所謂「違失行為一體性原則」）。

若在前述的連串事實發生過程中，相關法規有所變動，則此時應如何適用新、舊法？類此疑義經常發生。如果新法較有利於當事人，可否將全部事實一體適用新法？如果新法較不利於當事人，可否將全部事實一概適用舊法？

在思考此類問題時，通常均會援引「法律不溯及既往原則」、「信賴保護原則」等作為判斷思考之依據。

貳、法律不溯及既往原則

所謂法律不溯及既往原則，其內涵主要在於避免事實發生後才經由立法、修法（建構「新法秩序」），回溯地適用於先前已然存在的事實。在「新法秩序」啟

動時，不論這些已經發生的事實是否已然「終結」或仍在「繼續進行」中，都應該探討，將新法秩序適用於這樣的案例事實中，有無違反法律不溯及既往原則²。處理法律不溯及既往原則問題的關鍵在於，各該案例「實質上」受到衝擊的大小，以及法秩序修正並立即全面適用的正當性；而不在於各該案例「形式上」是否已然終結。畢竟所謂「案例事實終結」其實是相當分歧、模糊而難以掌握的概念。「新法秩序的適用所帶來衝擊的大小」與「案例事實是否已經終結」之間，不存在絕對的關連。有些案例事實雖然尚未終結，但新法秩序若立即全面適用，其所帶來的衝擊不亞於其他案例類型中，已然終結的事實³。

基於以上說明，吾人認為法律不溯及既往原則並非可以機械式地理解與操作的法則，而應詳究以下各點⁴：

受到新法秩序所規範的事物（制度、權利、義務……）為何？

1. 本案法秩序為何需要變動？修法的正當性依據何在？
2. 本案法秩序何時變動？而於此時相關案例事實已經發展到如何的階段？
3. 若將本案事實（全部或部分）適用新法是否將對當事人之信賴（舊法）帶來衝擊？
4. 本案事實（全部或部分）適用新法有何正當性、必要性？

參、累犯制度的概念

本案涉及「累犯」制度新舊法變革的銜接，在新舊法過渡期間所發生的案例究應如何適用法律？「累犯」制度針對犯罪服刑期滿或一部之執行而赦免後一定年限內再犯者，基於其「惡性」、「可歸責性」較大，而予以提高刑罰，請參見司法院釋字第 775 號解釋之解釋理由書：「立法者之所以在原違犯條款所規定之處罰外，再以系爭規定一加重本刑之處罰，理由在於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。然而行為人卻故意再犯後罪，足見行為人有其特別惡性，且前罪之徒刑執行無成效，其對於刑罰之反應力顯然薄弱，故認有必要加重後罪本刑至二分之一處罰。」

此類立法思維不僅出現在刑法的「累犯」制度，也經常出現於行政罰。行政罰可能因為行為人於一定期間內觸犯某一領域規範達法定次數而被依法提高罰則。例如海關緝私條例第 45 條規定：「追徵或處罰之處分確定後，五年內再犯本

² 拙著，法令變遷、信賴保護與法令溯及適用，2008 年，新學林出版，頁 36 以下。

³ 拙著，同前書（註 2），頁 84 以下。

⁴ 拙著，同前書（註 2），頁 105 以下。

條例同一規定之行為者，其罰鍰得加重二分之一；犯三次以上者，得加重一倍。」

假設本來法律未依據「行為人是否於一定期間內有 2 次以上違法行為」這一因素來提高罰則，但其後修法自某日起引入此一制度。此時將面臨一項與本案類似的困境：修法引入此一制度「前」所為之違法行為，可否於修法引入「累犯」或其他類似制度後，當然作為此處「累犯」或「其他加重責任」規定之基礎事實？

此一問題的探索應分別從「累犯規定之本質」及「累犯行為之起始點」來探究。因為探究「新舊法適用問題」離不開「規範」與「事實」二者，以下分述之。

肆、本文立場

一、累犯規定之「本質」與構成要件事實之「範圍」

累犯案件就「是否構成犯罪」這部分雖然僅針對「後案」加以審理，但只要被認為累犯，得加重其本刑至二分之一。本文認為，「累犯」案件可分為「本案構成要件事實」與「基於與前案的關連使後案成為累犯」二部分。對本文的討論而言，關鍵在後者。如此一來，一個疑似累犯案件便有二個構成要件必須被認定：

- 一後案本身之構成要件規範；
- 一後案與前案的關連是否符合累犯之要件。

本文認為，此二個規範應分別操作、適用。就「後案構成要件」本身而言，其構成要件事實的範圍僅後案行為本身，而不及於前案犯罪行為。本文背景案例的後案行為所涉及的「共同販賣二級毒品罪」相關規定，於當時並無修正，所以就這部分而言無需處理新舊法適用問題。

但若就「後案與前案的關連是否符合累犯之要件」這部分而言，這個問題的相關「規範內涵」與「構成要件事實」，都是從「**前案犯罪行為**」開始。就這部分而言，本文所討論的背景案例事實，係在前案犯罪服刑完畢、後案行為尚未發生時，遇有法規變更。由於在構成要件事實發展過程中，「累犯」規定修正、適用範圍放寬，新法若得適用於本案、將本案認為累犯，可認為係「不真正溯及既往之法規適用」，應進一步檢視如此適用法規之容許性與正當性。

二、民國 95 年 7 月 1 日累犯新規定（不再排除軍法審判案件）「不

真正溯及適用」於本案之正當性

（一）不真正溯及既往適用並非原則上允許

承前所述本案關鍵在於，民國 95 年 7 月 1 日累犯新規定（不再排除軍法審判案件）得否「不真正溯及適用」於本案。依據本文之見解，法秩序變動後，新法「不真正溯及適用」於發展中的案例事實是否容許，應針對案件的特性個別分析。尤其應特別衡量相衝突之法益，以及新規範之法律效果等內涵。

尤其當人民之行為，依據行為時之法律並未符合任何究責法規之構成要件時，若其後修法，對於人民進行之行為整體課予責任，則此時人民得主張，此一課責新法不得溯及適用於本案，否則修法前已經發生的該部分事實，將被依據事後之新法重新作出負面評價，如此將違反法律不溯及既往原則當中的「禁止將事實重新評價」之誡命。

同樣地，若人民之行為依據當時法律已經取得某種有利法律地位，而其後修法，將發展中之案例事實重新規範，排除其先前已經取得之有利法律地位，亦可能抵觸「禁止重新評價」之誡命。

（二）刑罰相關規定應禁止「不真正溯及既往適用」

民國 95 年 7 月 1 日修正累犯規定，經由新法規定擴張適用對象後，不再排除軍法審判案件作為累犯之構成元素，而此一修法時間點正好在系爭案例軍法前案服刑完畢後、後案行為前，也就是在本案「累犯」構成要件事實發展過程中。若允許新法適用於本案，即構成法律的「不真正溯及既往適用」。

有鑑於刑事責任之嚴厲性，將案例事實發展中施行的新法適用於全部案例事實的「不真正溯及既往」之法適用模式，應予以禁止，以落實「罪刑法定主義」、「法律不溯及既往原則」。特別是涉及刑罰構成要件放寬、刑罰提高之規定等情形，本案便是如此。

犯罪行為一旦被認定為「累犯」，本刑得加重至二分之一，是相當嚴厲的制度。對於「累犯」制度的合憲性學術界與實務界歷來有不少的討論。司法院釋字第 775 號解釋將累犯制度的部分規定宣告違憲，並指出累犯制度須修正之處，限期修法改正。對於類此效果嚴厲、爭議性高的制度，在討論得否藉由修法、不真正溯及放寬其適用範圍時，應極度審慎、保留。

（三）類似做法在行政罰領域也抵觸「處罰法定主義」

即使在行政罰領域，亦不允許如此的恣意「不真正溯及既往」適用法律。舉例而言，若新法規定，凡3年內，違反空污法累積達3次以上者，罰則最高可提高至百分之五十；此一規定生效後，若吾人將之解釋為：一旦有人違法，即使前二次行為係發生於舊法時期，只要前二次「前行為」距離本次行為在3年內，即認為符合新的加重罰則規定。如此解釋適用方法所引入之「不真正溯及既往」適用法規模式，一旦適用於各類行政裁罰規定，由於係在帶狀事實發展過程中生效，且回溯適用於橫跨新舊法時期的全部事實，應認為違背「處罰法定主義」、「法律不溯及既往原則」。

（四）以「記點」模式來理解「疊加行為加重罰則規定」

如此解釋的原因在於，就人民的立場而言，任何形式的「疊加行為加重罰則規定」（包含「累犯」），必須從新法施行後才起算疊加行為，修法前的行為不得計入。除了基於前述的「不真正溯及既往適用」模式之分析外，疊加行為加重罰則規定可以解讀為：在此類加重罰則規範中，「前行為」除了原來的罰則外，形同另行予以「記點」；凡一定期限內累加達一定點數，即啟動罰則加重之法律效果。若吾人可以將此類加重罰則條款施行前之行為採計為疊加行為之範疇，不啻將新法施行前之行為，事後回溯地納入責任加重機制評價範疇、課予點數（回溯地重新評價舊法時期之行為）；形同比賽進行到中途才宣布增加罰則！

（五）肯定說的理解盲點

本文認為肯定說在解析本案時之盲點在於：

1. 誤以為認定是否構成累犯之構成要件事實僅及於「後行為」。在這樣的思維下，即使判斷是否構成累犯必須同時考量「前行為」，但前行為並未被肯定說認為係累犯的「構成要件事實」，而僅係「客觀背景事實」。
2. 如此思考的模式並未將「後行為」是否構成要件該當，與是否構成「累犯」此二問題分別判斷，而係融合為一，因而錯誤的共用了本案的「基準時」。其實，「後行為」是否構成要件該當，與是否構成「累犯」，二個問題內涵不同，應分別認定，而且其各自的基準時並不相同，已如前述。

最高檢察署就本案雖然採取「否定說」，但其所提出之「言詞辯論意旨書」第6頁下方指出：「假設刑法第49條係在被告接受軍法審判執行完畢前生效，該受軍法審判執行完畢之被告，若於執行完畢後5年內另行犯罪，由於被告在執行

完畢，亦即第一要件發生之前，新法即已生效，執行完畢之後5年之內若再有故意犯罪之行為，自應成立累犯無疑。」換言之，其欲以「前案執行完畢」為基準時，依其見解，若在「前案執行完畢」前新法生效，則此類案例適用新法並無疑義。本文卻認為，此一觀點忽略了被告於前案犯罪行為時，對於當時規定的信賴；且此說無視本案認定是否累犯的基礎事實係自「**前案犯罪行為**」開始，而非自所謂「（累犯）第一要件」（前案之刑執行完畢）發生時開始，因而應保障被告對於「**前案犯罪行為**」時法規內涵之信賴，不得任意將其後較不利的新法溯及適用於整體案例事實。