

最高法院 100 年度第 6 次刑事庭會議紀錄

【討論事項】

100 年刑議字第 3 號提案

院長提議：

被告犯甲罪，經判處有期徒刑確定，於執行完畢後，5 年以內故意再犯丙罪，法院依累犯規定加重其刑，判處有期徒刑確定。

而被告於甲罪判決確定前，因另犯乙罪，亦經判處有期徒刑確定。迨丙罪判決確定後，檢察官以甲、乙 2 罪合於數罪併罰要件，聲請法院裁定定其應執行之刑確定。則甲罪已執行之刑，係檢察官執行被告應執行之刑時，予以扣除之問題，不能認已執行完畢。檢察總長以丙罪判決諭知累犯係違背法令，提起非常上訴，有無理由？有甲、乙二說：

甲說：

1. 被告有無累犯之事實，應否適用刑法第 47 條規定加重其刑，為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，應依職權調查。
2. 倘被告不合累犯之要件，事實審法院未予調查，依累犯規定加重其刑，即屬刑事訴訟法第 379 條第 10 款規定之依本法應於審判期日調查之證據而未予調查，致適用法令違誤，而顯然於判決有影響，其判決為當然違背法令。
3. 又數罪併罰案件之執行完畢，係指該數罪所定應執行之刑已執行完畢而言。
4. 若數罪中之一罪已先予執行，嗣法院始依檢察官之聲請，就該數罪裁定定其應執行之刑，則前已執行之刑，係檢察官執行時予以扣除之問題，不能認為已執行完畢。
5. 被告故意再犯丙罪之日期係在甲、乙二罪應執行之刑執行完畢以前，不構成累犯，原確定判決依累犯規定加重其刑，自有判決適用法則不當及應於審判期日調查之證據而未予調查之違背法令。
6. 非常上訴意旨執以指摘，不問其所指被告前受有期徒刑宣告及執行之前科資料，是否存在於事實審訴訟卷宗內而得以考見，均應認為有理由。



乙說：

刑事訴訟法第三百七十九條第十款所定「依本法應於審判期日調查之證據而未予調查」，就非常上訴審言，如致適用法令違誤，而顯然於判決有影響者，固屬判決違背法令。惟所謂依本法應於審判期日調查之證據，係指事實審訴訟程序中已存在之證據，在客觀上為法院認定事實及適用法律之基礎者而言。倘當時不存在之證據，為事實審法院不及調查或無從調查者，即非應調查證據之範圍。非常上訴審自亦不能依據原確定判決後始行發生之新事實或新證據，自為變更事實之認定而適用法律。被告於甲罪所處有期徒刑執行完畢後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之丙罪，事實審法院依當時所存在之證據，認定事實，依累犯規定加重其刑，其適用法律並無違誤。至檢察官以甲、乙二罪合於數罪併罰要件，聲請法院裁定定其應執行之刑確定，係在丙罪判決確定以後，乃事實審訴訟程序中不存在之事實及證據，顯無調查之可能性，自非依法應於審判期日調查之證據。非常上訴意旨提出判決後發生之新事實、新證據，指摘原確定判決未就當時不存在之事實及證據予以調查，為無理由。

以上二說以何說為當？請公決

【決議】

採甲說。

