

113 年刑訴重要爭點與命題趨勢(一)

編目 | 刑事訴訟法

主筆人 | 郭台大 (郭奕賢)

一、最佳證據法則與實質直接審理原則

1. 實務見解 (109 台上 1478) :

刑事審判上，有所謂「最佳證據原則」，指法院應盡量以原本、直接的原始證據，取代以派生、間接的替代證據調查證據。例如，對扣案兇刀，應盡量將之視為物證，以提示命辨識等方式，取代以書證之扣押物品目錄表方式調查。最佳證據原則之目的，在於法官得以直接檢視原始證據以形成心證、保障當事人清楚知悉證據內容，及確保證據得直接呈現其本質（例如文件之影本原則上均係忠實呈現原本內容此一本質；然槍枝之重量為何，則無法由槍枝照片忠實呈現該本質）。從而，在不違反該等目的，即法官縱使僅調查替代證據，亦不影響心證之形成、該替代證據之真實性已獲確保而不影響當事人權益，及該替代證據係忠實呈現原始證據之狀態等前提下，以替代證據取代原始證據調查，並無違法。

透過實務見解的說明，可知最佳證據法則的目的在於，透過原本、直接之證據調查之要求，來使法官得以透過原始證據之檢視而形成心證、保障當事人清楚知悉證據內容，以及確保證據得直接呈現其本質。並且依據目的之設定，實務見解認為在不違反該三目的之情形下，得以透過替代證據取代原始證據調查，即符合：不影響法官心證之形成、真實性已獲確保而不影響當事人權益，以及該證據忠實呈現原始證據之狀態等前提。

2. 蘇凱平老師¹：

蘇凱平老師認為，實務見解有三個重要問題尚待釐清：

(1) 「原始證據」與「替代證據」的定義為何？

刑事訴訟法的用語當中，至多僅可見「原始證人」相對於「傳聞證據」之用法，而未見「原始證據」相對於「替代證據」之用法，何謂「原始、直接」？又何謂「派生、間接」？未見實務見解說明。

(2) 「最佳證據法則」要處理的是「證據能力」或「證明力」問題？

依照實務見解的說法，最佳證據法則應是用以決定證據能力之法則，然而證據能力是全有全無的概念，與用以衡量證據價值之「證明力」不同，而實務見解就最佳證據法則既稱「應盡量」，即會使人混淆究竟其所指涉者為證據能力問題？抑或是證明力之問題？

(3) 實務見解之三大例外要件應如何適用？

¹ 整理自蘇凱平 (2023)，作為證據法通則的「最佳證據法則」概念？—評最高法院 109 年度台上字第 1478 號等刑事裁判，台灣法律人，21 期，頁 88-110。

第一，未知原始證據，又豈知僅調查替代證據是否足以影響心證形成？第二，欠缺原始證據，又如何能知替代證據之真實性？第三，原始證據不備之情況下，又如何知道替代證據是否忠實呈現原始證據之狀態？

蘇凱平老師由是指出，其實所謂「原始證據」與「替代證據」之概念，必須要以「特定待證事項」在個案當中確定下來時，方有適用餘地，然而果如此，則其內涵也未超實質直接審理原則，可能使人誤會最佳證據法則乃「同一待證事實有多項證據資料均可證明時，彼此證據之間如何排序的問題」，因而可能造成混淆與誤解，實在應該避免使用之。特定待證事實之確定與否，也是最佳證據法則與實質直接審理原則之間最關鍵的差異。

因此，實務見解試圖透過「最佳證據法則」來建構一個通則性的證據法則，不但容易使人誤解，且可能使人混淆證據能力與證明力層次問題，其內涵更未有超越實質直接審理原則，故而在使用上應避免「最佳證據法則」等「通則」概念之使用，回歸個案判斷證據方法是否屬於替代之證據方法即可。

二、不利益變更禁止原則之適用模型

Step.1—須為被告之利益上訴為前提

依照§370I 之文字以觀，適用不利益變更禁止原則必須以為被告之利益上訴為前提，並其重點有：

1. 檢察官為被告之利益上訴亦屬之：

§344IV：「檢察官為被告之利益，亦得上訴。」。

檢察官亦有可能為被告之利益上訴，因此若檢察官為被告之利益上訴者，亦有§370I 之適用。

2. 檢察官若為被告之不利益上訴？

(1) 實務見解—必須合法且有理由，始不適用§370I²：

實務見解認為，檢察官對於被告不利益而為之上訴，必須是合法且為有理由者，始不適用§370I，否則若無理由，仍有§370I 不利益變更禁止原則之適用。

(2) 林鈺雄老師—僅合法上訴，即不適用§370I³：

林鈺雄老師認為，就§370I 之規定以觀，一旦檢察官或自訴人為被告之不利益提起合法上訴者，不論該上訴之結果是否有理由，均無§370I 不利益變更禁止原則之適用。

Step.2—原則上禁止諭知較重於原審判決之刑

² 最高法院 103 年度台上字第 2527 號判決。

³ 林鈺雄 (2023)，刑事訴訟法 (下冊)，12 版，頁 397-400。

1. 規範對象：

(1) 第二審判決不應重於第一審判決：

依§370I 文字可知，其所規範者乃第二審法院所為之判決，並且比較對象是為原審判決，對於第二審而言之原審判決，即指第一審判決而言，不包括經最高法院發回第二審法院更審之前次判決在內⁴。

(2) 第三審判決是否亦適用不利益變更禁止？

§370I 規範乃針對第二審法院而發，第三審卻未見相同規定，然而若考量到不利益變更禁止之規範目的，於第三審之情形仍應有被告上訴權利保障之需求才是，因此上訴第三審部分，亦應有不利益變更禁止原則之適用⁵。

2. 所謂較重之刑：

(1) 主刑—YES：

屬§370I 所稱之刑。

(2) 從刑—YES：

屬§370I 所稱之刑。

(3) 緩刑？—YES

實務見解⁶認為，緩刑本質上無異恩赦，得消滅刑罰之效果，顯對被告有利，如無因原審判決適用法則不當之情形而將下級審緩刑之宣告撤銷，亦有違背不利益變更禁止之原則。

(4) 定應執行刑—YES：

§370II 已經明文，定應執行刑亦屬§370I 所稱之刑。

(5) 保安處分—至少拘束人身自由之保安處分 YES：

§370I 雖明文規定不得諭知較重之「刑」，但實務見解⁷認為，至少就拘束人身自由之保安處分而言，因其拘束身體自由之性質與刑罰相同，故亦有不利益變更禁止原則之適用⁸，應屬§370I 所稱之刑⁹。

⁴ 最高法院 94 年度台上字第 5614 號判決撤銷發回第二審法院更審時，該被撤銷之第二審判決已經失效，對於該更審判決而言之原審判決，自然是指第一審判決而言。

⁵ 林鈺雄 (2023)，刑事訴訟法 (下冊)，12 版，頁 397-398；林俊益 (2023)，刑事訴訟法概論 (下冊)，18 版，頁 367-368；黃朝義 (2021)，刑事訴訟法，6 版，頁 827-828；最高法院 107 年度台上字第 631 號判決。就方法論而言，林鈺雄老師乃主張類推適用§370 之規定。

⁶ 最高法院 101 年度台上字第 272 號判決。

⁷ 最高法院 94 年度台上字第 1834 號判決。

⁸ 林鈺雄老師與林俊益老師亦持相同見解，見林鈺雄 (2023)，刑事訴訟法實例解析，6 版，頁 404-405；林俊益 (2023)，刑事訴訟法概論 (下冊)，18 版，頁 375。

⁹ 就最高法院 94 年度台上字第 1834 號判決而言，其表明：「……惟保安處分中之強制工作，係以剝奪受處分人之身體自由為內容，其所形成之社會隔離、拘束身體自由之性質，實與刑罰同。從而由被告上訴或為被告之

(6) 沒收¹⁰—NO：

林鈺雄老師指出，沒收從解釋論而言，已經不再屬於「刑」，而是獨立的法律效果，故第二審所增諭知之沒收，非屬§370I 所稱之刑，故無不利益變更禁止原則之適用。實際應用上，即便將沒收納入原則禁止之範圍內，也常會因為法條適用不當而構成容許例外，如義務沒收之情形，因而結論上同樣也能增諭知沒收，實際效用恐有限。

Step.3—例外允許諭知較重之刑

依§370I 但書之規定，倘若有原審判決適用法條不當之情形，則第二審法院得撤銷改判較重之刑，不受§370I 本文之不利益變更禁止原則限制，然而何謂「適用法條不當」，即有疑義：

1. 實務見解¹¹：

所謂適用法條不當，是指凡對於第一審判決所引用之刑法法條有所變更者，皆包含之，並非專指刑法分則之法條而言，無論分則或總則之法條，均包含在內，包含由教唆犯變更為共同正犯¹²、未遂犯變更為既遂犯¹³、誤數罪併罰為想像競合犯¹⁴、違法宣告緩刑¹⁵、誤用刑法§59 而酌減其刑為不當者¹⁶，均屬法條適用不當之情形，因而得諭知較重之刑。

除此之外，實務見解亦有認為，倘形式上的法條適用未有不同，但犯罪事實（如行為數）之認定已經有異，此時是否屬於「法條適用不當」之情形，亦有疑義¹⁷：

(1) 第二審所認之犯罪事實較第一審多—屬法條適用不當，可以加重¹⁸：

若第二審所認之犯罪事實較第一審多，此時雖然形式上的適用法條未有變更，但實質上其法條所蘊含刑罰輕重程度顯有不同¹⁹，自得諭知較重於第一審判決之刑。

例如以接續犯或集合犯論罪的案件中，雖然形式上適用的法條並無不同，但實際上可能犯罪情節在第二審中所認定者要比第一審更重，像是原本認定被害人為 29 人，第

利益而上訴者，關於拘束身體自由之保安處分，仍有刑事訴訟法第三百七十條所規定不利益變更禁止原則之適用。」，既認是適用§370I，從文字以觀，應是將拘束人身自由之保安處分認定為§370I 所指涉之「刑」，然而「刑」字的解釋上是否能包含本質上非屬刑罰的保安處分，恐有疑問，但即便認為不行，結論上也會基於同樣的理由而類推適用§370I，這應僅是方法論的問題，殊途同歸。

¹⁰ 林鈺雄（2023），刑事訴訟法實例解析，6 版，頁 404-405。

¹¹ 林俊益（2023），刑事訴訟法概論（下冊），18 版，頁 369。

¹² 最高法院 26 年度滬上字第 48 號判決。

¹³ 最高法院 83 年度台上字第 3898 號判決。

¹⁴ 最高法院 104 年度台上字第 1693 號判決。

¹⁵ 最高法院 107 年度台上字第 3848 號判決。

¹⁶ 最高法院 109 年度台上字第 1880 號判決。

¹⁷ 整理自林鈺雄（2023），刑事訴訟法（下冊），12 版，頁 410-411、林俊益（2023），刑事訴訟法概論（下冊），18 版，頁 370-372。

¹⁸ 此種情形的實務見解，幾乎都強調「罪刑相當原則」、「犯行情節」、「刑罰輕重程度」等，甚至有明示第一審適用刑法§57 規定顯非妥適與正確之情形，恐怕即是所謂以單純量刑為由，認定有法條適用不當之情形。

¹⁹ 最高法院 109 年度台上字第 3412 號判決。

二審認定被害人為 30 人²⁰；原本認定公然侮辱罵 1 次，第二審認定罵 3 到 5 次而應成立接續犯²¹；第二審認定販賣毒品之數量與金額均比第一審所認定者更多且高²²等。

(2) 第二審所認之**犯罪事實較第一審少**—不可加重刑度，亦不可維持之：

若第二審所認之犯罪事實較第一審少，此時則會認為，基於**罪刑相當原則**，法院對被告的科刑必須輕重得宜，罰當其罪，則第二審不但**不能諭知較重之刑**，同時亦不可維持與原審判決相同之刑度，否則無異於實際上宣告較重之刑，難謂與罪刑相當原則及不利益變更禁止原則無悖²³。

例如，參與組織犯罪之期間，第二審認定較第一審更短，但第二審卻維持與第一審相同之刑度²⁴等。

此外，相類似的情況亦可見於**適用法條形式上不同**，但因為**犯行事實認定較為輕微**，而實務見解基於罪刑相當等原則，而仍然認為不可維持與原判決相同之刑度，亦不可加重之情形。

例如，第二審所用之法條之法定刑度與第一審判決之**法定刑度輕重相等**，而第二審認定**犯罪情節較輕微**，則第二審不可維持與第一審相同之量刑，否則無異於諭知較重於第一審判決之刑²⁵；第一審認定屬成立想像競合從一重處斷，而第二審時卻認為重罪部分不成立犯罪，而**量刑卻重於原宣告刑**之情形²⁶。

2. 林鈺雄老師²⁷：

林鈺雄老師認為，容許加重之例外者，其效果即是排除不利益變更禁止原則之適用，就理論而言，此種排除主要是針對原審論罪部分適用法條不當者，包含刑法總則、刑法分則與特別法的適用在內，但**不應一般性之量刑規定（刑法§57）在內**，否則將使不利益變更禁止原則之效用大減。

最高法院 103 年度台上字第 2527 號判決（節錄）

（檢察官為被告之不利益上訴須合法且有理由始不適用§370I）

刑事訴訟法第三百七十條前段「不利益變更之禁止」規定，對於檢察官為被告之不利益上訴，原則上雖無適用，然須以其上訴有理由為前提，倘其上訴並無理由，仍有該原則之適用。

版權所有，重製必究！

²⁰ 最高法院 104 年度台上字第 3279 號判決。

²¹ 最高法院 97 年度台非字第 216 號判決。

²² 最高法院 109 年度台上字第 226 號判決。

²³ 最高法院 99 年度台上字第 4684 號判決。

²⁴ 最高法院 107 年度台上字第 2302 號判決。

²⁵ 最高法院 102 年度台上字第 5099 號判決。

²⁶ 最高法院 102 年度台上字第 422 號判決。

²⁷ 林鈺雄(2023)，刑事訴訟法(下冊)，12版，頁408-409；林鈺雄(2023)，刑事訴訟法實例解析，6版，頁405-406。

最高法院 94 年度台上字第 5614 號判決 (節錄)

(不利益變更禁止之原審判決是指第一審判決)

又刑事訴訟法第三百七十條前段規定：「由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑」。所謂原審判決，係指第一審判決而言，並不包括經最高法院發回更審案件之第二審法院前次判決在內。

查乙○○不服上訴審之判決，提起第三審上訴，經本院將上訴審判決撤銷發回原審法院更審，是原審法院更審前之第二審判決，既經本院撤銷，已失其效力，原審更審後之判決自不受其拘束，與被撤銷之更審前判決並無所謂不利益變更禁止之問題。

最高法院 101 年度台上字第 272 號判決 (節錄)

(緩刑之撤銷亦有不利益變更禁止原則之適用)

刑事訴訟法第三百七十條前段「不利益變更禁止」規定，對於檢察官為被告之不利益上訴，原則上雖無適用，然須以其上訴有理由為前提，倘其上訴並無理由，仍有該原則之適用。而緩刑之宣告，本質上無異恩赦，得消滅刑罰之效果，顯對被告有利，如無因原審判決適用法則不當之情形而將下級審緩刑之宣告撤銷，亦有違前揭不利益變更之禁止原則。

最高法院 109 年度台上字第 3412 號判決 (節錄)

(犯罪情節認定更重，雖形式上適用相同法條，但已屬法條適用不當)

原判決認定上訴人實行預備行求、行求或交付賄賂之次數，較第一審認定者超出 62 次之多，雖原判決認定附表三編號 15、16 部分僅達預備行求賄賂階段，另就附表一編號 1 至 8、附表二編號 1 至 9 部分，剔除部分共犯參與，均較第一審法院認定已達交付賄賂或有多數人參與之程度稍輕，然綜合以觀，原審認定犯罪情節已較第一審所認定為重，實質上其適用法條所蘊含刑罰輕重之程度，顯有不同，則第一審判決適用之接續犯刑罰法條，實質上即難謂當，原審將之撤銷改判，量處較第一審判決所諭知之刑度為重之刑，並敘明無悖乎上訴不利益變更禁止原則之理由，經核與刑事訴訟法第 370 條第 1 項但書規定無違，亦無判決理由不備之情形，自不得任意指為違法。

最高法院 107 年度台上字第 2302 號判決 (節錄)

(認定犯罪事實較輕，不可加重刑度，亦不可維持)

刑事審判旨在實現刑罰權之分配的正義，故法院對有罪被告之科刑，應符合罪刑相當之原則，使輕重得宜，罰當其罪，以契合社會之法律感情，此所以刑法第 57 條明定科刑時應審酌一切情狀，尤應注意該條所列 10 款事項以為科刑輕重之標準。此項原則於刑事訴訟法第

370 條所定不利益變更禁止原則之例外情形，亦有其適用。本件依原判決事實欄之記載，道克明自 98 年 1 月間起，始擔任以實施強暴、脅迫、恐嚇為手段，所組成具有結構性之犯罪組織「竹聯幫玄武堂」（下稱玄武堂）堂主而主持幫務；相較於第一審事實欄所載道克明自 96 年某月日起，即擔任玄武堂堂主而主持幫務等情，原判決所認定之犯罪事實已減縮自 98 年 1 月間起，而排除第一審判決事實併認之自 96 年某月日起至 97 年 12 月底之主持幫務情事，所認定情節已屬較輕。原判決對道克明所處之有期徒刑部分，仍量處與第一審判決相同之有期徒刑 3 年 6 月，復未說明第一審判決有何量刑偏輕而不當，而仍應量處同一刑度之理由。依前開說明，即難謂與罪刑相當原則及不利益變更禁止原則之旨意相符，並有判決不備理由之違法。

最高法院 102 年度台上字第 5099 號判決（節錄）

（法條適用形式上雖有異，但情節若認較輕，亦不得加重，也不得維持）
由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑，但因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限，刑事訴訟法第三百七十條定有明文。又按量刑之輕重，固屬事實審法院得依職權自由裁量之事項，惟仍應受比例原則及公平原則之限制，始為適法。故由被告上訴或為被告之利益而上訴第二審之案件，第二審雖以第一審判決適用法條不當而撤銷，而第二審所適用法條之法定刑度與第一審判決之法定刑度輕重相等，然第二審所認定被告之犯罪事實，已較第一審判決減縮，其情節顯然較第一審判決所認定為輕者，若第二審仍量處相同於第一審之刑，實際上無異諭知較重於第一審之宣告刑，即難謂與罪刑相當原則及不利益變更禁止原則無悖。

三、不利益變更禁止原則與一部上訴之關係²⁸

不利益變更禁止原則，旨在保障被告權利，使被告能勇於上訴，避免因擔心遭到改判更不利之結果，而放棄上訴權之行使。然而，不利益變更禁止原則之適用前提，依§370I 及前述可知，乃為被告之利益上訴，並且此處之上訴應是指合法上訴而言。因此，合法上訴是不利益變更禁止原則適用之前提，倘若有未合法上訴的部分，法院自始即不能審判之，遑論不利益變更禁止原則之適用。

由此可知，有一部上訴之情形者，該一部上訴之部分方產生移審效力，並阻斷確定力之產生，而為第二審所能合法審判之範圍，此時才有不利益變更禁止原則適用之問題；反之，若非屬一部上訴之部分，第二審法院既不能審理，自無不利益變更禁止原則之適用。

²⁸ 林鈺雄（2023），刑事訴訟法實例解析，6版，頁388-389。

總結而言，受合法一部上訴部分者，該部分有不利益變更禁止之適用；未有上訴之他部，則非第二審之審理範圍，不但無不利益變更禁止原則之用，法院亦不能審判之。

一、累犯之成立：

累犯之成立，對於法院而言，爭點在於：

1. 關於檢察官就前階段被告構成「累犯事實」之主張及舉證責任：

依照刑事訴訟法 161 條第 1 項規定，檢察官負有實質舉證責任，而雖然累犯事實之有無不涉及論罪之成立與否，但終究是不利於被告之事項，且涉及刑度之加重問題，實際上與罪名之成立與否有同等之重要性，因此，累犯事實之主張及舉證責任，應由檢察官負責。

2. 再者，雖然第 163 條第 2 項但書有規定法院應依職權調查之事項及於公平正義之維護等，然而依照最高法院向來之見解，其應目的性限縮於利於被告之事項為限，而累犯事實既屬不利被告之事項，當非法院「應」依職權調查之範圍；此外，第 163 條第 2 項本文雖然也規定法院「得」依照職權調查證據，然而基於改良式當事人進行主義之「職權調查為輔」精神，法院若未就累犯事實調查，導致最終沒有認定構成累犯，這也是屬於檢察官舉證不足之結果，無法院調查未盡可言。

最高法院 110 年度台上大字第 5660 號裁定

壹、本案基礎事實上訴人張○群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上開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構成累犯事實以及應加重其刑之事項，有所主張並具體指出證明之方法。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。

貳、本案法律爭議關於被告構成累犯之事實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，踐行主張並具體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，訴訟程序上應否先由檢察官就被告構成累犯之前階段事實以及應加重其刑之後階段事項，主張並具體指出證明之方法後，法院才需進行調查與辯論程序，而作為是否加重其刑之裁判基礎？

參、本大法庭之見解

一、關於檢察官就前階段被告構成「累犯事實」之主張及舉證責任

(一) 就檢察官之訴訟負擔而言刑事訴訟法第 161 條第 1 項規定：「檢察官就被告犯罪事實，

應負舉證責任，並指出證明之方法。」此為檢察官就被告有罪事實應負實質舉證責任之概括性規定，非謂除有罪事實之外，其他即可不必負舉證責任。此一舉證責任之範圍，除犯罪構成事實（包括屬於犯罪構成要件要素之時間、地點、手段、身分、機會或行為時之特別情狀等事實）、違法性、有責性及處罰條件等事實外，尚包括刑罰加重事實之存在及減輕或免除事實之不存在。累犯事實之有無，雖與被告是否有罪無關，然係攸關刑罰加重且對被告不利之事項，為刑之應否為類型性之加重事實，就被告而言，與有罪、無罪之問題有其相同之重要性（包括遴選至外役監受刑、行刑累進處遇、假釋條件等之考量），自應由檢察官負主張及實質舉證責任。又依司法院釋字第 775 號解釋理由書所稱：法院審判時應先由當事人就加重、減輕或免除其刑等事實，指出證明方法等旨，申明除檢察官應就被告加重其刑之事實負舉證責任外，檢察官基於刑事訴訟法第 2 條之客觀注意義務規定，主張被告有減輕或免除其刑之事實，或否認被告主張有減輕或免除其刑之事實，關於此等事實之存否，均應指出證明之方法。

- (二) 就法院補充性之調查證據功能以言我國刑事審判程序，採強化當事人進行色彩之對審結構，基於改良式當事人進行主義之精神，刑事訴訟法第 163 條第 2 項雖規定：「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：
1. 本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，此為本院統一之見解。被告之「累犯事實」，係對被告不利之事項，且基於刑法特別預防之刑事政策，此係被告個人加重刑罰之前提事實，單純為被告特別惡性之評價，與實體公平正義之維護並無直接與密切關聯，尚非法院應依職權調查之範圍，自應由檢察官負主張及指出證明方法之實質舉證責任。檢察官所提出之相關證據資料，應經嚴格證明程序，即須有證據能力並經合法調查，方能採為裁判基礎。如此被告始能具體行使其防禦權，俾符合當事人對等及武器平等原則，而能落實中立審判之本旨及保障被告受公平審判之權利。
 2. 本項前段所謂法院「得」依職權調查證據，就被告有無累犯之事實以言，係指法院就檢察官所提出之證據資料，經踐行調查程序，認仍不足以證明被告有累犯之事實，而經曉諭檢察官聲請調查證據後，仍陷於真偽不明之際，法院得視個案情節為補充性之調查者而言，俾落實本條規定所宣示「當事人舉證先行原則、法院職權調查為輔」之證據調查模式的理念。又法院為補充性調查時，仍應踐行嚴格證明程序，乃屬當然。至被告有無累犯之事實，陷於真偽不明，法院未為補充性調查，因而未認定被告構成累犯之情形，係檢察官承擔舉證不足之訴訟結果責任使然，符合實質舉證責任中舉證不足之危險負擔原理，法院並無調查職責未盡可言。

(三) 檢察官就被告構成累犯事實指出證明方法之具體內涵所謂檢察官應就被告構成累犯事實「具體指出證明方法」，係指檢察官應於法院調查證據時，提出足以證明被告構成累犯事實之前案徒刑執行完畢資料，例如前案確定判決、執行指揮書、執行函文、執行完畢（含入監執行或易科罰金或易服社會勞動執行完畢、數罪係接續執行或合併執行、有無被撤銷假釋情形）文件等相關執行資料，始足當之。至一般附隨在卷宗內之被告前案紀錄表，係司法機關相關人員依憑原始資料所輸入之前案紀錄，僅提供法官便於瞭解本案與他案是否構成同一性或單一性之關聯、被告有無在監在押情狀等情事之用，並非被告前案徒刑執行完畢之原始資料或其影本，是檢察官單純空泛提出被告前案紀錄表，尚難認已具體指出證明方法而謂盡其實質舉證責任。

二、關於檢察官就後階段被告依累犯規定「加重其刑事項」之主張及說明責任

(一) 就司法院釋字第 775 號解釋之意旨及刑事訴訟法之因應修法以觀

1. 司法院釋字第 775 號解釋針對累犯不分情節輕重一律加重最低本刑部分，業已闡明：為避免發生罪刑不相當之情形，法院就該個案應依該解釋之意旨，「裁量」是否加重最低本刑。其解釋理由書則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：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等旨。可見本解釋已課予檢察官就被告應依累犯規定加重其刑之事項負較為強化之說明責任。
2. 為因應司法院釋字第 775 號解釋之意旨，刑事訴訟法乃配合將第 289 條第 2 項修正為：「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。」亦徵在主張累犯應加重其刑之階段，法院須就檢察官所指出之加重其刑事項加以調查、辯論，始能斟酌取捨。

(二) 就累犯加重量刑與否轉變為裁量觀念以言據上可知，就累犯應否加重其刑之觀念，已有由原來的「必」加重，轉變為較靈活之「可裁量」事項的趨勢。並且責由檢察官對於被告應依累犯規定加重其刑之事項，先主張並「具體」指出證明方法後，法院始需進行調查與辯論程序，而作為是否加重其刑之裁判基礎，俾落實檢察官之說明責任（即爭點形成責任），而符合改良式當事人進行主義之精神。

(三) 檢察官就被告累犯應加重其刑之事項指出證明方法之具體內涵所謂檢察官應就被告累

犯加重其刑之事項「具體指出證明方法」，係指檢察官應於科刑證據資料調查階段就被告之特別惡性及對刑罰反應力薄弱等各節，例如具體指出被告所犯前後數罪間，關於前案之性質（故意或過失）、前案徒刑之執行完畢情形（有無入監執行完畢、在監行狀及入監執行成效為何、是否易科罰金或易服社會勞動〔即易刑執行〕、易刑執行成效為何）、再犯之原因、兩罪間之差異（是否同一罪質、重罪或輕罪）、主觀犯意所顯現之惡性及其反社會性等各項情狀，俾法院綜合判斷個別被告有無因加重本刑致生所受刑罰超過其所應負擔罪責之情形，裁量是否加重其刑，以符合正當法律程序及罪刑相當原則之要求。又此之量刑事項，並非犯罪構成事實或刑之應否為類型性之加重事實，以較為強化之自由證明為已足。

三、綜上所述：

- (一) 法院於審酌被告是否適用累犯規定而加重其刑時，訴訟程序上應先由檢察官就前階段被告構成累犯之事實，以及後階段應加重其刑之事項，主張並具體指出證明方法後，法院才需進行調查與辯論程序，而作為是否加重其刑之裁判基礎。前階段構成累犯事實為檢察官之實質舉證責任，後階段加重量刑事項為檢察官之說明責任，均應由檢察官分別負主張及具體指出證明方法之責。倘檢察官未主張或具體指出證明方法時，可認檢察官並不認為被告構成累犯或有加重其刑予以延長矯正其惡性此一特別預防之必要，且為貫徹舉證責任之危險結果所當然，是法院不予調查，而未論以累犯或依累犯規定加重其刑，即難謂有應調查而不予調查之違法。
- (二) 至於檢察官所提出之證據資料，經踐行調查程序，法院認仍有不足時，是否立於補充性之地位，曉諭檢察官主張並指出證明方法，自得由事實審法院視個案情節斟酌取捨。

四、檢察官若未主張或具體指出證明方法，法院因而未論以累犯或依累犯規定加重其刑，基於累犯資料本來即可以在刑法第 57 條第 5 款「犯罪行為人之品行」中予以負面評價，自仍得就被告可能構成累犯之前科、素行資料，列為刑法第 57 條第 5 款所定「犯罪行為人之品行」之審酌事項。於此情形，該可能構成累犯之前科、素行資料既已列為量刑審酌事由，對被告所應負擔之罪責予以充分評價，依重複評價禁止之精神，自無許檢察官事後循上訴程序，以該業經列為量刑審酌之事由應改論以累犯並加重其刑為由，指摘原判決未依累犯規定加重其刑違法或不當。

五、本院刑事大法庭之裁定，除因依法院組織法第 51 條之 10 規定，對提案庭提交之案件有拘束力外，基於預測可能性及法安定性之精神，並無溯及既往之效力。故本裁定宣示前各級法院所踐行之訴訟程序及裁判，與本裁定意旨不符者，尚無從援引為上訴或

非常上訴之理由。是以，於本裁定宣示前，下級審法院在檢察官未主張或盡其舉證、說明責任之情形下，業依職權調查，因而論以累犯，本乎前科形成累犯處斷刑或作為宣告刑事由之裁量，只須滿足其一，其評價即足，上級審法院自不能據以撤銷原判決，應予指明。

六、至檢察官就被告構成累犯之事實及應加重其刑之事項，有所主張並指出證明方法後，基於精簡裁判之要求，即使法院論以累犯，無論有無加重其刑，判決主文均無庸為累犯之諭知。又法院依簡易程序逕以簡易判決處刑者，因無檢察官參與，倘檢察官就被告構成累犯之事實及應加重其刑之事項，未為主張或具體指出證明方法，受訴法院自得基於前述說明，視個案情節斟酌取捨，併予敘明。

【本文影音版精彩內容請看高點影音線上學習】□



高點影音線上學習



【高點法律專班】

版權所有，重製必究！