

檢察官就被告具「累犯事實」及 「加重量刑事項」之舉證或說明責任 ——以最高法院刑事大法庭110年度 台上大字第5660號裁定為中心

邱忠義*

摘 要

臺灣司法實務雖早已改採改良式當事人進行主義，惟仍有若干思維殘存糾問主義色彩，尤其是對被告不利益之事項，仍遺留著職權進行主義之餘威。以累犯為例，司法實務向認為關於被告具有「累犯事實」以及「應加重量刑之事項」，屬於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，法院「應」依職權加以調查。惟最高法院刑事大法庭 110 年度台上大字第 5660 號裁定，藉助於司法院釋字第 775 號解釋所蘊涵的司法改革理路，做出震撼性的宣告：上開累犯事項，應分別由檢察官負舉證、說明責

* 最高法院法官及國立陽明交通大學科技法律研究所兼任副教授；國立陽明交通大學科技法律研究所法學博士。本議題自醞釀、發酵至完熟，均有賴最高法院吳燦院長的大力支持。本件在徵詢、提案過程中，雖遭遇若干波折，終能逐一克服，所有刑事大法庭成員的努力令人敬佩。本文一併感謝兩位匿名審查委員之意見，惟文責自負。

投稿日：2022 年 5 月 10 日；採用日：2022 年 6 月 6 日

任。此一裁定，雖是最高法院擺脫職權進行主義舊例的一小步，但已足以將司法改革之路往前推進一大步。

關鍵詞：改良式當事人進行主義、累犯、舉證責任、說明責任、嚴格證明

Cite as: 11 NCTU L. REV., September 2022, at 95

**Prosecutors Shall Bear the Burden
of Proof with the Obligation for
Providing Clear Explanations of
“Facts for Repeated Offending” and
“Crimes that Should Be Aggregated”:
Centered on “110 Year Taishang Dazi
No. 5660” Ruling of the Supreme
Court of Taiwan**

Jong-Yi Chiou^{*}

Abstract

Although the “modified adversary system” has been adopted by Taiwan’s criminal practice for a long while, somewhat extents of the “inquisitorial system” remain. In particular, the “inquisitorial system” still shadows matters disadvantaged to the defendant. Using a repeated offender as an example, in Taiwan’s judicial practice, it is believed that “facts for repeated offending” and “crimes that should

^{*} Judge, Supreme Court of Taiwan & Adjunct Associate Professor, School of Law, National Yang Ming Chiao Tung University; Ph.D., School of Law, National Yang Ming Chiao Tung University.

be aggregated” are basic matters that the court shall know for determining the facts and applying laws. Thus, it is believed that the court “shall” investigate these basic matters *ex officio*. However, the “110 Year Taishang Dazi No. 5660” ruling of the Supreme Court of Taiwan, which incorporated the judicial reform rationale given in “Judicial Yuan’s interpretation No. 755,” surprisingly stated that, regarding the above two basic matters for the repeated offenders, prosecutors shall bear the burden of proof with the obligation for providing clear explanations. Though this ruling may be merely a small step for the Taiwan Supreme Court to get rid of the “inquisitorial system”, it is enough to push the Taiwanese judicial reform to make a giant step.

Keywords: Modified Adversary System, Repeated Offending, Burden of Proof, Provide, Rule of Strict Proof

1. 前言

臺灣司法實務雖早已改採改良式當事人進行主義，然以累犯為例，司法實務向認為：事實審法院對於被告有無「累犯之事實」，應否適用刑法第 47 條第一項規定「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，否則即有刑事訴訟法第 379 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」之判決當然違背法令，不但可以上訴於第三審，亦得運用司法院釋字第 181 號解釋之精神，以調查職責未盡，致適用法令違誤而顯然於判決有影響為由，提起非常上訴¹。明顯認為關於被告之累犯事實及加重量刑審酌事項，檢察官並無主張並指出證明方法之責任（即無說明責任或爭點形成責任），此純為法院應依職權調查之事項。

固然，關於被告有前階段累犯之事實及後階段應加重量刑審酌事項，與被告之犯罪構成事實（即公訴事實）並不相同（但具有準犯罪事實之性質，後述），未必有不告不理之控訴原則的適用，即便檢察官未於（追加）起訴書予以記載，並不當然表示不在法院審理範圍²。然與控訴原則不同者，乃舉證或說明責任問題，關於被告具有「累犯事實」以及「應加重量刑之事項」，係對被告不利益之事項，如觀念上仍遺留著職權進行主義之餘威，而認係法院「應」依職權調查之事項，能否謂符合刑事訴訟法第 161 條規定責

¹ 例如最高法院 88 年度台非字第 28 號；106 年度台非字第 194 號；109 年度台非字第 180、168、157、113、62 號；110 年度台非字第 193、184、122、112、106、18 號等判決。

² 參謝煜偉，「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，頁 2-6：<https://tps.judicial.gov.tw/tw/dl-84529-86382ff2c8214d95a6f9366825a615cc.html>（最後點閱時間：2022 年 5 月 5 日）。謝教授結論認為：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。

由檢察官就被告犯罪事實（有罪事實），應負舉證責任，並指出證明之方法之精神？又能否與最高法院 2012 年度第 2 次刑事庭會議（一）所定調：刑事訴訟法第 163 條第二項規定，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。此即我國採「改良式當事人進行主義」之明文。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」於被告之事項為限等旨相符？抑有進者，能否與司法院釋字第 775 號解釋理由書所闡釋：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（按即控方）就加重其刑之事項（例如刑法第 47 條第一項），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，俾做出符合憲法罪刑相當原則之科刑判決等旨相呼應？均不無疑問存在。

為此，最高法院經提案庭（即小法庭）³針對上開累犯相關事項，因所擬採為裁判基礎之法律見解，與先前裁判之法律見解歧異，且認具原則重要性，爰依法院組織法第 51 條之 2 規定向各庭提出徵詢後，因見解紛歧，未能獲致一致之見解⁴，爰提案於刑事大法庭裁判。刑事大法庭經專家學者鑑定、言詞辯論後，藉助於司法院釋字第 775 號解釋所蘊涵的司法改革理路，於 2022 年 4 月 27 日以 110 年度台上大字第 5660 號裁定，做出創新而震撼性的宣告：「被告具有累犯之事實及應加重其刑之事項，均應經檢察官主張並具體指出證明方法後，由法院踐行調查、辯論程序，方得列為論以累犯及是否

³ 刑事第八庭（庭別以 2022 年 1 月 19 日本件提案日為準，下同）。

⁴ 見最高法院 110 年度台上大字第 5660 號刑事提案裁定，司法院法學資料檢索系統：<https://law.judicial.gov.tw/FJUD/data.aspx?ty=JD&id=TPSM,110%2c%e5%8f%b0%e4%b8%8a%e5%a4%a7%2c5660%2c20220119%2c2>（最後點閱時間：2022 年 7 月 8 日）。上開法律問題，經徵詢庭徵詢刑事庭其他各庭後，刑事第一庭、第三庭、第四庭、第六庭、第九庭同意徵詢庭見解，刑事第五庭、第七庭就累犯應否加重其刑部分，同意徵詢庭見解，就有無構成累犯事實部分，認係法院得依職權調查事項（不同意徵詢庭見解），刑事第二庭完全不同意徵詢庭見解。見最高法院 110 年度台上大字第 5660 號刑事提案裁定。

加重其刑之裁判基礎。」將此二部分的主張及具體指出證明方法責任回歸到檢察官手中予以掌握⁵。此一裁定，雖是最高法院擺脫職權進行主義舊例的一小步，但已足以將司法改革之路往前推進一大步。在近代刑事程序的走向處於各方角力拉鋸的浪潮當頭，已建立上了引領司改走向的重大里程碑。

本文爰以本件最高法院刑事小法庭提案予刑事大法庭審理之基礎事實及法律爭點為出發，針對檢察官之舉證、說明責任及其內涵加以剖析，並就被告前階段之「累犯之事實」應經嚴格證明程序（實質舉證責任），後階段之「應加重量刑事項」為加強版自由證明程序⁶（說明責任）、檢察官具體指出證明方法之實質內涵、法院基於補充性角色之曉諭（促請）、被告可能構成累犯之前科、素行與刑法第 57 條所定「犯罪行為人之品行」之審酌事項的關係（包括同一判決及不同審級判決之禁止重複評價）、大法庭裁定之向後事實拘束力，以及即使論以累犯，無論有無加重其刑時，判決主文是否諭知等項，予以說明釐清，俾各界先進能在深入理解後給予指教。

2. 本案基礎事實及法律問題

2.1 基礎事實

本案基礎事實係被告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，惟起訴書並未請求對被告所為上開犯行依累犯規定加重其刑。法院於審理時，檢察官亦未就被告前階段構成累犯之事實以及後階段應加重其刑之審酌事項，有任何主張並指出證明方法。事實審法院於審理時，未讓當事人就被告之累犯事實及加重其刑之事項加以攻防辯

⁵ 換言之，檢察官對於是否主張及具體說明被告構成累犯之事實應依加重其刑一節，已握有主動權，係另一形式意義的處分權概念。檢察官若認為對個別被告無特別預防之必要，基於刑事政策之考量，而選擇不予主張及說明，而法院也予以尊重，應無不合。相關法理，見後述說明。

⁶ 司法院釋字第 775 號解釋理由書所為上開闡釋意旨，較一般自由證明之程序周詳，介於嚴格證明及自由證明之間，可謂加強版的自由證明程序。併參謝煜偉，前揭註 2，頁 11-12。

論，法院僅於提示科刑資料時，單純對當事人詢以：「對於被告前科有無意見」等語，即遽行於判決內認定被告具有累犯之事實，成立累犯並應加重其刑。被告不服提起上訴於第三審，爭執原判決包括累犯加重其刑在內之量刑過重。

2.2 法律問題

本件法律爭點在於，被告構成累犯之前階段事實以及應加重其刑之後階段審酌事項，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。換言之，司法院釋字第 775 號解釋已揭示，將累犯後階段「必」加重其刑轉變為「可裁量」事項之意旨，而其理由書亦已闡明：關於依累犯規定對被告加重其刑之事項，應由當事人一方之檢察官指出證明方法，進行周詳調查與充分辯論，俾符合罪刑相當原則等旨。是以，如下法律問題應運而生：法院於審酌被告是否適用累犯規定予以加重其刑時，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？本文解析如后。

3. 檢察官舉證及說明責任之爭議

如前所述，過往司法實務傾向糾問主義色彩，咸認為檢察官就被告具累犯事實及加重量刑事項，並無主張並指出證明方法之責任，此係法院應依職權調查之事項，否則法院即有調查職責未盡之違法。然而，在司法改革著重人權保障之理念持續發酵下，當代臺灣的法律思潮已逐漸傾向以（改良式）當事人進行主義為原則，由控方就待證事項負起主張及指出證明方法之責，此時係強調法院應確保居於客觀超然、中立第三者的立場而為審判，只有在例外情形，當控方（特別是自訴人）舉證不足時，法院始得決定是否為補充性（輔助性）調查。在此趨勢下，司法院釋字第 775 號解釋將累犯後階段「必」加重其刑轉變為「可裁量」事項之同時，其理由書進一步指明：後階

段加重其刑之事項，應由控方指出證明方法等旨，似已定調了控方在累犯後階段加重其刑事項之說明責任。

關於如被告之經濟、家庭狀況等一般科刑事項，通常的理解是只要「自由證明」即足，惟就累犯之上開後階段加重量刑審酌事項，本號解釋已提升為與判處死刑案件之證明程度⁷相當的「加強版自由證明」，除責由檢察官指出證明方法外，並須進行周詳提示調查與充分辯論程序，才能採為裁判基礎。則前階段關於被告具有「累犯之事實」，一般而言係要求更周全的應經嚴格證明程序之事項⁸，是否亦應責由檢察官負舉證責任，抑或有不同看法？不無疑義。茲就檢察官對於被告上開前階段累犯事實之舉證責任及後階段加重其刑事項之說明責任爭議，分述如后。

3.1 法律見解之各方看法

3.1.1 否定說

否定說主要理由係從司法院釋字第 775 號解釋之射程範圍、過去司法實務之穩定見解、刑事訴訟法所定檢察官舉證責任之範圍、罪責及公平原則等各節予以論述，說明如下。

⁷ 關於死刑案件科刑事項之證明程度，最高法院曾表示，應經提示調查、當事人（或被害人或其家屬）及辯護人陳述意見及攻防辯論，始能謂符合保障被告訴訟基本權之正當法律程序。見最高法院 110 年度台上字第 3266 號、109 年度台上字第 2926、2309 號、108 年度台上字第 3828 號、107 年度台上字第 3185 號等判決。

⁸ 見謝煜偉，前揭註 2，頁 9、12。謝教授認為，累犯前科事實之證據調查應採取嚴格證明程序，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；黃惠婷，累犯成立與加重其刑之舉證責任釋疑（即鑑定意見書），頁 6、7、10：<https://tps.judicial.gov.tw/tw/dl-84530-9208c4b29f8b4d2883ddfa167835acd3.html>（最後點閱時間：2022 年 5 月 5 日）。黃教授認為，檢察官應就累犯相關證據之證明負實質舉證責任，所謂法院得依職權調查證據，係法院退居於補充、輔助之性質，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。

司法院釋字第 775 號解釋理由書，對科刑資料調查與辯論之闡示，僅提及前科資料調查之順序，無法推論出關於被告累犯事實及應加重其刑事項，均應由檢察官負主張及指出證明方法責任之結論⁹。

1. 過去司法實務見解向認為事實審法院對於被告有無「累犯之事實」，應否適用刑法第 47 條第一項規定「加重其刑」，係法院「應」依職權調查之事項，法院無拒卻適用立法者依立法程序所制定該累犯規定之餘地，否則即有調查職責未盡之違法，不但可以上訴於第三審，亦得依司法院釋字第 181 號解釋之精神，提起非常上訴¹⁰。換言之，對於被告有無累犯之事實及應加重其刑之事項，檢察官並無主張並指出證明方法之責任，至多只有協力義務，亦即檢察官若對於被告之累犯事實及量刑事項有積極主張並指出證明方法者，也是檢察官基於確保被告和被害人能受公平對待，而協助法院獲取妥適量刑之建議，並無拘束法院之效力¹¹。

2. 我國刑事訴訟法第 161 條第一項所指檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法。此之犯罪事實，一般指被告犯罪之構成要件事實，文義上並未包括量刑事實在內，是累犯事實及加重量刑事由，自應屬法院應依職權探求之範圍¹²。

3. 累犯加重其刑是在罪責原則之內，成為衡量行為人罪責要素之一，因此法院必須在具體個案中依職權調查是否成立累犯，並審酌加重後是否有過苛情形，無從自由裁量、處分¹³。易言之，個案被告是否經法院認定為累

⁹ 見最高檢察署，刑事大法庭言詞辯論意旨書（110 年度台上大字第 5660 號），頁 27：<https://tps.judicial.gov.tw/tw/dl-84527-abef318c21bb4b59bb042780d1f6d7b7.html>（最後點閱時間：2022 年 5 月 5 日）。

¹⁰ 見前揭註 1。又本件提案時，刑事第二庭完全不同意徵詢庭擬採之見解（見前揭註 4 說明），似可列為否定說。亦可參林勤純，最高法院刑事大庭 110 年度台上大字第 5660 號裁定不同意見書，頁 1、3、20：<https://tps.judicial.gov.tw/tw/dl-86724-ed6b587041044c3a84a4a3b8a93da473.html>（最後點閱時間：2022 年 5 月 5 日）。

¹¹ 最高檢察署，前揭註 9，頁 12-13、29、36。

¹² 同前註，頁 33。

¹³ 同前註，頁 24。

犯，除涉及量刑加重與否外，對被告後續刑之執行至關重要，現行刑事執行法規仍有諸多以累犯為要件而加嚴處遇之規定，例如提報假釋最低執行期間較高（刑法第 77 條第一項）、受刑進級責任分數逐級加成（行刑累進處遇條例第 19 條第三項）、不得被遴選至外役監受刑（外役監條例第 4 條第二項第三款）等。是以，在矯正機關執行實務上，受刑人極其在意判決結果是否經法院認為累犯。若累犯事實及應加重其刑事項之認定，繫於檢察官有無主張或指出證明方法，則將發生被告犯行情節重大，本應依累犯規定加重其刑，僅因檢察官未舉證或說明，即能享有不必認定係累犯並加重其刑之優惠。相較之下，對於被告犯罪情節較輕，而檢察官有舉證、說明被告構成累犯並應加重其刑之個案，反必須依累犯規定加重其刑之情形而言，形成差別待遇之不公平現象，自有悖於罪責原則¹⁴。

3.1.2 區分說

本說認為，被告是否有前階段累犯之事實，係法院得依職權調查事項，無待檢察官主張及指出證明方法；至後階段累犯應加重其刑之事項，檢察官始有主張及指出證明方法之說明責任¹⁵。主要理由在於，依司法院釋字第 775 號解釋之意旨，只敘及檢察官就後階段被告累犯加重量刑事項負有說明責任，並未對前階段檢察官就被告累犯之事實應負舉證責任一節加以闡明。又累犯事實之有無，係對於被告不利之事項，依前揭最高法院 2012 年度第 2 次刑事庭會議（一）所定調之意旨，固非屬法院「應」依職權調查之事項，惟依刑事訴訟法第 163 條第二項前段之規定，係法院為發見真實，「得」依職權調查證據之事項，但事實審法院得先曉諭檢察官主張並指出證明方法。

3.1.3 肯定說

本說主要理由係從司法院釋字第 775 號解釋之意旨、刑事訴訟法關於累犯科刑事項之修正、改良式當事人進行主義之思維、國外實務運作之借鏡等

¹⁴ 同前註，頁 31-32。

¹⁵ 前揭註 4 之說明。本件提案時刑事第五庭、第七庭之回覆意見即採此看法。

各節加以論述¹⁶，茲說明如下。

1. 依司法院釋字第 775 號解釋之意旨可知，就累犯應否加重其刑之「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¹⁷。加上其解釋理由書亦進一步指出：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包括累犯加重等事實，指出證明方法。且法院訴訟程序進行中關於與累犯有關之科刑資料之調查與辯論方面，亦闡明應先由當事人指出證明方法，進行周詳調查與充分辯論，最後由法院依法詳加斟酌取捨等旨¹⁸。則除後階段累犯應加重其刑之事項，應責由檢察官主張及指出證明方法外，關於被告具有前階段累犯事實之前提，基於後階段事項對前階段事實之依存關係以言，亦應由檢察官主張及指出證明方法，難以將檢察官就前階段累犯事實及後階段加重其刑事項之主張及指出證明方法責任，予以割裂而為不同之對待¹⁹。

2. 刑事訴訟法為因應上開司法院之解釋，而修正該法第 289 條第二項：「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。」之規定。該第 289 條第二項之修法理由亦謂：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 775 號解釋意旨，明定當事人、辯護人就事實及法律辯論

¹⁶ 見最高法院 110 年度台上大字第 5660 號刑事提案裁定之肯定說及該案徵詢書所擬採之見解。

¹⁷ 併參 2020 年 12 月 17 日行政院第 3731 次會議，討論事項（三），刑法第 47 條修正總說明。

¹⁸ 見司法院釋字第 775 號解釋理由書第 22 段。

¹⁹ 見最高法院 110 年度台上大字第 5660 號刑事提案裁定所載肯定說第 1 點。司法院法學資料檢索系統：<https://judgment.judicial.gov.tw/EXPORTFILE/reformat.aspx?type=JD&id=TPSM%2c110%2c%e5%8f%b0%e4%b8%8a%e5%a4%a7%2c5660%2c20220119%2c2&lawpara=&ispdf=0>（最後點閱時間：2022 年 11 月 22 日）。

後，應依第一項所定次序，就科刑範圍辯論之等旨²⁰。足見上開條文業已配合司法院釋字第 775 號解釋之意旨而為修正，責令檢察官應就被告之累犯事實及加重其刑事項為實質辯論。又欲實質辯論累犯科刑事項之前提則是：檢察官已就被告具累犯之事實及應加重其刑之事項主張並指出證明方法，始能進一步辯論，其理自明²¹。

3. 刑事訴訟法第 161 條第一項已明定檢察官就被告有罪事實應負實質舉證責任，此係一概括性規定，非調除有罪事實之外，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、減輕或免除之事實。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（包括行刑累進處遇責任分數是否逐級增加、假釋門檻是否提高、得否遴選至外役監受刑等之考量），自應由檢察官負實質舉證責任²²。

4. 刑事訴訟法第 163 條第二項之規定，係我國採「改良式當事人進行主義」之明文。惟該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，此為最高法院 2012 年度第 2 次刑事庭會議（一）統一之見解，具有事實之拘束力。而累犯事實及加重其刑之事項，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（兼合提出證據）之責任，並指出證明方法加以說服（刑

²⁰ 關於被害人訴訟參與方面，見同法第 455 條之 47：審判長於行第 289 條關於科刑之程序前，應予訴訟參與人及其代理人、陪同人就科刑範圍表示意見之機會。

²¹ 見最高法院 110 年度台上大字第 5660 號刑事提案裁定所載肯定說第 2 點。司法院法學資料檢索系統：<https://judgment.judicial.gov.tw/EXPORTFILE/reformat.aspx?type=JD&id=TPSM%2c110%2c%e5%8f%b0%e4%b8%8a%e5%a4%a7%2c5660%2c20220119%2c2&lawpara=&ispdf=0>（最後點閱時間：2022 年 11 月 22 日）。

²² 林永謀，刑事訴訟法釋論（中冊），頁 39-40（2010）；吳燦，刑事證據法與救濟程序，頁 344-345（2021）。

事訴訟法第 161 條第一項、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，亦應尊重檢察官之意思，不宜由法院逕依職權調查。易言之，我國刑事訴訟制度基於改良式當事人進行主義之運作，向由檢察官控管起訴與否及案件之審判範圍，檢察官代表國家對被告行使刑罰權，基於其作為當事人之一之訴訟主體地位，為使國家對被告之刑罰權得以實現，法律向來賦予檢察官有起訴裁量權、程序選擇權及處分權，並對公訴事實（含累犯事實之有無此一「準」犯罪事實〔實體法事實〕，參後述日本學界看法）有構成權²³。且檢察官係較接近犯罪事實者，亦為被告定罪後之指揮執行矯正者，故對於未見被告有何犯罪刑罰反應力薄弱，需要延長矯正期間而加重其刑必要之情形，檢察官不主張被告有延長刑期以矯正其惡性之特別預防考量時（按在相反情形，若受刑人有悛悔實據，指揮執行之檢察官亦可透過法務部許可受刑人假釋出監，可見檢察官在指揮執行上有其重要功能），自應尊重檢察官之意見²⁴。換言之，累犯之事實及應加重其刑之事項，屬於不利被告之事項，檢察官既然在

23 參照我國刑事訴訟法第 253 條所定檢察官之微罪不起訴處分權（起訴與否裁量權、程序選擇權、處分權）、同法第 253 條之 1 以下所定之檢察官可對被告為緩起訴處分權及撤銷緩起訴權（起訴與否裁量權、程序選擇權、處分權）、同法第 264 條檢察官之起訴犯罪事實權（公訴事實構成權、程序選擇權、處分權、起訴裁量權）、同法第 265 條檢察官之追加起訴犯罪事實權（公訴事實構成權、程序選擇權、處分權、起訴裁量權）、同法第 269 條所定之撤回起訴權（程序選擇權、處分權、起訴與否裁量權）、同法第 449 條以下之檢察官得就輕微案件請求法院以簡易程序方式為簡易判決權（程序選擇權、處分權、起訴裁量權、簡易事實構成權）、同法第 455 條之 2 以下認罪量刑協商程序之採用或撤回（程序選擇權、處分權）等規定自明。

24 見黃惠婷，前揭註 8，頁 11。又本文欲特別說明者，乃司法實際運作上，若被告願意配合案件之偵辦，例如自首、自白、繳交犯罪所得或供出共犯結構訊息因而查獲等情，除相關法定減輕或免除其刑（例如貪污治罪條例第 8 條、毒品危害防制條例第 17 條、著作權法第 19 條之 1 等規定）之刑事政策優惠外，檢察官非不得據以評估有無主張被告構成累犯及應加重其刑必要，此或可謂係檢察官辦案之另一種籌碼。

起訴時或審判中未主張或指出證明方法，可推知檢察官已基於被告犯行情節、前科紀錄與對前罪之刑罰反應力等之考量，而認定被告無須透過累犯加重其刑延長矯正之必要²⁵。是以，檢察官若未主張並指出證明方法，法院不予調查、審認，即難謂有調查職責未盡之違法。

5. 上開課予檢察官舉證或說明責任之趨勢，在我國法經常參考的美、日二國，其實務運作頗為相仿（只是舉證程度之要求未盡相同而已，此部分容後述）。就美國聯邦法院判決實務而言，美國聯邦第一巡迴上訴法院曾於 *U.S. v. Bryant* 之指標性判決理由中指出：當被告爭執量刑前調查報告內之前科紀錄時，檢察官有責任提出被告之前案犯罪（前科）紀錄及證明被告之前案犯罪確實存在。原判決在檢察官未提出足以證明被告有前案犯罪事實之前案資料下，認定被告構成常業犯而加重其量刑點數違法等旨²⁶。又日本學界就不利於被告之量刑相關事實，認為係實體法事實或準犯罪事實之事項，應適用日本刑事訴訟法第 335 條第一項之「成罪事實」（罪となるべき事実），應經嚴格證明，由檢察官負舉證責任²⁷。日本最高裁判所大法庭昭和

²⁵ 見黃惠婷，前揭註 8，頁 11。又應辨明者，此操作概念與控訴原則並不相同，而是檢察官實質舉證責任的另一層面的思考。析言之，在司法實務操作上，表面上之實質舉證責任係檢察官應負擔舉證不利之結果責任，惟另一層面的深層意涵則為：檢察官並不認為被告有加重其刑予以延長矯正其惡性此一特別預防之必要。當然，倘檢察官積極向法庭陳明被告沒有論以累犯加其刑必要之理由（一如在法庭上積極為無罪論告之實務操作一樣），亦無不可。

²⁶ See *U.S. v. Bryant*, 571 F.3d 147, 153-57 (1st Cir. 2009) (“The government bears the burden of establishing, ..., the existence of prior conviction for sentencing enhancement purposes.”). 不過，應加說明者，本判決原文於說明檢察官就前科資料之舉證責任時，係採用「by a preponderance of the evidence」即優勢證據之舉證程度，並非採取「Beyond a reasonable doubt」此種超越合理懷疑之心證程度，在舉證程度上，與日本實務見解及本件大法庭裁定所採用之較嚴格標準，不太一樣。然美國法院要求檢察官對被告前科應加以主張並指出證明方法之看法，並無二致，仍值參採。

²⁷ 田宮裕，刑事訴訟法〔新版〕，頁 302（1996）；川出敏裕，「舉証責任と推定」，松尾浩也、井上正仁編，刑事訴訟法の争点 第 3 版，頁 158（2002）；上口裕，刑事訴訟法 第 2 版，頁 370（2011）；三井誠、河原俊也、上野友慈、岡慎一編，新

33 年 2 月 26 日之決定，亦認為關於累犯之刑的加重事實，係準犯罪構成事實，應經嚴格證明²⁸。

3.2 上開不同法律見解之問題點及評析

上開否定、區別及肯定說都存有若干疑難點，茲舉其要者敘明並予評析。

3.2.1 否定說困境

否定說之困境在於，整個思維仍殘留著法官應「接棒」檢察官在偵查時未完成之搜集不利被告證據的任務，亦即認為法官在審判時應主動「彌補」偵查之缺漏，形成了所謂審判時應依職權調查證據之概念，無待檢察官主張及指出證明方法。此種思維已然與當代刑事訴訟的變革、走向格格不入，除前述肯定說已敘明其要之外，不禁要問：即便檢察官起訴書未記載（或偵查時有缺漏）關於被告前階段構成累犯之事實及後階段應加重其刑之事項，檢

基本法コンメンタール刑事訴訟法〔第 3 版〕，頁 508（2018）；後藤昭、白取祐司編，新・コンメンタール刑事訴訟法〔第 3 版〕，頁 903-905（2018）；池田修、前田雅英，刑事訴訟法講義 第 6 版，頁 394（2018）；河上和雄、中山善房、古田佑紀、原田國男、河村博、渡辺咲子編，大コンメンタール刑事訴訟法【第二版】第 7 卷（第 316 条の 2～第 328 条），頁 341、415（2012）；安富潔，刑事訴訟法，頁 385（2009）；田口守一，刑事訴訟法 第 5 版，頁 329（2010）。

²⁸ 日本最高裁判所大法廷昭和 32（あ）1029，最高裁判例刑集，第 12 卷第 2 号，頁 316，昭和 33 年 2 月 26 日。併參椎橋隆幸、柳川重規編，刑事訴訟法基本判例解説〔第 2 版〕，頁 246-247（2018）；渡辺修，基本講義 刑事訴訟法，頁 248-249（2014）；亀井源太郎、岩下雅充、堀田周吾、中島宏、安井哲章，プロセス講義 刑事訴訟法，頁 239（2016）；宇藤崇、松田岳士、堀江慎司，刑事訴訟法 第 2 版，頁 465-466（2018）。併參謝煜偉，前揭註 2，頁 9（該文註 33 載敘：本決定中，垂水克己法官另提出協同意見書，認為從保障被告權利角度以觀，被告前科證據應由控方在審理階段事實調查時提出於法庭，以避免被告方在該前科證據無法獲得意見陳述及提出反證之機會下，於不知不覺中被法院判決採納為累犯加重事由之證據，此對被告而言既不公平，亦存有事實誤認之危險）。

察官於公訴蒞庭時，難道不能「接棒」主張及指出證明方法，以「彌補」偵查檢察官之缺漏嗎？由檢察官負舉證、說明責任，運作上究有何窒礙難行之處？此豈能再要求客觀、中立之法院逕予依職權調查。一言以蔽之，以當今舉證責任之觀點，欲彌補檢察官調查事實、證據之不足，已不能再假他人之手，仍應由檢察官（最起碼法庭上有專責公訴檢察官）擔負主張及指出證明方之責，始符當今刑事訴訟制度之原理。至於所持若不由法院依職權調查，則量刑及獄政處遇均失公平，有違罪責原則等理由，均不足以正當化否定說之理由，蓋若檢察官有慮及量刑與獄政處遇之公平及罪責原則，何以不願主張及指出證明方法，而偏要推由中立法院依職權介入？此點實難自圓其說。

3.2.2 區分說困境

主張兩階段區分說之困窘處在於，若謂被告前階段累犯之事實，法院不待檢察官主張及指出證明方法，即得依職權調查，一旦依職權調查，倘檢察官就後階段加重其刑之事項，未主張或指出證明方法（偏安於「頭過身過」的心態），法院應如何處理以下台階？此情實在不可能認為前階段法院雖依職權調查被告有構成累犯之事實，但因後階段量刑加重事由檢察官未盡其說明責任，故不予加重。若然，則其在前階段依職權調查反而陷入進退維谷之矛盾窘境。為免如此，只好進展成：後階段即便檢察官未主張及指出證明方法，法官亦透過「曉諭」方式促使檢察官「接手」處理，甚至直接以「補充調查」之方式，聯手完封被告的累犯事實及量刑加重事項。如此一來，所謂的區分說，其實正是職權進行主義核心內涵的借屍還魂。抑有進者，後階段為（加強版）自由證明事項，前階段係嚴格證明事實，若謂自由證明事項應由檢察官主張並指出證明方法，則基於舉輕以明重之法理，嚴格證明事項更應由檢察官主張並指出證明方法，始符舉證之原理。

3.2.3 肯定說困境

至於肯定說，首先，較大的糾結在於法官們心態的調整問題，即是否在檢察官並未主張及指出證明方法之情形下，仍能秉持客觀、中立角色不對被

告論以累犯並加重其刑。其次，關於與累犯有關之制度或措施，例如行刑累進處遇條例第 19 條第三項所定累犯受刑人之責任分數逐級增加三分之一、刑法第 77 條所定累犯假釋門檻提高、外役監條例第 4 條所定累犯受刑人不得遴選至外役監受刑等情形，可能會陷入究應由何人判斷是否為累犯的窘境。因一旦法院判決書內未予敘明是否為累犯，則獄政執行、管理機關將無從由法院之裁判加以認定，可能須自所掌控之其他執行資料加以實質認定，如此，被告可能未必信服。至於，擔心可能會延緩法院審理進度及判決書須額外敘明理由一節，本是任何司法改革進展及操作面初期的痛點，尚不能因噎廢食而選擇偏安不予改革。

3.2.4 評析

經綜合分析，前述肯定說困境第一點涉及法官們之心態，適時調整並不困難，遇有犯罪情節重大而可能顯有以累犯加重其刑以特別預防之必要時，當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，法官亦得視個案情節斟酌取捨是要立於補充性之角色，曉諭（促使）檢察官主張並指出證明方法。況檢察官未主張或具體指出證明方法，法院因而未論以累犯並加重其刑，仍得就被告可能構成累犯之前科、素行資料，列為刑法第 57 條所定「犯罪行為人之品行」之審酌事項，亦能充分評價被告之罪責。當然，構成累犯之前科素行，在刑法第 47 條第一項的處斷刑及同法第 57 條「犯罪行為人之品行」宣告刑間，產生互斥性，不能兩處皆予評價，否則將造成二重危險²⁹。亦即，若將被告前科執為累犯並加重其刑之依據，同一前科資料不能再列為宣告刑之審酌因子；反之，同一前科資料業列為宣告刑之審酌因子，不能謂該判決未對被告論以累犯，或被告雖構成累犯但裁量不予加重有何違法之處。

又上開肯定說困境第二點則係獄政執行、管理機關權責之實質行使問題（過去單純仰賴法院之判斷），亦無何窒礙難行之處。析言之，上開與累犯

²⁹ 參吳燦，前揭註 22，頁 341。

有關之獄政執行、管理問題，本即是檢察官指揮執行及矯正機關執行之權限，法院向來是中立第三者之角色，不參與指揮執行矯正事項。是以，若同為隸屬法務部體系之檢察官或矯正機關認為，在矯正實務上仍有針對累犯予以特別預防之必要時，則：1.在法院之確定判決已認定被告構成累犯並應加重其刑時，檢察官及矯正機關自可參採以資認定及執行，固無問題。2.惟客觀上可能存在累犯事實，而法院之確定判決並未認定被告構成累犯（A 情形），或雖認定被告構成累犯，但認為無加重其刑必要時（B 情形），究應由檢察官或矯正機關自行認定受刑人適用累犯之前揭獄政執行、管理規範，抑或以非累犯模式處理，不無疑問。本文認為，在 A 情形，檢察官既未舉證或說明，實已表徵（意味）檢察官認為日後其指揮執行時，矯正機關根本不必以受刑人係累犯為由，而為特殊對待；在 B 情形，可認雖法院認定被告構成累犯，但經實質審認檢察官所指出之被告特別惡性及對刑罰反應力薄弱等各節，例如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，予以綜合判斷後，認為若對被告加重本刑，將導致所受刑罰超過其所應負擔之罪責，而裁量不予加重其刑（按檢察官關於「後階段加量刑事項」之加強版說明責任，見後述）。於此情形，檢察官及矯正機關不宜強行依累犯案例（指揮）執行，自以依非累犯案例（指揮）執行為宜，否則無異推翻法院業經踐行正當法律程序審判後所為之認定，並對受刑人造成不必要之困擾而徒生爭議（刑事聲明異議或復審、行政訴訟）³⁰。準此，本文建議主管相關法規修法之法務部，於上開累犯獄政執行問題，應將針對累犯之特別預防執行措施，均修正為以「法院認定為累犯並

³⁰ 例如，受刑人對檢察官之指揮執行不服時，依刑事訴訟法第 484 條規定向普通法院刑事庭聲明異議；若對法務部撤銷假釋之處分不服時，依 2020 年 7 月 15 日施行之監獄行刑法第 121 條、第 134 條等規定，循復審、行政訴訟等程序以資救濟。

加重其刑」為前提，如此一來有確定判決為憑，免生爭議；二來可以提高檢察官偵辦案件時被告之配合意願，對於促進訴訟頗有助益。

由上可知，雖各說均有其困難之處，不過，相較以言，肯定說之困境較易解決，採取肯定說，操作或執行上亦無窒礙難行之處，且與當今刑事訴訟思潮、舉證責任概念及保障被告訴訟權之本旨較相符合。更何況，後階段事項則係判斷是否加重及加重多少之審酌事項，關乎罪責之「高」、「低」，係可裁量而傾向層升的概念，此情形於司法院字釋第 775 號解釋業指明應由檢察官負主張及指出證明方法之責，則關乎前階段被告累犯事實「有」、「無」之判斷，更無理由指稱檢察官無須主張及指出證明方法，其理甚明。綜上，本文認為肯定說較為可採。以下即介紹最高法院刑事大法庭之見解，以資呼應。

4. 最高法院刑事大法庭見解（110 年度台上大字第 5660 號裁定）

最高法院刑事大法庭對於上開爭點，業於 2022 年 4 月 27 日以 110 年度台上大字第 5660 號裁定宣告：「被告構成累犯之事實及應加重其刑之事項，均應由檢察官主張並具體指出證明之方法後，經法院踐行調查、辯論程序，方得作為論以累犯及是否加重其刑之裁判基礎。」裁定理由明白界定檢察官就被告具「累犯事實」之舉證責任及就「加重量刑事項」之說明責任。亦即，最終採取上開肯定說之見解及相關理由。

本裁定理由並逐一就累犯加重係個人刑罰加重（特別預防之刑事政策）問題；舉證責任部分係嚴格證明程序，說明責任則為加強版自由證明程序；刑事訴訟法第 161 條第一項之檢察官舉證責任與同法第 163 條第二項之法院補充調查之適用時機；檢察官就前後二階段事實、事項指出證明方法之具體內涵；檢察官未盡舉證或說明責任時，法院未予調查，並無調查職責未盡之違法；同一前科資料禁止重複評價；大法庭裁定之向後事實拘束力；未加重其刑時之主文諭知等項，具體指明其要，除裁定主文之相關論述說明外，亦

包括類似施行細則功能在內之內容，堪稱改變刑事訴訟制度走向的極關鍵裁定，與前揭最高法院 2012 年度第 2 次刑事庭會議（一）有著相同的歷史定位。不過，預料檢察官將持續針對本裁定大加批判，並直指裁定結果有違公平、罪責原則，而有法官造法之違憲疑義等情³¹。本文認為，此係攸關刑事訴訟制度走向及公平正義（尤其是程序的公平、正義）維護的重大議題，值得一再探討及接受各方檢驗，爰將本件刑事大法庭裁定之法律見解，區分數項重點敘明之。

4.1 檢察官就被告前階段「累犯事實」之舉證責任及後階段「加重量刑事項」之說明責任

4.1.1 檢察官就前階段被告具有「累犯事實」之舉證責任

此之舉證責任，係指檢察官之實質舉證責任，與形式舉證責任（說明責任、爭點形成責任）³²不同。要言之，後者只要踐行自由證明程序而採優勢證據（preponderance of evidence）即足，前者則係奠基於無罪推定（presumption of innocence），中心思維咸認被告犯罪之事實，控方承擔提出證據之責任（burden of producing evidence），並指出證明方法加以說服（burden of persuasion，刑事訴訟法第 161 條第一項、刑事妥速審判法第 6 條參照），使法院達於「超越合理懷疑」（beyond a reasonable doubt）之確信心證程度，始得為被告有累犯事實之認定，否則原則上即應認為被告累犯事實不存在，由控方蒙受不利之訴訟結果責任，此為控方於刑事訴訟個案中所負之危險負擔，正係實質舉證責任之真正內涵之所在³³。是以，本裁定本於

³¹ 最高檢察署，前揭註 9。併參：院檢大戰！劍青檢改用詞「粗鄙聳動」司法院：遺憾惋惜，2022 年 4 月 29 日，聯合新聞網：<https://today.line.me/tw/v2/article/nXJ682M>（最後點閱時間：2022 年 5 月 5 日）；蕭白雪，大法庭累犯爭議 檢察總長發聲了，2022 年 5 月 4 日，聯合新聞網：<https://udn.com/news/story/7321/6289037>（最後點閱時間：2022 年 5 月 5 日）。

³² 見謝煜偉，前揭註 2，頁 9。

³³ 見最高法院 110 年度台上字第 3591、4108 號等判決。司法院法學資料檢索系統：

此旨而謂：

1. 「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³⁴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³⁵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³⁶（按應經嚴格證明程序³⁷，乃屬當然）。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

<http://inlaw.judicial.gov.tw/EXPORTFILE/reformat.aspx?type=JD&id=TPSM%2c110%2c%e5%8f%b0%e4%b8%8a%2c3591%2c20210617%2c1&lawpara=&ispdf=0>；<http://inlaw.judicial.gov.tw/EXPORTFILE/reformat.aspx?type=JD&id=TPSM%2c110%2c%e5%8f%b0%e4%b8%8a%2c4108%2c20210722%2c1&lawpara=&ispdf=0>（最後點閱時間：2022 年 11 月 22 日）。

³⁴ 特別是指阻卻違法事由、阻卻罪責事由不存在之事實。

³⁵ 所謂類型性或類型化之加重或減輕，係法律上已將加重或減輕事由予以類型化規定者而言。類型性加重例如刑法第 47 條第一項累犯、同法第 134 條公務員假借職務上之權力、機會或方法，故意犯瀆職罪章以外各罪、森林法第 50 條第三項竊取貴重木、道路交通管理處罰條例第 86 條第一項無駕駛執照、酒醉、吸食毒品或迷幻藥等駕車因而致人傷亡等各類型之加重；類型性減輕例如刑法第 62 條之自首、毒品危害防制條例第 17 條之供出上手因而查獲、偵審中自白等之減輕。與此對照者，乃非類型性（化）之加重或減輕，例如刑第 57 條各款所列量刑審酌因子即其適例。

³⁶ 林永謀，前揭註 22；吳燦，前揭註 22。

³⁷ 田口守一，前揭註 27，頁 328-329。

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³⁸。」

2. 「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，此為最高法院 2012 年度第 2 次刑事庭會議（一）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」等旨。

³⁸ 不同意見，參林勤純，前揭註 10，頁 8-9。其認為司法院釋字第 775 號解釋與檢察官舉證責任無涉，更未就加重「最高」本刑宣告違憲。

本裁定針對檢察官就前階段被告具有「累犯事實」之舉證責任所為說明，層次分明，論述有據。第 1 點理由敘明就檢察官舉證責任之訴訟負擔而言，應由檢察官就被告累犯事實之有無，負主張並指出證明方法責任之理由，相當符合刑事訴訟制度之趨勢，亦無悖於舉證責任之原理。第 2 點理由則強調從法院補充性調查證據之功能而為上開論述之理由，並釐清所謂法院「得」依職權調查證據，必須以「當事人舉證先行」為前提，而仍有未足時，才得依職權調查，且倘不予調查而未對被告論以累犯並加重其刑，亦無違法可言。重申了舉證責任之結果責任原理，並相當程度地釐清了「應」或「得」依職權調查證據之內涵，誠值贊同。所為論述說明較具理論之一致性及連貫性，實屬的論。

本文另基於前、後階段檢察官之舉證、說明責任的比較角度觀之，被告後階段應否依累犯規定「加重其刑」之判斷，係以前階段其具有「累犯事實」為前提，是前階段累犯事實係後階段判斷是否加重其刑之必要條件，該後階段事項對於前階段事實具有依存關係。而後階段累犯加重其刑之事項，依司法院釋字第 775 號解釋（理由書）之意旨及後述說明，既應先由檢察官主張並具體指出證明方法，則累犯事實存在與否之必要前提，自無從單獨切割而謂無待先由檢察官主張並具體指出證明方法，即得由或應由法院逕依職權調查。申言之，屬於自由證明（後述）之「加重其刑事項」尚須由檢察官主張並具體指出證明方法，則關於被告具有累犯事實此一應經嚴格證明之事項，更無不責由檢察官主張並具體指出證明方法之理。質言之，檢察官就前階段累犯事實及後階段加重量刑事由之主張及指出證明方法之責任，不應前後為不同之標準，故依舉重以明輕之法理，前階段更應由檢察官負舉證責任。

總之，本裁定已然跳脫了傳統職權進行主義之框架，誠值贊同。最高法院的勇氣及前瞻思維，令人耳目一新，具有領頭羊作用，框正了過往外界所認法院之任務係在「接棒」檢察官舉（搜）證不足的惡名與誤解，相當難能可貴。

4.1.2 檢察官就後階段被告依累犯規定「加重其刑事項」之說明責任

所謂說明責任，相當於釋明責任的概念，此處之舉證責任，一般採取與民事訴訟相當之越勢證據即可，或可稱係形式之舉證責任，採取自由證明的概念，與前揭實質舉證責任之嚴格證明須達於超越合理懷疑的心證程度不同。不過，關於檢察官就後階段被告應依累犯規定「加重其刑事項」之說明責任，司法院釋字第 775 號解釋更進一步要求採取加強版的說明責任，必須踐行主張、提示、調查、辯論等程序，始能採為判決基礎。從而，本裁定乃謂：

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』是否加重最低本刑等旨。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』³⁹。亦徵在主張累犯應加重量刑之

³⁹ 該第 289 條第二項之修正理由復說明：原條文僅給予當事人就科刑範圍表示意見之機會，而未經當事人辯論，尚有未足，爰依司法院釋字第 775 號解釋之意旨，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

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。」

3. 「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。」

本裁定針對檢察官就後階段被告應加重其刑事項之說明責任所為論敘，與前揭區分說及肯定說之看法相同，亦值讚同。第 1 點理由先解析司法院釋字第 775 號解釋意旨所蘊涵之理念，說明本解釋已課予檢察官較為強化之說明責任的理由。第 2 點理由係就刑事訴訟法配合司法院前揭解釋而因應修法以觀，強調檢察官在主張累犯應加重量刑之後階段，應踐行調查、辯論，始能斟酌取捨之理由，可謂係加強版說明責任，亦即，若未經調查、辯論，法官不能在判決中採為量刑之理由。第 3 點則分析當今關於累犯加重之特別預防觀點，就累犯加重量刑與否，禁止不分情節輕重一律加重，已轉變為係可個案裁量事項之思潮，相當符合改良式當事人進行主義之精神。上開各點說明，與前揭肯定說之理念相同，最高法院此一司法革新作為，已為臺灣司法改革之路除去了數十年來難以撼動的絆腳石，著實不易。

4.2 檢察官具體指出證明方法之實質內涵

4.2.1 關於前階段「累犯事實」

所謂檢察官應就被告具有累犯事實「具體指出證明方法」，其實質內涵為何？卷宗內所附之被告前案紀錄表，可否等同於已具體指出證明方法？此問題，涉及所謂最佳證據原則（the best evidence rule）的問題。最佳證據原則一般被普遍理解之意涵，是指為證明書面文件、錄音、錄影或照片等文書

等旨。

或紀錄中之「內容」為真，當事人應提供文件內容之原始證據（文書）供佐之「訴訟證明規則」。換言之，法院關於證據之調查，應儘量以原本、直接之原始證據為宜，不能隨意由派生、間接之替代紀錄等資料所取代⁴⁰。例如卷存若只有「流水帳紀錄」，最好能有「原始單據」以供核對查考，因為流水帳紀錄係承辦人員依原始單據所製作，有無誤載易生爭議，是當事人若有爭執，以提出「原始單據」方為最佳證據⁴¹。

對此，本裁定以類似施行細則之方式，指出檢察官此部分之舉證責任，

⁴⁰ See, e.g., U.S. v. Smith, 566 F.3d 410, 411-13 (4th Cir. 2009); Jenkins v. City of San Antonio Fire Dept., 12 F. Supp. 3d 925, 944 (W.D. Tex. 2014); 35 AM. JUR. PROOF OF FACTS 2D *Foundation for Admission of Secondary Evidence* § 1- § 11 (1983). 中文文獻，參蘇凱平，「論數位證據之原件、複製品與最佳證據法則——最高法院 107 年度台上字第 3724 號等 8 則刑事判決評析」，月旦法學雜誌，第 311 期，頁 88-93 (2021)。比較：日本司法實所稱之最佳證據（最良の証拠），與美國法最佳證據原則之意涵截然不同，是指為免進行冗長、無益之訴訟程序，而徒費司法資源，在實行彈性並廣泛之證據開示的同時，司法實務也意識到應該將當事人之攻防主張節選至僅剩「必要之點」，因而也須進一步整理支持待證爭點事實之「必要證據」，使證據最佳化，強調重複或無益之證據應予簡化而不予調查。見日本最高裁判所事務總局，裁判員制度 10 年の総括報告書，頁 7 (2019)（……公判前整理手続において，柔軟かつ幅広い証拠開示が早期に行われるようになり，当事者の主張……も必要なポイントに絞ったものとするのが意識されるようになった。具体的には，当事者においても，公判前整理手続において整理すべき「争点」とは何かを意識されるようになり，……同時に，整理された争点を判断するために最良の証拠（ベスト・エビデンス）は何かという観点からの証拠整理の必要性も意識されるようになった……）。

⁴¹ 參看最高法院 111 年度台上字第 2219 號判決，司法院法學資料檢索系統：<https://law.judicial.gov.tw/FJUD/data.aspx?ty=JD&id=TPSM,111%2c%e5%8f%b0%e4%b8%8a%2c2219%2c20220511%2c1>（最後點閱時間：2022 年 7 月 8 日）。謂：關於電磁紀錄檔案即數位證據之證據能力，倘係複製檔案，因可能被偽造、變造之危險性較高，故依最佳證據原則（Best Evidence Rule），以提出原件為原則，俾確保數位證據之真實性。惟倘原件已滅失、毀損或有其他正當理由而不能提供時，經綜合其餘相關證據資料，並經與原件核對無訛，證明內容並無虛偽不實或係以不正方法取得等情形，而具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要者，自得為證據。

係指：「應於法院調查證據時，『提出』足以證明被告具有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。至於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具有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調盡其實質舉證責任。」之旨。明白指出卷宗內所附之被告前案紀錄表，相當於「前科索引」（prior criminal record index）的性質，在被告有爭執時⁴²，若未能提出其他關於被告前案徒刑執行完畢之原始資料或其影本以資補強，即難謂符合最佳證據原則，不具有完整證據替化性的功能，不能謂已「具體」指出證明方法⁴³。所持見解，頗有納入預斷排除觀點之意味，可資贊同，俾被告知所防禦、答辯，而保障其得以實質行使訴訟權。不過，應予釐清者，乃最佳證據之主張，我國基本上也是本於兩造對抗之精神加以運作。倘被告不爭執，坦承前案紀錄表內關於特定前科之記載為真，則「前案紀錄表」與「被告自白」自可相互補強、綜合判斷，法院未主動介入禁止使用該證據替代品，並無違法可言。至於本裁定所指檢察官應於「法院調查證據時」，提出足以證明被告具有累犯事實之前案徒刑執行完畢資料一節，係指檢察官若未於起訴書記載時，亦得於法院審理時以書面或言詞主

⁴² 基本上是本於兩造對抗之精神加以運作。併參吳燦，「累犯前科事實之舉證責任與調查——最高法院刑事大法庭 110 年度台上大字第 5660 號裁定解析」，月旦實務選評，第 2 卷第 7 期，頁 148（2022）。其主張略以：「倘檢察官係提出被告前案紀錄表欲證明本案累犯事實……如被告有爭執，檢察官自應提出原始證據以釐清。」等語，可資參考。

⁴³ 不同意見，併參林勤純，前揭註 10，頁 3-5。其此部分不同意見結論略以：若摒棄實務上夙採原則上無爭議之前案紀錄表，再要求檢察官就成立累犯之事實負舉證之責及提出與被告前執行案件之相關執行資料，無異就徒增訴訟上不必要之事項，治絲益棼之結果，反有礙於訴訟經濟之要求等語。

張，但至遲應於「審判期日檢察官陳述起訴要旨時」，主張構成累犯之事實，並提出證據供調查者而言⁴⁴。

4.2.2 關於後階段「加重量刑事項」

關於檢察官就後階段「加重量刑事項」之加強版說明責任，其實質內涵為何？本裁定承襲司法院釋字第 775 號解釋所確認之脈絡，認為：「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。」等旨。不過，此之說明責任，本文前已言及，係加強版自由證明程序，採優勢證據為足，是以本裁定亦敘明：「此之量刑事項，並非犯罪構成事實或刑之應否為類型性⁴⁵之加重事實，以較為強化之自由證明為已足」之旨。已敘明前階段舉證責任、後階段說明責任之具體內涵不同之處，亦具有類似施行細則之功能，操作上不可混淆。

⁴⁴ 併參吳燦，前揭註 42，頁 146、148。其主張略以：(1)檢察官未於起訴書記載者，應認檢察官於起訴後亦得以書面或言詞主張之，但至遲應於審判期日檢察官陳述起訴要旨時一併主張構成累犯之事實，並提出證據供調查（刑訴法第 288 條第一項、第 165 條），以界定法院審判範圍。(2)又法院不得蒐集證據，尤其是不利於被告之證據，則目前法院於分案時，即主動調取被告之前案紀錄表附於卷內（此舉相當於證據之蒐集），該卷內之前案紀錄表自不得移作被告構成累犯事實之證據。(3)倘檢察官係提出被告前案紀錄表欲證明本案累犯事實，自應先具體明確指出前案紀錄表中係那幾筆資料與本案累犯待證事實有關，並釋明其執畢日期，法院再依文書證據之調查方式，使被告及其辯護人有陳述意見之機會。如被告有爭執，檢察官自應提出原始證據以釐清。

⁴⁵ 見前揭註 35 之說明。

4.3 同一加重科刑事由禁止雙重評價

本裁定就被告之同一前科資料，在累犯加重事由（處斷刑）及一般科刑事由（宣告刑）中，具互斥性之擇一關係，而不可重複評價一節，亦指出：「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⁴⁶，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」等旨。已說明被告可能構成累犯之前科、素行與刑法第 57 條所定「犯罪行為人之品行」之審酌事項間，存在擇一且互斥性關係，此不僅在包括同一訴訟程序之同一判決的禁止重複評價，更包括不同審級禁止重複評價，亦即，若下級審已將被告可能構成累犯之前科、素行資料，列為刑法第 57 條所定「犯罪行為人之品行」之審酌事項，控方不得再執原判決應改論被告累犯為由提起上訴，指摘下級審未依累犯規定加重其刑違法⁴⁷。此點堪稱係相當具新穎性之觀點，雖與失權效之論述取徑不同，但仍有著同樣的結果，對於落實禁反言（estoppel，亦即在檢察官未主張之場合，視為檢察官已默認被告並無加重其刑以特別預防之意思）及雙重危險禁止之原則而言，頗具法學實證意義。

至於倘檢察官已主張並指出證明方法，審理事實之法院對於前科資料解讀有誤，當事人本得以原判決採證認事違背證據法則、經驗或論理法則等理由。循上訴途徑救濟予以框正，乃屬當然。

⁴⁶ 參羅昌發大法官，司法院釋字第 775 號解釋協同意見書，憲法法庭：<https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=100&id=310956&rn=-24555>（最後點閱時間：2022 年 5 月 5 日）。

⁴⁷ 併參吳燦，前揭註 42，頁 149。

4.4 大法庭裁定之向後之事實拘束力

一般而言，基於法安定性之考量，法律效果變更時，原則上不溯及既往生效。例如司法院大法官所為之憲法解釋，除非依釋字第 177 號、第 185 號等解釋之意旨，對於原因案件亦有效力（即該違憲之法律將會溯及失效）⁴⁸外，通常情形下，解釋公布生效後，適用「向後失效／生效」之一般原則。而與此相同者，乃最高法院大法庭之裁定，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，亦即大法庭裁定之法律見解，只溯及適用於提案庭之原因案件。至於其他案件，即便是欲為被告之利益而提起上訴，依一般性原則，仍以不能溯及既往為宜。

本件裁定本於此旨，亦謂：「本件刑事大法庭之裁定，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，並無溯及既往之事實拘束效力。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⁴⁹，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」等旨。這意味著刑事大法庭裁定宣示前，下級審法院依被告前案紀錄表論處累犯時，業已就地合法，則上級審法院祇須審查下級審判決論處累犯有無錯誤即足，斯時檢察官未提出其他證據，並無判決不適用證據法則之違法。除兼顧被告利益外，亦考慮著信賴保護、預測可能性及法安定性問題，以免影響太多既存案件之法律效果⁵⁰，期能將衝擊減至

⁴⁸ 參彭鳳至，「司法院大法官憲法解釋之效力兼論大法官憲法解釋一般拘束力與德國聯邦憲法法院法第三一條規定德國聯邦憲法法院裁判之效力」，月旦法學雜誌，第 161 期，頁 111（2008）。

⁴⁹ 包括「論以累犯並加重其刑」及「論以累犯但裁量不加重其刑」之情形。

⁵⁰ 關於「法律效果的溯及生效」、「法律事實的回溯連結」，參林三欽，「信賴保護原則與法令不溯及既往——兼評最高行政法院九十四年度判字第一四四號判決」，政大法學評論，第 100 期，頁 95-99（2007）。

最低。按理論上大法庭之裁定僅為中間裁定之性質⁵¹，惟其依法拘束提案小法庭之裁判⁵²，而提案小法庭之判決（即最高法院 110 年度台上字第 5660 號判決）⁵³居於「依大法庭裁定見解所為之判決先例」之地位，對下級審法院具有事實之拘束力⁵⁴，可見大法庭裁定仍具有間接事實拘束力，其煞費苦心之處，自有其用意。

應予區辨者，乃無論檢察官於起訴書或實行公訴時，均未主張被告構成

51 見最高法院刑事大法庭 110 年度台上大字第 1797 號裁定，司法院法學資料檢索系統：<https://law.judicial.gov.tw/FJUD/data.aspx?ty=JD&id=TPSM,110%2c%e5%8f%b0%e4%b8%8a%e5%a4%a7%2c1797%2c20220223%2c1>（最後點閱時間：2022 年 5 月 5 日）。略謂：本院大法庭之裁定，係針對提案之法律爭議所為之中間裁定，並非對本案為終局裁判，依法院組織法第 51 條之 10 規定，其裁定之見解僅對提案庭提交之案件有拘束力。

52 批判意見，參林鈺雄，累犯之亂——大法庭走鐘，院檢該何從？，2022 年 5 月 6 日，新新聞：<https://new7.storm.mg/article/4319935>（最後點閱時間：2022 年 5 月 7 日）。其主張：大法庭裁定內關於被告前科資料的說明為旁論，並無拘束提案庭之拘束力。惟本件大法庭裁定主文既宣示：「被告具有累犯之事實及應加重其刑之事項，均應經檢察官主張並具體指出證明方法後，由法院踐行調查、辯論程序，方得列為論以累犯及是否加重其刑之裁判基礎。」則關於建構主文之理由，尤其是關於「具體指出證明方法」之說明，應係正論，而非所指之傍論。至於其餘與建構主文無直接關係之說明，例如本文前揭「同一加重科刑事由禁止雙重評價」、「大法庭裁定之向後之事實拘束力」、「未加重其刑時之主文諭知」等項，固屬傍論，惟事實審法院若為被告利益之考量而採取相同看法，亦非法所不許。可見縱為傍論，仍對於各級法院之裁判具指引作用。

53 按本件小法庭之判決先例撤銷原判決之理由，並非因下級審法院過於依職權調查而撤銷，而係因其就被告之累犯事項並未踐行任何調查、科刑辯論程序。倘下級審法院就累犯事項有踐行實質調查、辯論程序，結果未必會一樣。

54 見前揭註 51，略謂：「依徵詢或大法庭裁定見解所為之判決先例」，因已對特定法規範之本質、內涵進行具體分析，依法定程序作成本院一致或統一之法律見解，而適用於具體個案之救濟，對於下級審法院已形成事實上之拘束力，並有利於保障法之安定性、可預測性以及裁判之一致性。抑有進者，一般人對已生效之上開判決先例亦已產生法之信賴，而具有維持法秩序之效果，如不遵循，會對相關人民造成損害。是倘無充分理由與證據足以認為適用某一判決先例會對法規範及法秩序帶來不利之影響，即應予遵循。

累犯，法院於歷次審理時亦未就被告相關累犯事宜進行調查、辯論程序，判決時亦未論以累犯，僅於科刑時考量被告之素行等情而為量刑。檢察官可否援引上開「大法庭裁定向後事實拘束力」之概念，主張本件刑事大法庭裁定前已為判決之具體個案漏未論以累犯，因而提起上訴？本文認為，此係對被告不利益之事項而上訴，既然下級審業已於本件刑事大法庭裁定前，基於與本件刑事大法庭裁定相同之理念而未論以累犯，符合前揭刑事訴訟法第 161 條第一項改良式當事人進行主義之原理及司法院釋字第 775 號解釋之精神，正係其適正行使審判權限之具體作為，並無違法可言，上級審不能據以撤銷原判決，此係當然之理。

4.5 未加重其刑時之主文諭知等項

附帶一提者，關於判決理由內認定被告構成累犯並加重其刑，或雖認定構成累犯，但經權衡後不加重其刑等情形時，主文是否一併諭知累犯之問題，所涉及者，乃矯正機關過往就與累犯有關之前揭提報假釋最低執行期間、受刑進級責任分數、得否被遴選至外役監受刑等執行事宜，向以判決「主文」為斷。而在司法院推行裁判精簡原則後，因已容許主文無須諭知累犯，是以，矯正機關改以兼看判決「理由」之方式以輔助判斷受刑人是否為累犯，包括雖認定構成累犯，但經權衡後認無庸加重其刑之情形，上開執行事宜均以累犯模式處理。並且，無論如何決不自行判斷是否為累犯，即便形式上看似構成累犯，但只要法院主文或理由未諭知，除非依修正前刑法第 48 條規定，裁判確定後，發覺為累犯者，依同法第 47 條之規定更定其刑（但刑之執行完畢或赦免後發覺者，不在此限），否則裁判確定後，即以非累犯方式處理上開執行事宜。而在司法院釋字第 775 號解釋揭示：刑法第 48 條關於累犯更定其刑之規定，與憲法一事不再理原則有違，自該解釋公布之日起失其效力等旨後，矯正機關更直接以非累犯模式處理⁵⁵。是以，倘檢察官雖已

⁵⁵ 按確定判決未論以累犯時，現行司法實務不容許檢察官為被告之不利益而循非常上訴途徑解決。

主張並指出證明方法，但法院經權衡後認無須加重其刑等情形時，主文應無庸為累犯之諭知，以符合精簡原則，並避免造成被告已被加重其刑之誤解。

基此，本裁定乃謂：「檢察官就被告構成累犯之事實及應加重其刑事項，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」等旨。亦以類似施行細則之方式，指出本裁定理由所列各項事宜，無論通常審判程序或簡易程序，均有其適用，俾下級審得以遵循。至於因檢察官未盡舉證、說明責任，法院因而未論以累犯，原無主文諭知或理由說明之情形可言，矯正機關是否以非累犯方式處理上開執行事宜，係執行機關職權行使之範疇，併予指明。

5. 結論

上開刑事大法庭裁定呼應了上開肯定說的司法革新理念，揭示了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具有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之大原則。並強調前階段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加強版說明責任，均應由檢察官分別負主張及具體指出證明方法之責，此並無窒礙難行之處。是以，倘檢察官未主張或具體指出證明方法時，可認因檢察官係較接近犯罪事實者，亦為被告定罪後之指揮執行矯正者，故對於被告是否因存在累犯事實，而得見其犯罪刑罰反應力薄弱，需要延長矯正期間而加重其刑與否一節，經綜合評估後並不認為被告有加重其刑予以延長矯正其惡性此一特別預防之必要⁵⁶，且此為貫徹舉證責任之危險結果所當然之理。因此法院不予調查，而未論以累犯並加重其刑，即難謂有應

⁵⁶ 同前揭註 23 至 25 之說明。

調查而不予調查之違法。應加敘明者，此時無論法院之確定判決未認定被告構成累犯，或雖認定被告構成累犯，但認為無加重其刑必要時，檢察官及矯正機關均不宜自行認定受刑人適用累犯之前揭獄政執行、管理規範，應均以非累犯模式（指揮）執行為宜，俾免爭議。本文也建議主管相關法規修法之法務部，於上開累犯獄政執行問題，應將針對累犯之特別預防執行措施，均修正為以「法院認定為累犯並加重其刑」為前提，如此除有確定判決為憑，俾免爭議外，亦可以提高檢察官偵辦案件時被告之配合意願，對於促進訴訟頗有助益。

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，得否立於補充性之地位，曉諭檢察官主張並指出證明方法，自由事實審法院視個案情節斟酌取捨。倘下級審法院已為取捨，上級審自應尊重其裁量職權之行使，不得隨意撤銷改判。

應加強調者，上開刑事大法庭裁定意旨業已指明，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。檢察官若「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等旨。是以，在被告有爭執之場合（採兩造對抗精神），倘檢察官未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，即屬未經實質舉證，法院自無從為補充性調查，如檢察官欲以聲請函查證據之方式規避其「提出」前揭相關執行資料之責任，自非法之所許，法院予以駁回，並無調查職責未盡之違法可言⁵⁷。

⁵⁷ 見最高法院 110 年度台上字第 5660 號判決（即本件小法庭依大法庭裁定見解所為之判決先例），司法院法學資料檢索系統：<https://law.judicial.gov.tw/FJUD/data.aspx?ty=JD&id=TPSM,110%2c%e5%8f%b0%e4%b8%8a%2c5660%2c20220427%2c1>（最後點閱時間：2022 年 7 月 8 日）參照。併參吳燦，前揭註 42，頁 140-142、147-148。其認為：舉證，除主張其事外，本應涵蓋舉出（即提供）及說服（即證明）兩個層次之責任。檢察官主張個案構成累犯，應就累犯事實負實質的舉證責任，檢察官得選擇提出被告前案紀錄表為證，但應具體指出（證明）前案紀錄表中係哪幾筆資料構成

又本文對於最高法院本件刑事大法庭裁定，併就檢察官具體指出證明方法之實質內涵、法院基於補充性角色之曉諭（促請）、被告可能構成累犯之前科、素行與刑法第 57 條所定「犯罪行為人之品行」之審酌事項之二擇一互斥關係（禁止重複評價）、大法庭裁定之向後事實拘束力，以及即使論以累犯，無論有無加重其刑時判決主文是否論知等項，以類似施行細則之方式予以逐一指示的承擔態度，致上最高敬意。又此單純為檢察官主張、舉證或說明責任之範疇，恆在現行改良式當事人進行主義之框架內所為之闡釋，尚與「法官造法」或日本最高裁判所之「規則制定權」等情形有別⁵⁸。

尤其，適用國民法官法之案件，依該法第 43 條第四項規定，起訴書不得記載使法院就案件產生預斷之虞之內容。尤其是指被告累犯之事實及應加重其刑之事項。此時既然起訴書不能記載累犯相關事證，是以檢察官若希望法院對被告論以累犯並加重其刑，自應由檢察官於審判程序中盡其舉證、說明責任加以主張並指出證明方法，且於科刑辯論程序中加以辯論⁵⁹，始足當之。可見是類案件已相當程度回應了本文及上開刑事大法庭裁定見解之呼求，可謂不謀而合。而關於上開累犯相關問題之舉證、說明責任，本質上並不因是否適用國民法官法而有所不同，自不宜採取不同舉證、說明標準，應係當然之理。

綜上，本文認為，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」由控方（尤其是檢察官）就被告具有累犯之事實及應加重其刑之事項，主張及指出證明方法；2. 接著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

累犯事實。調查證據係就當事人所蒐集並提出之證據踐行調查，法院不得蒐集證據。檢察官就其應負提出之證據不提供，應認未盡提出證據責任。提出證據與聲請法院調查證據，概念有別。刑訴法第 161 條第一項之舉證，係指提出證據之形式舉證責任而言。

58 相關質疑，參蘇永欽，司法造法時刻，2022 年 5 月 4 日，新新聞：<https://www.storm.mg/article/4316128>（最後點閱時間：2022 年 5 月 5 日）。

59 國民法官法第 79 條第二項。

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，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，其不法內涵及罪責內涵之評價即為已足之觀點，自應禁止重複評價，是控方不能依上訴途徑主張應改判論以累犯並加重其刑，上級審法院自不能據以撤銷原判決。

應加提醒者，本件刑事大法庭裁定之法律見解，於自訴案件雖亦有其適用，惟自訴人對於被告前科資料之掌握及蒐證權限，與檢察官所擁有之權限實天壤之別，受訴法院自得基於前述說明，視個案情節斟酌取舍。尤其是法院對於「曉諭」功能的運用，在不同自訴個案，將更為彈性。

最後，應加強調者，本文及本件刑事大法庭裁定所認檢察官應負主張及指出證明方法之前階段訴訟標的，係構成累犯之「事實」（小前提），並非構成累犯之「構成要件」（大前提），不可混淆。易言之，成立累犯之「構成要件」（即法律要件）已為刑法第 47 條第一項所明定，本無所謂主張、舉證責任問題，其所應主張、舉證之訴訟標的，係該當於構成累犯要件之小前提即「5 年內受徒刑之執行完畢或一部之執行而赦免之事實」之存否，此如同被告主張其有應減輕或免除其刑之事實，例如被告主張其有供出毒品來源因而查獲正犯或共犯之事實時，亦應加以主張及指出證明方法，法院始知所進一步調查之情形相似⁶⁰，併予敘明。

⁶⁰ 所不同者，乃減免其刑係為對被告有利之事項，一旦被告主張及指出證明方法，法院即有澄清義務。

參考文獻

中文書籍

- 吳燦，〈刑事證據法與救濟程序〉，元照出版，臺北（2021）。
- 林永謀，〈刑事訴訟法釋論（中冊）〉，改訂版，三民出版，臺北（2010）。

中文期刊

- 林三欽，〈信賴保護原則與法令不溯及既往——兼評最高行政法院九十四年度判字第一四四號判決〉，《政大法學評論》，第 100 期，頁 95-99，2007 年 12 月。
- 吳燦，〈累犯前科事實之舉證責任與調查——最高法院刑事大法庭 110 年度台上大字第 5660 號裁定解析〉，《月旦實務選評》，第 2 卷第 7 期，頁 137-150，2022 年 7 月。
- 彭鳳至，〈司法院大法官憲法解釋之效力兼論大法官憲法解釋一般拘束力與德國聯邦憲法法院法第三一條規定德國聯邦憲法法院裁判之效力〉，《月旦法學雜誌》，第 161 期，頁 105-134，2008 年 10 月。
- 蘇凱平，〈論數位證據之原件、複製品與最佳證據法則——最高法院 107 年度台上字第 3724 號等 8 則刑事判決評析〉，《月旦法學雜誌》，第 311 期，頁 71-96，2021 年 4 月。

其他中文參考文獻

- 林勤純，110 年度台上大字第 5660 號刑事裁定不同意見書：<https://tps.judicial.gov.tw/tw/dl-86724-ed6b587041044c3a84a4a3b8a93da473.html>（最後點閱時間：2022 年 5 月 5 日）。
- 林鈺雄，累犯之亂——大法庭走鐘，院檢該何從？，2022 年 5 月 6 日，新新聞：<https://new7.storm.mg/article/4319935>（最後點閱時間：2022 年 5 月 7 日）。
- 院檢大戰！劍青檢改用詞「粗鄙聳動」司法院：遺憾惋惜，2022 年 4 月 29 日，聯合新聞網：<https://today.line.me/tw/v2/article/nXJ682M>（最後點閱時間：2022 年 5 月 5 日）。

最高檢察署，刑事大法庭言詞辯論意旨書（110 年度台上大字第 5660 號）：

<https://tps.judicial.gov.tw/tw/dl-84527-abef318c21bb4b59bb042780d1f6d7b7.html>

（最後點閱時間：2022 年 5 月 5 日）。

黃惠婷，累犯成立與加重其刑之舉證責任釋疑：[https://tps.judicial.gov.tw/tw/dl-84530-](https://tps.judicial.gov.tw/tw/dl-84530-9208c4b29f8b4d2883ddfa167835acd3.html)

[9208c4b29f8b4d2883ddfa167835acd3.html](https://tps.judicial.gov.tw/tw/dl-84530-9208c4b29f8b4d2883ddfa167835acd3.html)（最後點閱時間：2022 年 5 月 5 日）。

蕭白雪，大法庭累犯爭議 檢察總長發聲了，2022 年 5 月 4 日，聯合新聞網：

<https://udn.com/news/story/7321/6289037>（最後點閱時間：2022 年 5 月 5 日）。

謝煜偉，「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：<https://tps.judicial.gov.tw/tw/dl-84529-86382ff2c8214d95a6f9366825a615>

[cc.html](https://tps.judicial.gov.tw/tw/dl-84529-86382ff2c8214d95a6f9366825a615)（最後點閱時間：2022 年 5 月 5 日）。

羅昌發，司法院釋字第 775 號解釋協同意見書，憲法法庭：[https://cons.judicial.gov.tw/](https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=100&id=310956&m=-24555)

[docdata.aspx?fid=100&id=310956&m=-24555](https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=100&id=310956&m=-24555)（最後點閱時間：2022 年 5 月 5 日）。

蘇永欽，司法造法時刻，2022 年 5 月 4 日，新新聞：[https://www.storm.mg/article/](https://www.storm.mg/article/4316128)

[4316128](https://www.storm.mg/article/4316128)（最後點閱時間：2022 年 5 月 5 日）。

日文書籍

三井誠、河原俊也、上野友慈、岡慎一編，《新基本法コンメンタール刑事訴訟法〔第 3 版〕》，日本評論社，東京（2018）。

上口裕，《刑事訴訟法 第 2 版》，成文堂，東京（2011）。

日本最高裁判所事務総局，《裁判員制度 10 年の総括報告書》，最高裁判所事務総局，東京（2019）。

田口守一，《刑事訴訟法 第 5 版》，弘文堂，東京（2010）。

田宮裕，《刑事訴訟法〔新版〕》，有斐閣，東京（1996）。

宇藤崇、松田岳士、堀江慎司，《刑事訴訟法 第 2 版》，有斐閣，東京（2018）。

安富潔，《刑事訴訟法》，三省堂，東京（2009）。

池田修、前田雅英，《刑事訴訟法講義 第 6 版》，東京大学出版会，東京（2018）。

河上和雄、中山善房、古田佑紀、原田國男、河村博、渡辺咲子編，《大コンメンタール刑事訴訟法【第二版】第 7 卷（第 316 条の 2～第 328 条）》，青林書院，東京（2012）。

後藤昭、白取祐司編，《新・コンメンタール刑事訴訟法〔第 3 版〕》，日本評論社，東京（2018）。

亀井源太郎、岩下雅充、堀田周吾、中島宏、安井哲章，《プロセス講義 刑事訴訟法》，信山社，東京（2016）。

椎橋隆幸、柳川重規編，《刑事訴訟法基本判例解説〔第 2 版〕》，信山社，東京（2018）。

渡辺修，《基本講義 刑事訴訟法》，法律文化社，東京（2014）。

日文論文集

川出敏裕，挙証責任と推定，松尾浩也、井上正仁編，《刑事訴訟法の争点 第 3 版》，頁 158-161，有斐閣，東京（2002）。

英文書籍

35 AM. JUR. PROOF OF FACTS 2D (1983).