累犯確定判決違誤之救濟*

文／吳燦

壹 前言

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，五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。」本項前段為累犯之立法定義[1]，後段為累犯之處罰，採加重本刑主義。立法理由以累犯之加重，係因犯罪行為人之刑罰反應力薄弱，須再延長其矯正期間，以助其重返社會，並兼顧社會防衛之效果。累犯事由之有無，除涉及被告應否為法定本刑之加重，亦關係受刑人之假釋處遇措施[2]、累進處遇的責任分數[3]及能否遴選到外役監[4]等事項，影響深遠。

構成累犯之要件有三，欠缺其一，即非累犯。（一）、「人」的要件：即須為曾受徒刑（有期徒刑或無期徒刑）執行（全部執行或一部執行而赦免[5]）之人。因此，前罪如（1）僅受拘役或罰金之執行，或（2）僅受徒刑之宣告而未受執行，或雖受徒刑之一部執行，但未執畢之原因非出於赦免，即與「人」的要件不合。（二）、「罪」的要件：即後罪須係故意再犯法定刑有期徒刑以上之罪，至於過失再犯及後罪法定刑為拘役、罰金者，均不與焉。（三）、「時」的要件：即須（一）之人，於 5 年以內故意再犯（二）之罪。此 5 年期間，從前罪徒刑執行完畢或赦免之翌日起算。5 年以內無犯罪紀錄，或已執行滿 5 年者，即與「時」的要件不符。

累犯判決之違誤，不論是應累犯而未論以累犯，或非累犯而論以累犯，均屬審判違背法令。依司法院[6]檢送之「106 年度最高法院刑事判決關於非常上訴撤銷案件之各類統計表」，該年度非常上訴撤銷總件數共計 206 件，其中撤銷原因以「累犯之宣告違誤」最多，計 102 件，約占 49.5% 左右。

就類型分析，上開違誤之情形約略有二。其一為原確定判決論以累犯或未論累犯，與卷內前案紀錄不符者（下稱第一類型違誤），其二為原確定判決依裁判時卷內前案紀錄構成累犯，但因判決確定後新發生之事實，被評價為非累犯者（下稱第二類型違誤）。前者，或係肇因於法官之疏失（包括對於累犯三要件之不察及前案紀錄之判讀不易）；後者，則屬於不可歸責於法官之事由，此一類型約占「累犯之宣告違誤」全部件數之 46%，相對於刑法第 48 條之用語，可稱之為「裁判確定後，發覺為非累犯者」。

第一類型屬於「非累犯而論累犯」之違誤，依非常上訴程序救濟，惟就「應累犯而未論累犯」之違誤，及第二類型之違誤，得否適用刑法第 48 條更定其刑，暨累犯處罰等項，洵有探究釐清之必要。

貳 非常上訴必要性之審查原則

非常上訴，乃對於審判違背法令之確定判決所設之非常救濟程序，其主要目的在於統一包括最高法院本身在內之各級法院有關法令之適用，故明定由最高法院管轄，並將非常上訴之聲請權專屬於最高檢察署檢察總長，委諸於檢察總長之裁量[7]，當事人（檢察官、自訴人、被告），則無聲請權。

檢察總長就非常上訴是否提起之裁量，依最高法院 97 年度第 4 次刑事庭會議「關於非常上訴之補充決議」，應依據非常上訴制度之本旨，衡酌人權之保障、判決違法之情形及訴訟制度之功能等因素，而為正當合理之考量。此決議揭明「判決確定後，發見該案件之審判係違背法令，並與統一適用法令有關，具有原則上之重要性；或該判決不利於被告，非予救濟，不足以保障人權者，均依非常上訴程序以資糾正或救濟。至於原確定判決雖有違背法令情形，但尚非不利於被告，且不涉及統一適用法令，而無原則上之重要性；或縱屬不利於被告，但另有其他救濟之道，並無礙於被告之利益者，即無提起非常上訴之必要性」之審查原則。

因是，審判違背法令，有無提起非常上訴之必要性，其判準為：一、原確定判決非不利於被告（有利或無不利）者，以與統一法令適用有關[8]，始具非常上訴之必要性，其不涉統一法令適用者，即無此必要性。二、原確定判決不利於被告[9]者，不論是否與統一法令有關，因非予救濟，不足以保障人權，自有提起非常上訴之必要性，此為原則。但若另有其他救濟之道，並無礙於被告之利益者，則例外認無提起非常上訴之必要性。準此，對於檢察總長提起之非常上訴，經審查結果，如認為無提起之必要性，亦可不予准許而駁回其非常上訴。但此與法官應精進審判，正確妥適適用法律之誡命係屬二事，不可混淆。

參 累犯違誤之類型與救濟

一人犯數罪，屬於裁判確定前所犯（即數罪併罰案件），有一次同時裁判者，有分次為異時裁判者。在同時裁判，於宣告數罪之刑之同時定其應執行之刑，是為「同時併罰」；其於異時裁判，則將此二以上裁判所宣告之刑，經檢察官聲請，併合定其應執行之刑，稱之為「事後併罰」。至於裁判確定後犯數罪（非屬數罪併罰範圍），受二以上之徒刑，則應併（接續）執行之。

累犯三要件之「時」的要件，係從徒刑執行完畢或赦免之翌日起算，但徒刑之執行，除（一）單一宣告刑及同時併罰之執行刑，尚有（二）事後併罰之執行刑，及（三）數罪之徒刑併（接續）執行等類型。其中（二）、（三）之執畢日期可能有二個以上，在（三）又牽涉報請假釋所須最低應執行之期間，及假釋撤銷後執行殘餘刑等問題，究應以何者始該當於累犯「時」的要件，攸關累犯違誤與否之判斷。

一、第一類型違誤

（一）非累犯而論累犯

此一違誤因不利於被告，依 97 年上開決議，自應依非常上訴予以救濟。非常上訴審除將原判決違背法令部分撤銷，並應就該案件另行判決，而具有實質上之效力。

單一徒刑之執畢日期（包括宣告刑及同時併罰之執行刑），從前案紀錄應不難窺知，審判時稍加注意，即可避免錯誤。但仍有 5 年內全無犯罪紀錄（106 台非 18、138），或前罪已執畢滿 5 年（106 台非 73、124），或少年犯罪執畢 3 年後，視為未曾受該刑之宣告[10]（106 台非 7、115、131），或受刑人於執行中因其他原因出監（106 台非 101），仍誤為累犯者。有期徒刑易服社會勞動，依刑法第 41 條第 2、3、5 項規定，以 6 小時折算一日，但不得逾 1 年，有疏未注意履行期間已否屆滿或有無第 6 項之情形，逕以檢察官核准日為執畢之日（106 台非 85、142）。均屬不符累犯「時」的要件。

被告前罪僅受拘役宣告（106 台非 104），與累犯「人」的要件不符；被告再犯之罪，其法定本刑為拘役、罰金（106 台非 37、105、127），不合累犯「罪」的要件。拘役主刑為 60 日未滿，即其上限為 59 日，必有兩種以上之加重，始能遞加至 120 日，依累犯加重一次，僅能就 88 日之刑度內量刑，判處 90 日（106 台非 93），乃累犯量刑之違誤。

（二）應累犯而未論累犯與刑法第 48 條

此一違誤因非不利於被告，即使經由非常上訴，其判決之效力本不及於被告，依 97 年上開決議，除認為無提起非常上訴必要性外，決議第四點併謂確定判決雖有未依法調查累犯事由之違背法令，但因非不利於被告，不在司法院釋字第 181、146 號解釋之範圍。

累犯之處罰，容有於裁判時，依卷內資料不知其為累犯，而於裁判確定後始行發覺者；更有甚多是裁判當時，依卷內資料符合累犯，因漏未依累犯論處者。後者之違誤，得否於裁判確定後，適用刑法第 48 條規定，更定其刑，最高法院有不同見解。刑八庭於受理 106 年度台抗字第 226 號聲請累犯更定其刑案件，提案經 106 年度第 16 次刑事庭會議決議，採目的性限縮適用，如於裁判確定前，依卷內資料已足以發覺有累犯情事者，即無適用餘地[11]。依此決議，除少數類如身分證號碼重編，致卷內所附前案紀錄有誤，於判決確定後始發覺者外[12]，似已無適用該條之空間，形同凍結。

日本刑法第 58 條，原亦有與我國刑法第 48 條相同之規定，該條立法目的係為針對累犯者因虛報姓名或

（文轉三版）

註釋

* 最高法院刑一庭花庭長滿堂將於 2019 年 3 月 8 日屆齡榮退。花庭長對於累犯確定判決違誤之救濟，著墨甚深，除於刑事庭提案討論，更於司法院許宗力院長訪視最高法院時，具體建議修正刑事訴訟法相關條文，最後並著書立說。最高法院就此一爭議，亦製有數則決議，並與時俱進地作調整。於此謹略述一、二，敢借恭賀花庭長七秩華誕，「七十而從心所欲」！

1 刑法累犯除本條第 1 項之規定外，尚有第 2 項之準累犯，竊盜犯贓物犯保安處分條例第 7 條亦有準累犯之規定。

2 刑法第 77 條第 2 項第 2 款。

3 行刑累進處遇條例第 19 條第 3 項。

4 外役監條例第 4 條第 2 項第 3 款。

5 所謂赦免，指特赦、減刑及依法免其刑之執行，但不包括大赦在內。

6 中華民國 107 年 3 月 8 日院台廳刑一字第 1070006463 號函。

7 刑事訴訟法第 441 條規定：判決確定後，發見案件之審判係違背法令者，最高法院檢察署檢察總長「得」向最高法院提起非常上訴。明定對於非常上訴之提起，係採便宜主義。

8 所謂與統一法令適用有關，係指涉及法律見解具有原則上之重要性者而言。即所涉及之法律問題意義重大而有加以闡釋之必要，對法之續造有重要意義者。

9 原確定判決究係不利於被告或非不利於被告，請參拙文，非常上訴審關於原判決不利於被告之判斷，台灣法學雜誌，235 期，2013 年 11 月 1 日，200-203 頁。

10 少年事件處理法第 83 條之 1 第 1 項。

11 本則決議表決時，兩說票數相同，依最高法院民刑事庭庭長會議、民刑事庭會議及民刑事庭總會會議議事要點第 7 點，「可否同數時，取決於主席」。花庭長是該次會議主席，此關鍵性一票，讓最高法院決議免於陷入違憲之爭議。

12 最高法院 92 年度台非字第 149 號判決案例事實。

13 也因為此一規定，日本刑事訴訟法並無與我國刑事訴訟法第 422 條得為受判決人不利益聲請再審之規定。

植根法律關係（稅法總論 第三冊）
稅捐法律關係（稅法總論 第三冊）
買賣法（增訂七版）
劃撥帳號：07929998 戶名：植根雜誌社有限公司 TEL:(02)2707-2848 FAX:(02)2708-4428
黃茂榮 著作 定價 800 元
黃茂榮 著作 定價 800 元
訂購未滿郵資請自付
植根法律
收容
線上審
https://www.j
work/wo
線上審
數位簽
科技卷
無線裁
電子用
即時送

法律網 最佳平台
法學方法與現代稅法（稅法總論 第一冊 增訂三版）黃茂榮 著作 定價 800 元
稅法解釋與司法審查（稅法總論 第二冊 增訂第三版）黃茂榮 著作 定價 800 元
1000元者 贈 65 元
書城熱賣中
事件 理系統 udicial.gov.tw/ rk20.asp

（文接二版）

年籍資料等，以規避累犯加重其刑而設，與我國上開決議相侔，惟仍因違反該國憲法第 39 條後段之禁止二重處罰規定[13]，爰於昭和 22 年修正時予以刪除[14]。

二、第二類型違誤

（一）事後併罰「時」的要件之嬗變

事後併罰，多數會有 2 個以上之執畢日期。最高法院向來認為「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。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。」即僅限以所定應執行之刑之執畢日期，始符累犯「時」的要件，不及於裁定前已先予執行之罪。

茲有疑義者，厥為再犯之罪判決時，如依卷內無從得知另有事後併罰之案件，僅有先予執行之罪的執畢日期，並已符合累犯「時」的要件而論以累犯確定，最高法院 100 年度第 6 次刑事庭會議決議，係在囿於向來見解之前提下，認為不問該項前科資料，是否存在於事實審訴訟卷宗內而得以考見，均得提起非常上訴。

被告所犯如係數罪，本於數宣告刑，即應有數刑罰。本問題爭點，在於事後併罰所定之執行刑尚未執畢以前，各罪之宣告刑，是否均不發生執畢之日期。刑三庭於受理 104 年度台非字第 97 號案件，認有變更以往先例之必要，提案經 104 年度第 6 次刑事庭會議決議，併採若其中一罪之刑（包括同時併罰之執行刑），已於事後併罰定應執行刑之裁定前執行完畢者，亦該當於累犯「時」的要件[15]。

依司法院統計資料[16]，非常上訴經撤銷之總件數，於 101 年至 103 年間，每年暴增至 3、4 百件之多，自 104 年之後，則下降至 2 百件以下，似與 100 年及 104 年此兩次決議不無關係。

（二）數罪併（接續）執行

裁判確定後犯數罪，受二以上徒刑之執行（非屬數罪併罰範圍），其假釋有關期間之計算，依刑法第 79 條之 1 規定，應「分別執行，合併計算」，惟上開放寬假釋應具備「最低執行期間」規定，與累犯之規定，究應合併或分別觀察與適用，影響累犯「時」的要件之認定。

數罪所處有期徒刑併執行，於接續執行中，其中甲罪徒刑已經期滿，而在乙罪徒刑執行中，合併計算其最低應執行之期間，獲准假釋。嗣於甲罪徒刑期滿後 5 年內之假釋期間再犯有期徒刑以上之丙罪，最高法院 88 年度第 4 次刑事庭會議決議，初採否定說，認為不構成累犯，嗣於 103 年度第 1 次刑事庭會議決議，改採肯定說[17]，並以核准開始假釋時，甲罪已否執畢作為丙罪是否構成累犯之判準。

此一變更，與事後併罰「時」的要件之改變相仿，在於減少第二類型違誤之發生。但併執行數罪於假釋期中，更犯罪，嗣撤銷假釋，執行殘餘刑期，就原論累犯之罪，不論採取何說，均有發生第二類型違誤之可能，祇是在實證上肯定說略為緩和而已。

三、第二類型違誤之救濟

（一）、前提事實誤認與非常上訴

構成累犯事由之前科事實如有誤認，致原無累犯事由而適用累犯加重，或本應論以累犯，因誤認其無此事實，未予適用累犯加重，類此「前提事實」之誤認，得否對之提起非常上訴，日本實務初採肯定說[18]，於後改採否定說[19]。我國實務曾採肯定說[20]，現則以 97 年上開決議為據，採有無必要性之區分說。

惟所謂「不符合累犯要件，誤為累犯加重」之前提事實誤認，必須是裁判時卷內資料所得考見者，始有誤認之可能，如係裁判確定後新發生之事實，即與前提事實之誤認不合，本與非常上訴之目的無關[21]，最高法院基於人權保障，除例外容許得提起非常上訴，亦探求其他救濟之道，俾減少非常上訴案件。

（二）類推適用刑法第 48 條與修法建議

裁判確定後，發覺為累犯者，以裁定更定其刑，係不利於被告之規定；裁判確定後，發覺為非累犯者，若亦得以裁定更定其刑，乃有利於被告之措施。本於舉重明輕之法理，以司法解釋之方式，彌補法律之不足，應符合立法意旨。為此，刑一庭乃提案列為 103 年刑議字第 8 號議案，建議「準用刑事訴訟法第 477 條第 1 項、刑法第 48 條前段之規定，由檢察官聲請法院裁定更定其刑」，以取代提起非常上訴救濟。

為被告之利益，類推適用（或準用）刑法第 48 條，由檢察官逕向法院聲請更定其刑，不僅不違背罪刑法定原則，受聲請之法院亦得調查有關不具備累犯要件之新證據或新事實，而無刑事訴訟法第 445 條所定調查範圍爭議之侷限[22]。惜最終未能形成共識，爰撤回提案。

此外，最高法院亦具體建議增訂刑事訴訟法第 477 條第 1 項，就裁判確定後發覺非累犯論為累犯者，由該案犯罪事實最後判決之法院之檢察官，聲請該法院裁定之，以減少非常上訴案件[23]。

肆 累犯處罰之檢討

累犯之處罰，有採加倍最重本刑主義，如日本刑法第 56 條規定累犯之定義，第 57 條為處罰規定：再犯之刑，加重至其罪名所定懲役最高刑度二倍以下。有採加重本刑主義，如我國刑法第 47 條、德國刑法等是。

一、「加重至二分之一」與「加重二分之一」之區別

刑法第 47 條所謂加重本刑至二分之一，祇為最高度之規定，並無最低度之限制，法院於本刑二分之一以下範圍內，如何加重，本有自由裁量之權（47 台上 1004 判例）。此與條文所定加重其刑二分之一之情形不同（56 台上 42 判例）。例如，法定刑為 6 月以上 5 年以下有期徒刑，如加重其刑至二分之一，即得為【逾】6 月[24]以上 7 年 6 月以下有期徒刑之裁量；如係加重其刑二分之一，則必係 9 月以上 7 年 6 月以下有期徒刑。

法定刑經此加重之刑，成為處斷刑[25]，仍屬廣義之法定刑範圍，乃抽象的存在，與如何具體科刑，即依刑法第 57 條決定宣告刑無關。但前者宣告刑如處有期徒刑 6 月，後者宣告刑若判有期徒刑 8 月，均屬違背法令。雖僅一字（至）之差，究不能不辨。

二、累犯必加之迷思與修正

累犯有無存在必要，乃立法政策問題。德國刑法第 48 條有關累犯之規定，雖經聯邦憲法法院 1979 年判決合憲[26]，仍於 1986 年廢除[27]，主要理由在於適用該條規定，必須量處至少有期徒刑 6 月[28]，此在非輕微案件，法官量刑本會超過此一刑度，並無實益，而在輕微案件，機械式地量處同一刑度，與刑罰理念有違，不若適用第 46 條（相當於我國刑法第 57 條）更有獲致適當刑罰之可能。目前在德國，犯罪前案僅為量刑重要參考項目之一。

包括構成累犯事由在內之前案紀錄，均屬被告之品格證據，理論上，乃刑法第 57 條第 5 款科刑所應審酌之事項。但累犯之加重，如已在抽象存在的處斷刑被評價過，則在具體宣告刑之決定，即應將之排除，否則即有受不利益雙重評價之違法。

在審判實務上，累犯加重作為處斷刑之表現，僅於判決書例稿式的記載「被告前因犯 00 罪，經判處有期徒刑 00 月，於 00 年 00 月 00 日執行完畢，有前案紀錄表可稽，其於 5 年內故意再犯有期徒刑之本罪，為累犯，依法加重其刑」等文字而已，又因為累犯事由已被排除作為宣告刑之科刑因子，是累犯加重除前述應受最低度刑宣告之限制外，實已失去其所欲彰顯之功能。

刑法第 47 條規定累犯處罰「加重本刑至二分之一」，採必加主義，在實務上難以因應各種不同案例，德國刑法甚至將之廢除。本條處罰規定宜仿採修正前連續犯「得加重其刑至二分之一」，採得加主義，委由裁判者視具體情況決定加重其刑與否，運用上較富彈性。以虐童案為例，刑法第 286 條第 1 項之凌虐罪，法定刑為 5 年以下有期徒刑，累犯凌虐罪，如加重二分之一，其處斷刑成為 7 年 6 月，倘具體審酌個案犯情嚴重，即得以科處超過 5 年之有期徒刑，俾獲致適當之刑罰。至於一般案例，則可裁量將之移入刑法第 57 條之科刑審酌事項內一併考慮，或較能達成妥適科刑之目的。

伍 結語

累犯加重僅止於抽象存在的處斷刑，與累犯事由作為宣告刑之加重具體因子有別，並有禁止重複評價之適用。是則，如已在宣告刑具體審酌包括足以構成累犯之前案紀錄，即使判決未有處斷刑上開例稿文字之記載[29]，依非常上訴必要性審查原則，仍可不予准許。

「累犯之宣告違誤」，乃刑事法官心中之痛。即使最高法院與時俱進地變更了數則決議，仍不能解決。問題根源在於，累犯必加之立法，應予檢討修正！

（作者為最高法院庭長）

註釋

14 團藤重光主編，注釋刑法第 2 卷の II / 總則（3），有斐閣，昭和 44 年初版，679-680 頁。大塚仁，注解刑法（增補第 2 版），青林書院，昭和 59 年 4 月，368-369 頁。

15 至 100 年度第 6 次刑事庭會議決議，亦經 104 年度第 7 次刑事庭會議決議（二）不再供參考。

16 請參司法院 106 年司法統計年報 12、最高法院刑事非常上訴案件終結情形—按年別分。https://www.judicial.gov.tw/juds/。

17 為配合 104 年度第 6 次刑事庭會議決議，再於 104 年度第 7 次刑事庭會議決議（二）作文字修正。

18 最高裁昭和 23.12.16、24.5.19、25.9.5. 等判決。

19 最高裁昭和 25.11.8、27.4.9. 大法庭判決，26.6.29.、26.7.6. 小法庭判決。

20 最高法院 82 年度第 6 次刑事庭會議決議。

21 有謂此屬再審之範疇。

22 陳運財，司法院司法智識庫非常上訴編。花滿堂，刑事訴訟法爭議問題研究（第 46 題・非累犯誤為累犯之救濟），新學林，2018 年 5 月，339-343 頁。李春福，非常上訴制度之研究，承法，2014 年 4 月，221-222 頁。

23 請參司法周刊，《許院長訪視最高法院 交流司改興革意見》，1845 期，2017 年 4 月 14 日。

24 刑法第 67 條規定：有期徒刑或罰金加減者，其最高度及最低度同加減之。

25 刑罰適用有法定刑、處斷刑、宣告刑。三者之區別，請參最高法院 98 年度台上字第 7408 號判決。

26 BVerFG, 2BvL4/77。

27 即使日本刑法刪除了第 58 條，但就第 56、57 條累犯之規定，仍認為與憲法第 39 條禁止二重處罰、第 14 條之平等原則無違。請參最高裁 24.12.21 判決（刑集 3-1-2026），25.1.24. 判決（刑集 4-11-54）。

28 德國刑法係規定：如所為犯行縱有最低法定刑之規定，應至少判處有期徒刑 6 月。

29 依司法院「刑事判決精簡原則」，判決主文亦得不記載「累犯」。