臺灣高等法院花蓮分院刑事判決

111年度交上易字第17號

上　訴　人　臺灣臺東地方檢察署檢察官
被　　告　鄭金賢

指定辯護人　蕭芳芳律師

上列上訴人因被告公共危險案件，不服臺灣臺東地方法院111年度交易字第47號中華民國111年6月30日第一審判決（起訴案號：臺灣臺東地方檢察署111年度偵字第780號），提起上訴，本院判決如下：

主　　文

上訴駁回。

犯罪事實及理由

一、本院審判範圍：

㈠按對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。但有關係之部分為無罪、免訴或不受理者，不在此限。上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之。刑事訴訟法第348條定有明文。參諸刑事訴訟法第348條第3項規定立法理由，宣告刑、數罪併罰所定之應執行刑、沒收，倘若符合該條項的規定，已得不隨同其犯罪事實，而單獨成為上訴之標的，且於上訴人明示僅就刑上訴時，第二審法院即不再就原審法院所認定之犯罪事實為審查，而應以原審法院所認定之犯罪事實，作為論認原審宣告刑、執行刑妥適與否的判斷基礎。

㈡本件依檢察官上訴書記載，係針對原審未論累犯部分提起上訴，公訴檢察官於本院亦陳明係針對原審之刑的部分上訴，原審並未依據累犯之規定加重其刑等語（本院卷第62、91、頁），另被告則未提起上訴，故本件檢察官上訴範圍只限於原判決之刑部分，其餘部分則不在上訴範圍，依前揭說明，

本院僅就原審判決關於刑之部分進行審理，至於其他部分，則非本院審查範圍，合先敘明。

二、本案據以審查原審關於刑之部分當否之原判決所認定犯罪事實及論罪部分：

㈠原判決犯罪事實：

被告明知飲用酒類不得駕駛動力交通工具，竟於民國111年1月27日22時30分許，在臺東縣○○市○○里○○路0段000巷00弄0號住處飲用酒類後，仍於111年1月28日14時許，酒後駕駛車牌號碼000-000號普通重型機車上路。同日14時15分許行經臺東縣○○市○○路與○○路口時，因騎車抽菸且口罩未戴妥為警攔查，發現其面有酒容，並當場對其施以呼氣酒精濃度測試，於同日14時15分許，測得呼氣酒精濃度值為每公升1.46毫克，而查獲上情。

㈡被告所犯之罪名：

1.按行為後法律有變更者，適用行為時之法律。但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律，刑法第2條第1項定有明文。查被告行為後，刑法第185條之3第1項業於111年1月28日修正公布，並自同年月30日施行生效。修正前刑法第185條之3第1項原規定：「駕駛動力交通工具而有下列情形之一者，處2年以下有期徒刑，得併科20萬元以下罰金：一、吐氣所含酒精濃度達每公升零點二五毫克或血液中酒精濃度達百分之零點零五以上。二、有前款以外之其他情事足認服用酒類或其他相類之物，致不能安全駕駛。三、服用毒品、麻醉藥品或其他相類之物，致不能安全駕駛。」，修正後刑法第185條之3第1項則規定：「駕駛動力交通工具而有下列情形之一者，處3年以下有期徒刑，得併科30萬元以下罰金：一、吐氣所含酒精濃度達每公升零點二五毫克或血液中酒精濃度達百分之零點零五以上。二、有前款以外之其他情事足認服用酒類或其他相類之物，致不能安全駕駛。三、服用毒品、麻醉藥品或其他相類之物，致不能安全駕駛。」，經比較新舊法之結果，修正後之規定並未較

有利於被告，則依刑法第2條第1項規定，自應適用修正前刑法第185條之3第1項規定論處。

2.被告所為，係犯修正前刑法第185條之3第1項第1款之駕駛動力交通工具而吐氣所含酒精濃度達每公升0.25毫克以上之罪。

三、檢察官上訴意旨略以：

㈠依法院組織法第51之10規定：「民事大法庭、刑事大法庭之裁定，對提案庭提交之案件有拘束力」，因此最高法院110年度台上大字第5660號裁定，不具通案性的普遍法效力。退萬步言，原審判決所引最高法院刑事大法庭110年度台上大字第5660號裁定，該裁定有拘束力之「爭點及主文」，係指「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。」而言。又刑案資料查註紀錄表為刑事訴訟法第159條之4第1款所定「公務員職務上製作之紀錄文書」，而屬非專為本件個案製作、且具有規律性、準確性記載之文書，證據能力應未欠缺。

㈡刑法第47條第1項之累犯成立要件，法院仍應有正確適用法律、職權調查之義務：按刑法第47條第1項「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」，乃立法者就累犯成立要件之規定，此並未經司法院釋字第775號解釋宣告違憲，法官仍應遵守法律適用，無裁量空間，即就構成累犯之事實及應加重其刑之事項有正確適用法律之義務。且刑事訴訟法第161條固規定「檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法」，惟考諸該條文91年2月8日修正理由謂：「鑑於我國刑事訴訟法制之設計係根據無罪推定原則，以檢察官立於當事人之地位，對於被告進行追訴，則檢察官對於被告之犯罪事實，自應負提出證據及說服之實質舉證責任，修正第一項。」等語可知，現行刑事訴訟法係要求檢察官就「犯罪事

實」負實質舉證責任，亦即就被告有罪與否應指出證明方法，至於「量刑事由」部分，並未於條文中明定課予檢察官相同程度之舉證責任，堪認立法者對於檢察官就「論罪」與「科刑」上之舉證責任程度，並非等同視之。基此，累犯之成立與如何加重一節，向來得由法院依職權判斷，實務操作上並無窒礙。

㈢被告於107年間因不能安全駕駛之公共危險案件，經法院判處有期徒刑6月確定，於108年8月19日執行完畢，主張被告應以累犯加重，並有敘明被告再犯係相同罪名，且指出以刑案資料查註紀錄表為證明方法，偵卷中並附刑案資料查註紀錄表以為佐證。其次，審理期日公訴檢察官就原審提示之全國前案紀錄表主張被告構成累犯時，被告與辯護人亦表示：「沒有意見」等語，足認本案檢察官已就被告構成累犯應予加重其刑之情為主張並具體指出證明方法，且經法院踐行調查、辯論程序，則原審疏未論以累犯，於法不符。

㈣又原審判決書依刑法第57條各款審酌本案量刑時，也將臺灣高等法院被告前案紀錄表作為證明被告「其數度因公共危險案件，經判處罪刑確定及執行完畢」之證據，並以之認為被告「一再犯同質之罪，顯然未從中獲得深刻之教訓，實為不該」，顯已將臺灣高等法院被告前案紀錄表作為得以認定被告過去違反公共危險罪經判決確定及執行完畢之資料，卻又認為不得將之作為論斷累犯之依據，顯有矛盾，而有違論理法則。

㈤綜上所述，原審判決逕認無事證足認被告構成累犯、而未依累犯規定加重法定刑，容非妥適，請撤銷原判決，另論以累犯並加重其刑等語。

四、本院就累犯之說明，及駁回上訴之理由：

㈠最高法院大法庭制度是透過對於個案的拘束力以及歧異解的提案(含潛在歧異及原則重要性)義務，構建縱向及橫向的拘束效力，達成統一法律見解的目的。亦即最高法院依法院組織法第51條之2第1項、第51條之3之提案予刑事大法庭，提

案庭依據大法庭裁定之法律見解作出確定局裁判，成為最高法院之「先前裁判」，各審判庭對於受理之案件，除非擬對於採取大法庭裁定見解之先前裁判表示不同之法律見解，再次開啟徵詢、向大法庭提案等程序，否則應採取與先前裁判相同之見解，此項機制確保了最高法院各庭之間（橫向）法律見解之一致性，透過審級制度，下級審法院對於該項統一之法律見解，亦應遵循，由此達成縱向法律見解之統一。查：本件系爭裁定係最高法院提案庭依法院組織法第51條之2第1項、第51條之3之規定作成系爭裁定，並依據系爭裁定之法律見解作出110年度台上字第5660號判決之確定終局裁判，已成為最高法院之「先前裁判」，下級審法院對於最高法院該項統一之法律見解，自應遵循。本件原判決逕援引系爭裁定而未援引系爭判決，固未臻精確，惟結論要無不同，尚屬無害瑕疵。

㈡按刑事訴訟法第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。故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。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（最高法院110年度台上字第5660號判決意旨參照）。上述判決已變更實務一向認為累犯前科事實與法律效果均應由法院依職權調查之法律見解，且認為前科事實作為累犯處斷刑或宣告刑事由之裁量，只須滿足其一，其評價已然充足，並不會將之作為宣告刑裁量之事由，即使累犯失其負面評價之機會。是原審將構成被告為累犯之前科資料，於檢察官若未主張或具體指出證明方法，因而未論以累犯或依累犯規定加重其刑，改於科刑資料中以自由證明之方式調查而為量刑因子之一，難認為違法。此亦與刑事訴訟法相關證據法則無違。

㈢法院於審酌被告是否適用累犯規定加重其刑時，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。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，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。又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，基於累犯資料本可於刑法第57條第5款「犯罪行為人之品行」負面評價，則該可能構成累犯之前科、素行資料既已列為量刑審酌事由，依重複評價禁止精神，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，最高法院110年度台上字第5660號判決揭明上旨，本院予以尊重。又被告前案紀錄表、刑案資料查註紀錄表係由司法、偵查機關相關人員依憑原始資料所輸入之前案紀錄，並非被告前案徒刑執行完畢之原始證據，而屬派生證據，倘當事人對於該派生證據之同一性或真實性發生爭執或有所懷疑時，即須提出原始證據或為其他適當之調查（例如勘驗、鑑定），以確保內容之同一、真實；惟當事人如已承認該派生證據屬實，或對之並無爭執，而法院復已對該派生證據依法踐行調查證據程序，即得採為判斷之依據（最高法院111年度台上字第3143號判決意旨參照）。為免訟累，實無於被告就前案紀錄表執行完畢內容無異議情況下，另要求檢察官提出被告前案執行完畢資料作為證明方法之必要。

㈣另按構成累犯之前科事實存在與否，雖與被告是否有罪無關，但係作為刑之應否為類型性之加重事實，實質上屬於「準犯罪構成事實」，對被告而言，與有罪、無罪之問題有其相同之重要性，應由檢察官負主張及實質舉證責任，已如前述。衡諸現行刑事訴訟法，雖採行改良式當事人進行主

義，但關於起訴方式，仍採取書面及卷證併送制度，而構成累犯之前科事實，類型上既屬於「準犯罪構成事實」，檢察官自得依刑事訴訟法第264條第2項、第3項之規定，於起訴書記載此部分事實及證據，並將證物一併送交法院。又證據以其是否由其他證據而生，可區分為原始證據及派生證據。被告前案紀錄表、刑案資料查註紀錄表係由司法、偵查機關相關人員依憑原始資料所輸入之前案紀錄，並非被告前案徒刑執行完畢之原始證據，而屬派生證據。鑑於直接審理原則為嚴格證明法則之核心，法庭活動藉之可追求實體真實與程序正義，然若直接審理原則與證據保全或訴訟經濟相衝突時，基於派生證據之必要性、真實性以及被告之程序保障，倘當事人對於該派生證據之同一性或真實性發生爭執或有所懷疑時，即須提出原始證據或為其他適當之調查（例如勘驗、鑑定），以確保內容之同一、真實；惟當事人如已承認該派生證據屬實，或對之並無爭執，而法院復已對該派生證據依法踐行調查證據程序，即得採為判斷之依據（最高法院111年度台上字第3143號判決意旨參照）。

㈤查本案檢察官於起訴書犯罪事實已載明被告「前於107年間因酒後駕車之公共危險案件，經法院判處有期徒刑6月確定，於108年8月19日執行完畢」等語，復於證據並所犯法條欄說明「被告曾受有期徒刑之執行完畢，有本署刑案資料查註紀錄表1份在卷可參，於5年內故意再犯本件有期徒刑以上之罪，為累犯，請依刑法第47條第1項規定加重其刑」等旨，並提出刑案資料查註紀錄表為證，經原審於111年6月6日審判期日訊問犯罪事實時，被告表示承認，另經提示臺灣高等法院被告前案紀錄表（所載論罪科刑之前案資料及執行完畢日期均與偵查卷附刑案資料查註紀錄表相同），檢察官表示：我們認為被告構成累犯等語，被告及其辯護人亦皆表示沒有意見（原審卷第48頁），已踐行文書證據之調查程序，依上開說明，應認檢察官就前階段被告構成累犯之事實業已主張並具體指出證明方法，被告亦供認各該前案紀錄正確，

足以認定被告符合累犯之要件，原審認檢察官所提前開證據資料，尚乏前案執行完畢之相關文件，難認已就被告構成累犯之事實具體指出證明方法，已有未洽。再者，檢察官就後階段應加重其刑之事項，於原審審理時陳稱：被告前已因同樣酒駕案件入監服刑，5年內又再犯本案，構成累犯，再加上被告本次酒測值高達1.46，仍騎機車上路，被告行為對公共安全所生損害甚大，漠視他人生命、身體法益，應從重量刑，且量處有期徒刑8月等語（原審卷第48頁），可認已就被告應依累犯規定加重其刑之事項，主張並具體指出證明方法，原審疏未依累犯規定裁量加重其刑，容有微瑕。

㈥原判決就被告應否構成累犯之舉證責任判斷等程序事項，雖有上開違失，惟原審於量刑時，業敘明：「另其數度因公共危險案件，經判處罪刑確定及執行完畢，此有臺灣高等法院被告前案紀錄表1份在卷可證，是其一再犯同質之罪，顯然未從中獲得深刻之教訓，實為不該」等語，已將被告上述可能構成累犯之前科、素行資料列為量刑審酌因子，對被告所應負擔之罪責充分評價，是原判決就累犯規定之適用雖有瑕疵，惟對量刑結論不生影響，依上述最高法院判決意旨精神及無害瑕疵審查原則，應認不構成撤銷原判決之理由。

㈦綜上所述，原審判決雖有檢察官上訴所指之違失，惟無足撼動原審所諭知之量刑結論，其上訴為無理由，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

本案經檢察官陳筱茜提起公訴，檢察官林靖蓉提起上訴，檢察官黃怡君到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　11　　月　　30　　日

刑事庭審判長法　官　林慧英

法　官　謝昀璉

法　官　李水源

以上正本證明與原本無異。

本件不得上訴。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　11　　月　　30　　日

書記官　徐文彬

附錄本案論罪科刑法條全文：

修正前刑法第185條之3

駕駛動力交通工具而有下列情形之一者，處2年以下有期徒刑，得併科20萬元以下罰金：

一、吐氣所含酒精濃度達每公升零點二五毫克或血液中酒精濃度達百分之零點零五以上。

二、有前款以外之其他情事足認服用酒類或其他相類之物，致不能安全駕駛。

三、服用毒品、麻醉藥品或其他相類之物，致不能安全駕駛。

因而致人於死者，處3年以上10年以下有期徒刑；致重傷者，處1年以上7年以下有期徒刑。

曾犯本條或陸海空軍刑法第54條之罪，經有罪判決確定或經緩起訴處分確定，於五年內再犯第1項之罪因而致人於死者，處無期徒刑或5年以上有期徒刑；致重傷者，處3年以上10年以下有期徒刑。