最高法院刑事判決

112年度台非字第65號

上　訴　人　最高檢察署檢察總長
被　　告　張賢文

上列上訴人因被告違反槍砲彈藥刀械管制條例案件，對於臺灣南投地方法院中華民國103年8月7日更定其刑之確定裁定（103年度聲字第629號，聲請案號：臺灣南投地方檢察署103年度執聲字第342號），認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

一、非常上訴理由稱：「一、按受有期徒刑之執行完畢，或受無期徒刑或受有期徒刑一部之執行而赦免後，5年以內再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，應加重本刑至二分之一。又累犯為法律上加重事由之一，且採絕對制，故其犯罪是否累犯，法院應依職權調查之，如未調查，遽予判決，即屬當然違背法令。二、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第378條定有明文。次按更定其刑之裁定，為實體裁定，與科刑判決有同等之效力，於裁定確定後，如發現有違背法令情形，得對該確定裁定提起非常上訴。三、經查，本件受刑人即被告張賢文（下稱被告）前於（民國）97年間因詐欺案件，經臺灣南投地方法院以97年度投刑簡字第316號判決處有期徒刑3月確定，並於98年3月27日易科罰金執行完畢，有臺灣高等法院被告前案紀錄表附卷為憑。詎被告於前案徒刑易科罰金執行完畢日即98年3月27日起5年內，又於99年8月間某日起至100年1月29日凌晨1時33分止之期間，因違反槍砲彈藥刀械管制條例之未經許可寄藏可發射子彈具有殺傷力之改造手槍罪（下稱寄藏改造手槍罪），經

臺灣南投地方法院於102年3月27日以101年度訴緝字第37號判決處有期徒刑3年2月，併科罰金新臺幣（下同）8萬元，罰金如易服勞役，以1,000元折算1日確定，惟該罪漏未依累犯規定加重其刑，亦有臺灣南投地方法院上揭判決書及臺灣高等法院被告前案紀錄表在卷可稽。是本件被告於受有期徒刑執行完畢後5年內之99年8月間某日起至100年1月29日凌晨1時33分止之期間，故意再犯本件寄藏改造手槍罪，應屬累犯，臺灣南投地方法院101年度訴緝字第37號確定判決未依法論以累犯。四、刑法第48條前段所稱『更定其刑』，必其累犯之發覺，係在裁判確定後，始足當之；苟於裁判確定前，已足以發覺有累犯之情事者，即無適用之餘地。又被告之前科資料，與認定被告是否屬於累犯，及應否依累犯規定加重其刑之待證事實至有關係，自屬事實審法院應於審判期日調查之證據。事實審法院於審理時，如依卷內證據及訴訟資料已足以發覺被告有累犯之事實，自應加以調查，及於判決內論以累犯並依法加重其刑；倘依卷內證據及訴訟資料已足以發覺為累犯，而於審判期日就該累犯之事實漏未調查審酌，並於判決時漏論累犯並加重其刑，即與刑法第48條前段所稱『裁判確定後，發覺為累犯』之情形不同，自不得於裁判確定後以發覺為累犯為由聲請裁定累犯更定其刑。況我國刑事訴訟程序關於判決確定後之救濟，其中如非常上訴程序既採被告人權保護說，以原判決於被告尚無不利者，其撤銷違背法令部分效力不及於被告，則何以於更定其刑案件即得更為不利於被告之裁定，是刑法第48條前段自應目的性限縮適用，本院106年度第16次刑事庭會議決議可資參照。五、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第378條定有明文。又更定其刑之裁定，為實體裁定，與科刑判決有同等之效力，於裁定確定後，如發現有違背法令情形，得對該確定之裁定提起非常上訴。再裁判確定後發覺為累犯者，依刑法第47條之規定更定其刑，固為同法第48條前段所明定，然此所稱『更定其刑』，必其累犯之發覺，係在

裁判確定後，始足當之；苟於裁判確定前，已足發覺有累犯之情事者，即無適用之餘地。而被告之前科資料，與認定被告是否屬於累犯，及應否依累犯之規定加重其刑之待證事實至有關係，自屬事實審法院應於審判期日調查之證據。事實審法院於審理時，如依卷內證據及訴訟資料已足以發覺被告有累犯之事實，自應加以調查，及於判決內論以累犯並依法加重其刑；倘依卷內證據及訴訟資料已足以發覺為累犯，而於審判期日就該累犯之事實漏未調查審酌，並於判決時漏論累犯並加重其刑，即與刑法第48條前段所稱『裁判確定後，發覺為累犯』之情形不同，自不得於裁判確定後以發覺為累犯為由聲請裁定累犯更定其刑，如遽予裁定更定其刑，即有適用法則不當之違法。原裁定加重其刑，其適用法令違誤，而顯然於判決有影響，即屬判決違背法令。六、綜上，被告前於97年間因詐欺案件，經臺灣南投地方法院以97年度投刑簡字第316號判決處有期徒刑3月確定，並於98年3月27日易科罰金執行完畢等情，有臺灣高等法院被告前案紀錄表附卷為憑。詎被告於前案徒刑易科罰金執行完畢即98年3月27日起5年內，又於99年8月間某日起至100年1月29日凌晨1時33分止之期間，違反槍砲彈藥刀械管制條例之未經許可寄藏可發射子彈具有殺傷力之改造手槍罪（下稱寄藏改造手槍罪），經臺灣南投地方法院於102年3月27日以101年度訴緝字第37號判決處有期徒刑3年2月，併科罰金8萬元，罰金如易服勞役，以1,000元折算1日確定，惟該寄藏改造手槍罪漏未依累犯規定加重其刑，亦有臺灣南投地方法院上揭判決書及臺灣高等法院被告前案紀錄表在卷可稽。是被告於受有期徒刑執行完畢後5年內之99年8月間某日起至100年1月29日凌晨1時33分止之期間，故意再犯本件寄藏改造手槍罪，應屬累犯，臺灣南投地方法院101年度訴緝字第37號確定判決未依法論以累犯。惟經調閱臺灣南投地方法院101年度訴緝字第37號違反槍砲彈藥刀械管制條例刑事卷宗附卷之臺灣高等法院被告前案紀錄表載明『97年6月23日臺灣南投地方法院9

7年投刑簡字316號裁判確定，98年3月27日臺灣南投地方檢察署98年歸緝字8號執行（結案）結案情形：易科罰金』。本件判決雖未判處被告累犯，惟依卷內證據及訴訟資料已足以發覺為累犯，即與刑法第48條前段所稱『裁判確定後，發覺為累犯』之情形不同，自不得於裁判確定後以發覺為累犯為由聲請裁定累犯更定其刑，詎臺灣南投地方法院竟以103年度聲字第629號裁定（下稱原確定裁定）累犯更定其刑，其適用法令違誤，而顯然於判決有影響，即屬判決違背法令。案經確定且不利於被告，爰依刑事訴訟法第441條、第443條提起非常上訴，以資糾正。」等語。

二、本院按：

㈠非常上訴之提起，以發見確定判決之審判係違背法令者為限。所謂審判違背法令，係指審判程序或其判決之援用法令，與當時應適用之法令有所違背而言。換言之，非常上訴所稱之審判違背法令，係指法院就該確定案件之審判顯然違背法律明文所定者而言，若僅是法文解釋之疑義，致產生不同之法律見解，尚不得謂為審判違背法令，而據為提起非常上訴之理由。倘確定判決之內容關於確定事實之援用法令並無不當，僅係所憑終審法院前後判決所採法令上之見解不同，尚不能執後判決所持之見解或嗣後本院所採之統一見解，而指前次判決為違背法令。誠以終審法院判決關於法令適用之闡釋，在未經法定程序統一見解前，有時因探討法律之真義，期求適用社會情勢起見，不能一成不變，若以後之所是，即指前之為非，不僅確定判決有隨時動搖之虞，且強使齊一之結果，反足阻遏法律解釋之與時俱進，故就統一法令適用之效果而言，不能因後判決之見解不同，而使前判決效力受其影響。又更定其刑之裁定，為實體裁定，與科刑判決有同等效力，於裁定確定後，如發現有違背法令情形，得對該確定裁定提起非常上訴。

㈡本件原確定裁定認被告前於97年間因詐欺案件，經臺灣南投地方法院以97年度投刑簡字第316號判決處有期徒刑3月確

定，並於98年3月27日易科罰金執行完畢，有臺灣高等法院被告前案紀錄表附卷為憑。詎被告於前案執行完畢後5年內，又於99年8月間某日起至100年1月29日凌晨1時33分止之期間，違反槍砲彈藥刀械管制條例寄藏改造手槍，經臺灣南投地方法院於102年3月27日，以101年度訴緝字第37號判決處有期徒刑3年2月，併科罰金8萬元，罰金如易服勞役，以1,000元折算1日確定，惟上開判決漏未論以累犯，並依累犯規定加重其刑，亦有臺灣南投地方法院上揭判決及臺灣高等法院被告前案紀錄表在卷可稽。臺灣南投地方檢察署以裁判確定後，發覺為累犯，乃以103年度執聲字第342號向臺灣南投地方法院聲請更定其刑，臺灣南投地方法院因而依檢察官聲請適用刑法第48條規定更定其刑等旨。本件非常上訴意旨以刑法第48條規定：「裁判確定後，發覺為累犯者，依前條之規定更定其刑。但刑之執行完畢或赦免後發覺者，不在此限。」倘依卷內證據及訴訟資料已足以發覺為累犯，而於審判期日就該累犯之事實漏未調查審酌，並於判決時漏論累犯並加重其刑，即與刑法第48條前段所稱「裁判確定後，發覺為累犯」之情形不同，自不得於裁判確定後以發覺為累犯為由聲請裁定累犯更定其刑。臺灣南投地方法院101年度訴緝字第37號判決雖未判處被告累犯，惟依卷內證據及訴訟資料已足以發覺被告為累犯，即與刑法第48條前段所稱「裁判確定後，發覺為累犯」之情形不同，自不得於裁判確定後以發覺為累犯為由聲請裁定累犯更定其刑。然在裁判前，苟依卷內前案紀錄等資料已足資發覺為累犯，惟裁判時因疏漏，致未於判決時論以累犯並依法加重其刑，嗣裁判確定後，得否依刑法第48條前段更定其刑，本院於103年8月7日原確定裁定前後，迭有不同見解，本院91年度台非字第24號、92年度台非字第145號、104年度台非字第164號判決等採否定說，認倘依卷內證據及訴訟資料已足以發覺為累犯，而於審判期日就該累犯之事實漏未調查審酌，並於判決時漏論累犯並加重其刑，即與刑法第48條前段所稱「裁判確定後，發覺為累

犯」之情形不同，自不得於裁判確定後以發覺為累犯為由聲請裁定累犯更定其刑；本院92年度台非字第149號、104年度台非字第158、176號判決及105年度台抗字第68、336、417號裁定則採肯定說，認前揭規定所稱之「發覺」，應指該案犯罪事實最後判決法院實際上發現而言。如依卷內所附有關被告之前科資料，事實審法院原可得發覺其為累犯，然於審判時疏予注意，致實際上未發覺，而未依累犯規定論處，仍不能謂事實審法院已經「發覺」。雖本院為求統一見解，於106年10月31日以106年度第16次刑事庭會議決議採甲說，即否定說。然此項決議作成在後，依上述說明，尚難執此法律見解之變更，本院嗣後所採之統一見解，指摘原確定裁定違背法令，本件非常上訴為無理由，應予以駁回。

㈢刑法第48條前段規定：「裁判確定後，發覺為累犯者，依前條之規定更定其刑。」及刑事訴訟法第477條第1項規定：「依刑法第48條應更定其刑者…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。」雖於108年2月22日經司法院釋字第775號解釋自公布之日起失其效力，然並非溯及失效，且被告並非上開解釋的聲請人，上開解釋對原確定裁定不生效力，附此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第446條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　8　　月　　9　　日

刑事第八庭審判長法　官　何菁莪

法　官　何信慶

法　官　朱瑞娟

法　官　黃潔茹

法　官　劉興浪

本件正本證明與原本無異

書記官　鍾惠萍

中　　華　　民　　國　　112　　年　　8　　月　　14　　日