最高法院刑事判決

114年度台非字第165號

上　訴　人　最高檢察署檢察總長

被　　告　陳泊翰

上列上訴人因被告加重詐欺等罪案件，對於臺灣高等法院中華民國111年11月9日第二審確定判決（111年度上訴字第2882號，起訴及追加起訴案號：臺灣新北地方檢察署110年度偵字第 9115、13834、36021、40570號、110年度偵緝字第2675、2676號），認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主　文

原判決於理由欄認定累犯違背法令部分撤銷。

理　由

一、非常上訴理由稱：「一、按判決不適用法則或適用法則不當者，為違背法令，刑事訴訟法第378條定有明文。又受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，5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，亦為刑法第47條第1項所明定。又事實審法院對於被告是否為累犯，應否適用刑法第47條第1項規定（並依司法院釋字第775號解釋意旨審酌相關情狀裁量）加重其刑，即屬法院認定事實與適用法律之基礎事項，在客觀上有調查之必要，自應依職權加以調查。倘被告並非累犯，事實審法院未予調查，遽論以累犯（縱未加重其刑），依上述規定及說明，當然為違背法令，而此項違背法令致適用法令違誤而顯然影響於判決之結果，且不利於被告，自得據為非常上訴之原因（最高法院110年度台非字第233號、112年度台非字第44號判決參照）。二、經查，被告陳泊翰於原判決認定之犯罪時間，並無5年內受徒刑之執行完畢，或一部之執行完畢而赦免之犯罪紀錄，詎原判決竟於判決理由貳、二、(九)認定：『被告前因賭博案件經臺灣新北地方法院以106年度簡字第8507號判處有期徒刑4月，如易科罰金，以新臺幣1千元折算1日確定，於107年6月27日易科罰金執行完畢等情，有本院被告前

案紀錄表附卷可稽，是其於5年以內故意再犯本件有期徒刑以上之罪，為累犯』除有認定與卷內證據資料不符外，經調閱原判決所述之臺灣新北地方院106年度簡字第8507號判決，其受判決人為陳○翔，而非被告，原判決之認定亦明顯與事實不符。原判決雖以『被告上開構成累犯之前案為賭博案件，犯罪型態與本件迥異，難認被告之前案與本件犯行間究具有何關聯，而可據以認定被告有特別惡性及對刑罰反應力薄弱之具體事由，復衡酌被告之犯罪情節...』等情，並未依累犯規定加重其刑，惟論以累犯所衍生之相關法律效果，尚涉及犯最重本刑為3年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪者，聲請具保停止羈押仍得駁回（刑事訴訟法第114條第1款）、受刑晉級責任分數逐級加成（行刑累進處遇條例第19條第3項）、不得被遴選至外役監受刑（外役監條例第4條第2項第3款）（應更正為第12款）、提報假釋最低執行期間較高(刑法第77條第1項）等差別待遇。況查，現行監獄行刑實務，受刑人適用累犯之依據，係採『法院判決認定說』，判決主文諭知累犯或理由欄記載累犯者，包括判決書引用司法院釋字第775號意旨不加重其刑者，均應認定為累犯(法務部矯正署109年7月30日法矯字第10901567990號函示參照)；至於判決內容雖引述檢察官起訴書或聲請簡易判決處刑書內容記載累犯，惟如經法院認未盡實質舉證責任等情，依照最高法院110年度台上大字第5660號刑事裁定意旨，即不得作為論以累犯之基礎，非屬判決之範疇，矯正機關即不作為認定累犯之依據(法務部矯正署112年2月9日法矯署教字第11201400200號函示參照)。是判決誤以累犯論處者，仍屬不利於被告，而原判決誤論非累犯之被告為累犯，其判決自屬違背法令。案經確定，且於被告不利。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，5年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯。

㈡本件被告陳泊翰於原判決認定之犯罪時間，並無刑法第47條第1項所定構成累犯之犯罪科刑紀錄，有法院前案紀錄表可按，即不得論以累犯。原判決未察，誤引他人犯賭博罪之判決暨犯罪科刑紀錄，於理由欄載敘被告前因賭博案件經臺灣新北地方法院以106年度簡字第8507號判處有期徒刑4月，如易科罰金，以新臺幣1,000元折算1日確定，於民國107年6月27日易科罰金折算執行完畢，就被告所犯如其附表三編號1至5所示各罪均論以累犯等旨(見原判決第9頁第28行以下至次頁第1行)，即有適用法則不當之違法。至原判決固亦敘明理由，參酌司法院釋字第775號解釋意旨，未依累犯規定加重被告之刑，然故意犯行經論以累犯，就監獄行刑而言，尚涉及受刑或保安處分之進級（等）責任分數逐級（等）加成（行刑累進處遇條例第19條第3項、保安處分累進處遇規程第7條第2項）；不得被遴選至外役監受刑（112年8月16日修正公布之外役監條例第4條第2項第12款）；提報假釋之最低執行刑期較高（刑法第77條第1項）等，仍不利於被告。案經確定，非常上訴意旨執以指摘，為有理由，應由本院將原判決於理由欄認定累犯違背法令部分撤銷，以資救濟。本院既撤銷原判決於理由欄認定累犯違背法令部分，即具有改判之性質，其效力仍及於被告，無須另行判決，附此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第447條第1項第1款前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　10　　月　　22　　日

刑事第六庭審判長法　官　林恆吉

法　官　林靜芬

法　官　蔡憲德

法　官　林柏泓

法　官　許辰舟

本件正本證明與原本無異

書記官　石于倩

中　　華　　民　　國　　114　　年　　10　　月　　28　　日