

最高法院刑事提案裁定

111年度台非大字第34號

上訴人 最高檢察署檢察總長
被告 劉宗明

下列法律問題，本庭（徵詢時為刑事第八庭）經評議後，認擬採為裁判基礎之法律見解，本院先前裁判已有歧異，爰提案予刑事大法庭裁判：

本案提案之法律問題

被告於民國94年2月2日修正公布、95年7月1日施行（下稱修正後）刑法第49條規定前，因犯罪受軍法裁判處有期徒刑確定（未受司法最終審查，下稱「軍法前案」），並於「軍法前案」徒刑執行完畢後，5年以內即刑法第49條規定修正刪除「依軍法」受裁判者不適用累犯規定後，故意再犯有期徒刑以上之罪（即「後案」），有無刑法第47條第1項關於累犯規定之適用？

理由

壹、本案基礎事實

一、被告劉宗明於93年間因違反部屬職責之軍法案件，經國防部東部地方軍事法院量處有期徒刑1年2月確定（即「軍法前案」），嗣於94年10月2日執行完畢。被告復於96年5月11日，因共同販賣第二級毒品犯行，經臺灣高等法院花蓮分院以98年度上訴字第294號判決（上訴後，經本院以99年度台上字第2187號判決，從程序上駁回），論處共同販賣第二級毒品罪刑（依刑法第47條第1項累犯規定加重其刑）確定（下稱系爭確定判決）。

二、檢察總長對系爭確定判決提起非常上訴，理由略以：刑法第49條於修正後刪除「依軍法」受裁判者不適用累犯規定之部分，被告「軍法前案」於刑法第49條修正前即受軍法機關論處罪刑確定並執行完畢。其於上開刑法第49條規定修正後之96年5月11日所犯「後案」，基於法律不溯及既往之法理及被告利益之考量，自不應援引修正後刑法第49條之規定，而依同法第47條第1項規定論以累犯並加重其刑。「後案」既已確定，且對被告不利，爰提起非常上訴，以資糾正等旨。

01 貳、法律見解

02 關於上開法律問題，本院有認為應適用上開累犯規定之見解
03 者（例如本院107年度台非字第228號判決，下稱肯定說），
04 亦有認不應適用上開累犯規定之見解者（例如本院110年度
05 台非字第106號、第112號判決，下稱否定說），已產生有複
06 數紛歧見解之積極歧異，說明如下：

07 一、肯定說

08 （一）修正前刑法第49條規定：「累犯之規定，於前所犯罪依軍法
09 或於外國法院受裁判者，不適用之。」為求司法與軍法一致
10 ，修正後該條規定為：「累犯之規定，於前所犯罪在外國法
11 院受裁判者，不適用之。」刪除其中關於「依軍法」受裁判
12 者不適用累犯之規定部分。既該修正後規定已無「於前所犯
13 罪依軍法受裁判者，不適用累犯規定」之相關明文，則是否
14 成立累犯，自應以修正後再犯罪時之法律為斷，不能適用修
15 正前之法律。亦即於刑法第49條修正前，因犯罪受軍法判處
16 有期徒刑確定執行完畢後，於修正後故意再犯罪者，此徒刑
17 執行完畢，乃既存事實，倘符合再犯罪行為時累犯之要件，
18 而其再犯後有關累犯之規定又無變更，當無法律不溯及既往
19 或行為後法律變更新舊法比較適用之問題，應逕依刑法第47
20 條第1項規定論以累犯（併參本院103年度第18次刑事庭會議
21 決議）。

22 （二）本院上開103年決議之後，本院104年度第6次刑事庭會議決
23 議已確認數罪併罰定應執行刑者，若其中一罪之刑已執行完
24 畢，即不因其嗣後定其執行刑而影響其已執行完畢之事實，
25 而謂無累犯規定之適用。據此，綜合103年決議及104年決議
26 ，數罪併罰定應執行刑者，若其中軍法案件之刑已執行完畢
27 ，仍得作為累犯認定之基礎。於此情形，應與本件基礎事實
28 並無不同。如要採否定說，必須將是否意在改變103年決議
29 、104年決議之結論一併納入考量，方屬周延。

30 （三）行為人再犯「後案」時，刑法第49條軍法適用累犯之規定既
31 已修正施行，則「軍法前案」自成為後案適用累犯規定之基

01 礎，行為人不能諉為不知法律，並未使行為人蒙受不可預見
02 或不可預計的罪責加重，亦無礙於法之安定性。何況，累犯
03 的認定，係純以客觀上之要件作為認定依據，與行為人主觀
04 上之認知無關。行為人於再犯後案時，刑法第49條既已修正
05 ，行為人在犯後案時得否主張信賴其在刑法第49條修法前所
06 犯軍法前案，而該軍法前案不得作為認定累犯的基礎？誠有
07 疑問。蓋行為人於前案之刑罰實施後，理應產生警惕作用，
08 返回社會後能因此自我控管，不再觸犯有期徒刑以上之罪，
09 行為人卻預計日後自己將再犯罪，此種基於與法敵對的意識
10 、漠視刑罰矯治處遇目的心態下所主張的信賴並不值得保護
11 。

12 二、否定說

13 (一)受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，5年以內故意
14 再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至2分之1，固
15 為刑法第47條第1項所明定。惟修正前刑法第49條累犯之規
16 定，於前所犯罪依軍法受裁判者，不適用之。所稱依軍法受
17 裁判，凡前所犯罪，係受軍法機關裁判者皆屬之，不以犯罪
18 之性質及裁判適用之實體法為準。故於刑法第49條修正前，
19 犯罪係受軍法機關判處有期徒刑並執行完畢，5年內再犯有
20 期徒刑以上之罪者，自不構成累犯。

21 (二)修正後刑法第49條關於累犯之規定，雖已刪除「依軍法受裁
22 判者，不適用累犯」之規定，以求司法與軍法一致，惟修正
23 前刑法第49條法條文義既明定「依軍法受裁判」，自係重在
24 案件之審判程序是否全程由軍法機關審理進而裁判，是案件
25 執行完畢之日自不在考量之範圍。苟前所犯罪案件其審判程
26 序全程於95年6月30日以前由軍法機關裁判而宣告徒刑者，
27 為維護被告之利益，基於法律不溯及既往之法理，就被告前
28 所犯之罪依軍法受審判部分，對於後案而言，自不能適用修
29 正後規定論以累犯。

30 參、本庭擬採之見解

31 本庭就所徵詢之法律爭議擬採否定說，除援引否定說上開理

01 由外，並補充說明如下：

02 一、基於信賴保護、不溯及既往、比例原則及法律規範目的、可
03 預測性、安定性之思維：

04 (一)刑法第49條規定修正前之「軍法前案」，係以軍法裁判科刑
05 特別重，且程序非如普通法院之詳慎審究，故受軍法裁判，
06 縱執行有期徒刑完畢或赦免後，5年以內再犯罪，毋庸適用
07 累犯加重之規定，以保障被告權益。被告之「軍法前案」，
08 既在刑法第49條修正前執行完畢，依當時刑法第49條規定排
09 除累犯規定之適用，此一排除適用累犯規定之法律效果，係
10 一種「既存法律事實」。而該修正前軍法前案並非判斷後案
11 是否構成累犯之基礎的此一既存法律事實，係依舊法已取得
12 之「於後案不論以累犯」的權益，有信賴保護的問題（見司
13 法院釋字第605號解釋、釋字第574號解釋許宗力大法官協同
14 意見書），此不因刑法第49條規定之修正改變。

15 (二)自「法律效果的溯及生效」之層面以觀，前揭刑法第49條規
16 定修正前之「軍法前案」，於修正後，關於刑法第47條第1
17 項所定累犯「時間上之適用範圍」，即受徒刑之執行完畢，
18 或一部之執行而赦免後，「5年以內」故意再犯有期徒刑以
19 上之罪，此之「5年以內」的時間適用範圍，若可以擴及於
20 修正前已執行完畢之「軍法前案」的既存法律事實，則累犯
21 範圍已有所擴張，當屬科刑規範事項之變更，產生了「法律
22 效果的溯及生效」，且對被告不利，原則上不應允許。

23 (三)自「法律事實的回溯連結」觀點以言，上開規定修正後新法
24 之施行，對於過去所發生之前揭既存法律事實有所影響，形
25 成了所謂「法律事實的回溯連結」。雖然法律形式未將時間
26 上的適用範圍往前溯及擴張，但經由「累犯構成要件的界定
27 」，將既存法律事實納入規範（亦即納入新法秩序的「事物
28 上適用範圍」之中），以致於對既存法律事實造成「重大衝
29 擊」。因此，向未來生效之修正後刑法第49條規定，對於前
30 揭既存法律事實的衝擊，也有必要納入「法律溯及適用」的
31 概念加以處理，依據信賴保護原則提供適度的權利保護。

(四)自罪刑相當及比例原則而言，依刑法第49條規定修正前、後之「規範目的」加以理解，應認凡該條規定修正前「軍法前案」均不適用刑法第47條關於累犯之規定，必該條規定修正後依軍法受裁判者，始有刑法累犯規定之適用。亦即，此項法律變動所追求的公益，並不包括將該條修正前「軍法前案」亦納入後案構成累犯之適用範圍，基於法益衡量的結果，自應給予充分的存續保障。如未釐清刑法第49條規定修正前、後之規範目的，而於該條修正後，未區分5年內受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免之情形，是否為「軍法前案」，後案一律適用刑法累犯之規定而加重其刑，就「軍法前案」亦為判斷後案是否構成累犯之基礎的情形而言，對人民受憲法第8條保障之人身自由所為之限制，超出規範目的之必要範圍，可能不符憲法罪刑相當原則，而有牴觸憲法第23條比例原則之疑義。

(五)綜此，刑法第49條修正後關於累犯之適用，亦應權衡受法律變動影響被告對於既存法律事實（依舊法已取得之「於後案不論以累犯」之效果）之信賴保護，並受不溯及既往、比例原則之規範，俾符合法律規範目的、可預測性及安定性之要求，以保障被告既存權益，始為適法。易言之，此「軍法前案」不應論以累犯之「既存法律事實」（即規範目的），不因刑法第49條規定之修正而「質變」成為構成累犯之前案，如此才能將相關累犯之規定及決議，為合憲性之解釋。

二、本院103年度第18次刑事庭會議決議之「提案」基礎事實，係前案為修法前軍法案件與普通法院案件合併定應執行刑而執行完畢之情形，與本件之前案單純為修法前軍法前案執行完畢者，似不相同。縱認上開決議射程範圍也包括未與普通法院所處徒刑合併定應執行刑之單獨「軍法前案」執行完畢，亦係判斷後案是否構成累犯之前提基礎，而謂本院就本件法律爭議於該決議後已有統一見解。惟在上開決議作成後，就同一法律爭議仍有裁判採取異於決議之見解，在大法庭設置後應以歧異提案之方式，開啟大法庭程序以統一見解（見

01 法院組織法第51條之2立法理由)。是為免上開決議有牴觸
02 信賴保護、比例原則等而自陷於違憲困境之虞，自有變更見
03 解之必要。

04 肆、徵詢其他各庭之結果

05 前述法律問題，經徵詢其他各庭後，有7庭不同意本庭見解
06 未能獲得一致見解。

07 伍、本庭經評議後，認本件法律問題經依法徵詢後，仍存有歧異
08 爰依法院組織法第51條之2規定，提案予刑事大法庭裁判
09 。

10 陸、本庭指定庭員邱忠義法官為刑事大法庭之庭員。

11 中 華 民 國 111 年 5 月 4 日

12 刑事第六庭審判長法官李英勇

13 法官洪兆隆

14 法官楊智勝

15 法官吳冠霆

16 法官邱忠義

17 本件正本證明與原本無異

18 書記官

19 中 華 民 國 111 年 5 月 6 日