臺中高等行政法院判決

111年度監簡上字第3號

上　訴　人　談長峯

訴訟代理人　林羣期　律師

被 上訴 人　法務部矯正署臺中監獄

代　表　人　林錦清

訴訟代理人　李政謙

彭士哲

陳柏伸

上列當事人間監獄行刑法事件，上訴人對於中華民國111年4月14日臺灣臺中地方法院111年度簡字第19號行政訴訟判決，提起上訴，本院判決如下：

主　文

一、上訴駁回。

二、上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

事實及理由

一、爭訟概要：

緣上訴人於民國81年間因違反麻醉藥品管理條例，經臺灣臺中地方法院（下稱原審法院）判處有期徒刑6月，81年7月14日易科罰金執行完畢(下稱第1犯)；又於84年7月間某日起至同年8月27日止，因犯最輕本刑5年以上之肅清煙毒條例第5條第1項連續販賣毒品罪與麻醉藥品管理條例第13條之1第2項第1款非法製造化學合成麻醉藥品罪，經臺灣高等法院臺中分院（下稱臺中高分院）86年度上重訴字第18號判決分別處無期徒刑、有期徒刑12年，應執行無期徒刑，判決書並載記為累犯(下稱第2犯)，執行無期徒刑之刑期起算日為87年5月13日，99年10月19日假釋出監，保護管束期滿日為109年10月18日。嗣上訴人再於前揭肅清煙毒條例案等罪假釋期間之100年4月與5月間，5年內故意再犯最輕本刑5年以上之毒

品危害防制條例第4條第1項販賣第1級毒品罪及同條第2項販賣第2級毒品罪，經原審法院100年度訴字第2407號、臺中高分院100年度上訴字第2582號判決，分別判處有期徒刑8年2月及3年10月各1次，非累犯(下稱第3犯)。被上訴人認定上訴人第2犯係重罪累犯，且重罪第3犯之犯罪日期均於前案第2犯之99年10月19日假釋出監後，受保護管束期間內，已該當刑法第77條第2項第2款不適用假釋規定，乃以110年12月15日中監教字第11061024270號函（下稱原處分)通知上訴人。上訴人不服，提起申訴，經被上訴人以111年申字第4號申訴決定駁回，遂向原審法院提起行政訴訟。經原審法院以111年度簡字第19號判決（下稱原判決）駁回，上訴人不服，於是提起本件上訴。

二、上訴人起訴之主張及聲明、被上訴人於原審之答辯及聲明暨原判決關於證據取捨、認定事實及適用法規之論據，均詳如原判決所載。

三、上訴人上訴意旨略以：

㈠依刑法第77條第2項第2款文義及修法理由之解釋，其「犯最輕本刑5年以上有期徒刑之罪之累犯」，並未包含「無期徒刑」在內，原判決認上訴人受無期徒刑之宣告仍得適用刑法第77條第2項第2款之規定，其判決即有適用法規不當之違法，且未說明刑法第77條第2項第2款其修法理由於解釋上為何未提及無期徒刑執行逾25年者假釋後不知悔悟應有三振法案之適用，而仍逕認「最輕本刑5年以上有期徒刑之罪」係指該罪名之「法定刑」，而非「宣告刑」，此部分判決自有理由不備之違法 。

㈡上訴人於假釋期間雖再犯他罪，惟細譯上訴人涉犯毒品危害防制條例之罪，其中販賣第1級毒品罪8年2月及第2級毒品罪3年10月，應執行刑為10年6月，應屬再犯而非累犯，自無刑法第77條第2項第2款規定之適用，被上訴人及原審仍認上訴人適用不得再假釋之規定，係適用法規不當之違法。

㈢上訴人得否假釋之適用法規應有新舊法比較適用之問題，原判決就此有適用法規不當且有未載理由之違背法令：

1.本件據以適用刑法第77條第2項第2款規定之要件有：⑴犯最輕本刑5年以上有期徒刑之罪之累犯、⑵於假釋期間，受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，5年以內故意再犯最輕本刑為5年以上有期徒刑之罪者。顯見構成三振法案之法律效果者，於法條上顯示應有第2犯重罪累犯部分及第3犯重罪再犯部分。今原審固認上訴人第3犯重罪再犯部分屬刑法施行後所為，惟上訴人第2犯的部分係於84年間所犯肅清煙毒條例之罪而判處無期徒刑，此部分犯罪於當時並無所謂三振法案之規定，亦即判斷上訴人關於得否假釋應就上訴人整體違反之法秩序作整體判斷而非僅係依第3犯重罪的部分即適用修法後不利上訴人之法律，蓋以上訴人第2犯當時並無所謂不得假釋之規範效果，嗣後第3犯後因修法增加不得假釋之不利效果，此部分仍應有刑法第2條規定就法律適用應採行為時之法律，或適用有利於行為人之法律，否則一律以第3犯時所具備之法律效果適用於上訴人身上，無疑是強迫將上訴人於第2犯行為時所不存在之法制度強加適用於上訴人，也破壞上訴人當時對法之確信及法律制度之安定性，此部分原判決就新舊法比較適用之問題上未予釐清，即有適用法規錯誤之違誤。

2.刑法第77條第2項第2款是否適用假釋，應就1、2、3犯之行為做總體之評價，雖原審謂「人民本不能期待法律永遠不與時俱進、增修變更，故不存在不修法之期待利益」、「依立法理由及法條文義，復無對刑法第77條第2項第2款規定之部分構成要件發生於修法前而排除適用之旨」，然就刑法第77條第2項第2款確有部分構成要件係在修法前存在，就本件上訴人得否假釋部分要件係橫跨新舊法之間，何以本件並無刑法第2條規定之適用，原判決理由中並無具體說明，逕認上訴人應適用修法後之刑法規定而不得假釋，其判決自有判決理由不備之違法。

3.上訴人所面對之問題在於撤銷假釋後所服之殘刑須達25年，又本件面臨無法假釋之問題，原處分未一併考量整體法制對上訴人實屬過苛，且就上訴人第2犯之時點根本不存在三振法案，今上訴人所犯之罪均係因觸犯毒品危害防制條例之罪並非重大惡性暴力犯罪或嚴重危害社會之犯罪，僅係因其販賣毒品之罪本質為社會所不見容，故其刑責均係以較重之無期徒刑作為其法定刑，但就上訴人違犯之本質與重大暴力犯罪甚至與時下常見之詐欺集團犯罪者相比，上訴人顯係輕微甚多，但上訴人卻反而因此承受無期徒刑之刑責，甚至因需面對撤銷假釋殘刑25年及不得假釋等過苛之新法制，上訴人如無法再假釋，等於日後將在監獄渡過餘生，本件未給予上訴人假釋之最後機會，等於拿掉上訴人爭取人生最後自由的一線希望，於精神上重挫上訴人，與酷刑幾無二致等語。

㈡聲明：

1.原判決廢棄。

2.申訴決定及原處分均撤銷。

四、被上訴人答辯意旨：

㈠就上訴人主張其第2犯無期徒刑之罪，非屬刑法第77條第2項第2款所指之法定刑最輕本刑5年以上有期徒刑之罪乙節：

1.刑法第77條第2項第2款所謂「最輕本刑5年以上有期徒刑之罪」依法務部95年11月9日法矯字第0950903772號函文解釋，係指該罪名之「法定刑」，而非「宣告刑」。法定刑最輕本刑5年以上有期徒刑之罪是否包含法定刑有死刑、無期徒刑之「罪名」者，法務部於100年4月22日法檢字第100802383號、第100802384號法律問題座談決議，參採最高法院69年台上字第156號判例意旨，均採肯定見解。又法務部矯正署100年5月5日法矯署教字第1000109374號函釋「重罪累犯不得假釋」適用疑義，依說明二、㈠記載：「刑法第77條第2項第2款所謂『犯最輕本刑5年以上有期徒刑之罪』之累犯，除包含5年以上有期徒刑之罪名外，且包含法定刑有死刑、無期徒刑之罪名者。」。

2. 刑法第77條第2項第2款所包含之「罪名」，依法務部95年11月9日法矯字第0950903772號函釋，係指「法定刑」為最輕本刑5年以上之罪，亦即如何於普通刑法及特別刑法中判斷何種犯罪類型屬於刑法第77條第2項第2款所涵攝，即以該犯罪類型之法定刑度是否為最輕本刑有期徒刑5年以上為斷。若該犯罪類型之法定刑包含死刑、無期徒刑，依法務部矯正署100年5月5日法矯署教字第1000109374號函釋，因死刑、無期徒刑皆重於有期徒刑，自屬於「法定刑」最輕本刑有期徒刑5年以上之犯罪類型。

3.「宣告刑」係指法院依職權審理後，宣判犯罪人應就其犯罪行為而接受刑罰之種類與刑度，因此犯罪人所涉之犯罪類型倘若為「法定刑」死刑或無期徒刑之罪，亦可能因法官參酌各項情狀，最終宣告減為有期徒刑。依刑法第77條第2項第2款要件，本條文所適用不得假釋之對象，係指現執行之案（第3犯）遭法院「宣告」為有期徒刑而執行之受刑人。依刑法第77條第2項第2款之條文以觀，其所規範者，係受刑人現執行之刑期（第3犯）不適用假釋，而前案(即第2犯）於該條文中之地位，係用於判斷受刑人是否為短時間屢犯重罪之人，故該受刑人第2犯所犯之犯罪類型，為法定刑最輕本刑5年以上之罪名，且由法院宣告為累犯即合於要件之一，至於第2犯遭法院宣告何種主刑、何種刑度並非該條文之要件，法務部於100年4月22日法檢字第100802383號法律問題座談決議暨法務部矯正署100年5月5日法矯署教字第1000109374號函釋，均為此見解。

4. 是以，上訴人第2犯為84年7月間某日起至同年8月27日止，曾犯最輕本刑5年以上之肅清煙毒條例第5條第1項連續販賣毒品罪與麻醉藥品管理條例第13條之1第2項第1款非法製造化學合成麻醉藥品罪。於犯罪時之肅清煙毒條例第5條第1項規定：「販賣、運輸、製造毒品、鴉片或麻煙者，處死刑或無期徒刑。」而麻醉藥品管理條例第13條之1第2項：「違反前條之規定，其屬於第2條第4款之麻醉藥品者，依左列規定

處罰：1.非法輸入、製造、運輸、販賣者，處5年以上有期徒刑，得併科5萬元以下罰金。」其均為法定刑最輕本刑5年以上之犯罪類型，且法院宣告為累犯，已符合刑法第77條第2項第2款要件之一，其所執行者雖為無期徒刑，但不屬該條文之排除要件，因該條文所排除者，係第3犯遭宣告為死刑、無期徒刑、拘役或罰金等主刑。

㈡上訴人第3犯之販賣第1級毒品及第2級毒品等罪而遭宣告有期徒刑之刑期，符合刑法第77條第2項第2款規定，而上訴人於100年4月間、100年5月5日故意再犯販賣毒品罪，其行為時已於95年7月1日之刑法第77條第2項第2款施行後，其並無刑法第2條之新舊法比較問題，亦由第1審即原審法院111年度簡字第19號判決肯認，另實務見解採相同見解，認為刑法第77條第2項第2款規定，係94年2月2日修正公布，並自95年7月1日施行。因該新法條所規範之法律關係，跨越新、舊法條施行時期，而有關假釋之構成要件事實倘係於新法條生效施行後始完全實現，則縱使主管機關為新法規之適用，然此條因新法規生效當時，事實或法律關係業已存在且尚未終結，而依該法規規定對之發生「立即效力」。是故，該新法規之適用，僅向將來發生效力，而不是「溯及既往」發生效力（學說上稱為「不真正溯及既往」），自與法律效力溯及既往不同，二者不能相提並論。準此，有關受刑人得否假釋乙事，其構成要件事實係於修正刑法第77條第2項第2款施行後始完全實現，故監獄向受刑人表明其所犯之罪不適用假釋之規定時，係屬適用當時有效法律之解釋，而非法律溯及既往結果（高雄高等行政法院108年訴字第400號判決、臺灣桃園地方法院109年度監簡字第2號判決、臺北高等行政法院111年度監簡上字第2號裁定參照）。

㈢假釋付保護管束期間，假釋人本應保持善良品行，不得與素行不良之人往還，並應服從檢察官及執行保護管束者之命令，此為保安處分執行法第74條之2規定，如未遵守該條文規定，或於假釋期間故意再犯罪，則依刑法第78條、保安處

分執行法第74條之3規定報請撤銷假釋。是以，假釋人本該守法守紀，珍惜國家恩典，重視個人更生機會，惟本案上訴人，原執行第2犯之無期徒刑刑期，在監執行刑期逾15年後，享有假釋之機會，於99年9月19日假釋出監，卻又於假釋期間販賣第1、2級毒品，其不知珍惜國家給予之機會，漠視法令禁制，而今再以將在監獄度過餘生為由，而訴請撤銷被上訴人之認定，使其為法所規範不得假釋之刑期，得以假釋。惟刑法第77條第2項第2款規定，乃就犯最輕本刑5年以上有期徒刑之累犯，竟選擇於重回社會不久，又故意再犯最輕本刑5年以上之重罪，顯然已無以假釋施予恩惠或教化而防止再犯之餘地，基於維護社會安全之刑罰功能，立法者以其具有再犯重罪之惡性而剝奪其受假釋之恩惠，故屢犯重罪既為上訴人自由選擇之結果，自應接受其行為所對應之刑罰，而刑法第77條第2項第2款規定，乃使受刑人不得適用假釋，而將法院所宣告原本該執行之刑期全部執行，且並未另外增加其他刑罰，而上訴人稱此為酷刑顯不合理，並非可採等語。並聲明駁回上訴人之訴。

五、本院經核原判決駁回上訴人在原審之訴，並無違誤，茲就上訴意旨再論斷如下：

㈠應適用的法令：

1. 刑法第77條第1項第1項及第2項第2款規定：「（第1項）受徒刑之執行而有悛悔實據者，無期徒刑逾25年，有期徒刑逾2分之1、累犯逾3分之2，由監獄報請法務部，得許假釋出獄。（第2項）前項關於有期徒刑假釋之規定，於下列情形，不適用之：二、犯最輕本刑5年以上有期徒刑之罪之累犯，於假釋期間，受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，5年以內故意再犯最輕本刑為5年以上有期徒刑之罪者。」

2. 法務部矯正署100年5月5日法矯署教字第1000109374號函示：「說明二、旨揭『重罪累犯不得假釋』適用疑義，析述如下：㈠刑法第77條第2項第2款所謂『犯最輕本刑5年以上

有期徒刑之罪」之累犯，除包含5年以上有期徒刑之罪名外，且包含法定刑有死刑、無期徒刑之罪名者，故無期徒刑累犯（2犯），於假釋期間，受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，5年以內故意再犯最輕本刑為5年以上有期徒刑之罪者（即3犯），該最輕本刑5年以上有期徒刑之罪，仍不得假釋。」（見原審卷第141頁)核此則函釋係法務部矯正署基於主管權責，就法規適用所為之闡示，尚與法律之本旨無違，行政法院於審理個案時，自得予以援用。

㈡依刑法第77條第2項第2款之立法理由「對於屢犯重罪之受刑人，因其對刑罰痛苦之感受度低，尤其犯最輕本刑5年以上重罪累犯之受刑人，其已依第1項規定（執行逾3分之2）獲假釋之待遇，猶不知悔悟，於1.假釋期間、2.徒刑執行完畢或赦免後5年內再犯最輕刑本5年以上之罪，顯見刑罰教化功能對其已無效益，為社會之安全，酌採前開美國『三振法案』之精神，限制此類受刑人假釋之機會應有其必要性，爰於第2項第2款增訂之。」可知，限制第1項假釋之適用，係因重罪累犯對於刑罰的感受度低，刑罰教化功能對其已無效益，為社會安全，故不准假釋。若刑法第77條第2項第2款所稱「最輕本刑為5年以上有期徒刑之罪」僅限於法定刑為有期徒刑之罪，而不包含法定刑有死刑、無期徒刑等罪質更重的罪名，則與立法目的有違，無法說明何以2犯犯罪質更重、法定刑更重之罪名，其第3犯仍可適用第77條第1項有期徒刑假釋之規定。因此依舉輕明重的法理，應認刑法第77條所稱「最輕本刑為5年以上有期徒刑之罪」亦包含法定刑有死刑、無期徒刑之罪名。且行為人前後兩罪所觸犯之罪名法定刑在5年以上，及後罪之犯罪時間係在95年7月1日以後，構成要件即屬合致。

㈢又刑法第77條第2項第2款規定，係94年2月2日修正公布，並自95年7月1日施行。因該新法條所規範之法律關係，跨越新、舊法條施行時期，而有關假釋之構成要件事實倘係於新法條生效施行後始完全實現，則縱使主管機關為新法規之適

用，然此乃係因新法規生效當時，事實或法律關係業已存在且尚未終結，而依該法規規定對之發生「立即效力」。是故，該新法規之適用，僅向將來發生效力，而不是「溯及既往」發生效力（學說上稱為「不真正溯及既往」），自與法律效力溯及既往不同，二者不能相提並論。

㈣經查，上訴人於81年間第1犯因違反麻醉藥品管理條例，經原審法院判處有期徒刑6月，81年7月14日易科罰金執行完畢後，又於84年7月至同年8月間第2犯因最輕本刑5年以上之肅清煙毒條例第5條第1項連續販賣毒品罪與麻醉藥品管理條例第13條之1第2項第1款非法製造化學合成麻醉藥品罪，經臺中高分院86年度上重訴字第18號判決分別處無期徒刑、有期徒刑12年，應執行無期徒刑，判決書並載記為累犯(參見原審卷第94頁)，即上訴人第2犯屬於犯最輕本刑5年以上有期徒刑之罪之累犯，嗣後上訴人於假釋期間之100年4月與5月間，5年內故意再犯第3犯，亦為最輕本刑5年以上之毒品危害防制條例第4條第1項販賣第1級毒品罪及同條第2項販賣第2級毒品罪，經原審法院100年度訴字第2407號、臺中高分院100年度上訴字第2582號判決，分別判處有期徒刑8年2月及3年10月各1次(兩罪應執行刑10年6月)。被上訴人認定上訴人第2犯重罪累犯，第3犯重罪係於假釋期間故意再犯，符合刑法第77條第2項第2款不適用假釋規定，乃以原處分通知上訴人其所犯毒品等罪不適用假釋，上訴人不服，循序提起行政救濟等情，為原審依據證據調查結果所認定之事實，經核與卷證資料並無不合。

㈤原判決依上開確定之事實，認定上訴人前案第2犯係重罪累犯，而現執行之罪刑係所犯為最輕本刑5年以上之罪，符合上揭「犯最輕本刑5年以上有期徒刑之罪之累犯，於假釋期間，5年以內故意再犯最輕本刑為5年以上有期徒刑之罪」之情形，應有刑法第77條第2項第2款規定不適用假釋之適用，被上訴人據此以原處分通知上訴人期所犯毒品等罪不適用假釋，並無違誤；並論述：「最輕本刑5年以上有期徒刑之

罪」既被界定為「重罪」，則「無期徒刑」更屬重罪，「最輕本刑5年以上有期徒刑之罪」被列入剝奪受假釋恩惠之要件，而更重之「無期徒刑」其反社會性更大，何以反可受更優之待遇，如此彰顯刑罰教化功能、維護社會安全之立法目的豈不更難達成，因此「最輕本刑5年以上有期徒刑之罪」係指該罪名之「法定刑」，而非「宣告刑」而言；刑法第77條第2項第2款規定之文義，其中「於假釋期間故意再犯最輕本刑為5年以上有期徒刑之罪」而不適用假釋之情形，並不限「累犯」，「再犯」者亦符合該條所定不適用假釋之規定。依上述說明，上訴人於假釋期間，5年內故意再犯毒品危害防制條例第4條第1項販賣第1級毒品罪、同條第2項販賣第2級毒品罪，縱非構成累犯，僅屬再犯，亦符合刑法第77條第2項第2款不適用之假釋情形；上訴人第3犯部分，行為時已於刑法第77條第2項第2款規定增修之95年7月1日後，而不適用假釋之構成要件成就亦發生於修法後，法律效果並非溯及適用於修法之前，故無違反法律禁止溯及適用原則；上訴人不適用假釋係罪刑與責罰相應之結果，當非酷刑等情（參見原判決第5頁至第6頁，本院卷第17頁至第18頁），經核與上開規定並無不合。原判決業將其得心證之理由記明於判決，且就上訴人於原審主張不可採之部分詳以論駁，經核並無違背論理法則或經驗法則，亦無判決不適用法規或適用不當、不備理由等違背法令情事。

㈥上訴意旨雖主張：依刑法第77條第2項第2款依文義及修法理由之解釋，「犯最輕本刑5年以上有期徒刑之罪」並未包含「無期徒刑」在內；上訴人第3犯部分並非累犯，僅屬再犯；本案有適用上訴人得否假釋之適用法規應有新舊法比較適用之問題，並指摘原判決適用法規不當、判決理由不備等違背法令等云。惟查，上訴人第2犯屬重罪累犯，第3犯重罪為假釋期間故意再犯之罪，已該當刑法第77條第2項第2款不適用假釋之要件，詳如前述，且核其所述無非係重述其在原

審業經主張而為原判決摒棄不採之陳詞，執其歧異之法律見解，泛言原判決違背法令，故其上訴為無理由。

六、綜上所述，原判決維持被上訴人對上訴人不適用假釋之原處分及申訴決定，而駁回上訴人在原審之訴，並無判決不適用法規、適用不當或不備理由之違背法令情事，其所適用之法規與本件應適用之現行法規並無違背。上訴論旨指摘原判決違背法令，求為廢棄，為無理由，應予駁回。

七、結論：上訴無理由。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　8　　月　　3　　日

臺中高等行政法院第二庭

審判長法　官　劉　錫　賢

法　官　楊　蕙　芬

法　官　林　靜　雯

以上正本證明與原本無異。

本判決不得上訴。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　8　　月　　3　　日

書記官　黃　毓　臻