最高法院刑事判決

113年度台非字第123號

上　訴　人　最高檢察署檢察總長
被　　告　余明雄

上列上訴人因被告違反懲治盜匪條例聲明異議案件，對於本院中華民國99年2月10日駁回其抗告之確定裁定（99年度台抗字第144號），認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主　文

原裁定、第二審裁定及臺灣臺南地方檢察署檢察官94年執更壬字第441號執行指揮書均撤銷。

理　由

一、非常上訴理由稱：「一、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。次按司法院依人民聲請所為之解釋，對聲請人據以聲請之案件，亦有效力；凡司法院曾就人民聲請解釋憲法，宣告聲請人據以聲請之確定終局裁判所適用之法令，於一定期限後失效者，各該解釋之聲請人均得就其原因案件據以請求再審或其他救濟，檢察總長得以該解釋為非常上訴之理由，據以提起非常上訴，以保障釋憲聲請人之權益；法院不得以該法令於該期限內仍屬有效為理由駁回，迭經司法院以釋字第177號、第741號、第185號、第725號解釋在案。末按判決宣告法規範違憲且應失效者，就已確定之原因案件，檢察總長亦得據以提起非常上訴，憲法訴訟法第91條第2項亦有明文。二、經查抗告人（應為被告之誤載）即受刑人余明雄前因懲治盜匪條例等案件，經判處無期徒刑確定，入監執行後，於91年4月19日假釋出監，惟抗告人於假釋期間另犯他罪遭判刑確定，上開假釋因而遭撤銷，經臺灣臺南地方檢察署檢察官核發94年度執更壬字第441號執行指揮書將抗告人送監執行殘刑20年，有臺灣高等法院被告前案紀錄表、臺灣臺南地方檢察署執行指揮書可稽。抗告人不服前揭檢察官之執行指揮，向臺

灣高等法院臺南分院聲明異議，經該院98年度聲字第966號認抗告人於撤銷假釋執行殘餘刑期，無期徒刑於執行滿20年，始得再接續執行他刑，臺灣臺南地方檢察署檢察官指揮執行於法並無不合等為由，裁定駁回聲明異議，抗告人再向最高法院提起抗告，於99年2月10日以99年度台抗字第144號裁定駁回確定。三、嗣抗告人以前揭最高法院裁定所適用86年11月26日修正公布之刑法第79條之1第5項及刑法施行法第7條之1第2項牴觸憲法第7條平等權、第8條人身自由保障及第23條比例原則等為由，聲請憲法法庭為法規範憲法審查，經憲法法庭於113年3月15日以113年度憲判字第2號判決：『一、中華民國86年11月26日修正公布，及94年2月2日修正公布並自95年7月1日施行之刑法第79條之1第5項，規定無期徒刑假釋經撤銷者，一律執行固定殘餘刑期滿20年或25年，而不分撤銷假釋之原因係另犯罪或違反保安處分執行法之規定，復未區別另犯罪之情節暨所犯之罪應執行之刑之輕重，以及假釋期間更生計畫執行之成效等因素，以分定不同之殘餘刑期，於此範圍內，不符比例原則，違反憲法第8條保障人身自由之意旨，至遲於本判決宣示之日起屆滿2年時，失其效力。二、逾期未完成修法，相關機關就無期徒刑撤銷假釋執行殘餘刑期之個案，應依本判決之意旨，另為符合比例原則之適當處置，非必須執行固定殘餘刑期滿20年或25年』。前揭最高法院確定裁定係以檢察官對抗告人執行符合86年11月26日修正公布之刑法第79條之1第5項規定為由，而駁回抗告人之抗告，茲刑法該條既經憲法法庭宣告違憲且應失效，而前揭確定裁定係本件憲法判決之原因案件(附表一聲請人二十)，且合法性已失其附麗，應依嗣後新法或判決意旨，另為符合比例原則之適當處置，爰提起非常上訴以資救濟。四、案經確定，且對抗告人不利，爰依憲法訴訟法第91條第2項及刑事訴訟法第441條、第443條提起非常上訴。」等語。

二、本院按：

㈠關於民國86年11月26日修正公布，及94年2月2日修正公布之刑法第79條之1第5項（下稱系爭規定），所規定無期徒刑假釋經撤銷者執行固定殘餘刑期，是否違反比例原則，依憲法法庭113年憲判字第2號判決意旨，系爭規定所定無期徒刑經撤銷假釋後執行殘餘刑期，其性質為接續執行前已受宣告之無期徒刑，以求刑罰目的之全部實現，固然此時受刑人因故意更犯罪或違反保護管束應遵守事項，而認有入監執行之必要。然撤銷假釋係因受刑人故意更犯罪，抑或因違反保護管束應遵守事項，其情節嚴重程度本不能相提並論，就其撤銷後之效果即殘餘刑期之執行，亦有必要分別不同程度之處理，始屬相當。而再次執行刑罰之必要程度本有差異，自應對應不同情形給予輕重有別之對待，方屬衡平。是於撤銷假釋並執行殘餘刑期時，仍不應忽略撤銷假釋之原因事實、該無期徒刑已受執行之期間、受假釋人曾因有悛悔實據而受假釋之事實、在假釋期間為回歸社會所為之努力以及再犯可能性等情事，而為全盤考慮，始符刑罰必要性之原則，否則即有違反比例原則之虞。因此，倘獲假釋之受刑人經撤銷假釋而須再次入監執行殘餘刑期，即應基於前述刑罰執行必要性之觀點，審酌包含受刑人在假釋期間表現等一切情狀，評估受刑人更生改善可能性，以決定受刑人所應在監執行之殘餘刑期。具體而言，包括：假釋受刑人之保護管束執行狀況、生活及工作狀況、撤銷假釋之原因事實與情節輕重、更犯罪之時點距假釋獲釋之時間長短、更犯罪之性質、情節暨所犯之罪應執行之刑之輕重等事項，均應納入審酌，據以判斷適當之殘餘刑期，始能切合個案情節，予以適切之處遇措施。然系爭規定不分情節輕重，規定無期徒刑假釋撤銷後應一律執行固定期間之殘餘刑期20年或25年，無異剝奪受刑人再次獲得評估之機會，即有使受刑人受執行超過必要程度刑罰之可能，不符手段必要性。是系爭規定不分撤銷假釋之原因係另犯罪或違反保安處分執行法之規定，復未區別另犯罪之情節暨所犯之罪應執行之刑之輕重，以及假釋期間更生計畫執

行之成效等因素，以分定不同之殘餘刑期，於此範圍內，不符比例原則，違反憲法第8條保障人身自由之意旨，應自上開憲法法庭判決宣示之日起至遲於屆滿2 年時失其效力。而檢察總長依憲法訴訟法第91條第2項規定，就原因案件之確定裁定，向本院提起非常上訴者，由本院於修法完成後依據新法裁判。

㈡本件被告余明雄前於78年間因犯懲治盜匪條例第5條第1項第1款等罪案件，經臺灣高等法院臺南分院78年度上重訴字第2821號判決改判處應執行無期徒刑，褫奪公權終身，並經本院79年度台上字第1023號判決駁回被告上訴確定，嗣入獄執行，於91年4月19日假釋出監並付保護管束，惟於假釋期間不遵守保護管束規定報到，經訪視、告誡、協尋後，仍無效果，另因違反動產擔保交易法、詐欺及背信等案件，經檢察官通緝，臺灣臺南地方檢察署（下稱臺南地檢署）以被告違反保安處分執行法第74條之2規定，且情節重大，函請○○○○○○○○○○（下稱高雄監獄）報請撤銷假釋，高雄監獄於94年3月7日報請撤銷假釋，法務部以被告在假釋中違反保安處分執行法第74條之2第1款前段、第2款、第4款規定，情節重大，於94年4月22日以法矯字第0000000000號函准予撤銷被告之假釋，並通知臺南地檢署檢察官執行前案盜匪等罪（無期徒刑）之殘餘刑期，經同署檢察官於95年5月10日以94年執更壬字第441號執行指揮書，指揮執行無期徒刑之殘餘刑期20年，有上開檢察官執行指揮書、高雄監獄報請撤銷假釋報告表、法務部撤銷受保護管束人假釋處分書、各該判決及臺灣高等法院被告前案紀錄表等資料附卷可稽。而上開執行指揮書記載被告罪名及刑期為「懲治盜匪條例（撤銷無期徒刑假釋）」、「應執行無期徒刑」，且「備註」欄明載「本件係無期徒刑撤銷假釋，執行期間20年」，是檢察官據以執行固定殘餘刑期20年所憑之86年11月26日修正公布之刑法第79條之1第5項規定，因不符比例原則，違反憲法第8條保障人身自由之意旨，自前開憲法判決宣示之日（即113

年3月15日）起屆滿2年時失其效力，且相關修正法律，即增訂刑法第78條之1、第78條之2，並修正第79條之1等條文，業於115年3月13日經總統公布，依刑法施行法第7條之3第3項規定，自同年月14日生效施行。其中增訂之刑法第78條之1第1項規定：「無期徒刑受刑人經撤銷假釋者，應執行原無期徒刑。如假釋期間有更犯之罪，併執行之」；第2項規定：「前項應執行之原無期徒刑，除假釋期間更犯之罪經宣告無期徒刑確定者外，其有悛悔實據者，於執行滿下列期間後，由監獄報請法務部，得再許假釋出獄：一、依其他法律規定撤銷假釋，或因假釋期間故意更犯罪而受未滿1年有期徒刑之宣告確定者，10年。二、假釋期間故意更犯罪，受1年以上未滿5年有期徒刑之宣告確定者，15年。三、假釋期間故意更犯罪，受5年以上有期徒刑之宣告確定者，25年。」對於原無期徒刑經撤銷假釋後之最低應執行期間，依撤銷假釋事由之情節輕重，明文規範10年、15年、25年之層級化再許假釋門檻，從而，檢察官執行本件無期徒刑經撤銷假釋後之殘刑，依系爭規定一律執行固定殘餘刑期滿20年，不依撤銷假釋之原因係另犯罪或違反保安處分執行法之規定，分定不同之殘餘刑期，亦非對原無期徒刑經撤銷假釋後之最低應執行期間，依撤銷假釋事由之輕重，酌定假釋門檻，所為之執行指揮即難認允洽。茲被告不服上開檢察官指揮執行其殘刑之處分，向第二審（臺灣高等法院臺南分院）聲明異議，第二審裁定（98年度聲字第966號）未及審酌上揭有利被告之情事，認檢察官據以指揮執行撤銷假釋後之殘餘刑期20年，無違法不當，未將本件檢察官執行指揮書撤銷，而駁回被告之聲明異議，原裁定（本院99年度台抗字第144號）未予糾正，仍予維持，自與前開憲法判決意旨有悖，顯屬違背法令。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由。而本件係檢察總長依憲法訴訟法第91條第2項規定，對原裁定提起非常上訴，自應由本院依前開憲法法庭判決意旨及新法規定，將原裁定、第二審裁定及

本件檢察官執行指揮書均予撤銷，由檢察官依新法規定另為符合比例原則之適法處置，以資糾正及救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第447條第1項第1款，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　8　　日

刑事第五庭審判長法　官　段景榕

法　官　宋松璟

法　官　何俏美

法　官　黃紹紘

法　官　汪梅芬

本件正本證明與原本無異

書記官　陳珈潔

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　10　　日