

最高法院刑事判決

113年度台非字第29號

上訴人 最高檢察署檢察總長

被告 卓晉賢

上列上訴人因被告竊盜案件，對於臺灣臺北地方法院中華民國104年5月7日第一審確定判決（104年度審易字第727號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署104年度偵字第4880號），認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

卓晉賢侵入住宅竊盜，處有期徒刑柒月。

理 由

一、非常上訴理由稱：「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。又刑法第47條規定，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。本件原判決於事實欄記載：『卓晉賢前於民國97年間，因施用毒品案件，經臺灣新北地方法院（更名前為臺灣板橋地方法院）97年度易字第738號判決分別判處有期徒刑5月、3月，應執行有期徒刑7月確定（下稱第①、②案）；復於同年間因施用毒品案件，經臺灣新北地方法院97年度訴字第1992號判決分別判處有期徒刑3月、5月，應執行有期徒刑7月，嗣上訴後，經臺灣高等法院97年度上訴字第4424號判決駁回上訴確定（下稱第③、④案）；又於同年間因施用毒品案件，經本院97年度簡字第4230號判決判處有期徒刑5月確定（下稱第⑤案）；又於同年間因施用毒品案件，經臺灣新北地方法院97年度易字第2669號判決判處有期徒刑7月，嗣上訴後，經臺灣高等法院97年度上易字第3088號判決駁回上訴確定（下稱第⑥案，刑期自100年1月22日起算，指揮書執行完畢日期為100年8月21日）；又於同年間因違反毒品危害防制條例案件，臺灣新北地方法院97年度易字第2965號判

01 決判處有期徒刑6月，嗣上訴後，經臺灣高等法院97年度上
02 易字第2927號判決駁回上訴確定（下稱第⑦案，指揮書執行
03 完畢日期為100年1月21日）。復於理由欄三(三)記載：『上
04 開第①至⑩案，再經臺灣高等法院98年度聲字第1742號裁定
05 應執行有期徒刑5年6月確定，於101年12月19日假釋出監，
06 然被告所犯上開第①至⑦案均已執行完畢，其中第⑥案於10
07 0年8月21日執行完畢，此業據臺灣新北地方法院檢察署（更
08 名前為臺灣板橋地方法院檢察署）檢察官以98年執字3865號
09 執行指揮書記載刑期起算日期為100年1月22日、指揮書執行
10 完畢日期為100年8月21日，並有臺灣高等法院被告前案紀錄
11 表在卷可憑，故被告於上開第⑥案執行完畢後，5年以內故
12 意再犯本件有期徒刑以上之罪，依上揭說明，自應構成累
13 犯，應依刑法第47條第1項之規定，加重其刑』。惟查：上
14 開第①至⑩案，於臺灣高等法院98年度聲字第1742號裁定
15 前，均尚未執行完畢，此由卷附臺灣新北地方法院檢察署檢
16 察官98年執助庚字第3419號執行指揮書（甲）其上記載：
17 『起算日期：97年12月22日、執行期滿日：103年3月7日、
18 備註：3. 註銷本署98執助709號、98執2224號之1、98執2225
19 號之1、98執3865號、98執2175號指揮書，改以本件指揮書
20 執行』可知，上開執行指揮書既係於98年間換發，第①至⑩
21 案亦尚未執行完畢，第⑥案執行所依據之98執3865號執行指
22 揮書亦已遭註銷，則該案焉可能於100年8月21日執行完畢？
23 原判決未審究前開執行指揮書備註欄之記載，誤認為上開第
24 ①至⑦案均已執行完畢，並據此認定被告構成累犯，顯有判
25 決適用法則不當之違法，且不利於被告。案經確定，爰依刑
26 事訴訟法第441條、第443條提起非常上訴，以資糾正。」等
27 語。

28 二、本院按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴
29 訟法第378條定有明文。又受徒刑之執行完畢，或一部之執
30 行而赦免後，5年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累
31 犯，亦為刑法第47條第1項所明定。而所謂執行完畢，其在

監獄執行期滿者，固不待言；如係經假釋出監者，依刑法第79條第1項前段之規定，須在無期徒刑假釋後滿20年，或在有期徒刑所餘刑期內未經撤銷假釋者，其未執行之刑，始得以已執行論。再就數罪併罰案件，依本院一致之見解，固認刑法第50條、第51條僅係規範數罪所宣告刑應如何定其應執行刑之問題，基於數宣告刑，應有數刑罰權之本質，倘併罰之數罪中，有一罪或部分之罪，其刑已於定執行刑之裁定前執行完畢者，並不因嗣後定執行刑而影響其刑已執行完畢之事實，於其執行完畢，5年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，自當成立累犯。除此之外，於數罪併罰已定執行刑之情形，刑法第47條第1項所謂「執行完畢」，仍應指所定之執行刑全部執行完畢者而言，始符累犯之立法本旨。又倘被告並非累犯，事實審法院於判決時誤認係累犯，而依刑法第47條第1項規定加重其刑者，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。本件被告卓晉賢前於民國97年間，因施用、持有毒品案件，經臺灣新北地方法院（更名前為臺灣板橋地方法院）97年度易字第738號判決分別處有期徒刑5月、3月，並定其應執行之刑為有期徒刑7月確定（下稱第①、②案）；復於同年間因施用、持有毒品案件，經臺灣新北地方法院97年度訴字第1992號判決分別處有期徒刑5月、3月，並定其應執行之刑為有期徒刑7月，嗣經臺灣高等法院97年度上訴字第4424號判決駁回上訴確定（下稱第③、④案）；又於同年間因施用毒品案件，經臺灣臺北地方法院97年度簡字第4230號判決處有期徒刑5月確定（下稱第⑤案）；復於同年間因施用毒品案件，經臺灣新北地方法院97年度易字第2669號判決處有期徒刑7月，嗣經臺灣高等法院97年度上訴字第3088號判決駁回上訴確定（下稱第⑥案）；又於同年間因持有毒品案件，經臺灣新北地方法院97年度易字第2965號判決處有期徒刑6月，嗣經臺灣高等法院97年度上訴字第2927號判決駁回上訴確定（下稱

第⑦案）；復於97年間因施用毒品、持有第一級毒品及販賣第二級毒品案件，經臺灣臺北地方法院97年度訴字第1939號判決分別處有期徒刑1年、1年、1年2月，其中施用第二級毒品、持有第一級毒品部分經撤回上訴而確定（下稱第⑧、⑨案），另販賣第二級毒品部分，嗣經臺灣高等法院98年度上訴字第344號判決撤銷改判論以轉讓禁藥罪，並處有期徒刑1年2月確定（下稱第⑩案）。上開第①至⑩案，再經臺灣高等法院於98年6月24日以98年度聲字第1742號裁定定其應執行之刑為有期徒刑5年6月確定（下稱前案），經執行後於101年12月19日獲准假釋出監並交付保護管束，原應於102年12月9日假釋及保護管束期滿，惟經撤銷假釋，因而入獄執行其殘刑11月又20日，刑期自103年5月12日起至104年5月1日止，有臺灣高等法院被告前案紀錄表附卷可稽。是本件被告所犯前案所處之有期徒刑，不能認為已於102年9月30日（即被告犯本件侵入住宅竊盜罪之時間）前執行完畢。而上開第⑥、⑦案所處之刑，並無已於上開定執行刑之裁定前（即98年6月24日前）執行完畢之情形，有上述被告前案紀錄表及臺灣高等法院98年度聲字第1742號裁定在卷可憑，依上開說明，亦不能認已於102年9月30日前執行完畢。從而，被告於102年9月30日，再犯本件侵入住宅竊盜罪，尚與累犯之要件不合，自不能依累犯規定加重其刑。原審未及審酌上情，誤認被告上開第⑥、⑦案所處之刑分別於100年8月21日、同年1月21日執行完畢，因而就被告所犯本件侵入住宅竊盜罪論以累犯，並依刑法第47條第1項規定加重其刑，依上述說明，自有判決適用法則不當之違背法令。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨執以指摘原判決違法，洵有理由，應由本院將原判決撤銷，另行判決如主文第2項所示，以資救濟。又非常上訴旨在糾正原確定判決適用法令之錯誤，即就原確定判決當時應適用之法令是否錯誤予以判斷，而替代其為適當之判決，故非常上訴經審理結果認為上訴為有理由，

應依法撤銷原確定判決另行改判時，乃係替代原審而為裁判，自應適用原審裁判時所應適用之法律，附此敘明。
據上論結，應依刑事訴訟法第447條第1項第1款，108年5月29日修正公布前刑法第321條第1項第1款，現行刑法第62條前段，判決如主文。

中 華 民 國 113 年 2 月 29 日

刑事第二庭審判長法官 徐昌錦

法官 江翠萍

法官 張永宏

法官 林怡秀

法官 林海祥

本件正本證明與原本無異

書記官 邱鈺婷

中 華 民 國 113 年 3 月 5 日

附錄本案論罪科刑法條：

108年5月29日修正公布前刑法第321條

犯竊盜罪而有下列情形之一者，處6月以上、5年以下有期徒刑，得併科新臺幣10萬元以下罰金：

一、侵入住宅或有人居住之建築物、船艦或隱匿其內而犯之者。

二、毀越門扇、牆垣或其他安全設備而犯之者。

三、攜帶兇器而犯之者。

四、結夥三人以上而犯之者。

五、乘火災、水災或其他災害之際而犯之者。

六、在車站、埠頭、航空站或其他供水、陸、空公眾運輸之舟、車、航空機內而犯之者。

前項之未遂犯罰之。