最高法院刑事判決

114年度台非字第112號

上　訴　人　最高檢察署檢察總長

被　　告　李祥偉

上列上訴人因被告加重竊盜案件，對於臺灣南投地方法院中華民國111年10月17日第一審確定判決（111年度易字第206號，起訴案號：臺灣南投地方檢察署111年度偵字第4731、5143號），認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於李祥偉罪刑部分撤銷。

李祥偉結夥三人以上攜帶兇器竊盜，處有期徒刑捌月。

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。又刑法第47條第1項規定之累犯，係以受徒刑之執行完畢，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為成立要件。而所謂執行完畢，除在監獄執行期滿者外，如係經假釋出監者，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，始以已執行論。如在假釋中因故意更犯罪，受有期徒刑以上刑之宣告者，於判決確定後6月以內，經撤銷假釋者，其出獄日數不算入刑期內，仍須執行原殘餘刑期，不能認假釋出獄後所餘之刑期已執行完畢，而論以累犯（最高法院100年度台非字第323號、101年度台非字第46號判決意旨參照）。二、經查，被告李祥偉前因違反毒品危害防制條例、藥事法、竊盜等案件，經法院判決有罪確定，復由臺灣高等法院臺南分院於108年3月12日以108年度聲字第173號裁定應執行有期徒刑3年6月，於同年3月25日確定，嗣於109年5月29日縮短刑期假釋出監並付保護管束，假釋期滿日為110年7月23日，被告假釋出監後，於110年7月2日故意再犯竊盜罪，經臺灣彰化地方法院110年度易字第903號判處有期徒刑8月、9月，應執行有期徒

刑1年3月，並於111年5月3日確定，被告因於假釋期間故意更犯罪，經法務部矯正署於111年7月22日以法矯署教決字第00000000000號函撤銷假釋，於111年9月21日再入監執行殘刑1年1月24日，執行期滿日為112年11月13日等情，有被告刑案資料查註紀錄表、上開各該裁定、判決、法務部矯正署撤銷假釋函等資料在卷可查。三、原判決係認定被告於111年4月17日犯結夥3人以上攜帶兇器竊盜罪，惟被告所犯違反毒品危害防制條例、藥事法、竊盜案件應執行有期徒刑3年6月，既於111年7月22日經撤銷假釋，並於同年9月21日再入監執行殘刑而未執行完畢，自不構成累犯。原判決未審酌及此，認被告所犯前開違反毒品危害防制條例等案件已於110年7月23日假釋縮刑期滿，未經撤銷假釋，視為執行完畢，而就被告所犯結夥3人以上攜帶兇器竊盜罪論以累犯，判處有期徒刑10月，實有適用法則不當之違背法令。四、案經確定，且對被告不利，爰依刑事訴訟法第441條、第433條提起非常上訴，以資糾正及救濟」等語。

二、本院按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第378條定有明文。刑法關於累犯之規定，以受徒刑之執行完畢，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，為其成立要件，刑法第47條第1項規定甚明。所謂執行完畢，被告在監獄執行期滿者，固不待言；倘被告假釋出監，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；若經撤銷假釋，因猶有殘餘刑期尚未執行，自不得以已執行論。又關於累犯之論斷，除一罪之刑執行完畢後，5年以內故意再犯有期徒刑以上之罪，嗣後始與他罪合併定應執行刑，前已執行之刑，僅於指揮應執行刑時應予扣除之情形外，合於併合處罰之數罪定應執行刑者，於該應執行刑全部執行完畢前，不得認其中部分之刑已執行完畢。亦即數罪併罰經定應執行刑，於全部尚未執行完畢前假釋出監，而於假釋中因故意更犯罪而受有

期徒刑以上刑之宣告，原則上祇得為撤銷假釋之原因，尚不得依刑法第47條第1項規定論以累犯。經查，被告李祥偉前因違反毒品危害防制條例等罪案件，經臺灣高等法院臺南分院108年度聲字第173號裁定應執行有期徒刑3年6月確定（下稱「前案」），入監服刑後假釋出監並付保護管束，假釋迨民國110年7月23日期滿。被告在假釋期間，於110年7月2日故意再犯罪，經臺灣彰化地方法院110年度易字第903號判決論處攜帶兇器竊盜共2罪刑，並定應執行有期徒刑1年3月，於111年5月3日確定。嗣經法務部矯正署依刑法第78條第3項關於假釋中因故意更犯罪，受逾6月有期徒刑宣告確定，於判決確定後6月以內，撤銷假釋之規定，於111年7月22日以法矯署教決字第00000000000號函撤銷假釋，被告乃於111年9月21日再入監執行殘餘刑期1年1月24日，執行完畢日為112年11月13日。上情有前揭裁判、法務部矯正署撤銷假釋函及被告刑案資料查註紀錄表等資料在卷可稽。而被告於111年4月17日故意再犯本案結夥三人以上攜帶兇器竊盜罪時，上揭「前案」應執行刑之假釋被撤銷，依刑法第78條第4項關於假釋撤銷後，其出獄日數不算入刑期內之規定，其原殘餘刑期既仍須執行，尚不能認已執行完畢，則被告本案結夥三人以上攜帶兇器竊盜之犯行，自不構成累犯。原審未予查明，誤就本案犯行論以累犯，並依刑法第47條第1項規定加重其刑，依前述規定及說明，即難謂無判決適用法則不當之違法。案經確定，且不利於被告，非常上訴意旨執以指摘，為有理由，應由本院將原判決關於被告罪刑（不包括沒收暨追徵）部分撤銷，並以原判決所確認之事實為基礎，另行判決如主文第2項所示，以資糾正及救濟。至原判決關於沒收暨追徵部分，係獨立之法律效果，並非從刑，亦非屬非常上訴意旨指摘之事項，本院自毋庸審理，附此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第447條第1項第1款，刑法第28條、第321條第1項第3款、第4款，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　7　　月　　16　　日

刑事第六庭審判長法　官　林恆吉
法　官　林靜芬
法　官　林海祥
法　官　張永宏
法　官　蔡憲德

本件正本證明與原本無異

書記官　石于倩

中　　華　　民　　國　　114　　年　　7　　月　　17　　日

附錄本案論罪科刑法條全文

刑法第321條

犯前條第1項、第2項之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50萬元以下罰金：

一、侵入住宅或有人居住之建築物、船艦或隱匿其內而犯之。

二、毀越門窗、牆垣或其他安全設備而犯之。

三、攜帶兇器而犯之。

四、結夥三人以上而犯之。

五、乘火災、水災或其他災害之際而犯之。

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

前項之未遂犯罰之。