最高法院刑事判決

114年度台非字第154號

上　訴　人　最高檢察署檢察總長
被　　告　張日上

上列上訴人因被告竊盜案件，對於臺灣桃園地方法院中華民國108年9月19日第一審確定判決(108年度易字第755號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署108年度偵字第20158號)，認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於張日上罪刑部分撤銷。

張日上犯攜帶兇器毀越安全設備侵入住宅竊盜罪，處有期徒刑柒月。

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；依法應於審判期日調查之證據未予調查者，其判決當然違背法令，刑事訴訟法第378條、379條第10款分別定有明文。又刑法上所謂累犯，係以受有期徒刑之執行完畢或受無期徒刑或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為要件。另刑法第78條規定：『假釋中因故意更犯罪，受逾六月有期徒刑之宣告確定者，撤銷其假釋。假釋中因故意更犯罪，受緩刑或六月以下有期徒刑之宣告確定，而有再入監執行刑罰之必要者，得撤銷其假釋。前二項之撤銷，於判決確定後六月以內為之。但假釋期滿逾三年者，不在此限。假釋撤銷後，其出獄日數不算入刑期內。』是被告能否適用刑法第47條論以累犯，自應以被告前曾否受有期徒刑之執行完畢或曾否受赦免之前提事實為依據。如被告前受有期徒刑之執行又未執行完畢，乃竟論以累犯，即屬判決當然為違背法令。二、本件被告張日上前因違反毒品危害防制條例及竊盜等案件，合計刑期8年5月，經臺

灣桃園地方檢察署檢察官發監執行，刑期自99年11月3日起算，指揮書執行完畢日期為107年12月4日，於106年1月20日因縮短刑期假釋出監付保護管束，累進縮刑66日，迄107年9月29日縮刑期滿，惟被告於保護管束期間，於107年3月12日至107年8月14日故意更犯毒品罪6次，經臺灣桃園地方法院以107年度審訴字第1993號判處有期徒刑1年10月及1年2月，並經臺灣高等法院以108年度上訴字第3763號判決上訴駁回，於109年3月18日確定，此均有被告前科表及相關判決在卷可憑，法務部依刑法第78條規定於109年5月14日以法授矯教字第00000000000號函撤銷假釋，臺灣桃園地方檢察署檢察官根據法務部撤銷假釋公函於109年6月2日以109年度執更丑字第2144號簽發執行指揮書(甲)將被告發監執行撤銷假釋殘刑1年8月9日，刑期自109年6月2日起算，執行完畢日期為111年2月10日，此亦有法務部撤銷假釋公函及執行指揮書(甲)附卷足稽。則被告於108年7月17日犯本件竊盜罪時，前犯之違反毒品危害防制條例及竊盜等各罪，均尚未執行完畢，揆諸前開說明，自無成立累犯之餘地。詎原審未予調查，遽引據臺灣高等法院被告全國前案紀錄表之記載(當時假釋尚未撤銷，故未記載撤銷假釋)，以被告前所犯之違反毒品危害防制條例及竊盜等各罪已於107年9月29日保護管束期滿，假釋未經撤銷，其未執行之刑以已執論，並認有論以累犯必要而論以累犯並加重其刑，判處有期徒刑8月，顯有適用法則不當，及應調查之證據未予調查之違背法令。三、案經確定，且對被告不利，爰依刑事訴訟法第441條、第443條提起非常上訴，以資糾正。」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。又刑法第47條第1項規定：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，為累犯。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。而就數罪併罰之案件，有二以上之裁判，若數罪之刑均尚未執行或執行未完畢，經另行裁定定其應執行之刑，倘裁定前無部分犯罪之刑已執行完畢之情形，刑法第47條第1項所謂「執行完畢」，仍應認於該裁定所定應執行刑執行完畢之時，各罪所處之刑始均為執行完畢。如所犯數罪經法院以裁判合併定其應執行刑，於執行尚未完全完畢前獲准假釋出監，而於假釋中因故意更犯罪而受有期徒刑以上刑之宣告，祇得為撤銷假釋之原因，另執行殘刑，尚不得依上開累犯之規定論以累犯。

三、經查：

(一)被告張日上有如非常上訴理由欄二所示違反毒品危害防制條例及竊盜等案件(共計15罪刑)，合計刑期有期徒刑8年5月，經檢察官指揮執行，其中：(1)被告所犯之罪所處之14罪刑，先經臺灣桃園地方法院於民國100年8月12日以100年度聲字第2797號裁定，就該裁定附表編號1至9、12至14所示12罪所處之刑，合併定應執行有期徒刑6年9月，以及就該裁定附表編號10、11所示2罪所處之刑，合併定應執行有期徒刑1年，並經臺灣高等法院於100年9月14日以100年度抗字第1000號裁定駁回抗告，於同年10月3日確定(下稱甲案)；(2)前開裁定附表編號10、11所示之2罪所處之刑，另經臺灣新北地方法院於102年9月10日以102年度聲字第3099號裁定，與被告所犯另一竊盜罪所處之刑(1罪)，合併定應執行有期徒刑1年8月，於同年9月19日確定(下稱乙案)。甲、乙案裁定所定之應執行刑，經檢察官指揮接續執行，甲案執行完畢日期為106年4月4日，乙案則為107年12月4日；被告於106年1月20日經法務部核准假釋出監，原本之假釋期滿日為107年9月29日。嗣該假釋經法務部撤銷，由檢察官於109年6月2日簽發執行指揮書執行殘刑1年8月9日等情，有卷附檢察官執行指揮書(甲)及臺灣高等法院被告(張日上)前案紀錄表等可稽。故被告於核准開始假釋時，甲案尚未執行完畢，乙案尚未開始執行，嗣該假釋復經撤銷，而執行殘刑。

(二)原確定判決認定被告於108年7月17日犯本件加重竊盜罪時，其前犯之違反毒品危害防制條例及竊盜等各罪，甲案尚未執行完畢，乙案則尚未開始執行，揆諸前開說明，自不構成累犯。原確定判決未及審酌上情，因認前揭應執行有期徒刑1年8月已經執行完畢，而就被告所犯加重竊盜罪，論以累犯並加重其刑，有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，為有理由。爰由本院將原確定判決之罪刑部分撤銷，另行判決如主文第2項所示，以資救濟。至原確定判決關於沒收之宣告部分，依沒收新制，沒收具有獨立性之法律效果，已非從刑，且非常上訴意旨亦未指摘原確定判決關於宣告沒收部分有何違法，不在本院審判範圍，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321條第1項第1款、第2款、第3款，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　9　　月　　30　　日

刑事第三庭審判長法　官　李錦樑

法　官　周政達

法　官　蘇素娥

法　官　洪于智

法　官　吳秋宏

本件正本證明與原本無異

書記官　林君憲

中　　華　　民　　國　　114　　年　　10　　月　　8　　日

附錄本案論罪科刑法條

中華民國刑法第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。