

最高法院刑事判決

115年度台非字第107號

上訴人 最高檢察署檢察總長
被告 許國寬

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，對於臺灣臺北地方法院中華民國99年11月18日第一審確定簡易判決（99年度簡字第4151號，聲請簡易判決處刑案號：臺灣臺北地方檢察署99年度毒偵字第3399號、99年度偵字第24243號），認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於罪刑部分（沒收除外）撤銷。

許國寬施用第二級毒品，處有期徒刑叁月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。又持有第一級毒品，處有期徒刑貳月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。

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；又受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，刑事訴訟法第378條及刑法第47條第1項分別定有明文。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。如經撤銷假釋，自不得以已執行論。又被告有無累犯之事實，應否適用刑法第47條規定加重其刑，為法院認定事實與適用法律之基礎事項，客觀上有調查之必要性，應依職權調查。倘被告不合累犯之要件，事實審法院未予調查，依累犯規定加重其刑，即屬刑事訴訟法第379條第10款規定之依本法應於審判期日調查之證據而未予

01 調查，致適用法令違誤，而顯然於判決有影響，其判決為當
02 然違背法令。二、經查被告許國寬於81年間因違反麻醉藥品
03 管理條例等案件，經臺灣板橋地方法院（現為臺灣新北地方
04 法院，下稱板橋地院）分別判處有期徒刑3年6月、7月、2年
05 6月確定，並經板橋地院82年度聲字第459號裁定應執行有期
06 徒刑6年，於84年2月22日假釋出監；於假釋期間，又因違反
07 懲治盜匪條例等案件，經臺灣高等法院臺南分院分別判處有
08 期徒刑1年8月、12年，應執行有期徒刑13年4月確定，並
09 經撤銷上開假釋，應執行殘刑有期徒刑2年11月10日。嗣被
10 告所犯違反麻醉藥品管理條例等3罪經板橋地院96年度聲減
11 字第6103號裁定減刑，並定應執行刑為有期徒刑4年5月，經
12 扣除已執行之刑期後，應執行殘刑有期徒刑1年4月10日，該
13 有期徒刑13年4月與1年4月10日刑期依序接續執行（13年4月
14 刑期起迄日為85年1月11日至97年9月27日；1年4月10日刑期
15 為97年9月28日至99年2月6日），並合併計算假釋有關之期
16 間。被告於13年4月刑期執行完畢日期（97年9月27日）前之
17 於97年4月24日縮短刑期假釋出監，其假釋期滿日則為98年8
18 月30日。有被告之全國刑案查註紀錄表、板橋地院82年度聲
19 字第459號裁定、檢察官指揮書及○○○○○○○○○○85
20 年3月22日報請撤銷假釋報告表（以上3文件均見臺灣板橋地
21 方法院檢察署【現為臺灣新北地方檢察署，下稱原署】96年
22 度聲減字第6078號卷）足稽。詎被告仍不知悔改，於保護管
23 束期間之97年11月10日復犯加重強盜案件，迭經板橋地院98
24 年度訴字第1315號、臺灣高等法院100年度上更(一)字第213
25 號、最高法院101年度台上字第2491號判處有期徒刑7年8月
26 確定。法務部乃於101年7月11日撤銷其假釋，應執行殘刑1
27 年4月6日。原署已分101年度執更字第2761號案執行中。亦
28 有被告之全國刑案資料查註表、○○○○○○○○○○101
29 年7月16日綠監教字第00000000000號函、法務部101年7月11
30 日法授矯教字第00000000000號函及○○○○○○○○○○1
31 01年7月5日報請撤銷假釋報告表附於該案卷可憑。茲被告前

01 雖於執行期間獲准假釋出監，但嗣後其假釋既遭法務部依法
02 撤銷而尚未執行完畢，則本件被告於99年8月底某日，在臺
03 北縣中和市（現為○○市○○區，下同）莒光路太陽神網咖
04 內，向『阿海』購得第一級毒品海洛因1包及供其施用之第
05 二級毒品甲基安非他命1包後，予以持有。嗣於99年9月14日
06 下午某時許，在○○縣○○區○○路住處，施用上開第二級
07 毒品甲基安非他命1次，迨於翌（15）日凌晨1時40分，在○
08 ○市○○區○○○路0段、民生東路口為警查獲，扣得上開
09 海洛因1包及施用所餘之甲基安非他命1包等犯行，顯然與累
10 犯之要件不合，自不構成累犯。原審未及查明，誤認被告前
11 開假釋案件係於98年8月30日假釋期滿，當時假釋並未被撤
12 銷，其尚未執行之有期徒刑視為已經執行完畢，因而認定被
13 告所犯施用第二級毒品及持有第一級毒品罪，係於前案所處
14 有期徒刑執行完畢後5年內故意再犯，而均論以累犯，並皆
15 依刑法第47條第1項規定加重其刑，依上述說明，自有應於
16 審判期日調查之證據而未予調查及判決適用法則不當之違背
17 法令。三、案經確定，且對被告不利，爰依刑事訴訟法第44
18 1條、第443條提起非常上訴，以資糾正及救濟。」等語。

19 二、本院按：

20 (一)判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第
21 378條定有明文。又刑法第47條第1項規定之累犯，以受徒刑
22 之執行完畢，或一部之執行而赦免後，5年以內故意再犯有
23 期徒刑以上之罪者，為其成立要件。而所謂執行完畢，除在
24 監獄執行期滿者外，如為假釋出監，於二以上徒刑接續執行
25 之情形，倘核准開始假釋時，其中一罪已執行期滿，該罪固
26 屬執行完畢；如均尚未執行期滿，則須未經撤銷假釋者，其
27 未執行之刑，始以已執行論，若假釋中故意更犯罪，受有期
28 徒刑以上刑之宣告，而經撤銷假釋者，仍須執行原殘餘刑
29 期，不能認為徒刑已執行完畢。

30 (二)經查，本件被告許國寬因前案犯罪而有非常上訴理由欄二所
31 指之科刑、減刑及定應執行刑、撤銷假釋、接續執行等情，

有相關之判決、裁定、執行指揮書、前述撤銷假釋函文及報請撤銷假釋報告表、法院前案紀錄表可按。亦即被告前因違反麻醉藥品管理條例等3罪，經臺灣新北地方法院（下稱新北地院）判處罪刑確定，並定應執行有期徒刑6年，於民國84年2月22日假釋出監，假釋期間因違反懲治盜匪條例等罪案件，臺灣高等法院臺南分院分別判處罪刑並定應執行有期徒刑13年4月確定，前揭假釋經撤銷後，所犯3罪經新北地院以96年度聲減字第6103號裁定減刑，並定應執行刑為有期徒刑4年5月，扣除已執行之刑期後，應執行殘刑有期徒刑1年4月10日，前述有期徒刑13年4月與1年4月10日殘刑依序接續執行（前者，刑期起迄日為85年1月11日至97年9月27日；後者，為97年9月28日至99年2月6日），並合併計算假釋相關期間，嗣被告於97年4月24日縮短刑期假釋出監（斯時前述二執行刑均尚未執行期滿），其假釋期滿日原為98年8月30日，惟被告於假釋中再犯加重強盜罪，經臺灣高等法院100年度上更(一)字第213號判決判處有期徒刑7年8月，並經本院101年5月17日以101年度台上字第2491號判決駁回上訴確定，法務部乃於101年7月11日撤銷其假釋，執行所餘殘刑，則被告本案於99年8月底某日至同年9月15日間持有第一級毒品海洛因，及於同年9月14日施用第二級毒品甲基安非他命時，上述接續執行之二執行刑均尚未執行完畢，自不能論以累犯，乃原判決未及查明，遽依累犯規定對被告論處並均依刑法第47條第1項規定加重其刑，自有適用法則不當之違法。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由（非常上訴意旨並未指摘原判決關於沒收部分有何違法，自不在本院審判範圍），應由本院將原判決關於罪刑部分（沒收除外）撤銷，另行依原審裁判時應適用之法律，判決如主文第2項所示，並均諭知易科罰金之折算標準，以資救濟。

據上論結，應依刑事訴訟法第447條第1項第1款，毒品危害防制條例第10條第2項、（修正前）第11條第1項，刑法第11條前段、

01 第41條第1項前段，判決如主文。

02 中 華 民 國 115 年 7 月 22 日

03 刑事第五庭審判長法官 段景榕

04 法官 宋松璟

05 法官 何俏美

06 法官 黃紹紘

07 法官 汪梅芬

08 本件正本證明與原本無異

09 書記官 王怡茹

10 中 華 民 國 115 年 7 月 27 日

11 附錄本案論罪科刑法條：

12 毒品危害防制條例第10條第2項

13 施用第二級毒品者，處三年以下有期徒刑。

14 （修正前）毒品危害防制條例第11條第1項

15 持有第一級毒品者，處三年以下有期徒刑、拘役或新臺幣五萬元
16 以下罰金。