

最高法院刑事判決

115年度台非字第113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，對於臺灣板橋地方法院（現為臺灣新北地方法院）中華民國99年12月9日第一審確定判決（99年度簡字第9737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（沒收銷燬部分除外）撤銷。

許國寬施用第二級毒品，處有期徒刑參月，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調查，致適用法令違誤，而顯然於判決有影響，其判決為當然違背法令。二、經查被告許國寬於81年間因違反麻醉藥品管理條例等案件，經原法院分別判處有期徒刑3年6月、7

01 月、2年6月確定，並經原法院82年度聲字第459號裁定應執
02 行有期徒刑6年，於84年2月22日假釋出監；於假釋期間，又
03 因違反懲治盜匪條例等案件，經臺灣高等法院臺南分院分別
04 判處有期徒刑1年8月、12年，應執行刑有期徒刑13年4月確
05 定，並經撤銷上開假釋，應執行殘刑有期徒刑2年11月10
06 日。嗣被告所犯前開違反麻醉藥品管理條例等3罪經原法院9
07 6年度聲減字第6103號裁定減刑，並定應執行刑為有期徒刑4
08 年5月，經扣除已執行之刑期後，應執行殘刑有期徒刑1年4
09 月10日，該有期徒刑13年4月與1年4月10日刑期依序接續執
10 行，（13年4月刑期起迄日為85年1月11日至97年9月27日；1
11 年4月10日刑期為97年9月28日至99年2月6日），並合併計算
12 假釋有關之期間。被告於13年4月刑期執行完畢日期（97年9
13 月27日）前之於97年4月24日縮短刑期假釋出監，其假釋期
14 滿日則為98年8月30日。有被告之全國刑案查註紀錄表、原
15 法院82年度聲字第459號裁定、檢察官指揮書及○○○○○
16 ○○○○○85年3月22日報請撤銷假釋報告表（以上3文件均
17 見臺灣板橋地方法院檢察署【現為臺灣新北地方檢察署，下
18 稱原署】96年度聲減字第6078號卷）足稽。詎被告仍不知悔
19 改，於保護管束期間之97年11月10日復犯加重強盜案件，迭
20 經原法院98年度訴字第1315號、臺灣高等法院100年度上更
21 (一)字第213號、最高法院101年度台上字第2491號判處有期徒
22 刑7年8月確定。法務部乃於101年7月11日撤銷其假釋，應執
23 行殘刑1年4月6日。原署已分101年度執更字第2761號案執行
24 中。亦有被告之全國刑案資料查註表、○○○○○○○○○○
25 ○101年7月16日綠監教字第00000000000號函、法務部101年
26 7月11日法授矯教字第00000000000號函及○○○○○○○○○
27 ○○101年7月5日報請撤銷假釋報告表附於該案卷可憑。茲
28 被告前雖於執行期間獲准假釋出監，但嗣後其假釋既遭法務
29 部依法撤銷而尚未執行完畢，則本件被告於99年8月11日凌
30 晨零時許，在其位於臺北縣中和市（現改制為○○市○○
31 區）國光街112巷18弄13之1號之住處內，施用第二級毒品甲

01 基安非他命1次。嗣於同日上午3時40分許，在臺北縣板橋市
02 （現改制為○○市○○區）信義路一巷口前，為警查獲，並
03 扣得甲基安非他命1小包（淨重0.8810公克，取樣0.0002公
04 克鑑定用罄，驗餘淨重0.8808公克及含微量甲基安非他命之
05 包裝袋1個）等犯行，顯然與累犯之要件不合，自不構成累
06 犯。原審未及查明，誤認被告前開假釋案件係於98年8月30
07 日假釋期滿，當時假釋並未被撤銷，其尚未執行之有期徒刑
08 視為已經執行完畢，因而認定被告所犯施用第二級毒品之
09 罪，係於前案所處有期徒刑執行完畢後5年內故意再犯，而
10 論以累犯，並依刑法第47條第1項規定加重其刑，依上述說
11 明，自有應於審判期日調查之證據而未予調查及判決適用法
12 則不當之違背法令。三、案經確定，且對被告不利，爰依刑
13 事訴訟法第441條、第443條提起非常上訴，以資糾正及救
14 濟。」等語。

15 二、本院按：

16 (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
17 378條定有明文。又受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免
18 後，5年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，亦為刑
19 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
20 者，固不待言；如係經假釋出監者，依刑法第79條第1項前段
21 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
22 未經撤銷假釋者，其未執行之刑，始得以已執行論。倘被告並
23 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
24 1項規定加重其刑者，依上述規定及說明，當然為違背法令，
25 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
26 不利於被告，自得據為非常上訴之原因。

27 (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指
28 之科刑、定應執行刑、撤銷假釋及執行情形，有相關之判決、
29 裁定、執行指揮書、法院前案紀錄表及前述撤銷假釋函文暨報
30 請撤銷假釋報告表可徵。亦即被告因違反懲治盜匪條例等罪案
31 件，經臺灣高等法院臺南分院判決確定所定應執行之有期徒刑

13年4月，及經臺灣新北地方法院（原臺灣板橋地方法院）96年度聲減字第6103號裁定減刑並定應執行有期徒刑4年5月，經扣除已執行之刑期後應執行之殘刑有期徒刑1年4月10日依序接續執行，並合併計算假釋期間，嗣被告於民國97年4月24日縮短刑期假釋出監，其假釋期滿日原為98年8月30日，然因被告於假釋中再犯前開加重強盜罪，經臺灣高等法院100年度上更(一)字第213號判處有期徒刑7年8月，並經本院於101年5月17日駁回上訴而確定，法務部乃於101年7月11日依法撤銷假釋，執行所餘殘刑。原確定判決以被告上開合併接續執行之前案，業於98年8月30日縮刑期滿執行完畢，已屬誤會，其進而認被告於99年8月11日施用第二級毒品甲基安非他命犯行，係在前案犯罪執行完畢後5年內再犯，而依刑法第47條第1項之規定論以累犯，並加重其刑，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，為有理由。至刑法有關沒收規定業於104年12月30日、105年6月22日迭經修正公布，依刑法施行法第10條之3第1項規定，自105年7月1日施行。依修正後之沒收規定，沒收係刑罰及保安處分以外具有獨立性之法律效果，已非刑罰（從刑），且非不可與其前提事實分離觀察，本案原判決所諭知沒收銷燬部分並無違誤，復與非常上訴意旨所指摘原確定判決關於累犯之認定及刑罰之量定並無不可分關係，且非常上訴意旨亦未指摘原確定判決關於沒收銷燬部分有何違法，本院對於上述沒收銷燬部分自可毋庸加以審理。基此，應由本院將原判決關於被告罪刑部分（沒收銷燬部分除外）撤銷，另行判決如主文第2項所示，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、刑法第41條第1項前段，判決如主文。

中 華 民 國 115 年 7 月 23 日

刑事第二庭審判長法官 林立華

法官 王敏慧

法官 莊松泉

法官 鄭富城

01
02
03
04
05
06
07

法 官 陳如玲
本件正本證明與原本無異
書記官 游巧筠
中 華 民 國 115 年 7 月 27 日
附錄本案論罪科刑法條
毒品危害防制條例第10條第2項
施用第二級毒品者，處3年以下有期徒刑。