

# 最高法院刑事判決

115年度台非字第114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20日第一審簡易確定判決（99年度簡字第10045號），認為違法，提起非常上訴，本院判決如下：

## 主 文

原判決關於罪刑部分撤銷。

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月、2年6月確定，並經原法院82年度聲字第459號裁定應執行有期徒刑6年，於84年2月22日假釋出監；於假釋期間，又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月確定，並經撤銷上開假釋，應執行殘刑有期徒刑2年11月10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，經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間。被告於13年4月刑期執行完畢日期（97年9月27日）前之於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月30日。有被告之全國刑案查註紀錄表、原法院82年度聲字第459號裁定、檢察官指揮書及○○○○○○○○○○○○○○○○85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方法院檢察署【現為臺灣新北地方檢察署，下稱原署】96年度聲減字第6078號卷）足稽。詎被告仍不知悔改，於保護管束期間之97年11月10日復犯加重強盜案件，迭經原法院98年度訴字第1315號、臺灣高等法院100年度上更（一）字第213號、最高法院101年度台上字第2491號判處有期徒刑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號案執行中。亦有被告之全國刑案資料查註表、○○○○○○○○○○○○○○○○101年7月16日綠監教字第000000000000號函、法務部101年7月11日法授矯教字第000000000000號函及○○○○○○○○○○○○○○○○101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

遭法務部依法撤銷而尚未執行完畢，則本件被告於99年8月24日22時35分回溯96小時內之某時，在不詳處所，以不詳方式，施用第二級毒品甲基安非他命1次。嗣於99年8月24日20時15分許，在○○縣○○鄉（現改制為○○市○○區）○○路0段0000號0樓000室為警查獲，並扣得安非他命殘渣袋1只之犯行，顯然與累犯之要件不合，自不構成累犯。原審未及查明，誤認被告前開假釋案件係於98年8月30日假釋期滿，當時假釋並未被撤銷，其尚未執行之有期徒刑視為已經執行完畢，因而認定被告所犯施用第二級毒品之罪，係於前案所處有期徒刑執行完畢後5年內故意再犯，而論以累犯，並依刑法第47條第1項規定加重其刑，依上述說明，自有應於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。又被告有無累犯之事實，應否適用刑法第47條第1項之規定加重其刑，為法院認定事實與適用法律之基礎事項，倘被告不合於累犯之要件，仍依累犯之規定加重其刑，致適用法令違誤，而顯然於判決有影響，其判決當然違背法令。本件臺灣板橋地方法院（現為臺灣新北地方法院，下稱原審法院）99年度簡字第10045號簡易確定判決（下稱原確定判決）認定被告許國寬有於民國99年8月24日22時35分許為警採尿回溯96小時內之某時，施用第二級毒品甲基安非他命1次，並扣得甲基安非他命殘渣袋1只、吸食器玻璃球1組等物；而被告前曾於81年間，因違反麻醉藥品管理條例等案件，經定應執行有期徒刑6年，嗣於84年2月22日假釋出監，於假釋期間因違反懲治盜匪條例等罪案件，經臺灣高等法院臺南分院（下稱臺南高分院）判處應執行有期徒刑13年4月確定，致上開假釋經撤銷，執行減刑後之殘刑有期徒刑1年4月10日，於97年4月24日縮短刑期假釋出監，且至98年8月30日未經撤銷假釋，其未執行之刑以已執

行論等情，因而以被告所犯本件施用第二級毒品之罪，係於前案有期徒刑經假釋期滿而執行完畢後5年內故意再犯，乃論以累犯，依刑法第47條第1項規定加重其刑。惟查，被告於81年間因違反麻醉藥品管理條例等案件，經原審法院判處有期徒刑3年6月、7月、2年6月確定後，另由原審法院以裁定定應執行有期徒刑6年，於84年2月22日假釋出監之假釋期間，因違反懲治盜匪條例等罪案件，經臺南高分院判處應執行有期徒刑13年4月確定，而撤銷上開假釋，執行殘刑有期徒刑2年11月10日，嗣與前開違反麻醉藥品管理條例等3罪經減刑並扣除已執行之刑期後，執行殘刑有期徒刑1年4月10日，再與前揭有期徒刑13年4月依序接續執行，並合併計算假釋期間，而於97年4月24日假釋付保護管束出監，其假釋期滿日原為98年8月30日，然被告又於該假釋期間內之97年1月10日犯加重強盜案件，經判處有期徒刑7年8月確定。法務部乃於101年7月11日撤銷其假釋，執行原剩餘之殘刑1年4月6日，檢察官並已核發101年度執更字第2761號指揮書執行，此有被告之全國刑案資料查註表、○○○○○○○○○○○○○函、法務部101年7月11日核復撤銷受保護管束人許國寬假釋案函及○○○○○○○○○○○○○101年7月5日報請撤銷假釋報告表，與被告之相關判決、法院前案紀錄表等資料在卷可憑。茲被告之假釋既遭法務部依法撤銷而尚未執行完畢，則本件被告於99年8月24日22時35分回溯96小時內之某時，施用甲基安非他命之犯行，即非受有期徒刑之執行完畢後5年以內故意再犯，而與刑法第47條第1項有關累犯加重其刑之規定不合，應不成立累犯。原確定判決因係於前揭撤銷假釋前所判，自未能審酌及此，然論以被告累犯並加重其刑，仍有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，應由本院將原確定判決之罪刑部分撤銷，改判如主文第2項所示之罪刑，並諭知易科罰金之折算標準，以資救濟並予糾正。

01 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  
02 條例第10條第2項，刑法第11條前段、第41條第1項前段，判決如  
03 主文。

04 中 華 民 國 115 年 7 月 9 日

05 刑事第二庭審判長法官 林立華

06 法官 王敏慧

07 法官 陳如玲

08 法官 鄭富城

09 法官 莊松泉

10 本件正本證明與原本無異

11 書記官 李淳智

12 中 華 民 國 115 年 7 月 14 日

13 附錄論罪科刑法條：

14 毒品危害防制條例第10條第2項

15 施用第二級毒品者，處3年以下有期徒刑。