最高法院刑事判決

115年度台非字第52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10月20日第一審確定判決（99年度易字第2526號，起訴案號：臺灣板橋地方法院檢察署〈現為臺灣新北地方檢察署〉99年度偵字第9838號），認為違背法令，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。

許國寬犯持有第三級毒品純質淨重貳拾公克以上，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

壹、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(臺灣板橋地方法院)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，並合併計算假釋有關之期間，有期徒刑13年4月部分於97年9月27日始執行完畢。被告於該執行完畢前之於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00000000000號函、法務部101年7月11日法授矯教字第00000000000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3月21日，在○○市○

◯區◯◯路之某網咖，以新臺幣1、2萬元之代價，向某成年人購買第三級毒品愷他命3包(驗前總純質淨重約31.07公克)，欲供己施用而持有第三級毒品愷他命。嗣於99年3月22日晚上10時45分許，為警查獲之犯行，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，因而認定被告所犯持有第三級毒品純質淨重20公克以上之罪，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。

貳、本院按：

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378條定有明文。又受徒刑之執行完畢後，5年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，亦為刑法第47條第1項所明定。而所謂執行完畢，其在監獄執行期滿者，固不待言；如係經假釋出監者，依刑法第79條第1項前段規定，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。

二、本件被告許國寬前因犯罪而有非常上訴理由二所指之科刑、定應執行刑、減刑、撤銷假釋、執行及合併計算假釋等情形，有相關之判決、裁定、執行指揮書、前述撤銷假釋函文及被告之前案紀錄表可按。亦即，被告前因違反麻醉藥品管理條例等3罪，臺灣板橋地方法院(下稱原法院)係判處有期徒刑(下同)3年6月、7月、2年6月確定，並以82年度聲字第459號裁定應執行刑6年，於民國84年2月22日假釋出監；被告於假釋期間，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1年8月、12年，並定應執行刑13年4月確定，上開假釋經撤銷，應執行殘刑2年11月10日；嗣前述

違反麻醉藥品管理條例3罪，經原法院以96年度聲減字第6103號裁定減刑，並定應執行刑4年5月，經扣除已執行之刑期後，應執行殘刑1年4月10日，前述13年4月與1年4月10日之刑期依序接續執行，並合併計算假釋期間，13年4月部分原應於97年9月27日執行完畢，惟被告於執行完畢前之97年4月24日縮短刑期假釋出監(假釋期滿日則為「98年8月30日」)。被告又因於假釋期間之97年11月10日犯加重強盜案件，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、本院101年度台上字第2491號判決科處7年8月確定；法務部乃於101年7月11日始撤銷其假釋，應執行殘刑1年4月6日，由原署以101年度執更字第2761號案執行。是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，原法院未及查明而誤認被告前揭假釋期間係於「98年8月30日」期滿，且未被撤銷，其尚未執行之有期徒刑視為已經執行完畢，而認被告本案於99年3月21日所犯持有第三級毒品純質淨重20公克以上犯行，為累犯，並加重其刑，依上說明，即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（原確定判決關於沒收部分，非常上訴意旨並未指摘有何違法，不在本院審判範圍）。應由本院將原確定判決關於罪刑部分（沒收除外）撤銷，另行判決如主文第2項所示之刑，並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，修正前毒品危害防制條例第11條第5項，刑法第11條前段、第41條第1項前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　29　　日

刑事第七庭審判長法　官　林瑞斌

法　官　吳冠霆

法　官　高文崇

法　官　陳芃宇

法　官　洪兆隆

本件正本證明與原本無異

書記官　林明智

中　　華　　民　　國　　115　　年　　5　　月　　4　　日

本案論罪法條：

(修正前)毒品危害防制條例第11條第5項

持有第三級毒品純質淨重二十公克以上者，處三年以下有期徒刑，得併科新臺幣三十萬元以下罰金。