最高法院刑事判決

115年度台非字第53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槍砲彈藥刀械管制條例案件，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9月30日第一審確定判決（99年度訴字第2626號），認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於許國寬罪刑（含沒收）部分撤銷。

許國寬未經許可，持有子彈，處有期徒刑貳月，併科罰金新臺幣貳萬玖仟元，有期徒刑如易科罰金，罰金如易服勞役，均以新臺幣壹仟元折算壹日。扣案非制式子彈參顆沒收。

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。㈡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㈠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月間某日，在臺北市某玩具店，以新臺幣5,000元之價格，購入具有殺傷力之非制式子彈6顆而持有之，復放置在○○市○○區○○街000巷00弄00

◯0號之住處。嗣於99年5月13日始自首並報繳該6顆子彈之犯行，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，因而認定被告所犯未經許可持有子彈罪，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。㈢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：

㈠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，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，加重本刑至二分之一，亦為刑法第47條第1項所明定。而所謂執行完畢，於二以上徒刑接續執行，經假釋出監之情形，倘核准開始假釋時，其中一罪已執行期滿，該罪固屬執行完畢；如均尚未執行期滿，則須未經撤銷假釋者，其未執行之刑，始以已執行論，若假釋中更犯罪，受有期徒刑以上刑之宣告，而經撤銷假釋者，仍須執行原殘餘刑期，不能認為徒刑已執行完畢。

㈡經查，本件被告許國寬因前案犯罪而有非常上訴理由欄㈡所指之科刑、定應執行刑、撤銷假釋及執行情形，有相關之判決、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（前者，刑期起迄日為民國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），並合併計算假釋有關期間，嗣被告於97年4月24日縮短刑期假釋出監（斯時前

述二徒刑均尚未執行期滿），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㈠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3月間某日起至同年5月13日間所犯未經許可，持有子彈罪，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，應由本院將原確定判決關於罪刑（含沒收）部分撤銷，另行依原審裁判當時應適用之法律，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，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　23　　日

刑事第一庭審判長法　官　徐昌錦

法　官　林海祥

法　官　張永宏

法　官　黃紹紘

法　官　江翠萍

本件正本證明與原本無異

書記官　李淳智

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　27　　日

附錄本案論罪科刑法條

槍砲彈藥刀械管制條例第12條

未經許可，製造、販賣或運輸子彈者，處1年以上7年以下有期徒刑，併科新臺幣5百萬元以下罰金。

未經許可，轉讓、出租或出借子彈者，處6月以上5年以下有期徒刑，併科新臺幣3百萬元以下罰金。

意圖供自己或他人犯罪之用，而犯前2項之罪者，處3年以上10年以下有期徒刑，併科新臺幣7百萬元以下罰金。

未經許可，持有、寄藏或意圖販賣而陳列子彈者，處5年以下有期徒刑，併科新臺幣3百萬元以下罰金。

第1項至第3項之未遂犯罰之。