臺灣高等法院花蓮分院刑事判決

113年度上易字第20號

上　訴　人　臺灣花蓮地方檢察署檢察官

被　　告　呂振瑋

000000000000000000

000000000000000000

000000000000000000

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣花蓮地方法院112年度易字第432號中華民國113年3月14日第一審判決（起訴案號：臺灣花蓮地方檢察署112年度偵字第4628號、112年度毒偵字第503號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

一、原判決關於下列部分均撤銷：

(一)呂振瑋犯持有第二級毒品罪所處之刑；

(二)定應執行刑。

二、前開一(一)撤銷部分，呂振瑋處有期徒刑參月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。

事實及理由

一、按「上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之。」刑事訴訟法(下稱刑訴法)第348條第3項定有明文。檢察官於本院審理時稱：「(問：本件檢察官上訴之範圍為何？)僅針對持有第二級毒品之量刑提起上訴，如量刑部分有撤銷，定執行刑部分請一併審酌，其餘部分即施用第二級毒品部分不在上訴範圍」(見本院卷第109頁)，則在被告呂振瑋未提起上訴之情況下(見本院卷第109、110頁)，依前揭規定，本案本院審理範圍，僅限於原判決關於持有第二級毒品部分所處之刑(含處斷刑、宣告刑、與施用第二級毒品之宣告刑合併定應執行刑)，至持有第二級毒品部分之認定事實、論罪、沒收等部分，以及施用第二級毒品部分(此部分未據上訴而告確定)，均不在本院審理範圍。

二、按第二審判決書，得引用第一審判決書所記載之事實、證據

及理由，對案情重要事項第一審未予論述，或於第二審提出有利於被告之證據或辯解不予採納者，應補充記載其理由，刑訴法第373條定有明文。查本案固經本院就持有第二級毒品部分所處之刑撤銷改判(詳後述)，然因原判決關於此部分之事實認定、論罪、沒收為本院審查原判決所處之刑是否適法、妥適之基礎，故引用如附件第一審判決書記載之事實、證據及理由，復就證據部分補充「被告於本院審理時之自白(見本院卷第115頁)」。

三、撤銷改判之理由、量刑及定應執行刑：

(一)原審因事證明確，就持有第二級毒品部分予以論罪科刑，固非無見，惟查：

1、按是否依累犯規定加重其刑，屬事實審法院裁量之職權，故關於累犯之加重，若符合司法院釋字第775號解釋意旨，自不能任意指為違法(最高法院112年度臺上字第5245號判決參照)。次按司法院釋字第775號解釋揭示，刑法第47條第1項所規定關於累犯加重本刑部分，其不分情節，基於累犯者有其特別惡性及對刑罰反應力薄弱等立法理由，一律加重最低本刑，於不符合刑法第59條所定要件之情形下，致生行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪責之個案，其人身自由因此遭受過苛之侵害部分，不符罪刑相當原則。是以，法院就個案應依司法院釋字第775號解釋意旨，衡量所欲維護法益之重要性、防止侵害之可能性及事後矯正行為人之必要性，斟酌各項情狀，包括被告所犯前後數罪間，關於前案之性質（故意或過失）、前案徒刑之執行完畢情形（有無入監執行完畢、是否易科罰金或易服社會勞動）、再犯之原因、兩罪間之差異（是否同一罪質、重罪或輕罪）、主觀犯意所顯現之惡性及其反社會性等情，綜合判斷個別被告有無因加重本刑致生所受刑罰超過其所應負擔罪責之情形，裁量是否加重最低本刑(最高法院111年度臺上字第4104號判決參照)。查：

(1)檢察官於原審審理時主張被告構成累犯之事實及應加重

其刑之事項(見原審卷第91頁)，檢察官及被告於原審及本院均同意臺灣高等法院被告前案紀錄表作為刑之加重證據資料(見原審卷第140頁，本院卷第116頁)，堪認檢察官就被告構成累犯之事實及應否加重其刑，已有主張並具體指出證明之方法(最高法院111年度臺上字第4442、3405、3143號判決參照)。

(2)被告前間因販賣第三級毒品案件，經本院以000年度上訴字第000號判決判處有期徒刑2年7月、2年10月，嗣經最高法院院以000年度臺上字第000號判決駁回上訴確定(下稱甲案)，又因傷害案件，經臺灣花蓮地方法院以000年度簡字第00號簡易判決判處有期徒刑3月確定(下稱乙案)，嗣甲、乙案經本院以000年度聲字第00號裁定應執行有期徒刑4年2月確定，於民國108年4月24日因縮短刑期假釋出監，於109年4月24日縮刑期滿未經撤銷假釋，其未執行之刑，以已執行論等情(下稱前案)，有臺灣高等法院被告前案紀錄表可稽，其於前案徒刑執畢後5年內之112年2月26日，故意再犯本案持有第二級毒品罪，應構成累犯。

(3)本院審酌：被告前案所犯販賣第三級毒品罪與本案所犯持有第二級毒品罪，犯罪方式及罪質固有不同，然均屬毒品犯罪，且前案係入監執行，理應心生警惕，戒絕接觸毒品，竟於前案執畢後約2年10月再為本案犯行，屬5年內之中期，更徵其戒絕接觸毒品之心薄弱，足認被告所犯本案確有其特別惡性及對刑罰反應力薄弱，且本案所犯持有第二級毒品罪關於有期徒刑部分之法定最低本刑為2月，即使依累犯規定加重其刑後，仍與本案犯行對社會秩序所生之危害惡行相當，並無過苛之情，即裁量加重本刑尚不致生其於本案所受之刑罰超過其所應負擔罪責，亦符罪刑相當原則，而應加重其刑。

2、次按刑法第47條第1項所稱「加重本刑至二分之一」，祇為最高度之規定，並無最低度之限制，法院於2分之1以下範

圍內，如何加重，本有自由裁量餘地(最高法院110年度臺上字第192號判決參照)。又加重本刑至2分之1，必須逾原有最低法定本刑，但非須依加重上限同幅度提高2分之1，而因目前實務上有期徒刑加重以月為計算單位，故最低法定本刑加重有期徒刑1月即已足(最高法院110年度臺上字第4554號判決參照)。查：被告所犯持有第二級毒品罪，構成累犯並裁量加重其刑，經選擇刑種為有期徒刑，其處斷刑框架為有期徒刑3月以上、3年以下，原審選擇刑種為有期徒刑，猶宣告有期徒刑2月，已逾越上開處斷刑下限，難認無量刑錯誤之違誤。檢察官上訴指摘原判決就持有第二級毒品部分有量刑錯誤，為有理由，應由本院將原判決關於此部分之量刑撤銷改判，又持有第二級毒品部分之宣告刑既經撤銷，與施用第二級毒品之宣告刑合併定應執行刑，因定刑基礎鬆動，即失所附麗，應併予撤銷。

(二)量刑：

爰以行為人之責任為基礎，審酌被告：

1、尚未戒絕接觸毒品惡習之動機及目的；

2、持有甲基安非他命數量僅0.3456公克非高、持有時間非長等犯罪手段及情節；

3、持有毒品對於他人尚無具體危害，反社會性程度相形較低；

4、前有(除前述累犯前科紀錄外)施用毒品、違反保護令、毀損、家暴傷害等前科紀錄(見本院卷附臺灣高等法院被告前案紀錄表)，素行品行難謂良好；

5、始終坦承犯行之犯罪後態度非差；

6、自陳○○畢業之教育及智識程度，仍具有相當之智識及經驗，違法性認識非低；

7、自陳職業○、需照顧0名未成年子女及○○(見原審卷第140頁)等生活狀況，家庭支援系統○○；

本院審酌上開各情、檢察官及被告就本案科刑之意見，暨衡酌「罪刑相當原則」等一切情狀，量處被告如主文欄第2

項所示之刑。

(三)被告所犯本案數罪併罰案件，持有第二級毒品部分經本院撤銷改判如上，施用第二級毒品部分因未據上訴而告確定，惟考量被告於施用第二級毒品部分判決確定前，另因施用第二級毒品案件經臺灣花蓮地方法院以113年度簡字第53號簡易判決判處罪刑，參酌最高法院刑事大法庭110年度臺抗大字第489號裁定意旨，本院爰不就上開各罪另定應執行刑，嗣全部案件判決確定後再由檢察官依法聲請法院裁定之，附此敘明。

據上論斷，應依刑訴法第348條第3項、第369條第1項前段、第364條、第373條，判決如主文

本案經檢察官蔡勝浩偵查起訴，檢察官張君如提起上訴，檢察官崔紀鎮到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　7　　月　　31　　日

刑事第一庭審判長法　官　林信旭

法　官　張健河

法　官　顏維助

以上正本證明與原本無異。

本件不得上訴。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　7　　月　　31　　日

書記官　徐珮綾

附錄本案論罪科刑法條全文：

毒品危害防制條例第10條

施用第一級毒品者，處6月以上5年以下有期徒刑。

施用第二級毒品者，處3年以下有期徒刑。

毒品危害防制條例第11條

持有第一級毒品者，處3年以下有期徒刑、拘役或新臺幣30萬元以下罰金。

持有第二級毒品者，處2年以下有期徒刑、拘役或新臺幣20萬元以下罰金。

持有第一級毒品純質淨重十公克以上者，處1年以上7年以下有期

徒刑，得併科新臺幣1百萬元以下罰金。
持有第二級毒品純質淨重二十公克以上者，處6月以上5年以下有期徒刑，得併科新臺幣70萬元以下罰金。
持有第三級毒品純質淨重五公克以上者，處2年以下有期徒刑，得併科新臺幣20萬元以下罰金。
持有第四級毒品純質淨重五公克以上者，處1年以下有期徒刑，得併科新臺幣10萬元以下罰金。
持有專供製造或施用第一級、第二級毒品之器具者，處1年以下有期徒刑、拘役或新臺幣10萬元以下罰金。