

臺灣高等法院高雄分院刑事判決

113年度上易字第414號

上訴人 臺灣高雄地方檢察署檢察官  
被告 謝秀芝

上列上訴人因毒品危害防制條例案件，不服臺灣高雄地方法院113年度審易字第957號，中華民國113年7月30日第一審判決（起訴案號：臺灣高雄地方檢察署113年度偵字第1205號、113年度毒偵字第890號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於宣告刑部分，撤銷。

謝秀芝經原判決判處「施用第一級毒品罪」，累犯，處有期徒刑柒月。

事實及理由

壹、程序事項

一、本件被告謝秀芝經合法傳喚，無正當理由不到庭，爰不待其陳述，逕行判決。

二、按刑事訴訟法第348條第3項規定：「上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之」，其立法理由指出：「為尊重當事人設定攻防之範圍，並減輕上訴審審理之負擔，容許上訴權人僅針對刑、沒收或保安處分一部提起上訴，其未表明上訴之認定犯罪事實部分，則不在第二審之審判範圍。」。是科刑事項已可不隨同其犯罪事實而單獨成為上訴之標的，且上訴人明示僅就科刑事項上訴時，第二審法院即不再就原審法院所為科刑以外部分為審查，而應以原審法院所認定之犯罪事實，作為論認原審量刑妥適與否之判斷基礎。

三、依檢察官上訴書記載內容，係主張被告構成累犯，並應加重其刑，原審未依累犯規定加重而有違誤等語（見本院卷第11

01 -13頁），並於本院審理時明示僅針對原判決之科刑部分上  
02 訴，就原審所認定之犯罪事實（含論罪）及沒收部分，均未  
03 爭執（見本院卷第63、95頁），依據上開說明，本院僅就原  
04 判決關於科刑妥適與否進行審理，至於原判決其他部分，即  
05 非本院審查範圍，合先敘明。

## 06 貳、本案據以審查科刑事項之原審所認定犯罪事實及論罪

### 07 一、原審認定之犯罪事實

08 被告明知海洛因、甲基安非他命係毒品危害防制條例第2條  
09 第2項第1款、第2款所列之第一級、第二級毒品，不得非法  
10 持有、施用，竟基於施用第一級毒品海洛因、第二級毒品甲  
11 基安非他命之犯意，於民國112年12月13日15時許，在高雄  
12 市鳳山區五甲地區某工地內，以將海洛因及甲基安非他命置  
13 入玻璃球吸食器內燒烤吸食煙霧之方式，同時施用海洛因及  
14 甲基安非他命1次。

### 15 二、原審之論罪

16 核被告所為，係違反毒品危害防制條例第10條第1項施用第  
17 一級毒品罪，及同條例第2項施用第二級毒品罪。被告持有  
18 各該毒品之低度行為，皆為施用之高度行為所吸收，均不另  
19 論罪。被告以一行為同時觸犯施用第一級毒品及施用第二級  
20 毒品2罪名，為想像競合犯，應依刑法第55條前段規定，從  
21 一重論以施用第一級毒品罪。

### 22 參、上訴論斷

23 一、檢察官上訴意旨略以：本案檢察官已於起訴書中具體載述被  
24 告構成累犯的前科事實（包含前案執行方法是入監執行），  
25 並敘明何以應該加重其刑的理由（已經說明本案與前案犯罪  
26 類型、罪質、目的、手段及法益侵害結果均高度相似），且  
27 除提出「臺灣高雄地方檢察署刑案資料查註記錄表」及「矯  
28 正簡表」外，復提出相關裁定書、判決書、檢察官執行指揮  
29 書電子檔可佐，揆諸最高法院113年度台上字第2068號刑事  
30 判決揭示的標準，檢察官已經盡舉證與說明責任甚明。詎原  
31 判決竟完全無視起訴書的記載，認檢察官並未說明「前案徒

刑的執行情形」、被告「所顯現的惡性與反社會性」，其論敘要與事實不符。原判決復進而指摘檢察官未依據「施用的數量與地點」說明前、後罪間的差異，惟被告前案與本案施用毒品的「數量」與「地點」為何，與被告是否應該依據累犯規定加重其刑的裁量間究竟有何關連，實令人費解，也未見原判決有任何說明，其拒絕適用累犯規定的說理，實難令人甘服，法律見解違誤，難認原判決妥適，請撤銷原判決，更為適當的裁判等語。

二、按被告構成累犯之事實及應加重其刑之事項，均應由檢察官主張並具體指出證明之方法後，經法院踐行調查、辯論程序，方得作為論以累犯及是否加重其刑之裁判基礎，此係最高法院統一之見解。被告是否構成累犯，性質上係屬刑罰加重事實，應由檢察官負舉證責任及指出證明之方法，其方式或由檢察官於起訴書內加以記載，或至遲於審判期日檢察官陳述起訴要旨時以言詞或書面主張，均無不可。……而被告之前案紀錄表係由司法、偵查機關相關人員依憑確定判決、執行指揮書等原始資料所輸入製作而成，倘當事人對於被告前案紀錄表之同一性或正確性，並未爭執，法院審酌後亦認為適當，因而對該前案紀錄表依法踐行調查證據程序者，並進而就被告是否應加重其刑之法律效果，於科刑階段進行調查及辯論，並憑以論斷被告於本案構成累犯並裁量加重其刑者，於法即無不合（最高法院112年度台上字第3261號判決意旨參照）。再按檢察官已就構成累犯之事實及應加重其刑之事項提出主張及具體證明之方法，事實審法院於踐行調查、辯論程序後，不論是否認為構成累犯，應否依刑法第47條第1項規定加重其刑，均應具體說明其斟酌取捨、及據以量定刑罰之理由，已經司法院大法官以釋字第775號解釋闡述甚明，若第一審法院對此未為說明，即難謂無判決不備理由之違法，而第二審法院對於上述違法未予撤銷，徒以無害瑕疵為由逕予維持，亦有判決不適用法則之違誤（見最高法院112年度台上字第3523號判決意旨參照）。

01 三、撤銷改判理由：

- 02 (一)本案依原審審判筆錄之記載，蒞庭檢察官於審理時，就被告  
03 構成累犯及累犯應否加重部分，雖未為主張（見原審卷第14  
04 9頁），但起訴檢察官已於起訴書內記載：「被告前因毒品  
05 危害防制條例案件，經法院分別判處罪刑，再經臺灣嘉義地  
06 方法院以105年度聲字第1110號裁定定應執行有期徒刑2年5  
07 月確定，與另案（臺灣嘉義地方法院105年度易字第870號確  
08 定判決）刑期有期徒刑6月接續執行，於107年5月31日縮短  
09 刑期假釋，嗣假釋遭撤銷，所餘殘刑9月19日於110年9月11  
10 日執行完畢，接續執行他刑，此有裁定書、判決書、檢察官  
11 執行指揮書電子檔、本署刑案資料查註記錄表及矯正簡表可  
12 佐。其於有期徒刑執行完畢5年以內故意再犯本件有期徒刑  
13 以上之罪，該當刑法第47條第1項之累犯。又被告本案所  
14 為，與前案之犯罪類型、罪質、目的、手段及法益侵害結果  
15 均高度相似，又再犯本案犯行，足認其法律遵循意識及對刑  
16 罰之感應力均薄弱，本件加重其刑，並無司法院大法官釋字  
17 第775號解釋意旨所指可能使被告所受刑罰超過其應負擔罪  
18 責之虞，請依刑法第47第1項規定，加重其刑。」等語，依  
19 上開說明，蒞庭檢察官雖未主張累犯及應依累犯加重等情，  
20 惟起訴檢察官已於起訴書內為主張並具體指出證明之方法，  
21 且就起訴書所提出證明累犯及應加重之情所提出之證據資  
22 料，於原審審理調查時，就該等證據資料之同一性與正確  
23 性，並未爭執。依上開說明，就被告是否應依累犯加重一  
24 節，檢察官已盡主張及舉證責任，而指出證明之方法，原審  
25 認為本案檢察官未就構成累犯之事實及應加重其刑之具體事  
26 項，提出相關證明方法，而未論以累犯，也未說明是否應依  
27 累犯規定加重其刑，即有違誤。
- 28 (二)又原審判決於「論罪科刑」（二）部分，雖說明：「仍可就  
29 被告可能構成累犯之前科、素行資料，列為刑法第57條第5  
30 款所定『犯罪行為人之品行』之審酌事項，基於重複評價禁  
31 止之精神，……，爰毋庸依職權調查並為相關之認定。」等

語，因而未針對累犯予以調查認定。但原審於為「論罪科刑」（三）關於「刑罰裁量」部分，其中記載之審酌事項，並未記載有「犯罪行為人之品行」相關之內容，無法判斷原審於量刑時，是否已將被告前科資料列為刑法第57條第5款之審酌事項內。但審酌原審審理時，蒞庭檢察官已對被告具體求刑7月，原審亦判處被告有期徒刑7月，本院認原審所量處之有期徒刑7月，仍稱妥適。則依上開說明，起訴檢察官已就構成累犯之事實及應加重其刑之事項提出主張及具體證明之方法，法院即應於踐行調查、辯論程序後，不論是否認為構成累犯，應否依刑法第47條第1項規定加重其刑，均應具體說明其斟酌取捨、及據以量定刑罰之理由，若法院對此未為說明，即難謂無判決不備理由之違法，依上開說明，也不能以程序有無害瑕疵情形，而予以維持，仍應以判決有不適用法則之違誤，而予以撤銷改判。

(三)綜上所述，原審認被告本案所為，罪證明確，因而予以論科，固非無見。惟原審關於是否構成累犯，及累犯應否加重等情，既有上開違誤，應由本院就原審科刑部分予以撤銷改判。

#### 四、科刑：

(一)被告前因毒品危害防制條例案件，經法院分別判處罪刑，再經臺灣嘉義地方法院以105年度聲字第1110號裁定定應執行有期徒刑2年5月確定，與另案（臺灣嘉義地方法院105年度易字第870號確定判決）刑期有期徒刑6月接續執行，於107年5月31日縮短刑期假釋，嗣假釋遭撤銷，所餘殘刑9月19日於110年9月11日執行完畢，接續執行他刑，此有裁定書、判決書、檢察官執行指揮書電子檔、本署刑案資料查註記錄表及矯正簡表可佐。其於有期徒刑執行完畢5年以內故意再犯本件有期徒刑以上之罪，該當刑法第47條第1項之累犯。

(二)被告前因施用毒品毒品案件，經本院裁定應執行有期徒刑2年6月確定，並與他案殘刑接續執行，於108年7月10日執行完畢，有被告前案紀錄表在卷為憑，5年以內再犯本案有期

01 徒刑以上之罪，為累犯，考量上述罪行與本案罪行，罪質相  
02 同，足認被告有其特別惡性及對刑罰反應力薄弱等情事，應  
03 依刑法第47條第1項規定加重其刑。

04 (三)爰審酌被告前因施用毒品案件，經觀察、勒戒後，猶不思澈  
05 底戒毒，竟再犯本案之施用第一級毒品及第二級毒品犯行，  
06 足見其未能省思施用毒品所造成之危害，戒毒之意志不堅，  
07 實應予譴責。惟念被告犯後坦認犯行，且施用毒品乃自戕行  
08 為，對社會治安雖具危險性，然所造成之危害尚非直接甚  
09 鉅，又施用毒品者均有相當程度之心理依賴，應以病人之角  
10 度為考量，側重適當之醫學治療及心理矯治為宜，與一般刑  
11 法犯罪之本質尚非相同，兼衡被告之犯罪動機、手段及其於  
12 本院審理中自陳之智識程度與經濟狀況、前科素行等一切情  
13 狀，及原審蒞庭檢察官之求刑，量處如主文第二項所示之  
14 刑。

15 據上論結，應依刑事訴訟法第369條第1項前段、第364條、第29  
16 9、第371條，判決如主文。

17 本案經檢察官劉穎芳提起公訴及上訴，檢察官劉玲興到庭執行職  
18 務。

19 中 華 民 國 113 年 12 月 17 日  
20 刑事第三庭 審判長法官 吳進寶  
21 法官 呂明燕  
22 法官 邱明弘

23 以上正本證明與原本無異。

24 不得上訴。

25 中 華 民 國 113 年 12 月 17 日  
26 書記官 陳旻萱

27 附錄本判決論罪科刑法條：

28 毒品危害防制條例第10條

29 施用第一級毒品者，處6月以上5年以下有期徒刑。

30 施用第二級毒品者，處3年以下有期徒刑。