最高法院刑事判決

114年度台非字第125號

上　訴　人　最高檢察署檢察總長
被　　告　陳景心

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例等罪案件，對於臺灣高等法院臺中分院中華民國109年4月22日第二審確定判決（109年度上訴字第360號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署107年度偵字第23280、25380號，107年度毒偵字第3641號），認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主　文

原判決及第一審判決關於第一審判決附表三編號1、2所示罪刑部分均撤銷。

陳景心犯施用第一級毒品罪，處有期徒刑玖月。又犯施用第二級毒品罪，處有期徒刑肆月，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法則不當者，為違背法令，刑事訴訟法第378條定有明文。又依法應於審判期日調查之證據未予調查，致適用法令違誤，而顯然於判決有影響者，該項判決即屬違背法令，得提起非常上訴，亦經司法院大法官釋字第181號著有解釋。故事實審法院對於被告有無累犯之事實，應否適用刑法第47條第1項累犯之規定加重其刑，即屬法院認定事實與適用法律之基礎，客觀上有其調查之必要性，應依職權加以調查。倘被告並非累犯，而事實審未加詳查，致判決誤用累犯之規定論處，自屬刑事訴訟法第379條第10款規定所稱依法應於審判期日調查之證據而未予調查，其判決當然為違背法令。又累犯之成立，以受徒刑之執行完畢，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，為其要件，此觀刑法第47條第1項之規定自明。二、本件被告陳景心前於民國92年間，因施用毒品案件，經臺灣臺中地方法院裁定送觀察、勒戒後，認有繼續施用毒品之傾向，再經同法院裁定送強制戒治，於92年3月20日執行完畢，並經臺灣臺中地方檢察署檢察官以92年度戒毒偵字第190號為不起訴處分確定，又於前揭強制戒治執行完畢釋放後5年內之94年間，因施用毒品案件，經臺灣臺中地方法院以94年度訴字第3728號判決判處有期徒刑10月確定；再於101年間，因施用毒品案件，經該院以101年度訴字第14號判決判處有期徒刑11月確定，於102年7月26日縮刑期滿執行完畢。詎又各基於施用第一級毒品、第二級毒品之犯意，於如附表三（按：指本件第一審判決附表三，下同）編號1、2所示之時間、地點，以如附表三編號1、2所示之方式，施用毒品海洛因、甲基安非他命各1次。惟依附表三所載被告施用第一及第二級毒品之時間均為107年8月13日8時許，顯已超過前開102年7月26日執行完畢5年之期限，自不得以累犯論處。乃原判決誤認為累犯並加重其刑，自有判決適用法則不當及依法應於審判期日調查之證據而未予調查之違背法令。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。」等語。

貳、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。本件第一審判決認定被告陳景心前於民國92年間，因施用毒品案件，經第一審法院（即臺灣臺中地方法院，下稱臺中地院）裁定送觀察、勒戒、強制戒治後，於92年3月20日執行完畢，經臺灣臺中地方檢察署檢察官以92年度戒毒偵字第190號為不起訴處分確定，又於前揭強制戒

治執行完畢釋放後5年內之94年間，因施用毒品案件，經臺中地院以94年度訴字第3728號判決判處有期徒刑10月確定；再於101年間，因施用毒品案件，經同法院以101年度訴字第14號判決判處有期徒刑11月確定，於102年7月26日縮刑期滿執行完畢等情，有臺灣高等法院被告前案紀錄表在卷可稽。第一審判決認定被告有其犯罪事實欄一之㈣即其附表三編號1、2所載，各基於施用第一級毒品、第二級毒品之犯意，於107年8月13日8時、8時3分許，在○○市○○區○○路0段000號之友人住處，犯施用第一級毒品海洛因、第二級毒品甲基安非他命罪時，已非於受有期徒刑之執行完畢後5年以內故意再犯，即與刑法第47條第1項有關累犯加重其刑之規定不合，應不成立累犯。第一審判決不察，乃論以累犯並加重其刑，原判決亦不察，引用第一審判決書記載之事實、證據及理由，維持第一審上開部分之判決，而駁回被告此部分之第二審上訴，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，洵有理由，應由本院將原判決及第一審判決關於上開部分撤銷，改判如主文第二項所示之罪刑，並就施用第二級毒品部分，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，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　7　　月　　24　　日

刑事第二庭審判長法　官　林立華

法　官　莊松泉

法　官　李麗珠

法　官　陳如玲

法　官　王敏慧

本件正本證明與原本無異

書記官　游巧筠

中　　華　　民　　國　　114　　年　　7　　月　　29　　日

附錄本案論罪科刑法條：

毒品危害防制條例第10條：

施用第一級毒品者，處六月以上五年以下有期徒刑。
施用第二級毒品者，處三年以下有期徒刑。