

最高法院刑事判決

111年度台非字第78號

上訴人 最高檢察署檢察總長

被告 方盈傑

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，對於臺灣高等法院高雄分院中華民國110年12月16日第二審確定判決（110年度上訴字第767號，起訴案號：臺灣屏東地方檢察署108年度偵字第10921號），認為部分違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於罪刑部分撤銷，由臺灣高等法院高雄分院依判決前之程序更為審判。

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；依法應於審判期日調查之證據未予調查者，其判決當然違背法令，刑事訴訟法第378條、（第）379條第10款分別定有明文。又受有期徒刑之執行完畢，或受無期徒刑或受有期徒刑一部之執行而赦免後，5年以內再犯有期徒刑以上之罪者，始為累犯，刑法第47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，該項確定判決即屬違背法令，得提起非常上訴，亦經司法院大法官會議釋字第181號解釋在案。是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事項，客觀上有調查之必要，應依職權加以調查，倘被告並非累犯，而事實審並未詳加調查，致判決時依累犯之規定論處，即屬刑事訴訟法第379條第10款所規定，依法應於審判期日調查之證據而未予調查，其判決當然違背法令。二、本件臺灣高等法院高雄分院110年度上訴字第767號刑事確定判決（下稱原判決）所認定構成累犯之理由為『被告前因重利案件，經臺灣屏東地方法院以101年度簡字（第）2210號判決有期徒刑4月（共2罪）確定；違反毒品（危害）防制條例案件，經同院以101年（度）簡字（第）2448號判決有期徒刑6

月確定，上開2案件復經同院以102年度聲字第787號裁定定應執行有期徒刑1年確定，被告於102年8月22日易科罰金執行完畢之情，有臺灣高等法院被告前案紀錄表在卷可考。則被告受徒刑執行完畢後，5年內故意再犯本案有期徒刑以上之罪，為累犯，應依刑法第47條第1項規定加重其刑。』等情。惟查，原判決所認定被告之犯罪事實為『方盈傑明知甲基安非他命、3,4-亞甲基雙氧甲基安非他命為毒品危害（防制）條例第2條第2項第2款所定之第二級毒品，不得持有，又明知愷他命、甲基苯乙基胺戊酮、氯乙基卡西酮、4-甲基甲機卡西酮（Mephedrone）、bk-DMBDB、硝甲西洋、3,4-亞甲基雙氧苯基二甲胺丁酮、3,4-亞甲基雙氧苯基乙基胺戊酮為毒品危害（防制）條例第2條第2項第3款所定之第三級毒品，氯二氮平為毒品危害（防制）條例第2條第2項第4款所定之第四級毒品，竟基於意圖販賣而持有第三、四級毒品及持有第二級毒品之犯意，於民國108年1月20日15時45分許，被搜索查獲前某日，在不詳地點，向姓名不詳之成年人，以新臺幣15萬元，購買附表一所示之第二、三、四級毒品，及如附表二、附表三編號1、3、4、8-12、16-18所示之物，並將上開物品藏放於其屏東縣屏東市○○路○○號住處而非法持有附表一編號6至8所示之第二級毒品甲基安非他命、3,4-亞甲基雙氧甲基安非他命，並以附表二、附表三編號1、3、4、8-12、16-18所示之物分裝附表一編號1至5、9至11所示之第三、四級毒品欲伺機販售，但尚未著手銷售之行為。嗣警於108年1月20日15時45分許，持臺灣屏東地方法院108年度聲搜字第68號搜索票搜索方盈傑上址住處，扣得如附表一至三所示之物，始查悉上情。』等情。本件原判決所認定被告之犯罪時間係『108年1月20日15時45分許，被搜索查獲前某日』，而認定被告構成累犯之前犯罪執行完畢日期為『102年8月22日易科罰金執行完畢。』此並有全國刑案資料查註表附卷可稽。是原判決認定被告構成累犯之前案至107年8月21日已屆滿5年，而認定被告之犯罪時間係『108年1月20日

01 15時45分許，被搜索查獲前某日』之不確定時間。則原判決
02 係如何認定被告本件犯罪是在107年8月21日已屆滿5年之前
03 ，並未詳予調查，並於理由說明，即逕認被告係『受徒刑執
04 行完畢後，5年內故意再犯本案有期徒刑以上之罪，為累犯
05 ，應依刑法第47條第1項規定加重其刑。』，自有判決適用
06 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
07 法令情事。三、案經確定，且於被告不利，爰依刑事訴訟法
08 第441條、第443條提起非常上訴，以資糾正。」等語。

09 貳、本院按：

10 一、刑法第47條第1項規定，受徒刑之執行完畢，或一部之執行
11 而赦免後，5年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯
12 。又判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟
13 法第378條定有明文。另依法應於審判期日調查之證據，未
14 予調查，致適用法令違誤，而顯然於判決有影響者，該項確
15 定判決，即屬違背法令，應有刑事訴訟法第447條第1項第1
16 款規定之適用（司法院釋字第181號解釋參照）。

17 二、經查：

18 (一)原判決認定被告方盈傑有如其事實欄所載犯行，因而撤銷第
19 一審之科刑判決，並就意圖販賣而持有第二級毒品罪嫌部分
20 變更起訴法條，改判依想像競合犯關係，從一重論處被告意
21 圖販賣而持有第三級毒品罪刑（累犯，處有期徒刑3年10月
22 ），嗣被告提起上訴，經本院111年度台上字第1411號判決
23 ，以其上訴不合法律上之程式，予以駁回，因而確定，合先
24 說明。

25 (二)原判決理由欄載敘：被告為本件犯行前，曾因案經臺灣屏東
26 地方法院101年度簡字第2210號判決論處2罪刑（均有期徒刑
27 4月）、同院101年度簡字第2448號判決論處1罪刑（有期徒
28 刑6月）確定，上開3罪所處之刑嗣經臺灣屏東地方法院102
29 年度聲字第787號裁定定應執行有期徒刑1年確定，並於民國
30 102年8月22日易科罰金執行完畢，有臺灣高等法院被告前案
31 紀錄表附卷可按等語（見原判決第12頁）。依上開說明，被

告於102年8月22日受上開徒刑之執行完畢後，5年以內即107年8月21日以前，故意再犯有期徒刑以上之罪者，始符合前揭累犯之要件。

(三)原判決雖認定被告本件犯行構成累犯，並加重其刑。惟其實欄記載：被告基於意圖販賣而持有第三、四級毒品及持有第二級毒品之犯意，於108年1月20日15時45分（按至同日17時15分止）許，「被搜索查獲前某日」，在不詳地點，向姓名不詳之成年人，以新臺幣15萬元，購買原判決附表（下稱附表）一所示之第二、三、四級毒品，及如附表二、附表三編號1、3、4、8-12、16-18所示之物，並將上開物品藏放於其屏東縣屏東市○○路○○號住處而非法持有附表一編號6至8所示之第二級毒品甲基安非他命、3,4-亞甲基雙氧甲基安非他命，並以附表二、附表三編號1、3、4、8-12、16-18所示之物分裝附表一編號1至5、9至11所示之第三、四級毒品欲伺機販售，但尚未著手銷售之行為等旨（見原判決第1至2頁）。理由欄則敘明：本件被告遭查獲之上開毒品皆色澤明亮且均無氧化潮解現象，應係「被告於被逮捕前不久」（按即搜索查獲之108年1月20日17時15分許前不久）向不詳姓名成年人買入等旨（見原判決第5頁）。則依原判決上開事實及理由欄載敘，似認被告本件意圖販賣而持有上開毒品犯行之時間，係自108年1月20日被搜索查獲（即被逮捕）前某日購入毒品後，至上開被搜索查獲時為止（犯罪行為之繼續）。則關於被告購入毒品而持有之時間，究係始於107年8月21日以前，因而構成累犯，抑或在107年8月21日後，而不構成累犯，尚屬未明。此攸關被告是否構成累犯並加重其刑之判斷，自有調查、釐清之必要。

(四)乃原判決未詳為調查，遽行認定被告本件所犯之罪，係在有期徒刑執行完畢後5年內故意再犯，而論以累犯並加重其刑，自屬應於審判期日調查之證據而未予調查之違法，致適用法令發生疑義，且於判決之結果顯然有影響，非僅訴訟程序違背法令。案經確定，且於被告不利，非常上訴意旨執以指

01 摘，洵有理由。為維持被告之審級利益，應由本院將原判決
02 關於罪刑部分撤銷，由原審法院依判決前之程序更為審判，
03 以資救濟。至原判決諭知沒收及沒收銷燬部分，依沒收新制
04 ，係具有獨立性之法律效果，已非從刑，非常上訴意旨亦未
05 指摘原判決此部分有何違法，自不在本院審判範圍，附此說
06 明。

07 (五)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
08 張並具體指出證明之方法後，經法院踐行調查、辯論程序，
09 方得作為論以累犯及是否加重其刑之裁判基礎。此為本院最
10 近統一之見解。原審法院更為審判時，宜一併注意及之。

11 據上論結，應依刑事訴訟法第447條第2項前段，判決如主文。

12 中 華 民 國 111 年 6 月 15 日

13 刑事第六庭審判長法官李英勇

14 法官洪兆隆

15 法官楊智勝

16 法官吳冠霆

17 法官邱忠義

18 本件正本證明與原本無異

19 書記官

20 中 華 民 國 111 年 6 月 17 日