

臺灣高等法院臺中分院刑事判決

112年度上易字第1068號

上訴人

即被告 盧春益

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣臺中地方法院112年度易字第2396號中華民國112年10月16日第一審判決（起訴案號：臺灣臺中地方檢察署112年度毒偵字第2111號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

- ☐原判決關於施用第二級毒品罪部分，撤銷。
- ☐盧春益施用第二級毒品，累犯，處有期徒刑參月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。
- ☐其餘上訴駁回。

犯罪事實

一、盧春益前曾：1、於民國105年9月5日，因施用第二級毒品之2罪案件，由臺灣臺中地方法院以105年度審簡字第890號分別判處有期徒刑4月（均得易科罰金），應執行有期徒刑7月（得易科罰金）確定；2、又於105年11月7日，因施用第一級毒品案件，經臺灣臺中地方法院以105年度審訴字第1299號判處有期徒刑1年確定；3、再於106年2月18日，因施用第一級毒品案件，由臺灣臺中地方法院以105年度審訴字第1860號判處有期徒刑1年確定，上揭1至3所示刑期嗣經臺灣臺中地方法院以106年度聲字第1264號裁定應執行有期徒刑2年3月確定，在監執行後，於109年7月27日假釋付保護管束，並因前開保護管束期間於同年8月22日期滿未經撤銷而視為執行完畢。其復曾因施用第二級毒品案件，經送執行觀察、勒戒後，因認無繼續施用毒品之傾向，於111年9月2日執行完畢釋放，並由臺灣臺中地方檢察署檢察官以111年度毒偵字第1633號為不起訴之處分確定。詎仍未知警惕，於前開觀察、勒戒執行完畢釋放後3年內：（一）另行基於施用第

二級毒品甲基安非他命之犯意，於112年3月30日18時許，在彰化縣員林市某工地內，以將甲基安非他命置於玻璃球燒烤待產生煙霧後再吸入體內之方式，施用第二級毒品甲基安非他命1次；(二)又另行基於施用第一級毒品海洛因之犯意，於112年3月31日22時許，在其位於臺中市○○區○○路000號00樓之0住處內，以將第一級毒品海洛因摻入香菸內吸食之方式，施用第一級毒品海洛因1次。嗣盧春益經警方通知於112年4月2日前至警局定期採尿之際，於有偵查犯罪職權之機關或個人發覺其上開施用第二級毒品甲基安非他命1次之犯罪前，於同日自動向警方坦承有前揭施用第二級毒品甲基安非他命1次之行為而自首，並主動接受裁判，且為警於該日12時15分許採集其尿液送驗後，除經檢出甲基安非他命之陽性反應外，亦呈海洛因之代謝物嗎啡之陽性反應，乃為警另查悉其上開施用第一級毒品海洛因1次之犯行。

二、案經臺中市政府警察局烏日分局報請臺灣臺中地方檢察署檢察官偵查起訴。

理 由

一、程序部分及證據能力之說明：

(一)本院審理範圍之說明：

按刑事訴訟法第348條固明定：「(第1項)上訴得對於判決之一部為之。(第2項)對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。但有關係之部分為無罪、免訴或不受理者，不在此限。(第3項)上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之」，而容許上訴權人僅針對刑、沒收或保安處分一部提起上訴；惟上開刑事訴訟法第348條第3項所謂之「明示」，係指上訴人以書狀或言詞直接將其上訴範圍之效果意思表示於外而言（最高法院111年度台上字第3398號刑事判決意旨參照）。本案依上訴人即被告盧春益（下稱被告）所提之「刑事上訴理由狀」（見本院卷第5至9頁），已載明其對於原判決之施用第一級毒品、第二級毒品罪均不服而提起上訴之旨（見本院卷第7頁），雖其上訴理由主要係對於原判決就前開2罪之量刑認有過重，然被告既未明示僅對原判決上開2罪之「刑」一部上訴，為保障被告

之上訴權益，自應認被告係對原判決全部不服聲明上訴，而俱為本院審理之範圍。

(二)證據能力方面：

按刑事訴訟法第159條之5規定：「（第1項）被告以外之人於審判外之陳述，雖不符前4條之規定，而經當事人於審判程序同意作為證據，法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認為適當者，亦得為證據。（第2項）當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有第159條第1項不得為證據之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同意」，其立法意旨在於傳聞證據未經當事人之反對詰問予以核實，原則上先予排除，惟若當事人已放棄詰問或未聲明異議，基於證據資料愈豐富，愈有助於真實發現之理念，且強化言詞辯論原則，法院自可承認該傳聞證據例外擁有證據能力。經查，被告於本院審理時經合法傳喚而無正當之理由未到庭，本院依法行一造辯論判決；有關下述所引用未符合刑事訴訟法第159條之1至第159條之4所示之證據，業經本院於審理時當庭直接提示而為合法之調查，且未據檢察官於言詞辯論終結前聲明異議（見本院卷第97至100頁），亦未經被告於本院審理言詞辯論終結前具狀聲明異議，本院審酌前開證據作成或取得之狀況，並無非法或不當取證之情事，故認為俱屬適當而得以作為證據，是前開證據依刑事訴訟法第159條之5之規定，均具有證據能力。

二、本院認定事實所憑之證據及理由：

被告於本院審理時經合法傳喚而無正當之理由未到庭，惟前揭其所為施用第一級毒品海洛因、第二級毒品甲基安非他命各1次之犯行，已據被告於警詢時自首上開施用第二級毒品甲基安非他命1次之行為（見毒偵卷第49頁），且經被告於原審準備程序及審理時均自白前開施用第一級毒品、第二級毒品之行為（見原審卷第51、57頁），並有員警製作之職務報告、臺中市政府警察局烏日分局委託鑑驗尿液代號與真實姓名對照表、欣生生物科技股份有限公司出具之濫用藥物尿液檢驗報告各1份（見毒偵卷第45、53、57頁）在卷可稽，足認被告自首其上開施用第二級毒品甲基安非他命1次之犯

罪，及對於其施用第一級毒品海洛因1次犯行之自白，核均與事實相符而為可信，本件事證明確，被告前開施用第一級毒品海洛因及施用第二級毒品甲基安非他命各1次之犯行，均足可認定。

三、法律適用方面：

- (一)查被告前曾因施用第二級毒品案件，經送執行觀察、勒戒後，因認無繼續施用毒品之傾向，於111年9月2日執行完畢釋放，並由臺灣臺中地方檢察署檢察官以111年度毒偵字第1633號為不起訴之處分確定，此有臺灣高等法院被告前案紀錄表1份（見本院卷第40至41、46頁）在卷可考；被告於前開觀察、勒戒執行完畢釋放後3年內，再犯本案之施用第一級毒品海洛因、施用第二級毒品甲基安非他命各1次之犯行，合於毒品危害防制條例第23條第2項之規定，檢察官依法提起公訴，程序上並無不合（最高法院109年度台上字第3826號刑事判決意旨參照）。
- (二)核被告如犯罪事實欄一、(一)所為，係犯毒品危害防制條例第10條第2項之施用第二級毒品罪；又其如犯罪事實欄一、(二)所為，則係犯同條第1項之施用第一級毒品罪。被告因施用第一級毒品、施用第二級毒品，而各持有第一級毒品、第二級毒品之低度行為，應分別為其施用第一級毒品、第二級毒品之高度行為所吸收，均不另論罪。
- (三)被告所犯上揭施用第一級毒品、施用第二級毒品之2罪間，犯意各別，行為互異，應予分論併罰。
- (四)本案依檢察官起訴書、原審及本院審理到庭檢察官之主張及舉證，可知被告前曾：1、於105年9月5日，因施用第二級毒品之2罪案件，由臺灣臺中地方法院以105年度審簡字第890號分別判處有期徒刑4月（均得易科罰金），應執行有期徒刑7月（得易科罰金）確定；2、又於105年11月7日，因施用第一級毒品案件，經臺灣臺中地方法院以105年度審訴字第1299號判處有期徒刑1年確定；3、再於106年2月18日，因施用第一級毒品案件，由臺灣臺中地方法院以105年度審訴字第1860號判處有期徒刑1年確定，上揭1至3所示刑期嗣經臺灣臺中地方法院以106年度聲字第1264號裁定應執行有期徒

刑2年3月確定，在監執行後，於109年7月27日假釋付保護管束，並因前開保護管束期間於同年8月22日期滿未經撤銷而視為執行完畢，且有臺灣高等法院被告前案紀錄表1份（見本院卷第37至40頁）在卷可按。被告於受上開有期徒刑執行完畢後，5年以內故意再犯前開本件有期徒刑以上之2罪，均為累犯。本院參酌司法院釋字第775號解釋意旨，認被告未因前案刑之執行完畢產生警惕，竟再於本案為罪質相同之施用第一級毒品海洛因、第二級毒品甲基安非他命犯行，足見被告前案有期徒刑之執行成效未彰，其對於刑罰之反應力薄弱，且衡諸其本件施用第一級毒品海洛因、第二級毒品甲基安非他命之犯罪情節，並無因累犯之加重而致生罪刑不相當之情事，爰均依刑法第47條第1項之規定，分別加重其刑。

(五)被告係經警方通知於112年4月2日前至警局定期採尿之際，於有偵查犯罪職權之機關或個人發覺其上開施用第二級毒品甲基安非他命1次之犯罪前，於同日自動向警方坦承有前揭施用第二級毒品甲基安非他命1次之行為而自首，並主動接受裁判，且為警於該日12時15分許，採集其尿液送驗後，除經檢出甲基安非他命之陽性反應外，亦呈海洛因之代謝物嗎啡之陽性反應，乃為警另查悉其上開施用第一級毒品海洛因1次之犯行等情，有被告之警詢筆錄及警方之職務報告各1份（見毒偵卷第45、49頁）在卷可憑，被告就上揭施用第二級毒品甲基安非他命1次之犯行，符合法定自首之要件，爰依刑法第62條前段之規定減輕其刑；且被告所為施用第二級毒品罪部分，前分別有加重、減輕之事由，依法應先加後減之。

(六)按「犯第4條至第8條、第10條或第11條之罪，供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑」，固為毒品危害防制條例第17條第1項所明定。惟被告於偵訊時經傳喚未到，且其於警詢時並未坦認有施用第一級毒品海洛因之行為，自無供出此部分毒品來源可言（見毒偵卷第47至51頁）；至被告於警詢時雖供述其所施用之第二級毒品甲基安非他命，係向某一不認識之男子所購入等語（見毒偵卷第50

頁），然並未提供此部分毒品來源之真實姓名、年籍或連絡電話供以追查，故無法追緝毒品上手，亦未因此查獲其他正犯，有臺灣臺中地方檢察署112年12月19日中檢介助令112毒偵2111字第170382號函（見本院卷第67頁）、臺中市政府警察局烏日分局112年12月25日中市警烏分偵字第1120097308號函附之職務報告（見本院卷第69至71頁）在卷可明，是被告本案所為施用第一級毒品、施用第二級毒品之罪，均無毒品危害防制條例第17條第1項規定之適用，附此敘明。

- （七）被告上訴意旨固略以：伊於警詢時已據實陳述毒品來源，但確不知毒品來源者之真實姓名及年籍資料，雖無從追查毒品上手，但業已全力配合，且於原審自白認罪，其曾於112年6月左右，因發生車禍致右手粉碎性骨折，請斟酌其犯後態度及身體狀況，依刑法第59條之規定酌減其刑，並就施用第一級毒品罪部分，改為科處得易科罰金之刑，以免受牢獄之苦等語。然按「犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，得酌量減輕其刑」，固為刑法第59條所明定。然刑法第59條之酌量減輕其刑，必於犯罪另有特殊之原因與環境等，在客觀上足以引起一般之同情，認為即予宣告法定低度刑期猶嫌過重者，始有其適用；至於行為人之身體狀況、犯後態度等情，均僅可作為在法定刑內科刑之標準，不得據為酌量減輕其刑之理由（最高法院28年上字第1064號、45年台上字第1165號、51年台上字第899號刑事判決意旨參照）。是被告以前開自述之身體狀況及其犯罪後之態度等情，請就其所犯施用第一級毒品、第二級毒品之2罪，均依刑法第59條之規定酌減其刑，已難認適當。又本院酌以毒品為我國嚴禁之違禁物，非經許可，不得施用，被告上揭施用第一級毒品、第二級毒品之犯罪情狀，在客觀上實難認有何足以引起社會上一般人之同情而顯可憫恕、或認科以最低度刑仍嫌過重者之情形，自均不合於刑法第59條之規定，而被告所犯施用第一級毒品部分，亦無可據此改為科處得易科罰金之刑，被告前開上訴內容，為無理由。

四、本院駁回上訴（指原判決關於施用第一級毒品罪）部分：

原審認被告所為施用第一級毒品海洛因1次之犯行，事證明確，乃審酌被告前有多次施用毒品前科（註：指上開構成累犯以外之其餘施用毒品前案紀錄，其構成累犯部分在此不予重覆評價，由本院逕予附註），竟仍無視於毒品對於自身健康之戕害及國家對於杜絕毒品犯罪之禁令，一犯再犯，顯見上開刑罰實難收警惕之效，自不宜輕縱，應予嚴懲，惟斟酌修正後刑法刪除連續犯之規定，即採一罪一罰之刑事政策，為避免刑罰輕重失衡，及考量被告施用第一級毒品僅戕害己身，犯後坦承犯行，態度尚屬良好等一切情狀，於其據上論斷欄中，依判決格式簡化原則，引用刑事訴訟法第273條之1第1項、第299條第1項前段、第310條之2、第454條第2項等程序法條文規定，判處被告「施用第一級毒品，累犯，處有期徒刑柒月」，核原判決此部分之認事、用法並無不當，本院兼為考量被告在原審自述之智識程度及家庭狀況等情（見原審卷第61頁），認原判決該部分之量刑亦稱妥適。被告就此部分上訴意旨，以其身體狀況及犯後態度等情，請求適用刑法第59條之規定，並改為判處得易科罰金之刑，依本判決前開理由欄三、(七)所示之論述，為無理由，應予駁回。

五、本院將原判決關於施用第二級毒品罪部分，予以撤銷改判之說明：

- (一)原審認被告所為施用第二級毒品罪之事證明確，予以論罪科刑，固非無見。惟查，原審未予調查認定被告所犯施用第二級毒品罪部分，合於自首之規定【參見本判決理由欄三、(五)所載】，尚有未合。被告就此部分提起上訴，執詞請求適用刑法第59條之規定，依本判決前開理由欄三、(七)所示內容，固非有理由；惟原判決關於其施用第二級毒品罪部分，既有本段上揭未予調查認定被告自首之瑕疵，即屬無可維持，自應由本院將原判決關於施用第二級毒品罪，予以撤銷改判。
- (二)爰審酌被告於本案行為前，已曾有多次施用毒品之前案紀錄（其中構成累犯部分，不予重覆評價）之素行（有臺灣高等法院被告前案紀錄表在卷可考），其犯罪之動機、目的係因未能自我克制施用毒品之心態，於原審自陳之智識程度、家

庭狀況（見原審卷第61頁），如犯罪事實欄一、（一）所示施用第二級毒品甲基安非他命1次之犯罪手段、情節，施用毒品係戕害自身健康，及其犯後自首並坦承犯行，態度良好等一切情狀，量處如主文第二項所示之刑，並諭知易科罰金之折算標準，以示懲儆。

六、被告於本院審理期日經合法傳喚，無正當之理由未到庭，爰不待其陳述逕行判決。

據上論斷，應依刑事訴訟法第371條、第368條、第369條第1項前段、第364條、第299條第1項前段（依判決格式簡化原則，僅引用程序法條文），判決如主文。

本案經檢察官吳錦龍提起公訴，檢察官謝岳錦到庭執行職務。

中 華 民 國 113 年 2 月 22 日

刑事第十二庭 審判長法官 張國忠
法官 高文崇
法官 李雅俐

以上正本證明與原本無異。

不得上訴。

書記官 陳宜廷

中 華 民 國 113 年 2 月 22 日

附錄論罪科刑法條：

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。