臺灣高等法院臺中分院刑事判決

115年度上易字第155號

上　訴　人
即　被　告　曾湧泉
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000

上列上訴人即被告因毒品危害防制條例案件，不服臺灣苗栗地方法院114年度易字第837號中華民國114年12月23日第一審判決（起訴案號：臺灣苗栗地方檢察署114年度毒偵字第693號、第1152號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

犯罪事實及理由

一、本案經本院審理結果，認原審判決所為認事用法均無不當，量刑亦屬妥適，應予維持，並引用原審判決書之記載（如附件）。

二、被告上訴意旨略以：針對起訴書犯罪事實一、㈠被告坦承吸食毒品，亦自願接受採尿，足認符合自首之要件，警詢表達時，因為我聲音沙啞，警察可能有聽錯，那時候車禍有點不舒服，我是講2、3天，聽成2、3個月，警詢時有記載錯誤（按指其最近一次施用時間是在2、3天前）；原審針對起訴書犯罪事實一、㈡認為被告符合自首之要件，所為量刑卻較無自首之起訴書犯罪事實一、㈠之刑度為重，顯與法令不符；被告係基於單一施用毒品的犯意而為施用，幾乎每天都在吃，故起訴書犯罪事實一、㈠㈡應論以接續犯；綜上所述，請撤銷原判決從輕量刑等語。

三、本院之判斷

㈠對於未發覺之罪自首而受裁判者，得減輕其刑，刑法第62條前段定有明文。所稱「自首」須於尚未發覺犯人之前，主動

向有偵查犯罪權限之公務員或機關陳述其犯罪事實，進而接受裁判。經查：被告如原審判決所引起訴書犯罪事實一、㈠（下稱犯罪事實一、㈠）所示施用毒品之犯行，係因被告施用毒品後駕車自撞發生交通事故，員警據報前往現場處理時，發現被告所駕駛之汽車內散發疑似毒品氣味，經員警目視發現車內有毒品甲基安非他命（嗣經鑑驗未檢出毒品成分），被告乃自願受搜索及採尿等情，有苗栗縣警察局頭份分局刑事案件移送書、解送人犯報告書、自願受搜索同意書、搜索扣押筆錄、扣押物品收據、扣押物品目錄表、苗栗縣警察局查獲施用（持有）毒品案件經過情形紀錄表、毒品初步鑑驗報告單等在卷（見114毒偵693卷第33至35、41至43、44頁反面、45頁反面、47頁）可稽。而被告於114年6月12日警詢時供稱：我最近一次吸是前1、2個月在朋友家裡吸食甲基安非他命等語（見114毒偵693卷第38頁），復於同日偵查中供稱：我最後1次施用是在8、9天前在朋友位於苗栗南庄的家施用（見114毒偵693卷第94頁），無論何者均非其於本院所辯稱之查獲前2、3日施用（見本院卷第104、107頁），且其上開警偵訊所供最後一次施用毒品之日期，與吾人從事司法審判實務經驗所知，施用毒品者至遲於施用後4、5日內可自尿液中檢出毒品相關反應之時程均有不符，所辯已難採信。被告係於114年7月2日驗尿結果出爐並檢出毒品陽性反應後，方於114年9月16日偵查中坦承於114年6月10日上午8時許施用毒品一情（見114毒偵1152卷第88頁）並予自白犯罪，與自首要件並不相符。被告上訴指摘其犯罪事實一、㈠所示犯行應該當自首，為本院所不採信。

㈡又被告係於114年6月10日、8月11日之不同時間各別施用毒品，所施用毒品之方式亦不相同（犯罪事實一、㈠係將毒品放置玻璃球內燒烤吸食；犯罪事實一、㈡係將毒品放置錫箔紙上燒烤吸食），足見2次犯行時間可分、施用方式不同，顯非基於單一犯意接續而為。被告上訴意旨認應論以接續犯之一罪，亦無可採。

㈢原審認被告本案2次施用毒品之犯罪事證明確，予以論罪科刑，並就犯罪事實一、㈡適用刑法第62條前段自首規定減輕其刑後，再以行為人之責任為基礎，審酌「被告因施用毒品，經送觀察、勒戒，甫於113年9月4日釋放出所，惟其未思積極戒毒，於前開觀察、勒戒釋放後3年內再犯本件施用第一級毒品海洛因、第二級毒品甲基安非他命犯行，足見其自我控制能力低落，未能體悟施用毒品對自己、家人造成之傷害及社會之負擔，其行為自應非難；兼衡其坦承犯行之犯後態度，自陳國中畢業之智識程度，原從事伐木、幫忙搭建婚喪喜慶會場地等零工、月入約新臺幣2至3萬元之家庭經濟狀況，暨其本件先後2次為警查獲施用毒品，後案同時查獲第二級毒品甲基安非他命之犯罪情節較前案為重」等一切情狀，分別量處如原判決主文所示之刑。復審酌被告所犯各罪之時間、空間之密接程度、不法內涵、侵害法益程度等情，為整體非難評價後，定其應執行之刑如原判決主文所示。已充分審酌被告犯案情節之輕重及刑減輕事由之有無，業針對刑法第57條各款事項而為妥適量刑，所為量刑在法定刑度內，酌量科刑，無顯然失當或違反平等、比例及罪刑相當原則者，亦無偏執一端，致明顯失出失入情形。

㈣被告上訴意旨以其犯罪事實一、㈠之犯行應依自首規定減輕其刑，及所犯2次施用毒品應論以接續犯等情，均不可採，已如前述，茲不再重複贅述。至其主張犯罪事實一、㈡所為量刑較犯罪事實一、㈠之無適用自首減刑規定為重，此係因被告再犯施用毒品且犯罪事實一、㈡遭警查獲2包毒品甲基安非他命，且其2次採尿送驗結果，犯罪事實一、㈡檢出之安非他命、甲基安非他命、嗎啡濃度均較犯罪事實一、㈠高出數倍之多（見114毒偵693卷第165頁；114毒偵1152卷第86頁），2案犯案情節不同，被告明知第1次被查獲後復再行施用，未知警惕，原審因而為不同刑度之量處，與公平正義、比例原則無違，故被告此部分上訴意旨所為指摘亦屬無據。

㈤至檢察官於本院審理時表示被告前因強制性交及施用毒品案

件，於114年1月29日執行完畢，本案是5年內再犯，且前案與本案都是施用毒品案件，罪質相同，該當累犯，原審漏未依累犯規定加重其刑，請撤銷改判另為適法量刑（見本院卷第109、110頁）。惟法院於審酌被告是否適用累犯規定而加重其刑時，訴訟程序上應先由檢察官就前階段被告構成累犯之事實，以及後階段應加重其刑之事項，主張並具體指出證明方法後，法院才需進行調查與辯論程序，而作為是否加重其刑之裁判基礎。前階段構成累犯事實為檢察官之實質舉證責任，後階段加重量刑事項為檢察官之說明責任，均應由檢察官分別負主張及具體指出證明方法之責。倘檢察官未主張或具體指出證明方法時，可認檢察官並不認為被告構成累犯或有加重其刑予以延長矯正其惡性此一特別預防之必要，且為貫徹舉證責任之危險結果所當然，是法院不予調查，而未論以累犯或依累犯規定加重其刑，即難謂有應調查而不予調查之違法。本件起訴書及第一審，均未見檢察官就被告為「累犯之事實及應加重其刑之事項」為主張或具體指出證明方法。嗣檢察官於本院審理中雖以被告有前開刑事犯罪紀錄為由，主張其於本案該當累犯，而被告於本院提示其前案紀錄表時表示沒有意見（見本院卷第109頁），並有其法院前案紀錄表在卷（見本院卷第31至73頁）可按，固可認被告有前案有期徒刑執行完畢紀錄無誤。惟依上述說明，本案起訴書未記載被告構成累犯之事實，檢察官於原審亦未主張或具體指出證明方法，原審就被告因而未論以累犯或依累犯規定加重其刑，本院經核並無違誤，尚難以檢察官至本院審理時始主張被告應論處累犯乙節，逕認原審有何違法或不當，附此敘明。

㈥綜上所述，被告本件上訴為無理由，應予駁回。

據上論斷，應依刑事訴訟法第373條、第368條，判決如主文。

本案經檢察官莊佳瑋提起公訴，檢察官許景森到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　23　　日

刑事第九庭　審判長法　官　石　馨　文

法　官　陳　茂　榮

法　官　賴　妙　雲

以上正本證明與原本無異。

不得上訴。

書記官　黃　湘　玲

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　23　　日

【附錄本案科刑法條】

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。