

臺灣高等法院臺南分院刑事判決

112年度上訴字第145號

112年度上訴字第146號

上 訴 人

即 被 告 顏雍杰

上列上訴人因毒品危害防制條例案件，不服臺灣雲林地方法院111年度訴字第391號、第671號中華民國111年12月12日第一審判決（起訴案號：臺灣雲林地方檢察署111年度毒偵字第112號、第698號、第1059號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

事實及理由

一、按民國110年6月16日修正公布、同月18日施行之刑事訴訟法第348條規定：「上訴得對於判決之一部為之。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。上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之。」。查本案係於上開規定修正施行後之112年2月1日繫屬於本院，此有臺灣雲林地方法院112年1月30日雲院宜刑安決111訴391、671字第1120000838號函上所蓋本院收文戳章（見本院145號卷第3頁）存卷可稽，是本案上訴之效力及其範圍，應依現行刑事訴訟法第348條規定判斷，合先敘明。

二、原審於111年12月12日以111年度訴字第391號、第671號判決認定上訴人即被告（下稱被告）顏雍杰犯施用第一級毒品罪，共3罪，各處有期徒刑10月、8月、8月，應執行有期徒刑1年6月；及犯施用第二級毒品罪，共2罪，各處有期徒刑3月，如易科罰金，均以新臺幣（下同）1千元折算1日，應執行有期徒刑4月，如易科罰金，以1千元折算1日，並為相關沒收及沒收銷燬之諭知。被告於收受該判決正本後，以原判決量刑及定應執行刑（含是否適用刑法第62條前段、毒品危害防制條例第17條第1項、第21條等規定）不當為由提起上

01 訴，並經本院向被告確認上訴範圍無訛（見本院145號卷第2
02 08-209頁），揆諸前開說明，被告僅就原判決關於量刑及定
03 應執行刑（含是否適用刑法第62條前段、毒品危害防制條例
04 第17條第1項、第21條等規定）提起上訴，至於原判決其他
05 部分，均不予爭執，亦未提起上訴，而該量刑、定應執行刑
06 部分與原判決事實、罪名之認定、沒收及沒收銷燬之諭知，
07 依前開新修正之規定，可以分離審查，本院爰僅就原判決關
08 於量刑、定應執行刑部分加以審理。

09 三、經本院審理結果，因被告僅就原判決量刑及定應執行刑部分
10 提起上訴，業如前述，故本案關於被告犯罪事實、所犯法
11 條、論罪、沒收及沒收銷燬部分之認定，均如第一審判決書
12 所記載之事實、證據、論罪理由、沒收及沒收銷燬（如附
13 件）。

14 四、被告上訴意旨略以：(1)111年5月4日那一罪（5月5日被搜
15 索），伊有符合自首；(2)111年5月11日那一罪，伊還沒有被
16 逮捕之前，就自己去喝美沙冬，應該可以減刑；(3)111年1月
17 17日那一罪，伊有供出上手甲○○。

18 五、本件刑之加重減輕之說明：

19 (一)累犯及加重其刑之說明：

20 1.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
21 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
22 應加重其刑之事項，主張並具體指出證明方法後，法院才需
23 進行調查與辯論程序，而作為是否加重其刑之裁判基礎。前
24 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
25 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
26 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
27 時，即難謂有應調查而不予調查之違法。而所謂檢察官應就
28 被告累犯加重其刑之事項「具體指出證明方法」，係指檢察
29 官應於科刑證據資料調查階段就被告之特別惡性及對刑罰反
30 應力薄弱等各節提出說明，例如具體指出被告所犯前後數罪
31 間，關於前案之性質（故意或過失）、前案徒刑之執行完畢

01 情形（有無入監執行完畢、在監行狀及入監執行成效為何、
02 是否易科罰金或易服社會勞動〔即易刑執行〕、易刑執行成
03 效為何）、再犯之原因、兩罪間之差異（是否同一罪質、重
04 罪或輕罪）、主觀犯意所顯現之惡性及其反社會性等各項情
05 狀，俾法院綜合判斷個別被告有無因加重本刑致生所受刑罰
06 超過其所應負擔罪責之情形，裁量是否加重其刑，以符合正
07 當法律程序及罪刑相當原則之要求（最高法院110年度台上
08 字第5660號判決意旨參照）。

09 2.被告前因施用毒品案件，經原審法院以104年度訴字第316號
10 判決判處有期徒刑7月，嗣經本院以104年度上訴字第692號
11 判決駁回上訴確定，於107年2月13日執行完畢出監乙情，業
12 據檢察官起訴書具體指出被告構成累犯之前科犯行，並提出
13 被告刑案資料查註紀錄表為佐，且為被告所不爭執（見本院
14 145號卷第225頁），堪認檢察官就累犯之構成已盡主張及舉
15 證之責。是以被告於有期徒刑執行完畢後，5年內故意再犯
16 本案有期徒刑以上之各罪，均屬累犯。

17 3.依108年2月22日公布之司法院釋字第775號解釋意旨：刑法
18 第47條第1項之累犯規定，不分情節一律加重最低本刑，不
19 符憲法罪刑相當原則，抵觸憲法第23條之比例原則，有關機
20 關應自解釋公布日起2年內修正之，於修正前，法院就該個
21 案應依解釋意旨，裁量是否加重最低本刑等語。亦即在現行
22 刑法第47條第1項累犯規定修正之前，法院仍得斟酌個案情
23 形，裁量是否加重最低本刑，並未完全排除累犯規定之適
24 用。經查，檢察官於原審及本院審理中主張被告上開構成累
25 犯之前案紀錄，並以被告前犯施用毒品罪，5年內再犯本案
26 施用毒品罪，足見其刑罰反應力薄弱，應適用累犯規定加重
27 其刑等語（見原審391號卷第129頁；本院145號卷第225
28 頁），且本院審酌被告經前述有期徒刑執行完畢後，仍未從
29 前案中記取教訓，一再違犯與前案罪質相同之本案犯行，足
30 認被告刑罰之反應力薄弱且法敵對意識強烈，且其本案各次
31 犯罪情節，顯無應量處最低法定刑且無法適用刑法第59條規

01 定減輕之情形，是公訴人主張被告本案所為有依刑法第47條
02 第1項規定加重其刑之必要，亦非無稽，本院認公訴人就被告
03 本案構成累犯而應予加重其刑部分，亦已盡其主張及說明
04 責任。從而，被告本案所為確有依刑法第47條第1項規定加
05 重其刑之必要。

06 4.至原判決主文雖未諭知累犯，惟按關於刑法第47條第1項之
07 引用與否及主文諭知累犯與否，於判決本旨尚無影響，且參
08 酌司法院107年4月3日院台廳司一字第1070009401號函頒刑
09 事判決精簡原則，主文欄本得不記載累犯，據上論結欄僅引
10 用程序法條即可（最高法院刑事大法庭110年度台上大字第5
11 660號裁定理由欄參、六部分亦同此意旨），故原判決於主
12 文雖未諭知累犯，於應適用之法律欄未引用刑法第47條第1
13 項，亦難認足生影響於行刑累進處遇條例累犯規定之適用，
14 併此敘明。

15 (二)被告上訴意旨主張其於111年5月11日施用第一級、第二級毒
16 品部分，伊還沒有被逮捕之前，就自己去喝美沙冬，應該可
17 以減刑云云。然按犯毒品危害防制條例第10條之罪者，於犯
18 罪未發覺前，自動向衛生福利部指定之醫療機構請求治療，
19 醫療機構免將請求治療者送法院或檢察機關；依前項規定治
20 療中經查獲之被告或少年，應由檢察官為不起訴之處分或由
21 少年法院（地方法院少年法庭）為不付審理之裁定，但以1
22 次為限，毒品危害防制條例第21條第1項、第2項規定分別
23 有明文。所稱「依前項規定治療中經查獲」，依其文義應係
24 指犯毒品危害防制條例第10條之罪者，於犯罪未發覺前，即
25 自動向衛生福利部指定之醫療機構請求治療，而於治療中始
26 經查獲該未發覺之犯罪而言。如行為人於參與減害替代療法
27 後，於治療期間，因難忍毒癮，再度施用毒品，即與該條鼓
28 勵戒毒自新之立法意旨相悖，自無該條之適用（最高法院99
29 年度台上字第2988號、101年度台上字第583號判決意旨參
30 照）。查被告於111年5月11日施用毒品犯行前，即自111年4
31 月14日開始接受美沙冬戒癮門診治療等情，固有○○○○○

01 ○○財團法人○○醫院111年7月20日診斷證明書附卷可憑
02 （見毒偵698號卷第109頁），惟被告111年5月11日部分之施用
03 毒品犯行，乃治療期間再度施用毒品，顯非屬被告「請求
04 治療之前施用毒品行為」，核與毒品危害防制條例第21條之
05 規定不符，自無該條之適用。是被告此部分之辯解，與法未
06 合，尚非可採。

07 (三)被告上訴意旨主張其於111年5月4日施用第一級、第二級毒
08 品部分，伊有符合自首云云。然按對於未發覺之罪自首而受
09 裁判者，得減輕其刑，刑法第62條前段固有明文，惟所謂發
10 覺，不以有偵查犯罪之機關或人員確知其人犯罪無誤為必
11 要，僅須有確切之根據得為合理之可疑者，亦屬發覺（最高
12 法院72年台上字第641號、97年度台上字第5969號判決意旨
13 參照）。查本件被告於警詢時雖坦承有於111年5月4日施用
14 第一級、第二級毒品犯行（見毒偵698號卷第11頁），惟本
15 件係因檢警偵辦被告販賣毒品案件，乃對被告所持用行動電
16 話實施通訊監察，得知被告涉嫌販賣及施用毒品犯行，且被
17 告有多次施用毒品前科，而施用毒品之人，其反覆施用之可
18 能性極高，是檢警機關對於被告有購買毒品施用之犯嫌應已
19 有合理之可疑，始於111年5月5日持臺灣雲林地方法院核發
20 之搜索票前往被告住處搜索，而在雲林縣土庫鎮○○路與○
21 ○路對被告使用之交通工具實施搜索時，被告主動交付甲基
22 安非他命玻璃球1個等證物予警方扣案乙情，有雲林縣警察
23 局112年3月7日雲警刑偵一字第1120009235號函及所附之報
24 告在卷可按（見本院145號卷第193-195頁）。再者，證人即
25 雲林縣警察局刑警大隊偵一隊偵查佐章翔鋒於本院審理時證
26 稱：「（當天如何查獲被告？）我們有向雲林地院聲請搜索
27 票，有先對被告實施通訊監察，5月5日我們向雲林地院聲請
28 搜索票，在土庫鎮的○○路口有看到被告及他那台拖車，我
29 們直接實施搜索，搜索之後被告有主動交出類似殘渣袋讓我
30 們查扣，後來又回到土庫鎮○○○被告住處又查扣其他的東
31 西。」、「（在聲請搜索票的時候，是以什麼案由聲請？）

01 依毒品危害防制條例第4條販賣毒品。（在你們對被告車輛
02 實施搜索之前，你們知道被告有施用毒品的習慣嗎？）在聲
03 請搜索票的時候我們會去查被告的前科紀錄，就知道被告有
04 在施用毒品。（在搜索之前，當下知道被告有在施用嗎？）
05 不知道。（被告拿出殘渣袋給你們以後，你們懷疑被告也有
06 施用毒品的情形？）是。（被告主動拿殘渣袋給你們，被告
07 有無說他有在施用？）當下是沒有，就直接拿給我。」、
08 「（在實施通訊監察的過程中，有發現被告有在施用毒品的
09 情形？）有聽到被告跟他母親對話的過程，他媽媽有講到在
10 吃『肖藥』《台語》，我們有聽到這段。（所謂的『肖藥』
11 《台語》是什麼？）我們判斷是毒品。（所以當時就有懷疑
12 被告有在施用毒品？）對。」、「（被告問：當時警察一直
13 搜索要我拿出東西，一直都搜索不到，叫我要主動拿出來，
14 我就主動拿出來，當時情形是不是這樣？）當時我有問他東
15 西願不願意主動交付，被告確實有主動交出殘渣袋、吸食
16 器。」等語（見本院145號卷第214-216頁），是以警員對於
17 被告可能有施用毒品犯行，已有前述確切之根據得為合理之
18 可疑，揆諸上揭說明，應認已發覺被告本件犯行，尚難謂被
19 告符合自首要件。

20 (四)被告上訴意旨主張其於111年1月17日施用第一級、第二級毒
21 品部分，伊有供出毒品上手甲○○云云。然按犯毒品危害防
22 制條例第4條至第8條、第10條或第11條之罪，供出毒品來
23 源，因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑，毒品危
24 害防制條例第17條第1項固有明文。然被告之「供出毒品來
25 源」，與調查或偵查犯罪之公務員對之發動調查或偵查並進
26 而查獲之間，須具有先後且相當之因果關係，始足當之。被
27 告於偵訊時雖供稱其施用毒品來源為甲○○云云（見毒偵11
28 2號卷第48頁），然經原審向雲林縣警察局北港分局、臺灣
29 雲林地方檢察署查詢結果，檢警均未查獲被告所稱之甲○○
30 等情，有臺灣雲林地方檢察署111年7月27日雲檢春大111毒
31 偵112字第1119021490號函、雲林縣警察局北港分局111年10

01 月20日雲警港偵字第1110015098號函及所檢附之職務報告
02 (見原審391號卷第45、109-111頁)在卷可考，可見偵查機
03 關並未因被告之供述而查獲毒品上游，自不合於毒品危害防
04 制條例第17條第1項所規定「供出毒品來源，因而查獲其他
05 正犯或共犯」之要件，無從據該項規定減輕其刑。是被告此
06 部分之主張，亦難採信。

07 六、駁回上訴之理由：

08 (一)原判決認被告罪證明確，適用相關法條，並審酌被告自述其
09 從事○○○工作，月收入約0萬元，與父母同住，○婚，要
10 扶養父母，父母現有疾患且年事已高等家庭生活狀況，及被
11 告有自費進行戒癮治療等一切情狀，就施用第一級毒品部分
12 共3罪，分別量處有期徒刑10月、8月、8月，就施用第二級
13 毒品部分共2罪，分別量處有期徒刑3月，並均諭知易科罰金
14 之折算標準，復就得易科罰金與不得易科罰金之刑，各定應
15 執行刑為有期徒刑1年6月、4月(得易科罰金)。

16 (二)被告雖以前詞提起上訴。然查：(1)本件被告所為並無刑法第
17 62條前段、毒品危害防制條例第17條第1項、第21條等規定
18 之適用，已如前述，則被告以原判決未依刑法第62條前段、
19 毒品危害防制條例第17條第1項、第21條等規定減輕其刑為
20 由，指摘原判決不當，為無理由。(2)按量刑之輕重，係屬為
21 裁判之法院得依職權裁量之事項，苟其量刑已以行為人之責
22 任為基礎，並斟酌刑法第57條所列一切情狀，在法定刑度
23 內，酌量科刑，如無偏執一端，致明顯輕重失衡情形，不得
24 遽指為不當或違法(最高法院72年度台上字第6696號、99年
25 度台上字第189號判決意旨參照)。原審判決關於科刑部
26 分，已於理由內說明其審酌之量刑事由，復已以行為人之責
27 任為基礎，斟酌刑法第57條所列一切情狀，並未逾越法定刑
28 度，亦無裁量濫用之情形，所量之刑及所定應執行刑亦屬允
29 當，並無應構成撤銷之事由。是以被告上訴意旨請求從輕量
30 刑，亦難認有理由。從而，被告之上訴並無理由，應予以駁
31 回。

01 據上論斷，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。
02 本案經檢察官陳淑蓉、吳文城提起公訴，檢察官葉耿旭到庭執行
03 職務。

04 中 華 民 國 112 年 4 月 28 日
05 刑事第一庭 審判長法官 陳連發
06 法官 洪榮家
07 法官 何秀燕

08 以上正本證明與原本無異。
09 施用第一級毒品部分如不服本判決應於收受送達後20日內向本院
10 提出上訴書狀，其未敘述上訴理由者，並得於提起上訴後20日內
11 向本院補提理由書（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕
12 送上級法院」。

13 施用第二級毒品部分不得上訴。

14 書記官 翁心欣

15 中 華 民 國 112 年 4 月 28 日

16 附錄本案論罪科刑法條：

17 毒品危害防制條例第10條

18 施用第一級毒品者，處6月以上5年以下有期徒刑。

19 施用第二級毒品者，處3年以下有期徒刑。

20 一、112年度上訴字第145號部分：

21 1.雲林縣警察局北港分局雲警港偵字第1111000072號卷，即警72
22 號卷

23 2.111年度毒偵字第112號卷，即毒偵112號卷

24 3.原審111年度訴字第391號卷，即原審391號卷

25 4.本院112年度上訴字第145號卷，即本院145號卷

26 二、112年度上訴字第146號部分：

27 1.雲林縣警察局虎尾分局雲警虎偵字第1110009416號卷，即警94
28 16號卷

29 2.111年度毒偵字第698號卷，即毒偵698號卷

30 3.111年度毒偵字第1059號卷，即毒偵1059號卷

- 01 4.原審111年度訴字第671號卷，即原審671號卷
- 02 5.本院112年度上訴字第146號卷，即本院146號卷