

臺灣高等法院刑事判決

108年度上訴字第4144號

上訴人
即被告 陳其甫

0000000000000000

籍設新北○○○○○○○○

現住新北市○○區○○路00號1樓

上列上訴人即被告因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣新北地方法院108年度審訴字第1232號，中華民國108年10月24日第一審判決（起訴案號：臺灣新北地方檢察署108年度毒偵字第1060號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

事 實

一、陳其甫前於①民國97年間因施用第一、二級毒品案件，經原審法院以97年度毒聲字第759號裁定令入勒戒處所施以觀察、勒戒，認有繼續施用毒品傾向，再經同法院以97年度毒聲字第1705號裁定令入戒治處所施以強制戒治，嗣經評定認無繼續戒治之必要，而於98年4月27日停止戒治出所，並經臺灣新北地方檢察署檢察官以98年度戒毒偵字第379號為不起訴處分確定；②於前開強制戒治執行完畢後5年內之98年間，因犯施用第一級毒品案件，經原審法院以98年度訴字第1402號判決判處有期徒刑4月確定；③又於99年間因施用第一、二級毒品案件，經臺灣臺北地方法院以99年度訴字第1373號判決分別判處有期徒刑6月、4月，應執行有期徒刑8月確定；④另於103年間因多次施用第一級毒品案件，先後經臺灣士林地方法院以103年度審訴字第73號判決判處有期徒刑7月（此部分嗣經本院103年度上訴字第1334號、最高法院103年度台上字第2857號判決分別駁回上訴確定）、103年度審訴字第227號判決判處有期徒刑9月確定，並經同法院以103年度聲字第1879號裁定定應執行有期徒刑1

01 年2月確定後入監執行，迄105年5月2日縮短刑期執行完畢出
02 監（於本案構成累犯）。

03 二、詎陳其甫祥明知海洛因、甲基安非他命係經公告列為毒品危
04 害防制條例第2條第2項第1款、第2款之第一級、第二級
05 毒品，依法不得非法持有、施用，竟基於施用第二級毒品甲
06 基安非他命之犯意，於108年1月29日下午2時50分為警採尿
07 時起回溯96小時內之某時（不含為警查獲至採集尿液時無法
08 施用之期間），在其位於新北市○○區○○路000號8樓之10
09 居所內，以將毒品甲基安非他命置於吸食器內燒烤生煙吸取
10 其煙霧之方式，施用第二級毒品甲基安非他命1次；另基於
11 施用第一級毒品海洛因之犯意，於108年1月28日晚間9時
12 許，在上址居所地，以將毒品海洛因置於香煙內點燃吸食之
13 方式，施用第一級毒品海洛因1次。嗣於108年1月29日上午
14 11時30分許，經警持原審法院核發之搜索票前往上址執
15 行搜索，當場扣得陳其甫所有供其施用第一級毒品所餘之毒
16 品海洛因2包（驗餘合計淨重5.41公克）、供其施用第二級
17 毒品甲基安非他命所用之玻璃球吸食器2組，及供其施用毒
18 品所用之電子磅秤1台、分裝夾鍊袋1批（共72只），並經警
19 採集其尿液檢體送驗結果呈甲基安非他命、安非他命、嗎啡
20 及可待因陽性反應，始悉上情。

21 三、案經臺北市政府警察局文山第一分局報告臺灣新北地方檢察
22 署檢察官偵查起訴。

23 理 由

24 一、證據能力之說明：

25 本院以下援引之非供述證據資料，並無證據證明係公務員違
26 背法定程序所取得，檢察官、上訴人即被告陳其甫（下稱被
27 告）於本院準備程序、審理時均未爭執證據能力（見本院卷
28 第60頁、第92頁至第94頁），迄本案言詞辯論終結前，亦未
29 就各項證據之證據能力聲明異議，經審酌本案並無違反法定
30 程序取得之情形，且與本案待證事實間具有相當之關聯性，
31 復經原審、本院於審理時逐一提示予檢察官、被告表示意

01 見，依法進行證據之調查、辯論，認以之為本案證據並無不
02 當，皆具有證據能力而得採為判決之基礎。

03 二、認定犯罪事實所憑之證據及理由：

04 (一) 上揭犯罪事實，業據被告於警詢、偵查、原審、本院準備
05 程序及審理時坦承不諱（見毒偵卷第12頁、第26頁，原審
06 卷第186頁、第193頁，本院卷第58頁、第96頁）；而被告
07 為警查獲後，於108年1月29日下午2時50分許在臺北市
08 政府警察局文山第一分局所採集之尿液檢體，經送檢驗結
09 果確呈甲基安非他命、安非他命、嗎啡、可待因陽性反
10 應，有臺北市政府警察局偵辦毒品案件尿液檢體委驗單、
11 勘察採證同意書、台灣尖端先進生技醫藥股份有限公司10
12 8年2月21日濫用藥物檢驗報告在卷可稽（見毒偵卷第18
13 頁、第31頁、第33頁）。又警方查獲被告時所扣得之白色
14 粉末、米黃色粉末各1包、玻璃球吸食器2組，分別送請法
15 務部調查局、交通部民用航空局航空醫務中心檢驗，鑑驗
16 結果：①白色粉末、米黃色粉末各1包，均含有第一級毒
17 品海洛因成分，驗餘淨重各0.05公克、5.36公克；②玻璃
18 球吸食器2組，經乙醇沖洗，均檢出第二級毒品甲基安非
19 他命成分等情，有法務部調查局濫用藥物實驗室108年3月
20 26日調科壹字第10823005710號鑑定書、交通部民用航空
21 局航空醫務中心航藥鑑字第0000000號鑑定書附卷可佐
22 （見毒偵卷第40頁、第41頁），且有原審法院108年度聲
23 搜字第161號搜索票、臺北市政府警察局文山第一分局搜
24 索扣押筆錄、扣押物品目錄表（見毒偵卷第4頁、第13頁
25 至第15頁）及警方查獲被告時所扣得之玻璃球吸食器2
26 組、電子磅秤1台、分裝夾鍊袋1批（共計72只）扣案可
27 資佐證。綜上，足認被告前開所為任意性自白，既有上述
28 客觀證據資為補強，且與事實相符，應堪採信。

29 (二) 又按毒品危害防制條例於92年7月9日修正公布，自93年1
30 月9日施行，其中第20條、第23條將施用毒品之刑事處遇
31 程序區分為「初犯」及「五年內再犯」與「五年後再

01 犯」。其立法理由略謂：「初犯」經觀察、勒戒或強制戒
02 治後，應為不起訴處分；經觀察、勒戒或強制戒治執行完
03 畢釋放後「五年內再犯」者，因其再犯率甚高，原實施之
04 觀察、勒戒及強制戒治已無法收其實效，應依法追訴。至
05 於經觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放後「五年後再
06 犯」者，因前所實施之觀察、勒戒或強制戒治已足以遮斷
07 其毒癮，為期鼓勵自新並協助斷除毒癮，仍適用「初犯」
08 規定，先經觀察、勒戒或強制戒治之程序。從而依修正後
09 之規定，應僅限於「初犯」及「五年後再犯」此2種情形
10 始應先經觀察、勒戒或強制戒治程序。倘被告於5年內已
11 曾再犯並經依法追訴，顯見其再犯率甚高，觀察、勒戒或
12 強制戒治已無法收其實效，則縱其第3次以上再度施用毒
13 品之時間係在初犯經觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放
14 5年以後，仍不符合「5年後再犯」之規定，即應依該條例
15 第10條規定處罰。查被告有如事實欄一所載之施用第一、
16 二級毒品之前科紀錄，並曾受觀察勒戒、強制戒治等保安
17 處分及徒刑執行，有本院被告前案紀錄表在卷可稽（見本
18 院卷第30-5頁至第30-15頁），是本件被告施用第一、二
19 級毒品之時間距離前次觀察勒戒、強制戒治執行完畢之日
20 已逾5年，然其施用第一、二級毒品犯行實屬三犯以上，
21 依上開說明，仍應逕予以論罪科刑，附此敘明。

22 （三）綜上，本件事證已臻明確，被告於上揭時、地所為施用第
23 一、二級毒品犯行均已經證明，應依法論科。

24 三、論罪：

25 （一）按海洛因、甲基安非他命係毒品危害防制條例第2條第2
26 項第1款、第2款所定之第一級、第二級毒品，依法不得
27 非法持有、施用。核被告所為，係犯毒品危害防制條例第
28 10條第1項、第2項之施用第一級、第二級毒品罪；其於
29 施用第一級毒品前後持有毒品海洛因，及其施用第二級毒
30 品甲基安非他命前持有毒品甲基安非他命之低度行為，應
31 分別為其施用第一、二級毒品之高度行為所吸收，均不另

01 論罪。而被告所犯上開第一、二級毒品罪，犯意各別，行
02 為互殊，自應分論併罰。

03 (二) 被告前有如事實欄一④所載之論罪科刑及執行記錄，有本
04 院被告前案記錄表在卷可佐（見本院卷第30-14頁至第30-
05 16頁），其於受有期徒刑執行完畢後，5年內故意再犯本
06 件有期徒刑以上之罪，符合刑法第47條第1項累犯之規
07 定。又依108年2月22日公布之司法院大法官解釋釋字第77
08 5號解釋文意旨，有關刑法第47條第1項規定累犯加重本刑
09 部分，尚不生違反憲法一行為不二罰原則之問題，惟該號
10 解釋文認定：「不分情節，基於累犯者有其特別惡性及對
11 刑罰反應力薄弱等立法理由，一律加重最低本刑，於不符
12 合刑法第59條所定要件之情形下，致生行為人所受之刑罰
13 超過其所應負擔罪責之個案，其人身自由因此遭受過苛之
14 侵害部分，對人民受憲法第8條保障之人身自由所為限
15 制，不符憲法罪刑相當原則，牴觸憲法第23條比例原則。
16 於此範圍內，有關機關應自本解釋公布之日起2年內，依
17 本解釋意旨修正之。於修正前，為避免發生上述罪刑不相
18 當之情形，法院就該個案應依本解釋意旨，裁量是否加重
19 最低本刑」等語。是本院參酌上開解釋意旨，審酌被告前
20 已因多次施用第一級、第二級毒品之犯行，經觀察勒戒、
21 強制戒治及法院判決處刑確定，並經入監執行完畢等情，
22 已如前述，本應產生警惕作用，徹底戒除毒癮，卻仍無視
23 於毒品對於自身健康之戕害，進而故意再犯本件施用第
24 一、二級毒品罪，足見其有一定特別之惡性、刑罰之反應
25 力薄弱，就本案被告所犯之罪予以加重，尚不致使被告所
26 受之刑罰超過其所應負擔之罪責，而造成對其人身自由過
27 苛之侵害，而仍有加重法定最低本刑之必要，爰均予依法
28 加重其刑。

29 (三) 另按毒品危害防制條例第17條第1項規定：「犯第4條至第
30 8條、第10條或第11條之罪，供出毒品來源，因而查獲其
31 他正犯或共犯者，減輕或免除其刑。」旨在鼓勵毒品下游

01 者具體供出其上游供應人，俾進一步擴大查緝績效，揪出
02 其他正犯或共犯，以確實防制毒品泛濫或更為擴散。所謂
03 「供出毒品來源，因而查獲」，係指被告翔實供出毒品來
04 源之具體事證，因而使有偵查（或調查）犯罪職權之公務
05 員知悉而對之發動偵查（或調查），並因而查獲者而言。
06 而其中所言「查獲」，除指查獲該其他正犯或共犯外，並
07 兼及被告所指其毒品來源其事。是倘該正犯或共犯已因另
08 案被查獲，惟其被查獲之案情與被告供出毒品之來源無
09 關，或有偵查（或調查）犯罪之公務員已有確切之證據，
10 足以合理懷疑該被查獲之人為被告所供販賣毒品來源之
11 人，即與上開規定不符，無其適用之餘地（最高法院103
12 年度台上字第1382號判決意旨參照）。查被告於警詢、原
13 審審理時固供稱扣案之毒品海洛因是向「李天成」購得等
14 語（見毒偵卷第11頁，原審卷第193頁），然經警方循線
15 調查、追緝後，並未查獲「李天成」涉嫌販賣毒品，僅查
16 獲「李國榮」於108年2月13日涉嫌販賣第一、二級毒品等
17 情，有臺北市政府警察局文山第一分局108年7月8日北市
18 警文一分刑字第1083017403號刑事案件報告書、原審公務
19 電話紀錄在卷可佐（見原審卷第209頁、第211頁至第215
20 頁），是被告僅供述其持有、施用之第一級毒品來源為
21 「李天成」之成年男子，尚乏相關事證而無法使調查或偵
22 查犯罪之公務員得據以對之發動調查或偵查程序；至警方
23 查獲「李國榮」於108年2月13日涉嫌販賣第一、二級毒品
24 之犯罪，顯與被告所犯本案施用第一、二級毒品罪之毒品
25 來源無關，自無法依毒品危害防制條例第17條第1項據以
26 減輕其刑，特予敘明。

27 四、駁回上訴之理由：

28 （一）原審以被告犯行事證明確，適用毒品危害防制條例第10條
29 第1項、第2項、第18條第1項前段，刑法第11條、第47
30 條第1項、第41條第1項前段、第38條第2項等規定，並審
31 酌被告前已因施用毒品案件經戒毒處遇及法院判刑執行，

01 仍未戒除毒癮，漠視法令禁制再犯本案施用毒品罪，顯見
02 其自制力欠佳，惟其施用毒品所生危害，實以戕害己身健
03 康為主，對他人法益尚無明顯重大侵害，兼衡其坦承犯行
04 之犯後態度、自稱高中畢業、家庭經濟勉持之生活狀況等
05 一切情狀，以累犯規定，分別量處有期徒刑5月（如易科
06 罰金以新臺幣1,000元折算1日）、8月。另就沒收部分說
07 明：①扣案第一級毒品海洛因2包（驗餘合計淨重5.41公
08 克），為本案查獲之第一級毒品，應依毒品危害防制條例
09 第18條第1項前段之規定，均沒收銷燬之，而海洛因外包
10 裝袋2只，均係被告所有、用於防止毒品裸露、潮濕，便
11 於攜帶，爰依刑法第38條第2項前段規定宣告沒收；至因
12 鑑驗耗盡之海洛因既已滅失，自無庸再為沒收銷燬之諭知
13 （原審漏未說明此部分，應予補充）；②玻璃球吸食器2
14 組，均係被告所有，供其犯施用第二級毒品犯行所用之
15 物，而扣案之電子磅秤1台、分裝夾鍊袋1批（共計72
16 只），亦屬被告所有且供其分別為施用第一、二級毒品所
17 用之物，均依刑法第38條第2項前段規定宣告沒收。經核
18 原審認事用法均無違誤，量刑亦稱妥適。

19 （二）被告以其犯行符合毒品危害防制條例第17條第1項供出毒
20 品來源之減刑規定，原審量刑過重為由，提起上訴云云。
21 然查：(1)被告雖於警詢、原審審理時供出毒品上游係「李
22 天成」，惟並未因而查獲「李天成」或正犯、共犯之情
23 形，尚不符毒品危害防制條例第17條第1項規定獲邀減刑
24 乙節，業經本院論述如前，被告猶執前詞予以爭執，尚非
25 可採。(2)至被告上訴指摘原審量刑過重，然按刑事審判旨
26 在實現刑罰權之分配的正義，故法院對有罪被告之科刑，
27 應符合罪刑相當之原則，使輕重得宜，罰當其罪，以契合
28 社會之法律感情，此所以刑法第57條明定科刑時應審酌一
29 切情狀，尤應注意該條所列10款事項以為科刑輕重之標
30 準，俾使法院就個案之量刑，能斟酌至當；而量刑輕重，
31 係屬事實審法院得依職權自由裁量之事項，苟其量刑已以

01 行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列情狀，
02 而未逾越法定刑度或有濫用權限情事，即不得任意指為違
03 法。原審既於判決理由欄內詳予說明其量刑基礎，且敘明
04 係審酌前揭各項情狀，詳如前述，顯已斟酌刑法第57條各
05 款事由，並基於刑罰目的性之考量、刑事政策之取向以及
06 行為人刑罰感應力之衡量等因素而為刑之量定，且以行為
07 人責任為基礎，未逾越法定刑度，亦無違背公平正義之精
08 神，客觀上不生量刑明顯失出失入之裁量權濫用情形，核
09 屬法院量刑職權之適法行使，難認有何不當而構成應撤銷
10 之事由可言，被告主張原審量刑過重云云，亦為無理由。
11 綜上，被告猶執前詞提起上訴，指摘原判決不當，均為無
12 理由，應予駁回。

13 據上論斷，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

14 本案經檢察官陳雅詩提起公訴，檢察官蘇佩鈺到庭執行職務。

15 中 華 民 國 109 年 3 月 17 日
16 刑事第十八庭 審判長法官 吳炳桂
17 法官 黃紹紘
18 法官 何俏美

19 以上正本證明與原本無異。

20 施用第二級毒品罪部分不得上訴。

21 施用第一級毒品罪部分如不服本判決，應於收受送達後20日內向
22 本院提出上訴書狀，其未敘述上訴之理由者並得於提起上訴後20
23 日內向本院補提理由書（均須按他造當事人之人數附繕本）「切
24 勿逕送上級法院」。

25 書記官 吳芝嘉

26 中 華 民 國 109 年 3 月 17 日

27 附錄：本案論罪科刑法條全文

28 毒品危害防制條例第10條：

29 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
30 毒品者，處3年以下有期徒刑。