

臺灣高等法院刑事判決

111年度上訴字第4176號

上訴人

即被告 竺宇森

上列上訴人即被告因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣桃園地方法院108年度審訴字第1657號，中華民國111年5月25日第一審判決（起訴案號：臺灣桃園地方檢察署108年度毒偵字第2654號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

竺宇森施用第一級毒品，處有期徒刑玖月。

事 實

一、竺宇森前因施用毒品案件，經臺灣基隆地方法院104年度毒聲字第150號裁定送觀察、勒戒後，認無繼續施用之傾向，於105年8月25日釋放出所，仍未戒除毒癮，明知海洛因、甲基安非他命分別屬於毒品危害防制條例第2條第2項第1款、第2款所定之第一級、第二級毒品，不得施用、持有，仍基於同時施用第一、二級毒品海洛因及甲基安非他命之犯意，於民國108年5月1日22時55分許為警採尿回溯96小時內某時，在臺灣地區不詳地點，以將海洛因與甲基安非他命一同加入香菸之方式，同時施用第一級毒品海洛因及第二級毒品甲基安非他命。嗣警方於108年5月1日13時10分許因另案在澎湖縣○○市○○路000號拘提竺宇森到案，經警將其帶返回警局後，經其同意進行採尿送驗後，呈甲基安非他命、嗎啡陽性反應而查悉上情。

二、案經桃園市政府警察局刑事警察大隊報請臺灣桃園地方檢察署檢察官偵查起訴。

理 由

一、證據能力：

(一)按「（第1項）有人住居或看守之住宅或其他處所，不得於

01 夜間入內搜索或扣押。但經住居人、看守人或可為其代表之
02 人承諾或有急迫之情形者，不在此限。（第2項）於夜間搜
03 索或扣押者，應記明其事由於筆錄」，刑事訴訟法第146條
04 第1項、第2項定有明文；又按該項之「承諾」，亦應以當事
05 人之自願且明示之同意為限，而不包括當事人未為反對表示
06 之情形，亦不得因當事人未為反對之表示即擬制謂當事人係
07 默示同意，否則在受搜索、扣押之當事人因不諳相關法律規
08 定不知可否為拒絕之表示，而執行之公務員復未主動、明確
09 告知所得主張之權利時，偵查機關即可藉此進行並擴大夜間
10 搜索，變相侵害當事人之隱私權及財產權，該規定之保護無
11 異形同具文（最高法院108年度台上字第2254號判決要旨參
12 照）。被告於上訴理由主張：本案存有違反刑事訴訟法第14
13 6條第1項夜間搜索扣押程序之情形，故搜索扣押筆錄、扣押
14 物品目錄表、扣押物品收據均無證據能力等語。經查：

- 15 1. 本案警方係於108年5月1日20時10分起至同日20時45分止，
16 對被告位於桃園市○○區○○路000巷00號0樓之居處進行搜
17 索，有搜索扣押筆錄可稽（108年度毒偵字第2654號卷第19
18 至22頁），是本次係於夜間入內搜索、扣押，堪以認定。
- 19 2. 員警於進入搜索地點，出示搜索票並告以要旨後，被告雖未
20 表示拒絕夜間搜索，然亦未見有明示之同意，此有原審勘驗
21 筆錄可按（原審卷第1第195至215頁），參諸前揭判決要
22 旨，自難認被告已有承諾之情形。
- 23 3. 原審雖以：警方於108年5月1日13時10分許，於澎湖縣○○
24 市○○路000號拘提被告到案，到達桃園市○○區○○路000
25 巷00號0樓之搜索地點時已為同日20時許，此交通往返時間
26 符合一般常情，並無惡意延誤，而員警所持之搜索票之搜索
27 期間為108年4月29日凌晨0時起至同年5月1日晚間12時止，
28 是員警拘提被告到案並前往搜索地點而得以搜索之時間已為
29 108年5月1日20時，距離本件搜索票之執行期限僅剩餘約4小
30 時之時間，已無從等待至翌日白天始為搜索，又考量偵辦違
31 反毒品危害防制條例及組織犯罪條例等犯罪之刑案偵辦實

01 務，嫌犯為躲避警方追查，一旦遭警查察時，藉機湮滅事證
02 均屬常見之事，本案警方已於外島拘提被告到案，如未掌握
03 搜索時機，被告將可能湮滅其涉案相關證據，客觀上確有急
04 迫情事為由，認本件執行搜索符合刑事訴訟法第146條第1項
05 但書之「急迫情形」。然查，被告經拘提到案後，既係處於
06 限制人身自由之狀態，被告於此期間應無湮滅其涉案相關證
07 據之可能，警方自可重行報請檢察官許可後，向法院聲請核
08 發搜索票後執行搜索，實難認有何急迫之情形。況如警方係
09 因認有急迫情形而為夜間搜索，應會依刑事訴訟法第146條
10 第2項記明夜間搜索、扣押之事由，惟本件搜索扣押筆錄上
11 均未見有任何記載，亦未於「執行經過情形」欄勾選夜間搜
12 索事由，事後警方復未對此有任何說明，原審自行推測警方
13 當時係因急迫之情形而為夜間搜索，顯有未恰。

- 14 4. 本件夜間搜索並不合於刑事訴訟法第146條第1項但書之情
15 形，且未依同條第2項記明其事由於筆錄，搜索程序難認合
16 法。又依刑事訴訟法第158條之4，本院應審酌人權保障及公
17 共利益之均衡維護，裁量因前揭違法之夜間搜索扣押所取得
18 之證據得否作為本案之證據。考量員警身為第一線執法人
19 員，忽略夜間搜索、扣押之程序，於未合於刑事訴訟法第14
20 6條第1項但書之情形下為夜間搜索，侵害被告住家之夜間居
21 住安寧及隱私權，如輕易予以容任而肯認該證據之證據能
22 力，將使執法人員易生便宜行事之心態，而難收抑制日後違
23 法取證之效。又被告本案所為僅係毒品危害防制條例第10條
24 第1項、第2項之施用毒品罪，犯罪所生之實害非鉅，而關於
25 施用毒品案件，於尿液或毛髮中均可獲得用以證明被告施用
26 毒品之證據，是本案搜索扣押所得之證據對於被告是否涉犯
27 施用第一級、第二級毒品犯行之認定，並非必要而不可或
28 缺，依比例原則與權衡原則綜合考量後，本次搜索扣押之物
29 及因扣案物衍生之法務部調查局濫用藥物實驗室108年7月1
30 日調科壹字第10823013350號鑑定書，於本案均無證據能
31 力。

01 (二)按「司法警察官或司法警察詢問犯罪嫌疑人，不得於夜間行
02 之。但有左列情形之一者，不在此限：一、經受詢問人明示
03 同意者。二、於夜間經拘提或逮捕到場而查驗其人有無錯誤
04 者。三、經檢察官或法官許可者。四、有急迫之情形
05 者。」；「被告之自白，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、
06 疲勞訊問、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符者，
07 得為證據」，刑事訴訟法第100條之3第1項、第156條第1項
08 分別定有明文。被告於上訴雖主張其於警詢時所為坦承施用
09 毒品之供述，並非出於真摯，另於原審時稱：警方強迫我在
10 精神渙散的時候做筆錄直到隔天的凌晨1點多云云。然查，
11 警方於108年5月1日23時10分至同年月2日凌晨1時許對被告
12 製作警詢筆錄，於訊問過程中有詢問被告「現在時間為夜
13 間，你是否要接受警方詢問？你精神狀況是否可以製作警詢
14 筆錄並清楚表達自己的意思？」被告回答「我可以接受警方
15 詢問，精神狀況沒問題且能清楚表達我自己的意思」（108
16 年度毒偵字第2654號卷第5頁）；又原審當庭勘驗警詢光碟，
17 勘驗結果為「警詢過程有全程錄音錄影，被告精神狀況良好
18 表情並無明顯痛苦，員警以一問一答方式進行訊問，被告回
19 答過程中語氣平順，並無見有受脅迫等非任意陳述之情形，
20 警詢筆錄與勘驗結果相較大致相符，並無虛偽不實之記
21 載」，此有原審勘驗筆錄在卷可稽（原審卷1第164頁至165
22 頁），是被告確有同意員警進行夜間詢問。又被告於同意進
23 行夜間詢問後所為之自白，既未見受有脅迫、疲勞訊問等不
24 正之方法，而有非任意陳述之情形，即令被告基於自身之考
25 量為非出於真摯之供述，亦難認被告之自白係出於強暴、脅
26 迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正之方法，
27 且其自白亦與事實相符（詳如後述），自得作為證據。

28 (三)按自願性同意採尿，係以一般意識健全具有是非辨別能力之
29 人，得以理解或意識採尿之意義、方式及效果，而有參與該
30 訴訟程序及表達意見之機會，可以自我決定選擇同意或拒
31 絕，非出於警方明示或暗示之強暴、脅迫或其他不正方法施

壓所為同意為實質要件，尤應綜合徵求同意之地點及方式，是否自然而非具威脅性、同意者之主觀意識強弱、教育水準、年齡、智力程度、精神狀態及其自主意志是否已為警方以不正方法所屈服等一切情狀，加以審酌判斷（最高法院111年度台上字第402號判決要旨）。經查，被告於警詢及檢察官訊問時供稱有施用第一級毒品海洛因及第二級毒品甲基安非他命，同意警方採尿等語（108年度毒偵字第2654號卷第6頁背面至7頁、33頁背面），且被告於原審準備程序時稱：我不是真摯的同意他們採尿（原審卷1第46頁），顯見被告確有為同意之表示，至其雖稱非出於真摯之同意，惟如其同意非出於他人強暴脅迫或以非法之方式使其不得已而為之，自不因其內心之想法而影響該同意之效力，故被告辯稱員警違法採尿云云，自難認有據。從而，被告經警方拘提到案後表示同意警方採尿，則因被告採尿而生之桃園市政府警察局刑事警察大隊被採尿人尿液暨毒品真實姓名與編號對照表、台灣檢驗科技股份有限公司檢體編號濫用藥物檢驗報告，自均有證據能力。

二、訊據被告於原審時矢口否認有何施用第一級、第二級毒品犯行，辯稱：我沒有施用毒品，當天我腳斷掉，回民宿時他們有提供我吃藥，我懷疑是民宿提供給我吃的藥有問題云云。經查：

(一)前揭事實，業據被告於警詢、偵查中坦承不諱（108年度毒偵字第2654號卷第6頁背面、33頁背面），且其為警所採集尿液，經以酵素免疫分析法初步檢驗，再以氣相層析質譜儀法確認檢驗結果，確呈嗎啡、鴉片類及甲基安非他命、安非他命類陽性反應乙節，有桃園市政府警察局刑事警察大隊被採尿人尿液暨毒品真實姓名與編號對照表、台灣檢驗科技股份有限公司濫用藥物檢驗報告可按（108年度毒偵字第2654號卷第23、57頁），足認被告上開自白與事實相符。

(二)按海洛因施用後可於尿液中檢出之時間，依據Clarke's Isolation and Identification of Drugs第二版記載，施用海

01 洛因後24小時內經由尿液排出之量可達施用劑量之80%；又
02 毒品施用後於尿液中可檢出時間，受施用劑量、施用方式、
03 飲水量多寡、個人體質及其代謝情況等因素影響，因個案而
04 異。一般可檢出之時間為海洛因服用後2至4天等情，業據行
05 政院衛生署管制藥品管理局（現已改制為衛生福利部食品藥
06 物管理署）92年3月10日管檢字第0920001495號函示甚明。
07 又甲基安非他命經口服投與後約70% 於24小時內自尿液中排
08 出，約90%於96小時內自尿中排出，由於甲基安非他命成分
09 之檢出與其投與方式、投與量、個人體質、採尿時間與檢測
10 儀器之精密度等諸多因素有關，因此僅憑尿液中呈安非他命
11 陽性反應，並無法確實推算吸食時間距採集時間之長短，惟
12 依上述資料推斷，最長可能不會超過四日，業經前行政院衛
13 生署（現改制為衛生福利部）藥物食品檢驗局81年2月8日(81)
14 藥檢一字第001156號函示明確。上開函文所示內容，並均為
15 本院歷來審理毒品案件職務上所知悉之事實。本件被告尿液
16 檢驗結果，嗎啡之濃度為14448ng/ml、可待因之濃度為1244
17 ng/ml、甲基安非他命之濃度為566ng/ml，安非他命之濃度
18 為379ng/ml，而行政院衛生福利部依毒品危害防制條例第33
19 條之1第3項所訂定之濫用藥物尿液檢驗作業準則第18條第1
20 項規定，嗎啡類之代謝物濃度大於300ng/ml、甲基安非他命
21 大於500ng/ml且其代謝物安非他命之濃度在100ng/ml以上
22 者，應判定為陽性，是被告於108年5月1日22時55分許為警
23 採集尿液前96小時內某時確曾施用海洛因、甲基安非他命，
24 堪以認定。

25 (三)被告雖以前詞置辯，然海洛因於我國為嚴格查緝且價值不斐
26 之違禁物，而被告尿液中嗎啡濃度之高，已逾陽性標準值之
27 48倍，與其毫無相關之民宿人員會提供如此高劑量之含海洛
28 因之藥物與被告使用，實與常情有違，是被告所辯，不足採
29 信。

30 (四)起訴書雖認被告於本案係分別施用海洛因及甲基安非他命，
31 然查，被告於警詢、偵查中均供述係同時施用海洛因及甲基

01 安非他命（108年度毒偵字第2654號卷第6頁背面、33頁背
02 面），而本案並無證據足認被告為分別施用，故應為有利於
03 被告之認定，認其於本案為同時施用海洛因及甲基安非他
04 命。

05 (五)綜上所述，本案事證明確，被告前揭所辯，不足採信。被告
06 犯行堪以認定，應依法論科。

07 三、論罪：

08 (一)被告行為後，毒品危害防制條例第20條第3項於109年1月15
09 日修正公布，並於同年7月15日生效施行。而修正前之20條
10 第3項規定為「依前項規定為觀察、勒戒或強制戒治執行完
11 畢釋放後，5年後再犯第10條之罪者，適用本條前二項之規
12 定。」修正後之該條規定則為「依前項規定為觀察、勒戒或
13 強制戒治執行完畢釋放後，3年後再犯第10條之罪者，適用
14 前二項之規定」，可知修法後係將原規定之於觀察、勒戒或
15 強制戒治執行完畢釋放後，若5年內再犯施用毒品罪，即應
16 追訴處罰之規定，縮短為3年，惟此屬訴追之要件，核屬程
17 序事項之變更，依108年12月17日修正毒品危害防制條例之
18 條文施行前所犯第10條之罪之案件，於109年7月15日施行
19 後，審判中之案件，由法院或少年法院（地方法院少年法
20 庭）依修正後規定處理之，108年12月17日新修正之毒品危
21 害防制條例第35條之1定有明文，是應逕行適用裁判時之規
22 定。經查，被告前因施用毒品案件，經臺灣基隆地方法院以
23 104年度毒聲字第150號裁定送觀察、勒戒後，認無繼續施用
24 之傾向，於105年8月25日釋放出所，有本院被告前案紀錄表
25 在卷可稽，是被告本案施用毒品犯行，核屬觀察、勒戒執行
26 完畢釋放後3年內再犯，自應依毒品危害防制條例第20條第3
27 項之規定予以追訴、處罰，被告上訴稱本件追訴有違最高法
28 院刑事大法庭109年度台上大字第3826號裁定，顯屬誤會。

29 (二)核被告所為，係犯毒品危害防制條例第10條第1項、第2項之
30 施用第一、二級毒品罪。

31 (三)被告持有海洛因及甲基安非他命進而施用，持有之低度行

01 為，為施用之高度行為所吸收，不另論罪。

02 (四)被告以一行為同時施用第一、二級毒品，為想像競合犯，應
03 依刑法第55條規定，從一重之施用第一級毒品罪處斷。公訴
04 意旨認應分論併罰，容有誤會，已如上述，附此敘明。

05 四、撤銷原判決之理由：

06 (一)被告上訴意旨略以：本案違反刑事訴訟法第146條第1項夜間
07 搜索扣押程序，原判決認為本案存有急迫情形逕認員警執行
08 夜間搜索程序合法，將被告於原審抗辯之詞棄置不論，顯有
09 違誤，被告於本案警詢時所為坦承施用第一級毒品之供述，
10 並非出於真摯同意後所為，又本件追訴有違最高法院刑事大
11 法庭109年度台上大字第3826號裁定等語。

12 (二)原審經詳細調查後，以被告犯罪之事證明確，予以論罪科
13 刑，固非無見。惟查：本件夜間搜索並不合於刑事訴訟法第
14 146條第1項但書之情形，且未依同條第2項記明其事由於筆
15 錄，搜索程序難認合法，經本院依比例原則與權衡原則綜合
16 考量後，認該次搜索扣押之物及因扣案物衍生之法務部調查
17 局濫用藥物實驗室108年7月1日調科壹字第10823013350號鑑
18 定書，均無證據能力，原審認該搜索扣押為合法，並將扣案
19 之物及衍生之鑑定書作為認定被告罪責之證據，並將扣案之
20 毒品海洛因於本案中予以沒收銷燬，尚有未當。被告上訴否
21 認犯行，固無理由，惟被告上訴主張夜間搜索程序不合法，
22 尚非無據。原判決既有上開無可維持之瑕疵可議，自應由本
23 院將原判決予以撤銷改判。

24 (三)本院以行為人之責任為基礎，並審酌被告前經觀察、勒戒
25 後，猶未戒除施用毒品，於觀察、勒戒執行完畢釋放後3年
26 內復為本案施用第一、二級毒品之犯行，顯見其自制力薄
27 弱，未能記取教訓，戒除惡習；兼衡其施用毒品所生危害係
28 以自戕身心健康為主、犯罪之動機、目的、智識程度、生活
29 狀況、素行暨其犯後態度等一切情狀，量處如主文第2項所
30 示之刑。

31 (四)扣案之海洛因1包，因經本案排除證據能力，自不應於本案

01 中諭知沒收銷燬，附此敘明。

02 五、被告經合法傳喚，無正當之理由不到庭，爰不待其陳述，逕
03 行判決。

04 據上論斷，應依刑事訴訟法第371條、第369條第1項前段、第364
05 條、第299條第1項前段，判決如主文。

06 本案經檢察官葉益發提起公訴，檢察官黃錦秋到庭執行職務。

07 中 華 民 國 112 年 2 月 9 日

08 刑事第十六庭 審判長法 官 劉嶽承

09 法 官 廖紋好

10 法 官 王耀興

11 以上正本證明與原本無異。

12 如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其
13 未敘述上訴之理由者並得於提起上訴後20日內向本院補提理由書
14 （均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

15 書記官 蘇佳賢

16 中 華 民 國 112 年 2 月 9 日

17 附錄：本案論罪科刑法條全文

18 毒品危害防制條例第10條

19 施用第一級毒品者，處 6 月以上 5 年以下有期徒刑。

20 施用第二級毒品者，處 3 年以下有期徒刑。