臺灣高等法院刑事判決

108年度上易字第783號

上　訴　人
即　被　告　黃培鈞

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣桃園地方法院107 年度審易字第3152號，中華民國108 年1 月10日第一審判決（起訴案號：臺灣桃園地方檢察署107 年度毒偵字第5117號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

事　實

一、黃培鈞前於民國98年間，因施用毒品案件，經原審法院以98年度毒聲字第1315號裁定送觀察、勒戒後，認無繼續施用毒品之傾向，於99年5 月5 日執行完畢釋放出所，並經臺灣桃園地方檢察署檢察官以98年度毒偵字第5421號為不起訴處分確定。復於99年間，因施用毒品案件，經原審法院以100 年度審易字第72號判決處有期徒刑3 月確定。又因①施用毒品案件，經原審法院以101 年度壢簡字第963 號判決處有期徒刑3 月確定；②施用毒品案件，經原審法院以101 年度壢簡字第968 號判決處有期徒刑4 月確定；③施用毒品案件，經原審法院以101 年度壢簡字第1106號判決處有期徒刑5 月確定；④施用毒品案件，經原審法院以102 年度壢簡字第460 號判決處有期徒刑6 月確定；⑤施用毒品案件，經原審法院以102 年度壢簡字第1041號判決處有期徒刑5 月確定；⑥違反妨害兵役治罪條例案件，經本院以103 年度上易字第936 號判決處有期徒刑3 月確定，上開①至③所示各罪經原審法院以102 年度聲字第3807號裁定應執行有期徒刑10月確定；④至⑥所示各罪則經本院以103 年度聲字第2822號裁定應執行有期徒刑1 年確定，入監接續執行後，已於103 年10月3 日縮短刑期假釋出監，所餘刑期交付保護管束，迄104 年3 月26日保護管束期滿，未經撤銷假釋，其未執行之刑，以已執行論（於本案構成累犯）。

二、詎黃培鈞猶不知惕勵，竟基於施用第二級毒品甲基安非他命之犯意，於107年8月6日下午3時許，在桃園市○○區○○路旁，以將甲基安非他命置入玻璃球吸食器（未扣案）內燒烤吸其煙氣之方式，施用第二級毒品甲基安非他命1次。嗣於107年8月6日晚間9時30分許，為警在桃園市○○區○○路2段322號前查獲，並扣得其於107年8月6日晚間8時許，所購得如附表所示之毒品（所涉持有第二級毒品純質淨重20公克以上部分，業經原審判處罪刑確定），復經警採集尿液送驗，鑑驗結果呈安非他命、甲基安非他命陽性反應，而查悉上情。

三、案經桃園市政府警察局移送臺灣桃園地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

壹、程序事項：

一、本院審理範圍：

本件檢察官起訴被告黃培鈞涉犯毒品危害防制條例第11條第4項之持有第二級毒品純質淨重20公克以上之罪（107年度偵字第22858號），及同條例第10條第2項之施用第二級毒品罪（107年度毒偵字第5117號）等罪，而經原審審理後，就被告被訴部分均判處罪刑（原審法院107年度審訴字第2060號、107年度審易字第3152號）。嗣於原審判決後，被告不服原判決就施用第二級毒品部分（原審法院107年度審易字第3152號）提起上訴，檢察官則未提起上訴，從而，本院審理範圍則為原判決關於被告犯施用第二級毒品罪部分，合先說明。

二、按毒品危害防制條例於92年7月9日修正公布，自93年1月9日施行，其中第20條、第23條將施用毒品之刑事處遇程序，區分為「初犯」及「5年內再犯」、「5年後再犯」。依其立法理由之說明：「初犯」，經觀察、勒戒或強制戒治後，應為不起訴處分或不付審理之裁定；經觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放後，「5年內再犯」者，因其再犯率甚高

，原實施之觀察、勒戒及強制戒治既已無法收其實效，爰依法追訴或裁定交付審理。至於經觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放後，「5 年後再犯」者，前所實施之觀察、勒戒或強制戒治已足以遮斷其施用毒品之毒癮，為期自新及協助其斷除毒癮，仍適用「初犯」規定，先經觀察、勒戒或強制戒治之程序。從而依修正後之規定，僅限於「初犯」及「5 年後再犯」二種情形，始應先經觀察、勒戒或強制戒治程序；倘被告於5 年內已再犯，經依法追訴處罰，縱其第3 次（或第3 次以上）再度施用毒品之時間，在初犯經觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放5 年以後，已不合於「5 年後再犯」之規定，且因已於「5 年內再犯」，顯見其再犯率甚高，原實施觀察、勒戒或強制戒治，已無法收其實效，即應依該條例第10條處罰。查被告前有如事實欄一所載觀察、勒戒執行完畢紀錄，有本院被告前案紀錄表1 份在卷可憑，雖被告係於上開觀察、勒戒執行完畢而釋放5 年後再犯本件施用毒品犯行，惟其於觀察、勒戒執行完畢釋放後5 年內曾因施用毒品遭追訴處罰，已如前述，則其前所實施之觀察、勒戒未足以遮斷施用毒品之癮，依上開說明，自與前揭條例第20條第3 項之規定僅得適用於「5 年後再犯」之情形不合（最高法院95年度台非字第59號判決意旨參照），是被告犯本件毒品危害防制條例第10條之罪，應依法追訴，檢察官起訴，即無不合。

三、證據能力之認定部分：

按刑事訴訟法第159 條之5 立法意旨，在於確認當事人對於傳聞證據有處分權，得放棄反對詰問權，同意或擬制同意傳聞證據可作為證據，屬於證據傳聞性之解除行為，如法院認為適當，不論該傳聞證據是否具備刑事訴訟法第159 條之1 至第159 條之4 所定情形，均容許作為證據，不以未具備刑事訴訟法第159 條之1 至第159 條之4 所定情形為前提。此揆諸「若當事人於審判程序表明同意該等傳聞證據可作為證據，基於證據資料愈豐富，愈有助於真實發見之理念，此時

，法院自可承認該傳聞證據之證據能力」立法意旨，係採擴大適用之立場。蓋不論是否第159 條之1 至第159 條之4 所定情形，抑當事人之同意，均係傳聞之例外，俱得為證據，僅因我國尚非採澈底之當事人進行主義，故而附加「適當性」之限制而已，可知其適用並不以「不符前四條之規定」為要件（最高法院104 年度第3 次刑事庭會議決議參照）。經查，本件以下所引用之供述或非供述證據，因檢察官、被告對各該證據方法之證據能力，迄至言詞辯論終結前均未聲明異議，而本院審酌上開供述或非供述等證據資料製作時之情況，無不當取供及證明力明顯過低之瑕疵，認以之作為證據應屬適當，揆諸前開規定，本院認前揭證據資料有證據能力。

貳、認定被告犯罪事實所憑之證據及理由：

訊據被告對於上揭事實坦白承認，且其為警查獲後所採集之尿液，經送台灣檢驗科技股份有限公司鑑驗結果，確呈安非他命、甲基安非他命陽性反應，亦有該公司出具之濫用藥物檢驗報告（報告日期：2018/8/22 ，報告編號：UL/2018/00000000）、桃園市政府警察局被採尿人尿液暨毒品真實姓名與編號對照表（尿液編號：107 偵-1257 ）各1 份附卷可稽（見毒偵卷第29、56頁），是認被告上開任意性自白核與事實相符，堪以採取。本件事證明確，被告上揭施用第二級毒品犯行足可認定，應依法論科。

參、論罪部分：

一、核被告所為，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。

二、被告施用前持有第二級毒品之低度行為，為施用第二級毒品之高度行為所吸收，不另論罪。

三、查被告前曾受如上揭事實欄一所載罪刑宣告及刑之執行完畢情形，有上開本院被告前案紀錄表在卷可考，其於前案有期徒刑執行完畢後，5 年以內故意再犯本件有期徒刑以上刑之罪，為累犯，而依108 年2 月22日公布之司法院大法官解釋

釋字第775號解釋文意旨，有關刑法第47條第1項規定累犯加重本刑部分，尚不生違反憲法一行為不二罰原則之問題，惟該號解釋文認定：「不分情節，基於累犯者有其特別惡性及對刑罰反應力薄弱等立法理由，一律加重最低本刑，於不符合刑法第59條所定要件之情形下，致生行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪責之個案，其人身自由因此遭受過苛之侵害部分，對人民受憲法第8條保障之人身自由所為限制，不符憲法罪刑相當原則，牴觸憲法第23條比例原則。於此範圍內，有關機關應自本解釋公布之日起2年內，依本解釋意旨修正之。於修正前，為避免發生上述罪刑不相當之情形，法院就該個案應依本解釋意旨，裁量是否加重最低本刑」等語。是本院參酌上開解釋意旨，審酌被告於前述①至⑤案中，均因施用毒品案件經法院判處罪刑，本應產生警惕作用，期待其返回社會後能因此自我控管、約束，徹底戒除毒癮，惟被告卻故意再犯與先前犯罪內容及情節相同之施用毒品犯行，足見其有一定特別之惡性，對刑罰之反應力顯然薄弱，就本案被告所犯之罪予以加重，尚不致使被告所受之刑罰超過其所應負擔之罪責，而造成對其人身自由過苛之侵害，而仍有加重法定最低本刑之必要，爰予依刑法第47條第1項規定加重其刑。

四、被告上訴意旨固辯稱：本案始於員警路邊盤查，被告即表明車上放置毒品，並配合員警搜索，是其本件應已符合刑法第62條所定自首要件云云。而查：

（一）按刑法第62條所規定自首，以對於未發覺之罪向有偵查犯罪職權之機關或人員投案，並接受裁判為要件，其立法意旨，在於為獎勵犯罪悔過投誠者而設。所謂未發覺，乃指犯罪事實未為有偵查犯罪職權之公務員所發覺，或犯罪事實雖已發覺，而犯人為誰，尚不知者而言。但此所稱之發覺犯罪事實，祇須有偵查犯罪職權之公務員，已知該犯罪事實之梗概為已足，無須確知該犯罪事實之真實內容為必要；而所知之人犯，亦僅須知其有犯罪嫌疑即為犯罪業已

發覺，不以確知其人為該犯罪之真兇無訛為必要，此項對犯人之嫌疑，仍須有確切之根據得為合理之可疑者，始足當之。如案已發覺，則被告縱有陳述自己犯罪之事實，亦祇可謂為自白，不能認為自首（最高法院72年台上字第641號判例，及同院84年度台上字第4722號、84年度台上字第1919號、72年度台上字第6293號判決意旨參照）。

（二）證人即查獲本案之員警賴一帆於本院審理時具結證稱：伊於107年8月6日晚間9時30分許，在桃園市○○區○○路0段000號前查獲被告，當時被告與他朋友在一起，他朋友把機車停在轉角紅線的地方，伊等過去盤查，被告就轉身離開，伊覺得有異就上前盤查，請被告報身分證字號他支吾其詞，後來查證他是毒品通緝犯（參見查捕逃犯作業查詢報表，毒偵卷第11頁），就在現場附帶搜索他的隨身物品，並在他隨身側背包內發現安非他命，伊有問他採尿會不會有陽性反應，他有坦承，也有問他扣案毒品與他同行的友人有無關係，他說沒有關係，於是就將他帶回調查。而在伊等搜獲扣案安非他命之前，被告沒有說他有持有毒品，也沒有坦承他施用毒品，在搜獲毒品後，伊主觀上就會懷疑他施用第二級毒品，有問他有沒有施用，詳細的施用時間地點是在製作警詢筆錄時才陳述等語甚詳在卷（見本院卷第35頁），依證人賴一帆之證述，可知案發當日係由員警先查扣毒品甲基安非他命，已有確切之根據，而得為合理可疑被告有施用第二級毒品之行為後，被告方供述有施用第二級毒品，稽此，足見本件被告施用第二級毒品犯行之查獲經過，係經證人賴一帆依法執行搜索後循線查獲，揆諸前揭說明，尚屬已發覺犯罪，而與前揭自首規定之要件有間。

（三）據此，被告上開所辯情節，核與事實未合，而其顯非於本件犯罪未發覺前，自行申告其施用第二級毒品犯行，與刑法第62條所規定之自首要件不符，自無有適用該條規定減輕其刑之餘地，被告前開上訴意旨，並非可採。

五、至上開供被告犯本件施用第二級毒品罪所用之玻璃球吸食器，並未扣案，且該玻璃球吸食器業經被告丟棄而滅失一節，亦據被告於於本院審理時供明在卷（見本院卷第36頁反面），爰不予宣告沒收。

肆、駁回上訴之理由：

一、原審經詳細調查及審理後，基於以上相同之認定，引用毒品危害防制條例第10條第2項，刑法第11條前段、第47條第1項、第41條第1項前段等規定為依據，並審酌被告前已因施用毒品案件經戒癮處分及法院判處罪刑確定，本應徹底戒絕毒癮，詎其竟未能自新，仍一再施用足以導致人體機能發生依賴性、成癮性及抗藥性等障礙之毒品，戕害自身健康，漠視法令禁制，所為殊無可取，惟念及其犯罪後坦承犯行，態度尚可，兼衡其犯罪之動機、目的、手段、素行等一切情狀，量處有期徒刑6月，並諭知如易科罰金，以新臺幣1千元折算1日。經核原審上開認事用法，均無違誤，量刑亦稱允恰。至原審雖未及按前開釋字第775號解釋意旨斟酌是否加重本件之最低本刑，惟據前述，原判決依刑法第47條第1項規定予以加重，並無不當。

二、被告猶執前詞提起上訴，主張其就本件施用第二級毒品犯行，符合自首要件，指摘原審判決不當，並無理由，業如前述，況依刑法第62條前段之規定，自首僅係得減輕其刑，並非必減，即係法院依職權自由裁量之事項，且縱認係屬自首，然法院仍有自由裁酌是否減輕其刑之職權。據此，被告上訴意旨所指情節，難認有理由，應予駁回。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

本案經檢察官吳宗憲提起公訴，檢察官陳正芬到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　6　　月　　25　　日

刑事第十九庭　審判長法　官　曾淑華

法　官　楊秀枝

法　官　王美玲

以上正本證明與原本無異。

不得上訴。

書記官　李逸翔

中　　華　　民　　國　　108　　年　　6　　月　　25　　日

附錄本案論罪科刑法條全文：

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。

附表：

編號	扣押物品	備　　註
一	第二級毒品甲基安非他命2 包（含包裝袋2 只）	㈠、白色微黃結晶1 袋，檢出甲基安非他命成分（實稱毛重35.2120 公克，淨重34.3620 公克，取樣0.0442公克，驗餘淨重34.3178 公克，純度為99.9% ，純質淨重34.3276 公克）。 ㈡、白色微黃結晶塊1 袋，檢出甲基安非他命成分（實稱毛重34.9490 公克，淨重34.3730 公克，取樣0.0173公克，驗餘淨重34.3557 公克，純度為99.9% ，純質淨重34.3386 公克）。 ㈢、有交通部民用航空局航空醫務中心毒品鑑定書在卷可稽（見107 年度偵字第22858 號卷，第70、71頁）。