

論施用毒品罪之罪數關係

＊郭棋湧

壹、前言

毒品在台灣相當泛濫，已造成嚴重之社會問題，吸毒者不僅殘害自己，且常因缺錢購買毒品而犯罪，致嚴重危害治安、破壞社會。此種施用毒品之行爲，究係心病應予治療，或係犯罪而應予應處罰，有不同見解，無一定論。我國於 87 年 5 月間，修正毒品危害防制條例時¹，即依毒品之成癮性、濫用性及對社會危害性分爲四級毒品，並兼顧吸毒係心病應予治療—送觀察勒戒及強制戒治，且係犯罪應予處罰—勒戒斷癮後再犯，即應科予刑罰。惟就吸毒者本身而言，經法院裁定送觀察勒戒或強制戒治後，仍無法有效戒除毒癮，再犯吸毒之比率相當高，實無法以法律之規範即獲得戒毒之效能，仍有待吸毒者之戒毒決心，或政府戒毒政策之輔助，始能收取戒除毒癮之效。

施用毒品當然應持有，此二行爲具有吸收關係，惟如持有與施用係不同級毒品，應如何論罪，例如僅持有第二級毒品安非他命，但持有及施用第一級毒品海洛因，此二種毒品因係不同級毒品，應個自成立犯罪，爲數罪關係，施用第一級毒品不能吸收持有第二級之行爲，持有第二級毒品罪應與施用第一級毒品罪分科併罰，應無疑義。至於持有與施用係同級毒品，應如何論罪，非無爭議，例如持有及施用第二級毒品安非他命，同時亦持有第二級毒品大麻，爲警查獲，經採尿送驗有甲基安非他命陽性反應，被告坦承施用安非他命，且僅承認持有大麻而未施用，此爲同品項之毒品，可否依吸收犯之理論處理，僅論處施用罪即可，實務上有不同見解，孰是孰非，至今尚無定論，殊有詳加說明之必要。

因吸毒之行爲具有成癮性，故吸毒者常係持續施用，在刑法第 56 條有連續犯之規定時，得以基於概括之犯意而連續施用毒品，依連續犯之規定論處，惟刑法於 95 年 7 月 1 日廢除連續犯後，多次施用毒品之行爲，已不能再以多次吸毒而以一罪論處，應如何論處，即成爲實務上經常發生之新問題。此次刑法雖廢除連續犯之規定，但刑法第 56 條修正理由第四點中，又認爲：「連續犯之規定廢除，對於部分習慣犯，例如竊盜、吸毒等犯罪，是否會因用數罪併罰而使刑罰過重，產生不合理之現象一節，在實務運用上應可參考德、日等國之經驗，委由學界及實務以補充解釋之方式，發展接續犯之概念，對於合乎『接續犯』或『包括的一罪』之情形，認爲構成單一之犯罪，以限縮數罪併罰之範圍，用以解決上述問題。」刑法雖廢除連續犯之規定，但又提出「接續犯」、「包括的一罪」之概念，接替「連續犯」之概念，該「連續犯」之影子似乎仍看得見，故多次吸毒之行爲，究應數罪併罰，或以「接續犯」處罰，或以「包括的一罪」之「集合犯」論處，非無疑義，本文謹就此等相關問題說明如下，以就教於各位先進。

＊現任調法務部辦事主任檢察官

¹毒品危害防制條例於 92 年 7 月 9 日，又有小幅度之修正，將吸毒行爲送觀察勒戒、強制戒治之繁雜手續廢除，不再區分一犯、二犯、三犯等行爲樣態，改分以一犯觀察勒戒，無施用傾向（斷癮後）即不起訴處分，有施用傾向（有癮者）即送強制戒治，二犯吸毒者，即應科予刑罰。

貳、持有與施用之關係

毒品危害防制條例第 2 條將毒品種類區分為四種，第一級毒品係海洛因、嗎啡、鴉片、古柯鹼及其相關製品；第二級毒品係罌粟、古柯、大麻、安非他命、配西汀、潘他唑新及其相關製品；第三級毒品係西可巴比妥、異戊巴比妥、納洛芬及其相關製品；第四級毒品係二丙烯基巴比妥、阿普唑他及其相關製品。惟依第 10 條及第 11 條之規定，施用或持有第一級毒品及第二級毒品始有觀察勒戒之必要，再犯始有刑罰之處罰，如係施用或持有第三級毒品及第四級毒品，均無觀察勒戒或科處刑罰之規定，但如係製造、販賣或轉讓第三級毒品及第四級毒品，則與製造、販賣或轉讓第一級毒品及第二級毒品相同，均有處罰之規定（第 4 條第 1 項第 2 項），應分別依第 4 條第 3 項、第 4 項（製造或販賣）或第 8 條第 3 項、第 4 項（轉讓）之規定處罰。

依毒品危害防制條例第 11 條第 1 項及第 2 項之規定，持有第一級毒品及第二級毒品，均各自成立持有毒品罪，應分別依該條例之規定處罰，如持有二種不同之毒品，為警同時查獲，此二行為之構成要件不同，應係各自獨立成罪，當依數罪併罰之規定處罰。持有不同級毒品之行為，理論上亦有可能係同一受讓行為而同時持有之，有可能成立想像競合犯，惟成立一行為而觸犯數罪名之想像競合犯，應係基於單一犯罪意思，具備單一犯意而同時購買，同時取得不同毒品之條件，始可成立想像競合犯。例如甲向乙購買第一級毒品海洛因及第二級毒品安非他命，乙同時交付該二種毒品，甲並同時受領該二種毒品，此種情形，甲同時持有二種毒品，即有可能成立想像競合犯，應從一重處斷。如係同時購買，惟於不同時間取得不同毒品，仍應論以數罪，並不符合想像競合犯之規定。據此以解，持有不同毒品是否成立想像競合犯，應以取得毒品之時間判斷，如係不同時間取得，應可認定係另行起意，具有二種不同持有之犯意，縱令係為警同時查獲二種毒品，亦應依數罪處罰。故吸毒犯取得毒品之時點及犯意之單複數，即有查明之必要，始能判斷係數罪或裁判上一罪，進而為適當之論罪。

持有第一級或第二級毒品係單獨成立犯罪，如僅單純持有而未施用，即以持有毒品罪處罰，無觀察勒戒之問題。惟如係持有毒品進而施用，則依吸收理論處理，即持有之行為為施用所吸收，不再論罪。因持有與施用毒品之行為有階段關係，供施用毒品而持有毒品之低度行為，應為施用之高度行為所吸收，亦即吸毒當然應持有毒品，故施用之行為吸收持有，該持有之行為即不再論處²，目前實務上亦均以行為吸收之理論處理，已有一致之見解，應無爭議。惟如係受友人之託保管毒品而持有之，嗣後因好奇而施用毒品，此二行為應係另行起意，為各別不同之犯罪意思，此種情形，係先持有而再產生施用之犯意，此二行為有先後之分，為可切割判斷之犯意，即應依數罪併罰之規定處罰，尚難以吸收關係論擬。如持有與施用之毒品種類不同，則應依數罪併罰，例如持有第一級毒品海洛因，但又施用第二級毒品安非他命，此二種行為即可能有數個犯意，應依數罪併罰之規定處理，尚難以吸收關係論擬。倘係基於單一犯意，同時觸犯持有及施用之二

²林錫湖著，刑法總論，作者自版，88 年 8 月，第 470 頁。

種罪名，則可依想像競合犯論處。

又施用第二級毒品安非他命，同時亦經警查獲第二級毒品大麻，如被告之尿液驗出甲基安非他命陽性反應，被告又坦承施用第二級毒品安非他命及持有第二級毒品大麻，但否認施用大麻，尿液並無大麻陽性反應，因安非他命及大麻係同級毒品，施用安非他命與持有大麻之二個犯罪行為，應如何論罪，此有不同見解：

一、吸收關係說：

安非他命與大麻同屬第二級毒品，如同時或先後持有二者，且時間緊接，因觸犯構成要件相同之罪名，應論以行為人持有第二級毒品之一罪，持有後又施用同級毒品，自應為施用之高度行為所吸收，無須區別毒品級項，均依吸收關係論以一罪即可。例如臺灣高等法院 90 年上易字第 567 號刑事判決認為：「安非他命與大麻同列為第二級毒品，據此，若同時或先後持有二者，且時間緊接，因其構成犯罪要件相同，應論行為人以一個持有第二級毒品罪責。而本件被告被訴持有大麻行為與前開施用（含持有）安非他命行為，時間緊接，且同時為警查獲，被告持有大麻行為，仍應為施用第二級毒品之高度行為所吸收，從而，上開不起訴處分效力及於被告持有大麻之行為³。」

二、數罪併罰說：

刑法上所謂犯罪行為之吸收關係，係指行為人對於同一法益為不同程度之侵害，此數行為間依一般社會觀念，存有必然之附隨關係，或一行為為他行為之當然結果，或應有之成分，該等行為形式上雖係數行為，但因競合適用而為實質上一罪，僅須擇一法律論科，即足以涵蓋該等行為之全部評價，又被涵蓋部分因失其獨立性及顯在性，自無再論罪處罰之餘地。如未施用大麻，僅持有大麻之行為而已，其施用第二級毒品安非他命部分，並非持有大麻之高度行為，核與持有大麻之犯行，無從建立吸收關係，自應另論以持有第二級毒品罪。例如臺灣高等法院 90 年上易字第 3786 號刑事判決認為：「查被告施用第二級毒品時持有安非他命之行為，固為該次施用行為所吸收而不另論以持有毒品罪，然被告於同日下午二時許購入扣案安非他命後，隨即被警查獲，業據被告於本院調查時供明在卷，是核扣案安非他命，與其已實施完畢之施用第二級毒品行為無關，自不生吸收之問題，而其於購入後既尚未施用，是亦無任何高度之施用行為可將持有行為予以吸收，自應就其持有第二級毒品安非他命行為，單獨論罪。」此判決即認為查獲之毒品與施用行為無關，係另行起意之持有毒品罪，自應依數罪併罰。

三、小結：

安非他命與大麻雖同列為第二級毒品，惟係不同種類之毒品，且施用方法不同，施用安非他命並不當然持有大麻，二者之間並無必然關係，就吸收

³臺灣高等法院檢察署審查臺灣嘉義地方法院檢察署於 91 年提出之法律座談會議提案時，即採吸收關係之見解。

犯理論而言，持有大麻與施用安非他命完全無關，在法律上無法為一行為之評價，無從建立吸收關係，故應以數罪併罰為宜。且行為人持有大麻及施用安非他命之犯意為何，亦有探討之必要，如係不同時間取得該二種毒品，應係基於不同犯意而為之，自當依數罪併罰罰之。以吸收關係處理持有大麻與施用安非他命之二個行為，固係最有利於行為人之解釋，惟是否符合吸收犯理論之原則，恐有爭議。如從取得之犯意判定，以一個犯意同時取得二種毒品，行為人係基於一個犯罪意思而同時觸犯二個罪名，依想像競合犯之規定處理，應較為妥適合理，倘將施用安非他命吸收持有大麻，而未審究持有與施用有無必然關係，即以吸收關係論處一罪，則與吸收犯理論有所齟齬，運用吸收犯過於浮濫，極為不當。

以犯意之不同而施用與持有同級毒品，可認定施用與持有係數罪關係，故施用安非他命與持有大麻之行為，如係另起意，亦應數罪併罰，例如臺灣高等法院 89 年度上易字第 1489 號刑事判決認為：「施用毒品行為採用吸收之理論，應限於施用毒品行為之前即持有該毒品。若於施用毒品之後，始至他處持有毒品嗣後持有之毒品並非先前施用毒品所用者，無前後行為之吸收關係。被告取得毒品後即為警查獲，顯無機會以該毒品供其施用。只應論以非法持有毒品罪，原判決應予撤銷。」又如彰化地院 95 年訴字第 588 號刑事判決即認為：經警「當場查獲扣案之第二級毒品大麻，因該第二級毒品大麻係被告受其不詳姓名、年籍、住居所綽號『烏龜』之成年男子所請託寄放之物，則被告此部分另行起意因受託而單純持有第二級毒品大麻部分，應由檢察官另行依法偵辦處理。」據此以解，施用與持有同級毒品自犯意之立場觀之，亦可以不同犯意而依數罪併罰，尚難一概認定係吸收關係，以免產生不合理之情形。

參、同時施用不同毒品之罪數

毒品種類甚多，倘吸毒者同時同地施用二種毒品，究應如何論處，非無疑義。例如某甲於同時間、同地點施用第一級毒品海洛因及第二級毒品安非他命，或施用同係第二級毒品安非他命及大麻，此種施用毒品之行為，應依數罪併罰或以想像競合犯處罰，有不同見解，茲說明如下：

一、數罪併罰說：

因第一級及第二級毒品施用方法不同，如吸毒者同時施用二種毒品，該施用行為應係數個行為，且吸毒者係基於數個犯意為之，具有數罪關係，在法律之評價上，係數個吸毒行為，應依數罪關係予以評價，以數罪併罰論處。毒品種類不同，施用之方式不同，且效果不同，自係基於數個犯意所為，況吸毒者是否基於單一之犯意，亦難於確定，應係數個施用毒品之犯行，實難以一行為論之。又雖係施用同級毒品，如同係第二級毒品之安非他命及大麻，但毒品種類不同，且因有不同犯意，仍應依數罪併罰罰之。

二、想像競合犯說：

一行為而觸犯數罪名，依刑法第 55 條之規定，為想像競合犯，應從一重罪處斷。吸毒者以單一犯意，混同二種毒品一起施用，係以一個施用之行為

而吸食二種毒品，自係基於單一犯罪意思為之，應係一行為而觸犯數個施用毒品之罪名，構成想像競合犯，從一重處斷。據此以解，同時施用同級毒品之行爲，亦係想像競合犯之關係，應以一重罪處斷。

例如彰化地院 95 年訴字第 1163 號判決，認為被告以：「同時將海洛因及安非他命一起置於球型玻璃吸管，再點火加熱使產生煙霧吸用之方式，連續施用第一級毒品海洛因及第二級毒品安非他命」，「被告多次以一個施用行爲，同時施用第一級毒品海洛因及第二級毒品安非他命，係一行為同時觸犯二罪名，為想像競合犯，應依修正前刑法第 55 條之規定，從一重之連續施用第一級毒品海洛因罪處斷。」即認為同時施用二種毒品，係想像競合犯之關係，應從一重罪處斷⁴。

三、小結：

第一級毒品海洛因係粉狀，第二級毒品安非他命係結晶體，此二種毒品形態不同，施用方法亦不同，海洛因應加水溶化注射入身體，或沾香煙點燃吸食，安非他命應以吸食器燒烤使產生氣體，再吸食其氣體，效果及毒癮均不同，此二種毒品實無法同時吸用。惟如吸毒者辯稱係混合一起施用云云，是否足以採信，即應詳加調查。蓋該二種毒品型態不同，施用方法有別，甚難以混同施用之方式吸食，被告所為之辯解，應予查明犯意個數，尚難遽信。吸毒者之所以辯解一起施用，係因尿液中驗有二種毒品之陽性反應，已知不能為無罪之辯解，為減輕刑責，故辯稱係同時施用，審判之法官即以一個吸毒行為而觸犯二罪名，依刑法第 55 條規定，係構成想像競合犯，應從一較重之施用第一級毒品罪處斷，以求得輕刑，吸毒者之心態可想而知。

如吸毒者以一起施用二種毒品之辯解，足堪採信，則吸毒者之犯意為何，究係基於單一犯意或數個犯意，即有探討之必要。蓋所謂想像競合犯，係指行為人以一個意思決定而為一個行為，而侵害數個相同或不同之法益，具備數個犯罪構成要件，成立數個罪名，係處斷上之一罪，該一行為，以出於一個犯意為必要，倘所犯之數個罪名係基於各別之犯意，雖同時、同地為之，致外觀上行為重疊，則屬同時犯數罪之範圍，並非想像競合犯之關係⁵。吸毒者同時施用二種毒品，究係基於原有之吸毒計畫而為之，或偶而持有二種毒品，故臨時決定混同施用，即可能有不同之犯罪意思，應判定有二個犯意。如係原有之吸毒計畫，當可能認定係基於單一犯意為之，得成立想像競合犯，惟如係偶因持有二種毒品而臨時決定同時施用，自係個別之吸毒犯意，應依數罪併罰之規定論罪，始屬合理。又安非他命及大麻雖均係第二級毒品，如同時施用該二種毒品，因毒品種類不同，係各自成立犯罪之行爲，如係以不同犯意為之，仍應依數罪併罰，惟如係基於單一犯意而為，自應比照施用不同級毒品之方式辦理，同樣有想像競合犯之適用。故

⁴彰化地院 95 年度訴字第 1433 號刑事判決亦採取想像競合犯之見解，認為「以將海洛因及甲基安非他命溶入水中混合後，再以針筒注射之方式施用海洛因及甲基安非他命一次。」

⁵參照最高法院 95 年度台上字第 2837 號刑事判決。

此種犯意之個數看似簡單，但攸關罪數問題，至為重要。

肆、多次施用毒品之論罪

經觀察勒戒後，再犯施用毒品即應科處刑罰，惟多次施用毒品之行爲，應如何論罪，係一罪或數罪，在刑法廢除連續犯之規定後，即有爭議。目前實務上有不同見解，甚為分歧，茲說明如下：

一、數罪併罰說：

基於個別之犯意，亦有數個行爲，符合數罪之概念，自應以數罪併罰之。此說認為連續犯既已廢除，施用毒品之行爲，係屬於個自成立犯罪之行爲，且吸毒者有相隔數日再吸，或隔一段時間後再吸，應係個別不同之吸毒犯意，該數行爲應為不同之評價，係一行爲一罪刑之犯罪類型，應各別論罪，故應依數罪併罰之規定處理。吸毒者多次施用毒品，可能係同一天施用多次，或數天施用多次，每次施用毒品之行爲，均基於個別之犯意，各自成立犯罪，自應數罪併罰。吸毒者自己雖有可能忘記吸幾次，無法證明犯罪之次數，惟此乃證據證明被告犯罪次數之問題，不影響數罪併罰之論罪方式。

實務上有認為係數罪關係，就施用毒品併辦部分，未予審理即退併，理由之一係以無法證明被告吸毒有成癮性，且被告係為警查獲之後再施用，顯係另行起意，以數罪為理由退回併辦部分，對於起訴後再查獲之吸毒行為，大多未予審理，即退回地檢署另行處理。甚或有部分認為僅就採尿驗有陽性反應之行為判決有罪即可，被告雖坦承其餘數次吸毒之行為，但因未採尿送驗，無法證明被告有其餘各次之施用行為，亦不予論罪。此種見解妥適與否，見仁見智，如就吸毒犯之習慣特性以觀，吸毒者常有吸毒習性，大多係一吸再吸，甚難認定係施用一次而已，況被告吸毒之次數無法一一採尿證明，僅因「未採尿送驗」，即為無罪之認定，恐有矯枉過正之缺失。

二、接續犯說：

接續犯之成立，係被告於時間緊接，場所亦密接之情形，基於一個犯罪意思，接續犯罪，因而成立接續犯。此說認為多次施用毒品之行為，係利用同一機會，在同一時段犯構成要件相同之罪名，以實現同一犯罪構成要件之單一行為，有接續犯包括一罪之關係，自應論以接續犯，而以一罪論處。吸毒者係以一個吸毒之犯意持續施用，在刑法上係以一個行為評價，無法切割判斷，自應以接續犯論之。在連續犯廢除後，臺灣高等法院審核地院就施用毒品之論罪科刑時，即認為數個施用毒品舉動，具有時空密切關係者，得成立接續犯單純一罪，係採取接續犯之見解⁶。

又如彰化地院 95 年度訴字第 1335 號刑事判決，亦認為：「被告雖有先後多次施用第一級毒品海洛因之犯行，惟衡以犯罪之時間（平均約二天一次，且係將一次所購得之毒品分次施用）及空間（均係在同一地點施用），與所侵害之法益數（施用毒品係侵害同一法益），顯見本件被告應係利用同

⁶臺灣高等法院暨所屬法院因應新修正刑法施行座談會彙編，臺灣高等法院編印，95 年 6 月，第 107 頁。

一機會，在同一時段就同一犯罪構成要件事實，本於單一犯意而接續進行，以實現一犯罪構成要件之單一行爲，自係屬接續犯，應以一施用第一級毒品罪論處」，「至公訴人於起訴書內雖提及有關施用毒品成癮或有施用毒品之習慣者，應爲集合犯，惟此部分於本案因尚無從證明，故自不應逕論以集合犯⁷」，本案在論罪時，係採取接續犯之見解，認爲被告係以單一犯意接續吸毒，因係利用同一機會，行爲接續，故認定係接續犯。此說以接續犯之概念解釋吸毒犯之犯行，固非無見，惟接續犯之犯罪時間，應接續至何時，一個犯罪計畫應延展至何時段，始符合接續犯之要件，另行起意之時點，不易判定，實亦難有區別之界限。

三、集合犯說：

集合犯係指行爲本質上具有反覆、延續實行之特徵，故行爲人基於概括之犯意，在密切接近之一定時間、地點持續實行之複數行爲，如依社會通念，在客觀上認爲符合一個反覆、延續性之行爲觀念，於刑法之評價上，即應僅成立一罪，舉凡職業性、營業性或收集性具有「重複特質」之犯罪，該數行爲即評價爲一罪，諸如經營、偽造、收集、販賣、製造、散布等行爲概念皆是⁸。就吸毒犯之成癮性觀之，施用毒品之行爲，應係基於一個吸毒之毒癮而爲，故多次吸毒之行爲，應以集合犯論以一罪。集合犯說認爲吸毒者有毒癮，據以認定係法定「習慣性」犯罪之類型，惟毒癮之「集合」犯罪應延展至何時，亦有爭議，與接續犯之見解相同，應以何種時點中斷「集合犯」之犯意，如何判斷吸毒者已戒除毒癮後，又因吸毒而再引起毒癮，此毒癮之再次形成，事實上應以觀察勒戒或強制戒治後經判定斷癮爲標準，如觀察勒戒或強制戒治斷癮後，再施用毒品，即可認定係另行起意，惟目前毒品危害防制條例僅規定一犯須觀察勒戒或強制戒治，至於二犯、三犯即無觀察勒戒或戒治之制度，吸毒者爲警查獲之後，仍一吸再吸，更足以顯示吸毒者已有相當之毒癮（心癮或身癮），故如何判斷吸毒者是否斷癮，及是否另行起意，顯有困難，唯有鑑定或戒治，始爲正途。

四、小結：

刑事法若干犯罪行爲態樣，本質上具有反覆、持續實行之特徵，立法時即已特別歸類，定爲犯罪構成要件之行爲要素，如行爲人基於一個犯意，在密切接近之一定時間、地點持續實行之複次行爲，倘依社會通念，在客觀上認爲符合一個反覆、持續性之行爲觀念者，於刑法之評價上，即應僅成立一罪，例如具有職業性、營業性或收集性等重複實施特質之犯罪類型均屬之。接續犯與集合犯雖均係以單純一罪處理，惟二者之概念不同，接續犯著重在單一

⁷本件判決雖認爲無法證明被告有施用毒品成癮或有施用毒品之習慣，惟於科刑理由中又認爲：「爰審酌被告曾因施用毒品經送觀察、勒戒及令入戒治處所施以強制戒治，而仍未知警惕又再犯本案之罪，足見其雖經觀察、勒戒及強制戒治等治療程序，仍未徹底祛除施用毒品之惡習，猶再次施用，致深陷『毒癮』而難以自拔」，又認爲被告有吸毒品之「毒癮」，其論事用法，顯有矛盾之處，容有未洽。

⁸參照最高法院 95 年台上字第 1079 號刑事判決。

犯罪計畫，係基於單一犯意所為接續犯罪之計畫，集合犯係就行為態樣本身而言，刑事法就某些犯罪態樣，已劃定具有持續反覆而為之特徵，如偽造貨幣罪（刑法第 195 條）、偽造有價證券罪（刑法第 201 條第 1 項），即係集合犯之類型，均基於概括之犯罪決意，利用同一機會實施構成要件相同之偽造犯行，因在評價罪數上之判斷，係屬對同一法益為一次性之侵害，具有法益侵害之同一性，得論以包括一罪之集合犯⁹。施用毒品之行爲亦同，均係基於概括之犯意，侵害同一法益之犯行，自應認係包括一罪之集合犯。

實務上持接續犯見解之理由，有認為依刑法第 88 條第 1 項規定，施用毒品成癮者，於刑之執行前令入相當處所，施以禁戒（即強制戒治），因二犯施用毒品之行爲，應依毒品危害防制條例第 10 條施用毒品罪之規定科予刑罰，並無再戒治之規定，如適用刑法第 88 條規定之結果，二犯施用毒品成癮者，則應再於刑之執行前，裁定送強制戒治，如何證明被告已有毒癮，法官不易判定，且程序亦繁瑣，故以接續犯之見解免去戒治之程序。此種見解固非無見，惟吸毒犯有無成癮，應由醫師或勒戒處所出具證明，如未經醫師判定，實難由法官個人判斷，法官欲判斷被告有無毒癮之情形，確實係大費週章，應將被告送鑑定，藉由專業人士之觀察，據以判斷被告有無吸毒成癮，進而決定是否應強制戒治，不失為良策。或因立法之缺失，修正刑法時疏忽毒品危害防制條例有關二犯之規定，或可能係法官心軟省事，不想再將被告送鑑定有無成癮，致認定係接續犯，以免除將被告送鑑定、送戒治之繁瑣程序。惟加強對吸毒犯之戒毒決心，有將吸毒犯送強制戒治之必要時，亦應予以戒治，始能發揮戒除毒癮之效能，以落實政府教化吸毒者戒毒之政策。

事實上施用毒品而成癮之可能性極高，僅因刑法第 88 條規定「成癮」即應「戒治」之規定，為省去「鑑定」之程序及戒治之繁瑣，即逕認定施用毒品之行爲係接續犯，恐亦有未洽，不合法律規定之意旨。另參考刑法第 88 條於 95 年 7 月 1 日修正時，其修正理由三認為：「依中央標準法第十六條之規定：『法規對其他法規所規定之同一事項而為特別之規定者，應優先適用之。其他法規修正後，仍應優先適用。』本條第一項、第二項與現行毒品危害防制條例，分屬不同法規，而有規定同一事項之情形，因毒品危害防制條例係特別法規，自應優先適用。惟為求本章體例之完整，仍規定如上。」據此以解，毒品危害防制條例係刑法之特別法，有關吸毒者有癮或無癮之處理方式，當應優先適用毒品危害防制條例之規定，始屬妥適。亦即吸毒者一犯，應裁定送觀察勒戒，如有繼續施用毒品之傾向，即應裁定送強制戒治，經戒治期滿釋放後再犯，即應以刑罰制裁，如五年內二犯、三犯或四犯．．．等亦均應以刑罰處罰，應排除刑法第 88 條之適用。因毒品危害防制條例中並無二犯、三犯、四犯．．．等應送戒治之規定，故優先適用毒品危害防制條例之結果，吸毒者之二犯、三犯、四犯均應科予刑罰，並無送強制戒治之

⁹參照新宗立著，連續犯牽連犯廢除後罪數判斷與科刑處斷之因應，載於法務部 94 年 7 月編印，新修正刑法教育訓練講義，第 319 頁。

必要，此係優先適用特別法之結論。故如拘泥於刑法第 88 條「成癮者，於刑之執行前令入相當處所，施以禁戒」之規定，顯係忽略特別法優先適用之原則，容有未洽。據此以解，持接續犯之部分見解，實係忽略普通法與特別法之關係，顯係誤會，致拘泥於「施以禁戒」之處分，而不採集合犯之概念，亦未判定或鑑定吸毒者之成癮性，殊屬可惜。如吸毒犯已成癮，非經戒治無法斷癮，實亦應予以戒治，始符合治療重於刑罰之本旨。

至於施用毒品之行爲因具有成癮性、濫用性，毒品危害防制條例之規定，首重在以觀察勒戒處遇方式戒斷吸毒者之毒癮，如無法獲得戒毒之實效，始依法追訴處罰，故施用毒品本身具備反覆、延續之行爲特徵，持續多次施用毒品即屬於集合犯之典型，於行爲之評價上，施用毒品應僅成立集合犯一罪，較為合理¹⁰。蓋施用毒品之行爲常具有集合犯罪之性質，一個毒癮即涵蓋數個吸毒之行爲，在刑法上得爲一罪之評價，接續犯係單一犯意，在時間密接、場所密接之情形下，觸犯相同數名之罪，吸毒犯之吸毒行爲常跨越數日、數月或數年，在行爲之時間點，常難認有密接之關係，實難以接續犯解釋。又接續犯認定之範圍如何，是否以被告經警查獲時點，爲中斷犯意之時段爲何，以何時點起，始可認定吸毒犯係另行起意，應以數罪併罰，而非接續犯，非無爭議。蓋廢除刑法第 56 條連續犯之理由中所言：「對於部分習慣犯，例如竊盜、吸毒等犯罪，是否會因用數罪併罰而使刑罰過重，產生不合理之現象一節」，吸毒者常易成癮而持續吸食，有犯罪習慣，如吸食一次罰一罪，一行爲一處罰，即易造成刑罰過重¹¹。且吸毒行爲無法每次均採尿驗證，犯行亦甚難一一論述，被告可能已忘記吸幾次，無法一一證明，完全依靠吸毒犯之供述，實務運用上易產生論罪之困擾。如爲避免判定有無「毒癮」之困難，僅以最後一次有採尿送驗呈陽性反應之行爲，始成立犯罪，其餘未採尿無法送驗，縱令吸毒犯坦承吸毒，仍以無法證明，即判定無罪，殊屬矯枉過當。就吸毒犯之成癮性特質觀之，集合犯較能解釋「毒癮」之特徵，故吸毒者多次施用毒品，應係行爲本身之特質。至於「毒癮」之證明，應以觀察勒戒後，再施用毒品之情形判斷是否成癮，諸如吸毒之次數、頻率，據以認定吸毒者是否成癮，觀察勒戒後雖判斷有斷癮之情形，出所後又再施用毒品，足見觀察勒戒之效果不彰，不足以戒斷吸毒者之毒癮，顯然已有吸毒之習性，應可判斷有成癮之現象。但成癮性應延展至何時點，有不同見解，茲說明如下：

一、警察查獲前：

¹⁰學者陳志輝認為毒品有成癮性，故認為吸毒行爲係集合犯，參照法務部 94 年 5 月 13 日「刑法修正後之罪數與同一案件問題研討會」講義，第 6 頁。且最高法院呂潮澤庭長亦認為吸毒行爲屬於集合犯中之常習犯，參照呂潮澤著，連續犯存廢爭議之參考意見，載於連續犯之廢除暨其法律適用問題，台灣刑事法學會 94 年 4 月出版，第 71 頁。

¹¹吸毒犯較易認定成癮而有犯罪習慣，如係竊盜犯，除有心病可認定有行竊之習性外，竊盜犯極難判定有犯罪習慣，尚難以集合犯論以一罪。又因竊盜之犯罪大多係隨機行竊，被害人不同，時間相隔多時，尚難有緊密之犯罪計畫，少有接續犯意而行竊之情形，亦難認定係接續犯，故竊盜犯以數罪併罰，在適用上較無爭議。

此說認為吸毒犯之成癮性是否中斷，以警察查獲之時點為判定基準，為警查獲後，經檢察官諭知飭回或交保，即可認定有戒斷毒癮之意思，倘又再施用毒品，為警查獲第二次，即可認定係另行起意，宜由檢察官另案偵查起訴，先後查獲二次吸毒之集合犯行為，則依數罪併罰處理。例如偽造貨幣之行為，雖係集合犯之犯行，惟經警查獲之後，再為偽造之犯行，自應認係另行起意，應另案偵查起訴。對吸毒罪採接續犯或集合犯之見解，以警察查獲之時點，做為是否另行起意或有無戒毒決心之判定基準，係最簡易之判斷方法。為警查獲後，又施用毒品係成立另一個吸毒之集合犯，經數罪併罰之結果，是否造成刑罰過重之情形，宜慎重評估改進，以免科處過重之刑罰。

二、檢察官起訴前：

此說認為警察查獲吸毒犯施用毒品後，又再為警查獲吸毒行為，在檢察官提起公訴之前，均可認定係一個毒癮之吸毒行為，得依集合犯論以一罪，檢察官將吸毒犯起訴後，即可認定應有戒毒之決心，如因吸毒又經警查獲，即應認定係數個吸毒行為，為數罪關係。惟檢察官偵辦案件有快有慢，如檢察官偵辦速度太慢，則吸毒集合犯之行為可能延展甚久，如檢察官偵查速度快，則吸毒集合犯時間可能縮短，對吸毒犯不利，顯亦有不公平之情事。

三、一審法院判決前：

此說以法院第一審判決為基準，據以判斷吸毒犯是否斷癮¹²，亦即第一審判決前吸毒之行為，均可認定係基於一個毒癮而吸毒，得依集合犯論以一罪。惟如經第一審法院判決後再吸，即可認定係「經法院判決告戒無效」，又再形成吸毒犯意，原毒癮可認定已經中斷，顯係另行起意。就吸毒犯之毒癮認定係吸毒之集合犯，以第一審法院之判決為依據，係可採之見解，惟法官審判案件亦有快有慢，易產生不公之現象，且將集合犯之時間拉長，恐有擴大集合犯範圍之虞，擴張解釋集合犯之概念，是否妥適，亦有爭議。

四、小結：

有無斷癮之判斷應以何時點為基準，見仁見智，在實務之運作上，以警察查獲之時點做為有無斷癮之判定標準，係最明確之基準，查獲前數個吸毒行為均係集合犯，應論以一罪，如第二次為警查獲，即認定係戒毒後再吸食，前後被查獲二次之吸毒行為，應依數罪併罰。以警察查獲日判定有無戒毒決心，為最易判定之方法，且較有客觀標準，可避免擴張解釋集合犯之範圍，如警察機關未重複移送，日後檢察官亦無將吸毒案移併法院審理之問題，亦無重複起訴之疑慮，不失為劃定集合犯範圍之最佳標準。惟依毒品危害防制條例規定，僅一犯有觀察勒戒或戒治之程序可認定有無毒癮，二犯、三犯吸毒行為即無毒癮之判斷程序，如吸毒者一吸再吸，警察一查再查，吸毒犯將受多重處罰，顯係過於嚴苛，亦不見得有戒毒之效果，若能妥適運用刑法第88條「戒治」之制度，或能減少吸毒犯被判過重之刑罰，並能給予多一份

¹² 如以第二審之事實審宣判日為基準，則與連續犯既判力範圍相同，亦有浮濫運用之情形，故不宜以事實審為基準。

治療，較符合治療重於刑罰之立法意旨。毒品危害防制條例雖係刑法之特別規定，應優先適用，但如特別法未規定之事項，即得適用普通法之規定，故對於二犯、三犯吸毒罪，依刑法第 88 條規定，施予必要之戒治，並不違反特別法優先適用之問題，此為實務上所應慎重思考之議題。

伍、結論

廢除連續犯之後，在實務上即可能面臨接續犯、包括一罪（集合犯）適用範圍大幅擴張之問題，如何妥當適用接續犯、包括一罪概念，避免不當擴大使用¹³，始符合廢除連續犯之意旨，此即刑法修正後之重要課題。茲就多次吸毒之處理方式總結如下：

一、宜採集合犯之見解：

多次施用第一級與第二級毒品之行爲，究係數罪併罰、接續犯或集合犯，雖各有不同之理由，惟仍應就個案判斷，以吸毒者之犯意作為判斷基準，如吸毒犯自己坦承已有戒毒決心，係另行起意吸毒，自應依數罪併罰之，但查明吸毒犯每次吸毒之犯意，有實際上之困難，甚難一一論罪。如吸毒犯供稱係持續施用，則就施用毒品之「成癮性」立場觀之，吸毒者有「身癮」及「心癮」之毒癮存在，通常係持續施用毒品，以滿足毒癮，直至為警查獲，或自己產生戒毒之決心而戒除，始可能停止施用毒品，如無此種戒斷毒癮之特殊事由產生，實難期待吸毒者斷絕毒癮，集合犯之見解係以吸毒者成癮性之行爲本質，判定係刑事法所規定反覆而為之犯罪類型，而以集合犯論處一罪。無論係接續犯或集合犯，均屬於單純一罪，適用結果並無不同，僅理由之論述是否合理而已，自吸毒之成癮性觀之，似以集合犯較為妥適。

二、吸毒之集合犯範圍：

吸毒行為無論係採接續犯或集合犯，均有以何時點中斷「接續」之犯意，或切割「集合」之行爲問題，以限縮判決既判力之範圍，故吸毒者是否中斷犯意或戒除毒癮係調查重點，均應判斷吸毒犯何時另行起意或何時斷癮，始能避免「接續」或「集合」之行爲無限擴大，以免違反行為單複數之理論。如採接續犯則應判斷吸毒犯之犯意為何，有無中斷吸毒之行爲及是否另行起意，吸毒犯之犯意（計畫）為何，即成為判斷之重點。倘採集合犯之見解，判斷吸毒行為中斷毒癮之基準，宜以為警查獲日為準據，藉由警察查獲之方式教育吸毒犯—不得再吸毒之儆戒，讓吸毒犯不得不告戒自己，應戒斷毒癮，並以此做為吸毒犯已斷除毒癮之依據，被告如於警察查獲之後再施用毒品，則係另行起意，檢察官應再行起訴，法院應再為判決，依數罪併罰定執行刑。例如彰化地院 95 年訴字第 1284 號刑事判決，即以吸毒犯已坦承有「決心戒毒」，認定係戒毒後再吸，為數罪關係，該判決認為：「被告亦自承其於 95 年 6 月 26 日查獲後，即決心戒毒，因此有一、

¹³黃榮堅著，數罪併罰量刑模式構想，載於刑法總則修正重點之理論與實務，2005 年 9 月，元照出版社，第 325 頁。

二個月未再施用毒品等語，是以被告是否因而對海洛因或甲基安非他命產生生理及心理之依賴性，因而習慣成癮或有施用毒品之習慣，即無相關資料足以佐證，是尚難認被告經本案判決有罪之施用海洛因 2 次、甲基安非他命 1 次之犯行，與併案部分施用第一、二級毒品海洛因、甲基安非他命之犯行間，有何包括一罪之實質上一罪關係，而非為本案起訴效力所及，本院自無從審究，而應由檢察官另行偵查酌處。」此判決係從吸毒犯戒毒決心之形成，判斷是否斷癮，並據以認定有無吸毒之習慣，再判斷是否為集合犯或數罪，可供參考。

三、吸毒跨越新舊法之論罪方式：

吸毒行為跨越刑法廢除連續犯之前後，則該前後多次吸毒之行為應如何論處，在修法前係依連續犯論處，已無爭議，惟修法後之吸毒行為，依目前之見解係以接續犯（臺灣高等法院採此見解）或集合犯處罰，至於跨越修法前後之吸毒行為，例如 95 年 6 月 20 日至 8 月 20 日連續吸用毒品，該前後行為之關係為何，95 年 7 月 1 日至 8 月 20 日之吸毒行為，與 6 月 20 日至 6 月 30 日處如何論處，即有爭議。蓋連續犯廢除後，連續犯已不適用，自不得以連續犯論擬，修法前於 95 年 6 月 20 日至 6 月 30 日之吸毒行為係連續犯，修法後之吸毒行為，已無連續犯之適用，依據臺灣高等法院臺中分院 95 年度上訴第 2021 號刑事判決認為：「按連續數行為而犯同一之罪名，部分之數行為發生在新法施行前者，新法施行後，該部分適用最有利於行為人之法律。若其中部分之行為或數行為，發生在新法施行後者，該部分不能論以連續犯。」「95 年 7 月 1 日施行之刑法，已刪除連續犯之規定，而先後多次施用毒品之行為，以往法院之一致見解均認為係連續犯，豈能因刑法修正後，即將原屬連續犯罪質之行為，轉變成集合犯而論以一罪（連續犯廢除後，原屬連續犯之行為，應論以數罪）。是併案部分與本案並無實質上一罪之關係，本院無從併予審究，應將該部分退回由檢察官另行偵辦¹⁴。」即認為修法前後之吸毒行為，無法成立單純一罪之集合犯，為數個吸毒罪，退回修法後吸毒之併辦部分，由檢察官依法另行起訴。

據此以觀，修法前係連續犯，修法後之吸毒行為不能適用連續犯，應以集合犯（或接續犯）之概念論以一罪，修法前後之二個行為，再依數罪併罰之規定處理，即連續犯與集合犯（或接續犯）合而為數罪併罰。此種處理方式雖略有不合理論之情形，惟仍係解決跨越新舊法之良策，亦即以 95 年 7 月 1 日為界線，舊法之吸毒行為，依連續犯論擬，新法後之吸毒行為，以集合犯（或接續犯）論以一罪，跨越新舊法之行為則依數罪併罰之方式定執行刑。目前實務上見解不一，檢察官不分行為係在修法前或後，均以集合犯移送法院併案審理，致法院均以「係數罪」，並非集合犯為由而退併。如能統一見解，日後有關跨越新舊法之吸毒行為，一律不併辦，由

¹⁴最高法院 95 年 5 月 23 日第 8 次刑事庭會議決議，即採相同見解，認為修法後不能再成立連續犯，亦不能將原係數罪之連續犯轉變為單純一罪之集合犯。

檢察官依集合犯或接續犯另行起訴，似較能合理解決跨越新舊法之吸毒犯論罪爭議。