臺灣高等法院高雄分院刑事判決

115年度上易字第489號

上　訴　人　臺灣橋頭地方檢察署檢察官

被　　告　陳柏羽　民國00年0月0日生

000000000000000000

000000000000000000

000000000000000000

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣橋頭地方法院115年度審易字第283號中華民國115年7月17日第一審判決（聲請簡易判決處刑案號：臺灣橋頭地方檢察署115年度偵字第6579號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷，發回臺灣橋頭地方法院。

理　由

一、聲請簡易判決處刑意旨略以：被告陳柏羽（下稱被告，涉犯意圖販賣而持有第二級毒品與大麻種子、轉讓均另案偵查中；涉犯施用第二級毒品罪嫌另聲請簡易判決處刑）於民國114年10月7日前不詳時間，在高雄市茄萣區某處，向不詳之人以不詳代價購得第二級毒品依托咪酯菸油與菸彈（下稱本案毒品）若干後非法持有之。嗣於114年10月7日13時20分許為警在其居所查獲，並當場扣得附表所示物品而查悉上情，因認被告涉犯毒品危害防制條例第11條第2項持有第二級毒品（即本案毒品）罪嫌。

二、刑法上所謂犯罪之吸收關係，指數個犯罪構成要件行為彼此性質相容，但數個犯罪行為間具有高度、低度，或重行為、輕行為之關係，或某種犯罪行為為他罪之階段行為（或部分行為），或某種犯罪行為之性質或結果當然包含他罪之成分在內等情形。是以當高度或重行為之不法與罪責內涵足以涵蓋低度或輕行為，得以充分評價低度或輕行為時，在處斷上，祇論以高度或重行為之罪名，其低度或輕行為則被吸收，而排斥不予適用，即不另行論罪（最高法院107年度台

上字第4339號判決意旨參照）。準此，如意圖供自己施用而持有毒品進而施用，則其持有之低度行為當為高度之施用行為所吸收，不另論持有毒品罪；惟如施用毒品者另基於其他原因持有毒品，其單純持有毒品與施用毒品間即無高低度行為關係可言，自不生吸收犯之問題，故持有低度行為之吸收關係應以高、低度行為間具有垂直關係為限，非可任意擴張至其他同具持有關係之犯行（最高法院101年度台上字第5858號判決採同一見解），故如施用毒品者另以其他犯意持有他類毒品，此部分持有與另行施用毒品間即不生高低度行為關係而無由成立吸收犯。查原審雖以被告於警詢自承附表編號1、2毒品係向某不詳女性友人同時購入等語且為警併予查獲，復無積極證據足認其係另行起意而於不同時地持有編號1、2毒品，乃認被告係同時持有該不同種類第二級毒品；又因被告於114年10月7日遭警查獲後採尿送驗結果呈甲基安非他命陽性反應，遂經檢察官就其於採尿前即同日11時許在住處施用第二級毒品甲基安非他命之舉聲請簡易判決處刑，且由臺灣橋頭地方法院以115年度簡字第1682號案件審理中（下稱前案），則被告持有編號1甲基安非他命應為上述施用犯行所吸收，至其持有編號2毒品之舉同為前案效力所及而不得另行起訴或聲請簡易判決處刑，遂以本案係檢察官就同一案件重行起為由、依刑事訴訟法第303條第2款規定諭知不受理判決。然依前開說明，被告就前案所涉施用甲基安非他命之構成要件不法內涵本未可包括其持有全部各類毒品，且本案查無其另有施用依托咪酯（113年11月27日經行政院公告為第二級毒品，嗣115年6月27日再公告改列第一級毒品）之情事，客觀上應認被告並非自始基於個人施用目的而購入並持有本案毒品，故縱令其同時遭警查獲附表編號1、2之物且兩者同屬第二級毒品，因其前案施用甲基安非他命犯行得吸收之持有毒品行為僅及於編號1（即甲基安非他命）部分，尚不及於其他非供己施用之他類毒品，從而原審逕以上述理由諭知不受理判決云云，尚嫌速斷。故檢察官執此提

起上訴指摘原判決不當為有理由；又為兼顧被告審級利益，應由本院將原判決撤銷、發回原審法院更為適法之處理，並不經言詞辯論為之。

據上論斷，應依刑事訴訟法第369條第1項但書、第372條，判決如主文。

本案經檢察官吳正中聲請簡易判決處刑暨提起上訴。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　21　　日

刑事第二庭　審判長法　官　石家禎

法　官　孫啓強

法　官　陳明呈

以上正本證明與原本無異。

不得上訴。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　21　　日

書記官　鄭伊芸

附表：

編號	扣案物品名稱數量
1	第二級毒品甲基安非他命6包（毛重共約4.48公克）
2	第二級毒品依托咪酯菸油4瓶（毛重共約80.89公克）與菸彈3個（毛重共約16.31公克）
3	摻有第三級毒品4-甲基甲基卡西酮（mephedrone）之咖啡包2包（毛重共約2.74公克）
4	安非他命吸食器1支、菸彈加熱器1支、原油注射器2支、空夾鏈袋1包、電子磅秤1台、智慧型行動電話1支（型號與門號均詳卷）