臺灣高等法院高雄分院刑事判決

115年度上易字第543號

上　訴　人
即　被　告　王怡晴　民國00年00月0日生
000000000000000000
000000000000000000

上列上訴人因毒品危害防制條例案件，不服臺灣橋頭地方法院115年度易字第1015號中華民國115年8月18日第一審判決（起訴案號：臺灣橋頭地方檢察署114年度毒偵字第1806號）提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

事　實

一、王怡晴明知甲基安非他命係毒品危害防制條例所列第二級毒品，依法不得（逾量）持有，猶為供己施用而基於持有逾量第二級毒品之犯意，於民國114年3月間某日在臺南市某處，向某年籍不詳、綽號「阿吉」之人購買甲基安非他命（正確數量不詳，但純質淨重為20公克以上），繼而非法持有之。嗣員警針對第三人鄭仁雄涉嫌殺人案件於同年5月21日17時50分許至高雄市○○區○○路0000號「四季精品旅館」215號房實施搜索，因王怡晴同在該址且現場查獲其持有依托咪酯菸彈1顆暨相關製造工具及原料（此部份所涉製造第二級毒品罪嫌另由檢察官提起公訴）、甲基安非他命吸食器及甲基安非他命2包（驗前毛重分別為38.94公克及19.95公克，純質淨重各為26.633公克及12.656公克，下合稱本案毒品），進而循線查悉王怡晴當日在該址非法施用第二級毒品甲基安非他命1次與上述非法持有本案毒品之情。

二、案經高雄市政府警察局刑事警察大隊報請臺灣橋頭地方檢察署偵查後起訴。

理　由

壹、程序部分

一、上訴係不服判決請求救濟之方法，未經下級法院判決之案件，不得向上級法院提起上訴，且上訴應於判決後始得為之，若就未經判決部分提起上訴，其上訴自難認為合法。又依105年7月1日修正施行之沒收新制規定，沒收已定性為獨立法律效果而非刑罰（從刑），具有獨立性而得與罪刑分別處理，故下級審關於沒收部分如漏未判決，應屬補行判決之問題，且該漏判部分既未經判決，自不發生一部上訴效力所及之問題。查本件固據起訴書記載「扣案之毒品，請依法宣告沒收銷燬之」（起訴書第2頁），但觀乎原審判決主文除對上訴人即被告王怡晴（下稱被告）諭知罪刑外，要未併予諭知沒收事項，理由亦未敘及本案毒品應否沒收，尚難認原審針對本案毒品應否沒收一節已為實質審理並為判決，依前開說明應屬漏判而非屬本案上訴範圍，故本院僅針對被告所涉罪刑部分予以審理。

二、其次，被告前經本院依法傳喚，猶未於審判期日遵期到庭，亦未提出相關證明，尚難認有不到庭之正當理由。是其既經合法傳喚無正當理由不到庭，爰依刑事訴訟法第371條規定不待其陳述逕行判決。

三、關於證據能力之意見

本判決所引用被告以外之人審判外言詞或書面陳述，性質上雖屬傳聞證據，但審酌此等陳述作成時外部情況俱無不當，且檢察官、被告明知同法第159條第1項不得作為證據之情形，於準備程序均同意有證據能力（本院卷第83至84頁）外，被告嗣於審判程序亦未到庭聲明異議，復經本院依法調查乃認作為證據應屬適當，依刑事訴訟法第159條之5規定自得採為認定事實之證據。

貳、實體部分

一、認定有罪之理由

㈠前揭事實，業經員警扣得本案毒品為證，且送請鑑定均含有第二級毒品甲基安非他命成分，有高雄市立凱旋醫院高市凱醫驗字第93950號濫用藥物成品檢驗鑑定書在卷可稽

（警卷第53頁）；又被告於案發當日在上址非法施用第二級毒品甲基安非他命1次之情，亦有卷附濫用藥物尿液檢驗檢體真實姓名對照表、正修科技大學超微量研究科技中心尿液檢驗報告及法務部法醫研究所毒物化學鑑定書（警卷第69至77頁）可參，復據被告坦認不諱，足徵其自白核與事實相符。故本案事證明確，被告犯行堪以認定，應依法論科。

㈡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，行為人基於不同原因持有毒品，其持有行為倘與其他毒品犯行不生關聯，即無高、低度行為之關係可言；又施用或販賣（製造）毒品乃不同犯罪型態，而有不同法律評價，縱令行為人客觀上同時持有不同毒品，但其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，亦即施用行為與因施用而持有相互間，或販賣（製造）行為與因販賣（製造）而持有之間，始有各自成立吸收關係可言，尚非可任意擴張至他罪犯行。查被告於114年5月21日遭警查獲持有本案毒品暨其他物品，其另涉製造第二級毒品（依託咪酯菸彈）犯行經檢察官提起公訴，業由臺灣橋頭地方法院115年度訴字第444號案件判處罪刑（下稱另案），有卷附法院前案紀錄表可佐；至被告雖自述該案製造依託咪酯菸彈原料與本案毒品係同時向「阿吉」購買等語（警卷19至20頁，原審卷第93頁），然依前開說明，被告另案製造託咪酯菸彈之構成要件不法內涵當未可包括其

持有全部各類毒品，且本案查無被告另有製造或販賣甲基安非他命情事，客觀上應認其供述自始係基於個人施用目的購入並持有本案毒品一節應屬可信，故縱令被告同時遭警查獲持有依託咪酯菸彈原料及相關器具，且其中依託咪酯與本案毒品（甲基安非他命）同屬第二級毒品，惟因另案製造依託咪酯菸彈犯行得吸收之持有毒品行為僅包括依託咪酯部分，尚不及於其他非供製造之他類毒品，是被告空言抗辯本案應為另案製造第二級毒品犯行吸收而屬重複起訴云云，尚非有據。

㈢綜前所述，本案事證明確，被告犯行堪以認定，應依法論科。

二、論罪科刑暨駁回上訴之理由

㈠甲基安非他命係毒品危害防制條例第2條第2項第2款所定第二級毒品，依法不得（逾量）持有。核被告所為，係犯毒品危害防制條例第11條第4項持有逾量第二級毒品罪。其遭警查獲前非法施用甲基安非他命之舉，應為持有逾量第二級毒品（即本案毒品）行為所吸收，不另論罪

㈡又被告前因違反毒品危害防制條例、藥事法等案件經法院判處有期徒刑確定並接續執行，於108年1月19日縮短刑期假釋出監（縮刑期滿日為110年3月28日），嗣因假釋期滿未經撤銷視為執行完畢；又因施用毒品、公共危險等案件經法院判處罪刑並裁定應執行有期徒刑7月，於114年3月20日易科罰金執行完畢一節，業據檢察官指明並提出刑案資料查註紀錄表為憑，且經本院核閱卷附法院前案紀錄表相符，是其前受有期徒刑執行完畢後，5年內故意再犯本件有期徒刑以上之罪，應依刑法第47條第1項論以累犯。再審酌被告前案多數犯行與本案同屬毒品犯罪且罪質相近，足見確有反覆實施犯罪傾向且對刑罰反應力薄弱，復查無任何符合刑法第59條規定以致被告所受刑罰超過應負擔之罪責、使其人身自由因此遭受過苛侵害之情事，遂依該項規定加重其刑。

㈢原審以被告犯毒品危害防制條例第11條第4項持有逾量第二級毒品罪事證明確，適用刑事訴訟法第299條第1項前段規定，同時說明符合刑法第47條第1項累犯規定並加重其刑，及被告雖供稱毒品來源為「阿吉」，但未經警查獲而無由依毒品危害防制條例第17條第1項規定減輕其刑，乃審酌被告沾染毒品惡習且本案毒品數量非少，對社會風氣、治安造成潛在相當危害，考量其坦承犯行，且無證據可認有流通之意，性質上乃自我戕害身心健康行為，反社會性程度較低，兼衡被告自述智識程度、個人生活暨經濟狀況等一切情狀，量處有期徒刑10月，經核已詳述認定犯罪事實所憑證據及理由，並審酌刑法第57條所列各款情狀採為量刑責任之基礎，認事用法均無違誤，量刑亦屬妥適，並無任何偏重不當或違法之處。從而被告提起上訴空言主張本件為重複起訴云云為無理由，應予駁回。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條、第371條，判決如主文。

本案經檢察官李賜隆提起公訴，檢察官劉穎芳到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　11　　月　　11　　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　　11　　月　　11　　日

書記官 鄭伊芸

附錄本判決論罪科刑法條：

毒品危害防制條例第11條第4項

持有第二級毒品純質淨重二十公克以上者，處6月以上5年以下有期徒刑，得併科新臺幣70萬元以下罰金。