

臺灣高等法院臺中分院刑事判決

113年度上訴字第1300號

上訴人 臺灣南投地方檢察署檢察官
被告 曾敬堯

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣南投地方法院113年度訴字第106號，中華民國113年9月30日第一審判決（起訴案號：臺灣南投地方檢察署113年度偵字第3847號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回臺灣南投地方法院。

理 由

一、公訴意旨略以：被告甲○○（下稱被告）與真實姓名年籍不詳、Facetime綽號「酷哥」之人，均明知愷他命屬毒品危害防制條例所規範之第三級毒品，依法不得販賣，竟共同基於販賣第三級毒品以營利之犯意聯絡，經李斗瑋於民國112年8月15日16時50分許，以Facetime聯繫「酷哥」並約定交易第三級毒品愷他命之時間、地點，被告則於同日17時8分許，駕駛車牌號碼000-0000號自用小客車搭載不知情之少年林○綦，前往南投縣○○市○○○路000號前，待李斗瑋上車後，被告再以Facetime向「酷哥」確認交易價格為新臺幣（下同）1,600元，並以此價格販賣如附表編號1所示之第三級毒品愷他命1包予李斗瑋，李斗瑋則當場交付1,600元予被告（被告此部分販賣第三級毒品既遂犯行，業經臺灣南投地方檢察署檢察官以112年度偵字第7026號、第7027號起訴書提起公訴，並由臺灣南投地方法院以112年度訴字第361號判決判處罪刑，被告並未上訴，檢察官則僅就沒收如附表編號2、3所示毒品部分不服，提起上訴，經本院以113年度上訴字第1008號判決原判決關於沒收如其附表編號2至3所示之物

01 部分，撤銷。上開撤銷部分，檢察官聲請沒收如附表編號2
02 至3所示之物部分，駁回；且已經確定。此部分非本案起訴
03 範圍；下稱前案）。嗣交易完畢，李斗瑋下車後，被告即駕
04 車離去，惟因警方見李斗瑋形跡可疑，於同日17時10分許，
05 在上址對李斗瑋盤查，經李斗瑋供承其方才向被告購買愷他
06 命，並主動交付上述愷他命1包供警查扣，警方則沿路尾隨
07 被告車輛，於同日17時44分許，在南投縣○○市○○○路00
08 ○0號前方逮捕被告，並執行附帶搜索，扣得被告於完成上
09 述愷他命毒品交易後，始另生販賣意圖而持有如附表編號
10 2、3所示之第三級毒品。因認被告涉犯毒品危害防制條例第
11 5條第3項之意圖販賣第三級毒品而持有之罪嫌等語。

12 二、按第二審法院認為上訴有理由，或上訴雖無理由，而原判不
13 當或違法者，應將原審判決經上訴之部分撤銷，就該案件自
14 為判決。但因原審判決諭知管轄錯誤、免訴、不受理係不當
15 而撤銷之者，得不經言詞辯論，以判決將該案件發回原審法
16 院，刑事訴訟法第369條第1項、第372條分別定有明文。又
17 按犯罪是否已經起訴，而為法院應予審判之事項，應以起訴
18 書事實欄記載之犯罪事實為準，而非以起訴書所引法條或罪
19 名為依據（最高法院64年度台非字第142號判決意旨參
20 照）。而刑事訴訟之審判，係採彈劾主義，亦即不告不理原
21 則，法院對於被告之行為，應受審判之對象（範圍），乃指
22 起訴書（或自訴狀）所記載之被告「犯罪事實」（包括與之
23 有想像競合犯等具有同一案件關係之犯罪事實）而言。起訴
24 係一種訴訟上之請求，犯罪已經起訴，產生訴訟繫屬及訴訟
25 關係，法院即有審判之權利及義務。是以若起訴書犯罪事實
26 欄內，對此項行為已予以記載，即為法院應予審判之對象。
27 反之，如起訴書未記載之犯罪事實，除有有想像競合犯等具
28 有同一案件關係之犯罪擴張之事實，法院自不得予以審判，
29 否則即有未受請求之事項予以判決之違背法令。

30 三、「吸收犯」概念，係指在犯罪性質上，或依日常生活經驗習
31 慣（某種犯罪之性質或結果，當然含有他罪之成分），認為

01 一個犯罪行為，為另一犯罪行為所吸收較為適當，而僅包括
02 論以一罪，即足以充分評價其犯罪之不法與罪責內涵之謂。
03 是高度行為吸收低度行為、全部行為吸收部分（階段）行
04 為，均係基於法益侵害之觀點，認為當高度或全部行為之不
05 法內涵足以涵蓋低度或部分行為時，始論以吸收犯。則倘一
06 行為之不法內涵無從為他行為所包含，即不在受他行為不法
07 評價所吸收之範圍內（最高法院113年度台上字第1210號判
08 決意旨參照）。又所謂吸收犯，係指一罪所規定之構成要
09 件，為他罪構成要件所包括，因而發生吸收關係者而言。如
10 意圖供自己施用而持有毒品，進而施用，則其持有之低度行
11 為，當然為高度之施用行為所吸收，不另論其持有毒品罪。
12 惟因施用或販賣而持有毒品之行為，為不同之犯罪型態，而
13 有不同之法律評價，其持有低度行為之吸收關係，以高、低
14 度行為之間具有垂直關係者為限，亦即施用行為與因施用而
15 持有之間，或販賣行為與因販賣而持有之間，始有各自之吸
16 收關係可言，非可任意擴張至他罪犯行（最高法院108年度
17 台上字第712號判決意旨參照）。因此，施用、轉讓、販
18 賣、運輸毒品各為不同之犯罪型態，彼此各具高度、低度之
19 吸收關係，是上開吸收關係，必限於上開各行為之間具有垂
20 直關係者，亦即施用行為與因施用而持有行為之間；轉讓行
21 為與因轉讓而持有行為之間；販賣行為與因販賣而持有之
22 間；運輸行為與因運輸而持有之間，始屬相當，非漫無限
23 制，否則任何一持有行為一旦受有確定判決即可無限延伸其
24 既判力，無異使持有行為繼續中所犯同具持有關係之他重罪
25 犯行，豁免刑責，寓有鼓勵犯罪而失公平。

26 四、經查：

27 (一)關於前案檢察官起訴被告與真實姓名年籍不詳、Facetime綽
28 號「酷哥」之人，共同基於販賣第三級毒品以營利之犯意聯
29 絡，經李斗瑋於112年8月15日16時50分許，以Facetime聯繫
30 「酷哥」並約定交易第三級毒品愷他命之時間、地點，被告
31 則於同日17時8分許，駕駛車牌號碼000-0000號自用小客車

01 搭載不知情之少年林○綦，前往南投縣○○市○○○路000
02 號前，待李斗瑋上車後，被告再以Facetime向「酷哥」確認
03 交易價格為1,600元，並以此價格販賣如附表編號1所示之第
04 三級毒品愷他命1包予李斗瑋，李斗瑋則當場交付1,600元予
05 被告之販賣第三級毒品既遂犯行，固已經判決確定，有臺灣
06 南投地方檢察署112年度偵字第7026號、第7027號起訴書、
07 臺灣南投地方法院以112年度訴字第361號判決書、本院以11
08 3年度上訴字第1008號判決書及法院前案紀錄表等在卷可
09 稽。

10 (二)惟前案並未起訴被告意圖販賣而持有如附表編號2、3所示第
11 三級毒品之犯罪事實。此由前案起訴書犯罪事實僅記載被告
12 於112年8月15日販賣如附表編號1所示之愷他命犯行，關於
13 如附表編號2至3所示之愷他命、咖啡包部分則只是記載「嗣
14 交易完畢後，李斗瑋下車，甲○○駕駛上開車輛離去，警方
15 見李斗瑋形跡可疑，而於同日17時10分許，在上址對李斗瑋
16 盤查，經李斗瑋供承其方才向甲○○購買愷他命，並主動交
17 付上開愷他命1包（附表編號1）而扣案，警方則沿路尾隨上
18 開車輛後將甲○○逮捕，並於同日17時44分許，在南投縣○
19 ○市○○○路00○0號前對之執行附帶搜索，並扣得如附表
20 所示之物，始悉上情。」等情，顯見如附表編號2至3所示之
21 愷他命、咖啡包部分，該起訴書僅係單純敘述扣案如附表編
22 號2至3所示之愷他命、咖啡包之查獲經過，並未就被告意圖
23 販賣而持有毒品罪行有所敘述，顯然被告意圖販賣而持有毒
24 品罪部分（附表編號2至3所示之愷他命、咖啡包）並未經檢
25 察官於前案起訴。

26 (三)前案臺灣南投地方法院112年度訴字第361號判決，犯罪事實
27 欄亦僅記載被告於112年8月15日販賣如附表編號1所示之愷
28 他命犯行，關於如附表編號2至3所示之愷他命、咖啡包部
29 分，該判決書則僅於犯罪事實一、記載「嗣交易完畢李斗瑋
30 下車後，甲○○即駕駛上開車輛離去，警方因見李斗瑋形跡
31 可疑，而於同日17時10分許，在上址對李斗瑋盤查，經李斗

01 瑋供承其方才向甲○○購買愷他命，並主動交付上開愷他命
02 1包（如附表編號1所示）而扣案，警方則沿路尾隨上開車輛
03 後，於同日17時44分許在南投縣○○市○○○路00○0號前
04 將甲○○逮捕，並對之執行附帶搜索，扣得如附表編號2至7
05 -2所示之物，始悉上情。」等情，可認如附表編號2至3所示
06 之愷他命、咖啡包部分，該判決亦僅係敘述扣案如附表編號
07 2至3所示之愷他命、咖啡包之查獲經過，亦未記載被告是否
08 是意圖販賣而持有毒品罪之犯罪事實，可認被告就如附表編
09 號2至3所示之愷他命、咖啡包而意圖販賣而持有毒品罪部
10 分，並未經前案審理判決。而該判決書論罪科刑欄雖另記載
11 「被告販賣第三級毒品前意圖販賣而持有第三級毒品、意圖
12 販賣而持有混合二種以上第三級毒品（附表編號2部分）、
13 持有第三級毒品純質淨重達5公克以上之低度行為，均為其
14 販賣第三級毒品之高度行為所吸收，均不另論罪。」等語
15 （該判決第3頁29行至第4頁2行）。然查該案犯罪事實未曾
16 記載被告意圖販賣而持有混合二種以上第三級毒品（附表編
17 號2部分）、持有第三級毒品純質淨重達5公克以上之犯罪事
18 實，其此部論罪之理由，或可能係誤載或有犯罪事實與理由
19 矛盾之違背法令情事，然並未變更被告持有如附表編號2、3
20 所示第三級毒品之犯罪事實，未經起訴或審判之事實。

21 (四)本案檢察官起訴被告之犯罪事實係指被告於交付如附表編號
22 1所示之扣案愷他命1包予李斗瑋，李斗瑋則當場交付1,600
23 元予被告，交易完畢後，被告駕車離去（即前案）。嗣因警
24 方見李斗瑋形跡可疑，於112年8月15日17時10分許，對李斗
25 瑋盤查，經李斗瑋供承其方才向被告購買愷他命，並主動交
26 付上述愷他命1包供警查扣，警方始沿路尾隨被告車輛，於
27 同日17時44分許，在南投縣○○市○○○路00○0號前方逮
28 捕被告，並執行附帶搜索，當場扣得被告意圖販賣而持有如
29 附表編號2、3所示之第三級毒品。是被告持有如附表編號
30 2、3所示之毒品，係在其與李斗瑋交易完成後仍繼續持有，
31 且依被告於警詢、偵查時之供述，其係駕駛集團提供之車牌

01 號碼000-0000號自用小客車，於上游向其表示有人要交易毒
02 品時，再由被告開車攜帶毒品依指示前往交易（見警卷第23
03 頁、第7026號偵卷第14頁），足認經警查獲扣案如附表編號
04 2、3所示之毒品，係由集團交付被告持有而供販賣之用，顯
05 係基於意圖販賣而持有者。再者，關於毒品販賣行為與因販
06 賣而持有之間，是否具有高度行為吸收低度行為之吸收關
07 係，係基於法益侵害之觀點，認為當高度行為之不法內涵足
08 以涵蓋低度行為時，始論以吸收犯。則倘一行為之不法內涵
09 無從為他行為所包含，即不在受他行為不法評價所吸收之範
10 圍內。且因施用或販賣而持有毒品之行為，為不同之犯罪型
11 態，而有不同之法律評價，其持有低度行為之吸收關係，以
12 高、低度行為之間具有垂直關係者為限。因此，被告販賣如
13 附表編號1所示第三級毒品愷他命予李斗瑋之行為，其販賣
14 之高度行為之不法內涵所可涵蓋持有之低度行為之範圍，應
15 僅限於與販賣間具有垂直關係之如附表編號1所示之第三級
16 毒品愷他命，而不及於被告已經完遂其販賣行為後，仍繼續
17 意圖販賣而持有之如附表編號2、3所示之第三級毒品，且被
18 告已完遂之販賣毒品行為，與其後意圖販賣而持有如附表編
19 號2、3所示之第三級毒品行為間，客觀上行為之時空關係可
20 以分開，且持有之毒品種類亦不相同，在刑法評價上，亦各
21 具獨立性，每次行為皆可獨立成罪。依前開說明，兩者間即
22 難謂具有吸收關係，亦無實質上一罪或想像競合犯之裁判上
23 一罪關係可言，自應分論併罰。因此，被告前案販賣第三級
24 毒品愷他命1包之犯行，雖經原審法院另案判決有罪確定，
25 然既與本案經檢察官起訴被告意圖販賣而持第三級毒品、意
26 圖販賣而持第三級毒品而混合二種以上之毒品犯行，不具吸
27 收關係，亦無實質上一罪或裁判上一罪關係，本案檢察官起
28 訴被告此部分之犯罪事實即非前判決效力所及，自應為實體
29 判決。

30 (五)綜上所述，原審未察，認本案與前案犯罪事實成立吸收犯之
31 實質上一罪（附表編號2部分）、想像競合犯之裁判上一罪

關係（附表編號3部分），逕將本案判決公訴不受理，即有可議之處，而無可維持。檢察官上訴指摘原判決不當等情，為有理由，並為維護被告之審級利益，自應由本院將原判決撤銷，發回原審法院，另為適法之處理，並不經言詞辯論為之。

據上論斷，應依刑事訴訟法第372條、第369條第1項但書，判決如主文。

本案經檢察官吳宣憲提起公訴及上訴。

中 華 民 國 114 年 3 月 10 日
刑事第五庭 審判長法官 張智雄
法官 游秀雯
法官 林源森

以上正本證明與原本無異。

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

書記官 江玉萍

中 華 民 國 114 年 3 月 10 日

附表：

編號	扣案物品名稱	數量	備註
1	愷他命	1包	經檢出為第三級毒品愷他命（驗前淨重：0.7882公克；驗餘淨重：0.7774公克）
2	愷他命	18包	經檢出為第三級毒品愷他命（驗前總淨重：29.7608公克，總純質淨重：24.0900公克）
3	毒咖啡包	74包	驗前總淨重：236.44公克，經檢出為第三級毒品4-甲基甲基卡西酮（總純質淨重：

(續上頁)

01

			7.09公克)、微量第三級毒品甲基-N,N-二甲基卡西酮
--	--	--	------------------------------