臺灣高等法院臺南分院刑事判決

115年度上易字第185號

上　訴　人　臺灣嘉義地方檢察署檢察官

被　　告　楊雯琁

000000000000000000

000000000000000000

000000000000000000

（現另案於法務部○○○○○○○○○○執行中）

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣嘉義地方法院115年度易字第33號中華民國115年1月27日第一審判決（起訴案號：臺灣嘉義地方檢察署114年度偵字第15494號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

一、公訴意旨略以：

被告楊雯琁明知依托咪酯係毒品危害防制條例第2條第2項第2款規定之第二級毒品，依法不得非法持有，竟基於非法持有第二級毒品之犯意，於民國114年4月2日上午8時許，在高雄市旗津區某處以每10公克新臺幣5000元價格向綽號「阿和」之人購得依托咪酯6罐（毛重13.08公克、15.92公克、7.51公克、5.73公克、5.63公克、4.46公克，總毛重52.33公克，下稱本案毒品)而自斯時起持有之。嗣警於114年4月9日下午4時4分許，持原審法院核發搜索票前往被告位於嘉義市○區○○里○○路000○0號0樓0之0住處(下稱本案住處）執行搜索，當場扣得本案毒品及甲基安非他命1包與依托咪酯菸彈3顆(下合稱全部毒品)。因認被告涉犯毒品危害防制條例第11條第2項之持有第二級毒品罪嫌等語。

二、原判決意旨略以：

㈠被告分別於114年4月8日凌晨0時許，在本案住處內以將甲基

安非他命置入玻璃球內點火燒烤後吸食煙霧方式，施用甲基安非他命1次；嗣於翌(9)日上午9時許，在本案住處內以不詳方式施用異丙帕酯1次，經警於同日下午4時4分許持本院搜索票前往本案住處，扣得全部毒品，並經被告同意於同日晚間9時33分許對其採集尿液送驗結果呈安非他命及甲基安非他命與異丙帕酯陽性反應，嗣被告前開所為施用第二級毒品犯行，業經臺灣嘉義地方法院以114年度嘉簡字第1041號判決判處有期徒刑4月確定(下稱前案判決)等情，有卷附法院搜索票、嘉義市政府警察局第二分局搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、扣押物品收據、正修科技大學超微量研究科技中心114年5月5日尿液檢驗報告、欣生生物科技股份有限公司成份鑑定報告及前案判決書與法院前案紀錄表附卷可稽（警卷第20、23至28、34、50頁、毒偵卷第56至58頁、偵卷第2至5頁、原審卷第3至5頁），此部分事實首堪認定為真。

㈡員警法院核發之搜索票，搜索本案住處當場扣得全部毒品，且被告於警詢及偵訊時始終供稱「全部毒品都是我本人所有且用來吸食的，我是在114年4月2日向『阿和』以2000元購買安非他命1克、以5000元購買依托咪酯約10克」等語（警卷第13頁、毒偵卷第36頁），可知全部毒品均係被告於上開時間自同一人取得且持有時間重合至為警查獲止。雖被告尿液送驗後結果呈甲基安非他命及安非他命與異丙帕酯陽性反應，而就依托咪酯及美托咪酯部分則呈陰性反應，然就本次所扣得本案毒品數量非鉅，佐以被告自承施用甲基安非他命及異丙帕酯各1次等語（警卷第13頁、毒偵卷第36頁），被告應無虛構施用依托咪酯、美托咪酯之動機，被告供述當可採信，堪認被告係基於施用目的而持有全部毒品。

㈢被告於114年4月9日下午4時4分許為警查獲前，基於施用第二級毒品之單一犯罪決意，取得同屬第二級毒品之全部毒品而持有，因其持有行為侵害同一社會法益，應僅論以單純一罪。又被告持有本案毒品之低度行為，均應為前案判決所認定施用第二級毒品之高度行為所吸收而不另論罪。是被告持

有本案毒品犯行與前案判決所認定施用第二級毒品犯行部分當為實質上一罪關係之同一案件。

㈣檢察官於前案判決確定後，復就本案提起公訴，並於115年1月13日繫屬於原審法院，自係對同一被告所為同一犯罪事實重複起訴，本件起訴程序即有違誤，爰就後繫屬之本案不經言詞辯論逕諭知免訴判決。

三、檢察官上訴意旨略以：

前案判決就被告楊雯琁扣得第二級毒品依托咪酯6罐、磅秤1臺，認尚乏證據證明與被告本案施用第二級毒品犯行有關，不予宣告沒收。惟原審法院於本案竟認，被告持有本案第二級毒品依托咪酯6罐之低度行為，認被告持有本案第二級毒品依托咪酯6罐與前案施用毒品犯行有關，二者為實質上一罪關係之同一案件，應為前案判決施用第二級毒品之高度行為所吸收，不另論罪，認起訴程序有所違誤，逕予免訴諭知。前案判決與本案判決之理由不一，心證前後矛盾，原判決未思及此，遽為免訴諭知，非無違誤，為此提起上訴。

四、按已經提起公訴或自訴之案件，在同一法院重行起訴者，應諭知不受理之判決；案件曾經判決確定者，應諭知免訴之判決，並得不經言詞辯論而為之，刑事訴訟法第303條第2款、第302條第1款、第307條分別定有明文；又所謂同一案件，係指被告相同，犯罪事實亦相同者，包括事實上一罪、法律上一罪之實質上一罪（如接續犯、集合犯等）及裁判上一罪（如想像競合犯），事實是否同一，係以其基本社會事實為判斷。實質上一罪或裁判上一罪案件，倘其一部分犯罪事實曾經判決確定者，其效力當然及於全部，如檢察官復將其他部分重行起訴，仍應諭知免訴之判決；另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，但此數個犯罪行為之間具有高度與低度，或重行為與輕行為之關係，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，因此僅有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，且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不另行論罪。倘若前後二行為之不法與罪責內涵無法相互涵蓋，且前後數行為彼此獨立可分，則應依其多次犯罪各別可分之情節，按數罪併罰之例予以分論併罰(最高法院108年度台上字第3188號判決意旨可資參照)。

五、駁回上訴之理由：

㈠檢察官雖以前案判決與原審判決之理由不同，而指摘原判決有違誤。惟法院對於刑事案件審理，應依卷內所有資料調查證據認定事實，本不受個案認定之拘束，而：

1.被告於警詢及偵查中已供稱：員警於114年4月9日在被告本案住處搜索查獲之全部毒品(含與前案判決所認定施用及沒收之第二級毒品，即甲基安非他命1包及3顆依托咪酯煙彈，以及本案被訴持有之6罐依托咪酯)，是於114年4月2日8時許，在高雄旗津向綽號「阿和」之男子購買1公克安非他命，及以5千元購買約10公克依托咪酯，是自己要吸食用的，且於114年4月8月凌晨，在住家房間內，施用第二級毒品甲基安非他命，及於翌日上午9時，在同一地點施用煙彈(見警卷第11至14頁、毒偵卷第35至37頁)。參諸被告於警詢供述：114年4月9日上午9時許，在住家房間內吸食第二級毒品依托咪酯（警卷第13頁），於偵訊供述：114年4月9日早上9點多在住處「施用煙彈」等語（見毒偵卷第36頁），對照警方扣押物品目錄表記載查扣第二級毒品為依托咪酯6罐、依托咪酯煙彈3個、安非他命1包及磅秤1臺等物（見警卷第26至27頁）及扣案物照片（見警卷36至38頁），6罐塑膠瓶裝液體均記載「依托咪酯煙油」，3顆透明瓶(肉眼可見內有流動的液體）均記載「依托咪酯煙彈」，員警顯然在第一時間無法辨識6罐塑膠瓶及3顆透明瓶內的液體成分，因而依肉眼觀察及職務所知均記載為「依托咪酯」，而依被告警詢、偵訊供述，上開查扣之物均供自己施用，概稱「施用煙彈」及扣案毒品是施用剩下的等語（見毒偵卷第36頁），足

認扣案煙油6罐及煙彈3顆均為被告自白「施用煙彈」之毒品。

2.其次，扣案6罐液劑及3顆菸彈檢出異丙帕酯及依托咪酯成分，其中6罐液劑檢出異丙帕酯及微量依托咪酯（見警卷第50、51頁鑑定報告），被告尿液檢出安非他命、甲基安非他命及異丙帕酯陽性反應（警卷第34頁），其尿液未呈依托咪酯陽性反應，不無因施用的煙彈內依托咪酯微量之故，檢察官依據尿液檢驗報告訊問被告有無施用毒品甲基安非他命、異丙帕酯，被告答稱「有」，但仍供述114年4月9日早上9點多在住處是「施用煙彈」，顯見被告僅知所施用者為煙彈，其無法分辨煙彈內液體的成分究竟是異丙帕酯或依托咪酯，或兩者均有，尚難僅因尿液檢驗未呈現依托咪酯陽性反應，即謂扣案6罐液劑（含異丙帕酯及微量依托咪酯）與被告前案施用第二級毒品不具關聯性。

3.據上，可知被告於114年4月9日遭搜索查扣時，係一行為同時持有全部毒品，且持有之目的相同，均係為供己施用，復無其他證據證明被告有基於施用以外之目的而持有扣案之6罐依托咪脂；再參諸卷附之欣生生物科技股份有限公司成分鑑定報告(見警卷第50頁)，前述查扣之6罐依托咪脂，所檢出含有異丙帕酯、微量依托咪酯及微量美托咪酯等成份，均屬二級毒品，重量亦未逾純質淨重20公克，其持有該6罐依托咪脂之不法內涵並未高於施用之目的行為，基此以觀，應認評價屬於高度行為之施用毒品，已足以涵蓋低度持有行為之不法與罪責內涵，即持有該6罐第二級毒品依托咪脂之行為，可為前案判決之施用第二級毒品所吸收，應不另論罪。

㈡本案檢察官起訴被告持有該6罐第二級毒品依托咪脂之行為，與前案判決所認定之施用第二級毒品犯行，有實質上一罪關係，其中一部分犯罪事實之施用部分，業經前案判決，並已確定，前案判決之效力當然及於全部，檢察官再就同屬實質上一罪關係之本案重行起訴，原審據此為免訴判決之諭知，於法核無不合。檢察官猶執前詞，提起上訴，指摘原判

決諭知免訴不當，為無理由，應予駁回，並不經言詞辯論。
據上論斷，應依刑事訴訟法第368條、第372條，判決如主文。
本案經檢察官黃天儀提起公訴及上訴。
中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　31　　日
刑事第三庭　審判長法　官　林逸梅
法　官　梁淑美
法　官　包梅真
以上正本證明與原本無異。
不得上訴。
書記官　許雅華
中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　31　　日