臺灣高等法院刑事判決

115年度上易字第752號

上　訴　人　臺灣宜蘭地方檢察署檢察官

被　　告　林建成

000000000000000000

000000000000000000

000000000000000000

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣宜蘭地方法院115年度易字第128號，中華民國115年3月18日第一審判決（聲請簡易判決處刑案號：臺灣宜蘭地方檢察署114年度偵字第7216號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷，發回臺灣宜蘭地方法院。

理　由

一、聲請簡易判決處刑意旨略以：被告林建成明知依托咪酯、甲基安非他命為毒品危害防制條例第2條第2項第2款所列管之第二級毒品，非經許可不得持有，竟基於持有第二級毒品之犯意，於民國114年4月22日10時許，在宜蘭縣○○鄉○○路000號上方工地（龍潭寺），以新臺幣（下同）5,000元之價格，向綽號「阿勇」之真實姓名、年籍不詳男子，購得含有第二級毒品依托咪酯、甲基安非他命等成分之菸油1瓶（分裝成4小瓶，毛重分別為7.8952公克、13.9137公克、5.3495公克、13.6276公克）而非法持有之。嗣因被告另案遭通緝，經警於114年6月18日11時11分許，在上址工地緝獲，並扣得上揭菸油4瓶，復經徵得被告同意採集尿液送驗，檢驗結果呈依托咪酯陰性反應而查悉上情。因認被告涉犯毒品危害防制條例第11條第2項之持有第二級毒品罪嫌等語。

二、原判決意旨略以：

被告對持有依托咪酯、甲基安非他命之犯行雖坦承不諱，然被告於114年6月18日11時11分為警查獲後，另因於114年6月18日7、8時許施用、持有甲基安非他命之犯行，其持有之低

度行為為施用之高度行為所吸收，經原審法院以114年度簡字第693號判決處有期徒刑3月確定（下稱前案）乙情，有上開判決、法院前案紀錄表在卷可參；又卷內並無事證可知被告取得、施用扣案含依托咪酯、甲基安非他命成分菸油之確切時間，而依實務上所知一般尿液檢體中之毒品數值會隨時間經過而逐漸下滑之變化情況，被告於原審法院訊問中所述持有依托咪酯、甲基安非他命之期間非短，且扣案菸油中亦含有甲基安非他命成分，則被告於114年6月18日11時11分經警查獲後，其尿液檢驗結果雖呈安非他命、甲基安非他命陽性、依托咪酯陰性反應，然並不能據此排除被告同時持有扣案含有依托咪酯、甲基安非他命成分之菸油及其他含甲基安非他命成分毒品之可能。再卷內並無證據可認扣案菸油係於被告上開經判決之施用品甲基安非他命後所另行起意持有，或被告基於販賣或其他不同之犯罪決意，而持有扣案菸油，是依罪疑惟輕原則，爰認定被告係為供己施用，同時持有不同種類之第二級毒品，揆諸前揭說明，應僅均單純論以持有一罪，是其持有含依托咪酯、甲基安非他命成分菸油之行為，應為其施用第二級毒品甲基安非他命之行為所吸收，而為前案起訴之效力所及，自不應再予單獨追訴處罰。故本件被告所為持有第二級毒品之犯行，既為前案起訴效力所及，檢察官即不得另行追訴而予以聲請簡易判決處刑，然檢察官不察而予以聲請，即有所違誤，爰不經言詞辯論，依刑事訴訟法第302條第1項逕諭知免訴之判決等語。

三、檢察官上訴意旨略以：

被告於114年6月18日為警緝獲移送臺灣宜蘭地方檢察署時供稱：我於114年6月18日7、8時許，在宜蘭縣○○鄉○○路000號工地廁所內，以火燒玻璃球方式施用甲基安非他命1次，以電子菸方式施用依托咪酯1次，我是先施用甲基安非他命再施用依托咪酯，扣案的依托咪酯菸油4罐都是我的，其中菸油1罐，是1至2週前，我向一個綽號「阿勇」的人購買的，地點在被查獲的工地，以5,000元購買，其他菸油則是

之前買的，甲基安非他命是以2,000元購買等語。可見被告乃係以電子菸桿霧化加熱電子菸油、以玻璃球加熱晶體吸入煙霧之方式分別施用依托咪酯、甲基安非他命，被告先後施用依托咪酯、甲基安非他命之舉動自屬自然事實上之數行為，其持有第二級毒品依托咪酯菸油之犯行自與施用第二級毒品甲基安非他命之犯行無關，當不得為施用甲基安非他命之犯行所吸收。況被告亦自陳扣案之菸油4罐，其中3罐並非與當日所施用甲基安非他命同時購入，被告持有依托咪酯、甲基安非他命等毒品，顯係基於不同之持有犯意，自應分論併罰。原審未查上情，逕諭知本件免訴，尚有違誤，爰請將原判決撤銷，更為適當之判決。

四、按第二審法院認為上訴有理由，或上訴雖無理由，而原判不當或違法者，應將原審判決經上訴之部分撤銷，就該案件自為判決。但因原審判決諭知管轄錯誤、免訴、不受理係不當而撤銷之者，得以判決將該案件發回原審法院，刑事訴訟法第369條第1項定有明文。又對於原審法院諭知管轄錯誤、免訴或不受理之判決上訴時，第二審法院認其為無理由而駁回上訴，或認為有理由而發回該案件之判決，得不經言詞辯論為之，同法第372條亦有明定。

五、原審以被告所犯本件持有第二級毒品罪，為前案判決效力所及，而前案判決業已確定，故不經言詞辯論，逕為免訴判決，固非無見。惟查：

㈠按犯毒品危害防制條例第10條第1項之施用第一級毒品罪，及同條第2項之施用第二級毒品罪，其施用前持有海洛因及甲基安非他命之低度行為，固應為其施用之高度行為所吸收，而不另論罪；然**必須其所持有之毒品係供其施用者，始足當之。若其所持有之毒品並非供其施用，或尚未供其施用即被查獲，則其持有毒品之行為顯與其施用毒品之行為無關，即難認有高低度吸收之實質上一罪關係，自應分別論罪**（最高法院104年度臺非字第156號刑事判決意旨參照）。次按非法持有毒品，所侵害者為社會法益，其持有之

繼續，為行為之繼續，而非狀態之繼續，故其持有毒品時，該罪雖告成立，但其完結，須繼續至持有行為終了時為止。同時地被查獲持有複數以上之毒品，有可能係初始即同時地持有之，亦有可能係先後持有而僅同時地被查獲。於最初即同時地持有之情形，如持有之毒品級別相同，縱令持有之毒品為複數以上，仍為單純一罪，不發生想像競合犯之問題；惟倘先後持有而僅同時地被查獲者，雖亦併有同時持有之情形（即二持有行為重疊部分），仍應視其持有之初之犯意如何，憑以判斷其先後所犯持有行為，究屬數罪併罰，抑或應論以實質上一罪（相同旨趣，參照最高法院110年度台上字第357號判決意旨）。

㈡被告因另案遭通緝，經警於114年6月18日11時11分許，在上址工地緝獲，並扣得上揭菸油4瓶，復經徵得被告同意採集尿液送驗，檢驗結果呈安非他命類（安非他命、甲基安非他命）陽性反應、依托咪酯部分則呈現陰性反應，因認被告違反毒品危害防制條例第10條第2項之施用第二級毒品罪，經臺灣宜蘭地方檢察署檢察官以114年度毒偵字第465號聲請簡易判決處刑書聲請簡易判決處刑，經原審法院以114年度簡字第639號簡易判決判處被告有期徒刑3月，暨諭知易科罰金之折算標準確定。上情有前開簡易判決、法院前案紀錄表、宜蘭縣政府警察局委託辦理濫用藥物尿液檢驗檢體監管紀錄表、宜蘭縣政府警察局礁溪分局尿液檢體收驗案件/取樣數簽收紀錄表、慈濟大學濫用藥物檢驗中心慈大藥字第1140701013、0000000000號檢驗報告、自願受採尿同意書、宜蘭縣政府警察局礁溪分局搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、照片等在卷可稽（警礁偵字第1140012696號卷第6-9、11、14-15、22-28頁；偵卷第32-34、36-37頁；原審簡字卷第29-32頁），是被告於遭查獲當時經其同意而採集之尿液送鑑定後，僅呈安非他命類（安非他命、甲基安非他命）陽性反應、依托咪酯部分則呈現陰性反應，無從認定被告有何施用依托咪酯之行為，此部分之事實，堪以認定。

㈢本件扣案之菸油4罐，經送慈濟大學濫用藥物檢驗中心鑑定，各瓶分別檢出依托咪酯、甲基安非他命、愷他命；依托咪酯、甲基安非他命；依托咪酯、甲基安非他命；依托咪酯、愷他命成分；此情亦有卷附慈濟大學濫用藥物檢驗中心114年7月23日第0000000000號鑑定書在卷可徵（偵卷第40頁），亦即扣案菸油4瓶均含有依托咪酯，若供施用，應可於尿液中檢出依托咪酯。然如上所述，本案所採集送驗之被告尿液，依托咪酯係呈現陰性反應，似難逕認被告此部分所持有之毒品係供其施用或已供施用。況被告於偵訊中亦供稱本案扣案菸油4瓶中之1罐，是1至2週前在工地向一個綽號「阿勇」的人購買的，其他菸油則是之前買的等語，則被告係同時或另行起意而先後持有扣案菸油4瓶，以及與原審所稱可能同時持有之其他含甲基安非他命成分毒品之先後關係、持有目的等節，均有未明。

㈣故本件持有4瓶含依托咪酯成分之菸油4瓶，是否得論以前案被告施用甲基安非他命犯行之低度行為，而得為被告施用甲基安非他命犯行之高度行為所吸收，為前案確定判決效力所及，仍有再審究之處。

六、綜上所述，原審疏未詳查，即以本件持有毒品之行為，為前案確定判決效力所及，逕為免訴判決，要嫌速斷。檢察官執此提起上訴，指摘原判決不當，非無理由。是為兼顧被告之審級利益，自應由本院依法撤銷原判決，發回原審法院另為適法裁判，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。

本案經檢察官郭欣怡聲請簡易判決處刑，檢察官彭鈺婷提起上訴。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　5　　月　　27　　日

刑事第十六庭　審判長法　官　戴嘉清

法　官　王耀興

法　官　古瑞君

以上正本證明與原本無異。

不得上訴。

書記官　林君縈

中　　華　　民　　國　　115　　年　　5　　月　　28　　日