臺灣高等法院刑事判決

115年度原上易字第39號

上　訴　人　臺灣宜蘭地方檢察署檢察官
被　　告　吳安捷

指定辯護人　本院公設辯護人嚴孟君

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年度原易字第8號，中華民國115年5月4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6983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：被告吳安捷明知依托咪酯係毒品危害防制條例規定之第二級毒品(民國115年6月27日改列為第一級毒品)，不得非法持有，竟基於持有第二級毒品之犯意，於114年5月5日，以新臺幣1,500元之價格，透過真實姓名、年籍均不詳而綽號「阿寶」之友人，向賴以婕購得內含有第二級毒品依托咪酯成分之菸彈1個（毛重約5.9430公克，下稱本案菸彈）而非法持有之。嗣於同年月7日上午6時52分許，為警在被告宜蘭縣○○鄉○○路000巷0號0樓居所執行搜索，當場扣得本案菸彈1個，復於同(7)日中午12時40分許採尿送驗，結果呈第二級毒品依托咪酯陰性反應。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。

二、本件原審經審理結果，以被告係基於施用毒品之目的而持有本案菸彈，惟因未及施用即為警查獲。又被告前於114年1月21日凌晨1、2時許施用第二級毒品甲基安非他命（下稱甲基

安非他命）1次（下稱前案），經檢察官為附命戒癮治療之緩起訴處分確定；又於114年5月7日凌晨2時許施用甲基安非他命1次(下稱本案施用犯行)，經檢察官認本案施用犯行應為前案緩起訴處分效力所及而予以簽結。本案施用犯行既為前案緩起訴處分效力所及，自不宜再將與本案施用犯行具實質上一罪關係之持有本案菸彈部分，予以割裂單獨追訴處罰，以免導致戒癮治療中斷，無從貫徹戒癮治療原因案件之緩起訴處分採行社區式治療處遇之裁量判斷，乃至悖離毒品危害防制條例側重「先醫後懲」之刑事政策。是以，被告持有本案菸彈之低度行為，即應為本案施用犯行之高度行為所吸收，檢察官自不得再行起訴。從而，檢察官就被告持有本案菸彈之行為聲請簡易判決處刑，其起訴程序違背規定，爰為不受理判決。固非無見。

三、按行為人同時持有不同種類之第二級毒品，因侵害社會法益，僅單純論以一罪，復因持有後，進而施用第二級毒品，其持有之低度行為應為施用之高度行為所吸收，固應論以施用第二級毒品之一罪(本院暨所屬法院107年法律座談會刑事類提案第7號研討結果參照)。惟若行為人係先後取得不同種類之第二級毒品，卻僅施用其中一種毒品，即無從單純論以施用第二毒品罪之一罪。蓋刑法上所謂吸收犯，係指一罪所規定之構成要件，為他罪構成要件所包括，因而發生吸收關係者而言。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，當然為高度之施用行為所吸收，不另論以持有毒品罪；惟如施用毒品者，另基於其他原因而單純持有毒品，其單純持有毒品之行為與施用毒品間即無高低度行為之關係可言，自不生吸收犯之問題(最高法院90年度台非字第147號、101年度台上字第5858號判決意旨參照)。換言之，若行為人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年度台非字第156號判決意旨參照)。

四、經查，被告於警詢時供稱：我前(5)日跟賴以婕購買本案菸彈，友人「阿寶」前往賴以婕住處取得再拿給我；安非他命（按指甲基安非他命，下稱之）是陳駿逸無償轉讓給我的等語(警卷第4頁)，可見被告係分別以購買、受贈等方式，自不同來源取得於114年5月7日上午6時52分許為警查獲之本案菸彈及5包甲基安非他命，似非係出於同一行為決意而同時持有之。又被告為警採尿送驗，結果呈第二級毒品依托咪酯陰性反應，此有檢體監管紀錄表、慈濟大學濫用藥物檢驗中心檢驗報告可查(警卷第26頁；偵卷第24頁)，被告似未及施用本案菸彈，此亦為原判決所是認。如若無訛，被告持有本案菸彈究與本案施用犯行有何關聯？何以前案緩起訴處分之效力，當然及於被告持有未供施用之本案菸彈犯行?原判決未詳予說明，難謂無判決理由欠備之違法。原判決逕認本案持有本案菸彈行為，為前案緩起訴處分效力所及，並認本件聲請簡易判決處刑，其起訴程序違背規定，饒有再事探求餘地。檢察官上訴意旨指摘原判決不當，尚非全無理由，自應由本院撤銷原判決，發回原審法院另為適法之判決，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、第372條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　17　　日

刑事第十一庭　審判長法　官　張江澤

法　官　張瑋珍

法　官　廖建傑

以上證本證明與原本無異。

不得上訴。

書記官　黃翊庭

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　17　　日