臺灣桃園地方法院刑事判決

115年度審易字第2567號

公　訴　人　臺灣桃園地方檢察署檢察官

被　　告　巫清竹

000000000000000000

000000000000000000

000000000000000000

上列被告因毒品危害防制條例案件，經檢察官提起公訴（115年度偵字第28113號），本院判決如下：

主　文

本件公訴不受理。

扣案如附表編號1、2、3、5所示之物均沒收銷燬。

理　由

一、公訴意旨略以：被告巫清竹（涉嫌違反槍砲彈藥刀械管制條例部分，另以114年度偵字第47546號提起公訴；涉嫌製造第二級毒品部分，另以114年度偵字第47545號為不起訴處分；涉嫌施用第二級毒品安非他命部分，另行起訴）明知依托咪酯、異丙帕酯（被告行為時仍屬第二級毒品，於民國115年6月27日改列為第一級毒品）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，不得非法持有，竟基於持有第二級毒品依托咪酯、異丙帕酯之犯意，於民國114年9月25日前某日，在不詳地點，向真實姓名年籍不詳綽號「小葉」之人購買而持有之。嗣員警於114年9月25日9時32分許持搜索票，前往桃園市○○區○○街00號執行搜索，當場扣得附表所示之物，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、按起訴之程序違背規定者，應諭知不受理之判決，刑事訴訟法第303條第1款定有明文。再按因施用而持有第二級毒品（未達純質淨重20公克），其持有之低度行為，為施用之高度行為吸收，二者為實質上一罪，若施用毒品行為經裁定執行觀察、勒戒，檢察官復就持有毒品之行為提起公訴，顯然

違背起訴之程序規定，應為不受理判決（最高法院98年度台非字第302號判決、94年度台非字第180號判決意旨參照）。

三、經查：

㈠警方於114年9月25日上午9時32分搜索後，於115年9月25日中午12時30分許為警採集尿液，經檢驗結果呈安非他命、甲基安非他命、嗎啡陽性反應，此部分業經臺灣桃園地方檢察署檢察官以114年度毒偵第5975號提起公訴而繫屬於本院（下稱前案），此有法院前案紀錄表、上開案件之起訴書在卷可參。而本案檢察官並未提出任何本案所扣得含依托咪酯、異丙帕酯成分之煙彈或菸油（即附表編號1、2、3、5之物，以下合稱本案毒品），係與被告上開前案施用案件之第二級毒品甲基安非他命為分開取得後持有之證據，基於罪疑有利被告之原則，自應認扣案之本案毒品與前案被告所施用之甲基安非他命均如被告所述，係被告基於供自身施用之目的，同時於民國114年9月25日前某日，在不詳地點，向真實姓名年籍不詳綽號「小葉」之人購買而持有之（見毒偵卷第17頁至第19頁）。

㈡又行政院雖於115年6月25日以院臺法字第1155013102號公告修正依托咪酯、丙帕酯（含其異構物Isopropoxate，即本案鑑定書稱之異丙帕酯）為第一級毒品，自000年0月00日生效，然空白刑法補充規範之變更，僅能認係事實變更，不屬於刑罰法律之變更或廢止之範疇，自無刑法第2條第1項法律變更之比較適用問題，應依行為時空白刑法填補之事實以適用法律（最高法院113年度台非字第168號刑事判決意旨參照），故被告開始持有本案毒品至114年9月25日查獲為止，依托咪酯與異丙帕酯與所查獲之甲基安非他命同屬第二級毒品，應堪認定。

㈢按若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，故應論以施用第二級毒品罪一罪（臺灣高等法院暨所屬法院107年法律座談會

刑事類提案第7號研討意旨參照）。從而，被告於114年9月25日經警採集尿液送驗，其尿液雖僅驗得安非他命、甲基安非他命、嗎啡陽性反應，而未驗得依托咪酯、異丙帕酯陽性反應，然被告上開施用甲基安非他命犯行，既經臺灣桃園地方檢察署檢察官以被告犯施用第二級毒品罪嫌提起公訴，則被告係同時向「小葉」取得本案毒品而持有之行為，自應為施用甲基安非他命之高度行為所吸收，不得再就低度之同時持有本案毒品另為起訴。是檢察官另行起訴於法有違，揆諸前揭說明，爰不經言詞辯論，逕諭知不受理判決。

四、沒收

㈠按查獲之第一級、第二級毒品，不問屬於犯罪行為人與否，均沒收銷燬之，毒品危害防制條例第18條第1項前段有明文規定。又沒收，除有特別規定者外，於裁判時併宣告；違禁物或專科沒收之物得單獨宣告沒收，刑法第40條第1項、第2項亦有明文。再單獨宣告沒收於已對被告起訴之案件，屬學理上所稱附隨於主體程序之不真正客體程序，於法院為不受理、免訴或無罪判決時，倘可認依檢察官起訴書之記載，或檢察官於言詞辯論終結前，已口頭或書面提出沒收之聲請，基於訴訟經濟原則，仍應肯認此種主、客體程序之轉換，即法院得於為上述判決時，並為單獨宣告沒收之諭知（最高法院110年度台上字第3580號判決意旨參照）。

㈡檢察官上開公訴意旨認被告涉嫌持有第二級毒品部分，雖經本院為不受理之諭知，然因檢察官於起訴書已聲請宣告沒收銷燬本案毒品，而上開物品確實檢出依托咪酯及異丙帕酯成分，自應依毒品危害防制條例第18條第1項前段規定，宣告沒收銷燬。

據上論斷，應依刑事訴訟法第303條第1款、第307條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　23　　日

刑事審查庭　法　官　林莆晉

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決應於收受判決後20日內向本院提出上訴書狀，並應敘述具體理由。其未敘述上訴理由者，應於上訴期間屆滿後20日內向本院補提理由書(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　劉貞儀

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　23　　日

附表

編號	扣案物	數量/重量	檢出毒品成分
1	依托咪酯菸彈	1顆(毛重5.29公克)	依托咪酯
2	依托咪酯菸彈(透明瓶蓋)	1顆(毛重6.6公克)	依托咪酯、異丙帕酯
3	依托咪酯菸彈(黑色瓶蓋)	2顆(共毛重8.92克)	依托咪酯
4	甘油	1瓶(毛重427.7公克)	未檢出毒品成分
5	依托咪酯菸油	1瓶(毛重9.2公克)	依托咪酯
6	不明液體	3瓶(總毛重396.1公克)	未檢出毒品成分
7	安非他命	1包(毛重1.43公克)	甲基安非他命
8	空煙彈殼	9顆	-
9	依托咪酯菸彈加熱器	1支	-
10	分裝用注射器	1支	-
11	量杯	1個	-
12	分裝瓶	1袋	-
13	菸彈霧化器	1批	-
14	夾鏈袋	1批	-
15	磅秤	1台	-