臺灣新竹地方法院刑事判決

115年度訴字第1980號

公　訴　人　臺灣新竹地方檢察署檢察官
被　　告　王家宏
000000000000000000
000000000000000000
選任辯護人　法律扶助基金會陳瓊枝律師

上列被告因違反毒品危害防制條例案件，經檢察官提起公訴（115年度偵字第4352號），本院判決如下：

主　文

王家宏被訴製造第二級毒品部分無罪；被訴持有第二級毒品部分公訴不受理。

扣案如附表編號3、4、7所示之物，均沒收銷燬。

理　由

一、公訴意旨略以：被告王家宏明知依托咪酯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，依法不得製造，竟仍基於製造第二級毒品依托咪酯之犯意，於民國115年1月8日12時前某時許，在新竹縣○○鄉○○路0段000巷00弄00號住處內，將其吸食剩餘之菸彈殼，以注射針筒抽取依托咪酯殘液後，裝入新的菸彈殼內，再加入不同口味之香精，及摻入甘油，使味道順口後，再放入電子煙主機內進行施用，以此方式製造第二級毒品依托咪酯之菸彈。嗣為警於115年1月8日15時5分許，持法院核發之搜索票，在被告上址住處搜索查扣如附表所示之物。因認被告涉犯毒品危害防制條例第4條第2項之製造第二級毒品罪嫌。

二、按犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實；不能證明被告犯罪者，應諭知無罪之判決，刑事訴訟法第154條第2項、第301條第1項分別定有明文。又認定不利於被告之事實，須依積極證據，苟積極之證據本身存有瑕疵而不足為不利於被告事實之認定，即應為有利於被告之認定，更不必有何有利之證據；而認定犯罪事實所憑之證據，雖不以直

接證據為限，間接證據亦包括在內，然而無論直接或間接證據，其為訴訟上之證明，須於通常一般之人均不致有所懷疑，而得確信其為真實之程度者，始得據為有罪之認定，倘其證明尚未達到此一程度，而有合理之懷疑存在時，即應為無罪之判決；再檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法，因此檢察官對於起訴之犯罪事實，應負提出證據及說服之實質舉證責任，倘其所提出之證據，不足為被告有罪之積極證明，或其指出證明之方法，無從說服法院以形成被告有罪之心證，基於無罪推定之原則，自應為被告無罪判決之諭知（最高法院30年上字第816號判決、76年台上字第4986號判決、92年台上字第128號判決意旨參照）。

三、公訴意旨認被告涉犯上開罪嫌，無非係以被告於警詢及偵查中之供述、偵查報告、搜索扣押筆錄及扣押物品目錄表、搜索現場及扣案物相片、自願受採尿同意書、桃園市政府警察局八德分局委託辦理濫用藥物尿液檢驗檢體真實姓名對照表、查獲毒品危害防制條例「尿液」初步鑑驗結果、查獲毒品危害防制條例「毒品」初步鑑驗結果、台灣尖端先進生技醫藥股份有限公司毒品證物檢驗報告（報告「收驗」編號：B4505）各1份、欣生生物科技股份有限公司濫用藥物尿液檢驗報告2份（報告編號：00000000、00000000-N）等為其主要論據。

四、訊據被告固坦承有公訴意旨所指之客觀犯行，惟堅決否認有何製造第二級毒品犯行，辯稱略以：主觀上我只是要自己施用，沒有製造的犯意等語；被告之辯護人為其辯護稱略以：被告坦承檢察官起訴的客觀犯罪事實，但被告只是要自己施用，並不符合製造之構成要件。經查：

㈠、被告於115年1月8日12時前某時許，在上開住處內，將其吸食剩餘之菸彈殼，以注射針筒抽取依托咪酯殘液後，裝入新的菸彈殼內，再加入不同口味之香精及摻入甘油後，以此方式製作第二級毒品依托咪酯之菸彈，再放入電子煙主機內進行施用等情，業據被告於本院準備程序及審理時供承在卷

（本院卷第130頁、第202頁），復有本院115年聲搜字第5號搜索票、桃園市政府警察局八德分局搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、台灣尖端先進生技醫藥股份有限公司於115年2月13日出具之毒品證物檢驗報告（報告編號：B4505號）各1份、現場搜索暨扣案物秤重照片數張（偵卷第16頁至第20頁、第28頁至第29頁、第77頁至第78頁）在卷可稽，是此部分事實，自堪認定。

㈡、公訴意旨雖認被告上開行為係犯毒品危害防制條例第4條第2項製造第二級毒品罪嫌等語，惟按，毒品危害防制條例第4條所謂製造，除將原物料提煉製成毒品外，包括以改變毒品成分及效用為目的之加工（如轉化毒品種類、提高純度）、改變毒品型態（如將液態毒品加工成固態，將粉末狀毒品加工成錠劑，或使潮濕之毒品乾燥化等），以及混合數種毒品而形成新型態毒品混合物。若僅是將毒品封口、包裝、打印、摻雜毒品以外物質，或分裝、混合自行施用毒品等行為，則應就整體過程綜合觀察，尚難遽認皆屬毒品製造行為（最高法院110年度台上字第521號、110年度台上字第4126號判決意旨參照）。從而，製造毒品之判斷，固不得拘泥於加工前、後毒品有無發生化學變化，然亦不得反向認為凡對既有毒品為任何物理加工、摻雜、混合或分裝，即一律成立製造毒品罪，仍應就行為人之主觀目的、原有毒品之存在型態、加工方式、加工前後之效用及使用方法，以及所創設或增加之危險等一切情狀，予以整體判斷。

㈢、被告於警詢中供稱：它都會底部剩一點。我用針筒把它抽出來，然再裝到新的，然後有人加香精，因為太濃吸不動會抖，加甘油就不會抖，就比較順，甘油是我跟人家要，依上述方式只會做將近半顆自用等語（本院卷第127頁至第128頁）；於偵查中亦稱：菸彈用完後彈殼裡面有煙油，用針筒抽取後，放在新買的菸殼裡，再加入不同口味之香精，供自己施用等語（偵卷第50頁背面），而被告遭查扣如附表編號4所示之甘油1瓶，經檢驗出含有三氟依托咪酯成分，台灣尖

端先進生技醫藥股份有限公司毒品證物檢驗報告（報告「收驗」編號：B4505）1份附卷可考，可知被告收受之甘油內本即含有三氟依托咪酯之毒品成分，再審酌本案被告所抽取者原即為可供電子煙施用之菸彈內「吸食剩餘」殘液，僅係將其與香精、甘油混合調勻後裝填進空菸彈內，自難逕論被告已將既有毒品加工形成另一具有不同功能、效果、施用方式或危險程度之毒品製品。

㈣、又被告於偵查中、本院準備及審理程序時均稱製作之毒品菸彈僅供自己施用，且本案完成品僅有菸彈半顆，足徵被告主觀上係在已完成製造、可施用、本即含有第二級毒品之依托咪酯菸油內，再添加香精、甘油，不僅動作簡單，無須具備特定化學知識或技術，亦未改變原有毒品成分，此與行為人須具備化學知識，有相應之設備，從著手至產出可以供人服用之成品時止之「製造」過程相較，所造成社會秩序或人體潛在之威脅性，難以相提並論，是倘僅因被告有抽取既有毒品殘液、與其他液體混合及重新填裝之行為，即逕將此種供己施用所為之處理行為評價為毒品危害防制條例第4條第2項所稱「製造」第二級毒品，將使製造毒品罪之處罰範圍擴張及於持有、施用既有毒品過程中所為之摻雜、混合、分裝等附隨行為而顯失當。揆諸前揭說明，被告所為僅可認定為製作毒品菸彈，難認屬「製造」第二級毒品之行為，自無從以該罪名相繩。

㈤、至公訴人雖援引最高法院113年度台上字第1823號、111年度台上字第4189號判決意旨，認本案被告將依托咪酯菸油混和、甘油、香精等液體，再分裝到空菸彈殼裡，使之便於施用、適於施用並增香、添味，應認屬製造第二級毒品等語，惟上開最高法院113年度台上字第1823號判決意旨之案件事實係行為人共有3人，其等依指定比例將多種第三級毒品成分混合，或摻入果汁粉，藉此調製成咖啡包內容物之原料粉末，並分裝封膜成更便於攜帶、銷售之咖啡包近400包；而最高法院111年度台上字第4189號判決意旨之案件事實係行

為2人先租用特定地點，再將2種第三級毒品粉末放入磨豆機或磨缽磨細後，再將菸草跟香草粉(精)、代糖放進果汁機混合，並加入含有上開第三級毒品成分粉末繼續攪拌，攪拌完成後將彩虹菸草放入烘乾機烘乾並以計時器計時，待烘乾完後，使用捲菸器將菸草捲入空菸管成為彩虹菸，並裝入包裝袋後封口，而製造出彩虹菸成品約200至300枝。惟參以被告所陳本案是為自己施用而以注射針筒抽取依托咪酯殘液後，裝入新的菸彈殼內，再加入香精、甘油後使味道順口後，再放入電子煙主機內進行施用已如前述，與前揭最高法院判決之另案事實均有所不同，是該最高法院判決要旨所表示之法律見解實無從比附爰引，附此敘明。

㈥、綜上所述，公訴意旨所提出之證據資料及指出證明之方法，尚未達於一般之人均可得確信被告確有此犯行，而無合理懷疑存在之程度，是無從令本院確信被告確有前述公訴意旨所指之製造第二級毒品之犯行，依首揭之說明，並基於「罪證有疑，利於被告」之刑事法原則，本院認被告被訴之此部分犯行尚屬不能證明，應依法為被告無罪之諭知。

五、關於被告持有第二級毒品依托咪酯部分：

㈠、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。又施用第一、二級毒品為犯罪行為，毒品危害防制條例第10條定有處罰明文，故施用第一、二級毒品者，依前揭規定本應科以刑罰。惟基於刑事政策，對合於一定條件之施用者，如「初犯」或「3年後再犯」，則另依同條例第20條、第23條之規定，施以觀察、勒戒及強制戒治之保安處分，並由檢察官為不起訴之處分，以賦予此類具有病患性特質之犯人，戒除其身癮之機會（最高法院109年度台上字第3826號判決意旨參照）。是以被告犯同條例第10條之罪，須在前案業經法院裁定令其入勒戒處所觀察、勒戒確定，並依該裁定執行觀察、勒戒完畢後3年內所犯，始符合法定追訴要件。倘不符上開要件，檢察官逕對被告起訴，其起訴程序顯然違背規定，法院自應諭知不受理之判決

（最高法院112年度台非字第73號判決意旨參照）。

㈡、次按，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（純質淨重未逾法定數量），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（最高法院101年度台上字第5858號判決意旨參照）。另被告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號研討結果意旨參照）。再按檢察官以實質上一罪起訴者，法院審理結果，如認其中一部有罪，他部無罪、免訴或不受理，其判決主文固僅須記載有罪部分，以為單一刑罰權之宣示，而就其餘部分於理由欄敘明毋庸於主文另行諭知之理由，即為已足；但如認為一部應免訴或不受理，他部無罪，則應全部於主文內加以記載，始足以表示已就起訴事實全部加以裁判，以符訴訟主義之本旨，是法院審理結果認被告被訴販賣毒品部分，不成立犯罪，即應就被告被訴持有毒品部分，加以審判，如持有毒品部分成立犯罪，就販賣毒品部分，於理由內說明不另為無罪之諭知即可；如持有毒品部分，應為不受理或免訴之諭知者，除應就販賣部分諭知無罪外，就持有部分，亦應諭知不受理或免訴（最高法院96年度台上字第7106號判決意旨參照）。

㈢、又按，行政機關依據委任立法而制定具有填補空白刑法補充規範之法規命令，雖可視為具法律同等之效力，然該法規命令之本身，僅在補充法律構成要件之事實內容，即補充空白刑法之空白事實，並無刑罰之具體規定，究非刑罰法律，該項補充規範之內容，縱有變更或廢止，對其行為時之法律構成要件及處罰之價值判斷，並不生影響，於此，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94年度台上字第771號判決要旨參照）。又毒品之分級及品項，由法務部會同行政院衛生福利部組成審議委員會，每3個月定期檢討，報由行政院公告調整、增減之，毒品危害防制條例第2條第3項定有明文，而依托咪酯於115年6月25日經行政院公告列為第一級毒品，並於同年月00日生效，此變更即屬事實變更，並非刑罰法律有所變更，不生新舊法比較適用問題，應依行為時空白刑法填補之事實適用法律，併此說明。

㈣、經查，被告被訴製造第二級毒品之部分，業經本院諭知無罪，惟起訴書犯罪事實欄內，既已敘明被告於115年1月8日15時5分許，經警持搜索票至被告前揭住處執行搜索，扣得如附表編號3、4、7所示之物，並聲請宣告沒收銷燬，堪認被告當次持有第二級毒品依托咪酯之犯行同在檢察官起訴之範圍內無疑。又被告該日為警持搜索票執行搜索，另扣得如附表編號1至3所示之海洛因、甲基安非他命、依托咪酯菸油2瓶等節，均據被告於本院審理時供承在卷（本院卷第193頁至第194頁），復有前開本院115年聲搜字第5號搜索票、桃園市政府警察局八德分局搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、台灣尖端先進生技醫藥股份有限公司於115年2月13日出具之毒品證物檢驗報告（報告編號：B4505號）各1份、現場搜索暨扣案物秤重照片數張（偵卷第16頁至第20頁、第28頁至第29頁、第77頁至第78頁）附卷可參，是此部分事實首堪認定。又被告於114年9月8日施用第二級毒品甲基安非他命，及施用第一級毒品海洛因之案件，業經臺灣新竹地方檢察署檢察官聲請送觀察、勒戒，並經本院以115年度毒聲更一字第1號受理中等情，有被告之法院前案紀錄表1份（本院卷第186頁）附卷可佐，故此部分事實，亦可認定。

㈤、再被告於偵查中自承：於115年1月8日12時許，在上開住處以燒烤吸食煙霧方式施用第二級毒品甲基安非他命等語（偵

卷第50頁背面），並有自願受採尿同意書、桃園市政府警察局八德分局委託辦理濫用藥物尿液檢驗檢體真實姓名對照表、欣生生物科技股份有限公司於115年1月26日出具之濫用藥物尿液檢驗報告（報告編號：00000000號）各1份在卷可證（偵卷第21頁、第22頁、第85頁），足認被告於上開時地施用第二級毒品甲基安非他命之犯行，復足認定。又被告本案所持有如附表編號3、7所示之物，經鑑驗除檢出第二級毒品依托咪酯、美托咪酯等成分外，亦均檢出第二級毒品甲基安非他命成分，而被告於115年1月8日12時許確有施用第二級毒品甲基安非他命之行為，已如前述。是被告同時持有數種第二級毒品，侵害者為同一社會法益，僅成立一持有第二級毒品罪，而其持有第二級毒品甲基安非他命後復進而施用，其持有第二級毒品之低度行為，應為施用第二級毒品之高度行為所吸收，不另論罪。再被告本次施用第二級毒品行為，應為其於114年9月8日施用第一級、第二級毒品所為觀察勒戒案件之效力所及，自不應再予單獨追訴處罰。綜上所述，檢察官就被告本件持有第二級毒品犯行提起公訴，其起訴程序違背規定，且無從補正，自應諭知不受理之判決。

六、沒收銷毀部分：

㈠、按查獲之第一、二級毒品及專供施用第一、二級毒品之器具，不問屬於犯罪行為人與否，均沒收銷燬之；又違禁物或專科沒收之物得單獨宣告沒收，毒品危害防制條例第18條第1項前段及刑法第40條第2項分別定有明文。是現行刑法關於沒收之規定，已具有獨立法律效果，故其宣告不必然附隨於裁判為之，而可單獨宣告沒收之。

㈡、查扣案如附表編號3所示之物，經送請台灣尖端先進生技醫藥股份有限公司鑑驗，檢出甲基安非他命、依托咪酯成分；扣案如附表編號4所示之物，同經上開公司檢出三氟依托咪酯成分；扣案如附表編號7所示之物，同經上開公司檢出甲基安非他命、尼古丁、美托咪酯、依托咪酯成分等情，有該公司於115年2月13日出具之毒品證物檢驗報告（報告編號：

B4505號）在卷可證，均應認為第二級毒品，而屬違禁物，且為被告所持有，自應依毒品危害防制條例第18條第1項前段之規定宣告沒收銷燬之；至送驗耗盡之部分既已滅失而不存在，自無庸再宣告沒收銷燬之。

㈢、另扣案如附表編號1、2所示之物，均應為被告前開施用第一級毒品、第二級毒品之證物，自應俟被告該施用第一級毒品、第二級毒品案件完結後，再由檢察官依法處置，爰不予先行宣告沒收銷燬。又扣案如附表編號5、6、8、9至15所示之物，經檢察官以均為製造第二級毒品依托咪酯菸彈所用或供犯罪所用之物而聲請宣告沒收，然被告所犯製造第二級毒品依托咪酯之部分，業經本院認定無罪一節，已如前述，自無從以刑法38條第2項宣告沒收，附此敘明。

據上論斷，應依刑事訴訟法第301條第1項、第303條第1款，判決如主文。

本案經檢察官林佳穎提起公訴，檢察官林奕彣到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　11　　月　　10　　日

刑事第六庭審判長法　官　楊數盈

法　官　江宜穎

法　官　崔恩寧

以上正本證明與原本無異。

無罪部分被告不得上訴。

被告就其餘部分及檢察官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，上訴書狀應敘述具體理由。上訴書狀未敘述上訴理由者，應於上訴期間屆滿後20日內補提理由書狀於本院（均須按他造當事人之人數附繕本 ）「切勿逕送上級法院」。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　11　　月　　10　　日

書記官　陳采薇

附表：

編號	扣案物品名稱	備註
1	第一級毒品海	白色粉末1包。驗前實秤毛重0.76公克

	洛因1包	（淨重0.416公克），檢出第一級毒品海洛因（Heroin）成分。
2	第二級毒品安非他命1包	白色透明結晶1包。驗前實秤毛重0.62公克（淨重0.254公克），檢出第二級毒品甲基安非他命（Methamphetamine）成分。
3	第二級毒品依托咪酯菸油2瓶	透明液體（粉蓋）2瓶。驗前總實秤毛重19.45公克，檢出第二級毒品甲基安非他命（Methamphetamine）、依托咪酯（Etomidate）成分。因係液態，無法秤其淨重，故無法進行純質淨重分析。
4	甘油1瓶	透明液體（尖蓋）1瓶。驗前實秤毛重65.27公克，檢出第二級毒品三氟依托咪酯（TF-Etomidate）成分。因係液態，無法秤其淨重，故無法進行純質淨重分析。
5	吸食器1組	
6	電子菸主機3台	
7	使用過之菸彈殼3個	1、電子菸菸彈（淡黃色液體）2個。驗前總實秤毛重7.12公克，檢出第二級毒品甲基安非他命（Methamphetamine）、尼古丁（Nicotine）、第二級毒品美托咪酯（Metomidate）、依托咪酯（Etomidate）成分。因黏稠性太高，無法秤其淨重，故無法進行純質淨重分析。 2、電子菸菸彈（透明液體）1個。驗前實秤毛重4.65公克，檢出第二級毒品

		甲基安非他命（Methamphetamine）、第二級毒品依托咪酯（Etomidate）成分。因黏稠性太高，無法秤其淨重，故無法進行純質淨重分析。
8	行動電話（iPhone、三星各1支）	
9	分裝針筒1支	
10	香精1瓶	
11	分裝瓶2個	
12	磅秤1台	
13	加熱鍋具1組	
14	尖嘴鉗1支	
15	空菸彈殼2個	