臺灣臺中地方法院刑事判決

114年度訴字第1572號

公　訴　人　臺灣臺中地方檢察署檢察官

被　　告　劉燕玫

000000000000000000

000000000000000000

000000000000000000

000000000000000000

義務辯護人　王寶明律師

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（114年度偵字第33187、58068號），本院判決如下：

主　　文

劉燕玫犯持有第二級毒品罪，累犯，處有期徒刑柒月。扣案如附表編號一所示之物沒收銷燬。

犯罪事實

一、劉燕玫明知依托咪酯（Etomidate）為毒品危害防制條例第2條第2項第2款所規定列管之第二級毒品（按於民國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6月15日某時許，在雲林縣虎尾鎮虎興東六路前之工地，向真實姓名及年籍均不詳之自稱「張龍凱」者，以新臺幣（下同）3,000元購入含有第二級毒品依托咪酯成分之菸油1罐（即如附表編號1所示），欲供己施用而持有之。嗣經警方持本院核發搜索票，自翌（16）日11時55分起，分別至劉燕玫當時位於臺中市○○區○○路0段000巷00弄0號、臺中市○區○○街00巷0○0號住居處執行搜索，並扣得如附表所示之物（與本案有關或無關之物，均詳如附表「說明」欄所示），因而查悉上情。

二、案經臺中市政府警察局太平分局報告臺灣臺中地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　　由

一、證據能力

㈠以下本案所引用被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，均經本院於審判時當庭直接提示而為合法調查，檢察官、被告劉燕玫及義務辯護人均同意作為證據（見本院卷第141頁），本院審酌前開證據作成或取得狀況，均無非法或不當取證之情事，亦無顯不可信情況，故認為適當而均得作為證據。是前開證據，依刑事訴訟法第159條之5規定，均具有證據能力。

㈡除法律另有規定外，實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據，其有無證據能力之認定，應審酌人權保障及公共利益之均衡維護，刑事訴訟法第158條之4定有明文。本案所引用之非供述證據，並無證據證明係實施刑事訴訟程序之公務員違背法定程序所取得，且檢察官、被告及義務辯護人均未表示無證據能力，自應認均具有證據能力。

二、認定犯罪事實所憑證據及理由

㈠前揭犯罪事實，業據被告於警詢、偵訊及本院審理時均坦承不諱（見114偵33187卷第41至42、118頁；本院卷第146至149頁；至被告是否另有意圖販賣而持有第二級毒品之犯意部分，詳如後述），核與另案被告張忠強於偵訊時陳述情節相符（見114偵33187卷第127至129頁），並有扣案如附表編號1所示菸油可佐，又該扣案物經送驗後，經驗得含有第二級毒品依托咪酯成分，亦有欣生生物科技股份有限公司（下稱欣生公司）114年7月21日欣毒性5626D097號成分鑑定報告書1份（見114偵33187卷第205頁）在卷可查，足認被告此部分自白與前揭事證相符。從而，本案關於被告所犯單純持有第二級毒品之事證明確，應依法論科。

㈡公訴意旨雖另以：被告明知依托咪酯屬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，不得意圖販賣而持有，仍基於意圖販賣而持有第二級毒品之犯意，於前述時、地購入如附表編號1所示含有第二級毒品依托咪酯成分之菸油，欲伺機販賣予不特定人牟利，因認被告所為，係涉犯毒品危害防制條例第5條第2項之意圖販賣而持有第二級毒品罪

嫌等語。惟查：

1.按販賣毒品罪，行為人或基於販賣營利之目的，將毒品販入再行賣出，或以意圖販賣營利以外之原因而持有毒品，其後始起意營利販賣，其犯罪態樣不一而足。故在行為人持有毒品並未賣出即遭查獲情形，其所持有毒品是否基於販賣營利之意思而販入，或何時產生販賣營利意圖，與其究應成立單純持有毒品、意圖販賣而持有毒品，或販賣毒品未遂罪責攸關。且因上述犯罪行為所表徵之持有毒品外觀大致相同，事實審法院對於此項主觀意圖之有無及究竟起於何時，自應以嚴格之證據予以證明。再持有毒品之原因不僅一端，或基於非營利之目的而取得毒品並持有（例如他人轉讓或受託寄藏而持有，或供自行施用、幫助他人施用而購入持有等），或基於販賣營利之目的販入毒品而持有，如無積極證據，自不得單憑行為人持有毒品之數量多寡，施用毒品前科有無，或有查獲相關工具等情，遽行推定其有販賣之營利意圖（最高法院107年度台上字第2668號判決意旨參照）。

2.公訴意旨認被告涉犯毒品危害防制條例第5條第2條之意圖販賣而持有第二級毒品罪嫌，無非係以被告於警詢及偵訊時之供述及其與通訊軟體Line自稱「「陳建偉」、「愷」者間通訊軟體對話紀錄等資料為其主要論據，而被告於本院審理時對於販賣第二級毒品犯行雖亦為認罪之表示，惟被告之自白，不得作為有罪判決之唯一證據，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符，刑事訴訟法第156條第2項已有所規定。上開規定之立法目的乃欲以補強證據擔保自白之真實性；亦即以補強證據之存在，藉之限制自白在證據上之價值。而所謂補強證據，則指除該自白本身外，其他足資以證明自白之犯罪事實確具有相當程度真實性之證據而言。雖其所補強者，非以事實之全部為必要，但亦須因補強證據與自白之相互利用，而足使犯罪事實獲得確信者，始足當之（最高法院74年度台覆字第10號

判決意旨參照）。

3.經查，⑴被告有施用第二級毒品依托咪酯之習慣等情，為被告於警詢、偵訊及本院審理時供承（見114偵33187卷第40至41、118頁；本院卷第147頁），並有警方在其住處查扣如附表編號12所示菸油加熱器可佐，是被告本案購入之毒品究係供己施用或意圖販賣他人之用，已有可疑；⑵再者，被告本案購入持有含第二級毒品依托咪酯成分之菸油1罐，經鑑驗後，驗前淨重僅3.7973公克，數量甚少、重量輕微，實與一般施用毒品者僅少量持有足夠供自己一人施用的份量之常情相符；⑶又被告雖於警詢及偵訊時自承：其於114年5月間曾著手販賣含有第二級毒品依托咪酯之菸彈予「陳建偉」、「愷」，但2次交易均未成功等語（見114偵33187卷第42、119至120頁），並有被告與「陳建偉」、「愷」間通訊軟體對話紀錄各1份（見114偵33187卷第145至175頁）在卷可查，惟上開對話紀錄所示時間分別為114年5月13、14日及同年5月22日，與被告本案購入毒品之時間為114年6月15日不符；佐以被告於警詢時曾稱：（問：你依托咪酯都向何人購買？購買金額？於何處購買）…我每次購買20至30ml，價格落在300元左右，但是目前市價分裝瓶的2ml是1,000元等語（見114偵33187卷第44頁），顯見被告如欲販賣依托咪酯菸油予他人，將考量進貨成本而購入較多之毒品數量，以確保可獲得相當價差，實與被告於本案僅以3,000元購得微量毒品之情形不符；⑷此外，被告於偵訊時先供稱：扣案之菸油是我要裝入菸彈裡面施用，加熱器是用來吸食菸彈使用等語（見114偵33187卷第118頁）；後再改稱：「（問：妳是否係購入依托咪酯裝入空菸彈以販售依托咪酯？）是」、「（問：扣案之依托咪酯、空菸彈殼、菸油等物品，是否可以視為妳本來想拿來販賣，只是沒有賣成功所剩餘的？）可以」，惟被告本次購入之毒品顯係在販賣菸彈予「陳建偉」、「愷」而未完成交易之後，已如前述，且被

告就持有毒品之意圖部分，供述前後不一，自難排除被告係為求自白減刑而承認販賣毒品犯行之可能。綜上，因持有毒品之目的不一而足，本案除被告之自白外，既無證據足資證明被告於115年6月15日購入毒品之目的究為販賣、轉讓或供己施用，是依罪疑惟輕原則，尚難遽為推斷被告持有如附表編號1所示之毒品具有意圖販賣予他人之主觀犯意，自難以意圖販賣而持有第二級毒品之罪名相繩，併與敘明。

三、論罪科刑

㈠按刑法第2條第1項前段所規定之「法律有變更」及刑事訴訟法第302條第4款所謂「犯罪後之法律已廢止其刑罰」，其所稱之「法律」，係指依中央法規標準法第4條之規定制定公布之刑罰法律而言。又刑罰法律之文字本身僅規定罪名、法律效果與構成要件的部分禁止內容，而將構成要件其他部分禁止內容授權行政機關以其他法律、行政規章或行政命令加以補充，此即所謂空白刑法。行政機關制定具有填補空白刑法補充規範之法律、行政規章或行政命令，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，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113年度台非字第168號判決意旨參照）。經查，依托咪酯經行政院於115年6月27日以院臺法字第000000000號公告改列為第一級毒品，然此變更屬事實變更並非刑罰法律有所變更，不生新舊法比較問題，應依被告行為時空白刑法填補之事實適用法律，先予敘明。

㈡按依托咪酯於被告行為時係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。

㈢核被告所為，係犯毒品危害防制條例第11條第2項之持有第

二級毒品罪。另公訴意旨認被告本案係涉犯毒品危害防制條例第5條第2項之意圖販賣而持有第二級毒品罪嫌等語，容有未洽，已如前述，惟因社會基本事實同一，並經本院當庭告知被告及義務辯護人變更後之罪名（見本院卷第139頁），無礙被告防禦權之行使，爰依法變更起訴法條。

㈣按刑法第47條第1項規定：「受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，5年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至二分之一。」有關累犯加重本刑部分，不生違反憲法一行為不二罰原則之問題。惟其不分情節，基於累犯者有其特別惡性及對刑罰反應力薄弱等立法理由，一律加重最低本刑，於不符合刑法第59條所定要件之情形下，致生行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪責之個案，其人身自由因此遭受過苛之侵害部分，對人民受憲法第8條保障之人身自由所為限制，不符憲法罪刑相當原則，牴觸憲法第23條比例原則。於此範圍內，有關機關應自本解釋公布之日起2年內，依本解釋意旨修正之。於修正前，為避免發生上述罪刑不相當之情形，法院就該個案應依本解釋意旨，裁量是否加重最低本刑（司法院釋字第775號解釋文參照）。至司法院釋字第775號解釋，依解釋文及理由之意旨，係指構成累犯者，不分情節，一律加重最低本刑，於不符合刑法第59條所定要件之情形下，致生行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪責之個案，不符罪刑相當原則、比例原則。於此範圍內，在修正前，為避免發生上述罪刑不相當之情形，法院就該個案應裁量是否加重最低本刑；依此，本解釋係指個案應量處最低法定刑、又無法適用刑法第59條在內之減輕規定情形時，法院應依本解釋意旨裁量不予加重最低本刑（最高法院108年度台上字第976號判決要旨參照）。經查，被告前因①施用毒品案件，經本院以103年度審訴字第209號判決各判處有期徒刑3月（2罪）、7月（2罪）確定；②販賣毒品案件，經本院以103年度訴字1778號判決判處有期徒刑2年確定，①②案復經本院以106年度聲字第46號裁定應執行有期徒刑3年

2月確定（下稱甲案）；另因③施用毒品案件，經本院以104年度訴字第472號判決各判處有期徒刑4月、8月確定；④施用毒品案件，經本院以104年度審訴字第841號判決各判處有期徒刑7月、4月確定；⑤施用毒品案件，經本院以104年度審訴字第763號判決各判處有期徒刑8月、4月確定，③至⑤案件經本院以104年度聲字第4253號裁定應執行有期徒刑2年5月確定（下稱乙案），甲、乙案經移送入監接續執行後，於107年6月7日縮短刑期假釋出監並付保護管束，於109年7月11日保護管束期滿假釋未經撤銷視為執行完畢等情，業經起訴意旨載明，並有法院前案紀錄表在卷可佐，其受徒刑之執行完畢後，於5年內故意再犯本案有期徒刑以上之罪，應依刑法第47條第1項規定，論以累犯；又起訴意旨亦載明：被告所犯前案與本案間，犯罪類型、罪質、手段及法益侵害結果均相似，被告因前案入監執行，已然接受較嚴格之矯正處遇，並因此與毒品隔絕相當期間，猶未認知毒品之違法性及危害性，仍再為本案毒品犯行，足認其仍欠缺對法律規範之尊重，對刑罰之感應力不足等語。本院審酌被告本案與前案所犯均為毒品犯罪，足認被告始終難以脫離毒品糾纏，且其本案犯罪情節無應量處最低法定刑，否則有違罪刑相當原則，暨有因無法適用刑法第59條酌量減輕其刑之規定，致其人身自由遭受過苛侵害之情形，自無司法院釋字第775號解釋之適用，爰依刑法第47條第1項規定加重其刑。

㈤按毒品危害防制條例第17條第1項所謂「供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑」，係指具體提供毒品來源之資訊，使具有調查或偵查犯罪職權之公務員知悉而對之發動調查或偵查，並據以破獲毒品來源之人及其犯行而言（最高法院110年度台上字第2936號判決意旨參照）。經查，本案並未因被告之供述而查獲其毒品來源等情，有臺灣臺中地方檢察署115年5月20日中檢原光114偵33187字第1159068306號、臺中市政府警察局太平分局115年5月27日中市警太分偵字第11500017659號函各1份（見本院卷第

83、85頁）在卷可憑，自無從依毒品危害防制條例第17條第1項規定減輕或免除其刑；至被告所犯毒品危害防制條例第11條第2項之罪名，尚非同條例第17條第2項所規定之罪名，縱其於偵查及本院審理時均坦承犯行，亦無該條項減輕其刑之適用，均附此敘明。

㈥爰以行為人之責任為基礎，考量被告明知我國禁止人民非法持有第二級毒品，且上開毒品具有成癮性，戒除不易，並戕害個人身心健康、危害社會治安，竟為圖供自己施用毒品，持有前開微量第二級毒品甲基安非他命，所為實屬不該；另考量被告犯後坦承犯行，兼衡其本案持有毒品數量、期間，暨其智識程度、家庭經濟狀況（詳見本院卷第148頁所示）等一切情狀，量處如主文所示之刑。

四、沒收部分

按查獲之第一級、第二級毒品及專供製造或施用第一級、第二級毒品之器具，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項前段定有明文。經查：

㈠扣案如附表編號1所示之菸油經送驗後，驗得含有第二級毒品依托咪酯成分，並為被告本案所持有之毒品，業經本院認定如前。又盛裝上開毒品之包裝罐與上開毒品難以完全析離，且無析離之實益及必要，應與毒品視為一體，爰依毒品危害防制條例第18條第1項前段之規定，併予宣告沒收銷燬之。至上開毒品經鑑驗而耗損部分，既已不存在，自無庸再為沒收銷燬之諭知，併予敘明。

㈡至扣案如附表編號2至14所示之物或屬供被告自己施用毒品所用之物、或屬供其販賣毒品予他人所用之物、或無證據證明含有毒品成分（詳如附表「說明」欄所示），均難認與本案單純持有第二級毒品有關，爰均不予宣告沒收。

據上論斷，應依刑事訴訟法第299條第1項前段、第300條，毒品危害防制條例第11條第2項、第18條第1項前段，刑法第11條、第47條第1項，判決如主文。

本案經檢察官李承諺提起公訴，檢察官蔣忠義到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　23　　日

刑事第十二庭　審判長法　官　唐中興

法　官　張博淳

法　官　蔡至峰

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決應於收受送達後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　陳俐蓉

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　23　　日

【附錄】：本案判決論罪科刑法條全文

毒品危害防制條例第11條

持有第一級毒品者，處3年以下有期徒刑、拘役或新臺幣30萬元以下罰金。

持有第二級毒品者，處2年以下有期徒刑、拘役或新臺幣20萬元以下罰金。

持有第一級毒品純質淨重十公克以上者，處1年以上7年以下有期徒刑，得併科新臺幣1百萬元以下罰金。

持有第二級毒品純質淨重二十公克以上者，處6月以上5年以下有期徒刑，得併科新臺幣70萬元以下罰金。

持有第三級毒品純質淨重五公克以上者，處2年以下有期徒刑，得併科新臺幣20萬元以下罰金。

持有第四級毒品純質淨重五公克以上者，處1年以下有期徒刑，得併科新臺幣10萬元以下罰金。

持有專供製造或施用第一級、第二級毒品之器具者，處1年以下有期徒刑、拘役或新臺幣10萬元以下罰金。

【附表】：

編號	扣押物品名稱	鑑驗結果（以本案行為時之毒品分級記載）	說明
1	依托咪酯菸油1罐	1.驗前淨重：3.7973公克。 2.驗餘淨重：3.6647公克。	1.參見欣生公司114年7月21日欣毒性5626D097號成分鑑定報告書1份（114偵33187卷第205頁）。

		3.檢出成分：第二級毒品依托咪酯（另含尼古丁成分）	2.照片詳如114偵33187卷第87頁所示左四之菸油（參見114偵33187卷第207頁）。 3.114年度安保字第199號扣押物品清單（114偵33187卷第199頁）。 4.扣押物品目錄表（114偵33187卷第53頁）所載「菸油5瓶」包含附表編號1、4、5（參見114偵33187卷第87頁）。 5.為被告本案持有之第二級毒品，應予宣告沒收。
2	白色粉末3包	送驗3包，經抽樣1包檢驗： 1.驗前淨重：3.0031公克。 2.驗餘淨重：2.9862公克。 3.檢出成分：第一級毒品海洛因	1.參見欣生公司114年7月21日欣毒性5626D097號成分鑑定報告書1份（114偵33187卷第205頁）。 2.照片詳如114偵33187卷第79、81、85頁。 3.114年度毒保字第556號扣押物品清單（114偵33187卷第183頁）。 4.即扣押物品目錄表（114偵33187卷第53頁）所載之海洛因0.3公克、0.35公克、3.2公克各1包。 5.與本案無關，不予宣告沒收。
3	褐色粉末2包	送驗2包，經抽樣1包檢驗： 1.驗前淨重：0.2864公克。 2.驗餘淨重：0.2688公克。 3.檢出成分：第三級毒品4-甲基甲基卡西酮	1.參見欣生公司114年7月21日欣毒性5626D097號成分鑑定報告書1份（114偵33187卷第205頁）。 2.照片詳如114偵33187卷第83頁。 3.由警方依法裁處沒入（參見114偵33187卷第189頁）。 4.即扣押物品目錄表（114偵33187卷第53頁）誤載之「海洛因1.25公克1包」（實際內含2小包）。 5.與本案無關，不予宣告沒收。
4	香精油3罐	（無）	1.照片詳如114偵33187卷第87頁所示左二、左三、左五之香精油。 2.無證據證明含有毒品成分。 3.扣押物品目錄表（114偵33187卷第53頁）所載「菸油5瓶」包含附表編號1、4、5（參見114偵33187卷第87頁）。 4.與本案無關，不予宣告沒收。
5	菸彈殘渣罐1個		1.照片詳如114偵33187卷第87頁所示左一之菸彈殘渣罐（參見114偵33187卷第197頁下圖）。

			2.無證據證明含有毒品成分。 3.扣押物品目錄表（114偵33187卷第53頁）所載「菸油5瓶」包含附表編號1、4、5（參見114偵33187卷第87頁）。 4.與本案無關，不予宣告沒收。
6	安非他命施用器具1組		1.114年度保管字第6744號扣押物品清單（114偵33187卷191至192頁）。 2.為供被告個人施用或販賣毒品之物，與本案單純持有第二級毒品無關，不予宣告沒收。
7	空菸彈殼2批		
8	分裝袋1批		
9	注射針筒1批		
10	電子磅秤2臺		
11	針油瓶分裝針頭1個		
12	菸油加熱器1組		
13	空菸油瓶1批		
14	藍色手機1支（IMEI：000000000000000）		