臺灣臺中地方法院刑事判決

115年度訴字第139號

公　訴　人　臺灣臺中地方檢察署檢察官

被　　告　游進益

000000000000000000

000000000000000000

（另案於法務部○○○○○○○○○○○○執行中）

選任辯護人　李宗炎律師（法扶律師）

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18439號），本院判決如下：

主　　文

游進益被訴製造第二級毒品部分無罪，被訴持有第二級毒品部分免訴。

理　　由

壹、無罪部分：

一、公訴意旨略以：被告游進益明知依托咪酯屬毒品危害防制條例第4條第2項第2款所列管之第二級毒品，不得非法製造，竟仍基於製造第二級毒品之犯意，於民國114年4月1日16時15分前某時許，在不詳地點，將含有尼古丁成分之菸油及含有第二級毒品依托咪酯成分之菸油以10比1之比例調和後，倒入約30毫升之玻璃瓶內搖晃均勻，並以隔水加熱方式煮到沸騰，待調和好的菸油冷卻後，倒入注射分裝罐內，再注入空菸彈殼內，製造內含第二級毒品依托咪酯成分之菸彈。嗣被告因違反毒品危害防制條例案件，遭臺灣桃園地方檢察署發布通緝，經警於114年4月1日16時15分許，在臺中市○區○○路0段000號3樓中庭，查獲被告及其女友王憫祺，並扣得如附表所示之物。因認被告涉犯毒品危害防制條例第4條第2項製造第二級毒品罪嫌。

二、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項前段定有明文。而所謂認定犯罪事實之證據，係指足以認定被告確有犯罪行為之積極證據而言，如未能發現相當證據，或證據不足以證明，自不能以推測或擬制之方法，以為裁判基礎；又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，即不得為不利被告之認定（最高法院29年上字第3105號、40年台上字第86號、76年台上字第4986號判例意旨參照）。又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，或其所指出證明之方法，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92年台上字第128號判例意旨參照）。

三、公訴意旨認定被告涉犯上開罪嫌，無非係以被告於偵查中之供述、證人王憫祺於偵查中之證述、臺中市政府警察局第二分局偵查報告書、搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、扣案物品初篩檢驗照片、扣案物品照片、扣案被告所有之iPhone 11手機內與毒品上手LINE暱稱「玫」、「洪上宜」、「翻轉人生」之對話紀錄截圖、被告製造第二級毒品依托咪酯菸彈之影片截圖、欣生生物科技股份有限公司成分鑑定報告書（報告書編號：541D034、541D035、541D036、541D037、欣毒性5821D064）為其主要論據。

四、訊據被告固坦承有於上揭時、地，因真實身分不詳、綽號「王八蛋」之毒品上游，告知被告直接施用依托咪酯可能會致死，所以被告依「王八蛋」指示，將向「王八蛋」購得之依托咪酯加入菸油中隔水加熱混合（即警卷第85至86頁影片截圖所示），惟堅詞否認有何製造第二級毒品之犯行，辯稱略以：我發現「王八蛋」賣我的並不是依托咪酯，他賣假貨給我騙我錢，所以我有在訊息上跟他講，他有說要還我錢，我在影片中所使用的原料是「王八蛋」騙我買的東西，裡面

沒有毒品成分，所以我後來就丟掉了，我女友王憫祺身上扣到的菸彈並不是我給她的，一罐一罐的菸油原本是我的，是她在我睡著的時候自己去拿，然後自己裝入菸彈的，我有跟毒品上手購買菸彈及含尼古丁及依托咪酯成分的菸油，但我並沒有將菸油調和並隔水加熱，也沒有將菸油另外分裝注入菸彈殼，我被扣到的東西就是我直接跟毒品上手買到的菸油與菸彈，手機內隔水加熱的影片（下稱本案影片）是我之前跟別人（即「王八蛋」）買毒品，別人教我怎麼使用的，但該次購買的東西裡面並沒有含毒品成分，是我被人家騙等語（本院卷第125、126、155頁）。辯護人之辯護意旨略以：無法證明本案影片內隔水加熱所混合之液體（下稱本案混合液體），即為扣案如附表編號1至3、5所示之菸油、菸桿、煙彈或注射分裝罐之內容物，又本案影片係於114年3月9日拍攝，而被告本案係於114年4月1日為警查獲，前後相距約1個月，本案影片所呈現本案混合液體的顏色與附表編號1至3所示之菸油顏色亦不相同，且無從驗證菸油成分是否相同；被告依「王八蛋」教導之方式，稀釋依托咪酯後，發現毫無作用，才發現自己遭「王八蛋」欺騙，故被告已將該向「王八蛋」購入及本案混合液體全部丟棄，而方就本案亦未扣得用以加工、稀釋、製造依托咪酯之相關器具等語（本院卷第198、199、203至207頁）。經查：

㈠被告於114年4月1日16時15分前某時許，曾向毒品上游「王八蛋」購買其所聲稱之依托咪酯，並經由「王八蛋」教導，將其所聲稱之依托咪酯與菸油混合隔水加熱方式，製造本案混合液體之事實，業據被告於警詢、偵訊、本院準備程序及審理時均供認不諱（警卷第9至21頁、偵卷第77至83頁、本院卷第123至127頁、153至160頁、187至199頁），並有扣案被告所有之iPhone 11手機內與毒品上手LINE暱稱「玫」、「洪上宜」、「翻轉人生」之對話紀錄截圖、本案影片截圖在卷可稽。而被告本案為警查獲時，扣得如附表編號1至3、5所示之菸油、菸桿、煙彈或注射分裝罐，內容物均檢出含

第二級毒品依托咪脂成分之事實，有臺中市政府警察局搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、扣押物品照片及欣生生物科技股份有限公司成分鑑定報告書（警卷第45至55、71至81頁、偵卷第289至294、297頁）在卷可稽，此部分事實均應先堪認定。

㈡無證據證明本案混合液體與扣案如附表編號1至3、5所示之物（內容物液體）具備同一性，尚難認定被告有製造第二級毒品之行為：

1.證人王憫祺於偵訊證稱：我身上的兩顆菸彈（即附表編號5所示之物）是我於114年4月1日清晨，在位於臺中市崇德路的旅館，將桌上現有的菸彈拿走，我沒有跟被告住在一起，沒見過被告分裝、加熱等語（偵卷第81、82頁）。是由證人王憫祺之證述可知，其身上遭扣案如附表編號5所示之菸桿（含菸彈）雖原為被告所有，然證人王憫祺未曾親自見聞過被告有分裝菸彈或加熱毒品之行為，是附表編號5所示之物是否為被告所製造，誠非無疑。

2.又本案影片為被告於114年3月9日，在桃園市中壢區拍攝（本案影片截圖上方顯示位置為中壢區-永光里，警卷第85至87頁），而本案係於114年4月1日於臺中市北區遭查獲，是被告製造本案混合液體之行為地與本案遭查獲地點，不僅兩地地理位置相距甚遠，且時間上相差近1個月，而公訴人亦未提出任何追蹤證據（如行車軌跡、通訊紀錄）可證本案混合液體與扣案如附表編號1至3、5所示之物具備同一性。再者，在將近1個月的時間，任何液體均有極高之可能因故消耗、散逸、傾倒、滅失甚至是施用殆盡，而本案混合液體並未扣案，無從與附表編號1至3、5所示之內容物進行比對鑑定，更遑論僅就肉眼觀察，本案混合液體呈乳白色（警卷第85至87頁，按係指隔水加熱之杯內液體），與扣案如附表編號1至3、5所示之物之內容物係呈偏黃色略有不同（警卷第71至77頁），自不能以本案影片內有被告將不明液體隔水加熱之行為，即對被告為不利之認定。

3.基上，本案影片內所示之本案混合液體究竟為何、是否確含有毒品成分、含有何種毒品成分均屬不明，更不足據以推認被告有何製造毒品之行為。職是之故，本案尚乏積極證據，足以證明本案混合液體為毒品或與附表編號1至3、5所示之扣案物具有同一性，復為被告所否認（被告抗辯本案影片內之本案混合液體並無毒品成分），依罪疑唯輕原則，自不能認定附表編號1至3、5所示之物為被告所製造。

㈢綜上所述，本案依檢察官所提出之證據，充其量僅足認被告持有扣案之毒品，尚難認定被告有製造第二級毒品之行為；而公訴意旨認定被告涉犯製造第二級毒品罪嫌所憑之證據，尚未達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，無從說服本院形成被告有罪之心證，本案犯罪尚屬不能證明，依前揭說明，應為被告無罪之諭知。

貳、免訴部分：

一、程序部分：檢察官以實質上或裁判上一罪案件，提起公訴，如經法院審理結果，認為一部無罪，他部不受理或免訴者，其判決主文，應分別諭知（最高法院55年度第4次民、刑庭總會會議決議、100年度台上字第1090號判決意旨參照）。經查，被告被訴製造第二級毒品罪嫌，業經本院就此部分為無罪諭知，已如前述壹、無罪部分所述，則就被告被訴製造第二級毒品而吸收之持有第二級毒品行為，依前開說明，因與上開無罪部分不生不可分關係，是就被告被訴持有第二級毒品部分，本院自應另行審究並分別諭知，先予敘明。

二、公訴意旨另以：被告製造含第二級毒品依托咪酯成分菸彈，嗣於114年4月1日16時15分許為警查獲，並扣得附表所示之物（含毒品），因認被告涉嫌持有第二級毒品依托咪酯，並為其製造之高度行為所吸收，不另論罪等語。

三、按案件曾經判決確定者，應諭知免訴之判決，刑事訴訟法第302條第1款定有明文。又刑事訴訟法第302條第1款規定，案件曾經判決確定者，應諭知免訴之判決，此項訴訟法上一事不再理之原則，關於實質上一罪或裁判上一罪，均有其適用

（最高法院60年台非字第77號判例意旨參照）。而如其一部事實，業經判決確定，其效力當然及於全部，倘檢察官復對構成一罪之全部或其他部分事實，重行起訴，依上述規定及說明，即應諭知免訴之判決，不得再予論究（最高法院115年度台非字第75號判決意旨參照）。持有及施用第二級毒品均為法所嚴禁，如先持有不同種類之第二級毒品，因侵害社會法益，為單純一罪，若進而施用，其持有之低度行為應為施用之高度行為吸收，而僅論以施用第二級毒品罪，二者間具有高低度之吸收關係，為實質上一罪（最高法院115年度台非字第59號判決意旨參照）。經查：

㈠被告有持有第二級毒品依托咪酯之事實，業據被告於偵查及本院審理時均坦承不諱（偵卷第227至229頁、本院卷第195至196頁），並有臺中市政府警察局第二分局偵查報告書、搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、扣案物品初篩檢驗照片、扣案物品照片、欣生生物科技股份有限公司成分鑑定報告書在卷可稽，復有扣案如附表編號1至3所示之物可佐，此部分事實固堪認定。

㈡被告前因於114年3月31日19時許，在臺中市一中街某處日租套房內，以將甲基安非他命放入吸食器內燒烤吸食其煙霧之方式，非法施用第二級毒品甲基安非他命1次；嗣因被告遭另案通緝，為警於114年4月1日16時15分許，在臺中市○區○○路0段000號3樓中庭緝獲（即本案為警查獲同一時間、地點），並扣得附表編號1至4、6所示之物之犯罪事實，前經臺灣臺中地方檢察署檢察官以114年毒偵字1342號聲請以簡易判決處刑，經本院審理後，以114年度中簡字第2660號判決處有期徒刑5月，及就扣案如附表編號1至3、6所示之物（毒品）均宣告沒收銷燬之，於114年12月22日確定（下稱前案）等情，有本院上開判決書（含聲請簡易判決處刑書）及法院前案紀錄表附卷可稽。又依被告供述，其係基於供己施用之單一目的，持有扣案之毒品，則其同時持有不同種類之第二級毒品之行為，應為其施用第二級毒品之低度行為，

並為施用之高度行為所吸收，屬於實質上一罪之同一案件，而被告前案施用第二級毒品之行為既經前案判決並判處罪刑確定，依前揭規定與說明，就被告被訴持有第二級毒品部分應諭知免訴之判決。

據上論斷，應依刑事訴訟法第301條第1項前段、第302條第1款，判決如主文。

本案經檢察官高靖智提起公訴，檢察官黃品禎到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　22　　日

刑事第十七庭　審判長法　官　何紹輔

法　官　黃麗竹

法　官　陳惠民

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；其未敘述上訴之理由者，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　劉筱薇

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　22　　日

【附表】

編號	扣案物品名稱	數量	所有人	備註
1	依托咪脂注射分裝罐	1瓶	游進益	一、114年度安保字第2365號，編號1。 二、欣生生物科技股份有限公司（114年5月8日、報告編號：5410D034）成分鑑定報告。 ㈠檢體說明：液劑1瓶47.98g（含瓶毛重），淨重34.9423g（精秤重），驗餘重量34,3645g。 ㈡檢驗方法：取液劑0.5778g加2mL甲醇成檢體溶液均勻混合後，以氣相層析質譜儀（GC-MS） Full Scan Mode進行分析。 ㈢檢驗結果：檢出含依托咪脂及微量四氫大麻酚。 三、欣生生物科技股份有限公司（114年5月15日、報告編號：5410D034T）純度鑑定報告。 ㈠檢體說明：液劑1瓶 47.98 g（含瓶毛重），淨重34.9423g（精秤重），先擷取0.5778g，檢出主要成份為依托咪酯【Etomidate】及微量四氫大麻酚【Tetrahydrocannabinols】（報告編號5410D034），今執行純質淨重，驗餘淨重34.3645g。

				㈡檢驗方法：1.用純水及甲醇做適當比例的稀釋，並加入內標準品，再以液相層析質譜儀（LC-MS/MS）進行定量分析。2.依據定量出來的結果，乘以稀釋的倍數，即可計算所含藥物的純度與純質淨重。 ㈢檢驗結果：依托咪脂純度3.0%，所含純質淨重1.048公克。
2	依托咪脂菸油（粉）	1瓶	游進益	一、114年度安保字第2365號，編號2。 二、欣生生物科技股份有限公司（114年5月8日、報告編號：5410D035）成分鑑定報告。 ㈠檢體說明：液劑1瓶18.39g（含瓶毛重），淨重1.3803g（精秤重），驗餘重量0.8914g。 ㈡檢驗方法：取液劑0.4889g加2mL甲醇成檢體溶液均勻混合後，以氣相層析質譜儀（GC-MS） Full Scan Mode進行分析。 ㈢檢驗結果：檢出含依托咪脂及微量四氫大麻酚。 三、欣生生物科技股份有限公司（114年5月15日、報告編號：5410D035T）純度鑑定報告 ㈠檢體說明：液劑1瓶18.39g（含瓶毛重），淨重1.3803g（精軒重），先擷取0.4889g，檢出主要成份為依托咪酯【Etomidate】及微量四氫大麻酚【Tetrahydrocannabinols】（報告編號5410D035），今執行純質淨重，驗餘淨重0.8914g。 ㈡檢驗方法：1.用純水及甲醇做適當比例的稀釋，並加入內標準品，再以液相層析質譜儀（LC-MS/MS）進行定量分析。2.依據定量出來的結果，乘以稀釋的倍數，即可計算所含藥物的純度與純質淨重。 ㈢檢驗結果：依托咪脂純度2.4%，所含純質淨重0.033公克。
3	依托咪脂菸油（金）	1瓶	游進益	一、114年度安保字第2365號，編號3。 二、欣生生物科技股份有限公司（114年5月8日、報告編號：5410D036）成分鑑定報告。 ㈠檢體說明：液劑1瓶17.55g（含瓶毛重），淨重7.0421g（精评重），驗餘重量6.5428g。 ㈡檢驗方法：取液劑0.4993g加2mL甲醇成檢體溶液均勻混合後，以氣相層析質譜儀（GC-MS） Full Scan Mode進行分析。 ㈢檢驗結果：檢出含依托咪脂。 三、欣生生物科技股份有限公司（114年5月15日、報告編號：5410D036T）純度鑑定報告。 ㈠檢體說明：液劑1瓶17.55g（含瓶毛重），淨重7.0421g（精軒重），先擷取0.4993g，檢出主要成份為依托咪酯【Etomidate】及微量四氫大麻酚【Tetrahydrocannabinols】（報告編號5410D036），今執行純質淨重，驗餘淨重6.5428g。

				㈡檢驗方法：1.用純水及甲醇做適當比例的稀釋，並加入內標準品，再以液相層析質譜儀（LC-MS/MS）進行定量分析。2.依據定量出來的結果，乘以稀釋的倍數，即可計算所含藥物的純度與純質淨重。 ㈢檢驗結果：依托咪脂純度3.7%，所含純質淨重0.261公克。
4	iPhone 11	1支	游進益	114年度保管字第9106號，編號1。
5	依托咪脂菸桿（含菸彈）	2支	王憫祺	一、114年度安保字第2365號，編號5。 二、欣生生物科技股份有限公司（114年9月10日、報告編號：欣毒性5821D064）成分鑑定報告書。
6	甲基安非他命	1包	游進益	一、114年度安保字第2365號，編號4。 二、欣生生物科技股份有限公司（114年5月8日、報告編號：5410D037）成分鑑定報告。
7	iPhone16 PRO	1支	王憫祺	114年度保管字第9106號，編號2。