臺灣臺中地方法院刑事判決

114年度訴字第570號

公　訴　人　臺灣臺中地方檢察署檢察官
被　　告　徐鵬凱
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000
選任辯護人　楊偉奇律師
　　黃邦哲律師
　　劉喜律師

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（113年度偵字第35812號、114年度偵字第15619號），本院判決如下：

主　文

徐鵬凱犯製造第二級毒品罪，處有期徒刑伍年肆月；又犯製造第三級毒品罪，處有期徒刑參年捌月；又犯轉讓偽藥罪，處有期徒刑柒月。應執行有期徒刑陸年。

扣案之含第二級毒品二甲基色胺成分之相思湯壹瓶，沒收銷燬；蘋果廠牌行動電話壹支、塊狀相思樹皮貳包、粉狀相思樹皮貳包、駱駝蓬子肆包、含第三級毒品駱駝蓬鹼成分之駱駝蓬子湯壹瓶，均沒收。

犯罪事實

一、徐鵬凱依其社會生活之通常經驗，應知悉由特定物品可製造提取特定物質，服用該特定物質，可造成意識改變、在精神或情緒上產生特殊效果或獲得特殊體驗或感受，則該物質極可能為刺激、抑制或迷幻中樞神經系統之興奮劑、鎮靜劑或致幻劑，而為毒品危害防制條例所規範之第二級毒品二甲基色胺、第三級毒品駱駝蓬鹼。徐鵬凱雖可預見上情，仍基於縱所製造之特定物質為毒品危害防制條例所規定之第二級毒品二甲基色胺、第三級毒品駱駝蓬鹼，亦不違反其本意之個別製造第二級毒品二甲基色胺、製造第三級毒品駱駝蓬鹼之

不確定故意，於民國113年6月前某日，在蝦皮拍賣網站上購入相思樹皮、駱駝蓬子後，於113年6月初某日起，在臺中市○里區○○街000號其居所內，先後㈠將相思樹皮加水及水果丁裝入電鍋煮沸，以此方式製造俗稱「相思湯」即含第二級毒品二甲基色胺成分之物；㈡另將駱駝蓬子加水及水果丁亦裝入電鍋煮沸，以此方式製造俗稱「駱駝蓬子湯」即含第三級毒品駱駝蓬鹼成分之物，並待上開液體物品冷卻後，再予各別分裝至保特瓶內，欲供己或他人施用。

二、徐鵬凱於113年6月中某日，基於縱所轉讓之特殊物質為偽藥即含第二級毒品二甲基色胺、第三級毒品駱駝蓬鹼成分，亦不違反其本意之轉讓偽藥之不確定故意，將其於犯罪事實欄一所製成俗稱「相思湯」即含第二級毒品二甲基色胺成分之物、俗稱「駱駝蓬子湯」即含第三級毒品駱駝蓬鹼成分之物之其中各1瓶，帶往段世龍位於臺北市○○區○○路0段000巷0號4樓之1居所內，並將該等偽藥即含第二級毒品二甲基色胺、第三級毒品駱駝蓬鹼成分之物，無償轉讓予段世龍收受。

嗣經警方於113年7月23日上午11時40分，持本院核發搜索票至臺中市○里區○○街000號即徐鵬凱居處執行搜索，並扣得俗稱「相思湯」即含第二級毒品二甲基色胺成分之物、俗稱「駱駝蓬子湯」即含第三級毒品駱駝蓬鹼成分之物各1瓶、可供製造為第二、三毒品原料即塊狀相思樹皮2包、粉狀相思樹皮2包、駱駝蓬子4包、聯絡購買上開原料之蘋果廠牌行動電話1支，而查悉上情。

三、案經臺中市政府警察局刑事警察大隊、第六分局各報請臺灣臺中地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

一、證據能力部分：

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、被告徐鵬凱及其選任辯護人均同意作為證據（參見本院卷第23

0、295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、被告及其選任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：

訊據被告固坦承於前揭時、地，以前述方式購買相思樹皮及駱駝蓬子，並加水及水果丁煮沸成為俗稱「相思湯」及「駱駝蓬子湯」之物，再將前述物品部分帶往證人段世龍住處等情之事實，惟矢口否認有何製造二、三級毒品或轉讓偽藥即第二、三級毒品二甲基色胺、駱駝蓬鹼之犯行，並辯稱：其煮俗稱「相思湯」及「駱駝蓬子湯」是為了得到身心靈放鬆的效果，我不認為那是毒品，主觀上沒有製造第二、三級毒品之犯意，我的配偶即證人段世龍自己拿上開物品飲用，我沒有邀請他喝，也沒有轉讓的意思（參見本院卷第227、228、303頁）云云；另被告之選任辯護人則為被告辯稱：相思樹皮與駱駝蓬子屬於硬的東西，用水煮像在泡茶葉或咖啡，被告無固定比例去提煉或萃取成分，且食品食用過量也有副作用，不會因此變為毒品，被告主觀上沒有製造第二、三級毒品之犯意，另被告客觀上轉讓之物並非毒品，主觀上亦無轉讓毒品之犯意云云，然查：

㈠被告於前揭時、地，以前述方式購買相思樹皮、駱駝蓬子，並加水及水果丁煮沸各成為俗稱「相思湯」、「駱駝蓬子湯」，並將前述物品帶往證人段世龍之住處之事實，業據被告於警詢、偵訊及本院審理時坦承不諱（見偵35812卷第30至37頁、第126頁，本院卷第227、228、302、303頁），核

與證人段世龍於警詢之證述內容大致相符（見偵35812卷39至46頁），並有查獲現場及扣案物品照片、被告持用之手機畫面翻拍照片、蝦皮拍賣網站訂單明細及開戶人資料、新加坡商蝦皮娛樂電商有限公司臺灣分公司（下稱蝦皮臺灣分公司）113年2月17日蝦皮電商字第0240217032P號函檢送買家帳號「ijjk890」之訂單明細資料、蝦皮臺灣分公司113年6月11日蝦皮電商字第0240611029P號函檢送買家帳號「ijjk890」之訂單明細資料各1份（參見偵35812卷第61至65頁、第67至83頁、第85至87、107至109頁、第89至91頁、第93至95頁）附卷可參，是此部分事實，應堪認定。

㈡被告雖以前詞置辯，惟查：

1.就犯罪事實一部分，被告所為屬製造第二級毒品二甲基色胺、第三級毒品駱駝蓬鹼，且被告主觀具有製造第二級毒品二甲基色胺、製造第三級毒品駱駝蓬鹼之不確定故意：

⑴按刑事法之製造行為，乃指運用各種原、物料或方法予以加工，製成其特定目的之產品，所採取之一切措施。且該製造行為常係一連串之繼續舉動或歷程，若產品初經完成，復施以純化，或液化、結晶等求其精進之加工，仍屬製造之一環。至其既、未遂之區別，應以已否違反法規範所禁制之目的為斷，凡製成客體，已具法規範所不允許之功能、效用者，即屬既遂（最高法院109年度台上字第2802號判決意旨參照）。經查，被告於偵訊及本院準備程序時均稱，不能直接吃相思樹皮及駱駝蓬子（見偵35812卷第126頁、本院卷第228頁）。且扣案之俗稱「相思湯」、「駱駝蓬子湯」經鑑定後，各含有第二級毒品二甲基色胺、第三級毒品駱駝蓬鹼成分等情，此有內政部警政署刑事警察局114年1月14日刑理字第1146006154號鑑定書1份（見偵35812卷第139至144頁）在卷可稽，足認被告係將無法食用之相思樹皮、駱駝蓬子，利用加工提煉方式，製造成可飲用俗稱「相思湯」即含第二級毒品二甲基色胺成分之物、俗稱「駱駝

蓬子湯」即含第三級毒品駱駝蓬鹼成分之物，已具法規範所不允許之功能、效用。

⑵按刑法上之故意，可分為確定故意（直接故意）與不確定故意（間接故意），所謂「不確定故意」，係指行為人對於構成犯罪之事實，預見其發生而其發生並不違背其本意者，刑法第13條第2項定有明文。是故意之成立，不以對於構成犯罪之事實，明知並有意使其發生為必要，僅需對於構成犯罪之事實、結果，預見其發生，而其發生並不違背其本意即為已足。亦即倘行為人認識或預見其行為會導致某構成要件實現（結果發生），縱其並非積極欲求該構成要件實現（結果發生），惟為達到某種目的而仍容任該結果發生，亦屬法律意義上之容任或接受結果發生之「間接故意」，此即前揭法條所稱之「以故意論」。經查：

①依卷附蝦皮買家帳號「ijjk890」訂單明細資料可知，被告自110年1月4日起至113年4月26日止，多次購買相思樹皮及駱駝蓬子（見偵35812卷第89至95頁），足認被告非一時興起或好奇而購買思樹皮及駱駝蓬子，並製造俗稱「相思湯」、「駱駝蓬子湯」飲用，顯就俗稱「相思湯」、「駱駝蓬子湯」成份具有相當了解，始會長期購買再將該等物質，利用加水及水果丁裝入電鍋煮沸製造供己飲用。

②被告於警詢時稱：我購買相思樹皮及駱駝蓬子，並分別製作「相思湯」及「駱駝蓬子湯」，「相思湯」及「駱駝蓬子湯」是分開一起喝下去，其用途為靈修儀式，並在我與證人段世龍開設的靈修課程中，提供「相思湯」及「駱駝蓬子湯」予證人段世龍及其他參與課程之人使用（見偵35812卷第33、34頁）；並於偵訊及本院準備程序時均稱，其購買相思樹皮及駱駝蓬子，並製作「相思湯」及「駱駝蓬子湯」之用途為靈修儀式、心靈體驗、得到身心放鬆、靜心等效果或

體驗，且不能直接吃相思樹皮及駱駝蓬子等語（見偵35812卷第126頁、本院卷第228頁）。足認被告知悉相思樹皮及駱駝蓬子無法直接食用，需製成「相思湯」及「駱駝蓬子湯」，並同時飲用，其中所含特定成分，具有其期待之特定效果或特殊體驗。

③食品、保健食品種類繁多，除為多數人熟知品項外，一般人在食用不知名或不熟悉之食品前，均會在網路或透過各種管道查找相關資訊，甚或多方詢問食用方法、用量、功效、有無危險性及注意事項等細節事項，且相思樹皮可提煉第二級毒品二甲基色胺，是一種強效迷幻藥物，業經媒體多方報導；另駱駝蓬子中含有駱駝蓬鹼，該成分可使人體順利吸收口服之二甲基色胺，兩者合併使用即為俗稱「相思湯」或「台灣死藤水」，亦可輕易自網際網路搜尋取得之資訊。又被告於本院審理時供稱：我的學歷是大學畢業，從事靈修及瑜珈教學工作（見本院第卷第302頁）等語，且被告係以蝦皮拍賣網站購買相思樹皮及駱駝蓬子，堪認被告為具有一定智識程度而非離群索居之人，亦無任何接觸相關媒體資訊之困難；況相思樹皮、駱駝蓬子等物既均非常見或廣為人知之食品或保健食物，且被告於本院審理時亦供稱：我是聽別人介紹可以幫助靜心，我問過草藥店，且上網查過，我查的身心靈資料與辯護刑事辯護㈣狀所附資料相似（見本院卷第302、303頁）等語，然上開資料載明「駱駝蓬鹼則是自駱駝蓬子中所提煉出來的生物鹼，駱駝蓬鹼中的 Harmine 與 Harmaline 具有 MAOi(Monoamine oxidase inhibitor/單胺氧化酶抑制劑）的作用，作用機制是抑制單胺氧化酶分解人體內的單胺生物鹼，例如『二甲基色胺/DMT』」就是一種單胺生物鹼。台灣相思湯中所含 DMT成分在口服後要被人體順利吸收，就要透過先服用 MAOi才可以達成，因為沒有先服用 MA

Oi的話，人體內的『單胺氧化酶（MAO-A)』就會快速分解 DMT。」（見本院卷第315頁），是被告既於製造俗稱「相思湯」、「駱駝蓬子湯」之前，已查閱相關資料，實難對「相思湯」即含第二級毒品二甲基色胺成分、「駱駝蓬子湯」即含第三級毒品駱駝蓬鹼成分之上情諉為不知。

④綜上，被告業以查閱詢問相思樹皮、駱駝蓬子之相關資訊，並知悉相思樹皮、駱駝蓬子無法直接供人類食用，需各製成俗稱「相思湯」、「駱駝蓬子湯」，復重複且長期以此方式，製造上開俗稱「相思湯」及「駱駝蓬子湯」，預供自己、證人段世龍及其他參與靈修課程者飲用，堪認其可預見將相思樹皮、駱駝蓬子經煮沸後，各可獲得含特定成分即俗稱「相思湯」即含第二級毒品二甲基色胺成分之物、俗稱「駱駝蓬子湯」即含第三級毒品駱駝蓬鹼成分之物。另同時飲用上開飲品可達成網路所稱「啟靈」，或被告所稱「靜心」之特定效果，而被告依自身學經歷，就某物質所具功效兼可成達成特定目的，例如意識改變、在精神或情緒產生特殊效果、獲得特殊體驗或感受等情狀，應可預見該物質極可能為刺激、抑制或迷幻中樞神經系統之興奮劑、鎮靜劑或致幻劑，而為毒品危害防制條例所規範之第二、三毒品二甲基色胺、駱駝蓬鹼，猶購買相思樹皮、駱駝蓬子，再個別烹煮成俗稱「相思湯」即含第二級毒品二甲基色胺成分之物、俗稱「駱駝蓬子湯」即含第三級毒品駱駝蓬鹼成分之物飲用，其主觀上當具製造第二、三級毒品之不確定故意甚明。

2.就犯罪事實二部分，被告所為構成轉讓偽藥即第二級毒品二甲基色胺、第三級毒品駱駝蓬鹼，且其主觀具轉讓偽藥即第二級毒品二甲基色胺、第三級毒品駱駝蓬鹼之不確定故意：

⑴被告製造俗稱「相思湯」即含第二級毒品二甲基色胺成分之物、俗稱「駱駝蓬子湯」即含第三級毒品駱駝蓬鹼成分之物，且被告基於縱其所製作之「相思湯」及「駱駝蓬子湯」含有第二級毒品二甲基色胺、第三級毒品駱駝蓬鹼成分亦不違反其本意之不確定故意，製造上開飲用液體等情，均已如前述。

⑵證人段世龍於警詢時證稱：被告購買相思樹皮及駱駝蓬子後，分開煮沸後，再加在一起飲用。我知道相思樹皮粉內含第二級毒品二甲基色胺成分，但不知道駱駝蓬子含有第三級毒品駱駝蓬鹼成分，我曾施用LSD、MDMA、大麻、二甲基色胺等毒品，最後一次施用是以飲用被告煮的「相思湯」之方式施用第二級毒品二甲基色胺，我與被告服用「相思湯」是進行靈修的相思湯，並坦承施用第二級毒品二甲基色胺、第三級毒品駱駝蓬鹼（見偵35812卷第43至45頁）等語，與被告前述警詢供述相符，足認被告確長期製造俗稱「相思湯」即含第二級毒品二甲基色胺成分之物、俗稱「駱駝蓬子湯」即含第三級毒品駱駝蓬鹼成分之物，以預備供證人段世龍使用。被告可預見所製造俗稱「相思湯」即含第二級毒品二甲基色胺成分之物、俗稱「駱駝蓬子湯」即含第三級毒品駱駝蓬鹼成分之物，而證人段世龍知悉被告製作俗稱「相思湯」含有第二級毒品二甲基色胺之成分，證人段世龍與被告及其他參與靈修課程者為進行靈修儀式，而自被告處無償取得俗稱「相思湯」、「駱駝蓬子湯」並混合或分開同時飲用，顯見被告主觀上有轉讓偽藥即第二、三級毒品二甲基色胺、駱駝蓬鹼之不確定故意。

⑶被告雖辯稱，其將「相思湯」及「駱駝蓬子湯」放在證人段世龍住處之冰箱內，是證人段世龍自行拿取飲用，然被告係長期製作上開物品等情，已如前述，且證人段世龍亦證述係被告於靈修儀式無償提供其所製作之「相思湯」及「駱駝蓬子湯」予參與者飲用，故被告所辯不

足採信。

㈢被告之選任辯護人則為被告辯稱：相思樹皮與駱駝蓬子屬於硬的東西，用水煮像在泡茶葉或咖啡，被告無固定比例去提煉或萃取成分，且食品食用過量也有副作用，不會因此變為毒品云云，然查：

1.「萃取」係指以溶劑自天然原料（如植物、中草藥、茶、咖啡）中，溶解並提取出成分的技術。不同成可用不同溶劑「萃取」，水係常見之溶劑，單純浸泡即能有效溶解出例如多醣、糖類、胺基酸、有機酸、部分維生素和礦物質等成分，再配合加熱之方式，經熱水煮沸或蒸餾，可提升提取有效成分之效率及能力，辯護人所稱用水煮像在泡茶葉或咖啡，本即自茶葉或咖啡粉中提取咖啡因等有效果份之方法，尚不得僅以被告「萃取」第二級毒品二甲基色胺及第三級毒品駱駝蓬鹼之方法簡單且常見，即認被告主觀上並無製造第二級毒品二甲基色胺及第三級毒品駱駝蓬鹼之不確定故意。

2.自天然原料中「萃取」有效成分，為提升「萃取」效率，會以實驗之方式嘗試找出最佳比例，然而，並非未依特定比例進行「萃取」即無法自天然原料中「萃取」出有效成分，且以水烹煮本即能自相思樹皮及駱駝蓬子中「萃取」其中第二級毒品二甲基色胺及第三級毒品駱駝蓬鹼成分，此有法務部調查局114年11月13日調科壹字第11400516320號函在卷可稽（見本院卷第193頁）。故被告就其製造含第二級毒品二甲基色胺及第三級毒品駱駝蓬鹼之「相思湯」及「駱駝蓬子湯」雖無固定比例，然已可自相思樹皮、駱駝蓬子中「個別萃取」出第二級毒品二甲基色胺、第三級毒品駱駝蓬鹼。又為使人體有效以口服方式吸收俗稱「相思湯」即含第二級毒品二甲基色胺成分之物，需配合飲用俗稱「駱駝蓬子湯」即含第三級毒品駱駝蓬鹼成分之物，藉由第三級毒品駱駝蓬鹼成分產生作用始以達成，已如前述；復證人段世龍於警詢時證稱，「相思湯」

及「駱駝蓬子湯」係分開製成，再混合飲用之方式服用；被告亦於警詢時供稱：我認知「相思樹皮液」（即前述之「相思湯」）加「駱駝蓬子液」（即前述「駱駝蓬子湯」）為「相思湯」，我都是分開一起喝下去等語（見偵35812卷第34至36頁），足認被告及證人段世龍確為有效吸收「相思湯」中之特定成分，即第二級毒品二甲基色胺成分，而配合飲用含第三級毒品駱駝蓬鹼成分之「駱駝蓬子湯」，則縱使被告未依固定比例「萃取」第二級毒品二甲基色胺及第三級毒品駱駝蓬鹼，亦未以固定比例飲用「相思湯」及「駱駝蓬子湯」，然此均僅為「萃取」效率及吸收效率之問題，尚難僅以此認定被告並無製造第二級毒品二甲基色胺及第三級毒品駱駝蓬鹼之不確定故意。

3.食品食用過量所生之危害，與施用具有成癮性、濫用性、對社會危害性之麻醉藥品與其製品及影響精神物質與其製品所生之危害不同，其可造成疾病，損害身心健康之最大耐受劑量或閾值顯然不同，對社會之影響性亦不相同；且被告係將原本即含有第二級毒品二甲基色胺及第三級毒品駱駝蓬鹼成分，但無法直接食用之相思樹皮及駱駝蓬子以水烹煮之方式，而取得含有第二級毒品二甲基色胺及第三級毒品駱駝蓬鹼成分，且可直接飲用之「相思湯」及「駱駝蓬子湯」，而非食用或加工本即可食用之物，兩者之性質及過程並不相同；又茶葉與咖啡中咖啡因之運作機轉，係阻斷讓人感到疲倦的腺苷受體，使神經傳訊維持在較活躍的狀態，讓人暫時感覺不到疲勞，與毒品係直接刺激、抑制迷幻中樞神經系統並不相同，兩者顯然無相似之處，自不可相提並論，則辯護人所辯並不可採。

㈣綜上所述，被告前揭所辯，均顯係事後卸責之詞；另被告之選任辯護人為被告所為上開辯詞，亦核與前揭事證不符，均無足採信。本案事證明確，被告就犯罪事實欄一、二所示各犯行，均應堪認定。

三、論罪科刑部分：

㈠按二甲基色胺及駱駝蓬鹼各屬毒品危害防制條例第2條第2項第2、3款所管制之第二、三級毒品，依法不得非法製造及轉讓；二甲基色胺、駱駝蓬鹼，亦屬管制藥品管理條例規定之第二、三級管制藥品，但尚未列屬藥事法第22條第1項第1款所稱經衛生福利部明令公告禁止製造、調劑、輸入、輸出、販賣或陳列之毒害藥品之禁藥。又藥品之製造或輸入或調劑，應依相關法令規定辦理，而本案被告未經核准，擅自製造二甲基色胺、駱駝蓬鹼，應屬藥事法所稱偽藥。再按一犯罪行為同時有二種以上之法律規定可資處罰者，為法條競合，應先依「重法優於輕法」、「後法優於前法」等法理，以決定適用之法律。經查：

1.被告製造第二級毒品二甲基色胺及第三級毒品駱駝蓬鹼，亦為管制藥品條例所規範之第二級管制藥品及第三級管制藥品，非法不得製造，同時該當藥事法第82條第1項之製造偽藥罪及毒品危害防制條例第4條第2、3項之製造第二、三級毒品罪之構成要件，應依重法優於輕法之原則，擇較重之製造第二、三級毒品罪論處。

2.行為人轉讓第二級毒品及第三級毒品（未達法定應加重其刑之一定數量）予成年男子，同時該當藥事法第83條第1項轉讓偽藥罪及毒品危害防制條例第8條第2、3項之轉讓第二、三級毒品罪之構成要件，應依重法優於輕法之原則，擇較重之轉讓偽藥罪論處。故被告於犯罪事實欄二轉讓偽藥即第二級毒品二甲基色胺及第三級毒品駱駝蓬鹼予證人段世龍，尚無積極證據足資證明其轉讓二甲基色胺數量已達淨重10公克以上，駱駝蓬鹼數量已達淨重20公克以上，依上揭說明，就被告此部分所為，應論以藥事法第83條第1項轉讓偽藥罪。

㈡核被告就犯罪事實欄一㈠所為，係犯毒品危害防制條例第4條第2項之製造第二級毒品罪；就犯罪事實欄一㈡所為，係犯毒品危害防制條例第4條第3項製造第三級毒品罪；另就犯罪事實欄二所為，係犯藥事法第83條第1項之轉讓偽藥罪。

公訴意旨認被告犯毒品危害防制條例第8條第2、3項轉讓第二、三級毒品罪，雖尚有未洽，然起訴之基本社會事實相同，本院自得依刑事訴訟法第300條之規定變更起訴法條為藥事法第83條第1項之轉讓偽藥罪，附此敘明。

㈢被告以一行為轉讓偽藥即俗稱「相思湯」即含第二級毒品二甲基色胺成分之物、俗稱「駱駝蓬子湯」即含第三級毒品駱駝蓬鹼成分之物予證人段世龍收受，為同種想像競合犯，應依刑法第55條規定，從一情節較重之轉讓偽藥罪一罪處斷。

㈣被告所犯上開各罪，在時間差距上可以分開，且犯意各別，行為互異，在刑法評價上各具獨立性，應分論併罰。

㈤刑之減輕部分：

1.按刑法第59條規定犯罪之情狀顯可憫恕者，得酌量減輕其刑，其所謂「犯罪之情狀」，與同法第57條規定科刑時應審酌之一切情狀，並非有截然不同之領域，於裁判上酌減其刑時，應就犯罪一切情狀（包括第57條所列舉之10款事項），予以全盤考量，審酌其犯罪有無可憫恕之事由（即有無特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，以及宣告法定低度刑，是否猶嫌過重等等），以為判斷。經查：

⑴被告就犯罪事實欄一㈠㈡所示製造第二、三級毒品犯行，依毒品危害防制條例第4條第2、3項規定，其法定刑為「5年以上有期徒刑，得併科新臺幣500萬元以下罰金」、「處3年以上10年以下有期徒刑，得併科新臺幣300萬元以下罰金」，然同為製造毒品者，其原因動機不一，犯罪情節未必相同，或有為販賣而大量製毒者，亦有中、小型製毒工廠之分，甚或僅止於為施用而自行製造者，其製造行為所造成危害社會之程度自屬有異。於此情形，倘依其情狀處以較輕之徒刑，即足以懲儆，並可達防衛社會之目的者，自非不可依客觀之犯行與主觀之惡性二者加以考量其情狀，是否有可憫恕之處，適用刑法第59條之規定酌量減輕其刑，期使個案裁判之量

刑，能斟酌至當，符合比例原則。本院審酌被告各於犯罪事實欄一㈠㈡所示犯行，製造毒品數量非巨，其惡性與犯罪情節核與長期以製造毒營生之集團或大盤毒梟有重大差異，尚屬小量之零星製造，其對社會治安及國民健康危害顯然較輕，從其犯罪情節觀之，倘對被告如犯罪事實欄一㈠㈡所示各別製造第二、三級毒品犯行，各處以法定最輕本刑即有期徒刑10年1月、7年1月，尚屬情輕法重，且難謂符合罪刑相當性及比例原則，更無從與以製造毒營生者惡行有所區別。是被告製造第二、三級毒品部分之犯罪情狀相較於法定重刑，在客觀上足以引起一般人同情，情節尚堪憫恕，爰依刑法第59條規定酌量減輕其刑。

⑵查被告可預見其所製造俗稱「相思湯」即含第二級毒品二甲基色胺成分之物、俗稱「駱駝蓬子湯」即含第三級毒品駱駝蓬鹼成分之物，亦均屬偽藥，猶無償轉讓予他人，實屬不該。復參酌被告就犯罪事實欄二所示轉讓偽藥犯行，依藥事法第83條第1項規定，其法定刑為「7年以下有期徒刑，得併科新臺幣5千萬元以下罰金」，最輕法定本刑為有期徒刑2月，實難認有何情輕法重之處，客觀上亦未足引起一般同情，無適用刑法第59條規定酌減其刑之餘地。被告之辯護人就被告所為如犯罪事實欄二所示犯行，亦請求依刑法第59條減輕其刑等語（見本院卷第308頁），尚難憑採。

2.憲法法庭112年憲判字第13號判決宣告毒品危害防制條例第4條第1項規定在適用「無其他犯罪行為，且依其販賣行為態樣、數量、對價等，可認屬情節極為輕微，顯可憫恕之個案，縱適用刑法第59條規定酌減其刑，仍嫌情輕法重」個案之範圍內，不符憲法罪刑相當原則而違憲，為避免前揭情輕法重個案之人民人身自由因修法時程而受違憲侵害，於修法完成前的過渡期間創設個案救濟之減刑事由，使刑事法院得依憲法法庭判決意旨，就符合所列舉情

輕法重之個案，得據以減刑（最高法院113年度台上字第3814號判決意旨參照）。然前開憲法法庭判決之效力，僅限主文及其主要理由，無從比附援引於其他販賣毒品罪。被告係分別觸犯毒品危害防制條例第4條第2、3項之製造第二、三級毒品罪及藥事法83條第1項之轉讓偽罪，與上揭憲法法庭判決意旨係針對販賣第一級毒品罪，尚有不同，自不能比附援引，附此敘明。

㈦爰以行為人之責任為基礎，審酌被告長期購買相思樹皮、駱駝蓬子，並各製造俗稱「相思湯」即含第二級毒品二甲基色胺成分之物、俗稱「駱駝蓬子湯」即含第三級毒品駱駝蓬鹼成分之物，除供已飲用外，並於其開設靈修課程供他人使用，助長濫用毒品惡習，危害他人健康及社會治安，所為實屬不該。另考量被告否認犯行之犯後態度，兼衡其製造第二、三級毒品、轉讓偽藥之數量、犯罪動機、手段、智識程度、生活狀況（詳如本院卷第305頁所示）等一切情狀，分別量處如主文所示之刑。另衡酌被告所犯各罪侵害法益之異同、對侵害法益之加重效應、時間、空間之密接程度，而為整體評價後，定其應執行之刑。

四、沒收部分：

㈠按違禁物，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之，刑法第38條第1項定有明文。次按，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。再按，毒品危害防制條例第18條第1項中段應沒入銷燬之毒品，專指查獲持有之第三、四級毒品而言；倘係查獲製造、運輸、販賣、意圖販賣而持有、以非法方法使人施用、引誘他人施用或轉讓第三、四級毒品，既屬同條例相關法條明文規定處罰之犯罪行為，即非該條項應依行政程序沒入銷燬之範圍；又同條例對於查獲之製造、運輸、販賣、意圖販賣而持有、以非法方法使人施用、引誘他人施用及轉讓第三、四級毒品之沒收，並無特別規定，如其行為已

構成犯罪，則該毒品即屬不受法律保護之違禁物，仍應回歸刑法之適用。

㈡經查：

1.扣案蘋果廠牌行動電話1支、塊狀相思樹皮2包、粉狀相思樹皮2包及駱駝蓬子4包，均為被告所有，且係用於上網在蝦皮拍賣網站購買相思樹皮及駱駝蓬子，與本案製造第二級、第三級毒品犯行有關，業據被告於本院審判中陳述明確（見本院卷第228頁），爰依毒品危害防制條例第19條第1項規定併予宣告沒收。

2.扣案俗稱「相思湯」1瓶，經鑑定含有第二級毒品二甲基色胺成分、扣案俗稱「駱駝蓬子湯」1瓶，經鑑定含有第三級毒品駱駝蓬鹼成分等情，此有內政部警政署刑事警察局114年1月14日刑理字第1146006154號鑑定書（見偵35812卷第139至144頁）在卷可稽，上開物品各為被告製造第二、三級毒品罪之成品，①就含第二級毒品二甲基色胺成分之俗稱「相思湯」1瓶部分，應依毒品危害防制條例第18條第1項前段規定併予宣告沒收銷燬；又扣案之上開第二級毒品外包裝難以與毒品完全析離，應併予沒收銷燬。②另就含第三級毒品駱駝蓬鹼成分之俗稱「駱駝蓬子湯」1瓶部分，因係違禁物，應依刑法第38條第1項規定併予宣告沒收；又扣案之上開第三級毒品外包裝難以與毒品完全析離，應併予宣告沒收。③至鑑驗所耗損部分既已滅失，均無庸再予宣告沒收銷燬或沒收，附此敘明。

3.扣案之電子磅秤1個，為被告所有，然與本案無關，業經被告於本院準備程序時陳述在卷（見本院卷第228頁），故不予宣告沒收。

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4條第2項、第3項、第18條第1項前段、第19條第1項，藥事法第83條第1項，刑法第11條、第55條、第59條、第51條第5款、第38條第1項，判決如主文。

本案經檢察官洪佳業提起公訴，檢察官趙維琦到庭執行職務。

中　華　民　國　115　年　4　月　28　日

刑事第十二庭　審判長法官 唐中興

法　　官 李怡真

法　　官 張博淳

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 王小芬

中　華　民　國　115　年　4　月　30　日

【附錄】：本案判決論罪科刑法條全文

毒品危害防制條例第4條

製造、運輸、販賣第一級毒品者，處死刑或無期徒刑；處無期徒刑者，得併科新臺幣三千萬元以下罰金。

製造、運輸、販賣第二級毒品者，處無期徒刑或十年以上有期徒刑，得併科新臺幣一千五百萬元以下罰金。

製造、運輸、販賣第三級毒品者，處七年以上有期徒刑，得併科新臺幣一千萬元以下罰金。

製造、運輸、販賣第四級毒品者，處五年以上十二年以下有期徒刑，得併科新臺幣五百萬元以下罰金。

製造、運輸、販賣專供製造或施用毒品之器具者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百五十萬元以下罰金。

前五項之未遂犯罰之。

藥事法第83條

明知為偽藥或禁藥，而販賣、供應、調劑、運送、寄藏、牙保、轉讓或意圖販賣而陳列者，處七年以下有期徒刑，得併科新臺幣五千萬元以下罰金。

犯前項之罪，因而致人於死者，處七年以上有期徒刑，得併科新臺幣一億元以下罰金；致重傷者，處三年以上十二年以下有期徒

刑，得併科新臺幣七千五百萬元以下罰金。

因過失犯第一項之罪者，處二年以下有期徒刑、拘役或科新臺幣五百萬元以下罰金。

第一項之未遂犯罰之。