

臺灣臺南地方法院刑事判決

115年度訴字第1661號

公 訴 人 臺灣臺南地方檢察署檢察官
被 告 林啓瑞

(現於法務部○○○○○○○○○○另案
執行中)

選任辯護人 林金宗律師(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16339號)，本院判決如下：

主 文

A 0 3 犯製造第二級毒品而混合二種以上之毒品未遂罪，處有期徒刑貳年捌月。

扣案如附表編號18至20所示之物均沒收銷燬；如附表編號1至17所示之物均沒收。沒收部分併執行之。

犯罪事實

一、A 0 3 明知依托咪酯及異丙帕脂均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，不得非法製造、持有，亦知悉自網路上真實姓名及年籍資料均不詳之成年人購買之毒品原油、甘油或電子菸主機，極易摻雜、混合二種以上毒品成分，竟基於製造第二級毒品而混合二種以上毒品之犯意，自民國114年4月17日警察查獲前三週之某日起，在其與不知情之蘇芳儀同居於臺南市○○區○○路000號之1第2之1室之住處房間內，原預計將依托咪酯菸油加入如附表編號4至9所示之食用色素、香料及香精混合後，以附表編號11所示之注射器，將上開混合後之菸油注入如附表編號13所示之菸彈零件中，以此方式著手製造第二級毒品依托咪酯菸彈。嗣警方於另案偵辦中，於114年4月17日中午12時45分許持本院核發之114年聲搜字第000679號搜索票至上址執行搜索，

01 因而製造第二級毒品依托咪酯及異丙帕脂而未得逞，並扣得
02 如附表所示之物，且所扣得之附表編號18之甘油1罐、編號1
03 9之殘渣菸彈經送驗後均檢出第二級毒品依托咪酯成分、編
04 號20之電子菸主機經送驗後檢出第二級毒品依托咪酯及異丙
05 帕脂成分，始悉上情。

06 二、案經臺南市政府警察局第五分局報臺灣臺南地方檢察署檢察
07 官偵查起訴。

08 理 由

09 一、證據能力之判斷：

10 (一)按被告以外之人於審判外之陳述，雖不符刑事訴訟法第159
11 條之1至第159條之4之規定，而經當事人於審判程序同意作
12 為證據，法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認
13 為適當者，得作為證據，刑事訴訟法第159條之5第1項定有
14 明文。查本判決所引用具有傳聞證據性質之資料，業經檢察
15 官、被告A O 3（下稱被告）及辯護人於本院準備程序及審
16 理中，均明示同意有證據能力（見本院卷第138至140頁、第
17 183頁），本院審酌各該證據作成時之客觀環境及條件，均
18 無違法不當取證或明顯欠缺信用性之情形，作為證據使用皆
19 屬適當，依刑事訴訟法第159條之5第1項規定，自有證據能
20 力。

21 (二)至其餘卷內所存、經引用之非供述證據，與本件待證事實均
22 具有關聯性，且無證據證明係公務員違背法定程序所取得，
23 或有證明力明顯過低之情形，亦經本院於審判期日合法踐行
24 證據調查程序，由檢察官、被告及辯護人互為辯論，業已保
25 障當事人訴訟上之程序權，依同法第158條之4規定反面解
26 釋，本院均得採為證據。

27 二、認定事實所憑之證據及得心證之理由：

28 (一)上開事實，業據被告於警詢、偵查及本院審理中均坦承不諱
29 （警卷第3-4頁、第5-13頁、偵卷第19-20頁、第73-75頁、
30 本院卷第182、190頁），核與證人即被告之女友蘇芳儀於警
31 詢時指證之情節相符（警卷第15-16頁、第17-22頁），並有

(受執行人林啟瑞)臺南市政府警察局第五分局搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、扣押物品收據各1份及扣案物照片15張(警卷第27-41頁、第65-70頁)、(同意人林啟瑞)自願受搜索同意書1份(警卷第25頁)、(受搜索人林啟瑞)本院114年聲搜字第679號搜索票1份(警卷第43頁)、(受執行人林啟瑞、江素華/高雄市)臺南市政府警察局第五分局搜索扣押筆錄2份、扣押物品目錄表1份及扣案物照片62張(警卷第45-63頁、第71-81頁)、(被告林啟瑞)臺南市政府警察局第五分局偵辦毒品危害防制條例毒品初步檢驗報告單及附件檢驗照片1份(警卷第89-103頁)、臺南市政府警察局第五分局扣押物品清單4份(偵卷第129-131頁、第133頁、第137-139頁)、扣案物品統計表1份(偵卷第149-152頁)、扣押物品清單3份(本院卷第103-109頁)在卷可稽。又扣案如附表編號18至20所示之物,經送高雄市立凱旋醫院鑑定結果,確均含第二級毒品成分等情,有該院114年10月8日高雄市立凱旋醫院濫用藥物成品檢驗鑑定書1份足憑(偵卷第135頁),足認被告前揭歷次任意性自白有相當之證據可佐,且與事實相符而可採信。

(二)被告製作本案菸彈之行為是否構成製造第二級毒品罪?

1.按毒品危害防制條例第4條製造毒品罪所稱之製造毒品,除指對於各種原料或物料加工,而使成為具有成癮性、濫用性或對社會具有危害性之單一或複合成分麻醉藥品與影響精神之物質及其製品,或化合、調配同級或不同級品項毒品,而使成為另一種類具有上開特性物質之行為外,尚包括違反防制毒品危害蔓延之立法宗旨,對毒品施予質變或形變之諸如:乾燥、研粉、固化、液化、氣化、純化(如提煉或萃取)、賦型(如壓錠或裝囊)或優化(如除臭、增香、添味、著色、稀釋)等變更毒品之效果或使用方法(如使施用者便於施用或提高效果)而於過程中已造成對社會秩序或人體健康潛在威脅之加工過程,以上行為概為「(毒品)製造」之構成要件所涵攝(最高法院112年度台上字第1142

號、110年度台上字第521號判決意旨參照）。

2.經查，本案依被告於警詢及本院審理程序之供述，被告確實原本預計將依托咪酯成品調和香料及菸油調和後倒入菸彈空殼後分裝填為菸彈，因香精可以稀釋，才不會那麼強烈等語（警卷第8頁、本院卷第182頁），足認依托咪酯成品原油若直接施用效果恐過於強烈，而被告加入香精之目的是為了稀釋以方便施用。是被告所為，係以添加香精之加工調配，稀釋依托咪酯成品原油而達改善依托咪酯成品原油之特性、感官體驗之功效，使其更能便利於施用，已增加一般大眾得以施用之可能性而更易於蔓延，揆諸前揭說明，堪認其所為係「製造」第二級毒品。

(三)公訴意旨雖認被告所為製造第二級毒品犯行已達既遂云云，惟按毒品危害防制條例之立法目的，乃為規範麻醉藥品及影響精神物質，以防止其流用、濫用，因之於第2條明定該條例所稱毒品，係指具有成癮性、濫用性及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。含有該等藥品、物質成分者，倘非可供施用，因無成癮性、濫用性及對社會危害性可言，即非該條例所列管之毒品。從而所製造之毒品，若因製造程序未完成，尚未可供施用，仍非屬毒品危害防制條例所指之毒品，其製造之行為應僅該當於該條例之製造毒品未遂罪（最高法院98年度台上3366號判決意旨參照）。查被告於本院審理時供稱：我的香精都還沒有加到依托咪酯裡面，我都是要自己吸食毒品，編號19之電子菸主機，我買來的依托咪酯裡面就有香精等語（本院卷第182頁），且被告遭查獲後經採集之尿液檢體送驗後確呈依托咪酯陽性反應，有法務部法醫研究所毒物化學鑑定書影本1份可稽（偵卷第79-80頁），足認被告於查獲前確曾施用依托咪酯，則被告所辯亦與常情相符，難認扣案附表編號19、20之電子菸主機經鑑驗有依托咪酯及異丙帕脂陽性反應，即據認被告之犯行已達既遂，是被告製造第二級毒品犯行應僅止於未遂，公訴意旨認被告此部分所為已達既遂，容有誤會。

01 (四)從而，本案事證已臻明確，被告上開犯行洵堪認定，應予依
02 法論科。

03 三、論罪科刑：

04 (一)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
05 法第302條第4款所謂「犯罪後之法律已廢止其刑罰」，其所
06 稱之「法律」，係指依中央法規標準法第4條之規定制定公
07 布之刑罰法律而言。又刑罰法律之文字本身僅規定罪名、法
08 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
09 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
10 以補充，此即所謂空白刑法。行政機關制定具有填補空白刑
11 法補充規範之法律、行政規章或行政命令，僅在補充法律構
12 成要件之事實內容，即補充空白刑法之空白事實，究非刑罰
13 法律，該項補充規範之內容，縱有變更或廢止，對其行為時
14 之法律構成要件及處罰之價值判斷，並不生影響。於此，空
15 白刑法補充規範之變更，僅能認係事實變更，不屬於刑罰法
16 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
17 較適用問題，應依行為時空白刑法填補之事實以適用法律

18 (最高法院113年度台非字第168號判決意旨參照)。依托咪
19 酯、異丙帕酯經行政院於113年11月27日以院臺法字第11310
20 31622號公告修正為第二級毒品，自000年00月00日生效，又
21 經行政院於115年6月25日以院臺法字第1155013102號公告修
22 正為第一級毒品，自000年0月00日生效，然此變更屬事實變
23 更，並非刑罰法律有所變更，不生新舊法比較問題，應依行
24 為時空白刑法填補之事實適用法律，是被告本案行為時，依
25 托咪酯、異丙帕酯係屬毒品危害防制條例第2條第2項第2款
26 所規定之第二級毒品，先予敘明。

27 (二)核被告所為，係犯毒品危害防制條例第9條第3項、第4條第2
28 項之製造第二級毒品而混合二種以上之毒品罪。公訴意旨就
29 被告所犯罪名漏未論及毒品危害防制條例第9條第3項之罪
30 名，惟因基本社會事實同一，且本院於審理時已當庭告知前
31 開罪名（本院卷第181頁），並賦予被告實質答辯之機會，

01 無礙其防禦權之行使，爰依法變更起訴法條。

02 (三)被告製造本案毒品過程中持有第二級毒品之低度行為，均為
03 其製造毒品之高度行為所吸收，不另論罪。

04 (四)刑之加重減輕：

05 1.被告製造第二級毒品而混合二種以上第二級毒品，應依毒品
06 危害防制條例第9條第3項規定，適用製造第二級毒品罪之法
07 定刑，並就除法定刑為無期徒刑部分依法不得加重外，就其
08 餘部分依法加重其刑。

09 2.毒品危害防制條例第17條第2項部分：

10 (1)按109年1月15日修正公布，同年0月00日生效施行毒品危害
11 防制條例增訂第9條第3項規定：「犯前五條之罪（按即毒品
12 危害防制條例第4條至第8條）而混合二種以上之毒品者，適
13 用其中最高級別毒品之法定刑，並加重其刑至二分之一」，
14 係考量毒品查緝實務，施用混合毒品之型態日益繁多，且因
15 混合毒品之成分複雜，施用後所造成之危險性及致死率均高
16 於施用單一種類者，為加強遏止混合毒品之擴散，乃增訂犯
17 毒品危害防制條例第4條至第8條之罪，而有混合二種以上毒
18 品之情形者，加重其刑至二分之一（立法理由參見）。又雖
19 立法理由另指出：此項規定係就現今不同犯罪類型之個別犯
20 罪行為予以加重，屬刑法分則加重之性質而成為另一獨立之
21 罪等語。惟本罪僅係將想像競合犯從一重處斷之法律效果明
22 定，仍係以同條例第4條至第8條之構成要件及法定刑為基
23 礎，而加重各該罪法定刑至二分之一。就此以觀，行為人既
24 就犯同條例第4條至第8條之罪自白犯行，對於以一行為犯
25 之，而客觀上混合第二種以上毒品之事實縱未為自白，惟立
26 法者既明定為單一獨立之犯罪類型，為避免對同一行為過度
27 或重複評價，以符合罪刑相當原則，自無因科刑實質上等同
28 從一重處斷之結果，而剝奪行為人享有自白減刑寬典之理。
29 又同條例第17條第2項規定：「犯第4條至第8條之罪於偵查
30 及歷次審判中均自白者，減輕其刑」，未將屬獨立罪名之同
31 條例第9條第3項之罪列入，若拘泥於所謂獨立罪名及法條文

01 義，認為行為人自白犯該獨立罪名之罪，不能適用上開減輕
02 其刑規定，豈為事理之平，故應視就其所犯同條例第4條至
03 第8條之罪有無自白而定（最高法院111年度台上字第1154號
04 判決意旨參照）。

05 (2)被告於偵查、本院審理時均自白製造第二級毒品犯行業如前
06 述，本案應有毒品危害防制條例第17條第2項規定之適用，
07 爰依前揭規定，減輕其刑。

08 3.被告已著手於製造第二級毒品犯行之實施而不遂，其犯罪所
09 生危害較既遂犯行為輕，爰依刑法第25條第2項規定，按既
10 遂犯之刑減輕之，並依刑法第70條之規定遞減之。

11 4.不予適用刑法第59條規定之說明：

12 被告添加香料是為了增加香味，但不是要販賣而未流入市
13 面，且所扣得之毒品數量甚微，犯罪情節非重，請求依刑法
14 第59條規定減輕其刑等語（本院卷第192頁）。

15 (1)按刑法第59條規定犯罪之情狀可憫恕者，得酌量減輕其刑，
16 其所謂「犯罪之情狀」，應就犯罪一切情狀，包括第57條所
17 列舉之10款事項，予以全盤考量，審酌其犯罪有無可憫恕之
18 事由，即有無特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同
19 情，以及宣告法定最低度刑，是否猶嫌過重等等，以為判斷
20 （最高法院103年度台上字第1183號判決意旨參照）。

21 (2)本院審酌被告身為具備社會經驗之成年人，明知毒品戕害身
22 心，竟仍不思正途，非法從事毒品製造。縱其辯稱係供己施
23 用，然製造毒品行為本質上即具有高度之外溢風險，極易流
24 向黑市，對社會公眾健康構成威脅；復審酌被告所為屬重大
25 犯罪，嚴重危害社會治安，且製造之毒品含有二種以上毒品
26 成分，其成癮性及對人體之危害性顯較單一毒品更高。從
27 而，依本案被告之犯罪情狀，對照適用上開減輕事由後可判
28 處之刑度，殊無在客觀上足以引起一般同情，認為即予宣告
29 法定低度刑期，猶嫌過重之情事，故爰不依刑法第59條規定
30 予以酌減其刑。

31 5.被告所為本案犯行，同時有上開加重及減輕事由，除法定本

刑為無期徒刑部分依法不得加重外，其餘部分應依刑法第71條第1項規定，先加後遞減之。

(五)爰以行為人之責任為基礎，審酌被告明知毒品具有高度成癮性，不僅對人體健康之危害甚大，如有濫用或成癮情形，更將造成社會治安及醫療資源之負面影響，竟仍無視於國家杜絕毒品危害之禁令而為本案犯行，所為實屬不該，應予非難，幸未製造完成即為警查獲；復考量被告業已坦承犯行，犯後態度尚可；暨被告製造毒品之犯罪動機、目的、手段與所生危害程度及其前科素行（本院卷第199-291頁）；兼衡被告於本院審理時所陳述之教育程度、職業及家庭經濟狀況（因涉及個人隱私，故不揭露，詳見本院卷第191頁）等一切具體情狀，量處如主文所示之刑。

四、沒收：

(一)扣案如附表編號18至20所示之物，經送鑑定結果，均檢出含有如同編號「備註」欄所示第二級毒品成分，係屬查獲之第二級毒品無訛，均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。又盛裝上開毒品之容器，以現今所採行之鑑驗方式，因其上所沾黏之毒品量微而無從析離，且無析離之實益與必要，應與所盛裝之毒品視為整體，而併予宣告沒收銷燬。至鑑驗耗損之毒品，既已滅失而不復存在，自無庸再為沒收銷燬之諭知，附此敘明。

(二)扣案如附表編號1至17所示之物，均係被告供犯罪所用之物，業據其於警詢、本院準備程序及審理時自承在卷（警卷第8頁、本院卷第142頁、第186-189頁），均應依毒品危害防制條例第19條第1項規定宣告沒收。

(三)至於其餘扣案物，固為被告所有，然為被告供已施用毒品之用（警卷第8頁），且無證據證明與本案犯行有關，爰不予宣告沒收，附此敘明。

據上論斷，應依刑事訴訟法第299條第1項前段、第300條，判決如主文。

本案經檢察官邱靜慧提起公訴，檢察官A02到庭執行職務。

中華民國 115 年 7 月 30 日
刑事第四庭 審判長法官 陳碧玉
法官 陳昱成
法官 黃俊偉

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決，應於判決送達後20日內向本院提出上訴狀（應附繕本）。

書記官 陳杰瑞

中華民國 115 年 7 月 30 日

附錄本案論罪科刑法條全文：

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3 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10年以上有期徒刑，得併科新臺幣1千5百萬元以下罰金。

製造、運輸、販賣第三級毒品者，處7年以上有期徒刑，得併科新臺幣1千萬元以下罰金。

製造、運輸、販賣第四級毒品者，處5年以上12年以下有期徒刑，得併科新臺幣5百萬元以下罰金。

製造、運輸、販賣專供製造或施用毒品之器具者，處1年以上7年以下有期徒刑，得併科新臺幣150萬元以下罰金。

前五項之未遂犯罰之。

毒品危害防制條例第9條：

成年人對未成年人販賣毒品或犯前三條之罪者，依各該條項規定加重其刑至二分之一。

明知為懷胎婦女而對之販賣毒品或犯前三條之罪者，亦同。

犯前五條之罪而混合二種以上之毒品者，適用其中最高級別毒品之法定刑，並加重其刑至二分之一。

附表：（扣案物）

編號	物品名稱	數量及單位	備註
1	毒品器具 (分裝瓶)	1個	無
2	毒品器具 (分裝瓶)	1個	無
3	毒品器具 (分裝瓶)	1個	無
4	香料	1罐	含罐重34.08g
5	香料	1罐	含罐重35.34g
6	香精	1罐	含罐重9.23g
7	香精	1罐	含罐重8.95g
8	食用色素	1包	含袋重11.05公克
9	食用色素	1包	含袋重10.97公克
10	夾鏈袋	1批	無
11	毒品器具 (注射針筒)	3支	無
12	電子產品 (磅秤)	1台	無
13	毒品器具 (菸彈零件)	1批	無
14	咖啡包分裝袋	1批	無
15	加熱風槍	1支	無
16	電子產品 (i Phone12 , 含SIM卡1張)	1支	序號：0000000000000000
17	電子產品 (i Phone12 , 含SIM卡1張)	1支	序號：0000000000000000
18	依托咪酯	1罐	一、鑑定報告： 114年10月8日高雄市立凱旋醫院濫用藥物成品檢驗鑑定書（偵卷第135頁）。 二、鑑定結果：

			(一)液體、藍色1瓶。 (二)鑑驗結果檢出第二級毒品依托咪酯成分。 (三)檢驗前毛重6.399公克、檢驗後毛重5.893公克。
19	含菸彈電子菸主機	1支	一、鑑定報告： 114年10月8日高雄市立凱旋醫院濫用藥物成品檢驗鑑定書（偵卷第135頁）。 二、鑑定結果： (一)電子菸、殘渣菸彈1顆。 (二)鑑驗結果檢出第二級毒品依托咪酯成分。 (三)檢驗前毛重26.055公克。
20	電子菸主機	1支	一、鑑定報告： 114年10月8日高雄市立凱旋醫院濫用藥物成品檢驗鑑定書（偵卷第135頁）。 二、鑑定結果： (一)電子菸主機1支。 (二)鑑驗結果檢出第二級毒品異丙帕脂、依托咪酯成分。 (三)檢驗前毛重30.978公克。

【卷證目錄】

【本院115年度訴字第1661號】卷1宗，即「本院卷」。

【A 1 114年度偵字第16339號】卷1宗，即「偵卷」。

【南市警五偵字第000000000號】卷1宗，即「警卷」。