

臺灣高等法院刑事判決

115年度上訴字第4031號

上訴人 臺灣桃園地方檢察署檢察官

被告 歐盛傑

指定辯護人 本院公設辯護人唐禎琪

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣桃園地方法院114年度訴字第812號，中華民國115年1月30日第一審判決（起訴案號：臺灣桃園地方檢察署114年度偵字第10326號、第10327號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

事實及理由

一、審理範圍：刑事訴訟法第348條第3項規定：「上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之」。經查，本案檢察官僅對原審判決關於被告歐盛傑（下稱被告）量刑部分提起上訴（本院卷第58、84、85頁），被告則未上訴；依上開規定，本院就被告以經原審認定之犯罪事實、論罪及沒收之諭知為基礎，僅就原審判決量刑部分是否合法、妥適予以審理。

二、檢察官上訴意旨略以：被告於民國114年2月13日偵訊時供稱：就施用毒品及持有毒品部分坦承，就製造第二級毒品部分不承認，沒有製造等語，嗣於114年12月23日審理時，供稱：同前所述，認為這個行為不該當製造毒品等語，難認合於偵查及審判中均自白之要件，與毒品危害防制條例第17條第2項規定不符；又被告所犯毒品危害防制條例第4條製造第二級毒品罪，自100年迄今共修正2次，每次修正理由均闡明修正係針對毒品日益氾濫之趨勢，為嚇阻製造、運輸、販賣之行為而提高法定刑度，未曾有任何降低刑度之情形，更藉

01 由109年7月15日修正施行之毒品危害防制條例第4條第2項條
02 文，將製造第二級毒品罪之有期徒刑下限，由修正前之7年
03 提高為10年，用以遏止此一級別之毒害擴散。立法者就此類
04 犯罪行為既已明確劃定刑罰權裁量之範圍，並於修法時一再
05 提高各級毒品之法定刑度，顯見立法者已有「以重刑懲罰毒
06 品犯罪並遏止孳生」之立法決定及具體規範，則法院就行為
07 人所犯製造第二級毒品罪之量刑空間，即應體察立法機關所
08 表達之前揭修法趨勢，隨之調整上修，實不宜跳脫法定刑之
09 範圍而侵害立法權，反因製造第二級毒品罪法定刑之提高，
10 而擴大刑法第59條酌減其刑之適用範圍，致與上述法律修正
11 目的有所悖離，本件被告依其供述製造之菸彈應包含使用過
12 之85顆及查獲之菸彈成品11顆，共96顆，數量頗鉅，對社會
13 治安所生危害非微，被告行為在客觀上難認有任何特殊之原
14 因、環境或背景，足以引起一般之同情；且依托咪酯於今年
15 6月27日升級為第一級毒品，原審卻依刑法第59條對被告減
16 輕其刑，未審酌立法修正目的，被告應無適用刑法第59條酌
17 減其刑之餘地。綜上，原判決認事用法尚嫌未洽，請將原判
18 決撤銷，更為適當合法之判決等語。

19 三、刑之減輕事由：

20 (一)毒品危害防制條例第17條第2項適用之說明：

21 1、按犯毒品危害防制條例第4條至第8條之罪，於偵查及歷次審
22 判中均自白者，減輕其刑，同條例第17條第2項定有明文；
23 所謂自白，乃對自己之犯罪事實全部或關乎構成要件之主要
24 部分為肯定供述之意，不包括對於該事實之法律評價，故是
25 否符合自白之要件，應就所陳述之實質內容加以判斷，若可
26 認為已對自己之犯罪事實為肯認之表示，縱對其行為在刑事
27 法律之評價（例如是否成立犯罪或所犯罪名為何）有所主
28 張，尚不影響其自白之認定，亦即行為人之行為應如何適用
29 法律，屬法院認定事實及法律評價之問題，故被告是否曾經
30 自白，並不以自承所犯罪名為必要（最高法院115年度台上
31 字第2358號、105年度台上字第2787號判決參照）。

01 2、查被告固於偵查、原審時稱：我沒有製造第二級毒品，我認
02 為我的行為不該當製造毒品等語（臺灣桃園地方檢察署114
03 年度偵字第10326號偵查卷，下稱偵10326卷，第59頁；臺灣
04 桃園地方法院114年度訴字第812號卷，下稱原審卷，第37、
05 66頁），然觀諸被告於警詢自陳：現場查扣之菸彈成品11
06 個、菸油3瓶煙油是我拿來添加到菸彈裡面吸食的，我把煙
07 油跟香精混合注入空菸彈，我拿到的是成品油，但是我覺得
08 效果太強，我會自己再添加食用香精進行混合，以原油跟香
09 精1比1調合（偵10326卷第19至20頁）；於偵查時亦供稱：
10 本案依托咪酯是我混合而成的，因為成品油太濃所以添加香
11 精混合等語（偵10326卷第58頁）；於原審準備程序時表
12 示：我承認檢察官起訴書所載犯罪事實，這是自己吸食的過
13 程需要經過的程序，而製作的東西等語（原審卷第37頁）；
14 於原審審理時稱：同前所述等語（原審卷第66頁），被告辯
15 護人並為被告辯護稱：被告始終坦承起訴書所載犯罪行為客
16 觀、主觀事實經過，只是對罪名有意見等語（原審卷第37、
17 67頁），被告復於本院時供稱：我在警詢及偵查都有坦承拿
18 原油加香精油以1:1比例調和稀釋後裝填入煙彈空殼的行
19 為，我之前否認製造第二級毒品依托咪酯菸油是因為我不懂
20 法律製造毒品的要件，我現在瞭解，我認罪，但我之前針對
21 客觀上製造第二級毒品的行為，我都有承認等語（本院卷第
22 59至60頁），則依被告上開歷次於警詢、偵查、原審及本院
23 時所陳，被告就其製造第二級毒品依托咪酯菸彈之過程，即
24 將含有依托咪酯之原油與食用香精以1比1之比例調和，再灌
25 入空菸彈等製造毒品罪一切過程之事實，始終坦承不諱，確
26 有使其製造毒品之過去犯罪事實再現，應認被告已就所犯製
27 造第二級毒品依托咪酯犯罪事實全部或主要部分為肯定供述
28 之意，其前開否認製造毒品云云應僅係對於自己犯罪行為之
29 法律評價有所誤解，自不影響自白之效力（最高法院114年
30 度台上字第6578號判決參照），堪認被告確於警詢、偵查及
31 原審時已自白其犯行；被告復於本院準備程序及審理中均自

01 白其犯行（本院卷第59、60、87、88頁），依首揭說明，應
02 認被告符合於偵查中及歷次審判中均自白之要件，自應依毒
03 品條例第17條第2項規定減輕其刑。

04 （二）被告無毒品危害防制條例第17條第1項適用之說明：

05 1、按毒品危害防制條例第17條第1項所謂「供出毒品來源，因
06 而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑」，係指具體提
07 供毒品來源之資訊，使調查或偵查犯罪之公務員知悉而對之
08 發動調查或偵查，並據以破獲者而言。所稱「查獲」，除指
09 查獲該其他正犯或共犯外，並兼及被告所指其毒品來源其
10 事，亦即被告所供述其毒品來源，必以嗣後經偵查機關依其
11 供述而確實查獲（兼來源）其他正犯或共犯，且二者間具有
12 因果關係及關連性，方足當之，非謂一指認毒品來源之人，
13 即得依上開規定減輕其刑。又事實審法院於言詞辯論終結
14 前，根據偵查機關已蒐集之證據，或被告提供之事證，依職
15 權綜合調查判斷後，認未因被告之供述而查獲其所指毒品來
16 源者之犯罪事實，無從減輕或免除其刑（最高法院115年度
17 台上字第2128號判決參照）。

18 2、被告固於警詢及本院時稱其第二級毒品依托咪酯菸油來源為
19 微信暱號「小新」（「小年家」、「小興」）之人，菸彈殼
20 是跟LINE暱稱「碗」之人購買的語（偵10326卷第20頁，本
21 院卷第59、61頁），並於本院稱：「小新」他家住哪裡我知
22 道，他是我從事白牌車司機認識的等語（本院卷第61頁），
23 然被告亦供稱：我不知道「小新」、「碗」的真實姓名，我
24 沒有與「小新」、「碗」聯絡購買依托咪酯及菸彈殼的對話
25 資料等語（本院卷第61、62頁），則被告對其所稱「小新」
26 （「小年家」、「小興」）、「碗」之真實身分、姓名等資
27 料，並未詳實且具體供述，且房屋所有人與實際使用之人並
28 非同一人之情形亦非罕見；又遍查全卷被告並無提出相關與
29 通聯、對話紀錄等相關證據供本院調查，則此部分僅有被告
30 單一指述，別無其他補強證據，亦查無其他足資供調查或偵
31 查犯罪之公務員知悉而對之發動調查或偵查，並據以破獲之

資訊；則本案被告自無毒品危害防制條例第17條第1項之適用。

(三)刑法第59條適用之說明：

- 1、立法者就特定之犯罪，綜合各犯罪之不法內涵、所欲維護法益之重要性、防止侵害之可能性及事後矯正行為人之必要性等各項情狀，於刑罰法律規定法官所得科處之刑罰種類及其上下限（即法定刑）。惟犯罪之情狀千變萬化，為賦予法官在遇有客觀上顯可憫恕之犯罪情狀，認即使科處法定刑最低刑度，仍嫌過重之狀況時，得酌量減輕其刑至較法定最低度為輕之刑度，以符合憲法罪刑相當原則，爰訂定刑法第59條作為個案量刑調節機制，以濟立法之窮。而該條所稱「犯罪之情狀」，與同法第57條所規定科刑時應審酌之「一切情狀」，並非有截然不同之領域，故是否依刑法第59條規定酌減其刑，自應就同法第57條各款所列事項，以及其他一切與犯罪有關之情狀，予以全盤考量，審酌其犯罪有無顯可憫恕之情狀，以為判斷（最高法院112年度台上字第4648號判決參照）。觀以製造第二級毒品罪之法定刑為「無期徒刑或10年以上有期徒刑，得併科新臺幣1,500萬元以下罰金。」然同為製造第二級毒品之人，其原因動機不一，犯罪情節未必盡同，倘情節輕微者，雖有問責之必要性，惟如一律依毒品危害防制條例第4條第2項論以製造毒品之重罪，實屬法重情輕，且亦無足與真正長期、大量製造毒品之犯行區別。是於此情形，倘依其情狀予以酌減其刑，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。
- 2、查被告本案所為製造第二級毒品犯行，固值非難，惟製造毒品被列為最嚴重之毒品犯罪，無非基於製造毒品為毒品犯罪源頭、財產犯罪誘因高及行為具備高度外部性與對社會廣泛危害性，始在立法上被評估為具有極高的惡性，然衡諸被告

於警詢、偵查、原審及本院審理時始終供稱菸彈是供自己吸食，而以依托咪酯成品原油及香精依一定比例調和後倒入菸彈空殼裝填為依托咪酯菸彈，足徵被告將香精加入菸彈，目的僅為增加香味，且可分多次施用，節省施用毒品之成本，又遍查全卷並無被告有對外販售牟利、轉讓等流散外溢的事證，認與一般製造第二級毒品者有所不同，則被告本案所為顯與上開製造毒品之惡性，迥然有別；被告固於本院自陳：我用過的煙彈都是有加煙油及香精稀釋過的，所以我施用過的有85顆，還沒有使用過的是11顆等語（本院卷第60頁），而製造共計96顆，惟被告亦自陳其施用頻率為1天1顆等語（本院卷第60頁），則以被告1天施用1顆之情形以觀，被告上開所製作之數量尚屬合理，甚且被告既經員警查獲施用過後85顆之菸彈殼（偵10326卷第37頁），足徵被告並無販售或轉讓的事實，較諸一般製造毒品謀取鉅額獲利或查獲大量毒品之情形有別，對社會之危害稍低；又被告犯後尚能坦承犯行，面對己非，知所悔悟；則本案依上開各節以觀，被告惡性並非重大不赦；再參酌製造第二級毒品罪之法定刑為無期徒刑或10年以上有期徒刑，得併科新臺幣1,500萬元以下罰金，被告依毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑以，所科處之法定最低刑度（即有期徒刑5年），將使被告長期隔離於監獄，與其犯罪情節相較，實屬情輕法重，客觀上足以引起一般同情，而有堪資憫恕之處，爰就被告本案製造第二級毒品犯行，依刑法第59條之規定酌量減輕其刑，並依刑法第70條規定遞減之。至依托咪酯固於115年6月17日經法務部審議通過改列第一級，並經行政院於115年6月27日起將依托咪酯及其類似物質提升列管為第一級毒品（此為事實變更，與法律變更無涉，最高法院97年度台上字第4022號判決意旨參照），然此係因依托咪酯（俗稱「喪屍菸彈」）濫用情況嚴重失控，吸食後會出現無法控制身體、意識喪失、劇烈顫抖等反應，復因其外觀與一般電子菸無異，且不具傳統毒品的臭味，青少年與社會大眾極易誤觸與快速蔓

01 延，導致毒駕暴增並引發大量死亡車禍與犯罪，為遏止其氾
02 濫及防範化學結構不斷變異，政府始祭出重刑，亦即依托咪
03 酯提升為第一級毒品係因應毒品管制政策所致，尚難以回推
04 溯及致令被告承受較重之罪責，況如前述，本案被告製造第
05 二級毒品犯行係供己施用，並無販售或轉讓的事實，整體惡
06 性相較於大型製造毒品之毒梟尚屬有別之犯罪情節，尚難以
07 此遽認被告無刑法第59條，附此說明。

08 四、維持原判決及駁回上訴之理由：

09 (一)原審審理後，依所認定之犯罪事實及罪名，以行為人之責任
10 為基礎，審酌被告明知依托咪酯具有成癮性及危害性，為法
11 律嚴格禁止持有、製造之毒品，且製造之舉，影響所及絕不
12 僅止於侵害他人之生命、身體，社會、國家法益亦不能免，
13 為害之鉅，當非個人一己之生命、身體法益所可比擬，卻仍
14 執意先購入依托咪酯成品原油、空菸彈殼及香精，再將依托
15 咪酯成品原油及香精依一定比例調和後倒入菸彈空殼裝填為
16 本案菸彈，戕害國民身心健康，助長毒品氾濫，危害社會治
17 安，所為應予非難；惟其持有、製造數量非鉅，其犯罪動機
18 係出於供己施用而未有大量散布毒品之情，其犯罪所生損害
19 尚非重大。又被告於偵查、原審審理中均自白犯行，犯後態
20 度良好。復被告於本案犯行前並無任何前案紀錄，有法院前
21 案紀錄表在卷可稽，素行良好。兼衡其自述高中畢業之智識
22 程度、職業為理貨員、小康之家庭經濟狀況，綜合考量以上
23 犯情及行為人屬性之相關事由等一切情狀，並參酌被告及其
24 辯護人、檢察官表示之量刑意見，量處有期徒刑2年7月。經
25 核原判決量刑應屬妥適。

26 (二)檢察官雖以前詞指摘原審量刑不當等語，惟被告何以符合毒
27 品危害防制條例第17條第2項、刑法第59條規定，已經說明
28 如前，且按刑事審判旨在實現刑罰權之分配的正義，故法院
29 對有罪被告之科刑，應符合罪刑相當之原則，使輕重得宜，
30 罰當其罪，以契合社會之法律感情，此所以刑法第57條明定
31 科刑時應審酌一切情狀，尤應注意該條所列10款事項以為科

刑輕重之標準，俾使法院就個案之量刑，能斟酌至當。而量刑輕重係屬事實審法院得依職權自由裁量之事項，苟已斟酌刑法第57條各款所列情狀而未逾越法定刑度，不得遽指為違法。查被告所犯毒品危害防制條例第4條第2項之製造第二級毒品罪，法定本刑為無期徒刑或10年以上有期徒刑，得併科新臺幣1,500萬元以下罰金之罪，被告本案符合毒品危害防制條例第17條第2項、刑法第59條規定遞減輕其刑之規定；原審已敘明以被告責任為基礎，審酌被告之犯罪情節、所生危害、犯後態度等節，基於刑罰目的性之考量、刑事政策之取向以及行為人刑罰感應力之衡量等因素而為刑之量定，並無違背公平正義之精神，客觀上亦不生量刑失衡之裁量權濫用；檢察官固以被告未自白其犯行、製造依托咪酯菸彈數量非少，且依托咪酯已於115年6月27日列為第一級毒品之刑事政策等語，指摘原審量刑不當，惟被告於警詢、偵查、原審及本院始終坦承其製造第二級毒品依托咪酯菸彈之過程，使其製造毒品之過去犯罪事實再現，已就其所犯製造第二級毒品依托咪酯犯罪事實全部或主要部分為肯定供述之意，僅係對於自己犯罪行為之法律評價有所誤解，自不影響自白之效力；又被告製造第二級毒品犯行係供已施用，遍查全卷並無被告販售或轉讓毒品之事實，其行為態樣僅與大宗、專業製造毒品之毒梟型態有別，又依托咪酯於115年6月27日列管為第一級毒品，然此係政府因應毒品管制政策所致，尚難以回溯及致令被告承受較重之罪責，均如前述，且被告犯後如實供述其犯罪情節，非全無悔悟之意，以此衡酌原審上開所為量刑，縱與檢察官主觀上之期待有所落差，仍難認有何違法或不當之處；據上，檢察官上訴指摘原審量刑不當，尚非有理，應予駁回。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

本案經檢察官陳韋廷提起公訴，檢察官徐銘韡提起上訴，檢察官黃子宜到庭執行職務。

中 華 民 國 115 年 7 月 30 日

01 刑事第二十五庭審判長法官 邱滋杉

02 法官 何孟璵

03 法官 劉兆菊

04 以上正本證明與原本無異。

05 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，其
06 未敘述上訴之理由者並得於提起上訴後20日內向本院補提理由書
07 （均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

08 書記官 謝歲瀚

09 中 華 民 國 115 年 7 月 30 日

10 附錄：本案論罪科刑法條全文

11 毒品危害防制條例第4條第2項

12 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
13 刑，得併科新臺幣1千5百萬元以下罰金。