

臺灣嘉義地方法院刑事判決

114年度訴字第128號

公 訴 人 臺灣嘉義地方檢察署檢察官
被 告 何建勝

選任辯護人 郭子誠律師

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13869號），本院判決如下：

主 文

- 一、何建勝犯製造第三級毒品罪，處有期徒刑參年捌月。附表編號2、3所示物品均沒收銷燬；附表編號1、4、5所示物品均沒收。
- 二、其餘被訴販賣第三級毒品部分無罪。

犯罪事實

- 一、何建勝明知依托咪酯（Etomidate）係毒品危害防制條例所列管之第三級毒品（於民國113年11月27日始公告列為第二級毒品），依法不得製造，竟基於製造第三級毒品依托咪酯之犯意，先於113年11月初至113年11月24日間某日，先向身分不詳、Telegram暱稱「WIN」之人，購買數量不詳、含第三級毒品依托咪酯成分之電子菸油（下稱依托咪酯原油），另在不詳購物網站購買丙二醇、空分裝瓶、空菸彈殼等物，旋在其位於嘉義市○區○○○路00巷00號居所，將依托咪酯原油、丙二醇，以空分裝瓶調和後，裝入空菸彈殼，製作出摻有依托咪酯成分之菸彈，嗣於113年11月25日上午10時32分許，為警持本院核發之搜索票（本院113年度聲搜字第1130號）前往何建勝住、居所實施搜索，在其上開居所內扣得附表所示物品。
- 二、案經嘉義縣警察局移送臺灣嘉義地方檢察署檢察官偵查起

01 訴。

02 理 由

03 甲、有罪部分

04 壹、程序部分

05 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
06 條之1至之4之規定，然經當事人於審判程序同意作為證據，
07 法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認為適當
08 者，亦得為證據，刑事訴訟法第159條之5第1項定有明文。
09 查本案所引用之相關證據資料（詳後引證據），其中各項言
10 詞或書面傳聞證據部分，縱無刑事訴訟法第159條之1至第15
11 9條之4或其他規定之傳聞證據例外情形，當事人及辯護人已
12 知上述證據乃屬傳聞證據，於準備程序、審理程序均表示同
13 意作為證據（見本院卷第174至175、219至221頁），本院審
14 酌上開證據作成時之情況，並無違法取證或其他瑕疵，認為
15 以之作為證據為適當，依前開規定，應具有證據能力。

16 二、至於本判決其餘所引用為證據之非供述證據，均與本案事實
17 具有關聯性，復非實施刑事訴訟程序之公務員違背法定程序
18 所取得，依刑事訴訟法第158條之4反面解釋，均有證據能
19 力。

20 貳、實體部分

21 一、認定犯罪事實所憑之證據及理由

22 (一)上揭犯罪事實，業據被告於警詢、偵訊及本院審理時均坦承
23 不諱（見警卷第6至17頁、偵卷第7至8頁反面、本院卷第17
24 3、227至230頁），核與證人陳○○、劉○○、林○○於警
25 詢之證述相符（見警卷第21、31、42頁），並有本院113年
26 度聲搜字第1130號搜索票、勘察採證同意書、高雄市立凱旋
27 醫院113年12月18日高市凱醫驗字第89427號濫用藥物成品檢
28 驗鑑定書、嘉義縣警察局刑事警察大隊偵辦何建勝涉毒品案
29 現場勘察報告暨刑案現場平面示意圖、現場勘察照片（見警
30 卷第63、65頁、66至69頁、偵卷第34至35頁、37至50頁反
31 面）等件在卷可佐，暨如附表編號1至5所示物品扣案可佐，

01 足認被告上開自白與事實相符，應堪採信。

02 (二)扣案如附表編號3所示之含有依托咪酯之菸彈33顆，雖僅檢
03 驗1顆（送驗2顆，抽驗1顆），但因包裝、外觀型態相似，
04 被告供稱均係其同一次將購入同批之依托咪酯原油、丙二醇
05 加以混合之一貫方式製作而成（見本院卷第227頁），堪以
06 認定上開菸彈均含有依托咪酯。

07 (三)綜上，被告上開任意性自白核與事實相符，自可採為論罪科
08 刑之依據。本件事證已臻明確，被告犯行洵堪認定，應依法
09 論科。

10 二、論罪科刑

11 (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
12 法第302條第4款所謂「犯罪後之法律已廢止其刑罰」，其所
13 稱之「法律」，係指依中央法規標準法第4條之規定制定公
14 布之刑罰法律而言。又刑罰法律之文字本身僅規定罪名、法
15 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
16 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
17 以補充，此即所謂空白刑法。行政機關制定具有填補空白刑
18 法補充規範之法律、行政規章或行政命令，僅在補充法律構
19 成要件之事實內容，即補充空白刑法之空白事實，究非刑罰
20 法律，該項補充規範之內容，縱有變更或廢止，對其行為時
21 之法律構成要件及處罰之價值判斷，並不生影響。於此，空
22 白刑法補充規範之變更，僅能認係事實變更，不屬於刑罰法
23 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
24 較適用問題，應依行為時空白刑法填補之事實以適用法律

25 （最高法院113年度台非字第168號判決意旨參照）。查依托
26 咪酯係於113年8月5日經行政院公告列為第三級毒品，嗣於
27 13年11月27日公告改列為第二級毒品，被告為本案犯罪行為
28 時，依托咪酯仍屬毒品危害防制條例所規定之第三級毒品，
29 係於被告行為後，始增列為第二級毒品，是依上開說明，此
30 事實變更，並非刑罰法律有所變更，不生新舊法比較問題，
31 應依行為時空白刑法填補之事實以適用法律。

01 (二)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
02 指對於各種原料或物料加工，而使成為具有成癮性、濫用性
03 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
04 之物質及其製品，或化合、調配同級或不同級品項毒品，而
05 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
06 制毒品危害蔓延之立法宗旨，而對毒品施予質變或形變之諸
07 如：乾燥、研粉、固化、液化、氣化、純化（提煉或萃
08 取）、賦型（壓錠或裝囊）或優化（除臭、增香、添味或著
09 色）等加工過程，以上行為概為「（毒品）製造」之構成要
10 件所涵攝（最高法院113年度台上字第3487號刑事判決意旨
11 參照）。是以，毒品危害防制條例「製造」毒品之文義及內
12 涵，並不以將毒品原物料產生化學或物理變化而成毒品為
13 限，應視具體個案，尚包括將毒品物質予以加工或改製之行
14 為。換言之，此等將毒品予以加工改製，倘產生使施用者便
15 於施用或提高效果之成品，而違反防制毒品危害蔓延之立法
16 宗旨，亦應屬之「製造」行為，始與毒品危害防制條例防制
17 毒品危害，維護國民健康之立法目的相符。尤以近年來常見
18 新興毒品，常以「咖啡包」或「菸油」之形式流通氾濫，係
19 以將單一或不同種類毒品粉末與調味粉（如果汁粉）予以混
20 合後封口包裝而成（咖啡包），或將液態毒品添加香精（菸
21 油），可達除臭、增香、添味或著色之優化效果，提高賣
22 相、使其便於施用、增加施用口感等，可造成該毒品便於流
23 通蔓延、對人體健康潛在危害，自屬毒品危害防制條例所稱
24 之「製造」。依被告於本院審理時供述略以：其把依托咪
25 酯、丙二醇混合，是因為吸起來比較有香氣，混合丙二醇
26 後，會降低毒品濃度，抽依托咪酯原油會意識不清楚，加丙
27 二醇後比較不會等語（本院卷第227至228頁），可知依托咪
28 酯原油，因效力過於強烈，不便直接施用，混合丙二醇後，
29 可稀釋藥效，並增加香氣，更適於、方便施用。是被告係藉
30 由將依托咪酯原油添加丙二醇，變更依托咪酯原有特性，而
31 達改善感官體驗之功效，並便於施用。故其本案所為，可能

01 擴大毒品危害，揆諸前揭說明，自應認其所為確已該當「製
02 造」第三級毒品犯行。

03 (三)被告上開以混合依托咪酯、丙二醇方式製造第三級毒品之事
04 實，於起訴書犯罪事實欄已有記載，檢察官並當庭補充被告
05 此部分行為係基於製造第三級毒品之犯意（見本院卷第17
06 2、216頁），是被告上開犯行，業經起訴，且已予被告、辯
07 護人答辯防禦，本院自得審理。

08 (四)按「自白」乃指對於該當於犯罪構成要件之具體社會事實，
09 向職司偵查或審判之公務員為肯定供述之謂。至於所供述之
10 具體社會事實，在法律上如何評價有所陳述或答辯，乃辯護
11 權之行使，不影響自白之成立（最高法院104年度2094號判
12 決意旨參照）。被告於偵查、本院審理時均坦承有上開混合
13 依托咪酯原油、丙二醇之行為（見偵卷第7頁背面、本院卷
14 第173、227頁），雖辯護人辯稱該等行為並非「製造」毒品
15 等語（見本院卷第218頁），然此仍不影響自白之成立，爰
16 依毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑。

17 (五)查本案員警向本院聲請搜索票時，即檢附被告於網路上張貼
18 徵求購買用於調和菸彈之香精、空菸彈等訊息為證據（見本
19 院卷第116至117頁），員警並於偵查報告內敘明被告於網路
20 散布有關收購製造喪屍菸彈原料及器具之訊息等語（見本院
21 卷第113頁），復以本案經警搜索扣得如附表編號1至5等物
22 品，有製造菸彈所需之丙二醇、依托咪酯原油、空分裝瓶及
23 空菸彈殼，並有菸彈成品，是於被告自白製造依托咪酯菸彈
24 犯行前，是此時已有具體事證得合理懷疑被告涉有製造毒品
25 罪嫌，本案當無刑法第62條本文自首規定之適用。

26 (六)按刑法第59條規定之酌量減輕其刑，必須犯罪另有特殊之原
27 因與環境，在客觀上足以引起一般同情，認為即使予以宣告
28 法定最低度刑，猶嫌過重者，始有其適用。倘被告別有其他
29 法定減輕事由者，應先適用法定減輕事由減輕其刑後，猶認
30 其犯罪之情狀顯可憫恕，即使科以該減輕後之最低度刑仍嫌
31 過重者，始得適用刑法第59條規定酌量減輕其刑（最高法院

01 114年度台上字第4765號判決意旨參照)。被告就本案犯行
02 既經適用毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑，刑
03 度已大幅降低，其減輕後之最低法定刑度為有期徒刑3年6
04 月，難認有何即使宣告法定最低刑度猶嫌過重之情事，尚不
05 宜再引用刑法第59條規定酌減其刑，被告辯護人為其主張本
06 案犯行亦得依刑法第59條規定再為減輕，並無可採。

07 (七)爰以行為人之責任為基礎，審酌被告為思慮成熟之成年人，
08 知悉依托咪酯為第三級毒品，均係毒品危害防制條例明文嚴
09 禁販賣之違禁物，竟無視國家刑罰禁令，製造毒品，顯見其
10 欠缺法治觀念，對他人身體健康及社會治安之危害程度非
11 輕，所為實不可取；惟念及被告於偵審中均坦承犯行，節省
12 司法資源，犯後態度尚可；被告所製造之依托咪酯菸彈純供
13 己施用（本案尚難認定被告有販賣依托咪酯菸彈，詳後無罪
14 部分所述），未有進一步擴散之舉動；兼衡被告自陳之教育
15 程度、職業、婚姻、家庭狀況（見本院卷第230、231頁）等
16 一切情狀，量處如主文第1項前段所示之刑。

17 三、沒收

18 (一)按違禁物或專科沒收之物得單獨宣告沒收，刑法第40條第2
19 項定有明文。又查獲之第一級、第二級毒品及專供製造或施
20 用第一級、第二級毒品之器具，不問屬於犯罪行為人與否，
21 均沒收銷燬之，毒品危害防制條例第18條第1項前段亦規定
22 明確。次按沒收、非拘束人身自由之保安處分適用裁判時之
23 法律，刑法第2條第2項定有明文，而依托咪酯於113年11月2
24 7日業經行政院公告修正改列為第二級毒品，依毒品危害防
25 制條例第11條第2項規定不得持有，應屬違禁物。經查，扣
26 案之如附表編號2、3所示之依托咪酯原油3瓶、依托咪酯菸
27 彈33顆，經送高雄市立凱旋醫院鑑驗，檢出依托咪酯成分，
28 此有高雄市立凱旋醫院113年12月18日高市凱醫驗字第89427
29 號濫用藥物成品檢驗鑑定書在卷可佐（見偵卷第34至35
30 頁），又上開原油瓶、菸彈內含依托咪酯無法完全析離，於
31 本案裁判時應整體視為第二級毒品，爰依毒品危害防制條例

01 第18條第1項前段之規定，宣告沒收銷燬，未鑑驗耗損之毒
02 品，既均已滅失，自毋庸再予宣告沒收銷燬。

03 (二)按犯第4條至第9條、第12條、第13條或第14條第1項、第2項
04 之罪者，其供犯罪所用之物，不問屬於犯罪行為人與否，均
05 沒收之，毒品危害防制條例第19條第1項定有明文。扣案如
06 附表編號1所示之丙二醇3瓶，為被告所有並用以從事本案製
07 造毒品犯行，已據被告供述在卷（見本院卷第225、226
08 頁），應依毒品危害防制條例第19條第1項之規定，宣告沒
09 收。

10 (三)按供犯罪所用、犯罪預備之物或犯罪所生之物，屬於犯罪行
11 為人者，得沒收之，刑法第38條第2項本文定有明文。扣案
12 如附表編號4、5所示之空分裝瓶14瓶、空菸彈殼（內含32
13 個）1包，據被告供述均係其所有、供其預備製作毒品之用
14 （見本院卷第225頁），應依刑法第38條第2項本文沒收。

15 (四)附表其餘物品，無證據證明與被告本案製造毒品犯行有關，
16 爰均不予宣告沒收。

17 乙、無罪部分

18 壹、公訴意旨另以：被告基於販賣第三級毒品之犯意，於113年1
19 1月24日晚間8、9時許，在嘉義市東區南田公園內，以新臺
20 幣（下同）1,000元之價格，販賣上開含有第三級毒品依托
21 咪酯成分之菸彈1顆予年籍不詳之人，因認被告涉犯毒品危
22 害防制條例第4條第3項販賣第三級罪嫌等語。

23 貳、按犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實；被
24 告或共犯之自白，不得作為有罪判決之唯一證據，仍應調查
25 其他必要之證據，以察其是否與事實相符；不能證明被告犯
26 罪者應諭知無罪之判決，刑事訴訟法第154條第2項、第156
27 條第2項、第301條第1項分別定有明文。倘僅有被告自白而
28 無其他補強證據，縱該自白係出於被告任意性且可信度甚
29 高，仍不得僅以該自白認定被告有罪。

30 參、再按刑法上所謂犯罪之吸收關係，指數個犯罪構成要件行為
31 彼此性質相容，但數個犯罪行為間具有高度、低度，或重行

01 為、輕行為之關係，或某種犯罪行為為他罪之階段行為（或
02 部分行為），或某種犯罪行為之性質或結果當然包含他罪之
03 成分在內等情形（最高法院107年度台上字第4339號判決意
04 旨參照）。公訴意旨雖認被告所涉販賣第三級毒品罪嫌，應
05 為其前開有罪部分即製造第三級毒品犯行吸收，惟被告自陳
06 製造本案第三級毒品依托咪酯菸彈，其目的並非為販售，而
07 係供己施用等語（見本院卷第228、229頁），是其所涉販賣
08 第三級毒品罪嫌，與製造第三級毒品行為並無關聯，即無高
09 低度或前後階段行為之關係，此部分若成立犯罪，應與製造
10 第三級毒品犯行，成立一行為觸犯數罪名之想像競合關係，
11 若無法成立犯罪，則應單獨為無罪之諭知。

12 肆、公訴意旨認被告涉有上開犯嫌，係以被告之自白、證人劉○
13 ○於警詢證述、被告手機內之通訊紀錄截圖、扣案如附表編
14 號1至5所示依托咪酯菸彈等物品等為其主要論據。經查：

15 一、被告固自白有於上開時、地販賣第三級毒品依托咪酯菸彈，
16 惟本案並無查獲向被告購毒之人，亦無被告與購毒者之通訊
17 紀錄可資佐證；再證人劉○○於警詢時雖稱知道被告有在販
18 賣毒品，然其陳稱不清楚被告販賣毒品之時、地（見警卷第
19 33頁），是證人上開證述，無從作為被告涉嫌販售依托咪酯
20 菸彈之補強證據。

21 二、又警方向本院聲請搜索時，所附偵查報告固檢附被告在inst
22 agram網站張貼前有雞蛋符號之「找我」之限時動態訊息

23 （見本院卷第115頁），並經警偽裝為有意購毒者，詢問被
24 告，其回覆內有疑似販賣依托咪酯菸彈之訊息（內容為：
25 「酒醉菸彈 就麻醉 一顆2ml/\$1500，二顆2700，五顆600
26 0」）（見本院卷第118頁），然被告張貼上開限時動態以及
27 回覆訊息之日期，均在上開偵查報告製作日期即113年11月7
28 日（見本院卷第113頁）之前，況instagram限時動態僅能存
29 續24小時，與被告供述之販毒日期即113年11月24日相距甚
30 遠，再被告自陳上開向其購買菸彈之人，係在飛機軟體群組
31 向其詢問，又被告所述售出1顆菸彈，得款1,000元，亦與上

01 開訊息記載1顆1,500元價格不符，是上開通訊紀錄，尚難作
02 為被告涉嫌販售依托咪酯菸彈之補強證據。末遍查本案全部
03 卷證資料，亦查無其他足為被告自白真實性補強證據。

04 三、綜上所述，公訴意旨所指所涉販賣第三級毒品依托咪酯之犯
05 嫌，除被告自白外，別無其他證據足資補強，依前揭刑事訴
06 訟法第156條第2項不得僅以被告自白為認定被告犯罪事實唯
07 一證據之規定，無法證明被告確有此部分犯行，應屬不能證
08 明被告犯罪。

09 伍、從而，依檢察官所提事證，尚無法使本院就被告被訴販賣第
10 三級毒品犯嫌形成無合理懷疑之心證，自應為無罪之諭知，
11 爰判決如主文第2項所示。

12 據上論斷，應依刑事訴訟法第299條第1項前段、第301條第1項前
13 段，判決如主文。

14 本案經檢察官張建強提起公訴，檢察官陳亭君到庭執行職務。

15 中 華 民 國 115 年 1 月 7 日

16 刑事第一庭 審判長法官 王慧娟

17 法官 卓春慧

18 法官 楊謹瑜

19 以上正本證明與原本無異。

20 如不服本判決應於收受判決後20日內向本院提出上訴書狀，並應
21 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
22 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
23 逕送上級法院」。

24 中 華 民 國 115 年 1 月 7 日

25 書記官 黃士祐

26 本案論罪科刑法條

27 毒品危害防制條例第4條第3項

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

30 附表

31

編	物品名稱及數量	備註

號		
1	丙二醇 3瓶	供被告製造毒品所用之物
2	依托咪酯原油 3瓶	◎高雄市立凱旋醫院113年12月18日 高市凱醫驗字第89427號濫用藥物 成品檢驗鑑定書（偵卷第34至35 頁） ◎鑑定結果 （1）均檢出：依托咪酯成分 （2）檢驗後毛重105.648公克、13. 266公克、13.536公克
3	依托咪酯菸彈 33顆	◎高雄市立凱旋醫院113年12月18日 高市凱醫驗字第89427號濫用藥物 成品檢驗鑑定書（偵卷第34至35 頁） ◎鑑定結果（送驗2顆，抽出1顆進 行檢驗） （1）檢出：依托咪酯成分 （2）檢驗後毛重5.562公克
4	空分裝瓶 14瓶	供被告預備製造毒品所用之物
5	空菸彈殼(內含32個) 1包	供被告預備製造毒品所用之物
6	愷他命粉末 2包	與本案製造毒品犯行無關
7	電子菸桿 2支	與本案製造毒品犯行無關
8	K盤 3個	與本案製造毒品犯行無關
9	電子秤 1個	與本案製造毒品犯行無關

(續上頁)

01

10	Iphone 13 Pro手機(IMEI : 0000000000000000 , 門號 : 0000000000) 1支	與本案製造毒品犯行無關
11	IPHONE 12手機(IMEI : 0000000000000000) 1支	與本案製造毒品犯行無關
12	新臺幣3萬3,100元	與本案製造毒品犯行無關