臺灣新北地方法院刑事判決

115年度訴字第377號

公　訴　人　臺灣新北地方檢察署檢察官
被　　告　洪偉倫
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000

選任辯護人　王淑琍律師（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53376號、115年度偵字第9496號），本院判決如下：

主　文

洪偉倫犯製造第二級毒品罪，處有期徒刑貳年陸月。

扣案如附表一編號1至4之物均沒收銷燬。

扣案如附表二編號1至3所示之物均沒收。

犯罪事實

一、洪偉倫明知依托咪酯（Etomidate）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，依法不得製造，竟基於製造第二級毒品之犯意，於民國114年10月15日前某時許，在其新北市○○區○○路0段000號2樓住處內，將附表一編號3所示含有第二級毒品依托咪酯成分之菸油，與附表一編號4所示之含有第二級毒品依托咪酯成分之香料，及附表二編號2所示之依托咪酯原料等物，自行調製、加熱混合並摻入香精調味後，復以附表一編號2所示之菸油注入器，將所製成之菸油放入附表二編號1所示之空菸彈殼中，而製成附表一編號1所示依托咪酯菸彈4顆。嗣經警於114年10月15日11時30分許，持本院所核發之搜索票，前往洪偉倫上址住處執行搜索後，當場查獲並扣得附表一編號1至4、附表二編號1至3所示之物，始查悉上情。

二、案經新北市政府警察局板橋分局報告臺灣新北地方檢察署檢

察官偵查起訴。

理　由

壹、證據能力部分：

一、按被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據。另按被告以外之人於審判外之陳述，雖不符合同法第159條之1至第159條之4之規定，然經當事人於審判程序同意作為證據，法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認為適當者，亦得為證據。當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有第159條第1項不得為證據之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項同意，刑事訴訟法第159條第1項、第159條之5分別定有明文。該條立法意旨在於傳聞證據未經當事人之反對詰問予以核實，原則上先予排除，惟若當事人已放棄反對詰問權，於審判程序中表明同意該等傳聞證據可作為證據；或於言詞辯論終結前未聲明異議，基於尊重當事人對傳聞證據之處分權，及證據資料愈豐富，愈有助於真實發見之理念，且強化言詞辯論主義，使訴訟程序得以順暢進行，上開傳聞證據亦均具有證據能力。查本案被告洪偉倫以外之人於審判外之言詞或書面陳述屬傳聞證據部分，檢察官、被告及辯護人於本院審理程序中均表示同意有證據能力（見訴字卷第128頁），且迄於言詞辯論終結前亦未聲明異議，復本院認其作成之情形並無不當情形，經審酌後認為適當，均應認於本案有證據能力。

二、至本案認定事實引用之卷內其餘非供述證據部分，與本案均有關連性，亦無證據證明係實施刑事訴訟程序之公務員以不法方式所取得，依刑事訴訟法第158條之4之反面解釋，當有證據能力，復於本院審理時，提示並告以要旨，使檢察官、被告及辯護人充分表示意見，自得為證據使用。

貳、實體部分：

一、認定犯罪事實所憑證據及認定之理由：

㈠前揭犯罪事實，業據被告於偵查及本院審理時均坦承不諱

（見偵53376卷第106至107頁、訴字卷第136頁），復有新北市政府警察局板橋分局搜索扣押筆錄暨扣押物品目錄表、扣案物照片、內政部警政署刑事警察局114年11月7日刑理字第1146146387號鑑定書、臺北榮民總醫院114年11月24日北榮毒鑑字第AK014號毒品成分鑑定書㈠㈡㈢等件在卷可稽（見偵53376卷第29至32、36至39、64至67頁、偵9496卷第5、6至7頁），並有扣案如附表一編號1至4、附表二編號1至3所示之物為證，足認被告之上開任意性自白與事實相符，堪予採信。

㈡至被告固於本院準備及審理程序中陳稱：扣案如附表一編號1所示依托咪酯菸彈4顆，係向他人所購入，並非其所製作之成品等語（見訴字卷第100、134頁），惟查，其先前業於警詢中明確供稱：扣案如附表一編號1所示依托咪酯菸彈4顆是灌好後我自己要施用的，除了香精、含有第二級毒品依托咪酯成分之菸油，及依托咪酯原料外，其並未再另外添加其他物品等語（見偵53376卷第20頁反面、第23頁）。審酌被告上開警詢供述之時間距離案發時間較近，記憶較為清晰、深刻，且其就調製時添加香精、菸油及原料等細節亦均敘述甚詳，核與現場扣得製毒工具與原料等客觀情狀相符，自當以其於警詢時之上開供述較為正確可信。

㈢綜上所述，本案事證明確，被告犯行堪以認定，應予依法論科。

二、論罪科刑：

㈠法律適用之說明：

1.按行政機關依據委任立法而制定具有填補空白刑法補充規範之法規命令，雖可視為具法律同等之效力，然該法規命令之本身，僅在補充法律構成要件之事實內容，即補充空白刑法之空白事實，並無刑罰之具體規定，究非刑罰法律，該項補充規範之內容，縱有變更或廢止，對其行為時之法律構成要件及處罰之價值判斷，並不生影響，於此，空白刑法補充規範之變更，僅能認係事實變更，不屬於刑罰法律之變更或廢

止之範疇，自無刑法第2條第1項法律變更之比較適用問題，應依行為時空白刑法填補之事實以適用法律（最高法院94年度台上字第771號、97年度台上字第4022號判決意旨可參）。經查，依托咪酯係於113年8月5日經行政院以院臺法字第1131020962號公告增列為第三級毒品，嗣經行政院於113年11月27日以院臺法字第1131031622號公告將依托咪酯改列為第二級毒品，復於115年6月25日以院臺法字第1155013102號公告改列為第一級毒品，並自同年月00日生效，揆諸上開說明，此屬事實變更，並非刑罰法律有所變更，自無新舊法比較適用問題，應依行為時空白刑法填補之事實適用法律，則依托咪酯於被告本案行為時僅屬第二級毒品，尚非第一級毒品，先予敘明。

2.次按毒品危害防制條例所規範之製造行為，係指行為人利用各種原、物料予以加工，製作成具有成癮性、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，所採取之一連串接續加工之舉措，並為使毒品更適於販賣、施用，而於製品初步完成後，復行去蕪存菁之純化、除臭增香之美味化、精益求精（加料、上色）之美觀化、研粉、壓錠、裝囊或固化、液化、軟化、乾燥化、氣化等變形不變質之實用或應用化等進一步之加工作為，均應屬製造行為之一環，為該製造毒品行為所涵攝（最高法院113年度台上字第1823、3487號判決意旨參照）。又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，而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（提煉或萃取）、賦型（壓錠或裝囊）或優化（除臭、增香、添味或著色）等加工過程，以上行為概為「（毒品）製造」之構成要件所涵攝（最高法院11

2年度台上字第1142號判決意旨參照）。再按行為人基於製造毒品之犯意，將含有一種或多種毒品成分粉末與其他非活性成分之輔料（例如果汁粉）依一定比例調和為混合物，或製成片劑、丸劑、膠囊劑、散劑（粉末劑）或溶液劑等劑型，再以各式型態包裝，或偽作為食品、香菸、感冒藥或其他態樣之混合、配製及包裝等一切過程，足生毒品因製造完成而對外擴散之抽象危險者，自應成立製造毒品罪（最高法院112年度台上字第4188號判決意旨參照）。經查，被告將附表一編號3所示含有第二級毒品依托咪酯成分之菸油，與附表一編號4所示之含有第二級毒品依托咪酯成分之香料，及附表二編號2所示之依托咪酯原料等物，自行調製、加熱混合並摻入香精調味，復將所製成之菸油放入附表二編號1所示之空菸彈殼之行為，意在調味即增加適合飲用之味道，業據被告供陳在案（見偵53376卷第106至107頁），顯可達到使含有第二級毒品依托咪酯成分之菸油優化風味、提升口感之效果，亦有增香以除臭、除味之效，而達去苦增甜、便利施用之目的，增加一般大眾施用之可能性，所生危害更大，揆諸前開說明，已該當製造第二級毒品之行為。

㈡是核被告所為，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。

㈢被告製造依托咪酯菸彈前持有依托咪酯菸油等原料之低度行為，為其製造之高度行為所吸收，而其製造後持有依托咪酯菸彈之行為，為製造行為之當然結果，均不另論罪。

㈣刑之減輕事由：

1.按犯第4條至第8條之罪於偵查及歷次審判中均自白者，減輕其刑，毒品危害防制條例第17條第2項定有明文。經查，被告就本案所犯製造第二級毒品罪，於偵查已承認製造毒品行為及本院審判時均自白犯罪，已如前述，爰依毒品危害防制條例第17條第2項規定，減輕其刑。

2.再按刑法第59條規定犯罪之情狀可憫恕者，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，應就犯罪之一切情狀，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），以為判斷。而製造第二級毒品者，雖有問責之必要，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，或有大盤毒梟欲對外販售牟利而大量製造者，亦有僅止於吸毒者供自己施用者，其製毒行為所造成危害社會之程度自屬有異，法律科處此類犯罪，所設之法定最低本刑卻同為「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」，不可謂不重。於此情形，倘依其情狀處以適當徒刑，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。經查，被告本案所製成之毒品數量有限，僅有附表一編號1所示之依托咪酯菸彈4顆，卷內亦無積極證據足證其業已製造大量毒品並廣泛流通市面，所生實質危害相對有限。又本案被告之製程僅係將菸油與香料等原料予以調配、加熱並注入空菸彈殼，手法相對單純，技術與執行門檻非高，與濫用專業知識、大肆設置工廠以製造、散佈毒品予不特定人而牟取暴利之大盤毒梟截然有別。是其主觀惡性及造成毒品大規模擴散之潛在危害顯然較低，犯罪情節尚屬輕微，且被告犯後始終坦承全部犯行，尚有悔意。從而，審酌被告本案製造第二級毒品罪之行為，依偵查及歷次審理中均自白減輕其刑後，倘量以法定最低本刑（有期徒刑5年），與被告前揭犯罪情狀相衡，猶嫌過重，不無情輕法重，在客觀上足以引起一般人之同情，實有堪資憫恕之情，爰就被告之本案犯行，依刑法第59條規定酌量減輕其刑，並依法遞減輕之。

3.辯護人固為被告主張應依刑法第16條但書規定減輕其刑等語（見訴字卷第137頁）。惟按刑法第16條規定：「除有正當

理由而無法避免者外，不得因不知法律而免除刑事責任。但按其情節，得減輕其刑。」依該條之立法理由說明：法律頒布，人民即有知法守法義務，惟如行為人具有違法性錯誤之情形，進而影響法律效力，宜就違法性錯誤之情節，區分不同法律效果，分別予以免除其刑事責任，或視具體情節，減輕其刑。而毒品因具有成癮性、濫用性，應依法律嚴查管制，故不得有任意製造、運輸、販賣、施用或轉讓、持有等非法行為，違反者早有規定之刑事處罰，復為世界多國嚴加查緝、管制之違禁物品，此係一般社會公眾週知之事（最高法院115年度台上字第2146號判決意旨參照）。經查，本案被告於行為時已成年、國中畢業、入監前從事工地業（見訴字卷第102頁），具有一定之智識程度及社會工作經驗，且有施用毒品之前科，此有法院前案紀錄表存卷可考，而依托咪酯早於113年8月5日即經行政院公告列管為第三級毒品，復因該物質嚴重危害社會治安，旋於同年11月27日修正公告調升為第二級毒品，政府對此亦透過大眾媒體及各式管道多方宣導在案，對於依托咪酯係早經管制之毒品，自已有所認識，是其主觀上難認有何欠缺違法性認識而符合上開刑法第16條得予減輕之規定，辯護人此部分主張即非有據。

4.辯護人另為被告主張應依憲法法庭112年度憲判字第13號意旨減輕其刑等語（見訴字卷第115頁），惟憲法法庭112年憲判字第13號判決雖認，毒品危害防制條例第4條第1項所定販賣第一級毒品犯行，立法者基於防制毒品危害之目的，一律以無期徒刑為最低法定刑，固有其政策之考量，惟對諸如無其他犯罪行為，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，致罪責與處罰不相當。於此範圍內，對人民受憲法第8條保障人身自由所為之限制，不符憲法罪刑相當原則，牴觸憲法第23條比例原則，法院審理觸犯販賣第一級毒品之罪而符合前揭情輕法重之個案，除依刑法第59條規定減輕其刑外，另得減輕其刑至2分之1。然按前揭

判決之效力，僅限主文及其主要理由，並僅以宣告適用上違憲之範圍為限，於此之外無從比附援引於其他販賣毒品罪，或單以該判決為據，置刑法第59條所設要件於不顧（最高法院112年度台上字第4683號、第3796號判決意旨參照）。本案被告所犯製造第二級毒品罪，與前開憲法法庭判決所指販賣毒品種類（第一級毒品）不同，自不能比附援引，辯護人此部分主張亦非可採。

㈤爰以行為人之責任為基礎，審酌被告明知依托咪酯為毒品危害防制條例所列管之毒品，具成癮性與高度濫用性，服用後易生依賴性且戒癮不易，嚴重戕害身心健康，竟無視國家杜絕毒品危害之禁令，率爾為本案製造第二級毒品犯行。倘該等毒品流入市面，非但助長毒品氾濫之風，亦對國民健康及公共利益造成潛在危險，且恐易滋生其他犯罪，間接影響社會秩序及國家健全發展，所為實屬不該，應予非難。惟念及被告於偵查中及本院審理時均坦承全部犯行，犯後態度尚屬良好，兼衡其犯罪之動機、目的、手段尚屬單純，且本案製成之依托咪酯菸彈數量僅有4顆、規模非鉅，所生實質危害相對有限，及其前科素行，此有法院前案紀錄表在卷可憑，暨斟酌被告於本院準備程序中自陳國中畢業、入監前從事工地業、無需扶養之人、經濟狀況不佳之智識程度、家庭經濟生活狀況（見訴字卷第102頁）等一切具體情況，量處如主文所示之刑。

三、沒收：

㈠按查獲之第一、二級毒品，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。經查，扣案如附表一編號1、3、4所示之依托咪酯菸彈、菸油、香料，分別檢出含有第二級毒品依托咪酯成分乙節，有如附表一鑑定報告及卷頁欄編號1、3、4所示鑑定書附卷可憑，核均屬違禁物無訛，且分別係用以本案製造毒品之原料及所製成之成品，業經本院認定如前，自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。另用以盛裝上

開第二級毒品之容器，及附表一編號2所示之菸油注入器（鑑定結果詳如附表一編號2所示），因其上殘留之毒品難以析離，且無析離之實益與必要，均應視同毒品，併予宣告沒收銷燬。至經送鑑定機關取樣鑑驗部分，既已鑑析用罄滅失，自無庸為沒收銷燬之諭知，附此敘明。

㈡按犯本條例第4條之罪者，其供犯罪所用之物，不問屬於犯罪行為人與否，均沒收之，毒品危害防制條例第19條第1項定有明文。扣案如附表二編號1至3所示之空菸彈殼、空菸彈殼軟墊及依托咪酯原料，均係供被告為本案製造第二級毒品犯行所用之物，業據被告於本院準備程序中供述明確（見訴字卷第101頁），爰均依毒品危害防制條例第19條第1項規定，併予宣告沒收。

㈢至本案其餘扣案物（即附表一編號5至7、附表二編號4至16所示之物），被告於本院準備程序中否認該等物品與本案犯行相關（見訴字卷第99至101頁），卷內復查無積極證據足證該等扣案物與本案犯行有何關聯，爰均不於本案中宣告沒收，併予敘明。

據上論斷，應依刑事訴訟法第299條第1項前段，判決如主文。

本案經檢察官張維貞提起公訴，檢察官許智鈞到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　7　　月　　16　　日

刑事第二十一庭　審判長法　官　王國耀

法　官　沈婷勻

法　官　呂子平

上列正本證明與原本無異。

如不服本判決，應於判決送達後20日內敘明上訴理由，向本院提出上訴狀（應附繕本），上訴於臺灣高等法院。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「切勿逕送上級法院」。

書記官　陳映孜

中　　華　　民　　國　　115　　年　　7　　月　　23　　日

附錄本案論罪科刑法條：

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。

附表一（扣案毒品）：

編號	物品名稱及數量	所有人	鑑定結果	鑑定報告及卷頁
1	成品菸彈4顆（見偵53376卷第65頁）	洪偉倫	⑴菸彈內含菸油2顆（鑑驗編號AK014-04），毛重11.0030公克（含1個塑膠袋重），驗餘毛重10.9550公克，檢出第二級毒品依托咪酯成分。 ⑵菸彈2顆，自鑑驗編號AK014-04取出（鑑驗編號AK014-05），毛重9.1213公克，使用乙醇溶液沖洗後，以洗滌液進行鑑驗分析，檢出第二級毒品依托咪酯成分。	臺北榮民總醫院114年11月24日北榮毒鑑字第AK014號毒品成分鑑定書(二)（見偵9496卷第6頁反面）
2	菸油注入器2個（見偵53376卷第64頁反面）		菸油注入器2個（鑑驗編號AK014-03），使用乙醇溶液沖洗後，以洗滌液進行鑑驗分析，檢出第二級毒品依托咪酯成分。	臺北榮民總醫院114年11月24日北榮毒鑑字第AK014號毒品成分鑑定書(一)（見偵9496卷第6頁）
3	依托咪酯菸油1瓶（見偵53376卷第65反面、66頁）		分裝送驗依托咪酯菸油2瓶（編號B1、B2），經檢視均為透明液體，驗前淨重65.91公克、20.17公克，驗餘淨重65.57公克、19.81公克，檢出微量第二級毒品依托咪酯成分。	內政部警政署刑事警察局114年11月7日刑理字第1146146387號鑑定書（見偵9496卷第5頁）
4	依托咪酯香料2瓶（見偵53376卷第64頁反面）		依托咪酯菸油2瓶（編號C1、C2），經檢視均為透明液體，驗前淨重41.69公克、27.14公克，驗餘淨重41.3	內政部警政署刑事警察局114年11月7日刑理字第1146146387號鑑定書（見偵9496卷第5頁反面）

			1公克、26.72公克，檢出微量第二級毒品依托咪酯成分。	
5	毒品殘渣袋6個（見偵53376卷第66頁反面）		殘渣袋6個（鑑驗編號AK014-06），使用乙醇溶液沖洗後，以洗滌液進行鑑驗分析，檢出第二級毒品依托咪酯、甲基安非他命成分。	臺北榮民總醫院114年11月24日北榮毒鑑字第AK014號毒品成分鑑定書(二)（見偵9496卷第6頁反面）
6	玻璃球3顆（見偵53376卷第64頁）		玻璃球3顆（鑑驗編號AK014-01），使用乙醇溶液沖洗後，以洗滌液進行鑑驗分析，檢出第二級毒品甲基安非他命、安非他命成分。	臺北榮民總醫院114年11月24日北榮毒鑑字第AK014號毒品成分鑑定書(一)（見偵9496卷第6頁）
7	安非他命吸食器1組（見偵53376卷第65頁）		吸食器1組（鑑驗編號AK014-02），使用乙醇溶液沖洗後，以洗滌液進行鑑驗分析，檢出第二級毒品甲基安非他命、安非他命成分。	臺北榮民總醫院114年11月24日北榮毒鑑字第AK014號毒品成分鑑定書(一)（見偵9496卷第6頁）

附表二（其餘扣案物）：

編號	物品名稱及數量	所有人	備註
1	空菸彈殼1批	洪偉倫	（見偵53376卷第64頁）
2	依托咪酯原料1瓶		透明液體1罐（編號A1），驗前淨重113.79公克，驗餘淨重113.43公克，未檢出第二級毒品依托咪酯成分（見內政部警政署刑事警察局114年11月7日刑理字第1146146387號鑑定書附於偵9496卷第5頁，照片則附於偵53376卷第65頁反面）
3	空菸彈殼軟墊1批		（見偵53376卷第66頁反面）
4	ROG Phone 6D手機1支		IMEI：000000000000000 （見偵53376卷第67頁）
5	槍管2支		（見偵53376卷第58頁反面）
6	槍枝零件2箱		（見偵53376卷第57反面、58頁）
7	改槍工具1箱		（見偵53376卷第57頁）
8	打磨工具3支		（見偵53376卷第58頁反面）
9	砂輪機1組		（見偵53376卷第59頁）
10	火藥1捆		（見偵53376卷第59頁反面）
11	模擬槍1把（含彈匣子彈3顆）		（見偵53376卷第60頁）
12	空氣手槍1把		（見偵53376卷第60頁）
13	空彈殼7顆（已擊發，含彈頭1顆）		（見偵53376卷第60頁反面）
14	空氣槍1把（含彈匣）		（見偵53376卷第60頁反面）
15	半金屬手槍1把		（見偵53376卷第61頁）
16	空氣槍彈匣1個		（見偵53376卷第61頁）