臺灣新北地方法院刑事判決

115年度訴字第545號

公　訴　人　臺灣新北地方檢察署檢察官

被　　告　李後毅

000000000000000000

000000000000000000

000000000000000000

000000000000000000

000000000000000000

選任辯護人　陳觀民律師（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52529號、第52530號），本院判決如下：

主　文

李後毅犯製造第二級毒品罪，處有期徒刑貳年拾月。扣案如附表編號1、3、4、6、12所示之物，均沒收銷燬；扣案如附表編號2、5、7、11、13至16所示之物，均沒收。

犯罪事實

一、李後毅明知依托咪酯屬毒品危害防制條例第2條第2項第2款（起訴書誤載為第3項第3款）所規定之第二級毒品，不得非法製造，竟基於製造第二級毒品之犯意，於民國114年2月24日至同年月28日間，在新北市○○區○○路000巷00弄0號住處，將含有依托咪酯成分之菸油，以丙二醇、丙三醇稀釋並加入香料混合調味後隔水加熱，再以分裝瓶吸出後，填入空菸彈殼內，以此方式製造含上開第二級毒品成分之菸彈。嗣於同年3月3日下午2時15分許，為警持臺灣桃園地方法院核發之搜索票前往上址住處執行搜索，當場扣得如附表所示之物，而查悉上情。

二、案經桃園市政府警察局八德分局報告臺灣桃園地方檢察署陳請臺灣高等檢察署檢察長移轉臺灣新北地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

一、證據能力：

㈠按被告以外之人於審判外之陳述，雖不符刑事訴訟法第159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，視為有前項之同意，刑事訴訟法第159條之5定有明文。經查，本院以下所引用被告以外之人於審判外之陳述，被告李後毅及其辯護人對本院提示之卷證，表示對證據能力沒有意見（見本院卷第65頁），且迄至言詞辯論終結前亦未再聲明異議（見審理筆錄第4至5頁），本院審酌上開證據資料製作時之情況，尚無違法不當或證明力明顯過低之瑕疵，亦認以之作為證據，應屬適當，揆諸上開規定，自均有證據能力。

㈡本判決所引用之非供述證據，並無證據證明係公務員違背法令程序所取得，亦無顯有不可信之情況，且經本院於審理期日為合法調查，依刑事訴訟法第158條之4之反面解釋，該等證據自得作為本案裁判之資料。

二、認定犯罪事實所憑證據及理由：

㈠訊據被告於本院準備程序及審理中對於上開犯罪事實坦承不諱（見本院卷第64頁、審理筆錄第6頁），復有被告於警詢、偵查中之供述、自白在卷可稽（見臺灣桃園地方檢察署114年度他字第1018號卷【下稱他卷】第189至199、203至206頁），且有桃園市政府警察局八德分局搜索、扣押筆錄及扣押物品目錄表、現場照片及台灣尖端先進生技醫藥股份有限公司114年3月7日毒品證物檢驗報告可資佐證（見臺灣桃園地方檢察署114年度偵字第13596號卷第43至50、73至85頁、同署114年度偵字第40728號卷第55至59頁），足認被告前揭自白核與事實相符，堪可採信。

㈡至公訴意旨雖認被告就上揭犯行，構成毒品危害防制條例第9條第3項、第4條第2項之製造第二級毒品而混合二種以上毒

品罪嫌。惟查，被告製作本案菸彈所使用之原料、器具，雖部分檢出美托咪酯、異丙帕酯成分，然被告於警詢、偵查均供稱：我是購入液態狀態的依托咪酯製作菸彈，有沒有加其他東西我不知道等語，於本院審理中更供稱：我並不知道有殘存兩種以上毒品成分等語，復佐以本案扣案電子菸彈抽驗結果，亦僅檢出依托咪酯、愷他命成分，此有上揭毒品證物檢驗報告存卷可查，是本案並無事證顯示被告有分別購買不同毒品再加以混合，客觀上不能排除被告所購買之原料及所使用之器具原已含有異丙帕酯、美托咪酯或愷他命成分或交互污染之可能性，尚不能逕認被告有混合二種以上毒品之行為，亦難認被告主觀上知悉其所使用之原料已混合數種毒品成分，即不能逕認被告主觀上有混合2種以上毒品而製作菸彈之犯意。是公訴意旨認本案被告所為構成毒品危害防制條例第9條第3項、第4條第2項之製造第二級毒品而混合二種以上毒品罪嫌等語，尚難為本院所採取，併此敘明。

㈢綜上所述，本案事證明確，被告上揭犯行，洵堪認定，應予依法論科。

三、論罪科刑：

㈠按行政院公告修正「毒品之分級及品項」部分分級及品項，性質上屬於事實變更，而非刑罰法律有所變更，其效力僅及於公告修正後之行為，並無溯及既往之效力，自不生刑法第2條第1項新舊法比較適用之問題。查被告行為時，依托咪酯屬毒品危害防制條例所列管之第二級毒品，嗣被告行為後，行政院公告修正「毒品之分級及品項」，將依托咪酯改列第一級毒品，並自000年0月00日生效。揆諸前揭說明，本件自應逕適用被告行為時之規定論處。

㈡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。被告因製造而持有第二級毒品之行為，為製造之高度行為吸收，不另論罪。又起訴意旨認被告係犯製造第二級毒品而混合二種以上毒品罪，容有誤會，已如前述，惟起訴之基本社會事實同一，且已經當事人實質辯論（見審理筆

錄第7頁），對被告刑事辯護防禦權不生不利影響，爰依法變更起訴法條。

㈢被告於114年2月24日至同年月28日期間製造毒品之行為，係於密切接近之時間實施，且係侵害同一之法益，各行為之獨立性極為薄弱，依一般社會健全觀念，在時間差距上，難以強行分開，在主觀上顯係基於一貫之犯意，接續施行，應認係屬接續犯，而為包括之一罪。

㈣刑之加重、減輕事由：

1.被告前因販賣、施用第二級毒品案件，經本院以105年度訴緝字第27號判決處有期徒刑1年10月、3月確定，並與他案經本院以105年度聲字第3379號裁定合併定應執行刑為有期徒刑5年4月確定，刑期起算日期為104年12月31日，嗣於108年8月20日縮短刑期假釋出監付保護管束，於110年4月28日保護管束期滿未經撤銷，視為執行完畢之情，有法院被告前案紀錄表可參。被告於受有期徒刑執行完畢後，5年以內故意再犯本案有期徒刑以上之罪，為累犯。審酌被告構成累犯之上開案件所示販賣、施用第二級毒品罪，與本案所犯製造第二級毒品罪之罪質相異，犯罪手段、動機亦屬有別，難認本案犯行具有特別惡性，亦不足認其有對刑罰反應力薄弱之情。徵諸被告本案犯行之具體犯罪情節，於其所犯製造第二級毒品罪之法定刑度範圍內，審酌各項量刑事由後，已足以充分評價被告所應負擔罪責，尚無加重必要，爰裁量不予加重其刑，以符罪刑相當原則及比例原則。

2.有關毒品危害防制條例第17條第2項之減刑事由：

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判中均自白者，減輕其刑，為毒品危害防制條例第17條第2項所明文。查被告就本案製造第二級毒品犯行於偵查及本院審理中均自白坦承犯行，業如前述，應依毒品危害防制條例第17條第2項規定，減輕其刑。

3.有關毒品危害防制條例第17條第1項之減免事由：

按犯毒品危害防制條例第4條至第8條、第10條或第11條之

罪，供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑，為同條例第17條第1項所明定。所稱「供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者」，係指犯罪行為人供出毒品來源之對向性正犯，或與其具有共同正犯、共犯（教唆犯、幫助犯）關係之毒品由來之人之相關資料，諸如其前手或共同正犯、共犯之姓名、年籍、住居所或其他足資辨別之特徵等項，使調查或偵查犯罪之公務員得據以對之發動調查或偵查程序，並因此而確實查獲其人、其犯行者，始屬該當（最高法院108 年度台上字第4416號判決論旨參照）。經查：被告於警詢、偵查中固供稱：扣案之依托咪酯係於114年2月26或27日下午11時許，在其住處向吳申輔購買100ML之依托咪酯原油等語。惟其亦陳稱：當天是吳申輔直接來我家敲門問我是否要拿依托咪酯，交易過程並未有任何人見聞知悉，也無任何證據可以提供等語，被告嗣於偵訊中雖供陳其住處外有監視器可以調閱，然縱令屬實，亦僅能證明吳申輔有前往被告住處之事實，且吳申輔之前科紀錄表未具有因販賣第二級毒品與被告而遭起訴之情形，是本案未有因被告之供述而查獲毒品上游、其他正犯或共犯之情事，自堪認定。辯護意旨主張本件有毒品危害防制條例第17條第1項規定減輕或免除其刑之適用，難認可採。

4.按犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，得酌量減輕其刑，刑法第59條定有明文。而刑法第59條所謂「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人之同情，以及宣告法定最低度刑，是否猶嫌過重等等），以為判斷。若有情輕法重之情形者，裁判時本有刑法第59條酌量減輕其刑規定之適用，此觀司法院釋字第263號解釋意旨所示之精神即明。從而其「情輕法重」者，縱非客觀上足以引起一般同情，惟經參酌該號解釋

並考量其犯罪情狀及結果，適用刑法第59條之規定酌減其刑，應無悖於社會防衛之刑法機能（最高法院81年度台上字第865號判決要旨可資參照）。查：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，或有大量製造供販賣者，亦有中、小量製造供己施用之分，其製造行為所造成危害社會之程度自屬有異，惟法律科處此類犯罪，所設之法定最低本刑卻屬相同，不可謂不重。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。審酌被告製造本案第二級毒品之數量非鉅，而被告於偵查及本院審理時均已坦承犯行，犯罪情節尚非至惡重大，從被告之犯案情節觀之，經適用毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑後，依被告犯罪之具體情狀及行為背景觀之，確屬情輕法重，客觀上足以引起社會一般人之同情，縱宣告法定最低度之刑猶嫌過重，是爰依刑法第59條規定，就被告本案製造第二級毒品犯行，酌量減輕其刑，並依法遞減之。

㈣爰以行為人責任為基礎，審酌被告明知毒品對於身心之危害，竟無視國家杜絕毒品之禁令，而製造第二級毒品，自應予以相當之非難，並考量被告犯後坦承犯行，兼衡被告犯罪之動機、手段、目的、素行，及被告自述國中畢業之智識程度、務工、月收約新臺幣4萬元，需扶養3名子女之生活狀況（均被告於本院審理時自陳）等一切情狀，量處如主文所示之刑。

四、沒收：

㈠扣案如附表編號1、3、4、6、12所示之物，含有如附表「鑑定結果」欄所示之第二級毒品成分，又盛裝上揭毒品之容器，以現今所採行之鑑驗方式，其內仍會殘留微量毒品，無法將之完全析離，亦屬毒品危害防制條例第2條第2項第2款所稱第二級毒品，爰一併依毒品危害防制條例第18條第1項前段規定沒收銷燬。

㈡扣案如附表編號2、5、7、11、13至16所示之物，係被告所有供本案犯罪所用之物，業據被告於本院審理中供承明確，應依毒品危害防制條例第19條第1項規定宣告沒收。

㈢至如附表編號10所示百香果水性香精，被告供稱：其並未使用過等語（見他卷第192頁），其餘扣案物品，亦乏證據與本案製造第二級毒品之犯罪行為有何直接關連，故不於本案宣告沒收，併此敘明。

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。

本案經檢察官王文咨提起公訴，檢察官彭聖斐、鍾子萱到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　22　　日

刑事第一庭　審判長法　官　王綽光

法　官　楊展庚

法　官　祝少廷

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　王志成

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　22　　日

附表：

編號	扣案物品	數量	鑑定結果	重量
1	棕色液體（紅瓶）	1瓶	檢出美托咪酯、異丙帕酯、丙帕酯成分（丙帕酯於被告行為時非毒品危害	毛重112.36公克

	分析編號DAD0539		防制條例列管之毒品，於114年5月16日改列為第二級毒品，嗣於115年6月27日改列為第一級毒品）	
2	液體（丙二醇） 分析編號DAD0541	1瓶	未驗出毒品成分	毛重444.68公克
3	液體(甘油） 分析編號DAD0540	1瓶	檢出依托咪酯、異丙帕酯成分	毛重901.04公克
4	量杯	4個	取其中1個檢驗，檢出美托咪酯、依托咪酯及異丙帕酯成分。	
5	電動攪拌器	1支		
6	黃色液體(覆盆莓香料） 分析編號DAD0543	1瓶	檢出美托咪酯、依托咪酯、異丙帕酯成分	毛重36.32公克
7	刮棒	1支		
8	電子菸主機	3支		
9	帳本	1本		
10	液體(百香果水性香精） 分析編號DAD0544	1瓶	未驗出毒品成分	毛重55.79公克
11	電磁爐	1臺		
12	電子菸菸彈 分析編號DAD0545	4顆	取其中1顆檢驗，檢驗出依托咪酯、愷他命成分	毛重18.46公克
13	分裝瓶	1瓶		
14	電子磅秤	1臺		

15	調味鍋	1個		
16	空菸彈殼	3顆		
17	玻璃球吸食器	1組		
18	白色粉末 分析編號DAD0546	1包	未驗出毒品成分。	毛重1.67公克

附錄論罪科刑法條：

毒品危害防制條例第4條第2項

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1,500萬元以下罰金。