臺灣臺中地方法院刑事判決

115年度訴字第185號

公　訴　人　臺灣臺中地方檢察署檢察官
被　　告　李禎祥
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000
選任辯護人　陳建三律師（法扶律師，已解除委任）
洪紹穎律師
洪紹倫律師

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52349號），本院判決如下：

主　文

李禎祥犯製造第二級毒品罪，處有期徒刑貳年捌月。扣案如附表編號9至13所示之物均沒收，如附表編號3至4所示之第二級毒品均沒收銷燬。

犯罪事實

一、李禎祥明知依托咪酯經行政院公告屬毒品危害防制條例第2條第2項第2款所定之第二級毒品，未經許可不得持有、製造，竟基於製造第二級毒品之犯意，於民國114年10月8日20時許，在其位於臺中市○○區○○路0段○○巷0○0號之居處，將含有依托咪酯成分之煙油、甘油以針油瓶倒入空煙彈殼後，再蓋上煙彈底座之方式，製造含有依托咪酯成分之煙彈3顆。嗣經警於114年10月8日21時許，在臺中市○區○○○街00號前攔查李禎祥駕駛之車牌號碼000-0000號自用小客車，扣得如附表所示之物，始查悉上情。

二、案經臺中市政府警察局第二分局報告臺灣臺中地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

壹、證據能力部分

本案判決以下引用之非供述證據，被告李禎祥、辯護人及公

訴人於本院審理時，均表示同意有證據能力，且經本院於審理時依法踐行調查證據程序，與本案待證事實具有自然之關聯性，且無證據證明係公務員違法取得之物，依刑事訴訟法第158條之4規定反面解釋，自得作為證據。

貳、實體部分

一、認定犯罪事實所憑之證據及理由：

㈠被告於前開時間、地點，將含有依托咪酯成分之煙油、甘油以針油瓶倒入空煙彈殼後，再蓋上煙彈底座之方式，製造含有依托咪酯成分之煙彈3顆等客觀事實，業據被告於本院準備程序、審理時坦承不諱，並有附件所示之證據在卷可稽，復有如附表編號3、4、9至14所示之物扣案可資佐證，是被告上揭任意性自白確與事實相符，應堪採信。

㈡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112年度台上字第1142號判決意旨參照）。次按毒品危害防制條例第4條所稱之「製造」毒品罪，不僅直接將毒品原、物料提煉製成毒品外，並包括以改變毒品成分及效用為目的之非法加工、提煉、配置等行為（如以毒品以外之物為原料，提製成毒品、將毒品精煉，或使用化學或其他方法將一種毒品製成另一種毒品等）。若單純以「物理方式」將各種毒品拼裝成另一種毒品，或改變毒品使用方法（如將毒品混合、於加工過程中分裝毒品，或為方便毒品者施用所為之改變毒品型態等），除應視行為人之主觀犯意外，倘其行為本身已變更毒品之效果或使用方法，

於過程中已造成對社會秩序或人體健康潛在威脅者，自應成立「製造」毒品罪（最高法院110年度台上字第521號判決意旨參照）。再按毒品危害防制條例第4條所謂「製造」，包括狹義之製造及精製、製劑等行為態樣。其中所謂「狹義之製造」，係指將先驅原料經由化學作用而製成毒品、或將既有毒品經由化學作用而製成另一種毒品；所謂「精製」，係指經由化學作用將毒品中雜質去除；又所謂「製劑」，則是將原本毒品之存在型態藉由化學或物理作用轉為易於施用之型態（研粉、壓錠、裝囊、溶液化、結晶化）、或將數種毒品混合以提高其功效。故製造行為並非僅有將先驅原料經由化學作用而製成毒品一種態樣，倘以前述精製、製劑為製造方法者，縱原料中含有所欲製造之毒品成分，亦無礙於製造行為之成立。而行為人倘已著手於前述狹義之製造、精製或製劑之行為，並已實現其目的者，即屬製造毒品既遂，至所製造之毒品是否已達可供施用或販賣之程度，則非所問（最高法院114年度台上字第2504號判決意旨參照）。被告於偵查中供稱：查扣的甘油我用來加在依托咪酯煙油裡面施用，扣到的依托咪酯煙彈3顆已經有加過甘油了，添加甘油的目的是比較好施用，不會那麼強等語(見偵卷第137、138頁)，於本院審理中供稱：扣案的依托咪酯煙彈3顆，是我自己將甘油與向「六六大順」購買的依托咪酯煙油一起加入空煙彈殼中，我就是加一點、加一點，到微笑線上為止，之後就自己施用，加甘油是因為我自己覺得依托咪酯太辣，因為我要開貨車，不能直接吸，直接吸會太重，不能控制自己等語(見本院卷第264、268頁)，並有扣案如附表編號3、4、9、10、12、13所示之物可佐，足認依托咪酯之原料若直接施用藥效恐過於強烈，加入甘油目的是為了稀釋藥效，而增加適口性，藉以達改善依托咪酯外顯特性、感官體驗功效之功能，更能便利於施用，而增加一般人得以施用之可能性，所生危害更大，是揆諸前述實務見解，被告之犯行係毒品優化之加工行為，縱依托咪酯煙油之原料中，本就含有所欲製造

毒品之成分，仍屬毒品製造之行為態樣，堪認被告確有於上揭時間、地點製造第二級毒品依托咪酯煙彈之行為無訛。本件辯護人為被告主張：被告所購入的依托咪酯煙油本身可以直接施用，被告嗣後將甘油與煙油注入空煙彈中，未再加入其他香料、原料，這樣是否能視為製造仍有疑義等語，並非可採。

㈢從而，本案事證明確，被告上開犯行，堪以認定，應予依法論科。

二、論罪科刑

㈠按依托咪酯係於113年11月27日公告列為第二級毒品，被告行為後，依托咪酯雖於115年6月25日經行政院以院臺法字第1155013102號公告為第一級毒品，並自000年0月00日生效，然此屬事實變更，並非刑罰法律有所變更，不生新舊法比較問題，應依行為時空白刑法填補之事實適用法律（最高法院113年度台非字第168號判決意旨參照）。則被告本案行為時，依托咪酯係屬毒品危害防制條例第2條第2項第2款所規定之第二級毒品，先予敘明。

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。被告製造依托咪酯煙彈前持有依托咪酯煙油之低度行為，為其製造之高度行為所吸收，而其製造後持有依托咪酯煙彈之行為，為製造行為之當然結果，均不另論罪。

㈢被告前因違反毒品危害防制條例案件，經本院以102年度訴字第580判處有期徒刑7年2月，嗣分別經臺灣高等法院臺中分院以102年度上訴字第1269號、最高法院以103年度台上字第738號駁回上訴確定（第1罪）；因違反毒品危害防制條例案件，經本院以103年度簡字第2號判處有期徒刑5月確定（第2罪）；因違反毒品危害防制條例案件，經本院以103年度中簡字第720號判處有期徒刑5月確定（第3罪）；嗣第2、3罪，經本院以103年度聲字第2708號裁定應執行有期徒刑9月確定，上開第1至3罪接續執行，於108年3月27日假釋出監付保護管束，嗣因假釋遭撤銷而入監執行殘刑，於111年10

月31日執行完畢等情，有法院前案紀錄表可查（見本院卷第15至29頁），被告於執行完畢後5年內，故意再犯本件有期徒刑以上之罪，為累犯，檢察官並提出被告之全國刑案資料查註表、全國施用毒品案件紀錄表、執行案件資料表、完整矯正簡表、本院103年度聲字第2708號刑事裁定、本院103年度簡字第2號刑事簡易判決、本院103年度中簡字第720號刑事簡易判決、最高法院103年度台上字第738號刑事判決（見本院卷第129至161頁），則檢察官已就被告「構成累犯並應加重其刑之事項」為具體主張並說明其理由，而盡其實質舉證責任，考量本案與前案均為違反毒品危害防制條例案件，足見前案之徒刑執行無成效，被告對於刑罰之反應力顯然薄弱，可非難性較一般偶發犯罪之人為高，有再延長其矯正期間，以助其重返社會之必要，爰依司法院釋字第775號解釋意旨及刑法第47條第1項之規定加重其刑。

㈣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項規定定有明文。次按所謂自白，係指被告或犯罪嫌疑人對自己之犯罪事實全部或主要部分為肯定供述之意（最高法院113年度台上字第4937號判決意旨參照）。再按所謂於偵查及歷次審判中均自白，係指被告對於自己所為已經構成犯罪要件之事實，在偵查及歷次審判中向有偵查、審判犯罪職權之公務員坦白陳述而言，至於對該當於犯罪構成要件事實在法律上之評價，或對阻卻責任或阻卻違法之事由，有所主張或辯解，乃辯護權之行使，仍不失為自白，且自白著重在使過去之犯罪事實再現，與該事實應受如何之法律評價，係屬二事（最高法院107年度台上字第2237號、108年度台上字第1387號刑事判決意旨參照）。經查，被告於警詢、偵查及本院審理中對於將依托咪酯煙油，加入甘油混合後填充入空彈殼內之行為均供述甚詳（見偵卷第45、138頁、本院卷第268頁），堪認已對製造第二級毒品犯罪構成要件之客觀事實，向有偵查、審判犯罪職權之公務員坦白陳述，其雖於偵查與本院審理中辯稱：

我沒有製造的意思，我只是加進去比較好施用等語，惟被告此等辯詞，僅係在法律評價上否認應成立製造第二級毒品罪而已，乃其辯護權之行使，仍無礙其在偵查及本院審理中已就製造第二級毒品之犯罪事實為自白之認定。是被告於偵查及本院審理中所述，已就犯罪事實全部為肯定供述，應寬認其已於偵查及本院審理中就本案犯行自白，爰依毒品危害防制條例第17條第2項予以減輕其刑。

㈤按犯第4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，毒品危害防制條例第17條第1項規定定有明文。被告於警詢中供稱本案依托咪酯煙油係向「六六大順」所購買，並表示：我不願意指認、配合誘捕「六六大順」，因為我不想害對方等語（見偵卷第45至47頁），是難認有因被告之供述而查獲其他正犯或共犯之情事，自無從適用上開規定減輕其刑。

㈥按刑法第59條所謂「犯罪之情狀顯可憫恕」，必於審酌一切犯罪情狀，在客觀上顯然足以引起一般同情，認為縱宣告法定最低刑度猶嫌過重者，始有其適用。此所謂法定最低度刑，固包括法定最低本刑；惟遇有其他法定減輕之事由者，則指適用其他法定減輕事由減輕其刑後之最低度刑而言。倘被告別有法定減輕事由者，應先適用法定減輕事由減輕其刑後，猶認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過重者，始得適用刑法第59條規定酌量減輕其刑（最高法院100年度台上字第744號判決意旨參照）。經查，本件被告係在居處裝填煙彈供己施用，囿於場地及設備之限制，規模實屬有限，且扣案之依托咪酯煙油、依托咪酯煙彈、甘油、空煙彈殼與底座，均零星包裝於夾鏈袋內，有扣案物品照片可查（見偵卷第73頁、本院卷第271至275頁），數量非鉅，顯與大規模機械生產、製造之情形難以比擬，且被告復稱製造依托咪酯煙彈僅係自行施用，惡性並非重大，亦無證據證明被告所為已生毒品對外蔓延之結果，犯罪所生危害有限，復考量本件經毒品危害防制條例第17條第2項之

減輕事由之適用後，倘科以最低刑度，仍嫌過苛，而有情輕法重之情，爰再依刑法第59條之規定酌減其刑。

㈦被告所犯同時有上開一種加重事由及二種減輕事由，依刑法第70條、第71條第1項先加重後遞減輕之。

㈧爰以行為人之責任為基礎，審酌被告明知依托咪酯係列管毒品，具有高度成癮性，戕害國人身心健康，危害社會秩序，向為國法所厲禁，猶無視國家杜絕毒品犯罪之禁令而製造毒品，助長毒品散布，危害社會治安及國民健康甚鉅。惟考量被告犯後坦承犯行，態度尚可；酌以其犯罪動機、目的，本案所為製造第二級毒品行為次數為1次、毒品數量為3顆之犯罪情節，兼衡被告製造後僅供己施用，而未於市面上流通，致生危害之程度較低；及被告曾因販賣第二級毒品、施用毒品經法院論罪科刑之前科素行（見本院卷第15至29頁，累犯部分不重複評價），與其自述之智識程度、經濟生活狀況（見本院卷第266頁）等一切情狀，量處如主文所示之刑。

三、沒收

㈠按查獲之第一級、第二級毒品及專供製造或施用第一級、第二級毒品之器具，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項前段規定定有明文。扣案如附表編號3、4所示之物，經送鑑定結果，抽驗檢出含有第二級毒品依托咪酯成分，有欣生生物科技股份有限公司成分鑑定報告書在卷可查（偵卷第145、147頁），均堪認為查獲之第二級毒品無訛，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，因與其內所殘留之毒品難以析離，且無析離之實益與必要，應視同為第二級毒品整體，一併諭知沒收銷燬。至鑑驗所耗損之部分既已滅失，均無庸再予宣告沒收銷燬，附此敘明。

㈡按犯第四條至第九條、第十二條、第十三條或第十四條第一項、第二項之罪者，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。扣案如附表編號9至13所示之物，為被告本案犯行所用

之物，業據其於本院準備程序中供承明確（本院卷第222頁），爰均依毒品危害防制條例第19條第1項規定，宣告沒收。

㈢按案內扣押之贓證物品，縱屬違禁物，既與判決所認定之犯罪無關，即不能於該犯罪諭知之主刑項下，併予宣告沒收無關之違禁物（最高法院97年度台非字第582號判決意旨參照）。經查，檢察官已於起訴書載明「被告涉嫌施用及持有第二級毒品及第三級毒品之部分，另由警偵辦」、「被告遭扣案如附表1、2、5至8之物，與被告涉嫌施用、持有毒品之犯行有關，此部分另由警方報告本署偵辦，故此部分沒收聲請應於該案件中處理，爰不於本案中聲請沒收」等語，而扣案如附表編號1、2、6、7所示之物，經送驗結果，固檢出附表「成分及備註欄」所示之毒品成分，然並無證據證明該等毒品與被告本案犯行相關，且被告涉嫌施用、持有該等毒品部分業經另案偵辦中，為免影響他案之偵查、審理，不於本案宣告沒收銷燬。至於扣案如附表編號5、8所示之物，並非違禁物，復查無其他積極證據足以證明與被告本案犯行相關，爰不予宣告沒收。

據上論斷，應依刑事訴訟法第299條第1項前段，判決如主文。

本案經檢察官張聖傳、鐘曼綾提起公訴，檢察官陳永豐到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　23　　日

刑事第十一庭　審判長法　官　簡芳潔

法　官　詹雅婷

法　官　方　苣

以上正本證明與原本無異。

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，並應敘述具體理由；其未敘述上訴之理由者，應於上訴期間屆滿後20日內向本院補提理由書（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

書記官　許瑞萍

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　23　　日

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、製造第二級毒品者，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。

附表：

編號	扣案物名稱與數量	成分及備註	處理方式
1	白色結晶4包、褐色結晶1包	1、A1、A2、A4、A5為白色結晶4包，取1包檢驗，檢出第二級毒品甲基安非他命成分，驗餘淨重12.6361公克。 2、A3為褐色結晶1包，檢出第二級毒品N-N-二甲基安非他命、甲基安非他命、安非他命成分，驗餘淨重0.3730公克。 3、欣生生物科技股份有限公司114年11月7日欣毒性5A15D058號成分鑑定報告書（偵卷第145頁）。 4、115年度安保字第473號編號1。	不予沒收
2	大麻電子煙彈1顆	1、檢出第二級毒品四氫大麻酚、甲基安非他命成分、第三級毒品四氫大麻丙酚、愷他命成分。 2、欣生生物科技股份有限公司114年11月7日欣毒性5A15D058號成分鑑定報告書（偵卷第145頁）。 3、115年度毒保字第121號編號1。	不予沒收
3	依托咪酯電子煙彈3顆	1、送驗3顆，取1顆檢驗，檢出第二級毒品依托咪酯成分。 2、欣生生物科技股份有限公司114年11月7日欣毒性5A15D058號成分鑑定報告書（偵卷第145頁）。 3、115年度安保字第473號編號2。	沒收銷燬
4	依托咪酯煙油1罐	1、檢出第二級毒品依托咪酯成分，驗餘淨重3.4941公克。 2、欣生生物科技股份有限公司114年11月7日欣毒性5A15D058號成分鑑定報告書（偵卷第147頁）。 3、115年度安保字第473號編號3。	沒收銷燬

5	玻璃球1支	115年度保管字第2120號編號1	不予沒收
6	戰神賽特包裝毒咖啡包9包（內含橙色粉末）	1、送驗9包，推估總淨重11.2295公克，取未開封1包檢驗，檢出第三級毒品4-甲基甲基卡西酮成分，純度14.9%，純質淨重1.673公克。 2、欣生生物科技股份有限公司114年11月7日欣毒性5A15D058號成分鑑定報告書、114年11月20日欣毒量5A15D058號純度鑑定報告書（偵卷第147、149頁）。	不予沒收
7	梅錠1顆	1、檢出第三級毒品4-甲基甲基卡西酮成分，驗餘淨重0.6701公克。 2、欣生生物科技股份有限公司114年11月7日欣毒性5A15D058號成分鑑定報告書（偵卷第147頁）。	不予沒收
8	K盤1組	115年度保管字第2120號編號2	不予沒收
9	甘油2罐	115年度保管字第2120號編號3	沒收
10	針油瓶1個	115年度保管字第2120號編號4	沒收
11	電子磅秤1台	115年度保管字第2120號編號5	沒收
12	空煙彈殼1批	115年度保管字第2120號編號6	沒收
13	煙彈底座1批	115年度保管字第2120號編號7	沒收
14	iPhone12手機1支 IEMI：000000000000000	115年度保管字第2120號編號8	不予沒收

附件：證據清單

一、被告李禎祥

1、114年10月8日警詢（偵卷第41至42頁）

2、114年10月9日警詢（偵卷第43至48頁）

3、114年10月9日偵訊（偵卷第127至129頁）

4、114年10月21日偵訊（偵卷第137至138頁）

5、115年3月18日準備程序（本院卷第127至128頁）

6、115年6月3日準備程序（本院卷第215至226頁）

7、115年8月11日審理（本院卷第251至269頁）

二、書證

(一)114年度偵字第52349號（偵卷）

1、警員職務報告（偵卷第39頁）

2、臺中市政府警察局第二分局搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、扣押物品收據各1份（受執行人：李禎祥；執行時間：114年10月8日21時6分許；執行處所：臺中市○區○○○街00號前）（偵卷第53至61頁）

3、查獲現場及扣押物品照片（偵卷第63至83頁）

4、勘察採證同意書【勘察手機、電磁紀錄】（偵卷第85頁）

5、被告李禎祥扣案手機內與暱稱「六六大順」提供之LINE對話紀錄翻拍照片（偵卷第87至93頁）

6、自願受採尿同意書、濫用藥物尿液檢驗檢體真實姓名對照表【B00000000】（偵卷第95至97頁）

7、臺中市政府警察局舉發違反道路交通管理事件通知單（偵卷第103頁）

8、欣生生物科技股份有限公司114年11月7日欣毒性5A15D058號成分鑑定報告書、114年11月20日欣毒量5A15D058號純度鑑定報告書（偵卷第145至153頁）

(二)本院卷

1、扣押物品清單：

(1)115年度安保字第473號（本院卷第189頁）

(2)115年度毒保字第121號（本院卷第191頁）

(3)115年度保管字第2120號（本院卷第193頁）

2、115年6月3日提出之刑事答辯狀（本院卷第227至229頁）

3、115年8月11日提出之刑事答辯狀（本院卷第277至282頁）