臺灣高等法院臺中分院刑事判決

115年度上訴字第281號

上　訴　人
即　被　告　吳沛鴻
000000000000000000
000000000000000000

選任辯護人　涂奕如律師（法扶律師）

上列上訴人即被告因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣南投地方法院114年度訴字第203號中華民國114年12月30日第一審判決（起訴案號：臺灣南投地方檢察署114年度偵字第4138號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

犯罪事實

一、吳沛鴻明知依托咪酯、異丙帕酯均係毒品危害防制條例所列管之第三級毒品（嗣經行政院於民國113年11月27日均改列為第二級毒品，復於115年6月27日均改列為第一級毒品），不得非法製造，竟基於製造第三級毒品而混合二種以上毒品之犯意，於113年9月1日前某日，向真實姓名年籍不詳綽號「阿猴」之人(下稱「阿猴」)購入依托咪酯原液10mL後，在不詳地點，將依托咪酯以1：1之比例混入含有異丙帕酯之甘油調配，使依托咪酯提味、增香、便於施用，再以每顆1mL之數量將其裝入電子菸彈內，分裝成10顆而製造第三級毒品而混合二種以上毒品之電子菸彈。嗣於113年11月5日16時許，經警持搜索票執行搜索，在吳沛鴻位於南投縣○○鎮○○里○○路00號住處內，扣得如附表所示之物，而查悉上情。

二、案經南投縣政府警察局移送臺灣南投地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

壹、證據能力：

一、按被告以外之人於審判外之陳述，雖然不符合刑事訴訟法第159條之1至第159條之4之規定，但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第1項、第2項分別定有明文。查就本判決以下所引用被告以外之人於審判外之陳述，檢察官、上訴人即被告吳沛鴻（下稱被告）及其辯護人均表示無意見或同意有證據能力（見本院卷第163、371至373頁），本院審酌上開證據資料製作時之情況，尚無違法不當及證明力明顯過低之瑕疵之情形，依上開規定，均具有證據能力。

二、非供述證據之物證，或以科學、機械之方式，對於當時狀況所為忠實且正確之記錄，性質上並非供述證據，無傳聞法則規定之適用，如該非供述證據非出於違法取得，並已依法踐行調查程序，即不能謂其無證據能力。本件判決以下引用之非供述證據，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，依法自得作為證據。

貳、認定犯罪事實之證據及理由：

訊據被告矢口否認有何製造第三級毒品而混合二種以上毒品之犯行，辯稱：我沒有製造毒品，我沒有用甘油混合，「阿猴」有教我將依托咪酯與甘油混合，但我沒有照他講的去混合等語。辯護人則辯護稱：①被告之自白並無補強證據，由內政部警政署刑事警察局鑑定書可知，如附表編號1所示之甘油混合液，除甘油(Glycerol)外，同時檢出丙二醇（1,2-Propanediol）及尼古丁（Nicotine）成分，此三成分均為市售電子菸油之基底溶劑，依被告歷次供述均無供稱有添加丙二醇及尼古丁，縱使有添加丙二醇及香精，仍應有便利他人購買施用而增加毒品擴散之風險，始該當製造行為，本案

被告是為了供自己施用，未便利他人購買施用而增加毒品擴散風險，不該當製造毒品；②如附表編號1所示之甘油混合液未驗出依托咪酯，僅如附表編號2所示之電子菸彈有驗出依托咪酯，足見上開電子菸彈並非被告自行製造，而是向他人購入，難認被告有製造毒品之罪嫌，請諭知被告無罪云云，經查：

一、被告確實有向「阿猴」購入依托咪酯原液，並將購入的依托咪酯原液添加摻入甘油混合液後，裝填至電子菸彈內，調整為較適合施用等情，業據被告於警詢、偵訊及原審準備程序時坦白承認（見警卷第16頁；偵卷第35頁；原審卷第48頁），並有搜索票（見警卷第33頁）、搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表及收據（見警卷第34至39頁）、搜索現場照片及扣案物品照片（見警卷第44至56頁）在卷及如附表所示之物扣案可憑，佐以如附表編號1所示之甘油混合液，經送鑑驗，確有檢出異丙帕酯成分；如附表編號2所示之空電子菸彈，經送鑑驗，確有檢出依托咪酯、異丙帕酯之成分，亦有衛生福利部草屯療養院113年11月21日草療鑑字第1131100145號鑑驗書（見警卷第40至41頁）、內政部警政署刑事警察局115年8月12日刑理字第1156091087號鑑定書（見本院卷第291至292）在卷可參，堪信屬實。

二、被告雖翻異前詞，於原審審理時辯稱：我買來的菸彈早已經混合好依托咪酯，我只是把扣案的甘油液體倒到菸彈裡面等語（見原審卷第84頁），及於本院審理時辯稱：我沒有用甘油混合，「阿猴」有教我混合，但我沒有照他講的去混合等語（見本院卷第376頁）。然查：被告是透過將依托咪酯原液添加摻入上開含異丙帕酯成分之甘油混合液，使混合後之依托咪酯提味而便於施用等情，業據被告①於警詢時供稱：我於113年9月1日販賣給朱泊銓的菸彈來源，是我向「阿猴」以2,000元購買依托咪酯原液回來，自行混合口味油（甘油）以1：1比例加工後，分裝成10顆菸彈（每顆成本200元），再以每顆1,500元賣給朱泊銓，從中獲利1,300元等

語（見警卷第14至16頁）；②於偵訊時供稱：我跟「阿猴」拿依托咪酯回來後，我會自己加口味油進去，讓它比較好施用等語（見偵卷第35頁）；③於原審準備程序時供稱：我確實有將購入的依托咪酯混入甘油，這是因為比較適合施用的原因等語（見原審卷第48頁）明確。核與被告與朱泊銓於113年9月1日之對話紀錄內容顯示：朱泊銓對被告表示「你弄1ML，1ML的有沒有，拿2顆來」等語，被告回覆「我都是裝好了喔」等語（見警卷第15至16頁）符合，足證被告確有以將其向「阿猴」購入之依托咪酯原液添加摻入附表編號1所示含異丙帕酯成分之甘油混合液後，裝填至空電子菸彈內之方式，製成混合上開上毒品成分之電子菸彈共10顆(包括如附表編號2所示之物在內)。是被告前揭翻異前詞之辯解，及辯護意旨謂：如附表編號2所示含依托咪酯、異丙帕酯成分之菸彈非被告製造云云，均非可採。

三、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「製造」之構成要件所涵攝（最高法院112年度台上1142號刑事判決意旨參照）。又毒品危害防制條例第4條第2項定有明文，該條所謂「製造」，包括狹義之製造、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115年度台上字第3490號刑事判決意旨參照)。是以，毒品危害防制條例「製造」毒品之文義及內涵，並不以將毒品原物料產生化學或物理變化而成毒品為限，應視具體個案，尚包括將毒品物質予以加工或改製，而產生使施用者便於施用或提高效果之成品，違反防制毒品危害蔓延之立法宗旨，亦應屬之「製造」行為。本案被告將依托咪酯原液，按比例混入含有異丙帕酯之甘油，再填充入空電子菸彈內，使依托咪酯提味、增香、適於施用，業已藉由上揭行為，變更依托咪酯原有特性並製成含依托咪酯、異丙帕酯成分之菸彈，而達改善感官體驗之功效，並便利於施用之目的，且被告除了供自己施用外，亦有另行起意販賣予有施用需求之朱泊銓（見警卷第16頁；偵卷第35頁），使上開毒品易於流通蔓延，增加一般大眾得以施用之可能性，而擴大其危害，自應認其所為確已該當「製造」毒品毒品之犯行。是辯護意旨謂：被告未便利他人購買施用而增加毒品擴散風險云云，難認可採。

四、綜上所述，被告上開辯解及辯護意旨均非可採，本案事證明確，被告上開犯行堪可認定，應依法論科。

參、論罪說明：

一、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。查依托咪酯、異丙帕酯，係於113年8月5日經行政院以院臺法字第1131020962號公告生效列為第三級毒品，嗣因坊間混入電子煙油濫用（俗稱「喪屍煙彈」）之情形遽增，對社會公共安全造成迫切且極大之危害，行政院乃於113年11月27日以院臺法字第1131031622號公告生效改列為第二級毒品，復於115年6月27日以院臺法字第1155013102號公告生效改列為第一級毒品。然依上開說明，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。

二、次按毒品危害防制條例於109年1月15日修正公布增訂毒品危害防制條例第9條第3項「犯前5條之罪（包括同條例第4條至第8條之罪）而混合二種以上之毒品者，適用其中最高級別毒品之法定刑，並加重其刑至二分之一」，且依立法理由可知，該條項係屬「分則之加重」，為另一獨立之犯罪型態，如其混合二種以上毒品屬不同級別，應依最高級別毒品所定之法定刑，並加重其刑至二分之一；如屬同一級別者，因無從比較高低級別，則依各該級別毒品所定之法定刑，加重其刑至二分之一。是核被告所為，係犯毒品危害防制條例第9條第3項、第4條第3項之製造第三級毒品而混合二種以上之毒品罪。公訴意旨認被告所為係犯毒品危害防制條例第4條第3項之製造第三級毒品罪，容有誤會，惟因起訴之基本社會事實同一，業經原審及本院告知上開法條及罪名(見原審卷第80、86頁；本院卷第161至162、209至210、369至370頁)，爰依法變更起訴法條。

肆、是否加重或減輕之說明：

一、本案被告乃製造而混合二種以上之第三級毒品，依前揭說明，自應依毒品危害防制條例第9條第3項之規定，適用製造第三級毒品罪之法定刑，並加重其刑至二分之一。

二、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，同條例第17條第2項雖定有明文。然因被告於原審審理及本院時否認本案犯行，有如前述，核與毒品危害防制條例第17條第2項規定之要件不符，自無從適用該規定減輕其刑，附此敘明。　　。

三、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，同條例第17條第1項雖亦有明文。惟「阿猴」之真實姓名年籍均不詳、車號亦不詳，被告無法聯絡「阿猴」等情，業據被告於警詢及偵訊供述在卷(見警卷第16頁；偵卷第33至34頁)，足見被告並未提出可資查證之證據供檢警追查「阿猴」，尚無從依被告之供述查獲其毒品來源，自無毒品危害防制條例第17條第1項規定適用之餘地，亦附此敘明。

四、辯護意旨雖主張：本案如認有罪，應適用刑法第59條酌減其刑等語（本院卷第226至228頁）。惟按刑法第59條之得酌量減輕其刑者，必須犯罪另有特殊之原因與環境等情，而在客觀上足以引起一般同情，認為即予宣告法定最低度刑期猶嫌過重者，始有其適用；至於犯罪之動機、犯罪之手段、犯罪之情節或犯罪後之態度等情狀，僅可為法定刑內從輕科刑之標準，不得據為酌量減輕之理由。本案被告所犯製造第三級毒品而混合二種以上之毒品罪之最輕法定本刑為有期徒刑7年1月，須於認就其犯該罪如量處法定最低度刑期（有期徒刑7年1月）猶嫌過重時，始有刑法第59條規定適用之餘地。本院斟酌被告行為時，依托咪酯、異丙帕酯原屬行政院公告列管之第三級毒品，嗣因坊間混入電子煙油濫用之情形遽增，對社會公共安全造成迫切且極大之危害，行政院乃於113年11月27日改列為第二級毒品，復於115年6月27日改列為第一級毒品，有如前述，足見上開毒品對社會秩序及國民健康危害甚鉅，被告為智識健全之成年人，明知對政府嚴格查緝，竟仍為製造第三級毒品而混合上開二種以上毒品之犯行，危害社會治安，惡性匪淺，衡諸社會一般人客觀標準，

尚難謂有法重情輕而堪憫恕之情形，自無適用刑法第59條規定之餘地。是辯護意旨此部分主張，尚非可採。

伍、上訴駁回之說明：

一、原審經審判結果，以被告製造第三級毒品而混合二種以上之毒品罪之犯行，均罪證明確，適用毒品危害防制條例第9條第3項、第4條第3項之規定，並審酌被告被告明知依托咪酯、異丙帕酯均具有成癮性、濫用性，對社會深具危害，竟無視國家對於杜絕毒品犯罪之禁令，而製造含上開毒品成分之菸彈，除供己施用外，亦販賣給他人，造成毒品流通且助長泛濫，危害他人健康與社會治安；兼衡被告犯罪之動機、目的、手段，暨其自陳為高職畢業之智識程度、從事泥作、經濟小康等一切情狀，量處有期徒刑7年4月，並諭知沒收銷燬如附表編號1、2所示之扣案物，及諭知沒收如附表編號3所示之扣案物。核原審認事用法，證據取捨均無不當，且已本於被告之責任為基礎，具體斟酌刑法第57條各款所規定之量刑因子，且於量刑理由詳加說明，並無濫用量刑權限，亦無判決理由不備，或其他輕重相差懸殊等量刑有所失出或失入之違法或失當之處，其量刑尚屬妥適，諭知沒收（沒收銷燬）亦與法有據（詳後述），並無違誤，自應予維持。

二、綜上所述，被告上訴意旨猶執前詞否認犯行（其辯解及辯護意旨均不足採，業如前述），為無理由，應予駁回。

陸、沒收與否之說明：

一、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項前段定有明文。又沒收、非拘束人身自由之保安處分適用裁判時之法律，刑法第2條第2項亦有明文，上開規定於毒品危害防制條例亦有適用。查依托咪酯、異丙帕酯，原雖於113年8月5日經行政院公告列為第三級毒品，然嗣後已於113年11月27日改列為第二級毒品，復於115年6月27日又改列為第一級毒品，而扣案如附表編號1所示之物，經鑑驗檢出異丙帕酯成分；扣案如

附表編號2所示之物，經鑑驗檢出依托咪酯、異丙帕酯之成分，業如前述，於本院裁判時均屬查獲之第一級毒品（於原審裁判時為第二級毒品），自應依毒品危害防制條例第18條第1項前段規定，均宣告沒收銷燬。至於鑑驗用罄部分，既已滅失，自無庸再予沒收銷燬。另盛裝上開毒品之外殼，以現今採行之鑑驗方式，其內仍會附著殘留微量毒品而無法獨立析離，亦應依上揭各規定，併宣告沒收銷燬。

二、扣案如附表編號3所示之物，為被告加熱本案毒品菸彈使用，此據被告於原審供述卷在卷（見原審卷第83頁），堪認係供本案犯罪所用之物，不問屬於被告與否，應依毒品危害防制條例第19條第1項宣告沒收。至其餘查扣之物，均與本案犯罪無關，業據被告供述卷明確（見原審卷第82至83頁），卷內亦無證據該等物品與被告本案犯行相關，均無從併予宣告沒收，附此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

本案經檢察官張姿倩提起公訴，檢察官楊麒嘉、林宏昌到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　10　　月　　22　　日

刑事第八庭　審判長法　官　張　靜　琪

法　官　簡　婉　倫

法　官　黃　玉　琪

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，其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（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　卓　佳　儀

中　　華　　民　　國　　115　　年　　10　　月　　22　　日

附表：

編號	扣案物品名稱	數量	鑑驗結果

（續上頁）

1	甘油混合液	1瓶	驗餘淨重：1.5690公克 檢出異丙帕酯成分
2	（空）電子菸彈	3顆	採樣抽驗1顆 檢出依托咪酯、異丙帕酯成分
3	電子菸主機	1支	