臺灣高等法院臺中分院刑事判決

115年度上訴字第631號

上　訴　人
即　被　告　徐鵬凱
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000

選任辯護人　劉喜律師

上列上訴人因毒品危害防制條例等案件，不服臺灣臺中地方法院114年度訴字第570號中華民國115年4月28日第一審判決（起訴案號：臺灣臺中地方檢察署113年度偵字第35812號、114年度偵字第15619號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

□原判決關於製造第二級毒品之罪刑、製造第三級毒品之罪刑，及應執行刑部分，均撤銷。

□徐鵬凱犯製造第二級毒品罪，處有期徒刑壹年捌月；又犯製造第三級毒品罪，處有期徒刑壹年肆月。

□其他上訴駁回（即轉讓偽藥之罪刑及沒收部分）。

□上開第二項撤銷改判與第三項上訴駁回所處之刑，應執行有期徒刑貳年。緩刑伍年，並應向公庫支付新臺幣貳拾萬元，及接受法治教育課程參場次，緩刑期間付保護管束。

犯罪事實

一、徐鵬凱依其社會生活之通常經驗，應知悉由特定物品可製造提取特定物質，服用該特定物質，可造成意識改變、在精神或情緒上產生特殊效果或獲得特殊體驗或感受，則該物質極可能為刺激、抑制或迷幻中樞神經系統之興奮劑、鎮靜劑或致幻劑，而為毒品危害防制條例所規範之第二級毒品二甲基色胺、第三級毒品駱駝蓬鹼。徐鵬凱雖可預見上情，仍基於縱所製造之特定物質為毒品危害防制條例所規定之第二級毒品二甲基色胺、第三級毒品駱駝蓬鹼，亦不違反其本意之個

別製造第二級毒品二甲基色胺、製造第三級毒品駱駝蓬鹼之不確定故意，於民國113年6月前某日，在蝦皮拍賣網站上購入相思樹皮、駱駝蓬子後，於113年6月初某日起，在臺中市○里區○○街000號住處內，先後㈠將相思樹皮加水及水果丁裝入電鍋煮沸，以此方式製造俗稱「相思湯」即含第二級毒品二甲基色胺成分之物（下稱「相思湯」）；㈡另將駱駝蓬子加水及水果丁亦裝入電鍋煮沸，以此方式製造俗稱「駱駝蓬子湯」即含第三級毒品駱駝蓬鹼成分之物（下稱「駱駝蓬子湯」），並待上開液體物品冷卻後，再予各別分裝至保特瓶內，欲供自己、或配偶段世龍為靈修目的施用。

二、徐鵬凱於113年6月某日，基於縱所轉讓之特殊物質為偽藥即含第二級毒品二甲基色胺、第三級毒品駱駝蓬鹼成分，亦不違反其本意之轉讓偽藥之不確定故意，將其前述一、所製成含第二級毒品二甲基色胺成分之「相思湯」、含第三級毒品駱駝蓬鹼成分之「駱駝蓬子湯」，其中部分帶往配偶段世龍位於臺北市○○區○○路0段000巷0號0樓之0居所內，並將該等偽藥即含第二級毒品二甲基色胺、第三級毒品駱駝蓬鹼成分之「相思湯」、「駱駝蓬子湯」，無償轉讓予段世龍收受（無證據證明轉讓二甲基色胺數量已達淨重10公克以上，駱駝蓬鹼數量已達淨重20公克以上）。

三、嗣經警方於113年7月23日上午11時40分，持原審法院核發搜索票至臺中市○里區○○街000號即徐鵬凱住處執行搜索，並扣得含第二級毒品二甲基色胺成分之「相思湯」、含第三級毒品駱駝蓬鹼成分之「駱駝蓬子湯」各1瓶、可供製造為第二、三級毒品原料即塊狀相思樹皮2包、粉狀相思樹皮2包、駱駝蓬子4包、聯絡購買上開原料之蘋果廠牌行動電話1支，而查悉上情。

四、案經臺中市政府警察局刑事警察大隊、第六分局各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：

本判決下列所引用之傳聞證據，檢察官、上訴人即被告徐鵬凱（下稱被告）及辯護人於本院審理時均同意有證據能力（本院卷第137至140頁），迄言詞辯論終結前復未聲明異議，本院審酌該等陳述並無證明力顯然過低之情事，依各該陳述作成時之狀況，並無不適當或顯不可信之情形，且與待證事實具有關聯性，認為以之作為證據應屬適當，均有證據能力。又本判決所引用之非供述證據，查無公務員違背法定程序而取得之情事，亦無顯不可信之情況，自均具有證據能力。

貳、認定犯罪事實所憑證據及理由：

一、訊據被告固坦承於犯罪事實一所示時、地，以犯罪事實一所示方式購買相思樹皮及駱駝蓬子，並加水及水果丁煮沸成為「相思湯」及「駱駝蓬子湯」，再將前述物品部分帶往配偶段世龍居所內等情，惟矢口否認有何製造第二、三級毒品及轉讓偽藥即第二、三級毒品二甲基色胺、駱駝蓬鹼之犯行，辯稱：我煮「相思湯」及「駱駝蓬子湯」是為了靈修目的而得到身心靈放鬆的效果，不應該評價為製造毒品犯行；另我的配偶段世龍是自己拿「相思湯」及「駱駝蓬子湯」飲用，我沒有請他喝，也沒有轉讓的意思等語。

二、經查：

㈠被告於犯罪事實一所示時、地，以犯罪事實一所示方式購買相思樹皮、駱駝蓬子，並加水及水果丁煮沸各成為「相思湯」、「駱駝蓬子湯」，並將該製成之「相思湯」、「駱駝蓬子湯」其中部分帶往配偶段世龍上址居所之事實，業據被告於警詢、偵訊及原審、本院審理時坦承不諱（偵35812卷第30至37頁、第126頁；原審卷第227、228、302、303頁；本院卷第142至144頁），核與證人段世龍於警詢時之證述大致相符（偵35812卷39至46頁），並有查獲現場及扣案物品照片、被告持用之手機畫面翻拍照片、蝦皮拍賣網站訂單明細及開戶人資料、新加坡商蝦皮娛樂電商有限公司臺灣分公司（下稱蝦皮臺灣分公司）113年2月17日蝦皮電商字第0240

217032P號函檢送買家帳號「ijjk890」之訂單明細資料、蝦皮臺灣分公司113年6月11日蝦皮電商字第0240611029P號函檢送買家帳號「ijjk890」之訂單明細資料各1份（偵35812卷第61至65頁、第67至83頁、第85至87、107至109頁、第89至91頁、第93至95頁）在卷可憑，是此部分事實首堪認定。

㈡**犯罪事實一（製造第二、三級毒品）部分：**

⑴按毒品危害防制條例第4條製造毒品罪之「製造」，係指就原料、元素予以加工，使成具有特定功效之成品者而言，除將非屬毒品之原料加以化合而成毒品外，**尚包括將原含有毒品物質之物，予以加工改製成適合施用之毒品情形在內**（最高法院110年度台上字第6134號刑事判決意旨參照）；又毒品危害防制條例條所謂「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114年度台上字第2504號判決意旨參照）。

⑵被告於偵訊時供稱：駱駝蓬子液、相思樹液是我從買來的駱駝蓬子、相思樹皮加水熬煮後取得的。**相思樹液是用相思樹皮煮的。駱駝蓬子液是用種子煮的**等語（偵35812卷第126頁），及於原審準備程序時供稱：**相思樹皮、駱駝蓬子沒有辦法單獨磨成粉食用**等語（原審卷第228頁）。且**扣案之「相思湯」、「駱駝蓬子湯」經鑑定後，各含有第二級毒**

品二甲基色胺、第三級毒品駱駝蓬鹼成分等情，此有內政部警政署刑事警察局114年1月14日刑理字第1146006154號鑑定書1份（偵35812卷第139至144頁）在卷可稽，足認被告係將購得之相思樹皮、駱駝蓬子，利用電鍋沸煮方式，製成可飲用含第二級毒品二甲基色胺成分之「相思湯」、含第三級毒品駱駝蓬鹼成分之「駱駝蓬子湯」，已具法規範所不允許之第二、三級毒品成分。

⑶又一般毒品施用者**即便單純將相思樹皮磨粉煮湯，也可以達成萃取當中活性物質第二級毒品二甲基色胺**等情，此有法務部調查局114年11月13日調科壹字第11400516320號函在卷可稽（原審卷第193頁），亦足認被告將購得之相思樹皮、駱駝蓬子，利用電鍋沸煮方式，已可自相思樹皮、駱駝蓬子中個別萃取出第二級毒品二甲基色胺、第三級毒品駱駝蓬鹼。

⑷再為使人體有效以口服方式吸收含第二級毒品二甲基色胺成分之「相思湯」，需配合飲用含第三級毒品駱駝蓬鹼成分之「駱駝蓬子湯」，藉由第三級毒品駱駝蓬鹼成分產生作用始以達成（原審卷第315頁資料，詳後述）；復證人段世龍於警詢時證稱：（你如何將「相思樹皮粉」及「駱駝蓬子粉」製湯飲用？）徐鵬凱製作的，我只知道大概是分開煮，**再加在一起喝**等語（見偵35812卷第42頁）；被告亦於警詢時供稱：（警方查扣之相思樹皮液1瓶、駱駝蓬子液1瓶係如何製作？如何使用？是否需要相互搭配使用，就是統稱之「相思湯」？）我都憑感覺將相思樹皮、駱駝蓬子加入水中熬煮，沒有固定的量。直接喝。**我都是分開一起喝下**等語（見偵35812卷第34至36頁），足認被告及配偶段世龍確為有效吸收「相思湯」中之特定成分即第二級毒品二甲基色胺成分，而配合飲用含第三級毒品駱駝蓬鹼成分之「駱駝蓬子湯」。

⑸綜上，被告係將原本即含有第二級毒品二甲基色胺及第三級毒品駱駝蓬鹼成分，但難以直接食用之相思樹皮及駱駝蓬子以水烹煮之方式，而取得含有第二級毒品二甲基色胺及第三

級毒品駱駝蓬鹼成分，乃係透過物理作用將之轉為易於施用之型態，並以實現其目的，揆諸最高法院上開判決意旨，自屬製造毒品既遂行為。

⑹至辯護人雖為被告辯護稱：刑法上製造毒品應限於透過化學合成、溶劑萃取、純化結晶等加工程序，使原物質轉化為具特定純度與毒品性質之成品，然本案被告行為僅以家中電鍋加水沸煮，無任何化學程序、無純化、濃縮分離結晶步驟、無固定比例、無精密設備，所得物仍屬原始植物成分混合水溶液，原審將水煮天然植物逕認為製造毒品，違反罪刑法定原則等語（本院卷第65至69頁），與上開最高法院之法律見解不符，難認可採。

⑺又辯護人雖為被告辯護稱：被告始終供稱其所追求者乃係深層放鬆及靈修之效果，自與所製造、飲用之物屬毒品不同等語（本院卷第69頁）。然查：

❶刑法上之故意，可分為確定故意（直接故意）與不確定故意（間接故意），所謂「不確定故意」，係指行為人對於構成犯罪之事實，預見其發生而其發生並不違背其本意者，刑法第13條第2項定有明文。是故意之成立，不以對於構成犯罪之事實，明知並有意使其發生為必要，僅需對於構成犯罪之事實、結果，預見其發生，而其發生並不違背其本意即為已足。亦即倘行為人認識或預見其行為會導致某構成要件實現（結果發生），縱其並非積極欲求該構成要件實現（結果發生），惟為達到某種目的而仍容任該結果發生，亦屬法律意義上之容任或接受結果發生之「間接故意」，此即前揭法條所稱之「以故意論」。

❷食品、保健食品種類繁多，除為多數人熟知品項外，一般人在食用不知名或不熟悉之食品前，均會在網路或透過各種管道查找相關資訊，甚或多方詢問食用方法、用量、功效、有無危險性及注意事項等細節事項，且相思樹皮可提煉第二級毒品二甲基色胺，是一種強效迷幻藥物，業經媒體多方報導；另駱駝蓬子中含有駱駝蓬鹼，該成分可使人體順利吸收

口服之二甲基色胺，兩者合併使用即為「相思湯」或「台灣死藤水」，亦可輕易自網際網路搜尋取得之資訊。稽之：被告於原審審理時供稱：我的學歷是大學畢業，從事靈修及瑜珈教學工作等語（原審第卷第302頁）；參以卷附蝦皮買家帳號「ijjk890」訂單明細資料可知，**被告自110年1月4日起至113年4月26日止，多次購買相思樹皮及駱駝蓬子**（偵35812卷第89至95頁），堪認被告非一時興起或好奇而購買思樹皮及駱駝蓬子，其當就「相思湯」、「駱駝蓬子湯」成分具有相當了解，始會多次購買；再相思樹皮、駱駝蓬子等物既均非常見或廣為人知之食品或保健食物，且被告於原審審理時亦供稱：**我看的資料就是身心靈的資料，如同辯護人今日（指115年3月17日原審審理時）庭呈書狀檢附附件一類似的網路資料**等語（原審卷第302頁）等語，且辯護人於115年3月17日原審審理時庭呈之上開資料亦載明「**駱駝蓬鹼則是自駱駝蓬子中所提煉出來的生物鹼，駱駝蓬鹼中的 Harmine 與 Harmaline 具有 MAOi(Monoamine oxidase inhibitor/單胺氧化酶抑制劑）的作用，作用機制是抑制單胺氧化酶分解人體內的單胺生物鹼，例如『二甲基色胺/DMT』」就是一種單胺生物鹼。台灣相思湯中所含 DMT成分在口服後要被人體順利吸收，就要透過先服用 MAOi才可以達成，因為沒有先服用 MAOi的話，人體內的『單胺氧化酶（MAO-A)』就會快速分解 DMT。」**（原審卷第315頁），是被告既於製造「相思湯」、「駱駝蓬子湯」之前，已查閱相關類似資料，則其應對「相思湯」含有第二級毒品二甲基色胺成分，「駱駝蓬子湯」含有第三級毒品駱駝蓬鹼成分已有預見。

❸參以被告於警詢時供稱：我購買相思樹皮及駱駝蓬子，並分別製作「相思湯」及「駱駝蓬子湯」，「相思湯」及「駱駝蓬子湯」是分開一起喝下去，其用途為靈修儀式，我提供「相思湯」及「駱駝蓬子湯」予段世龍施用（偵35812卷第33、34頁）；及於偵訊及原審準備程序時均供稱：我購買相

思樹皮及駱駝蓬子，並製作「相思湯」及「駱駝蓬子湯」之用途為靈修儀式、心靈體驗、得到身心放鬆、靜心等效果或體驗，且是直接飲用煮出來的液體，**不會直接吃沒煮過的粉。相思樹皮、駱駝蓬子沒辦法單獨磨成粉食用，不能單獨食用**等語（偵35812卷第126頁、原審卷第228頁）。足認被告知悉相思樹皮及駱駝蓬子難以直接食用，需製成「相思湯」及「駱駝蓬子湯」，並同時飲用，其中所含特定成分，具有其期待之特定效果或特殊體驗。

❹綜上，被告業已查閱相思樹皮、駱駝蓬子之相關資訊，並知悉相思樹皮、駱駝蓬子難以直接供人類食用，需各製成「相思湯」、「駱駝蓬子湯」，復以前述加水沸煮方式，製造「相思湯」及「駱駝蓬子湯」，供自己、或配偶段世龍為靈修目的飲用，堪認其可預見將相思樹皮、駱駝蓬子經煮沸後，各可獲得含第二級毒品二甲基色胺成分之「相思湯」、含第三級毒品駱駝蓬鹼成分之「駱駝蓬子湯」；至被告辯稱製造「相思湯」及「駱駝蓬子湯」是為了所謂「啟靈」、「靜心」目的等語，然同時飲用「相思湯」及「駱駝蓬子湯」可達成網路所稱「啟靈」，或被告所稱「靜心」之特定效果，而被告依自身學經歷（詳前述❷、❸），就某物質所具功效兼可成達成特定目的，例如意識改變、在精神或情緒產生特殊效果、獲得特殊體驗或感受等情狀，應可預見該物質極可能為刺激、抑制或迷幻中樞神經系統之興奮劑、鎮靜劑或致幻劑，而為毒品危害防制條例所規範之第二、三毒品二甲基色胺、駱駝蓬鹼，猶購買相思樹皮、駱駝蓬子，再個別烹煮成含第二級毒品二甲基色胺成分之「相思湯」、含第三級毒品駱駝蓬鹼成分之「駱駝蓬子湯」飲用，被告主觀上當具製造第二、三級毒品之不確定故意甚明。

㈢**犯罪事實二（轉讓偽藥）部分：**

⑴被告製造含第二級毒品二甲基色胺成分之「相思湯」、含第三級毒品駱駝蓬鹼成分之「駱駝蓬子湯」，且被告基於縱其所製作之「相思湯」及「駱駝蓬子湯」含有第二級毒品二甲

基色胺、第三級毒品駱駝蓬鹼成分亦不違反其本意之不確定故意，製造上開飲用液體等情，均已如前述。

⑵被告雖辯稱：我只是將「相思湯」及「駱駝蓬子湯」放在段世龍居處之冰箱內，是段世龍自行拿取飲用等語。然查：

❶證人段世龍於警詢時證稱：（你如何將「相思樹皮粉」及「駱駝蓬子粉」製湯飲用？）徐鵬凱製作的，我只知道大概是分開煮，再加在一起喝。（你是否知悉「相思樹皮粉」內含第二級毒品「二甲基色胺DMT」成分？）知道。（最後一次施用二甲基色胺DMT時間、地點？如何施用？）我是於113年6月中左右，我是家裡施用的。（上述，你稱你係以煮相思湯方式施用二甲基色胺DMT，是何人製作相思湯？）徐鵬凱煮的。**我是於113年6月中左右，徐鵬凱在臺中製作完後，帶來我住處施用的**等語（偵35812卷第43至45頁）。

❷被告於警詢時供稱：（警方於現場查扣相思樹液1瓶 、駱駝蓬子液1瓶 、相思樹皮、塊2包 、相思樹皮、粉2包、駱駝蓬子4包、電子磅秤1 台、手機1 支為何人所有？從何而來？做何用途？）我的。我從蝦皮購買相思樹皮、駱駝蓬子，再用煮的方式取得的 。**我會在身心靈課程使用，會拿相思樹液、駱駝蓬子液拿來靈修**，電子磅秤及手機是一般日常使用。**（你製作出之「相思樹皮液」、「駱駝蓬子液」是否有提供或販賣予他人？能否提供其真實姓名及年籍資料？）沒有販賣**等語（偵35812卷第30、34頁）；於偵訊時供稱：**（你最近1周有無施用駱駝蓬子液或相思樹液？）我最後一次是113年6月20幾日，在臺北市大安區我配偶【即段世龍】的居所，喝駱駝蓬子液和相思樹液**等語（見偵35812卷第126頁）。

❸互核證人段世龍及被告上開供證，參以前述被告、配偶段世龍為進行靈修，而由被告提供「相思湯」、「駱駝蓬子湯」同時飲用之目的等情，足見被告知悉配偶段世龍有施用「相思湯」、「駱駝蓬子湯」之需求，仍於113年6月某日，將其製成含第二級毒品二甲基色胺成分之「相思湯」、含第三級

毒品駱駝蓬鹼成分之「駱駝蓬子湯」，其中部分帶往段世龍位於臺北市○○區○○路0段000巷0號0樓之0居所內，則上開「相思湯」、「駱駝蓬子湯」即已在段世龍可支配、輕易取得飲用之範圍，則被告上開所為已足表示交付「相思湯」、「駱駝蓬子湯」予段世龍施用之意，而段世龍亦認識被告交付之目的並予施用，是認被告及段世龍讓與之意思表示合致，足見被告應具有轉讓含第二級毒品二甲基色胺成分之「相思湯」、含第三級毒品駱駝蓬鹼成分之「駱駝蓬子湯」之主觀故意，並有交付「相思湯」及「駱駝蓬子湯」之客觀行為，自該當轉讓偽藥即第二、三級毒品二甲基色胺、駱駝蓬鹼之犯罪構成要件。

三、辯護人固請求函詢法務部調查局：相思樹皮及駱駝蓬子加清水沸煮，是否符合溶劑萃取提煉毒品步驟？所得之溶液，DMT純度不足1%者，是否應視為天然物質，而非毒品或管制藥品？（本院卷第67頁），然被告本案係將原本即含有第二級毒品二甲基色胺及第三級毒品駱駝蓬鹼成分，但難以直接食用之相思樹皮及駱駝蓬子以水烹煮之方式，而取得含有第二級毒品二甲基色胺及第三級毒品駱駝蓬鹼成分，乃係透過物理作用將之轉為易於施用之型態，並以實現其目的，依最高法院上開判決意旨，自屬製造毒品既遂行為，業如前述，是辯護人上開聲請核無調查必要，附此敘明。

四、綜上所述，本案事證明確，被告上開製造第二、三級毒品及轉讓偽藥犯行均堪認定，應依法論科。

參、論罪：

㈠按二甲基色胺及駱駝蓬鹼各屬毒品危害防制條例第2條第2項第2、3款所管制之第二、三級毒品，依法不得非法製造及轉讓；二甲基色胺、駱駝蓬鹼，亦屬管制藥品管理條例規定之第二、三級管制藥品，但尚未列屬藥事法第22條第1項第1款所稱經衛生福利部明令公告禁止製造、調劑、輸入、輸出、販賣或陳列之毒害藥品之禁藥。又藥品之製造或輸入或調劑，應依相關法令規定辦理，而本案被告未經核准，擅自製

造二甲基色胺、駱駝蓬鹼，應屬藥事法所稱偽藥。再按一犯罪行為同時有二種以上之法律規定可資處罰者，為法條競合，應先依「重法優於輕法」、「後法優於前法」等法理，以決定適用之法律。經查：

⑴被告製造第二級毒品二甲基色胺及第三級毒品駱駝蓬鹼，亦為管制藥品條例所規範之第二級管制藥品及第三級管制藥品，非法不得製造，同時該當藥事法第82條第1項之製造偽藥罪及毒品危害防制條例第4條第2、3項之製造第二、三級毒品罪之構成要件，應依重法優於輕法之原則，擇較重之製造第二、三級毒品罪論處。

⑵行為人轉讓第二級毒品及第三級毒品（未達法定應加重其刑之一定數量）予成年男子，同時該當藥事法第83條第1項轉讓偽藥罪及毒品危害防制條例第8條第2、3項之轉讓第二、三級毒品罪之構成要件，應依重法優於輕法之原則，擇較重之轉讓偽藥罪論處。故被告於犯罪事實二轉讓偽藥即第二級毒品二甲基色胺及第三級毒品駱駝蓬鹼予段世龍，尚無積極證據足資證明其轉讓二甲基色胺數量已達淨重10公克以上，駱駝蓬鹼數量已達淨重20公克以上，依上揭說明，就被告此部分所為，應論以藥事法第83條第1項轉讓偽藥罪。

㈡核被告就犯罪事實一、㈠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；就犯罪事實一、㈡所為，係犯毒品危害防制條例第4條第3項製造第三級毒品罪；另就犯罪事實二所為，係犯藥事法第83條第1項之轉讓偽藥罪。公訴意旨認被告就犯罪事實二所為係犯毒品危害防制條例第8條第2、3項轉讓第二、三級毒品罪，雖尚有未洽，然起訴之基本社會事實相同，且經本院於審理中當庭告知被告上開罪名（本院卷第135頁），給予被告及辯護人辯論之機會，已充分保障被告之防禦權，爰依法變更起訴法條為藥事法第83條第1項之轉讓偽藥罪，附此敘明。

㈢被告以一行為轉讓偽藥即含第二級毒品二甲基色胺成分之「相思湯」、含第三級毒品駱駝蓬鹼成分之「駱駝蓬子湯」

予段世龍收受，為同種想像競合犯，應依刑法第55條規定，從一情節較重之轉讓偽藥罪一罪處斷。

㈣被告所犯上開各罪，在時間差距上可以分開，且犯意各別，行為互異，在刑法評價上各具獨立性，應分論併罰。

㈤關於刑之減輕：

⑴按毒品危害防制條例第17條第2項規定「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」，係為鼓勵是類犯罪行為人自白、悔過，並期訴訟經濟、節約司法資源而設，故須於偵查及審判中皆行自白，始有適用。此所謂「自白」，係指對自己之犯罪事實全部或主要部分為肯定供述之意。由於自白著重在過去犯罪事實之再現，凡就犯罪構成要件事實之全部或主要部分為肯定供述者，即屬自白，至被告就犯罪構成要件事實為自白後，對於此等構成要件事實應成立何罪等為不同之法律上評價，或主張另有阻卻違法、阻卻責任事由者，既非爭執犯罪構成要件事實之存在，尚不能依此即認被告並無自白，而謂無上述減刑規定之適用（最高法院113年度台上字第99號判決意旨參照）。查，被告於警詢、偵訊、原審及本院審理時均坦承有製造「相思湯」、「駱駝蓬子湯」等情（偵35812號卷第34、126頁；原審卷第302、303頁；本院卷第142頁），僅爭執上開事實在法律評價上是否構成製造第二、三級毒品罪，依上開說明，尚無礙於其符合上述偵審自白減輕其刑規定之適用，是就被告本案製造第二、三級毒品犯行部分，爰均依毒品危害防制條例第17條第2項之規定減輕其刑。又被告於原審及本院審理時均辯稱係其配偶段世龍自行拿取「相思湯」及「駱駝蓬子湯」飲用，而否認轉讓偽藥之犯罪事實，自無上開減刑規定之適用，併此敘明。

⑵又按刑法第59條規定犯罪之情狀顯可憫恕者，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同情，以及宣告法定低度刑，是否猶嫌過重等等），以為判斷。經查：❶被告無任何前案紀錄，素行良好，且被告本案製造第二、三級毒品即二甲基色胺、駱駝蓬鹼之目的亦僅單純供自己、或配偶段世龍為靈修目的施用，而無對外流通之意，此情除據被告、證人段世龍供證如前述外，亦可由扣案被告製成之「相思湯」1瓶（淨重109.15公克，檢出微量【純度未達1%】二甲基色胺成分）、「駱駝蓬子」湯1瓶（淨重111.77公克，檢出微量【純度未達1%】駱駝蓬鹼成分）數量甚微可知，是被告惡性與犯罪情節核與以製毒營利之集團或大盤毒梟有重大差異，惟被告本案製造第二、三級毒品之法定刑依序分別為「無期徒刑或10年以上有期徒刑」、「7年以上有期徒刑」，縱依毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑，猶嫌過重，而有客觀上堪予憫恕之情況，是就被告本案製造第二、三級毒品犯行部分，爰均依刑法第59條規定酌減其刑，並均依法遞減其刑。❷又被告可預見其所製造含第二級毒品二甲基色胺成分之「相思湯」、含第三級毒品駱駝蓬鹼成分之「駱駝蓬子湯」均屬偽藥，猶無償轉讓予他人，實屬不該；況依藥事法第83條第1項規定，其法定刑為「7年以下有期徒刑」，實難認有何情輕法重之處，客觀上亦未足引起一般同情，是就被告本案轉讓偽藥犯行部分，自無適用刑法第59條規定酌減其刑之餘地，併此敘明。

⑶再依前述⑵，被告本案製造之第二、三級毒品即二甲基色胺、駱駝蓬鹼數量均甚微，且僅供自己、或配偶段世龍為靈修目的施用，並未對外流通販售獲利，亦未涉及其他犯罪，情節實乃屬憲法法庭112年憲判字第13號判決意旨所揭示無其他犯罪行為、屬情節極為輕微，顯可憫恕之個案。本院衡酌及此，認為被告本案製造第二、三級毒品犯行部分縱經前開依法減刑之後，仍嫌情輕法重，致罪責與處罰不相當，爰依憲法法庭112年憲判字第13號判決意旨，就被告本案製造

第二、三級毒品犯行部分，均再予減輕其刑，並均依法再遞予減輕。

㈥末按刑法第16條前段規定「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」，係指行為人誤信法所不許之行為係法所允許，且須有正當理由，並為通常人均無法避免之誤信，亦即非含有惡性且依一般社會通念皆信為正當者，始足當之；同條但書規定：按其情節，得減輕其刑，其既稱「得減輕其刑」，則是否減輕其刑，自屬事實審法院得依職權自由裁量之事項。又違法性認識，不以行為人確切認識其行為觸犯特定刑罰規定或可罰性為必要，祇須行為人瞭解其行為係法律所禁止，或違反法秩序而為法律所不允許，即有違法性認識。**由於違法性認識係存在於行為人之內心，法院自可依行為人之教育、職業、社會經驗、生活背景及查詢義務等客觀狀況，綜合判斷行為人有無違法性認識**。辯護人雖就被告本案製造第二、三級毒品犯行，請求依刑法第16條規定免除或減輕被告之刑等語（本院卷第70頁）。然被告業已查閱相思樹皮、駱駝蓬子之相關資訊，並知悉相思樹皮、駱駝蓬子難以直接供人類食用，需各製成「相思湯」、「駱駝蓬子湯」，復以前述加水沸煮方式，製造「相思湯」及「駱駝蓬子湯」，供自己、或配偶段世龍飲用，堪認其可預見將相思樹皮、駱駝蓬子經水煮沸後，各可獲得含第二級毒品二甲基色胺成分之「相思湯」、含第三級毒品駱駝蓬鹼成分之「駱駝蓬子湯」等情，業如前述，是依被告之智識程度、工作、社會經驗及查詢資料等情觀之，被告顯然具有違法性認識，自難認有刑法第16條規定之適用，併予敘明。

肆、**撤銷改判部分（製造第二、三級毒品之罪刑及應執行刑部分）**：

㈠原審以被告製造第二、三級毒品部分罪證明確，予以論罪科刑，固非無見。然被告製造第二、三級毒品犯行部分均有毒品危害防制條例第17條第2項自白減刑規定之適用，及應再

依憲法法庭112年憲判字第13號判決意旨遞減輕其刑，已如前述，原審未審酌上情，致此部分犯行量刑失衡，容有未洽。

㈡被告上訴意旨爭執其此部分所為不應評價構成製造第二、三級毒品罪，固無足採（見理由貳、二、㈡），然其上訴意旨主張此部分縱然構成製造第二、三級毒品罪，亦應有毒品危害防制條例第17條第2項自白減刑規定之適用部分，則為有理由，是原判決關於製造第二、三級毒品之罪刑部分既有上開未洽之處，自應由本院將原判決關於製造第二、三級毒品之罪刑部分予以撤銷改判，又應執行刑部分已失所依附，應併予撤銷。

㈢本院科刑：

爰審酌被告為供自己、或配偶段世龍為靈修施用目的而製造第二級毒品二甲基色胺、第三級毒品駱駝蓬鹼，所為雖無可取，惟念及被告犯後坦承製造第二、三級毒品事實，僅爭執其法律評價，態度尚稱良好，參以被告犯罪手段、情節、製成之毒品數量，暨被告之教育程度、家庭狀況（原審卷第304、305頁）等一切情狀，分別量處如主文第2項所示之刑。

伍、**上訴駁回部分（轉讓偽藥之罪刑及本案沒收部分）**：

㈠原審以被告轉讓偽藥部分罪證明確，適用上開法律論罪科刑，並審酌被告轉讓「相思湯」、「駱駝蓬子湯」偽藥予配偶段世龍情節，並考量被告否認此部分轉讓偽藥犯行，兼衡其此部分轉讓偽藥之數量、犯罪動機、手段、目的、智識程度、生活狀況等一切情狀，量處有期徒刑7月。經核原審關於轉讓偽藥部分之認事用法俱無違誤，量刑亦屬妥適，應予維持。

㈡另原判決關於本案沒收部分說明如下：

⑴扣案蘋果廠牌行動電話1支、塊狀相思樹皮2包、粉狀相思樹皮2包及駱駝蓬子4包，均為被告所有，且係用於上網在蝦皮拍賣網站購買相思樹皮及駱駝蓬子，與本案製造第二級、第

三級毒品犯行有關，業據被告於原審審理時供述明確（原審卷第228頁），爰依毒品危害防制條例第19條第1項規定併予宣告沒收。

⑵扣案「相思湯」1瓶，經鑑定含有第二級毒品二甲基色胺成分、扣案「駱駝蓬子湯」1瓶，經鑑定含有第三級毒品駱駝蓬鹼成分等情，此有內政部警政署刑事警察局114年1月14日刑理字第1146006154號鑑定書（偵35812卷第139至144頁）在卷可稽，上開物品各為被告製造第二、三級毒品罪之成品，❶就含第二級毒品二甲基色胺成分之「相思湯」1瓶部分，應依毒品危害防制條例第18條第1項前段規定併予宣告沒收銷燬；又扣案之上開第二級毒品外包裝難以與毒品完全析離，應併予沒收銷燬。❷另就含第三級毒品駱駝蓬鹼成分之「駱駝蓬子湯」1瓶部分，因係違禁物，應依刑法第38條第1項規定併予宣告沒收；又扣案之上開第三級毒品外包裝難以與毒品完全析離，應併予宣告沒收。❸至鑑驗所耗損部分既已滅失，均無庸再予宣告沒收銷燬或沒收，附此敘明。

⑶扣案之電子磅秤1個，為被告所有，然與本案無關，業經被告於原審準備程序時供述在卷（原審卷第228頁），故不予宣告沒收。

⑷經核原判決關於本案沒收部分亦屬妥適，應予維持。

㈢被告上訴否認轉讓偽藥部分犯行，而以前開辯解指摘原判決不當，經核並無足採（見理由貳、二、㈢），被告此部分上訴為無理由，應予駁回之。

陸、本院審酌被告所犯各罪侵害法益之異同、對侵害法益之加重效應、時間、空間之密接程度，而為整體評價後，定其應執行之刑如主文第4項所示。

柒、被告前未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，有法院前案紀錄表在卷可憑，其因一時失慮，致罹刑章，應有反躬深省改過自新之可能。又考量被告本案製造之二甲基色胺、駱駝蓬鹼數量均甚微，且僅供自己、或配偶段世龍為靈修目的施用，並未對外流通販售獲利，亦未涉及其他犯罪，可認屬

情節極為輕微，顯可憫恕之個案，已如前述，又被告素行良好，有正當工作，穩定生活，堪認被告經此偵、審程序及科刑之教訓，當已知所警惕，信無再犯之虞，故本院認對被告所宣告之刑，以暫不執行為適當，爰依刑法第74條第1項第1款規定，併予宣告緩刑5年，以勵自新。另為讓被告記取教訓，日後更加重視法規範秩序、強化法治觀念，敦促其確實惕勵改過，本院認應課予一定條件之緩刑負擔，爰併依刑法第74條第2項第4款、第8款之規定，命被告應向公庫支付新臺幣20萬元，及接受法治教育課程3場次，另依同法第93條第1項第2款之規定，宣告於緩刑期間付保護管束。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條、第369條第1項前段、第364條、第299條第1項前段、第300條，判決如主文。

本案經檢察官洪佳業提起公訴，檢察官鄧巧羚到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　2　　日

刑事第九庭　審判長法　官　石馨文

法　官　賴妙雲

法　官　陳宏瑋

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　林育萱

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　2　　日

【附錄】：本案判決論罪科刑法條全文

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。
藥事法第83條
明知為偽藥或禁藥，而販賣、供應、調劑、運送、寄藏、牙保、轉讓或意圖販賣而陳列者，處七年以下有期徒刑，得併科新臺幣五千萬元以下罰金。
犯前項之罪，因而致人於死者，處七年以上有期徒刑，得併科新臺幣一億元以下罰金；致重傷者，處三年以上十二年以下有期徒刑，得併科新臺幣七千五百萬元以下罰金。
因過失犯第一項之罪者，處二年以下有期徒刑、拘役或科新臺幣五百萬元以下罰金。
第一項之未遂犯罰之。