臺灣高等法院臺南分院刑事判決

115年度上訴字第758號

上　訴　人　臺灣嘉義地方檢察署檢察官

上　訴　人

即　被　告　何建勝

000000000000000000

000000000000000000

000000000000000000

選任辯護人　郭子誠律師

上列上訴人因被告毒品危害防制條例案件，不服臺灣嘉義地方法院114年度訴字第128號中華民國115年1月7日第一審判決（起訴案號：臺灣嘉義地方檢察署113年度偵字第13869號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

事實及理由

壹、全部上訴部分

一、本案經本院審理後，認原判決之認事、用法均無不當，量刑亦屬妥適，本院均予認同，除補充理由如後述外，餘均引用第一審判決書所載如附件。

二、檢察官上訴理由略以：

(一)原審判決以被告於審理中供陳製造本案第三級毒品依托咪酯菸彈，其目的並非為販售，而係供己施用等語，認定被告所涉販賣第三級毒品罪嫌，與製造第三級毒品行為並無關聯，並無高低度或前後階段行為之關係。經查，被告審理中陳稱：我承認我有販賣1顆，在IG的訊息是有要販賣菸彈的意思，但我販賣的菸彈是在飛機群組裡面有人詢問，我才販賣給對方等語，並供承本案起訴販賣與不詳網友之菸彈，與扣案菸彈係同一時期所製造。而參諸警方聲請搜索票之偵查報告，被告在IG主頁確實有張貼一顆蛋，搭配「找我」之文字，已有暗示出售依托咪酯菸彈之內容；再者，被告本案遭

警方查獲扣案之物品，與製造毒品相關的有依托咪酯原油3瓶(毛重105.648公克、13.266公克、13.536公克)、裝填製造完成之依托咪酯菸彈33顆、丙二醇3瓶、空分裝瓶14瓶、空菸彈殼(內含32個)1包，製造完成之菸彈數量及可供製造依托咪酯菸彈之相關原料、材料，數量非微，且被告所供承之製作至販賣毒品予不詳網友之時間亦甚為接近，顯見被告本即基於販賣之意思而製造本案依托咪酯菸彈，並非僅係供己施用。綜以前揭事證，依後階段行為吸收前階段行為理論，被告製造毒品之前階段應為後階段之販賣行為所吸收，是以縱然原審認定本案起訴之販賣第三級毒品犯行，僅有被告自白為據別無其他證據足資補強，亦應就此部分為不另為無罪之諭知，而非於判決主文單獨論以無罪。

(二)本案被告雖有偵審中自白之減刑規定適用，然被告扣案之製造第三級毒品成品、原料數量非微，且透過網路管道張貼暗示販售菸彈之圖案與文字，此等有意使毒品蔓延之行為與目的，對於社會造成之危害甚鉅。況被告已有販賣毒品之前案經判決確定，仍不思悔改，再度犯下本案，原審僅量處有期徒刑3年8月之刑期，尚屬過輕，對於被告實難收相當懲儆之效，衡以被告被訴販賣第三級毒品之犯行與製造第三級毒品之犯行，彼此間是否具一罪關係，仍待上訴認定，是就被告製造第三級毒品犯行部分，亦併予上訴。

(三)綜上所述，原判決認事用法尚嫌未洽，爰依刑事訴訟法第344條第1項及第361條提起上訴，請將原判決撤銷，更為適當合法之判決等語。

三、本院之論斷：

(一)按犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實；不能證明被告犯罪者應諭知無罪之判決，刑事訴訟法第154條第2項、第301條第1項分別定有明文。又認定不利於被告之事實，須依積極證據，苟積極證據不足為不利於被告事實之認定時，即應為有利於被告之認定，更不必有何有利之證據；另認定犯罪事實所憑之證據，雖不以直接證據為限，間

接證據亦包括在內，然而無論直接或間接證據，其為訴訟上之證明，須於通常一般之人均不致有所懷疑，而得確信為真實之程度者，始得據為有罪之認定，倘其證明尚未達於此一程度，而有合理性懷疑存在時，即不得遽為被告犯罪之認定（最高法院30年上字第816號、76年台上字第4986號判決意旨參照）。又按刑事訴訟法第一百五十六條第二項規定，被告雖經自白，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符。立法目的乃欲以補強證據擔保自白之真實性；亦即以補強證據之存在，藉之限制自白在證據上之價值。而所謂補強證據，則指除該自白本身外，其他足資以證明自白之犯罪事實確具有相當程度真實性之證據而言。雖其所補強者，非以事實之全部為必要，但亦須因補強證據與自白之相互利用，而足使犯罪事實獲得確信者，始足當之(最高法院113年台上字第1602號刑事判決意旨參照)。

(二)訊據被告固自白有人於通訊軟體Telegram上向其詢問購買第三級毒品依托咪酯菸彈，後雙方有交易1次，金額為新臺幣（下同）1千元等語（本院卷第136頁），然查：

1、本案並無查獲向被告購毒之人，亦無被告與購毒者之通訊紀錄可資佐證；再證人劉嘉怡於警詢時雖稱知道被告有在販賣毒品，然其陳稱不清楚被告販賣毒品之時、地（見警卷第33頁），是證人劉嘉怡上開證述，無從作為被告涉嫌販售第三級毒品依托咪酯菸彈之補強證據。

2、警方向原審法院聲請搜索時，所附偵查報告固檢附被告在instagram網站張貼前有雞蛋符號之「找我」之限時動態訊息（見原審卷第115頁），並經警偽裝為有意購毒者，詢問被告，其回覆內有疑似販賣依托咪酯菸彈之訊息（內容為：「酒醉菸彈 就麻醉 一顆2ml/$1500，二顆2700，五顆6000」）（見原審卷第118頁），然被告張貼上開限時動態以及回覆訊息之日期，均在上開偵查報告製作日期即113年11月7日（見原審卷第113頁）之前，況instagram限時動態僅能存續24小時，與被告供述之販毒日期即113年11月24日相距甚

遠，再被告自陳上開向其購買菸彈之人，係在飛機軟體群組向其詢問，又被告所述售出1顆菸彈，得款1,000元，亦與上開訊息記載1顆1,500元價格不符，是上開通訊紀錄，尚難作為被告涉嫌販售依托咪酯菸彈之補強證據。末遍查本案全部卷證資料，亦查無其他足為被告自白真實性補強證據。

3、承上，關於被告涉犯販賣第三級毒品依托咪酯菸彈乙情，除被告上開自白外，卷內別無其他足資證明其所為自白之犯罪事實確有相當程度之真實性存在，揆諸前揭最高法院見解，此部分尚無補強證據存在。

(三)綜上所述，公訴意旨所指被告所涉販賣第三級毒品依托咪酯之犯嫌，除被告自白外，別無其他證據足資補強，依前揭刑事訴訟法第156條第2項規定，即無法證明被告確有此部分犯行，亦即依卷內證據資料，其為訴訟上之證明，尚未達通常一般之人均不致有所懷疑，而得確信為真實之程度，仍有合理之懷疑存在，依上開最高法院所揭示罪證有疑利於被告之原則，即不得遽為被告犯罪之認定。

(四)準此，原審以本案依檢察官所提事證，尚無法使其就被告被訴販賣第三級毒品犯嫌形成無合理懷疑之心證，因就被告此部分犯嫌為無罪之諭知，核無違誤。檢察官執此提起上訴，請求撤銷改判，為無理由，應予駁回。

四、末按起訴之犯罪事實，究屬為可分之併罰數罪，抑為具單一性不可分關係之實質上或裁判上一罪，檢察官起訴書如有所主張，固足為法院審判之參考。然縱公訴人主張起訴事實屬實質上一罪或裁判上一罪關係之案件，經法院審理結果，認應屬併罰數罪之關係時，則為法院認事、用法職權之適法行使，並不受檢察官主張之拘束。本件起訴書論罪欄固認為核被告所為，係犯毒品危害防制條例第4條第3項之販賣第三級毒品罪；檢察官上訴理由意旨更主張：本案被告基於販賣之意思而製造本案依托咪酯菸彈，並非僅係供己施用而已，是以縱然認定本案起訴之販賣第三級毒品犯行，僅有被告自白為據別無其他證據足資補強，然原審既已認定被告所為構成

製造第三級毒品罪，則應以製造毒品之前階段為後階段之販賣行為所吸收，亦應就此販賣部分為不另為無罪之諭知，而非於判決主文單獨論以無罪等語。然經本院審理結果，認被告製造第三級毒品犯行（下稱前行為），與販賣第三級毒品犯行（下稱後行為），係本於不同犯意而為，犯罪情節各異，後行為不成立犯罪，與前行為即無全部與一部之不可分關係，爰分別就前行為部分依製造第三級毒品罪論罪科刑，就後行為部分則維持原審無罪之諭知，爰駁回檢察官之上訴，附此敘明。

貳、量刑上訴部分：

一、本院審理範圍：

按上訴得對於判決之一部為之；上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之，刑事訴訟法第348條第1項、第3項分別定有明文。被告何建勝及辯護人於本院審理時均明示：僅針對量刑部分提起上訴，對於原判決認定之犯罪事實、引用之證據、罪名、罪數及沒收等部分，均不在上訴範圍等語（見本院卷第119頁）。依據前述規定，本院就被告上訴部分之審理範圍僅限於原判決之量刑，至於其他關於犯罪事實、證據、罪名等，則非本院審理範圍，此部分以第一審判決書所記載之事實、證據、論罪為審判基礎引用之不再贅載。

二、被告上訴意旨略以：

原審判太重，請求從輕量刑，並請依刑法第59條酌減其刑等語。

三、本院之論斷：

(一)按量刑判斷當否之準據，應就判決之整體觀察為綜合考量，為求個案裁判之妥當性，法律賦予法院裁量之權，量刑輕重，係屬事實審法院得依職權自由裁量之事項，苟其量刑已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列情狀而未逾越法定刑度，如無偏執一端，致明顯失出失入情形，並具妥當性及合目的性，符合罪刑相當原則，即不得遽指為違

法。易言之，關於刑之量定，係實體法上賦予法院得為自由裁量之事項，倘其未有逾越法律所規定之範圍，或濫用其權限，即不得任意指摘為違法（最高法院109年度台上字第2927號刑事裁判意旨參照）。又按刑法第59條規定之酌量減輕，必於犯罪情狀或另有特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情而可憫恕，認為即予宣告法定最低度刑尤嫌過重者，始有適用（最高法院45年台上字第1165號判決意旨參照）。

(二)原審判決以核被告所為，係犯毒品危害防制條例第4條第3項之販賣第三級毒品罪，且被告於偵查、原審審理時均坦承有上開混合依托咪酯原油、丙二醇之行為（見偵卷第7頁背面、原審卷第173、227頁），雖辯護人辯稱該等行為並非「製造」毒品等語（見原審卷第218頁），然此仍不影響自白之成立，爰依毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑。並說明，被告自白製造依托咪酯菸彈犯行前，警方已於搜索時所扣得之證物等具體事證得合理懷疑被告涉有製造毒品罪嫌，本案當無刑法第62條本文自首規定之適用；又被告就本案犯行既經適用毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑，刑度已大幅降低，其減輕後之最低法定刑度為有期徒刑3年6月，難認有何即使宣告法定最低刑度猶嫌過重之情事，尚不宜再引用刑法第59條規定酌減其刑。爰以行為人之責任為基礎，審酌被告為思慮成熟之成年人，知悉依托咪酯為第三級毒品，均係毒品危害防制條例明文嚴禁販賣之違禁物，竟無視國家刑罰禁令，製造毒品，顯見其欠缺法治觀念，對他人身體健康及社會治安之危害程度非輕，所為實不可取；惟念及被告於偵審中均坦承犯行，節省司法資源，犯後態度尚可；被告所製造之依托咪酯菸彈純供己施用（本案尚難認定被告有販賣依托咪酯菸彈，已如前述），未有進一步擴散之舉動；兼衡被告自陳之教育程度、職業、婚姻、家庭狀況（見原審卷第230、231頁）等一切情狀，量處有期徒刑3年8月等語。

(三)本院審酌，被告明知毒品危害國人健康及破壞法律秩序甚為嚴重，為國家嚴格禁止製造、運輸、販賣之違禁物，竟然為本案製造第三級毒品依托咪酯菸彈之犯行，且依扣案之毒品製造器具、原料及成品觀之，其製造毒品容有相當規模，對社會秩序之危害程度非輕，衡諸其犯罪情狀，客觀上並無何足以引起一般同情之情，且被告上開犯罪業已依毒品危害防制條例第17條第2項之規定減輕其刑，其法定刑度已有緩和，與其犯行相較，難認有嚴峻之情，故難認有何情輕法重之情，是以被告上訴請求適用刑法第59條規定酌減其刑，難認有據。復考量原審業已審酌刑法第57條規定所列量刑事由，且其量刑並未逾越法定刑度，被告所稱其餘抗辯，均已為原審審酌，亦難認原判決有何濫用裁量情事，足徵原判決量刑並無過重或其餘違誤不當之處。是以，被告上訴意旨指摘原判決量刑過重，請求改判，為無理由，應予駁回。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

本案經檢察官張建強提起公訴，檢察官陳亭君提起上訴，檢察官吳維仁到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　7　　月　　23　　日

刑事第一庭　審判長法　官　張瑛宗

法　官　李秋瑩

法　官　張　震

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　李淑惠

中　　華　　民　　國　　115　　年　　7　　月　　23　　日

附錄本案論罪科刑所犯法條

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3千萬元以下罰金。

製造、運輸、販賣第二級毒品者，處無期徒刑或10年以上有期徒刑，得併科新臺幣1千5百萬元以下罰金。
製造、運輸、販賣第三級毒品者，處7年以上有期徒刑，得併科新臺幣1千萬元以下罰金。
製造、運輸、販賣第四級毒品者，處5年以上12年以下有期徒刑，得併科新臺幣5百萬元以下罰金。
製造、運輸、販賣專供製造或施用毒品之器具者，處1年以上7年以下有期徒刑，得併科新臺幣1百50萬元以下罰金。
前五項之未遂犯罰之。
附件：

臺灣嘉義地方法院刑事判決

114年度訴字第128號

公　訴　人　臺灣嘉義地方檢察署檢察官
被　　告　何建勝
選任辯護人　郭子誠律師

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（113年度偵字第13869號），本院判決如下：

主　　文

一、何建勝犯製造第三級毒品罪，處有期徒刑參年捌月。附表編號2、3所示物品均沒收銷燬；附表編號1、4、5所示物品均沒收。
二、其餘被訴販賣第三級毒品部分無罪。

犯罪事實

一、何建勝明知依托咪酯（Etomidate）係毒品危害防制條例所列管之第三級毒品（於民國113年11月27日始公告列為第二級毒品），依法不得製造，竟基於製造第三級毒品依托咪酯之犯意，先於113年11月初至113年11月24日間某日，先向身分不詳、Telegram暱稱「WIN」之人，購買數量不詳、含第三級毒品依托咪酯成分之電子菸油（下稱依托咪酯原油），另在不詳購物網站購買丙二醇、空分裝瓶、空菸彈殼等物，旋在其位於嘉義市○區○○○路00巷00號居所，將依托咪酯

原油、丙二醇，以空分裝瓶調和後，裝入空菸彈殼，製作出摻有依托咪酯成分之菸彈，嗣於113年11月25日上午10時32分許，為警持本院核發之搜索票（本院113年度聲搜字第1130號）前往何建勝住、居所實施搜索，在其上開居所內扣得附表所示物品。

二、案經嘉義縣警察局移送臺灣嘉義地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　　由

甲、有罪部分

壹、程序部分

一、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，刑事訴訟法第159條之5第1項定有明文。查本案所引用之相關證據資料（詳後引證據），其中各項言詞或書面傳聞證據部分，縱無刑事訴訟法第159條之1至第159條之4或其他規定之傳聞證據例外情形，當事人及辯護人已知上述證據乃屬傳聞證據，於準備程序、審理程序均表示同意作為證據（見本院卷第174至175、219至221頁），本院審酌上開證據作成時之情況，並無違法取證或其他瑕疵，認為以之作為證據為適當，依前開規定，應具有證據能力。

二、至於本判決其餘所引用為證據之非供述證據，均與本案事實具有關聯性，復非實施刑事訴訟程序之公務員違背法定程序所取得，依刑事訴訟法第158條之4反面解釋，均有證據能力。

貳、實體部分

一、認定犯罪事實所憑之證據及理由

㈠上揭犯罪事實，業據被告於警詢、偵訊及本院審理時均坦承不諱（見警卷第6至17頁、偵卷第7至8頁反面、本院卷第173、227至230頁），核與證人陳柏宇、劉嘉怡、林弘恩於警詢之證述相符（見警卷第21、31、42頁），並有本院113年

度聲搜字第1130號搜索票、勘察採證同意書、高雄市立凱旋醫院113年12月18日高市凱醫驗字第89427號濫用藥物成品檢驗鑑定書、嘉義縣警察局刑事警察大隊偵辦何建勝涉毒品案現場勘察報告暨刑案現場平面示意圖、現場勘察照片（見警卷第63、65頁、66至69頁、偵卷第34至35頁、37至50頁反面）等件在卷可佐，暨如附表編號1至5所示物品扣案可佐，足認被告上開自白與事實相符，應堪採信。

㈡扣案如附表編號3所示之含有依托咪酯之菸彈33顆，雖僅檢驗1顆（送驗2顆，抽驗1顆），但因包裝、外觀型態相似，被告供稱均係其同一次將購入同批之依托咪酯原油、丙二醇加以混合之一貫方式製作而成（見本院卷第227頁），堪以認定上開菸彈均含有依托咪酯。

㈢綜上，被告上開任意性自白核與事實相符，自可採為論罪科刑之依據。本件事證已臻明確，被告犯行洵堪認定，應依法論科。

二、論罪科刑

㈠按刑法第2條第1項前段所規定之「法律有變更」及刑事訴訟法第302條第4款所謂「犯罪後之法律已廢止其刑罰」，其所稱之「法律」，係指依中央法規標準法第4條之規定制定公布之刑罰法律而言。又刑罰法律之文字本身僅規定罪名、法律效果與構成要件的部分禁止內容，而將構成要件其他部分禁止內容授權行政機關以其他法律、行政規章或行政命令加以補充，此即所謂空白刑法。行政機關制定具有填補空白刑法補充規範之法律、行政規章或行政命令，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，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113年度台非字第168號判決意旨參照）。查依托

咪酯係於113年8月5日經行政院公告列為第三級毒品，嗣於113年11月27日公告改列為第二級毒品，被告為本案犯罪行為時，依托咪酯仍屬毒品危害防制條例所規定之第三級毒品，係於被告行為後，始增列為第二級毒品，是依上開說明，此事實變更，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以適用法律。

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113年度台上字第3487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之行為。換言之，此等將毒品予以加工改製，倘產生使施用者便於施用或提高效果之成品，而違反防制毒品危害蔓延之立法宗旨，亦應屬之「製造」行為，始與毒品危害防制條例防制毒品危害，維護國民健康之立法目的相符。尤以近年來常見新興毒品，常以「咖啡包」或「菸油」之形式流通氾濫，係以將單一或不同種類毒品粉末與調味粉（如果汁粉）予以混合後封口包裝而成（咖啡包），或將液態毒品添加香精（菸油），可達除臭、增香、添味或著色之優化效果，提高賣相、使其便於施用、增加施用口感等，可造成該毒品便於流通蔓延、對人體健康潛在危害，自屬毒品危害防制條例所稱之「製造」。依被告於本院審理時供述略以：其把依托咪酯、丙二醇混合，是因為吸起來比較有香氣，混合丙二醇

後，會降低毒品濃度，抽依托咪酯原油會意識不清楚，加丙二醇後比較不會等語（本院卷第227至228頁），可知依托咪酯原油，因效力過於強烈，不便直接施用，混合丙二醇後，可稀釋藥效，並增加香氣，更適於、方便施用。是被告係藉由將依托咪酯原油添加丙二醇，變更依托咪酯原有特性，而達改善感官體驗之功效，並便於施用。故其本案所為，可能擴大毒品危害，揆諸前揭說明，自應認其所為確已該當「製造」第三級毒品犯行。

㈢被告上開以混合依托咪酯、丙二醇方式製造第三級毒品之事實，於起訴書犯罪事實欄已有記載，檢察官並當庭補充被告此部分行為係基於製造第三級毒品之犯意（見本院卷第172、216頁），是被告上開犯行，業經起訴，且已予被告、辯護人答辯防禦，本院自得審理。

㈣按「自白」乃指對於該當於犯罪構成要件之具體社會事實，向職司偵查或審判之公務員為肯定供述之謂。至於所供述之具體社會事實，在法律上如何評價有所陳述或答辯，乃辯護權之行使，不影響自白之成立（最高法院104年度2094號判決意旨參照）。被告於偵查、本院審理時均坦承有上開混合依托咪酯原油、丙二醇之行為（見偵卷第7頁背面、本院卷第173、227頁），雖辯護人辯稱該等行為並非「製造」毒品等語（見本院卷第218頁），然此仍不影響自白之成立，爰依毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑。

㈤查本案員警向本院聲請搜索票時，即檢附被告於網路上張貼徵求購買用於調和菸彈之香精、空菸彈等訊息為證據（見本院卷第116至117頁），員警並於偵查報告內敘明被告於網路散布有關收購製造喪屍菸彈原料及器具之訊息等語（見本院卷第113頁），復以本案經警搜索扣得如附表編號1至5等物品，有製造菸彈所需之丙二醇、依托咪酯原油、空分裝瓶及空菸彈殼，並有菸彈成品，是於被告自白製造依托咪酯菸彈犯行前，是此時已有具體事證得合理懷疑被告涉有製造毒品罪嫌，本案當無刑法第62條本文自首規定之適用。

㈥按刑法第59條規定之酌量減輕其刑，必須犯罪另有特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，認為即使予以宣告法定最低度刑，猶嫌過重者，始有其適用。倘被告別有其他法定減輕事由者，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114年度台上字第4765號判決意旨參照）。被告就本案犯行既經適用毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑，刑度已大幅降低，其減輕後之最低法定刑度為有期徒刑3年6月，難認有何即使宣告法定最低刑度猶嫌過重之情事，尚不宜再引用刑法第59條規定酌減其刑，被告辯護人為其主張本案犯行亦得依刑法第59條規定再為減輕，並無可採。

㈦爰以行為人之責任為基礎，審酌被告為思慮成熟之成年人，知悉依托咪酯為第三級毒品，均係毒品危害防制條例明文嚴禁販賣之違禁物，竟無視國家刑罰禁令，製造毒品，顯見其欠缺法治觀念，對他人身體健康及社會治安之危害程度非輕，所為實不可取；惟念及被告於偵審中均坦承犯行，節省司法資源，犯後態度尚可；被告所製造之依托咪酯菸彈純供己施用（本案尚難認定被告有販賣依托咪酯菸彈，詳後無罪部分所述），未有進一步擴散之舉動；兼衡被告自陳之教育程度、職業、婚姻、家庭狀況（見本院卷第230、231頁）等一切情狀，量處如主文第1項前段所示之刑。

三、沒收

㈠按違禁物或專科沒收之物得單獨宣告沒收，刑法第40條第2項定有明文。又查獲之第一級、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項前段亦規定明確。次按沒收、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項定有明文，而依托咪酯於113年11月27日業經行政院公告修正改列為第二級毒品，依毒品危害防制條例第11條第2項規定不得持有，應屬違禁物。經查，扣

案之如附表編號2、3所示之依托咪酯原油3瓶、依托咪酯菸彈33顆，經送高雄市立凱旋醫院鑑驗，檢出依托咪酯成分，此有高雄市立凱旋醫院113年12月18日高市凱醫驗字第89427號濫用藥物成品檢驗鑑定書在卷可佐（見偵卷第34至35頁），又上開原油瓶、菸彈內含依托咪酯無法完全析離，於本案裁判時應整體視為第二級毒品，爰依毒品危害防制條例第18條第1項前段之規定，宣告沒收銷燬，末鑑驗耗損之毒品，既均已滅失，自毋庸再予宣告沒收銷燬。

㈡按犯第4條至第9條、第12條、第13條或第14條第1項、第2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1所示之丙二醇3瓶，為被告所有並用以從事本案製造毒品犯行，已據被告供述在卷（見本院卷第225、226頁），應依毒品危害防制條例第19條第1項之規定，宣告沒收。

㈢按供犯罪所用、犯罪預備之物或犯罪所生之物，屬於犯罪行為人者，得沒收之，刑法第38條第2項本文定有明文。扣案如附表編號4、5所示之空分裝瓶14瓶、空菸彈殼（內含32個）1包，據被告供述均係其所有、供其預備製作毒品之用（見本院卷第225頁），應依刑法第38條第2項本文沒收。

㈣附表其餘物品，無證據證明與被告本案製造毒品犯行有關，爰均不予宣告沒收。

乙、無罪部分

壹、公訴意旨另以：被告基於販賣第三級毒品之犯意，於113年11月24日晚間8、9時許，在嘉義市東區南田公園內，以新臺幣（下同）1,000元之價格，販賣上開含有第三級毒品依托咪酯成分之菸彈1顆予年籍不詳之人，因認被告涉犯毒品危害防制條例條第4條第3項販賣第三級罪嫌等語。

貳、按犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實；被告或共犯之自白，不得作為有罪判決之唯一證據，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符；不能證明被告犯

罪者應諭知無罪之判決，刑事訴訟法第154條第2項、第156條第2項、第301條第1項分別定有明文。倘僅有被告自白而無其他補強證據，縱該自白係出於被告任意性且可信度甚高，仍不得僅以該自白認定被告有罪。

參、再按刑法上所謂犯罪之吸收關係，指數個犯罪構成要件行為彼此性質相容，但數個犯罪行為間具有高度、低度，或重行為、輕行為之關係，或某種犯罪行為為他罪之階段行為（或部分行為），或某種犯罪行為之性質或結果當然包含他罪之成分在內等情形（最高法院107年度台上字第4339號判決意旨參照）。公訴意旨雖認被告所涉販賣第三級毒品罪嫌，應為其前開有罪部分即製造第三級毒品犯行吸收，惟被告自陳製造本案第三級毒品依托咪酯菸彈，其目的並非為販售，而係供己施用等語（見本院卷第228、229頁），是其所涉販賣第三級毒品罪嫌，與製造第三級毒品行為並無關聯，即無高低度或前後階段行為之關係，此部分若成立犯罪，應與製造第三級毒品犯行，成立一行為觸犯數罪名之想像競合關係，若無法成立犯罪，則應單獨為無罪之諭知。

肆、公訴意旨認被告涉有上開犯嫌，係以被告之自白、證人劉嘉怡於警詢證述、被告手機內之通訊紀錄截圖、扣案如附表編號1至5所示依托咪酯菸彈等物品等為其主要論據。經查：

一、被告固自白有於上開時、地販賣第三級毒品依托咪酯菸彈，惟本案並無查獲向被告購毒之人，亦無被告與購毒者之通訊紀錄可資佐證；再證人劉嘉怡於警詢時雖稱知道被告有在販賣毒品，然其陳稱不清楚被告販賣毒品之時、地（見警卷第33頁），是證人上開證述，無從作為被告涉嫌販售依托咪酯菸彈之補強證據。

二、又警方向本院聲請搜索時，所附偵查報告固檢附被告在instagram網站張貼前有雞蛋符號之「找我」之限時動態訊息（見本院卷第115頁），並經警偽裝為有意購毒者，詢問被告，其回覆內有疑似販賣依托咪酯菸彈之訊息（內容為：「酒醉菸彈 就麻醉 一顆2ml/$1500，二顆2700，五顆600

0」）（見本院卷第118頁），然被告張貼上開限時動態以及回覆訊息之日期，均在上開偵查報告製作日期即113年11月7日（見本院卷第113頁）之前，況instagram限時動態僅能存續24小時，與被告供述之販毒日期即113年11月24日相距甚遠，再被告自陳上開向其購買菸彈之人，係在飛機軟體群組向其詢問，又被告所述售出1顆菸彈，得款1,000元，亦與上開訊息記載1顆1,500元價格不符，是上開通訊紀錄，尚難作為被告涉嫌販售依托咪酯菸彈之補強證據。末遍查本案全部卷證資料，亦查無其他足為被告自白真實性補強證據。

三、綜上所述，公訴意旨所指所涉販賣第三級毒品依托咪酯之犯嫌，除被告自白外，別無其他證據足資補強，依前揭刑事訴訟法第156條第2項不得僅以被告自白為認定被告犯罪事實唯一證據之規定，無法證明被告確有此部分犯行，應屬不能證明被告犯罪。

伍、從而，依檢察官所提事證，尚無法使本院就被告被訴販賣第三級毒品犯嫌形成無合理懷疑之心證，自應為無罪之諭知，爰判決如主文第2項所示。

據上論斷，應依刑事訴訟法第299條第1項前段、第301條第1項前段，判決如主文。

本案經檢察官張建強提起公訴，檢察官陳亭君到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　1　　月　　7　　日

刑事第一庭　審判長法　官　王慧娟

法　官　卓春慧

法　官　楊謹瑜

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決應於收受判決後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」。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　1　　月　　7　　日

書記官　黃士祐

本案論罪科刑法條

毒品危害防制條例第4條第3項

製造、運輸、販賣第三級毒品者，處7年以上有期徒刑，得併科新臺幣1千萬元以下罰金。

附表

編號	物品名稱及數量	備註
1	丙二醇 3瓶	供被告製造毒品所用之物
2	依托咪酯原油 3瓶	◎高雄市立凱旋醫院113年12月18日高市凱醫驗字第89427號濫用藥物成品檢驗鑑定書（偵卷第34至35頁） ◎鑑定結果 （1）均檢出：依托咪酯成分 （2）檢驗後毛重105.648公克、13.266公克、13.536公克
3	依托咪酯菸彈 33顆	◎高雄市立凱旋醫院113年12月18日高市凱醫驗字第89427號濫用藥物成品檢驗鑑定書（偵卷第34至35頁） ◎鑑定結果（送驗2顆，抽出1顆進行檢驗） （1）檢出：依托咪酯成分 （2）檢驗後毛重5.562公克
4	空分裝瓶 14瓶	供被告預備製造毒品所用之物
5	空菸彈殼(內含32個) 1包	供被告預備製造毒品所用之物
6	愷他命粉末 2包	與本案製造毒品犯行無關

7	電子菸桿 2支	與本案製造毒品犯行無關
8	K盤 3個	與本案製造毒品犯行無關
9	電子秤 1個	與本案製造毒品犯行無關
10	Iphone 13 Pro手機(IMEI：000000000000000，門號：0000000000) 1支	與本案製造毒品犯行無關
11	IPHONE 12手機(IMEI：000000000000000) 1支	與本案製造毒品犯行無關
12	新臺幣3萬3,100元	與本案製造毒品犯行無關