

臺灣高等法院臺中分院刑事判決

114年度上訴字第928號

114年度上訴字第1009號

上訴人 臺灣南投地方檢察署檢察官  
上訴人  
即被告 吳秣糴

選任辯護人 馬惠怡律師

上列上訴人等因被告違反毒品危害防制條例等案件，不服臺灣南投地方法院113年度訴字第184、204號中華民國114年4月29日第一審判決（起訴案號：臺灣南投地方檢察署113年度偵字第6592、7491號；追加起訴案號：113年度偵字第8163號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於無罪部分撤銷。

吳秣糴犯藥事法第八十三條第一項之販賣偽藥罪，處有期徒刑陸月。未扣案犯罪所得新臺幣貳仟肆佰元沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

其他上訴駁回。

事 實

一、吳秣糴明知依托咪酯（Etomidate）係藥事法所稱藥品，未經核准擅自製造即屬藥事法第20條第1款所規範之偽藥，依法不得販賣，仍基於販賣偽藥之犯意，於民國113年6月25日凌晨1時許，在位於南投縣○○市○○街00○0號住處，販賣交付含有依托咪酯成分之麻醉煙彈2顆與楊00，並向楊00收取新臺幣2400元而完成交易。

二、案經南投縣政府警察局報告臺灣南投地方檢察署檢察官偵查後追加起訴。

理 由

01 壹、證據能力之說明：

02 本件認定事實所引用之卷內所有卷證資料（包含人證、物證  
03 書證），並無證據證明係公務員違背法定程序所取得，與  
04 本案事實亦有自然之關連性，檢察官、上訴人即被告吳秣糅  
05 （以下稱被告）及辯護人於準備程序迄至本案言詞辯論終結，  
06 均不爭執該等卷證之證據能力或曾提出關於證據能力之聲明  
07 異議，且卷內之傳聞書證，亦無刑事訴訟法第159條之4之顯  
08 有不可信之情況或其他不得作為證據之情形，本院認引為證  
09 據為適當，是依刑事訴訟法第159條之4、之5 等規定，下述  
10 認定事實所引用之證據方法均有證據能力。

11 貳、認定犯罪事實所憑之證據及理由：

12 上開犯罪事實，業經被告於偵查中供認：「（問：113年6月  
13 25日上午1時許，在你的租屋處販賣兩顆麻醉煙彈給楊0  
14 0？）是。當時是用2400元賣兩顆給她」、「（問：對話中  
15 的『2：2400』是什麼意思？）就是兩顆2400元的意思」、  
16 「（問：麻醉煙彈是何成分？）依托咪酯」（見偵字第8163  
17 號卷第23頁），復於原審及本院審理時亦均坦認不諱（見原  
18 審訴字第184號卷第66、130、131頁，本院上訴字第928號卷  
19 第71頁），核與證人楊00證述情節相符，暨有其2人商議交  
20 易之對話紀錄擷圖在卷可稽（見警二卷第141至149、157  
21 頁），而可認定。

22 參、論罪之說明：

23 一、按藥品經稽查或檢驗係未經核准，擅自製造者，屬藥事法所  
24 稱偽藥；經中央衛生主管機關明令公告禁止製造、調劑、輸  
25 入、輸出、販賣或陳列之毒害藥品及未經核准擅自輸入之藥  
26 品，均屬藥事法所稱之禁藥，藥事法第20條第1款、第22條  
27 第1項第1款、第2款分別定有明文。查依托咪酯非屬經中央  
28 衛生主管機關明令公告禁止製造、調劑、輸入、輸出、販賣  
29 或陳列之毒害藥品之禁藥，而被告並非經由醫師處方而取得  
30 依托咪酯，且實際從事毒品咖啡包販賣，則本案販賣與楊00  
31 之依托咪酯麻醉煙彈顯然可判斷非屬中央衛生主管機關核准

01 製造之藥品，復無其他積極證據足認係自國外非法走私輸  
02 入，是應屬藥事法第20條第1款所規定未經核准而擅自製造  
03 之偽藥。

04 二、核被告所為，係犯藥事法第83條第1項之販賣偽藥罪。被告  
05 販賣依托咪酯麻醉煙彈前，雖持有上開偽藥，然藥事法並無  
06 處罰持有偽藥之明文，自不生持有偽藥之低度行為，應為販  
07 賣偽藥之高度行為所吸收而不另論罪之問題，併此敘明。

08 三、公訴意旨雖認被告係犯毒品危害防制條例第4條第3項之販賣  
09 第三級毒品罪，惟按刑法第2條第1項前段所規定之「法律有  
10 變更」及刑事訴訟法第302條第4款所謂「犯罪後之法律已廢  
11 止其刑罰」，其所稱之「法律」，係指依中央法規標準法第  
12 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  
13 身僅規定罪名、法律效果與構成要件的部分禁止內容，而將  
14 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  
15 規章或行政命令加以補充，此即所謂空白刑法。行政機關制  
16 定具有填補空白刑法補充規範之法律、行政規章或行政命  
17 令，僅在補充法律構成要件之事實內容，即補充空白刑法之  
18 空白事實，究非刑罰法律，該項補充規範之內容，縱有變更  
19 或廢止，對其行為時之法律構成要件及處罰之價值判斷，並  
20 不生影響。於此，空白刑法補充規範之變更，僅能認係事實  
21 變更，不屬於刑罰法律之變更或廢止之範疇，自無刑法第2  
22 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  
23 補之事實以適用法律。查依托咪酯於113年8月5日經行政院  
24 公告列為第三級毒品，嗣於同年11月27日公告改列為第二級  
25 毒品，被告為本案犯罪行為時，依托咪酯非屬毒品危害防制  
26 條例所列之毒品，而是在被告行為之後，始先後改列為第三  
27 級毒品、第二級毒品，依上開說明，殊無使被告本案之販賣  
28 偽藥行為受何影響。起訴書認被告該當販賣第三級毒品罪，  
29 尚有未洽，惟起訴之基本社會事實同一，且經本院於審理時  
30 告知被告可能涉犯前揭論罪罪名，並予答辯之機會，無礙其  
31 防禦權之行使，爰依法變更起訴法條。

01 肆、撤銷改判及量刑之審酌：

02 一、原審以依托咪酯於113年8月5日始經行政院公告增列為第三  
03 級毒品，被告本案所為自不構成犯罪為由，而為被告無罪諭  
04 知，固非無見。但其未依法變更檢察官起訴法條，論以被告  
05 犯藥事法第83條第1項之販賣偽藥罪，即有違誤。檢察官上  
06 訴意旨指摘原判決此部分不當，為有理由，自應由本院將原  
07 審關於被告無罪部分予以撤銷改判。

08 二、爰以行為人責任為基礎，審酌被告販售依托咪酯麻醉煙彈，  
09 不僅造成政府機關難以有效管理藥品之漏洞，亦危害於國民  
10 健康及用藥安全，惟考量其犯後始終坦承犯行，販賣偽藥之  
11 數量不多，及其犯罪之動機、目的、手段，暨自陳之教育程  
12 度、工作、家庭、生活狀況等一切情狀，量處如主文第2項  
13 所示之刑。

14 三、本案被告犯販賣偽藥罪之犯罪所得2400元，雖未扣案，應依  
15 刑法第38條之1第1項、第3項規定宣告沒收，於全部或一部  
16 不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

17 伍、上訴駁回部分：

18 一、按上訴得對於判決之一部為之；上訴得明示僅就判決之刑、  
19 沒收或保安處分一部為之。刑事訴訟法第348條第1項、第3  
20 項分別定有明文。本案檢察官於本院審理期日明示僅就原審  
21 判決有罪部分之定應執行刑上訴；被告及辯護人均稱僅針對  
22 刑之部分上訴（見本院上訴字第928號卷第123至124頁）。是  
23 本院以原判決所認定之事實及論罪為基礎，而僅就所處之刑  
24 部分進行審理，其餘檢察官、被告未表明上訴部分，不在上  
25 訴範圍。

26 二、檢察官上訴意旨略以：被告犯販賣第三級毒品而混合二種以  
27 上毒品等10罪，分別經判處有期徒刑3年6月至3年10月不  
28 等，合計之宣告刑為有期徒刑36年1月。詎原審僅定應執行  
29 有期徒刑4年6月，裁量權之行使是否適法？有無重複減刑之  
30 嫌？是否符合罪刑相當原則？又是否契合社會大眾之法律感  
31 情，均不無探求之餘地，應有違背經驗、論理法則及理由不

01 備之違法等語。被告上訴意旨略為：被告前無販賣毒品犯罪  
02 前科紀錄，本案販賣之對象以熟識之同儕為主，數量與金額  
03 甚微，所生危害有限，與大量散佈毒品之毒梟，明顯有別，  
04 縱依毒品危害防制條例第17條第2項減輕其刑後之最低刑  
05 度，仍嫌過重，請適用刑法第59條酌減其刑，並再予從輕量  
06 刑等語。

07 三、經查：

08 (一)被告就原審判決附表一編號1至9所示犯販賣第三級毒品而混  
09 合二種以上之毒品罪，依毒品危害防制條例第9條第3項規  
10 定，均應適用其中最高級別即販賣第三級毒品罪之法定刑，  
11 並加重其刑。

12 (二)被告就原審判決附表一編號1至10所犯各罪，於偵查、原審  
13 及本院審理期間均自白不諱，應依毒品危害防制條例第17條  
14 第2項規定，均減輕其刑；其中編號1至9部分，均依法先加  
15 後減之。

16 (三)本案並未因被告之供述而查獲上手，此有南投縣政府警察局  
17 114年10月14日函在卷可稽（見本院上訴字第928號卷第107  
18 頁），自無毒品危害防制條例第17條第1項規定之適用。又  
19 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  
20 與環境，在客觀上足以引起一般同情，認為即使予以宣告法  
21 定最低度刑，猶嫌過重者，始有其適用。此所謂法定最低度  
22 刑，固包括法定最低本刑；惟遇有其他法定減輕之事由者，  
23 則應係指適用其他法定減輕事由減輕後之最低度刑而言。倘  
24 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  
25 其刑後，猶認其犯罪之情狀顯可憫恕，即使科以該減輕後之  
26 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  
27 刑。查被告所犯各罪，經依毒品危害防制條例第17條第2項  
28 規定減輕其刑後，已無情輕法重之憾。且衡以被告無視政府  
29 反毒政策及宣導，仍意圖營利而販賣第三級毒品而混合二種  
30 以上毒品等罪，所為就國人身心健康及社會秩序有高度破壞  
31 情事，危害至鉅，復考量被告本應依循正軌獲取所得，而非

01 販賣毒品供他人吸食，戕害他人身心，其於本件販賣毒品之  
02 作為，顯無法引起一般人之同情或憫恕。是綜觀其犯罪情  
03 節，實難認屬犯罪情節輕微，誠無另有特殊之原因或堅強事  
04 由，而在客觀上足以引起一般同情之處，自無再依刑法第59  
05 條規定減輕其刑之餘地。被告請求本院依刑法第59條規定酌  
06 減其刑，實無可採。

07 (四)原審就被告販賣毒品犯行，於量刑時依刑法第57條規定以行  
08 為人之責任為基礎，審酌被告所為助長毒品施用行為，擴大  
09 毒品流通管道，犯後坦承犯行，態度尚可，兼衡其犯罪動  
10 機、手段、情節及自陳之智識程度、家庭生活及經濟狀況等  
11 一切情狀，分別量處如原審判決附表一編號1至10「論罪科  
12 刑及沒收」欄所示之刑，經核量刑尚屬妥適，且均屬低度之  
13 量刑。被告上訴意旨指摘原審量刑過重，並無可採。

14 (五)按數罪併罰合併定應執行刑，旨在綜合斟酌犯罪行為之不法  
15 與罪責程度，及對犯罪行為人施以矯正之必要性，而決定所  
16 犯數罪最終具體應實現之刑罰，以符罪責相當之要求，是法  
17 院於酌定應執行刑時，除不得違反刑法第51條之規定，並應  
18 體察法律規範之目的，謹守法律內部性界限，以達刑罰經濟  
19 及恤刑之目的。是法院依刑法第51條各款規定酌定執行刑  
20 時，應就被告本身及所犯各罪間之關係為整體評估檢視，進  
21 行充分而不過度之評價，於審酌各罪間之關係時，應考量個  
22 別犯行之時間、空間之密接程度、各行為所侵害法益之專屬  
23 性或同一性（如侵害法益之異同、是否屬具不可替代或不可  
24 回復性之個人法益）、數罪對法益侵害之加重效應等，暨斟  
25 酌罪數所反映被告人格特性、犯罪傾向及對被告施以矯正之  
26 必要性等情狀，而為妥適、合目的性之裁量，以符罪責相  
27 當、特別預防之刑罰目的。又行為人所犯數罪非惟犯罪類型  
28 相同，且其行為態樣、手段、動機均相似者，於併合處罰  
29 時，其責任非難重複之程度更高，應酌定較低之應執行刑；  
30 反之，行為人所犯數罪各屬不同之犯罪類型者，於併合處罰  
31 時，其責任非難重複之程度甚低，當可酌定較高之應執行

01 刑。查被告係犯販賣第三級毒品而混合二種以上毒品罪（9  
02 罪）、販賣第三級毒品罪（1罪），各犯行之罪名、罪質相  
03 同，原審判決附表一編號1、3至10等罪，集中在113年5月至  
04 6月間為之，犯罪時間緊接，各罪間所侵害者皆非不可替  
05 代、不可回復之個人財產法益，顯然被告所犯各罪之責任非  
06 難重複程度較高。原審判決審酌被告所犯上開各罪之犯罪類  
07 型、行為態樣、手段、動機、侵害法益種類及責任非難程  
08 度，經整體評價後，定其應執行刑為有期徒刑4年6月，並未  
09 逾越刑法第51條第5款所定法律之外部界限，亦難謂有與內  
10 部界限相悖，致責罰不相當之情。檢察官、被告指摘原判決  
11 定刑不當，均無可採。從而，檢察官、被告此部分之上訴，  
12 均無理由，應予駁回。

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

15 本案經檢察官廖蘊瑋提起公訴及追加起訴，檢察官吳宣憲提起上  
16 訴，檢察官林宏昌到庭執行職務。

17 中 華 民 國 114 年 12 月 10 日

18 刑事第六庭 審判長法官 吳 進 發

19 法官 廖 素 琪

20 法官 鍾 貴 堯

21 以上正本證明與原本無異。

22 如不服本判決應於收受送達後二十日內向本院提出上訴書狀，其  
23 未敘述上訴理由者，並得於提起上訴後二十日內向本院補提理由  
24 書（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

25 書記官 林 德 芬

26 中 華 民 國 114 年 12 月 10 日