臺灣高等法院臺南分院刑事判決

115年度上訴字第564號

上　訴　人
即　被　告　林文婷

選任辯護人　王聖傑律師
　　黃驥律師

上列上訴人即被告因違反藥事法案件，不服臺灣臺南地方法院114年度訴字第1034號中華民國114年11月18日第一審判決（起訴案號：臺灣臺南地方檢察署113年度偵字第25300號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

事　實

一、Ａ０１明知含「美托咪酯」（Metomidate）、「依托咪酯」（Etomidate）成分之菸彈係藥事法所規範之藥品，若未向行政院衛生福利部申請核准，依法不得製造、販賣，如未經核准而擅自製造，即屬於藥事法第20條所稱之偽藥，竟分別為下列犯行：

㈠基於製造偽藥之犯意，先於民國113年4月間某時，透過通訊軟體微信與真實姓名年籍不詳之人約定以新臺幣（下同）3萬5,000元之對價購入液體狀30至45ml之美托咪酯，並約定由賣方將美托咪酯藏放在南投縣某公園土內，後由Ａ０１至該處將美托咪酯挖出，並將3萬5,000元放入土內，以此方式購得美托咪酯。其後Ａ０１自113年4、5月間至同年6、7月間，在其當時臺南市○○區○○路000號8樓之13租屋處內，利用量杯及針筒調劑，每次使用2ml美托咪酯加入香精2ml，再加入VG甘油1.5ml、PG丙三醇1.5ml，隔水加溫後，攪拌加入空菸彈，上開比例可製成2-3顆菸彈，以此方式完成偽藥之製造行為，先後共製作含有美托咪酯成分之菸彈約50至60顆。

㈡另基於販賣偽藥之犯意，於113年5月31日17時40分前某時，

以附表編號24手機通訊軟體LINE與暱稱「B 小姐」之姓名年籍不詳成年買家聯繫，雙方約定以約1萬元之價格，購買含有美托咪酯、依托咪酯成分之電子菸油、菸油匣。嗣該名買家透過LINE委由臺灣大車隊司機蘇○○駕車至臺南市○○區○○路000○0號全家超商○○店向Ａ０１拿取前開物品包裹，蘇○○取得包裹後，要求買家先行支付運送包裹至新北市○○區○○路000巷00號車資6千元，惟買家僅願支付1至2千元車資，雙方遂改定由空軍一號郵寄方式寄送至新北市○○區○○○號總站予「賀小偉」，買家並要求蘇○○打開包裹拍照，蘇○○發現該包裹內容物為電子菸油1瓶及菸油匣1個（附表編號25），察覺有異，遂將該包裹交予警方處理，經警送驗，結果檢出依托咪酯、美托咪酯成分。

㈢嗣於113年8月12日10時21分許，為警持搜索票，在上開租屋處執行搜索，並扣得附表編號1-24所示之物，而查悉上情。

二、案經臺南市政府警察局第一分局移送臺灣臺南地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

壹、程序部分

一、本院審理範圍

原審係就被告上開事實欄一㈠、㈡所載被告製造偽藥、販賣偽藥部分，判處罪刑。就被告另涉販賣第三級毒品罪嫌（即起訴書犯罪事實欄一㈢部分），為無罪之諭知。本件僅被告就原判決上開有罪部分提起上訴，檢察官並未提起上訴。從而，本院審理範圍僅限於原判決認定被告上開有罪部分，不及於原判決無罪部分。

二、證據能力部分

㈠按被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據，刑事訴訟法第159條第1項定有明文。本判決所引用之供述證據，檢察官、被告及其辯護人於本院審判期日均同意有證據能力（見本院卷第107頁），且迄至言詞辯論終結前均未聲明異議，而本院審酌上開供述證據製

作時之情況，尚無不當取供及證明力明顯過低之瑕疵，認以之作為證據應屬適當，依刑事訴訟法第159條之5第1項規定，本院認均有證據能力。

㈡另本判決所引用之非供述證據，並無證據顯示係公務員違背法定程序所取得，亦無顯不可信之情況，且經本院於審理期日逐一提示而為合法調查，依刑事訴訟法第158之4規定反面解釋，均具有證據能力。

貳、實體部分

一、認定犯罪事實所憑之證據及理由

㈠訊據被告固坦承事實欄所載客觀事實，惟否認其行為構成製造偽藥罪及販賣偽藥罪，辯稱：關於被訴製造偽藥部分，製造菸彈的過程我承認，但製成的數量沒有那麼多，至於多少顆我現在已經沒有印象了，大部分都失敗丟掉了，但也有成功的；關於被訴販賣偽藥部分，過程亦承認，但我把東西都交給蘇○○了，「B小姐」跟我約定買賣，1萬元我到現在都還沒收到云云。其辯護人則為被告辯護稱：1.「美托咪酯」係於113年11月14日首次列管為第三級管制藥品。於原判決所認定被告製造上開菸彈之行為時點（即113年4、5月至同年6、7月間），「美托咪酯」尚非屬「管制藥品」。而既然「美托咪酯」尚非管制藥品，卷內又未見有其他積極證據顯示我國於113年4、5月至同年6、7月間之時空背景下存在以「美托咪酯」作為「主成分」之藥品許可證，則應無從認定「美托咪酯」於上開時空背景下屬於「藥品」。基此，「美托咪酯」既非「藥品」，則被告製作含有該成分菸彈之行為當然亦無法被評價為「製造偽藥」，被告就原判決犯罪事實欄一㈠部分，自不構成藥事法第82條之製造偽藥罪，請為無罪之諭知。2.本案電子菸彈之買家係「B 小姐」而非證人蘇○○，而本案電子菸彈自被告交付證人蘇○○後，便持續由證人蘇○○持有之，並未送達、交付或使買家「B 小姐」取得實際控制力，被告之交付行為尚未結束，被告欲將本案電子菸彈「交付」予買家「B 小姐」之計畫顯然因證人蘇○○

之外力介入而尚未完成，屬「障礙未遂」，而非原判決認定之既遂。故原判決犯罪事實欄一㈡之部分，被告應屬未遂等語。

㈡經查：

1.上開犯罪事實，業據被告於警詢、偵查及原審審理中均坦承不諱（警卷第5-22頁、偵卷第15-17頁、原審卷第166頁），核與證人蘇○○、紀○○證述相符（警卷第131-136、207-208頁），並有原審法院113年聲搜字第1573號搜索票、臺南市政府警察局第一分局扣押筆錄、扣押物品目錄表、臺南市政府警察局第一分局113 年06月01日南市警一偵字第0000000000號函、指認犯罪嫌疑人紀錄表、113 年08月12日員警提出之職務報告、搜索現場照片及扣案物照片、高雄市立凱旋醫院113年7月9日高市凱醫驗字第00000 號、113年8月27日高市凱醫驗字第00000號濫用藥物成品檢驗鑑定書、西藥、醫療器材許可證相關查詢結果、衛生福利部114年7月25日衛授食字第0000000000號函、蘇○○之叫車資訊、行車軌跡、對話紀錄、偵辦照片黏貼表、紀○○之租約在卷足佐（警卷第29-105、129、137-205、211-229頁、偵卷第37-63頁、本院卷第51-52頁），堪認被告上開任意性之自白，確與事實相符，可以採信。

2.被告及辯護人雖以前詞置辯，然：

⑴按藥品中，具有「成癮性麻醉」、「影響精神」或「其他認為有加強管理必要」之性質，且經行政院公告者，即為管制藥品。如非藥事法所稱之藥品，並無列為管制藥品之可能。職是，經公告為管制藥品者，其在列管前，自係藥事法所稱之藥品（最高法院110年度台上字第4645號刑事判決參照）。次按未經核准，擅自製造之藥品，即屬偽藥，藥事法第20條第1款復有明文。又按刑事法之製造行為，乃指利用各種原、物料予以加工，製作成特定目的之產品，甚至儲存於電腦或新科技產物，有別於自然天生，是凡在該特定目的完成之前，所採取之一切人為措施，均屬之。但製造行為通

常係一連串之接續舉動，產品由原始臻於完美，常須經歷多種過程，而如何得謂完美，並無絕對標準，是作品初經完成，其後復行去蕪存菁之純化、除臭增香之美味化、精益求精（加料、上色）之美觀化、研粉、壓錠、裝囊或固化、液化、軟化、乾燥化、氣化等變形不變質之實用或應用化等進一步之加工作為，仍應構成製造行為之一環，為該製造行為概念所涵攝，亦即，刑事法上所謂製造行為，乃指利用各種原、物料予以加工，製作成特定目的之產品。查「美托咪酯」於本案案發後，經行政院於113年8月5日公告為第三級毒品，另於113年11月14日公告列管為第三級管制藥品，再於113年11月27日公告改列為第二級毒品，依上開說明，「美托咪酯」在公告列管為第三級管制藥品前，即屬藥事法第6條第3款所稱足以影響人類身體結構及生理機能之藥品。本案含有「美托咪酯」成分之菸彈，顯非經我國主管機關核准製造，復無其他積極證據證明係自國外非法走私輸入，自屬未經核准而於國內擅自製造之偽藥。又本案被告製成查扣菸彈，目的係為添加味道、稀釋及產生煙霧，此據被告於供述明確，其目的顯意在使便利流通及方便購買者施用，無品名、製造廠商、仿單或藥品許可證字號等足以識別為合法製造之藥品之資料，外觀上顯然可判斷非屬中央衛生主管機關核准製造之藥品，復無其他積極證據足認係自國外非法走私輸入，是應屬藥事法第20條第1款所規定未經核准而擅自製造之偽藥無訛。依上開說明，堪認被告所為，該當於製造偽藥之行為。辯護人為被告辯護稱：被告就原判決犯罪事實欄一㈠部分不構成藥事法第82條之製造偽藥罪云云，自無可採。

㈡再販賣毒品罪，在意圖營利而販入並賣出之情形，以意圖營利而販入，為販賣之著手，並以毒品交付買受人為販賣之既遂，有最高法院101年度第10次刑事庭會議決議㈠、102年度臺上字第1183號判決意旨可為參照。查蘇○○係受買家委託，向被告拿取裝有本案含依託咪酯、美托咪酯成分之菸

油，是被告既與買家就買賣達成合意，並將所售菸油交予買家委託之蘇柏青時，其交付行為即已完成，揆諸上開說明，應認已達既遂。至於蘇柏青是否確實交付買家、被告是否收到價金，均無影響於被告販賣既遂之結果。辯護人為被告辯護稱：被告就原判決犯罪事實欄一㈡部分，被告應屬未遂云云，亦無可採。

⑶本件事證明確，被告及辯護人所辯並無可採。被告犯行洵堪認定，應予依法論科。

二、論罪部分

核被告就犯罪事實一、㈠所為，係犯藥事法第82條第1項之製造偽藥罪；就犯罪事實一、㈡所為，均係犯藥事法第83條第1項之販賣偽藥罪。被告所犯2罪，犯意不同，時地有別，應分論併罰。

三、駁回上訴之理由

㈠原審以本案事證明確，依法論科，就：1.量刑部分：審酌酌被告明知美托咪酯、依托咪酯為偽藥，為牟己利，竟向他人購買來路不明原料後，再加以摻雜其他化學物質調製成核屬偽藥之菸彈，並於社群軟體上兜售，無視主管機關對藥品之審核控管，危害他人身體健康安全，法治觀念顯有偏差，所為實不足取，應予相當之非難。被告犯後自始至終均坦認犯行，態度尚屬良好。參以被告素行尚可，有法院前案紀錄表在卷可查。兼衡被告販賣、製造之偽藥數量，以及其自述之智識程度、經濟、家庭生活及被告自己及兒子之身心狀況等一切情狀，分別量處如原判決主文所示之刑，併考量所犯各罪之罪質、時空關聯性，在限制加重原則以及罪刑相當原則規範下，合併定應執行之刑如原判決主文所示。2.沒收部分，則以：⑴「依托咪酯」、「美托咪酯」既經行政院於113年11月27日公告為第二級毒品，附表編號12、25所示之物，經鑑定後含有美托咪酯、依托咪酯成分，有前開鑑定書附卷可參，不問屬於犯罪行為人與否，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，其彈殼、油瓶、油

匣等，無法完全與毒品析離，應一併宣告沒收銷燬。⑵扣案附表編號24手機為被告所有，供販賣偽藥使用；扣案附表編號3 、4 、8 、21、22、23屬製造犯罪事實一、㈠偽藥使用，業據被告供述在卷（原審卷第171頁），應分別依刑法第38條第2 項前段及藥事法第88條第1項規定宣告沒收。其餘扣案物被告稱自行施用電子菸使用，既與本案無涉，亦非違禁物，自無庸為沒收之諭知。⑶被告雖與買家議定價金，然自承並未取款，卷內亦無證據證明被告該次犯行業經取得對價；另起訴書雖載被告於警詢坦承：扣除成本後，大約收入4萬多元等語，欲就此部分未扣案之犯罪所得，依刑法第38條之1第1項前段、第3項之規定聲請宣告沒收，然起訴書並未起訴該部分之販賣偽藥行為（見起訴書犯罪事實欄及論罪法條，犯罪事實一㈡，僅論一罪），復與單獨宣告沒收規定不符，無從據以宣告沒收。

㈡經核原審前揭認事用法及沒收之諭知，於法並無違誤，量刑亦為妥適，被告及辯護人所辯不可採之理由，已如前述，原審判決應予維持。又被告上訴後，量刑基礎事實並無對被告有利之變動，亦無從為更輕量刑。被告上訴意旨指摘原判決為不當，請求撤銷原判決，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。

本案經臺灣臺南地方檢察署檢察官吳毓靈提起公訴，臺灣高等檢察署臺南檢察分署檢察官葉耿旭到庭執行職務。。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　5　　月　　13　　日

刑事第五庭　審判長法　官　蔡川富

法　官　翁世容

法　官　曾子珍

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 蔡双財

中　　華　　民　　國　　115　年　　5　　月　　13　　日

附錄本案論罪科刑法條：

藥事法第82條

製造或輸入偽藥或禁藥者，處10年以下有期徒刑，得併科新臺幣1億元以下罰金。

犯前項之罪，因而致人於死者，處無期徒刑或10年以上有期徒刑，得併科新臺幣2億元以下罰金；致重傷者，處7年以上有期徒刑，得併科新臺幣1億5千萬元以下罰金。

因過失犯第1項之罪者，處3年以下有期徒刑、拘役或科新臺幣1千萬元以下罰金。

第1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7年以下有期徒刑，得併科新臺幣5千萬元以下罰金。

犯前項之罪，因而致人於死者，處7年以上有期徒刑，得併科新臺幣1億元以下罰金；致重傷者，處3年以上12年以下有期徒刑，得併科新臺幣7千5百萬元以下罰金。

因過失犯第1項之罪者，處2年以下有期徒刑、拘役或科新臺幣5百萬元以下罰金。

第1項之未遂犯罰之。

附表：

編號	品名	沒收及依據
1	TASTE ADMIX牌菸油5罐	自行施用電子菸使用，與本案無涉，不沒收。
2	SALT SHAQ牌菸油4罐	自行施用電子菸使用，與本案無涉，不沒收。
3	甜味劑油1罐	製造偽藥使用，依藥事法第88條第1 項之規定，宣告沒收。

4	VG甘油1罐	製造偽藥使用，依藥事法第88條第1 項之規定，宣告沒收。
5	TEMPER BOOM菸油調劑4罐	自行施用電子菸使用，與本案無涉，不沒收。
6	VNDERMAN WARNING菸油調劑2罐	自行施用電子菸使用，與本案無涉，不沒收。
7	THE CHEFS BREW菸油2罐	自行施用電子菸使用，與本案無涉，不沒收。
8	香精1罐	製造偽藥使用，依藥事法第88條第1 項之規定，宣告沒收。
9	FREEZY COKE菸彈（內含3顆菸彈）1盒	自行施用電子菸使用，與本案無涉，不沒收。
10	GRAPE菸彈（內含3顆菸彈）1盒	自行施用電子煙使用，與本案無涉，不沒收。
11	FREEZY COKE菸彈1顆	自行施用電子菸使用，與本案無涉，不沒收。
12	菸彈1顆（含彈殼）	經驗出有美托咪酯成分，依毒品危害防制條例第18條第1項前段宣告沒收銷燬 。
13	空於彈2顆	自行施用電子煙使用，與本案無涉，不沒收。
14	ILIA POWER DEVICE電子菸2支	自行施用電子菸使用，與本案無涉，不沒收。
15	黑色電子菸2支	自行施用電子煙使用，與本案無涉，不沒收。
16	Q2DKEii藍白色電子菸1支	二級毒品，另經本院以114年度簡字第3551號宣告沒收銷燬。
17	黑色電子菸機身1支	自行施用電子煙使用，與本案

		無涉，不沒收。
18	深藍色電子菸1支	自行施用電子菸使用，與本案無涉，不沒收。
19	綠色電子菸1支	自行施用電子煙使用，與本案無涉，不沒收。
20	ROMA紫色電子菸1支	自行施用電子菸使用，與本案無涉，不沒收。
21	調劑用量杯1個	製造偽藥使用，依藥事法第88條第1 項之規定，宣告沒收。
22	調劑用針筒2個	製造偽藥使用，依藥事法第88條第1 項之規定，宣告沒收。
23	夾鍵袋1份	製造偽藥使用，依藥事法第88條第1 項之規定，宣告沒收。
24	IPHONE15行動電話1 支（IMEI：000000000000000 、含SIM 卡：0000000000號）】	販賣偽藥與買家聯繫，依刑法第38條第2 項前段宣告沒收。
25	電子菸油1瓶及菸油匣1個（含油瓶及油匣）	經驗出有美托咪酯、依托咪酯成分，依毒品危害防制條例第18條第1項前段宣告沒收銷燬 。