

臺灣高等法院刑事判決

112年度上訴字第4649號

上訴人

即被告 陳懋榮

上列上訴人即被告因違反藥事法等案件，不服臺灣桃園地方法院111年度訴字第987號，中華民國112年8月28日第一審判決（起訴案號：臺灣桃園地方檢察署110年度偵字第6870號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

犯罪事實

一、陳懋榮明知甲基安非他命係毒品危害防制條例第2條第2項第2款所列管之第二級毒品，愷他命、4-甲基甲基卡西酮均係毒品危害防制條例第2條第2項第3款所列管之第三級毒品，均不得持有、轉讓；且第三級毒品4-甲基甲基卡西酮亦經衛生福利部公告列為第三級管制藥品，倘未經主管機關核准並依藥事法相關規定製造，即屬藥事法第20條第1款所定未經核准擅自製造之偽藥，不得非法轉讓，竟為下列行為：

(一)基於轉讓偽藥即第三級毒品之犯意，於民國110年1月20日18時許，在其位於桃園市○○區○○路0段000巷0弄0號之住處（下稱中華路住處），無償轉讓含有偽藥即第三級毒品4-甲基甲基卡西酮之毒品咖啡包4包（淨重28.051公克）予吳芳瑜。

(二)另基於持有第二級毒品甲基安非他命純質淨重20公克以上、持有第三級毒品愷他命及4-甲基甲基卡西酮合計純質淨重5公克以上之犯意，於110年2月1日前某不詳時間，在中華路住處，向真實姓名年籍不詳、綽號「阿豪」之成年男子，購得如附表編號1所示之第二級毒品甲基安非他命13包（總毛重

67.42公克、推估純質淨重52.17公克）、如附表編號2所示之第三級毒品愷他命1包（毛重15.52公克、純質淨重12.078公克），以及於不詳時間，以不詳方式，自真實姓名、年籍均不詳、綽號「阿玉」之成年人處，取得含有附表編號3所示之第三級毒品4-甲基甲基卡西酮成分之藥錠3顆（總毛重1.54公克、純質淨重0.590公克）而持有之。嗣於110年2月1日13時40分許，經警持搜索票搜索上開中華路住處，因而扣得上開毒品，始悉上情。

二、案經新北市政府警察局新莊分局報告臺灣桃園地方檢察署檢察官偵查後起訴。

理 由

壹、程序部分：

一、本件搜索程序合法：

（一）按司法警察官因調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據，認有搜索之必要時，得依刑事訴訟法第128條之1第1項規定報請檢察官許可後，向該管法院聲請核發搜索票，同法第128條之1第2項定有明文。又刑事訴訟，係以確定國家具體之刑罰權為目的，為保全證據並確保刑罰之執行，於訴訟程序之進行，固有許實施強制處分之必要，惟強制處分之搜索、扣押，足以侵害個人之隱私權及財產權，若為達訴追之目的而漫無限制，許其不擇手段為之，於人權之保障，自有未周，故基於維持正當法律程序、司法純潔性及抑止違法偵查之原則，實施刑事訴訟程序之公務員不得任意違背法定程序實施搜索、扣押；至於違法搜索扣押所取得之證據，若不分情節，一概以程序違法為由，否定其證據能力，從究明事實真相之角度而言，亦難謂適當。因此，對於違法搜索所取得之證據，為兼顧程序正義及發現實體真實，應由法院於個案審理中，就個人基本人權之保障及社會安全之維護，依比例原則及法益權衡原則，予以客觀之判斷。而搜索依其程式，可區分為要式搜索與非要式搜索，其中非要式搜索又區分為附帶搜索、同意搜索、緊急搜索，此觀刑事訴訟法第130條、

01 第131條、第131條之1之規定自明，上開各項搜索有其法定
02 要件及程序（最高法院94年度台上字第1361號判決要旨參
03 見）。

04 (二)本件臺灣桃園地方法院核發之110年度聲搜字第144號搜索票
05 載明有效期間為110年2月1日6:40起至110年2月2日17:30時
06 止，受搜索人為陳懋榮，搜索範圍包括：①處所：桃園市○
07 ○區○○路0段000巷0弄0號。②身體：犯罪嫌疑人陳懋榮。
08 ③物件：犯嫌陳懋榮使用之車輛、隨身背包等。④電磁紀
09 錄：犯嫌陳懋榮使用支行動電話，有前開搜索票在卷可稽
10 （見偵卷第81頁）。執行搜索之警員於110年2月1日下午13
11 時40分許，持上開搜索票至上址執行搜索，進而在該屋內扣
12 得如附表所示之物，上訴人即被告陳懋榮在搜索扣押筆錄
13 「受執行人」欄位有簽名及按捺指印，蕭永杰、楊珮嫻在搜
14 索扣押筆錄「在場人」欄位均有簽名及按捺指印，有新北市
15 政府警察局新莊分局搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、扣押
16 物品收據/無應扣押之物證明書附卷可憑（見偵卷第83至91
17 頁）。上開警員執行搜索之時間、處所、物件，均未逾同院
18 前揭搜索票之限制，合於上述「要式搜索」之要件及程序，
19 即屬合法。

20 (三)上訴人即被告陳懋榮雖主張警方執行搜索時，其不在場，係
21 違法搜索云云。然依刑事訴訟法第150條規定之旨，被告在
22 場並非執行搜索之必要要件，況依搜索扣押筆錄及被告警詢
23 筆錄之記載，足認被告於執行時在場，被告於偵查中檢察官
24 訊問時，對於搜索過程復表示無意見等語（見偵卷第233
25 頁），足認搜索扣押程序於法尚無不合，則本案扣得如附表
26 所示之物，自有證據能力。被告主張警方不應在其不在場時
27 強制搜索，並質疑扣案物品之證據能力，均無可採。

28 二、證據能力之說明：

29 本院認定事實所引用之下列證據資料（包含供述證據、文書
30 證據等），並無證據證明係公務員違背法定程序所取得。又
31 檢察官、被告於本院審理時，對本院所提示之被告以外之人

審判外之供述，包括供述證據、文書證據等證據均同意有證據能力(見本院卷第100、281頁)，且無顯有不可信之情況與不得作為證據之情形，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，認為以之作為證據應屬適當，依刑事訴訟法第159條至第159條之5規定，均有證據能力。

貳、實體部分：

一、事實之認定：

(一)犯罪事實(一)部分：

訊據被告矢口否認有何轉讓偽藥犯行，辯稱：110年1月20日我去警局驗尿，到晚上才離開，不可能拿毒品給吳芳瑜云云。然查：

1. 證人吳芳瑜於警詢、偵查中證稱：110年1月20日18時許，在被告中華路住處，被告拿毒品咖啡包4包給我，看我要自己喝還是拿去賣都可以，當時我幫被告的女友照顧小孩，我有跟被告提過我有在用毒品咖啡包，被告就給我毒品咖啡包當作報酬，陳毅晟、王暉皓都有看到等語（見偵卷第49至56、279至280頁），核與證人陳毅晟於警詢、偵查中證稱：毒品咖啡包是被告拿給吳芳瑜他們的等語（見偵卷第65至75、261至264頁），及證人王暉皓於警詢、偵查中證稱：我在110年1月20日18時許去被告中華路住處，被告拿毒品咖啡包4包給吳芳瑜，說要送給我們，因為吳芳瑜幫被告照顧小孩，被告就把毒品咖啡包當作獎勵等語（見偵卷第33至43、253至257頁）相符。衡諸吳芳瑜、陳毅晟、王暉皓等與被告均無仇怨，諒無設詞誣攀被告之理，其等之證言皆可採信。足認被告確實於110年1月20日18時許，在中華路住處，轉讓含有第三級毒品4-甲基甲基卡西酮之毒品咖啡包4包予吳芳瑜乙情，應屬事實。
2. 經原審函詢桃園市政府警察局中壢分局，函覆略以：陳嫌於110年1月18日16時58分許採尿，同日17時3分許初篩，初篩結果呈第二級毒品甲基安非他命陽性反應，故依法偵辦，並

01 無於嗣後再通知陳嫌採尿等語，有桃園市政府警察局中壢分
02 局112年5月3日中警分刑字第1120029178號函檢附員警職務
03 報告在卷可憑（見原審第201至205頁）。可見被告前開所辯
04 其於110年1月20日18時許係在警局採尿故並無可能轉讓毒品
05 咖啡包予吳芳瑜云云，應屬犯後卸詞，不足採信。

06 (二)犯罪事實(二)部分：

07 訊據被告矢口否認有何持有第2級毒品純質淨重20公克以上
08 及持有第3級毒品純質淨重5公克以上犯行，辯稱：毒品是蕭
09 永杰帶到我家的，並不是我的云云。然查：

10 1. 上開犯罪事實(二)部分，業據被告於原審審理時坦承不諱（見
11 原審卷第234頁），並有新北市政府警察局新莊分局搜索扣
12 押筆錄及扣押物品目錄表、刑案現場照片、台灣尖端先進生
13 技醫藥股份有限公司毒品原物鑑定實驗室110年4月21日毒品
14 證物鑑定分析報告3份等件在卷可憑（見偵卷第83至89、107
15 至121、269、271、273頁）。

16 2. 被告於本院審理時以前詞置辯，惟查：

17 (1)證人楊珮姍於警詢時稱：警察在執行搜索期間，我在現場，
18 當場在客廳查獲電子磅秤2台、毒品分裝袋1袋，在往2樓樓
19 梯大門上吊掛之手提袋內查獲毒品共11包、安非他命吸食器
20 1組、玻璃球2顆、毒品分裝袋4袋、電子磅秤3台、毒品分裝
21 管2個，客廳辦公桌下方首飾盒內查獲毒品3包、紫色藥丸3
22 顆等（下稱上開物品等），是陳懋榮的，我有上開處所的鑰
23 匙，我先打電話給陳懋榮的媽媽，就開門進來等語。（見偵
24 卷第21至25頁），證人蕭永杰於警詢時證稱：警察在執行搜
25 索期間，我在現場，上開物品為陳懋榮所有，我拿衣服進去
26 曬，因為楊珮姍有鑰匙，所以我們就開門直接進入等語（見
27 偵卷第27至31頁）。證人楊珮姍與蕭永杰於警詢時之證述內
28 容，經核與被告於警詢及偵查時均坦承上開物品均為其所有
29 相符（見偵卷第15、234頁），且扣押物品目錄表經被告親
30 簽並按捺手印，復有搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、現場
31 照片可佐（見偵卷第83至86、87至89、107至121頁），堪認

證人楊珮姍、蕭永杰與被告並無夙怨，其等證稱扣案如附表所示毒品係被告所有乙節，足以採信。

(2)證人楊珮姍雖於本院審理時改稱：我看到警察查到毒品，我當下不知道東西是誰的，我是聽警察講，我就順著講。蕭永杰當天也在場。我跟蕭永杰做完筆錄後隔天有碰面，蕭永杰有跟我陳述他了大了，我說「幹嘛，什麼了大了？」他說他了錢了大了，我說「怎樣了大了」他說當天那個東西是他的，他說的「阿兄」就是陳懋榮等語（見本院卷第216頁）。然證人楊珮姍於警詢時已證稱上開物品均為被告所有，並於本院審理時結證稱於警詢時所言實在（見本院卷第215頁），且與證人蕭永杰於警詢時之證述相符，故證人楊珮姍於本院審理時卻否認警察搜索期間查扣到之上開物品為被告所有乙節，前後矛盾，至於蕭永杰是否有如上開之說詞，僅證人楊珮姍之片面之詞，亦查無其他證據足以認定上開物品為證人蕭永杰所有，是證人楊珮姍於本院審理時之證詞，顯係迴護之詞，殊無足採。

(三)綜上所述，被告所辯，均屬事後卸責之詞，無足憑採。本件事證明確，被告之轉讓禁藥犯行、持有第2級毒品純質淨重20公克以上犯行及持有第3級毒品純質淨重5公克以上犯行，均堪認定，應依法論科。

(四)被告於本院聲請傳喚證人吳芳瑜、蕭永杰，均經本院傳、拘未到，本院逕以其等於警詢、偵查之證言為認定事實之證據，附此說明。

二、論罪之說明：

(一)按4-甲基甲基卡西酮為毒品危害防制條例第2條第2項第3款所規定之第三級毒品，亦經衛生福利部公告為第三級管制藥品，而第三級管制藥品之製造或輸入，依藥事法第39條之規定，應向中央衛生主管機關（即行政院衛生福利部）申請查驗登記，並經核領藥品許可證後，始得製造或輸入並為醫藥上使用，倘涉未經核准擅自輸入者，適用藥事法第22條第1項第2款之規定，應屬禁藥，若涉未經核准擅自製造者，依

同法第20條第1款之規定，應屬偽藥。又按行為人明知為偽藥4-甲基甲基卡西酮而轉讓者，其轉讓行為同時該當於毒品危害防制條例第8條第3項之轉讓第三級毒品罪及藥事法第83條第1項之轉讓偽藥罪，屬法條競合，應依重法優於輕法、後法優於前法等法理，擇一處斷。而藥事法第83條第1項轉讓偽藥罪之法定本刑（7年以下有期徒刑，得併科新臺幣5,000萬元以下罰金），較毒品危害防制條例第8條第3項轉讓第三級毒品罪之法定本刑（3年以下有期徒刑，得併科新臺幣30萬元以下罰金）為重，縱轉讓第三級毒品淨重達20公克以上；或成年人對未成年為轉讓行為；或對孕婦為轉讓行為，依毒品危害防制條例第8條第6項、第9條各有加重其刑至二分之一特別規定，而應依各該規定加重處罰，惟仍以藥事法第83條第1項之法定本刑較重，依重法優於輕法之法理，應依藥事法第83條第1項轉讓偽藥罪處罰。而查，事實欄一、(一)所示被告轉讓之毒品咖啡包4包均係未經核准擅自製作之管制藥品，應為國內違法製造之偽藥，且被告所轉讓之第三級毒品4-甲基甲基卡西酮之淨重雖超過20公克，惟依前述法理，本件被告轉讓第三級毒品之犯行，應優先適用藥事法第83條第1項轉讓偽藥罪處斷。

(二)核被告就犯罪事實欄一(一)所為，係犯藥事法第83條第1項之轉讓偽藥罪。

(三)核被告就犯罪事實欄一(二)所為，係犯毒品危害防制條例第11條第4項之持有第2級毒品純質淨重20公克以上罪及毒品危害防制條例第11條第5項之持有第3級毒品純質淨重5公克以上罪。被告係以一持有第2級毒品、第3級毒品之行為，同時觸犯上開2罪，為想像競合犯，應從一重之持有第2級毒品純質淨重20公克以上罪處斷。

(四)被告上開轉讓偽藥罪、持有第2級毒品純質淨重20公克以上罪，犯意各別，行為互殊，應分論併罰。

(五)累犯：

被告前分別因：①違反槍砲彈藥刀械管制條例、販賣毒品等

01 案件，經本院以99年度上訴字第3155號撤銷原判決，改判處
02 有期徒刑6月、4年、4年，應執行有期徒刑4年6月，再上訴
03 後，經最高法院以100年度台上字第4427號駁回上訴確定；
04 ②施用毒品案件，經臺灣桃園地方法院以98年度審易字第80
05 號判處有期徒刑7月確定；③贓物案件，經臺灣桃園地方法
06 院以97年度壜簡字第2862號判處有期徒刑3月確定；④施用
07 毒品案件，經臺灣桃園地方法院以99年度審易字第920號判
08 處有期徒刑7月確定；⑤傷害等案件，經臺灣桃園地方法院
09 以100年度審易字第2257號判處有期徒刑6月，上訴後，經本
10 院以101年度上易字第1142號駁回上訴確定；⑥施用毒品案
11 件，經臺灣桃園地方法院以100年度審易字第1101號判處有
12 期徒刑9月確定；⑦竊盜等案件，經臺灣桃園地方法院以100
13 年度訴字第1013號判處有期徒刑6月、6月，應執行有期徒刑
14 11月確定；⑧竊盜等案件，經臺灣桃園地方法院以100年度
15 易字第1221號判處有期徒刑7月、4月，應執行有期徒刑9月
16 確定；⑨竊盜案件，經臺灣桃園地方法院以102年度審易字
17 第283號判處有期徒刑10月確定。上開①至③罪刑，嗣經本
18 院以100年度聲字第3008號裁定應執行有期徒刑5年確定；
19 ④、⑤罪刑，經本院以101年度聲字第3246號裁定應執行有
20 期徒刑1年確定；⑥至⑨罪刑，則經臺灣桃園地方法院以102
21 年度聲字第2050號裁定應執行有期徒刑2年11月確定，入監
22 接續執行後，於106年8月3日縮短刑期假釋出監，所餘刑期
23 交付保護管束，於108年2月23日保護管束期滿，未經撤銷假
24 釋，其未執行之刑，以已執行完畢論，有臺灣高等法院被告
25 前案紀錄表在卷可稽，其受有期徒刑執行完畢後，5年以內
26 故意再犯本案有期徒刑以上之2罪，均為累犯；參諸司法院
27 釋字第775號解釋意旨，其中販賣毒品案件，與本件犯罪類
28 型、罪質類似，足認其確對刑罰反應力薄弱，若加重其刑並
29 無罪刑不相當之情形，均應依刑法第47條第1項規定加重其
30 刑。

31 三、維持原判決及駁回上訴之理由：

01 (一)原判決以被告犯罪事證明確，據以論罪科刑，並審酌被告明
02 知毒品危害國人身心健康及社會秩序非淺，施用者常因毒品
03 之高度成癮性而難以戒除，影響其家庭、生活及經濟狀況，
04 為國法所嚴禁，並經政府、媒體、教育機構廣為宣導，竟仍
05 無視於國家對於杜絕毒品犯罪之禁令，而持有毒品、轉讓偽
06 藥予他人，助長毒品氾濫，所為應值非難，且於本院審理時
07 否認部分犯行之犯後態度，並參酌被告所轉讓、持有毒品之
08 數量、犯罪所生之危害、犯罪之手段，暨被告自陳為國中畢
09 業之智識程度、案發時從事粗工、入監前無業、未婚、需扶
10 養1名未成年子女、家境不佳之家庭生活、經濟狀況(見原審
11 卷第235頁、本院卷第285、286頁)等一切情狀，分別就轉讓
12 偽藥罪量處有期徒刑7月，另就持有第二級毒品純質淨重20
13 公克以上罪量處有期徒刑7月；且就沒收說明：扣案如附表
14 編號1所示之白色透明結晶13包，經送鑑定後，含有第二級
15 毒品甲基安非他命成分，有附表編號1鑑定結果欄所示之鑑
16 定報告（實驗室分析編號：DAA4273-1號）附卷可參（見偵
17 卷第269頁），應依毒品危害防制條例第18條第1項前段之規
18 定宣告沒收銷燬；扣案如附表編號2所示之白色透明結晶1
19 包，經送鑑定後，含有第三級毒品愷他命成分，而扣案如附
20 表編號3所示之紫色圓形藥錠3顆，經送鑑定後，含有第三級
21 毒品4-甲基甲基卡西酮成分，分別有附表編號2、編號3鑑定
22 結果欄所示之鑑定報告（實驗室分析編號：DAA4273-2號、D
23 AA4273-3號）附卷可考（見偵卷第271、273頁），均屬違禁
24 物，均應依刑法第38條第1項規定沒收；另用以包裝上揭毒
25 品之包裝袋，因無論以何種方式分離包裝袋與其內裝之毒
26 品，包裝袋內均會有極微量毒品殘留，故上述包裝袋應整體
27 視為查獲毒品，一併依上揭規定分別宣告沒收銷燬及沒收
28 之；至送驗耗損部分之毒品因已滅失，不另宣告沒收。

29 (二)經核原判決認事用法均無違誤，量刑亦屬妥適，即應予維
30 持。被告上訴否認全部犯行，指摘原判決有所違誤。惟原判
31 決業就卷內證據資料參互審酌，逐一剖析，認定被告於犯罪

事實欄所載之時、地分別轉讓偽藥、持有第二級毒品純質淨重20公克以上之犯行明確，並審酌刑法第57條各項事由，且說明本件構成累犯，斟酌被告前有同類犯行，刑罰反應力薄弱，均應加重其刑，在適法範圍內行使其量刑之裁量權，核無違法或不當之情形。被告上訴或猶執陳詞主張其未轉讓上開偽藥，或翻異前詞，否認扣案毒品為其所持有，均為無理由，應予駁回。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

本案經檢察官陳建宇、徐銘韡提起公訴，檢察官林俊傑到庭執行職務。

中 華 民 國 113 年 2 月 21 日
刑事第七庭 審判長法官 吳秋宏
法官 鍾雅蘭
法官 黃雅芬

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 鄭雅云

中 華 民 國 113 年 2 月 21 日

附錄：本案論罪科刑法條全文

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。

01 毒品危害防制條例第11條：

02 持有第一級毒品者，處3年以下有期徒刑、拘役或新臺幣30萬元

03 以下罰金。

04 持有第二級毒品者，處2年以下有期徒刑、拘役或新臺幣20萬元

05 以下罰金。

06 持有第一級毒品純質淨重十公克以上者，處1年以上7年以下有期

07 徒刑，得併科新臺幣1百萬元以下罰金。

08 持有第二級毒品純質淨重二十公克以上者，處6月以上5年以下有

09 期徒刑，得併科新臺幣70萬元以下罰金。

10 持有第三級毒品純質淨重五公克以上者，處2年以下有期徒刑，

11 得併科新臺幣20萬元以下罰金。

12 持有第四級毒品純質淨重五公克以上者，處1年以下有期徒刑，

13 得併科新臺幣10萬元以下罰金。

14 持有專供製造或施用第一級、第二級毒品之器具者，處1年以下

15 有期徒刑、拘役或新臺幣10萬元以下罰金。

16 附表：

編號	扣案物名稱	數量	鑑定結果
1	白色透明結晶	13包	含袋總毛重67.42公克，隨機取1件進行分析（毛重35.78公克，淨重34.915公克，鑑驗取用0.033公克，純質淨重27.687公克，驗餘淨重34.882公克），推估總純質淨重52.170公克，檢出甲基安非他命成分（台灣尖端先進生技醫藥股份有限公司毒品原物鑑定實驗室110年4月21日毒品證物鑑定分析報告【實驗室分析編號DAA4273-1】）
2	白色透明結晶	1包	含袋毛重15.52公克，淨重14.967公克，鑑驗取用0.062公克，驗餘淨重14.

			905公克，純質淨重12.078公克，檢出愷他命成分（台灣尖端先進生技醫藥股份有限公司毒品原物鑑定實驗室110年4月21日毒品證物鑑定分析報告【實驗室分析編號DAA4273-2】）
3	紫色圓形藥錠	3顆	總毛重1.54公克，鑑驗取用0.096公克，純質淨重0.590公克，檢出4-甲基甲基卡西酮成分（台灣尖端先進生技醫藥股份有限公司毒品原物鑑定實驗室110年4月21日毒品證物鑑定分析報告【實驗室分析編號DAA4273-3】）