

臺灣高等法院刑事判決

113年度上更一字第68號

上 訴 人
即 被 告 吳欣哲

上列上訴人即被告因違反藥事法案件，不服臺灣基隆地方法院109年度訴字第772號，中華民國110年2月2日第一審判決（起訴案號：臺灣基隆地方檢察署109年度偵字第3262號），提起上訴，本院判決後，經最高法院第一次發回更審，本院判決如下：

主 文

原判決關於轉讓大麻幼苗部分撤銷。
吳欣哲轉讓禁藥，處有期徒刑肆月。

事 實

一、吳欣哲明知大麻為毒品危害防制條例第2條第2項第2款所定之第二級毒品，亦係經行政院衛生署（現改制為衛生福利部）公告禁止製造、調劑、輸入、輸出、販賣或陳列之毒害藥品，屬藥事法第22條第1項第1款所稱之禁藥，不得非法轉讓及持有，竟基於轉讓禁藥之犯意，於民國109年2、3月間某日，在基隆市○○區○○路000號長庚醫療財團法人基隆長庚紀念醫院（下稱基隆長庚醫院）往生室，轉讓大麻幼苗2株（起訴書贅載大麻種子，業經原審判決不另為無罪諭知，業經本院前審及最高法院判決上訴駁回確定，不在本院審判範圍內）予謝宇庭，並由謝宇庭栽種。嗣經警於同年4月24日，持搜索票至謝宇庭位於基隆市○○區○○街0號4樓及其所有之自小客車執行搜索，並扣得大麻花等物，始悉上情。

二、案經基隆市警察局移送臺灣基隆地方檢察署檢察官偵查起訴。

理 由

壹、程序方面

01 一、審理範圍

02 最高法院係就本院前審110年度上訴字第2650號判決關於轉
03 讓大麻幼苗部分撤銷發回更審，其餘部分則已由最高法院以
04 111年度台上字第1619號判決駁回上訴確定，是本院審理範
05 圍為原審判決關於轉讓大麻幼苗部分，合先敘明。

06 二、證據能力

07 (一)被告以外之人於審判外之陳述，雖不符刑事訴訟法第159條
08 之1、第159條之2、第159條之3、第159條之4等規定，而經
09 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
10 面陳述作成時之情況，認為適當者，亦得為證據。當事人、
11 代理人或辯護人於法院調查證據時，知有第159條第1項不得
12 為證據之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為有
13 前項之同意，刑事訴訟法第159條之5定有明文。本案當事人
14 就下述供述證據方法之證據能力，於言詞辯論終結前均同意
15 作為證據使用，而經本院審酌各該證據方法之作成時，並無
16 其他不法之情狀，均適宜為本案之證據，依刑事訴訟法第15
17 9條之5之規定，有證據能力。

18 (二)其餘資以認定本案犯罪事實之非供述證據，亦查無違反法定
19 程序取得之情形，依刑事訴訟法第158條之4反面解釋，應具
20 證據能力。

21 貳、實體方面

22 一、訊據被告吳欣哲固坦承於前揭時、地，轉讓大麻幼苗予謝宇
23 庭之事實，惟否認有何轉讓禁藥之犯行，辯稱：伊轉讓之大
24 麻幼苗不屬於可施用的大麻，也不是種子，只是約10公分的
25 幼苗，伊所為並非構成轉讓禁藥罪云云。惟查：

26 (一)被告於前揭時、地，轉讓大麻幼苗予謝宇庭之事實，業據被
27 告於偵查、原審及本院審理時均坦承不諱，且經證人謝宇庭
28 於警詢、偵查時證述明確（見109年度偵字第3262號偵查卷
29 第25至39、41至45、147至149頁），復有搜索票、搜索扣押
30 筆錄、扣押物品目錄表、扣押物品收據等件在卷可參（見10
31 9年度偵字第2353號偵查卷第25至32、33至36、37至46

01 頁)。又警方於謝宇庭家中搜索扣得之大麻花植株後，經送
02 交通部民用航空局航空醫務中心鑑定，檢出含有大麻成分，
03 屬「管制藥品管理條例」第二級管制藥品或「毒品危害防制
04 條例」第二級毒品第24項一節，有該中心109年5月7日航藥
05 鑑字第0000000號毒品鑑定書存卷可憑（見109年度偵字第32
06 62號偵查卷第93至94頁）。是被告於前揭時、地，轉讓予謝
07 宇庭之大麻幼苗確含有大麻成分，堪以認定。

08 (二)被告雖以前詞置辯，然：

09 1.毒品危害防制條例所稱毒品，依成癮性、濫用性及對社會危
10 害性，分為4級，並以其附表（下稱附表）一、二、三、四
11 列舉各級毒品品項，其中雖有部分製劑，因其含量不同，而
12 分別以不同等級毒品列管，但如列管之品項未標示所含劑量
13 者，表示該品項不以劑量多寡作為認定是否屬於毒品之標
14 準，觀之毒品危害防制條例第2條第1項、第2項之規定自
15 明。又為因應新型態毒品之變化及適時調整毒品之分級，並
16 兼顧行政程序及專業之判斷，對於毒品之分級及品項之檢討
17 調整，以立法授權之方式，授權法務部及衛生福利部組成審
18 議委員會定期檢討，如有調整之必要時，即報由行政院公告
19 調整、增減之，並送請立法院查照，毒品危害防制條例第2
20 條第3項亦定有明文。是以毒品犯罪構成要件之毒品意涵究
21 何所指，毒品危害防制條例未規定完足，有待行政命令之補
22 充，方得確定可罰性範圍，即學理所謂「空白刑法」。其用
23 以使空白刑法完足之補充規範，不僅屬空白刑法之部分內
24 容，且由於其補充使空白刑法之評價範圍及成罪條件完足，
25 而得以有效發揮完整之規範效果。基此，判斷毒品之可罰性
26 範圍時，則須將毒品危害防制條例本文與用以填補犯罪構成
27 要件之附表或相關行政命令合併整體觀察，始足該當。

28 2.大麻因主要成分四氫大麻酚（Tetrahydrocannabinol，下稱
29 THC）為中樞神經迷幻劑，具成癮性，為防止濫用，造成社
30 會危害，早於87年5月20日肅清煙毒條例修正為毒品危害防
31 制條例時，即將大麻類與其製品列為第二級毒品，並歷經行

01 政院於88年4月28日及93年4月21日公告調整、增減及修正生
02 效，列舉其禁止規範於附表二第24項至第27項，亦為藥事法
03 第22條第1項第1款所指之禁藥。依附表二第24項所載，所稱
04 「大麻（Cannabis、Marijuana、Marihuana）」，係指「不
05 包括大麻全草（entire cannabis plants）之成熟莖（matu
06 re stems）及其製品（樹脂除外）及由大麻全草之種子所製
07 成不具發芽活性之製品」而言。換言之，附表二第24項採取
08 負面表列方式，將大麻全草中THC含量甚微之部位，即大麻
09 之成熟莖及其樹脂外之製品、種子所製成不具發芽活性之製
10 品，予以排除以外，其餘部位均屬第二級毒品「大麻」，且
11 該項並未特別標示所含THC劑量，自不以其餘部位之THC劑量
12 多寡作為認定是否屬於毒品大麻。再者，大麻種子本身並無
13 施用之價值，惟具發芽活性之大麻種子可供種植，以取得附
14 表二第24項至第27項所列大麻、大麻脂、大麻浸膏、大麻酊
15 等相關製品，此即毒品危害防制條例第13條第2項、第14條
16 第2項規定處罰意圖供栽種之用，而運輸或販賣大麻種子，
17 及意圖販賣而持有或轉讓大麻種子之立法目的。衡諸販賣、
18 轉讓較不易種植之大麻種子都已成罪，何況販賣、轉讓較為
19 容易栽種之大麻幼苗，如謂大麻幼苗非屬法規範所禁制之毒
20 品，不但與其含有THC成分之本質不合，且不足以遏阻非法
21 栽種大麻所造成之濫用，達到刑罰之一般預防功能，當非毒
22 品危害防制條例防制毒品危害之立法本旨。是結合毒品危害
23 防制條例第2條第2項第2款本文及附表二第24項，由其文
24 義、立法目的與法體系整體觀察，所稱第二級毒品大麻，並
25 未排除大麻幼苗，且非一般受規範者所不得預見。

26 3.查本件被告供承送給謝宇庭之大麻幼苗，係自己栽種之較大
27 植株剪下分枝，放到岩棉裡發芽而成小苗等語（見109年度
28 偵字第3262號偵查卷第114頁），而該幼苗經被告受讓予謝
29 宇庭後，由謝宇庭自行栽種成長為植株，結成小花苞之程
30 度，亦據證人謝宇庭於偵查中證述明確（見109年度偵字第3
31 262號偵查卷第148頁）。而警方於謝宇庭家中搜索扣得之大

01 麻花植株經送鑑定檢出含有大麻成分，業如前述，則被告轉
02 讓之大麻幼苗，已發芽出苗，自屬第二級毒品無訛。是被告
03 前揭所辯，自非可採。

04 (三)綜上所述，本案事證明確，被告前開犯行堪予認定，應依法
05 論科。

06 二、新舊法比較

07 按行為後法律有變更者，適用行為時之法律。但行為後之法
08 律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律，刑法第2
09 條第1項定有明文。被告行為後，毒品危害防制條例業於109
10 年1月15日修正公布，並於同年7月15日施行生效。修正前毒
11 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
12 於偵查及審判中均自白者，減輕其刑」，修正後毒品危害防
13 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
14 歷次審判中均自白者，減輕其刑」。修正後之規定增加須於
15 「歷次」審判中均自白始得減輕之要件，是認修正後之規定
16 並未對被告有利。依刑法第2條第1項前段規定，自應適用行
17 為時即修正前毒品危害防制條例第17條第2項之規定。

18 三、論罪科刑

19 (一)查大麻係屬毒品危害防制條例第2條第2項第2款所列管之第
20 二級毒品，亦屬藥事法所列管之禁藥，行為人明知大麻為禁
21 藥而轉讓予他人者，除成立毒品危害防制條例第8條第2項之
22 轉讓第二級毒品罪外，亦構成藥事法第83條第1項之轉讓禁
23 藥罪，而藥事法第83條第1項係於93年4月21日修正公布，同
24 年月00日生效，為毒品危害防制條例之後法，且藥事法第83
25 條第1項之法定刑為7年以下有期徒刑，得併科5百萬元以下
26 罰金，與毒品危害防制條例第8條第2項之法定刑為6月以上5
27 年以下有期徒刑，得併科70萬元以下罰金相較，以藥事法第
28 83條第1項之法定刑為重，而所謂毒品之範圍尚包括影響精
29 神物質與其製品，而藥事之管理，亦非僅止於藥品之管理，
30 毒品未必均係經公告列管之禁藥，禁藥亦非必均為毒品，毒
31 品危害防制條例與藥事法二者，並無必然之特別法與普通法

01 關係，故除轉讓之第二級毒品達淨重10公克以上，或成年人
02 轉讓予未成年人，而有應依毒品危害防制條例第8條第6項
03 及第9條之規定加重其刑後之法定刑較藥事法第83條第1項
04 之法定刑為重之情形外，此係屬同一犯罪行為而同時有二種
05 法律可資處罰之「法條（規）競合」情形，應依「重法優於
06 輕法」、「後法優於前法」等法理，優先適用屬後法且為重
07 法之藥事法第83條第1項之規定處斷（最高法院96年度台上
08 字第3582號、101年度台上字第3440號、第4187號、第4096
09 號、第4994號判決意旨參照）。

10 (二)查被告轉讓之大麻幼苗，並無證據足資證明單次轉讓大麻之
11 數量已達「轉讓毒品加重其刑之數量標準」第2條第1項第2
12 款所定淨重10公克以上，尚難遽認有法定加重事由，依法規
13 競合，以重法優於輕法之適用法則，被告就所為轉讓之犯行
14 自應適用較重之藥事法第83條第1項之轉讓禁藥罪論處。核
15 被告所為，係犯藥事法第83條第1項之轉讓禁藥罪。又藥事
16 法並無處罰持有禁藥行為，此部分自無與本件所成立之轉讓
17 禁藥犯行間有高、低度行為之吸收關係。

18 (三)毒品危害防制條例第17條第2項之適用

19 1.按修正前毒品危害防制條例17條第2項規定「犯第4條至第8
20 條之罪於偵查及審判中均自白者，減輕其刑」，係為鼓勵是
21 類犯罪行為人自白、悔過，並期訴訟經濟、節約司法資源而
22 設，此所謂之「自白」，乃對自己之犯罪事實全部或主要部
23 分為肯定供述之意，倘被告已供陳與犯罪構成要件合致之事
24 實，縱時日、處所、行為態樣、行為階段等非構成犯罪事實
25 之要素略有不符，或另有阻卻違法、阻卻責任事由存在之主
26 張，亦不影響其為自白（最高法院104年度台上字第2668號
27 判決意旨參照）。次按行為人轉讓同屬禁藥之第二級毒品甲
28 基安非他命（未達法定應加重其刑之一定數量）予成年人
29 （非孕婦），依重法優於輕法之原則，擇較重之藥事法第83
30 條第1項轉讓禁藥罪論處，如行為人於偵查及歷次審判中均
31 自白，仍有修正前毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕

01 其刑之適用（最高法院109年度台上字第4243號判決意旨參
02 照）。

03 2.查被告雖於歷次審判中均否認有轉讓禁藥之犯行，惟其於警
04 詢、偵查、原審及本院審理時均坦承有轉讓大麻幼苗予謝宇
05 庭之事實，僅對於所轉讓之大麻幼苗是否構成第二級毒品或
06 禁藥之法律適用上有所抗辯，觀諸上揭判決意旨，被告所為
07 轉讓禁藥之犯行，應已符自白犯罪之要件。被告既於偵查及
08 審判中均自白確有轉讓禁藥之事實，爰依修正前毒品危害防
09 制條例第17條第2項之規定，減輕其刑。

10 四、原判決撤銷改判之理由及量刑之說明

11 (一)原審認被告事證明確，予以論罪科刑，固非無見。惟被告所
12 為符合前述轉讓禁藥罪與轉讓第二級毒品罪之構成要件，依
13 法條競合之例，擇法定刑較重之前者論處，且被告於偵查及
14 審判中均自白轉讓禁藥之犯行，雖論以藥事法第83條第1項
15 之轉讓禁藥罪，然依前揭說明，仍應依修正前毒品危害防制
16 條例第17條第2項之規定，減輕其刑，已如前述。原審對被
17 告此部分所為，以法律整體適用不得割裂原則，未適用毒品
18 危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑，有所違誤。被告
19 上訴主張其轉讓行為應不構成犯罪云云，雖無理由，然原判
20 決既有前述未洽之處，自應由本院依法將原判決關於轉讓禁
21 藥(大麻幼苗)部分予以撤銷改判，並適用修正前毒品危害防
22 制條例第17條第2項規定減輕其刑。

23 (二)爰審酌被告無視法令禁制，竟恣意轉讓大麻幼苗予他人，除
24 戕害他人健康，更助長毒品氾濫，惟念被告坦承轉讓大麻幼
25 苗之行為，犯後態度尚可，且轉讓禁藥之數量及次數非鉅，
26 暨被告之犯罪動機、目的、手段、所生損害程度；兼衡被告
27 自述大學畢業之知識程度、入監前從事禮儀師，與弟弟同住
28 之家庭狀況等一切情狀，分別量處如主文第2項所示之刑。

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

31 本案經檢察官蕭擁溱提起公訴，檢察官洪淑姿到庭執行職務。

01 中 華 民 國 113 年 10 月 16 日
02 刑事第十一庭 審判長法官 張江澤
03 法官 郭惠玲
04 法官 章曉文

05 以上正本證明與原本無異。

06 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
07 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
08 （均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

09 書記官 賴威志

10 中 華 民 國 113 年 10 月 16 日

11 附錄本案論罪科刑法條

12 藥事法第83條

13 明知為偽藥或禁藥，而販賣、供應、調劑、運送、寄藏、牙保、
14 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
15 千萬元以下罰金。

16 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
17 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，
18 得併科新臺幣7千5百萬元以下罰金。

19 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
20 百萬元以下罰金。

21 第1項之未遂犯罰之。