

福建高等法院金門分院刑事判決

107年度上更一字第4號

上訴人 福建金門地方檢察署檢察官
被告 馮亮嘉
選任辯護人 蔡育霖律師

上列上訴人因被告違反藥事法案件，不服福建金門地方法院105年度訴字第9號，中華民國106年3月9日第一審判決（起訴案號：福建金門地方檢察署104年度偵字第593號、104年度偵字第617號、105年度偵字第155號），提起上訴，經本院判決後，由最高法院發回更審，本院判決如下：

主 文
上訴駁回。

事 實

一、馮亮嘉明知白色結晶或結晶性粉末之愷他命經行政院衛生署（現改制為衛生福利部，下同）明令公告列為管制藥品，屬藥事法第20條第1款所稱未經核准擅自製造之「偽藥」，不得為他人受寄代藏，竟基於寄藏偽藥之犯意，於民國104年8月下旬某日，在金門縣○○鎮○○路「摩斯漢堡」附近某處，受真實姓名不詳之成年男子之託代為寄藏保管，而收受偽藥愷他命1包（驗前淨重98.51公克，純度約99%，驗前純質淨重97.52公克，驗後淨重98.32公克）、電子磅秤1個及分裝袋1包（內含夾鏈袋85個及塑膠小杓子1支）而持有之，並攜回其金門縣金寧鄉頂埔下95之6號3樓305室租屋處，藏放在抽屜內。嗣因警據報對李政道（所犯運輸第三級毒品及偽證等罪均經判處罪刑確定）持用之行動電話依法實施通訊監察，得悉前揭情事，乃於104年9月10日上午8時45分許，持福建金門地方法院核發之搜索票至馮亮嘉前揭租屋處內執行搜索，並在抽屜內扣得受上開不詳男子託管藏放之愷他命1包、電子磅秤1個及分裝袋1包，因而循線查知上情。

二、案經金門縣警察局金城分局（下稱金城分局）報告福建金門地方檢察署檢察官暨檢察官主動簽分偵查起訴。

理由

甲、證據能力部分：

本案相關具有傳聞性質之證據資料，檢察官、被告及選任辯護人於本院審判程序中，均同意有證據能力（見本院卷第207頁），而其他非供述證據，亦經合法取得，均可作為認定犯罪事實之依據。

乙、認定事實之理由及依據：

一、上揭犯罪事實，迭據被告馮亮嘉於警詢、偵查、原審及本院審理時均坦承不諱（見金城警刑字第1040008397號卷第1至6頁、104年度偵字第593號卷第25至27頁、第51至55頁、原審卷第162至166頁及本院卷第164、212、213頁），並有福建金門地方法院104年度聲搜字第45號搜索票、金城分局搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、扣押物品收據、扣押物品清單各1份、搜索現場及扣案物品照片共4張可據（見金城警刑字第1040008397號卷第12至19頁、104年度偵字第593號卷第83頁），復有扣案白色細晶體1包可資佐證。而上開扣案之白色細晶體1包經鑑驗結果，檢出偽藥愷他命成分（驗前淨重98.51公克，取樣0.19公克鑑定，純度99%，驗前純質淨重97.52公克，驗餘淨重98.32公克），亦有內政部警政署刑事警察局104年10月7日刑鑑字第0000000000號鑑定書1份（見104年度偵字第593號卷第86至87頁）附卷可憑。則被告之任意性自白既有上開證據為憑，堪信與事實相符，足以採信。

二、公訴意旨雖指：被告於前揭所示時間、地點，與前揭不詳姓名男子共同基於意圖販賣第三級毒品之犯意聯絡，而受寄代藏愷他命1包等物而持有之，因認被告所為，涉犯毒品危害防制條例第5條第3項之意圖販賣而持有第三級毒品罪嫌。惟查：

（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。又所謂認定犯罪事

實之證據，係指足以認定被告確有犯罪行為之積極證據而言，如未發現相當證據，或證據不足以證明，自不能以推測或擬制之方法，以為裁判基礎。又認定不利於被告之事實，需依積極證據，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。再者，刑事訴訟上證明之資料，無論其為直接證據或間接證據，均須達於通常一般人均不致於有所懷疑，而得確信其為真實之程度，始得據為有罪之認定，若其關於被告是否犯罪之證明未能達此程度，而有合理性懷疑之存在，致使無從形成有罪之確信，即不得遽為不利被告之認定。復依刑事訴訟法第161條第1項規定，檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法；因此，檢察官對於起訴之犯罪事實，應負提出證據及說服之實質舉證責任，倘其所提出之證據，不足為被告有罪之積極證明，或其指出證明之方法，無從說服法院以形成被告有罪之心證，基於無罪推定之原則，自應為被告無罪判決之諭知。

(二)公訴意旨認被告涉有意圖販賣而持有第三級毒品罪嫌，無非係以前揭金城分局搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、扣押物品收據、扣押物品清單、搜索現場及扣案物品照片、扣案愷他命1包等為其主要論據。惟訊之被告堅決否認有何意圖販賣而持有第三級毒品犯行，辯稱：伊僅係受託保管上開愷他命，並無販賣意圖等語。經查：

1.按意圖販賣而持有毒品，係指以非營利之目的而販入或因其他原因而持有毒品，其後始起意出售所持有之毒品以營利，且迄未著手賣出者而言；所謂意圖，乃犯罪構成之主觀違法要素，亦屬犯罪之成立要件，行為人是否具有販賣之意圖而持有毒品，須以嚴格之證據證明之，亦即必須有相當之客觀證據，足以表徵其主觀意念之遂行性及確實性，始足當之。次按持有毒品之原因非僅一端，或基於運輸、販賣營利之目的而持有，或基於轉讓、供己施用或幫助施用之目的而持有，該等行為所表徵之持有毒品外觀大致相同，故行為人主觀

上之意圖如何，自應以嚴格之證據予以證明；如無確切證據，即不得僅憑持有毒品之數量多寡，或有查獲相關工具等情狀，逕推定行為人有起意出售之營利目的，亦即必須有相當之客觀事實，足以表徵其主觀犯意之遂行性及確實性，不能以推測或擬制之方法，遽以認定。

2. 被告固於104年9月10日上午8時45分至9時30分許，為警在其上開租屋處扣得前揭愷他命1包等物，惟該等愷他命係為他人保管而非為其所有乙情，業據被告於警詢、偵查、原審及本院審理中始終陳述如一，雖被告就寄放該包愷他命之人為謝元利或某不詳姓名男子乙節，前後陳述有異，然並無具體事證證明被告持有該等愷他命後，有起意出售或營利之意图，而持有毒品之數量與是否意图販賣，亦無絕對關聯，意图販賣毒品之人，更不以需先持有數量較多之毒品為必要，再衡以購毒之人各次購買之毒品數量，本無任何規律、限制，毒品價格常因交易雙方資力、交情好壞、可提供數量、市場行情及查緝嚴謹與否等因素而致生差異，尤以單次大量購買物品可獲取較高之優惠，亦為社會交易之常情；而毒品成癮者為確保毒品存量穩定，並圖較低購買價格，及避免分次購買增加為警查獲之風險，遂一次購入數量較多之毒品而持有，亦無悖於常情，故無法排除被告始終本於代寄收藏而持有扣案愷他命之可能性，非必然可認被告有起於持有中起意出售毒品之動機，是被告始終堅稱上揭扣案之愷他命係他人寄放等語，否認有販賣之意图，尚委非全然無據。

3. 另觀諸前述搜索現場照片，扣案愷他命係1整包放置在抽屜裡，且抽屜並未上鎖，並為被告於原審審理時供明在卷（見原審卷第165至166頁），並未分裝成小包，其舉措與一般受他人之託寄置放保管物品時，係原封不動加予保管之情形相符，故被告辯稱扣案之愷他命，係他人寄放乙節，與一般日常生活之經驗尚非相悖，非不可採。

4. 至本案除扣得上開愷他命1包外，雖另扣得磅秤1台及分裝袋1包，然此亦無法排除係一併寄放之可能性，且綜閱卷內

全部事證，並無證據顯示被告曾有意圖尋找買主之行為，或有證人指述向被告購買愷他命或與其聯繫購買愷他命之證詞，亦乏證據證明被告究於何時起意出售愷他命，或以何種價格、方法、地點、及計畫出售何人各節，自難僅以持有愷他命之客觀事實，驟謂其係基於販賣意圖而為。又遍觀卷內，除扣押物品外，亦無其他客觀事證，足以表徵被告知悉該託寄之不詳男子係基於營利之意圖而持有上開愷他命，自亦無從認定該不詳男子委由被告保管愷他命時，其2人即有販賣以營利之犯意聯絡至明。

(三)綜此，本件依檢察官所提出之證據，就公訴意旨所認被告係與不詳成年男子共同意圖販賣而持有扣案愷他命部分，尚未達於通常一般人均不致有所懷疑，而確信為真實之程度，殊難認定被告確有公訴意旨所指此部分犯行。

三、綜上所述，本案事證明確，被告明知為偽藥而寄藏犯行堪以認定，應依法論科。

丙、法律適用方面：

一、按行政院於91年2月8日以台衛字第0910005385號公告愷他命為管制藥品管理條例第3條第2項之第三級管制藥品。而第三級管制藥品之製造或輸入或調劑，依藥事法第39條之規定，應向行政院衛生署（現改制為衛生福利部）申請查驗登記，並經核領藥品許可證後，始得製造或輸入；原料藥認屬藥品，其製造或輸入，亦應依上開規定辦理，或依同法第16條藥品製造業者以輸入自用原料為之，惟非經該部核准，不得轉售或轉讓。且藥物之製造，應依藥事法第57條之規定辦理。因行政院衛生署管制藥品管理局（現改制為衛生福利部食品藥物管理署）迄今僅核准藥品公司輸入愷他命原料藥製藥使用，未曾核准個人輸入，另臨床醫療用之愷他命均為注射液形態，且限由醫師使用，亦經該署98年6月25日管證字第0980005953號函示明確，此並為法院審理此類案件所周知之事實。本件被告受託寄藏之愷他命，依卷證資料尚無從證明係自國外走私輸入，其代為寄藏之愷他命復均為白色細晶

體，顯非注射製劑，自非合法製造，應屬藥事法第20條第1款所規定之未經核准擅自製造之偽藥無訛。又寄藏與持有，均係將物置於自己實力支配之下，僅寄藏必先有他人之持有行為，而後始為之受寄代藏而已，故寄藏之受人委託代為保管，其保管之本身，亦屬持有，此之持有係受寄之當然結果。

二、次按行為後法律有變更者，適用行為時之法律，但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律，刑法第2條第1項定有明文。本件被告行為後，藥事法第83條第1項業於104年12月2日修正公布，並自同年月4日起生效施行，修正前藥事法第83條第1項規定「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5百萬元以下罰金」，而修正後藥事法第83條第1項則規定：「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」，經比較新、舊法之結果，修正後藥事法第83條第1項將得併科之罰金刑上限提高為新臺幣5千萬元，是修正後之新法並無較有利於行為人，應依刑法第2條第1項前段之規定，適用被告行為時之舊法即修正前藥事法第83條第1項規定處斷。是核被告所為，同時該當於毒品危害防制條例第11條第5項持有第三級毒品純質淨重20公克以上之罪及修正前藥事法第83條第1項之寄藏偽藥罪，此係屬同一犯罪行為而同時有二種法律可資處罰之法條競合情形，應依「重法優於輕法」之法理，依修正前藥事法第83條第1項規定處斷，且基於法律整體適用不得割裂原則，被告自無另依毒品危害防制條例第17條第2項減輕其刑之餘地，是而被告及其辯護人認有上開減輕其刑規定之適用，容有誤會。又檢察官認被告此部分所為，係涉犯意圖販賣而持有第三級毒品罪嫌云云，尚難謂為有據，既已詳如前述，是起訴法條容有未洽，惟因基本社會事實同一，爰依法變更之。

丁、駁回上訴之理由：

一、檢察官上訴意旨以本件查扣之愷他命數量多達約100公克，及電子磅秤、小型夾鏈袋及小杓子均係用以秤重、分裝之工具，而指被告並非僅單純持有，亦非供己施用，應有伺機販賣之意圖云云，依前所述，尚非可採。

二、原審認被告上開犯行罪證明確，因而適用刑事訴訟法第299條第1項前段、第300條（漏引）、修正前藥事法第83條第1項、刑法第2條第1項、第2項、第11條、第38條第1項、刑法施行法第10條之3第1項（漏引）等規定，並審酌被告明知愷他命為偽藥，對身體健康危害甚鉅，猶受他人委託，而受寄代藏，所為足以助長偽藥氾濫，對我國社會安寧秩序及國人身體健康均有危害，及其自陳未婚、大學畢業之智識程度，且就犯行認罪之犯罪後態度，暨其犯行之動機、目的、手段、持有愷他命之重量等一切情狀，量處有期徒刑4月，復敘明：被告持有之愷他命1包屬違禁物，應依刑法第38條第1項規定諭知沒收，其餘扣案之電子磅秤1台、分裝袋1包，查無積極證據證明與本件犯行有關，且非違禁物，爰均不為沒收之諭知。經核其認事用法，要無不合。檢察官上訴意旨猶執前詞，指摘原判決不當，並無理由，應予駁回。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

本案經檢察官席時英提起公訴、上訴，檢察官王以文到庭執行職務。

中	華	民	國	108	年	4	月	2	日
			刑	事	庭	審	判	長	法
							官	洪	曉
							法	官	彭
							法	官	廖
									立
									頓

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決，應於收受送達後十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十日內向本院補提理由書（均須按他造當事人之人數附繕本）。

書記官 方柏濤

中華民國 108 年 4 月 2 日

附錄本案論罪科刑法條全文：

修正前藥事法第83條第1項

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，處七年以下有期徒刑，得併科新台幣五百萬元以下罰金。