

最高法院刑事判決

108年度台上字第673號

上訴人 臺灣高等檢察署臺南檢察分署檢察官鍾和憲

被告 周杭震

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國107年6月14日第二審判決（106年度上訴字第36號，起訴案號：臺灣臺南地方檢察署104年度偵字第18557號，105年度偵字第603號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

二、本件上訴人檢察官上訴意旨略稱：

(一)倘在證據上，依一般常人之認定，已堪認定行為人在主觀上可能有違法認識，則在私運輸入毒品或管制物品之案件，即可認定有不確定之犯罪故意，無須要求行為人必須確知所私運輸入之物品確屬何種毒品或管制之禁藥。

(二)被告周杭震對輸入禁藥罪部分坦承有不確定故意，雖否認有毒品認識。然被告知悉在通訊軟體認識不詳姓名之「ET」為大陸地區上海市人，其餘均無所悉，則未曾見過對方提出任何證明文件，如何擔保該不詳之人所寄送之物品非管制物品而不違法。

(三)「ET」所寄送物若係合法，何需以鋁箔包裝袋加以包裹，並偽以「Commodity商品」、「Toy accessories玩具飾品」名義寄送，並分寄3處以分攤風險？顯見有逃避查緝之嫌。

(四)被告於偵查、審理之歷次訊問均陳稱：知悉該物係類似搖頭

01 丸之藥物等語，即屬第二級毒品。既知悉搖頭丸，而該物「
02 類似」搖頭丸，即具一定藥效，極可能為管制物品，故依其
03 年約三十歲、自陳學歷為國中畢業、在工地工作及夜市擺攤
04 ，當無全然不知之理。則主觀上可預見收取之藥物，極可能
05 係毒品。而被告仍提供收受地點，依一般經驗論理法則，應
06 屬縱該物為毒品或管制物品，亦不違背本意之不確定故意。
07 (五)原判決排除被告對輸入毒品認識可能性，顯悖離常情。且既
08 認有輸入管制禁藥之認識，顯然被告應有毒品違法認識之可
09 能。則原判決於相同事實與證據下，僅以Ethylone係民國10
10 4年10月29日始經公告列為第三級毒品，即予以切割犯意，
11 顯有違法。

12 三、惟查原判決撤銷第一審之科刑判決，改判論處被告共同犯輸
13 入禁藥罪刑暨沒收，並就檢察官起訴其運輸第三級毒品、私
14 運管制物品進口2罪部分不另為無罪諭知。已敘述認定犯罪
15 事實所憑證據及認定理由，及不另為無罪諭知之理由。並對
16 如何認定：Ethylone即「3,4-亞甲基雙氧-N-乙基卡西酮」
17 ，於104年10月29日經公告增列為毒品危害防制條例第2條第
18 2項第3款之第三級毒品，自該日起亦屬管制進出口之物品；
19 Ethylone之藥物公告列為第三級毒品，衡情一般民眾無從於
20 短時間內即知悉；與搖頭丸具有類似藥效之藥物，不見得均
21 屬公告之毒品；已依卷內資料予以說明。

22 四、次查：

23 (一)刑法第16條規定「除有正當理由而無法避免者外，不得因不
24 知法律而免除刑事責任。但按其情節，得減輕其刑。」所謂
25 不知法律，係指對於刑罰法律有所不知而言。該條所規定之
26 違法性錯誤，依94年2月2日修正時之立法理由，係採責任理
27 論。即依其情節，區分為有正當理由而無法避免者，應免除
28 其刑事責任，而阻卻其犯罪之成立，至非屬無法避免者，僅
29 得按其情節減輕其刑之不同法律效果。是原判決理由記載被
30 告不知「ET」所寄送之物品已公告為第三級毒品，而認其無
31 運輸第三級毒品、私運管制物品進口之犯罪故意或不確定故

01 意（見原判決第9至11頁），係認被告之行為不該當該2罪之
02 主觀構成要件，尚有違誤，應先敘明。

03 (二)違法性認識（即學說所稱之不法意識）固不要求行為人確切
04 認識處罰規定，僅知其行為乃法所不許即可。然於犯罪競合
05 時，不法意識即具可分性，對於不同構成要件存在的個別不
06 法內涵均需具備，始得非難各該部分罪責。本案檢察官起訴
07 被告以一行為觸犯輸入禁藥、運輸第三級毒品及私運管制進
08 口3罪，即應分別認定被告對該3罪之違法性認識。原判決理
09 由記載「被告已供稱：『ET』之人說該物品是一種有類似搖
10 頭丸藥效之藥物，伊當時知道搖頭丸是違法物品等語，既知
11 悉搖頭丸為何物，該物係『類似』搖頭丸，表示具有一定之
12 藥效」、「所謂與搖頭丸具有類似藥效之藥物，雖可能屬於
13 管制禁藥之一種，但不見得均屬公告之毒品，此觀衛生福利
14 部食品藥物管理署106年6月9日FDA管字第0000000000號函所
15 提供具有中樞神經興奮效果之精神治療藥物中，亦有部分藥
16 品之成分非屬列管之毒品一情可知」等情（見原判決第4、1
17 0頁）。如果無訛，此對被告認識收受之寄送物為禁藥固可
18 確認，惟難以推定其同時具有第三級毒品及管制進口物品之
19 認識。上訴意旨謂被告有類似搖頭丸藥物之認識，即就該物
20 為毒品或管制物品，有不違背本意之不確定故意認識等語，
21 尚有可議。

22 (三)法令頒布，國民有知法且負諮詢義務，是否可避免，行為人
23 固有類如民法上善良管理人之注意義務。而違反社會性之自
24 然犯，其違反性普遍皆知，雖非無法避免，惟毒品危害防制
25 條例第2條第3項所規定「前項毒品之分級及品項，由法務部
26 會同行政院衛生署組成審議委員會，每3個月定期檢討，報
27 由行政院公告調整、增減之，並送請立法院查照。」係以法
28 律授權由行政機關以行政規章或命令，變更可罰性範圍，固
29 非屬法律變更。然此類行政規章或命令之公告，究非如法律
30 具備須經立法院通過，總統公布，而除有規定施行日期者外
31 ，自公布或發布之日起算至第3日起發生效力（參照中央法

規標準法第4、12、13條）等程序，而得由媒體宣導，使國民得以預見及有相當之準備期間。是填補空白刑法之行政規章或命令，苟無一定之公聽程序或宣導期，尤以變更毒品處罰範圍公告之品項，多係化學類專有名詞，實難期待國民於公告後立即知悉。從而，有關毒品分級及品項之行政規章或命令之公告，既已影響違法性認識範圍，苟行為人於公告後之相當接近時間內違反，即須有相當之理由，始得認具違法性認識。

(四) Ethylone即「3,4-亞甲基雙氧-N-乙基卡西酮」係104年10月29日經行政院以院臺法字第1040054557號公告增列為毒品危害防制條例第2條第2項第3款之第三級毒品（第43項），並自該日生效，有行政院公報資訊網及毒品危害防制條例第2條第2項第3款附表三修正總說明在卷可證（見偵卷(一)第38至40頁）。而原判決理由已說明被告係於104年11月初某日（即「ET」第1次於104年11月6日寄送包裹之前）始與「ET」之人謀議，計劃犯罪時間距公告列為毒品之時間，相距僅約一週等情（見原判決第10頁）。就此期間，是否仍能期待學歷為國中畢業，在早餐店及工地打工之被告，須先上網查知「3,4-亞甲基雙氧-N-乙基卡西酮」已經公告為第三級毒品？即非無疑。況檢察官亦未舉證上開公告前，有經宣導及準備期，使國民有此認識之可能，自應認被告就此期間內，有正當理由而無法避免，應免除此部分之刑事責任。

(五) 綜上說明，原判決以被告不具主觀構成要件，認不構成犯罪，而不另為無罪諭知，固有瑕疵。然本件應免除被告關於運輸第三級毒品、私運管制物品進口2罪之刑事責任，而阻卻其犯罪之成立，結論並無不同，即該瑕疵不影響判決之結果，自不得執為適法上訴第三審之理由。

五、檢察官上訴意旨置原判決的論述於不顧，只憑己見，就不影響判決之事項，任意指摘，不能認為已經符合首述法定上訴要件，其上訴違背法律上的程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

01 中 華 民 國 108 年 3 月 27 日
02 最 高 法 院 刑 事 第 二 庭
03 審 判 長 法 官 陳 世 淙
04 法 官 黃 瑞 華
05 法 官 陳 朱 貴
06 法 官 楊 智 勝
07 法 官 洪 智
08 本 件 正 本 證 明 與 原 本 無 異
09 書 記 官
10 中 華 民 國 108 年 3 月 29 日