

臺灣高等法院刑事判決

114年度上訴字第4495號

上訴人

即被告 陳惠真

選任辯護人 蕭仁杰律師

上列上訴人即被告因毒品危害防制條例案件，不服臺灣臺北地方法院113年度訴字第977號，中華民國114年6月16日第一審判決（起訴案號：臺灣臺北地方檢察署113年度偵字第21341號、113年度毒偵字第1827號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於販賣第三級毒品部分撤銷。

陳惠真犯轉讓第三級毒品罪，處有期徒刑陸月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。未扣案之犯罪所得新臺幣壹仟貳佰元沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

事 實

一、陳惠真因自身曾有施用第一級毒品海洛因行為，因而預見可緩解施用第一級毒品海洛因戒斷後不適症狀之解佳益舌下錠，可能含有第三級毒品丁基原啡因成分，竟因不耐陳怡忤之懇求，為減緩其施用第一級毒品海洛因後所產生之戒斷不適症狀，縱使其所交付之物品內可能含有第三級毒品，亦不違背其本意，基於轉讓第三級毒品之不確定故意，先於民國112年4月15日凌晨0時36分前某時，與陳怡忤談妥交易含有第三級毒品丁基原啡因成分之解佳益舌下錠後，向真實姓名年籍不詳、綽號「彬松」之人（下稱「彬松」），以新臺幣（下同）1,200元之價格取得6顆含有第三級毒品丁基原啡因成分之解佳益舌下錠，旋依約於112年4月15日凌晨2時40分許，在新北市○○區○○街與○○路交岔路口，轉讓前開6顆含有第三級毒品之解佳益舌下錠予陳怡忤，陳怡忤則交付

01 1,200元予陳惠真。

02 二、案經新北市政府警察局新店分局報告臺灣臺北地方檢察署檢
03 察官偵查起訴。

04 理 由

05 壹、程序部分

06 一、本院審理範圍：按上訴得對於判決之一部為之，刑事訴訟法
07 第348條第1項定有明文。查上訴人即被告陳惠真（下稱被
08 告）係對原判決關於販賣第三級毒品部分提起上訴，並就其
09 餘判決施用第二級毒品部分撤回上訴，業經被告及其辯護人
10 陳明無訛（見本院卷第119-120頁），且有刑事撤回上訴狀
11 （見本院卷第133頁）在卷可參，故本件審理之範圍僅有原
12 判決關於販賣第三級毒品部分，先予敘明。

13 二、證據能力

14 (一)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
15 者外，不得作為證據，刑事訴訟法第159條第1項定有明文。
16 又被告以外之人於審判外之陳述，雖不符刑事訴訟法第159
17 條之1至第159條之4之規定，而經當事人於審判程序同意作
18 為證據，法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認
19 為適當者，亦得為證據；當事人、代理人或辯護人於法院調
20 查證據時，知有同法第159條第1項不得為證據之情形，而未
21 於言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同意，刑事訴
22 訟法第159條之5亦定有明文。本判決下列所引之各項供述證
23 據，檢察官、被告及其辯護人均未爭執其證據能力，於言詞
24 辯論終結前亦未聲明異議，辯護人於準備程序中更積極表示
25 同意有證據能力（見本院卷第86-87、120-121頁），本院審
26 酌各該證據作成時之情況，並無不當之情形，認以之作為證
27 據應屬適當，爰依刑事訴訟法第159條之5規定，認有證據能
28 力。

29 (二)其餘資以認定本案犯罪事實之非供述證據（詳後述），亦查
30 無違反法定程序取得之情形，依刑事訴訟法第158 條之4 反
31 面解釋，應具證據能力。

01 貳、實體部分

02 一、認定事實所憑之證據及理由：訊據被告就於前揭時地自「彬
03 松」處取得6顆含有第三級毒品丁基原啡因成分之解佳益舌
04 下錠後，即轉交陳怡忤並收受1,200元等事實，固均坦承不
05 諱，惟仍矢口否認轉讓第三級毒品之犯行，辯稱：我完全不
06 知道解佳益舌下錠之成分，我也沒有想過裡面可能含有毒品
07 云云。經查：

08 (一)被告於112年4月15日凌晨0時36分前某時許，與陳怡忤談妥
09 交付含有第三級毒品丁基原啡因成分之解佳益舌下錠事宜，
10 嗣於112年4月15日凌晨2時40分許，前往新北市○○區○○
11 街與○○路交岔路口，將6顆含有第三級毒品丁基原啡因成
12 分之解佳益舌下錠交付陳怡忤，並當場向陳怡忤收受1,200
13 元等節，業據被告坦認在卷（見偵字卷第13-14、16-17、11
14 0頁、訴字卷第64頁），核與陳怡忤證述相符（見偵字卷第3
15 1頁、訴字卷第162-166頁），並有被告與陳怡忤間之通訊監
16 察譯文（見偵字卷第35-36、195-196頁）、被告與陳怡忤間
17 監視器錄影畫面擷取圖片（見偵字卷第36、41、196、201-2
18 02頁）、臺北榮民總醫院113年7月16日北榮毒鑑字第AA638
19 號毒品成分鑑定書(一)、(二)（見偵字卷第223-225頁）、臺北
20 榮民總醫院113年12月30日北總職醫字第1130005338號函暨
21 所附同醫院113年12月9日北榮毒鑑字第AC995-Q號毒品純度
22 鑑定書（見訴字卷第121-123頁）、解佳益舌下錠仿單（見
23 訴字卷第177頁）、網路搜尋之解佳益舌下錠圖片（見訴字
24 卷第231頁）、扣案物品照片（見偵字卷第243-247頁）附卷
25 可參，此部分之事實，首堪認定。

26 (二)被告主觀上具有轉讓第三級毒品之不確定故意

27 1. 按刑法上之不確定故意（或稱間接故意、未必故意），係
28 指行為人對於構成犯罪之事實，預見其有發生之可能，因
29 該犯罪事實之發生不違背其本意，乃予容任而任其發生者
30 而言。惟行為人究竟有無預見而容任其結果發生之不確定
31 故意，係潛藏個人意識之內在心理狀態，通常較難取得外

01 部直接證據證明其內心之意思活動，是以法院在欠缺直接
02 證據之情況下，尚非不得從行為人之外在表徵及其行為時
03 客觀情況，綜合各種間接或情況證據，本諸社會常情及人
04 性觀點，依據經驗法則及論理法則予以審酌論斷。

- 05 2. 陳怡忤證稱：當初是因為我施用第一級毒品海洛因後提藥
06 很難過，要服用舌下錠才能緩解不舒服，因而拜託被告幫
07 我拿舌下錠，所以我才於案發當日自被告處取得6顆舌下
08 錠等語（見偵字卷第31頁、訴字卷第162-163、166頁）；
09 被告亦自承：我於案發當日將解佳益舌下錠交予陳怡忤
10 前，我就知道陳怡忤有施用第一級毒品海洛因及第二級毒
11 品甲基安非他命之習慣，當初是因為陳怡忤跟我說她第一
12 級毒品海洛因之毒癮發作很難過，所以我才去幫陳怡忤拿
13 解佳益舌下錠，並於案發當日將解佳益舌下錠交予陳怡忤
14 等語（見訴字卷第313-315頁）。而解佳益舌下錠所含之
15 丁基原啡因成分乃部分鴉片受體激動劑，以舌下給藥之方
16 式可有效抑制鴉片類藥物之戒斷症狀，其臨床主要用途即
17 為鴉片類藥物之替代療法，能降低病患對於海洛因之渴
18 癮，並預防或減緩海洛因成癮者之鴉片類藥物戒斷症狀，
19 因此具有治療海洛因成癮之療效等情，並有臺北榮民總醫
20 院113年12月30日北總職醫字第1130005338號函暨所附函
21 覆內容存卷可佐（見訴字卷第121、125至126頁），是被
22 告、陳怡忤前揭所稱陳怡忤於案發當時請託被告為其取得
23 解佳益舌下錠之情境，亦與第三級毒品丁基原啡因於臨床
24 醫學領域之用途相合。由此可見被告於案發當日將解佳益
25 舌下錠交予陳怡忤前，陳怡忤應已向被告表明其係因施用
26 第一級毒品海洛因後毒癮發作，始需請託被告為其取得解
27 佳益舌下錠，是以被告斯時自應明瞭解佳益舌下錠具有緩
28 解第一級毒品海洛因毒癮發作不適症狀之作用。再審諸對
29 於第一級毒品海洛因之成癮患者，常見之成癮治療方式即
30 包括開立同樣具有毒品成分，但成癮性較低之美沙冬供第
31 一級毒品海洛因毒癮患者服用，以舒緩成癮患者停止施用

01 第一級毒品海洛因後之戒斷症狀，藉此抑制成癮患者對於
02 第一級毒品海洛因之渴癮，而被告既於警詢中已自承其具
03 有施用第二級毒品甲基安非他命之慣習，甚至無法清楚回
04 想自己何時開始施用第二級毒品甲基安非他命之時間點
05 （見偵字卷第13頁），顯見其涉入毒品甚深，且被告早在
06 93年間即因連續施用第二級毒品、持有第一級毒品案件，
07 分別經臺灣臺北地方法院以93年度訴字第820號判決處有
08 期徒刑8月、臺灣桃園地方法院地以93年度桃簡字第1398
09 號判決處拘役30日確定，有法院前案紀錄表在卷可查（見
10 本院卷第60頁），是以被告自身施用第一級毒品、知悉而
11 持有第一級毒品之經驗，其應可藉由施用毒品者彼此間之
12 交流，瞭解各類施用毒品者如何緩解戒斷毒品後所產生之
13 不適感受，對於第一級毒品海洛因成癮患者應透過何種方
14 式舒緩其成癮症狀，亦有一定程度之瞭解，故綜合上開各
15 情，足認被告對於第一級毒品海洛因成癮患者可透過服用
16 成癮性較低之毒品緩解其戒斷症狀之替代療法，應無不知
17 之理。從而，被告交付解佳益舌下錠予陳怡忤時，既已瞭
18 解解佳益舌下錠可協助緩解第一級毒品海洛因毒癮發作之
19 身體不適症狀，則殊難想像被告當時對於解佳益舌下錠內
20 可能亦含有毒品成分，及陳怡忤因而可透過類似於美沙冬
21 替代療法之方式緩和其毒癮發作之不適感受等節，完全未
22 有任何預見及認識。

- 23 3. 再被告供稱：我與陳怡忤係新北市○○區○○路檳榔攤之
24 同事，也是朋友，我們已經認識10幾年等語（見偵字卷第
25 110頁），可見被告與陳怡忤間交情甚篤，倘若被告於案
26 發當時認知解佳益舌下錠性質上並非屬於難以取得、受管
27 制之違禁物，則當陳怡忤向被告表達因第一級毒品海洛因
28 毒癮發作而身體不適難耐時，被告既知悉如何取得解佳益
29 舌下錠，理應對於陳怡忤取得解佳益舌下錠之需求鼎力相
30 助，自無必要對於陳怡忤之請託百般推諉。又就陳怡忤於
31 案發當時向被告取得解佳益舌下錠之經過，陳怡忤證稱：

01 我原本於案發當日前就有拿錢請被告幫我買舌下錠，被告
02 一開始也是拒絕，後來是因為我問了好幾天，並上演一哭
03 二鬧三上吊、一直苦苦哀求她，最後被告才心軟可憐我，
04 答應幫我拿舌下錠等語（見訴字卷第162、164、166、169
05 頁），足見被告於案發當日將解佳益舌下錠交予陳怡忤
06 前，對於是否協助陳怡忤向他人拿取解佳益舌下錠乙節，
07 明顯猶疑不定，此情正與被告於案發當日前已懷疑解佳益
08 舌下錠可能含有受嚴禁管制之毒品成分，因而反覆考慮是
09 否要為陳怡忤取得解佳益舌下錠而承受遭訴追重罰風險之
10 心理狀態相契合。基此，被告自難諉稱其於案發當日將解
11 佳益舌下錠交予陳怡忤時，對於解佳益舌下錠內可能含有
12 受國家法令嚴格管制之毒品成分乙節，未有任何瞭解或認
13 識。

- 14 4. 衡酌毒品危害防制條例依據毒品之成癮性、濫用性及社會
15 危害性將毒品分為四級，此觀毒品危害防制條例第2條第2
16 項規定自明，而被告有施用毒品之慣習，業如前述，自不
17 可能對於現今社會毒品種類眾多，其若任意向他人取得內
18 含毒品成分之物品，所含毒品成分可能屬於第一級至第四
19 級毒品中任一級別之毒品乙事未有任何瞭解。據此，被告
20 於案發當日將解佳益舌下錠交予陳怡忤時，既已預見解佳
21 益舌下錠可能含有毒品成分，業經認定如前，且被告自
22 承：我於案發當日交予陳怡忤之解佳益舌下錠係向「彬
23 松」所拿取，但我向「彬松」拿取解佳益舌下錠時，並沒
24 有向「彬松」確認解佳益舌下錠內究竟含有何成分等語
25 （見偵字卷第110頁、訴字卷第314頁），顯見被告於案發
26 當日將解佳益舌下錠交予陳怡忤前，亦無先透過任何可信
27 管道確認解佳益舌下錠之成分、進而完全排除解佳益舌下
28 錠內可能含有第三級毒品成分之可能性，故綜參上開各
29 情，堪認被告於案發當日將解佳益舌下錠交予陳怡忤時，
30 已預見解佳益舌下錠內可能含有第三級毒品成分，而被告
31 於具備此認識之情形下，仍將解佳益舌下錠交予陳怡忤並

01 收受1,200元，自具有縱使其所交付之物品內可能含有第
02 三級毒品，此情發生亦不違反其本意而容任其發生之心
03 態，於法律上自當評價為其具有知悉第三級毒品之不確定
04 故意。被告辯稱：不知其中含有毒品成分云云，顯為事後
05 卸責之詞。

06 5. 被告於案發當日將解佳益舌下錠交予陳怡忤時，所具備之
07 犯意係轉讓第三級毒品之不確定故意，而非認定被告具有
08 轉讓第三級毒品之確定故意，故縱使當初陳怡忤委請被告
09 為其取得解佳益舌下錠時，其對於解佳益舌下錠內含有第
10 三級毒品丁基原啡因成分並無積極認識，因而未向被告明
11 確表明其所欲取得之解佳益舌下錠內乃含有第三級毒品丁
12 基原啡因成分，亦無礙被告於案發當日將解佳益舌下錠交
13 予陳怡忤時，具有轉讓第三級毒品不確定故意之認定。毒
14 品交易價格通常係取決於該種毒品之取得難易程度、稀缺
15 性或市場之供需關係等因素，是毒品危害防制條例既依據
16 毒品之成癮性、濫用性及社會危害性將毒品分為四級，而
17 非依據上開決定毒品交易價格之要素區別不同級別之毒
18 品，則具有類似成癮性、濫用性及社會危害性之同級別毒
19 品具備不同之交易市價，當屬事理之常，自無從以被告本
20 案將解佳益舌下錠交予陳怡忤時，向陳怡忤收取較其他第
21 三級毒品交易行情為低之金錢，驟認被告對於解佳益舌下
22 錠內可能含有第三級毒品成分未有任何預見，辯護人以上
23 情為被告所為辯解，實難採信。

24 (三)被告交付解佳益舌下錠並取得對價並未意圖營利

25 1. 毒品危害防制條例所規定之販賣（既、未遂）或意圖販賣
26 而持有毒品罪，雖未明示以「營利之意圖」為其犯罪構成
27 要件，惟所謂「販」者，既係指賤買貴賣，或買賤賣貴而
28 從中取利之商人之意，所謂「販賣」一詞，在文義解釋上
29 應寓含有買賤賣貴而從中取利之意思存在，且從商業交易
30 原理與一般社會觀念而言，販賣行為在通常情形下，仍係
31 以牟取利益為其活動之主要誘因與目的。是以所謂「販

賣」應以行為人在主觀上具有「營利之意圖」為構成要件要素，而將尚無牟取額外利益之轉讓，或無此意圖之持有行為，排除於「販賣」意圖之外，方不違立法者以綿密之方式，區別販賣、意圖販賣而持有及轉讓、持有等不同行為態樣，賦予重輕不同之處罰效果原意（最高法院110年度台上字第5049號判決意旨參照）。

2. 查被告交付6顆解佳益舌下錠予陳怡忤時，曾向陳怡忤收取1,200元，業如前述。又：

(1)細觀被告於本院審理時交付其於114年11月27日至診所就診後取得之解佳益藥袋（含解佳益7顆）、收據（見本院卷第135-139頁），可知被告該次就診其支付藥費額約980元、掛號診療費約250元，可認由正當流程依據醫師處方調劑取得7顆解佳益總成本約1,230元；佐以陳怡忤證稱：被告給我的解佳益舌下錠與從醫院可以取得、網路列印的解佳益圖片外觀相似，而由醫院取得解佳益之價格即為每顆150元至200元之間等語（見訴字卷第165-166頁），是以正當流程依據醫師處方調劑取得之價格、加計經由中間人「彬松」輾轉取得之成本計算，被告交付陳怡忤之解佳益取得之對價約與前者相當，難認其中尚存有利潤。而以被告與陳怡忤間之多年情誼相衡，被告非無可能不耐陳怡忤毒癮發作時之懇求，而未圖謀利潤為陳怡忤取得解佳益舌下錠。

(2)被告雖曾於偵查中供稱：我向「彬松」拿取解佳益舌下錠時，「彬松」本來是跟我開1顆150元，但後來我是直接向「彬松」拿解佳益舌下錠，不是向「彬松」買的等語（見偵字卷第110頁），然「彬松」未曾到案說明，亦無其他相關通聯譯文可佐，並無其他補強證據可認解佳益舌下錠係被告自「彬松」處「無償」取得，其後被告於114年5月5日審理時改稱其係以支付對價之方式向「彬松」取得解佳益舌下錠（見訴字卷第305、313頁），被告已否認前開偵查陳述之真實性。復以常情相

衡，被告與「彬松」間並無特殊情誼，僅為一般販毒者與購毒者之上游、下游關係，實難想像「彬松」會自行承擔取得解佳益舌下錠之成本，經被告之邀約，即專程、無償贈與被告。是被告於該次偵查中之陳述，難認與事實相符，而不可採。

(3)綜上各情，基於罪疑唯輕原則，尚難認被告將含有第三級毒品丁基原啡因之解佳益舌下錠交付陳怡忤而取得1,200元，主觀上具有營利意圖。檢察官起訴認被告主觀上具有營利意圖，構成販賣第三級毒品罪，尚有誤會。

(四)辯護人雖另以：解佳益舌下錠所含之第三級毒品丁基原啡因含量、人體服用解佳益舌下錠後將產生之效果及若將被告本案犯行評價為販賣第三級毒品行為，將使藥廠或醫師亦遭認定涉犯製造或販賣第三級毒品重罪等情詞為被告辯護，並認解佳益舌下錠性質上屬於藥品而非毒品，被告本案應僅成立轉讓禁藥罪責等語。然：

1. 按我國對毒品之防制與刑事規制，係以「毒品危害防制條例」規範。由於毒品之性質亦具有麻醉藥品之作用，其含有醫藥及科學上必需使用之成分者，非不得在衛生主管機關之監督下合法、正確的使用，惟為避免流弊，乃於同條例第2條第4項規定：「醫藥及科學上需用之麻醉藥品與其製品及影響精神物質與其製品之管理，另以法律定之」，此為「管制藥品管理條例」之所由設。而毒品與管制藥品均採四級分類，雖兩者內容並非一致，但大致相同，是毒品與管制藥品可謂是一體兩面，僅合於醫藥及科學上使用為管制藥品，依管制藥品管理條例進行流向控管，可以阻卻行為之違法性，否則即屬毒品範疇，若非法流用，仍應適用毒品危害防制條例之規定予以論處（最高法院111年度台上字第4867號判決意旨參照）。經查解佳益舌下錠所含第三級毒品丁基原啡因比例及服用丁基原啡因後對於人體之危害性等節，經臺北榮民總醫院函覆以：上開扣案之解佳益舌下錠，每顆所含丁基原啡因成分僅占1.78%；

01 丁基原啡因對於人體並無中樞神經之迷幻或興奮效用，其
02 藥理作用亦與巴比妥酸鹽類、苯二氮平類、類大麻活性物
03 質、甲基卡西酮類及愷他命等第三級毒品均有顯著差異等
04 旨，此有臺北榮民總醫院113年12月30日北總職醫字第113
05 0005338號函暨所附函覆內容存卷足按（訴字卷第121、12
06 5至126頁），惟丁基原啡因既經列為毒品危害防制條例第
07 2條第2項第3款及其附表所稱之第三級毒品，則揆諸前揭
08 說明，無論丁基原啡因對於人體之作用是否與其他常見之
09 第三級毒品相同，非法轉讓含有丁基原啡因成分藥品之行
10 為，仍應以轉讓第三級毒品罪論處。至於被告本案交予陳
11 怡忤之解佳益舌下錠，其中第三級毒品丁基原啡因之含量
12 多寡，亦僅得於量刑時予以評價，自無從逕以被告本案所
13 交予陳怡忤之解佳益舌下錠，其內所占之第三級毒品丁基
14 原啡因比例不高，推翻被告本案所販賣之物品內含有第三
15 級毒品丁基原啡因成分，所為應以轉讓第三級毒品罪論處
16 之結論。

- 17 2. 又按依法令之行為，不罰，刑法第21條第1項定有明文。
18 再按本條例所稱管制藥品限供醫藥及科學上之需用，依其
19 習慣性、依賴性、濫用性及社會危害性之程度，分四級管
20 理；管制藥品之使用，除醫師、牙醫師、獸醫師、獸醫佐
21 或醫藥教育研究試驗人員外，不得為之；西藥製造業或動
22 物用藥品製造業得辦理管制藥品原料藥之購買、輸入及第
23 三級、第四級管制藥品之輸出、製造、販賣；第三級、第
24 四級管制藥品之輸入、輸出及製造，除依藥事法第39條規
25 定取得許可證外，應逐批向食品藥物署申請核發同意書，
26 管制藥品管理條例第3條第2項前段、第5條第1項、第16條
27 第1項第3款及第20條前段分別定有明文，而丁基原啡因為
28 管制藥品管理條例所稱之第三級管制藥品，此復觀管制藥
29 品管理條例所定之附表自明。是綜據上開規定可知，於國
30 內取得許可後製造解佳益舌下錠之廠商或合法為病患開立
31 解佳益舌下錠之醫師，其等製造解佳益舌下錠或提供解佳

01 益舌下錠供病患服用之行為，均可依前揭規定阻卻違法，
02 而無由構成製造第三級毒品罪或販賣第三級毒品罪，此顯
03 與被告係於未取得任何合法依據之情形下擅自為有償轉讓
04 解佳益舌下錠之情形迥然不侔。由上可知，辯護人前開所
05 執辯護意旨，均屬無據。

06 (五)綜上所述，本案事證明確，被告所辯顯不足採，犯行洵堪認
07 定，應予依法論科。

08 二、論罪

09 (一)解佳益舌下錠內含丁基原啡因成分，屬第三級毒品，亦為第
10 三級管制藥品，業如前述，被告亦得於診所就診後經由醫師
11 處方取得。而藥事法第83條第1項所稱禁藥、偽藥，依據藥
12 事法第20條、第22條第1項規定：「本法所稱偽藥，係指藥
13 品經稽查或檢驗有左列各款情形之一者：一、未經核准，擅
14 自製造者。二、所含有效成分之名稱，與核准不符者。三、
15 將他人產品抽換或摻雜者。四、塗改或更換有效期間之標示
16 者。」、「本法所稱禁藥，係指藥品有左列各款情形之一
17 者：一、經中央衛生主管機關明令公告禁止製造、調劑、輸
18 入、輸出、販賣或陳列之毒害藥品。二、未經核准擅自輸入
19 之藥品。但旅客或隨交通工具服務人員攜帶自用藥品進口
20 者，不在此限。」，又按管制藥品管理條例第16條第1項第3
21 款、第4款規定：「管制藥品之輸入、輸出、製造、販賣、
22 購買，應依下列規定辦理：....三、西藥製造業或動物用藥
23 品製造業得辦理管制藥品原料藥之購買、輸入及第三級、第
24 四級管制藥品之輸出、製造、販賣。四、西藥販賣業或動物
25 用藥品販賣業得辦理第三級、第四級管制藥品之輸入、輸
26 出、販賣。」，同條例第10條第1項亦規定：「醫師、牙醫
27 師、藥師或藥劑生調劑第一級至第三級管制藥品，非依醫
28 師、牙醫師開立之管制藥品專用處方箋，不得為之」，是解
29 佳益舌下錠於國內屬有衛生福利部許可字號之製品，經由醫
30 師處方後可為合法取得之藥品，基於罪疑唯輕原則，應認被
31 告交付陳怡忤之錠劑為取得衛生福利部許可字號之製品後經

01 醫師處方流出，難認屬藥事法所認之偽藥或禁藥，而無藥事
02 法第83條第1項規定之適用。

03 (二)核被告所為，係犯毒品危害防制條例第8條第3項轉讓第三級
04 毒品罪。

05 (三)每顆合法製劑之解佳益舌下錠含有0.008公克第三級毒品丁
06 基原啡因，被告轉讓6顆解佳益舌下錠其中所含第三級毒品
07 丁基原啡因之純質淨重為0.048公克等情，有臺北榮民總醫
08 院113年12月30日北總職醫字第1130005338號函暨附件（見
09 訴字卷第121-127頁）在卷可佐，是該重量並未超過毒品危
10 害防制條例第11條第5項所定之純質淨重5公克，則被告於轉
11 讓6顆解佳益舌下錠前其所持有第三級毒品丁基原啡因之行
12 為，不另構成毒品危害防制條例第11條第5項之持有第三級
13 毒品罪，附此敘明。

14 (四)檢察官起訴雖認被告係犯毒品危害防制條例第4條第3項之販
15 賣第三級毒品罪，然尚無積極證據可認被告有營利之意圖，
16 已如上述，公訴意旨尚有誤會，惟因社會基本事實相同，且
17 經本院當庭告知變更後之法條罪名及刑度，無礙被告訴訟上
18 之防禦訴訟權行使，爰依法變更起訴法條。

19 三、量刑（刑之加重減輕事由）

20 (一)按累犯事實之有無，雖與被告是否有罪無關，然係攸關刑罰
21 加重且對被告不利之事項，為刑之應否為類型性之加重事
22 實，就被告而言，與有罪、無罪之問題有其相同之重要性，
23 自應由檢察官負主張及實質舉證責任；倘檢察官未主張或具
24 體指出證明方法時，可認檢察官並不認為被告構成累犯或有
25 加重其刑予以延長矯正其惡性此一特別預防之必要，且為貫
26 徹舉證責任之危險結果所當然，是法院不予調查，而未論以
27 累犯或依累犯規定加重其刑，即難謂有應調查而不予調查之
28 違法（最高法院刑事大法庭110年度台上大字第5660號裁定
29 意旨參照）。查被告固有因違反毒品危害防制條例案件，經
30 法院判處有期徒刑確定之前案紀錄，此有法院前案紀錄表附
31 卷可參，然檢察官既未主張被告於本案事實欄一所示犯行構

成累犯，或認被告於本案事實欄一所示犯行有依累犯規定加重其刑之必要，則揆諸前揭說明，並參酌現行刑事訴訟法係採行改良式當事人進行主義之本旨，本院爰不審究被告本案事實欄一所示犯行是否構成累犯，或其本案事實欄一所示犯行有無依累犯規定加重其刑之必要。至記載被告前案犯行紀錄之法院前案紀錄表，仍將列為刑法第57條第5款「犯罪行為人之品行」之量刑審酌事由。

(二)無依毒品危害防制條例第8條第6項之適用：被告轉讓6顆解佳益舌下錠其中所含第三級毒品丁基原啡因之純質淨重為0.048公克，業如前述，並未超過行政院依毒品危害防制條例第8條第6項所訂之「轉讓毒品加重其刑之數量標準」第2條第1項第3款規定之淨重20公克數量，認為本件被告所轉讓之第三級毒品之數量，未達加重處刑之數量標準，不再予以加重。

(三)無毒品危害防制條例第17條第2項之適用：被告於偵查及歷次審判中，均矢口否認知悉解佳益舌下錠中含有第三級毒品成分，是其就轉讓第三級毒品犯行之主觀犯意均無自白，應無毒品危害防制條例第17條第2項規定之適用。辯護人以：被告業已坦承轉讓之客觀事實，應有前開條款之適用云云，顯有誤會。

(四)無毒品危害防制條例第17條第1項減刑規定之適用：毒品危害防制條例第17條第1項所稱「供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者」，所謂「供出毒品來源」，當係指犯該條例第4條至第8條、第10條或第11條之罪之人，供出其所犯上述各罪該次犯行之毒品來源而言。被告供稱：我都不知道「彬松」之真實姓名及年籍，亦無向「彬松」拿取毒品時之對話紀錄等語（見偵字卷第13頁、訴字卷第64-65頁），堪認被告並未提供具體線索可供偵查機關查獲其毒品上游，是無毒品危害防制條例第17條第1項減免其刑規定之適用。

(五)無刑法第59條減刑之適用：刑法第59條規定犯罪之情狀可憫恕者，得酌量減輕其刑，其所謂「犯罪之情狀」，與同法第

57條規定科刑時應審酌之一切情狀，並非有截然不同之領域，於裁判上酌減其刑時，應就犯罪一切情狀（包括第57條所列舉之10款事項），予以全盤考量，審酌其犯罪有無可憫恕之事由（即有無特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，以及宣告法定最低度刑，是否猶嫌過重等等），以為判斷（最高法院95年度台上字第6157號判決意旨參照）。如別有法定減輕之事由，應先依法定減輕事由減輕其刑後，猶嫌過重時，始得為之。本件毒品危害防制條例第8條第3項轉讓第三級毒品罪，其法定本刑為「3年以下有期徒刑，得併科新臺幣30萬元以下罰金」，尚無法重情輕之情形，爰不再依刑法第59條規定酌量減輕其刑，併此敘明。

參、撤銷原判決之理由：

一、原審以被告犯罪事證明確，予以論罪科刑，固非無見。惟本件被告並無營利之意圖，已如前述，是原審誤認被告係販賣第三級毒品，而適用毒品危害防制條例第4條第3項之規定，其認定事實顯有不當。

二、被告上訴意旨雖執詞認：並無解佳益舌下錠內含有第三級毒品之認知，且原審量刑過重，應有刑法第59條之減刑適用云云，惟關於被告就解佳益舌下錠內含有第三級毒品具有不確定故意、並無刑法第59條情堪憫恕之情節，業經認定如前。被告猶以上情提起上訴，為無理由。

三、被告上訴雖無理由，惟原判決關於此部分既有上開可議之處，仍應由本院將原判決關於此部分撤銷改判。

肆、撤銷後此部分之科刑及沒收

一、爰審酌被告前有受論罪科刑執行完畢之情，素行已難認屬良好，又依據臺北榮民總醫院鑑定報告顯示丁基原啡因之藥理作用係用來降低毒癮者對於海洛因之渴癮、預防成癮者產生鴉片類藥物之戒斷症狀、止痛效果，對於人體之生理、心理反應皆屬正向，與毒品產生之戕害不同，而每顆解佳益所含丁基原啡因含量僅為1.78%，含量甚低，然被告交付之解佳益為6顆，早已超過一時止癮所需，難認其動機良善，又解

01 佳益為「醫師處方用藥」，其仿單上已載明為「管制藥品條
02 例所管制之第三級管制藥品」，若與其他鴉片致效劑成癮者
03 不當注射使用，會產生極顯著且強烈的戒斷症狀，若遭誤用
04 濫用，其風險如用藥過量、散布血源傳染之病毒性或地區性
05 感染疾病、呼吸抑制及肝臟損害，若用量不足，病人因自我
06 服用類鴉片劑、酒精或其他鎮靜安眠藥，更可能持續出現未
07 受控制的戒斷症候群，對於肝、腎功能不全者，更有特殊劑
08 量需求，被告此種未經醫師處方之提供行為，所造成之濫
09 用，產生之危險非微，被告係智識思慮俱屬正常之成年人，
10 竟漠視法令禁制，恣意轉讓予他人，足以戕害他人身心健
11 康，惡化社會秩序之危害非小，所為甚屬不該，本不宜輕縱
12 之，然本件所受轉讓之對象僅被告友人陳怡忭1人，參以被
13 告犯後仍不知悔悟，兼衡酌被告行為時未受任何特別刺激、
14 犯罪之動機、手段與情節、自承國小肄業、離婚、現與男友
15 同居、有3名成年子女、無人需賴其扶養，在餐廳工作，月
16 收入約2、3萬元（見本院卷第129頁）之智識程度、平日生
17 活與經濟狀況等一切情狀，量處如主文第2項所示之刑。

18 二、至被告以：考量被告之動機係為緩解友人之痛苦，請求為緩
19 刑之諭知云云。惟按刑法第74條第1項明定：「受2年以下有
20 期徒刑、拘役或罰金之宣告，而有下列情形之一，認以暫不
21 執行為適當者，得宣告2年以上5年以下之緩刑，其期間自裁
22 判確定之日起算：一、未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之
23 宣告者。二、前因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，執行
24 完畢或赦免後，五年以內未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑
25 之宣告者。」被告本件另犯之施用第二級毒品罪，經原審判
26 決處有期徒刑5月部分，已因撤回上訴而確定，業如前述，
27 是被告於本件轉讓第三級毒品犯行為刑之宣告前，即有因故
28 意犯罪而受有期徒刑以上刑之宣告，核與刑法第74條第1項
29 第1款之要件不合，不得為緩刑之宣告。是被告前開請求，
30 實屬無據。

31 三、沒收

01 (一)按犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之；前2項之沒收，
02 於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額，刑
03 法第38條之1第1項前段及第3項分別定有明文。查被告將解
04 佳益舌下錠轉讓陳怡忤，收受陳怡忤交付1,200元，業經認
05 定如前，是被告為此部分犯行所獲取之犯罪所得即為1,200
06 元。而此部分之犯罪所得既未據扣案，自應依前揭規定，宣
07 告沒收，並於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵
08 其價額。

09 (二)其餘扣案之物品核與本件轉讓第三級毒品無涉，故不另為沒
10 收之諭知。

11 據上論斷，應依刑事訴訟法第369條第1項前段、第364條、第299
12 條第1項前段、第300條，判決如主文。

13 本案經檢察官江宇程提起公訴，檢察官林珮菁到庭執行職務。

14 中 華 民 國 114 年 12 月 18 日

15 刑事第十一庭 審判長法官 張江澤

16 法官 章曉文

17 法官 郭惠玲

18 以上正本證明與原本無異。

19 被告不得上訴。

20 檢察官如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書
21 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
22 理由書（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法
23 院」。

24 書記官 蕭進忠

25 中 華 民 國 114 年 12 月 18 日

26 附錄：本案論罪科刑法條全文

27 毒品危害防制條例第8條

28 轉讓第一級毒品者，處1年以上7年以下有期徒刑，得併科新臺幣
29 1百萬元以下罰金。

30 轉讓第二級毒品者，處6月以上5年以下有期徒刑，得併科新臺幣
31 70萬元以下罰金。

- 01 轉讓第三級毒品者，處3年以下有期徒刑，得併科新臺幣30萬元
02 以下罰金。
- 03 轉讓第四級毒品者，處1年以下有期徒刑，得併科新臺幣10萬元
04 以下罰金。
- 05 前四項之未遂犯罰之。
- 06 轉讓毒品達一定數量者，加重其刑至二分之一，其標準由行政院
07 定之。