臺灣高等法院花蓮分院刑事判決

112年度上訴字第141號

上　訴　人　臺灣花蓮地方檢察署檢察官
被　　告　余相頤
000000000000000000
000000000000000000
指定辯護人　林之翔律師

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣花蓮地方法院112年度訴字第138號中華民國112年11月23日第一審判決(起訴案號：臺灣花蓮地方檢察署112年度偵字第1898號)，提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷。

余相頤引誘他人施用第三級毒品未遂，處有期徒刑參月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。

扣案毒品咖啡包拾包(毛重約44.29公克)及型號IPHONE 12行動電話壹支均沒收。

犯罪事實

一、余相頤知悉摻有第三級毒品「4-甲基甲基卡西酮」之毒品咖啡包，係公告查禁之毒品，不得引誘他人施用，仍於民國000年00月間，在花蓮縣境，基於引誘他人施用第三級毒品之犯意，透過網路通訊軟體Twitter，以暱稱「娣」、ID「Gx6hRVZjTFgmzTG」之帳號，隨機向不特定人發送「喝飲料狀況的時候怎麼這麼愛吹啦」、「狀況愛」、「喝了會想吹」、「一起放鬆」等文字訊息，引誘他人施用含第三級毒品「4-甲基甲基卡西酮」之咖啡包，嗣警方於111年10月17日執行網路巡邏勤務，發現上開帳號，而與余相頤對談蒐證，余相頤並以協助購買毒品咖啡包為由，與警方議定以新臺幣(下同)3千元之價金代為購買毒品咖啡包7包，並於112年3月4日提供中國信託商業銀行帳號(000000000*2*，帳號詳卷)，要求先行匯入毒品價金後代為購買毒品咖啡包。嗣警方持臺

灣花蓮地方法院核發之搜索票，在余相頤花蓮縣○○市○○○街000號住處執行搜索，當場查扣余相頤之毒品咖啡包10包(驗前總毛重共計44.96公克，第三級毒品「4-甲基甲基卡西酮」之純質淨重未逾5公克以上)及供聯絡使用之IPHONE 12行動電話1支而未遂。

二、案經花蓮縣警察局移送臺灣花蓮地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

壹、證據能力部分：

一、按被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據；被告以外之人於審判外之陳述，雖不符前四條之規定，而經當事人於審判程序同意做為證據，法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認為適當者，亦得為證據，刑事訴訟法第159條第1項、第159條之5第1項定有明文。本件被告余相頤及辯護人對於卷內被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述表示均同意作為證據(本院卷第81頁)，本院審酌該等言詞或書面陳述作成之情況，並無違法取證或證明力明顯過低之情形，依刑事訴訟法第159條之5第1項規定，認均有證據能力。

二、本判決以下所引用之非供述證據，均與本案事實具有關聯性，且查無事證足認係實施刑事訴訟程序公務員違背法定程序所取得，亦無顯不可信之情況，認均有證據能力。

貳、認定犯罪事實之證據及理由：

一、上揭犯罪事實，業據被告於本院坦承不諱(見本院卷第80、85頁)，並有卷附通訊軟體Twitter對話截圖照片、扣押物品目錄表、刑案現場勘查照片、內政部警政署112年4月6日刑鑑字第1120043220號鑑定書、中國信託商業銀行股份有限公司 112年4月27日函檢附被告帳戶資料及存款交易明細在卷可佐，被告之自白核與事實相符，可以採信。本件事證明確，被告犯行可堪認定，應依法論科。

二、法律適用：

(一)扣案毒品咖啡包所含「4-甲基甲基卡西酮」，為毒品危害防制條例(下稱毒品條例)第2條第2項第3款所列管第三級毒品，不得引誘他人施用。又毒品條例第7條之引誘他人施用毒品罪，乃係使本無施用毒品犯意之人，因其勸導、誘惑而萌生施用之犯意(最高法院111年度台上字第3123號判決意旨參照)，即引導誘惑，類似於教唆、煽惑之概念，但偏重引導，例如：示範使人一樣模仿；游說令人嚮往照做；指引方向、誘發踐行造意者所欲之事(最高法院103年度台上字第3066號判決意旨參照)。被告傳送如犯罪事實欄所載訊息，吸引他人施用第三級毒品，而佯裝之員警實際上既無施用之真意，並無可能完成犯罪，是核被告所為，係犯毒品條例第7條第5項、第3項引誘他人施用第三級毒品未遂罪。又檢察官已修正犯罪事實為引誘他人施用第三級毒品未遂犯行(本院卷第79頁)，核與起訴之基本社會事實尚屬同一，且無礙被告防禦權行使，爰依檢察官修正後之犯罪事實，變更起訴法條予以審理。

(二)公訴意旨雖以被告知悉毒品咖啡包另含有微量第三級毒品「甲基-N,N-二甲基卡西酮」等語，然依卷內被告與喬裝之警員之對話內容，僅談及向他人購買毒品咖啡包之數量、價格，經警員詢問「還是你知道裡面的料？」、「知道料比較重要」，被告則表示「我不知道」，有通訊對話截圖可按(警卷第69頁)，且扣案毒品咖啡包10包，經檢驗結果所含第三級毒品「甲基-N,N-二甲基卡西酮」僅為微量無法估算(總)純質淨重，有內政部警政署刑事警察局鑑定書可按(偵卷第45頁)，亦未另外包裝區別，外觀上難以分辨含有不同種類之第三級毒品，則被告主觀上對於扣案之毒品咖啡包有無混合微量第三級毒品「甲基-N,N-二甲基卡西酮」之認識，並非無疑，復無其他積極證據足證被告知悉扣案之毒品咖啡包混合「4-甲基甲基卡西酮」及「甲基-N,N-二甲基卡西酮」二種第三級毒品，基於罪證有疑利於被告之原則，難認被告有毒品條例第9條第3項、第7條第3項之引誘他人施用

混合2種以上之毒品未遂之犯行，附此敘明。

(三)刑之減輕事由：

1.被告已著手於犯罪行為之實行，因佯裝買家為警方無被誘施用之真意，然仍有侵害法益及擴散毒品之危險，非不能犯，為未遂犯，爰依刑法第25條第2項之規定按既遂犯之刑減輕之。

2.毒品條例第17條第2項：

毒品條例第17條第2項規定：「犯第4條至第8條之罪於偵查及歷次審判中均自白者，減輕其刑。」此所謂「自白」，係指對自己的犯罪事實全部或就犯罪構成要件為肯定供述之意，且需偵查及歷次審判中均自白，始足當之。至於被告僅單純對法律之評價、適用，有所主張或辯解，乃辯護權之行使，如所陳述之事實已經合於犯罪構成要件者，仍不失為自白。本件被告於偵查、原審及本院對其有如犯罪事實欄所載於網路通訊軟體向不特定人發送引誘他人施用含第三級毒品之咖啡包之文字訊息等事實，迭次坦承不諱，僅否認構成販賣第三級毒品未遂罪，係對法律上之評價有所辯解，且檢察官於本院修正犯罪事實後，被告亦自白本件犯行，無礙被告於偵查及歷次審理中均自白犯行之認定，應依毒品條例第17條第2項規定減輕其刑。

三、原判決撤銷改判及本院量刑之說明：

(一)原判決以依檢察官所提出之各項證據，認不足證明被告有何販賣第三級毒品之犯行，固非無見。惟疏未審酌被告本件犯行應成立毒品條例第7條第5項、第3項引誘他人施用第三級毒品未遂罪，檢察官上訴指摘原判決不當，為有理由，應由本院予以撤銷改判。

(二)量刑：

爰以行為人之責任為基礎，審酌被告無犯罪科刑紀錄，素行良好，有臺灣高等法院被告前案紀錄表可按；無視政府禁絕毒品之政策，透過網路通訊軟體向不特定人傳送引誘施用毒品之訊息，對於社會治安及國民健康可能造成之危害非微，

幸因警方及時發現而查獲；兼衡扣案毒品咖啡包之數量、被告犯罪之手段、動機、目的；被告偵、審中坦承犯行，態度良好，自述大學畢業、未婚、從事網路直播、月收入平均約2萬元，無需扶養他人及身心狀況等智識、家庭、經濟、生活(見原審卷第88頁)等一切情狀，及檢察官、被告及辯護人對量刑之意見，量處如主文第2項所示之刑，並諭知易科罰金之折算標準。

四、不予緩刑宣告部分：

(一)受2年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告，而有下列情形之一，認以暫不執行為適當者，得宣告2年以上5年以下之緩刑，其期間自裁判確定之日起算：一、未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者，刑法第74條第1項第1款定有明文。又暫不執行刑罰之是否適當，應由法院就被告之性格、犯罪狀況、有無再犯之虞及能否由於刑罰之宣告而策其自新等一切情形，予以審酌裁量(最高法院111年度台上字第1194號判決意旨參照)。犯罪行為嚴重侵害個人法益、影響社會治安或國家利益，以不宣告緩刑為宜，法院加強緩刑宣告實施要點第7點第2項定有明文。

(二)本件警方於111年10月17日執行網路巡邏勤務時，已發現被告本件犯行，迄至000年0月0日間為警查獲止，期間達4個月餘，顯非短時間之偶發性犯罪，法敵對意識明顯，且其犯行態樣具有一定程度的惡質性，引誘他人施用毒品，足使毒品擴散流竄，足認其行為控管能力不佳，酌以被告動機亦無值得憫恕之處、身心狀況(見原審卷第88頁)、本件犯行對社會治安之危害、犯罪情節、智識程度、生活狀況環境及被告如受實刑執行，家族無法或難以生活之特別情事等一切情狀，基於一般預防及特別預防之必要性，及檢察官、被告及辯護人之意見，認不宜為緩刑宣告，併此敘明。

五、沒收：

(一)扣案毒品咖啡包10包(驗前總毛重約44.96公克，驗前總淨重約30.90公克，鑑定用罄0.67公克，剩餘毛重約44.29公

克)，含有第三級毒品「4-甲基甲基卡西酮」之驗前總純質淨重約1.54公克、微量(純度未達1%，無法估算總純質淨重)第三級毒品「甲基-N,N-二甲基卡西酮」成分，連同咖啡包之外包裝尚無析離實益，且與被告本件犯行有直接關連性，屬違禁物，除鑑定用畢部分已經滅失外，應依刑法第38條第1項規定，宣告沒收。

(二)扣案Iphone12行動電話1支(警卷第87頁)為被告所有供本件犯罪聯絡使用之物，為被告所坦承(偵卷第82、83頁、原審卷第58頁)，爰依毒品條例第19條第1項規定諭知沒收。

(三)警方匯至被告提供之中國信託銀行帳號(0000000000*2*，帳號詳卷，見警卷第59頁)之3千元，已經被告用以購買扣案之第三級毒品咖啡包，復無證據證明被告有何犯罪所得，爰不予宣告沒收。

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

本案經檢察官林英正偵查起訴，檢察官張君如提起上訴，檢察官聶眾到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　6　　月　　27　　日

刑事第一庭審判長法　官　林信旭

法　官　顏維助

法　官　林碧玲

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，其未敘述理由者，並得於提起上訴狀後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」。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　6　　月　　27　　日

書記官　徐珮綾

附錄本判決論罪科刑法條：

毒品危害防制條例第7條

引誘他人施用第一級毒品者，處3年以上10年以下有期徒刑，得併科新臺幣3百萬元以下罰金。

引誘他人施用第二級毒品者，處1年以上7年以下有期徒刑，得併科新臺幣1百萬元以下罰金。
引誘他人施用第三級毒品者，處6月以上5年以下有期徒刑，得併科新臺幣70萬元以下罰金。
引誘他人施用第四級毒品者，處3年以下有期徒刑，得併科新臺幣50萬元以下罰金。
前四項之未遂犯罰之。