# 臺灣高等法院花蓮分院刑事判決

113年度上訴字第135號

上　訴　人　臺灣花蓮地方檢察署檢察官
上　訴　人
即　被　告　余玫萱
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000
選任辯護人　吳育胤律師(法扶律師)
上　訴　人
即　被　告　葛承翰
000000000000000000
000000000000000000
選任辯護人　孫裕傑律師(法扶律師)

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣花蓮地方法院113年度訴字第61號中華民國113年8月7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7722號、113年度偵字第518號、第519號、第520號及第733號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於余玫萱無罪部分撤銷。

余玫萱犯販賣第三級毒品罪，處有期徒刑壹年拾月。扣案之iPhone手機壹支（含Sim卡，IMEI碼000000000000000）沒收，未扣案之販毒所得新台幣貳仟元沒收，如一部或全部不能或不宜執行沒收時，追徵其價額。

余玫萱就上開第二項所為之量刑，與原判決就民國112年10月11日12時33分許該次販賣第三級毒品犯行所為之量刑，應執行有期徒刑貳年。緩刑伍年，緩刑期間付保護管束，並應接受拾小時之法治教育。

葛承翰緩刑肆年，緩刑期間付保護管束，並應接受捌小時之法治教育。

犯罪事實

一、余玫萱明知其所販賣之毒品咖啡包含有第三級毒品成分，基於販賣第三級毒品以營利之犯意，於使用Messenger接獲林一州轉知沈志凱欲購買毒品咖啡包消息後，透過林一州居中聯繫而與沈志凱達成以新台幣（下同）2,000元交易毒品咖啡包5包之合意，旋於民國112年7月15日下午1時44分許，在花蓮縣新城鄉○○○000巷5弄、7弄口，將含有第三級毒品成分之毒品咖啡包5包放置在車號00-0000自用小客車駕駛座內，並取走沈志凱放在該車駕駛座內之現金2,000元，嗣沈志凱到場取走上開咖啡包5包，因而完成交易（以下稱112年7月15日販賣犯行）。

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、程序部分

一、查本件檢察官僅對原審判決關於被告余玫萱無罪部分（即本判決犯罪事實欄所載112年7月15日犯行）提起上訴，其餘部分均未上訴（本院卷第142、167及168頁）。

二、上訴人即被告余玫萱、葛承翰2人對原審判決，僅上訴請求諭知附條件緩刑（本院卷第169頁），另對於原審判決有罪部分之犯罪事實、罪名、宣告刑及沒收均不爭執，本院審理範圍，為被告余玫萱經原審判決無罪部分，及被告2人有罪部分之量刑。

三、關於證據能力之說明：

㈠本院以下所引被告余玫萱及葛承翰2人以外之人於審判外所為之陳述，經當事人同意作為證據（本院卷第146、171頁），本院審酌該等供述證據作成時之情況，尚無違法取得證據及證明力明顯過低等瑕疵，依刑事訴訟法第159條之5第1項規定，應具有證據能力。

㈡本判決以下所引用之非供述證據，均與本案待證事實具有關聯性，亦非違法取得，亦有證據能力。

貳、實體部分

一、認定112年7月15日販賣犯行所憑之證據及理由：

㈠上開犯罪事實，業據被告余玫萱於偵、審中坦承不諱，並有證人林一州及沈志凱證述、證人林一州與被告余玫萱之Messenger對話截圖、證人林一州與證人沈志凱之Messenger對話截圖、被告余玫萱之行動上網歷程記錄等補強證據可資佐證，被告余玫萱任意性自白與事實相符，堪信為真實。

㈡證人沈志凱於警詢時陳稱：「（問：5包毒品咖啡包施用後感覺為何？）提神，調味比較甜外，其他跟我平常使用之毒品咖啡包差不多。」（警283卷第41頁）；於偵訊時另證稱：喝完後會暈暈的、放鬆的感覺（他1256卷第75頁），佐以，證人沈志凱另陳稱：我曾有向他人販入及售出毒品咖啡包（警283卷第137頁至第155頁），其112年7月8日為警查獲時，並有扣得毒品咖啡包殘渣袋1包（警283卷第138頁），足見，其上開所證，應信而有徵，可見，被告112年7月15日該次販賣犯行，販賣標的應為含有第三級毒品之毒品咖啡包。

㈢雖證人沈志凱為警採尿結果，並無第三級毒品咖啡包反應（警283卷第133頁），然證人沈志凱該次鑑驗採尿時間為112年7月28日（警283卷第123頁），距離本次犯行時間（112年7月15日）已相近13日以上，考量人體代謝速度等，尚無法憑此為被告余玫萱有利之認定。

㈣被告余玫萱係112年10月11日，始為警持搜索票搜索、詢問，並扣得彩虹菸22包（警283卷第3頁至第5頁、第85頁），雖無扣得毒品咖啡包，然考量毒品咖啡包性質、本案販賣、查獲前後相距時間等，無查扣毒品咖啡包「消極事實」之證明力應認甚為薄弱，應無法推翻或削弱上開㈠、㈡所載複數證據綜合堆疊後所為之認定。

㈤承上，被告余玫萱辯護人以沈志凱驗尿結果，及無扣得毒品咖啡包為由，認本案無法認定被告余玫萱112年7月15日該次販賣犯行，應無足採。

㈥綜上，被告余玫萱112年7月15日該次販賣毒品咖啡包犯行，應堪認定，應依法論科。

二、此部分撤銷改判之理由

原判決就被告余玫萱112年7月15日販賣犯行為被告余玫萱無罪諭知，尚難認為允洽，應由本院撤銷改判。

三、相關事實論罪科刑：

㈠核被告余玫萱112年7月15日販賣毒品咖啡包犯行，係犯毒品危害防制條例（下稱毒品條例）第4條第3項之販賣第三級毒品罪。其販賣前持有第三級毒品行為，無證據證明已逾毒品條例第11條第5項規定之純質淨重5公克數量，並不構成犯罪，即無高低行為吸收問題，附此敘明。

㈡刑之減輕事由：

1.違反毒品條例第4條之罪，供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑，同條例第17條第1項定有明文。查被告余玫萱向警方及檢察官明確供出112年7月15日販賣之毒品係向綽號KAI的鍾善羽購得；經花蓮縣警察局函覆：被告余玫萱供述咖啡包及彩虹菸上游為暱稱KAI之鍾善羽等語，有該局113年6月21日花警刑字第0000000000號函暨所附臺灣桃園地方檢察署（下稱桃園地檢署）113年度偵字第24954、25613號起訴書可稽，而鍾善羽所涉販賣毒品案件，係經被告余玫萱供出毒品來源因而查獲乙節，亦有桃園地檢署113年6月27日回函在卷可查(原審卷第169、177至179、239頁)，可知被告余玫萱確有供出毒品咖啡包之來源，並經警方查獲，並進而對其上游鍾善羽偵查起訴，自應依上開規定減輕其刑（減幅可達法定刑之3分之2）。

2.又違反毒品條例第4條之罪於偵查及歷次審判中均自白者，減輕其刑，同條例第17條第2項定有明文。經查被告余玫萱於偵、審中時就112年7月15日販賣犯行均自白不諱，應依毒品條例第17條第2項規定減輕其刑，並依法遞減之。

㈢爰以行為人之行為責任為基礎，審酌被告余玫萱昔無前科，素行良好，有臺灣高等法院被告前案紀錄表在卷可稽(本院

卷第97、98頁），並衡酌其販賣第三級毒品之交易方式、售賣數量、所生危害，及其犯後已坦承犯行，並表示悔悟，犯後態度良好，兼衡其自陳為○○肄業之智識程度、擔任○○○○○駕駛、月收入約5萬元、須扶養1名0○小孩、家庭經濟狀況一般（原審卷第258頁，本院卷第179至181頁）等一切情狀，就112年7月15日販賣犯行，量處如主文第2項所示之刑。

四、沒收部分：

㈠犯毒品條例第4條之罪，其供犯罪所用之物，不問屬於犯罪行為人與否，均沒收之，同條例第19條第1項定有明文。被告余玫萱自承其用以聯繫證人沈志凱販毒事宜所使用之手機即扣案之行動電話（品牌iPhone，電話號碼0000000000），查該行動電話（含Sim卡，IMEI碼000000000000000）為被告余玫萱所有，且為供其所犯罪使用之物（本院卷第180頁，原審卷第256至257頁），爰依毒品條例第19條第1項規定，宣告沒收。

㈡又被告余玫萱此次販毒所得2,000元尚未扣案，應依刑法第38條之1第1項、第3項，將上開犯罪所得宣告沒收，並於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

五、就被告余玫萱所涉2罪宣告刑部分定其應執行刑：

被告余玫萱所犯2次販賣第三級毒品犯行，合於定執行刑要件。審酌被告余玫萱所犯2罪（112年7月15日、10月11日該2次販賣犯行）侵害法益相同、對侵害法益之加重效應及時間、空間之密接程度（前後2次犯行相距約3個月，販賣地點均在花蓮縣境），2罪間之獨立程度尚難認為明顯，爰定其應執行為有期徒刑2年。

六、本件為附條件緩刑宣告之理由：

查被告2人未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，合於刑法第74條第1項第1款所定緩刑宣告之前提要件；此次因思慮未周，未能體知販毒之嚴重性而誤蹈法網，犯後已坦白犯行，並積極配合檢警調查，供出販毒上游，並書立悔過書

（本院卷第183至186頁），可見其等已深知悔悟，且經此偵審過程及科刑判決後，當知警惕，信無再犯之虞，合於法院加強緩刑宣告實施要點第2點第1項第1款、第5款規定，且檢察官亦表示：被告2人年紀尚輕，社會歷練不足，如諭知緩刑，沒有意見（本院卷第180頁），爰均依上開規定，諭知被告余玫萱緩刑5年、被告葛承翰緩刑4年，以勵自新；復為強化其等法治觀念，併依刑法第74條第2項第8款規定，分別諭知被告余玫萱應接受10小時法治教育、被告葛承翰應接受8小時法治教育，另依刑法第93條第1項第2款規定，均諭知緩刑期間付保護管束。

據上論斷，應依刑事訴訟法第369條第1項前段、第364條、第299條第1項前段，刑法第74條第1項第1款、第2項第8款，第93條第1項第2款，判決如主文。

本案經檢察官彭師佑提起公訴，檢察官吳聲彥提起上訴，檢察官鄒茂瑜到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　5　　月　　8　　日

刑事第一庭審判長法　官　林信旭

法　官　黃鴻達

法　官　張健河

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　　114　　年　　5　　月　　8　　日

書記官　陳雅君

附錄本案論罪科刑法條全文：

毒品危害防制條例第4條

製造、運輸、販賣第一級毒品者，處死刑或無期徒刑；處無期徒刑者，得併科新臺幣3千萬元以下罰金。

製造、運輸、販賣第二級毒品者，處無期徒刑或10年以上有期徒刑，得併科新臺幣1千5百萬元以下罰金。

製造、運輸、販賣第三級毒品者，處7年以上有期徒刑，得併科新臺幣1千萬元以下罰金。
製造、運輸、販賣第四級毒品者，處5年以上12年以下有期徒刑，得併科新臺幣5百萬元以下罰金。
製造、運輸、販賣專供製造或施用毒品之器具者，處1年以上7年以下有期徒刑，得併科新臺幣1百50萬元以下罰金。
前五項之未遂犯罰之。