臺灣高等法院高雄分院刑事判決

112年度上訴字第28號

上　訴　人
即　被　告　楊炳淯
000000000000000000
000000000000000000
選任辯護人　潘欣愉律師（法扶律師）
　　許仲盛律師（法扶律師）

上列上訴人因毒品危害防制條例案件，不服臺灣橋頭地方法院111年度訴緝字第14號，中華民國111年11月2日第一審判決(起訴案號：臺灣橋頭地方檢察署110年度偵字第695號，併辦案號：110年度偵字第5781號)，提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

事　實

一、楊炳淯明知「甲基-α-吡咯啶苯己酮」（簡稱MPHP）屬毒品危害防制條例所列管之第二級毒品，不得非法販賣，仍與陳彥瑜、石佑翔（以上2人已經原審判處罪刑確定）共同基於販賣第二級毒品以營利之犯意聯絡，先由陳彥瑜於民國109年12月29日16時58分許，使用手機在WeChat（微信）群組內刊登販售上述第二級毒品咖啡包之廣告訊息。經警方於執行網路巡邏時發現，喬裝買家與陳彥瑜聯繫，約定於翌(30)日13時30分，在高雄市○○區○○路000號「寶家百貨賣場」見面，由陳彥瑜以總價新臺幣（下同）3,500元，販賣上述毒品咖啡包10包予員警所喬裝之買家。陳彥瑜即於109年12月30日13時29分許，攜帶上述毒品咖啡包10包，偕同楊炳淯與石佑翔前往上址賣場，並由楊炳淯及石佑翔先進入賣場內把風，陳彥瑜則將毒品咖啡包10包裝入菸盒並藏放在賣場外所停放機車之前置物箱內，伺機進行交易。楊炳淯、石佑翔在賣場內發現買家出現後（由員警張榮泰所喬裝），即分別由石佑翔使用手機Messenger通知陳彥瑜，楊炳淯則以手勢

指引並近身向陳彥瑜告知買家位置，引導陳彥瑜與買家碰面交易，經員警當場表明身分將其逮捕，而止於未遂，並扣得如附表所示之毒品咖啡包及手機等物，因而查獲。

二、案經高雄市政府警察局鳳山分局報請臺灣橋頭地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

一、本件上訴人即被告楊炳淯（下稱被告）經本院合法傳喚，於審判期日無正當理由不到庭，依刑事訴訟法第371條規定，爰不待其陳述，由辯護人為其辯論後，逕行判決。

二、證據能力之說明：

㈠證人陳彥瑜、石佑翔於警詢中之陳述，均屬被告以外之人於審判外之陳述，並經被告及辯護人爭執其證據能力。其中石佑翔於警詢中所述，與其後於原審中證述大致相同，不符合刑事訴訟法第159條之2關於傳聞例外之規定，依同法第159條第1項前段規定，不得作為證據。陳彥瑜於警詢中陳述，則與原審中證述不符，經比較前後陳述時之外部狀況：員警採一問一答方式製作筆錄，全程遵守法定程序而為詢問，並無違法或不當取供情形（警卷第20頁），其陳述之信用性已受保障。何況陳彥瑜於警詢中陳述之日期為109年12月31日，距離案發時間僅1日，記憶顯較清晰，且未及顧慮人情壓力、利害考量或受不當干涉影響，出於自然反應而陳述；相較其於原審作證日期為111年8月17日，相隔已逾1年7月，可能記憶漸淡或模糊，更因有充分時間考量自身利害或人情壓力，非出於自然反應而陳述，此觀陳彥瑜於原審作證時，對於所詢問題，幾乎全以「時間太久，忘記了」帶過自明（原審卷㈠第215至225頁）。陳彥瑜於警詢中陳述，客觀上顯有可信之特別情況，且與待證事實均有關聯性，而為證明犯罪事實之存否所必要，依刑事訴訟法第159條之2規定，屬傳聞法則之例外，自得作為證據使用。

㈡至於本判決所引用其他具有傳聞性質之證據，已經依法踐行調查證據程序，當事人及辯護人均明示同意具有證據能力

（本院卷第85頁）。本院審酌各該證據作成情況，均無違法取證之瑕疵，亦無關聯性或證明力過低情形，作為證據使用皆屬適當，依刑事訴訟法第159條之5規定，均有證據能力。

三、認定事實所憑證據及理由：

㈠被告雖承認陪同陳彥瑜、石佑翔自被告住處出發，前往上址賣場，並由被告及石佑翔先進入賣場，被告更對陳彥瑜作出手勢，指向喬裝買家之員警張榮泰等情，惟否認有何販賣第二級毒品犯行，辯稱：伊當時是去上述賣場買食物，不知道陳彥瑜要進行毒品交易，因陳彥瑜在外面有欠債，所以伊才以手勢向陳彥瑜示警那個人可能是債主云云。辯護人則稱：被告只是單純在場，不知道陳彥瑜要進行毒品交易，也沒有把風等語。

㈡惟查：

1.同案被告陳彥瑜在微信群組刊登販售第二級毒品MPHP咖啡包之廣告訊息，經員警喬裝買家向其購毒，雙方合意由陳彥瑜以3,500元販賣上述毒品咖啡包10包，並約定於109年12月30日13時30分，在上址賣場外見面交易。陳彥瑜即於同日13時29分許，攜帶毒品咖啡包10包，偕同被告楊炳淯及同案被告石佑翔抵達賣場，由被告及石佑翔先入內，陳彥瑜則將毒品咖啡包裝入菸盒，藏放在賣場外機車前置物箱內，伺機進行交易。經石佑翔發現喬裝買家之員警張榮泰出現後，以手機Messenger通知陳彥瑜入內交易，經員警當場表明身分將其逮捕，並扣得如附表所示之毒品咖啡包及作案手機等情，經證人即員警張榮泰於偵查中結證明確（偵卷第81至83頁），核與證人即同案被告陳彥瑜於警詢、偵查中；石佑翔於偵查中證述大致相符（警卷第8至13頁、偵卷第9至15頁）。復有陳彥瑜於微信群組刊登之販毒廣告、陳彥瑜與員警喬裝買家之微信對話截圖、石佑翔與陳彥瑜以通訊軟體對話之截圖、被告住處監視器錄影畫面、寶家百貨賣場監視器錄影畫面、員警蒐證錄影畫面、錄音譯文、原審勘驗筆錄及截圖、扣押筆錄、扣押物品目錄表、員警職務報告、扣案如附表所示之

毒品咖啡包及手機為證（警卷第93至102、125至132、134至144、153至154、166、170至174頁；原審卷㈠第128至135、137至177、203至209頁）。扣案毒品咖啡包經抽樣鑑定檢出第二級毒品MPHP成分，亦有高雄市立凱旋醫院110年3月11日高市凱醫驗字第67227號濫用藥物成品檢驗鑑定書可參（偵卷第95頁）。此部分之事實，已堪認定。

2.被告於警詢中供承當時陪同陳彥瑜、石佑翔從被告住處出發前往上址賣場，由被告及石佑翔先進賣場，被告並對陳彥瑜作出手勢，指向喬裝買家之員警張榮泰等語（警卷第32至33頁）。證人陳彥瑜於警詢中證稱：當時楊炳淯、石佑翔兩個說要幫我先進去賣場看安不安全，周遭有沒有警察，我進去賣場後，楊炳淯比向我身後，我才看到警方喬裝的買家，而進行交易，楊炳淯、石佑翔兩人確實是在替我把風沒錯等語（警卷第12頁）；更於原審證稱：這次販賣的毒品，我是在楊炳淯住處客廳分裝的等語（原審卷㈠第218頁）。證人石佑翔亦於偵查中證稱：陳彥瑜在楊炳淯住處包裝毒品時，我和楊炳淯都有看到，楊炳淯也知道陳彥瑜要去賣毒品，我們3人一起從楊炳淯住處出來，我跟楊炳淯先去買東西，買完之後我們就去寶家百貨賣場，陳彥瑜跟我說買家在賣場裡，叫我去幫他看一下，我有看到那個人，是我以語音訊息跟陳彥瑜說買家到了，我和楊炳淯是去買東西，順便幫陳彥瑜看一下有沒有狀況等語（偵卷第13至15頁），均指證被告明知此行目的係陳彥瑜與買家進行毒品交易，被告與石佑翔先行進入賣場查看周遭有無警察，為陳彥瑜把風，被告與石佑翔發現買家後，即由石佑翔以手機通知陳彥瑜進入賣場，被告以手勢指出買家位置，引導陳彥瑜與買家進行交易。

3.證人張榮泰於偵查中證稱：因為陳彥瑜的微信首頁動態是他個人照片，所以我知道他的長相，但他無法認出我。我喬裝買家進入上址賣場時要跟他進行交易，我一進去後就在靠近門口的橫向走道走來走去，注意陳彥瑜有沒有進來。我看到楊炳淯及石佑翔先進來，走到直向走道的最底部，2人東張

西望，樣子像是毒品人口，所以我有留意他們2人。陳彥瑜最後進來，直接走向楊炳淯及石佑翔，我就走到直向走道，讓他們可以看到我。我看到楊炳淯用手指著我，陳彥瑜就回頭看我，然後走過來問我說「你是？」，我拿手機對話內容給他看，他看了一眼就說「走，東西在外面」，我跟陳彥瑜走出去，到對面的機車旁邊進行交易，楊炳淯及石佑翔留在賣場內。我將陳彥瑜交給同事看管後，跟小隊長一起過去找楊炳淯及石佑翔等語（偵卷第82頁）。且經原審當庭勘驗該賣場監視器錄影畫面結果如下：

⑴檔名「VID_00000000_170258」：

①畫面時間13:32:15，楊炳淯、石佑翔由畫面左上方之自動門進入寶家百貨賣場內。

②畫面時間13:32:16至13:32:25，楊炳淯、石佑翔往畫面右下方走道走，期間楊炳淯、石佑翔查看四周，接著於畫面時間「13:32:26」消失於畫面中。

⑵檔名「VID_00000000_164617」：

①畫面時間13:30:23，楊炳淯、石佑翔走入寶家百貨賣場門內，往畫面下方移動。

②畫面時間13:30:39，石佑翔走在前方，楊炳淯跟在石佑翔後方，兩人持續查看四周。

③畫面時間13:30:49，石佑翔回頭楊炳淯對話。

④畫面時間13:31:01，石佑翔邊講電話邊往畫面下方前進。

⑤畫面時間13:31:09，楊炳淯、石佑翔持續四處張望，石佑翔持續講電話。13:31:10，兩人消失於畫面右下方。

⑶檔名「VID_00000000_135312」：

①畫面時間13:31:07，陳彥瑜手中拿著菸盒走出大樓外。

01

②畫面時間13:31:14，陳彥瑜往畫面左上方之道路走，經過道路旁一排機車，並往右方看向寶家百貨賣場。

③畫面時間13:31:30，陳彥瑜將菸盒放入機車前置物箱內。

④畫面時間13:31:41至13:31:55，陳彥瑜拿出手機一邊觀看一邊穿越道路走往畫面上方之寶家百貨賣場。

⑷檔名「VID_00000000_165508」：

①畫面時間13:31:09，石佑翔站在畫面上方走道中央打電話中，楊炳淯在石佑翔旁邊，兩人一起退到後方，並往畫面左方看。

②畫面時間13:31:17至13:31:21，楊炳淯、石佑翔兩人均對前方（即畫面左側）大力揮手數次。

③畫面時間13:31:21，楊炳淯往前衝向畫面左方、石佑翔則持續對前方揮手。

④畫面時間13:31:24至13:31:35，石佑翔於走道內來回走動，並拿著手機。

⑸檔名「VID_00000000_164741」：

①畫面時間13:31:12，陳彥瑜從畫面左上方進入賣場內並往畫面下方走。13:31:18，畫面左下方即走道盡頭有1隻手在畫面下方揮動，同時陳彥瑜又往回往畫面上方走。

②畫面時間13:31:21，楊炳淯出現於畫面右下角並走向陳彥瑜之方向。13:31:22，畫面右下角有1隻手指向畫面左上方，同時楊炳淯回頭看畫面右下角，陳彥瑜則小跑步往楊炳淯方向前進。

③畫面時間13:31:24，畫面左上方喬裝買家之員警從左方走道走到畫面中央走道。13:31:26，楊炳淯楊右手舉起，陳彥瑜邊往下走靠近楊炳淯，同時回頭看往員警方向。

④畫面時間13:31:27至13:31:34，陳彥瑜與楊炳淯在對話。13:31:34，陳彥瑜走向員警方向。13:31:37，楊炳淯退回畫面右下角。

⑤畫面時間13:31:38至13:31:44，陳彥瑜往畫面上方走向員警方向，與員警交談。13:31:46至13:31:54，兩人一起往畫面左上方走出賣場。

⑹檔名「VID_00000000_00000000」：

①畫面時間13:31:22，畫面上方楊炳淯一邊回頭一邊由畫面右方衝向畫面左方。13:31:23至13:31:27，楊炳淯對畫面左方揮動手，可以隱約看到畫面左上方有一人影往右方走動。

②畫面時間13:31:33，陳彥瑜、楊炳淯接觸談話。13:31:36楊炳淯往畫面右方離開。

⑺檔名「VID_00000000_165723」：

①畫面時間13:32:11至13:32:17，石佑翔、楊炳淯兩人在畫面上方走道盡頭接觸談話，兩人手上均拿著手機。

②畫面時間13:32:17，楊炳淯往畫面左方走，消失於畫面中。

⑻檔名「VID_00000000_135428」：

①畫面時間13:32:43至13:32:52，陳彥瑜及員警走出賣場，兩人從畫面上方穿越道路往畫面下方之一排機車處走。

②畫面時間13:32:54，陳彥瑜指向其中一台機車方向，員警走至機車拿取物品。

製有勘驗筆錄及截圖為憑（原審卷㈠第131至135、149至177頁）。

4.證人陳彥瑜、石佑翔所述「由被告及石佑翔先行進入賣場看安不安全，周遭有沒有警察，而為陳彥瑜把風，並由石佑翔以手機通知陳彥瑜『買家已到』訊息，被告則於陳彥瑜進入

賣場後，以手勢指向喬裝買家之員警，而引導陳彥瑜與買家進行交易」等語，核與證人張榮泰證稱「楊炳淯、石佑翔先進入賣場，2人東張西望，於陳彥瑜進入賣場後，被告並以手勢指著張榮泰，陳彥瑜即順著被告手勢，走向張榮泰進行交易」等語及監視器錄影畫面顯示情形相符，足為補強證據而可佐證陳彥瑜、石佑翔上述證詞確屬真實，而堪採信。

㈢被告雖以前詞置辯，證人陳彥瑜於原審中對於被告是否知悉此行係毒品交易，而為其把風，改稱「時間太久忘記了」；石佑翔則改稱「被告應該不知道陳彥瑜是要進行毒品交易」云云。然證人陳彥瑜於原審中對於上情既已不復記憶，無以動搖先前證詞之證明力；證人石佑翔於原審中所述則與先前證詞不符，更與證人張榮泰證述及監視器錄影畫面顯示情形不合，亦無從推翻先前證詞之可信性，均不足採信。更何況被告辯稱因陳彥瑜在外面有欠債，伊才以手勢向陳彥瑜示警那個人（張榮泰）可能是債主云云，但依證人張榮泰證述及監視器畫面顯示，被告顯係以手勢引導陳彥瑜接近張榮泰，此與疑為債主而示警陳彥瑜迴避之情形恰為相反，被告所辯顯屬無稽，亦不足採信。

㈣綜上所述，本件事證明確，被告上述犯行已堪認定，應依法論科。

四、論罪之理由：

㈠刑法關於正犯、幫助犯之區別，係以主觀犯意及客觀犯行為標準，凡以自己犯罪之意思而參與犯罪，無論所參與者是否犯罪構成要件之行為，皆為正犯。其以幫助他人犯罪之意思而參與犯罪，其所參與者，苟係犯罪構成要件之行為，亦為正犯。如以幫助他人犯罪之意思而參與犯罪，其所參與者又為犯罪構成要件以外之行為，始屬幫助犯。如於事前同謀，而於實行犯罪之際，擔任在外把風，顯係以自己犯罪之意思而參與犯罪，應屬共同正犯。被告前往上址賣場前，明知陳彥瑜此行目的為販賣上述毒品咖啡包，仍到場為其把風，顯係以自己犯罪之意思而參與犯罪，屬共同正犯而非幫助犯。

㈡被告與陳彥瑜及石佑翔已著手於販賣毒品咖啡包之行為，惟警方喬裝買家假意購毒，僅為誘出販賣者，以求人贓俱獲，實際上並無購毒真意，交易全程均在警方監視下伺機逮捕，事實上不能真正完成販賣，應認僅止於未遂。

㈢查MPHP屬毒品危害防制條例第2條第2項第2款所列之第二級毒品。核被告所為，觸犯同條例第6項、第4條第2項之販賣第二級毒品罪。被告與同案被告陳彥瑜及石佑翔間，就上述犯行具有犯意聯絡與行為分擔，應論以共同正犯。因販毒而持有上述第二級毒品咖啡包之低度行為，為販賣之高度行為所吸收，不另論罪。公訴意旨認屬幫助犯，容有未洽，惟因社會基本事實同一，自得補充告知罪名以保障被告及辯護人之防禦權後（本院卷第82、123、頁），依刑事訴訟法第300條規定，變更起訴法條而審判。

五、刑罰減輕事由：

㈠刑法第25條第2項：

被告僅止於販賣未遂，依刑法第25條第2項規定，按既遂犯之刑減輕之。

㈡毒品危害防制條例第17條第1項：

被告經警方查獲後，供出毒品來源郭志瑋仍在被告住處，並帶同員警前往住處當場查獲郭志瑋，經郭志瑋坦承上述毒品咖啡包均係其所提供，此有臺灣橋頭地方檢察署（下稱橋頭地檢署）110年12月13日橋檢信成110偵695字第1109044379號函暨附件員警職務報告可參（原審卷㈠第201至209頁），應依毒品危害防制條例第17條第1項規定減輕其刑，但依其情節未達免除其刑。

㈢刑法第59條：

1.按刑之量定，為求個案裁判之妥當性，法律固賦予法院裁量權，但此項裁量權之行使，除應依刑法第57條之規定，審酌行為人及其行為等一切情狀，為整體之評價，並應顧及比例原則與平等原則，使罪刑均衡，輕重得宜，以契合社會之法律感情。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，應就包括刑法第57條所列舉之10款事項等犯罪一切情狀，予以全盤考量，審酌其犯罪有無可憫恕之事由，如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，以為判斷。

2.毒品危害防制條例第4條第2項之販賣第二級毒品罪，不問其犯罪動機、危害社會程度或情節差異，最輕本刑一律為10年以上，罪責甚重。本件被告僅因於陳彥瑜販毒時在場把風，以手勢指引並向陳彥瑜告知買家位置，犯罪參與支配程度及分工角色相對輕微，陳彥瑜又為警方執行網路巡邏所誘捕，原定販賣毒品咖啡包10包，售價3,500元，情節相對輕微，被告主觀惡性及犯罪情節，與大盤毒梟難以比擬，危害社會程度有顯著差異，縱然依刑法第25條第2項、毒品危害防制條例第17條第1項等規定遞減其刑2分之1及3分之2，最低度刑仍達1年8月，尚屬情輕法重，爰依刑法第59條酌減其刑。

㈣被告有2種以上減輕事由，其中毒品危害防制條例第17條第1項得減至3分之2，爰依刑法第70條、第71條第2項規定，應先依較少之數減輕再遞減之。

六、對於上訴論斷之理由：

㈠原審因認被告罪證明確，適用毒品危害防制條例第4條第2項規定論處，並審酌被告不思守法自制，而與陳彥瑜、石佑翔共同販賣第二級毒品，危害國民健康及社會治安，幸經警方誘捕查獲，而及時阻止毒品流通散布，兼衡被告共同販毒未遂，原定販賣毒品咖啡包10包，金額3,500元，僅在場把風以確保交易順利完成，犯罪情節及參與程度相對較輕，及其前科素行、否認犯罪之犯後態度、自述學歷國中畢業、職業營建臨時工、未婚無子女、家庭生活狀況等一切情狀，量處有期徒刑1年3月。另敘明扣案如附表編號1所示毒品咖啡包（含包裝袋），為本次販賣未遂之第二級毒品，依毒品危害防制條例第18條第1項規定宣告沒收銷燬。其餘扣案物或屬

陳彥瑜、石佑翔所有，或與本案無關，不在被告罪刑下宣告沒收。

㈡本院經核原審認事用法，均無違誤，量刑亦屬妥適，應予維持。被告仍執前詞否認犯罪，提起上訴，指摘原判決不當，已經本院論述指駁如前，核其上訴為無理由，應予駁回。

七、同案被告陳彥瑜、石佑翔部分，均另經原審判決確定，併此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第371條、第368條，判決如主文。

本案經檢察官鍾岳璁提起公訴，檢察官張益昌到庭執行職務。

中　華　民　國　112　年　5　月　18　日

刑事第八庭　審判長法　官　陳中和

法　官　任森銓

法　官　林柏壽

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決應於收受本判決後20日內向本院提出上訴書狀，其未敘述上訴理由者，並得於提起上訴後20日內向本院補提理由書狀（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　112　年　5　月　18　日

書記官　陳雅芳

附表：

編號	扣案物品	備註
1	「DIABLO包裝」毒品咖啡包共10包	抽驗2包均檢出第二級毒品MPHP成分。
2	OPPO行動電話1支(IMEI:000000000000000)	陳彥瑜所有供本案犯罪所用之物。
3	iPhine行動電話1支(IMEI:000000000000000)	石佑翔所有供本案犯罪所用之物。
4	iPhine行動電話1支(IMEI：000000000000000)	楊炳淯所有，無證據證明與本案有關。
5	咖啡包殘渣袋5包(BAPE、HE	無證據證明與本案犯行有

	RMES各1包、AAPE3包）	關。

附件（卷宗簡稱及案號對照表）：

簡稱	案號
警卷	鳳山分局高市警鳳分偵字第11070598700號
偵卷	橋頭地檢署110年度偵字第695號
原審卷㈠	原審110年度訴字第189號
原審卷㈡	原審111年度訴緝字第14號
本院卷	本院112年度上訴字第28號

附錄論罪科刑法條：

《毒品危害防制條例第4條第2項》

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1,500萬元以下罰金。

《毒品危害防制條例第4條第6項》

前5項之未遂犯罰之。