臺灣高等法院臺中分院刑事判決

115年度上訴字第1100號

上　訴　人
即　被　告　余聖智
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000

選任辯護人　劉珈誠律師（法扶律師）

上列上訴人因毒品危害防制條例等案件，不服臺灣臺中地方法院114年度訴字第1471號中華民國115年5月20日第一審判決（起訴案號：臺灣臺中地方檢察署114年度偵字第23064號、第42023號、第44843號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

□原判決關於其附表一編號4所示之罪刑部分撤銷。

□上開撤銷部分，余聖智犯如附表一編號4「本院主文」欄所示之罪，處如附表一編號4「本院主文」欄所示之刑。

□其他上訴駁回（即原判決附表一編號1至3及5至7所示之科刑部分）。

犯罪事實（附表二編號3）

一、余聖智（通訊軟體LINE暱稱曾使用「叉人眾珊于」、「傻瓜愛傻妞」、「宮美春車」、「善乘」）明知甲基安非他命係屬毒品危害防制條例第2條第2項第2款規定之第二級毒品，不得非法持有、販賣，竟基於販賣第二級毒品之犯意，利用通訊軟體LINE與鄧仰軒聯繫後，於附表二編號3所示之時間、地點，以附表二編號3所示之交易金額，販賣附表二編號3所示之第二級毒品甲基安非他命給鄧仰軒。

二、案經臺中市政府警察局刑事警察大隊報告臺灣臺中地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

壹、審理範圍：按上訴得對於判決之一部為之；上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之，刑事訴訟法第348條

第1項、第3項分別定有明文。本件上訴人即被告余聖智（下稱被告）於本院審理時明示僅對原判決附表一編號1至3及5至7之量刑、原判決附表一編號4之罪刑部分上訴，並撤回原判決附表一編號1至3及5至7之量刑、原判決附表一編號4之罪刑以外其他部分上訴，有本院審判筆錄、撤回上訴聲請書（本院卷第93、105頁）可憑，依前揭規定，本院審理範圍僅限於**①原判決附表一編號4所示之罪刑部分、②原判決附表一編號1至3及5至7所示之科刑部分，不及於原判決其他部分。**

貳、罪刑上訴部分（指附表一編號4所示罪刑部分）：

一、證據能力：

㈠本判決以下所引各項對被告以外之人於審判外之陳述，檢察官、被告及辯護人於本院審理時均同意有證據能力（本卷第94至100頁），迄言詞辯論終結前復未聲明異議，本院審酌該等陳述並無證明力顯然過低之情事，依各該陳述作成時之狀況，並無不適當或顯不可信之情形，且與待證事實具有關聯性，認為以之作為證據應屬適當，均有證據能力。

㈡至於卷內所存經本院引用為證據之非供述證據部分，與本案待證事實間均具有關連性，且無證據證明係公務員違背法定程序所取得，是依刑事訴訟法第158條之4之反面解釋，自有證據能力。

二、認定犯罪事實之證據及理由：

㈠上揭附表二編號3之犯罪事實，業據被告於偵訊及原審、本院審理時均坦承不諱（偵23064卷第369至372頁、原審卷第267頁、本院卷第101頁），核與證人即購毒者鄧仰軒於警詢、偵訊時證述（偵23064卷第209至231頁、第359至365頁、他3067卷第81至97頁）之情節相符，並有鄧仰軒與余聖智LINE「善乘」截圖、鄧仰軒與余聖智LINE「育嘉」截圖（他3067卷第107至139頁）、余聖智與鄧仰軒毒品交易佐證資料（他3067卷第229至247頁）各1份在卷可佐，足認被告上開任意性自白與事實相符，應堪採信。

㈡按犯罪是否已經起訴，應以起訴書依刑事訴訟法第264條第2項第2款規定所記載之「犯罪事實」為準。而此「犯罪事實」之重要內容，包括犯罪構成要件事實及所組成之具體「人、事、時、地、物」等基本要素，亦即與犯罪成立具有重要關係之基本社會事實。是起訴之「犯罪事實」應表明起訴之特定犯罪，不致與其他犯罪互相混淆，除須足使法院得確定審判範圍外，並須足以使被告知悉係因何「犯罪事實」被起訴，俾得為防禦之準備，以充足保障被告訴訟防禦權。**起訴書犯罪事實欄就犯罪之時間、地點、方法、態樣，以及適用法律有關事項之記載，如存在「無礙於辨別起訴犯罪事實同一性」之明顯錯誤，法院即應予以究明及更正，並據以認定犯罪事實。**至所謂「無礙於辨別起訴犯罪事實同一性」之明顯錯誤，係指文字誤寫、誤算，或其他類此之顯然錯誤，或與起訴之犯罪事實所憑卷內證據有顯著不符等情形而言（最高法院114年度台上字第4130號判決意旨參照）。查，本件附表二編號3部分，依前述卷內被告之供述、證人即購毒者鄧仰軒之證述及交易佐證資料，可認被告該次係於民國113年12月19日16時10分許，在臺中市○○區○○路00號，販賣新臺幣3,000元之甲基安非他命予鄧仰軒，是起訴書關於此部分犯行之交易時間記載為「113年12月22日22時49分許」（其他交易地點、交易毒品種類、數量、交易金額均無錯誤，見起訴書附表一編號3所載），顯係誤寫，無礙於辨別起訴犯罪事實同一性，依上開說明，應由本院依卷內事證更正認定如上，併此敘明。

㈢綜上，本案附表二編號3部分之事證明確，被告此部分犯行洵堪認定，應依法論罪科刑。

三、論罪：

㈠核被告就附表二編號3所為，係犯毒品危害防制條例第4條第2項之販賣第二級毒品罪。

㈡被告此部分販賣而持有第二級毒品之低度行為，應為販賣之高度行為所吸收，不另論罪。

㈢毒品危害防制條例第17條第2項：

被告於偵查及歷次審判中均自白此部分販賣第二級毒品犯行（偵23064卷第369至372頁、原審卷第267頁、本院卷第101頁），爰依毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑。

㈣毒品危害防制條例第17條第1項：

經原審及本院函詢結果，本案檢警未因被告之供述而查獲上手，此有臺灣臺中地方檢察署114年11月24日中檢介溫114偵23064字第11491549790號函、115年7月28日中檢原溫114偵23064字第11591037220號函（原審卷第55頁、本院卷第85頁）、臺中市政府警察局刑事警察大隊115年7月23日中市警刑六字第1150031053號函（本院卷第83頁）在卷可佐，足認本案此部分未因被告之供述而查獲毒品上手，而無毒品危害防制條例第17條第1項減免其刑規定之適用。

㈤刑法第59條：

按刑法第59條之酌量減輕其刑，必須犯罪另有其特殊之原因與環境等等，在客觀上足以引起一般人之同情，認為即予宣告法定最低刑期，猶嫌過重者，始有其適用。查，被告此部分販賣第二級毒品犯行助長毒品流通氾濫，對社會治安造成危害，實無任何足以引起一般人同情、顯可憫恕之處，且被告此部分販賣第二級毒品罪，經依毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑後，尚無情輕法重之情，自無適用刑法第59條規定酌減其刑之餘地。

四、撤銷改判之理由（**指附表一編號4所示罪刑部分**）：

㈠原審以被告此部分販賣第二級毒品犯行罪證明確，予以論罪科刑，固非無見。然被告此部分販賣甲基安非他命之交易時間應為「113年12月19日16時10分許」，業如前述，原審誤認係「113年12月22日22時49分許」，自有未洽。被告上訴意旨主張其此部分犯行應有毒品危害防制條例第17條第1項及刑法第59條規定適用，並應從輕量刑等語，為無理由（見理由貳、三、㈣、㈤），然原判決關於其附表一編號4之罪刑部分既有上開未洽之處，自應由本院將原判決關於其附表

一編號4之罪刑部分撤銷改判。

㈡本院科刑：

爰審酌被告知悉甲基安非他命為國家列管之第二級毒品，有損身心健康，卻為附表二編號3所示販賣第二級毒品甲基安非他命犯行，所為自不可取，惟念被告犯後坦承此部分犯行，另審酌被告之前案素行、犯罪動機、學經歷、家庭狀況（原審卷第269頁）等一切情狀，量處如主文第2項即附表一編號4「本院主文」欄所示之刑。

參、量刑上訴部分（指原判決附表一編號1至3及5至7所示之科刑部分）：

一、被告上訴意旨略以：1.被告有供出本案毒品來源「陳柏翔」，應再函詢檢警是否有查獲「陳柏翔」，而有毒品危害防制條例第17條第1項減免其刑規定之適用；2.被告本案販毒對象僅2人，且販賣金額、數量均微小，毒品擴散範圍有限；另非法持有槍彈部分，被告自其已故配偶柯佳伶取得本案槍彈後，從未將本案槍彈作為非法犯罪使用，對社會秩序影響輕微，可見被告本案非法持有槍彈及販賣毒品之犯罪情節均屬輕微，又被告配合積極供出毒品上手及自白認罪，可見其犯後態度良好，應有刑法第59條酌減其刑規定之適用等語。

二、刑之加重、減輕：

㈠被告所犯販賣第二級毒品而混合二種以上毒品未遂罪、販賣第二級毒品而混合二種以上毒品罪，應依毒品危害防制條例第9條第3項之規定，除適用其中最高級別即販賣第二級毒品之法定刑外，並加重其刑。

㈡刑法第25條第2項：

被告就附表一編號6部分著手販賣第二級毒品而混合二種以上毒品未遂，損害較既遂輕，爰依刑法第25條第2項規定減輕其刑。

㈢毒品危害防制條例第17條第2項：

被告於偵查及歷次審判中均自白附表一編號2、3及5至7所示

之販賣第二級毒品、販賣第二級毒品而混合二種以上毒品未遂、販賣第二級毒品而混合二種以上毒品等犯行（偵23064卷第369至372頁、原審卷第267頁、本院卷第101頁），爰均依毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑，並就上開販賣第二級毒品而混合二種以上毒品未遂罪、販賣第二級毒品而混合二種以上毒品等罪，各先加後遞減、先加後減之。

㈣槍砲彈藥刀械管制條例第18條第4項：

按槍砲彈藥刀械管制條例第18條第4項關於自白減免其刑之規定，必須供出全部槍砲、彈藥、刀械之來源及去向，並因而查獲或防止重大危害治安事件之發生，始有其適用。查，被告供稱：扣案槍彈是已歿前妻柯佳伶帶回等語（偵23064號卷第43頁），則被告雖供出槍彈來源為其前妻柯佳伶，惟該人業已死亡而無從查證，本案即未因被告之供述而查獲柯佳伶，與槍砲彈藥刀械管制條例第18條第4項規定之要件不符，自無從依該規定減免其刑，併此敘明。

三、駁回上訴之理由（**指原判決附表一編號1至3及5至7所示之科刑部分**）：

㈠毒品危害防制條例第17條第1項：

經原審及本院函詢結果，本案檢警未因被告之供述而查獲上手，此有臺灣臺中地方檢察署114年11月24日中檢介溫114偵23064字第11491549790號函、115年7月28日中檢原溫114偵23064字第11591037220號函（原審卷第55頁、本院卷第85頁）、臺中市政府警察局刑事警察大隊115年7月23日中市警刑六字第1150031053號函（本院卷第83頁）在卷可佐，足認本案此部分未因被告之供述而查獲毒品上手，而無上開減刑規定之適用。是被告上訴意旨1.主張其此部分販賣毒品犯行應有毒品危害防制條例第17條第1項減免其刑規定適用，自無足採。

㈡刑法第59條：

又按刑法第59條之酌量減輕其刑，必須犯罪另有其特殊之原因與環境等等，在客觀上足以引起一般人之同情，認為即予

宣告法定最低刑期，猶嫌過重者，始有其適用。查，①我國為槍彈管制國家，嚴禁人民未經許可擅自持有槍枝、子彈，被告為具備正常智識之人，對此自難諉稱不知，其在此認知下，仍無視法律持有槍枝、子彈，所為對於社會治安及不特定民眾人身安全危害至鉅，衡諸社會通念，顯難認被告就附表一編號1所示非法持有槍彈犯行之犯罪情狀在客觀上足以引起一般同情，自無適用刑法第59條規定酌減其刑之餘地。至被告未使用槍彈另犯他罪，僅係被告不成立其他刑事犯罪，尚非情堪憫恕之原因。②另被告如附表一編號2、3及5至7所示之販賣第二級毒品、販賣第二級毒品而混合二種以上毒品未遂、販賣第二級毒品而混合二種以上毒品等犯行助長毒品流通氾濫，對社會治安造成危害，實無任何足以引起一般人同情、顯可憫恕之處，且被告上開部分販賣毒品罪，經依刑法第25條第2項規定（指附表一編號6部分）、毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑後，尚均無情輕法重之情，自均無適用刑法第59條規定酌減其刑之餘地。是被告上訴意旨2.主張其此部分犯行應依刑法第59條規定酌減其刑，亦無足採。

㈢再按刑罰之量定，係實體法上賦予事實審法院得依職權自由裁量之事項，倘其裁量權之行使並無明顯濫用致有違背公平、比例及罪刑相當原則之情形者，與法律授予裁量權行使之目的契合，即不能任意指為違法或不當。查，原審審酌被告知悉未經許可持有具有殺傷力之槍枝、子彈為法所不許之行為，且甲基安非他命、依托咪酯、美托咪酯、異丙帕酯為國家列管之第二級毒品（其中依托咪酯、美托咪酯、異丙帕酯於113年8月5日經公告為第三級毒品，復於113年11月27日公告為第二級毒品），有損身心健康，卻不思遵循法紀，為圖一己私利而為附表一編號2、3及5至7所示販賣毒品犯行，且持有本案手槍、子彈等行為，均對於社會整體治安造成相當程度之危害，所為殊不可取。惟念被告犯後坦承犯行，另審酌被告之前案素行、犯罪動機、學經歷、家庭狀況等一切

情狀，分別量處如附表一編號1至3及5至7「原判決主文」欄所示之刑，並就如附表一編號1「原判決主文」欄所示罰金刑部分，諭知如易服勞役之折算標準，經核原判決此部分已就刑法第57條所列各款情狀詳為斟酌，核屬在適法範圍內行使其量刑之裁量權，其所為量刑並未逾越法定刑度，亦無違背公平正義之精神，客觀上不生量刑過重之裁量權濫用，本院自應予以尊重。

㈣綜上，被告就原判決此部分之刑提起一部上訴，並以前開情詞主張原判決此部分量刑過重不當，為無理由，應予以駁回其此部分上訴。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條、第369條第1項、第364條、第299條第1項前段，判決如主文。

本案經檢察官廖志祥提起公訴，檢察官鄧巧羚到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　16　　日

刑事第九庭　審判長法　官　石馨文

法　官　賴妙雲

法　官　陳宏瑋

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，其未敘述上訴理由者，並得於提起上訴後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」。

書記官　林育萱

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　16　　日

附錄論罪科刑法條

槍砲彈藥刀械管制條例第7條

未經許可，製造、販賣或運輸制式或非制式火砲、肩射武器、機關槍、衝鋒槍、卡柄槍、自動步槍、普通步槍、馬槍、手槍或各類砲彈、炸彈、爆裂物者，處無期徒刑或7年以上有期徒刑，併科新臺幣3千萬元以下罰金。

未經許可，轉讓、出租或出借前項所列槍砲、彈藥者，處無期徒刑或5年以上有期徒刑，併科新臺幣1千萬元以下罰金。
意圖供自己或他人犯罪之用，而犯前二項之罪者，處死刑或無期徒刑；處徒刑者，併科新臺幣5千萬元以下罰金。
未經許可，持有、寄藏或意圖販賣而陳列第1項所列槍砲、彈藥者，處5年以上有期徒刑，併科新臺幣1千萬元以下罰金。
意圖供自己或他人犯罪之用，以強盜、搶奪、竊盜或其他非法方法，持有依法執行公務之人所持有之第1項所列槍砲、彈藥者，得加重其刑至二分之一。
第1項至第3項之未遂犯罰之。
槍砲彈藥刀械管制條例第12條
未經許可，製造、販賣或運輸子彈者，處1年以上7年以下有期徒刑，併科新臺幣5百萬元以下罰金。
未經許可，轉讓、出租或出借子彈者，處6月以上5年以下有期徒刑，併科新臺幣3百萬元以下罰金。
意圖供自己或他人犯罪之用，而犯前二項之罪者，處3年以上10年以下有期徒刑，併科新臺幣7百萬元以下罰金。
未經許可，持有、寄藏或意圖販賣而陳列子彈者，處5年以下有期徒刑，併科新臺幣3百萬元以下罰金。
第1項至第3項之未遂犯罰之。
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。

毒品危害防制條例第9條

成年人對未成年人販賣毒品或犯前三條之罪者，依各該條項規定加重其刑至二分之一。

明知為懷胎婦女而對之販賣毒品或犯前三條之罪者，亦同。

犯前五條之罪而混合二種以上之毒品者，適用其中最高級別毒品之法定刑，並加重其刑至二分之一。

附表一：

編號	犯罪事實	原判決主文	本院主文
1	（原判決）犯罪事實一、㈠	余聖智犯槍砲彈藥刀械管制條例第七條第四項之未經許可持有非制式手槍罪，處有期徒刑伍年參月，併科罰金新臺幣伍萬元，罰金如易服勞役，以新臺幣壹仟元折算壹日。扣案如附表三編號30之非制式手槍壹支（槍枝管制編號：0000000000，含彈匣壹只）、編號31之制式子彈貳顆、非制式子彈壹顆，均沒收。	上訴駁回（科刑）。
2	（原判決）犯罪事實一、㈡即附表二編號1	余聖智犯販賣第二級毒品罪，處有期徒刑伍年肆月。扣案如附表三編號25所示之IPHONE 12 PRO MAX手機壹支沒收，未扣案之犯罪所得新臺幣捌仟元沒收，如全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。	上訴駁回（科刑）。
3	（原判決）犯罪事實一、㈡即附	余聖智犯販賣第二級毒品罪，處有期徒刑伍年參	上訴駁回（科刑）。

	表二編號2	月。扣案如附表三編號25所示之IPHONE 12 PRO MAX手機壹支沒收，未扣案之犯罪所得新臺幣陸仟元沒收，如全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。	
4	**（本判決）附表二編號3** 【對照（原判決）犯罪事實一、㈡即附表二編號3】	**余聖智犯販賣第二級毒品罪，處有期徒刑伍年貳月。**扣案如附表三編號25所示之IPHONE 12 PRO MAX手機壹支沒收，未扣案之犯罪所得新臺幣參仟元沒收，如全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。	**余聖智犯販賣第二級毒品罪，處有期徒刑伍年貳月。**
5	（原判決）犯罪事實一、㈡即附表二編號4	余聖智犯販賣第二級毒品罪，處有期徒刑伍年陸月。扣案如附表三編號25所示之IPHONE 12 PRO MAX手機壹支沒收，未扣案之犯罪所得新臺幣壹萬壹仟元沒收，如全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。	上訴駁回（科刑）。
6	（原判決）犯罪事實一、㈢即附表二編號5	余聖智犯販賣第二級毒品而混合二種以上之毒品未遂罪，處有期徒刑參年伍月。扣案如附表三編號25所示之IPHONE 12 PRO MAX手機壹支沒收，附表三編號8所示之甲基安非他命壹包（驗餘淨重27.3299公克）、附表三編號21之含有依托咪酯、微量異	上訴駁回（科刑）。

		丙帕酯、美托咪酯之菸彈貳顆，均沒收銷燬。	
7	（原判決）犯罪事實一、㈡即附表二編號6	余聖智犯販賣第二級毒品而混合二種以上之毒品罪，處有期徒刑伍年肆月。扣案如附表三編號25所示之IPHONE 12 PRO MAX手機壹支沒收，扣案之附表三編號6所示依托咪酯菸油壹瓶沒收銷燬，未扣案之犯罪所得新臺幣伍仟元沒收，如全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。	上訴駁回（科刑）。

附表二：

編號	購毒者	交易時間	交易地點	交易毒品種類/數量	交易金額（新臺幣）	備註
1	鄧仰軒	113年11月26日22時10分許	臺中市○○區○○路000號外巷口	甲基安非他命1小包（重量不詳）、含依托咪酯菸油1顆（約3～5ml）	8,000元	科刑上訴。
2		113年12月15日23時10分許	臺中市○○區○○路000號	甲基安非他命1小包（重量不詳）、含有依托咪酯之菸彈2顆	6,000元	科刑上訴。
3		**113年12月19日16時10分許**	**臺中市○○區○○路00號**	**甲基安非他命1小包（重量不詳）**	**3,000元**	**罪刑上訴（關於此部分之交易時間起訴書誤載為113年12月22日22時49分許，應予更正如左列交易時間所示）。**
4		113年12月22日22時49分許	臺中市○○區○○路000號	甲基安非他命1包（重量不詳）	1萬1,000元	科刑上訴。
5		114年4月	南投縣○里	甲基安非他命1包（淨	3萬元	科刑上訴。

		28日16時21分許	鎮○○路0巷0○0號2樓	重28.96公克即附表二編號8）、含有依托咪酯、美托咪酯、異丙帕酯之菸彈2顆（即附表二編號21）		
6	張育嘉	114年3月2日21時45分後	南投縣○里鎮○○路0巷0○0號巷口外之000-0000號自用小客車上	含有依托咪酯、美托咪酯菸油1小瓶（約8ml）	5,000元	科刑上訴。