臺灣高等法院臺中分院刑事判決

115年度上訴字第1143號

上　訴　人　臺灣苗栗地方檢察署檢察官
上　訴　人
即　被　告　湯詠聖
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000
選任辯護人　黃柏彰律師（法扶律師）

上列上訴人等因被告毒品危害防制條例案件，不服臺灣苗栗地方法院114年度訴字第865號中華民國115年3月6日第一審判決（起訴案號：臺灣苗栗地方檢察署114年度少連偵字第62號、114年度偵字第8152號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

犯罪事實

一、湯詠聖明知「依托咪酯」、「α-吡咯烷基苯異己酮」分別為毒品危害防制條例所列管之第二級毒品、第三級毒品（「依托咪酯」於民國115年6月27日改列為第一級毒品），依法不得販賣，仍與彭仲偉（原審判決後，上訴於本院另行判決）、宋政龍（另由臺灣苗栗地方檢察署偵辦中）共同基於意圖營利販賣含有第二級毒品「依托咪酯」之煙彈、煙油及含有第三級毒品「α-吡咯烷基苯異己酮」之彩虹菸之犯意聯絡，由湯詠聖於民國114年2月26日以FaceTime與○○○約定在苗栗縣○○市○○路000號1樓統一超商永和山門市前，以新臺幣（下同）2,800元之價格，交易含有第二級毒品「依托咪酯」之煙彈3顆及煙油2瓶，及以5,000元之價格，交易含有第三級毒品「α-吡咯烷基苯異己酮」之彩虹菸2包，並由湯詠聖駕駛車牌號碼000-0000號租賃小客車搭載彭仲偉於同日0時46分許，前往上開超商前，交付上開彩

虹菸及煙彈煙油予○○○，○○○並當場給付價金，湯詠聖則分潤獲取彩虹菸價金中之3,000元以為報酬。嗣○○○因另案為警調查，經警調閱監視器影像循線查獲上情。

二、案經苗栗縣警察局通霄分局報請臺灣苗栗地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

壹、證據能力

一、被告以外之人於審判外之陳述，雖不符刑事訴訟法第159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。當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有第159條第1項不得為證據之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同意，刑事訴訟法第159條之5定有明文。本案下列所引用被告以外之人於審判外之陳述，經檢察官、上訴人即被告湯詠聖（下稱被告）及其辯護人於原審準備程序及審理時、本院準備程序及審理時均同意作為證據或表示沒有意見（見原審卷第125、231頁；本院115年度上訴字第1143號卷【下稱本院卷】第116至118、182至188頁），本院審酌該等證據資料製作時之情況，並無違法不當或證明力明顯過低之瑕疵，以之作為證據應屬適當，依上開規定，認該等供述證據均具有證據能力。

二、又本判決所引用之非供述證據，經核與本件待證事實均具關聯性，且查無違反法定程序取得之情形，依刑事訴訟法第158條之4規定之反面解釋，均具有證據能力。

貳、認定犯罪事實所憑之證據及得心證之理由

一、上開犯罪事實，業據被告於警詢、偵查、原審準備程序、審理及本院準備程序及審理時均坦承不諱（見114少連偵62卷【下稱少連偵卷】1第255至258、356頁；少連偵卷1第445頁；原審卷第117至119、223頁；本院卷第112、113、202至203頁），並有證人即共犯彭仲偉於原審訊問、準備程序、審理時、本院準備程序及審理時證述（見原審卷第34至35、

120、223頁；本院卷第112、113、202至203頁）、證人即購毒者○○○於警詢及偵查中證述（見少連偵卷1第267至278、363至367、373至376頁；少連偵卷2第173、180至181頁）、原審法院114年聲搜字第427號搜索票、苗栗縣警察局通霄分局114年7月1日搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表（見少連偵卷1第59至67頁）、數位證物勘察採證同意書、對話紀錄截圖（見少連偵卷1第89至108頁）、監視器錄影畫面翻拍照片（見少連偵卷1第131至137頁）、湯詠聖門號0000000000通聯紀錄、基地台資訊（見少連偵卷1第425至431、433至436頁）、彭仲偉門號0000000000通聯紀錄（見少連偵卷1第437至439頁）各1份在卷可憑，足認被告之任意性自白與犯罪事實相符。

二、又販賣毒品係違法行為，當非可公然為之，亦無公定價格，且容易分裝並增減份量，而每次買賣之價量，可能隨時依雙方關係深淺、資力、需求量及對行情之認知、來源是否充裕、購買者被查獲時供述購買對象之可能風險之評估等情形，而異其標準，非可一概而論；販賣之利得，除被告就販賣之價量俱明確供述外，委難察得實情，販賣之人從價差或量差中牟利之方式雖異，其意圖營利之販賣行為則無二致。凡販賣毒品者，苟無利益可圖，應無甘冒被他人供出來源或遭檢警查緝法辦之危險，而平價供應他人施用之理，因此其販入之價格必較出售之價格低廉，或以同一價格販賣而減少毒品之份量，而有從中賺取買賣價差牟利之意圖及事實，應屬合理之認定。被告於警詢時泛稱：（你每賣出毒品彩虹菸、「依托咪酯」煙彈及煙油，宋政龍及彭仲偉可得多少報酬？）彭仲偉可得4成、宋政龍可得4成，我是可得2成（見少連偵卷1第255頁），於原審準備程序時供稱：本案這次我只有分配到彩虹菸部分的錢等語（見原審卷第117頁），於本院準備程序時供稱：合作時，不論我或彭仲偉，都是按照成數分潤，我拿3成、彭仲偉也拿3成，宋政龍拿4成，但本案我只有拿走彩虹菸的利潤，3千元是正確的（見本院卷第1

13、115頁），依其上開所述，被告與共犯間確實均具有營利之意圖甚明。

三、綜上，被告前揭所為自白與事實相符，堪予採信。本案事證業臻明確，被告犯行堪以認定，應依法論科。

參、論罪部分

一、按「依托咪酯」於被告為本案行為時，係列為第二級毒品，嗣於115年6月25日經行政院以院臺法字第1155013102號公告改列第一級毒品，並於同年月00日生效，其於本案行為時販賣「依托咪酯」僅屬販賣第二級毒品犯行，尚非販賣第一級毒品犯行，乃事實認定層次，不涉新舊法比較，先予敘明。

二、核被告本案所為，係犯毒品危害防制條例第4條第2項、第3項販賣第二級毒品、販賣第三級毒品罪。被告意圖販賣而持有第二級毒品，及意圖販賣而持有第三級毒品之低度行為，分別為嗣後各該販賣第二級、第三毒品之高度行為所吸收，均不另論罪。又被告與同案被告彭仲偉、共犯宋政龍間就本案犯行有犯意聯絡及行為分擔，應論以共同正犯。被告以一行為同時觸犯上開2罪名，為想像競合犯，應依刑法第55條前段規定，從一較重之販賣第二級毒品罪處斷。

三、刑之減輕事由

㈠按犯第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，毒品危害防制條例第17條第2項定有明文。查，被告於偵查、原審及本院均自白上開犯行，應依毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑。

㈡刑法第59條之酌量減輕其刑，必須犯罪另有特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，認為即使予以宣告法定最低度刑期尤嫌過重者，始有其適用。此所謂法定最低度刑，固包括法定最低本刑；惟遇有其他法定減輕之事由者，則應係指適用其他法定減輕事由減輕後之最低度刑而言。倘被告別有其他法定減輕事由者，應先適用法定減輕事由減輕其刑後，猶認其犯罪之情狀顯可憫恕，即使科以該減輕後之最低度刑仍嫌過重者，始得適用刑法第59條規定酌量減輕其刑

（最高法院110年度台上字第1670號判決意旨參照）。查，被告與同案被告彭仲偉、共犯宋政龍共同販賣含有第二級毒品「依托咪酯」成分之煙彈3顆、煙油2瓶，及內含第三級毒品「α-吡咯烷基苯異己酮（α-PiHP）」成分之彩虹菸2包與○○○，販賣價金分別為2,800元、5,000元，並非僅數百元之小額毒品，其前與同案被告彭仲偉等人亦於114年1月2日即有販賣內含同上第三級毒品成分之彩虹菸1包（18支）予與警方配合之A1（真實姓名年籍均詳卷）而未遂，被告並因此經原審法院以114年度訴字第307號判決處有期徒刑2年2月（嗣上訴本院後於115年1月15日撤回上訴確定），有該判決書及其法院前案紀錄表在卷（見本院卷第57至58、157至163頁）可按，足見被告本案並非其個人基於同儕毒友間偶一短缺毒源所為起意之販賣行為，其並坦承本案可自販售彩虹菸部分獲利3千元，獲利非低，其僅為圖一己私利販毒擴大毒害，嚴重者致使施用毒品者家破人亡，或者施用毒品後駕車上路猶如不定時炸彈，危害社會安全與治安甚巨，所生危害甚巨，而被告本案販賣第二級毒品罪已經適用毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑後，其法定最低刑度僅有期徒刑5年，與其所生危害相較，並無使普世眾人均認為值得情堪憫恕之處，與刑法第59條規定不符，被告本案犯行無從援引該條規定酌減其刑。被告上訴意旨請求依該條規定酌減其刑，為本院所不採。

㈢憲法法庭112年憲判字第13號判決以：毒品危害防制條例第4條第1項前段販賣第一級毒品者，處死刑或無期徒刑之規定，固有其政策之考量，惟於「無其他犯罪行為，且依其販賣行為態樣、數量、對價等，可認屬情節極為輕微，顯可憫恕之個案，縱適用刑法第59條規定酌減其刑，仍嫌情輕法重」之範圍內，不符憲法罪刑相當原則（該判決主文第1項參照）；復指示修法方向，並於修法完成前之過渡期間創設個案救濟之減刑事由（該判決主文第2項、第3項參照）。而該判決之效力，僅限主文及其主要理由，並以宣告違憲之範

圍為限，於此之外無從比附援引於其他犯罪（最高法院114年度台上字第2495號判決意旨可資參照）。被告本案係販賣第二級毒品罪（想像競合犯販賣第三級毒品罪），並非販賣第一級毒品罪，且被告係與同案被告彭仲偉、宋政龍等人共犯本案，且非僅本案之單一販毒行為而已，已如前述，復係侵害社會法益之嚴重犯罪，而被告本案符合毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑後，處斷刑大幅降低，已無罪刑不相當之情形，除無刑法第59條酌減其刑規定之適用外，與前揭憲法法庭判決所揭示無其他犯罪行為、符合情節極為輕微而顯可憫恕之情形，尚屬有間，客觀上顯難謂猶嫌法重情輕而應本諸上開判決再遞減其刑。被告上訴意旨以請求依前揭判決再予減輕其刑，亦屬無據。

肆、本院之判斷

原審認被告本案犯罪事證明確，予以論罪科刑，並以行為人之責任為基礎，審酌「被告明知毒品危害身體健康至鉅，迭為國家查禁再三，竟無視國家對杜絕毒品犯罪之禁令，而共同販賣第二級毒品、第三級毒品，足以使施用者導致精神障礙、性格異常，甚或造成生命危險之生理成癮性及心理依賴性，重者甚因購毒及施用者缺錢買毒而引發各式犯罪，所為不僅戕害他人身體健康，更危害國民身心健康及社會風氣至深，自應嚴加非難；兼衡其素行（有法院前案紀錄表在卷可憑）、犯後坦承犯行之態度，並考量其犯罪動機、手段、目的、情節（含擔任與購毒者約定買賣及司機分工方式）、所生危害，及其於本院自陳之智識程度及家庭經濟生活狀況（詳見本院卷第226頁），以及檢察官請求量處適當之刑（見本院卷第228頁）」等一切情狀，量處如原判決主文所示之刑，暨認「被告自陳宋政龍就販賣毒品所得為賣價之4成（見他298卷第171頁），且於本院供稱：我只有分配到彩虹菸部分的錢，煙彈是彭仲偉自己賺等語（見本院卷第117頁），又共犯彭仲偉則於偵查中供稱：只要把錢拿給宋政龍，宋政龍會再給我們，宋政龍可以分4成，我跟湯詠聖是

各賣各的等語（見少連偵62卷1第396頁），於本院亦陳述宋政龍在算薪水，4成是宋政龍等語（見本院卷第35頁），經核就宋政龍之利潤計算方式，二者陳述大致相符，應堪採信。循此計算，被告之犯罪所得應係彩虹菸賣價之6成即3,000元（計算式：5,000元*6/10=3,000元），此部分並未扣案，刑法第38條之1第1項、第3項之規定，應予沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。」經核所為認事用法均無不當，所為量刑亦屬妥適。被告上訴意旨以本案應有刑法第59條及憲法法庭112年度憲判字第13號判決所載酌減其刑規定之適用一節，如何不足採信，已經本院詳敘如前，而量刑輕重，係屬事實審法院得依職權裁量之事項，苟於量刑時，已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列情狀，而未逾越法定刑範圍，又未濫用其職權，自不能任意指為違法，審以原審上開量刑各情俱已充分審酌被告犯案情節之輕重及刑減輕事由之有無，所為量刑在法定刑度內，針對刑法第57條各款事項酌量科刑，無顯然失當或違反平等、比例及罪刑相當原則者，亦無偏執一端，致明顯失出失入情形，則被告上訴意旨泛稱原審量刑過重為由，指摘原判決不當，即屬要無可採。至檢察官上訴意旨所指原審未論「被告意圖販賣而持有之低度行為」，對於犯罪事實認定及論罪似未臻完備，未能完整評價其罪刑一節，惟毒品危害防制條例對於販賣罪與意圖販賣而持有罪，均設有罰則，行為人持有毒品之目的，既在於販賣，自與意圖販賣而持有毒品罪之要件該當，且與販賣罪有法條競合之適用，並擇販賣罪處罰（最高法院101年度第10次刑事庭會議㈠決議參照）。原審既已認定被告有為本案販賣第二級毒品、第三級毒品犯行，就本次販賣行為而言，當然吸收其意圖販賣而持有毒品之低度行為，僅論以高度之販賣毒品行為已足充分評價低度之意圖販賣而持有毒品行為，處斷上僅論以販賣毒品行為，其意圖販賣而持有毒品行為則被吸收而不另行論罪（最高法院115年度台上字第1470號判決意旨亦有相同旨

趣），原審論述雖未鉅細靡遺說明被告本案意圖販賣而持有第二級、第三級毒品為嗣後販賣之高度行為所吸收等語，然並不影響此部分不法行為業已評價在內，故檢察官此部分上訴誠屬無據。此外，被告、檢察官提起上訴及於本院審理時亦均未再提出具體新事證足以證明原審認事用法有何不妥之處，其等提起本件上訴均為無理由，均應予駁回。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

本案經檢察官呂宜臻提起公訴，檢察官吳珈維提起上訴，檢察官林士富到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　10　　月　　1　　日

刑事第九庭　審判長法　官　石　馨　文

法　官　陳　茂　榮

法　官　賴　妙　雲

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　黃　湘　玲

中　　華　　民　　國　　115　　年　　10　　月　　1　　日

【附錄本案論罪科刑法條】

毒品危害防制條例第4條第2項、第3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 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。