

臺灣高等法院臺南分院刑事判決

112年度上訴字第879號

上訴人

即被告 錢揚中

指定辯護人 郭晏甫律師（義務律師）

上列上訴人即被告因毒品危害防制條例案件，不服臺灣嘉義地方法院112年度訴字第90號中華民國112年4月28日第一審判決（起訴案號：臺灣嘉義地方檢察署111年度偵字第13081號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

事 實

一、錢揚中明知4-甲基甲基卡西酮係毒品危害防制條例第2條第2項第3款所定之第三級毒品，不得意圖販賣而持有之。竟基於意圖販賣而持有第三級毒品之犯意，於民國111年12月2日2時許，在高雄市鳳山區○○路「○○○KTV」，向真實姓名年籍不詳、綽號「順仔」之成年男子，以新臺幣（下同）1萬元，購入含第三級毒品4-甲基甲基卡西酮成分之金色包裝毒品咖啡包（下稱毒品咖啡包）共計100包，將之藏放在其所駕駛車牌號碼000-0000號自小客車（下稱系爭自小客車）後方行李箱之備胎處下方而持有之，欲伺機販售予不特定人以牟利。嗣於111年12月3日20時50分許，錢揚中駕駛系爭自小客車行經嘉義市○區○○路000號前時，為警攔查，因其神色可疑，經警徵得錢揚中同意進行搜索系爭自小客車，而扣得上開毒品咖啡包100包（含4-甲基甲基卡西酮驗前總純質淨重約19.87公克）、行動電話1支，始悉上情。

二、案經嘉義市政府警察局第一分局報請臺灣嘉義地方檢察署檢察官偵查起訴。

理 由

壹、證據能力部分：

01 一、被告於111年12月3日警詢筆錄之證據能力：

02 (一)按刑事訴訟法第100條之1第1項固規定：訊問被告，原則上
03 應全程連續錄音，必要時，並應全程連續錄影；同條第2項
04 亦規定：筆錄內所載之被告陳述與錄音或錄影之內容不符
05 者，除有前項但書情形外，其不符之部分，不得作為證據，
06 同法第100條之2亦準用同法第100條之1規定。考其立法目
07 的，在於建立訊問（或詢問）筆錄之公信力，並擔保其程序
08 之合法正當，亦即擔保犯罪嫌疑人對於訊問之陳述，係出於
09 自由意思及所述與筆錄記載內容相符。如果犯罪嫌疑人之自
10 白，能證明係基於自由意思而非出於不正之方法，且其自由
11 之陳述與事實相符，縱令於訊問時未經全程連續錄音，致程
12 序稍嫌微疵，仍難謂其自白之筆錄，當然無證據能力（最高
13 法院99年度台上字第289號、111年度台上字第5019號判決意
14 旨參照）。

15 (二)查「被告警詢筆錄之警詢錄影資料，因公務電腦重新安裝，
16 致警詢錄影資料檔案遺失，故無法提供」等情，有嘉義市政
17 府警察局第一分局112年7月5日嘉市警一偵字第1120005169
18 號函暨所附職務報告1份（本院卷第87-89頁）在卷可按。而
19 辯護人雖辯稱：被告製作警詢筆錄時應全程錄音錄影，若警
20 詢影像遺失的話，就無法勾稽被告所述與筆錄內容是否一
21 致，故我們認為被告警詢之供述不具證據能力云云。惟查：
22 被告從未爭執製作筆錄之員警使用誘導或不正訊問之方式取
23 證，並被告於筆錄末表示親閱確認無訛簽名捺印，表示內容
24 經確認與所陳述相符。復被告亦未主張警詢筆錄所記載之內
25 容與其陳述不符，且於原審時供稱：之前於警詢中所言，是
26 出於自己之自由意志所為之陳述等語（原審卷83頁），足認
27 被告於111年12月3日警詢筆錄之記載內容形式上應無不實之
28 處。又經核被告之警詢筆錄內容，與其於偵查、原審時之供
29 述內容，均屬一致。依上所述，被告於111年12月3日警詢筆
30 錄之記載內容應無不實之處，自難謂無警詢錄音（影）光碟
31 可供勘驗而失其證據能力，故被告之警詢筆錄仍應具有證據

01 能力。從而，辯護人主張上情，核屬無據。

02 二、本件是否為違法搜索？搜索取得之證據及衍生證據，有無證
03 據能力？

04 (一)本院於112年7月13日當庭勘驗本案搜索扣押過程之密錄器光
05 碟，勘驗結果略以：

06 A、第一檔案：

07 1. (有數名警察執行路檢，並著有警察制服)。

08 2. (00：01) 警察詢問被告是否有喝酒。

09 3. (00：02-00：05) 被告一邊打開車門下車，一邊笑著回答
10 沒有喝酒。

11 4. (00：06-00：28) 警察詢問被告的身分證字號為何，被告
12 即告知警察其身分證字號。

13 5. (00：29-00：55) 警察對被告為人別詢問。

14 6. (01：00-01：30) 警察詢問被告是否同意讓其檢查身體，
15 被告同意後，警察立即檢查被告之身體，並稱因為被告現在
16 為列管人口，故要檢查。

17 7. (01：37-01：39) 警察接著詢問被告車內是否有違禁品，
18 被告稱絕對沒有。

19 8. (01：40) 警察進而詢問被告是否同意讓其檢查(「看」
20 《臺語》)車內，被告同意。

21 9. (01：41-01：45) 因被告疑似腳有開刀，故警察讓其坐在
22 路邊休息。

23 10. (01：46-01：50) 警察於開始檢查前，再度向被告確認是
24 否有違禁品、毒品等物，若有，直接告訴警察，被告仍稱沒
25 有。

26 11. (01：51) 警察再次詢問被告是否同意讓其檢查(「看」
27 《臺語》)車內，被告再次同意。

28 12. (01：52) 警察開始檢查車內。

29 13. (01：56-02：11) 警察打開中央扶手置物盒檢查，確認無
30 違禁品後，立即關上。

31 14. (02：17-02：47) 警察接著檢查駕駛座的腳踏墊、座位下

01 方，以及駕駛座車門等處，確認無違禁品。

02 15. (02:48-03:01) 警察檢查副駕駛座上的物品，確認無違
03 禁品。

04 B、第三檔案：

05 1. (00:00-00:16) 警察打開後車箱檢查，緊接著打開備胎
06 放置箱。

07 2. (00:16-00:32) 警察在備胎放置箱裡發現疑似毒品之物
08 品，叫被告過去，接著問被告該物品為何人所有，以及該物
09 品是什麼東西。

10 3. (00:35-00:35) 警察接著發現在備胎放置箱下面還有一
11 包。

12 4. (00:40) 警察說不知道會不會驗出毒品陽性反應。

13 5. (00:40-00:41) 被告重複回答警察說：你驗啊、你驗
14 啊。

15 6. (00:41-00:43) 警察問說該等物品裡面裝有何東西。

16 7. (00:44) 被告仍重複回答警察說：你驗啊、你驗啊。

17 8. (00:50-00:54) 警察詢問被告該等物品裡面裝的是否為
18 毒咖啡包或其他毒品。

19 9. (00:55-00:57) 被告仍重複回答警察說：你驗啊。

20 10. (00:58-00:59) 警察說要帶回去化驗，不然不知道是什
21 麼東西，而且數量還不少。在警察說話的同時，被告回答：
22 好、好、好等語。

23 11. (01:00-01:01) 警察問被告說怎麼會剛好放在這麼隱密
24 的地方。另一名警察接著說還藏在那裡。

25 12. (01:05-01:07) 警察試著找尋有無其他可疑物品。

26 13. (01:14-01:19) 警察拿著該等物品詢問被告是否知道為
27 何物？該車是何人所有？被告看了警察一下後，立即往後車
28 箱內查看，並回答說這是我朋友的車。

29 14. (01:21) 警察跟被告說趕緊告訴他們該等物品為何。

30 15. (01:22-01:23) 被告告訴警察可以將該等物品拿去化
31 驗。

- 01 16. (01：23-01：24) 警察反問「若是毒品？若是毒咖啡包怎
02 麼辦？」
- 03 17. (01：25-01：26) 被告回答「若是的話，就被你們抓去
04 了。」
- 05 18. (01：26-01：27) 警察笑著說不要這樣。
- 06 19. (01：28-00：34) 被告面露尷尬地笑著回答說，若是知道
07 有這些東西，怎麼還會開車過來這裡讓警察臨檢。
- 08 20. (01：33-01：41) 警察告訴被告不是這個問題。
- 09 21. (01：41-01：44) 被告解釋他怎麼會開過來這裡的。
- 10 22. (01：45-01：47) 警察告訴被告該等物品看不出來是什麼
11 東西，故要帶回去化驗，以便確認是否為毒咖啡包。
- 12 23. (01：48) 被告立即同意將該等物品帶回去化驗。
- 13 24. (01：53-01：55) 警察再次解釋要將該等物品帶回去化
14 驗，方能確認是否為毒咖啡包。
- 15 25. (01：56) 被告再度同意將該等物品帶回去化驗。
- 16 26. (02：00-02：02) 警察告知要開被告的車，並載著被告回
17 去警局。
- 18 27. (02：02) 被告同意與警察一起回警局。
- 19 此有本院112年7月13日勘驗筆錄1份（本院卷第97-100頁）
20 附卷可考。
- 21 (二)辯護人雖辯稱：從第一段影片的1分10秒至40秒之影像可
22 知，警方詢問被告時，皆是以可否「看」（臺語）來取得被
23 告的同意，但是就警方於被告車上所為之行為，已經逾越
24 「看」這個動作的解釋，而是實際為搜索之行為，故被告同
25 意之範圍應係就警方目視所及的地方為警方檢視，而不同意
26 警方得搜索其車輛，故警方未徵得被告之同意，逕為搜索，
27 實屬違法之搜索云云。然而，衡諸一般社會常情，口語
28 「看」（臺語）的意思，並非侷限於「目視」而已，亦含有
29 檢查（即搜索）其內物品之意，亦即是以較為委婉之用詞，
30 表達搜索之意；又依上述被告與警察之對話內容及過程，
31 「警察先詢問被告車內是否有違禁品，被告稱絕對沒有」、

01 「警察進而詢問被告是否同意讓其『看』（臺語）車內，被
02 告同意」，復被告在路邊休息時，警察兩度詢問被告車內是
03 否有違禁品、毒品等物，及再次詢問被告是否同意「看」
04 （臺語）車內，被告也同意，且被告當時已見警察打開中央
05 扶手置物盒等處，而開始檢查（搜索）車內物品時，亦未表
06 示任何異議或反對之意。承前說明，本件確係經由被告之同
07 意而為搜索，並無疑義。從而，辯護人所辯上情，尚屬無
08 據。

09 (三)按刑事訴訟法第131條之1規定：「搜索，經受搜索人出於自
10 願性同意者，得不使用搜索票。但執行人員應出示證件，並
11 將其同意之意旨記載於筆錄。」所謂「出於自願性同意」，
12 係指受搜索人理解搜索之意義及效果，並自主表示同意，該
13 項同意非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺或其他不正之方法而
14 言，且執行人員應於實施搜索前將同意之意旨記載於筆錄，
15 或由受搜索人出具自願受搜索同意書。經查，被告固有簽署
16 自願受搜索同意書，有被告之自願受搜索同意書1份（警卷
17 第8頁）在卷可考，然依前開勘驗結果，被告顯非於實施搜
18 索前即簽立該自願受搜索同意書，而係於事後始行補簽，與
19 刑事訴訟法第131條之1「同意搜索」之規定不合。又警方人
20 員執行本件搜索時雖有違背前開法定程序（未於實施搜索前
21 由受搜索人出具自願受搜索同意書），惟依刑事訴訟法第15
22 8條之4規定，審酌：1.被告確有同意警方為本件搜索行為，
23 已如前述，警員搜索違背法定程序之程度尚非重大，主觀上
24 亦非出於惡意。2.此程序上之瑕疵係屬偶發性個案，並非普
25 遍、長期存在之違法搜索陋習，且違法情節尚屬輕微，尚無
26 須以禁止使用證據來預防將來再度違法之必要。3.搜索之過
27 程，被告全程在場，且警方有錄影存證，警方上開法律程序
28 之違法，對被告訴訟上之防禦並無重大之不利益，亦不致受
29 有顯著之侵害，使用該等證據不致加深或擴大被告之損害。
30 4.毒品咖啡包係屬違禁物，對於國民身體健康、社會治安具
31 相當程度潛在危險，並被告所有毒品咖啡包數量高達100

01 包，犯罪所生之危害應屬重大，且為證明被告犯罪所不可或
02 缺之證據。經權衡上開各情，審酌人權保障及公共利益之均
03 衡維護，依比例原則及法益權衡原則予以綜合判斷後，認搜
04 索系爭自小客車取得之證據及衍生證據，自均具有證據能
05 力。

06 (四)依上所述，被告及辯護人主張：本件是違法搜索，扣案之毒
07 品及相關證據均無證據能力云云，核屬無據。

08 三、按被告以外之人於審判外之陳述，雖不符刑事訴訟法第159
09 條之1至第159條之4之規定，然經當事人於審判程序同意作
10 為證據，法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認
11 為適當者，亦得為證據。又當事人、代理人或辯護人於法院
12 調查證據時，知有第159條第1項不得為證據之情形，而未於
13 言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同意，刑事訴訟
14 法第159條之5定有明文。立法意旨在於傳聞證據未經當事人
15 之反對詰問予以核實，原則上先予排除，惟若當事人已放棄
16 反對詰問權，於審判程序中表明同意該等傳聞證據可作為證
17 據，或於言詞辯論終結前未聲明異議，基於尊重當事人對傳
18 聞證據之處分權，及證據資料愈豐富，愈有助於真實發見之
19 理念，且強化言詞辯論主義，使訴訟程序得以順暢進行，上
20 開傳聞證據亦均具有證據能力。查，除上述一、二所示外，
21 本案所引用之相關證據資料（詳後引證據），其中各項言詞
22 或書面傳聞證據部分，縱無刑事訴訟法第159條之1至第159
23 條之4或其他規定之傳聞證據例外情形，然業經本院審理時
24 予以提示並告以要旨，且各經檢察官、被告錢揚中及辯護人
25 表示意見，當事人已知上述證據乃屬傳聞證據，已明示同意
26 作為本案之證據使用（本院卷第72-73、135頁），而本院審
27 酌上開證據資料製作時之情況，無不當取供及證明力明顯過
28 低之瑕疵，認以之作為證據應屬適當，揆諸前開規定，應認
29 均有證據能力。

30 貳、認定犯罪事實所憑之證據及理由：

31 一、前開事實，業據被告坦承不諱（警卷第2-6頁、偵卷第17-19

頁、原審卷第54、82-83頁、本院卷第139頁），且有被告之自願受搜索同意書、嘉義市政府警察局第一分局搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、扣押物品收據各1份（警卷第8-13頁）、扣押物品照片共14張（警卷第21-23頁、偵卷第59-60頁）、嘉義市政府警察局拉曼光譜儀檢測初篩報告1份（警卷第14-19頁）附卷可稽。又有毒品咖啡包100包，扣案可憑；且毒品咖啡包經送請鑑定結果：均檢出第三級毒品4-甲基甲基卡西酮成分（驗前總純質淨重約19.87公克），有內政部警政署刑事警察局112年1月13日刑鑑字第1120006310號鑑定書1份（偵卷第75-77頁）在卷可稽。是此部分事實，堪信屬真實。

二、依上所述，被告上開任意性自白，核與卷內之積極證據相符，堪信為真實。從而，本案事證明確，被告上開意圖販賣而持有第三級毒品之犯行，堪以認定，應依法論科。

三、至被告及辯護人雖聲請傳喚證人即員警呂佳峰，待證事實：本件搜索過程是否違法？若有違法，依刑事訴訟法第158條之4規定，所取得之證據是否可作為認定被告本件犯罪事實之證據？惟關於本件搜索過程，業經本院當庭勘驗密錄器光碟，業如前述，當已呈現整個搜索過程之全貌，且本件搜索所取得之證據及衍生證據，均具有證據能力，亦經本院認定如前，核無再行調查之必要，附此說明。

參、論罪科刑：

一、按毒品危害防制條例第4條所稱之「販賣」，係指銷售之行為。被告主觀上認知係為銷售營利，客觀上則有購入毒品之行為，惟其仍須對外銷售，始為銷售行為之實現。於向外對不特定人銷售之情形，仍須藉由備妥通訊設備、銷售毒品之暗語等行為，始能實現對外銷售；至於向特定買方銷售之情形，則或藉通訊設備與買方聯繫，或親往見面等行為，方能與之議價或供買方看貨，以實現對特定買方銷售。依據主客觀混合說所採著手時點之判斷標準，被告購入毒品後，猶須該等行為之介入，方能實現販賣毒品罪之構成要件，尚難認

其意圖營利而購入毒品之行為，與該罪之構成要件實現具有密切關聯，即尚未達著手實行販賣之階段，僅成立意圖販賣而持有毒品罪。是以，行為人意圖營利而購入毒品，在尚未尋找買主前，即為警查獲，應論以意圖販賣而持有毒品罪（最高法院109年度台上字第3563號判決意旨參照）。本件並無證據可認被告已實行與販賣毒品罪構成要件之實現具有必要關聯性之行為，尚難逕以販賣毒品未遂罪論處，而應成立意圖販賣而持有第三級毒品罪。

二、核被告所為，係犯毒品危害防制條例第5條第3項之意圖販賣而持有第三級毒品罪。又被告就持有第三級毒品純質淨重5公克以上之低度行為，為其意圖販賣而持有之高度行為所吸收，不另論罪。

三、刑之減輕事由：

(一)被告於偵查及歷次審判中均自白坦承前揭犯行（於本院係主張違法搜索，對於客觀犯罪事實及罪名仍為自白），應依毒品危害防制條例第17條第2項規定，減輕其刑。

(二)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。又刑法第59條之酌量減輕其刑，必於犯罪之情狀，在客觀上足以引起一般之同情，認為顯可憫恕，且即予宣告法定最低度之刑，猶嫌過重者，始有其適用。查被告意圖販賣而持有之毒品咖啡包，數量高達100包，數量非微，顯然嚴重影響社會治安，助長毒品氾濫，且被告前有因販賣毒品案件，經判處罪刑確定之情形，有臺灣高等法院被告前案紀錄表可參，尚難認在客觀上有足以引起一般同情之特殊原因或環境。又毒品危害防制條例第5條第3項規定，意圖販賣而持有第三級毒品之法定最低本刑為3年以上有期徒刑（得併科罰金），而被告所犯意圖販賣而持有第三級毒品犯行，已依毒品危害防制條例第17條第2項之規定予以減輕其刑，則其

01 所犯上開意圖販賣而持有第三級毒品罪經減刑之後，已難認
02 有何「情輕法重」之情事。是被告所犯之罪與刑法第59條所
03 規定之要件不符，自無依該條酌減其刑之適用。從而，被告
04 及辯護人請求再依刑法第59條規定，予以酌減其刑，自屬無
05 據。

06 肆、原審以被告上開意圖販賣而持有第三級毒品之犯行，罪證明
07 確，因而適用相關規定，並審酌：現今社會毒癮氾濫之問題
08 嚴重，尤以毒品咖啡包售價價格較傳統類型毒品（例如：安
09 非他命、甲基安非他命、海洛因、愷他命）為低，更易取
10 得，從而流佈、傳播之範圍、對象更廣，被告明知毒品咖啡
11 包含有第三級毒品成分，對人體身心健康戕害非輕，竟為本
12 案犯行，實屬不該。惟念被告坦認犯行之犯後態度，並考量
13 被告患有椎間盤突出、破裂及肩頸挫傷等身體狀況，有診斷
14 證明書1紙（原審卷第69頁）可參。暨被告自陳高中肄業之
15 智識程度，前從事按摩業，未婚，平時與父親住在一起之家
16 庭生活狀況等一切情狀，量處被告有期徒刑一年十月，以資
17 警惕。復說明：一扣案之咖啡包100包，應依刑法第38條第1
18 項規定，宣告沒收。至於盛裝各該毒品咖啡包之包裝袋，均
19 與其內第三級毒品成分沾染難以析離，應與其內之毒品視為
20 整體，均屬第三級毒品違禁物，與其內之第三級毒品併予沒
21 收。二扣案之手機1支為被告所有，然並無證據證明供本案
22 犯罪所用或犯罪預備之物，爰不為沒收之宣告。本院審核原
23 審認事用法俱無不合，並原審判決已詳細記載其審酌科刑之
24 一切情狀之理由，既未逾越法定刑度，又未濫用自由裁量之
25 權限，核無不當或違法之情形，故本院認原審所量處之刑，
26 亦屬允當。被告上訴意旨以本件係違法搜索，及請求依刑法
27 第59條規定酌減其刑為由，指摘原判決不當，為無理由，應
28 予駁回。

29 據上論斷，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

30 本案經檢察官呂雅純提起公訴，檢察官劉榮堂到庭執行職務。

31 中 華 民 國 112 年 9 月 7 日

- 01
- 02
- 03
- 04
- 05
- 06
- 07
- 08
- 09
- 10
- 11
- 12
- 13

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」。

中 華 民 國 112 年 9 月 7 日

毒品危害防制條例第5條第3項：

意圖販賣而持有第三級毒品者，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。