臺灣高等法院臺南分院刑事判決

115年度上訴字第1131號

上　訴　人
即　被　告　沈立丞

選任辯護人　黃以承律師（法扶律師）

上列上訴人因毒品危害防制條例等案件，不服臺灣臺南地方法院114年度訴字第2052號中華民國115年2月11日第一審判決（起訴案號：臺灣臺南地方檢察署114年度偵字第13984、13985號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

事實及理由

一、刑事訴訟法第348條規定：「上訴得對於判決之一部為之。對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。但有關係之部分為無罪、免訴或不受理者，不在此限。上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之。」經查：本案係被告沈立丞提起上訴，檢察官並未上訴，而被告僅就量刑部分提起上訴，有被告所提之刑事準備程序狀可按（見本院卷第105-107頁），並經本院向辯護人闡明確認在卷（見本院卷第169-170頁）。是本案被告上訴僅就原判決對被告刑之部分一部為之，至於其他部分（即犯罪事實、罪名、沒收等部分），均非本院審理範圍，如第一審判決書之記載。

二、被告上訴意旨略以下列之詞指摘原判決量刑部分不當：

（一）依卷內所附被告與證人楊宗霖買賣毒品之MESSENGER對話紀錄擷圖，照片中手機畫面顯示之時間為「04：02」且處於飛航模式狀態。而依原審判決所載，證人楊宗霖警詢筆錄之製作時間為「04：04起-04：19止」，堪認通訊紀錄之呈現及翻拍時間，明顯早於證人正式製作筆錄時間。又該手機並未列入扣押物品清單，足見該通訊內容並非警方先行扣押、搜索所得，而係被告自行持有之手機，在未受

扣押情形下，由被告主動出示予警方翻拍。若非上訴人基於自首之主觀意圖，衡諸常情，斷無可能在警方尚未形成具體指述（即證人筆錄製作前之04：02），即主動配合翻拍足以自陷於罪之通訊內容。此一客觀時間順序，已足以動搖原判決所認定「警方係先因證人供述而發覺販賣犯行」之基礎事實。換言之，於04：02時點，警方尚未製作證人筆錄，證人尚未形成具體指述，而被告在警方已發覺犯罪之前就將本案之補強證據，自行揭露並說明，實已符合刑法第62條所定犯罪未發覺前之自首要件。

（二）原審認定，被告於盤查身份時，警方聞到自小客車內有濃厚愷他命香菸燃燒味道，進而同意搜索後查獲毒品，即認定持有毒品事實而否認被告有自首。然依常理及客觀事實，聞到煙味僅能證明車內有人吸食毒品，或毒品曾被使用，並不足以直接認定被告「持有」毒品。持有之認定，需以行為人對毒品具有實質支配為基礎，而非僅憑煙味或氣味能夠推斷。原審認警方因聞到煙味即發覺『持有』犯行，顯然混淆了『吸食殘餘氣味』與『法律持有支配』之本質區別。本案中，被告在警方尚未掌握持有具體證據前，即主動同意警方搜索車輛，有自願受搜索同意書可證。此行為本身已充分揭示被告對持有毒品之自認，並因而使警方查扣本案毒品，應符合刑法第62條自首之規定。

（三）綜上，本案被告是否於警方尚未掌握具體犯罪事證前，即主動提供補強證據、坦承販賣毒品事實，並在持有階段主動同意搜索，攸關本案是否有自首之適用，自應予以釐清。原審未予調查，逕以筆錄時間為唯一依據，認上訴人無自首之適用，稍嫌速斷，難謂已盡調查義務與說明理由之責。

三、經查：

（一）本案查獲之經過係員警於114年3月18日0時許，在臺南市○○區○○路○段00號對面，見車牌號碼00-0000號自小客車行車不穩，遂將之攔查，攔查時證人楊宗霖坐在副駕

駛座、被告駕駛該車輛，經盤查身份時聞到該自小客車內有濃厚愷他命香菸燃燒味道，經證人楊宗霖與被告同意搜索後，於該車副駕駛座下方查獲之香菸摻有第三級毒品愷他命，隨後於車內查獲原判決附表三所示之物品，有臺南市政府警察局歸仁分局114年12月2日南市警歸偵字第1141213304號函檢附114年12月1日員警職務報告1份附卷可參（見原審卷第75-77頁）。而證人楊宗霖嗣至警局製作調查筆錄時【筆錄製作時間：114年3月18日（見警卷第13頁誤載為5日，應予更正）4時4分起至同日時19分止】，經員警告知毒品危害防制條例第17條第1項；「犯第4條至第8條、第10條或第11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。」之規定後，遂告知員警被告曾於114年3月16日23時許，於原判決事實欄一㈠所載地點販賣2,700元之愷他命予伊（見警一卷第16-17頁），嗣員警依據證人楊宗霖上開所述，於同日對被告製作調查筆錄時（筆錄製作時間：114年3月18日5時36分起至同日6時6分止），詢問被告上述證人楊宗霖指述販賣毒品之事，是否屬實時，被告始答稱：屬實等語（見警一卷第9頁），顯見被告係於員警已知悉被告於原判決事實欄一㈠所載時、地販賣第三級毒品予證人楊宗霖後，才告知其犯罪事實予員警，自不該當於自首之要件。

（二）又員警係在盤查被告、證人楊宗霖身份時，聞到被告所駕駛之自小客車內有濃厚愷他命香菸燃燒味道後，在被告同意搜索之情況下，在被告所駕駛車輛之內，查獲附表三編號1至5所示之第三級毒品，已如前述。且先由證人楊宗霖於警詢中坦承吸食愷他命，且證稱所吸食之愷他命香菸係由被告無償轉讓之情節，並稱車內查獲之含第三級毒品愷他命之香菸及K盤為伊所有外，其餘物品均是被告所有後（見警一卷第14-15頁），被告始於警詢中就轉讓愷他命予證人楊宗霖之犯行，及持有第三級毒品純質淨重5公克以上之犯行坦承不諱（見警一卷第5-7頁），此亦有被

告、證人楊宗霖2人之第1次警詢筆錄附卷可參。是難認被告就原判決事實欄一㈡、㈢所載犯行係於有偵查犯罪職權之公務員發覺該犯罪事實前，即主動坦承並願接受裁判，故尚難該當刑法第62條前段之自首要件。

（三）承辦員警劉皓哲於本院證稱：本案主要是我承辦的；對楊宗霖做筆錄前有先跟他聊一下他跟沈立丞的對話內容，就詢問說工具借一下的意思，楊宗霖就說這是要跟沈立丞買毒品的意思；監視器畫面，是事後去補正的；盤查時聞到自小客車內有K他命燃燒的味道他先搖下車窗，我們就有聞到味道，請他們二人下車，在路邊我們同事問他為何車上有這麼重的吸食毒品的氣味，沈立丞一開始是否認，說沒有味道，我們就在副駕駛座看到疑似K盤K他命的東西；我們用手電筒照進去看到，我們就問那什麼東西，可不可以看，經他同意搜索後就取得車上的咖啡包、K煙及K盤，後來繼續搜索，就在車子後車廂看到大量毒品，就帶回警局；楊宗霖給我們看手機，說他的毒品是從沈立丞來的這件事，我們有問過沈立丞，他有坦承；在楊宗霖說之前，沈立丞沒有說他在販賣；我們聊天過程中詢問楊宗霖毒品來源，他說是同車的沈立丞提供，我們問沈立丞筆錄之前就有拿對話跟沈立丞說這個楊宗霖表示他的毒品來源是你這邊，是否屬實，沈立丞也當下就坦承了；是楊宗霖先說出來毒品是沈立丞賣給他的，之後問沈立丞，他才講的（見本院卷第170-177頁）。核與前揭員警職務報告內容及證人楊宗霖與被告製作筆錄之時序、內容相符。更足證被告固坦認本案犯行，但其坦認之情尚與自首規定不符。

（四）另按刑法第62條之自首，除應對於未發覺之犯罪向負責犯罪調（偵）查之公務員或機關申告其犯罪外，另須有受裁判之意思或行為，始屬該當。查被告固於警、偵訊及原審時自白犯罪，但被告上訴至本院後，經本院數次合法傳訊均未到庭應訊，復經檢察官另案發布通緝，有本院送達證書及被告之法院前案紀錄表可按。據此，可認被告非僅一

時未到，顯已刻意規避，任意或藉故隱匿、逃逸，拒絕到庭，可認已無接受裁判之意思，亦與自首要件不符。

（五）再按刑之量定，係屬事實審法院得依職權自由裁量之事項，苟已以行為人之責任為基礎，並審酌刑法第57條各款所列情狀而合於法律規定之範圍，並無違反公平、比例及罪刑相當原則而濫用其裁量者，即不得遽指為違法。再刑法第66條為關於減輕其刑之標準所設訓示規定，所謂「減輕其刑至二分之一」，乃指減輕之最大幅度，並就法定本刑減輕而言，裁判時可在此幅度內自由酌量，並非必須減至二分之一，如減輕之刑度係在此範圍內，即非違法。查，被告犯如附表所示之罪，其法定刑如附錄法條所示，經原判決依毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑後，原判決以行為人之責任為基礎，審酌被告明知毒品對人之身心健康危害至深且鉅，又易滋生相關犯罪，影響社會治安，竟仍為本案犯行，不僅助長毒品氾濫，亦戕害施用者之身心健康，所為應予非難；兼衡被告犯罪之動機、目的、手段、所販賣之毒品數量及價格尚屬小額，與對象僅證人楊宗霖1人，及轉讓偽藥之數量亦尚少等情形；暨被告於原審所述之智識程度、家庭經濟狀況，另考量被告之前科素行，及於偵查及原審審理時始終坦承不諱、犯後態度堪稱良好等一切情狀，分別量處如附表編號1至3「宣告刑」欄所示之刑，顯均係從低度刑量起，均係於法定刑度內而為裁量，並適度反應被告整體犯罪行為之不法與罪責程度及對其施以矯正之必要性，與比例原則、平等原則、罪責相當原則相合。

四、綜上，本件被告以上開理由指摘原判決量刑不當，請求撤銷改判，為無理由，應予駁回。

五、本案被告經合法傳喚，無正當理由未到庭，爰不待其陳述，逕為一造辯論判決。

據上論結，應依刑事訴訟法第368條、第371條，判決如主文。

本案經檢察官林冠瑢提起公訴，檢察官周盟翔於本院到庭執行職

務。
中　　華　　民　　國　　115　　年　　8　　月　　31　　日
刑事第六庭　審判長法　官　吳錦佳
法　官　蕭于哲
法　官　吳勇輝
以上正本證明與原本無異。
持有第三級毒品部分，不得上訴。
其餘部分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　楊宗倫
中　　華　　民　　國　　115　　年　　8　　月　　31　　日

附錄論罪科刑法條：
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11條
持有第一級毒品者，處3年以下有期徒刑、拘役或新臺幣30萬元以下罰金。
持有第二級毒品者，處2年以下有期徒刑、拘役或新臺幣20萬元

以下罰金。
持有第一級毒品純質淨重十公克以上者，處1年以上7年以下有期徒刑，得併科新臺幣1百萬元以下罰金。
持有第二級毒品純質淨重二十公克以上者，處6月以上5年以下有期徒刑，得併科新臺幣70萬元以下罰金。
持有第三級毒品純質淨重五公克以上者，處2年以下有期徒刑，得併科新臺幣20萬元以下罰金。
持有第四級毒品純質淨重五公克以上者，處1年以下有期徒刑，得併科新臺幣10萬元以下罰金。
持有專供製造或施用第一級、第二級毒品之器具者，處1年以下有期徒刑、拘役或新臺幣10萬元以下罰金。
藥事法第83條
明知為偽藥或禁藥，而販賣、供應、調劑、運送、寄藏、牙保、轉讓或意圖販賣而陳列者，處7年以下有期徒刑，得併科新臺幣5千萬元以下罰金。
犯前項之罪，因而致人於死者，處7年以上有期徒刑，得併科新臺幣1億元以下罰金；致重傷者，處3年以上12年以下有期徒刑，得併科新臺幣7千5百萬元以下罰金。
因過失犯第1項之罪者，處2年以下有期徒刑、拘役或科新臺幣5百萬元以下罰金。
第1項之未遂犯罰之。
附表：

編號	犯罪事實	宣告刑	沒收
1	事實欄一㈠	沈立丞販賣第三級毒品，處有期徒刑3年8月。	無。
2	事實欄一㈡	沈立丞持有第三級毒品純質淨重五公克以上，處有期徒刑1年。	扣案如附表三編號1至5所示之物（含包裝袋壹佰柒拾玖個），沒收。
3	事實欄一㈢	沈立丞犯轉讓偽	無。

		藥罪，處有期徒刑3月。	