臺灣高等法院臺南分院刑事判決

115年度上訴字第173號

上　訴　人
即　被　告　廖泯傑

指定辯護人　本院公設辯護人林宜靜

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114年度訴字第136號中華民國114年11月14日第一審判決（起訴案號：臺灣嘉義地方檢察署114年度偵字第1272號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

事　實

一、廖泯傑明知依托咪酯係毒品危害防制條例規定之第二級毒品，不得販賣及持有，竟基於販賣第二級毒品以營利之犯意，於民國114年1月7日凌晨12時53分起至下午2時35分間之某時，以X社群軟體暱稱「偷偷告訴你秘（圖示）」，在X社群軟體暱稱「跛豪」公開張貼之「04有人有煙蛋嗎」貼文下留言「私」。嗣經嘉義縣政府警察局警員執行網路巡邏勤務時察覺有異，乃喬裝購毒者於114年1月7日下午2時35分聯繫廖泯傑所使用之暱稱「偷偷告訴你秘（圖示）」，並確認其確係欲販賣毒品，乃依廖泯傑指示再將其所使用之Telegram暱稱「神神秘秘」加為好友，繼續討論購買第二級毒品依托咪酯菸彈（下稱依托咪酯菸彈）後，即約定以新臺幣（下同）2,600元之價格，加上運送至嘉義之運費900元，共3,500元之價格，購買1顆依托咪酯菸彈，且相約於114年1月8日下午4時許，在嘉義縣○○鄉○○村○○路000號統一超商○○門市交易。俟喬裝警員於約定時間抵達上址後，廖泯傑則向喬裝警員表示：交易地點改至嘉義縣○○鄉○○路000號水流公廟附近，依托咪酯菸彈則已放置在該處某車輛前之菸盒等語，經喬裝警員拾起該菸盒，並確認菸盒內有1顆菸彈後，隨即表明身分逮捕廖泯傑而未完成交易，並扣得依托咪

酯之菸彈1顆（驗前毛重5.72公克）及廖泯傑用以聯繫毒品交易事宜之Apple IPhone廠牌、型號12之行動電話（IMEI碼：000000000000000號）1支，而查獲上情。

二、案經嘉義縣警察局民雄分局報告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

一、按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，得作為證據，刑事訴訟法第159條之5第1項定有明文。查本判決所引用具有傳聞證據性質之資料，檢察官、被告及辯護人於原審審判期日均表示無意見而不予爭執（見原審卷第211至219頁），且迄至本院言詞辯論終結前均未聲明異議，而本院審酌上開供述證據製作時之情況，尚無不當取供及證明力明顯過低之瑕疵，認以之作為證據應屬適當，依刑事訴訟法第159條之5第1項規定，本院認均有證據能力。

二、另本判決所引用之非供述證據，並無證據顯示係公務員違背法定程序所取得，亦無顯不可信之情況，且經本院於審理期日逐一提示而為合法調查，依刑事訴訟法第158之4規定反面解釋，均具有證據能力。

貳、實體方面

一、認定犯罪事實所憑之證據及理由：

㈠被告於本院審判期日未到庭，但其於偵查、原審審理中均坦承犯行不諱（見警卷第1頁反面至第2頁、第3頁反面至第5頁，偵卷第28頁，原審卷第105、211、219頁），並有1.被告所使用暱稱「偷偷告訴你秘（圖示）」在暱稱「跛豪」公開張貼「04有人有煙蛋嗎」貼文下回應「私」之擷圖（見警卷第23頁）、2.喬裝警員於114年1月7日與被告所使用暱稱「偷偷告訴你秘（圖示）」間對話內容之擷圖（見警卷第23

至25頁）、3.暱稱「神神秘秘」之個人頁面擷圖（見警卷第30頁）、4.喬裝警員於114年1月7日與被告所使用暱稱「神神秘秘」間對話內容之擷圖（見警卷第25至30頁）、5.查獲現場照片（見警卷第32頁）及6.警方就本案於114年1月7日查獲被告販賣毒品過程所出具之職務報告在卷可佐（見警卷第19頁）等在卷可佐。此外，復有扣案之菸彈1顆經送高雄市立凱旋醫院鑑驗，檢驗結果確檢出含有第二級毒品依托咪酯之成分，此有嘉義縣警察局民雄分局扣押物品目錄表（見警卷第16頁）、高雄市立凱旋醫院114年1月24日高市凱醫驗字第00000號濫用藥物成品檢驗鑑定書（見偵卷第51頁）等證在卷可參。

㈡綜上，足認被告之任意性自白與事實相符，堪以採信。本案事證明確，被告確實具有營利之意圖而為上述販賣第二級毒品之犯行足資認定，應依法論科。

二、論罪及刑之減輕部分

㈠核被告所為，係犯毒品危害防制條例第4條第6項、第2項之販賣第二級毒品未遂罪。其就前開販賣第二級毒品依托咪酯而持有依托咪酯之低度行為，為販賣第二級毒品之高度行為所吸收，自不另論罪。

㈡刑之減輕部分

1.被告客觀上已著手實施販賣犯行，然喬裝為毒品買家假意向被告購毒之警員自始即不具購買之真意，事實上不能真正完成買賣，已如前述，核屬未遂犯，應依刑法第25條第2項之規定減輕其刑。

2.被告於警詢、偵訊、原審準備程序訊問及審理時均已自白販賣第二級毒品未遂犯行，已如前述，其雖於本院審理時經合法通知未到庭，惟其上訴理由狀已載明其坦承犯行之旨（見本院卷第16頁），僅請求依刑法第59條酌減其刑及諭知緩刑，且迄至本院言詞辯論終結前，被告均未變更其認罪之主張，辯護人亦到庭表示被告願意認罪（見本院卷第88頁），是應認其於偵查、原審及本院審理中均自白犯行，應依毒品

危害防制條例第17條第2項規定，減輕其刑。

3.又按犯毒品危害防制條例第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，毒品危害防制條例第17條第1項固有明文，惟得依本條減、免其刑之要件，必須供出毒品來源，並因而破獲者，始有本條規定之適用（最高法院95年度台上字第545號判決意旨參照）。查被告於警詢及偵訊時固供稱：我毒品來源是真實姓名「吳泰鋒」之人等語（見警卷第4頁、偵卷第27頁），經原審函詢嘉義縣警察局民雄分局有無因被告所指認毒品上游「吳泰鋒」而查獲其他正犯或共犯，經該分局則函覆：廖泯傑雖有供出依托咪酯菸彈來源為吳泰鋒，並經警後續蒐證追查仍無法確定吳泰鋒之行蹤及住所，且有通知吳泰鋒到案說明，吳泰鋒則無故未到案，亦無其他新犯罪事實可證，已就吳泰鋒所涉犯行報請臺灣嘉義地方檢察署偵辦等情，此有該分局114年7月23日嘉民警偵字第0000000000號函暨檢附警員出具之職務報告、114年10月22日嘉民警偵字第0000000000號函暨檢附該分局刑事案件報告書在卷可稽（見原審卷第119、123、195頁），且嘉義縣警察局民雄分局將吳泰鋒所涉犯行報請臺灣嘉義地方檢察署偵辦後，業經檢察官以吳泰鋒犯罪嫌疑不足，而為不起訴處分，且經聲請再議遭駁回，此有臺灣嘉義地方檢察署檢察官114年度偵字第13062號不起訴處分書、臺灣高等檢察署臺南檢察分署115年度上職議字第298號處分書在卷可參（見本院卷第63至67頁）。稽此，尚難認本案有因被告供出毒品來源而查獲其他正犯或共犯，是被告本案犯行自不得依毒品危害防制條例第17條第1項規定減輕其刑。

4.再按刑法第59條規定之酌量減輕其刑，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，猶嫌過重者，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。查毒品之危害，除戕害施用者之身心健康外，復因毒品施用者為取得購買毒品所需之金錢，亦衍生家庭、社會治安問題，被告為牟不法利益而販賣毒品，所為對於毒品之流通與氾濫影響非輕，又本案被告犯罪當時，未見有何特殊之原因與環境在客觀上足以引起一般同情而顯然可憫，且被告所犯上開犯行，經適用刑法第25條第2項規定、毒品危害防制條例第17條第2項規定予以減刑後，最低法定刑已減為有期徒刑2年6月，復考量被告本次販賣之第二級毒品為1顆依托咪酯菸彈（驗前毛重5.72公克）、交易金額共3,500元，雖屬未遂，對社會治安仍造成相當危害，依其犯罪情節，自無縱處以最低刑度，猶嫌過苛之情形。是本案被告並無刑法第59條酌減其刑規定適用之餘地，亦毋庸再依憲法法庭112年憲判字第13號判決意旨減刑。

5.被告所為販賣第二級毒品未遂犯行之罪刑，有刑法第25條第2項及毒品危害防制條例第17條第2項之2種減刑事由，應依刑法第70條依序遞減其刑。

三、駁回上訴之理由

㈠原審以被告本案事證明確，予以論罪科刑，就：

1.量刑部分，以：審酌被告前因施用第二級毒品甲基安非他命，業經臺灣臺中地方法院以111年度毒聲字第741號裁定應送勒戒處所觀察、勒戒確定，此有法院前案紀錄表在卷可參，是其對於毒品之危害及違法性，當均有明確認識，且知悉此為法所嚴禁，而其正值青壯年、身體健全，不思以正當職業謀生，竟無視法令禁制，鋌而走險販賣依托咪酯菸彈予他人，戕害他人身心健康，助長毒品散布流通，且危害社會治安，所為實為不該。又衡酌被告犯後始終坦認犯行，堪有悔意，且其販賣毒品之數量為1顆依托咪酯菸彈，數量非鉅，兼衡被告於原審自陳之教育程度、家庭生活經濟狀況

（見原審卷第203頁），並考量檢察官及被告、辯護人之量刑意見，暨其本案犯行之動機、目的、手段、行為分擔之程度、所生危害及素行等一切情狀，量處如原判決主文所示之刑。並認被告經宣告之刑既逾有期徒刑2年，自不符合緩刑之要件，被告之辯護人請求為緩刑之諭知云云，於法不符。

2.沒收部分，以：⑴扣案之依托咪酯菸彈1顆（驗前毛重5.72公克）屬違禁物，除鑑驗時滅失部分不再諭知沒收銷燬外，驗餘部分應依毒品危害防制條例第18條第1項前段之規定，不問屬於犯罪行為人與否，宣告沒收銷燬。又盛裝上開毒品之外包裝，以現今採行之鑑驗方式，包裝袋仍會殘留微量毒品而無法將之完全析離，應整體視為毒品之一部，依毒品危害防制條例第18條第1項前段之規定，併宣告沒收銷燬。⑵另扣案之Apple IPhone廠牌、型號12之行動電話（IMEI碼：000000000000000號）1支，係供被告用以與喬裝警員聯繫販賣毒品事宜，業據被告於原審供承在卷（見原審卷第115頁），並有嘉義縣警察局民雄分局扣押物品目錄表（見警卷第16頁）、喬裝警員於114年1月7日與被告所使用暱稱「偷偷告訴你秘（圖示）」間對話內容之擷圖（見警卷第23至25頁），以及喬裝警員於114年1月7日與被告所使用暱稱「神神秘秘」間對話內容之擷圖（見警卷第25至30頁）等在卷可參，是該行動電話確係供被告聯繫本案販賣第二級毒品事宜所用之物，自應依毒品危害防制條例第19條第1項規定宣告沒收。

㈡經核原判決關於事實認定及適用法律等，均無違誤，量刑亦詳為審酌刑法第57條之事由，核無量刑輕重相差懸殊等裁量權濫用，或違反比例原則、公平原則等情形。又被告並無刑法第59條酌減其刑規定適用，所處刑度亦無從宣告緩刑，業據說明如前。據此，原判決認定事實、適用法律及量刑部分均無不當，沒收之認定亦屬妥適，應予維持。被告仍執前詞提起上訴，其上訴為無理由，應予駁回。

四、被告於本院審判期日經合法傳喚，無正當理由不到庭，爰不

待其陳述，逕為一造辯論判決。

據上論斷，應依刑事訴訟法第371條、第368條，判決如主文。

本案經臺灣嘉義地方檢察署檢察官周欣潔提起公訴，臺灣高等檢察署臺南檢察分署檢察官葉耿旭到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　25　　日

刑事第五庭　審判長法　官　蔡川富

法　官　林臻嫻

法　官　曾子珍

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　蔡双財

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　25　　日

附錄本案論罪科刑法條：

毒品危害防制條例第4條(第6項、第2項)

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3,000萬元以下罰金。

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1,500萬元以下罰金。

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1,000萬元以下罰金。

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500萬元以下罰金。

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150萬元以下罰金。

前五項之未遂犯罰之。