臺灣高等法院刑事判決

115年度上訴字第1685號

上　訴　人
即　被　告　王崇旭
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000

選任辯護人　古健琳律師
　　郭緯中律師

上列上訴人即被告因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣新北地方法院114年度訴字第728號，中華民國114年11月18日第一審判決（起訴案號：臺灣新北地方檢察署114年度偵字第7458號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

事實及理由

一、按第二審判決書，得引用第一審判決書所記載之事實、證據及理由，對案情重要事項第一審未予論述，或於第二審提出有利於被告之證據或辯解不予採納者，應補充記載其理由，刑事訴訟法第373條定有明文。

二、本案經本院審理結果，認第一審以上訴人即被告王崇旭（下稱被告）所犯販賣第二級毒品未遂罪，判處有期徒刑2年10月，並就被告供犯罪所用之物即扣案之iPhone14 Pro Max行動電話1支諭知沒收。經核原判決之認事用法均無不當，量刑及沒收等部分之諭知亦屬妥適，應予維持，並引用第一審判決書記載之事實、證據及理由（如附件），並補充記載理由（如後述）。

三、被告上訴意旨略以：被告承認有販賣第二級毒品未遂，主張有刑法第26條不能未遂規定之適用；並希望依刑法第59條規定酌量減輕其刑等語（見本院卷第21至27、92、104頁）。

四、本院除援引第一審判決書之記載外，並補充理由如下：

㈠按毒品條例第4條第1項至第4項所定販賣毒品既遂罪，僅限於「銷售賣出」之行為已完成，始足該當（司法院釋字第792號解釋意旨參照）。而販賣毒品罪之處罰基礎，在於行為人意圖營利將持有之毒品有償讓與他人，使毒品擴散蔓延，該罪之惡性表徵在其散布之意涵，因此行為人意圖營利而購入毒品，其主觀上雖有銷售營利之意欲，客觀上並有購入毒品之行為，惟仍須有對外銷售之行為或表徵，始為販賣行為之具體實行。而此所稱之對外銷售，自買賣毒品之二面關係以觀，並不以買賣雙方親洽或藉由通訊設備而聯繫毒品交易為限；倘賣方已著手進行行銷、宣傳或廣告（例如透過電子媒體、通訊軟體或網際網路），而對不特定人或特定多數人宣傳或散布其販賣毒品之訊息以招攬買主者，其所為已對整體國民身心健康形成直接而具體之危險，即屬已開始實行足以與販賣毒品罪構成要件之實現具有必要關聯性之對外銷售行為，而達著手販賣之階段。又刑法上犯罪之故意，祇須對於犯罪事實有所認識，有意使其發生或其發生不違背其本意，仍予以實行為已足。是若行為人主觀上有確定或不確定之故意欲犯某罪，事實上所實行亦與構成要件相同之犯罪，即有犯罪故意。次按刑法第26條規定行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，不罰。故所謂不能犯（不能未遂），係指已著手於犯罪之實行，但其行為未至侵害法益，且又無危險者；其雖與一般障礙未遂同未對法益造成侵害，然須無侵害法益之危險，始足當之。關於行為有無危險，究應如何判斷，不論是「具體危險說」（以行為當時一般人所認識之事實以及行為人所特別認識之事實作為判斷基礎，再以一般人之角度判斷該行為有無導致犯罪結果之具體危險。若有危險，則非不能犯）、源自德國刑法之「重大無知說」（以行為人主觀上所認識的事實為基礎，再以一般人之角度加以評價行為人是否重大無知。若非「重大無知」，即非不能犯），或晚近提出之「假設客觀危險說」（考量一切行為時

與行為後之客觀事實，基於假設重啟損害視角，因果歷程可能發生法益有受侵害之危險者，即有客觀之危險性，非不能犯），僅理由構成不同，絕大多數情形下之判斷結果並無歧異。考量本條規定於94年2月2日修正公布（95年7月1日施行）前、後之要件相同，法律效果從「減輕或免除其刑」改採更輕之「不罰」（依刑事訴訟法第301條第1項後段規定，行為不罰者，應諭知無罪之判決），立法理由則明白宣示基於刑法謙抑原則、法益保護之功能及未遂犯之整體理論，改採「客觀未遂論」。為避免過度擴張不能犯之不罰範圍，違背刑法保護法益之功能，判斷不能犯之行為有無危險，應側重觀察該行為是否自始欠缺實現構成要件之行為支配，即綜合行為時（個案中可能包含行為後）客觀上通常一般人所認識及行為人主觀上特別認識之事實為基礎，再本諸客觀上一般人依其知識、經驗及觀念所公認之自然因果法則而為判斷。行為人主觀上如係出於重大無知而誤認自然因果法則，並未完整認識到行為手段實現構成要件之間的因果關連，而從自然因果法則與現存科學證據觀察，該行為本質上完全無法實現客觀構成要件者，本於刑法謙抑原則及法益保護之規範目的，始屬不能犯。至於不能發生犯罪結果如係單純錯認事實，或僅因一時、隨機、純粹偶然等因素所致，雖未至侵害法益，但客觀觀察該行為重啟之因果歷程仍有發生法益受侵害之危險者，即有客觀之危險性，非屬不能犯。而行為人如具有主觀犯意，且已達著手實行階段，自仍成立障礙未遂（最高法院114年度台上字第6133號判決意旨參照）。

㈡查被告於警詢時供稱：藍毓程一開始是為了還錢，後面有跟我拿一顆藍莓口味的依托咪酯菸彈，我以成本價新臺幣（下同）1,000元販售予他，但他沒有當場給我錢；據我所知外面1顆依托咪酯賣2,000元、3,000元以上；菸但是我跟上游購買菸油注入至空彈殼裡面再接上菸彈底座自己做，我都是上對方的車一手交錢、一手交貨，對方交付時沒有包裝，我都是拿到毒品就放進口袋，我購買依托咪酯菸油很少當天會

拿到，甚至超過1個禮拜等語（見偵7458卷第6至8頁），與證人藍毓程於警詢指稱：我被警察扣押的依托咪酯來源是被告給我的毒品菸彈，我是用1,000元跟被告購買，我還沒有給被告，對話紀錄中「幫我灌一顆藍莓的」即是毒品菸彈，我之前去找被告時有看過被告有毒品菸彈，當時我就知道被告有，所以昨天我過去要找他時，我才想要跟被告買一顆來使用等語（見偵7458卷第18頁反面至第19頁）相符，並有LINE對話紀錄擷圖（見偵7458卷第10至12頁）附卷可稽，可認被告向其上游取得時，既已知悉其所取得之物品為第二級毒品依托咪酯，且依被告及證人藍毓程上開供述及指述內容，被告已係長期向上游購買毒品菸彈即第二級毒品依托咪酯，其販售予證人藍毓程時，客觀上已著手於犯罪行為之實行，主觀上係基於販賣第二級毒品之犯意，最終無法完成交易而僅達未遂，被告自他人取得用以交易之客體非屬毒品，僅係因一時、隨機、純粹偶然性因素所致，依其販賣第二級毒品之因果歷程，並非出於重大無知而誤認自然因果法則，被告具有主觀犯意，且已達著手實行階段，仍應成立障礙未遂，而非不能未遂。原判決認事用法核無違誤，被告上訴意旨部分，顯屬無據。

㈢量刑輕重，屬為裁判之法院得依職權裁量之事項，苟其量刑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，在法定刑度內，酌量科刑，如無違反公平、比例及罪刑相當原則，致明顯輕重失衡情形，自不得指為違法。原判決就本件被告販賣第二級毒品未遂犯行，依刑法第25條第2項規定，按既遂犯之刑度減輕後，考量其於偵審階段對販賣第二級毒品未遂犯行均坦承不諱，依毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑後，並依法遞減之，而本案並未因被告供述而查獲上游，且本案被告販賣第二級毒品未遂並無特殊之原因與環境，無客觀上足以引起一般同情、宣告法定低度刑期猶嫌過重，故未依毒品危害防制條例第17條第1項及刑法第59條等規定減刑，尚無未洽之處。又原審審理後，於科

刑裁量時認定被告正值青壯，不思以正途獲取所需，明知販賣第二級毒品為違法行為，卻仍為本案犯行，非但違反政府為防制毒品危害，維護國民身心健康之政策，且因毒品一般具有成癮性，施用毒品者一旦成癮，戒除毒癮非易，被告無視他人身心健康，提供他人毒品來源，戕害國民身心健康，所為誠屬不該，所幸本案僅為未遂，未生販賣毒品與他人之結果；另考量被告犯後坦承犯行，態度尚可，兼衡被告之素行、自述之智識程度及家庭生活經濟狀況，及犯罪之動機、目的、手段、販賣毒品之數量等一切情狀，量處有期徒刑2年10月。經核原判決認事用法，俱無違誤，關於被告之量刑，已具體審酌刑法第57條所定各款科刑事項。且原判決就被告本案犯行所量處之刑度，與刑法第74條第1項規定未符，自無從為緩刑之宣告。是難認有逾越法律規定範圍，或濫用裁量權限之違法情形，原判決所為量刑及未諭知緩刑之宣告尚稱允洽，應予維持。

五、綜上，被告之上訴為無理由，應予駁回。

據上論斷，應依刑事訴訟法第373條、第368條，判決如主文。

本案經檢察官陳漢章提起公訴，檢察官李安蓁、劉俊良到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　6　　月　　25　　日

刑事第二十一庭審判長法　官　謝靜慧

法　官　鄧鈞豪

法　官　吳志強

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，其未敘述上訴之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　劉晏瑄

中　　華　　民　　國　　115　　年　　6　　月　　26　　日

附件：臺灣新北地方法院114年度訴字第728號刑事判決。

臺灣新北地方法院刑事判決

114年度訴字第728號

公　訴　人　臺灣新北地方檢察署檢察官

被　　告　王崇旭

指定辯護人　陳宜君律師(義務辯護律師)

上列被告因違反毒品危害防制條例案件，經檢察官提起公訴（114年度偵字第7458號），本院判決如下：

主　文

王崇旭犯販賣第二級毒品未遂罪，處有期徒刑貳年拾月。

扣案如附表編號1之物沒收。

事　實

王崇旭明知依托咪酯為毒品危害防制條例條第2項所規定之第二級毒品，依法不得販賣，竟仍基於販賣第二級毒品以營利之犯意，於民國114年1月14日19時30分許，在新北市○○區○○街00號0樓處，與藍毓程達成以新臺幣(下同)1,000元之價格，販賣含有依托咪酯成分菸彈1個之合意，雙方並於上開時、地完成交易。嗣經警於114年1月14日19時50分許，在新北市○○區○○街00號0樓處執行搜索勤務時，於藍毓程處扣得上開向王崇旭所購得之菸彈1個，經送驗後未檢出有第二級毒品依托咪酯成分而不遂。

理　由

壹、證據能力部分：

按被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據。被告以外之人於審判外之陳述，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條第1項、第159條之5分別定有明文。查被告王崇旭及其辯護人就本判決下列所引供述證據之證據能力，於本院準備程序表示同意有證據能力（見本院卷第71頁），且經本院於審判期日依法踐行調查證據程序，

檢察官、被告及辯護人迄至言詞辯論終結前亦未對該等審判外陳述作為證據聲明異議，本院審酌各該供述證據作成之客觀情狀，並無證明力明顯過低或係違法取得之情形，復為證明本案犯罪事實所必要，認為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，認前揭證據資料均有證據能力。其餘資以認定被告犯罪事實之非供述證據，均查無違反法定程序取得之情形，依刑事訴訟法第158條之4反面規定，亦具證據能力。

貳、實體部分：

一、得心證之理由：

上開犯罪事實，業據被告於警詢、偵查及本院審理時坦承不諱(見偵卷第4至9反面、44至45、69頁正反面，本院卷第69至74、87至96頁)，核與證人即購買毒品之人藍毓程於警詢、偵查中之證述相符(見偵卷第17至20、46至47頁)，並有被告王崇旭手機內與證人藍毓程間之對話紀錄、被告與Facetime暱稱「吉桑」間之對話紀錄各1份（見偵卷第10至12頁）、臺北市政府警察局刑事警察大隊搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表（見偵卷第25至27頁反面）、扣案物品照片（見偵卷第30、32至33頁）、臺北市政府警察局刑事警察大隊114年5月20日北市警刑大毒緝字第1143006719號函及所附交通部民用航空局航空醫務中心航藥鑑字第1140819號、1140464號毒品鑑定書（見偵卷第55至56頁）在卷可稽。又按販賣毒品係違法行為，非可公然為之，且有其獨特之販售通路及管道，復無公定價格，容易增減分裝之份量，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、查緝鬆嚴、購買者被查獲時供述購買對象之可能風險評估等，而異其標準，非可一概而論。況販賣毒品罪係重罪，設若無利可圖，衡情一般持有毒品之人當無輕易將所持有之毒品轉售他人而甘冒於再次向他人購買時，被查獲移送法辦並受長期自由刑危險之理，且不論係以何包裝之毒品，均可任意分裝或增減其份量，而每次買賣之價

量，亦隨前述因素而為機動地調整。從而販賣之利得，一般除被告坦承犯行或價量俱臻明確外，委難察得實情，惟販賣之人從價差或量差中牟利之方式雖異，然其販賣行為在意圖營利則同一。查本案被告與證人藍毓程雖為朋友關係，然非屬至親，當無可能甘冒重典而按購入價格轉售而不求利得之理，是被告顯有藉本案販賣毒品行為牟利之意圖甚明。綜上，足認被告之任意性自白核與事實相符，堪以採信。從而，本案事證明確，被告上開犯行堪以認定，應依法論科。

二、論罪科刑：

㈠經查被告於事實欄所示之行為，主觀上係基於販賣第二級毒品以牟利之犯意，客觀上也已著手於販賣，惟因被告不知其用以交易之菸彈1個不含第二級毒品成分，則被告事實上即不能真正完成第二級毒品買賣而販賣不遂，故被告就該販賣行為，僅能論以販賣第二級毒品未遂罪。是核被告所為，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。被告意圖販賣而持有第二級毒品之低度行為，應為販賣未遂之高度行為所吸收，不另論罪。

㈡刑之減輕事由

1.被告已著手於販賣第二級毒品行為之實行，惟被告用以交易之菸彈1個未檢出毒品成分，則被告事實上即不能真正完成毒品買賣，其犯罪尚屬未遂，衡酌其犯罪情節，爰依刑法第25條第2項規定，按既遂犯之刑度減輕之。

2.按毒品危害防制條例第17條第2項規定：「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」，而所謂自白，指對於該當於犯罪構成要件之具體社會事實，向職司偵查或審判之公務員為肯定供述之謂，至於該社會事實在法律上如何評價，或對阻卻違法、阻卻責任之事由有所主張或辯解，乃辯護權之行使，不影響其為自白（最高法院102年度台上字第5127號判決意旨參照）。經查，被告於偵查中及本院審理中對於販賣第二級毒品未遂犯行均已坦認在卷，業如前述，自應依前揭規定減輕其刑，並依法遞減之。

3.復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，同條例第17條第1項定有明文。惟經本院函詢偵查機關，本案並未因被告之供述而查獲上游，此有臺北市政府警察局刑事警察大隊114年9月1日北市警刑大毒緝字第11430 12071號函可稽（見本院卷第47頁），從而本案被告自不符合本項減刑規定。

4.又刑法第59條規定犯罪情狀可憫恕者，得酌量減輕其刑，固為法院依法得自由裁量之事項，然非漫無限制，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，認為即予宣告法定低度刑期猶嫌過重者，始有其適用。觀諸本案情節，被告販賣之毒品及價格雖非甚多，然販賣毒品為法所嚴禁之重罪，對社會治安影響重大，且其另案因持有第二級毒品純質淨重二十公克以上而遭起訴，並繫屬於本院，此有被告之法院前案紀錄表在卷可查，足徵被告並非一時失慮始誤觸重典，又被告本已得依前揭減刑規定遞減其刑，並無宣告法定低度刑期猶嫌過重，故本案不適用刑法第59條之規定，附此指明。

㈢爰以行為人之責任為基礎，審酌被告正值青壯，不思以正途獲取所需，明知販賣第二級毒品為違法行為，卻仍為本案犯行，非但違反政府為防制毒品危害，維護國民身心健康之政策，且因毒品一般具有成癮性，施用毒品者一旦成癮，戒除毒癮非易，被告無視他人身心健康，提供他人毒品來源，戕害國民身心健康，所為誠屬不該，所幸本案僅為未遂，未生販賣毒品與他人之結果；另考量被告犯後坦承犯行，態度尚可，兼衡被告之素行（參卷附被告之法院前案紀錄表）、自述之智識程度及家庭生活經濟狀況（見本院卷第94頁），及犯罪之動機、目的、手段、販賣毒品之數量等一切情狀，量處如主文所示之刑。

㈣不予緩刑之宣告

末查被告之辯護人雖為被告請求為緩刑之宣告(見本院卷第9

5頁），然本院就被告本案犯行所量處之刑度，並不符合刑法第74條第1項所定緩刑之要件，自無從為緩刑之宣告，附此敘明。

三、沒收：

㈠查被告於114年1月14日為警扣案之菸油6罐、菸彈（菸油完整）8個、菸彈（殘渣）1個、菸彈（含主機）2組、空菸彈殼8包、菸彈底座8包、菸彈底座蓋11包、菸彈塞子6包等物（見偵卷第27頁），均無證據證明與被告之本案犯行相關，於本案均不予宣告沒收，合先敘明。

㈡按犯第4條至第9條、第12條、第13條或第14條第1項、第2項之罪者，其供犯罪所用之物，不問屬於犯罪行為人與否，均沒收之，毒品危害防制條例第19條第1項定有明文。查附表編號1所示之手機，為被告與證人藍毓程聯繫本案犯行所用之物，此為被告所自承(見本院卷第70頁)，爰依上開規定宣告沒收。

㈢末查本案被告犯行僅止於未遂，且證人藍毓程於警詢及偵查中均供稱其尚未將1,000元價金交予被告等語(見偵卷第18頁反面、第47頁)，且無其他積極證據足資證明被告本案確實已獲有犯罪所得，是毋庸對被告諭知犯罪所得之沒收，併此敘明。

據上論斷，應依刑事訴訟法第299條第1項前段，判決如主文（本件依刑事判決精簡原則僅記載程序法條）。

本案經檢察官陳漢章提起公訴，檢察官彭毓婷到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　11　　月　　18　　日

刑事第七庭　審判長法　官　彭全曄

法　官　劉思吟

法　官　吳昱農

上列正本證明與原本無異。

如不服本判決，應於判決送達後20日內敘明上訴理由，向本院提

出上訴狀（應附繕本），上訴於臺灣高等法院。其未敘述上訴理由者，應於上訴期間屆滿後20日內向本院補提理由書「切勿逕送上級法院」。

書記官　孫霈瑄

中　　華　　民　　國　　114　　年　　11　　月　　20　　日

附錄本案論罪科刑法條全文：

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。

附表

編號	名稱	備註
1	扣案之iPhone 14 Pro手機1支（含門號0000000000之SIM卡1張，IMEI1：000000000000000號，IMEI2：000000000000000號）	依毒品危害防制條例第19條第1項，宣告沒收。