臺灣高等法院刑事判決

115年度上訴字第2186號

上　訴　人
即　被　告　許訓誌
000000000000000000
000000000000000000

選任辯護人　楊筑鈞律師

上列上訴人即被告因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣桃園地方法院114年度訴字第620號，中華民國114年12月26日第一審判決（起訴案號：臺灣桃園地方檢察署114年度偵字第2325號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

一、本院審理範圍：

按上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之，刑事訴訟法第348條第3項定有明文。原審判決後，上訴人即被告許訓誌不服提起上訴，檢察官則未上訴，而被告於上訴理由狀明載僅就原判決關於其「刑」之部分上訴，嗣其辯護人於本院審判中亦陳明僅就原判決關於其刑之部分上訴，對於犯罪事實、論罪及沒收等部分均不上訴，有其上訴理由狀及本院審判程序筆錄在卷可憑（見本院卷第23至25、161頁），是本院審理範圍僅限於原判決關於被告之「刑」部分，不及於原判決所認定之犯罪事實、論罪及沒收等其他部分，故關於被告量刑基礎之犯罪事實及論罪部分，均引用原審判決書記載關於被告部分之犯罪事實、證據及理由（如附件）。

二、關於刑之減輕部分：

㈠被告已著手於販賣第三級毒品行為之實行而不遂，為未遂犯，所生危害程度較既遂犯輕，爰依刑法第25條第2項規定，按既遂犯之刑減輕之。

㈡按犯毒品危害防制條例第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，同條例第17條第2項定有明文。被告於偵查及歷次審判中均自白其販賣第三級毒品未遂犯行（見114偵2325卷第33、123頁、114訴620卷第142、161頁、本院卷第165頁），就其所犯之罪，應依毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑，並遞減輕之。

㈢按犯毒品危害防制條例第4條至第8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。查被告於偵查中雖供述其本案毒品來源之上游共犯為綽號「羅柚子」及「樂樂」之人（見114偵2325卷第31、123頁），惟其亦稱「羅柚子」及「樂樂」均已前往大陸地區，且未提供確實證據供警方溯源追查（見同卷第33頁），桃園市政府警察局平鎮分局亦稱未因而查獲本案毒品來源（見本院卷第131、169頁），足認本案並未因被告之供述而查獲其所販賣之第三級毒品來源正犯或共犯，自無從依上開規定減輕其刑。

三、上訴駁回之理由：

㈠經本院審理結果，認原審就被告所犯販賣第三級毒品未遂罪之刑部分，以行為人之責任為基礎，審酌被告無視政府杜絕毒品禁令而著手為本案犯行，危害社會治安及國民健康並助長國內施用毒品之歪風，危害社會秩序，並其犯罪之動機、目的、手段、參與情節、所生危害程度，兼衡其犯後坦承犯行之態度及素行、智識程度、家庭生活狀況等一切情狀，量處有期徒刑2年4月。經核原審所為量刑，尚屬妥適，應予維持。

㈡被告上訴主張其有供出毒品來源，應依毒品危害防制條例第17條第1項規定減刑，並指摘原審未審酌其配合警方查緝之犯罪後態度及其犯罪之動機、目的、未實際獲利等情，而有量刑過重之情形（見本院卷第137至143頁）；惟其並無毒品危害防制條例第17條第1項之適用，已如前述，且原判決於其理由欄已載敘關於被告販賣第三級毒品未遂罪之量刑理

由，核已斟酌刑法第57條各款所列情狀（包含其犯罪動機、目的及犯罪後態度），且販賣第三級毒品罪之法定最低本刑為有期徒刑7年，原審於適用刑法第25條第2項、毒品危害防制條例第17條第2項等規定遞減其刑後，量處有期徒刑2年4月，所量處之刑，既未逾越法定範圍，亦無違背公平正義之精神，客觀上不生量刑畸重或有所失出之裁量權濫用，難認與罪刑相當原則有悖或量刑有何過重之處。被告上訴指摘原審量刑過重，為無理由，應予駁回。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條、第373條，判決如主文。

本案經檢察官黃榮加提起公訴，檢察官蔡顯鑫到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　17　　日

刑事第十五庭　審判長法　官　劉元斐

法　官　陳俞伶

法　官　曹馨方

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　邱紹銓

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　18　　日

附錄：本案科刑法條全文

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。
附件：臺灣桃園地方法院刑事判決

114年度訴字第620號

公　訴　人　臺灣桃園地方檢察署檢察官
被　　告　許訓誌　男　民國00年00月00日生
身分證統一編號：Z000000000號
住○○市○○區○○○路000巷00號2樓
居台北市○○區○○○路000巷00號3樓
選任辯護人　楊筑鈞律師
被　　告　陳奕璇　女　民國00年0月0日生
身分證統一編號：Z000000000號
住○○市○○區○○○路000巷00號3樓
選任辯護人　陳漢融律師

上列被告因毒品危害防制條例案件，經檢察官提起公訴（114年度偵字第2325號），本院判決如下：

主　　文

許訓誌共同販賣第三級毒品，未遂，處有期徒刑貳年肆月。扣案如附表一編號1、2所示之物，均沒收。
陳奕璇共同販賣第三級毒品，未遂，處有期徒刑貳年。緩刑伍年，緩刑期間付保護管束，並應自本判決確定之日起壹年內向公庫支付新臺幣捌萬元，及應向指定之政府機關、政府機構、行政法人、社區或其他符合公益目的之機構或團體提供陸拾小時義務勞務。

犯罪事實

許訓誌、陳奕璇均知悉愷他命係毒品危害防制條例第2條第2項第3款所規定之第三級毒品，未經許可不得持有、販賣，竟與身分不詳綽號「樂樂」之人（下稱「樂樂」）共同意圖牟利，基於販賣第三級毒品之犯意聯絡，先由「樂樂」於民國113年7月26日晚間8時43分許，以通訊軟體微信暱稱「阿小飛象營業中-沒回請來電」之帳號張貼「超強的（蛋圖案）好粗的（哈密瓜圖案）有人

在隨時都有人在 沒人接電話，多打幾通」之文字訊息，散布兜售毒品之訊息，嗣桃園市政府警察局平鎮分局警員於執行網路巡邏勤務時察覺有異，遂喬裝為買家透過微信與「樂樂」取得聯繫，雙方約定以新臺幣（下同）3,500元之價格交易愷他命3.5公克，並相約於113年12月10日下午4時許，在桃園市○○區○○路000巷0號前（下稱交易地點）進行交易，「樂樂」即告知許訓誌前情，嗣後許訓誌旋即駕駛車牌號碼000-0000號普通自小客車搭載陳奕璇前往交易地點，待與許訓誌與喬裝為買家之警員均到達交易地點後，許訓誌、陳奕璇即以3,500元之價格，欲販賣愷他命3.5公克與喬裝之警員，警員見時機成熟，遂表明身分，當場將許訓誌、陳奕璇逮捕，許訓誌、陳奕璇著手於販賣愷他命之行為而未遂，並扣得如附表一、二所示之物，而查悉上情。

理　　由

壹、證據能力部分：

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，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。查本判決所引用具傳聞性質之各項證據資料，經本院於審判期日依法踐行調查證據程序，檢察官、被告及辯護人就上開證據之證據能力均未爭執，於言詞辯論終結前亦未聲明異議，本院審酌上開證據作成時之情狀，並無違法或不當等情形，且與本案相關之待證事實具有關聯性，認為以之作為本案之證據亦屬適當，依前揭規定，認均應有證據能力。

貳、實體部分

一、認定事實所憑之證據及理由：

（一）上述犯罪事實，業據被告許訓誌、陳奕璇於警詢、偵查及本院審理時坦承不諱，並有卷附員警職務報告、WECHAT通

話譯文表、通訊軟體微信對話紀錄擷圖、毒品送驗作業管制紀錄、台灣尖端先進醫藥股份有限公司毒品證物檢驗報告、內政部警政署刑事警察局鑑定書，及扣案如附表一所示之物可佐。被告2人之自白應與事實相符，可以採信。

（二）營利意圖之認定：販賣毒品係政府嚴予查緝之違法行為，政府一向查禁森嚴並重罰不寬貸，且毒品可任意分裝或增減其份量，販賣毒品之行為亦無一定之公定價格，每次買賣之價格隨供需雙方之資力或關係之深淺或需求之數量、貨源之充裕與否、販賣者對於資金需求殷切與否、對行情認知，以及政府查緝之態度，進而為各種風險評估，機動的調整，有各種不同標準，並非一成不變，惟販賣者從各種「價差」或係「量差」謀取利潤方式，或有差異，其所圖利益之非法販賣行為目的則屬相同。況且毒品價格不低，取得不易，凡為販賣之不法行為者，苟無利可圖，應無甘冒持有毒品遭查獲之極大風險，無端將其出售，是其從中賺取買賣價差或量差牟利之意圖及事實，應屬符合論理法則且不違背社會通常經驗之合理判斷。本件「樂樂」、被告許訓誌、陳奕璇與喬裝買家之員警為有償交易，且無特殊情誼，被告許訓誌、陳奕璇對於毒品價格昂貴，取得不易，及毒品交易係檢警機關嚴予取締之犯罪行為，當知之甚稔，而被告許訓誌於警詢及本院訊問時均供承可從中獲取報酬（見偵卷第31、33、141頁），當可認定被告許訓誌、陳奕璇與「樂樂」共同營利之意圖。

（三）被告許訓誌之辯護人於本院準備程序雖一度辯稱本案為「陷害教唆」云云，然本件係「樂樂」散布兜售毒品之訊息，才有佯裝買家之員警詢問毒品在後，並非由喬裝買家之員警以不正當手段挑唆引起甚明，員警上開行為核屬偵查犯罪技巧範疇之「釣魚偵查」，並非「陷害教唆」無訛；佐以被告許訓誌於警詢及本院訊問時稱前已多次幫「樂樂」販賣毒品，更可見「樂樂」與被告許訓誌在本案之前原即有共同販賣毒品之犯意，警方並無故意入人於罪

之教唆犯意。被告許訓誌之辯護人上開所辯，顯非可採。

（四）本案事證明確，被告2人犯行堪以認定，應依法論科。

二、論罪科刑

（一）愷他命為毒品危害防制條例第2條第2項第3款所規定之第三級毒品。

（二）核被告許訓誌、陳奕璇所為，均係犯毒品危害防制條例第4條第6項、第3項之販賣第三級毒品未遂罪。被告2人意圖販賣而持有第三級毒品之低度行為，為其販賣未遂之高度行為所吸收，不另論罪。

（三）被告2人與「樂樂」間就本件犯行，具有犯意聯絡與行為分擔，為共同正犯。

（四）刑之加重及減輕事由：

1.被告2人雖已著手於販賣毒品之行為，惟佯裝買家之警員自始無購毒之真意，而未產生交易成功之既遂結果，均屬未遂犯，各依刑法第25條第2項規定減輕其刑。

2.被告2人於偵查及本院審理中均自白犯行，均應依毒品危害防制條例第17條第2項之規定各減輕其刑。

3.被告2人有上述2種減輕事由，應依法遞減之。

（五）量刑：以行為人責任為基礎，審酌被告2人竟無視政府杜絕毒品禁令，為本案犯行，危害社會治安及國民健康，且助長國內施用毒品之歪風，對社會秩序造成相當程度之侵害，應予非難，並考量被告2人本件犯罪參與情節輕重、其犯後坦承犯行之犯後態度，兼衡本案犯行之動機、目的、手段、所生危害，以及其生活狀況、智識程度及素行（被告陳奕璇並無前科）等一切情狀，分別量處如主文所示之刑。

（六）緩刑宣告：依卷附法院前案紀錄表之記載，被告陳奕璇未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告。被告陳奕璇之素行尚可，因一時失慮而罹刑章，經此偵審程序及科刑之教訓，應能知所警惕而無再犯之虞，尚無逕對其施以短期自由刑之必要，故本院認被告陳奕璇上開所受宣告之刑以暫

不執行為適當，依刑法第74條第1項第1款之規定，併予宣告緩刑5年，以啟自新。另考量本案毒品交易情節及危害，並為確保上開緩刑之宣告能收具體成效，依刑法第74條第2項第4款、第5款之規定，命被告陳奕璇應自本判決確定之日起1年內向公庫支付8萬元，及向指定之政府機關、政府機構、行政法人、社區或其他符合公益目的之機構或團體提供60小時義務勞務，再依刑法第93條第1項第2款規定，諭知被告陳奕璇於緩刑期間付保護管束，冀能使其確實明瞭其行為造成之危害，並培養正確法治觀念。倘被告陳奕璇違反上開應行負擔事項且情節重大，依刑法第75條之1第1項第4款規定，其緩刑宣告仍得由檢察官向本院聲請撤銷，於此說明。

（七）沒收：

1. 扣案如附表一編號1所示之物品，經檢出第三級毒品，為不受法律保護之違禁物，應依刑法第38條第1項規定，不問屬於犯罪行為人與否，予以宣告沒收。另上開毒品之包裝袋，因其上殘留之毒品難以析離，且無析離之實益與必要，應連同查獲之上開毒品沒收，其中鑑驗用罄部分，自無庸宣告沒收。
2. 扣案如附表一編號2所示之物，係被告許訓誌所有，供其與「樂樂」聯繫本案販賣第三級毒品未遂犯行所用之物，業據被告許訓誌於本院審理時坦認在卷（見本院卷第158頁），應依毒品危害防制條例第19條第1項之規定宣告沒收。
3. 扣案如附表二所示之物，無證據證明與本案有關，故不宣告沒收。

據上論斷，應依刑事訴訟法第299條第1項前段，判決如主文。

本案經檢察官黃榮加提起公訴，檢察官李俊毅到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　12　　月　　26　　日

刑事第十八庭審判長法　官　鄭吉雄

法　官　姚懿珊

法　官　張庭毓

以上正本證明與原本無異。

書記官　劉霜潔

中　　華　　民　　國　　114　　年　　12　　月　　26　　日

附表一

編號	品名	數量	備註
1	白色結晶	3包	⑴檢出第三級毒品愷他命成分。 ⑵驗前總實秤毛重：9.76公克；驗前總淨重約；7.796公克；驗餘總毛重約：9.731公克。 ⑶鑑驗用罄部分，已滅失，不宣告沒收。 ⑷毒品與包裝袋難以析離。
2	IPhoneX手機（黑色，含SIM卡）	1支	被告許訓誌所有供本件犯行所用之物

附表二：

編號	品名	備註
1	IPhone 15 PRO手機（銀色，含SIM卡）1支	⑴扣押物品目錄表編號8所示之物 ⑵無證據證明與本案有關
2	IPhone XR手機（黑色，含SIM卡）1支	⑴扣押物品目錄表編號9所示之物 ⑵無證據證明與本案有關
3	現金新臺幣42,600元	⑴扣押物品目錄表編號4所示之物 ⑵無證據證明與本案有關
4	現金新臺幣14,700元	⑴扣押物品目錄表編號5所示之物 ⑵無證據證明與本案有關
5	現金新臺幣35,000元	⑴扣押物品目錄表編號6所示之物 ⑵無證據證明與本案有關
6	IPhone 15 PRO手機（銀色，含SIM卡）1支	⑴扣押物品目錄表編號7所示之物 ⑵無證據證明與本案有關