臺灣高等法院刑事判決

115年度上訴字第299號

上　訴　人
即　被　告　蔡建源
000000000000000000
000000000000000000

選任辯護人　張立達律師

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540號，中華民國114年10月31日所為之第一審判決（起訴案號：臺灣桃園地方檢察署113年度偵字第59338號、114年度偵字第19606號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

一、審理範圍：

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，刑事訴訟法第348條有明文規定。原判決認被告蔡建源共同犯販賣第三級毒品未遂等罪，被告不服原判決提起上訴，於本院準備期日與審理期日中明示主張僅針對原判決量刑上訴，不及於原判決其他部分（本院卷第109、175頁）；檢察官則未提起上訴，是本院審理範圍僅限於原判決所處之刑，不及於原判決所認定犯罪事實、所犯之罪及沒收等部分，先予敘明。

二、被告上訴理由略以：被告供出毒品來源張芝賓，應予減刑並從輕量刑（本院卷108至110、175頁）。

三、駁回上訴之理由：

(一)證人張芝賓於本院審理中證稱：其在網路上看到電子煙油，廣告說不是毒品，但效果堪比依托咪酯，其想說如果是毒品不可能在網路上公開賣，所以其才決定購買，之後以100毫升新臺幣（下同）45,000元之對價販買給被告，但後來被告有一天來找其理論，被告懷疑其叫警察去抓他，就帶很多人去找其，其覺得沒意思，乾脆退錢給被告，被告則把煙油退還給其，煙油已經少了一半左右，剩下的其就自己抽掉，其只有賣過被告這1罐煙油而已（本院卷第191至197頁），被告則於本院審理中供稱：其被查扣那罐不是證人販賣的（本院卷第197頁），顯見被告已將證人唯一一次販售予其之煙油退還證人，本案扣案之煙油自非證人所販售，證人自非被告所稱本案扣案毒品之毒品來源，可以認定，則被告辯稱其有供出毒品來源並請求減刑云云，自屬無據。

(二)又量刑之輕重，係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條所列一切情狀，在法定刑度內，酌量科刑，如無偏執一端，致明顯輕重失衡情形，不得遽指為不當或違法。原審審酌被告明知毒品對於人體有莫大之戕害，竟圖一己之私利，而為本案販賣第三級毒品未遂犯行，惟念其犯後坦承犯行，再參酌被告之犯罪動機、目的、手段、程度、犯罪所生損害，以及本案用以交易之菸油實際並未含有毒品成分等節，暨被告自陳高中肄業之智識程度、從事買賣蔬果業務工作、需扶養父母之家庭經濟狀況等一切情狀，判處有期徒刑1年10月，已就被告之犯罪情節、犯後態度、犯罪動機、目的、手段、被告教育程度、經濟狀況、家庭生活等刑法第57條所定科刑輕重應審酌之事項等均已加以審酌，其量定之刑罰，並未逾法定刑

度，亦無失出失入之情事，並無量刑輕重失衡，顯然過重情形，核屬原審法院量刑職權之適法行使，與罪刑相當原則無悖，原審所量刑度，難指其有何不當或違法。被告仍執陳詞，提起上訴請求從輕量刑云云，並不足採。

四、綜上所述，原審依憑調查所得，詳敘其量刑之心證理由，經核俱有卷存事證可按，並無違誤。被告上訴主張本件應撤銷原判決並從輕量刑，為無理由，應予駁回。

五、據上論斷，應依刑事訴訟法第373條、第368條，作成本判決。

六、本案經檢察官鄭芸提起公訴，檢察官羅嘉薇於本院實行公訴。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　6　　月　　25　　日

刑事第十八庭　審判長法　官　侯廷昌

法　官　陳海寧

法　官　林記弘

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　李政庭

中　　華　　民　　國　　115　　年　　6　　月　　25　　日

附錄：本案論罪科刑法條全文

毒品危害防制條例第4條第6項、第3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。

臺灣桃園地方法院刑事判決

114年度訴字第540號

公　訴　人　臺灣桃園地方檢察署檢察官
被　　告　蔡建源

選任辯護人　張立達律師
上列被告因毒品危害防制條例案件，經檢察官提起公訴（113年度偵字第59338號、114年度偵字第19606號），本院判決如下：

主　文

蔡建源共同販賣第三級毒品未遂罪，處有期徒刑壹年拾月。扣案之IPHONE15PRO行動電話壹支（IMEI碼：○○○○○○○○○○○○○○○號）沒收。

事　實

一、蔡建源、黃念偉（本院另行審理）、宋智銘及趙柏淯（後2人由臺灣桃園地方檢察署檢察官另行偵辦中）均明知第三級毒品依法不得販賣，竟共同基於販賣第三級毒品以牟利之犯意聯絡，於民國113年11月4日前某時見社群軟體X暱稱「糖果(圖案)專賣」（帳號：0000000000000000）之人刊登「雲林找冰塊(圖案)...」貼文，先由黃念偉以暱稱「糖果(圖案)專賣」（帳號：0000000000000000）張貼「私」及兩張毒品照片回復該貼文，暗示可聯繫交易毒品，經桃園市政府警察局中壢分局中壢派出所警員於113年11月4日9時52分執行網路巡邏時發覺，因而喬裝買家利用X私訊功能與黃念偉

聯繫，談妥以新臺幣（下同）5萬5,000元交易毒品菸油1罐（100ML），並相約於在桃園市○○區○○○街00號地下一樓停車場面交。嗣黃念偉向趙柏淯確認毒品菸油存貨及面交細節，而蔡建源於同年月6日16時許向真實姓名不詳、暱稱「金雕」之成年男子取得其主觀上認含第三級毒品成分、實則未摻入毒品之菸油1罐（100ML，下稱本案菸油）後，蔡建源再將本案菸油交給趙柏淯，並於同年月7日19時28分許，由趙柏淯及宋智銘依約至上開停車場，喬裝警員待趙柏淯將本案菸油交付後，旋表明身分將趙柏淯及宋智銘逮捕而未遂。

二、案經桃園市政府警察局中壢分局報告臺灣桃園地方檢察署檢察官偵查後起訴。

理　由

壹、證據能力部分：

本判決下述所引用被告蔡建源以外之人於審判外之陳述，檢察官、被告及其辯護人於本院審理時對於該等證據能力均未爭執，且迄於言詞辯論終結前亦無聲明異議，本院審酌各該證據資料做成時之情況，尚無違法不當及證明力明顯過低之瑕疵，而認為以之作為證據應屬適當，依刑事訴訟法第159條之5規定，均有證據能力。至本案認定事實引用卷內之非供述證據，並無證據證明係公務員違背法定程序取得，依同法第158條之4規定反面解釋，亦均有證據能力。

貳、實體部分：

一、認定事實所憑之證據及理由：

㈠上列犯罪事實，業據被告於偵訊及本院審理時均坦承不諱（見偵59338卷第271頁、訴卷第136頁），核與證人即共犯宋智銘、趙柏淯分於偵訊時之證述內容相符（見偵57250卷第203至212頁），並有桃園市政府警察局中壢分局扣押筆錄、扣押物品目錄表、TELEGRAM對話紀錄截圖、X貼文暨對話紀錄截圖、微信對話紀錄截圖、本案菸油照片、台灣尖端先進生技醫藥股份有限公司毒物證物檢驗報告（報告編號：

A6676）等件在卷可參（見偵59338卷第131至143、195至209、215至253頁、偵57250卷第273頁）等件在卷可參，復有IPHONE15PRO行動電話1支（IMEI碼：000000000000000號）扣案為憑，足認被告之任意性自白與事實相符，堪以採信。

㈡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。所謂「行為不能發生犯罪之結果」、「又無危險者」，並非同義贅詞，應並列觀察解為：實行行為客觀上完全欠缺危險性，但行為人出於重大無知，誤認其可能既遂，兼以行為人是否出於「重大無知」之誤認作為判斷依據。所謂「重大無知」係行為人誤認自然的因果法則，由客觀第三人觀之根本沒有可能發生結果之危險，只有行為人本身不知，始有成立不能未遂之可能。「重大無知」乃判斷行為人之行為是否有侵害法益危險之依據，並非增加法律所無之限制。從而，是否有侵害法益之危險，應綜合行為時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因果法則而為判斷，非單純以客觀上真正存在之事實情狀為憑。行為人倘非出於「重大無知」之誤認，僅因一時、偶然之原因，未對法益造成侵害，然已有侵害法益之危險，仍為障礙未遂，非不能未遂（最高法院111 年度台上字第1616號判決意旨參照）。然查，本案菸油雖未檢出第三級毒品成分，有前開台灣尖端先進生技醫藥股份有限公司毒物證物檢驗報告在卷可佐，惟被告已於偵訊時自承：依托咪酯是我交給宋智銘的，我讓宋智銘陪趙柏淯去中壢面交等語（見偵59338卷第270頁），顯見被告為本案犯行之當下，其主觀上係認為其所交易之物品含有依托咪酯成分，且非係出於「重大無知」之誤認。又被告於網路上張貼兜售毒品之訊息，並與喬裝員警達成交易毒品之意思合致，而於上開時地前往進行交易等情，業如前述，則被告所為已然著手於販賣第三級毒品之行為，且依客觀第三人判斷，被告所為足以促成毒品流通而產生法益侵害之危險，僅係因喬裝員警並無購買毒品之真意，

及本案菸油因故未含有第三級毒品成分等偶然原因，而無從遂行第三級毒品之交付，揆諸前揭說明，被告所為當屬障礙未遂，並非刑法第26條所規定不罰之不能未遂，被告仍應依法論罪科刑，甚為灼然。

㈢本案事證明確，被告上開犯行均堪以認定，應依法論科。

二、論罪科刑：

㈠按刑法第2條第1項前段所規定之「法律有變更」所稱之「法律」，係指立法院通過，總統公布之法律，此觀中央法規標準法第4條、憲法第170條之規定自明。行政機關依據委任立法而制定具有填補空白刑法補充規範之法規命令，雖可視為具法律同等之效力，然該法規命令之本身，僅在補充法律構成要件之事實內容，即補充空白刑法之空白事實，並無刑罰之具體規定，究非刑罰法律，該項補充規範之內容，縱有變更，對其行為時之法律構成要件及處罰之價值判斷，並不生影響，於此，空白刑法補充規範之變更，僅能認係事實變更，不屬於刑罰法律變更之範疇，自無刑法第2條第1項法律變更之比較適用問題，應依行為時空白刑法填補之事實以適用法律。又毒品之分級及品項，由法務部會同行政院衛生福利部組成審議委員會，每3個月定期檢討，報由行政院公告調整、增減之，毒品危害防制條例第2條第3項定有明文，則行政院於113年8月5日以院臺法字第1131020962號公告修正「毒品之分級及品項」部分分級及品項，增列異丙帕酯、美托咪酯、依托咪酯為第三級毒品，並自113年8月5日生效；嗣於113年11月27日以院臺法字第1131031622號公告將異丙帕酯、美托咪酯、依托咪酯改列為第二級毒品，揆諸上開說明，此變更即屬空白刑法補充規範之變更，僅能認係事實變更，並非刑罰法律有所變更，仍應以被告行為時空白刑法填補之事實即異丙帕酯為第三級毒品以適用法律。

㈡核被告所為，係犯毒品危害防制條例第4條第6項、第3項販賣第三級毒品未遂罪。

㈢被告就本案販賣第三級毒品未遂犯行，與黃念偉、宋智銘及

趙柏淯等人具有犯意聯絡及行為分擔，應論以共同正犯。

㈣被告已著手於販賣行為之實行而不遂，為未遂犯，應依刑法第25條第2項規定減輕其刑。又被告就所其犯販賣毒品咖啡包之犯行，於偵查及審判中均自白犯行，應依毒品危害防制條例第17條第2項規定，減輕其刑；並依刑法第70條規定，就前揭減刑事由遞減之。

㈤爰審酌被告明知毒品對於人體有莫大之戕害，竟圖一己之私利，而為本案販賣第三級毒品未遂犯行，實值非難。惟念其犯後坦承犯行，再參酌被告之犯罪動機、目的、手段、程度、犯罪所生損害以及本案用以交易之菸油實際並未含有毒品成分等節，暨被告自陳高中肄業之智識程度、從事買賣蔬果業務工作、需扶養父母之家庭經濟狀況等一切情狀，量處如主文所示之刑。

三、沒收部分：

查被告所有之IPHONE15PRO行動電話1支（IMEI碼：000000000000000號），為本案犯行所用之物（見訴卷第90頁），應依毒品危害防制條例第19條第1項之規定宣告沒收。至其餘扣案物，與被告本案犯行無涉，尚無從宣告沒收，附此敘明。

據上論斷，應依刑事訴訟法第299條第1項前段，判決如主文。

本案經檢察官鄭芸提起公訴，檢察官李頎到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　10　　月　　31　　日

刑事第十六庭　審判長法　官　游紅桃

法　官　黃筱晴

法　官　呂宜臻

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決應於收受判決後20日內向本院提出上訴書狀，並應敘述具體理由。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(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　黃心姿

中　　華　　民　　國　　114　　年　　10　　月　　31　　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3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。