臺灣高等法院刑事判決

115年度上訴字第3835號

上　訴　人
即　被　告　簡玉婷
000000000000000000
000000000000000000
選任辯護人　許瑞榮律師

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1327號，中華民國115年3月24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42388號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

簡玉婷緩刑肆年，緩刑期間內付保護管束，並應自本判決確定之日起壹年內，參加法治教育貳場次及應向檢察官指定之政府機關、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，提供壹佰小時之義務勞務。

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，上訴人即被告簡玉婷不服提起上訴指摘原審量刑過重，檢察官則未上訴，嗣被告於本院審理時陳明僅就原判決「刑」之部分上訴，對於原判決認定之犯罪事實、論罪及沒收等部分均不上訴，有本院審判程序筆錄在卷可憑（見本院卷第84頁），是本院審理範圍僅限於原判決之「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，故關於量刑基礎之犯罪事實及論罪部分，均引用原審判決書記載有罪部分之事實、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四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。被告於警詢及歷次審判中均自白其販賣第四級毒品未遂犯行（見114偵42388卷第41至44頁、114訴1327卷第83至90頁、本院卷第87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。查本案並未因被告之供述而查獲其本案毒品來源之正犯或共犯，有臺灣新北地方檢察署民國115年1月6日新北檢永愛114偵42388字第1159000709號函及新北市政府警察局新莊分局114年12月22日新北警莊刑字第1144067678號函在卷可稽（見114訴1327卷第47、49至51頁），是本案自無同條例第17條第1項減刑規定之適用。

㈣被告固請求依刑法第59條規定酌減其刑（見本院卷第25至31頁），惟刑法第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時，則應係指適用其他法定減輕事由減輕其刑後之最低度刑而言。是必於被告適用刑法第59條以外之法定減輕事由，減輕其刑之後，猶堪認其犯罪之情狀，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，再酌量減輕其刑。查被告著手販賣第四級毒品所為，依刑法第25條第2項、毒品危害防制條例第17條第2項規定遞減其刑後，法定最低度刑已非過重，衡以被告販賣第四級毒品未遂之犯罪情節、販賣毒品數量、價額及危害社會之程度，難認其犯罪有何特殊之原因與環境而顯可憫恕，自無再適用刑法第59條規定酌減其刑之餘地。

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四級毒品未遂罪之刑部分，以行為人之責任為基礎，審酌被告不思循正途獲取所需，無視販賣毒品行為對社會治安危害極大，更為法所嚴禁，卻仍著手販賣第四級毒品；考量其犯罪之動機、目的、手段、販賣毒品之種類、數量、價格及犯後坦承犯行之態度，暨其素行、智識程度、家庭經濟及身心狀況等一切情狀，量處有期徒刑1年6月。經核原審所為量刑，尚屬妥適，應予維持。

㈡被告上訴指摘原審量刑過重，請求再適用刑法第59條規定減刑並從輕量刑（見本院卷第25至31頁）。惟被告並無適用刑法第59條之餘地，已如前述，且原判決於其理由欄已載敘關於被告販賣第四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，且販賣第四級毒品罪之法定最低本刑為有期徒刑5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1年6月，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。

四、被告前未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，此有法院前案紀錄表在卷可憑，其因一時失慮，偶罹刑典，犯後始終坦承犯罪，寧信其經此罪刑之宣告後，知所警惕，而無再犯之虞，本院認其所宣告之刑以暫不執行為適當，爰依刑法第74條第1項第1款之規定宣告緩刑4年，以啟自新。又為預防被告再犯，併依刑法第74條第2項第5、8款、第93條第1項第2款規定，諭知於緩刑期間內付保護管束，並應自本判決確定之日起1年內，接受法治教育2場次及應依執行檢察官命令，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100小時之義務勞務，使被告確切明瞭其觀念之偏差及行為之違法錯誤，培養正確法治

觀念，以預防再犯。倘被告未遵循本院諭知之上開緩刑期間所定負擔，且情節重大者，足認原宣告之緩刑難收其預期效果，而有執行刑罰之必要者，檢察官得依同法第75條之1第1項第4款之規定，聲請撤銷本件緩刑之宣告，併此指明。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條、第373條，判決如主文。

本案經檢察官洪湘媄提起公訴，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：臺灣新北地方法院刑事判決

114年度訴字第1327號

公　訴　人　臺灣新北地方檢察署檢察官
被　　告　簡玉婷　女　民國00年0月00日生
身分證統一編號：Z000000000號
住○○市○○區○○街0巷0號
指定辯護人　本院公設辯護人張哲誠
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42388號），本院判決如下：

主　文

簡玉婷犯販賣第四級毒品未遂罪，處有期徒刑壹年陸月。
扣案如附表各編號所示之物均沒收。

事　實

簡玉婷明知佐沛眠（Zolpidem）係毒品危害防制條例所列管之第四級毒品，不得非法販賣，竟仍基於販賣含第四級毒品佐沛眠以牟利之犯，於民國114年7月4日，在社群軟體臉書「失眠，怎麼吃安眠藥，幫助大家都好睡覺」社群聊天室，以匿名參與者，向不特定人發布「售柔拍 7-11店到店 匯款出貨，拍照錄影 底下留言」等暗示販售毒品之訊息，以此方式著手販賣含有第四級毒品佐沛眠成分之柔拍膜衣錠。適新北市政府警察局新莊分局員警執行網路巡邏勤務，於114年7月10日12時許，因察覺上開訊息有異，即以暱稱「小東陳」留言一貼圖，簡玉婷遂以臉書Messenger功能，私訊警方「柔拍、需要柔？2排嗎？第一次購買一排700、你要長期配合、兩排對吧、1400、板橋區新民街39號」，並與員警達成以新臺幣(下同)1,400元購買20顆含第四級毒品佐沛眠之柔拍膜衣錠之合意，雙方並約定在新北市○○區○○街00號前進行交易。嗣於114年8月7日18時46分許，雙方在上址確認身分後，簡玉婷將含第4級毒品佐沛眠之柔拍膜衣錠交付員警，警方則佯裝交付1,400元，待警方確認該物為含第4級毒品佐沛眠之柔拍膜衣錠後，隨即表明身分，當場逮捕簡玉婷而販賣未遂。

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。查被告簡玉婷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67頁），且經本院於審判期日依法踐行調查證據程序，檢察官、被告及其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、偵查及本院審理時均坦承不諱(見偵卷第6至10、41至44頁，本院卷第65至70、83至90頁)，並有新北市政府警察局新莊分局員警114年8月7日職務報告、被告與喬裝買家員警對話紀錄截圖、現場蒐證照片（見偵卷第17、22至28頁反面）、新北市政府警察局新莊分局扣押筆錄暨扣押物品目錄表（見偵卷第11至13頁）、臺北榮民總醫院114年9月24日北榮毒鑑字第00000號毒品成分鑑定書、第0000-0號毒品純度鑑定書（見偵卷第53之5至53之7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。查被告與偽裝買家之員警非屬至親，當無甘冒重典依購入價格轉售而不求利得之理，且其於警詢時也供稱其最近可以不用服用那麼多，就起意把多餘的柔拍膜衣錠販售給其他藥友等語(見偵卷第9頁)，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核被告所為，係犯毒品危害防制條例第4條第6項、第4項之販賣第四級毒品未遂罪。被告因意圖販賣毒品前持有毒品之低度行為，為其販賣未遂之高度行為所吸收，不另論罪。

㈡刑之減輕

1.被告已著手於本案販賣毒品之實行，惟經警當場逮捕而未遂，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四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，此有新北市政府警察局新莊分局114年12月22日新北警莊刑字第1144067678號函、臺灣新北地方檢察署115年1月6日新北檢永愛114偵42388字第1159000709號函可稽（見本院卷第47、49至51頁），從而本案被告自不符合本項減刑規定。

㈢爰以行為人之責任為基礎，審酌被告不思循正途獲取所需，無視販賣毒品行為對社會治安危害極大，更為法所嚴禁，卻仍以事實欄所示之方式著手於販賣毒品行為，雖僅止於未遂，然其觸犯重典之行為仍應嚴予非難；復衡酌被告坦承犯行，及考量被告之素行(詳參被告之法院前案紀錄表)、犯罪之動機、目的、手段、所販賣毒品之種類、數量及價格，暨其自承之智識程度、身心狀況(見本院卷第71頁)、家庭經濟狀況（見本院卷第88至89、93頁）等一切情狀，量處如主文所示之刑。

㈣至於被告之辯護人雖為其請求為緩刑之宣告，然販賣毒品為法所嚴禁之行為，對社會治安之潛在危害甚鉅，被告僅為獲取一己之私，無視毒品流通於市面所造成之影響，所幸本案買家係員警喬裝始僅止於未遂，然考量本案情節與被告之主觀惡性、兼衡毒品危害防制條例就販賣毒品行為處以重典以防杜毒品流通之立法本旨，認為本案被告若未受刑之執行，不足以知所悔悟而預防再犯，是並無刑法第74條所示刑之暫不執行為適當之情形，本院認尚不宜宣告緩刑，附此指明。

三、沒收：

㈠按違禁物，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之，刑法第38條第1項定有明文。又毒品危害防制條例第18條第1項後段規定查獲之第三、四級毒品，無正當理由而擅自持有者，沒入銷燬之；此應沒入銷燬之毒品，專指查獲施用或持有（未成

罪）之第三、四級毒品而言；倘屬同條例相關法條明文規定處罰之犯罪行為，即非該條項應依行政程序沒入銷燬之範圍；再同條例對於查獲之製造、運輸、販賣、意圖販賣而持有、以非法方法使人施用、引誘他人施用及轉讓、持有一定數量以上第三、四級毒品之沒收，並無特別規定，如其行為已構成犯罪，則該毒品即屬不受法律保護之違禁物，應回歸刑法之適用（參最高法院109年度台上字第1301號刑事判決意旨）。查附表編號1所示之柔拍膜衣錠20顆，經檢驗後均檢出有第四級毒品佐沛棉成分，此有附表編號1所示之鑑定書在卷可稽，又因毒品鑑驗一般係以傾倒之方式，將包裝袋內之毒品倒出與包裝袋分離而稱重，必要時，輔以刮杓刮取袋內粉末，然無論依何種方式分離，包裝袋內均有極微量之毒品殘留，是認盛裝上揭毒品之外包裝共2個，其內均含有極微量之第四級毒品殘留而無法析離，應整體視為查獲之第三級毒品，不問屬於犯罪行為人與否，一併應依刑法第38條第1項之規定宣告沒收。至鑑驗用罄之毒品，既已滅失，自毋庸再為沒收之諭知。

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2所示之手機，為被告與警聯繫本案犯行所用之物，此為被告所自承(見偵卷第42頁)，爰依上開規定宣告沒收。

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

本案經檢察官洪湘媄提起公訴，檢察官彭毓婷到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　24　　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。

書記官　黃宜貞

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　24　　日

附錄本案論罪法條全文：

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	說明	備註
1	含有第四級毒品佐沛眠成分之柔拍膜衣錠20顆(含外包裝2個)	淨重2.5060公克，驗餘2.3807公克，經檢出第四級毒品佐沛眠成分(詳參臺北榮民總醫院114年9月24日北榮毒鑑字第00000號毒品成分鑑定書、第0000-0號毒品純度鑑定書<見偵卷第53之5至53之7頁、61至62頁>)	沒收
2	廠牌型號IPHONE 13 PRO手機1支	手機門號：0000000000號 IMEI碼：000000000000000、000000000000000號	沒收