臺灣高等法院刑事判決

115年度上訴字第5443號

上　訴　人
即　被　告　郜憲一
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000

指定辯護人　本院公設辯護人唐禎琪

上列上訴人即被告因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣新竹地方法院114年度訴字第699號，中華民國115年4月23日第一審判決（起訴案號：臺灣新竹地方檢察署114年度偵字第5531號、114年度偵字第8938號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於如附表編號2「原審主文罪名及宣告刑沒收、追徵之物」欄所示之刑及定應執行刑部分，均撤銷。

前開刑之撤銷部分，郜憲一處如附表編號2「本院宣告刑」欄所示之刑。

其他上訴駁回。

上開撤銷改判部分及上訴駁回所處之刑，應執行有期徒刑參年陸月。

理　由

壹、審理範圍：

原審判決後，上訴人即被告郜憲一於本院審理時，明示僅就原判決之量刑上訴之旨（本院卷第90頁），故本院依刑事訴訟法第348條第1項、第3項之規定，僅就原判決關於刑之部分進行審理。

貳、被告上訴意旨（含辯護，下同）略以：

一、原判決以被告於偵查、原審法院審理程序中均自白2次販賣第三級毒品犯行，均依毒品危害防制條例第17條第2項規定規定減輕其刑，並認被告就犯罪事實一㈠部分，於偵查中已向警方供稱其所販賣第三級毒品之來源為另案被告馮志明，

業經臺灣新竹地檢署（下稱新竹地檢署）檢察官以114年度偵字第12074、15033號對馮志明所涉販賣毒品等罪嫌提起公訴，認被告就犯罪事實一㈠所示犯行已供出毒品來源，核與毒品危害防制條例第17條第1項規定相符，依該條項之規定減輕其刑，並依刑法第70條規定遞減之，固屬正確無誤。

二、惟關於被告就犯罪事實一㈡部分：

㈠被告自警詢起即供稱本案毒品（依托咪酯）來源為馮志明，並詳細供稱交易過程為：「（問：馮志明共販售毒品予你共幾次？交易時間、地點分別為何？請詳述）很多次。民國113年8月15號凌晨5點許在新竹市○區○○路000號5樓馮志明販售毒品2兩的安非他命以及依托咪酯（誤載為託，應予更正）原油100ml，我當時是以新臺幣（下同）7萬元跟他購買的，安非他命的部分是4萬元、依托咪酯的部分是3萬元；113年9月2號凌晨6點許一樣在新竹市○區○○路000號5樓向馮志明以新臺幣4萬元購買2兩(約70公克)安非他命，我只記得這兩次，其他的可能要看手機有沒有紀錄。」等語（114年他字731號卷第19頁），嗣於原審準備程序時亦為如是供述(原審卷第82頁)，且馮志明於113年8月15日販賣第二、三級毒品予被告之犯行，業經檢察官提起公訴，復經原審法院以114年度訴字第1542號判決認定：「馮志明於113年8月15日上午5時許，販賣價值新臺幣4萬元之第二級毒品安非他命2兩，價值1萬5,000元之第三級毒品依托咪酯原油100ML予鄔憲一，鄔憲一並當場給付購毒價金共5萬5,000元予馮志明收受而完易成交易。」。準此，被告本案販賣二次依托咪酯菸彈予林育慶，分別於113年8月17日以3,000元對價販賣菸彈5顆，及就113年9月12日以4000元為對價販賣酯菸彈3顆，依本案被告二次販出第三級毒品價量觀之，均在被告於113年8月15日向馮志明價值1萬5,000元之毒品依托咪酯原油100ML範圍內，是被告供稱本案二次即犯罪事實一㈠113年8月17日、犯罪事實一㈡113年9月12日販售之依托咪酯菸彈來源均係113年8月15日向馮志明所購得，並無扞格之處，是犯罪事

實一㈡應同犯罪事實一㈠，適用毒品危害防制條例第17條第1項規定減輕其刑。

㈡被告未曾供稱其於113年8月17日、同年9月12日，二次販賣予林育慶之依托咪酯菸彈，係於不同時間、地點向馮志明所購得，原判決未有任何憑據逕認犯罪事實一㈡之毒品來源與馮志明於113年8月15日販賣價值1萬5,000元依托咪酯原油100ML予被告無涉，卻認「馮志明雖曾於113年9月2日販賣毒品予被告，而與本案犯罪事實一㈡所示被告販賣依托咪酯菸彈予證人林育慶之時間相距不遠，然馮志明該次販賣予被告之毒品係「第二級毒品甲基安非他命」，而非依托咪酯或其原料，故該次毒品交易與本案犯罪事實一㈡所示犯行難認具有關聯性，尚難認被告就此部分已供出毒品來源而經檢警查獲其他正犯或共犯，自無從依毒品危害防制條例第17條第1項規定減輕其刑」云云，應屬判決不載理由之當然違背法令。

㈢況且，新竹地檢署檢察官114年度偵字第12074、15033號起訴書、原審法院114年度訴字第1542號判決認定馮志明於113年9月2日販賣第二級毒品甲基安非他命予被告，被告於113年9月22日再轉賣給吳嘉、涂庭安部分，業經原審法院114年度訴字第119號判處有罪，並經本院114年度上訴字第5261號判決認「經勾稽被告如原判決附表一所示各次販賣毒品犯行，其如原判決附表一編號4所示犯行，係於113年9月22日21時40分許，販賣甲基安非他命2包、含異丙帕酯成分之菸油1瓶、未檢出毒品成分菸油1瓶予吳嘉洋、涂廷安，堪認被告於如原判決附表一編號4所示犯行所販賣之安非他命，應係向馮志明所購得甚明，且警方確有因被告之供述，因而查獲馮志明涉嫌販賣第二級毒品犯行，被告就如原判決附表一編號4所示犯行，合於毒品危害防制條例第17條第1項之減刑要件。爰依毒品危害防制條例第17條第1項規定減輕其刑。」有該判決資料可稽，是本案原審判決誤將馮志明於113年9月2日販賣第二級毒品甲基安非他命予被告，與本案犯罪事實一㈡之被告販賣第三級毒品依托咪酯菸彈來源互為勾稽，而

認無毒品危害防制條例第17條第1項減刑之適用，自有撤銷改判必要。

三、綜上所述，本案犯罪事實一㈡部分與犯罪事實一㈠相同，被告販賣之菸彈，均係於113年8 月 15日購自馮志明，馮志明因被告之供出、指證，已遭起訴、判決在案，被告本案販賣第三級毒品二罪，均應有毒品危害防制條例第17條第1項之適用，且均有情輕法重之情，而有刑法第59條酌減其刑之必要，故請求撤銷原判決，依法遞減其刑，並從輕量刑等語。

參、刑之加重、減輕事由：

一、被告為本案犯行時（即113年8月17日、同年9月12日），依托咪酯（Etomidate）仍屬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，嗣於113年11月27日始經行政院以院臺法字第1131031622號公告改列為第二級毒品，115年6月27日公告改列為第一級毒品，惟此屬事實變更，自應依被告行為時空白刑法填補之事實以適用法律，認依托咪酯暨依托咪酯菸彈於被告為本案犯行時，尚屬第三級毒品，而無新舊法比較之問題。

二、按犯第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，毒品危害防制條例第17條第2項定有明文。經查，被告於偵查、原審及本院審理時均坦承2次販賣第三級毒品犯行，均依毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑。

三、次按犯第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項定有明文。又所稱「供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者」，係指犯罪行為人供出毒品來源之對向性正犯，或與其具有共同正犯、共犯（教唆犯、幫助犯）關係之毒品由來之人的相關資料，使調查或偵查犯罪之公務員得據以對之發動調查或偵查程序，並因此而確實查獲其人、其犯行者，即屬之。而依上開法條之立法目的及文義解釋，本項之適用，以被告供述他人之毒品犯罪，需經偵查犯罪之公務員發動偵查並因而查獲，始具備實質幫

助性；所謂「查獲」，固不以所供之毒品來源業經檢察官起訴或法院判刑為必要，但仍應有相當之證據足資證明被告指述他人犯罪之真實性、完整性與可信性，而達於起訴門檻之證據高度，例如該毒品來源亦坦認其為被告所涉案件之毒品供給者，或有其他證據足以補強被告對該毒品上手之指述，使其指述之事實達於高度蓋然性者，方屬相當（最高法院113年度台上字第3942號判決意旨參照）。經查：

㈠被告自警詢、原審準備程序時供稱：我於113年8月15號凌晨5點許在新竹市○區○○路000號5樓，向馮志明以4萬元購買2兩的安非他命以及以3萬元（於本院審理時亦改稱1萬5000）依托咪酯原油100ml；另於113年9月2號凌晨6點許，在上址處，向馮志明以4萬元購買2兩(約70公克)安非他命。」等語（114年他字731號卷第19頁、原審卷第82頁)等語，是被告供出本案毒品（依托咪酯）來源為馮志明，其向馮志明購買上開時、地二次毒品。而馮志明於113年8月15日販賣第二級安非他命、第三級毒品依托咪酯予被告之犯行，經竹二分局警員報請新竹地檢署檢察官指揮偵辦後，該署檢察官以114年度偵字第12074、15033號對馮志明所涉販賣毒品等罪嫌提起公訴，並經原審法院以114年度訴字第1542號判處罪刑確定在案，此有新竹地檢署114年11月17日竹檢貴仁114偵15033字第1149049682號函暨所附上開案件起訴書影本、偵查佐郭祥宇於114年11月12日出具之職務報告影本、刑事判決在卷可憑。是被告確實有於113年8月15日上午5時許，向馮志明購買4萬元之第二級毒品安非他命2兩，1萬5,000元之第三級毒品依托咪酯原油100ml予被告，並當場交付價金共5萬5,000元予馮志明收受而完成交易，則被告於113年8月15日向馮志明購買第三級毒品依托咪酯100ml後而持有，可認定。再者，被告於本院審理時供稱：113年8月17日販賣依托咪酯菸彈給林育慶，是8月15日向馮志明買的。113年9月12日販賣依托咪酯菸彈給林育慶的菸彈，一樣是8月15日跟馮志明買的，還沒賣完。被告自承本案販賣2次依托咪酯菸彈

給林育慶，依托咪酯來源為8月15日當天向馮志明買的。113年8月15日跟馮志明買依托咪酯100ml，印象中一萬五還是三萬。賣給林育慶的依托咪酯菸彈，每顆有依托咪酯1.5ml。我自己一天會用1.5ml一顆依托咪酯。從113年8月15日到9月12日期間，除了販賣兩次給林育慶外，沒有販賣給其他人，我沒有在賣依托咪酯，剛好我去跟林育慶買卡西酮原料，以物易物等語（本院卷第93至94頁），是依被告上開供述，其向馮志明購買100ml依托咪酯，販賣予林育慶或供自己施用，每顆依托咪酯為1.5ml（可製成約計66顆依托咪酯），以上開依托咪酯數量觀之，縱被告所述為真，每天供己使用依托咪酯1顆外，其於113年8月17日、113年9月12日各販賣林育慶依托咪酯各5顆、3顆，其數量仍在其於113年8月15日以1萬5000元向馮志明購買依托咪酯後100ml數量範圍內，是被告供稱本案販賣二次依托咪酯菸彈來源均係113年8月15日向馮志明所購得依托咪酯再出售予林育慶，未悖於常情，並無齟齬，足認被告就犯罪事實一㈠㈡所示販賣予林育慶之依托咪酯犯行，已供出其販賣毒品來源為馮志明，亦使檢警得據以對之發動調查、偵查程序，並因此確實查獲其人及犯行，馮志明之犯行，並經原審法院判處罪刑確定，被告所為均核與毒品危害防制條例第17條第1項規定相符，均依該規定減輕其刑，且依刑法第66條但書規定，得減輕其刑至3分之2，並依刑法第70條規定遞減之。

四、再按犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，得酌量減輕其刑，此雖為法院依法得行使裁量之事項，然非漫無限制，必須犯罪另有特殊之原因、環境與情狀，在客觀上足以引起一般之同情而顯可憫恕，認為即予宣告法定低度刑期，猶嫌過重者，始有其適用；是以，為此項裁量減輕其刑時，必須就被告全部犯罪情狀予以審酌，在客觀上是否有足以引起社會上一般人之同情，而可憫恕之情形，始謂適法。經查，被告於本案犯行前，已有多次違反毒品危害防制條例前科，且於102、103年間曾因多次販賣第三級毒品等罪，經

法院判刑確定，並於112年6月1日執行完畢（見本院卷第30至40頁），復於113年間，再度因販賣第二、三級毒品等罪，經法院判決處刑，此有法院前案紀錄表可參，前者因檢察官未請求依刑法第47條規定加重其刑（原審卷第190頁、本院卷第92頁），依最高法院110年度台上大字第5660號裁定意旨，僅得作為科刑審酌事項，亦非不得與後者一併列入是否依刑法第59條酌減其刑之審酌因子，顯見被告長期接觸毒品，且有反覆涉及毒品販賣、持有、施用之不法行為，且依拖咪酯仍新興毒品，對人體危害甚鉅，因而於113年11月27日改列為第二級毒品，又於115年6月17日改列為第一級毒品，益徵被告本案販賣依拖咪酯所為對社會秩序及國人身心健康所生危害之情節，顯非輕微，此外無證據可證被告有何等特殊不得已之原因，難謂有何顯可憫恕、客觀上顯然足以引起一般同情，且本案犯行均依毒品危害防制條例17條第2項、第17條第1項規定遞減輕其刑後，亦無科以最低度刑仍嫌過重之情，自無依刑法第59條規定減輕其刑。

肆、駁回上訴之理由（犯罪事實一㈠部分）：

一、原審同上認定，就刑之裁量說明：爰以行為人之責任為基礎，審酌被告本案販賣第三級毒品之行為，除助長他人施用毒品惡習、戕害國民身心健康外，也間接危害社會治安，並破壞社會善良風氣，是被告之行為當無任何可取之處，應嚴予非難。又被告前有多次違反毒品危害防制條例及販賣第二、三級毒品之前科紀錄，業如前述（檢察官未主張構成累犯，僅作為刑法第57條第5款之量刑因素予以審酌），堪認其素行不佳。惟念及被告自始坦承犯行，犯後態度尚可；且被告本案此部分販賣毒品之次數、數量及金額均非甚鉅，販賣之對象為同一人，要與一般以販賣毒品為業之大、中盤商有別，是其犯罪手段與情節尚非屬最為嚴重之情形。綜合審酌被告犯罪之動機、手段、所生危險與損害、販賣毒品之種類、數量、金額，及被告之生活狀況、品行、犯後態度等；另兼衡被告自述其職業、未婚、無需扶養之人、勉持之經濟

狀況暨高中肄業之教育程度等一切情狀，就犯罪事實一㈠所示犯行，量處如附表「原審主文罪名及宣告刑暨宣告沒收、追徵之物」欄所示之刑等旨。本院認原審此部分量刑與整體裁量審酌因子相當，並無特重之處，亦無違比例原則及罪刑相當原則之情，核屬妥適，應予維持。又販賣第三級毒品法定刑為7年以上有期徒刑，經以毒品危害防制條例第17條第2項、第1項之規定遞減其刑後，原審之宣告刑已屬較低之刑，並無被告所指恣意過重之情事。被告就此部分仍執前詞提起上訴，認原審量刑過重，為無理由，應予駁回。

伍、撤銷改判及科刑理由（犯罪事實一㈡部分）：

一、原判決以被告此部分犯行罪證明確，予以論罪科刑，固非無見，惟被告於113年8月15日跟馮志明買依托咪酯100ml，且從113年8月15日到9月12日期間，除供己施用外，僅於113年8月17日、113年9月12日各販賣林育慶依托咪酯各5顆、3顆，其數量仍在其於113年8月15日以1萬5000元向馮志明購買依托咪酯後100ml數量範圍內，被告供稱本案販賣二次依托咪酯菸彈來源均係113年8月15日向馮志明所購得依托咪酯再出售予林育慶，而供出該毒品來源為馮志明，實屬有據，此部分犯行，應有毒品危害防制條例第17條第1項適用，原審誤將馮志明於113年9月2日販賣第二級毒品甲基安非他命予被告，與本案犯罪事實一㈡之被告販賣第三級毒品依托咪酯菸彈來源互為勾稽，而認被告無毒品危害防制條例第17條第1項減刑之適用，有認定事實、適用法則，容有違誤，被告上訴主張此部分犯行，應適用毒品危害防制條例第17條第1項規定減輕其刑，為有理由，應由本院將原判決此部分所處之刑，予以撤銷改判；所定應執行刑部分，亦併予撤銷。

二、爰以行為人之責任為基礎，審酌被告本案販賣第三級毒品之行為，除助長他人施用毒品惡習、戕害國民身心健康外，也間接危害社會治安，並破壞社會善良風氣，是被告之行為當無任何可取之處，應嚴予非難。又被告前有多次違反毒品危害防制條例及販賣第二、三級毒品之前科紀錄，業如前述

（檢察官未主張構成累犯，僅作為刑法第57條第5款之量刑因素予以審酌），堪認其素行不佳。惟念及被告自始坦承犯行，犯後態度尚可；且被告本案販賣毒品之次數、數量及金額均非甚鉅，販賣之對象亦為同一人，要與一般以販賣毒品為業之大、中盤商有別，是其犯罪手段與情節尚非屬最為嚴重之情形。綜合審酌被告犯罪之動機、手段、所生危險與損害、販賣毒品之種類、數量、價額（相較於犯罪事實一㈠，此次買賣交易獲取之卡西酮原料數量較多，市價亦較高），及被告之生活狀況、品行、犯後態度等；另兼衡被告自述其職業、未婚、無需扶養之人、勉持之經濟狀況暨高中肄業之教育程度（見本院卷第92頁）等一切情狀，就犯罪事實一㈡所示犯行，量處如附表「本院宣告刑」欄所示之刑。

陸、定應執行刑：

被告上開撤銷改判與上訴駁回部分所處之宣告刑，審酌各次犯行為均為販賣第三級毒品罪，犯罪之動機及行為態樣相似，衡以其行為次數、犯行關連性、整體犯罪評價等情，兼衡其應受非難及矯治之程度、刑罰經濟與公平、比例等原則，定其執行刑如主文第四項所示之刑。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條、第369條第1項前段、第364條、第299條第1項前段，判決如主文。

本案經檢察官林佳穎提起公訴，檢察官周盟翔到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　10　　月　　28　　日

刑事第十二庭　審判長法　官　楊明佳

法　官　魏俊明

法　官　鍾雅蘭

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　尤朝松

中　　華　　民　　國　　115　　年　　10　　月　　28　　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	犯罪事實	原審主文罪名及宣告刑暨宣告沒收、追徵之物	本院宣告刑
1	犯罪事實一㈠	郜憲一犯販賣第三級毒品罪，處有期徒刑壹年拾月。 未扣案之犯罪所得即卡西酮原料貳拾公克（價值約新臺幣參仟元）沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。	
2	犯罪事實一㈡	郜憲一犯販賣第三級毒品罪，處有期徒刑參年拾月。 未扣案之犯罪所得即卡西酮原料參拾公克（價值約新臺幣肆仟元）沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。	郜憲一處有期徒刑壹年拾壹月。