最高法院刑事判決

112年度台上字第4182號

上　訴　人　鍾明晉

選任辯護人　李典穎律師

上　訴　人　徐有志

選任辯護人　何永福律師

上　訴　人　陳政佳

上列上訴人等因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院中華民國112年6月15日第二審判決（111年度上訴字第4776號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署110年度偵字第13263、23096、27265號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

二、本件經原審審理結果，認上訴人陳政佳、鍾明晉、徐有志分別有原判決事實(下稱事實欄)所載犯行明確，因而撤銷第一審關於鍾明晉、徐有志罪刑部分之判決，改判仍論處鍾明晉、徐有志共同運輸第三級毒品未遂罪刑(鍾明晉依毒品危

害防制條例第17條第2項、刑法第25條第2項遞減其刑，處有期徒刑2年1月、徐有志依刑法第25條第2項減輕其刑，處有期徒刑3年7月）；另維持第一審關於陳政佳部分論處共同運輸第三級毒品罪刑(依毒品危害防制條例第17條第2項減輕其刑，處有期徒刑3年8月；想像競合犯懲治走私條例第2條第1項之私運管制物品進口罪)，暨陳政佳、鍾明晉、徐有志關於沒收部分之判決，駁回陳政佳、鍾明晉、徐有志此部分在第二審之上訴。已詳敘所憑之證據及論罪之理由，核其所為論斷，俱有卷內證據資料可資覆按，自形式上觀察，並無足以影響其判決結果之違法情形存在。

三、本件上訴意旨略稱：

㈠陳政佳部分：

⑴陳政佳始終坦承犯行，犯後態度良好，並無犯罪前科，且未曾施用毒品；與胞弟自幼由祖母撫養長大，祖孫3人相依為命，國中畢業即負起撫養祖母責任，因大環境不佳及疫情嚴峻，致收入銳減，為賺取金錢籌措祖母生活費用，一時失慮，致罹重典，犯行有情輕法重可憫恕之情，原判決未適用刑法第59條減刑，量處有期徒刑3年8月，罪刑難謂相當。

⑵鍾明晉為實際啟貨運送之人，犯罪情節與陳政佳相當；徐有志始終否認犯罪，然原判決各量處鍾明晉、徐有志有期徒刑2年1月、3年7月，除有理由不備，並違反罪刑相當及比例原則等語。

㈡鍾明晉部分：

⑴本件運輸之第三級毒品愷他命，於民國110年3月25日在桃園國際機場已被查獲，運輸行為已經終了，鍾明晉係於毒品遭查獲後，始臨時受「陳碩」、「李嘉瑋」請託，於110年4月1日凌晨前往○○市○○區○○路0段000號領取貨物，本案並無證據證明鍾明晉在毒品啟運前有參與運輸計畫，縱鍾明晉有運輸愷他命之犯意，亦屬學理上之事後共犯，並無論以共同正犯餘地；又鍾明晉本件犯行始終在警方監視下所為，所提供給鍾明晉搬運之箱子內並無任何毒品，難認鍾明晉所

為會產生任何危險，應屬不能犯。又本件偵查程序並不符合毒品危害防制條例第32條之1第1項規定之要件，不得以此認定鍾明晉已構成運輸毒品罪嫌。

⑵鍾明晉於警詢時在尚未確定真實姓名情況下，供出上游姓名為「李嘉瑋」，嗣找到「黃○○」及其女友沈○○的電話（實際名字均詳卷），並提供可辨識的照片、使用車輛車牌號碼(實際車號詳卷)、居住地及藏毒地點給警方，但警方僅回覆提供的是男生姓名，不是女生姓名，並未繼續追查，顯為偵查怠惰。而黃○○另案臺灣嘉義地方法院刑事簡易判決(案號詳卷)，明確註記使用與上開車牌號碼相同之車輛，可證明鍾明晉提供資料正確，本件未能查獲上手，係因檢警怠於追查、舉證所致，並非鍾明晉供述未詳實或有瑕疵，原審未參酌本院109年度台上字第3611號判決意旨，未依毒品危害防制條例第17條第1項減刑規定，有侵害鍾明晉權益之嫌。

⑶鍾明晉偵查中交保後，即努力尋找上游及共犯，並不斷提供資料，偵查機關若盡其偵查義務，必可查獲，卻因怠惰導致鍾明晉喪失減刑事由，請考量刑法第57條、第59條規定，再予鍾明晉減刑，以達鼓勵毒品犯罪者供出上游與共犯之刑事政策目的。

㈢徐有志部分：

⑴徐有志並不知貨物內容，客觀上無運輸行為，主觀上亦無運輸毒品犯意，自不負運輸第三級毒品未遂罪責。原判決認定徐有志基於不確定故意與鍾明晉共同基於運輸、私運愷他命犯意聯絡，與毒品危害防制條例第4條所稱「運輸」，以行為人主觀上「明知」為毒品而有認識其行為將造成毒品擴散之可能為限不符。

⑵綜合徐有志及鍾明晉歷次供述，鍾明晉對貨物內容尚且無法確知，徐有志亦陳明當下沒有想到是毒品，縱然對於貨物是違禁物而有擔心，亦難認係明知為毒品而本於運輸之意思為

搬運輸送行為，原判決認徐有志犯運輸第三級毒品未遂罪，論罪科刑洵有違誤。

⑶原判決以本次收貨前已有2次通知載運後取消之情形，且本次係凌晨搬運，載運前僅知起運點而不知運送之目的地，另鍾明晉曾以臺語告知貨物為「那個」即違禁物或違法物品，認定徐有志對貨物可能夾藏愷他命，主觀上具有不確定故意，惟並未審酌徐有志以駕駛白牌車為業，以載送乘客或貨件之運費為收入來源，扣案愷他命係以櫃體包裹，外觀無法直接判斷其內容物，以及鍾明晉除了跳表的車資外，另有新臺幣(下同)5萬元報酬，有理由不備、理由矛盾及調查未盡之違法等語。

四、按證據之取捨、證明力之判斷與事實之認定，俱屬事實審法院得裁量判斷之職權，此項職權之行使，倘未違背客觀存在之經驗法則或論理法則，又於判決內論敘其何以作此判斷之心證理由者，即不得任意指摘其為違法，據為提起第三審上訴之合法理由。又毒品危害防制條例所稱「運輸」，依立法目的，既在拔毒品貽害之本，杜絕流入之途，即著重毒品來源之截堵，以求禍害之根絕，其「自外國販運」、「自外國輸入及輸出於外國」之國際間轉運、輸送毒品行為固屬之，即便是國內之運輸，亦在規範之內；其運輸目的不論是否意在圖利，究係為他人抑或為自己，更不論運輸方法究為海運、空運、陸運或海陸空聯運，皆包括在內，祇須主觀上本於運輸之意思，客觀上為毒品之搬運輸送行為，即足當之。而刑事訴訟法第156條第2項規定：被告或共犯之自白，不得作為有罪判決之唯一證據，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符。其立法旨意乃在防範被告或共犯自白之虛擬致與真實不符，故對自白在證據上之價值加以限制，明定須藉補強證據以擔保其真實性。而所謂補強證據，係指除該自白本身之外，其他足以證明該自白之犯罪事實確具有相當程度真實性之證據而言，雖所補強者，非以事實之全部為必要，但因補強證據之質量，與自白之相互利用，足使犯罪

事實獲得確信者，始足當之。是以自白補強之範圍限定為與犯罪構成要件事實有關係者。至關於犯罪構成要件之主觀要素，如故意、過失、知情、目的犯之目的（意圖），以及犯罪構成事實以外之事實，如處罰條件、法律上刑罰加重減免原因之事實等，通說認為其於此之自白，無須補強證據，但得提出反證，主張其此等任意性之自白並非事實。原判決依憑徐有志於警詢、偵訊不利於己之部分供述(即有3次前往臺南搬運，但前2次都取消；鍾明晉曾告知貨物是違禁物，但沒有詳細說是什麼；其有搬運4箱貨物上車，鍾明晉沒有說要載運到何處；其看到箱子覺得奇怪，有擔心，想到可能是槍，但都到了現場，還是把箱子運上車等語)、鍾明晉於第一審之證詞(即包含本件的3次領貨，都祇知道起始點，沒有說要載到哪個地方；其有向徐有志講過本件領的是違禁物，是用臺語說「那個」，沒有明確說裡面是什麼；警察出現時其有用通訊軟體叫徐有志快走等語)、卷附ZELLO對話紀錄、第一審勘驗搬貨影像勘驗筆錄、勘驗報告及翻拍照片等證據資料，敘明認定徐有志有事實欄所載共同運輸第三級毒品未遂犯行之得心證理由(見原判決理由貳一㈡)。並說明鍾明晉於第一審證述：其係請徐有志跳錶計費，並未告知其另有5萬元預期報酬可供朋分之證詞，何以不足為有利於徐有志之認定，亦詳述理由。另說明依第一審勘驗搬貨現場監視器勘驗筆錄顯示，鍾明晉、徐有志各自搬運4個櫃體上車，鍾明晉先行駕車離去，徐有志還在調整櫃體擺放位置之際，警方之車輛即駛至並停放在徐有志車輛左前方，徐有志係因警方車輛阻攔其前方道路，而無從離去。並析述：鍾明晉委由徐有志共同運送本案貨件，約定之初，徐有志已有懷疑與常態運送方式不符，且鍾明晉於運送前有告知徐有志其等擬共同運送者為違禁物(即「那個」)，而於著手搬運時，已可因估計重量而排除係「槍枝」之主觀認定，其對於所運送之違禁物可能為毒品，自具高度之預見與認識，核屬不違背本意之不確定故意。經核原判決關於徐有志之採證認事並無違反經

驗法則、論理法則，亦無違背證據法則、判決理由不備、理由矛盾之違誤。而有關徐有志知情所搬運之貨件內有違禁物（即「那個」），鍾明晉、徐有志上開自白，並無補強法則之適用。徐有志上訴意旨⑴至⑶，或置原判決已明白論斷之事項於不顧，仍執前詞，仍為事實爭議；或就屬原審採證、認事職權之適法行使，任憑主觀妄為指摘，難謂已符合首揭法定之第三審上訴要件。

五、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。」即學理上所稱不能未遂，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；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。而有否侵害法益之危險，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，仍屬障礙未遂，非不能未遂。又所謂「控制下交付」（或稱「監視下運送」）是指偵查機關發現毒品（我國現制僅容許毒品在控制下交付）時，當場不予查扣，而在控制監視下容許毒品之運輸，俟到達相關犯罪嫌疑人時始加以查獲及逮捕之偵查手段。依其毒品原始發現地點之不同，可區分為「境外」控制下交付（又稱跨國或國際控制下交付，即毒品在境外發現後，在監視下運入、運出或通過我國領土）及「境內」控制下交付（即毒品在我國境內發現後，在監視下進行交付）。又偵查機關於發現毒品後，如選擇容許毒品以原封不動之方式繼續運輸，在學理上稱為「有害之控制下交付」；但如為避免毒品於運輸過程中逸失，而選擇以置換毒品之全部或一部，改以替代物繼續運輸者，在學理上則稱為「無害之控制下交付」（見1988年「聯合國禁止非法販賣麻醉藥品管理條例暨精神藥物公約」第1條第7（g）款、第11條第3項規定）。惟

被告、犯罪嫌疑人及毒品之入出國境，或容許毒品繼續在國內運輸，須有法源依據，查緝機關始得據以實施，並阻卻查緝人員相關犯罪之違法性（例如懲治走私條例第9條明知為走私物品而放行罪、持有或運輸毒品罪）。故毒品危害防制條例於92年7月9日增訂第32條之1規定，檢察官或司法警察官須向最高檢察署提出偵查計畫書，經最高檢察署檢察總長核可並核發偵查指揮書後，始得實施「有害之控制下交付」。換言之，未經檢察總長核發偵查指揮書，海關不得配合執行控制下交付作業，而擅將其依海關緝私條例第17條第1項規定扣押之貨物（毒品）放行（參「偵辦跨國性毒品犯罪入出境協調管制作業辦法」第5條第1項、第6條及「海關執行毒品控制下交付作業要點」第3、6、8點等規定）。至於偵查機關選擇「無害之控制下交付」方式，改以毒品之替代物繼續運送，即非屬上開毒品危害防制條例第32條之1規範範圍，倘行為人已著手申請海關放行起運，則在其後始本於（境內）共同運輸毒品犯意出面領貨之他行為人，因毒品客觀上仍遭扣押在海關而未經起運，固不能以運輸毒品既遂罪相繩，但此無非係偵查機關採行之查緝手段所致，顯非出於行為人重大無知之誤認，況客觀上毒品確實存在，難謂全無侵害法益之危險，自屬障礙未遂，而非不能未遂。本件依卷附財政部關務署臺北關（下稱關務署臺北關）扣押貨物收據及搜索筆錄、內政部警政署航空警察局刑事警察大隊(下稱航警局)搜索扣押筆錄(鍾明晉、徐有志)、內政部警政署刑事警察局(下稱刑事警察局)鑑定書、航空警察局安全檢察大隊查獲收件人翔鵬企業社涉嫌毒品危害防制條例毒品初步鑑驗報告單(下稱初步鑑驗報告單，見110年度偵字第13263號卷一第35頁)、刑案現場照片(收件人翔鵬企業社部分，見同上偵卷一第37至67頁；收件人全亨國際電訊行部分，見110年度偵字第23096號影卷第259至289頁)，航警局於110年4月1日查獲徐有志、鍾明晉，執行搜索扣押時，並未扣得相關毒品(見同上偵卷一第53至61、131至139頁)，而依前述初

步鑑驗報告單記載「重量毛重12.407公克、數量8件48袋」，刑事警察局鑑定書2份(見同上偵卷三第203至206頁)，載明送鑑疑似愷他命48包(驗前總毛重12,408.43公克〈包裝總重155.55公克〉驗前總淨重12,251.88公克)、42包(驗前總毛重10,852.73公克〈包裝總重130.62公克〉驗前總淨重10,722.11公克)，其中42包部分並註記為「全亨國際」，顯示載明收件地址「○○市○○區○○路0段000號」8件、「○○市○區○○路000號0樓」7件之夾藏毒品愷他命並無短少。換言之，鍾明晉當日雖載運4件貨箱離去，但愷他命數量並無短少；且卷內亦無檢察總長依法核發之偵查指揮書，足認本件係以「無害之控制下交付」方式進行偵查，亦即運輸入境夾藏之愷他命於關務署臺北關查獲時即遭扣押，並未隨貨物出關及送達於指定之前述地點。鍾明晉上訴意旨⑴，指其係事後共犯、不能犯，並稱本件不符合毒品危害防制條例第32條之1規定，係對原判決已明白論斷之事項，再為爭辯，或對於不影響於判決本旨之枝節事項，予以爭執，均非合法之第三審上訴理由。

六、毒品危害防制條例第17條第1項規定：「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。」亦即先須被告有供述毒品來源，警方或偵查犯罪機關據以查獲其他正犯或共犯之結果，二者兼備並有因果關係，始能獲上述減輕或免除其刑之寬典。倘被告雖有陳述毒品來源，但警方或偵查犯罪機關認不具證據價值，或雖予調查，但並未查獲其他正犯或共犯，即與上述規定減輕或免除其刑之要件不合。鍾明晉於警詢、偵訊及審理時，陳述其係受「李嘉瑋」或「黃○○」指示運輸本件愷他命，並提出「黃○○」及其女友姓名、所使用車輛、地址等照片為證，主張其有供出毒品來源，有前述減刑規定適用。惟第一審就此部分分別函詢臺灣桃園地方檢察署、航警局，前者覆以：「本署偵辦110年度偵字第13263、23096、27265號被告鍾明晉毒品案件，未查獲『陳碩』、

『李嘉瑋』及其他共犯」，後者回覆：「因被告所稱『陳碩』僅為微信軟體之暱稱，故無法查證真實身分並追查相關上游及共犯」等旨，經原審再函請臺灣桃園地方檢察署查明有無因鍾明晉陳述而查獲？據覆：未查獲「陳碩」、「李嘉瑋」之人，有前揭機關函3份可稽(見第一審卷一第173、175頁，原審卷第209頁)。原判決綜此事證，因認鍾明晉並無上開減、免其刑規定之適用，於法並無不合。至於本院109年度台上字第3611號刑事判決載敘：「『查獲』與『屬實』應分別由偵查機關及事實審法院分工合作，即對於被告揭發或提供毒品來源之重要線索，應交由相對應之偵查機關負責調查核實，而法院原則上不問該被舉發案件進行程度如何，應根據偵查機關已蒐集之證據綜合判斷有無『因而查獲』之事實，雖不以偵查結論作為查獲屬實與否之絕對依據」，然仍認：「惟為避免被告因獲邀上開減、免其刑之寬典而無端嫁禍第三人，或未據實指陳犯罪情節致無助於查獲毒品來源而未能達其立法目的，倘被告供出毒品來源資訊與其所犯本案無關，或偵查犯罪機關認不具證據價值而無從確實查獲者，法院非不可依據檢察官對被舉發者所為之不起訴處分或法院諭知無罪判決之結果資為並無『因而查獲』之認定。」所執見解並無不同。鍾明晉上訴意旨(2)，或係對原判決已論駁不採之主張，重為爭辯，或係出於對本院判決之誤解，指摘原判決違法，均非上訴第三審之合法理由。

七、刑之量定，係實體法上賦予事實審法院得依職權裁量之事項，如已以行為人之責任為基礎，斟酌刑法第57條各款所列情形，復未逾法定刑度，即無違法。又刑法第59條所定之酌量減輕其刑，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，認為即予宣告法定最低度刑期猶嫌過重者，始有其適用。是否適用上開規定酌減其刑，係實體法上賦予事實審法院得依職權裁量之事項，倘認行為人之犯罪情狀並無何顯可憫恕，對之宣告法定最低度刑猶嫌過重之情形，而未適用該條規定酌減其刑，自無違法可言。而共同正

犯之間，情節有輕重之分，仍應依刑法第57條審酌一切情狀，為科刑輕重之標準，並非必須科以同一之刑。原判決就陳政佳、鍾明晉所犯上開犯行，陳政佳部分，已審酌陳政佳貪圖私利而共同私運愷他命入境，戕害他人身心健康，助長毒品擴散，且查獲之愷他命純度達99%、純質淨重達22.74424公斤，所生危害非輕，另斟酌其犯後坦承犯行，態度尚佳，兼衡其自陳高中肄業、案發時工作為服務業、未婚、家中有80歲之祖母需其扶養，暨其智識程度、家中生活狀況等量刑審酌事項，說明第一審量處陳政佳有期徒刑3年8月，尚屬允當，而予維持；對於陳政佳於原審主張有刑法第59條適用，何以並無可採，亦詳予敘明理由。就鍾明晉部分，審酌鍾明晉無視國家杜絕毒品犯罪之嚴刑峻令，不思以正當方式賺取財物，貪圖利益而擬共同運輸已入國境之愷他命毒品，除戕害他人身心健康，更助長毒品擴散，且查扣之愷他命純度達99%、純質淨重達22.74424公斤，所生危害並非輕微，本應嚴懲，惟念鍾明晉犯後坦承犯行，本案毒品甫輸入我國境內即經查獲，幸未流入市面，兼衡鍾明晉之分工角色及參與程度、素行、犯罪動機、目的，未實際獲利，以及自陳高職畢業、案發時為計程車司機、未婚、家中有母親需其扶養，及其辯護人於原審提出其身體健康、工作、參加公益活動及捐款之資料等量刑審酌事項，量處鍾明晉有期徒刑2年1月。核原判決就陳政佳、鍾明晉量定之刑罰，已兼顧相關有利與不利之科刑資料，客觀上並未逾越法定刑度或範圍，亦與罪刑相當原則無悖，核屬事實審法院量刑職權之適法行使，難認有濫用其裁量權限之違法情形。且：陳政佳所犯為運輸、私運第三級毒品既遂罪；鍾明晉、徐有志犯運輸第三級毒品未遂罪，犯罪情節已有不同。陳政佳、鍾明晉有毒品危害防制條例第17條第2項減刑規定適用；鍾明晉、徐有志有刑法第25條第2項未遂減刑規定適用，原審就陳政佳、鍾明晉、徐有志所量處之刑，顯已審酌陳政佳、鍾明晉、徐有志上開犯罪情節及法定減刑事由。陳政佳上訴意旨⑴⑵；鍾

明晉上訴意旨⑶，係對原審量刑職權之適法行使，徒憑己見，漫指違法，均非合法之第三審上訴理由。

八、綜合前旨及其餘上訴意旨，並未依據卷內訴訟資料具體指摘原判決有何違背法令之情形，核與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合，應認陳政佳、鍾明晉、徐有志之上訴為違背法律上之程式，予以駁回。又本件既應程序上駁回鍾明晉之上訴，鍾明晉上訴意旨⑶聲請依刑法第57條、第59條規定減刑，無從斟酌，附此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　10　　月　　26　　日

刑事第二庭審判長法　官　林勤純

法　官　劉興浪

法　官　李麗玲

法　官　許辰舟

法　官　黃斯偉

本件正本證明與原本無異

書記官　陳廷彥

中　　華　　民　　國　　112　　年　　10　　月　　30　　日