臺灣高等法院臺中分院刑事判決

107年度上訴字第1960號

上　訴　人
即　被　告　郭駿彥
選任辯護人　周仲鼎　律師
　　劉育廷　律師
上　訴　人
即　被　告　林源興
選任辯護人　繆昕翰　律師
上　訴　人
即　被　告　黃文韋
選任辯護人　廖偉成　律師

上列上訴人等因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣臺中地方法院107年度訴字第773號中華民國107年8月2日第一審判決（起訴案號：臺灣臺中地方檢察署107年度偵字第4661號；移送併辦案號：107年度偵字第11782號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

犯罪事實

一、郭駿彥、林源興、黃文韋均明知愷他命為毒品危害防制條例所列之第三級毒品，不得非法持有、販賣，緣臺中市政府警察局刑事警察大隊之司法警察接獲情資，有真實姓名年籍不詳、綽號「南天王」或「小妖」之成年男子從事毒品交易，遂與A1、A2、A3合作查緝而由A1、A2、A3於民國107年1月29日起，陸續使用微信、FACETIME等通訊軟體與「南天王」聯繫，並佯稱欲以新臺幣（下同）800,000元向「南天王」購買第三級毒品愷他命，而與「南天王」達成意思合致後，「南天王」即與郭駿彥、林源興、黃文韋均意圖營利，基於販賣第三級毒品之犯意聯絡，由「南天王」於107年1月30日以FACETIME聯絡林源興，以7,000元之代價請林源興配合出面進行第三級毒品交易，允諾如交易成功，將交付7,000元之報酬與林源興，及以FACETIME聯絡郭駿彥，請郭駿彥設法借

車前來進行第三級毒品交易，郭駿彥續之於107年1月30日晚上某時許聯絡黃文彥（另案偵辦），由黃文彥駕駛車牌號碼000-0000號自用小客車搭載黃文韋至臺中市○○區○○路、忠明南路交岔路口處與郭駿彥會合後，換由郭駿彥駕駛上開車輛搭載黃文彥、黃文韋至臺中市○里區○○路上某麥當勞附近等候，另「南天王」復以FACETIME聯絡A1、A2、A3至臺中市○里區○○路上「金時代洗車廠」等候，A1、A2、A3即共乘車牌號碼不詳之車輛於同日晚上7時許約定地點等候，待A1、A2、A3抵達後，「南天王」再通知A1、A2、A3改至臺中市○里區○○路上麥當勞對面巷弄內之某宮廟前，待A1、A2、A3抵達後，原在該處等候之林源興隨即向A1、A2、A3確認是否攜帶交易第三級毒品之現金無誤後即至由郭駿彥駕駛並搭載黃文彥、黃文韋之上開車輛，由郭駿彥搭載林源興、黃文韋、黃文彥至臺中市○○區○○路、忠明南路交岔路口處與「南天王」會合後，「南天王」再以FACETIME聯絡A1、A2、A3表示可以進行交易，並相約至臺中市○○區○○路、忠明南路交岔路口處會合，待A1、A2、A3駕車依約抵達會合地點後，由A1進入郭駿彥所駕駛上開車輛內，另「南天王」、林源興共同至A2、A3所駕駛到場車輛內清點現金，2車並沿三民西路往柳川西路1段方向行駛，行駛途中，A1與駕駛座上之郭駿彥談論第三級毒品之價格與品質並提出質疑，黃文彥期間則向A1表示愷他命之品質很好、不要殺價，郭駿彥為取信A1，乃在臺中市○○○路、柳川西路1段交岔路口處之統一便利超商前停車，由副駕駛座上之黃文韋前去購買香菸1包並自車內副駕駛座地下取出放置在黑色背包內待交易之第三級毒品愷他命取出不詳數量，並以K盤研磨後摻入香菸，交付與A1施用，其後A1佯與郭駿彥等人達成協議，2車即於同日晚上11時許，在臺中市○區○○○路1段、美村路交岔路口處停車，待A1下車後，在旁埋伏之警員立即衝出圍捕，其等販賣第三級毒品因而未遂。而「南天王」見狀即將現金800,000元及裝放上開現金之紙袋取走並逃逸，隨後再

棄置在臺中市○○○路○段○○號對面人行道旁灌木叢內（業經尋回並發還A1）並逃逸無蹤，林源興見狀則逃逸至臺中市○區○○○路○○○號「歌德幼稚園」內藏匿，並經警於同日晚上11時55分許在上開藏匿地點當場逮捕，並扣得附表編號1之物，另郭駿彥因見事出突然，乃駕駛上開車輛搭載黃文彥、黃文韋逃逸，並於翌日（即31日）凌晨0時許，行經74號快速道路與國道3號交流道接口處，將車輛副駕駛座底下放置在黑色背包內待交易之第三級毒品愷他命全數自車窗往外丟棄。嗣黃文韋於107年1月31日下午2時15分經警拘提到案並扣得如附表編號2至4之物，而郭駿彥則於同日下午5時3分許遭拘提到案並扣得附表編號5之物。

二、案經臺中市政府警察局刑事警察大隊移送臺灣臺中地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　　由

一、證據能力部分

㈠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規定甚明。查本判決所引用之被告以外之人於審判外之供述證據，檢察官、被告等及其等辯護人對各該證據能力均不爭執，且至言詞辯論終結前，均未聲明異議（見原審卷第183-189頁），本院審酌上開證據方法於製作時之情況，尚無違法不當，應認以之作為證據應屬適當。

㈡除法律另有規定外，實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據，其有無證據能力之認定，應審酌人權保障及公共利益之均衡維護，刑事訴訟法第158之4定有明文。本案所引用之非供述證據，經本院審酌與本案被告被訴犯罪事實具有關連性，且無證據證明係實施刑事訴訟程序之公務員

違背法定程序所取得，亦無證據證明有何偽造、變造之情事，自應認均具有證據能力，得作為證據，合先敘明。

二、認定犯罪事實所憑之證據及理由

上開犯罪事實，業據被告郭駿彥（見107年度偵字第4661號卷《下稱偵查卷》第233頁、第250至251頁；原審卷第15至16頁、第55至56頁、第106頁；本院卷第191至194頁）、林源興（見偵查卷第242頁；原審卷第17至18頁、第55至第56頁、第106頁；本院卷第191第194頁）、黃文韋（見偵查卷第261頁；原審卷第17至18頁、第77頁、第106頁；本院卷第191至194頁）分別於偵查、原審及本院審理時均自白不諱，並有證人A1、A2、A3之證述可佐（見偵查卷第124至126頁、第131至132頁、第137至138頁、第143頁、第149至150頁、第164頁、第167頁、第200至201頁），且有職務報告、被告黃文韋購買香菸之監視器畫面擷取照片、A1、A2、A3之指認犯罪嫌疑人紀錄表、贓物認領保管單、經警尋回之800,000元現金與裝放現金紙袋照片、000-0000號公路監理電子閘門查詢資料、臺中市政府警察局刑案現場勘察報告在卷可參（見偵查卷第20、第79至80頁、第127至128頁、第133至136頁、第139至142頁、第145至148頁、第151至154頁、第202至203頁、206頁；警卷第179至202頁），復有附表編號1、2、5所示之物扣案可憑，足認被告郭駿彥、林源興、黃文韋上開任意性自白核與事實相符，應可採信。從而，本案事證明確，被告郭駿彥、林源興、黃文韋之犯行均堪認定，應予論科。

三、論罪部分

㈠愷他命雖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，同時亦列屬管制藥品管理條例第3 條所稱之第三級管制藥品，而第三級管制藥品之製造或輸入或調劑，依藥事法第39條之規定，應向行政院衛生福利部申請查驗登記，並經核領藥品許可證後，始得製造或輸入；原料藥認屬藥品，其製造或輸入，亦應依上開規定辦理，或依同法第16條

藥品製造業者以輸入自用原料為之，惟非經該部核准，不得轉售或轉讓。且藥物之製造，應依藥事法第57條之規定辦理。因行政院衛生福利部食品藥物管理署迄今僅核准藥品公司輸入愷他命原料藥製藥使用，未曾核准個人輸入，另臨床醫療用之愷他命均為注射液形態，有改制前衛生署管制藥品管理局98年6月25日管證字第0980005953號函可參。再愷他命係屬第三級管制藥品，須經衛生福利部核准發給藥品許可證後始得製造、輸入、輸出並為醫藥上使用，如未經核准擅自輸入，即屬禁藥；若未經核准擅自製造，即屬偽藥，亦有衛生福利部食品藥物管理署103年1月29日FDA管字第1039900715號函可查，此為本院辦理同類案件所知之事項。而明知為偽藥而販賣未遂者，藥事法第83條亦定有處罰明文，故行為人明知為偽藥即愷他命而販賣予他人者，除成立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外，亦構成藥事法第83條第4項、第1項之販賣偽藥罪，此係屬同一犯罪行為而同時有二種法律可資處罰之法條（規）競合情形，應依「重法優於輕法」、「後法優於前法」等法理，擇一處斷。毒品危害防制條例第4條第3項販賣第三級毒品罪之法定本刑為7年以上有期徒刑，得併科新臺幣（下同）700萬元以下罰金；而藥事法第83條第1項販賣偽藥罪之法定本刑為7年以下有期徒刑，得併科5,000萬元以下罰金。則就販賣第三級毒品罪與販賣偽藥罪間，毒品危害防制條例第4條第3項之罪之法定本刑，顯較藥事法第83條第1項之罪之法定本刑為重，依前述「重法優於輕法」之法理，就被告販賣愷他命之行為，應優先適用毒品危害防制條例第4條第3項之規定處斷。又本案係司法警察接獲情資得知綽號「南天王」從事毒品交易，並與A1、A2、A3合作查緝，由A1、A2、A3出面與「南天王」洽談交易第三級毒品愷他命事宜後，再由「南天王」直接或輾轉聯絡被告郭駿彥、林源興、黃文韋以犯罪事實欄所示過程共同販賣第三級毒品愷他命，並在司法警察監控下進行交易進而當場查獲，A1、A2、A3始終並無可能受移

轉交付取得第三級毒品愷他命之支配掌控權限，是核被告郭駿彥、林源興、黃文韋所為，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。而被告郭駿彥、林源興、黃文韋就其等所為上開犯行，彼此間及與「南天王」、黃文彥間均具有犯意聯絡、行為分擔，應論以共同正犯。

㈡刑之加重、減輕之說明

1.被告林源興前因公共危險等案件，經原審法院以105年度中交簡字第1424號判決處有期徒刑5月、3月，應執行有期徒刑6月確定，其後於105年9月2日易科罰金執行完畢，有臺灣高等法院被告前案紀錄表在卷可參，其於上開有期徒刑執行完畢後之5年內故意再犯本案有期徒刑以上之罪，為累犯，應依刑法第47條第1項之規定加重其刑。

2.被告郭駿彥、林源興、黃文韋所犯，均僅著手於販賣第三級毒品之構成要件行為，然均未達於既遂之程度，爰均依刑法第25條第2項規定減輕其刑。

3.又被告郭駿彥、林源興、黃文韋就其等所犯，均於偵查、審理中自白犯行，均依毒品危害防制條例第17條第2項之規定減輕其刑。

4.被告林源興有上開累犯加重、未遂犯及偵查、審理中自白之減輕事由併存，爰依刑法第70條、第71條第1項之規定，先加重而後遞減輕之；至於被告郭駿彥、黃文韋均有上開未遂犯及偵查、審理中自白之減輕事由存在，均依刑法第70條之規定遞減輕之。

㈢沒收之說明

1.扣案如附表編號1、5之物，分別為被告林源興、郭駿彥所有，並於本案過程中用以與共犯「南天王」聯絡，均據其等供明在卷（見原審卷第16頁反面、第18頁、第104頁），應依毒品危害防制條例第19條第1項規定及共犯責任共同之原理，於被告郭駿彥、林源興、黃文韋所犯之罪刑項下並予宣告沒收。

2.公訴意旨雖載明「如犯罪事實一、所述之扣案物為被告3人所有且供本案犯罪所用之物，請依毒品危害防制條例第19條第1項、第2項之規定宣告沒收。」等語，然除扣案如附表編號1、5之物，分別為被告林源興、郭駿彥所有，並為其等為本案犯行所用之物外，扣案如附表編號3、4之物為被告黃文韋所有之物，然於本案過程中並未加以使用，業經被告黃文韋供明在卷（見原審卷第18頁、第104頁反面），復無積極事證足認該等物品與本案有何直接關聯性，另扣案如附表編號2所示之物，雖於本案過程中，為被告郭駿彥、林源興、黃文韋等人往返各地所用，惟該物係案外人林于庭所有之物，此亦經起訴書所認定明確，並非被告郭駿彥、林源興、黃文韋或其餘未到案之共犯黃文彥、「南天王」所有之物，自無從予以宣告沒收（最高法院106年度台上字第2320、1258、282號等判決意旨參照）。

3.至於被告郭駿彥、林源興、黃文韋或其餘未到案之共犯黃文彥、「南天王」用以為本案販賣第三級毒品交易之價值800,000元之不詳數量甲基安非他命為違禁物，然並未扣案，且據被告郭駿彥供稱業已任意丟棄，經帶同司法警察前往尋找亦未見尋獲（見原審卷第16、56頁），且起訴書亦未指明該等第三級毒品愷他命之所在，為免將來執行之困難，堪認業已滅失，爰不依刑法第38條第1項之規定宣告沒收。

四、上訴之准駁

㈠按刑法第59條規定犯罪之情狀顯可憫恕者，得酌量減輕其刑，其所謂「犯罪之情狀」，與同法第57條規定科刑時應審酌之一切情狀，並非有截然不同之領域，於裁判上酌減其刑時，應就犯罪一切情狀（包括第57條所列舉之10款事項），予以全盤考量，審酌其犯罪有無可憫恕之事由（即有無特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，以及宣告法定低度刑，是否猶嫌過重等等），以為判斷（最高法院95年度台上字第6157號判決意旨參照）。查愷他命近年於國內流通、泛濫之程度、範圍已不亞於甲基安非他命等級別更高之毒品

，對社會危害之深且廣，甚至曾有立法者提案欲將愷他命改列為第二級毒品，而審酌立法者針對販賣、運輸、製造毒品之犯行，已係考量各級毒品之成癮性、危害性等性質，而就販賣、運輸、製造各級毒品科予高低不等之刑度，以禁絕毒品擴散、使國民遠離毒害，而姑且不論本案實際上待交易之第三級毒品愷他命因未扣案致無從判斷其具體數量、純度，然以本案所認定交易金額高達800,000元之情觀之，本案待交易之第三級毒品愷他命應具有相當數量，已非一般常見小盤零星販售或施用毒品者彼此間互通有無之規模可相提並論，被告等3人本案所犯並已有前述未遂犯及偵查、審理中自白之減輕事由存在，依上開減輕事由予以減輕後所獲致處斷刑中最低刑度與其本案犯罪情節相較，已無客觀上足以引起同情，且處以最低刑度猶嫌過重之情形，被告黃文韋之辯護人請求就被告黃文韋部分，依刑法第59條規定減輕其刑，此部分之請求應無理由。

㈡復按刑事審判旨在實現刑罰權之分配的正義，故法院對有罪被告之科刑，應符合罪刑相當之原則，使輕重得宜，罰當其罪，以契合社會之法律感情，此所以刑法第57條明定科刑時應審酌一切情狀，尤應注意該條所列10款事項以為科刑輕重之標準，俾使法院就個案之量刑，能斟酌至當。而量刑輕重係屬事實審法院得依職權自由裁量之事項，苟已斟酌刑法第57條各款所列情狀而未逾越法定刑度，不得遽指為違法（最高法院72年度台上字第6696號判例要旨參照）。

㈢原審適用刑事訴訟法第299條第1項前段，毒品危害防制條例第4條第3項、第6項、第17條第2項、第19條第1項，刑法第11條、第28條、第47條第1項、第25條第2項等規定，並以行為人之責任為基礎，審酌「被告郭駿彥、林源興、黃文韋均明知愷他命為第三級毒品，對人體身心健康戕害甚大，竟率爾為本案犯行，所為並非可取，兼衡以被告郭駿彥、林源興、黃文韋雖於本案偵查之初均否認犯行，然其等嗣於偵查後階段與審理中均自白犯行，及其等本案犯罪情節（包含本案

雖未能確定待交易之第三級毒品愷他命具體數量、純度，但以交易金額800,000元判斷，應係相當之數量，而本案僅止於未遂之程度，尚未造成毒品擴散之危害等），．．，而被告林源興除前述於本案構成累犯之前案紀錄外，亦未曾因其他刑事犯罪遭判處罪刑併執行之情形，至於被告郭駿彥前因持有第二級毒品案件，經本院以105年度中簡字第1253號判決處拘役59日，又因持有第三級毒品案件，經本院以106年度易字第3164號判決處有期徒刑3月確定，並先後執行完畢（於本案均不構成累犯），有其等之臺灣高等法院被告前案紀錄表在卷可按，與其等之智識程度、家庭生活狀況」等一切情狀，分別量處如原審判決主文所示之刑，並依法就前開扣案之供犯罪所用之物品分別為沒收之諭知，其認事用法核無違誤，且原審判決就被告等人上開犯行所為量刑，已詳細敘述其量刑理由，原審在法定刑範圍內科處刑罰，其所為量刑職權之行使，核無不合。上訴意旨指摘原判決量刑過重，其上訴為無理由，應予駁回。

五、據上論斷，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

本案經檢察官鐘祖聲提起公訴，由檢察官林綉惠到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　1　　月　　16　　日

刑事第五庭　　審判長法　官　　鄭永玉

法　官　　卓進仕

法　官　　劉登俊

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決應於收受送達後10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10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　　林育萱

中　　華　　民　　國　　108　　年　　1　　月　　16　　日

附表：

編號	扣案物品名稱、數量
1.	I-Phone 行動電話1 支（序號：000000000000000，插附門號00 00000000號SIM卡1張）
2.	000-0000號自用小客車1輛（含鑰匙1把、車牌0面）
3.	I-Phone行動電話1支（序號：000000000000000）
4.	WIFI分享器1台（含門號000000 0000號SIM卡1張）
5.	I-Phone 行動電話1 支（序號：000000000000000，插附門號00 00000000號SIM卡1張）