

臺灣屏東地方法院刑事判決

113年度訴字第362號

公 訴 人 臺灣屏東地方檢察署檢察官

被 告 邱翊愷

選任辯護人 吳侯律師

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（113年度偵字第8916號），本院判決如下：

主 文

A O 1 犯持有第三級毒品純質淨重五公克以上罪，處有期徒刑柒月。又犯意圖販賣而持有第三級毒品罪，處有期徒刑壹年拾月。應執行有期徒刑貳年。緩刑伍年，緩刑期間付保護管束，並應於本判決確定之翌日起壹年內，向公庫支付新臺幣伍萬元，及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，並參加法治教育貳場次。

扣案如附表所示之物均沒收。

事 實

一、A O 1 明知愷他命係毒品危害防制條例第2條第2項第3款規定之第三級毒品，依法不得持有、意圖販賣而持有，竟分別為以下犯行：

(一)A O 1 基於持有第三級毒品純質淨重5公克以上之犯意，於民國113年4月底某時許，在高雄市梓官區某處，向真實姓名年籍不詳綽號「小禾」之人取得含有第三級愷他命成分之毒品後而持有之。

(二)A O 1 基於意圖販賣而持有第三級毒品之犯意，於113年7月5日晚上6時許，在屏東縣內埔鄉住處出門前，將上開持有之第三級毒品愷他命，取部分分裝成7小包後放置在其友人少年黃○宸前一日喝酒後遺忘在其車上之背包內，因少年黃○宸於前一日與A O 1 一同喝酒時欲向A O 1 索要第三級毒品

01 愷他命施用，然A O 1當時身上並無第三級毒品愷他命，且
02 A O 1心中預計向黃○宸收取新臺幣（下同）7,000元價
03 金，惟黃○宸於警查獲前不知悉A O 1已將毒品分裝好並放
04 置在其背包內，亦不知悉A O 1預計向其收取7,000元價
05 金。

06 （三）嗣警方於113年7月5日19時44分及23時30分，在A O 1所有
07 車牌號碼000-0000號自小客車執行搜索，分別在黃子宸之背
08 包內扣得附表編號2所示毒品咖啡包7包，該車置物箱扣得附
09 表編號1所示之愷他命2包，而查悉上情。

10 二、案經屏東縣政府警察局潮州分局報告臺灣屏東地方檢察署檢
11 察官偵查起訴。

12 理 由

13 壹、程序部分

14 一、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
15 者外，不得作為證據，刑事訴訟法第159條第1項定有明文；
16 次按刑事訴訟法第159條之2規定，被告以外之人於司法警察
17 （官）調查中所為之陳述，與審判中不符時，必其警詢陳述
18 符合「具有較可信之特別情況」及「為證明犯罪事實存否所
19 必要者」，始有傳聞法則例外規定之適用。而所稱「為證明
20 犯罪事實存否所必要」，係指先前陳述之重要待證事實，與
21 審判中之陳述有所不符，而該審判外之陳述，係證明待證之
22 犯罪事實存在或不存在所不可或缺，亦即就具體案情及相關
23 卷證判斷，為發現實質真實目的，捨該項審判外之陳述，已
24 無從再就同一供述者取得相同之供述內容，縱以其他證據代
25 替，亦無從達到同一目的之情形者，始足當之。若除去先前
26 之陳述，仍有其他相類之證據可資代替，並得據以證明待證
27 之犯罪事實存在或不存在者，即與上述「必要性」之要件不
28 合（最高法院110年度台上字第3887號判決意旨參照）。查
29 本案被告A O 1及其辯護人主張，證人少年黃○宸之警詢筆
30 錄屬於審判外之陳述無證據能力等語（見本院卷第49、63
31 頁），本院認本案依檢察官提出之證據，證人少年黃○宸之

01 警詢筆錄並不符合前述「必要性」之要件，該等警詢筆錄自
02 無證據能力。

03 二、按犯罪事實應依證據認定之；此之證據依嚴格證明法則，係
04 指有證據能力，並經合法調查，始足作為判斷被告有罪之依
05 據，二者缺一不可，刑事訴訟法第154條第2項、第155條第2
06 項分別著有規定。而刑事訴訟法第159條之1以下規定之傳聞
07 法則例外，係有關證據能力之規定，與合法調查之性質不
08 同，不容混淆。即使係依法律規定為有證據能力之證據，若
09 未經合法證據調查程序，原則上仍不得作為被告有罪之證
10 據。復依司法院釋字第582號解釋意旨，被告以外之人（含
11 證人、共同被告等）於審判外之陳述，除有客觀上不能詰問
12 情形外，須於法院審判中經踐行含詰問程序在內之合法調查
13 程序，始為適法。基此，檢察官提出被告以外之人於本案以
14 外之審判筆錄，或於本案之警詢、偵訊筆錄，如屬未經被告
15 詰問之不利陳述，除被告於審判中明白放棄反對詰問權，或
16 被告出於任意性自白，與該陳述人不利之陳述互核一致，顯
17 不具詰問之必要性，或類如刑事訴訟法第159條之3所列各款
18 供述或傳喚不能之情形外，均應傳喚該陳述人使被告或辯護
19 人有行使反對詰問權之機會，以落實憲法上被告反對詰問權
20 之保障。至被告對證人之反對詰問權，固得捨棄不行使之，
21 惟若被告已爭執不利證人之陳述，係未經其詰問或未經合法
22 調查，縱其未主動聲請傳喚該證人，亦不能逕認其已捨棄詰
23 問之權利。（最高法院111年度台上字第3703號判決意旨參
24 照）。證人黃○宸於偵查中具結之偵訊筆錄，因被告A 0 1
25 及辯護人並不爭執證據能力，也未曾主張因未經詰問而有調
26 查未完畢之情，似已有放棄反對詰問權之意，依上開說明，
27 本院自得將證人黃○宸於偵查中具結之偵訊筆錄列為本案證
28 據，惟參以憲法法庭112年憲判字第12號判決意旨，本院不
29 以證人黃○宸此部分未經詰問之陳述，作為本案論斷被告有
30 罪之唯一或主要證據。

31 三、又按被告以外之人於審判外之陳述，雖不符刑事訴訟法第15

9條之1至第159條之4之規定，而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定有明文。經查，本判決所引用被告以外之人於審判外之陳述（排除前述證人黃○宸之警詢筆錄），或經檢察官引為證據使用，被告及其辯護人均表示同意有證據能力或無意見等語（見本院卷第49、63頁），或經本院調查證據時提示，檢察官、被告及其辯護人均未爭執證據能力，本院審酌該等證據之取得過程並無瑕疵，與本案待證事實間復具有相當之關聯性，應得作為證據。

四、本判決以下所引用之非供述證據，均與本案事實具有自然之關聯性，且無證據證明係公務員違背法定程序所取得，依刑事訴訟法第158條之4規定之反面解釋，均具有證據能力。

貳、實體部分：

一、認定犯罪事實所憑之證據及理由

上揭犯罪事實，業據被告A 0 1於偵查中、本院準備程序及審理時均坦承不諱（見偵8916卷第19頁、本院卷第45至49頁），核與證人黃○宸於偵查中具結證述情節大致相符（見偵8916卷第40頁），並有屏東縣政府警察局潮州分局扣押筆錄、扣押物品目錄表、自願受搜索同意書、屏東縣政府警察局潮州分局搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、屏東縣政府警察局潮州分局光華派出所偵辦違反毒品危害防制條例案毒品初步檢驗報告單、查獲施用（持有）毒品案件經過情形紀錄表、查獲毒品案件報告表、查獲時及扣案毒品照片、車輛詳細資料報表、欣生生物科技股份有限公司成份鑑定報告、純度鑑定報告在卷可稽，及如附表所示之物扣案足憑，堪認被告上開任意性自白與事實相符，應可採信。本案事證明確，被告上開犯行堪予認定，應依法論科。

二、論罪科刑

01 (一)按行為人意圖營利而購入毒品，其主觀上雖認知係為銷售營
02 利，客觀上並有購入毒品之行為，惟仍須對外銷售，始為販
03 賣行為之具體實現，此之對外銷售，自買賣毒品之二面關係
04 以觀，固須藉由如通訊設備或親洽面談與買方聯繫交易，方
05 能供買方看貨或與之議價，以實現對特定或可得特定之買方
06 銷售；至於對不特定人或特定多數人行銷，進行宣傳、廣
07 告，以招攬買主之情形（例如在網路上或通訊軟體「LINE」
08 群組，發布銷售毒品之訊息以求售），因銷售毒品之型態日
09 新月異，尤以現今網際網路發達，透過電子媒體或網路方式
10 宣傳販毒之訊息，使毒品之散布更為迅速，依一般社會通
11 念，其惡性已對於販賣毒品罪所要保護整體國民身心健康之
12 法益，形成直接危險，固得認開始實行足以與販賣毒品罪構
13 成要件之實現具有必要關聯性之行為，已達著手販賣階段，
14 然行為人意圖營利而購入毒品後，在尚未尋找買主前，即為
15 警查獲，既未對外銷售或行銷，難認其意圖營利而購入毒品
16 之行為，與該罪之構成要件實現具有必要關聯性，即非屬著
17 手販賣之行為，應僅成立意圖販賣而持有毒品罪。綜上，行
18 為人意圖營利而購入毒品，在尚未尋找買主前，即為警查
19 獲，其主觀上雖有營利之意圖，客觀上亦有購入毒品之行
20 為，但其既未對外銷售，亦無向外行銷之著手販賣行為，自
21 難認已著手實行販賣毒品，應論以意圖販賣而持有毒品罪
22 （依最高法院刑事大法庭裁定統一見解後之109年度台上字
23 第4816號判決意旨參照）。又按毒品危害防制條例對於販賣
24 罪與意圖販賣而持有罪，分別設有犯罪構成要件及刑罰，行
25 為人意圖營利而購入毒品，縱係出於販賣之目的，仍須對外
26 銷售，始為販賣行為之具體實現，行為人與共犯意圖營利而
27 一次購入大量毒品後經分裝待出售，除已就全部毒品同時販
28 賣給同一人，應論以單一販賣毒品既遂罪，以及分次販賣完
29 畢，對其數次販賣既遂罪應併合處罰外，若僅取其中部分毒
30 品加以販賣，所餘繼續持有之毒品既非供該次販賣毒品所
31 用，仍難為該次販賣之構成要件所包括，當不生吸收犯之問

題（最高法院112年度台上字第4369號、113年度台上字第4018號判決意旨參照）。故核被告就事實欄一(一)所為，係犯毒品危害防制條例第11條第5項之持有第三級毒品純質淨重5公克以上之罪；核被告就事實一(二)所為，係犯同條例第5條第3項之意圖販賣而持有第三級毒品罪。公訴意旨雖認被告就事實欄一(二)所為係涉犯毒品危害防制條例第4條第3項之販賣第三級毒品罪嫌，惟查被告持有事實欄一(一)第三級毒品，並非意圖營利而購入，亦非意圖販賣而持有，其後於事實欄一(二)雖另起犯意將部分持有之毒品分裝欲出售，然既未約定價金及數量，亦未交付毒品，是被告此部分所為，尚難認與販賣毒品罪之構成要件實現具有密切關聯，而未達著手販賣毒品之階段，應僅論以意圖販賣而持有為已足，檢察官此部分所指容有誤會，惟此部分社會基本事實同一，復經本院當庭告知檢察官、被告及其辯護人可能涉犯此部分之罪名，使之為辯論，無礙於雙方之攻擊及防禦權，爰依刑事訴訟法第300條變更起訴法條。又被告所犯上開2罪，犯意各別、行為互殊，應分論併罰。

(二)刑之減輕事由：

1. 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。查被告就事實欄一(二)所示意圖販賣而持有第三級毒品犯行，於偵查及本院審理時均坦承不諱，爰依毒品危害防制條例第17條第2項規定，減輕其刑。

2. 被告無刑法第59條規定適用之說明：

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，刑法第59條定有明文。又刑法第59條之酌減其刑，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，認為即使宣告法定最低度刑尤嫌過重者，始有其適用。倘被告別有其他法定減輕事由者，應先適用法定減輕事由減輕其刑後，猶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條規定酌減

其刑（最高法院114年度台上字第5340號判決意旨參照）。

本院審酌被告明知毒品危害人體至深，且戒毒不易，施用者猶有為獲毒品而另犯刑案之可能，卻仍為本案犯行，顯然無視國家杜絕毒品之禁令，對社會治安之危害非輕，其犯罪之目的、行為手段及所生危害，難認有何可堪憫恕之處。況被告意圖販賣而持有第三級毒品犯行，經依上開規定減輕其刑後，最輕法定刑度已有減輕，難認有何對被告科以法定最低度刑尤嫌過重之情，而無情輕法重、情堪憫恕之處，自無從再適用刑法第59條規定酌予減輕其刑。是辯護人主張依刑法第59條規定再予酌減云云，要屬無據。

（三）爰以行為人之責任為基礎，審酌被告明知毒品戕害人體身心健康甚鉅，竟持有大量毒品，又不思循正當途徑獲取財物，卻為圖非法獲利而意圖販賣而持有毒品，助長毒品泛濫，戕害國民身心健康，並破壞社會治安，所為誠屬不該，應予非難，惟念及被告犯後坦承犯行，態度尚稱良好，暨考量被告未實際完成毒品交易，所造成危害社會之程度與大量販賣毒品以賺取巨額利潤之行為顯然有別，兼衡被告之前科素行（見法院前案紀錄表）；暨被告自陳高中肄業之教育程度、未婚無子女、從事水電工作之家庭生活經濟狀況（見本院卷第202頁）等一切情狀，分別量處如主文所示之刑。另考量被告所犯各罪之時間均在113年間、行為動機相似、所侵害之法益相同、罪數所反映被告之人格特性與犯罪傾向，兼衡刑罰經濟與公平、比例原則，對於被告所犯數罪為整體非難評價，定其應執行刑如主文所示。

（四）緩刑之宣告：

被告前未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，有法院前案紀錄表在卷可稽（見本院卷第13頁），考量其因一時失慮，致罹刑典，為本案犯罪行為時年僅18歲，年輕識淺，思慮未周，且於偵審中始終坦承犯行，堪認其深具悔意，本院斟酌上情，認被告經此偵、審程序及刑之宣告，當能知所警惕而無再犯之虞，是所宣告之刑，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5年。又為促使被告記取教訓，避免再度犯罪，且貢獻己力回饋社會，並保持善良品行及強化其法治之觀念，期於緩刑期內能深知警惕，爰另依刑法第74條第2項第4款、第5款、第8款規定，諭知被告於緩刑期間，應自本判決確定之翌日起1年內向公庫支付5萬元，及向指定之政府機關、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，並完成法治教育課程2場次，復依刑法第93條第1項第2款規定，併諭知被告在緩刑期內付保護管束，以啟自新。至被告倘於緩刑期間，違反上開所定負擔情節重大，足認原宣告之緩刑難收其預期效果，而有執行刑罰之必要，得依刑法第75條之1第1項第4款規定，撤銷其緩刑之宣告，併此敘明。

三、沒收：

(一)第三級毒品部分：

按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（最高法院98年度台上字第2889號、99年度台上字第2733號判決意旨參照）。經查，扣案如附表編號1、2所示之物，為被告持有及意圖販賣而持有之第三級毒品，已如前述，均屬違禁物，均應依刑法第38條第1項規定宣告沒收。又上開扣案物之包裝袋，以目前採行之鑑驗方式，因其內仍會殘留微量毒品，難以完全析離，且無析離之實益與必要，應視同毒品，一併依上開規定宣告沒收。

(二)至本案查獲時所扣得之其餘物品，均與本案犯行無涉，業據

01 被告供陳在卷，且無證據證明係供本案犯罪所用之物，爰均
02 不予宣告沒收，併此敘明。

03 據上論斷，應依刑事訴訟法第299條第1項前段、第300條，判決
04 如主文。

05 本案經檢察官陳昱璇提起公訴，檢察官廖子恆到庭執行職務。

06 中 華 民 國 115 年 5 月 28 日

07 刑事第七庭 審判長法官 涂裕洪

08 法官 楊青豫

09 法官 陳茂亭

10 以上正本證明與原本無異。

11 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
12 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
13 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
14 逕送上級法院」。

15 中 華 民 國 115 年 5 月 28 日

16 書記官 林孟蓁

17 附錄本案論罪科刑法條：

18 毒品危害防制條例第5條第3項

19 意圖販賣而持有第三級毒品者，處3年以上10年以下有期徒刑，
20 得併科新臺幣3百萬元以下罰金。

21 毒品危害防制條例第11條第5項

22 持有第三級毒品純質淨重五公克以上者，處二年以下有期徒刑，
23 得併科新臺幣二十萬元以下罰金。

24 附表：

25

編號	扣案物	數量及單位	扣案位置	檢驗結果
1	愷他命	2包	AJC-5539 號 自小客車置 物盒	檢出愷他命成分，淨 重99.5279公克，純 度78.8%，純質淨重7 8.428公克
2	愷他命	7包	AJC-5539 號 自小客車後	檢出愷他命成分，淨 重5.2507公克，純度

(續上頁)

01

			座黃○宸背 包內	79.8%，純質淨重4.1 9公克
--	--	--	-------------	----------------------