裁判字號：最高法院 102 年台上字第 59 號刑事判決

裁判日期：民國 102 年 01 月 08 日

裁判案由：違反毒品危害防制條例

最高法院刑事判決 一〇二年度台上字第五九號

上訴人 莊繼堯

曾睿騰（原名曾啟軒）

葉紹麟（原名葉冠麟）

上列上訴人等因違反毒品危害防制條例等罪案件，不服台灣高等法院高雄分院中華民國一〇一年三月十六日第二審判決（一〇〇年度上訴字第一三九〇號，起訴案號：台灣高雄地方法院檢察署一〇〇年度偵字第六五五六、八三〇三號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決及第一審判決關於曾睿騰、葉紹麟部分均撤銷。

曾睿騰共同販賣第三級毒品，未遂，處有期徒刑貳年拾月，扣案如附表編號1至4所示之物均沒收。

葉紹麟共同販賣第三級毒品，未遂，處有期徒刑貳年參月，扣案如附表編號1至4所示之物均沒收。

其他上訴駁回。

理 由

壹、撤銷改判（即曾睿騰、葉紹麟）部分：

一、本件原判決認定上訴人曾睿騰（綽號阿寶）前因恐嚇及妨害自由罪，經台灣板橋地方法院（現更名為台灣新北地方法院以九十九年度訴字第一五七二號判決分別判處有期徒刑六月、三月，應執行有期徒刑七月確定，於民國一〇〇年一月二十六日易科罰金執行完畢。曾睿騰（原名曾啟軒）及上訴人葉紹麟（原名葉冠麟）皆明知愷他命（俗稱K他命）係毒品危害防制條例所明定之第三級毒品，不得非法持有及販賣，竟於一〇〇年二月十四日前某日，在台北地區某處，共同意圖營利，基於販賣第三級毒品愷他命之犯意聯絡，約定葉紹麟先到高雄市等待曾睿騰指示拿取販入之愷他命，再帶回台北地區伺機販賣予不特定買家，再由葉紹麟抽取轉手之利益，而曾睿騰則可從中獲取部分數量之愷他命及請葉紹麟再向其老闆借取新台幣（下同）五十萬元之利益。葉紹麟便於一〇〇年二月十四日到達高雄市，與其不知情女友共同投宿於高雄市〇〇區〇〇〇路〇〇汽車旅館302室，等待曾睿騰通知。一〇〇年二月十六日十二時許，曾睿騰以其所有門號00000000號電話（搭配如附表編號4所示行動電話）聯繫上訴人莊繼堯所有門號0000000000號電話（搭配如附表編號5所示行動電話），雙方約定在高雄市〇〇區〇〇〇路〇〇汽

車旅館進行第三級毒品愷他命交易，於同日十五時許，曾睿騰到○○汽車旅館承租507號房並指示葉紹麟自同旅館302號房到507號房內等待。莊繼堯得知曾睿騰欲購買愷他命三公公斤後，基於販賣第三級毒品愷他命之犯意，攜帶其所非法持有之愷他命約三公公斤，於同日十五時二十八分許，駕駛車牌號碼00-0000號自小客車前往○○汽車旅館，並進入前揭旅館507號房，莊繼堯便將愷他命放入手提紙袋內交付曾睿騰，並由曾睿騰從上開愷他命中抽取一小包以試看品質，之後將其餘愷他命（即附表編號1所示部分）交給葉紹麟，指示葉紹麟將該愷他命帶往302號房待命。莊繼堯交付上開愷他命後，與曾睿騰約定代價為六十萬元，惟現場並未交付現金，另待葉紹麟將愷他命銷售之後，再由曾睿騰將交易之代價交付莊繼堯。因上開毒品交易為警全程監控，待葉紹麟將如附表編號1所示愷他命攜出507號房欲至302號房時將其逮捕，並扣得如附表編號1所示愷他命及編號2所示手提紙袋一個，再逮捕曾睿騰及莊繼堯，並扣得如附表編號3所示愷他命一包、曾睿騰所有如附表編號4所示行動電話一支（含門號0000000000號SIM卡一張）及莊繼堯所有如附表編號5所示行動電話一支（含0000000000號SIM卡一張）等情。係以上揭事實，除約定價金六十萬元部分外，業據曾睿騰、葉紹麟於第一審準備程序坦承在卷。曾睿騰於偵查、第一審亦供稱其是要向莊繼堯購買愷他命，一公斤二十萬元，莊繼堯有稱五天內要回現金；莊繼堯報的價格是一公斤二十萬元，願意依檢察官起訴之犯罪事實認罪；其是向莊繼堯購買愷他命三公公斤，價金是六十萬元，莊繼堯也已經將該毒品交付給其與葉紹麟，錢還沒有付給莊繼堯，（莊繼堯）之前有大概跟其說過，市價就是一公斤二十萬元，所以三公公斤就是六十萬元等語，葉紹麟於偵查、第一審亦陳稱至高雄是因為有毒品可以賺錢，之前在台北即與阿寶（即曾睿騰）協定至高雄拿了貨如果有人要，三公公斤就是要拿回台北賺取差價；曾睿騰要其把三公公斤毒品拿到隔壁房間，其未說要拿去隔壁房間試吃，扣案的毒品在其手上查獲，曾睿騰手上被查獲的毒品，是從莊繼堯帶來的那包毒品挖出來的等語甚明，核與莊繼堯於偵查、第一審所述情形一致，並有如附表編號1至5所示愷他命（四包及一小包）、手提紙袋一個、行動電話二支（均含門號）扣案，及搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、現場查緝照片、○○汽車旅館錄影監視器翻拍照片、台灣高雄地方法院一〇〇年聲監續字第四〇四號通訊監察書、莊繼堯持用0000000000號電話於一〇〇年二月十六日與曾睿騰所持用0000000000號電話聯絡之通訊監聽譯文摘要表在卷可稽。上開扣案之毒品（即附表編號1、3部分）經鑑定結果，均為白色晶體粉末及檢出愷他命成分，為第三級毒品愷他命，且其中四包（即附表編號1部分）驗前淨重2967.346公克，驗後淨重2967.323公克，純度86.1%，純質淨重2554.884公克，另一小

包（即附表編號3部分）驗前淨重6.177公克，驗後淨重6.168公克，純度86%，純質淨重5.312公克等情，亦有高雄醫學大學附設中和紀念醫院檢驗報告二紙在卷可憑。因近來政府極力查緝毒品，而第三級毒品愷他命價格不貲、物稀價昂，且販賣第三級毒品係屬重罪，若無利潤可圖，曾睿騰、葉紹麟何須共同販入扣案之毒品欲轉賣他人。再依曾睿騰、葉紹麟均陳稱要販賣之事實，及各稱要得到毒品的好處及賺取差價等，曾睿騰、葉紹麟有牟利意圖，亦堪認定。至曾睿騰經合法傳喚未於最後審判期日到庭，但其辯護人以莊繼堯將愷他命交付後，因尚待葉紹麟測試，尚未談妥或交付價金，該交易尚未完成云云，葉紹麟亦以毒品尚在測試中，應屬意圖販賣而持有云云。然如上述，莊繼堯與曾睿騰已談妥買賣價金並將愷他命交付曾睿騰，由曾睿騰指示葉紹麟拿到302號房間等待，衡情，倘買賣雙方未就買賣之毒品品質合意，豈有談妥買賣價金及交付毒品行為。佐以葉紹麟於第一審陳稱其未說要拿去隔壁房間試吃等語，足證上開所稱本件還沒有決定是否要買、價錢也還沒有談妥云云，均不足採信。至於價金雖尚未交付，但本案愷他命買賣雙方就買賣標的物（包括毒品品質、數量…）、價金等買賣重要內容已合致，賣方莊繼堯並已交付買賣之毒品愷他命予買方即曾睿騰，買賣即屬既遂，尚未交付價款，並不影響買賣既遂罪責之成立。因葉紹麟知悉曾睿騰係要購買上開愷他命賺錢營利，所參與者為買賣毒品之構成要件行為，即不能解免共同販賣第三級毒品罪責，曾睿騰、葉紹麟上開販賣第三級毒品愷他命犯行，均堪認定，為其所憑之證據及認定之理由。並說明販賣毒品罪，並不以販入之後復行賣出為構成要件，祇須以營利為目的將毒品購入或將之賣出，有一於此，其犯罪即已完成，核曾睿騰、葉紹麟所為，均係犯毒品危害防制條例第四條第三項之販賣第三級毒品罪。二人就上揭犯行，有犯意聯絡及行為分擔，皆為共同正犯。曾睿騰、葉紹麟於販入第三級毒品愷他命後，持有該第三級毒品（純質淨重為20公克以上）之低度行為，為販賣之高度行為吸收，均不另論罪。曾睿騰如前受徒刑之執行完畢，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪，為累犯，應依法加重其刑。曾睿騰、葉紹麟分別於偵查、第一審審理中各曾有一次自白，均應依毒品危害防制條例第十七條第二項規定，減輕其刑。曾睿騰有刑之加重及減輕事由，依法先加後減之。原審因認第一審適用毒品危害防制條例第四條第三項、第十七條第二項、第十九條第一項，刑法第十一條、第二十八條、第四十七條第一項、第三十八條第一項第一款，論曾睿騰、葉紹麟以共同販賣第三級毒品之罪（曾睿騰為累犯）。並審酌其二人為牟取不法利益，無視毒品戕害施毒者健康及毒品氾濫對社會治安嚴重影響，仍販入愷他命，所交易毒品數量甚鉅（淨重約2973.523公克），純度高達86%以上，顯非一般零售之下游毒販，若輾轉流出，

所生危害甚鉅，兼衡以渠等犯罪動機、目的、手段、智識程度、生活狀況，暨犯罪後之態度等一切情狀，分別量處其二人如原判決主文所示之刑。另以：(一)、扣案如附表編號1、3所示愷他命共五包（包括盛裝該愷他命之包裝夾鏈袋，因與該毒品有直接接觸而殘留微量毒品難以完全析離，亦無析離之實益及必要，應視同毒品），為違禁物，應依刑法第三十八條第一項第一款規定宣告沒收。(二)、扣案如附表編號2所示手提紙袋一個，價值微薄，且已經莊繼堯附隨於扣案毒品販賣交付給曾睿騰及葉紹麟（下稱曾睿騰二人），當已屬曾睿騰二人所有，且係二人販賣第三級毒品所用之物，依毒品危害防制條例第十九條第一項規定宣告沒收。扣案附表編號4所示之行動電話（含其內門號SIM卡），為曾睿騰所有，供其與葉紹麟共同犯本案販賣第三級毒品交易聯絡所用之物，依毒品危害防制條例第十九條第一項規定及共犯責任共同原則，均予以宣告沒收等部分之判決，尚無違誤，予以維持，而駁回曾睿騰、葉紹麟在第二審之上訴。經核原判決認事用法，除後述二部分外，原無不合。

二、惟按：(一)、本院二十五年非字第一二三號判例：「禁烟法上之販賣鴉片罪，並不以販入之後復行賣出為構成要件，但使以營利為目的將鴉片購入或將鴉片賣出，有一於此，其犯罪即經完成，均不得視為未遂。」係沿用十八年七月二十五日公布之禁烟法（現已失效）所為之論述，惟其論述違背行為階段理論，且對於無論是否賣出，一律論以販賣既遂罪，其法律評價亦違反平等原則，業經本院一〇一年度第六、七、九、十次刑事庭會議，以該判例不合時宜而決議不再援用（與本則判例相同意旨之六十七年台上字第二五〇〇號、六十八年台上字第六〇六號、六十九年台上字第一六七五號等判例，及六十六年一月二十四日六十六年度第一次刑庭庭推總會決議，亦經本院刑事庭會議決議不再援用及供參考）。又所謂販賣行為，必須行為人主觀上具有營利之意思，方足以構成；而刑罰法律所規定之販賣罪，類皆為(1)意圖營利而販入。(2)意圖營利而販入並賣出。(3)基於販入以外之其他原因而持有，嗣意圖營利而賣出等類型。而「著手」乃指實行犯意，尚未達於犯罪既遂之程度而言。上述判例謂以營利為目的將鴉片購入，其犯罪即經完成，不得視為未遂，所稱犯罪既遂，固不合時宜，但其顯係認為意圖營利而販入，即為本罪之著手。是從行為階段理論立場，意圖營利而販入，即為前述(1)、(2)販賣罪之著手，其中(3)之情形，則以另行起意販賣，向外求售或供買方看貨或與之議價時，或為其他實行犯意之行為者，為該罪之著手。而販賣行為之完成與否，以標的物之是否交付，作為既、未遂之標準，始符合法理及社會通念。惟毒品危害防制條例對於販賣罪與意圖販賣而持有罪，均設有罰則。而行為人持有毒品之目的，既在於販賣，不論係出於原始持有時即有營利之目的，抑或初非以營利之

目的而持有（例如受贈或施用），嗣變更犯意為意圖販賣繼續持有，均與意圖販賣而持有毒品罪之構成要件該當，且與販賣罪具有法條競合關係，應擇較重之販賣罪處罰，該意圖販賣而持有部分僅不另論罪而已，並非不處罰。此觀販賣、運輸、轉讓、施用毒品，其持有之低度行為均為販賣等高度行為所吸收而不另論罪，為實務上確信之見解；意圖販賣而持有毒品罪，其基本行為仍係持有，意圖販賣為加重要件，與販賣罪競合時，難認應排除上開法條競合之適用。從而，本院先前因該則判例而對於意圖販賣而持有毒品罪，採取限縮解釋，指初非以營利之目的而持有，嗣變更犯意為意圖販賣繼續持有，尚未著手賣出之見解，應予補充。至於三十七年六月二十三日司法院院解字第四〇七七號解釋，旨在闡述以營利為目的將鴉片購入，尚未及賣出之情形，不能祇認為成立意圖販賣而持有鴉片罪。其僅稱成立販賣鴉片罪，並未如上述判例明言應成立販賣既遂罪，且上開解釋所依據之法律（三十五年八月二日公布之禁煙禁毒治罪條例），其立法體例與上開判例沿用之禁煙法不同，該判例所隱含對於以營利為目的而販入鴉片，如認為成立未遂犯，其處罰（得減輕其刑）反較意圖販賣而持有鴉片罪為輕之失衡情形現已不復存在，是上開判例應不再援用，並以意圖營利而販入毒品，如尚未賣出，構成販賣未遂罪，併與意圖販賣而持有罪具有法條競合關係，與上開解釋尚無牴觸，此為本院最近之見解。原審未及見此，維持第一審就曾睿騰、葉紹麟意圖販賣營利販入「愷他命」部分逕論處販賣第三級毒品既遂罪刑部分之判決，依上述說明，自有適用法則不當之違誤。(二)、關於曾睿騰部分，其前雖因恐嚇及妨害自由罪，經台灣板橋地方法院於九十九年七月三十日以九十九年度訴字第一五七二號判決分別判處有期徒刑六月、三月，應執行有期徒刑七月，上訴第二審後因撤回上訴而確定（下稱甲案），並於一〇〇年一月二十六日易科罰金執行完畢。但其另於九十八年間因犯妨害自由罪，經台灣高等法院於九十九年八月二十六日以九十九年度上訴字第一七四七號判決有期徒刑八月，上訴本院後經本院以一〇〇年度台上字第六五三六號駁回上訴確定在案（下稱乙案），有台灣高等法院被告前案紀錄表（原審卷第四四頁及背面）、各該判決影本在卷可參，且上述甲、乙案三罪，因均在甲案九十九年十二月十七日確定前所犯，另經台灣板橋地方法院以一〇一年度聲字第三五二六號裁定重行定應執行有期徒刑一年二月，有該裁定影本可參，是曾睿騰所犯甲案二罪，應尚未執行完畢，原判決遽論以累犯，並予加重其刑，同有適用法則不當之違法。

三、曾睿騰上訴意旨略以：莊繼堯已稱曾睿騰之朋友（即葉紹麟）說要先試試看，曾睿騰雖交付內有五十萬元之卡，但其表示等試完再交錢，亦將該卡交還；葉紹麟亦供陳還要再試貨等語，均足以證明上開愷他命係葉紹麟欲帶回302室測試，

再決定是否購買及價格若干，該交易應尚未完成等語。葉紹麟上訴意旨略以：（一）、毒品交易前必先經驗貨程式，依莊繼堯、曾睿騰、葉紹麟所述，亦見曾睿騰挖取一小部分毒品及葉紹麟將附表編號1毒品攜出507號房間，均出於欲瞭解毒品品質所致，至莊繼堯、曾睿騰所稱之六十萬元均指市價而言，原判決誤將市價認定為交易價格，顯然違反經驗法則，原判決就此有利葉紹麟之證據未說明如何不採之理由，亦有判決理由矛盾及判決理由不備之違法。（二）、葉紹麟之辯護人於原審請求向查獲地點汽車旅館函調曾睿騰入住及退房時間，以查明販賣意思是否合致，原審未予調查，亦有應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。（三）、本件依南部地區巡防局高雄第一機動查緝隊搜索報告書之記載，專案人員經汽車旅館人員同意後於507號房當場發現莊繼堯、曾睿騰正在施用愷他命，並查扣犯罪使用之行動電話、毒品。然遍查全卷，並無汽車旅館人員同意之資料，再汽車旅館人員非受本件搜索之人，且507號房間當時使用、管領權人係承租者曾睿騰而非汽車旅館人員，本件搜索應不合法律程式。再者，同一搜索執行單位於其製作之搜索扣押筆錄上執行之依據欄竟又勾選「依刑事訴訟法第一百三十條執行附帶搜索」，則本案究係依照何種方式執行搜索不明。葉紹麟之辯護人於原審準備程序已予指摘，原審未予調查即予援用，復未說明援用之理由，顯有調查未盡完全及理由不備之違失等語。惟查：（一）、原判決就曾睿騰、葉紹麟基於販賣營利意圖，向莊繼堯買入扣案愷他命部分，已詳述雖尚未交付價金，但交易業已完成之理由如前，此部分自無曾睿騰、葉紹麟所指違法情形。（二）、刑事訴訟法第三百七十九條第十款所稱依法應於審判期日調查之證據，係指與待證事實有重要關係，在客觀上顯有調查必要性之證據而言，故其範圍並非漫無限制，必其證據與判斷待證事實之有無，具有關聯性，得據以推翻原判決所確認之事實，而為不同之認定，始足當之。若所證明之事項已臻明確，或就同一證據再度聲請調查，或僅枝節性問題，自均欠缺調查之必要性，原審未依聲請或職權為無益之調查，並無違法可言。葉紹麟於原審請求函調曾睿騰入住及退房時間部分，與曾睿騰、莊繼堯間買賣意思是否合致，並無證據上之關聯性，原判決未為無益之調查，難認違法。（三）、刑事訴訟法第一百三十條之附帶搜索及第一百三十一條第一項之緊急搜索，係為因應搜索本質上屬有急迫性、突襲性之處分，難免發生時間上不及聲請搜索票之急迫情形，於實施拘捕行為之際，兼為保護執行人員人身安全，防止被逮捕人逃亡與湮滅罪證，在必要與不可或缺之限度下所設令狀搜索之例外規定，其前提均應以有合法拘捕或羈押行為之存在為必要。但前者搜索之目的在於「發現應扣押物」（找物），因此對於受搜索人所得「立即控制」之範圍及場所，包括所使用具機動性汽、機車等交通工

具均得實施搜索，並於搜索過程中就所發現之物為扣押處分；而後者之搜索則著重在「發現應受拘捕之人」（找人），其執行方式應受拘捕目的之限制，除於搜索進行過程中意外發現應扣押之物得予扣押外，不得從事逸出拘捕目的之搜索、扣押行為，並應於拘捕目的達成後立即終止。但為防止執法人員遭受被拘捕人攻擊，防止其湮滅隨身證據，此際，自可對該被拘捕人身體、隨身攜帶物件、所使用交通工具及其立即可觸及處所實施附帶搜索。就此拘捕之是否合法、搜索與扣押程序有無合理之依據，則由法院為事後審查以判斷所扣押之物得否為證據。又刑事訴訟法第一百三十一條第一項第三款係規定：有明顯事實足信為有人內犯罪而情形急迫者，檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察，雖無搜索票，得逕行搜索住宅或其他處所，本件南部地區巡防局一〇〇年二月十七日函報台灣高雄地方法院、台灣高雄地方法院檢察署之該局高雄第一機動查緝隊「逕行搜索報告書」雖於「理由之釋明」部分記載「2、專案小組於一〇〇年二月十六日…十五時二十五分發現507號房有一男子（犯嫌葉冠麟）由該汽車旅館步行出來，手提一紙袋，神色可疑，…葉嫌立即狂奔至…路口即遭專案人員查獲葉嫌持有三級毒品愷他命毛重3006公克，即依現行犯逮捕。3、專案人員研判葉冠麟所持有之三級毒品係由莊繼堯與曾睿騰提供，專案人員經汽車旅館人員同意搜索後於507號房當場發現莊繼堯與曾睿騰正在施用三級毒品愷他命，並於507號房查獲犯罪使用門號及三級毒品毛重6.5公克，即依現行犯逮捕。」似指對507號房之搜索係依據刑事訴訟法第一百三十一條之一（同意搜索）為之，但該「逕行搜索報告書」之名稱已使用「逕行搜索」，並於報告書之始記載「本隊偵辦毒品案件，因情況急迫未及聲請核發搜索票，而依刑事訴訟法第一百三十一條第一項第三款執行逕行搜索，今已執行完畢，爰依同條第三項之規定陳報貴院（署）」，且該函係依刑事訴訟法第一百三十一條第三項辦理之陳報，有該函及「逕行搜索報告書」附卷可證（警詢卷卷一第八六至八八頁），顯見此部分應係依據刑事訴訟法第一百三十一條第一項第三款執行逕行搜索無疑，應無同意搜索問題。該「汽車旅館人員同意搜索」文字，或係誤載，或係指同意專案人員進入該旅館而言，自不影響該次搜索行為本質。至南部地區巡防局高雄第一機動查緝隊一〇〇年二月十六日十六時搜索、扣押筆錄（警詢卷卷二第六至九頁）雖記載該次「執行之依據」為「刑事訴訟法第一百三十條執行附帶搜索」，與「逕行搜索報告書」之「逕行搜索」不同，但上開「逕行搜索報告書」已記載「3、專案人員…於507號房當場發現莊繼堯與曾睿騰正在施用三級毒品愷他命…即依現行犯逮捕。」承辦警員遂依「刑事訴訟法第一百三十條」再對「受執行人」莊繼堯、曾睿騰「執行附帶搜索」，與刑事訴訟法第一百三十條規定「檢察官

、檢察事務官、司法警察官或司法警察逮捕被告、犯罪嫌疑人或執行拘提、羈押時，雖無搜索票，得逕行搜索其身體、隨身攜帶之物件、所使用之交通工具及其立即可觸及之處所。」等程序自無不合，其因此次「附帶搜索」查扣如附表編號3、4、5等物品，其搜索程序亦合乎法律規定。如上所述，本件承辦警員應係先對507號房執行「逕行搜索」，繼而對逮捕之莊繼堯、曾睿騰執行「附帶搜索」，先後程序有別，並無矛盾。原判決就此部分未予說明固見疏漏，但曾睿騰指摘此部分不合法程序，亦無理由。

四、曾睿騰、葉紹麟上訴意旨雖未指摘原判決此部分違法情形，然原判決上開違法均係本院得依職權調查之事項，且原判決及第一審判決上開違誤顯於曾睿騰、葉紹麟不利，應認原判決及第一審判決關於曾睿騰、葉紹麟販賣第三級毒品罪刑部分均有撤銷之原因。惟原判決上述違誤尚不影響此部分曾睿騰、葉紹麟犯罪事實之確定，本院可據以為判決；爰將原判決及第一審判決關於曾睿騰、葉紹麟二人部分均撤銷，由本院自為判決。核曾睿騰、葉紹麟所為，均犯毒品危害防制條例第四條第六項、第三項之販賣第三級毒品未遂罪及同條例第五條第三項之意圖販賣而持有第三級毒品罪。曾睿騰、葉紹麟於販入第三級毒品愷他命後，持有該第三級毒品（純質淨重為20公克以上）之低度行為，各為販賣之高度行為吸收，均不另論罪。二人所犯上述二罪間具有法條競合關係，應依重法優於輕法之法理，僅論以同條例第四條第六項、第三項之販賣第三級毒品未遂罪。曾睿騰、葉紹麟二人間就此犯罪有犯意聯絡、行為分擔，均為共同正犯。此部分並依刑法第二十五條第二項（未遂犯減輕）及毒品危害防制條例第十七條第二項規定（自白減輕）予以遞減其刑。爰審酌曾睿騰、葉紹麟犯罪一切情狀，分別量處如主文第二、三項所示之刑，及為與原判決相同之從刑宣告如主文第二、三項所示，以資糾正。

貳、上訴駁回（即莊繼堯）部分：

一、按刑事訴訟法第三百七十七條規定：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非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。上訴人莊繼堯上訴意旨略以：（一）、莊繼堯於原審審理期日，於其辯護人詢問對偵查中筆錄所稱三公斤約六十萬元之記載內容時，明白表示該筆錄記載有錯，原審竟未就此主張是否屬實調取錄音或錄影帶予以勘驗，以辨明莊繼堯此部分陳述是否得作為證據，即遽認此部分有證據能力並引為莊繼堯不利之證據，顯有應調查之證據而未予調查及違反證據法則之違法。（二）、本件因葉

紹麟陳稱系爭毒品品質不佳，尚要用防潮包測試，顯見買方尚未完成驗貨程式，亦未決定是否購買，且雙方就交易金額亦未談妥或交付，此部分應屬未遂等語。

二、惟查：（一）、證據之取捨、證明力之判斷及事實之認定，俱屬事實審法院自由裁量判斷之職權，此項職權之行使，倘不違背客觀存在之經驗法則或論理法則，即不違法，觀諸刑事訴訟法第一百五十五條第一項規定甚明，自無許當事人任憑主觀指為違法，而資為合法之第三審上訴理由。又法院認定事實，並非悉以直接證據為限，其既綜合調查所得之各項直接、間接證據，本於合理之推斷而為認定，於法並無不合。原審綜合全案證據資料，本於事實審法院職權推理作用，認定莊繼堯有原判決事實欄所載販賣第三級毒品愷他命犯行，因而維持第一審論處莊繼堯販賣第三級毒品（累犯）之罪，依累犯加重再依毒品危害防制條例第十七條第二項減輕後，量處有期徒刑四年十月，及為相關從刑之諭知，已詳敘其所憑證據及認定之理由；對於莊繼堯所辯其販賣愷他命之交易尚未完成，應屬未遂云云何以不足採信，亦在理由內詳加指駁及說明（併參照前述曾睿騰、葉紹麟部分判決理由），俱有卷存證據資料可資覆按。就形式上觀察，原判決並無採證認事違背經驗法則、論理法則或足以影響判決結果之違背法令情形。（二）、審判期日之訴訟程序，專以審判筆錄為證，刑事訴訟法第四十七條定有明文。莊繼堯於原審就其辯護人詢問偵查中似已陳稱約好交易金額為六十萬元部分，僅說明「是檢察官問我要賣多少錢，後來檢察官認為他有誤導嫌疑，他跟我說不要這樣子問好了，改成市價是多少，我才說是六十萬元」等語，有該筆錄（原審卷第一五〇頁背面）可稽，並未指稱偵查筆錄記載有誤，此部分上訴意旨，已非依據卷內訴訟資料所為具體指摘。況該金額部分除據莊繼堯於偵查中供明外，並經曾睿騰於第一審證稱「（辯護人問：你和莊繼堯或葉紹麟和莊繼堯就這次三公公斤的K他命，是否已經有談好價格？）當時大概市價是每公斤二十萬元；莊繼堯說五天要把錢拿給他」，葉紹麟於第一審則證稱「（審判長問：交易的錢有無說要如何給？）這是曾睿騰和莊繼堯協議的，他們兩人在那邊聊的時候我聽到的，好像是說六十萬元上下」各等語（第一審卷第一〇四頁背面、第一〇五頁、第一〇二頁及背面），亦見該價格確已談妥無疑。原判決此部分自無所指應調查之證據而未予調查及違反證據法則之違法。莊繼堯上訴意旨，或就原審採證認事職權之適法行使，或就原判決已說明事項，仍憑己見，泛指為違法，或再為事實爭執，俱非適法之第三審上訴理由，其上訴違背法律上之程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十七條、第三百九十八條第一款、第三百九十五條前段，毒品危害防制條例第四條第六項、第三項、第十七條第二項、第十九條第一項，刑法第十一條、第

二十八條、第二十五條第二項、第三十八條第一項第一款，判決如主文。

中華民國一〇二年一月八日

最高法院刑事第十一庭

審判長法官 王 居 財

法官 郭 毓 洲

法官 沈 揚 仁

法官 林 恆 吉

法官 呂 永 福

本件正本證明與原本無異

書記官

中華民國一〇二年一月十四日

V

附錄論罪科刑法條：

毒品危害防制條例第4條第3項

製造、運輸、販賣第三級毒品者，處5年以上有期徒刑，得併科新台幣7百萬元以下罰金。

毒品危害防制條例第4條第6項

前五項之未遂犯罰之。

附表

編號	扣案物品名稱及數量	備註
1	第三級毒品愷他命肆包	(1)驗前淨重2967.346公克，驗後淨重2967.323公克，純度86.1%，純質淨重2554.884公克 (2)盛裝該愷他命之包裝夾鏈袋一併沒收。
2	手提紙袋壹個	
3	第三級毒品愷他命壹小包	(1)驗前淨重6.177公克，驗後淨重6.168公克，純度86%，純質淨重5.312公克(2)盛裝該愷他命之包裝夾鏈袋一併收。

4	SONY ERICSSON 行動電話壹支（ 內含0000000000號門號SIM 卡壹 張）	(1)被告曾睿騰所有 (2)行動電話序號： 00000000000000 126號
5	SONY ERICSSON 行動電話壹支（ 內含0000000000號門號SIM 卡壹 張）	(1)被告莊繼堯所有 (2)行動電話序號： 00000000000000 432號

資料來源：司法院法學資料檢索系統