臺灣高等法院花蓮分院刑事判決

112年度上訴字第10號

上　訴　人
即　被　告　陳彥羽
000000000000000000
000000000000000000
選任辯護人　蕭芳芳律師(法扶律師)
上　訴　人
即　被　告　陳育賢
000000000000000000
000000000000000000
選任辯護人　陳世昕律師(法扶律師)

上列上訴人因違反毒品危害防制條例等案件，不服臺灣臺東地方法院111年度訴字第63號中華民國111年11月30日第一審判決（起訴案號：臺灣臺東地方檢察署110年度偵字第3929號、111年度偵字第189號、第1054號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

一、原判決關於陳彥羽附表一編號6持有第三級毒品純質淨重5公克以上、附表一編號5沒收，及陳育賢定執行刑部分撤銷。

二、上開陳彥羽附表一編號5撤銷部分，處如附表一編號5「本院主文」欄所示之沒收。

三、上開陳育賢撤銷部分，應執行有期徒刑貳年拾月。

四、其他上訴駁回。

犯罪事實

一、陳彥羽明知4-甲基甲基卡西酮（4-methylmethcathinone、Mephedrone、4-MMC）、甲苯基乙基胺戊酮、3,4-亞甲基雙氧苯基乙基胺戊酮、硝甲西泮屬毒品危害防制條例(下稱毒品條例)第2條第2項第3款所列管之第三級毒品，氯二甲基卡西酮屬毒品條例第2條第2項第4款所列管之第四級毒品，含有此類成分之毒品咖啡包具有成癮性、濫用性及社會危害性，依法不得販賣，竟意圖營利，基於販賣第三級毒品之各別犯

意，於如附表一編號1至5所示之時間、地點，將如附表一編號1至5所示含有第三級毒品4-甲基甲基卡西酮成分之咖啡色毒品咖啡包(無證據證明其所交付之第三級毒品純質淨重達5公克以上)，以如附表一編號1至5所示之交易方式、金額販賣予陳育賢，並向陳育賢收得新臺幣(下同)5,000元之價金。嗣警方依法對陳育賢所持用之門號0000000000號行動電話實施通訊監察，並於110年12月22日持搜索票對陳育賢、陳彥羽之住居所執行搜索，扣得陳彥羽持有如附表三編號1、2所示毒品咖啡包及如附表四編號1、3所示之手機而查獲上情。

二、案經臺東縣警察局移送臺灣臺東地方檢察署(下稱臺東地檢署)檢察官偵查起訴。

理　由

壹、本院審理範圍：

按上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之，刑事訴訟法第348條第3項定有明文。本件上訴人即被告陳彥羽對原判決全部提起上訴(本院卷第98頁)，上訴人即被告陳育賢明示只對原判決量刑(宣告刑、定執行刑)提起上訴，其餘犯罪事實、論罪、罪數等均不上訴(本院卷第98、237、238頁)，依刑事訴訟法第348條第3項之規定，本院審理範圍關於被告陳彥羽為原判決全部，被告陳育賢為量刑(宣告刑)部分，不及於原判決認定被告陳育賢之犯罪事實、所犯法條(罪名)及不另為無罪諭知等其他部分。至於審查原判決就被告陳育賢量刑妥適與否所依附之犯罪事實、所犯法條等，均引用原判決之記載。

貳、證據能力：

一、按被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據；被告以外之人於審判外之陳述，雖不符前四條之規定，而經當事人於審判程序同意做為證據，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，刑事訴訟法第159條第1項、第159條之5第1項

定有明文。本件被告陳彥羽對於卷內被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述表示均同意作為證據(見本院卷第100、231頁)，本院審酌該等言詞或書面陳述作成之情況，並無違法取證或證明力明顯過低之情形，依刑事訴訟法第159條之5第1項規定，認均有證據能力。

二、通訊保障及監察法(下稱通保法)第18條之1第1項之規定，另案監聽所取得之內容有無證據能力，係採「原則排除、例外容許」之立法體例。本條項但書所定另案監聽內容得作為證據之要件有二，即實質要件係以「重罪列舉原則」(通保法第5條第1項所列各款之罪)，或非屬重罪但「與本案具有關連性之犯罪」(輕罪)者為限，並輔以於發現後7日內補行陳報法院審查認可為程序要件。此項於偵查中另案監聽應陳報法院事後審查之立法，與刑事訴訟法第131條第3項對於逕行搜索，應於實施或執行後3日內陳報該管法院或報告該管檢察官及法院，由法院審查之立法例相仿，本質上與逕行搜索同為無令狀之強制處分。而基於偵查作為具浮動性，偵查機關實無從事先預測或控制監聽內容及可能擴及之範圍，而相關之通訊內容如未即時擷取，蒐證機會恐稍縱即逝。是另案監聽所附帶取得之證據，其保全尤具急迫性，即令有未及時陳報情形，其所得之證據，應容許法院於審判時適用刑事訴訟法第158條之4權衡理論判斷有否證據能力，並不當然予以排除。又另案監聽所得之內容，是否符合「重罪列舉原則」或「與本案具有關連性之犯罪」類型，純然為對於通訊內容之判別而已，較之於逕行搜索之該當要件，原不具有審查急迫性，甚至無予先行審查之必要性，即使有逾期或漏未陳報等違背法定程序之情形，受訴法院於審判時自仍得適用刑事訴訟法第158條之4規定，再行審酌裁量其得否為證據(最高法院111年度台上字第1207號判決意旨參照)。本件被告陳彥羽與陳育賢於110年7月24日至25日間之通訊監察錄音譯文，係警方針對監察對象即被告陳育賢因涉嫌詐欺等罪嫌，於合法實施通訊監察期間所取得(偵卷一卷第276頁，原審卷第16

7-170頁)，而被告陳彥羽販賣毒品予監察對象即陳育賢，及陳育賢販賣毒品予證人蘇穎川之相關通訊監察內容，因對象或罪名不同，固屬通保法第18條之1第1項所定之其他案件之內容。然上開通訊監察譯文中有關被告2人涉嫌本案販賣毒品犯行之內容，乃偵查機關於合法執行監聽下，偶然附隨取得之證據資料，縱偵查機關疏未依通保法第18條第1項但書規定，於發現後7日內補行陳報法院審查認可，惟審酌該監聽內容，係警方在案件之調查中偶然取得，並非有意利用他案合法監聽達成目的，亦查無故意不報請法院審查之意圖，對於被告2人祕密通訊自由人權侵害之情節有限；復佐以毒品流通嚴重影響社會治安，從形式上觀之，執行機關如依法定程序陳報法院審查認可，法院尚無不予許可之理，且被告2人對於本案通訊監察譯文內容之證據能力並不爭執(原審卷第96頁、第207頁、本院卷第231頁)，依刑事訴訟法第158條之4之規定，認上開通訊監察譯文應有證據能力。

三、本判決以下所引用其他非供述證據，均與本案事實具有關聯性，且查無事證足認係實施刑事訴訟程序公務員違背法定程序所取得，亦無顯不可信之情況，認均有證據能力。

參、實體部分：

一、認定陳彥羽犯罪事實之證據及理由：

(一)上開犯罪事實，業據被告陳彥羽於警詢、偵訊、原審及本院審理時坦承不諱，並有通訊監察書(偵卷一第276頁，原審卷第167-170頁)、原審110年7月15日東院宜刑信110聲監可16字第1100009051號函各1份(偵卷一第275頁)、臺東縣警察局搜索及扣押筆錄、扣押物品目錄表(偵卷一第189-193頁，偵卷三第127-132頁)、內政部警政署刑事警察局111年2月11日刑鑑字第1110000320號函所附鑑定書(偵卷一第427-428頁)各1份、搜索照片4張(偵卷二第89-90頁)、扣案如附表三所示之毒品及附表四編號1、3所示之物及照片可按(偵卷二第141頁、偵卷三第191-193頁)，足徵被告陳彥羽任意性之自白與事實相符，堪以採信。

(二)按販賣毒品係違法行為，非可公然為之，亦無公定價格，且容易分裝並增減份量，而每次買賣之價量，可能隨時依雙方關係深淺、資力、需求量及對行情之認知、來源是否充裕、查緝是否嚴謹、購買者被查獲時供述購買對象之可能風險之評估等情形，而異其標準，非可一概而論；販賣之利得，除被告坦承犯行或價量俱臻明確外，委難察得實情，販賣之人從價差或量差中牟利之方式雖異，其意圖營利之販賣行為則同一。是以因毒品量微價高，取得不易，販賣者率有暴利可圖，苟非意圖販賣營利，一般人絕無甘冒被供出來源或被檢警查緝法辦之風險，無端親送至交易處所，而平價或低價甚或無利益販賣毒品之理。本件被告陳彥羽於原審供稱：我的部分是賺價差等語(原審卷第215頁)，堪認其主觀上確有營利之意圖甚明。

(三)所謂吸收犯，係指一罪所規定之構成要件，為他罪構成要件所包括，因而發生吸收關係者而言。如意圖供自己施用而持有毒品，進而施用，則其持有之低度行為，當然為高度之施用行為所吸收，不另論其持有毒品罪。惟因施用或販賣而持有毒品之行為，為不同之犯罪型態，而有不同之法律評價，其持有低度行為之吸收關係，以高、低度行為之間具有垂直關係者為限，亦即施用行為與因施用而持有之間，或販賣行為與因販賣而持有之間，始有各自之吸收關係可言，非可任意擴張至他罪犯行(最高法院108年度台上字第712號、107年度台上字第767號判決意旨參照)。意圖販賣而持有毒品與販賣毒品，毒品條例第5條、第4條分別設有處罰，行為人先意圖販賣而持有毒品，嗣後又著手將該毒品販賣予他人者，即係以同一行為客體，對於同一法益所為不同階段之侵害行為，其中販賣毒品之重罪構成要件，雖無法包攝性質上屬於預備行為、尚未達於著手階段之意圖販賣而持有毒品行為，但就此等前後階段行為，論以較重之販賣毒品罪，即可充分滿足整體不法非難之需求，故屬吸收犯，僅論以較重之販賣毒品罪即為已足。然而，以重罪吸收輕罪後，倘產生整體不

法非難之需求未被充分滿足，而有評價不足之問題時，即不應論以吸收犯，除可成立其他包括一罪者外，仍應分論併罰。申言之，行為人所犯之輕罪與重罪（如意圖販賣而持有毒品、販賣毒品）間，縱具有想像上、邏輯上或論理上之前後階段關係，但因行為客體不同，實質上並不存有階段關係者，即非屬吸收犯(最高法院112年度台上字第4369號判決意旨參照)。

(四)被告陳彥羽供稱：扣案附表三編號1、2之毒品咖啡包均是伊所有，用途是想賣人賺錢，被查扣的彩虹圖案毒品咖啡包57包及咖啡色毒品咖啡包30包都是賣剩下的(偵卷一第137、265頁、原審卷第95頁)，伊從來沒有施用毒品的習慣(偵卷一第138頁)等語，而其於110年12月22日為警查獲當日所採集尿液經檢驗結果未有施用毒品反應，有慈濟大學濫用藥物檢驗中心111年1月20日函文、毒品犯罪嫌疑人尿液採驗作業管制紀錄表可按(偵卷一第367-371頁)，其所述附表三編號1、2之毒品咖啡包係為供販賣毒品牟利而持有一節，尚非無據。又扣案附表三編號1、2之毒品咖啡包之包裝圖案及內含毒品種類雖有不同，但內容物均為粉末狀，且主要成分均為第三級毒品(其中附表三編號1檢出之第四級毒品為微量，無法據以估算純質淨重，見偵卷一第427-428頁)，包裝袋大小相近(偵卷二第89、90頁)，且係警方於110年12月22日至被告陳彥羽在臺東縣○○市○○路0段000號住處搜索時，陳彥羽當場主動提出(偵卷一第136頁)，確可能係陳彥羽一同或分批購入而持有供販賣之用，且被告陳彥羽附表一各編號販賣之毒品咖啡包合計共30包，而扣案附表三編號1之毒品咖啡包共57包，與被告陳彥羽於附表一各次販賣前所持有附表三編號1、2之毒品咖啡包數量差異不大，則被告陳彥羽在相近時、空，同時持有附表三編號1、2之毒品咖啡包以供販賣，僅論以較重之販賣毒品罪而吸收較輕之持有第三級毒品淨重5公克以上之輕罪，依一般日常生活經驗，尚難認有評價不足之情，是被告陳彥羽持有附表三編號1、2之毒品咖啡

包與附表一販賣第三級毒品之行為間堪認有高低度行為之垂直關係，應認為吸收犯。

(五)綜上，被告陳彥羽如附表一各編號販賣第三級毒品犯行，事證明確，應依法論科。

二、法律之適用：

(一)核被告陳彥羽如附表一編號1-5所為，均係犯毒品條例第4條第3項販賣第三級毒品罪，其販賣前持有及欲供販賣而持有扣案附表三編號1、2純質淨重5公克以上第三級毒品之低度行為，應為販賣之高度行為所吸收，不另論罪。

(二)被告陳彥羽如附表一各次犯行(共5罪)，犯意各別，行為互殊，應分論併罰。

(三)辯護意旨雖以：被告陳彥羽5次販賣對象均為陳育賢，地點均為家中，時間亦屬緊湊，應成立接續犯云云。按客觀上有先後數行為，主觀上基於一個概括之犯意，逐次實行而具連續性，其每一前行為與次行為，依一般社會健全觀念，在時間差距上，可以分開，在刑法評價上，各具獨立性，每次行為皆可獨立成罪，縱構成同一之罪名，亦應依數罪併罰之例予以分論併罰(最高法院112年度台上字第4370號判決意旨參照)。被告陳彥羽附表一所示5次犯行，行為時間相異，販賣之數量亦非完全相同，參以各次販賣均是被告陳育賢撥打電話聯繫被告陳彥羽議妥該次購買之數量後為交易(詳見偵卷一第139-145頁通訊監察譯文)，客觀上顯屬不同之販賣行為，在刑法評價上具獨立性，應論以數罪，上開辯護意旨尚非可採。

(四)刑之減輕事由：

1.犯毒品條例第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，毒品條例第17條第2項定有明文。查被告陳彥羽於警詢、偵訊、原審及本院就販賣第三級毒品之犯行部分均自白不諱，應適用毒品條例第17條第2項規定減輕其刑。

2.毒品條例第17條第1項所謂「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」，係指具體提供毒品來源之資訊，使具有調查或偵查犯罪職權之公務員知悉而對之發動調查或偵查，並據以破獲毒品來源之人及其犯行而言。查：

⑴被告陳彥羽於警詢及偵查中均供稱：其毒品來源是綽號「義仔」之男子，警方所提示之「楊佳宸」即為該綽號「義仔」之男子等語(偵卷一第137-138頁、第409頁)。經原審函詢檢警機關是否有因被告陳彥羽之供述查獲其他正犯或共犯，臺東縣警察局函覆意旨略以：經查「楊佳宸」於110年1月10日已死亡，致未能查緝到案；臺東地檢署亦函覆：未因被告陳彥羽供出上手楊慶義(即楊佳宸)，而有查獲毒品來源或其他正犯、共犯之情形，有臺東縣警察局111年9月27日函、臺東地檢署111年10月6日函在卷可按(原審卷第153、163頁)。

⑵被告陳彥羽於本院改稱扣案毒品咖啡包是000年0月間向秦○○一次購買1000包等語(詳見本院卷第121-123、157-167頁)，經臺東縣警察局調查被告陳彥羽之證詞及其指述2人交易之影片後(詳見本院卷第157-158頁)，仍查無該人販毒相關事證，亦有該局112年11月1日函文可佐(見本院卷第187頁)。

⑶基上，本案並無因被告陳彥羽之供述而查獲其毒品來源「楊佳宸」或「秦○○」，自無從適用前揭毒品條例第17條第1項規定之適用。辯護人請求傳喚秦○○到庭(本院卷第204頁)查明上情云云，核無必要，併此敘明。

3.按刑法第59條規定之酌量減輕其刑，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，認為即使宣告法定最低度刑，猶嫌過重者，始有其適用。此所謂法定最低度刑，固然包括法定最低本刑；惟遇有其他法定減輕事由時，則係指適用其他法定減輕事由減輕其刑後之最低度刑而言。倘被告另有其他法定減輕事由，應先適用該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條規定酌量減輕其刑(最高法院105年度台上字第2625號判決意旨參照)。原審以：被告陳彥羽為如附表編號1至5所示販賣第三級毒品犯行，實值非難，惟如附表三編號2所示之咖啡色毒品咖啡包經鑑驗後，其內含有之第三級毒品4-甲基甲基卡西酮純度僅約1%，有內政部刑事警察局鑑驗書1份在卷可考(偵卷一第428頁)。復觀諸被告陳彥羽販賣之對象僅有其兄長即被告陳育賢1人，販賣期間集中於110年6月底至7月底，顯見被告陳彥羽期間並無積極尋找客源、散播毒品，且衡諸其過往並無販賣毒品之前案紀錄，有臺灣高等法院被告前案紀錄表可參，參以被告陳彥羽於偵訊中供稱：我想賺錢，我第一次賣不敢賣給其他人，我並不知道咖啡包之成分，自己並未用過，但是成分是毒品等語(偵卷一第265頁)，是被告陳彥羽並非因長期深陷毒海為求施用而轉為販賣，仍有回歸正途之高度可能，自不宜遽入重刑，是就被告陳彥羽之犯罪動機、目的與前述犯罪情節以觀，被告陳彥羽之惡性顯未如藉販賣毒品獲取鉅額利益之中、大盤商為重，依上開自白減刑後，認科以最低刑度，仍嫌過苛，難謂符合罪刑相當性及比例原則，亦無從與長期、大量販賣毒品之惡行區別，衡其犯罪情狀在客觀上顯非不可憫恕，本案確有情輕法重之情，就被告陳彥羽所犯販賣第三級毒品之罪，依刑法第59條規定酌減其刑等語，經核與卷內事證大致相合，應依法遞減之。

三、上訴駁回部分：

(一)原審以行為人之責任為基礎，審酌被告2人均正值青壯，不思循正當途徑獲取財物，明知毒品具成癮性，足以造成施用者生理成癮性及心理依賴性，嚴重戕害國人身體健康，竟漠視法律禁止販賣毒品之規定，各為本案犯行，不僅肇生他人施用毒品之意欲，更戕害他人身心健康及造成毒品流竄，有滋生其他犯罪而危害社會治安之可能，所為實無足取；惟念及被告2人犯後始終坦承犯行，犯後態度尚可，且被告2人前均未曾因犯罪經法院判決處刑，堪認素行良好，有臺灣高等

法院被告前案紀錄表存卷可考；再考量被告陳彥羽販賣第三級毒品行為次數為5次、對象為1人、數量共計30包，而被告陳育賢販賣第三級毒品行為次數為2次、對象僅為1人、數量共計17包；兼衡被告陳彥羽自陳為高職畢業，需幫忙扶養兄長之子女，現因眼睛疾病待業中，本身並無收入；被告陳育賢自陳為大學肄業，目前幫家中務農，月收入約2萬元，離婚，須扶養1名10歲之子女之智識程度、家庭生活、工作及經濟狀況等一切情狀，分別量處如附表一、二「原審主文」欄所示之刑，並未逾越法定刑度，客觀上亦與比例、公平、罪責相當等量刑原則無違，並無不合。

(二)被告上訴意旨略以：

1. 陳彥羽部分：請依刑法第59條規定再酌減其刑；本件是伊第一次犯法，很後悔，且主動交出毒品；不知道本件犯行嚴重，請予以減刑等語。

2. 陳育賢部分：伊於偵查及審判中均坦承全部犯行，無推諉卸責、使調查成本增加之情，對共犯被告陳彥羽部分均誠實以告，使刑事偵查、審判順利完成。伊無毒品相關之前案紀錄，犯罪所得不足6千元，犯罪情節及所生危害較輕，非如同大、中盤販毒者，且僅販賣1人，對社會治安之危害尚無過鉅，情節較輕，且有正當工作，非長時間以販毒牟求不法利益；參以伊已離婚，為單親父親，需扶養1名未成年子女及高齡95歲之祖母，原審量刑過重，請從輕量刑等語。

(三)按量刑輕重，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；刑罰之量定，固屬法院自由裁量之職權行使，但仍應審酌刑法第57條所列各款事由及一切情狀，為酌量輕重之標準，並非漫無限制。在同一犯罪事實與情節，如別無其他加重或減輕之原因，下級審法院量定之刑，亦無過重或失輕之不當情形，則上級審法院對下級審法院之職權行使，原則上應予尊重(最高法院72年台上字第6696號、85年度台上字第2446號刑事判決要旨參照)。查：

1.被告2人如附表一、二販賣第三級毒品犯行，係犯毒品條例第4條第3項販賣第三級毒品罪，法定刑為7年以上有期徒刑，得併科1千萬元以下罰金，原審依毒品條例第17條第2項、刑法第59條規定遞減其刑後(最低刑度為1年9月)，各量處有期徒刑2年2月至2年8月不等之宣告刑，所處刑度已位於低度刑區間，參酌被告2人犯情因子及一般情狀因子綜合考量，顯已從輕酌處。

2.被告陳彥羽部分：

⑴原審已依刑法第59條規定就其所犯附表一各編號之罪酌減其刑，上訴意旨請求再依該條規定酌減云云，應有誤會。

⑵其餘上訴意旨所述各節，乃一般情狀因子，僅能有限度地調整修正犯情因子所畫定之責任框架，不宜過度偏重，且原審於量刑時已經充分審酌其無犯罪紀錄及犯罪後態度，並無漏未評價或評價不當、錯誤之情事。上訴意旨雖謂不知本件犯行嚴重性云云，惟販賣毒品為法所嚴禁之重罪，具有高度風險，一般有正常智識經驗之人均可得知；況被告陳彥羽自承媽媽在的話我就不敢(拿毒品)給陳育賢等語(偵卷一第269頁)，足見自知所為甚為不該，且本件共計5次販賣行為，次數非少，尚有其自承欲供販賣之扣案87包毒品咖啡包，顯見被告陳彥羽明知所為違法仍執意為之，其上訴意旨所指各節尚非可採。

3.被告陳育賢部分：

⑴上訴意旨所述其坦承犯行、無毒品相關紀錄、有正當工作、已離婚、需扶養1名未成年子女，及高齡95歲之祖母等情，乃一般情狀因子，僅能有限度地調整修正犯情因子所畫定之責任框架，不宜過度偏重，且原審已適用毒品條例第17條第2項規定就其自白予以減刑，倘因其坦承犯行再量處更低之刑，實不無重複評價之疑。且原審於量刑時已經充分審酌其無犯罪紀錄及犯罪後態度，並無漏未評價或評價不當、錯誤之情事。

⑵其餘上訴意旨所稱犯罪所得、犯罪情節及所生危害等情，

亦經原審於量刑時加以審酌，且倘若其犯罪情節有如大、中盤販毒者，原審應無量處低度刑之可能，是其上訴意旨指摘原審量刑過重云云，亦非可採。

(四)被告陳彥羽定執行刑部分：

1. 數罪併罰之定應執行之刑，係出於刑罰經濟與責罰相當之考量，並非予以犯罪行為人或受刑人不當之利益，為一種特別的量刑過程，相較於刑法第57條所定科刑時應審酌之事項係對一般犯罪行為之裁量，定應執行刑之宣告，乃對犯罪行為人本身及所犯各罪之總檢視，除應考量行為人所犯數罪反應出之人格特性，並應權衡審酌行為人之責任與整體刑法目的及相關刑事政策，在量刑權之法律拘束性原則下，依刑法第51條第5款之規定，採限制加重原則，以宣告各刑中之最長期為下限，各刑合併之刑期為上限，但最長不得逾30年，資為量刑自由裁量權之外部界限，並應受法秩序理念規範之比例原則、平等原則、責罰相當原則、重複評價禁止原則等自由裁量權之內部抽象價值要求界限之支配，使以輕重得宜，罰當其責，俾符合法律授與裁量權之目的，以區別數罪併罰與單純數罪之不同，兼顧刑罰衡平原則。個案之裁量判斷，除非有全然喪失權衡意義或其裁量行使顯然有違比例、平等諸原則之裁量權濫用之情形，否則縱屬犯罪類型雷同，仍不得將不同案件裁量之行使比附援引為本案之量刑輕重比較，以視為判斷法官本於依法獨立審判之授權所為之量刑裁奪有否裁量濫用之情事（最高法院100年度台上字第21號刑事判決意旨參照）。

2. 原審以：基於數罪併罰限制加重與多數犯罪責任遞減原則，斟酌被告陳彥羽所犯販賣第三級毒品罪，均為不得易科罰金之罪，各次販賣毒品之犯罪方式與態樣均屬雷同，亦各係侵害同種類法益，為免因重複同種類犯罪，以實質累加之方式定應執行刑，致使刑度超過其等行為之不法內涵，而違反罪責原則，爰合併定其應執行刑有期徒刑3年5月等語，合於外部及內部界限，亦與前述定執行刑應審酌之量刑原則及量刑

因素無違，並無不合。酌以被告陳彥羽附表一各罪中最長期為2年8月，各罪合併總刑度為11年9月，原審量處被告陳彥羽有期徒刑3年5月，顯已給予相當大幅度之量刑減讓，被告陳彥羽上訴請求從輕量刑云云，亦非可採。

(五)基上，被告陳彥羽上訴所指其附表一之罪為接續犯、原審宣告刑及定執行刑過重，請求從輕量刑云云，被告陳育賢上訴指摘原審附表二各罪之宣告刑過重，請求從輕量刑云云，均無理由，此部分上訴應予駁回。

四、撤銷改判(即被告陳彥羽附表一編號6持有第三級毒品純質淨重5公克以上、附表一編號5沒收，及被告陳育賢定執行刑部分)：

(一)被告陳彥羽部分：

原審以被告陳彥羽持有附表三編號1之彩虹圖案毒品咖啡包部分，另犯毒品條例第11條第5項之持有第三級毒品純質淨重5公克以上之罪，論處如原判決附表一編號6所示之刑及沒收，固非無見。惟原判決疏未審酌被告陳彥羽係意圖販賣而同時持有附表三編號1、2之毒品咖啡包，應為其販賣第三級毒品之高度行為所吸收，並應於被告陳彥羽附表一編號5最後一次販賣第三級毒品項下，就扣案附表三編號1、2之毒品咖啡包宣告沒收，此部分認事用法尚有未合，爰就原判決附表一編號6所示罪刑予以撤銷，並就附表一編號5之沒收部分改判如附表一編號5「本院主文」欄所示(詳後述六)。

(二)被告陳育賢部分：

原審以相同於被告陳彥羽定執行刑之理由(見前述三、㈣、2)，就被告陳育賢附表二所示2罪定執行刑有期徒刑3年，固非無見。惟本件被告陳彥羽自承因眼睛受傷沒有工作，而開始向毒品上游拿第三級毒品販賣，而被告陳育賢則係零星向被告陳彥羽拿貨轉賣，有被告2人之供述(見偵卷一第34、137頁)及通訊監察譯文可佐，足見被告陳彥羽應係居於誘發被告陳育賢本件犯罪之主導地位，並掌控、供應被告陳育賢之毒品來源，角色、地位較被告陳育賢為重；而被告陳彥羽販

賣次數為5次，並經查扣附表三編號1、2之毒品咖啡包共87包，原審分別判處有期徒刑2年2月(3罪)，2年7月、2年8月(總刑度合計11年9月)，定執行刑3年5月，而被告陳育賢販賣次數為2次，原審分別判處有期徒刑2年6月、2年7月(總刑度合計5年1月)，定執行刑3年，二相比較，被告陳彥羽犯罪情節較為嚴重，但所定執行刑明顯較被告陳育賢獲得更多量刑折讓，難認符合量刑均衡原則，被告陳育賢上訴主張原審定執行過重，請求從輕量刑一節，為有理由，爰撤銷原審就被告陳育賢之定執行刑，並依前述定執行刑應審酌之量刑原則及量刑因素，在外部及內部界限內，改判如主文所示。

五、不宣告緩刑部分：

按受2年以下有期徒刑之宣告，且未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，認以暫不執行為適當者，得宣告2年以上5年以下之緩刑，刑法第74條第1項第1款定有明文。本件被告2人各罪宣告刑及定應執行均逾2年有期徒刑，與上開得宣告緩刑之要件不合，均不得宣告緩刑。是被告陳彥羽上訴請求為緩刑宣告云云，自難准許。

六、被告陳彥羽沒收部分：

(一)按以營利為目的販入毒品，經多次販賣後，持有剩餘毒品被查獲者，其各次販賣毒品行為如併合處罰，該持有剩餘毒品之低度行為，應僅為最後一次販賣毒品之高度行為所吸收，不另論罪。故就該查獲之剩餘毒品，只能於最後一次之販賣毒品罪宣告沒收銷燬，不得於各次販賣毒品罪均宣告沒收銷燬（最高法院105年度台上字第2174號判決意旨參照）。

(二)扣案如附表三編號1、2所示之毒品咖啡包，經送驗檢出含有第三級毒品、第四級毒品成分(詳如附表三編號1、2鑑定結果欄所示)，有內政部警政署刑事警察局鑑定書在卷可查(偵卷一第428頁)，且為被告陳彥羽為本案販賣第三級毒品犯行所剩之毒品，應依刑法第38條第1項規定，在被告陳彥羽如附表一編號5所示最後一次犯行罪名項下宣告沒收之。另其他粉末及上開物品之包裝袋均難與其內含之毒品成分析離，

亦無析離之實益與必要，應視同違禁物，併予宣告沒收。至送驗耗損之部分，因已滅失，爰不另宣告沒收，附此敘明。

(三)關於供犯罪所用之物：

1.按犯第4條至第9條、第12條、第13條或第14條第1項、第2項之罪者，其供犯罪所用之物，不問屬於犯罪行為人與否，均沒收之，此為毒品條例第19條第1項所明定。

2.扣案如附表四編號3所示之HTC手機1支（含搭配使用之門號0000000000號SIM卡1張），為被告陳彥羽所有用以聯繫本案犯行之聯絡工具，業據被告陳彥羽於原審供承明確(原審卷第95、209頁)，為供為本案販賣第三級毒品犯行所用之物，並與本案犯行密切相關，爰依毒品條例第19條第1項規定宣告沒收。

(四)犯罪所得：

1.按犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額，刑法第38條之1第1項前段、第3項分別定有明文。而販賣毒品本身即係犯罪行為，販賣毒品直接取得之全部買賣價金，即屬犯販賣毒品罪所得之財物，不必扣除成本（最高法院105年度台上字第1912號判決意旨參照）。

2.被告陳彥羽如附表一編號1至5所示販賣第三級毒品之犯罪所得部分，其於原審供稱：收不到5,000元等語(原審卷第215頁)。而被告陳育賢於原審雖供稱：被告陳彥羽之部分我付約6,000元左右等語(原審卷第215頁)，然被告陳育賢於偵訊中亦坦認確實會有積欠毒品款項之情形(偵卷一第71-73、79頁)，被告陳育賢既未能提出其已有給付之依據，卷內亦無堅強證據證明被告陳彥羽已有實際受領6,000元之價金，基於事證有疑唯利被告之原則，為有利於被告陳彥羽之推認，認定其已實際收取價金僅為5,000元，而此既屬被告陳彥羽本案之犯罪所得，應依刑法第38條之1第1項、第3項之規定沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

(五)其餘扣案物，均無證據足以證明與被告陳彥羽所為本案犯行有關，爰不為沒收之宣告。

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，判決如主文。

本案經檢察官於盼盼提起公訴，檢察官黃東焄、聶眾到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　3　　月　　28　　日

刑事第一庭審判長法　官　林信旭

法　官　顏維助

法　官　林碧玲

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，其未敘述理由者，並得於提起上訴狀後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」。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　3　　月　　28　　日

書記官　徐珮綾

附表一：被告陳彥羽販賣第三級毒品部分

編號	購毒者	時間/地點（民國）	交易金額（新臺幣）	交易方式及數量	原審主文	本院主文
1	陳育賢	110年6月25日12時42分通話後未幾 陳彥羽位於臺東縣○○市○○路0段000號之居處	1,000元	陳育賢持用門號0000000000號行動電話與陳彥羽持用門號0000000000號行動電話聯繫毒品交易事宜後，陳彥羽於左列時間、地點，販賣內含第三級毒品4-甲基甲基卡西酮成分之咖啡色毒品咖啡包3包予陳育賢。	陳彥羽犯販賣第三級毒品罪，處有期徒刑貳年貳月。 扣案如附表四編號3所示之物沒收。	上訴駁回。

2	陳育賢	110年6月28日14時33分通話後未幾 陳彥羽位於臺東縣○○市○○路0段000號之居處	1,000元	陳育賢持用門號0000000000號行動電話與陳彥羽持用門號0000000000號行動電話聯繫毒品交易事宜後，陳彥羽於左列時間、地點，販賣內含第三級毒品4-甲基甲基卡西酮成分之咖啡色毒品咖啡包3包予陳育賢。	陳彥羽犯販賣第三級毒品罪，處有期徒刑貳年貳月。 扣案如附表四編號3所示之物沒收。	上訴駁回。
3	陳育賢	110年6月29日16時51分通話後未幾 陳彥羽位於臺東縣○○市○○路0段000號之居處	1,000元	陳育賢持用門號0000000000號行動電話與陳彥羽持用門號0000000000號行動電話聯繫毒品交易事宜後，陳彥羽於左列時間、地點，販賣內含第三級毒品4-甲基甲基卡西酮成分之咖啡色毒品咖啡包3包予陳育賢。	陳彥羽犯販賣第三級毒品罪，處有期徒刑貳年貳月。 扣案如附表四編號3所示之物沒收。	上訴駁回。
4	陳育賢	110年7月25日0時49分通話後未幾 陳彥羽位於臺東縣○○市○○路0段000號之居處	3,200元	陳育賢持用門號0000000000號行動電話與陳彥羽持用門號0000000000號行動電話聯繫毒品交易事宜後，陳彥羽於左列時間、地點，販賣內	陳彥羽犯販賣第三級毒品罪，處有期徒刑貳年柒月。 扣案如附表四編號3所示之物沒收。	上訴駁回。

				含第三級毒品4-甲基甲基卡西酮成分之咖啡色毒品咖啡包10包予陳育賢。		
5	陳育賢	110年7月25日21時7分通話後未幾 陳彥羽位於臺東縣○○市○○路0段000號之居處	3,600元	陳育賢持用門號0000000000號行動電話與陳彥羽持用門號0000000000號行動電話聯繫毒品交易事宜後，陳彥羽於左列時間、地點，販賣內含第三級毒品4-甲基甲基卡西酮成分之咖啡色毒品咖啡包11包予陳育賢。	陳彥羽犯販賣第三級毒品罪，處有期徒刑貳年捌月。 扣案如附表三編號2所示之咖啡色毒品咖啡包沒收。 扣案如附表四編號3所示之物沒收。	扣案如附表三編號1、2所示之毒品咖啡包、如附表四編號3所示之物均沒收。 其他上訴駁回。

附表二：被告陳育賢販賣第三級毒品部分

編號	購毒者	時間／地點（民國）	交易金額（新臺幣）	交易方式及數量	原審主文	本院主文
1	蘇穎川	110年7月25日0時50分通話後未幾 臺東縣臺東市知本派出所前之便利商店	3,200元	陳育賢持用門號0000000000號行動電話與蘇穎川持用門號0000000000號行動電話聯繫毒品交易事宜後，陳育賢於左列時間、地點，販賣內含第三級毒品4-甲基甲基卡	陳育賢犯販賣第三級毒品罪，處有期徒刑貳年陸月。扣案如附表四編號1所示之物沒收。	上訴駁回。

				西酮成分之咖啡色毒品咖啡包8包予蘇穎川。		
2	蘇穎川	110年7月25日21時51分通話後未幾 臺東縣臺東市知本派出所前之便利商店	3,600元	陳育賢持用門號0000000000號行動電話與蘇穎川持用門號0000000000號行動電話聯繫毒品交易事宜後，陳育賢於左列時間、地點，販賣內含第三級毒品4-甲基甲基卡西酮成分之咖啡色毒品咖啡包9包予蘇穎川。	陳育賢犯販賣第三級毒品罪，處有期徒刑貳年柒月。扣案如附表四編號1所示之物沒收。	上訴駁回。

附表三：扣案毒品(111年度安保字第20號)

編號	物品名稱	數量	鑑定結果
1	彩虹圖案毒品咖啡包（含包裝袋）	57包	1.檢出第三級毒品甲苯基乙基胺戊酮、3,4-亞甲基雙氧苯基乙基胺戊酮、微量第三級毒品硝甲西泮及微量第四級毒品氯二甲基卡西酮等成分。 2.測得甲苯基乙基胺戊酮純度約1%，3,4-亞甲基雙氧苯基乙基胺戊酮純度約5%。 3.依據抽測純度值，推估編號1至57均含甲苯基乙基胺戊酮驗前總純質淨重約0.99公克；均含3,4-亞甲基雙氧苯基乙基胺戊酮之驗前總純質淨重約4.98公克。
2	咖啡色毒品咖啡包（含	30包	1.檢出第三級毒品4-甲基甲基卡西酮成分。 2.純度約1%。

	包裝袋）		3.依據抽測純度值，推估編號B1至B30均含4-甲基甲基卡西酮驗前總純質淨重約1.60公克。

附表四：其他扣案物(111年度保管字第137號)

編號	物品名稱	所有人	數量	備註
1	Samsung手機（含SIM卡1張）	陳育賢	1支	1.供被告陳育賢犯如附表二所示販賣第三級毒品之犯行所用。 2.搭配使用門號0000000000號
2	OPPO手機（無SIM卡）	陳育賢	1支	與本案無關。
3	HTC手機（含SIM卡1張）	陳彥羽	1支	1.供被告陳彥羽犯如附表一所示販賣第三級毒品之犯行所用。 2.搭配使用之門號0000000000號
4	玉山銀行存簿	陳彥羽	1個	與本案無關。
5	郵局存簿	陳彥羽	1個	與本案無關。

附錄本判決論罪科刑法條：

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。