

臺灣高等法院高雄分院刑事判決

111年度上訴字第370號

上訴人

即被告 李仕霖

選任辯護人 李靜怡律師（法扶律師）

上訴人

即被告 林坤佑

指定辯護人 本院公設辯護人陳信凱

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣屏東地方法院110年度訴字第358號，中華民國110年12月8日、111年1月19日第一審判決（起訴案號：臺灣屏東地方檢察署110年度偵字第5153號、第5297號、第5336號；移送併辦案號：同署110年度偵字第7273號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

一、原判決關於乙○○之罪刑部分（即不含沒收）及關於甲○○部分，均撤銷。

二、乙○○成年人與少年共同犯販賣第三級毒品未遂罪，處有期徒刑壹年貳月。

三、甲○○幫助犯販賣第三級毒品未遂罪，處有期徒刑壹年。扣案如附表一編號1所示之物沒收；未扣案之犯罪所得新臺幣3000元沒收，於全部或一部不能沒收時，追徵之。

四、其他上訴駁回。

事實及理由

壹、犯罪事實：乙○○與少年徐○鴻（年籍詳卷，由臺灣屏東地方法院少年法庭另行審理）是朋友關係，並知悉徐○鴻是12歲以上未滿18歲的少年。徐○鴻於民國110年5月間，意圖營

01 利而基於販賣第三級毒品的犯罪故意，以帳號@zhunak_
02 2222 登入社交軟體「抖音」，刊載「微信：q_p_02_15#屏
03 東# 營營營營營營」此一暗示瀏覽者可向其購買毒品的訊
04 息，經警方人員於同年月11日執行網路巡邏勤務時發現上述
05 訊息，乃喬裝為毒品買家透過通訊軟體「微信」而與徐○鴻
06 取得聯繫，並於同年月13日上午，與徐○鴻約定以新臺幣
07 （下同）3 萬5千元的代價，向徐○鴻購買毒品咖啡包100
08 包。然因徐○鴻身上並無現貨，故撥打乙○○所使用之附表
09 一編號2 所示行動電話，向乙○○表示要取得毒品咖啡包販
10 售，乙○○接獲電話後，即意圖營利而與徐○鴻共同基於販
11 賣第三級毒品的犯意聯絡，答應設法取得毒品咖啡包，並隨
12 即以上述行動電話聯繫友人曾佳維（經原審判處罪刑確定，
13 使用附表二編號4所示行動電話），向其表示要取得毒品咖
14 啡包100 包以供販售，曾佳維雖無現貨，仍與乙○○共同基
15 於販賣第三級毒品以營利的犯意聯絡，向劉昌儒（另案判處
16 罪刑確定）購買毒品咖啡包100 包，曾佳維並聯繫當時尚不
17 知情之友人甲○○，請甲○○駕車搭載其前往屏東縣○○市
18 ○○○街0 號之六本木汽車旅館建華館（下稱六本木汽車旅
19 館，為曾佳維與乙○○所約定之交易地點），甲○○因而駕
20 駛車牌號碼000-0000號自用小客車，至曾佳維位於屏東縣長
21 治鄉的住處（地址詳卷）搭載曾佳維，2人於同日下午1點左
22 右抵達六本木汽車旅館，並進入乙○○所在之117號房內，
23 之後徐○鴻、喬裝毒品買家之員警丙○○、廖慧婷亦來到上
24 述汽車旅館房內。而於等待交易期間，乙○○聽聞在場人的
25 談話內容，已經瞭解曾佳維是要在該處從事販賣毒品咖啡包
26 的交易，仍基於幫助販賣第三級毒品以營利的犯罪故意，留
27 在現場陪同曾佳維，使無交通工具之曾佳維得以在該處等待
28 劉昌儒前來、向劉昌儒購入毒品咖啡包進行轉售，並伺機接
29 應處理買賣毒品過程中的突發事故。不久後，曾佳維、甲
30 ○○○、徐○鴻、丙○○、廖慧婷又離開上述汽車旅館房間，
31 在汽車旅館外等待劉昌儒前來，直到同日下午3點左右，劉

01 昌儒方抵達六本木汽車旅館，徐○鴻即持丙○○、廖慧婷所
02 交付的3萬5千元價金，與曾佳維一同進入劉昌儒車內，劉昌
03 儒再駕車至附近巷子進行毒品交易，期間徐○鴻先扣留其與
04 乙○○之獲利金額共6千元（2人各3千元），交付2萬9千元
05 給曾佳維，曾佳維再扣留6千元，交付2萬3千元給劉昌儒，
06 劉昌儒收取價金後，在車上交付附表一編號1 所示之含有第
07 三級毒品4-甲基甲基卡西酮之毒品咖啡包100 包給徐○鴻。
08 之後徐○鴻、曾佳維返回六本木汽車旅館時，曾佳維即搭乘
09 甲○○所駕駛之前述自用小客車，與甲○○一起離去該處，
10 並在車上交付3千元報酬給甲○○，而徐○鴻則進入丙
11 ○○、廖慧婷所駕駛的車輛，在車上交付前述100 包毒品咖
12 啡包給丙○○、廖慧婷，並委託丙○○、廖慧婷搭載其前往
13 位於屏東縣○○市○○○路0 段000 號的金磚歡樂廣場。丙
14 ○○、廖慧婷將徐○鴻載回金磚歡樂廣場後，即表明警察身
15 分，與其他員警以現行犯逮捕徐○鴻，並扣得現金6千元
16 （已發還警方人員）、附表一編號1 所示之毒品咖啡包100
17 包、附表二編號2 至3 所示之行動電話2 支，警方人員並於
18 同日下午3點20分，前往六本木汽車旅館117 號房拘提乙
19 ○○，並扣得附表一編號2 所示之行動電話1 支，再循線於
20 110 年5 月18日、28日，依序拘提甲○○（並扣得附表二編
21 號1、5所示物品）、曾佳維到案，因而查獲。

22 貳、程序事項：

23 一、第二審被告經合法傳喚，無正當之理由不到庭者，得不待其
24 陳述逕行判決，刑事訴訟法第371條有明文規定。上訴人即
25 被告甲○○（下稱被告甲○○）於本院111年12月20日審判
26 期日，經合法傳喚無正當理由而未到庭，有本院送達證書
27 （審判期日傳票是於111年10月21日寄存送達其住所）、刑
28 事報到單、甲○○之戶籍資料查詢結果、臺灣高等法院在監
29 在押全國紀錄表在卷可證。依據上述規定，本案自得在甲○
30 ○不到庭陳述的情形下，直接進行判決。

31 二、證據能力：本件作為證據使用的相關審判外陳述，經檢察

01 官、上訴人即被告乙○○（下稱被告乙○○）及其辯護人、
02 被告甲○○之辯護人，在本院審判程序中均同意有證據能力
03 （本院卷第233頁），而被告甲○○於本院準備程序中亦同
04 意有證據能力（本院卷第123頁）。本院並考量這些陳述作
05 成時的情況正常，所取得的過程也沒有瑕疵，且與本案相關
06 的待證事實具有關連性，並依法踐行調查證據程序，基於尊
07 重當事人對於傳聞證據的處分權，及證據資料越豐富越有助
08 於真實發現的理念，故認作為證據應屬適當，依照刑事訴訟
09 法第159 條之5 的規定，這些審判外的陳述都具有證據能
10 力。

11 參、認定犯罪事實所憑之證據及其認定的理由：

12 一、被告對於犯罪事實的意見：被告乙○○、甲○○2人，對於
13 犯罪事實欄所載的犯罪行為，全部都坦白承認。

14 二、本件依據下列各項證據，可以證明被告乙○○、甲○○2人
15 有犯罪事實欄所載的犯罪行為：

16 (一)被告乙○○在警詢、偵查、原審及本院審理中的自白及對其
17 他參與者的陳述（警卷第47至62頁、偵5153卷一第207至
18 209、218至220、239至244頁、偵5153卷二第81至84頁、原
19 審院1卷第52、196、314至315頁、本院卷第233至243頁）：
20 證明本案全部犯罪事實。

21 (二)被告甲○○在警詢、偵查、羈押審查訊問中的供述（警卷第
22 35至46頁、偵5297卷第129至137、150至154、183至188
23 頁），及在偵查、原審及本院審理中的自白（偵5297卷第
24 217至221頁、原審院1卷第44、196頁、原審院2卷第47至49
25 頁、本院卷第119至121頁）：證明本案全部犯罪事實。

26 (三)證人徐○鴻（警卷第63至80頁、偵5153卷一第193至198頁、
27 偵5297卷第167至176頁、偵5336卷第289至291頁）、曾佳維
28 （警卷第5至26頁、偵5336卷第131至149、262至263、328至
29 335頁）在警詢、偵查中的陳述：證明本案全部犯罪事實。

30 (四)證人丙○○在本院審理中的證述（本院卷第243至255頁）、
31 屏東縣政府警察局內埔分局員警所製作之偵查報告（警卷第

01 1至4頁、偵5153卷一第5至8頁、偵5336卷第11至14頁）、徐
02 ○鴻在「抖音」上所刊載之暗示販賣毒品訊息（警卷第259
03 頁）、乙○○與少年徐○鴻之「微信」對話紀錄翻拍照片
04 （警卷第293至299、335至341頁）、六本木旅館監視錄影翻
05 拍照片（警卷第303至305頁）、本院就員警丙○○在交易現
06 場所為錄音檔案進行勘驗之勘驗筆錄（本院卷第195至198
07 頁）：證明本案交易情形及查獲經過、被告甲○○在交易現
08 場除陪同曾佳維等待交易外並無其他參與行為等事實。

09 (五)本件搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表（警卷第155至159、
10 175至179、183至187頁）、扣案物品照片（警卷第283
11 頁）、高雄醫學大學附設中和紀念醫院檢驗醫學部毒物室
12 110年5月17日濫用藥物檢驗報告（警卷第373頁）：證明警
13 方人員扣得附表一、二所示物品的情形，其中附表一編號1
14 所示之毒品咖啡包，經檢驗含有第三級毒品4-甲基甲基卡西
15 酮成分等事實。

16 三、關於營利意圖的認定：販賣毒品犯行的成立，以行為人主觀
17 上有營利的意圖、客觀上有販賣的行為就已經足夠，至於行
18 為人實際上是否已經獲利，則非所問，且行為人意圖營利的
19 方式，無論是「價差」、「量差」、「純度差異」或其他模
20 式，均無不可。依據被告乙○○與少年徐○鴻之「微信」對
21 話紀錄翻拍照片，乙○○於本件毒品交易之前，即與徐○鴻
22 相互討論要如何分配本件價差獲利的問題（警卷第293至
23 299、335至341頁），足見其為本件販賣毒品犯行時，顯然
24 具有營利的意圖。另被告甲○○自承其駕車搭載曾佳維抵達
25 六本木汽車旅館後，已知悉曾佳維要從事毒品交易，而甲
26 ○○於案發當時，乃是智慮成熟的成年人，故對於「我國法
27 律對於販賣毒品罪處以重刑，若不是有利可圖，一般人不可
28 能會從事販賣毒品行為」此一社會常理，自當有所瞭解，且
29 依據證人徐○鴻於偵訊中所述，在曾佳維告知徐○鴻要如何
30 分配本件價差獲利時，甲○○亦有在場聽聞（偵5297卷第
31 170至171頁），足見甲○○對於曾佳維等人藉由販毒行為而

01 從中獲利的情形，自然甚為瞭解，但其卻仍參與本件犯行，
02 則其有幫助曾佳維等人藉由販賣毒品以營利的主觀犯意，亦
03 甚明確。

04 四、綜上所述，本件被告乙○○、甲○○2人的自白有前述各項
05 證據可為佐證，足認其2人自白與事實相符，可予採信，故
06 本案事證明確，被告2人犯罪事實欄所載的犯罪行為，已經
07 足以認定，應依法予以論罪科刑。

08 肆、論罪科刑及上訴論斷的理由：

09 一、所犯法條部分

10 (一)被告乙○○部分：本件警方人員是為了蒐證的目的而喬裝購
11 買者，並無實際買受毒品的真意，事實上不能真正完成買賣
12 行為，故乙○○本件販賣毒品行為僅屬未遂。因此，乙○○
13 本件犯罪行為，是犯毒品危害防制條例第4條第6項、第3 項
14 的販賣第三級毒品未遂罪。乙○○就本件犯行，與少年徐○
15 鴻、曾佳維有犯意聯絡及行為分擔，應依刑法第28條規定，
16 論以共同正犯。

17 (二)被告甲○○部分

18 1.刑法關於正犯、幫助犯的區別，是以行為人的主觀犯意及客
19 觀行為作為判斷標準，如果是以自己犯罪的意思而參與犯
20 罪，無論其所參與的是否為犯罪構成要件行為，都是屬於正
21 犯；如果是以幫助他人犯罪的意思而參與犯罪，但所參與的
22 是犯罪構成要件行為，仍應論以正犯；只有以幫助他人犯罪
23 的意思而參與犯罪，且所參與的是犯罪構成要件以外的行
24 為，方會成立幫助犯。本件被告甲○○於知悉曾佳維等人要
25 從事毒品交易後，在場陪同曾佳維等待進行本件毒品交易的
26 行為，顯然不是販賣毒品罪的構成要件行為；且本案卷內並
27 沒有任何證據顯示甲○○事先就已經與曾佳維、乙○○、徐
28 ○鴻共同謀議、策劃為本件犯行，足認甲○○應只是基於其
29 與曾佳維是朋友關係，方有上述構成要件以外的行為。因
30 此，難以認定甲○○是以自己犯罪的意思而參與本件犯行，
31 依據前述說明，甲○○所為應論以幫助犯。

01 2.本件起訴意旨除認被告甲○○有前述犯罪事實欄所載之行為
02 外，另以：「甲○○與曾佳維、乙○○、徐○鴻共同意圖營
03 利，基於販賣第三級毒品之犯意聯絡，由徐○鴻於110年5月
04 間，在『抖音』上散布前述銷售毒品的訊息，待警方喬裝買
05 家與徐○鴻相約要以3萬5千元代價購買毒品咖啡包100包
06 後，再由徐○鴻聯繫乙○○、乙○○聯繫曾佳維、曾佳維聯
07 繫劉昌儒而取得毒品咖啡包，並由甲○○駕車搭載曾佳維前
08 往六本木汽車旅館準備交易，甲○○並與曾佳維、乙○○、
09 徐○鴻約定，向買家收取3萬5千元價金後，支付2萬3千元給
10 劉昌儒，剩餘差額1萬2000元，則由其4人各分得3千元做為
11 報酬」，而主張甲○○應論以本件販賣第三級毒品未遂罪的
12 共同正犯。然而：

13 (1)被告甲○○於本案偵、審過程中，始終一致辯稱，其是駕車
14 搭載曾佳維抵達六本木汽車旅館117號房後，才經由在場人
15 的談話內容，知悉曾佳維前往該處是要從事毒品交易（出處
16 參見前述參、二、(二)部分）。而其此一辯解，與證人曾佳維
17 的證述內容相符（警卷第13頁、偵5336卷第331頁）；且依
18 據本案卷內所存其他證據，亦無任何證據顯示甲○○所辯不
19 實；再佐以證人乙○○、丙○○於本院審理中證稱，從曾佳
20 維住處所在區域前往六本木汽車旅館，車程約為半小時左右
21 （本院卷第243、255頁），而甲○○與曾佳維又一致陳稱其
22 2人為多年好友（警卷第12、45頁），在此等情形下，甲○
23 ○基於好友情誼，在事先不知道緣由的狀況下，短程搭載曾
24 佳維前往六本木汽車旅館，並未顯然違反常情。綜上事證，
25 足認甲○○此部分所辯應屬事實，從而，檢察官起訴意旨論
26 認甲○○於駕車搭載曾佳維前往六本木汽車旅館之前，即與
27 曾佳維、乙○○、徐○鴻有共同販賣第三級毒品以營利的犯
28 意聯絡，並不可採，而甲○○於知悉曾佳維等人要從事毒品
29 交易前之駕車搭載曾佳維前往六本木汽車旅館的行為，亦無
30 從認定為其參與本件犯行之行為。

31 (2)被告甲○○有因參與本件犯行而取得3千元獲利，此經其於

01 偵查及原審審理時陳明在卷（偵5297卷第218頁、原審院1卷
02 第44頁）。而關於甲○○何以可從本件販賣毒品價差1萬2千
03 元中分取3千元部分，證人曾佳維於偵訊中雖陳稱是其與乙
04 ○○、徐○鴻及甲○○一起在六本木汽車旅館房間內討論的
05 結果（偵5336卷第136頁），但此與甲○○所述：關於1個人
06 分3千元的事情，並沒有人直接跟我說，而是曾佳維跟徐○
07 鴻在汽車旅館外面談的，當時我只有在旁邊玩手機（偵5297
08 卷第218頁、原審院1卷第44頁），並不相符，則曾佳維此部
09 分陳述是否屬實？已經令人有所懷疑。再者，證人徐○鴻於
10 偵訊中證述：在等劉昌儒前來的期間，曾佳維在甲○○的車
11 上說他們（應指曾佳維、甲○○2人）也要分，曾佳維說1萬
12 2千元就4個人平分、有拿到就好，甲○○在旁邊沒有說任何
13 話、沒有參與討論，而因為我是最底層的，曾佳維他們年紀
14 都比我大，我聽到之後也只能安靜（偵5297卷第170至171
15 頁），而被告乙○○亦陳稱：關於獲利分配的事情，是徐○
16 鴻、曾佳維、甲○○他們出去六本木汽車旅館等待交易時談
17 的，當時我自己1人在汽車旅館的房間裡面，徐○鴻打電話
18 給我，他說曾佳維也要分這筆錢，所以每個人分3千元（偵
19 5153卷一第240至243頁）。故甲○○所述內容，與徐○鴻、
20 乙○○2人的證述情節相符，而曾佳維所稱：「本件獲利分
21 配，是我與乙○○、徐○鴻、甲○○在汽車旅館房間內一起
22 討論的結果」，則顯與徐○鴻、乙○○2人所述不符，由此
23 更加證明曾佳維此一陳述難以採認。此外，曾佳維於同次偵
24 訊中又陳稱：在六本木汽車旅館內還不知道有多少錢可以
25 分，是劉昌儒來了之後，知道他開的價錢，才知道有多少錢
26 可以分（偵5336卷第137頁），另於原審訊問時陳述：我有
27 轉交3千元給甲○○，因為當時是甲○○陪我去的，我拿到6
28 千元，所以就分他一半，在此之前，他不知道我會分錢給他
29 （原審院1卷第36頁），顯有先後所言歧異的情形，由此亦
30 可佐證曾佳維於偵訊中所稱：「本件獲利分配，是我與乙
31 ○○、徐○鴻、甲○○在汽車旅館房間內一起討論的結

果」，顯非事實。綜上事證，足認甲○○之所以可以取得前述3千元獲利，應是曾佳維單方提出意見，並經徐○鴻默許認可後的結果，故起訴意旨論認甲○○有參與本案獲利分配的討論、約定，並不可採。而甲○○既然只是單純於事後收受此部分獲利，並未於行為時參與獲利分配之討論、商議，自無法以其有取得前述3千元獲利，而認其是以自己犯罪的意思而參與本件犯行。

(3)此外，卷內並無任何證據，足認被告甲○○有參與本件販賣第三級毒品犯行的犯罪構成要件行為，或其是以自己犯罪的意思而參與本件犯行，依據前述說明，其尚無從論以本件販賣第三級毒品未遂罪的共同正犯。

3.綜上，被告甲○○前述犯行，是犯刑法第30條第1項、毒品危害防制條例第4條第6項、第3項的幫助販賣第三級毒品未遂罪。檢察官起訴意旨認為甲○○所為，是成立販賣第三級毒品未遂罪的正犯，應有誤會，但因為此部分只是行為態樣有所不同，罪名並無變更，故不需引用刑事訴訟法第300條變更起訴法條（最高法院101年度台上字第3805號刑事判決可為參考）。

(三)檢察官移送併辦部分，與起訴之犯罪事實完全相同，本院自得併予審理。

二、刑的加重減輕事由

(一)被告乙○○部分

1.被告乙○○為本件犯行時為成年人，共犯徐○鴻於案發當時則為12歲以上未滿18歲的少年，有其等年籍資料在卷可證。又少年徐○鴻於警詢時陳稱：我跟乙○○是之前唱歌認識的，我有認乙○○當我的乾哥哥（偵5153卷一第39頁），顯示乙○○應知悉徐○鴻的真實年齡；而乙○○於原審及本院審理中，也坦承其知悉徐○鴻未成年，對於其有兒童及少年福利與權益保障法第112條前段規定之加重其刑事由並不爭執（原審院1卷第315頁、本院卷第109頁），則乙○○主觀上有與少年（即徐○鴻）共同為本件犯行之犯意甚為明確，

應依兒童及少年福利與權益保障法第112 條前段規定加重其刑。

2.被告乙○○雖然已經著手實行販賣第三級毒品犯行，但僅屬於未遂，情節較為輕微，故依據刑法第25條第2 項的規定，按既遂犯的刑度減輕其刑。

3.被告乙○○於偵查、原審及本院審判程序都有自白犯行，已如前述，故其本件販賣第三級毒品未遂犯行，應適用毒品危害防制條例第17條第2 項的規定予以減輕其刑。

4.毒品危害防制條例第17條第1項規定部分：

(1)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」，而該規定所稱「供出毒品來源，因而查獲」，是指行為人供出其本案犯罪之毒品來源的相關資料（例如上手的姓名、年籍、住居所或其他足以辨別的特徵等），客觀上足使有調查或偵查犯罪職權的公務員因而得以對該毒品來源發動調查或偵查，因此查獲其人及其提供毒品給行為人的犯行而言。

(2)本件喬裝購毒者之員警丙○○、廖慧婷至六本木汽車旅館進行毒品交易時，雖有在場見到屬毒品提供者的曾佳維，但當時丙○○、廖慧婷並不知道曾佳維的真實姓名、年籍等相關資料，是被告乙○○遭拘提到案後，於正式製作警詢筆錄前，即供出曾佳維的真實身分，警方依據乙○○的供述而調出曾佳維照片給乙○○、徐○鴻2人指認，警方再將曾佳維拘提到案，經檢察官偵查後，以曾佳維共犯本案而涉犯販賣第三級毒品未遂罪嫌，而予提起公訴，之後並經原審判處罪刑確定在案等事實，經證人丙○○在本院審理中證述明確（本院卷第243至255頁），並有丙○○出具之職務報告（本院卷第147頁）、乙○○、徐○鴻2人的警詢筆錄（警卷第50、65頁）及原審判決在卷可證。故乙○○本件犯行，符合毒品危害防制條例第17條第1項減免其刑規定的要件。又本院考量依臺灣高等法院被告前案紀錄、臺灣屏東地方檢察署

檢察官110年度偵字第9166號起訴書及乙○○在本院審理中的供述（本院卷第107、269頁），乙○○尚有其他販賣第三級毒品遭判處罪刑確定的情形，足見其販賣毒品行為並非偶一為之，仍有透過刑事處罰而予矯治的必要，故認未達可予免除其刑的程度，因此，就乙○○本件犯行，依毒品危害防制條例第17條第1項予以減輕其刑。

5.綜上，被告乙○○本件犯行，有兒童及少年福利與權益保障法第112條前段規定的加重其刑事由，及刑法第25條第2項、毒品危害防制條例第17條第2項、第1項等規定的減輕其刑事由，應依刑法第71條第1項、第70條規定，先加重後遞減輕其刑。

(二)被告甲○○部分

- 1.被告甲○○所為本件犯行，應成立幫助犯，已如前述，而其未實際參與本件販賣毒品犯行，犯罪情節跟正犯相比較為輕微，故而依據刑法第30條第2項的規定，按正犯的刑度減輕其刑。
- 2.被告甲○○所幫助之正犯，雖然已經著手實行販賣第三級毒品犯行，但僅屬於未遂，情節較為輕微，故就甲○○部分，亦依刑法第25條第2項的規定，按既遂犯的刑度減輕其刑。
- 3.被告甲○○於偵查、原審及本院審理中都有自白犯行，已如前述，故其所為前述幫助販賣第三級毒品未遂犯行，應依毒品危害防制條例第17條第2項的規定予以減輕其刑。
- 4.兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段關於「成年人教唆、幫助兒童及少年犯罪或與之共同實施犯罪者，加重其刑至2分之1」規定的適用，雖然不以行為人明知共犯為兒童或少年為必要，但仍須行為人瞭解共犯可能是兒童或少年，且對於與之共犯或教唆、幫助其犯罪並不違背行為人本意，才能夠依該規定加重其刑。本件案發當時，被告甲○○是滿20歲的成年人，有其年籍資料在卷可證，而參與本案犯罪行為之徐○鴻則是未滿18歲的少年，已如前述。然甲○○供稱：當天參與毒品交易的人，我只有認識曾佳維（警卷第

45頁），而其此一陳述，與徐○鴻於警詢時陳稱：我只認識乙○○，不認識甲○○、曾佳維（警卷第77頁），乙○○於原審審理時陳述：甲○○應該不知道徐○鴻未成年，因為他並不認識徐○鴻（原審院1卷第315頁），均相符合，足認甲○○所言應屬可信。而甲○○既不認識徐○鴻，且卷內亦無其他事證可認甲○○於行為時得以知悉徐○鴻可能是未滿18歲的少年，依據前述說明，本件尚無從兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段規定對甲○○加重其刑。本院蒞庭檢察官雖主張：甲○○於110年5月21日偵訊曾提及：「曾佳維是幫那個未成年打電話」（偵5297卷第188頁），於原審訊問時亦供稱：「（問：何時知道你可以分得3千元？）他們沒有直接跟我說，好像是一個未成年的男子跟曾佳維在六本木汽車旅館外面講話的時候我才知道」（原審院1卷第44頁），足認甲○○應知悉徐○鴻可能是未滿18歲的少年。然而，甲○○為前述陳述時，已經歷經製作警詢筆錄、首次偵訊、羈押審查訊問等程序，自可知悉本案參與者中有未滿18歲的少年，而其在此情形下，以「那個未成年」、「未成年的男子」代稱其並不認識的徐○鴻，實屬正常，尚難以此反推其於行為時就知悉徐○鴻可能是未滿18歲的少年，故檢察官所為上述主張，並不可採。

5.綜上，被告甲○○本件犯行，有刑法第30條第2項、第25條第2項、毒品危害防制條例第17條第2項等規定的減輕其刑事事由，應依刑法第70條規定，遞減輕其刑。

三、上訴論斷的理由（撤銷改判部分）：原審認為被告乙○○、甲○○參與本件販賣第三級毒品未遂犯行，犯罪事證明確，因此論處被告2人罪刑，雖然有其依據。然而：

(一)被告甲○○於本案偵、審過程中，不論是否有為「認罪」的供述，均再三強調其於抵達六本木汽車旅館之前，並不知道曾佳維是要前往交易毒品，而甲○○此一辯解，應屬可信，已如前述。原審未能詳加審酌卷內事證，論認甲○○是於駕車搭載曾佳維前往六本木汽車旅館之前，即與曾佳維等人產

01 生共同販賣第三級毒品的犯意聯絡，容有未合。又甲○○於
02 駕車搭載曾佳維前往六本木汽車旅館之前，既尚未有參與本
03 件犯行的犯意，則其用以與曾佳維聯絡之附表二編號1所示
04 行動電話，即無從認定是供犯罪所用之物，故原審依毒品危
05 害防制條例第19條第1項規定予以諭知沒收該行動電話，亦
06 有不當。

07 (二)被告甲○○並未為販賣第三級毒品的犯罪構成要件行為，且
08 無證據顯示其是以自己犯罪的意思而參與本件犯行，故其所
09 為只能評價為幫助犯，無法論以共同正犯，已如前述，原審
10 認其應與被告乙○○、曾佳維、徐○鴻成立共同正犯，就甲
11 ○○、乙○○2人犯罪事實之認定，均有未合。

12 (三)被告甲○○所為本件犯行的法定刑為「7 年以上有期徒刑，
13 得併科1 千萬元以下罰金」，原審則論認其僅有刑法第25條
14 第2項、毒品危害防制條例第17條第2 項等2項減輕其刑事
15 事由，且上述減輕其刑事事由均未同時有免除其刑之規定，依據
16 刑法第66規定，其減讓幅度最高均為1/2。在此情形下，原
17 審關於有期徒刑部分，對甲○○所得量處的最低刑應為1年9
18 月，然原審卻予量處有期徒刑1年8月，而有量刑超出法定界
19 限之違誤。

20 (四)經本院調查證據後，被告乙○○本件犯行應有毒品危害防制
21 條例第17條第1 項規定之適用，已如前述，原審未及審酌適
22 用，容有未恰。

23 (五)因此，被告乙○○以原審量刑過重為由而提起上訴，被告甲
24 ○○則以其犯行應論以幫助犯為由，認為原判決不當而提起
25 上訴，均有理由，且原判決另有前述違誤、不當之處，故應
26 由本院將原判決關於被告乙○○之罪刑部分及關於甲○○部
27 分，均予以撤銷改判。

28 四、上訴論斷的理由（上訴駁回部分）：原審就被告乙○○之沒
29 收部分說明：「扣案如附表一編號1 所示之毒品咖啡包100
30 包經送鑑定後含有第三級毒品成分，應依刑法第38條第1 項
31 規定，於乙○○罪刑項下宣告沒收。至鑑驗用盡部分，因已

滅失不復存在，故不再為沒收之諭知。扣案如附表一編號2所示之行動電話1支，乃是乙○○所有供其與曾佳維、徐○鴻聯絡所用之物，此經乙○○供陳在卷（原審院1卷第315頁），故依毒品危害防制條例第19條第1項規定，於乙○○罪刑項下宣告沒收」。經核原判決對於前述沒收的論述，均屬正確，而乙○○就前述沒收部分，亦未指出原審有何違法、不當之處，故該沒收部分雖依刑事訴訟法第348條第2項前段規定，而與乙○○之罪刑部分一併上訴，但因沒收具有獨立性，上訴審法院得就罪刑部分與沒收部分分別裁判，故應予駁回其此部分之上訴。

五、本院綜合考量以下事項，就被告2人上述犯行，分別判處主文欄所記載的刑度：

(一)被告乙○○、甲○○於本件犯行中，分別從事犯罪事實欄所載之參與行為，而依此等犯罪情節，足認乙○○在共犯結構中，其重要性雖不如直接尋找買家之徐○鴻及直接取得毒品之曾佳維，但仍居於居間聯繫取得毒品的重要地位，至於甲○○的幫助行為，雖對本件犯行有所助益，但效益尚屬有限。

(二)本件乙○○、徐○鴻、曾佳維所欲販售的第三級毒品，數量詳如附表一編號1所示，依此數量顯示之犯罪所生危險。

(三)被告乙○○因本案遭查獲後，始終坦承犯行，且在案件偵辦之初即供述曾佳維之真實身分，而被告甲○○則於偵查之初否認犯行，直到偵查後階段及法院審理中方坦承犯行等犯後態度。

(四)被告2人於為本件犯行之前，均無犯罪經判處罪刑確定之紀錄，但之後均有因其他犯罪經判處罪刑確定之素行狀況（參見臺灣高等法院被告前案紀錄表）。

(五)被告2人的學歷（智識程度）、工作、家庭及經濟等生活狀況（參見被告甲○○及其辯護人於原審院2卷第48頁、本院卷第267頁的陳述、被告乙○○於本院卷第267頁所為陳述），及其他刑法第57條各款所規定的事項。

01 六、沒收

02 (一)扣案如附表一編號1所示之咖啡包，經隨機抽取1包送驗後，
03 檢出第三級毒品4-甲基甲基卡西酮成分，已如前述，又其他
04 咖啡包雖未全數送驗，但其外觀與送驗之咖啡包完全相同
05 (警卷第283頁)，按理應是以相同內含物大量填充製作之
06 物，而均含第三級毒品4-甲基甲基卡西酮成分。故附表一編
07 號1所示之咖啡包，均屬不受法律保護、應予義務沒收之違
08 禁物，應對相關犯罪參與者（含幫助犯）均予宣告沒收（最
09 高法院109年度台上字第298號刑事判決可為參考）。因此，
10 附表一編號1所示扣案物，不問屬於犯罪行為人與否，均與
11 無法與上述毒品分離且無分離實益的附著物，一併依刑法第
12 38條第1項的規定，於被告甲○○犯行中宣告沒收；至於鑑
13 識耗損部分，既然已經滅失，所以不再諭知沒收。

14 (二)被告甲○○因參與本件犯行而分得之3千元，為屬其所有的
15 犯罪所得，應依刑法第38條之1 第1 項前段、第3 項規定，
16 予以宣告沒收，並於全部或一部不能沒收時，追徵之（其犯
17 罪所得為新臺幣，故無不宜執行沒收的情形，也無價額可
18 言）。

19 (三)刑法上之幫助犯，乃是對於犯罪構成要件以外行為為加工，
20 與正犯無共同犯罪意思，故對正犯所有供犯罪所用或所得之
21 物，不需為沒收之諭知（最高法院109年度台上字第298號刑
22 事判決可為參考）。再者，毒品危害防制條例第19條第1項
23 雖規定：「犯第4條至第9條、第12條、第13條或第14條第1
24 項、第2項之罪者，其供犯罪所用之物，不問屬於犯罪行為
25 人與否，均沒收之」，但此所謂「不問屬於犯罪行為人與
26 否」，乃是「沒收要件」之規範，而非「沒收對象」之規
27 定。因此，若該供犯罪所用之物是屬於犯罪行為人以外之第
28 三人所有，應經由第三人參與沒收程序，而對該第三人宣告
29 沒收，非可逕對犯罪行為人諭知沒收；若該供犯罪所用之物
30 是屬於某犯罪行為人所有，則應對該具所有權的犯罪行為人
31 宣告沒收，亦無從對不具所有權的其他犯罪行為人諭知沒

01 收。本件附表一編號2、附表二編號2、4所示行動電話，雖
02 是供本件犯罪聯絡所用，但該等物品分別是乙○○、徐○
03 鴻、曾佳維所有，依據前述說明，尚不需對被告甲○○宣告
04 沒收。

05 (四)扣案如附表二編號1所示行動電話、附表二編號5所示車輛，
06 雖是被告甲○○用以聯絡曾佳維、搭載曾佳維前往六本木汽
07 車旅館所用之物，此經甲○○於警詢及原審審理中陳明在卷
08 (警卷第40頁、原審院2卷第48頁)。但如前所述，甲○○
09 於駕車搭載曾佳維前往六本木汽車旅館之前，尚不知曾佳維
10 要從事本件毒品交易，故其駕車搭載曾佳維之行為，並非參
11 與本件犯行的行為，故無從對其使用之上述行動電話及車輛
12 為沒收之宣告。

13 伍、同案被告曾佳維部分，經原審判決後，因無人上訴而已確
14 定，故此部分不屬於本院審判的範圍，併予說明。

15 據上論斷，應依刑事訴訟法第371條、第368條、第369 條第1 項
16 前段、第364 條、第299 條第1 項前段，判決如主文。

17 本案經檢察官楊士逸提起公訴及移送併辦，檢察官許怡萍到庭執
18 行職務。

19 中 華 民 國 112 年 1 月 10 日
20 刑事第四庭 審判長法官 黃建榮
21 法官 李嘉興
22 法官 陳君杰

23 以上正本證明與原本無異。

24 如不服本判決應於收受本判決後20日內向本院提出上訴書狀，其
25 未敘述上訴理由者，並得於提起上訴後20日內向本院補提理由書
26 狀（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

27 中 華 民 國 112 年 1 月 10 日
28 書記官 吳璧娟

29 附錄本判決論罪科刑法條：

30 毒品危害防制條例第4條第3項、第6項

31 製造、運輸、販賣第三級毒品者，處七年以上有期徒刑，得併科

01 新臺幣一千萬元以下罰金。

02 前五項之未遂犯罰之。

03 附表一：

編號	扣案物品	數量	備註
1	毒品咖啡包	100包	檢驗其中1包，標示毛重7.35公克，驗前淨重約5.428公克，驗後淨重5.408公克。驗出第三級毒品4-甲基甲基卡西酮（無證據證明純質淨重達5公克以上）。
2	iphone行動電話	1支	含門號0000000000號SIM卡1枚，IMEI碼：0000000000000000。乙○○所有。

05 附表二：

編號	扣案物品	數量	備註
1	iphone行動電話	1支	含門號0000000000號SIM卡1枚，IMEI碼：0000000000000000。甲○○所有。
2	iphone行動電話	1支	含門號0000000000號SIM卡1枚，IMEI碼：0000000000000000。徐○鴻所有。
3	vivo行動電話	1支	徐○鴻所有。與本案無關。
4	iphone行動電話	1支	門號0000000000號，未扣案。曾佳維所有。
5	車牌號碼000-0000號自用小客車	1輛	含汽車鑰匙。甲○○祖父所有。