臺灣高等法院高雄分院刑事判決

115年度原上訴字第22號

上　訴　人
即　被　告　羅純智
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000

選任辯護人　張景堯律師（法扶）

上列上訴人因毒品危害防制條例案件，不服臺灣高雄地方法院114年度原訴字第11號，中華民國114年11月27日第一審判決（起訴案號：臺灣高雄地方檢察署113年度偵字第32566、32567號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷。

Ａ０１共同意圖販賣而持有第三級毒品而混合二種以上毒品，處有期徒刑貳年。扣案如附表編號1至4所示之物均沒收。

事　實

一、Ａ０１明知愷他命、4-甲基甲基卡西酮(Mephedrone)、氯甲基卡西酮（CMC）為毒品危害防制條例列管之第三級毒品，亦知悉毒品先驅原料1-甲基苯基-1-丙酮（1-Methylphenyl-1-propanone〈Methylpropiophenone〉)包含其異構物「1-(4-Methylphenyl)-1-propanone、2-Methyl、3-Methyl」為毒品危害防制條例列管之第四級毒品，非經許可，不得意圖販賣而持有，竟與販毒集團成員共同基於意圖販賣而持有第三級毒品（愷他命及「紅色包裝、印有『茶の魔手』字樣」之咖啡包50包部分）及意圖販賣而持有混合二種以上第三級毒品（「金色包裝、印有『檸檬蜂蜜飄香』字樣」之咖啡包50包部分）之犯意聯絡，於民國113年10月21日5時25分前某時許，將販毒集團所提供擬販賣予不特定人之毒品愷他命14包、含有氯甲基卡西酮（CMC）成分之上開紅色包裝咖啡包50包、含有4-甲基甲基卡西酮(Mephedrone)及第四級毒品先

驅原料1-甲基苯基-1-丙酮成分之上開金色包裝咖啡包50包，一起放置於車牌號碼000-0000號自小客車駕駛座之下方袋子內，以伺機販賣營利。嗣於113年10月21日5時25分許，Ａ０１駕駛上開自小客車，在高雄市三民區凱旋一路143前，因形跡可疑而為警攔查，經其同意搜索後，當場在其所駕駛之上開自小客車內，扣得如附表編號1至4所示含上開毒品成分之紅色咖啡包50包、金色咖啡包50包、愷他命14包及APPLE手機1支。

二、案經高雄市政府警察局三民第一分局報告臺灣高雄地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

壹、證據能力部分：

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，刑事訴訟法第159條第1項定有明文。惟被告以外之人於審判外之陳述，雖不符合刑事訴訟法第159條之1至第159條之4之規定，但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，刑事訴訟法第159條之5第1項亦有明文。本判決後述所引用被告以外之人於審判外所為言詞及書面陳述，檢察官、上訴人即被告Ａ０１（下稱被告）及其辯護人於本院審理時均同意有證據能力（見本院卷第159、171頁），本院審酌該等證據資料製作時之情況，並無違法、不當或不宜作為證據之情事，亦無證據證明係公務員違背法定程序所取得，是認為以之作為證據應屬適當，依前開規定，該等證據資料自均有證據能力。

二、本判決所引用之其餘文書證據及證物，與本案均有關連性，且無證據證明係公務員違背法定程序所取得，亦無顯有不可信之情況，且經本院於審理期日合法調查，該等證據自得作為本案裁判之資料。

貳、實體部分：

一、認定事實所憑之證據及理由：

㈠上開犯罪事實，業經被告於偵查、原審及本院審理時均坦承不諱（見偵一卷第34頁，原審原訴卷第224頁，本院卷第172、179頁），並有被告之自願受搜索同意書、高雄市政府警察局三民第一分局搜索／扣押筆錄、扣押物品收據、扣押物品目錄表（見警一卷第25至37頁）、高雄市立凱旋醫院114年02月03日高市凱醫驗字第90137號濫用藥物成品檢驗鑑定書（見偵一卷第75頁）、內政部警政署刑事警察局114年3月13日刑理字第1146030190號鑑定書（見偵一卷第85至87頁）、高雄市政府警察局三民第一分局長明所照片黏貼紀錄表7張（見警一卷第49至55頁）、被告持用手機之蒐證照片75張（見警一卷第57至75頁）等件在卷可稽，足認被告自白與事實相符，堪以憑採。

㈡至起訴書犯罪事實欄雖載稱被告係「共同基於意圖販賣而持有第三級毒品（愷他命部分）之犯意聯絡，及共同基於意圖販賣而持有混合二種以上第三級毒品（咖啡包部分）之犯意聯絡，……」等語（見起訴書第1頁）。然本案扣案咖啡包共計100包，其中50包為「金色包裝、印有『檸檬蜂蜜飄香』字樣」之咖啡包，檢驗出其中含有「檢出第三級毒品4-甲基甲基卡西酮及微量第四級毒品：毒品先驅原料1-甲基苯基-1-丙酮」等混合二種以上毒品成分；其餘50包為「紅色包裝、印有『茶の魔手』字樣」之咖啡包，經檢驗含有「第三級毒品氯甲基卡西酮」之一種毒品成分等情，有前揭扣押物品目錄表、照片黏貼紀錄表及高雄市立凱旋醫院檢驗鑑定書附卷可佐（見警一卷第37、49至55頁，偵一卷第75頁）。是本案經扣案之100包咖啡包，僅有其中50包「金色包裝、印有『檸檬蜂蜜飄香』字樣」之咖啡包屬於混合二種以上之毒品，並非全部扣案毒品咖啡包均有混合二種以上毒品，是公訴意旨就此部分容有誤會，應予更正。

㈢又按販賣毒品乃違法行為，交易雙方類皆以隱匿秘密之方式而為，且毒品無公定價格，每次購買價量，隨時可能依雙方關係深淺、資力、需求量及對行情之認知、來源是否充裕、

查緝是否嚴緊，購買者被查獲時供述來源對象之可能性風險等因素之評估，因而異其標準，機動調整，非可一概而論。販賣毒品之利潤所得，除經坦承犯行或價量俱屬明確者外，本難查得實情，是以除非別有積極事證，足認係以同一價量委託代買、轉售或無償贈與，確未牟利以外，尚難執此遽認非法販賣毒品之證據尚有不足（最高法院97年度台上字第1012號、3557號判決意旨參照）。是販毒之人從價差或量差中牟利方式雖異，其意圖營利之非法販賣行為則一，苟無任何利益可圖，被告實無甘冒罹重典之風險而與他人相約交付毒品並收取價金之理。本案被告於警詢及偵訊時供稱：扣案之咖啡包及愷他命都是我要幫人家販賣的，毒品沒有了，我再跟他們反應，他們會叫我到指定地點補貨，車子上我會固定放愷他命20包、毒咖啡包100包，以便他們聯絡我時，我可以開車直接去交易；我與對方約定不論賣出多少，我一單可以賺新臺幣（下同）300元；扣案之金色包裝咖啡包及紅色包裝咖啡包均為7包賣2,000元，扣案之愷他命則為2公克賣1,800元、5公克賣3,300元等語（見偵卷第32頁，警卷第10頁），是被告上開所為係先持有毒品再伺機販賣，且確係有利可圖，足徵其主觀上確係基於販賣營利之意圖而持有上開毒品，甚為明灼。

㈣綜上所述，本案事證明確，被告犯行洵堪認定，應依法論科。

二、論罪：

㈠法律適用之說明：

按毒品危害防制條例於109年1月15日修正增定第9條第3項規定「犯前5條之罪而混合二種以上之毒品者，適用其中最高級別毒品之法定刑，並加重其刑至2分之1」，並於同年7月15日施行。該新增規定，將混合毒品行為依最高級別毒品之法定刑加重處罰，主要係以目前毒品查緝實務，施用混合毒品之型態日益繁多，且因混合毒品之成分複雜，施用後所造成之危險性及致死率均高於施用單一種類者，為加強遏止混

合毒品之擴散，故予加重其刑。顯然立法者認為在行為人混合多種毒品而成新興毒品之情形時，由於產生之新興毒品效用更強或更便於施用（如以錠劑或咖啡包等），施用者往往在無知情況下濫行使用，更易造成毒品之擴散，並增加使用者之危險性，故應針對此等混合型態之新興毒品製造、運輸、販賣等行為加重刑責，以遏止混合型新興毒品之氾濫（最高法院110年度台上字第521號、第4126號判決意旨參照）。再觀諸上開新增規定之立法理由敘明：「本條第3項所稱之混合，係指將二種以上之毒品摻雜調合，無從區分而言（如置於同一包裝）。依目前毒品查緝實務，施用混合毒品之型態日益繁多，且因混合毒品之成分複雜，施用後所造成之危險性及致死率均高於施用單一種類者，為加強遏止混合毒品之擴散，爰增訂第3項，……另本項係屬分則之加重，為另一獨立之犯罪型態，如其混合二種以上毒品屬不同級別，應依最高級別毒品所定之法定刑，並加重其刑至2分之1，例如販賣混合第三級及第四級毒品者，依販賣第三級毒品之法定刑處斷，並加重其刑至二分之一；如屬同一級別者，因無從比較高低級別，則依各該級別毒品所定之法定刑，加重其刑至二分之一」等語，可知立法者係將犯毒品危害防制條例第4條至第8條之罪而有混合二種以上毒品之情形，予以結合成另一獨立犯罪類型，以與單一種類毒品之犯罪類型區別，並予以加重其刑，屬「刑法分則之加重」。查本案被告意圖販賣而持有其中50包「金色包裝、印有『檸檬蜂蜜飄香』字樣」之毒品咖啡包，檢驗出其中含有「第三級毒品4-甲基甲基卡西酮及微量第四級毒品：毒品先驅原料1-甲基苯基-1-丙酮」等毒品成分，係混合二種以上之毒品，揆諸上開說明，自應依毒品危害防制條例第9條第3項規定，依意圖販賣而持有第三級毒品之法定刑並加重其刑至二分之一。

㈡罪名：

1.核被告所為，係犯毒品危害防制條例第5條第3項意圖販賣而

持有第三級毒品罪（愷他命及紅色包裝咖啡包部分），及犯反毒品危害防制條例第5條第3項、第9條第3項之意圖販賣而持有第三級毒品而混合二種以上之毒品罪（金色包裝咖啡包部分）。

2.被告基於同一意圖販賣而持有第三級毒品、第三級毒品而混合二種以上毒品之犯意，以一行為同時觸犯意圖販賣而持有第三級毒品罪、意圖販賣而持有第三級毒品而混合二種以上之毒品罪，為想像競合犯，應依刑法第55條規定，從一重之意圖販賣而持有第三級毒品而混合二種以上之毒品罪處斷

3.被告與本案販毒集團成員，就上開意圖販賣而持有第三級毒品而混合二種以上毒品犯行，有犯意聯絡及行為分擔，應依刑法第28條之規定，論以共同正犯。

㈢刑之加重減輕：

1.依毒品危害防制條例第9條第3項規定加重其刑：

被告所犯意圖販賣而持有第三級毒品而混合二種以上之毒品罪，依毒品危害防制條例第9條第3項之規定應加重其刑。

2.適用毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑：

⑴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。

⑵查被告就本件犯行，於偵查、原審及本院審判中均自白犯行，業如前述，是應依前開毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑，並依法先加重而後減輕之。

3.本件不適用毒品危害防制條例第17條第1項規定減免其刑：

⑴按犯第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。

⑵查本案雖因被告陳述，經高雄市政府警察局三民第一分局及高雄市政府警察局刑事警察大隊共同偵查，初步查證查得被告所述販毒集團中暱稱「菜頭」、「白董」2人之真實身份，惟本件並未依被告之供述而查獲其等為毒品來源之共犯乙情，此有高雄市政府警察局三民第一分局114年6月13日高市警三一分偵字第11471820100號函及附件、115年5月21日

高市警三一分偵字第11571465600號函及所附職務報告（見原審原訴卷第87至91頁，本院卷第121至123頁）、臺灣高雄地方檢察署114年6月24日雄檢冠朝113偵32566字第1149054828號函、115年5月15日雄檢冠朝113偵32566字第1159044223號函（見原審原訴卷第113頁，本院卷第89頁）、高雄市政府警察局刑事警察大隊115年5月15日高市警刑大偵2字第11571427300號函暨所附職務報告等相關資料（見本院卷第91至120頁）在卷可考，足認檢警並未因被告之供出毒品來源而查獲其他正犯或共犯甚明，因與上開減刑之要件不符，被告即無從依毒品危害防制條例第17條第1項規定減免其刑。

4.本件不應依刑法第59條規定酌減其刑：

按刑法第59條之酌量減輕其刑，必於犯罪之情狀，在客觀上足以引起一般同情，認為即予宣告法定最低度刑期，猶嫌過重者，始有其適用（最高法院51年度台上字第899號判決先例意旨參照）。本件被告及其辯護人雖請求依刑法第59條酌減其刑，惟本院審酌被告年輕力壯，不思正當營生，明知毒品危害人體至深，竟為謀私利即從事意圖販賣而持有第三級毒品而混合二種以上之毒品等犯行，且意圖販賣而持有之毒品種類、數量非微，對毒品危害蔓延具相當程度之危險性，依其犯罪情節，實不宜輕縱，況被告就本案犯行已依毒品危害防制條例17條第2項減輕其刑，實難謂經減刑後之法定最低度刑期猶嫌過重，而在客觀情狀具有顯可憫恕之情形，是被告自無刑法第59條適用之餘地。

參、上訴論斷部分：

一、撤銷改判之理由：

㈠原審判決以事證明確，對被告予以科刑，固非無見。惟：科刑之判決書其宣示之主文，與所載之事實及理由必須互相適合，否則即屬理由矛盾，其判決當然違背法令（最高法院64年台上字第893號判決先例意旨參照）。原判決於主文欄雖記載「ＡＯ１共同犯販賣第三級毒品而混合二種以上毒品未遂罪」，其犯罪理由欄亦載稱：「核被告所為，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及同條例第9條第3項、第4條第6項、第3項之販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品未遂罪。」等語（詳原判決第1、4頁），然事實欄卻記載：被告與該集團成員意圖營利，共同基於意圖販賣而持有第三級毒品（愷他命及「紅色包裝、印有『茶の魔手』字樣」之咖啡包50包部分）之犯意聯絡，及共同基於意圖販賣而持有混合二種以上第三級毒品（「金色包裝、印有『檸檬蜂蜜飄香』字樣」之咖啡包50包部分）之犯意聯絡，於113年10月21日5時25分許前某時許，將販毒集團所提供擬販賣予不特定人之毒品愷他命14包、含有氯甲基卡西酮（CMC）成分之上開紅色包裝咖啡包50包以及含有4-甲基甲基卡西酮(Mephedrone)、第四級毒品先驅原料1-甲基苯基-1-丙酮成分之上開金色包裝咖啡包50包，放置於車牌號碼000-0000號自小客車駕駛座之下方袋子內，以伺機販賣營利等情（詳原判決第1、2頁），則被告就本案犯行究係販賣毒品未遂、抑或意圖販賣而持有毒品，前後論述顯屬不一，容有判決主文、事實及理由矛盾之違誤。

㈡本案被告上訴主張其所為應依毒品危害防制條例第17條第1項、刑法第59條等規定減輕其刑，雖無理由，已如前述，惟原判決既有上述可議之處，自應予以撤銷改判。

二、量刑：

爰以行為人責任為基礎，審酌被告明知第三級毒品愷他命、4-甲基甲基卡西酮(Mephedrone)、氯甲基卡西酮（CMC）及第四級毒品先驅原料1-甲基苯基-1-丙酮（1-Methylphenyl-1-propanone(Methylpropiophenone)為國家查禁之違禁物，竟無視於國家杜絕毒品危害之禁令，與販毒集團成員共同為意圖販賣而持有第三級毒品混合二種以上毒品等犯行，實屬不該；另考量被告前有違反洗錢防制法、妨害兵役治罪條例、侵占、妨害性自主、詐欺等前科之素行，有法院前案紀錄表在卷可稽（見本院卷第31至39頁）；兼衡被告犯後坦認犯行及積極配合司法警察查緝毒品來源之態度，及其犯罪之

動機、手段、目的、本案意圖販賣而持有第三級毒品之種類、數量、被告於本院自陳之智識程度及家庭生活經濟狀況（見本院卷第179至180頁）等一切情狀，量處如主文第2項所示之刑。

三、沒收

㈠扣案如附表編號1、2、3所示之金色包裝毒品咖啡包50包、紅色包裝毒品咖啡包50包及愷他命14包，均為被告本案意圖販賣而持有之毒品，且該等扣案物經送驗抽檢結果，分別含有第三級毒品、第四級毒品成分，已如前述，核屬違禁物，均應依刑法第38條第1項規定宣告沒收。又盛裝上開毒品之外包裝袋，因難以與毒品完全析離，亦無析離之實益，應整體視同毒品，一併沒收。至送鑑耗損之毒品因已滅失，自毋庸為沒收之宣告。

㈡扣案如附表編號4所示之APPLE手機1支，係供被告為本案犯罪聯絡所用之物，業據被告供述明確（見警一卷第11、12頁），並有扣案手機蒐證照片75張在卷可佐（見警一卷第57至75頁），應依毒品危害防制條例第19條第1項規定宣告沒收。

㈢另被告陳稱其實施本案犯罪之報酬係從販毒所得中拿取等語（見警一卷第10頁），惟因被告於本案毒品尚未售出前即經查獲，故無犯罪所得可言，自毋庸為沒收之宣告。

據上論結，應依刑事訴訟法第369條第1項前段、第364條、第299條第1項前段，判決如主文。

本案經檢察官陳俊宏提起公訴，檢察官李廷輝到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　7　　月　　30　　日

刑事第九庭　審判長法　官　唐照明

法　官　蔡書瑜

法　官　葉文博

以上正本證明與原本無異。

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

狀（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　　115　　年　　7　　月　　30　　日

書記官　梁美姿

附錄本判決論罪科刑法條：

毒品危害防制條例第5條第3項

意圖販賣而持有第三級毒品者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金。

毒品危害防制條例第9條第3項

犯前五條之罪而混合二種以上之毒品者，適用其中最高級別毒品之法定刑，並加重其刑至二分之一。

附表：

編號	名稱	數量	備註
1	毒品咖啡包 （檸檬蜂蜜飄香）	50包	㈠高雄市政府警察局三民第一分局扣押物品目錄表編號1至50（警一卷第31至33頁）、照片黏貼紀錄表第51頁所示金色包裝、印有檸檬蜂蜜飄香字樣之毒品咖啡包。 ㈡鑑定結果（內政部警政署刑事警察局114年03月13日刑理字第1146030190號鑑定書，偵一卷第85至87頁）： 1.現場編號26、27毒品咖啡包2包。 2.編號26及27：經檢視均為金色包裝，外觀型態均相似。驗前總毛重7.15公克(包裝總重約3.08公克），驗前總淨重約4.07公克。抽取編號26鑑定：經檢視內含褐色粉末。 ①淨重2.19公克，取0.93公克鑑定用罄，餘1.26公克。 ②檢出第三級毒品”4-甲基甲基卡西酮(4-methylmethcathinone、Mephedrone、4-MMC)及微量第四級毒品：毒品先驅原料”（1-Methylpheny1-1-propanone(Methylpropiophenone)）包含其異構物1-(4-Methylphenyl)-1-propanone、2-Methyl、3-Methyl」等成分。 ③測得4-甲基甲基卡西酮純度約11％；微量係為純度未達1％，故無法據以估算（總）純質淨重。
2	毒品咖啡包	50包	㈠高雄市政府警察局三民第一分局扣押物品目

	（茶の魔手）		錄表編號51至100（警一卷第33至37頁）。照片黏貼紀錄表第51頁所示紅色包裝、印有茶の魔手字樣之毒品咖啡包。 ㈡鑑定結果（內政部警政署刑事警察局114年03月13日刑理字第1146030190號鑑定書，偵一卷第85至87頁）： 1.送驗證物：現場編號57、58毒品咖啡包2包。 2.編號57及58：經檢視均為紅色包裝，外觀型態均相似。驗前總毛重6.38公克(包裝總重約2.52公克），驗前總淨重約3.86公克。抽取編號57鑑定： ①經檢視內含褐色潮溼粉末。 ②淨重1.57公克，取0.78公克鑑定用罄，餘0.79公克。 ③檢出第三級毒品氯甲基卡西酮（Chloromethcathinone、CMC）成分。 ④純度約6 %
3	愷他命	14包	㈠高雄市政府警察局三民第一分局扣押物品目錄表編號101至114（警一卷第37頁）。 ㈡鑑定結果（高雄市立凱旋醫院114年02月03日高市凱醫驗字第90137號濫用藥物成品檢驗鑑定書，偵一卷第75頁） 1.送驗說明：14包抽1 ，編號101，檢驗前毛重5. 028公克、檢驗前淨重 4. 685公克、檢驗後淨重4. 636公克 2.檢驗項目：檢出第3級毒品"Ketamine"，單包純度約81.04%，檢驗前純質淨重約3.797公克（純質淨重係淨重乘以純度計算所得)，純度係以自由鹼計算。
4	APPLE手機 （IPHONE SE）	1支	IMEI:000000000000000 IMEI:000000000000000