

臺灣高等法院臺中分院刑事判決

110年度上訴字第2058號

上訴人

即被告 羅為懷

選任辯護人 邢建緯律師

陳婉寧律師

官厚賢律師

上列上訴人即被告因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣臺中地方法院110年度訴字第772號中華民國110年10月7日第一審判決（起訴案號：臺灣臺中地方檢察署110年度偵字第7672號、第7872號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

羅為懷共同犯販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品罪，處有期徒刑參年捌月。扣案如附表所示之物均沒收。

犯罪事實

一、羅為懷明知愷他命、4-甲基甲基卡西酮均係毒品危害防制條例第2條第2項第3款規定列管之第三級毒品，硝西泮則為同條項第4款規定列管之第四級毒品，依法均不得販賣，且不得持有第三級毒品純質淨重5公克以上，亦知悉其所取得供交易之藍色迷彩包裝毒品咖啡包（下稱毒品咖啡包）含有上開第三級毒品及第四級毒品，仍與真實姓名年籍不詳而綽號為「啊盛」（起訴書誤載為「阿盛」）、「莫」、「小明」及其他身分不詳之成年人共同基於販賣第三級毒品、販賣第三、四級毒品而混合二種以上毒品以營利之犯意聯絡，由綽號「啊盛」與「莫」等上游負責以通訊軟體微信暱稱「再續一個住宿(營〈台中〉營)」群組刊登毒品交易價格及掌機接單，並指派羅為懷、綽號「小明」等人攜帶毒品前往與買家交易，待其等收帳後再轉交回上游，並約定如販賣愷他命、毒品咖啡包1包，羅為懷各可獲取新臺幣（下同）200元、100元之報酬；羅為懷並持用序號為0000000000000000號之蘋果

廠牌IPHONE XR手機（內含行動電話門號0000000000號SIM卡）1支與綽號「啊盛」等毒品上游聯繫。謀議既定，即由綽號「啊盛」、某身分不詳之成年人先後於民國110年2月23日某時許、同年月24日晚間某時許，均在臺中市某處，分別將第三級毒品愷他命8包（純質淨重20.8247公克）、重量與數量均不詳之毒品咖啡包交予羅為懷供販售；嗣陳。與某真實姓名年籍不詳綽號「絲絲」之成年女子欲合資購買毒品咖啡包，遂由綽號「絲絲」於110年2月24日晚間10時許，在臺中市○○區市○○○路000號之「沐夏汽車旅館」751號房，以不詳方式聯繫綽號「啊盛」，表示欲以每包600元之價格購買毒品咖啡包5包，雙方達成協議後約定於同日稍晚在上開房外交易，綽號「啊盛」即以通訊軟體FACETIME將上開交易訊息通知羅為懷，而由羅為懷於110年2月24日晚間10時38分許，駕駛車牌號碼000-0000號自用小客車至上開旅館房外，再由綽號「絲絲」要求同在房內之陳。下樓進入上開車輛內，將現金3,000元交給羅為懷，羅為懷則交付毒品咖啡包5包予陳。。之後於110年2月24日晚間10時50分許，羅為懷駕駛上開車輛行經臺中市西屯區朝富路與市政北六路交岔口時，因未繫安全帶為警攔查，過程中因形跡可疑，為警經其同意搜索扣得愷他命8包（純質淨重20.8247公克）、毒品咖啡包37包（含4-甲基甲基卡西酮純質淨重10.50公克及微量硝西泮）、上開手機1支及現金2萬元。再經檢察官指揮警員循線追查，於110年2月25日凌晨1時55分許，在上開旅館房間內，經陳。同意搜索，扣得甫向羅為懷購入而用罄之藍色迷彩包裝毒品咖啡包之包裝碎片1個，始查悉上情。

二、案經臺中市政府警察局第六分局報告臺灣臺中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（包括證人、鑑定人、告訴人、被害人及共同被告等）於審判外之陳述，雖不符刑事訴訟法第159條之1

01 至之4等之規定，而經當事人於審判程序同意作為證據，法
02 院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認為適當者，
03 亦得為證據；當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，
04 知有刑事訴訟法第159條第1項不得為證據之情形，而未於言
05 詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同意，同法第159
06 條之5定有明文。查檢察官、上訴人即被告羅為懷（下稱被
07 告）及其辯護人對於本判決以下所引用被告以外之人於警詢
08 及偵訊時所為陳述之證據能力，於原審、本院言詞辯論終結
09 前均未爭執，且於審判期日對法院提示之卷證，均表示沒意
10 見等語，迄至言詞辯論終結前亦未聲明異議，且經本院審酌
11 該等證據資料製作時之情況，並無違法不當及證明力明顯過
12 低之瑕疵，堪認為證據應屬適當，依法自均有證據能力。

13 二、又本院以下所引用之非供述證據，均與本件事實具有自然關
14 聯性，且核屬書證、物證性質，又查無事證足認有違背法定
15 程序或經偽造、變造所取得等證據排除之情事，復經本院依
16 刑事訴訟法第164條、第165條踐行物證、書證之調查程序，
17 且檢察官、被告及其辯護人對此部分之證據能力亦均不爭
18 執，依同法第158條之4之反面解釋，均認有證據能力。

19 貳、實體部分

20 一、認定犯罪事實所憑之證據及理由：

21 (一)、上開犯罪事實，業據被告於警詢、偵訊、原審及本院審理時
22 均坦承不諱（見偵7672卷第15至16頁、第17至27頁、第29至
23 36頁、第239至241頁、第261至267頁、第269至271頁、第34
24 1至342頁、原審110聲羈118卷第17至20頁、原審卷第24頁、
25 第59頁、第224頁、本院卷第149至150頁），核與證人陳。
26 於警詢及偵訊中之證述情節大致相符（見偵7672卷第37至43
27 頁、第243至245頁），並有扣案毒品咖啡包37包（含4-甲基
28 甲基卡西酮純質淨重10.5公克及微量硝西洋）、愷他命8包
29 （純質淨重20.8247公克）、上開手機1支及現金2萬元可資
30 佐證；且有臺中市政府警察局第六分局市政派出所110年2月
31 25日員警職務報告書（見偵7672卷第13頁）、被告為警搜索

01 之搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、收據、自願受搜索同意
02 書（見偵7672卷第45至53頁）、證人陳。為警搜索之搜索扣
03 押筆錄、扣押物品目錄表、收據、自願受搜索同意書（見偵
04 7672卷第55至63頁）、市政北六路現場暨扣案物照片（見偵
05 7672卷第107至113頁）、車牌號碼000-0000號自用小客車在
06 臺中市○○區市○○○路000號「沐夏汽車旅館」監視器錄
07 影畫面擷圖（見偵7672卷第113至117頁）、上開旅館751號
08 房現場暨扣案物檢驗毒品反應照片（見偵7672卷第119至125
09 頁）、臺中市政府警察局臨檢紀錄表（見偵7672卷第65
10 頁）、臺中市政府警察局第六分局查獲羅為懷涉嫌毒品條例
11 案毒品初驗報告（見偵7672卷第85至87頁）、查獲陳。涉嫌
12 毒品條例案毒品初驗報告（見偵7672卷第97至105頁）、臺
13 中市政府警察局舉發違反道路交通管理事件通知單（見偵76
14 72卷第139頁）、車牌號碼000-0000號自用小客車車輛詳細
15 資料報表、車行記錄（見偵7672卷第141頁、第333至337
16 頁）、扣案手機門號0000000000號之通話紀錄擷圖（見偵76
17 72卷第143頁）、iMessage與暱稱「莫」、「啊盛」訊息擷
18 圖（見偵7672卷第144頁、第147頁）、通信軟體微信暱稱
19 「無所畏」之資訊及與其對話擷圖、與「無所畏」、「小
20 瑋」群組之對話擷圖（見偵7672卷第145至146頁、第148
21 頁、第151頁）、松竹路祥順路地圖（見偵7672卷第149
22 頁）、通信軟體微信暱稱「小明」之資訊及與其對話、4人
23 群組之擷圖（見偵7672卷第153頁、第155頁）、被告指認取
24 車、與「小明」交班及其租屋處地點之街景照片（見偵7672
25 卷第150至151頁、第156至157頁）、被告指認與Facetime帳
26 號amg5889000000oud.com補貨(毒品)地點街景圖、聯繫時
27 間之通話紀錄擷圖（見偵7672卷第281至283頁）、通信軟體
28 微信暱稱「再續一個住宿(營〈台中〉營)」群組對話擷圖
29 （見偵7672卷第168至169頁）、被告指認毒品上手「啊盛」
30 照片（見偵7672卷第331頁）、110年2月24日臺中市○○區
31 ○○○街00號前監視器錄影畫面擷圖（見偵7672卷第285至2

95頁）、被告指認太和一街販毒地點街景圖（見偵7672卷第297頁）、110年2月24日臺中市北屯區太和一街監視器錄影畫面擷圖（見偵7672卷第299至305頁）、被告指認大里路販毒地點街景圖（見偵7672卷第307頁）、扣案手機門號0000000000號畫面擷圖（見偵7672卷第171至183頁）各1份在卷可稽；且扣案愷他命8包經送鑑定，取樣檢品純度91.4%，檢驗前總淨重22.7841公克，推估愷他命總純質淨重20.8247公克，此有衛生福利部草屯療養院110年3月22日草療鑑字第1100300320號、110年3月30日第0000000000號鑑驗書各1份（見偵7672卷第457頁、第459頁）在卷可參；又扣案毒品咖啡包經送鑑定，經檢視均為迷彩藍色包裝，外觀型態均相似，驗前總毛重303.21公克（包裝總重約40.55公克），驗前總淨重約262.66公克，取樣檢品含第三級毒品4-甲基甲基卡西酮純度約4%及微量第四級毒品硝西泮，推估4-甲基甲基卡西酮之驗前總純質淨重約10.50公克，此有內政部警政署刑事警察局110年4月14日刑鑑字第1100030290號鑑定書1份（見偵7672卷第461至462頁）附卷可考；基上，足認被告之自白核與事實相符，堪予採信。

(二)、按毒品危害防制條例所處罰之「販賣」毒品罪，所著重者為在主觀上有藉以牟利之惡性，及對毒品之擴散具有較有償或無償轉讓行為更嚴重之危害性，被告「營利」之意圖係從客觀之社會環境、情況及人證、物證等資料，依據證據法則綜合研判認定。又毒品因政府查緝甚嚴，物稀價昂，持有毒品販賣者，苟非有利可圖，當不願甘冒法律制裁之風險，而予販賣；再按販賣毒品乃違法行為，非可公然為之，亦無公定價格，容易分裝並增減份量，而每次買賣之價量，輒因買賣雙方關係之深淺、資力、需求量及對行情之認知、來源是否充裕、查緝是否嚴緊、購買者被查獲時供出購買對象之風險評估等因素，而異其標準，非可一概而論，而販賣毒品之利得，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，職是之故，舉凡其有償交易，除足反證其確另基於某種非圖利本意之關係外，通常尚難因無法查悉其販入價額作為是否高價賣出之比較，諉無營利之意思，阻却販賣犯行之追訴（最高法院87年度台上字第3164號判決意旨參照）。查被告進行本案毒品交易，並非無償提供含有第三、四級毒品而混合二種以上毒品之毒品咖啡包予陳。核屬有償之行為，倘非有利可圖，被告殊無甘冒遭查獲之極大風險，平白無故義務性、服務性提供毒品予證人陳。施用，又被告於警詢、偵訊、原審羈押訊問中及審理時均承認：每賣1包2公克愷他命可從中抽取200元，賣1包4公克的愷他命可抽取300元，賣1包毒品咖啡包，可抽取100元等語（見偵7672卷第22頁、第240頁、原審110聲羈118卷第18頁、原審卷第24頁、第61頁、第225頁），足見被告主觀上確有販賣第三級毒品愷他命及販賣含有第三、四級毒品而混合二種以上毒品之毒品咖啡包以營利之意圖無訛。

(三)、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利，客觀上並有購入毒品之行為，惟仍須對外銷售，始為販賣行為之具體實現。倘行為人在尚未尋找買主前，即為警查獲，其既未對外銷售，亦無向外行銷之著手販賣行為，自難認已著手實行販賣毒品，應論以意圖販賣而持有毒品罪。至於行為人意圖營利，因買主之要約而購入毒品，或先向不特定人或特定多數人行銷後，再購入毒品等情形，就其前後整體行為以觀，前者已與可得特定之買方磋商，為與該買方締約而購入毒品行為，已對販賣毒品罪所保護之法益形成直接危險，與銷售毒品之實現具有必要關聯性；後者則與意圖營利購入毒品後，對不特定人或特定多數人行銷之情形無異，均已達販賣毒品罪之著手階段，自不待言。此為最高法院最近之統一見解（最高法院109年度台上字第5695號判決意旨參照）。經查，被告於警詢及偵查中均自承：（警方出示「再續一個住宿(營〈台中〉營)」微信群組）我不確定有沒有關聯，但是我在交易毒品的時候，有聽到客人在抱怨我們

「住宿」這個詞，所以有可能是我們這個集團的名稱，因為我沒有控過及看過微信手機。滿常聽到客人提到「住宿」這個詞，只要客人要跟我確認身分及抱怨，我都會聽到這個詞，例如：你是「住宿」的嗎？你是「住宿」新來的？你們「住宿」常常遲到之類等語；我無法確定販毒群組名稱，但我去找客人時，客人都問我「你是住宿嗎」，所以群組名稱應該是有「住宿」這個詞等語（見偵7672卷第34頁、第240頁），足認本件販毒集團應確係由綽號「啊盛」與「莫」等上游負責以通訊軟體微信暱稱「再續一個住宿(營〈台中〉營)」群組刊登毒品交易價格及掌機接單；又依卷附通信軟體微信暱稱「再續一個住宿(營〈台中〉營)」群組對話擷圖（見偵7672卷第169頁）亦確有「優質小姐已上線、2：5300、4：10000」等暗喻愷他命之交易價格2公克售價5,300元、4公克售價10,000元，堪認該販毒集團或係先購入毒品，再以通訊軟體微信群組向不特定人或特定多數人行銷，或係先刊登訊息行銷後，再購入毒品，依其整體行為以觀，與意圖營利購入毒品後，對不特定人或特定多數人行銷之情形無異，均已達販賣毒品罪之著手階段；是起訴書業已載明被告推由綽號「啊盛」之人以通訊軟體微信暱稱「台中住宿營」於網際網路上散布毒品交易之訊息，而以第三級毒品愷他命每包2公克4,600元兜售等內容，雖起訴書未援引毒品危害防制條例第4條第6項、第3項之法條，惟不影響該部分起訴之效力，且原審及本院均於審理中已告知被告可能另涉犯此部分罪名，已無礙當事人之攻擊防禦權，本院自得併予審理。

(四)、綜上所述，本件事證已臻明確，被告犯行洵堪認定，應依法論科。

二、論罪科刑：

(一)、毒品危害防制條例前於109年7月15日修正施行，該條例增定第9條第3項規定：「犯前5條之罪(即毒品危害防制條例第4條至第8條)而混合2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。」，該條項所稱之「混合」，係指將2種以上之毒品摻雜調合，無從區分而言（如置於同一包裝）。考其立法目的，係因目前毒品查緝實務，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，爰增定犯毒品危害防制條例第4條至第8條之罪，而有混合2種以上毒品之情形者，加重其刑至二分之一。此規定係就犯罪類型變更之個別犯罪行為予以加重，當屬刑法分則加重之性質而成為另一獨立之罪。經查，被告所販賣之毒品咖啡包經送鑑定結果，含有第三級毒品、第四級毒品成分，業如前述，係同一包裝內摻雜調合有二種以上之毒品，自屬該項所稱之混合二種以上之毒品。是核被告就販賣毒品咖啡包所為，係犯毒品危害防制條例第9條第3項、第4條第3項、第4項之販賣混合第三級、第四級二種以上毒品罪，並依毒品危害防制條例第9條第3項規定，適用最高級別即販賣第三級毒品之法定本刑，並加重至二分之一。

(二)、查被告所屬之販毒集團意圖營利，為販賣之目的而購入本件遭扣案之第三級毒品愷他命，雖於為警查獲時尚查無業已出售之實據，惟渠等既係以通訊軟體微信暱稱「再續一個住宿（營〈台中〉營）」群組刊登第三級毒品愷他命之交易訊息而對外行銷，復交付購入之第三級毒品愷他命予被告以供販售，自應認已達販賣第三級毒品罪之著手階段，然因尚未售出即為警查獲，核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。

(三)、被告基於販賣之目的而持有前開第三級毒品愷他命及持有前開含有第三、四級毒品成分之毒品咖啡包，與意圖販賣而持有第三、四級毒品罪之構成要件該當，且分別與販賣第三、四級毒品罪具有法條競合之適用，而擇法定刑較重之販賣罪處罰，該意圖販賣而持有之輕罪僅係被重罪吸收而均不另論罪（最高法院101年度第10次刑事庭會議決議參照）。又被告

01 基於販賣之目的而持有之第三級毒品純質淨重已達毒品危害
02 防制條例第11條第5項規定之純質淨重5公克以上，惟其持有
03 第三級毒品純質淨重5公克以上之低度行為，為其販賣第三
04 級毒品（愷他命）、販賣混合第三級、第四級二種以上毒品
05 （毒品咖啡包）之高度行為所吸收，不另論罪。

06 (四)、被告以一行為同時觸犯販賣第三級毒品未遂罪、販賣第三級
07 毒品而混合二種以上之毒品罪之二罪名，為想像競合犯，依
08 刑法第55條前段，應從重論以販賣第三級毒品而混合二種以
09 上之毒品罪。

10 (五)、被告與綽號「啊盛」、「莫」、「小明」及其他身分不詳之
11 成年人就本案犯行有犯意聯絡及行為分擔，依刑法第28條，
12 應論以共同正犯。

13 (六)、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
14 輕其刑。」，毒品危害防制條例第17條第2項定有明文。查
15 被告就本案販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品犯行，於
16 偵訊、原審及本院審理時均自白不諱，應認被告於偵查及歷
17 次審理中就本案販賣毒品犯行已自白犯行，爰依毒品危害防
18 制條例第17條第2項規定，減輕其刑，並依法先加後減之。

19 (七)、按毒品危害防制條例第17條第1項所謂供出毒品來源，因而
20 查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑，係指具體提供毒
21 品來源之資訊，使調查或偵查犯罪之公務員知悉而對之發動
22 調查或偵查，並據以破獲者而言（最高法院101年度台上字
23 第713號判決要旨參照）。次按毒品危害防制條例第17條第1
24 項規定：「犯第4條至第8條、第10條或第11條之罪，供出毒
25 品來源，因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其
26 刑。」，係指犯罪行為人供出毒品來源之對向性正犯，或與
27 其具有共同正犯、共犯（教唆犯、幫助犯）關係之毒品由來
28 之人的相關資料，與調查或偵查犯罪之公務員對之發動調查
29 或偵查並進而破獲之間，須具有先後且相當的因果關係，方
30 得依上開規定予以減免其刑。若上訴人供出毒品來源者之
31 前，調查或偵查犯罪之公務員已有確切之證據，足以合理懷

01 疑上訴人所供販賣毒品來源之人，則嗣後之破獲與上訴人之
02 「供出毒品來源」間，即欠缺先後且相當的因果關係，自無
03 適用上開規定予以減免其刑之餘地（最高法院110年度台上
04 字第4895號判決意旨參照）。查被告固陳稱本案毒品來源為
05 綽號「啊盛」、「小明」等人，並經警調查出該等人員之真
06 實身分，惟於原審審理時仍尚在追查該等人員之行蹤，並無
07 因被告之供述查獲毒品上手綽號「啊盛」或其他人，此有臺
08 中地檢署110年4月29日中檢增湯110偵7672字第1109043943
09 號函、臺中市政府警察局第六分局110年4月28日中市警六分
10 偵字第1100056836號函暨所附警員職務報告各1份在卷可考
11 （見原審卷第53頁、第79至81頁），被告上訴後，經本院函
12 詢臺中地檢署，亦據該署函覆稱被告之毒品來源並未查獲等
13 語，復有該署110年12月7日中檢謀湯110偵7872字第1109122
14 765號函在卷足憑（見本院卷第61頁）；堪認本案並未因被
15 告之供述而查獲其毒品來源，核無毒品危害防制條例第17條
16 第1項「供出毒品來源」並「因而查獲其他正犯或共犯」之
17 減輕或免除其刑之適用。

18 (八)、被告及其辯護人雖請求依刑法第59條減輕其刑；惟按刑法第
19 59條規定犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重
20 者，得酌量減輕其刑，此雖為法院依法得行使裁量之事項，
21 然非漫無限制，必須犯罪另有特殊之原因、環境、情狀，在
22 客觀上足以引起一般之同情而顯可憫恕，認為即予宣告法定
23 最低度之刑，猶嫌過重者，始有其適用。是以，為此項裁量
24 減輕其刑時，必須就被告全部犯罪情狀予以審酌，在客觀上
25 是否有足以引起一般之同情而顯可憫恕之情形，始謂適法；
26 又刑法第59條所規定之酌量減輕其刑，係裁判上之減輕，必
27 以犯罪之情狀可憫恕，認為宣告法定最低度之刑猶嫌過重
28 者，始有其適用；如別有法定減輕之事由，應先依法定減輕
29 事由減輕其刑後，猶嫌過重時，始得為之；若有二種以上法
30 定減輕事由，仍應先依法定減輕事由遞減其刑後，猶嫌過重
31 時，始得再依刑法第59條規定酌減其刑（最高法院99年度台

上字第5999號、100年度台上字第744號判決意旨參照)。而毒品之危害，除戕害施用者之身心健康外，並造成整體國力之實質衰減，復因毒品施用者為取得購買毒品所需之金錢，亦衍生家庭、社會治安問題，社會對之深惡痛絕，因此政府近年來為革除毒品之危害，除於相關法令訂定防制及處罰之規定外，並積極查緝毒品案件及於各大媒體廣泛宣導反毒，製造、運輸或販賣毒品者如遭查獲將科以重刑一事，近年來在政府致力宣導下已廣為周知；又審酌混合二種以上毒品成分之毒品咖啡包於目前國內流通氾濫，販毒集團經常透過網際網路與通訊軟體向不特定人兜售，購買者施用此種成分複雜與來源不明之毒品後，更有致命之風險，被告係具有正常智識之人，對上述情形自不能諉為不知，其卻漠視法令規定，為求財鋌而走險，難認係因一時失慮犯下本案，苟於法定刑度之外，動輒適用刑法第59條規定減輕其刑，更不符禁絕毒品來源，使國民遠離毒害，嚇阻販賣毒品行為之刑事政策。據此，難認被告有犯罪情狀顯可憫恕之情，不宜依刑法第59條減輕其刑。

三、本院之判斷：

(一)、撤銷改判之理由：原判決認被告意圖營利而持有本案愷他命8包後，在尚未尋找買主前，即為警查獲，其所為係犯毒品危害防制條例第5條第3項之意圖販賣而持有第三級毒品罪，固非無見；惟原審未慮及被告已自承所屬販毒集團使用之通訊軟體微信群組名稱有「住宿」2字，核與卷附通信軟體微信暱稱「再續一個住宿(營〈台中〉營)」群組對話擷圖相符，且該擷圖內容中確有刊登「優質小姐已上線、2：5300、4：10000」等暗喻愷他命之交易價格2公克售價5300元、4公克售價10000元之訊息，而堪認渠等係意圖營利而購入愷他命毒品，並已對不特定人或特定多數人為行銷，已達販賣毒品罪之著手階段，此部分犯行應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，是原判決此部分適用法則自非允當。被告上訴雖未指摘及此，惟原判決既

01 有上開可議之處，自屬無可維持，應由本院將原判決予以撤
02 銷改判。

03 (二)、爰以行為人之責任為基礎，審酌被告所為共同犯販賣第三級
04 毒品而混合二種以上之毒品犯行，已生危害於社會及造成他
05 人身體健康，甚至造成生命危險之生理成癮性及心理依賴性
06 之風險，嚴重影響社會治安、戕害國民身心健康甚深，所為
07 實值非難；惟念其於本案查獲後尚知坦認犯行，顯有悔悟，
08 兼衡被告犯罪之動機、手段與遭查扣之毒品數量及不法所得，
09 暨被告前未曾經法院判刑確定，素行尚可，有其臺灣高
10 等法院被告前案紀錄表在卷可稽，復考量被告自陳高中肄業
11 之教育智識程度，未婚，無子女，犯後在齊昇工程有限公司
12 及上昊機械有限公司工作，月薪約3萬5千元及家中有父母亟
13 待扶養之家庭生活經濟狀況等一切情狀，量處如主文第2項
14 所示之刑。

15 (三)、沒收部分：按犯第4條至第9條、第12條、第13條或第14條第
16 1項、第2項之罪者，其供犯罪所用之物，不問屬於犯罪行為
17 人與否，均沒收之，毒品危害防制條例第19條第1項定有明
18 文。又違禁物，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之，則為刑
19 法第38條第1項所明定。而毒品危害防制條例第18條第1項後
20 段規定查獲之第三、四級毒品，無正當理由而擅自持有者，
21 均沒入銷燬之；此應沒入銷燬之毒品，專指查獲施用或持有
22 （未成罪）之第三、四級毒品而言；倘屬同條例相關法條明
23 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
24 之範圍；又同條例第19條第1項所定「供犯罪所用之物」，
25 係指犯第4條至第9條、第12條、第13條或第14條第1項、第2
26 項之罪所用之物，不包括毒品本身在內，自不得為第三、四
27 級毒品及「預備供犯罪所用之物」之沒收依據；再同條例對
28 於查獲之製造、運輸、販賣、意圖販賣而持有、以非法方法
29 使人施用、引誘他人施用及轉讓、持有一定數量以上第三、
30 四級毒品之沒收，並無特別規定，如其行為已構成犯罪，則
31 該毒品即屬不受法律保護之違禁物，應回歸刑法之適用（最

01 高法院95年度台上字第4358號、95年度台上字第911號、98
02 年度台上字第2889號、99年度台上字第2733號判決意旨參
03 照)。經查：

04 1.扣案如附表編號2所示之愷他命純質淨重20.8247公克，及附
05 表編號3所示之毒品咖啡包，含有第三級毒品4-甲基甲基卡
06 西酮純質淨重10.50公克及微量第四級毒品硝西泮，此有臺
07 中市政府警察局第六分局搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、
08 內政部警政署110年4月14日刑鑑字第1100030290號鑑定書各
09 1份、衛生福利部草屯療養院鑑驗書（草療鑑字第110030032
10 0號、第0000000000號）2份在卷可稽，核屬毒品危害防制條
11 例所稱之第三級毒品與第四級毒品，均為違禁物，且上開第
12 三級毒品愷他命及含有第三、四級毒品等成分之毒品咖啡包
13 均係供被告販賣予他人乙情，業據被告陳明在卷（見偵7672
14 卷第19頁、原審卷第24頁、第61頁），則被告所犯販賣第三
15 級毒品未遂、販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品等犯
16 行，既皆係毒品危害防制條例明文規定處罰之犯罪行為，上
17 開愷他命與毒品咖啡包又係被告販賣未遂或販賣贖餘之毒
18 品，揆諸前揭說明，此部分扣案之毒品咖啡包與愷他命即不
19 屬同條例第18條第1項後段應依行政程序沒入銷燬之範圍，
20 惟仍為不受法律保護之違禁物，爰依刑法第38條第1項之規
21 定，不問屬於犯罪行為人與否，宣告沒收。又前開用以盛裝
22 扣案毒品咖啡包或愷他命之包裝袋，因無法析離，仍有微量
23 之前開第三、四級毒品殘留，併予宣告沒收。至鑑驗時採樣
24 檢測之檢體部分，既已耗損用罄而已滅失不復存在，自毋庸
25 為沒收之諭知。

26 2.扣案如附表編號1所示之手機，係被告所有供其與身分不詳
27 之毒品上游聯繫毒品交易事宜所使用，業經被告於警詢、原
28 審準備程序及審理時供承明確（見偵7672卷第18至19頁、第3
29 2頁、原審卷第25頁、第60頁、第221頁），足認此扣案手機
30 係供被告為本案販賣第三、四級毒品所用之物，依毒品危害
31 防制條例第19條第1項規定，不問屬於犯罪行為人與否，宣

告沒收之。

3.被告坦承其販賣毒品咖啡包予陳。之價金3,000元業經警扣案，此為被告之犯罪所得，依刑法第38條之1第1項前段，應予宣告沒收。又被告雖坦承其每售出毒品咖啡包1包可獲取100元，惟其駕車至前開汽車旅館與陳。完成毒品交易後，甫駛出該旅館即為警查獲，顯見其尚未能從毒品上游處獲取該等販售毒品咖啡包之報酬，此部分即無從宣告沒收。另被告自承除本案起訴之販毒行為外，尚有於查獲當日，在不詳時、地，販賣前開毒品咖啡包或愷他命予不詳之人，衡以警方在被告隨身包包查獲如附表編號4所示現金2萬元，被告並供承此部分贓款係查獲當日販賣所得(見偵7672卷第21至22頁、原審110聲羈118卷第18頁、原審卷第25頁、第60頁、第221頁)，且依卷附扣案手機畫面所示被告與毒品上游聯繫紀錄、交送毒品地點紀錄及帳冊明細所揭，亦記載被告並非僅共同參與本案販毒行為，此有上開手機畫面截圖1份在卷可稽(見偵7672卷第143至149頁、第171至189頁)，是有事實足以證明扣案現金扣除上開3,000元後之1萬7,000元係取自其他違法販毒行為所得，爰依毒品危害防制條例第19條第3項，併於被告所涉罪名項下宣告沒收。

4.至扣案序號0000000000000000之IPHONE 8手機(內含行動電話門號0000000000)1支，與本案販毒行為並無關聯，業經被告於原審訊問及準備程序時陳稱：IPHONE 8那支沒有用來聯絡交易毒品用等語(見原審卷第25頁、第60頁、第221頁)，且經警檢視該手機內之資訊，亦未查得與本案販毒行為有關之內容，自與本案被告所犯販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品犯行無所關連，且尚乏積極證據得以證明係被告供本案犯罪所用、所得或相關之物，爰不予宣告沒收。

(四)、被告上訴意旨略以：1.被告於110年2月24日為警查獲後，不僅坦承犯行，更於警詢中供出扣押之毒品係向其上手即綽號「啊盛」之男子拿取，並曾於同年月20日與綽號「啊盛」之男子面交帳款，並供出共犯綽號「小明」之男子為共同販賣

毒品之早班司機，嗣經被告指認綽號「小明」之人的正確姓名為高俊明及其他年籍資料，而檢警嗣又依據被告提供之情資調取臺中市○○區○○路○段0000號之監視畫面，發現被告確有於110年2月21日21時20分與綽號「啊盛」之男子見面，並進而確認綽號「啊盛」之男子正確年籍為張博勝，準此本案應有因被告所提供之相關情資予警方，進而使警方可循線追緝到共犯綽號「小明」之高俊明及上手綽號「啊盛」之張博盛，依據最高法院101年度台上第2941號裁判所揭櫫之意旨，自應認本案被告有供出毒品來源並使檢警查獲其他正犯及共犯而有毒品危害防制條例第17條第1項減刑規定之適用。2.參照最高法院100年度台上字第1231號判決意旨及本院110年度上訴字第1151號判決意旨，查被告係110年2月間加入販毒集團，被告加入不久後隨即遭警方破獲，被告因在此之前並無任何犯罪前科，故於警方因被告交通違規而攔檢時，即因心虛害怕而供出販賣毒品犯行，被告當時情形與刑法「自首」相關規定僅有一線之隔，而被告不僅配合警方即刻查獲購毒者陳。以杜絕毒品向外擴散，更進一步提供上手及共犯情資並供出高俊明、張博勝二人之正確年籍及該犯罪集團之分工模式，是被告就本次犯罪情節雖為既遂但尚屬輕微；又被告犯罪時甫年滿23歲，智識尚淺，涉世未深，乃一時受金錢及毒品誘惑而失慮誤罹典章，販賣次數僅乙次，本次販毒行為剛完成交易，旋遭警方查獲，並未對社會造成毒品氾濫等重大危害，對象亦僅陳。1人，販賣毒品數量甚微，所為係小額交易，應係毒品交易之下游，影響層面非屬廣大；且被告亦已供出本案扣押毒品之上手及共犯，以供檢警單位依上述情資採取調查、追緝之手段，縱被告販賣混合第三、四級毒品之犯行並未符合毒品危害防制條例第17條第1項減刑之要件，仍應認其犯後態度甚佳，當無再犯之虞；再被告所為販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品罪，所持之毒品數量非鉅，其販售之混合第三級毒品4-甲基甲基卡西酮、及第四級毒品硝西泮之毒品咖啡包等純度甚低，縱令

01 以毒品危害防制條例第4條第3項之販賣第三級毒品罪、第9
02 條第3項之販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品罪所規定
03 之法定本刑而科處最輕本刑，猶嫌過重，恐不符合罪刑相當
04 性及比例原則，實屬情輕法重，在客觀上足以引起一般之同
05 情，堪認尚值憫恕，且若被告受上開法定最低度刑以上刑之
06 宣告，將與社會隔絕日久，致虛擲青春年華，而難達到刑罰
07 教化之功能並難期未來能順利復歸社會，是以，請依刑法第
08 59條規定酌減其刑。3.被告係因誤交損友而加入販毒集團，
09 核被告所為固屬不該，然被告因一時失慮誤罹重典，惟前無
10 犯罪紀錄、素行良好，再衡諸被告學歷為高中肄業，犯後在
11 齊昇工程有限公司及上昊機械有限公司工作，有正常之工
12 作，月薪約35,000元及家中有父、母亟待扶養，並於偵、審
13 中均坦承犯行，犯後態度良好等情，請依刑法第57條減輕其
14 刑。再被告之前並無任何犯罪前科，經此偵、審教訓，當知
15 所警惕而無再犯之虞，如確依毒品危害防制條例第17條第1
16 項或刑法第59條減輕其刑並判決被告二年有期徒刑，請依刑
17 法第74條規定給予被告緩刑諭知，以啟自新云云。惟查：1.
18 按毒品危害防制條例第17條第1項明定犯同條例第4條之罪者
19 供出毒品來源因而查獲其他正犯或共犯，減輕或免除其刑，
20 所謂「供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者」，係指
21 犯罪行為人供出毒品來源之人姓名、年籍、住居所或其他足
22 資辨別之特徵等相關資料，使調查或偵查犯罪之公務員得據
23 以對之發動調查或偵查程序，並因而查獲其人及其犯行者，
24 始足當之。查被告固已供出本案毒品來源為綽號「啊盛」、
25 「小明」等人，並經警調查出該等人員之真實身分，惟迄今
26 仍未查獲，已詳如前述理由欄、貳、二、(七)所載；至辯護人
27 雖主張被告業已指認毒品上游，並援引最高法院101年度台
28 上字第2941號判決意旨：「毒品危害防制條例第17條第1項
29 規定之規範目的在早日破獲毒品並落實追查以斷絕供給，其
30 所謂查獲，凡職司偵查程序之公務員因職務上之機會，或因
31 其個人之經驗、閱歷，認有犯罪嫌疑，而對嫌疑人依法採取

任何調查、追緝之手段，足認已對其啟動偵查犯罪程序者，即屬之，至蒐集所得之證據是否足以證明嫌疑人犯罪，則非所問，縱罪證猶嫌不足而有待進一步追查，亦應於後續偵查、審判程序補充行之，要難因此謂其尚未破獲。」，進而主張被告所供出之毒品上游身分已明並經警調查，可依毒品危害防制條例第17條第1項減輕其刑云云；惟查，綜觀上開判決之其他部分理由所載：「警員早於被告供出來源前，即依對被告實施通訊監察所得資料，對邱振強、黃○平進行通訊監察，而啟動偵查犯罪程序，採取調查、追緝彼等販賣毒品犯罪之手段，應認斯時警員已查獲彼等二人，而開始偵查彼等二人犯罪。至當時蒐集所得之證據是否足以證明彼等二人犯罪，則非所問，縱罪證猶嫌不足而有待進一步追查，亦應於後續偵查、審判程序補充行之，要難因此謂其二人尚未破獲。是被告嗣於警詢所為上開供述，與彼等二人之查獲，並無因果關係，僅足為彼等二人販賣毒品犯罪證據之一。」等內容，足徵上開判決意旨係在闡明犯罪行為人供出毒品來源，與調查或偵查犯罪之公務員對之發動調查或偵查並進而破獲之間，須具有先後且相當的因果關係，始得依毒品危害防制條例第17條第1項減輕或免除其刑，而非表示只要販賣、轉讓等毒品犯罪之被告供出其毒品來源身分並經檢警列為情資，即可依上開規定予以減免其刑。據此，本件案情核與辯護人所舉之上開最高法院判決之基礎事實不同，且上開判決意旨亦非辯護人所主張之意涵，難以比附援引，依本案檢警前述函覆內容，本案尚與上開減輕規定不符，無法依該規定對被告減免其刑。2.又按刑法第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，認為即使予以宣告法定最低度刑，猶嫌過重者，始有其適用。該項規定係立法者賦予審判者之自由裁量權，俾就具體之個案情節，於宣告刑之擇定上能妥適、調和，以濟立法之窮。而是否適用刑法第59條規定酌量減輕被告之刑，係實體法上賦予法院得依職權自由裁量之事項（最高法院10

7年度台上字第1105號判決意旨參照)；經查，依被告犯罪行為之目的、動機及犯罪之情節，客觀上尚無任何情堪憫恕或特別之處，復綜觀被告犯罪當時，殊難認另有特殊原因或堅強事由，在客觀上足以引起一般同情而顯然可憫，再審酌愷他命及混合二種以上毒品成分之毒品咖啡包於國內流通之泛濫，對社會危害之深且廣，此乃一般普遍大眾皆所週知，而被告為智識正常之成年人，並非不知毒品危害甚大，若於法定刑度之外，動輒適用刑法第59條之規定減輕其刑，亦不符禁絕毒品來源，使國民遠離毒害之刑事政策，且關於被告本案所示販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品犯行，依毒品危害防制條例第9條第3項規定加重其刑後，再依同條例第17條第2項之規定予以減輕其刑後，其最輕之刑為有期徒刑3年7月，核無情輕法重之情形，又觀諸被告所販賣毒品咖啡包之數量6包、價金3,000元，實非少量，自不宜再依刑法第59條酌減其刑；至上訴意旨所引最高法院100年度台上字第1231號判決意旨及本院110年度上訴字第1151號判決意旨，因個案具體情節不同，自不得以另案比附援引而為有利被告之認定。3.另按宣告緩刑，應就被告有無再犯之虞，及能否由於刑罰之宣告而策其自新等，加以審酌。又刑事被告如何量定其刑及是否宣告緩刑，為求個案裁判之妥當性，法律固賦與法官裁量權，但此項裁量權之行使，並非得以任意或自由為之，仍應受一般法律原則之拘束，即必須符合所適用法律授權之目的，並受法律秩序之理念、法律感情及慣例等所規範（最高法院96年度台上字第5616號判決意旨參照）。且接受2年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告，而有下列情形之一，認以暫不執行為適當者，得宣告2年以上5年以下之緩刑，其期間自裁判確定之日起算：一、未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者。二、前因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，執行完畢或赦免後，5年以內未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者，刑法第74條第1項定有明文。查被告前雖未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，有被告

之臺灣高等法院被告前案紀錄表存卷可按（見本院卷第41頁），然審酌毒品戕害國民身體、削弱國力，更造成社會治安之隱憂，販賣毒品實為嚴重之犯罪，被告行為時已年滿22歲，心智已臻成熟，其為獲取報酬而與「啊盛」、「莫」、「小明」等人共同決意鋌而走險販賣毒品，顯見其等價值觀念已有偏差，且自制力甚低，守法意識薄弱，被告本案之宣告刑如未執行，難使其真正悔悟自新，並藉此警惕教化，又據被告之身心健康狀況，亦難認於本件有何暫不執行為適當之情形存在，故本院認為不宜對被告宣告緩刑，且因被告經本院量處之宣告刑已逾有期徒刑2年，亦與刑法第74條緩刑規定之要件不符。是被告上訴意旨猶謂應依毒品危害防制條例第17條第1項之規定對被告減輕其刑、應適用刑法第59條酌減其刑並為緩刑之宣告云云，均洵無足採，附此敘明。

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。

本案經檢察官鐘祖聲提起公訴，檢察官施清火到庭執行職務。

中 華 民 國 111 年 1 月 20 日
刑事第二庭 審判長法官 何 志 通
法官 石 馨 文
法官 許 月 馨

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」。因疫情而遲誤不變期間，得向法院聲請回復原狀。

書記官 李 妍 嬋

中 華 民 國 111 年 1 月 20 日
附表：

編號	宣告沒收之物
1	序號為0000000000000000號之「IP

	HONE XR」手機（內含行動電話門號0000000000號SIM卡）1支
2	第三級毒品愷他命8包（純質淨重20.8247公克）含包裝袋
3	毒品咖啡包37包（含第三級毒品4-甲基甲基卡西酮純質淨重10.50公克及微量第四級毒品硝西泮）含包裝袋
4	現金新臺幣2萬元