

臺灣高等法院臺中分院刑事判決

111年度上訴字第2473號

上訴人

即被告 黃俊銘

指定辯護人 本院公設辯護人 郭博益

上訴人

即被告 范萬吉

選任辯護人 林君鴻律師

林育瑄律師

上列上訴人即被告等因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣苗栗地方法院110年度訴字第456號中華民國111年8月16日第一審判決（起訴案號：臺灣苗栗地方檢察署110年度偵字第5094號），提起上訴，本院判決如下：

主文

上訴駁回。

犯罪事實

一、丙○○、乙○○（犯罪事實部分業已撤回上訴而告確定）均明知4-甲基甲基卡西酮、甲基-N,N-二甲基卡西酮，屬毒品危害防制條例第2條第2項第3款所列管之第三級毒品，竟共同基於販賣第三級毒品而混合4-甲基甲基卡西酮、甲基-N,N-二甲基卡西酮二種以上毒品以營利之犯意聯絡，於民國110年8月10日10時許，丙○○（暱稱「黃少」）持用iPhone 7手機（含門號0000000000號SIM卡1張），接獲由員警喬裝之買

01 家以通訊軟體LINE詢問有關買賣毒品訊息，乃主動表示有毒品
02 品可供販售，與員警談妥以新臺幣(下同)2萬7,500元價格出
03 售混合4-甲基甲基卡西酮、甲基-N,N-二甲基卡西酮二種以上
04 毒品之第三級毒品咖啡包50包及第三級毒品愷他命3包，
05 並相約在苗栗縣○○鎮0○○○○鎮0○○路000號新岳輝釣
06 蝦場前交易。丙○○另持上開手機與乙○○持用之iPhone 1
07 1手機(含門號0000000000號SIM卡1張)以LINE聯絡，約定由
08 乙○○提供毒品咖啡包而共同前往上開交易地點交易。嗣於
09 同日12時3分許，警方見丙○○駕駛車號000-0000號自用小
10 客車搭載乙○○至上開相約地點交易毒品時，隨即上前圍
11 捕，丙○○於竹南鎮科學路243號前為警逮捕，而販賣毒品
12 未遂，並於丙○○處扣得如附表編號1、2所示之物，另於竹
13 南鎮科學路229號前逮捕乙○○，並於乙○○處扣得如附表
14 編號3所示之物，而查獲上情。

15 二、案經臺灣苗栗地方檢察署檢察官指揮苗栗縣警察局調查後移
16 送該署檢察官偵查起訴。

17 理由

18 甲、被告丙○○部分：

19 一、證據能力部分：

20 (一)按刑事訴訟法第159條之5規定：「(第1項)被告以外之
21 人於審判外之陳述，雖不符前4條之規定，而經當事人於審
22 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
23 時之情況，認為適當者，亦得為證據。(第2項)當事人、
24 代理人或辯護人於法院調查證據時，知有第159條第1項不
25 得為證據之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為
26 有前項之同意。」其立法意旨在於傳聞證據未經當事人之反
27 對詰問予以核實，原則上先予排除，惟若當事人已放棄詰問
28 或未聲明異議，基於證據資料愈豐富，愈有助於真實發現之
29 理念，且強化言詞辯論原則，法院自可承認該傳聞證據例外
30 擁有證據能力。又按刑事訴訟法第159條之5立法意旨，在
31 於確認當事人對於傳聞證據有處分權，得放棄反對詰問權，

01 同意或擬制同意傳聞證據可作為證據，屬於證據傳聞性之解
02 除行為，如法院認為適當，不論該傳聞證據是否具備刑事訴
03 訟法第159條之1至第159條之4所定情形，均容許作為證
04 據，不以未具備刑事訴訟法第159條之1至第159條之4所
05 定情形為前提。此揆諸「若當事人於審判程序表明同意該等
06 傳聞證據可作為證據，基於證據資料愈豐富，愈有助於真實
07 發見之理念，此時，法院自可承認該傳聞證據之證據能力」
08 立法意旨，係採擴大適用之立場。蓋不論是否刑事訴訟法第
09 159條之1至第159條之4所定情形，抑當事人之同意，均
10 係傳聞之例外，俱得為證據，僅因我國尚非採澈底之當事人
11 進行主義，故而附加「適當性」之限制而已，可知其適用並
12 不以「不符前4條之規定」為要件（最高法院104年度第三
13 次刑事庭會議決議參照）。經查，本判決下述所引用之供述
14 證據，檢察官、上訴人即被告丙○○（下稱被告丙○○）及
15 其辯護人，於原審準備程序時均同意有證據能力（見原審卷
16 第106頁），本院審酌各該證據作成時之情形，亦無違法或
17 不當取證之瑕疵，且均與本案之待證事實有關，認以之作為
18 本件之證據亦無不適當之情形，應認均有證據能力。

19 (二)又按刑事訴訟法第159條至第159條之5有關傳聞法則之規
20 定，乃對於被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述所為之
21 規範；至非供述證據之物證，或以科學、機械之方式，對於
22 當時狀況所為忠實且正確之記錄，性質上並非供述證據，應
23 無傳聞法則規定之適用，如該非供述證據非出於違法取得，
24 並已依法踐行調查程序，即不能謂其無證據能力。本案下引
25 之非供述證據，均與本案待證事實具有關聯性，檢察官、被
26 告丙○○及其辯護人皆不爭執其證據能力，且無證據證明有
27 何偽造、變造或公務員違法取得之情事，復經本院依法踐行
28 調查證據程序，自得作為證據，而有證據能力。

29 二、認定犯罪事實所憑之證據及理由：

30 (一)被告丙○○經合法傳喚，於本院審理期日未到庭，惟上揭犯
31 罪事實，業經被告丙○○於警詢、偵訊、原審審理中坦承不

01 諱，互核與同案被告乙○○於偵訊、原審審理中所述大致相
02 符（見偵卷第31至38、201至203、221至227、229至234、26
03 5、266、279、280頁，原審卷第83、105、182至190頁），
04 並有被告丙○○與乙○○LINE對話紀錄、員警與被告丙○○
05 LINE對話紀錄、內政部警政署刑事警察局110年8月25日刑鑑
06 字第1100085569號鑑定書各1份，苗栗縣警察局搜索扣押筆
07 錄、扣押物品目錄表各2份，及現場照片7張等在卷可佐（見
08 偵卷第39至43、51至53、57、81至87、141至144、147、239
09 頁），復有如附表所示之物扣案可資佐證，足證被告丙○○
10 之自白與事實相符，應堪採信。

11 (二)按販賣毒品之所謂販賣行為，係行為人基於營利之目的，而
12 販入或賣出毒品而言。販賣毒品者，其主觀上須有營利之意
13 圖，且客觀上有販賣之行為，即足構成，至於實際上是否已
14 經獲利，則非所問。而販賣毒品既係違法行為，非可公然為
15 之，亦無公定價格，係可任意分裝增減份量，且每次買賣之
16 價格、數量，亦隨時依雙方之關係深淺、資力、需求量、對
17 行情之認知、來源是否充裕、查緝是否嚴緊、購買者被查獲
18 時供述購買對象之可能風險之評估等因素，而異其標準，機
19 動調整，非可一概論之。查被告丙○○於偵訊時供稱：這次
20 交易應該是賺錢等語（見偵卷第202頁），足徵被告丙○○
21 主觀上確有營利之意圖無訛。

22 (三)綜上，本案事證明確，被告丙○○犯行洵堪認定，應依法論
23 科。

24 三、論罪情形：

25 (一)按刑事偵查技術上所謂之「釣魚偵查」，係指對於原已犯罪
26 或具有犯罪故意之人，以設計引誘之方式，使其暴露犯罪事
27 證，而加以逮捕或偵辦而言，此純屬偵查犯罪技巧之範疇，
28 並未違反憲法對於基本人權之保障，且於公共利益之維護有
29 其必要性存在，故依「釣魚」方式所蒐集之證據資料，原則
30 上非無證據能力。而所謂「陷害教唆」，則指行為人原不具
31 犯罪之故意，純因司法警察之設計教唆，始萌生犯意，進而

01 實行犯罪構成要件之行為者而言，因係以引誘或教唆犯罪之
02 不正當手段，使原無犯罪故意之人因而萌生犯意，實行犯罪
03 行為，再進而蒐集其犯罪之證據，予以逮捕偵辦，此種誘人
04 犯罪之手段顯已違反憲法對於基本人權之保障，且已逾越偵
05 查犯罪之必要程度，對於公共利益之維護並無意義，其因此
06 所取得之證據資料，應不具有證據能力。又於俗稱「釣魚」
07 或「誘捕偵查」之情形，因毒品買者為協助警察辦案佯稱購
08 買，而將販賣者誘出以求人贓俱獲，因其無實際買受之真意
09 ，且在警察監視之下伺機逮捕，事實上亦不能真正完成買
10 賣，則該次行為，僅能論以販賣未遂（最高法院100年度台
11 上字第4498號判決意旨參照）。另行為人如原即有販賣毒品
12 營利之犯意，雖因經警設計誘捕，致實際上不能完成毒品交
13 易，然因其原即具有販賣毒品之意思，客觀上又已著手於販
14 賣行為，仍應論以販賣毒品未遂罪（最高法院102年度台上
15 字第3427號判決意旨參照）。本案係員警喬裝購毒者，由有
16 共同販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品以營利之被告丙
17 ○○、同案被告乙○○，依約持混合二種以上第三級毒品之
18 咖啡包到場與佯裝成買家之員警碰面，被告丙○○已著手實
19 行販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品犯行，惟員警係為
20 實施誘捕偵查而佯為買家，以求人贓俱獲，無實際買受真
21 意，事實上不能真正完成買賣，則被告丙○○就該販賣行
22 為，僅能論以販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品未遂
23 罪。

24 (二)核被告丙○○所為，係犯毒品危害防制條例第9條第3項、第
25 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
26 未遂罪。被告丙○○與同案被告乙○○就前開犯行，有犯意
27 聯絡及行為分擔，應論以共同正犯。又被告丙○○持有扣案
28 毒品咖啡包29包（驗前總毛重175.18公克），含有微量第三
29 級毒品4-甲基甲基卡西酮、甲基-N,N-二甲基卡西酮（微
30 量，純度未達1%，無法據以估算純質淨重）成分，有前揭
31 內政部警政署刑事警察局鑑定書在卷可參，難認已達毒品危

01 害防制條例第11條第5項之純質淨重5公克以上，此部分持有
02 行為自不成罪，附此敘明。

03 (三)刑之加重及減輕：

- 04 1. 被告丙○○犯販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品未遂
05 罪，應依毒品危害防制條例第9條第3項之規定，除適用其中
06 最高級別即販賣第三級毒品之法定刑外，並加重其刑。又被
07 告丙○○已著手於販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品行
08 為之實行，惟佯裝買家之警員自始並無向被告丙○○購毒之
09 真意，而未生交易成功之既遂結果，屬未遂犯，爰依刑法第
10 25條第2項規定，按既遂犯之刑減輕其刑。另按毒品危害防
11 制條例第17條第2項規定：「犯第4條至第8條之罪於偵查及
12 歷次審判中均自白者，減輕其刑。」，就販賣第三級毒品而
13 混合二種以上之毒品罪，其本質上亦為販賣毒品罪，自有毒
14 品危害防制條例第17條第2項之適用。被告丙○○於偵查及
15 審判中均自白本案販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品未
16 遂犯行，應依上開規定減輕其刑，又因併有上開加重、減輕
17 事由，均應先加重後遞減輕其刑。
- 18 2. 本案查獲當日，係員警先逮捕被告丙○○，經警詢問被告丙
19 ○○所駕駛之車輛停放於何處，被告丙○○乃帶同警方前往
20 車輛停放處，警方見同案被告乙○○形跡可疑，並與被告丙
21 ○○一同前來，認同案被告乙○○涉嫌毒品危害防制條例之
22 罪嫌疑重大，乃將被告乙○○逮捕一節，有員警職務報告1
23 份在卷可參(見原審卷第135、136頁)，且被告丙○○於原審
24 審理中供稱：我到了沒跟誰講話就被壓在地上，警察當時壓
25 制我跟我表明身分，後來壓制乙○○，警察沒有問我是跟誰
26 一起來，警察先壓制乙○○，後面才把我帶去等語(見原審
27 卷第182至186頁)，顯見員警於被告丙○○指認同案被告乙
28 ○○前，早已有合理懷疑同案被告乙○○涉犯本案而將同案
29 被告乙○○逮捕，故被告丙○○並無毒品危害防制條例第17
30 條第1項減輕或免除其刑規定之適用。
- 31 3. 按刑法第59條所規定之酌量減輕其刑，係裁判上之減輕，必

01 以犯罪之情狀可憫恕，認為宣告法定最低度之刑猶嫌過重
02 者，始有其適用。如別有法定減輕之事由，應先依法定減輕
03 事由減輕其刑後，科以最低刑度，猶嫌過重時，始得為之（
04 最高法院99年度台上字第5999號、100年度台上字第744號判
05 決意旨參照）。又刑法第59條規定犯罪之情狀可憫恕者，得
06 酌量減輕其刑，其所謂「犯罪之情狀」，與同法第57條規定
07 科刑時應審酌之一切情狀，並非截然不同之領域，於裁判上
08 酌減其刑時，應就犯罪一切情狀（包括第57條所列舉之10款
09 事項），予以全盤考量，審酌其犯罪有無可憫恕之事由（即
10 有無特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，以及
11 宣告法定低度刑，是否猶嫌過重等等），以為判斷（最高法
12 院95年度台上字第6157號判決意旨參照）。查被告丙○○所
13 涉上揭犯行，經依毒品危害防制條例第9條第3項規定加重其
14 刑，並依刑法第25條第2項及毒品危害防制條例第17條第2項
15 規定遞減輕其刑後，可量處之最低度刑為有期徒刑1年10
16 月，衡諸扣案之毒品咖啡已達29包，對社會秩序之危害非
17 微，尚難認被告丙○○本案所為犯行，有何客觀上足以引起
18 一般同情，而有情輕法重或情堪憫恕、科以最低度刑仍嫌過
19 重之情況，自無再依刑法第59條規定酌量減輕其刑之餘地。

20 四、本院之判斷：

21 (一)原審因而認被告丙○○事證明確，並依論罪科刑之相關規
22 定，以行為人責任為基礎，爰審酌被告丙○○前有酒後駕車
23 之犯罪科刑紀錄，此有臺灣高等法院被告前案紀錄表1份在
24 卷可參，素行難稱良好，其竟仍漠視法律規定及國家嚴厲查
25 禁毒品之政策，犯下本案犯行，且攜帶前往交易之毒品咖啡
26 包數量達29包，對國民身心健康及社會秩序危害非輕，所為
27 實不足取，兼衡被告丙○○就其犯行自始坦承不諱，暨自陳
28 智識程度為高中肄業、從事理貨工作、月收入2至3萬元、須
29 扶養父母及1名9歲子女之生活狀況等一切情狀，量處有期徒
30 刑2年。並就沒收部分說明如下（同案被告乙○○沒收部
31 分，業經撤回上訴而告確定）：

01 1. 扣案如附表編號1所示之物，係經查獲之第三級毒品，有上
02 開內政部警政署刑事警察局鑑定書在卷可參，均係被告丙○
03 ○與同案被告乙○○為本案犯行遭查扣之違禁物，應依刑法
04 第38條第1項之規定，於被告丙○○與同案被告乙○○犯行
05 所諭知主文項下均予宣告沒收。另包裝上開毒品之外包裝
06 袋，因與其上所殘留之毒品難以析離，且無析離之實益與必
07 要，應視同違禁物，一併沒收之。至送驗耗損部分之毒品因
08 已滅失，爰不另宣告沒收。

09 2. 又扣案如附表編號2所示之物，為被告丙○○所有，附表編
10 號3所示之物，為同案被告乙○○所有，並均為其等本案犯
11 行聯繫所用，而為供犯罪所用之物，業據其等陳述在卷（見
12 原審卷第179頁），爰依毒品危害防制條例第19條第1項之規
13 定，於被告丙○○與同案被告乙○○罪名項下分別諭知沒
14 收。

15 核原判決之認事、用法並無不當，量刑亦稱妥適。

16 (二)被告丙○○上訴意旨略以：同案被告乙○○雖因與被告丙○
17 ○共同乘車至現場附近下車，而遭警察懷疑逮捕，然同案被
18 告乙○○於110年8月10日警詢及檢察官偵訊時均否認犯罪，
19 而被告丙○○於110年8月10日警詢及檢察官偵訊時即供出同
20 案被告乙○○為共犯，應有助於檢察官聲請羈押同案被告乙
21 ○○及後續偵查起訴，符合毒品危害防制條例第17條第1項
22 減刑規定。又被告丙○○於案發後始終坦承認罪，並指證同
23 案被告乙○○。且本案毒品交易金額為2萬7,500元，金額不
24 高，次數僅有1次，交易過程係在警察執法偵辦全程控制
25 下，對於社會並無造成危險性。再者，被告丙○○須照顧扶
26 養70餘歲之父母及1名未成年子女，本案依法加重減刑後，
27 可量處之最低刑度為有期徒刑1年10月，衡諸前揭情形，仍
28 有情輕法重之顯可憫恕情形，非無依刑法第59條酌減其刑適
29 用之餘地等語。

30 (三)經查：

31 1. 按毒品危害防制條例第17條第1項規定：「犯第4條至第8

01 條、第10條或第11條之罪，供出毒品來源，因而查獲其他正
02 犯或共犯者，減輕或免除其刑」，其立法意旨在於鼓勵被告
03 具體提供其毒品上游，擴大追查毒品來源，俾有效斷絕毒品
04 之供給，以杜絕毒品泛濫，因此須出於被告之供出毒品來
05 源，並因而查獲其他正犯或共犯，始可邀減輕或免除其刑之
06 寬典（最高法院111年度台上字第3928號判決意旨參照）。
07 另按依原判決認定之事實，羅○安、劉○義係基於共同販賣
08 第二級毒品之犯意，羅○安於接獲證人郭○評欲購買甲基安
09 非他命毒品之訊息後，旋於交易地點之檳榔攤內向郭○評收
10 取現金，再於檳榔攤2樓之樓梯間向劉○義拿取甲基安非他
11 命1包，交予郭○評收受，嗣為員警當場逮捕查獲而未遂。
12 則羅○安、劉○義2人共同販賣第二級毒品未遂之犯行，既
13 經員警同時查獲，縱羅○安嗣後供述其交付予郭○評之毒品
14 係來自於劉○義，因與「供出毒品來源，『因而查獲』其他
15 正犯或共犯」之要件不合（最高法院111年度台上字第3933
16 號判決意旨參照）。本件係員警執行網路巡察，於通訊軟體
17 LINE發現被告丙○○有販賣毒品情資，員警佯裝買家經與被
18 告丙○○約定交易時間、地點後，在約定之地點先行逮捕被
19 告丙○○，嗣經員警詢問被告丙○○所駕駛之車輛停放於何
20 處，被告丙○○乃帶同員警前往車輛停放處，員警見同案被
21 告乙○○形跡可疑，並與被告丙○○一同前來，認同案被告
22 乙○○涉嫌毒品危害防制條例之罪嫌疑重大，乃將同案被告
23 乙○○逮捕一節，有員警職務報告1份在卷可參（見原審卷第
24 135、136頁），可見員警於本件毒品交易當日被告丙○○供
25 出共犯乙○○之前，即已知悉同案被告乙○○涉嫌本件犯
26 行，進而查獲同案被告乙○○；且被告丙○○、同案被告乙
27 ○○2人共同販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品未遂之
28 犯行，既經員警同時查獲，縱被告丙○○嗣後供述其交付予
29 員警之毒品係來自於同案被告乙○○或與同案被告乙○○係
30 共犯關係，因與「供出毒品來源，『因而查獲』其他正犯或
31 共犯」之要件不合是被告丙○○尚不符合毒品危害防制條例

01 第17條第1項所定之減刑要件，其上訴意旨仍爭執其於同案
02 被告乙○○未坦承前，於警詢已供出共犯乙○○云云，而指
03 摘原判決未依上開規定減輕其刑，係屬違法，顯非依據卷內
04 資料執為指摘，其此部分上訴理由，自屬無據。

05 2. 被告丙○○另請求依刑法第59條規定酌減其刑，然本案並無
06 刑法第59條酌減其刑之適用（容後敘明），是被告丙○○此
07 部分請求，亦礙難准許。

08 (四)從而，被告丙○○上訴仍執前詞，請求適用毒品危害防制條
09 例第17條第1項、刑法第59條規定減刑等語，指摘原審判決
10 不當，為無理由，應予駁回。

11 五、被告丙○○經合法傳喚，無正當之理由不到庭，爰不待其陳
12 述，逕行判決。

13 乙、被告乙○○部分：

14 一、審判範圍之說明：

15 (一)按110年6月18日刑事訴訟法第348條修正施行前已繫屬於第
16 一審或第二審法院之案件，在修正施行後始因上訴而繫屬於
17 第二審或第三審法院者，應適用修正後規定以定其上訴範
18 圍。而上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為
19 之，修正後刑事訴訟法第348條第3項定有明文。依該條項之
20 立法說明：「為尊重當事人設定攻防之範圍，並減輕上訴審
21 審理之負擔，容許上訴權人僅針對刑、沒收或保安處分一部
22 提起上訴，其未表明上訴之認定犯罪事實部分，則不在第二
23 審之審判範圍。如為數罪併罰之案件，亦得僅針對各罪之
24 刑、沒收、保安處分或對併罰所定之應執行刑、沒收、保安
25 處分，提起上訴，其效力不及於原審所認定之各犯罪事實，
26 此部分犯罪事實不在上訴審審查範圍」等語。準此，上訴權
27 人就下級審判決聲明不服提起上訴時，依現行法律規定，得
28 在明示其範圍之前提下，擇定僅就該判決之「刑」（包括宣
29 告刑、執行刑）、「沒收」、「保安處分」等部分單獨提起
30 上訴，而與修正前認為上開法律效果與犯罪事實及所犯罪名
31 處於絕對不可分之過往見解明顯有別。此時上訴審法院之審

01 查範圍，將因上訴權人行使其程序上之處分權而受有限制，
02 除與前揭單獨上訴部分具有互相牽動之不可分關係、為免發
03 生裁判歧異之特殊考量外，原則上不再實質審查下級審法院
04 所認定之犯罪事實，亦即應以下級審法院所認定之犯罪事
05 實，作為審認其所諭知「刑」、「沒收」、「保安處分」是
06 否違法不當之判斷基礎。

07 (二)本案被告乙○○提起上訴，檢察官未提起上訴，依被告乙○
08 ○上訴理由狀及於本院庭訊時所陳之上訴範圍，僅針對刑度
09 上訴等語（見本院卷第21至26、120頁），依前述說明，本
10 院僅就原審判決量刑妥適與否進行審理，至於其他部分，則
11 非本院審查範圍，先予指明。

12 二、本案據以審查量刑妥適與否之原審所認定犯罪事實、罪名

13 (一)犯罪事實如犯罪事實欄所載。

14 (二)罪名：

15 1. 本案係員警喬裝購毒者，由有共同販賣第三級毒品而混合二
16 種以上之毒品以營利之被告乙○○與同案被告丙○○，依約
17 持混合二種以上第三級毒品之咖啡包到場與佯裝成買家之員
18 警碰面，被告乙○○已著手實行販賣第三級毒品而混合二種
19 以上之毒品犯行，惟員警係為實施誘捕偵查而佯為買家，以
20 求人贓俱獲，無實際買受真意，事實上不能真正完成買賣，
21 則被告乙○○就該販賣行為，僅能論以販賣第三級毒品而混
22 合二種以上之毒品未遂罪。

23 2. 核被告乙○○所為，係犯毒品危害防制條例第9條第3項、第
24 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
25 未遂罪。被告乙○○與同案被告丙○○就前開犯行，有犯意
26 聯絡及行為分擔，應論以共同正犯。又被告乙○○持有扣案
27 毒品咖啡包29包（驗前總毛重175.18公克），含有微量第三
28 級毒品4-甲基甲基卡西酮、甲基-N,N-二甲基卡西酮（微
29 量，純度未達1%，無法據以估算純質淨重）成分，有內政
30 部警政署刑事警察局鑑定書在卷可參，難認已達毒品危害防
31 制條例第11條第5項之純質淨重5公克以上，此部分持有行為

01 自不成罪，附此敘明。

02 3. 刑之加重及減輕：

03 ①被告乙○○犯販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品未遂
04 罪，應依毒品危害防制條例第9條第3項之規定，除適用其中
05 最高級別即販賣第三級毒品之法定刑外，並加重其刑。又被
06 告乙○○已著手於販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品行
07 為之實行，惟佯裝買家之警員自始並無向被告乙○○購毒之
08 真意，而未生交易成功之既遂結果，屬未遂犯，爰依刑法第
09 25條第2項規定，按既遂犯之刑減輕其刑。另按毒品危害防
10 制條例第17條第2項規定：「犯第4條至第8條之罪於偵查及
11 歷次審判中均自白者，減輕其刑。」，就販賣第三級毒品而
12 混合二種以上之毒品罪，其本質上亦為販賣毒品罪，自有毒
13 品危害防制條例第17條第2項之適用。被告乙○○於偵查及
14 審判中均自白本案販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品未
15 遂犯行，應依上開規定減輕其刑，又因併有上開加重、減輕
16 事由，均應先加重後遞減輕其刑。

17 ②按犯第4條至第8條、第10條獲第11條之罪，供出毒品來源，
18 因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑，毒品危害防
19 制條例第17條第1項定有明文。而所謂「供出毒品來源」，
20 係指犯該條例所定各罪之人，供出其所犯各罪該次犯行之毒
21 品來源而言。亦即須所供出之毒品來源，與其被訴之各該違
22 反毒品危害防制條例犯行有直接關聯者，始得適用上開規定
23 減免其刑，並非漫無限制。倘被告所犯同條項所列之罪之犯
24 罪時間，在時序上較早於該正犯或共犯供應毒品之時間，
25 即令該正犯或共犯確因被告之供出而被查獲；或其時序雖較
26 晚於該正犯或正犯供應毒品之時間，惟其被查獲之案情與被
27 告自己所犯同條項所列之罪之毒品來源無關，均仍不符該條
28 項減、免其刑之規定（最高法院110年度台上字第1870號判
29 決意旨參照）。辯護人雖為被告乙○○主張其供出本案販毒
30 上游等語，而被告乙○○為本案犯行後，固有配合員警偵辦
31 而供出魏○○(姓名年籍資料詳卷)，此有苗栗縣警察局員警

01 職務報告、刑事案件移送書各1份在卷可參(見原審卷第135
02 至139頁)，然魏○○所涉販毒品案件之犯罪時間為111年1月
03 間，且係經員警誘捕偵查，販賣對象並非被告乙○○，此有
04 起訴書1份在卷可參(見原審卷第145至147頁)，揆諸上開說
05 明，難認魏○○被查獲之犯行與被告乙○○所犯本案之毒品
06 來源有關，是被告乙○○尚無從適用毒品危害防制條例第17
07 條第1項之規定減輕其刑。

08 ③被告乙○○所涉上揭犯行，經依毒品危害防制條例第9條第3
09 項規定加重其刑，並依刑法第25條第2項及毒品危害防制條
10 例第17條第2項規定遞減輕其刑後，可量處之最低度刑為有
11 期徒刑1年10月，衡諸扣案之毒品咖啡已達29包，對社會秩
12 序之危害非微，尚難認被告乙○○本案所為犯行，有何客觀
13 上足以引起一般同情，而有情輕法重或情堪憫恕、科以最低
14 度刑仍嫌過重之情況，自無再依刑法第59條規定酌量減輕其
15 刑之餘地。

16 三、上訴理由之論斷：

17 (一)原審法院因認被告乙○○之罪證明確，適用論罪科刑相關規
18 定，以行為人責任為基礎，審酌被告乙○○前有酒後駕車之
19 犯罪科刑紀錄，此有臺灣高等法院被告前案紀錄表1份在卷
20 可參，素行難稱良好，其竟仍漠視法律規定及國家嚴厲查禁
21 毒品之政策，共同犯下本案犯行，且攜帶前往交易之毒品咖
22 啡包數量達29包，對國民身心健康及社會秩序危害非輕，所
23 為實不足取，兼衡被告乙○○於偵訊之初否認犯行、於羈押
24 訊問時始坦承犯行，及被告乙○○於犯後積極配合員警供出
25 販毒者魏○○，業如前述，雖不符合毒品危害防制條例第17
26 條第1項減刑之規定，然已足見其悔改之心，暨自陳智識程
27 度為專科畢業、開工程行為業、月收入6至7萬元、需扶養父
28 親、配偶目前懷孕之生活狀況等一切情狀，量處有期徒刑2
29 年。核其採證及認事用法均無違誤，量刑亦屬妥適，應予維
30 持。

31 (二)被告乙○○上訴意旨略以：毒品危害防制條例第17條第1項

01 之要件並無對於所查獲之上游是否必須是販賣對象為被告乙
02 ○○為限，且所查獲之毒品來源，不以經起訴或判決有罪為
03 必要，是以，本案乙○○供出上游協助檢警查獲上游魏○
04 ○，本不以該查獲之上游經起訴或判決有罪確定為必要，因
05 此縱使本案檢警所蒐集之資料中所能起訴者為魏○○於111
06 年1月間之犯行，並無起訴魏○○對於被告乙○○販賣毒品
07 之部分，然依實務見解，仍應依毒品危害防制條例第17條第
08 1項規定減輕其刑。又被告乙○○之所以協助丙○○向上游
09 拿取毒品，係因丙○○欠被告乙○○錢，聲稱要以賣毒品還
10 債，被告乙○○心想要丙○○趕快還債，始協助其拿取毒
11 品，而被告有正當工作，無須以販毒維生，另本案為警方釣
12 魚偵查，被告乙○○未賣出毒品，對社會未生危害，所犯情
13 節輕微，不法所得非鉅，實有情輕法重之情，爰請求依刑法
14 第59條規定，酌減其刑。另考量被告乙○○雖有前科，然觀
15 諸其前科，為妨害風化罪、不能安全駕駛罪，雖為累犯，然
16 其前科與本案之罪質並不相同，請依司法院大法官第775號
17 解釋，審酌是否不因其為累犯而加重其刑。末被告乙○○母
18 親去世，父親罹患有糖尿病且需要被告乙○○之照顧與經濟
19 援助，而被告乙○○之妻子剛懷孕，預產期為111年10月，
20 顯然需要被告乙○○陪伴身邊照顧以及於產後須協助照顧小
21 孩，爰請求從輕量刑等語。

22 (三)經查：

- 23 1. 毒品危害防制條例第17條第1項規定：「犯第4條至第8
24 條、第10條或第11條之罪，供出毒品來源，因而查獲其他正
25 犯或共犯者，減輕或免除其刑。」所稱「供出毒品來源，因
26 而查獲其他正犯或共犯者」，係指被告供出毒品來源之對向
27 性正犯，或與其具有共同正犯、共犯（教唆犯、幫助犯關
28 係）之毒品由來之人的相關資料，使調查或偵查犯罪之公務
29 員據以對之發動調查或偵查程序，並因此而確實查獲其人、
30 其犯行而言。被告之「供出毒品來源」，與調查或偵查犯罪
31 之公務員對該人發動調查或偵查並進而查獲之間，論理上須

01 具有先後且相當之因果關係。被告所供毒品來源尚與本案起
02 訴犯行無關，自與上開減輕或免除其刑之規定不合（最高法
03 院111年度台上字第4615號判決意旨參照）。且按毒品危害
04 防制條例第17條第1項規定：「犯第4條至第8條、第10條或
05 第11條之罪，供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者，
06 減輕或免除其刑。」所稱「供出毒品來源」，係指犯該條例
07 所定各罪之人，供出其所犯上開各罪該次犯行之毒品來源而
08 言。亦即其供出之毒品來源，必須與其被訴之各該違反毒品
09 危害防制條例犯行間有直接關聯者；所謂「因而查獲其他正
10 犯或共犯」，須偵查機關或偵查輔助機關因被告供出毒品來
11 源，而知悉並據以確實查獲其人、其犯行者，始屬之。非謂
12 凡有指認毒品來源者，即得依上開規定予以減刑（最高法院
13 111年度台上字第4985號判決意旨參照）。被告乙○○所供
14 毒品來源魏○○之販賣毒品時間為111年1月間，且販賣對象
15 非被告乙○○，有上開起訴書1份在卷可參（見原審卷第145
16 至147頁），是魏○○被查獲之犯行即111年1月間販賣毒品之
17 犯行與被告乙○○於110年8月10日所犯本案犯行無關，自與
18 上開減輕或免除其刑之規定不合，被告乙○○此部分上訴意
19 旨，殊非適法。

- 20 2. 按量刑屬法院自由裁量職權，應受比例原則等法則之拘束，
21 並非可恣意為之，致礙及公平正義維護，且必須兼顧一般預
22 防之普遍適應性與具體個案特別預防之妥當性，始稱相當。
23 而刑法第59條之酌量減輕其刑，必其犯罪之情狀，在客觀上
24 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
25 者，亦即就全部犯罪情狀予以審酌，認為在客觀上有足以引
26 起社會上一般人之同情而顯可憫恕者，始有其適用。如別有
27 法定減輕事由，應先依法定減輕事由減輕其刑後，科以最低
28 刑度，猶嫌過重時，始得為之；若有二種以上法定減輕事
29 由，仍應先依法定減輕事由遞減其刑後，科以最低刑度，猶
30 嫌過重時，始得再依刑法第59條規定酌減其刑。本件被告2
31 人所為係犯販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品未遂罪，

01 法定最輕本刑為7年以上有期徒刑，應先依毒品危害防制條例
02 第9條第3項規定加重其刑；又被告2人所為係未遂犯，經
03 依刑法第25條第2項規定減輕其刑，又於偵查、原審審理
04 中，均自白犯罪，而應再依毒品危害防制條例第17條第2項
05 規定減輕其刑，並先加重後再遞減輕其刑，本案經予先加後
06 減計算後，其法定最輕本刑為有期徒刑1年10月，被告2人依
07 前述減刑規定後可得量處之刑罰範圍為有期徒刑1年10月以
08 上，並無刑罰過苛之虞；再被告2人使用LINE通訊軟體與購
09 毒者連絡，其隱密程度高，查緝困難；被告2人所為雖為未
10 遂，然係因警方執行網路巡邏適巧查獲，且原審亦已說明不
11 再依刑法第59條規定，酌量減輕其刑之理由，尚無違誤。本
12 院再衡酌被告2人無畏嚴刑峻罰，為牟己利而為販賣毒品咖
13 啡包，此類咖啡包毒品，外觀上與食品包裝同，更易使施用
14 者認為量微無甚害於身心而失戒心，助長毒品流通，不僅可
15 能戕害他人身心健康，且嚴重破壞秩序，尚難謂有情輕法重
16 情形，是被告2人本案所犯上開之罪，當無再適用刑法第59
17 條規定酌減之餘地。被告2人及其選任辯護人上訴意旨請求
18 再依刑法第59條規定減輕其刑，並無可採。

19 3. 被告乙○○上訴意旨另謂：其雖係累犯但請求不予加重等
20 語，然原審判決並未認定被告乙○○係累犯並加重其刑，則
21 被告乙○○此部分上訴意旨，自無理由。

22 4. 按量刑判斷當否之準據，應就判決之整體觀察為綜合考量，
23 不可摭拾其中片段，遽予評斷。即就個案量刑審酌之情狀為
24 整體綜合之觀察，苟係以行為人之責任為基礎，並已斟酌刑
25 法第57條各款所列情狀，基於刑罰目的性之考量、刑事政策
26 之取向，以及行為人刑罰感應力之衡量等因素為之觀察，倘
27 其刑之量定並未逾越公平正義之精神，客觀上亦不量刑畸重
28 之裁量權濫用，自不得任意指摘為違法。原判決就被告乙○
29 ○所犯販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品未遂罪，已以
30 行為人之責任為基礎，並審酌刑法第57條各款所列情狀，即
31 無偏執一端，致明顯失出失入情形，自無被告乙○○上訴所

01 指過重之情形。是其提起上訴，並無理由，應予駁回。

02 (四)綜上所述，被告乙○○僅就原判決之刑提起一部上訴。本案
03 經核原審之量刑堪稱妥適，應予維持。被告乙○○上訴仍執
04 前詞，請求適用毒品危害防制條例第17條第1項、刑法第59
05 條規定減刑，另請求累犯不予加重及從輕量刑等，指摘原審
06 判決不當，為無理由，應予駁回。

07 丙、本案被告2人是否構成累犯及應否加重其刑之問題：

08 一、按刑事訴訟法第161條第1項規定：「檢察官就被告犯罪事
09 實，應負舉證責任，並指出證明之方法。」此為檢察官就被告
10 有罪事實應負實質舉證責任之概括性規定，非謂除有罪事實
11 之外，其他即可不必負舉證責任。此一舉證責任之範圍，
12 除犯罪構成事實（包括屬於犯罪構成要件要素之時間、地
13 點、手段、身分、機會或行為時之特別情狀等事實）、違法
14 性、有責性及處罰條件等事實外，尚包括刑罰加重事實之存
15 在及減輕或免除事實之不存在。累犯事實之有無，雖與被告
16 是否有罪無關，然係攸關刑罰加重且對被告不利之事項，為
17 刑之應否為類型性之加重事實，就被告而言，與有罪、無罪
18 之問題有其相同之重要性（包括遴選至外役監受刑、行刑累
19 進處遇、假釋條件等之考量），自應由檢察官負主張及實質
20 舉證責任。又依司法院釋字第775號解釋理由書所稱：法院
21 審判時應先由當事人就加重、減輕或免除其刑等事實，指出
22 證明方法等旨，申明除檢察官應就被告加重其刑之事實負舉
23 證責任外，檢察官基於刑事訴訟法第2條之客觀注意義務規
24 定，主張被告有減輕或免除其刑之事實，或否認被告主張有
25 減輕或免除其刑之事實，關於此等事實之存否，均應指出證
26 明之方法。故法院於審酌被告是否適用累犯規定而加重其刑
27 時，訴訟程序上應先由檢察官就前階段被告構成累犯之事
28 實，以及後階段應加重其刑之事項，主張並具體指出證明方
29 法後，法院才需進行調查與辯論程序，而作為是否加重其刑
30 之裁判基礎。前階段構成累犯事實為檢察官之實質舉證責
31 任，後階段加重量刑事項為檢察官之說明責任，均應由檢察

01 官分別負主張及具體指出證明方法之責。倘檢察官未主張或
02 具體指出證明方法時，可認檢察官並不認為被告構成累犯或
03 有加重其刑予以延長矯正其惡性此一特別預防之必要，且為
04 貫徹舉證責任之危險結果所當然，是法院不予調查，而未論
05 以累犯或依累犯規定加重其刑，即難謂有應調查而不予調查
06 之違法。檢察官若未主張或具體指出證明方法，法院因而未
07 論以累犯或依累犯規定加重其刑，基於累犯資料本來即可以
08 在刑法第57條第5款「犯罪行為人之品行」中予以負面評
09 價，自仍得就被告可能構成累犯之前科、素行資料，列為刑
10 法第57條第5款所定「犯罪行為人之品行」之審酌事項。於
11 此情形，該可能構成累犯之前科、素行資料既已列為量刑審
12 酌事由，對被告所應負擔之罪責予以充分評價，依重複評價
13 禁止之精神，自無許檢察官事後循上訴程序，以該業經列為
14 量刑審酌之事由應改論以累犯並加重其刑為由，指摘原判決
15 未依累犯規定加重其刑違法或不當（最高法院110年度台上
16 字第5660號判決意旨參照）。上述判決已變更實務一向認為
17 累犯前科事實與法律效果均應由法院依職權調查之法律見
18 解，且認為前科事實作為累犯處斷刑或宣告刑事由之裁量，
19 只須滿足其一，其評價已然充足，並不會將之作為宣告刑裁
20 量之事由，即使累犯失其負面評價之機會。是原審將構成被
21 告為累犯之前科資料，於檢察官若未主張或具體指出證明方
22 法，因而未論以累犯或依累犯規定加重其刑，改於科刑資料
23 中以自由證明之方式調查而為量刑因子之一，難認為違法。
24 此亦與刑事訴訟法相關證據法則無違。

25 二、另按構成累犯之前科事實存在與否，雖與被告是否有罪無
26 關，但係作為刑之應否為類型性之加重事實，實質上屬於
27 「準犯罪構成事實」，對被告而言，與有罪、無罪之問題有
28 其相同之重要性，應由檢察官負主張及實質舉證責任，已如
29 前述。衡諸現行刑事訴訟法，雖採行改良式當事人進行主
30 義，但關於起訴方式，仍採取書面及卷證併送制度，而構成
31 累犯之前科事實，類型上既屬於「準犯罪構成事實」，檢察

01 官自得依刑事訴訟法第264條第2項、第3項之規定，於起訴
02 書記載此部分事實及證據，並將證物一併送交法院。又證據
03 以其是否由其他證據而生，可區分為原始證據及派生證據。
04 被告前案紀錄表、刑案資料查註紀錄表係由司法、偵查機關
05 相關人員依憑原始資料所輸入之前案紀錄，並非被告前案徒
06 刑執行完畢之原始證據，而屬派生證據。鑑於直接審理原則
07 為嚴格證明法則之核心，法庭活動藉之可追求實體真實與程
08 序正義，然若直接審理原則與證據保全或訴訟經濟相衝突
09 時，基於派生證據之必要性、真實性以及被告之程序保障，
10 倘當事人對於該派生證據之同一性或真實性發生爭執或有所
11 懷疑時，即須提出原始證據或為其他適當之調查（例如勘
12 驗、鑑定），以確保內容之同一、真實；惟當事人如已承認
13 該派生證據屬實，或對之並無爭執，而法院復已對該派生證
14 據依法踐行調查證據程序，即得採為判斷之依據（最高法院
15 刑事判決111年度台上字第3143號判決參照）。

16 三、經查：被告丙○○前因不能安全駕駛致交通危險罪案件，經
17 臺灣新竹地方法院以109年度竹簡字第519號判決判處有期徒
18 刑5月確定，於110年1月20日執行完畢；被告乙○○前因不
19 能安全駕駛致交通危險罪案件，經臺灣新竹地方法院以107
20 年度竹交簡字第73號判決判處有期徒刑4月確定，於107年8
21 月15日執行完畢等情，有臺灣高等法院被告前案紀錄表在卷
22 可稽，其等於執行完畢後5年內故意再犯本案有期徒刑以上
23 罪，為累犯，並依司法院釋字第775號解釋意旨，審酌被告2
24 人於前案執行完畢後，未生警惕，故意再為本案犯行，足見
25 前罪之徒刑執行成效不彰，其對刑罰之反應力顯然薄弱，衡
26 量本案犯罪情節及被告所侵害之法益，予以加重最低本刑均
27 無罪刑不相當之情事，本應依刑法第47條第1項之規定，加
28 重其刑。惟檢察官於起訴書並未記載被告2人所犯之罪應成
29 立累犯，以及應依累犯規定加重其刑之旨；於原審審理時，
30 審判長問：對被告全國前案紀錄表有何意見時，檢察官答：
31 沒意見等語（見原審卷第191頁），足見檢察官未就被告2人構

01 成累犯之事實及應加重其刑之事項有所主張，遑論具體指出
02 證明之方法。是揆諸前揭說明及無害瑕疵原則，原審未認定
03 被告2人成立累犯，亦未據以加重其刑，僅將被告2人構成累
04 犯之前科、素行資料列為量刑審酌事由，難謂原審判決有何
05 違法、不當之情事。檢察官固於上訴後，於本院進行科刑辯
06 論時，已就前階段被告2人構成累犯之事實，以及後階段應
07 加重其刑之事項，主張並具體指出證明方法（見本院卷第12
08 8至129頁）。惟揆諸最高法院前揭判決意旨，本案因原審檢
09 察官就前階段被告2人構成累犯之事實，以及後階段應加重
10 其刑之事項，均未主張及具體指出證明方法，即未盡實質舉
11 證、說明責任，原審因而未依累犯規定加重其刑，並無違法
12 或不當，業如前敘，又原判決於「論罪科刑」欄已敘明將被
13 告2人之「素行」列入刑法第57條第5款犯罪行為人之品行之
14 審酌事項（見原審判決第7頁第7行），對被告2人所應負擔
15 之罪責已予以充分評價，而原判決綜合刑法第57條各款予以
16 考量所為之量刑，亦未逾越法律所規定之範圍，亦無濫用權
17 限之情形，更無違反比例、平等原則之情形，難遽謂原判決
18 之量刑有何違法或不當，原審於決定被告2人刑期長短時既
19 就被告2人前科素行具體予以審酌，且適度反映於原判決之
20 量刑上，並非全然固守法定最低本刑而未予加重，此一量刑
21 結論幾與本案適用累犯規定予以加重其刑無異。是以檢察官
22 於論告時所指原判決關於未適用累犯規定之瑕疵，與原判決
23 認定之犯罪事實及量刑結論均不生影響，基於無害瑕疵審查
24 原則，即不構成撤銷原判決之理由，附此敘明。

25 據上論斷，應依刑事訴訟第371條、第368條，判決如主文。

26 本案經檢察官黃棋安提起公訴，檢察官甲○○到庭執行職務。

27 中 華 民 國 111 年 12 月 27 日

28 刑事第五庭 審判長法官 張 智 雄

29 法官 陳 鈴 香

30 法官 游 秀 雯

31 以上正本證明與原本無異。

01 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
02 敘述上訴之理由者，並得於提起上訴後20日內向本院補提理由書
03 （均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。
04 因疫情而遲誤不變期間，得向法院聲請回復原狀。

05 書記官 賴 玉 芬

06 中 華 民 國 111 年 12 月 27 日

07 附錄本案論罪法條：

08 毒品危害防制條例第4條

09 製造、運輸、販賣第一級毒品者，處死刑或無期徒刑；處無期徒
10 刑者，得併科新臺幣3千萬元以下罰金。

11 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
12 刑，得併科新臺幣1千5百萬元以下罰金。

13 製造、運輸、販賣第三級毒品者，處7年以上有期徒刑，得併科
14 新臺幣1千萬元以下罰金。

15 製造、運輸、販賣第四級毒品者，處5年以上12年以下有期徒
16 刑，得併科新臺幣5百萬元以下罰金。

17 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
18 以下有期徒刑，得併科新臺幣1百50萬元以下罰金。

19 前五項之未遂犯罰之。

20 毒品危害防制條例第9條

21 成年人對未成年人販賣毒品或犯前三條之罪者，依各該條項規定
22 加重其刑至二分之一。

23 明知為懷胎婦女而對之販賣毒品或犯前三條之罪者，亦同。

24 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
25 之法定刑，並加重其刑至二分之一。

01 附表：

02

編號	扣案物名稱與數量	備註
1	毒品咖啡包29包(含有第三級毒品4-甲基甲基卡西酮、甲基-N, N-二甲基卡西酮)	違禁物，應予宣告沒收。
2	iPhone 7手機1支(含門號0000000000號SIM卡1張)	被告丙○○所有，供本案犯罪所用之物，應予宣告沒收。
3	iPhone 11手機1支(含門號0000000000號SIM卡1張)	被告乙○○所有，供本案犯罪所用之物，應予宣告沒收。