

臺灣高等法院臺中分院刑事判決

113年度上訴字第1101號

上訴人 臺灣南投地方檢察署檢察官

被告 廖文憲

選任辯護人 林彥谷律師（法扶律師）

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣南投地方法院113年度訴字第29號中華民國113年8月8日第一審判決（起訴案號：臺灣南投地方檢察署112年度偵字第8247號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於其犯罪事實一、(-)部分及定應執行刑部分均撤銷。  
廖文憲犯販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品罪，處有期徒刑參年玖月。未扣案之犯罪所得新臺幣柒仟元沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

犯罪事實

一、廖文憲明知4-甲基甲基卡西酮（4-Methylmethcathinone、Mephedrone、4-MMC）、甲基-N,N-二甲基卡西酮（Methyl-N,N-Dimethylcathinone）均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，不得非法販賣，竟意圖營利，基於販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品之犯意，於民國112年5月4日19至20時許，陳○○使用通訊軟體Telegram聯繫廖文憲（綽號「小黑」，Telegram暱稱「呼勺1」）表示欲向廖文憲購買混合上開二種第三級毒品成分之毒品咖啡包，2人相約於翌（5）日凌晨，在南投縣○○鎮○○路0段000號之國立草屯高級商工職業學校（以下稱草屯商工）附近之土地公廟會合。到場後，陳○○要求試飲，廖文憲乃騎乘車牌號碼000-0000號普通重型機車搭載陳○○前往附近不詳之廢棄工廠，拿出欲販售之毒品咖啡包1包由陳○○試飲。陳○○飲用後，覺得效果不錯，隨後交付新臺幣（下同）7,000元給廖文憲，廖文憲則將毒品咖啡包22包裝在白色之全聯福利中心塑膠袋內交給陳○○收受，而完成交易。嗣因陳

01 ○○係遠從臺中市前來南投縣草屯鎮交易，心想既然大老遠  
02 過來，剛剛只試喝1包毒品咖啡包還不過癮，提議就近找個  
03 地方「玩一下」（即開毒趴之意），廖文憲乃騎乘前開機車  
04 搭載陳○○，於同日3時29分許，至南投縣○○鎮○○路0段  
05 0巷0號之名湖水岸南投汽車旅館（以下稱名湖水岸汽車旅  
06 館），在該旅館503號房間內一起施用毒品，期間廖文憲叫  
07 來不詳姓名之傳播小姐前來助興，另有廖文憲之友人林○○  
08 到場施用毒品咖啡包及其他毒品。時近同日中午，因有不詳  
09 人士打電話向陳○○恫稱將對其開槍，陳○○因而報警，廖  
10 文憲聽聞陳○○已報警，遂先行離開。嗣經員警於同日12時  
11 18分許，據報到達現場，當場扣得渠等施用後所剩餘陳○○  
12 購買之上開毒品咖啡包17包及不詳人所有之K菸1支，而查悉  
13 上情。

14 二、案經南投縣政府警察局草屯分局報告臺灣南投地方檢察署檢  
15 察官偵查起訴。

16 理 由

17 一、程序方面：

18 (一)審理範圍之說明：按上訴得對於判決之一部為之，刑事訴訟  
19 法第348條第1項定有明文。本案經原審判決後，上訴人臺灣  
20 南投地方檢察署檢察官（以下稱檢察官）不服原判決提起上  
21 訴，被告廖文憲（以下稱被告）並未上訴。檢察官上訴書及  
22 本院行準備程序、審理時均明白表示僅就原判決犯罪事實  
23 一、(一)部分提起上訴（本院卷第9、10、94、121頁），是本  
24 院審理範圍僅限於原判決犯罪事實一、(一)部分。至被告所犯  
25 原判決犯罪事實一、(二)部分，未據檢察官及被告上訴，則不  
26 在本院審理範圍內，合先敘明。

27 (二)證據能力之說明：

28 1.按被告以外之人於審判外之陳述，雖不符刑事訴訟法第159  
29 條之1至第159條之4之規定，而經當事人於審判程序同意作  
30 為證據，法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認  
31 為適當者，亦得為證據。當事人、代理人或辯護人於法院調

01 查證據時，知有第159條第1項不得為證據之情形，而未於言  
02 詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同意，刑事訴訟法  
03 第159條之5定有明文。核其立法意旨在於傳聞證據未經當事  
04 人之反對詰問予以核實，原則上先予排除。惟若當事人已放  
05 棄反對詰問權，於審判程序中表明同意該等傳聞證據可作為  
06 證據，或於言詞辯論終結前未聲明異議，基於尊重當事人對  
07 傳聞證據之處分權，及證據資料愈豐富，愈有助於真實發見  
08 之理念，且強化言詞辯論主義，使訴訟程式得以順暢進行，  
09 上開傳聞證據亦均具有證據能力。查：本判決所引下列被告  
10 以外之人於審判外所為之陳述及卷內其他書證，檢察官、被  
11 告及辯護人均表示對該等證據無意見，於本院審理時亦未就  
12 卷內證據資料之證據能力有所爭執，且迄本案言詞辯論終結  
13 前，均未主張有刑事訴訟法第159條第1項不得為證據之情  
14 形，本院審酌上開證據作成時之情況，尚無違法、不當及證  
15 明力明顯過低之瑕疵，亦認為以之作為證據應屬適當，依上  
16 開規定，均認有證據能力。

17 2.次按刑事訴訟法第159條至第159條之5有關傳聞法則之規  
18 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  
19 規範；至非供述證據之物證，或以科學、機械之方式，對於  
20 當時狀況所為忠實且正確之記錄，性質上並非供述證據，應  
21 無傳聞法則規定之適用，如該非供述證據非出於違法取得，  
22 並已依法踐行調查程序，即不能謂其無證據能力。本案下引  
23 之其他非供述證據，均與本案待證事實具有關聯性，檢察  
24 官、被告、辯護人於本案皆未爭執其證據能力，且無證據證  
25 明有何偽造、變造或公務員違法取得之情事，復經本院依法  
26 踐行調查證據程序，自得作為證據，而有證據能力。

## 27 二、認定犯罪事實所憑之證據及理由：

28 (一)上開犯罪事實，業據被告於本院行準備程序、審理時坦承不  
29 諱（本院卷第95、125頁），核與證人陳○○於警詢、偵查  
30 中、原審審理時及證人林○○於原審審理時分別所證述之情  
31 節相符（警卷一第23至28頁、偵3742號卷第34至35頁、他72

01 4號卷第269至270頁、原審卷第103至123、178至184頁），  
02 復有證人陳○○指認被告之指認犯罪嫌疑人紀錄表、南投縣  
03 政府警察局草屯分局扣押筆錄、扣押物品目錄表及收據、名  
04 湖水岸汽車旅館監視器影像截圖、住房資料翻拍照片、Goog  
05 le街景圖、現場搜索照片及扣案咖啡包照片、NQZ-1682號普  
06 通重型機車之車輛詳細資料報表及車輛行車軌跡紀錄、證人  
07 陳○○之中山醫學大學附設醫院檢驗科藥物檢驗中心尿液檢  
08 驗報告附卷可稽（警卷一第29至33、39至48、76頁、警卷二  
09 第23至36頁、他724號卷第101、109至125、227頁），並有  
10 扣案證人陳○○所購買之毒品咖啡包17包可資佐證。又扣案  
11 之毒品咖啡包17包，經送衛生福利部草屯療養院鑑驗結果，  
12 確均檢出第三級毒品4-甲基甲基卡西酮、甲基-N,N-二甲基  
13 卡西酮成分，有衛生福利部草屯療養院112年5月15日草療鑑  
14 字第1120500218號鑑驗書及112年5月18日草療鑑字第11205  
15 00219號號鑑驗書各1份在卷可憑（他724號卷第84至88、9  
16 4、95頁）。另衡以近年來毒品之濫用，危害國民健康與社  
17 會安定日益嚴重，治安機關對於販賣或施用毒品之犯罪行  
18 為，無不嚴加查緝，各傳播媒體對於政府大力掃毒之決心亦  
19 再三報導，已使毒品不易取得且物稀價昂，苟被告於有償交  
20 付毒品予買受人之交易過程中無利可圖，縱屬至愚，亦無甘  
21 冒被取締移送法辦判處重刑之危險而平白從事毒品交易之  
22 理，是其販入之價格必較其出售之價格為低，而有從中以買  
23 賣價差或量差謀利之意圖及事實，應屬合理認定；又販賣毒  
24 品係違法行為，非可公然為之，而毒品亦無公定價格，係可  
25 任意分裝增減分量，每次買賣之價格、數量，亦隨時依雙方  
26 之關係深淺、資力、需求量、對行情之認知、來源是否充  
27 裕、查緝是否嚴緊、購買者被查獲時供述購買對象之可能風  
28 險之評估等因素，而異其標準，機動調整，非可一概論之。  
29 而販賣之利得，除非經行為人詳細供出各次所販賣毒品之進  
30 價及售價，且數量俱臻明確外，實難查得其交易實情，然販  
31 賣者從價差或量差中牟利，方式雖異，惟其販賣行為在意圖

01 營利則屬同一。從而，舉凡有償交易，除足以反證其確係另  
02 基於某種非圖利本意之關係外，通常尚難因無法查悉其精確  
03 之販入價格，作為是否高價賣出之比較，諉以無營利之意思  
04 而阻卻販賣犯行之追訴。本案被告販賣毒品咖啡包予證人陳  
05 ○○之犯行係屬重罪，如於買賣之過程中無利可圖，被告當  
06 無甘冒觸犯刑罰之高度風險幫助他人取得毒品之理，是被告  
07 主觀上顯有營利之意圖而販賣毒品咖啡包之犯意，應足以認  
08 定。是被告上開自白核與事實相符，應堪採信。

09 (二)被告之辯護人雖為被告辯護稱：被告不知道所販賣之毒品咖  
10 啡包有混合二種以上之毒品等語。然按109年1月15日修正公  
11 布，同年0月00日生效施行之毒品危害防制條例第9條第3項  
12 規定：「犯前5條之罪(按即毒品危害防制條例第4條至第8  
13 條)而混合二種以上之毒品者，適用其中最高級別毒品之法  
14 定刑，並加重其刑至二分之一」，該條項所稱之「混合」，  
15 係指將二種以上之毒品摻雜調合，無從區分而言(如置於同  
16 一包裝)。而增訂該條項之目的，係因目前毒品查緝實務，  
17 施用混合毒品之型態日益繁多，且因混合毒品之成分複雜，  
18 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  
19 加強遏止混合毒品之擴散，乃增定犯毒品危害防制條例第4  
20 條至第8條之罪，而有混合二種以上毒品之類型之個別犯罪  
21 行為予以加重，屬刑法分則加重之性質而成為另一獨立之  
22 罪。而行為人只須具故意或不確定故意，知悉或可得預見客  
23 觀上有此等混合情事已足。查本案被告所為販賣毒品咖啡包  
24 之犯行，已在前開毒品危害防制條例修正施行後2年以上，  
25 且被告於警詢時供稱：有施用毒品咖啡包，將毒品咖啡包內  
26 的毒品倒入口中，之後搭配水直接飲用等語(他724號卷第45  
27 頁)，足見被告原本即為施用毒品咖啡包之人，對於毒品咖  
28 啡包內含有公告列管之第三級毒品4-甲基甲基卡西酮、甲  
29 基-N,N-二甲基卡西酮，應有所悉。況被告既投入販賣毒品  
30 咖啡包市場，對於混合毒品型態日益繁多，常見將各種毒品  
31 混入其他物質偽裝，例如以咖啡包、糖果包、果汁包等型

01 態，包裝混合而成新興毒品之社會情況，亦當知之甚詳，且  
02 其販賣予證人陳○○之毒品咖啡包中，的確混合有上開二種  
03 第三級毒品，而被告於本院審理時亦已坦承販賣內含4-甲基  
04 甲基卡西酮、甲基-N,N-二甲基卡西酮之第三級毒品咖啡包  
05 （本院卷第125頁），是被告主觀上確有販賣混合二種以上  
06 第三級毒品之故意，可堪認定。

07 (三)綜上所述，本案事證明確，被告上開販賣第三級毒品而混合  
08 二種以上毒品之犯行，洵堪認定，應依法論科。

### 09 三、論罪科刑部分：

10 (一)本案被告所販賣之毒品咖啡包經送鑑定結果，各毒咖啡包內  
11 均含有第三級毒品4-甲基甲基卡西酮、甲基-N,N-二甲基卡  
12 西酮成分，均係同一包裝內摻雜調合有二種以上之毒品，自  
13 屬毒品危害防制條例增定第9條第3項所稱之混合二種以上之  
14 毒品，且該項係屬分則之加重，為另一獨立之犯罪型態，如  
15 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  
16 法定刑，並加重其刑至二分之一，例如販賣混合第三級及第  
17 四級毒品者，依販賣第三級毒品之法定刑處斷，並加重其刑  
18 至二分之一；如屬同一級別者，因無從比較高低級別，則依  
19 各該級別毒品所定之法定刑，加重其刑至二分之一。是核被  
20 告所為，係犯毒品危害防制條例第9條第3項、第4條第3項之  
21 販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品罪。起訴書所犯法條  
22 雖認被告所為係涉犯毒品危害防制條例第4條第3項之販賣第  
23 三級毒品罪嫌，所認尚有未洽，惟起訴之基本社會事實同  
24 一，且經本院於審理時併予告知被告另可能係涉犯毒品危害  
25 防制條例第9條第3項、第4條第3項之販賣第三級毒品而混合  
26 二種以上之毒品罪嫌（本院卷第119、120、125頁），賦予  
27 公訴人、被告及辯護人表示意見之機會，爰依法變更起訴法  
28 條。

29 (二)被告雖持有含有第三級毒品4-甲基甲基卡西酮、甲基-N,N-  
30 二甲基卡西酮成分之毒品咖啡包，然其販賣前持有第三級毒  
31 品之數量，依本案卷內證據資料，並無證據足認已達毒品危

01 害防制條例第11條第5項規定處罰持有第三級毒品純質淨重5  
02 公克以上之標準，是被告持有第三級毒品非屬刑事犯罪，即  
03 無不另論罪之問題，無需論述其犯罪之吸收關係，附此敘  
04 明。

05 (三)刑之加重、減輕部分：

- 06 1.被告就本案販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品犯行，應  
07 依毒品危害防制條例第9條第3項之規定，除適用其中最高級  
08 別即販賣第三級毒品之法定刑外，並加重其刑。
- 09 2.公訴人主張被告前於101年至105年間因詐欺等案件，經臺灣  
10 南投地方法院、臺灣臺中地方法院分別判處有期徒刑3月、3  
11 月、2月、5月、4月、4月、6月確定，再經臺灣臺中地方法  
12 院以105年度聲字第2213號裁定定應執行刑為1年8月確定，  
13 於105年5月4日入監執行，於106年1月23日縮短刑期假釋出  
14 監並付保護管束，惟因假釋保護管束期間內再犯而遭撤銷假  
15 釋，復於107年2月6日入監執行殘刑，於107年5月9日執行完  
16 畢出監乙節，有臺灣高等法院被告前案紀錄表在卷可憑，是  
17 被告受上開徒刑之執行完畢後，5年以內故意再犯本案有期  
18 徒刑以上之罪，為累犯，公訴人另說明被告前案與本案均為  
19 故意犯罪，顯見被告對於刑罰反應力薄弱，請依累犯規定加  
20 重其刑（本院卷第125頁），惟本院審酌被告本案所犯之罪  
21 與前案間罪名、法益種類及罪質均有不同，本案於法定刑度  
22 範圍內，審酌各項量刑事由後，已足以充分評價被告所應負  
23 擔之罪責，尚無加重法定本刑之必要，是依司法院大法官會  
24 議釋字第775 號解釋意旨，爰不加重其刑。
- 25 3.被告就本案販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品之犯行，  
26 僅於本院行準備程序、審理時自白不諱，已如前述，並未於  
27 偵查中及原審審理時自白販賣第三級毒品罪，自不符合毒品  
28 危害防條例第17條第2項之規定，無從依該規定減輕其刑。
- 29 4.按刑法第59條規定犯罪之情狀可憫恕者，得酌量減輕其刑，  
30 其所謂「犯罪之情狀」，與同法第57條規定科刑時應審酌之  
31 一切情狀，並非有截然不同之領域，於裁判上酌減其刑時，

01 應就犯罪一切情狀（包括第57條所列舉之10款事項），予以  
02 全盤考量，審酌其犯罪有無可憫恕之事由（即有無特殊之原  
03 因與環境，在客觀上足以引起一般同情，以及宣告法定低度  
04 刑，是否猶嫌過重等等），以為判斷（最高法院95年度台上  
05 字第6157號判決意旨參照）。查販賣第三級毒品而混合二種  
06 以上之毒品罪為法定刑7年以上有期徒刑，並應依毒品危害  
07 防制條例第9條第3項之規定加重其刑，其刑度非可謂不重，  
08 然同為販賣毒品者，動機不一，犯罪情節差異甚大，所涵蓋  
09 之態樣甚廣，或有大盤毒梟，亦有中盤、小盤之分，甚或僅  
10 止於同為吸毒者彼此間互通有無，從中賺取蠅頭小利或毒品  
11 量差供己施用的情形，故其販賣行為所造成的危害自屬有  
12 別，一律處以7年以上有期徒刑之重典，不可謂之不重。查  
13 被告販賣毒品咖啡包予證人陳○○之緣由，業經證人陳○○  
14 證稱：被告本來不想交易，係因自己毒品發作，一再請求被  
15 告賣毒品，被告才同意販賣等語（原審卷第121頁），且販  
16 賣給陳○○之毒品咖啡包遭警查獲後尚有17包未施用，未擴  
17 大毒品危害，是本案在無其他足以減免其刑之法定條件下，  
18 本院認依被告犯罪之情節，倘科以前述法定最低本刑實嫌過  
19 重，在客觀上有情輕法重堪予憫恕之處，爰依刑法第59條規  
20 定減輕其刑，並依法先加後減之。

#### 21 四、撤銷改判之理由：

22 (一)原審認被告罪證明確，予以論罪科刑，固非無見。惟查：被  
23 告所為係犯毒品危害防制條例第9條第3項、第4條第3項之販  
24 賣第三級毒品而混合二種以上之毒品罪，已詳如前述，原審  
25 認被告所犯係毒品危害防制條例第4條第3項之販賣第三級毒  
26 品罪，即有未當，檢察官據此提起上訴，為有理由，自應由  
27 本院將原判決關於其犯罪事實一、(一)部分予以撤銷改判，原  
28 判決對其所定應執行刑因此失所依附，應一併予以撤銷。

29 (二)爰以行為人之責任為基礎，審酌毒品對社會秩序及國民健康  
30 危害至深且鉅，嚴重影響社會治安，製造、運輸、販賣等行  
31 為情節尤重，更應嚴加非難，而被告正值青壯，竟不思以正

01 途獲取財物，其明知毒品對人體健康戕害甚鉅，為牟取利  
02 益，無視國家杜絕毒品犯罪之禁令，率爾販賣本案毒品咖啡  
03 包予他人，肇生他人毒品之來源，戕害國民身心健康，並有  
04 滋生其他犯罪之可能，兼衡被告犯後於本院審理時坦承犯行  
05 之態度、犯罪之動機、目的、手段及其自陳國小畢業、從小  
06 單親家庭沒有父親、由母親獨自扶養、家境很差、之前有出  
07 過車禍、頭腦有後遺症、講話會結巴、入監服刑前從事餐飲  
08 業、月薪約2萬多元、現已離婚、需要扶養60多歲身體狀況  
09 不佳的母親之智識程度、經濟及家庭生活狀況等一切情狀  
10 （本院卷第126頁），量處如主文第2項所示之刑。

11 (三)沒收部分：被告販賣毒品咖啡包予證人陳○○之所得為7,00  
12 0元，此為其本案販賣毒品所得之財物，雖未扣案，仍應依  
13 刑法第38條之1第1項前段、第3項之規定宣告沒收，於全部  
14 或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

15 據上論斷，應依刑事訴訟法第369條第1項前段、第364條、第300  
16 條、第299條第1項前段，判決如主文。

17 本案經檢察官高詣峰提起公訴，檢察官王晴玲提起上訴，檢察官  
18 葉建成到庭執行職務。

19 中 華 民 國 113 年 12 月 26 日  
20 刑事第七庭 審判長法官 郭 瑞 祥  
21 法官 陳 宏 卿  
22 法官 陳 玉 聰

23 以上正本證明與原本無異。

24 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  
25 敘述上訴之理由者，並應於提起上訴後20日內向本院補提理由書  
26 （均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

27 書記官 吳 姁 穗

28 中 華 民 國 113 年 12 月 26 日

29 附錄本案論罪科刑法條：

30 毒品危害防制條例第4條第3項

- 01 製造、運輸、販賣第三級毒品者，處7年以上有期徒刑，得併科  
02 新臺幣1千萬元以下罰金。  
03 毒品危害防制條例第9條第3項  
04 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  
05 之法定刑，並加重其刑至二分之一。