

臺灣高等法院臺中分院刑事判決

113年度上訴字第870號

上訴人

即被告 彭翊豪

選任辯護人 王聖傑 律師

蔡承諭 律師

上列上訴人即被告因毒品危害防制條例案件，不服臺灣苗栗地方法院112年度訴字第468號，中華民國113年5月23日第一審判決（起訴案號：臺灣苗栗地方檢察署112年度偵字第9056號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

犯罪事實

- 一、彭翊豪明知4-甲基甲基卡西酮、 α -吡咯烷基苯異己酮為毒品危害防制條例公告所列管之第三級毒品，依法不得逾額持有、販賣，竟基於意圖販賣含上開毒品成分之毒品咖啡包、彩虹菸以營利之犯意，於民國112年8月16日前某日時，在不詳地點，向真實姓名年籍不詳之人，購買含4-甲基甲基卡西酮成分之毒品咖啡包34包（詳附表一編號1）、含 α -吡咯烷基苯異己酮成分之彩虹菸4包（詳附表一編號2）而持有之，並伺機販賣與不特定之人以營利，但尚未著手銷售行為。
- 二、彭翊豪明知愷他命係毒品危害防制條例列管之第三級毒品，非經許可，不得販賣，竟基於販賣第三級毒品愷他命以營利之犯意，於112年8月16日16時58分許，以其所有如附表二編號3、4所示APPLE廠牌智慧型手機安裝通訊軟體Facetime、帳號「000000000000oud.com」與購毒者相互聯繫販賣第三級毒品愷他命事宜。嗣喬裝員警與彭翊豪以Facetime聯繫購買細節後，雙方約定以每公克新臺幣（下同）1,600元之價格，交易愷他命5公克，彭翊豪即於同日17時17分駕駛車牌

01 號碼000-0000號自用小客車攜帶愷他命4包（詳附表二編號1
02 所示），前往約定之苗栗縣頭份市工業路車水馬龍自助洗車
03 廠與喬裝員警交易，經喬裝員警表明身分當場逮捕，而未
04 遂；並扣得如附表一、二所示之物。

05 三、案經苗栗縣警察局通霄分局報請臺灣苗栗地方檢察署檢察官
06 偵查起訴。

07 理 由

08 一、證據能力部分：

09 刑事訴訟法第159條之5立法意旨，在於確認當事人對於傳聞
10 證據有處分權，得放棄反對詰問權，同意或擬制同意傳聞證
11 據可作為證據，屬於證據傳聞性之解除行為，如法院認為適
12 當，不論該傳聞證據是否具備刑事訴訟法第159條之1至第15
13 9條之4所定情形，均容許作為證據，不以未具備刑事訴訟法
14 第159條之1至第159條之4所定情形為前提。此揆諸「若當事
15 人於審判程序表明同意該等傳聞證據可作為證據，基於證據
16 資料愈豐富，愈有助於真實發見之理念，此時，法院自可承
17 認該傳聞證據之證據能力」立法意旨，係採擴大適用之立
18 場。蓋不論是否第159條之1至第159條之4所定情形，抑當
19 事人之同意，均係傳聞之例外，俱得為證據，僅因我國尚非
20 採澈底之當事人進行主義，故而附加「適當性」之限制而
21 已，可知其適用並不以「不符前四條之規定」為要件。查本
22 案以下採為判決基礎之證據，其性質屬被告以外之人於審判
23 外之陳述而屬傳聞證據者，檢察官、上訴人即被告彭翊豪
24 （下稱被告）及其選任辯護人於本院準備程序時均表示無意
25 見或同意有證據能力（見本院卷第95-97頁），且檢察官、
26 被告、辯護人就該等審判外之陳述，均未再於言詞辯論終結
27 前爭執其證據能力或聲明異議，本院審酌上開傳聞證據作成
28 時之情況，核無違法取證及證明力明顯過低之瑕疵，為證明
29 犯罪事實所必要，亦認為以之作為證據為適當，依據上開說
30 明，應認該等證據均具有證據能力。

31 二、認定犯罪事實所憑之證據及理由：

01 (一)上揭犯罪事實，業據被告於本院審理時均坦承不諱，且其中
02 犯罪事實二部分，並據被告於偵查、原審審理時亦坦承不諱
03 (見偵卷第131-133、142-143、263-265頁，原審卷第47-4
04 8、193頁，本院卷第94、122頁)；且有被告持用APPLE廠牌
05 智慧型手機(附表二編號3)與喬裝毒品購買者之員警使用
06 通訊軟體Facetime之語音對話譯文(見偵卷第57頁)在卷可
07 稽；經核上揭被告與喬裝毒品購買者之員警間之語音對話譯
08 文等之內容，可資佐證員警如何與被告聯繫購買第三級毒品
09 愷他命交易事宜，包括毒品交易之種類、價格、數量及約定
10 交付毒品之地點等情節，亦與被告之自白相符。又犯罪事實
11 一部分，並有如附件所示被告與暱稱「00000000000oud. co
12 m」之人於8月4日之對話紀錄擷圖在卷可佐(見偵卷第221-
13 235頁)；其中提及「價格一樣18和3」、「監視器避開」
14 (見偵卷第227頁左下)、「今天帳錢要對出來給我」、
15 「在忙？有客要送？」(見偵卷第227頁右下)，嗣後並提
16 及「AP彩35」、「你給他我的」(見偵卷第229頁左上)。
17 而被告於原審審理中供述：「AP彩35」的「AP彩」是指彩虹
18 菸，「35」是指3500；「(檢察官問：這個人寫這個的意思
19 是想要跟你買彩虹菸3500嗎?)對。」、「(檢察官問：這
20 樣是多少的量呢?)1包。」、「(檢察官問：1包裡面有幾
21 根?)18根。」等語(見原審卷第187-188頁)，足證上開
22 對話內容係在討論彩虹菸之價格、數量等重要交易要素，且
23 係由被告掌握價格之制定，被告於原審審理時復自陳：咖啡
24 包、彩虹菸是在8月16日查獲前超過1個月的時間買的(見原
25 審卷第189頁)，可見上開對話是在被告持有本案毒品咖啡
26 包、彩虹菸後所為，則被告於持有本案毒品咖啡包、彩虹菸
27 後，與「00000000000oud. com」具體談及買賣彩虹菸之價
28 格、數量等內容，亦足認具有販賣本案毒品咖啡包、彩虹菸
29 以營利之主觀犯意及意圖。

30 (二)並有扣案被告所有用來聯繫販賣第三級毒品愷他命或討論毒
31 品咖啡包、彩虹煙價格所用聯絡工具即如附表二編號3、4所

01 示之APPLE廠牌智慧型手機，及附表二編號1、2所示第三級
02 毒品愷他命及附表一所示毒品咖啡包、彩虹煙等物品可證。

03 (三)而扣案附表二編號1、2所示第三級毒品愷他命及附表一所示
04 毒品咖啡包、彩虹煙等物，經警囑託衛生福利部草屯療養院
05 及內政部警政署刑事警察局鑑定結果，分別如附表二編號
06 1、2所示及附表一所示，確屬第三級毒品無訛，有衛生福利
07 部草屯療養院及內政部警政署刑事警察局分別出具之鑑定書
08 附卷可參（詳如附表一、二鑑定結果欄所示）。

09 (四)此外，復有苗栗縣警察局通霄分局搜索扣押筆錄、扣押物品
10 目錄表、警方與被告使用通訊軟體FACETIME對話擷圖、查
11 獲現場照片、數位證物勘察採證同意書（見偵卷第45-53、6
12 7-77頁）等在卷足資佐證。綜上所述，堪認被告上揭全部自
13 白，均與事實相符，堪予採信。

14 (五)按販賣毒品之所謂販賣行為，指行為人基於營利之目的販
15 賣毒品，即主觀上有營利之意圖，且客觀上有販賣之行為，
16 即足構成（最高法院107年度台上字第3453號判決意旨參
17 照）。本案雖於被告與實施誘捕偵查而喬裝毒品購買者之員
18 警於交易第三級毒品愷他命時，即當場查獲。然我國查緝毒
19 品之販賣，一向執法甚嚴，並科以重度刑責，販賣第三級毒
20 品既經政府懸為禁令、嚴加取締，且毒品量微價高，販賣行
21 為在通常情形下均係以牟利為其主要誘因及目的，且依一般
22 社會通念以觀，凡販賣毒品者，苟無利益可圖，應無甘冒被
23 他人供出來源或遭檢警查緝法辦之危險而平價供應他人施用
24 之理，因此其販入之價格必較出售之價格低廉，或以同一價
25 格販賣而減少毒品之份量，而有從中賺取買賣價差牟利之意
26 圖及事實，應屬合理之認定。再販賣毒品係違法行為，非可
27 公然為之，亦無公定價格，且容易分裝、增減份量，而買賣
28 之價格，可能隨時依交易雙方關係之深淺、購毒者之資力、
29 需求量及對行情之認知、毒品來源是否充裕、查緝是否嚴
30 謹、購毒者被查獲後供出購買對象之可能風險等情形，而異
31 其標準，非可一概而論，除非經行為人詳細供出各次所販賣

01 毒品之進價及售價，且數量俱臻明確外，實難察得其交易實
02 情。然販賣者從價差或量差中牟利，方式雖異，惟其販賣行
03 為在意圖營利則屬同一，從而，舉凡有償交易，除確有反證
04 足以認定確係另基於某種非圖利本意而轉讓毒品之外，自難
05 任由販賣者諉以無營利之意思，而阻卻對其販賣毒品犯行之
06 追訴（最高法院110年度台上字第5597號判決意旨參照）。
07 是以第三級毒品愷他命係不易取得且物稀價昂，苟行為人於
08 有償買賣第三級毒品愷他命之交易過程中無利可圖，自無甘
09 冒被取締移送法辦判處重刑之危險而平白從事毒品販賣之
10 理，所為應有營利之意圖，為屬合理認定。且被告於警詢供
11 述：這次交易如果成功，可從中抽佣1,000元至2,000元（見
12 偵卷第37頁）；並於原審法官羈押訊問時供述：賣1包愷他
13 命可以賺5、600元（見偵卷第143頁）等語；又依前述，被
14 告係欲以相當之價販賣其持有之如附表一所示之毒品咖啡包
15 及彩虹煙，顯係亦欲為有償交易，且有一定價格之要求，均
16 應認係出於營利之意圖甚明。復被告於本院審理期間已經自
17 白全部犯罪事實不諱，其有從中賺取買賣價差牟利之意圖及
18 事實，足堪認定。

19 (六)至於扣案毒品咖啡包經鑑驗結果另檢出微量之第三級毒品甲
20 基-N,N-二甲基卡西酮成分，且原審檢察官曾於原審論告時
21 認應依毒品危害防制條例第9條第3項規定加重其刑等語。然
22 查，扣案毒品咖啡包於查獲時經員警以拉曼光譜分析儀僅檢
23 出第三級毒品4-甲基甲基卡西酮成分一節，有掃描結果附卷
24 為憑（見偵卷第95-97頁），且前開鑑驗結果亦認所含甲基-
25 N,N-二甲基卡西酮成分，僅屬微量；再者，習見之毒品咖啡
26 包往往已事先封裝完畢，如同市面上真正咖啡包的包裝一
27 樣；而非如海洛因、甲基安非他命等第一、二級毒品，常常
28 使用夾鍊袋分裝出售，易於隨時開啟觀察、檢視，本案扣案
29 之毒品咖啡包亦然，可由卷附扣案毒品咖啡包外觀而可得知
30 （見偵卷第71頁）。因此，雖然行為人應始終知悉其所購入
31 之毒品咖啡包應為毒品，但尚難期待被告購入非屬自己製

01 造、包裝之毒品咖啡包時，可得明確知悉其包裝內毒品之種
02 類、品項或是否混合二種以上之毒品；是被告於原審及本院
03 審理時辯稱其不知有混合二種以上之毒品等語，並非全然無
04 稽，復依卷內事證尚不足認定被告主觀上有基於販賣混合二
05 種以上第三級毒品之咖啡包以營利之故意或不確定故意，則
06 依罪疑唯輕原則，自不能認被告犯行該當毒品危害防制條例
07 第9條第3項規定之要件而加重其刑，附此敘明。

08 (七)綜上所述，本案事證已臻明確，被告犯行均洵堪認定，應依
09 法論科。

10 三、論罪科刑：

11 (一)查4-甲基甲基卡西酮、 α -吡咯烷基苯異己酮及愷他命均係
12 毒品危害防制條例第2條第2項第3款所明定列管之第三級毒
13 品，不得非法逾額持有、販賣，是核被告就如犯罪事實欄一
14 所示所為，係犯毒品危害防制條例第5條第3項之意圖販賣而
15 持有第三級毒品罪；如犯罪事實欄二所示所為，係犯毒品危
16 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。
17 被告販賣第三級毒品愷他命未遂而持有純質淨重5公克以上
18 愷他命之低度行為，應為其販賣之高度行為所吸收，不另論
19 罪。

20 (二)「吸收犯」概念，係指在犯罪性質上，或依日常生活經驗習
21 慣（某種犯罪之性質或結果，當然含有他罪之成分），認為
22 一個犯罪行為，為另一犯罪行為所吸收較為適當，而僅包括
23 論以一罪，即足以充分評價其犯罪之不法與罪責內涵之謂。
24 是高度行為吸收低度行為、全部行為吸收部分（階段）行
25 為，均係基於法益侵害之觀點，認為當高度或全部行為之不
26 法內涵足以涵蓋低度或部分行為時，始論以吸收犯。則倘一
27 行為之不法內涵無從為他行為所包含，即不在受他行為不法
28 評價所吸收之範圍內（最高法院113年度台上字第1210號判
29 決意旨參照）。又所謂吸收犯，係指一罪所規定之構成要
30 件，為他罪構成要件所包括，因而發生吸收關係者而言。如
31 意圖供自己施用而持有毒品，進而施用，則其持有之低度行

01 為，當然為高度之施用行為所吸收，不另論其持有毒品罪。
02 惟因施用或販賣而持有毒品之行為，為不同之犯罪型態，而
03 有不同之法律評價，其持有低度行為之吸收關係，以高、低
04 度行為之間具有垂直關係者為限，亦即施用行為與因施用而
05 持有之間，或販賣行為與因販賣而持有之間，始有各自之吸
06 收關係可言，非可任意擴張至他罪犯行（最高法院108年度
07 台上字第 712號判決意旨參照）。因此，施用、轉讓、販
08 賣、運輸毒品各為不同之犯罪型態，彼此各具高度、低度之
09 吸收關係，是上開吸收關係，必限於上開各行為之間具有垂
10 直關係者，亦即施用行為與因施用而持有行為之間；轉讓行
11 為與因轉讓而持有行為之間；販賣行為與因販賣而持有之
12 間；運輸行為與因運輸而持有之間，始屬相當，非漫無限
13 制，否則任何一持有行為一旦受有確定判決即可無限延伸其
14 既判力，無異使持有行為繼續中所犯同具持有關係之他重罪
15 犯行，豁免刑責，寓有鼓勵犯罪而失公平。查被告固於本院
16 審理時辯稱被查獲如附表一編號1所示之第三級毒品咖啡包3
17 4包、編號2所示之彩虹菸4包及附表二編號1、2所示第三級
18 毒品愷他命7包，都是同時向不詳姓名之上游購買者，認被
19 告係同一時間同時持有愷他命、毒品咖啡包及彩虹菸等不同
20 品項之第三級毒品，雖然其後僅與員警約定交易其中之毒品
21 愷他命，應一併使整體同一持有行為轉變為更高度之販賣未
22 遂行為，認被告意圖販賣而持有第三級毒品(毒品咖啡包及
23 彩虹菸)犯行，與販賣第三級毒品(愷他命)未遂行為間，應
24 認有實質上一罪之吸收關係等語。惟查，縱認被告辯稱扣案
25 如附表一及附表二編號1、2所示之毒品咖啡包34包、彩虹菸
26 4包及愷他命7包均是一起向不詳姓名之上游同時購得者，非
27 不可採信。然查被告購入後，持有之時間，依其於原審所
28 供，至少超過1個月（見原審卷第189頁），且被告自己亦有
29 施用愷他命之行為，有自願受採尿同意書、中山醫學大學附
30 設醫院檢驗科藥物檢測中心尿液檢驗報告在卷可查（見偵查
31 卷第99、155頁）；依卷附被告手機通訊軟體擷圖顯示被告

01 亦曾與暱稱「00000000000oud.com」之人單獨討論彩虹菸
02 買賣之價格事宜；再者，本案被告關於第三級毒品愷他命之
03 販賣，是由喬裝買家之員警與被告聯繫買賣毒品之種類、數
04 量及價格後，再約定交易地點者。可認被告縱係向不詳姓名
05 之上游同時購入本案扣案毒品咖啡包、彩虹菸及愷他命，其
06 購入毒品之目的並非單一，有為供己施用第三級毒品愷他命
07 而購入者，並曾與他人單獨討論彩虹菸買賣事宜，又關於販
08 賣第三級毒品愷他命更是因承辦員警主動聯繫而實行毒品販
09 賣行為者。被告向不詳姓名之上游購入本案扣案毒品咖啡
10 包、彩虹菸及愷他命時，並非基於單一欲同時販賣毒品咖啡
11 包、彩虹菸及愷他命之目的而持有；因此，被告於持有扣案
12 毒品相當期間後，因承辦員警實施誘捕偵查而實行販賣第三
13 級毒品愷他命未遂之行為，其販賣行為與因販賣而持有之間
14 具有垂直關係者，應僅限於第三級毒品愷他命；至於被告基
15 於營利之意圖而持有如附表一所示毒品咖啡包、彩虹菸行為
16 之不法內涵，尚無從為販賣第三級毒品愷他命未遂行為所包
17 含，自不在販賣第三級毒品未遂行為不法評價所吸收之範圍
18 內，依前開說明，兩者間即難謂具有吸收關係，亦無實質上
19 一罪或裁判上一罪關係可言，應分論併罰。被告上訴意旨及
20 選任辯護人辯護意旨認應論實質上一罪之吸收關係等情，並
21 不可採。

22 (三)被告所犯如犯罪事實欄一所示意圖販賣而同時持有第三級毒
23 品4-甲基甲基卡西酮、 α -吡咯烷基苯異己酮，係以一行為
24 同時犯意圖販賣而持有第三級毒品數罪，為同種想像競合
25 犯，應依刑法第55條前段規定，從一重論以意圖販賣而持有
26 第三級毒品罪。

27 (四)被告所犯如犯罪事實欄一所示意圖販賣而持有第三級毒品
28 罪；及如犯罪事實欄二所示販賣第三級毒品未遂罪間，犯意
29 各別，行為互殊，應分論併罰。

30 (五)被告所犯販賣第三級毒品未遂之犯行，已著手於犯罪行為之
31 實行，惟因係員警實施誘捕偵查而查獲，員警實際上並無購

01 毒之真意，未發生犯罪之結果，為未遂犯，應依刑法第25條
02 第2項之規定減輕其刑。

03 (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，減輕
04 其刑，毒品危害防制條例第17條第2項定有明文。其立法目
05 的係為鼓勵犯罪行為人早日悔過自新，並期節約司法資源、
06 以利毒品查緝，俾收防制毒品危害、使案件儘速確定之效而
07 設，其須於偵查及審判中皆行自白，始有上開規定之適用，
08 而此所謂「自白」，係指對自己之犯罪事實全部或主要部
09 分為肯定供述之意。查被告就如犯罪事實欄二所示販賣第三
10 級毒品未遂之犯行，已於偵查、原審及本院審理時，均自白
11 不諱，有各該筆錄在卷為憑，應依毒品危害防制條例第17條
12 第2項之規定，就被告所犯如犯罪事實欄二所示販賣第三級
13 毒品未遂犯行，依法減輕其刑，並遞減之。

14 (七)又按量刑屬法院自由裁量職權，應受比例原則等法則之拘
15 束，並非可恣意為之，致礙及公平正義維護，且必須兼顧一
16 般預防之普遍適應性與具體個案特別預防之妥當性，始稱相
17 當。而刑法第59條之酌量減輕其刑，必其犯罪之情狀，在客
18 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
19 過重者，亦即就全部犯罪情狀予以審酌，認為在客觀上有足
20 以引起社會上一般人之同情而顯可憫恕者，始有其適用。如
21 別有法定減輕事由，應先依法定減輕事由減輕其刑後，科以
22 最低刑度，猶嫌過重時，始得為之；若有二種以上法定減輕
23 事由，仍應先依法定減輕事由遞減其刑後，科以最低刑度，
24 猶嫌過重時，始得再依刑法第59條規定酌減其刑。本件被告
25 所為如犯罪事實欄二所為係犯毒品危害防制條例第4條第3項
26 販賣第三級毒品未遂罪，法定最輕本刑為7年以上有期徒
27 刑。其中關於販賣第三級毒品未遂罪部分，應先依刑法第25
28 條第2項規定減輕其刑，又被告於偵查、原審及本院審理
29 中，均自白犯罪，應再依毒品危害防制條例第17條第2項規
30 定減輕其刑，本案經予遞減輕其刑計算後，其此部分法定最
31 輕本刑為有期徒刑1年9月，則被告適用前述減刑規定後可得

01 量處之刑罰範圍，應認並無刑罰過苛之虞；另如犯罪事實欄
02 一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
03 第三級毒品罪，法定最輕本刑為3年以上有期徒刑；而查被
04 告自身既有施用第三級毒品之行為，應深知毒品對社會秩序
05 及國民健康危害至深且鉅，並為法所明禁，竟仍意圖營利而
06 持有，且所持有之數量非少。參以禁絕毒品為政府政策，立
07 法者並立法嚴禁販賣毒品，且以高度刑罰來遏止毒品氾濫之
08 問題，凡具有一般智識之人，均能有所知悉瞭解，被告受有
09 高中畢業之教育程度（見本院卷第124頁），卻仍無視毒品
10 對於自己或他人之危害，而為上揭犯行，嚴重破壞社會秩
11 序，惡性難謂輕微，衡諸其犯罪情節，在客觀上無足以引起
12 一般同情，顯可憫恕，科以最低度刑猶嫌過重情形，均應無
13 刑法第59條酌量減輕其刑規定之適用，是被告上訴請求就其
14 所犯各罪，依刑法第59條規定減輕其刑等語，亦非可採。

15 (八)被告並未供出毒品來源，且因而查獲其他正犯或共犯，已經
16 被告於本院審理時供述明確，尚無毒品危害防制條例第17條
17 第1項減輕或免除其刑規定之適用，附此敘明。

18 四、上訴駁回理由之說明：

19 (一)原審法院因認被告之罪證明確，適用毒品危害防制條例第4
20 條第3項等相關規定，並審酌被告無視國家禁止持有、販賣
21 毒品之禁令，竟貪圖可從中賺取價差、量差或純度差異等類
22 利益，而販賣、意圖販賣而持有第三級毒品藉以牟利，助長
23 毒品蔓延，直接戕害國民身心健康，間接引發各種犯罪、危
24 害社會治安，敗壞社會善良風氣，雖本案尚未造成上開實
25 害，其所為仍值非難；兼衡其欲販賣之數量，及所持有之毒
26 品種類、數量，並考量被告犯後雖就犯罪事實二部分係坦承
27 犯行，然其曾於偵查中翻異其供述（見偵卷第195頁）；就
28 犯罪事實一部分，承認客觀事實之態度，暨斟酌其素行（有
29 臺灣高等法院被告前案紀錄表1份在卷可參）、犯罪動機、
30 手段、目的、情節，以及被告於原審審理中自陳之智識程度
31 與家庭經濟生活狀況（見原審卷第205頁）等一切情狀，就

其所犯各罪，分別量處如原審判決主文第1項所示之刑。另參酌其各次犯行類型、次數、時空間隔、侵害法益之異同及侵害程度、各該法益間之獨立程度、非難重複性及回復社會秩序之需求性、受刑人社會復歸之可能性等因素，並考量刑罰邊際效應隨刑期而遞減及受刑人所生痛苦隨刑期而遞增，定應執行刑有期徒刑4年2月。並就沒收部分說明：1.扣案之咖啡包34包（見附表一編號1）、彩虹菸4包（見附表一編號2）及晶體7包（見附表二編號1至2）分別含有第三級毒品成分，均已如前述，均屬違禁物，均應依刑法第38條第1項規定宣告沒收。又盛裝上述扣案毒品之外包裝袋共45只，因無論依何種方式分離，包裝袋內均有極微量之毒品成分殘留其上而無法析離，故應整體視為查獲之第三級毒品，併依刑法第38條第1項規定併予沒收之。至於鑑驗耗用之毒品既已滅失，自無庸宣告沒收。2.扣案之黑色行動電話1支（見附表二編號3）、銀色行動電話1支（見附表二編號4），均係被告所有，分別供本案聯絡喬裝員警、「000000000000oud.com」之人所用之物，業據被告於原審自陳（見原審卷第203頁），均應依毒品危害防制條例第19條第1項規定宣告沒收。3.其他扣案之附表二編號5至9所示之物，依卷內事證不足認定與本案相關，復非違禁物，不予宣告沒收等。核其採證及認事用法均無違誤，量刑亦屬妥適，應予維持。

(二)被告上訴意旨以其遭查獲如附表一編號1所示之第三級毒品咖啡包34包、編號2所示之彩虹菸4包及附表二編號1、2所示第三級毒品愷他命7包，都是同時向不詳姓名之上游購買者，被告是同一時間同時持有愷他命、毒品咖啡包及彩虹菸等不同品項之第三級毒品，雖然其後僅與員警約定交易其中之毒品愷他命，應一併使整體同一持有行為轉變為更高度之販賣未遂行為，認被告意圖販賣而持有第三級毒品(毒品咖啡包及彩虹菸)犯行，與販賣第三級毒品(愷他命)未遂行為間，應認有實質上一罪之吸收關係。及被告已經坦承不諱，犯後態度良好，被告行為時年僅23歲，社會歷練尚屬淺薄，

01 因當時工作及收入不穩定，但被告每個月均仍需給付5,000
02 元之孝親費給父母，在經濟壓力及生活重擔之情形下，始不
03 禁一時之貪念，仿效先前認識之毒友在通訊軟體Facetime販
04 售毒品，希望多少能夠補貼一些日常生活支出，僅係個人少
05 量向上游毒品來源進貨後，再以零售方式為之，交易數量非
06 鉅，利潤微薄，請求依刑法第59條規定酌減其刑；並請求從
07 輕量刑及宣告緩刑等語。

08 (三)惟按刑罰之量定，屬法院自由裁量之職權行使，應審酌刑法
09 第57條所列各款事由及一切情狀，為酌量輕重之標準，並非
10 漫無限制；量刑輕重係屬事實審法院得依職權自由裁量之事
11 項，苟已斟酌刑法第57條各款所列情狀而未逾越法定刑度，
12 不得遽指為違法；且在同一犯罪事實與情節，如別無其他加
13 重或減輕之原因，下級審量定之刑，亦無過重或失輕之不當
14 情形，則上級審法院對下級審法院之職權行使，原則上應予
15 尊重。查原審判決就被告所犯各罪，已綜合審酌被告貪圖毒
16 品價差、量差或純度差異等利益，而販賣、意圖販賣而持有
17 第三級毒品藉以牟利，戕害國民身心健康，雖本案尚未造成
18 實害，所為仍值非難；兼衡其欲販賣之數量，及所持有之毒
19 品種類、數量，並考量被告就犯罪事實二部分係坦承犯行，
20 犯罪事實一部分，承認客觀事實之態度，及被告之智識程
21 度、家庭經濟、生活狀況等刑法第57條科刑應審酌之一切情
22 狀，在罪責原則下適正行使其量刑之裁量權，量處如原審判
23 決主文所示各罪之刑，核其量定之刑罰，已兼顧相關有利與
24 不利之科刑資料；所定之執行刑說明考量各次犯行類型、次
25 數、時空間隔、侵害法益之異同及侵害程度、各該法益間之
26 獨立程度、非難重複性及回復社會秩序之需求性、受刑人社
27 會復歸之可能性等因素，而依刑法第51條第5款係採限制加
28 重原則，給予適當之恤刑，客觀上並未逾越法定刑度或範
29 圍，亦與罪刑相當原則無悖，無輕重失衡或偏執一端之情
30 形，量刑尚屬妥適，應無過重之虞。又被告所為販賣第三級
31 毒品未遂、意圖販賣而持有第三級毒品等犯行，均無刑法第

01 59條減輕其刑規定之適用，其理由已如前所述，自不再贅
02 言。原審判決未依上開規定予以減刑，尚無違誤，被告上訴
03 意旨請求再依刑法第59條規定減輕其刑，並非可採。且參酌
04 如前所述被告所犯販賣第三級毒品罪及意圖販賣而持有第三
05 級毒品之法定本刑，原審僅分別量處如原審判決主文所示之
06 有期徒刑3年6月、2年2月，則原審就各罪所處之刑顯已寬
07 待，均屬低度量刑，並無判決太重之情形。原審就被告所為
08 分別量處有期徒刑3年6月、2年2月，定應執行刑為有期徒刑
09 4年2月，亦已考量被告所犯行為類型、次數、時空間隔、侵
10 害法益之異同，於併合處罰時，予以酌定較低之應執行刑
11 （僅較各刑中最長期之有期徒刑3年6月，多6個月），則原
12 審所定之應執行刑，亦核無不當或違法。參酌本案被告無視
13 國家杜絕毒品犯罪之禁令，為牟取利益販賣第三級毒品愷他
14 命及意圖販賣而持有第三級毒品之毒品咖啡包及彩虹菸，助
15 長毒品之流通與氾濫，不僅戕害他人身心健康，且可能危害
16 社會治安，本院認被告所處之刑，應無再予減輕之理由及必
17 要，是被告上訴請求改科以較輕之刑，並不可採。其上訴為
18 無理由，應予駁回。

19 (四)按緩刑須以受2年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告為其要
20 件，刑法第74條第1項定有明文；本案被告所犯各罪之宣告
21 之刑及所定應執行刑，均已逾2年有期徒刑，自不得宣告緩
22 刑；是被告上訴請求宣告緩刑等情，亦非可採。

23 五、據上論斷，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

24 本案經檢察官蕭慶賢提起公訴，檢察官王清杰到庭執行職務。

25 中 華 民 國 113 年 10 月 16 日

26 刑事第五庭 審判長法官 張 智 雄

27 法官 游 秀 雯

28 法官 林 源 森

29 以上正本證明與原本無異。

30 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
31 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

01 狀（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

02 書記官 江 玉 萍

03 中 華 民 國 113 年 10 月 16 日

04 附錄論罪科刑法條全文：

05 毒品危害防制條例第4條

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

08 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
09 刑，得併科新臺幣1千5百萬元以下罰金。

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

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

14 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
15 以下有期徒刑，得併科新臺幣1百50萬元以下罰金。

16 前五項之未遂犯罰之。

17 毒品危害防制條例第5條

18 意圖販賣而持有第一級毒品者，處無期徒刑或10年以上有期徒
19 刑，得併科新臺幣7百萬元以下罰金。

20 意圖販賣而持有第二級毒品者，處5年以上有期徒刑，得併科新
21 臺幣5百萬元以下罰金。

22 意圖販賣而持有第三級毒品者，處3年以上10年以下有期徒刑，
23 得併科新臺幣3百萬元以下罰金。

24 意圖販賣而持有第四級毒品或專供製造、施用毒品之器具者，處
25 1年以上7年以下有期徒刑，得併科新臺幣1百萬元以下罰金。

26 附表一：

27

編號	扣案物	數量	鑑定結果	備註
1	第三級毒	34包	內政部警政署刑事警察局112年1	查扣地點：

	品咖啡包		<p>0月30日刑理字第1126044136號鑑定書（見原審卷第133-134頁、第143-145頁）</p> <p>一、送驗證物：毒咖啡包，34包，本局分別予以編號1至34。</p> <p>二、編號1至34：經檢視均為懦夫救星字樣包裝，外觀型態均相似。</p> <p>(一)驗前總毛重131.98公克（包裝總重約43.85公克），驗前總淨重約88.13公克。</p> <p>(二)隨機抽取編號27鑑定：經檢視內含橘色粉末。</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 淨重2.80公克，取0.93公克鑑定用罄，餘1.87公克。 2. 檢出第三級毒品“4-甲基甲基卡西酮”（4-methyl methcathinone、Mephedrone、4-MMC）及微量第三級毒品“甲基-N,N-二甲基卡西酮”（Methyl-N,N-Dimethylcathinone）等成分。 3. 測得4-甲基甲基卡西酮純度約7%。 <p>(三)依據抽測純度值，推估編號1至34均含4-甲基甲基卡西酮之驗前總純質淨重約6.16公克。</p>	苗栗縣頭份市工業路車水馬龍自助洗車場
2	第三級毒	4包	一、衛生福利部草屯療養院112	查扣地點：

	品彩虹菸	<p>年8月18日草療鑑字第1120800352號鑑驗書（見原審卷第67-69頁）</p> <p>(一)檢品編號B0000000（編號C1），標示「AP」白色包裝（內含香菸），驗餘淨重22.6646公克檢出第三級毒品α-吡咯烷基苯異己酮（α-pyrrolidinoisohexanophenone、α-PiHP）、非屬「毒品危害防制條例成分」尼古丁（Nicotine）。</p> <p>(二)檢品編號B0000000（編號D1），白色包裝（內含香菸），驗餘淨重為19.1387公克，檢出第三級毒品α-吡咯烷基苯異己酮（α-pyrrolidinoisohexanophenone、α-PiHP）、非屬「毒品危害防制條例成分」尼古丁（Nicotine）。</p> <p>二、衛生福利部草屯療養院112年11月21日草療鑑0000000000號鑑驗書（見原審卷第155頁）</p> <p>(一)檢品編號B0000000（編號C2），標示「AP」白色包裝（內含香菸）驗餘淨重18.5433公克，檢出第三級毒品α-吡咯烷基苯異己酮（α-pyrrolidinoisohexanophenone、α-PiHP）、非屬「毒</p>	苗栗縣頭份市工業路車水馬龍自助洗車場
--	------	---	--------------------

			<p>品危害防制條例成分」尼古丁 (Nicotine)。</p> <p>(二)檢品編號B0000000 (編號D 2)，白色包裝 (內含香菸) 驗餘淨重9.1924公克，檢出第三級毒品 α-吡咯烷基苯異己酮 (α-pyrrolidinoisohexanophenone、α-PiHP)、非屬「毒品危害防制條例成分」尼古丁 (Nicotine)。</p> <p>三、衛生福利部草屯療養院112年11月24日草療鑑字第1121100330號鑑驗書 (見第157-159頁、第165-166頁)</p> <p>(一)檢品編號：B0000000 (取自檢品編號B0000000、B0000000) 標示「AP」白色包裝 (內含香菸) 驗餘淨重為41.2079公克，檢出第三級毒品 α-吡咯烷基苯異己酮 (α-pyrrolidinoisohexanophenone、α-PiHP)、非屬「毒品危害防制條例成分」尼古丁 (Nicotine)。 α-吡咯烷基苯異己酮 (α-pyrrolidinoisohexanophenone、α-PiHP) 檢驗前淨重42.2546公克，純度2.2%，純質淨重0.9296公克。</p> <p>(二)檢品編號B0000000 (取自檢品編號B0000000、B00000</p>	
--	--	--	---	--

01

			<p>00)，白色包裝（內含香菸），驗餘淨重為28.3311公克，檢出第三級毒品α-吡咯烷基苯異己酮（α-pyrrolidinoisohexanophenone、α-PiHP）、非屬「毒品危害防制條例成分」尼古丁（Nicotine）。</p> <p>α-吡咯烷基苯異己酮（α-pyrrolidinoisohexanophenone、α-PiHP）檢驗前淨重29.4365公克，純度1.6%，純質淨重0.4710公克。</p>	
--	--	--	--	--

02 附表二：

03

編號	扣案物	數量	鑑定結果	備註
1	愷他命	4包	<p>一、衛生福利部草屯療養院112年8月18日草療鑑字第1120800352號鑑驗書（見原審卷第67-69頁）</p> <p>(一)檢品編號B0000000(編號A1)，外觀為晶體，驗餘淨重為4.7102公克，檢出第三級毒品愷他命（ketamine）。</p> <p>(二)檢品編號B0000000(編號A2)，外觀為晶體，驗餘淨重為4.7611公克，檢出第三級毒品愷他命（ketamine）。</p> <p>(三)檢品編號B0000000(編號A3，外觀為晶體，驗餘淨重為29.5232公克，檢出第三</p>	查扣地點：苗栗縣頭份市工業路車水馬龍自助洗車場

			<p>級毒品愷他命 (ketamine)。</p> <p>(四)檢品編號B0000000(編號A4)，外觀為晶體，驗餘淨重為3.7819公克，檢出第三級毒品愷他命 (ketamine)。</p> <p>二、衛生福利部草屯療養院112年8月25日草療鑑字第1120800353號鑑驗書 (見原審卷第71頁)</p> <p>(一)檢品編號B0000000 (取樣自檢品編號B0000000~B0000000)，外觀為晶體，驗餘淨重為42.5686公克，檢出第三級毒品愷他命 (ketamine)；檢驗前淨重42.8771公克，純度79.5%，純質淨重34.0873公克。</p>	
2	愷他命	3包	<p>一、衛生福利部草屯療養院112年8月29日草療鑑字第1120800468號鑑驗書 (見原審卷第73頁)</p> <p>本案檢出愷他命 (ketamine)，驗前總淨重2.3640公克，驗後總淨重2.3161公克。</p> <p>(一)檢品編號：B0000000，外觀為晶體，驗餘淨重為0.7691公克，檢出第三級毒品愷他命 (ketamine)。</p> <p>(二)檢品編號：B0000000，外觀為晶體，驗餘淨重為0.7648</p>	<p>查扣地點：苗栗縣苗栗市南勢100號○○○○○○○</p>

			<p>公克，檢出第三級毒品愷他命 (ketamine)。</p> <p>(三)檢品編號：B0000000，外觀為晶體，驗餘淨重為0.7822公克，檢出第三級毒品愷他命 (ketamine)。</p> <p>二、衛生福利部草屯療養院112年11月24日草療鑑字第1121100330號鑑驗書（見原審卷第157-159頁、第165-166頁）</p> <p>(一)檢品編號：B0000000(取樣自檢品編號B0000000~B0000000)，外觀為晶體，驗餘淨重為1.4459公克，檢出第三級毒品愷他命 (ketamine)，愷他命 (ketamine) 檢驗前淨重1.5647公克，純度77.5%，純質淨重1.2126公克。</p> <p>(二)檢品編號B0000000(取樣自檢品編號B0000000)，外觀為細晶體，驗餘淨重為0.7567公克，檢出第三級毒品愷他命 (ketamine)，愷他命 (ketamine) 檢驗前淨重0.7993公克，純度76.6%，純質淨重0.6123公克。</p>	
3	廠牌為蘋果之黑色 行動電話	1 支 (含 SI 張 M卡		查扣地點： 苗栗縣頭份市工業路車

(續上頁)

01

				水馬龍自助 洗車場
4	廠牌為蘋果之銀色 行動電話	1 支 (含 SI 張 M卡		同上
5	廠牌為蘋果之玫瑰 金色行動 電話	1 支 (含 SI 張 M卡		同上
6	現金	1 萬 2,20 0元		同上
7	愷他命研 磨盤	1個		同上
8	磅秤	1個		同上
9	夾鏈袋	1包		同上