臺灣高等法院臺中分院刑事判決

115年度上訴字第152號

上　訴　人
即　被　告　PHAN VAN HAI(中文名：潘文海)　越南籍
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000

選任辯護人　張文傑律師

上列上訴人即被告因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣苗栗地方法院114年度訴緝字第33號中華民國114年12月29日第一審判決(起訴案號：臺灣苗栗地方檢察署113年度偵字第2756號)，提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

犯罪事實

一、PHAN VAN HAI(中文名：潘文海)明知4-甲基甲基卡西酮、甲基-N,N-二甲基卡西酮均為政府依毒品危害防制條例公告列管之第三級毒品，竟基於意圖販賣而持有第三級毒品而混合二種以上毒品之犯意，於民國113年3月11日23時許，在苗栗縣○○鎮○○路0000號前，意圖販賣而持有如附表編號1至5所示含有第三級毒品而混合上開二種毒品之咖啡包共40包(純質淨重未達5公克，詳見附表編號1至5備註欄)，經警於上開時、地攔查潘文海駕駛之車牌號碼BEF-9391號自用小客車(下稱本案車輛)，當場扣得車內如附表編號1至7所示之物，而查悉上情。

二、案經苗栗縣警察局竹南分局報告臺灣苗栗地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

一、本院審理範圍：

刑事訴訟法第348條第1、2項規定：「(第1項)上訴得對於判

決之一部為之。(第2項)對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。但有關係之部分為無罪、免訴或不受理者，不在此限。」其第2項之立法理由載明：「本項但書所稱『無罪、免訴或不受理者』，並不以在主文內諭知者為限，即第一審判決就有關係之部分於理由內說明不另為無罪、免訴或不受理之諭知者，亦屬之。」本案係由被告PHAN VAN HAI提起上訴，檢察官並未上訴，被告於本院準備程序及審理時表明僅針對原判決有罪部分上訴，故依上開規定，本院審理範圍僅限於原判決有罪部分，至於原判決諭知公訴不受理及不另諭知無罪部分(含相關之原判決附表編號8至11沒收部分)，已經確定，不在本院審理範圍內。

二、證據能力部分：

㈠刑事訴訟法第159條之5第1項規定：「被告以外之人於審判外之陳述，雖不符前4條之規定，而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。」本判決所引用被告以外之人於審判外所為言詞或書面陳述之供述證據，經檢察官、被告及辯護人同意作為證據使用(本院卷第95頁)，本院審酌該等證據作成時之情況，並無違法取證或其他瑕疵，認為適於作為本案認定事實之依據，依上開規定，該等供述證據應具有證據能力。

㈡本判決所引用之非供述證據，並無證據證明有出於違法取得之情形，復經本院依法踐行調查程序，應具有證據能力。

三、認定犯罪事實所憑之證據及理由：

被告於本院準備程序及審理時，固坦承如附表編號1至5所示含有第三級毒品而混合二種以上毒品之咖啡包共40包均為其所有，但否認係意圖販賣而持有上開毒品，辯稱：那些毒品是我買回來自己要施用的，我沒有販賣毒品，也不是意圖販賣而持有等語。辯護人辯護意旨略稱：目前實務上查緝意圖販賣而持有毒品咖啡包，動輒好幾百包甚至上千包以上，被告遭查獲40包毒品咖啡包，相較之下數量非常少，可見是為

了自己施用，並非意圖販賣而持有；被告手機LINE對話內容雖有提到借幾包、借幾克或3k等暗詞，但無法證明被告究竟要以多少價格販賣、可以獲得多少利益，單以上開內容認定被告主觀上有販賣意圖，稍嫌速斷；本案咖啡包鑑定結果均屬第三級毒品，並無高於或低於第三級毒品級別之毒品成分，如認被告確有意圖販賣而持有第三級毒品，是否該當毒品危害防制條例第9條第3項所規範之混合二種以上之毒品，亦有疑義等語。經查：

㈠被告於113年3月11日23時許，駕駛本案車輛行經苗栗縣○○鎮○○路0000號前，因轉彎未打方向燈遭員警攔查，在本案車輛內查扣其所有如附表編號1至7所示物品之事實，業據被告於本院準備程序及審理時供承不諱，並有員警職務報告、苗栗縣警察局竹南分局搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、現場搜索及扣案物照片在卷可稽，以及如附表編號1至7所示之物扣案可證。且扣案如附表編號1至5所示咖啡包，經內政部警政署刑事警察局(下稱刑事警察局)檢驗結果，均檢出第三級毒品「4-甲基甲基卡西酮」、「甲基-N,N-二甲基卡西酮」成分，有附表編號1至5備註欄所示檢驗結果載於刑事警察局113年9月3日刑理字第1136107776號鑑定書為憑，故均為含有第三級毒品而混合二種以上毒品之物。以上事實堪認為真正。

㈡按販賣毒品罪之處罰基礎，在於行為人意圖營利，將持有之毒品讓與他人，使之擴散蔓延，其惡性表徵在散布之意涵上。惟毒品危害防制條例所規定之販賣毒品罪，雖未明示以「營利之意圖」為其犯罪構成要件，惟所謂「販」者，既係指賤買貴賣，或買賤賣貴而從中取利之商人之意，所謂「販賣」一詞，在文義解釋上應寓含有買賤賣貴而從中取利之意思存在，且從商業交易原理與一般社會觀念而言，販賣行為在通常情形下，仍係以牟取利益為其活動之主要誘因與目的。是以所謂「販賣」應以行為人在主觀上具有「營利之意圖」為構成要件要素，而將尚無牟取額外利益之轉讓，或無以此

意圖之持有行為，排除於「販賣」意圖之外，方不違立法者以綿密之方式，區別販賣、意圖販賣而持有及轉讓、持有等不同行為態樣，賦予重輕不同之處罰效果原意。又主觀上是否具有營利之意圖，攸關販賣或意圖販賣而持有毒品罪責之成立與否，檢察官自應對此負舉證義務指出證明之方法，並提出所憑之證據，自屬當然。而欲證明被告主觀上是否具「營利之意圖」，固非易事，惟就證據法則而言，除行為人之自白外，尚非不能藉由調查其生活經濟狀況、購入毒品之動機、目的、其犯罪時表現於外之各種言行舉止、當時客觀之環境、情況，以及其他人證、物證等資料，依據證據法則綜合予以研判認定(最高法院111年度台上字第4177號判決要旨)。

㈢被告於偵訊時供稱：附表編號6、7的手機都是我在使用，手機內的LINE對話都是我跟朋友的對話等語(偵卷第263頁)，而扣案如附表編號6所示手機內，有以下LINE對話內容(對話內容為越南語，經通譯於偵查及原審審理中翻譯在卷，見偵卷第133至227、293至297頁、原審訴緝卷一第98至100頁)：①被告與暱稱「Anh Do」之對話：被告於113年(原判決誤載為114年，本判決逕予更正，下同)2月24日傳送「Ca ok了」及一張7-11照片予「Anh Do」，經「Anh Do」詢問被告車牌號碼，被告回稱「9391」(偵卷第135至137頁)，「Anh Do」於113年2月25日傳送「哈囉」、「你那邊還有東西嗎」、「你借我幾包」，被告回稱「Ok」、「我還有」，「Anh Do」再稱「借我幾包」、「借給我5g」、「你有空的話幫我裝好」、「你幫我封袋口」(偵卷第137至141頁)；②被告與暱稱「HA XUAN HUY」之對話：「HA XUAN HUY」於113年2月5日傳送「你帶給我1包，等明天晚上我拿到薪水再一起付給你」，被告回覆一笑臉豎起大拇指貼圖(偵卷第149頁)，「HA XUAN HUY」再稱「你傳帳號給我」、「越南的帳號，我匯越南盾給你喔」，被告回覆一圖片內容為「何氏清玄、農業銀行、0000000000000」(偵卷第151至153頁)；③被告與暱稱

「阮孟興」之對話：「阮孟興」於113年2月8日2：34傳送「B寄Cai(縮寫)給T。明天有薪水了，T叫B過來拿」，被告回覆「B過來拿」(偵卷第185頁)，「阮孟興」於同日11：17傳送「B再幫我拿1個吧，放心來B 9k剛剛好。尾數300不要算好嗎」、「明天還給B」、「哈囉B，B有過來嗎」、「B在樓下喔」、「在三岔路口等一下，人在樓下」，被告回稱「快點」，「阮孟興」於同日11：52回稱：「就丟在乾燥的地方，等一下我下去拿」(偵卷第189至191頁)，「阮孟興」於113年2月11日傳送「B。B寄包ke給T，多少錢」，被告回稱「3k5 B」、「一般是3k」、「過年漲價」，「阮孟興」回稱「Ok B。過來幫T」、「B有糖果嗎」(偵卷第197頁)，「阮孟興」於113年2月13日傳送「B給T 1包」、「B再給我1個3b」，被告回稱「B過來拿啊」、「T剛剛從臺中回來」(偵卷第201頁)。衡諸毒品交易常情，買賣雙方為規避檢警查緝，於事先聯繫時多僅以暗語或粗略表明欲交易之毒品數量、價格及相約見面之時間、地點；而被告上開LINE對話時間，均在本案持有毒品咖啡包為警查獲前，其與上開3人對話內容，不僅有以暗語談論交易毒品之數(重)量、價錢，並有提及碰面地點或叫某人過來拿，被告更提供何氏清玄(被告稱係其配偶，在越南有登記結婚，見原審訴緝卷一第99至100頁)之銀行帳號供「HA XUAN HUY」匯款，且被告持有如附表編號1至5所示之毒品咖啡包合計多達40包，其持有目的顯然並非如其所辯係為供己施用，而係具有伺機對外販售牟利之販賣意圖甚明。

㈣次按毒品危害防制條例第9條第3項規定，犯前5條(第4條至第8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。立法理由說明修正增訂本項規定之目的，主要係因目前毒品查緝實務，施用混合毒品之型態日益繁多，且因混合之新興毒品成分複雜，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，將犯毒品危害防制條例第4條至第8條

而混合二種以上毒品類型之犯罪行為，予以加重，屬刑法分則加重性質而成為另一獨立之罪。行為人只須主觀上具有故意或不確定故意，知悉或可得預見客觀上有此等混合情事，即成立本罪(最高法院114年度台上字第4114號判決要旨)。本件扣案如附表編號1至5所示之毒品咖啡包經鑑定結果，均係混合4-甲基甲基卡西酮及甲基-N,N-二甲基卡西酮成分之第三級毒品，已如前述，而被告行為時係30歲之成年人，對於混合毒品型態日益繁多，常見將各種毒品混入並以咖啡包、糖果包、果汁包等偽裝型態，混合而成新興毒品之社會情況，當可知悉而有預見，被告所購入者既為包裝完成之毒品咖啡包而非單純之原料粉末，縱其購入時未詳知各咖啡包內所含有之毒品成分，然對於該等咖啡包內係混合有二種以上之毒品應有所預見，堪認其主觀上具有不論所含毒品成分如何或有無混合二種以上之毒品成分，均概予意圖販賣而持有之不確定故意。

㈤綜上，本案事證明確，被告犯行堪以認定，應依法論科。

四、論罪科刑沒收及駁回上訴之理由：

㈠核被告所為，係犯毒品危害防制條例第9條第3項、第5條第3項之意圖販賣而持有第三級毒品而混合二種以上毒品罪。其混合二種以上毒品屬同一級別(4-甲基甲基卡西酮、甲基-N,N-二甲基卡西酮均為第三級毒品)，因無從比較高低級別，應依毒品危害防制條例第9條第3項規定，按照同條例第5條第3項所定之法定刑加重其刑。辯護意旨謂本案咖啡包所混合者均屬第三級毒品，並無不同級別之毒品成分，是否該當同條例第9條第3項所規範之「混合二種以上之毒品」，仍有疑義云云，顯與該條項之立法理由揭櫫「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，並加重其刑至二分之一，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」等旨相悖，要無足採。檢察官起訴書關於所犯法條部分，雖僅論及同條例第5條第3項之意圖販賣而持有第三級毒品罪嫌，惟因基本社會事實同一，且經原審及本院審理時告知被告涉犯同條例第9條第3項、第5條第3項之意圖販賣而持有第三級毒品而混合二種以上毒品罪名，自得依法變更起訴法條及罪名。

㈡被告上訴意旨雖以若審理結果認其有罪，則請求依刑法第59條規定酌減其刑。惟按刑法第59條規定：「犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，得酌量減輕其刑。」此固為法院得自由裁量之事項，然法院為裁量減輕時，並非漫無限制，必須犯罪另有特殊之原因、環境與情狀，在客觀上足以引起一般之同情，認為即予宣告法定低度刑期，猶嫌過重者，始有其適用。被告所犯毒品危害防制條例第9條第3項、第5條第3項之意圖販賣而持有第三級毒品而混合二種以上毒品罪，經依同條例第9條第3項規定加重其刑後，最低本刑為有期徒刑3年1月(得併科罰金)，本院考量毒品對國民健康及社會秩序危害甚鉅，而經政府嚴刑禁絕意圖販賣而持有，被告為智識健全之成年人，對政府嚴格查緝意圖販賣而持有毒品行為，當無不知之理，竟仍為本案意圖販賣而持有第三級毒品而混合二種以上毒品犯行，其犯罪未見有何特殊之原因、環境與情狀，客觀上並不足以引起一般人之同情，自無顯可憫恕、縱科以加重後之最低度刑猶嫌過重之情形，故無適用刑法第59條酌減其刑之餘地。

㈢原審以被告意圖販賣而持有第三級毒品而混合二種以上毒品之犯行明確，而以行為人之責任為基礎，審酌被告明知政府嚴令查緝毒品，竟仍意圖販賣而持有如附表編號1至5所示毒品，對於國民身心健康及社會治安造成相當危害，考量被告犯罪之動機、目的、持有本案毒品之數量、意圖販賣而持有毒品之期間、否認犯行之犯後態度、卷內法院前案紀錄表所示素行、於原審審理時自陳之智識程度、生活經濟狀況(見原審訴緝卷一第102至103頁)、檢察官求刑之意見等一切情

狀，量處有期徒刑3年4月；並審酌被告為越南籍之外國人，在我國居留效期僅到114年10月31日，現已非法居留在我國境內，且受本案有期徒刑以上刑之宣告，認被告不宜在我國繼續居留，依刑法第95條規定，併諭知其於刑之執行完畢或赦免後，驅逐出境；且就沒收部分敘明：①扣案如附表編號1至5所示之物，經鑑驗均檢出含有第三級毒品成分，為違禁物，除因鑑驗用罄部分已滅失，無從宣告沒收外，應連同無從析離之外包裝，依刑法第38條第1項規定宣告沒收，②扣案如附表編號6、7所示之物，係被告持以對外聯繫本案使用之物，均應依毒品危害防制條例第19條第1項規定宣告沒收。經核原判決對於被告犯罪之事實已詳為調查審酌，並說明認定有罪所憑之證據及理由，其認事用法俱無違誤，且原判決科刑時審酌之上開情狀，業已考量刑法第57條所列各款事項，所處刑度符合罪刑相當原則及比例原則，要無輕重失衡之情形，關於驅逐出境及沒收之論斷亦無違失。被告上訴意旨所為辯解及請求依刑法第59條酌減皆不足採，業據本院說明如前，其上訴為無理由，應予駁回。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

本案經檢察官馮美珊提起公訴，檢察官林蓉蓉到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　8　　日

刑事第八庭　審判長法　官　張靜琪

法　官　簡婉倫

法　官　黃小琴

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(均須按他造當事人之人數附繕本)「切勿逕送上級法院」。

書記官　鄭淑英

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　8　　日

附表(扣案物品)：

編號(現場編號)	物品名稱及數量	備註(檢驗結果)
1(A4)	辛普生咖啡包2包(含袋重共計9.57公克)	編號A4-1及A4-2： 經檢視均為辛普森人物圖樣黃/黑/藍色包裝，外觀型態均相似。 ㈠驗前總毛重9.89公克(包裝總重約2.80公克)，驗前總淨重約7.09公克。 ㈡隨機抽取編號A4-1鑑定：經檢視內含粉紅色粉末。 1.淨重3.92公克，取2.04公克鑑定用罄，餘1.88公克。 2.檢出第三級毒品4-甲基甲基卡西酮(4-Methylamphetamine、Mephedrone、4-MMC)及甲基-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1%，甲基-N,N-二甲基卡西酮純度約5%。 ㈢依據抽測純度值，推估編號A4-1及A4-2均含4-甲基甲基卡西酮之驗前總純質淨重約0.07公克；均含甲基-N,N-二甲基卡西酮之驗前總純質淨重約0.35公克。 (參苗栗縣警察局竹南分局扣押物品目錄表、刑事警察局113年9月3日刑理字第1136107776號鑑定書，見偵卷第71、343至349頁；以下附表編號2至5均同。)
2(A5)	青蛙圖樣咖啡包10包(含袋重共計44.47公克)	編號A5-8及A5-9： 經檢視均為青蛙圖樣綠色包裝，外觀型態均相似。 ㈠驗前總毛重8.94公克(包裝總重約1.78公克)，驗前總淨重約7.16公克。 ㈡抽取編號A5-8鑑定：經檢視內含淡粉紅色粉末。 1.淨重3.68公克，取1.77公克鑑定用罄，餘1.91公克。 2.檢出第三級毒品"甲基-N,N-二甲基卡西酮"及微量第三級毒品"4-甲基甲基卡西酮"等成分。 3.測得甲基-N,N-二甲基卡西酮純度約8%。
3(A6)	ONE PIECE咖啡包5包(含袋重共計17.41公克)	編號A6-1及A6-2： 經檢視均為"ONE PIECE"字樣橘/黑色包裝，外觀型態均相似。 ㈠驗前總毛重7.02公克(包裝總重約2.76公克)，驗前總淨重約4.26公克。 ㈡抽取編號A6-1鑑定：經檢視內含橘色粉末。 1.淨重2.20公克，取0.90公克鑑定用罄，餘1.30公克。 2.檢出第三級毒品"4-甲基甲基卡西酮"及微量第三級毒品"甲基-N,N-二甲基卡西酮"等成分。 3.測得4-甲基甲基卡西酮純度約6%。

4(A7)	G7圖樣咖啡包21包 (含袋重共計79.24公克)	編號A7-17及A7-18： 經檢視均為"G7"字樣橘/白色包裝，外觀型態均相似。 ㈠驗前總毛重7.49公克(包裝總重約2.88公克)，驗前總淨重約4.61公克。 ㈡抽取編號A7-17鑑定：經檢視內含淡褐色粉末。 1.淨重2.01公克，取1.11公克鑑定用罄，餘0.90公克。 2.檢出第三級毒品"4-甲基甲基卡西酮"及微量第三級毒品"甲基-N,N-二甲基卡西酮"等成分。 3.測得4-甲基甲基卡西酮純度約7%。
5(A8)	無圖樣咖啡包2包 (含袋重共計10.11公克)	□編號A8-1：經檢視為玫瑰金色包裝，內含褐色塊狀物。 ㈠驗前總毛重6.48公克(包裝重2.21公克)，驗前淨重4.27公克。 ㈡取2.61公克鑑定用罄，餘1.66公克。 ㈢檢出第三級毒品"4-甲基甲基卡西酮"及微量第三級毒品"甲基-N,N-二甲基卡西酮"等成分。 ㈣另檢出非毒品成分：Caffeine。 ㈤測得4-甲基甲基卡西酮純度約1%，驗前純質淨重約0.04公克。 □編號A8-2：經檢視為銀色包裝，內含粉紅色粉末。 ㈠驗前總毛重4.90公克(包裝重1.17公克)，驗前淨重3.73公克。 ㈡取1.59公克鑑定用罄，餘2.14公克。 ㈢檢出第三級毒品"甲基-N,N-二甲基卡西酮"及微量第三級毒品"4-甲基甲基卡西酮"等成分。 ㈣測得甲基-N,N-二甲基卡西酮純度約6%，驗前純質淨重約0.22公克。
6(A10)	藍色iPhone手機1支 (含SIM卡1枚)	IMEI：000000000000000
7(A10)	黑色iPhone手機1支 (含SIM卡1枚)	IMEI：000000000000000