

臺灣高等法院臺南分院刑事判決

112年度上訴字第43號

上訴人

即被告 林思華

選任辯護人 王聖傑律師

陳育騰律師

上列上訴人因毒品危害防制條例案件，不服臺灣臺南地方法院111年度訴字第684號中華民國111年10月25日第一審判決（起訴案號：臺灣臺南地方檢察署111年度偵字第4013號），提起上訴，本院判決如下：

主文

上訴駁回。

事實

一、林思華明知Mephedrone（4-甲基甲基卡西酮）、4-Methyl-N,N-Dimethylcathinone（4-甲基-N,N-二甲基卡西酮）均係毒品危害防制條例第2條第2項第3款列管之第三級毒品，不得擅自販賣，竟意圖營利，基於販賣混合二種以上第三級毒品咖啡包之犯意，於民國110年8月1日上午11時許，駕駛車牌號碼000-0000號自用小客車至址設臺南市○○區○○街000巷00號之○○汽車旅館前，以每包毒咖啡包新臺幣（下同）400元之價格，將摻有混和上揭二種以上第三級毒品成分之咖啡包6包（總價2,400元），約定由曾俊銘以匯款方式賒帳，販賣予曾俊銘並完成交付，然因曾俊銘於約定時間始終未匯款至林思華指定帳戶，林思華於當日14時37分許復到○○汽車旅館找尋曾俊銘，然因○○汽車旅館欲報警處理而先行離去。嗣因警於110年8月2日凌晨0時30分許至曾俊銘住家訪查，查獲曾俊銘持有上揭部分毒品咖啡包（查扣毒品咖啡包3包經警送驗後，業由警方行政沒入銷燬）後，循線溯源追查，始悉上情。

二、案經臺南市政府警察局第四分局報告臺灣臺南地方檢察署檢察官偵查起訴。

01 理由

02 一、證據能力之說明：

03 (一)證人曾俊銘、陳依岑於警詢之證述：

04 按被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定
05 者外，不得作為證據，刑事訴訟法第159條第1項定有明文。
06 而證人曾俊銘、陳依岑於警詢之證述，本質上係被告以外之
07 人於審判外之陳述，經被告之辯護人爭執其2人警詢部分之
08 證據能力（本院卷第62頁），且證人曾俊銘、陳依岑先前於
09 司法警察調查中所為之陳述，何以具有較可信之特別情況，
10 亦未見檢察官提出釋明。本院無從就上揭證人陳述時之外部
11 附隨環境、狀況或條件等相關事項，如陳述人之態度，與詢
12 問者之互動關係，詢問者之態度與方式，是否告知陳述人之
13 權利，有無違法取供等情狀，予以觀察，致難以綜合判斷證
14 人陳述時之外在、客觀條件有無獲得確保，即就該筆錄於形
15 式上是否具有真實可能性之客觀基礎，而可能信為真實之情
16 形，無從判斷，是依上開規定，應認證人曾俊銘、陳依岑之
17 警詢筆錄對被告不具證據能力，本院就上開證據即不予以斟
18 酌，合先敘明。

19 (二)按被告以外之人於審判外之陳述，經當事人於審判程序同意
20 作為證據，法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，
21 認為適當者，亦得為證據。當事人、代理人或辯護人於法院
22 調查證據時，知有第159條第1項不得為證據之情形，而未於
23 言詞辯論終結前聲明異議，視為有前項之同意，刑事訴訟法
24 第159條之5定有明文。經查，本案中就被告以外之人於審判
25 外之陳述，除上揭對證據能力有所爭執之部分外，就其餘本
26 院以下認定犯罪事實所援引具傳聞性質之言詞或書面證據，
27 關於證據能力方面，被告及其辯護人均同意具證據能力（本
28 院卷第62至63、91頁），亦均未於本案言詞辯論終結前聲明
29 異議，而本院審酌該等審判外陳述作成當時之過程、內容、
30 功能等情況綜合判斷，認具備合法可信之適當性保障而具證
31 據能力，得採為認定事實之基礎。又本判決下列所引用之其

01 餘文書證據，並無證據證明係公務員違背法定程序所取得，
02 亦無顯有不可信之情況，且經本院於審理期日提示予被告及
03 其辯護人辨識而為合法調查，該等證據自得作為本案裁判之
04 資料。

05 二、認定犯罪事實所憑之證據及理由：

06 (一)訊據被告固坦承有於110年8月1日上午11時許，在址設臺南
07 市○○區○○○街000巷00號之○○汽車旅館前與證人曾俊
08 銘碰面等情不諱，惟矢口否認有販賣第三級毒品予曾俊銘之
09 犯行，辯稱：伊與證人曾俊銘碰面係因伊前妻陳依岑（原名
10 王子綺）委託伊購買香菸；伊有與曾俊銘發生衝突，因曾俊
11 銘沒有給陳依岑坐檯費，陳依岑要我過去討這筆錢。伊也不
12 知道為何陳依岑在原審時會講錢與坐檯費用無關。伊當天要
13 送煙去給陳依岑，她叫我送六包煙，她上班煙癮都很大云
14 云。其辯護人則以：證人曾俊銘供稱其對於該微信對話紀錄
15 內容並不知悉，且曾俊銘對於向上訴人購買幾包咖啡包之數
16 量根本無法確定，又本案遭扣押之咖啡包有3包，與曾俊銘
17 偵查時所述毒品咖啡包剩餘1包不相符；原審僅以微信對話
18 紀錄內有「幾個」、「6」之字眼即認為該對話紀錄就是毒
19 品買賣之對話紀錄補強曾俊銘之供述，顯有違誤。況且，細
20 繹微信對話紀錄，110年8月1日上午10時37分被告詢問「幾
21 個」、陳依岑回應「6」之對話，實際上該對話紀錄係陳依
22 岑請上訴人幫忙買6包七星涼煙。是以曾俊銘與陳依岑之供
23 述尚不可採，且不得互為補強。原審固然以微信對話及曾俊
24 銘遭扣案之毒品咖啡包檢驗鑑定書為補強，然扣案毒品究係
25 何人販售尚有疑問等語，為被告辯護。

26 (二)經查：

27 1.被告有於110年8月1日上午11時許，駕駛車牌號碼000-0000
28 號自用小客車至址設臺南市○○區○○○街000巷00號之○
29 ○汽車旅館前，與證人曾俊銘碰面等情，業據被告所不爭
30 執，核與證人曾俊銘於偵訊及原審審理時證述相符，且有車
31 牌號碼000-0000號車輛詳細資料報表1份，暨（○○汽車旅

01 館) 監視器檔案光碟片暨監視器畫面翻拍照片5張(警卷第4
02 3至47、75頁); 警於110年8月2日凌晨0時30分許至證人曾
03 俊銘住家訪查, 證人曾俊銘當場主動交付毒咖啡包3包為警
04 查扣, 經送鑑定機關鑑定出含有Mephedrone、4-methyl-N,N
05 -dimethylcathinone之第三級毒品, 而同日證人曾俊銘經其
06 同意採尿送驗, 亦檢驗出呈愷他命代謝物陽性反應之事實,
07 有臺南市政府警察局第四分局扣押筆錄暨扣押物品目錄表、
08 高雄市立凱旋醫院110年8月16日高市凱醫驗字第69259號濫
09 用藥物成品檢驗鑑定書、臺南市政府警衛生局濫用藥物尿液
10 檢驗結果報告各1份在卷可參(警卷第43至53、67頁、偵卷
11 第27頁), 至上開警方查扣之毒品咖啡包3包, 經送驗後已
12 由警方行政沒入銷燬, 有原審公務電話紀錄1份記明在卷
13 (原審卷第65頁), 此部分之事實, 應堪認定。

14 2. 被告雖以前詞置辯, 惟證人曾俊銘於偵查中證稱: 其在110
15 年8月1日凌晨時, 在○○汽車旅館叫傳播(應指證人陳依
16 岑) 陪同, 透過傳播得知被告有在賣毒品咖啡包, 當天上
17 午, 其有向被告購買毒品咖啡包, 一包400元, 其總共買了
18 2,400元, 當天被告開一台白色的汽車前來汽車旅館, 被告
19 坐在駕駛座, 其站在車旁邊, 被告就把毒品給其……拿毒品
20 咖啡包的時候其沒給錢, 當初其是想在下午一起將坐檯費跟
21 毒品咖啡包的錢匯給被告, 但下午其未依約匯款時, 被告就
22 到汽車旅館找其, 後來汽車旅館就報警等語(偵卷第33第37
23 頁); 又於原審審理時證稱: 當天是其下樓前往被告的車子
24 拿毒品咖啡包, 之後再返回汽車旅館……因為當下其錢不
25 夠, 被告同意其以賒帳方式購買毒品咖啡包……本來其允諾
26 當天下午兩點到兩點半匯毒品咖啡包跟延長傳播的錢……其
27 預計請其母親匯款, 想不到被告提早到汽車旅館, 後來因為
28 汽車旅館報警後就一直未付錢等語(原審卷第115至125
29 頁)。均為被告曾販賣含第三級毒品之毒品咖啡包之明確證
30 述; 其於偵訊時, 業已證稱其有於起訴書所載之時間、地
31 點, 以每包400元之代價向被告購得6包毒品咖啡包共計2,

01 400元明確，且對於雙方交易方式、過程中並未給付現金，
02 而以賒帳方式約定下午匯款，尚未及匯款即遭被告前來所在
03 之汽車旅館索討，經旅館人員報警處理等情，均證述甚詳；
04 而證人曾俊銘與被告間，除證人曾俊銘尚積欠傳播費外，並
05 無宿怨，業經被告與證人曾俊銘當庭肯認明確，證人曾俊銘
06 經檢察官、原審告以偽證罪之處罰規定後，應當無甘冒偽證
07 罪刑受罰之風險，執意指稱被告有以一定代價交付毒品之
08 理，而證人曾俊銘當庭面對被告，神色自然未見異狀，且供
09 述前後一致，是證人曾俊銘既能詳陳其購買毒品之對象、購
10 買毒品種類、交易地點、數量、價格等細節，所述內容又與
11 卷附被告與證人陳依岑微信對話紀錄相符（詳後述，警卷第
12 55至63頁），可見證人曾俊銘所言非虛，而上開微信對話紀
13 錄雖未明確談及會面之目的，但綜合其等前後語意、交談情
14 境及時機等諸般情狀，核與現今毒品交易之實務現況中，常
15 見之兩方約定見面交易之方式相符。佐以證人曾俊銘有施用
16 毒品咖啡包之經驗，可見其有購買毒品之需求，且依其自身
17 經驗亦能證實購入毒品之類別，而證人曾銘向被告購得之毒
18 品咖啡包經警扣案後，確檢出第三級毒品Mephedrone、4-Me
19 thyl-N, N-Dimethylcathinone之成分，此有前述高雄市立凱
20 旋醫院110年8月16日高市凱醫驗字第69259號濫用藥物成品
21 檢驗鑑定書1紙在卷可佐（警卷第67頁），益徵證人曾俊銘
22 於偵訊及原審審理中所述向被告購買毒品咖啡包為真。且佐
23 以證人陳依岑於偵查中另針對證人曾俊銘所購買之毒品樣
24 式，證稱其前往證人曾俊銘所在之汽車旅館看到他桌上有咖
25 啡包，曾告知證人曾俊銘樣式跟被告販售之咖啡包是一樣的
26 等語（偵卷第46頁），可徵證人曾俊銘係刻意選擇購買樣式
27 相符之毒品咖啡包服用；況被告並無販賣毒品之前科記錄，
28 證人曾俊銘亦無因毒品案件經檢察官起訴之刑事記錄，此有
29 其等之臺灣高等法院被告前案紀錄表在卷可稽，當無員警誘
30 導證人曾俊銘為被告不利證述之可能，足證證人曾俊銘於偵
31 訊及原審審理時，應無攀誣被告之舉。被告於本院審理時辯

01 稱其因與證人曾俊銘有前述所稱未付坐檯費之糾紛仇怨，才
02 遭其故意誣陷云云，實無可信。

03 3. 證人陳依岑於原審審理時證稱：其當天是到汽車旅館當傳播
04 小姐，其有跟證人曾俊銘提到被告有在賣毒品咖啡包，因為
05 證人曾俊銘手機無法聯繫，才用其手機與被告聯繫，證人曾
06 俊銘與被告約定以匯款方式交易毒品，被告才會傳匯款資料
07 到其手機內，後來被告到汽車旅館時，有傳訊息說到了，證
08 人曾俊銘就下去拿毒品咖啡包，但證人曾俊銘卻沒依時間匯
09 款，被告就有到汽車旅館找證人曾俊銘，被告到後沒多久其
10 就先離開了等語（原審卷第105至114頁），與證人曾俊銘證
11 述向被告購毒之情節大致相符，證人陳依岑亦明確證述被告
12 與證人曾俊銘因本件毒品交易付款曾起爭執之情：「（問：
13 曾俊銘有付毒咖啡包的錢嗎？）都是他自己付錢的，可是我
14 忘記他有沒有付，好像錢不夠，有說要用匯款的。（問：曾
15 俊銘要如何支付？何時支付？）好像是說要匯款。好像下
16 午、晚上就要匯款，可是沒有匯款，所以林思華才會去汽旅
17 找他，因為他也沒付我坐檯費，他們好像在旅館內打架，我
18 就自己先出來。」等語（偵卷第46頁），於原審審理時經辯
19 護人質以：「（問：匯款金額包括你當天接待的坐檯費？）
20 沒有。（問：只有毒咖啡包的錢？）對。」、「因為被告那
21 時候有來順便幫我要我的坐檯費，但是也都沒有要到，因為
22 當時他們在微信說的時候，是沒有說我的坐檯費要一起匯，
23 是後來被告說要順便幫我要，他來到現場的時候講的」等語
24 （原審卷第109頁），對於證人曾俊銘欲匯款給被告之款項
25 顯已明指是「付毒咖啡包的錢」，並無係匯款「付坐檯費」
26 之證詞；而證人陳依岑雖為被告之前妻，前或存有一定之糾
27 紛，然販賣毒品屬重罪，證人陳依岑並無故意陷被告入罪之
28 動機，況證人陳依岑於原審審理時到庭具結作證，理應知悉
29 倘為不實證述，當受偽證罪之處罰，衡情其當無甘受偽證罪
30 之處罰，而故為虛偽不實陳述之理，參以其當庭面對被告，
31 仍為對被告不利之證述，期間神色未見異常，被告面對證人

01 陳依岑之證述，無當庭表示遭污穢之舉，亦無與證人陳依岑
02 對質之請求，面對證人陳依岑之證述，僅平淡表示「由辯護
03 人表示」，其臨訟所為，顯違常情；是被告空言否認其有販
04 賣毒品咖啡包予證人曾俊銘，顯不足採。

05 4.再參酌證人陳依岑於110年8月1日上午10時37分至11時05分
06 間和被告有如附表所示之微信對話內容，觀之其對話序，其
07 中證人陳依岑先發送「他晚點匯給你可以嗎」、「等錢進
08 來」、「2.-2.30（指時間）」，被告則詢問原因、時間並
09 與證人陳依岑確認，此時被告才詢問「幾個」，證人陳依岑
10 回以「6」，應係針對被告詢問購買數量為回覆，而之後被
11 告以「OK」貼圖回應，此後證人陳依岑才另行詢問「可幫買
12 菸嗎」，被告回以「我沒帶錢」之語，有該二人之微信訊息
13 對話紀錄翻拍照片2張（警卷擷圖編號17、18，警卷第59
14 頁）。果如被告所稱在微信對話中，「6」是指「6包菸」，
15 何以證人陳依岑先提到「6」被告回一個OK貼圖後，證人陳
16 依岑才對被告表示「可幫買菸嗎」？被告於證人陳依岑一開
17 始傳送「6」字樣時，應已知悉係指6包毒品咖啡包，為交易
18 毒品數量之確認，而與之後「可幫買菸嗎」之請求無涉，始
19 屬合理。亦足徵被告與證人陳依岑間就特定意思之文字紀錄
20 已存有相當之默契，此與毒品交易者間為免遭查緝，以代
21 號、暗語溝通之常見聯繫型態甚為相符，再若如被告所稱伊
22 在微信對話中，傳帳號之目的在於使證人曾俊銘匯款傳播
23 費，則何以需用如此隱晦之方式對話？又被告雖一再辯稱伊
24 於110年8月1日上午11時許，與證人曾俊銘碰面之目的為替
25 證人陳依岑送菸，然如僅係替證人陳依岑送菸，何以係由與
26 被告毫不熟悉之證人曾俊銘與被告碰面？且若為單純之香
27 菸，證人曾俊銘亦無聽從證人陳依岑差遣、使喚之必要為其
28 代收，顯然無稽；則上開微信對話內容，應非單純送菸而
29 已，益見證人陳依岑之上開證述曾俊銘是向被告購毒等情屬
30 實，始符一般社會大眾認知之經驗、論理法則。

31 5.按因販賣毒品行為一向懸為厲禁，販毒者為避免遭監聽查

01 緝，以電話聯繫時，基於默契或共識，以暗語代之或僅相約
02 見面，未敘及交易細節，即可於碰面時進行交易，於電話中
03 未明白陳述實情，並不違背常情，雖非直接可以推斷該被告
04 之犯罪，但以此項證據與購毒者之陳述或其他案內證據為綜
05 合判斷，若足以認定犯罪事實者，仍不得謂非補強證據（最
06 高法院108年台上字第1748號判決意旨參照）。本此同理，
07 被告上開販賣第三級毒品咖啡包予證人曾俊銘之事實，除有
08 證人曾俊銘、陳依岑於偵查中、原審審理時經具結後互核相
09 符之證述外，仍有與證人陳依岑證詞相符之微信對話訊息足
10 可為補強證據。足認其等間之微信對話訊息內容係如證人陳
11 依岑所證，係向被告告知證人曾俊銘欲買毒品咖啡包之數
12 量、交易方式，即上開證人陳依岑之證述有此微信對話訊息
13 足以補強。可見證人陳依岑證述伊與被告以微信對話，係和
14 被告與證人曾俊銘交易毒品相關等語，確屬信實，被告所辯
15 均屬顯屬臨訟卸責之詞，不足採信。

16 6. 至於辯護人於原審時曾以證人曾俊銘、陳依岑證述些微之不
17 同，而主張證人曾俊銘、陳依岑證述不可採。惟按證人之陳
18 述有部分前後不符，或相互間有所歧異時，究竟何者為可
19 採，法院本得依其自由心證予以斟酌，若其基本事實之陳述
20 與真實性無礙時，仍非不得予以採信，非謂一有不符或矛
21 盾，即認其全部均為不可採信（最高法院102年度台上字第3
22 319號判決意旨參照）。換言之，證人之證言，何者可採，
23 亦屬事實審法院自由心證之職權，其證據取捨，如不違背經
24 驗法則或論理法則，即不能指為違法。亦即證人之供述前後
25 稍有不符或相互間有所歧異，究竟何者為可採，事實審法院
26 非不可本於經驗法則，斟酌其他情形，作合理之比較，定其
27 取捨；若其基本事實之陳述與真實性無礙時，仍非不得予以
28 採信，非謂一有不符或矛盾，即認其全部均為不可採信。因
29 之，證人之供述彼此或前後縱有差異，事實審法院依憑證人
30 前後之供述，斟酌其他證據，本於經驗法則與論理法則，取
31 其認為真實之一部，作為論罪之證據，自屬合法，難因所認

01 事實與捨棄不採部分之供述證據不符，即指判決有證據上理
02 由矛盾之違法（最高法院102年度台上字第3323號、第3001
03 號、第2745號、100年度台上字第2752號判決意旨參照）。
04 證人曾俊銘、陳依岑證述些微之不同然因個人教育程度、生
05 活經驗、語言習慣之不同，渠表達意思之能力與方式，亦容
06 易產生差異，故供述證據常受陳述人個人觀察與認知事物能
07 力、記憶存取與退化程度、言語表達與描述能力、誠實意
08 願、利害關係、用字遣詞嚴謹程度、對所詢問題理解力、主
09 觀好惡與情緒作用、筆錄製作人之理解與記錄能力等不同，
10 而有對相同事物歧異供述之情形發生，是此歧異之原因，未
11 必絕對係出於虛偽或記憶受外力污染所致，而證人曾俊銘、
12 陳依岑雖就與被告販賣毒品咖啡包之細節略有出入，然證人
13 曾俊銘、陳依岑就被告販賣毒品咖啡包證述大致相符，已如
14 上述，則曾俊銘、陳依岑或係因個人因素考量而對細節迴
15 避，當無以此些微之瑕疵，即驟認其等證述均不可採信，附
16 此敘明。

17 (三)按販賣毒品之行為，本無一定之公定價格，是其各次買賣價
18 格，當亦各有差異，或隨供需雙方之資力、關係之深淺、需
19 求之數量、貨源充裕與否、販賣者對於資金之需求如何，殷
20 切與否，以及政府查緝之態度，進而為各種不同之風險評
21 估，而為機動性調整，是其價格標準，自非一成不變。況
22 且，販賣者從各種「價差」或「量差」或係「純度」謀取利
23 潤方式，或有差異，然其所圖利益之非法販賣行為目的，則
24 屬相同，並無二致。因之，販賣利得，除經行為人（被告）
25 坦承，或其價量至臻明確，確實難以究其原委。但依一般民
26 眾普遍認知毒品之非法交易，向為政府查禁森嚴，且重罰不
27 寬貸，衡諸常情，倘非有利可圖，絕無平白甘冒被重罰高度
28 風險之理，從而，舉凡其有償交易，除足反證其確另基於某
29 種非圖利本意之關係外，通常尚難因無法查悉其買進、賣出
30 之差價，而諉無營利之意思，或阻卻販賣犯行之追訴（最高
31 法院87年度台上字第3164號判決意旨參照）。況查，販賣毒

01 品之行為，係行為人基於營利之目的，而販入或賣出毒品而
02 言。販賣毒品者，其主觀上須有營利之意圖，且客觀上有販
03 賣之行為即足構成，至於實際上是否已經獲利則非所問。即
04 於有償讓與他人之初，係基於營利之意思，並著手實施，而
05 因故無法高於購入之原價出售，最後不得不以原價或低於原
06 價讓與他人時，仍屬販賣行為。必也始終無營利之意思，縱
07 以原價或低於原價有償讓與他人，方難謂為販賣行為，而僅
08 得以轉讓罪論處（最高法院93年度台上字第1651號判決意旨
09 參照）。查毒品價昂，被告與證人曾俊銘並無交情，豈敢甘
10 冒遭刑事追訴之風險，以約定一定之代價，將毒品咖啡包交
11 付予證人曾俊銘，自係其間有利可圖，足見被告主觀上確有
12 營利之意圖甚明。

13 (四)綜上，被告有於事實欄所示之時、地販賣第三級毒品咖啡包
14 6包與證人曾俊銘之事實堪予認定。本件事證明確，應依法
15 論科。

16 三、論罪科刑：

17 (一)犯前5條之罪而混合2種以上之毒品者，適用其中最高級別毒
18 品之法定刑，並加重其刑至2分之1，毒品危害防制條例第9
19 條第3項已有明定。該規定之立法理由揭櫫「本條第3項所稱
20 之混合，係指將2種以上之毒品摻雜調合，無從區分而言(如
21 置於同一包裝)。依目前毒品查緝實務，施用混合毒品之型
22 態日益繁多，且因混合毒品之成分複雜，施用後所造成之危
23 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
24 之擴散，爰增訂第3項，規定犯第4條至第8條之罪，而有混
25 合2種以上毒品之情形者，加重其刑至二分之一。另本項係
26 屬分則之加重，為另一獨立之犯罪型態，如其混合2種以上
27 毒品屬不同級別，應依最高級別毒品所定之法定刑，並加重
28 其刑至二分之一，例如販賣混合第三級及第四級毒品者，依
29 販賣第三級毒品之法定刑處斷，並加重其刑至二分之一；如
30 屬同一級別者，因無從比較高低級別，則依各該級別毒品所
31 定之法定刑，加重其刑至二分之一，併予敘明」(毒品危害

01 防制條例第9條第3項109年1月15日立法理由參照)。是自應
02 認在販賣混合相同級別毒品之情況下，仍應依毒品危害防制
03 條例第9條第3項之規定，加重其刑至2分之1。查本案混合毒
04 品咖啡包含有Mephedrone、4-Methyl-N,N-Dimethylcathino
05 ne，2種第三級毒品成分，有前揭鑑定書在卷可證，自該當
06 混合2種以上毒品之客觀構成要件。是核被告所為，係犯毒
07 品危害防制條例第9條第3項、第4條第3項之販賣第三級毒品
08 而混合二種以上之毒品罪；公訴意旨認被告係犯毒品危害防
09 制條例第4條第3項之販賣第三級毒品罪，尚有未洽，惟起訴
10 基本事實相同，爰依法變更起訴法條，並當庭告知被告變更
11 之罪名（本院卷第60、89頁），並給予被告及辯護人辨明之
12 機會，已無礙被告訴訟防禦權之行使，爰依法變更起訴法
13 條。

14 (二)又被告就本件販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品前，無
15 證據顯示其所持有之第三級毒品數量已達純質淨重5公克以
16 上，是該持有行為並不構成犯罪，自無持有之低度行為應為
17 販賣之高度行為所吸收之吸收關係存在。再者，被告販賣之
18 第三級毒品混合二種以上毒品，應依上揭規定，適用販賣第
19 三級毒品之法定刑，並加重其刑。

20 (三)被告前於107年間因犯不能安全駕駛致交通危險罪，經原審
21 法院107年度交簡字第403號判決有期徒刑2月、併科罰金新
22 台幣2萬元確定，於107年7月23日易科罰金執行完畢之科刑
23 執畢紀錄，惟按被告構成累犯之事實及應加重其刑之事項，
24 均應由檢察官主張並具體指出證明之方法後，經法院踐行調
25 查、辯論程序，方得作為論以累犯及是否加重其刑之裁判基
26 礎（最高法院110年度台上大字第5660號裁定主文參照）。
27 查：

28 1.本案起訴書既未記載被告構成累犯之事實，亦未請求對本案
29 被告犯行依累犯規定加重其刑，此有本案起訴書附卷可查，
30 是原審依前揭說明，審酌偵查及公訴檢察官均未就被告構成
31 累犯、應以累犯規定加重其刑等事項為任何主張，為落實中

01 立審判之本旨、保障被告受公平審判之權利，爰不職權調
02 查、認定本案被告是否構成累犯以及有無依累犯規定加重其
03 刑之必要，但仍依刑法第57條第5款規定，將本案被告可能
04 構成累犯之前科、素行資料列為本案犯行之量刑審酌事由，
05 而對本案被告所應負擔之罪責予以充分評價，並無違誤之
06 處。

07 2.至於檢察官於本院審理時始主張被告有前述案件執行完畢，
08 5年內再犯本案符合累犯要件應予加重其刑一節，有檢察官
09 提出之臺灣高等檢察署臺南檢察分署檢察官112年度上蒞字
10 第53號補充理由書、上開原審法院107年度交簡字第403號判
11 決書及臺灣高等法院疑似累犯簡列表各1份可參（本院卷第1
12 07至114頁），然按被告構成累犯之事實及應加重其刑之事
13 項，均應由檢察官主張並具體指出證明之方法後，經法院踐
14 行調查、辯論程序，方得作為論以累犯及是否加重其刑之裁
15 判基礎，係最高法院最近統一之見解。蓋被告是否構成累
16 犯，性質上係屬刑罰加重事實（準犯罪構成事實），與其被
17 訴之犯罪事實不同，並無刑事訴訟法第267條規定之適用，
18 亦與起訴效力及於該犯罪事實相關之法律效果有別，自應由
19 檢察官於起訴書內加以記載，或至遲於審判期日檢察官陳述
20 起訴要旨時以言詞或書面主張（最高法院111年度台上字第3
21 405號判決意旨參照）；查本案起訴書未主張被告為累犯，
22 且檢察官於原審審理時亦未就被告構成累犯事實主張及表示
23 科刑意見，亦無舉證就被告有構成累犯之事實及有何延長矯
24 正惡性之特別預防必要具體說明及指出證明方法，業如前
25 述，檢察官嗣後亦未就此提起上訴，則檢察官直至本院審理
26 時方主張本件被告犯行應依累犯規定加重其刑等語，揆諸前
27 開說明，此部分刑罰加重事由，與其被訴之犯罪事實不同並
28 非起訴效力所及，本院仍認被告本案犯行並無審酌是否為累
29 犯及有無加重其刑之必要，附此敘明。

30 四、駁回上訴之理由

31 (一)原審以被告販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品予曾俊銘

01 犯行，罪證明確，因予適用毒品危害防制條例第9條第3項、
02 第4條第3項之規定，審酌被告非法販毒謀利，無視於國家防
03 制毒品危害之禁令，戕害他人之身心發展，犯下本案之販賣
04 毒品行為，其所為未能正視毒品所可能對他人健康造成之戕
05 害，及對社會治安之危害，而恣意販賣毒品予他人，且犯後
06 飾詞狡辯，實不宜寬待，惟念其販賣毒品之次數、對象均僅
07 一，並無廣為散發毒害之情，兼衡被告前有公共危險之前
08 科，自陳○○肄業之智識程度，已婚，現以保全為業，及本
09 案犯罪動機、情節、智識程度等一切情狀，量處有期徒刑7
10 年6月之刑。原審就沒收部分，附此說明扣案之咖啡包，經
11 送鑑定後，雖檢出第三級毒品成分，有上開鑑驗書附卷可
12 查，然按在販賣毒品之場合，如出售者業將毒品交付買方，
13 無論已否收得對價，既已易手，祇能在該買方犯罪之宣告刑
14 項下，為沒收銷燬之諭知，尚無列為賣方犯罪從刑之餘地
15 （最高法院100年度台上字第654號刑事判決可供參照）。被
16 告販賣予證人曾俊銘之毒品，既已交付予證人曾俊銘持有，
17 依上開說明，自無從在本案宣告沒收等旨。

18 (二)本院審核原審就被告犯販賣第三級毒品而混合二種以上之毒
19 品罪認事用法俱無不合。又量刑輕重，係屬事實審法院得依
20 職權裁量之事項，苟以行為人之責任為基礎，斟酌刑法第57
21 條各款所列情狀而未逾越法定刑度，即不得遽指為違法。查
22 原審判決就被告犯行已詳細記載其審酌科刑之一切情狀之理
23 由，既未逾越法定刑度，又未濫用自由裁量之權限，核無不
24 當或違法之情形，故認原審就被告所犯上開之罪所量處之刑
25 度，亦屬允當，且就沒收之適用及宣告，亦無適用法律錯誤
26 之情形。被告上訴否認犯行，所辯均不足採，業經本院論駁
27 如上，其執持前詞提起本件上訴為無理由，應予駁回。

28 據上論斷，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

29 本案經檢察官白觀毓提起公訴，檢察官周文祥到庭執行職務。

30 中 華 民 國 112 年 5 月 11 日
31 刑事第五庭 審判長法官 張瑛宗

法官 李秋瑩

法官 黃裕堯

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 蔡孟芬

中華民國 112 年 5 月 11 日

附錄本案論罪科刑法條全文

毒品危害防制條例第4條

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

製造、運輸、販賣第二級毒品者，處無期徒刑或10年以上有期徒刑，得併科新臺幣1千5百萬元以下罰金。

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

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

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年以下有期徒刑，得併科新臺幣1百50萬元以下罰金。

前五項之未遂犯罰之。

毒品危害防制條例第9條

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

明知為懷胎婦女而對之販賣毒品或犯前三條之罪者，亦同。

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之法定刑，並加重其刑至二分之一。

附表：

微信對話紀錄，手機擷圖畫面（編號17、18），見警卷第59頁	
證人陳依岑(即王子綺，暱稱：菸酒辣北鼻)	被告林思華

2021年8月1日上午10:37	
他晚點匯給你可以嗎	為什麼
等錢進來	幾點
2. -2.30	
OK嗎	要確定捏
確定	幾個
6	OK(表情符號)
趕一下	
謝謝	OK(表情符號)
2021年8月1日上午10:49	
可幫買菸嗎	我沒帶錢
好	
2021年8月1日上午11:05	
	到(貼圖)