

臺灣高等法院臺南分院刑事判決

113年度上訴字第1616號

上訴人 臺灣臺南地方檢察署檢察官

上訴人

即被告 劉彪少

選任辯護人 郁旭華律師（法扶律師）

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣臺南地方法院113年度訴緝字第41號中華民國113年7月29日第一審判決（起訴案號：臺灣臺南地方檢察署112年度偵字第15126號、第15127號、第28203號、第31342號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於劉彪少如附表二所示之罪刑，暨所定應執行刑部分，均撤銷。

劉彪少犯如附表二所示之罪，處如附表二所示之宣告刑。

其他上訴駁回【關於如附表一科刑部分】。

第二項撤銷改判部分所處之刑，與上訴駁回部分所處之刑，應執行有期徒刑參年拾壹月。

犯 罪 事 實

一、劉彪少明知「4-甲基甲基卡西酮」（4-methylmethcathinone、Mephedrone、4-MMC）及「甲基-N,N-二甲基卡西酮」（Methyl-N,N-Dimethylcathinone）均係毒品危害防制條例所列管之第三級毒品，不得非法販賣，並預見毒品咖啡包係任意添加種類、數量不詳之毒品混合而成，縱使其內含有二種以上毒品，亦不違背其本意，基於販賣第三級毒品而混合二種以上毒品以營利之不確定故意，與其女友應存芊（業經原審另案判決）共同基於販賣毒品之犯意聯絡，於如附表二所示時間、地點、交易方式、經過，與喬裝買家之雲林縣警察局斗六分局員警約定以新臺幣（下同）3,700元代價，販賣交易混合含有第三級毒品「4-甲基甲基卡西酮」及「甲基-

01 N, N-二甲基卡西酮」成分之毒品咖啡包11包。確定交易成立
02 後，經員警當場表明身分予以逮捕而未遂。並當場扣得毒品
03 咖啡包11包，另在劉彪少背包內扣得毒品咖啡包6包【上開
04 毒品咖啡包經送驗結果，含有第三級毒品「4-甲基甲基卡西
05 酮（純度約7%，驗前總純值淨重約2.31公克）」、「甲基-
06 N, N-二甲基卡西酮（純度未達1%，無法估算純質淨重）成
07 分】，及劉彪少所有Iphone 12廠牌、門號0000000000號手
08 機1支，應存芊所有不詳廠牌、門號0000000000號之手機1
09 支。

10 二、案經雲林縣警察局斗六分局報告臺灣臺南地方檢察署檢察官
11 偵查起訴。

12 理 由

13 壹、上訴範圍（本院審理範圍）之說明：

14 一、按刑事訴訟法第348條規定：「上訴得對於判決之一部為
15 之。對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上
16 訴。但有關係之部分為無罪、免訴或不受理者，不在此限。
17 上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之」。是
18 本案上訴之效力及其範圍，應依刑事訴訟法第348條規定判
19 斷，合先敘明。

20 二、原審於民國113年7月29日以113年度訴緝字第41號判決判處
21 上訴人即被告劉彪少（下稱被告）犯如附表一「原判決宣告
22 刑」欄所示之罪，處如附表一「原判決宣告刑」欄所示之刑
23 （即如原判決「事實」欄一(一)、(二)所示之犯罪事實及罪
24 刑）。又共同販賣第三級毒品未遂，處有期徒刑2年（即如
25 原判決「事實」欄一(三)所示之犯罪事實及罪刑），並定應執
26 行有期徒刑3年10月，及為相關沒收（含追徵）之諭知。檢
27 察官、被告分別收受該判決正本後，檢察官對於如附表二所
28 示之罪刑（即如原判決「事實」欄一(三)所示之犯罪事實、罪
29 名及量刑，含是否適用毒品危害防制條例第17條第2項規定
30 減輕其刑）不當為由提起上訴；被告則對於如附表一、二
31 【即如原判決「事實」欄一(一)、(二)、(三)】所示之量刑【其中

01 如附表一即原判決「事實」欄一(一)、(二)部分含是否適用刑法
02 第59條規定酌減其刑】及定應執行刑不當為由提起上訴。經
03 本院當庭向檢察官、被告及辯護人確認上訴範圍，檢察官
04 稱：對於如附表二【即如原判決「事實」欄一(三)】所示之犯
05 罪事實、罪名及量刑【含是否適用毒品危害防制條例第17條
06 第2項規定減輕其刑】部分提起上訴，對於如附表一【即原
07 判決「事實」欄一(一)、(二)】所示之犯罪事實、罪名（含罪
08 數）、量刑及如附表一、二【即原判決「事實」欄一(一)、
09 (二)、(三)】所示相關之沒收（含追徵）部分均不上訴等語；被
10 告及辯護人皆稱：對於如附表一、二【即如原判決「事實」
11 欄一(一)、(二)、(三)】所示之量刑【其中如附表一即原判決「事
12 實」欄一(一)、(二)部分含是否適用刑法第59條規定酌減其刑】
13 及定應執行刑部分提起上訴，對於如附表一、二【即原判決
14 「事實」欄一(一)、(二)、(三)】所示之犯罪事實、罪名（含罪
15 數）及如附表一、二【即原判決「事實」欄一(一)、(二)、(三)】
16 所示相關之沒收（含追徵）部分均不上訴等語（本院卷第10
17 4至105頁）。揆諸前開說明，檢察官、被告及辯護人僅就如
18 附表一【即原判決「事實」欄一(一)、(二)】所示之量刑【含是
19 否適用刑法第59條規定酌減其刑】、如附表二【即原判決
20 「事實」欄一(三)】所示之犯罪事實、罪名、量刑【含是否適
21 用毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑】及定應執
22 行刑部分提起上訴，至於如附表一【即原判決「事實」欄一
23 (一)、(二)】所示之犯罪事實、罪名（含罪數），及如附表一、
24 二【即原判決「事實」欄一(一)、(二)、(三)】所示相關之沒收
25 （含追徵），則均不在本院審理範圍，先予說明。

26 貳、如附表二所示販賣第三級毒品而混合二種以上毒品未遂部
27 分：

28 一、證據能力部分：

29 (一)按被告以外之人於審判外之陳述雖不符刑事訴訟法第159條
30 之1至之4等4條之規定，而經當事人於審判程序同意作為證
31 據，法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認為適

01 當者，亦得為證據；當事人、代理人或辯護人於法院調查證
02 據時，知有刑事訴訟法第159條第1項不得為證據之情形，而
03 未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同意，同法
04 第159條之5定有明文。立法意旨在於傳聞證據未經當事人之
05 反對詰問予以核實，原則上先予排除；惟若當事人已放棄反
06 對詰問權，於審判程序中表明同意該等傳聞證據可作為證
07 據；或於言詞辯論終結前未聲明異議，基於尊重當事人對傳
08 聞證據之處分權，及證據資料愈豐富，愈有助於真實發見之
09 理念，且強化言詞辯論主義，使訴訟程序得以順暢進行，上
10 開傳聞證據亦均具有證據能力。查，本判決關於被告如附表
11 二所示犯行所引用具傳聞性質之各項證據資料，檢察官、被
12 告及辯護人於本院審理時均表示同意列為本案證據或同意有
13 證據能力等語（本院卷第80至84頁、第107至108頁），且經
14 本院於審判期日依法踐行調查證據程序，檢察官、被告及辯
15 護人於本院言詞辯論終結前均未表示異議，本院審酌該等具
16 有傳聞證據性質之證據，其取得過程並無瑕疵或任何不適當
17 之情況，應無不宜作為證據之情事，認以之作為本案之證
18 據，應屬適當，依刑事訴訟法第159條之5之規定，自得作為
19 證據。

20 (二)至於下列所引用之其餘文書證據、物證，無證據證明係公務
21 員違背法定程序所取得，亦無顯有不可信之情況，已經本院
22 於審理期日為合法調查，該等證據自得做為本案裁判之資
23 料。

24 二、實體部分：

25 (一)認定犯罪事實所憑之證據及理由：

26 1.訊據被告坦承與其女友即同案被告應存芊共同基於販賣第三
27 級毒品之犯意聯絡，於如附表二所示時間、地點、交易方
28 式、經過，與喬裝買家之雲林縣警察局斗六分局員警約定以
29 3,700元代價，販賣交易混合含有第三級毒品「4-甲基甲基
30 卡西酮」及「甲基-N,N-二甲基卡西酮」成分之毒品咖啡包1
31 1包，於確定交易成立後，經員警當場表明身分予以逮捕而

01 未遂，並坦承犯販賣第三級毒品未遂罪，惟否認知悉或可得
02 預見扣案之毒品咖啡包成分係混合含有二種以上之第三級毒
03 品，辯稱：我只是單純的向上游表示要買毒品咖啡包，並不
04 知道成分為何，沒有作確認或任何檢測等語。辯護人則為被
05 告辯護稱：扣案之毒品咖啡包經檢測結果含有第三級毒品
06 「4-甲基甲基卡西酮（純度約7%，驗前總純值淨重約2.31
07 公克）」、「甲基-N,N-二甲基卡西酮（純度未達1%，無法
08 估算純質淨重），是以混雜之其餘毒品成分甚微，尚難遽認
09 被告對毒品咖啡包成分有所認識或預見。基於罪疑唯輕及嚴
10 格證明法則，尚無從以推論方式認定被告知悉或可得預見所
11 取得之毒品咖啡包混合二種以上第三級毒品，被告應構成販
12 賣第三級毒品未遂罪，而不構成販賣第三級毒品而混合二種
13 以上毒品未遂罪等語。

14 2.查被告與其女友即同案被告應存芊共同基於販賣第三級毒品
15 之犯意聯絡，於如附表二所示時間、地點、交易方式、經
16 過，與喬裝買家之雲林縣警察局斗六分局員警約定以3,700
17 元代價，販賣交易混合含有第三級毒品「4-甲基甲基卡西
18 酮」及「甲基-N,N-二甲基卡西酮」成分之毒品咖啡包11
19 包，於確定交易成立後，經員警當場表明身分予以逮捕而未
20 遂，並當場扣得毒品咖啡包11包，另在被告背包內扣得毒品
21 咖啡包6包【上開毒品咖啡包經送驗結果，檢出含有第三級
22 毒品「4-甲基甲基卡西酮（純度約7%，驗前總純值淨重約
23 2.31公克）」、「甲基-N,N-二甲基卡西酮（純度未達1%，
24 無法估算純質淨重）成分】，及被告所有Iphone 12廠牌、
25 門號0000000000號手機1支，同案被告應存芊所有不詳廠
26 牌、門號0000000000號之手機1支等情，有如附表二「證據
27 資料」欄所示之供述及非供述證據附卷可稽，且為被告及辯
28 護人所不爭執，自堪信上開部分事實為真正。

29 3.被告否認知悉或可得預見其如附表二所示販賣交易之毒品咖
30 啡包成分，混合二種以上第三級毒品，被告及辯護人並以前
31 揭情詞置辯。惟查被告於原審時供稱：我跟上游購買毒品咖

啡包時，沒有指定裡面要包什麼，我沒有確認裡面的成分。就是很單純的講我要購買毒品咖啡包等語（原審卷2第96頁）。其於本院時供稱：我知道毒品咖啡包內容物可能摻入有咖啡粉、果汁粉以及第三級毒品的各種成分，且是粉狀的，因為我有吃過毒品咖啡包。我不知道所施用的毒品咖啡包是否只有摻入一種第三級毒品等語（本院卷第84至85頁）。被告既然有施用過毒品咖啡包，知悉毒品咖啡包的外觀是粉狀的，成分原料通常即混有咖啡粉、果汁粉、不同的毒品成分，甚至可以再任意添加其他各種成分，均難確認僅含有單一的一種第三級毒品成分。被告係轉售毒品咖啡包牟利，除非能自行控管製造毒品咖啡包的原料或來源，否則來自黑市或不詳來源交易而來的毒品咖啡包，通常亦混有不同的毒品成分。被告向其毒品上游購買毒品咖啡包時，既未限定毒品咖啡包裡面的成分須為單一的第三級毒品，亦未向毒品上游確認毒品咖啡包成分為何，即任意販入後逕行販售，足徵其主觀上顯係出於不論所含毒品成分如何，或有無混合二種以上之毒品成分，均概予販賣牟利之不確定故意，可以認定。參以當今社會上亦時有因施用混合不同毒品成分之毒品咖啡包致死案例，廣經媒體報導或政府持續宣導不應任意施用成分、來源不明之毒品咖啡包，應屬具有通常智識、教育程度之一般人可得知悉之事，被告自述為具有高職畢業學歷之成年人，自無推諉宣稱不知之理。被告辯稱：沒有聽過新聞報導、媒體、或其他人傳說，施用混合第三級毒品咖啡包致死案例云云，應屬卸責之說詞。從而，被告否認知悉或可得預見其如附表二所示販賣交易之毒品咖啡包成分，混合二種以上第三級毒品云云，自非可採。從而，被告主觀上應可得預見販賣交易之毒品咖啡包成分，混合二種以上第三級毒品，堪可認定。

4. 另按販毒之人，不論大、小盤商、零售，甚或臨時起意偶一為之者，莫不意圖營利，而所稱「營利」，本非限於現實金錢之授受以賺取價差一端。倘行為人販入或賣出毒品，主觀

上係出於為自己計算而獲取利益之意思，客觀上不論係採減量分裝、添加他物稀釋毒品純度後販出，或大量購入以享有折扣或贈品等方式為之，因行為人均可藉此販賣行為以獲取利益，故仍與販賣之要件無悖。且所謂販賣，僅須行為人主觀上有營利意圖，至實際上是否已經獲利，則非所問。查被告於警詢時供稱：遭員警查扣之第三級毒品混合包來源是112年5月10日19時許，去臺南市永康區東橋一路上，向藥頭暱稱「我是你哥哥」，以4,100元購買第三級毒品混合包20包。我與員警交易的內容為第三級毒品混合包11包，要價3,700元，該交易金額是我訂的，如果交易成功我可以獲利1,000元等語（卷1第23頁、第25頁）。足認被告如附表二所示販賣第三級毒品而混合二種以上毒品未遂之犯行，確有從價差中牟利之意圖及事實，足堪認定。

5.綜上所述，本案事證明確，被告關於如附表二所示之販賣第三級毒品而混合二種以上毒品未遂之犯行，洵堪認定，應予依法論科。

(二)論罪科刑：

1.論罪：

(1)查「4-甲基甲基卡西酮」(4-methylmethcathinone、Mephedrone、4-MMC)及「甲基-N,N-二甲基卡西酮」(Methyl-N,N-Dimethylcathinone)依其成癮性、濫用性及對社會危害性之程度，已為毒品危害防制條例第2條第2項第3款列為第三級毒品，不得非法販賣。核被告就前揭犯罪事實一（即如附表二）所為，係犯毒品危害防制條例第9條第3項、第4條第6項、第3項之販賣第三級毒品而混合二種以上毒品未遂罪。被告與同案被告應存芊就前揭犯罪事實一（即如附表二）所示犯行，有犯意聯絡及行為分擔，應論以共同正犯。

(2)起訴書就被告前揭犯罪事實一（即如附表二）所示之犯行，雖記載被告所犯罪名為毒品危害防制條例第4條第6項、第3項之販賣第三級毒品未遂罪。惟檢察官於原審112年12月25日準備程序時已當庭補充陳述：被告劉彪少、應存芊於起訴

書犯罪事實二所為，應該有毒品危害防制條例第9條第3項之加重事由之適用等語（原審卷1第71頁），堪認檢察官就被告前揭犯罪事實一（即如附表二）所示之犯行，係主張被告所為係犯毒品危害防制條例第9條第3項、第4條第6項、第3項之販賣第三級毒品而混合二種以上毒品未遂罪，並經本院諭知被告上開罪名在案（本院卷第76至77頁、第106頁），應無庸再變更起訴法條，附此敘明。

2. 刑之加重減輕事由之說明：

(1) 依毒品危害防制條例第9條第3項規定加重其刑：

被告前揭犯罪事實一（即如附表二）所示犯行，係犯販賣第三級毒品而混合二種以上毒品未遂罪，應依毒品危害防制條例第9條第3項規定加重其刑。

(2) 依刑法第25條第2項規定減輕其刑：

關於被告前揭犯罪事實一（即如附表二）所示犯行，被告已著手實行販賣第三級毒品而混合二種以上毒品犯行而不遂，為未遂犯，所生損害較既遂犯為輕，爰依刑法第25條第2項規定減輕其刑。

(3) 依毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑：

①按毒品危害防制條例第9條第3項「犯前五條之罪（按毒品危害防制條例第4條至第8條）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」，係考量施用混合毒品之型態日益繁多，且因混合毒品之成分複雜，施用之危險性及致死率均高於施用單一毒品者，故為加強遏止混合毒品之擴散，而以同條例第4條至第8條之構成要件及法定刑為基礎，加重各該罪法定刑至二分之一。至於被告所為能否適用同條例第17條第2項減輕其刑之規定，仍應視其就所犯同條例第4條至第8條之罪有無自白而定。又所稱自白，係指承認犯罪事實之全部或主要部分，並為應負刑事責任之陳述而言。而所謂犯罪事實之「主要部分」，係以供述包含主觀及客觀之構成要件該當事實為基本前提，視被告或犯罪嫌疑人未交代犯罪事實部分係歪曲事實、避重就輕而

意圖減輕罪責，或係出於認知偏差，或因不諳法律而異其效果。倘若僅係對於部分事實之判斷未臻明確，或對於自己犯罪行為之法律評價有所誤解，經偵、審機關根據已查覺之犯罪證據、資料提示或闡明後，對犯罪事實之全部或主要部分為認罪之表示，即不影響自白之效力。原判決已敘明被告於偵查及歷次審判程序，均承認其基於營利意圖，販賣本件毒品咖啡包予喬裝買家之司法警察之行為，且不爭執毒品咖啡包經檢出混合毒品成分（按：部分咖啡包含二種以上之第三級毒品），是對其營利意圖、販賣行為、交易客體咖啡包等犯罪事實重要之點始終自白不諱，應適用毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑之理由。至於被告辯稱不知咖啡包含有二種毒品成分，第一審判決復認定被告有販賣混合二種以上第三級毒品之不確定故意，足見被告上開所辯，及其在第一審就所為是否成立同條例第9條第3項之罪所為爭執，尚非意在歪曲事實、避重就輕，即無礙被告承認販賣「咖啡包」之毒品以營利之犯罪自白。檢察官執前詞指摘原判決依毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑，有適用法則不當之違法等語，自非適法之上訴第三審理由（最高法院112年度台上字第4373號判決意旨參照）。

- ②被告關於如附表二所示之販賣第三級毒品而混合二種以上毒品未遂罪之犯行，於偵查、原審及本院均自白有販賣第三級毒品未遂犯行（卷2第16至17頁、原審卷1第72頁、原審卷2第86頁、本院卷78頁、第104頁），且承認其基於營利之意圖，販賣毒品咖啡包11包予喬裝買家之員警之行為，亦不爭執扣案之毒品咖啡包經檢出混合含有「4-甲基甲基卡西酮」及「甲基-N,N-二甲基卡西酮」等二種第三級毒品成分，堪認被告對於如附表二所示犯行之營利意圖、販賣行為、交易客體為混合二種以上第三級毒品咖啡包等犯罪事實重要之點及主要部分始終自白不諱，參諸上開說明，已符合毒品危害防制條例第17條第2項規定要件。至於被告雖辯稱不知扣案之毒品咖啡包混合含有二種以上第三級毒品成分等語，審酌

01 被告此部分所辯，僅就其如附表二所示之犯行應否適用毒品
02 危害防制條例第9條第3項之罪而為爭執，尚非意在歪曲事
03 實、避重就輕，即無礙被告承認販賣扣案之毒品咖啡包以營
04 利之犯罪自白，爰依毒品危害防制條例第17條第2項規定減
05 輕其刑。檢察官以被告及辯護人否認被告主觀上知悉或可得
06 預見販賣交易之毒品咖啡包成分，混合二種以上第三級毒
07 品，主張被告如附表二所示犯行，應無毒品危害防制條例第
08 9條第3項加重其刑規定適用，認為被告如附表二所示犯行無
09 毒品危害防制條例第17條第2項減輕其刑規定之適用云云，
10 自非可採。

11 (4)綜上，被告關於如附表二所示販賣第三級毒品而混合二種以
12 上毒品未遂罪犯行，同時有毒品危害防制條例第9條第3項之
13 加重事由，及刑法第25條第2項、毒品危害防制條例第17條
14 第2項等2項減輕事由，應先依毒品危害防制條例第9條第3項
15 規定加重其刑，再依刑法第25條第2項、毒品危害防制條例
16 第17條第2項規定減輕其刑，並依刑法第70條規定遞減之。

17 三、上訴意旨：

18 (一)檢察官上訴意旨略以：

19 1.被告雖辯稱：不知道該咖啡包裡面有二種以上第三級毒品等
20 語。然被告於警詢、偵查及審理中均自承：本身有施用毒品
21 咖啡包。被告既有施用毒品咖啡包，並投入販賣毒品咖啡包
22 市場，對於混合毒品型態日益繁多，常見將各種毒品混入其
23 他物質偽裝，包裝混合而成新興毒品之社會情況，當可得預
24 見。況當今社會環境時有因施用過量或來源不明之毒品咖啡
25 包致死之案例，經媒體廣為報導及政府持續宣導，為遏止亂
26 象乃立法加重其刑。被告自陳高職畢業，有工作經驗，且本
27 身也有在接觸毒品，懂得利用手機上網接收網路資訊，並透
28 過社群媒體推特、微信販賣毒品咖啡包，對此不能諉稱不
29 知。又被告自承其向上手購買本案咖啡包時，僅籠統以毒品
30 咖啡包之形式稱呼、購買，而未限定須為單一毒品，且未確
31 認其中之成分為何，即任意購入並逕行轉售，顯徵被告係出

於不論所含毒品成分如何，或有無混合二種以上之毒品成分，均不在意，執意販售並容任其發生，被告主觀上有販賣混合二種以上第三級毒品之不確定故意，即堪認定。被告應構成毒品危害防制條例第9條第3項、第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未遂罪，原判決認定被告主觀上不知悉扣案毒品咖啡包混合二種以上第三級毒品，不構成販賣第三級毒品而混合二種以上毒品未遂罪，容有違誤。

2.被告及辯護人於113年7月15日原審審理時，均稱：「被告主觀上不知道所販賣毒品混合有二種以上毒品」，「本案應該沒有毒品危害防制條例第9條第3項加重其刑的適用」，「否認主觀上知悉混合」，「被告主觀上並無認知毒品咖啡包具有混合二種以上毒品之確定故意或間接故意認知」，「本案僅成立毒品危害防制條例第4條第3項販賣第三級毒品罪」等語，即「明確否認」有販賣混合二種毒品之咖啡包之直接故意或不確定故意。原判決仍認為被告於偵查及法院審判中均自白犯行，依毒品危害防制條例第17條第2項之規定減輕其刑，應有適用法則不當之違背法令等語。

(二)被告及辯護人上訴意旨略以：

被告父親因急性心肌梗塞，裝有動脈血管支架，每月醫療費用約需2至3萬元，身體孱弱，父母之日常開銷及醫療費用均賴被告供給，此外被告尚有一名未成年子女須扶養，原審就被告販賣第三級毒品未遂罪犯行，判處有期徒刑2年，合併定應執行有期徒刑3年10月，量刑及所定應執行刑均過重，請從輕量刑等語。

四、撤銷改判部分【關於如附表二所示之罪刑暨所定應執行刑部分】：

(一)撤銷理由：

原判決認被告如附表二（即原判決「事實」欄一(三)）所示之犯行，罪證明確，而予論罪科刑，固非無見，惟查：被告關於如附表二所示之犯行，主觀上可得預見其如附表二所示販

賣交易之毒品咖啡包成分，混合二種以上第三級毒品，其此部分犯行應構成毒品危害防制條例第9條第3項、第4條第6項、第3項之販賣第三級毒品而混合二種以上毒品未遂罪。原判決認為被告關於如附表二所示之犯行，主觀上不知亦未預見所販賣交易之毒品咖啡包成分，混合二種以上第三級毒品，而論以毒品危害防制條例第4條第6項、第3項之販賣第三級毒品未遂罪，自有未洽。

(二)對上訴意旨之說明：

1.檢察官上訴部分：

(1)被告關於如附表二所示之販賣第三級毒品而混合二種以上毒品未遂罪之犯行，已符合毒品危害防制條例第17條第2項偵審自白之規定要件，應依該規定減輕其刑，已說明如前。檢察官前揭上訴意旨 2.以被告否認主觀上知悉或可得預見其如附表二所示販賣交易之毒品咖啡包成分，混合二種以上第三級毒品，主張被告此部分犯行無毒品危害防制條例第17條第2項減輕其刑規定之適用，尚非可採。

(2)至於檢察官前揭上訴意旨 1.主張被告關於如附表二所示之犯行，主觀上可得預見其如附表二所示販賣交易之毒品咖啡包成分，混合二種以上第三級毒品，其此部分犯行應構成毒品危害防制條例第9條第3項、第4條第6項、第3項之販賣第三級毒品而混合二種以上毒品未遂罪等語，參諸上開「(一)撤銷理由」所示，即屬有據，應由本院將原判決關於被告如附表二所示之罪刑部分予以撤銷改判。又本院既應撤銷原判決關於被告如附表二所示之罪刑，則原判決就被告所定之應執行刑即失所附麗，自應併予撤銷。

2.被告上訴部分：

查被告關於如附表二所犯應構成販賣第三級毒品而混合二種以上毒品未遂罪，而應撤銷改判，並應依毒品危害防制條例第9條第3項規定加重其刑，則被告及辯護人前揭上訴意旨主張原審認定被告如附表二所犯之販賣第三級毒品未遂罪及所定之應執行刑均量刑過重部分，即無理由。

01 五、撤銷改判部分之量刑【關於如附表二所示部分】：

02 爰以行為人之責任為基礎，審酌被告無視國家杜絕毒品犯罪
03 之禁令，為營利而與同案被告應存芋共同販賣毒品咖啡包，
04 可預見毒品咖啡包成分混合二種以上第三級毒品，仍於社群
05 軟體Twitter上散布販賣毒品咖啡包之廣告訊息，以招攬不
06 特定人向其購買毒品，危害社會治安及國民健康、助長施用
07 及販賣毒品歪風，經員警喬裝買家與被告議定以3,700元，
08 購買11包毒品咖啡包而遭查獲未遂，犯後坦承犯販賣第三級
09 毒品未遂罪，惟否認主觀上可得預見毒品咖啡包成分混合二
10 種以上第三級毒品之犯後態度，並兼衡其於本院時自述之智
11 識程度、工作、收入、家庭、生活狀況（本院卷第117
12 頁），及被告父親罹患疾病，每月醫療費用約需2至3萬元，
13 父母之日常開銷及醫療費用均賴被告供給，提出被告父親之
14 聯新國際醫院113年2月28日診斷證明書為憑（本院卷第17
15 頁）等一切情狀，量處如主文第二項所示之刑。

16 參、如附表一所示販賣第三級毒品部分：

17 一、因檢察官、被告及辯護人表明僅就被告如附表一【即原判決
18 「事實」欄一(一)、(二)】所示之量刑【含是否適用刑法第59條
19 規定酌減其刑】、如附表二【即原判決「事實」欄一(三)】所
20 示之犯罪事實、罪名、量刑【含是否適用毒品危害防制條例
21 第17條第2項規定減輕其刑】及定應執行刑部分提起上訴，
22 故有關如附表一【即原判決「事實」欄一(一)、(二)】所示之犯
23 罪事實、罪名（含罪數）及如附表一、二【即原判決「事
24 實」欄一(一)、(二)、(三)】所示相關之沒收（含追徵）部分之認
25 定，均如第一審判決所記載。

26 二、刑之減輕事由之說明：

27 (一)依毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑：

28 被告關於如附表一所示之販賣第三級毒品2次之犯行，於偵
29 查、原審及本院均自白犯行（卷7第11至14頁、第73至74
30 頁、原審卷1第72頁、原審卷2第86頁、本院卷78頁、第104
31 頁），爰各依毒品危害防制條例第17條第2項之規定減輕其

刑。

(二)不適用刑法第59條規定減輕其刑之說明：

1.按犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，固得依據刑法第59條規定酌量減輕其刑。條文所謂犯罪情狀，必須有特殊之環境及原因，在客觀上顯然足以引起一般同情，認為縱予宣告法定最低刑度猶嫌過重；而所謂犯罪情狀顯可憫恕，係指裁判者審酌刑法第57條各款所列事項，以行為人之責任為基礎之一切情狀，予以全盤考量後，認其程度已達顯可憫恕之程度，始有其適用。又按刑法第59條所定之酌量減輕其刑，必須犯罪另有特殊之原因與環境，在客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過重者，始有其適用。此所謂法定最低度刑，固包括法定最低本刑；惟遇有其他法定減輕之事由者，則應係指適用其他法定減輕事由減輕後之最低度刑而言。倘被告別有其他法定減輕事由者，應先適用法定減輕事由減輕其刑後，猶認其犯罪之情狀顯可憫恕，即使科以該減輕後之最低度刑仍嫌過重者，始得適用刑法第59條規定酌量減輕其刑（最高法院112年度台上字第4940號判決意旨參照）。

2.被告及辯護人主張：被告關於如附表一所示販賣第三級毒品罪2罪犯行，次數僅有2次，對象僅2人，包數各僅5包，實屬量小數微之毒品交易，犯罪情節較諸販毒集團實屬零星。相較販賣毒品之大盤、中盤毒販，助長毒品流通之程度，及對社會秩序暨國民健康造成之危害，均非至鉅。佐以被告擔任油漆工，每月收入約40,000元，須繳納房租7,000元、未成年子女扶養費20,000元及保險費5,000元，經濟壓力甚大，復想接回女兒照顧，一時失慮，欲藉此賺取些微差價以補貼生活，實屬偶發行為，惡性非重。是以被告客觀犯行與主觀惡性二者加以考量，若論以法定最低本刑，仍嫌過重，衡情尚有可憫恕之處，難謂符合罪刑相當性及比例原則，關於被告如附表一所示之販賣第三級毒品罪2罪之犯行，請均依刑法第59條規定減輕其刑等語。

01 3.查被告關於如附表一所示之販賣第三級毒品罪2罪犯行，雖
02 其販賣交易對象僅有鄭守仁、陳皇源等2人，販賣次數為2
03 次，惟被告販賣第三級毒品以營利之犯行，無視於國家杜絕
04 毒品之禁令及嚴刑峻罰，嚴重影響社會治安，助長他人施用
05 毒品犯行，戕害國人身心健康，造成毒品氾濫及擴散，各次
06 販賣金額2,000元、1750元，金額非少，犯罪情節及所生危
07 害均非輕，依其犯罪當時之情節，並無何特殊之原因與環
08 境，在客觀上自無足以引起一般同情，而顯然可憫之情狀。
09 至於被告如有面臨經濟壓力問題，或想賺取差價以補貼生
10 活，均應以正當合法管道賺取錢財，或尋求社會資源協助，
11 被告竟以缺錢或想賺取差價為由而牟利販賣毒品，無視毒品
12 散布，危害國民健康及製造社會問題，被告主觀惡性並無較
13 輕或可憫之處。再者，販賣第三級毒品罪法定最低刑度為有
14 期徒刑7年以上（得併科1千萬元以下罰金），被告如附表一
15 所示販賣第三級毒品罪2罪犯行，依偵審中自白之規定減輕
16 其刑後，法定最低本刑為有期徒刑3年6月以上（得併科罰
17 金），與其本案上開販賣第三級毒品罪2罪犯行之犯罪情節
18 相較，均無情輕法重而有違罪刑相當及比例原則之情形，均
19 與刑法第59條減輕其刑規定之要件不合。被告及辯護人主張
20 被告關於如附表一所示販賣第三級毒品罪2罪犯行，均應依
21 刑法第59條規定減輕其刑云云，於法自有未合。

22 (三)綜上，被告關於如附表一所示販賣第三級毒品罪2罪犯行，
23 應依毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑。

24 三、被告及辯護人上訴意旨略以：

25 (一)被告關於原判決「事實」欄一(一)、(二)即如附表一所示販賣第
26 三級毒品罪2罪犯行，次數僅有2次，對象僅2人，包數各僅5
27 包，實屬量小數微之毒品交易，犯罪情節較諸販毒集團實屬
28 零星。相較販賣毒品之大盤、中盤毒販，助長毒品流通之程
29 度，及對社會秩序暨國民健康造成之危害，均非至鉅。佐以
30 被告因經濟壓力甚大，欲藉此賺取些微差價以補貼生活，惡
31 性非重。衡情尚有可憫恕之處，論以法定最低本刑，仍嫌過

重，請均依刑法第59條規定減輕其刑。

(二)被告父親因急性心肌梗塞，裝有動脈血管支架，每月醫療費用約需2至3萬元，身體孱弱，父母之日常開銷及醫療費用均賴被告供給，此外被告尚有一名未成年子女須扶養，原審就被告販賣第三級毒品罪2罪、分別判處有期徒刑3年7月、3年7月，量刑均過重，請從輕量刑等語。

四、駁回被告上訴之理由【關於如附表一科刑部分】：

(一)原判決就被告關於如附表一（即原判決「事實」欄一(一)、

(二)所示販賣第三級毒品罪2罪之犯行，認罪證明確，而予科刑，已審酌：被告為牟利而於Twitter上張貼暗示販賣毒品咖啡包之訊息，其潛在交易對象為網路上之不特定人，較之一般施用毒品者間之互通有無，此種手法顯然更能擴散毒害，危害社會不輕，且交易成功2次，所為至屬不該，應予相當之非難，惟念其犯後始終坦承犯行，態度良好，兼衡其於原審所述之智識程度、工作、家庭狀況等一切情狀，就被告如附表一所示販賣第三級毒品罪2罪之犯行，分別量處被告有期徒刑3年7月、3年7月。經核原判決關於被告如附表一所示2罪之量刑，認事用法，核無不合，均屬妥適。

(二)對被告上訴意旨之說明：

1.被告關於如附表一（即原判決「事實」欄一(一)、(二)）所示販賣第三級毒品罪2罪之犯行，均與刑法第59條減輕其刑之適用要件不合，已論述如前。被告及辯護人前揭上訴意旨(一)主張被告如附表一所示販賣第三級毒品罪2罪之犯行，均有刑法第59條減輕其刑規定之適用云云，自不可採。

2.按量刑是否正確或妥適，端視在科刑過程中對於各種刑罰目的之判斷權衡是否得當，以及對科刑相關情狀事證是否為適當審酌而定。按刑罰之適用，乃對被告侵害法益之惡害行為，經非難評價後依據罪責相當性原則，反應刑罰應報正義、預防目的等刑事政策所為處分。倘量刑過輕，確對被告易生僥倖之心，不足收儆戒及改過之效，則刑罰不足以戒其意；惟量刑過重，則易致被告怨懟、自暴自棄，難收悅服遷

善之功，即殺戮亦不足以服其心。因此，現今法治國乃有罪刑相當原則，即衡量犯罪行為之罪質、不法內涵來訂定法定刑之高低，法官再以具體事實情況不同，確定應科處之刑度輕重。查原判決關於被告如附表一所示販賣第三級毒品罪2罪之科刑，已具體審酌被告之犯罪情節，犯罪手段，犯罪所生危害，犯後態度、智識程度、家庭生活、工作狀況等情而為量刑，核與刑法第57條之規定無違。至於上訴理由所載被告有一名未成年子女須扶養等情，已為原審量刑時所具體審酌。另關於被告父親因急性心肌梗塞，裝有動脈血管支架，每月醫療費用約需2至3萬元，身體孱弱，父母之日常開銷及醫療費用均賴被告供給等情，雖據被告提出其父親之聯新國際醫院113年2月28日診斷證明書為憑（本院卷第17頁），此部分被告之家庭及經濟狀況，縱經審酌，本院認為對原判決之量刑尚不生影響。再者，被告所犯如附表一所示販賣第三級毒品罪2罪，其法定本刑為「7年以上有期徒刑，得併科1千萬元以下罰金」，經各依毒品危害防制條例第17條第2項偵審自白規定減輕其刑後，其法定最低本刑為有期徒刑3年6月以上（得併科罰金），原判決各判處被告有期徒刑3年7月、3年7月，核均屬低度量刑，實均無過重之情。被告及辯護人前開上訴意旨(二)指摘原判決關於如附表一所示之販賣第三級毒品罪2罪之宣告刑量刑過重云云，難認有據。

3. 綜上，被告及辯護人之上訴意旨為無理由，應予駁回，即如主文第三項所示。

肆、定應執行刑：

被告所犯如附表一、二所示之罪，共計3罪，犯罪次數非多，分別係犯販賣第三級毒品罪（2罪）、販賣第三級毒品而混合二種以上毒品未遂罪（1罪），均非屬偶發性犯罪，均侵害社會法益，其犯行具有同質性，各次犯行之時間相近。綜合被告上開各罪全部犯罪情節、手段、危害性，及所反映之人格特性，認為被告並非惡性重大之人，如以實質累加之方式定應執行刑，則處罰之刑度顯將超過其行為之不法

內涵，而有違罪責原則，並造成被告更生絕望之心理，有違刑罰之目的。是衡量其之責任與整體刑法目的及相關刑事政策，依刑法第51條所定限制加重原則，及多數犯罪責任遞減原則，爰定本件被告應執行刑如主文第四項所示。

據上論結，應依刑事訴訟法第368條、第369條第1項前段、第364條、第371條、第299條第1項前段（僅引用程序法條），判決如主文。

本案經檢察官陳擁文提起公訴，檢察官王鈺玟提起上訴，檢察官吳宇軒到庭執行職務。

中 華 民 國 113 年 12 月 13 日
刑事第四庭 審判長法官 何秀燕
法官 吳育霖
法官 鄭彩鳳

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 蘭鈺婷

中 華 民 國 113 年 12 月 13 日

附錄本判決論罪科刑法條全文

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

- 01 以下有期徒刑，得併科新臺幣1百50萬元以下罰金。
- 02 前五項之未遂犯罰之。
- 03 毒品危害防制條例第9條
- 04 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
- 05 加重其刑至二分之一。
- 06 明知為懷胎婦女而對之販賣毒品或犯前三條之罪者，亦同。
- 07 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
- 08 之法定刑，並加重其刑至二分之一。

09 附表一

編號	犯罪事實【販賣對象、販賣時間、交易金額（新臺幣）】	原判決宣告刑	本院主文
1	原判決「事實」欄一(一)部分（販賣對象：鄭守仁，販賣時間：112年5月4日凌晨零時52分許，交易金額：2,000元）	劉彪少販賣第三級毒品，處有期徒刑參年柒月。	上訴駁回。
2	原判決「事實」欄一(二)部分（販賣對象：陳皇源，販賣時間：112年5月4日10時16分許，交易金額：1,750元）	劉彪少販賣第三級毒品，處有期徒刑參年柒月。	上訴駁回

11 附表二：

編號	交易對象	交易時間、地點	交易方式、經過、毒品種類、數量、約定販賣交易金額（新臺幣）	本院宣告刑
1 起訴書 犯 罪	雲林縣警察局斗六分局警員喬裝買家	112年5月10日20時10分許。在臺南市○○區○○○路000號前之劉彪少駕駛車牌號	劉彪少、應存芊（業經原審另案判決）為男女朋友，為共同販賣毒品咖啡包，於112年5月初，由劉彪少持用Iphone 12廠牌、門號0000000000號手機1支，在社群軟體Twitter，以暱稱「乳牛（圖示）啤酒（圖	劉彪少共同犯販賣第三級毒品而混合二種以上毒品未遂罪，處有期徒刑貳年肆月。

事實二即原判決「事實」欄一(三)		碼000-0000號自小客車之車內。	示)」(帳號：@000000000)散布「裝備商、音樂課、咖啡(圖示)、優質、非詐騙、推特南部唯一真實裝備商、客服小姐姐很可愛」之廣告訊息，應存芊亦持用不詳廠牌、門號0000000000號手機1支，以暱稱「OUQ」(帳號：000000000000)，在Twitter張貼「飛機(圖示)、音樂裝備群、咖啡(圖示)、咖啡(圖示)、化學、裝備、音樂、咖啡(圖示)、上課、入群需要視訊驗證、無法配合驗證的就別申請了、不要浪費彼此時間、我是驗證小妹」之廣告訊息，經雲林縣警察局斗六分局員警網路巡邏時發現上情，遂喬裝買家詢問毒品價格，於112年5月10日18時35分許，約定以3,500元購買毒品咖啡包10包，後加入劉彪少之微信好友，並聽從應存芊指示，於同日18時41分許，匯款訂金200元至中國信託商業銀行帳號000-00000000000帳戶，於左列交易時間，劉彪少駕駛車號000-0000號自小客車搭載應存芊，至約定交易之左列地點，與喬裝買家之員警在車內清點欲交易之毒品咖啡包數量，因劉彪少無法找零，雙方遂協議改為購買毒品咖啡包11包，共3,700元，確定交易成立後，經員警當場表明身分予以逮捕而未遂。	
證據資料	證人即同案被告應存芊於警詢、偵訊、原審及本院之供述(卷1第15至17頁、第19至28頁，卷2第15至17頁，卷6第19至30頁，卷7第7至14頁、第73至75頁，卷2第101至103頁，原審卷1第69至75頁，原審卷2第9至11頁、第13至19頁、第49至53頁、第83至101頁，本院卷第75至88頁、第103至120頁)。 2. 證人即同案被告應存芊於警詢、偵訊、原審之供述(卷1第29至31頁、第33至41頁，卷2第21至22頁，原審卷1第161至167頁、第203至206頁、第231至236頁、第257至270頁)。 3. 斗六派出所警員葉大瑋112年05月10日偵查報告(卷1P1-3)			

01

	4.同案被告應存芊與警方通話內容之錄音譯文（卷1P5-7）
	5.被告與警方之微信對話譯文（卷1P9）
	6.警方與被告劉彪少、應存芊交易當時之對話錄音譯文（卷1P11-13）
	7.被告劉彪少、應存芊之自願受搜索同意書、雲林縣警察局斗六分局搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表及扣押物品收據（卷1P43-45、47-57）
	8.被告於Twitter張貼之廣告內容（卷1P73）
	9.被告與警方之Twitter及微信對話紀錄（卷1P75、77-79）
	10.被告與應存芊之推特、IG對話紀錄截圖（卷1P81、83）
	11.應存芊於Twitter張貼之廣告內容（卷1P89）
	12.匯款執據及現場照片（卷1P93-101）
	13.刑事警察局112年7月5日刑鑑字第0000000000號鑑定書（卷2P93-94）

02 卷目

- 03 1. 雲林縣警察局斗六分局雲警六偵字第1121002320號卷【卷1】
- 04 2. 臺灣臺南地方檢察署112年度偵字第15126號卷【卷2】
- 05 3. 臺灣臺南地方檢察署112年度查扣字第315號卷【卷3】
- 06 4. 雲林縣警察局斗六分局雲警六偵字第1121002321號卷【卷4】
- 07 5. 臺灣臺南地方檢察署112年度偵字第15127號卷【卷5】
- 08 6. 臺灣臺南地方檢察署112年度他字第5798號卷【卷6】
- 09 7. 臺灣臺南地方檢察署112年度偵字第28203號卷【卷7】
- 10 8. 雲林縣警察局斗六分局雲警六偵字第1121004802號卷【卷8】
- 11 9. 臺灣臺南地方法院112年度訴字第1020號卷1【原審卷1】
- 12 10. 臺灣臺南地方法院112年度訴字第1020號卷2【原審卷2】
- 13 11. 臺灣高等法院臺南分院113年度上訴字第1616號卷【本院卷】