

臺灣高等法院刑事判決

109年度上訴字第3936號

上訴人

即被告 廖育偉

選任辯護人 蔡伊雅律師

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣新竹地方法院109年度訴字第281號，中華民國109年8月27日第一審判決（起訴案號：臺灣新竹地方檢察署108年度偵字第10763號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於罪刑部分撤銷。

廖育偉販賣第二級毒品未遂，處有期徒刑壹年拾月。

其他（沒收部分）上訴駁回。

事 實

一、廖育偉知大麻為毒品危害防制條例第2條第2項第2款所規範之第二級毒品，依法不得販賣、持有，竟於非法持有大麻欲供己施用後另行意圖營利，基於販賣第二級毒品之犯意，於民國108年9月26日凌晨4時25分許，透過行動電話搭配門號000000000號連上網路後，以「偉」之暱稱進入LINE之「音樂班」公開群組內，刊登「新竹要（葉子圖案）找我」之販賣第二級毒品大麻訊息，以招攬不特定之毒品買家，適為員警葉文禮於108年9月29日下午5時50分許執行網路巡邏時察覺，遂佯裝為顧客透過LINE通訊軟體與廖育偉洽談，並佯稱要以新臺幣（下同）3萬5,000元價格購買第二級毒品大麻50公克，廖育偉不知係員警喬裝成顧客，並無真意向其購買大麻，仍與員警葉文禮相約於108年9月29日晚上10時58分許，在新竹市○區○○路○段000號7-11超商旁進行交易；嗣廖育偉依約抵達現場後，即先交付第二級毒品大麻1包與員警葉文禮並欲收取3萬5,000元，員警葉文禮當場表明身分並會

01 同其他埋伏員警上前逮捕廖育偉，並扣得第二級毒品大麻1
02 包（驗前淨重48.5450公克，驗餘淨重48.5442公克）及前開
03 手機（含SIM卡），廖育偉販賣第二級毒品因而未遂。

04 二、案經臺北市政府警察局大同分局報請臺灣新竹地方檢察署檢
05 察官偵查起訴。

06 理 由

07 一、證據能力：

08 本件認定事實所引用之卷證資料（包含物證、傳聞書證之員
09 警職務報告，詳下述及者），並無證據證明係公務員違背法
10 定程序所取得，與本案事實亦有自然之關連性，公訴人、被
11 告廖育偉及其辯護人於準備程序迄至本案言詞辯論終結，均
12 不爭執該等卷證之證據能力或曾提出關於證據能力之聲明異
13 議（見本院卷第62、63、83、84頁筆錄），本院認引為證據
14 為適當，是依刑事訴訟法第159條之5等規定，此等認定事實
15 所引用之證據方法均有證據能力。

16 二、認定事實：

17 上開犯罪事實，業據被告於警詢、偵訊、原審及本院審理中
18 均自白認罪（見偵卷第9至11、41頁、原審卷第48、73頁、
19 本院卷第87頁筆錄），並有員警職務報告書（見偵卷第6
20 頁）、臺北市政府警察局大同分局搜索扣押筆錄、扣押物品
21 目錄表及扣押物品收據證明書、扣案大麻照片、被告手機LI
22 NE截圖（見偵卷第24頁）、LINE語音通話聯絡譯文表、交通
23 部民用航空局航空醫務中心108年10月3日航藥鑑字第000000
24 0號毒品鑑定書（見偵卷第46頁）在卷可查，另有第二級毒
25 品大麻1包（驗前淨重48.5450公克，驗餘淨重48.5442公
26 克）及手機1支（含門號0000000000號SIM卡）扣案可資佐
27 證，足認被告上開任意性之自白內容與事實相符，被告確實
28 先在公開群組刊登暗示販賣大麻之訊息，揭露其販賣第二級
29 毒品之犯意，員警方於網路巡邏時發現上情而以合法之偵查
30 手段佯為買家進而逮捕被告，並非惹起被告犯意、非法之
31 「陷害教唆」。從而，本案事證已臻明確，被告販賣第二級

毒品未遂犯行，堪予認定，應依法論科。

三、論罪：

(一)查被告行為後，毒品危害防制條例第4條第2項及第17條第2項於109年1月15日經總統華總一義字第10900004091號令修正公布，並自公布後6個月即於109年7月15日施行：

1.修正前毒品危害防制條例第4條第2項規定：「製造、運輸、販賣第二級毒品者，處無期徒刑或7年以上有期徒刑，得併科新臺幣1千萬元以下罰金。」修正後規定：「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。」修正後之刑度並未較有利於被告，依刑法第2條第1項前段規定，應適用行為時即修正前之毒品危害防制條例第4條第2項之規定。

2.修正前毒品危害防制條例第17條第2項規定：「犯第4條至第8條之罪於偵查及審判中均自白者，減輕其刑。」修正後之規定為：「犯第4條至第8條之罪於偵查及『歷次』審判中均自白者，減輕其刑。」此項修正，影響被告得否減輕其刑之認定，修正前之規定並不以被告於歷次審判中均自白為必要，修正後則需偵查及歷次審判中均自白始得減輕其刑，修正後之規定並未較有利於被告，依刑法第2條第1項前段規定，應適用行為時即修正前之規定。

(二)核被告所為，係犯修正前毒品危害防制條例第4條第6項、第2項之販賣第二級毒品未遂罪。

(三)不另論罪：

1.按所謂販賣行為，須有營利之意思，方足構成，刑罰法律所規定之販賣罪，類皆為(1)意圖營利而販入，(2)意圖營利而販入並賣出，(3)基於販入以外之其他原因而持有，嗣意圖營利而賣出等類型。著手乃指實行犯意，尚未達於犯罪既遂之程度而言，從行為階段理論立場，意圖營利而販入，即為前述(1)、(2)販賣罪之著手，其中(3)之情形，則以另行起意販賣，向外求售或供買方看貨或與之議價時，或為其他實行犯意之行為者，為其犯罪之著手。而販賣行為之完成與否，胥賴標

01 的物之是否交付作為既、未遂之標準。惟毒品危害防制條例
02 對於販賣罪與意圖販賣而持有罪，均設有罰則，行為人持有
03 毒品之目的，既在於販賣，不論係出於原始持有之目的，抑
04 或初非以營利之目的而持有（例如受贈、吸用），嗣變更犯
05 意，意圖販賣繼續持有，均與意圖販賣而持有毒品罪之要件
06 該當，且與販賣罪有法條競合之適用，並擇販賣罪處罰，該
07 意圖販賣而持有僅不另論罪而已，並非不處罰，此為最高法
08 院101年度第10次刑事庭會議決議後之一致見解，然上開決
09 議所指「販賣未遂與意圖販賣而持有毒品罪，有法條競合之
10 之適用」，當認係指初始基於營利意圖而販入，已達販賣罪
11 之著手程度，如未及實際售出（標的物並未交付），自應論
12 以販賣未遂罪，意圖販賣而持有毒品罪不另論之；如行為人
13 初始非基於營利之意圖而持有毒品（如基於施用之目的而販
14 入、受贈等），嗣於持有毒品期間方另行起意販賣，惟尚未
15 為向外求售或供買方看貨或與之議價等實際著手於售出毒品
16 之行為，基於法律明定意圖販賣而持有毒品罪，自應單純論
17 以該罪，如進一步已另有上開著手於售出毒品之行為，惟尚
18 未交付毒品，自應同時該當販賣未遂罪及意圖販賣而持有
19 罪，且有前述法條競合之適用，而應論以販賣未遂罪。蓋前
20 揭最高法院決議所採之乙說明言「本院曩昔為遷就系爭判例
21 所持意圖營利而販入毒品，即構成販賣既遂罪，乃對於意圖
22 販賣而持有毒品罪，採取限縮解釋，謂以非以營利之目的而
23 持有（例如受贈、吸用），嗣變更犯意，意圖販賣繼續持
24 有，尚未著手賣出者為限之見解，在系爭判例不再援用後，
25 自應予以補充解釋」，並未揚棄意圖販賣而持有罪原本採取
26 限縮解釋之見解，而認僅應加以補充解釋（甲說則認應予維
27 持），則本即認該當意圖販賣而持有罪之類型，並不因而必
28 然同時成立販賣未遂罪，且從行為階段觀之，行為人基於營
29 利之意圖而販入毒品，於販入之前，行為人已有將該等購入
30 之毒品視為販賣標的之意思，於販入當下，已然對毒品售出
31 之構成要件結果創造出法所不容許之風險，而應認已達販賣

罪之著手程度，惟非基於營利意圖而於持有毒品期間始生販賣之意圖，其原始持有毒品之客觀狀態並未改變，仍應有進一步對外求售或與特定購買者議價洽談等行為，客觀上方足以另行創造毒品售出之不法風險，斯時方應認同時該當販賣未遂罪及意圖販賣而持有罪，且依法條競合論以前者，況初始即有販賣之意圖，與持有期間方生販賣之意圖，行為人之主觀惡性與法敵對意思，亦係前者為重，如二者法律效果完全相同，亦難認合於公平（最高法院102年度台上字第3678號維持原審僅論以意圖販賣而持有毒品罪之判決，其結論與本院上開見解相同，可一併供參）。

2.經查，被告就其於購買扣案第二級毒品大麻1包本係供其自身施用，嗣因缺錢花用，才上網兜售之事實，於原審及本院審理中供明在卷（見原審卷第73、74頁、本院卷第85頁筆錄），足認被告初非以營利之目的而持有，嗣變更犯意，意圖販賣繼續持有。被告意圖營利而著手販賣第二級毒品之行為，雖同時構成意圖販賣而持有第二級毒品罪，惟依上開說明，此既與其販賣第二級毒品未遂罪間有法規競合關係，應擇販賣第二級毒品未遂罪處罰，至於意圖販賣而持有第二級毒品、查獲前持有第二級毒品部分，均不另論罪。

(四)被告上開所犯販賣第二級毒品之犯行，因係員警實施誘捕偵查而僅得論以未遂，爰依刑法第25條第2項規定，按既遂犯之刑減輕之；又被告於偵查及審判中均自白犯行，亦應依修正前毒品危害防制條例第17條第2項規定，遞減輕其刑。

(五)查被告前因詐欺案件，經原審法院以106年度竹東簡字第52號判決判處有期徒刑2月確定，於108年5月1日易科罰金執行完畢，此有本院被告前案紀錄表在卷可稽，其於5年內故意再犯本案有期徒刑以上之罪，確為累犯，但斟酌司法院大法官釋字第775號解釋文及解釋理由書之意旨，被告構成累犯之前案紀錄，與本案罪名、犯罪情節均無關，被告又非入監執行相當期間之自由刑，尚無從據以認定其接受刑罰之反應力薄弱或法敵對惡性較高（最高法院108年度台非字第176號

判決所提及之判準供參），參酌公訴人及被告之意見，本院認無加重其刑之必要。

四、罪刑部分撤銷改判：

(一)原審同本院前揭有罪之認定，以被告所犯事證明確，予以論罪科刑，固非無見，然而，原判決事實欄稱被告於LINE群組內向不特定人販賣第二級毒品「甲基安非他命」，後又稱被告係販賣第二級毒品大麻，於關鍵犯罪事實即被告販賣之毒品種類認定有誤，且原審未考量被告之詐欺前案與本案罪質並不相同，即以「無罪刑不相當之情形」為由，逕依累犯之規定予以加重其刑，尚非允當，辯護人上訴主張本案可能為非法之「陷害教唆」，並非可採，但主張不應依累犯加重其刑，請求從輕量刑，則為有理由，原判決關於罪刑部分既有前揭之違誤，自應由本院予以撤銷改判。

(二)爰審酌被告年紀尚輕，不思以正道取財，明知大麻戕害人體身心健康，竟販賣大麻以圖牟利，助長毒品之流通，惟念被告所為僅止於未遂階段，毒品尚未實際流出，對社會造成之危害亦無從與販賣毒品之大盤、中盤相提並論，且被告犯後始終坦承犯行、尚有悔意，態度良好，兼衡被告高職肄業之智識程度、目前未婚無子、與母親及妹妹同居、現於通訊行上班，月收入約4萬元之家庭經濟生活狀況（見原審卷第74頁、本院卷第86頁筆錄），暨其販賣毒品之數量多寡等一切情狀，量處如主文第2項所示之刑。

五、沒收部分上訴駁回：

(一)按刑法沒收新制將沒收重新定性為刑罰及保安處分以外之法律效果，具有獨立性，而非刑罰（從刑）。修正後刑法基於沒收具備獨立性，亦規定得由檢察官另聲請法院為單獨沒收之宣告，因而在訴訟程序，沒收得與罪刑區分，非從屬於主刑。又對於本案之判決提起上訴者，其效力及於相關之沒收判決；對於沒收之判決提起上訴者，其效力不及於本案判決，刑事訴訟法第455條之27第1項定有明文。本案被告係就原判決有關罪刑部分提起上訴，其效力自應及於沒收部分。

01 (二)雖原判決就罪刑部分有如前述應撤銷之事由，然關於沒收部
02 分，原判決理由業已敘明：①扣案之綠色乾燥植株1包（毛
03 重50.4460公克，驗前淨重48.5450公克，驗餘淨重48.5442
04 公克），經鑑驗結果，確含有第二級毒品大麻主要成分之四
05 氫大麻酚，有上開交通部民用航空局航空醫務中心毒品鑑定
06 書在卷可佐，且係被告用以販賣而遭查獲之第二級毒品，應
07 依毒品危害防制條例第18條第1項前段規定沒收銷燬之（包
08 裝上開毒品所用之包裝袋因與其內之毒品難以析離，且無析
09 離之實益與必要，應視同毒品一併沒收銷燬，至鑑驗用罄之
10 大麻，既已滅失，自無庸諭知沒收銷燬）；②扣案之被告用
11 以聯繫販賣毒品事宜之手機1支（含門號0000000000號SIM
12 卡），為被告所有且供被告為本案販賣第二級毒品所用，業
13 據被告供明在卷（見原審卷第74頁筆錄），應依毒品危害防
14 制條例第19條第1項之規定宣告沒收。經核於法並無任何違
15 誤，是被告此部分上訴並無理由，應予駁回。

16 據上論斷，應依刑事訴訟法第368條、第369條第1項前段、第364
17 條、第299條第1項前段，修正前毒品危害防制條例第4條第2項、
18 第6項、第17條第2項，刑法第2條第1項前段、第11條前段、第25
19 條第2項，判決如主文。

20 本案經檢察官黃翊雯提起公訴，檢察官羅建勛到庭執行職務。

21 中 華 民 國 110 年 1 月 26 日

22 刑事第八庭 審判長法官 陳世宗

23 法官 周明鴻

24 法官 吳勇毅

25 以上正本證明與原本無異。

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

29 書記官 許家慧

30 中 華 民 國 110 年 1 月 26 日

31 附錄本案論罪科刑法條全文：

01 修正前毒品危害防制條例第4條
02 製造、運輸、販賣第一級毒品者，處死刑或無期徒刑；處無期徒
03 刑者，得併科新臺幣2千萬元以下罰金。
04 製造、運輸、販賣第二級毒品者，處無期徒刑或7年以上有期徒
05 刑，得併科新臺幣1千萬元以下罰金。
06 製造、運輸、販賣第三級毒品者，處7年以上有期徒刑，得併科
07 新臺幣7百萬元以下罰金。
08 製造、運輸、販賣第四級毒品者，處5年以上12年以下有期徒
09 刑，得併科新臺幣3百萬元以下罰金。
10 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
11 以下有期徒刑，得併科新臺幣1百萬元以下罰金。
12 前五項之未遂犯罰之。