

臺灣高等法院刑事判決

111年度上訴字第4368號

上訴人  
即被告 高實業

指定辯護人 林子翔律師（義務辯護）

上列上訴人即被告因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣新北地方法院110年度訴字第966號，中華民國111年9月21日第一審判決（起訴案號：臺灣新北地方檢察署110年度偵字第18565號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於高實業於民國一一〇年四月四日犯販賣第二級毒品罪，暨定應執行刑部分，均撤銷。

高實業販賣第二級毒品未遂，處有期徒刑壹年拾月。扣案如附表編號4所示之物沒收銷燬；扣案如附表編號1所示之物沒收；未扣案之犯罪所得新臺幣伍仟元沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

其他上訴駁回。

上開撤銷改判及上訴駁回部分所處之刑，應執行有期徒刑貳年貳月。

犯罪事實

一、高實業明知第二級毒品甲基安非他命係毒品危害防制條例第2條第2項第2款所規定之第二級毒品，依法均不得販賣及持有，竟持其所有如附表編號1所示三星廠牌之黑色行動電話1具（IMEI：0000000000000000/04、0000000000000000/04，含門號0000000000號SIM卡1張）作為聯絡工具，而分別為下列

01 行為：

02 (一)基於販賣第二級毒品甲基安非他命以牟利之犯意，於民國11  
03 0年3月24日23時58分前某時許，在不詳地點，先以其所有如  
04 附表編號1所示三星廠牌之黑色行動電話1具（IMEI：000000  
05 000000000/04、0000000000000000/04，含門號0000000000號  
06 SIM卡1張）連結網際網路，並以暱稱「高師父」登入網路社  
07 交通訊軟體LINE（下稱LINE），與楊智翰聯繫買賣第二級毒  
08 品甲基安非他命事宜，雙方約定由高實業以新臺幣（下同）  
09 5,000元之代價，販賣第二級毒品甲基安非他命2公克予楊智  
10 翰後，高實業旋即於同日23時58分許，在楊智翰斯時位在桃  
11 園市○○區○○路0段000號住處前，將實際重量不詳，共計  
12 約2公克之第二級毒品甲基安非他命2包交付予楊智翰，楊智  
13 翰則當場交付現金5,000元予高實業，高實業即以此方式，  
14 販賣第二級毒品甲基安非他命予楊智翰1次。

15 (二)基於販賣第二級毒品甲基安非他命以牟利之犯意，於110年4  
16 月4日21時12分前某時許，在不詳地點，持如附表編號1所示  
17 三星廠牌之黑色行動電話1具作為聯絡工具，接續撥打電話  
18 與楊智翰聯繫，欲販售第二級毒品甲基安非他命予楊智翰，  
19 適楊智翰為協助警察辦案，乃佯與高實業相約由高實業以5,  
20 000元之代價，販賣第二級毒品甲基安非他命2公克予楊智  
21 翰，高實業旋即於同日21時12分許，在楊智翰上開住處前，  
22 將如附表編號4所示第二級毒品甲基安非他命3包（毛重共為  
23 2.6414公克，取樣0.0024公克鑑驗用罄，驗餘淨重共為1.93  
24 94公克）交付予楊智翰，楊智翰則當場交付現金5,000元予  
25 高實業，並於同日22時31分許，前往桃園市政府警察局蘆竹  
26 分局（下稱蘆竹分局）報警處理，且將如附表編號4所示第  
27 二級毒品甲基安非他命3包交付予蘆竹分局員警陳立騰、賴  
28 楊青扣案，高實業即以此方式，販賣第二級毒品甲基安非他  
29 命予楊智翰而未遂。嗣蘆竹分局員警於110年4月21日18時48  
30 分許，持原審法院法官核發之搜索票前往高實業位在新北市  
31 ○○○區○○路000號0樓居所實施搜索，當場扣得如附表編號

01 1至3所示之物，而查悉上情。

02 二、案經蘆竹分局報告臺灣新北地方檢察署（下稱新北地檢署）  
03 檢察官偵查起訴。

04 理 由

05 壹、證據能力部分：

06 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  
07 條之1至第159條之4之規定，然經當事人於審判程序同意作  
08 為證據，法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認  
09 為適當者，亦得為證據；當事人、代理人或辯護人於法院調  
10 查證據時，知有刑事訴訟法第159條第1項不得為證據之情  
11 形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同  
12 意，刑事訴訟法第159條之5定有明文。查，本判決下列認定  
13 事實所引用之被告以外之人於審判外所為之供述證據資料  
14 （包含人證與文書等證據），並無證據證明係公務員違背法  
15 定程序所取得；而檢察官、上訴人即被告高實業（下稱被  
16 告）及其辯護人對本院審判期日提示之卷證均同意其等證據  
17 能力（見本院卷第148頁），且迄至言詞辯論終結前亦未再  
18 聲明異議，本案證據資料作成時之情況，核無違法取證或其  
19 他瑕疵，證明力亦無明顯過低之情形，認為以之作為證據為  
20 適當，依刑事訴訟法第159條之5規定，自均得作為證據。

21 二、至於非供述證據部分，檢察官、被告及其辯護人於本院審判  
22 期日中均同意其等證據能力（見本院卷第149至151頁），復  
23 均查無違反法定程序取得或其他不得作為證據之情形，且經  
24 本院於審理期日提示予檢察官、被告及其辯護人而為合法調  
25 查，應認均有證據能力。

26 貳、實體部分：

27 一、認定犯罪事實所憑之證據及理由：

28 (一)上開犯罪事實，業據被告於原審及本院審理中均坦承不諱  
29 （見原審卷第74至75頁；本院卷第147、152至153頁），核  
30 與證人楊智翰於警詢、偵查及原審審理中證述情節大致相符  
31 （見偵卷第31、33至34、37至39、41至42、147頁；原審卷第

01 156至168頁），復經證人賴楊青於原審審理中證述屬實（見  
02 原審卷第316至322頁），並有原審法院110年聲搜字第638號  
03 搜索票、蘆竹分局搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、被告與  
04 楊智翰間對話紀錄擷圖及錄音譯文1份等件在卷可參（見偵  
05 卷第43、45至49、61、83、83至84頁），且有如附表編號1  
06 所示之物扣案可證，足認被告前揭任意性自白核與事實相  
07 符，應堪採信。

08 (二)按販賣毒品屬嚴重違法行為，苟遭逮獲，後果嚴重，毒販出  
09 售毒品時無不小心翼翼，不敢公然為之，且甲基安非他命並  
10 無公定價格，並可任意分裝或增減其份量，是其各次買賣之  
11 價格，當亦各有差異，或隨供需雙方之資力、關係之深淺、  
12 需求之數量、貨源之充裕與否、販賣者對於資金之需求程  
13 度，以及政府查緝之態度，進而為各種不同之風險評估，而  
14 為機動性之調整，是其價格標準，自非一成不變，且販賣者  
15 從各種「價差」或「量差」或「純度」謀取利潤方式，亦有  
16 差異，然其所圖利益之非法販賣行為目的，則屬相同，並無  
17 二致。因之販賣利得，除經被告坦承，或因帳冊記載致價量  
18 至臻明確外，確實難以究其原委。然按一般民眾之普遍認  
19 知，毒品價格非低、取得不易，且毒品交易向為政府查禁森  
20 嚴且重罰不寬貸，衡諸常情，倘非有利可圖，殊無必要甘冒  
21 持有毒品遭查獲、重罰之極大風險，無端親送至交易處所，  
22 或於自身住處附近交易毒品，抑或購入大量毒品貯藏之理，  
23 而平添為警查獲之可能。從而，除確有反證足資認定係基於  
24 某種非圖利本意之關係外，通常尚難因無法查悉其買進、賣  
25 出之差價，而諉無營利之意思，或阻卻販賣犯行之追訴，致  
26 知過坦承者難辭重典，飾詞否認者反得逞僥倖，而失情理之  
27 平。查被告為智識正常之人，對於毒品交易向為檢警機關嚴  
28 予取締之犯罪當知悉甚稔，苟無利可圖，應無甘冒被查緝法  
29 辦重刑之極大風險為之，且被告於原審審理中自承其2次販  
30 賣第二級毒品甲基安非他命給楊智翰，楊智翰會分一點點  
31 （甲基安非他命）給其施用等語（見原審卷第74至75、329

01 頁)，而證人楊智翰於原審審理中則證稱：被告跟伊說他跟  
02 別人拿1公克（第二級毒品甲基安非他命）多少錢，賣伊1公  
03 克多少錢，多拿會算伊便宜，所以伊知道被告1公克都賺伊5  
04 00元等語綦詳（見原審卷第159頁）；參酌被告於110年3月2  
05 4日以LINE告知楊智翰斯時第二級毒品甲基安非他命17.5克  
06 之價格為2萬8,000元乙節（見偵卷第103至104頁），業據被  
07 告於警詢時供述明確，並有前引之被告與楊智翰間對話紀錄  
08 擷圖1份附卷可參，然被告於是日販賣第二級毒品甲基安非  
09 他命予楊智翰之價格為每公克2,500元（5,000元÷2=2,500  
10 元），顯然高於被告告知楊智翰是日第二級毒品甲基安非他  
11 命之價格（2萬8,000元÷17.5=1,600元），遑論被告於偵查  
12 中曾以證人身分證稱：伊之前有請黃國雄幫伊拿（甲基）安  
13 非他命，他無償轉讓（甲基）安非他命給伊4次等語（見原  
14 審卷第268頁），足見被告為前系爭販賣第二級毒品甲基安  
15 非他命行為時，確有藉由量差、價差等方式從中謀取其個人  
16 利益之意圖。是以，被告主觀上確具有販賣第二級毒品甲基  
17 安非他命以營利之意圖，應堪認定。

18 (三)綜上，本件被告犯行事證明確，均洵堪認定，應均予依法論  
19 科。

## 20 二、論罪：

21 (一)按甲基安非他命係毒品危害防制條例第2條第2項第2款所規  
22 定之第二級毒品，依法均不得販賣及持有。又刑法上關於販  
23 賣罪，祇要被告本身原有販賣之故意，且已著手於販賣行為  
24 之實行，即應分別情形論以販賣既遂或未遂。倘對造無買受  
25 之真意，為協助警察辦案、非法奪取買賣標的物或為其他目  
26 的而佯稱購買，雖事實上不能真正完成買賣，但被告原來既  
27 有販賣之故意，且已著手於販賣行為，仍應論以販賣罪之未  
28 遂犯。本案被告於犯罪事實欄一之(二)所示時間，先接續撥打  
29 電話與楊智翰聯繫，欲販售第二級毒品甲基安非他命予楊智  
30 翰，適楊智翰為協助警察辦案，乃佯與被告相約為甲基安非  
31 他命交易，因而查獲被告，足認被告為犯罪事實欄一之(二)所

01 示犯行時，其主觀上原即有販賣第二級毒品甲基安非他命之  
02 故意，且客觀上已著手於犯罪行為之實行，僅因楊智翰並無  
03 購買第二級毒品之真意，始不能完成販賣行為而未遂。是核  
04 被告就犯罪事實欄一之(一)所為，係犯毒品危害防制條例第4  
05 條第2項之販賣第二級毒品罪；就犯罪事實欄一之(二)所為，  
06 係犯毒品危害防制條例第4條第6項、第2項之販賣第二級毒  
07 品未遂罪。

08 (二)被告各次販賣第二級毒品甲基安非他命前持有甲基安非他命  
09 之低度行為，分別為其各次販賣之高度行為所吸收。

10 (三)又被告所犯上開2次販賣第二級毒品（既、未遂）犯行，犯  
11 意各別，行為互殊，應予分論併罰。

### 12 三、刑之減輕事由：

13 (一)被告就犯罪事實欄一之(二)部分所為，雖已著手於上開販賣第  
14 二級毒品行為之實施，然因楊智翰並無購買第二級毒品之真  
15 意，始不能完成販賣行為而未遂，為未遂犯，衡酌其犯罪情  
16 節，依刑法第25條第2項之規定，按既遂之刑度減輕其刑。

17 (二)按犯毒品危害防制條例第4條至第8條之罪，於偵查及審判中  
18 均自白者，減輕其刑，毒品危害防制條例第17條第2項定有  
19 明文。依該規定旨在獎勵是類犯罪行為人自白、悔過，並期  
20 訴訟經濟、節約司法資源而設，此所稱「自白」，係指對自  
21 己之犯罪事實全部或主要部分為肯定供述之意。另所謂犯罪  
22 事實之「主要部分」，係以供述包含主觀及客觀之構成要件  
23 該當事實為基本前提，且須視被告或犯罪嫌疑人未交代犯罪  
24 事實部分係歪曲事實、避重就輕而意圖減輕罪責，或係出於  
25 記憶之偏差，或因不諳法律，而異其效果。倘被告或犯罪嫌  
26 疑人未交代之犯罪事實，顯係為遮掩犯罪真相，圖謀獲判其  
27 他較輕罪名甚或希冀無罪，難謂已為自白；若僅係記憶錯  
28 誤、模糊而非故意遺漏犯罪事實之主要部分，或祇係對於自  
29 己犯罪行為之法律評價有所誤解，經偵、審機關根據已查覺  
30 之犯罪證據、資料提示或闡明，於明瞭後而對犯罪事實之全  
31 部或主要部分為認罪之表示，則不影響自白之效力。又販賣

01 毒品與無償轉讓、合資購買、代購、幫助他人施用毒品或與  
02 他人共同持有毒品，係不同之犯罪事實。行為人主觀上有無  
03 營利之意圖，乃販賣與他罪之主要分際，亦為各該犯罪異其  
04 刑罰輕重之評價原因，自屬販賣毒品罪之重要主觀構成要件  
05 事實。若根本否認有該犯罪構成要件之事實，或僅坦承構成  
06 要件以外之事實，自不能認係就販賣毒品之構成要件事實為  
07 自白，而適用前揭減輕其刑之規定。查被告於警詢及偵查中  
08 均否認上開販賣第二級毒品（既、未遂）犯行，並辯稱：伊  
09 沒有賺取利益，只是幫忙拿毒品給楊智翰；伊沒有販賣毒品  
10 等語明確（見偵卷第17至18、110至111頁），足認被告於偵  
11 查中並未坦認有何營利意圖及實際利得，且始終以「僅係代  
12 購後原價轉讓」等詞置辯，揆諸上開說明，自難認其於偵查  
13 中已就此部分之全部或主要事實自白，自無上開毒品危害防  
14 制條例第17條第2項規定之適用，被告之辯護人以被告於原  
15 審及本院審理中均坦認販賣第二級毒品犯行，其於偵查中雖  
16 未就販賣第二級毒品之意圖為承認，然應係被告主觀上認知  
17 並無獲取金錢利益之故，而非自始即為卸免責任，其於偵查  
18 中就交付第二級毒品予楊智翰之情節坦承不諱，亦屬自白為  
19 由，主張被告上開販賣第二級毒品（既、未遂）犯行，均應  
20 依毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑云云，顯不  
21 足採。

22 (三)次按犯毒品危害防制條例第4條至第8條、第10條或第11條之  
23 罪，供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免  
24 除其刑，毒品危害防制條例第17條第1項定有明文。又所稱  
25 「供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者」，係指犯罪  
26 行為人供出毒品來源之對向性正犯，或與其具有共同正犯、  
27 共犯（教唆犯、幫助犯）關係之毒品由來之人的相關資料，  
28 使調查或偵查犯罪之公務員得據以對之發動調查或偵查程  
29 序，並因此而確實查獲其人、其犯行者，即屬之。查，被告  
30 於警詢時主動供出其毒品來源為綽號「小熊」之男子（下稱  
31 「小熊」）等語，蘆竹分局員警因而對「小熊」發動偵查，

01 進而循線查獲黃國雄涉嫌違反毒品危害防制條例案件而報請  
02 新北地檢署檢察官偵查，經新北地檢署檢察官偵查後，認黃  
03 國雄涉嫌無償轉讓禁藥甲基安非他命予被告等罪嫌重大，以  
04 111年度偵字第3905號提起公訴等情，有蘆竹分局110年11月  
05 20日蘆警分刑字第1100032014號函及其檢附蘆竹分局刑事案  
06 件報告書、黃國雄之調查筆錄、被告之調查筆錄、真實姓名  
07 與代碼對照表及新北地檢署檢察官111年度偵字第3905號起  
08 訴書等件附卷可查（見偵卷第19頁；原審卷第95至113頁；  
09 本院卷第99至101頁），足證本案被告供出毒品來源，因而  
10 查獲其他正犯，符合毒品危害防制條例第17條第1項之規  
11 定，應予減輕其刑至三分之二，被告上開犯罪事實欄一之(二)  
12 所示犯行，有上開數種減輕其刑事由，應依刑法第70條、第  
13 71條第2項規定遞減之。

14 (四)本案關於刑法第59規定之適用：

15 1.復按刑法第59條規定犯罪之情狀可憫恕者，得酌量減輕其  
16 刑，其所謂「犯罪之情狀」，與同法第57條規定科刑時應  
17 審酌之一切情狀，並非有截然不同之領域，於裁判上酌減  
18 其刑時，應就犯罪一切情狀（包括第57條所列舉之10款事  
19 項），予以全盤考量，審酌其犯罪有無可憫恕之事由（即  
20 有無特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，以  
21 及宣告法定低度刑，是否猶嫌過重等等），以為判斷。而  
22 就販賣毒品案件中，同為販賣毒品之人，其原因動機不  
23 一，犯罪情節未必盡同，或有大盤毒梟者，亦有中、小盤  
24 之分，甚或僅止於吸毒者友儕間為求互通有無之有償轉讓  
25 者亦有之，其販賣行為所造成危害社會之程度自屬有異。  
26 倘依其情狀處以適當徒刑，即足以懲儆，並可達防衛社會  
27 之目的者，自非不可依客觀之犯行與主觀之惡性二者加以  
28 考量其情狀，是否有可憫恕之處，適用刑法第59條之規定  
29 酌量減輕其刑，期使個案裁判之量刑，能斟酌至當，符合  
30 比例原則（最高法院95年度台上字第6157號判決意旨參  
31 照）。又所謂法定最低度刑，固包括法定最低本刑，惟遇

01 有其他法定減輕事由者，則指適用該法定減輕事由減輕後  
02 之最低度刑而言。倘被告別有法定減輕事由者，應先適用  
03 法定減輕事由減輕其刑後，猶認其犯罪之情狀顯可憫恕，  
04 即使科以該減輕後之最低度刑仍嫌過重者，始得適用刑法  
05 第59條規定酌量減輕其刑（最高法院100年度台上字第744  
06 號判決意旨參照）。

07 2.查本案被告犯犯罪事實欄一之(一)所示販賣第二級毒品罪，  
08 販賣之數量及所得非鉅，販賣對象僅有1人，造成社會治  
09 安及國民健康之損害情節雖非輕微，然犯罪情節仍較販賣  
10 毒品達數百公克或公斤以上之大量者顯然較輕，衡其犯罪  
11 情狀在客觀上顯非不可憫恕，倘就被告所犯販賣第二級毒  
12 品罪，科以最低度刑（經依毒品危害防制條例第17條第1  
13 項規定減輕後為有期徒刑3年4月），仍嫌過重，衡以一般  
14 社會觀念，顯然失衡，有情輕法重之嫌，是此部分犯罪情  
15 狀在客觀上均足以引起一般人之同情，情節尚堪憫恕，爰  
16 依刑法第59條規定，就被告所犯販賣第二級毒品罪，予以  
17 酌量減輕其刑度，被告此部分有上開數種減輕其刑事由，  
18 應依刑法第70條、第71條第2項規定遞減之。

19 3.至於被告犯犯罪事實欄一之(二)所示販賣第二級毒品未遂罪  
20 部分，雖販賣之數量及所得亦非鉅，販賣對象亦僅有1  
21 人，然尚無如宣告法定最低度刑（經依刑法第25條第2項  
22 及毒品危害防制條例第17條第1項規定減輕後為有期徒刑1  
23 年8月），猶嫌過重，而有情堪憫恕之情形，自無刑法第5  
24 9條之適用餘地，被告及其辯護人主張被告此部分犯行仍  
25 應依刑法第59條規定減輕其刑，實不足採，附此敘明。

26 四、上訴駁回（即犯罪事實欄一之(一)所示販賣第二級毒品部分）  
27 之理由：

28 (一)原審以被告犯犯罪事實欄一之(一)所示販賣第二級毒品事證明  
29 確，以行為人之責任為基礎，審酌被告無視政府制定毒品危  
30 害防制條例杜絕毒品犯罪之禁令，販賣第二級毒品欲藉以牟  
31 利，足以助長毒品之流通與氾濫，所為殊值非難，惟審酌其

01 販賣毒品之數量、金額、對象人數非鉅，對於社會治安之危  
02 害程度較為有限，兼衡被告有竊盜等犯罪前科，素行及品性  
03 非佳，偵查中否認犯行，而於原審審理中則終能坦承之犯後  
04 態度，其犯罪之動機、手段、情節，自陳國中畢業之智識程  
05 度及其自述之工作經歷、家庭生活及經濟狀況等一切情狀，  
06 量處有期徒刑2年；另就沒收部分說明：1.扣案如附表編號1  
07 所示三星廠牌之黑色行動電話1具（含門號0000000000號SIM  
08 卡1張），為被告所有，供其與證人楊智翰聯繫毒品交易事宜  
09 使用，此據被告供明在卷，確屬其犯本案犯罪事實欄一之(一)  
10 所示販賣第二級毒品犯行所用之物，應依毒品危害防制條例  
11 第19條第1項規定（贅載刑法第38條第2項規定，應予更正）  
12 宣告沒收；2.被告販賣毒品之犯罪所得為5,000元，爰依刑  
13 法第38條之1第1項前段規定宣告沒收，並依同條第3項規  
14 定，於全部或一部不能沒收時，追徵其價額；3.至扣案如附  
15 表編號2所示之物，均為被告施用毒品所使用，如附表編號3  
16 所示之物，非被告所有，均與本案犯行無關，此外並無其他  
17 證據可證明上開物品係被告犯本案犯行所用或預備之物，難  
18 認與被告上開犯行有何關聯，自不得於本案宣告沒收或沒收  
19 銷燬，經核其認事、用法並無違法或不當，量刑及沒收之宣  
20 告亦稱妥適，應予維持。

21 (二)被告上訴意旨除認原審未依毒品危害防制條例第17條第2項  
22 規定減輕其刑不當云云，業經本院論駁如前外，其上訴意旨  
23 另以：原審並未具體斟酌被告就本案為初犯，且需扶養高堂  
24 九旬父親之因素，請給予被告自新機會，從輕量刑云云。按  
25 量刑係法院就繫屬個案犯罪之整體評價，為事實審法院得依  
26 職權自由裁量之事項，量刑判斷當否之準據，應就判決之整  
27 體觀察為綜合考量，並應受比例原則等法則之拘束，非可恣  
28 意為之，致礙其公平正義之維護，必須兼顧一般預防之普遍  
29 適應性與具體個案特別預防之妥當性，始稱相當。苟已斟酌  
30 刑法第57條各款所列情狀，而未逾越法定刑度，如無偏執一  
31 端，致有明顯失出失入之恣意為之情形，上級審法院即不得

01 單就量刑部分遽指為不當或違法（最高法院100年度台上字  
02 第5301號判決意旨參照）。查甲基安非他命屬於第二級毒  
03 品，一旦成癮即難以根除，並易對其個人、家庭甚至社會秩  
04 序造成負面影響，而應嚴予禁絕，被告行為時年已48歲，依  
05 其智識程度及社會經驗，要難諉為不知，其縱非以此為業之  
06 藥頭，或中、大盤毒梟，然竟恣意販賣甲基安非他命予他  
07 人，危害社會治安，仍屬不該，且原審於量刑時已詳予審酌  
08 刑法第57條各款及前開所列情狀，予以綜合考量，就被告所  
09 犯之販賣第二級毒品罪判處有期徒刑2年，就刑罰裁量職權  
10 之行使，既未逾越法律所規定之範圍，亦無濫用權限之情  
11 形，難遽謂原判決就此部分之量刑有何不當，縱經將上揭被  
12 告自述之初犯及家庭狀況等列入量刑因子，與其他量刑因子  
13 綜合考量，仍難遽謂原判決之量刑有何不當，縱與被告主觀  
14 上之期待有所落差，仍難指其量刑有何不當或違法。是被告  
15 上訴請求從輕量刑云云，為無理由，應予駁回。

16 五、撤銷改判（即犯罪事實欄一之(二)所示販賣第二級毒品未遂部  
17 分）之理由：

18 (一)原審以被告上開犯罪事實欄一之(二)所示犯行，事證明確，予  
19 以論罪科刑，固非無見。惟查：被告主觀上雖原即有販賣第  
20 二級毒品甲基安非他命之故意，且客觀上已著手於犯罪行為  
21 之實行，然因楊智翰並無購買第二級毒品之真意，始不能完  
22 成販賣行為而未遂，業經本院說明如前，原判決就此部分未  
23 察，逕以販賣第二級毒品既遂罪論罪處刑，尚有未洽。被告  
24 以其此部分所為應依毒品危害防制條例第17條第2項規定減  
25 輕其刑為由提起上訴，雖無理由，惟原判決此部分既有前開  
26 可議之處，自應由本院將該部分及所定應執行刑部分均予以  
27 撤銷改判。

28 (二)爰以行為人之責任為基礎，審酌被告正值壯年，不思戮力上  
29 進，循正當途徑獲致財物，明知第二級毒品甲基安非他命足  
30 以戕害人體身心健康，助長社會不良風氣，為圖非法獲利，  
31 竟均無視政府反毒政策及嚴格查禁，販賣第二級毒品甲基安

01 非他命予他人以牟利，非但助長毒品蔓延，戕害他人身心健  
02 康，亦破壞社會治安，應予非難，惟犯後於原審及本院審理  
03 時均坦承犯行，態度尚可，兼衡其素行、犯罪之動機、目  
04 的、手段、方法、販賣甲基安非他命之數量、於本院審理時  
05 自陳國中畢業之教育程度，家中有九旬高齡之父親、配偶及  
06 已成年之小孩，在IKEA送貨等家庭生活經濟狀況（見本院卷  
07 第154頁）等一切情狀，量處如主文第2項所示之刑，以資懲  
08 儆。

09 (三)沒收：

10 1.按查獲之第一、二級毒品及專供製造或施用第一、二級毒  
11 品之器具，不問屬於犯罪行為人與否，均沒收銷燬之，毒  
12 品危害防制條例第18條第1項前段定有明文。查扣案如附  
13 表編號4所示第二級毒品甲基安非他命3包，係被告所犯本  
14 案販賣第二級毒品未遂犯行而遭查扣之第二級毒品，應均  
15 依毒品危害防制條例第18條第1項前段規定宣告沒收銷燬  
16 之；而包裝上開第二級毒品甲基安非他命之外包裝袋3  
17 個，以目前所採行之鑑驗方式，包裝袋內仍均會殘留微量  
18 毒品，而均無法將之完全析離，亦應均依毒品危害防制條  
19 例第18條第1項前段規定與所包裝之上開毒品併予宣告沒  
20 收銷燬之。至於鑑驗耗損部分，既已滅失不存在，自無庸  
21 併予宣告沒收。

22 2.次按犯毒品危害防制條例第4條至第9條、第12條、第13條  
23 或第14條第1項、第2項之罪者，其供犯罪所用之物，不問  
24 屬於犯罪行為人與否，均沒收之，毒品危害防制條例第19  
25 條第1項定有明文。查扣案如附表編號1所示三星廠牌之黑  
26 色行動電話1具（含門號0000000000號SIM卡1張），為被告  
27 所有，供其與楊智翰聯繫交易第二級毒品事宜使用，業據  
28 被告於原審審理中供述在卷（見原審卷第329頁），不問  
29 屬於犯罪行為人與否，爰依毒品危害防制條例第19條第1  
30 項規定，宣告沒收。

31 3.復按犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之；於全部或一

01 部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額，刑法第38條  
02 之1第1項前段、第3項定有明文。查本案被告就犯販賣第  
03 二級毒品未遂罪之犯罪所得為5,000元乙節，業據被告於  
04 警詢中供承無訛（見偵卷第17至18頁），復經證人楊智翰  
05 於警詢時證述明確（見偵卷第38頁），雖未扣案，仍應依  
06 刑法第38條之1第1項、第3項規定，宣告沒收，並諭知於  
07 全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

08 六、按裁判確定前犯數罪者，併合處罰之；數罪併罰，分別宣告  
09 其罪之刑，其宣告多數有期徒刑者，於各刑中之最長期以  
10 上，各刑合併之刑期以下，定其刑期，但不得逾30年，刑法  
11 第50條第1項前段、第51條第5款訂有明文。參其立法意旨，  
12 除在於緩和多數有期徒刑合併執行所造成之苛酷外，更避免  
13 責任非難之重複，蓋有期徒刑之科處，不僅在於懲罰犯罪行  
14 為，更重在矯治犯罪行為人、提升其規範意識，及回復社會  
15 對於法律規範之信賴，是應併合處罰之複數有期徒刑倘一律  
16 合併執行，將造成責任非難之效果重複滿足、邊際效應遞減  
17 之不當效果，甚至有違責任主義，故採行加重單一刑主義，  
18 以期責罰相當。是法院就應併合處罰之數個有期徒刑宣告定  
19 其應執行刑時，不僅應遵守上開所定「以宣告各刑中之最長  
20 期為下限，各刑合併之刑期為上限，但最長不得逾30年」之  
21 外部界限，更應受不得明顯違反公平正義、法律秩序理念及  
22 目的之規範。具體而言，於併合處罰，其執行刑之酌定，應  
23 視行為人所犯數罪之犯罪類型而定，即倘行為人所犯數罪屬  
24 相同之犯罪類型者（如複數竊盜、施用或販賣毒品等），於  
25 併合處罰時，其責任非難重複之程度較高，自應酌定較低之  
26 應執行刑；然行為人所犯數罪雖屬相同之犯罪類型，但所侵  
27 犯者為具有不可替代性、不可回復性之個人法益（如殺人、  
28 妨害性自主），於併合處罰時，其責任非難重複之程度則較  
29 低，而可酌定較高之應執行刑；另行為人所犯數罪非惟犯罪  
30 類型相同，且其行為態樣、手段、動機均相似者，於併合處  
31 罰時其責任非難重複之程度更高，更應酌定較低之應執行

01 刑；反之，行為人所犯數罪各屬不同之犯罪類型者，於併合  
02 處罰時其責任非難重複之程度最低，當可酌定較高之應執行  
03 刑。查本件被告所犯，均為毒品類型犯罪，罪名、態樣、手  
04 段、所侵害法益均屬相似，被告所犯2罪間之責任非難重複  
05 程度甚高，復審酌本案一切情狀而為整體之非難評價後，就  
06 被告上開撤銷改判及上訴駁回部分所處之刑，定其應執行之  
07 刑如主文第4項所示。

08 七、被告之辯護人雖以被告依法減輕其刑後，應有刑法第74條第  
09 1項第2款規定之適用，請求為被告緩刑之宣告云云。惟按  
10 「受二年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告，而有下列情形  
11 之一，認以暫不執行為適當者，得宣告二年以上五年以下之  
12 緩刑，其期間自裁判確定之日起算：一、未曾因故意犯罪受  
13 有期徒刑以上刑之宣告者。二、前因故意犯罪受有期徒刑以  
14 上刑之宣告，執行完畢或赦免後，五年以內未曾因故意犯罪  
15 受有期徒刑以上刑之宣告者。」刑法第74第1項定有明文。  
16 查被告於111年間因犯販賣第一級毒品等罪，經原審法院以1  
17 11年度訴字第982號判決分別判處有期徒刑7年9月、7年6月  
18 （共2罪）、7年8月（共2罪）、2年6月、2年8月（共4  
19 罪）、2年7月，應執行有期徒刑10年4月確定，有本院被告  
20 前案紀錄表1份在卷可按，且本院就被告所犯2罪定其應執行  
21 之刑為有期徒刑2年2月，揆諸上開說明，核與刑法第74條第  
22 1項所定之緩刑要件不相適合，自不得為緩刑之諭知。是被  
23 告之辯護人請求本院為被告緩刑之宣告云云，委無足採。

24 據上論斷，應依刑事訴訟法第368條、第369條第1項前段、第364  
25 條、第299條第1項前段，判決如主文。

26 本案經檢察官王堉力提起公訴，檢察官陳正芬到庭執行職務。

27 中 華 民 國 112 年 2 月 15 日

28 刑事第二十三庭審判長法官 許永煌

29 法官 黃美文

30 法官 雷淑雯

31 以上正本證明與原本無異。

01 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，並應  
02 敘述具體理由；其未敘述上訴理由者，應於上訴期間屆滿後20日  
03 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  
04 逕送上級法院」。

05 書記官 林立柏

06 中 華 民 國 112 年 2 月 17 日

07 附錄本案論罪科刑法條全文：

08 毒品危害防制條例第4條

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

11 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  
12 刑，得併科新臺幣1千5百萬元以下罰金。

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

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

17 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  
18 以下有期徒刑，得併科新臺幣1百50萬元以下罰金。

19 前五項之未遂犯罰之。

20 附表：

編 號	扣案物品名稱數量	備 註
1	三星廠牌之黑色行動電話1具（IMEI：000000000000/00、0000000000000000/00，含門號0000000000號SIM卡1張）	被告所有供本案犯罪所用之物
2	第二級毒品安非他命2包（含袋重2.95、0.76公克）、安非他命吸食器1組、玻璃球1顆	被告施用毒品所使用，無證據證明與本案犯行有關
3	磅秤1臺、分裝袋1包、分裝勺1支	非被告所有，無證據證明與本案犯行有關

(續上頁)

01

4	第二級毒品甲基安非他命3包(毛重共為2.6414公克,驗餘淨重共為1.9394公克)	保管字號:桃園地檢署110年度安字第1498號
---	--	-------------------------