

臺灣高等法院刑事判決

111年度重上更二字第39號

上訴人
即被告 方皓正

指定辯護人 林鈺恩律師（扶助律師）

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣臺北地方法院107年度訴字第135號，中華民國108年12月25日第一審判決（起訴案號：臺灣臺北地方檢察署106年度偵字第20623號、106年度偵字第23593號），提起上訴，判決後，經最高法院第二次發回更審，本院判決如下：

主 文

原判決關於方皓正犯意圖販賣而持有第三級毒品暨應執行刑部分，均撤銷。

方皓正共同犯意圖販賣而持有第三級毒品，處有期徒刑叁年貳月。

扣案如附表編號一所示之物沒收銷燬；如附表編號二至四所示之物均沒收。

事 實

一、方皓正明知大麻、愷他命、4-甲基甲基卡西酮、5-甲氧基-N-甲基-N-異丙基色胺分別為毒品危害防制條例第2條第2項第2、3款所管制之第二、三級毒品，依法不得持有、意圖販賣而持有，竟基於持有第二級毒品之犯意，及與真實姓名、年籍不詳、微信通訊軟體暱稱「金卜寶」之成年男子共同基於意圖販賣而持有第三級毒品之犯意聯絡，於民國106年10月10日販售或行銷其他第三級毒品後，至同年月11日查獲前某時，在臺北市○○區○○路0段00號3樓之13，向「金卜寶」取得如附表編號一所示之大麻1包（驗餘淨重0.4055公克）、如附表編號二所示之愷他命1袋（驗餘淨重1.0625公

01 克)、如附表編號三所示含有4-甲基甲基卡西酮及微量5-甲
02 氧基-N-甲基-N-異丙基色胺成分之咖啡包120包(驗餘淨重
03 共計228.72公克)、如附表編號四所示含4-甲基甲基卡西酮
04 及微量硝甲西洋、5-甲氧基-N-甲基-N-異丙基色胺成分之咖
05 啡包33包(驗餘淨重共計428.30公克),而共同持有之,並
06 欲伺機販賣如附表編號二至四所示之毒品予他人牟利。嗣未
07 及對外銷售或行銷,即於106年10月11日晚間9時許,經警持
08 原審法院核發之搜索票,至臺北市○○區○○路0段00號3
09 樓之13處執行搜索,扣得如附表編號一至四所示之第二、三
10 級毒品,始查悉上情。

11 二、案經臺北市政府警察局中山分局報告臺灣臺北地方檢察署檢
12 察官偵查起訴。

13 理 由

14 一、本院審理之範圍：

15 本案原審判決後,檢察官未提起上訴,上訴人即被告方皓正
16 (下稱被告)就原審犯罪事實之全部(原判決事實一(一)、
17 (二)提起上訴。嗣被告於本院前審審理時,就原判決事實一
18 (一)部分(即販賣第三級毒品未遂罪部分)撤回上訴,此有本
19 院前審109年4月9日準備程序筆錄及撤回上訴聲請書附卷可
20 稽(見109年度上訴字第874號卷第156、169頁),該部分已
21 告確定,是本案審理範圍,僅限於被告被訴意圖販賣而持有
22 第二、三級毒品(原判決事實一(二)部分,合先敘明。

23 二、證據能力：

24 (一)上訴人即被告方皓正於警詢、偵訊、原審及本院審理之自白
25 或不利於己之供述,均有證據能力：

26 被告之自白,非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、
27 違法羈押或其他不正之方法,且與事實相符者,得為證據,
28 刑事訴訟法第156條第1項定有明文。是以被告之自白若非出
29 於訊問者之非法取供,且與事實相符,自得採為論罪之證
30 據。上訴人即被告方皓正於本院審理時否認意圖販賣而持有
31 扣案如附表編號一至四所示之毒品,辯稱(含辯護意旨)：

01 在警局時，所長說要有人出來承擔毒品，所以我跟蔣家豪、
02 李孟軒、方宜潔一起討論，因為我輩份最小，所以我就出來
03 承擔（見本院111年度重上更二字第39號卷【下稱本院卷】
04 第112至114、197頁），主張其自白欠缺任意性，且與事實
05 不符，無證據能力云云。惟查：

06 1. 被告於原審準備程序否認持有扣案之毒品，辯稱：扣案之毒
07 品是李孟軒的。警詢時，因為當時都沒有人要承認，就只有
08 我一個人挺身而出，帮大家背這條，不然我會一直待在警局
09 裡面，但警察是沒有講說如果不承認就會一直待在警局裡面
10 不能走（見原審卷一第163頁）；嗣經受命法官質疑毒品既
11 然是李孟軒的，何以不叫李孟軒講實話，反而要幫其背罪？
12 被告隨即改稱：是李孟軒叫我幫他認（見同上卷頁）；嗣於
13 本院前審審理時，改稱：因為警察來的時候現場查到很多
14 人，所以當時我們決定由我自己承認就好（見本院上訴字第
15 874號卷第199頁）；又於本院更審時改稱：當時警察叫我們
16 其中一個人把這些毒品扛起來，不出來扛的話就不放我們離
17 開，所以我就出來扛（見本卷110年度上更一字第124號卷
18 【下稱更一審卷】一第239至240頁）。關於被告何以於警詢
19 時即供承持有扣案之毒品原因，或稱怕一直待在警局，或稱
20 李孟軒囑其承擔，或稱大家共同討論結果，或稱警察威脅云
21 云，其前後辯解不一，已難以遽信。

22 2. 證人即案發當日在警方查獲現場之李孟軒及方宜潔於本院審
23 理時亦均證稱：案發當天並未見警方有強迫被告或任何人承
24 認犯罪等語（見本院更一審卷一第374、387頁）；又證人即
25 案發時偵查隊小隊長彭振杰於本院本次審理時證稱：當日我
26 們要搜索時，方皓正在按門鈴要進去，現場有蔣家豪、李孟
27 軒、方宜潔。當日在場之人製作筆錄都是在自由意志下所為
28 的陳述。我沒有要求被告要出來擔這個罪。被告筆錄提到警
29 察搜扣的東西都是他的，是他放在辦公室等，都是被告自己
30 講的。扣押物品目錄表扣得毒品所有人欄、持有欄，在場四
31 個人都有簽名，是因為他們四人都不承認，所以先請他們簽

01 名。在現場他們都是在我們目視控制下，不可能讓他們講
02 話，後來帶被告及另外三個嫌疑人回警局後，各自做筆錄。
03 我們有把他們各自帶開，沒有在一起。是回到警局，被告承
04 認東西是他的。另押解過程，我們不會讓他們討論案情，這
05 就是串供。如果他們講話，我們會制止，或請他們大聲講，
06 我們要聽一下他們講什麼。另所長在派出所時，是不是有叫
07 他們要有人出來擔，這我沒有印象。但我們在偵辦刑案過
08 程，尤其搜索階段，一定會這樣問等語（見本院卷第182至1
09 87頁）。由上可知，於查獲現場，在場之被告及蔣家豪、李
10 孟軒、方宜潔均否認持有扣案之毒品，嗣經警帶回警局後即
11 各自帶開，分別詢問，不僅嫌疑人間無機會討論、囑咐由被
12 告出來承擔罪責，且警方並無所謂「不出來扛的話就不放人
13 離開」、「要求被告承認」等脅迫言語，縱員警有稱「要有
14 人出來擔」等語，亦係基於在場嫌疑人均否認持有毒品所為
15 必要之提醒言語，難認員警有何不法取證之情形。至於被告
16 是否自忖無法離開警局才為自白，僅係被告自白之動機，核
17 與自白欠缺任意性無關。

18 3. 被告歷次於警詢、偵訊中屢屢供稱扣案如附表編號一至四所
19 示之毒品為其所有等語（見偵字第23593 號卷第7 至10頁、
20 第60至61頁、第63至64頁），而於原審審理中並未爭執其於
21 上開警詢及偵訊所為供述之任意性（見原審卷一第163 頁，
22 原審卷二第94頁），若非其於警詢及偵查中所述確屬事實，
23 殊難想像其虛偽捏造前揭事實而率爾陷己於刑責之可能，顯
24 見其於警詢及偵查中所為扣案如附表編號一至四所示之物均
25 為其所有等語，係出於其自由意志之陳述。

26 4. 又被告於原審、本院坦承持有毒品或意圖販賣而持有毒品之
27 犯行時，均有委任律師在場並為其辯護（見原審卷二第329
28 至330頁、第344頁，本院上訴字第874號卷第188、195至第1
29 99頁），辯護人於上訴時甚且主張被告於偵審中均自白，應
30 依毒品危害防制條例第17條第2項之規定減輕其刑（見本院
31 上訴字第874號卷第38至43、156至157、201頁），是被告所

01 為之認罪或坦承持有扣案毒品等不利於己之陳述，顯係在其
02 受有效協助與辯護之前提下，經其深思熟慮後，本於自由意
03 志所為之任意性自白甚明。

04 5. 綜上，堪認被告於警詢、偵訊、原審及本院之自白或不利於
05 己之陳述，均係出於自由意志 而具有任意性無訛。又被告
06 之自白，有後述補強證據可佐（詳後述），而確與事實相
07 符，自有證據能力，得採為論罪之證據。

08 (二)按被告以外之人於審判外之陳述，雖不符刑事訴訟法第159
09 條之1至第159條之4之規定，而經當事人於審判程序同意作
10 為證據，法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認
11 為適當者，亦得為證據。又當事人、代理人或辯護人於法院
12 調查證據時，知有第159條第1項不得為證據之情形，而未於
13 言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同意，同法第15
14 9條之5亦有明定。查本件檢察官、被告及其辯護人就本判決
15 所引用之各該被告以外之人於審判外陳述，迄至言詞辯論終
16 結，均未主張有刑事訴訟法第159條第1項不得為證據之情形
17 （見本院卷第114至117頁，第188至190頁），本院審酌該等
18 供述證據作成時，核無違法取證或其他瑕疵，認為以之作為
19 本案之證據屬適當，依刑事訴訟法第159條之5規定，自有證
20 據能力。至其餘所引認定被告犯罪事實之非供述證據，均查
21 無公務員違反法定程序取得之情形，依刑事訴訟法第158條
22 之4反面規定，亦具證據能力。

23 三、認定犯罪事實所憑之證據及理由：

24 訊據被告矢口否認有何意圖販賣而持有之犯行，辯稱：搜索
25 現場是我們的辦公室，搜得之扣案毒品都不是我的，當時我
26 們一群人在警察局，是所長叫我們其中1個人出來扛，那時
27 候蔣家豪、李孟軒、方宜潔及我一起討論，因為我輩份最
28 小，所以就出來承擔持有毒品；另我也沒有販賣毒品的意圖
29 （見本院卷第112至114、196頁）。辯護人為被告辯護稱：
30 被告否認持有毒品及有販賣之意圖，被告於警詢坦承犯行，
31 是與在場之蔣家豪、李孟軒、方宜潔一起討論後，因為被告

01 最資淺，加上警察要求要有人出來擔，被告才會承認持有毒
02 品，且被告自白欠缺補強證據，不應以被告單一自白作為認
03 定事實唯一證據云云（見本院卷第112、197頁）。經查：

04 (一)員警於106年10月11日18時28分至21時許，持原審法院核發
05 之搜索票搜索臺北市○○區○○路0段00號3樓之13，搜索
06 時在場人包括李孟軒、方宜潔、蔣家豪及被告，並經警扣得
07 如附表編號一至四所示之毒品，上開在場人人均在扣押物品
08 目錄表「所有人／持有人／保管人」欄簽名，有上開搜索票
09 影本、臺北市政府警察局106年10月11日搜索扣押筆錄暨所
10 附扣押物品目錄表附卷可稽（見偵字第23593號卷第34至38
11 頁）；上開扣案物嗣經送鑑，認扣案如附表編號一所示之深
12 黃綠色乾燥植株1袋（驗餘淨重0.4055公克），經鑑驗後檢
13 出四氫大麻酚成分，如附表編號二所示之白色細結晶1袋
14 （驗餘淨重1.0625公克），經鑑驗檢出愷他命成分，扣案如
15 附表編號三所示之物（驗餘淨重共計238.72公克），經鑑驗
16 後檢出4-甲基甲基卡西酮及微量之5-甲氧基-N-甲基-N-異丙
17 基色胺成分、如附表編號四所示之物（驗餘淨重共計428.30
18 公克），經鑑驗含4-甲基甲基卡西酮、微量之硝甲西洋及之
19 5-甲氧基-N-甲基-N-異丙基色胺成分，此有交通部民用航空
20 局航空醫務中心106年10月27日航藥鑑字第0000000號毒品鑑
21 定書（見偵字第23593號卷第98頁正反面）及內政部警政署
22 刑事警察局106年11月28日刑鑑字第1068003936號鑑定書各1
23 份（見偵字第23593號卷第98-2頁正反面）存卷可佐，此部
24 分事實，首堪認定。

25 (二)被告基於販賣之意圖，持有扣案如附表編號二至四所示之毒
26 品：

27 被告於警詢、偵訊均坦承本件扣案如附表所示之毒品均為其
28 所有（見偵23593號卷第7至8頁反面、第11至12頁反面、第6
29 0頁反面、第63頁反面），復於原審及本院109年度上訴字第
30 874號前審審理時，亦坦認持有本件扣案毒品，及意圖販賣
31 而持有第三級毒品愷他命、咖啡包之犯行（見原審卷二第329

01 至330、344頁，本院上訴字第874號卷第188至199頁），且核
02 與下列證據相符：

- 03 1. 警方至上開地點執行搜索時，係由被告開門並帶同警方入內
04 搜索，其平時在該處上班，常居住於該處等語（見偵字第23
05 593號卷第8頁正反面），顯見被告得自由出入上開地點，且
06 上開地點為被告工作及居住之處所，對處所內物品有實力支
07 配、管領之可能。又證人即案發當日在查獲現場之蔣家豪於
08 第一次警詢時即證稱：「現場警察查扣的毒品不是我的，而
09 現場方皓正說毒品是他的」、「我只知道咖啡包部分是方皓
10 正的」等語，於第二次警詢時仍指證扣案毒品為被告所有
11 （見偵23593號卷第12頁反面、第13頁、第15頁反面）；證人
12 即案發當天在場之李孟軒及方宜潔於警詢亦均證稱：毒品是
13 方皓正的等語（見偵字第23593號卷第20頁反面、第24頁反
14 面），李孟軒復於本院前審審理時證述於警詢回答毒品是方
15 皓正的等語係實在（見本院更一審卷一第374頁）。足徵在上
16 開地點扣得如附表編號一至四所示之毒品，均為被告所持有
17 之物，此足以佐證前揭被告供承扣案毒品為其所有之自白。
- 18 2. 偵查中，檢察官指揮檢察事務官以行動設備鑑識軟體解析、
19 還原被告扣案之行動電話，經勘驗結果查得微信通訊軟體之
20 帳號「韓篠正」於106年10月10日（即為警查獲前一天）分
21 別與帳號「金卜寶」、「Yi Yan Zheng」之聯繫對話內容，
22 此有勘驗報告暨檢附之通訊軟體對話紀錄可稽（見偵字第23
23 593號卷第72至88頁反面）。被告於原審及本院審理時對於
24 上開其所持有行動電話中，微信通訊軟體對話紀錄之「韓篠
25 正」帳號，坦承為其所有（見原審卷一第164頁、本院卷
26 第122頁）。觀諸上開對話紀錄，可知：
- 27 ①被告於106年10月10日上午8時許，以帳號「韓篠正」與「金
28 卜寶」之對話內容，顯示略以：韓篠正：「哥，小鬼哥要拿
29 2張門票」、金卜寶：「現金」、韓篠正：「收多少？」、
30 金卜寶：「你說呢？」、韓篠正：「1000？」、金卜寶：
31 「看他拿多少給你」、韓篠正：「收、他說待會給我」、金

01 卜寶：「沒辦法」、「我對你而已，看你，我沒差」、「反
02 正一張你要回我300」、「玫瑰的350」、韓篠正：「收，他
03 說他待會會打給你」、「他給我500」、金卜寶：「從現在開
04 始再少我算你頭上」、「不然就不要給」、「說沒辦法就
05 好」、「我東西暫時沒有要放給任何人」、「你給我放好顧
06 好來」，韓篠正：「懂」、「哥，我先跟你說，我剛剛總共
07 出了7張，小鬼哥還有4張還沒給我錢，他出門了，待會回來
08 才會給我」等語（見偵字第23593號卷第78至79頁）；

09 ②被告於同日上午11時51分許，再以帳號「韓篠正」與「Yi Y
10 an Zheng」聯繫之對話內容，顯示略以：韓篠正：「我哥不
11 在」、Yi Yan Zheng：「我還要剛剛的」、「我不想讓他知
12 道」、「因為我只要1而已，我會給你賺錢」、韓篠正：
13 「可是哥剛剛跟我說，他暫時不放給任何人」、Yi Yan Zhe
14 ng：「你回給你哥是300？」、韓篠正：「對丫」、Yi Yan
15 Zheng：「等等拿500給你」、韓篠正：「好，謝啦」、Yi Y
16 an Zheng：「那200就給你賺」、韓篠正：「感謝」、Yi Ya
17 n Zheng：「但你不要出賣我」、「聊天紀錄記得刪」等語
18 （見偵23593號卷第81頁）。

19 細繹上開通話內容，可知「韓篠正」與人接洽販售「門票」
20 事宜，再由「金卜寶」將「門票」提供給「韓篠正」，「韓
21 篠正」販售1張「門票」要回給「金卜寶」「300」，「玫
22 瑰的」要回「350」，而「韓篠正」告知「金卜寶」剛出7張
23 門票，但對方還有4張未給錢，之後「Yi Yan Zheng」向
24 「韓篠正」表示「因為我只要1而已，我會給你賺錢」、
25 「等等拿500給你」、「那200就給你賺」，雙方達成買賣合
26 議後，「Yi Yan Zheng」復提醒「但你不要出賣我」、「聊
27 天紀錄記得刪」，佐以扣案如附表編號三、四所示之毒品咖
28 啡包，分別為玫瑰金包裝及紅色小丑圖樣黑色包裝兩種，此
29 有扣案毒品照片可佐（見偵字第23593號卷第26至30頁），
30 核與被告與「金卜寶」上開通話內容包含「玫瑰」在內兩種
31 商品相符。綜合上情，依社會通念觀之，可認通話內容與一

01 般毒品交易模式關於毒品種類、數量、金額、賺取之利潤及
02 售出毒品但仍有欠款等隱晦對話內容，如出一轍，其中「門
03 票」（毒品）、「玫瑰」（玫瑰金包裝咖啡包）、「1」
04 （買1包）、「500」（每包500元）、「300」（價金回款30
05 0元）、「350」（玫瑰金包裝咖啡包價金回款350元）等，
06 均屬足以辨明交易毒品種類、價格、數量及利潤等資訊、代
07 稱，並隱含毒品價金回款或短少應如何處理等毒品交易有關
08 之暗語，均足以佐證被告前揭供承意圖販賣而持有扣案毒品
09 咖啡包之自白。

- 10 3. 又被告於本件案發前約1個多月(即106年9月6日)，因另與葉
11 庭瑋（業經原審判處罪刑確定）共同販賣第三級毒品愷他命
12 及含有4-甲基甲基卡西酮、硝甲西洋成分之咖啡包未遂犯
13 行，經檢察官起訴並經原審法院論處共同販賣第三級毒品未
14 遂罪刑確定（原判決事實欄一(一)部分，處有期徒刑1年10
15 月，暨諭知相關之沒收），有原審判決書可稽。該次犯行所
16 欲販賣之毒品，除與本件均有「愷他命」外，亦有外包裝以
17 「咖啡包」形式裝填，且該咖啡包所含有之第三級毒品種
18 類，亦與本件扣案如附表編號三、四所載4-甲基甲基卡西
19 酮、硝甲西洋等成分相同，此有臺北榮民總醫院106年10月
20 18日北榮毒鑑字第C0000000號毒品成分鑑定書1份（見偵字
21 第20623號卷第72頁）及內政部警政署刑事警察局106年11月
22 28日刑鑑字第1068003936號鑑定書1份（見偵字第23593號卷
23 第98-2頁正反面）存卷可佐。復觀諸該案經警於被告及葉庭
24 瑋身上所扣得之毒品咖啡包（見偵字第20623號卷第34頁反
25 面至第35頁）與本件扣案如附表四所示之咖啡包（見偵字第
26 23593號卷第29頁），均為紅色小丑圖案之黑色包裝，而被
27 告於原審審理時亦供稱：我共同販賣第三級毒品未遂犯行之
28 毒品咖啡包，係我在本件扣案毒品之查獲地點取得該咖啡包
29 等毒品後，再帶往樓下交付給購毒者等語（見原審卷一第16
30 1頁），可知本件遭查獲前1個月，被告即因販賣與本件相同
31 毒品種類、成分、包裝、來源之毒品愷他命或咖啡包而為警

01 查獲之事實，此足徵扣案毒品愷他命、咖啡包確屬被告所持
02 有，而可供其隨時接獲購毒訊息時，即可對外販售。由此可
03 證被告持有本件扣案毒品愷他命、咖啡包，係基於販賣意圖
04 甚明。

05 4. 綜上，被告於原審及本院第一次前審審理時自白其意圖販賣
06 而持有之犯行，核與前揭事證相符，足認被告任意性自白與
07 事實相符，堪予採信。被告雖辯稱扣案毒品均非其所有，亦
08 無販售上開毒品之意圖云云，顯與事實不符，難認可採。

09 (三)被告與「金卜寶」共犯本件意圖販賣而持有如附表編號二至
10 四所示之犯行：

11 按共同正犯係以完成特定之犯罪為其共同目的，彼此間就該
12 犯罪之實行有共同犯意聯絡，而各自本於共同之犯意，分擔
13 犯罪行為之一部，並相互利用其他正犯之行為，以完成犯
14 罪。故共同正犯間，非僅就自己實行之行為負其責任，其各
15 自分擔實行之行為應視為一整體合一觀察，予以同一非難評
16 價，對於因此所發生之全部結果，自應同負其責。本院參酌
17 前開被告與「金卜寶」之對話紀錄，除雙方討論如何回毒品
18 價金回款及短少應如何處理外，「金卜寶」復稱：「從現在
19 開始再少我算你頭上」、「不然就不要給」、「說沒辦法就
20 好」、「我東西暫時沒有要放給任何人」、「你給我放好顧
21 好來」，被告回覆稱「懂」等語，顯見被告有依「金卜寶」
22 指示，由被告持有毒品並伺機販賣，將來販毒所得部分回款
23 予「金卜寶」甚明，復參酌被告案發前曾犯如原判決事實欄
24 一(一)之販賣愷他命及咖啡包未遂之事實，依前開說明意旨，
25 堪認被告與「金卜寶」就本件扣案之如附表編號二至四所示
26 毒品有共同意圖販賣而持有之犯意聯絡及行為分擔，為共同
27 正犯。另被告所持有如附表編號一所示之第二級毒品大麻，
28 依被告於偵訊之供述（見偵字第23593號卷第60頁反面），
29 可知係與其餘如附表編號二至四所示毒品係同時取得、持
30 有，應可認被告亦係自「金卜寶」處取得如附表編號一所示
31 之毒品，惟並無積極事證證明被告與「金卜寶」共同持有該

01 毒品伺機販售，應認被告係單獨持有之，併此敘明。

02 (四)本件尚無積極事證足認被告持有扣案毒品愷他命或咖啡包期
03 間，確已著手對外銷售或行銷等販毒行為，無從成立販賣毒
04 品未遂罪：

05 按意圖販賣而持有毒品罪，指行為人意圖營利而購入或持有
06 毒品，或因其他原因而持有毒品，其後始起意出售所持有之
07 毒品以營利，迄未著手對外銷售或行銷之販毒行為而言。苟
08 無積極證據證明被告基於營利之意圖而持有毒品期間，有何
09 對外銷售或行銷之行為，即無著手販賣之行為，應僅成立意
10 圖販賣而持有毒品罪。查觀諸前揭被告分別與「金卜寶」、
11 「Yi Yan Zheng」之對話紀錄，被告固向「金卜寶」稱「小
12 鬼哥要拿2張門票」、「...我剛剛總共出了7張，小鬼哥還
13 有4張還沒給我錢...」，及「Yi Yan Zheng」有向被告購買
14 毒品之聯繫。然上開對話係案發前1日上午，距本案查獲已
15 逾1天半，已有相當之時間，而本件因被告否認持有犯行，
16 則其究竟被告係何時開始持有扣案之毒品？其是否持有本件
17 扣案毒品期間為前述之對話？均無積極證據證明，基於「罪
18 疑惟輕」原則，應認被告係上開與「金卜寶」、「Yi Yan Z
19 heng」對話後，始與「金卜寶」另共同基於意圖販賣而持有
20 第三級毒品之犯意，取得而持有扣案如附表編號二至四所之
21 毒品。據此，可認被告應係基於營利之意圖，而取得並持有
22 扣案如附表編號二至四所示毒品，且難認被告持有期間確有
23 著手於對外銷售或行銷之販毒行為，或為完成與「Yi Yan Z
24 heng」之交易而持有上開毒品，揆諸前開說明意旨，尚難認
25 構成販賣毒品未遂罪，併此敘明。

26 (五)公訴意旨雖認被告取得如附表編號一所示之大麻後，有伺機
27 販賣予不特定人而牟利之意，因認被告就此部分亦涉犯毒品
28 危害防制條例第5條第2項之意圖販賣而持有第二級毒品罪嫌
29 云云。訊據被告固於本院審理時坦承持有上開毒品，惟否認
30 有何販賣之意圖云云（見本院卷第194至196頁）。惟按，然
31 毒品危害防制條例第5條第2項之意圖販賣而持有第二級毒品

01 罪及第11條第2項之持有第二級毒品罪，皆以持有第二級毒
02 品為其基本事實。關於行為人持有毒品尚未著手販賣即遭查
03 獲之情形，其主觀上是否有營利之意圖（包含基於販賣營利
04 之意思而販入，或持有後萌生販賣以營利之意圖），攸關應
05 否成立意圖販賣而持有毒品、或單純持有毒品罪責之判斷。
06 經查，被告持有如附表編號一所示之第二級毒品大麻數量僅
07 1包，且驗餘淨重僅有0.4055公克，此實一般欲伺機販售與
08 他人而持有大量毒品之情形自屬有別。再觀諸被告前揭與
09 「金卜寶」或「Yi Yan Zheng」之對話紀錄，均係討論買賣
10 毒品「咖啡包」之事宜。復參諸被告於原判決事實欄一、(一)
11 所示販賣之毒品（即販賣第三級毒品未遂罪），及本案意圖
12 販賣而持有之毒品，均為含有第三級毒品成分之毒品咖啡包
13 及愷他命，就毒品之種類、外觀觀之，顯然與被告所持有如
14 附表編號一所示之第二級毒品大麻有別，此均無從據以認被
15 告亦有販賣第二級毒品大麻之意圖。此外，復無積極證據證
16 明被告有伺機將如附表編號一所示之大麻販售予他人之事
17 實，自難認被告主觀上確有營利之意圖。是被告持有扣案大
18 麻之行為，應僅成立持有第二級毒品罪。

19 (六)綜上，被告前揭任意性自白與事實相符，堪予採信。其嗣後
20 改口否認犯行所為之辯解，顯係卸責之詞，難認可採。本案
21 事證已臻明確，被告前揭犯行，堪以認定，應依法論科。

22 四、論罪：

23 (一)新舊法比較：

24 被告行為後，109年1月15日修正公布之毒品危害防制條例第
25 11條、第17條，並增訂第9條第3項，自同年7月15日施行，
26 修正前毒品危害防制條例第11條第2項規定：「持有第二級
27 毒品者，處二年以下有期徒刑、拘役或新臺幣三萬元以下罰
28 金」，修正後條文則為：「持有第二級毒品者，處二年以下
29 有期徒刑、拘役或新臺幣二十萬元以下罰金」，提高罰金刑
30 上限；修正前第17條第2項規定：「犯第四條至第八條之罪
31 於偵查及審判中均自白者，減輕其刑」，修正後條文則為：

01 「犯第四條至第八條之罪於偵查及歷次審判中均自白者，減
02 輕其刑」，必須偵查及「歷次」審判均自白始有減刑之適
03 用；增訂第9條第3項：「犯前五條之罪而混合二種以上之毒
04 品者，適用其中最高級別毒品之法定刑，並加重其刑至二分
05 之一」就犯第4條至第8條之罪，而混合兩種以上毒品之情
06 形，設有加重其刑之規定。經比較新舊法結果，修正後之規
07 定均並未較有利於被告，依刑法第2條第1項前段規定，本件
08 自應適用被告行為時即修正前毒品危害防制條例第11條第2
09 項、第17條第2項規定論處。

10 (二)罪名：

- 11 1. 核被告所為，係犯修正前毒品危害防制條例第11條第2項之
12 持有第二級毒品罪（即持有附表編號一所示毒品）及同條例
13 第5條第3項之意圖販賣而持有第三級毒品罪（即意圖販賣而
14 持有附表編號二至四所示毒品）。
- 15 2. 公訴意旨固認被告持有如附表編號一所示之大麻之行為，
16 後，亦涉犯毒品危害防制條例第5條第2項之意圖販賣而持有
17 第二級毒品罪嫌云云。惟依卷內事證，難認被告行為時主觀
18 上確有營利之意圖，已如前述，是被告此部分所為，應構成
19 修正前毒品危害防制條例第11條第2項持有第二級毒品罪，
20 而此部分事實與檢察官起訴部分之社會基本事實同一，且經
21 本院於審理時告知其等可能涉犯上述罪名，並給予答辯之機
22 會（見本院卷第181、194至196頁），對被告防禦權無礙，
23 爰依刑事訴訟法第300條之規定變更起訴法條。

24 (三)共犯：

25 被告與「金卜寶」成年男子間，就意圖販賣而持有如附表編
26 號二至四之犯行，有犯意聯絡及行為分擔，均為共同正犯。

27 (四)罪數：

28 被告同時持有第二級毒品及意圖販賣而持有第三級毒品，係
29 以一行為觸犯二罪名，為想像競合犯，應依刑法第55條規
30 定，從一重之意圖販賣而持有第三級毒品罪處斷。

31 (五)被告並無修正前毒品危害防制條例第17條第2項自白減刑之

01 適用：

02 辯護意旨主張：本件被告偵審中均有自白，應有毒品危害防
03 制條例第17條第2項之適用云云（見本院卷第112頁）。惟
04 按，修正前毒品危害防制條例第17條第2項規定：「犯第四
05 條至第八條之罪於偵查及審判中均自白者，減輕其刑。」此
06 所謂「自白」，係指對自己的犯罪事實全部或就犯罪構成要
07 件為肯定供述之意，且需偵查「及」審判中均自白，始足
08 當之。而意圖販賣而持有毒品罪，係以行為人主觀上有販賣
09 營利意圖，而客觀上持有毒品，為其構成要件。查被告於警
10 詢時供稱：「（警方於屋內廁所、客廳及辦公室等處所，扣
11 得...黑色飲品包共33包...粉紅色飲品包120包..愷他命粉
12 末2包...等證物，為何人所有？做何用途？）...現場警方
13 搜索查扣之毒品都是我的，是我放在辦公室屋內」等語（偵
14 字第23593號卷第8頁正反面）；於歷次偵訊時供稱：「（扣
15 案的毒品是你的？）是」、「（扣案毒品是向何人購買？）
16 我於上個月或上上個月，由綽號『阿哲』的成年男子到我的
17 住所，我們兩人會一起施用K他命，他把剩下的毒品都給
18 我，被查扣的毒品是從之前累積下來的。那些毒品阿哲和我
19 都可以一起施用」、「警方在你屋內查扣的粉紅色咖啡包20
20 包、黑色咖啡包23包、沙發的100包粉紅色咖啡包、10包黑
21 色咖啡包...1包K他命、辦公室抽屜的1包愷他命是否都是你
22 的？）是」、「（這些東西何來？）我跟阿哲拿的，他之前
23 經常來我們公司，我沒有給他錢，他說放在我這邊，說我們
24 2人可以一起用...」、「你從未跟阿哲聯絡也沒有付錢，阿
25 哲為何會寄放如此大量的毒品在你民生東路的公司？）他說
26 先放在我這裡，我堅持我說的是對的」、「（106年10月11
27 日晚上九點在民生東路一段25號3樓之13，查獲毒品咖啡包1
28 33包，大麻1包、K他命1包，這些東西哪裡來的？）阿哲拿
29 來這裡放，給我們一起施用的」、「（〈提示偵卷第28至29
30 頁〉跟金卜寶在講什麼？）門票是遊樂員的門票，有很多
31 張，我之前拿到的，哪一家我忘記了」等語（見偵字第2359

01 3號卷第60頁反面、第63頁反面、第95頁反面至第96頁)。
02 是被告於警詢、偵訊時，就所問扣案毒品之用途？何以持有
03 大量毒品？等問題，或未正面回答，或辯稱係用以施用、單
04 純他人寄放等語，且對於前揭其與「金卜寶」間討論買賣毒
05 品價金及回款事宜之對話紀錄均予以否認，顯未坦承有持以
06 伺機販賣之意圖、動機，而否認有營利之意圖，依前開說明
07 意旨，即屬否認有該當意圖販賣而持有之構成要件事實，自
08 難認被告於偵查中已就意圖販賣而持有之事實為自白，而無
09 上揭減輕其刑規定的適用。是此部分辯護意旨，難認可採。

10 五、撤銷改判之理由：

11 原審以被告犯罪事證明確，據以論罪科刑，固非無見，惟①
12 被告行為後，毒品危害防制條例第11條、第9條第3項、第17
13 條業於109年1月15日修正公布，並於同年7月15日施行，原
14 判決未及比較適用新舊法，尚有未恰；②依卷附被告使用微
15 信通訊軟體帳號「韓篠正」與「金卜寶」之對話內容，可知
16 被告就本件意圖販賣而持有第三級毒品之犯行，與「金卜
17 寶」間有犯意之聯絡及行為之分擔，為共同正犯，原審未論
18 以共同正犯，容有未恰；③依卷內事證，被告係與「金卜
19 寶」、「Yi Yan Zheng」為毒品買賣或交易之對話完畢後，
20 始另基於意圖販賣而持有第三級毒品之犯意，取得扣案如附
21 表編號二至四所示之毒品伺機販賣，已如前述。原審認被告
22 取得扣案之毒品後，始萌生營利之意圖而持有之，與客觀事
23 證不符，亦有未恰。被告提起上訴，猶執前詞否認犯行，並
24 主張被告於偵審中均自白，原審未適用毒品危害防制條例第
25 17條第2項減刑，於法有違，且原審量刑過重，請求從輕量
26 刑云云（見本院上訴字第874號卷第38至43頁、本院卷第112
27 頁）。惟量刑輕重，係屬法院得依職權自由裁量之事項，苟
28 其量刑已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所
29 列情狀，而未逾越法定刑度或有濫用權限情事，即不得任意
30 指為違法。原判決於量刑時，已就刑法第57條各款事由詳為
31 審酌並敘明理由，且毒品危害防制條例第5條第3項意圖販賣

01 而持有第三級毒品之法定刑為「三年以上十年以下有期徒刑
02 刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金」，原審量處有期徒刑
03 3年2月，其量定之刑罰已屬低度刑，並未逾法律所規定之範
04 圍，亦無濫用其裁量權限，或輕重明顯失衡之違法或不當情
05 形。又被告所辯各節，均經本院詳予論述、指駁如前；另被
06 告所犯本案犯行，並無修正前毒品危害防制條例第17條第2
07 項自白減刑之適用，亦據本院說明理由如前。綜上，被告上
08 訴，為無理由，應予駁回。惟原判決既有前揭可議之處，自
09 應由本院將原判決關於被告意圖販賣而持有第三級毒品（含
10 持有第二級毒品，及沒收部分），予以撤銷改判，所定應執
11 行刑部分，因失所附麗，亦應併予撤銷。

12 六、科刑：

13 爰以行為人之責任為基礎，審酌被告明知毒品為非法之違禁
14 物，持以施用足以戕害人之身體健康，且極易成癮，竟持有
15 第二級毒品，且為貪圖不法利益，漠視法令而持有第三級毒
16 品，伺機販售，若確實售出而流入社會，不僅助長他人施用
17 毒品惡習，對施用毒品者之身心影響甚鉅，危害社會治安及
18 國家法益，所為顯屬非是，又被告犯後，或坦承坦行，或否
19 認犯行，前後反覆不一，難認有真誠悔悟之心，兼衡被告意
20 圖販賣而持有之毒品數量非少，然幸未及流入市面即為警查
21 獲，暨其素行、犯罪動機、目的、手段，及自述大學肄業之
22 智識程度、入監前從事服務業、離婚，育有3歲小孩之家庭
23 生活及經濟狀況（見本院卷第196頁）等一切情狀，量處如
24 主文第2項所示之刑，以資懲儆。

25 七、沒收：

26 (一)扣案如附表編號一所示之物，經鑑定含大麻成分，係被告於
27 本案遭查獲持有之第二級毒品，不問屬於犯罪行為人與否，
28 應依毒品危害防制條例第18條第1項前段規定，宣告沒收銷
29 燬。

30 (二)如附表編號二至四所示之物，經鑑定含第三級毒品成分，屬
31 被告於本案遭查獲之違禁物，不問屬於犯罪行為人與否，應

01 依刑法第38條第1項之規定宣告沒收。

02 (三)上開第二級、第三級毒品鑑驗用罄部分，因已滅失，自無庸
03 宣告沒收銷燬或沒收，併予敘明。

04 據上論斷，應依刑事訴訟法第369條第1項前段、第364條、第299
05 條第1項前段、第300條，判決如主文。

06 本案經檢察官陳傳宗到庭執行職務。

07 中 華 民 國 112 年 3 月 8 日

08 刑事第二庭 審判長法官 遲中慧

09 法官 邱筱涵

10 法官 顧正德

11 以上正本證明與原本無異。

12 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
13 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
14 (均須按他造當事人之人數附繕本)「切勿逕送上級法院」。

15 書記官 莊佳鈴

16 中 華 民 國 112 年 3 月 8 日

17 附錄：本案論罪科刑法條

18 毒品危害防制條例第5條第3項

19 意圖販賣而持有第三級毒品者，處3年以上10年以下有期徒刑，
20 得併科新臺幣300萬元以下罰金。

21 修正前毒品危害防制條例第11條第2項

22 持有第二級毒品者，處2年以下有期徒刑、拘役或新臺幣3萬元
23 以下罰金。

24 附表：

25

編號	扣案物品名稱 及數量	鑑定結果	備註
一	深黃綠色乾燥植 株1袋	含第二級毒品大麻之四氫大麻酚成 分(含包裝袋1只,毛重0.7060公 克,驗前淨重0.4110公克,鑑驗取 用0.0055公克,驗餘淨重0.4055公 克)	同原審判決 附表編號三
二	白色細結晶1袋	含第三級毒品愷他命成分(含包裝 袋1只,毛重1.3270公克,驗前淨	同原審判決 附表編號四

		重1.0630公克，鑑驗取用0.0005公克，驗餘淨重1.0625公克)	
三	玫瑰金包裝之咖啡包120包	含有第三級毒品成分之4-甲基甲基卡西酮及微量5-甲氧基-N-甲基-N-異丙基色胺(含包裝袋120只，毛重共計337.62公克，驗前淨重共計229.62公克，鑑驗取用0.90公克，驗餘淨重共計228.72公克，4-甲基甲基卡西酮純度約6%，純質淨重約共計13.77公克)	同原審判決附表編號五
四	紅色小丑圖樣、黑色包裝之咖啡包33包	含有第三級毒品成分之4-甲基甲基卡西酮及微量硝甲西洋、5-甲氧基-N-甲基-N-異丙基色胺(含包裝袋33只，毛重共計461.41公克，驗前淨重共計429.40公克，鑑驗取用1.10公克，驗餘淨重共計428.30公克，4-甲基甲基卡西酮純度約2%，純質淨重約共計8.58公克)	同原審判決附表編號六