臺灣高等法院刑事判決

114年度上更一字第149號

上　訴　人
即　被　告　許元碩
000000000000000000
000000000000000000

指定辯護人　本院公設辯護人沈芳萍

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113年度訴字第201號，中華民國113年12月17日第一審判決（起訴案號：臺灣新北地方檢察署112年度偵字第38662號），提起上訴，經判決後，由最高法院發回更審，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

事　實

一、許元碩知悉愷他命、3,4-亞甲基雙氧苯基二甲胺戊酮、4-甲基甲基卡西酮、硝甲西泮均為毒品危害防制條例所規定之第三級毒品，不得販賣，因不詳真實姓名、年籍、綽號「頁石」之友人積欠其賭債約新臺幣（下同）60萬元，竟基於意圖販賣而持有第三級毒品之犯意，於民國112年5月4日前某日時許，在新北市○○區河堤旁某處，向「頁石」取得如附表編號1至5所示之大量毒品及附表編號7至12所示之物以抵償上開債務而持有之，自身即欲伺機販賣牟利。嗣於112年5月4日13時20分許，為警持搜索票，在許元碩當時位於新北市○○區○○街00巷0號0樓居所，扣得如附表所示之物，始悉上情。

二、案經新北市政府警察局三重分局報告臺灣新北地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

壹、證據能力部分：

一、本案認定事實所引用屬於傳聞證據之供述部分，檢察官、上

訴人即被告許元碩之辯護人於本院準備期日、審理期日均不爭執其證據能力，並同意引用為證據（見本院卷第62頁至第64頁、第144頁至第147頁），且本院審酌該等證據資料製作時之情況，並無違法不當及證明力明顯過低之情況，認為以之做為證據應屬適當，故依刑事訴訟法第159條之5第1項規定，認均有證據能力。

二、又本案認定事實所引用之非供述證據，並無證據證明係公務員違背法定程序所取得，是依刑事訴訟法第158條之4反面解釋，認均得為證據。

貳、實體部分：

一、訊據被告雖於本院審理期日經合法通知未到庭，但被告前已坦承持有如附表編號1至5所示之第三級毒品，惟矢口否認有何意圖販賣而持有第三級毒品犯行，並辯稱：扣案如附表編號1至5所示毒品都是「頁石」拿來抵債的，這些毒品都是我自己要施用的，並沒有要販賣。在本案不得單以持有大量毒品即認定我有販賣營利意圖。又原判決先認定我係為擔保對「頁石」之債權而持有扣案毒品，卻據此推論我有儘速變現之動機，判決理由矛盾。另不可將販賣第三級毒品之前科作為認定我在本案亦係基於意圖販賣而持有扣案毒品之依據云云。辯護人則為其辯護略以：被告僅成立持有第三級毒品純質淨重5公克以上罪云云。

二、經查：

（一）被告於事實欄所載時、地，向「頁石」取得如附表編號1至5所示之毒品及編號7至12所示之物以抵償「頁石」積欠其之債務而持有之，嗣於112年5月4日13時20分許，為警持臺灣新北地方法院核發之搜索票在新北市○○區○○街00巷0號0樓居所扣得如附表所示之物，且如附表編號1至5所示之物均含第三級毒品成分等事實，有臺灣新北地方法院112年度聲搜字第894號搜索票、新北市政府警察局三重分局搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、扣案物品照片、新北警鑑字第1121087420號現場勘察報告、如附表備註欄所

示之鑑定書等件在卷可稽（見臺灣新北地方檢察署112年度偵字第38662號卷，下稱偵卷第23頁至第28頁、第38頁至第42頁、第96頁至第133頁、第143頁至第144頁、第153頁至第154頁），且為被告所不爭執，是此部分事實首堪認定。

（二）按意圖販賣而持有毒品及單純持有毒品犯罪，其占有毒品之行為自外部觀之並無不同，二者主要之區別在內心意思之變動，而此藏於內心之意思究竟為何，除行為人自白外，本難知悉，自須賴外顯之行為及周遭之事物依論理法則及經驗法則綜合判斷。其中通聯紀錄、帳冊資料固為常見有無販賣意圖之判斷依據，但非必然存在之物。換言之，若依卷存資料已足以推斷有販賣之意圖存在，縱無扣得通聯、帳冊等資料，只須上開判斷與證據法則無違，即難指為違法（最高法院106年度台上字第1292號判決意旨參照）。經查：

1. 被告於警詢時供稱：扣案如附表編號1至5所示之毒品及編號7至12所示之物，均係「頁石」交給我抵押賭債，是以前的賭債，他欠我約5、60萬元，我不記得他交給我的時間，我也忘記要如何聯絡他。扣案如附表編號6所示之愷他命是我的，我自己有施用愷他命，沒有施用毒品咖啡包等語（見偵卷第11頁至第13頁），是被告對於其於何時與「頁石」賭博？以何種方式賭博？債務之數額？何時取得如附表編號1至5所示之毒品及編號7至12所示之物以抵充債務？「頁石」之聯絡方式等與債權債務相關之重要事項，既均表示不復記憶而無法回答，則被告如何能確知該批毒品及工具之價值，與「頁石」所積欠之金額足以相償？況在「頁石」交付如附表編號1至5所示毒品後，被告顯無可能順利找到「頁石」，並由「頁石」清償所積欠之債務後取回該等毒品及工具，顯見「頁石」將上開毒品等交予被告之目的並非如被告所辯係供作被告對其債權之擔保，而係單純以上開毒品及工具向被告清償債務之意，且

被告主觀上亦認其已取得扣案毒品及磅秤、夾鏈分裝袋等物品之所有權，而得任意處分之。

2.次按愷他命為臨床醫藥之鎮痛、麻醉劑，依據文獻記述，一般娛樂使用之肌肉或靜脈注射劑量為1至2mg/kg，鼻吸劑量則為60至100mg，另依據文獻記載有3名成人因為藥物濫用，使用靜脈注射或肌肉注射900至1,000毫克後致死案例（參行政院衛生署管制藥品管理局已改制為【衛生福利部食品藥物管理署】97年12月5日管檢字第0970012197號函示意旨）。查扣案如附表編號5所示之愷他命1包，經送鑑結果，淨重合計94.6508公克，純度76.02%，純質淨重約72.1639公克，數量非微，且若以前揭經鼻吸入粉末、平均1日100毫克（0.1公克）之一般使用劑量計算，則扣案之愷他命足供被告施用約947日（94.6508÷0.1＝946.508，小數點以下四捨五入），長達約2年7月的時間，且縱以上開文獻記載之致死劑量1,000毫克（即1公克）計算，亦可供被告施用95日，即可供被告施用逾3月，加上本案扣案之各種毒品數量總合已逾5,000公克，遠遠超過一般施用毒品者所需，是扣案毒品顯非被告1人於短期內所得施用完畢，佐以被告供稱其自己所有供己施用之愷他命（即如附表編號6所示）重量，與如附表編號5所示愷他命之重量相差甚大，顯見如附表編號5所示之愷他命與被告平常施用之習慣包裝不同，且如附表編號1所示部分，更係以咖啡包之型態稀釋分裝，多達1,691包，亦與通常意圖販賣者，將持有之毒品分裝成咖啡包，以便轉賣牟利之情狀相符。又被告持有扣案毒品之地點為臺灣北部地區，而為警查獲之持有時節為春雨之季，此時氣候潮濕，本不利毒品長期擺放，被告持有如此大量之毒品，存放方式亦未有特殊防潮措施，除有可能發生毒品受潮、變質之保存問題外，在現今政府積極查緝毒品之政策下，被告尚須承擔倘若為警查獲時，持有之毒品將悉數遭沒收之危險，是一般人當不會長期持有如此大量毒品，再加上被告既自承

其沒有施用毒品咖啡包等語甚明，即其並無施用如附表編號1至4所示毒品之需求，則被告取得扣案如附表編號1至5所示毒品既係為了滿足其對「頁石」之債權，豈有不盡快出售上開毒品以變現之理。

3. 再者，被告前因販賣第三級毒品愷他命，經本院判處有期徒刑2年，併科罰金10萬元，緩刑5年確定；復因持有第三級毒品純質淨重二十公克以上及轉讓偽藥愷他命，經臺灣新北地方法院判處有期徒刑4月、3月確定，有被告之法院前案紀錄表1份在卷可考（見本院卷第29頁至第40頁），故依據上開事實確堪認被告確實有轉手、販賣或轉讓毒品之管道，而得以交易毒品之方式將本案扣案毒品等變現獲利等情，且被告同時收受「頁石」交付如附表編號7至8所示之磅秤及夾鏈分裝袋等物品，實可隨時持以分裝毒品以供販售，益徵被告持有如附表編號1至5所示毒品，在其主觀上確具有伺機出售以牟利之故意。從而，本院並非僅依據被告之前案紀錄，便認定被告係基於意圖販賣而持有扣案毒品等情，而係綜合上揭各項證據所為。因此，被告上訴所辯：不可將被告販賣第三級毒品之前科作為認定其在本案亦係基於意圖販賣而持有扣案毒品之依據云云，顯刻意簡化推論過程，試圖魚目混珠，當未能採信。

4. 另縱如被告所辯，如附表所示之各項扣案物品，均係綽號「頁石」之人為償還約60萬元賭債所交付等情為真，然衡諸常情，如為抵償該筆金額非少之欠債，自係交付有價值且易於變現之等價或昂貴物品，以供被告變價取償才是，但依被告所稱，「頁石」交付抵償60萬元債務之物，除上開各毒品外，尚另有如附表編號7至11所示之磅秤、夾鏈分裝袋、點鈔機、封口機及研磨機等物，而此等物品均屬極為常見之一般分裝、清點金錢工具，實非屬易於流通、變現，以供換價取償之物，反係屬販賣毒品者常持以秤重、分裝毒品、清點販毒收入所用之物，故被告上開辯解與經驗法則不符，已難遽採。又意圖販賣而持有毒品罪之

成立，並不以查得被告與第三人之通訊監察紀錄或譯文，或有第三人曾撥打電話詢價，或以其他方式向被告聯絡購買毒品等事證為必要之證明方法。是本案依上揭證據資料互相補強印證，已足認定被告有意圖販賣而持有毒品之犯罪事實。至被告上訴雖辯稱：原審判決先認定我係為擔保對「頁石」之債權而持有扣案毒品，卻據此推論我有儘速變現之動機，判決理由矛盾云云，然「頁石」將如附表編號1至5所示毒品等物交予被告之目的並非供作被告對其債權之擔保，而係以上開毒品向被告直接清償債務之事實，已如前述，因此被告上揭辯詞所持「係為擔保對『頁石』之債權方持有扣案毒品」之前提並不存在，自無所謂理由矛盾之情事，故被告此部分所辯，顯屬無稽，並不可採。

（三）再販賣毒品係違法行為，非可公然為之，且有其獨特之販售通路及管道，復無公定價格，容易增減分裝之份量，而每次買賣之價量，可能隨時依雙方關係深淺、資力、需求量及對行情之認知、來源是否充裕、查緝鬆嚴、購買者被查獲時供述購買對象之可能風險評估等，而異其標準，非可一概而論。本件固無從逕憑卷證資料而推認被告可能獲致之具體利潤金額為何，然近年來政府為杜絕毒品之氾濫，對於查緝施用及販賣毒品之工作，無不嚴加執行，販賣毒品罪又係重罪，若無利可圖，衡情一般持有毒品之人當無輕易將所持有之毒品轉售他人而甘冒於再次向他人購買時，被查獲移送法辦並受長期自由刑或生命刑剝奪危險之理，且不論係以何包裝之毒品，均可任意分裝或增減其份量，而每次買賣之價量，亦隨前開因素而為機動地調整，因之販賣之利得，除經坦承犯行，或帳冊價量均臻明確外，委難察得實情。職是之故，縱未確切查得販賣所得賺取之實際差價，但除別有事證，足認係按同一價格轉讓，確未牟利外，尚難執此即認非法販賣之事證有所不足，致知過坦承者難辭重典，飾詞否認者反得逞僥倖，而

失情理之平。經查，被告於行為時為32歲之成年人，自述高中肄業之教育程度（見原審卷第161頁），並曾有違反毒品危害防制條例之前科紀錄，對於毒品價格昂貴，取得不易，毒品交易為政府檢警機關嚴予取締之犯罪，法律並就此設有重典處罰等情，當知之甚稔，被告取得本案如附表編號1至5所示之大量毒品後，若非為圖牟利，應無甘冒被查緝法辦重刑之風險，平白無端義務以成本價轉讓與他人之理，是被告於取得扣案毒品，並伺機轉賣他人時，即有販賣營利之意圖，已昭然若揭，進而被告上訴所辯：在本案不得單以持有大量毒品即認定其有販賣營利意圖云云，顯有誤會，不足採信。綜上，被告基於營利之意圖而持有扣案如附表編號1至5所示毒品，欲伺機販賣牟利之事實，已臻明確。

三、綜上，本件事證已臻明確，且被告及辯護人上揭辯詞，並不足採，故被告上揭意圖販賣而持有第三級毒品之犯行，堪以認定，應依法論科。

四、論罪部分：

（一）按行為人意圖營利而購入毒品，在尚未尋找買主前，即為警查獲，其主觀上雖有營利之意圖，客觀上亦有購入毒品之行為，但其既未對外銷售，亦無向外行銷之著手販賣行為，自難認已著手實行販賣毒品，應論以意圖販賣而持有毒品罪（最高法院109年度台上字第4861號刑事判決）。是核被告所為，係犯毒品危害防制條例第5條第3項之意圖販賣而持有第三級毒品罪。被告持有逾量第三級毒品之低度行為，為意圖販賣而持有第三級毒品之高度行為吸收，不另論罪。

（二）公訴意旨雖認被告所為應論以毒品危害防制條例第9條第3項、第5條第2項、第3項之意圖販賣而持有混合二種以上不同級毒品罪嫌等旨。惟按刑法上所謂「客觀處罰條件」，係在犯罪不法構成要件以外所附加之可罰性要件，一旦作為處罰條件之客觀事實存在，縱使行為人主觀上對

此事實並無認識或預見，仍不影響於該罪之成立。是客觀處罰條件不同於客觀不法構成要件要素，其事由本身因不具有犯罪之不法內涵，僅因立法者基於刑事政策比例原則及可罰性之考量，而特設之刑罰限制條件，以提高國家發動刑罰權之門檻。易言之，倘特定事由乃犯罪行為之不法內涵者，即屬客觀不法構成要件要素，不能誤為「客觀處罰條件」，而忽略行為人對此不法構成要件事由主觀上並無故意，而仍予處罰；否則，不啻曲解立法者基於比例（即可罰性）與刑罰謙抑原則特設「客觀處罰條件」以限制刑罰權之原意，更使主觀上對不法構成要件事實欠缺故意甚或無過失之人，均可能因無從預見之客觀不法事實的偶然發生而蒙受刑事處罰，顯與刑法第12條所定之罪責原則相悖離。毒品危害防制條例於109年1月15日公布增訂第9條第3項：「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。」並自同年7月15日起施行。其中，行為人如犯同條例第4至8條之罪而混合二種級別以上之毒品者，例如，販賣混合第三級及第四級毒品之咖啡包，係結合同條例第4條第3項、第4項原本獨立成罪之犯罪行為而另行成立販賣第三級毒品而混合二種以上毒品之新罪名，應適用販賣第三級毒品罪之法定刑，並加重其刑至二分之一；如屬同一級別者，因無從比較高低級別，則依各該級別毒品所定之法定刑，加重其刑至二分之一。且混合毒品因成分複雜，施用後所造成之危險性及致死率均高於施用單一種類毒品者，故立法者增訂本條並以加重其刑之立法方式，期能遏止新興混合式毒品之擴散，以維護國民身心健康。是本罪關於「混合二種以上之毒品」之規定，具有不同於同條例第4至8條所定單一種類毒品犯罪之不法內涵，顯係屬客觀不法構成要件要素，而非所謂「客觀處罰條件」至明。是行為人販賣毒品，主觀上必須對於毒品混合有二種以上之客觀不法構成要件要素具有直接或間接故意，始能成立本

罪（最高法院111年度台上字第5256號刑事判決可資參照）。經查，扣案如附表編號2至4所示之毒品，均檢出含有混合二種以上同級或不同級之毒品成分，然毒品咖啡包或藥錠內是否確含二種以上同級或不同級之混合毒品，非屬必然，非經科學鑑定無從得知，已難遽認被告對此有所認識或預見。且如前所述，被告既自陳其僅有施用愷他命，未施用如附表編號1至4所示毒品之事實，即亦難認被告可透過自身施用之感覺及經驗而知悉如附表編號1至4所示毒品之成分。再觀諸如附表所示之鑑驗結果，可悉扣案如附表編號2所示毒品成分為第三級毒品4-甲基甲基卡西酮與微量（即純度未達1%）第三級毒品甲基-N,N-二甲基卡西酮，如附表編號3所示毒品成分為第三級毒品硝甲西泮與微量（即純度未達1%）第四級毒品硝西泮，如附表編號4所示毒品成分為微量（即純度未達1%）第二級毒品甲基安非他命、微量（即純度未達1%）第三級毒品硝甲西泮與微量（即純度未達1%）第四級毒品硝西泮等情，便可見如附表編號2至4所示毒品內所摻雜之同級或不同級毒品成分數量甚微，雖依據被告前案販賣及轉讓愷他命、持有愷他命及咖啡包經法院論罪科刑之經驗，本院認定被告雖應能知悉「頁石」一次交付如附表編號1至5所示之物至少均含第三級毒品成分，惟尚無其他積極事證足資證明被告對於所持有欲販賣如附表編號4所示之物含有第二級毒品成分、如附表編號2至4所示之毒品有二種以上毒品成分等事項有所認識或預見，自不得遽以毒品危害防制條例第9條第3項、第5條第2項等較重罪名相繩，爰於不妨礙被告防禦權之情況下，依法變更起訴法條。

五、上訴之判斷：

（一）原審同前開有罪之認定，以被告罪證明確，適用毒品危害防制條例第5條第3項等規定，並以行為人之責任為基礎，審酌被告知悉毒品戕害國人身心甚鉅，卻仍無視政府杜絕毒品之禁令，貪圖不法利益，向他人取得扣案如附表編號

1至5所示大量毒品，並欲伺機販賣，雖未流入市面即遭查獲，但對於國民健康之潛在危害甚鉅，行為應予非難，兼衡被告之前科素行、自承之智識程度、家庭經濟、生活狀況、犯罪之動機、目的、手段、意圖販賣而持有之毒品數量、未實際獲取價金，及犯後否認犯行之態度等一切情狀，量處有期徒刑3年6月，並就沒收部分，說明：扣案如附表編號1至5所示之物，經鑑定均含第三級毒品成分，屬本案查獲之違禁物，除於鑑驗時已耗用滅失部分外，不問屬於犯罪行為人與否，均應依刑法第38條第1項規定宣告沒收；包裝上開毒品之外包裝袋，以現今所採行之鑑驗析離方式，袋內將殘留微量毒品，客觀上無從完全析離，且無析離實益與必要，應與殘留之毒品整體視為毒品，併予諭知沒收。至附表編號6所示之愷他命，屬本案查獲被告施用或持有（未成罪）之第三級毒品，應依行政程序沒入銷燬，而不予宣告沒收。又扣案如附表編號7至8所示之物，為供本案犯行所用之物，應依毒品危害防制條例第19條第1項規定宣告沒收。至其餘扣押物品，卷內並無證據證明與本案犯罪行為具有關聯性，均爰不諭知沒收等旨。經核認事用法均無違誤，量刑及沒收部分之判斷亦均稱妥適。

（二）被告雖上訴否認犯行，仍執前詞指謫原判決不當，然被告確成立意圖販賣而持有第三級毒品罪，及前揭被告及辯護人所為之答辯，均不足採信等節，業據本院一一論駁如上，被告上訴之詞顯係對於原審取捨證據及判斷其證明力，與法律適用等職權行使，仍持己見為不同之評價、推論，而指摘原審判決違法，自難認有理由，應予駁回。

六、被告經本院合法傳喚無正當理由未到庭，爰不待其陳述，逕行判決。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條、第371條，判決如主文。

本案經臺灣新北地方檢察署檢察官莊勝博提起公訴，臺灣高等檢察署檢察官林俊傑到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　24　　日

刑事第六庭　審判長法　官　黎惠萍

法　官　郭峻豪

法　官　葉力旗

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，其未敘述上訴之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　王心琳

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　24　　日

附錄：本案論罪科刑法條全文

（一）毒品危害防制條例第5條

意圖販賣而持有第一級毒品者，處無期徒刑或10年以上有期徒刑，得併科新臺幣7百萬元以下罰金。

意圖販賣而持有第二級毒品者，處5年以上有期徒刑，得併科新臺幣5百萬元以下罰金。

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，得併科新臺幣3百萬元以下罰金。

意圖販賣而持有第四級毒品或專供製造、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1百萬元以下罰金。

附表：

編號	毒品種類	鑑驗結果	備註
1	紅/白色包裝咖啡包1691包（淨重合計4785.62公克，驗餘淨重合計4785.04公克）	檢出第三級毒品3,4-亞甲基雙氧苯基二甲胺戊酮成分，推估含3,4-亞甲基雙氧苯基二甲胺戊酮之驗前純質淨重約143.56公克	內政部警政署刑事警察局112年8月31日刑理字第0000000000號鑑定書
2	彩色咖啡包1包（驗前淨重3.03公克，驗餘淨重2.21公克）	檢出第三級毒品4-甲基甲基卡西酮及微量第三級毒品甲基-N,N-二甲基卡西酮等成分，推估含4	同上

		-甲基甲基卡西酮之驗前純質淨重約0.18公克	
3	淡橘色圓形藥錠1480顆（淨重合計280.7公克，驗餘淨重合計280.32公克）	檢出第三級毒品硝甲西泮、微量第四級毒品硝西泮等成分，推估含硝甲西泮之驗前純質淨重約8.42公克	同上
4	綠色圓形藥錠9顆（淨重合計9.41公克，驗餘淨重合計8.37公克）	檢出微量第二級毒品甲基安非他命、微量第三級毒品硝甲西泮、微量第四級毒品硝西泮等成分	同上
5	白色晶體1包（淨重94.7033公克，驗餘淨重94.6508公克）	檢出含第三級毒品愷他命成分，純質淨重約72.1639公克	臺北榮民總醫院112年6月28日北榮毒鑑字第00000000號毒品成分鑑定書、00000000-0號毒品純度鑑定書
6	白色晶體1包（淨重0.3908公克，驗餘淨重0.3603公克）	檢出含第三級毒品愷他命成分，純質淨重約0.2919公克	同上
7	磅秤2台		
8	夾鏈分裝袋3包		
9	點鈔機1台		
10	封口機1台		
11	研磨機1台		
12	淡黃色粉末1罐	未檢出毒品成分	內政部警政署刑事警察局112年8月31日刑理字第0000000000號鑑定書
13	摺疊刀2把		

14	防彈衣1件		
15	球棒8支		
16	帳本1本		
17	辣椒水6個		
18	手機3台		
19	現金新臺幣33萬6,000元		
20	監視器主機1台		
21	監視器螢幕1台		
22	監視器鏡頭4台		
23	K盤1個		