

臺灣高等法院臺南分院刑事判決

114年度上更一字第35號

上訴人 臺灣臺南地方檢察署檢察官

被告 鄭榮立

選任辯護人 陳韋廷律師

查名邦律師

上列上訴人因被告毒品危害防制條例案件，不服臺灣臺南地方法院112年度訴字第394號中華民國112年10月25日第一審判決（起訴案號：臺灣臺南地方檢察署111年度偵字第11359號），提起上訴，本院判決後，經最高法院發回更審，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

鄭○○意圖販賣而持有第一級毒品，處有期徒刑伍年貳月。扣案之第一級毒品海洛因肆塊（驗餘淨重124.15公克，純質淨重98.18公克）及海洛因粉末壹包（驗餘淨重1.45公克，純質淨重0.35公克）暨盛裝上開毒品之包裝袋伍只，均沒收銷燬之。

理 由

一、鄭○○明知海洛因係毒品危害防制條例第2條第2項第1款所列管之第一級毒品，未經許可不得持有、販賣，竟基於意圖販賣第一級毒品以營利之犯意，於民國111年4月間某日時許，在國立高雄○○○○大學附近，以新臺幣（下同）60萬元之代價，向身分不詳、綽號「阿偉」之人（無證據證明為未成年人）購入純質淨重10公克以上之第一級毒品海洛而持有之，以伺機販賣牟利，然尚未及著手販賣，嗣於111年4月29日7時10分許，員警持臺灣臺南地方法院核發之搜索票，至其位於臺南市○○區○○路0段000號之住所執行搜索，扣得鄭○○持有之碎塊狀之海洛因4塊（均以包裝袋盛裝，驗前淨重合計124.18公克，驗餘淨重124.15公克，空包裝總重29.18公克，純度79.06%，純質淨重98.18公克）、粉末狀之海洛因1包（驗前淨重1.45公克，驗餘淨重1.45公克，空包裝重0.30公克，純度23.83%，純質淨重0.35公克）【上開扣

案海洛因之純質淨重合計為98.53公克】等物，而查悉上情。

二、案經臺南市政府警察局永康分局報告臺灣臺南地方檢察署檢察官偵查起訴。

理 由

壹、證據能力部分

一、按被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據，刑事訴訟法第159條第1項固定有明文。惟被告以外之人於審判外之陳述，雖不符同法第159條之1至同條之4之規定，而經當事人於審判程序同意作為證據，法院審酌該言詞或書面陳述作成時之情況，認為適當者，亦得為證據；又當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有第159條第1項不得為證據之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同意，同法第159條之5第1項、第2項亦有明文規定。經查，本件以下所引用之供述證據，檢察官、被告及辯護人於本院準備程序期日、審判期日均同意有證據能力（見本院卷第104至107、154至155頁），且迄至言詞辯論終結前均未聲明異議，而本院審酌上開供述證據製作時之情況，尚無不當取供及證明力明顯過低之瑕疵，認以之作為證據應屬適當，揆諸前開規定，本院認均有證據能力。

二、又本判決所引用之非供述證據，並無證據顯示係公務員違背法定程序所取得，亦無顯不可信之情況，且經本院於審理期日逐一提示而為合法調查，自均得作為本案認定犯罪事實之證據，合先敘明。

貳、實體部分

一、認定犯罪事實所憑之證據及理由：

（一）訊據上訴人即被告鄭○○（下稱被告）固坦承有以60萬元之代價，自「阿偉」處取得扣案之第一級毒品海洛因等情，然否認有何意圖販賣而持有第一級毒品海洛因之犯行，辯稱：我買回來只是要供自己吸食，沒有要販賣的意思等語。

01 (二)經查：

02 1.被告於111年4月間某日，在國立高雄○○○○大學附近，以
03 60萬元之價格，向真實姓名年籍不詳、綽號「阿偉」之男子
04 購入以保鮮膜包裹之海洛因數塊，並於111年4月29日7時10
05 分許，在臺南市○○區○○路○段000號居所為警搜索查
06 獲，當場扣得塊狀之海洛因4塊（驗前淨重合計124.18公
07 克）、海洛因1包（驗前淨重1.45公克）、分裝袋1批、分裝
08 勺2支、磅秤1臺、刮卡1片、手機3支等情，迭據被告於偵
09 訊、原審及本院審理中供承在卷（見偵卷第31至36、139至1
10 42頁，原審卷第128、225至226頁，本院卷第108、160至161
11 頁），並有原審法院111年聲搜字第453號搜索票、臺南市政
12 府警察局永康分局搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表及收據、
13 扣案物品照片及碎塊4包、粉末1包扣案可佐；而扣案之碎塊
14 狀檢品4包及粉末1包，經送鑑定，均檢出海洛因成分，此有
15 法務部調查局濫用藥物實驗室111年7月4日調科壹字第11123
16 013860號鑑定書存卷可佐（見偵卷第105頁）。是被告於上
17 開時、地，以60萬元之價格，向「阿偉」購買上開扣案之海
18 洛因後持有之，並於111年4月29日7時10分許為警查獲其持
19 有上開海洛因之事實，堪予認定。

20 2.被告辯稱其購入扣案之海洛因毒品，僅係供自己施用，並無
21 賣出以營利之意圖等語。則本件所應究明者，為被告持有本
22 案毒品，是否係為意圖販賣而持有之，茲分述如下：

23 (1)被告經扣案海洛因中塊狀部分合計淨重124.18公克，純度7
24 9.06%，純質淨重98.18公克；粉末狀部分淨重1.45公克，純
25 度23.83%，純質淨重0.35公克等情，有法務部調查局濫用藥
26 物實驗室鑑定書可憑（見偵卷第105頁），堪認被告持有之
27 海洛因數量非少、純度甚高。而海洛因一般劑量為每4小時5
28 至10毫克，估計其最低致死劑量為200毫克，若單次施用超
29 過該劑量，即有致命之可能等情，有行政院衛生署管制藥品
30 管理局（現改制為行政院衛生福利部食品藥物管理署）管檢
31 字第0970012150號、0970006063號、0970002508號、095000

9438號、0950004895號函在卷可佐（見偵卷第153至161頁）。而依此上開科學文獻推算，施用海洛因之人，其每人每天之一般施用量至多應為（24小時÷4 小時）×10毫克＝60毫克（即0.06公克），則以被告一次以60萬元購入98.53公克即98530毫克之海洛因計算，可施用天數達1642天（98.53÷0.06＝1642.16），已將近長達4年半之時間，數量遠遠超過一般供已施用者所會購入之數量及使用期間，尚難認被告購入上開海洛因毒品，其目的僅係供自己全數施用。

(2)又被告於偵查中供稱：其每日大概都施用半錢約2公克的海洛因1次（見偵卷第140頁）；於原審審理中供稱：其係將海洛因放入香菸內施用，1天差不多抽放有海洛因的香菸20根（見原審卷第227頁）；於本院前審供稱：不可能1次施用2公克，是1天約施用半錢。其每天大概用20幾次，約1包多的香菸等語（見本院前審卷第77頁）。就其每日所施用之2公克海洛因，究是1次施用，或分約20次施用，先後陳述不同，所述是否屬實，尚非無疑。再佐以被告另於偵查中供稱：其並未住在臺南市○○區○○路0段000號，該處是其前妻承租，並分租給鄭全欽。警方搜索當天，其正好至該處找鄭全欽等語（見偵卷第32、140頁）。雖被告及辯護人於本院審理中辯稱該處是被告與前妻同居的處所云云（見本院卷第103、162頁），然其所辯與其偵查中所述有所出入，且本件查獲之毒品係在鄭全欽房間所查獲，且被告供稱毒品放在身上，因為跟前妻離婚了，所以去睡鄭全欽的房間，當天是剛好在那邊睡著了等語（見偵卷第32頁），足證應以其偵查中所述當天是到該處找鄭全欽等情應較可採，是被告既供稱未住在該址，復已將向「阿偉」購入之海洛因分裝數袋（見原審卷第226至227頁），倘扣案海洛因僅係供其施用，何以不僅攜帶所需之施用量，反將扣案海洛因全數攜至上址，甚且隨身攜帶分裝袋、分裝勺、磅秤及刮卡等物，徒增被查獲之風險，益徵被告所稱購入之扣案海洛因均係供已施用云云，並非無疑。

01 (3)被告固於111年10月13日檢察官偵訊時供稱：（施用安非他
02 命、海洛因頻率？）我每一天大概都是施用半錢約2公克的
03 量一次，安非他命、海洛因都是，這些海洛因的量我大概幾
04 十天就會施用完等語（見偵卷第140、141頁）；於原審自
05 稱：編號2至5每袋海洛因的量大約3.75公克。一個袋子的量
06 大概可以供一天至兩天施用，每一袋的量可供放在20根的香
07 煙抽。編號2至5各袋的海洛因，各袋可供一天抽放置海洛因
08 的香煙20根等語（見原審卷第227頁）。但被告為此等供述
09 時，係在已獲告知其可能觸犯意圖販賣而持有毒品罪嫌之
10 後，是被告已意識到其供述內容關涉之爭點利害，其供述之
11 真實性，已堪存疑。且被告所供述之施用量，實遠超出一般
12 施用者之施用劑量，業如前述。佐以被告除有於107年間因
13 施用海洛因遭原審法院裁定送觀察勒戒、強制戒治之前科
14 外，迄本案案發時止之4年間，均未曾有因施用毒品遭查獲
15 之紀錄，有法院前案紀錄表在卷可參（見本院卷第49至58
16 頁），是本件並無證據證明被告係屬重度施用毒品海洛因成
17 癮之人，自不能以成癮者之標準認定被告每日有如此大量之
18 施用量。況且，被告僅係單純之施用毒品者，其每次施用毒
19 品之目的係為解癮，並非意圖輕生，自無過度施用進價不斐
20 之海洛因之必要（蓋本次超量施用，便會影響日後可施用之
21 量），故亦無從以成癮者之最大耐受度、最低致死施用量
22 （每次200毫克）為被告有利之認定基礎。再者，若被告所
23 為之供述屬實，其每日除睡眠時間外，幾乎每半小時就要施
24 用毒品海洛因1次，則其外出時，為能隨時解癮，理應隨身
25 攜帶毒品及施用工具。然被告於本案遭查獲時，除其向「阿
26 偉」購得之毒品海洛因外，並未在其身上扣得施用毒品之香
27 菸、吸管、打火機或火柴等工具或替代品美沙冬等物，有臺
28 南市政府警察局永康分局搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表及
29 扣押物品收據（見警卷第25至39、43至53頁）、扣案物品照
30 片11張（見警卷第55至65頁）在卷可查，則被告是否確有其
31 所稱毒癮很重之情形，亦屬可疑。

01 (4)復參以海洛因價格昂貴，大量購買須先支付龐大資金，若依
02 被告所述，其幾十天即會施用完60萬元之海洛因，則被告豈
03 非一天即要花費1、2萬元施用海洛因，以滿足其施用之需
04 求，且此尚不包括其另外施用第二級毒品之花費，若非有相
05 當資力，實無可能負擔如此龐大之開銷。而被告於偵查及原
06 審審理中自承：其平時都以10幾萬元向「阿偉」購買海洛
07 因，此次購買60萬元，其中50萬元是向鄭全欽借的。其之前
08 是刺青師傅，月收入不一定，約有10萬元，現在沒有工作，
09 靠之前做生意賺的錢生活，需要扶養太太及2個未成年子女
10 等語（見警卷第8、12頁，偵卷第140頁，原審卷第229
11 頁），可見被告之收入並不穩定，且需負扶養責任，之前亦
12 僅以其每月可能之收入（10萬元）向「阿偉」購買海洛因，
13 則其本次何以一反常態，於自有資金不足之情形下，仍執意
14 向鄭全欽借貸50萬元購買大量海洛因，其目的是否僅供己施
15 用，實啟人疑竇。且海洛因多以鹽酸鹽存在，為白色粉末，
16 可溶於水、乙醇，保存條件容易受到溫度、光線、溼度等環
17 境影響，衡以臺灣氣候潮濕，保存更屬不易，時日久遠即可
18 能變質，平白損失，亦有藏匿不慎而易遭檢警發現查獲之風
19 險，依常理而言，如非有利可圖，一般供己施用者應無甘冒
20 毒品變質巨大風險，大量購入囤積龐大數量第一級毒品之
21 理。則衡情被告應無甘冒毒品可能變質而蒙受巨大財產損失
22 或遭查獲之風險，購入數量顯然超出一般施用者所需用量甚
23 多之海洛因，故被告辯稱扣案之海洛因均係為供己吸食使用
24 而購入等語，應不足採信。

25 (5)又被告於偵查中時供稱：我之前是刺青師傅，在○○路開
26 店，月收入不一定，月收約10萬，店名是「○○」，做10多
27 年了，沒有報稅等語（見偵卷第140頁），以被告之經濟狀
28 況而言，應無負擔一個月多達30萬元龐大施用海洛因開銷之
29 可能，且截至本院言詞辯論終結為止，被告均未提出任何資
30 力證明，以證明其資力可以負擔如此高額之毒品開銷，自難
31 為被告有利之認定。如前所述，本案無論從資金供應觀察或

毒品需求推求，均無從認為被告係為供自己施用而購入扣案之海洛因毒品，如被告確無相當資力，卻於短期內大量購買海洛因毒品，即可合理推論其購入扣案之海洛因毒品，應非單純供自己施用，而有供賣出以營利之意思。

(6)至本件雖無證據足以證明被告取得扣案之毒品海洛因後，有對外銷售或兜售而著手販賣之行為，亦無任何購毒者之指述，且未查獲被告販賣毒品之名單或帳冊，員警亦未實施通訊監察得悉被告與他人有何販毒對話而查獲，然上開各節，均僅屬判斷被告有無著手對外為銷售行為、是否成立販賣毒品既、未遂之證據資料，而與是否意圖販賣而持有毒品並無必然之關聯性。依前述說明，無由否定被告具有營利之意圖。

3.次按行為人意圖營利而購入毒品，其主觀上雖認知係為銷售營利，客觀上並有購入毒品之行為，惟仍須對外銷售，始為販賣行為之具體實現。此之對外銷售，自買賣毒品之二面關係以觀，固須藉由如通訊設備或親洽面談與買方聯繫交易，方能供買方看貨或與之議價，以實現對特定或可得特定之買方銷售；至於對不特定人或特定多數人行銷，進行宣傳、廣告，以招攬買主之情形（例如在網路上或通訊軟體「LINE」群組，發布銷售毒品之訊息以求售），因銷售毒品之型態日新月異，尤以現今網際網路發達，透過電子媒體或網路方式宣傳販毒之訊息，使毒品之散布更為迅速，依一般社會通念，其惡性已對於販賣毒品罪所要保護整體國民身心健康之法益，形成直接危險，固得認開始實行足以與販賣毒品罪構成要件之實現具有必要關聯性之行為，已達著手販賣階段；然行為人意圖營利而購入毒品後，在尚未尋找買主前，即為警查獲，既未對外銷售或行銷，難認其意圖營利而購入毒品之行為，與該罪之構成要件實現具有必要關聯性，即非屬著手販賣之行為，應僅成立意圖販賣而持有毒品罪。綜上，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年度台上大字第4861號裁定意旨參照）。故認被告主觀上雖有販賣毒品以營利之意圖，客觀上亦有持有第一級毒品之行為，然綜觀全卷並無證據可認被告係因買主之要約而購入毒品，或業已對外銷售第一級毒品之著手販賣行為，自難認被告已著手實行販賣毒品，依前開說明，應僅成立意圖販賣而持有第一級毒品罪。

(三)綜合上述各項證據及理由，被告以營利之目的，購入扣案之海洛因毒品，惟尚未對外銷售，亦無向外行銷之著手販賣行為，即為警查獲，其意圖販賣而持有第一級毒品之犯行，堪以認定，應依法論科。

二、論罪及刑之減輕部分：

(一)本件被告取得毒品後，在尚未尋找買主前，即為警查獲，卷內尚無其他證據可認其已著手為對外銷售、行銷，業經認定如前，則被告因無已著手為與販賣之構成要件實現具有必要關連性之行為，尚難認定被告就販賣行為已然著手，並無積極證據證明被告有聯繫、尋找買主之行為，其既然尚未對外行銷或販售，即為警查獲，故被告上開行為，應論以毒品危害防制條例第5條第1項之意圖販賣而持有第一級毒品罪。另被告持有第一級毒品純質淨重20公克以上之低度行為，為意圖販賣而持有之高度行為所吸收，不另論罪。

(二)是否適用刑法第59條之說明：

1.按犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，得酌量減輕其刑，刑法第59條定有明文。此所謂最低度刑，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其刑後之最低度刑而言。倘被告別有法定減輕事由者，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。又該條所謂「犯罪之情狀」，與同法第57條規定科刑時應審酌之

01 一切情狀，並非有截然不同之領域，於裁判上酌減其刑時，
02 應就犯罪一切情狀（包括第57條所列舉之10款事項），予以
03 全盤考量，審酌其犯罪有無可憫恕之事由（即判例所稱有特殊
04 之原因與環境等等，在客觀上足以引起一般同情，以及宣
05 告法定低度刑，是否猶嫌過重），以為判斷（最高法院102
06 年台上字第2513號判決意旨參照）。次按意圖販賣而持有第
07 一級毒品罪之法定刑為處無期徒刑或10年以上有期徒刑，得
08 併科新臺幣7百萬元以下罰金，其法定刑甚重。然同為意圖
09 販賣而持有第一級毒品之人，其原因動機不一，犯罪情節未
10 必盡同，其行為所造成危害社會之程度亦非可等量齊觀，倘
11 依其情狀處以相當之有期徒刑，即足以懲儆，並可達防衛社
12 會之目的者，自非不可依客觀之犯行與主觀之惡性二者加以
13 考量其情狀，是否有可憫恕之處，適用刑法第59條之規定酌
14 量減輕其刑，期使個案裁判之量刑，能斟酌至當，符合比例
15 原則。

16 2.查被告本件意圖販賣而持有第一級毒品之犯行固應嚴予非
17 難，然被告持有當月即為警查獲，其意圖販賣而持有毒品之
18 時間非長，復無事證足認其係毒品之大盤或中盤，而被告所
19 犯意圖販賣而持有第一級毒品罪，其法定刑為無期徒刑或10
20 年以上有期徒刑，實不可謂為不重，且本件因被告否認犯
21 行，並無任何可資減輕之事由，課處最低度刑猶嫌過重，堪
22 認有情輕法重之失衡現象，尚有堪可憫恕之情狀，為使其量
23 刑斟酌至當，符合比例原則，爰就被告本件犯行，依刑法第
24 59條之規定酌量減輕其刑。

25 三、撤銷改判之理由及量刑：

26 (一)原判決諭知本件免訴，固非無見。惟查：被告基於意圖販賣
27 而持有第一級毒品之犯意，於111年4月間某日某時許，向
28 「阿偉」購入上開第一級毒品海洛因而持有之，嗣於持有
29 中，取少量的海洛因（少於0.1公克）施用，而犯前案之毒
30 品危害防制條例第10條第1項之施用第一級毒品罪犯行，惟
31 被告仍繼續意圖販賣而持有其餘海洛因，則參諸上開說明，

01 該其餘海洛因，既非供前案之該次施用毒品所用，且施用第
02 第一級毒品罪之不法與罪責內涵，不足以涵蓋意圖販賣而持有
03 第一級毒品罪，則前案之施用海洛因行為所得吸收者，應僅
04 以供該次施用而持有之少量海洛因為限，而不及於被告意圖
05 販賣持有其餘海洛因之犯行，因此，被告上開持有海洛因之
06 行為，應評價為違反毒品危害防制條例第5條第1項之意圖販
07 賣而持有第一級毒品罪，不為其施用海洛因之行為所吸收。
08 亦難認被告繼續意圖販賣而持有其餘海洛因，與前案之施用
09 犯行有何高低度吸收之實質上一罪關係，應按數罪併罰之例
10 予以分論併罰。原判決認為被告本案意圖販賣而持有海洛因
11 行為，應為前案施用海洛因行為所吸收而不另論罪，且因前
12 案施用第一級毒品罪已經判決確定，其既判力及於本案持有
13 第一級毒品純質淨重10公克以上罪，因而諭知本件免訴，自
14 有未洽。檢察官上訴意旨指摘原審判決為免訴判決為不當，
15 為有理由，原審判決自屬無可維持，應由本院予以撤銷改
16 判。

17 (二)爰審酌被告前於107年間有施用毒品之前科紀錄，本次所為
18 犯行，購入毒品之數量非少，純度亦高，倘流入市面，毒害
19 所及，既深且廣，其潛在危險性頗高，幸未及著手販賣即為
20 警查獲，尚未對社會大眾產生具體之損害，被告犯後否認犯
21 行，無視於其辯詞之不合理性，始終以自己施用置辯，難認
22 具有悔意，及被告於原審審判時自陳之學經歷、工作、家庭
23 狀況(見原審卷第229頁)等一切情狀，量處如主文第2項所示
24 之刑。

25 四、沒收部分：

26 (一)按查獲之第一、二級毒品及專供製作或施用第一、二級毒品
27 之器具，不問屬於犯罪行為人與否，均沒收銷燬之。又違禁
28 物或專科沒收之物得單獨宣告沒收，毒品危害防制條例第18
29 條第1項前段、刑法第40條第2項分別定有明文。

30 (二)經查，扣案之塊狀海洛因4塊（均以包裝袋盛裝，驗餘淨重1
31 24.15公克，純質淨重98.18公克）及海洛因粉末1包（驗餘

01 淨重1.45公克，純質淨重0.35公克），均係經查獲之第一級
02 毒品，且上開毒品之包裝袋5只，因無論以何種方式析離，
03 包裝袋內均有極微量之毒品殘留而無法與所盛裝之毒品剝
04 離，均應整體分別視為查獲之第一級毒品，一併依毒品危害
05 防制條例第18條第1項前段之規定沒收銷燬之。至於鑑驗所
06 耗損之海洛因既已滅失，即無庸宣告沒收銷燬。

07 (三)其餘扣案之分裝袋1批、分裝勺2支、磅秤1臺、刮卡1片、手
08 機3支等，因無事證證明係屬違禁物或與被告本案犯行有
09 關，亦不併予宣告沒收之。

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

12 本案經臺灣臺南地方檢察署檢察官張芳綾提起公訴、同署檢察官
13 郭俊男提起上訴，臺灣高等檢察署臺南檢察分署檢察官葉耿旭到
14 庭執行職務。

15 中 華 民 國 114 年 8 月 27 日

16 刑事第五庭 審判長法官 郭玫利

17 法官 林臻嫻

18 法官 曾子珍

19 以上正本證明與原本無異。

20 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
21 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（
22 均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

23 書記官 蔡双財

24 中 華 民 國 114 年 8 月 27 日

25 附錄本案論罪法條：

26 毒品危害防制條例第5條第1項

27 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
28 刑，得併科新臺幣7百萬元以下罰金。