

裁判字號：最高法院 102 年台上字第 2961 號刑事判決

裁判日期：民國 102 年 07 月 25 日

裁判案由：違反毒品危害防制條例

最高法院刑事判決 一〇二年度台上字第二九六一號

上訴人 張忠哲

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服台灣高等法院中華民國一〇一年二月十六日第二審判決（一〇〇年度上訴字第二八五八號，起訴案號：台灣桃園地方法院檢察署九十九年度偵字第一七一號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原審及第一審關於販賣第二級毒品部分之判決均撤銷。

張忠哲販賣第二級毒品，未遂，處有期徒刑伍年貳月。扣案如附表二編號1所示之第二級毒品MDMA沒收銷燬，扣案如附表二編號2所示之物沒收。

理 由

本件原判決認定：上訴人張忠哲意圖營利，基於販賣第二級毒品MDMA（3,4-亞甲基雙氧甲基安非他命，俗稱搖頭丸）之犯意，於附表一所示之時間，以搭配門號0000000000號使用之NOKIA牌2610 型行動電話（下稱系爭行動電話），發送「感謝大家愛黛（戴），請大家告訴大家，你們兄弟阿哲開專線了希望有你們的相挺，如有需要烤綠乳鴿請打這支0000000000專線24小時為各位服務」之簡訊內容（下稱系爭簡訊，以暗示之方式兜售前揭毒品），予如附表一所示各行動電話門號之使用人後，於民國九十八年十二月五日或六日之某時，在桃園縣中壢市○○路○○○號凱悅視聽歌城有限公司中壢店樓下某處，向真實姓名、年籍不詳，綽號「小偉」之成年男子，以新台幣（下同）二萬一千元之價格，販入第二級毒品MDMA共六十顆，欲販賣予不特定人牟利。尚未販出，即於九十八年十二月七日晚間七時三十七分許，在桃園縣中壢市○○路○○○號前為警查獲，並扣得如附表二編號1所示之MDMA六十顆，及其所有供本件犯罪所用如附表二編號2所示之物等情。係以：上訴人於上揭時、地向「小偉」購入MDMA六十顆之事實，業據上訴人供認不諱，並有扣案之MDMA六十顆及搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、刑案現場照片可稽。扣案之MDMA經鑑定結果，確檢出第二級毒品MDMA成分，亦有行政院衛生署食品藥物管理局之檢驗報告書可憑。上訴人持有經扣案之系爭行動電話，確曾於附表一所示之時間，發送系爭簡訊予附表一所示行動電話門號之使用人等情，亦據證人鍾瑞鑒、洪傳恩、曾俊瑋、鄧福坤、鍾承鈞於偵查中證述明確，並有扣案之上開行動電話發送系爭簡訊清冊明細表、行動電話門號申請登記資料、雙向通聯紀錄查詢及內政部警政署刑事警察局之鑑識報告資料在卷足憑。

上訴人雖否認基於意圖營利而販入上開MDMA六十顆之犯行，辯稱：其購入系爭MDMA，係為生日派對無償提供友人助興之用，系爭簡訊亦非其發送，扣案之系爭行動電話係友人「龍哥」遺忘在其住處者云云。然而：(一)、鍾承鈞收受系爭簡訊後，曾回撥系爭行動電話門號，並於電話中與上訴人聯繫確認該簡訊係上訴人所發送等情，業據鍾承鈞分別於偵、審中證述綦詳。曾俊瑋於偵、審時亦證稱：系爭簡訊係上訴人發送，上訴人之綽號係「阿哲」等語明確。自堪認系爭簡訊確係由上訴人所發送。(二)、系爭簡訊係於附表一編號1 至56所示之時間，發送予上述各行動電話之使用人收受，有0000000000號行動電話之雙向通聯紀錄可稽。依上述鑑識資料所載，系爭行動電話內建資料雖顯示系爭簡訊發送時間在九十七年一月一日間，然與上述雙向通聯紀錄記載之實際發送時間不符，再參諸該0000000000號行動電話門號之啟用時間為九十八年十一月十四日，當無在此之前即以該門號發送系爭簡訊之可能，故系爭行動電話內建資料顯示發送系爭簡訊之時間，應係該行動電話內建時間設定產生誤差所致。(三)、上訴人於販入扣案之MDMA前，即大量發送系爭簡訊，而扣案之MDMA藥錠，外觀為淺綠色，一面有飛鴿圖案，核與系爭簡訊描述之「烤綠乳鴿」情形相符（上訴人係以烤綠乳鴿，暗示係上開毒品）。參以MDMA乃政府嚴加查緝之第二級毒品，價格非低，且持有毒品遭查獲之風險極高，一般施用毒品之人多係購買短期內施用所需之數量，以降低花費及遭查獲之風險，上訴人一次花費二萬餘元，大量購入扣案之MDMA，顯非單純供己施用而已，堪認其係基於販賣營利之意圖，而販入扣案之MDMA。至於上訴人發送系爭簡訊之時間，距離其遭查獲時雖已逾十日以上，仍不足憑以認定其並非基於販賣營利之意圖，而販入扣案之MDMA。(四)、證人彭士傑、莊佳芸於原審之證言，僅能證明上訴人曾邀約其等於九十八年十二月八日參加上訴人之生日派對，且其等並分別證稱：上訴人並未提及生日派對上可能供應毒品，及上訴人先前之生日派對，未曾無償供應毒品供人施用等語，該二人之證言，自不足為有利於上訴人之論據。上訴人辯稱：其購入扣案之MDMA，係為生日派對無償提供友人助興之用云云，顯無可採。(五)、上訴人雖否認發送系爭簡訊，並辯稱：系爭行動電話係「龍哥」遺忘在其住處，非其使用（按第0000000000號行動電話門號之申請名義人為劉仁光），或係有人冒名「阿哲」發送系爭簡訊云云。然系爭簡訊確係上訴人所發送，已詳如前述。而上訴人始終未能舉出「龍哥」之真實姓名、年籍資料以供查證，且本身另持用0000000000、0000000000號兩支行動電話，而其遭查獲時，竟又同時隨身攜帶系爭行動電話，自堪認系爭行動電話係由上訴人支配使用，其此部分所辯亦無可採等情。因認本件事證明確，上訴人確有上揭意圖營利而販入扣案之MDMA，於尚未販出即遭查獲之犯行，為其所憑之證據及認定之理由。並敘明上訴人所為，係犯毒品危害防制條例第四條第二項之販賣第二級毒品罪。其販賣前持有第二級毒品MDMA之低度行為，為販

賣之高度行為所吸收，不另論罪。公訴意旨認上訴人係犯毒品危害防制條例第五條第二項之意圖販賣而持有第二級毒品罪，尚有未合，惟起訴之基本社會事實同一，爰變更起訴法條。因而維持第一審關於適用毒品危害防制條例第四條第二項、第十八條第一項前段、第十九條第一項前段（第一審贅引刑法第十一條），於變更檢察官所引毒品危害防制條例第五條第二項之起訴法條後，論上訴人以販賣第二級毒品罪，審酌其犯行對社會秩序及國人身體健康之潛在危害性甚鉅，犯後否認犯行，並無悔意，暨其品行、犯罪動機、目的、智識程度、生活狀況等一切情狀，量處有期徒刑七年四月。扣案如附表二編號1 所示之第二級毒品MDMA，應依毒品危害防制條例第十八條第一項前段規定沒收銷燬。扣案如附表一編號2 所示之包裝塑膠袋五只，為上訴人所有，供販賣第二級毒品所用之物，應依毒品危害防制條例第十九條第一項前段規定沒收部分之判決，駁回此部分上訴人在第二審之上訴。除後述販賣既、未遂法律見解之部分外，原無不合。上訴人上訴意旨略稱：(一)、上訴人購入扣案之MDMA，確係供生日派對助興之用，並無販賣營利之意圖。至於上訴人邀約彭士傑、莊佳芸時，為防止消息外洩，而未提及將無償供應毒品乙節，事屬當然。原審就此未予審酌，自有不當。(二)、系爭手機確係「龍哥」使用，且一般販毒者發送簡訊兜售毒品時，其對象自應為有施用毒品習慣及不至洩密者。而本件部分收受系爭簡訊之人，已表示不認識上訴人，則本件自係他人冒用「阿哲」名義發送系爭簡訊，並可藉此卸責。原審不採上訴人之上開辯解，有違經驗法則。(三)、上訴人購入之MDMA為六十顆，以十人左右參加生日派對之消耗量而言，一晚即可消耗約四、五十顆，其餘可留供上訴人自行施用。原審以上訴人購入MDMA之數量及金額，認定上訴人有販賣營利意圖，有違經驗法則。(四)、系爭簡訊之發送日期，距離上訴人遭查獲日期為「十二天半」，自難認上訴人係為販賣營利而販入扣案之MDMA。又鍾承鈞回撥系爭簡訊上所載之行動電話，僅詢問接聽者是否為「阿哲」，並未確認該簡訊是否為上訴人所發送；曾俊瑋僅曾收受系爭簡訊，並未求證，其等之證言不足以證明系爭簡訊為上訴人所發送。原審憑以為不利於上訴人之認定，有判決理由不備之違法等語。然查：事實之認定與證據之取捨，乃事實審法院之職權，苟其事實之認定與證據之取捨，與經驗法則或論理法則無違，即不容任意指為違法，而執為上訴第三審之理由。上訴意旨所為前揭之指摘，係對於原判決已說明事項及屬原審採證認事職權之適法行使，持憑己見而為不同之評價，且重為事實之爭執，均難認為有理由。惟查：所謂販賣罪，須有營利之意圖，始足成立，而刑事法律所規範之販賣行為，約有「意圖營利而販入（未及賣出）」、「意圖營利而販入並賣出」、「基於販賣以外之其他原因而持有（例如受贈、施用……等），嗣起意意圖營利而賣出」……等類型。在意圖營利而販入並賣出之場合，係從販入至賣出組成一個完整之販賣行為。於此情形，意圖營利而販入時，即為販賣行為之著手，惟必待賣出將買賣標的物交付於買受人

，該販賣行為始屬完成。至於基於販賣以外之其他原因而持有，嗣起意意圖營利而賣出之情形，當以賣出行為（例如已有求售、議價、收取價金……等之行為），為著手之時點，直至將買賣標的物交付於買受人，始為既遂。在不同之類型，應依各該不同情狀而為判斷，自不待言。本院二十五年非字第一二三號等判例所依憑之禁烟法，已經失效，因判例不合時宜，相關判例經本院決議不再援用（相關決議亦經決議不再供參考）後，毒品危害防制條例所規定之販賣毒品罪，如當事人係意圖營利而販入並有意賣出之類型，當以其意圖營利而販入時，為販賣行為之著手，必待其賣出將毒品交付於買受人，該販賣行為始屬完成。換言之，意圖營利而販入，尚未及賣出者，應論以販賣毒品未遂罪（另倘同時符合意圖販賣而持有毒品罪之構成要件時，有法條競合問題），此為本院最近統一之見解。上訴人意圖營利而販入MDMA，尚未賣出，即遭查獲，揆諸前揭說明，其所為僅止於販賣第二級毒品未遂階段，依刑法第二十五條第二項規定，「得」按既遂犯之刑減輕之。原審未及斟酌上情，維持第一審關於論以販賣第二級毒品既遂罪部分之判決，兩審判決均有適用法則不當之違誤。此為本院得依職權調查之事項，應認上訴人之上訴為有理由。而原判決此部分之違誤，尚不影響於事實之確定，本院可據以為裁判，應由本院將原審及第一審判決關於販賣第二級毒品部分撤銷，並自為判決。爰依刑法第二十五條第二項規定，按既遂犯之刑減輕其刑後，併同原審及第一審審酌上述上訴人犯罪之一切情狀，量處有期徒刑五年二月。扣案如附表二編號1 所示之MDMA，依法宣告沒收銷燬。扣案如附表一編號2 所示之包裝塑膠袋五只，依法宣告沒收，以期適法。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十七條、第三百九十八條第一款、第三百條，毒品危害防制條例第四條第二項、第六項、第十八條第一項前段、第十九條第一項前段，刑法第十一條、第二十五條第二項，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 七 月 二十五 日
最高法院刑事第十庭

審判長法官 陳 世 雄
法官 張 祺 祥
法官 惠 光 霞
法官 黃 仁 松
法官 宋 祺

本件正本證明與原本無異

書 記 官
中 華 民 國 一〇二 年 七 月 二十九 日
V

本案論罪科刑法條全文：

毒品危害防制條例第四條

製造、運輸、販賣第一級毒品者，處死刑或無期徒刑；處無期徒刑者，得併科新臺幣二千萬元以下罰金。

製造、運輸、販賣第二級毒品者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑，得併科新臺幣一千萬元以下罰金。

製造、運輸、販賣第三級毒品者，處五年以上有期徒刑，得併科新臺幣七百萬元以下罰金。

製造、運輸、販賣第四級毒品者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金。

製造、運輸、販賣專供製造或施用毒品之器具者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金。

前五項之未遂犯罰之。

附表一：

編號	發送時間	發送之行動電話門號
1	98年11月25日凌晨2 時36分24秒	0000000000
2	98年11月25日凌晨2 時36分59秒	0000000000
3	98年11月25日凌晨2 時37分22秒	0000000000
4	98年11月25日凌晨2 時38分14秒	0000000000
5	98年11月25日凌晨2 時38分33秒	0000000000
6	98年11月25日凌晨2 時40分43秒	0000000000
7	98年11月25日凌晨2 時42分33秒	0000000000
8	98年11月25日凌晨2 時43分07秒	0000000000
9	98年11月25日凌晨2 時43分22秒	0000000000
10	98年11月25日凌晨2 時43分37秒	0000000000
11	98年11月25日凌晨	0000000000

	晨2 時43分56秒	
12	98年11月25日凌 晨2 時44分14秒	0000000000
13	98年11月25日凌 晨2 時44分34秒	0000000000
14	98年11月25日凌 晨2 時45分16秒	0000000000
15	98年11月25日凌 晨2 時45分34秒	0000000000
16	98年11月25日凌 晨2 時45分48秒	0000000000
17	98年11月25日凌 晨2 時46分09秒	0000000000
18	98年11月25日凌 晨2 時46分24秒	0000000000
19	98年11月25日凌 晨2 時47分37秒	0000000000
20	98年11月25日凌 晨2 時48分02秒	0000000000
21	98年11月25日凌 晨2 時48分29秒	0000000000
22	98年11月25日凌 晨2 時48分45秒	0000000000
23	98年11月25日凌 晨2 時49分30秒	0000000000
24	98年11月25日凌 晨2 時49分43秒	0000000000
25	98年11月25日凌 晨2 時56分30秒	0000000000

26	98年11月25日凌晨2 時57分25秒	0000000000
27	98年11月25日凌晨2 時57分59秒	0000000000
28	98年11月25日凌晨2 時58分12秒	0000000000
29	98年11月25日凌晨2 時58分28秒	0000000000
30	98年11月25日凌晨2 時59分13秒	0000000000
31	98年11月25日凌晨2 時59分37秒	0000000000
32	98年11月25日凌晨2 時59分54秒	0000000000
33	98年11月25日凌晨3 時00分17秒	0000000000
34	98年11月25日凌晨3 時00分56秒	0000000000
35	98年11月25日凌晨3 時01分07秒	0000000000
36	98年11月25日凌晨3 時01分19秒	0000000000
37	98年11月25日凌晨3 時01分47秒	0000000000
38	98年11月25日凌晨3 時02分22秒	0000000000
39	98年11月25日凌晨3 時02分38秒	0000000000
40	98年11月25日凌晨3 時03分15秒	0000000000

41	98年11月25日凌晨3 時03分29秒	0000000000
42	98年11月25日凌晨3 時03分47秒	0000000000
43	98年11月25日凌晨3 時04分14秒	0000000000
44	98年11月25日凌晨3 時04分31秒	0000000000
45	98年11月25日凌晨3 時04分45秒	0000000000
46	98年11月25日凌晨3 時05分03秒	0000000000
47	98年11月25日凌晨3 時05分18秒	0000000000
48	98年11月25日凌晨3 時05分39秒	0000000000
49	98年11月25日凌晨3 時05分53秒	0000000000
50	98年11月25日凌晨3 時06分14秒	0000000000
51	98年11月25日凌晨3 時06分28秒	0000000000
52	98年11月25日凌晨3 時06分42秒	0000000000
53	98年11月25日凌晨3 時07分42秒	0000000000
54	98年11月25日凌晨3 時10分14秒	0000000000
55	98年11月25日凌晨	0000000000

	晨3 時11分27秒	
56	98年11月25日凌晨3 時11分57秒	0000000000

附表二：

編號	物品名稱	數量
1	第二級毒品MDMA	60顆（毛重17.58 公克，淺綠色圓形錠，一面有飛鴿圖案，驗餘數量59顆）
2	包裝上開編號1 之第二級毒品MDMA之包裝塑膠袋	5只

資料來源：司法院法學資料檢索系統