臺灣高等法院花蓮分院刑事判決

111年度上訴字第110號

上　訴　人　臺灣花蓮地方檢察署檢察官
被　　告　邱登暘
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000
選任辯護人　孫裕傑律師(法扶律師)

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣花蓮地方法院110年度訴字第212號中華民國111年8月18日第一審判決（起訴案號：臺灣花蓮地方檢察署110年度偵緝字第183號），提起上訴，本院判決如下：

主　　文

原判決撤銷。

邱登暘犯販賣第二級毒品罪，累犯，處有期徒刑拾年捌月；未扣案之犯罪所得新臺幣陸佰元沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。又犯販賣第二級毒品罪，累犯，處有期徒刑拾年拾月；未扣案之犯罪所得新臺幣貳仟元沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。又犯販賣第二級毒品罪，累犯，處有期徒刑拾年拾月。未扣案之犯罪所得新臺幣貳仟元沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。徒刑部分應執行有期徒刑拾貳年陸月。

犯罪事實

一、邱登暘明知甲基安非他命係毒品危害防制條例第2條第2項第2款規定公告列管之第二級毒品，不得非法持有、販賣，竟基於販賣第二級毒品甲基安非他命營利之各別犯意，以通訊

軟體LINE與卓艷秋聯繫，並分別為下列犯行：

㈠於民國109年9月22日11時30分許，在○○縣○○市○○路000號中正國小對面全家超商，以新臺幣（下同）1,000元價格，販賣甲基安非他命1包（約0.14公克）予卓艷秋，惟卓艷秋當場僅交付600元。

㈡於同年月23日18時12分許，在○○縣○○市○○路000○0號九乘九文具店，以2,000元價格，販賣甲基安非他命1包（約0.43公克）予卓艷秋，並收取價金。

㈢於同年月30日14時20分許，在○○縣○○市○○街00號夾娃娃機旁，以2,000元價格，販賣甲基安非他命1包（約0.3公克）予卓艷秋，並收取價金。

二、案經花蓮縣警察局新城分局報請臺灣花蓮地方檢察署（下稱花蓮地檢署）檢察官偵查起訴。

理　　由

壹、程序部分

一、證據能力方面：

㈠被告以外之人於審判中有下列情形之一，其於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，經證明具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要者，得為證據：…三、滯留國外或所在不明而無法傳喚或傳喚不到者。…刑事訴訟法第159條之3第3款定有明文。其立法理由在於考量審判程序中，一旦發生事實上無從為直接審理之原因，如一概否定該審判外陳述之證據適格，不免違背實體真實發現之訴訟目的，為補救採納傳聞法則，實務上所可能發生蒐證困難之問題，始例外地承認該審判外之陳述得採為證據。是該條款規定「…所在不明而無法傳喚或傳喚不到者」，稽其前後文義及立法意旨，所謂無法傳喚或傳喚不到，顯係指非因國家機關之疏失，於透過一定之法律程序或使用通常可能之方式為調查，仍不能判明該被告以外之人所在之情形而言，亦即以所在不明為其前提；又所謂所在不明者，應係指該人目前實際所在，均無從查考或聯繫而言。查本件證人卓

艷秋曾於109年10月1日赴花蓮縣警察局新城分局偵查隊接受調查，詳細指陳被告邱登暘販賣毒品予伊之始末（警卷第9至21頁），固屬於被告以外之人於司法警察調查中所為之陳述，雖經被告、辯護人於原審及本院審判程序中明確拒絕作為證據。但查證人卓艷秋係經檢察官傳喚到庭作證未果，嗣進一步予以拘提，亦未能拘提到案，經提起公訴後，原審、本院均曾數度傳喚證人卓艷秋（戶籍設在○○縣○○鄉戶政事務所，但不住在該址，從警偵卷等相關資料顯示其曾租住在○○市○○路2址及○○鄉○○村1址）到庭，卻屢傳不到，經查亦無在監在押之情形，原審及本院依法先後拘提未果等情，有臺灣花蓮地方檢察署110年8月6日花檢和精110偵緝183字第1109013535號函、花蓮縣警察局花蓮分局110年8月23日花市警刑字第1100019805號函暨拘票等附件、原審111年6月30日花院楓刑戊110訴212字第5466號函、花蓮縣警察局花蓮分局111年7月6日花市警刑字第1110017729號函暨拘票等附件、花蓮縣警察局新城分局111年7月10日新警刑字第1110011935號函暨拘票等附件、本院111年12月16日花分院真刑義111上訴110字第1110204411號函、112年3月10日花分院真刑義111上訴110字第1120200898號函、花蓮縣警察局新城分局112年1月30日新警刑字第1110022779號函暨拘票等附件、花蓮縣警察局花蓮分局112年2月3日花市警刑字第1110038871號函暨拘票等附件、花蓮縣警察局花蓮分局112年4月10日花市警刑字第1120007859號函暨拘票等附件及卓艷秋之全戶戶籍資料（完整姓名）查詢結果、臺灣高等法院全國前案資料查詢在卷可參，堪認證人卓艷秋確已行方不明，致偵審機關傳拘無著；且證人卓艷秋係因竊盜案件遭通緝為警緝獲，經警查知其係毒品調驗人口，且未按時報到採驗，乃依法採集尿液送驗，復經製作筆錄員警洪志民詢問於採尿前是否施用毒品，經卓艷秋承認，警察方繼續詢問其施用毒品之來源，證人卓艷秋始供承其所施用之毒品係向被告購得，並提供其所有之手機供警方勘查採證，有上開警詢筆錄在卷可

佐。又證人洪志民在原審審理時亦結稱：伊不認識卓艷秋，卓艷秋並非警方線民等語（原審卷第201至204頁）。而所謂「陷害教唆」，係指行為人原不具犯罪之故意，純因司法警察等偵查機關之設計教唆，始萌生犯意，進而實施犯罪構成要件之行為者而言（最高法院112年度台上字第388號判決參照）。查本案依證人卓艷秋證述向被告購買毒品時間、到案受詢時間先後及證人洪志民詢問證人卓艷秋購毒經過、緣由等（原審卷第197頁至第206頁），尚難認被告交付毒品予證人卓艷秋純因司法警察等偵查機關之設計教唆，始萌生犯意，故辯護人辯稱本案有陷害教唆之情云云，應無足取。復佐以本案並無積極證據足認司法警察（官）詢問係出於不正方法，致證人卓艷秋陳述出於非任意性，且司法警察（官）於詢問時有踐行告知義務及並非於夜間時段詢問（警卷第9頁至第21頁，原審卷第197頁至第206頁），加上證人卓艷秋警詢時（109年10月1日）距離案發時間甚近，記憶應甚為清晰，與被告也僅是普通朋友關係，無何恩怨（警卷第57頁，本院卷第329頁），參以，證人卓艷秋警詢證述內容具體、明確，被告亦供認有於犯罪事實欄所載時地交付甲基安非他命予證人卓艷秋（本院卷第329頁），是依證人卓艷秋於審判外陳述之外部附隨環境及條件（包含由其證述內容所推認的外部附隨環境及條件），應認其於司法警察調查中所為之陳述，具有特別可信之情形，且為證明犯罪事實所不可或缺，符合刑事訴訟法第159條之3第3款例外得作為證據之規定，即得作為本案之證據。

㈡按社群網站或通訊軟體之對話紀錄，係社群或通訊軟體儲存用戶互動對話及情境表達紀錄，此為依據社群或通訊軟體之儲存功能，以機械作用真實保存當時對話之內容，就紀錄本身而言，未經人為操作，非屬人類意思表達之言詞或書面陳述，性質上為非供述證據（最高法院109年度台上字第5071號判決意旨參照）。查本件被告與證人卓艷秋間LINE對話紀錄，乃LINE儲存用戶互動對話及情境表達紀錄，以機械

性能儲存對話當時所呈現之連續互動內容及情境表達紀錄，非屬人類意思表達之言詞或書面陳述，性質上為非供述證據，無傳聞法則之適用。又交易地點照片係由警方拍攝成電子圖像檔案後加以列印，同樣不具供述要素。查上開LINE對話紀錄及交易地點照片與本案犯罪事實具有自然關聯性，被告於警詢、偵查及法院審判中亦均承認該對話紀錄係其與證人卓艷秋之對話，且交易地點照片為其交付毒品予證人卓艷秋之地點，足認卷附之上開對話紀錄及現場照片，確實為被告與證人卓艷秋間之LINE對話紀錄及現場照片，復無事證足認有其取證違背法定程序，或偽造、變造情事，應認有證據能力。

貳、實體部分：

一、認定犯罪事實所憑之證據及理由：

㈠被告有於上開犯罪事實所指時地先後3次交付第二級毒品給證人卓艷秋之事實，固據被告於警詢、偵查及原審、本院審理時坦認不諱，惟於偵審時改口否認有何販賣第二級毒品之犯行，於本院審理時辯稱：「我沒有販賣毒品給卓艷秋，我有在起訴書所載的時間、地點交付毒品給卓艷秋沒錯，但我沒有販賣給她，都是卓艷秋先跟我聯絡，聯絡完之後，我們碰面後，她說她需要多少東西，叫我去幫她找，她把錢拿給我，我再去跟上手藥頭拿，拿了之後我才在起訴書所載地點交付給她。我跟卓艷秋只是一般朋友關係，並沒有拿到什麼好處。」云云。

㈡證人卓艷秋就上開犯罪事實所指其向被告購買甲基安非他命之時間、地點、聯繫方式、交易數量、金額及次數等節，均據其於警詢時翔實證述在卷（警卷第11至17頁），且查被告最初於警詢時已自承有販賣毒品予證人卓艷秋，當警察詢問伊與卓艷秋間之對話「還差400」是何意思時，伊答稱：「這400元是之前卓艷秋向我購買毒品所欠的費用」，而關於第2次毒品交易，被告雖一開始答稱：「我忘記了」，但在警方持續追問下，乃承認有交付毒品予證人卓艷秋，且交

易過程就如證人卓艷秋所述，另關於第3次毒品交易，伊亦答稱：「我記得很清楚有在這間夾娃娃機店前交易過一次，我不記得交易金額是多少錢。」（警卷第59至63頁），綜觀被告之警詢筆錄從未提及係合資購買情節，且在非有警方威逼利誘套供之情形下自承販毒事實，此筆錄內容顯應較其事後於偵審中所辯，更具有可信度，益徵證人卓艷秋警詢所述，與被告警詢自白相互印證勾稽，適足以證明被告有販賣第二級毒品之犯行無訛。此外，並有LINE對話紀錄及現場照片可以佐證補強，事證應屬明確。雖然被告事後辯稱：犯罪事實欄所載3次，我只是代證人卓艷秋向上手藥頭拿取毒品，取得後再轉交給證人卓艷秋，並沒有拿到任何好處云云（本院卷第329頁），但：

1、被告先於警詢時供稱有「販賣」毒品予證人卓艷秋（警卷第55頁至第63頁），嗣於偵訊時翻稱：這3次是與證人卓艷秋合資購買（偵緝卷第19頁），再於本院審理時變遷稱：只是代證人卓艷秋向上手藥頭拿取毒品，取得後再轉交給卓艷秋，足見，被告供述先後變遷翻轉，尚難遽加採信。

2、如果被告確實係與證人卓艷秋合資購買，或代證人卓艷秋向上手藥頭購買，他何不於警局初詢時，即供出上情？

3、依被告學識、經歷（原審卷第272頁），他應該可以明確知悉「販賣」、「合資」、「代購」基本事實的差異，他為何要於警局受詢時坦承販賣毒品如此之重罪？

4、依下述情況證據所示（包含被告與證人卓艷秋2人間的關係），被告應係有營利的意圖，是被告事後翻稱：我只是單純跑腿，代證人卓艷秋購買毒品云云，應無足取。

㈢我國查緝安非他命之販賣一向執法亟嚴，對於販賣甲基安非他命者尤科以重度刑責，而販賣甲基安非他命既係違法行為，當非可公然為之，亦難謂有公定價格，且容易分裝並增減份量及純度，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、查緝是否嚴謹、購買者被查獲時供述購買來源之可能風險評估等情

形而異其標準，非可一概而論；且販賣者從各種「價差」、「量差」或以「純度」謀取利潤方式，或有差異，然其所圖利益之非法販賣行為目的，則屬相同，並無二致。從而，販賣毒品之利得，除被告就販賣之價量俱臻明確供述外，委難察得實情。再因甲基安非他命量微價高，販賣者大都有暴利可圖，苟非意圖販賣營利，一般人焉有可能甘冒重度刑責，而轉售甲基安非他命。又按毒品交易不必然以現貨買賣為常態，毒品交易通路賣方上、下手間，基於規避查緝風險，節約存貨成本等不一而足之考量，臨交貨之際，始互通有無之情形，亦所在多有，故毒販基於營利之意圖，與買方議妥交易後，始轉而向上手取得毒品交付買方，尚非可與單純為便利施用者乃代為購買毒品之幫助施用情形等同視之，仍應論以販賣毒品罪（最高法院101年度台上字第4983號刑事判決參照）。查被告自陳伊與證人卓艷秋只是一般朋友，並無深交，亦無恩怨糾葛，且證人卓艷秋與藥頭並不認識，每次都是證人卓艷秋與伊先行聯繫，伊去向藥頭取貨之後，再到約定地點交付毒品給證人卓艷秋；衡諸常情，被告所涉既屬最輕本刑10年以上有期徒刑之重罪，若無利可圖，則其焉有屢替泛泛之交跑腿取貨，難道此舉不用花費自己的勞力及時間成本嗎？則其具有販賣以營利之意圖，應可認定。

㈣綜上所述，本件事證已臻明確，被告3次販賣第二級毒品之犯行，洵堪認定，應予依法論科。

二、論罪科刑及撤銷改判之理由：

㈠核被告所為，係犯毒品危害防制條例第4條第2項之販賣第二級毒品罪，共3罪。其於各次販賣甲基安非他命前持有之低度行為，為販賣之高度行為所吸收，均不另論罪。其所為上開各次行為間，犯意各別，行為互殊，應予分論併罰。

㈡刑之加重：

查被告前因詐欺案件經臺灣高雄地方法院以106年度簡字第2864號刑事簡易判決判處有期徒刑3月確定，嗣於107年10月24日易科罰金執行完畢，此有臺灣高等法院被告前案紀錄表1

份（此筆前科及執行紀錄見本院卷第34頁）在卷可稽，而被告及其辯護人於法院提示相應前科資料之記載後，對於被告前有此犯罪及執行紀錄均不爭執（本院卷第219頁），細稽被告本次所犯雖為不同性質犯罪，然係於前案執行完畢不到2年之時間即又犯罪，其於徒刑執行完畢後5年內，故意再犯本件有期徒刑以上之罪，符合累犯規定，足徵被告對刑罰之反應力極為薄弱，實有依刑法第47條第1項論以累犯並加重其刑之必要，爰依司法院釋字第775號解釋意旨，加重其法定最高（除無期徒刑外）及最低刑度。

㈢撤銷改判之理由：

原審認證人卓艷秋於警詢之供述不具證據能力，及檢方所提出之LINE對話紀錄及現場照片等非供述證據亦不具補強功能，因而以全案只有被告曾於警詢自白其販賣第二級毒品之情事，而對被告為無罪之諭知，認事用法尚有違誤，檢察官上訴為有理由，自應由本院予以撤銷改判，以符法制。

三、爰以行為人之責任為基礎，審酌被告素行（其構成累犯之前案不重複評價）非佳，有臺灣高等法院被告前案紀錄表1份在卷可佐，其明知甲基安非他命為第二級毒品，對人體危害甚大，竟無視禁令，仍予以販賣，助長毒品擴散及氾濫，戕害國人身心健康，破壞社會治安及善良風氣，所為均不可取；兼衡被告犯後避重就輕，飾詞卸責，未見悔悟之犯後態度，及其販賣之毒品數量非鉅，所獲利潤與大盤毒梟之獲取高額利潤之情形有異，綜觀交易次數僅有3次、對象1人、金額非鉅，所生危害尚屬有限，另衡酌被告本件犯罪之動機、手段、情節尚屬單純，暨其於審理中自陳教育程度為高中畢業、入監前從事擺攤工作、須扶養一個5歲小孩等一切情狀，分別量處如主文第2項所示之刑，再就被告所犯各罪，依罪責相當及特別預防之刑罰目的，具體審酌整體犯罪過程之各罪關係（數罪間時間、空間、法益之異同性、所侵害法益之專屬性或同一性、數罪對法益侵害之加重效應等）及罪數所反應行為人人格及犯罪傾向等情狀綜合判斷，合併定其

應執行之刑為有期徒刑12年6月，以示懲儆。

四、沒收部分：

㈠被告各次販賣毒品已取得之價金雖未扣案，但仍屬其本件各次販賣毒品犯行之犯罪所得，均應依刑法第38條之1第1項前段、第3項規定，諭知沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

㈡末按刑法第40條之2第1項規定，本案各罪主文所宣告沒收之物，應併執行之，雖宣告多數沒收，然因無定應執行刑之問題，從而於定其應執行之刑主文項下，毋庸再重複為沒收之諭知，兼予說明之。

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

本案經檢察官林英正提起公訴，檢察官蕭百麟提起上訴，檢察官黃東焄、黃怡君到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　4　　月　　27　　日

刑事第一庭審判長法　官　林信旭

法　官　林碧玲

法　官　張健河

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，其未敘述理由者，並得於提起上訴狀後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」。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　4　　月　　27　　日

書記官　林明智

附錄本判決論罪科刑法條：

毒品危害防制條例第4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3千萬元以下罰金。

製造、運輸、販賣第二級毒品者，處無期徒刑或10年以上有期徒刑，得併科新臺幣1千5百萬元以下罰金。

製造、運輸、販賣第三級毒品者，處7年以上有期徒刑，得併科

新臺幣1千萬元以下罰金。
製造、運輸、販賣第四級毒品者，處5年以上12年以下有期徒刑，得併科新臺幣5百萬元以下罰金。
製造、運輸、販賣專供製造或施用毒品之器具者，處1年以上7年以下有期徒刑，得併科新臺幣1百50萬元以下罰金。
前五項之未遂犯罰之。