臺灣高等法院花蓮分院刑事判決

112年度上訴字第113號

上　訴　人
即　被　告　黃康寧
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000

選任辯護人　林武順律師(法扶律師)

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣花蓮地方法院112年度訴字第71號中華民國112年8月24日第一審判決(起訴案號：臺灣花蓮地方檢察署112年度偵字第975號)，提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷。

黃康寧販賣第三級毒品，處有期徒刑參年柒月。未扣案犯罪所得新臺幣伍佰元沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

犯罪事實

一、黃康寧明知4-甲基甲基卡西酮為毒品危害防制條例公告列管之第三級毒品，不得販賣，竟意圖營利，基於販賣第三級毒品之犯意，於民國111年11月27日0時許，在花蓮縣○○市○○路00號玩醉酒吧內，向簡苙峯收取新臺幣(下同)500元之價金後，交付含有4-甲基甲基卡西酮之咖啡包1包與簡苙峯，而販賣第三級毒品1次。嗣簡苙峯於同日3時許在花蓮縣花蓮市中山路與民國路口為警查獲，並在其上衣右側口袋內扣得上開咖啡包之殘渣袋1包。

二、案經花蓮縣警察局花蓮分局報告臺灣花蓮地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

壹、證據能力：

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；被告以外之人於審判外之陳述，雖不符前四條之規定，而經當事人於審判程序同意做為證據，法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認為適當者，亦得為證據，刑事訴訟法第159條第1項、第159條之5第1項定有明文。本件被告黃康寧及辯護人對於卷內被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述表示均同意作為證據(本院卷第65、83頁)，本院審酌該等言詞或書面陳述作成之情況，並無違法取證或證明力明顯過低之情形，依刑事訴訟法第159條之5第1項規定，認均有證據能力。

二、本判決以下所引用之非供述證據，均與本案事實具有關聯性，且查無事證足認係實施刑事訴訟程序公務員違背法定程序所取得，認均有證據能力。

貳、認定犯罪事實之證據及理由：

一、訊據被告固坦承於前揭時、地向簡芷宰收取500元並交付第三級毒品咖啡包1包與簡芷宰之事實，惟矢口否認有何販賣第三級毒品犯行，辯稱：當天是簡芷宰盧我盧了很久，影響我工作，我一時理智線斷裂，才去幫他問其他客人願不願意賣，客人願意賣並告訴我500元，我才去跟簡芷宰講，跟簡芷宰收錢後，我就交給客人並拿1包咖啡包給簡芷宰，簡芷宰不要跟對方見面，叫我幫他拿；我承認轉讓第三級毒品，但我沒有意圖營利，只是調貨等語。辯護人為被告辯護稱：被告以500元向上手取得毒品咖啡包，並以原價轉讓簡芷宰，未有圖利，亦未獲取任何利益，僅構成轉讓第三級毒品罪；警方在店內搜索並未搜到任何毒品，如果店內有販賣毒品，應不會如簡芷宰所述5分鐘或10分鐘才拿到毒品，表示被告應該沒有毒品，是跟他人拿給簡芷宰等語。

二、經查：

(一)被告於犯罪事實欄所載時間、地點，向證人簡芷宰收取500元，並交付含第三級毒品之咖啡包1包與簡芷宰，嗣簡芷宰為警查獲，並在其上衣右側口袋內扣得上開咖啡包之殘渣袋1包，鑑驗結果該咖啡包殘渣袋沾附4-甲基甲基卡西酮等

情，為被告所是認(見原審卷第54、55頁、本院卷第62、66、85頁)，核與證人簡苙宰於警詢、偵訊中之證述相符(見警卷第12頁、偵卷第21-23頁)，且有現場及咖啡包殘渣袋照片、慈濟大學濫用藥物檢驗中心鑑定書附卷可稽(見警卷第23-24、43頁)，被告此部分自白核與事實相符，可堪認定。

(二)證人簡苙宰於警詢時證稱：我於111年11月27日0時在玩醉酒吧包廂內與綽號Seven的被告交易毒品，伊先給被告1千元，約5分鐘後，被告就找我500元，並把被查扣的毒品交給我；每次只要想施用毒品咖啡包，都是去玩醉酒吧跟公關林顯瑞跟Seven2人其中1人購買等語(詳見警卷第9-12頁)。於檢察官偵訊時證稱：咖啡包是我於111年11月26日晚上10時至翌日0時之間，在玩醉酒吧跟綽號Seven的被告拿的，她在酒吧擔任公關；我之前有聽朋友說可以跟被告拿，我跟被告拿過2-3次；當時我問說「有喝的嗎」，被告說500元，我把錢給她，她叫我等一下，我在包廂等大約10至15分鐘，被告進來叫我出去，把毒咖啡包拿給我，我當場就喝掉了，警察查獲的就是我用完的毒咖啡包包裝，我不清楚被告跟誰拿的等語(見偵卷第21-22頁)。於原審證稱：我只知道被告有貨源，她拿得到毒品，我當時人在包廂，我先走出來問被告，然後給被告錢，給被告500元或1千元我忘記了，但確定購買的金額是500元，警詢時記得比較清楚；我就回包廂，後面被告敲包廂進來，跟我說出去一下，才拿給我，所以她跟誰拿、中間過程如何，我都沒有看到，我人都在包廂裡；當天是第一次跟被告買咖啡包，其他次是另外1個公關，被告也知道我會喝，我跟另一個之前的員工拿，被告有看到，我問被告有沒有喝的，她馬上知道是什麼意思；我那時候也不是很清楚被告有沒有咖啡包，那時候就是問她有沒有，她說那你錢先給我等語(見原審卷第99-100頁)。其就111年11月27日0時在玩醉酒吧內，詢問被告有沒有喝的(即毒品咖啡包)，並給被告錢後先回包廂，後來被告即拿毒品給伊，所購買毒品咖啡包價錢是500元等主要交易情節，前後所述均大致相符。

(三)被告亦自承確有於犯罪事實欄所載時間、地點，向簡苙峯收取500元，並交付毒品咖啡包1包與簡苙峯之事實，核與證人簡苙峯上開證詞相符，且簡苙峯於111年11月27日9時10分許採集之尿液經送驗後確呈喵喵(即4-甲基甲基卡西酮之俗稱)及其代謝物之陽性反應，有慈濟大學濫用藥物檢驗中心檢驗總表、尿液檢體採集送驗紀錄表存卷可佐(見警卷第31、35-37頁)；參以被告自承：簡苙峯是我店裡的客人，我們沒有到很熟，只有他來店裡喝酒我們才會講到話。沒有怨隙或糾紛等語(警卷第4、6頁)，足徵簡苙峯亦無誣陷被告之動機，是簡苙峯上開證詞核屬有據，可信度甚高。

(四)被告所為應評價為販賣行為：

1.按毒品交易時間、交易地點、金額數量之磋商，及毒品之實際交付收取現款，係構成販賣毒品罪之重要核心行為。而所謂合資、代購、調貨行為是否構成販賣，自應視被告在買賣毒品過程中之交易行為特徵而定，即其究係立於賣方之立場，向上游取得貨源後以己力為出售之交易，抑或立於買方立場，代為聯繫購買加以判斷。若被告接受買主提出購買毒品之要約，並直接收取價金、交付毒品予買主，自己完遂買賣的交易行為，阻斷毒品施用者與毒品提供者的聯繫管道，縱其所交付之毒品，係其另向上游毒販所取得，然其調貨行為仍具有以擴張毒品交易而維繫其自己直接為毒品交易管道之特徵，自仍屬於毒品危害防制條例所規定之販賣行為，因上游毒販與買主間並無直接關聯，無從認係立於買方立場，為買主代為聯繫購買毒品，該毒品交易行為，自僅屬被告自己一人之單獨販賣行為。而所謂利益，指金錢及一切財產上之利益而言，是利得非必以金錢為限，獲得物品、減省費用亦屬之(最高法院107年度台上字第417號判決意旨參照)。

2.所謂販賣毒品行為，須行為人主觀上有營利意圖，且客觀上有賣出毒品行為，即足構成，至於實際上是否已經獲利，則非所問；必也始終無營利之意思，而以原價或低於原價有償讓與他人，方難謂為販賣行為，而僅得以轉讓罪論處(最高

法院93年度台上字第1651號判決意旨參照)。販賣毒品罪，固以行為人意圖營利為要件，惟僅須有藉販賣行為以獲取利益之意圖，即為已足，不以其實際獲得利益為必要；而所謂利益，指金錢及一切財產上之利益而言。又毒品屬取得不易之違禁物，價格高昂，故販賣毒品之行為人，不論係賺取售價與成本間之金額價差；或將取得之毒品，留取部分己用，嗣將所餘毒品以原價售出，從中取得毒品轉手間之量差；甚至因購毒者將購得之毒品提供部分而得以免費施用等，均屬營利(最高法院111年度台上字第4586號判決意旨參照)。

3. 被告於警詢時供稱：(問：簡芷宰向妳要求購買毒品咖啡包，先於包廂內將1千元交給妳，約5分鐘後，妳再將1包毒品咖啡包送至包廂內，並找零500元，是否屬實？)是，屬實。我剛好看到其他客人(年籍不詳，也沒有聯絡方式)身上有帶咖啡包，所以我順便問他能不能賣給簡芷宰，然後我負責幫買方收錢給賣方，並幫賣方把毒品咖啡包送到買方的包廂內；當天簡芷宰來店內喝酒，他看到我時就隨口問我：「Seven姐，妳那邊有沒有認識的在賣咖啡包？」然後我剛好看坐在店門口旁的男性客人(我不認識)偷偷拿出來施用，就跟那個客人偷問：「不好意思，有人要買，能不能賣我？」，他說好，於是我返回包廂跟簡芷宰收取1千元，並交給那名男性客人並找我500元，那名男性客人並把1包毒品咖啡包(重量不詳)交給我，我再把500元及前述毒品咖啡包交給簡芷宰。本次交易是一手交錢一手交毒品，我交給簡芷宰的1包毒品咖啡包價值500元；本次單純是因為簡芷宰隨機開口跟我要，我幫他調貨等語(警卷第4-6頁)。是被告於偵查之初自承簡芷宰是「隨口問我」、「隨機開口跟我要」，而被告「剛好看到其他客人」、「我順便問他」等語，顯未被簡芷宰勉強，亦全未提及有何被簡芷宰盧了很久，或曾經拒絕簡芷宰，或曾要求簡芷宰逕與該名男客交易而簡芷宰拒絕等情，況簡芷宰於原審經被告詢問是否一直盧我有沒有東西一節，亦證稱前面過程忘記了，只記得從包廂出來，問被

告然後給被告500元，再回包廂，後來被告敲門之後，我再出來就有了等語(原審卷第100頁)，足認被告於偵查及原審改稱因簡芷宰一直跟我盧、影響我工作，才去幫他問其他客人云云，應係事後卸責之詞，不足採信。

4.被告供稱提供毒品咖啡包之男性客人伊不認識，只來過一次，後來沒有再來過，是第一次認識的客人，無法證明他是誰等語(見偵卷第34、35頁)，亦無任何事證足認有此人存在，被告此部分辯詞是否屬實，已非無疑。又被告陳稱其與簡芷宰不熟(警卷第4頁)，則被告既與簡芷宰或該名男客不熟，而販賣毒品為重罪，其甘冒為警查緝之風險居中為不熟之客人代為買賣毒品，已不合常理，衡以被告陳稱：在玩醉酒吧擔任服務生已2年(偵卷第34頁)，知悉簡芷宰所要的是不好的東西(原審卷第54、108頁)；我是在沒有人看到的地方拿給簡芷宰，我們店裡不行賣毒品咖啡包(本院卷第63頁)等語，則被告知悉不得進行毒品交易，且有相當工作經驗，大可委婉拒絕或要求簡芷宰逕向所詢之男客為交易，被告所辯因簡芷宰一直盧、影響工作，才為本件犯行云云，應屬無稽，難以採信。

5.是依證人簡芷宰歷次證詞及被告所述，被告接受簡芷宰購買毒品咖啡包之要約、講妥價金500元並收受簡芷宰交付之價金後，自行交付毒品咖啡包與簡芷宰，其中並未談及向他人調貨，亦未與被告以外之人接洽交易過程，而被告跟誰拿、中間過程如何，簡芷宰都未看到，亦無任何事證足認確有被告所辯僅轉交同額之價金予該名男客屬實，依前揭說明，被告自己完遂買賣的交易行為，阻斷簡芷宰與毒品提供者的聯繫管道，自僅屬被告自己一人之單獨販賣行為。

6.辯護人雖為被告辯稱：警方在店內未搜到任何毒品，如果店內有販賣毒品，應不會如簡芷宰所述5分鐘或10分鐘才拿到毒品，表示被告應該沒有毒品，是跟他人拿給簡芷宰等語。然眾所週知販賣毒品為檢警嚴厲查緝之犯罪，本件被告取得毒品咖啡包之方式不明，而玩醉酒吧為公眾得出入之場所，

本不會藏放在店內容易發現之處，自難以警方未在店內搜得毒品即認被告所辯跟他人拿取一節為實情，此部分辯解亦非可採。

7.被告雖否認藉販售第三級毒品獲得任何利益或有營利意圖云云。惟販賣第三級毒品屬違法行為，非可公然為之，亦無公定價格，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對象之可能風險之評估等情形，而異其標準，非可一概而論，其販賣之利得，除被告坦承犯行或價量俱臻明確外，委難查得實情，惟販賣之人從價差或量差中牟利之方式雖異，其意圖營利之販賣行為則同一，加以我國對毒品販賣查緝甚嚴，販賣毒品之刑度極重，苟若無利可圖，應無甘冒被查緝法辦之危險而平白為無償轉讓毒品或為原價量出售之可能。本件被告自述與簡芷峯不熟，知悉店內不得為毒品交易，在雙方關係不深之情況下，仍甘冒重罪風險販賣第三級毒品予簡芷峯，倘非從中牟取價差或有利可圖，依一般社會觀念而言，應無為本件犯行之理，堪認被告確有營利意圖而為本件販賣毒品犯行無訛。

三、綜上所述，被告販賣第三級毒品之犯行，事證明確，被告所辯各節並不足採，應依法論科。

參、論罪科刑

一、核被告所為，係犯毒品危害防制條例第4條第3項之販賣第三級毒品罪。其販賣前持有第三級毒品之低度行為，為其販賣之高度行為所吸收，不另論罪。

二、刑之減輕事由：

(一)刑法第59條部分：

1.刑法第59條規定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，其所謂「犯罪之情狀」，與同法第57條規定科刑時應審酌之一切情狀，並非有截然不同之領域，於裁判上酌減其刑時，應就犯罪一切情狀(包括第57條所列舉之10款事項)，予以全盤考量，審酌其犯罪有無可憫

恕之事由，即有無特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，以及宣告法定低度刑，是否猶嫌過重等，以為判斷。

2. 毒品危害防制條例第4條第3項販賣第三級毒品罪之法定刑為7年以上有期徒刑，得併科1千萬元以下罰金，而販賣毒品之人，其原因動機不一，犯罪情節亦非必相同，或為大盤毒梟，抑或屬中、小盤者，甚至僅是吸毒者間為求互通有無之少量交易所為，是縱同屬販賣毒品之行為，各種販賣行為所生之危害社會程度自屬有異，然此類犯行之法定最低本刑均屬一致，難謂盡符事理之平，於此情形，倘依其情狀處以適切徒刑，即足生懲儆之效，並可達防衛社會之目的者，自非不可依客觀之犯行與主觀之惡性兩者加以考量其情狀，是否存有足予憫恕之處，再適用刑法第59條規定酌量減輕其刑，以求個案裁判之量刑，能斟酌至當，符合比例原則。

3. 被告無犯罪紀錄，有臺灣高等法院被告前案紀錄表可按，素行良好；本件販賣第三級毒品次數1次，數量1包，交易金額僅500元，其犯罪所得與實際販售之數量，相較於販毒之大盤或中盤者，尚屬零星小額，本件係簡芷宰主動詢問被告有無毒品咖啡包，其犯罪情節及惡性顯然較輕，對社會整體侵害之程度尚非鉅大；又被告自述國中肄業，從事服務生工作，月收入約2萬多元，育有5名子女，尚有2名未成年，先生每月寄的錢約2萬至3萬元不等，尚有父親待扶養(本院卷第87頁)，被告犯罪動機、工作環境等等相關犯罪情節，認倘處以法定最低度刑即有期徒刑7年，客觀上足以引起一般人之同情，尚堪憫恕，爰依刑法第59條規定酌量減輕其刑。

(二)辯護意旨雖以：被告犯罪情節輕微，應得依憲法法庭112年度憲判字第13號判決減輕其刑等語。查被告係犯毒品危害防制條例第4條第3項販賣第三級毒品罪，與上開憲法法庭判決係審理有關「販賣第一級毒品」罪之事實不同；本件適用刑法第59條酌減其刑後，處斷刑最低為有期徒刑3年6月，衡以被告於酒吧販賣第三級毒品，對毒品擴散及社會治安仍造成

一定程度之危害，且因第三級毒品有日益氾濫之趨勢，為嚇阻販賣第三級毒品之行為，立法者於104年2月4日修正毒品危害防制條例第4條第3項規定，將法定刑度由5年以上有期徒刑提高為7年以上有期徒刑，可見，立法者為防堵第三級毒品氾濫散布，因而採取加重刑度的政策考量，且因毒品危害防制條例第4條第1項、第3項法定刑「刑種」有「質」之差異，非同一次元，是於本條項（第4條第3項）修正前，或經憲法法庭裁判宣告失效（或變更）前，除依刑法第59條規定酌量減輕外（或符合其他法定減輕事由），應尚難逕比附援引憲法法庭112年憲判字第13號判決，再次減輕其刑。辯護人援引上開判決請求減輕其刑，洵非有據。

三、撤銷改判及量刑：

(一)原審以被告犯行事證明確而予論罪科刑，固非無見，然查：

1. 按所謂販賣行為，須有營利之意思，方足構成(最高法院107年度台上字第311號判決意旨參照)，原判決認定被告犯販賣第三級毒品罪，但犯罪事實欄並未認定被告有何營利之意圖，已不無疏漏。

2. 原判決以被告販賣毒品之價量固然非鉅，惟其販賣之動機僅係證人簡芷宰很煩，縱然如此亦不能從事販賣毒品如此嚴重之行為，非情堪憫恕之事由，況被告自始未坦承販賣犯行，認無刑法第59條之適用。然本件被告販賣毒品之數量、價格及犯罪所得皆微，又係證人簡芷宰主動詢問而為，客觀上危害程度應較一般販賣毒品維生之大、中、小盤者為低，且被告雖否認營利之意圖，但自始坦承有與證人簡芷宰交易毒品之客觀事實，相較一般全盤否認者，其主觀惡性可認較輕；且被告為國中肄業，智識程度不高，本件行為時年齡43歲，未曾有過犯罪紀錄，素行良好，依其情狀倘科以適當之刑，應足以懲儆，並達防衛社會之目的，如科以法定最低刑有期徒刑7年以上之刑，仍有情輕法重之憾。是原審認被告無刑法第59條規定之適用，尚有未洽。

3. 原判決諭知沒收沾附毒品之咖啡包殘渣袋部分亦有違誤(詳

下述五、沒收(二)部分)。

4.基上，被告上訴否認犯罪，雖無理由，然其請求依刑法第59條規定酌減其刑，為有理由，且原判決有前揭可議之處，自應由本院將原判決撤銷改判。

(二)量刑：

爰審酌被告明知咖啡包含有毒品，仍販售與非熟識之證人簡苙宷，使之取得並施用毒品，助長毒品流通、危害社會風氣及他人身心健康，所為確有不該。被告自始坦承客觀行為，惟矢口否認主觀犯意，犯罪後態度部分尚無從為其有利之考量；被告並無前科，有臺灣高等法院被告前案紀錄表可憑，素行良好，兼衡其販售毒品之價格、數量、手段、犯罪之動機、目的、國中肄業之智識程度、擔任服務生、尚須扶養2名未成年子女、為低收入戶等一切情狀(見原審卷第111頁、本院卷第87頁)，量處如主文所示之刑。

四、沒收：

(一)被告販賣第三級毒品所得之價金500元為其犯罪所得，應依刑法第38條之1第1項前段、第3項之規定宣告沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

(二)毒品危害防制條例第18條第1項前段規定，查獲之第一、二級毒品，不問屬於犯人與否，均沒收銷燬之，係以徵收人民之此類財產權，一概予以銷燬不存之激烈手段，宣示政府禁制毒品決心，而防衛社會安全。是除單獨宣告沒收外，仍以與經認定為有罪之被告具有一定關聯性為必要，此由毒品禁制，要在阻絕擴散，故重視其查獲時持有之角度切入，當較能把握其立法趣旨。具體言之，在販賣第一、二級毒品之場合，如出售者業將毒品交付買方，無論已否收得對價，既已易手，祇能在買方犯罪之宣告刑項下為沒收銷燬之諭知，尚無在賣方犯罪之宣告刑項下宣告沒收銷燬之餘地（最高法院100年度台上字第654號刑事判決要旨參照）。查證人簡苙宷為警查獲之沾附4-甲基甲基卡西酮之咖啡包殘渣袋1包，係被告販賣並已交付簡苙宷之物，經警查扣於簡苙宷所涉毒品

危害防制條例一案(見警卷第25-26頁)，依前揭說明，自無須於被告主文項下為沒收之諭知，併此敘明。

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

本案經檢察官孫源志提起公訴，檢察官聶眾到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　3　　月　　14　　日

刑事第一庭審判長法　官　林信旭

法　官　顏維助

法　官　林碧玲

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　　113　　年　　3　　月　　14　　日

書記官　徐珮綾

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。