臺灣高等法院花蓮分院刑事判決

112年度上訴字第42號

上　訴　人　臺灣花蓮地方檢察署檢察官
被　　告　何士輝

選任辯護人　邱一偉律師(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111年度訴字第187號中華民國112年3月15日第一審判決(起訴案號：臺灣花蓮地方檢察署111年度偵字第4524、4977號)，提起上訴，本院判決如下：

主　　文

原判決撤銷。

何士輝販賣第二級毒品，處有期徒刑伍年拾月；未扣案之行動電話（含門號0000-000000號SIM卡壹張）壹支及犯罪所得新臺幣貳仟元均沒收，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、蔡凱倫因急於取得毒品，先是於民國110年8月14日18時46分、同日19時30分及20時3分許，以門號0000-000✗✗✗號(具體門號詳卷)先向持用門號0000-000✗✗✗號(具體門號詳卷)之案外人潘○璋(姓名詳卷)聯絡購買毒品未果。蔡凱倫旋即於同日稍後即110年8月14日20時6分許改與持用門號0000-000000號之何士輝購買毒品，何士輝明知甲基安非他命為毒品危害防制條例第2條第2項第2款規定列管之第二級毒品，竟仍基於販賣甲基安非他命以營利之犯意，與蔡凱倫相約於同日20時18分許後某時，在花蓮縣○○市○○街鄰近○○街附近某路口，以新臺幣（下同）2,000元販賣甲基安非他命（重量不詳，約可施用4至6次）與蔡凱倫。

二、案經花蓮縣警察局○○分局(下稱○○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、證據能力之說明：

一、證人蔡凱倫於111年2月24日警詢之證述具有證據能力：

(一)按被告以外之人於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，與審判中不符時，其先前之陳述具有較可信之特別情況，且為證明犯罪事實存否所必要者，得為證據，刑事訴訟法第159條之2定有明文。是被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，因屬傳聞證據，有悖法院直接審理及言詞審理之精神，妨礙當事人之反對詰問權，影響程序正義之實現，除法律別有規定外，原則上不具證據能力，必符合上開例外規定時，始具有證據能力。而刑事訴訟法第159條之2所謂「前後陳述不符」之要件，應就前後階段之陳述進行整體判斷，以決定是否具有實質性差異，縱其中有一部分不符，亦屬之；而所謂「較可信之特別情況」，亦應就前後陳述時之外部情況進行比較，以資決定何者具有可信性，若陳述係在特別可信之情況下所為，則虛偽陳述之危險性不高，雖係審判外陳述，或未經被告反對詰問，仍得承認有證據能力。就外部情況之認定，例如時間之間隔、是否為有意識之迴避、有無受外力干擾或事後串謀、警詢筆錄記載是否完整、是否出於自由意識陳述等。法院應斟酌上列因素綜合判斷，細究陳述人問答態度、表情與舉動之變化，以認定是否具較可信之特別情況（最高法院107年度台上字第4864號判決意旨參照）。

(二)經查，證人蔡凱倫於111年2月24日警詢之證述，就被告有無為本案販賣第二級毒品之待證事實所為陳述，與其於原審審理時所證述之內容存有重大歧異（詳下述）。然審酌證人蔡凱倫111年2月24日警詢應詢時間為是日13時42分起至14時5分止，係白天接受詢問，且證詞是在精神意識正常之情況下所為，與被告並沒有仇恨、糾紛，警方詢問時對其並未有刑求、利誘、恐嚇、脅迫或其他不法情事取供之情事，末由蔡凱倫親筆簽名，此有調查筆錄在卷（警一卷第29至31頁）可

按，其於警詢中之陳述係白日接受詢問，並非夜間詢問，意識理當清楚，且警詢之陳述距離案發日較近，當時記憶自較深刻，可立即反應所知，不致因時隔日久而遺忘案情，且較少權衡利害得失或受他人干預，亦較無來自被告同庭在場之壓力而出於虛偽不實之指證，或事後串謀而故為迴護被告之機會，且觀證人蔡凱倫警詢調查筆錄之製作，並無違反法定程序，且均係採一問一答之方式製作筆錄，亦查無筆錄有何違法或不當取供之情形，堪認證人蔡凱倫前開警詢陳述內容之形成，皆係出於自由意志而為陳述。依上開規定及說明，證人蔡凱倫於警詢之陳述，核其性質雖屬傳聞證據，但依上述各情加以觀察其信用性，該警詢筆錄客觀上具有較可信之特別情況，且就犯罪之構成要件及態樣記載均屬完整，為證明犯罪事實存否所必要，應認具有證據能力。

二、通訊保障及監察法（下稱通保法）第18條之1第1 項規定：「依第5條、第6條或第7條規定執行通訊監察，取得其他案件之內容者，不得作為證據。但於發現後7 日內補行陳報法院，並經法院審查認可該案件與實施通訊監察之案件具有關連性或為第5條第1項所列各款之罪者，不在此限。」就「另案監聽」內容之證據能力，係採「原則排除、例外容許」之立法體例。「另案監聽」內容得作為證據之要件有二，即實質要件係以「重罪列舉原則」（通保法第5條第1項所列各款之罪），或非屬重罪但「與本案具有關連性之犯罪」（輕罪）者為限，並輔以於發現後7日內補行陳報法院審查認可為程序要件。又通訊監察標的係犯罪嫌疑人使用之特定通訊設備（例如行動電話），凡經由該通訊設備撥出或接收而參與和通訊監察案由有關之通話內容，均不可避免落入實際執行通訊監察之範圍內。基於偵查作為之浮動性，偵查機關實無從事先預測或控制通訊監察內容及可能擴及之範圍，而相關之通訊監察內容如未即時擷取，蒐證機會恐稍縱即逝，具有保全急迫性。對監察對象所涉販賣毒品等罪嫌，於合法實施通訊監察期間，偶然取得販賣毒品予監察對象之上游之通

訊監察內容（對該上游而言，屬通保法第18條之1第1項所定其他案件之內容），並未逸脫通保法所規範之通訊本質範圍，擴大侵害對話者之隱私合理期待。如不問執行機關違反通保法第18條之1第1項之情節如何，均予以絕對排除其證據能力，無異縱放毒品上游之販毒犯行，有害於社會秩序及公共利益之維護。再者，「保障人民秘密通訊自由及隱私權不受非法侵害」與「確保國家安全，維護社會秩序」同為通保法之立法目的。立法者於權衡人民秘密通訊自由之保障及追訴犯罪之利益後，明確決定「另案監聽」內容得作為證據，須符合通保法第5條第1項所列各款之重罪，或與本案具有關連性之輕罪之實質要件，另規定於期限內補行陳報法院審查認可之程序要件，以促使執行機關遵循法定程序，固應予尊重。惟通保法第18條之1第1項之規範目的係為保障人權，避免執行機關濫權（肉粽串式、流刺網式）監聽後，將監聽內容挪作他用。關於「另案監聽」內容是否符合上開實質要件之判斷，純然為對於通訊內容之判別而已，在非屬惡意監聽的前提下，原不具由核發本案通訊監察書之法官先行審查之急迫性，且論理上執行機關就「另案監聽」內容既已作成譯文，由審理該案之法院於賦予當事人陳述意見之機會後，實質判斷其證據能力之有無，更符合正當法律程序。通保法第18條之1第1項所定程序要件，對於規範目的之達成，尚非居於核心地位。「另案監聽」內容既源自合法之本案通訊監察，取得過程合法，亦符合通保法第5條第1項所列各款重罪之實質要件，且與本案通訊監察具客觀關連性，有充分理由相信，向法官聲請通訊監察亦會准許（「假設再次干預亦受允許」）。如執行機關已於執行監聽期間內製作期中報告書，將「另案監聽」內容陳報至該管法院，復於監察通訊結束時製作通知受監察人報告書，將「另案監聽」內容報由檢察官陳報至該管法院，履行其自我監督義務，並未蓄意規避外部監督，亦未將「另案監聽」資料作不正當之使用，僅係疏未依通保法施行細則第16條之1第2項所定程序報由檢察官

陳報法院審查認可，尚難謂通保法第18條之1第1項之規範目的全然未獲落實。此時若一概認屬通保法第18條之1第1項前段所規範「不得作為證據」之射程範圍，有違比例原則。於此情形，「另案監聽」內容有無證據能力，應依刑事訴訟法第158條之4規定，審酌人權保障及公共利益之均衡維護認定之(最高法院111年度台上字第4398號判決意旨)。本案蔡凱倫(購毒者)與案外人潘○璋、被告通話之通訊監察譯文係○○地檢署前以蔡凱倫涉嫌觸犯毒品危害防制條例第4條之罪，對蔡凱倫（監察對象）使用之手機門號「0000-000✗✗✗」，向臺灣花蓮地方法院（下稱花蓮地院）聲請通訊監察，經法官核發通訊監察書（110年度聲監續字第275號），通訊監察期間自110年8月5日10時起至同年9月3日10時止，嗣由執行機關花蓮分局於執行監聽期間即110年8月29日整理監聽譯文進行分析時，知悉如附表所示與被告販毒予蔡凱倫之犯行，遂於110年9月2日依通保法第18條之1第1項及通保法施行細則第16條之1規定將有關之通訊監察譯文報告檢察官，花蓮地檢署檢察官於同日聲請花蓮地院審查認可在案，有花蓮地院110年度聲監續字第275號通訊監察書、○○分局報請審查認可作為證據報告書、110年9月2日花市警刑字第1100022226號函、花蓮地檢署110年9月2日乙○和精110聲監452字第1109015308號函、花蓮地院110年9月6日花院楓刑良110聲監可81字第00001號函在卷可徵(警一卷第37至46頁)。審酌被告所涉販賣第二級毒品犯行，屬通保法第5條第1項規定得受通訊監察之罪，執行機關實無利用其他案件合法監聽而附帶監聽之必要。另販賣毒品對社會治安之嚴重影響，執行機關在7日內依通保法施行細則第16條之1第2項所定程序將上開通訊監察譯文報由檢察官陳報法院審查，法院又已認可在案，上開通訊監察譯文及錄音應有證據能力。

三、又被告以外之人於審判外之陳述，雖不符刑事訴訟法第159條之1至第159條之4規定得為證據之情形，而經當事人於審判程序同意作為證據，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條之5第1項定有明文。又刑事訴訟法第159條之5立法意旨，在於確認當事人對於傳聞證據有處分權，得放棄反對詰問權，同意或擬制同意傳聞證據可作為證據，屬於證據傳聞性之解除行為，如法院認為適當，不論該傳聞證據是否具備刑事訴訟法第159條之1至第159條之4所定情形，均容許作為證據，不以未具備刑事訴訟法第159條之1至第159條之4所定情形為前提。除證人蔡凱倫之警詢筆錄外，本判決所引用之下列供述證據暨其他書證、物證，被告、辯護人於本院準備程序、審理時，均不爭執其證據能力（本院卷第101頁），且於本院逐一提示後，迄於言詞辯論終結前亦未聲明異議，本院審酌上開證據資料製作時之情況，尚無違法不當及證明力明顯過低之瑕疵，認以之作為證據應屬適當，而有證據能力。

四、又本件認定事實引用之卷內非供述證據（詳後述），並無證據證明係公務員違背法定程序取得，且與本案待證事實具有自然之關聯性，均有證據能力。

貳、認定犯罪事實所憑之證據及理由：

一、訊據被告固不否認有於附表編號4所示之時間、地點與蔡凱倫通話，且對話內容如附表編號4所示等事實，惟矢口否認有販賣第二級毒品甲基安非他命之犯行，辯稱：蔡凱倫當時打電話給我係要跟我借貸2千元，但我掛掉電話後並沒有出門跟蔡凱倫見面等語。

二、經查：

(一)按購買毒品者稱其係向某人購買毒品之供述，固須補強證據以擔保其供述之真實性；然此所謂補強證據，並非以證明犯罪構成要件之全部事實為必要，倘得以佐證購買毒品者之證言非屬虛構，能予保障所陳述事實之真實性，即已充足，且得據以佐證者，雖非直接可以推斷該被告之犯罪，但以此項證據與購買毒品者之陳述為綜合判斷，若足以認定犯罪事實者，仍不得謂非補強證據。又一般合法物品之交易，買賣雙方於電話聯繫之間，固會就標的物、價金、交付方式等事項

為約定；然有關毒品之交易，誠難期待買賣雙方以同樣標準為聯繫，尤其，在現行通訊監察制度之下，若於通話間言明具體之標的物或以暗語代之，無異自曝於被查獲之風險中。再者，關於毒品之買賣，其以電話聯繫交易者，買賣雙方多係相識之人，其等或僅粗略表明見面時、地，甚或僅以電話鈴聲加上來電顯示作為提醒即足。是並非不得依通聯之情形及通話內容之真意，作為判斷可否採為買賣雙方所供述交易情節之佐證（最高法院108年度台上字第435號判決意旨參照）；另按毒品買賣乃政府嚴禁重罰之違法行為，從事毒品買賣之人為避免遭查緝風險，均會於通訊中以雙方所瞭解之隱晦暗語或代號表達，甚至連暗語、代號都避免談論，僅憑雙方默契約定見面時間、地點，其餘則以見面後再談論之方式為之，以免暴露犯罪跡證（最高法院110年度台上字第5060號判決意旨參照）。

(二)被告有販賣第二級毒品甲基安非他命給蔡凱倫之犯行，本院認定理由如下：

1. 依據如附表編號1至3所示110年8月14日通訊監察譯文內容，蔡凱倫確有毒品交易之需求：

依據譯文內容所示，蔡凱倫與被告通話前，於110年8月14日18時46分及19時30分許，有與持用門號0000000✗✗✗號之案外人潘○璋通話，蔡凱倫表示：「1千，家裡」、「那個保全在等，他等下要上班了」等語，潘○璋則回覆稱「忘記跟你講，就是身上空空」、「就是都空了，要等我」等語，蔡凱倫並於原審證稱：對話內容是要拿1千元之毒品等語(原審卷第142至143頁)，已徵蔡凱倫與被告聯繫前，本已有購買毒品需求。又觀諸蔡凱倫於同日20時3分許與潘○璋間之通話內容，蔡凱倫詢問：「現在呢，有消息嗎?」、「快啊，等你1千啊」，潘○璋回稱：「有」、「我先南下一下」、「可能2、3個鐘頭」，可知蔡凱倫當時急於取得毒品，然因潘○璋尚未取得可供交易之毒品，仍未交易成功。而參以上開通話結束3分鐘後，蔡凱倫旋即於同日20時6分許

與被告聯絡，並於通話中向被告表示「幫我處理一下好不好」、「我朋友要啊，現在是拿2千啊」等語，顯見蔡凱倫因向潘○璋購買毒品未果，故有轉向被告購買毒品甲基安非他命之需求。

2.證人蔡凱倫警詢時之證述，與其在偵查及審理時之證述固然前後不一致，但將譯文內容比對上開證述內容，顯然蔡凱倫警詢時之證述較為可信：

(1)證人之陳述有部分前後不符或相互歧異時，事實審法院自可本於經驗法則、論理法則及審理所得心證，為合理之取捨判斷。至於同一證人前後證述情節彼此不能相容，則採信其部分證言而當然排除其他部分之證言，此為法院取捨證據法理上之當然結果，非謂一有不符或矛盾，即應認其全部均不可採信。

(2)證人蔡凱倫於111年2月24日警詢中證述：「上揭通話持用0000-000✗✗✗是我本人、0000-000000是何士輝。譯文通話內容是我叫被告幫我買2千元的(甲基)安非他命，當日20時18分時，我剛好騎機車到達福建街打給被告，後來直接見到被告我就掛斷未通話，見面之後我拿給被告現金2千元，被告交給我大約可能用4至6次重量不詳之(甲基)安非他命，交易結束之後我就騎機車走了」、「譯文『幫我處理』就是代表『幫我找(甲基)安非他命』、『拿2千元』就是代表『買2千元(甲基)安非他命』」等語（警一卷第29至31頁），核與附表編號4通訊監察譯文內容(本院卷第153至154頁之勘驗筆錄)相符，且110年8月14日20時18分許，證人蔡凱倫(其住處在「花蓮縣○○市○○里○○○街000之✗✗✗✗【住址詳卷】」)基地台位置即由「花蓮縣○○市○○里○○○街000號9樓屋頂」移動至「花蓮縣○○市○○里00鄰○○街00號頂樓及屋突」(詳附表「基地台地址」)，該通電話「未接聽」等情節，均與證人蔡凱倫於警詢陳述買賣毒品過程相符，再本院勘驗附表編號5該通電話錄音，證人蔡凱倫0000-000✗✗✗號行動電話撥打被告之0000-000000號行動電話，

被告雖未接聽，然蔡凱倫手機傳來其身處之環境出現車輛聲音(本院卷第155頁之勘驗筆錄)，顯見證人蔡凱倫確實依約外出，再依卷附監聽譯文基地台位置之移動情形(詳下述)及其後證人蔡凱倫未再電聯被告之情，更足證與證人蔡凱倫於警詢中陳述「騎機車到達○○街打給被告，後來直接見到被告我就掛斷未通話」等情相符。而蔡凱倫於警詢時所述前開譯文內容指其要求被告幫忙找甲基安非他命，2人見面以2千元完成交易甲基安非他命等語，不僅與譯文內容相符，且蔡凱倫已於警詢時證稱其與被告間為同事關係，無誣陷被告之必要等語(警一卷第31頁)，可見蔡凱倫警詢時之陳述，應堪採信。

(3)依檢察官提出之Googl地圖3紙(本院卷第165至170頁)可知：

①花蓮縣花蓮市福建街至花蓮縣○○市○○街00號(基地台地址)間之距離300公尺，步行約4分鐘。基此，於110年8月14日20時18分許，證人蔡凱倫持用之門號0000000✗✗✗號行動電話之基地台位置於花蓮縣○○市○○里00鄰○○街00號頂樓及屋突處，距離與被告約定之○○市○○街鄰近○○街某十字路口處步行僅300公尺，足以證明證人蔡凱倫於警詢所述，伊依約騎乘機車至○○街十字路口等語為真。

②蔡凱倫在花蓮縣○○市○○○街住處至花蓮縣○○市○○街間之距離3.1公里，騎乘機車約10分鐘。是以證人蔡凱倫於110年8月14日20時06分許，在其花蓮縣○○市○○○街住處與被告通話後，於110年8月14日20時18分許，騎乘機車至花蓮市○○街鄰近○○街某十字路口，相隔12分許，合於一般人騎乘機車之速度，證明蔡凱倫於警詢中證述依約騎乘機車至福建街十字路口與被告進行交易第二級毒品甲基安非他命之事實亦與經驗法則相符。

③花蓮縣花蓮市福建街至被告位於花蓮縣○○鄉○○○街0號住處間之距離2.1公里，騎乘機車約7分鐘。參照上開蔡凱倫持用之門號0000000✗✗✗號行動電話之基地台位置之移動，證明被告於111年7月13日警詢中自承其當天通話結束之

後與蔡凱倫在其○○○街0號住處見面一節及於原審暨本院所稱通話後雙方未見面等語均不實在，反而二人確有於110年8月14日20時18分許，在花蓮縣○○市○○街鄰近○○街某十字路口見面交易第二級毒品甲基安非他命。

(4)被告於111年7月13日警詢中坦認：與蔡凱倫是自小認識之同學，自109年間到現在均在被告父親經營之鐵工生意工作；蔡凱倫被捉出來隔3、4天上班時跟被告提到，警方會因販賣毒品給伊甲基安非他命之事找被告問筆錄等情，顯然被告到案前已自蔡凱倫口中得知本案相關內容，被告並辯稱上開對話係蔡凱倫向伊借貸2千元等情。之後蔡凱倫於111年7月28日於檢察官面前即證述：上開對話是跟被告借2千元，並有借到錢等語(偵卷第66頁)，至原審依然證述與被告是借貸關係，顯然2人就本案在證人蔡凱倫與被告接觸後已有所勾串。

(5)再細譯如附表編號4與被告間之對話譯文內容，被告向蔡凱倫詢問：「是誰、阿義，那個阿義，要那個」，已可徵被告知悉蔡凱倫聯繫通話內容是蔡凱論某個友人有需求，故向被告索取某「物品」，並非借款，又蔡凱倫回稱「我朋友要啊，現在是，拿2千啊」後，被告表示「我去拿錢，還是你拿錢過來」，依據前後對話內容，可知2千元為交易該物品之款項，雙方在商討交易之價金係被告前往向蔡凱倫拿取，或蔡凱倫至被告處交付，益徵對話內容並非借款，況蔡凱倫就其證述內容與前開譯文間矛盾之處，於原審經檢察官詢以「你剛才說你借錢習慣講兩張，那再看下面，被告回答說我去哪邊處理？你說什麼？然後被告說是誰？是那個阿義要的那個，你說對，那請你說明一下阿義是誰？」、「要的那可是指那個？」蔡凱倫均答以「不知道」；檢察官詢以「你跟被告借錢，應是被告拿錢給你，怎麼會你要拿錢給被告？」蔡凱倫則答以「我不知道有這樣講」等語(原審卷第140、141頁），足徵其於偵查、審判中所為與警詢不同之供述，無法自圓其說，且所為上開解釋之詞互有矛盾，足證其於偵查

及原審詢問時以上詞蒙混，要屬事後刻意迴護之詞而無足採，就其與偵查、原審證述不一部分，應以其先前警詢證述採為認定事實之依據。

三、按一般民眾普遍認知毒品之非法交易，向為政府嚴加查緝之對象，且販賣毒品罪又係重罪，衡諸常情，倘非有利可圖，絕無平白甘冒被查獲之高度風險，與他人從事毒品交易之理，從而，舉凡係有償交易，除足反證其確另基於某種非圖利本意之關係外，通常尚難因無法查悉其買進、賣出之差價，而諉無營利之意思，或阻卻販賣犯行之追訴；再者，販賣毒品係違法行為，非可公然為之，亦無公定價格，且容易分裝、增減份量，而買賣之價格，可能隨時依交易雙方關係之深淺、購毒者之資力、需求量及對行情之認知、毒品來源是否充裕、查緝是否嚴謹、風險大小等情形，而異其標準，非可一概而論，從而販賣之利得，除販賣之價量俱臻明確外，委難察得實情，然販賣者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無二致。是縱未確切查得販賣賺取之實際差價，但除別有事證，足認係按同一價格轉讓，確未牟利之情形外，尚難執此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。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號判決意旨參照）。審之毒品交易時間、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而於向上游取得貨源後以己力為出售之交易，抑或立於買方立

場而代為聯繫購買來加以判斷。若被告接受買主提出購買毒品之要約，並直接收取買賣金錢後，以己力單獨而直接將毒品交付給買主，自己完遂買賣的交易行為，阻斷了毒品施用者與毒品提供者的聯繫管道，藉以維持其本身直接與買主為毒品交易之適當規模，縱使其所交付之毒品，係其另向上游毒販所取得，然其調貨交易行為仍具有以擴張毒品交易以維繫其自己直接為毒品交易管道之特徵，應仍屬於毒品危害防制條例所規定之販賣行為，自無從認係立於買方立場而為買主代為聯繫購買毒品。經查，觀諸本案之交易型態之直接相對人乃被告與證人蔡凱倫，相關毒品交易數量及是否成交，係被告一方決定，無法任由蔡凱倫議價之可能，被告自係基於出賣人之地位，核屬販賣行為無訛。以被告前有數次施用毒品之前案紀錄，有臺灣高等法院前案紀錄表在卷可佐，其自應知悉施用、販賣毒品行為均屬政府嚴加查緝之違法行為，其與蔡凱倫亦非至親，苟無利潤可圖，衡情應不至甘冒重罪之風險，無端無償為他人代購並交付之理，是本案被告藉販售甲基安非他命以從中牟利之意圖，至為灼然，堪以認定。

四、綜上所述，本案事證已臻明確，被告販賣第二級毒品犯行堪可認定，應予依法論科。

參、法律適用之說明：

一、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。

二、被告因販賣而持有第二級毒品甲基安非他命之低度行為，為販賣毒品之高度行為所吸收，不另論罪。

三、累犯之說明：

(一)按司法院釋字第775號解釋意旨，闡釋刑法第47條第1項所規定行為人受徒刑執行完畢，或一部之執行而赦免後，5年以內故意再犯有期徒刑以上之罪，雖為累犯，惟仍應依個案犯罪情節，具體審酌行為人犯罪之一切情狀暨所應負擔之罪責，裁量有無加重其刑之必要，避免一律加重致發生過苛或

違反比例及罪刑相當原則之情形者而言（最高法院109年度台上字第3222號判決意旨參照）。又法院於審酌被告是否適用累犯規定而加重其刑時，訴訟程序上應先由檢察官就前階段被告構成累犯之事實，以及後階段應加重其刑之事項，主張並具體指出證明方法後，法院才需進行調查與辯論程序，而作為是否加重其刑之裁判基礎。前階段構成累犯事實為檢察官之實質舉證責任，後階段加重量刑事項為檢察官之說明責任，均應由檢察官分別負主張及具體指出證明方法之責。而所謂檢察官應就被告累犯加重其刑之事項「具體指出證明方法」，係指檢察官應於科刑證據資料調查階段就被告之特別惡性及對刑罰反應力薄弱等各節，例如具體指出被告所犯前後數罪間，關於前案之性質（故意或過失）、前案徒刑之執行完畢情形（有無入監執行完畢、在監行狀及入監執行成效為何、是否易科罰金或易服社會勞動〔即易刑執行〕、易刑執行成效為何）、再犯之原因、兩罪間之差異（是否同一罪質、重罪或輕罪）、主觀犯意所顯現之惡性及其反社會性等各項情狀，俾法院綜合判斷個別被告有無因加重本刑致生所受刑罰超過其所應負擔罪責之情形，裁量是否加重其刑，以符合正當法律程序及罪刑相當原則之要求（最高法院110年度台上字第5660號判決意旨參照）。

(二)查被告1.前因施用毒品案件，經花蓮地院101年2月20日以101年度簡字第1號判處有期徒刑2月確定；2.因竊盜(共20罪)案件，經本院於101年11月2日以101年度上易字第60號、101年度上訴字第78號判處應執行有期徒刑4年(含強制工作3年)確定；3.又因共同寄藏改造手槍案件，經花蓮地院於101年1月11日以100年度訴字第45號判處有期徒刑1年10月，上訴後，經本院101年度上訴字第78號及最高法院102年度台上字第553號以程序判決駁回其上訴而於102年2月6日確定；4.因贓物案件，經花蓮地院於103年6月3日以103年度易字第95號判處有期徒刑2月確定；5、因施用毒品案件，經花蓮地院於103年4月28日以103年度花簡字第109號判決有期徒刑4月確

定；上開1至4部分，嗣經花蓮地院以103年度聲字第480號裁定應執行有期徒刑5年2月確定，與上開5部分接續執行，於108年2月1日假釋出監，至110年4月17日假釋期間屆滿執行完畢，有臺灣高等法院被告前案紀錄表在卷可查。被告於受有期徒刑之執行完畢後，5年以內故意再犯本案有期徒刑以上之罪，為累犯。而就被告上開構成累犯之前提事實，檢察官已於起訴書指明，核與卷附臺灣高等法院被告前案紀錄表相互一致，被告及辯護人對於構成累犯之客觀事實亦無異詞；而就應否加重其刑之說明責任，檢察官亦於本院審理時說明被告從施用毒品到販賣毒品，可見對於刑罰反應力薄弱，請依照累犯規定予以加重其刑等語（本院卷第160頁）。審酌被告前案所為係涉及竊盜、施用第二級毒品相關犯行，於本案竟又涉犯販賣第二級毒品罪，其前後所犯不僅俱屬以毒品殘害身體健康之行為，可認前案與本案之罪質相同，尤其被告已轉而成為他人毒品之供應者，其犯罪情節之嚴重性較諸前案猶有過之，足認被告對於刑罰反應力薄弱，參照上開解釋意旨、考量累犯規定所欲維護法益之重要性、事後矯正行為人之必要性及兼顧社會防衛之效果等因素，足徵前案徒刑之執行難收成效，縱予加重其刑，亦無使其所承受之刑罰超逾所應負擔之罪責、而違背比例原則及罪刑相當原則之情形，爰就被告所涉上開犯行，除販賣第二級毒品罪法定本刑為無期徒刑部分，依法不得加重外，其餘部分皆依刑法第47條第1項規定，裁量加重其刑。

四、本案並不適用毒品危害防制條例第17條第1項規定，且因被告始終否認犯行，亦不適用毒品危害防制條例第17條第2項減輕其刑之規定。

五、復按刑之量定，為求個案裁判之妥當性，法律固賦予法院裁量權，但此項裁量權之行使，除應依刑法第57條規定，審酌行為人及其行為等一切情狀，為整體之評價，並應顧及比例原則與平等原則，使罪刑均衡，輕重得宜，以契合社會之法律感情。刑法第59條規定犯罪之情狀可憫恕者，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人之同情，以及宣告法定最低度刑，是否猶嫌過重等等），以為判斷。而按販賣第二級毒品罪之法定刑，為無期徒刑或10年以上有期徒刑，然同為販賣第二級毒品之人，其原因動機不一，犯罪情節未必盡同，或有大盤毒梟者，亦有中、小盤之分，甚或僅止於吸毒者友儕間為求互通有無之有償轉讓者亦有之，其販賣行為所造成危害社會之程度自屬有異，法律科處此類犯罪，所設之法定本刑卻同為「無期徒刑或10年以上有期徒刑」，不可謂不重，自非不可依客觀之犯行與主觀之惡性二者加以考量其情狀，是否有可憫恕之處，適用刑法第59條之規定酌量減輕其刑，期使個案裁判之量刑能斟酌至當，符合比例原則。觀諸被告所涉販賣第二級毒品罪之犯案情節，其販賣對象為1人，人數有限，且實際收得之販毒金額2千元，尚非甚鉅，被告因友人蔡凱倫電聯請購毒品，一時失慮，致罹法定本刑為10年以上重典之犯行，固屬非是，然本案尚無證據證明被告為從事大量毒品走私進口或長期販賣毒品之所謂「大盤」、「中盤」之販毒者，是相對於販賣毒品之所謂「大盤」、「中盤」之販毒者而言，被告前揭所為販賣第二級毒品犯行，對於社會治安及國民健康之危害應較輕微，若須量處10年以上有期徒刑，實屬過苛，而在客觀上足以引起一般人之同情，尚堪憫恕，爰就上述販賣第二級毒品犯行，依刑法第59條規定，酌量減輕其刑，且除前揭法定本刑為無期徒刑部分，依法不得加重外，餘則先加而後減。

肆、撤銷改判之理由：

一、原審審理後，以檢察官所舉證據不能認定被告有此部分犯行，而為無罪之諭知，固非無見。惟查：證人蔡凱倫於警詢之陳述有證據能力，業如前述，核與如附表所示之通訊監察

譯文內容相符，依據上開論述，足見其販賣第二級毒品甲基安非他命之事實明確，應予論罪科刑，原審不察，遽為無罪之諭知，自有未洽。檢察官提起上訴，指摘原判決違誤，為有理由，應由本院將原判決撤銷改判。

二、爰以行為人之責任為基礎，審酌被告明知甲基安非他命使用容易成癮，若濫行施用，非但對施用者身心造成傷害，而因其成癮性，常使施用者經濟地位發生實質改變而處於劣勢，容易造成家庭破裂戕害國力，對社會危害甚鉅，又其正值青壯，非無工作能力，竟不思以正途謀取所需，而為本案販賣毒品犯行，戕害國民身心健康及危害社會治安，所為應與非難，並考量被告販賣毒品之次數為1次、對象人數1人、交易價額，及被告犯後否認犯行之犯後態度；惟考量其稱尚有3名子女，其中最大21歲，兩個已成年，1名未成年子女需要扶養(原審卷第136頁)，生活狀況、智識程度、前科素行(不含構成累犯之素行)、犯罪動機、目的、手段等一切情狀，量處如主文第2項所示之刑。

三、沒收部分：

(一)按犯第4條至第9條、第12條、第13條或第14條第1項、第2項之罪者，其供犯罪所用之物，不問屬於犯罪行為人與否，均沒收之，毒品危害防制條例第19條第1項定有明文。是就未扣案之門號0000000000號SIM卡1張及其所插置之未扣案行動電話1支，係供被告用以連繫本案販賣甲基安非他命事宜所用之物，業據本院認定如上，而上開門號及行動電話已據被告坦認為其所使用，爰依上揭規定，不問屬於犯罪行為人與否，宣告沒收之，並於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

(二)次按犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之，刑法第38條之1第1項前段定有明文。又犯罪所得沒收之目的在於消除行為人或第三人的不法獲利，具有類似不當得利之衡平措施性質，且任何人均不得坐享犯罪所得，犯罪行為人投入犯罪之成本不值得保護，故而販賣毒品所得無論成本若干或利潤多少，均應全部諭知沒收（最高法院106年度台上字第439號判決意旨參照）。經查，被告就本案販賣甲基安非他命之犯罪

所得2千元，經本院認定如前，且該等金錢雖未扣案，仍應依前開規定宣告沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

伍、末查，具結係擔保供述之可信性之法定程序，如任何人均無視於具結而為虛偽之陳述，司法公信力將不覆存。證人蔡凱倫於本案偵查及原審審理中具結為與其於警詢中相異之證述，恣意玩弄司法，且視具結於無物，任意操弄訴訟程序，圖使有罪之人不受刑事處罰，爰依職權告發證人蔡凱倫偽證罪之犯行，請檢察官另為適法之處置，以維法紀。

據上論斷，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。

本案經檢察官林英正提起公訴，檢察官曹智恒提起上訴，檢察官蔡英俊到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　6　　月　　30　　日

刑事第二庭　審判長法　官　林慧英

法　官　謝昀璉

法　官　李水源

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」。

告訴人或被害人如對於本判決不服者，應具備理由請求檢察官上訴，其上訴期間之計算係以檢察官收受判決正本之日期為準。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　7　　月　　6　　日

書記官　徐文彬

【附錄本案論罪科刑法條】：

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。

附表：

核准文號：臺灣花蓮地方法院110年9月6日花院楓刑良110聲監可81字第00001號(同院110年聲監可字第000081號【相關聯案號：110年聲監續字第275號《通訊監察期間：110年8月5日上午10時起至110年9月3日上午10時》】)(警一卷第37至46頁)					
編號	通話時間	監察對象	通話對象	基地台地　址	通話內容
1	110/8/14 18:46:56	0000-000✗✗✗ A：蔡凱倫	0000-000✗✗✗ B：潘○璋	花蓮縣○○市○○里○○○街000號9樓屋頂	A：1千，家裡。 B：好。 A：那個，保全在等，他等下要上班了。 B：是喔。 A：他說麻煩你，來一下嗎，等下再洗。等你喔。
2	110/8/14 19:30:18	同上	同上	同上	B：忘記跟你講，就是身上「空空」(臺語，意指「沒了」、「沒有」)。 A：聽不懂。 B：就是「都空了」，要等我。 A：現在沒有喔。 B：現在沒辦法。
3	110/8/14 20:03:44	同上	同上	同上	A：現在呢，有消息嗎？ B：有。

					A：快啊，等你1千啊。 B：我先南下一下。 A：要多久。 B：可能2、3個鐘頭。 A：待會再聯絡。
4	110/8/14 20:06:30	同上	0000-000000 B：甲○○	同上	A：有嗎、有嗎、有嗎(臺語）？ B：靠爸啊、幹(臺語)。 A：欸、欸、欸、幫我處理一下好不好。 B：蛤？ A：「兩張」啊。 B：我去哪邊處理啊。 A：啊？ B：哪裡處理啊？ A：什麼？ B：是誰、阿義，那個阿義，要那個。 A：嘿啊、嘿啊，對啊。 B：我去拿、我拿過去給你啊。 A：我朋友要啊，現在是，拿兩千啊。 B：我去拿錢，還你拿錢過來？蛤？ A：啊我們、約個地方碰面啊。 B：啊就那個啊，那個什麼，哪裡。 A：那個、石來運轉喔？ B：蛤？ A：石來運轉碰面。 B：哪裡啊？

					A：就那個、夜市那邊啊，石來運轉啊。 B：你跑那麼遠幹嘛，你就去福建街那十字路口就好了啊，跑那麼遠幹嘛。我去哪邊處理啊。 A：哪個、哪個福建街？阿義家那邊喔？ B：嘿啦。 A：好啦、好啦，到時候，好、我現在過去了齁。 B：嗯。 （本院卷第153至154頁之勘驗筆錄）
5	110/8/14 20:18:52		同上	花蓮縣○○市○○里00鄰○○街00號頂樓及屋突	（何士輝未接聽）〈但從蔡凱倫持用之手機傳來其身旁之環境有車聲〉（本院卷第155頁之勘驗筆錄）