臺灣高等法院花蓮分院刑事判決

112年度原上訴字第32號

上　訴　人　臺灣花蓮地方檢察署檢察官

上　訴　人

即　被　告　温上展

000000000000000000

000000000000000000

000000000000000000

選任辯護人　林之翔律師(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年度原訴字第132號中華民國112年2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5472號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

一、原判決關於温上展無罪部分撤銷。

二、上開撤銷部分，温上展犯如附表編號3「本院主文」欄所示之罪，處如附表編號3「本院主文」欄所示之刑及沒收。

三、其他上訴駁回。

四、上開第二項所處之刑與温上展上訴駁回(即附表編號2)部分所處之刑，應執行有期徒刑伍年伍月。

犯罪事實

一、温上展明知甲基安非他命係中央衛生主管機關依藥事法第22條第1項第1款規定公告列管之禁藥，依法不得轉讓，亦為毒品危害防制條例第2條第2項第2款規定之第二級毒品，依法不得販賣、持有，竟分別為下列行為：

(一)基於轉讓禁藥之犯意，於附表編號1所示時間，地點、方式，轉讓少量之甲基安非他命予曹承義。

(二)意圖營利，基於販賣第二級毒品之犯意，於附表編號3所示時間，地點，以附表編號3所示之數量、價格，販賣甲基安非他命予曹承義，惟因曹承義為警查獲而未能完成交易而不遂。

二、案經臺北市政府警察局松山分局報告臺灣臺北地方檢察署陳請臺灣高等檢察署檢察長移轉臺灣花蓮地方檢察署檢察官偵查後起訴。

理　由

壹、本院審理範圍：

檢察官明示對原判決犯罪事實一(即附表編號1)及無罪(即附表編號3)部分提起上訴，對原判決犯罪事實二(即附表編2)部分不上訴；被告温上展明示僅對原判決附表編號2之量刑部分提起上訴，其他部分不上訴(見本院卷第97-99、241、242頁)，是本院審理範圍為附表編號1、3部分及附表編號2之量刑部分，先此敘明。至於審查原判決附表編號2之量刑妥適與否所依附之犯罪事實、所犯法條等，均引用原判決之記載。

貳、證據能力部分：

一、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之證據能力均同意作為證據(見本院卷第102、103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，亦無顯不可信之情況，認均有證據能力。

參、認定犯罪事實之證據及理由：

一、附表編號1部分：

(一)附表編號1之犯罪事實，業據被告於警詢、偵訊、原審及本院審理時坦承不諱，核與證人曹承義於原審、證人邱王傳盛

於偵訊時之證詞大致相符(詳見偵字第17177號卷〈下稱偵卷〉第63-65頁、原審卷第121-134頁），並有證人曹承義與被告之通訊軟體LINE對話紀錄截圖照片、中國信託商業銀行股份有限公司111年3月25日中信銀字第111224839089806號函暨證人曹承義、被告之客戶個人資料、存款交易明細及自動化交易資料在卷可參(見他字第2778號卷〈下稱他卷〉第42-45、49-56頁、偵卷第32-34頁)，被告之任意性自白核與事實相符，應堪採信。

(二)公訴意旨認被告附表編號1之犯行係基於販賣第二級毒品之犯意，販賣甲基安非他命予證人曹承義等語，然查：

1.轉讓毒品係指原未受他人委託，純係基於為自己之意思而取得所有權後，始另行起意，將其所有之毒品，以移轉所有權之意思交付他人之情形(最高法院101年度台上字第4981號判決意旨參照)。販賣與轉讓毒品之差別，以行為人主觀上是否具有營利意圖為斷，並非以有償、無償讓與為絕對標準(最高法院93年度台上字第1651號判決意旨參照)。行為人縱使交付毒品予他人，且於此過程中向該人收取金錢，仍無法排除行為人與他人出資合購、原價轉讓他人，或單純基於親屬、朋友間情誼而交付之可能性，尚難逕認係販賣毒品之代價，無從單憑行為人收取金錢之舉，概認有販賣毒品之營利意圖。

2.證人曹承義之證詞先後不一，難認被告於附表編號1之時、地，有販賣毒品之犯行：

⑴證人曹承義於警詢證稱：第一次交易是在110年12月25日，我有買到毒品甲基安非他命1包，我們大約於110年11月26日開始聊購買毒品的事情，是透過板橋三民路上的統一超商以店到店方式取貨，1包毒品是3,500元，我用我的中國信託帳戶匯款以完成付款。我之前有借錢給被告，所以只匯款2,000元等語（見他字卷第37頁反面）。

⑵於偵訊時證述：去年00月間，我有跟被告購買毒品，但確切情形我忘記了，好像是他帶上來給我，但不是完整的，

所以他收我2,000元，毒品是面交或他寄給我的，我忘記了等語（見他字卷第73頁至74頁反面）。

⑶於原審證稱：我跟被告於2013、2014年認識，我們是親密關係的朋友。我曾經請被告幫我買1克的毒品，他要我直接匯款到指定的帳戶，他或是其他人會再透過統一超商寄毒品給我，我後來有去統一超商取貨。我好像有說要現場給被告錢，或之前已經先給過他1,500元的費用，為什麼會匯給他2,000元，我忘記了。除了毒品交易外，我跟被告沒有金錢往來。於110年12月13日，我跟被告有一起於旅店內施用毒品，後來再到我家施用，當天是被告帶來給我，我沒有跟他拿，我記得他當時邀請我施用，但我覺得在旅店不是那麼舒服，我們就回我家施用，我於110年12月14日，我幫他拿房卡去西門町的旅店退房。我不記得2,000元是付款新的還是對價，也不記得於12月14日後要給他費用，我只有取件的印象，有可能我警詢時太緊張了，記憶有誤，很多對話紀錄我會刪除，我只依稀記得我有拿過錢給他，可能是不同的記憶混淆，所以寄件應該是2月份的事情，我應該只在統一超商取貨1次，我的記憶有點不清楚。於110年12月那次應該是被告帶毒品跟我在旅店施用，毒品是用一小袋塑膠袋裝，被告直接用吸食器給我，我當天沒有自己拿，都是被告拿多少給我，我就拿多少，我不知道當天施用毒品的重量，因為東西是被告的，我不會去問他我這次用多少的量。他當時沒有要跟我收錢，我覺得不好意思，要付錢給他，但那包甲基安非他命不足1克，他就說匯2,000元到帳戶，錢的部分是施用完我才問他，當天他來的時候我不知道會有毒品等語（見原審卷第121-134頁）。

⑷證人曹承義前揭證詞，就取得毒品之時間(110年12月25日、同年00月間、同年12月13日、14日)、原因(購買、幫忙買、被告來時伊不知有毒品)、價格(1包3,500元、2,000元、不記得、沒收錢、伊不好意思要付錢才匯2,000

元)、方式(店到店取貨、帶上來面交、旅店及證人曹承義家直接用吸食器給伊施用)、匯款2,000元之原因(曾借錢給被告而抵扣或毒品不足1克)等重要情節，供述均非一致，參以其於原審證稱警詢時太緊張、記憶混淆，應只有於111年2月份在統一超商取件1次拿取毒品等語(原審卷第130、133頁)，是曹承義於警、偵訊時所述於110年00月間曾向被告購買毒品云云，可信性已非無疑。

3. 再觀諸被告與證人曹承義之對話紀錄截圖照片，被告於110年12月13日23時8分許撥打電話予證人曹承義，並稱：「到了」，證人曹承義回覆：「在一樓嗎」、「等我一下」，於110年12月14日7時31分許，證人曹承義傳送1張統一發票之照片，再於同日8時40分許稱：「飯店的收據」、「我拿去退房」，被告於同日11時51分許傳送玉山銀行存摺封面之照片，稱：「就麻煩在週日之前匯入2,000唷」等情，有上開截圖照片可佐（見原審卷第155頁），核與證人曹承義於原審證述其於110年12月13日與被告在旅店、家中一起施用毒品，於翌日幫被告辦理旅店退房事宜，事後再匯款給被告2,000元之情節相符，堪認證人曹承義於原審之證詞較其警、偵訊所述為可信。

4. 是依證人曹承義於原審之證詞，其於110年12月13日與被告碰面前，並不知被告身上攜帶毒品，已難認係為向被告購買甲基安非他命之目的而前往碰面，且2人認識多年、關係親密，見面之原因可能多端，故曹承義與被告碰面後，被告才自行拿出甲基安非他命供曹承義施用後，曹承義才詢問匯款事宜，實屬可能。

5. 況證人曹承義匯款2,000元之對象為邱王傳盛，並非被告，此有玉山銀行集中管理部111年11月28日玉山個(集)字第1110158701號函暨邱王傳盛之帳戶交易明細足憑(見原審卷第109-112頁)，被告未向曹承義直接收取毒品對價，已難逕認被告藉此獲得毒品價差之利益；另曹承義於原審證稱其不知道該次施用毒品的量等語，則其所施用毒品價值是否高或低於

所匯之2,000元、被告是否從中獲取毒品之價差或量差之利益，均無從認定，是曹承義當天究竟有無向被告購買甲基安非他命之意、被告是否出於營利意圖而交付甲基安非他命予曹承義、2人有無買賣甲基安非他命之合意，均屬有疑。

6.被告於111年5月24日警詢時固稱：我於000年00月下旬與曹承義相約在他的住處，他說他需要毒品，我將1包毒品轉賣給他，並叫他直接將錢轉帳給邱王傳盛，我當面交付毒品給他。這次交易是我虧錢賣給曹承義，因為很久沒有見面才以賤價販賣，我也有告訴邱王傳盛這包收2,000元就好等語（見偵卷第11頁），於111年5月25日偵訊時供稱：曹承義有轉錢給我的上游邱王傳盛，我請邱王傳盛收到錢後，用交貨便的方式把毒品給曹承義等語（見他字卷第82頁反面），前後自白交付曹承義毒品之地點、方式均不相同；且其於111年5月25日警詢時供稱：我在第一次筆錄中搞錯次數了，我後來想想當時我認知的第一次是110年11月底我去曹承義家裡無償交付毒品那一次，但那次我沒有向曹承義收取任何款項等語（見偵卷第14頁），嗣於原審一再否認有於附表編號1所示之時、地販賣甲基安非他命予曹承義，而曹承義於警、偵訊之證詞復有前述難以憑採之情，被告警詢之自白難認有積極事證可資補強，無從依被告上開自白逕認附表編號1之販賣第二級毒品犯行。

7.此外，復無其他事證可認被告有於附表編號1之時、地，販賣甲基安非他命予證人曹承義，公訴意旨認被告應成立販賣第二級毒品罪，即不能證明。

(三)基上，被告於附表編號1所示時、地，轉讓甲基安非他命予曹承義施用之犯行，事證明確，應依法論科。

二、附表編號3部分：

(一)訊據被告坦承曾傳送訊息予證人曹承義詢問是否要合資購買毒品，惟否認有何販賣毒品之犯行，辯稱：我只是口頭上問曹承義要不要合購1包3,000元的毒品，一人負擔1,500元，但我們沒有達成共識等語，辯護人為被告辯稱：由被告與曹

承義之對話紀錄可知，被告係與證人曹承義合資購買毒品，並分攤價金、毒品，被告未額外牟利等語。

(二)查被告曾透過LINE通訊軟體向證人曹承義表示：「你要不要跟我一起合購一份3,000我們對半各0.5一人負擔1,500，這價位少200是因為這是轉手價」、「看你要不要一起」、「只出這件，因為跟你那不同線看你要不要試試」，曹承義回覆「也可以」、「週五跟你分」等語(下稱系爭訊息)，因嗣後雙方未於約定之時間、地點碰面，故被告未交付毒品予證人曹承義等事實，為被告所不爭執，核與證人曹承義於警詢、偵訊、原審證述之情節相符(見偵卷第21頁背面至第22頁、他字卷第73頁背面至第74頁、原審卷第126-127頁)，並有系爭訊息之對話紀錄截圖照片附卷可稽(見他字卷第44頁)，此部分事實，先堪認定。

(三)證人曹承義之證詞：

1.證人曹承義於警詢證稱：系爭訊息的意思是如果我跟被告一起買這包毒品，可以便宜200元，當時他跟我說這件貨突然賣不出去，才會問我，因為他不想虧錢，我想說可以便宜一點拿到毒品我也不在意，我答應他在德立莊購買這包毒品。系爭訊息中「看你要不要一起」意思是被告問我要不要一起施用，平分毒品的費用；「只出這件，因為跟你那不同線看你要不要試試」是指只有這一公克，跟之前的藥頭來源不同，問我要不要試試看。「也可以」是指我同意出資跟被告合購該毒品，「周五跟你分」是指111年3月4日星期五，被告來臺北時我再跟他一手交錢一手交貨上述0.5公克的毒品，我們約定於3月4日在德立莊酒店碰面，被告於當天15時28分入住德立莊酒店，但我那天剛好被警方查獲持有毒品，所以無法去跟被告面交等語（見偵卷第21頁背面至第22頁）。於原審並證稱：系爭訊息是指被告上來臺北找我時，說這份可以分我一半，「轉手價」我不知道他的意思，「一份」是指1克，「只出這件，因為跟你那不同線看你要不要試試」是他說跟之前拿給我的東西不太一樣，施用感覺不同

要我試試看等語(見原審卷第126-127頁)，所述互核大致相符。

2.是依曹承義之證詞，佐以系爭訊息內容，可知被告先主動詢問證人曹承義是否願意合資購買1公克之甲基安非他命，並告知價格為1公克3,000元，2人平分，即1人為0.5公克、1,500元，曹承義同意後，2人即約定於111年3月4日被告帶甲基安非他命至台北市德立莊酒店交易之事實。

(四)證人邱王傳盛之證詞：

1.證人邱王傳盛於偵訊時證述：(111年)2月16日，被告要我幫他問可否買2份的甲基安非他命，週五要匯款給我，2月18日他傳名字跟地址給我，要我把2份中的其中1份用店到店寄過去。2月19日被告說3份8,400元是指前一次的毒品錢1份加這次毒品錢2份，總共3份8,400元，上次他多匯款200元給我要扣掉，寄件手續費是店到店的錢，100元是他抓得我不清楚，店到店是60元，我前一次沒有跟他收店到店的錢，所以他自己要給我100元，最後金額是8,300元；2月20日我跟他說人不舒服，他詢問我是否今日寄出，因為我沒有寄，所以沒有回覆他，直到2月22日才回覆他我還沒拿到東西。被告說3+1是指原本的數量他要再多取1份，如果不方便他就拿原本的3份，2月23日我跟他說可以拿4份，3份的錢我已經收到，他說第4份會再匯款2,800元給我，我跟他說我有收到錢，總共4份。他說其中1份寄到他朋友那邊，3份寄到他那裡，是花蓮的蓮冠門市。2月24日我跟他說下班後會去寄，後來我跟他說寄出去了。2月26日9點43分他問我可否再取1份，他會比我報給他的價格多給我300元，2月27日他問我改成拿3份會不會比較便宜，我跟他說我朋友應該不會有折扣，後來他跟我說要2份，他說要給我5,600元加工本費200元，我查詢後發現他還沒匯款給我，後來他又加2份，4份總共5,800+5,700，我是用店到店寄4份安非他命給他等語(見偵卷第64頁)。

2.上開證詞，對照邱王傳盛之玉山銀行帳戶下列交易期日匯入

之金額(見原審卷第109-112頁邱王傳盛之玉山銀行帳戶交易明細)，可知被告向邱王傳盛購買甲基安非他命之價格、數量及費用金額大致如下：

⑴2/19：匯入8,300元【(1份2,800元X3份)-多匯之200元+運費100元=8,300元】。

⑵2/23：匯入2,800元【即2/23加1份的錢】。

⑶2/28：匯入5,800元【(1份2,800元X2份)+工本費200元=5,800元，平均1份成本為2,900元】。

⑷3/10：匯入5,700元【(1份2,800元X2份)+運費100元=5,700元，平均1份成本為2,850元】。

3.依上可知，被告向邱王傳盛購買1份(1公克)甲基安非他命之價格為2,800元，另運費或工本費100元或200元按購買次數另計，上開各次交易被告購買每1公克甲基安非他命之成本至多為2,900元。

(五)邱王傳盛於偵查中雖曾稱伊向上游取得毒品價格1份3,000元云云，經檢察官質以伊是否賠本拿給被告後，改稱賣給被告的價格前面的部分是2,800元，後面2份漲價為3,000元，伊取得毒品之價格2,800元跟3,000元都有；伊幫他拿，想說他錢已匯過來，不好意思云云，再經檢察官質以依玉山銀行轉帳紀錄及伊與被告對話紀錄，被告轉帳8,300、2,800、5,800元是3份、1份、2份之毒品對價，邱王傳盛則稱：是，(檢察官問：為何跟你剛才所述對不上？)時間太久，我不記得等語(見偵卷第64頁背面)；被告於原審則供稱：我向邱王傳盛買1包毒品是2,800元到3,000元，111年3月4日的毒品是2,800元加上手續費，是3,000元左右等語(見原審卷第141頁)，惟對照前揭被告實際匯款金額，可得知被告實際向邱王傳盛購得甲基安非他命1公克之價格為2,800元，運費或工本費按購買次數另計，是邱王傳盛或被告所述1份價格3,000元云云，均與事實不合，尚非可採。

(六)按販毒之人，主觀上必有營利之意圖，又毒品交易亦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，故販毒者與買方議妥交易並取得價金後，始轉而向上手取得毒品交付買方，不論該次交易係起因於賣方主動兜售或買方主動洽購，販毒者既有營利意圖，非可與無營利意圖，而單純為便利施用之人，僅代為購買毒品或合資等幫助施用之情形等同視之。前者與後者係不同之犯罪事實，其行為之實質意義及法律上之評價，亦屬有別，而其間之差別，主要即在於營利意圖之有無。至於販毒者意圖營利所欲謀取之利益，不限於係價差或量差，其利益之多寡及實際上是否已經獲利，亦非所問。(最高法院107年度台上字第922號判決意旨參照)。

(七)被告已於111年2月26日先向邱王傳盛詢問價格，且購買1公克甲基安非他命之成本加計運費或工本費後至多為2,900元，惟被告於系爭訊息中卻向證人曹承義佯稱可合資購買1公克價值3,000元之毒品，對半分0.5公克1人負擔1,500元云云，已可從中賺取價差，雖被告與證人曹承義為親密朋友關係，但非至親，曹承義亦未主動要求購買毒品，倘非有利可圖，被告應無甘冒為警查緝之高度風險，與曹承義為毒品交易之理，可見被告欲以賺取價差之方式獲利，依前揭說明，無論其謀取利益多寡及已否獲利，均無礙其主觀上有販賣第二級毒品營利意圖之認定。

(八)被告及辯護人為被告辯稱：被告是提議與曹承義合資，且不可能為50元承擔巨大的風險云云，然觀以被告向曹承義所述毒品價格與其實際向邱王傳盛購買毒品之金額顯有不符，被告可從中賺取價差，即難以其向曹承義表示合資或對半分云云，逕認係合資而無牟利之意圖。且被告此次所牟利潤非高，但此或因被告慮及與曹承義之交情，或因與過去所販賣之品質不同(系爭訊息中被告稱跟你那不同線云云)，或有其他考量所致，尚難以形式上之利潤非高推認被告無營利之意圖。

(九)基上，被告於附表編號3所示之時、地，基於營利之意圖，

與曹承義談妥販賣0.5公克價金1,500元之甲基安非他命，被告抵達約定交易之德立莊酒店後，因曹承義當日為警查獲而販賣未遂之犯行，事證明確，應依法論科。

三、論罪：

(一)按甲基安非他命係毒品危害防制條例第2條第2項第2款所定之第二級毒品，且經主管機關明令公告禁止使用，而為藥事法第22條第1項第1款所稱之禁藥。惟毒品之範圍包括影響精神物質與其製品，而藥事之管理，則非僅止於藥品之管理。毒品未必係經公告之禁藥，禁藥亦未必為毒品，因而毒品危害防制條例與藥事法2者，並無必然之特別法與普通法關係，除有轉讓第二級毒品達毒品危害防制條例第8條第6項規定之一定數量，或成年人轉讓予未成年人，或明知為懷胎婦女而轉讓，經依法加重後之法定刑較藥事法第83條第1項之法定刑為重之情形外，因藥事法第83條第1項為重法，依重法優於輕法之法理，自應優先適用藥事法處罰(最高法院105年度台上字第1484號判決意旨參照)。

(二)附表編號1部分：

1.核被告附表編號1所為，係犯藥事法第83條第1項之轉讓禁藥罪。被告轉讓前持有甲基安非他命之行為，與轉讓行為同為實質上一罪之階段行為，高度之轉讓行為既已依藥事法加以處罰，依法律適用完整性之法理，其低度之持有甲基安非他命行為，自不能再行割裂適用毒品危害防制條例加以處罰，而藥事法對於持有禁藥之行為未設有處罰規定，故就被告轉讓前持有甲基安非他命之低度行為，不另予處罰。

2.被告接續在臺北市西門町之某旅店、證人曹承義位於新北市中和區之居所轉讓禁藥予證人曹承義，係基於轉讓禁藥之單一犯意，於密切接近之時間，接續實施侵害同一法益之數行為，各行為之獨立性極為薄弱，依一般社會健全觀念，在時間差距上，難以強行分開，在法律評價上視為數個舉動之接續施行，為包括之一行為，屬接續犯，僅論以一罪。

3.公訴意旨認被告附表編號1之犯行係犯販賣第二級毒品罪

嫌，尚有未合(詳前述)，又檢察官於原審當庭更正附表編號1之犯罪時間為「於110年12月13日、14日，被告與證人曹承義約定交易毒品，證人曹承義於同年12月25日付款」(見原審卷第134頁)，其基本社會事實同一，是依檢察官更正後之犯罪時間為基礎，依刑事訴訟法第300條規定，變更起訴法條為藥事法第83條第1項之轉讓禁藥罪。

(三)附表編號3部分：

核被告附表編號3所為，係犯毒品危害防制條例第4條第6項、第2項之販賣第二級毒品未遂罪。被告基於販賣之目的而持有甲基安非他命之低度行為，應為販賣之高度行為所吸收，不另論罪。

(四)被告所犯轉讓禁藥罪、販賣第二級毒品罪，犯意各別，行為互殊，應予分論併罰。

四、刑之加重、減輕事由(附表編號1至3部分)：

(一)累犯加重其刑之說明：

1.刑法第50條、第51條僅係規範數罪所宣告刑應如何定其應執行刑之問題，基於數宣告刑，應有數刑罰權之本質，倘併罰之數罪中，有一罪或部分之罪，其「刑已於定執行刑之裁定前」執行完畢者，並不因嗣後定執行刑而影響其刑已執行完畢之事實，於其執行完畢，5年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，自當成立累犯（最高法院113年度台非字第29號判決參照）。

2.被告前因①幫助施用第二級毒品案件，經臺灣新北地方法院以106年度原訴字第22號判決判處有期徒刑3月確定，②其中販賣第二級毒品部分，經檢察官上訴後，復經臺灣高等法院以106年度原上訴字第118號判決判處有期徒刑3年8月，再經最高法院以107年度台上字第4278號駁回上訴而確定，上開2罪，經臺灣高等法院於108年3月28日以108年度聲字第716號裁定定應執行有期徒刑3年9月確定，被告於110年7月20日因縮短刑期假釋出監，嗣假釋遭撤銷，應執行殘刑有期徒刑1年5月25日，然第①案即幫助施用第二級毒品案件業於107年

1月3日因易科罰金執行完畢，且與第②案延遲至108年3月28日始經合併定執行刑確定，參諸前開說明應成立累犯，有臺灣高等法院被告前案紀錄表、臺灣新北地方法院106年度原訴字第22號判決可參(見原審卷第165-183頁)。

3. 審酌被告前案受徒刑執行完畢，理應產生警惕作用，悔改向上，詎仍無視法律禁令，再犯本案，其前案為幫助施用第二級毒品案件，本件亦為與毒品相關之犯罪，可見前案刑罰執行未能收得教化之效，被告並未真正悛悔改過，守法意識不佳，刑罰反應力確屬薄弱，且具有特別之惡性，需延長其矯正期間，以助其重返社會，依司法院釋字第775號解釋意旨為整體評價裁量後，並無其所受刑罰超過所應負擔罪責而致其人身自由因此遭受過苛之侵害情事，被告所犯附表各編號犯行均應依刑法第47條第1項累犯規定，加重其刑。

(二)未遂犯減輕其刑部分：

附表編號3部分，被告已著手於販賣第二級毒品犯行之實行，惟因曹承義於約定交易當日為警查獲，致被告不能完成本件犯行，為未遂犯，應依刑法第25條第2項規定，按既遂犯之刑減輕之。

(三)毒品危害防制條例第17條第1項規定部分：

1. 毒品危害防制條例第17條第1項所稱「供出毒品來源」，係指供出與其該次犯罪有關之「本案毒品來源」而言；即「毒品來源」係指被告原持有供己犯同條項所列之罪之毒品源自何人之謂。而「查獲」除指查獲該其他正犯或共犯外，並兼及被告所指其毒品來源，亦即須所供出之毒品來源，與其被訴之違反毒品危害防制條例犯行有直接關聯者，始得適用上開規定減免其刑。倘被告之犯罪時間，在時序上較早於該正犯或共犯供應毒品之時間，即令該正犯或共犯確因被告之供出而被查獲，或其時序雖較晚於該正犯或共犯供應毒品之時間，惟其被查獲之案情與被告所犯之罪之毒品來源無關，即不符上開應獲減輕或免除其刑之規定(最高法院108年度台上字第540號判決意旨參照)。申言之，是否符合毒品危害防制

條例第17條第1項規定，自須被告所供出之毒品來源與其本案起訴並有罪之違反毒品危害防制條例犯行有關，倘非係本案被訴犯行之具關聯性之毒品來源，自難認係該條項所規定之「供出毒品來源」(最高法院110年度台上字第480號判決意旨參照)。

2.被告及辯護人主張被告於警詢、偵訊時已供出附表編號2、3毒品上游為邱王傳盛，應有毒品危害防制條例第17條第1項規定之適用等語。查：

⑴臺北市政府警察局松山分局(下稱松山分局)因被告之供述而查獲邱王傳盛於111年2月27、28日(起訴書誤載為23日)透過LINE通訊軟體與被告約定交易毒品，被告於111年2月28日匯款5,800元至邱王傳盛指定之玉山銀行帳戶，邱王傳盛嗣於不詳日期，在桃園市統一超商有寶門市以店到店方式寄送2公克甲基安非他命至花蓮市統一超商冠蓮門市予被告之犯行，有松山分局111年11月22日北市警松分刑字第1113054385號函暨刑事案件報告書、臺灣桃園地方檢察署檢察官111年度偵字第28900號起訴書、被告及邱王傳盛之偵訊筆錄、臺灣桃園地方法院111年度原訴字第141號刑事判決書在卷可考(見原審卷第79-81、101-108、偵卷第63-65頁、本院卷第173-177頁)。參以被告於附表編號3之時、地與曹承義談妥後，即於111年2月28日匯款予邱王傳盛，同年3月4日至德立莊酒店赴約，則被告當日欲販賣予曹承義之甲基安非他命確可能為上開向邱王傳盛購得之毒品，是被告供出附表編號3之毒品來源為邱王傳盛並因而查獲，應堪認定，其附表編號3之犯行應有毒品危害防制條例第17條第1項規定之適用。

⑵被告附表編號2之犯行，據被告於原審中供稱：我於111年2月26日給曹承義1包3,200元的毒品，跟111年2月28日匯款給邱王傳盛的毒品沒有關係，我前於111年2月19日轉帳8,300元給邱王傳盛，23日也有轉帳給他，同年2月26日由邱王傳盛直接交付毒品給曹承義等語(見原審卷第140

頁)，足認被告附表編號2之毒品來源與邱王傳盛前揭因被告之供述因而為警查獲移送並經起訴、判決部分無關。且查：①松山分局112年12月18日函所附職務報告載明：曹承義於112年2月27日匯款3,200元予被告帳戶向被告購買安非他命1公克之犯行(即附表編號2之犯行)，有關邱王傳盛涉嫌毒品案等情，係本分局由曹承義提供之交貨便資料中，查悉交貨便出貨人姓名係邱王傳盛，遂循線查獲，非因被告之供述而查獲其111年2月26日販賣予曹承義之毒品來源係邱王傳盛等語(見本院卷第205-207頁)。②參以邱王傳盛附表編號2之交貨便資料中，寄件人邱王傳盛之姓名、電話、取件人曹承義等節均記載明確，有松山分局 112年11月8日函所附統一超商於111年3月28日寄予警員之交貨便服務代碼相關資料可按(本院卷第165-169頁)，且邱王傳盛係於111年5月24日18時45分即為警在桃園市拘捕到案(原審卷第103頁松山分局刑事案件報告書)，被告則係於111年5月24日22時警詢時才供出其毒品來源為邱王傳盛(詳見偵卷第10-13頁警詢筆錄)，足見松山分局在被告供出邱王傳盛前，已經知悉邱王傳盛為附表編號2犯行之毒品上游。是被告附表編號2犯行之毒品來源，尚難認係因被告之供述而查獲，自無毒品危害防制條例第17條第1項規定之適用。

(四)毒品危害防制條例第17條第2項規定部分：

按犯第4條至第8條之罪於偵查及歷次審判中均自白者，減輕其刑，毒品危害防制條例第17條第2項定有明文。被告對於附表編號1、2之轉讓、販賣第二級毒品犯行，於偵查、原審及本院均均自白不諱，故均應依毒品危害防制條例第17條第2項規定，減輕其刑(最高法院109年度台上字第4243號判決意旨參照)。

(五)被告附表各編號之犯行有前揭加重或減輕之事由，爰均依刑法第71條第1項規定先加後減之。

(六)本件無刑法第59條規定之適用：

1. 按刑法第59條所規定之酌量減輕其刑，係裁判上之減輕，必以犯罪之情狀顯可憫恕，認為科以最低度刑仍嫌過重者，始有其適用。如別有法定減輕之事由者，應優先適用法定減輕事由減輕其刑後，猶嫌過重時，方得為之（最高法院98年度台上字第6342號判決意旨參照）。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，以及宣告法定最低度刑，是否猶嫌過重等事項，以為判斷（最高法院95年度台上字第6157號判決意旨參照）。

2. 被告及辯護人主張附表編號2、3之犯行應有刑法第59條規定之適用等語，惟查被告上開犯行未見有何犯罪之特殊原因與環境，且前曾因涉犯販賣第二級毒品罪經法院判處罪刑，明知毒品於國內流通之泛濫對社會危害之深且廣，並為國家所嚴禁，猶再次販賣毒品予他人，實屬不該，苟於法定刑度之外，再適用刑法第59條減輕其刑，顯然不符禁絕毒品來源，使國民遠離毒害之刑事政策；況其附表編號2之犯行，已依毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑，附表編號3之犯行亦依未遂犯及毒品危害防制條例第17條第1項規定予以減輕其刑，核均無過重之情，應認被告本案犯行，均無刑法第59條規定之適用。

五、上訴駁回(即附表編號1、2)部分：

(一)原審就附表編號1、2所示之罪量刑時，已經以行為人之責任為基礎，依刑法第57條規定，審酌卷內有利及不利被告之全部量刑因子而為裁量，並無逾越外部界限及比例、公平、罪刑相當等量刑原則之情事，核無不合。

(二)檢察官上訴主張被告附表編號1之犯行應構成毒品危害防制條例第4條第2項之販賣第二級毒品罪，為無理由(詳前述)，原判決此部分並無違誤，應駁回檢察官此部分上訴。

(三)被告就附表編號2犯行之量刑部分提起上訴，主張有毒品危害防制條例第17條第1項及刑法第59條酌減其刑規定之適用等語，亦無理由(詳前述)，應予駁回。

六、撤銷改判(即附表編號3)部分：

(一)原審以被告附表編號3部分無證據可證被告主觀上係基於營利意圖而販賣第二級毒品予曹承義未遂，為被告無罪之諭知，固非無見。惟依前述系爭訊息、邱王傳盛之證詞及被告匯款資料等事證，足認被告有販賣第二級毒品營利之客觀事實及主觀犯意，原審未詳予勾稽，尚有未合，檢察官上訴指摘及此，為有理由，應將原判決此部分予以撤銷改判。

(二)爰以行為人責任為基礎，審酌被告素行非佳，明知甲基安非他命為毒品危害防制條例所列管之第二級毒品，具有成癮性，對身體健康有嚴重危害，竟無視於國家杜絕毒品危害之禁令，任意販賣毒品，殊值非難。其販賣對象為熟識之友人曹承義，約定販賣之數量、金額非鉅，幸未完成交易，危害尚非嚴重；參以其坦承部分客觀事實，否認販賣意圖之犯後態度，兼衡其於原審所述之家庭、職業、收入、教育程度、家庭經濟狀況等一切情狀(原審卷第145頁)，量處如附表編號3所示之刑。

七、定執行刑部分：

(一)數罪併罰之定應執行之刑，係出於刑罰經濟與責罰相當之考量，並非予以犯罪行為人或受刑人不當之利益，為一種特別的量刑過程，相較於刑法第57條所定科刑時應審酌之事項係對一般犯罪行為之裁量，定應執行刑之宣告，乃對犯罪行為人本身及所犯各罪之總檢視，除應考量行為人所犯數罪反應出之人格特性，並應權衡審酌行為人之責任與整體刑法目的及相關刑事政策，在量刑權之法律拘束性原則下，依刑法第51條第5款之規定，採限制加重原則，以宣告各刑中之最長期為下限，各刑合併之刑期為上限，但最長不得逾30年，資為量刑自由裁量權之外部界限，並應受法秩序理念規範之比例原則、平等原則、責罰相當原則、重複評價禁止原則等自

由裁量權之內部抽象價值要求界限之支配，使以輕重得宜，罰當其責，俾符合法律授與裁量權之目的，以區別數罪併罰與單純數罪之不同，兼顧刑罰衡平原則(最高法院100年度台上字第21號判決意旨參照)。

(二)茲審酌被告附表編號2、3均係販賣第二級毒品，犯罪類型大致相同，犯罪目的、時間密接，販賣之對象為同一人，犯罪手段平和，非侵犯具有不可替代性、不可回復性之個人法益，於併合處罰時，其責任非難重複之程度較高，綜合斟酌上開犯罪之不法與罪責程度、數罪對法益侵害之加重效應、罪數所反映之被告人格特性與犯罪傾向，及對其施以矯正之必要性、被告未來復歸社會之可能性，在刑罰之外部界限及內部界限範圍內，為整體非難評價，定其應執行之刑如主文所示。

八、沒收

(一)未扣案之手機1支，為被告供作附表編號3犯行聯絡所用之物，有卷內通訊軟體LINE對話紀錄截圖照片可證，應依毒品危害防制條例第19條第1項之規定，於被告附表編號3之主文項下宣告沒收，並依刑法第38條第4項規定，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

(二)被告附表編號3犯行所持有供販賣之第二級毒品並未扣案，復無證據證明現尚存在；又本件販賣未遂，並無犯罪所得，爰均不予宣告沒收，併此敘明。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條、第369條第1項前段、第364條、第299條第1項，判決如主文。

本案經檢察官江昂軒提起公訴，檢察官林于湄提起上訴，檢察官黃東焄、聶眾到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　4　　月　　16　　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　　4　　月　　16　　日

書記官　徐珮綾

附表

編號	犯罪時間、地點、行為	原判決主文	本院主文
1	於110年12月13日、14日(起訴書原記載為110年11月26日，經檢察官於原審當庭更正)，在臺北市西門町之某旅店及曹承義位於新北市中和區之居所，將少量禁藥甲基安非他命，放置在玻璃球吸食器內轉讓予曹承義施用。	温上展犯轉讓禁藥罪，累犯，處有期徒刑肆月。	上訴駁回。
2	於111年2月16日14時45分許，先透過LINE通訊軟體與曹承義約定交易甲基安非他命1公克後，由温上展之上游邱王傳盛以交貨便方式，於同年2月25日4時5分許，將甲基安非他命1公克從統一超商民越門市寄送至統一超商員新門市，曹承義嗣於同年2月26日22時20分許取貨而取得上開甲基安非他命，並於同年2月27日19時48分許，匯款新臺幣（下同）3,200元至温上展之帳戶而完成交易。	温上展犯販賣第二級毒品罪，累犯，處有期徒刑伍年肆月。未扣案之手機壹支沒收之，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額；未扣案之犯罪所得新臺幣參仟貳佰元沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。	上訴駁回。

3	温上展於111年2月27日以LINE通訊軟體與曹承義約定以甲基安非他命1包0.5公克，價格1,500元販賣予曹承義，於同年3月4日在台北市德立莊酒店交易。嗣温上展於同年3月4日入住德立莊酒店，因曹承義為警查獲而無法前去而未遂。	無罪。	温上展犯販賣第二級毒品未遂罪，累犯，處有期徒刑貳年拾月。未扣案之手機壹支沒收之，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

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。