臺灣高等法院花蓮分院刑事判決

113年度上訴字第18號

上　訴　人
即　被　告　張志豪
000000000000000000
000000000000000000
選任辯護人　王聖傑律師
　　呂治鋐律師

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111年度訴字第30號中華民國112年12月19日第一審判決（起訴案號：臺灣花蓮地方檢察署110年度偵字第3926、4700號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

一、原判決關於附表一編號1-3所示之刑及定應執行刑部分均撤銷。

二、上開撤銷部分，張志豪所犯之販賣第二級毒品罪，共三罪，各處有期徒刑伍年肆月。應執行有期徒刑伍年捌月。

三、其他上訴駁回。

犯罪事實

張志豪意圖營利，基於販賣第二級毒品之犯意，以其持用之VIVO手機（插用0000000000號SIM卡1張）作為聯絡工具，於附表一編號1-3所示之時間、地點、行為及金額，販賣第二級毒品甲基安非他命予曾永貴2次及蔡明山1次。

理　由

甲、程序部分

一、本院審理範圍

上訴人即被告張志豪（下稱被告）於本院明示僅就原判決附表一所示販賣第二級毒品部分上訴，並撤回其就原判決附表二所示轉讓禁藥部分之上訴（本院卷第117、127-128、149頁），而檢察官未對原判決提起上訴，故本院審理範圍僅限於原判決附表一編號1-3所示部分，而原判決附表二所示部

分已告確定。

二、證據能力

被告及其辯護人均同意本判決下列引用之供述及非供述證據有證據能力（本院卷第119-120頁）。

乙、實體部分

一、認定犯罪事實所憑之證據及理由

㈠被告以附表一編號1-3所示之門號與曾永貴、蔡明山聯絡後，以各該編號所示之時間、地點、行為交付甲基安非他命予曾永貴及蔡明山，並收取各該編號所示之金額等事實，業據被告於本院供承不諱，核與證人曾永貴、蔡明山證述相符，並有搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表及被告與證人曾永貴、蔡明山之通訊監察譯文附卷可稽，復有被告所有插用附表一所示門號SIM卡之手機扣案可證，此部分之事實堪以認定。

㈡被告係基於營利之意圖而販賣甲基安非他命予曾永貴及蔡明山：

⑴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號刑事判決意旨參照）。又販毒之人，主觀上必有營利之意圖，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（最高法院110年度台上字第2021號刑事判決意旨參照）。

⑵被告於110年8月6日於原審羈押訊問時，供稱：我承認販賣甲基安非他命給曾永貴2次、蔡明山1次，我跟上游拿多少錢就跟他們收多少錢，我有收錢部分，有跟他們挖一點甲基安非他命來施用，大約是吸食3、4口之量，因我本身也有施用，請他們施用的部分，我沒有收錢等語（聲羈卷第22-24頁）；其於本院審理時供稱：我交付毒品給曾永貴、蔡明山他們時，他們確實會讓我挖4、5口的量吸食等語（本院卷第153-154頁）。

⑶被告與曾永貴及蔡明山之間，各有數次買賣及轉讓甲基安非他命之情形，被告並明確供述如係請他們施用，就不會收錢，附表一所示部分均有收取價金，都會從交付之甲基安非他命中挖取少量供己施用，已如上述，可見被告交付甲基安非他命予曾永貴及蔡明山，可分為無償及有償方式，在有償交付時，被告確可因此獲得免費施用少量甲基安非他命之利益。佐以治安機關向來嚴加查緝販賣甲基安非他命之行為，被告不惜耗費時間、精力並甘冒重典，將其所購得之毒品交予曾永貴及蔡明山，衡情自無不思從中賺取價差或量差之理，是被告就附表一各編號所示犯行，縱未賺取價差，惟其自承均有從中獲取數口之甲基安非他命免費施用，顯見被告確有因此獲得利益，況被告此部分之自白符合交易常情，應與事實相符而可採信。依上，足認被告確係基於營利之意圖而販賣甲基安非他命予曾永貴及蔡明山。

㈢綜上，被告上開販賣甲基安非他命之犯行，事證明確，應依法論科。

二、論罪之理由

㈠核被告就附表一編號1-3所為，均係犯毒品危害防制條例第4條第2項販賣第二級毒品罪。其因販賣而持有第二級毒品之低度行為，應為販賣之高度行為所吸收，均不另論罪。

㈡被告所犯上開各罪，犯意各別，行為互殊，應予分論併罰。

㈢被告為累犯，並應依累犯規定加重其刑：

⑴被告前因施用第二級毒品案件，經判處有期徒刑6月確定，並於107年8月28日執行完畢，有臺灣高等法院被告前案紀錄表（下稱被告前案紀錄表）在卷可憑（本院卷第85-86頁），其於有期徒刑執行完畢後5年內，故意再犯本案有期徒刑以上之罪，均為累犯。

⑵檢察官於起訴書固未載明被告構成累犯之前科事實，惟於原審已提出論告書，載明被告構成累犯之上開前科事實，並以被告前已有施用毒品前科，進而販賣毒品，可見其於前案執行後，仍未能確實理解自身行為之不當，考量其前案已屬毒品相關犯行，執行完畢後仍漠視法律規定，顯未記取教訓，足認有特別惡性，且對刑罰反應力薄弱，請依刑法第47條第1項規定加重其刑等語（原審卷二第137-141頁），復於原審審判期日就累犯加重部分之證據援用被告前案紀錄表（原審卷二第207頁），被告及其辯護人於原審及本院均對被告前案紀錄表表示沒有意見(原審卷二第204頁、本院卷第154頁)，就原審依累犯規定加重其刑部分，均未於本院表示不服。從而，本院參照司法院釋字第775號解釋意旨，審酌被告於前案執行完畢後，5年內故意再犯本案之罪，顯見其對於刑罰之反應力薄弱，復參酌被告所犯前案為施用第二級毒品罪，及本案之犯罪情節，適用累犯規定加重其刑，不致生其所受之刑罰超過其所應負擔罪責，導致其人身自由因此遭受過苛之侵害，無違罪刑相當原則，符合累犯應加重其刑之立法意旨，應依刑法第47條第1項規定及司法院釋字第775號解釋意旨，就被告所犯本案之販賣第二級毒品罪除法定刑為無期徒刑部分以外，其餘均依累犯規定加重其刑。

㈣被告就本案犯行均無毒品危害防制條例第17條第2項、第1項規定之適用：

被告於原審及本院審理時均否認本案販賣甲基安非他命之犯行，亦無因供出本案之毒品來源而查獲其他正犯或共犯之情

形，是被告就本案犯行，均無毒品危害防制條例第17條第2項、第1項規定之適用。

㈤被告就本案犯行有刑法第59條之適用：

按於販賣第二級毒品之犯罪，若不論行為人犯罪情節之輕重，均以所定重度自由刑相繩，致對違法情節輕微之個案，亦可能構成顯然過苛處罰之情形。是以法院審理是類案件，應考量其販賣行為態樣、數量、對價等，以衡酌行為人違法行為之危害程度及其所應負責任之輕重，倘認宣告最低法定刑度，尚嫌情輕法重，自應適用刑法第59條規定酌減其刑，始不悖離憲法罪刑相當原則之誡命，以兼顧實質正義(最高法院112年度台上字第3132號判決意旨參照)。本院審酌被告所為如附表一所示販賣第二級毒品之犯行，雖無視國家杜絕毒品危害之禁令而應予非難，惟被告於本院就附表一所示之客觀事實均坦承不諱，亦坦承交付各編號所示之甲基安非他命予曾永貴、蔡明山時，均有從中取得可施用數口之甲基安非他命供己施用，僅以係原價出售，未從中賺取價差而否認有何營利之意圖，且販賣之對象2人、次數3次、金額為新臺幣（下同）1,000元（1次）及2,000元（2次），相對於長期大量販賣毒品之毒梟或有組織性之盤商而言，被告之行為對社會治安及國民健康之危害顯然較小，犯罪情節及惡性尚非重大，堪可憫恕，經依刑法第47條第1項加重法定本刑後，論處加重後之最低度刑尚屬過苛，在客觀上足以引起一般之同情，均依刑法第59條規定酌減其刑，並與前述累犯加重部分，依法先加後減之(其中法定本刑為無期徒刑部分，因原即未依累犯規定加重，故僅依法減輕之)。

三、撤銷改判部分（宣告刑及定應執行刑部分）

㈠原審認被告就附表一所示之販賣甲基安非他命犯行事證明確，據以論罪科刑，固非無見。惟按科刑判決旨在實現刑罰權之分配正義，故法院對有罪被告之科刑判決，應符合罪刑相當之原則，使輕重得宜，罰當其罪，以契合社會之法律感情，被告就本案犯行應依刑法第59條規定酌減其刑，已如上

述，原審未適用該規定，容有未洽。被告上訴否認意圖營利之主觀犯意，固無理由，惟原判決量刑既有上開可議之處，應由本院就原判決之宣告刑及定應執行刑部分撤銷改判。

㈡爰以行為人之責任為基礎，審酌被告無視政府禁絕毒品之政策與決心，竟意圖營利而為本案販賣第二級毒品甲基安非他命之犯行，助長毒品氾濫及流通，戕害國民健康並危害社會治安，本非不得嚴懲，惟念其販賣對象2人、次數3次，販賣所得共5,000元及販賣之甲基安非他命數量，非屬鉅額及大量，並考量被告有多次施用毒品之不法素行，有被告前案紀錄表可憑(本院卷第77-90頁，構成累犯部分不重複評價)，以及被告於原審自陳國中肄業之教育程度、從事木工，月收入約20萬元至30萬元、須扶養父母等一切情狀（原審卷二第206頁），分別量處如主文第2項所示之刑。並審酌被告本案3次販賣毒品犯行之犯罪時間間隔不長、犯罪罪質、手段、行為態樣、侵害之法益均屬相同，衡量其犯罪行為之不法與罪責程度、對法益侵害之加重效應，及所反應之人格特質與犯罪傾向，並參以刑法定刑採限制加重而非累加原則等情狀而為整體評價，定其應執行刑如主文第2項所示。

四、上訴駁回部分

原審認被告有附表一編號1-3所示犯行，且各該犯行均係犯毒品危害防制條例第4條第2項販賣第二級毒品罪，並就被告自承為其所有供犯罪所用之扣案VIVO牌行動電話1支（含門號0000000000之SIM卡1張），依毒品危害防制條例第19條第1項規定宣告沒收，及就附表一編號1-3所示未扣案之販毒所得，依刑法第38條之1第1項前段、第3項規定宣告沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額，認事用法，核無違誤。被告上訴否認販賣犯行，辯稱只成立轉讓禁藥罪，並無理由，應予駁回。

丙、適用之法律

刑事訴訟法第369條第1項前段、第368條、第364條、第299條第1項前段。

本案經檢察官王怡仁提起公訴，檢察官鄧定強到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　5　　月　　17　　日

刑事第二庭審判長法　官　林慧英

法　官　李水源

法　官　謝昀璉

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　　5　　月　　17　　日

書記官　陳有信

附表一：

編號	毒品交易所使用之手機門號	販賣對象	時間、地點及行為	金額（新臺幣）	原審判決主文
1	0000000000	曾永貴	張志豪於110年3月8日19時6分許，利用左列門號與曾永貴約定在花蓮縣○○鄉○○路（地址詳卷）見面後，向曾永貴收取購毒價金新臺幣(下同)2,000元後，曾永貴隨即離去。曾永貴復於同日22時34分許、43分許，透過左列門號與張志豪聯繫交付毒品事宜，並於結束通話後某時，相約在上址見面，張志豪遂交付甲基安非他命(重量約0.8公克)與曾永貴而完成販賣第二級毒品。	2,000元	張志豪販賣第二級毒品，處有期徒刑拾貳年玖月。扣案之VIVO牌行動電話壹支（含門號0○○○○○○○○之SIM卡一張）沒收。未扣案之犯罪所得新臺幣貳仟元沒收，如全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。
2	0000000000	曾永貴	張志豪於110年3月12日某時，先向曾永貴收取購毒價金1,000元。曾永貴復於翌(13)日12時49分許、13時12分許，透過左列門號與張志豪聯繫拿取毒品事宜，並於結束通話後某時，相約在在花蓮縣○○鎮○○路0段與○○路口某工地見面，張志豪遂交付甲基安非他命(重量約0.1公克，起訴書記載為0.3公克)與曾永貴而完成販賣第二級毒品。	1,000元	張志豪販賣第二級毒品，處有期徒刑拾貳年捌月。扣案之VIVO牌行動電話壹支（含門號0○○○○○○○○之SIM卡一張）沒收。未扣案之犯罪所得新臺幣壹仟元沒收，如全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。
30	0000000000	蔡明山	張志豪於110年5月3日12時，在花蓮縣○○鎮○○○街（地址詳卷），以2,000元之代價，販賣並交付第二級毒品甲基安非他命1公克與蔡明山，惟尚未受取價金。於當日17時24分以左	2,000元	張志豪販賣第二級毒品，處有期徒刑拾貳年玖月。扣案之VIVO牌行動電話壹支（含門號0○○○○○○○○之SIM卡一張）沒收。未扣案之犯罪所得新臺幣貳仟元沒收，如全

			列手機門號聯繫蔡明山收取上開價金事宜，並翌（4）日12時許前往上址，向蔡明山收取價金2,000元。		部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

附錄本案論罪科刑法條全文：

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。