臺灣高等法院花蓮分院刑事判決

114年度原上訴字第31號

上　訴　人　臺灣花蓮地方檢察署檢察官
被　　告　陳賜忠

選任辯護人　陳鈺林律師(法扶律師)

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例等案件，不服臺灣花蓮地方法院113年度原訴字第28號中華民國113年12月18日第一審判決（起訴案號：臺灣花蓮地方檢察署113年度偵字第1716號），提起上訴，本院判決如下：

主　　文

一、原判決關於幫助施用第二級毒品罪部分撤銷。

二、上開撤銷部分，陳賜忠犯轉讓禁藥罪，處有期徒刑陸月。

三、其他上訴駁回。

四、上開第二項所處之刑與上訴駁回部分所處之刑，應執行有期徒刑拾月。

犯罪事實及理由

壹、本案審理範圍之說明：

一、刑事訴訟法第348條規定：「上訴得對於判決之一部為之(第1項)。對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。但有關係之部分為無罪、免訴或不受理者，不在此限(第2項)。上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之(第3項)。」準此，上訴權人就下級審判決聲明不服提起上訴時，依現行法律規定，得在明示其範圍之前提下，擇定僅就該判決之「刑」（包括宣告刑、執行刑）、「沒收」、「保安處分」等部分單獨提起上訴。

二、本案原審判決後，上訴人即檢察官(下稱檢察官)明示其上訴範圍是原判決認定被告陳賜忠(下稱被告)被訴涉犯販賣第二級毒品罪嫌判處幫助施用第二級毒品罪部分(原判決事實欄一所示)，及原判決判處轉讓禁藥罪(2罪)部分(指原審判決

事實欄二、三所示，即民國112年9月12日、同年月18日2次轉讓禁藥犯行)之量刑(本院卷第11至17、99、123頁)。

三、是本案審判範圍即為被告被訴販賣第二級毒品罪嫌部分之全部；轉讓禁藥罪所處之刑的部分，不及於原判決事實欄二、三所認定關於轉讓禁藥犯行之犯罪事實及論罪部分，惟被告該罪之犯罪情狀仍為量刑審酌事項。

貳、檢察官上訴意旨略謂：

一、就原判決事實欄一部分：

㈠證人徐茂龍(下逕稱其姓名)於原審所述不僅與警詢、偵查不一致，甚至於同次審理程序前後所述亦有矛盾，審酌其警詢時點相較於原審距離案發時較近、記憶力應屬清晰，且徐茂龍經警詢問後製作之筆錄經其簽名確認記載內容無訛，亦無證據可認該陳述係公務員違背法定程序所取得，則徐茂龍之警詢證述之外在客觀條件已獲得確保，應認徐茂龍警詢中之陳述於客觀上應具有較可信之特別情況，復為證明被告本案犯罪事實存否所必要，依刑事訴訟法第159條之2規定，應認有證據能力。原審以徐茂龍於偵查及原審指摘警詢筆錄暫停製作長達1小時10分，其間警員要求徐茂龍依照警員之意思證述、警詢筆錄問題具引導性為由認警詢並無較可信之特別情況而不具證據能力，然徐茂龍亦證稱警詢筆錄經閱覽並無加油添醋情形始行簽名，即便原審認徐茂龍非法律專業人士，衡情不致逐句逐字確認，即令確認，亦難查悉通曉關鍵問答之奧義，而達確認或指出錯誤之可能，惟徐茂龍就其最初係交付新臺幣(下同)2,000元與被告陳賜忠，請被告代為尋覓海洛因，嗣相約○○橋下見面面交，因被告未覓得海洛因，遂交付甲基安非他命1小包與徐茂龍，徐茂龍亦未將2,000元取回之事實，與徐茂龍於偵查所述一致，且被告自始亦未曾供稱有返還徐茂龍任何金錢，難認就此部分無特別可信情況，原審逕認徐茂龍於警詢所述屬已有可疑之情狀，而認無證據能力，已難採憑。

㈡又被告辯稱：當時本係為合資購買毒品，因為我沒有錢，所

以由徐茂龍出2,000元，我們兩個人一起從我家出門到○○○○橋下，我在橋下另一條路跟暱稱「阿勇」的人拿毒品回來，我跟徐茂龍就在○○橋下暗處同時施用等詞。然根據徐茂龍於警詢及偵查所述，其最初交付2,000元給被告，係請被告代為尋覓海洛因，嗣2人於112年8月28日21時許，相約○○橋下見面面交，因被告未覓得海洛因，遂交付甲基安非他命1小包與徐茂龍，徐茂龍亦未將2,000元取回之客觀事實，應堪認定。而自證人徐茂龍交付2,000元給被告，迄至被告遭查獲為止已逾5月，雙方均未再提及該2,000元係用以購買海洛因乙事，業據徐茂龍於原審證稱：「（檢察官問：你說被告有還給你1,000元，另外1,000元就沒有還給你，從你給他2,000元，被告還給你1,000元，你們後續有沒有再講到還有1,000元要他幫你去找毒品？）沒有，連見面都沒有見面，只有今天要搭火車才看到被告。」等語，被告於原審陳稱該筆2,000元當場交給「阿勇」等語明確，況且被告於原審供稱該2,000元係用以合資購買該次向「阿勇」購買甲基安非他命之價金，已經當場將2,000元交給「阿勇」等語，顯亦無再為徐茂龍購買海洛因之意思及舉動，足徵被告與徐茂龍當時均以該2,000元充作購買甲基安非他命之價金甚明，而徐茂龍對於被告取得毒品之來源、成本均不清楚，亦未言明雙方負擔及朋分甲基安非他命比例，業據徐茂龍於原審證述明確，亦難認為被告與徐茂龍係合資購買甚明，既係有償交易，又無反證證明被告出於非圖利之意思而為，自可認被告係出於營利之意而為。原審先未予說明徐茂龍就是否取回其中1,000元部分，不僅於警詢、偵查及原審所述不一，亦與被告所述有違，何以逕行認定徐茂龍於原審證述有取回其中1,000元之證述可採，已有判決未載理由之違背法令之處；復未審酌被告於經過將近6月期間，無論主觀或客觀上均未有再為徐茂龍尋覓海洛因之意思及舉動，即遽認該尚未退還之1,000元，徐茂龍所稱以作為繼續尋覓海洛因，如有覓得被告始得代徐茂龍轉交給賣方乙情尚非無據，亦顯

然違背論理法則及經驗法則。

㈢再者，原審一方面認徐茂龍最初係請被告代為詢問有無海洛因，惟當晚因被告未替徐茂龍覓得海洛因，而給予徐茂龍一小包甲基安非他命以協助徐茂龍抵癮等情，從而徐茂龍自始未曾有請被告代為購買或合資購買甲基安非他命之情形，則何以被告並非犯轉讓禁藥、轉讓第二級毒品罪嫌，亦未見說明，原審判決就此亦有理由不備之違法。

二、原判決事實欄二、三部分：

被告2次轉讓第二級毒品甲基安非他命與徐茂龍，不僅法紀觀念薄弱，擴大毒品危害，且助長徐茂龍施用毒品惡習，造成人民生命健康受損之成癮性及危險性，戕害國人身心健康，亦危害社會治安，原審僅就2次犯行均判處被告有期徒刑4月，應執行有期徒刑6月，實無以收警惕之效，亦未能使罰當其罪，自難認為適法妥當等語。

叁、本院之判斷：

一、關於原判決事實欄一全部上訴部分：

㈠犯罪事實：

被告與徐茂龍同住花蓮縣○○鄉，為認識多年朋友。112年8月28日13時許，徐茂龍為委請陳賜忠出面為其代購第一級海洛因，遂交付2,000元給陳賜忠，以便被告替徐茂龍代購。同日21時許，因尚未覓得海洛因，被告為協助徐茂龍抵癮，乃基於轉讓禁藥甲基安非他命之犯意，在臺東縣○○鄉○○橋下，將1小包甲基安非他命（重量不詳）交予徐茂龍，旋即與徐茂龍自該1小包各自取出甲基安非他命當場於○○橋下一同吸食，以此方式轉讓其所有之甲基安非他命（無證據證明達淨重10公克以上）供徐茂龍施用抵癮1次。

㈡關於檢察官上訴爭執徐茂龍於警詢陳述證據能力之說明：

1.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，以決定其間是否具有實質性差異，此並包括先前之陳述詳盡，於後簡略之實質內容有所不符者在內；所謂「具有可信之特別情況」，係屬「信用

性」之證據能力要件，而非「憑信性」之證據證明力，法院自應就其前後陳述當時之原因、過程、內容、功能等外在環境加以觀察，以判斷其陳述，是否出於「真意」、有無違法取供等，其信用性已獲得確定保障之特別情況，加以論斷說明。

2.被告及其辯護人於原審及本院均爭執徐茂龍於警詢陳述之證據能力(原審卷第72頁，本院卷第101頁)。而徐茂龍於警詢之陳述乃被告以外之人於審判外之陳述，本屬刑事訴訟法第159條第1項規定之傳聞證據，原則上不得作為證據，除非符合傳聞例外規定。基此，原判決已說明徐茂龍警詢之證述，不但無從具結以擔保其真實性，在警詢之初，即曾暫停製作筆錄長達1小時10分許、此觀警詢時間為113年2月22日10時11分起，警察告知權利事項後，先詢問人別、前科、有無受扶助之特別身分、有無受扶養之兒童等事項後，隨即告以毒品危害防制條例第17條第1項、第2項之減刑規定，當徐茂龍答覆「不記得了」後，於10時22分至11時32分，筆錄暫停製作，11時33分起復行製作筆錄後之第1個問題，乃「你於何時？何地？數量？金錢？如何？向何人購買？」（警卷第22頁），恰為攸關原判決事實一被告所犯究該當何罪之重要事項。觀諸此問題之詢問方式，並非詢以毒品如何取得，乃逕詢問向何人「購買」，而不諳法律之一般人，難以辨別販毒、轉讓、幫助施用之異同，且「代買、代購」等詞，常因一般人對於文字表達精準度之差異，甚或於不知悉其間法律效果差異重大之情形下，而與「購買」乙詞混用，尤其於發問者已經使用「購買」乙詞時，應答者更有跟隨使用發問者用字遣詞之可能；再人別、身分等非關犯罪事實之事項詢問後，警察旋即告以減刑事由而詢問毒品來源，且於徐茂龍答以不記得之後，筆錄隨之暫停製作長達逾1小時，徐茂龍於警詢時復無辯護人陪同（警卷第21、22頁），繼續製作時復立即出現不利於被告之陳述、紀載，是徐茂龍縱然當下意會請他人代購與向他人購買之差異，其有無於筆錄暫停製作復

繼續製作時，受減刑規定影響而為不實供述，亦非無疑；至該暫停製作筆錄之1小時10分，徐茂龍於偵查中即已證稱：「中間有中斷帶我出去抽菸，就沒有錄音」、「(他們是否強迫你怎麼說？)有」（他字卷第199頁）；於原審結證：「我那時候出去抽菸，警察跟我說要按照他講的話製作筆錄，難道不怕被關嗎」、「就是依照筆錄順著警察的意思講，只要有問題他們就會停止警詢」等語（原審卷第154頁）；徐茂龍於偵查及原審一再指摘筆錄暫停製作長達1小時10分之原因，而勾稽比對筆錄暫停製作之前一問答與後一問答，皆係關於原判決事實一之核心事項，前後答覆迥異，且問題本身已具引導性；至徐茂龍雖謂看過警詢筆錄無加油添醋始簽名，然該警詢筆錄不具較可信之特別情況，且一般人連同徐茂龍能否察覺知悉關鍵問題用字遣詞之差異所生法律效果之重大影響，殊值懷疑，又該次警詢筆錄長達12頁，徐茂龍既非法律專業人士，衡情不致逐句逐字確認，即令確認，亦難查悉通曉關鍵問答之奧義，而達確認或指出錯誤之可能；況該警詢筆錄之製作日期為113年2月22日，距離案發之112年8月28日，已近半年之久，迥異於案發當下，自難以此遽認徐茂龍之記憶較為清晰，因認徐茂龍就事實一關於是否購買甲基安非他命之陳述與審判中不符部分，其於警詢中所為不利於被告之陳述，不具備較可信之特別情況，不符部分之不利被告陳述，既不符合傳聞例外規定，自應回歸原則，即不得採為對被告不利認定之證據，而無證據能力，據上，原判決已就徐茂龍於警詢之陳述當時之原因、過程、內容、功能等外在環境加以觀察，以判斷其先前於警詢之陳述，是否出於「真意」、有無違法取供等情，加以論斷說明(原判決第3至4頁)，並無不當，核無違誤，上訴意旨僅擷取原判決理由之片段指摘原判決違反證據法則，自無理由，本院無從信採。

㈢認定上開犯罪事實所憑之證據及理由：

1.上開犯罪事實部分，被告固坦承有於前揭時地，為代徐茂龍

出面購買海洛因而先收下2,000元，因當晚未覓得海洛因，乃提供其自綽號「阿勇」處取得之甲基安非他命1小包徐茂龍，旋即與徐茂龍自該1小包各自取出甲基安非他命當場於○○橋下一同吸食之事實，惟堅詞否認有何販賣甲基安非他命之犯行，辯稱：我非販賣甲基安非他命給徐茂龍，之所以與徐茂龍在○○橋下同時施用甲基安非他命，僅因我與徐茂龍有共同吸食之樂趣而已等語。辯護人則以：依監聽譯文及徐茂龍所述，徐茂龍始終係請被告代購海洛因，徐茂龍之所以事先給被告2,000元，目的僅在倘被告覓得海洛因之賣方，得代徐茂龍購買而已，當晚在○○橋下被告之所以與徐茂龍一同施用甲基安非他命，係協助徐茂龍抵癮；又因被告當晚尚未替徐茂龍覓得海洛因，故徐茂龍請被告退還1,000元，徐茂龍之所以留1,000元給被告，一方面係欲被告仍得繼續尋覓海洛因，他方面可作為被告辛勞奔波之用，並非甲基安非他命之對價；被告並無意圖營利販毒給徐茂龍等語，資為辯護。

2.並無積極證據使法院毫無合理懷疑確信被告有販賣甲基安非他命給徐茂龍；依卷內事證應認被告係轉讓禁藥即轉讓甲基安非他命予徐茂龍：

⑴按毒品危害防制條例所規定之販賣毒品罪，雖未明示以「營利之意圖」為其犯罪構成要件，但所謂「販」者，既係指賤買貴賣，或買賤賣貴而從中取利之意，則「販賣」一詞在文義解釋上應寓含有買賤賣貴而從中取利之意思存在，且從商業交易原理與一般社會觀念而言，販賣行為在通常情形下，仍以牟取利益為其活動之主要誘因與目的。由此可知，販賣毒品罪責之成立，應以行為人主觀上具有營利之意圖為其構成要件之一。從而，以營利之意圖交付毒品，而收取對價之行為，成立販賣毒品罪；如非基於營利之意圖，而以原價有償轉讓毒品與他人，僅得以轉讓毒品罪論處；如無營利之意圖，僅基於幫助施用毒品者取得供施用毒品之目的，而出面代購，或共同合資購買並分攤價金及分受毒品，則屬幫助施

用毒品罪之範疇，三者不可不辨（最高法院111年度台上字第259號判決意旨參照）。次按犯罪事實應依證據認定之，無證據不得推定其犯罪事實，刑事訴訟法第154條第2項定有明文。刑事訴訟上證明之資料，無論直接證據或間接證據，均須達於通常一般之人均不致有所懷疑，而得確信其為真實之程度，始得據為有罪之認定，若其關於被告是否犯罪之證明未能達此程度，而有合理之懷疑存在時，致使無從形成有罪之確信，在刑事訴訟「罪疑唯輕」、「無罪推定」原則下，根據「罪證有疑，利於被告」之證據法則，即不得遽為不利於被告之認定（最高法院112年度台上字第4522號判決意旨參照）。

⑵徐茂龍證以其與被告同住○○鄉，係被告之○○○○，2人認識多年，經過被告家會打招呼，亦會電話連絡聊天或問候被告之母身體狀況（警卷第23頁，原審卷第147、148頁），而被告與徐茂龍確實均住居在○○鄉（原審卷第11、107頁），足見被告與徐茂龍之間，為同鄉熟識之人，迥異於單純僅有交易毒品利害關係而毫無私交情誼之人。徐茂龍於偵查中結證：112年8月28日「我叫他幫我找海洛因，他說沒有，我說我放2千元在你那邊，等他問到哪裡有海洛因的時候，我再去買，因為陳賜忠沒有在賣海洛因，至於(甲基)安非他命是他當場請我吸食的，不是我跟他買的」、當日13時許，我給被告2,000元請被告幫我找海洛因，當晚被告並未給我海洛因，而是「說他有(甲基)安非他命，問我要不要一起吸食」，我與被告便在○○橋下一起施用等語（他字卷第198頁）；於原審證述：我拿2,000元給被告，請被告「幫我問看看何處」可以買到海洛因，我請被告幫忙詢問時之所以拿2,000元給被告，係因為「沒有錢的話對方不會給」，「我錢先放在你這邊，被告可以的話，先幫我拿，如果問不到或者去找來源，我自己去找也可以」，翌日被告還我1,000元，我「想說被告跑來跑去，總是要吃飯、加油，我跟被告說要不然你先留著(1,000元)，先還1,000元給我」，留給被

告之1,000元並非甲基安非他命之對價，「我不知道被告能不能幫我問到我要的海洛因，所以我才先把錢放在被告處，如果有問到的話，直接幫我拿」，當晚被告在○○橋下拿一小包(甲基)安非他命給我，我與被告便從該一小包各自取出甲基安非他命，當場在○○橋下一同吸食等語（原審卷第151、154、159至161頁）。參以112年8月28日監聽譯文，徐茂龍確係向被告詢以「我那個『軟的』」（警卷第24頁），而「軟的」乙詞即為海洛因之行話暗語，益徵徐茂龍證稱其乃請被告幫伊詢問有無海洛因乙情，並非無稽。尋繹徐茂龍於偵查及原審具結證述內容，乃一致證稱係請被告出面為其代購海洛因，又既係請被告幫忙尋覓海洛因，自須給被告錢以利被告倘代為覓得時，始有錢可給予覓得之賣方。當晚雖未覓得海洛因，然被告給徐茂龍一小包甲基安非他命抵癮，且徐茂龍與被告自該一小包各自取出甲基安非他命，二人當場在○○橋下一同施用。是依徐茂龍於偵查及原審審中所述，揆諸前揭說明意旨，被告並非意圖營利販賣甲基安非他命給徐茂龍，而是因當晚未能替徐茂龍覓得海洛因，而給予徐茂龍一小包甲基安非他命以協助徐茂龍抵癮，被告與徐茂龍甚至自該一小包各自取出甲基安非他命而當場一同施用，核屬無償轉讓禁藥即轉讓甲基安非他命予徐茂龍施用。

⑶至徐茂龍於警詢中所述以2,000元向被告購買云云，不但不具備較可信之特別情況，更屬已有可疑之情狀，而無證據能力，業如前述，自不得以之作為不利於被告之認定。除此之外，徐茂龍於警察提示112年8月28日通訊監察譯文時，乃稱：「我當時要請陳賜忠幫我詢問有沒有人在賣海洛因，我就先拿2,000元給他，跟他說我先把錢放在他那邊，如果有的話就幫我買，我們當天晚上到○○橋下見面面交，我們見面時，陳賜忠就說他問不到海洛因，他那邊只有(甲基)安非他命，問我要不要」等語（警卷第26頁），實與徐茂龍於偵查及原審證述係委請被告出面代購之事實吻合，更可證明被告並非意圖營利販賣甲基安非他命給徐茂龍，而係受徐茂龍

之託代徐茂龍出面尋覓海洛因，因當晚未覓得，乃提供被告自綽號「阿勇」處取得之甲基安非他命轉供徐茂龍抵償。何況，立於轉讓、販賣毒品行為人對立面之證人，縱令前後一致而為不利於被告之供述時，於此情形，甚且不得僅因具有減刑利益而利害衝突之證人單方陳述，遽為不利於被告之認定，尚需有其他補強證據，遑論本案身為證人之徐茂龍，不但於偵查、原審中一致證述係委請被告出面代購，非向被告購買，甚至警詢中於警察提示監聽譯文時，亦為如此之陳述。申言之，本案甚至無從以關鍵證人徐茂龍之證述，而為被告有何意圖營利而販毒之證據。

⑷徐茂龍於偵查中證稱當晚於○○橋下伊與被告一同吸食甲基安非他命後，我向被告表示2,000元留著繼續找海洛因等語（他字卷第199頁），而112年8月28日徐茂龍確實係欲請被告尋覓海洛因，有監聽譯文在卷可證（警卷第24頁），業如前述；酌以徐茂龍於警詢時，即已一再稱112年9月12日、同年月18日，「陳賜忠要回報海洛因的事情，我請他幫我詢問有沒有人在賣海洛因，他跟我說沒有問到」、「這次我一樣問陳賜忠有沒有找到海洛因，他說沒問到」（警卷第27、31頁），則該2,000元乃係徐茂龍委請被告繼續代為尋覓海洛因，待覓得賣方後，俾被告得代徐茂龍轉交該2,000元給賣方，即與被告交付一小包甲基安非他命給徐茂龍無關。又徐茂龍於原審則證述：當日既未覓得海洛因，故請被告先退還1,000元給我，至留在被告身上之1,000元，一方面作為委請被告繼續為伊尋覓海洛因，如有覓得，被告始得代為轉交給賣方，他方面作為被告為我奔波如有生活需要亦可用為支應等語，而徐茂龍於112年8月28日確實委請被告代為尋覓海洛因，該日之後，亦仍請被告持續代為尋覓海洛因，已如上述，則該尚未退還之1,000元，徐茂龍所稱以作為繼續尋覓海洛因，如有覓得，被告始得代為轉交給賣方乙情，尚非無據，尤難遽此逕認被告確有營利之意圖。況被告與徐茂龍之間為同鄉認識多年之人，迥異於單純僅有交易利害關係而毫

無私交情誼之人，業如前述，徐茂龍於偵查或原審所述，於熟識之人之間，確屬可能。據上，無論依徐茂龍偵查或原審所述，均尚乏積極證據證明被告就交給徐茂龍1小包甲基安非他命之行為，如何賺取價差或量差以牟利，自難遽認被告意圖營利販賣甲基安非他命給徐茂龍。

⑸況被告如具有販賣毒品獲利之主觀犯意，其大可向上游取得一定數量之毒品，供其隨時與購毒者交易，何需於購毒者有需求時再聯繫上游，徒增無法順利即時調取毒品之煩，平白喪失圖利之良機。是被告本案行為模式，與實務上常見之販毒者，多先向上游販入相當數量之毒品後，再分別銷售予購毒者以賺取量差或價差之情形有別，益徵被告所辯並非販毒給徐茂龍乙節，尚非子虛。是以，此部分事實，難認被告主觀上有販毒營利之意圖，基於「罪證有疑，利於被告」之證據法則，即不得遽為不利於被告之認定，自無從認被告販賣甲基安非他命給徐茂龍。

⑹又被告於原審準備程序固曾稱：該筆2,000元當場交給毒品上游「阿勇」，並自「阿勇」處取得1小包甲基安非他命等語(原審卷第70、73頁)，然之後於原審審理程序則稱：徐茂龍所述112年8月28日從我這邊拿到1小包甲基安非他命，就是我跟「阿勇」拿的，當時因為「阿勇」給的毒品不夠，沒有給「阿勇」錢等語(原審卷第164至165頁)，被告就該2,000元有無交付「阿勇」先後供述不一，本院自無從單憑被告片面之陳述認定被告確有將徐茂龍之2,000元交給「阿勇」者，惟無論被告有無將徐茂龍之2,000元交給「阿勇」，均無從據此推認被告無再為徐茂龍購買海洛因之意思及舉動，更無從認定被告與徐茂龍當時均有意以該2,000元充作購買甲基安非他命之價金，上訴意旨之論述，尚嫌速斷。

⑺綜上，上開事實部分，起訴及上訴意旨固認被告涉犯販賣甲基安非他命罪，惟尚乏積極證據使本院毫無合理懷疑確信被告販賣甲基安非他命給徐茂龍。又依卷內證據綜合判斷，被告係將其所自己持有之毒品甲基安非他命起意交付移轉予徐

茂龍，供其抵癮，即該當轉讓犯意，應認被告係無償轉讓禁藥即轉讓甲基安非他命予徐茂龍施用。

3.綜上所述，本案上開事實事證明確，被告此部分轉讓禁藥犯行堪以認定，應依法論科。

㈣論罪科刑：

1.甲基安非他命除為毒品危害防制條例第2條第2項第2款所規定之第二級毒品，亦屬藥事法第22條第1項第1款所稱之禁藥。被告上開所為轉讓甲基安非他命予徐茂龍之行為，同時該當藥事法第83條第1項轉讓禁藥罪及毒品危害防制條例第8條第2項轉讓第二級毒品罪之構成要件，然被告轉讓予徐茂龍之毒品數量，並無證據可資證明已逾毒品危害防制條例第8條第6項所定應予加重其刑之數量標準，徐茂龍又為成年人，是此部分自應依重法優於輕法之原則，擇較重之轉讓禁藥罪論處。

2.核被告就上開犯罪事實所為，係犯藥事法第83條第1項之轉讓禁藥罪。

3.此部分公訴意旨認被告涉犯販賣第二級毒品罪，尚有未合，然起訴書所載犯罪事實與本院認定之犯罪事實，基本社會事實同一，本院已告知被告所涉法條及罪名（本院卷第100、124頁），令其有辯解之機會，無礙被告、辯護人防禦權之行使，爰依法變更起訴法條。

4.被告轉讓前持有甲基安非他命的行為，與轉讓行為同為實質上一罪的階段行為，高度的轉讓行為既已依藥事法加以處罰，依法律適用完整性的法理，其低度的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的行為未設有處罰規定，則就被告轉讓前持有甲基安非他命的低度行為，不另予處罰。

5.被告前因公共危險案件，經臺灣花蓮地方法院109年度玉原交簡字第71號判決處有期徒刑5月確定，於110年5月6日易科罰金執行完畢，有法院前案紀錄表附卷可參(本院卷第44頁)。其於5年以內故意再犯本案有期徒刑以上之罪，固構成累

犯，然本院審酌被告構成累犯之前案，其犯罪型態、犯罪動機、手段、罪質等，與本案並不相同，並非於一定期間內重複為同一罪質之犯罪，且被告構成累犯之前案執行完畢時點與本案犯罪時點相隔已逾2年，被告為本案犯行時，尚難認被告具有特別之惡性，或對於刑罰反應力薄弱而未能收其成效，爰依司法院釋字第775號解釋意旨，衡酌罪刑相當原則及比例原則，不因累犯而加重其刑。

6.另按毒品危害防制條例第17條第2項規定：「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」。此所謂「於偵查及審判中均自白者」，係指被告對於自己所為已經構成犯罪要件之事實，向有偵查、審判犯罪職權之公務員坦白陳述而言，至於被告對該當於犯罪構成要件事實在法律上之評價，或對阻卻責任或阻卻違法之事由，有所主張或辯解，乃辯護權之行使，仍不失為自白，且自白著重在使過去之犯罪事實再現，與該事實應受如何之法律評價，係屬二事（最高法院108年度台上字第1387號判決意旨參照）。被告於偵查及審判中就其所為，係認為構成幫助徐茂龍施用第二級毒品犯行（他字卷第131頁，原審卷第70至71頁，本院卷第101至102、125、132頁），無從認為就轉讓禁藥罪主要事實業已自白，自與毒品危害防制條例第17條第2項規定有別，無從依該規定減輕其刑。

7.被告雖稱其毒品來源係綽號「阿勇」之人，惟被告於警詢及原審始終供稱並無「阿勇」之年籍資料或聯絡方式可提供檢警機關進一步追查（警卷第3頁，原審卷第70、71頁），本案自難認有何業據被告供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯之情形，自無從依毒品危害防制條例第17條第1項減輕或免除其刑。

㈤原判決關於幫助施用第二級毒品部分應予撤銷及量刑之理由：

1.撤銷改判之理由：

原審審理後，以檢察官所舉證據不能認定被告此部分涉有販

賣第二級毒品犯行，而變更起訴法條改論幫助施用第二級毒品罪，固非無見。惟查：依卷內證據綜合判斷，被告係將其所自己持有之甲基安非他命交付予徐茂龍，供其抵癮，即該當轉讓犯意，應認被告係無償轉讓禁藥即轉讓甲基安非他命予徐茂龍施用，原判決未察，遽認被告所為應構成幫助施用第二級毒品罪，尚有未洽。是檢察官上訴意旨逕以被告所為該當「販賣第二級毒品」犯行等語，尚屬率斷。然檢察官上訴意旨另以被告所為該當「轉讓禁藥」犯行之主張，為有理由。是原判決既有前述可議之處，自應由本院予以撤銷改判。

2.量刑之理由：

爰以行為人之責任為基礎，審酌被告知悉甲基安非他命為危害國人身心健康及社會秩序非輕之毒品及禁藥，已遭國家嚴令禁止施用及轉讓，竟無視國家禁令，無償轉讓予友人，助長擴散毒品，助長證人徐茂龍施用毒品惡習，使施用毒品之行為更行氾濫，間接影響社會治安與健全發展，應予非難；並酌以毒品之種類，轉讓數量微量，轉讓對象，被告就上開犯行之犯後態度，有多項犯罪紀錄之素行（法院被告前案紀錄表）；兼衡其自陳之教育程度、家庭及生活狀況（原審卷第169頁）等一切情狀，量處如主文第2項所示之刑。

二、關於原判決事實欄二、三量刑上訴部分：

㈠刑之量定，屬為裁判之法院裁量之職權，如其量刑已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列情狀，在法定刑度內，酌量科刑，而無違反公平、比例及罪刑相當原則，致明顯輕重失衡情形，自不得指為違法。

㈡原判決已說明就被告所犯轉讓禁藥共2罪，均依毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑後，以其之責任為基礎，分別具體斟酌刑法第57條所列各款事項，予以綜合整體評價，所為刑之量定，客觀上既未逾越法定刑度，又無悖於前述量刑原則，量刑又無失之過重之情，縱與檢察官之求刑有所落差，仍難指其量刑有何不當或違法，檢察官以被告2次

轉讓犯行，原審判處被告有期徒刑各4月，應執行有期徒刑6月，實無以收警惕之效等為由上訴請求從重量刑，由於原審已就被告之犯行等情，予以綜合整體評價在內，是檢察官以此為由請求從重量刑，為無理由，應予駁回。

三、應重新定執行刑部分：

㈠刑罰之科處，應以行為人之責任為基礎，考量人之生命有限，刑罰對被告造成之痛苦程度，係以刑度增加而生加乘效果，而非等比方式增加，如以實質累加方式執行，刑責恐將偏重過苛，不符現代刑事政策及刑罰之社會功能，故透過定應執行刑程式，採限制加重原則，授權法官綜合斟酌被告犯罪行為之不法與罪責程度、各罪彼此間之關聯性（例如數罪犯罪時間、空間、各行為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）、數罪所反應被告人格特性與傾向、對被告施以矯正之必要性等，妥適裁量最終具體應實現之刑罰，以符罪責相當之要求。因此，法院於酌定執行刑時，應體察法律恤刑之目的，為妥適之裁量，俾符合實質平等原則，否則有悖於公平正義，即有裁量權行使不當之違失（最高法院105年度台抗字第626號裁定意旨參照）。於併合處罰，其執行刑之酌定，應視行為人所犯數罪之犯罪類型而定，即倘行為人所犯數罪屬相同之犯罪類型者（如複數竊盜、施用或販賣毒品等），於併合處罰時，其責任非難重複之程度較高，自應酌定較低之應執行刑；然行為人所犯數罪雖屬相同之犯罪類型，但所侵犯者為具有不可替代性、不可回復性之個人法益（如殺人、妨害性自主），於併合處罰時，其責任非難重複之程度則較低，而可酌定較高之應執行刑。本院並綜合被告所犯3罪之犯情為整體非難評價，就被告前開撤銷改判所處之刑，與應分論併罰之前開上訴駁回部分所處之刑，認應定執行有期徒刑10月為適當。

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項前段，作成本判決。

本案經檢察官簡淑如提起公訴、檢察官張君如提起上訴，檢察官

黃怡君到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　5　　月　　29　　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」。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　6　　月　　3　　日

書記官　張佑銓

附錄本判決論罪科刑法條全文：

藥事法第83條第1項

明知為偽藥或禁藥，而販賣、供應、調劑、運送、寄藏、牙保、轉讓或意圖販賣而陳列者，處7年以下有期徒刑，得併科新臺幣5千萬元以下罰金。