臺灣高等法院高雄分院刑事判決

114年度上訴字第785號

上　訴　人　臺灣澎湖地方檢察署檢察官
被　　告　盧冠亨
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000
指定辯護人　公設辯護人張寅煥
被　　告　尹倚盟
000000000000000000
000000000000000000
選任辯護人　鄭國安律師
　　謝孟璇律師
　　張嘉琪律師

上列上訴人等因被告毒品危害防制條例案件，不服臺灣澎湖地方法院114年度訴字第2號，中華民國114年7月9日第一審判決（起訴案號：臺灣澎湖地方檢察署112年度偵字第1110號、112年度偵字第1149號、113年度少連偵字第2號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於Ａ０２部分撤銷。

Ａ０２販賣第二級毒品罪，處有期徒刑貳年。

其他部分上訴駁回（Ａ０３部分）。

事　實

一、Ａ０２明知甲基安非他命係毒品危害防制條例所公告列管之第二級毒品，依法不得持有及販賣，並知悉李偉哲欲施用甲基安非他命，然無購買之管道，為獲取施用甲基安非他命之利益，竟基於販賣第二級毒品之犯意，於民國111年12月19日23時許，持不詳門號之行動電話電聯真實年籍姓名不詳之成年人，由該名男子於電話中得知可直接與呂○穎（呂○穎

案發時為16歲為少年犯，另由臺灣澎湖地方法院少年法庭審理）交易，Ａ０２隨後與呂○穎聯絡後，即相約在全家便利商店澎湖湖西店(下稱全家湖西店)交易，嗣由不知情之Ａ０１騎乘機車搭載呂○穎至全家湖西店前，Ａ０２則與李偉哲前去全家湖西店附近之統一便利商店，雙方會面後，Ａ０２、呂○穎2人見旁邊澎湖第二信用合作社湖西分社(下稱湖西二信)旁巷內較為隱蔽，2人前往湖西二信巷內，由Ａ０２將先前向李偉哲收取新臺幣（下同）3,000元交付呂○穎，呂○穎則當場交付甲基安非他命1小包予Ａ０２。Ａ０２取得該小包甲基安非他命後隨即與李偉哲一同返回Ａ０２之住處共同吸食，Ａ０２以此方式取得施用第二級毒品甲基安非他命之利益。

二、案經澎湖縣政府警察局馬公分局報告臺灣澎湖地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

壹、證據能力：

按被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，屬傳聞證據，原則上不得作為證據；惟按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之規定，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條第1項、第159條之5第1項分別定有明文。查本判決所引用屬於傳聞證據之部分，均已依法踐行調查證據程序，且檢察官及被告2人及其等辯護人於本院審理時，均明示同意有證據能力（見本院卷第93至95頁），基於尊重當事人對於傳聞證據之處分權，及證據資料愈豐富愈有助於真實發現之理念，本院審酌該等證據作成時情況，並無違法取證之瑕疵，且無顯不可信之情形，以之作為證據應屬適當，自均有證據能力。

貳、實體上認定之理由:

一、撤銷改判（被告Ａ０２有罪部分）：

㈠訊據被告Ａ０２對上開時地聯絡呂○穎並交付自李偉哲處所取得之3000元在取得該小包甲基安非他命後，復與李偉哲返回住處共同施用甲基安非他命之事實，已於警詢、偵訊、原審及本院均坦承在卷（見警一卷第45、58頁，偵一卷21至22頁、25至27頁， 原審卷第68至70頁、本院卷第199、 213頁），核與證人李偉哲於偵訊證述情節大致相符（見偵一卷第33至35頁），復有統一超商前及道路監視系統錄影畫面截圖、被告Ａ０２之手繪現場圖（見警二卷第15至17頁、警一卷第61頁）在卷可佐。又被告Ａ０２於偵訊已供稱:我沒有出錢，李偉哲說要我幫他買安非他命，他會請我施用安非他命，所以我才幫他買等語（見偵一卷第22頁、26至27頁），並供稱:李偉哲當天打電話給我，問我說買不買的到甲基安非他命，他不知道要找誰買等語（見偵一卷第179頁），另於原審亦供承:（對檢察官起訴之犯罪事實和所犯罪名是否認罪？）我承認檢察官起訴客觀犯罪事實，但否認起訴所犯之罪名等語（見原審卷第68至70頁、本院卷第199頁），足認被告Ａ０２前述任意性自白與事實相符，是本案事證明確，被告Ａ０２犯販賣第二級毒品犯行堪以認定。

㈡論罪：

1.按毒品危害防制條例第4條之販賣毒品罪，係以意圖營利而販賣毒品為犯罪構成要件。且受施用毒品者委託，代為向販售毒品者購買毒品後，交付委託人以供施用，並收取價款，與受販售毒品者委託，將毒品交付買受人，並收取價款，二者雖同具有向毒販取得毒品後交付買受人並收取代價之行為外觀，然其因行為人主觀上，究與販售毒品者抑或買受人間有意思聯絡，而異其行為責任。如行為人單純意在便利、助益施用而基於與施用者間之意思聯絡，為施用者代購毒品之情形，固僅屬幫助施用行為；惟若意圖營利，而基於與販售毒品者間之犯意聯絡，代為交付毒品予施用者，則為共同販賣行為。（最高法院112年度台上字第369號判決參照）。足見行為人是否構成販賣毒品罪，其主觀上須有營利之意圖，

始足當之。本件被告Ａ０２係並未支付購買甲基安非他命之價款，業據被告Ａ０２供承在卷，其為獲取施用甲基安非他命之利益，復將購得之甲基安非他命交付李偉哲，故其所獲取之本件利益應屬施用甲基安非他命無訛，故被告Ａ０２所為已合於販賣第二級毒品構成要件。又本件被告Ａ０２與呂○穎交易甲基安非他命其目的應係為獲取個人施用甲基安非他命之利益，自難謂與呂○穎具有共同販賣甲基安非他命之犯意聯絡。公訴意旨認被告Ａ０２與呂○穎有共同販賣甲基安非他命之犯意聯絡云云，則尚乏證據足資證明。又按運輸毒品罪乃故意作為犯，自須具備之運輸毒品之主觀犯意；亦即行為人除客觀上須為運輸毒品之行為外，其主觀上亦須具有「運輸之意思」而為毒品之運送，始足當之。倘不問其犯意如何，祇因在兩區域間具有夾帶或持送之客觀作為，即概以運輸毒品之重罪論處，對於單純為販賣或轉讓、施用等目的而攜帶毒品之行為，均另論以運輸毒品罪，則有評價過度之嫌。如僅為交付所販賣之毒品，而將毒品攜帶至買方處所，仍僅成立販賣毒品罪，而與運輸毒品罪無涉（最高法院109年度台上字第2388號判決參照）。公訴意旨另以:被告Ａ０２與呂○穎交易之上情後，與李偉哲共同返回其住處共同施用，因認被告Ａ０２亦構成運輸第二級毒品罪云云。惟本件被告Ａ０２在澎湖二信湖西分社附近取得第二級毒品後即與李偉哲共同返回其住處施用，業如前述，足見被告Ａ０２取得本件毒品之目的係為求與李偉哲共同施用而免付費而施用毒品之利益，其主觀上難謂有為運輸毒品之意。故公訴意旨認被告Ａ０２亦構成運輸第二級毒品罪云云，依前揭最高法院判決說明，則顯有過度評價，附此敘明。

2.被告Ａ０２辯護人復以:被告Ａ０２係與李偉哲合資購買，被告Ａ０２雖未出資，然依民法合夥出資不以金錢為必要，被告Ａ０２出面為李偉哲購買毒品屬跑腿性質，應屬幫助李偉哲施用之意，故僅構成幫助施用第二級毒品罪云云（見本院卷第218頁）。惟販賣毒品之重罪刑責其立法目的則在阻

絕毒品之流通。本件被告Ａ０２並未支付購買毒品之價款，是其所為不僅為獲取個人施用之目的，復將甲基安非他命交付李偉哲，已助長甲基安非他命之流通，自應構成販賣第二級毒品罪。被告Ａ０２及其辯護人上開引用民事合夥之法律關係所辯，顯與毒品危害防制條例罪為阻絕毒品泛濫之刑事立法政策不符，自難作為比賦援引。

3.核被告Ａ０２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。其持有第二級毒品之低度行為應為販賣高度行為所吸收，不另論罪。

4.減輕之事由

⑴按毒品危害防制條例第17條第1項規定為：「犯第四條至第八條、第十條或第十一條之罪，供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑。」其立法旨意在於鼓勵被告具體提供其毒品上游，擴大追查毒品來源，俾有效斷絕毒品之供給，以杜絕毒品泛濫，祇須被告願意供出毒品來源之上手，因而查獲其他正犯或共犯者，即可邀減輕或免除其刑之寬典。毒品危害防制條例第17條第1項供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯之減免其刑規定，係指犯罪行為人供出本案製造、運輸、販賣、轉讓等毒品犯罪來源之對向性正犯（如毒品之來源或上游），或本案與其具有共同正犯、共犯（教唆犯、幫助犯）關係之毒品由來者的相關資料，使具有調查或偵查犯罪職權之公務員知悉而對之發動調查或偵查，並因此而確實查獲其人、其犯行者，始屬之。查被告Ａ０２於111年12月29日經警查獲後即向員警供出毒品來源為呂○穎（見警二卷第6、7頁），且嗣經檢警查證後，呂○穎亦有坦承將毒品送至上開地點交付被告Ａ０２，並有路口監視錄影畫面可資佐證，並經檢察官對呂○穎提起公訴在案，被告Ａ０２既供出其購買甲基安非他命之來源，令偵查機關得以查獲呂○穎，自應依該條例第17條第1項規定減輕其刑。

⑵又按自白在學理上有所謂「狹義自白」與「廣義自白」二

種概念，刑事訴訟法第100條規定，雖將被告對於犯罪之自白及其他不利益之陳述區分為二，然自白在本質上亦屬於自己不利益陳述之一種，同法第156條第1項，固僅就自白之證據能力為規定，但對於其他不利益之陳述證據能力之有無，仍有其適用。鑑於被告自白在刑事訴訟法上之證據能力與證明力有諸多之限制，因此實體法規範上所謂被告之自白，宜從廣義解釋，除指對於犯罪事實全部或主要部分為肯定供述之狹義自白外，尚包括經法院採為論罪依據之狹義自白以外之其他承認不利於己之事實所為之陳述在內。又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101年度台上字第473號判決參照）。本件被告Ａ０２為獲取施用甲基安非他命之利益，而向呂○穎購得甲基安非他命後轉交李偉哲施用之事實，業經認定如前，其雖主張僅成立幫助施用第二級毒品罪，惟對上開客觀事實已坦承不諱，僅否認起訴之罪名（見本院卷第199、213頁），是依前揭最高法院判決，對其自白應屬宜從廣義解釋。況依毒品危害防制條例第17條第2項規定「犯第四條至第八條之罪於偵查及歷次審判中均自白者，減輕其刑」之目的，在使犯上開各罪案件之刑事訴訟程序儘早確定，並鼓勵被告自白認罪，以開啟其自新之路。故對犯前述犯罪之被告，於偵查及審判中均自白者，乃採行寬厚之刑事政策，就其自白予以從寬認定。本件被告Ａ０２於歷次偵審對上開客觀事實不利於己之自白陳述，均屬一致，核與該條例第17條第2項規定要件相符，自應依該條例第17條第2項規定減輕其刑，並遞減輕其刑。

㈢撤銷改判理由：

1.被告Ａ０２係犯販賣第二級毒品罪，原審認係犯幫助施用第二級毒品罪，自有未洽。檢察官對被告Ａ０２上訴認應成立販賣第二級毒品罪，為有理由，原判決關於被告Ａ０２認事用法既有上開瑕疵，自應由本院關於被告Ａ０２部

分予以撤銷改判。

2.審酌被告Ａ０２明知國家對於查緝毒品相關犯罪禁令甚嚴，亦知施用毒品之害處，戒除毒癮之不易，一旦染上毒癮，不僅戕害個人身心健康，亦造成家人之痛苦，一般施用者為圖購買毒品解癮，往往不惜耗費鉅資以致散盡家財，非但可能連累親友，甚或鋌而走險實施各類犯罪，對社會治安造成潛在風險甚鉅，則流通毒品所及，非僅多數人之生命、身體受其侵害，社會、國家之法益亦不能倖免，當非個人一己之生命、身體法益所可比擬。其為取得施用甲基安非他命，竟購得甲基安非他命後，將部分甲基安非他命交付李偉哲施用，已助長毒品流通，所為實不足取，惟考量其所取得之甲基安非他命及流通之數量不多、犯罪手段、情節、前案紀錄表所示之素行資料及其自陳高中肄業，入監前從事工人，每月收入約3 、4 萬元，未婚，無子女，無需撫養長輩，身體狀況良好之家庭生活經濟狀況、智識程度（見本院卷第216頁）等一切情狀，爰改量處有期徒刑2年。

㈣沒收：

被告Ａ０２取得之甲基安非他命，無證據尚有留存，應認已施用殆盡，爰不予宣告沒收。

二、上訴駁回（被告Ａ０３無罪部分）：

㈠公訴意旨另以：被告Ａ０３明知甲基安非他命為毒品危害防制條例所公告列管之第二級毒品，依法不得運輸及販賣，竟於上開時間與被告Ａ０２電聯後，約定以3,000元之對價販賣第二級毒品甲基安非他命予被告Ａ０２，並於電話中指示會由呂○穎出面交易，後續請與呂○穎聯繫，被告Ａ０３後續則聯繫呂○穎要求替其交付上開毒品予被告Ａ０２，呂○穎即與被告Ａ０２連繫後在全家湖西店完成交易，認被告Ａ０３亦成立共同運輸、販賣第二級毒品甲基安非他命罪嫌云云。

㈡檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方

法，刑事訴訟法第161條第1項定有明文。倘其所舉證據，不足說服審判法院，獲致被告犯罪之確信心證，被告應受同法第154條第1項無罪推定規定之保障，而應諭知無罪之判決。又認定犯罪事實所憑之證據，雖不以直接證據為限，間接證據亦包括在內；然無論直接或間接證據，其為訴訟上之證明，須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者，始得據為有罪之認定（最高法院111年度台上字第5635號刑事判決意旨參照）。而具有共犯關係之共同被告，在同一訴訟程序中，兼具被告與證人雙重身分，其就犯罪事實之供述，對己不利之部分，如資為證明其本人案件之證據時，即屬被告之自白；對他共同被告不利部分，倘用為證明該被告案件之證據時，則屬共犯之自白，本質上亦屬共犯證人之證述。再被告之自白及共犯之自白，固均受刑事訴訟法第156條第2項之規範拘束，其供述或證詞須有補強證據為必要，藉以排斥推諉卸責、栽贓嫁禍之虛偽陳述，以擔保其真實性。另毒品交易之買賣雙方，雖非屬共犯證人類型，但買方為獲邀減刑寬典，不免有作利己損人不實供述之虞，其陳述證言在本質上存有較大虛偽性之危險，為擔保其真實性，本諸刑事訴訟法第156條第2項規定之相同法理，自仍應認為有以補強證據佐證之必要性，藉以限制其證據上之價值。是施用毒品者供出毒品來源，因而破獲其他正犯或共犯者，依法得減輕或免除其刑，則該毒品來源之證言，屬有利於施用者之供述，其為邀減輕或免刑之寬典，自有為損人利己而為不實供述之可能，是縱其先後供述始終如一，且係出於自由意志而無任何瑕疵，亦不得作為認定毒品來源者之唯一證據。

㈢訊據被告Ａ０３堅詞否認有何上開時、地販賣、運輸第二級毒品之犯行，辯稱：案發當日未與呂○穎、Ａ０２有何接觸，亦未曾囑呂○穎販賣甲基安非他命予Ａ０２等語。檢察官上訴意旨固以呂○穎、Ａ０２之供述及原審未傳喚Ａ０１到庭證述作為本件上訴理由。惟查：

1.被告Ａ０２於111年12月29日遭警查獲時，即稱該次毒品之來源為呂○穎等語（見警二卷第6、7頁），後續於112年間之警偵訊亦仍僅稱毒品來源為呂○穎等語（見偵一卷第21頁、警一卷第57頁），然直至113年4月8日與113年10月1日之偵訊及原審始證述：上開時地之該次購毒是跟Ａ０３聯絡，Ａ０３於電話中請我與呂○穎聯絡等語（見偵一卷第179頁、偵二卷第75頁、原審卷第157頁），可見被告Ａ０２供述本件毒品來源先後已不相符，故其指認被告Ａ０３參與本案共同販賣甲基安非他命之供述是否可信，已有疑義。參以其改稱本案毒品來源為被告Ａ０３之供詞，距案發當時已逾1年餘。被告Ａ０２於原審雖稱：（你在警詢說不知道呂○穎的毒品來源，但為何偵訊說毒品來源是被告Ａ０３？）我當時以為Ａ０３是與這件事無關等語（見原審卷第160頁），足見被告Ａ０２事後指稱本件毒品來源為被告Ａ０３，應係出於個人臆測之詞，自難作為不利被告Ａ０３之依據。

2.呂○穎於警詢、偵查及原審固亦均陳述：當天Ａ０３聯絡我叫我到他家送毒品，我沒有交通工具，所以就連絡Ａ０１到我重光的家裡載我，Ａ０１先騎機車附載我去東衛國小附近找Ａ０３拿毒品，再去全家湖西店交易等語（見警三卷第4、5頁、偵二卷第37頁、原審卷第163頁）。然證人Ａ０１於警詢、偵查中則均證述：當天呂○穎聯絡我叫我去重光載他，呂○穎告知我載他到全家湖西店找Ａ０２一下，沒有跟我提到毒品的事情，也沒有看到他手裡有拿東西。我記得當時中途沒有至其他地方，也沒有載呂○穎去找Ａ０３，而是直接從重光出發到湖西全家等語（見警一卷第4至5、18頁，偵一卷第79頁），核與呂○穎上開證述之情節，已有不符。

3.再觀之本件道路監視錄影畫面（見警二卷第17頁），係拍攝Ａ０１附載呂○穎行經澎縣道202線往成功外車道、澎縣道202線往西溪方向之畫面，並非行駛於東衛社區內或東衛國小附近巷弄內，自澎縣道202線轉入東衛社區內之畫面，自難

佐證Ａ０１有騎車前往被告Ａ０３所指定之處所，是道路監視器影像截圖亦無法作為不利被告Ａ０３之補強證據。又被告Ａ０３與被告Ａ０２間固曾有使用暗語（袋子來了、3000一克可以吧、半個現金、多給我一點）等之通訊軟體line對話紀錄（見警二卷第67至87頁），然觀諸該對話紀錄為113年後之對話紀錄（見警二卷第62至65頁之說明），核與本件案發時間（111年12月19日）亦不相符，故亦難作為不利被告Ａ０３之補強證據。此外，復無其他事證可資證明Ａ０１附載呂○穎前去交易毒品時或之前，曾前去尋找被告Ａ０３或與之接觸，故尚難僅憑被告Ａ０２與呂○穎2人上開瑕疵之證述，即推認被告Ａ０３曾參與本件販賣（運輸）甲基安非他命。至證人Ａ０１經傳未到且另案通緝中（見本院卷第119頁），檢察官亦已捨棄傳訊（見本院卷第200頁），故不再傳訊，附此敘明。

4.綜上所述，公訴人所持之前開論據，既無法採為認定被告Ａ０３涉有本件販賣（運輸）第二級毒品罪之證據，即屬不能證明被告Ａ０３犯罪，揆諸前開說明，自應為無罪之諭知。

㈣原審以不能證明本件被告Ａ０３犯罪，而為無罪之諭知，核無違誤；檢察官上訴意旨猶執前詞，指摘原審判決被告Ａ０３無罪不當，為無理由，應予駁回。

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，判決如主文。

本案經檢察官黃政德提起公訴及提起上訴，檢察官呂幸玲到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　21　　日

刑事第五庭　審判長法　官　簡志瑩

法　官　陳薏仪

法　官　李政庭

以上正本證明與原本無異。

Ａ０３部分，檢察官如不服本判決，除符合速審法第9條之規定得上訴外；其餘如不服本判決應於收受本判決後20日內向本院提

出上訴書。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　21　　日

書記官　馬蕙梅

附錄本判決論罪科刑法條：

毒品危害防制條例第4條第2項之販賣第二級毒品罪。

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。