臺灣高等法院高雄分院刑事判決

114年度上訴字第909號

上　訴　人
即　被　告　蔡之敏
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000

選任辯護人　李承書律師（法扶律師）

上列上訴人因毒品危害防制條例案件，不服臺灣橋頭地方法院114年度訴字第24號，中華民國114年10月1日第一審刑事判決（起訴案號：臺灣橋頭地方檢察署113年度偵字第10047號、第16485號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於附表編號1 暨其定應執行刑部分，均撤銷。

上開撤銷部分，蔡之敏犯附表編號1 「本院主文」欄所示之罪，處附表編號1 「本院主文」欄所示之刑。

其他上訴駁回。

事　實

一、蔡之敏明知甲基安非他命屬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，竟意圖營利，基於販賣第二級毒品之犯意，分別於附表編號1、2、4所示時、地，以同附表編號1、2、4所示方式販賣同附表、編號所示金額、數量之甲基安非他命毒品予李政翰。

二、案經臺灣橋頭地方檢察署（以下稱橋頭地檢署）檢察官簽分及由高雄市政府警察局楠梓分局（以下稱楠梓分局）報告橋頭地檢署檢察官偵查起訴。

理　由

壹、本院審理範圍之說明：

一、上訴得對於判決之一部為之。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。上訴得明示僅就判決之刑、沒收或

保安處分一部為之，刑事訴訟法第348條定有明文。

二、原審判決後，上訴人即被告蔡之敏（下稱被告）不服原判決提起上訴，並於上訴理由狀陳明對原判決關於附表編號1、2之全部及同附表編號3、4、5之量刑部分提起上訴。就原判決關於附表編號1、2部分辯稱均未交易成功，僅止於未遂；就原判決關於附表編號3、4、5之部分則認為量刑過重。惟被告於本院準備程序中就原判決關於附表編號3、5之部分撤回上訴，此有撤回上訴聲請書1份在卷可考（本院卷第129頁），是本院僅就原判決關於附表編號1、2之全部及同附表編號4之量刑部分予以審理，且不及於原判決關於附表編號4所認定之犯罪事實、罪名，先予敘明。

貳、證據能力：

一、本判決所引用被告以外之人於審判外之陳述，業據當事人於本院審理時同意作為證據（見本院卷第109頁），並經本院於調查證據程序逐一提示或告以要旨，本院審酌上開證據之取得並無瑕疵，與本案待證事實具有關聯性，認以之作為本案證據應屬適當，依刑事訴訟法第159條之5第1項規定，認有證據能力。

二、本判決所引用被告於偵、審程序中之陳述及其他非供述證據，均與本件事實之認定有關，且均經合法取得，又無法定證據排除情事，復經本院依刑事訴訟法第164條、第165條踐行證據調查程序，當事人對證據能力亦無爭執，依同法第158條之4之反面解釋，均可認為有證據能力。

參、認定犯罪事實所憑之證據及理由

一、附表編號1 部分：

訊據被告固坦承其有與李政翰相約於民國112年8月4日交易甲基安非他命毒品，惟辯稱二人嗣後並未碰面，堅決否認該次犯行已達既遂程度；且證人李政翰之證詞前後不一，不足為不利被告之認定等語。經查：

㈠證人即毒品買方李政翰於112年9月28日警詢及檢察官偵查時（檢察官以被告身分詢問李政翰，未具結）固均稱：其曾於

民國112年8月4日下午1時30分在「統一超商新新甲門市旁的十元商店」，以新臺幣（下同）1千元，向被告買受1公克之甲基安非他命毒品，有交易成功等語（見楠梓分局高市警楠分偵字第11373031400號卷〔下稱警卷〕第59頁、橋頭地檢署113年偵字第10047號卷〔下稱偵一卷〕第221頁），而與原判決附表編號1認定之事實相符。然同一證人於113年9月18日偵訊時具結後，經檢察官提示112年8月4日案發當天之通訊軟體對話紀錄截圖後，改稱：「當天下午沒有碰到面，是當天的晚上，她有過來國昌國中後門找我，有給我甲基安非他命，但我忘記重量了，有時候我跟她交易的金額是1千元，有時候是3千元，這次我不確定是多少。（問：為何你前次開庭稱交易地點是在7-11新新甲門市旁的十元商店，向蔡之敏購買1千元、重量1公克的甲基安非他命？）十元商店我們有交易過，但不是112年8月4日這次，我是剛才看了對話紀錄，才想起來，當天我們沒有在7-11新新甲門市碰面。（問：究竟112年8月4日你們有無在7-11新新甲門市交易？或是在旁邊的十元商店交易？）我下午1點半，跟蔡之敏在7-11新新甲門市旁的十元商店交易甲基安非他命，但因為時間有點久，交易的重量及金額我有點不確定，至於剛才說的晚上在國昌國中後門碰面，是其他次交易。（問：為何蔡之敏說他雖然知道你到了，但他拖了很久才下去，他下去時你人已經不在了？）講的不正確，我印象中她約我在7-11新新甲門市見面有兩次，一次我們有交易成功，另一次她讓我等很久，都沒碰到面，我就先回去，她後來才到國昌國中後門跟我見面，所以112年8月4日確實有交易成功」等語（見偵一卷第247至248頁）。嗣於原審審理時，證人李政翰又改稱：「（問：依照你剛的回答，112年8月4日這天你有跟被告約見面？）有。（辯護人問：但實際上後來沒碰到面？）沒碰到面。（辯護人問：112年8月4日這天你在十元商店跟7-11新新甲門市都沒有碰到被告？）我國昌確定有碰到她。（問：安非他命在十元商店跟7-11這兩個地點有拿到物品

嗎？）是她過來國昌國中找我的時候才有拿到。（問：你剛說沒有在十元商店碰到被告，但你有過去？）我有過去。（問：你過去的時候，在十元商店有看到被告嗎？）沒看到。（辯護人問：你等了一個小時之後被告還是沒有出現，你就如何？）我就跟她說我先回去，就是我有買生鮮所以我先回去了。（問：〔提示警詢筆錄〕你跟警察說在112年8月4日11時12分到13時33分，你跟被告有對話，當時你是要跟她買一公克的安非他命，幫你送到國昌國中後門，你會坐車過去，但被告要你坐車過去新新甲門市的統一超商，你有到那邊，她才回你「可以下來了」，這次有交易成功，你用1千元跟被告買了1公克重的安非他命，交易地點是在7-11新新甲門市旁邊的十元商店，是在112年8月4日13時30分左右完成交易的，你這樣的陳述是真實的嗎？）因為這是警詢筆錄，當下我可能比較緊張，因那天我去新甲門市沒等到她，我是回到國昌國中後門之後她過來找我，那天我有去新新甲門市，可是我沒等到被告出現（見原審卷第120-124頁、第127-131頁）。綜觀證人歷次陳述可知，其於偵查中具結後之證詞即出現反覆，就其是否有與被告在起訴書所指時間（112年8月4日下午1時30分）、地點（高雄市○○區○○○路00號天天發生活商店）交易甲基安非他命毒品一節，多持否定陳述。

㈡另觀證人李政翰與被告之間於112年8月4日之Messenger通聯紀錄（被告暱稱為「蔡圓圓」，見偵一卷第125-126頁），李政翰表示「1個」後，被告要求李政翰過去找被告，李政翰則提議「國昌國中」，但被告又要求李政翰500元坐車至被告指定之鳳山「7-11新新甲門市」。李政翰最後傳送之文字訊息為「可以下來了」（見偵一卷第126頁），嗣後即為二人之語音通話，不知內容，故尚無從確認二人是否確有見面完成毒品交易。

㈢被告對此部分起訴事實，於警詢中陳稱其有到約定現場，但沒看到人（見偵一卷第45頁）；於原審準備程序中先改稱沒

有到現場（見原審卷第59頁）；嗣又改稱有到現場，但李政翰沒帶錢，故未交易（同前揭處）云云，前後亦有不一，但均否認有完成毒品交易。

㈣綜據上述，證人李政翰就此起訴部分之事實，於警、偵訊中所為不利被告之陳述，均未以證人身分具結，其具結後之陳述則反覆不定，且多係否認有起訴書所載時、地與被告完成甲基安非他命毒品交易之事實（而是在其他時、地）。證人與被告間之網路通訊軟體通聯紀錄又無法佐證被告與李政翰確有完成交易。綜合上述證據，依罪證有疑，利歸被告之原則，自應認為檢察官就此部分所提證據，尚無從證明被告基於販賣第二級毒品之犯意，販賣甲基安非他命毒品予李政翰之行為已達既遂程度，而僅能認為被告之犯行止於未遂。

二、附表編號2 部分：

㈠被告於112年8月13日12時許，搭車至五甲清粥小菜販賣甲基安非他命1小包予證人李政翰，並收取1千元之事實，為證人李政翰於警詢、偵訊及原審審理時證述明確（警卷第59至60頁；偵一卷第221至222頁；原審卷第123至124頁）。其中除了證人對於被告在車內之位置一節，因至審理時已時隔近2年，致其偵、審中之陳述略有出入（證人於偵查時證稱被告坐在後座，惟於原審審理時證稱「印象中副駕駛座」，見偵一卷第222頁、原審卷第124頁）外，其他歷次陳述均無情節模糊或重大矛盾之情形。

㈡參以被告曾於112年8月13日2時22分許，主動撥打語音通話予證人李政翰，然未接通；嗣證人李政翰於同日11時5分許傳送訊息詢問被告「在哪」，並分別於同日11時8分許、11時17分許，與被告進行語音通話，經被告回覆「五甲清粥小菜」，再與被告進行一通視訊通話，緊接傳送「到了」、「我停在旁邊」、「今天開車」、「圓圓到哪裡了」、「我在這」等訊息；證人李政翰復傳送其當時所在之位置照片，被告則回覆「嗯嗯嗯」、「在哪」等訊息；又被告於同日11時59分至12時8分間，主動撥打三通語音通話予證人李政

翰，並經證人李政翰傳送五甲清粥小菜店面之照片及「我在這」之文字訊息後，旋與證人李政翰進行視訊通話，此有通訊軟體對話紀錄擷圖在卷可佐（偵一卷第126至127頁），足見案發時，被告與李政翰聯繫密切，並持續確認證人李政翰所在位置。經證人李政翰傳送其所在之五甲清粥小菜位置照片後，被告旋即以視訊通話聯繫李政翰，並未置之不理一情，核與被告於偵訊時供稱：我通常不會將所乘坐的車輛車號告訴交易對象，會告訴對方我已經看到他，並指示對方來車上找我等語之情節相符（偵一卷第138頁）。佐以被告於偵訊時供稱：我當天是被人載去五甲清粥小菜，我在車上等，叫證人李政翰過來找我（偵一卷第138頁），與證人李政翰於偵訊及原審審理時證稱：我在五甲清粥小菜等被告，後來被告搭友人之車輛前來交易，將車停在五甲清粥小菜對面的飲料店前，我走到被告乘坐的車旁，透過車窗跟被告交易等語相符（原審卷第123至124頁）。倘若證人李政翰案發當日未與被告見面，其如何知悉被告係乘坐友人之車輛前來？綜諸上情，足堪佐證證人李政翰於偵訊及原審審理時，有關附表編號2毒品交易之證述應屬可信。至於證人所稱被告在車內所坐位置雖略有不同，但因其作證時間相隔較久，就細節部分之出入，在所難免，其瑕疵甚微，尚不致動搖其整體證詞之憑信性。從而，被告於112年11月13日12時許，在五甲清粥小菜與證人李政翰見面，並完成如附表編號2所示毒品交易之事實應可認定。被告辯稱附表編號2所示毒品交易並未完成等語，則非可採。

三、按販賣毒品係違法行為，非可公然為之，且有其獨特之販售通路及管道，復無一定之公定價格，容易增減分裝份量，是其各次買賣之價格，當亦各有差異，或隨供需雙方之資力、關係之深淺、需求之數量、貨源之充裕與否、販賣者對於資金之需求程度如何，以及政府查緝之態度，為各種不同之風險評估，而為機動性之調整，是其價格標準，自非一成不變，且販賣者從各種「價差」或「量差」或「純度」謀取利

潤方式，亦有差異，然其所圖利益之非法販賣行為目的，則屬相同，並無二致。況依一般民眾普遍認知，毒品價格非低、取得不易，且毒品之非法交易，向為政府查禁森嚴且重罰不寬貸，衡情倘非有利可圖，絕無平白甘冒被嚴查重罰高度風險之理。從而，舉凡有償交易，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，而推諉無營利之意思，或阻卻販賣犯行之追訴。故凡為販賣之不法行為者，其販入之價格必較售出之價格低廉，而有從中賺取買賣差價牟利之意圖及事實，應屬符合論理法則而不違背社會通常經驗之合理判斷（最高法院110年度台上字第2564號判決意旨參照）。附表編號1、2所示各次毒品交易均有價金之約定，則於政府嚴厲查緝毒品販賣，且販賣毒品罪係重罪之情形下，若無利可圖，衡情被告當不致輕易將持有之毒品，以原價交付予證人李政翰之理，是被告就附表編號1、2所示兩次犯行，均有營利意圖，甚為明灼。

四、綜上，附表編號1、2之事證已屬明確，被告犯行堪以認定，應依法論科。

肆、論罪科刑：

一、核被告就附表編號1之行為，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。其就附表編號2之行為，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。其各次販賣前持有第二級毒品之低度行為，應為高度之販賣行為所吸收，均不另論罪。被告就前揭兩罪，犯意各別，行為互殊，應分論併罰。

二、被告就附表編號1所示犯行僅屬未遂，客觀危害性較輕，爰依刑法第25條第2項規定減輕其刑。又其於偵查及法院歷次審理中均堅稱係販賣第二級毒品未遂，與本院審理後認定之結果相同，自應認為有自白犯行，而應依毒品危害防制條例第17條第2項規定，減輕其刑，並因其有兩項刑之減輕事由，依刑法第70條規定遞減之。

伍、上訴論斷的理由：

一、就原判決關於附表編號1 及所定執行刑撤銷部分：

原判決認此部分罪證明確，予以論罪科刑，固非無見。惟依檢察官所舉之證據，尚無從認定被告確有與毒品買方即李政翰完成此部分交易，而僅能認為其犯行止於未遂，理由有如前述，是原判決認為被告犯行已達既遂程度，並諭知沒收、追徵未扣案之犯罪所得1千元，依法即有未合，應由本院就原判決關於被告附表編號1之部分撤銷。且因原判決關於定應執行之基礎已有變更，其定執行刑部分亦併予撤銷。爰以行為人之責任為基礎，審酌被告明知甲基安非他命具有成癮性、濫用性及社會危害性，不僅破壞國民健康，更造成社會治安潛在風險，為我國法律嚴令禁絕，竟仍為牟取個人利益，無視上情販賣之，助長毒品流通，所為誠屬不該；並審酌被告販毒之數量、金額尚少，情節尚非嚴重；兼考量被告之犯後態度及其如臺灣高等法院被告前案紀錄表所載之前科素行，暨被告於警詢及本院審理時所陳教育程度、工作收入情形、家庭生活狀況等一切情狀（見警卷第3頁；本院卷第184頁），就附表編號1部分，量處如附表編號1「本院主文」欄所示之刑，以資懲儆。而被告因販賣毒品未遂，無犯罪所得可言，自無庸宣告沒收、追徵。

二、就原判決關於附表編號2 、4 駁回上訴部分：

㈠原審就附表編號2、4部分，認罪證明確，因而適用毒品危害防制條例第4條第2項規定，並審酌被告為牟個人利益，不顧甲基安非他命毒品對社會治安及他人身心健康之危害仍販賣之，販賣對象均為李政翰一人，販賣價、量尚少，情節非重；兼考量被告之犯後態度及其如臺灣高等法院被告前案紀錄表所載前科素行，暨被告所陳教育程度、工作收入情形、家庭生活狀況等一切情狀，分別量處有期徒刑10年4月及10年2月。另敘明附表編號2所示毒品交易中買受人李政翰交付之價金為被告的犯罪所得，未經扣案，應依刑法第38條之1第1項、第3項規定宣告沒收，並諭知於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時追徵之。本院經核原審已敘述其認定附表

編號2部分犯罪事實所憑之證據、理由，且原審就附表編號2、4之量刑業已審酌前開情節及刑法第57條所列各款一切情狀，為其量刑責任之基礎，並詳為說明不依刑法第59條規定酌減其刑之理由，其認事用法皆無違誤，量刑亦稱妥適，尚無任何偏重不當或違法之處。

㈡被告上訴意旨雖指摘原判決關於附表編號2部分被告犯行已達既遂程度之認定有誤，而應改認未遂云云，然其辯解與現有事證不符，已如前述，是被告此部分上訴並無理由。又被告就原判決附表編號4部分，認為量刑過重，且其有於偵查中自白，應依毒品危害防制條例第17條第2項之規定減輕其刑云云。惟被告於偵查中均否認有販賣毒品予李政翰之意思，而以無償贈與為辯（見偵一卷第48至49頁、第140頁），此辯解與原判決及本院認定之事實不符，是難認有自白犯行，無從以前開規定減輕其刑。又被告此次犯行並無其他法定減刑事由，原審在法定刑範圍內，量處有期徒刑10年2月，僅略高於法定刑下限，尚難謂重。是其此部分上訴，並無理由，亦應駁回。

三、末按關於數罪併罰之案件，如能俟被告所犯數罪全部確定後，於執行時，始由該案犯罪事實最後判決之法院所對應之檢察署檢察官，聲請該法院裁定之，無庸於每一個案判決時定其應執行刑，則依此所為之定刑，不但能保障被告（受刑人）之聽審權，符合正當法律程序，更可提升刑罰之可預測性，減少不必要之重複裁判，避免違反一事不再理原則情事之發生（最高法院110年度台抗大字第489號裁定參照）。被告所犯如附表所示各罪，雖符合刑法第50條所定數罪併罰之要件。然被告於本院審理時已撤回對原判決附表編號3、5部分之上訴，其他上訴部分之日後程序發展亦有變數，且依卷附法院前案紀錄表記載，被告或有可與本件合併定應執行刑之其他案件判決。為保障被告權益，符合正當法律程序，減少不必要之重複裁判，依前開說明，爰不定其應執行之刑。

據上論結，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。
本案經檢察官朱美綺提起公訴，檢察官姚崇略到庭執行職務。
中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　26　　日
刑事第四庭　審判長法　官　施柏宏
法　官　林青怡
法　官　王以齊
以上正本證明與原本無異。
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狀，其未敘述上訴理由者，並得於提起上訴後20日內向本院補提理由書狀（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　　115　　年　　3　　月　　26　　日
書記官　黃月瞳
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、第6項
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。
前五項之未遂犯罰之。

附表：

編號	購毒者	交易時間、地點	交易內容	原判決主文	本院主文
1	李政翰	112年8月4日13時30分許，在高雄市○○區○○○路00號之天天發生活商店前	被告與李政翰約定在左列時地以1千元交易甲基安非他命1小包，但未完成交易而未遂。	蔡之敏販賣第二級毒品，處有期徒刑10年4月。未扣案犯罪所得新臺幣1,000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。	蔡之敏販賣第二級毒品未遂，處有期徒刑參年。
2	李政翰	112年8月13日12時許，在高雄市○○區○○○路000號之五甲清粥小菜旁	被告與李政翰以MESSENGER相約，在左列時地，以1千元價格出售1小包甲基安非他命予李政翰	蔡之敏販賣第二級毒品，處有期徒刑10年4月。未扣案犯罪所得新臺幣1,000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。

4	李政翰	112年8月22日23時24分許，在高雄市○○區○○路0000號之國昌國中後門前	被告與李政翰以MESSENGER相約在左列時地，以1千元價格出售1小包甲基安非他命予李政翰。	蔡之敏販賣第二級毒品，處有期徒刑10年2月。未扣案犯罪所得新臺幣3,000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。