臺灣高等法院臺中分院刑事判決

112年度上訴字第1293號

上　訴　人
即　被　告　曾貴寶
選任辯護人　王炳人律師
　　江錫麒律師
上　訴　人
即　被　告　陳進發
指定辯護人　本院公設辯護人陳冠銘

上列上訴人等因被告等違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣苗栗地方法院111年度訴字第522號中華民國112年2月21日第一審判決(起訴案號：臺灣苗栗地方檢察署111年度偵字第2553、4916號)，提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

犯罪事實

一、曾貴寶明知甲基安非他命係毒品危害防制條例第2條第2項第2款所公告之第二級毒品，依法不得持有、販賣，仍基於販賣第二級毒品以營利之犯意，於民國000年00月00日下午4時8分許，以其所持用之門號0000000000號行動電話與蔡○○持用之門號0000000000號行動電話聯絡，約定毒品交易數量、金額及見面地點後，於同日下午4時38分許，在曾貴寶位於苗栗縣○○鎮○○里○○街00號住處附近之早餐店，向蔡○○收取新臺幣(下同)500元之價款，再指示蔡○○駕駛車牌號碼000-0000號自用小客車、搭載曾貴寶前往陳進發位於苗栗縣○○鎮○○里○○00號住處，由曾貴寶下車向陳進發表示欲以1000元代價購買第二級毒品甲基安非他命，而陳進發明知甲基安非他命係毒品危害防制條例第2條第2項第2款所公告之第二級毒品，依法不得持有、販賣，仍基於販賣第二級毒品以營利之犯意，販賣甲基安非他命1包予曾貴寶，並向曾貴寶收取1000元之價款。嗣曾貴寶取得上開甲基

安非他命1包後，隨即返回上開車內，販賣價值500元之甲基安非他命予蔡○○，而完成交易。嗣經警對曾貴寶使用之前開行動電話門號實施通訊監察，循線查悉上情。

二、案經臺中市政府警察局大雅分局報告臺灣苗栗地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

壹、被告曾貴寶部分：

一、證據能力部分：

㈠刑事訴訟法第159條之5第1項規定：「被告以外之人於審判外之陳述，雖不符前4條之規定，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。」本判決所引用被告曾貴寶以外之人於審判外所為言詞或書面陳述之供述證據，經檢察官、被告曾貴寶及辯護人同意作為證據使用(本院卷第139頁)，本院審酌該等證據作成時之情況，並無違法取證或其他瑕疵，認為適於作為本案認定事實之依據，依上開規定，該等供述證據應具有證據能力。

㈡本判決所引用之非供述證據，並無證據證明有出於違法取得之情形，復經本院依法踐行調查程序，應具有證據能力。

二、認定犯罪事實所憑之證據及理由：

被告曾貴寶否認有販賣甲基安非他命給蔡○○之犯行，辯稱：我是和蔡○○各出500元，去向陳進發購買1包1000元的甲基安非他命；一開始是蔡○○打電話給我，說他要出500元去買甲基安非他命，他知道我有門路，因為500元拿不太到東西，所以他問我要不要一人一半，我有同意，我們就約在早餐店見面，再開車去陳進發住處，並由我下車用1000元代價跟陳進發購買甲基安非他命1包，大約0.3公克，買完後就回到車上跟蔡○○一起共用吸食器吸食，當次就把0.3公克吸完等語。其辯護人辯稱：被告曾貴寶是跟蔡○○合資購買毒品一起吸食，完全沒有營利目的，應該是屬於幫助施用而非販賣等語。經查：

㈠被告曾貴寶有於犯罪事實欄所載時、地，向蔡○○收取500元，並以1000元之代價向被告陳進發購買甲基安非他命1包後，再交付價值500元之甲基安非他命給蔡○○等情，為被告曾貴寶於偵訊及原審審理中所坦認(偵4916卷第100至101頁，偵2553卷第327至333頁，原審卷第93至95頁)，核與被告陳進發、證人蔡○○於警詢及偵訊時所述情節大致相符(偵2553卷第79至81、314至316頁，偵4916卷第111至113、223至225、341至345頁)，並有臺灣苗栗地方法院110年聲監字第149號、110年聲監續字第484、509、556號、111年聲監續字第19號通訊監察書及通訊監察譯文、被告曾貴寶手機畫面翻拍照片、蔡○○手機畫面翻拍照片可憑(偵2553卷第201、127至135頁、217至221頁，原審卷第149至158頁)，此部分事實堪認為真正。而聯絡毒品販賣、交付毒品、收取毒品買賣價金等行為，均屬販賣毒品罪構成要件事實之部分行為，均係構成販賣毒品罪之重要核心行為(最高法院100年度台上字第6329號判決意旨)。被告曾貴寶有與蔡○○議定要購買毒品之金額、數量，且被告曾貴寶有上開收取價款、交付毒品等行為，是被告曾貴寶有販賣甲基安非他命之客觀構成要件事實，至為明確。

㈡被告曾貴寶及辯護人固均以被告曾貴寶與蔡○○乃合資購買甲基安非他命等語置辯，惟查：

1.按毒品危害防制條例第4條規定之販賣毒品罪，係以行為人意圖營利而為販入或賣出毒品之行為，為其要件。至於其實際上是否因而獲利，以及所獲之利益是否為現金，或其利益係來自販入上游之購入金額、毒品數量折扣，或賣出予下手賺取差價，均非所問，如獲得物品、減省費用等亦均屬之(最高法院108年度台上字第2120號判決意旨)。次按販賣毒品罪之成立，關於毒品交易時間、地點、金額及數量之磋商、毒品之實際交付與收取價款，屬販賣毒品罪之重要構成要件核心行為。而所謂合資、代購、調貨行為是否構成販賣，自應視行為人在買賣毒品過程中之交易特徵究係立於賣

方之立場而於向上游取得貨源後以己力為出售，抑或立於買方立場而代為聯繫購賣家，而為不同評價。若行為人接受買方提出購買毒品之要約並收取交易價金後，以己力單獨與賣方連繫買賣而直接將毒品交付買方，自己完成買賣之交易行為，阻斷毒品施用者與毒品提供者間聯繫管道，藉以維持其本身直接與買方毒品交易之適當規模，縱使其所交付之毒品係另向上游毒販所購得，然其調貨交易行為仍具有以擴張毒品交易以維繫自己直接為毒品交易管道之模式，自屬販賣行為(最高法院109年度台上字第4409號判決意旨)。

2.證人蔡○○①於警詢時證稱：我是在000年00月00日下午4時後，在曾貴寶住處前的早餐店，向曾貴寶購買甲基安非他命1包，共花500元；我是先打曾貴寶的電話聯繫，請他去找然後賣我，我再開車過去找曾貴寶，然後我就給他500元，後來他說去找朋友，叫我在車上等，過不久他就拿1包甲基安非他命給我；我有拿500元給曾貴寶，至於曾貴寶拿多少金額買毒品我不知道等語(偵2553卷第81至83頁，偵4916卷第225頁)；②於偵訊時具結證稱：我記得我先打電話問曾貴寶有沒有甲基安非他命，我們約在他家附近的早餐店見面，大約通完電話後的半小時，我開車到他家外面早餐店等他，他走路來，上車後，我們一起去他朋友那拿甲基安非他命，他朋友也住在附近，到了之後，曾貴寶下車去跟朋友拿，我不認識他朋友，曾貴寶上車就給我1包甲基安非他命，我用500元跟曾貴寶買；我不認識曾貴寶的賣家，我如果要買，一定要透過曾貴寶；當時我就說我身上只有500元，所以曾貴寶拿多少錢給他朋友我就不知道等語(偵2553卷第314至316頁)。證人蔡○○上開證述內容，核與被告曾貴寶於原審審理時自陳：蔡○○如果沒有透過我，是沒有辦法跟陳進發購買毒品；蔡○○直接把500元給我，我再去跟陳進發拿毒品，拿好後再拿給蔡○○；我口頭上沒有跟蔡○○說我要出多少，我就下車去跟陳進發買毒品等語(原審卷第97、218至219頁)相符。由此可見，蔡○○既不認識被告曾貴寶之毒品

上手為何人，亦不知道被告曾貴寶向毒品上手購買之價格、數量，其係向被告曾貴寶直接告知欲購買之毒品種類，且交易時，亦係由蔡○○直接與被告曾貴寶進行交易，由被告曾貴寶本人將毒品交付蔡○○，則被告曾貴寶關於本次毒品交易，即成為唯一控制管道之人，蔡○○既無從知悉被告曾貴寶係以多少錢購得所交付之毒品，被告曾貴寶顯可決定交易之價金為若干，且被告曾貴寶除自己出面向蔡○○收取價金，其向上游取得毒品後亦係單獨交付毒品給蔡○○，顯係基於賣方地位而從事販賣毒品之構成要件行為，非僅牙保仲介或幫助販賣或幫助施用而已。

3.證人蔡○○於原審審理中雖翻異前詞，改口證稱：當天曾貴寶上我的車後，我就拿500元給他，他身上應該也有500元，我們就1人出500元合資，由曾貴寶下車跟上手買甲基安非他命，曾貴寶買完後上車，我們直接在車上一起吸食買來的甲基安非他命，我車上剛好有吸食器，因為2個人吸不完買來的甲基安非他命，所以吸剩的由我帶走等語(原審卷第174至181頁)。然而，蔡○○於警詢及偵訊時均一致證稱：曾貴寶上車後是拿1包甲基安非他命給我等語(偵2553卷第81、314頁)，且蔡○○與被告曾貴寶於警詢及偵訊時皆未提及「被告曾貴寶購得甲基安非他命後，與蔡○○2人立即在車上一起共用吸食器吸食」之情節，是蔡○○於原審所為有利於被告曾貴寶之證言是否實在，已有可疑。況且，蔡○○與被告曾貴寶就該次有無吸食完畢、彼此曾經合資購毒之次數等節，證人蔡○○於原審審理時係證稱：曾貴寶購得甲基安非他命後上車，我拿出我的吸食器一起與曾貴寶施用，該次沒有施用完，我把剩下的甲基安非他命帶走；我總共跟曾貴寶一起合資購買甲基安非他命共5次等語(原審卷第179、181、193頁)，此與被告曾貴寶於原審審理時供稱：當天我跟蔡○○是共用1個吸食器，該次就把甲基安非他命吸食完畢；我跟蔡○○只有一起合資過1次，就是跟陳進發這次等語(原審卷第94、96頁)，顯然互相矛盾。是證人蔡○○於原審所為

之證述，顯有瑕疵可指，核係事後附和及迴護被告曾貴寶之詞，不足採為對被告曾貴寶有利之認定依據，仍應以其先前於警詢及偵查中所為之指證，較為可信。又證人蔡○○已於警詢、偵訊、原審審理時，就被告曾貴寶有無販賣毒品之待證事實詳予證述，其中偵訊及原審審理時並均經具結在卷，其歷次證述情節有無出入、究以何者為真實可信，應由本院參酌卷內其他證據資料，依經驗法則及論理法則予以斟酌審認，辯護人聲請本院傳喚證人蔡○○到庭詰問，以便再次確認其與被告曾貴寶是否有合資購毒情形，本院認為無此必要。

㈢販賣毒品係違法行為，非可公然為之，亦無公定價格，且容易分裝、增減份量，而買賣之價格，可能隨時依交易雙方關係之深淺、購毒者之資力、需求量及對行情之認知、毒品來源是否充裕、查緝是否嚴謹、風險大小等情形，而異其標準，非可一概而論，從而販賣之利得，除販賣之價量俱臻明確外，委難察得實情，然販賣者從價差或量差中牟利之方式雖異，其意圖營利之販賣行為則無二致。毒品量微價高，取得不易，政府懸為厲禁，凡販賣毒品者，苟無利益可圖，應無甘冒危險，而平價供應他人施用之理，因此其取得毒品之價格必較出售之價格低廉，或以同一價格售賣而減少毒品之份量，而從中賺取差價牟利無疑(最高法院103年度台上字第3180號判決意旨)。查被告曾貴寶否認本案犯行，致無從推認其具體利潤為何，惟綜觀全卷資料，無證據證明被告曾貴寶與蔡○○間有何特殊親屬情誼，是倘非有利可圖，豈有可能甘冒遭判處重刑之風險而按成本價格轉售甲基安非他命卻毫無利得之理，是被告曾貴寶具有營利意圖，允無疑義。

㈣綜上，本案事證明確，被告曾貴寶犯行堪以認定，應依法論科。

三、論罪科刑及駁回上訴之理由：

㈠核被告曾貴寶所為，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。被告曾貴寶因販賣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。公訴意旨雖認被告曾貴寶就上開犯行，與被告陳進發為共同正犯，然被告陳進發於原審審理時供稱：曾貴寶1人來跟我買，我不知道曾貴寶向我買毒品是他自己還是要給別人施用等語(原審卷第135頁)，且卷內尚乏證據證明被告曾貴寶就上開犯行，與被告陳進發有何犯意聯絡或行為分擔，故公訴意旨認其2人為共同正犯，容有未洽。

㈡刑之減輕事由：

1.毒品危害防制條例第17條第1項規定：「犯第4條至第8條、第10條或第11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。」被告曾貴寶就本案犯行，於偵訊中供出毒品來源，使偵查機關因而查獲被告陳進發，有臺灣苗栗地方法院公務電話紀錄表、臺中市政府警察局大雅分局112年1月6日職務報告可憑(原審卷第163至165頁)，應依上開規定減輕其刑。

2.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。」旨在鼓勵犯罪行為人自白悔過，以期訴訟經濟而節約司法資源。就上開規定文義而言，須於偵查及歷次審判中均自白，始有其適用。所謂「自白」，係指被告或犯罪嫌疑人自承全部或主要犯罪事實，而承認犯罪事實。就販賣毒品者而言，倘僅承認與購毒者合資購買或為購毒者代購毒品，而否認有營利之意圖，難認已對販賣毒品犯罪事實之全部或主要部分為自白，自無上開減輕規定之適用。查被告曾貴寶於偵查及原審、本院審理中均供稱係與蔡○○合資購買，否認有營利意圖，僅承認有幫助施用行為等語，難認其已就本案販賣第二級毒品之主要犯罪事實為自白，自不得依毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑。

㈢原審以被告曾貴寶販賣第三級毒品犯行明確，適用刑事訴訟法第299條第1項前段，毒品危害防制條例第4條第2項、第17條第1項、第19條第1項，刑法第11條、第38條之1第1項前

段、第3項規定，而以行為人之責任為基礎，審酌被告曾貴寶明知毒品對社會秩序有不良影響，極易滋生其他犯罪，除自己沾染毒品惡習外，竟無視於國家防制毒品危害之禁令，販售毒品牟利，增加毒品流通擴散之危險性，助長施用毒品行為更形氾濫，所為殊值非難，被告曾貴寶於5年內有因施用毒品案件經法院判刑並執行完畢之前科紀錄，有其臺灣高等法院被告前案紀錄表在卷可稽，兼衡其販賣第二級毒品之次數、數量、收取金額非鉅，犯後否認犯行(被告曾貴寶固得基於防禦權之行使而否認犯行，亦不得以此作為加重量刑之依據，但此與其餘相類似、坦承全部犯行之案件相較，自仍應在量刑予以參酌、區別，以符平等原則)，自陳高職畢業，從事板模，與父母同住(原審卷第223頁)等一切情狀，量處有期徒刑4年10月；且就沒收部分敘明：①扣案之VIVO廠牌行動電話1支(含門號0000000000號SIM卡1張)，係被告曾貴寶所有、供本案聯繫販賣甲基安非他命所用之物，應依毒品危害防制條例第19條第1項規定宣告沒收，②被告曾貴寶販賣甲基安非他命所獲取之價金500元，係其販賣甲基安非他命之犯罪所得，雖未扣案，仍應依刑法第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。經核原審判決對被告曾貴寶犯罪之事實已詳為調查審酌，並說明認定所憑之證據及理由，其認事用法俱無違誤，量刑亦屬妥適。被告曾貴寶仍執陳詞主張係合資購毒而非販賣毒品，所為辯解並無可採，業據本院說明如前，是其上訴為無理由，應予駁回。

貳、被告陳進發部分：

一、本院審理範圍：

刑事訴訟法第348條於110年6月16日修正公布、同年月18日施行，修正後該條第1、3項規定：「(第1項)上訴得對於判決之一部為之。(第3項)上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之。」其立法理由載明：「為尊重當事人設定攻防之範圍，並減輕上訴審審理之負擔，容許上訴權人僅

針對刑、沒收或保安處分一部提起上訴，其未表明上訴之認定犯罪事實部分，則不在第二審之審判範圍。」本案檢察官並未提起上訴，被告陳進發於本院準備程序及審理時表明僅就原判決量刑部分提起上訴，對原判決認定之犯罪事實、證據、論罪、沒收部分均不爭執(本院卷第132、165頁)，故本院就被告陳進發部分之審理範圍，僅針對原判決科刑部分予以審理。

二、被告陳進發上訴意旨略稱：

被告陳進發販賣第二級毒品給曾寶貴，係因為被告曾寶貴前往被告陳進發家中，要求被告陳進發讓其施用甲基安非他命，被告陳進發並未主動邀集或主動表示要販賣第二級毒品給被告曾寶貴，而係因彼此間為熟識之朋友，在被告曾寶貴不斷要求下，遂將毒品售予被告曾寶貴，足見被告陳進發雖有販賣毒品之意思，但與一般毒品犯係以販賣毒品謀生不同，僅係因相互借調毒品而犯下本罪，加以被告陳進發於偵查、原審庭期時對於自身有販賣毒品一事均坦承不諱，而有毒品危害防制條例第17條第2項規定之適用，審酌陳進發之犯後態度及涉犯情節，亦認應依刑法第57條及59條規定予以減輕其刑，然原審卻未就被告陳進發有刑法第57條及59條之情事進行審酌，量刑有未洽之處。

三、刑之減輕事由：

㈠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。」係為鼓勵此類犯罪行為人自白、悔過，並期訴訟經濟、節約司法資源而設。此所謂自白乃對於自己之犯罪事實全部或主要部分為肯定供述，重點在於事實之供認，而非法律之評價，而同條例第4條之販賣毒品罪，係以被告主觀上具有營利之意圖，並在客觀上有交付毒品及收取價金之行為，為其主要構成要件事實，故不論該自白係出於自動或被動、全部吐實或主要部分供明而保留不影響犯罪成立之部分真相、一次或多次、自白後有無翻異，苟其於偵查及歷次審判中均有自白，既已有

助於重要關鍵事實之釐清，即應減輕其刑。查被告陳進發於警詢時供稱：我有販賣甲基安非他命予被告曾貴寶，只有1次，時間我不知道，地點在我住處，價錢是1000元1包等語（偵4916卷第113頁）。則被告陳進發於警詢時就本案販賣毒品之地點、價錢及對象等主要部分事實均有坦認，可認已於偵查中自白，其於原審及本院審理時亦均自白犯罪，應依毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑。原審判決亦同此認定而依上開規定對被告陳進發減輕其刑，核無違誤。

㈡刑法第59條規定：「犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，得酌量減輕其刑。」此固為法院得自由裁量之事項，然法院為裁量減輕時，並非漫無限制，必須犯罪另有特殊之原因、環境與情狀，在客觀上足以引起一般之同情，認為即予宣告法定低度刑期，猶嫌過重者，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。被告陳進發上訴意旨請求依刑法第59條規定酌減其刑，本院審酌後認為，被告陳進發所犯販賣第二級毒品罪，經依毒品危害防制條例第17條第2項減輕其刑後，最低本刑已可減至有期徒刑5年，考量第二級毒品對國民健康及社會秩序危害甚鉅，而經政府嚴刑禁絕販賣，被告陳進發為智識健全之成年人，先前並有多次施用毒品前科，對毒品之危害及政府嚴格查緝販毒行為之決心，當無不知之理，竟仍為本件販賣第二級毒品犯行，販賣數量為1包、金額為1000元，雖非大量鉅額，然於刑法廢除連續犯而採一罪一罰之現行法制下，此次販賣毒品犯行本即應單獨成罪而予科刑，被告陳進發此次販賣毒品之原因、手法、情節亦與一般單次販毒、尚非賴以為生之情形相同，未見其犯罪有何特殊之原因、環境與情狀，故客觀上尚不足以引起一般人之同情，自無顯可憫恕、縱科以減輕後之最低度刑猶嫌過重之情形，即無適用刑法第59條規定酌減其刑之餘地。

四、原判決對被告陳進發科刑之理由，係以行為人之責任為基礎，審酌被告陳進發明知毒品對社會秩序有不良影響，極易滋

生其他犯罪，除自己沾染毒品惡習外，竟無視於國家防制毒品危害之禁令，販售毒品牟利，增加毒品流通擴散之危險性，助長施用毒品行為更形氾濫，所為殊值非難，被告陳進發於5年內有因施用毒品案件經法院判刑並執行完畢之前科紀錄，有其等臺灣高等法院被告前案紀錄表在卷可稽，兼衡其販賣第二級毒品之次數、數量、收取金額非鉅，犯後坦承犯行，自陳教育程度為國小畢業，從事粗工等一切情狀，量處有期徒刑5年2月。經核原判決對被告陳進發科刑時審酌之上開情狀，業已考量刑法第57條所列各款事項，所處刑度符合罪刑相當原則及比例原則，並無輕重失衡之情形，被告陳進發上訴意旨指摘原審量刑過重、請求刑法第59條規定酌減，為無理由，其上訴應予駁回。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

本件經檢察官楊景琇提起公訴，檢察官郭靜文到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　8　　月　　30　　日

刑事第八庭　審判長法　官　張靜琪

法　官　簡婉倫

法　官　黃小琴

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，其未敘述上訴理由者，並得於提起上訴後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」。

書記官　鄭淑英

中　　華　　民　　國　　112　　年　　8　　月　　30　　日