臺灣高等法院臺中分院刑事判決

115年度上訴字第19號

上　訴　人
即　被　告　陳曄煜
000000000000000000
000000000000000000

指定辯護人　許世昌律師

上列上訴人即被告因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣彰化地方法院114年度訴字第1132號，中華民國114年10月21日第一審判決（起訴案號：臺灣彰化地方檢察署113年度偵字第12916、13604號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

犯罪事實

一、陳曄煜已知悉海洛因係屬毒品危害防制條例第2條第2項第1款公告列為管制之第一級毒品，依法不得轉讓，仍基於轉讓第一級毒品之犯意，於民國113年5月7日6時33分前，以手機通訊軟體LINE撥打電話與陳○偉聯絡後，陳○偉即駕駛自用小客車至陳曄煜位於彰化縣○○鎮○○路00號住處會合，陳曄煜即於前開時間至同日7時12分許間之某時許，轉讓少許之第一級毒品海洛因予陳○偉，當場以水稀釋使用針筒注射施用。

二、案經彰化縣警察局移送臺灣彰化地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

一、本件判決以下所引用之證據，檢察官、被告陳曄煜均同意有證據能力（見本院卷第70至72頁），被告之辯護人亦不爭執其證據能力，本院審酌該等證據之取得，均無違背法令情事，且與待證事實間具有邏輯上之關連性，並經本院依法調查，故皆有證據能力，得為認定犯罪事實之依據。又被告僅就原判決附表一所示部分上訴（見本院卷第11、68頁），原

判決附表二所示部分已經原審法院判決確定，非屬本院審判範圍，併予敘明。

二、訊據被告固坦承於上揭時間，陳○偉有前來其上開住處之事實，然矢口否認有交付第一級毒品海洛因與陳○偉之情事，或辯稱：當天陳○偉只是來我家聊天而已，我真的沒有把海洛因轉讓給陳○偉，也沒有跟陳○偉收新臺幣（下同）300元；或稱陳○偉來我家，是為了向邱○升拿毒品，當時邱○升沒有地方住，暫借住我家10幾天云云。惟查：

㈠本件證人陳○偉確曾於上揭時間，駕駛車牌號碼000-0000號自用小客車前往被告之上開住處之事實，業據陳○偉於警詢、偵查及原審審理時證述明確，並有監視器畫面在卷可憑，且經被告供承無訛，此部分之事實已堪認定。

㈡證人陳○偉於警詢及偵查中明確證稱：被告打電話給我，跟我說他那邊有東西，要我過去找他，於是我就開車前往他家找他，到他家後在客廳，被告就詢問我要不要施用一級毒品海洛因，我跟他回答說好，之後他就拿1小包海洛因給我施用，我拿我準備的針筒給他，被告直接將海洛因倒一些到針筒內，我就用生理食鹽水稀釋後施打等語（見附件所示D卷第196頁、C卷第466、467頁）。證人此部分之證述內容，核與被告於警詢及偵查中之供詞相符（見D卷第33、34頁、A卷第244頁）。且依證人陳○偉於原審審理時證稱：我與被告已經認識20幾年，被告爸爸臥病在床，所以我有時候會過去幫忙一下等語（見原審卷第133頁）。足見證人陳○偉與被告有相當之交情且無嫌隙，衡情應無構陷被告之虞，且有前揭監視器畫面足堪補強其證述之可信性，是證人陳○偉於警詢及偵查中之證述應可採信。

㈢至證人陳○偉雖於原審審理時翻異其詞，證稱：被告於113年5月7日當天沒有拿海洛因給我施用，我在警詢和偵查中會證稱被告找我一起施用毒品，是因為警察說被告要拼減刑和交保，我知道他父母需要人家照顧，所以就配合警察等語（見原審卷第134、135頁）。然查，警方提示給證人陳○偉

觀看之監視器畫面截圖，除了113年5月7日外，尚有同年月4日、5日、11日及6月16日、7月12日，而證人就此等日期均證稱：我主動自己前往去找被告聊天，沒有毒品交易等語（見D卷第194至199頁）。倘若證人陳○偉確係擔心被告將因其證述遭到羈押，其至為被告拼減輕或免除刑責，理應就警方之詢問通盤否認，而非僅就其中1日（即113年5月7日）證稱被告確有拿海洛因供其施用，徒增被告罪責而遭到羈押之風險，由此亦足徵證人於警詢及偵查中之證述內容確係真實，其於原審審理時之證詞，顯係為了迴護被告而虛偽陳述，自無可採。而證人塗○德於本院審理中回應被告具引導性之問題「陳○偉那天咬我（意指警、偵訊）回來之後，在我家他不是有跟你說我們兩個很好，他是在吃醋？」時，答稱：「對」；然亦隨即回稱陳○偉咬被告這件事，是聽被告說的，他們兩個人怎麼樣，我真的不知道等語（見本院卷第154、155頁）。顯然證人塗○德並不清楚證人陳○偉是否確因銜恨（眼見被告與塗○德比較友好，而產生醋勁），而故意誣陷被告交付毒品之事。被告事後辯稱證人陳○偉係因眼紅被告與證人塗○德較友好，而故意誣陷入其於罪，並無足採。

㈣又公訴意旨雖認被告係基於販賣第一級毒品以營利之犯意，以300元之價格，販賣海洛因予證人陳○偉，然查：

1.販賣與轉讓毒品，行為人均有交付毒品之外觀，二者之區別乃在販賣毒品者主觀上有營利之意圖，轉讓者則無。而此營利意圖之有無，自應依證據認定之，倘卷內事證不足證明被告有營利之意圖，依罪疑惟輕原則，自難以販賣毒品罪相繩（最高法院109年度台上字第1506號判決意旨參照）。

2.證人陳○偉於警詢及偵查中均證稱：被告當時沒有說要賣我，也沒有說要請我，我在他家客廳內將他給我的海洛因施用完畢後，他就開口問我身上有沒有錢，能否先給他2、300元，然後當下我就拿300元給他之後離去（見D卷第

196頁、C卷第467頁）。被告於偵查中亦供稱：113年5月7日當天是因為陳○偉不舒服，叫我幫他一下，我就請他施用毒品，我是請他施用海洛因，也是將整支針筒給他，針筒內有海洛因。他要離開時，他自己不好意思，怕我虧太多，我就說不用，他就丟了300元給我，不然那支海洛因怎麼只值300元（見A卷第244頁）。則依上開證人陳○偉及被告之陳述內容，足認彼等係於被告交付海洛因與證人陳○偉施用後，始有上開300元之交付，依卷內證據，尚難認2人在毒品交付前有達成「購買」毒品之販賣合意，此與一般毒品交易多為一手交錢一手交貨之常情不符，則被告是否有營利之意圖，尚非無疑。且依前揭證人陳○偉之證述可知，被告與證人陳○偉相識多年，陳○偉甚至會協助照顧被告家人，足見2人間具有一定之情誼，故被告基於雙方情誼，轉讓微量之海洛因與陳○偉施用，尚與常情無違，此與一般毒品交易發生在素昧平生之人，或交情普通，僅因毒品而有所來往之情形有異，尚難相提並論。此外，本案並無其他積極證據足認被告主觀上有販賣第一級毒品以營利之意圖，自難僅以被告交付海洛因予陳○偉，並於陳○偉施用後向其取得300元之舉，即以推測或擬制之方式，遽認其係以低賣高賺取價差或量差之營利意圖而有販賣第一級毒品之行為。

㈤綜上所述，被告否認轉讓第一級毒品海洛因與陳○偉，所辯無非事後卸責之詞，並無足採。本件事證明確，被告犯行堪予認定，應依法論罪科刑。

三、論罪科刑：

㈠核被告所為，係犯毒品危害防制條例第8條第1項之轉讓第一級毒品罪。被告轉讓前持有第一級毒品之低度行為，為轉讓第一級毒品之高度行為所吸收，不另論罪。

㈡按轉讓（有償或無償）或販賣毒品，均有持有及交付毒品之行為，其構成要件有相當之共同性，僅因有無營利之意圖，而異其法律上之判斷，如起訴事實中被告之行為已屬特定，

並無發生混淆或誤認之虞時，兩者之基本事實即屬相同，故檢察官依販賣毒品罪或轉讓毒品罪起訴，法院自得在不影響基本事實同一之基礎下，變更檢察官所引應適用之法條，改依轉讓毒品（禁藥）罪或販賣毒品罪論處（最高法院100年度台上字第4920號判決意旨參照）。是起訴意旨雖認被告就本件犯行係犯販賣第一級毒品罪嫌，然經原審法院及本院審理結果，於基本社會事實同一之範圍內，認被告應係涉犯轉讓第一級毒品罪，並經原審法院及本院於審理中告知涉犯上開罪名，已無礙於被告之防禦權行使，爰依刑事訴訟法第300條之規定，變更起訴法條。

㈢被告前因違反毒品危害防制條例等案件分別經法院判刑確定，再經原審法院以106年度聲字第1019號裁定定應執行有期徒刑2年確定，於109年8月19日縮短刑期假釋，上開假釋於110年7月13日期滿未經撤銷，以已執行論等情，有法院前案紀錄表在卷可憑，其於徒刑執行完畢後，5年以內故意再犯本案有期徒刑以上之罪，為累犯。茲經檢察官舉證累犯之事實，並說明應依累犯規定加重其刑，參酌司法院釋字第775號解釋意旨，並衡諸被告於本案之犯罪情節，並無因累犯之加重而生罪刑不相當之情形，爰依刑法第47條第1項規定，加重其刑。

㈣被告於警詢時供稱本案轉讓之毒品乃係向邱○升所購買（見D卷第34頁），警方並因而查獲邱○升販賣毒品之情，有彰化縣警察局114年8月22日彰警刑字第1140068239號函（見原審卷第97頁）在卷可佐，足認被告就本案犯行有供出毒品來源，因而查獲其他正犯之情，應依毒品危害防制條例第17條第1項規定減輕其刑，並依法先加後減之。

㈤原審法院因認被告罪證明確，適用前揭論罪科刑法律規定，以行為人之責任為基礎，審酌被告應知毒品之危害甚大，有極高之成癮性，濫行施用，更會對施用者身心造成傷害，且因其成癮性，常使施用者經濟地位發生實質改變而處於劣勢，容易造成家庭破裂、戕害國力，為國家嚴格查禁之違禁

物，竟仍為本案轉讓之犯行，助長毒品流通，致生危害於社會及他人身體健康甚鉅，實應嚴懲，另考量被告之犯後態度，及衡酌被告高職畢業，目前無業，未婚，無子女之智識程度、家庭經濟與生活狀況，及其所轉讓之毒品數量等一切情狀，量處有期徒刑10月。經核原判決認事用法均無違誤，量刑亦已充分參考刑法第57條各款規定事由，而符合罪刑相當原則，應予維持。被告上訴意旨否認犯行，仍執前揭辯詞指摘原判決不當，並無理由，應予駁回。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

本案經檢察官吳宗穎提起公訴，檢察官許景森到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　29　　日

刑事第三庭　審判長法　官　楊　真　明

法　官　陳　淑　芳

法　官　邱　顯　祥

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　江　秋　靜

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　29　　日

附錄論罪科刑法條：

毒品危害防制條例第8條

轉讓第一級毒品者，處1年以上7年以下有期徒刑，得併科新臺幣1百萬元以下罰金。

轉讓第二級毒品者，處6月以上5年以下有期徒刑，得併科新臺幣70萬元以下罰金。

轉讓第三級毒品者，處3年以下有期徒刑，得併科新臺幣30萬元以下罰金。

轉讓第四級毒品者，處1年以下有期徒刑，得併科新臺幣10萬元

以下罰金。

前四項之未遂犯罰之。

轉讓毒品達一定數量者，加重其刑至二分之一，其標準由行政院定之。

◎附件（卷宗代號對照表）

案　　號	代號
臺灣彰化地方檢察署113年度偵字第12916號卷1	A卷
臺灣彰化地方檢察署113年度偵字第12916號卷2	B卷
臺灣彰化地方檢察署113年度偵字第12916號卷3	C卷
臺灣彰化地方檢察署113年度偵字第13604號	D卷
臺灣彰化地方檢察署113年度毒偵字第1689號	E卷