臺灣高等法院刑事判決

108年度上訴字第1878號

上　訴　人
即　被　告　　陳文賢
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000

指定辯護人　　江昭燕律師（法扶律師）

上列上訴人即被告因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣宜蘭地方法院一０七年度訴字第四五九號，中華民國一０八年五月廿日第一審判決（起訴案號：臺灣宜蘭地方檢察署一０七年度偵緝字第一九九號、一０五年度偵字第四九六二號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於一０五年七月廿三日販賣第二級毒品罪、定應執行刑及犯罪所得超過新臺幣伍仟元部分均撤銷。

前項撤銷部分陳文賢無罪。

其餘上訴駁回。

事　實

一、陳文賢明知甲基安非他命係毒品危害防制條例第二條第二項第二款所列管之第二級毒品，不得販賣及持有，竟基於意圖營利販賣第二級毒品之犯意，於民國一０五年八月五日晚間廿時十八分許，以其持用0000000000號行動電話與賴博軫聯絡後，旋於同日廿時五十八分許，在宜蘭縣礁溪鄉某橋下交付安非他命予賴博軫並收取五千元（新臺幣，下同）完成交易。嗣因賴博軫經監聽而被警循線查獲。

二、案經宜蘭縣政府警察局宜蘭分局報告臺灣宜蘭地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

壹、有罪部分：

一、按被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定

者外，不得作為證據，刑事訴訟法第一百五十九條第一項定有明文。又被告以外之人於審判外之陳述，雖不符刑事訴訟法第一百五十九條之一至第一百五十九條之四之規定，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；當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有同法第一百五十九條第一項不得為證據之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同意，刑事訴訟法第一百五十九條之五亦有明文。查本件被告指定辯護人主張證人即買受人賴博軫於警詢之陳述無證據能力，檢察官則以其警詢證述經原審調查，具有特信性及必要性，依同法第一百五十九條之二之規定，應有證據能力。經查，證人賴博軫除於警詢中供證外，另於偵查中亦曾結證，且偵查是由檢察官訊問，不致有非法取證，且至言詞辯論終結前，檢察官、被告及其辯護人均未爭執其證據能力，本院復審酌該偵查筆錄作成時之情況，尚無違法及證明力明顯過低之瑕疵，認以之作為證據應屬適當，復無其他顯不可信之情況，應有證據能力。則其警詢既係被告以外之人於審判外陳述，復有如原審勘驗所載，證人先一再重覆稱有問但未調到，惟警員即在旁重覆稱有啦，有啦，這次應該有，及要其想想看，賴博軫則均未回應等未為記載之情事(訴卷第一一九頁筆錄)之瑕疵，因認非有證據能力。又被告以外之人於審判外之陳述，縱係不具證據能力之傳聞證據，亦非不得以之作為彈劾證據，用來爭執或減損證人陳述之證明力，並附此敘明。至於本院所引之非供述證據部分，並無證據證明係公務員違法取得，亦無依法應排除其證據能力之情形，應有證據能力。

二、經訊被告固坦承有於八月五日與賴博軫為通聯，幫他調毒品，並約於橋下見面，但辯稱：該次賴博軫沒帶錢，對方亦不同意賒欠，故未完成交易云云。惟查，證人賴博軫於警詢、偵查先後證稱：譯文編號138～141(即八月五日)是幫趙顯昌向陳文賢購買毒品，以五千元購買安非他命，當天有拿

到安非他命，並當場給被告五千元（警18142影卷第五一頁調查筆錄，偵卷第二０頁反面訊問筆錄），核與通訊譯文編號139～142主要內容一致。

（賴為證人賴博軫，陳為被告陳文賢）

（編號139，20時18分01秒）

賴：我想說有個朋友在花蓮…，啊說拜託我幫他處理一些事情啦，啊你看有辦法處理嗎?…

陳：對啊，沒啦，啊現是處理多少?

賴：5仟

陳：5喔?

我先幫你問看5或多少看要再那個

賴：嘿啊，拜託因為花蓮起來

陳：我知道，好

（編號140，20時39分09秒）

賴：我們在釣蝦場那相等啦

陳：沒啦，你要先拿「摳摳」給我

賴：對啊對啊，就看要在哪裡相等

陳：現在嗎?現在我是在礁溪這啊

賴：不然我現在四城這，我回到礁溪看你在哪你跟我講

陳：好

（編號141，20時54分28秒）

賴：喂，你在哪?

陳：我現過來慧芬這邊，啊你看要在哪等

賴：好啊那你下來那個橋那相等，鐵支路下來

陳：下面那個橋

賴：從慧芬那下來不是有涵洞，就茭白筍那喔，過橋那喔，過涵洞那喔

陳：對啊對啊

（編號142，20時58分49秒）

賴：喂啊就在給你招手你還不騎過來

陳：你在哪

賴：在橋這

陳：我一直下去喔

賴：嘿啦

二人確有於電話中約妥五千元安非他命之交易，被告並囑要先拿錢，旋亦有碰面，足認當日確有完成交易。且證人賴博軫於原審亦結證：上開是與被告的通話，是我拜託他替我朋友調毒品甲基安非他命，被告說要先拿錢，再幫我去問。涵洞就是芠白筍那裡，我們約定的地點，當天有見到被告，朋友有跟我一起去，我們先到芠白筍那裡，我們都有看至被告（訴卷第七一、七二頁審判筆錄）等情，亦相符合，可堪採認。至賴博軫又稱該次被告沒辦法取得甲基安非他命云云，如若屬實，則應會以電話直接告知，又何須見面再告知？且被告既於電話中言明要先拿錢，證人亦應允，嗣並約見，又怎會有未帶錢致交易未成之說？是證人與被告一稱無錢，一稱無貨致未完成交易，已有未合，復與常情有違，更與前揭聯絡內容不符，顯分屬迴護、飾卸之詞，均不足採。本案事證已臻明確，犯行洵堪認定，應依法論科。

三、又交易販賣毒品乃屬重罪，若非有利可圖，何人願甘冒重刑為他人調取交易毒品，是被告於本案為賴博軫調取毒品，當有圖利，是核被告所為，係犯毒品危害防制條例第四條第二項之販賣第二級毒品罪。被告於販賣第二級毒品安非他命前後持有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。又如前所述，本案被告係以為賴博軫調貨而為販賣行為，僅販賣一次，且數量及金額非鉅，復無證據證明被告尚有其他販賣第二級毒品事證，其惡性顯然不如專以販賣毒品維生之販毒集團重大，造成社會整體侵害之程度較小，而所犯為最輕法定本刑七年以上有期徒刑，有情輕法重之情形，在客觀上足以引起一般人之同情，本院認其尚堪憫恕，爰依刑法第五十九條規定酌減其刑。

四、爰審酌第二級毒品安非他命具成癮性，足以戕害人之身體健康，不得擅自持有及販賣，且以近年來毒品之濫用，危害國

民健康與社會安定日益嚴重，治安機關對於持有或販賣毒品之犯罪行為，無不嚴加查緝，被告仍心存僥倖，猶犯本件販賣第二級毒品罪，所為助長毒品流通，戕害國民身心健康及危害社會治安程度皆非輕，應予嚴加非難，惟被告始終否認犯行之犯後態度，兼衡被告販賣毒品之數量、價格，及其自陳國中畢業之智識程度，目前從事園藝工作，離婚、育有二名子女之家庭狀況及其前案紀錄等一切情狀，乃量處有期徒刑四年。另監聽所得被告與賴博軫聯絡門號0000000000之行動電話一支，供本案犯罪所用，雖未扣案，然不論屬於犯罪行為人與否，仍應依毒品危害防制條例第十九條第一項之規定，宣告沒收。又被告本案犯罪所得五千元，雖亦未扣案，亦應依刑法第三十八條第之一第一項前段沒收之，並於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

貳、無罪部分：

一、公訴意旨另以：被告於一0五年七月廿三日十三時五十八分許，以門號0000000000號手機，與0000000000號手機持用人聯絡，而在宜蘭縣○○鄉○○路○○號被告住處販賣五千元甲基安非他命，因認其涉犯毒品危害防制條例第四條第二項之販賣第二毒品罪。

二、按犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實；又不能證明被告犯罪或其行為不罰者，應諭知無罪之判決，刑事訴訟法第一百五十四條第二項、第三百零一條第一項分別定有明文。又所謂認定犯罪事實之證據，係指足以認定被告確有犯罪行為之積極證據而言，該項證據自須適合於被告犯罪事實之認定，始得採為斷罪之資料；且如未能發現相當確實證據，或證據不足以證明，自不能以推測或擬制之方法，以為裁判之基礎；而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，然而無論直接證據或間接證據，其為訴訟上之證明，須於通常一般人均不致有所懷疑，而得確信其為真實之程度者，始得據為有罪之認定，倘其證明尚未達到此一程度，而有合理之懷疑存在時，即難遽

採為不利被告之認定（最高法院七十六年台上字第四九八六號判例參照）。

三、經訊被告固坦承卷附編號118之監聽譯文為其與賴博軫對談內容，要為賴博軫調安非他命，但堅決否認此次為販賣犯行，並辯稱，此次並未於長榮桂冠附近與賴博軫碰面等語。

四、經查，有關本案與被告於一０五年七月廿三日毒品交易部分，證人賴博軫於警詢經警提示編號118即該日與被告交談譯文詢問其有無向被告調到毒品，證人先一再重覆稱，「有問但未調到」，惟警員即在旁重覆稱；「有啦，有啦，這次應該有」。嗣警要其想想看，並再口述編號121及122部分譯文內容，賴博軫均未回應。再經警要其於犯罪嫌疑人紀錄表中指認被告後，賴博軫方改稱其出資三千元與趙顯昌合資向被告以八千元購買十五～十六公克之安非他命，其分得五公克均未記錄於筆錄一情，業經原審勘驗警詢錄音、錄影在卷（訴卷第一一八～一一九頁審判筆錄）。另於偵查中賴博軫對系爭交易證稱：是日係先自趙顯昌處取得五千元，再至長榮桂冠附近被告住處以五千元購買七公克安非他命，被告當場用電子磅秤秤給他看等語（偵卷第二０訊問筆錄）。至原審法院又稱：警詢筆錄是警員要我趕緊製作筆錄可以交保，說被告不會有事，我就隨便說有跟被告買毒品，講完就可以交保回去了。該監察譯文是我拜託他替我朋友調毒品甲基安非他命，但是被告沒辦法取得甲基安非他命。是警察叫我去外面抽菸跟我說的，警察說趕快把筆錄做一做送去地檢就可交保了。製作筆錄時中斷很多次，警方說如果不配合無法做筆錄。偵查中是警方說我不能講不同的陳述，所以就照警詢說的陳述（訴卷第七０～七一頁審判筆錄）。是證人對本件究有無與被告交易毒品，於警局先稱未調到，後稱與趙顯昌合資以八千元買十五、十六公克；於偵查中則稱是幫趙顯昌以五千元買七公克，前後對是否與人合資及買賣金額數量均不相同，已有可議。況其前多次重覆稱「未調得」時，警員竟在旁多次稱「有」，復未紀錄，則證人稱係應警員之語而

稱有向被告購買一節，即非完全無據。原審雖以前開勘驗筆錄認未有錄影中斷不連續或受引導而陳述之情形（訴卷第一一九頁勘驗筆錄），惟核賴博軫該次警詢筆錄，係自上午九時五分至十三時十八分長達四小時餘，又係調查其遭監聽之所有涉嫌毒品交易情形，而非僅單一詢問有關與被告之交易，期間並於十時四十八分及十一時廿一分中斷詢問（警18142影卷第三三、四二、四五頁調查筆錄），則證人稱警員是其在外面抽菸時跟他說的一節，即非無可能。況依原審勘驗結果，警員讓賴博軫想想看，且要其看全部譯文內容時，口述編號121、122部分譯文，又非其與被告之通聯內容，則警方似非無引導之舉，則證人賴博軫於偵查中證稱有向被告購買安非他命，即無從遽採。

五、再查，賴博軫與被告於七月廿三日電話交談內容為：（警18142影卷第二六頁譯文編號118，以下賴為賴博軫，陳為被告陳文賢）

賴：喂，兄仔，我想說晚點要拜託你一點事情你方便嗎，有方便幫我處理嗎?

陳：一點事情說啊

賴：那個事情

陳：啊...怎樣

賴：要拜託你啊，看有沒有辦法幫我處理

陳：有啊

賴：剩下就過去再講

陳：喔...1個還是?

賴：晚點喔，差不多5、6點

陳：我先跟人家講5點喔

賴：喔好，5點好

陳：啊是怎樣，1塊還半塊?

賴：ㄟ...那個，..1半跟1半

陳：喔，1半跟1半

賴：啊你那迴音怎那麼大，你的電話是中猴喔

陳：我開擴音啦，我聽不到

賴：好

賴博軫確有主動打電話要被告幫他問四分之一兩之安非他命，被告亦應允約賣方五點，惟嗣即無二人約見面之其他通聯，則證人賴博軫稱「有問但沒調到」與被告供承當日有要為賴博軫調毒品但嗣未碰面均相一致，應堪採信。此外，檢察官未提出其他事證，使法院得確認之心證，揆諸前揭規定說明，此部分事證不足，自應為被告無罪之諭知，以符法制。

叁、原審判決固非無據，惟就檢察官起訴一0五年七月廿三日之販賣犯行，因無事證足認被告嗣有與買受人即證人賴博軫碰面交易，未依證據法則為有利被告之認定，容有未洽，被告上訴指摘非無理由，應予撤銷改判被告無罪，以符法制。另對同年八月五日之販賣犯行，原判決認事用法及量刑均無不當，被告猶否認犯行上訴，乃無理由，應予駁回。

肆、據上論斷，應依刑事訴訟法第三百六十九條第一項前段、第三百六十八條、第三百六十四條、第三百零一條第一項、第二百九十九條第一項前段，毒品危害防制條例第四條第二項、第十九條第一項，刑法第十一條前段、第五十九條、第三十八條之一第一項前段、第三項，判決如主文。

本案經檢察官何嘉仁到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　一0九　年　　二　　月　　十三　　日

刑事第四庭審判長法　官　陳筱珮

法　官　羅郁婷

法　官　陳玉雲

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，其未敘述上訴之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　蔡麗春

中　　華　　民　　國　一0九　年　　二　　月　　十三　　日

附錄：本案論罪科刑法條全文

毒品危害防制條例第4條

製造、運輸、販賣第一級毒品者，處死刑或無期徒刑；處無期徒刑者，得併科新臺幣2 千萬元以下罰金。

製造、運輸、販賣第二級毒品者，處無期徒刑或7 年以上有期徒刑，得併科新臺幣1 千萬元以下罰金。

製造、運輸、販賣第三級毒品者，處7 年以上有期徒刑，得併科新臺幣7 百萬元以下罰金。

製造、運輸、販賣第四級毒品者，處5 年以上 12 年以下有期徒刑，得併科新臺幣3 百萬元以下罰金。

製造、運輸、販賣專供製造或施用毒品之器具者，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。

前五項之未遂犯罰之。