臺灣高等法院刑事判決

115年度上訴字第1513號

上　訴　人
即　被　告　洪仁泓
000000000000000000
000000000000000000
選任辯護人　李基益律師

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣新北地方法院114年度訴字第292號，中華民國114年12月30日第一審判決（起訴案號：臺灣新北地方檢察署113年度偵字第54939號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

事　實

一、洪仁泓明知安非他命係毒品危害防制條例所列之第二級毒品，依法不得販賣，竟與**楊美珠**（所涉販賣毒品犯行，由臺灣桃園地方檢察署另案通緝中）意圖營利，共同基於販賣第二級毒品之犯意聯絡，先由洪仁泓於民國113年6月3日21時38分至21時47分期間（起訴書略載為21時44分至22時29分間之某時許，應予補充），與**陳聰明**約定以新臺幣（下同）2萬4,000元之價格販賣第二級毒品安非他命17公克予陳聰明，陳聰明即於同日22時29分許，以其所申設之中華郵政帳號000-00000000000000號帳戶（下稱本案郵局帳戶）匯款2萬4,000元至洪仁泓申設使用之聯邦商業銀行帳號000000000000號帳戶（下稱本案聯邦帳戶）內，洪仁泓於同日22時36分至37分許提領上開款項後，即駕駛車牌號碼000-0000號自小客貨車（下稱本案車輛）於不詳時、地搭載楊美珠後，將上開款項交給楊美珠，並於同日23時33分許，共同前往桃園市桃園區大興西路1段與新埔六街口之福容大飯店前，由楊美珠下車以1萬4,000元向張嘉言（所涉販賣毒品犯行，由臺灣桃園地方法院以114年訴字273號案件審理中）購得第二級

毒品安非他命17公克（下稱本案毒品）後，楊美珠回到洪仁泓車上，即將本案毒品交給洪仁泓，兩人並均分購毒轉售價差1萬元之獲利（即各分得5,000元），再由洪仁泓於翌（4）日凌晨某時許，駕駛上開車輛前往新北市板橋區中山路與新站路口某處，將本案毒品交予陳聰明而完成交易。嗣因楊美珠為毒品調驗人口，其於113年6月5日至桃園市政府警察局八德分局大安派出所採尿時，供出其於上揭時、地，與洪仁泓共同向張嘉言購得毒品以出售予洪仁泓之友人（按即陳聰明）之過程，並提出其手機內對話紀錄供警查證，始經警循線查悉上情。

二、案經桃園市政府警察局八德分局報由臺灣新北地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

壹、證據能力部分：

一、證人楊美珠於警詢之證述有證據能力：

㈠、按被告以外之人於審判中有下列情形之一，其於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，經證明具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要者，得為證據：...三、滯留國外或所在不明而無法傳喚或傳喚不到者，刑事訴訟法第159條之3第3款定有明文。次按刑事被告對證人之詰問權利，乃憲法第16條保障人民之訴訟權利之一，且屬憲法第8條第1項規定之正當法律程序所保障之權利。為確保被告對證人行使反對詰問權，證人於審判中，應依法定程序，到場具結陳述，並就其指述被告不利之事項，接受被告之反對詰問，其陳述始得作為認定被告犯罪事實之判斷依據。例外的情形，僅在被告未行使詰問權之不利益經由法院採取衡平之措施，其防禦權業經程序上獲得充分保障時，始容許援用未經被告詰問之證詞，採為認定被告犯罪事實之證據。而被告之防禦權是否已獲程序保障，亦即有無「詰問權之容許例外」情形，應審查：⑴事實審法院為促成證人到庭接受詰問，是否已盡傳喚、拘提證人到庭之義務

（即學理上所謂之義務法則）。至當事人捨棄傳喚者，則仍以法律所定審判外之陳述是否具證據能力為判斷，自屬當然。⑵未能予被告對為不利指述之證人行使反對詰問權，是否非肇因於可歸責於國家機關之事由所造成，例如證人逃亡或死亡（歸責法則）。⑶被告雖不能行使詰問，惟法院已踐行現行之法定調查程序，給予被告充分辯明之防禦機會，以補償其不利益（防禦法則）。⑷系爭未經對質詰問之不利證詞，不得據以作為認定被告犯罪事實之唯一證據或主要證據，仍應有其他補強證據佐證該不利證述之真實性（佐證法則）。在符合上揭要件時，被告雖未行使對不利證人之詰問權，應認合於「詰問權之容許例外」，法院採用該未經被告詰問之證言，即不得指為違法(最高法院103年度台上字第2182號、112年度台上字第1582號判決意旨參照)。

㈡、上訴人即被告洪仁泓暨其辯護人固爭執證人楊美珠於警詢時陳述之證據能力，然證人楊美珠歷經原審、本院按址傳喚均未到庭，復經本院派警拘提亦無著，且其因案自114年4月1日起即遭通緝，迄今仍未緝獲，有原審及本院送達證書、拘票暨拘提報告書、法院通緝紀錄表、個人戶籍資料、個人地址報表各1份存卷可參（見原審訴字卷第143頁、本院上訴字卷第83-88、91-93、101、161-171、187-202頁），核屬刑事訴訟法第159條之3第3款所規定「所在不明而無法傳喚或傳喚不到」之情形，致無從傳喚其到庭行對質詰問，且楊美珠逃亡不到庭，亦非肇因可歸責於國家機關之事由。

㈢、又經原審勘驗楊美珠113年6月5日第1次接受警詢之錄影畫面，其警詢筆錄製作過程係採一問一答，楊美珠受詢問時神情自若，對答流暢（見原審訴字卷第101-112頁之勘驗筆錄），且經核對楊美珠2次警詢筆錄內容，均記載完整、詳細，並無簡略或零散之情形（見偵卷第59-67、69-73頁），又楊美珠上開審判外之陳述，距離案發時間近，其對案發經過之記憶應屬清晰，堪認楊美珠於警詢時之證述，具有可信之特別情況，亦為證明被告本案犯罪事實存否所必要，且本

院已在審理時依法提示上揭審判外之陳述並告以要旨，並詢問被告及其辯護人之意見，賦予充分辯明之機會（本院上訴字卷第180-181頁），又本案仍有其他補強證據佐證楊美珠警詢對被告不利證述之真實性（詳下述），依上揭說明，已合於容許例外之情形，故楊美珠警詢之陳述具有證據能力，得作為本案之證據。

二、證人陳聰明於警詢時之證述無證據能力：

按被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除有法律規定者外，不得作為證據，刑事訴訟法第159條第1項定有明文。被告暨其辯護人既爭執陳聰明於警詢時陳述之證據能力，酌以陳聰明於原審審理時已以證人身分到庭具結作證，其於警詢時之證述，核無刑事訴訟法第159條之2及第159條之3所規定得例外作為證據之情形，依同法第159條第1項規定，自無證據能力，而不得作為本案認定犯罪事實之證據使用。

三、本案檢察官、被告及其辯護人就本判決下列所引其餘被告以外之人於審判外陳述之證據能力均未予爭執，且迄至言詞辯論終結，均未聲明異議（本院上訴字卷第67-69、180-182頁），本院審酌該等供述證據作成時，核無違法取證或其他瑕疵，認為以之作為本案之證據屬適當，自有證據能力。其餘據以認定被告犯罪事實之非供述證據，均查無違反法定程序取得之情形，依刑事訴訟法第158條之4反面規定，亦具證據能力。

貳、認定犯罪事實所憑之證據及理由：

訊據被告固坦承有提供本案聯邦帳戶供陳聰明匯入購買安非他命17公克之價金24,000元，由被告提領上述款項後，駕車搭載楊美珠到上址福容大飯店前，楊美珠下車以14,000元向張嘉言購得本案毒品後，即回到被告車上，將本案毒品交予被告，並交付被告5,000元，嗣再由被告於前揭時、地，將本案毒品交予陳聰明等事實不諱，惟仍矢口否認有何販賣第二級毒品犯行，辯稱：陳聰明拜託我幫他找找看有沒有人能買安非他命，我就把楊美珠的聯絡方式給他，請他自行聯

絡，陳聰明說他怕被騙，叫我做中間的「過水」，我才會讓陳聰明匯價金到我的帳戶後，由我去提領，但毒品交易的金額和數量都是陳聰明叫我去跟楊美珠講的。後來我載楊美珠去購得毒品後，她拿給我的5,000元是要歸還先前欠我的錢；因為楊美珠說她被通緝，不敢自己去板橋，所以請我幫忙拿毒品給陳聰明，我都是在幫忙陳聰明，我只承認轉讓第二級毒品和幫助施用第二級毒品，否認有和楊美珠共同意圖營利而販賣第二級毒品的故意云云（本院上訴字卷第67、183-186頁）；辯護人則為被告辯護稱：被告主觀上僅係協助陳聰明取得本案毒品，不想介入買賣，更不知道楊美珠會因為此次交易取得好處或代價，直到被告將陳聰明匯入帳戶的款項交給楊美珠，楊美珠向藥頭買到毒品後，被告才知道楊美珠有從中獲取差價，且嗣被告向楊美珠取得的5,000元是因為楊美珠有欠被告錢，此有原審勘驗被告所提出楊美珠的自錄影片而製作之勘驗筆錄可佐，足認被告主觀上沒有和楊美珠共同販賣第二級毒品營利的意圖及犯意等語（本院上訴字卷第66、185-186頁）。經查：

一、被告有提供本案聯邦帳戶供陳聰明匯入購買安非他命17公克之價金24,000元，經陳聰明於事實欄所載時間匯款，並由被告提領上述款項後，被告即於事實欄所載時間，駕駛本案車輛搭載楊美珠到上址福容大飯店前，楊美珠下車以14,000元向張嘉言購得本案毒品後，即回到被告車上，將本案毒品交予被告，並交付被告5,000元，嗣由被告於事實欄所載時、地，將本案毒品交予陳聰明等事實，為被告所不爭執，核與陳聰明於偵查及原審審理時之證述（見偵卷第105-107頁、原審訴字卷第176-183頁）、楊美珠於警詢時之證述（見偵卷第59-67、69-73頁）情節大致相符，並有監視器錄影畫面擷圖（見偵卷第85-90頁）、楊美珠手機內與被告、張嘉言之LINE對話紀錄擷圖（見偵卷第91-98頁）、本案郵局帳戶及本案聯邦帳戶之開戶資料及交易明細（見偵卷第117、161-163頁）存卷可考，是上開部分事實已堪認定。

二、被告與楊美珠共同基於販賣第二級毒品之犯意，而為本案販賣第二級毒品犯行之分擔：

㈠、按**凡參與犯罪構成要件之行為者，不論係出於自己犯罪或幫助他人犯罪之意思，均屬共同正犯**；必以幫助他人犯罪之意思而參與犯罪，且其所參與者又為犯罪構成要件以外之行為，始得論以幫助犯。**以販賣毒品罪而言，舉凡洽談毒品買賣、交付毒品、收取買賣價金等行為，均屬販賣毒品罪構成要件之行為**。如行為人主觀上明知他人從事販賣毒品之行為，客觀上為他人看貨、議價、送貨、收款等屬於販賣毒品罪構成要件事實之部分行為，即係分擔實行犯罪行為，無論是否基於幫助販賣之意思，自應負共同販賣毒品之罪責，不能僅評價為幫助犯（最高法院112年度台上字第2638號判決意旨參照）。

㈡、觀諸楊美珠與被告於113年6月3日21時38分至21時47分之LINE對話紀錄，被告傳訊給楊美珠稱：「說的很準馬上就來要了」、「跟泡菜的一樣，上次蘆洲」、「馬上要妳問問看」；楊美珠回稱「現在嗎？」、**「你出多少給他」**，被告回覆稱：「還沒講」；楊美珠問：「半？還是一？」；**被告回覆：「半」**；楊美珠回稱：「好」；被告問：「妳電話幾號叫他直接聯絡你」；楊美珠：「0000000000」；被告：「嗯嗯 」；**楊美珠再問：「洪哥你知道泡菜給你朋友半多少嗎」**，被告稱：「我來問」、「馬上有嗎？」；楊美珠答：「嗯嗯」；被告稱：「好」、「等等」；楊美珠稱：「馬上有，你的也好了」；**被告回覆：「24」；楊美珠問：「兩萬四？」；被告回覆稱：「嗯嗯」；楊美珠稱：「可以」；被告：「好」**；楊美珠問：「何時要」；被告回覆：「馬上就要」、「妳怎麼去」、「第一次我載妳跟他認識一下好了」、「我去載你」等語，有該對話紀錄擷圖在卷可稽（見偵卷第91-93頁），從上揭對話紀錄可知：被告在與楊美珠聯繫同時，自行與陳聰明議定可以出售「半」（即17公克）之安非他命數量，所以楊美珠才會問被

告：「你出多少給他」；嗣被告再與楊美珠於LINE討論價金及確定是否能馬上拿到貨，楊美珠要求被告詢問陳聰明先前向「泡菜」購買「半」的價錢，以為此次定價之參考，經被告詢問陳聰明後回覆「24」（即24,000元）後；楊美珠表示可以以此價格出售，被告亦回覆「好」，嗣並由被告主動表示要載楊美珠去向藥頭取貨。

㈢、上情核與楊美珠於警詢時證稱：被告要賣毒品給他朋友，被告跟他朋友開價2萬4,000元買安非他命半台（約17公克），我便介紹張嘉言給被告，之後再由被告駕車載我去找張嘉言買毒品等語（見偵卷第62-63頁）、「洪哥（按即被告，下同）拿給我兩萬四」、「然後洪哥也有抽」；「我進入張嘉言的車內，給他一萬四」、（警員問：「剩下一萬塊你要怎麼解釋」）「就是洪哥賺五千，我賺五千，一人一半」、「因為來拿的人是他的朋友，所以他會抽成」、「洪男（按即被告，下同）就直接載我回去了」、「洪男自己去找他（按指陳聰明）」等語（原審訴字卷第106-112頁）大致相符，顯見被告與楊美珠於LINE討論「半台」毒品出售價格，兩人均同意以24,000元出售，即由被告向陳聰明開價24,000元，嗣並搭載楊美珠前往上址福容大飯店前向張嘉言購買毒品，被告與楊美珠嗣並在被告車上朋分其等轉售毒品予陳聰明後所賺得之價差1萬元（1人各分得5千元）。

㈣、綜觀上述被告參與本案毒品交易之過程，被告在與楊美珠聯繫同時，自行與陳聰明議定可以出售「半」（即17公克）之安非他命數量；嗣被告再與楊美珠於LINE討論出售毒品之價格，及由被告提供帳戶收售毒品買賣價金、並駕車搭載楊美珠前往購買本案毒品後，再由被告將本案毒品交付予陳聰明，被告上開洽談毒品買賣、收取買賣價金、向上手取得毒品及交付毒品予買家即陳聰明等行為，均屬販賣毒品罪構成要件之行為，故無論被告主觀上是否同時具有幫助陳聰明施用毒品之犯意，揆諸上揭說明，自已屬販賣第二級毒品犯行之共同正犯，被告辯稱其所為僅構成幫助施用毒品云云，並

無足採。

三、被告主觀上有營利意圖之認定：

㈠、按一般民眾均普遍認知毒品價格非低、取得不易，且毒品交易向為政府查禁森嚴，一經查獲，對販毒者施以重罰，衡諸常情，倘非有利可圖，殊無必要甘冒持有毒品遭查獲、重罰之極大風險，無端親至交易處所交易毒品，抑或購入大量毒品貯藏，徒招為警偵辦從事毒品販賣之風險。從而，除確有反證足資認定提供他人毒品者所為係基於某種非圖利本意之原委外，通常尚難因無法查悉其買進、賣出之差價，而諉無營利之意思，或阻卻販賣犯行之追訴（最高法院111年度台上字第1187號判決意旨參照）。毒品販賣既為我國檢、警機關嚴予取締之重罪，且被告為智識正常之成年人，對此應知之甚稔，苟非有利可圖，自無甘冒遭查緝法辦而罹重刑之風險。

㈡、衡以陳聰明於偵訊時具結證稱：被告是我以前的同事，我與他沒有恩怨或金錢糾紛等語（見偵卷第105-106頁）；於原審審理時具結證稱：我跟被告是朋友，之前在公司同一個單位工作認識的；我不想認識那些販毒的人，所以叫被告幫忙我去聯絡、去買，不知道被告是怎麼拿到毒品賣給我的；被告以前找我用過，所以我知道他有；我打電話跟他說我這裡沒有安非他命了，叫被告幫我處理，看半兩多少錢，我直接匯給他，被告跟我說半兩是24,000元。過程中被告曾給我電話號碼叫我直接跟對方聯絡，讓我們自己去處理，他不想接手，我說我又不認識對方，我錢直接匯給對方，如果對方把錢拿走，東西不拿給我怎麼辦，所以我就叫被告幫我處理。匯款後我跟被告說我晚上在哪裡工作，叫他直接帶去工地給我等語（見原審訴字卷第176-183頁）。由上開陳聰明證述內容可知，陳聰明與被告係前同事，非屬至交，亦無特殊情誼，若非有利可圖，被告豈會甘冒被嚴查重罰之高度風險，居中協調陳聰明購毒事宜，除提供自己的帳戶供陳聰明匯入購毒價金，且在收款後旋即提領現金，在深夜時分駕車接送

楊美珠前往購買毒品後，又不辭辛勞，趕在翌日凌晨親自將毒品送到陳聰明手上？是以，被告辯稱係單純幫忙陳聰明云云，已難採信。

㈢、況且，被告於警詢時供稱：陳聰明問我有沒有認識的人在賣品安非他命，我出發點是因為想介紹楊美珠給陳男認識，**讓楊美珠能賺到錢**還我欠款等語（偵卷第26頁）；偵查中亦自承：楊美珠拿5,000元給我時，我就知道楊美珠購買毒品的成本低於24,000元，但不知道低多少等語（偵卷第126頁），足認被告本就知悉其和楊美珠就本案毒品定價為24,000元，扣除進貨成本後仍有賺頭，被告仍參與上述洽談毒品買賣、收取買賣價金、向上手取得本案毒品後交付本案毒品予陳聰明等行為，且被告事後並與楊美珠朋分其等轉售毒品予陳聰明後所賺得之差價1萬元（1人各分得5千元），亦經楊美珠於警詢時證述明確，堪認被告主觀上有藉此營利之意圖無訛。

㈣、再經原審勘驗被告提出之楊美珠自錄影片，楊美珠雖於影片中稱：「我楊美珠在此這裡澄清，之前在筆錄中所提分享五千利潤，實際上是還給洪仁泓先生，不是利潤分享，特此說明，還洪仁泓清白，就這樣」，惟亦可聽到一旁有一男出聲指示稱：「之前欠的」、「五千是之前的欠款」；楊美珠始復稱：「欠他，然後，五千塊是我之前欠他的，就是這樣子」等語，有原審勘驗筆錄在卷可查（原審訴字卷第101頁），可見楊美珠為上揭錄影，係受旁人指示而為，該人並在旁指導楊美珠需陳述特定內容。又衡以楊美珠既係智識正常之成年人，其對於被告究係因介紹陳聰明前來購買本案毒品，而得以抽成5,000元，抑或是接受楊美珠返還先前欠款因而取得5,000元，兩事並無混淆之可能，則楊美珠既已於警詢時清楚證稱：被告係「抽成」、「賺」5,000元，則其事後於自錄影片中改口稱該5,000元係返還被告欠款，又未能陳述其更易前詞之合理理由，已難遽信。況且，其上揭審判外之陳述未經具結，無從擔保其證述之真實性，復明顯係

受旁人指示而為上揭錄影內容以附和被告之辯解，自難採信為真，而為對被告有利之認定。

四、綜上，本案事證明確，被告本案販賣第二級毒品犯行，堪以認定，應予依法論科。至被告聲請傳喚楊美珠之妹妹楊美圓，欲證明被告與楊美珠之間有借貸關係，惟縱認被告與楊美珠之間有借貸關係，然被告係因販賣本案毒品犯行，而得以和楊美珠朋分價差1萬元（即各分得5,000元），已經本院認定如上，與被告和楊美珠間有無其他債務關係無涉，故自無傳喚楊美圓到庭作證之必要，附此敘明。

參、論罪：

一、核被告所為，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。其意圖販賣而持有第二級毒品之低度行為，為販賣之高度行為所吸收，不另論罪。

二、被告就上開犯行，與楊美珠有犯意聯絡及行為分擔，為共同正犯。

肆、維持原判決及駁回被告上訴之理由：

原判決本於同上認定，以被告本案犯行事證明確，而援用上述法條對被告論罪，並審酌被告為牟個人私利，無視於政府制定毒品危害防制條例，杜絕毒品犯罪之禁令，明知安非他命為第二級毒品，對於國人身心健康及社會治安影響甚大，僅圖一己私人經濟利益，任意販賣毒品給他人牟利，對國民身心健康及社會秩序危害非輕，所為實不足取；被告就其犯行自始否認，暨被告於原審自陳智識程度為高中畢業、從事司機工作、月收入約5萬元、尚有母親需扶養之家庭生活狀況，暨被告、辯護人及檢察官於原審對於科刑範圍之意見（見原審訴字卷第228頁）等一切情狀，量處被告有期徒刑11年，並說明被告本案犯行犯罪所得為5,000元，應依刑法第38條之1第1項前段、第3項規定宣告沒收，且於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額，核其認事用法，並無違誤，量刑亦稱妥適。被告提起上訴仍執前詞否認犯罪，為無理由，應予駁回。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。
本案經檢察官張啓聰到庭執行職務。
中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　9　　日
刑事第二庭　審判長法　官 遲中慧
法　官 林幸怡
法　官 陳昭筠
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 莊佳鈴
中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　9　　日
附錄：本案論罪科刑法條
毒品危害防制條例第4條第2項
製造、運輸、販賣第二級毒品者，處無期徒刑或十年以上有期徒刑，得併科新臺幣一千五百萬元以下罰金。