臺灣高等法院臺中分院刑事判決

109年度上訴字第1213號

上　訴　人
即　被　告　巫宗賢
選任辯護人　許哲嘉律師

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108年度訴字第89號中華民國109年 3月24日第一審判決（起訴案號：臺灣彰化地方檢察署107年度偵字第11866號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

事　實

一、巫宗賢明知甲基安非他命係屬毒品危害防制條例列管之第二級毒品，依法不得販賣、持有，竟基於販賣第二級毒品甲基安非他命以營利之犯意，以其所有HTC牌行動電話1支（含0000000000號 SIM卡壹枚）搭載通訊軟體「Line」與林一中（暱稱「Frank Kumamoto彰師hi」）約定交易數量、金額、時間及地點後，分別於民國107年7月18日、107年8月30日均在彰化縣○○市○○路 ○段○○○巷○號之00巫宗賢住處，各以新臺幣（下同）6,500元之價格販賣甲基安非他命4公克予林一中各1次。

二、案經彰化縣警察局彰化分局報告臺灣彰化地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

壹、證據能力部分：

一、刑事訴訟法第159條之5立法意旨，在於確認當事人對於傳聞證據有處分權，得放棄反對詰問權，同意或擬制同意傳聞證據可作為證據，屬於證據傳聞性之解除行為，如法院認為適當，不論該傳聞證據是否具備刑事訴訟法第159條之1至第159條之4所定情形，均容許作為證據，不以未具備刑事訴訟法第159條之1至第159條之4所定情形為前提。此揆諸「若當事人於審判程序表明同意該等傳聞證據可作為證據，基於證據

資料愈豐富，愈有助於真實發見之理念，此時，法院自可承認該傳聞證據之證據能力」立法意旨，係採擴大適用之立場。蓋不論是否第159條之1至第159條之4所定情形，抑當事人之同意，均係傳聞之例外，俱得為證據，僅因我國尚非採澈底之當事人進行主義，故而附加「適當性」之限制而已，可知其適用並不以「不符前四條之規定」為要件。查本案以下採為判決基礎之證據，其性質屬被告以外之人於審判外之陳述而屬傳聞證據者，檢察官、上訴人即被告巫宗賢（下稱被告）及其選任辯護人於本院準備期日時均表示同意其證據能力（見本院卷第61至63頁），且檢察官、被告、辯護人就該等審判外之陳述，均未於言詞辯論終結前爭執其證據能力或聲明異議，本院審酌上開傳聞證據作成時之情況，核無違法取證及證明力明顯過低之瑕疵，為證明犯罪事實所必要，亦認為以之作為證據為適當，依據上開說明，應認該等證據自均具有證據能力。

二、本判決所引用之其餘之非供述證據，與本件待證事實具有證據關連性，並無證據證明係公務員違背法定程序所取得，亦無顯有不可信之情況，且經本院於審理期日提示予被告及辯護人而為合法調查，自均得作為本判決之證據。

貳、認定犯罪事實所憑之證據及理由：

一、訊據被告固坦承於事實欄記載之時間、地點交付甲基安非他命各4 公克予林一中，林一中則分別交付6500元予被告等情，惟矢口否認有販賣甲基安非他命犯行，辯稱：上開二次交付毒品及收取款項行為，是林一中主動提出，我有正當工作，僅基於幫助施用之意思而代購，我每次購入價格約6700元，接近7000元，想說林一中仍是學生，且都是同志，因想交朋友，才只跟林一中拿 6,500元整數，並無獲利，且我曾要介紹林一中認識藥頭好自行購買，足認我無營利之意圖，而警方到我家中也沒有搜到大量毒品、磅秤云云。惟查：

㈠證人林一中於107 年10月14日警詢中證稱：與被告通訊軟體LINE對話內容擷取照片編號4-6（見107年度他字第2301號卷

【下稱他卷】第18至19頁）是我於107年7月18日11時30分在巫宗賢住家(彰化縣○○市○○路○段○○○巷○號之00)以新臺幣6500元購買第二級安非他命1小包，約4公克。我們一手交錢一手交貨；對話內容擷取照片編號12-16（見他卷第22至24頁）是我於107年8月30日9時40分在巫宗賢住家(彰化縣○○市○○路○段○○○巷○號之00）以新臺幣6500元購買第二級安非他命1小包，約4公克，並當下拿該包第二級毒品安非他命一部分量與巫宗賢一同施用，剩下的就由我帶回家。我們都是一手交錢一手交貨等語（見107年度偵字第11866號卷【下稱偵卷】第33至34頁）；並分別於107年12月5日偵查中、109年2月25日原審審理時結證在卷（見偵卷第165至167頁，原審第221至227頁）；且有上開自被告手機門號0000000000號行動電話中所擷取對話內容之照片可佐（見他卷第17至24頁），證人林一中上開證詞自屬有據，可資採信。

㈡依被告於107年9月27日警詢中固承認上開行動電話中所擷取照片之對話內容確是暱稱「Frank Kumamoto彰師hi」者要向其購買甲基安非他命無誤，然否認有交易成功（見偵卷第21至22頁），待107年12月5日偵查中，因證人林一中已為上開指證後，始承認曾於107年7、8月各拿1次甲基安非他命給林一中，每次是4 克6500元，但仍否認販賣，辯稱：是林一中看我有沒有認識的，要我幫他拿毒品，我沒有賺他錢云云（見偵卷第172至173頁）；再於原審中辯稱：從頭到尾都是林一中跟我說，我才會去幫他買毒品，我不會主動問林一中要不要買毒品云云（見原審卷第227 頁）。然由證人林一中於原審中證稱：「（你要跟被告買？）是」，2次均買4克甲基安非他命6500元，並明確證述伊不在意被告從中獲利；雖被告曾表示要帶伊去找上手買，但那時伊沒有要買。後來伊曾問被告上手訊息，但被告就說跟他（指被告）買，伊就沒有聯繫上手，至於被告對話內容所稱「幫你拿到了」，是說可以給被告錢，可以拿到毒品（見原審卷第222至227頁）等語以觀，證人林一中顯然是直接找被告購買甲基安非他命，並

非被告所辯稱「代購」或「幫忙買」之情，且被告始終未將其上手之藥頭介紹給林一中認識，甚而當林一中要該藥頭訊息時，被告已予拒絕，且要林一中直接向其購買，足認其有營利之意圖甚明，被告乃以曾要介紹藥頭給林一中認識，而辯稱其無營利之意圖，顯與實情不合，核無可採。

㈢按關於正犯、從犯之區別，係以其主觀之犯意及客觀之犯行為標準，凡以自己犯罪之意思而參與犯罪，無論其所參與者是否犯罪構成要件之行為，皆為正犯。其以幫助他人犯罪之意思而參與犯罪構成要件之行為，亦為正犯；必以幫助他人犯罪之意思而參與犯罪，其所參與者又為犯罪構成要件以外之行為，始為從犯。而聯絡毒品買賣、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，苟有參與其事，即係分擔實行犯罪行為，自應負共同販賣毒品罪責，是就約定毒品買賣之時間、地點、金額數量之磋商，及毒品之實際交付、收取現款，均係構成販賣毒品罪之重要核心行為（最高法院109年台上字第214號刑事判決意旨參照）。而被告與證人林一中先就毒品之金額、數量確認後，再約見面時間地點，由被告交付約定數量之毒品並收取約定之款項，此有證人林一中之證述及被告巫宗賢與證人林一中通訊軟體LINE對話紀錄翻拍照片可證，被告所為，均為販賣毒品之客觀構成要件行為無誤。

㈣政府為杜絕毒品之氾濫，對於查緝施用及販賣毒品之工作，無不嚴加執行，販賣毒品罪又係重罪，設若無利可圖，衡情一般持有毒品之人當無輕易將所持有之毒品轉讓他人而甘冒被查獲法辦危險之理。依被告與暱稱「KOE CHEN」之人於107年7月間，以臉書軟體的談話內容觀之，被告原想向暱稱「KOE CHEN」之人購買甲基安非他命而為詢價，「KOE CHEN」稱先前可以拿到半台（約17克）16,000元，但該上游被抓了，所以「KOE CHEN」在107年7月間可以拿到甲基安非他命的價格1克為1,600元，然被告提及前有拿到10克甲基安非他命為15,000元，比「KOE CHEN」拿到的每1克便宜100元等語，

有被告於107年9月27日之警詢筆錄（見偵卷第19至20頁）及手機翻拍畫面（見他卷第26至29頁）可稽，是被告既能以10克15,000元之價格取得甲基安非他命，每1克成本為1,500元，顯然低於本件被告向證人林一中收取之對價（即4克6,500元，每1克為1,625元），況證人林一中於警詢時且證稱於107年8月30日9時40分以6,500元向被告購得4 克甲基安非他命後，當下還拿該包的部分量與巫宗賢一同施用，剩下的才帶回家（見偵卷第34頁），是被告辯稱無利可圖，自難採信。再者，被告於警詢中且自承不清楚該「Frank Kumamoto彰師hi」者之年籍資料，經警提供照片供其指認後始知係林一中（見偵卷第22頁），足認二人關係並非密切，被告自無甘冒風險，甚而虧本出售毒品之理，被告於本院乃辯稱其購入 4克甲基安非他命價格約6,700元接近7,000元，因想交朋友，才只跟林一中拿 6,500元整數，顯與常理有違，無非卸責飾詞，不足採信。

㈤被告雖辯以伊有正當工作無須依靠販賣毒品維生，係林一中主動提出要毒品，且警方到伊家中也沒有搜到大量毒品、磅秤云云，惟販賣毒品罪之成立，以有營利為目的之賣出行為即屬成立，且並不以經查獲毒品、磅秤等物為必要之證明方法，亦不因是否為購買者主動提出影響買賣交易之本質，被告是否有正當工作亦與構成要件無涉，被告所辯均非可採。

二、綜上所述，被告上揭所辯均不足為採，被告犯行，堪予認定，應予依法論科。

參、論罪科刑：

一、被告為本件犯行後，毒品危害防制條例第4條第2項之販賣第二級毒品罪，已經立法院修正通過，由總統於109年1月15日以華總一義字第10900004091號令公布，自000年 0月00日生效，修正前毒品危害防制條例第4條第2項原規定：「製造、運輸、販賣第二級毒品者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑，得併科新臺幣一千萬元以下罰金」，新修正毒品危害防制條例第4條第2項規定：「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」。是比較上開新舊法規定，顯然新修正毒品危害防制條例第4條第2項之販賣第二級毒品罪，其法定刑部分已經提高，對被告較為不利，依刑法第2條第1項從舊從輕原則之規定，被告仍應依據修正前毒品危害防制條例第4條第2項之販賣第二級毒品罪之規定處罰。

二、核被告二次所為，均係犯修正前毒品危害防制條例第4條第2項之販賣第二級毒品罪。被告因販賣第二級毒品甲基安非他命，而持有該第二級毒品甲基安非他命之低度行為，為其販賣之高度行為所吸收，不另論罪。

三、被告所犯上開二罪，犯意各別，行為互殊，應予分論併罰。

四、被告就本件犯罪事實，雖有提供資料，但並無因而查獲毒品來源之正犯或共犯，並無毒品危害防制條例第17條第 1項之之適用。又被告始終否認有自己販賣毒品之意思與行為，其所辯稱幫助施用犯行顯與販賣毒品非屬同一社會事實，其行為之實質意義與法律上之評價亦迥然有別，顯係出於卸責所為之供述，難認已對販賣毒品犯罪事實之全部或主要部分為自白，自無從依毒品危害防制條例第17條第 2項而為減刑，附此敘明。

五、沒收部分：

㈠被告持用與證人林一中聯繫之HTC牌行動電話1支（含0000000000號SIM卡1枚），為被告所有供本案販賣毒品罪聯絡使用之物，雖未扣案，仍應依毒品危害防制條例第19條第 1項、刑法第38條第 4項之規定宣告沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

㈡未扣案之犯罪所得13,000元，應依刑法第38條之1第1項前段規定宣告沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，依同條第3 項規定，追徵其價額。

肆、本院認定：

原判決以被告上開犯罪事證已臻明確而堪認定，乃審酌被告明知甲基安非他命為法律管制之毒品，具有成癮性，為圖賺

取不法利益竟予販賣，使甲基安非他命擴散，增加在社會流通之危險性，更令施用者沉迷上癮，無法自拔，輕則戕害個人身心，重則因缺錢購買而引發各式犯罪，對於國民健康及社會秩序均生危害，並審酌被告本件所犯金額、毒品數量、犯後態度，暨參酌被告智識程度及生活狀況等一切情狀，適用刑事訴訟法第299條第1項前段，修正前毒品危害防制條例第4條第2項、第19條第1項，刑法第11條、第51條第5款、第38條第4項、第38條之1第1項前段、第3項規定，就被告二次犯行，各量處有期徒刑柒年肆月，並定應執行有期徒刑柒年捌月。就未扣案之HTC牌行動電話 1支（含0000000000號SIM卡 1枚）及犯罪所得13,000元宣告沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額，所為認事用法均無不合，量刑亦屬妥適，雖未及為毒品危害防制條例第4條第2項之新舊法比較，仍適用修正前毒品危害防制條例第4條第2項之規定，並無不合。被告上訴意旨仍否認犯行，並指摘原判決不當，所為上訴並無理由，應予以駁回。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

本案經檢察官高如應提起公訴，檢察官王雪惠到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　7　　月　　22　　日

刑事第二庭　審判長法　官　何　志　通

法　官　許　月　馨

法　官　王　增　瑜

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　詹　雅　婷

中　　華　　民　　國　　109　　年　　7　　月　　22　　日