臺灣高等法院花蓮分院刑事判決

108年度上訴字第61號

上　訴　人
即　被　告　鍾順裕
選任辯護人　林政雄律師
　　林韋翰律師

上列上訴人因違反毒品危害防制條例等案件，不服臺灣花蓮地方法院107年度訴字第283號中華民國108年1月24日第一審判決（起訴案號：臺灣花蓮地方檢察署107年度偵字第3578號、107年度毒偵字第802號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於鍾順裕有罪（含沒收）暨定執行刑部分均撤銷。

鍾順裕犯如附表一編號1、4、6、7號及附表二編號1至4號所示之罪，各處如附表一編號1、4、6、7號及附表二編號1至4號「本院判決結果」欄所示之刑及如附表一編號1、4、6、7號、附表二編號1、2號之沒收。主刑部分應執行有期徒刑柒年陸月。又犯施用第二級毒品罪，累犯，處有期徒刑陸月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。扣案之吸食器貳組沒收。

鍾順裕其餘被訴如附表一編號2、3、5號販賣第二級毒品予林鈺鳳部分無罪。

事　實

一、鍾順裕曾犯施用毒品、幫助施用毒品及違反森林法等案件，經臺灣花蓮地方法院裁定應執行有期徒刑2年4月確定，於民國104年7月11日縮刑執行完畢，仍不知悔改，復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款所規定之第二級毒品，依法不得販賣、轉讓及持有；亦明知甲基安非他命並經行政院衛生福利部明令公告列為禁藥管理，依法不得轉讓，竟基於各別犯意而分別為下列犯行：

（一）基於販賣第二級毒品甲基安非他命以營利之犯意，於附表一編號7號所示之時間、地點，以附表一編號7號所示之交易方式，販賣第二級毒品甲基安非他命予附表一編號7號所示之交易對象吳聲基1次。

（二）另行基於轉讓甲基安非他命禁藥之各別犯意，於如附表一編號1、4、6號及附表二編號1至4號所示之時間、地點，，無償轉讓禁藥甲基安非他命（無證據證明純質淨重逾10公克）予附表一編號1、4、6號及附表二編號1至4號所示對象林鈺鳳等人共7次。

（三）另行基於施用第二級毒品甲基安非他命之犯意，於107年8月7日6、7時許，在其位於花蓮縣○○鎮○○○街○○○號居所（下稱鍾順裕居所）之對面工寮內，以將甲基安非他命置入玻璃球內燒烤吸食所生煙霧之方式，施用第二級毒品甲基安非他命1次。

二、嗣為警對其所持用之門號0000000000號行動電話執行通訊監察後，於同日16時40分許搜索鍾順裕居所及上揭工寮，當場扣得如附表三所示之物、電子磅秤1台、吸食器2組及上揭手機（含SIM卡）。再於同日19時許為警經其同意採集尿液送驗，結果呈安非他命類陽性反應，而悉上情。

三、案經花蓮縣警察局玉里分局報請臺灣花蓮地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

壹、上訴審理範圍

一、本件上訴人即被告鍾順裕（下稱被告）係就原審判決販賣第二級毒品、轉讓甲基安非他命及施用第二級毒品有罪部分上訴，而為本院上訴審理範圍。

二、至原審判決被告販賣第二級毒品予游培宣無罪部分，檢察官並未上訴，業已確定，不在本件上訴審理範圍，合先說明。

貳、有罪部分

一、證據能力

（一）被告前就本案犯罪事實所為之自白，經核並無刑事訴訟法第156條第1項出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正方法之情事，且經調查結果，亦與卷內其他證據資料所示之犯罪事實相符（均詳後述），依刑事訴訟法第156條第1項之規定，自得作為證據。

（二）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159條第1項有明文規定。查證人林鈺鳳於警詢所為之陳述，屬被告以外之人於審判外之言詞陳述，被告及其辯護人於本院準備程序時主張不得作為證據（本院卷第84頁反面），且核無得例外有證據能力之情形，故證人林鈺鳳於警詢所為之陳述，無證據能力。

（三）次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159條第1項定有明文。再按被告以外之人於審判外之陳述，雖不符刑事訴訟法第159條之1至第159條之4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，知有第159條第1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，此觀刑事訴訟法第159條之5規定甚明。上開條文之立法意旨在於傳聞證據未經當事人之反對詰問予以核實前，原則上先予排除，惟若當事人已放棄其對質、詰問權，並於審判程序中表明同意該等傳聞證據可作為證據，或於言詞辯論終結前未聲明異議，基於尊重當事人對傳聞證據之處分權，且證據資料愈豐富，愈有助於真實發見之理念，並強化言詞辯論主義，使訴訟程序得以順暢進行，上開傳聞證據亦均具有證據能力。經查，本判決下列所引用被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，固屬傳聞證據，惟除上述林鈺鳳警詢陳述外，被告及其辯護人於準備程序均稱：不爭執證據能力，且迄至本案言詞辯論終結前，對於前揭（除上述林鈺鳳警詢陳述外）具有傳聞證據性質之證據，均未聲明異議，本院審酌上開證據資料製作時之情況，尚無違法不當取得證據及證據證明力明顯過低之瑕疵，亦認為以之作為證據應屬適當，揆諸前開規定與說明，上揭證據資料（除上述林鈺鳳警詢陳述外）自應有證據

能力。

（四）本件判決以下所引用之非供述證據，均與本案事實具有關聯性，且查無事證足認係實施刑事訴訟程序公務員違背法定程序所取得，堪認有證據能力。

（五）再按通訊監察錄音之譯文，乃依據監聽錄音結果予以翻譯之文字，固具文書證據之外觀，惟仍應以監聽所得之錄音帶或光碟為證物，如其蒐證程序合法，並經合法調查，自具證據能力；又監聽錄音製作之譯文，通常為偵查犯罪機關單方面製作，若被告或訴訟關係人對其真實性並無爭執，經法院於審判期日提示譯文供當事人辨認、表示意見並為辯論者，程序自屬適法（最高法院95年度台上字第295號、94年度台上字第4665號判決要旨參照）。本案警方對於被告所持用之行動電話施以通訊監察，事前既經原審法院依法核發通訊監察書，有通訊監察書影本在卷可按，而監聽錄音製作之譯文，又於審判期日提示譯文供當事人辨認、表示意見並為辯論，是該通訊監察譯文自得作為本案之證據。

二、認定犯罪事實所憑之證據及理由

（一）關於附表一編號7號販賣第二級毒品部分

1.此部分迭據被告於檢察官偵查、原審及本院審理中坦承不諱，核與證人吳聲基證述之情節相符，並有門號0000000000號行動電話手機1支（含SIM卡）、電子磅秤1台、通訊監察譯文及如附表三所示之物可佐。該扣案之物經慈濟大學濫用藥物中心鑑定，確屬第二級毒品甲基安非他命，有該中心107年8月27日慈大藥字第107082759號函所附鑑定書附卷可稽（偵卷第187頁至第188頁），足徵被告上揭自白與事實相符。

2.公訴意旨雖認附表一編號7號（即起訴書附表一編號8號）之犯罪時間為107年5月11日19時至20時許，然證人吳聲基聯繫被告之時間為107年5月11日19時20分許，此有通訊監察譯文存卷可參，衡諸聯繫見面之一般常情，實際交易、

轉讓之時間自係在各該聯繫時間之後，故起訴書所載上開時間應更正如附表一編號7號所示之時間。

3.按販賣毒品之所謂販賣行為，係行為人基於營利之目的，而販入或賣出毒品而言。販賣毒品者，其主觀上有營利之意圖，且客觀上有販賣之行為，即足構成；所謂「意圖」，即犯罪之目的，原則上不以發生特定結果為必要，祇須有營利之意圖為已足，不以買賤賣貴而從中得利為必要，實際上有否獲利，尚非所問（最高法院105年度台上字第1684號判決要旨參照）；次按販售毒品，罪重查嚴，行為人均以隱匿方式為之，且因無公定價格，復易因分裝而增減份量，每次買賣價量，常隨雙方關係深淺、資力、需求量及對行情之認知、來源是否充裕等因素，而異其標準，非可一概而論，是販賣者從價差、量差或品質差中牟利之方式雖異，然其意圖營利之販賣行為則無二致，此因毒品量微價昂，販賣者有利可圖，苟無利可圖，豈願甘冒重典行事？是從販毒中，獲得些許毒品施用，即為意圖營利之適例（最高法院106年度台上字第929號判決要旨參照）。本件被告坦承販賣甲基安非他命，且向購毒者收取如附表一編號7號所示金額之價金。再者，查被告曾多次施用毒品遭法院判刑之紀錄，有臺灣高等法院被告前案紀錄表存卷可參，被告經上開案件之起訴、偵查、判決，其對於檢警機關查緝毒品甚嚴等情，自應知之甚稔，且被告與向其買受毒品之吳聲基並無親屬關係，於買賣之過程倘無從中賺取差價或投機貪圖小利，被告自無必要花費勞力、時間、車資、電話費等成本，並甘冒觸犯刑罰之高度風險取得毒品。準此以觀，被告確有營利之意圖甚明。

（二）關於附表一編號1、4、6號轉讓甲基安非他命部分

1.訊之被告於本院準備程序及審理中坦承：是將甲基安非他命放在桌上而讓林鈺鳳自己拿去施用（本院卷第84頁、第99頁反面），證人林鈺鳳亦於偵審中證述：自被告處取得甲基安非他命供施用等詞，參諸被告及證人林鈺鳳均自承

感情深厚、關係密切等情以觀，被告將甲基安非他命放置於桌上供林鈺鳳取得施用，被告有轉讓甲基安非他命之犯意應甚灼然。

2.證人林鈺鳳固證述：附表一編號1、4、6號等時地，係以新台幣（下同）5百至1千元不等之代價，向被告取得甲基安非他命，然證人林鈺鳳就通訊監察譯文所示內容對應交易事實之證述本有出入，其記憶內容已非完整無瑕，且此部分除證人林鈺鳳之供證外，別無其他證據可為佐證，依罪疑為輕原則，本院認應以被告以上揭方式無償轉讓甲基安非他命為可採。公訴意旨雖認被告係出於營利之意圖販賣第二級毒品甲基安非他命予林鈺鳳施用，尚有未洽。

（三）關於附表二編號1至4號轉讓甲基安非他命部分

1.此部分事實，亦據被告於原審及本院審理中坦認在卷，核與證人陳智祥、游培宣及沈智賢之證述相符，並有上揭行動電話手機、通訊監察譯文在卷足憑。

2.公訴意旨雖認附表二編號1、2號（即起訴書附表二編號1、2號）之犯罪時間為107年6月2日19時許、同年4月30日13時至14時許，然證人陳智祥聯繫被告之時間係同年6月2日19時1分許，證人游培宣聯繫被告之時間係同年4月30日13時49分許，此有各通訊監察譯文存卷可考），衡諸聯繫見面之一般常情，實際交易、轉讓之時間自係在各該聯繫時間之後，故起訴書所載上開時間應如附表二編號1、2號所示之時間。

3.公訴意旨另認被告如附表二編號3、4號（即起訴書附表一編號9、10號）所示之行為係基於營利之意圖，以重量不詳之第二級毒品甲基安非他命抵償證人沈智賢為被告胞兄工作之工資，而屬販賣第二級毒品之犯行。然被告否認有營利意圖，且證人沈智賢於原審審理時證稱：不曉得幫被告做幾天工，大概3天左右，只記得前面拿過1次錢，還有支借4000元，工資的部分隨便老闆怎麼發，滿1天1500元，伊沒有跟被告講用毒品抵工資的事，（後改稱）有問被

告有沒有止痛的，被告說晚一點，下班再給；還有500元的工資還沒拿到，被告的哥哥說等工程做完會給錢，當時工程還沒做完，到現在也還沒做完等語（原審卷第144頁至第146頁、第147頁反面至第148頁），而證人沈智賢於檢察官偵查中則證稱：伊去幫被告的哥哥工作4次，被告一次會給伊2000元的工錢，伊總共拿到4000元，是伊主動跟被告要求以毒品抵工資，那2次被告就沒有給伊工資等語（偵卷第171頁反面）。準此，證人沈智賢對於自己究竟工作幾日、應得若干工資並非十分清楚，且就如何與被告達成以毒品抵償工資之合意乙節始終未能證述明確，至多僅能認定證人沈智賢有此要求，然並無積極證據證明被告同意此要求，更何況證人沈智賢與被告間尚有借支薪水之情形，是在2人間金錢關係不明朗之情況下，證人沈智賢既無法特定究竟毒品係抵償若干工資，則實無從認定被告交付毒品是否為有償交付，是僅堪認其行為應屬轉讓而非起訴書認定之販賣。

（四）關於被告施用第二級毒品甲基安非命部分

此部分業據被告於偵審中供承不諱，而其經警採集尿液送請慈濟大學濫用藥物中心鑑定，確呈甲基安非他命之陽性反應，此有該中心107年8月17日慈大藥字第107081727號函所附檢驗總表在卷可按（毒偵卷第26、27頁），並有扣案之吸食器貳組可佐，是其此部分自白，亦與事實相符。

（五）綜上所述，被告上揭犯罪事證明確，犯行堪以認定，應予依法論科。

三、法律之適用

（一）論罪

1.販賣第二級毒品部分

（1）按甲基安非他命屬毒品危害防制條例第2條第2項第2款所定之第二級毒品，任何人不得非法持有及販賣。

（2）經查被告如附表一編號7號所為，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。

2.轉讓禁藥部分

（1）按甲基安非他命除屬第二級毒品外，且因安非他命類藥品業經行政院衛生署（現改制為行政院衛生福利部）於75年7月11日以衛署藥字第597627號公告一概禁止使用，並在79年10月9日以衛署藥字第904142號函明令公告列為禁藥，是甲基安非他命亦屬藥事法所規範不得轉讓之禁藥。

（2）次按甲基安非他命雖係毒品危害防制條例第2條第2項第2款規定之第二級毒品，然亦經行政院衛生署（已改制為衛生福利部）於民國75年7月11日以衛署藥字第597627號公告重申禁止使用，迄未變更，而屬藥事法第22條第1項第1款所列之禁藥。行為人明知禁藥甲基安非他命而轉讓者，除成立毒品危害防制條例第8條第2項之轉讓第二級毒品罪外，亦構成藥事法第83條第1項之轉讓禁藥罪，屬於同一犯罪行為同時有二種法律可資處罰之法規競合（或稱法條競合）關係。因毒品危害防制條例第8條第2項之轉讓第二級毒品罪，法定本刑為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。藥事法第83條第1項之轉讓禁藥罪，法定本刑為7年以下有期徒刑，得併科新臺幣5,000萬元以下罰金。從而，轉讓甲基安非他命之行為，除轉讓達毒品危害防制條例第8條第6項規定之一定數量（淨重10公克以上），或成年人轉讓予未成年人，或明知為懷胎婦女而轉讓，經依法加重後之法定刑較藥事法第83條第1項轉讓禁藥之法定刑為重情形外，依「重法優於輕法」原則，應適用重法即藥事法第83條第1項之轉讓禁藥罪處罰（最高法院108年度台上字第1153號判決要旨參照）。

（3）查被告如附表一編號1、4、6號及附表二編號1至4號所載轉讓甲基安非他命予林鈺鳳等人，未逾純質淨重10公克以上，則被告於上揭時、地轉讓禁藥甲基安非他命，各應依藥事法第83條第1項轉讓禁藥罪論處。

3.施用第二級毒品部分

（1）按毒品危害防制條例於92年7月9日修正公布，自93年1月9日施行，其中第20條、第23條將施用毒品之刑事處遇程序，區分為「初犯」及「5年內再犯」、「5年後再犯」。依其立法理由之說明：「初犯」，經觀察、勒戒或強制戒治後，應為不起訴處分或不付審理之裁定；經觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放後，「5年內再犯」者，因其再犯率甚高，原實施之觀察、勒戒及強制戒治既已無法收其實效，爰依法追訴或裁定交付審理。至於經觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放後，「5年後再犯」者，前所實施之觀察、勒戒或強制戒治已足以遮斷其施用毒品之毒癮，為期自新及協助其斷除毒癮，仍適用「初犯」規定，先經觀察、勒戒或強制戒治之程序。從而，依該次修正後之規定，於「初犯」及「5年後再犯」二種情形，始應先經觀察、勒戒或強制戒治程序。倘被告於5年內已再犯，經依法追訴處罰，縱其第3次（或第3次以上）再度施用毒品之時間，在初犯經觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放5年以後，已不合於「5年後再犯」之規定，且因已於「5年內再犯」，顯見其再犯率甚高，原實施觀察、勒戒或強制戒治，已無法收其實效，即應依該條例第10條處罰（最高法院107年度台上字第965號判決要旨參照）。

（2）查被告前於88年間因施用毒品案件，經裁定令入勒戒處所觀察、勒戒，認有繼續施用傾向，而經裁定令入戒治處所施以強制戒治；復於強制戒治後5年內之92年間因施用毒品案件，經原審法院判處有期徒刑5月確定，此有臺灣高等法院被告前案紀錄表在卷足憑，是被告於強制戒治執行完畢釋放後，5年內已再犯施用毒品之罪，並經判處罪刑，其再犯本案施用毒品之罪，依前揭規定與說明，自應依法追訴處罰。

（3）按甲基安非他命為毒品危害防制條例規定之第二級毒品

，不得持有及施用。查被告於事實欄一（三）所載時地，基於施用第二級毒品甲基安非他命之犯意，施用甲基安非他命1次，核其此部分所為，係犯毒品危害防制條例第10條第2項之施用第二級毒品罪。

（二）罪數

1.被告如前述販賣、施用甲基安非他命前，非法持有該毒品之低度行為，各應為販賣、施用之高度行為所吸收，皆不另論罪。至藥事法並無處罰持有禁藥之明文，亦即持有禁藥並未構成犯罪，本院自毋庸再予論述被告持有甲基安非他命之低度行為，是否為其轉讓禁藥之高度行為所吸收之問題。

2.被告上揭各次販賣第二級毒品、轉讓禁藥及施用第二級毒品犯行間，犯意各別，行為互殊，應予分論併罰。

（三）變更起訴法條

公訴意旨雖認被告就如附表一編號1、4、6號及附表二編號3、4號所為，係構成毒品危害防制條例第4條第2項販賣第二級毒品罪，惟此部分已如前述，並無積極證據證明被告有營利之意圖而為販賣，而起訴之基本社會事實同一，爰均予變更為藥事法第83條第1項轉讓禁藥罪審理。

（四）依累犯規定加重其刑

1.被告有如事實欄所載犯罪科刑及執行完畢情形，有臺灣高等法院被告前案紀錄表存卷可查，其於有期徒刑執行完畢後5年內，故意再犯本案如上述有期徒刑以上之刑之罪，合於累犯規定。

2.108年2月22日公布之司法院釋字第775號解釋認：刑法第47條第1項累犯規定，不分情節一律加重最低本刑，不符憲法罪刑相當原則，抵觸憲法第23條比例原則，應自解釋公布日起2年內修正之；於修正前，法院就個案應依解釋意旨，裁量是否加重最低本刑。申言之，法院仍得斟酌個案情形裁量是否加重最低本刑，並未完全排除累犯規定之適用。

3.本院審酌被告前有多次施用毒品紀錄，並經判處罪刑及入監執行完畢，業如前述，理應生警惕作用，期待其得以自我控管，卻於執畢後約3年左右，故意再犯本件販賣、轉讓禁藥及施用毒品等各罪，足認有特別之惡性，對於刑罰反應力薄弱，確有延長其矯正期間，以助其重返社會，並兼顧社會防衛之必要，因認被告所犯上揭各罪，均有加重其最低本刑之正當理由，故除販賣第二級毒品罪之法定刑為無期徒刑部分依法不得加重外，餘均依刑法第47條第1項規定加重其刑。

（五）關於適用毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑

1.按毒品危害防制條例第17條第2項規定：「犯第4條至第8條之罪於偵查及審判中均自白者，減輕其刑」，旨在鼓勵犯罪行為人之悛悔，同時使偵、審機關易於發現真實，以利毒品之查緝，俾收防制毒品危害之效；從而被告至少須在偵查及審判階段各有1次以上之自白，始得認有該條項減刑規定之適用（最高法院107年度台上字第4373號判決要旨參照）。

2.查被告於檢察官偵查及原審、本院審理時均曾坦承附表一編號7號販賣第二級毒品犯行，依上述說明，被告就附表一編號7號所示之犯行，應依毒品危害防制條例第17條第2項之規定減輕其刑，並依刑法第71條第1項規定，先加後減之。

3.按法律之適用有其整體性原則，藥事法並無關於轉讓毒品者於偵查及審判中自白，應減輕其刑之特別規定，故若選擇適用藥事法第83條第1項規定論以明知為禁藥而轉讓罪者，即無割裂適用毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑之餘地（最高法院106年度台上字第369號判決要旨參照）。查被告就轉讓禁藥犯行，既如前述應優先適用藥事法第83條第1項規定論罪科刑，縱於偵查及審判中均自白犯行，但藥事法並無轉讓禁藥者，於偵查及審判中自白應減輕其刑之特別規定，自無割裂適用毒品危害防制條例

第17條第2項減輕其刑之餘地。至被告此部分坦承犯罪之犯後態度，已為本院於法定刑內所斟酌，合併說明。

（六）是否適用刑法第59條酌減其刑問題

1.按刑法第59條規定之酌量減輕其刑，必須犯罪另有特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，認為即使予以宣告法定最低度刑，猶嫌過重者，始有其適用。此所謂法定最低度刑，固包括法定最低本刑；惟遇有其他法定減輕之事由者，則應係指適用其他法定減輕事由減輕後之最低度刑而言。倘被告別有其他法定減輕事由者，應先適用法定減輕事由減輕其刑後，猶認其犯罪之情狀顯可憫恕，即使科以該減輕後之最低度刑仍嫌過重者，始得適用刑法第59條規定酌量減輕其刑。又此項犯罪情狀是否顯可憫恕而酌量減輕其刑之認定，係屬法院得依職權自由裁量之事項（最高法院107年度台上字第2452號判決要旨參照）。

2.查本案被告所為販賣第二級毒品甲基安非他命犯行，助長毒品之泛濫，嚴重危害國人身心健康及社會治安，顯非一時短於思慮而為，尤見其惡性，循上揭法定減輕事由減輕其刑後，被告所犯販賣第二級毒品犯行，顯難認為有何法重情輕之情形，揆諸上揭說明，自不得依刑法第59條規定減輕其刑。至於被告多次轉讓禁藥供他人施用，同亦危害國人身心健康及社會治安，並無犯罪另有特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，認為即使予以宣告法定最低度刑，猶嫌過重之情形，要無刑法第59條之適用。被告已有多次施用第二級毒品紀錄，已如前述，卻仍犯本次犯行，此部分尤無酌減其刑適用之餘地，均合併敘明。

四、撤銷改判理由、科刑審酌及定執行刑

（一）撤銷改判理由

1.原審認被告如附表一各該編號及附表二所示之罪證明確，而予依法論科，固非無見，惟查：

（1）原審判決既於主文及理由欄認被告如附表一、附表二各該編號及施用毒品之犯行，乃犯意各別之數罪，卻未於

犯罪事實欄或附表相當於事實部分，認定被告係出於「各別犯意」，不無疏漏，致事實欄所載與主文及理由欄不相契合。

（2）原審判決認被告如附表一編號1、4、6號部分，係構成毒品危害防制條例第4條第2項之販賣第二級毒品罪，然如前述，此部分僅構成藥事法第83條第1項之轉讓禁藥罪，是原審判決此部分認定尚有未洽。

（3）原審判決認附表一編號2、3、5號部分，亦係構成毒品危害防制條例第4條第2項之販賣第二級毒品罪，然如後述，此部分犯罪尚屬不能證明，則原審判決此部分認定即有未洽。

（4）原審判決認為附表二編號1至4號部分，係犯毒品危害防制條例第8條第2項之轉讓第二級毒品罪，然如前述，此部分應適用藥事法第83條第1項之轉讓禁藥罪，原審就此部分適用法律尚有違誤。

（5）原審判決未及適用司法院釋字第775號解釋，對被告所犯之罪裁量是否加重最低本刑，容有未洽。

（6）扣案之電子磅秤1台，被告既自承買回第二級毒品後秤重用，乃其販賣第二級毒品之低度持有行為所用之器具，原審判決卻未宣告沒收，亦有違誤。

2.被告以其除附表一編號7號部分外，否認有何販賣第二級毒品犯行，如前所述部分有理由，其餘量刑部分詳後述，而原審判決並有上揭可議之處，均屬無可維持，應由本院將原審判決予以撤銷改判。

（二）科刑審酌

爰以行為人之責任為基礎，審酌被告經觀察、勒戒、強制戒治，仍再度施用毒品，則足見其戒除毒癮之意志薄弱，惟念其坦承此部分犯行，且施用毒品係因有相當程度之成癮性及心理依賴，其犯罪心態與一般刑事犯罪之本質並不相同，對於他人生命、身體、財產等法益，尚無明顯而重大之實害，犯罪手段尚屬平和；就轉讓毒品、販賣毒品之

犯行，被告亦大致坦承，犯後態度尚可，惟就轉讓、販賣毒品予他人，不僅殘害他人身心健康，且有滋生其他犯罪之可能，對社會秩序及善良風俗所生危害程度非輕；兼衡被告販賣及轉讓毒品之次數及各次之金額，暨其自述為國中畢業之智識程度、羈押前從事鐵工、月收入約6萬至10幾萬元、仍需撫養父親、配偶、小孩，而其中一小孩有中度智障、家庭經濟狀況穩定等一切情狀，分別量處如附表一編號1、4、6、7號、附表二編號1至4號「本院判決結果」欄所示之刑；並就被告所犯施用第二級毒品罪，量處有期徒刑6月及諭知易科罰金之折算標準。

（三）定執行刑

1.數罪併罰之定應執行之刑，係出於刑罰經濟與責罰相當之考量，並非予以犯罪行為人或受刑人不當之利益，為一種特別的量刑過程，相較於刑法第57條所定科刑時應審酌之事項係對一般犯罪行為之裁量，定應執行刑之宣告，乃對犯罪行為人本身及所犯各罪之總檢視，除應考量行為人所犯數罪反應出之人格特性，並應權衡審酌行為人之責任與整體刑法目的及相關刑事政策，在量刑權之法律拘束性原則下，依刑法第51條第5款之規定，採限制加重原則，以宣告各刑中之最長期為下限，各刑合併之刑期為上限，但最長不得逾30年，資為量刑自由裁量權之外部界限，並應受法秩序理念規範之比例原則、平等原則、責罰相當原則、重複評價禁止原則等自由裁量權之內部抽象價值要求界限之支配，使以輕重得宜，罰當其責，俾符合法律授與裁量權之目的，以區別數罪併罰與單純數罪之不同，兼顧刑罰衡平原則（最高法院100年度台上字第21號判決要旨參照）。

2.具體以言，刑法有關數罪併罰執行刑之酌定，宜視行為人所犯數罪之犯罪類型而定，即倘行為人所犯數罪屬相同之犯罪類型者（如複數竊盜、施用或販賣毒品等），於併合處罰時，其責任非難重複之程度較高，自應酌定較低之應

執行刑；然行為人所犯數罪雖屬相同之犯罪類型，但所侵犯者為具有不可替代性、不可回復性之個人法益（如殺人、妨害性自主），於併合處罰時，其責任非難重複之程度則較低，而可酌定較高之應執行刑；另行為人所犯數罪非惟犯罪類型相同，且其行為態樣、手段、動機均相似者，於併合處罰時其責任非難重複之程度更高，更應酌定較低之應執行刑；反之，行為人所犯數罪各屬不同之犯罪類型者，於併合處罰時其責任非難重複之程度最低，當可酌定較高之應執行刑。至個別犯罪之犯罪情節或對於社會之影響、行為人之品性、智識、生活狀況或前科情形等，除前述用以判斷各個犯罪之犯罪類型、法益侵害種類、犯罪行為態樣、手段、動機是否相同或類似，以避免責任非難過度重複者外，乃個別犯罪量處刑罰時即已斟酌在內，要非定應執行刑時所應再行斟酌重複評價。

3.查本件被告如附表一編號1、4、6號、附表二編號1至4號轉讓禁藥部分，犯罪類型類似，且其行為態樣、手段、動機亦屬相似，於併合處罰時其責任非難重複之程度高，揆諸前揭說明，自應酌定較低之應執行刑，再與被告所犯如附表一編號7號販賣第二級毒品部分，於符合內部及外部性界限範圍內，定其應執行刑為有期徒刑7年6月示懲。

五、關於沒收

（一）扣案如附表三編號1至19號所示之晶體、晶體混白粉共19包，如前所述，經慈濟大學濫用藥物檢驗中心鑑定結果，確屬第二級毒品甲基安非他命，是上開扣案物既屬毒品危害防制條例第2條第2項第2款之第二級毒品，除因鑑定用罄而不復存在部分外，應依同條例第18條第1項前段規定，宣告沒收銷燬；又盛裝上開甲基安非他命之包裝袋19只，無論以何種方式均無法與甲基安非他命完全析離，亦應視為毒品之一部，併依同條例第18條第1項前段規定沒收銷燬。

（二）扣案之門號0000000000號手機（含SIM卡1張）1支，為被

告所有供附表一編號7號販賣所用之物，此參通訊監察譯文自明，予以沒收並無過苛之虞，爰依毒品危害防制條例第19條第1項之規定沒收。上揭手機亦於附表一編號1、4、6號及附表二編號1、2號轉讓禁藥時所用之物，此同有通訊監察譯文可佐，予以沒收亦無過苛之虞，應依刑法第38條第2項規定，於上揭轉讓毒品項下宣告沒收。又，該手機業已扣案，並無不能沒收之情形，即毋庸再諭知追徵其價額，併此敘明。

（三）扣案之電子磅秤係被告購毒後秤重所用，為其自承在卷，既屬販賣第二級毒品之低度持有行為所用之器具，予以沒收並無過苛之虞，爰依毒品危害防制條例第19條第1項之規定，於附表一編號7號販賣第二級毒品項下宣告沒收。另扣案之吸食器2組，均係被告所有且供其施用毒品所用一節，經被告自承無訛，爰依刑法第38條第2項前段規定，於其所犯施用第二級毒品罪主文項下沒收。上揭之物因已扣案，並無不能沒收之情形，同毋庸再諭知追徵其價額。至夾鏈袋1批非供本案犯罪所用或犯罪預備之物，卷內亦無其他積極證據可資證明該等物品確有使用於本案犯罪或預備犯罪之用，故不予宣告沒收，合併說明。

（四）被告如附表一編號7號販賣第二級毒品之所得1千元，並未扣案，仍應依刑法第38條之1第1項、第3項規定，於該次販賣第二級毒品所處罪刑主文項下宣告沒收，及宣告於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

（五）刑法關於沒收之規定修法後，將沒收列為專章，已非從刑，具有獨立之法律效果，宣告多數沒收情形並非數罪併罰，修正前刑法第51條第9款規定已配合刪除。爰此，本案應於執行時由檢察官依刑法第40條之2第1項規定，併執行沒收，無庸於定應執行刑後諭知合併沒收。

參、無罪部分

一、公訴意旨另略以：被告鍾順裕基於販賣第二級毒品甲基安非他命之犯意，於附表一編號2、3、5號所示時地及交易方式

（即起訴書附表一編號2、3、5號），3次各販賣第二級毒品甲基安非他命予林鈺鳳，因認鍾順裕此部分亦涉犯毒品危害防制條例第4條第2項之販賣第二級毒品罪嫌。

二、謹按：

（一）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，應諭知無罪之判決，刑事訴訟法第154條第2項、第301條第1項分別定有明文。認定不利於被告之事實，須依積極證據，苟積極證據不足為不利於被告事實之認定時，即應為有利於被告之認定，更不必有何有利之證據；又事實之認定，應憑證據，如未能發現相當證據，或證據不足以證明，自不能以推測或擬制之方法，以為裁判基礎；而刑事訴訟法上所謂認定犯罪事實之積極證據，係指適合於被告犯罪事實之認定之積極證據而言，雖不以直接證據為限，間接證據亦包括在內；然而無論直接或間接證據，其為訴訟上之證明，須於通常一般之人均不致有所懷疑，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，致使無從形成有罪之確信，根據「罪證有疑，利於被告」之證據法則，即不得遽為不利被告之認定（最高法院40年台上字第 86號、76年台上字第4986號判決要旨參照）。

（二）關於購買毒品者指證某人為販毒時，不僅須所述無瑕疵，且需有補強證據始得為犯罪事實之認定；良以施用毒品者供述之憑信性，本不及於一般人，且毒品交易之買賣雙方，乃具有對向性之關係，購買毒品者之陳述或因有利害關係，基本上已存有較大之虛偽危險性；尤其如供出毒品來源因而破獲，尚得藉以邀求寬典減輕其刑，可信性即比一般無利害關係之證人所為之證述較為薄弱，自不足以保證其陳述無失真之虞，故為擔保其陳述之真實性，尤應有足以令人確信其陳述為真實之補強證據，始能資為販賣或轉讓毒品等犯行論罪之依據。茲所謂必要之補強證據，指除

施用、販賣毒品者之陳述本身以外之別一證據，固不以證明販賣毒品犯罪構成要件之全部事實為必要，但以與施用者之指證具有相當之關聯性為前提，其經與施用者之指證綜合判斷，兩者之相互利用，已達於通常一般人均不致有所懷疑，而得確信施用者之指證為真實者，始得為有罪之認定，此為無罪推定原則之必然推演（最高法院97年度台上字第1705號、第3281號、99年度台上字979號、第1821號、第5028號、第7620號、100年度台上字第2866號判決要旨參照）。

（三）買賣毒品係非法交易，毒品買賣間相互聯絡具隱密性及特殊信賴關係，且因販賣毒品係政府嚴予查緝之違法行為，復為通訊保障及監察法所定得發通訊監察書之犯罪，偵查機關常以實施通訊監察為偵查手段，為避免不法行為被查緝風險，毒品交易常以買賣雙方得以知悉之術語或晦暗不明之用語，來代替毒品交易之重要訊息（如種類、數量、金額），甚至雙方事前已有約定或默契，只需約定見面，即可以事前約定或先前交易所示種類、金額，進行毒品交易，此與社會大眾一般認知尚無違誤。從而觀察通訊監察譯文，非僅從字面上之意思，即可遽然評價，而須綜合雙方之約定、默契予以判斷。然毒販間通話之通訊監察譯文作為施用毒品者所指證販賣毒品犯罪事實之補強證據，必須其等之對話內容，依社會通念已足以辨明其所交易標的物之毒品品項、數量及價金，始足與焉，否則對於語意隱晦不明之對話，即令指證者證述該等對話內容之含意即係交易毒品，除非被指為販毒之被告坦認，或依被告之品格證據可供為證明其具犯罪之同一性（如其先前有關販賣毒品案件之暗語，與本案通訊監察譯文內容相同，兩案手法具有同一性），或司法警察依據通訊監察之結果即時啟動調查因而破獲客觀上有可認為販賣毒品之跡證者外，因仍屬指證者單方之陳述本身，自尚不足作為其所述犯罪事實之補強證據（最高法院106年度台上字第883號判決要旨參

照）。

三、檢察官認被告於附表一編號2、3、5號所示時地，3次販賣第二級毒品甲基安非他命予林鈺鳳，無非以證人林鈺鳳於警詢、偵查及原審之供述，佐以通訊監察譯文為其主要論據。訊之被告則堅決否認有此部分犯行，並辯稱：與林鈺鳳關係密切，只有於附表一編號1、4、6號時間，將甲基安非他命放置客廳桌上供林鈺鳳取用，並未販賣予林鈺鳳等語。

四、經查：

（一）證人林鈺鳳固於警詢、檢察官偵查及原審審理時供述：被告有於附表一編號2、3、5號所示時地，販賣甲基安非他命予伊施用，並收取價金5百至1千元不等等詞，然此僅為購毒施用者之片面供述。依上述說明，被告與林鈺鳳間為毒品交易之買賣雙方，乃具有對向性之關係，購買毒品者之陳述或因有利害關係，基本上已存有較大之虛偽危險性，尤其如供出毒品來源因而破獲，尚得藉以邀求寬典減輕其刑，可信性即比一般無利害關係之證人所為之證述較為薄弱，自不足以保證其陳述無失真之虞，故為擔保其陳述之真實性，尤應有足以令人確信其陳述為真實之補強證據，始能資為販賣或轉讓毒品等犯行論罪之依據。

（二）依檢察官所提出之補強證據即通訊監察譯文，關於附表一編號2號部分之通話內容僅被告與林鈺鳳約見面，之後言及已到達（277號警卷第34頁）；關於附表一編號3號部分之通話內容僅被告與林鈺鳳約見面，之後亦言及已到達（277號警卷第34頁）；關於附表一編號5號部分之通話內容僅被告與林鈺鳳交談，何以至中午林鈺鳳仍未到（277號警卷第37頁）各等語。準此，僅見2人相約見面或交談何以未到，實無從作為令人確信林鈺鳳陳述為真實之補強證據，自難資為被告有此部分販賣第二級毒品論罪之依據。

五、綜上所述，本件公訴意旨雖認被告涉嫌於附表一編號2、3、5號所示時地，販賣第二級毒品予林鈺鳳，然參諸上述通訊內容，不足判斷通話內容之真意係在交易毒品，難採為補強

證據。是以，依檢察官所提出之證據，未達於通常一般之人均不致有所懷疑，而得確信為真實之程度，揆諸上揭說明，基於無罪推定之原則，自應為被告此部分為無罪之諭知。

六、原審判決未予詳查，認被告此部分亦犯毒品危害防制條例第4條第2項販賣第二級毒品罪，並均予以論罪科刑、宣告沒收及定執行刑，尚有未洽。被告就此部分上訴意旨否認犯罪，指摘原審判決採證不當，為有理由，自應由本院將原判決此部分撤銷，改為被告無罪之諭知。

據上論斷，應依刑事訴訟法第369條第1項前段、第364條、第299條第1項前段、第301條第1項、第300條，毒品危害防制條例第4條第2項、第10條第2項、第17條第2項、第18條第1項前段、第19條第1項，藥事法第83條第1項，刑法第11條、第47條第1項、第41條第1項前段、第38條第2項前段、第38條之1第1項前段、第3項、第51條第5款，判決如主文。

本案經檢察官陳旭華、卓浚民提起公訴，檢察官黃怡君到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　10　　月　　8　　日

刑事庭審判長法　官　王紋瑩

法　官　李珮瑜

法　官　邱志平

以上正本證明與原本無異。

關於施用第二級毒品罪部分，不得上訴。

其餘部分均得上訴，如不服本判決應於收受送達後10日內向本院提出上訴書狀，其未敘述理由者，並得於提起上訴狀後10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」。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　10　　月　　9　　日

書記官　林香君

附表一：

編號	交易時間	交易地點	交易對象	交易方式（金額為新台幣）	本院判決結果
1	107年4月29日12時16分許通話後未久	花蓮縣○○鎮○○○街000號鍾順裕之居所	林鈺鳳	被告以門號0000000000號行動電話與林鈺鳳聯絡後，將第二級毒品甲基安非他命1小包（重量未逾純質淨重10公克）放置居所客廳桌上，無償轉讓予林鈺鳳施用。	鍾順裕犯轉讓禁藥罪，累犯，處有期徒刑捌月。 扣案0000000000號行動電話手機（含SIM卡壹張）壹支沒收。
2	107年5月2日0時11分許通話後未久	花蓮縣○○鎮○○超商○○門市外被告駕駛之自用小客車上	林鈺鳳	被告以門號0000000000號行動電話與林鈺鳳聯絡後，以1000元之代價，販賣第二級毒品甲基安非他命1小包予林鈺鳳，林鈺鳳當場交付1000元。	鍾順裕無罪。
3	107年5月4日1時56分許通話後未久	花蓮縣○○鎮○○超商○○○門市外	林鈺鳳	被告以門號0000000000號行動電話與林鈺鳳聯絡後，以1000元之代價，販賣第二級毒品甲基安非他命1小包予林鈺鳳，林鈺鳳當場交付1000元。	鍾順裕無罪。
4	107年5月5日1時42分許通話	花蓮縣○○鎮○○○街000	林鈺鳳	被告以門號0000000000號行動電話與林鈺鳳聯絡	鍾順裕犯轉讓禁藥罪，累犯，處有期徒刑捌月。

（續上頁）

	後未久	號鍾順裕之居所		後，將第二級毒品甲基安非他命1小包（重量未逾純質淨重10公克）放置居所客廳桌上，無償轉讓予林鈺鳳施用。	扣案0000000000號行動電話手機（含SIM卡壹張）壹支沒收。
5	107年5月29日10時50分許通話後未久	花蓮縣○○鎮○○水電材料行對面之工地	林鈺鳳	林鈺鳳撥打被告門號0000000000號行動電話與被告聯絡後，被告以500 元之代價，販賣第二級毒品甲基安非他命1小包予林鈺鳳，林鈺鳳當場交付500元。	鍾順裕無罪。
6	107年6月20日20時39分許通話後未久	花蓮縣○○鎮○○○街000號鍾順裕之居所	林鈺鳳	被告以門號0000000000號行動電話與林鈺鳳聯絡後，將第二級毒品甲基安非他命1小包（重量未逾純質淨重10公克）放置居所客廳桌上，無償轉讓予林鈺鳳施用。	鍾順裕犯轉讓禁藥罪，累犯，處有期徒刑捌月。 扣案0000000000號行動電話手機（含SIM卡壹張）壹支沒收。
7	107年5月11日19時20分許通話後未久	被告居所	吳聲基	吳聲基撥打被告門號0000000000號行動電話與被告聯絡後，被告以1000元之代價，販賣第二級毒	鍾順裕販賣第二級毒品，累犯，處有期徒刑參年柒月。 扣案如附表三所示之物均沒收銷燬。扣案0000000000號行動電話手機

（續上頁）

				品甲基安非他命1小包（重量不詳）予吳聲基，吳聲基當場交付1000元予鍾順裕收受。	（含SIM卡壹張）壹支、電子磅秤壹台均沒收。未扣案之犯罪所得新臺幣壹仟元沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

附表二：

編號	轉讓時間	轉讓地點	轉讓對象	轉讓方式	本院判決結果
1	107年6月2日19時1分許通話後未久	被告居所	陳智祥	陳智祥撥打被告門號0000000000號行動電話與被告聯絡後，被告以提供陳智祥盛裝第二級毒品甲基安非他命之殘渣袋，讓陳智祥刮取甲基安非他命殘渣之方式，無償轉讓甲基安非他命（重量未逾純質淨重10公克）予陳智祥施用。	鍾順裕犯轉讓禁藥罪，累犯，處有期徒刑柒月。 扣案0000000000號行動電話手機（含SIM卡壹張）壹支沒收。
2	107年4月30日13時49分許通話後未久	被告居所	游培宣	游培宣撥打被告門號0000000000號行動電話與被告聯絡後，被告在左列時、地，無償轉讓第二級毒品甲基安非他命（重量未逾純質淨重10公克）予游培宣施用。	鍾順裕犯轉讓禁藥罪，累犯，處有期徒刑柒月。 扣案0000000000號行動電話手機（含SIM卡壹張）壹支沒收。

（續上頁）

3	107年6、7月間之某時	被告居所	沈智賢	被告在左列時、地，無償轉讓第二級毒品甲基安非他命（重量未逾純質淨重10公克）予沈智賢施用。	鍾順裕犯轉讓禁藥罪，累犯，處有期徒刑柒月。
4	107年6、7月間之某時	被告居所	沈智賢	被告在左列時、地，無償轉讓第二級毒品甲基安非他命（重量未逾純質淨重10公克）予沈智賢施用。	鍾順裕犯轉讓禁藥罪，累犯，處有期徒刑柒月。

附表三

編號	扣案物	數量	淨重（公克）	驗餘淨重（公克）
1	晶體及其包裝袋	1包	0.3460	0.3367
2	晶體及其包裝袋	1包	0.3506	0.3409
3	晶體及其包裝袋	1包	0.3232	0.3141
4	晶體及其包裝袋	1包	0.3678	0.3585

（續上頁）

5	晶體及其包裝袋	1包	0.3293	0.3198
6	晶體及其包裝袋	1包	0.3272	0.3172
7	晶體及其包裝袋	1包	0.3495	0.3403
8	晶體及其包裝袋	1包	0.3411	0.3315
9	晶體及其包裝袋	1包	0.3543	0.3438
10	晶體及其包裝袋	1包	0.3215	0.3120
11	晶體及其包裝袋	1包	0.3350	0.3257
12	晶體及其包裝袋	1包	0.3515	0.3417
13	晶體及其包裝袋	1包	0.3786	0.3695
14	晶體及其	1包	8.6726	8.6635

（續上頁）

	包裝袋			
15	晶體及其包裝袋	1包	1.4851	1.4751
16	晶體及其包裝袋	1包	1.9524	1.9427
17	晶體及其包裝袋	1包	0.7467	0.7370
18	晶體及其包裝袋	1包	0.2389	0.2286
19	晶體混白粉及其包裝袋	1包	0.6140	0.6047

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。
毒品危害防制條例第10條
施用第一級毒品者，處6月以上5年以下有期徒刑。
施用第二級毒品者，處3年以下有期徒刑。
藥事法第83條
明知為偽藥或禁藥，而販賣、供應、調劑、運送、寄藏、牙保、轉讓或意圖販賣而陳列者，處7年以下有期徒刑，得併科新臺幣5千萬元以下罰金。
犯前項之罪，因而致人於死者，處7年以上有期徒刑，得併科新臺幣1億元以下罰金；致重傷者，處3年以上12年以下有期徒刑，得併科新臺幣7千5百萬元以下罰金。
因過失犯第1項之罪者，處2年以下有期徒刑、拘役或科新臺幣5百萬元以下罰金。
第1項之未遂犯罰之。