臺灣高等法院刑事判決

108年度上訴字第1278號

上　訴　人
即　被　告　陳正哲
選任辯護人　絲漢德律師
　　林煥程律師

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣宜蘭地方法院107年度訴字第392號，中華民國108年3月5日第一審判決（起訴案號：臺灣宜蘭地方檢察署107年度偵字第3848號、第4724號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

事　實

一、陳正哲明知海洛因係毒品危害防制條例第2條第2項第1款所規定之第一級毒品，不得非法持有及販賣，竟意圖營利，基於販賣第一級毒品之犯意，使用其所有門號0000000000號行動電話，作為對外販賣毒品之聯絡工具，而林君頤於民國107年5月24日至同月25日上午8、9時許前某時，以門號0000000000號行動電話與陳正哲所使用門號0000000000號行動電話聯繫相約見面後，林君頤依約前往宜蘭縣○○鄉○鎮路○○○號路旁，陳正哲即以新臺幣（下同）1,900元之價格，販賣第一級毒品海洛因1小包（數量不詳）予林君頤，林君頤並當場交付價金1,900元予陳正哲。嗣因檢警向原審法院聲請核發通訊監察書，對陳正哲所使用之門號0000000000號之行動電話實施通訊監察，而於107年6月26日上午6時30分，經警持原審法院所核發之搜索票，至陳正哲位於宜蘭縣○○鄉○鎮路○○○號居所執行搜索，並扣得其所有，供其犯本件販賣第一級毒品罪聯絡使用之門號0000000000號ASUS廠牌行動電話1支（序號：000000000000000號，含SIM卡1枚），及與本件販賣第一級毒品犯行無關之吸食器及電子磅秤等物，始循線查獲上情。

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、程序事項：

一、本院審理之範圍：

本件檢察官起訴被告陳正哲就起訴書附表編號1至4所示，均涉犯毒品危害防制條例第4條第1項之販賣第一級毒品罪，而經原審審理後，就被告被訴起訴書附表編號1、3所示部分均判處罪刑，另就起訴書附表編號2、4所示部分，則均為無罪之諭知。嗣於原審判決後，被告不服原判決就原判決附表編號二部分（即起訴書附表編號3所示部分）提起上訴，而檢察官並未提起上訴。從而，本件原審判決被告犯如原判決附表編號一所示部分及無罪部分即均已確定，本院審理範圍則係被告犯如原判決附表編號二所示販賣第一級毒品罪，而由被告提起上訴部分，合先說明。

二、證據能力之認定部分：

按刑事訴訟法採行直接審理原則及言詞審理原則，並保障被告之反對詰問權，於刑事訴訟法第159條第1項明定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，原則上不得作為證據。然為兼顧現實需要及真實之發現，乃本於例外從嚴之立場，許於具備必要性及可信性之特別情況下，例外地承認其有證據能力。而被告以外之人於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，基於實體發現真實之訴訟目的，依第159條之2規定，如與審判中之陳述不符時，經比較結果，其先前之陳述，相對具有較可信之特別情況，且為證明犯罪事實存否所必要者，或於審判中有第159條之3各款情形之一，經證明其調查中所為陳述具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要者，則例外地賦與證據能力。次按刑事訴訟法第159條之1所規定被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據。其立法理由係以偵查中對被告以外之人所為之偵查筆錄，或被告以外之人向檢察官所提之書面陳述

，性質上均屬傳聞證據，且常為認定被告有罪之證據，自理論上言，如未予被告反對詰問、適當辯解之機會，一律准其為證據，似與當事人進行主義之精神不無扞格之處，對被告之防禦權亦有所妨礙，然刑事訴訟法規定檢察官代表國家偵查犯罪、實施公訴，依法有訊問被告、證人、鑑定人之權，且實務運作時，偵查中檢察官向被告以外之人所取得之陳述，原則上均能遵守法律規定，不致違法取供，其可信性甚高，為兼顧理論與實務，而對被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據。乃同法第159 條第1 項所謂得作為證據之「法律有規定者」之一，為有關證據能力之規定，係屬於證據容許性之範疇。而被告之反對詰問權係指訴訟上被告有在公判庭當面詰問證人，以求發現真實之權利，此與證據能力係指符合法律所規定之證據適格，而得成為證明犯罪事實存在與否之證據資格，性質上並非相同。茲就本案公訴人引為證明被告犯罪事實之證據方法，關於證據能力認定如下：

（一）證人林君頤於警詢中所為陳述，為被告以外之人於審判外之陳述，屬傳聞證據，而被告之選任辯護人於本院準備程序中就證人林君頤於警詢中陳述之證據能力提出爭執（見本院卷第146 頁），因認上開證人於警詢所為之陳述，尚與刑事訴訟法第159 條之2 或第159 條之3 所定情形不相符合，復查無其他得例外取得證據能力之法律依據，前開證據方法應予排除，不得作為本案證明被告有罪之依據。

（二）被告之選任辯護人於本院準備程序中固辯稱：據證人林君頤於原審審理時所為之證述，可見證人林君頤偵查中不利被告之證述，其動機乃係為獲取戒癮治療或為邀毒品危害防制條例第17條第1 項之寬典，本質上即存有較大之虛偽危險性，且與被告利益相反，其供述之真實性即存有重大疑慮，而有顯不可信情形。況證人林君頤於原審審理時所為之證述，與其於偵查中所為之證述，大相逕庭，甚至完全矛盾，顯有不可信之情。且證人林君頤於107 年6 月26

日檢察官訊問時，仍持續施用海洛因，而似有毒癮發作之狀況，判斷能力亦屬有疑，而有不可信之情形。是證人林君頤於偵查中陳述不具證據能力等語（見本院卷第146頁、第157至158頁）。惟以：

（1）證人林君頤在偵查中所為之證述，性質上雖屬傳聞證據，而被告之選任辯護人於本院準備程序中亦就證人林君頤於偵查中陳述之證據能力提出爭執，惟證人林君頤係偵查中向檢察官所為，並經具結擔保其證言之真實性後，以證人身分，於檢察官面前完整、連續陳述其親身經歷，而證人林君頤雖於原審審理時證稱：（【請求提示107年度偵字第3848號卷一第105至106頁107年6月26日偵訊筆錄並告以要旨】你於偵查中稱，如同檢察官提示附表內容，總共有跟陳正哲買過4次的海洛因，第一次是107年4月22日1千元，第二次是107年5月3日2千元，第三次是107年5月25日1千9百元，第四次是107年6月24日1千元，均是購買海洛因，對此有何意見？）那時候我第一次被抓，我很緊張，警察叫我認一認，他會幫我跟檢察官聲請戒癮治療，當時我還有小孩，我也都不知道，所以當時檢察官講什麼我都說對等語（見原審卷二第10頁），然證人林君頤未曾提及檢察官在偵訊時有任何強暴、脅迫、詐欺、利誘等以不正方法取供之情，其陳述時之心理狀況健全、並無受外力干擾，而證人林君頤業於原審審判中到庭依人證之調查程序具結作證，並經被告行使對質詰問權，且觀諸偵訊筆錄之記載形式，本院亦查無檢察官在上開偵訊時有任何以不正方法訊問，而有違反陳述者之自由意志等顯有不可信之情況，衡諸上開規定，自具有證據能力。

（2）被告之選任辯護人雖依憑前揭情詞，指以證人林君頤於偵查中陳述有顯不可信情形，不具證據能力等語，然所謂有顯不可信情形，應就證人林君頤陳述時之外部狀況予以觀察，而據前述，證人林君頤於檢察官訊問時神智清楚，且檢察官無以強暴、脅迫、利誘、詐欺、違法羈押或其他不

正方式進行訊問，證人林君頤顯無不能依其自由意志任意陳述之情形，即難認證人林君頤有何顯不可信之情況。至證人林君頤於偵查中為上開證述之動機，及證人林君頤於原審審理時所為之證述，是否與其於偵查中所為之證述未合等情，則係關於證人林君頤於偵查中證述之內容是否具有真實性之證明力認定，而無從執以認定證人林君頤於偵查中陳述有顯不可信情形，不具證據能力。另辯護意旨所指證人林君頤於107年6月26日檢察官訊問時，仍持續施用海洛因，而似有毒癮發作之狀況，判斷能力即屬有疑一節，尚屬被告之選任辯護人個人推測之詞，已非得以逕採，況亦核與證人林君頤上開於原審審理時所證述之偵訊情節有間。稽此，被告之選任辯護人前揭所辯各節，均非足取。

（三）除前述本院認定無證據能力，不得作為證據之證據方法及被告之選任辯護人有爭執證據能力部分外，本件以下所引用卷內其他證據資料（包括供述及非供述證據），並無證據證明係公務員違背法定程序所取得，且檢察官、被告及其辯護人於本院準備程序均表示不爭執證據能力（見本院卷第146至149頁），迄言詞辯論終結前均未聲明異議。本院審酌上開證據資料製作時之情況，尚無違法取得及證明力明顯過低之瑕疵，認以之作為證據應屬適當，且上開各該證據均經本院於審判期日依法進行證據之調查、辯論，被告於訴訟上之防禦權，已受保障，故上開證據資料均有證據能力。

貳、認定被告犯罪事實所憑之證據及理由：

一、訊據被告固坦認於107年5月25日，有向證人林君頤拿1,900元，並交付第一級毒品海洛因予證人林君頤等情，惟矢口否認有何販賣第一級毒品犯行，辯稱：伊跟證人林君頤拿1,900元，是她欠伊錢，跟毒品沒有關係，而伊會拿毒品給她，是因為她一直跟伊說她人不舒服，拜託伊拿一點給她，伊就心軟，才在伊上址居所外面拿給她毒品，但並非伊賣給她

毒品，伊自己有正常工作，經濟狀況不錯，伊不需要去販賣毒品云云。而被告之選任辯護人復執以被告與證人林君頤間確有借款關係，證人林君頤以被告友人「牛肉」急需用錢之名義，向被告借貸2 萬元，被告即於106 年6 月5 日上午9 時54分將該筆款項匯入林君頤母親林品璇之中國信託銀行帳戶，嗣後證人林君頤即未再與被告聯繫，證人林君頤遲至107 年4 、5 月間始主動與被告聯繫，並向被告索討毒品海洛因，故被告僅係取回欠款而與證人林君頤見面，絕非出於販賣第一級毒品海洛因以營利之意圖而交付毒品予證人林君頤，被告係一時心軟，讓證人林君頤來家中取走些微海洛因止癮，詎證人林君頤向被告要更多海洛因，否則要取回已清償之1,900 元，證人林君頤以簡訊要求被告「補」海洛因，被告有向證人林君頤告知「補什麼」及拒絕證人林君頤，並要求證人林君頤返還欠款，惟並無任何毒品交易之約定等對話。況證人林君頤於原審亦證述交付被告之1,900 元係為償還被告之借款，非向被告購買第一級毒品海洛因。尤其，被告交付毒品海洛因予證人林君頤時並未秤重，證人林君頤更不清楚被告交付之毒品數量，與一般毒品交易常態情狀有異，倘證人林君頤確係向被告購買海洛因，豈有可能於完全未秤重、未量足相當於1,900 元價值之海洛因前提下，同意交易？一般販毒者均不願意少量販賣導致遭查緝風險，證人林君頤曾證述購買海洛因量至少要3,000 元之數量，本件1,900 元之海洛因並未達此標準，是見被告確無販賣海洛因以營利之意圖及行為。又證人林君頤於偵、審程序之前後供述不一，本應依「罪證有疑，利歸被告」之證據法則為審判，而證人林君頤偵查中不利被告之證述，本質上存有為獲戒癮治療或毒品危害防制條例第17條第1 項寬典之虛偽危險性，真實性明顯存有疑慮，本案亦無其他補強證據等詞為被告辯護。

二、惟查：

（一）上揭事實，業據證人林君頤於檢察官訊問時具結證稱：（【提示附表編號3 即起訴書附表編號3 所示】有無跟陳正

哲買過安非他命【應係海洛因之誤】？）有，時間、地點交易方式都正確，我拿1,900 元給陳正哲，一手交錢一手交貨，我確定是海洛因等語明確（見107 年度偵字第3848號卷一第105 頁反面），復有依原審法院107 年度聲監續字第228 號、107 年度聲監續字第284 號通訊監察書（監聽期間：自107 年4 月27日18時起，至107 年6 月24日18時止。監聽電話：「0000000000」、「IMEI：000000000000000 」）實施通訊監察所得之證人林君頤持用門號0000000000號電話聯絡販賣第一級毒品海洛因之通訊監察對象之編號75、76簡訊譯文（5/25 10 ：30：07、10:30:08）在卷可稽（見警卷第48頁）。

（二）觀諸上開簡訊譯文所示，證人林君頤於107 年5 月25日10時30分7 秒傳編號75之簡訊予被告，其內容為「你設我來電黑名單是嗎！那意思就是你沒有要補給我，對嗎！1 千9 拿那一點點不會太誇張嗎！沒有要補你直接說就好了啊！昨天不是還大聲叫我退還」，嗣證人林君頤再於同日10時30分8 秒續傳編號76簡訊「你，結果又說怕我加其他的不給退，你也沒有要補的意思！」內容予被告，而就此部分簡訊內容，證人林君頤於原審審理時具結證述：上開簡訊是要被告再給伊一些海洛因等語（見原審卷二第17頁反面），復證稱：上開兩通簡訊後，伊有持續要陳正哲補海洛因給伊等語在卷（見原審卷二第18頁），另經原審當庭勘驗107 年6 月1 日至3 日被告與證人林君頤之通訊監察錄音光碟，其勘驗結果：「通話時間2018/06/01/13 ：50：22至2018/06/01/13 ：52：12

陳正哲：『你是要拿手機還我喔？』

證人林君頤：『沒有阿，你電話為什麼都不接？』

陳正哲：『我為什麼要接？我為什麼要接？』

證人林君頤：『不是阿，你上次那個不是要補給我嗎？』

陳正哲：『補什麼啦？』

證人林君頤『上次那個阿』

陳正哲：『妳欠的，妳欠的不用還我嗎？』
證人林君頤『我不是說初五再給你嗎？』
陳正哲：『什麼叫初五再...阿妳初五都全部要給我阿。』
證人林君頤：『對啊，我就說初五領薪水的時候會拿給你阿。』
證人林君頤：『阿你上次那個你要先補給我嗎？』
陳正哲：『那妳跟我拿的東西要怎麼算？』
證人林君頤：『我順便拿給你阿。』
證人林君頤：『阿？』
陳正哲：『什麼啦？』
證人林君頤：『我順便拿給你阿。』
陳正哲：『嗯』
證人林君頤：『那你現在那邊有可以補給我嗎？』
陳正哲：『上次那個喔？』
證人林君頤：『對啊。』
陳正哲;『現在沒有啦。』
證人林君頤：『那不然要什麼時候？』
陳正哲：『看明天或後天，看有沒有。』
證人林君頤：『好啦，那我明天或是後天再打給你。』。
・・・・・
通話時間2018/06/03/09：37：35證人林君頤以門號0000000000傳簡訊『現在呢？都過兩天了』予被告持用之門號0000000000號。
・・・・・
通話時間2018/06/03/16：14：37證人林君頤再以門號0000000000號傳簡訊『你到底是有沒有要補啊！不是說這兩天！』予被告持用之門號0000000000號。
・・・・・
通話時間2018/06/03/19：16：49至2018/06/03/19：17：25證人林君頤以門號0000000000號撥打電話予被告持用之門

號0000000000號
證人林君頤：『喂』
陳正哲：『你是在幹嘛，一直打這樣？』
證人林君頤：『不是阿，你不是說兩天？』
陳正哲：『我什麼時候跟妳說兩天啦。』
證人林君頤：『你前天說的阿。』
陳正哲：『我什麼時候跟妳說兩天？』
證人林君頤：『有阿，你說，你說明天不然就是後天阿。』
陳正哲：『我什麼時候跟妳說明天不然就是後天。』
證人林君頤：『你那天說的』・・・・・
陳正哲：『每天打。』
證人林君頤：『不是阿，你自己說的阿。』
掛斷聲。
・・・・・
通話時間2018/06/03/19：17：34至19：17：50
證人林君頤以門號0000000000號撥打電話予被告持用之門號0000000000號
證人林君頤：『喂。』
陳正哲：『沒有啦。』
證人林君頤：『阿什麼時候有？』」，有原審107 年11月1 日勘驗筆錄在卷足考（見原審卷一第125 頁反面至第127 頁），就前揭勘驗結果所示之通聯部分，證人林君頤於原審審理時具結證述：上開伊與陳正哲之對話內容，是延續107 年5 月25日的對話，伊要陳正哲把該次的海洛因補給伊，因為陳正哲有答應伊，陳正哲有說要給伊施用一次的量，補到可以讓伊施用一次的量，伊一直盧陳正哲，要陳正哲補一點海洛因給伊等語甚詳（見原審卷二第18頁反面、第19頁），而就此部分簡訊及通聯內容被告亦自承：於107 年5 月25日前1 、2 日證人林君頤有與伊聯絡並見面，且有還款1,900 元，因證人林君頤一再向伊討第一級

毒品海洛因，伊有給證人林君頤一點海洛因止癮，後來證人林君頤又打電話向伊催討海洛因等情（見原審卷二第61頁），堪認被告與證人林君頤於前揭通訊監察時間前確有見面，證人林君頤有交付1,900 元予被告，被告亦有交付第一級毒品海洛因予證人林君頤。

（三）再者，依據上開簡訊譯文、原審107 年11月1 日勘驗筆錄之勘驗結果，及前揭證人林君頤於原審審理時所為之證述，足見自107 年5 月25日上午10時30分起，證人林君頤先以簡訊指責被告、向被告爭執抱怨為何1,900 元拿一點點份量的第一級毒品海洛因，要求被告補給第一級毒品海洛因，嗣自107 年6 月1 日起又持續以電話聯絡被告，要求被告補給第一級毒品海洛因，被告則一再推託，經被告表示明後天看看，證人林君頤至107 年6 月3 日復再撥電話予被告要求補給第一級毒品海洛因，而倘被告僅係無償免費提供給予證人林君頤些許可供施用之第一級毒品海洛因以止癮，衡情證人林君頤尚無由於取得第一級毒品海洛因後，先指責被告拿取的份量太少要求補足，復持續數日、且一再向被告催討不足份量第一級毒品海洛因，是認前揭通訊監察譯文內容，核與證人林君頤於檢察官訊問時所證述向被告購買第一級毒品海洛因之情節相合，而前揭通訊監察譯文內容，亦與證人林君頤之指證具有相當之關聯性，自得以作為證人林君頤上開指證具有真實性之補強證據，益徵證人林君頤於檢察官訊問時所為之證述符實可採。

（四）被告及其辯護人固執以前揭情詞置辯，並於原審提出106年6 月5 日存款20,000元至000-00000000000000000號帳戶之中國信託銀行ATM 交易明細為憑（見原審卷一第167 頁）。惟以：

（1）經原審向中國信託商業銀行股份有限公司查詢上開存入帳戶之開戶人基本資料，該帳戶開戶人固係證人林君頤母親林品璇，有該公司107 年12月14日中信銀字第107224839185381 號函暨附件資料在卷可憑（見原審卷二第31至43頁

），而證人林君頤亦於原審審理時證述：去年因男友有急用曾向陳正哲借2 萬元，前陣子才開始還，今年跟陳正哲聯絡才開始還款，伊有還給陳正哲1,900 元，但陳正哲給伊一點點的海洛因給伊吃，那一點點的海洛因根本不夠伊用等語（見原審卷二第6 頁反面至第7 頁、第9 頁），惟證人林君頤於檢察官訊問時係具結證稱：伊與陳正哲沒有仇怨糾紛或金錢債務等語（見107 年度偵字第3848號卷一第105 頁反面），已與其於原審審理時所為前揭證述有間，且觀諸前揭編號75、76之簡訊譯文內容可知，證人林君頤有向被告表明「1 千9 拿那一點點不會太誇張嗎！」等語，顯見證人林君頤交付予被告之1,900 元，應係向被告拿取第一級毒品海洛因之對價，況據前述，證人林君頤於傳送上開簡訊後，復一再撥打電話向被告催討追補第一級毒品海洛因，且縱證人林君頤仍積欠被告借款，亦與被告是否另販賣第一級毒品海洛因予證人林君頤核屬二事，復佐以證人林君頤於檢察官訊問時具結證稱：伊拿1,900 元予陳正哲，一手交錢一手交貨，確定是海洛因等語明確（見107 年度偵字第3848號卷一第105 頁反面），堪認被告確有收取證人林君頤交付之價金1,900 元，並交付第一級毒品海洛因之有償交易行為，而被告所提出上開交易明細，尚無足逕執為被告有利之認定。

（2）按販賣毒品之行為，本無一定之公定價格，是其各次買賣之價格，當亦各有差異，而或隨供需雙方之資力、關係之深淺、需求之數量、貨源之充裕與否、販賣者對於資金之需求如何即殷切與否，以及政府查緝之態度，進而為各種不同之風險評估，而為機動性之調整，是其價格標準，自非一成不變，且販賣者從各種「價差」或「量差」或係「純度（如摻入葡萄糖等物）」謀取利潤方式，或有差異，然其所圖利益之非法販賣行為目的，則屬相同，並無二致。因之，販賣利得，除經行為人（被告）坦承，或帳冊價量至臻明確，確實難以究其原委（最高法院87年台上字第

3164號判決意旨參照）。然按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於再次向他人購買時，而有被查獲移送法辦之危險之理，職是之故，縱未確切查得販賣賺取之實際差價，但除別有事證，足認係按同一價格轉讓，確未牟利外，尚難執此即認非法販賣之事證有所不足，致知過坦承者難辭重典，飾詞否認者反得逞僥倖，而失情理之平。以本案而論，被告與交易對象林君頤，並非至親，彼此間亦無特殊情誼，苟無利得，絕無甘冒重典，以原價買賣第一級毒品或無償調借之理，且被告曾有多次毒品之前科紀錄，有本院被告前案紀錄表在卷可佐，對於海洛因價格昂貴，取得不易，毒品交易為政府檢警機關嚴予取締之犯罪，法律並就此懸有重典處罰等情，當知之甚稔，倘無從中賺取差價或投機貪圖小利，豈有甘冒重典依購入價格轉售或代購之理。況依前揭通訊監察譯文可知，證人林君頤因被告交付之第一級毒品海洛因份量未足，故一再向被告催討請被告補給不足分量，被告則推託不理，益徵被告有從中營利。且若被告係無償提供第一級毒品海洛因予證人林君頤，衡情證人林君頤應無不知感念被告無償提供毒品供其止癮，反而指責被告拿取1,900 元給予之毒品份量不足，又不給退之理，是被告及其辯護人上開所辯係無償給予林君頤第一級毒品海洛因云云，難認有據足取，而被告販賣毒品主觀上具有營利之意圖，應可認定。

（3）又證人林君頤固於原審審理時證稱：107 年5 月25日，伊還陳正哲1,900 元，陳正哲免費送伊一些海洛因施用。107 年5 月25日這次陳正哲有給伊海洛因，伊還非常氣憤的傳簡訊給陳正哲，跟陳正哲稱「1 千9 拿那一點點不會太誇張嗎」，是因為那時候伊因為毒癮很不舒服。陳正哲沒有欠伊海洛因云云（見原審卷二第15頁反面），惟核與上

開各項事證有間，已難遽採，況據前述，證人林君頤自107年6月1日起仍持續以電話聯絡被告，要求被告補給第一級毒品海洛因，當非僅係因毒癮一時發作所為之行為。且證人林君頤於檢察官訊問時所為之證述，有上開補強證據足以佐證其真實性，亦由本院依據相關事證認定詳如前述，是證人林君頤於原審審理時所為前揭證述，難認足以採信。

（4）至被告於案發當時是否有正常工作，及其經濟狀況如何，尚核與本件販賣第一級毒品犯行之構成要件無涉，自無礙本院上開所為之認定。另販賣毒品之行為，本無固定需達一定之數量或交易金額以上，各次買賣之數量、交易金額，當各有差異，隨買賣雙方之資力、需求之數量及貨源情形而定，是亦不得執以證人林君頤曾於原審審理時證述購買海洛因量至少要3,000元之數量一節，即逕為被告無販賣海洛因以營利之意圖及行為之有利認定。

三、綜上，被告及其辯護人前揭所持之辯解，委無足取。本件事證明確，被告上揭販賣第一級毒品犯行，足可認定，應依法論科。

參、論罪部分：

一、按海洛因屬毒品危害防制條例第2條第2項第1款列管之第一級毒品，不得非法製造、運輸、販賣及轉讓、施用。是核被告所為，係犯毒品危害防制條例第4條第1項之販賣第一級毒品罪。

二、被告販賣前持有第一級毒品海洛因之低度行為，應為販賣之高度行為所吸收，不另論罪。

三、查被告本件經查獲販賣第一級毒品海洛因之次數及金額仍屬有限，而販賣第一級毒品之法定刑為「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」，然同為販賣毒品之人，其原因動機不一，犯罪情節未必盡同，或有大盤毒梟者，亦有中、小盤之分，甚或僅止於吸毒者友儕間為求互通有無之有償轉讓者亦有之，其販賣行為所造成危害

社會之程度自屬有異，法律科處此類犯罪，所設之法定最低本刑卻同為「死刑或無期徒刑」，不可謂不重，於此情形，倘依其情狀處以有期徒刑，即足以懲儆，並可達防衛社會之目的者，自非不可依客觀之犯行與主觀之惡性二者加以考量其情狀，是否有可憫恕之處刑，以符合罪刑相當原則，據此，審酌被告販賣第一級毒品之對象單一，次數為1 次，且販賣數量甚微，販賣所得獲利不多，與多次、大量出售第一級毒品，賺取巨額價差者，尚屬有別，其以情節論，惡性容非重大不赦，若就販賣第一級毒品科處最輕本刑尚嫌過重，實屬情輕法重而有堪資憫恕之處，爰就被告所為販賣第一級毒品罪行，按刑法第59條規定酌量減輕其刑。

肆、沒收部分：

一、扣案之門號0000000000號ASUS廠牌行動電話1 支（序號：000000000000000 號，含SIM 卡1 枚），係被告所持用，業據被告於本院審理時陳述明確（見本院卷第184 頁），復有上開通訊監察譯文附卷可參，且為供被告犯本件販賣第一級毒品罪所用之物，亦如前述，應依毒品危害防制條例第19條第1 項之規定宣告沒收。

二、本件被告因遂行事實欄一所示販賣第一級毒品犯行，取得之1,900 元，屬犯罪所得，雖未扣案，然被告於本院審理時就其確自林君頤取得1,900 元一節供明在卷（見本院卷第187 頁），而如宣告沒收或追徵，亦無過苛調節條款之情形，應依刑法第38條之1 第1 項前段、第3 項規定宣告沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

三、至其餘扣案之吸食器及電子磅砰等物，雖係被告所有之物，然尚乏證據足認為供被告犯本件販賣毒品之罪所用或因本件犯罪所得之物，爰不予宣告沒收，併予敘明。

伍、駁回上訴之理由：

原審經詳細調查及審理後，基於以上相同之認定，引用毒品危害防制條例第4 條第1 項、第19條第1 項，刑法第11條、第59條、第38條之1 第1 項、第3 項等規定為依據，並審酌

被告前有多次施用毒品之犯罪科刑紀錄，有本院被告前案紀錄表1 紙在卷可憑，素行難認良好，被告無視政府制定毒品危害防制條例杜絕毒品犯罪之禁令，販賣第一級毒品海洛因予他人施用藉以牟利，助長毒品蔓延，致使施用毒品者沈迷於毒癮而無法自拔，直接戕害國民身心健康，間接危害社會治安，敗壞社會善良風氣，所為殊值非難，考量被告販賣第一級毒品之數量非鉅，販賣獲取之利益不多，兼衡被告於原審審理中就上開販賣第一級毒品海洛因犯行僅坦承收取金錢及交付第一級毒品海洛因之客觀事實，否認販賣營利，惟尚能配合調查之犯後態度，暨斟酌被告為高職肄業之智識程度（警詢及原審審理自陳），之前在營造公司及建設公司擔任負責人、協助父親經營營造公司、家中有母親、姐姐及2 個小孩之生活狀況（原審審理自陳）等一切情狀，量處有期徒刑15年。另就沒收部分說明：（一）扣案之門號0000000000號ASUS廠牌行動電話（含SIM 卡1 枚）1 支（保管字號：107 年度刑管第323 號）為被告所持有並供本案犯罪所用之物，業據被告供明在卷，亦有相關之監聽譯文在卷足證，已如前述，如宣告沒收，亦無刑法第38條之2 第2 項所定「過苛之虞」、「欠缺刑法上之重要性」或「為維持受宣告人生活條件之必要」情形，是上揭門號0000000000號ASUS廠牌行動電話（含SIM 卡1 枚）1 支（序號：000000000000000 號，原判決附表編號二沒收欄誤植為序號：000000000000000號，應予更正），自應依毒品危害防制條例第19條第1 項規定，不問屬於被告與否，應予以沒收之。（二）再被告上開販賣第一級毒品海洛因犯行所得財物1,900 元，如宣告沒收，亦無刑法第38條之2 第2 項所定「過苛之虞」、「欠缺刑法上之重要性」或「為維持受宣告人生活條件之必要」情形，雖未扣案，仍應依刑法第38條之1 第1 項前段、第3 項規定宣告沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。（三）另其餘扣案之吸食器、電子磅秤等物，原審均查無證據證明與本件被告所犯販賣第一級毒品犯罪有關，均

無從宣告沒收。經核原審上開認事用法，均無違誤，量刑亦稱允恰。被告猶執前詞提起上訴，否認犯罪，指摘原審判決不當，核無理由，應予駁回。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

本案經檢察官黃明正提起公訴，檢察官陳正芬到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　8　　月　　20　　日

刑事第十九庭　審判長法　官　曾淑華

法　官　楊秀枝

法　官　王美玲

以上正本證明與原本無異。

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，其未敘述上訴之理由者並得於提起上訴後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」。

書記官　李逸翔

中　　華　　民　　國　　108　　年　　8　　月　　20　　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。