臺灣高等法院臺南分院刑事判決

115年度上訴字第1025號

上　訴　人

即　被　告　史玄龍

選任辯護人　黃冠霖律師（法扶律師）

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣臺南地方法院114年度訴字第2874號中華民國115年3月11日第一審判決（起訴案號：臺灣臺南地方檢察署114年度偵字第13247號、第32022號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷。

史玄龍犯販賣第二級毒品罪，累犯，處有期徒刑拾年拾月。

扣案之iPhone 15手機壹支（含門號0000000000號SIM卡壹張）沒收。

犯 罪 事 實

一、史玄龍明知依托咪酯係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，不得持有、販賣，竟仍意圖營利，基於販賣第二級毒品之犯意，以其所持用之iPhone 15手機1支（內含門號0000000000號SIM卡1張，下稱本案手機），透過通訊軟體Messenger與張歸意取得聯繫後，於民國114年3月22日19時50分許，在其位於臺南市○○區○○○街000巷00號住處外，以每顆新臺幣（下同）2,000元之價格，販賣依托咪酯菸彈2顆予張歸意，合計4,000元，惟尚未收取價金。嗣經警於114年4月21日持臺灣臺南地方法院114年聲搜字第734號搜索票，至臺南市○○區○○○街000巷00號住處搜索，扣得包含上開本案手機等物品，始悉上情。

二、案經臺南市政府警察局刑事警察大隊報告臺灣臺南地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

壹、證據能力部分：

因檢察官、上訴人即被告史玄龍（下稱被告）及辯護人對於

證據能力均無爭執（本院卷第80至84頁、第86頁、第110至111頁），依刑事裁判書類簡化原則，不予說明。

貳、實體部分：

一、認定犯罪事實所憑之證據及理由：

㈠訊據被告坦承於案發當日，張歸意透過通訊軟體Messenger（下稱Messenger）傳送訊息至其所持用之本案手機，向其詢問有無依托咪酯菸彈2顆及販賣價格，其撥打Messenger語音通話向張歸意告知身上有依托咪酯菸彈，價格為2,000元，惟否認有何販賣第二級毒品之犯行，初辯稱：張歸意雖有問我依托咪酯菸彈的事情，但後來就不了了之，我和張歸意根本就沒見面等語；後改稱：起訴書所載114年3月22日19時50分許的時間，張歸意沒有來我家，是當天23時、24時許，張歸意才來我家，我跟張歸意有見面，張歸意帶了2、3顆依托咪酯菸彈來請我吃，張歸意自行拿我放在桌上的依托咪酯菸彈施用，我們算是用互相請客的方式，施用彼此持有的菸彈，我沒有販賣依托咪酯菸彈給張歸意，我願意承認犯轉讓偽藥即第二級毒品罪等語。辯護人則為被告辯護稱：①被告先前雖曾坦承犯行，但那是因為被告臨時被拘提到案，又受到羈押，為求交保才會為虛偽自白，而張歸意於偵查期間雖曾做出不利於被告之證述，但張歸意是順著被告的自白而為上開說詞，後續張歸意亦於原審審理時澄清實際上並沒有和被告進行依托咪酯菸彈買賣，何況實際上被告和張歸意不僅沒有議定依托咪酯菸彈價格，亦未實際收取價金，難認被告確有營利意圖，且卷附Messenger對話紀錄截圖內容，亦無法證明被告有「營利意圖」，最多僅能證明張歸意向被告索要依托咪酯菸彈2顆之事實。②本案未達販賣毒品構成要件，本案無任何對價紀錄，無實際交付行為，僅止於詢問階段。證人張歸意之前後供述差異甚大，目前卷內無其他獨立證據補強其真實性。本案主觀與客觀上均可解釋僅係「意圖販賣而持有毒品罪」，未達販賣毒品之法定著手標準，請判決被告無罪。③本案被告應僅係構成轉讓偽藥罪，請從輕

量刑等語。

㈡查被告以其所持用之本案手機，透過Messenger與張歸意取得聯繫後，於114年3月22日張歸意以Messenger傳送訊息詢問被告有無依托咪酯菸彈2顆，被告以Messenger語音通話回覆張歸意稱：「有」，張歸意詢問被告菸彈多少錢，被告向張歸意回覆報價稱：「2,000元」等情，有證人張歸意於警詢時之陳述、偵查時之證述可憑（警二卷第125至128頁，偵一卷第219至221頁）；並有原審114年聲搜字第734號搜索票（警一卷第21至22頁），臺南市政府警察局刑事警察大隊搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、扣押物品收據（警一卷第23至33頁），114年4月6日被告住處外蒐證照片7張（警一卷第17至20頁），114年4月21日現場搜索照片12張（警一卷第43至47頁），臺灣臺南地方檢察署檢察官強制採驗尿液許可書（警一卷第51頁），臺南市政府警察局刑事警察大隊採集尿液姓名對照表（警一卷第53頁），臺南市政府警察局刑事警察大隊尿液初步檢驗報告單（警一卷第55頁），臺南市政府警察局刑事警察大隊毒品初步檢驗報告單（警一卷第57頁），臺南市政府警察局刑事警察大隊查獲施用（持有）毒品案件經過情形紀錄表（警一卷第71頁），臺南市政府衛生局濫用藥物尿液檢驗結果報告（警二卷第93頁），法務部法醫研究所毒物化學鑑定書（警二卷第97頁），高雄市立凱旋醫院濫用藥物成品檢驗鑑定書（警二卷第101至103頁），證人張歸意之指認犯罪嫌疑人紀錄表（警二卷第129至132頁），被告扣案手機數位鑑識暨指證照片、手機內LINE、Messenger之對話紀錄截圖（偵一卷第131至141頁、警二卷第43至53頁、偵一卷第99至109頁、第235至237頁）附卷可稽，且為被告及辯護人所不爭執，自堪信上開部分事實為真正。

㈢被告雖以前揭情詞置辯，辯護人並為被告提出前開辯護意旨，惟查：

1.扣案之本案手機，經員警以數位鑑識方式，在本案手機內，發現有被告與暱稱「張歸意」（即證人張歸意）之Messenge

r訊息畫面，該訊息畫面顯示，於114年3月22日17時58分許，張歸意先主動傳送：「你有💩ㄆㄚ」、「嗎」；嗣於同日18時53分許，被告撥打視訊通話與張歸意，惟張歸意並未接聽；迨於同日19時35分許，張歸意傳送：「怎麼了」，被告則回覆稱：「吃飽再打給你」，張歸意又回傳：「兩顆」；而後於同日19時50分許、21時13分許、21時37分許，被告又分別撥打語音通話與張歸意通話，復於同日23時56分許，傳送「👍」圖示等情，有被告與張歸意之Messenger對話紀錄截圖1份在卷可查（偵一卷第139至140頁），嗣經警持上開對話紀錄截圖內容，於114年6月9日詢問被告上開對話訊息內容係指何意，被告供稱：「你有💩嗎」、「兩顆」等訊息，是張歸意向我詢問有沒有依托咪酯菸彈2顆，我撥打語音通話及傳送「👍」圖示，是張歸意向我拿依托咪酯菸彈後，沒給我錢，我向張歸意討要毒品價金，這次我有交付依托咪酯菸彈給張歸意，但張歸意沒有給我錢，交易時間是案發當日19時50分許撥打語音通話的時間，地點在我住處外面，後續張歸意都沒有給我錢等語（警二卷第10至11頁）；嗣於同年月16日偵訊時，被告於有委任辯護人之情形下，仍供稱：我有給張歸意依托咪酯菸彈2顆，但張歸意沒有給我錢等語（偵一卷第162頁），販賣毒品我認罪等語（偵一卷第163頁），堪認被告於偵查時，不僅始終坦承販賣依托咪酯菸彈2顆予張歸意犯行，甚且主動解釋渠與張歸意間Messenger訊息之各項暗語意涵為何，渠所為供述應與事實相符而可採信。

2.次查，員警依被告所述上情，於114年9月16日詢問張歸意有無向被告購買依托咪酯菸彈毒品情事，證人張歸意於警詢時陳稱：（問：據被告114年6月9日警詢時供稱，於114年3月22日19時50分，你在被告住處外面，用賒欠方式向被告購得依托咪酯菸彈2顆，是否屬實？交易有無成功？）屬實，交易有成功等語（警二卷第126頁）；經警提示被告與張歸意間Messenger訊息截圖，詢問張歸意是否如被告所述，上開

訊息截圖係張歸意向被告詢問有無依托咪酯菸彈2顆，及被告所供述後續毒品交易情形是否屬實？證人張歸意陳稱：被告關於上開Messenger訊息截圖之解釋均屬實，我是騎乘重機車前往被告之住處，被告交給我的依托咪酯是用菸彈殼包裝，施用後會茫茫的，確定是依托咪酯沒錯等語（警二卷第127頁）；嗣於同日檢察官偵訊時，證人張歸意亦證稱：我有於114年3月22日19時50分許，向被告購買依托咪酯，我是用臉書聯絡被告，我就去被告家找被告，跟被告買2顆依托咪酯菸彈等語（偵一卷第221頁）。

3.另查，證人張歸意雖於警詢時陳稱：本次我向被告購買依托咪酯菸彈2顆（1顆1.5ML），沒有談妥要以多少價金購買等語（警二卷第126頁）；另其於檢察官偵訊時亦證稱：我向被告購買2顆依托咪酯菸彈沒有講價格，因為是很熟的朋友，被告後來有密我點個讚，也不知道是要跟我討錢還是怎樣，後來我打電話給他都沒有講到價格，我不知道他是否有要跟我收錢等語（偵一卷第221頁）。惟查：被告於本院時供稱：那天一開始是傳「雞蛋的貼圖及ㄆㄚ」、「嗎」、「兩顆」給我，暗示要問我有無依托咪酯菸彈兩顆，我睡起來後，我就打視訊電話給張歸意，但張歸意沒接，我說「吃飽在打給你」，吃飽後我就打給張歸意，張歸意跟我問兩顆依托咪酯菸彈的價錢，我告訴張歸意2,000元。我買1顆菸彈的成本就是2,000元，所以我就照我的成本報給張歸意，張歸意如果要買2顆菸彈就要4,000元等語（本院卷第84至85頁），另參酌證人張歸意於警詢時供稱：（問：依托咪酯菸彈1顆市價？）約2,000元，我還賒欠被告2顆依托咪酯菸彈的款項等語（警二卷第126至127頁）。堪信被告打視訊電話給張歸意時，張歸意向被告詢問2顆依托咪酯菸彈的價格時，被告向張歸意報價2,000元，張歸意明確理解被告係指1顆依托咪酯菸彈販賣價格為2,000元之意，張歸意購買2顆依托咪酯菸彈價格為4,000元。張歸意於被告向其報價後之同日（114年3月22日）19時50分許逕至被告住處外面由被告交

付張歸意2顆依托咪酯菸彈，張歸意並自承尚賒欠被告2顆依托咪酯菸彈價金未給付等語，則被告與張歸意間就販賣交付2顆依托咪酯菸彈價格每顆2,000元，合計4,000元之事實，顯然已有默示之意思表示合致，被告係以4,000元之代價，販賣交付2顆依托咪酯菸彈予張歸意，張歸意尚賒欠被告價金4,000元等情，應足堪認定。證人張歸意於警詢時陳稱本次渠向被告購買依托咪酯菸彈2顆，沒有談妥價金云云；或偵查時證稱：渠向被告購買2顆依托咪酯菸彈沒有講價格，因為是很熟的朋友云云，應均屬避重就輕之說詞，自均不足採信。

4.綜合上情，被告及證人張歸意於警詢、偵訊歷次所述各項交易情節不僅均屬相符，亦與其等間Messenger訊息截圖內容相合，且被告與張歸意間就每顆依托咪酯菸彈價金為2,000元部分亦有合意，則被告確有於114年3月22日19時50分許，在其住家外，以每顆依托咪酯菸彈價格2,000元，販賣交付依托咪酯菸彈2顆與張歸意，價金合計4,000元，被告尚未收取價金等情，足堪認定。

5.被告及辯護人雖主張，被告與張歸意間最終並未達成依托咪酯菸彈之交易云云，或主張：被告跟張歸意之後在同日23時、24時許有見面，張歸意帶了2、3顆依托咪酯菸彈來被告家請被告吃，張歸意自行拿被告放在桌上的依托咪酯菸彈施用，算是用互相請客的方式，施用彼此持有的菸彈云云，並引用張歸意於原審時之證詞為佐。惟查：

(1)證人張歸意於原審時，先結證稱：我有打電話問被告有沒有依托咪酯菸彈，被告電話中是說沒有，後來我和被告在汽車旅館見面，被告沒有給我依托咪酯菸彈，但我自己有帶依托咪酯菸彈過去等語（原審卷第106至107頁）；然經辯護人提示證人張歸意之警、偵訊筆錄，詢問證人張歸意為何先前稱有與被告交易依托咪酯菸彈，證人張歸意便突改稱：雙方見面時被告也有帶自己的東西，我和被告互相吃，所以我才會在警詢時說有交易，我當時是和被告互相請客，互相請客我

也不知道是否算是購買等語（原審卷第107頁），顯見證人張歸意忽稱被告沒有攜帶依托咪酯菸彈到場，忽稱被告有攜帶依托咪酯菸彈到場與證人張歸意互相請客施用，前後證詞明顯歧異，究竟有無證人張歸意所述其與被告以相互請客方式施用彼此之依托咪酯菸彈等情節，已十分啟人疑竇；且此亦與被告於原審時所主張：當天是張歸意問我有沒有依托咪酯菸彈，並說要2顆，問我要多少錢，我就隨便報一個價錢，大概就是2,000元，報價之後就不了了之，也沒有見面，當時我身上確實有2顆以上的依托咪酯菸彈云云（原審卷第55頁、第58頁），及被告於本院時先則主張：張歸意後來並無與我見面，我也沒有交付毒品給張歸意云云（本院卷第85頁），均明顯大相逕庭。次查，關於被告與證人張歸意於案發當日之見面地點，證人張歸意於交互詰問時初稱：我和被告係在汽車旅館見面等語（原審卷第106頁），然經檢察官提示證人張歸意之偵訊筆錄，質以為何證人張歸意先前稱地點在被告家中，證人張歸意始又改口證稱：實際上是我去被告家找被告，我再和被告一起去汽車旅館等語（原審卷第111頁），而後於原審受命法官訊問時又改口證稱：最初見面的地方是被告家門口，我快到被告家時，被告打電話給我，我跟被告說快到了，被告就出來門口，騎車超快的從我前面飆過去等語（原審卷第123至124頁），顯見證人張歸意關於其與被告見面地點之說法前後存有歧異情形，亦與被告嗣於本院審判程序時改稱：張歸意於當天23時、24時許，有來我家和我見面，張歸意帶了2、3顆依托咪酯菸彈來請我吃，張歸意自行拿我放在桌上的依托咪酯菸彈，我們是互相請客方式施用對方的依托咪酯菸彈云云（本院卷第116頁），即供稱：二人見面地點是在被告之住處（臺南市○○區○○○街000巷00號），互相請客施用依托咪酯菸彈的地點亦是在被告家中等語，並非汽車旅館，亦明顯不一致。後經原審陪席法官質問證人張歸意，究竟何時與被告相約要一起吃依托咪酯菸彈，證人張歸意證稱：沒有什麼相約不相約，被

告就跟我說人在哪裡，問我多久到，就這樣等語（原審卷第128頁），然參酌依托咪酯菸彈價格非微，且攜帶在身上即有遭警查緝之風險，倘並未事先議定要相互施用對方持有之依托咪酯菸彈，雙方豈會如此心照不宣、各自攜帶依托咪酯菸彈前往汽車旅館見面施用，證人張歸意上開於原審之證述有違常理，自不足採信。

⑵何況證人張歸意於原審時屢次強調：當時我是抱持要向被告購買的心，但沒講到價格，沒講到價格如何算是交易（原審卷第108頁），我有說我的初衷是要去買沒錯，但沒有買成等語（原審卷第111至112頁），然此與證人張歸意於警詢時陳述及偵訊時證述有向被告購得依托咪酯菸彈2顆等情，顯有齟齬；且經檢察官詰問證人張歸意究竟有無於偵訊時，向檢察官告知未向被告購買成功乙事，證人張歸意則諉稱：是檢察官當初沒有問我有沒有買成，檢察官問什麼我就答什麼，我怎麼會想要多講什麼等語（原審卷第112至113頁）；復經原審陪席法官質以為何上述所謂請客之情事未曾於偵查中提及或補充，證人張歸意仍稱：警察有問我嗎？（檢察官問我）補充意見，我也不一定要補充這個東西出來吧等語（原審卷第129頁），然證人張歸意既稱最初係欲向被告購買依托咪酯菸彈，則究竟有無買成乃該次買賣之重要情節，證人張歸意豈可能於警詢、偵訊時，對此均未提及隻字片語。況證人張歸意於警詢時，員警詢問證人張歸意：提示被告扣案手機截圖，114年3月22日18時53分至23時56分，被告使用Messenger暱稱「劉仲宇」與你暱稱「張歸意」對話紀錄截圖，截圖中暱稱「張歸意」提及「你有蛋嗎」、「兩顆」、被告撥打「語音通話」、並按「讚」，據被告供稱「你有蛋嗎」、「兩顆」是你向被告詢問有沒有依托咪酯菸彈2顆，「語音通話」、「讚」是你向被告拿依托咪酯菸彈後，沒給被告錢，被告向你討要交易之毒品償金，是否屬實？證人張歸意答稱：屬實等語（警二卷第127頁），被告既於交付依托咪酯菸彈2顆予證人張歸意後，隨即於同日即1

14年3月22日23時56分許傳送「👍」（讚）圖示，向證人張歸意討要交易之毒品價金，證人張歸意亦明知上開暗語圖示即是被告向其討要交易之毒品價金，且證人張歸意於警詢時並陳稱：本次交易只有我與被告在場。我是騎乘重機車前往被告住處（臺南市○○區○○○街000巷00號），交易的毒品依托咪酯是用彈殼包裝，施用的感覺會茫茫，確定是依托咪酯等語（同上警詢筆錄），足見證人張歸意於警詢時明確供承被告係將依托咪酯菸彈2顆販賣交付予其施用，並非互相請客，本次交易確有成功，因之，證人張歸意上開於原審時證述沒有買成云云，警察、檢察官沒有問其有沒有買成云云，均屬迴護被告不實之說詞，自不足採信。應以證人張歸意於警詢、偵訊時所述之交易情形始符合真實，足堪認定。

⑶再參以被告於原審準備程序時，先稱：我與證人張歸意間有金錢糾紛等語，嗣又改稱：金錢糾紛的事情我忘記了，是之前證人張歸意有在汽車旅館拿槍之出來把玩，我認為證人張歸意是在向我挑釁，就去搶證人張歸意的槍枝、問證人張歸意是什麼意思等語（原審卷第55頁），意在指證人張歸意與被告間有糾紛存在，始會於警詢、偵訊時為不利於被告之證述；然於原審時證人張歸意證稱：與被告認識5、6年以上，彼此沒有走很近，算是點頭之交，也沒有什麼糾紛等語（原審卷第130頁），與被告上開所述其與證人張歸意間存在糾紛乙情，不僅已有歧異；況依雙方Messenger對話紀錄所示，被告及證人張歸意對於彼此傳送之訊息或來電均有所回應，且證人張歸意亦曾於同一日撥打多通語音通話予被告，彼此間並多有互相傳送「👍」圖示之情形，堪認被告與證人張歸意間有相當程度之情誼存在，則證人張歸意應無於警詢、偵訊時任意誣陷被告之理，反而可認正因其等間有相當程度之情誼，證人張歸意才會於原審時，當被告之面為有利於被告之證述。因之，證人張歸意於原審時所為之證述應係迴護被告不實之說詞，與事實不符，不足採信。被告及辯護人主張被告與張歸意間最終並未達成依托咪酯菸彈之交易云

云，或主張：被告跟張歸意之後在同日23時、24時許有見面，張歸意帶了2、3顆依托咪酯菸彈來被告家請被告吃，張歸意自行拿被告放在桌上的依托咪酯菸彈施用，算是用互相請客的方式，施用彼此持有的菸彈云云，自均不足採信。

6.被告及辯護人另主張，被告先前係因突遭拘提、羈押，為求交保才隨意認罪，實際上並無與張歸意交易依托咪酯菸彈云云。惟查：

(1)本案係於114年4月21日，因被告涉犯販賣毒品等案件為警查獲，並經員警前往被告住處執行搜索並拘提被告等情，業據被告於警詢時陳述甚詳（警一卷第2至3頁），並有原審114年度聲搜字第734號搜索票1份（警一卷第21頁）在卷可查。嗣於翌（22）日，臺灣臺南地方檢察署檢察官向原審聲請羈押被告，並於羈押聲請書載明本案被告販售依托咪酯菸彈予張歸意等事實，被告亦就此部分販賣毒品犯行予以坦承，甚且進一步供稱：我本身有在販毒，扣案毒品是用來販賣等語；經原審法官質問被告為何先前於偵訊時供稱扣案毒品係要自己施用，被告則答稱：當時我分不清楚意思等語（聲羈卷第17頁），堪認被告於本案查獲之初即已坦承犯行，且可當庭向法官澄清扣案毒品之用途係販賣他人或供己施用，顯見被告於該次羈押訊問時，係對檢察官聲請羈押之事實有相當程度之理解，始坦承相關犯行，且就相關細節加以解釋，已難認有為求交保，對法院之訊問一概表示承認、不予爭執之情形。而於本案後續於114年9月16日偵訊時，被告亦有委任辯護人到庭陪偵，堪認被告已有充分時間與辯護人諮詢法律相關意見，然被告仍就本案販賣依托咪酯菸彈2顆予證人張歸意之情節供承不諱。且參酌被告與證人張歸意間之對話紀錄，並未明確提及買賣依托咪酯菸彈及收取價金等情事，而係以「💧」、「👍」等暗語溝通，嗣經員警提示上開對話紀錄供被告觀看，被告遂主動坦認證人張歸意所傳送「你有💧嗎」係指證人張歸意要跟其購買依托咪酯菸彈、「👍」是其要向證人張歸意討要毒品價金等情，均業如前

述，倘被告與證人張歸意間並無本案交易依托咪酯菸彈2顆之情事，被告自無須於見及上開對話紀錄時，即自承上開對話紀錄係其和證人張歸意交易依托咪酯菸彈2顆之過程。再觀被告於114年9月16日警詢時，除本案交易之外，員警另亦有持被告與Messenger暱稱「王婷婷」之對話紀錄截圖與被告觀看，該截圖中「王婷婷」傳送：「你可不可以給我一些…我回台南了…」、「看你在哪…我可以去找你」、「永康區○○街000巷00號」、「你們什麼時候會出發」等訊息，有被告與「王婷婷」之Messenger對話紀錄截圖1份在卷可查（偵一卷第136頁下方），而被告觀看上開對話紀錄後，供稱：我當天沒有前往「王婷婷」的租屋處，本次沒有交易等語（警二卷第9頁），嗣於同日檢察官偵訊時，被告仍然供稱：「王婷婷」我沒有賣他，我是請他吃1次等語（偵一卷第162頁），顯見被告經警提示可能涉及毒品交易相關之對話紀錄截圖後，對於該等對話紀錄內容是否涉及毒品交易仍有其自我判斷，且能依其意志自由進行供述，實難認被告係為求交保，而隨意坦承有本案販賣交付依托咪酯菸彈2顆予張歸意之情事。

⑵復參以被告先前即曾因犯販賣第二級毒品共6次之犯行，經原審以107年度訴字第1294號案件，判處有期徒刑1年10月至2年不等之刑度，並定應執行刑為有期徒刑2年6月，有原審107年度訴字第1294號判決1份在卷可查（原審卷第43至49頁），對於販賣毒品犯行之嚴重程度及相關法律後果，被告實具有相當之法律利害認知與警覺性，斷無可能僅為求本案偵審期間短暫之交保，即無視後續重罪刑期，在偵查中輕率、隨意做出虛偽之認罪自白。是被告及辯護人主張被告係因為求交保，始於偵查中為虛偽之自白，自難憑採。

7.綜上所述，被告確有於案發當日，在其住家外以每顆依托咪酯菸彈2,000元之代價，將依托咪酯菸彈2顆販賣交付予證人張歸意，價金合計4,000元，惟尚未收取價金等情，堪可認定。至證人張歸意於原審時之證詞，不僅存有諸多瑕疵，且

係為迴護被告始翻異前詞，為有利於被告之證述；被告所述於偵查中係為求交保始亂認罪等語，亦顯係臨訟置辯之詞，自均無足採信。

㈣按我國查緝毒品交易之執法甚嚴，對於販賣毒品罪科以重度刑責，販賣依托咪酯菸彈係違法行為，非可公然為之，亦無公定價格，且容易分裝、增減份量，而買賣之價格，可能隨時依交易雙方關係之深淺、購毒者之資力、需求量及對行情之認知、毒品來源是否充裕、查緝是否嚴謹、購毒者被查獲後供出購買對象之可能風險等情形，而異其標準，非可一概而論，從而販賣之利得，除被告就販賣之價量俱臻明確供述外，委難察得實情，然販賣之人從價差或量差中牟利之方式雖異，其意圖營利之販賣行為則無二致。毒品危害防制條例所處罰之「販賣」毒品罪，所著重者為在主觀上有藉以牟利之惡性，及對毒品之擴散具有較有償或無償轉讓行為更嚴重之危害性，行為人營利之意圖係從客觀之社會環境、情況及證人、物證等資料，依據證據法則綜合研判認定；衡諸毒品依托咪酯量微價高，且為政府查緝之違禁物，販賣第二級毒品罪屬重罪，凡販賣毒品者，苟無利益可圖，應無甘冒被他人供出來源或遭檢警查緝法辦之危險，而平價供應無何交情可言之他人施用之理，因此其販入之價格必較出售之價格低廉，或以同一價格販賣而減少毒品之份量，而有從中賺取買賣價差牟利之意圖及事實，應屬合理之認定。被告雖供稱我買一顆菸彈的成本就是2,000元，我就依照我的成本報給張歸意等語（本院卷第85頁），惟證人張歸意於警詢時已明確陳稱：依托咪酯菸彈1顆市價約2,000元等語（警二卷第126至127頁），再參酌上開說明，倘被告無利可圖，豈會甘冒重刑之風險販賣依托咪酯菸彈，足見被告所辯其買1顆依托咪酯菸彈成本即為2,000元云云，不足採信，應以證人張歸意所述1顆依托咪酯菸彈市價2000元較為可信。被告既以市價販售依托咪酯菸彈予張歸意，確可賺取轉手間之利潤，而確係基於營利之意圖所為乙節，亦堪以認定。

㈤綜上所述，本案事證明確，被告上開犯行堪以認定，應予依法論科。

二、論罪科刑：

㈠法律適用之說明：

按行政機關依據委任立法而制定具有填補空白刑法補充規範之法規命令，雖可視為具法律同等之效力，然該法規命令之本身，僅在補充法律構成要件之事實內容，即補充空白刑法之空白事實，並無刑罰之具體規定，究非刑罰法律，該項補充規範之內容，縱有變更或廢止，對其行為時之法律構成要件及處罰之價值判斷，並不生影響，於此，空白刑法補充規範之變更，僅能認係事實變更，不屬於刑罰法律之變更或廢止之範疇，自無刑法第2條第1項法律變更之比較適用問題，應依行為時空白刑法填補之事實以適用法律（最高法院94年度台上字第771號、97年度台上字第4022號判決意旨參照）。經查，依托咪酯係於113年8月5日經行政院以院臺法字第1131020962號公告增列為第三級毒品，嗣經行政院於113年11月27日以院臺法字第1131031622號公告將依托咪酯改列為第二級毒品，復於115年6月25日以院臺法字第1155013102號公告改列為第一級毒品，並自同年月00日生效，揆諸上開說明，此屬事實變更，並非刑罰法律有所變更，自無新舊法比較適用問題，應依行為時空白刑法填補之事實適用法律，則依托咪酯於114年3月22日被告為本案行為時僅屬第二級毒品，尚非第一級毒品，先予敘明。

㈡論罪：

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。其持有依托咪酯菸彈之低度行為，為販賣之高度行為所吸收，不另論罪。

㈢構成累犯並加重其刑：

被告前因犯販賣第二級毒品共6罪，經原審以107年度訴字第1294號判決，判處有期徒刑1年10月至2年不等之刑度，並定應執行刑為有期徒刑2年6月確定在案，有原審107年度訴字

第1294號判決1份在卷可查（原審卷第43至49頁），上開各罪復與被告所犯他罪，經原審108年度聲字第1987號裁定，定其應執行刑為4年5月確定；被告入監執行後，於111年6月8日因縮短刑期假釋出監，嗣又經撤銷假釋再次入監服刑，而於113年4月21日縮短刑期執行完畢出監等情，有上開判決、裁定及被告之法院前案紀錄表各1份在卷可稽。被告於受有期徒刑執行完畢後，5年內故意再犯本案有期徒刑以上之罪，為累犯，而檢察官當庭指明被告上開構成累犯之事實，並請求依刑法第47條第1項規定，論以累犯並加重其刑，復提出被告前案紀錄表1份為證，堪認檢察官已就被告上開犯行構成累犯之事實有所主張，並盡舉證責任。依司法院大法官釋字第775號解釋意旨，審酌被告前案及本案所犯均為販賣第二級毒品罪，罪質相同，且均為故意犯罪，卻再犯本案販賣第二級毒品罪，足見其守法觀念薄弱，對刑罰之反應力顯然不佳，若無給予較重之刑罰，則無法使被告心生警惕，認予以加重，不致生行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪責之情形，應依刑法第47條第1項規定加重其刑。

參、上訴意旨：

被告及辯護人上訴意旨略以：①本案未達販賣毒品構成要件，本案無任何對價紀錄，無實際交付行為，僅止於詢問階段。證人張歸意之前後供述差異甚大，目前卷內無其他獨立證據補強其真實性。本案主觀與客觀上均可解釋僅係「意圖販賣而持有毒品罪」，未達販賣毒品之法定著手標準，請判決被告無罪。②證人張歸意於原審審理時澄清實際上並沒有和被告進行依托咪酯菸彈買賣，何況實際上被告和證人張歸意不僅沒有議定依托咪酯菸彈價格，亦未實際收取價金，難認被告確有營利意圖，且卷附Messenger對話紀錄截圖內容，亦無法證明被告有「營利意圖」，最多僅能證明張歸意向被告索要依托咪酯菸彈2顆，被告應係構成轉讓偽藥罪，請從輕量刑等語。

肆、撤銷改判之理由：

一、撤銷理由：

原審以被告本案所犯販賣第二級毒品罪犯行，事證明確，予以論罪科刑，固非無見。惟查：①被告係以每顆依托咪酯菸彈2,000元之價格，販賣交付依托咪酯菸彈2顆予張歸意，價金合計4,000元，尚未收取，業據論述如前，原審認為被告係以2,000元之價格，販賣依托咪酯菸彈2顆予張歸意，尚未收取價金等情，尚有未洽。②扣案之被告所持用與張歸意聯絡依托咪酯菸彈販賣交易使用之本案手機型號為iPhone 15手機（含門號0000000000號SIM卡1張）1支等情，業據檢察官、被告陳明在卷（本院卷第77頁、第78頁、第107頁、第108頁），原審誤認上開本案手機型號為iPhone 7手機1支（內含門號0000000000號SIM卡1張），亦有未合。

二、對上訴意旨之說明：

被告及辯護人前揭上訴意旨①②所述，均不足採信，已詳為論述如前，惟原判決既存有上開「一、撤銷理由」①②所示可議之處，應由本院將原判決予以撤銷改判。

伍、量刑：

爰以行為人之責任為基礎，審酌被告無視國家杜絕毒品犯罪之禁令，為營利而販賣第二級毒品依托咪酯菸彈予他人施用，危害社會治安及國民健康、助長施用毒品歪風，另考量其販賣第二級毒品之對象為1人、販賣第二級毒品次數為1次，販賣金額為4,000元，獲利非多，暨其犯後起初坦承犯行，嗣又改口否認販賣第二級毒品罪之犯後態度，並兼衡其於本院所陳述之智識程度、工作、收入、家庭及生活狀況等一切情狀，量處如主文第二項所示之刑。

陸、沒收：

一、訊據被告坦承其平日所使用之臉書及Messenger都是安裝在其所持用之扣案iPhone 15手機（含門號0000000000號SIM卡1張）1支，及其係使用上開扣案之本案手機與張歸意進行販賣毒品交易之價格詢問及聯繫事宜等語（本院卷第116至117頁），足認扣案之上開本案手機係供被告本案犯販賣第二級

毒品罪所用之物，應依毒品危害防制條例第19條第1項規定沒收。

二、被告販賣交付予張歸意2顆依托咪酯菸彈，尚未收取價金，業據認定如前，被告既無犯罪所得，自不生沒收犯罪所得問題。

三、至於本案其餘扣案物品，依被告於原審準備程序時所述（原審卷第59頁）均與被告本案犯行無關，卷內亦乏積極證據可以證明確與被告本案犯行有關，無從宣告沒收，附此說明。

據上論結，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（僅引用程序法條），判決如主文。

本案經檢察官鄭愷昕提起公訴，檢察官林仲斌到庭執行職務。

中　華　民　國　115　年　7　月　29　日

刑事第四庭　審判長法　官　何秀燕

法　官　吳育霖

法　官　鄭彩鳳

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　蘭鈺婷

中　華　民　國　115　年　7　月　29　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3千萬元以下罰金。

製造、運輸、販賣第二級毒品者，處無期徒刑或10年以上有期徒刑，得併科新臺幣1千5百萬元以下罰金。

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1千萬元以下罰金。

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5百萬元以下罰金。
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1百50萬元以下罰金。
前五項之未遂犯罰之。

卷目
1. 臺南市政府警察局刑事警察大隊南市警六偵字第11400259985號卷【警一卷】
2. 臺南市政府警察局刑事警察大隊南市警刑大毒緝字第1141063649號卷【警二卷】
3. 臺灣臺南地方檢察署114年度偵字第13247號卷【偵一卷】
4. 臺灣臺南地方法院114年度聲羈字第230號卷【聲羈卷】
5. 臺灣臺南地方法院114年度訴字第2874號卷【原審卷】
6. 臺灣高等法院臺南分院115年度上訴字第1025號卷【本院卷】