

臺灣高等法院刑事判決

114年度上訴字第5755號

上訴人

即被告 范聰堅

指定辯護人 董子祺律師

上列上訴人即被告因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣新北地方法院113年度訴字第1080號中華民國114年6月5日第一審判決（起訴案號：臺灣新北地方檢察署113年度偵緝字第6368號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

范聰堅犯轉讓第一級毒品罪，處有期徒刑壹年參月。

事 實

一、范聰堅明知海洛因為毒品危害防制條例第2條第2項第1款所公告列管之第一級毒品，竟基於轉讓第一級毒品海洛因之犯意，於民國113年5月16日21時30分許，在其當時位在新北市○○區○○路00巷0弄0號4樓之租屋處，將價值新臺幣(下同)5,000元之海洛因半錢（約1.875公克），交付予謝玉玲（已施用殆盡），此間過程經謝玉玲友人鄭柳鳳在旁以手機全程錄音錄影，嗣因謝玉玲先前於112年10月1日遭警方查獲其持有供施用之第一級毒品海洛因2包（總毛重9.42公克），其為供出毒品來源而換取減刑之機會，乃提供上開錄音錄影畫面向警方提出檢舉(謝玉玲所犯施用第一級毒品罪部分，業經臺灣新北地方法院113年度審簡字第1629號判處罪刑確定)，始循線查悉上情。

二、案經新北市政府警察局三重分局報告臺灣新北地方檢察署檢察官偵查起訴。

理 由

01 壹、證據能力有無之認定

02 一、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
03 者外，不得作為證據。查另案被告謝玉玲於警詢時之指述，
04 屬於被告以外之人於審判外之言詞陳述，且被告之辯護人已
05 於本院準備中主張上開審判外之陳述，並無證據能力（參見
06 本院卷第102頁），則依上開刑事訴訟法第159 條第1 項有
07 關傳聞證據排除法則之規定，另案被告謝玉玲於警詢時之指
08 述，無證據能力

09 二、又按被告以外之人於審判外之陳述，雖不符合刑事訴訟法第
10 159條之1至第159條之4之規定，但經當事人於審判程序同意
11 作為證據，法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，
12 認為適當者，亦得為證據，當事人、代理人或辯護人於法院
13 調查證據時，知有同法第159條第1項不得為證據之情形，而
14 未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同意，刑事
15 訴訟法第159條之5亦定有明文。查本判決以下所引用被告以
16 外之人於審判外之陳述(除前述供述證據之外)，檢察官、被
17 告及辯護人本院準備程序時均表示對於證據能力沒有意見，
18 同意作為證據等語(參見本院卷第102-104頁)，且迄未於本
19 院言詞辯論終結前聲明異議(參見本院卷第125-131頁)，本
20 院審酌各該證據資料作成時之情況，尚無違法不當及證據能
21 力明顯過低之瑕疵，而認為以之作為證據應屬適當，依刑事
22 訴訟法第159條之5規定，均有證據能力。

23 三、至於本院下列所引之非供述證據部分，經查並非違反法定程
24 序所取得，亦無依法應排除其證據能力之情形，且經本院於
25 審理期日提示予當事人辨識或告以要旨而為合法調查，俱得
26 作為證據。

27 貳、認定犯罪事實所憑之證據及理由

28 一、上開犯罪事實，業據被告范聰堅於本院審理時坦承不諱，且
29 證人即另案被告謝玉玲、證人鄭柳鳳於偵查中及原審審理時
30 均一致指證被告確有於案發時地將毒品海洛因交付予另案被
31 告謝玉玲之事實(參見偵卷第52-53頁反面、第107-108頁、

01 原審卷第175-184頁、第168-175頁)；此外，復有車牌號碼0
02 00-000號機車之監視器畫面及行車路線圖、被告與謝玉玲之
03 LINE通話紀錄擷圖、現場錄影畫面擷圖及原審法院勘驗筆錄
04 暨擷圖在卷可稽（參見偵卷第27-28頁反面、32頁、偵緝卷
05 第28-33頁、原審卷第111-124頁）等附卷可資佐證，足供擔
06 保被告自白與事實相符，是以本案事證明確，被告上開犯行
07 堪予認定，應依法論科。

08 二、核被告所為，係犯毒品危害防制條例第8條第1項之轉讓第一
09 級毒品罪。其持有第一級毒品之低度行為，應為轉讓第一級
10 毒品之高度行為所吸收，不另論罪。

11 三、至公訴意旨雖以被告於事實欄所示時地交易毒品行為，係構
12 成販賣第一級毒品海洛罪嫌等語。然則：

13 (一)按毒品危害防制條例所規定的販賣毒品罪，雖未明示以「營
14 利之意圖」為其犯罪構成要件，但所謂「販」者，既然是指
15 賤買貴賣，或買賤賣貴而從中取利之意，則「販賣」一詞在
16 文義解釋上應寓含有買賤賣貴而從中取利的意思存在，且從
17 商業交易原理與一般社會觀念而言，販賣行為在通常情形
18 下，仍以牟取利益為其活動的主要誘因與目的。據此，所謂
19 「販賣」應以行為人在主觀上具有「營利之意圖」為構成要
20 件要素，而將尚無牟取額外利益，僅以原價轉讓者，排除於
21 「販賣」之外，與單純無償的「轉讓」犯行，同樣歸屬於
22 「轉讓」的概念中，方不違立法者以層級化的方式，區別販
23 賣、意圖販賣而持有及轉讓等不同行為態樣，賦予重輕不同
24 的處罰效果原意。尤其要求「無償轉讓」毒品，不符人之常
25 情及社會習慣，如堅持「轉讓」犯行必須限於「無償行為」
26 始可，豈非使毒品危害防制條例所規定「轉讓」處罰的條
27 文，形同具文。由此可知，販賣毒品罪責的成立，應以行為
28 人主觀上具有營利的意圖為其構成要件之一。從而，以營利
29 的意圖交付毒品，而收取對價的行為，成立販賣毒品罪；如
30 非基於營利的意圖，而以原價有償轉讓毒品與他人，僅得以
31 轉讓毒品罪論處（最高法院111年度台上字第259號刑事判決

參照)。又按行為人之有償交付毒品，是否具營利之意圖，尤以同有施毒惡習之熟識或具有特殊情誼者間以低價交付少量毒品之行為，究係互通有無之轉讓，或係基於營利意圖之販賣，攸關該罪成立與否之認定，涉及刑責亦有輕重之別，事實審法院對於此項主觀意圖之有無，自應依據嚴格證明法則予以調查認定，並於理由內敘明其所憑證據及得心證之理由，始為適法(最高法院112年度台上字第3180號刑事判決參照)。

(二)經查：

- 1、證人即另案被告謝玉玲於偵查中雖證稱：我說要去他家找他(指范聰堅)，他就叫我過去，我就請鄭柳鳳騎機車載我過去，到了之後我就跟他講買毒品的事情，我當天跟他交易半錢(1.875公克)的海洛因，此次交易金額5000元，但因為我身上帶不夠錢，所以我先拿3000元給他，他就交付1包半錢的海洛因給我等語(參見偵卷第52頁反面)；惟其嗣於原審審理時已改口證稱：「(檢察官問：當天你是否有給他錢?)有，我先還他上一次錢的5千元，但這次的錢還沒給」等語，可見證人謝玉玲就案發當時其交付3千元予被告之原因，究竟是否為該次毒品交易價金之一部分，先後說法有所歧異，則被告於本案交付毒品海洛因之當時，即便自承有向另案被告謝玉玲收取「3千元」現金之事，尚難認定係其販賣毒品海洛因之對價甚明；
- 2、又證人即另案被告謝玉玲於偵查中及原審審理時雖證稱其係以「5千元」代價向被告購入毒品海洛因等語(參見偵卷第52頁反面、原審卷第182-183頁)，然與其先前於113年5月19日警詢時指稱(於此作為彈劾證據使用)：現場我交付3000元予范聰堅，他拿取海洛因半錢(1.8公克)給我，之後我就騎機車返家等語(參見偵卷第8頁反面)，迄未提及其係先清償部分欠款之情節，顯有未合，已難以盡信，且觀諸案發當時被告與另案被告謝玉玲之對話內容可知，謝玉玲向被告稱：「哥我上次欠你的錢，我先拿....哥我先拿」、「哥我

01 先拿3000還你好嗎？」等語，被告則回應稱：「沒關係
02 啦」、「那你自己咧?」、「你要怎麼生活?」，之後謝玉玲
03 再向被告稱：「...這3000先給你，我欠你5000對嗎?」，但
04 被告對此則無回應，僅向謝玉玲詢問稱：「對啊，那你打算
05 要怎麼做?」，謝玉玲稱：「怎麼做?我也不知道...看...一
06 次一錢、半錢這樣開始看吧，對阿。」，被告乃向謝玉玲表
07 示：「不然你就拿半錢看看」，其後謝玉玲以右手拿起前開
08 自被告接過之透明夾鏈袋，並向被告示意詢問稱：「這半錢
09 喔」、「那我還欠你多少?半錢還有...(不清楚)」、「你算
10 我多少?」，被告則回稱：「....(不清楚)就好了」等語，
11 此有原審法院勘驗筆錄在卷可憑（參見原審卷113-114頁、
12 第116頁、第119頁），由是可見，即便被告於本案交付半錢
13 之海洛因予另案被告謝玉玲之時，雙方已有提及毒品交易之
14 價額，而非無償轉讓，然實際金額迄未經被告明示確認，亦
15 無當場交付該筆交易款項之行為，且被告既於上開對話中詢
16 問謝玉玲是否會因先行清償3千元欠款而生活不濟之事，可
17 見其二人間應有彼此熟識而相互關心生活狀況之特殊情誼，
18 則被告於主觀上是否確有營利之意圖，尚無從以於案發時之
19 上開錄音錄影畫面作為補強證據，而得以進一步認定，本諸
20 罪疑惟有利於行為人之原則，自難遽認被告於本案有償交付
21 毒品海洛因之時，其主觀上確實具有營利之意圖。

22 (三)準此，則上開公訴意旨容有未洽，惟其社會基本事實同一，
23 且經本院當庭諭知被告可能另涉犯轉讓第一級毒品罪(參見
24 本院卷第123頁)，並無礙於被告訴訟防禦權之行使，本院自
25 得逕依刑事訴訟法第300條規定予以變更起訴法條而為審
26 理。

27 四、本案不應依累犯規定加重其刑

28 (一)按法院於審酌被告是否適用累犯規定而加重其刑時，訴訟程
29 序上應先由檢察官就前階段被告構成累犯之事實，以及後階
30 段應加重其刑之事項，主張並具體指出證明方法後，法院才
31 需進行調查與辯論程序，而作為是否加重其刑之裁判基礎，

前階段構成累犯事實為檢察官之實質舉證責任，後階段加重
量刑事項為檢察官之說明責任，均應由檢察官分別負主張及
具體指出證明方法之責，倘檢察官未主張或具體指出證明方
法時，可認檢察官並不認為被告構成累犯或有加重其刑予以
延長矯正其惡性此一特別預防之必要，且為貫徹舉證責任之
危險結果所當然，是法院不予調查，而未論以累犯或依累犯
規定加重其刑，即難謂有應調查而不予調查之違法，檢察官
若未主張或具體指出證明方法，法院因而未論以累犯或依累
犯規定加重其刑，基於累犯資料本來即可以在刑法第57條第
5款「犯罪行為人之品行」中予以負面評價，自仍得就被告
可能構成累犯之前科、素行資料，列為刑法第57條第5款所
定「犯罪行為人之品行」之審酌事項（最高法院刑事大法庭
110年度台上大字第5560號裁定意旨參照）。

（二）經查：被告前因多次施用毒品等案件，經入監接續執行，甫
於110年1月27日假釋付保護管束出監，並於110年10月26日
假釋期滿未經撤銷，其未執行之刑以已執行完畢論一節，有
法院前案紀錄表1份在卷可按（參見本院卷第43-79頁），是其
於上開有期徒刑執行完畢5年以內再犯本件有期徒刑以上之
罪，固為累犯，然檢察官於起訴書、原審及本院審理時就被
告構成累犯之事實，以及應依累犯規定加重其刑之必要性，
迄未有所主張並具體指出證明方法，參諸上開最高法院110
年度台上大字第5660號裁定意旨，自無從斟酌是否依累犯之
規定加重其刑，僅將被告上開前案紀錄列入刑法第57條第5
款有關「犯罪行為人之品行」之量刑審酌事由即可，併此敘
明。

參、撤銷原判決之理由及量刑審酌事項

一、原審判決以被告所為販賣第一級毒品未遂之犯行，事證明
確，予以論罪科刑，固非無見。惟查：①依卷內既有事證，
尚難認定被告於本案有償交付毒品海洛因之時，其主觀上具
有營利之意圖，並不構成販賣第一級毒品罪，其理由業如前
述，是原審判決遽認被告於本案所為構成販賣第一級毒品未

01 遂罪，容有未洽，此為其一；②另案被告謝玉玲於113年6月
02 8日警詢時已明確供稱(於此作為彈劾證據使用)：本案於113
03 年5月16日21時30分許向被告購買之海洛因半錢，我已於同
04 年月16日至17日在住處施用完畢等語(參見偵卷第11頁反
05 面)，可見另案被告謝玉玲確有向被告實際購入海洛因施用
06 之真意，此與為誘捕被告而向其佯稱欲購入海洛因以蒐集相
07 關事證報警處理之情形，截然不同，然原審判決仍認定另案
08 被告謝玉玲並無實際向被告購入毒品之真意，是以被告所為
09 僅止於未遂之階段，亦有違誤之處，此為其二。

10 (二)從而，被告提起上訴後坦承轉讓第一級毒品之犯行，並主張
11 原審判決之認事用法有所違誤，尚屬有據，自應由本院將原
12 判決予以撤銷改判。

13 二、爰以行為人之責任為基礎，審酌被告先前有販賣毒品、多次
14 持有及施用毒品、傷害及妨害自由之前科紀錄，有法院被告
15 前案紀錄表1份在卷可稽，素行不佳，且其明知海洛因屬於
16 法定之第一級毒品，具有相當強之成癮性，對於人體健康及
17 社會治安有所戕害，為國家嚴格查禁之違禁物，竟仍轉讓予
18 他人施用，除影響他人身心健康甚鉅，助長毒品流通外，對
19 於社會整體治安造成相當程度之潛在危害，參以被告於本院
20 審理時已願據實坦承犯行，同時考量其於本案之犯罪動機、
21 目的、手段、所轉讓之海洛因之數量等情節，兼衡被告於本
22 院審理時自陳：我小學畢業，之前有上班做保全，平均月收
23 入2萬多元將近3萬元，已離婚，沒有小孩等語(參見本院卷
24 第129-130頁)之智識程度、家庭及生活經濟狀況等一切情
25 狀，量處如主文第2項所示之刑。

26 據上論斷，應依刑事訴訟法第369條第1項前段、第364條、第299
27 條第1項前段、第300條，毒品危害防制條例第8條第1項，判決如
28 主文。

29 本案經檢察官黃孟珊提起公訴，檢察官劉仕國到庭執行職務。

30 中 華 民 國 115 年 5 月 20 日
31 刑事第三庭 審判長法官 張惠立

法官 解怡蕙

法官 楊仲農

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 彭秀玉

中 華 民 國 115 年 5 月 21 日

附錄：本案論罪科刑法條全文

毒品危害防制條例第8條

轉讓第一級毒品者，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。

轉讓第二級毒品者，處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。

轉讓第三級毒品者，處3年以下有期徒刑，得併科新臺幣30萬元以下罰金。

轉讓第四級毒品者，處1年以下有期徒刑，得併科新臺幣10萬元以下罰金。

前四項之未遂犯罰之。

轉讓毒品達一定數量者，加重其刑至二分之一，其標準由行政院定之。