

裁判字號：最高法院 96 年台上字第 1043 號刑事判決

裁判日期：民國 96 年 03 月 01 日

裁判案由：違反毒品危害防制條例等罪

最高法院刑事判決 九十六年度台上字第一〇四三號

上訴人 甲○○

上列上訴人因違反毒品危害防制條例等罪案件，不服台灣高等法院花蓮分院中華民國九十五年十二月五日第二審更審判決（九十五年度上更(一)字第一七號，起訴案號：台灣台東地方法院檢察署九十三年度偵字第一四二三、一四二四號），提起上訴，本院判決如下：

## 主 文

原判決關於連續販賣第一級毒品及未經許可販賣可發射子彈具殺傷力之改造手槍部分撤銷，發回台灣高等法院花蓮分院。

其他上訴駁回。

## 理 由

壹、撤銷發回（即販賣第一級毒品及販賣具殺傷力之改造手槍）部分：

本件原判決撤銷第一審關於連續販賣第一級毒品及未經許可販賣可發射子彈具殺傷力之改造手槍部分之科刑判決，改判仍論處上訴人甲○○以連續販賣第一級毒品罪刑（處無期徒刑，褫奪公權終身）；未經許可販賣可發射子彈具殺傷力之改造手槍罪刑（處有期徒刑陸年，併科罰金新台幣貳拾伍萬元），並定其應執行之刑，固非無見。

惟查：（一）原判決事實欄一記載：上訴人意圖營利，於民國九十二年十、十一月間某日，在台東縣台東市○○路○○○巷○○號住處，以賒欠方式販賣新台幣（下同）一萬五千元、重約一錢（三點七五公克）之第一級毒品海洛因予「葉明鋒」等情；理由內係引述證人蔡一誠於偵查中所供：「我第一次和甲○○見面是葉明鋒帶我去找甲○○，甲○○是拿一錢海洛因給葉明鋒，說好讓葉明鋒拿去賣賺錢，葉明鋒賺錢之後，再把一錢海洛因的錢給甲○○，這是去年十、十一月間的事，當天有介紹我認識甲○○……。」等語為據（見原判決第五頁第十八至二二行）。如若蔡一誠所供無訛，則「葉明鋒」應係其二人所各別認識之友人。然是否確有「葉明鋒」其人，以及該「葉明鋒」有無向上訴人購買海洛因毒品，案關此部分事實如何之認定，自有調查之必要。原審未遑傳訊該「葉明鋒」到庭究明，自有調查未盡之違誤。又依蔡一誠之所供，究竟上訴人係出賣海洛因毒品予「葉明鋒」，抑或與「葉明鋒」共同販賣，亦不無疑義。原判決未予調查釐清，遽為判決，尚嫌速斷，而不足以昭折服。（二）刑法第五十九條規定犯罪之情狀可憫恕者，得酌量減輕其刑，其所謂「犯罪之情

狀」，與同法第五十七條規定科刑時應審酌之一切情狀，並非有截然不同之領域，於裁判上酌減其刑時，應就犯罪一切情狀（包括第五十七條所列舉之十款事項），予以全盤考量，審酌其犯罪有無可憫恕之事由（即有無特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，以及宣告法定低度刑，是否猶嫌過重等），以為判斷。第以販賣第一級毒品罪之法定刑為「死刑或無期徒刑；處無期徒刑者，得併科新台幣一千萬元以下罰金」，然同為販賣第一級毒品之人，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「無期徒刑，得併科新台幣一千萬元以下罰金」，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，適用刑法第五十九條之規定酌量減輕其刑，期使個案裁判之量刑，能斟酌至當，符合比例原則。本件第一審判決以：上訴人因一時貪圖利益致罹刑章，斟酌其販賣之對象、數量及金額均尚非巨（即「葉明鋒」一次，重一錢，賒欠一萬五千元；蔡一誠二次，各重一錢，共一萬二千元），情輕法重，尚堪憫恕，科以法定最低度之無期徒刑，猶嫌過重，乃依刑法第五十九條酌減其刑。原判決亦認：上訴人販賣第一級毒品數量不多，卻謂：衡之常情殊無可憫恕之處，因而撤銷第一審判決，改判無期徒刑，褫奪公權終身。能否謂與罪刑相當原則之旨意相符，尚待研求，且原判決對於上訴人有無特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，以及宣告法定低度刑，是否猶嫌過重等情，並未審認、說明，遽爾撤銷第一審之判決，併有理由不備之違誤。（三）修正前槍砲彈藥刀械管制條例第十一條第一項之罪，以所持有之槍砲具有殺傷力為要件，本件扣案之仿FN廠1910型半自動手槍製造之玩具手槍換裝土造金屬槍管而成之改造手槍一支（槍枝管制編號為：0000000000號），經內政部警政署刑事警察局（下稱刑事警察局）鑑定結果，固認「機械性能良好，經裝填適用子彈實際試射結果，金屬撞針因無法承受子彈擊發產生之爆炸高壓而斷裂，惟仍測得發射彈丸之速度每秒三五公尺，動能二〇九點四四焦耳，單位面積動能為每平方公分四二七點二八焦耳」等情（見九十三年度偵字第一四二三號卷第五一至五三頁所附之槍彈鑑定書）。惟是否具殺傷力，該局則未進一步予以鑑驗、說明。原判決對於上開鑑定書如何得為本件槍枝具有殺傷力之認定基礎，並未說明其理由，自嫌理由不備。（四）證人恐因陳述致自己或與其有刑事訴訟法第一百八十一條第一項關係之人受刑事追訴或處罰者，得拒絕證言，同法第一百八十一條定有明文。證人此項拒絕證言權（選擇權），與被告之緘默權，同屬其不自證己罪之特權。九十二年二月六日修正公布前之刑事訴訟法第一百八十六條第三款規定：「證人有第一百八十一條情形而不拒絕證言者，不得令其具結。」修正後第一百八十六

條第二項，增訂法院或檢察官於「證人有第一百八十一條之情形者，應告以得拒絕證言」之義務。凡此，均在免除證人因陳述而自入於罪，或因陳述不實而受偽證之處罰，或不陳述而受罰鍰處罰，而陷於抉擇之三難困境。此項拒絕證言告知之規定，雖為保護證人而設，非當事人所能主張，惟如法院或檢察官未踐行此項告知義務，而告以刑事訴訟法第一百八十七條第一項「具結之義務及偽證之處罰」，並依同法第一百八十六條、第一百八十九條規定「命朗讀結文後為具結」，無異強令證人必須據實陳述，剝奪其拒絕證言權，所踐行之訴訟程序自有瑕疵。其因此所取得之證人供述證據，是否具有證據能力，應分別情形以觀：(1)、其於被告本人之案件，應認屬因違背法定程序所取得之證據，適用刑事訴訟法第一百五十八條之四所定均衡原則為審酌、判斷其有無證據能力，而非謂純屬證據證明力之問題；(2)、至若該證人因此成為「被告」追訴之對象，則其先前居於證人身分所為不利於己之陳述，基於不自證己罪原則及法定正當程序理論，應認對該證人（被告）不得作為證據。原判決認定上訴人販賣改造手槍予牟振宇，係採取上訴人於九十三年九月十七日另案檢察官偵查中所為不利己之陳述為證據。然查，上訴人於該期日係檢察官偵辦牟振宇持有系爭改造手槍一案之證人，檢察官使上訴人以證人身分具結作證，並未踐行上開告知義務，有訊問筆錄可稽（見同上偵查卷第一五三、一五八頁）。此項違反告知義務所取得之供述證據，既有違不自證己罪及法定正當程序，則於證人自己為被告之案件，自難認具有證據能力。原判決採為論證之一，其採證自屬違反證據法則。以上，或為上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，應認原判決關於販賣第一級毒品及販賣具殺傷力之改造手槍部分，仍有撤銷發回更審之原因。

貳、上訴駁回（即製造具殺傷力之改造手槍未遂及轉讓第一級毒品）部分：

按刑事訴訟法第三百七十七條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。本件原判決撤銷第一審關於製造子彈部分之科刑判決，依想像競合犯之例從一重改判論處上訴人以製造具殺傷力之改造手槍未遂罪刑，及維持關於論處上訴人共同轉讓第一級毒品罪刑，駁回上訴人該部分在第二審之上訴，並定應執行之刑，係依憑上訴人在原審之自白、扣案之改造槍管成品、半成品、不銹鋼管、玩具手槍、改造子彈、工業用子彈、彈頭與彈殼半成品，以及原判決附表所示之工具，卷附刑事警察局刑鑑字第○九三○一三○九七二號槍彈鑑定書（製造改造手槍未遂部分）；以及上訴人在偵查中之自白，證人鄭啟宏、吳汝姍等人之證供（轉讓第一級毒品部分）等證據資料而為論斷，已敘明其所憑之證據及得心證

之理由。而以上訴人事後就轉讓毒品部分所辯：伊接到鄭啟宏電話後，即交給吳汝姍一只包包，但不知其內放置有毒品云云，為不足採，已依其調查所得之證據。詳為指駁；並說明：上訴人曾有施用海洛因及安非他命，並執行強制戒治之前案，其對兩者之分別，應甚清楚而無誤認之可能，是所交付予吳汝姍之毒品雖未扣案，但依上訴人及鄭啟宏、吳汝姍均一致供稱係海洛因等情，自仍得依其等供述而認定應為海洛因無訛等理由。核與經驗法則、論理法則及證據法則皆無違背，從形式上觀察，原判決並無足以影響判決結果之違背法令之情形存在。上訴意旨略稱：（一）原判決昧於事實，任意推定，難以折服；（二）上訴人係將鄭啟宏所寄放之皮包轉交給吳汝姍，不知其內容，吳汝姍所吸食之毒品是否皮包內之物，既未查扣到海洛因，如何認定，實有疑義，原判決採證違法等語。經核上訴意旨所指，係對原審採證認事之職權行使，及原判決已論斷說明之事項，徒憑己意為爭辯，或任意指摘，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合，應認其此二部分之上訴為違背法律上之程式，予以駁回。據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十七條、第四百零一條、第三百九十五條前段，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 六 年 三 月 一 日

最高法院刑事第六庭

審判長法官 呂 潮 澤

法官 吳 昆 仁

法官 孫 增 同

法官 趙 文 淵

法官 吳 燦

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 九 十 六 年 三 月 五 日

G