

臺灣高等法院高雄分院刑事判決

112年度重上更一字第13號

上訴人

即被告 謝淑芬

選任辯護人 陳松甫律師（法律扶助）

上列上訴人因毒品危害防制條例案件，不服臺灣屏東地方法院104年度訴字第48號，中華民國105年4月1日第一審判決（起訴案號：臺灣屏東地方檢察署103年度偵緝字第306號、第307號、104年度偵字第994號），提起上訴，前經本院第二審判決及最高法院第三審判決確定後，經最高法院非常上訴判決撤銷原判決並發回本院審理，本院判決如下：

主 文

原判決關於謝淑芬之罪刑部分撤銷。

謝淑芬共同犯販賣第一級毒品罪，共參罪，各處如附表一編號1至編號3之罪名及處刑欄所示之刑。應執行有期徒刑玖年陸月。

事 實

一、謝淑芬明知經毒品危害防制條例第2條第2項第1款規定為第一級毒品之海洛因，乃公告列管之毒品，不得非法販賣、持有，竟先後3次各與余忠謹（同案經原審判決確定，已歿）共同基於意圖營利而販賣第一級毒品海洛因之共同犯意聯絡及行為分擔，由余忠謹以所持門號0000000000號之行動電話（含SIM卡1枚）作為毒品交易之聯繫工具，分別按附表一編號1至3所示之時間、地點、內容及方式，共同販賣第一級毒品海洛因予陳曉惠1次、林照輝2次。嗣為警據報依法執行通訊監察而循線查獲。

二、案經高雄市政府警察局三民第一分局報告臺灣屏東地方檢察署檢察官暨該署檢察官簽分偵查起訴。

理 由

壹、程序部分

一、審理範圍之說明

本件原經上訴人即被告謝淑芬（下稱被告）於第一審判決後，就原審判決之全部提起上訴，並經本院於更審前程序為第二審判決（105年度上訴字第396號），繼而經第三審最高法院駁回其上訴（106年度台上字第1778號）而一度確定，嗣經檢察總長依司法院憲法法庭112年度憲判字第13號判決而提起非常上訴，經最高法院112年度台非字第117號判決將本院前開第二審判決關於被告共同販賣第一級毒品罪刑部分撤銷並發回更審，是本院審理之範圍即限於原確定判決經撤銷發回之部分，其他未經非常上訴判決撤銷部分，其判決確定之效力既仍然存在，自不在本院審理之範圍，先予敘明。

二、證據能力之說明

（一）供述證據部分

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至之4之規定，然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，刑事訴訟法第159條之5第1項定有明文。本判決後開引用具有傳聞證據性質之證據資料，除依法原已符合傳聞例外而有證據能力者外，已經檢察官、上訴人即被告謝淑芬（下稱被告）及其辯護人於本院審理程序中同意為證據使用（本院105年度上訴字第396號案卷〔下稱更審前本院卷〕第67頁），迄至本次審理終結前，並均未據為撤回或反對之意思。本院經審酌該證據作成之情況，既無違法取得情事，復無證明力明顯過低等情形，以得供做法院判斷事實之依據為適當，認為均有證據能力，得為證據。

（二）非供述證據部分

本判決後開憑為認定被告犯罪事實之各項非供述證據，經查無違反法定程序取得之情，依其內容及客觀呈現狀態，既未呈現有何偽造、變造或違法取得情事，復與公訴意旨指述之事實有關聯性，依刑事訴訟法第158條之4規定反面解釋，應

01 認為均有證據能力。

02 貳、實體部分

03 一、認定犯罪事實所憑之證據及理由

04 (一)訊據被告於本院更審程序審理時，對其前揭與同案被告余忠
05 謹共同販賣海洛因之犯罪事實，均坦承不諱。並有證人即同
06 案被告余忠謹、證人即購毒者林照輝、陳曉惠於警詢、偵訊
07 及原審審理時證述之情節可供參核辨析，復有附表二所示通
08 訊監察譯文、臺灣屏東地方法院97年聲監字第234號、97年
09 聲監續字第188號、第204號、第205號、第225號、電話附表
10 (臺灣屏東地方檢察署98年度偵字第1017號案卷〔下稱偵卷
11 (一)〕第124頁至第125頁、第128頁至第131頁、第188頁至第1
12 93頁、第249頁至第252頁、第335頁至第337頁；臺灣屏東地
13 方檢察署103年度偵緝字第306號案卷〔下稱偵卷(二)〕第50
14 頁；臺灣屏東地方檢察署98年度警聲搜字第57號案卷〔下稱
15 偵卷(三)〕第5頁至第6頁、第9頁、第19頁至第20頁、第32頁
16 至第33頁、第49頁至第52頁、第54頁至第56頁、第58頁、第
17 59頁至第60頁、第64頁至第65頁、第67頁、警卷第172頁
18 正、反面、第179頁正、反面、第186頁正、反面、第203頁
19 正、反面)附卷可佐。是被告自白犯罪堪認與事實相符，可
20 資作為認定犯罪事實之依據，堪予認定。

21 (二)按一般民眾普遍認知之毒品非法交易，向為政府查禁森嚴、
22 重罰不貸，且取得代價非低，亦非容易，衡諸常情，倘非有
23 利可圖，應無甘冒遭查獲之極大風險，而親持毒品前往交易
24 處所，平白無端為該買賣行為之理，是除足反證確係另基於
25 某種非圖利之本意外，尚難僅因無法查悉其販入價額作為是
26 否高價賣出之比較，即遽謂無營利之意思而得阻卻販賣犯行
27 之追訴。是被告自白共同基於營利之意圖而販賣海洛因，足
28 堪信實。

29 (三)綜上所述，本件被告犯罪事證已臻明確，犯行堪予認定，應
30 依法論科。

31 二、論罪

01 (一)新舊法比較

02 按行為後法律有變更者，適用行為時之法律；但行為後之法
03 律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律，刑法第2
04 條第1項定有明文。本件被告為前揭犯罪行為時，毒品危害
05 防制條例第4條第1項關於販賣第一級毒品罪之法定刑，原本
06 規定為：「處死刑或無期徒刑；處無期徒刑者，得併科新臺
07 幣一千萬元以下罰金。」。嗣被告犯罪後，同條項規定之法
08 定刑先後兩次於98年5月20日、109年1月15日修正時，就併
09 科罰金之數額次第提高為「新臺幣二千萬元以下」、「新臺
10 幣三千萬元以下」。是其修正後之規定既均未較有利於被
11 告，依前開說明，本件自應適用被告行為時施行之98年5月2
12 0日修正前毒品危害防制條例規定論究。

13 (二)罪名及罪數

14 按海洛因係毒品危害防制條例第2條第2項第1款規定之第一
15 級毒品，非經許可，不得販賣、持有。故核被告前揭3次販
16 賣海洛因之行為，均係犯98年5月20日修正公布前毒品危害
17 防制條例第4條第1項之販賣第一級毒品罪。被告各次因販賣
18 而持有毒品之低度行為，均為販賣之高度行為所吸收，均不
19 另論罪。又刑罰法規所規定各該特定犯罪，除有原已集合多
20 數犯行為構成要件行為態樣或其他特別規定者外，行為人主
21 觀上僅須具備對於法條規定各該構成要件之「認識」及「意
22 欲」（即構成要件之「知」與「欲」），其主觀不法構成要
23 件即已該當，至其動機或在個案中誘發多次行為之共同主觀
24 意向聯繫（如概括、整體犯意等）為何，要非所問。被告前
25 開3次販賣第一級毒品之犯行既均具備完整並可獨立區隔之
26 主、客觀不法構成要件，應各自成立並論以數罪而分論併罰
27 之。被告與余忠謹就附表一編號1至3所示犯行，有犯意聯絡
28 及行為分擔，均為共同正犯。

29 (三)刑之減輕事由

30 1.刑法第59條部分（本院更審前判決之認定）

31 (1)按刑法第59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57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57條所列舉之10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，以及宣告法定最低度刑，是否猶嫌過重等等，以為判斷；且所謂法定最低度刑，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其刑後之最低度刑而言，倘被告別有法定減輕事由者，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；而就販賣毒品案件中，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，於此情形，倘依其情狀處以適當徒刑，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59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（最高法院100年度台上字第744號裁判要旨、95年度台上字第6157號判決理由參照）。

- (2)被告所犯共同販賣第一級毒品罪，僅共3罪，次數非多，且交易對象亦僅涉及2人，加以各次所犯均係處於受其當時男友余忠謹指示而交付毒品之附屬地位，參與程度顯係輕微，又被告本件犯行俱係集中於97年12月中旬，持續期間尚短，復未因而獲有不法利益，是本院究其等各次犯行之主觀惡性、客觀犯罪情節，顯與為求取鉅額獲利或查獲之毒品多達數百、數千公克或長期販賣毒品之「大盤」、「中盤」毒販相異，對於國家社會法益侵害程度難認重大，是就被告所犯各販賣第一級毒品罪科以法定最低刑度，即無期徒刑，均仍嫌過重，衡諸一般國民生活經驗法則，實屬情輕法重，足引

起一般人之同情，顯有可憫之處，揆諸首揭說明，爰依刑法第59條之規定，就其所犯販賣第一級毒品罪，均予減輕其刑。

2. 憲法法庭112年度憲判字第13號判決部分

有關刑法第59條於販賣第一級毒品犯罪案件之適用關係，前經被告於此前本案在更審前經最高法院判決確定後，以：

「聲請人四（即本案被告）無刑事犯罪紀錄，因當時同居男友為毒販，代為接聽男友電話並受指示將重量不詳之第一級毒品海洛因交付給2位買受人共3次，其中1次收取新臺幣（下同）1,000元、2次收取2,000元。聲請人四認其實質上係處於受指示販賣毒品之附屬地位，參與程度顯係輕微，且販賣對象、次數少，亦未獲有不法利益，卻遭受比同案主犯（同居男友）更重之刑罰，故確定終局判決所適用之系爭規定違反憲法第7條平等原則、第8條保障人身自由、第15條保障生存權及經濟上受益權，以及第23條比例原則」（詳司法院憲法法庭112年度憲判字第13號判決書理由欄邊碼5）等情為由，向司法院憲法法庭聲請法規範憲法審查。經憲法法庭連同其他數名聲請人之聲請一併受理後，於112年8月11日以112年度憲判字第13號判決揭示：「一、毒品危害防制條例第4條第1項前段規定：『……販賣第一級毒品者，處死刑或無期徒刑。』立法者基於防制毒品危害之目的，一律以無期徒刑為最低法定刑，固有其政策之考量，惟對諸如無其他犯罪行為，且依其販賣行為態樣、數量、對價等，可認屬情節極為輕微，顯可憫恕之個案，縱適用刑法第59條規定酌減其刑，仍嫌情輕法重，致罪責與處罰不相當。於此範圍內，對人民受憲法第8條保障人身自由所為之限制，不符憲法罪刑相當原則，牴觸憲法第23條比例原則。司法院釋字第476號解釋，於此範圍內應予變更；相關機關應自本判決公告之日起2年內，依本判決意旨修正之。二、自本判決公告之日起至修法完成前，法院審理觸犯販賣第一級毒品之罪而符合前揭情輕法重之個案，除依刑法第59條規定減輕其刑外，另得

01 依本判決意旨減輕其刑至二分之一。」（詳司法院憲法法庭
02 112年度憲判字第13號判決書主文欄邊碼1、2）等旨。據
03 此，本院經考量毒品危害防制條例第4條第1項關於販賣第一
04 級毒品罪之法定刑，認為本案縱以前開規定為被告酌減其刑
05 後，其依刑法第65條第2項量以最低度刑有期徒刑15年之結
06 果，仍有違罪責相當及比例原則，爰依前開憲法法庭判決意
07 旨，再予以遞減輕其刑。

08 三、上訴論斷

09 原審判決認被告罪證明確，予以論罪科刑，固非無見，惟本
10 件經原審法院判決後，有關刑法第59條於販賣第一級毒品犯
11 罪案件之適用關係，既經憲法法庭作成前開112年度憲判字
12 第13號判決之見解，並為原審法院於判決時所未及審酌，其
13 判決之結果，即有未合。被告上訴後，於本院更審程序審理
14 時已經坦承犯行，而以原審量刑過重為由，請求從輕量刑，
15 依前開說明，即有理由，應由本院將原判決關於罪刑之部分
16 撤銷，另為妥適之判決。

17 四、量刑及定執行刑部分

18 (一)爰以被告本件犯行所呈現之責任為基礎，審酌被告共同販賣
19 第一級毒品海洛因與他人施用，不僅戕害他人身體健康，更
20 助長毒品氾濫，足令購毒者仍沉迷於毒癮而無法自拔，所為
21 危害國民身心健康及社會風氣，對於治安亦有負面影響；並
22 考量其所犯3罪販賣之第一級毒品種類，均為一般常見經濫
23 用之海洛因；販賣毒品犯罪之方式及分工，均係處於受其前
24 男友余忠謹指示交付毒品之附屬地位，參與程度相對輕微，
25 且未因而獲有不法利益；又其於本件犯罪前，未有因案經判
26 處罪刑暨執行完畢之情形，有臺灣高等法院被告前案紀錄表
27 在卷可憑，素行尚佳；兼衡其所受教育程度為高職肄業，原
28 本已婚，嗣於此前本案原確定判決未經撤銷前之在監服刑期
29 間已經離婚，現無業、家境清寒之家庭生活經濟狀況（本院
30 卷第141頁、第200頁）等一切情狀，就所犯各罪依具體情
31 節，分別量處如附表一編號1至3所示之刑。

01 (二)按定應執行刑乃對犯罪行為人本身及所犯各罪之總檢視，除
02 應考量行為人所犯數罪反應出之人格特性，亦應酌衡行為人
03 各次犯罪之時間、侵害法益、犯罪型態等整體非難評價，暨
04 刑罰目的及相關刑事政策、數罪併罰定執行刑之規定所採取
05 之限制加重原則等因素。另按刑法第51條數罪併罰定執行刑
06 之立法方式，採限制加重原則，亦即非以累加方式定應執行
07 刑，該條第5款即明定：「宣告多數有期徒刑者，於各刑中
08 之最長期以上，各刑合併之刑期以下，定其刑期。但不得逾
09 30年」。本件綜合判斷毒品危害防制條例之規範目的（均在
10 防制毒品危害，維護國民身心健康）、被告所犯各次犯罪行
11 為彼此間之偶發性（均集中於97年12月間）、被告之人格特
12 性、犯罪傾向暨與前科之關連性（被告於本件犯行前，均未
13 有何因案經科處罪刑暨執行完畢之前案紀錄）、各行為所侵
14 害法益之專屬性或同一性（均應認係直接侵害國家、社會法
15 益，並間接侵害購毒者之生命、身體法益）、社會對販賣毒
16 品行為處罰之期待（販毒行為係屬重罪，於國家、社會之危
17 害、影響均屬深遠）、販賣毒品之對象為2人、共3次，且未
18 獲取所得，並考量其復歸社會之必要性等情，參酌刑法第51
19 條規定所採取之限制加重原則，爰定其應執行之刑如主文第
20 二項所示。

21 據上論斷，應依刑事訴訟法第369條第1項前段、第364條、第299
22 條第1項前段，98年5月20日修正前毒品危害防制條例第4條第1
23 項，刑法第11條前段、第28條、第59條、第50條第1項前段、第5
24 1條第5款，憲法法庭112年度憲判字第13號判決，判決如主文。

25 本案經檢察官劉俊儀提起公訴，檢察官高碧霞到庭執行職務。

26 中 華 民 國 113 年 2 月 6 日

27 刑事第八庭審判長法官 陳中和

28 法官 林柏壽

29 法官 陳松檀

30 以上正本證明與原本無異。

31 如不服本判決應於收受本判決後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狀（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 113 年 2 月 6 日

書記官 李佳旻

附錄本判決論罪科刑法條：

98年5月20日修正前毒品危害防制條例第4條第1項：

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1千萬元以下罰金。

毒品危害防制條例第4條第1項、第2項：

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。

【附表一】

	販賣對象	交易時間、地點	標的及價格	交易方式、過程	罪名及處刑
1.	陳曉惠	97年12月12日19時30分稍後某時 屏東縣○○鄉○○村○○路00號 （余忠謹住處）屋外	海洛因1包 （重量不詳） 1,000元	余忠謹、謝淑芬（門號：0000000000號）與陳曉惠（門號：0000000000號）相互以行動電話聯繫後，余忠謹再指示謝淑芬於左列時、地，販賣左列數量、價格之海洛因與陳曉惠而銀貨兩訖，並由余忠謹終局取得該販毒所得。	謝淑芬共同販賣第一級毒品，處有期徒刑8年2月。
2.	林照輝	97年12月19日9時34分稍後某時 屏東縣○○鄉○○村○○路00號 （余忠謹住處）屋外	海洛因2包 （重量不詳） 2,000元	謝淑芬（門號：0000000000號）與林照輝（門號：0000000000號）相互以行動電話聯繫後，謝淑芬再按林照輝指示於左列時、地，販賣左列數量、價格之海洛因與林照輝。	謝淑芬共同販賣第一級毒品，處有期徒刑8年6月。
3.	林照輝	97年12月21日12時48分稍後某時 屏東縣○○鄉○○村○○路00號 （余忠謹住處）屋外	海洛因2包 （重量不詳） 2,000元	謝淑芬（門號：0000000000號）與林照輝（門號：0000000000號）相互以行動電話聯繫後，謝淑芬再按林照輝指示於左列時、地，販賣左列數量、價格之海洛因與林照輝。	謝淑芬共同販賣第一級毒品，處有期徒刑8年6月。

【附表二】

編號	通話時間 (97 年 , 下同)	對話者 (監 聽門號0000 000000號)	通話對象及 門號	通話內容
1	12月12日 19:06:33	余忠謹 (以 A 稱 呼 之 , 下同)	陳曉惠0000 00000號(以 A稱呼之 , 下同) (撥話者)	B:你在那裡? A:在家裡。 B:有嗎? A:有。 B:我朋友說要一仟。 A:阿? B:1 張啦。 A:好。 B: 等一下我洗好澡打給 你。
2	12月12日 19:24:17	同上	同上 (撥話者)	B:你在家吧? A: 等一下我打給妳。 B:好。
3	12月12日 19:29:39	同上	同上000000 000號 (撥話者)	A:你在那裡? B:我要開來7-11這裡, 剛 從你家經過你還沒打 來, 我剛要開來7-11你 呢? A:你到我家樓下喔。 B:我轉到你家樓下, 好。 A:好。
4	12月12日 19:30:52	謝淑芬 (以 C 稱 呼 之 , 下同)	同上000000 000號 (撥話者)	C:妳到了嗎? A:喂。 C:妳到了嗎? B:到了。 C:妳等一下。
5	12月15日 12:43:13	余忠謹	龔宇婕(容 容)0000000 000號	B:你現在那裡有小惠她朋 友要的那種嗎? A:有啊。

			(以B稱呼之，下同)	B:現在你那裡有喔? A:嗯。 B:這樣等她拿錢來我再過去跟你拿。 A:哦。..... B:然後她可能只拿五百塊而已喔? A:這樣不好啦。.....
6	12月15日 13:04:06	余忠謹	龔宇婕(容容)0000000 000號(撥話者)	B:好啊你可以下來了我要到你家了。 A:好。
7	12月15日 13:04:34	余忠謹 (撥話者)	謝淑芬0000 000000號 (以B稱呼)	B:按哪? A:妳幫我丟一包下來快一點。 B:那一包? A:剛剛我拿的那個。 B:哦。
8	12月17日 13:54:01	謝淑芬(C) 余忠謹(A)	操仔000000 0000號 (以B稱呼) (撥話者)	B:妹仔喔? C:按哪? B:我操仔啦，忠謹呢? C:在睡。 B:在睡喔?還是妳要那個? C:我不知道他放在那裡。 B:妳叫他。 C:噢。 A:喂。 B:忠謹喔? A:按哪? B:我拿錢過去給你，你拿「二Y」給我。 A:好。
9	12月18日	謝淑芬(C)	容容000000	B:忠謹在嗎?

	19:36:16	余忠謹(A)	0000號 (以B稱呼) (撥話者)	C:妳誰啊? B:我容容。 C:他在睡覺。 B:我要問一件事情，妳可以幫我問嗎? C:他現在睡覺，不然他睡醒再打給妳…… C:妳等一下。 B:好。 A:按哪? B:你那邊有「那個」嗎? A:有啦。
10	12月19日 09:34:10	謝淑芬(C)	林照輝(即 操仔)00000 00000號 (以B稱呼) (撥話者)	B:我在妳們樓下。 C:到了喔?你要幾包「菸」阿? B:拿「二包」。 C:拿「二包」嗎? B:恩。
11	12月19日 09:39:16	謝淑芬(C) (撥話者)	操仔000000 0000號 (以B稱呼) (撥話者)	C:才「二張」而已? B:啊? C:二張而已。 B:對呀。 C:是二張而已…好啦。
12	12月21日 12:48:20	謝淑芬(C)	操仔000000 0000號 (以B稱呼) (撥話者)	B:喂。 C:是。 B:我馬上過去妳那裡。 C:哦。 B:妳拿「二」下來。 C:哦，「二個」喔…。