

臺灣高等法院高雄分院刑事判決

113年度上訴字第550號

上訴人

即被告 張宏恩

指定辯護人 本院公設辯護人 謝弘章

上列上訴人因毒品危害防制條例案件，不服臺灣高雄地方法院113年度訴字第15號，中華民國113年6月13日第一審判決（起訴案號：臺灣高雄地方檢察署112年度偵字第41278號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

事 實

一、甲○○明知甲基安非他命係毒品危害防制條例所列之第二級毒品，不得非法持有、販賣，竟意圖營利，基於販賣第二級毒品甲基安非他命之犯意，分別於附表編號1至3所示之時間、地點，以附表編號1至3所示之方式及價格，販賣如附表編號1至3所示之甲基安非他命予劉志逢，共計3次，並收取價款。

二、案經高雄市政府警察局刑事警察大隊報告臺灣高雄地方檢察署檢察官偵查起訴。

理 由

一、證據能力：

(一)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至第159條之4之規定，而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。又刑事訴訟法第159條之5第1項所定傳聞之同意，乃基於當事人進行主義中之處分主義，藉由當事人「同意」之此一處分訴訟行為，與法院之介入審查其適當性要件，將

01 原不得為證據之傳聞證據，賦予其證據能力。倘當事人已於
02 準備程序或審判期日明示同意被告以外之人於審判外之陳述
03 作為證據，而其意思表示又無瑕疵，並經法院審查其具備適
04 當性之要件者，若已就該證據實施調查程序，即無許當事人
05 再行撤回同意之理，以維訴訟程序安定性、確實性之要求。
06 又此一同意之效力，既因當事人之積極行使處分權，並經法
07 院認為適當，自無許其撤回，即告確定，即令上訴至第二審
08 或判決經上級審法院撤銷發回更審，仍不失其效力（最高法
09 院 110 年度台上字第 5320 號判決意旨參照）。

10 (二)本件上訴人即被告甲○○（下稱被告）經本院合法傳喚均未
11 到庭，惟其於原審審理中就屬於傳聞證據部分已明示同意得
12 為證據（原審卷第 135 頁），檢察官於本院審理時亦同意有
13 證據能力，且於本院調查證據時，均已依法踐行調查證據程
14 序，本院審酌該等證據作成時情況，並無違法取證之瑕疵，
15 且無顯不可信之情形，復與待證事實具關聯性，以之作為證
16 據應屬適當，自均有證據能力。

17 二、認定犯罪事實所憑之證據及理由

18 (一)上開事實，業據被告於偵查、原審審理時坦承不諱（偵卷第 2
19 9 至 31 頁，原審訴字卷第 39 至 47 頁），核與證人即購毒者劉志
20 逢於警詢及偵查中之證述大致相符（警卷第 25 至 29 頁，偵卷
21 第 21 至 23、37 至 38 頁），並有被告與劉志逢之 LINE 對話紀錄
22 擷圖（見警卷第 47 至 52 頁）、警用監視器畫面擷圖（警卷第 53
23 至 59 頁）、劉志逢之正修科技大學超微量研究科技中心 112 年
24 7 月 25 日尿液檢驗報告（警卷第 61 頁）等件在卷可稽。另就被
25 告主觀犯意部分，其於原審審理時已供稱本件 3 次販毒均是
26 為了賺取量差等語明確（原審訴字卷第 43 頁），足認其主觀
27 上確有營利之意圖。是被告自白與事實相符，堪以採信。

28 (二)從而，本案事證明確，被告上開犯行，均堪認定。

29 三、論罪科刑

30 (一)核被告所為，就附表編號 1 至 3 部分，係犯毒品危害防制條例
31 第 4 條第 2 項之販賣第二級毒品罪（共 3 罪）。被告持有第二級

01 毒品甲基安非他命之低度行為，已為販賣之高度行為所吸
02 收，均不另論罪；被告所犯上開3次犯行，犯意各別，行為
03 互殊，應予分論併罰。

04 (二)刑之減輕事由：

05 1.按毒品危害防制條例第17條第2項規定，犯第4條至第8條之
06 罪於偵查及歷次審判中均自白者，減輕其刑。被告就其犯行
07 於偵查及原審審理中均坦承犯行，已如前述，爰依法減輕其
08 刑。

09 2.本案無毒品危害防制條例第17條第1項規定之適用

10 (1)按毒品危害防制條例第17條第1項規定，供出毒品來源，因
11 而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑。所謂供出毒品
12 來源，係指犯罪行為人供出毒品來源之人，或與其具有共同
13 正犯、共犯（教唆犯、幫助犯）關係之毒品由來之人，使調
14 查或偵查犯罪之公務員得據以對之發動調查或偵查程序，並
15 因此而確實查獲其人、其犯行者，始足該當（最高法院110
16 年度台上字第6148號判決意旨參照）。

17 (2)被告固供稱本案毒品來源為蔣宗宏等語。然其於警詢中供
18 稱：沒有蔣宗宏之的電話，亦無他的通訊軟體，都是直接去
19 他家找他等語（警卷第9頁），並未提供向蔣宗宏購買毒品
20 之相關資料及住居所。而警方依據被告所指證之情資，仍無
21 法掌握蔣宗宏販毒事證，故檢警未因被告之供述而查獲蔣宗
22 宏有何販賣毒品予被告之情事，有高雄市政府警察局刑事警
23 察大隊113年2月21日高市警刑大偵24字第11370365000號函
24 附卷可稽（原審訴字卷第59頁）；再經本院函詢結果，亦覆
25 稱：經查證蔣宗宏無聯絡電話、使用交通工具不明，無通聯
26 聯及聯繫販毒事項等，無從查起等語（本院卷第75頁），因
27 此，並無適用毒品危害防制條例第17條第1項規定之餘地。

28 3.辯護人雖以被告對於上開犯行均坦承不諱，除有偵審自白減
29 刑適用外，亦請考量憲法法庭112年度憲判字第13號判決意
30 旨提到販賣第二級毒品，應審酌被告之販毒數量、對價及犯
31 罪態樣等因素，始能達成罪刑相當，本件被告販賣毒品約定

01 之價金，各次均為新臺幣(下同)1,000元，販賣對象為同一
02 人，販賣時間僅半個月內，應有依刑法第59條酌減其刑之適
03 用云云。

04 (1)按刑法第59條酌量減輕其刑之規定，係推翻立法者之立法形
05 成，就法定最低度刑再予減輕，為司法之特權，乃立法者賦
06 予審判者之自由裁量權，俾就具體之個案情節，於宣告刑之
07 擇定上能妥適、調和，以濟立法之窮。適用上自應謹慎，未
08 可為常態，其所具特殊事由，應使一般人一望即知有可憫恕
09 之處，非可恣意為之。必須犯罪另有特殊之原因與環境，在
10 客觀上足以引起一般同情，認為即使予以宣告法定最低度
11 刑，猶嫌過重者，始有其適用。此所謂法定最低度刑，固包
12 括法定最低本刑，惟遇有其他法定減輕之事由者，則應係指
13 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
14 別有法定減輕事由者，應先適用法定減輕事由減輕其刑後，
15 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
16 仍嫌過重者，始得適用刑法第59條規定酌量減輕其刑（最高
17 法院107年度台上字第1111號判決意旨參照）。其次，憲法
18 法庭112年度憲判字第13號於112年8月11日判決，主文第1、
19 2項載明「一、毒品危害防制條例第4條第1項前段規定：

20 『……販賣第一級毒品者，處死刑或無期徒刑』，立法者基
21 於防制毒品危害之目的，一律以無期徒刑為最低法定刑，固
22 有其政策之考量，惟對諸如無其他犯罪行為，且依其販賣行
23 為態樣、數量、對價等，可認屬情節極為輕微，顯可憫恕之
24 個案，縱適用刑法第59條規定酌減其刑，仍嫌情輕法重，致
25 罪責與處罰不相當。於此範圍內，對人民受憲法第8條保障
26 人身自由所為之限制，不符憲法罪刑相當原則，牴觸憲法第
27 23條比例原則。司法院釋字第476號解釋，於此範圍內應予
28 變更；相關機關應自本判決公告之日起2年內，依本判決意
29 旨修正之」、「二、自本判決公告之日起至修法完成前，法
30 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
31 案，除依刑法第59條規定減輕其刑外，另得依本判決意旨減

01 輕其刑至二分之一」。

02 (2)本件被告為本案附表編號1至3販賣第二級毒品犯行，並非憲
03 法法庭112年度憲判字第13號判決所指之「販賣第一級毒
04 品」，本案得否逕予參酌該判決作為減刑之依據，已有疑
05 義。

06 (3)何況，被告雖於偵查及審判中坦承犯行，然其明知甲基安非
07 他命係國家所嚴格查禁之毒品，竟販賣甲基安非他命予他人
08 施用，助長毒品流通及擴散，犯罪所生危害非淺，影響國人
09 身心健康至深且鉅，依卷存證據資料，被告在112年6月21
10 日、同年6月30日及同年7月5日短時間內即販賣3次，並非偶
11 一為之，且係自主性決定價金、交付毒品，自為營利之主
12 體，而非臨時受託分擔部分販賣行為，從被告上開行為之原
13 因及環境，在客觀上難認有足以引起一般同情，而認有可憫
14 恕之情，再依前述，經依偵審中自白減輕其刑後，已無法重
15 情輕之情形，與112年度憲判字第13號判決旨趣不合，無從
16 依刑法第59條規定減輕其刑。

17 四、原審因認被告販賣第二級毒品之犯罪事證明確，而適用前揭
18 規定及說明，審酌被告明知甲基安非他命毒品具有成癮性及
19 濫用性，戕害身體健康甚鉅，竟為牟不法利益，而助長毒品
20 之流通，造成社會治安之潛在危險，惟念被告犯後坦承犯
21 行，態度尚可，復考量被告販賣毒品對象均為同1人、販賣
22 金額均為1,000元、販賣次數為3次，所獲利益非鉅，併斟酌
23 被告自陳之智識程度及家庭生活暨經濟狀況(因涉及隱私，
24 故不予揭露)；尚需扶養二名分別患有注意力不足過動症(混
25 合型)、發展遲緩之未成年子女及其配偶妊娠中、前因洗錢
26 防制法等案件，經該院以112年度金簡字第82號判決判處有
27 期徒刑3月，併科罰金2萬元確定等情，有臺灣高等法院被告
28 前案紀錄表在卷可查，素行非佳等一切情狀，就被告所犯各
29 罪，分別量處如附表所示宣告刑欄所示之刑(有期徒刑5年1
30 月、5年1月、5年1月)。另敘明：刑法第51條數罪併罰定執
31 行刑之立法方式，採限制加重原則，亦即非以累進加重之方

01 式定應執行刑，審酌被告所犯上開3罪，犯罪時間相距約半
02 月餘，交易對象為同1人，且犯罪手法相同，如以實質累進
03 加重之方式定應執行刑，則處罰之刑度顯將超過其行為之不
04 法內涵，而違反罪責原則，復考量因生命有限，刑罰對被告
05 造成之痛苦程度，係隨刑度增加而生加乘效果，而非以等比
06 方式增加，是以隨罪數增加遞減其刑罰之方式，當足以評價
07 被告行為之不法性之法理（即多數犯罪責任遞減原則），定
08 應執行刑為有期徒刑5年8月。

09 五、就沒收犯罪所得部分：則以被告販賣上開甲基安非他命予劉
10 志逢3次，其等就各次販賣之價金均合意為1,000元，購毒者
11 劉志逢雖指稱112年7月5日該次交易係交付1,000元予被告，
12 惟被告於審理時供稱：該次僅收取500元，尚有500元未給付
13 等語，本件又無其他證據可證購毒者劉志逢該次確已交付1,
14 000元，依罪證有疑唯利被告原則，應認該次交易被告所得
15 價金為500元。從而，被告3次販賣甲基安非他命之犯行，所
16 得價金分別為1,000元(2次)、500元(1次)，各應依刑法第38
17 條之1第1項前段規定，分別宣告沒收，因上開犯罪所得均未
18 據扣案，是併依刑法第38條之1第3項規定，諭知於全部或一
19 部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

20 六、經核原判決認事用法並無違誤，量刑亦屬允當，被告上訴意
21 旨仍主張原審未依刑法第59條酌減其刑，量刑不當云云，指
22 摘原判決量刑不當，為無理由，其上訴為無理由，應予駁
23 回。

24 七、被告經合法傳喚無正當理由未到庭，爰不待其到庭，由依檢
25 察官一造辯論而為判決。

26 據上論結，應依刑事訴訟法第368條、第371條，判決如主文。

27 本案經檢察官王勢豪提起公訴，檢察官李啟明到庭執行職務。

28 中 華 民 國 113 年 11 月 28 日

29 刑事第四庭 審判長法官 施柏宏

30 法官 林青怡

31 法官 李嘉興

01 以上正本證明與原本無異。

02 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
03 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
04 狀（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

05 中華民國 113 年 11 月 28 日

06 書記官 賴梅琴

07 附錄本判決論罪科刑法條：

08 毒品危害防制條例第4條第2項

09 製造、運輸、販賣第二級毒品者，處無期徒刑或十年以上有期徒
10 刑，得併科新臺幣一千五百萬元以下罰金。

11 附表：

12

編號	交易對象	交易方式	交易所得	行為人偵查中自白情形	原審宣告刑
	交易時間		相關書物證	交易對象指述情形	
	交易地點				
1	劉志達	甲○○於112年6月21日17時30分前某時許，以其通訊軟體LINE與劉志達聯絡毒品交易事宜而談妥交易條件後，甲○○於左列時間、地點，交付價值新臺幣（下同）1,000元、重量0.4公克之甲基安非他命1包予劉志達，並向劉志達收取1,000元。	1,000元	偵查（偵卷第29至30頁）	甲○○犯販賣第二級毒品罪，處有期徒刑五年壹月。未扣案之犯罪所得新臺幣壹仟元沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。
	112年6月21日17時30分許		LINE對話紀錄截圖（警卷第48至49頁）、監視器畫面截圖（警卷第53頁）		
	高雄市○○區○○路000巷0號			警詢（警卷第27至28頁）、偵查（偵卷第22頁、第38頁）	
2	劉志達	甲○○於112年6月29日15時25分許，以其通訊軟體LINE與劉志達聯絡毒品交易事宜而談妥交易條件後，甲○○於左列時間、地點，交付價值1,000元、重量0.4公克之甲基安非他命1包予劉志達，並向劉志達收取1,000元。	1,000元	偵查（偵卷第30頁）	甲○○犯販賣第二級毒品罪，處有期徒刑五年壹月。未扣案之犯罪所得新臺幣壹仟元沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。
	112年6月30日17時許		LINE對話紀錄截圖（警卷第50頁）、監視器畫面截圖（警卷第55頁）		
	高雄市○○區○○路000巷0號			警詢（警卷第27至28頁）、偵查（偵卷第22頁、第38頁）	
3	劉志達	甲○○於112年7月5日10時11分許，以其通訊軟體LINE與劉志達聯絡毒品交易事宜而談妥交易條件後，甲○○於左列時間、地點，交付價值1,000元、重量0.4公克之甲基安非他命1包予劉志達，並向劉志達收取500元，尚有500元未收取。	500元	警詢（警卷第8頁）、偵查（偵卷第30至31頁）	甲○○犯販賣第二級毒品罪，處有期徒刑五年壹月。未扣案之犯罪所得新臺幣伍佰元沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。
	112年7月5日19時許		LINE對話紀錄截圖（警卷第51頁）、監視器畫面截圖（警卷第59頁）		
	高雄市○○區○○路000巷0號			警詢（警卷第27至28頁）、偵查（偵卷第22頁、第38頁）	