

臺灣高等法院臺中分院刑事判決

111年度上訴字第96號

上訴人

即被告 陳世豪

選任辯護人 李秉哲律師（法律扶助律師）

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣苗栗地方法院110年度訴字第21號中華民國110年11月25日第一審判決（起訴案號：臺灣苗栗地方檢察署109年度偵字第5515號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於販賣第二級毒品部分（即原判決附表一編號2、3所示）均撤銷。

陳世豪被訴販賣第二級毒品部分，均無罪。

其餘上訴駁回。

犯罪事實

一、陳世豪明知海洛因係毒品危害防制條例第2條第2項第1款所列管之第一級毒品，不得非法販賣，竟意圖營利，基於販賣第一級毒品之犯意，以其所有之門號0000000000號行動電話（未扣案）作為聯絡工具，於民國109年4月29日中午12時57分59秒許，與欲購買第一級毒品海洛因之林○○所使用門號0000000000號行動電話進行聯繫，迨雙方談妥交易第一級毒品海洛因之事宜後，陳世豪即於109年4月29日下午1時12分許，前往苗栗縣頭份市中正路「新都市遊藝場」，販賣並交付第一級毒品海洛因1包予林○○，並向其收取新臺幣（下同）2000元，以此方式完成販賣第一級毒品之交易，陳世豪並從中牟利（原判決關於陳世豪轉讓禁藥部分，業據其於第二審程序撤回上訴而已確定，非本院審理範圍）。

二、案經苗栗縣警察局頭份分局報告臺灣苗栗地方檢察署檢察官偵查起訴。

理 由

甲、有罪部分：

01 壹、證據能力取捨之意見：

02 一、按被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，因檢察官代
03 表國家偵查犯罪時，原則上當能遵守法定程序，故於刑事訴
04 訟法第159條之1第2項明定「除顯有不可信之情況者外」，
05 得為證據。是以被告以外之人在檢察官偵查中所為之陳述，
06 原則上屬於法律規定為有證據能力之傳聞證據，於例外顯有
07 不可信之情況，始否定其得為證據。而當事人若主張「依法
08 具結」之陳述顯有不可信之情形者，本乎當事人主導證據調
09 查原則，即應負舉證責任（最高法院102年度台上字第39號
10 刑事判決參照）。本院以下所引述證人林○○於偵查中之證
11 述，並無證據證明有何強暴、脅迫、利誘等不正取供情形，
12 且經依法具結在案，參諸前揭說明，應由主張該項證據有何
13 顯不可信之一方負舉證責任，不能僅因其就證據能力有所爭
14 執，即可排除證據之適格性。上訴人即被告陳世豪（下稱被
15 告）及辯護人於本院準備程序中，就證人林○○之偵訊筆錄
16 僅泛稱為審判外陳述而無證據能力（詳參本院卷第139
17 頁），並未釋明有何顯不可信之外部情況，尚不得率謂上開
18 偵訊筆錄無證據能力。

19 二、又按依刑事訴訟法第159條之2規定，被告以外之人於司法警
20 察（官）調查中所為之陳述，與審判中不符時，必其警詢陳
21 述符合「具有較可信之特別情況」及「為證明犯罪事實存否
22 所必要者」，始有傳聞法則例外規定之適用。而所稱「為證
23 明犯罪事實存否所必要」，係指先前陳述之重要待證事實，
24 與審判中之陳述有所不符，而該審判外之陳述，係證明待證
25 之犯罪事實存在或不存在所不可或缺，亦即就具體案情及相
26 關卷證判斷，為發現實質真實目的，捨該項審判外之陳述，
27 已無從再就同一供述者取得相同之供述內容，縱以其他證據
28 代替，亦無從達到同一目的之情形者，始足當之（最高法院
29 （109年度台上字第3871號刑事判決參照）。證人林○○於
30 偵查、審判中所為證述內容詳盡，並無較諸警詢時簡略之情
31 形，且已足為判斷被告前揭犯行之認定基礎，故無捨除其於

01 警詢時之證述內容，即無從以其他證據取代之特殊情事。是
02 以證人林○○於警詢時之證述內容，既為被告以外之人於審
03 判外之陳述，屬傳聞證據，又不具刑事訴訟法第159條之2所
04 規定「為證明犯罪事實存否所必要」之要件，且被告及其辯
05 護人亦於本院準備程序時否認證人林○○於警詢時所為陳述
06 之證據能力（詳參本院卷第139頁），本院認證人林○○之
07 警詢陳述既不符合上開傳聞例外之規定，即應回歸適用刑事
08 訴訟法第159條第1項規定，而認無證據能力。

09 三、再按被告以外之人於審判外之陳述，雖不符刑事訴訟法第15
10 9條之1至第159條之4之規定，然經當事人於審判程序同意作
11 為證據，法院審酌該言詞陳述作成時之情況，認為適當者，
12 亦得為證據；當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，
13 知有刑事訴訟法第159條第1項不得為證據之情形，而未於言
14 詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同意，刑事訴訟法
15 第159條之5定有明文。而刑事訴訟法第159條之5立法意旨，
16 在於確認當事人對於傳聞證據有處分權，得放棄反對詰問
17 權，同意或擬制同意傳聞證據可作為證據，屬於證據傳聞性
18 之解除行為，如法院認為適當，不論該傳聞證據是否具備刑
19 事訴訟法第159條之1至第159條之4所定情形，均容許作為證
20 據，不以未具備刑事訴訟法第159條之1至第159條之4所定情
21 形為前提。此揆諸「若當事人於審判程序表明同意該等傳聞
22 證據可作為證據，基於證據資料愈豐富，愈有助於真實發見
23 之理念，此時，法院自可承認該傳聞證據之證據能力」立法
24 意旨，係採擴大適用之立場。蓋不論是否第159條之1至第15
25 9條之4所定情形，抑當事人之同意，均係傳聞之例外，俱得
26 為證據，僅因我國尚非採澈底之當事人進行主義，故而附加
27 「適當性」之限制而已，可知其適用並不以「不符前四條之
28 規定」為要件。惟如符合第159條之1第1項規定之要件而已
29 得為證據者，不宜贅依第159條之5之規定認定有證據能力
30 （最高法院104年度第3次刑事庭會議決議參照）。本案下列
31 所引用其他被告以外之人於審判外陳述，並無符合刑事訴訟

01 法第159條之1第1項規定之情形，且公訴人、被告、辯護人
02 於本院依法調查上開證據之過程中，均已明瞭其內容而足以
03 判斷有無刑事訴訟法第159條第1項不得為證據之情事，惟並
04 未於言詞辯論終結前聲明異議，且被告、辯護人更於本院審
05 理程序時就證據能力部分表示沒有意見，或僅爭執證明力
06 （詳參本院卷第323至327頁）。本院審酌上開陳述作成時之
07 情況，並無違法取證之瑕疵，認以之作為證據為適當，參諸
08 上開規定，應具有證據能力。

09 四、復按刑事訴訟法第159條至第159條之5有關傳聞法則之規
10 定，乃對於被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述所為之
11 規範；至非供述證據之物證，或以科學、機械之方式，對於
12 當時狀況所為忠實且正確之記錄，性質上並非供述證據，應
13 無傳聞法則規定之適用，如該非供述證據非出於違法取得，
14 並已依法踐行調查程序，即不能謂其無證據能力。本案下引
15 之非供述證據，均與本案待證事實具有關聯性，公訴人、被
16 告、辯護人皆不爭執其證據能力，且無證據證明有何偽造、
17 變造或公務員違法取得之情事，復經本院依法踐行調查證據
18 程序，自得作為證據，而有證據能力。

19 貳、實體認定之依據：

20 一、訊據被告矢口否認有於上開時、地販賣第一級毒品海洛因予
21 林○○，並辯稱：我於109年4月29日與林○○聯絡完畢之
22 後，並沒有跟他見面，林○○當時是要叫我女朋友介紹女孩子
23 給他，而且在電話中我們是用客家話在討論，卷附通訊監
24 察譯文內容與我們當天用客家話之對談並不相同等語。選任
25 辯護人則提出辯護意旨略以：依本案起訴書所附證據清單可
26 知，員警並未查扣任何毒品、磅秤、分裝工具、金錢，亦無
27 關於林○○之尿液檢驗紀錄，無從證實林○○確有施用海洛
28 因，則被告是否確有販賣第一級毒品海洛因之罪嫌，即有疑
29 慮。而監聽譯文並非最高法院認定之客觀證據，必須要有其
30 他補強證據，才能證實監聽譯文之內容為真正，本案監聽譯
31 文並未出現毒品之相關詞彙，且偵查機關又未提出「女孩

01 子」即為海洛因代號之佐證，無從僅憑監聽譯文推論出被告
02 確有販賣第一級毒品之犯行。而證人林○○固然在偵查中證
03 述被告販賣毒品之行為，然而在原審行交互詰問時，證人林
04 ○○已表明並未與被告進行毒品交易，且被告本身是施用甲
05 基安非他命之成癮者，平日並未施用海洛因，根本沒有海洛
06 因可以交付給他人等語。

07 二、惟查：

08 (一) 證人林○○於109年7月21日接受檢察官偵訊時具結證稱：
09 「(問：《提示109年4月【偵訊筆錄誤載為3月】29日1
10 3：02：25通訊監察譯文》是否為你與陳世豪間對話?)
11 是，我是用門號0000000000號打電話給門號0000000000陳
12 世豪的電話」、「(問：此次通話完畢後是否有交易毒
13 品?)有，我說一張、兩張是指新臺幣1000、2000元，因
14 為我後來都習慣施用海洛因，很少用安非他命，我們通話
15 完以後約10分鐘，我就騎機車去頭份的新都市遊藝場找陳
16 世豪，我就拿2000元給陳世豪，他給我1小包0.2公克的海
17 洛因。我們是在遊藝場外面的騎樓下交易，當時只有我們
18 在，我去的時候陳世豪就已經在遊藝場裡面打電動」、「
19 「(問：如何知道陳世豪有海洛因可以拿?)我跟陳世豪
20 是在彰化監獄認識的，他好像因為毒品販賣被關。後來我
21 們在頭份遇到，他就說如果需要可以聯絡他，我們有時候
22 會一起出去喝酒，但我們沒有毒品以外的金錢往來。我跟
23 他也沒有私人恩怨或債務糾紛」等語(詳參他字第285號
24 卷五第2至4頁)。且證人林○○於原審審理時亦證稱：我
25 與被告除了買毒品，就沒有其他的來往，通常我撥電話給
26 被告，就是問他有沒有毒品，而被告先前跟我提到有需要
27 可以找他，指的是第一、二級毒品，被告知道我是在施用
28 第一級毒品海洛因，他說他沒有施用海洛因，可是他可以
29 幫我處理，也就是跟人家調海洛因等語(詳參原審卷一第
30 217至219頁)。依證人林○○前揭於偵訊及原審之證述可
31 知，被告先前業已向林○○釋出可以與其聯繫洽購第一級

01 毒品海洛因之訊息，且被告本身雖未施用海洛因，仍可為
02 林○○調貨處理，而林○○於109年4月29日撥打電話與被
03 告聯絡之目的，即係意欲購買價值2000元之海洛因，此外
04 其等2人別無其他往來。

05 (二) 按施用毒品者因供出其毒品來源而破獲該上游供應人，得
06 依毒品危害防制條例第17條第1項規定減輕其刑，為避免
07 其損人以利己而為不實供述，固須有其他證據資為補強，
08 不容遽爾輕信，然如已確有於毒品交易之際，經依法監聽
09 所取得之通訊監察證據資料，補強其供述證據之憑信性，
10 即難謂施用毒品者之指述毒品來源係無稽之談，亦不以補
11 強供述內容之全部為必要，自非不能憑為認定上游販賣毒
12 品人犯罪之證據（最高法院99年度台上字第5878號刑事判
13 決參照）。而買賣毒品係非法交易，其間聯絡，具隱密及
14 特殊信賴關係，販賣毒品復係政府嚴予查緝之違法行為，
15 偵查機關時以依法核發之通訊監察作為偵查手段，毒品交
16 易者，為免遭查緝風險，常以買賣雙方始知或晦暗不明之
17 用語，替代毒品交易之重要訊息（如種類、數量、金額）。
18 依卷附通訊監察譯文所示，林○○以門號00000000
19 00號行動電話，於109年4月29日中午12時57分59秒許，撥
20 打被告所使用之門號0000000000號行動電話，由被告主動
21 詢問「你要出來了嗎」、「你不是要」等語，林○○隨即
22 答稱「我要女孩子啊」、「你有嗎」，被告回應「你過來
23 我就會想辦法弄給你，我要現喔」、「你要幾張現」，林
24 ○○覆稱「1張啊，2張啦」，被告聽聞後表示「2張喔，
25 好」，其後林○○提醒被告「喂，阿豪，先聯絡啦」，被
26 告答稱「我，早就在我旁邊了啦」等語（詳參偵字卷第99
27 頁，原審卷一第199頁），並經本院於審理期日當庭勘驗
28 通訊監察光碟確認無訛（詳參本院卷第321至322頁），復
29 有臺灣苗栗地方法院109年聲監續第69號通訊監察書及電
30 話附表在卷可憑（監察期間：109年4月9日10時起至109年
31 5月8日10時止，監聽電話：0000000000，詳參偵字卷第29

01 9、301頁，原審卷一第145、147頁）。而證人林○○於原
02 審審理時亦證稱：通訊監察譯文中所稱「女孩子」指的就是
03 海洛因，「要現」指的是要現金，「1張」、「2張」指
04 的是多少錢的毒品，1張是指1000元，2張就是2000元，
05 「早就在我旁邊了啦」指的應該是被告幫我拿的毒品在旁
06 邊，以我的理解，是被告已經準備好毒品了等語（詳參原
07 審卷一第215、228、229頁），此與司法審判實務上常見
08 販毒者與購毒者在電話聯繫過程中，為躲避員警查緝而以
09 毒品外觀型態作為暗語，亦即海洛因多研磨成細粉狀，而
10 以「女的」、「細的」、「軟的」相稱，至於甲基安非他
11 命則為結晶顆粒狀，故而暱稱「男的」、「粗的」、「硬
12 的」，又以「1張」、「2張」等紙鈔數量暗指購毒價款之
13 多寡等情，互核相符，足徵證人林○○前揭所稱其於案發
14 當日係以電話向被告洽購價值2000元之第一級毒品海洛因
15 等情，已有上開通訊監察書及通訊監察譯文可資為憑，且
16 在對話中確有提及毒品種類及交易數量之暱稱或暗語，足
17 以佐證其居於購毒者地位所為不利於被告證詞之真實性，
18 本院自無逕予摒棄不採之理。

19 （三）被告雖辯稱：林○○當時是要叫我女朋友介紹女孩子給
20 他，且卷附通訊監察譯文內容與我們當天用客家話之對談
21 並不相同等語；惟被告與林○○前述通話內容，業經本院
22 當庭播放通訊監察光碟勘驗屬實，其內容與卷附通訊監察
23 譯文並無不符（詳參本院卷第321至322頁），已如前述，
24 並無被告所稱係以客家話進行對談，或對話內容迥異於通
25 訊監察譯文之特殊情形。且林○○在上開對話中，倘若有
26 意要求被告介紹女子給其認識，數量單位應為「1名、2
27 名」、「1位、2位」或「1個、2個」，被告豈會以「你要
28 幾張現」、「2張喔」之奇特用語予以回應？被告又何以
29 就林○○所欲結識女子之性格、年齡、職業、學經歷、身
30 材等內、外在交友條件未置一詞？且林○○果真只是希冀
31 被告介紹女子，以利雙方相互結識，應屬成年男子之尋常

01 社交行為，無涉刑事不法，被告與林○○何須使用上開隱
02 晦不明之簡短語句以圖掩飾？顯見其等2人所談內容，絕
03 非正當合法之商品交易或人際往來。被告徒以前揭情詞置
04 辯，實屬無稽，不足採信。又被告與林○○上開通訊監察
05 譯文內容，既以「女孩子」暗指第一級毒品海洛因，而以
06 「2張」表示價值2000元之毒品，業經本院詳予論述如
07 前，核屬與毒品交易具有相當程度關聯性之對話，足以表
08 彰被告當時正在進行販賣毒品種類及數量之約定，乃構成
09 販賣第一級毒品罪之核心事實，已足獨立作為證人林○○
10 前揭指證被告販毒行為之補強證據，此與僅有單純相約見
11 面或對話閒聊而未提及任何毒品暗語之情形究屬有別。是
12 以選任辯護人所稱：卷附通訊監察譯文須有其他補強證
13 據，才能證實其內容為真正，且譯文中並未出現毒品之相
14 關詞彙，無從證明「女孩子」即為海洛因代號等語，顯係
15 任憑其一己之說詞，恣意詮釋於己有利之證據法則，並率
16 然指摘本案欠缺補強證據，至有未洽，實非可取。

17 (四) 又證人林○○雖於原審審理時改稱：案發當天我本來是要
18 拿錢給被告，叫他幫我拿毒品，而且在打完電話後就去
19 「新都市遊藝場」要找被告，我到那邊的時候，沒有找到
20 被告，他那天沒有去等語（詳參原審卷一第215、227
21 頁），此與證人林○○先前於偵訊時所述在上址遊藝場外
22 完成交易，並取得重約0.2公克之第一級毒品海洛因等情
23 已有未合，尚難遽信屬實。而依被告與林○○於交易前10
24 分鐘之對話內容觀察，林○○以門號0000000000號行動電
25 話，於109年4月29日下午1時02分25秒許，撥打被告所使
26 用之門號0000000000號行動電話，向被告詢問「我現在在
27 家裡要出來，你在哪」，被告答稱「我在新都市等你」等
28 語（詳參偵字卷第99頁，原審卷一第199頁），足認被告
29 於本案進行毒品交易前，已先抵達「新都市遊藝場」等候
30 林○○到來，應無證人林○○於原審審理時所稱被告當天
31 沒有前往該遊藝場赴約之情形。且依林○○於案發當天中

01 午12時57分、下午1時02分，僅間隔5分鐘即以電話探詢確
02 認被告所在位置之行為反應，可知林○○當時對於毒品之
03 需求極為殷切；倘被告果真並未依約現身於「新都市遊藝
04 場」，並販售第一級毒品海洛因予林○○以解其毒癮，對
05 照林○○前述密集聯繫以確保毒品供應無虞之習性，當無
06 可能毫無任何追問、查找被告下落之舉動。惟依前述通訊
07 監察譯文所示，未見林○○於案發當日下午1時02分之
08 後，再有與被告通話聯繫之紀錄。從而可知，證人林○○
09 於原審翻異前詞，改稱109年4月23日當天並未見到被告而
10 無法完成毒品交易，隨即跟別人拿毒品等語（詳參原審卷
11 一第230頁），明顯悖於事理，應屬事後迴護被告之詞，
12 難以採信，仍應以其偵訊時所述已經與被告一手交錢、一
13 手交貨而完成毒品交易乙節較符真實，足可憑採。

14 （五）再按非法販賣毒品之犯行，並不以當場查扣電子磅秤、帳
15 冊等物為必要之證明方法。販毒之交易型態，有所謂「大
16 盤」、「中盤」或「小盤」之分。其中「大盤」或「中
17 盤」者，倘時機掌握得宜，或可查獲電子磅秤、帳冊、分
18 裝袋等販賣工具，然在「小盤」與「偶發」之零星交易，
19 因係一手交錢，一手交貨，交易方法簡單，對象不多，並
20 非必然使用販賣工具（最高法院105年度台上字第2421號
21 刑事判決參照）。選任辯護人雖謂本案並未扣得毒品、磅
22 秤、分裝工具、金錢，且無關於林○○之尿液檢驗紀錄在
23 卷可憑，因而主張不足以認定被告確有販賣第一級毒品之
24 事實；惟依現存證據資料觀之，被告僅係零星從事毒品交
25 易，顯非位居毒品供應鏈中、上層之「大盤」或「中
26 盤」，參諸前揭說明，本案縱使未能為警扣得未及售出之
27 毒品及分裝秤量工具，亦不能據此認定被告並未從事販賣
28 第一級毒品犯行。況本案發生時間係109年4月29日，迨員
29 警追查發現被告販售毒品之對象，並通知證人林○○於10
30 9年7月21日前來警局製作筆錄時，時間相距已將近3個月
31 之久，被告當時收受林○○所交付之2000元購毒價金，理

01 應早已與其他金錢混合難辨，而林○○縱使經由員警採其
02 尿液送驗，衡諸一般施用毒品者體內代謝毒品之速率與最
03 大檢出時限，亦無可能於林○○尿液中驗出被告所販售並
04 殘留之海洛因成分，仍不得憑此而為有利於被告之認定。

05 (六) 又按販賣毒品罪，係以行為人主觀上有營利之意圖，客觀
06 上將毒品價售或有償讓與他人為其構成要件，若行為人主
07 觀上並無營利之意圖，即與販賣毒品罪之構成要件不相符
08 合（最高法院102年度台上字第2541號刑事判決參照）。
09 而販賣毒品係違法行為，非可公然為之，亦無公定價格，
10 且容易分裝、增減份量，而買賣之價格，可能隨時依交易
11 雙方關係之深淺、購毒者之資力、需求量及對行情之認
12 知、毒品來源是否充裕、查緝是否嚴謹、風險大小等情
13 形，而異其標準，非可一概而論，從而販賣之利得，除販
14 賣之價量俱臻明確外，委難察得實情，然販賣者從價差或
15 量差中牟利之方式雖異，其意圖營利之販賣行為則無二
16 致。又毒品量微價高，取得不易，政府懸為厲禁，凡販賣
17 毒品者，苟無利益可圖，應無甘冒危險，而平價供應他人
18 施用之理，因此其取得毒品之價格必較出售之價格低廉，
19 或以同一價格售賣而減少毒品之份量，而從中賺取差價牟
20 利無疑（最高法院103年度台上字第3180號刑事判決參
21 照）。被告與購毒者林○○並非誼屬至親，竟甘冒遭到查
22 緝判處重刑之危險，販賣第一級毒品海洛因並交付予林○
23 ○，而收取對價2000元，顯見上述犯行對被告而言應屬有
24 利可圖，始願為之，堪認其販賣上開毒品確有從中獲利之
25 意圖甚明。

26 三、綜上所陳，被告及辯護人前揭所辯均有未洽，不足為取。另
27 被告於本院審理時雖聲請傳喚證人張○○，欲證明其與林○
28 ○透過電話聯繫之過程中，證人張○○為被告之女友，當時
29 也在被告旁邊，得悉林○○打電話之目的確實是要找女生
30 （詳參本院卷第328頁）。惟被告於案發當時與林○○之通
31 話內容，已有卷附通訊監察譯文足資為憑，根本無須另行傳

訊在旁之其他友人，以查明被告與林○○談及事項之具體情節；且證人張○○並未與林○○直接對話，無從向林○○徵詢探問其撥打電話之用意為何，即令證人張○○間接得悉被告所轉述之對話內容，亦非親自見聞之客觀事實，難認與本案待證事實有何重要關係。本院依刑事訴訟法第163條之2第2項第2款之規定認無調查必要，應予駁回被告傳訊證人張○○之聲請。從而，本案事證已臻明確，被告上開販賣第一級毒品之犯行堪以認定，應予依法論科。

參、新舊法比較：

一、按行為後法律有變更者，適用行為時之法律，但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律，刑法第2條第1項定有明文。查被告行為後，毒品危害防制條例第4條第1項於109年1月15日經總統以華總一義字第10900004091號令修正公布，並自公布後6個月即109年7月15日起施行。修正前毒品危害防制條例第4條第1項係規定：「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，得併科新臺幣二千萬元以下罰金」，修正後之規定則為：「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，得併科新臺幣三千萬元以下罰金」。兩相對照修正前、後之上開條文，毒品危害防制條例第4條第1項之犯罪構成要件雖未變更，然修正後之規定已提高其法定刑（併科罰金）之上限，對於被告顯然較為不利。

二、經比較新舊法之結果，修正後毒品危害防制條例第4條第1項之規定既未較有利於被告，依刑法第2條第1項前段之規定，就被告販賣第一級毒品犯行，應適用行為時法即修正前毒品危害防制條例第4條第1項之規定論處。

肆、論罪科刑：

一、查海洛因為毒品危害防制條例第2條第2項第1款所列管之第一級毒品。核被告所為，係犯修正前毒品危害防制條例第4條第1項之販賣第一級毒品罪。

二、又按行為人持有毒品之目的，既在於販賣，不論係出於原始

01 持有之目的，抑或初非以營利之目的而持有，嗣變更犯意，
02 意圖販賣繼續持有，均與意圖販賣而持有毒品罪之要件該
03 當，且與販賣罪有法條競合之適用，並擇販賣罪處罰（最高
04 法院106年度台上字第3717號刑事判決參照）。則被告就上
05 開犯行，係基於販賣之目的而持有第一級毒品海洛因，且嗣
06 經售出，均已該當於意圖販賣而持有第一級毒品罪之構成要
07 件，僅因法條競合而擇法定刑較重之販賣第一級毒品罪處
08 罰，被告意圖販賣而持有海洛因之輕度行為，應為法定刑較
09 重之販賣第一級毒品罪所吸收，不另論罪。

10 三、而起訴書雖記載被告先前所犯竊盜、販賣毒品案件，經法院
11 裁定應執行有期徒刑7年4月確定，已於108年6月5日執行完
12 畢，則被告於本案之販賣第一級毒品犯行係於前案執行完畢
13 後5年內故意再犯，應依刑法第47條第1項之規定論以累犯並
14 加重其刑（詳參起訴書第1、3頁）。惟被告前因販賣第二級
15 毒品、施用第二級毒品、竊盜等罪，經原審法院102年度聲
16 字第316號裁定應執行有期徒刑7年4月確定；又因施用第二
17 級毒品案件，經原審法院102年度聲字第211號裁定應執行有
18 期徒刑11月確定；上開2案接續執行，先執行首揭有期徒刑7
19 年4月之刑期（預計自101年4月12日起至108年6月5日止），
20 再執行其後所處有期徒刑11月之刑期（預計自108年6月6日
21 起至109年5月5日止）。惟被告於108年2月27日即已假釋付
22 保護管束出監，本應至109年2月29日假釋期間始行屆滿，卻
23 於保護管束期內另犯他罪而遭撤銷假釋，尚餘殘刑有期徒刑
24 1年2日，有臺灣高等法院被告前案紀錄表在卷可按。則被告
25 於108年2月27日假釋出監時，前述有期徒刑7年4月尚未執行
26 完畢，遑論等待接續執行之有期徒刑11月刑期。是以被告於
27 109年4月29日涉犯本案販賣第一級毒品罪，並非於前案所處
28 有期徒刑執行完畢後5年內故意再犯，尚不符合刑法第47條
29 第1項累犯加重其刑之規定。檢察官前揭所認容有誤會，特
30 此敘明。

31 四、復按刑之量定，為求個案裁判之妥當性，法律固賦予法院裁

01 量權，但此項裁量權之行使，除應依刑法第57條規定，審酌
02 行為人及其行為等一切情狀，為整體之評價，並應顧及比例
03 原則與平等原則，使罪刑均衡，輕重得宜，以契合社會之法
04 律感情。刑法第59條規定犯罪之情狀可憫恕者，得酌量減輕
05 其刑，其所謂「犯罪之情狀」，與同法第57條規定科刑時應
06 審酌之一切情狀，並非有截然不同之領域，於裁判上酌減其
07 刑時，應就犯罪一切情狀（包括第57條所列舉之10款事
08 項），予以全盤考量，審酌其犯罪有無可憫恕之事由（即有
09 無特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般人之同情，以
10 及宣告法定最低度刑，是否猶嫌過重等等），以為判斷。而
11 按修正前毒品危害防制條例第4條第1項販賣第一級毒品罪之
12 法定刑為「處死刑或無期徒刑；處無期徒刑者，得併科新臺
13 幣二千萬元以下罰金」，然同為販賣第一級毒品之人，其原
14 因動機不一，犯罪情節未必盡同，或有大盤毒梟者，亦有
15 中、小盤之分，甚或僅止於吸毒者友儕間為求互通有無之有
16 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
17 異，法律科處此類犯罪，所設之法定最低本刑卻同為「死刑
18 或無期徒刑」，不可謂不重，自非不可依客觀之犯行與主觀
19 之惡性二者加以考量其情狀，是否有可憫恕之處，適用刑法
20 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
21 當，符合比例原則。觀諸被告所涉販賣第一級毒品罪之犯案
22 情節，其販賣對象僅有林○○1人，且實際收得之販毒金額2
23 000元尚非甚鉅，被告因一時貪念，致罹法定本刑為死刑或
24 無期徒刑重典之犯行，固屬非是，然本案尚無證據證明被告
25 為從事大量毒品走私進口或長期販賣毒品之所謂「大盤」、
26 「中盤」之販毒者，相對於販賣毒品之所謂「大盤」、「中
27 盤」之販毒者而言，被告前揭所為販賣第一級毒品犯行，對
28 於社會治安及國民健康之危害應較輕微，倘量處法定最低刑
29 度即無期徒刑，實屬過苛，而在客觀上足以引起一般人之同
30 情，尚堪憫恕，爰依刑法第59條規定，酌量減輕其刑。

31 伍、維持原判決之理由：

01 一、原審審理結果，認為被告前揭販賣第一級毒品罪之事證明
02 確，適用修正前毒品危害防制條例第4條第1項、第19條第1
03 項、刑法第11條、第59條、第38條第4項、第38條之1第1項
04 前段、第3項等規定，並以行為人之責任為基礎，審酌被告
05 明知毒品不僅殘害施用者自身健康，因施用毒品而散盡家
06 財、連累家人，或為購買毒品鋌而走險者，更不可勝計，惟
07 被告竟為謀個人私利，而販賣第一級毒品予林○○，助長施
08 用毒品之歪風，其行為實有可議；並考量被告犯罪之手段、
09 販賣毒品之次數、販賣毒品所獲得之對價、數量等犯罪情
10 節，並審酌被告於原審審理時自述之生活狀況、智識程度為
11 國中畢業、從事鐵工，日薪約1500元之經濟狀況、尚有母
12 親、妹妹待其扶養之家庭狀況等一切情狀，量處有期徒刑15
13 年6月。並就沒收部分說明：被告因販賣第一級毒品犯行，
14 而向林○○收受之2000元，雖未扣案，然其既係被告犯修正
15 前毒品危害防制條例第4條第1項之犯罪所得，不問其中成本
16 若干，利潤多少，應依刑法第38條之1第1項前段、第3項規
17 定，宣告沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，
18 追徵其價額。而未扣案之廠牌不詳之行動電話1支（含門號0
19 000000000號SIM卡1枚），係被告所有且為其向電信公司申
20 請使用，既屬被告於本案持以與林○○聯絡之用，乃供其犯
21 修正前毒品危害防制條例第4條第1項販賣第一級毒品罪所用
22 之物，且無證據顯示業已滅失，應依毒品危害防制條例第19
23 條第1項規定，宣告沒收，並依刑法第38條第4項，諭知於全
24 部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。經核原
25 審就此部分業已詳予說明認定被告犯罪所憑證據及論述理
26 由，所為認事用法均無違誤，量刑亦屬妥適。

27 二、被告提起上訴猶執前詞否認販賣第一級毒品罪，惟被告及選
28 任辯護人上開辯解如何不足採信，業經本院逐一論述指駁如
29 上，毋待贅言。被告無視於卷附通訊監察譯文業已呈現交易
30 毒品種類、數量之相關暗語，徒以其在對話中之真意是要幫
31 林○○介紹「女孩子」等語為辯，卻始終無法合理解釋何以

01 出現「要現」、「幾張」等無關於一般交友情節之對話，足
02 認證人林○○於原審審理時所稱前述暗語皆與交易第一級毒
03 品有關等情，較屬可採。至於證人林○○於原審雖改稱被告
04 當日並未赴約，然此部分核與其於偵訊時明確證述之內容不
05 相吻合，且依卷附通訊監察譯文觀之，被告早已表明在「新
06 都市遊藝場」等候林○○前來，益徵證人林○○其後翻異前
07 詞難認屬實，應係基於迴護被告之動機，無足採信。被告於
08 本案偵審期間始終否認上述犯行，一再錯失自白減刑之契
09 機，且其已有因販賣毒品案件入監服刑之前案紀錄，仍未見
10 警惕而重蹈覆轍，原審因而判處有期徒刑15年6月之刑期，
11 已屬寬厚，並無違反比例原則或罪刑相當原則之可言。準此
12 以言，被告仍以上開否認販賣第一級毒品之辯解，質疑原判
13 決認事用法不當，並請求本院撤銷原判決而改為無罪之諭
14 知，尚屬無憑，不足為採，被告就此部分所提上訴為無理
15 由，應予駁回。

16 乙、無罪部分：

17 一、公訴意旨另以：被告意圖營利，基於販賣第二級毒品之犯
18 意，以其所有之門號0000000000號行動電話作為聯絡工具，
19 與欲購買第二級毒品甲基安非他命之謝○○所使用門號為00
20 00000000號行動電話進行聯繫，迨雙方談妥交易第二級毒品
21 甲基安非他命之事宜後，被告即於109年3月13日下午3時58
22 分許，前往苗栗縣頭份市中山路某土地公廟旁，販賣並交付
23 第二級毒品甲基安非他命因1包予謝○○，並向其收取1000
24 元，以此方式完成販賣第二級毒品之交易，被告並從中牟
25 利。被告又意圖營利，基於販賣第二級毒品之犯意，以其所
26 有之門號0000000000號行動電話作為聯絡工具，與欲購買第
27 二級毒品甲基安非他命之顏○○所使用門號為0000000000號
28 行動電話進行聯繫，迨雙方談妥交易第二級毒品甲基安非他
29 命之事宜後，被告即於109年3月23日下午3時許，前往苗栗
30 縣頭份市中山路某土地公廟旁，販賣並交付第二級毒品甲基
31 安非他命因1包予顏○○，並向其收取500元，以此方式完成

01 販賣第二級毒品之交易，被告並從中牟利。因認被告就此部
02 分另涉修正前毒品危害防制條例第4條第2項之販賣第二級毒
03 品罪嫌（共2罪）等語。

04 二、按犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實；不
05 能證明被告犯罪者，應諭知無罪之判決，刑事訴訟法第154
06 條第2項、第301條第1項分別定有明文。次按基於無罪推定
07 原則，被告犯罪之事實應由檢察官提出證據，並指出證明方
08 法加以說服，使法院達於確信之程度，始得為被告有罪之認
09 定，否則即應諭知被告無罪，由檢察官蒙受不利之訴訟結
10 果，此為檢察官於刑事訴訟個案中所負之危險負擔，即實質
11 舉證責任。而被告否認犯罪，並不負任何證明責任，僅於訴
12 訟進行過程中，因檢察官之舉證，致被告將受不利益之判斷
13 時，被告為主張犯罪構成要件事實不存在而提出某項有利於
14 己之事實時，始需就其主張提出或聲請法院調查證據，然僅
15 以證明該有利事實可能存在，而動搖法院因檢察官之舉證對
16 被告所形成之不利心證為已足，並無說服使法院確信該有利
17 事實存在之必要。此為被告於訴訟過程中所負僅提出證據以
18 踐行立證負擔，而不負說服責任之形式舉證責任，要與檢察
19 官所負兼具提出證據與說服責任之實質舉證責任有別。苟被
20 告依其形式舉證責任所聲請調查或提出之證據，已證明該有
21 利事實具存在可能性，即應由檢察官進一步舉證證明該有利
22 事實確不存在，或由法院視個案具體狀況之需，裁量或基於
23 義務依職權行補充、輔佐性之證據調查，查明該事實是否存
24 在；否則，法院即應以檢察官之舉證，業因被告之立證，致
25 尚未達於使人產生對被告不利判斷之確信，而逕為有利於被
26 告之認定，不得徒以被告所提出之證據，尚未達於確切證明
27 該有利事實存在，遽為不利於被告之判決（最高法院100年
28 度台上字第6294號刑事判決參照）。

29 三、再按有罪之判決書應於理由內記載認定犯罪事實所憑之證據
30 及其認定之理由，刑事訴訟法第310條第1款定有明文。而犯
31 罪事實之認定，係據以確定具體的刑罰權之基礎，自須經嚴

01 格之證明，故其所憑之證據不僅應具有證據能力，且須經合
02 法之調查程序，否則即不得作為有罪認定之依據。倘法院審
03 理之結果，認為不能證明被告犯罪，而為無罪之諭知，即無
04 前揭第154條第2項所謂「應依證據認定」之犯罪事實之存
05 在。因此，同法第 308條前段規定，無罪之判決書只須記載
06 主文及理由。而其理由之論敘，僅須與卷存證據資料相符，
07 且與經驗法則、論理法則無違即可，所使用之證據亦不以具
08 有證據能力者為限，即使不具證據能力之傳聞證據，亦非不
09 得資為彈劾證據使用。故無罪之判決書，就傳聞證據是否例
10 外具有證據能力，無須於理由內論敘說明（最高法院100年
11 度台上字第2980號刑事判決參照）。本案就此部分經審理後
12 既為無罪之判決（詳如後述），依據前揭最高法院所採見
13 解，本院爰不就後述證據資料是否具有證據能力等程序事
14 項，再於理由中逐一論述，先此敘明。

15 四、檢察官認被告涉犯上開販賣第二級毒品罪，無非係以證人謝
16 ○○、顏○○於警詢及偵查中之證述，並有門號0000000000
17 號行動電話通訊監察譯文、臺灣苗栗地方法院通訊監察書等
18 在卷可憑，為其主要論據。訊據被告堅決否認有何販賣第二
19 級毒品之犯行，並辯稱：我於109年3月13日有與謝○○碰
20 面，而且謝○○要請我喝酒，我跟他見面以後有聊天，我還
21 問謝○○有無甲基安非他命可以送給我或是賣給我，結果他
22 那邊沒有毒品，我們聊完天以後就沒有做其他事。至於109
23 年3月23日我與顏○○講完電話以後並未碰面，而是在隔日
24 也就是同年月24日，顏○○直接跑來我女友家，我私下詢問
25 他有沒有第二級毒品甲基安非他命可以拿，但是顏○○也沒
26 有毒品可以給我等語。

27 五、經查：

28 （一）證人謝○○於警詢、偵訊時雖均證稱：我先前跟被告已經
29 先講好，之後如果要碰面就直接約在頭份市中山路的土地
30 公廟，並且說電話裡面不要講到地點，這次通完電話我就
31 過去土地公廟跟被告見面，我拿1000元給被告，他就馬上

01 拿1包甲基安非他命給我等語（詳參他字第285號卷五第35
02 至36、53至54頁）；另證人顏○○於警詢及偵訊時亦表
03 示：被告有於109年3月23日前來交易毒品，我拿500元給
04 被告，被告就撥打電話叫朋友送甲基安非他命過來，再由
05 被告將毒品交給我等語（詳參他字第285號卷五第9至12、
06 28至29頁）。惟證人謝○○於原審審理時已改稱：我在10
07 9年3月13日有打電話給被告，但是沒有購買甲基安非他
08 命，我的警詢筆錄是因為當時服用毒品神智不清才這樣講
09 的，實際上我沒有看過被告賣毒品等語（詳參原審卷二第
10 95至101頁）；而證人顏○○亦於原審審理時改稱：我當
11 時的用意是要請被告幫忙聯絡藥頭，如果有拿到就是大家
12 一起用，被告當天有打給「K彬」，在被告打電話時，我
13 就把500元給被告，後來「K彬」拿毒品過來，「K彬」把
14 毒品交給被告，被告再轉交給我等語（詳參原審卷二第10
15 3至125頁）。則綜觀證人謝○○、顏○○前揭所言，就被
16 告於上開時、地究係如何約定洽購毒品事宜、如何碰面交
17 付毒品並收取現款、被告有無販賣毒品牟利等情，顯已有
18 所齟齬，差異至鉅，自難單憑前揭購毒者存在矛盾瑕疵之
19 片面指證，作為認定被告涉犯販賣第二級毒品重罪之判斷
20 依據，仍應探求有無其他積極證據足供參佐。

21 （二）按販賣毒品案件，購毒者所稱向某人買受毒品之指證，不
22 得作為有罪判決之唯一證據，仍須調查其他必要之證據，
23 以察其是否與事實相符。良以購毒者供出毒品來源，因而
24 查獲其他正犯或共犯者，法律規定得減輕或免除其刑，其
25 有為邀輕典而為不實之陳述之可能，是購毒者陳述之憑信
26 性本不及於一般人，則其所證向某人購買毒品之陳述，必
27 須有補強證據，以擔保其陳述之真實性。此所謂補強證
28 據，係指購毒者之指證外，尚有其他足以證明其關於毒品
29 交易陳述真實性之別一證據而言，必須與毒品交易之供述
30 具有相當程度之關聯性，足使一般人對其供述無合理之懷
31 疑存在，而得確信其為真實者，始足當之。倘以販毒及購

01 毒者間對話之通訊監察譯文作為購買毒品者所指證販賣毒
02 品犯罪事實之補強證據，必須其等之對話內容，依社會通
03 念足以辨別明白其所交易標的物之毒品品項、數量及價
04 金，始為相當，否則對於語意隱晦不明，無從判斷與毒品
05 交易具相當程度關聯性之對話，即令指證者證述該等對話
06 內容之含意即係交易毒品，本身仍屬購毒者單方之指證，
07 尚不足作為其所述犯罪事實之補強證據（最高法院109年
08 度台上字第521號刑事判決參照）。觀諸卷附通訊監察譯
09 文內容，被告與謝○○於109年3月13日15時48分47秒許之
10 對話過程中，謝○○先稱：「我文浩啦，誰」，被告回
11 稱：「嘿」；其後謝○○又稱：「沒事啦」，被告回應：
12 「怎樣」，謝○○表示：「沒有啊！剛才打LINE給你了不
13 是，沒事了」，被告回應：「好啦」等語（詳參偵字卷第
14 155頁）；另被告與顏○○於109年3月23日12時46分35秒
15 許之對話過程中，顏○○先詢問：「你在做什麼」，被告
16 回稱：「我在土地公這，怎麼了」；其後顏○○又稱：
17 「土地公那，在那邊幹嘛」，被告回應：「沒有啊，哪有
18 幹嘛」，顏○○表示：「我也在頭份」、「看等一下你要
19 幹嘛」，被告回應：「哪有要幹嘛，沒啊」，顏○○則
20 稱：「有啦，我要休息了」等語（詳參偵字卷第199
21 頁）。則謝○○、顏○○前揭對話內容，尚屬一般尋常問
22 候之語句，至多僅有探詢被告當時身在何處，既無指定時
23 間、地點相約見面之意思表示，更未在電話中談及交易毒
24 品之種類、品項及金額，此與前述被告與林○○之對話情
25 形迥然有別。準此以言，上開通話內容並未涉及詞意隱晦
26 之暱稱或暗語，而與證人謝○○、顏○○前揭關於相關毒
27 品交易之供述，難認具有相當程度之關聯性，自不足以作
28 為證人謝○○、顏○○指稱被告有以1000元或500元代價
29 販賣第二級毒品犯行之補強證據。

30 (三) 再者，依據本案所起訴之犯罪事實，被告各僅與謝○○、
31 顏○○進行1次之毒品交易，先前並無其他洽購毒品或商

01 議看貨之對話，難認被告與謝○○、顏○○對於如何不以
02 暱稱或暗語相互溝通毒品交易事宜已有默契。換言之，倘
03 被告與謝○○、顏○○等人先前已有多次電話聯繫紀錄，
04 而可從中歸納出固定之應對模式或習慣用語，且其先前依
05 此行徑所為之對話內容，亦可連結至特定之販賣毒品犯
06 行，該次犯行並有充分事證足以證明犯罪，則其等單純相
07 約碰面而毋須提及毒品或價款暗語之其餘各次通話，始能
08 因具備高度之相似性或同一性，而認為雙方存在特殊默
09 契，以致不須在電話中洽商交易毒品細節。基此，證人謝
10 ○○於偵訊時固曾證稱其與被告就何處碰面乙節事先有所
11 約定，所以在電話中不必提及地點（詳參他字第285號卷
12 五第53頁），惟關於交易毒品之種類、數量，卻不在證人
13 謝○○所敘及之約定範圍內，則被告根本無從得知對方所
14 欲洽購何種毒品及數量多寡，何能預先備妥足夠數量及品
15 項之毒品以待購毒者前來交易？是依證人謝○○上開證
16 述，仍無從證明被告事先已與購毒者存在特殊默契，本院
17 尚不得率以前述未有購毒暱稱或暗語之對話內容，作為證
18 人謝○○、顏○○業已存在歧異瑕疵證詞之真實性擔保，
19 並遽為不利被告之認定。

20 六、原審未見及此，遽認被告涉有上開販賣第二級毒品犯行而予
21 論罪科刑，即有未合。準此以言，被告提起上訴否認此部分
22 之販賣第二級毒品犯行，指摘原判決不當，為有理由，自應
23 由本院將原判決關於附表一編號2、3部分撤銷，並就此部分
24 為被告無罪之諭知。

25 據上論結，應依刑事訴訟法第368條、第369條第1項前段、第364
26 條、第301條第1項，判決如主文。

27 本案經檢察官廖倪凰提起公訴，檢察官謝志明到庭執行職務。

28 中 華 民 國 112 年 1 月 3 日

29 刑事第十二庭 審判長法官 張 國 忠

30 法官 陳 葳

31 法官 高 文 崇

01 以上正本證明與原本無異。
02 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
03 敘述上訴之理由者，並應於提起上訴後20日內向本院補提理由書
04 （均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。因
05 疫情而遲誤不變期間，得向法院聲請回復原狀。

06 書記官 施 耀 婷

07 中 華 民 國 112 年 1 月 3 日