臺灣高等法院臺中分院刑事判決

115年度上訴字第390號

上　訴　人
即　被　告　黃隆鑫
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000

指定辯護人　本院公設辯護人郭博益

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣彰化地方法院114年度訴字第1003號中華民國115年1月21日第一審判決（起訴案號：臺灣彰化地方檢察署114年度偵字第3369、8953號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷。

黃隆鑫共同販賣第二級毒品，處有期徒刑陸年陸月。

事　實

黃隆鑫與謝宏銘（民國114年9月18日歿）共同基於販賣第二級毒品甲基安非他命以牟利之犯意聯絡，謝宏銘於113年12月30日18、19時許與柯千萬通訊聯繫交易毒品事宜，議定交易地點後，在旁聽聞之黃隆鑫，即受謝宏銘委託前去與柯千萬碰面，交付毒品並收取價金，黃隆鑫遂騎乘車牌號碼000-0000號普通重型機車，於同日20時許，至彰化縣○○鎮○○路0段000號之統一便利商店頂王門市附近產業道路，交付甲基安非他命1包給柯千萬、向柯千萬收取價金新臺幣（下同）1千元，再將價金交給謝宏銘。

理　由

壹、證據能力之說明：

一、刑事訴訟法第159條之5第1項規定，被告以外之人於審判外之陳述，雖不符前四條之規定，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。本案所引用上訴人即被告黃隆鑫

（下稱被告）以外之人於審判外之陳述，檢察官、被告及其辯護人於本院審理中均表示同意有證據能力，本院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認以之作為證據尚無不當之情形，依前揭規定，均有證據能力。

二、按被告之自白，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符者，得採為認定被告犯罪事實之證據。此係以被告之自白必須出於其自由意志之發動，用以確保自白之真實性，故對被告施以前揭不正之方法者，不以負責訊問或製作該自白筆錄之公務員為限，其他第三人亦包括在內，且不以當場施用此等不正之方法為必要，縱係由第三人於訊問前為之，倘使被告精神上、身體上受恐懼、壓迫之狀態延續至應訊時，致不能為任意性之陳述者，該自白仍屬非任意性之自白，依法不得採為判斷事實之根據。惟如被告之自白並非出於上開不正方法取得，而係出於自由意志，自得採為證據（最高法院108年度台上字第952號判決意旨參照）。被告警詢錄影光碟經原審法院勘驗結果發現：警察與被告就案情採一問一答形式，警察同時打字，足見並未先將預設內容繕打顯示在電腦螢幕令被告照本宣科，復告知、提示證人柯○萬之警詢陳述、監視器錄影擷圖及照片，讓被告戴上耳機聆聽通訊監察錄音，請被告解釋、說明案情；被告初稱受謝宏銘指示前往，但證人柯○萬沒有錢所以未交付毒品，交易不成；警察中途解釋受指示攜帶毒品前往交付仍可能構成犯罪，且攸關毒品危害防制條例第17條第2項偵審自白，被告才改稱的確收得價金，未收到好處（意即悉數轉交），同時解釋方才何以否認收得價金乙節，是因為憂懼販賣罪責的緣故，全程未見被告精神不濟，或受到警察強暴、脅迫等不正訊問之處，有勘驗筆錄在卷可參（原審卷第143-159頁）。對照警詢筆錄記載，亦如實呈現被告前後反覆的歷程，並無刻意扭曲被告語意之處，被告於原審所稱警詢時都要照警察的意思講、或辯護意旨指摘警察誘導被告等語，顯然誤解警察平實解說法律規定之用

意，俱不足憑。被告警詢供述出於自由意志，應無疑義，依上說明，倘與事實相符（詳後述），自得採為認定犯罪事實之證據。

三、按通訊保障及監察法（下稱通保法）第18條之1第1項之規定，另案監聽所取得之內容有無證據能力，係採「原則排除、例外容許」之立法體例。本條項但書所定另案監聽內容得作為證據之要件有二，即實質要件係以「重罪列舉原則」（通保法第5條第1項所列各款之罪），或非屬重罪但「與本案具有關連性之犯罪」（輕罪）者為限，並輔以於發現後7日內補行陳報法院審查認可為程序要件。此項於偵查中另案監聽應陳報法院事後審查之立法，與刑事訴訟法第131條第3項對於逕行搜索，應於實施或執行後3日內陳報該管法院或報告該管檢察官及法院，由法院審查之立法例相仿，本質上與逕行搜索同為無令狀之強制處分。而基於偵查作為具浮動性，偵查機關實無從事先預測或控制監聽內容及可能擴及之範圍，而相關之通訊內容如未即時擷取，蒐證機會恐稍縱即逝。是另案監聽所附帶取得之證據，其保全尤具急迫性，即令有未及時陳報情形，其所得之證據，應容許法院於審判時適用刑事訴訟法第158條之4權衡理論判斷有否證據能力，並不當然予以排除（最高法院111年度台上字第1207號判決意參照）。查本案所引用之門號0000000000號行動電話於113年12月30日之通訊監察譯文，監察對象本為謝宏銘，就被告黃隆鑫所涉販賣第二級毒品部分，雖未經執行機關依通保法第18條之1第1項規定陳報法院審查認可，然該譯文係臺灣彰化地方檢察署檢察官以謝宏銘涉犯毒品危害防制條例第4條之罪嫌為由，向原審法院聲請獲准（113年度聲監續字第562號）對其所持用之上揭門號行動電話實施監聽後而取得。被告黃隆鑫所涉販賣第二級毒品甲基安非他命予證人柯○萬犯行，既屬通訊保障及監察法第5條第1項規定得受通訊監察之罪，執行機關實無利用其他案件合法監聽而附帶監聽被告黃隆鑫之必要，復無事證足認執行機關有意利用他案合法監

聽，以達附帶監聽被告黃隆鑫之目的。另參以販賣毒品對社會治安之嚴重影響，從形式上觀之，本案執行機關如依同法施行細則第16條之1第2項之程序，將上開通訊監察譯文報由檢察官陳報法院審查，法院尚無不予認可之理由，堪認執行機關無故意不報請法院審查之意圖。且上開通訊內容確與被告黃隆鑫販賣第二級毒品之不法行為有關，復未涉及被告黃隆鑫其他私密性談話，執行機關違反情節難謂嚴重，故上開執行通訊監察之機關，雖有違上開程序規定，然依刑事訴訟法第158條之4之規定，審酌人權保障及公共利益之均衡維護，認有證據能力。況且被告黃隆鑫及其辯護人對上開通訊監察譯文內容之記載並無爭執，並均同意該譯文作為本案證據使用，是認上開通訊監察譯文對被告具證據能力。

貳、認定犯罪事實所憑之證據及理由

被告於原審坦承其於上述時間、地點交付甲基安非他命1包給柯千萬，並向柯千萬收取1千元，再將1千元交給謝宏銘等情無訛（原審卷第85-86頁不爭執事項）；惟於原審及本院審理時均否認有何與謝宏銘共同販賣甲基安非他命之犯行，辯稱：「柯千萬將甲基安非他命遺忘在謝宏銘家，我幫忙拿過去還給柯千萬，柯千萬拿1千元現金給我，叫我拿給謝宏銘，因為柯千萬欠謝宏銘簽注的錢」云云（原審卷第83頁、本院卷第85頁）。經查：

一、上揭犯罪事實，經證人柯○萬於原審審理證稱：「當天跟謝宏銘拿甲基安非他命，打電話給謝宏銘要拿1包，在超商等，後來被告(證人稱呼被告綽號「躼跤」lò-kha）就出現，也交1千元給被告，被告沒有賣我毒品，在偵訊的筆錄跟檢察官講的是事實，我說『被告沒有賣我毒品』的意思是我跟謝宏銘買甲基安非他命，被告拿東西來，我把錢交給他，所以我認為是跟謝宏銘交易」等語（原審卷第166-173頁）、於偵訊證稱「113年12月30日的通訊監察譯文是我跟謝宏銘講買毒的事，約在萬興宮前的7-11要交易毒品，通話中有一個聲音我覺得很像是被告，因為被告跟我打招呼過，

大約當天20時許，看到被告騎機車過來，他載我去附近的產業道路交易，我給他1千元，他給我1包甲基安非他命，看到被告我才知道是謝宏銘派他來，當晚回到家我就施用，所以知道是甲基安非他命沒錯」等語（偵3369號卷第123-124頁），就證人電話聯絡謝宏銘，以特定便利商店作為見面地標，被告出現前來交付甲基安非他命1包，證人交付現金1千元等購毒重要情節，皆證述歷歷。

二、證人柯○萬於113年12月30日18時51分、19時21分許致電謝宏銘但未接通，同日19時52分許，謝宏銘回電證人，叫證人加通訊軟體LINE，但證人稱沒使用，故兩人對話直接約定見面地點，即「萬興宮對面的7-11」，證人交代自己騎腳踏車，催促謝宏銘「快送過來」，而且對話中還可聽見建議該見面地點的第三人在謝宏銘一旁。此有通訊監察譯文在卷可佐（偵8953號卷第159頁），另有彰化縣○○鎮○○路0段000號之統一便利商店頂王門市○○○街○○○○○○○0000號卷第159-160頁）。通話結束不久，當天20時6、7分許，謝宏銘住處有機車駛出，車牌號碼000-0000號普通重型機車於當天20時11分許出現在彰化縣鹿港鎮頂草路2段與鹿和路4段257巷交岔路口，此有監視器錄影擷圖附卷足稽（偵8953號卷第161-162頁）。從證人和謝宏銘之通話內容可知，雙方除了約定第三人建議的地點，還達成協議由謝宏銘方送來某物，存有雙方隱而不言、不便明說的默契。如果只是遺失物取回、交付款項等瑣碎細事，豈有必要用這種隱晦的溝通模式。由此足見證人上開證述，應屬有據。

三、被告於警詢坦承受謝宏銘所託前去交付毒品，收取價金等情，又於偵訊坦承「謝宏銘叫我去…他在19時52分許接到電話，電話中我聽到他們約在哪邊見面…謝宏銘叫我騎車拿去給柯千萬，錢的部分謝宏銘沒特別講，但我知道行情就是要收1千元，我就騎車到統一超商，我到的時候，柯千萬就在那邊等了，我載他到附近產業道路交易，拿1包甲基安非他命給他，跟他收錢…」等語歷歷（偵3369號卷第97頁），核

與證人上揭證述相符，更揭露譯文中毒品交易雙方不言而喻的默契，可見其於警詢及偵訊不利於己之供述，應與事實相符，堪以採認。被告於檢察官偵訊時，問及何以被告於警詢先否認再承認，被告陳稱「因為擔心會構成販賣，後來想一想還是願意坦白，警詢期間未遭警方強暴脅迫」等語甚明（偵3369號卷第97頁），顯見被告對於受託前去交付毒品並收取價金乙事，有明確認知，且與謝宏銘有犯意聯絡，主觀犯意甚為明確。

四、證人柯○萬於審判時一度證稱被告送來遺留在謝宏銘處的毒品，並交付向謝宏銘簽注之賭金云云，似合於被告前述辯詞，惟此乃證人前次偵訊證述所未出現的情節，上開通訊監察譯文亦難佐證。另查被告於警詢、偵訊不曾提及轉交遺留毒品、代謝宏銘收取簽注賭金等事，其於114年1月13日為警逮捕後移送臺灣彰化地方檢察署，經檢察官訊問後命以3萬元具保後釋放，未受隔絕，證人柯○萬有上揭呼應被告辯詞之陳述，應是礙於人情壓力而迴護被告，不值採信。

五、販賣毒品甲基安非他命事涉重罪，苟無利可圖，應無甘冒被處重刑之危險，平白將之無償或原價交付非親非故之人之理。又甲基安非他命雖無公定價格，惟販賣之人從「價差」或「量差」中牟取利潤之方式雖異，其圖利之非法販賣行為則均相同，是縱未確切查得販賣賺取之實際差價，但除別有事證，足認係按同一價格轉讓，確未牟利之情形外，尚難執此謂非法販賣之事證有所不足，否則豈非致知過坦承者難辭重典，飾詞否認者反得逞僥倖，而失情理之平。況販賣毒品之所謂販賣行為，係行為人基於營利之目的，而賣出毒品而言。販賣毒品者，其主觀上有營利之意圖，且客觀上有販賣之行為，即足構成，至於實際上是否已經獲利，則非所問。被告、謝宏銘與柯千萬非親非故，業據柯千萬供有在卷（原審卷第168、169頁），衡情應無甘冒被查獲判處重刑之風險，無故將甲基安非他命無償轉讓，是被告與宏銘轉讓甲基安非他命予柯千萬，應有利可圖，而為販賣毒品行為。

六、綜上所述，被告所辯應是飾卸虛詞，不足為憑，其與謝宏銘共同販賣甲基安非他命1千元予柯千萬之犯行，事證明確，可以認定，應依法論科。

參、論罪科刑

一、按甲基安非他命為毒品危害防制條例第2條第2項第2款所列管之第二級毒品。核被告黃隆鑫所為，係犯毒品危害防制條例第4條第2項之販賣第二級毒品罪。被告僅是受託交付他人出售之毒品，難謂有持有之意，故無持有行為被販賣行為吸收可言。

二、被告知悉謝宏銘欲販售後甲基安非他命予柯千萬乙事，對買賣認知明確，復受謝宏銘所託，交付買賣標的即甲基安非他命1包，並向柯千萬收取價金後轉交謝宏銘，分擔實行構成要件，足認被告與謝宏銘間，有犯意聯絡及行為分擔無誤，為共同正犯。

三、按犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低刑度仍嫌過重者，得酌量減輕其刑，刑法第59條定有明文。所謂「顯可憫恕」，係指被告之犯行有情輕法重之情，客觀上足以引起一般人同情，處以法定最低刑度仍失之過苛，尚堪憫恕之情形而言。本案被告所犯販賣第二級毒品罪，其最輕法定本刑為10年以上有期徒刑，得併科新臺幣一千五百萬元以下罰金，不得謂不重，且被告販賣第二級毒品之次數僅1次，對象亦僅1人，販賣數量不多，並係受共犯謝宏銘之委託致犯本案，被告非毒品甲基安非他命之大盤、中盤毒梟，其犯罪情節非不可憫恕。以其販賣甲基安非他命之緣由、次數及其主觀惡性、犯罪環境原因等客觀情節，危害社會程度亦非重大，亦非以宣告最低刑度不足懲儆，認縱依上開規定處以最低法定本刑，仍嫌過苛，而有情輕法重之情，爰依刑法第59條酌減被告之刑。至被告犯後於審理中態度反覆，則於量刑時予以考量。

四、原判決以事證明確，對被告予以論罪科刑，雖非無據，且被告否認犯罪，指摘原判決不當，依前揭說明尚非有理由，惟原判決未依刑法第59條之規定減輕被告之刑，尚有違誤，被

告上訴意旨雖未指摘於此，惟原判決既有前揭之瑕疵，自應由本院撤銷改判。爰以行為人之責任為基礎，審酌被告國中肄業，從事殯葬業，未婚、育有未成年子女1人，入所強制戒治期間，由其妹照顧等情，其歷有施用毒品之犯罪科刑紀錄，有法院前案紀錄表在卷可憑，應知毒品害人不淺，亦為國法嚴禁，獲悉謝宏銘議定販售甲基安非他命給柯千萬，竟受託前往交付、收取價金，助長毒害散布，誠屬可責，惟其僅是受賣家之託，轉送毒品、收取價金，非交易當事人，參涉程度較輕，被告於警詢尚自白犯行，於偵訊猶坦認大致事實不諱，僅不認為自己構成販賣毒品罪而已，惟審理後橫生不實辯解，除錯失減刑條件外，犯後態度漸轉不佳，而被告自誤減刑要件，嗣後冒出不實陳述，終未悔悟，及毒品交易數量、價金等一切情狀，量處如主文第2項所示之刑。

五、被告本件犯行，是受交易賣家謝宏銘所託，前去交付毒品，收取價金後轉交謝宏銘，已如前述，尚無證據證明被告從中取得利益，自毋庸宣告沒收犯罪所得。扣案之第一級毒品海洛因6包、海洛因2罐、第二級毒品安非他命2包、磅秤4台、玻璃球1個、鏟管5支、毒品吸食器2組、分裝袋1包、葡萄糖1罐、行動電話1支，均核與本案販賣犯行無涉，故不於本案宣告沒收，應由檢察官另依法處置。

據上論斷，應依刑事訴訟法第369條第1項前段、第364條、第299條第1項前段，判決如主文。

本案經檢察官鄭羽棻提起公訴，檢察官林士富到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　5　　月　　14　　日

刑事第十一庭　審判長法　官　張　意　聰

法　官　周　瑞　芬

法　官　林　清　鈞

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決應於收受送達後二十日內向本院提出上訴書狀，其未敘述上訴理由者，並得於提起上訴後二十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　張　馨　慈

中　　華　　民　　國　　115　　年　　5　　月　　14　　日

毒品危害防制條例第4條第2項
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刑，得併科新臺幣一千五百萬元以下罰金。