臺灣高等法院臺中分院刑事判決

115年度上訴字第590號

上　訴　人　臺灣臺中地方檢察署檢察官

上　訴　人

即　被　告　鄭文銘

000000000000000000

000000000000000000

選任辯護人　蔡德倫律師（法扶律師）

上列上訴人等因被告毒品危害防制條例案件，不服臺灣臺中地方法院114年度重訴字第163號中華民國114年12月18日第一審判決（起訴案號：臺灣臺中地方檢察署113年度偵字第34802、53699、53701號），提起上訴，本院判決如下：

主　　文

原判決關於其附表一編號1至5所示宣告刑部分、編號6至9所示罪刑部分，暨就其附表一編號1至9、12至13所定應執行刑部分，均撤銷。

上開撤銷宣告刑部分，Ａ０１各處如附表一編號1至5「宣告刑」欄所示之刑。

上開撤銷罪刑部分，Ａ０１犯如附表二編號1至4「主文」欄所示之罪，各處如附表二編號1至4「主文」欄所示之刑。

其他上訴駁回。

犯罪事實

一、Ａ０１明知海洛因係毒品危害防制條例第2條第2項第1款所規定之第一級毒品，不得非法販賣或轉讓，竟為下列犯行：

㈠分別基於販賣第一級毒品以營利之犯意，先後於：

1.民國113年1月23日17時51分許，在臺中市○○區○○路000巷00弄0號（即黃晏嘉與黃00兄弟2人之租屋處），以新臺幣（下同）500元之代價（含車資），販賣摻有第一級毒品海洛因之香菸1支予黃00，並收受其交付之500元現金。

2.113年2月11日22時19分許，在臺中市○○區○○路000巷00弄0號，以500元之代價（含車資），販賣摻有第一級毒品海

洛因之香菸1支予黃00，並收受其交付之500元現金。

3.113年2月15日22時22分許，在臺中市○○區○○路000巷00弄0號，以500元之代價（含車資），販賣摻有第一級毒品海洛因之香菸1支予黃00，並收受其交付之500元現金。

4.113年5月6日19時46分許，在臺中市○○區○○路000巷00弄0號，以1000元之代價（含車資），販賣摻有第一級毒品海洛因之香菸2支予黃00，並收受其交付之1000元現金。

㈡另分別基於轉讓第一級毒品之犯意，先後於：

1.113年2月11日22時19分許，在臺中市○○區○○路000巷00弄0號，無償轉讓摻有第一級毒品海洛因之香菸1支予黃晏嘉。

2.113年2月15日22時22分許，在臺中市○○區○○路000巷00弄0號，無償轉讓摻有第一級毒品海洛因之香菸1支予黃晏嘉。

二、案經臺中市政府警察局第一分局報告臺灣臺中地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　　由

一、程序及證據能力：

㈠審判範圍：按上訴得對於判決之一部為之。對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。但有關係之部分為無罪、免訴或不受理者，不在此限。上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之，刑事訴訟法第348條定有明文。本案關於原判決附表一編號1至5【即原判決犯罪事實一㈠1.至5.】部分，僅檢察官提起上訴，並於本院審理期日明示僅就刑之部分上訴；關於原判決附表一編號6至9【即原判決犯罪事實一㈡1.至4.】部分，檢察官、上訴人即被告Ａ０１（下稱被告）均提起上訴，其中檢察官於本院審理期日明示僅就刑之部分上訴，被告則提起全部上訴；關於原判決附表一編號10、11【即原判決犯罪事實一㈢1.至2.】部分，則僅被告提起全部上訴（見本院卷第164至165、207至208頁）。是本院就原判決附表一編號1至5部分，以原判決所認

定之犯罪事實及論罪為基礎，僅就刑之部分為審理；就原判決附表一編號6至11部分，則為全部審理。至原判決其餘未經上訴部分，均不在本院審判範圍，其中附表一編號12、13【即原判決犯罪事實一㈣、㈤】部分，因未據上訴，業已確定。

㈡證據能力：查本案所引用具傳聞性質之證據資料，檢察官、被告及其辯護人於本院準備程序均表示同意作為證據，且迄於本院言詞辯論終結前均未聲明異議，本院審酌前開證據資料作成或取得之狀況，並無違法取證或其他瑕疵，亦無顯不可信之情況，且與待證事實具有關連性，故認為適當而得作為證據，依刑事訴訟法第159條之5規定，應有證據能力。另本院所引用其餘非供述證據部分，並無證據證明係實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序所取得，依刑事訴訟法第158條之4規定之反面解釋，亦均具有證據能力。

二、認定犯罪事實所憑之證據及理由：

㈠販賣第一級毒品部分：

訊據被告固坦承有於上揭犯罪事實一㈠1.至4.所示時、地，交付摻有第一級毒品海洛因之香菸（下稱海洛因香菸）予黃00，並向黃00收款之事實，惟矢口否認有何販賣第一級毒品犯行，辯稱：我於偵查中是因為怕被收押才會承認，我確實有給黃00海洛因香菸1支至2支，有跟他收500元至1000元，但是這是他償還欠我的錢，他前前後後欠我10幾萬元，海洛因香菸不可能1支只有500元，1支要2000元至3000元，我也不可能從溪州開車到臺中賣他1支海洛因香菸，我否認有營利意圖及販賣第一級毒品的主觀犯意，但我承認轉讓第一級毒品等語；辯護人則為其辯護略以：113年2月11日、同年月15日這2次，被告不可能於同時間、地點，一方面請黃晏嘉施用海洛因香菸，一方面卻跟黃00說要收錢，此部分顯不合理；又被告都是向上手調取海洛因半錢，對比甲基安非他命之半兩，海洛因之數量明顯為供自己施用，並無對外販售之可能；被告殊無可能自彰化溪州開車1小時到臺中霧峰，如

僅為了販賣500元、1000元海洛因香菸的利益，油錢及毒品成本均不合，顯然違背一般人生活經驗。本件被告是請黃晏嘉免費施用海洛因香菸，完全沒有從中取利之意思存在，欠缺營利之意圖，應僅成立轉讓毒品罪等詞。經查：

1.被告確有於上揭犯罪事實一㈠1.至4.所示時、地，交付前揭數量之海洛因香菸予黃00，並向黃00收取前揭金額之款項等事實，為被告所自承（見偵34802卷第340頁、原審卷第160、369頁），並經證人黃00於警詢及偵查中證述明確（見偵34802卷第17至22、133至136頁），且有車牌號碼0000-00號車輛詳細資料報表（見偵34802卷第67頁）、113年1月23日之路口及案發地點監視器畫面翻拍照片（見偵34802卷第59至65頁）、113年2月11日之路口及案發地點監視器畫面翻拍照片（見偵34802卷第69至79頁）、113年2月15日之路口及案發地點監視器畫面翻拍照片（見偵34802卷第205至219頁）、113年5月6日之路口及案發地點監視器畫面翻拍照片（見偵34802卷第221至235頁）在卷可稽，是此部分事實首堪認定。

2.證人黃00於原審審理時固證稱：我跟被告以前住在隔壁，我沒有跟被告購買海洛因香菸，是因為被告車子沒油、有小孩要養，還要回去溪州，所以才借被告油錢、海洛因香菸是被告請我抽的，500元就是油錢而已，沒有包含海洛因香菸的錢、我給500元跟黃晏嘉沒有關係、被告的女友在賣包包，我有跟他買包包捧場他女朋友的生意，但也不是跟被告ＡＯ１借錢等語（見原審卷第322至332頁）。然證人黃00於警詢時即明確證稱：113年1月23日被告來我家，我以500元向他購買海洛因香菸1支，重量我不確定，500元包含油錢；113年2月11日我是用500元向被告購買海洛因香菸1支，重量我不清楚；113年2月15日我是向被告拿1支海洛因香菸施用，我意思意思給他500元；113年5月6日被告來我家，我以1000元向他購買海洛因香菸2支，重量我不確定，1000元包含油錢等語（見偵34802卷第17至21頁）；於偵訊時亦具結證

稱：113年1月23日被告開車來我家找我，拿了1支海洛因香菸給我，我給他現金500元，我認為被告專程開車過來，我也不好意思，這500元是包含香菸跟油錢；113年2月11日我有跟被告拿1支海洛因香菸，我給他現金500元；113年2月15日我跟被告買海洛因香菸1支，被告要離開時，我有拿500元給他；113年5月6日這次我跟被告拿2支海洛因香菸，我本來打算只給500元，但被告說這樣不夠，我就給他1000元等語（見偵34802卷第134至135頁）。足見證人黃00於案發後較接近案發時間之警詢及偵訊時，均明確表示其交付款項與取得海洛因香菸間具有對價關係，並非單純基於朋友情誼而無償受讓毒品。

3.況被告於偵查中經檢察官詢以113年1月23日、2月11日、2月15日是否均以500元（含車資）之對價出售海洛因香菸1支予黃00時，明確答稱「是，我在警局有看過監視器畫面，確實有出售毒品」；經詢以113年5月6日是否以1000元（含車資）之對價出售海洛因香菸2支予黃00時，亦答稱「是」。被告復供稱，其會提供海洛因香菸予黃00、黃晏嘉施用，離開時則會以車子沒有油為由向其等拿錢，並明白表示「我承認我們確實有對價關係」等語（見偵34802卷第340至341頁）。是被告於偵查中不僅承認客觀上有交付毒品及收取款項之事實，更明確承認其與黃00間具有「出售」及「對價」關係，核與黃00於警詢、偵訊時所述上情相符，二者足以相互補強。

4.被告嗣於原審及本院審理時改稱，其所收取之500元或1000元，係黃00清償積欠其之債務，黃00前後積欠其10餘萬元云云。惟證人黃00於原審並未證稱其有積欠被告10餘萬元之債務，反而證稱雙方並無借款債務關係，其所交付之500元係因被告車輛需要加油而提供之油資。則被告所稱「清償債務」與黃00嗣後所稱「補貼油資」，不僅均與黃00先前於警詢、偵查中所稱係交付款項購買海洛因香菸，且所付款項包含香菸價款等陳述不符，二人就款項交付原因之說詞彼此間

亦有歧異，甚至衝突，蓋倘依被告所辯，黃00確有積欠其高達10餘萬元之債務，且被告亦有向黃00收回欠款之意，衡情被告既特意自彰化溪州駕車前往臺中霧峰與黃00見面，卻於各次僅收取500元或1000元之小額還款，並同時提供具有相當價值之海洛因香菸供黃00施用，此顯然與一般債權人欲藉此收回欠款之行為模式有違，甚不合理，是被告所辯上開款項係清償債務云云，實難採信。又倘如證人黃00於原審審理時所述，其交付被告500元、1000元僅係單純補貼被告往返所需油資，則補貼金額多寡取決於被告往返路程所需油資，而與被告交付海洛因香菸之數量無涉。然113年5月6日黃00向被告取得2支海洛因香菸時，其原擬交付500元，被告卻表示「這樣不夠」，黃00因而改交付1000元。倘該款項僅係補貼油資，被告當日往返路程並未因交付海洛因香菸數量增加而有所不同，實難合理解釋何以黃00「主動」補貼之500元即有不足，而須提高至1000元才恰當。是被告向黃00收取之金額隨著交付海洛因香菸之數量而倍數提高之情形，適足佐證黃00所交付款項並非單純油資，而確含有取得海洛因香菸之對價。由此益見，被告所稱「清償債務」及黃00嗣後所稱「補貼油資」，均係事後為迴避所收款項與毒品交付間之對價關係所為之卸責、迴護之詞，均不足採信；反以黃00於警詢及偵訊時所為較接近案發時點，且與被告偵查中之自白及客觀交易情節相互吻合之陳述，較為可信。是被告各次交付海洛因香菸予黃00並收取款項，均屬具有對價關係之有償交易，已堪認定。

5.辯護意旨雖以：被告於113年2月11日、同年月15日，不可能於同一時、地，一方面無償轉讓海洛因香菸予黃晏嘉施用，另一方面卻向其弟黃00收取價金云云。然行為人於同一時、地將毒品分別交付不同之人，究係出於販賣營利或無償轉讓之意思，本應依其對各該受讓人之主觀犯意、雙方約定及有無收受對價等具體情節分別判斷，並無因其中一人係無償取得毒品，即當然可推認同時交付另一人之毒品亦屬無償之

理。而證人黃晏嘉就其本人於113年2月11日、15日取得海洛因香菸部分，固證稱被告提供海洛因香菸供其施用，並未向其收錢，惟其亦表示並不知悉被告有無向黃00收錢等語（見偵34802卷第238至239頁），是其證述僅足以證明被告對其本人係無償轉讓，尚不能據以否定被告與黃00間另有毒品交易之事實。尤以被告於偵查中經檢察官分別詢問上開行為時，對於「113年2月11日、2月15日都以500元之對價出售海洛因香菸1支予黃00」及「同日都無償轉讓海洛因香菸1支予黃晏嘉」二者，均分別明確答稱「是」，並特別說明無償提供黃晏嘉施用，係因黃晏嘉於雙方昔日為鄰居時對其多有照顧（見偵34802卷第340頁）。足見被告於偵查中對同一時、地交付毒品予黃氏兄弟二人之性質，本即有所區別，進而明白表示其對黃00係有償出售，而對黃晏嘉則係基於昔日情誼無償轉讓。此與證人黃00於警詢及偵訊時所稱113年2月11日、同年月15日各係交付500元購買海洛因香菸1支之情節相互吻合。是依卷內證據所示，被告於同一次前往黃氏兄弟住處期間，固同時交付海洛因香菸予二人，然其對黃晏嘉部分係無償提供，對黃00部分則係有償交易，二者在交付對象、對價關係及主觀犯意上均有不同，自得分別成立轉讓第一級毒品罪及販賣第一級毒品罪。故辯護意旨僅以被告同時無償提供海洛因香菸予黃晏嘉，即推論其不可能另基於營利犯意販賣予黃00，尚無可採。

6.按販賣毒品罪之成立，以行為人主觀上具有營利意圖為其構成要件之一。所謂營利意圖，係指藉由販賣毒品獲取利益之意思，至實際是否獲利或獲利多寡如何，則非所問。苟行為人係出於營求利益之意思而有償出售毒品，即已具備營利意圖。被告於偵查中經檢察官詢以其販賣毒品予黃00部分有無獲利時，供稱：海洛因香菸價錢為何我不知道，海洛因我買半錢5000元，回去會再用葡萄糖稀釋，我認為1支海洛因香菸賺的很微薄等語（見偵34802卷第341頁）。足見被告不僅知悉其取得海洛因之成本，且於取得後尚會以葡萄糖加以稀

釋，再以海洛因香菸出售，並明確自承出售每支海洛因香菸仍有獲利，僅係所得利益甚微而已。是被告主觀上具有藉由販賣海洛因香菸從中牟利之意圖，已甚明確。

7.辯護意旨雖以被告自彰化縣溪州鄉駕車前往臺中市霧峰區，往返所耗油資及毒品成本與每次僅收取500元或1000元顯不相當，據以主張被告並無營利意圖。惟被告既已自承其於出售海洛因香菸時「賺的很微薄」，足見其主觀上認知各次出售行為仍有利益可圖。至其實際獲利數額多寡，或扣除往返交通支出後尚餘若干利益，均無礙其出售毒品時具有牟利意思之認定。辯護意旨徒以交易金額不高或往返成本較高，即謂被告無營利意圖，自無可採。辯護意旨另以被告每次向上手取得海洛因僅半錢，相較其取得甲基安非他命半兩之數量甚少，主張海洛因係供被告自己施用，並無對外販售可能。然不同種類毒品之價格、施用方式及每次施用數量本有差異，尚難僅以重量多寡逕行比較，而推論被告取得海洛因均僅供己施用。況被告已供稱其取得海洛因後會以葡萄糖加以稀釋，並自承出售海洛因香菸予黃00有微薄獲利，則其取得海洛因縱兼有供己施用之目的，亦無礙於其將其中一部分摻入香菸後另行出售牟利。此部分辯護意旨，亦無可採。

8.另被告雖辯稱海洛因香菸不可能1支只有500元，1支要2000元至3000元云云。惟毒品交易本屬隱密犯罪，其交易價格受毒品純度、摻雜比例、數量、交易雙方關係、供需狀況、是否急於變現等諸多因素影響，並無固定市價可循，是被告事後片面所稱之價格，已難遽予採信。況倘如被告所辯，每支海洛因香菸之價值達2000元至3000元，而其向黃00收取之500元、1000元又僅係清償債務，則被告在其所稱黃00尚積欠高達10餘萬元債務之情形下，竟前後多達4次，於每次僅收取500元或1000元小額還款之同時，反而另行無償交付價值數倍於所收款項之海洛因香菸予黃00施用，無異於一面收回小額欠款，一面又無償提供具有相當價值之毒品，顯與其所稱欲收回欠款之情形相互扞格，亦有違一般事理。是被告以

海洛因香菸每支價值高達2000元至3000元為由，主張其所收款項與毒品交付無關，僅係清償債務云云，不僅欠缺其他事證佐證，且與前揭客觀交易情節不符，自無可採。至被告雖辯稱其於偵查中係因擔心遭羈押，始為不利於己之陳述云云。惟被告並未具體指陳偵查人員有何施以強暴、脅迫、利誘、詐欺或其他不正方法取供之情形，且觀諸其偵查中供述內容，就各次交付毒品之對象、有償或無償、交易金額及獲利情形，均能分別具體陳述，並非僅籠統承認犯罪，復與證人黃00之證述及卷內相關客觀事證相互符合。是被告事後空言以擔心遭羈押為由，否認其偵查中供述之真實性，自難憑採。

9.綜上，被告前揭所辯，要屬卸責之詞，不足採信，其就上揭犯罪事實一㈠1.至4.所示各次犯行，均係基於販賣第一級毒品以營利之犯意而為之，堪予認定。

㈡轉讓第一級毒品部分：

上揭犯罪事實一㈡1.至2.所示2次轉讓第一級毒品犯行，業據被告於偵查中、原審審理及本院審理時均坦承不諱（見偵34802卷第340頁、原審卷第367至369頁、本院卷第165、222至223頁），核與證人黃晏嘉於警詢及偵查中之證述相符（見偵34802卷第159至160頁、第238至239頁），並有車牌號碼0000-00號車輛詳細資料報表（見偵34802卷第67頁）、113年2月11日之路口及案發地點監視器畫面翻拍照片（見偵34802卷第69至79頁）、113年2月15日之路口及案發地點監視器畫面翻拍照片（見偵34802卷第205至219頁）在卷可稽，足徵被告前開任意性自白與事實相符，堪以採信。

㈢綜上，本案事證明確，被告上開販賣第一級毒品及轉讓第一級毒品犯行均堪認定，應依法論科。

三、論罪：

核被告就本判決犯罪事實一㈠1.至4.所為，均係犯毒品危害防制條例第4條第1項之販賣第一級毒品罪；就本判決犯罪事實一㈡1.至2.所為，均係犯毒品危害防制條例第8條第1項之

轉讓第一級毒品罪。被告因販賣、轉讓而持有第一級毒品之低度行為，均為其販賣、轉讓第一級毒品之高度行為所吸收，不另論罪。被告就上揭犯罪事實一㈠1.至4.及㈡1.至2.所示6次犯行，其犯意各別，行為不同，應予分論併罰。

四、刑之加重、減輕說明：

㈠被告前因贓物、偽造文書等案件，經臺灣彰化地方法院以103年度審簡字第19號判決判處應執行有期徒刑10月確定（嗣與其他案件定應執行刑），並與另案撤銷假釋所餘殘刑有期徒刑2年4月26日接續執行，於109年1月13日縮短刑期假釋出監並付保護管束，至110年6月3日期滿未經撤銷假釋，其未執行之刑以已執行論等情，業據檢察官指明，並提出全國刑案資料查註表為憑，且有法院前案紀錄表在卷可稽，被告受前揭有期徒刑執行完畢後，5年以內故意再犯如原判決犯罪事實一㈠1.至5.及本判決犯罪事實一㈠1.至4.、㈡1.至2.所示有期徒刑以上之各罪，均為累犯。惟本院依司法院釋字第775號解釋意旨，審酌被告構成累犯之前案與本案各罪之罪質迥異，犯罪型態、原因、侵害法益及社會危害程度亦不同，尚難認其再犯具有特別惡性或對刑罰反應力薄弱，如適用刑法第47條第1項累犯規定加重其刑，與罪刑相當及比例原則尚屬有違，爰均不予加重其刑。

㈡被告就原判決犯罪事實一㈠1.至5.所示5次販賣第二級毒品犯行及本判決犯罪事實一㈡1.至2.所示2次轉讓第一級毒品犯行，於偵查、原審及本院審判中均自白犯罪，應依毒品危害防制條例第17條第2項規定，各減輕其刑。

㈢按毒品危害防制條例第17條第1項「供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯」之規定，係指被告供出其所犯相關毒品罪行之毒品來源，使調查或偵查機關得據以發動調查或偵查，並因此查獲所供其人及其犯行，且該查獲之人暨其犯行與被告該次所犯毒品罪行之毒品來源間，必須具有事理上或時序上之因果關聯性，始克當之（最高法院112年度台上字第606號判決意旨參照）。查被告於113年6月27日警詢時，

即供出本案毒品來源為原審共同被告林冠良（下稱林冠良），有被告前開警詢筆錄、指認犯罪嫌疑人紀錄表、指認表、真實姓名對照表在卷可稽（見偵53699卷第25、51至57、63至69頁）。嗣經警依被告供述並持法院搜索票搜索林冠良，因而查獲林冠良先後於①113年2月9日18時44分許，販售海洛因半錢及甲基安非他命半兩；②113年2月11日0時55分許，販售海洛因半錢及甲基安非他命半兩；③113年2月13日1時2分許，販售甲基安非他命半兩；④113年6月23日22時0分許，販售海洛因半錢及甲基安非他命半兩予被告之犯行（林冠良上開販賣第一級、第二級毒品犯行，業經原審判決確定），檢察官起訴意旨已載明本案有因被告供出毒品來源，而查獲其他正犯之情形（見起訴書第6頁）。觀諸本判決犯罪事實一㈠2.至4.、㈡1.至2.所示各次販賣第一級毒品、轉讓第一級毒品犯行，其犯罪時間均在被告於113年2月9日、同年月11日向林冠良購入上開海洛因毒品之後，二者間具有時序上之因果關連性。堪認被告就本判決犯罪事實一㈠2.至4.、㈡1.至2.所示各次犯行，確有因其供出毒品來源，而使檢察官得以查獲其他正犯即林冠良之情形，核與毒品危害防制條例第17條第1項所定減輕或免除其刑之要件相符。本院衡量被告之犯罪情節、查獲上手林冠良對於遏止毒品犯罪、減輕毒品危害社會之助益程度，認尚無免除其刑之必要，爰依毒品危害防制條例第17條第1項規定，就本判決犯罪事實一㈠2.至4.及㈡1.至2.所示各次犯行，各減輕其刑。然就原判決犯罪事實一㈠1.至5.所示各次販賣第二級毒品，以及本判決犯罪事實一㈠1.所示販賣第一級毒品犯行，被告之犯罪時間均早於其向林冠良購入上開毒品之時間，因欠缺時序上之因果關聯性，依前揭說明，自無毒品危害防制條例第17條第1項規定之適用，併此敘明。

㈣按販賣第一級毒品罪之法定刑為「死刑或無期徒刑」，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，所設之法定本刑卻同為「死刑或無期徒刑」，均不可謂不重。於此情形，倘依其情狀處以較輕之徒刑，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。查被告販賣第一級毒品海洛因共4次，交易之對象僅黃001人，各次販賣之毒品數量不多，交易金額（含車資）亦僅500元或1000元，足認其實際獲取之利益有限，犯罪情節非可與中、大盤毒梟相提並論。本判決犯罪事實一㈠1.所示犯行，在無減免其刑之適用情況下，如科以法定最低刑度之無期徒刑；而犯罪事實一㈠2.至4.所示各次犯行，經依毒品危害防制條例第17條第1項規定減輕其刑後，縱科以最低度處斷刑有期徒刑15年，依其犯罪情狀，均仍有失之過苛而情輕法重之感，難謂符合罪刑相當性及比例原則，亦無從與中、大盤毒梟之犯罪情節及危害程度有所區隔，客觀上足以引起一般之同情。是被告上開各次販賣第一級毒品之犯罪情狀均尚堪憫恕，爰依刑法第59條規定，各酌量減輕其刑。

㈤按憲法法庭112年憲判字第13號判決主文揭示「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，另得依本判決意旨減輕其刑至2分之1」。查本判決犯罪事實一㈠1.所示犯行，被告販賣之對象為同屬施用毒品者之友人黃00，僅販賣摻有第一級毒品海洛因之香菸1支，交易金額（含車資）僅500元，無論就販賣之態樣、毒品數量、交易對價、所獲利益、所生危害及不法程度觀之，均屬極為輕微。而該次犯行經依刑法第59條規定酌減其刑後，最低度刑仍為有期徒刑15年，依前述犯罪情節，縱科以減刑後之最低度刑，仍嫌情輕法重，致罪責與處罰不相當。爰依上開憲法法庭判決意旨，再予減輕其刑，以符罪刑相當及比例原則。至被告就本判決犯罪事實一㈠2.至4.所示各次犯行，經依毒品危害防制條例第17條第1項及刑法第59條規定遞減輕其刑後，最低處斷刑為有期徒刑7年6月，已較原法定刑大幅減輕，衡諸其犯罪情節、所生危害及不法程度，尚難認仍有情輕法重，致罪責與處罰不相當之情形，自無再依憲法法庭112年憲判字第13號判決意旨減輕其刑之餘地，附此敘明。

㈥被告就本判決犯罪事實一㈡1.至2.所示各次犯行，均有上述二種減輕事由，依法先依較少之數減輕，再遞減之；就本判決犯罪事實一㈠1.所示犯行，有上述二種減輕事由，依法遞減之。另按刑法第71條第2項所稱「有二種以上之減輕者，先依較少之數減輕之」，不在同法第73條酌量減輕其刑準用之列（最高法院111年度台上字第5686號判決意旨參照）。是被告就本判決犯罪事實一㈠2.至4.所示各次犯行，均先依毒品危害防制條例第17條第1項減輕其刑，再依刑法第59條規定遞減其刑。

五、本院對於上訴之判斷：

㈠撤銷改判部分（即原判決附表一編號1至5所示宣告刑、編號6至9所示罪刑，暨所定應執行刑部分）：

1.原審審理後，就原判決附表一編號1至9部分，認被告犯罪事證明確，而予以論罪科刑，固非無見。惟查：⑴原判決附表

一編號1至6【即原判決犯罪事實一㈠1.至5.及本判決犯罪事實一㈠1.】所示各次犯行，均無毒品危害防制條例第17條第1項規定之適用，業經本院說明如前。原判決未詳予查明，遽就各該次犯行均依上開規定減輕其刑，自有判決適用法則不當之違誤；⑵原判決附表一編號6【即本判決犯罪事實一㈠1.】所示犯行，原審未審酌憲法法庭112年憲判字第13號判決意旨，考量被告所為該次犯行經依刑法第59條規定酌減其刑後，仍有情輕法重，致罪責與處罰不相當之情形，而未依上開憲法法庭判決意旨再予減輕其刑，亦有未洽；⑶原判決附表一編號7至9【即本判決犯罪事實一㈠2.至4.】所示各次犯行，應先依毒品危害防制條例第17條第1項減輕其刑，再依刑法第59條規定遞減其刑，業經本院說明如前。則依序遞減其刑後，最低處斷刑為有期徒刑7年6月，原判決就被告此部分犯行所量處之刑度均低於最低處斷刑，自屬違法。檢察官上訴意旨指摘原判決附表一編號1至9部分有上述⑴、⑶所示之違誤，為有理由。被告就原判決附表一編號6至9部分，則以其並無營利意圖，所為應僅構成轉讓第一級毒品罪，否認販賣第一級毒品犯行為由，提起上訴請求撤銷改判，惟其所辯及辯護意旨所陳均不足採，業經本院論駁如前，是被告此部分上訴為無理由。至上訴意旨雖未指摘上述⑵部分，然原判決此部分量刑亦有不當，本院仍應予審酌。綜上，原判決既有上開可議之處，自應由本院將原判決關於其附表一編號1至5所示宣告刑及編號6至9所示罪刑部分予以撤銷改判。又原判決上開部分既經撤銷，所定應執行刑部分（包含未上訴部分即原判決附表一編號12、13），即失所依附，應併予撤銷。

2.爰以行為人之責任為基礎，審酌被告為牟己利，無視國家杜絕毒品犯罪之禁令，恣意販賣海洛因、甲基安非他命供他人施用，助長毒品流通及他人濫用毒品之惡習，危害國人身心健康及社會秩序，所為殊不可取，兼衡被告犯後坦承販賣第二級毒品犯行，惟否認販賣第一級毒品犯行之犯後態度，復

考量其犯罪之動機、目的、手段，其各次販賣毒品之數量及交易金額，又被告除前述構成累犯之前案外，尚有其他犯罪前科紀錄，有法院前案紀錄表在卷可參，素行非佳，暨其自陳之智識程度、工作經歷、家庭生活及經濟狀況（見本院卷第225頁）等一切情狀，分別量處如本判決附表一「宣告刑」欄及附表二「主文」欄所示之刑。

3.原判決附表一編號12、13所示部分，因未據上訴而已確定。本院撤銷改判各罪所處之刑，基於保障被告之聽審權、提升刑罰之可預測性及減少不必要重複裁判之考量，宜俟被告所犯數罪全部確定後，再由檢察官聲請定其應執行之刑，爰不於本判決定應執行刑，附此敘明。

㈡上訴駁回部分（即原判決附表一編號10、11及所定應執行部分，暨販賣第一級毒品之犯罪所得沒收部分）：

1.原判決認被告上開2次轉讓第一級毒品犯行，均事證明確，經依前揭規定遞減其刑後，於處斷刑範圍內，以被告之責任為基礎，審酌：被告為本案轉讓毒品犯行，破壞社會秩序並造成毒品散布之危險，所為應予非難，兼衡其犯後坦承犯行之犯後態度，暨被告自陳之智識程度、家庭經濟狀況（見原審卷第371頁）、其前科素行，暨其轉讓毒品之數量等一切情狀，分別量處有期徒刑4月、4月；復考量各罪間之關連性等情事，而為整體評價後，定其應執行刑有期徒刑5月。經核原判決此部分認事、用法均無不當，所為量刑及定應執行刑亦屬妥適，應予維持。被告上訴意旨雖主張，其被訴於113年2月11日、同年月15日販賣第一級毒品予黃00部分，並無營利意圖，應僅構成轉讓第一級毒品罪，且與其於同日轉讓第一級毒品予黃晏嘉之犯行，應分別評價為同一次轉讓行為。惟被告於上開2日販賣第一級毒品予黃00之犯行，均應成立販賣第一級毒品罪，且與其同日轉讓第一級毒品予黃晏嘉之犯行，其犯意各別，行為不同，應予分論併罰，業經本院說明如前。被告上訴執前詞指摘原判決此部分不當，並無理由，應予駁回。

2.按沒收因已非刑罰，具有獨立性，其與犯罪（違法）行為並非絕對不可分離，即使對本案上訴，當原判決採證認事及刑之量定均無不合，僅沒收部分違法或不當，自可分離將沒收部分撤銷改判，其餘本案部分予以判決駁回。反之，原判決論罪科刑有誤，而沒收部分無誤，亦可僅撤銷罪刑部分，其餘沒收部分予以判決駁回（最高法院111年度台上字第117號判決意旨參照）。查原判決關於被告上開販賣第一級毒品犯行部分，雖科刑有所違誤，而由本院撤銷其罪刑部分，業如前述，惟關於此部分之犯罪所得沒收，已於其理由欄貳、五、㈢1.中說明：被告因其上開販賣第一級毒品犯行，獲取500元、500元、500元、1000元之對價（不問成本、利潤），應認係其犯罪所得，應依刑法第38條之1第1項前段、第3項規定宣告沒收，並於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。經核原判決上開所為沒收之認定，並無違誤，應予維持。被告此部分之上訴為無理由，應予駁回。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條、第369條第1項前段、第364條、第299條第1項前段，判決如主文。

本案經檢察官謝孟芳提起公訴，檢察官謝宜修提起上訴，檢察官Ａ０３到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　22　　日

刑事第六庭　審判長法　官　王　邁　揚

法　官　鍾　貴　堯

法　官　廖　素　琪

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　賴　玉　芬

中　　華　　民　　國　　115　年　　9　　月　　22　　日

附錄論罪法條全文：

毒品危害防制條例第4條

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3千萬元以下罰金。

製造、運輸、販賣第二級毒品者，處無期徒刑或10年以上有期徒刑，得併科新臺幣1千5百萬元以下罰金。

製造、運輸、販賣第三級毒品者，處7年以上有期徒刑，得併科新臺幣1千萬元以下罰金。

製造、運輸、販賣第四級毒品者，處5年以上12年以下有期徒刑，得併科新臺幣5百萬元以下罰金。

製造、運輸、販賣專供製造或施用毒品之器具者，處1年以上7年以下有期徒刑，得併科新臺幣1百50萬元以下罰金。

前五項之未遂犯罰之。

毒品危害防制條例第8條

轉讓第一級毒品者，處1年以上7年以下有期徒刑，得併科新臺幣1百萬元以下罰金。

轉讓第二級毒品者，處6月以上5年以下有期徒刑，得併科新臺幣70萬元以下罰金。

轉讓第三級毒品者，處3年以下有期徒刑，得併科新臺幣30萬元以下罰金。

轉讓第四級毒品者，處1年以下有期徒刑，得併科新臺幣10萬元以下罰金。

前四項之未遂犯罰之。

轉讓毒品達一定數量者，加重其刑至二分之一，其標準由行政院定之。

附表一：原判決附表一編號1至5所示宣告刑撤銷改判部分

編號	犯罪事實	宣告刑
1	原判決犯罪事實一㈠1.	Ａ０１處有期徒刑伍年陸月。
2	原判決犯罪事實一㈠2.	Ａ０１處有期徒刑伍年陸月。

3	原判決犯罪事實一㈠3.	Ａ０１處有期徒刑伍年陸月。
4	原判決犯罪事實一㈠4.	Ａ０１處有期徒刑伍年陸月。
5	原判決犯罪事實一㈠5.	Ａ０１處有期徒刑伍年陸月。

附表二：原判決附表一編號6至9所示罪刑撤銷改判部分

編號	犯罪事實	主文
1	本判決犯罪事實一㈠1.	Ａ０１犯販賣第一級毒品罪，處有期徒刑柒年柒月。
2	本判決犯罪事實一㈠2.	Ａ０１犯販賣第一級毒品罪，處有期徒刑柒年柒月。
3	本判決犯罪事實一㈠3.	Ａ０１犯販賣第一級毒品罪，處有期徒刑柒年柒月。
4	本判決犯罪事實一㈠4.	Ａ０１犯販賣第一級毒品罪，處有期徒刑柒年捌月。