臺灣高等法院臺南分院刑事判決

115年度上訴字第1415號

上　訴　人
即　被　告　陳坤成
選任辯護人　張淑琪律師

上列上訴人即被告因毒品危害防制條例案件，不服臺灣雲林地方法院113年度訴字第569號中華民國115年3月23日第一審判決（起訴案號：臺灣雲林地方檢察署113年度偵字第8595號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

事　實

一、陳坤成明知甲基安非他命係毒品危害防制條例第2條第2項第2款所定之第二級毒品，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，以所持用門號0000000000號之藍色手機與湯清木聯繫後，於民國112年11月25日14時33分許，在雲林縣○○鎮○○街00號，販賣價值新臺幣（下同）5,000元至6,000元之甲基安非他命4公克予湯清木，湯清木則以賒欠方式與陳坤成完成交易。

二、案經臺灣雲林地方檢察署檢察官指揮雲林縣警察局移送、偵查起訴。

理　由

壹、本院審理範圍：

一、按刑事訴訟法第348條規定：「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」。是本案上訴之效力及其範圍，應依刑事訴訟法第348條規定判斷，合先敘明。

二、原審於115年3月23日以113年度訴字第569號判決判處：㈠被告犯如原判決附表一編號2、5所示之罪，各處如原判決附表

一編號2、5所示之刑。扣案如原判決附表二所示之物（藍色手機1支）沒收。㈡其餘被訴部分（即原判決附表一編號1、3、4）均無罪。被告就原判決附表一編號5所示販賣第二級毒品部分全部上訴，而就原判決附表一編號2所示轉讓第一級毒品部分以原審量刑過重為由提起上訴，檢察官則未上訴。經本院當庭向被告及辯護人確認原判決附表一編號2（轉讓第一級毒品罪）上訴範圍，皆稱僅就此部分原判決量刑部分上訴，對於認定之犯罪事實、罪名及沒收，均表明未在上訴範圍（本院卷第82-83、112-113頁），足見被告對於原判決附表一編號2（轉讓第一級毒品罪）請求審理之上訴範圍僅限於量刑。因此，就被告之原判決附表一編號2部分，本院爰僅就量刑部分加以審理，其他關於原判決附表一編號2部分之犯罪事實、罪名及沒收等，則不在本院審理範圍。

貳、被告販賣第二級毒品有罪部分（即原判決附表一編號5）：

一、證據能力：

㈠按基於維持正當法律程序、司法純潔性及抑止違法偵查之原則，實施刑事訴訟程序之公務員不得任意違背法定程序實施搜索、扣押；至於違法搜索、扣押所取得之證據，若不分情節，一概以程序違法為由，否定其證據能力，從究明事實真相之角度而言，難謂適當，且若僅因程序上之瑕疵，致使許多與事實相符之證據，無例外地被排除而不用，例如案情重大，然違背法定程序之情節輕微，若遽捨棄該證據不用，被告可能逍遙法外，此與國民感情相悖，難為社會所接受，自有害於審判之公平正義。因此，對於違法搜索、扣押所取得之證據，除法律另有規定外，為兼顧程序正義及發現實體真實，應由法院於個案審理中，就個人基本人權之保障及公共利益之均衡維護，依比例原則及法益權衡原則，予以客觀之判斷，亦即宜就1.違背法定程序之程度。2.違背法定程序時之主觀意圖（即實施搜索、扣押之公務員是否明知違法並故意為之）。3.違背法定程序時之狀況（即程序之違反是否有

緊急或不得已之情形）。4.侵害犯罪嫌疑人或被告權益之種類及輕重。5.犯罪所生之危險或實害。6.禁止使用證據對於預防將來違法取得證據之效果。7.偵審人員如依法定程序，有無發現該證據之必然性。8.證據取得之違法對被告訴訟上防禦不利益之程度等情狀予以審酌，以決定應否賦予證據能力（最高法院99年度台上字第4117號、100 年度台上字第6290號、93年度台上字第664 號判決意旨參照）。

㈡查被告係在監聽期間，因非法持有大量毒品在汽車旅館被查獲，監聽門號手機同時被查扣，並經被告簽立自願受搜索同意書，嗣因被告在監執行，故員警未徵詢被告同意或由被告簽署勘查採證同意書，而由警檢視被告手機之LINE對話紀錄並截圖以釐清案情等節，有雲林縣警察局114年2月12日雲警少字第1140005498號函1份(原審1卷第137頁)、被告自願受搜索同意書、113年5月3日搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、扣押物品收據各1份（原審1卷第203-205頁）附卷足憑，可見員警檢視被告扣案手機之程序容有瑕疵。惟審酌下列情事：1.警方係因查獲被告持有大量毒品，且已對被告手機實施監聽，為釐清案情，乃調取扣案手機檢視內容，難認警方就此已有違背法定程序之主觀惡性。2.此僅為程序上之瑕疵，違背法定程序之情節尚屬輕微；又此種程序之疏忽，係屬偶發性個案，並非執法人員普遍、長期存在此等違法搜索陋習，因此尚無必須禁止使用證據來預防將來再度違法之急迫需要。3.考量被告本案所涉乃販賣第二級毒品之重罪，在立法政策上此種犯行除具有高度不法之內涵外，更含有暴利之性質，該行為之處罰含有重大公共利益之維護目的。綜上，就個人基本人權保障及社會公益之維護，依比例原則及法益權衡原則，客觀判斷本案警方雖因被告身在獄中而便宜行事，逕自調取手機而採證，然依其採證之方式及執行情形，尚未逾越手段與目的之正當性，且為公共利益維護所必須，應認本案違背法定程序所取得之證據即被告與湯清木之通訊軟體LINE對話紀錄截圖，仍有證據能力。從而，辯護人

為被告辯護稱：被告與湯清木間之LINE對話紀錄，係違法取得之證據，應無證據能力云云，自不可採。

㈢按被告以外之人於檢察事務官、司法警察（官）調查中所為之陳述，依刑事訴訟法第159條第1項規定，係屬傳聞證據，原則上無證據能力，惟如該陳述與審判中不符時，其先前之陳述具有較可信之特別情況，且為證明犯罪事實存否所必要者，依同法第159條之2規定，始例外認為有證據能力。查湯清木於警詢之陳述，並無傳聞證據例外之情形，故此部分應無證據能力。

㈣查本案所引用之相關證據資料（詳後引證據），其中各項言詞或書面傳聞證據部分，縱無刑事訴訟法第159條之1至第159條之4或其他規定之傳聞證據例外情形，然業經本院審理時予以提示並告以要旨，且各經檢察官、被告陳坤成及辯護人表示意見，當事人已知上述證據乃屬傳聞證據，已明示同意作為本案之證據使用（本院卷第84-86、114頁），而本院審酌上開證據資料製作時之情況，無不當取供及證明力明顯過低之瑕疵，應認均有證據能力。

二、認定犯罪事實所憑之證據及理由：

㈠訊據被告矢口否認有何販賣第二級毒品甲基安非他命之犯行，被告及辯護人辯稱：1.被告係無償轉讓甲基安非他命給湯清木，並沒有販賣。2.證人湯清木之證詞前後矛盾，且存有損人利己動機，其證詞之憑信性薄弱，不能採為認定被告本件犯行之唯一證據。3.被告已明確說明本件係轉讓而非販賣，尚難僅憑被告於警詢時真意不明之供述，逕認被告已自承有販賣毒品。4.就本件販賣第二級毒品部分，請改判被告無罪云云。

㈡經查：

1.證人湯清木於偵查時具結證稱：（《提示112年11月25日的對話紀錄》你在下午2點33分有跟被告通話，傳送地標「斗南鎮隆昌街78號」是何意？）我打電話給被告，請他拿毒品過來，我跟他買4公克的甲基安非他命，價格6,000元。（交

易過程？）他開一樣的車子，自己一個人過來78號我工作的地方，我上他的副駕駛座，他就把東西給我，我給他錢，他也是用夾鍊袋裝毒品給我等語（臺灣雲林地方檢察署113年度偵字第8595號卷《下稱偵卷》第102頁）。又於原審時證述：（你目前是否有罹患癌症？）是。（痛苦的時候需要施用毒品？）對。（你吃過哪幾種毒品？）海洛因、甲基安非他命。（112年11月25日你有打電話給被告，還傳了一個在斗南的座標給他，是什麼意思？）我人在那邊工作。（被告說這天他有請你吃安非他命，是否如此？）他有拿毒品說要請我，我說不要，有拿5,000元給他，他是跟我說不用等語（原審卷第45-46頁）。

2.又被告於警詢中供稱：112年11月25日當天我有拿毒品甲基安非他命給湯清木，但湯清木是用賒帳的方式向我購買甲基安非他命等語（臺灣雲林地方檢察署113年度他字第544號卷《下稱他卷》第109頁）。且於112年11月25日14時33分許，被告所持有門號0000000000號確出現在雲林縣○○鎮○○街00號附近，有被告手機上網歷程查詢1份（他卷第223-232頁）在卷可按；佐以被告與證人湯清木於112年11月25日有多次通話之事實，有被告與湯清木間LINE對話紀錄翻拍照片1份（他卷第59-93、157-191頁）附卷可考。

3.經核前揭被告之供述、證人湯清木之證述及上開事證，足認被告確有於前揭時地，與湯清木見面，交付價值5,000元至6,000元之甲基安非他命予湯清木。又該次係證人湯清木向被告「買4公克的甲基安非他命」，且「湯清木是用賒帳的方式向被告購買甲基安非他命」，業經證人湯清木證述、被告供明在卷，已如前述；縱使因湯清木罹患癌症，要靠毒品減少疼痛，被告覺得湯清木很可憐，曾有免費提供毒品給湯清木施用之情形，然而衡情被告應不會僅因所謂同情，即1次無償轉讓價額高達5,000元至6,000元之毒品甲基安非他命。從而，被告及辯護人辯稱：被告係無償轉讓甲基安非他命給湯清木，並沒有販賣云云，應屬無據。

㈢按販賣毒品本無一定價格，各次買賣之價格，可能各有差異，隨供需雙方之資力、關係之深淺、需求之數量、貨源之充裕與否、販賣者對於資金之需求如何即殷切與否，以及政府查緝之態度，進而為各種不同之風險評估，而為機動性之調整，是其價格標準，自非一成不變，且販賣者從各種「價差」或「量差」或係「純度」謀取利潤方式，或有差異，然其所圖利益之非法販賣行為目的，則屬相同，並無二致。本案上開販賣第二級毒品之行為，雖因未當場查獲販毒事實，無從察知其販賣毒品確實數量、純度，亦無從知悉販入之價格，以為是否高價賣出之比較，惟毒品危害防制條例所處罰之「販賣」毒品罪，所著重者為在主觀上有藉以牟利之惡性，及對毒品之擴散具有較有償或無償轉讓行為更嚴重之危害性，被告有無「營利」之意圖係從客觀之社會環境、情況及證人、物證等資料，依據證據法則綜合研判認定。衡諸毒品甲基安非他命量微價高，且依一般社會通念以觀，販賣行為在通常情形下均係以牟利為其主要誘因及目的，倘非有利可圖，絕無甘冒重罰風險而為之之理。從而，舉凡其有償交易，除足反證其確另基於某種非圖利本意之關係外，通常尚難因無法查悉其販入價額作為是否高價賣出之比較，而諉無營利之意思，致阻卻販賣犯行之追訴。查被告與湯清木間僅為普通朋友關係，且被告敢甘冒遭刑事追訴之風險，將甲基安非他命交付予湯清木並收取金錢，自係其間有利可圖，足見被告主觀上確有營利之意圖甚明。

㈣綜上所述，本件事證明確，被告上開販賣第二級毒品犯行，已堪認定，應依法論科。

三、核被告所為，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。被告販賣第二級毒品前，持有第二級毒品之低度行為，為販賣毒品之高度行為所吸收，不另論罪。

四、原審以被告上開販賣第二級毒品之犯行，事證明確，因予適用相關規定，並審酌：被告漠視法律規定及國家嚴厲查禁毒品之政策，犯下本案販賣第二級毒品犯行，且其販賣毒品對

國民身心健康及社會秩序危害非輕，所為實不足取。兼衡被告否認販賣第二級毒品犯行。暨被告於原審時自陳入監前從事冷凍空調工作、智識程度高職中畢業、未婚、家中有父母之家庭生活狀況等一切情狀，量處被告有期徒刑10年2月，以示懲儆。復說明：㈠扣案藍色手機1支為被告所有、供其犯本件販賣第二級毒品罪聯繫之用，應依毒品危害防制條例第19條第1項之規定宣告沒收之。㈡本件尚無證據證明被告自本案犯行中取得實際報酬，難認其有犯罪所得，故不予宣告沒收。本院審核原審認事用法俱無不合，所量處之刑度，亦屬允當。被告上訴意旨猶執前詞否認犯罪，指摘原判決不當，為無理由，應予駁回。

參、被告量刑上訴（即原判決附表一編號2之轉讓第一級毒品）部分：

一、因被告表明就原判決附表一編號2部分僅就原判決關於量刑部分提起上訴，故就被告此部分有關本案之犯罪事實、論罪（所犯罪名、罪數關係）及沒收部分之認定，均如第一審判決所記載。

二、被告上訴意旨（含辯護人辯護意旨）略以：請求就原判決附表一編號2之轉讓第一級毒品部分，對被告從輕量刑云云。

三、按毒品危害防制條例第17條第2項規定：「犯第4條至第8條之罪於偵查及歷次審判中均自白者，減輕其刑」。查被告於偵查、原審及本院時，均自白原判決附表一編號2之轉讓第一級毒品海洛因犯行，應依毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑。

四、經查：

㈠按量刑係法院就繫屬個案犯罪所為之整體評價，乃事實審法院之職權裁量事項，而量刑判斷當否之準據，則應就判決整體觀察為綜合考量，不可擷取其中片段遽為評斷。苟其量刑已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列情狀，在法定刑度內酌量科刑，無偏執一端，或濫用其裁量權限，致明顯失出失入情形，自不得任意指為不當或違法（最

高法院75年度台上字第7033號、104年度台上字第2577號判決意旨參照）。原審以行為人之責任為基礎，審酌被告漠視法律規定及國家嚴厲查禁毒品之政策，且其轉讓毒品對國民身心健康及社會秩序危害非輕，所為實不足取。兼衡被告坦承轉讓第一級毒品之犯行。暨被告於原審自陳前從事冷凍空調工作、智識程度高職中畢業、未婚、家中有父母之家庭生活狀況等一切情狀，量處被告有期徒刑8月。本院認原判決關於本案科刑之部分，已依刑法第57條各款所列情狀審酌，而為量刑之準據，經核並無量刑輕重失衡、裁量濫用之情形，而被告上訴請求從輕量刑之理由，已為原判決審酌時作為量刑之參考因子，或尚不足以動搖原判決之量刑基礎，難認有據。

㈡綜上所述，被告上訴意旨以原審量刑過重為由，指摘原判決不當，為無理由，應予駁回。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

本案經檢察官曹瑞宏提起公訴，檢察官王全成到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　8　　月　　31　　日

刑事第四庭　審判長法　官　何秀燕

法　官　鄭彩鳳

法　官　洪榮家

以上正本證明與原本無異。

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（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　蔡曉卿

中　　華　　民　　國　　115　　年　　8　　月　　31　　日

附錄本案論罪科刑法條全文：

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。