臺灣高等法院臺南分院刑事判決

115年度上訴字第1476號

上　訴　人　臺灣嘉義地方檢察署檢察官

上　訴　人

即　被　告　程展鋐

（原名吳昆昇）

000000000000000000

選任辯護人　張蓁騏律師

上列上訴人等因被告毒品危害防制條例案件，不服臺灣嘉義地方法院112年度訴字第76號中華民國115年2月25日第一審判決（起訴案號：臺灣嘉義地方檢察署111年度偵字第4412號、112年度偵字第1957號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於Ａ０２所定應執行刑部分撤銷。

前開撤銷部分，Ａ０２所犯如原判決附表一編號1至7所示各罪所處之刑，應執行有期徒刑陸年。

其他上訴（即原判決諭知無罪部分）駁回。

事實及理由

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。」經查：原審判決後，㈠檢察官僅對原審諭知無罪部分提起上訴，㈡被告則僅就原判決關於應執行刑部分提起上訴（本院卷第136頁）。則本件審判範圍僅及於以下部分：㈠原判決諭知無罪部分，㈡原判決有罪部分之定應執行刑部分，其餘部分均不在本院審理範圍。是以，㈠本案就被告有罪部分之犯罪事實、所犯法條、論罪、沒收及所犯各罪量刑及宣告刑部分之認定，均如第一審判決書之記載。㈡又經本院審理後，認為原審以檢察官提出之證據，不足以證明被告有起訴書附表編號3所示之販賣第三級毒品犯行，因而諭知此部分

無罪，原審之認定並無違誤，理由之論述亦符合經驗法則及論理法則，爰引用第一審判決書之記載（如附件）。

二、上訴意旨：

㈠檢察官上訴意旨略以：1.證人Ａ０１於偵查中已具體證述，其曾於全家便利商店○○麻魚店，向微信暱稱「小蒙牛營業中」（即被告）以新臺幣（下同）1千元購得2包彩色小惡魔樣式含有第三級毒品之咖啡包（下稱毒品咖啡包）。而施用毒品者因長期接觸毒品，或因交易次數頻繁、時隔久遠，對於確切交易之月份記憶產生誤差（例如將4月誤記為5、6月），實屬常見之合理現象。原審未深究該筆價金1千元、2包咖啡包之交易是否實際發生於被告遭逮捕之民國111年4月15日前，即逕以證人「記憶中之時間」與「被告遭收押時間」不符，將證人關於「確實有向被告購買毒品」之核心犯罪事實全盤推翻，恐有違經驗法則。2.依原判決附表一編號2之認定，被告與Ａ０１確曾於111年4月15日晚間透過微信聯繫，約定於○○麻魚店進行1千元、2包彩色小惡魔咖啡包之毒品交易，僅因被告於赴約途中遭逮捕而未遂。此一事實恰好與Ａ０１指證向被告購買「2包彩色小惡魔樣式毒品咖啡包、1千元」之細節高度吻合，Ａ０１所指述於「111年5、6月間」之既遂交易，極有可能是其對過往與被告間其他成功交易之記憶混淆，抑或是將案發前之其他既遂犯行誤記時間。原審既已確認雙方至111年4月15日均有密切之毒品交易對話紀錄，自應依職權傳喚Ａ０１進一步釐清該次「已交付毒品並收取1千元」之具體情節與實際發生之時間點，而非以通訊軟體最後紀錄停留在4月15日為由，草率認定無補強證據而為無罪判決。是請求撤銷原判決無罪部分，更為適當合法之判決等語。

㈡被告上訴意旨略以：原審考量被告年紀尚輕，並無犯罪前科，所販賣的對象也非如大量販毒的毒梟，故適用刑法第59條予以酌減各罪之刑度，惟在定應執行刑時，並未慮及與同案被告黃浚楷之刑度有不同的考量條件，竟定刑超過各罪於

減刑前之最低法定刑度即有期徒刑7年以上，而本件於各罪量刑時既已給予減刑，卻仍定應執行刑超過7年以上，應違背一般國民的法感，請再予以酌量給予適當的刑度等語。

三、撤銷改判部分（即原判決有罪部分所定應執行刑部分）：

原判決就被告所犯如原判決附表一編號1至7所示各罪，載明經整體評價其犯罪態樣、手段、責任非難程度等因子後，定其應執行刑為有期徒刑7年6月，固非無見。惟：

㈠按立法者所以就裁判確定前犯數罪且宣告多數有期徒刑者採行限制加重原則，除著眼於緩和多數有期徒刑合併執行所造成之苛酷外，更重在避免責任非難之重複，蓋有期徒刑之科處，不僅在於懲罰犯罪行為，更重在矯治犯罪行為人、提升其規範意識、回復社會對於法律規範之信賴，而具特別預防之功能，應併合處罰之複數有期徒刑倘一律合併執行，將造成責任非難之效果重複滿足、邊際效應遞減之不當效果，甚至有違責任主義，故採行限制加重原則，以期罪責相當。從而，法院就應併合處罰之數個有期徒刑定其應執行刑時，固屬法院職權裁量之範圍，然其裁量並非恣意，亦非單純之計算問題，不僅應遵守外部性界限，更應受各種內部性界限之支配，為避免責任非難效果重複滿足、特別預防邊際效應遞減之不當效果，以符合罪責相當之要求，應具體審酌整體犯罪過程之各罪彼此間之關聯性，如數罪間之犯罪類型、行為態樣、動機、手段、侵害法益之異同。具體言之，行為人所犯數罪各屬不同之犯罪類型者，於併合處罰時其責任非難重複之程度最低，當可酌定較高之應執行刑；反之，行為人所犯數罪係屬相同之犯罪類型者，於併合處罰時其責任非難重複之程度較高，自應酌定較低之應執行刑；若行為人所犯數罪非惟犯罪類型相同，且其行為態樣、手段、動機均相似者，於併合處罰時其責任非難重複之程度更高，更應酌定較低之應執行刑；但若行為人所犯數罪雖屬相同之犯罪類型，然所侵犯者為具有不可替代性、不可回復性之個人法益（如殺人、妨害性自主）時，於併合處罰時其責任非難重複之程

度則較低，而可酌定較諸一般相同犯罪類型數罪之情形時為高之應執行刑，此外，藉由分析數罪間之關係，諸如數犯罪之時間間隔、頻率、數犯罪間是否具備目的手段原因關係等，亦可資為決定應執行刑之參考因子。法院並應於裁判內適當說明其裁量之理由，否則即有理由不備之違誤（最高法院112年度台抗字第1371號裁定意旨參照）。

㈡原判決就被告所犯如原判決附表一編號1至7所示各罪所定之應執行刑，雖係於各刑中之最長期（即有期徒刑3年9月）以上，各刑合併之刑期（即3年8月共16次+3年9月+2年6月）以下，定其應執行刑，固未超出法律所定之外部界限，然，被告所犯上開數次販賣第三級毒品罪（其中1次為未遂），犯罪時間集中在民國110年底至111年3、4月間，時間密接，且均係以微信暱稱「小蒙牛營業中」或「臭不要臉」與購毒者聯繫後，前往約定地點，與購毒者以一手交錢、一手交毒品咖啡包之方式交易毒品，犯罪手法近似，侵害之法益相同，而具高度重複性，各罪之獨立性較低，又本案購毒者僅有6人，對象不多，且各次行為之犯罪所得僅有400元至2,200元不等，金額並非甚鉅，販毒規模尚難認龐大，是其責任非難重複之程度顯然較高，刑罰效果允宜酌予斟酌遞減，俾符合以比例原則、平等原則、責罰相當原則、重複評價禁止原則為內涵之內部性界限。原審於定刑時未具體剖析說明其裁量之理由，僅泛謂已整體評價其犯罪態樣、手段、責任非難程度等因子後，而定應執行刑如上述，其刑罰裁量權之行使即難謂妥適，自應由本院將原判決關於被告各罪所定應執行刑之部分撤銷改判。

㈢本院審酌被告如原判決附表一編號1至7所犯共18罪，均係犯販賣第三級毒品犯行（其中1次為未遂），前揭數罪之犯罪時間介於110年底至111年3、4月間，時間密接，且以通訊軟體與購毒者聯絡後面交之犯罪手法均相似，又本案購毒者僅有6人，對象不多，且各次行為之犯罪所得僅有400元至2,200元不等，復考量其於原審及本院審理中皆坦認犯行之犯後

態度等情狀。經綜合考量被告所為上開犯行，雖犯案次數較多，然就各罪間之關連性而言，犯罪類型及侵害法益性質均相似，行為態樣及犯罪手法俱雷同，再酌以其整體犯罪情狀對社會所造成危害之程度，暨刑罰權邊際效應是隨刑期之執行遞減及受刑人痛苦程度遞增之情狀，復參酌被告請求從輕量刑之意見等總體情狀予以評價後，依刑罰經濟及恤刑本旨，定應執行刑如主文第2項所示。

四、駁回上訴部分（即原判決諭知無罪部分）：

㈠按對立性之證人（如被害人、告訴人、加害人）、目的性之證人（如刑法或特別刑法規定得邀減免刑責優惠者）、脆弱性之證人（如易受誘導之幼童）或特殊性之證人（如秘密證人）等，因其等之陳述虛偽危險性較大，為避免嫁禍他人，除施以具結、交互詰問、對質詰問等預防方法外，尤應認有補強證據以增強其陳述之憑信性，始足為認定被告犯罪事實之依據（最高法院104年度台上字第3178號判決意旨參照）。又按毒品交易之買賣雙方，乃具有對向性之關係，為避免犯販賣、轉讓、施用、持有毒品等罪者嫁禍他人而虛偽陳述其毒品來源，俾圖藉毒品危害防制條例第17條規定減輕其刑，其自白之憑信性即比一般無利害關係之證人所為之證述較為薄弱，為擔保其陳述之真實性，以避免為邀寬典而為損人利己之不實陳述，是其陳述是否與事實相符，仍應調查其他證據以資審認，必達於一般之人均不致有所懷疑，而得確信其為真實之程度者，始得採為被告有罪之認定（最高法院102年度台上字第3017號判決意旨參照）。

㈡經查：

1.證人Ａ０１就與被告間交易毒品咖啡包之情節，歷次證述如下：

⑴①證人Ａ０１於警詢中證稱：我有加入微信暱稱「小蒙牛營業中」為好友，我加入是要用於購買毒品。我所有之帳號「老鼠」於111年4月15日23時56分發送「○○市○○路000號」予暱稱「小蒙牛營業中」，是我與「小蒙牛營業中」約

定在嘉義縣○○市○○路000號交易毒品，我向「小蒙牛營業中」以1千元為代價，購買彩虹小惡魔包裝的毒品咖啡包2包，交易時就只有我與「小蒙牛營業中」之男子在現場。我最近1次施用毒品是於111年6月中旬，在家中施用毒品咖啡包2包，我記得該毒品咖啡包來源是我在全家便利商店○○麻魚店，向「小蒙牛營業中」以1千元購得2包彩虹小惡魔樣式的毒品咖啡包，當時副駕駛座有1個女生在場。我向「小蒙牛營業中」購買2次毒品的男子是不同人等語（他卷第205至207頁）；②於111年8月15日偵訊中，亦證稱與暱稱「小蒙牛營業中」曾有上述2次毒品交易，惟改證稱該2次交易之男子是同一個男生等語（他卷第234至235頁）；⑶於112年1月16日偵訊中，亦證述與暱稱「小蒙牛營業中」之Ａ０２有2次毒品交易，然改證稱，其於第1次交易時，有看到何冠欣出現，於1至2個月後交易時，何冠欣並沒有出現等語（他卷第413至415頁）。

⑵依證人Ａ０１之前揭證述可見，其雖證稱曾於111年4月15日及之後的1至2個月間（即111年5、6月間）某日，與暱稱「小蒙牛營業中」之男子交易毒品咖啡包，共計2次，經比對起訴書之記載，分別係對應起訴書附表編號2（經原審法院判處罪刑如原判決事實欄一㈣、附表一編號2）及編號3之部分。然而，Ａ０１原僅指認與其於111年4月15日交易之男子為被告（他卷第207頁、0428號警卷第104至107頁），並稱此2次交易之男子為不同人，且第2次交易時尚有1名女性在場，之後卻改稱此2次交易之男子為同一人，並稱第2次交易時何冠欣並未在場，何冠欣係於第1次交易時在場等節。則其所述關於第2次交易（即起訴書附表編號3）之情節前後不一，真實性尚非無疑。

2.證人何冠欣於警詢及偵訊中均證稱，其曾於111年4月中旬，陪同被告前往全家超商○○麻魚店，其進入超商上廁所出來後，有看見被告與某名男子交易毒品乙情（0428號警卷第25至26頁，他卷第379頁），則其證述內容顯非關於起訴書附

表編號3之部分，自無從補強證人Ａ０１如前證稱，其曾於111年5、6月間某日與被告從事毒品交易一事。

3.被告於本院固然對於被訴如起訴書附表編號3之事實為認罪表示（本院卷第110、145至146頁），惟經詢以該次交易之詳情，卻供稱：我不記得了，因為太多了，到底是誰我不記得，有沒有這1次我也不確定等語（本院卷第118頁），而無法詳述該次犯行之情節，且也不確定是否尚有該次犯行，被告之辯護人亦稱：基於訴訟策略的考量，我們很怕被告其他都認罪，就這件不認罪，卻被認定有罪，定應執行刑絕對是7年以上，對被告非常不利等語（本院卷第118頁），顯見被告乃是基於訴訟策略之考量而認罪，該自白是否與事實相符，容有疑義。再者，依被告於本院供陳，其與Ａ０１間均是以手機微信帳號聯絡，且於起訴書附表編號2、3所載時、地，2次販賣毒品給Ａ０１，均是以微信聯絡後、再行約定地點面交，並無未透過微信聯繫即直接見面購買之情況（本院卷第146至147頁），與證人Ａ０１如前證稱，其加入微信暱稱「小蒙牛營業中」為好友，即是為了購買毒品乙節相符，且從證人Ａ０１曾證稱，其第2次與微信暱稱「小蒙牛營業中」之帳號交易，前來面交之人與第1次交易是不同男子一情，可知證人Ａ０１於購買毒品時，係針對微信暱稱「小蒙牛營業中」之帳號進行聯繫，而非認明被告個人，是被告所述，其皆係透過微信帳號與Ａ０１聯繫而販賣毒品，並無未經聯繫即直接見面購買之交易模式，應屬實在。惟被告曾於111年4月15日22時許，在嘉義縣○○市○○○路00號前為警查獲，並經警扣得其工作用之手機等節，業經被告於原審審理中供述在卷（原審卷二第184頁），並有嘉義市政府警察局第一分局搜索、扣押筆錄、扣押物品目錄表存卷可參（2266號警卷第23至26頁），而被告於本院審理中另供陳：我於111年4月16日被警方查獲、手機被扣案後，就無法跟Ａ０１聯絡了等語（本院卷第147頁），已與其如前供稱，於起訴書附表編號3所示時間（即111年5、6月間）仍係

透過微信與Ａ０１聯絡而販賣毒品之情節相矛盾，且依卷附被告與Ａ０１間之微信通訊紀錄，僅有渠2人間最後於111年4月15日晚間9時48分許之通話紀錄（他卷第221頁），遍查卷內亦無證據顯示被告與Ａ０１間於111年5、6月間仍有以通訊軟體互相聯繫，則被告為警查獲並扣得聯繫販毒事宜之手機後，是否能再以該通訊軟體帳號與Ａ０１聯絡以進行毒品交易，實有疑義，自難認被告對於起訴書附表編號3所載犯行之自白與事實相符。

4.承上，證人Ａ０１雖於偵訊中證稱，曾於111年5、6月間，與使用微信暱稱「小蒙牛營業中」之被告聯繫並購買毒品咖啡包乙情，惟其自己之證述內容，已有前後不一之情況，且與證人何冠欣之證述無法吻合，又被告之自白亦無從認定為真，復無被告與Ａ０１間於前述時間聯繫購毒事宜之通訊軟體聯繫紀錄可佐，是本案除證人Ａ０１於偵訊中之證詞外，並無其他證據足以補強其證述之真實性，自不得僅以證人Ａ０１上開存有瑕疵之證述，逕對被告繩以起訴書附表編號3所示之販賣第三級毒品罪責。

㈢另按法院為發現真實，得依職權調查證據；但於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，法院應依職權調查之，此觀刑事訴訟法第163條第2項規定自明。從而得於審判期日調查之證據，除當事人舉證或聲請調查部分外，另有法院基於訴訟資料依職權調查部分。依刑事訴訟法第163條之架構，由當事人舉證先行，法院職權調查為輔之模式進行。另依同條第2項但書規定之基於公平正義之維護，法院應依職權調查證據，乃專指利益被告而攸關公平正義而言。基於無罪推定之原則，檢察官就被告刑罰權存在之事實，未盡舉證責任，即應為無罪之諭知，法院不得依職權調查此部分之不利證據。倘卷內存在形式上不利於被告之證據，有可能為其有罪之證明，如不調查，顯有影響判決結果之虞，且有調查之可能者，若檢察官或自訴人、自訴代理人未聲請調查，法院為職權調查證據之程序前，依刑事訴訟法第163條第3項

規定，應先給予當事人、代理人、辯護人或輔佐人陳述意見之機會，並依刑事訴訟法第273條第1項第5款規定，曉諭檢察官或自訴人、自訴代理人是否聲請，尚不得依第163條第2項但書規定逕行本於職權介入。至於同條項前段規定之得依職權調查證據，則指法院於當事人主導之證據調查完畢後，認為事實未臻明白仍有待澄清，得斟酌具體個案之情形，無待聲請，主動依職權調查之謂。此之調查，旨在發見真實，澄清疑點，故不論係對於被告有利或不利之事項均得為之。故法院於當事人主導之證據調查完畢後，認為事實未臻明白，有待澄清時，得斟酌具體個案之情形，無待聲請，即得依職權調查證據；其於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，法院應依職權調查證據，以為認定事實之依據（最高法院109年度台上字第4458號判決意旨參照）。查，檢察官於上訴書固指摘原審未依職權傳喚證人Ａ０１，然，本案於原審時，檢察官並未聲請調查證據（原審卷二第25至26、182頁），且依卷內現存之所有證據，已足認就此部分被訴事實無從對被告為不利之認定，且並無事實未臻明白仍有待澄清，而有依職權主動調查必要之情形，從而，原審法院未再依職權傳喚證人Ａ０１，並基於無罪推定之原則，對被告為無罪之諭知，難認有何違法或不當之處。又案經上訴後，檢察官仍陳明不聲請傳喚證人Ａ０１（本院卷第119頁），則本院依目前之卷證資料，仍認為被告就此部分之罪嫌不足，且無事實未臻明瞭仍待澄清之處，自應認亦無依職權傳喚證人Ａ０１之必要，並得以目前現存之證據資料為判決。

㈣綜合上述，本案依公訴人所提出之證據，無從說服本院形成被告就此部分有罪之心證，原審關此部分為被告無罪之諭知，所為論斷核屬妥適，檢察官猶執前詞提起上訴，經本院詳細審酌後，仍認檢察官上訴無理由，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第368條、第369條第1項前段、第373條、第364條、第299條第1項前段，判決如主文。

本案經檢察官邱朝智提起公訴，檢察官陳昱奉提起上訴，檢察官曾昭愷到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　8　　月　　31　　日

刑事第六庭　審判長法　官　吳錦佳

法　官　吳勇輝

法　官　吳書嫻

以上正本證明與原本無異。

有罪部分：

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」。

無罪部分：

檢察官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，但應受刑事妥速審判法第9條規定限制。

被告不得上訴。

書記官　林禹丞

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。