臺灣高等法院刑事判決

108年度上訴字第3706號

上　訴　人
即　被　告　郭子銘
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000

選任辯護人　吳存富律師
　　林修平律師

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣新北地方法院108年度訴字第400號，中華民國108年9月18日第一審判決（起訴案號：臺灣新北地方檢察署108年度偵字第1623號、第3503號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷。

郭子銘犯如附表編號1、2「罪名、宣告刑及沒收」欄所示之罪，各處如附表編號1、2「罪名、宣告刑及沒收」欄所示之刑及沒收。應執行有期徒刑肆年。沒收部分併執行之。

事　實

一、郭子銘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款所規定之第二級毒品，不得持有、販賣，竟基於販賣第二級毒品甲基安非他命以營利之犯意，使用其所有持用之門號0000000000號行動電話作為聯繫工具，分別於如附表編號1、2所示之交易時間、地點，以如附表編號1、2「販賣毒品之交易經過毒品種類、數量及交易價格」欄所示之交易方式，販賣甲基安非他命予莫昭軍共2次。嗣經警報請臺灣新北地方檢察署檢察官向臺灣新北地方法院聲請對郭子銘持用之上開門號行動電話實施通訊監察後，持臺灣新北地方檢察署檢察官核發之拘票拘提郭子銘到案，並扣得供郭子銘販賣毒品所用之SAMSUNG廠牌行動電話1支（含門號0000000000號SIM卡1張）。

二、案經新北市政府警察局刑事警察大隊報請臺灣新北地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

壹、證據能力部分：

一、按被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據，刑事訴訟法第159條第1項定有明文。又被告以外之人於審判外之陳述，雖不符刑事訴訟法第159條之1至第159條之4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；當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有同法第159條第1項不得為證據之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同意，刑事訴訟法第159條之5亦有明文。查本件檢察官、上訴人即被告郭子銘及其辯護人於言詞辯論終結前，均未就本院所認定犯罪事實而經調查採用之證據之證據能力予以爭執（見本院卷第67至78頁、第101至104頁），本院復審酌各該證據作成時之情況，尚無違法及證明力明顯過低之瑕疵，認以之作為證據應屬適當，揆諸上開規定，本件經調查之證據，均有證據能力。

二、至於本院所引之非供述證據部分，並無證據證明係公務員違法取得，亦無依法應排除其證據能力之情形，應有證據能力。

貳、實體部分：

一、認定犯罪事實所憑之證據及理由：

㈠上揭犯罪事實，業據被告郭子銘於警詢、偵查、原審及本院審理時坦承不諱（見臺灣新北地方檢察署107年度他字第6527號卷【下稱他卷】第12頁反面至第13頁、第134頁反面至第135頁；臺灣新北地方法院108年度訴字第400號卷【下稱原審卷】第171頁、第173頁；本院卷第106頁、第107頁），核與證人即購毒者莫昭軍於偵查及原審中之證述情節相符（見他卷第129頁反面至第130頁；原審卷第147至15

1頁、第152至156頁、第158頁、第159頁、第160頁），並有被告持用門號0000000000行動電話與莫昭軍通話之通訊監察譯文（見他卷第24頁）、LINE通訊軟體訊息翻拍照片（見他卷第25頁）、新北市政府警察局刑事警察大隊搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表（見他卷第81至83頁）在卷可稽，復有被告販毒使用之行動電話1支（廠牌SAMSUNG，含門號0000000000號SIM卡1張）扣案可佐。是此部分事實，堪以認定。

㈡按販賣毒品係違法行為，非可公然為之，且有其獨特之販售通路及管道，復無一定之公定價格，容易增減分裝份量，是其各次買賣之價格，當亦各有差異，或隨供需雙方之資力、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程度如何，以及政府查緝之態度，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「純度」謀取利潤方式，亦有差異，然其所圖利益之非法販賣行為目的，則屬相同，並無二致。況依一般民眾普遍認知，毒品價格非低、取得不易，且毒品之非法交易，向為政府查禁森嚴且重罰不寬貸，衡諸常情，倘非有利可圖，殊無甘冒持有毒品遭查獲、重罰之極大風險，無端親送至交易處所，或以自身住居所附近為交易處所之理。從而，舉凡有償交易，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買進、賣出之差價，而推諉無營利之意思，或阻卻販賣犯行之追訴。故凡為販賣之不法行為者，其販入之價格必較售出之價格低廉，而有從中賺取買賣差價牟利之意圖及事實，應屬符合論理法則而不違背社會通常經驗之合理判斷。查被告如附表編號1、2所示販賣第二級毒品甲基安非他命予莫昭軍之犯行，業經本院認定如前，被告為智識正常之成年人，對於毒品價格昂貴，取得不易，毒品交易為政府檢警機關嚴予取締之犯罪，法律並就此懸有重典處罰，當知之甚稔，且參以被告於原審審理時自承販賣毒品甲基安非他命

予莫昭君有賺取量差牟利之行為（見原審卷第173頁），核與前述常情並無悖離，復查無反證足認其確另基於某種非圖利本意之關係所為，是被告主觀上具有營利之意圖，亦臻明灼。

㈢綜上所述，足認被告前開任意性之自白核與事實相符，可以採信，被告所為如附表編號1、2所示販賣第二級毒品甲基安非他命等犯行，罪證明確，均堪認定，應依法論科。

二、論罪：

㈠按甲基安非他命為毒品危害防制條例第2條第2項第2款明定之第二級毒品，依法不得持有、販賣。核被告於附表編號1、2所為，均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。被告因各次販賣第二級毒品甲基安非他命，而持有該毒品之低度行為，應為各次販賣之高度行為所吸收，均不另論罪。

㈡被告所犯如附表編號1、2所示2次犯行，犯意個別，行為互殊，應予分論併罰。

三、刑之減輕：

㈠按毒品危害防制條例第17條第2項規定：「犯第4條至第8條之罪於偵查及審判中均自白者，減輕其刑。」查被告於偵查、原審及本院審理中均已坦承本件販賣第二級毒品之主要犯罪事實，業如前述，堪認被告於偵查階段及審判中均已自白販賣第二級毒品甲基安非他命之犯行，應依毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑。

㈡按犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，得酌量減輕其刑，刑法第59條定有明文。考其立法意旨，科刑時原即應依同法第57條規定審酌一切情狀，尤應注意該條各款所列事項，以為量刑標準。刑法第59條所謂「犯罪之情狀顯可憫恕」，自係指裁判者審酌第57條各款所列事項以及其他一切與犯罪有關之情狀之結果，認其犯罪足堪憫恕者而言（即犯罪另有其特殊之原因與環境等等），即必於審酌一切之犯罪情狀，在客觀上顯然足以引起一般同

情，認為縱予宣告法定最低刑度猶嫌過重者，始有其適用，有最高法院38年台上字第16號、45年台上字第1165號及51年台上字第899號等判例可資參照。經查，販賣第二級毒品罪之法定刑為「無期徒刑或7年以上有期徒刑，得併科新臺幣1千萬元以下罰金」，然同為販賣第二級毒品之人，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，甚或僅止於吸毒者間為求互通有無者，其販賣行為所造成危害社會之程度自屬有異，然法律科處此類犯罪，所設法定最低本刑則屬相同，殊難謂為非重。於此情形，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。本件被告如附表編號1、2所為2次販賣第二級毒品甲基安非他命之犯行，雖對他人生命、身體及社會治安，業已造成潛在之危險，其行可議，惟本院審酌被告販賣第二級毒品甲基安非他命之對象僅證人莫昭軍1人，各次販賣金額均為1,000元（詳見附表編號1、2），販賣之數量及獲利尚非鉅大，顯難比擬毒販大盤或中盤，核其目的猶未脫吸毒者間為求互通有無並從中賺取些許利潤之情形，論其情節，惡性尚非重大不赦，且被告2次所犯販賣第二級毒品之犯行，依上揭毒品危害防制條例第17條第2項規定減刑之後，縱處以最低刑度即有期徒刑3年6月，猶嫌過重，難謂符合罪刑相當性及比例原則，實屬情輕法重，在客觀上足以引起一般之同情，尚有堪資憫恕之處，為免被告因上開法定最低度刑所為刑之宣告，與社會隔絕日久，因而自暴自棄，致虛擲年歲，爰均依刑法第59條規定，就被告所為如附表編號1、2所示販賣第二級毒品等犯行，均酌減其刑。

四、撤銷改判之理由：

㈠原審認被告如附表編號1、2所示犯行，罪證明確，予以論罪科刑，固非無見。然經本院審酌被告之犯罪情節，認依毒

品危害防制條例第17條第2項規定減刑後，縱處以最低刑度即有期徒刑3年6月，仍嫌過重，實屬情輕法重，在客觀上足以引起一般之同情，尚有堪資憫恕之處，應適用刑法第59條之規定酌減其刑，已如前述（見理由欄貳三㈡），原審未依刑法第59條酌減其刑，容有未洽。被告及辯護人上訴主張本件應適用刑法第59條規定酌減其刑，為有理由。原判決既有上開可議之處，即屬無可維持，自應由本院將原判決撤銷改判。

㈡爰審酌被告明知甲基安非他命為列管之第二級毒品，猶無視國家對於杜絕毒品犯罪之禁令，為圖賺取不法利得，販賣甲基安非他命給他人，肇生他人施用毒品之意欲與來源，戕害國民之身心健康，且有滋生其他犯罪之可能，對社會秩序潛藏相當程度之危害，兼衡被告犯罪後業能坦承犯行，暨其犯罪動機、目的、手段、販毒數量及所得款項、品性素行，及於本院審理時自陳國中畢業之教育程度，從事水電工作，未婚，育有1子之家庭生活狀況（見本院卷第106頁）等一切情狀，量處如附表編號1、2「罪名、宣告刑及沒收」欄所示之刑。

㈢又審酌被告如附表編號1、2所示之犯罪罪質、非難程度之異同，暨上開數罪反應出之人格特性，及權衡其行為責任與整體刑法目的及相關刑事政策等因素，就上開所處之刑，定其應執行之刑，以資懲儆。

㈣沒收：

1.扣案之SAMSUNG廠牌行動電話1支（含門號0000000000號SIM卡1張），為供被告犯如附表編號1、2所示販賣第二級毒品所用之物，業據被告供明在卷（見原審卷第169頁），不問屬於被告與否，應依毒品危害防制條例第19條第1項之規定，分別於被告所犯各次販賣第二級毒品罪主文項下宣告沒收。

2.按犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之。但有特別規定者，依其規定；前二項之沒收，於全部或一部不能沒收或不

宜執行沒收時，追徵其價額，刑法第38條之1第1項、第3項分別定有明文。再基於澈底剝奪犯罪所得，以根絕犯罪誘因之意旨，不問成本、利潤，均應沒收，此觀修正後刑法第38條之1立法理由甚明。被告如附表編號1、2所示2次販賣第二級毒品甲基安非他命予莫昭軍之所得分別為新臺幣1,000元、1,000元，均屬被告販賣毒品所得，復無刑法第38條之2第2項過苛調節條款所定得不宣告或酌減之情形，均應依刑法第38條之1第1項前段之規定宣告沒收，並均於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，應依刑法第38條之1第3項規定，追徵其價額。

3.又上開宣告多數沒收者，應依刑法第40條之2第1項規定，併執行之。

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，毒品危害防制條例第4條第2項、第17條第2項、第19條第1項，刑法第11條、第51條第5款、第38條之1第1項前段、第3項，判決如主文。

本案經檢察官林建良提起公訴，檢察官陳正芬到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　2　　月　　11　　日

刑事第三庭　審判長法　官　張惠立

法　官　廖怡貞

法　官　張江澤

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，其未敘述上訴之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　林明慧

中　　華　　民　　國　　109　　年　　2　　月　　14　　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 2 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 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、販賣第三級毒品者，處 7 年以上有期徒刑，得併科新臺幣 7 百萬元以下罰金。
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 3 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 百萬元以下罰金。
前五項之未遂犯罰之。

附表：

編號	交易時間	交易地點	購毒者	販賣毒品之交易經過、毒品種類、數量及交易價格（新臺幣）	罪名、宣告刑及沒收
1	107 年 10 月24日19時8分許	新北市○○區○○路000○0號1樓全家便利商店前	莫昭軍	莫昭軍先以通訊軟體「LINE」傳送購毒訊息後，再由郭子銘於左列所示時間前某時，利用其所使用門號0000000000號（含SIM卡1枚、廠牌SAMSUNG）之行動電話內通訊軟體「LINE」與莫昭軍聯繫，達成交易第二級毒品甲基安非他命之合意後，即於左列時、地，以1,000元之價格，販賣甲基安非他命1包（約1公克）予莫昭軍，並收取莫昭軍交付之價金1,000元。	郭子銘販賣第二級毒品，處有期徒刑貳年陸月。扣案之SAMSUNG廠牌行動電話壹支（含門號○○○○○○○○○○號SIM卡壹張）沒收；未扣案之販賣第二級毒品所得新臺幣壹仟元沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。
2	107 年 10 月31日10時50分許	新北市○○區○○路000○0號1樓全家便利商店前	莫昭軍	郭子銘先於左揭所示時間前某時，以其所使用門號0000000000號（含SI M卡1枚、廠牌SAMSUNG）之行動電話撥打莫昭軍所使用門號0000000000號行動電話與莫昭軍聯繫，達成交易第二級毒品甲基安非他命之	郭子銘販賣第二級毒品，處有期徒刑貳年陸月。扣案之SAMSUNG廠牌行動電話壹支（含門號表○○○○○○○○○○號SIM卡壹張）沒收；未扣案之販賣第二級毒品所得新臺幣壹仟元沒收，於全部或一部不能沒收或不

				合意後，即於左列時、地，以1,000元之價格，販賣甲基安非他命1包（約1公克）予莫昭軍，並收取莫昭軍交付之價金1,000元。	宜執行沒收時，追徵其價額。