臺灣高等法院刑事判決

109年度上訴字第2875號

上　訴　人
即　被　告　黃義棠
指定辯護人　王奕淵律師

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1031號，中華民國109年5月14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30284號、第30285號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷。

黃義棠犯如附表一編號1至3所示之罪，各處如附表一編號1至3「罪名及科刑」欄所示之刑及「沒收」欄所示之沒收。有期徒刑部分應執行有期徒刑拾柒年。

犯罪事實

一、黃義棠明知海洛因、甲基安非他命分別係毒品危害防制條例第2 條第2 項第1 款、第2 款所列管之第一級毒品、第二級毒品，均不得販賣或持有，竟仍分別基於意圖營利販賣第一級毒品海洛因、第二級毒品甲基安非他命之犯意，以門號0000000000號行動電話作為與購毒者聯絡之工具，先後於如附表二所示之時間、地點，以如附表二所示之價格，分別販賣甲基安非他命、海洛因予林少偉及許家浤（各次交易價格、毒品種類、重量、交易經過，均詳如附表二所示）。嗣經警於民國108 年3 月11日上午11時許，在黃義棠位於新北市○○區○○街0 巷0 號0 樓之居住處，將黃義棠拘提到案，並扣得如附表三所示之行動電話1支，而查悉上情。

二、案經臺北市政府警察局萬華分局（下稱萬華分局）報請臺灣臺北地方檢察署（下稱臺北地檢署）檢察官呈請臺灣高等檢察署檢察長核轉臺灣新北地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

壹、證據能力：

一、本判決以下所引具傳聞性質之供述證據，上訴人即被告黃義棠經本院合法傳喚雖未到庭，惟其於原審審理時對該等證據之證據能力表示無意見，且經本院於準備程序及審判期日提示並告以要旨後，檢察官及辯護人均表示無意見而不予爭執，且迄言詞辯論終結前亦未有所異議，本院復查無該等證據有違背法定程序取得或顯不可信之外部情狀，揆諸刑事訴訟法第159條之5規定，應有證據能力。

二、至本件認定事實所引用之非供述證據，並無證據證明係公務員違背法定程式所取得，亦無刑事訴訟法第159條之4顯有不可信之情況與不得作為證據之情形，且經本院於審判期日依法進行證據之調查、辯論，亦應有證據能力。

貳、實體方面:

一、認定犯罪事實所憑之證據及理由：

被告上訴否認有販賣毒品之犯行，惟查：

㈠、關於被告販賣甲基安非他命予證人林少偉部分（即附表二編號1 、3 所示部分）：

1.證人林少偉於附表四所示時間，以門號0000000000號行動電話與被告所持用之門號0000000000號行動電話聯繫，雙方通話內容如附表四所示，且被告與證人林少偉分別於108 年1月15日3時21分通話、同年月21日23時24分通話後，均旋於被告位於新北市○○區○○街0巷0號0樓之居住處見面之事實，業據被告坦承不諱（見臺北地檢署108 年度偵字第7288號卷〈下稱偵字第7288號卷〉第311 至312 頁、原審卷第67頁），並據證人林少偉於偵查及原審證述明確（見偵字第7288號卷第396至398頁、原審卷第152至163頁）。且有被告上開行動電話門號與證人林少偉之通訊監察譯文、臺灣臺北地方法院（下稱臺北地院）通訊監察書暨所附電話附表（107年聲監字第1398號、107年聲監續字第2165號、108年聲監續字第111號、108年聲監續字第301號）、自願受搜索同意書、萬華分局搜索扣押筆錄暨扣押物品目錄表各1份在卷可

稽（見偵字第7288號卷第47至53頁、第89至94頁，臺北地檢署108年度偵字第12948號卷〈下稱偵字第12948 號卷〉第139至146頁），復有如附表三所示之行動電話1 支扣案可證，此部分之事實應堪認定。

2.關於被告於附表二編號1 所示時、地，販賣甲基安非他命予證人林少偉部分：

⑴查買賣毒品係非法交易，彼此之聯絡具隱密及特殊信賴關係，且販賣毒品復係政府嚴予查緝之違法行為，偵查機關常以依法核發之通訊監察作為偵查手段，毒品交易者為免遭查緝風險，經常以買賣雙方始知或晦暗不明之用語或代號傳遞毒品交易之重要訊息（如種類、數量、金額），且事前即已約定或互相有此默契，故通常僅以簡略代號聯絡後，即能進行毒品交易。依被告與證人林少偉如附表四編號1所示之通話內容：證人林少偉致電被告，並於電話中表示：「幫我弄8 。」後，被告回稱：「弄8 喔，好。」後，雙方即結束通話，有被告上開行動電話門號與證人林少偉之通訊監察譯文1 份附卷可參（見偵字第7288號卷第91頁），是被告與證人林少偉上開通話內容，顯與一般朋友間單純聊天或相約見面之常用對話殊異，足見雙方已具有特殊默契，為逃避偵查機關之查緝，對於毒品交易細節（諸如毒品種類、數量、價金、交易地點等），以上開隱晦用詞或暗語相約見面再行交易之方式為之。參以證人林少偉於偵查中亦詳予說明其與被告如附表四編號1所示通話內容之真意，並證稱：「我在通話中稱『幫我弄8 』，被告回稱『好』，係指我請被告幫我拿安非他命4 公克，8 的意思就是1 兩的1/8 ，也就是4 公克，後來我和被告的毒品交易有成功，我於1 月15日3 時21分許，進入被告位在新北市○○區○○街0 巷0 號0 樓之居住處，由於被告只拿到甲基安非他命2 公克，而當時甲基安非他命的市價為1 公克新臺幣（下同）2,000 元，所以我當場交付現金4,000 元給被告，而被告則交付甲基安非他命2公克給我，故當日我是以4,000 元之價格，向被告購買甲基

安非他命2 公克。」等語（見偵字第7288號卷第397頁），所述核與被告與證人林少偉如附表四編號1 所示通話內容之意旨相符。衡以一般買受毒品之人，若非於毒品交易時當場為警查獲，倘其不願指證販毒或毒品來源者，實可隨意搪塞其與被告另有事相約見面云云，而無詳細敘述交易過程之必要，而參諸證人林少偉於偵查中之前揭證詞，其非但詳予敘明其與被告通話中所使用暗語之意義，更進一步指證被告交付毒品、收取毒品對價等交易細節，益認證人林少偉偵查中之上開證述應與事實相符，堪以採信，足認被告與證人林少偉於如附表四編號1之通話中，證人林少偉係欲向被告購買甲基安非他命4公克，且雙方為防免遭偵查機關查緝，以「8」代表交易數量為4公克，並基於雙方交易默契，未在通話中多言毒品種類及價格，嗣被告於如附表四編號2 所示之通話後，即於附表二編號1 所示時、地，以4,000 元之價格，販賣甲基安非他命2 公克予證人林少偉甚明。

⑵證人林少偉於原審雖改稱：「我於108年1月15日去被告居住處之目的，是要被告幫我調甲基安非他命，當時有1位被告之友人亦在場，我就拿錢給被告，被告即當場幫我向他的朋友拿，並將錢交給他朋友，他朋友則將甲基安非他命4 公克交給被告，被告再交給我，但我忘記價格為何；我被抓時，因喝酒而意識有點模糊，所以沒有講到重點，沒有跟檢察官說還有第三者在場。」云云（見原審卷第154至164頁），惟證人林少偉於原審所為之證述，顯與其於檢察官偵查中所述不符。衡情於毒品交易中，對於購毒者而言，其購買毒品之對象、交付現金及收受毒品之現場情況，均屬毒品交易之重要細節，查證人林少偉於偵查中作證時，對於其與被告於108年1月15日通話之內容、暗號之語意均詳予描述，並明確證稱當日交易之毒品種類、價格、數量，甚亦向檢察官說明當時甲基安非他命於坊間之市價，足見證人林少偉於偵查中作證時就其於108年1月15日在被告上址居住處之毒品交易經過之記憶仍十分清晰甚明。準此，證人林少偉於偵查中既可詳

細描述108 年1 月15日與被告通話之語意及毒品交易之經過，其豈有可能於檢察官偵訊時恰巧就當天有第三者在場，且由第三者取出甲基安非他命交予被告，並透過被告收取現金等重要情節均疏而未談？是證人林少偉於原審之證述已與常情不符，顯有迴護被告之意。參以證人林少偉亦自承其與被告交情尚可，且於108年1月15日前已相識半年等情（見原審卷第157頁）則其於原審作證時，可能因面臨當庭指證被告販賣毒品犯行之心理壓力，而圖以其於原審之前揭證詞淡化被告所涉販賣第二級毒品情節，並使己規避偽證罪責。況證人林少偉於原審亦證稱：「因為時間過很久我已經模糊，不記得了。」、「現在那麼久了，我也不知道幾月幾號哪時候去找被告，都已經忘了。」等語（見訴字卷第164 頁）。依上所述，證人林少偉於原審理所為之證述已因時間較久而記憶模糊遺忘，且多屬迴護被告之詞，尚難採信，自難據此對被告為有利之認定。

3.就被告於附表二編號3 所示時、地，販賣甲基安非他命予證人林少偉部分：

⑴依被告與證人林少偉如附表四編號3所示之通話內容，被告於108年1月21日22時30分許，主動以其持用之門號0000000000號行動電話致電證人林少偉，並詢稱：「要過來嗎？」，證人林少偉回問：「怎樣？」，被告則回稱：「當然有好的啊，不然就算了。」，證人林少偉復答稱：「好，我等一下過去」，雙方即結束通話，此有被告上開行動電話門號與證人林少偉之通訊監察譯文1 份附卷可考（見偵字第7288號卷第91頁），可知被告於上開通話中，主動邀約證人林少偉至其上址居住處，並於證人林少偉詢問其來電之意時，再以暗語主動暗示證人林少偉若來訪即可取得其所渴求之物甚明，是被告與證人林少偉上開通話內容，顯與一般朋友間單純聊天或相約見面之常用對話殊異，可信雙方已具有特殊默契，對於毒品交易細節（諸如毒品種類、數量、價金、交易地點等），以上開隱晦用詞或暗語相約見面再行交易之方式為

之，以防免遭偵查機關查緝，足徵交易一方之買受者對於上開暗語及通話內容含意當已知悉。參以證人林少偉於偵查中證稱：「被告說『當然有好的啊』，係指有安非他命，並叫我過去，我於108年1月21日23時24分，至被告上址居住處，當時甲基安非他命1 公克是2,000 元，所以我當場交付現金2,000 元給被告，被告則交付甲基安非他命1 公克給我，故我當日係以2,000 之價格，向被告購買甲基安非他命1 公克。」等語（見偵字第7288號卷第397頁），所述情節核與被告與證人林少偉如附表四編號3 所示通話內容之語意脈絡相符，是證人林少偉偵查中之前揭證詞洵屬有據，堪認屬實。依林少偉於偵查中之證述，佐以上開監聽之通話內容，足徵被告於108 年1 月21日22時30分許，確實主動致電邀詢證人林少偉向其購買甲基安非他命，而證人林少偉亦係基於購買甲基安非他命之目的，於同日23時24分許抵達被告上址居住處，並當場交付現金2,000 元予被告，向被告購得甲基安非他命1 公克。

⑵證人林少偉雖於原審翻異前詞，改稱：「附表四編號3 至5所示之通話內容，係我與被告之通話，被告問我要不要過去他家，我回稱他有沒有辦法過來找我，因為他那邊比較複雜，所以我不敢去，後來我有去被告家找他，叫他請我施用安非他命，但被告沒有講話，我就自己在他家桌上拿來施用，當時被告沒有看到我拿，他在打電動，他不知道我拿安非他命。」云云（見原審卷第155至156頁），然證人林少偉於原審之證述，已與其於檢察官偵查中所述炯異。且其於同日審理時經檢察官質疑其於原審之證述及偵查中之證詞究竟何者為真時，證稱：「檢察官於偵查中問我『108 年1 月21日，黃義棠說當然有好的阿，是什麼意思』，我回稱『黃義棠說有安非他命，並叫我過去』，檢察官再問我『上開對話交易有無成功』，我回答『108年1 月21日晚上23時24分在黃義棠住處，我有進去他住處，安非他命1 公克2000元，所以我當場交付現金2000元給黃義棠，黃義棠交付安非他命一

公克給我』，我的上開回答都是實在的，且依我記憶所言，沒有作偽證。」（見原審卷第162至163頁）。嗣於同日審理時又稱：「辯護人剛剛講的那個我分不清楚，108年1月21日的情況我忘了，現在那麼久了，我也不知道幾月幾號哪時候去找被告，都已經忘了。」等語（見訴字卷第161 頁、第163 至164 頁）。可見證人林少偉於原審之證述，避重就輕，多有迴護被告之處。衡以被告於108年1月21日既然自行致電邀約證人林少偉至其上址居住處，並主動於通話中表示如證人來訪即有好物，豈有可能於證人林少偉抵達被告上址居住處後，被告與證人林少偉均未交談，且對證人林少偉毫不理睬，並任由證人林少偉取用甲基安非他命之理？是證人林少偉於原審所為此部分證述實與常情相違，亦與如附表四編號3 至5 所示之通話語意脈絡不符，益徵證人林少偉此部分證詞與客觀事證不符，顯有迴護被告之意，要非可採。況證人林少偉經檢察官及辯護人於原審行交互詰問後，自承其就108年1月21日的情況已不復記憶，則證人林少偉於原審作證時，既然對108年1月21日所發生之事已有混淆及遺忘之情，自難採為為有利被告之證據。

⑶至被告於原審固辯稱：「林少偉於108 年1 月21日至我上址居住處找我時，由於我將甲基安非他命放在床邊，證人林少偉就自行取用，我沒有要給證人林少偉施用之意。」云云，然觀諸被告與證人林少偉如附表四編號3 至5 之通話內容，其既然於108 年1 月21日22時30分許主動致電邀約證人林少偉至其上址居住處，並於通話中以「當然有好的啊，不然就算了。」此等暗語探詢證人林少偉是否購買甲基安非他命，衡諸常情，其既已存有販賣甲基安非他命予證人林少偉之意，豈有可能於證人林少偉通話後1小時內（即同日23時24分許）迅速趕抵被告上址居住處後，卻對證人林少偉置之不理？是被告前揭所辯已與販賣毒品之常情迥異，亦與證人林少偉於偵查中之上開證詞不符，可證其前揭辯詞當屬臨訟卸責之詞，不足採信，辯護人為其所辯，亦非可採。

㈡、關於被告販賣海洛因予證人許家淀部分（即附表二編號2 所示部分）：

1.證人許家淀於附表五所示時間，以其所持用之門號0000000000號行動電話與被告所持用之門號0000000000號行動電話聯繫，雙方通話內容如附表五所示，且被告與證人許家淀於108年1月21日7時19分通話後，旋至被告位於新北市○○區○○街0巷0號0 之居住處見面之事實，業據被告坦承不諱（見偵字第7288號卷第32頁、第312至313頁），復據證人許家淀於偵查及原審證述明確（見偵字第7288號卷第404至405頁、原審卷第199至204頁），並有被告上開行動電話門號與證人許家淀之通訊監察譯文、臺北地院通訊監察書暨所附電話附表（107 年聲監字第1398號、107 年聲監續字第2165號、108 年聲監續字第111 號、108 年聲監續字第301號）、自願受搜索同意書、萬華分局搜索扣押筆錄暨扣押物品目錄表各1 份在卷可稽（見偵字第7288號卷第47至53頁、第117頁、、偵字第12948號卷第139至146頁），復有如附表三所示之行動電話1支扣案可證，此部分之事實堪予認定。

2.依被告與證人許家淀如附表五編號1 所示之通話內容，證人許家淀撥打電話予被告，並於通話中表示：「我之前有跟陸哥去找你，你那邊有得拿嗎？」，被告回稱：「你在講甚麼，你過來再說。」，證人許家淀告以：「女孩子」，被告復以：「你來找我」，證人許家淀向被告確認稱：「過去你家嗎？」，被告回以：「對」，證人許家淀答以：「好」，雙方即結束通話，此有被告上開行動電話門號與證人許家淀之通訊監察譯文1份存卷可憑。觀諸被告與證人許家淀上開通話內容，顯然與友人間相約見面之常用對話迥異，且當證人許家淀於通話中提及「女孩子」此等坊間對於海洛因之常用暗語，被告立即警覺回稱：「你來找我」，而未就證人許家淀所提及之「女孩子」此一詞彙予以回應，可見被告與證人許家淀為避免遭偵查機關實施通訊監察時查知渠等在進行毒品交易，對於諸如毒品種類此等毒品交易細節，以上開隱

晦用詞或暗語代之，並刻意於通話中避免無謂交談，而相約見面後再行交易，顯見雙方對於上開暗語及通話內容含意均知之甚詳。再者，證人許家淀亦於偵查中詳予說明其與被告如附表五編號1 所示通話內容之意義，並證稱：「對話內容是我要向被告購買海洛因，『女孩子』就是指海洛因，我在附表五編號2 之通話中說我到了之後，就上樓進入被告位在新北市○○區○○街0 巷0 號0 樓之居住處，我當場交付現金1,000元給被告，被告則交付重量不到1公克的海洛因1 小包給我。」等語（見偵字第7288號卷第404至405頁），此情核與被告與證人許家淀如附表五所示通話內容相符。再酌以證人許家淀於偵查中及原審均證稱其與被告之間沒有任何仇隙或金錢糾紛等情（見偵字第7288號卷第405頁、原審卷第200頁），則其當無捏造不實情事，誣陷被告之必要及動機，是證人許家淀於偵查之證述，應與事實相符，而無故意設詞構陷被告之情，洵屬可採。

3.證人許家淀於原審雖改稱：「我與被告在通話中，係在談論我不舒服，我向被告詢問有無認識的人可以幫我拿海洛因；嗣我抵達被告居住處後，被告在睡覺，我即詢問他有沒有認識的人可以拿海洛因，我剛好也在不舒服，被告跟我說他房間的桌上有海洛因，叫我自己先拿去用，才不會不舒服，我原本要拿500元或是1,000元給被告，但被告跟我說他沒有在賣，這次是救我，算是請我的，故被告沒有跟我收錢，被告還跟我說，這個東西不好，叫我早點戒掉。」云云（見原審卷第198至202頁）。惟證人許家淀於原審證稱：伊於108年1月21日前不認識被告，與被告不曾往來，亦未曾與被告通過電話，伊會有被告的電話號碼，係因之前伊朋友曾向我借用行動電話撥打給被告，被告的電話號碼因而留存在伊行動電話裡等語（見原審卷第200、204頁），顯見證人許家淀與被告素不相識、亦無交情，衡情若非有利可圖，被告應無甘冒自身可能遭到查緝追訴之高度風險，僅因聽聞毫無交情之證人許家淀表示其身體不適，即聞聲救苦而無償提供海洛因予

證人許家淀施用，進而將自己置於身陷囹圄之危險中。是證人許家淀於原審翻異前詞證稱未向被告購買海洛因，係被告免費提供云云，顯屬迴護被告之詞，委無足採。

4.至被告雖於原審審理時辯稱：「證人許家淀來找我時，我在睡覺，證人許家淀將我叫醒後，我有告知證人許家淀海洛因放置之處，但我跟證人許家淀說那是不好的東西，叫他不要施用，我也不同意證人許家淀施用我的海洛因。」云云（見訴字卷第215 頁）。惟被告於警詢時原供稱：「許家淀是要我幫忙他買海洛因，我是純粹幫他，沒有賺他任何一毛錢，他交1,000 元要我去幫他買海洛因，當時我買到大約是1 小包0.3 公克，我就如數交給他，並未從中獲利。」云云（見偵字第7288號卷第32頁）。後於偵查中則稱：「許家淀於108年1月21日7時19分至我上址居住處，是要找我拿海洛因，證人許家淀到場，我看證人許家淀難過，因而無償提供海洛因給證人許家淀施用。」云云（見偵字第7288號卷第312至313頁）。嗣於原審準備程序時又稱：「許家淀於108年1月21日至我居住處前，有先撥打行動電話給我，表示欲購買1,000 元的海洛因，嗣證人許家淀抵達後，也跟我說要跟我買1,000 元的海洛因，我跟他說我可以請他，但那是不好的東西，我不賣，所以我請證人許家淀施用約0.1 公克的海洛因，但沒有跟證人許家淀收錢，我是用袋子裝海洛因給許家淀，證人許家淀就拿該包海洛因至我住處的客廳，惟我不清楚他如何施用。」云云（見原審卷第68頁）。互核被告於警詢、偵查中、原審準備程序及審理時就其究否無償提供海洛因予證人許家淀乙節，前後所辯不一，已難遽信。是以，被告前揭所辯，顯屬推諉卸責之詞，實難採信。

㈢、按販賣毒品之所謂販賣行為，係行為人基於營利之目的，而販入或賣出毒品而言。販賣毒品者，其主觀上須有營利之意圖，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。即於有償讓與他人之初，係基於營利之意思，並著手實施，而因故無法高於購入之原價出售，最後不

得不以原價或低於原價讓與他人時，仍屬販賣行為。必始終無營利之意思，縱以原價或低於原價有償讓與他人，方難謂為販賣行為，而僅以轉讓罪論處（最高法院106年度台上字第865號、105年度台上字第1684號判決參照）。次按販賣毒品係違法行為，亦無公定價格，可任意分裝增減份量及純度，且每次買賣之價格、數量，亦隨時依雙方之關係深淺、資力、需求量、對行情之認知、來源是否充裕、查緝是否嚴緊、購買者被查獲時供出來源之可能風險評估等因素，而異其標準，故常機動調整，非可一概而論。從而，販賣之利得，除非經行為人詳細供出其販賣毒品之進價及售價，且數量俱臻明確外，實難察得其具體得利之實情；然販賣者從價差或量差中牟利，方式雖異，惟其販賣之目的在於意圖營利則屬同一。是舉凡有償交易，除足以反證其確係另基於某種非圖利本意之關係外，尚難祇因無法查悉其精確之販入價格，作為是否高價賣出之比較，即謂其無營利之意思而阻卻販賣犯行之追訴。再者，毒品之價格不低，取得不易，苟無利可圖，應無甘冒被查緝法辦之風險，平白無端轉讓他人，而有從中賺取價差或量差以牟利之意圖（最高法院106年度台上字第1229號、105年度台上字第2185號、105年度台上字第738號判決均同此見解）。查被告與附表二所示之交易對象既非至親，亦無特殊情誼，苟無利潤可圖，衡情被告應無甘冒遭查緝法辦而罹於重刑之風險以相同價格或低價販賣販賣海洛因及甲基安非他命之可能，故被告有營利之意圖甚明。

㈣、綜上所述，本案事證明確，被告上開犯行均堪認定，應予依法論科。

二、論罪：

㈠、按行為後法律有變更者，適用行為時之法律；但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律，刑法第2條第1項定有明文。被告為本案犯行後，毒品危害防制條例4條規定於109年1月15日修正公布，並於同年7月15日開始施

行，與本案相關部分，說明如下：

1.毒品危害防制條例第4條第1項規定部分：

修正前毒品危害防制條例第4條第1項規定「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。」，修正後規定「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。」。經比較新舊法結果，修正後毒品危害防制條例第4條第1項規定已將罰金刑上限提高，自以修正前毒品危害防制條例第4條第1項之規定對被告較為有利。

2.毒品危害防制條例第4條第2規定部分：

修正前毒品危害防制條例第4條第2規定「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1000萬元以下罰金」，修正後則規定「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1500萬元以下罰金」，經比較新舊法結果，修正後毒品危害防制條例第4條第2項規定已分別將有期徒刑、罰金刑上限提高，自以修正前毒品危害防制條例第4條第2項之規定對被告較為有利。

3.本件經綜合比較後，依刑法第2條第1項前段規定，即應適用被告行為時即修正前修正前毒品危害防制條例第4條第1項、第2項之規定論處。

㈡、核被告所為，就附表二編號1 、3 所示部分，均係犯修正前毒品危害防制條例第4條第2項之販賣第二級毒品罪；就附表二編號2所示部分，則係犯修正前毒品危害防制條例第4條第1項之販賣第一級毒品罪。被告販賣第一、二級毒品前持有第一、二級毒品行為，各為其販賣行為所吸收，均不另論罪。被告如附表二所示1次販賣第一級毒品犯行及2次販賣第二級毒品犯行，犯罪時間均不同，犯意各別、行為互殊，應分論併罰。

㈢、刑之加重事由：被告前：①因施用毒品案件，經原審法院以

99年度訴緝字第19號判決判處有期徒刑7 月確定；②因施用毒品案件，經臺灣桃園地方法院（下稱桃園地院）以99年度審訴字第546 號判決判處有期徒刑8 月確定；③因施用毒品案件，經桃園地院以99年度審訴字第765 號判決分別判處有期徒刑7 月、2月確定；④因偽造文書案件，經桃園地院以99年度審簡字第178 號判決判處有期徒刑3 月確定；⑤因違反槍砲彈藥刀械管制條例案件，經桃園地院以99年度訴字第977 號判決判處有期徒刑3 年4 月，併科罰金8 萬元確定；嗣前揭①至⑤所示罪刑關於有期徒刑部分，經桃園地院以100 年度聲字第1689號裁定定應執行刑為5 年4 月確定，於102 年10月22日縮短刑期假釋出監並付保護管束（併科罰金部分則於同年10月23日易服勞役改繳清罰金出監），並於104年8 月23日假釋期滿未經撤銷而視為執行完畢，有本院被告前案紀錄表附卷可稽，其於前案有期徒刑執行完畢後5 年內，故意再犯本案3 件有期徒刑以上之罪，均符合刑法第47條第1 項規定之累犯要件。經審酌前案之犯罪類型及執行方式、前案執行完畢日距離本案犯罪之時間、前案與本案之罪質是否相同、所侵害者是否為具有不可替代性、不可回復性之個人法益或其他重大法益、被告有無明顯之反社會性格等一切情狀後，認如加重其法定最低度刑，尚不至於使「行為人所受的刑罰」超過「其所應負擔罪責」，爰依司法院大法官會議釋字第775 號解釋意旨及刑法第47條第1 項規定，加重其刑（法定刑為死刑或無期徒刑部分均不得加重）。

㈣、刑之減輕事由（如附表二編號2所示販賣第一級毒品罪部分）：

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條固有明文。該條文立法說明指出：該條所謂「犯罪之情狀可憫恕」，本係指審酌刑法第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；依實務上見解，必在客觀上顯然足以引起一般同情，認為縱予宣告法定最低度刑猶嫌過重者，始有

其適用（最高法院38年度台上字第16號、45年度台上字第1165號、51年度台上字第899 號判決意旨參照）。是為防止酌減其刑之濫用，自應嚴定其適用之要件，以免法定刑形同虛設，破壞罪刑法定之原則，乃增列文字，將此適用條件予以明文化等語，此有該條之立法說明可參。經查：被告無視國家杜絕毒品危害之禁令，而為販賣第一級毒品之犯行，所為固屬不當，應予非難，然考量其販賣第一級毒品對象僅1 人，且次數亦僅1 次，而販賣金額與數量亦均不多，實屬零星小額交易，其亦未因此犯行而獲有鉅額利潤，是被告所為販賣第一級毒品之犯罪情節與惡性，較諸大量走私進口或長期販賣毒品之毒販而言，容有重大差異，對社會治安及國民健康之危害亦較輕，本院審酌上情，並考量被告之主觀惡性、客觀犯行及犯罪情節，認被告所為販賣第一級毒品犯行，倘量處法定最低刑度（即無期徒刑），猶嫌過重，而有情輕法重之情，難謂符合罪刑相當性及比例原則，更無從與大盤毒梟對於社會治安所造成之危害有所區隔，是其上開販賣第一級毒品之犯罪情狀，衡情尚有可憫恕之處，爰依刑法第59條之規定酌量減輕其刑，並依法先加後減之（死刑、無期徒刑部分不得加重）。

三、撤銷改判之理由：

㈠、原審認被告罪證明確，予以論罪科刑，固非無見。惟查被告行為後，毒品危害防制條例第4條第1項、第2項、第17條第2項已於109年1月15日修正公布，並於同年7月15 日生效施行，原判決未及比較適用新舊法，尚有未洽。被告猶執前詞上訴否認其行為構成販賣雖無理由，惟原判決既有上開可議之處，仍應由本院將原判決予以撤銷改判。

㈡、爰審酌被告曾有多次因違反毒品危害防制條例案件而經法院論罪科刑之前科，素行非佳，且其正值壯年，卻不思循正途賺取所需，明知毒品殘害人體健康，竟為貪圖不法利益，漠視國家杜絕毒品之法令禁制，恣意為本案販賣第一級毒品海洛因、第二級毒品甲基安非他命之犯行，所為助長毒品氾

濫，戕害他人身心健康，並危害社會治安，行為誠屬不當，應予非難。惟念被告販賣毒品之數量及犯罪所得均不多，兼衡其犯罪動機、目的、手段、所生危害、智識程度及家庭生活經濟狀況（見原審卷第215頁），以及犯後否認犯行之犯後態度等情狀，分別量處如附表一所示之刑，並定其應執行之刑。

㈢、沒收：

按犯第4 條至第9 條、第12條、第13條或第14條第1 項、第2 項之罪者，其供犯罪所用之物，不問屬於犯罪行為人與否，均沒收之，毒品危害防制條例第19條第1項定有明文。次按犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之，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 項前段及第3 項亦有明定。查：

1.供犯罪所用之物部分：

扣案如附表三所示之行動電話1 支，係被告所有且供用以與證人林少偉、許家淀聯繫如附表四、五所示之事項，業經被告於原審審理時所自承（見原審卷第209頁），並有前述通訊監察譯文存卷可查，核屬供其犯如附表二所示犯罪所用之物，應依毒品危害防制條例第19條第1 項規定，不問屬於犯罪行為人與否，宣告沒收。

2.犯罪所得部分：

被告所為如附表二所示各次販賣毒品犯行所得之價金，核屬被告之犯罪所得，雖未經扣案，仍應依刑法第38條之1 第1 項前段、第3 項之規定宣告沒收，並諭知於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

四、被告經本院合法傳喚，無正當理由不到庭，爰不待其陳述逕行判決。

據上論斷，應依刑事訴訟法第371條、第369條第1項前段、第364條、第299條第1項前段，修正前毒品危害防制條例第4條第1項、第2項、毒品危害防制條例第19條第1 項，刑法刑法第2條第1項前段、第11條、第47條第1 項、第59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。
本案經檢察官吳育增提起公訴，檢察官曾鳳鈴到庭執行職務。
中　　華　　民　　國　　109　　年　　10　　月　　27　　日
刑事第十六庭　審判長法　官　葉騰瑞
法　官　莊明彰
法　官　廖紋妤
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　江珮菱
中　　華　　民　　國　　109　　年　　10　　月　　28　　日
附錄本案論罪科刑法條全文：
修正前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。
【附表一：罪名、科刑暨沒收】

編號	罪名及科刑	沒　　收	備註
1	黃義棠販賣第二級毒品，累犯，處有期徒刑柒年捌月。	扣案如附表三所示之物沒收；未扣案之犯罪所得新臺幣肆仟元沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。	即附表二編號1所示犯行。
2	黃義棠販賣第一級毒品，累犯，處有期徒刑拾伍年陸	扣案如附表三所示之物沒收；未扣案之犯罪所得新臺幣壹仟元沒收，於全部或	即附表二編號2所示犯行。

	月。	一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。	
3	黃義棠販賣第二級毒品，累犯，處有期徒刑柒年陸月。	扣案如附表三所示之物沒收；未扣案之犯罪所得新臺幣貳仟元沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。	即附表二編號3 所示犯行。

【附表二：黃義棠販賣毒品之經過（金額：新臺幣）】

編號	交易時間	交易地點	交易價格及毒品數量	交易經過	備註
1	108 年1 月15日3 時21分許	黃義棠位於新北市○○區○○街0 巷0 號0 樓之居住處	以4,000 元之價格，販賣2 公克之甲基安非他命1 包	林少偉以門號0000000000號行動電話與黃義棠所持用之門號0000000000號行動電話聯繫談妥毒品交易後，於左列時、地與黃義棠見面，取得2 公克之甲基安非他命1 包，並交付價金4,000 元予黃義棠。	即起訴書附表一編號1所示犯行。
2	108 年1 月21日7 時19分許	黃義棠位於新北市○○區○○街0 巷0 號0 樓之居住處	以1,000 元之價格，販賣重量不詳（不到1 公克）之海洛因1包	許家浤以其所持用之門號0000000000號行動電話與黃義棠所持用之門號0000000000號行動電話聯繫談妥毒品交易後，於左列時、地與黃義棠見面，取得約1 公克之海洛因1 包，並交付價金1,000元予黃義棠。	即起訴書附表一編號2所示犯行。
3	108 年1 月21日23時24分許	黃義棠位於新北市○○區○○街0 巷0 號0 樓之居住處	以2,000 元之價格，販賣1 公克之甲基安非他命1 包	林少偉以門號0000000000號行動電話與黃義棠所持用之門號0000000000號行動電話聯繫談妥毒品交易後，於左列時、地與黃義棠見面，取得1 公克之甲基安非他命1包，並交付價金2,000 元予黃義棠。	即起訴書附表一編號3所示犯行。

【附表三：扣案物品】

扣案物品名稱及數量	備註
OPPO廠牌行動電話1 支（含門號0000000000號SIM 卡）	㈠黃義棠所有並持用 ㈡序號1 ：0000000000000000號 序號2 ：0000000000000000號

【附表四：黃義棠與林少偉之通訊監察通話內容】

編號	通話時間	譯文內容	備註

1	108 年1 月15日2 時52分	B （即證人林少偉，以下同）：幫我弄8 。A （即被告黃義棠，以下同）：弄8 喔，好。	證人林少偉以門號0000000000號行動電話撥打被告黃義棠持用之門號0000000000號行動電話，並由被告黃義棠接聽（見偵字第7288號卷第91頁）。
2	108 年1 月15日3 時21分	B：樓下A：好	同上。
3	108 年1 月21日22時30分	A：要過來嗎？B：怎樣？A：當然有好的啊，不然就算了。B：好，我等一下過去。	被告黃義棠以其持用之門號0000000000號行動電話撥打門號0000000000號行動電話予證人林少偉，並由證人林少偉接聽（見偵字第7288號卷第91頁）。
4	108 年1 月21日23時10分	B：你有辦法帶過來嗎？A：沒有，那邊很辣，警察要抓阿正。B：跟那個沒有關係。A：你不會過來喔。B：好等一下。	證人林少偉以門號0000000000號行動電話撥打被告黃義棠持用之門號0000000000號行動電話，並由被告黃義棠接聽（見偵字第7288號卷第91頁）。
5	108 年1 月21日23時24分	B：樓下。A：好。	同上。

【附表五：黃義棠與許家淀之通訊監察通話內容】

編號	通話時間	譯文內容	備註
1	108 年1 月21日7 時14分	B （即證人許家淀，以下同）：我之前有跟陸哥去找你，你那邊有得拿嗎？A（即被告黃義棠，以下同）：你在講甚麼，你過來再說。B：女孩子。A：你來找我。B：過去你家嗎？A：對。B：好。	證人許家淀以其所持用之門號0000000000號行動電話撥打被告黃義棠持用之門號0000000000號行

			動電話，並由被告黃義棠接聽（見偵字第7288號卷第117 頁、第131頁）。
2	108 年1 月21日7 時19分	B：我到了。A：上來啊。	同上。