臺灣高等法院刑事判決

109年度上訴字第3695號

上　訴　人
即　被　告　林益成
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000

選任辯護人　李建民律師(法扶律師)

上列上訴人即被告因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣臺北地方法院109年度訴字第570號，中華民國109年9月15日第一審判決（起訴案號：臺灣臺北地方檢察署109年度偵字第12970號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

事　實

一、林益成知悉甲基安非他命為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，不得持有及販賣，竟基於販賣第二級毒品以營利之犯意，於民國107年7、8月間，先透過通訊軟體微信與甲○相約碰面，並於同年7、8月間某日，在新北市○○區○○路00號之鐵皮屋內，以新臺幣（下同）2萬5,000元之價格，販賣甲基安非他命35公克予甲○1次。經警接獲甲○檢舉而循線查知上情。

二、案經金門縣警察局金湖分局報告臺灣臺北地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

壹、證據能力：

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。被告以外之人於審判外之陳述，雖不符同法第159條之1至第159條之4之規定，而經當事人於審判程式同意作為證據，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條第1項、第159條之5第1項、第2項分別定有明文。查本案下述據以認定上訴人即被告林益成（下稱被告）犯罪之供述證據，檢察官、被告及其辯護人於本院審理時均未爭執其證據能力，且迄於言詞辯論終結前均未聲明異議，復經審酌該等言詞陳述或書面作成時之情況並無違法、不當或顯不可信之狀況，依刑事訴訟法第159條之5第2項之規定，均有證據能力；又本案認定事實之其餘非供述證據，並無證據證明係公務員違背法定程式所取得，依同法第158條之4反面解釋，亦均有證據能力，合先敘明。

貳、認定被告犯罪事實所憑之證據及理由：

一、上揭事實，業據被告於警詢、偵查、原審及本院審理時均坦承不諱（見他卷第95-99、152、153頁，本院卷第66、69頁），核與證人甲○於警詢及偵訊、證人乙○○於警詢之證述均相符合（見他卷第8-22、121-127、130-132、144-146頁），並有被告與甲○之微信對話翻拍照片及截圖、新北市○○區○○路00號之現場照片、街景地圖照片在卷可稽（見他卷第25、26、74-76、100、128頁），足認被告前開任意性之自白核與事實相符，堪以採信。

二、按販賣毒品係違法行為，非可公然為之，而毒品本無一定之公定價格，是其各次買賣之價格，當亦各有差異，而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，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「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。因之，販賣利得，除經被告坦承，或其價量至臻明確，確實難以究其原委。然依一般民眾普遍認知之毒品非法交易，向為政府查禁森嚴且重罰

不寬貸，衡諸常情，倘非有利可圖，絕無甘冒重罰風險之理。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，尚難因無法查悉其買進、賣出之差價，而諉無營利之意思，或阻卻販賣犯行之追訴。又販賣毒品者，其主觀上有營利之意圖，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。本件被告於原審及本院審理時就其意圖營利販賣毒品予證人甲○之犯行坦承不諱，業如前述，以被告與證人甲○並非至親，亦無特殊情誼，衡諸常情，倘非有利可圖，實無甘冒被查緝科以重刑之風險，而提供毒品予該人之理，且被告於偵訊中亦自承：我於本案販賣甲基安非他命給甲○，我收2萬5,000到2萬6,000元，大概可以賺到1,000到2,000元（見他卷第153頁），可見被告就本案販賣毒品行為有營利之意圖，至屬明確。

三、綜上所述，本件事證明確，被告犯行洵堪認定，應予依法論科。

參、論罪科刑及本院上訴駁回之理由：

一、論罪：

㈠新舊法比較：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。查被告於行為後，毒品危害防制條例第4條第2項、第17條第2項已於109年1月15日修正公布，並自109年7月15起生效施行。茲就新舊法之比較適用說明如下：

1.修正前毒品危害防制條例第4條第2項規定：「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，得併科新臺幣1千萬元以下罰金。」修正後規定：「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，得併科新臺幣1千5百萬元以下罰金。」修正後條文將法定有期徒刑及罰金刑上限均提高，對被告並無較有利。

2.修正前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。」修正後規

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。」依修正後法條之文義，參酌修正理由記載：原所稱「審判中」究指被告僅須於審判中曾有一次自白犯罪即應適用減刑規定，抑或須於歷次審判中均自白犯罪者始符合之，解釋上易生爭議，考量原立法之目的，係在使前述毒品案件之刑事訴訟程序儘早確定，當以被告於歷次審判中均自白犯罪者，始足當之，故修正第2項，明定於偵查及歷次審判中均自白者，始減輕其刑等語，足見必須於歷次審判中均自白始得減輕。被告就本件前開犯行，業於警詢、偵查、原審及本院審理時均坦承不諱，是依修正前、後之毒品危害防制條例第17條第2項規定，均有該項減輕其刑之適用，亦即修正後之毒品危害防制條例第17條第2項規定對被告並無較有利之情形。

3.綜上比較結果，以適用被告行為時即修正前之法律對被告最為有利，依上揭說明，自應就上開修正部分整體適用被告行為時即修正前之毒品危害防制條例之規定。

㈡按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，未經許可不得販賣，是核被告所為，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。被告販賣前持有甲基安非他命之低度行為，應為其販賣之高度行為所吸收，不另論罪。

㈢累犯：

1.被告前因施用第二級毒品案件，經原審以105年度簡字第2448號判決，判處有期徒刑4月確定，於105年12月22日易科罰金執行完畢等情，有本院被告前案紀錄表在卷可稽，被告於5年以內故意再犯本案有期徒刑以上之罪，為累犯。

2.另依司法院釋字第775號解釋意旨，本件被告基於累犯者有其特別惡性及對刑罰反應力薄弱，復審酌被告前揭構成累犯之前科亦屬違反毒品危害防制條例之罪，經刑罰執行完畢後，仍不知悔悟，期間更有其他因施用、持有第二級毒品案件，經法院判刑確定之紀錄，猶仍漠視法令禁制，再犯本案

販賣第二級毒品之罪，顯見其守法意識薄弱、自我約束能力不佳，並考量其等犯罪之動機、目的、手段、犯罪時所受之刺激及犯罪所生之損害，有加重其刑以收警惕之效之必要，本案情節又無罪刑不相當或有違反比例原則之情形，是除就法定本刑為無期徒刑部分，依法不得加重外，餘應依刑法第47條第1項規定加重其刑。

㈣被告已就本案販賣第二級毒品犯行自白不諱，業如前述，應依修正前毒品危害防制條例第17條第2項之規定，減輕其刑。被告前述累犯加重、修正前毒品危害防制條例第17條第2項減輕等加重及減輕事由，應依法先加（無期徒刑部分除外）後減之。

㈤刑法第59條減刑規定之適用：

1.被告及辯護人雖辯稱：被告於犯本案前並無販賣毒品之前案紀錄，且自與本件購毒者甲○交易結束後，即未再販賣毒品，顯見被告因一時失慮而誤觸法網；且被告現育有2幼子，父母均已年邁需被告照顧，請求准予依刑法第59條規定減輕其刑云云。

2.惟按，犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低刑度仍嫌過重者，得酌量減輕其刑，刑法第59條定有明文。所謂「顯可憫恕」，係指被告之犯行有情輕法重之情，客觀上足以引起一般人同情，處以法定最低刑度仍失之過苛，尚堪憫恕之情形而言。審酌被告既知悉甲基安非他命為法律所嚴格禁止販賣之違禁物，染毒更能令人捨身敗家，毀其一生，且前已有多次施用、持有甲基安非他命之前案紀錄，竟甘冒重典，販賣毒品予甲○，以其所販賣毒品之數量不少（35公克），價格亦高（2萬5,000元），可見其行為嚴重影響國人身心健康及社會秩序，所造成危害治安程度非輕，依其犯罪情節所彰顯之客觀犯行及主觀惡性，難認有何其情可憫之特殊原因與環境，足以在客觀上引起一般人同情。況被告經上述修正前毒品危害防制條例第17條第2項規定減刑之後，所犯販賣第二級毒品罪之法定刑已大幅減輕，並無情堪憫恕、法重情輕之

情形，至於其自述前開家庭狀況，則係依刑法第57條於量刑時審酌之事項（詳後述），自無再依刑法第59條規定酌減其刑之必要。從而，被告及辯護人所辯並非酌量減輕其刑之事由，其上開主張，並不足採。

二、本院上訴駁回之理由：

㈠原審以被告犯罪明確，而適用修正前毒品危害防制條例第4條第2項、第17條第2項，刑法第2條第1項前段、第2項、第47條第1項、第38條之1第1項、第3項等規定，並說明審酌被告前有多次違反毒品危害防制條例之前案紀錄，仍再犯本案販賣毒品犯行，可知其惑於毒癮，意志力甚為薄弱，所為已屬不該，且毒品戕害國民身心健康及社會秩序甚鉅，竟為謀一己私利，基於營利之目的販賣甲基安非他命予他人，所為非但漠視法令禁制，更造成毒品之擴散流通，且一經染毒極易成癮，對於社會治安影響非淺，實屬不該，惟念及被告於犯後終能坦承犯行，態度尚可；兼衡其犯罪之動機、目的及手段、僅販賣予1人、販賣次數為1次、販毒所得為2萬5,000元，以及犯罪所生之危害，併參酌其高職畢業之智識程度及與妻子離婚，現有3歲及1歲之幼子需照顧之家庭經濟狀況等一切情狀，量處有期徒刑4年2月。併說明：被告因本案販賣毒品之所得2萬5,000元，應依刑法第38條之1第1項、第3項規定，宣告沒收，於全部或一部不能執行沒收時（本件販毒所得，並無不宜執行沒收之情形），追徵其價額。經核原判決認事用法，尚無違誤，量刑亦屬妥適。

㈡被告上訴意旨略以：本件依釋字第775號解釋意旨，應無加重其刑必要，且其他法院關於相類之販賣第二級毒品罪案件，量刑多在1年5月至3年10月不等，原審量刑顯然過重，且被告犯後態度良好，家中尚有年邁父親及年幼子女需其照顧，原審未依刑法第59條規定酌減其刑，亦有不當，爰請求減輕刑度云云。惟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條固定有明文。惟此酌量減輕其刑，必須犯罪另有特殊之原因與環境，在客觀

上足以引起一般同情，縱宣告法定最低度刑，猶嫌過重者，始有其適用。經查，被告所犯販賣第二級毒品罪，不惟危害國民健康，影響社會風氣，且係助長毒品流通之不法行為，又被告本件販賣甲基安非他命達35公克，數量非微，客觀上實未見被告就前開犯行有何犯罪之特殊原因與環境，其情節並無顯可憫恕之處，自無依刑法第59條規定予以酌減其刑之餘地。再者，關於量刑輕重，屬為裁判之事實審法院得依職權自由裁量之事項，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，如無偏執一端，致明顯失出失入情形，上級審法院即不得單就量刑部分遽指為不當或違法。本件原審就此部分量刑業已說明被告前揭構成累犯之前科亦屬違反毒品危害防制條例之罪，再犯本案販賣第二級毒品之罪，顯見其守法意識薄弱、自我約束能力不佳，並斟酌刑法第57條各款所列情狀而為刑之量定，既未濫用自由裁量之權限，亦無逾越職權或違反比例原則、罪刑均衡原則，自難認有何違法或不當。又個案之裁量判斷，除非有全然喪失權衡意義或其裁量行使顯然有違比例、平等諸原則之裁量權濫用情形，否則縱屬犯罪類型雷同，仍不得將不同案件裁量之行使比附援引，與本案之量刑輕重比較，視為判斷法官本於依法獨立審判之授權所為之量刑裁奪有否濫用情事（最高法院100年度台上字第21號、103年度台抗字第319號裁判均同此意旨參照）。查本件原審業已依累犯加重、修正前毒品危害防制條例第17條第2項減輕等加重及減輕事由，依法先加後減，基於刑罰目的性及刑事政策之取向等因素，總體而為適度之評價，量處被告有期徒刑4年2月，難認有何過苛過重之情事，被告徒以他案量刑而恣意比附援引，並無可取。是被告上訴，並無理由，應予駁回。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

本案經檢察官黃思源提起公訴，檢察官侯名皇到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　12　　月　　10　　日

刑事第一庭　審判長法　官　李釱任
法　官　梁耀鑌
法　官　崔玲琦

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　李政庭

中　　華　　民　　國　　109　　年　　12　　月　　10　　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（原審誤引修正後規定，逕予更正）

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，得併科新臺幣二千萬元以下罰金。

製造、運輸、販賣第二級毒品者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑，得併科新臺幣一千萬元以下罰金。

製造、運輸、販賣第三級毒品者，處七年以上有期徒刑，得併科新臺幣七百萬元以下罰金。

製造、運輸、販賣第四級毒品者，處五年以上十二年以下有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金。

製造、運輸、販賣專供製造或施用毒品之器具者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金。

前五項之未遂犯罰之。