

臺灣高等法院刑事判決

111年度上訴字第4131號

上訴人
即被告 黃溫明

選任辯護人 謝崇浯律師（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，不服臺灣新北地方法院110年度訴字第741號，中華民國111年8月29日第一審判決（起訴案號：臺灣新北地方檢察署110年度偵字第11270、11542號，移送併辦案號：同署110年度偵字第23279號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

事 實

一、黃溫明明知甲基安非他命為毒品危害防制條例第2條第2項第2款所列管之第二級毒品，依法不得販賣，竟意圖營利，基於販賣第二級毒品之犯意，利用其所持用附表編號2所示行動電話登入LINE通訊軟體（下稱LINE）作為聯繫販賣毒品之工具，於民國110年3月16日12時35分許，謝宏其傳訊息稱「再嗎」、「有錢賺」、「我這2000」等暗語向黃溫明表示欲購買第二級毒品甲基安非他命後，經黃溫明以「來」表示同意，達成以新臺幣（下同）2,000元販賣第二級毒品之合意後，嗣謝宏其於同日13時20分至新北市○○區○○路0段00巷00弄00號1樓，由黃溫明交付第二級毒品甲基安非他命1包與謝宏其，然謝宏其尚未依約交付價金（起訴書誤載謝宏其已交付2,000元與黃溫明，應予更正）。適黃溫明因另涉違反毒品危害防制條例案件，經員警向臺灣新北地方法院聲請搜索票獲准在場埋伏，待謝宏其於同日13時25分許完成交易步出上址時，以現行犯逮捕謝宏其，並附帶搜索扣得謝宏

其所持用行動電話1支及甫向黃溫明購得第二級毒品甲基安非他命1包（毛重0.479公克），並於同日14時20分許持搜索票至黃溫明斯時位在新北市○○區○○路0段00巷00弄00號頂樓加蓋之居所執行搜索，並扣得附表所示之物，始悉上情。

二、案經臺北市政府警察局刑事警察大隊報告臺灣新北地方檢察署檢察官偵查起訴。

理 由

壹、證據能力

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；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項及第159條之5分別定有明文。經查，本判決下列所引用上訴人即被告黃溫明（下稱被告）以外之人於審判外之陳述，檢察官、被告及辯護人均同意作為證據，本院審酌上開證據資料作成時之情況，尚無違法不當或證明力明顯過低之瑕疵，亦認為以之作為證據應屬適當，爰依上開規定，認前揭證據資料均有證據能力。

二、次按除法律另有規定外，實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據，其有無證據能力之認定，應審酌人權保障及公共利益之均衡維護，刑事訴訟法第158條之4定有明文。本案以下所引用之非供述證據，並無證據證明係實施刑事訴訟程序之公務員違背法定程序所取得，且經本院於審理時合法踐行調查程序，自應認均具有證據能力，得作為證據。

貳、認定犯罪事實所憑之證據及理由

一、上開犯罪事實，業據被告於偵查中及歷次審理時均坦承不諱

01 (見偵11270卷第16至18、155至157頁，訴741卷第347、351
02 頁，本院卷第120、152頁)，核與證人即購毒者謝宏其(下
03 逕稱姓名)證述內容相符(見偵11270卷第25至30、36至37
04 頁，他7044卷第161至165頁)，且有其等間LINE對話紀錄翻
05 拍照片、臺灣新北地方法院110年聲搜字第374號搜索票、臺
06 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
07 表、扣押物及現場蒐證照片、交通部民用空局航空醫務中心
08 110年3月30日航藥鑑字第0000000號毒品鑑定書各1份附卷可
09 憑(見偵11270卷第21至22、49至53、57至63、169、183
10 頁)，復有附表所示扣案物可佐，足認被告上開自白與事實
11 相符，堪以採信。

12 二、辯護人辯稱：謝宏其與被告見面時未攜帶現金到場，被告主
13 觀上犯意可能因僅交付少量毒品變更為轉讓犯意云云(見本
14 院卷第31至33、116、123頁)。惟按販賣毒品之所謂販賣行
15 為，係行為人基於營利之目的，而販入或賣出毒品而言。販
16 賣毒品者，其主觀上須有營利之意圖，且客觀上有販賣之行
17 為即足構成，至於實際上是否已經獲利則非所問。即於有償
18 讓與他人之初，係基於營利之意思，並著手實施，而因故無
19 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
20 他人時，仍屬販賣行為。必始終無營利之意思，縱以原價或
21 低於原價有償讓與他人，方難謂為販賣行為，而僅以轉讓罪
22 論處(最高法院100年度台上字第4683號判決意旨參照)。
23 次按販賣毒品係政府嚴予查緝之違法行為，政府一向查禁森
24 嚴並重罰不寬貸，且毒品可任意分裝或增減其份量，販賣毒
25 品之行為亦無一定之公定價格，每次買賣之價格隨供需雙方
26 之資力或關係之深淺或需求之數量、貨源之充裕與否、販賣
27 者對於資金需求殷切與否、對行情認知，以及政府查緝之態
28 度，進而為各種風險評估，機動的調整，有各種不同標準，
29 並非一成不變，販賣者從各種「價差」或係「量差」謀取利
30 潤方式，或有差異，其所圖利益之非法販賣行為目的則屬相
31 同。況且毒品之價格不低，取得不易，凡為販賣之不法行為

01 者，苟無利可圖，應無甘冒持有毒品遭查獲之極大風險，無
02 端將其出售，是其從中賺取買賣差價或量差牟利之意圖及事
03 實，應屬符合論理法則且不違背社會通常經驗之合理判斷。
04 經查，被告與謝宏其並非至親或有特殊之情誼關係，倘非有
05 利可圖，自無甘冒觸犯重罪之風險，出面交易第二級毒品甲
06 基安非他命，徒增遭查緝之風險，又觀諸卷附被告與謝宏其
07 於110年3月16日12時35分許之LINE對話內容1份（見偵11270
08 卷第21至22頁），謝宏其傳送「再嗎」、「有錢賺」、「我
09 這2000」，黃溫明傳送「來」等訊息，參以被告自承：謝宏
10 其說有2,000元要跟我買甲基安非他命，到場後他身上沒
11 錢，但我有給他1包甲基安非他命，我讓謝宏其賒帳，我確
12 實有賣毒品給謝宏其之意思等語（見偵11270卷第17至18、1
13 55頁，訴741卷第347頁），復於原審供稱：此次販賣毒品成
14 功可以賺到幾百元等語（見訴741卷第351頁），足見被告就
15 本案販賣第二級毒品犯行，有從中牟利之不法所有意圖及販
16 賣第二級毒品犯意甚明。辯護人所辯與卷證事實不符，不可
17 採信。

18 三、公訴意旨雖認被告當場已向謝宏其收取2,000元價金云云，
19 然被告始終否認有向謝宏其收取金錢，此部分事實僅有謝宏
20 其單一證述，無補強證據可資佐證被告本案有何實際取得犯
21 罪所得，依罪證有疑利於被告原則，應認被告尚未取得本案
22 販賣第二級毒品價金2,000元。原審漏未說明此部分，應予
23 補充。

24 四、綜上，本案事證已臻明確，被告上開犯行洵堪認定，應依法
25 論科。

26 參、論罪科刑

27 一、核被告所為，係犯毒品危害防制條例第4條第2項販賣第二級
28 毒品罪。被告於上開販賣甲基安非他命前持有甲基安非他命
29 之低度行為，為其販賣之高度行為所吸收，不另論罪。

30 二、按犯第4條至第8條之罪於偵查及歷次審判中均自白者，減輕
31 其刑，毒品危害防制條例第17條第2項定有明文。查被告於

01 偵查及歷次審判均自白犯行，已如前述，應依毒品危害防制
02 條例第17條第2項規定，減輕其刑。

03 三、按刑法第59條規定之酌量減輕其刑，必須犯罪另有特殊之原
04 因與環境，在客觀上足以引起一般同情，認為即使予以宣告
05 法定最低度刑，猶嫌過重者，始有其適用。此所謂法定最低
06 度刑，固包括法定最低本刑；惟遇有其他法定減輕之事由
07 者，則應係指適用其他法定減輕事由減輕其刑後之最低度刑
08 而言。倘被告別有法定減輕事由者，應先適用法定減輕事由
09 減輕其刑後，猶認其犯罪之情狀顯可憫恕，即使科以該減輕
10 後之最低度刑仍嫌過重者，始得適用刑法第59條規定酌量減
11 輕其刑（最高法院100年度台上字第744號判決意旨參照）。
12 查本院考量第二級毒品甲基安非他命於社會上已甚為泛濫，
13 且對社會秩序及國民健康危害甚鉅，而被告為智識健全之成
14 年人，對政府嚴格查緝販賣毒品之行為，自無不知之理，竟
15 仍為本件販賣第二級毒品甲基安非他命之犯行，嚴重影響社
16 會治安，又被告所犯之罪，經依毒品危害防制條例第17條第
17 2項減輕其刑後，其法定最低刑度已大幅降低，實已無情輕
18 法重之憾，況被告犯罪動機無非圖謀己利，難認有何特殊之
19 原因與環境，依據客觀觀察足以引起一般同情，當無再援引
20 刑法第59條規定減輕其刑之餘地。辯護人請求依刑法第59條
21 規定酌減其刑云云，亦無可採。

22 四、被告前因(一)持有毒品案件，經臺灣新北地方法院以103年度
23 審訴字第238號判決判處有期徒刑9月，上訴後經本院以103
24 年度上訴字第1797號判決上訴駁回確定；(二)持有毒品案件，
25 經臺灣新北地方法院以104年度審訴字第632號判決判處有期
26 徒刑3年，上訴後迭經本院以104年度上訴字第1541號判決、
27 最高法院以104年度台上字第3540號判決均上訴駁回確定，
28 上開(一)案於105年2月7日執行完畢，並於同年2月8日接續執
29 行上開(二)案，於107年1月22日縮短刑期假釋併附保護管束，
30 然經撤銷假釋，自111年2月11日入監執行殘刑10月29日，迄
31 112年2月13日執行完畢等情，有本院被告前案紀錄表1份在

01 卷可參，本案被告不符合刑法第47條第1項累犯之要件，檢
02 察官主張被告構成累犯並提出刑案查註記錄表為證，容有誤
03 會，原審判決認被告符合累犯之規定，因檢察官未指出應加
04 重其刑事項之證明方法而無從予以加重，固有未洽，然不影
05 響本案判決之本旨，由本院予以更正，附此敘明。

06 五、臺灣新北地方檢察署檢察官110年度偵字第23279號移送併辦
07 意旨書所載被告所涉犯行，與原審認定被告有罪部分為同一
08 事實，應為起訴效力所及，本院自得併予審理。

09 肆、駁回上訴之理由

10 一、原審以被告上開犯行事證明確，適用毒品危害防制條例第4
11 條第2項、第17條第2項、第18條第1項前段、第19條第1項，
12 刑法第11條等規定，並審酌被告無視於國家對於杜絕毒品犯
13 罪之禁令，販賣毒品將對購買毒品進而施用之人產生一定之
14 身心戕害，並危及社會秩序，僅因貪圖個人利益，即為本案
15 販賣第二級毒品犯行，應予非難。衡酌其前有違反毒品危害
16 防制條例之前科紀錄，素行非佳。惟念被告於偵查中及原審
17 審理時均坦承犯行，所欲販賣之毒品數量、金額尚屬不多，
18 對象僅有一人。兼衡被告自述因謝宏其要求調貨而販賣毒品
19 之犯罪動機，國中畢業智識程度，已婚，從事電腦助理作業
20 員，月薪3至5萬元，需扶養母親，經濟狀況勉持等一切情
21 狀，量處有期徒刑5年2月。就沒收部分並說明：(一)扣案附表
22 編號1所示毒品，應依毒品危害防制條例第18條第1項前段規
23 定宣告沒收銷燬；又本件盛裝甲基安非他命之包裝袋3個，
24 一併諭知沒收銷燬。至送驗耗損部分之毒品，無庸為沒收銷
25 燬之宣告；(二)扣案附表編號2所示之物，為被告所有供本案
26 販賣第二級毒品與謝宏其聯繫所用，不問屬於犯罪行為人與
27 否，應依毒品危害防制條例第19條第1項規定，宣告沒收；
28 (三)除謝宏其證述外，無其他補強證據可認被告本案有實際取
29 得犯罪所得，無從宣告沒收或追徵；(四)扣案附表編號3、4所
30 示之物，無證據證明與本案有何關聯，均不予宣告沒收。經
31 核原審認事用法並無違誤，量刑、沒收亦屬妥適。

01 二、被告主張原審量刑過重，請依刑法第59條酌減其刑並從輕量
02 刑云云（見本院卷第27至33、39至41、116、125、153至154
03 頁），辯護人則為被告執上詞認應構成轉讓毒品罪云云，然
04 被告所為應為販賣毒品罪，已如前述，又查：

05 (一)本案無從依刑法第59條規定減輕其刑，業已說明如上，被告
06 此部分上訴無理由。

07 (二)按量刑之輕重，係屬事實審法院得依職權自由裁量之事項，
08 苟已斟酌刑法第57條各款所列情狀，而未逾越法定刑度，不
09 得遽指為違法（最高法院72年台上字第6696號判例意旨參
10 照）。且法院對於被告為刑罰裁量時，必須以行為人之罪責
11 為依據，而選擇與罪責程度相當之刑罰種類，並確定與罪責
12 程度相稱之刑度。縱使基於目的性之考量，認定有犯罪預防
13 之必要，而必須加重裁量時，亦僅得在罪責相當性之範圍內
14 加重，不宜單純為強調刑罰之威嚇功能，而從重超越罪責程
15 度為裁判，務求「罪刑相當」。且在同一犯罪事實與情節，
16 如別無其他加重或減輕之原因，下級審量定之刑，亦無過重
17 或失輕之不當情形，則上級審法院對下級審法院之職權行
18 使，原則上應予尊重（最高法院85年度台上字第2446號判決
19 意旨參照）。查原審量刑時業已審酌上情（詳前述），係以
20 行為人責任為基礎，斟酌刑法第57條各款事由，而為刑之量
21 定，已妥適行使裁量權，無違反比例原則、罪刑均衡原則情
22 事，被告指摘原審量刑過當，亦無理由。

23 (三)綜上，被告之上訴均無理由，應予駁回。

24 據上論斷，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

25 本案經檢察官徐世淵提起公訴及移送併辦，檢察官羅松芳到庭執
26 行職務。

27 中 華 民 國 112 年 2 月 21 日

28 刑事第十二庭 審判長法官 陳如玲

29 法官 魏俊明

30 法官 蔡如惠

31 以上正本證明與原本無異。

01 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
02 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
03 （均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

04 書記官 陳麗津

05 中 華 民 國 112 年 2 月 22 日

06 附錄：本案論罪科刑法條全文

07 毒品危害防制條例第4條第2項

08 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
09 刑，得併科新臺幣1千5百萬元以下罰金。

10 附表：
11

編號	扣案物	說明
1	第二級毒品甲基安非他命共3包（驗餘淨重2.8498公克）	送鑑定結果含第二級毒品甲基安非他命成分，屬違禁物，應依毒品危害防制條例第18條第1項前段規定宣告沒收銷燬之。
2	蘋果廠牌IPHONE行動電話1支（黑色）	被告所有且為供犯罪所用之物，應依毒品危害防制條例第19條第1項之規定宣告沒收。
3	蘋果廠牌IPHONE行動電話1支（藍色）	並無證據證明與本案有何關聯，無須宣告沒收。
4	現金新臺幣12,300元	並無證據證明與本案有何關聯，無須宣告沒收。