臺灣高等法院高雄分院刑事判決

109年度上訴字第1490號

上　訴　人
即　被　告　李金龍
指定辯護人　本院公設辯護人孫妙岑

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高雄地方法院109 年度訴字第356 號，中華民國109 年10月20日第一審判決（起訴案號：臺灣高雄地方檢察署109 年度偵字第8491、11408號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷。

李金龍犯如附表所示之販賣第二級毒品罪，共陸罪，分別處如該附表各編號「本院判決結果」欄所示之刑及沒收。就所受宣告之有期徒刑，應執行有期徒刑柒年捌月。

事　實

一、李金龍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 款規定之第二級毒品，不得非法持有、販賣，竟意圖營利，基於販賣第二級毒品甲基安非他命之犯意，以其所持用之門號0000000000號行動電話，作為聯絡販賣毒品之工具，而分別為如附表（編號1 至6 ）所示之販賣第二級毒品甲基安非他命犯行，共6 次（各次販賣時間、地點、對象，及交易方式與價格，均詳各該編號所示）。經警對李金龍所持用之0000000000門號實施通訊監察，而查悉上情。

二、案經臺灣高雄地方檢察署檢察官指揮高雄市政府警察局刑事警察大隊偵查起訴。

理　由

壹、證據能力方面：

按傳聞法則之重要理論依據，在於傳聞證據未經當事人之反對詰問予以核實，乃予排斥，惟若當事人已放棄對原供述人之反對詰問權，於法院審判時表明同意該等傳聞證據可作為證據，基於證據資料愈豐富，愈有助於真實發現之理念，並貫徹刑事訴訟法修法加重當事人進行主義之精神，確認當事

人對於證據能力有處分權之制度，傳聞證據經當事人同意作為證據，法院認為適當者，亦得為證據。本件檢察官、上訴人即被告李金龍（下稱被告）及辯護人於本院準備程序時已表示對於本判決後引之證據均同意有證據能力（見本院卷第61至63頁），本院復斟酌該等證據（含傳聞證據、非傳聞證據及符合法定傳聞法則例外之證據），並無任何違法取證之不適當情形，以之作為證據使用係屬適當，自得採為認定事實之證據。

貳、實體方面：

一、認定犯罪事實所憑之證據及理由：

㈠上開犯罪事實，除經被告分別於警詢、偵查及本院審理時坦坦承不諱（附表編號1、2部分，見警一卷第9至14頁、109年度偵字第8491號卷　下稱偵一卷Ⅴ第67至69頁、本院卷第60頁、第117至118頁；附表編號3、4部分，見警一卷第14至16頁、本院卷第60頁、第117至118頁；附表編號5、6部分，見本院卷第60頁、第117至118頁）外，且經證人即購毒者李正宗、劉弘德、鄭欽鴻分別於警詢、偵訊及原審證述綦詳（李正宗部分見警一卷第43至49頁、偵一卷第48至50頁；劉弘德部分見警一卷第61至64頁、偵一卷第54至55頁、原審卷第161至165頁；鄭欽鴻部分見偵一卷第105至110頁、第126至128頁，原審卷第173至184頁），並有如附表「相關通訊監察譯文」欄所載之通訊監察譯文，及李正宗、劉弘德、鄭欽鴻指認被告之指認犯罪嫌疑人紀錄表（見警一卷第26至27頁、第67至68頁，偵一卷第113至114頁），暨臺灣高雄地方法院108年度聲監字第1529號通訊監察書（含電話附表）、聲監續字第2319號、第2446號通訊監察書（見原審卷第137至140頁、第151至153頁）在卷可資佐證。

㈡證人李正宗於原審審理時固翻異前詞，改稱：被告沒有賣毒個甲基安非他命給伊，伊是請被告幫伊拿甲基安非他命等語（見原審卷第237至243頁）、證人劉弘德於原審交互詰問

時，或稱係與被告合資購買等語（見原審卷第168 頁），惟核非僅與其等前開於警詢及偵查中所證不符，亦與被告自白之犯行有異，堪認並非事實，無從據為被告有利之認定。

㈢販賣毒品之行為，本無一定之公定價格，是各次買賣價格，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、貨源充裕與否、販賣者對於資金之需求如何，殷切與否，以及政府查緝之態度，進而為各種不同之風險評估，而為機動性調整，價格標準自非一成不變。況且，販賣者從各種「價差」或「量差」或係「純度（如摻入葡萄糖等物）」謀取利潤方式，或有差異，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，除經行為人坦承，或其價量至臻明確，確實難以究其原委。但依一般民眾普遍認知毒品之非法交易，向為政府查禁森嚴，且重罰不寬貸，衡諸常情，倘非有利可圖，絕無平白甘冒被重罰高度風險之理。從而，舉凡其有償交易，除有確切反證足認行為人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，而諉無營利之意思，或阻卻販賣犯行之追訴。況販賣第二級毒品之法定刑度甚重，為眾所週知之事，苟無任何利潤可圖，被告實無甘冒重典科刑之風險，刻意前往附表所示之各該地點交付毒品之理，且被告亦有向如附表所示之各該購毒者收取金錢之意思表示及具體作為，是以被告就如附表所示行為，均具營利之意圖，殆可認定。

㈣綜上，本件事證明確，被告上開犯行均堪認定，應予依法論科。

二、論罪：

㈠毒品危害防制條例第4 條第2 項經於109 年1 月15日修正公布，並於109 年7 月15日施行，修正前規定「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1500萬元以下罰金。」比較新舊法結果，以舊法對

被告較為有利，依刑法第2條第1項前段規定，就本件被告所為，自均應適用修正前之毒品危害防制條例第4條第2項規定予以論科。

㈡是核被告就附表（編號1至6）所為，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（共6罪）。被告前揭各次販賣前持有第二級毒品甲基安非他命之低度行為，分別為其各次販賣之高度行為所吸收，均不另論罪。

㈢被告上開所犯各罪間，犯意各別、行為互殊，應予分論併罰（共6罪）。

三、刑之減輕：

㈠偵審自白減輕其刑部分：

1.按毒品危害防制條例第17條第2項經於109年1月15日修正公布，並於109年7月15日施行，修正前規定「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。」雖修正條文之立法理由以「（毒品危害防制條例第17條）第2項之規範目的原在於使犯第4條至第8條之毒品案件之刑事訴訟程序儘早確定，並鼓勵被告自白認罪，以開啟其自新之路，故對犯前述罪之毒品之被告，於偵查及審判中均自白者，採行寬厚之刑事政策，而為應減輕其刑之規定。惟原所稱『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，而所謂歷次審判中均自白，係指歷次事實審審級（包括更審、再審或非常上訴後之更為審判程序），且於各該審級中，於法官宣示最後言詞辯論終結時，被告為自白之陳述而言。故爰修正第2項，明定於偵查及歷次審判中均自白者，始減輕其刑。」等語，似僅為法條文義之明文化。惟本院審酌修法前之毒品危害防制條例第17條第2項既僅規定「審判中」，而未規定被告應於

「歷次審判中」均自白，則縱被告於歷次審判中，僅只1 次自白犯罪，自仍應認其該當毒品危害防制條例第17條第2 項「審判中」之規定，而減輕其刑，司法實務通說亦認如此，是修法後之規定限縮須被告「歷次審判中」均自白，始有該條項減輕其刑規定之適用，顯然影響被告實質之刑罰，自有比較新舊法之必要。而經比較新舊法，核以舊法對被告較為有利，爰依刑法第2 條第1 項前段，就本件被告所為販賣第二級毒品之犯行，均適用修正前之毒品危害防制條例第17條第2 項規定予以審酌是否減輕其刑，先此敘明。

2.查被告就附表編號1 至4 所為，於偵、審中均自白，有如前述，爰均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。

㈡供出毒品來源因而查獲其他正犯或共犯減免其刑部分：

按毒品危害防制條例第17條第1 項規定：「犯第4 條至第8 條、第10條或第11條之罪，供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑」，旨在鼓勵毒品下游者具體供出其上游供應人，俾進一步擴大查緝績效，揪出其他正犯或共犯，以確實防制毒品泛濫或更為擴散。被告於警詢雖供稱其毒品來源係綽號「大蓋」之男子，惟檢調係因於對被告實行通訊監察時，發現綽號「大蓋」者疑似被告之毒品上游，乃針對「大蓋」使用之電話號碼實施通訊監察，查出「大蓋」之真實姓名乃蓋○輝（確實姓名詳卷），經數月偵查及蒐證，於取得蓋○輝販賣事證後，持搜索票搜索蓋○輝住處，當場在屋內查獲（甲基）安非他命，因而查獲等情，有高雄市政府警察局刑事警察大隊109 年7 月8 日高市警刑大偵2 字第10971986900 號函暨相關資料、臺灣高雄地方檢察署109 年7 月16日雄檢榮洪109 偵11408 字第1090048984號函所附職務報告，及臺灣高雄地方檢察署109 年度偵字第00000 、14070 號起訴書、臺灣高雄地方法院109 年度訴字第469 號刑事判決在卷可稽（見原審卷第131 至146 頁、第147 至149 頁，本院卷第45至48頁、第49至56頁），是被告雖曾

供出毒品來源，惟並未因而查獲其他正犯或共犯，自無前揭減免其刑規定之適用，併予敘明。

㈢按刑法第59條之酌量減輕其刑，必於犯罪另有特殊原因或情狀，在客觀上足以引起一般同情，而確可憫恕者，認為即予宣告法定低度刑期，猶嫌過重者，或因立法至嚴，確有情輕法重之情形，始有其適用。而考之該條立法理由，亦以酌量犯人之心術與犯罪事實，情可矜憫為原則；至被告是否因一時失慮，致罹章典，事後是否坦認犯行或犯罪危害程度等情，涉及被告品行、智識程度、犯罪動機、犯罪後態度及犯罪所生損害等因素，均屬刑法第57條各款量刑標準事項，僅可依比例原則在法定刑範圍內予以審酌，未便逕援為同法第59條酌減其刑之依據。本院審酌被告固分別於偵、審坦承販賣第二級毒品甲基安非他命犯行，有如上述，然販賣毒品甲基安非他命，不僅嚴重殘害國民身心健康，復影響社會治安及國力甚鉅，被告僅為貪圖一己私利，即販賣甲基安非他命，實難認其犯罪情狀，在客觀上足以引起一般之同情，而有對其宣告販賣第二級毒品法定最低度刑期猶嫌過重之情事，且被告附表編號1至4所犯，經適用毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑後，最輕本刑為有期徒刑3年6月，核已符合罪刑相當性及比例原則，故辯護人請求本院依刑法第59條酌減被告之刑，尚難採納。

四、原審認被告罪證明確，因而予以論科，固非無見。惟查：㈠被告於原審審理時，雖否認附表編號1至4所示犯行，惟於本院審理時已坦認有上揭犯行，所為合於修正前毒品危害防制條例第17條第2項偵審自白之規定，原判決未及審酌此節，依該條項規定減輕被告此部分之刑，尚有未合。㈡按刑之量定，為求個案裁判之妥當性，法律賦予法院裁量之權，於科刑時自應審酌刑法第57條所列各款情狀，為被告量刑輕重之標準，俾符合罪刑相當，使罰當其罪，輕重得宜。查被告前於原審雖否認犯有如附表所示之罪（共6罪），然於本院審理時已全然坦認犯行，有如上述，堪認犯後態度已有變更

，此自應為量刑之審酌要素，原判決未及審酌此節，顯未能依刑法第57條各款量刑規定詳為審酌，科以被告適當之刑，同有未合。㈢毒品危害防制條例第19條第1項關於沒收之規定，係採義務沒收主義，凡犯同條例第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，其供犯罪所用之物或因犯罪所得之財物，不問屬於犯罪行為人與否，均需諭知沒收、追徵。原判決就被告所有、持以犯本案6罪之門號0000000000號行動電話（含SIM卡1枚，下同）1支，以無證據足證其仍然存在為由，即不予諭知沒收、追徵，然該行動電話如確已因滅失而無從沒收，即應依刑法第38條第4項規定，追徵其價額，況並無證據證明該行動電話業已滅失，故原判決以上揭事由，未予沒收、追徵該行動電話，法律適用，容有違誤。被告上訴主張原判決量刑過重，非無理由，原判決復有上開沒收適用法律違誤之處，自應由本院將之撤銷改判。

五、量刑：

爰審酌被告明知甲基安非他命為列管毒品，竟為圖自己之私利，無視於國家對於杜絕毒品犯罪之禁令，亦不顧施用者可能面臨之困境，而為上開販賣毒品甲基安非他命犯行，所為非但助長毒品之流通，更致生危害於社會及他人，實有不該，惟衡酌其各次販賣毒品價格尚非甚高、次數共為6次，堪認其販賣毒品之規模尚難與中、大盤毒梟相提並論。且念及被告犯後終能全然坦承犯行，犯後態度尚無不佳，並斟酌被告販賣甲基安非他命所得多寡，及其自陳之智識程度、生活狀況（見本院卷第119頁）等一切情狀，分別量處如附表各編號「本院判決結果」欄所示之刑。復考量被告本案販賣毒品之種類為第二級毒品，販賣之價格為500至1000元不等，其販賣毒品之對象共3人，次數共6次，販毒時間尚屬集中，可見被告在本案相較於長期有計畫性，且販賣數量龐大之販毒者而言，在整體犯罪非難評價上，仍有所區別，數罪對法益侵害之加重效應較低等節，並衡以刑罰手段之相當性，

爰定其應執行刑為有期徒刑7 年8 月。

六、沒收：

㈠未扣案之門號0000000000號行動電話（含SIM 卡1 枚）1 支，係被告所持用以犯附表各編號所示犯行之供犯罪所用之物，為被告所不爭執，並有如附表各編號所示通訊監察譯文附卷足憑，爰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，於被告所犯附表各編號所示罪刑項下，均宣告沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，應依刑法第38條第4 項規定，追徵其價額。

㈡被告如附表各編號所示販賣第二級毒品所得之款項，核屬其犯罪所得，雖均未據扣案，仍應依刑法第38條之1 第1 項前段、第3 項規定，於被告所犯各該罪刑項下分別宣告沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，均追徵其價額（詳附表各編號「本院判決結果」欄所示）。

㈢扣案之門號0000000000號行動電話（含SIM 卡1 枚）1 支，無證據證明與被告本案犯行有何關聯，爰不為沒收之諭知。

據上論結，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，判決如主文。

本案經檢察官張雅婷提起公訴，檢察官鍾忠孝到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　2　　月　　24　　日

刑事第八庭　審判長法　官　邱明宏

法　官　楊智守

法　官　徐美麗

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決應於收受本判決後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狀（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　2　　月　　24　　日

書記官　秦富潔

附錄本判決論罪科刑法條：

《修正前毒品危害防制條例第4條第2項》

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。

附表：

編號	交易時間（民國）	交易地點	交易方式	相關通訊監察譯文	原審諭知之「罪刑及沒收」 本院判決結果
1	108 年11月14日17時30○○○	李正宗位於高雄市前鎮區○○街1巷29號住處	李金龍先自108 年11月14日9時46分許起，以門號0000000038號行動電話與持用0000000012門號行動電話之李正宗聯繫交易第二級毒品基安非他命事宜後，再於左列時、地以新臺幣（下同）1000元之價格，販賣甲基安非他命1 包予李正宗，並收受價金而完成交易。	警一卷第52至53頁編號B3至B5	李金龍販賣第二級毒品，處有期徒刑柒年貳月。未扣案之犯罪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。 （原判決此部分撤銷） 李金龍販賣第二級毒品，處有期徒刑參年拾月。未扣案之門號0000000000號行動電話（含SIM 卡壹枚）壹支、犯罪所得新臺幣壹仟元，均沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，均追徵其價額。
2	108 年11月30日17時49○○○	李正宗位於高雄市前鎮區○○街1巷29號住處	李金龍先自108 年11月30日16時10分許起，以門號0000000038號行動電話與持用0000000012門號行動電話之李正宗聯繫交易第二級毒品基安非他命事宜後，再於左列時、地以1000元之價格，販賣甲基安非他命1 包予李正宗，並收受價金而完成交易。	警一卷第53至54頁編號B6至B9	李金龍販賣第二級毒品，處有期徒刑柒年貳月。未扣案之犯罪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。 （原判決此部分撤銷） 李金龍販賣第二級毒品，處有期徒刑參年拾月。未扣案之門號0000000000號行動電話（含SIM 卡壹枚）壹支、犯罪所得新臺幣壹仟元，均沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，均追徵其價額。
3	108 年10月8 日18時39○○○	劉弘德位於高雄市鳳山區○○路174 巷11號住處	李金龍先於108 年10月8 日17時39分許，以門號0000000000號行動電話與持用門號0906688601號行動電話之劉弘德聯繫交易第二級毒品甲基安非他命事宜後，再於左列時、地以1000元之價格，販賣甲基安非他命1 包予劉弘德，並收受價金而完成交易。	警一卷第66頁編號D1	李金龍販賣第二級毒品，處有期徒刑柒年貳月。未扣案之犯罪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。 （原判決此部分撤銷） 李金龍販賣第二級毒品，處有期徒刑參年拾月。未扣案之門號0000000000號行動電話（含SIM 卡壹枚）壹支、犯罪所得新臺幣壹仟元，均沒收，於全

（續上頁）

					部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，均追徵其價額。
4	108 年11月7 日20時32○○○區○○路174 巷11號住處	劉弘德位於高雄市鳳山	李金龍先於108 年11月7 日19時32分許，以門號0000000000號行動電話與持用門號0906688601號行動電話之劉弘德聯繫交易第二級毒品甲基安非他命事宜後，再於左列時、地以1000元之價格，販賣甲基安非他命1 包予劉弘德，並收受價金而完成交易。	警一卷第66頁編號D2	李金龍販賣第二級毒品，處有期徒刑柒年貳月。未扣案之犯罪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。 （原判決此部分撤銷） 李金龍販賣第二級毒品，處有期徒刑參年拾月。未扣案之門號0000000000號行動電話（含SIM 卡壹枚）壹支、犯罪所得新臺幣壹仟元，均沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，均追徵其價額。
5	108 年11月18○○時37分許	高雄市左營○區○○○路386 號高雄榮民總醫院附近	李金龍先自108 年11月17日22時11分許起，以門號0000000038號行動電話與持用門號0908350499號行動電話之鄭欽鴻聯繫交易第二級毒品甲基安非他命事宜後，再於左列時、地以500 元之價格，販賣甲基安非他命1 包予鄭欽鴻，並收受價金而完成交易。	偵一卷第115 至第117 頁編號C1至C4	李金龍販賣第二級毒品，處有期徒刑柒年貳月。未扣案之犯罪所得新臺幣伍佰元沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。 （原判決此部分撤銷） 李金龍販賣第二級毒品，處有期徒刑柒年壹月。未扣案之門號0000000000號行動電話（含SIM 卡壹枚）壹支、犯罪所得新臺幣伍佰元，均沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，均追徵其價額。
6	108 年11月26日○○○區○○路158 之82號時9 分許	高雄市大寮	李金龍先自108 年11月26日20時33分許起，以門號0000000038號行動電話與持用門號0908350499號行動電話之鄭欽鴻聯繫交易第二級毒品甲基安非他命事宜後，再於左列時、地以500 元之價格，販賣甲基安非他命1 包予鄭欽鴻，並收受價金而完成交易。	偵一卷第119 頁編號C7至C9	李金龍販賣第二級毒品，處有期徒刑柒年貳月。未扣案之犯罪所得新臺幣伍佰元沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。 （原判決此部分撤銷） 李金龍販賣第二級毒品，處有期徒刑柒年壹月。未扣案之門號0000000000號行動電話（含SIM 卡壹枚）壹支、犯罪所得新臺幣伍佰元，均沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，均追徵其價額。