臺灣高等法院高雄分院刑事判決

109年度上訴字第252號

上　訴　人
即　被　告　李金龍
選任辯護人　林福容律師（法扶律師）

上列上訴人因毒品危害防制條例案件，不服臺灣屏東地方法院108年度訴字第1023號，中華民國108年12月31日第一審判決（起訴案號：臺灣屏東地方檢察署108年度毒偵字第2118號、108年度偵字第6692號、108年度偵字第7812號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

事　實

一、李金龍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，分別於附表一所示交易時間、地點，以附表一所示交易方式及價格，各販賣第二級毒品甲基安非他命予附表一編號1所示購毒者周良華1次及編號2、3所示購毒者鄭韋廷2次。嗣警方於民國108年7月30日9時40分許，持搜索票至李金龍位於位於屏東縣○○鄉○○村○○○巷00號住處，扣得附件所示之物，而循線查悉上情。

二、案經高雄市政府警察局林園分局報請臺灣屏東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，屬傳聞證據，原則上不得作為證據；惟按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，刑事訴訟法第159條第1項、第159條之5第1項分別定有明文。

查本判決所引用屬於傳聞證據之部分，均已依法踐行調查證據程序，且檢察官及被告於本院審理時均明示同意有證據能力（見本院卷第103至109、159頁），基於尊重當事人對於傳聞證據之處分權及證據資料愈豐富愈有助於真實發現之理念，本院審酌該等證據作成時情況，並無違法取證之瑕疵，且無顯不可信之情形，以之作為證據應屬適當，自均有證據能力。

貳、實體部分：

一、上開事實，業據上訴人即被告李金龍於警偵、原審及本院審理時均坦承不諱（見警一卷第12至14頁；他一卷第233至235頁；偵一卷第18至19頁；原審卷第123、198頁；本院卷第101、158、169至170頁），並經證人即購毒者周良華及鄭韋廷於警詢及偵訊時證述綦詳（見他一卷第181至185、195至201、205至210、215至221頁），且有附表一「通訊監察譯文編號及其出處」欄所示譯文、被告所持門號0000000000號行動電話通訊監察書（108聲監字第332號）、周良華與鄭韋廷持用如附表一所示門號行動電話通聯調閱查詢單、原審法院108年聲搜字775號搜索票（受搜索人李金龍）、高雄市政府警察局林園分局搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表及搜索查獲現場照片等證據資料在卷可憑（見警三卷第63至75、85至86、123頁；他一卷第121至122、135至137頁），另有扣案附表二所示之物可佐。再者，販賣毒品係政府嚴予查緝之違法行為，並無公定價格，且出售份量可任意分裝增減，價格亦因毒品純度、買賣數量、買賣雙方關係資力、毒品來源是否充裕、檢警查緝等因素而有不同，難有客觀之標準，是販賣利得除經行為人坦承或價量明確外，實難加以認定，然不論是瓶裝或紙包之毒品，均可任意分裝或增減其分量，復可依買受人之需求按原包裝賣出或再分裝為小包出售，則無論以原包裝賣出或分裝後再行出賣之每包售價，均可因賺取價差而牟得利益；是以毒品價格昂貴，取得不易，且為政府嚴予查緝之犯罪，凡為販賣之不法勾當

者，苟無利可圖，應無甘冒被查緝法辦重刑之危險，平白無端義務為該買賣之工作，故堪認被告販入甲基安非他命之價格，必較販出之價格低廉，或以同一價格而減少毒品之份量，而有從中賺取差額利潤圖利之意圖及事實，應屬合於論理法則，且不違背社會通常經驗之理性判斷，此由被告於本院供稱：本件販賣毒品之利潤為「賺吃的」，就是我從販入之毒品抽取些許施用，再將其他部分販賣出去等語即明（見本院卷第109 頁）。基上，足徵被告之前揭任意性自白核與客觀事實相符，堪以採信。本件事證已臻明確，被告上開犯行，均堪認定，應依法論科。

二、論罪：

㈠、核被告所為，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（共3 罪）。被告販賣第二級毒品前持有毒品之低度行為，均為其後販賣毒品之高度行為所吸收，均不另論罪。被告如附表一所示3 次販賣第二級毒品犯行，犯意各別，行為互殊，應分論併罰。

㈡、刑之加重、減輕：

1.累犯：

被告前於99年間因施用毒品等案件，分別經①原審法院以99年度訴字第367 號判處有期徒刑4 月、8 月、10月、6 月，應執行有期徒刑2 年確定；②復經該院以99年度訴字第814 號判處有期徒刑10月、8 月，應執行有期徒刑1 年4 月確定；③又經該院以99年度訴字第874 號判處有期徒刑1 年、6 月，應執行有期徒刑1 年4 月，上訴後經本院以99年度上訴字第2036號駁回上訴確定；嗣上開各罪經原審法院以100年度聲字第298號裁定應執行有期徒刑4年2月，抗告後經本院以100年度抗字第87號裁定駁回抗告確定；④另因施用毒品案件經原審法院以100年度易字第42號判處有期徒刑9月確定，經與前開有期徒刑4年2月部分接續執行，於103年6月11日假釋出監付保護管束，嗣經撤銷假釋執行殘刑1年10日，於104年11月23日縮短刑期執行完畢出監等情，有臺灣高等法

院被告前案紀錄表可參（見本院卷第135至153頁），其於徒刑執行完畢後，5年內故意再犯本件有期徒刑以上各罪，均符合刑法第47條第1項累犯要件。茲審酌被告前揭構成累犯之罪與本件所犯之罪之犯罪類型、罪名、侵害法益同質性甚高，可徵被告確有刑罰反應力薄弱之情形，參酌司法院大法官釋字第775號解釋意旨，本件既無應量處法定最低度刑之情形，且依累犯規定加重其最低本刑，亦不致發生被告所承受之刑罰超過其所應負擔罪責之情形，核與解釋意旨所指法院應裁量是否不依累犯規定加重其刑之情形有別，自應依刑法第47條第1項規定加重其刑（法定刑為無期徒刑部分不得加重）。因此，被告上訴主張：其犯後坦承犯行、態度良好，確有悔過向善之心，請參酌大法官釋字第775號解釋意旨，不予加重其刑云云，為本院所不採。

2.毒品危害防制條例第17條第2 項：

按犯第4 條至第8 條之罪於偵查及審判中均自白者，減輕其刑，毒品危害防制條例第17條第2 項定有明文。查：被告就附表一所示販賣第二級毒品犯行，業經被告於警偵及審理中均坦承不諱，業如前述，均應依前開規定減輕其刑。

3.毒品危害防制條例第17條第1項：

按犯第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。毒品危害防制條例第17條第1 項定有明文。查：被告雖供稱其施用、販賣之毒品來源係在屏東東港的湯姆熊遊樂場（中正路）向1 名男子購買，身高差不多170 公分、壯壯黑黑的；至於先前說的毒品上手綽號「烏鴻」，則是其編的等語（見原審卷第44頁；警一卷第7 頁）；然本件並無因被告之供述而查獲出沒在上開湯姆熊之男子一情，有高雄市政府警察局林園分局108 年10月14日高市警林分偵字第10872312000 號及109 年3 月3 日高市警林分偵字00000000000 號函在卷可稽（見原審卷第101 頁；本院卷第91頁）。又檢方迄今亦未查獲被告之前所稱之毒品上游即綽號「烏鴻」之人（見原審卷第11

5頁；本院卷95頁），且被告於原審已表示「『烏鴻』是我騙的，是因為警察叫我說出上手，所以我才編的」等語（見原審卷第44頁），況被告及辯護人嗣於本院表示：毒品危害防制條例第17條第1項部分捨棄不再主張，本件已無其他證據聲請調查等語（見本院卷第109、168頁）。基上，本件並未因被告供述查獲其毒品上游或其他正犯、共犯，自無從據本條減輕其刑。

4.刑法第59條：

被告雖主張本件販賣第二級毒品部分依刑法第59條規定酌減其刑云云（見本院卷第105頁）。惟按刑法第59條規定犯罪之情狀可憫恕者，得酌減其刑。其所謂「犯罪之情狀」，與同法第57條規定科刑時應審酌之一切情狀，並非有截然不同之領域，於裁判上酌減其刑時，應就犯罪之一切情狀，予以全盤考量，審酌其犯罪有無可憫恕之事由（即有無特殊之原因及環境，在客觀上足以引起一般同情，以及宣告法定最低度刑，是否猶嫌過重等），以為判斷（最高法院95年度台上字第6157號、98年度台上第3926號判決意旨參照）。經查，被告如附表一所示3次販賣第二級毒品犯行，均構成累犯，且均應適用毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑等節，則依刑法第71條第1項先加後減後，其所犯販賣第二級毒品罪之徒刑之最低度刑為3年7月，其刑度相較原本7年以上有期徒刑之法定刑，已有減輕；復考量被告如附表一所示3次販賣毒品犯行，對於毒品施用來源之提供有所助益，影響所及，非僅多數人之生命、身體將可能受其侵害，國家、社會之法益亦不能免，為害甚鉅，當非個人一己之生命、身體法益所可比擬，綜觀其情節，實難認屬輕微，並無在客觀上足以引起一般同情而有情輕法重之情形，自無再依刑法第59條規定減輕其刑之餘地，被告此部分主張，尚無可採。

5.被告就附表一所示3次販賣第二級毒品罪，同時有上開加重（累犯）及減輕事由（毒品危害防制條例第17條第2項），均依刑法第71條第1項規定，先加後減之（法定刑為無期徒

刑部分不得加重）。

三、上訴論斷：

㈠、原審認被告罪證明確，因而適用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項及刑法第11條、第47條第1項、第38條第2項前段、第38條之1第1項前段、第3項規定，審酌被告明知施用毒品危害身心健康甚鉅，為政府明令禁止之行為，竟無視毒品對他人之身心健康危害性，漠視法規禁令，而為本件販賣第二級毒品犯行；惟念被告坦承犯行之犯後態度，販賣對象3人，暨其犯罪動機、手段、販賣毒品之數量、價金等犯罪，兼衡被告自述國中畢業之教育程度，未婚，無子女，從事泥水工，日收入約新臺幣（下同）2千元，月收入約3萬元之家庭生活狀況（見原審卷第205頁）等一切情狀，分別量處附表一所示之刑；再依多數犯罪責任遞減原則，審酌該3次販賣毒品之時間集中於108年5、6月，各次販賣之機、侵害法益之種類相同，乃與其另犯施用第一、二級毒品罪（各判處11月、9月，此部分已撤回上訴），合併定應執行有期徒刑5年。沒收部分敘明：扣案附表二編號⑫ASUS手機（銀色）1支係被告所有（雙卡機），其中編號⑫門號0000000000號SIM卡1張被告為附表一所示販賣第二級毒品所用之物，業據被告供陳明確（見警一卷第6至7頁；原審卷第202至204頁），並有附表一所示通訊監察譯文可佐，應依毒品危害防制條例第19條第1項規定，在附表一所示各罪刑項下宣告沒收。另被告各次販賣甲基安非他命所取得如附表一「交易金額」欄所示價金，均屬被告販毒所得財物，雖未扣案，仍應依刑法第38條之1第1項前段、第3項規定宣告沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。至於扣案附表二編號①碎塊及粉末及②結晶經送鑑定結果分別檢出含有海洛因、甲基安非他命成分，惟係供被告施用第一、二級毒品所剩之物，應依毒品危害防制條例第18條第1項前段規定在施用第一、二級毒品罪項下宣告沒收銷燬；另附表二編號③⑨葡萄糖2包均

係被告所有、供其施用第一級毒品犯行所用；編號④係被告所有供施用第二級毒品所用；編號⑥⑦⑧均係被告所有、供或預備供其施用第一、二級毒品犯行所用之物，分別在被告所犯施用第一、二級毒品罪下宣告沒收，此部分扣案物均不於附表一所示各罪沒收、銷燬。本院經核原判決認事用法，核無不合，量刑亦已斟酌刑法第57條各款所列情狀，而未逾越法定範圍，亦未濫用其職權，本件量刑及沒收之諭亦屬妥適。

㈡、被告上訴意旨以：其犯後坦承犯行、態度良好，參酌大法官釋字第775 號解釋意旨，不應加重其刑；又附表一所示3 次販賣第二級毒品之金額甚微、危害程度較小，請求依刑法第59條酌減；且其犯後坦承犯行、態度良好，請參酌被告又其犯後坦承販賣第二級毒品，原審就附表一所示3 次犯行（與其他撤回上訴之施用第一、二級毒品所處有期徒刑11月、9月）定應執行刑5 年，仍屬過重云云。惟查：本件被告應依刑法第47條第1 項累犯規定加重其刑，已如前述。又按刑法第59條規定：「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。」此固為法院得自由裁量之事項，然法院為裁量減輕時，並非漫無限制，必須犯罪另有特殊之原因、環境與情狀，在客觀上足以引起一般之同情，認為即予宣告法定低度刑期，猶嫌過重者，始有其適用。且刑法第59條所規定之酌量減輕其刑，係裁判上之減輕，如別有法定減輕之事由者，應優先適用法定減輕事由減輕其刑後，猶嫌過重時，方得為之。被告所為販賣第二級毒品犯行，經依累犯加重及毒品危害條例第17條第2 項規定減輕後，最低本刑已可減至有期徒刑3 年7 月，考量第二級毒品甲基安非他命對國民健康及社會秩序危害甚鉅，經政府嚴刑禁絕持有、販賣，被告為智識健全之成年人，對政府嚴格查緝販賣毒品行為，自無不知之理，竟仍為本件販賣第二級毒品犯行，縱使其自認有何苦衷，但客觀上並不足以引起一般人之同情，自無顯可憫恕，縱科以最低度刑猶嫌過重之情形，核與刑法

第59條之要件不符，原審未依刑法第59條酌減，並無違誤。又原審就被告所犯販賣第二級毒品等罪，如何以行為人之責任為基礎，審酌一切情狀，於法定刑內分別量處如上述之刑，並依多數犯罪責任遞減原則，審酌上情，考量生命有限，衡酌被告所犯之罪罪質相當，為讓被告有回歸適應社會生活、復歸社會之機會，就被告3次販賣第二級毒品及施用第一、二級毒品所處有期徒刑11月、9月（施用第一、二級毒品部分已撤回上訴），合併定應執行有期徒刑5年，已兼顧相關有利與不利之科刑資料，詳細說明其理由，核乃本於職權之適法行使，並未濫用其權限，無違法可言。被告上訴意旨仍執前詞，對於原審量刑職權之適法行使指摘欠當，其上訴並無理由，應予駁回。

四、被告其他被訴幫助施用第二級毒品及施用第一、二級毒品部分（即原判決事實二、三），業據被告於109年3月10日撤回上訴（見本院卷第111、115頁），不另論列。

據上論結，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

本案經檢察官陳盈辰提起公訴、檢察官何景東到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　3　　月　　31　　日

刑事第五庭　審判長法　官　林水城

法　官　陳美燕

法　官　唐照明

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　　109　　年　　3　　月　　31　　日

書記官　林家煜

附錄本判決論罪科刑法條：

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，處無期徒刑或七年以上有期徒刑，得併科新臺幣一千萬元以下罰金。

附表一：販賣部分									
編號	購毒者	交易時間	交易地點	交易方式（新臺幣）	交易金額（新臺幣）、毒品種類及數量	通訊監察譯文編號及其出處	主文		備註：起訴書附表編號
							所犯罪名及宣告刑	沒收	
1	周良華	通話時間：108 年5 月26日12時13分許、14時12分許。 交易時間：108 年5 月26日14時22分許。	李金龍位於屏東縣新園鄉興龍村中興一巷3 號住處外之騎樓處。	周良華於左列之通話時間，以其持用之門號0907-307-275號行動電話，與李金龍持用之門號0000-000-262號（已扣案）行動電話通話後，約定交易甲基安非他命之時間、地點。李金龍則於左列之交易時間、地點，將如右列所示之甲基安非他命售予周良華，周良華當場交付如右列所示之價金而完成交易。	500 元，重量不詳之甲基安非他命1 小包。	C1-1 至C1-2（見108他1510卷第193 頁）	李金龍販賣第二級毒品，累犯，處有期徒刑參年捌月。	扣案如附件編號⑫及⑫之1所示之物均沒收。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。	即如起訴書附表一編號1
2	鄭韋廷	通話時間：108 年6 月6 日15時許。 交易時間：108 年6 月6 日15時20分許。	同上	鄭韋廷於左列之通話時間，以其持用之門號0925-871-203號行動電話，與李金龍持用之門號0000-000-262號（已扣案）行動電話通話後，約定交易甲基安非他命之時間、地點。李金龍則於左列之交易時間、地點，將如右列所示之甲基安非他命售予鄭韋廷，鄭韋廷當場交付如右列所示之價金而完成交易。	1,000 元，重量不詳之甲基安非他命1 小包。	F1-1（見108他1510卷第137 頁）	李金龍販賣第二級毒品，累犯，處有期徒刑參年捌月。	扣案如附件編號⑫及⑫之1所示之物均沒收。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。	即如起訴書附表一編號2
3	鄭韋廷	通話時間：108 年6 月8 日10時14分許、17時05分許。 交易時間：108 年6 月8 日17時25分許。	同上	鄭韋廷於左列之通話時間，以其持用之門號0925-871-203號行動電話，與李金龍持用之門號0000-000-262號（已扣案）行動電話通話後，約定交易甲基安非他命之時間、地點。李金龍則於左列之交易時間、地點，將如右列所示之甲基安非他命售予鄭韋廷，鄭韋廷當場交付如右列所示之價金而完成交易。	1,000 元，重量不詳之甲基安非他命1 小包。	F2-1 至F2-2（見108他1510卷第137 頁）	李金龍販賣第二級毒品，累犯，處有期徒刑參年捌月。	扣案如附件編號⑫及⑫之1所示之物均沒收。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。	即如起訴書附表一編號3

附表二：扣押物品目錄表（見高市警林分偵字00000000000卷第55至65頁）	
扣押物品	鑑定結果
①海洛因5包（毛重3.2公克）。	一、送驗碎塊狀檢品4 包（本局編號1 至4 ）經檢驗均含第一級毒品海洛因成

（續上頁）

	分，合計淨重2.05公克（驗餘淨重2.00公克，空包裝總重0.72公克），純度36.48%，純質淨重0.75公克。 二、送驗粉末檢品1 包（本局編號5 ）經檢驗含第一級毒品海洛因成分，淨重0.33公克（驗餘淨重0.33公克，空包裝重0.17公克）。 （法務部調查局濫用藥物實驗室108 年8 月16日調科壹字第10823017700 號鑑定書，見108 偵6692卷第107 頁）
②安非他命5包（毛重8.2公克）。	送驗之白色結晶5 包（108 安保257 號。均已潮解，檢驗前淨重分別為1.590、1.629 、1.573 、0.511 、1.597 公克；檢驗後淨重分別為1.580 、1.617、1.563 、0.499 、1.587 公克），均檢出甲基安非他命。 （高雄市立凱旋醫院108 年9 月9 日高市凱醫驗字第61057 號濫用藥物成品檢驗鑑定書，見108 偵6692卷第125 至127 頁）
③葡萄糖粉末1 包（毛重4.3 公克）。	1.鑑定結果：送驗粉末檢品1 包經檢驗未發現含法定毒品成分，淨重3.80公克（驗餘淨重3.73公克，空包裝重0.38公克）。 2.備考：本案獲案毒品表登載毛重4.3 公克，拆封實際稱得毛重4.18公克。 （法務部調查局濫用藥物實驗室108 年9 月17日調科壹字第10823020390 號鑑定書，見108 偵6692卷第136 頁）
④吸食器2組。 ⑤新台幣6千元。 ⑥電子磅秤1台。 ⑦分裝勺1支。 ⑧夾鍊袋1包。 ⑨葡萄糖1包。 ⑩Maxon手機（白色）1支（IMEI：000000000062335、IMEI：000000000000000、無SIM卡）。 ⑪OPPO手機1支（0000000000、IMEI：000000000000000、IMEI：000000000000000）。 ⑫ASUS手機（銀色）1 支（IMEI：000000000046140 、IMEI：000000000000000 ），含下列2門號SIM 卡各1 張： ⑫之1：門號0000000000號。 ⑫之2：門號0000000000號。	