表單的頂端

|  |
| --- |
| 臺灣高等法院刑事判決　　　　　　　 100年度上訴字第2871號  上　訴　人　臺灣板橋地方法院檢察署檢察官  上　訴　人  即　被　告　甲○○  選任辯護人　陳德文律師（法律扶助）  上　訴　人  即　被　告　乙○○原名○○○  選任辯護人　吳弘鵬律師（法律扶助）  上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例等案件，不服臺灣板橋  地方法院99年度訴字第3659號中華民國100年8月30日第一審判決  （起訴案號：臺灣板橋地方法院檢察署99年度偵字第12307號），提起上訴，本院判決如下：  主 文  原判決關於乙○○幫助施用第二級毒品暨定應執行刑部分、吳文忠部分均撤銷。  乙○○被訴販賣第二級毒品部分無罪。  其餘上訴駁回。  甲○○未經許可，寄藏可發射子彈具有殺傷力之槍枝，累犯，處有期徒刑肆年，併科罰金新臺幣拾伍萬元，罰金如易服勞役，以新臺幣壹仟元折算壹日。扣案如附表所示編號1至編號4所示之物及編號8未試射霰彈計9顆均沒收。  事 實   1. 乙○○前因施用毒品案件，經台灣板橋地方法院以97年度訴字第2749號   判處應執行有期徒刑6月確定，於民國（下同）97年11月21日易科罰金執行完畢。詎其仍不知悔改，明知愷他命係毒品危害防制條例所列之第三級毒品，不得非法轉讓，亦明知甲基安非他命係毒品危害防制條例所列之第二級毒品，亦係行政院衛生署公告查禁之禁藥，不得非法轉讓，仍分別為下列犯行：   * 1. 乙○○基於轉讓第三級毒品愷他命之犯意，於99年4月26日前2、3日某時許，在臺北縣板橋市（改制為新北市○○區○○○路上之「○○賓館」房內，轉讓微量數量不詳之愷他命與已滿十八歲之丁○○摻入香煙內施用。   2. 乙○○基於轉讓禁藥之犯意，於99年4月26日11時許，以新臺幣（下同）2千元之價格，向姓名年籍不詳綽號「阿○」之成年男子購入甲基安非他命1公克後，即基於轉讓禁藥及第二級毒品甲基安非他命之犯意，於99年4月26日下午，在「○○賓館」508號房內，轉讓微量數量不詳之甲基安非他命與丁○○置入玻璃球吸食器施用。  1. 甲○○（綽號阿○，涉嫌販賣毒品部分，業經台灣板橋地方法院檢察署檢   察官不起訴處分確定）因妨害公務案，經台灣花蓮地方法院以94年易字第193號判處有期徒刑5月確定，並於95年4月20日易科罰金執行完畢。詎其不知悔改，明知未經主管機關許可，不得擅自寄藏、持有具殺傷力之槍枝、子彈，仍自94年間起，在花蓮縣○○鄉○里村○里○街○○之○號○樓住處，因真實姓名年籍不詳自稱「丙○○」之成年男子交付保管，而寄藏上開具有殺傷力如附表所示之槍、彈。  三、嗣於99年4月27日18時30分許，警方在臺北縣○○市○○路○段○○  ○號前，查獲甲○○、乙○○及丁○○等三人，對渠等及甲○○所駕駛之  車牌號碼3797-EG號自用小客車實施搜索，分別於同日18時30分至18時  58分及20時25分至57分許，在甲○○所有之斜背包、乙○○口袋內及上  開自用小客車內，共扣得如附表所示之槍、彈（其中僅非制式子彈中有4  顆係在乙○○身上查獲）及與本案無關之安非他命吸食器1個等物，另在  乙○○所有之背包內起獲與乙○○轉讓禁藥所用之安非他命吸食器1個、  提撥器1枝，及與本案犯罪無直接關聯之電子磅砰1台、注射針筒1支、  分裝袋8個及甲基安非他命1包（淨重0.1公克）等物。  四、案經臺北縣（現改制為新北市）政府警察局海山分局移送臺灣板橋地方法  院檢察署檢察官偵查起訴。  理 由  壹、程序部分：  一、按被告之自白，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或  其他不正之方法，且與事實相符者，得為證據，刑事訴訟法第156條第1  項定有明文。辯護人主張被告甲○○於警詢、檢察官偵查中不利於己之供  述係出於非任意性之自白。惟查：證人即承辦員警柯軍竹於原審審理時證  稱：  被告甲○○警詢筆錄係伊負責紀錄，在對被告甲○○進行詢問前及詢問  中，伊或其他同仁沒有對被告甲○○施以強暴、脅迫、恐嚇等不正方法，  亦沒有對被告表示如果不承認非法持有槍彈罪，就要針對車主就是甲○○  的太太進行偵辦，核與證人林雲祥於偵查及本院審理時結證情節相符。至  於被告吳文忠辯稱，在警詢及檢察官偵查時是為了獲得交保才承認持有槍  枝云云。惟查法官裁定被告是否能獲得交保，被告坦承不諱，並非唯一考  量，況被告所犯持有槍彈，係屬重罪行為，縱使被告供承不諱，亦難獲得  交保，是以被告甲○○所辯，與事實不符。此外，查無任何事證足認被告  甲○○於警詢及偵查中之自白有遭警方或檢察官不正詢（訊）問之情事，  則其上開自白既具有任意性，復查與事實相符，均有證據能力。  二、證人即共同被告乙OO於偵查中以證人身分經具結後向檢察官所為之陳述，   1. 並非檢察官非法取供而得，且查無證據證明前開證人即共同被告於檢察官偵查中所為證述有何誤認之情形，並無顯不可信之情況，且前開證人即共同被告乙○○嗣於原審審理中亦以證人身分具結為證，經共同被告甲○○及其等辯護人對之交互詰問，已保障被告於訴訟上之程序權，補正未經被告對質詰問之瑕疵，自得作為證據。至於證人即共同被告乙○○於警詢中關於被告甲○○之陳述，依刑事訴訟法第159條之規定，應認無證據能力。 2. 證人即共同被告甲○○於偵查中以證人身分經具結後向檢察官所為之陳   述，並非檢察官非法取供而得，且查無證據證明前開證人即共同被告於檢察官偵查中所為證述有何誤認之情形，並無顯不可信之情況，且前開證人即共同被告甲○○嗣於原審審理中亦以證人身分具結為證，經共同被告乙○○及其等辯護人對之交互詰問，已保障被告於訴訟上之程序權，補正未經被告對質詰問之瑕疵，自得作為證據。至於證人即共同被告甲○○於警詢中關於被告甲○○之陳述，依刑事訴訟法第159條之規定，應認無證據能力，惟仍得作為彈劾證據。   1. 證人林雲祥於偵查中以證人身分經具結後向檢察官所為之陳述，並非檢察   官非法取供而得，且查無證據證明前開證人即共同被告於檢察官偵查中所為證述有何誤認之情形，並無顯不可信之情況，且前開證人嗣於本院審理中亦以證人身分具結為證，給予被告對質詰問之機會，已保障被告於訴訟上之程序權，該偵查中之證詞，自有證據能力。   1. 按被告以外之人於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，   與審判中不符時，其先前之陳述具有較可信之特別情況，且為證明犯罪事實存否所必要者，得為證據，刑事訴訟法第159條之2定有明文。而所謂「較有可信之特別情況」，應就前後陳述時之各種外部情況進行比較，以資決定何者外部情況具有可信性，所稱之「外部情況」，一般應考量：   1. 證人作證時間之間隔：   即證人之陳述是否係在記憶猶新之情況直接作成。   1. 有意識的迴避：   即證人先前陳述時若被告未在場，證人直接面對詢問警員所為陳述應較為坦然。  (3)受外力干擾：  即證人單獨面對司法警察（官）所為之陳述，程度上較少會受到強暴、脅迫、詐欺、利誘或收買等外力之影響，其陳述應較趨於真實。  (4)事後串謀：  即證人對警察描述其所目睹情形，因較無時間或動機去編造事實，客觀  上亦較難認與被告間有勾串情事，其陳述具有較可信性。  (5)警詢時有無辯護人、代理人或親友在場：如有上開親誼之人在場，自可  期待證人為自由從容之陳述，其證言之可信度自較高。  (6)警詢所製作之筆錄記載是否完整：  如上開筆錄對於犯罪之構成要件、犯罪態樣、加重減輕事由或起訴合法  要件等事實或情況，均詳實記載完整，自可推定證人之陳述與事實較為  相近，而可信為真實。故證人之陳述係在上開特別可信之情況下所為，  則虛偽陳述之危險性不高，雖係審判外之陳述，或未經被告反對詰問、  對質，仍得承認其有證據能力。  查，證人丁○○於警詢時，對於乙○○曾於99年4月間在台北縣○○市○○路○段○○賓館房間內提供愷他命給伊施用乙節與其於原審審理時證稱：99年4月26日查獲前1、2天伊到上址看到屋內有愷他命及安非他命，伊就拿來施用，但不知道愷他命是誰的等語不符（見原審卷第89頁正面）。  然查：本案證人丁OO於警詢時距離案發時間相當接近，而原審審理時距離案發時間已接近1年之時間，對於有施用毒品習慣之證人而言，對於各次施用毒品之情節，本難苛責其對施用之經過能清楚指明，更惶論其能在距離時間久遠之原審審時對毒品之來源為正確之記憶，再者，證人丁○○於原審審理亦證稱：查獲前一、二天及查獲當日伊施用愷他命及甲基安非他命時，被告乙○○均在場等語（見原審卷第88反面、89頁），再參以證人丁○○於案發時與被告乙○○在賓館內共同施用毒品，顯示其關係匪淺，被告在原審審理中面對被告，自難期於警詢中坦然，本院證人丁OO關於其施用之愷他命、甲基安非他命之來源係乙OO等情之供述部分，於警詢中之供述有顯較可信之特別情事，而得採為本案認定事實之基礎。  六、本件認定犯罪事實所引用之下列證據資料（包含文書證據等），均非公務  員違背法定程序所得，且被告及檢察官、辯護人於本院審理終結前除供述  證據外，就下列證據資料之證據能力，均表示無意見而不爭執，且卷內之  文書證據，亦無刑事訴訟法第159條之4之顯有不可信之情況，或不得作  為證據之情形，則依刑事訴訟法第159條之5之規定，皆具證據能力，合  先敘明。  貳、實體有罪部分：  一、被告乙○○部分：訊據上訴人即被告乙○○（以下均稱被告乙○○）坦承  證人丁○○確實有施用伊所有之愷他命及甲基安非他命等毒品不諱，惟矢  口否認有轉讓第三級毒品愷他命及同為禁藥之第二級毒品甲基安非他命之  犯行，辯稱：  當時是丁○○自行施用毒品的，不是伊交付給丁○○使用的，應不構成轉  讓毒品或禁藥罪云云，惟查：   * 1. 被告乙○○於警詢、偵查及原審中均坦承轉讓第三級毒品愷他命及轉   讓第二級毒品（禁藥）甲基安非他命給丁○○施用等語（見偵查卷第  25頁、第94頁、122頁、原審卷第59頁反面、60頁正面、146頁正  面），核與證人丁○○警詢中證述：伊於99年4月22 日、23日、26  日分別與被告2人施用愷他命、甲基安非他命，該毒品愷他命是被告  乙○○提供的等語相符（見偵查卷第32頁）   * 1. 證人甲○○於偵查中結證稱：伊於99年4月26日有看到丁○○在○○賓館施用甲基安非他命，該安非他命是放在床頭的吸食器內施用，是乙○○提供的等語（見偵查卷第155頁正面），該轉讓禁藥等情節，核與被告乙○○於本院審理時坦承：伊是將毒品放在桌上，渠等自己使用毒品，伊知道毒品被用，但在旁邊並沒有阻止等語（見本院卷第83頁反面）相符。被告乙○○與證人丁○○等人於99年4月26日當日及該日前2、3日分別在上開空間有限之○○賓館共同施用毒品，毒品係被告乙○○所有，被告乙○○在上開地址將毒品放置在顯而可見之處供他人拿取，並自承其於99年4月26日當日把丁○○叫醒，之後還為了伊加毒品，丁○○於是過來一起吸食（見偵查卷第94頁），其有轉讓甲基安非他命予丁OO施用之用意明顯，自不因毒品係放置於吸食器、桌上供人拿取或直接交付毒品而有異，是本案被告乙○○辯稱伊沒有交付毒品愷他命或甲基安非他命給丁○○，是孫庭蓁自行 拿取，不構成轉讓禁藥或毒品云云，應係事後卸責之詞，不足採信。此外，復有吸食器及提撥器各1只扣案可稽，並有台北縣政府警察局海山分局以99年月25日北縣海刑字第0990020942號函附之台灣檢驗科技股份有限公司濫用藥物檢驗報告1份在卷可憑（見偵查卷第135至136頁，以上物證及書證均係轉讓禁藥部分之佐證），本案事證明確，被告蔡明哲犯行堪以認定。至於本案證人及被告對於轉讓之禁藥均略稱為「甲基安非他命」，惟查證人丁○○經警採尿送驗結果其尿液呈甲基安非他命陽性反應，是被告乙○○轉讓予丁○○施用之第2級毒品品名應係甲基安非他命無訛，附此敘明。   二、被告甲○○部分：訊據上訴人即被告甲○○（以下均稱被告甲○○）坦承  於前揭時地經警查獲其隨身包包及其使用之自用小客車內有前開槍枝及子  彈等情不諱，惟矢口否認其有明知上開槍彈為違禁品而持用之犯意，辯稱：  伊把車子借給蔡明哲使用，槍枝應該是乙OO放的，伊不知道車上有這些槍  枝，伊被逮捕的當天早上在○○區○○○街租屋處的停車場借給乙○○，當  時只有伊跟乙○○，還有另外二位乙○○的朋友，乙○○說要回去，順便載  朋友回去，所以伊才借車給乙○○，警方在何處查獲槍彈，伊沒有看到，一  直到警方提示槍彈後，伊才看到槍彈云云。  惟查：  本案被告甲○○於警詢、偵訊初訊時分別坦承：警方於現場查扣手槍1枝（含  彈匣1個、子彈顆）、子彈4顆以膠帶封貼等物品放在伊身上斜背包；貝瑞  塔手槍（含彈匣1個、子彈6顆）、霰彈槍1枝（內含霰彈3顆）、霰彈10  顆，放在後車廂；子彈4顆在乙○○外套，槍械均伊所有，第2次搜索查扣  得貝瑞塔手槍及彈匣、手槍半成品、改造子彈19顆，亦為伊所有，該槍彈  來自林耕國等語（見偵查卷第15頁正面、反面）；另於偵查中自承：「槍  械都是我的」、「94年起開始在○○縣戶籍地，鄰居交伊保管」等語（見偵  查卷第90頁）；嗣於99年9月14日突全盤否認持有槍彈（見偵查卷第154  至156頁），再於99年10月8日先則全部否認持有槍彈，嗣改稱部分槍枝  為伊所有（指包包內扣得之手槍為伊所有）等語（見偵查卷第166至167頁  ），前後供述反覆不一。而被告於警詢中之供述確係基於其自由意志而為陳  述，業經證人林雲祥於偵查、本院；證人柯軍竹於原審結證明確，又被告素  行不良，有本院被告前案紀錄表在卷可憑，自然熟悉員警偵查犯罪及嗣後之  偵審程序，豈有可能因員警之要求即率然擔下非法持有槍彈之重罪罪責  則，況被告於檢察官偵訊之初亦坦承犯行，甚至在翻供後復再度承認伊包包  內之槍枝係伊所有，此外復經共同被告乙○○以證人之身分於偵查中證稱：  扣案槍彈均是甲○○所有，伊有聽見被告甲○○一開始即承認槍枝是伊所  有，沒有聽到員警說如不承認就叫車主即被告甲○○的太太過來等語（見偵  查卷第123頁、第161頁）；及共同被告乙○○以證人之身分於原審審理  時證稱：伊曾經在查獲前數日看過甲○○拿出壹支手槍出來，是編號十四、  十五之槍枝等語（見原審卷第93至94頁）明確；證人丁○○於檢察官偵  查時亦證稱：伊於99年4月25日在旅館內有看過甲○○將槍拿出來，還  跟伊介紹槍枝，但伊聽不懂他在說什麼等語（見偵查卷第96-97頁）。是  以依證人乙○○、丁○○所述，確有看到被告甲○○將槍拿出來之事實。  而前開槍枝、子彈除4顆子彈係在同案被告乙OO身上查獲者外，其餘均在  被告甲○○隨身包包、其使用之自用小客車之駕駛座下及後車廂內查獲，  有自願受搜索同意書3份、台北縣政府警察局海山分局搜索扣押筆錄、  扣押物品目錄表2份、現場照片21幀在卷可憑（見偵查卷第36至61頁），  此外復有扣案如附表所示之槍彈可稽，扣案如附表編號1至編號4之可發  射子彈之槍枝，認均具殺傷力；扣案如附表編號5至編號8之子彈，均認  具有殺傷力，此有內政部警政署刑事警察局99年5月24日刑鑑字第  0990056913號之鑑定書在卷可稽（見偵卷第104頁）及100年6月2日刑  鑑字第10000059551號函在卷可參（見原審卷）。  是本案被告吳文忠前開警詢、偵查中自白核與事實相符，堪信為真實。至  證人丁○○於原審審理時證稱：「（問：你是否曾經看過吳文忠或乙○○  曾經持有扣案的槍彈？）甲○○他們被抓到之後我才看到，被抓到之前我  沒有看過甲○○或是乙○○曾經持有扣案的槍彈」「（問：為何你在偵查  作證表示你在99年4月25日在旅館內看過甲○○把槍枝拿出來，還向你  介紹槍枝？）當下我在睡覺，意識不清楚，所以我怎麼知道有沒有。」「（問：  你既然不知道有沒有，為何在檢察官面前作證時，說有看到？）因為被搜  到，所以我就說看到，我沒說謊，是我誤會檢察官的意思。」云云，惟證  人丁○○於偵查中之證詞，關於甲○○拿出槍枝之時間、地點均證述明確，  且經具結擔保其證言之真實性，其前開審理中關於「因為被搜到，所以就  說有看到」，顯與常情有悖，應係迴護被告之詞不足採信。再查本案經扣得  之子彈有41顆、霰彈有13顆，其中4顆從被告乙○○身上查獲，該子彈非  霰彈，亦非制式子彈，有台北縣政府警察局海山分局搜索扣押筆錄、扣押物  品目錄表1份在卷可憑，並經證人林雲祥於偵查中證述明確，而在乙○○身  上扣得之4顆非制式子彈業經共同被告乙○○以證人之身分於偵查及原審審  理中均結證稱：該4顆子彈係被告於查獲前未久剛剛交付給伊觀看的，因為  甲○○在開車，所以才由伊暫時保管等語（見偵查卷第100頁、原審卷第93  頁正面、94頁反面），核與被告甲○○於警詢、偵查中自白本案扣案所有槍  彈均係伊所有等語相符，並有前開搜索扣押筆錄及目錄表在卷可憑，衡以被  告乙○○上開供述並未對其自身有利，自無故意誣陷被告甲○○與其共同持  有之理，而本案被告甲○○交付上開子彈後，與同案被告乙○○同坐於一  車內，未久隨即遭查獲，則本案就上開被告乙○○身上查獲之子彈4顆，應  認原係被告甲○○持有，嗣於查獲前未久由其與被告乙○○共同持有，惟本  案扣案之非制式子彈經鑑驗結果，有14顆沒有殺傷力，大於前開乙○○身  上查扣之子彈數量，自無從證明被告甲○○所持有具殺傷力之子彈，有部  分與被告乙○○（就持有槍彈部分均經台灣板橋地方法院檢察署檢察官為不  起訴處分確定，有不起訴處分書在卷可憑）  基於共同非法持有之意思，附此敘明。  三、論罪科刑：  (一) 按甲基安非他命雖係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」，但其亦屬於藥事法所稱之「禁藥」  （即藥事法第22條第1款所稱之「經中央衛生主管機關明令公告禁止製  造、調劑、輸入、輸出、販賣或陳列之毒害藥品」）。而明知為禁藥而  轉讓者，藥事法第83條亦定有處罰明文。故行為人明知為禁藥即「甲基  安非他命」而轉讓予他人者，除成立毒品危害防制條例第8條第2項之「轉  讓第二級毒品罪」外，亦構成藥事法第83條第1項之「轉讓禁藥罪」，  此係屬同一犯罪行為而同時有二種法律可資處罰之法規競合情形，應依「重  法優於輕法」、「後法優於前法」等法理，擇一處斷。因毒品危害防制條例  第8條第2項轉讓第二級毒品罪之法定本刑為「6月以上5年以下有期徒刑，  得併科新臺幣70萬元以下罰金」，而93年4月21日修正後藥事法第83 條  第1項轉讓禁藥罪之法定本刑為「7年以下有期徒刑，得併科新臺幣500萬  元以下罰金」，除有依毒品危害防制條例第8條第6項之規定加重其刑至2  分之1之情形外，因修正後藥事法第83條第1項之罪之法定本刑，顯較毒  品危害防制條例第8條第2項之罪之法定本刑為重，依前述「重法優於輕法」  之法理，自應優先適用藥事法第83條第1項之規定處斷（最高法院96年度  臺上字第3582號判決參照）。  (二)核被告乙○○所為，事實一(一)部分：係犯毒品危害防制條例第8條第3  項轉讓第三級毒品罪。事實一(二)部分：係犯藥事法第83條第1項轉讓禁  藥罪。被告乙○○所犯上開各罪，犯意各別，行為互殊，應分論併罰。被  告於轉讓第三級毒品、轉讓第二級毒品前持有毒品之行為，為該轉讓行為  所吸收，不另論罪。又其受有如事實欄之有期徒刑執行完畢，5年內故意再  犯有期徒刑以上之罪，應依刑法第47條第1項規定論以累犯，並加重其刑。  又依毒品危害防制條例第8條第6項規定訂頒「轉讓毒品加重其刑之數量  標準」，其中第2條第1項第2 款係規定轉讓第二級毒品，淨重10公克以  上者；轉讓第三級毒品，淨重20公克，始加重其刑至2分之1。查被告乙  ○○於事實一(一)(二)無償轉讓之禁藥甲基安非他命、愷他命予○○○施  用，被告乙○○供稱，丁○○是將少量甲基安非他命加入玻璃球後，用火  燒烤，所吸取煙霧入體內等語。由於客觀上並無任何證據顯示被告乙○○  轉讓之甲基安非他命淨重超過10公克；轉讓愷他命淨重超過20公克，基  於「罪疑有利被告原則」，應認被告轉讓甲基安非他命、愷他命之犯行，  均不符轉讓持有毒品加重其刑之數量標準，而不得依毒品危害防制條例第8  條第6項之規定加重其刑。又依毒品危害防制條例第17條第2項規定：「犯  第四條至第八條之罪於偵查及審判中均自白者，減輕其刑。」，被告乙○  ○於偵查中及原審審理時自白其轉讓第三級毒品犯行，是以被告轉讓第三  級毒品部分，爰依毒品危害防制條例第17條第2項之規定減輕其刑，以上  刑之加減，先加後減。就轉讓第三級毒品部分先加後減之至於轉讓甲基安  非他命部分，因優先適用藥事法第83條第1項之規定，不應割裂適用，自  無該條例第17條第2項之適用。  (三)核被告甲○○所為，係犯槍砲彈藥刀械管制條例第8條第4項、第12條第  4項之寄藏可發射子彈具有殺傷力之槍枝罪及未經許可寄藏子彈罪。被告持  有上開槍枝、子彈犯行為寄藏之高度行為所吸收，不另論罪。公訴人認告  甲○○所為係犯持有槍枝、子彈罪，容有未洽，惟上開持有、寄藏犯行所  犯法條同一，自無庸變更起訴法條。又被告甲○○以一寄藏行為，同時觸  犯未經許可寄藏可發射子彈具有殺傷力之槍枝及未經許可寄藏子彈數罪  名，為想像競合犯，應依刑法第55條規定從一重之未經許可寄藏可發射子  彈具有殺傷力之槍枝罪。  被告甲○○受有如事實欄有期徒刑執行完畢，5年內故意再犯有期徒刑以上  之罪，應論以累犯，並依刑法第47條第1項加重其刑。  (四)按持有之繼續，為行為之繼續，亦即一經持有，罪已成立，但其完結須繼  續至持有行為終了時為止，均論為一罪。本件被告甲○○於94年間自年籍  不詳自稱「丙○○」取得如附表所示之槍、彈至99年4月27日為警查獲，  係行為之繼續，其犯罪之完結須繼續至為警查獲時，應僅論以一罪。  (五)又被告甲○○行為後，槍砲彈藥刀械管制條例第8條於100年1月5日修  正公布，就同上法條僅為增列第6項部分，於本案具體適用不生牽連，無  新舊法比較適用問題，附此敘明。  四、原審以被告甲○○非法持有可發射子彈具有殺傷力之槍彈罪，事證明確，  予以論罪科刑，固非無見，惟(一)查本案扣案之子彈中有4顆子彈自乙OO  身上查獲，原審事實欄誤載為自被告甲OO車上或包包內查獲，自有違誤，  除此部分外，原判決並未就檢察官業經起訴惟已超過原判決認定之子彈數  量部分，為不另為無罪諭知之說明，有已受請求之事項未予判決之違法；(二)復按模仿國外兵工廠製造之槍枝，依原廠所設計之形式、構造加以製造，  其性能與制式槍枝相當亦足以達到擊發同口徑制式子彈之程度，為仿造  槍。如非原始具有槍枝之形體，或不具備某部分功能，持有者以其具有之  條件加以修飾，更改其物性功能者，則屬改造槍枝，查本案扣案之槍枝經  鑑定均各為仿造霰彈槍、仿造手槍、改造手槍，有前開鑑定報告在卷可憑，  被告甲○○所持有之槍枝既非全然係改造手槍，則原判決於主文欄諭知「甲  ○○持有可發射子彈具有殺傷力之改造手槍」，即有未當；復查本案被告  甲○○係受他人保管上開槍彈，業據被告甲○○於偵查中自承在卷，其保  管槍彈犯行，自屬寄藏行為，原判決認係單純持有上開槍彈而認係犯持有  上開槍枝、子彈罪名，亦有未合。被告上訴意旨就前開部分否認犯罪固無  理由，惟原判決既有上開可議之處，即屬無可維持，應就此部分予以撤銷  改判。  爰審酌被告甲○○素行不良，其非法寄藏可發射子彈具有殺傷力之槍枝及  子彈數量非小，其中仿造槍枝可供發射制式子彈及制式霰彈，殺傷力接近  制式槍枝，倘經使用將對社會治安產生重大危害，自不宜輕縱，再審酌本  案被告甲○○犯罪後之態度等一切情狀，爰量處如主文第4項所示之刑。  至於被告乙○○轉讓禁藥及轉讓第三級毒品部分，原審適用毒品危害防制  條例第8條第3項、同條第17條第2項、藥事法第83 條第1項，刑法第  47條第1項之規定，並審酌被告乙○○助長毒品泛濫、素行、智識程度、  犯罪動機、犯罪目的、犯罪方式、犯後態度等一切情狀，就被告乙○○轉  讓禁藥、轉讓第三級毒品部分別判處有期徒刑7月、有期徒刑4月，核其認  事用法並無違誤，量刑亦屬妥適，被告乙○○提起上訴，仍執陳詞否認犯罪  而指摘原判決不當，即無理由，應予以駁回。  五、沒收部分：扣案表編號1至4所示之物及編號8未經試射之子彈9顆，為  違禁物，應依刑法第38條第1項第1款於被告吳文忠主刑下諭知沒收。另  扣案編號3之彈匣1個，無法供上開3枝槍枝使用（100年7月13日內政  部警政署刑事警察局刑鑑字第1000087095號函附之照片四、編號1及編號  2之彈匣可供槍枝管制編號0000000000之槍枝組裝使用，應併附槍枝沒收）  ；扣案如附表編號5至編號7及編號8具殺傷力之口徑12GAUGE制式子彈4  顆，因業經試射而裂解為彈頭與彈殼，而失其殺傷力，與非屬槍砲主要組  成零件之不具殺傷力之手槍半成品2個（見偵卷第112頁、照片三六）及  扣案與本案無直接關聯性之物品，均不予宣告沒收，附此敘明。至本案前  開上訴駁回部分，扣案之吸食器、提撥器各一只固為被告乙○○所有  供轉讓禁藥甲基安非他命所用之物，業經被告乙○○自承在卷（見原審卷  第146頁反面），原宜於被告乙○○轉讓禁藥部分主刑下併予宣告沒收，  惟查上開提撥器及吸食器各一只同時為被告乙○○供施用第2級毒品所用  之物，業經台灣板橋地方法院以99年度易字第1746號確定判決諭知沒收，  並經送台灣板橋地方法院檢察署執行，有被告乙○○前案紀錄表及前開判  決在卷可憑，自無沒收之必要，另轉讓之毒品業經施用完畢，而不存在，  均不另諭知沒收，原審未說明前開物品不予沒收之理由，茲併予補正說明  之。  六、不另為無罪之諭知部分：  (一)公訴意旨另以：被告甲○○明知未經主管機關許可，不得擅自持有具有殺  傷力之子彈，仍於94年間，在花蓮縣○○鄉○里村○里○街23-14樓住處，  向真實姓名年籍不詳自稱「林耕國」之人取得具有殺傷力之制式子彈超過5  顆部分（扣得8顆經查有5顆有殺傷力，起訴書載明為8顆）、非制式子  彈超過19顆（扣得33顆，有19顆認有殺傷力，其中4顆在被告乙OO身  上查扣，起訴書載明為33顆），因認被告甲○○涉犯槍砲彈藥刀械管制條  例第12條第4項之無故持有子彈罪。  (二)按犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實；又不能證明被告  犯罪或其行為不罰者，應諭知無罪之判決，刑事訴訟法第154條第2項、  第301條第1項分別定有明文。又所謂認定犯罪事實之證據，係指足以認  定被告確有犯罪行為之積極證據而言，該項證據自須適合於被告犯罪事實  之認定，始得採為斷罪之資料；且如未能發現相當確實證據，或證據  不足以證明，自不能以推測或擬制之方法，以為裁判之基礎；而認定犯罪  事實所憑之證據，雖不以直接證據為限，間接證據亦包括在內，然而無論  直接證據或間接證據，其為訴訟上之證明，須於通常一般人均不致有所懷  疑，而得確信其為真實之程度者，始得據為有罪之認定，倘其證明尚未達  到此一程度，而有合理之懷疑存在時，即難遽採為不利被告之認定（最高  法院76年台上字第4986號判例參照）。另刑事訴訟法第161條第1項規  定：檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法。因此，  檢察官對於起訴之犯罪事實，應負提出證據及說服之實質舉證責任。倘其  所提出之證據，不足為被告有罪之積極證明，或其指出證明之方法，無從  說服法院以形成被告有罪之心證，基於無罪推定之原則，自不能為被告有  罪之判決。  (三)本案公訴人認被告持有超過上開數量之子彈涉犯上開罪名，無非以前開超  過有罪判決所認定之子彈數量部分，認有殺傷力等情為據。  (四)惟查：本案扣得之制式及非制式子彈，經全部試射結果，有制式子彈5顆、  非制式子彈19顆有殺傷力，其餘部分不具殺傷力，業經原審囑託內政部警  政署刑事警察局鑑定，經該局以100年6月2日刑鑑字第1000059551號鑑  定書1紙在卷可憑（見原審卷第113頁），是公訴人認超過上開數量之子  彈具有殺傷力乙節，自無理由。  (五)此超過數量之子彈之非法持有部分，犯罪既屬不能證明，原應為無罪之諭  知，惟公訴人認此部分與其餘被告甲○○論罪科刑部分有想像競合犯之裁  判上一罪關係，爰不另為無罪之諭知。  參、無罪部分：  一、公訴意旨另以：  被告乙○○明知安非他命（按係甲基安非他命之誤）係毒品危害防制條例所列之第二級毒品，不得非法販賣、持有，仍在99年4月26日下午，在「○○賓館」508房內，以5000元之價格販賣甲基安非他命2公克予甲OO，因認被告乙○○涉犯毒品危害防制條例第4條第2項之販賣第2級毒品罪。  二、按以營利之意圖，而交付毒品與他人，並收取對價者，應論以販賣毒品罪；苟非基於營利之意圖，而以原價或低於原價有償轉讓毒品與他人者，僅得以轉讓毒品罪論處；若無營利之意圖，僅基於幫助施用毒品者取得毒品之目的，而出面代購，或合資購買，並分攤價金、分享毒品者，則屬應否成立施用毒品罪或其幫助犯之範疇，三者行為互殊，且異其處罰（最高法院97年度台上字第1864號判決意旨參照）。是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，換言之，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，始足當之。次按販賣毒品與幫助施用毒品社會基本事實不同，被告經以販賣第2級毒品罪提起公訴，倘認被告不成立販賣第2級毒品，經屬幫助施用第2級毒品，不得自行認定而變更起訴法條（最高法院99年台上字第669號判決參照）。  三、再按犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實；不能證明被告  犯罪者，應諭知無罪之判決，刑事訴訟法第154條第2項、第301條第1  項分別定有明文。次按認定不利於被告之事實，須依積極證據，苟積極證  據不足為不利於被告事實之認定時，即應為有利於被告事實之認定，更不  必有何有利之證據；且認定犯罪事實所憑之證據，雖不以直接證據為限，  間接證據亦包括在內，然而無論直接或間接證據，其為訴訟上之證明，須  於通常一般之人均不致有所懷疑，而得確信其為真實之程度者，始得據為  有罪之認定，倘其證明尚未達到此一程度，而有合理性之懷疑存在時，即  無從遽為有罪之確信，此有最高法院30年上字第81 6號、76年台上字第  4986號等判例要旨足憑。另刑事訴訟法第161條已於91年2月8日修正公  布，其第1項規定：檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明  之方法。因此，檢察官對於起訴之犯罪事實，應負提出證據及說服之實質  舉證責任。倘其所提出之證據，不足為被告有罪之積極證明，或其指出證  明之方法，無從說服法院以形成被告有罪之心證，基於無罪推定之原則，  自應為被告無罪判決之諭知，亦有最高法院92年度台上字第128號判例意  旨可資參照。再按施用毒品者，其所稱向某人購買之供述，須補強證據以  擔保其供述之真實性。良以施用毒品者其供述之憑信性本不及於一般人，  況施用毒品者其供出來源，因而破獲者，法律復規定得減輕其刑，其有為  偵查機關誘導、或為邀輕典而為不實之陳述之可能，其供述之真實性自有  合理之懷疑。是施用毒品者關於其向某人購買毒品之供述，必須補強證據  佐證，以擔保其供述之真實性，俾貫澈刑事訴訟無罪推定及嚴格證明之基  本原則。又關於毒品施用者其所稱向某人購買毒品之供述，必須補強證據  佐證，係指毒品購買者之供述縱使並無瑕疵，仍須補強證據佐證而言，以  擔保其供述之真實性。該所謂補強證據，必須與施用毒品者關於相關毒品  交易之供述，具有相當程度之關聯性，且足使一般人對於施用毒品者之供  述無合理之懷疑存在，而得確信其為真實，始足當之，最高法院96年台上  字第1029號亦著有判決可參。  四、訊據被告乙○○堅決否認有販賣第2級毒品予甲○○之犯行，辯稱：伊是  與甲○○一同合資，甲○○先拿錢給伊，由伊向綽號「姐仔」購買甲基非  他命，再按甲○○出資比例將取得之甲基安非他命撥給甲○○，伊並未賺  取好處等語。公訴意旨認：被告甲○○涉有販賣第二級毒品甲基安非他命  犯行，無非以證人甲○○於偵查時之指述為唯一論據。經查：被告甲○○  於警詢供稱，伊所施用之甲基安非他命，係向綽號「老哥」之男子，以一  包1千元之價格所購得，共購買2次，交易地點係在伊住處附近的網咖，  伊沒有向乙○○購買甲基安非他命，乙OO也沒有向伊購買甲基安非他命，  伊曾與蔡明哲於99年4月25日在臺北縣○○市○○路段○○旅社，一  起吸食甲基安非他命等語。而被告甲○○上揭所指之「老哥」並非被告乙  ○○，亦經被告甲○○於原審及本院結證明確（見原審卷第86頁正面、本  院卷第108頁反面），則公訴人上訴意旨謂被告甲○○於警詢中所指之「老  哥」係被告蔡明哲乙節即失所據。本案共同被告甲○○於偵查中固證稱：  被告乙○○於99年4月26日下午，在「○○賓館」508號房內，以5千元  販賣1包2公克甲基安非他命與甲○○施用，當時有丁○○、乙○○及另  一男一女，錢當場有交付被告乙○○云云（見偵查卷第155頁正面），惟  該供述與被告甲○○於原審審理時證稱：伊當時沒有秤重，不知向乙○○  購得之5千元甲基安非他命之重量多少（見原審卷第85頁反面）云云，  前後供述已有不一，更惶論與警詢中員警詢問其是否向被告乙○○購買毒  品之問題時，其答稱從未向被告乙○○購買毒品，伊是向綽號「老哥」之  人購買甲基安非他命的等語，大相逕庭。復查被告甲○○所指販賣交易時  在場之證人丁○○於原審審理時證稱：伊曾至上開○○賓館施用安非他  命，當時甲○○及乙○○等人在場，伊並未看見甲○○有拿5千元向乙○  ○購買2公克甲基安非他命之事等語（見原審卷第89頁反面），而被告甲  ○○對於何以於警詢中未提出被告蔡明哲販賣毒品情事乙節，於原審證  稱：當時是要幫乙○○脫罪云云（見原審卷第86頁反面），復於本院先證  稱：警方並沒有問到買毒品的事，復改稱為幫被告乙○○脫罪云云（見本  院卷第108頁反面），前後對其何以於警詢中供稱其從未向被告乙○○購  買毒品乙節，不能為一致且合理之解釋，而被告甲○○於原審復證稱：伊曾  經與被告乙○○一起向綽號「阿姊」之女子合資購買過甲基安非他命等語（見  原審卷第86頁正面），顯見以被告乙○○與甲○○之交情，被告甲○○倘  無毒品可施用，僅需與乙○○再合資向「阿姊」購買即可，似無可能向被告  乙○○直接購買，而由乙○○取得價差之理。參以被告甲○○於99年9月  14日在檢察官偵訊時，並未詢問被告乙○○有無販賣毒品予伊時，突然供  稱：伊有向蔡明哲購買毒品之事，且此同時，甲○○業已否認持有扣案槍  彈之犯行，並證稱：警方在伊車上所查獲之槍彈，非伊所有，伊係將車子借  給乙○○使用云云，是尚難排除被告甲○○係因其事後懷疑伊持有槍彈乙事  遭查獲之原因，係被告蔡明哲向員警檢舉所致，雙方產生嫌隙，因而指訴被  告乙○○販毒。再查本案被告甲○○並未經警查扣持有第2級毒品甲基安非  他命，亦未在被告乙○○身上查得前開交易之現金，復未有2人通訊紀錄可  佐，尚難僅以被告甲○○之尿液檢驗報告及前開甲○○於偵、審中有瑕疵之  供述，作為本案被告蔡明哲販賣毒品之唯一證據。而被告乙○○於99年4  月27日為警查獲時，雖扣得電子磅秤1台、分裝袋8個及甲基安非他命  1包（淨重0.1公克）等物，然上開毒品之數量甚少，分裝袋數量亦非多，  不能排除係被告乙○○供施用所用或剩餘之物，且用餘之甲基安非他命及扣  案之分裝袋亦業經法院認定被告施用毒品剩餘之物，而於被告所涉施用第2  級毒品案件中業經諭知沒收銷燬（見台灣板橋地方法院99年度易字第17  46號確定判決），而與本案並無關聯，自難認得作為本件蔡明哲被訴販賣毒  品之佐證，此外並無積極證據足資佐證被告有從中賺取價差或藉此牟利之情  形，有如前述，自應就此部分為無罪之諭知。  五、雖然被告乙○○於原審審理時自承於99年4月26日與被告合資購買毒品，  且本案被告乙○○亦未對於幫助施用毒品經原審判刑部分聲明不服提起上  訴，並於本院對幫助施用甲○○施用第2級毒品表示認罪。然查：本案被告  乙○○供述伊於99年4月26日是與被告甲○○合資向綽號「姊仔」之人購  買第2級毒品甲基安非他命，錢是在樹林交付的，合資購買回來之後，帶同  一天將安非他命分一半給甲○○之自白（見原審卷第146頁反面），與證人  甲○○所供：當日伊交付5000元給被告乙○○並拿取2公克甲基安非他命回  去施用等情並不相符，原審遽以前開證詞作為被告乙○○幫助被告施用第2  級毒品之佐證，變更起訴法條而為判決，除認定事實所依據之理由，難認符  合採證法則外，亦有未受請求事項予以判決之違法（如上開參之二所述），  本案公訴人就被告乙○○被訴販賣毒品部分認應為有罪判決，固無理由，惟  原判決既有前開認事用法違誤之情形，自應將原判決關於被告乙○○幫助施  用毒品部分予以撤銷，並依上開參之三之說明意旨，另為無罪之諭知。  肆、據上論斷，應依刑事訴訟法第368條、第369條第1項、第301條第1項、  第299條第1項前段，槍砲彈藥刀械管制條例第8條第4項、第12條第4  項，刑法第11條前段、第55條、第47條第1項、第42條第3項、第38  條第1項第1款，判決如主文。  本案經檢察官賴正聲到庭執行職務。  中 華 民 國 100 年 11 月 30 日  刑事第三庭審判長法 官 陳博志  法 官 王屏夏  法 官 陳如玲  以上正本證明與原本無異。  轉讓第三級毒品部分不得上訴。  其餘部分，如不服本判決，應於收受送達後10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10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 黃郁珊  中 華 民 國 100 年 11 月 30 日 |

附表：

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| 編號 | 物品名稱 | 數量 | 備註 |
| 1 | 仿中共霰彈槍製造（口徑12GAUGE）  之槍枝，槍枝管制  編號（0000000000  號） | 1支 | 擊發功能正常，認具殺傷力 |
| 2 | 仿德國HK廠USP型手槍製造之（口徑9mm）仿造手槍、槍枝管制編號（0000000000）含彈匣1個 | 1支 | 槍管內具陸條右旋來復線，擊發功能正常，可供擊發同口徑制式子彈使用，認具殺傷力 |
| 3 | 仿BERETTA廠84型半自動手槍製造之改造手槍、槍枝管制編號（00000000928）含彈匣1個 | 1支 | 換裝土造金屬槍管及土造金屬槍機而成，擊發功能正常，可供擊發適用子彈使用，認具殺傷力 |
| 4 | 仿BERETTA廠92FS型半自動手槍製造之改造手槍、槍枝管制編號（11020236929）含彈匣1個 | 1支 | 車通金屬槍管內阻鐵而成，擊發功能正常，可供擊發適用子彈使用，認具殺傷力 |
| 5 | 非制式子彈、直徑9.0±05mm（16顆）金屬彈頭及非制式子彈、直徑8.8±0.5mm金屬彈頭（3顆） | 共19顆 | 均經試射、均可擊發，認均具殺傷力 |
| 6 | 制式子彈、口徑9mm | 5顆 | 均經試射、均可擊發，認具殺傷力 |
| 7 | 口徑12GAUGE制式霰彈 | 13顆 | 採樣 4 顆試射，可擊發，認均具殺傷力 |