# 臺灣高等法院花蓮分院刑事判決

112年度原上訴字第13號

上　訴　人
即　被　告　曾朝韋

選任辯護人　林志錡律師

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣臺東地方法院110年度原訴字第78號中華民國111年11月30日第一審判決（起訴案號：臺灣臺東地方檢察署110年度偵字第2914號，移送併辦案號：臺灣臺東地方檢察署110年度偵字第3499號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

壹、本案審判範圍之說明：

一、上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之，修正後刑事訴訟法第348條第3項定有明文。

二、上訴人即被告曾朝韋(下稱被告)於本院審理時明示僅就原審量刑部分提起上訴等語（本院卷第13至15、144、146、210頁），依前述說明，本件上訴範圍只限於原判決量刑部分，其餘部分則不在上訴範圍，即非本院之審判範圍。是本院自應以原判決所認定之犯罪事實等為前提，據以衡量被告針對量刑部分不服之上訴理由是否可採。

貳、原審判決認定之犯罪事實：

被告明知甲基安非他命具有成癮性、濫用性及社會危害性，屬於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，依法不得販賣、持有，竟基於意圖營利而販賣第二級毒品甲基安非他命之犯意，分別於如附表一所示之時間、地點，以附表一所示之價格、數量及方式販賣第二級毒品甲基

安非他命與如附表一所示之人。嗣警持臺灣臺東地方法院(下稱臺東地院)法官核發之搜索票，於民國110年9月30日9時30分許，在其臺東縣○○市○○○街0巷00號住處執行搜索，當場扣得IPHONE廠牌行動電話1支（含SIM卡1張；門號：0000000000號【具體門號詳卷】）及電子磅秤1台等物，始悉上情。

參、原審判決之論罪：

一、被告就如附表一編號1至3、5至6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；就如附表一編號4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。

二、被告於販賣如附表一各編號所示第二級毒品甲基安非他命前持有之低度行為，各為其後販賣之高度行為所吸收，皆不另論罪。

三、被告所犯上開6次販賣第二級毒品之犯行，犯意各別，行為互殊，應予分論併罰。

肆、被告及辯護人上訴、辯護意旨：

一、附表一編號6之犯行應符合自首要件，原審未給予減刑，應有違誤。

二、附表一編號1至6所示犯行販毒總克數僅5.5公克，原審未依刑法第59條酌減其刑，應有違誤。

三、累犯部分，檢察官起訴書並無指出累犯的情形及提出證明方法，原審判決於量刑時就被告前科部分已經加以審酌，如果再適用累犯部分加重其刑，有重複評價之疑慮。且最高法院112年度台上字第861號判決亦已敘明檢察官不可依上訴程序，將業經列為量刑審酌之事由，改依累犯加重其刑而認為原審判決不當，故就此部分應無累犯之適用。

四、參酌司法院量刑因子查詢之結果，販賣5到10公克甲基安非他命，最高處5年有期徒刑，最低為3年8月有期徒刑，平均為4年有期徒刑，原審判決5年5月至3年7月有期徒刑不等，實有過重之嫌等語(本院卷第216頁)。

伍、本院之判斷：

一、被告如附表一所示編號6之犯行，無刑法第62條前段規定之適用：

(一)辯護人固為被告上訴主張：被告於110年9月15日即坦承如附表一所示編號6之犯行，斯時檢察官僅持通訊監察譯文、宅貨便查詢資料、統一超商○○門市監視錄影畫面截圖等物證，尚未傳訊證人李威，故檢察官僅為單純主觀懷疑，尚未發覺犯罪，是被告得依刑法第62條前段之規定減輕其刑等語。

(二)刑法第62條關於自首規定之所謂「發覺」，固指有偵查犯罪權限之公務員已知悉犯罪事實及犯罪行為人而言，然不以確知其人犯罪無誤為必要，若依憑現有客觀之證據，足認行為人與具體案件間，具備直接、明確及緊密之關聯，而有「確切之根據得合理之可疑」其為犯罪嫌疑人之程度者，即屬之；此與尚未發現犯罪之任何線索或證據，僅憑偵查犯罪公務員之工作經驗，或根據已掌握之線索，發現於犯罪發生後，行為人有不正常神態、舉止或反應異常等表現，引人疑竇等情形，尚未能將行為人鎖定為犯罪嫌疑人，而僅屬「單純主觀上之懷疑」之情形不同，最高法院109年度台上字第4338號刑事判決意旨可資參照。

(三)查被告於110年9月15日偵查中坦承附表一所示編號6之犯行前，檢察官早已將被告列為監聽對象向法院聲請監聽其使用0000000000號行動電話，此有臺東地院109年11月4日109年聲監字第000237號通訊監察書及電話附表、109年12月3日109年聲監續字第000727號通訊監察書及電話附表、109年12月31日109年聲監續字第000794號通訊監察書及電話附表、110年1月27日110年聲監續字第000059號通訊監察書及電話附表、110年2月25日110年聲監續字第000123號通訊監察書及電話附表、110年3月30日110年聲監續字第000174號通訊監察書及電話附表、110年6月8日110年聲監字第000134號通訊監察書及電話附表、110年7月7日110年聲監續字第000408號

通訊監察書及電話附表、110年8月5日110年聲監續字第000500號通訊監察書及電話附表、110年9月3日110年聲監續字第000595號通訊監察書及電話附表在卷可稽(原審卷第185至202、205至220頁)，再從卷內所附監聽譯文來看，證人即購毒者之一黃品儒(附表一編號5)與被告於100年4月15日之譯文對話中，即稱呼被告「喬威」(偵2914卷一第110頁)；在被告與案外人陳柏佑於110年8月19日之譯文對話中，即自稱「我喬威啦」(偵2914卷一第209頁)，足見檢警在監聽被告期間即已掌握被告使用之電話門號及其有「喬威」之稱呼。

(四)再從彰顯被告與證人李威確有此部分毒品交易之統一超商○○門市攝影時間110年7月14日監視錄影畫面截圖(承辦員警書面註記：「交貨便寄貨畫面」、「嫌疑人曾朝韋在店外抽菸」)、交貨便服務代碼相關資料(相關公司查覆臺東縣警察局110年7月14日所詢，寄件人姓名顯示「喬威」、「曾喬威」，收件人為李威)及被告與證人李威間通訊監察譯文等證據資料(偵2914卷一第7、9、369至376頁)，檢察官依警方提供之監視錄影畫面截圖、宅貨便服務代碼等相關資料自亦可確認寄件人之姓名為被告之暱稱即「曾喬威」及「喬威」，縱在此之前，檢察官尚未傳喚證人李威到案接受調查，仍可認具確切根據而合理懷疑被告有販賣第二級毒品之犯罪嫌疑，縱被告於偵查中即坦承不諱，仍不符自首要件，至為明確。因此，辯護人主張被告如附表一所示編號6之犯行符合自首規定乙節，為本院所不採，原審因此認定被告此部分犯行無從依刑法第62條前段規定減輕其刑，並無違誤，是被告此部分上訴意旨，並無理由。

二、被告並無刑法第59條之情形，無從依該規定減輕其刑：

(一)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。又刑事審判旨在實現刑罰權之分配的正義，故法院對有罪被告之科刑，應符合罪刑相當之原則，使輕重得宜，罰當其罪，以契合社會之法律感情，此所以刑法第57條明定科刑時應審酌一切情狀，尤應注意該條

所列10款事項以為科刑輕重之標準，並於同法第59條賦予法院以裁量權，如認犯罪之情狀可憫恕者，得酌量減輕其刑，俾使法院就個案之量刑，能斟酌至當。再刑法第59條規定犯罪之情狀可憫恕者，得酌量減輕其刑，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，應就犯罪一切情狀（包括第57條所列舉之10款事項），予以全盤考量，審酌其犯罪有無可憫恕之事由（即有無特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，以及宣告法定或處斷低度刑，是否猶嫌過重等等），以為判斷。

(二)經查，辯護人雖為被告上訴主張：被告犯後態度良好，且附表一編號1至6所示犯行販賣總克數僅5.5公克，金額總計僅新臺幣(下同)1萬7,000元、係因朋友需要才偶為販毒行為，與意圖賺取暴利而大量販毒危害社會之毒梟、毒販等之犯罪情狀顯有不同，被告販賣之數量尚少，對於社會危害程度尚屬輕微，所得利益甚微，犯罪情狀應可憫恕等語。然被告如附表一編號1至6所示販賣第二級毒品之犯行，販賣次數達6次、對象共3人，足見其漠視法令之心態，助長他人施用毒品惡習，對於社會治安之危害程度尚非輕微，且被告上開犯行業經分別適用修正前、後毒品危害防制條例第17條第2項規定予以減輕其刑，依其犯罪情節、手段、動機與目的等，衡諸常情事理及國民法律感情，殊無何等足以引起一般同情之客觀情狀而應予憫恕之處，自不宜再依刑法第59條之規定酌量減輕其刑。被告上訴意旨以應適用刑法第59條規定予以減輕其刑，並指摘原判決不當云云，並無可採。

三、原審認為尚無從認定被告構成累犯，也無從依累犯規定加重，因而將被告上開前案紀錄列為量刑審酌事項審酌，尚無違誤：

(一)「法院於審酌被告是否適用累犯規定而加重其刑時，訴訟程序上應先由檢察官就前階段被告構成累犯之事實，以及後階段應加重其刑之事項，主張並具體指出證明方法後，法院才

需進行調查與辯論程序，而作為是否加重其刑之裁判基礎。前階段構成累犯事實為檢察官之實質舉證責任，後階段加重量刑事項為檢察官之說明責任，均應由檢察官分別負主張及具體指出證明方法之責。」（最高法院110年度台上字第5660號先前裁判意旨參照）。檢察官於本院審理時雖主張被告不能安全駕駛之公共危險前案紀錄，符合累犯要件應予加重其刑一節（本院卷第146、149、215頁），惟依前述最高法院裁判意旨，針對累犯事實之有無，雖與被告是否有罪無關，然係攸關刑罰加重且對被告不利之事項，為刑之應否為類型性之加重事實，就被告而言，與有罪、無罪之問題有其相同之重要性（包括遴選至外役監受刑、行刑累進處遇、假釋條件等之考量），自應由檢察官負主張及實質舉證責任。及參照司法院釋字第775號解釋理由書所稱：法院審判時應先由當事人就加重、減輕或免除其刑等事實，指出證明方法等旨，申明除檢察官應就被告加重其刑之事實負舉證責任外，檢察官基於刑事訴訟法第2條之客觀注意義務規定，主張被告有減輕或免除其刑之事實，或否認被告主張有減輕或免除其刑之事實，關於此等事實之存否，均應指出證明之方法。因此，法院於審酌被告是否適用累犯規定而加重其刑時，訴訟程序上應先由檢察官就前階段被告構成累犯之事實，以及後階段應加重其刑之事項，主張並具體指出證明方法後，法院才需進行調查與辯論程序，而作為是否加重其刑之裁判基礎。前階段構成累犯事實為檢察官之實質舉證責任，後階段加重量刑事項為檢察官之說明責任，均應由檢察官分別負主張及具體指出證明方法之責。倘檢察官未主張或具體指出證明方法時，可認檢察官並不認為被告構成累犯或有加重其刑予以延長矯正其惡性此一特別預防之必要，且為貫徹舉證責任之危險結果所當然，是法院不予調查，而未論以累犯或依累犯規定加重其刑，即難謂有應調查而不予調查之違法。又檢察官若未主張或具體指出證明方法，法院因而未論以累犯或依累犯規定加重其刑，基於累犯資料本來即可

以在刑法第57條第5款「犯罪行為人之品行」中予以負面評價，自仍得就被告可能構成累犯之前科、素行資料，列為刑法第57條第5款所定『犯罪行為人之品行』之審酌事項。於此情形，該可能構成累犯之前科、素行資料既已列為量刑審酌事由，對被告所應負擔之罪責予以充分評價，依重複評價禁止之精神，自無許檢察官事後循上訴程序，以該業經列為量刑審酌之事由應改論以累犯並加重其刑為由，指摘原判決未依累犯規定加重其刑違法或不當；再按被告構成累犯之事實及應加重其刑之事項，均應由檢察官主張並具體指出證明之方法後，經法院踐行調查、辯論程序，方得作為論以累犯及是否加重其刑之裁判基礎，係最高法院最近統一之見解。蓋被告是否構成累犯，性質上係屬刑罰加重事實（準犯罪構成事實），與其被訴之犯罪事實不同，並無刑事訴訟法第267條規定之適用，亦與起訴效力及於該犯罪事實相關之法律效果有別，自應由檢察官於起訴書內加以記載，或至遲於審判期日檢察官陳述起訴要旨時以言詞或書面主張（最高法院111年度台上字第3405號判決意旨可資參照）。

(二)查本件檢察官起訴書未主張被告為累犯，且檢察官於原審審理時亦未就被告構成累犯事實主張及表示科刑意見，亦無舉證就被告有構成累犯之事實及被告有何延長矯正惡性之特別預防必要具體說明及指出證明方法(原審卷第83至97、263至275頁)，是以難認檢察官已具體指出證明方法而謂盡其實質舉證責任，檢察官嗣後亦未就此提起上訴，則檢察官直至本院審理時方主張本件被告犯行應依累犯規定加重其刑等語，揆諸前開說明，此部分刑罰加重事由，與其被訴之犯罪事實不同，並非起訴效力所及，本院仍認被告本案犯行並無審酌是否為累犯及有無加重其刑之必要，僅將被告之上開前科紀錄列入刑法第57條第5款「犯罪行為人之品行」之量刑審酌事由予以評價，原審認為尚無從認定被告構成累犯，也無從依累犯規定加重，因而將被告上開前案紀錄列為量刑審酌事項審酌，尚無違誤，從而檢察官雖主張被告所犯不能安全駕

駛之公共危險前案紀錄，符合累犯要件應予加重其刑一節為本院所不採。

四、原審就被告所為之量刑及所定之應執行刑並無過重之情：

(一)量刑輕重，係屬為裁判之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，無偏執一端，致明顯失出失入之情形，自不得指為不當或違法。原判決理由已具體斟酌注意適用刑法第57條之規定，兼顧被告有利與不利之科刑資料，對被告適用修正前、後毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑，於法定刑度範圍內，本案6次販賣第二級毒品之犯行，分別量處有期徒刑5年3月(2次)、5年2月(2次)、5年5月（以上法定最低度刑是5年）、3年7月（法定最低度刑是3年6月），核無違法或不當之情形，甚且於定應執行刑時，僅定應執行有期徒刑6年(最長期刑5年5月)，當已考量被告所為上揭犯行，所侵害法益之同質性較高、數罪對法益侵害之加重效應較低，且自白全部犯行，有效節省司法資源等情，詳予考量審酌而為刑之量定，並未逾越公平正義之精神，亦無濫用裁量職權情事，核屬法院量刑職權之適法行使，尚屬妥適，自難指為違法或不當。至原判決雖未明文有斟酌被告有供出其毒品來源為「楊○銘」及「陳○華」等情，然被告供出其毒品來源部分，既未經查獲，此有臺東縣警察局111年1月11日東警刑偵三字第1110000980號函、112年3月23日東警刑偵三字第1120012496號函、112年6月7日東警刑偵三字第1120024351號函(原審卷第107頁，本院卷第79至81、167至179頁)、臺灣臺東地方檢察署111年10月27日東檢亮黃110偵2914字第1119014918號函、112年3月24日東檢亮黃110偵2914字第1129004318號函附卷可稽（原審卷第249頁，本院卷第83頁），而不符合毒品危害防制條例第17條第1項規定，至多僅能認為被告係犯罪後有所悔悟之態度，而原審就被告「犯罪後之態度」此項量刑事由，於科刑事項審酌時敘明被告自始坦承犯行，犯罪後態度非差，應認已充分

評價被告上開犯後悔悟之態度，並無漏未審酌之情形。

(二)司法院毒品案件量刑資訊系統之資料，僅供法院量刑之參考，且具體個案情節互有差異，本無從援引其他案件之量刑輕重情形，指摘本案量刑不當(最高法院112年度台上字第618號判決意旨參照)：

又辯護人以其自行依司法院量刑資訊系統，輸入「101～106年」、「毒品危害防制條例第17條第2項」、「販賣」、「第二級毒品毛重：5公克～10公克未滿」、「單獨犯罪」、「坦承犯行(含自首、自白)」、「犯後態度：有悔意」之量刑因子，查得其他販賣第二級毒品案件最低刑度為3年8月，最高刑度5年，平均刑度為有期徒刑4年為由，指謫原審對其量處有期徒刑5年5月至3年7月，確有過重不當等語。然司法院毒品案件量刑資訊系統，係為統計分析法院對於同類型個案之量刑情形，供作法官審理個案之參考，且個案犯罪情狀有別，尚難據該量刑資訊系統所查得之資料及其他案件之量刑情形拘束法院對個案之裁量，或進而指摘個案之量刑或所定之執行刑為違法。況其他法院就其他被告所犯運輸毒品案件所為之量刑，縱與原判決之量刑結果未盡相同，應屬法院基於審判獨立原則就不同情節之個案所為裁量之結果，尚不能執此指摘原判決量刑失當（最高法院106年度台上字第1514號判決意旨參照）。且本件被告所犯，其中附表一編號1至3、5至6部分，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；就附表一編號4部分，則係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，有期徒刑部分法定最輕本刑已有修正後之10年、修正前之7年之別，經依修正前、後同條例第17條第2項規定減輕後，其最低刑度分別為5年、3年6月，以本案被告行為之時間點來看，與辯護人參考「101～106年」之判決悉屬最輕本刑有期徒刑7年之基礎有所不同，被告就此部分提起上訴，以前揭情詞指摘原審判決不當，請求從輕量刑，亦無理由，應予駁回。

五、綜上所述，本案被告上訴為無理由，應予駁回。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條、第373條，判決如主文。
本案經檢察官陳金鴻提起公訴及移送併辦，檢察官蔡英俊到庭執行職務。
中　　華　　民　　國　　112　　年　　8　　月　　31　　日
刑事第二庭　審判長法　官　林慧英
法　官　謝昀璉
法　官　李水源
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，其未敘述理由者，並得於提起上訴狀後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」。
中　　華　　民　　國　　112　　年　　9　　月　　6　　日
書記官　徐文彬
附錄本案論罪科刑法條：
修正前毒品危害防制條例第4條
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2千萬元以下罰金。
製造、運輸、販賣第二級毒品者，處無期徒刑或7年以上有期徒刑，得併科新臺幣1千萬元以下罰金。
製造、運輸、販賣第三級毒品者，處7年以上有期徒刑，得併科新臺幣7百萬元以下罰金。
製造、運輸、販賣第四級毒品者，處5年以上12年以下有期徒刑，得併科新臺幣3百萬元以下罰金。
製造、運輸、販賣專供製造或施用毒品之器具者，處1年以上7年以下有期徒刑，得併科新臺幣1百萬元以下罰金。
前五項之未遂犯罰之。
毒品危害防制條例第4條
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3千萬元以下罰金。
製造、運輸、販賣第二級毒品者，處無期徒刑或10年以上有期徒刑，得併科新臺幣1千5百萬元以下罰金。

製造、運輸、販賣第三級毒品者，處7年以上有期徒刑，得併科新臺幣1千萬元以下罰金。
製造、運輸、販賣第四級毒品者，處5年以上12年以下有期徒刑，得併科新臺幣5百萬元以下罰金。
製造、運輸、販賣專供製造或施用毒品之器具者，處1年以上7年以下有期徒刑，得併科新臺幣1百50萬元以下罰金。
前五項之未遂犯罰之。

原審判決附表一

| 編號 | 交易對象 | 交易時間 | 交易地點 | 價格(新臺幣) | 數量 | 主文 |
|---|---|---|---|---|---|---|
| 1. | 羅景淵 | 109年12月9日23時30分許 | 衛生福利部臺東醫院前 | 3,000元 | 1小包(約1公克) | 曾朝韋犯販賣第二級毒品罪，處有期徒刑伍年參月。<br>扣案之IPHONE廠牌手機壹支(含SIM卡壹張；門號：0000000000號)及電子磅秤壹台均沒收之。<br>未扣案之犯罪所得新臺幣參仟元沒收，於全部或一部不能沒收或不宜 |

| | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| | | | | | | 執行沒收時，追徵其價額。 |
| 2. | 羅景淵 | 109年12月12日1時21分許 | 羅景淵臺東縣臺東市○○街宿舍前 | 2,000元 | 1小包(約0.5公克) | 曾朝韋犯販賣第二級毒品罪，處有期徒刑伍年貳月。<br>扣案之IPHONE廠牌手機壹支(含SIM卡壹張；門號：0000000000號)及電子磅秤壹台均沒收之。<br>未扣案之犯罪所得新臺幣貳仟元沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。 |
| 3. | 羅景淵 | 109年12月27日23時52分許 | 臺東縣臺東市○○路上(寶雅臺東○○路) | 2,000元 | 1小包(約0.5公克) | 曾朝韋犯販賣第二級毒品罪，處有期徒刑伍年貳月。<br>扣案之IPHONE廠牌手機壹支(含SIM卡壹張；門號：0000000000號)及 |

| | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| | | | | | | 電子磅秤壹台均沒收之。<br>未扣案之犯罪所得新臺幣貳仟元沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。 |
| 4. | 羅景淵 | 109年4月19日4時21分許 | 羅景淵臺東縣臺東市○○街宿舍前 | 2,000元 | 1小包(約0.5公克) | 曾朝韋犯販賣第二級毒品罪，處有期徒刑參年柒月。<br>扣案之IPHONE廠牌手機壹支(含SIM卡壹張；門號：0000000000號)及電子磅秤壹台均沒收之。<br>未扣案之犯罪所得新臺幣貳仟元沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。 |
| 5. | 黃品儒 | 110年9月1日13時05分許 | 黃品儒位於臺東縣臺東市○ | 3,000元 | 1小包(約1公克) | 曾朝韋犯販賣第二級毒品罪，處有期徒 |

| | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| | | | ○街住處前 | | | 刑伍年參月。扣案之IPHONE廠牌手機壹支（含SIM卡壹張；門號：0000000000號）及電子磅秤壹台均沒收之。<br>未扣案之犯罪所得新臺幣參仟元沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。 |
| 6. | 李威 | 110年7月5日22時11分許 | 高雄市○鎮區○○路0段000號1樓之統一超商○○店 | 5,000元 | 1小包（約2公克） | 曾朝韋犯販賣第二級毒品罪，處有期徒刑伍年伍月。扣案之IPHONE廠牌手機壹支（含SIM卡壹張；門號：0000000000號）及電子磅秤壹台均沒收之。<br>未扣案之犯罪所得新臺幣伍仟元沒收，於全部或一部不 |

（續上頁）

| | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| | | | | | | 能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。 |