

臺灣高等法院高雄分院刑事判決

112年度上訴字第905號

112年度上訴字第906號

上訴人

即被告 蘇裕欽

選任辯護人 顏福松律師

上列上訴人因毒品危害防制條例案件，不服臺灣高雄地方法院112年度訴字第348號、第443號，中華民國112年10月12日第一審判決（起訴案號：臺灣高雄地方檢察署111年度偵字第29512號、112年度偵字第9161號），提起上訴，本院合併判決如下：

主 文

上訴駁回。

事實及理由

一、按上訴得對於判決之一部為之；對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。但有關係之部分為無罪、免訴或不受理者，不在此限；上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之，刑事訴訟法第348條定有明文。本件上訴人即被告蘇裕欽於本院明確表示僅就原判決之量刑部分提起上訴（見本院905號卷第78、116至117頁），因此本院（件）僅就被告上訴之量刑部分加以審理，其餘原判決所認定被告之犯罪事實、適用之法律、罪名及沒收部分，均不在審理範圍，此部分詳如原判決所載。

二、被告上訴意旨略以：

（一）、被告前案之3次酒駕公共危險案件均易科罰金執行完畢，形式上固符合累犯要件，然前案與本件之罪名、罪質不同，難認具有一定特別惡性而有加重最低本刑必要，且被告另涉犯與本件相同罪質之案件，臺灣屏東地方法院111年訴字第771號判決亦裁量不必依累犯規定加重其刑。

（二）、被告就原判決事實一（一）部份供出毒品來源並協助查獲販毒集

團成員陳竑文，依陳竑文解送人犯報告書，可知被告協助查獲之第三級毒品愷他命共52包（總毛重123.37公克）及第三級毒品咖啡包共22包（總毛重55.38公克），該等毒品之數量及毛重顯多於本件販賣第三級毒品未遂而遭警方查獲如附表（同原判決附表）編號1、2所示毒品，被告犯後協助員警查獲大量毒品，對社會公共利益助益甚大，且被告本件販賣毒品咖啡包（17包、12包）合計純質淨重僅0.1986公克，犯罪情節輕微，再參酌被告於原審提出之就診紀錄、診斷證明、病情發作時等資料（詳卷），請依刑法第59條規定酌減其刑等語。

三、原判決係認定：

(一)、被告如原判決事實一(一)(二)所載犯行，均係犯毒品危害防制條例第4條第6項、第3項之販賣第三級毒品未遂罪。被告所犯2次販賣第三級毒品未遂罪，犯意各別，行為可分，應分論併罰。

(二)、刑之加重、減輕：

1.被告前因公共危險案件，前經原審法院以108年度交簡字第3288號判處有期徒刑5月、併科罰金新臺幣（下同）3萬元確定，於民國109年6月30日執行完畢，有臺灣高等法院被告前案紀錄表在卷可稽，被告於徒刑執行完畢後，5年以內故意再犯本件有期徒刑以上之罪，符合刑法第47條第1項規定之累犯要件。按司法院釋字第775號解釋，依解釋文及理由之意旨，係指構成累犯者，不分情節，一律加重最低本刑，於不符合刑法第59條所定要件之情形下，致生行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪責之個案，不符罪刑相當原則、比例原則。於此範圍內，為避免發生上述罪刑不相當之情形，法院就該個案應裁量是否加重最低本刑；依此，該解釋係指個案應量處最低法定刑、又無法適用刑法第59條在內減輕規定之情形，法院應依此解釋意旨裁量不予加重最低本刑（最高法院108年度台上字第338號判決意旨參照）。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

01 質性雖低，然我國刑法關於累犯之處罰本即採一般累犯制，
02 而非採特別累犯制，原無後案所犯須與前案所犯為同一罪之
03 限制，而係著重在刑罰反應力之強弱；再考量本件被告與買
04 家即員警商定買賣毒品咖啡包，倘今日購毒者並非員警施以
05 釣魚偵查，而係真正之毒品買賣，則其售出後可能造成之毒
06 品流布效果非微，對法益侵害程度非輕，足認被告犯罪情節
07 非輕，況被告另有其他減輕其刑之事由（詳後），本件並無
08 司法院釋字第775號解釋意旨所指被告所受之刑罰超過其所
09 應負擔罪責，且不符罪刑相當原則、比例原則之情事，仍應
10 依刑法第47條第1項規定加重其刑。

11 2.被告先後於上開時、地雖已著手販賣第三級毒品之行為，然
12 因警方均無購買真意而不遂，屬未遂犯，均依刑法第25條第
13 2項規定，各減輕其刑。

14 3.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
15 其刑，毒品危害防制條例第17條第2項定有明文。查被告就
16 販賣附表編號1、2所示第三級毒品未遂犯行，於偵查及審理
17 時均坦承不諱，均應依毒品危害防制條例第17條第2項規定
18 減輕其刑。

19 4.按犯本條例第4條至第8條、第10條或第11條之罪，供出毒品
20 來源，因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑，毒品
21 危害防制條例第17條第1項定有明文。查被告就原判決事實
22 一(一)部分，於偵查中供陳毒品來源係「丹丹漢堡24h」，因
23 而查獲販毒集團成員陳竑文；另事實一(二)部分，於偵查中供
24 陳毒品來源「中國信託(24h)沒回請來電」，經循線查獲販
25 毒集團成員蔡欣惠、黃冠斌，並均經高雄地檢署檢察官偵查
26 起訴等情，有起訴書在卷足稽（見原審卷一第10頁、卷二第
27 7頁），均依毒品危害防制條例第17條第1項規定減輕其刑。
28 惟審酌被告所為2次犯行之犯罪情節、犯罪所生危害及其指
29 述來源所能防止杜絕毒品氾濫之程度等情狀，認尚不宜免除
30 其刑。

31 5.被告上開2次犯行同時有上開累犯加重及3種減輕事由，均依

01 刑法第71條第1項、第2項及第70條規定先加後減，並先依較
02 少之數減輕後遞減之。

03 6.至辯護人（被告）雖就被告本件2次犯行，請求均依刑法第5
04 9條規定減輕其刑。惟按刑法第59條規定之酌量減輕其刑，
05 必須犯罪另有特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同
06 情，認為即使予以宣告法定最低度刑，猶嫌過重者，始有其
07 適用。此所謂法定最低度刑，固包括法定最低本刑；惟遇有
08 其他法定減輕之事由者，則應係指適用其他法定減輕事由減
09 輕其刑後之最低度刑而言。倘被告別有法定減輕事由者，應
10 先適用法定減輕事由減輕其刑後，猶認其犯罪之情狀顯可憫
11 恕，即使科以該減輕後之最低度刑仍嫌過重者，始得適用刑
12 法第59條規定酌量減輕其刑（最高法院100年度台上字第744
13 號刑事判決意旨參照）。查被告明知毒品具有成癮性及危險
14 性，戕害人體身心健康甚鉅，仍為圖謀不法利益而2次販售
15 摻有第三級毒品之毒品咖啡包，對社會治安不無造成危害之
16 虞，客觀上已難認有何情堪憫恕之處，況被告就本件2次犯
17 行均有未遂、自白及供出毒品來源而查獲其他共犯等3種法
18 定減輕事由，經依法遞減輕其刑後，法定最低刑度已大幅降
19 低，已無科以最低度刑仍嫌過重之情，認尚無適用刑法第59
20 條酌減其刑之必要。

21 四、上訴論斷：

22 (一)、原判決就被告如原判決事實一(一)(二)所犯毒品危害防制條例第
23 4條第6項、第3項之販賣第三級毒品未遂罪等犯行，係以行
24 為人之責任為基礎，審酌被告正值青年，不思以正當管道賺
25 取所需，竟利用社群平台2次刊登販賣摻有第三級毒品之毒
26 品咖啡包訊息，藉以販賣牟利，造成毒品流通且助長泛濫，
27 危害社會治安，所為實有不該。而被告於111年10月17日為
28 警查獲後，竟仍不知悔改，又於112年3月2日再度犯案，自
29 不宜輕縱，惟念其犯後均坦承犯行，態度尚可，且2次犯行
30 均經警及時查獲，尚未生販賣既遂之結果，足認其犯罪所生
31 之危害非鉅。兼衡被告前有不能安全駕駛動力交通工具罪等

前科素行（見卷附臺灣高等法院被告前案紀錄表），被告於本件2次販賣毒品咖啡包之數量及所欲賺取之差價，暨其於審理中自陳之智識程度、工作、健康及家庭生活經濟狀況（因涉及被告隱私故不予揭露，詳原審卷）等一切情狀，就被告所犯2罪均各量處有期徒刑9月。另考量被告2次犯行之關聯性、行為態樣及罪質，酌定其應執行刑為有期徒刑1年。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，應屬適當。

(二)、被告上訴意旨，雖據前詞主張其本件所犯販賣第三級毒品未遂之罪質與前案所犯公共危險罪不同，認本件不宜依刑法第47條第1項規定裁量加重其刑，另請求依刑法第59條酌減其刑，並從輕量刑云云。惟查：

1.被告前因公共危險案件，前經原審法院以108年度交簡字第3288號判處有期徒刑5月、併科罰金3萬元確定，於109年6月30日易科罰金執行完畢，其於有期徒刑執行完畢後，5年內故意再犯本件有期徒刑以上之罪，為累犯（已如前述）。又按司法院釋字第775號解釋稱：刑法第47條第1項規定：「受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，5年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至二分之一。」有關累犯加重本刑部分，不生違反憲法一行為不二罰原則之問題。惟其不分情節，基於累犯者有其特別惡性及對刑罰反應力薄弱等立法理由，一律加重最低本刑，於不符合刑法第59條所定要件之情形下，致生行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪責之個案，其人身自由因此遭受過苛之侵害部分，對人民受憲法第8條保障之人身自由所為限制，不符憲法罪刑相當原則，牴觸憲法第23條比例原則，而為避免發生上述罪刑不相當之情形，法院就該個案應依本解釋意旨，裁量是否加重最低本刑。依此解釋意旨，並非宣告刑法累犯規定全部違憲，僅在行為人應處之法定最低本刑，於不符合刑法第59條所定要件時，致生罪責不相當之情形，始得裁量不予加

重。本件原判決於此已斟酌敘明：本件依被告累犯及犯罪情節，並無應量處最低法定刑，於不符合刑法第59條所定要件時，致生罪責不相當之情形，毋庸依此解釋意旨裁量不予加重最低本刑，認應依法加重其刑，核與司法院釋字第775號解釋意旨並無不合。又累犯之加重，係因犯罪行為人之刑罰反應力薄弱，需再延長其矯正期間，以助其重返社會，並兼顧社會防衛之效果，與前後所犯各罪類型、罪名是否相同或罪質是否相當，無必然之關連，原判決未以之為適用累犯規定裁量加重之前提，亦不違法。至被告另案之臺灣屏東地方法院111年訴字第771號判決縱裁量不予加重其刑，然對本件不同個案之量刑並無拘束力，被告據此指摘原判決依累犯規定裁量加重其刑為不當，亦無足採。因此，原判決綜合上述各情，認本件被告仍應依刑法第47條第1項規定加重其刑，此量刑並無違背司法院釋字第775號解釋意旨（按：檢察官於本院亦表示本件被告應裁量加重其刑，見本院905號卷第133頁）。從而，被告以本件與前案之罪質不同，認不應加重其刑云云，並無理由。

2.按刑法第59條之酌量減輕其刑，必於犯罪之情狀，在客觀上足以引起一般人之同情，認為即予宣告法定最低度刑，猶嫌過重者，始有其適用。查被告販賣第三級毒品（未遂）之舉，對他人身心健康、社會風氣及治安等之危害甚鉅，被告明知此情，為圖一己私利，漠視法治，一再犯案（為警查獲後、尚未判決前，又再犯案），不惜以對外販賣之方式助長毒品流通、濫用，且欲交易之數量分別為17包、12包，金額為4,500元、3,300元（因未遂而未取得價金），犯罪情節難認輕微，倘有完成交易而取得價金，被告將是獲得販毒利益之人，具有一定程度之主觀惡性，其於本件犯罪情節難認存有何特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情。況本件依累犯規定加重其刑，再依刑法第25條第2項及毒品危害防制條例第17條第2項、第1項等規定遞減輕其刑後，亦無科以最低刑度仍嫌過苛而有情輕法重之情形。又縱被告有供出

其毒品來源而為警查獲，而有遏阻毒品流通之效果，然此部分業經原判決依毒品危害防制條例第17條第1項規定予以減輕其刑；至被告上訴所稱其身體狀況部分（參見原審348號卷第59至60、87至137頁所附診斷證明書等相關資料、同卷第206至209頁科刑資料調查、辯論），則屬刑法第57條所審酌之範疇，且原判決於量刑時已就此等情節予以充分審酌（見原判決第7頁），被告之犯罪原因、環境既無情輕法重、顯可憫恕之事由，無在客觀上足以引起一般人同情之狀況存在，自不符合刑法第59條之要件。基此，原判決以被告所犯販賣第三級毒品未遂罪行，與一般販賣第三級毒品未遂之犯行無異，本應予以責難，尚無客觀上足以引起一般同情之特殊原因與環境，依被告犯罪之具體情狀及行為背景觀之，倘對其科以法定最低本刑，尚難認有何情輕法重或客觀上足以引起社會一般人同情之虞，況被告依未遂、偵審自白及供出毒品來源等規定遞減輕其刑後，並無顯然過重之情形，倘遽予憫恕而減輕其刑，除對其難收改過遷善之效，無法達到刑罰特別預防之目的外，亦易使其他販毒之人心生投機、甘冒風險繼續販毒，無法達到刑罰一般預防之目的，認被告2次販賣第三級毒品未遂犯行均無刑法第59條酌減其刑之適用，依法並無不當（按：檢察官於本院亦表示被告並不符合刑法第59條酌減其刑之規定，見本院905號卷第133頁）。因此，被告上訴請求依刑法第59條酌減其刑，亦無理由。

3. 又按刑之量定及應執行刑之酌定，係事實審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；復其定應執行之刑時，並不違反刑法第51條各款所定之方法或範圍（即法律之外部性界限），且無明顯違背公平、比例原則或整體法律秩序之理念（即法律之內部性界限），即不得任意指為違法或不當。本件原判決已具體審酌上開刑法第57條科刑等一切情狀，並考量被告所犯係侵害法益同一性之犯

行，及其所犯數罪反應之人格特性，在罪責原則下適正行使其量刑之裁量權，就被告所犯2罪均量處有期徒刑9月，已貼近依法先加、後遞減輕其刑後之最低刑；並依數罪併罰規定，參酌被告所犯各罪之時間相近，刑罰累加效應相對較低等因素，在各刑中之最長期以上，各刑之合併刑期以下，酌定應執行刑為有期徒刑1年，既未逾越法定刑度及刑法第51條第5款規定之範圍，且無濫用刑罰裁量權及違反比例原則情事，經核原判決就被告所為量刑及酌定應執行刑之理由甚詳，核無不合。

4.綜上所述，本件被告之上訴均無理由，應予駁回。

據上論結，依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

本案經檢察官尤彥傑提起公訴，檢察官呂建昌到庭執行職務。

中 華 民 國 113 年 2 月 27 日

刑事第五庭 審判長法官 簡志瑩

法官 曾鈴嫻

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 113 年 2 月 27 日

書記官 梁雅華

附錄本判決論罪科刑法條：

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

- 01 刑，得併科新臺幣5百萬元以下罰金。
- 02 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
- 03 以下有期徒刑，得併科新臺幣1百50萬元以下罰金。
- 04 前五項之未遂犯罰之。

05

附表：				
編號	扣押物品名稱	查獲數量	檢驗結果	備註
1	毒品咖啡包（抖音圖示）	17包	(一)17包抽2，送驗淨重0.8230公克，驗餘淨重0.0111公克，純度1.7%，純質淨重0.0140公克。 (二)推估檢驗前總淨重6.9741公克，總純質淨重0.1186公克（17包）。 (三)檢出第三級毒品3,4-亞甲基雙氧甲基卡西酮(Methylone)	衛生福利部草屯療養院112年2月21日草療鑑字第1120200227號鑑驗書（偵一卷第195頁）
2	毒品咖啡包（史迪奇及海賊王圖示）	12包	(一)編號1：送驗淨重0.475公克，驗餘淨重0.086公克，純度1.67%，純質淨重0.008公克。 (二)編號2：送驗淨重0.382公克，驗後檢體用罄，純度0.96%，純質淨重0.004公克。 (三)編號3：送驗淨重0.529公克，驗餘淨重0.044公克，純度2.03%，純質淨重0.011公克。 (四)編號4：送驗淨重0.240公克，驗後檢體用罄，純度1.58%，純質淨重0.004公克。 (五)編號5：送驗淨重0.471公克，驗餘淨重0.095公克，純度1.28%，純質淨重0.006公克。 (六)編號6：送驗淨重0.548公克，驗餘淨重0.154公克，純度1.44%，純質淨重0.008公克。 (七)編號7：送驗淨重0.297公克，驗後檢體用罄，純度1.45%，純質淨重0.004公克。 (八)編號8：送驗淨重0.662公克，驗餘淨重0.250公克，純度0.98%，純質淨重0.006公克。	高雄市立凱旋醫院濫用藥物成品檢驗鑑定書112年3月16日高市凱醫驗字第77265號（偵二卷第139至145頁）

(續上頁)

01

			(九) 編號9：送驗淨重0.332公克，驗後檢體用罄，純度1.95%，純質淨重0.006公克。 (十) 編號10：送驗淨重0.457公克，驗後檢體用罄，純度2.32%，純質淨重0.011公克。 (十一) 編號11：送驗淨重0.396公克，驗後檢體用罄，純度1.33%，純質淨重0.005公克。 (十二) 編號12：送驗淨重0.408公克，驗餘淨重0.052公克，純度1.68%，純質淨重0.007公克。 (十三) 上揭檢品均檢出第三級毒品4-甲基甲基卡西酮 (Mephedrone)	
3	iPhone XS黑色手機 (含SIM卡1張，IMEI：0000000000000000)	1支		雲林縣警察局臺西分局扣押物品目錄表及手機照片 (偵一卷第39及181頁)
4	iPhone 8黑色手機 (含SIM卡1張，IMEI：0000000000000000)	1支		高雄市政府警察局岡山分局扣押物品目錄表及手機照片 (偵二卷第33及177頁)