

臺灣高等法院高雄分院刑事判決

113年度原上訴字第35號

上 訴 人

即 被 告 呂偉翔

指定辯護人 本院公設辯護人陳信凱

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113年度原訴緝字第5號，中華民國113年7月31日第一審判決（起訴案號：臺灣屏東地方檢察署112年度偵字第3992號，移送併辦案號：臺灣屏東地方檢察署112年度偵字第6303、6345、6455號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於販賣第二級毒品未遂之科刑暨其定執行刑部分，均撤銷。

上開科刑撤銷部分，處有期徒刑壹年陸月。

其他上訴駁回（販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品未遂部分）。

上開撤銷改判部分與駁回上訴部分所處之刑，應執行有期徒刑參年。

理 由

一、按刑事訴訟法第348條第3項規定：「上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之」，故依據現行法律之規定，科刑事項已可不隨同其犯罪事實而單獨成為上訴之標的，且於上訴人明示僅就科刑事項上訴時，第二審法院即不再就原審法院所認定之犯罪事實為審查，而應以原審法院所認定之犯罪事實，作為論認原審量刑妥適與否的判斷基礎。本件上訴人即被告甲○○（下稱被告）於本院明確表示僅就原判決之科刑部分提起上訴（本院卷第71頁），因此本件僅就上開被告上訴部分加以審理，其餘關於原判決所認定被告之犯罪事實、所犯法條（罪名）及沒收部分，均不在審理範圍之列，

01 此等部分詳如原判決所載。

02 二、被告上訴意旨略以：被告兩次毒品交易均係遭員警以「誘捕
03 偵查」方式查獲，致未能完成交易而不遂，其行為尚未實際
04 造成毒品流通，販賣數量非多，與一般大盤毒梟之情節迥
05 異，依毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑後所論
06 處之刑度仍嫌過重，是請再依刑法第59條規定酌減其刑，並
07 從輕量刑等語。辯護人則以：被告兩次販賣毒品未遂犯行，
08 均符合毒品危害防制條例第17條第2項之減刑規定，其中關
09 於被告販賣第二級毒品未遂部分亦符合同條例第17條第1項
10 之減刑規定，經遞減其刑後，最輕可判處有期徒刑10月，原
11 審卻判處有期徒刑2年4月，實嫌過重，有違比例原則及罪刑
12 公平原則；另關於被告販賣第三級毒品而混合兩種以上毒品
13 未遂犯行部分，被告係因警方實施誘捕偵查而查獲，被告所
14 販賣之毒品咖啡包並未擴散於外，對於國人健康及社會危害
15 之程度均較輕微，是請再依刑法第59條規定酌減其刑等語，
16 為被告辯護。

17 三、原判決認定被告所為，應分別論以販賣第二級毒品未遂罪、
18 販賣第三級毒品而混和2種以上之毒品未遂罪。被告就上開
19 犯行，與同案被告陳俊光間具有犯意聯絡及行為分擔，均應
20 論以共同正犯。又被告所犯前開2罪，犯意各別，行為互
21 殊，應予分論併罰。

22 四、本院判斷：

23 (一)刑之加重及減輕：

24 1.按犯前5條之罪而混合2種以上之毒品者，適用其中最高級別
25 毒品之法定刑，並加重其刑至2分之1，毒品危害防制條例第
26 9條第3項定有明文。被告如原判決「事實」欄一、(二)所為，
27 係犯毒品危害防制條例第9條第3項、第4條第6項、第3項之
28 販賣第三級毒品而混和2種以上之毒品未遂罪，就此部分犯
29 行應依毒品危害防制條例第9條第3項規定予以加重其刑。

30 2.被告就本案2次販賣毒品之犯行，於偵查、原審及本院審理
31 時均自白犯罪（警一卷第15至22頁，警二卷第11至15頁，偵

一卷第79至82頁，原審卷一第87頁，原審卷二第112頁，本院卷第66、67頁），合於前開毒品危害防制條例第17條第2項減刑規定之要件，分別依該條規定減輕其刑。

3.被告就本案2次販賣毒品之犯行，係分別已著手於販賣第二級毒品、第三級毒品，然因遭員警以「誘捕偵查」方式查獲，故均未能完成交易而不遂，其行為尚未實際造成毒品流通，犯罪情節較既遂犯相對輕微，爰均依刑法第25條第2項規定減輕其刑。

4.緣起訴書犯罪事實(一)（即販賣第二級毒品部分），被告於民國112年2月23日販毒犯行，屏東縣政府警察局刑事警察大隊並未事先掌握同案共犯陳俊光身分，係被告供出因而查獲；至於起訴書犯罪事實(三)（即販賣第三級毒品部分），被告於112年3月6日販毒犯行，被告係與同案共犯陳俊光在交易現場同時遭內埔分局以現行犯逮捕，並非因被告供述而查獲陳俊光等情，有臺灣屏東地方檢察署112年6月12日屏檢錦麗112偵3992字第1129024356號函（原審卷一第163頁）在卷可考。是被告就販賣第二級毒品犯行部分，確有供出毒品來源即同案共犯陳俊光，因而查獲其他正犯或共犯，依毒品危害防制條例第17條第1項規定減輕其刑。另審酌被告就此部分販賣毒品犯罪情節並非輕微，故無免除其刑之必要，附此敘明。

5.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（最高法院105年度台上字第2625號、105年度台上字第2551號判決逾期參照）。本件被告所犯上開販賣第二級毒品未遂罪及販賣第三級毒品而混合2種以上毒品未遂罪，均經依毒品危害防制條例第17條第2項、刑法第25條第2項減輕其刑；其所犯販賣第二級毒品未遂罪部分，再經依毒品危害防制條例第17條第1項減輕其刑後，可量處之最低刑度分別為有期徒刑10月、1年10月，參諸被

01 告上開犯行所造成之危害，均已無情輕法重之情事可言，當
02 無再援引刑法第59條之規定減輕其刑之餘地。

03 6.被告所犯上開販賣第二級毒品未遂罪部分，同時有前述毒品
04 危害防制條例第17條第2項、刑法第25條第2項、毒品危害防
05 制條例第17條第1項之減輕事由，依法遞減其刑；又被告所
06 犯上開販賣第三級毒品而混合2種以上毒品未遂罪部分，則
07 同時有前述毒品危害防制條例第9條第3項之加重事由，同條
08 例第17條第2項、刑法第25條第2項之減輕事由，依法先加重
09 後遞減之。

10 (二)撤銷改判部分（販賣第二級毒品未遂部分）：

11 1.原審就被告販賣第二級毒品未遂部分，據以論處罪刑，固非
12 無見。惟查：被告所犯上開販賣第二級毒品未遂罪，依毒品
13 危害防制條例第17條第1項、第2項、刑法第25條第2項之規
14 定遞減其刑後，可量處之最低刑度為有期徒刑10月；至於被
15 告所犯上開販賣第三級毒品而混合2種以上毒品未遂罪，依
16 毒品危害防制條例第9條第3項之規定加重其刑，再依同條例
17 第17條第2項及刑法第25條第2項之規定遞減其刑後，可量處
18 之最低刑度為有期徒刑1年10月。然而，原審就被告販賣第
19 三級毒品而混合2種以上毒品未遂犯行部分，係量處有期徒
20 刑2年6月，對被告販賣第二級毒品未遂犯行，在可量處最低
21 刑度為有期徒刑10月之情形下，卻量處有期徒刑2年4月，故
22 就二者所量處之刑度相較，顯與罪刑公平原則及比例原則相
23 悖，實屬量刑過重，自應予以匡正。是被告上訴主張：此部
24 分犯行依刑法第59條規定酌減其刑云云，雖無理由；但原判
25 決就此部分之量刑既有上開瑕疵，被告主張量刑過重，請求
26 從輕量刑，則屬有理，應由本院將原判決關於被告販賣第二
27 級毒品未遂犯行之量刑部分予以撤銷改判。

28 2.爰以行為人之責任為基礎，審酌被告明知毒品有害於人體，
29 猶無視於國家對於杜絕毒品犯罪之禁令，竟著手販賣第二級
30 毒品甲基安非他命予他人以牟利，助長毒品氾濫，對社會治
31 安造成危害，所為誠屬不該；惟考量被告著手販賣第二級毒

01 品數量為1包，之前並無經法院論罪科刑之前科紀錄，有臺
02 灣高等法院被告前案紀錄表附卷可參（本院卷第49至二51
03 頁），素行尚可，且念及被告犯後坦承犯行之態度，兼衡其
04 自陳之智識程度與家庭經濟狀況（涉被告個人隱私，見本院
05 卷第110頁）等一切情狀，就被告所為販賣第二級毒品未遂
06 犯行部分，量處如主文第2項所示之刑。

07 (三)上訴駁回部分（販賣第三級毒品而混合2種以上毒品未遂部
08 分）

09 1.原審以被告販賣第三級毒品而混合2種以上毒品未遂犯行部
10 分，罪證明確，並以行為人之責任為基礎，審酌被告於本案
11 發生前無經法院論罪科刑之前科紀錄，有臺灣高等法院被告
12 前案紀錄表1份附卷可參，素行尚可；被告正值青年，非無
13 謀生能力，不思以正當方式賺取金錢，竟販賣內含2種以上
14 第三級毒品成分之咖啡包予他人以牟利，無視國家毒品禁
15 令，將毒品之害加諸他人，戕害他人健康，對社會治安造成
16 危害，販賣混合2種以上之第三級毒品數量達20包，所為實
17 均不可取；兼衡被告始終坦承認罪，犯後態度尚可；並考量
18 被告自陳之職業、教育程度為及家庭經濟生活狀況（原審卷
19 二第112頁）等一切情狀，就被告此部分犯行，量處有期徒
20 刑2年6月。

21 2.本院經核原審已敘述其量刑所憑之證據、理由，且已審酌前
22 開等情及刑法第57條所列各款一切情狀，為其量刑責任之基
23 礎，所量之刑亦稱妥適，並無任何偏重不當或違法之處。被
24 告上訴主張此部分犯行依刑法第59條酌減其刑，並無理由，
25 業如前述，自應予以駁回。

26 (四)上開撤銷改判部分所處之刑，與駁回上訴部分所處之刑，定
27 應執行刑：

28 本院審酌被告所為上開販賣第二級毒品未遂及販賣第三級毒
29 品而混和2種以上之毒品未遂犯行之危害性、被告之犯後態
30 度、犯罪情節，暨考量因生命有限，刑罰對被告造成之痛苦
31 程度，係隨刑度增加而生加乘效果，而非以等比方式增加，

01 依罪責相當及特別預防之刑罰目的，具體審酌被告本案整體
02 犯罪過程之各罪關係，即數罪間時間、空間、法益之異同
03 性、所侵害法益之專屬性或同一性、數罪對法益侵害之加重
04 效應等情綜合判斷，以隨罪數增加遞減其刑罰之方式，當足
05 以評價被告行為之不法性之法理（即多數犯罪責任遞減原
06 則），就被告本案所犯上開2罪，定如主文第4項所示之應執
07 行刑。

08 五、被告於本院審判期日經合法傳喚，無正當理由不到庭，爰不
09 待其陳述逕行判決。

10 據上論結，應依刑事訴訟法第371條、第368條、第369條第1項前
11 段、第364條、第299條第1項前段，判決如主文。

12 本案經檢察官楊士逸提起公訴及移送併辦，檢察官呂幸玲到庭執
13 行職務。

14 中 華 民 國 114 年 1 月 23 日
15 刑事第九庭 審判長法官 唐照明
16 法官 蔡書瑜
17 法官 葉文博

18 以上正本證明與原本無異。

19 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
20 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
21 狀（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

22 中 華 民 國 114 年 1 月 23 日
23 書記官 梁美姿

24 附錄本判決論罪科刑法條全文：

25 毒品危害防制條例第4條

26 製造、運輸、販賣第一級毒品者，處死刑或無期徒刑；處無期徒
27 刑者，得併科新臺幣3千萬元以下罰金。

28 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
29 刑，得併科新臺幣1千5百萬元以下罰金。

30 製造、運輸、販賣第三級毒品者，處7年以上有期徒刑，得併科
31 新臺幣1千萬元以下罰金。

01 製造、運輸、販賣第四級毒品者，處5年以上12年以下有期徒
 02 刑，得併科新臺幣5百萬元以下罰金。
 03 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
 04 以下有期徒刑，得併科新臺幣1百50萬元以下罰金。
 05 前五項之未遂犯罰之。
 06 毒品危害防制條例第9條
 07 成年人對未成年人販賣毒品或犯前三條之罪者，依各該條項規定
 08 加重其刑至二分之一。
 09 明知為懷胎婦女而對之販賣毒品或犯前三條之罪者，亦同。
 10 犯前五條之罪而混合二種以上之毒品者，適用其中最高級別毒品
 11 之法定刑，並加重其刑至二分之一。

12 卷別對照表：
 13

簡稱	卷宗名稱
警一卷	屏東縣政府警察局內埔分局第0000000000號卷
警二卷	屏東縣政府警察局屏警刑偵竊字第11232773900號卷 (併辦)
警三卷	屏東縣政府警察局內埔分局內警偵字第11230938900 號卷(併辦)
警四卷	屏東縣政府警察局內埔分局內警偵字第11230958800 號卷(併辦)
偵一卷	臺灣屏東地方檢察署112年度偵字第3992號卷
偵二卷	臺灣屏東地方檢察署112年度偵字第6303號卷(併辦)
偵三卷	臺灣屏東地方檢察署112年度偵字第6345號卷(併辦)
偵四卷	臺灣屏東地方檢察署112年度偵字第6455號卷(併辦)
聲羈卷	原審112年度聲羈字第40號卷
原審卷一	原審112年度原訴字第27號卷
原審卷二	原審113年度訴緝字第5號卷
本院卷	本院113年度原上訴字第35號卷