

臺灣高等法院高雄分院刑事判決

113年度上訴字第542號

上訴人

即被告 吳翰昇

選任辯護人 陳宗賢律師(法扶律師)

上列上訴人因毒品危害防制條例案件，不服臺灣橋頭地方法院112年度訴字第153號，中華民國113年4月25日第一審判決（起訴案號：臺灣橋頭地方檢察署111年度偵緝字第1085號、111年度偵緝字第1086號、111年度偵緝字第1087號、112年度偵字第4354號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

事實及理由

壹、本案審理範圍：

按上訴得對於判決之一部為之。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條第1、3項定有明文。上訴人即被告乙○○（下稱被告）對原判決量刑過重，提起上訴（見本院卷第178頁），依據前開說明，被告係明示就本案刑之部分提起上訴，而為本院審判範圍。原審認定被告之犯罪事實、罪名及沒收部分，則產生程序內部之一部拘束力，不在本院審判範圍，是不在本院審判範圍部分，本院亦不予以調查。

貳、被告上訴意旨略以：

一、原判決附表編號1、2部分有自首減刑之適用。

（一）被告於民國110年8月24日為警搜查後，並非只有主動坦認曾於111年5月中旬，有販賣甲基安非他命一包予謝耀天，而應是有告知同年3、4月間（即原判決附表編號1、2部

01 分)亦有販賣之情事。

02 (二)雖高雄市政府警察局少年警察隊之第一次警詢筆錄(110
03 年8月24日)並未記載,然此等事涉被告是否有自首減刑規
04 定之適用,請鈞院釐清被告有無主動告知該二次犯行。

05 二、被告所為之六次犯行,應有刑法第59條減刑之適用。

06 本案被告販賣毒品之對象僅四人、次數六次,且實際並未獲
07 得高額利益,衡諸最高法院98年台上字第3926號刑事判決意
08 旨以「得利甚微」作為「自非不得適用刑法第59條之情形之
09 理由」,本案屬犯罪動機及行為相較一般犯罪情狀有堪以憫
10 恕之情形。請鈞院再依刑法第59條遞減其刑,以符合罪刑相
11 當之原則。

12 三、被告依112年度憲判字第13號判決就販賣第二級毒品部分
13 得 減輕其刑:

14 被告所為雖係販賣第二級毒品,然根據前開憲法判決意旨,
15 被告販賣行為態樣、數量、對價等,屬情節極為輕微,顯可
16 憫恕之個案,縱適用刑法第59條規定酌減其刑,仍嫌情輕法
17 重,致罪責與處罰不相當,是應不限於販賣第一級毒品方有
18 該憲法判決意旨之適用。

19 四、本案被告販賣毒品之對象僅四人、次數六次,且實際並未獲
20 得高額利益,應堪認屬情節輕微而有再予減輕其刑,原判決
21 量刑過重。

22 參、本案經原審認定被告犯原判決附表所示之6罪(均係犯毒品
23 危害防制條例第4條第2項之販賣第二級毒品罪),各處如原
24 判決附表所示之刑及沒收之犯罪事實、罪名及沒收部分,詳
25 見第一審判決書記載之事實、證據及理由,另就本院審理範
26 圍部分之理由詳述如下。

27 肆、本院審判範圍:

28 一、原審就被告犯行量刑部分,審酌被告明知第二級毒品甲基安
29 非他命容易成癮,濫行施用非但對施用者身心造成傷害,因
30 其成癮性,常使施用者經濟地位發生實質改變而處於劣勢,
31 容易造成家庭破裂、戕害國力,仍不顧販賣毒品可能造成之

01 影響，為本案販賣毒品之犯行，實應給予相當非難，但被告
02 販毒之對象、毒品數量、販賣對價分別如原判決附表編號1
03 至6部分所載，其危害社會之範圍，與一般販毒集團或毒梟
04 販售大量或巨量毒品、為害社會甚烈之情形尚屬有間。然被
05 告前於99年間因販賣第三級毒品，經臺灣高雄地方法院判處
06 有期徒刑5年2月、5年10月、5年10月、5年10月、5年 10
07 月，被告不服提起上訴，上開部分經臺灣高等法院高雄分院
08 駁回上訴確定；被告嗣於109年間因持有第二級毒品純質淨
09 重20公克以上，經臺灣高雄地方法院判處有期徒刑1年6月確
10 定；再於110年4月因持有第二級毒品純質淨重20公克以上，
11 經臺灣高雄地方法院判處有期徒刑1年6月確定，有被告之前
12 案判決及前案紀錄表在卷可參（原審卷第267-322、367-402
13 頁），堪認被告並未記取前案教訓，仍再犯本案，刑罰反應
14 力較為薄弱。又被告本案各次販毒獲得價金（詳如原判決附
15 表編號1至6所示）雖略有不同，惟僅係新臺幣（下同）3000
16 元、3500元及5000元之差異，尚不需因此量處不同之刑度，
17 並考量被告犯後始終坦承犯行之犯後態度，兼衡其為高中肄
18 業之智識程度、工作、家庭經濟狀況（均涉個人隱私，詳原
19 審卷第336頁），佐以被告提出尚須扶養家庭成員之年籍、
20 經濟狀況資料及被告之投稿文章（原審卷第349-356頁）等
21 一切情狀，分別量處如原判決附表編號1至6主文欄所示之
22 刑，量刑合於法律規定。

23 二、被告上訴意旨稱被告販賣毒品之對象僅四人、次數六次，且
24 實際並未獲得高額利益，原判決顯然量刑過重，請求從輕量
25 刑云云。惟按量刑輕重，屬法院得依職權自由裁量之事項，
26 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
27 所列情狀，在法定刑度內，酌量科刑，無偏執一端，致明顯
28 失出失入情形，自不得指為不當或違法（最高法院103年度
29 台上字第291號、第331號判決意旨參照），且在同一犯罪事
30 實與情節，如別無其他加重或減輕之原因，下級審量定之
31 刑，亦無過重或失輕之不當情形，則上級審法院對下級審法

01 院之職權行使，原則上應予尊重（最高法院85年度台上字第
02 2446號判決意旨參照）。查本件原審量刑時，已審酌刑法第
03 57條各款所列情狀而為刑之量定，其所為量刑並未逾越法定
04 刑度，亦無違背公平正義之精神，客觀上不生量刑過重之裁
05 量權濫用，且原審既已詳細記載量刑審酌上揭各項被告犯行
06 之嚴重程度、其犯後態度、工作及經濟生活狀況、犯罪之動
07 機、目的、手段、犯罪所生危害等一切情狀，予以綜合考量
08 後，在法定刑內予以量刑，並無失之過重之情事。被告及其
09 辯護人主張原判決宣告刑過重云云，尚屬無據。

10 三、另按刑法第59條規定之酌量減輕其刑，必須犯罪另有特殊之
11 原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，認為即使予以宣
12 告法定最低度刑，猶嫌過重者，始有適用。而此項犯罪情狀
13 是否顯可憫恕而酌量減輕其刑之認定，亦屬法院得依職權自
14 由裁量之事項。本案被告明知第二級毒品甲基安非他命對人
15 體造成巨大危害，仍6次販賣第二級毒品甲基安非他命，並
16 無犯罪特殊原因、環境或情狀，客觀上足以引起一般同情而
17 顯可憫恕之情事，無情輕法重之情，自無依刑法第59條酌減
18 其刑之餘地。

19 四、被告主張原判決附表編號1、2犯行有刑法第62條自首之適
20 用：

21 按對於未發覺之罪自首而受裁判者，得減輕其刑，刑法第62
22 條前段定有明文。又按刑法第62條所指之「發覺」，係指有
23 偵查犯罪職權之公務員已知悉犯罪事實並知犯罪人為何人或
24 對其發生嫌疑時，即得認為已發覺，但此項對犯人之嫌疑，
25 仍須有確切之根據得為合理之可疑者，始足當之，若單純主
26 觀上之懷疑，要不得謂已發生嫌疑；又所謂知悉，固不以確
27 知其為犯罪之人為必要，但必其犯罪事實，確實存在，且為
28 該管公務員所確知，始屬相當（參最高法院72年台上字第64
29 1號、75年台上字第1634號判決意旨參照）。查被告於110年
30 8月24日為警搜查後，即主動坦認曾於111年5月中旬販賣500
31 0元之甲基安非他命1包予謝耀天1次（警一卷第9頁）。惟被

01 告所犯原判決附表編號1至2所示於110年3、4月間販賣甲基
02 安非他命予謝耀天之犯行，被告並未於前開警詢筆錄製作過
03 程中提及，此部分之犯行係謝耀天分別於110年9月29日、同
04 年12月16日警詢、偵訊時主動供述，有謝耀天之警詢、偵訊
05 筆錄在卷可參（警二卷第227-229頁；他一卷第39-40頁）。
06 另被告於原審自承：「（依照警詢筆錄，你主動表示販賣毒
07 品給謝耀天的犯行中，你只有提到五月中旬，前面兩次沒有
08 提到？）對」等語（見原審卷第336頁），核與製作前述日
09 期警詢筆錄之員警即證人甲○○於本院證述：「（如果被告
10 有講到110年3、4月有賣的話，你一定會紀錄嗎？）一定會
11 記，因為筆錄做完後一定會讓當事人閱覽，如果沒有紀錄的
12 話，當事人是不會簽名的」等語（見本院卷第187頁）相
13 符，是被告於本院主張其有對原判決附表編號1、2犯行自
14 首，係警詢筆錄漏未記載云云，應非實在，故上開部分即無
15 自首減刑規定之適用。

16 五、被告主張其犯行應依憲法法庭112年憲判字第13號判決減刑
17 云云：

18 惟查憲法法庭112年憲判字第13號判決係就販賣第一級毒品
19 罪之法定刑為適用上違憲之宣告，該判決主文第二項之減刑
20 事由，係憲法法庭尊重立法者就毒品刑事政策之立法形成空
21 間，本於司法自制，就販賣第一級毒品罪而「無其他犯罪行
22 為，且依其販賣行為態樣、數量、對價等，可認屬情節極為
23 輕微，顯可憫恕之個案，縱適用刑法第59條規定酌減其刑，
24 仍嫌情輕法重」適用上違憲之個案所為替代性立法，屬過渡
25 期間保障人民之基本權不受違憲侵害之必要權宜措施，其效
26 力範圍亦僅限於此。被告本案係販賣第二級毒品甲基安非他
27 命，自非上述憲法法庭判決適用之標的，自無依該判決減刑
28 之可能。

29 六、綜上所述，被告前揭上訴均無理由，應予駁回。

30 據上論結，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

31 本案經檢察官吳正中提起公訴，檢察官李靜文、黃莉瑀到庭執行

01 職務。

02 中 華 民 國 113 年 11 月 28 日

03 刑事第七庭 審判長法官 李璧君

04 法官 鍾佩真

05 法官 石家禎

06 以上正本證明與原本無異。

07 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

08 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

09 狀（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

10 中 華 民 國 113 年 11 月 28 日

11 書記官 林家煜