臺灣高等法院高雄分院刑事判決

113年度上訴字第851號

上訴人

即被告 韓東蒼

選任辯護人 孫安妮律師

上列上訴人因毒品危害防制條例等案件，不服臺灣屏東地方法院113年度訴字第151號，中華民國113年9月10日第一審判決（起訴案號：臺灣屏東地方檢察署113年度偵字第3729、5812號），提起上訴，本院判決如下：

主文

上訴駁回。

事實及理由

壹、程序事項

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」，其立法理由指出：「為尊重當事人設定攻防之範圍，並減輕上訴審審理之負擔，容許上訴權人僅針對刑、沒收或保安處分一部提起上訴，其未表明上訴之認定犯罪事實部分，則不在第二審之審判範圍。」。是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為科刑以外部分為審查，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之判斷基礎。

二、查依被告上訴理由狀記載內容，係主張其應依刑法第59條規定酌減其刑，及不應依累犯規定加重等語（見本院卷第13-18頁），並於本院審理時明示僅針對原判決之科刑部分上訴，就原審所認定之犯罪事實（含論罪）及沒收部分，均未爭執（見本院卷第114頁），依據上開說明，本院僅就原判決關於科刑妥適與否進行審理，至於原判決其他部分，即非

01 本院審查範圍，合先敘明。

02 貳、本案據以審查科刑事項之原審所認定犯罪事實及論罪

03 一、原審認定之犯罪事實

04 被告明知甲基安非他命及4-甲基甲基卡西酮分屬毒品危害防
05 制條例第2條第2項第2、3款所列之第二、三級毒品，且4-甲
06 基甲基卡西酮亦屬中央衛生主管機關衛生福利部公告列為管
07 制藥品，為藥事法第20條第1款所稱之偽藥，依法均不得販
08 賣、轉讓，竟分別為下列犯行：

09 (一)基於販賣第二級毒品及轉讓偽藥之犯意，先於民國113年3月
10 1日3時59分許，使用如原審判決附表編號8所示之手機，以i
11 Message軟體與江俊良聯繫毒品甲基安非他命交易事宜，嗣
12 於同日5時35分許，在屏東縣○○鄉○巷村○○路00巷0號，
13 以新臺幣(下同)15,000元之代價，販賣甲基安非他命約19公
14 克，並同時無償轉讓含有4-甲基甲基卡西酮成分之毒品咖啡
15 包10包予江俊良，因江俊良賒帳而未取得價金。

16 (二)又基於販賣第二級毒品及轉讓偽藥之犯意，先於113年3月14
17 日5時50分前某時，使用如原審判決附表編號9所示之手機，
18 以Facetime通訊軟體與江俊良聯繫毒品甲基安非他命交易事
19 宜，嗣於113年3月14日5時50分許，在屏東縣○○鎮○○路0
20 00○0號前，以2萬元之代價，販賣如原審判決附表編號12至
21 13所示之甲基安非他命2包，並同時無償轉讓如原審判決附
22 表編號14至16所示含有4-甲基甲基卡西酮成分之毒品咖啡包
23 3包予配合警方毒品查緝任務而無購買及受讓真意之江俊良
24 之際，為警當場查獲而未遂，並經警扣得如原審判決附表所
25 示之物，而悉上情。

26 二、原審之論罪

27 (一)核被告如前開一(一)所為，係犯毒品危害防制條例第4條第2項
28 之販賣第二級毒品罪及藥事法第83條第1項之轉讓偽藥罪；
29 如前開一(二)所為，則係犯毒品危害防制條例第4條第6項、第
30 2項之販賣第二級毒品未遂罪及藥事法第83條第4項、第1項
31 之轉讓偽藥未遂罪。被告販賣第二級毒品前後持有第二級毒

01 品之低度行為，均為其販賣之高度行為所吸收，不另論罪。
02 被告如前開一(一)、(二)部分，分別係以一行為犯數罪名，依刑
03 法第55條規定，均為想像競合犯，各應從一重以販賣第二級
04 毒品罪、販賣第二級毒品未遂罪處斷。被告所犯前開2罪，
05 犯意各別，行為互異，應分論併罰。

06 (二)刑之加重、減輕事由：

07 1.被告前因施用毒品案件，經臺灣屏東地方法院以112年度簡
08 字第918號判決判處有期徒刑3月確定，於112年12月11日易
09 科罰金執行完畢等情，業據檢察官援引前科表為據，主張依
10 累犯規定加重其刑，被告於原審及本院審理時，均對於其有
11 上述前科紀錄並不爭執(見原審卷第186頁、本院卷第117
12 頁)，堪認檢察官已就被告構成累犯之事實，有所主張並指
13 出證明方法。審酌被告構成累犯之前案雖為施用毒品案件，
14 然施用毒品、販賣毒品本質上均為毒品案件，侵害法益相
15 類，且被告於本案既已提升其不法內涵至販賣毒品，足見其
16 未能自前案中記取教訓，對刑罰之反應力薄弱，為助其教化
17 並兼顧社會防衛，認為就其本案所犯之罪，並無因加重最低
18 本刑而生刑罰逾其罪責之情，爰就其本案所犯之罪，均依刑
19 法第47條第1項之規定加重其刑，惟無期徒刑部分依法不得
20 加重。而辯護人為被告辯護稱：被告前科為施用毒品，此係
21 病患性犯人，屬於殘害自身之行為，應側重醫學治療及心理
22 的矯正。施用與販賣亦係不同犯罪類型，不應依累犯加重等
23 語。惟依上開說明，被告前開構成累犯之案件係因施用第二
24 級毒品罪而受刑罰處罰，於該案執行完畢後，本應遠離毒
25 品，卻再犯本案販賣毒品罪，足見其對毒品犯罪之處罰確有
26 刑罰反應力薄弱之情形，而應依累犯規定加重，故認辯護人
27 此部分所辯，尚不能採。

28 2.被告於前開一(二)部分，已著手於販賣行為之實行而不遂，為
29 未遂犯，而其所生危害既較既遂犯輕，爰依刑法第25條第2
30 項之規定，減輕其刑。

31 3.被告就前開一(一)、(二)所示販賣第二級毒品之犯行，於偵查、

01 原審及本院審理時均有自白，故2罪均應依毒品危害防制條
02 例第17條第2項規定，減輕其刑。

03 4.被告如前開一(一)所示犯行，同時有上開加重(累犯)及減輕事
04 由(即毒品危害防制條例第17條第2項)，爰依刑法第70條規
05 定，先加重後減輕之；如前開一(二)所示犯行，則同時有上開
06 加重(累犯)及數減輕事由(即毒品危害防制條例第17條第2
07 項、刑法第25條第2項)，爰依刑法第70條、第71條第1項之
08 規定，先加重後遞減輕之。但法定刑為無期徒刑部分，依法
09 均不得加重，附此敘明。

10 參、上訴論斷

11 一、被告上訴意旨略以：懇請鈞院審酌被告對重典之認識不夠深
12 等情，並考量被告自偵查程序時起，即坦承全部犯行，犯後
13 態度良好，頗見悔意，足見其本性非劣，犯後態度良好，深
14 有悔悟之心，請鈞院能再予以從輕量刑，以勵被告改過自
15 新。又相較原本10年以上有期徒刑之法定刑，原判決雖已有
16 減輕，然審酌本案販賣毒品犯行雖有2次，但對象係僅有1人
17 即江俊良，且核其2次販賣數量應可認其僅為少量販售而非
18 毒梟大盤商，犯罪情節及所生危害尚屬輕微，佐以販售對象
19 僅有一人，對法益之侵害尚屬有限，認若量處上開最低度刑
20 即有期徒刑5年，實屬過重，在客觀上足以引起一般同情而
21 有情輕法重、依其犯罪情狀顯可憫恕之情形，爰請鈞院依刑
22 法第59條規定減輕其刑等語。

23 二、駁回上訴理由

24 (一)按刑法第59條之酌量減輕其刑，必須犯罪另有特殊之原因與
25 環境，在客觀上足以引起一般同情，認為即予宣告法定最低
26 度刑期，猶嫌過重者，始有其適用。查被告為前開2罪犯罪
27 行為時，並無特殊原因及環境，而在客觀上足以引起一般同
28 情之情形，所稱販賣對象係僅有1人，毒品數量僅為少量販
29 售而非毒梟大盤商，犯罪情節及所生危害尚屬輕微等語，然
30 此僅為刑法第57條量刑審酌事項，尚非刑法第59條酌量減輕
31 其刑之事由，又被告所犯2罪，經以上開事由減輕其刑後，

01 亦無情輕法重之情形。故認被告上開2次犯行，並無刑法第5
02 9條酌減輕其刑規定之適用。

03 (二)再按法官於有罪判決中，究應如何量處罪刑，為實體法賦予
04 審理法官裁量之刑罰權事項，法官行使此項裁量權，自得依
05 據個案情節，參諸刑法第57條所定各款犯罪情狀之規定，於
06 該法定刑度範圍內，基於合義務性之裁量，量處被告罪刑，
07 此量刑之裁量權，固屬於憲法所保障法官獨立審判之核心，
08 惟法院行使此項裁量權，亦非得以任意或自由為之，仍應受
09 一般法律原理原則之拘束，即仍須符合法律授權之目的、法
10 律秩序之理念、國民法律感情及一般合法有效之慣例等規
11 範，尤其應遵守比例原則及平等原則之意旨，否則即可能構
12 成裁量濫用之違法，亦即如非有裁量逾越或裁量濫用之違法
13 情事，自不得擅加指摘其違法或不當。經查於量刑時已說
14 明：「審酌被告明知第二級毒品甲基安非他命具有成癮性及
15 危害性、第三級毒品4-甲基甲基卡西酮則為政府公告之偽
16 藥，均為法律所禁止販賣、轉讓之物，竟無視法律禁令而為
17 本案2次犯行，所為實非可取；惟念及其犯後始終坦承犯
18 行，態度良好；並考量其本案販賣、轉讓之次數為2次，對
19 象為同1人，各次販賣所得分別為15,000元、2萬元，以及轉
20 讓之數量分別10包、3包毒品咖啡包，然最終均未取得價金
21 (更有1次為未遂)等情節，暨被告各次犯罪之目的、手段、
22 對社會所生危害，及其於原審審理時自陳之智識程度、家庭
23 生活、經濟狀況等一切情狀，分別量處如主文所示之刑（有
24 期徒刑6年、3年）。復考量其所犯各罪之犯罪時間相近、各
25 罪之同質性相同、數罪併罰限制加重與多數犯罪責任遞減原
26 則，定其應執行之刑如主文所示（有期徒刑6年6月），以資
27 懲儆。」等語。亦即原審量刑已審酌刑法第57條各款規定事
28 由而為量處，且其量刑及定應執行刑亦無裁量逾越或裁量濫
29 用之違法情形，本院認原審量刑及定應執行刑尚稱妥適。

30 三、綜上所述，本案原審認被告犯毒品危害防制條例第4條第2項
31 販賣第二級毒品罪，及同條例第4條第6項、第2項販賣第二

01 級毒品未遂罪，2罪併罰，分別量處有期徒刑6年、3年，並
02 定應執行刑為6年6月，本院認原審判決依累犯規定加重、未
03 適用刑法第59條規定酌減其刑，應無違誤，而原審之量刑及
04 定應執行刑，亦稱妥適。被告以上開情詞提起上訴，指摘原
05 審判決違法不當，為無理由，應予駁回。

06 據上論斷，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

07 本案經檢察官吳求鴻起訴，檢察官劉玲興到庭執行職務。

08 中 華 民 國 114 年 2 月 11 日

09 刑事第三庭 審判長法官 吳進寶

10 法官 呂明燕

11 法官 邱明弘

12 以上正本證明與原本無異。

13 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
14 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
15 狀（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

16 中 華 民 國 114 年 2 月 11 日

17 書記官 陳旻萱

18 附錄本判決論罪科刑法條：

19 毒品危害防制條例第4條

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

22 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
23 刑，得併科新臺幣1千5百萬元以下罰金。

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

26 製造、運輸、販賣第四級毒品者，處5年以上12年以下有期徒
27 刑，得併科新臺幣5百萬元以下罰金。

28 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
29 以下有期徒刑，得併科新臺幣1百50萬元以下罰金。

30 前五項之未遂犯罰之。

31 藥事法第83條

01 明知為偽藥或禁藥，而販賣、供應、調劑、運送、寄藏、牙保、
02 轉讓或意圖販賣而陳列者，處7年以下有期徒刑，得併科新臺幣5
03 千萬元以下罰金。
04 犯前項之罪，因而致人於死者，處7年以上有期徒刑，得併科新
05 臺幣1億元以下罰金；致重傷者，處3年以上12年以下有期徒刑，
06 得併科新臺幣7千5百萬元以下罰金。
07 因過失犯第1項之罪者，處2年以下有期徒刑、拘役或科新臺幣5
08 百萬元以下罰金。
09 第1項之未遂犯罰之。