臺灣高等法院高雄分院刑事判決

114年度上訴字第826號

上　訴　人
即　被　告　蘇偉凱
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000

選任辯護人　林樹根律師

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114年度訴緝字第2號，中華民國114年8月27日第一審判決（起訴案號：臺灣高雄地方檢察署112年度偵字第35526號、113年度偵字第11148號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於所處宣告刑及其定執行刑部分，均撤銷。

上開撤銷部分，蘇偉凱各處如附表主文欄所示之宣告刑。應執行有期徒刑玖年。

事實及理由

一、審理範圍：

本案上訴人即被告蘇偉凱提起上訴，被告於準備程序中，明示僅就原審判決之量刑上訴，並對原判決之犯罪事實、罪名、罪數及沒收部分，均撤回上訴，有本院準備程序筆錄及撤回上訴聲明書在卷可佐（本院卷第86、105頁），依刑事訴訟法第348條第3項規定，本院僅就原審判決之量刑是否妥適進行審理，其餘則非本案審理範圍。

二、被告上訴意旨：

㈠被告於警詢時及偵查中不僅已經自白犯罪，且於民國112年11月1日警詢時已經供出毒品來源者為陳永春及劉宸皓，並表示願意配合警方將其等邀約出來，以便查獲；惟嗣於原審審理時因聽信同房受刑人錯誤之建議而否認犯罪，以及警方未能查獲毒品來源者之陳永春及劉宸皓，以致未能獲得毒品危害防制條例第17條第2項及第1項減輕其刑之寬典。

㈡被告販賣兩次第二級毒品安非他命各1小包給趙文沁，所得分別為新台幣(下同)3700元及3500元，且於第2次之交易後，因趙文沁認為安非他命之份量不夠，趙文沁事後將安非他命毒品還給被告，被告亦將價款3500元返還趙文沁等情，已經證人蕭軒瀚於警詢中供述在卷，亦即被告於本案中僅販賣毒品1小包並獲利3700元而已，與一般毒梟販賣之數量龐大，對象甚多，危害社會治安鉅大相比，實屬情輕法重，在客觀上，足以引起一般之同情，殊有顯可憫恕之情狀，原審未依刑法第59條規定酌量減輕其刑，仍各處法定低度刑10年6月，合併應執行有期徒刑11年，尚嫌未洽。

㈢毒品危防制條例第4條第2項前段規定販賣第2級毒品者，處無期徒刑或10年以上有期徒刑，亦未考慮犯罪情節即輕重及危程度差異極大有過度僵化之虞對人身自由所為之限制，不符罪刑相當原則，牴觸比例原則，憲法法庭雖未對於毒品危害防制條例第4條第2項前段規定作出同此判決，然該規定亦已違反罪刑相當原則及憲法第23條之比例原則，原審並未參酌憲法法庭112年度憲判字第13號判決亦著有判決意旨，而未依刑法第59條規定酌量減輕刑，亦嫌未當等語。

三、上訴論斷：

㈠刑之減輕事由：

1.本件被告經原審法院認定所為，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，共2罪。經核均無違誤。

2.被告主張應依112年憲判字第13號判決意旨減輕其刑部分

⑴憲法法庭112年8月11日作成之112年憲判字第13號判決略以：毒品危害防制條例第4條第1項前段規定：「販賣第一級毒品者，處死刑或無期徒刑」，立法者基於防制毒品危害之目的，一律以無期徒刑為最低法定刑，固有其政策之考量，惟對諸如無其他犯罪行為，且依其販賣行為態樣、數量、對價等，可認屬情節極為輕微，顯可憫恕之個案，縱適用刑法第59條規定酌減其刑，仍嫌情輕法重，致罪責與處罰不相當。於此範圍內，對人民受憲法第8條保障人身自由所為之

限制，不符憲法罪刑相當原則，牴觸憲法第23條比例原則。司法院釋字第476號解釋，於此範圍內應予變更；相關機關應自本判決公告之日起2年內，依本判決意旨修正之。自本判決公告之日起至修法完成前，法院審理觸犯販賣第一級毒品之罪而符合前揭情輕法重之個案，除依刑法第59條規定減輕其刑外，另得依本判決意旨減輕其刑至二分之一。

⑵經查，本院審酌前引憲法法庭判決主文第2項創設之減刑事由，已係憲法法庭尊重立法者就毒品刑事政策之優先評價特權，本於司法自制，就販賣第一級毒品罪違憲部分所為替代性立法，係過渡期間保障人民之基本權不受違憲侵害所必要之權宜措施，其效力範圍亦僅限於此，已不宜任意擴張，被告本案所犯販賣第二級毒品罪部分，依前揭說明，顯非憲法法庭112年憲判字第13號判決意旨適用範疇，自不得逕予適用前揭憲法法庭判決減刑。

3.按立法者就特定之犯罪，綜合各犯罪之不法內涵、所欲維護法益之重要性、防止侵害之可能性及事後矯正行為人之必要性等各項情狀，於刑罰法律規定法官所得科處之刑罰種類及其上下限（即法定刑）。惟犯罪之情狀千變萬化，為賦予法官在遇有客觀上顯可憫恕之犯罪情狀，認即使科處法定刑最低刑度，仍嫌過重之狀況時，得酌量減輕其刑至較法定最低度為輕之刑度，以符合憲法罪刑相當原則，爰訂定刑法第59條作為個案量刑調節機制，以濟立法之窮。而該條所稱「犯罪之情狀」，與同法第57條所規定科刑時應審酌之「一切情狀」，並非有截然不同之領域，故是否依刑法第59條規定酌減其刑，自應就同法第57條各款所列事項，以及其他一切與犯罪有關之情狀，予以全盤考量，審酌其犯罪有無顯可憫恕之情狀，以為判斷（最高法院112年度台上字第4648號判決意旨參照）。又按同為販賣毒品者，其犯罪情節差異甚大，所涵蓋之態樣甚廣，考量販賣行為態樣、數量、對價，以衡酌行為人違法行為之危害程度及其所應負責任之輕重，倘認宣告最低法定刑，尚嫌情輕法重，自應適用刑法第59條規定

酌減其刑。又刑法第59條關於犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑，仍嫌過重者，得酌量減輕其刑之規定，乃法院得依個案情節自由裁量之事項，惟此裁量須與公平、比例、罪責相當等原則無違（最高法院114年度台上字第552號判決意旨參照）。查販賣第二級毒品之法定本刑為無期徒刑或10年以上有期徒刑，而被告於偵查中曾坦承犯行，於原審審理時否認犯行，上訴後於本院審理時終能坦承犯行，然已無毒品危害防制條例第17條第2項而得以減輕其刑之適用。又被告雖主張本件販賣之第二級毒品來源為陳永春及劉宸皓，然據屏東縣政府警察局屏東分局115年1月8日屏警分偵字第1149024333號函暨所附職務報告稱：「職接獲臺灣高等法院高雄分院函文調查114年度上訴字第826號毒品危害防制條例案件，本件有無因被告蘇偉凱（男、民國00年0月00日生、身分證統一編號:Z000000000號）之述，因而查獲上手「陳永春」、「劉宸皓」？本案蘇偉凱僅有提供嫌疑人姓名陳永春、劉宸皓，但未提供其他資訊（對話紀錄、通訊方式），在本單位查獲陳永春、劉宸皓相關線索前，已遭查獲，故未能因蘇偉凱供述查獲上手」等語（本院卷第121至124頁），是本件並無因被告供出其毒品來源因而查獲之情形，亦無毒品危害防制條例第17條第1項而得以減輕或免除其刑之事由。以被告所為販賣第二級毒品次數為2次，對象雖僅有1人，販賣時間均係於112年6月下旬，金額分別為3700元、3500元，被告復無販賣毒品之前科，此有法院前案紀錄表可資為證（本院卷第43至59頁），足認被告使毒品流通所造成之危害相對有限，被告亦非一再透過販賣毒品牟利、不知悔改之人，如量處最輕度刑即有期徒刑10年，依一般人之認知仍有過重之情形，應尚有依刑法第59條調節毒品危害防制條例第4條第2項之法定刑之需，爰依刑法第59條之規定予以酌減。

㈡撤銷改判部分（量刑）：

1.原審據以論處被告罪刑，固非無見。惟查本件應適用刑法第

59條予以減刑，業如前述，是被告上訴意旨引用憲法法庭112年憲判字第13號判決意旨，請求減刑，固無理由，惟原審未適用刑法第59條規定予以減刑，容有微瑕，自應由本院將原判決關於被告所處之宣告刑及所定應執行刑撤銷改判。

2.本院之量刑審酌

爰以行為人之責任為基礎，審酌被告漠視法令禁制而販賣甲基安非他命，助長施用毒品惡習，戕害國民身心健康，並已對社會治安造成潛在性危險，所為實屬不該。復審酌被告於偵查中曾坦承犯行，然於原審審理時否認犯行，上訴後本院審理時終能坦承犯行之犯後態度。另兼衡被告之智識程度、工作、收入、生活情狀、家庭狀況等節（因涉及個人隱私，故不予揭露）、前有違反毒品危害防制條例等前科素行、刑法第57條之各款事由，量處如附表主文欄所示之刑。又本院斟酌販賣毒品罪之規範目的在防止毒品泛濫，危害國民健康，被告雖販賣第二級毒品2次，然如以實質累加之方式定應執行刑，則處罰之刑度顯將超過其行為之不法內涵，而違反罪責原則；衡以被告販賣第二級毒品之犯行係侵害同一種類之法益，對法益侵害之加重效應不大，被告如因本案之過錯而受實質累加之重刑，造成被告青壯年期間長期在監而致日後更生困難，致其人格遭受扭曲或完全性之抹滅，亦與刑罰目的相悖，爰綜合上開各情及考量刑罰手段之相當性，乃就被告所為如附表所示之2次販賣第二級毒品犯行，定其應執行之刑如主文第2項所示。

據上論結，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

本案經檢察官簡弓皓提起公訴，檢察官黃莉琄到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　16　　日

刑事第八庭　審判長法　官　陳中和

法　官　莊崑山

法　官　陳紀璋

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　　115　　年　　4　　月　　16　　日

書記官　蔡佳君

附錄本判決論罪科刑法條：

毒品危害防制條例第4條第2項

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。

附表：

編號	主文	備註
1	蘇偉凱處有期徒刑捌年陸月。	即原判決事實欄一（一）部分
2	蘇偉凱處有期徒刑捌年陸月。	即原判決事實欄一（二）部分