臺灣高等法院高雄分院刑事判決

115年度上訴字第338號

上　訴　人
即　被　告　洪建興
000000000000000000
000000000000000000

選任辯護人　鄭伊鈞律師（法扶律師）

上列上訴人因毒品危害防制條例案件，不服臺灣屏東地方法院114年度訴字第810號，中華民國115年1月20日第一審判決（起訴案號：臺灣屏東地方檢察署114年度偵字第11823號、114年度偵字第12355號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

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。本件上訴人即被告洪建興（下稱被告）已明示僅就量刑部分提起上訴，因此本院僅就被告上訴之刑部分加以審理，其餘原判決所認定被告之犯罪事實、所犯罪名、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：被告有供出本案第一級毒品之來源為鍾雪英，警方亦依被告所提情資查獲鍾雪英確有涉及毒品（施用）犯嫌，應有毒品危害防制條例第17條第1項規定之適用；被告販賣第一級毒品共8次，但對象僅有2人，並無廣為散佈，非大盤毒梟，販毒價金僅新臺幣（下同）500元、1千元、3千元不等，犯罪情節與所獲取之利益與毒梟不同，縱使已依據毒品危害防制條例第17條第2項及刑法第59條遞減刑度，仍嫌過重，原審定應執行刑仍有過高，請求撤銷改判較輕之刑，並從輕定應執行刑等語。

三、原判決係認定：核被告就附表編號1至8所為，均係犯毒品危害防制條例第4條第1項之販賣第一級毒品罪；被告因販賣而持有第一級毒品海洛因之低度行為，為其販賣之高度行為所吸收，均不另論罪。被告所犯前開各罪，犯意各別，行為互殊，應予分論併罰。

四、刑之加減

㈠、被告得適用修正前毒品危害防制條例第17條第2項減輕其刑：

按犯第4條至第8條之罪於偵查及審判中均自白者，減輕其刑，毒品危害防制條例第17條第2項定有明文。被告於偵查、原審及本院審理中均對上開犯罪事實坦白不諱，符合上開規定，自均應依上開規定，減輕其刑。

㈡、本案不符合修正前毒品危害防制條例第17條第1項減刑規定之適用：

1.按毒品危害防制條例第17條第1項所謂「供出毒品來源，因而查獲」，必以被告所稱供應自己毒品之人與嗣後查獲之其他正犯或共犯所犯之罪之間具有關聯性，始稱充足。倘被告所犯之罪之犯罪時間，在時序上較早於該正犯或共犯供應毒品之時間，即令該正犯或共犯確因被告之供出而被查獲；或其販賣毒品之時序雖較晚於該正犯或共犯供應毒品之時間，惟其被查獲之案情與被告自己所犯之罪之毒品來源無關者，均仍不符合上開應獲減免其刑規定之要件（最高法院110年度台上字第1473號判決要旨參照）。

2.被告於警詢中固曾供出其毒品上游為暱稱為「鍾仔」之人，復指認該人之住址、暱稱，並提出其與該人之手機LINE對話紀錄等資料（見警卷第5頁、偵卷第20頁、本院卷第127頁），惟被告本案最後一次販賣毒品之時間為114年6月3日13時12分許（即如原審附表編號8所示部分），而被告雖自警詢時起供稱：我從113年開始向鍾仔購買海洛因毒品云云，然觀被告所提出之與「鍾師父按摩師」聊天對話紀錄，係自114年7月26日之後始有多次聯絡，被告並稱：（114年）7月

26日、8月1日、8月4日、8月5日....8月24日...總共11次都有交易成功，我都在他家外面打電話，有些無回應是他手機響看到是我就會掛斷等語；縱被告上開供詞屬實，被告亦是本案販毒行為發生後始與鍾雪紅有所通聯，此前雙方並無任何通聯、對話，顯見被告所稱向鍾雪紅購買毒品之情事，其所提出之證據、亦即與鍾雪紅之聯繫紀錄，均係發生在本案犯行之後，時序上自難認其所謂之供出毒品來源與本案販賣犯行有何關連。除此之外，就其本案販賣之毒品係於何時、向何人購買，被告均未曾提出任何具體事證以供調查，是本案並無因被告之供述查獲其本案販賣毒品上游之情形，自無修正前毒品危害防制條例第17條第1項減刑規定之適用。

㈢、刑法第59條部分：

按刑法第59條之酌量減輕其刑，必須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，認為即使宣告法定低度刑期，仍嫌過重，或因立法至嚴，確有情輕法重的情形，始有適用。是以，為此項裁量減輕其刑時，必須就被告全部犯罪情狀予以審酌，在客觀上是否有足以引起社會上一般人之同情，而可憫恕之情形，始謂適法。毒品危害防制條例第4條第1項關於販賣第一級毒品罪之法定刑為：「死刑或無期徒刑；處無期徒刑者，得併科新臺幣2,000萬元以下罰金」，惟販賣毒品案件中，同為販賣毒品之人，其原因動機不一，犯罪情節未必盡同，或有大盤毒梟者，亦有中、小盤之分，甚或僅止於吸毒者同儕間為求互通有無之有償轉讓者亦有之，其販賣行為所造成危害社會之程度自屬有異，於此情形，倘依其情狀處以適當徒刑，即足以懲儆，並可達防衛社會之目的者，自非不可依客觀之犯行與主觀之惡性二者加以考量其情狀，是否有可憫恕之處，適用刑法第59條之規定酌量減輕其刑，期使個案裁判之量刑，能斟酌至當，符合比例原則（最高法院95年度台上字第6157號判決意旨參照）。被告無視我國杜絕毒品犯罪之禁令，猶為本案販賣第一級毒品犯行，固應非難，惟其各次販賣第一級毒品犯

行，販賣數量及金額均屬不大，且販賣之對象固定，足認被告所為對於毒品流通之助長程度非鉅，其對社會秩序與國民健康之危害，尚難與長期、大量販賣第一級毒品之毒梟相比擬，衡其犯罪情狀，本院認縱依毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑後科以法定最低度刑，仍嫌過重，且無從與大量販賣第一級毒品之惡行區別，確有情輕法重之失衡情狀，爰均依刑法第59條規定減輕其刑，並依法遞減之。

㈣、本案並無憲法法庭112年憲判字第13號判決意旨之適用：

另憲法法庭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。經查：被告犯如原審附表編號1至8所示販賣第一級毒品罪，其法定刑為死刑或無期徒刑（處無期徒刑者，得併科新臺幣2千萬元以下罰金）。本院既已依毒品危害防制條例第17條第2項及刑法第59條之規定減輕其刑，其處斷刑已大幅減輕，且被告本件販賣第一級毒品達8次，並非偶一為之，難認屬112年憲判字第13號判決所稱「情節極為輕微」之情況，於適用刑法第59條規定酌減其刑後，已無情輕法重，致罪責與處罰不相當之情形，當無112年憲判字第13號判決之適用。

五、上訴論斷

㈠、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。

㈡、原審就被告上開犯行，以行為人之責任為基礎，審酌被告明知毒品不僅危害人體至深，更可能造成社會治安之潛在危害，故我國對於毒品犯罪查緝甚嚴，竟仍漠視政府杜絕毒品犯罪之禁令，為圖獲利而販賣第一級毒品，助長濫用毒品風氣，所為實非可取，應予非難；惟念被告販賣之對象尚屬固定，其各次販賣之數量、獲利金額固略有差異，惟均非鉅；兼衡被告之智識程度、家庭生活經濟狀況，暨其前科素行，以及其自始均坦認犯行等犯罪情節，暨衡其犯罪動機、手段、於法院審理時自述之智識程度與生活狀況等一切情狀，分別量處如原審附表編號1至8（有期徒刑7年7月共2次、7年8月共5次、7年10月1次）所示之刑，復審酌被告所犯上開8次販賣第一級毒品之犯罪類型、動機均相近，由時間之密接性及犯罪之目的、手段觀之，被告所顯示之人格面向並無不同，其責任非難重複性較高，且販賣對象重疊度高，於定應執行刑時應予以較高幅度之刑度折讓，衡以刑罰目的及相關刑事政策、數罪併罰定執行刑規定所採取之限制加重原則等因素，就被告所犯各罪所處之刑定應執行刑有期徒刑12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，定應執行刑亦未違背外部性界限或顯失公平、違背比例原則及整體法律秩序，應屬適當。被告上訴意旨主張原審量刑過重及定應執行刑過重部分，然本院審酌原審就被告所犯之販賣第一級毒品罪，各量處有期徒刑7年7月、7年8月、7年10月，僅較遞減刑後之最低度刑有期徒刑7年6月略增1個月到4個月

不等，客觀上已屬輕度刑，而定應執行刑部分，原審就被告所犯之8次販賣第一級毒品罪定應執行有期徒刑12年，僅就所宣告各罪之最長期刑有期徒刑7年10月增加4年2月，等同對於其餘之7次販賣第一級毒品罪各增加約7個月之刑期（計算式：4年2月=50個月，50個月÷（7罪）≒7個月），亦難認有何評價過度而應改定較輕之應執行刑之情形。從而，被告執前詞上訴，為無理由，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第368 條，判決如主文。

本案經檢察官李昕庭提起公訴，檢察官吳茂松到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　5　　月　　19　　日

刑事第五庭　審判長法　官　簡志瑩

法　官　李政庭

法　官　陳君杰

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決，應於判決送達後20日內向本院提出上訴狀，其未敘述理由者並應於提出上訴狀後20日內向本院補提理由書（應附繕本）。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　5　　月　　19　　日

書記官　陳金卿

附錄本判決論罪科刑法條：

毒品危害防制條例第4條第1項

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，得併科新臺幣二千萬元以下罰金。