臺灣高等法院高雄分院刑事判決

115年度上訴字第958號

上　訴　人
即　被　告　張開平
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000

選任辯護人　賴俊佑律師（法扶律師）

上列上訴人因毒品危害防制條例案件，不服臺灣高雄地方法院114年度訴字第207號，中華民國115年3月17日第一審判決（起訴案號：臺灣高雄地方檢察署113年度偵字第9071、9073、9074號），關於科刑部分，提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

一、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3項定有明文。查上訴人即被告張開平（下稱被告）迭明示僅針對量刑上訴（本院卷第63至65、84至85頁）。職是，本院僅就原判決之宣告刑及定應執行刑妥適與否，進行審理。

二、被告上訴意旨略以：被告本案交易對象，或為同住友人，或為共犯，且各次販賣金額甚低，部分犯行尚未收取價金，更有僅止於未遂者，是原審未予適用刑法第59條對被告之附表二各罪再予減刑，自有違誤；另請於適用刑法第59條為被告所犯各罪予以減刑後，再予斟酌被告各罪犯行乃集中於同一日所犯等節，對被告從輕定應執行刑等語。

三、刑之減輕事由（註：因本案僅被告就量刑部分上訴，是以本院應受原判決關於本案並「無」「毒品危害防制條例第9條第3項」該當認定之拘束）

㈠毒品危害防制條例第17條第2項偵審自白減輕：

犯第4條至第8條之罪於偵查及歷次審判中均自白者，減輕其

刑，毒品危害防制條例第17條第2項定有明文。就附表二所示之4次犯行，被告於偵查及歷審均自白不諱，自俱應依毒品危害防制條例第17條第2項之規定，減輕其刑。

㈡未遂犯減輕：

未遂犯之處罰，以有特別規定者為限，並得按既遂犯之刑減輕之，刑法第25條第2項定有明文。被告所犯附表二編號4該罪乃未遂犯，所生損害較既遂犯為輕，爰依刑法第25條第2項之規定，按既遂犯之刑減輕之。

㈢附表二之4罪均「無」刑法第59條之適用：

1.刑法第59條規定之酌量減輕其刑，必須犯罪另有特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，認為即使予以宣告法定最低度刑，猶嫌過重者，始有其適用。此所謂法定最低度刑，固包括法定最低本刑；惟遇有其他法定減輕之事由者，則應係指適用其他法定減輕事由減輕其刑後之最低度刑而言。倘被告別有法定減輕事由者，應先適用法定減輕事由減輕其刑後，猶認其犯罪之情狀顯可憫恕，即使科以該減輕後之最低度刑仍嫌過重者，始得適用刑法第59條規定酌量減輕其刑（最高法院100年度台上字第744號判決意旨參照）。

2.「販賣第三級毒品罪」之法定刑區間固為「7年以上有期徒刑（且得併科罰金）」，要屬非輕，然以毒品危害人體至深，且施用者猶有為獲毒品而另犯刑案之可能，造成社會治安之潛在危害等情觀之，即原可就實際販賣毒品之情節、數量、惡性及所生危害，於法定刑度內為適當調整，法定刑並無過重之處，本難認情輕法重，客觀上實無足以引起一般同情之情狀，而有情堪憫恕之情事；且毒品於國內流通日益氾濫而危害漸鉅，此乃一般普遍大眾皆所週知，苟於法定刑度之外，動輒適用刑法第59條規定減輕其刑，更不符禁絕毒品來源，使國民遠離毒害之刑事政策。

3.雖被告本案交易對象，或為同住友人，或為共犯，且各次販賣之金額，乃有尚未實際收取者。惟本案各次交易金額乃在新臺幣（下同）1050元至4500元之間，均非區區之數，要非

被告上訴意旨所稱販賣金額甚低，則被告助長毒品流通之犯情非輕，在客觀上原無足以引起同情之處。況被告之附表二共4罪均已可依毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑，尤編號4該罪，復可另依未遂犯規定，遞減其刑，是本案自更無情輕法重之情，故被告自無再適用刑法第59條規定酌減其刑之餘地，被告及其辯護人此部分所述，即無可採。

㈣被告前僅提供綽號「阿宏」、「鴻」之人而欠缺正確年籍及其他可供查緝之資料，是檢警並未因而查獲其他正犯或共犯乙節，有嘉義縣警察局114年9月16日嘉縣警刑偵一字第1140055185號函暨職務報告、臺灣高雄地方檢察署114年9月22日雄檢冠麟113偵9071字第1149083322號函在卷可佐（原審卷第145至149、151頁），則本案同無毒品危害防制條例第17條第1項規定之適用，亦併敘明。

㈤綜上，被告就附表二編號1至3之罪，均應依毒品危害防制條例第17條第2項規定，減輕其刑；另就附表二編號4之罪，則兼具毒品危害防制條例第17條第2項、刑法第25條第2項之減輕事由，爰依法遞減輕之。

四、上訴有無理由之論斷

㈠被告本案所犯附表二各罪，均無刑法第59條之適用，已見前述。

㈡關於原判決各罪宣告刑及所定應執行刑，是否過重之說明：

1.量刑輕重，屬為裁判之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，如無偏執一端，致明顯失出失入情形，上級審法院即不得單就量刑部分遽指為不當或違法，首應指明。

2.原審審酌被告知悉毒品戕害施用者之身心健康，仍無視於國家防制毒品危害之禁令，販賣第三級毒品，助長濫用毒品風氣，危害社會治安，所為實不足取。惟考量被告犯後始終坦承全部犯行，態度尚可，並衡以本案販賣第三級毒品之數量、所獲或預計獲取之利益，就附表二編號1、2之部分，係

以較低之價格（單價）出售予具有相當熟識程度之邵景婷7包、鍾振惟10包，其中出售予鍾振惟之數量略高於出售予邵景婷之數量，又就附表二編號3、4之部分，則係以較高之價格（單價）出售10包、20包毒品咖啡包予無熟識關係之第三人；佐以附表二編號4部分，因交易對象為查緝員警而未遂且有2種減刑事由如前所述。又參以被告與共犯鍾振惟就附表二編號3、4部分之分工模式，可知被告負責與上游取得本案毒品咖啡包，交給共犯鍾振惟對外販售及交易，2人再予以分潤，是考量被告本案所犯歷次犯行之可非難性、不法惡性及犯罪情節等因子；再參酌被告於原審審理中自陳之智識程度、家庭經濟與生活狀況（因涉及被告個人隱私，詳見原審卷第232頁），及如法院前案紀錄表所示之素行等一切情狀，量處如附表二編號1至4「原判決主文（不含沒收、追徵）欄」各所示之刑。末以量刑之限制加重原則，並為貫徹量刑公平正義之理念，考量被告販賣毒品之對象尚非甚多，犯罪所得尚非甚鉅，各次販賣毒品之方式與態樣相似，且犯罪時間相近，併斟酌被告犯罪行為之不法與罪責程度、各罪所反應被告人格特性與傾向等情況，為整體非難評價後，爰定其應執行之刑為有期徒刑4年6月。

3. 本院審酌原審之量刑，已就刑法第57條所列事項，均予適正納為量刑審酌，而顯乏偏執一端之失，且未逾越法定刑度，又無濫用裁量權限之處，即難認有何量刑過重之失。再者，原審顯基於多數犯罪責任遞減原則，考量被告整體犯行，而在有期徒刑3年9月至13年之適法定應執行刑區間內，為被告定其應執行之刑為有期徒刑4年6月，而趨近於前述區間之最下限，自應已考量上訴意旨所稱「附表二4罪實際上發生於同日」即「犯罪犯罪時間相近」一情，同乏定刑過重之違誤。

㈢綜上，被告上訴意旨所載均屬無理由，本院自應予駁回被告之上訴。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

本案經檢察官鄭玉屏提起公訴，檢察官蔡宗聖到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　7　　月　　21　　日

刑事第二庭　審判長法　官　孫啓強

法　官　林永村

法　官　莊珮吟

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　　7　　月　　21　　日

書記官　方柔尹

附表一（略）

附表二：

編號	犯罪事實即原判決	買賣價金（新臺幣）	原判決主文（不含沒收、追徵）
1	事實欄一㈠	1050元	張開平犯販賣第三級毒品罪，處有期徒刑參年柒月。
2	事實欄一㈡	1500元	張開平犯販賣第三級毒品罪，處有期徒刑參年捌月。
3	事實欄二㈠	2500元	張開平共同犯販賣第三級毒品罪，處有期徒刑參年玖月。
4	事實欄二㈡	4500元	張開平共同犯販賣第三級毒品罪，處有期徒刑貳年。 （說明：原判決此部分之主文漏載「未遂」，惟對照事實、理由欄可知係屬「顯然錯誤」而不影響判決結果，是以無礙本案得為量刑上訴）

◎附錄本案所犯法條：

《毒品危害防制條例第4條第3項、第6項》

製造、運輸、販賣第三級毒品者，處7年以上有期徒刑，得併科新臺幣1000萬元以下罰金。

前五項之未遂犯罰之。