臺灣高等法院高雄分院刑事判決

115年度交上訴字第55號

上　訴　人
即　被　告　李正畬
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000

指定辯護人　本院公設辯護人陳信凱

上列上訴人因違反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92號，中華民國115年5月15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35285號、113年度偵字第35286號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

一、審理範圍：

本案上訴人即被告Ａ０２提起上訴，依被告於準備程序中，明示僅就原審判決關於「意圖販賣而持有第二級毒品而混合二種以上之毒品罪」之量刑上訴，並當庭撤回除此以外其他部分之上訴（本院卷第98、105、107頁），依刑事訴訟法第348條第3項規定，本院僅就原判決關於「意圖販賣而持有第二級毒品而混合二種以上之毒品罪」之量刑合法、妥適與否，進行審理，至於原判決其他部分，則非本院審理範圍。

二、被告上訴意旨：

㈠被告應無依累犯規定加重其刑之必要：

本件檢察官主張被告為累犯，應依累犯之規定加重其刑乙節，僅提出高雄地檢署執行指揮書電子檔紀錄及被告相關刑事判決為據，惟此是否已就構成累犯之事實「具體指出證明方法」實甚有疑慮，更遑論未見其具體指出被告所犯前後數罪問，關於前案之性質、前案徒刑之執行完畢情形、再犯之原因、兩罪間之差異（是否同一罪質、重罪或輕罪）、主觀

犯意所顯現之惡性及其反社會性等各項情狀，則揆諸最高法院110年度台上大字第5660號刑事裁定意旨，自難認檢察官已對被告加重量刑事項盡其舉證之責，無從作為法院綜合判斷被告有無因加重本刑致生所受刑罰超過其所應負擔罪責之情形俾符合正當法律程序及罪刑相當原則之要求。原審未察，驟認檢察官已就被告應論以累犯加重其刑之事項具體主張並指出證明方法，而依刑法第47條第1項規定加重被告最低本刑，顯有違誤之處，應予撤銷。

㈡被告應有刑法第62條自首減刑規定適用：

本件查獲之緣由乃因被告駕駛本案車輛遭攔停盤查，復衡以警方二次之職務報告內容，可知員警前往盤查時，被告基於意圖販賣而持有毒品之犯行尚未經警方發覺，後續雖因被告主動取出口袋之梅錠並經附帶搜索該車輛而發現愷他命、毒品咖啡包等物，然警方尚無確切之客觀根據可認被告涉有意圖販賣而持有毒品等犯行，且以本案扣得之毒品客觀數量以觀，被告持有目的仍可能係供己施用，尚難推斷被告有轉手販賣予第三人之嫌疑，待被告於113年11月13日接受警詢時，方向警方供稱係依指示持有扣得之毒品並駕車前往指示地點以供販售之營利意圖等情。是足認被告係自行向犯罪偵查人員揭露尚未被發覺之本案犯行，揆諸臺灣高等法院高雄分院113年度上訴字第220號刑事判決意旨，被告應有刑法第62條自首減刑規定之適用。原審未察，謂被告自白其有意圖販賣而持有毒品之犯行前，員警已可藉由扣得之毒品數量、種類及數個夾鏈包內均分裝有包數不一之愷他命等情形，合理懷疑被告係意圖販賣而將有該等毒品，難認被告符合自首之要件等語，驟為不利被告認定，實難謂為允當，而有違誤之處，應予撤銷。

㈢被告應有符合刑法第59條減輕其刑規定：

被告於本案中之角色，應是俗稱的「小蜜蜂」，非位居主應導角色，且甫加入第二天即遭查獲。是衡以上情，並參酌被告觸犯本案之原因背景、具體犯罪情節、主觀惡性及被告犯

後始終坦承犯行等情狀，縱依偵審自白等相關規定減刑後，量處最低刑度恐猶嫌過重，而有情輕法重之情事，應有依刑法第59條規定減輕其刑，以期罪刑相當並符比例原則。原審不察，認被告已適用毒品危害防制條例第17條第1、2項規定予減輕其刑，並綜觀各情節，實難認本案有情輕法重等客觀上足以引起一般同情之情形，無再另依刑法第59條規定為酌減其刑之餘地，而為不利被告之認定，洵難謂為適法等語。

三、上訴論斷（上訴駁回之理由）：

㈠刑之加重、減輕事由之說明：

1.本件被告應論以累犯並加重其刑

按受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，5年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至二分之一，刑法第47條第1項定有明文。又累犯之加重，係因犯罪行為人之刑罰反應力薄弱，需再延長其矯正期間，以助其重返社會，並兼顧社會防衛之效果，要與前後所犯各罪動機、罪名是否相同或情節是否相當，無何必然之關連。而關於被告構成累犯之事實及應加重其刑之事項，如已由檢察官主張並具體指出證明之方法，並經法院踐行調查、辯論程序，自得作為論以累犯及是否加重其刑之裁判基礎（最高法院114年度台上字第5162號判決意旨參照）。經查：

⑴被告前因違反洗錢防制法等案件之數罪，經本院以113年度聲字第370號裁定應執行有期徒刑4月確定，並於113年5月29日徒刑執行完畢出監等情，有其法院前案紀錄表在卷可參。被告於前開有期徒刑執行完畢後，5年內故意再犯本件有期徒刑之罪，均為累犯，並經檢察官提出高雄地檢署執行指揮書電子檔紀錄及被告相關刑事判決等件附卷佐證（訴字卷第381至393頁），且敘明應加重其刑之理由（訴字卷第378頁），應認檢察官已就被告應論以累犯加重其刑之事項具體主張並指出證明方法。又經原審法院踐行調查、辯論程序（原審卷第377至379頁），自得作為論以累犯及是否加重其刑之裁判基礎。

⑵被告本件行為罪質固與前揭構成累犯之原因案件不盡相同，惟原審法審酌被告於上開案件執行完畢後，再為此等侵害社會法益更鉅之意圖販賣而持有毒品犯行，顯見其並未因前案執行產生警惕作用，反而法敵對意識益趨升高，對於刑罰之反應力仍屬薄弱，卷內又查無其他證據資料足認被告有因加重本刑致生所受刑罰超過其所應負擔罪責之情形，是依前揭最高法院判決意旨，應認檢察官請求依刑法第47條第1項規定加重被告最低本刑，為有理由，依上開規定加重其刑。本院復審酌被告前開案件甫於113年5月29日徒刑執行完畢出監後，隨即於113年11月12日違犯本案，其間距離不到半年，足認被告對刑罰之反應力仍屬薄弱，原審依刑法第47條第1項規定加重其刑，經核並無不合，上訴意旨以自難認檢察官已對被告加重量刑事項盡其舉證之責云云，屬無理由。

2.毒品危害防制條例第17條第2項減刑規定之適用

按犯第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。經查，被告於偵訊及原審法院審理時均坦承如原判決事實欄一所示之犯行不諱，已如前述，應依毒品危害防制條例第17條第2項規定，就被告所犯如原判決事實欄一所示之犯行減輕其刑。

3.毒品危害防制條例第17條第1項減刑規定之適用

查本件確有因被告之供述查獲其所屬販毒集團之其他成員蔡閔傑、馮晉瑜、許育源、梁日財、陳胤愷、洪子軒、王朝輝、劉書安、林俊緯等人販賣毒品之犯行，有高雄市政府警察局刑事警察大隊114年9月24日高市警刑大偵9字第11472718400號函檢附員警職務報告及刑事案件報告書等件存卷可佐（訴字卷第163至180頁）。故被告就原判決事實欄一所示之犯行，即有毒品危害防制條例第17條第1項減輕或免除其刑規定之適用，惟審酌被告本案犯行所造成之社會危害性非微，原審本院認不宜逕免除其刑，僅依上開規定減輕其刑，經核並無不合。

4.本件無刑法第62條自首減刑規定之適用

按刑法第62條前段之自首減輕其刑，係對於未發覺之犯罪，在有偵查犯罪職權之公務員知悉犯罪事實及犯人前，向職司犯罪偵查之公務員坦承犯行，並接受法院之裁判而言。苟職司犯罪偵查之公務員已知悉犯罪事實及犯罪嫌疑人後，犯罪嫌疑人始向其坦承犯行，則為自白而非自首。且所謂發覺，不以有偵查犯罪之機關或人員確知其人犯罪無誤為必要，僅須有確切之根據得為合理之可疑，即屬發覺。另實質上一罪如接續犯、繼續犯、加重結果犯、結合犯、吸收犯、常業犯或集合犯等，倘部分犯罪事實已先被發覺，即難認其主動供出其他部分事實仍有自首減輕其刑之適用（最高法院113年度台上字第790判決意旨參照）。經查，本案係警方執行巡邏勤務時，見被告駕駛本案車輛未繫安全帶，遂上前攔停，並於製單告發被告時，即目視被告所著運動褲右邊口袋有多包夾鏈袋裝有錠劑，經現場鑑驗確定為第二級毒品，遂依法逮捕被告，並附帶搜索被告駕駛之本案車輛扣得如原判決附表編號1至6所示等物，過程中被告並未主動告知有意圖販賣而持有毒品之情形，有高雄市政府警察局苓雅分局搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、扣押物品收據、高雄市政府警察局苓雅分局113年12月19日高市警苓分偵字第11375474900號函檢附員警職務報告、高雄市政府警察局苓雅分局114年8月4日高市警苓分偵字第11473244400號函檢附員警職務報告暨密錄器影像光碟等件存卷可考（偵一卷第39至45、171至173頁；訴字卷第139至141頁、證物存置袋），可見在被告自白其有意圖販賣而持有毒品之犯行前，員警已可藉由扣得之毒品數量、種類等情形，合理懷疑被告係意圖販賣而持有該等毒品，乃詢問上訴人上開扣案毒品之用途，始經被告坦承意圖販賣而持有等情，即難認被告符合自首之要件。上訴意旨雖以前詞主張本案應有刑法第62條前段自首減刑規定之適用云云。然揆之上開說明，被告持有第二級毒品之低度行為，為意圖犯而持有第二級毒品行為所吸收，屬實質上一罪。警察既已自行查獲被告「持有」如原判決附表編號5、6所示23

片毒梅錠、29包愷他命等二級毒品，此際被告部分犯罪事實（「持有」第二級毒品之低度行為）已被發覺，則被告事後自承意圖販賣而持有第二級毒品，亦僅屬自白，而無自首規定之適用。是原審認本案被告無自首規定之適用，經核尚無不合。此揭上訴意旨，乃不可採。

5.本件無刑法第59條減刑規定之適用

按刑事審判旨在實現刑罰權之分配正義，故法院對有罪被告之科刑，應符合罪刑相當之原則，使輕重得宜，罰當其罪，以契合社會之法律感情，此所以刑法第57條明定科刑時應審酌一切情狀，尤應注意該條所列10款事項以為科刑輕重之標準，並於同法第59條賦予法院以裁量權，如認犯罪之情狀可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，得酌量減輕其刑，俾使法院就個案之量刑，能為適當之斟酌。刑法第59條之所謂犯罪之情狀，應審酌其犯罪有無可憫恕之事由，即有無特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，暨宣告法定最低度刑，是否猶嫌過重等因素，以為判斷（最高法院111年度台上字第550、2463號判決意旨參照）。經查，被告所犯如事實欄一所示之犯行，已適用毒品危害防制條例第17條第2項、第1項規定減輕其刑，而被告本案意圖販賣而持有之毒品種類並非單一且具有一定之數量，助長毒品流通，戕害國民身心健康及危害社會秩序甚鉅，當非個人一己之生命、身體法益所可比擬，綜觀上開各情節，實難認本案有情輕法重等客觀上足以引起一般同情的情形，自無再依刑法第59條規定酌減其刑之餘地。是辯護人請求就被告如事實欄一所示之犯行，再依刑法第59條規定減輕其刑，尚非有據。

6.被告如事實欄一所示之犯行有上開刑之加重、減輕事由，爰依刑法第71條第1項、第2項、第70條之規定先加重後再依較少之數遞減輕之。

㈡量刑：

按刑罰之量定，係實體法上賦予事實審法院得依職權自由裁量之事項，倘其裁量權之行使並無明顯濫用致有違背公平、

比例及罪刑相當原則之情形者，與法律授予裁量權行使之目的契合，即不能任意指為違法或不當。本件經原審判決，審酌被告：1.知悉甲基安非他命、愷他命、硝甲西泮、硝西泮係列管之第二、三、四級毒品，且預見毒品咖啡包常混合有二種以上之毒品，戕害施用者之身心健康及其等家庭社會生活，詎其竟無視法律禁令，為本案意圖販賣而持有第二級毒品而混合二種以上毒品、意圖販賣而持有第三級毒品之犯行，助長毒品流通而影響社會治安甚鉅，所為實值非難；2.前曾因詐欺等案件（構成累犯部分不重複評價），經法院論罪科刑之素行，有其法院前案紀錄表在卷可憑；3.犯後始終坦認所有犯行之態度；4.自承之智識程度、工作、收入、家庭生活等一切情狀（訴字卷第376頁，因涉及個人隱私，故不予公開揭露），就其所犯意圖販賣而持有第二級毒品而混合二種以上之毒品罪，量處有期徒刑1年8月。經核原審已考量被告如刑法第57條相關各款規定之犯罪情狀，就裁量權之行使並無明顯濫用致有違背公平、比例及罪刑相當原則情事，要無不當，自應予維持。被告雖執上訴意旨，指摘原判決量刑過重，核其上訴均無理由，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

本案經檢察官李汶哲提起公訴，檢察官黃莉琄到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　8　　月　　27　　日

刑事第八庭　審判長法　官　陳中和

法　官　林裕凱

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　　8　　月　　27　　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5條】
意圖販賣而持有第一級毒品者，處無期徒刑或10年以上有期徒刑，得併科新臺幣700萬元以下罰金。
意圖販賣而持有第二級毒品者，處5年以上有期徒刑，得併科新臺幣500萬元以下罰金。
意圖販賣而持有第三級毒品者，處3年以上10年以下有期徒刑，得併科新臺幣300萬元以下罰金。
意圖販賣而持有第四級毒品或專供製造、施用毒品之器具者，處1年以上7年以下有期徒刑，得併科新臺幣100萬元以下罰金。
【毒品危害防制條例第9條】
成年人對未成年人販賣毒品或犯前三條之罪者，依各該條項規定加重其刑至二分之一。
明知為懷胎婦女而對之販賣毒品或犯前三條之罪者，亦同。
犯前五條之罪而混合二種以上之毒品者，適用其中最高級別毒品之法定刑，並加重其刑至二分之一。