

臺灣高等法院臺中分院刑事判決

113年度上訴字第109號

上訴人

即被告 周智鵬

0000000000000000

0000000000000000

0000000000000000

選任辯護人 曾耀聰律師（法扶律師）

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣彰化地方法院112年度訴字第222號中華民國112年11月30日第一審判決（起訴案號：臺灣彰化地方檢察署112年度偵字第2116號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

事實及理由

壹、本案審判範圍：

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。」參諸該規定立法理由，宣告刑、數罪併罰所定之應執行刑、沒收，倘若符合該條項的規定，已得不隨同其犯罪事實，而單獨成為上訴之標的，且於上訴人明示僅就刑上訴時，第二審法院即不再就原審法院所認定之犯罪事實為審查，而應以原審法院所認定之犯罪事實，作為論認原審宣告刑、執行刑及沒收妥適與否的判斷基礎。本案上訴人即被告周智鵬（下稱被告）不服原判決提起上訴，其於本院審理程序時明示僅就原判決科刑部分提起上訴，有本院審判程序筆錄可參（本院卷第131頁），依前述說明，本院僅就原判決關於被告量刑妥適與否進行審理，至於原判決關於被告其他部分（原判決認定犯罪事實、沒收部分），則非本院審判範圍，先予指明。

貳、本案據以審查量刑妥適與否之原審法院所認定之犯罪事實、罪名：

一、犯罪事實：

周智鵬明知摻有「4-甲基甲基卡西酮」之咖啡包（以下簡稱「毒品咖啡包」）為毒品危害防制條例所列管之第三級毒品，不得非法持有、販賣，竟基於販賣含有第三級毒品4-甲基甲基卡西酮之毒品咖啡包以營利之犯意，先於民國111年9月23日21時20分許、同年月25日7時29分許，均持用其不詳門號之行動電話（另案為新北市政府警察局海山分局查扣），接續在社群通訊軟體「Twitter」內，以暱稱「祿野太郎」之名義，分別張貼內容為：「卻裝備嗎找我就對了#高雄#高雄音樂課祐高雄」、「另有裝備出售喔！甜甜不打搶1:350、10:3000、#高雄音樂課#高雄#高雄音樂課」等販賣毒品咖啡包之訊息，適為警執行網路巡邏時發現，乃改以通訊軟體微信與暱稱為「天」之周智鵬聯繫，並佯以購買第三級毒品之意，與周智鵬議妥以新臺幣（下同）977元之代價，交易毒品咖啡包3包，且經周智鵬應允加贈1包後，警方便配合先行匯款977元至周智鵬所指定為國泰世華商業銀行帳號000000000000000000號之虛擬帳戶（戶名「淞果數位股份有限公司」）內，待周智鵬確認該款項匯入後，即於111年9月25日17時12分許，前往址設屏東縣○○市○○路00號之統一超商屏棧門市，將裝有毒品咖啡包4包之包裹，以「交貨便」店到店寄送之方式，寄送至彰化縣○○市○○路0段000號之統一超商員農門市。嗣於同年月30日上午9時25分許，警方前往前揭員農門市領得周智鵬寄送之包裹，並發現其內確實裝有毒品咖啡包4包（均為銀色外包裝，上有AK47步槍圖樣），經送驗後，檢出第三級毒品4-甲基甲基卡西酮成分（總純質淨重共0.5435公克）。

二、原判決論處之罪名：

毒品危害防制條例第4條第6項、第3項之販賣第三級毒品未遂罪。

參、刑之加重或減輕事由之論述：

一、被告前因詐欺案件，經臺灣高等法院高雄分院以107年度原上訴字第26號判決，判處有期徒刑1年2月確定，於109年11月3日縮短刑期假釋出監，110年2月14日保護管束期滿未經撤銷而視為執行完畢等情，有臺灣高等法院被告前案紀錄表

附卷足佐（本院卷第73至74頁），復經檢察官於原審及本院審理時，就被告構成累犯之前階段事實以及後階段應加重其刑之事項，有所主張並具體指出證明方法，被告對於其有上開有期徒刑執行完畢情形之構成累犯前提事實，於本院審理時亦供承無誤（見本院卷第133頁），核與上開前案紀錄表一致，是被告於受有期徒刑執行完畢後，5年內故意再犯本案有期徒刑以上之罪，已構成累犯。審酌被告前案執行完畢後，未能產生警惕，於執行完畢約1年多，即為本案犯行，足徵其對於先前所受刑之執行欠缺感知而難收成效，對刑罰之反應力不足等情，適用累犯規定予以加重，不致生被告所受之刑罰超過其所應負擔罪責，導致其人身自由因此遭受過苛之侵害，而有不符憲法罪刑相當原則，進而牴觸憲法第23條比例原則之情形，爰就被告所犯之罪，依刑法第47條第1項規定加重其刑。

二、毒品危害防制條例第17條第2項：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。被告於偵查及原審、本院審理時均坦承本案販賣第三級毒品犯行不諱，應依毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑。

三、被告已著手販賣第三級毒品之實行，因佯裝買家之員警自始無購買毒品之真意，屬未遂犯，爰依刑法第25條第2項之規定減輕其刑。被告有上開加重、減輕事由，應依法先加後減，並遞減之。

四、被告無刑法第59條之適用：

按刑法第59條規定犯罪之情狀可憫恕者，得酌量減輕其刑，就販賣毒品案件中，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，甚或僅止於吸毒者友儕間為求互通有無者亦有之，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號刑事判決意旨參照)。被告本案販賣第三級毒品未遂之犯行，其法定刑為7年以上有期徒刑，不若製造、運輸、販賣第一級毒品之法定刑為死刑或無期徒刑嚴峻，且其本案犯行有上開加重減輕事由，依法先加後減再遞減之，已大幅降低原本之刑度。本院審酌被告所犯販賣第三級毒品未遂罪立法目的及對社會之危害，認為依前開規定遞減輕其刑後，已無何情輕法重之情形，於客觀上難引起一般人同情，被告所涉上開犯行，無適用刑法第59條之餘地，附此敘明。

肆、上訴駁回之理由：

- 一、被告上訴意旨略以：被告先前曾犯詐欺罪執行完畢，惟此與本案所犯販賣第三級毒品間，罪名不同、罪質迥異、犯罪類型及所保護之法益有別，難認被告有特別惡性或對刑罰反應力薄弱之情形，自無依累犯規定，加重其刑之必要，原判決依累犯規定加重，實有不當云云。
- 二、量刑輕重，屬為裁判之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，並無根據明顯錯誤之事實予以量刑刑度，亦無顯然失當或違反公平、比例及罪刑相當原則，致明顯失出失入情形，即不得能任指其裁量不當。而原審依累犯之規定，加重其刑，並就本案之量刑，以被告之責任為基礎，以卷內量刑調查資料，依刑法第57條各款所列情狀而為量刑之準據，詳為審酌並敘明理由（原判決第5至6頁），所為量刑未逾越法定刑度，復未濫用自由裁量之權限，核無違法或不當。被告及辯護人雖以前案與本案罪質不同，上訴請求不依累犯規定加重云云，按累犯之加重，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，要與前後所犯各罪類型、罪名是否相同或罪質是否相當，無何必然之關連(最高法院111年度台上字第3100號刑事判決意旨參照)，是原審依累犯規定加重其刑，無濫用自由裁量之權限，自不能遽指為違法。被告上訴請求不依累犯規定加重云云，尚難憑採。被告在本院未提出其他有利證據，不足動搖原審之量刑基礎，是被告上訴請求從輕量刑，為無理由，應予駁回。

據上論斷，依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

本案經檢察官蔡勝浩提起公訴，檢察官林弘政到庭執行職務。

中 華 民 國 113 年 4 月 10 日
刑事第十庭 審判長法官 陳 宏 卿
法官 楊 文 廣
法官 楊 陵 萍

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決應於收受送達後二十日內向本院提出上訴書狀，其未敘述上訴理由者，並得於提起上訴後二十日內向本院補提理由書(均須按他造當事人之人數附繕本)「切勿逕送上級法院」。

書記官 陳 三 軫

中 華 民 國 113 年 4 月 10 日

附錄論罪科刑法條全文：

毒品危害防制條例第4條

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3千萬元以下罰金。

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。

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1千萬元以下罰金。

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

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年以下有期徒刑，得併科新臺幣1百50萬元以下罰金。

前五項之未遂犯罰之。