臺灣高等法院刑事判決

114年度上訴字第5934號

上　訴　人　臺灣桃園地方檢察署檢察官

被　　告　李炳坤

000000000000000000

000000000000000000

000000000000000000

指定辯護人　本院公設辯護人嚴孟君

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣桃園地方法院113年度訴字第1003號，中華民國114年9月26日第一審判決（起訴案號：臺灣桃園地方檢察署113年度偵字第30937號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於刑之部分撤銷。

上開撤銷部分，李炳坤處有期徒刑貳年捌月。

事實及理由

一、審理範圍

按上訴得對於判決之一部為之；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1項、第3項分別定有明文。上訴人即檢察官提起上訴，於本院陳稱僅就量刑上訴，有本院筆錄（見本院卷第50頁）附卷可稽，業已明示僅就刑之部分一部上訴。是依刑事訴訟法第348條第3項規定，本院審理範圍僅限於原判決量處之刑，不及於原判決所認定之犯罪事實、所犯法條（論罪）、沒收等其他部分。

二、檢察官上訴意旨略以：原審就被告所涉販賣第二級毒品犯行，依刑法第59條規定再予酌減其刑，然審酌事項屬犯罪手段、犯罪所生之危險或損害，僅可為法定刑內從輕科刑之標準，不得據為酌量減輕之理由；況被告所犯販賣第二級毒品罪，既已適用毒品危害防制條例第17條第2項減刑，經此法定減輕事由減輕其刑後，其最輕刑度已由10年減為有期徒刑

5年，自無再依刑法第59條規定減輕其刑之必要，原審判決復未說明被告有何等特殊原因、背景或環境，在客觀上顯然足以引起一般人同情或憫恕等理由，請撤銷改判等語。

三、原判決基於本案犯罪事實之認定，論被告係犯毒品危害防制條例第4條第2項販賣第二級毒品罪。本院基於上開犯罪事實及法律適用，對於被告量刑部分為審理，先予敘明。

四、刑之減輕事由

㈠按毒品危害防制條例第17條第2項規定：「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」，係指偵查及審判中均有自白犯罪而言，目的乃為使案件儘速確定，鼓勵被告早日自新，並節省司法資源。又按死刑減輕者，為無期徒刑；無期徒刑減輕者，為20年以下15年以上有期徒刑；而有期徒刑、拘役、罰金減輕者，減輕其刑至2分之1，但同時有免除其刑之規定者，其減輕得減至3分之2，且有期徒刑或罰金加減者，其最高度及最低度同加減之，刑法第64條第1項、第65條第2項、第66條、第67條分別定有明文。被告就本案販賣第二級毒品犯行，於偵查、原審及本院審理時均自白不諱，爰依毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑。

㈡無毒品危害防制條例第17條第1項規定之適用

按犯毒品危害防制條例第4條至第8條、第10條或第11條之罪，供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑，毒品危害防制條例第17條第1項定有明文。被告就本案毒品之來源，於警詢中陳稱係於Telegram通訊軟體向「Tank」所購買，惟並未供出其餘有關「Tank」姓名年籍資料或可供查證之資料，並無因被告之供述而查獲其他正犯或共犯等情，有臺灣桃園地方檢察署函及桃園市政府警察局大溪分局114年3月19日溪警分刑字第1140007746號函暨所附警員職務報告在卷可參（見原審訴字卷第107、109至111頁），是本案尚無從依毒品危害防制條例第17條第1項規定予以減刑。

㈢自首部分

1.按對於未發覺之罪自首而受裁判者，得減輕其刑，刑法第62條前段定有明文。所謂「發覺」，乃指偵查機關知悉或有相當之依據合理懷疑犯罪行為人及犯罪事實而言。是自首之成立，須行為人在偵查機關發覺其犯罪事實前，主動向偵查機關申告，並接受裁判為要件（最高法院108年度台上大字第3563號刑事裁定意見參照）。

2.辯護意旨主張：被告本因涉嫌施用而遭搜索，當時警方不知其販賣之犯嫌，是經警方詢問被告自行坦承，警察扣得被告手機，其內的對話紀錄應看不出被告有販賣給徐立銘之情事，是被告自行說明相關過程，警方始知悉其販毒犯行，有自首規定之適用等語（見本院卷第57頁）。查本案係警方進行網路偵蒐時發現「Tank」於Telegram通訊軟體群組「台灣發貨區」散布販賣大麻資訊，以非記名電子錢包收款，以空軍一號客運交寄或埋包方式出貨，警方分析轉入該非記名錢包金流後，陸續查獲購毒者，並檢具通訊軟體群組資料及被告電子錢包支付地址、交易紀錄等，以被告涉嫌施用大麻涉嫌重大，經檢察官審核後向原審法院聲請核發搜索票獲准，嗣經警持法院核發之搜索票（113年度聲搜字第526號）執行搜索，扣得如原判決附表編號1所示被告手機，發覺被告手機內有其向「Tank」洽談購買大麻之Telegram通訊軟體對話紀錄，而被告手機內其與徐立銘間之通訊軟體Telegram對話紀錄未經留存，其與徐立銘間之通訊軟體Messenger對話紀錄則僅留存徐立銘向被告傳訊稱「還是你能幫我問問是靠高雄北邊還是靠南，我比較好找飯店」之對話訊息，並無足以辨識關涉毒品交易、種類、價格之內容，有警方113年3月4日偵查報告（見他字卷第9至14頁）、搜索票、搜索扣押筆錄及扣押物品目錄表影本（見偵卷第57至63頁）、被告113年3月12日14時57分警詢筆錄（見偵卷第7至13頁）、被告與「Tank」間Telegram通訊軟體對話紀錄（見偵卷第67至75頁）、被告113年3月12日19時11分警詢筆錄（偵卷第17至19

頁）、被告與徐立銘間之Messenger對話紀錄（見偵卷第76、82頁）附卷可稽，是警方此時所掌握之事證，僅足認被告涉有向「Tank」購買大麻之嫌疑，堪認此際警方並無確切根據而得被告有販賣第二級毒品大麻予徐立銘之合理可疑。而被告於警詢時即向警供出係由綽號「徐明」之徐立銘轉帳予其，並往取毒品、其與徐立銘間之通訊軟體Telegram對話紀錄未經留存，並指認徐立銘等情，有被告上開113年3月12日14時57分警詢筆錄可稽，是在員警發覺被告本案販賣第二級毒品犯行前，被告應員警之詢問，即主動供出其販賣第二級毒品大麻予徐立銘之事實，尚堪認被告本案犯行符合自首之要件，爰依刑法第62條前段規定，遞減輕其刑。

㈣刑法第59條

辯護意旨固主張原審已說明被告行為時年僅21歲，藉由友人請託之機，販賣毒品予友人，偶然犯案，偵審中均自白，被告應有刑法第59條酌減其刑規定之適用等語。

1.按刑法第59條於94年2月2日修正公布，95年7月1日施行，將原條文：「犯罪之情狀可憫恕者，得酌量減輕其刑」，修正為：「犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重，得酌量減輕其刑」。立法說明指出：該條所謂「犯罪之情狀可憫恕」，本係指審酌刑法第57條各款所列事項以及其他一切與犯罪有關之情狀之結果，認其犯罪足堪憫恕者而言。依實務上見解，必在客觀上顯然足以引起一般同情，認為縱予宣告法定最低度刑猶嫌過重者，始有其適用。為防止酌減其刑之濫用，自應嚴定其適用之要件，以免法定刑形同虛設，破壞罪刑法定原則，乃增列文字，將此適用條件予以明文化，有該條之立法說明可參。而刑法第59條規定犯罪之情狀顯可憫恕者，得酌量減輕其刑，其所謂「犯罪之情狀」，依上開立法之說明，自應與同法第57條規定科刑時應審酌之一切情狀予以全盤考量，審酌其犯罪有無特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，以及宣告法定低度刑，是否猶嫌過重等情形以為判斷。尤以此項酌減之規定，係推翻立法者之

立法形成，就法定最低度刑再予減輕，為司法之權，適用上自應謹慎，未可為常態，其所具特殊事由，應使一般人一望即知有顯可憫恕之處，非可恣意為之。又按刑法第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）；若有2種以上法定減輕事由，仍應先依法定減輕事由遞減其刑後，猶嫌過重時，始得再依刑法第59條規定酌減其刑（最高法院88年度台上字第1862號、98年度台上字第6342號判決意旨參照）。

2.被告為本案犯行時，係具相當智識程度及閱歷之成年人，其對毒品之危害自不能諉為不知，仍為本案販賣第二級毒品犯行，對於國人身心健康及社會秩序已造成潛在之危險，審酌被告年齡、本案犯行之手段、所陳之家庭生活經濟狀況及行為動機等，綜觀其情節，被告之犯罪情狀在客觀上尚不足以引起一般同情，況被告本案之刑度，業依毒品危害防制條例第17條第2項規定及刑法第62條前段規定遞減其刑，衡其犯罪情節與得量處之最輕法定刑度，難認有何科處最低度刑猶嫌過重之情，已無情輕法重之憾，乃不再依刑法第59條規定予以酌減其刑。

五、撤銷改判之理由

㈠被告所犯販賣第二級毒品罪，合於毒品危害防制條例第17條第2項規定及刑法第62條前段規定而遞減其刑，已不符刑法第59條情輕法重要件，業如前述，檢察官上訴主張原審適用刑法第59條規定不當，為有理由，又原審漏未認定被告合於自首之要件，而未依刑法第62條前段之規定減輕其刑，亦有

未洽；原審量刑既有前開未洽之處，自屬無可維持，自應由本院將原判決關於刑之部分予以撤銷改判。

㈡爰以行為人之責任為基礎，審酌被告明知毒品具有成癮性，足以戕害他人身心，仍為本案犯行，應予相當非難，考量被告自首坦承犯行，犯後態度尚佳，兼衡其年齡、素行、犯罪動機、手段、目的、販毒之對象、數量，暨被告自陳之教育程度、家庭生活與經濟狀況（見原審訴字卷第100頁、本院卷第56頁）等一切情狀，量處如主文第2項所示之刑。

據上論斷，應依刑事訴訟法第369條第1項前段、第364條、第299條第1項前段，判決如主文。

本案經檢察官蕭博騰提起公訴，檢察官陳美華提起上訴，檢察官陳玉華到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　2　　月　　12　　日

刑事第四庭　審判長法　官　張紹省

法　官　羅郁婷

法　官　葉乃瑋

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未敘述上訴之理由者並得於提起上訴後20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　程欣怡

中　　華　　民　　國　　115　　年　　2　　月　　12　　日

附錄：本案論罪科刑法條全文

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，得併科新臺幣三千萬元以下罰金。

製造、運輸、販賣第二級毒品者，處無期徒刑或十年以上有期徒刑，得併科新臺幣一千五百萬元以下罰金。

製造、運輸、販賣第三級毒品者，處七年以上有期徒刑，得併科新臺幣一千萬元以下罰金。

製造、運輸、販賣第四級毒品者，處五年以上十二年以下有期徒

刑，得併科新臺幣五百萬元以下罰金。
製造、運輸、販賣專供製造或施用毒品之器具者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百五十萬元以下罰金。
前五項之未遂犯罰之。