臺灣高等法院高雄分院刑事判決

115年度上訴字第880號

上　訴　人
即　被　告　鄧智涵
000000000000000000

籍設澎湖縣○○鄉○○00號之00（澎湖○○○○○○○○○）
000000000000000000

指定辯護人　本院公設辯護人姚孟岑

上列上訴人即被告因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣橋頭地方法院114年度訴字第191號中華民國115年1月9日第一審判決（起訴案號：臺灣橋頭地方檢察署114年度偵字第3921號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

一、按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。是當事人明示僅就第一審判決關於量刑部分提起第二審上訴，而對於其餘犯罪事實認定、論罪及沒收等部分未有不服者，則上訴審法院原則上僅應就當事人前開明示上訴之範圍加以審理，對於當事人未請求上訴審審查之部分，尚無須贅為審查。查上訴人即被告鄧智涵（下稱被告）於本院審判程序時，已陳明僅針對原審判決關於販賣第二級毒品而混合二種以上之毒品未遂犯行之量刑部分上訴，並撤回關於販賣第二級毒品既遂罪二罪（即臺灣橋頭地方法院114年度訴字第231號、本院115年度上訴字第881號）之上訴（上訴卷第97、111頁），則本院自僅就原審判決事實欄一量刑部分妥適與否進行審理，至於原判決關於此部分之犯罪事實、罪名、沒收部分，及原審判決事實欄二部分，則均非本院審理範圍，先予指明。

二、被告上訴意旨略以：被告對於擬販售之毒品混合二種以上毒

品僅具不確定故意，足見被告並非基於直接故意混合毒品造成他人施用之危險性，亦無從於購買或上游調配時直接掌控混合毒品，請審酌毒品危害防制條例第9條第3項之立法目的，酌情從輕量刑；又被告自始即坦承犯行，並有供出上游配合調查，而案發時被告因無工作收入，復適逢農曆春節將至，在經濟壓力下方鋌而走險從事本案犯行，然販賣毒品之行為態樣僅係少量販賣，與大宗走私、專業大盤或中盤之型態有別，縱原審判決已依刑法第25條第2項、毒品危害防制條例第17條第2項遞減其刑，所量處宣告刑仍有過重之憾，請予從輕量刑等語。

三、刑之加重、減輕事由

㈠毒品危害防制條例第9條第3項

被告著手販賣第二級毒品而混合二種以上毒品，除法定刑為無期徒刑部分依法不得加重外，應依毒品危害防制條例第9條第3項規定加重其刑。

㈡被告構成累犯之事實及應加重其刑之事項，均應由檢察官主張並具體指出證明之方法後，經法院踐行調查、辯論程序，方得作為論以累犯及是否加重其刑之裁判基礎（最高法院110年度台上字第5660號判決意旨參照）。查被告前因販賣第二級毒品案件，經法院判處有期徒刑2年6月，及判處應執行有期徒刑4年4月確定，二案經接續執行，於113年11月27日縮短刑期假釋出監併付保護管束，嗣於114年2月6日保護管束期滿假釋未經撤銷視為執行完畢一節，固有被告之法院前案紀錄表在卷可憑（上訴卷第36至39頁），然公訴意旨對於被告是否構成累犯之事實，暨是否依累犯規定加重其刑之事項，既未主張或具體指出證明方法，依前揭說明，本院即毋庸加以調查審認。

㈢未遂犯

被告已著手於販賣第二級毒品而混合二種以上毒品犯行之實行，惟因買家為員警所喬裝而無買受真意，屬未遂犯，爰依刑法第25條第2項規定，按既遂犯之刑減輕之。

㈣毒品危害防制條例第17條第2項

被告針對此部分犯罪事實，於偵查、原審及本院審理時均已坦承在案，應依毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑。

㈤毒品危害防制條例第17條第1項

被告於警偵應訊時供稱：遭警查扣欲販售之依托咪酯菸彈是向暱稱「師公」之人購買，並由「師公」調配菸油，我不知道「師公」之真實年籍資料，我從民國114年2月5日開始陸續跟「師公」購買依托咪酯成品以及原物料，他有時會進來我的住處，或在房間門口交易，也曾約在高雄市左營區統一超商先鋒門市交易，我知道他住在旁邊美聯社樓上，他大約30幾歲，高高瘦瘦的等語（雲警南偵字第1141000356號卷第15至16頁、偵3921號卷第19頁），惟因被告僅提供該毒品上游之綽號，致員警無法據以追查，故未查獲其他正犯或共犯涉嫌販毒之具體事證一節，業據雲林縣警察局斗南分局以114年6月19日雲警南偵字第1140010819號函文說明在案（訴字卷第43頁），自不符合毒品危害防制條例第17條第1項之減免其刑事由。

㈥綜上所述，被告符合毒品危害防制條例第9條第3項之加重事由，及未遂犯、偵審自白二項減刑事由，爰依法先加（法定本刑無期徒刑部分除外）後遞減輕之。

四、上訴理由之論斷

㈠量刑判斷當否之準據，應就判決之整體觀察為綜合考量，苟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，無顯然失當或違反公平、比例及罪刑相當原則，亦無偏執一端，致明顯失出失入情形，即不得任意指為違法。

㈡原審判決就被告所犯，先依毒品危害防制條例第9條第3項加重其刑，再依刑法第25條第2項、毒品危害防制條例第17條第2項遞減其刑後，審酌被告不思以正當合法途徑賺取收入，無視於國家對於杜絕毒品犯罪之禁令，為牟取私利而著

手販賣第二級毒品，亦無視毒品戕害他人健康及危害社會安全，所為實值非難，惟衡酌其對於混合二種以上毒品一事主觀上係不確定故意，且犯後坦承犯行，可認犯後態度尚可，加以此部分犯行因警方釣魚偵查而未遂，擬販售之毒品幸未流入市場，實際影響社會治安之程度尚屬有限，再考量其擬販賣毒品之種類、數量、預期可獲得之利益，暨被告前有因販賣第二級毒品犯行經論罪科刑之素行，益見其未能正視毒品對社會治安之危害，兼衡被告自陳國中畢業之智識程度，職業為鷹架工人，每月收入約新臺幣（下同）3萬元之經濟生活狀況等一切情狀，量處有期徒刑3年6月。經核原審所量定之宣告刑已兼顧被告相關有利與不利之科刑資料，客觀上並未逾越法定刑度，又非濫用其裁量權限，核屬量刑職權之適法行使，並不違背比例原則、公平原則及罪刑相當原則應屬適當，本院即不得任意指摘為違法。

㈢至於被告上訴意旨所稱對於混合二種以上毒品僅具不確定故意、坦承犯行、擬販售之價量規模等節，均經原審於刑法第57條事由裁量審酌在案。則被告所犯經先加後遞減其刑後，最低處斷刑為有期徒刑2年7月，而原審參酌前載刑法第57條事由，量處有期徒刑3年6月，經對照前載被告前有販賣第二級毒品前案，甫於114年2月6日保護管束期滿視為執行完畢，竟旋於114年2月10日實行本案犯行，顯見被告對於國家阻絕毒品流通之政策禁令置若罔聞，加以本案係採取利用網際網路張貼販賣訊息對不特定人行銷之模式，對於毒品擴散之危害性較諸一般施用毒品者互通有無之情形更高，且本案擬販售之金額為8,000元，並非小額等情，原審僅就最低處斷刑酌加不到一年，已屬從輕處刑。基此，本案上訴後各該量刑基礎既無變動，被告執前詞上訴請求從輕量刑即無理由，應予駁回。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

本案經檢察官童志曜提起公訴，檢察官吳茂松到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　7　　月　　9　　日

刑事第五庭　審判長法　官　簡志瑩
法　官　李政庭
法　官　陳薏仪

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　　9　　日

書記官　駱青樺

附錄本案所犯法條

毒品危害防制條例第9條第3項

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。

毒品危害防制條例第4條第2項、第6項

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1500萬元以下罰金。（第2項）

前五項之未遂犯罰之。（第6項）