臺灣高等法院臺中分院刑事判決

114年度上訴字第873號

上　訴　人
即　被　告　羅浩維
000000000000000000
000000000000000000

指定辯護人　本院公設辯護人郭博益

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣苗栗地方法院112年度訴字第434號中華民國114年5月21日第一審判決（起訴案號：臺灣苗栗地方檢察署112年度偵字第4348、4349、6215號；移送併辦案號：同署112年度偵字第10873號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

壹、程序方面

一、被告於第二審經合法傳喚，無正當之理由不到庭者，得不待其陳述，逕行判決，刑事訴訟法第371條定有明文。上訴人即被告羅浩維（下稱被告）於審判期日經合法傳喚而未到庭，有本院送達證書、刑事報到單、法院在監在押簡列表在卷可稽（本院卷143、153、163頁）在卷可稽，依上開規定，爰不待其等陳述逕為一造辯論判決。

二、本院審理範圍

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。第二審法院，應就原審判決經上訴之部分調查之，為同法第366條所明定。是若當事人明示僅針對量刑部分提起上訴，其未表明上訴之犯罪事實、罪名部分，自非第二審之審查範圍（最高法院112年度台上字第1213號判決意旨參照）。被告提出刑事上訴理由狀，未明示僅就原判決之一部提起上訴（本院卷第15頁），嗣具狀撤回原判決之刑以外之上訴（本院卷第55頁），並於本院審

理期日明示僅就原判決之刑提起上訴（本院卷第83頁），對於原判決之犯罪事實、罪名及沒收均未上訴，故依前揭規定，本院審理範圍僅限於原判決關於刑部分，且應以原判決所認定之犯罪事實及論斷之罪名，作為審認量刑是否妥適之判斷基礎。

貳、實體部分

一、被告上訴及辯護人辯護意旨略以：被告就本案犯行於歷次訊問均坦承不諱，對於自己因一時失慮而鑄下的錯誤深感後悔，犯後態度良好，且本案發生後亦未再有其他觸犯法律行為，顯見確有悔改之心，原審未適用刑法第59條規定酌減其刑及給予緩刑機會，科刑過重。另被告有供出上手，原判決附表一編號1部分，本案扣案手機裡有被告於112年2月16日前與張予實的對話紀錄，對話內容就是被告與張予實購買彩虹菸的內容，手機裡也有被告無摺存款至張予實所提供被告匯款交易價金後被告告知張予實的對話紀錄；原判決附表一編號2部分，被告販售咖啡包也是跟張予實購買，此部分扣案手機也有被告與張予實對話紀錄，有FACETIME及MESSENGER，被告手機FACETIME裡張予實的暱稱是石頭，MESSENGER裡張予實暱稱是其本名。關於原判決犯罪事實一之㈡112年4月6日販賣的部分，扣案手機4月5日已有被告與「石頭」對話如下：

被告：還有嗎

暱稱「石頭」：你要多少

被告：2

暱稱「石頭」：現

被告說：好，給我5分鐘，我聯絡

暱稱「石頭」：前帳回多少

被告：這是別人要的，我還有1條多，等我做完會一起回…

被告：要要要

暱稱「石頭」：現在呢

被告：拿錢途中，到手，約哪

暱稱「石頭」：頭份，之後就是到哪裡了，塞車，要幾條，地點（發一個地圖給被告稱）到這裡等我。

另4月6日對話如下：

暱稱「石頭」：你晚上有要嗎

被告：要

暱稱「石頭」：多少

被告：2

暱稱「石頭」：一樣現喔…要什麼的銀行

之後就是相關交易的訊息。被告4月5、6日相關訊息確實有雙方購買毒品的數量約交貨的地點等等及轉帳的資料，並沒有看到被告所購買的毒品種類是毒品咖啡包還是彩虹菸，但可證明都是向暱稱「石頭」購買毒品。請審酌有無毒品危害防制條例第17條第1項減刑之適用等語。

二、刑之加重、減輕之說明

㈠關於刑罰之加重，分為「總則」與「分則」加重二種。其屬「總則」加重性質者，僅為處斷刑之範圍擴大，乃單純的刑之加重，並未變更其犯罪類型，原有法定刑自不受影響；其屬「分則」加重性質者，係就其犯罪類型變更之個別犯罪行為予以加重，而與原罪脫離，並為獨立之另一罪名，其法定刑亦因此發生伸長之效果，已係獨立之罪刑規定。毒品危害防制條例第9條第3項規定犯同條例第4條至第8條之罪，而有混合2種以上毒品之情形者，加重其刑至2分之1，此規定係就犯罪類型變更之個別犯罪行為予以加重，當屬刑法分則加重之性質而成為另一獨立之罪（最高法院112年度台上字第117號判決意旨參照）。是就原判決犯罪事實一之㈡部分被告所犯毒品危害防制條例第9條第3項、第4條第3項販賣第三級毒品而混合二種以上毒品罪，即屬刑法分則之加重而變更其法定刑（亦即法定刑之加重），而非處斷刑加重，當毋庸於處斷刑加重事由部分贅述，俾免混淆誤認為處斷刑加重，先此說明。

㈡被告就原判決犯罪事實一之㈣部分，已著手實行販賣毒品彩

虹菸之行為，然因證人許永明為警查獲而未能完成交易，為未遂犯，考量較既遂之可罰性為低，依刑法第25條第2項之規定，按既遂犯之刑減輕之。

㈢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。被告就原判決犯罪事實欄一之㈠㈡㈢㈣犯行，於偵查、原審及本院均自白不諱，爰均依毒品危害防制條例第17條第2項之規定，減輕其刑。

㈣毒品危害防制條例第17條第1項部分

1.毒品危害防制條例第17條第1項規定：「犯第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。」所稱「毒品來源」，係指被告原持有供自己犯該條項所列之罪之毒品源自何人之謂。因之，須被告所供出之毒品來源，與其所犯該條項所列之罪有直接關聯者，始得適用上開減免其刑之規定。又所稱「因而查獲其他正犯或共犯」，係指被告供出毒品來源之有關資料，諸如前手之姓名、年籍、住居所、或其他足資辨別之特徵等，使調查或偵查犯罪之公務員因而對之發動調查或偵查並查獲者，亦即被告之「供出毒品來源」，與調查或偵查犯罪之公務員對之發動調查或偵查並進而查獲之間，論理上須具有先後且相當之因果關係，至所謂「查獲」，固不以其毒品來源經起訴或法院判刑為必要，但仍應有相當之證據足資證明被告指述他人犯罪之真實性，如該毒品來源坦認其為行為人所涉案件之毒品供給者，或有其他證據足以補強行為人對該毒品上手之指述者，方屬相當。又被告供出毒品來源，係在協助犯罪偵查機關查獲與本案犯行有關之其他毒品犯罪，故受益者及最適宜評價其實質幫助價值有無及高低者，為犯罪偵查機關，被告向犯罪偵查機關供出本案毒品來源，協助偵查機關查獲其他毒品犯罪之正犯或共犯，經偵查機關確認屬實，而符合上開要件者，固可依上開規定，獲邀減輕或免除其刑之寬典，自不待言；倘偵查機關並未據以發動偵

查，除依現有證據已足認被告指述真實，而達於起訴門檻之證據高度者，法院當得依毒品危害防制條例第17條第1項規定減輕其刑者外，法院倘認依現有證據，尚不足以認為被告指述已具相當程度之可信性，而未依被告指述，另行蒐集其他證據，自無調查未盡之違法可言（最高法院113年度台上字第1186號刑事判決參照）。

2.原判決犯罪事實一之㈢㈣部分

被告所犯原判決犯罪事實一之㈢㈣之彩虹菸毒品來源係通訊軟體暱稱「石頭」之張予實乙節，業據被告於警詢、偵訊、原審審理時供述明確（4348號卷第49、51頁、4349卷1第247頁、原審卷2第58頁），且觀諸卷附被告與暱稱「石頭」之人於112年3月26日至同年4月12日有如下之通訊軟體對話紀錄(原審卷1第247至441頁)：

被告：「看到回一下」、「這不是我要的東西啊」、「這太爛了」（並傳送菸品相片）、「這兩個都不行」

暱稱「石頭」：我處理(以上見原審卷1第269、271頁)

被告：好的嗎

暱稱「石頭」：對

被告：要啊（並傳送菸品相片）

暱稱「石頭」：接電話　約哪

被告：洗車場？還是交流道？

暱稱「石頭」：還有別的地方嗎

被告：你說說看

暱稱「石頭」：頭屋

被告：好 多久到呢

暱稱「石頭」：還是 大山交到道

被告：好，我現在出發

暱稱「石頭」：好

被告：你多久到？

暱稱「石頭」：我約15分鐘

被告：好，我趕過去

暱稱「石頭」：北極宮
被告：收
暱稱「石頭」：所以你現在要給我多少
被告：現在過去先拿2w給你（以上見原審卷1第273、頁275、277、279頁）
被告：剩的都給我好嗎？不然我下午沒東西動了
暱稱「石頭」：全部都沒有庫存要條的要晚上… 先給你半檔一下
被告：好（以上見原審卷1第307、309頁）
暱稱「石頭」：你要幾
被告：2條
暱稱「石頭」：要晚點(以上見原審卷1第315頁)
112年4月4日
暱稱「石頭」：今天 有要嗎
被告：要　3(以上見原審卷1第351頁)
112年4月6日
暱稱「石頭」：你晚上有要嗎
被告：要
暱稱「石頭」：多少
被告：2(以上見原審卷1第365頁)
112年4月9日
被告：兄弟 剛剛拿的那一條 裡面只有姐 9
被告：全部都反應沒香味、抽起來很空（並傳送菸品相片）(以上見原審卷1第393、405、407頁)
以上對話核與被告供述其向暱稱「石頭」之張予實購買彩虹菸毒品之情節相符，另張予實於112年6、7月間有販賣第三級毒品彩虹菸之前案紀錄，亦有原審112年度訴字第487號、113年度訴字第163號刑事判決在卷可查（原審卷2第19至40頁），且其所販賣之彩虹菸係含α-吡咯烷基苯異己酮之第三級毒品，亦與本案被告所販賣之彩虹菸毒品內容物相同，而上開張予實涉嫌販賣彩虹菸毒品給被告之對話紀錄時間為

112年3月26日至同年4月12日間，時序上亦在原審犯罪事實一之㈢㈣被告販賣彩虹菸給證人胡文佐、許永明之前，足認原判決犯罪事實一之㈢㈣所示被告販賣彩虹菸毒品之來源係張予實，應可採認。復考量被告此部分所為販賣第三級毒品犯行，危害社會治安及國家法益之情節非輕，不宜逕予免除其刑，爰就此部分犯行，均依毒品危害防制條例第17條第1項規定減輕其刑。

3.原判決犯罪事實一之㈠㈡部分

被告雖陳稱原判決犯罪事實一之㈠㈡毒品來源也是向張予實購買等語。然因原判決犯罪事實一㈠部分被告販賣彩虹菸之之時間為112年2月16日，早於依前述事證可認定被告向張予實購買彩虹菸之時間，且經本院勘驗扣案被告手機（標示A12）結果，未見被告與張予實於112年3月25日前有聯絡對話紀錄（本院卷第84、127頁），並有手機畫面翻拍照片可佐（本院卷第65至75頁），難認被告此部分所販賣之彩虹菸毒品來源為張予實。至原判決犯罪事實一之㈡部分，被告所販賣者為第三級毒品咖啡包，然觀諸被告與張予實對話中所談論者均係與彩虹菸有關者，諸如：2條、6條、4條、1條多、抽光光、你的肺會受不了、會抽死、全部都反應沒香味、抽起來很空（原審卷2第297、315、319、323、325、329、353、363、365、405頁），所傳送之照片皆為香菸外觀之照片（原審卷第269、273、407、409頁），未見有何與咖啡「包」有關之對話，是難認此部分被告販賣之毒品與張予實有關，自無毒品危害防制條例第17條第1項之適用。

㈤被告就原判決犯罪事實一之㈢部分，係在有偵查權限之員警，於客觀上尚無確切之根據得為合理可疑其有此部分販賣彩虹菸之犯行前，主動供承犯行，雖有被告警詢筆錄可查（4348卷第47頁）。然刑法第62條前段所規定之自首，係以對於未發覺之罪自首而受裁判為要件，故犯罪行為人應於有偵查犯罪職權之公務員未發覺犯罪事實或犯罪人之前自首犯罪，且接受裁判，兩項要件兼備，始得依刑法第62條前段自

首之規定減輕其刑。若犯罪行為人自首犯罪之後，拒不到案或逃逸無蹤，顯無悔罪投誠，甘受裁判之情，要與上揭法定減刑規定要件不符，不能予以減刑（最高法院94年度台上字第5690號、99年度台上字第1199號、86年度台上字第1951號判決均同此旨）。被告前經原審合法傳喚，無正當理由拒不到庭接受裁判，且經拘提亦未獲，經原審於113年1月31日依法發佈通緝後，於113年3月14日經緝獲到案，有原審通緝書、撤銷通緝書在卷可佐（原審卷1第145至147、151頁），是被告在原審審理時既已逃匿，顯不符接受裁判之要件，即與刑法第62條規定不符，併此指明。

㈥刑法第59條適用之說明

刑法第59條所謂「犯罪之情狀可憫恕」，必須犯罪另有特殊原因與環境等，因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，亦即必須配合法定最低度刑觀察其刑罰責任是否相當，不得僅以刑法第57條所列之犯罪情狀據為酌量減輕之理由；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108年度台上字第3657號、109年度台上字第109號判決意旨參照）。被告正值青年，不思循正當途徑獲取財物，而為本案多次販賣犯行，所犯戕害購毒者身心健康，助長毒品流通，危害社會治安，惡性非輕，且被告部分所犯雖有依毒品危害防制條例第9條第3項之規定為法定刑加重，然所犯均可依前述自白減刑規定而調整其處斷刑之範圍，難謂有過重而情堪憫恕之情形，並無適用刑法第59條規定之餘地。

㈦被告就犯罪事實一㈡部分有如前述刑之加重、減輕事由，爰依刑法第71條第1項規定，先加重後減輕之；就犯罪事實一

㈢㈣部分，有二種以上刑之減輕事由，均依刑法第70條規定，遞減輕之。

三、駁回上訴之說明

㈠關於刑之量定，係實體法上賦予法院得為自由裁量之事項，倘其未有逾越法律所規定之範圍，或濫用其權限，即不得任意指摘為違法。且在同一犯罪事實與情節，如別無其他加重或減輕之原因，下級審量定之刑，亦無過重或失輕之不當情形，則上級審法院對下級審法院之職權行使，原則上應予尊重（最高法院113年度台上字第2984號刑事判決參照）。原判決之量刑以被告之責任為基礎，已注意適用刑法第57條之規定，說明：以行為人之責任為基礎，審酌被告明知毒品對他人身心健康及社會秩序均有不良影響，極易滋生其他犯罪，竟無視於國家防制毒品危害之禁令，著手販售毒品彩虹菸及毒品咖啡包，所為實已助長毒品氾濫，戕害國民身心健康，實應非難，且該毒品咖啡包內混合有二種以上之毒品，恐對他人身心健康傷害更深，幸犯罪事實一㈣部分因員警及時查獲而未遂；兼衡被告犯後坦承全部犯行、態度尚佳，暨其販賣毒品之期間、數量、人數，於原審審理時自述為高職肄業之智識程度，目前受僱從事玻璃類工作、月薪新臺幣（下同）38,000元至45,000元之經濟狀況，未婚、未育有子女，父母親已離婚，父親6年前過世之生活狀況等一切情狀，分別量處如附表「原審主文（不含沒收）」欄所示之刑。復審酌被告整體犯罪行為之次數，所犯罪質及侵害法益相同，且犯罪手法相似，時間間隔不長，兼衡其各次犯罪情節、不法與罪責程度、犯後態度、刑罰增加對被告造成痛苦程度之加乘效果，考量比例原則、平等原則、責罰相當原則等，而為整體評價後，依刑法第51條第5款規定，定其應執行有期徒刑5年。原審量刑、定刑未逾法定刑之範圍，復未濫用自由裁量之權限，亦與罪刑相當原則、比例原則無違，要無輕重失衡或偏執一端之情形，量刑尚屬妥適，應無過輕或過重之虞，核無不當或違法之情形。

㈡被告雖以前詞提起上訴。然就原判決犯罪事實一之㈠㈡部分，被告不符毒品危害防制條例第17條第1項之減刑規定，另本案並無刑法第59條之適用，均如前述，被告此部分上訴所指，並無理由。另被告上訴所執坦承犯行之犯後態度乙節，已經原審量刑予以審酌，並無不當。又本案如附表編號1、2所量處之刑均已逾有期徒刑2年，附表編號1至4所定應執行刑已逾2年，不符刑法第74條第1項諭知緩刑之要件，被告上訴請求宣告緩刑，亦無理由。綜上，被告執前詞提起上訴，均無理由，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第371條、第368條，判決如主文。

本案經檢察官蘇皜翔提起公訴、移送併辦，檢察官蔣志祥到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　17　　日

刑事第十一庭　審判長法　官　張意聰

法　官　林清鈞

法　官　蘇品樺

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　張捷菡

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　17　　日

附錄本案論罪科刑法條

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。

附表

編號	原審認定之犯罪事實	原　審　主　文 （不含沒收）
1	原審犯罪事實一之㈠	羅浩維販賣第三級毒品，處有期徒刑參年柒月。
2	原審犯罪事實一之㈡	羅浩維販賣第三級毒品而混合兩種以上之毒品，處有期徒刑參年捌月。
3	原審犯罪事實一之㈢	羅浩維販賣第三級毒品，處有期徒刑壹年伍月。
4	原審犯罪事實一之㈣	羅浩維販賣第三級毒品未遂，處有期徒刑拾月。