臺灣高等法院臺中分院刑事判決

115年度上訴字第123號

上　訴　人
即　被　告　王耀霆
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000

指定辯護人　本院公設辯護人陳冠銘

上列上訴人即被告因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣彰化地方法院114年度訴字第643號中華民國114年10月30日第一審判決(起訴案號：臺灣彰化地方檢察署114年度偵字第7931號)，針對量刑部分提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

一、本院審理範圍：

刑事訴訟法第348條第1、3項規定：「(第1項)上訴得對於判決之一部為之。(第3項)上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之。」本案係由被告王耀霆提起上訴，檢察官並未上訴，被告於本院審理時表明僅針對原判決量刑部分上訴，而對原判決認定之犯罪事實、證據、論罪、沒收部分均不爭執(本院卷第163頁)，故依上開規定，本院僅就原判決刑之部分予以審理。

二、被告上訴意旨及辯護人辯護意旨略以：

被告係經員警誘捕偵查而販賣混合二種以上第三級毒品之毒膠囊未遂，且於偵、審中均自白不諱，請依刑法第25條第2項、毒品危害防制條例第17條第2項規定遞減其刑。被告原擬販賣之毒膠囊5個(另再贈送2個)，並未流入市面造成危險，且數量甚少，約定價金亦僅有新臺幣2000元，犯罪情形相對輕微，屬小額零星販賣，難與中大盤毒梟相提並論，被告

並有配合警方指認毒品上手「潘健一」，雖因證據不足而尚未查獲，然已具體展現配合司法、斷絕毒品來源之誠摯意願，足認犯後態度良好，原判決未將被告主動交代毒品上游來源之事實納入量刑考量，顯有理由不備之違誤，且原判決形式上依毒品混合情形以毒品危害防制條例第9條第3項加重其刑，然未就具體危險性及加重必要性為個案說明，裁量尚嫌失衡。被告到案經警方依法採驗尿液，結果呈陰性反應，顯係在既有前科後，實際付諸戒毒行動，並已戒除成癮行為，原判決對此未予考量與說明，僅以被告過去前科否定其素行，顯與刑法第57條規定「審酌一切情狀」之要求不符。原判決一面以被告犯後坦承犯行、態度良好予以減輕，一面又以素行不佳加以貶抑，形成內在邏輯不一致，已屬理由矛盾。被告實具教化可能性，請求依刑法第59條酌減其刑，從輕量刑並給予緩刑宣告。

三、本院之判斷：

㈠刑之加重、減輕事由：

1.毒品危害防制條例第9條第3項係屬分則之加重，為另一獨立之犯罪型態，如其混合二種以上毒品屬不同級別，應依最高級別毒品所定之法定刑，並加重其刑至二分之一；如屬同一級別者，因無從比較高低級別，則依各該級別毒品所定之法定刑，加重其刑至二分之一，此觀該條立法理由即明。是被告所犯販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品未遂罪，應依毒品危害防制條例第9條第3項規定，適用販賣第三級毒品罪之法定刑加重其刑。又該條項規定係應加重而非得加重，自無法院裁量加重與否之問題，被告上訴意旨指摘原判決僅形式上依該條項規定加重其刑，未就具體危險性及加重必要性為個案說明，裁量失衡云云，顯屬無稽。

2.被告前因傷害案件，經臺灣橋頭地方法院以111年度簡字第1050號判決判處有期徒刑2月確定，於民國111年10月20日易科罰金執行完畢，有檢察官所提刑案資料查註紀錄表、本院卷附法院前案紀錄表為憑。被告受上開有期徒刑之執行完畢

後，5年以內故意再犯本案有期徒刑以上之罪，為累犯，並經檢察官就前階段被告構成累犯之事實，以及後階段應加重其刑之事項，予以主張並具體指出證明方法，本院依司法院釋字第775號解釋意旨，衡量被告於前案執行完畢後未能記取教訓、自我警惕，再犯本案販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品未遂罪，危害國民健康及社會安寧秩序，足見對於刑罰之反應力薄弱，且具有特別惡性，本案如適用累犯規定加重最低本刑，並不會使被告所受刑罰超過其所應負擔之罪責，也不會使其人身自由因此遭受過苛之侵害，與罪刑相當原則及比例原則皆無抵觸，故依刑法第47條第1項規定遞予加重其刑。

3.被告雖已著手於販賣第三級毒品而混合二種以上毒品犯行之實行，惟因喬裝買家之警員自始並無向其購毒之真意而不遂，為未遂犯，犯罪情節及所生損害較既遂犯輕微，依刑法第25條第2項規定，按既遂犯之刑減輕之。並與前述1.及2.所示加重事由，依法先加後減之。

4.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。」被告於偵查及歷次審判中均自白販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品未遂犯行，應依上開規定遞予減輕其刑。

5.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。」被告上訴意旨固主張其有供出毒品來源「潘健一」，然經本院依辯護人聲請而向警方函查結果，因被告無法提供與「潘健一」交易之詳細時間及地點，致無法調閱監視器蒐證，被告僅用臉書聯繫「潘健一」，稱無對話紀錄，亦無法提供「潘健一」所使用之門號供通訊監察，且無法配合誘捕，偵辦至今尚無取得「潘健一」販毒相關事證而查獲等情，有彰化縣警察局員林分局115年3月12日員警分偵字第1150011323號函檢送之員警職務報告在卷可憑，足認本案並無因被告供出毒品來源而查獲其他共犯或正

犯之情形，自不得依上開規定減輕或免除其刑。

6.被告上訴意旨雖請求依刑法第59條規定酌減其刑。惟按刑法第59條規定：「犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，得酌量減輕其刑。」此固為法院得自由裁量之事項，然法院為裁量減輕時，並非漫無限制，必須犯罪另有特殊之原因、環境與情狀，在客觀上足以引起一般之同情，認為即予宣告法定低度刑期，猶嫌過重者，始有其適用。如別有法定減輕之事由者，應優先適用法定減輕事由減輕其刑後，猶嫌過重時，方得為之。被告所犯販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品未遂罪，經依前述1.至4.所示事由加重及減輕後，最低本刑已可減至有期徒刑1年10月，本院考量毒品對國民健康及社會秩序危害甚鉅，而經政府嚴刑禁絕販賣，被告為智識健全之成年人，對政府嚴格查緝販賣毒品行為，當無不知之理，竟仍為本案販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品未遂犯行，其犯罪未見有何特殊之原因、環境與情狀，客觀上並不足以引起一般人之同情，自無顯可憫恕、縱科以前述加重及減輕後之最低度刑猶嫌過重之情形，故無適用刑法第59條酌減其刑之餘地。

7.原判決關於上開1.至4.所示刑之加重、減輕事由，均與本院認定相同(5.及6.係於上訴時主張)，此部分認事用法核無違誤。

㈡駁回上訴之理由：

原判決科刑理由係以行為人之責任為基礎，審酌被告為營利賺取金錢，販賣第三級毒品而混合二種以上毒品，危害社會秩序，並對他人身心健康造成危害，考量其著手販賣之毒品數量、金額，經警員誘捕偵查而未遂，前有施用毒品、詐欺、妨害自由等犯罪紀錄(構成累犯部分不重複評價)，素行不佳，有法院前案紀錄表在卷可參，犯後坦承犯行，暨其智識程度、家庭生活、經濟狀況(詳見原審卷第57頁)等一切情狀，量處有期徒刑2年6月。經核原判決科刑時審酌之上述情狀，業已考量刑法第57條所列各款事項，就有利、不利被告之

量刑因子均有加以斟酌審認而無偏廢，所處刑度符合罪刑相當原則及比例原則，要無輕重失衡之情形，亦無被告上訴意旨所稱內在邏輯不一致之違失。被告徒憑己意指摘原判決量刑過重，請求再依毒品危害防制條例第17條第1項減輕或免除其刑、刑法第59條酌減其刑，均無足採，業經本院說明如前，其上訴為無理由，應予駁回。又被告雖請求本院宣告緩刑，惟本案既經判處有期徒刑2年6月，刑期已超過2年，即不符合刑法第74條第1項所定緩刑要件，併此說明。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

本案經檢察官陳詠薇提起公訴，檢察官林蓉蓉到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　8　　日

刑事第八庭　審判長法　官　張靜琪

法　官　簡婉倫

法　官　黃小琴

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　鄭淑英

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　8　　日