臺灣高等法院臺中分院刑事判決

115年度上訴字第69號

上　訴　人
即　被　告　胡宗麟
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，不服臺灣臺中地方法院114年度訴字第504號中華民國114年7月30日第一審判決（起訴案號：臺灣臺中地方檢察署113年度偵字第55055號、第55071號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

一、程序方面：

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。本案上訴人即被告胡宗麟（下稱被告）不服原審判決，經確認僅對於原審量刑部分提起上訴（本院卷第85頁），並撤回量刑以外部分之上訴，有撤回上訴聲請書在卷可憑（本院卷第91頁），故本案上訴範圍不及於原審所認定之犯罪事實、證據、論罪法條及沒收部分，本院僅就原判決量刑部分為審理，並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。

二、被告上訴意旨略以：被告於偵查中、原審審理時均坦承所有犯行，以利案情之進展及釐清，並減少司法程序之耗費，被告雖涉有檢察官起訴書所載之犯行，然所參與程度輕微，販賣次數甚少，應認其行為對於法益侵害範圍、程度及所獲利益均難謂重大，犯罪情狀可為憫恕，請依刑法第57條、第59條酌減其刑等語。

三、刑之加重、減輕事由：

㈠被告就所犯如原判決附表二編號1所示販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品之犯行，應依毒品危害防制條例第9條第3項之規定，除適用其中最高級別即販賣第三級毒品之法定刑外，並加重其刑。

㈡被告於偵查中及原審審理時均自白其所犯如原判決附表二編號1所示販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品之犯行及所犯如原判決附表二編號2所示意圖販賣而持有第三級毒品之犯行（偵55055號卷第35至39、153至155頁、原審卷第53、109頁），於本院審理時亦僅就量刑上訴，對犯罪事及罪名均不爭執（本院卷第85頁），均應依毒品危害防制條例第17條第2項之規定，減輕其刑，並就販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品之犯行部分，依刑法第71條第1項之規定，先加後減之。

㈢按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，係本院最近統一之見解。是法院於審酌被告是否適用累犯規定而加重其刑時，訴訟程序上應先由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，主張並具體指出證明方法後，法院才需進行調查與辯論程序，而作為是否加重其刑之裁判基礎。倘檢察官未主張或具體指出證明方法時，可認檢察官並不認為被告構成累犯或有加重其刑予以延長矯正其惡性之必要，且為貫徹舉證責任之危險結果所當然，是法院未論以累犯或依累犯規定加重其刑，即難謂有適用法則不當之違法。檢察官若未主張或具體指出證明方法，法院因而未論以累犯或依累犯規定加重其刑，基於累犯資料本來即可以在刑法第57條第5款「犯罪行為人之品行」中予以負面評價，自仍得就被告可能構成累犯之前科、素行資料，列為刑法第57條第5款所定「犯罪行為人之品行」之審酌事項。於此情形，該可能構成累犯之前科、素行資料既已列為量刑審酌事由，對被告所應負擔之罪責予以充分評價，依重複評

價禁止之精神，自無許檢察官事後循上訴程序，以該業經列為量刑審酌之事由應改論以累犯並加重其刑為由，指摘原判決未依累犯規定加重其刑為違法或不當。亦即檢察官於第一審審理時如未就被告構成累犯，或應依累犯規定加重其刑之事實為主張或舉證，經第一審將被告之累犯事由列為量刑審酌事由時，法院即已就被告累犯事由為充分評價，依禁止重複評價精神，縱檢察官於第二審審理時，再就被告構成累犯及應依累犯規定加重其刑之事實為主張、舉證，第二審亦無從再依累犯規定加重其刑（最高法院113年度台上字第3527號判決意旨參照）。本案檢察官於起訴時並未於起訴書主張被告構成累犯之事實，且公訴人於原審審理時亦未主張被告構成累犯之事實（原審卷第111至113頁），公訴人雖於本院審理時稱：被告之前因為傷害案件，經臺中地院判處有期徒刑2月，於民國113年5月16日易服社會勞動改易科罰金執行完畢，於本案應構成累犯等語（本院卷第87頁），惟本案係被告提起上訴，檢察官並未提起上訴，且原審因檢察官於起訴書及原審審理過程中，均未請求依刑法第47條第1項之累犯規定對被告加重其刑，認無從逕依職權調查後對被告論以累犯，而將被告可能構成累犯之前科、素行資料，列為量刑時關於「犯罪行為人之品行」之審酌事項加以衡量，並無不合，原審判決既已列入量刑之審酌事項，如本院再依累犯規定對被告加重其刑，亦有科刑重複評價情形，爰不依累犯規定加重其刑。

㈣按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。」。查被告於警詢及偵查中雖供稱扣案之毒品係由歐濬徹提供等語。然本案係因查獲歐濬徹後始循線查獲被告，並扣得歐濬徹交予被告伺機販賣之第三級毒品愷他命10包，足徵被告應無供出毒品來源而查獲其他正犯或共犯之情形，是就被告所犯販賣第三級毒品而混合二種以上毒品及意圖販賣而持有第三級毒品等罪，自均無

適用毒品危害防制條例第17條第1項規定減免其刑之餘地。

㈤按刑法第59條之酌量減輕其刑，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期尤嫌過重者，始有其適用。此屬事實審法院得依職權裁量之事項。又所謂法定最低度刑，固包括法定最低本刑，惟遇有其他法定減輕事由者，則係指適用其他法定減輕事由減輕後之最低度刑而言。倘被告別有其他法定減輕事由者，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條酌量減輕其刑（最高法院112年度台上字第107號判決意旨參照）。本院審酌本案被告販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品咖啡包及意圖販賣而持有第三級毒品愷他命，戕害購毒者身心健康，助長毒品流通，對社會治安實有相當程度危害，惡性非淺，倘遽予憫恕，恐對其個人難收改過遷善之效，無法達到刑罰特別預防及一般預防之目的，依被告所為實無何等足以引起一般同情之客觀情狀而應予以憫恕之情狀，況本案就被告所犯販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品罪及意圖販賣而持有第三級毒品罪均已依毒品危害防制條例第17條第2項之規定，減輕其刑後，被告所得科處之處斷刑，與其所犯情節相較，已無情輕法重，足以引起一般同情之客觀情狀而應予以憫恕之情形，自無再依刑法第59條規定酌減其刑之餘地，被告上訴理由請求再依刑法第59條規定酌減其刑，自無可採。

四、上訴駁回之理由：

㈠按量刑輕重及執行刑之量定，均屬為裁判之法院得依職權裁量之範圍，如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，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，且其執行刑之量定，未違反刑法第51條各款所定之方法或範圍（即法律之外部性界限），又無明顯悖於前述量刑原則或整體法律秩序之理念（即法律之內部性界

限），即不得任意指為違法（最高法院114年度台上字第3339號判決意旨參照）。查原審就被告所犯販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品之犯行部分依毒品危害防制條例第9條第3項規定加重其刑，就所犯販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品之犯行及意圖販賣而持有第三級毒品之犯行部分，均依毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑，並就所犯販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品之犯行部分依刑法第71條第1項規定先加後減之。另以行為人之責任為基礎，審酌被告明知各類毒品戕害人體身心健康，亦明知販賣毒品乃我國法制嚴格查禁之行為，竟不思戒慎行事，僅因貪圖報酬，即無視法紀，販賣含二種第三級毒品成分之毒品咖啡包及意圖販賣而持有第三級毒品愷他命，助長社會濫用毒品風氣，加速毒品擴散，肇生他人施用毒品之來源，戕害國民身心健康，且有孳生其他犯罪之可能，所為危害社會治安，應予非難，惟考量被告犯後迭坦承犯行之犯罪後態度，及被告於本案犯行前，曾因傷害及偽造文書等案件，經法院判決判處罪刑確定之前科素行狀況，有法院前案紀錄表附卷可稽（原審卷第15至17頁），並衡以被告所自陳之智識程度、家庭經濟狀況（原審卷第111頁），暨被告犯罪之動機、目的、手段、販賣毒品咖啡包及意圖販賣而持有毒品愷他命之數量等一切情狀，分別量處被告有期徒刑3年8月、1年11月。原審顯已具體斟酌刑法第57條所列情形，其量刑核屬相當，亦符比例原則，未有偏執一端而有失之過重之失衡情事，難認有濫用其裁量權限之違法情形。原審並審酌被告所犯各罪侵害法益之異同，其所犯販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品及意圖販賣而持有第三級毒品等2罪間，責任非難重複之程度顯然較高，如以實質累加之方式定應執行刑，處罰之刑度恐將超過其行為之不法內涵與罪責程度，考量比例原則、平等原則、責罰相當原則，且為適度反應被告整體犯罪行為之不法，與罪責程度及對其施以矯正之必要性，復衡量整體刑法目的與整體犯行之應罰適當性等，定其應執行

刑有期徒刑4年，原審就被告所定之執行刑，是在被告各刑中之最長期（有期徒刑3年8月）以上，各刑合併之刑期（有期徒刑5年7月）以下，衡酌罪刑相當原則、刑罰效益遞減之效果，整體評價其應受非難及矯治之程度後，給予相當程度之恤刑利益，減幅堪稱寬厚，益徵原審之量刑要無過重之情事可言。

㈡被告於本院審理時雖另主張共犯歐濬徹只判有期徒刑3年8月，毒品都是歐濬徹提供的，如果沒有判比他輕，至少也是跟他一樣刑度等語（本院卷第86頁）。然按罪責相當與否，係以反應責任之不法內涵為判斷準據，具體個案不同被告之行為人屬性量刑事由，互有差異，殊難單純比附援引他案量刑結果，據以指摘本件量刑有違法情事；縱為同一犯行之共同正犯，不同行為人間因犯罪主導性、參與程度、分工狀況、犯行情節等量刑事由亦未必盡同。是個案之裁量判斷，除非有全然喪失權衡意義或其裁量行使顯然有違比例、平等諸原則之裁量權濫用之情形，縱屬共同犯罪之情形，仍不得援引其他行為人之量刑輕重情形，比附援引為指摘量刑不當之依據（最高法院111年度台上字第1904號、113年度台上字第4065號判決意旨參照）。查另案被告歐濬徹所犯販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品罪雖經本院以114年度上訴字第905號判決判處有期徒刑3年8月，有該判決在卷可參，惟另案被告歐濬徹所犯販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品之對象係羅珮其，與本案被告所犯販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品之對象係范文誠並不相同，二者間之犯罪態樣、情節均顯然不同，自無從以另案被告歐濬徹所量處之刑度而比附援引，被告此部分所指，並非可採。

㈢綜上所述，原審量刑及定應執行刑核無不當或違法，而被告上訴所陳之情狀業據原審於量刑時予以審酌，自難再據為有利於被告之量刑審酌事由，且本案被告無從依刑法第59條規定酌減其刑，已如前述，是原判決之量刑基礎並未改變，被告上訴意旨請求從輕量刑及依上開規定再酌減其刑，為無理

由，其上訴應予駁回。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

本案經檢察官黃秋婷提起公訴，檢察官郭靜文到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　26　　日

刑事第七庭　審判長法　官　郭　瑞　祥

法　官　陳　宏　卿

法　官　陳　玉　聰

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　吳　姁　穗

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　26　　日

附錄本案論罪科刑法條：

毒品危害防制條例第4條第3項

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。

毒品危害防制條例第5條第3項

意圖販賣而持有第三級毒品者，處3年以上10年以下有期徒刑，得併科新臺幣3百萬元以下罰金。

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。