臺灣高等法院臺南分院刑事判決

115年度上訴字第316號

上　訴　人
即　被　告　楊定山

選任辯護人　羅清溪律師(法扶律師)

上列上訴人因毒品危害防制條例案件，不服臺灣臺南地方法院113年度訴字第815號中華民國114年11月5日第一審判決（起訴案號：臺灣臺南地方檢察署113年度偵字第30184號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

事實及理由

一、按刑事訴訟法第348條規定：「上訴得對於判決之一部為之。對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。但有關係之部分為無罪、免訴或不受理者，不在此限。上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之。」經查，原審判決後，被告於本院審理時，陳稱僅對原判決量刑部分提起上訴，對原判決認定之犯罪事實、論罪法條、罪數、沒收部分不提起上訴(見本院卷第115頁)，是本件有關被告之審判範圍僅及於原判決量刑部分，原判決關於被告之犯罪事實、論罪法條、罪數、沒收部分之認定，均不在本件審理範圍內，此部分以第一審判決書所記載之事實、證據、論罪、沒收為審判基礎引用之不再贅載。

二、被告本案販賣第三級毒品予雲林縣警察局警員之犯行，已著手販賣第二級毒品之行為，惟未發生販賣之結果，為未遂犯，爰依刑法第25條第2項之規定，按既遂犯之刑減輕其刑。

三、被告及其辯護人主張，被告販賣第二級毒品未遂之行為，固有不該，惟被告犯行尚非販毒之大盤或中盤所可比擬，又販賣第二級毒品罪之最輕法定本刑為10年以上有期徒刑，而本案被告販賣毒品數量僅為2錢（約7.5克）且未使毒品流通至

世面上，情輕法重，在客觀上足以引起一般同情，是被告之犯罪情狀應依刑法第59條酌減其刑云云。惟按，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（最高法院99年度台上字第6388號判決意旨參照）。又刑法第59條規定犯罪之情狀可憫恕者，得酌量減輕其刑，其所謂「犯罪之情狀」，與同法第57條規定科刑時應審酌之一切情狀，並非有截然不同之領域，於裁判上酌減其刑時，應就犯罪一切情狀（包括第57條所列舉之10款事項），予以全盤考量，審酌其犯罪有無可憫恕之事由（即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，是否猶嫌過重等等），以為判斷（最高法院95年度台上字第6157號判決意旨參照）。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，為司法之特權，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可憫恕之處，非可恣意為之。被告及辯護人雖以前揭理由主張適用刑法第59條規定酌減其刑，然被告自民國109年間，即多次因施用毒品經觀察勒戒或判處徒刑，顯見被告知悉施用、持有毒品係違法行為，且深知施用毒品對於人體健康、經濟危害程度不輕，當更了解販賣毒品給他人施用，對他人身心健康及社會治安危害甚鉅，為法律所禁絕行為，對該行為處罰甚重，竟不知悛悔，不顧遭查獲須面對重刑，甘冒受罰風險，貪圖販賣毒品所能

獲得之利潤，以網際網路對大眾散布販賣毒品訊息，使用網路之公眾均得閱覽其所張貼之販賣毒品廣告，行為對於社會治安及公眾身心健康危害風險極大，其在已知法律規定禁止其行為情形下，仍以身試法，自應甘願受罰，何來情堪憫恕之虞。參以被告本次與員警談定之販賣毒品數量重達7.5公克、金額高達16,000元，預定販賣之毒品數量及獲利均非少數，犯罪情節及惡性與造成之危害均甚重，為警查獲後，於偵查、原審準備程序仍飾詞辯解，堅不認罪，直至原審審理時，方坦承犯行，可見被告於犯案時，並非有任何情有可原情況，致其雖認知行為錯誤，仍不得不為本案犯行，被告犯罪動機及犯罪情狀在客觀上並無足以引起一般同情之處，被告本案犯行，又可依刑法第25條第2項規定減輕其刑，經依上述規定減輕其刑後，所處最低刑度已可自5年起開始量處，刑罰嚴峻已有緩和，要無任何情輕法重之情形，故被告漠視法紀、助長毒品流通，殘害他人身體健康，並影響我國社會秩序重大，衡情並無何等足以引起一般同情之客觀情狀而應予以憫恕之處，當無適用刑法第59條酌減其刑之餘地，被告及辯護人之主張委不可採。

四、原判決以被告本件販賣第二級毒品未遂犯行，罪證明確，因予適用毒品危害防制條例第4條第2項、第6項、第18條第1項前段、第19條第1項，刑法第11條前段、第25條第2項等規定，並以行為人之責任為基礎，審酌被告無視國家對於毒品之管制禁令，販賣第二級毒品，欲藉販賣第二級毒品牟取私利，所為殊值非難；並斟酌被告為本案犯行之動機、目的、手段、情節等節；兼衡被告原飾詞否認犯行、嗣才坦認犯行之犯罪後態度，與其素行（見原審卷第13至16頁）；末斟酌被告於原審審理自述之智識程度、家庭生活經濟狀況（見原審卷第188頁），暨其曾因病住院治療（見原審卷第125至131頁）等一切情狀，量處有期徒刑5年2月。經核原判決所為刑之宣告，係以被告之責任為基礎，審酌刑法第57條各款所列事項及其他一切情狀後而為，所量定之刑亦未逾越法定刑

範圍或有何違反比例原則、公平原則及罪刑相當原則之情形，尚稱允當。被告固以上述情詞主張本案犯罪情狀應有刑法第59條之顯可憫恕之處，且審酌被告個人身心狀況（於嘉南療養院治療）、被告犯罪動機及所生損害非鉅、被告犯後態度（已於原審坦認犯行），並參酌其他同類案件之科刑情形，原判決量刑過重為由，提起上訴，指摘原判決不當。惟被告並無刑法第59條規定之適用餘地，業如前述，其此部分上訴理由顯不可採。另關於刑之量定，乃實體法上賦予法院得為自由裁量之事項，倘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。本件原審於審酌上情後，量處被告上開刑期，衡情其刑之量定已審酌刑法第57條所列事項，並以行為人之責任為基礎，使罰當其罪而符合罪刑相當原則，並具妥當性而無違刑罰權之分配正義，客觀上要難謂有何濫用權限、輕重失衡或逾越法律所規定範圍之情事，且原判決就被告上訴意旨所指應審酌其身心狀況、犯罪動機及所生損害程度、犯後態度等，皆已採為量刑基礎予以一一審酌，並無遺漏或誤認之情事，所量處之刑亦僅在依法減輕其刑後之最低度刑基礎上酌加2月，並無過重之情事，足見原判決刑之量定堪稱允當。從而被告上訴意旨主張原審量刑過重，因而指摘原判決不當，經核非有理由，應予駁回。

五、依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

本案經檢察官蔡聖涵提起公訴，檢察官趙中岳到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　29　　日

刑事第一庭　審判長法　官　張瑛宗

法　官　黃裕堯

法　官　李秋瑩

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　徐振玉

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　29　　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。