臺灣高等法院臺南分院刑事判決

115年度上訴字第448號

上　訴　人
即　被　告　郭人豪

選任辯護人　吳依蓉律師(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114年度訴字第272號中華民國115年1月13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26525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Ａ０１於本院準備程序及審理時，均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、沒收部分不提起上訴(見本院卷第96頁、第127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、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、刑之加重減輕事由：

㈠、本件被告意圖販賣而持有之哈密瓜錠10顆，經送驗結果哈密瓜錠內含有分屬不同級別之第二級毒品甲基安非他命及第三及毒品硝甲西泮成分等情，有內政部警政署刑事警察局114年1月14日刑理字第1146005778號鑑定書在卷可參（見偵卷第69至72頁），是就被告所犯最終論罪之意圖販賣而持有第二級毒品而混合二種以上毒品罪犯行，自應依毒品危害防制條例第9條第3項規定，加重其刑。

㈡、按犯毒品危害防制條例第4條至第8條之罪於偵查及歷次審判均自白者，減輕其刑，毒品危害防制條例第17條第2項定有明文。被告於偵查及歷次審判中均自白犯行（見偵卷第15頁、第33頁；原審卷173頁、第186頁、第207頁；本院卷第97頁、第97頁、第127頁），故被告本案意圖販賣而持有第二級毒品而混合二種以上毒品犯行，爰依毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑，並先加重後減輕之。

三、被告及其辯護人主張，本件被告未被查獲任何交易對象，亦無實際交易紀錄及上、下游供應結構，被告對犯行坦承不諱，犯罪情節極輕微，依毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑後，猶嫌過重，犯罪情狀顯有值得憫恕之處，應依刑法第59條規定酌減其刑。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。揆之被告於警詢及偵訊時就其持有扣案毒品之經過及用途等節供述略以：於民國113年8月10日晚間11時許，在臺南市北區萬象酒店內，向1名綽號「阿火」的男子，以一手交錢一手交貨之方式，用新臺幣(下同)5萬元價格，購買扣案愷他命15包、哈密瓜錠5包(每包2顆)、咖啡包小熊維尼包裝6包、火影忍者圖案咖啡包1包、彩虹菸13包(每包內18根彩虹菸)，我是拿來自己施用，如果有人向我詢問的話我就會賣給他，只是還沒有遇到有人要買，有人會詢問我毒品價錢，但是都沒有販賣成功，也有跟他人討論販賣等語(見警卷第27至28頁；偵卷第15頁、第32至33頁)，顯示被告雖尚未尋獲願意購買之人，因此未將所持有毒品販售給他人，但主觀上有積極對外販售所持有毒品之意願。再者，被告本案遭查獲之毒品種類甚多，數量不少，所持有之15包愷他命，每包純度自64%至87.41%甚高，淨重合計40.315公克、純質淨重達30.704公克；持有之含4-甲基甲基卡西酮成分咖啡包46包總淨重共計84.24公克、含4-甲基甲基卡西酮混合甲基-N,N-二甲基卡西酮成分咖啡包1包淨重2.47公克、含甲基安非他命及硝甲西泮成分之哈密瓜錠5包淨重10.28公克、含α-吡咯烷基苯異己酮等毒品成分之彩虹菸13包總淨重高達366.33公克，所持有擬對外販賣之毒品種類及數量均甚夥，幸未及賣出，而未造成實害，但其行為對於社會秩序及他人身體健康存有極大潛在危險性，絕非被告及辯護人所述對於法益侵害輕微。酌以被告本案最終論處之意圖販賣持有第三級毒品而混合二種以上毒品罪，依毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑，所處最低刑度已可自2年7月起開始量處，並無所謂刑罰嚴峻之情事，要無任何情輕法重可言，顯無適用刑法第59條酌減其刑之餘地。故被告及其辯護人主張應適用刑法第59條規定酌減其刑，委不可採。

四、駁回上訴之理由：

㈠、原判決以被告意圖販賣而持有第二級毒品而混合二種以上毒品、意圖販賣而持有第三級毒品而混合二種以上毒品、意圖販賣而持有第三級毒品等犯行，均罪證明確，因予適用毒品危害防制條例第5條第2項、第3項、第9條第3項、第17條第2項、第18條第1項前段，刑法第11條前段、第55條、第38條第1項等規定，並以行為人之責任為基礎，審酌被告知悉毒品危害人體健康甚鉅，並嚴重影響社會治安，竟無視毒品犯罪禁令，意圖販賣而持有本件扣案之毒品，增加毒品流入我國市面的潛在風險，所為實屬不該。惟念及被告犯後坦承犯行，犯後態度良好，兼衡其並無其他毒品前科、犯罪之動機、目的、手段、意圖販賣而持有毒品之種類、數量、所生危害。兼衡被告自陳教育程度為大學肄業，家中還有母親，入監前在工地工作之家庭生活及經濟狀況等一切情狀（見原審卷第213頁），量處有期徒刑3年8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。

㈡、被告固以前揭理由主張應適用刑法第59條規定酌減其刑，原審未適用刑法第59條規定酌減其刑，依刑法第57條規定科刑時，未審酌被告無販毒前科，也沒有交易對象或實際交易等販賣行為，故量刑過重為由，提起上訴，指摘原判決不當。惟被告本案意圖販賣而持有第二級毒品而混合二種以上毒品、意圖販賣而持有第三級毒品而混合二種以上毒品、意圖販賣而持有第三級毒品等犯行，並無刑法第59條酌減其刑規定適用之餘地，業如前述，被告主張原判決未適用刑法第59條規定酌減其刑不當，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，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，且原判決就被告坦承犯行之犯後態度、並無犯罪前科之素行、本案犯罪動機、目的、手段與意圖販賣而持有毒品之種類、數量、所生危害等犯罪情狀之科刑應審酌事由，均已採為量刑時衡酌之基礎，並無遺漏或誤認之情事，原判決刑之量定堪稱允當。從而，被告上訴意旨以原審量刑過重為由，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。

本案經檢察官白覲毓提起公訴，檢察官趙中岳到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　22　　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　　22　　日

附錄本案論罪科刑法條全文

毒品危害防制條例第5條

意圖販賣而持有第一級毒品者，處無期徒刑或10年以上有期徒刑，得併科新臺幣7百萬元以下罰金。

意圖販賣而持有第二級毒品者，處5年以上有期徒刑，得併科新臺幣5百萬元以下罰金。

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。

意圖販賣而持有第四級毒品或專供製造、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1百萬元以下罰金。
毒品危害防制條例第9條
成年人對未成年人販賣毒品或犯前三條之罪者，依各該條項規定加重其刑至二分之一。
明知為懷胎婦女而對之販賣毒品或犯前三條之罪者，亦同。
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。