

臺灣高等法院刑事判決

112年度上訴字第105號

上訴人  
即被告 陳孝泓

(另案於法務部○○○○○○○○執行，現  
寄押於法務部○○○○○○○○)

指定辯護人 姜俐玲律師(義辯)

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣新北地方法院110年度訴字第579號，中華民國111年8月31日第一審判決（起訴案號：臺灣新北地方檢察署110年度偵字第2046號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於刑之部分撤銷。

前開撤銷部分，甲○○處有期徒刑貳年柒月。

事實及理由

一、審理範圍

(一)、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。

(二)、查本件上訴人即被告甲○○提起上訴，刑事上訴狀載明：「我承認有錯有罪，但不應是如此重罪，望此次鈞長能輕判」等語（見本院卷第27頁）又被告及其辯護人於本院準備程序時陳稱：「（上訴要旨？）我對於原審判決書認定之事實及罪名、沒收部分均不爭執，僅就量刑部分上訴」（見本院卷第104頁），於本院審理時亦稱：「（僅就量刑部分提起上訴？）是」等語（見本院卷第134頁），業已明示僅就原判決之刑部分提起上訴，是依刑事訴訟法第348條第3項規定，本院審理範圍僅限於原判決關於刑之部分，不及於原判決所認定之犯罪事實、所犯法條（論罪）及沒收等其他部分。

01 二、本案據以審查量刑妥適與否之原審所認定犯罪事實、罪名

02 (一)、犯罪事實

03 甲○○明知大麻係毒品危害防制條例第2條第2項第2款所列  
04 管之第二級毒品，不得非法販賣或持有，竟意圖營利，基於  
05 販賣第二級毒品之犯意，於民國109年12月5日21時許，使用  
06 其所有LG手機（顏色：白色，SIM卡：0000000000號，IME  
07 I：0000000000000000號）連接網路，在交友軟體BAND以暱稱  
08 「愛FuN泗」在「求執 尋菸 找飲介紹所」及「新北市 台北  
09 市 基隆區 硬甜糖 大呼過癮！」之群組公佈欄上刊登「麻D  
10 0?花咳?有人需要來點少許的確幸嗎？」等隱含販賣毒品  
11 內容之訊息文字，適有桃園市政府警察局平鎮分局員警於10  
12 9年12月6日執行網路巡邏勤務，於上開群組內瀏覽訊息時察  
13 覺有異，遂佯裝為買家私訊甲○○，進而另以通訊軟體「TE  
14 LEGRAM」詢問毒品買賣事宜，雙方達成由甲○○以新臺幣  
15 （下同）9,000元價格，販賣第二級毒品大麻花3公克予員警  
16 之合意，嗣甲○○於109年12月7日15時30分許至雙方約定之  
17 新北市○○區○○路000號前，欲將大麻花1包交付予佯裝買  
18 家之員警時，經員警交付9,000元現金與甲○○，同時表明  
19 身分後當場逮捕甲○○而未遂，並扣得含有大麻花1包（淨  
20 重：2.7927公克、驗餘淨重：2.7170公克）及上開手機1支  
21 等物。

22 (二)、罪名

23 1.核被告所為，係犯毒品危害防制條例第4條第6項、第2項之  
24 販賣第二級毒品未遂罪。

25 2.其意圖販賣而持有第二級毒品之低度行為，為販賣未遂之高  
26 度行為所吸收，不另論罪。

27 三、關於刑之加重、減輕事由

28 (一)、按法院於審酌被告是否適用累犯規定而加重其刑時，訴訟程  
29 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  
30 段應加重其刑之事項，主張並具體指出證明方法後，法院才  
31 需進行調查與辯論程序，而作為是否加重其刑之裁判基礎。

01 前階段構成累犯事實為檢察官之實質舉證責任，後階段加重  
02 量刑事項為檢察官之說明責任，均應由檢察官分別負主張及  
03 具體指出證明方法之責。倘檢察官未主張或具體指出證明方  
04 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  
05 延長矯正其惡性此一特別預防之必要，且為貫徹舉證責任之  
06 危險結果所當然，是法院不予調查，而未論以累犯或依累犯  
07 規定加重其刑，即難謂有應調查而不予調查之違法。檢察官  
08 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  
09 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  
10 5款「犯罪行為人之品行」中予以負面評價，自仍得就被告  
11 可能構成累犯之前科、素行資料，列為刑法第57條第5款所  
12 定「犯罪行為人之品行」之審酌事項（最高法院刑事大法庭  
13 110年度台上大字第5660號裁定意旨參照）。查檢察官雖於  
14 原審及本院審理時主張被告構成累犯，應依法加重其刑一  
15 節。然本件起訴書並未記載被告構成累犯之事實，亦未就此  
16 加以舉證，難認檢察官於前階段構成累犯事實已盡其實質舉  
17 證責任，參諸前揭最高法院刑事大法庭裁定意旨，自毋庸對  
18 被告論以累犯或依累犯規定加重其刑。

## 19 (二)、刑之減輕事由

- 20 1. 被告已著手於販賣第二級毒品行為之實行而不遂，為未遂  
21 犯，爰依刑法第25條第2項規定，按既遂之刑減輕之。
- 22 2. 被告歷於偵、審自白本件販賣第二級毒品未遂犯行，爰刑毒  
23 品危害防制條例第17條第2項規定，減輕其刑。
- 24 3. 被告同時有2以上刑之減輕事由，並依刑法第70條規定，遞  
25 減之。

## 26 (三)、本件無刑法第59條酌減其刑之適用，茲說明如下：

- 27 1. 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  
28 嫌過重者，得酌量減輕其刑，此雖為法院依法得行使裁量之  
29 事項，然非漫無限制，必須犯罪另有特殊之原因、環境與情  
30 狀，在客觀上足以引起一般之同情，認為即予宣告法定最低  
31 度刑期，猶嫌過重者，始有其適用（最高法院28年上字第10

01 64號、45年台上字第1165號判例、88年度台上字第6683號判  
02 決意旨可參)；又按刑法第59條之酌量減輕其刑，必於犯罪  
03 之情狀有其特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同  
04 情，確可憫恕者，始有其適用，又適用該條文酌量減輕其刑  
05 時，雖不排除審酌同法第57條所列各款事由，但其程度應達  
06 於客觀上足以引起同情，確可憫恕者，方屬相當(最高法院  
07 88年度台上字第388號、第4171號判決意旨參照)。至行為  
08 人犯罪之動機、目的、犯罪之手段、犯罪後所生之損害、犯  
09 罪後之態度、犯罪行為人之生活狀況、品行、智識程度等，  
10 僅屬得於法定刑內審酌量刑之事項，非酌量減輕之理由。

11 2.被告歷於偵查及審理均自白本件販賣第二級毒品未遂之犯  
12 行，已適用刑法第25條第2項、毒品危害防制條例第17條第2  
13 項規定遞減輕其刑，相較原本之法定刑，已有減輕，要已無  
14 情輕法重之憾。又本件被告販賣毒品之犯刑固屬未遂，然其  
15 係於交友軟體群組內公佈欄上對不特定多數人刊登隱含販賣  
16 毒品訊息，其販毒行為顯然助長毒品流通，復考量被告行為  
17 時年滿29歲，正值壯年且已具相當社會智識，自應依循正軌  
18 獲取所得，其販毒牟利之作為，相較於安分守己正當工作  
19 者，顯無法引起一般人之同情或憫恕。是被告既無畏嚴刑之  
20 峻厲，僅為貪圖不法利益，即鋌而走險販賣毒品欲供他人施  
21 用，自仍應為其行為負責。因此，綜觀其情節，實難認屬輕  
22 微，洵應嚴厲規範，誠無另有特殊之原因或堅強事由，而在  
23 客觀上足以引起一般同情之處，自無再依刑法第59條規定減  
24 輕其刑之餘地。是被告及其辯護人前開上訴理由，即難認有  
25 據。

#### 26 四、撤銷改判之理由

27 (一)、原審經審理後，認被告所犯事證明確，予以論罪科刑，固非  
28 無見。惟查，本件檢察官於前階段構成累犯事實未盡實質舉  
29 證責任，自毋庸對被告論以累犯或依累犯規定加重其刑，業  
30 如前述，原審未予詳查，逕論以累犯並裁量加重其刑，自有  
31 未洽。

01 (二)、被告提起上訴，其上訴理由謂以：本件不應論累犯並加重其  
02 刑，請求依刑法第59條酌減其刑等語，而指摘原審量刑過  
03 重，依前所述，即為有理由，自應由本院就原判決關於刑之  
04 部分，予以撤銷改判。

05 五、科刑

06 爰以行為人之責任為基礎，審酌被告正值青壯，前有施用毒  
07 品之前案紀錄，有本院被告前案紀錄表在卷可按，當知悉毒  
08 品具有成癮性、濫用性，竟仍為本案犯行，藐視國家杜絕毒  
09 品犯罪之禁令，以在交友軟體群組公佈欄刊登隱含販賣毒品  
10 內容之訊息方式，販賣第二級毒品，所為非但增加毒品在社  
11 會流通之危險性，助長施用毒品成癮之惡習，戕害他人身心  
12 健康，對社會治安亦有相當程度之危害，所為誠屬不該，所  
13 幸本案經員警於執行網路巡邏時所發覺，而未生販賣毒品予  
14 他人之結果，另考量被告犯罪後始終坦承販賣第二級毒品未  
15 遂之犯行，態度尚可，兼衡其自承國中肄業之智識程度、入  
16 監前業工，月收入約4至6萬元，與母親、配偶及未成年子女  
17 1名同住，需扶養母親及小孩之家庭經濟生活狀況等一切具  
18 體情狀（見原審卷第163頁），量處如主文第2項所示之刑，  
19 以資懲儆。

20 據上論結，應依刑事訴訟法第369條第1項前段、第364條、第299  
21 條第1項前段，判決如主文。

22 本案經檢察官李佳穎提起公訴，檢察官羅建勛到庭執行職務。

23 中 華 民 國 112 年 5 月 11 日

24 刑事第十九庭 審判長法官 曾淑華

25 法官 黃惠敏

26 法官 李殷君

27 以上正本證明與原本無異。

28 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  
29 未敘述上訴之理由者並得於提起上訴後20日內向本院補提理由書  
30 （均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

31 書記官 周彧亘

01 中 華 民 國 112 年 5 月 11 日