臺灣高等法院刑事判決

115年度上訴字第3927號

上　訴　人　臺灣新竹地方檢察署檢察官吳柏萱

被　　告　鄒坤鍇

000000000000000000

000000000000000000

000000000000000000

選任辯護人　陳勵新律師(法扶律師)

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣新竹地方法院於中華民國115年4月24日所為113年度訴字第57號第一審判決（起訴案號：臺灣新竹地方檢察署112年度偵字第20810號），提起上訴，本院判決如下：：

主　　文

原判決關於宣告刑及緩刑宣告部分撤銷。

前項撤銷改判部分，原審所認鄒坤鍇犯販賣第二級毒品未遂罪，處有期徒刑二年八月。

事實及理由

壹、本庭審理範圍：

一、刑事訴訟法第348條第1項、第3項分別規定：「上訴得對於判決之一部為之」、「上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之」。立法理由指出：「為尊重當事人設定攻防之範圍，並減輕上訴審審理之負擔，容許上訴權人僅針對刑、沒收或保安處分一部提起上訴，其未表明上訴之認定犯罪事實部分，則不在第二審之審判範圍。如為數罪併罰之案件，亦得僅針對各罪之刑、沒收、保安處分或對併罰所定之應執行刑、沒收、保安處分，提起上訴，其效力不及於原審所認定之各犯罪事實，此部分犯罪事實不在上訴審審查範圍」。由此可知，當事人一部上訴的情形，約可細分為：一、當事人僅就論罪部分提起一部上訴；二、當事人不服法律效果，認為科刑過重，僅就科刑部分提起一部上訴；三、

當事人僅針對法律效果的特定部分，如僅就科刑的定應執行刑、原審（未）宣告緩刑或易刑處分部分提起一部上訴；四、當事人不爭執原審認定的犯罪事實、罪名及科刑，僅針對沒收部分提起一部上訴。是以，上訴人明示僅就量刑、定應執行刑、（未）宣告緩刑、易刑處分或（未）宣告沒收部分上訴時，第二審法院即不再就原審法院所認定的犯罪事實為審查，而應以原審法院所認定的犯罪事實及未上訴部分，作為上訴意旨指摘原審判決特定部分妥適與否的判斷基礎。

二、本件臺灣新竹地方法院（以下簡稱原審）判決後，檢察官提起第二審上訴，被告鄒坤鍇則未上訴。檢察官上訴意旨略以：原審援引刑法第59條作為特別減刑的依據，卻未具體說明有何「特殊之原因與環境」足以引起一般同情，僅恣意泛稱「刑度過重」且「不盡情理」，已屬判決不備理由；又被告所為，助長毒品的流通與氾濫，影響社會治安重大，原審判決竟對被告為緩刑諭知，且緩刑負擔僅為100小時的義務勞務，顯未充分反應販毒行為所造成社會危害等語。是以，原審判決後，僅檢察官就原審判決量刑、緩刑宣告部分提起一部上訴，則依照上述規定及說明所示，本庭自僅就此部分是否妥適進行審理，原審判決其他部分並非本庭審理範圍，應先予以說明。

貳、本庭撤銷原審判決關於宣告刑及緩刑宣告部分的理由：

一、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。」由本條文立法沿革來看，我國自清末民初揚棄傳統中國法「諸法合體」的編纂方式，而繼受西方法治，編訂（制定）刑律草案開始，一直有類似現行刑法情堪憫恕條款的規定。依照立法理由可知，本條款一方面是基於傳統中國法的「典型欽恤」、「矜緩之條」，他方面則源自「各國之通例」，其目的在於賦予「審判官矜憫之忱」、「審判官之淚」，以期「公平之審判」。畢竟「同一犯罪，情節互異，若株守一致，則法律之範圍過狹，反致有傷苛刻」，立法權遂透過本條款，有限度地將立法權

授予（讓予）職司審判的法官，用以調和個案，以符合正義。本規定為法院得自由裁量的事項，必須犯罪另有特殊的原因與環境，在客觀上足以引起一般人的同情，認為即使予以宣告法定最低度刑，猶嫌過重者，始有其適用。又所謂法定最低度刑，固然包括法定最低本刑；但遇有其他法定減輕事由者，則應是指適用其他法定減輕事由減輕後的最低度刑而言。如果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，因另有特殊的原因與環境，猶認為行為人犯罪的情狀顯可憫恕，即使科以該減輕後的最低度刑仍嫌過重者，才得以適用該規定酌量減輕其刑。犯罪在客觀上並無顯可憫恕的情狀，法院竟適用刑法第59條規定而酌減其刑，即屬用法失當。至於是否適宜適用刑法第59條規定酌量減輕其刑，屬實體法上賦予法院得依職權裁量的事項，上級審法院自得就下級審的法則適用是否妥適，加以審查、糾正或救濟（最高法院106年度台上字第1999號刑事判決意旨參照）。

二、原審認被告所為，是犯毒品危害防制條例第4條第6項、第2項的販賣第二級毒品未遂罪，依刑法第25條第2項未遂、毒品危害防制條例第17條第2項偵審自白、刑法第59條情堪憫恕等減刑規定，亦即基於前述3種刑的減輕事由，遞減其刑後，判處被告有期徒刑1年10月，並宣告緩刑4年，緩刑期間付保護管束，並應於判決確定後2年內提供100小時的義務勞務。原審依刑法第59條情堪憫恕條款酌減被告的刑責，雖然已提出其論證的憑據；然而，被告是在交友軟體Grindr平台上的公開自介中，張貼販賣毒品文字訊息予不特定人瀏覽，而非一般毒品案件的密室交易，社會危害更大，自難認在客觀上有足以引起一般人同情或憫恕的特殊原因、背景或環境。再者，長期使用毒品會產生耐受性及心理依賴性，並對身體健康有負面影響，製造毒品並流入市場後，不僅直接戕害施用（購買）毒品者身心健康，對施用毒品者的家庭帶來負面影響，並有滋生其他犯罪的可能，對社會所生危害程度

非輕，如率予憫恕而依刑法第59條規定減輕其刑，除對其個人難收改過遷善之效，無法達到刑罰特別預防的目的外，亦易使其他製（販）毒者心生投機、甘冒風險繼續為之，無法達到刑罰一般預防的目的。又被告自民國106年起迄今，即有3度因施用毒品而遭檢察官為緩起訴處分的紀錄等情，這有法院前案紀錄表在卷可佐；而依被告於偵查中所述，本次被告購入總價達新台幣10萬元的甲基安非他命75公克，除供自行施用之用，並為了賺價差而在網路上販賣，顯見被告始終未能戒除毒癮，甚至進而販賣，亦難認有何情堪憫恕之處。何況被告未遂犯部分依刑法第25條第2項規定、就其於偵查及法院審判中均自白部分依毒品危害防制條例第17條第2項規定遞減其刑後，顯見其刑度已大幅減低，亦無情輕法重的情事。由此可知，依照前述規定及說明，本件被告犯罪在客觀上顯難獲得一般的同情，原審逕以被告「本件販賣毒品之行為態樣、數量、對價，要與跨國販毒或大盤毒梟之犯罪情形迥然有別，所為犯行尚非重大惡極難赦」為由，依刑法第59條規定予以酌減其刑，自有適用法條不當的情事。是以，檢察官上訴意旨指摘原審援引刑法第59條減刑為判決不備理由，核屬有據，本庭依法自應予以撤銷改判；被告不得適用刑法第59條酌減其刑，其宣告刑即不可能在有期徒刑2年以下，依法不得宣告緩刑，原審所為附條件緩刑宣告應一併予改撤銷。

參、本庭就撤銷部分所為的量刑：

本庭綜合考量應報、一般預防、特別預防、關係修復、社會復歸等多元量刑目的，量刑判斷的過程依序為「決定與刑罰理論相關的量刑基準」、「劃定量刑事由的範圍並決定評價方向及程度」、「將具體個案的犯罪行為轉換成具體刑罰量」，依三階段量刑模式形成責任刑。其中第一階段：由行為責任原則為出發點，以犯罪情狀事由確認責任刑範圍；第二階段：從回顧過去的觀點回溯犯罪動機的中、遠程形成背景，以行為人情狀事由調整責任刑；第三階段：從展望未來

的觀點探究關係修復、社會復歸，以其他一般情狀事由調整責任刑。茲審酌判斷如下：

一、第一階段：

被告因購入數量較多的安非他命，於供自己施用之外，另為賺取價差而為本件犯行，其犯罪動機、目的的惡性並非重大，屬於中性的量刑事由；在Grindr平台上張貼販賣毒品文字訊息予不特定人瀏覽，社會危害更大，意欲交易的數量非鉅，犯罪手段並非嚴重，屬於中性的量刑事由。經總體評估前述犯罪情狀事由後，本庭認被告的責任刑範圍屬於處斷刑範圍內的低度偏中區間。

二、第二階段：

被告行為時並無事務理解能力、判斷決策能力較弱，而得以減輕可責性的情形，屬於中性的量刑事由；除本件犯行之外，並有多次施用毒品的前科素行，並無證據證明被告過去的品行、生活狀況、智識程度有何影響其等人格發展、看法觀點、生活方式及行為處事，而成為本件犯罪原因的情形，自無從減輕被告的可責性。經總體評估前述行為人情狀事由後，認被告的責任刑無須下修。

三、第三階段：

被告於偵查及歷次審理中始終坦承犯行，犯後態度良好，屬於有利的量刑事由；被告自述大學畢業，目前從事工程師，需要扶養母親，足見被告有勞動能力及意願，家庭支持系統非弱，社會復歸可能性非低，如刑罰過度投入，可能成為不利更生的因素，如施以較輕微的處罰，更能有效發揮社會復歸作用，堪認刑罰替代可能性較高，屬於有利的量刑事由。經總體評估前述其他一般情狀事由後，本庭認被告的責任刑應下修至處斷刑範圍內的低度偏低區間。

四、綜上，本庭綜合考量犯罪情狀事由、行為人情狀事由及其他一般情狀事由，並參考司法實務就類似案例的量刑行情，認被告所犯之罪的責任刑落在處斷刑範圍內的低度偏低區間，爰量處如主文欄第2項所示之刑。

肆、適用的法律：

刑事訴訟法第369條第1項前段、第364條、第299條第1項。

本案經檢察官吳柏萱偵查起訴及提起上訴，由檢察官李允煉在本審到庭實行公訴。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　8　　月　　19　　日

刑事第八庭　審判長法　官　廖建瑜

法　官　文家倩

法　官　林孟皇

本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，其未敘述上訴之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　趙芷溶

中　　華　　民　　國　　115　　年　　8　　月　　19　　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。