

臺灣高等法院臺中分院刑事判決

113年度上訴字第481號

上訴人

即被告 吳建鴻

選任辯護人 劉俊宏律師（法律扶助律師）

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣臺中地方法院112年度訴字第2328號中華民國113年3月14日第一審判決（起訴案號：臺灣臺中地方檢察署112年度偵字第46243號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

一、本院審判範圍之說明：

（一）按刑事訴訟法容許對於判決之一部上訴，使上訴權人所不爭執之部分盡早確定，上訴審可以集中審理仍有爭執而不服之部分，不僅符合上訴權人提起上訴之目的，亦可避免突襲性裁判，並有加速訴訟及減輕司法負擔之作用。上訴權人對上訴範圍之限制是否有效，則取決於未聲明上訴部分是否為聲明部分之「有關係之部分」（刑事訴訟法第348條第2項前段參照），若是，該部分視為亦已上訴，同為上訴審之審理範圍。此一般稱為上訴不可分原則。而界定「有關係之部分」之判別基準，則端視聲明上訴部分與未聲明部分，在事實上及法律上得否分開處理。具體言之，倘二者具有分別審理之可能性，且不論聲明上訴部分是否被撤銷或改判，均不會與未聲明部分產生矛盾之情況，二者即具有可分性，未聲明部分自非前述「有關係之部分」。又為尊重當事人設定之攻防範圍，落實當事人進行主義，並減輕上訴審審理之負擔，刑事訴訟法於110年5月31日修正時，增訂第348第3項規定：「上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之。」明文容許對法律

效果之一部上訴，並自同年0月00日生效施行。因此，於僅就法律效果之一部上訴時，依新法規定，過往實務見解認為「罪刑不可分之原則」即無適用之餘地。而依該條項將「刑」、「沒收」、「保安處分」分別條列，參以其增訂意旨，以及刑、沒收、保安處分各有不同之規範目的，所應審酌之事實與適用之法律亦相異，非互屬審判上無從分割之「有關係之部分」，自得僅就所宣告上開法律效果之特定部分提起一部上訴。於上訴權人僅就第一審判決之刑提起上訴之情形，未聲明上訴之犯罪事實、罪名及沒收等部分則不在第二審審查範圍，且具有內部拘束力，第二審應以第一審判決關於上開部分之認定為基礎，僅就經上訴之量刑部分予以審判有無違法或不當（最高法院112年度台上字第322號刑事判決參照）。

- （二）本案係上訴人即被告吳建鴻（下稱被告）檢附具體理由提起上訴，檢察官則未於法定期間內上訴；而依被告及辯護人於本院審理時陳述之上訴範圍，業已明示僅就原判決所量處之刑提起上訴（詳參本院卷第95至96頁），而未對原判決所認定之犯罪事實、罪名、沒收部分（本案並未諭知保安處分）聲明不服，參諸前揭說明，本院僅須就原判決所宣告之「刑」有無違法不當進行審理；至於原判決就科刑以外之其他認定或判斷，既與刑之量定尚屬可分，且不在被告明示上訴範圍之列，即非本院所得論究，合先敘明。
- （三）又上訴人明示僅就判決之「刑」一部聲明上訴者，當然包含請求對於原判決量刑過程中所適用特定罪名之法定刑、處斷刑及宣告刑是否合法妥適進行審查救濟，此三者刑罰具有連動之不可分性。第二審針對僅就科刑為一部分上訴之案件，祇須就當事人明示提起上訴之該部分踐行調查證據及辯論之程序，然後於判決內將聲明上訴之範圍（即上訴審理範圍）記載明確，以為判決之依據即足，毋庸將不在其審判範圍之罪（犯罪事實、證據取捨及論罪等）部分

贅加記載，亦無須將第一審判決書作為其裁判之附件，始符修法意旨（最高法院112年度台上字第2625號刑事判決參照）。本案上訴審理範圍既僅及於原判決之科刑部分，而與原判決之犯罪事實認定及罪名適用無涉，就未經當事人設定為上訴攻防範圍之犯罪事實、罪名（包含是否變更起訴法條、起訴效力所及範圍、犯罪參與情形、罪數認定等），自毋庸逐一論列載述，以收簡明之效，並符減輕上訴審審理負擔之修法意旨。

二、與本案有關之量刑加重、減輕事由：

- （一）按司法院釋字第775號解釋意旨，闡釋刑法第47條第1項所規定行為人受徒刑執行完畢，或一部之執行而赦免後，5年以內故意再犯有期徒刑以上之罪，雖為累犯，惟仍應依個案犯罪情節，具體審酌行為人犯罪之一切情狀暨所應負擔之罪責，裁量有無加重其刑之必要，避免一律加重致發生過苛或違反比例及罪刑相當原則之情形者而言（最高法院109年度台上字第3222號刑事判決參照）。又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。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具體指出證明方法之責。而所謂檢察官應就被告累犯加重其刑之事項「具體指出證明方法」，係指檢察官應於科刑證據資料調查階段就被告之特別惡性及對刑罰反應力薄弱等各節，例如具體指出被告所犯前後數罪間，關於前案之性質（故意或過失）、前案徒刑之執行完畢情形（有無入監執行完畢、在監行狀及入監執行成效為何、是否易科罰金或易服社會勞動〔即易刑執行〕、易刑執行成效為何）、再犯之原因、兩罪間之差異（是否同一罪質、重罪或輕罪）、主觀犯意所顯現之惡性及其反社會性等各項情

狀，俾法院綜合判斷個別被告有無因加重本刑致生所受刑罰超過其所應負擔罪責之情形，裁量是否加重其刑，以符合正當法律程序及罪刑相當原則之要求（最高法院110年度台上字第5660號刑事判決參照）。查被告前因傷害案件，經臺灣臺中地方法院111年度訴字第167號判決判處有期徒刑5月，如易科罰金，以新臺幣1000元折算1日確定，於民國112年4月25日易科罰金執行完畢，有臺灣高等法院被告前案紀錄表在卷足憑。被告受有期徒刑之執行完畢，5年內故意再犯本案法定本刑有期徒刑以上之罪，為刑法第47條第1項所規定之累犯。而就上開構成累犯之前提事實，檢察官已於起訴書中具體載明，被告及辯護人對此亦無異詞；而就應否加重其刑之說明責任，檢察官亦於原審及本院說明被告於前案執行完畢後，短期內即再犯本案，且本案所涉犯罪類型並非一時失慮或偶然發生，足認被告之法遵循意識及對刑罰之感應力薄弱，應依累犯規定加重其刑（詳參原審卷第136至137頁，本院卷第100頁）。本院審酌被告於前案執行完畢後，卻對先前所受刑之執行欠缺感知，仍執意再為販賣第三級毒品未遂犯行，雖其先前所犯係傷害罪，尚與本案犯罪性質有所差異，然被告甫於112年4月25日易科罰金執行完畢，僅相隔數月之久，旋於112年9月26日涉犯本案，未見其有何懊悔改過之心，足徵前案徒刑之執行難收成效，縱予加重其刑，亦無使其所承受之刑罰超逾其所應負擔之罪責、而違背憲法比例及罪刑相當原則之情形，經本院審酌上開具體情狀後，認為應予加重其刑。

- （二）被告已著手於販賣第三級毒品罪之實行，惟因喬裝毒品買家之員警僅係出於誘捕偵查之目的，並無實際買受真意，事實上不能真正完成買賣，而未能發生犯罪之結果，為障礙未遂犯，就此部分應依刑法第25條第2項之規定，按販賣第三級毒品既遂犯之刑予以減輕，並先加後減之。

- (三) 依毒品危害防制條例第17條第2項之規定，犯同條例第4條至第8條之罪而於偵查及歷次審判中均自白者，減輕其刑。被告於偵查、原審及本院審理時，均已自白上述販賣第三級毒品未遂之犯行（詳參偵卷第150頁，原審卷第134頁，本院卷第95頁），應依毒品危害防制條例第17條第2項之規定減輕其刑，並先加重而後遞減之。
- (四) 又按毒品危害防制條例第17條第1項規定所稱「供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者」，係指犯罪行為人供出毒品來源之對向性正犯，或與其具有共同正犯、共犯（教唆犯、幫助犯）關係之毒品由來之人的相關資料，諸如其前手或共同正犯、共犯之姓名、年籍、住居所或其他足資辨別之特徵等項，使調查或偵查犯罪之公務員得據以對之發動調查或偵查程序，並因此而確實查獲其人、其犯行者，始足該當。雖不以在偵查中供出為限，即審判中始供出者，亦無不可，但犯罪行為人所自白或指認為毒品由來之人，如僅有綽號而難以確定其特徵，或已死亡或通緝等在客觀上實已無從使調查或偵查機關人員為有效地調查或偵查作為，或並未因此而確實查獲被指認人之犯行者，均與上開之規定不符（最高法院110年度台上字第3941號刑事判決參照）。被告於偵查及原審雖已提及其毒品上手為綽號「潘迪」之人（詳參偵卷第110頁，原審卷第36頁），惟被告既無法完整敘明其毒品來源「潘迪」之具體聯絡資訊以供追查，職司偵查犯罪之檢警機關僅憑前揭綽號或暱稱，顯然無從據此查獲供應毒品之其他正犯或共犯。此觀卷附臺灣臺中地方檢察署112年12月29日中檢介竹112偵46243字第0000000000號函、臺中市政府警察局第五分局112年12月28日中市警五分偵字第1120109147號函即明（詳參原審卷第59、61頁）。則檢警機關迄今並未因被告供述毒品來源而查獲其他正犯、共犯，核與毒品危害防制條例第17條第1項之情形尚屬有別，被告自無從遽依前揭規定減免其刑。

(五) 另按刑之量定，為求個案裁判之妥當性，法律固賦予法院裁量權，但此項裁量權之行使，除應依刑法第57條規定，審酌行為人及其行為等一切情狀，為整體之評價，並應顧及比例原則與平等原則，使罪刑均衡，輕重得宜，以契合社會之法律感情。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人之同情，以及宣告法定最低度刑，是否猶嫌過重等），以為判斷。本案係由「潘迪」向不特定人發送隱含販賣第三級毒品意思之文字訊息，始為執行網路巡查勤務之員警察覺，並進而查獲前來交易之被告，形同藉由網際網路擴大延伸毒品銷售對象，助長毒品流通，不僅戕害他人身心健康，且間接危害社會治安，則被告無畏嚴刑峻罰，為牟己利而恣意販賣毒品未遂，情節非輕，難認有何可值憫恕之處。加以被告仍可依前述減刑規定，而調整其處斷刑之範圍，與所犯對於社會法益之侵害程度相較，當無情輕法重之特殊狀況，亦不足以引起一般人普遍之同情，本院爰不再依刑法第59條規定酌量減輕其刑。

三、上訴理由之論斷：

- (一) 被告上訴意旨略以：被告對於起訴書所載犯罪事實均坦承不諱，其自白犯罪之態度良好，原審量刑已嫌過重，請予從輕量刑等語（上訴理由所主張被告已無繼續羈押之必要，請諭知具保停止羈押等情，另由本院分案處理）。
- (二) 惟查：按刑之量定，係法院就繫屬個案犯罪之整體評價，為事實審法院得依職權自由裁量之事項，故量刑判斷當否之準據，應就判決之整體觀察為綜合考量，不可摭拾其中片段，遽予評斷。苟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、比例原則及罪刑相當原則者，亦無偏執一端，致明顯失出失入情形，即不得任意指為違法或不當（最高法院110年度台上字第4370號刑事判決參照）。而法官於進行科刑裁量時，倘遇有與刑法第57條所列各款有關而足以影響刑之輕重之個別情況，於量刑時應予「特別注意並融合判斷」，非指就本條所列各款量刑因子均須於判決內逐一論述，始為適法（最高法院110年度台上字第6286號刑事判決參照）。原判決就被告所犯販賣第三級毒品未遂罪量處之宣告刑，已具體審酌關於刑法第57條科刑等一切情狀，在罪責原則下適正行使其量刑之裁量權，客觀上並未逾越法定刑度，亦與罪刑相當原則、比例原則無悖，難認有逾越法律所規定之範圍，或濫用其裁量權限之違法情形。而被告於偵審期間始終坦認犯行，犯後態度良好，及其學歷、工作、家庭經濟狀況等情，均經原審逐一審酌而列為量刑因子（詳參原判決第7頁），非可遽謂原判決有何漏未斟酌有利於被告量刑事由之違誤。又被告先前另涉運輸第二級毒品未遂案件，經本院109年度上訴字第478號判決判處有期徒刑2年2月確定，有臺灣高等法院被告前案紀錄表在卷足憑，被告於本案又涉販賣第三級毒品未遂罪，原審僅量處有期徒刑2年，尚且低於前案之量刑結果，已屬偏輕，當無量刑過重之疑慮。是以被告提起上訴空言指摘原審量刑過重，希冀本院再予從輕量刑，尚非允洽，難認有據。

（三）綜上所述，被告明示僅就原判決之刑提起一部上訴，復以前開情詞主張原判決所為量刑不當，並無理由，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

本案經檢察官康淑芳提起公訴，檢察官林思蘋到庭執行職務。

中 華 民 國 113 年 6 月 18 日
刑事第十二庭 審判長法官 張 國 忠
法官 陳 葳

法 官 高 文 崇

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，其未敘述上訴之理由者，並應於提起上訴後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 施 耀 婷

中 華 民 國 113 年 6 月 18 日