臺灣高等法院臺中分院刑事判決

115年度上訴字第38號

上　訴　人
即　被　告　曾柏鈞
000000000000000000

000000000000000000
選任辯護人　張榮成律師
　　劉豐億律師
　　陳修聞律師

上列上訴人即被告因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣彰化地方法院114年度訴字第1372號中華民國114年11月11日第一審判決（起訴案號：臺灣彰化地方檢察署114年度偵字第2635、11526、18274號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

壹、上訴範圍及本院審理範圍之說明

一、本件係由上訴人即被告曾柏鈞（下稱：被告）提起上訴。被告於刑事聲明上訴狀中僅載稱依法提起上訴，惟於嗣後所提出之刑事上訴理由狀中則明確表示針對原審判決之「量刑」提起上訴，於本院審理時經審判長闡明後，亦明示僅針對量刑上訴，並當庭具狀撤回對刑以外部分之上訴，此有刑事聲明上訴狀、刑事上訴理由狀、本院審理筆錄各1份在卷可稽（見本院卷第11頁、第15至21頁、第94頁）；依前揭說明，**本院僅須就原判決所宣告被告「刑」部分有無違法不當進行審理**；至於原判決就此部分以外之犯罪事實、論罪及沒收等其他認定或判斷，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，先予指明。

二、按刑事訴訟法第348條第3項所謂判決之「刑」，包括首為刑

法分則各本條或特別刑法所規定之「法定刑」，次為經刑法總則或分則上加減、免除之修正法定刑後之「處斷刑」，再次為裁判上實際量定之「宣告刑」。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號刑事判決意旨參照）。揆諸前揭說明，本院以經原判決認定之事實及論罪為基礎，僅就原判決關於被告所犯販賣第三級毒品罪「刑」之部分是否合法、妥適予以審理，並不及於原判決就此部分外所認定之犯罪事實、所犯法條（論罪）及沒收部分，且就相關犯罪事實、所犯法條及沒收等認定，則以第一審判決書所記載之事實、證據及理由為準，亦不引用為附件，合先敘明。

貳、被告上訴意旨略以：□被告本案於前案固均為違反毒品危害防制條例案件，惟被告前案乃民國107年所犯，且犯罪型態為持有毒品，縱然以執行完畢之日起算兩案亦相隔近5年，被告應不具特別惡性及刑罰反應力薄弱，原審未審酌上情，仍依刑法第47條第1項規定對被告加重其刑，顯有違反釋字第775號解釋意旨之判決違法；□被告於偵查、審理中均坦承犯罪，犯後態度良好，並積極配合檢警調查，本案被告所犯實屬一時疏慮，絕非以販毒為生之惡徒，原審未審酌上情，仍分別量處被告有期徒刑4年、3年7月 ，並定應執行刑為4年6 月，實屬過重，原審量刑難謂適法，並請求依刑法第59條之規定對被告酌減其刑等語。

叁、本院就被告對原判決之「刑」一部上訴，於此上訴範圍

內，說明與刑有關之事項：

一、刑之加重部分即累犯之說明：

㈠、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（最高法院110年度台上字第5660號判決意旨參照）。又司法院釋字第775號解釋揭示，刑法第47條第1項所規定關於累犯加重本刑部分，其不分情節，基於累犯者有其特別惡性及對刑罰反應力薄弱等立法理由，一律加重最低本刑，於不符合刑法第59條所定要件之情形下，致生行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪責之個案，其人身自由因此遭受過苛之侵害部分，不符罪刑相當原則。是以，法院就個案應依司法院釋字第775號解釋意旨，衡量所欲維護法益之重要性、防止侵害之可能性及事後矯正行為人之必要性，斟酌各項情狀，包括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、是否易科罰金或易服社會勞動）、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情，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，裁量是否加重最低本刑（最高法院112年度台上字第345號判決意旨參照）。即累犯之立法意旨，在於行為人前已因犯罪而經徒刑執行完畢或一部之執行赦免後，理應產生警惕作用，若其對於刑罰之反應力薄弱，乃由法院裁量是否加重最低本刑，以符罪刑相當之原則。

㈡、本案起訴書雖未對被告構成累犯之事實及應加重之事項為主張及舉證，惟檢察官於原審審理時已就被告構成累犯之事實及應加重之事項主張：被告前因毒品危害防制條例案件，經

告臺灣彰化地方法院以108年度訴字第900號判決判處有期徒刑6月確定，於109年9月15日易科罰金執行完畢，顯見被告對刑罰反應較弱且本件並無加重最輕本刑過苛之情形，請依累犯規定加重其刑等語（見原審卷第346頁），並舉出以被告之刑案查註紀錄表、法院前案紀錄表為證（見原審卷第346頁），可知被告受有期徒刑執行完畢，於5年內故意再犯本案前揭有期徒刑以上之各罪，均已符合刑法第47條第1項構成累犯的要件。足認檢察官已具體就被告構成累犯之事實及應依累犯加重之理由提出證明方法及釋明。

㈢、本院審酌被告上述構成累犯的前案，均屬於故意犯罪類型，且前揭構成累犯之前案中為修正前毒品危害防制條例第11條第5項之持有第三級毒品純質淨重20公克以上罪，足見被告構成累犯之前科即為持有大量之第三級毒品，與本案販賣第三級毒品案件實具有相當關連性，已顯示其法敵對的惡性，可見其未能因前案之執行知所警惕，及對於刑罰之反應力、自制力及守法意識顯然薄弱。此外，再依據司法院釋字第775號解釋意旨，本院衡酌依原審判決所認定之犯罪事實，本案被告係販賣300公克、價值新臺幣（下同）27萬3千元之愷他命，及販賣價值6千元之第三級毒品咖啡包共60包，所販賣之毒品數量非微，依其犯罪情節，並無司法院釋字第775號解釋意旨所示應量處最低法定刑，否則有違罪刑相當原則，暨並無因無法適用刑法第59條酌量減輕其刑之規定，致其人身自由遭受過苛侵害之罪刑不相當情形。綜上所述，本院認就被告就本案所認定販賣第三級毒品犯行（2次），均應依刑法第47條第1項規定及司法院釋字第775號意旨，予以加重其最低本刑。被告上訴意旨認其不應依累犯之規定加重其刑等語，尚難為本院所採。

二、刑之減輕部分

㈠、按毒品危害防制條例第17條第2項規定：「犯第4條至第8條之罪於偵查及歷次審判中均自白者，減輕其刑。」旨在鼓勵是類案件被告自白犯行，認罪悔過，並期訴訟經濟及節省司

法資源，被告須於偵查及歷次審判中皆行自白，始有適用。此所謂「自白」，係指對自己之犯罪事實全部或主要部分為肯定之供述。而販賣毒品與無償轉讓、合資購買、幫助他人施用毒品或與他人共同持有毒品，係屬不同之犯罪事實，行為人有無營利之意圖，乃毒品之販賣、轉讓、為他人購買毒品而幫助施用毒品等犯罪類型之主要區別，亦為各該犯罪異其刑罰輕重之評價原因，屬販賣毒品犯罪之重要構成要件事實，行為人如就販賣毒品犯罪之營利意圖未作供認，或僅承認無償或原價轉讓，或未肯定供述收取毒品對價，均難認已就販賣毒品之事實為自白，而無前揭減輕其刑規定之適用，此有最高法院114年度台上字第5553號判決意旨可參。被告於偵訊及原審審理時均坦承其所犯本案販賣第三級毒品2次之犯行（見偵2635卷第226頁；原審卷第330頁）， 且上訴本院時，亦僅就量刑部分上訴，對犯罪事實及罪名均不爭執，自應均依毒品危害防制條例第17條第2項之規定，減輕其刑，並依法先加後減之。

㈡、被告並無適用刑法第59條之說明

⑴按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，刑法第59條定有明文。考其立法理由認，科刑時，原即應依同法第57條規定審酌一切情狀，尤應注意該條各款所列事項，以為量刑標準。又刑法第59條所謂「犯罪之情狀」顯可憫恕，與刑法第57條所稱之審酌「一切情狀」，二者並非屬截然不同之範圍，於裁判上酌量減輕其刑時，本應就犯罪一切情狀（包括刑法第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，以為判斷，故適用第59條酌量減輕其刑時，並不排除第57條所列舉10款事由之審酌。又是否適用刑法第59條規定酌量減輕被告之刑，係實體法上賦予法院得依職權裁量之事項（最高法院108年度台上字第2978號刑事判決意旨參照）。而如別有法定減輕事由，應先依法定減輕事由減輕其刑後，科以最低刑度，猶嫌過重時，始得為之；若有二種以上法定減輕事由，

仍應先依法定減輕事由遞減其刑後，科以最低刑度，猶嫌過重時，始得再依刑法第59條規定酌減刑。

⑵毒品之危害，除戕害施用者之身心健康外，復因毒品施用者為取得購買毒品所需之金錢，亦衍生家庭、社會治安問題。被告前已有修正前毒品危害防制條例第11條第5項之持有第三級毒品純質淨重20公克以上之前科素行，明知毒品為對於他人身心健康及社會治安之危害，且販賣毒品為我國法律所嚴禁，竟為圖賺取價差為本案犯行，且販賣之數量非微，而非僅單純毒友為求施用少量毒品之之互通有無，對社會秩序及治安之危害較大；本案被告販賣毒品之對象為2人、次數為2次，且販賣毒品之價金分別為27萬3千元、6千元，顯非僅供單次施用、價微量小之互通有無所可比擬，行為殊值非難；復考量被告本案販賣第三級毒品2次之犯行，均已依毒品危害防制條例第17條第2項之規定減輕其刑，其法定最重本刑已大幅降低為有期徒刑3年6月，實難認有何情輕法重之處，客觀上亦未足引起一般同情；倘遽予憫恕被告，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，無法達到刑罰之特別預防目的外，亦易使其他販毒之人心生投機、甘冒風險販毒，無法達到刑罰一般預防之目的，衡諸社會一般人客觀標準，難謂有過重而情堪憫恕之情形，洵均無適用刑法第59條規定酌減其刑之餘地。

肆、上訴駁回之理由

一、被告上訴意旨主張其不應依刑法第47條第1項累犯之規定加重其刑，及應依刑法第59條之規定酌減其刑等節，業據本院一一論駁如前，被告此部分之上訴為無理由。

二、按量刑輕重，屬法院得依職權自由裁量之事項，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，無偏執一端，致明顯失出失入情形，自不得指為不當或違法（最高法院103年度台上字第291號、第331號刑事判決意旨參照），且在同一犯罪事實與情節，如別無其他加重或減輕之原因，下級審量定之刑，亦無

過重或失輕之不當情形，則上級審法院對下級審法院之職權行使，原則上應予尊重（最高法院85年度台上字第2446號刑事判決意旨參照）。

三、原審於量刑時審酌被告明知毒品對身心之危害，竟無視國家杜絕毒品犯罪之禁令，販賣第三級毒品之毒品咖啡包，使購毒者更加產生對毒品之依賴性及成癮性，戕害他人健康，並有滋生其他犯罪之可能，危害社會治安，且減損國家國力、競爭力，實屬不該；惟其犯後坦承犯行，態度尚可，並考量被告之素行、犯罪之動機、目的、手段、販賣毒品之數量、參與程度、販賣毒品之金額、所獲利益、智識程度及生活狀況等一切情狀，分別量處有期徒刑4年、3年7月；並審酌被告之犯行次數為2次、時間間隔約半年、均為販賣第三級毒品之犯行、侵害程度等情，而為整體評價後，定其應執行有期徒刑4年6月。經核原審上開量刑已以行為人之責任為基礎，斟酌刑法第57條各款所列情狀，既未逾越法定刑度，復未濫用自由裁量之權限，亦無違背公平正義精神、比例原則及罪刑相當原則，故原審量刑並無不當或違法之情形；另對被告所為之定應執行刑有期徒刑4年6月，則考量其所犯各罪之類型、侵害法益均屬相同，行為態樣、手段亦相似，對法益侵害之加重效應非大，而並未實質累加其刑度，而在應執行刑之外部界限（7年7月）、內部界限（4年）間採取低度之定刑（4年6月），亦與刑法量刑公平正義裡念相符。

四、被告上訴意旨所陳犯後坦承犯行、配合檢警偵查之犯後態度等情狀，業據原審於量刑時斟酌在案，且原審之量刑及定刑並未逾越法定刑度及內外部界限，亦無濫用其裁量權之情形，業據本院說明如前，於本院審理期間復無任何量刑因子之變動，且原審係依據刑法第57條各款所列情狀（包含被告之前科素行），綜合考量下所為之量刑，並考量數罪侵害法益之異同、對侵害法益之加重效應及時間、空間之密接程度、刑罰之邊際效益遞減及行為人復歸社會之可能性等情而採取低度定刑，尚難遽認違反罪刑相當原則，而有量刑或定

應執行刑過重之情形，自應認原審之量刑及定刑之審酌及說明尚屬妥當適法，且於本院審理期間亦無其餘量刑因子變動。綜上，被告上訴為無理由，應予駁回。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

本案經檢察官鄭安宇提起公訴，檢察官林宏昌到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　21　　日

刑事第四庭　　審判長法　官　王　鏗　普

法　官　周　淡　怡

法　官　黃　齡　玉

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決應於收受送達後二十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二十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　洪　玉　堂

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　21　　日