臺灣高等法院臺中分院刑事判決

115年度上訴字第39號

上　訴　人
即　被　告　洪睿謙
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000

選任辯護人　張崢榆律師（法扶律師）

上列上訴人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1034號中華民國114年10月2日第一審判決（起訴案號：臺灣彰化地方檢察署113年度偵字第2688號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於宣告刑及應執行刑均撤銷。

上開撤銷部分，Ａ０１各處如附表「本院主文」欄所示之刑。

犯罪事實及理由

一、本院審判範圍之說明：

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。第二審法院，應就原審判決經上訴之部分調查之，為同法第366條所明定。是若當事人明示僅針對量刑部分提起上訴，其未表明上訴之犯罪事實、罪名部分，自非第二審之審查範圍（最高法院112年度台上字第1213號判決意旨參照）。本案上訴人即被告Ａ０１（下稱被告）不服原審判決提起上訴，被告及選任辯護人於本院審理時明示對原審量刑提起上訴（本院卷第130頁），所以本院只以原審認定的犯罪事實為基礎，就原審判決量刑部分（包含宣告刑及應執行刑）審理，不及於其他。

二、被告上訴意旨略以：本案被告所犯販賣第三級毒品而混合二種以上毒品罪，犯罪之動機僅為求賺取自身使用之量差，所販售對象僅1人，對社會治安雖有危害，但牽涉範圍非廣，犯罪手段應非甚為惡劣，販售數量雖有180包，但販售價格

僅有新臺幣（下同）2萬元，實無獲取暴利之可能。被告持有之第三級毒品，是預計供自身施用，亦無對他人造成危害。請衡量被告始終坦承犯行，要單獨育有1名8歲未成年子女，並委由被告母親照顧，被告母親尚需照顧被告之外婆，被告家庭狀況確實需要被告早日返家工作，賺取收入。被告願意主動繳回本案犯罪所得2萬元，以表真誠懺悔之心。原判決就被告所犯各罪量處之刑度有過高之情，請就原判決所為宣告刑及定應執行刑均予撤銷，改判較輕之刑等語。

三、本院之判斷：

㈠被告就原判決附表一編號1所犯販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品罪，依毒品危害防制條例第9條第3項規定，應適用最高級別即販賣第三級毒品之法定刑，並加重其刑（此為法定刑之加重）。

㈡被告於偵查、原審及本院審理時均自白犯販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品罪，應依毒品危害防制條例第17條第2項之規定，減輕其刑，並應依法先加重後減輕之。

㈢被告前因違反槍砲彈藥刀械管制條例案件，經法院判處有期徒刑3年2月確定，於民國110年6月8日假釋出監付保護管束，於110年11月19日保護管束期滿未經撤銷，視為執行完畢等情，有法院前案紀錄表在卷可考（本院卷第37至39頁），其受有期徒刑之執行完畢後5年內故意再犯本件有期徒刑以上之罪，符合累犯之要件。且檢察官於本院審理時就被告應構成累犯，且應依法加重其刑，亦已說明所憑之依據及認定之理由，已符合應有之證明。本院審酌被告於前案執行完畢後2年餘又故意犯本案之罪，顯見前案之執行並未收警惕之效果，被告對刑罰反應力薄弱，應依累犯規定加重其刑。原審審酌後未依累犯規定加重其刑，雖有違誤，但原判決既已將被告構成累犯之前科列為科刑之審酌事項，基於禁止重複評價之原則，原判決此部分雖有微疵，但於原判決量刑本旨並無影響，自不構成撤銷之理由，附此敘明。

㈣撤銷改判之理由

原審審理後，依所認定之犯罪事實及罪名而為量刑，固非無見。惟查：

1.就被告所犯販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品罪部分，被告於本院審理期間已自動繳交販毒之犯罪所得2萬元，有郵政跨行匯款申請書在卷可考（本院卷第93頁），此部分犯罪所得已經扣案，已毋庸追徵，可認此部分量刑因子已有變動，被告積極悔過的犯後態度應在刑度的評價上加以適度呈現，原審未及審酌上情，容有未合。

2.就被告所犯持有第三級毒品純質淨重5公克以上罪部分，被告所購買而持有之第三級毒品數量為毒品咖啡包50包及愷他命3公克，然本案遭查扣部分，為被告施用後所剩餘之毒品咖啡包40包及愷他命1包。經送鑑定後，毒品咖啡包40包之純質淨重共為7.88公克（0.16＋7.72＝7.88），有內政部警政署刑事警察局113年3月27日刑理字第1136035828號鑑定書暨毒品純質淨重換算表可參（偵卷第255至257頁），愷他命1包送驗淨重為0.9059公克，無檢驗純質淨重。由此可見，被告持有之第三級毒品純質淨重雖已超過5公克，但超過之數量非鉅，佐以該罪法定刑為「2年以下有期徒刑，得併科新臺幣20萬元以下罰金」，原判決量處被告有期徒刑7月，未慮及被告持有之純質淨重數量，亦有未當。

3.被告提起上訴請求從輕量刑，為有理由，應由本院將原判決關於被告如附表所示各罪之宣告刑均予撤銷，原定之應執行刑亦因此失所附麗，應併予撤銷。

㈤依照刑法第57條規定，以行為人的責任為基礎，審酌被告構成累犯之素行，及前已有持有、轉讓第三級毒品等前案紀錄，有法院前案紀錄表在卷可參（本院卷第39至40頁），仍無視國家對於杜絕毒品犯罪之禁令，知悉毒品具有成癮性，服用後會產生依賴性，且戒解不易，竟仍販賣毒咖啡包予他人施用，戕害他人身心，足使社會因施用毒品人口增加，而減損勞動生產力，提高社會成本，所生損害非小，並無故持有第三級毒品純質淨重5公克以上，對個人健康及社會秩序

均有戕害，惟念被告坦承犯行之犯後態度，兼衡本案販賣毒品之次數、對象、數量及金額、犯罪之動機、目的、手段、所生危害，及持有毒品之期間、數量，另兼衡被告於原審審理時自陳之智識程度、家庭生活經濟狀況，及已繳回犯罪所得等一切情狀，並考量被告、辯護人及檢察官對本案刑度之意見，分別量處如附表「本院主文欄」所示之刑，並就附表編號2所示之刑諭知易科罰金之折算標準。

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

本案經檢察官鄭安宇提起公訴，檢察官Ａ０２到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　2　　月　　11　　日

刑事第一庭　審判長法　官　蔡 名 曜

法　官　林 宜 民

法　官　王 靖 茹

以上正本證明與原本無異。

販賣第三級毒品部分得上訴，持有第三級毒品部分不得上訴。

如不服本判決得上訴部分，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　陳 三 軫

中　　華　　民　　國　　115　　年　　2　　月　　11　　日

【附表】

編號	犯罪事實	原審主文	本院主文
1	如原判決犯罪事實欄一㈠所示	Ａ０１犯販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品罪，處有期徒刑肆年。 扣案如附表二編號3所示之物沒收；未扣案犯罪所得新臺幣貳	Ａ０１處有期徒刑參年拾月。

		萬元沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。	
2	如原判決犯罪事實欄一㈡所示	Ａ０１犯持有第三級毒品純質淨重五公克以上罪，處有期徒刑柒月。 扣案如附表二編號1、2所示之物均沒收。	Ａ０１處有期徒刑伍月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。