

臺灣高等法院刑事判決

113年度上訴字第5327號

上訴人

即被告 劉哲維

指定辯護人 本院公設辯護人唐禎琪

上列上訴人即被告因違反毒品危害防制條例等案件，不服臺灣新北地方法院112年度訴字第1065號，中華民國113年3月7日第一審判決（起訴案號：臺灣新北地方檢察署112年度偵字第34260號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於其附表編號1、2、4之宣告刑暨定應執行刑均撤銷。前項撤銷部分，劉哲維各處如附表編號1、2、4「宣告刑」欄所示之刑。

其他上訴駁回。

事實及理由

一、依上訴人即被告劉哲維（下稱被告）於刑事第二審上訴理由狀所載，僅爭執原判決之量刑事項，復於本院審理時明示僅針對原判決之量刑提起上訴（見本院卷第39頁至第41頁、第78頁），故本院依刑事訴訟法第348條第1項、第3項之規定，僅就原判決之量刑進行審理。

二、被告上訴意旨略以：請考量被告年輕識淺，一時失慮致蹈法網，深感後悔，就附表編號1所示販賣第二級毒品大麻犯行之數量、價格非多，就附表編號1、2、4所示各次販賣第二級毒品大麻既、未遂犯行因已於本院坦承犯行，致量刑基礎已有變更，依刑法第59條規定酌減刑度，從輕量刑等語。

三、經查：

(一)原判決基於其犯罪事實之認定，論被告就附表編號1所為，

01 係犯毒品危害防制條例第4條第2項販賣第二級毒品罪；就附
02 表編號2、4所為，均係犯毒品危害防制條例第4條第6項、第
03 2項販賣第二級毒品未遂罪；就附表編號3所為，係犯藥事法
04 第83條第4項、第1項轉讓偽藥未遂罪，予以分論併罰。故本
05 院依上開原判決犯罪事實之認定及法律適用，而對被告之量
06 刑為審理，先予敘明。

07 (二)刑之加重部分：

08 被告前因傷害案件，經臺灣士林地方法院以108年度湖簡字
09 第363號判決判處有期徒刑2月、2月，定應執行刑為有期徒
10 刑3月確定，於民國109年7月9日易科罰金執行完畢，有本院
11 被告前案紀錄表可稽，可見被告係於受有期徒刑執行完畢
12 後，5年內故意再犯本件有期徒刑以上之各罪。惟檢察官並
13 未就被告構成累犯之事實為主張及舉證，亦未就被告何以具
14 有特別惡性及對刑罰反應力薄弱等應加重其刑之事項，具體
15 指出證明之方法，參諸最高法院110年度台上大字第5660號
16 裁定意旨，即僅將被告上開前案紀錄列入刑法第57條第5款
17 「犯罪行為人之品行」之量刑審酌事由，爰不依累犯之規定
18 加重其刑。

19 (三)刑之減輕部分：

20 1.附表編號1：

21 按刑法第59條之酌量減輕其刑，必犯罪之情狀顯可憫恕，認
22 科以最低度刑仍嫌過重者，始有其適用，至於同法第57條規
23 定，科刑時應以行為人之責任為基礎，並審酌一切情狀，尤
24 應注意該條所列10款事項，為科刑重輕之標準，則為在法定
25 刑內量刑輕重之依據。所謂「犯罪之情狀」與「一切情
26 狀」，兩者固非有截然不同之領域，於裁判上酌量減輕其刑
27 時，雖亦應就犯罪一切情形予以考量，但仍應審酌其犯罪情
28 狀有無「顯可憫恕」之事由，故適用刑法第59條酌量減輕其
29 刑時，雖不排除審酌同法第57條所列舉10款之事由，惟其程
30 度必須達於犯罪之情狀「顯可憫恕」者，始可予以酌減（最
31 高法院98年度台上字第5454號判決意旨參照）。被告為附表

01 編號1所示販賣第二級毒品大麻之犯行固有不該，惟本院審
02 酌被告該次販賣之對象僅楊永騰1人，數量為10公克，價金
03 為新臺幣1萬2000元，犯罪情節非屬重大，且未有其他減刑
04 事由，相較於所犯毒品危害防制條例第4條第2項之法定刑而
05 言，有司法院釋字第263號解釋所指「情輕法重」之情，故
06 依刑法第59條之規定，就被告該次犯行酌減其刑。

07 2.附表編號2、3、4：

08 (1)被告已著手實施為附表編號2、4所示販賣第二級毒品大麻及
09 附表編號3所示轉讓偽藥氟硝西洋（FM2）之犯行，然因客觀
10 上均未生販賣之結果，為未遂犯，爰依刑法第25條第2項之
11 規定，各減輕其刑。

12 (2)被告為附表編號1所示犯行後，不思悔悟，仍續著手為附表
13 編號2、3、4所示販賣第二級毒品大麻及轉讓偽藥氟硝西洋
14 （FM2）之犯行，犯罪情節並無何顯可憫恕之特殊原因或情
15 狀存在，衡其前開犯行之動機、手段、目的，暨其就此部分
16 業依刑法第25條第2項規定減輕其刑之處斷刑界限等節，實
17 無所謂情輕法重之狀況可言，尚難認在客觀上有何足引起一
18 般人同情而確可憫恕之情，要無刑法第59條酌減其刑規定適
19 用之餘地。

20 3.附表編號3：

21 按犯第4條至第8條之罪於偵查及歷次審判中均自白者，減輕
22 其刑，毒品危害防制條例第17條第2項定有明文。又行為人
23 轉讓同屬禁藥之第二級毒品甲基安非他命（未達法定應加重
24 其刑之一定數量）予成年人（非孕婦），依重法優於輕法之
25 原則，擇較重之藥事法第83條第1項轉讓禁藥罪論處，如行
26 為人於偵查及歷次審判中均自白，仍應適用毒品危害防制條
27 例第17條第2項規定減輕其刑（最高法院109年度台上大字第
28 4243號裁定意旨參照）。被告於偵查、原審及本院審理時，
29 均自白附表編號3所示轉讓偽藥未遂之犯行（見臺灣新北地
30 方檢察署112年度偵字第34260號卷第202頁、臺灣新北地方
31 法院112年度訴字第1065號卷第308頁、本院卷第78頁），爰

01 依毒品危害防制條例第17條第2項之規定，減輕其刑，並依
02 法遞減之。

03 (四)撤銷改判部分：

04 1.原判決以被告所犯附表編號1、2、4部分罪證明確，予以論
05 罪科刑，固非無見，惟被告於本院審理期間就此部分改坦承
06 犯行，量刑基礎即有變更，且就附表編號1部分有刑法第59
07 條減輕其刑規定之適用如前述，原審未及審酌於此，即有未
08 洽。被告以前詞提起上訴，請求從輕量刑，為有理由，應由
09 本院將原判決附表編號1、2、4部分之宣告刑予以撤銷改
10 判。又此部分宣告刑既經撤銷，原定應執行刑即失所附麗，
11 應一併撤銷之。

12 2.爰以行為人之責任為基礎，審酌被告於行為時為年約36歲之
13 成年人，明知大麻為第二級毒品，依法不得販賣，卻無視法
14 律之禁止而為附表編號1、2、4所示各次販賣第二級毒品大
15 麻既、未遂之犯行，助長毒品氾濫之風氣，戕害國民身心健
16 康，間接危害社會治安，所為自屬非是，惟念其犯後終能坦
17 認此部分犯行，兼衡其素行（包含上開構成累犯之前案紀
18 錄）、犯罪動機、目的、手段、情節、所生損害，暨其自陳
19 之智識程度與家庭經濟生活狀況（見本院卷第88頁）等一切
20 情狀，就其所為此部分犯行量處如附表編號1、2、4「宣告
21 刑」欄所示之刑，以示懲儆。

22 (五)上訴駁回部分：

23 1.按法院對於被告為刑罰裁量時，必須以行為人之罪責為依
24 據，而選擇與罪責程度相當之刑罰種類，並確定與罪責程度
25 相稱之刑度。縱使基於目的性之考量，認定有犯罪預防之必
26 要，而必須加重裁量時，亦僅得在罪責相當性之範圍內加
27 重，不宜單純為強調刑罰之威嚇功能，而從重超越罪責程度
28 為裁判，務求「罪刑相當」。且在同一犯罪事實與情節，如
29 別無其他加重或減輕之原因，下級審量定之刑，亦無過重或
30 失輕之不當情形，則上級審法院對下級審法院之職權行使，
31 原則上應予尊重（最高法院85年度台上字第2446號判決意旨

01 參照)。

02 2.原審以被告罪證明確，就原判決附表編號3部分論處上開罪
03 名，且依刑法第25條第2項、毒品危害防制條例第17條第2項
04 規定遞減其刑後，審酌被告正值青壯，不思尋求正當工作獲
05 取所需，明知氟硝西洋(FM2)屬偽藥及第三級毒品，戕害
06 國人身心甚鉅，卻仍無視國家杜絕毒品犯罪之禁令，欲無償
07 轉讓供高玉庭施用，再審酌其坦承此部分犯行，及其素行紀
08 錄，暨其自陳之智識程度與家庭經濟生活狀況等一切情狀，
09 就其所為此部分犯行量處有期徒刑2月，已詳予斟酌刑法第5
10 7條各款所列情形，並具體說明量刑之理由，復已將被告上
11 訴意旨所陳之犯後態度考量在內，核無逾越法定刑度，或濫
12 用自由裁量權限之違法或不當之情事。是被告就此部分猶執
13 前詞提起上訴，為無理由，應予駁回。

14 (六)定應執行刑：

15 按關於數罪併罰之案件，如能俟被告所犯數罪全部確定後，
16 於執行時，始由該案犯罪事實最後判決之法院所對應之檢察
17 署檢察官，聲請該法院裁定之，無庸於每一個案判決時定其
18 應執行刑，則依此所為之定刑，不但能保障被告(受刑人)
19 之聽審權，符合正當法律程序，更可提升刑罰之可預測性，
20 減少不必要之重複裁判，避免違反一事不再理原則情事之發
21 生(最高法院110年度台抗大字第489號裁定意旨參照)。被
22 告所為本案各次犯行雖屬裁判確定前犯數罪而合於刑法併合
23 處罰之要件，惟本院考量被告經宣告包含得易服社會勞動、
24 不得易服社會勞動之刑，檢察官日後執行時勢必另詢問被告
25 關於定應執行刑之意見，是基於訴訟經濟，避免無益勞費，
26 因認無於本案中定應執行刑之必要。

27 據上論結，應依刑事訴訟法第368條、第369條第1項前段、第364
28 條、第299條第1項前段，判決如主文。

29 本案經檢察官程彥凱提起公訴，檢察官劉成焜到庭執行職務。

30 中 華 民 國 113 年 12 月 25 日
31 刑事第四庭 審判長法官 林柏泓

法官 錢衍綦

法官 羅郁婷

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 蔡易霖

中華民國 113 年 12 月 25 日

附表

編號	事實	宣告刑
1	原判決附表編號1	有期徒刑陸年陸月
2	原判決附表編號2	有期徒刑伍年壹月
3	原判決附表編號3	有期徒刑貳月 (上訴駁回)
4	原判決附表編號4	有期徒刑伍年貳月

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。

藥事法第83條

- 01 明知為偽藥或禁藥，而販賣、供應、調劑、運送、寄藏、牙保、
02 轉讓或意圖販賣而陳列者，處7年以下有期徒刑，得併科新臺幣5
03 千萬元以下罰金。
- 04 犯前項之罪，因而致人於死者，處7年以上有期徒刑，得併科新
05 臺幣1億元以下罰金；致重傷者，處3年以上12年以下有期徒刑，
06 得併科新臺幣7千5百萬元以下罰金。
- 07 因過失犯第1項之罪者，處2年以下有期徒刑、拘役或科新臺幣5
08 百萬元以下罰金。
- 09 第1項之未遂犯罰之。