臺灣高等法院刑事判決

115年度上訴字第1870號

上　訴　人
即　被　告　徐敏雄
000000000000000000
000000000000000000

選任辯護人　歐陽仕鋐律師（法律扶助）

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114年度訴字第299號，中華民國114年8月27日第一審判決（起訴案號：臺灣新北地方檢察署113年度偵字第60251號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於其附表二編號1刑之部分撤銷。

上開撤銷部分，徐敏雄處有期徒刑參年捌月。

其他上訴駁回。

理　由

壹、依刑事訴訟法第348條第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。本件被告徐敏雄表明僅就原審量刑部分提起上訴（本院卷第149頁），檢察官並未上訴，本院審理範圍僅限於原判決對被告所處之刑，不及於原判決所認定犯罪事實、所犯法條（罪名）、沒收部分。

貳、實體部分（刑之部分）

一、刑法第59條適用部分：

（一）按毒品之施用具有成癮性、傳染性及群眾性，其流毒深遠難以去除，進而影響社會秩序，故販賣毒品之行為，嚴重危害國民健康及社會秩序，為防制毒品危害，毒品危害防制條例第4條對販賣毒品之犯罪規定重度刑罰，依所販賣毒品之級別分定不同之法定刑。然而同為販賣毒品者，其犯罪情節差異甚大，所涵蓋之態樣甚廣，就毒品之銷售過程以觀，前端為跨國性、組織犯罪集團從事大宗走私、販

賣之型態；其次為有組織性之地區中盤、小盤；末端則為直接販售吸毒者，亦有銷售數量、價值與次數之差異，甚至為吸毒者彼此間互通有無，或僅為毒販遞交毒品者。同屬販賣行為光譜兩端間之犯罪情節、所生危害與不法程度樣貌多種，輕重程度有明顯級距之別，所造成危害社會之程度自屬有異。毒品危害防制條例第4條第3項所定販賣第三級毒品者之處罰，最低法定刑為7年，不可謂不重，倘依被告情狀處以相當之有期徒刑，即足以懲儆，並可達防衛社會之目的者，自非不可依客觀之犯行與主觀之惡性二者加以考量其情狀，是否有可憫恕之處，適用刑法第59條規定酌減其刑，期使個案裁判之量刑，能斟酌至當，符合比例原則。

（二）依刑法第59條酌減其刑部分

原判決附表二編號1部分，被告固為販賣第三級毒品行為，然其販毒數量不多、金額非高，牟取之不法利益有限，相較於大盤、中盤毒販備置大量毒品欲廣為散播牟取暴利者，其危害性顯屬有別，且其所犯毒品危害防制條例第4條3項之販賣第三級毒品罪，在別無其他減刑事由下，即使處以法定最低度刑（7年有期徒刑），仍有情輕法重，顯可憫恕之情狀，爰依前開說明，依刑法第59條規定酌減其刑。

（三）不依刑法第59條酌減其刑部分

原判決附表二編號2至5部分，被告貪圖獲利而多次以不含毒品成分之咖啡包騙取被害人金錢，造成被害人受有財產上損害，依其犯罪情節，尚難認量處刑法第339條第1項詐欺取財罪之最低刑度有何法重情輕之情，爰均不依刑法第59條規定酌減其刑。

二、按被告構成累犯之事實及應加重其刑之事項，均應由檢察官主張並具體指出證明之方法後，經法院踐行調查、辯論程序，方得作為論以累犯及是否加重其刑之裁判基礎，此為最高法院近來一致之見解（最高法院110年度台上字第5660號

判決意旨參照）。本件被告雖有前科，有法院前案紀錄表可參，惟起訴書並未記載被告有何構成累犯之事實，檢察官亦於原審表示不主張被告構成累犯（原審卷第111-113頁），本院審理期間檢察官亦未主張或提出相關科刑資料（本院卷第153-154頁），故本院僅將被告前案紀錄作為素行，於量刑時予以審酌，末此說明。

參、駁回上訴及撤銷改判理由

被告上訴意旨略以：我承認全部犯行，希望判輕一點，讓我早日跟家人重會。辯護人則以：被告上訴後坦承販賣第三級毒品罪，此部分判決基礎已有改變，考量其在監所有所反省，因患有輕微情緒性疾病，情緒較不易控制、容易波動，詐欺部分被害人則已表示不求償，請求依刑法第59條規定減輕其刑，並給予自新機會，從輕量刑。

一、駁回上訴部分（即原審附表二編號2至5之刑暨定應執行刑部分）

（一）按刑事審判旨在實現刑罰權之分配正義，故法院對有罪被告之科刑，應符合罪刑相當之原則，使輕重得宜，罰當其罪，以契合社會之法律感情，此所以刑法第57條明定科刑時應審酌一切情狀，尤應注意該條所列10款事項以為科刑輕重之標準，俾使法院就個案之量刑，能斟酌至當。而量刑輕重係屬事實審法院得依職權自由裁量之事項，苟已斟酌刑法第57條各款所列情狀而未逾越法定刑度，不得遽指為違法（最高法院72年台上字第6696號判例意旨參照）。

（二）原審以被告就原判決附表二編號2至5之犯罪事證明確，並審酌其不思循正當途徑獲取所需，詐騙被害人多次，兼衡其各次犯罪動機、目的、手段、詐取財物之價值，犯後坦承此部分犯行，迄未與被害人和解或賠償損失，復審酌其素行、教育程度、家庭經濟狀況等情，原審就此部分詐欺取財罪分別量處有期徒刑4月（共4罪），且於該4罪合併定刑時，考量各次詐欺時間接近、被害人相同，侵害法益及犯罪型態均相同，定應執行有期徒刑8月暨諭知易科罰

金之折算標準，其量刑與定刑均無違反平等原則之處，亦無過重情形，而被告所犯詐欺取財罪並無刑法第59條規定之適用，業經本院詳述理由如前。至被害人雖表示不向被告求償（本院卷第154頁），惟考量被害人所受損害未獲填補之情形與原審無異，上開量刑因子之改變對於刑之減輕幅度極微，尚不足以影響原判決此部分所裁量之刑，而原審量刑既已詳予斟酌刑法第57條各款所列情形，並具體說明理由，核無逾越法定刑度，或濫用自由裁量權限之違法或不當情事。從而，被告上訴主張原審此部分量刑（含定刑）過重，為無理由，應予駁回。

二、撤銷改判及量刑（即原審附表二編號1刑之部分）

（一）原審認被告販賣第三級毒品之罪證明確，予以論罪科刑，固非無見。然而，被告於本院審理中坦承販賣毒品犯行，此部分有刑法第59條之適用，原審未及審酌上情，其量刑容有未洽。從而，被告上訴主張原審此部分量刑過重，為有理由，而原判決上開部分既有可議之處，自屬無可維持，應由本院就原判決附表二編號1刑之部分予以撤銷改判如主文第2項所示。

（二）爰以行為人責任為基礎，審酌被告有施用毒品、販賣第三級毒品未遂等前科，有法院前案紀錄表可憑，其明知氟硝西泮係毒品危害防制條例列管之第三級毒品，具成癮性且對人體有害，竟無視禁令，意圖營利而販賣第三級毒品，助長毒品氾濫，所為危害社會秩序，參酌其販賣毒品之數量不多、金額非高、對象僅1人，以及販賣之咖啡包係摻有氟硝西泮之殘渣袋，兼衡於本院終能坦承犯行之態度，自承高中畢業、入監前從事服務生工作、月收入約2萬至3萬元、未婚、須扶養父母及姊姊（本院卷第154頁）等一切情狀，量處如主文第2項所示之刑。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條、第369條第1項前段、第364條、第299條第1項前段（依刑事裁判精簡原則，僅記載程序法條），判決如主文。

本案經檢察官李美金到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　16　　日

刑事第二十二庭審判長法　官 廖怡貞

法　官 張宏任

法　官 邱瓊瑩

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 桑子樑

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　16　　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。

中華民國刑法第339條

意圖為自己或第三人不法之所有，以詐術使人將本人或第三人之物交付者，處5年以下有期徒刑、拘役或科或併科50萬元以下罰金。

以前項方法得財產上不法之利益或使第三人得之者，亦同。

前二項之未遂犯罰之。