最高法院刑事判決

115年度台上字第289號

上　訴　人　張傑涼

　　李冠龍

　　曾鼎鑫

　　賴俊宇

上　一　人

原審辯護人　彭佳元律師

上　訴　人　徐佩瑜

選任辯護人　李國煒律師

上列上訴人等因違反毒品危害防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國114年10月21日第二審判決（114年度上訴字第498號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署112年度偵字第3361、3521、7183、11538、11927號），提起上訴（賴俊宇由原審辯護人代為提起上訴），本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未

依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

二、本件上訴人張傑涼、李冠龍、曾鼎鑫（下或稱張傑涼等3人）經第一審論處：㈠張傑涼犯共同販賣第三級毒品計6罪刑（即第一審判決附表二編號〔下稱編號〕1至3、6至8部分，其中編號1尚競合犯參與犯罪組織罪）、共同販賣混合二種以上之第三級毒品計2罪刑（即編號4、5部分，其中編號4尚競合犯販賣第三級毒品罪）；㈡李冠龍犯共同販賣第三級毒品計2罪刑（即編號20、22部分，其中編號20尚競合犯參與犯罪組織罪）、轉讓偽藥罪刑（即第一審判決犯罪事實欄〔下稱事實欄〕四部分）；㈢曾鼎鑫犯共同販賣混合二種以上之第三級毒品罪刑（即編號23部分，尚競合犯參與犯罪組織、販賣第三級毒品等罪）、共同販賣第三級毒品罪刑（即編號24部分）；並分別定其等應執行之刑（不含李冠龍轉讓偽藥部分），及為相關沒收宣告之判決後，張傑涼等3人均明示僅就第一審判決之刑提起上訴，經原審審理結果，維持第一審之量刑及定刑，駁回其等在第二審之上訴，已併引述第一審判決，詳述審酌所憑之依據及裁量之理由。另原審審理結果，認定上訴人賴俊宇、徐佩瑜有如事實欄二所載之犯行明確，因而維持第一審論處均犯三人以上共同詐欺取財（下稱加重詐欺取財）未遂罪刑（均尚競合犯參與犯罪組織罪），及就賴俊宇為相關沒收宣告之判決，駁回賴俊宇、徐佩瑜在第二審之上訴（賴俊宇被訴持有第三級毒品純質淨重5公克以上之罪部分，經第一審論處罪刑後，原審駁回其此部分上訴而告確定，復經原審裁定駁回其此部分之第三審上訴）。亦已併引用第一審判決，詳敘其調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之理由。

三、已著手於犯罪行為之實行而不遂者，為未遂犯，刑法第25條第1項定有明文。關於著手時點之判斷，係以行為人之主觀

認識為基礎，再以已發生之客觀事實為判斷，亦即行為人依其對於犯罪之認識，開始實行足以與構成要件之實現具有必要關聯性之行為，即屬犯罪行為之著手。行為人以詐欺取財之目的，向被害人施用詐術，傳遞與事實不符之資訊，使被害人陷於錯誤，致財產有被侵害之危險時，即屬詐欺取財罪構成要件行為之著手。又證據之取捨及事實之認定，為事實審法院之職權，如其判斷無違經驗法則或論理法則，即不能任意指為違法。原判決引用第一審判決，依憑賴俊宇、徐佩瑜於警詢、偵查中所為不利於己之供述及以證人身分所為之證言、對話紀錄擷圖暨卷內相關證據資料，相互勾稽比對，認定賴俊宇、徐佩瑜加入暱稱「老鷹」、「進財」等人所屬之本案詐欺集團，作為話務手，假扮大陸公安或檢察院人員，撥打電話給大陸地區人民，已著手於加重詐欺取財犯行，然因未查獲有具體被害人之匯款資料，僅能認係加重詐欺取財未遂，並說明賴俊宇、徐佩瑜於審判中之翻異陳述不足憑採之證據取捨理由；復就賴俊宇、徐佩瑜及其等辯護人於原審否認犯罪所為之辯解及辯護意旨，敘明如何不足採納等旨甚詳。所為論斷說明，俱有各項證據資料在卷可稽，係綜合調查所得之各直接、間接證據，本於事實審採證認事之職權行使及推理作用，予以判斷而為認定，並未違背經驗法則及論理法則，尚無違法可指。賴俊宇、徐佩瑜上訴意旨主張其等尚未著手實行加重詐欺取財犯行，不構成未遂犯等語。均係對原審採證、認事職權之行使、取捨證據之結果及原判決已說明論斷之事項，以自己之說詞，重為事實上之爭辯，或持不同之評價，並非上訴第三審之適法理由。另被告之供述亦為法定證據方法之一。原判決已敘明：被告之自白依法無須具結，第一審判決於引述賴俊宇警詢陳述內容時，載敘「證稱」一詞，係因賴俊宇之陳述對徐佩瑜而言，屬證人警詢之證述等旨甚詳。賴俊宇上訴意旨仍執其原審陳詞，以其警詢筆錄內容係以被告身分而為陳述，且未經具結，不得作為其有罪判決之依據，指摘原判決違反證據裁判主義、

嚴格證明法則及認定事實未憑證據等違法等語，亦非適法上訴第三審之理由。至行政院秘書長民國112年5月24日院臺法長字第1121023848號函，僅在揭示：依國籍法等規定，中國大陸人民不具中華民國國籍、不屬中華民國國民，不享有或負擔國民的權利義務等旨，與本件詐欺行為是否具備違法性無涉。徐佩瑜上訴意旨以：行政院已發函就「大陸地區人民亦為中華民國人民」停止適用（指上揭行政院秘書長函），中華人民共和國為境外敵對勢力，大陸地區人民並非中華民國人民，徐佩瑜詐騙對象是大陸地區人民，應認係抵抗權、自衛權之行使，無違法性可言等語。核係依憑己見，指摘違法，顯非適法上訴第三審之理由。

四、刑法第26條規定行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，不罰。故所謂不能犯（不能未遂），係指已著手於犯罪之實行，但其行為未至侵害法益，且又無危險者；其雖與一般障礙未遂同未對法益造成侵害，然須無侵害法益之危險，始足當之。至於不能發生犯罪結果如係單純錯認事實，或僅因一時、隨機、純粹偶然等因素所致，雖未至侵害法益，但客觀觀察該行為重啟之因果歷程仍有發生法益受侵害之危險者，即有客觀之危險性，非屬不能犯。而行為人如具有主觀犯意，且已達著手實行階段，自仍成立障礙未遂。依原判決引用第一審判決關於事實欄二所認定之事實及理由，徐佩瑜加入本案詐欺集團，致電大陸地區不詳被害人施用詐術，因為口音問題，未能得手即為警查獲，尚非無侵害法益之危險。徐佩瑜上訴意旨置原判決明確之論斷於不顧，仍謂原判決既認徐佩瑜因口音問題沒有騙到大陸地區人民，應屬不能犯，且該集團以不能構成犯罪之行為為目的而成立，應不符合組織犯罪防制條例第2條所定「犯罪組織」之構成要件等語，指摘原判決有理由不備、矛盾及證據調查未盡等違法，殊非合法之第三審上訴理由。

五、司法院釋字第775號解釋意旨，是謂刑法第47條第1項累犯加重本刑之規定，係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，惟不問情節一律加重最低本刑，致生罪刑不相當或違反比例原則之情形時，法院就該個案應依上開解釋意旨，裁量是否加重最低本刑。此與被告前後所犯各罪類型、罪名是否相同或罪質是否相當，乃至前案是否以易刑處分執行完畢，並無必然之關聯。而法院於審酌是否依累犯規定加重其刑，應依個案情節為衡量，此與刑之量定，同為法院得依職權裁量之事項，若其所裁量就累犯是否應加重其刑及量刑之結果，均合於法律規定之要件與範圍，且於裁量權之行使無所逾越或濫用，而無明顯違背公平、比例及罪刑相當原則者，自無違法可言。原判決已敘明張傑涼構成累犯之前案與本案罪質雖有不同，然其於構成累犯之前案易科罰金執行完畢不及1年後，即再犯本案各罪，顯見其刑罰反應力薄弱，自我控制力及守法意識不佳，審酌上開解釋意旨，裁量加重其刑等旨。經核於法並無不合。張傑涼上訴意旨仍執在原審之陳詞，以其前案為易刑處分，且與本案之罪質有異，尚難認其再犯本案有刑罰反應力薄弱之情形，指摘原判決依累犯規定加重其刑，有違上開解釋意旨等語。核係就原審刑罰裁量職權之適法行使事項，依憑己見，而為爭執，並非合法之上訴第三審理由。

六、刑法第59條之酌量減輕其刑，必須犯罪另有特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，認為即使予以宣告法定最低度刑仍嫌過重者，始有其適用。所謂法定最低度刑，固包括法定最低本刑，惟遇有其他法定減輕事由者，則係指適用其他法定減輕事由減輕後之最低度刑而言。倘被告別有其他法定減輕事由者，應先適用法定減輕事由減輕其刑後，猶認其犯罪之情狀顯可憫恕，即使科以該減輕後之最低度刑仍嫌過重者，始得適用刑法第59條酌量減輕其刑。又是否酌減其刑係屬事實審法院得依職權裁量之事項。關於本件有無前述規定之適用一節，原審同第一審判決，審酌張傑涼等3人之犯罪情狀，認與上開規定之要件不合，已敘明不予酌減其刑之依據及理由，無違法可言。張傑涼等3人上訴意旨略以：

原審未充分審酌其等犯罪情狀，未依刑法第59條規定酌減其刑，有不適用法則、理由不備及調查未盡等違誤等語。顯係對原判決已斟酌說明之事項，徒以自己之說詞，重為爭執，並非適法之上訴第三審理由。至李冠龍上訴意旨雖援引本院111年度台上字第2158號判決，主張本件應得參酌憲法法庭112年憲判字第13號判決意旨，適用刑法第59條規定酌減其刑等語。但原判決引用第一審判決已敘明：李冠龍貪圖私利而參與販毒，實無足以引起一般同情之客觀情狀，而有情堪憫恕之情事，且其犯行均已依毒品危害防制條例（下稱毒品條例）第17條第2項規定減輕其刑，可量處之最低度刑已大幅降低，參以其販賣次數，顯非偶發、單次性犯罪，尚無情輕法重之憾，認無適用刑法第59條規定酌減其刑之餘地，相關犯罪情狀僅需於量刑時，依刑法第57條規定加以審酌等旨。經核與上開本院另案判決意旨所稱：得參酌上開憲法法庭判決意旨，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條規定酌量減輕其刑之意旨無違。李冠龍上訴意旨執此指摘原判決違法，亦非合法上訴第三審之理由。

七、刑之量定，屬事實審法院得依職權裁量之事項。原審就張傑涼、曾鼎鑫、徐佩瑜於量刑時，適用毒品條例第9條第3項（張傑涼所犯編號4、5部分）、刑法第47條第1項累犯規定加重其刑（張傑涼部分）加重其刑，及適用刑法第25條第2項未遂犯規定（徐佩瑜部分）、毒品條例第17條第2項自白規定（張傑涼、曾鼎鑫）減輕其刑後，已以其等責任為基礎，具體斟酌刑法第57條科刑等一切情狀（包括張傑涼上訴意旨所指犯罪之動機、目的、生活狀況及犯罪後之態度；徐佩瑜上訴意旨所指之品行、生活狀況等項），在罪責原則下行使裁量權，而為刑之量定。核其所處之刑，已兼顧相關有利與不利之科刑資料，客觀上並未逾越法定刑度，亦無量刑畸重之裁量權濫用、無悖於公平、比例原則及罪刑相當原則等情。屬原審關於量刑裁量職權之適法行使，無違法可言。

且量刑係法院就個案犯罪之整體評價，故其判斷當否之準據，應就判決之整體觀察為綜合考量，不可擷取其中片段，遽予評斷或為指摘。縱原判決未逐一列載量刑審酌相關事項取捨判斷之全部細節，結論並無不同，亦無違法可言。張傑涼上訴意旨以原審未充分審酌其犯罪動機、目的、生活狀況及犯罪後態度等科刑有利事項，量刑過重，且未說明不採其關於科刑主張之理由；曾鼎鑫上訴意旨以原審量刑與比例原則不符；徐佩瑜上訴意旨以原審未審酌其無前科、母親罹病需要照顧，量刑過重等語。均係就原審量刑職權之適法行使及原判決已斟酌說明之事項，依憑己意而為指摘，顯非合法之第三審上訴理由。

八、現行刑事訴訟法採改良式當事人進行主義，關於證據之調查，以當事人主導為原則，必於當事人主導之調查證據完畢後，認為事實猶未臻明瞭，為發現真實，法院始有對與待證事實有重要關聯，且客觀上有調查之必要性及可能性之證據，依職權介入，為補充調查之必要。且此調查職權發動與否，事實審法院自有依個案具體情況，斟酌裁量之權。如待證事實已臻明瞭，無再調查之必要者，法院未為無益之調查，即不能指為有應調查之證據而不予調查之違法。卷查，原審審判期日，經審判長詢以「有無其他有關科刑事項之證據提出或聲請調查？」時，張傑涼及其辯護人均答稱：「沒有」等語，有審判筆錄可稽。原判決綜合案內相關科刑證據資料之調查所得而為量刑，業已闡述所憑依據及理由，無不明瞭之處，而以事證明確，未為其他無益之調查，自無調查未盡及判決理由不備之違法。張傑涼上訴意旨以：其目前須扶養、照顧年邁、嗅覺異常喪失之父親，原審未依職權傳喚其父親到庭作證，未調查其是否確有客觀上足以引起一般同情之顯可憫恕情形存在，有依法應於審判期日調查之證據而未予調查之違法，指摘原判決有調查未盡及理由欠備之違法等語。亦非上訴第三審之適法理由。

九、依刑事訴訟法第348條第3項規定，已允許上訴權人僅針對判決之刑、沒收或保安處分提起一部上訴。本件第一審判決後，關於曾鼎鑫部分，僅其提起第二審上訴，明示僅就第一審判決之刑部分聲明不服，原審因而只針對曾鼎鑫提起第二審上訴請求救濟之刑之相關事項，以第一審論斷認定之事實與罪名，作為罪責判斷即科刑之評價基礎。曾鼎鑫上訴意旨以其所為並非常態性犯罪行為，應不構成參與犯罪組織之罪等語。核係就第一審已判決確認，且未據提起第二審上訴表示不服，非屬第二審審判範圍之犯罪事實及罪名部分，於提起第三審上訴時，再為爭執主張，尤非第三審上訴之適法理由。又本院為法律審，應以第二審所確認之事實為判決基礎，故於第二審判決後，不得主張新事實或提出、聲請調查新證據而資為第三審上訴之理由。徐佩瑜於法律審之本院，提出其母親之診斷證明書等證據資料，爭執原審量刑過重等語。此部分亦非適法之第三審上訴理由。

十、其餘上訴意旨，或係置原判決所為明白論斷於不顧，依憑己意而為相異評價，重為事實之爭執，或對於事實審法院取捨證據與判斷證據證明力之職權行使，徒以自己之說詞，指為違法，或對原審量刑職權之適法行使，漫事爭論，與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，均不相適合。依上所述，本件張傑涼等3人及賴俊宇、徐佩瑜之上訴皆違背法律上之程式，均應駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　25　　日

刑事第四庭審判長法　官　李英勇

法　官　楊智勝

法　官　高玉舜

法　官　林怡秀

法　官　楊皓清

本件正本證明與原本無異

書記官　林怡靚

中　　華　　民　　國　　115　年　　3　　月　　31　　日