最高法院刑事判決

115年度台上字第639號

上　訴　人　洪志龍

選任辯護人　王捷拓律師
　　葉錦龍律師

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國114年9月4日第二審判決（114年度上訴字第714號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署110年度偵字第28078號，111年度偵字第2084、2552、4376、15363、18207、22737、23119、24369、34630、35418、38437號），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、本件原審以上訴人洪志龍就第一審判決犯罪事實欄（下稱事實欄）一、四部分，經第一審皆依想像競合犯規定，從一重分別論處共同犯毒品危害防制條例（下稱毒品條例）第4條第6項、第3項之販賣第三級毒品未遂罪刑（尚犯發起犯罪組織罪），及同條例第9條第3項、第8條第6項、第2項之轉讓第二級毒品達淨重10公克以上而混合二種以上毒品罪刑（尚犯轉讓偽藥罪），並定應執行有期徒刑3年6月，及為相關沒收宣告之判決後，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，駁回其此部分在第二審之上訴（被訴販賣第三級毒品梅錠、毒咖啡包未遂部分，第一審判決對此不另為無罪諭知，未據檢察官提起第二審上訴；另被訴犯毀損、強制罪經第一審判處罪刑部分，經原審駁回上訴而告確定，並以裁定駁回上訴人此部分之第三審上訴）。已詳述審酌所憑之依據及裁量之理由。

三、上訴意旨略以：本件重罪即販賣第三級毒品罪之法定本刑為「7年以上有期徒刑」，而輕罪即組織犯罪防制條例第3條第1項（前段）之法定本刑則為「3年以上10年以下有期徒刑」。重罪如有數個減輕事由時，依序減輕結果，應得以減輕至3年以下有期徒刑，否則將形成量刑時永遠必須由較輕罪名之最輕本刑即3年有期徒刑起跳之情況。原判決未慮及輕罪部分亦存在減輕事由，仍以發起犯罪組織罪之最低法定刑作為量刑之外部界限，造成罪刑過度評價而違反罪刑相當原則，甚至形成輕罪封鎖重罪量刑評價之矛盾情況。又原判決於量刑時漏未審酌本案雖未因上訴人之供述而查獲上手，但其配合偵查機關溯源偵辦之決心及誠心。另販賣毒品部分未尋得買家，並未造成毒品擴散蔓延，危害程度輕微；轉讓毒品則係無償轉讓女友施用，擴散範圍非鉅；近來無不良犯罪紀錄，素行尚可，因年少思慮不周而罹刑責，深感悔悟，家中尚有幼年子女、懷孕妻子及罹病長輩需要扶養照顧等情狀；參酌其他情節類同案件之量處刑度，原判決之量刑過重，有違反罪刑相當原則及比例原則之違誤等語。

四、刑法第66條、第67條規定，有期徒刑減輕者，減輕其刑至二分之一，但同時有免除其刑之規定者，其減輕得減至三分之二；此乃指減輕之最大幅度，並非必減至二分之一或三分之二。至於應減輕若干，授權事實審法院依具體個案斟酌決定之，如減輕之刑度係在此範圍內，即非違法。又想像競合犯係一行為觸犯數罪名，行為人數個犯罪行為皆成立犯罪，因法律規定從一重處斷，而為科刑上一罪，故於決定其責任輕重時，自應對行為人所犯各罪均予適度評價。然刑法第55條

前段既明定「從一重處斷」，是除輕罪最輕本刑較重於重罪最輕本刑，而應適用刑法第55條但書之規定外，於其他情形，仍應從較重罪名之法定刑，及有法定加重減輕事由時所形成之處斷刑，為宣告刑之上下限裁量範圍。縱想像競合犯之輕罪部分，另有與法定刑無關之處斷刑減免事由，於重罪之法定刑或處斷刑仍無影響，法院於裁量具體刑罰時，倘已一併審酌輕罪部分之量刑事由，即已評價完足。而量刑輕重之酌定，係屬事實審法院得依職權裁量之事項，倘未逾越法律所規定之範圍，且未違背罪刑相當原則，即不得任意指摘為違法。原判決已敘明：上訴人就事實欄一部分所為，係犯販賣第三級毒品未遂罪，並想像競合犯發起犯罪組織罪，其行為時即修正前組織犯罪防制條例第8條第1項後段之自白減刑規定，對其較為有利，但此部分犯行應從一重論處犯販賣第三級毒品未遂罪，就其所犯想像競合之輕罪（發起犯罪組織罪）自白減輕部分，併於量刑時衡酌等旨（見原判決第3頁）。而於量刑時，適用毒品條例第9條第3項、第8條第6項等規定加重其刑（事實欄四部分），又依刑法第25條第2項之未遂犯（事實欄一部分）、毒品條例第17條第2項自白（事實欄一、四部分）等規定減輕其刑後，已以上訴人之責任為基礎，具體斟酌刑法第57條科刑等一切情狀（包括上訴意旨所指犯罪之手段、犯罪行為人之生活狀況、品行、智識程度、犯罪所生之危險或損害及犯罪後之態度等項），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，於法並無不合，自不得僅執刑罰裁量未詳予記敘或擷取其中片段，執以指摘原判決之量刑裁量違法。又刑法第55條但書規定，就從一重處斷之重罪，「不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑」，本係為適度調和從一重處斷所生評價不足，此即所謂重罪科刑之封鎖作用，亦即科刑之上限係重罪之最

重法定刑，下限則為數罪中最高的最輕本刑，以防免科刑偏失。事實欄一部分之想像競合重罪即販賣第三級毒品未遂罪之法定刑有期徒刑部分為7年以上有期徒刑，輕罪即發起犯罪組織罪為3年以上10年以下有期徒刑，原判決依上述說明遞減輕其刑後，維持第一審之量刑（量處有期徒刑3年），並無違誤。另依原判決所認定之事實，上訴人始終未能聯繫到上手「丁丁」，亦無他法供警方追查上手，原判決於量刑時未據為有利上訴人之量刑因子，尚無違法可言。至不同具體個案之犯行情節及行為人屬性等量刑事由，本屬各異，他案縱有部分量刑因子可與本案相互比較，其情節究與本案有別，自無從比附援引。上訴意旨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，並非合法之第三審上訴理由。

五、依上所述，本件上訴違背法律上程式，應予駁回。

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　　18　　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　　23　　日