

臺灣高等法院臺中分院刑事判決

112年度上訴字第688號

上訴人

即被告 李炳奇

選任辯護人 謝尚修律師（法扶律師）

上列上訴人即被告因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣臺中地方法院111年度訴字第1816號中華民國111年12月22日第一審判決（起訴案號：臺灣臺中地方檢察署111年度偵字第8986、13896、30219號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

事實及理由

一、本院審理範圍

（一）按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。依該條項之立法說明：「為尊重當事人設定攻防之範圍，並減輕上訴審審理之負擔，容許上訴權人僅針對刑、沒收或保安處分一部提起上訴，其未表明上訴之認定犯罪事實部分，則不在第二審之審判範圍。如為數罪併罰之案件，亦得僅針對各罪之刑、沒收、保安處分或對併罰所定之應執行刑、沒收、保安處分，提起上訴，其效力不及於原審所認定之各犯罪事實，此部分犯罪事實不在上訴審審查範圍」等語。準此，上訴權人就下級審判決聲明不服提起上訴時，依現行法律規定，得在明示其範圍之前提下，擇定僅就該判決之「刑」、「沒收」、「保安處分」等部分單獨提起上訴，而與修正前認為上開法律效果與犯罪事實處於絕對不可分之過往見解明顯有別。此時上訴審法院之審查範圍，將因上訴權人行使其程序上之處分權而受有限制，除與前揭單獨上訴部分具有互相牽動之不可分關係、為免發生裁判歧異之特殊考量外，原則上其審理範圍僅限於下級審法院就「刑」（包含有無刑罰加重、減輕或免除等影響法定刑度區間之處斷刑事由、宣告刑與執行

01 刑、應否諭知緩刑)、「沒收」、「保安處分」之諭知是否  
02 違法不當，而不及於其他。

03 (二)本案係由被告檢附理由提起上訴，檢察官則未上訴，而依被  
04 告提出之上訴理由狀及於本院當庭供述之內容，已明示僅就  
05 原判決所量處之刑提起上訴(見本院卷第31至45、106、128  
06 至129頁)，並未再對原判決所認定之犯罪事實、罪名、沒  
07 收部分(本案並未諭知保安處分)聲明不服，參諸前揭說  
08 明，本院僅就原判決所宣告之「刑」有無違法不當進行審  
09 理；至於原判決就科刑以外之其他認定或判斷，既與刑之判  
10 斷尚屬可分，且不在被告明示上訴範圍之列，即非本院所得  
11 論究，合先敘明。

## 12 二、原判決所認定犯罪事實及罪名

### 13 (一)原判決認定之犯罪事實

14 陳億薪(業經原審判處有期徒刑4年2月確定)與李炳奇均明  
15 知甲基安非他命為毒品危害防制條例第2條第2項第2款所規  
16 定之第二級毒品；愷他命、硝甲西洋、4-甲基甲基卡西酮係  
17 同條例第2條第2項第3款所規定之第三級毒品；硝西洋則係  
18 同條例第2條第2項第4款規定之第四級毒品，依法不得販賣  
19 或意圖販賣而持有，竟意圖營利，共同同時基於販賣第三級  
20 毒品、意圖販賣而持有第二級、第三級、第四級毒品而混合  
21 二種以上之毒品之犯意聯絡，先由陳億薪以不詳方式取得毒  
22 品並負責與有意購買毒品之人聯繫，推由李炳奇駕駛車輛搭  
23 載陳億薪，前往特定地點，與購毒者完成毒品交易，李炳奇  
24 可依交易毒品包數計算，每包抽取新臺幣(下同)100至200元  
25 作為其報酬，謀議既定，陳億薪即於民國111年2月27日22時  
26 許，在臺中市中清路某加油站旁，向真實姓名年籍不詳之  
27 人，購入如附表一編號1至6所示毒品及毒品咖啡包(毒品名  
28 稱及種類均詳如該附表各編號所載)，伺機售出而持有之，  
29 並於其後某時，陳億薪與真實姓名年籍不詳、綽號「胖哥」  
30 之成年男子(下稱「胖哥」)談妥販賣第三級毒品愷他命之交  
31 易細節。嗣於111年2月28日0時59分許，李炳奇駕駛車號000

01 -0000號自小客車搭載陳億薪，行經臺中市西屯區青海路2段  
02 與青海南街交岔路口，因車內散發濃厚第三級毒品愷他命燃  
03 燒氣味，為警目視可及數包毒品咖啡包置放車內，遂上前攔  
04 檢查獲而販賣第三級毒品愷他命未遂，經警徵得李炳奇與陳  
05 億薪同意後執行搜索，扣得如附表一所示之物。

06 (二)原判決認定之罪名及法律適用

07 (1)核被告所為，係犯毒品危害防制條例第4條第6項、第3項  
08 之販賣第三級毒品未遂罪與同條例第9條第3項、第5條第2  
09 項、第3項、第4項之意圖販賣而持有第二級毒品而混合二  
10 種以上毒品罪。

11 (2)被告意圖販賣而持有第三級毒品、持有第三級毒品純質淨  
12 重5公克以上之低度行為，為其販賣第三級毒品未遂之高  
13 度行為所吸收；又被告持有第二級毒品之低度行為，亦為  
14 其意圖販賣而持有第二級、第三級、第四級毒品而混合二  
15 種以上毒品之高度行為所吸收，均不另論罪。

16 (3)被告與陳億薪以前述分工方式販賣第三級毒品未遂、意圖  
17 販賣而持有第二級毒品而混合二種以上之毒品等犯行，互  
18 有犯意聯絡及行為分擔，自應論以共同正犯。

19 (4)被告意圖販賣而持有如附表一編號1至6所示含有前揭第三  
20 級毒品或混合第二、三、四級毒品成分之毒品及毒品咖啡  
21 包，及販賣第三級毒品未遂等犯行，乃一行為同時觸犯上  
22 開意圖販賣而持有第二級、第三級、第四級毒品而混合二  
23 種以上毒品及販賣第三級毒品未遂等罪，均為想像競合  
24 犯，爰依刑法第55條前段規定，從一重之意圖販賣而持有  
25 第二級毒品而混合二種以上之毒品罪處斷。

26 三、本院駁回上訴之說明

27 (一)本案關於刑之加重、減輕事由

28 (1)被告本案所犯意圖販賣而持有第二級毒品混合二種以上毒  
29 品罪，依毒品危害防制條例第9條第3項規定，應適用意圖  
30 販賣而販賣第二級毒品罪之法定刑，並加重其刑。

31 (2)犯毒品危害防制條例第4條至第8條之罪於偵查及歷次審判

01 中均自白者，減輕其刑，毒品危害防制條例第17條第2項  
02 定有明文。查被告就本案犯行，於偵查、原審及本院審理  
03 時均自白犯罪，應依毒品危害防制條例第17條第2項之規  
04 定，減輕其刑。

05 (3)被告已著手販賣第三級毒品，嗣經警查獲，致無法完成交  
06 易，此部分犯行尚屬未遂，犯罪所生之危害較既遂犯行為  
07 輕微，依刑法第25條第2項規定，原得按既遂犯之刑減輕  
08 之，惟被告所犯販賣第三級毒品未遂犯行係屬想像競合犯  
09 之輕罪，是就此部分而得減輕其刑部分，僅於依刑法第57  
10 條規定量刑時併予衡酌。

11 (4)按犯毒品危害防制條例第4條至第8條、第10條或第11條之  
12 罪，供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或  
13 免除其刑，毒品危害防制條例第17條第1項定有明文。又  
14 所稱「供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者」，係  
15 指犯罪行為人供出毒品來源之對向性正犯，或與其具有共  
16 同正犯、共犯（教唆犯、幫助犯）關係之毒品由來之人的  
17 相關資料，使調查或偵查犯罪之公務員得據以對之發動調  
18 查或偵查程序，並因此而確實查獲其人、其犯行者，即屬  
19 之。查被告於警詢及偵訊時雖供稱本案扣案之毒品係向真  
20 實姓名年籍不詳、綽號「偽小飽」之男子（下稱「偽小  
21 飽」）所拿取等語（見偵30219卷第42至51頁），然其未能提  
22 供「偽小飽」之年籍或交通工具等足以辨別之具體資訊，  
23 供檢警機關追查，致檢警機關無從據以發動追查，此有臺  
24 中市政府警察局第六分局111年9月20日中市警六分偵字第  
25 1110115432號函、臺灣臺中地方檢察署111年10月4日中檢  
26 永玉111偵8986字第1119109301號函、臺灣臺中地方檢察  
27 署111年10月4日中檢永玉111偵30219字第1119109314號函  
28 各1紙附卷供參（見原審卷第67、131、133頁），是本案被  
29 告並未有供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯之情  
30 形，自無從依毒品危害防制條例第17條第1項之規定減輕  
31 或免除其刑，附此敘明。

01 (5)另按刑法第59條規定之酌量減輕其刑，必須犯罪另有特殊  
02 之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，認為即使予  
03 以宣告法定最低度刑，猶嫌過重者，始有其適用。此所謂  
04 法定最低度刑，固包括法定最低本刑；惟遇有其他法定減  
05 輕之事由者，則應係指適用其他法定減輕事由減輕其刑後  
06 之最低度刑而言。倘被告別有法定減輕事由者，應先適用  
07 法定減輕事由減輕其刑後，猶認其犯罪之情狀顯可憫恕，  
08 即使科以該減輕後之最低度刑仍嫌過重者，始得適用刑法  
09 第59條規定酌量減輕其刑。查被告本案持有之毒品數量非  
10 微，且所犯意圖販賣毒品犯行屬重大犯罪，復衡酌被告為  
11 青壯年人，並非全無謀生能力，不思正當賺取錢財，選擇  
12 販賣毒品予他人，無視國家禁令及政府反毒政策，甚至於  
13 本案查獲後猶不知警惕，再犯意圖販賣而持有毒品之犯  
14 行，已難認有何特殊之原因與環境在客觀上足以引起一般  
15 同情或有情堪憫恕之處。況被告經上開減輕之刑後，實難  
16 認尚有何科以最低法定刑度仍有情輕法重、顯可憫恕之情  
17 形，是本院認被告本件犯行已無再依刑法第59條規定減輕  
18 其刑之必要。

19 (二)按刑之量定，為求個案裁判之妥當性，法律賦予法院裁量之  
20 權。量刑輕重，屬為裁判之法院得依職權自由裁量之事項，  
21 苟其量刑已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款  
22 所列情狀，在法定刑度內，酌量科刑，並無根據明顯錯誤之  
23 事實予以量定刑度，亦無顯然失當或違反公平、比例及罪刑  
24 相當原則，致明顯失出失入情形，即不能任指其裁量不當。  
25 原審就本案量刑已以被告之責任為基礎，審酌「被告無視毒  
26 品對社會秩序及國民健康危害至深且鉅，又嚴重影響社會治  
27 安，本應嚴加非難，竟為本案販賣第三級毒品未遂、意圖販  
28 賣而持有第二級、第三級、第四級毒品而混合二種以上毒品  
29 等犯行，肇生他人施用毒品之來源，戕害國民身心健康，且  
30 有滋生其他犯罪之可能，又被告持有之毒品非少，所為實應  
31 嚴厲非難，惟念及被告犯後坦認犯行，已知悔意，兼衡被告

01 過去曾有公共危險之前科，素行非佳，暨其學歷、經歷及經  
02 濟生活狀況」等一切情狀，量處有期徒刑4年，經核其認事  
03 用法並無違誤，並已依相關加重及減輕法定刑規定及具體斟  
04 酌刑法第57條各款所列情形，而於處斷刑之範圍量刑，亦與  
05 罪刑相當原則、比例原則無違，要無輕重失衡或偏執一端之  
06 情形，量刑尚屬妥適，是被告提起上訴請求本院再予從輕量  
07 刑，並無理由，應予駁回。

08 據上論結，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

09 本案經檢察官陳建文提起公訴，檢察官林弘政到庭執行職務。

10 中 華 民 國 112 年 5 月 30 日

11 刑事第七庭 審判長法官 梁 堯 銘

12 法官 王 鏗 普

13 法官 羅 國 鴻

14 以上正本證明與原本無異。

15 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  
16 敘述上訴理由者，並得於提起上訴後20日內向本院補提理由書狀  
17 (均須按他造當事人之人數附繕本)「切勿逕送上級法院」。

18 書記官 吳 姁 穗

19 中 華 民 國 112 年 5 月 30 日

20 【附表一】扣案物應予宣告沒收一覽表

21

編號	品名	數量	所有人或持有人	備註
1	第三級毒品愷他命 (含包裝袋各1只，檢視外觀為晶體， 檢出含有第三級毒品愷他命成分，驗 前總淨重8.6703公克，總純質淨重6.6 588公克)	4包	陳億薪/ 李炳奇	見30219號偵卷第 83頁，編號1。
2	搖頭丸 (含包裝袋各1只，檢視外觀為綠色錠 劑，檢出含有第二級毒品甲基安非他 命、第三級毒品愷他命、硝甲西洋、 第四級毒品硝西洋等成分，驗前淨重1 6.5913公克，驗餘淨重14.8961公克；	3包	陳億薪/ 李炳奇	見30219號偵卷第 83頁，編號2。

	又上列毒品成分毒品純度均<1%，故無法計算總純質淨重)			
3	「OMEGA」圖樣毒品咖啡包 (含包裝袋各1只，經隨機採樣鑑定，檢視內含黃色粉末，檢出含有第三級毒品4-甲基甲基卡西酮成分，驗前總毛重83.21公克，推估驗前總純質淨重1.24公克)	23包	陳億薪/ 李炳奇	見30219號偵卷第83頁，編號5。
4	「PORSCH」圖樣毒品咖啡包 (含包裝袋各1只，經隨機採樣鑑定，檢視內含橘色粉末，檢出含有第三級毒品4-甲基甲基卡西酮成分，驗前總毛重95.89公克，推估驗前總純質淨重2.41公克)	16包	陳億薪/ 李炳奇	見30219號偵卷第83頁，編號6。
5	「航海王」圖樣毒品咖啡包 (含包裝袋各1只，經隨機採樣鑑定，檢視內含橘色粉末，檢出含有第三級毒品4-甲基甲基卡西酮成分，驗前總毛重100.79公克，推估驗前總純質淨重1.69公克)	16包	陳億薪/ 李炳奇	見30219號偵卷第83頁，編號7。
6	「美國人」圖樣毒品咖啡包 (含包裝袋各1只，經隨機採樣鑑定，檢視內含紫色粉末，檢出含有第三級毒品4-甲基甲基卡西酮成分，驗前總毛重195.56公克，推估驗前總純質淨重10.89公克)	73包	陳億薪/ 李炳奇	見30219號偵卷第83頁，編號8。
7	00號夾鏈袋	1包	陳億薪/ 李炳奇	見30219號偵卷第83頁，編號10。
8	APPLE廠牌iPhone11型號綠色行動電話	1支	李炳奇	見30219號偵卷第85頁，編號12。
9	APPLE廠牌iPhone6sPlus型號粉紅色行動電話	1支	陳億薪/ 李炳奇	見30219號偵卷第85頁，編號13。
10	APPLE廠牌iPhone6s型號粉紅色行動電話	1支	陳億薪	見30219號偵卷第85頁，編號15。