臺灣高等法院臺南分院刑事判決

115年度上訴字第1004號

上　訴　人
即　被　告　蕭和朔
000000000000000000
000000000000000000
選任辯護人　曾錦源律師
上　訴　人
即　被　告　曾芳銘
000000000000000000
000000000000000000
選任辯護人　張世明律師（法扶律師）
上　訴　人
即　被　告　高國瑋
000000000000000000
000000000000000000
選任辯護人　陳奕璇律師（法扶律師）
上　訴　人
即　被　告　蔡以謙
000000000000000000
000000000000000000
選任辯護人　王振名律師

上列上訴人因毒品危害防制條例案件，不服臺灣嘉義地方法院112年度訴字第441號中華民國115年2月9日第一審判決（起訴案號：臺灣嘉義地方檢察署112年度偵字第5429號、第5430號、第8739號、第9024號、第9025號、第11478號、第11685號、第12482號、第12723號、第13268號、第13269號，及移送併辦案號：臺灣嘉義地方檢察署112年度偵字第13880號、第14081號、第14250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348條規定：「上訴得對於判決之一部為之。對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。但有關係之部分為無罪、免訴或不受理者，不在此限。上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之」。是本案上訴之效力及其範圍，應依上開規定判斷，合先敘明。

二、原審於民國115年2月9日以112年度訴字第441號判決認定上訴人即被告（下稱被告）：

㈠蕭和朔犯販賣第二級毒品罪，處有期徒刑3年6月，扣案如原判決附表三編號1所示之物沒收，未扣案之犯罪所得新臺幣（下同）19萬5千元沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額；

㈡曾芳銘幫助犯販賣第二級毒品罪，處有期徒刑1年6月；

㈢高國瑋犯販賣第二級毒品罪，處有期徒刑3年2月，又犯販賣第二級毒品未遂罪，處有期徒刑1年10月，應執行有期徒刑4年，扣案如原判決附表二編號1所示之物沒收銷燬，扣案如原判決附表二編號3、4所示之物沒收，未扣案之犯罪所得21萬元沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額；

㈣蔡以謙犯販賣第二級毒品罪，處有期徒刑5年6月，又犯意圖販賣而持有第二級毒品罪，處有期徒刑1年10月，應執行有期徒刑6年6月，扣案如原判決附表一編號6所示之物沒收，未扣案之犯罪所得3千2百元沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額；

被告4人於收受該判決正本後，均以原判決量刑（含是否依相關規定減輕其刑或宣告緩刑，詳如下述之各被告上訴意旨）不當為由提起上訴，檢察官則未上訴，並經本院當庭向被告4人及其等之辯護人確認上訴範圍，均稱僅就原判決量刑部分上訴，對於原判決認定之犯罪事實、罪名、罪數、沒收與否等，均表明未在上訴範圍（見本院卷第209頁至第210頁、第238頁至第239頁、第269頁至第271頁、第301頁至第3

02頁），足見被告4人顯僅就原判決關於量刑部分提起上訴，至於原判決其他部分，均不予爭執，亦未提起上訴，依前開規定，本院爰僅就原判決之量刑部分加以審理。

三、經本院審理結果，因被告4人僅就原判決量刑部分提起上訴，業如前述，故本案犯罪事實、所犯法條、論罪（含罪名及罪數）之認定及沒收與否之諭知，均如第一審判決書所記載之事實、證據、論罪理由及沒收。

四、被告4人之上訴意旨分別略以：

㈠被告蕭和朔部分：被告蕭和朔為單親，長期以來與祖母、父親、叔叔同住，於97年間，被告蕭和朔當時約21歲，就與父親共同照顧近百歲的祖母、與患有中度身心障礙的叔叔，106年父親生病、罹患腎臟癌，長期洗腎，這段期間實際上是由被告蕭和朔單獨照顧祖母、父親與叔叔，自父親110年過世迄今，更是由被告蕭和朔單獨一人照顧祖母與叔叔，可以證明被告蕭和朔素行良好，且長期一直奉養長輩，被告蕭和朔目前已回歸社會，步入常軌，有正當工作，平日熱心公益，素有善行，自101年迄今14年來，在嘉義市西區育幼院，累計捐贈多筆善款以及白米，善盡社會責任，鄰里肯定，請依刑法第59條規定審酌行為人的品行以及生活狀況，減輕其刑，若被告蕭和朔符合緩刑條件，亦請諭知緩刑，給予自新、改悔遷善機會等語。

㈡被告曾芳銘部分：原審係以被告曾芳銘有另案，所以不予宣告緩刑，惟被告曾芳銘另案是被判拘役，請宣告被告曾芳銘緩刑等語。

㈢被告高國瑋部分：被告高國瑋雖有販賣第二級毒品，然對象、數量非多、價值亦不高，而毒品危害防制條例第4條規定，就販賣第二級毒品之法定刑度高達無期徒刑或10年以上之有期徒刑，實屬過重，原判決所載「犯罪事實二」、「犯罪事實三」，均非被告高國瑋主動向外兜售毒品，而係他人主動詢問或購買，原判決「犯罪事實二」部分，被告高國瑋本無販賣毒品之犯意，係因友人詢問，才居中聯繫；原判決

「犯罪事實三」部分，係因被告蔡以謙為配合檢警調查，主動向被告高國瑋探詢購買事宜，被告高國瑋才向友人調取，被告高國瑋就本案之犯罪情狀，與一般長期販賣毒品之大盤、中盤毒梟散播毒品以牟取暴利相較，顯然有別，並請一併考量被告高國瑋犯罪情狀輕微，目前有正當工作（在夜市勤勉擺攤）及家中尚有未滿3歲之未成年子女及母親亟需被告高國瑋照顧，且被告高國瑋先前並無任何毒品相關前科，本案係因被告高國瑋一時失慮致罹刑章，如若量處法定最低刑度確實過重而有情輕法重之情，依刑法第59條予以從輕量刑，以勵被告高國瑋自新。又被告高國瑋對構成累犯之客觀事實無意見，但這個危害安全駕駛前科並非是販賣毒品的前科，危害安全駕駛與販賣毒品之性質不同，不應累犯加重等語。

㈣被告蔡以謙部分：原判決犯罪事實一部分，被告蔡以謙已明確供出其毒品來源為被告高國瑋，應有毒品危害防制條例第17條第1項之適用，原判決犯罪事實二部分，被告蔡以謙於偵查未發覺犯罪前，即主動申告犯罪事實且表明願受訴追之意，應有刑法第62條自首減刑之適用；又原判決對於被告蔡以謙之量刑未符合罪刑相當及比例原則，而有輕重失衡之嫌，被告蔡以謙因就讀大學時，一時失慮而犯下本案，而本案時間為112年間，距今已逾3年，被告蔡以謙於案發後，均謹慎守法，致力於工作，避免再誤觸法網，顯見其犯後業已確實改過自新，再者，被告蔡以謙現初出社會，於此事業起步之際，令其入監服刑，除打擊被告蔡以謙現在工作上所取得之成就，更恐在監獄中反沾染惡習難以再次融入社會，不利於被告蔡以謙更生，請對被告蔡以謙從輕量刑，再依刑法第59條規定酌減其刑，以勵被告蔡以謙自新等語。

五、本件刑之加重減輕之說明：

㈠被告蕭和朔部分：

1.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中均自白者，減輕其刑，該條例第17條第2項定有明文。被告

蕭和朔就原判決犯罪事實二販賣第二級毒品之犯行，於偵訊及法院審理時均已自白，應依毒品危害防制條例第17條第2項規定，減輕其刑。

2. 犯毒品危害防制條例第4條至第8條、第10條或第11條之罪，供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑。被告蕭和朔於本案販賣毒品犯行遭員警查獲後，於112年12月24日警詢時即供稱：我本案販賣之毒品，係於112年2月5日，在雲林縣北港鎮體育場牌樓前，向黃某（姓名年籍詳卷，下稱黃某）所購得，黃某年齡約40幾歲，體瘦、戴眼鏡、中長髮、駝背，其住處位在雲林縣（地址詳卷）等語明確（見原審卷二第234頁至第237頁）。又黃某就其有於前揭時間、地點販賣300公克大麻予被告蕭和朔乙情，於另案審理時已坦承不諱，並經法院判決有罪等情，有臺灣雲林地方法院判決存卷可參（見原審卷二第273頁至第275頁）。依上可知，黃某曾於112年2月5日販賣300公克大麻予被告蕭和朔之事實。考量黃某與被告蕭和朔之交易，確係早於原判決犯罪事實二之時點，且時間亦未間隔過久尚屬密接，又2人交易之數量亦與本案被告蕭和朔販賣毒品之數量相吻合，足認本案被告蕭和朔販賣之毒品來源，確係其於112年2月5日向黃某所購得。另員警係於112年12月29日向法院聲請搜索票獲准，再前往黃某前開住處執行搜索等情，有臺灣雲林地方法院搜索票、嘉義市政府警察局第一分局搜索及扣押筆錄、扣押物品目錄表等件在卷可參（見原審卷二第239頁至第243頁）。依上可知，員警對黃某發動調查之時點，係在被告蕭和朔於警詢供稱其上手係黃某後等節，足見員警應係透過被告蕭和朔之供述，而認黃某涉有販賣毒品之重嫌，進而向法院聲請搜索票後，實際前往黃某之住處執行搜索，始破獲另案，以此可認被告蕭和朔於前開警詢時，供出其毒品上手為黃某，與實際查獲黃某間具有因果關係，是本案就被告蕭和朔此部分犯行，應依毒品危害防制條例第17條第1項規定，減輕其刑，並依法遞減輕之。

㈡被告曾芳銘部分：

1.被告曾芳銘係以幫助之意思，參與構成要件以外之行為，為幫助犯，爰依刑法第30條第2項之規定，按正犯之刑減輕之。

2.曾芳銘就其所犯幫助販賣第二級毒品之犯行，於偵訊及法院審理時均坦承犯行，應依毒品危害防制條例第17條第2項規定，減輕其刑。

3.犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，得酌量減輕其刑，刑法第59條定有明文。被告曾芳銘於本案中，雖為被告蕭和朔、高國瑋居間聯繫販賣毒品事宜，然考量其於該次毒品交易中，並非為核心角色，僅於一開始協助被告蕭和朔與高國瑋聯繫，又未因此取得犯罪所得，足認其於本案中犯罪情節較輕，惡性並非重大。故衡之上情，認以販賣第二級毒品罪之法定刑即無期徒刑或10年以上有期徒刑，縱依前開規定減輕其刑，其法定最低刑度仍嫌過重，堪認被告曾芳銘所為犯行之犯罪情狀客觀上足以引起一般同情，有顯可憫恕之情形，爰依刑法第59條之規定予以酌減其刑，並依法就前開各該減輕事由遞減輕之。

㈢被告高國瑋之原判決犯罪事實二部分：

1.被告高國瑋就原判決犯罪事實二販賣第二級毒品之犯行，於偵訊及法院審理時均已自白，應依毒品危害防制條例第17條第2項規定，減輕其刑。

2.被告高國瑋此部分犯行之毒品來源確係被告蕭和朔，又被告高國瑋於112年5月10日警詢時即供稱：我於112年4月10日販賣毒品的來源，是先透過綽號「阿銘」之人幫我聯繫賣家，「阿銘」後來幫我聯繫上「朔哥」，「朔哥」就是販賣毒品給我的人；「阿銘」的特徵是高高的，然後理著平頭，「阿銘」即為員警提示給我編號1照片之人；「朔哥」的特徵為瘦瘦高高且皮膚黑黑，「朔哥」即為員警提示給我看編號1照片之人，其所駕駛的車輛是車牌號碼000-0000號黑色自用小客車等語明確（見偵5429卷第46頁至第48頁）。又員警係

於112年9月8日方首次針對被告蕭和朔本案販賣毒品犯行之相關細節進行詢問乙節，有該日警詢筆錄在卷可稽（見嘉縣警刑偵一字第1120057744號卷【下稱警57744卷】第5頁至第9頁）。觀諸上情，可知員警針對被告蕭和朔販賣毒品犯行之詢問時點，係在被告高國瑋於警詢供稱其係透過「阿銘」之人，而向「朔哥」購得毒品後之事實，足見員警應係透過被告高國瑋之供述，及其配合指認被告蕭和朔之長相後，而認被告蕭和朔涉有販賣毒品之重嫌，始行調查而破獲之，以此可認被告高國瑋於前開警詢時，供出其毒品上手為被告蕭和朔，與實際查獲被告蕭和朔間具有因果關係，爰依毒品危害防制條例第17條第1項規定，減輕其刑，並依法遞減輕之。

㈣被告高國瑋之原判決犯罪事實三部分：

1. 被告高國瑋此部分之犯行，客觀上已著手實行販賣行為，然因配合員警喬裝為買家之蔡以謙，自始即不具購買之真意，未完成買賣而不遂，為未遂犯，應依刑法第25條第2項之規定，按既遂犯之刑減輕之。
2. 被告高國瑋此部分販賣第二級毒品未遂之犯行，於偵訊及法院審理時均已自白，應依毒品危害防制條例第17條第2項規定，減輕其刑。
3. 被告高國瑋於112年5月3日警詢及偵訊時即供稱：我販賣給被告蔡以謙之毒品，是我於112年5月3日下午1時40分許，在「禾楓汽車旅館」前跟同案被告張博勛購買，我拿到毒品後就進入上開旅館內與被告蔡以謙交易等語明確（見警26158卷第6頁至第7頁、第9頁；偵5430卷第20頁）；而同案被告張博勛有於上開時間、地點販賣100公克大麻予被告高國瑋等情，亦經臺灣雲林地方法院判決有罪，此有臺灣雲林地方法院113年度訴字第301號判決在卷可參（見原審卷二第323頁至第344頁），據此足認被告高國瑋此部分犯行之毒品來源，確係同案被告張博勛。另員警係於被告高國瑋供述後，於112年7月6日始對同案被告張博勛就此部分犯行進行調

查，此有該日警詢筆錄在卷可參（見嘉縣警刑偵一字第1120060080號第2頁至第4頁），足見員警應係透過被告高國瑋之供述，認同案被告張博勛涉有販賣毒品之重嫌，始行調查而破獲之，是就被告高國瑋此部分販賣毒品未遂之犯行，應依毒品危害防制條例第17條第1項規定，減輕其刑，並依法就前開各該減輕事由遞減輕之。

㈤被告蔡以謙之原判決犯罪事實一部分：

被告蔡以謙就原判決犯罪事實一販賣第二級毒品之犯行，於偵訊及法院審理時均已自白，應依毒品危害防制條例第17條第2項規定，減輕其刑。

㈥被告蔡以謙之原判決犯罪事實二部分：

1.被告蔡以謙就原判決犯罪事實二意圖販賣而持有第二級毒品之犯行，於偵訊及法院審理時均已自白，應依毒品危害防制條例第17條第2項規定，減輕其刑。

2.本案被告蔡以謙就此部分犯罪事實所持有之毒品，係向被告高國瑋所購得，又被告蔡以謙於112年5月3日上午9時20分至10時警詢時即供稱：我曾經於112年4月10日凌晨12時許，在嘉義市○○段000地號土地上之平房，以6萬元向「廖添丁」購買100公克之大麻，「廖添丁」之真實身分即為被告高國瑋等語明確（見警26056卷第12至14頁）；而員警係於被告蔡以謙供述後，於112年5月3日下午5時8分許至6時18分許間，始對被告高國瑋就此部分犯行細節進行詢問，此有該日警詢筆錄在卷可參（見警26158卷第3頁、第7頁至第8頁、第10頁），足見員警應係透過被告蔡以謙之供述，認被告高國瑋涉有販賣毒品之重嫌，始行調查而破獲之。從而，可認被告蔡以謙此部分之犯行，已供出上手並查獲之，應依毒品危害防制條例第17條第1項規定，減輕其刑，並依法遞減輕之。

㈦公訴意旨雖主張被告高國瑋前因違背安全駕駛案件，經臺灣雲林地方法院以108年度六交簡字第183號判決處有期徒刑3月確定，於108年12月23日易科罰金執行完畢，有刑案資料

查註紀錄表1份在卷可稽，其於5年內故意再犯本案有期徒刑以上之罪，為累犯，請審酌被告高國瑋本案所涉販賣毒品罪，與構成累犯之前案，罪質雖不相同，然其於前案徒刑執行完畢後，本應記取教訓，謹慎自守，卻又再為本案犯行，其法律遵循意識不足，對於刑罰反應力薄弱，如適用刑法累犯規定加重其刑，並無司法院釋字第775號解釋意旨所指，使其所受刑罰超過其應負擔罪責之虞，應依刑法第47條第1項規定，加重其刑等語。惟本院審酌被告高國瑋構成累犯之前案與本案罪質不同、且其係於前案執行完畢後3年有餘始再犯本案，尚難認為其有特別惡性或刑罰之反應力薄弱之情形，倘加重其刑，恐有不符憲法罪刑相當原則，進而牴觸憲法第23條比例原則之虞，爰參酌司法院釋字第775號解釋意旨，不依刑法第47條第1項規定加重其刑，附予敘明。

六、上訴駁回之理由：

㈠原判決認被告4人罪證明確，適用相關法條（包括上述各該減刑規定），並以行為人之責任為基礎，審酌被告4人不顧政府嚴禁毒品之禁令，竟為本件犯行，促使毒品流通、擴大毒品氾濫範圍，助長施用毒品之行為，危害社會之健全發展，其等所為實有不該；兼衡被告4人坦承犯行之犯罪後態度；再衡酌其等所販賣或持有毒品之種類、數量、次數、欲販售之金額，暨被告蕭和朔、蔡以謙所提出職業、家庭生活經濟狀況之證明文件（見原審卷一第291頁、卷二第349頁至第365頁、第377頁至第378頁），與其等自陳之職業、智識程度，及家庭生活經濟狀況等一切情狀，分別量處如前述所示之刑。復衡酌被告高國瑋、蔡以謙本案所犯之犯罪類型、行為態樣、手段、犯罪時間，及責任非難重複程度等因素，分別定如前述應執行之刑。

㈡被告4人雖以前詞提起上訴，然查：

1.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。此屬事實審法院得依職權

裁量之事項。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條規定酌量減輕其刑（最高法院115年度台上字第3532號刑事判決意旨參照）。被告蕭和朔、高國瑋、蔡以謙均明知大麻為列管之毒品，竟無視法律禁令販賣大麻，所為實屬不該，已難認有何可值憫恕之處。再者，被告蕭和朔已得依毒品危害防制條例第17條第2項、第1項規定遞減輕其刑；被告高國瑋就原判決犯罪事實二部分，已得依毒品危害防制條例第17條第2項、第1項規定遞減輕其刑；被告高國瑋就原判決犯罪事實三部分，已得依刑法第25條第2項、毒品危害防制條例第17條第2項、第1項規定遞減輕其刑；被告蔡以謙就原判決犯罪事實一部分，已得依毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑；被告蔡以謙就原判決犯罪事實二部分，已得依毒品危害防制條例第17條第2項、第1項規定遞減輕其刑，均已無情輕法重之憾，故被告蕭和朔、高國瑋、蔡以謙等人本案犯行，並無援引刑法第59條規定酌減其刑之餘地。

2.被告蔡以謙原判決犯罪事實一部分，不符合毒品危害防制條例第17條第1項之規定：

⑴犯第4條至第8條、第10條或第11條之罪，供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑，毒品危害防制條例第17條第1項固定有明文，惟上開條文所稱「供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者」，係指被告具體供出毒品來源之資訊，使調查或偵查犯罪之公務員得據以對之發動調查或偵查程序，並因此查獲所供其人、其犯行而言。又查獲其人、其犯行，著重在其犯行之查獲，雖不以達有罪認定之已無合理懷疑存在之程度為必要，必也已臻至起訴門檻之證據明確，且有充分之說服力，方得獲邀上開減免其刑之寬

典（最高法院114年度台上字第2005號判決意旨參照）。

⑵本案被告蔡以謙之辯護人，雖以被告蔡以謙就此部分販賣毒品犯行，已明確供出其毒品來源為被告高國瑋，請求依毒品危害防制條例第17條第1項規定，對被告蔡以謙減輕其刑。然查，證人即被告高國瑋於113年5月3日偵訊時證稱：我並未於111年底，在雲林縣斗六市，以1萬元之價格，販賣20至30公克大麻予被告蔡以謙等語明確（見偵5430卷第29頁至第30頁）；復於113年5月29日訊問時證稱：我於112年4月10日與被告蔡以謙交易前，並沒有曾經在雲林縣斗六市，販賣20至30公克的大麻給他等語明確（見偵5430卷第153頁至第154頁）；再於原審審理時證稱：我跟被告蔡以謙第一次毒品交易係於112年4月10日，當時是同案被告張博勛先打電話問我有沒有毒品，我問到朋友確認有毒品後就回覆同案被告張博勛，到毒品交易現場後，被告蔡以謙是後面才進來，我當時才認出被告蔡以謙，並跟他說怎麼是你，在該日前被告蔡以謙從未和我購買過大麻等語明確（見原審卷二第89頁至第90頁），是由上開證述內容可知，被告高國瑋就其未曾於112年4月10日前販賣大麻給被告蔡以謙等節，所述均屬一致，可認其上開所述，應非虛言。再參以同案被告張博勛於原審審理時供稱：本案是被告蔡以謙透過他朋友與我聯繫，問我是不是有購買大麻的管道，我才聯繫被告高國瑋等語明確（見原審卷二第216頁），此與上開被告高國瑋所述於112年4月10日販賣毒品予被告蔡以謙之緣由，亦屬一致，足認被告高國瑋稱其於112年4月10日前，未曾販賣大麻予被告蔡以謙等語，應為屬實，否則被告蔡以謙於112年4月10日即無須再透過同案被告張博勛，方可向被告高國瑋購買毒品。職此，既認被告高國瑋於112年4月10日前，未曾販賣大麻予被告蔡以謙，而被告蔡以謙亦未提出其他事證，協助檢警調查被告高國瑋是否確於111年底曾有販賣大麻予被告蔡以謙之犯嫌，自難認被告蔡以謙此部分販賣毒品之犯行符合前開減刑規定之要件，而無從依該規定減輕其刑。

⑶辯護人另以被告高國瑋、蔡以謙於112年4月10日時，即交易300公克之大麻，倘雙方係第一次交易，應無從交易如此大量之毒品，足認雙方先前即有過交易，被告蔡以謙應已就此部分犯行供出上手，並提出被告蔡以謙與高國瑋間於111年4月至11月間之對話紀錄截圖、臉書頁面截圖、被告高國瑋於111年11月6日傳送予被告蔡以謙之語音訊息螢幕錄影光碟、大麻倡議組織網站資料截圖等件為證（見原審卷一第284頁至第289頁、第333頁，卷二第109頁至第119頁）。惟毒品交易中所交易之毒品數量，將受各次交易時賣家之貨源是否充沛、買家需求量及價金準備是否充足、交易之時間與地點等因素所影響，而非謂首次交易即不得販賣數百公克之毒品，是尚難以被告高國瑋、蔡以謙交易之毒品數量，逕推論二人於112年4月10日前即有交易。另觀辯護人所提之證據，亦未從中見有毒品交易之時間、地點，及交易磋商等相關訊息，是上開證據至多僅可證明被告高國瑋、蔡以謙先前曾認識，然亦難以此認定被告高國瑋曾於111年底販賣大麻予被告蔡以謙。

3.被告蔡以謙原判決犯罪事實二部分，不符合自首之規定：

⑴自首，係行為人就偵查機關未發覺之罪之全部或主要犯罪事實，主動申告並接受裁判之意。意圖販賣而持有毒品與單純持有毒品，係因犯意不同而異其評價，並無獨立之兩個犯罪事實存在，意圖販賣而持有罪當然含有持有之性質，兩者性質上屬於個別構成要件與概括構成要件之特別關係，意圖販賣而持有罪一經成立，則持有行為即已包括在內，自不另構成單純持有毒品罪。故行為人是否成立自首，應以行為人有無就意圖販賣而持有毒品罪之全部或主要犯罪事實主動向偵查機關申告並接受裁判為斷，行為人僅主動申告其單純持有毒品，但否認有販賣意圖者，因此等主觀意圖乃意圖販賣而持有毒品罪之主要構成要件，自難認行為人已就該罪之全部或主要犯罪事實主動申告，要無自首減輕其刑規定之適用（最高法院113年度台上字第4950號刑事判決意旨參照）。

⑵被告蔡以謙最初於112年5月3日上午9時20分至10時警詢時供稱：我於112年4月10日，曾以6萬元，向被告高國瑋購買100公克之大麻等語（見警26056卷第12頁至第13頁），直至被告高國瑋於同日下午5時8分許至6時18分許警詢時供稱：我記得112年4月10日，被告蔡以謙是以21萬元和我購買300公克的大麻等語（見警26158卷第10頁）後，被告蔡以謙方於同日晚間6時23分許至6時32分警詢時改口稱：我想起來了，該次毒品交易之毒品數量確實為300公克，交易之價金為21萬元等語（見警26056卷第30頁），且其係直至112年5月11日偵訊時方供稱：這些毒品原本打算自己施用，但如果有人要買，我會賣，我承認意圖販賣而持有第二級毒品罪等語明確（見偵5429卷第99頁至第100頁）。考量被告高國瑋於112年5月3日下午5時8分至6時18分警詢後，員警於當下即可依被告高國瑋之供述內容、被告蔡以謙於112年5月2日警詢時自承：我曾經販賣大麻給翁晨礫等語（見警26056卷第5頁）、證人翁晨礫於112年3月20日於警詢時之證述內容（見警26056卷第47頁），及翁晨礫於112年3月20日提供予員警之通訊軟體對話紀錄翻拍照片（見警26056卷第頁）等證據，推斷出被告蔡以謙先前即曾有販賣大麻予他人，其後又向被告高國瑋購買數量高達300公克之大麻，實有對外販售之可能，而對被告蔡以謙此部分犯行，將涉嫌意圖販賣而持有第二級毒品罪產生合理懷疑，檢察官並於112年5月3日偵訊時明確訊問：「你此部分涉嫌意圖販賣而持有第二級毒品罪嫌，是否承認？」，被告蔡以謙表示：「這300公克是我自己拿來自己施用的。」，檢察官再一次跟被告蔡以謙確認：「所以你不承認？」，被告蔡以謙亦明確回答：「是。」，益證檢察官已合理懷疑被告蔡以謙涉有意圖販賣而持有毒品罪，惟被告蔡以謙仍矢口否認意圖販賣而持有毒品之犯行，是被告蔡以謙既係於上開時點後之112年5月11日偵訊時，方完全坦承此部分犯行之客觀事實與主觀犯意，尚難認係對未發覺之犯罪進行自首，而無此項減刑規定之適

用。

4. 又量刑判斷當否之準據，應就判決之整體觀察為綜合考量，苟已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列情狀，在法定刑度內，酌量科刑，無顯然失當或違反公平、比例及罪刑相當原則，亦無偏執一端，致明顯失出失入情形，即不得任意指為違法。而原判決就應審酌之量刑事項均有審酌，且已斟酌刑法第57條各款所列情狀，為整體之評價，並分別依前述相關規定（遞）減輕其刑後，在法定刑度內，酌量科刑，而未偏執一端，致有失出失入之情形，難認有何失當。再者，本案於原審及本院審理時之相關量刑因子並無二致，自無再予從輕量刑之餘地。

5. 又按受2年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告，而未曾因故意犯罪受有期徒刑以上之宣告，或前因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，執行完畢或受赦免後5年以內未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，認以暫不執行為適當者，得宣告2年以上5年以下之緩刑，刑法第74條第1項第1款、第2款分別定有明文。而本件被告蕭和朔經判處有期徒刑3年6月，顯不符合宣告緩刑之要件，自不得宣告緩刑；至被告曾芳銘不顧政府嚴禁毒品之禁令，竟為本件犯行，促使毒品流通、擴大毒品氾濫範圍，助長施用毒品之行為，危害社會之健全發展，所為實有不該；且其於本案犯行遭查獲後，另犯妨害秩序案件，經法院判處罪刑，有其法院前案紀錄表在卷可查（見本院卷第130頁），考量其於本案中已歷偵審程序，卻未能於程序中意識自身錯誤，進而於日後行事上更加謹慎並恪遵法律規範，反仍繼續從事違法行為，足見其法治觀念薄弱，守法意識顯有不足，堪認對其刑之宣告，並無暫不執行為適當之情形，爰不予宣告緩刑。

㈢是以，被告4人上訴意旨猶執前詞指摘原判決量刑不當云云，為無理由，應予駁回。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

本案經檢察官張建強提起公訴及移送併辦，檢察官吳維仁到庭執

行職務。
中　　華　　民　　國　　115　　年　　8　　月　　31　　日
刑事第四庭　審判長法　官　何秀燕
法　官　洪榮家
法　官　吳育霖
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　黃玉秀
中　　華　　民　　國　　115　　年　　8　　月　　31　　日
附記論罪之法條：
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。

毒品危害防制條例第5條
意圖販賣而持有第一級毒品者，處無期徒刑或10年以上有期徒刑，得併科新臺幣7百萬元以下罰金。
意圖販賣而持有第二級毒品者，處5年以上有期徒刑，得併科新臺幣5百萬元以下罰金。
意圖販賣而持有第三級毒品者，處3年以上10年以下有期徒刑，

得併科新臺幣3百萬元以下罰金。

意圖販賣而持有第四級毒品或專供製造、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1百萬元以下罰金。