

# 臺灣高等法院刑事判決

113年度上更一字第91號

上 訴 人

即 被 告 劉家云

選任辯護人 顏嘉德律師

上列上訴人即被告因毒品危害防制條例案件，不服臺灣士林地方法院111年度訴字第588號，中華民國112年8月22日第一審判決（起訴案號：臺灣士林地方檢察署110年度偵字第16032號、110年度偵字第16035號），提起上訴，經判決後，由最高法院發回更審，本院判決如下：

## 主 文

原判決關於劉家云販賣第二級毒品未遂罪之處刑部分撤銷。

上開撤銷部分，劉家云處有期徒刑參年。

## 事實及理由

### 一、本院審理範圍

(一)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」，而其立法理由指出：「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」。是科刑事項已可不隨同其犯罪事實而單獨成為上訴之標的，且上訴人明示僅就科刑事項上訴時，第二審法院即不再就原審法院所認定之犯罪事實為審查，而應以原審法院所認定之犯罪事實，作為論認原審量刑妥適與否的判斷基礎。

01 (二)本件上訴人即被告劉家云（下稱被告）及其辯護人業已言  
02 明：僅對原判決量刑部分提起上訴，不及於原判決之犯罪事  
03 實、罪名及沒收部分等情（見上更一字卷第123、146至147  
04 頁），是認被告僅對原審之科刑事項提起上訴無訛。依據前  
05 述說明，本院僅就原審判決量刑妥適與否進行審理，至於原  
06 審判決其他部分，則非本院審查範圍。

07 二、本案據以審查量刑事項妥適與否之原審所認定之犯罪事實、  
08 所犯罪名（所犯法條）部分，固均非本院審理範圍，惟本案  
09 既屬有罪判決，且科刑係以原判決所認定之犯罪事實及論罪  
10 等為據，故就本案犯罪事實及所犯罪名（法條）及沒收部  
11 分，均引用第一審判決書之記載（詳如附件）。

### 12 三、本件量刑之減輕事由

13 (一)毒品危害防制條例第17條第1項之適用：按毒品危害防制條  
14 例第17條第1項規定，犯該條例第4條至第8條、第10條或第1  
15 1條之罪，供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者，減  
16 輕或免除其刑。查：

17 1. 被告於警詢、偵查中供述僅幫忙陳相瑋與買家傳遞訊息，  
18 扣案之大麻煙油為陳相瑋提供等情，並提出被告與陳相瑋  
19 於案發前日傳送電子煙油照片、案發當日被告傳送之現金  
20 照片、要求陳相瑋至交易現場之WeChat對話紀錄（見偵16  
21 032卷第453-456頁），細查該WeChat對話紀錄，被告於民  
22 國110年8月25日上午2時43分傳送開立之二房間號碼、後  
23 更於同日上午2時49分傳送現金照片予陳相瑋（見偵16032  
24 卷第456頁）等情，是可認陳相瑋事先即已知悉被告販賣  
25 第二級毒品之事，並已知悉其攜帶至房間內之物品為毒  
26 品。陳相瑋亦經臺灣士林地方檢察署偵查後，認陳相瑋與  
27 被告共犯毒品危害防制條例第4條第6項、第2項販賣第二  
28 級毒品未遂罪，以112年度偵續一字第15號提起公訴，現  
29 繫屬臺灣士林地方法院以113年度訴字第618號審理中乙  
30 節，亦有前開起訴書、陳相瑋本院被告前案紀錄表在卷可  
31 稽（見上更一字卷第67至76頁）。是可認被告供述本件扣

01 案毒品來源為陳相瑋。

02 2. 被告雖與陳相瑋為警同時查獲，然以現場查獲「魚井」鍾  
03 玉杉陳稱之查獲經過：被告確認金額後，方由被告致電由  
04 陳相瑋攜帶大麻煙油至現場完成交易等情，並有員警職務  
05 報告、員警與被告間之WeChat對話紀錄、FaceTime對話譯  
06 文在卷可稽，故可認員警原先鎖定之毒品交易對象為被  
07 告，並非陳相瑋，而陳相瑋出現於毒品交易現場時並非員  
08 警事先所得預見，且於被告供出毒品來源前，員警尚未掌  
09 握確切證據足以合理懷疑陳相瑋即為被告交付毒品之上  
10 手。復由上開起訴書所列之證據中，亦含被告於警詢、偵  
11 查中之證述（見上開起訴書證據清單第2項），可認被告  
12 之供述為查獲陳相瑋之證據。

13 3. 依被告就共犯陳相瑋之供述內容、偵查結果，應認被告有  
14 供出共犯因而查獲，得依毒品危害防制條例第17條第1項  
15 規定減輕其刑，但斟酌全案犯罪情節，尚無從免除其刑。

16 (二)刑法第25條第2項之適用：被告雖已著手販賣第二級毒品之  
17 行為，惟因遭員警當場逮捕而為未遂，其危害及惡性較既遂  
18 犯為輕，爰依刑法第25條第2項，按既遂犯之刑減輕之。

19 (三)無毒品危害防制條例第17條第2項之適用：按毒品危害防制  
20 條例第17條第2項規定「犯第4條至第8條之罪於偵查及歷次  
21 審判中均自白者，減輕其刑」，查被告於原審及本院審理時  
22 固就所涉販賣第二級毒品犯行自白無訛，然被告於偵查中均  
23 矢口否認，是被告所犯販賣第二級毒品罪，無依毒品危害防  
24 制條例第17條第2項減刑規定之適用。惟被告於歷次審理時  
25 均坦承犯罪之態度，仍可列為刑法第57條被告犯罪後態度之  
26 量刑減輕因子參考。

27 (四)無刑法第19條第2項之適用

28 1. 按行為人於行為時之精神狀態究竟如何，事實審法院非不  
29 得視個案具體情節，綜合其當時各種言行表徵，就顯然未  
30 達影響責任能力程度之精神狀態情形，逕行判斷（最高法  
31 院109年度台上字第536號判決意旨參照）。

01 2. 被告之辯護人雖以：被告自109年起即患有嚴重精神疾  
02 病，需服用1至4種不等之管制藥物，醫師更曾數次建議其  
03 住院治療，並提出存寬診所診斷證明書、藥袋、紀錄單及  
04 衛生福利部彰化醫院藥袋暨診斷證明書（見偵16035卷第2  
05 23頁、訴字卷第89至115頁）為憑，主張被告行為時可能  
06 已受該疾病影響，請求為精神鑑定，以證明其有刑法第19  
07 條第2項之情形云云（見訴字卷第86、87頁）。然依卷附  
08 之存寬診所110年8月30日診斷證明書、衛生福利部彰化醫  
09 院110年9月10日診斷證明書所載，雖可見被告於「案發  
10 前」之109年6月18日至110年1月6日及「案發後」之110年  
11 8月30日經診斷有證明書所載「焦慮憂鬱情緒合併睡眠障  
12 礙」（見偵16032卷第469頁）、「案發前」之110年5月31  
13 日、同年7月28日及「案發後」之110年8月27日、同年8月  
14 31日、同年9月10日經診斷有「憂鬱情緒的適應障礙症」  
15 及「適應性失眠症」（見偵16035卷第223頁），且醫師於  
16 「案發後」建議被告住院接受治療，均經被告明示表達拒  
17 絕之意等情，亦有存寬診所門診紀錄單（見訴字卷第10  
18 5、107頁）附卷可參，可見被告明知其罹有上開疾病，於  
19 案發前、後亦至精神科就診及服藥，主觀上猶認尚未至需  
20 住院治療之程度而拒絕醫師提出之住院建議，被告對於自  
21 身病情應具有相當程度之瞭解及掌握，且依本案犯罪情  
22 節，被告僅與周季弘先至○○汽車旅館709號房與員警確  
23 認交易金額，且遭查獲同日之警詢時，亦能針對犯罪經  
24 過、如何前往交易毒品及對其與喬裝買家之員警之對話內  
25 容詳加解釋並確認等事項為相對應、完整之陳述（偵1603  
26 2卷第48至60頁），足認被告為本案犯行時之辨識行為違  
27 法或依其辨識而為行為能力，顯無因上開精神疾病而受影  
28 響，自無法定得為減輕其刑之情形，除得作為刑法第57條  
29 之被告智識程度、生活狀況等量刑事由予以審酌外，尚無  
30 刑法第19條第2項規定之適用。

31 (五)無刑法第59條規定之適用

01 1. 按刑法第59條所謂「犯罪之情狀顯可憫恕」，必於審酌一  
02 切犯罪情狀，在客觀上顯然足以引起一般同情，認為縱宣  
03 告法定最低刑度猶嫌過重者，始有其適用。此所謂法定最  
04 低度刑，固包括法定最低本刑；惟遇有其他法定減輕之事  
05 由者，則指適用其他法定減輕事由減輕其刑後之最低度刑  
06 而言。倘被告別有法定減輕事由者，應先適用法定減輕事  
07 由減輕其刑後，猶認其犯罪之情狀顯可憫恕，即使科以該  
08 減輕後之最低度刑仍嫌過重者，始得適用刑法第59條規定  
09 酌量減輕其刑（最高法院100年度台上字第744號判決意旨  
10 參照）。申言之，刑法第59條之適用，除應考量被告之犯  
11 罪情節（是否「情輕」）外，尚應斟酌個案適用其他事由減  
12 刑後之最低度刑是否仍屬過於嚴苛（有無「法重」），整體  
13 判斷有無顯可憫恕之情事，非謂僅憑犯罪情節一端，即應  
14 一律酌減其刑。

15 2. 查被告因貪圖不法利潤，無視嚴刑峻罰及毒品之危害性，  
16 販賣第二級毒品以營利，縱考量被告犯後態度尚佳、販賣  
17 之對象僅有1人，惟審酌被告犯罪動機、手段、販賣第二  
18 級毒品之數量非微、交易金額甚鉅等犯罪情節，實難認有  
19 何特殊之原因與環境，依據客觀觀察足以引起一般同情，  
20 況被告所犯之販賣第二級毒品未遂罪，業依毒品危害防制  
21 條例第17條第1項、刑法第25條第2項規定遞減其刑，可在  
22 法定刑度內妥適斟酌量刑，並無過於嚴苛之處，經審酌一  
23 切犯罪情狀，難認客觀上有何顯然足以引起一般同情、縱  
24 予宣告法定最低刑度仍嫌過重情事，自無刑法第59條規定  
25 適用餘地。

26 (六)被告本件犯行有以上所述2種刑之減輕事由，且毒品危害防  
27 制條例第17條第1項同時有免除其刑之規定，依刑法第66  
28 條、第70條、第71條第二項之規定，依較少之數遞減輕其  
29 刑。

#### 30 四、撤銷原判決量刑之理由暨就被告其餘上訴理由之指駁

31 (一)原審審理後，以被告犯行事證明確，依原判決認定之犯罪事

01 實及罪名而為量刑，固非無見。然本件量刑時漏未審酌與毒  
02 品危害防制條例第17條第1項規定有關之被告供出共犯陳相  
03 璋之事實，已如前述，其減刑幅度尚有未足，而有未洽。

04 (二)至被告上訴理由另以：被告之精神狀況導致控制、認知能力  
05 低落，實有情輕法重之虞，是請求再以刑法第59條規定從輕  
06 量刑云云。惟刑法第59條之酌量減輕其刑，必須犯罪另有特  
07 殊之原因與環境等在客觀上足以引起一般同情，認為即使宣  
08 告法定低度刑期猶嫌過重者，始有其適用，而此部分並無上  
09 開原因、無法援用刑法第59條規定而為刑之酌減，業經論駁  
10 如前（見上開事實及理由欄三(五)部分），被告併執此為上  
11 訴，尚無可採。

12 (三)被告以原判決未適用刑法第59條減刑為由，提起上訴，固無  
13 可採，然原判決未完足考量適用毒品危害防制條例第17條第  
14 1項規定之減刑幅度，容有違誤，被告上訴執此指摘原判決  
15 量刑過重，則為有理由，是原判決之量刑既有上開可議，即  
16 屬無可維持，自應由本院將原判決之量刑予以撤銷改判。

#### 17 五、撤銷原判決關於刑之部分後本院之量刑

18 爰以行為人之責任為基礎，審酌被告知悉施用毒品者極易上  
19 癮，且毒品對於施用者之身心健康、社會治安危害至鉅，為  
20 政府所嚴加查緝以禁絕流通，竟仍無視法律禁令，為貪圖不  
21 法利得而販賣大麻煙油牟利，不僅戕害他人身體健康，更助  
22 長毒品氾濫，且攜至現場以供販賣而扣案之大麻煙油達93支  
23 數量非微，倘流入市面散布，將危害社會治安及國民健康，  
24 且助長國內施用毒品歪風，其犯罪情節及所生危害非輕，所  
25 為實足非難，惟念及被告犯後於審理中終能坦承犯行，販賣  
26 毒品之對象僅1人；併衡以被告於本院審理中自陳大學畢  
27 業、未婚、與父母、祖父母、兩個弟弟同住，需扶養重大手  
28 術後之弟弟、無工作之母親及祖父母，現從事房屋仲介工  
29 作，月收入約26,800元（見上更一字卷第156頁）等智識程  
30 度、家庭及生活經濟等一切情狀；暨罹有前揭精神疾病等刑  
31 法第57條各款所列事項等節，量處如主文第2項所示之刑。

01 據上論斷，應依刑事訴訟法第373條、第369條第1項前段、第364  
02 條、第299條第1項前段，判決如主文。

03 本案經檢察官曹哲寧提起公訴，檢察官鄭堤升到庭執行職務。

04 中 華 民 國 113 年 11 月 1 日

05 刑事第十一庭 審判長法官 張江澤

06 法官 章曉文

07 法官 郭惠玲

08 以上正本證明與原本無異。

09 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  
10 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  
11 （均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

12 書記官 湯郁琪

13 中 華 民 國 113 年 11 月 1 日

14 附件：（僅摘錄被告涉及之事實及論罪部分，另陳嘉成部分均省  
15 略）

16 臺灣士林地方法院刑事判決 111年度訴字第588號

17 公 訴 人 臺灣士林地方檢察署檢察官

18 被 告 陳嘉成

19 被 告 劉家云

20 選任辯護人 顏火炎律師

21 顏嘉德律師

22 上列被告因違反毒品危害防制條例等案件，經檢察官提起公訴  
23 （110年度偵字第16035、16032號），本院判決如下：

24 主 文

25 陳嘉成（下略）。

26 劉家云犯販賣第二級毒品未遂罪，處有期徒刑五年肆月。扣案如  
27 附表二編號1至6所示之物均沒收銷毀之；如附表二編號8所示之  
28 物沒收。

29 事 實

30 一、（上略）又劉家云明知四氫大麻酚為毒品危害防制條例第2

01 條第2項第2款明定之第二級毒品，依法不得販賣，竟基於販  
02 賣第二級毒品之犯意，於110年8月23日某時許，以其持用即  
03 附表二編號8所示之行動電話1支經由網路連結至微信通訊軟  
04 體（下稱微信）「桃園中壢支援組」群組，並以微信帳號  
05 「仙境傳娛妮香氛找我」刊載「自然系電子菸有人要加一  
06 嗎」等文字訊息，用以供該群組內不特定人瀏覽購買。嗣經  
07 員警執行網路巡邏，發覺上開訊息有異，乃透過該通訊軟體  
08 與劉家云攀談，約定以新臺幣（下同）35萬元之價格，向劉  
09 家云訂購第二級毒品大麻煙油98支，並由廖偉傑駕駛車輛搭  
10 載劉家云、周季弘於110年8月25日4時20分許，前往臺北市  
11 ○○區○○路0段000號之○○汽車旅館709號房交易，經當  
12 場點收35萬元（業已發還）後，劉家云將大麻煙油93支交給  
13 佯裝買家之員警，經該員警確認劉家云所交付之物為毒品  
14 後，旋即逮捕在場之劉家云、陳嘉成、陳相璋、周季弘及廖  
15 偉傑，致該次販賣第二級毒品未得逞，且當場扣得陳嘉成持  
16 有之手槍1把、子彈11顆（即附表一編號1、2）及劉家云持  
17 有之第二級毒品大麻煙油93支（即附表二編號1至6，毛重16  
18 24.85公克，檢品因黏稠無法精確秤重）及第三級毒品愷他  
19 命1包【劉家云涉嫌持有第三級毒品部分；廖偉傑、周季  
20 弘、陳相璋及陳嘉成涉嫌販賣第二級毒品部分，均經臺灣士  
21 林地地方檢察署（下稱士林地檢署）檢察官為不起訴處分確  
22 定】。

23 二、案經臺北市政府警察局萬華分局報告士林地檢署檢察官偵查  
24 起訴。

### 25 理由

26 壹、程序方面（略）

27 貳、實體方面

28 一、認定犯罪事實所憑之證據及理由：（略）

29 二、論罪：

30 (一)核被告陳嘉成所為：（略）

31 (二)核被告所為，係犯毒品危害防制條例第4條第2項、第6項之

01 販賣第二級毒品未遂罪；其販賣前持有第二級毒品大麻之低  
02 度行為，應為販賣第二級毒品大麻之高度行為所吸收，不另  
03 論罪。

04 (中略)

05 四、沒收部分：

06 (一)扣案如附表一編號1所示之非制式手槍1枝，經鑑定後認具有  
07 殺傷力，屬違禁物，不問屬於犯罪行為人與否，應依刑法第  
08 38條第1項規定宣告沒收。至附表一編號2所示之非制式子彈  
09 11顆，經試射而認均具殺傷力之子彈，然既經鑑驗時試射擊  
10 發，不具子彈完整結構而失其效能，已不具殺傷力，爰均不  
11 諭知沒收。至附表一編號3、4所示行動電話1支及大麻煙油1  
12 支，雖均係被告陳嘉成所有之物，然無證據證明該手機及大  
13 麻煙油與本案具關連性，亦無積極證據足認上開手機係供本  
14 案持有槍彈所用，爰不予宣告沒收，附此敘明。

15 (二)扣案如附表二編號1至6所示之大麻煙油93支，均含有大麻成  
16 分，有附表二上開各編號「鑑定報告」欄所示之鑑定報告在  
17 卷可稽，足認係第二級毒品而屬違禁物，盛裝上開毒品之外  
18 包裝，因沾有微量毒品，難以完全析離，且無析離之實益與  
19 必要，應整體視為第二級毒品，一併沒收銷燬，爰依毒品危  
20 害防制條例第18條第1項前段規定，宣告沒收銷燬之，而送  
21 驗耗損部分之毒品因已滅失，自無庸宣告沒收。另扣案如附  
22 表二編號8所示之行動電話1支，為被告劉家云所有，且用以  
23 與喬裝買家之員警對話時使用，業經其供述在卷（本院訴字  
24 卷第71頁），而為供本案販賣第二級毒品所用之物，依毒品  
25 危害防制條例第19條第1項之規定，應予宣告沒收。至附表  
26 二編號7所示之物，因無法證明與本案相關，爰不予宣告沒  
27 收，併此敘明。

28 據上論斷，應依刑事訴訟法第299條第1項前段，判決如主文。

29 本案經檢察官曹哲寧提起公訴，檢察官李清友到庭執行職務。

30 中 華 民 國 112 年 8 月 22 日

31 刑事第七庭 審判長法官 李育仁

附錄本案論罪科刑法條全文：

(中略)

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3,000萬元以下罰金。

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1,500萬元以下罰金。

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1,000萬元以下罰金。

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500萬元以下罰金。

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150萬元以下罰金。

前五項之未遂犯罰之。

附表一：(略)

附表二：

編號	扣案物名稱	數量	檢出成分	鑑定報告	備註
1	大麻(含有大麻成分之電子煙油，印有紫色標誌、包裝標示「SKYWALKER」)	43支	四氫大麻酚	①交通部民用航空局航空醫務中心110年8月25日航藥鑑字第000000、2602號毒品鑑定書(偵16035卷第55至57頁) ②法務部調查局濫用藥物實驗室110年11月10日調科查字第11023014170號鑑定書(偵16032卷第517、518頁)	臺北市政府警察局萬華分局扣押物品目錄表編號5、士林地檢署110年度毒保字第623號
2	大麻(含有大麻成分之電子煙油，印有深綠色標誌、包裝標示「COOKIES」)	18支	四氫大麻酚		
3	大麻(含有大麻成分之電子煙油，印有綠色標誌、包裝標示「綠色線條」)	20支	四氫大麻酚		
4	大麻(含有大麻成分之電子煙油，金色、包裝標示「CUREpen」)	8支	四氫大麻酚		
5	大麻(含有大麻成分之電子煙油，印有深紫色標誌、包裝標示「DREAM」)	3支	四氫大麻酚		
6	大麻(含有大麻成分之電子煙油，印有淺藍色標誌、包裝標示「SHERBET」)	1支	四氫大麻酚		
7	蘋果品牌 iPhone XS 玫瑰金色行動電話(含SIM卡1枚)	1支			

(續上頁)

01

8	蘋果品牌 Iphone 11 白色行動電話 (含SIM卡1枚)	1支			臺北市政府警察局萬華分 局扣押物品目錄表編號7
---	------------------------------------	----	--	--	----------------------------