

臺灣高等法院刑事判決

114年度上訴字第5880號

上訴人

即被告 謝哲于

選任辯護人 蔡文傑律師

上列上訴人因毒品危害防制條例案件，不服臺灣宜蘭地方法院114年度訴字第697號，中華民國114年9月30日第一審判決（起訴案號：臺灣宜蘭地方檢察署114年度偵字第4201號、114年度偵字第3245號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

事 實

一、謝哲于明知依托咪酯於民國113年8月5日起，經主管機關公告列為毒品危害防制條例第2條第2項第3款所列之第三級毒品（嗣於113年11月27日再經改列為第二級毒品），依法不得販賣，竟分別為下列行為：

(一)謝哲于自113年9月30日10時5分至同日17時55分許，接獲吳日宏以通訊軟體IMessage表達欲購買含有依托咪酯成分菸油之訊息後，認有利可圖而應允，乃基於販賣第三級毒品以營利之犯意，於同日20時25分許，駕駛車牌號碼000-0000號黑色賓士自用小客車，至宜蘭縣○○鄉○○路00○0號附近與吳日宏會面，以新臺幣（下同）11,000元之價格，販賣含有依托咪酯成分之菸油25ML予吳日宏，並如數收受價金。

(二)謝哲于於113年10月6日11時40分許，接獲吳日宏以通訊軟體IMessage表達欲購買含有依托咪酯成分菸油之訊息後，認有利可圖而應允，乃與真實姓名年籍不詳之成年男子共同基於販賣第三級毒品以營利之犯意聯絡，推由該不詳成年男子代為出面交易。該不詳成年男子遂於113年10月7日17時46分

許，駕駛車牌號碼000-0000號黑色賓士自用小客車，至宜蘭縣○○市○○路0段00號「杜拜時尚戀館」對面，先以2,000元之價格販賣含依托咪酯成分之菸油4ML予吳日宏1次，並如數收受價金，待吳日宏再行取款後，復以4,000元之價格販賣含有依托咪酯成分之菸油8ML予吳日宏，並如數收受價金，再全數轉交謝哲于。

(三)嗣經警於113年10月8日8時21分許，持搜索票至吳日宏位於宜蘭縣○○鄉○○路00○○號住處搜索；復於114年4月10日7時35分許，持搜索票至謝哲于位於宜蘭縣○○市○○路○段00巷00弄00號住處執行搜索，循線查獲上情。

二、案經宜蘭縣政府警察局宜蘭分局報告臺灣宜蘭地方檢察署檢察官偵查起訴。

理 由

壹、審理範圍

一、按刑事訴訟法第348條規定：（第1項）上訴得對於判決之一部為之。（第2項）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。（第3項）上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之。原審認定上訴人即被告謝哲于（下稱被告）係犯毒品危害防制條例第4條第3項販賣第三級毒品，量處有期徒刑3年8月、3年7月，定應執行刑為有期徒刑4年6月，未扣案之手機及犯罪所得沒收。被告不服原判決，提起上訴，依首揭說明，自應適用刑事訴訟法第348條定其上訴範圍，而依被告於本院準備程序及審理程序均已言明僅就原判決之量刑提起上訴（見本院卷第66頁、第84頁），而檢察官則未提起上訴，故本件上訴範圍只限於原判決之「刑」部分，被告未表明上訴之原判決論罪等其餘部分，則均不在上訴範圍。

二、前引事實，業據原判決認定在案，雖非本院審理範圍，惟為便於檢視、理解案情，仍予臚列記載，併此敘明。

貳、實體部分

01 一、刑之說明：

02 (一)核被告所為，均係犯毒品危害防制條例第4條第3項之販賣第
03 三級毒品罪。被告各次販賣第三級毒品前持有第三級毒品之
04 行為，因尚無證據顯示其所持有菸油所含第三級毒品之純質
05 淨重達5公克以上，自均無「持有為販賣之高度行為所吸
06 收」之問題，併此敘明。

07 (二)被告如事實欄一(二)委由不詳成年男子陸續代為出面與吳日宏
08 交易毒品2次，其各行為之獨立性尚屬薄弱，依一般社會健
09 全觀念加以觀察，在時間差距上難以強行分開，在刑法評價
10 上以視為數個舉動之接續施行，合為包括之一行為予以評價
11 較為合理，故應論以接續犯。

12 (三)被告如事實欄一(二)之犯行，與不詳成年男子間，具有犯意聯
13 絡及行為分擔，應論以共同正犯。

14 (四)被告如事實欄一(一)、(二)之2次販賣第三級毒品犯行，犯意各
15 別，行為各異，應予分論併罰。

16 (五)查被告於偵查中陳稱：承認本案2次販賣第三級毒品犯行，
17 但都是我自己出面與吳日宏進行毒品交易，並無小弟代為出
18 面等語，顯已對自己被疑為犯罪之事實是認。其雖否認就事
19 實欄一(二)犯行與他人共犯，惟應僅係對於該行為在刑法上評
20 價之主張，依前開判決意旨，仍應從寬認定被告於偵查中均
21 已自白本案2次犯行。從而，被告於偵查、原審及本院審理
22 時均自白上開犯行，均依毒品危害防制條例第17條第2項規
23 定，就其所犯各罪均減輕其刑。

24 (六)又毒品危害防制條例第17條第1項規定「供出毒品來源，因
25 而查獲其他正犯或共犯者」，係指被告供出毒品來源之對向
26 性正犯，或與其具有共同正犯、共犯（教唆犯、幫助犯）關
27 係之毒品由來者之相關資料，諸如其前手或共同正犯、共犯
28 之姓名、年籍、住居所或其他足資辨別之特徵及犯罪事實，
29 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
30 序，並因此而確實查獲其人、其犯行者，始足當之（最高法
31 院109年度台上字第1983號判決意旨參照）。經查：被告於查

獲後，固於114年5月14日向警方供稱毒品來源係「陳敬方」，然經原審向宜蘭縣政府警察局宜蘭分局、臺灣宜蘭地方檢察署函詢後續偵辦情形，各據覆略以：本局查無「陳敬方」相關年籍資料，致無法再行追查；本件並無查獲其他正犯或共犯，有該局114年8月21日警蘭偵字第1140022765號函、該署114年8月28日宜檢以忠114偵3245字第1149018207號函（見原審卷第67至69頁）在卷可查，堪認檢警並未確實查獲「陳敬方」之人及其犯行。從而，本件尚難認有何因被告供述而查獲毒品來源之正犯或共犯之情事，自均無從適用毒品危害防制條例第17條第1項之規定減輕其刑。

(七)按刑法第59條之酌量減輕其刑，必須犯罪另有其特殊之原因與環境等等，在客觀上足以引起一般同情，認為即予宣告法定最低刑期，猶嫌過重者，始有其適用。本院審酌被告所犯2次販賣第三級毒品之罪，均業經適用毒品危害防制條例第17條第2項之規定予以減輕其刑，已無情輕法重之憾。亦查無被告犯罪當時，有何特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情而可堪憫恕之處，自無適用刑法第59條規定酌減其刑之餘地。辯護意旨雖主張應依刑法第59條規定酌減其刑，難認可採。

二、駁回上訴之理由

(一)按量刑係法院就繫屬個案犯罪之整體評價，為事實審法院得依職權自由裁量之事項，故判斷量刑當否之準據，應就判決為整體觀察及綜合考量，不可摭拾其中片段予以評斷，苟已以行為人之責任為基礎，斟酌刑法第57條各款所列情狀，在法定刑度內，酌量科刑，無偏執一端，致明顯失出失入情形，即不得任意指為違法（最高法院110年度台上字第6170號判決意旨參照）。原審經詳細調查後，認審酌被告為謀不法利益而販賣第三級毒品予他人，助長施用毒品行為之氾濫，輕則戕害施用者之身心健康，重則引發各類犯罪，對社會秩序潛藏之危害甚高，侵害社會、國家法益甚鉅，所為殊值非難；惟念及被告犯後坦承犯行之態度，考量被告所販賣

01 之毒品數量及所得尚非甚鉅，復審酌本案販賣對象均為吳日
02 宏，2次販賣時間僅相隔數日，及整體評價被告應受非難及
03 矯治之程度，兼衡刑罰經濟與比例原則、定應執行刑之外部
04 界限等節，考量若科以過重之執行刑，於實際執行時，刑罰
05 之邊際效應恐隨刑期而遞減，被告所生痛苦程度則因刑期而
06 遞增，不利於其復歸社會，兼衡被告自陳所受教育程度、家
07 庭經濟狀況（見原審卷第98頁、本院卷第71頁）等一切情
08 狀，量處有期徒刑3年8月、3年7月，定應執行之刑為有期徒
09 刑4年6月等旨，經核原審認事用法均無違誤，量刑亦屬妥
10 適。

11 (二)被告上訴意旨略以：被告坦承犯行，並已查得毒品來源，請
12 依毒品危害防制條例第17條第1項減輕其刑，另被告犯罪情
13 狀，屬情輕法重，並請依刑法第59條酌減其刑，被告肩負家
14 中經濟重擔、未成年子女非常依賴被告，且被告亦已在工
15 作，重返正常生活，請從輕量刑等語。惟本件並未因被告之
16 供述而查獲其他正犯或共犯之情事，無從依毒品危害防制條
17 例第17條第1項規定減輕或免除其刑。又按刑罰之量定，屬
18 法院自由裁量之職權行使，應審酌刑法第57條所列各款事由
19 及一切情狀，為酌量輕重之標準，並非漫無限制；量刑輕重
20 係屬事實審法院得依職權自由裁量之事項，苟已斟酌刑法第
21 57條各款所列情狀，而未逾越法定刑度，不得遽指為違法；
22 且在同一犯罪事實與情節，如別無其他加重或減輕之原因，
23 下級審量定之刑，亦無過重或失輕之不當情形，則上級審法
24 院對下級審法院之職權行使，原則上應予尊重。原審判決量
25 刑時已審酌被告智識程度、生活經濟狀況及被告之犯後態度
26 等一切情狀，為其量刑之基礎，業已敘明審酌刑法第57條所
27 列事項之理由，並在法定刑內科處罪刑，尚無認定事實錯
28 誤、量刑瑕疵或違背法令之情形；且販賣毒品之行為，戕害
29 購毒者之身心健康，難認客觀上有何足以引起一般同情之特
30 殊事由，自無適用刑法第59條酌量減輕其刑之餘地。本件原
31 審判決既已經詳細審酌量刑之一切情狀，予以綜合考量，並

在法定刑內科處其刑，復說明論罪科刑之各項法律依據，上訴意旨指摘原判決不當，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。

本案經檢察官郭欣怡提起公訴，檢察官劉成焜到庭執行職務。

中 華 民 國 115 年 2 月 11 日
刑事第九庭 審判長法官 潘翠雪
法官 柯姿佐
法官 邵婉玲

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，其未敘述上訴之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 謝秀青

中 華 民 國 115 年 2 月 11 日

附錄：本案論罪科刑法條全文

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。