

最高法院刑事判決

112年度台上字第2018號

上訴人 鄭翰翔

上列上訴人因違反毒品危害防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國112年1月12日第二審判決（111年度上訴字第1300號，起訴案號：臺灣臺南地方檢察署110年度偵字第16306、17367號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

壹、原審法院於民國112年1月12日所宣示之該院111年度上訴字第1300號判決合計2份，其一為「被告鄭翰翔、李英菊」（下稱原判決甲），其二為「被告鄭翰翔」（下稱原判決乙），合先敘明。

貳、得上訴第三審之罪（轉讓偽藥、販賣第三級毒品）部分

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。至原判決究有無違法，與上訴是否以違法為理由，係屬二事。

二、本件原判決甲以第一審所認定上訴人鄭翰翔有如第一審判決事實欄（包含其附表一編號1至7）一之（一）、（二）所載之販賣第三級毒品4-甲基甲基卡西酮之毒品咖啡包（下稱毒品咖啡包）犯行，以及所犯罪名，因而維持第一審關於上訴人所處

01 之有期徒刑及合併定應執行之有期徒刑部分之判決，駁回上
02 訴人明示此部分僅就量刑所為第二審之上訴，已敘述第一審
03 之量刑及酌定應執行刑，並無違誤，應予維持之理由。又原
04 判決乙綜合全案證據資料，本於事實審法院採證認事之職
05 權，認定上訴人有如其事實欄（下稱事實欄，包含其附表
06 〈下稱附表〉編號1至4）一之(二)所載轉讓第三級毒品即偽藥
07 愷他命犯行。因而維持第一審關於論處上訴人犯藥事法第83
08 條第1項之轉讓偽藥共4罪刑，並合併定應執行之有期徒刑部
09 分之判決，駁回上訴人此部分在第二審之上訴，已詳敘其憑
10 以認定的證據及得心證之理由。且其所為論斷，俱有卷內證
11 據資料可資覆按，自形式上觀察，原判決並無足以影響其判
12 決結果之違法情形存在。

13 三、上訴意旨略以：

14 (一)上訴人係於110年6月間，自姓名、年籍不詳綽號「龜仔」之
15 成年人取得純質淨重5公克以上之愷他命抵債。再分別於同
16 年7月29、31日、8月3、4日，將一部愷他命轉讓與附表編號
17 1至4所示施銘和等人。其轉讓前之持有愷他命行為，應為轉
18 讓行為所吸收，不另論罪。原判決僅以上訴人係因抵債而取
19 得愷他命為由，逕認其持有愷他命與轉讓愷他命間無任何關
20 聯，且兩者犯意各別、行為互異，其採證認事違反證據法
21 則。

22 (二)上訴人販賣毒品咖啡包予少年李○恩（00年0月出生，完整
23 姓名詳卷）尚未取得價金（第一審判決附表一編號7所示犯
24 行）、轉讓愷他命之數量甚少，以及上訴人供出其愷他命來
25 源係「龜仔」及提供相關資料，雖警方未能查獲「龜仔」，
26 惟有查獲段智淵，縱不符毒品危害防制條例第17條第1項所
27 定減輕或免除其刑之要件，仍足見上訴人深有悔意，均屬量
28 刑輕重應審酌之事項。原判決就此未予審酌，逕行維持第一
29 審同未審酌上情所為之量刑，於法有違。

30 四、惟查：

01 (一)證據之取捨與事實之認定，為事實審法院之職權，倘其採證
02 認事並不違背證據法則，即不得任意指為違法；又證據之證
03 明力如何，由事實審法院本於確信判斷之，此項判斷之職權
04 行使，苟係基於吾人日常生活之經驗，而未違背客觀上應認
05 為確實之定則，且已敘述其何以為此判斷之理由者，亦不容
06 漫指為違法，而據為適法之第三審上訴理由。

07 按刑法上所謂吸收犯，係指一罪所規定之構成要件，為他罪
08 構成要件所包括，因而發生吸收關係者而言。是以，如意圖
09 轉讓而持有毒品，進而轉讓，則其持有之低度行為，當然為
10 轉讓之高度行為所吸收，而不另論以持有毒品罪；惟如持有
11 毒品行為後，始另行起意轉讓毒品，兩者既無關連，自無
12 高、低度行為之吸收關係可言。

13 原判決主要依憑上訴人所為不利於己部分之供述，佐以證人
14 即受讓愷他命之林子捷、何建勝、邱勇順、施銘和、孫士傑
15 之證詞，以及扣案愷他命等證據資料，而為前揭犯罪事實之
16 認定。並進一步說明：上訴人係自「龜仔」取得愷他命抵
17 債，而持有愷他命。嗣另行起意，轉讓愷他命予施銘和等
18 人，其持有行為與轉讓行為並無關連，自無高、低度行為之
19 吸收關係可言。是以，上訴人持有、轉讓愷他命，犯意各
20 別，行為互殊等旨。原判決所為論斷說明，尚與經驗法則及
21 論理法則不悖，係屬原審採證認事職權行使之事項，自不得
22 任意指為違法。原判決乙就持有第三級毒品純質淨重5公克
23 以上與附表編號1至4所示之轉讓偽藥犯行，予以分論併罰，
24 依上開說明，自無違法可指。此部分上訴意旨泛詞指摘：原
25 判決認定上訴人持有與轉讓愷他命犯意各別、行為互異，其
26 採證認事違反證據法則云云，與法律所規定得上訴第三審之
27 理由不相適合。

28 (二)刑之量定與應執行刑之酌定，均屬事實審法院得依職權裁量
29 的事項，法院以行為人的責任為基礎，審酌刑法第57條所列
30 各項罪責因素後，予以整體評價，而為科刑輕重標準的衡
31 量，使罰當其罪，以實現刑罰權應報正義，並兼顧犯罪一般

01 預防與特別預防之目的，倘其未有逾越法律所規定範圍，或
02 明顯濫用其權限情形，即不得單憑主觀，任意指摘為違法，
03 而據為合法上訴第三審的理由。

04 原判決甲就上訴人所犯第一審判決附表一編號7所示犯行所
05 犯之毒品危害防制條例第4條第3項販賣第三級毒品罪（法定
06 本刑為7年以上有期徒刑〈得併科罰金〉），經依毒品危害
07 防制條例第17條第2項規定減輕其刑，因而維持第一審所處
08 有期徒刑3年8月、3年8月、3年8月、3年10月、3年10月、3
09 年10月、4年6月，並定應執行有期徒刑5年之判決；以及原
10 判決乙就上訴人所犯附表編號1至4所示犯行所犯之藥事法第
11 83條第1項轉讓偽藥罪（法定本刑為7年以下有期徒刑〈得併
12 科罰金〉），維持第一審所處有期徒刑3月、3月、3月、5
13 月，並定應執行有期徒刑10月之判決，均已援引第一審判決
14 審酌刑法第57條所定科刑輕重之標準等一切情狀，據以說明
15 其所憑理由。且原判決甲、乙之量刑及酌定應執行刑，既未
16 逾越法定刑度，亦無明顯濫用其裁量權限而有違反公平、比
17 例及罪刑相當原則之情形，不得任意指摘為違法。上訴意旨
18 所指上訴人販賣毒品咖啡包予李○恩尚未收取價金、轉讓愷
19 他命之數量不多及提供上游資訊一節，本屬上訴人犯罪後態
20 度等量刑輕重之一切情狀，已經原判決予以審酌。此部分上
21 訴意旨任意指摘：原判決甲、原判決乙於量刑時，未能詳為
22 審酌上訴人販賣毒品咖啡包予李○恩尚未收取價金、轉讓愷
23 他命之數量甚少及其供出來源等事項，所為量刑違法云云，
24 應屬誤會，顯非合法之第三審上訴理由。

25 五、綜上，上開上訴意旨，係對於原審採證認事及量刑裁量職權
26 之適法行使，暨原判決已明確論斷詳細說明之事項，任憑己
27 見，再事爭執，均非依據卷內訴訟資料具體指摘原判決有何
28 違背法令之情形，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法
29 情形不相適合。揆之首揭說明，應認本件關於販賣第三級毒
30 品及轉讓偽藥部分之上訴，均為違背法律上之程式，予以駁
31 回。

01 參、不得上訴第三審之罪（持有第三級毒品純質淨重5公克以
02 上）部分

03 一、刑事訴訟法第376條第1項各款所規定之案件，經第二審判決
04 者，除第二審法院係撤銷第一審法院所為無罪、免訴、不受
05 理或管轄錯誤之判決，並諭知有罪之判決，被告或得為被告
06 利益上訴之人得提起上訴外，其餘均不得上訴第三審法院，
07 為該條項所明定。

08 二、原判決乙關於維持第一審適用毒品危害防制條例11條第5項
09 規定，論處上訴人持有第三級毒品純質淨重5公克以上罪刑
10 部分（法定刑為2年以下有期徒刑〈得併科罰金〉），屬刑
11 事訴訟法第376條第1項第1款所列不得上訴於第三審法院之
12 罪之案件，且經第一審及原判決，均為有罪之論斷，並無該
13 條同項但書規定之情形。依首揭說明，此部分既經第二審判
14 決，自不得上訴於第三審法院。上訴人猶對此部分提起上
15 訴，顯為法所不許，應併予駁回

16 據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

17 中 華 民 國 112 年 5 月 18 日

18 刑事第五庭審判長法官 李錦樑

19 法官 周政達

20 法官 蘇素娥

21 法官 錢建榮

22 法官 林婷立

23 本件正本證明與原本無異

24 書記官 黃秀琴

25 中 華 民 國 112 年 5 月 23 日