

01

最高法院刑事判決

02

113年度台上字第4948號

03

上訴人呂政旻

04

選任辯護人 李菁琪律師

05

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國113年8月28日第二審判決（113年度上訴字第1153號，起訴案號：臺灣雲林地方檢察署112年度偵字第9849、10561號），提起上訴，本院判決如下：

06

主文

07

上訴駁回。

08

理由

09

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。本件原審以上訴人呂政旻依刑事訴訟法第348條第3項規定，明示僅就第一審判決附表五編號1至3（即原判決附表）所示、關於量刑部分提起上訴，此部分經審理結果，認第一審判決之量刑妥適，乃引用第一審判決所載之事實、論罪及沒收，並維持第一審判決之量刑，駁回上訴人此部分之上訴，已詳述其憑以裁量之依據及理由。

10

二、本件上訴意旨略稱：（一）上訴人於民國112年9月21日羈押訊問時，業已坦承全部犯行，嗣於113年4月12日第一審審理時亦坦認「就是問大家要不要再湊一次10克或20克的量，會比較便宜」等語，顯已承認於合資購買大麻的過程中，可以較低價格獲取大麻，而就販賣毒品之營利意圖為自白，原判決未

依毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑，顯屬違法。(二)上訴人行為時年僅24歲，販賣第二級毒品次數僅有3次，販賣對象僅有自幼即認識之好友蕭佳承一人，交易數量甚微，所獲利潤亦極小，蕭佳承於第一審審理時係本於事實而為陳述，並無迴護上訴人之意，上訴人亦非主動邀約蕭佳承購買大麻，所為確與一般販賣毒品之毒梟有別，上訴人並主動供出毒品上游，足見其犯後態度良好，原判決所為量刑顯屬過重，另未依本院112年度台上字第3132號判決意旨，適用刑法第59條規定酌減其刑，亦屬違法。

三、毒品危害防制條例第17條第2項規定「犯第4條至第8條之罪於偵查及歷次審判中均自白者，減輕其刑」，係為鼓勵是類犯罪行為人自白、悔過，並期訴訟經濟、節約司法資源而設，故須於偵查及審判中皆行自白，始有適用。此所謂「自白」，係指對自己之犯罪事實全部或主要部分為肯定供述之意。由於自白著重在過去犯罪事實之再現，凡就犯罪構成要件事實之全部或主要部分為肯定供述者，即屬自白，至被告就犯罪構成要件事實為自白後，對於此等構成要件事實應成立何罪等為不同之法律上評價，或主張另有阻卻違法、阻卻責任事由者，既非爭執犯罪構成要件事實之存在，尚不能依此即認被告並無自白，而謂無上述減刑規定之適用。以販賣毒品而言，其與轉讓、合資、代購、幫助施用等行為，客觀上均有將毒品交付予他人之外觀，所不同者，厥為行為人「營利意圖之有無」，而為販賣毒品之主觀構成要件，被告若否認其所為販賣毒品犯行之營利意圖，或就營利意圖相關之重要構成要件事實有所爭執，即難認被告有就所為犯罪自白，自無從邀前開減刑寬典，此與被告坦承其營利意圖或自白相關重要構成要件事實（如坦認有獲得價差、量差或其他利益），但就應成立何罪有所爭執之情形，顯屬有間。原判決已說明上訴人於第一審審理時堅稱僅以原價或低於原價將大麻轉讓予蕭佳承，並無營利意圖，且係在辯護人陪同討論，協助解釋法律規定及商討辯護策略情形下，已清楚了解

販賣毒品之構成要件及減刑之規定適用情形後，有意識否認涉犯第二級毒品罪，難認上訴人於歷次審判中均自白犯行，當無毒品危害防制條例第17條第2項規定之適用等旨（見原判決第2至3頁），核其論斷，於法尚無違誤。上訴意旨固以上訴人於第一審審理時供稱：「就是問大家要不要再湊一次10克或20克的量，會比較便宜」等語（見第一審卷第280頁）為據，主張上訴人於第一審審理時已坦認營利意圖云云，惟觀諸上訴人於第一審113年4月12日審判期日時，審判長就本案犯罪事實訊問上訴人，上訴人係回答「（他要跟你買？）他要跟我拿。」「以我的認知是他跟我拿而已。」「就我也沒有賺到錢阿，然後我也沒有賺他的錢。」「因為我一次也不會只有，通常都是10克、20克買，我一次也不會只有拿1克或2克，我會一次湊到10，我也用不到那麼多，他那次拿完，他通常拿1克或2克而已，他之後要再拿就會問我，如果我沒有的話就會問大家要不要一起團購。」「（什麼是問大家要不要團購？）就是問大家要不要再湊一次10克或20克的量，會比較便宜。」「因為認識那麼久了，我也不會去賺他的錢，而且他也都知道，他也在群組裡面。」「（你會刻意選擇換算匯率比較好的時候出手嗎？）不會。」「（你剛剛說你會湊到比較多的毒品數量，然後跟上游泰王購買，這樣你可以從中賺到量差？）沒有。」「（可以多拿到一點毒品？）完全沒有。」「我沒有營利的意思。」「（你承認有交付大麻給蕭佳承並且分別從他收取3600、2400跟1200，但否認基於營利之意圖所為，是這個意思嗎？）是。」等語（見第一審卷第278至285頁），是上訴人始終陳稱係與蕭佳承團購，並無從中賺取價差或量差，亦無營利意圖之情，自難認上訴人已就被訴販賣第二級毒品罪之犯罪構成要件事實全部或主要部分為肯定供述。上訴意旨徒以上訴人前開所述「就是問大家要不要再湊一次10克或20克的量，會比較便宜」等語，即認上訴人業已坦承有營利意圖云云，顯係就上訴人前揭供述內容斷章取義，徒憑己意、任

意指摘原判決未依上述規定減免其刑為違法，自非合法之第三審上訴理由。

四、量刑之輕重，屬事實審法院得依職權自由裁量之事項，苟於量刑時，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，而未逾越法定刑範圍，又未濫用其職權，均不能任意指為違法。又刑法第59條之酌量減輕其刑，必其犯罪情狀確可憫恕，在客觀上足以引起一般人之同情，認為即予以宣告法定最低度刑，猶嫌過重，始有其適用。而是否援引刑法第59條規定酌減其刑，係屬事實審法院得依職權自由裁量之事項，倘其所為之裁量並無明顯違背法令之情形，自不得任意指為違法而執為適法之第三審上訴理由。原判決審酌第一審已敘明如何以上訴人之責任為基礎，依刑法第57條所列各款事項而為量刑，既未逾越法定刑範圍，亦無違反公平、比例及罪刑相當原則之情形，且已具體斟酌上訴人否認犯行之犯後態度、販賣第二級毒品之次數為3次、對象為同一人，各次販賣毒品之數量、犯罪所得與大盤、中盤毒梟尚有所區別等犯罪情節，所為量刑並無不當，因而維持第一審所量處之刑，核屬事實審裁量之事項，尚無違法可言。原判決另敘明本案何以無上開酌減其刑規定適用之理由甚詳，經核於法亦無違誤。上訴意旨無視於原判決上開論述，仍執陳詞，徒以個案情節不同，難以比附援引之他案判決，空言原判決量刑及未適用刑法第59條酌減其刑為不當，無非就原判決已說明事項及屬原審酌減其刑與否職權之適法行使，持憑己見，而為不同之評價，與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。

五、其餘上訴意旨均非依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，徒就原審量刑職權之適法行使，暨不影響於判決結果之枝節問題，漫事爭論，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合。揆之首揭說明，應認本件上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

01 中 華 民 國 113 年 12 月 12 日
02 刑事第二庭審判長法 官 徐昌錦
03 法 官 何信慶
04 法 官 林海祥
05 法 官 江翠萍
06 法 官 張永宏

07 本件正本證明與原本無異

08 書記官 邱鈺婷
09 中 華 民 國 113 年 12 月 16 日