最高法院刑事判決

114年度台上字第4967號

上　訴　人　吳端浩

選任辯護人　曾梅齡律師

上列上訴人因違反毒品危害防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國114年6月2日第二審更審判決（113年度上更一字第56號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署108年度偵字第22083、21709號、109年度偵字第26996、29681號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於其附表三編號25、27所示販賣第三級毒品部分撤銷，發回臺灣高等法院。

其他上訴駁回。

理　由

壹、撤銷發回（即原判決附表〈下稱附表〉三編號25、27)部分：

一、原判決認定上訴人吳端浩有附表三編號25、27所載販賣含有第三級毒品卡痛成分沐浴露之兩次犯行，因而撤銷第一審此部分之科刑判決，改判仍論處販賣第三級毒品共2罪刑，並就此部分諭知相關沒收及追徵，固非無見。

二、惟查：原判決對附表三編號25、27部分，以上訴人於原審雖坦認販賣含卡痛成分之產品，並坦承行為時已知卡痛業經公告為第三級毒品，然依原審更一卷第229頁審判筆錄內容，上訴人未於偵查中自白此部分犯行，不符合修正前毒品危害防制條例第17條第2項關於偵查及審判中均自白之減刑規定，無從適用該規定減輕其刑（見原判決第10頁第30行至第11頁第5行)。卷查上訴人於民國109年8月1日、3日偵訊時供

稱：伊是108年4月多才知道卡痛被列為第三級毒品，所以同年5月才在粉專上貼文在網路上販賣「Natural Herbal Body wash」，Natural是含卡痛的淋浴乳等語，同年11月5日偵訊時並說明其賣場商品「克拉姆草本精華沐浴露」，就是「Natural Herbal Body wash」等情（見偵22083卷一第341頁、偵21709卷第28、40頁），似未見檢察官於偵查中有明確就附表三編號25、27所載108年4月12日、同年5月25日在蝦皮網站販賣「克拉姆草本精華沐浴露」之事實，加以訊問上訴人，則依上訴人前揭偵查所言，其於偵查中是否已供認販賣含有第三級毒品卡痛成分的沐浴露商品，並坦承於附表三編號25、27之販賣行為前，即已知悉該成分被列為第三級毒品？似非無疑。又上訴人針對原審審判長問其在偵查中是否承認108年5月份有販賣第三級毒品一節，雖回以「在偵查中我承認我賣的是沐浴乳，不是卡痛」之詞(見原審更一卷第229頁，即原判決第11頁第3行)，惟觀諸其在網站販賣附表二、三所示物品，有卡痛乾葉及含有卡痛成分沐浴露等商品，則其上開所述之真意，究指其於偵查中係承認108年5月份是賣含有卡痛成分之沐浴乳，而非直接賣乾葉形態之卡痛?或否認偵查中有承認販賣第三級毒品卡痛?亦有未明。上開疑點攸關上訴人此2罪有無修正前毒品危害防制條例第17條第2項減刑規定之適用，自應詳加究明。原審未予調查釐清，逕以上訴人於原審所為前揭回應之詞，為不利上訴人之認定，認為其在偵查中並未自白附表三編號25、27之犯行，此部分無該減刑規定之適用，尚嫌速斷，自有調查職責未盡之違法。上訴意旨執此指摘，尚非全無理由，應認原判決關於此部分（連同沒收），有撤銷發回更審之原因。

貳、上訴駁回(即附表一編號1販賣禁藥共11罪、編號2販賣禁藥未遂共2罪、編號3、4〈不包括其中附表三編號25、27〉販賣第三級毒品共12罪、編號5販賣第三級毒品未遂共5罪)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，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。本件原判決認定上訴人有附表二編號1至4、附表三編號1至9所示販賣第三級管制藥品卡痛及含卡痛成分商品共13次(既遂11次、未遂2次)，及附表二編號5、附表三編號10至24、26所示販賣第三級毒品卡痛及含卡痛成分商品共17次(既遂12次、未遂5次)等犯行，因而撤銷第一審關於上開部分之科刑判決，改判論處上訴人販賣禁藥共11罪刑、販賣禁藥未遂共2罪刑、販賣第三級毒品共12罪刑、販賣第三級毒品未遂共5罪刑，並就附表一編號1、2(即得易服社會勞動之罪)部分定應執行刑，及諭知相關之沒收及追徵（被訴過失輸入禁藥、過失販賣禁藥部分，業經原審前審判處罪刑確定)。已詳述其所憑證據及理由。

二、上訴意旨雖略以：原判決未調查斟酌伊之子女狀況等刑法第57條等事項，所為量刑，顯有失當云云。惟刑罰之量定，係實體法上賦予事實審法院得為自由裁量之事項，其科刑輕重之裁量，若已就卷內相關情況為適當之斟酌及考量，於裁量權之行使無所逾越或濫用，而無明顯違反公平、比例及罪刑相當原則者，即不得任意指為違法而執為適法之第三審上訴理由。卷查原審於審判期日，依法踐行科刑資料調查，上訴人及其原審辯護人以言詞及書狀陳明：上訴人與前妻所生未成年子女，在雙方離異後雖約定監護權歸屬前妻，然前妻不擅駕駛且工作狀況不佳，須其負責照養等情狀，請求從輕量刑等語，並就科刑詳為辯論，有原審審判筆錄可稽（見原審更一卷第167、177頁），難謂原審就上開情事未調查斟酌。原判決據以審酌包括上訴人前揭所陳有照養未成年子女之「家庭生活狀況」等一切情狀，已敘明其如何以上訴人之責

任為基礎，綜合審酌刑法第57條科刑等一切情狀，在罪責原則下適正行使其裁量權，而為刑罰量定之理由，客觀上既未逾越法定刑度，亦與罪刑相當原則無悖，難認有裁量權濫用之違法情形，自不得僅摭拾量刑未詳予記敘或擷取其中片段，執以指摘原判決之量刑違法。是上訴意旨所云，無非就原審量刑職權之適法行使，任意加以指摘，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合，其就上開30罪部分之上訴均為違背法律上之程式，應併予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段、第397條、第401條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　1　　日

刑事第六庭審判長法　官　林恆吉

法　官　蔡憲德

法　官　林柏泓

法　官　陳松檀

法　官　林靜芬

本件正本證明與原本無異

書記官　林宜勳

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　7　　日