最高法院刑事判決

115年度台上字第1470號

上　訴　人　曾敬堯

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中分院中華民國114年12月16日第二審判決（114年度上訴字第1133號，起訴案號：臺灣南投地方檢察署113年度偵字第3847號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

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。又上訴第三審法院之案件，是否以判決違背法令為上訴理由，應就上訴人之上訴理由書狀加以審查。至判決究有無違法，與上訴是否以違法為理由，係屬二事。

二、本件原審審理結果，認定上訴人曾敬堯有原判決犯罪事實欄(包含其附表〈下稱附表〉編號2、3)所載犯行之事證明確，因而維持第一審依想像競合犯之例，從一重論處上訴人犯毒品危害防制條例第9條第3項、第5條第3項之意圖販賣而持有混合二種以上第三級毒品罪刑(想像競合犯同條例第5條第3項之意圖販賣而持有第三級毒品罪)，以及諭知相關沒收之判決，駁回上訴人在第二審之上訴。已詳敘調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由。

三、上訴意旨略以：上訴人為負責交付毒品及收取價款之「小蜜蜂」，於取得附表編號1、2所示之第三級毒品愷他命及附表編號3所示之混合4-甲基甲基卡西酮、甲基-N,N-二甲基卡西酮成分之毒品咖啡包(下稱毒品咖啡包)後，先依FACETIME暱稱「酷哥」(下稱「酷哥」)之指示，於民國112年8月15日下午4時50分許，在○○縣○○市○○○路000號之「統一超商長崗門市」，將附表編號1所示之愷他命，販賣予李斗瑋(下稱前案)。嗣因李斗瑋為警查獲持有愷他命，而於同日下午5時44分許，在○○縣○○市○○○路00○0號前，逮捕上訴人，並查獲附表編號2、3所示之愷他命及毒品咖啡包(下稱本案)。上訴人販賣附表編號1所示之愷他命，以及為警查獲持有附表編號2、3所示之愷他命及毒品咖啡包，其時間、空間密接，在法律上應評價為同一行為，足認本案與前案為吸收犯之實質上一罪關係，應屬同一案件。上訴人所犯前案，業經臺灣南投地方法院112年度訴字第361號判決論處相關罪刑，並宣告附負擔之緩刑確定，檢察官就本案重行起訴，法院應諭知公訴不受理之判決，始為適法。原判決竟為實體之有罪判決，有適用法則不當之違誤。

四、惟查：

刑法上所謂犯罪之吸收關係，係指數個犯罪構成要件行為彼此性質相容，但此數個犯罪行為之間具有高度與低度，或重度行為與輕度行為之關係，或某種犯罪行為為他罪之階段行為（或部分行為），又或某種犯罪行為之性質或結果當然包含他罪之成分在內等情形，因此僅有當高度或重度行為之不法與罪責內涵足以涵蓋低度或輕度行為，且得以充分評價低度或輕度行為時，在處斷上，祇論以高度或重度行為之罪名，其低度或輕度行為則被吸收而不另行論罪。倘若前後二行為之不法與罪責內涵無法相互涵蓋，且前後數行為彼此獨立可分，則應依其多次犯罪各別可分之情節，按數罪併罰之例予以分論併罰。又毒品危害防制條例對於販賣罪與意圖販賣而持有罪，分別設有犯罪構成要件及刑罰，行為人意圖營

利而購入或以他法取得毒品，縱係出於販賣之目的，仍須對外銷售，始為販賣行為之具體實現，在尚未尋找買主前，即為警查獲，應論以意圖販賣而持有毒品罪。惟毒品並非不可分之物，行為人與共犯基於意圖營利而一次性購入或以他法大量持有毒品，倘將全部毒品同時販賣給同一人，應論以單一販賣毒品罪，如係分次販賣完畢，不問其販賣對象是否同一人，均應論以販賣數罪而為併合處罰，若僅取其中部分毒品販賣，所餘繼續持有之毒品，如係供作他次販賣之客體，其繼續持有所餘毒品之行為，即無從為該次販賣之構成要件所得完足評價，二者當不生吸收關係。亦即，得為該次販賣毒品行為所吸收，而不另論意圖販賣而持有毒品罪之客體，僅限於行為人供該次販賣所持有之毒品，不得任意擴張至前揭意圖販賣而繼續持有之所餘毒品。

依原判決所認定：上訴人係共同基於意圖販賣而持有毒品之犯意聯絡，而持有附表編號1、2所示之愷他命及附表編號3所示之毒品咖啡包，其後先依「酷哥」之指示，於前案所載之時、地，將附表編號1所示之愷他命(1包)，販賣予李斗瑋後，再經警依李斗瑋之供述，於本案之事發時、地，查獲上訴人持有附表編號2、3所示之愷他命(18包)及毒品咖啡包(74包)，而查悉其伺機販賣圖利而持有該等毒品等情。依上開說明，上訴人所犯前案確定判決之不法內涵，僅及於其該次販賣所持有之附表編號1所示之愷他命，至於附表編號2、3所示之愷他命及毒品咖啡包，既非該次販賣之客體，且係上訴人自始基於意圖販賣而持有毒品之犯意，而繼續持有以供其伺機販賣之客體，則上訴人前案販賣愷他命之犯行，與本案為警查獲其繼續持有愷他命及毒品咖啡包之犯行，即無所謂吸收關係之可言。原判決載敘：上訴人依「酷哥」之指示，在前案所載之時、地，將附表編號1所示之愷他命販賣予李斗瑋，其該次販賣與意圖販賣而持有毒品間具有高度與低度行為之吸收關係之客體，僅限於附表編號1所示之愷他命，不包括其販賣行為完成後，意圖販賣而繼續持有附表編

號2、3所示之愷他命及毒品咖啡包之犯行；況前案與本案所持有之毒品種類，亦不相同，二者難認具有吸收關係，亦無論以實質上一罪或裁判上一罪之可言，應予分論併罰等旨。其所為論斷說明，於法尚無不合。至上訴意旨所引用之本院97年度台上字第3258號等判決所謂：「以營利為目的販入毒品，經多次販賣後，持有剩餘毒品被查獲，其各次販賣毒品行為，固應併合處罰。惟該持有剩餘毒品之低度行為，應僅為最後一次販賣毒品之高度行為所吸收，不另論罪。則就該查獲之剩餘毒品，祇能於最後一次之販賣毒品罪宣告沒收銷燬，不得於各次販賣毒品罪均宣告沒收銷燬。」係指行為人最後一次販賣後所持有之剩餘毒品，倘非意圖供販賣而持有，而為該次販賣之高度行為所吸收，則該所餘毒品只能於最後一次販賣毒品罪項下，宣告沒收銷燬。此與本件情形有別，不容任意比附援引。上訴意旨漫言指摘：本案與前案應屬同一案件，原判決未從程序上諭知不受理，而仍為實體之有罪判決違誤云云，係置原判決已明白論敘說明之事項於不顧，並就本案是否為前案之既判力效力所及，再事爭論，並非適法之第三審上訴理由。

五、本件上訴意旨並未依據卷內訴訟資料具體指摘原判決有何違背法令之情形，係就原判決已明白論敘說明之事項，仍持己見，任意指為違法，難認已符合首揭法定之上訴要件。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。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　5　　月　　28　　日

刑事第三庭審判長法　官　李錦樑

法　官　周政達

法　官　蘇素娥

法　官　洪于智

法　官　吳秋宏

本件正本證明與原本無異

書記官　林君憲

中　　華　　民　　國　　115　年　　6　　月　　1　　日