# 最高法院刑事判決

115年度台上字第659號

上　訴　人　臺灣高等檢察署臺中檢察分署檢察官林蓉蓉

上　訴　人

即　被　告　林育湟

選任辯護人　張淑琪律師

上列上訴人等因被告違反毒品危害防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國114年12月4日第二審判決（114年度上訴字第1170號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署113年度偵字第60513號、114年度偵字第6625、9470、12452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。

二、本件原判決綜合全案證據資料，認定上訴人即被告林育湟有其犯罪事實欄所載招募謝智鈞、葉志英（以上2人均經第一審判刑確定）加入販毒集團之犯罪組織，暨其犯罪事實欄一之㈠所載幫助販毒集團成員王冠荃、張文豪（以上2人均由第一審另行審理）、謝智鈞及葉志英販賣第三級毒品愷他命予曾騰儀；及其犯罪事實欄一之㈡所載幫助王冠荃、張文豪及謝智鈞販賣含有第三級毒品氯甲基卡西酮成分之毒品咖啡

包予吳和謙未遂等犯行。因而撤銷第一審關於此部分之科刑判決，改判依想像競合犯之規定，從一重論處被告幫助販賣第三級毒品既、未遂各罪刑（共2罪），並諭知相關之沒收，已詳敘其認定犯罪事實所憑證據及認定之理由。另原判決以不能證明被告有如檢察官起訴意旨所指發起販毒集團之犯罪組織犯行，而就此部分說明應不另為無罪諭知，亦已詳敘其取捨證據及裁量、判斷之理由。

三、基於近代刑法之個人責任原則及法治國人權保障思想，民國94年2月2日修正公布之刑法第28條，將共同正犯之範圍，修正限縮於共同實行犯罪者，始成立共同正犯，排除陰謀犯、預備犯之共同正犯。而刑法上之幫助犯，乃以幫助他人犯罪之意思而參與犯罪構成要件以外之行為而成立，所謂以幫助他人犯罪之意思而參與者，指其參與之原因，僅在助成他人犯罪之實現者而言，倘以自己共同犯罪之意思而參與，縱其所參與者為犯罪構成要件以外之行為，仍屬共同正犯。苟已參與構成要件行為，即屬分擔實行犯罪之行為，雖僅以幫助他人犯罪之意思而參與，亦仍屬共同正犯。亦即共同正犯與從犯之區別，係採主觀（是否以自己共同犯罪之意思而參與）、客觀（是否參與構成要件行為）擇一標準說，此為現行實務上一致之見解（參照94年2月2日修正公布刑法第28條之修正立法理由）。本件原判決依據證人即共同被告王冠荃、張文豪之證述內容，認通訊軟體微信上暱稱「烏魚子大盤商」之販毒帳號，係由王冠荃、張文豪創立，其2人為該毒品專線合夥關係，輪班控機，及對外發送販售愷他命、毒品咖啡包廣告，嗣謝智鈞、葉志英加入擔任「小蜜蜂」分工，成立販毒犯罪組織，王冠荃、張文豪聯繫「小蜜蜂」前往交易，所販賣之毒品係由王冠荃取得，由張文豪負責保管毒品及記帳，販毒所得扣除「小蜜蜂」薪水後，係由張文豪與王冠荃平分等情，復參酌卷內被告與謝智鈞以通訊軟體Telegram對話之內容，顯示被告排定謝智鈞、葉志英面試販毒「小蜜蜂」之時間、地點，仍屬被告招募謝智鈞、葉志英加

入本案販毒集團犯行範疇。是王冠荃、張文豪、謝智鈞及葉志英等人共組本案販毒集團，實行本案販毒既、未遂等犯行，被告居中引薦販毒「小蜜蜂」，最終仍由王冠荃、張文豪負責面試決定任用及交付毒品予「小蜜蜂」，因認被告並未參與其等販賣毒品犯罪構成要件行為。並以被告固坦承於謝智鈞、葉志英面試販毒「小蜜蜂」工作，及王冠荃、張文豪交付毒品予謝智鈞、葉志英時，有陪同在場等情，然其僅在場旁觀，既未與王冠荃、張文豪共同商議創立販毒帳號，且未曾控機、保管毒品、記帳或朋分獲利，而王冠荃、張文豪均一致證稱：被告未參與本案販毒集團等語，因認被告主觀上並無加入該販毒集團，或為自己犯罪之意思而與王冠荃、張文豪有共同販賣毒品之犯意聯絡等情。原判決又以謝智鈞於偵查中所證：被告為本案販毒集團帳房，其於113年12月29日及同年12月3日回帳毒品價金予被告云云，不僅與其嗣後於第一審審理時所供證內容明顯歧異，且與王冠荃、張文豪及葉志英之供證互為勾稽，對於謝智鈞上開偵查中證詞，如何不足以資為不利於被告之認定，已依卷內資料說明其取捨之理由甚詳。併敘明：本案尚乏確切證據證明被告事前同謀而推由王冠荃、張文豪出面面試、補貨及回帳，尚難僅因被告招募謝智鈞、葉志英加入販毒集團，對其2人販售毒品一事知情，而未予阻止，遽認被告所參與者屬於販賣第三級毒品之構成要件行為，僅能認其具有幫助販賣第三級毒品之犯意，所參與實行者復為販賣第三級毒品構成要件外之行為等旨，原判決因而認定被告僅構成販賣第三級毒品罪之幫助犯。另就被告被訴發起販毒集團之犯罪組織部分，於理由說明應不另為無罪諭知，核其論斷，於法尚屬無違。至檢察官上訴意旨所執被告與王冠荃、張文豪於電梯內對話之錄影畫面翻拍照片及錄音譯文內容，充其量僅能認被告對謝智鈞、葉志英在販毒集團如何分擔「小蜜蜂」工作，以及張文豪之前如何從事販毒工作等情知悉，亦無法推認被告有為自己犯罪之意思而與王冠荃、張文豪有共同販賣毒品之犯意聯

絡，或有發起、指揮販毒集團犯罪組織之行為，即不影響原判決關於被告之行為構成幫助販賣第三級毒品罪之認定，及本件判決結果。檢察官上訴意旨執此無關其判決結果之事由，且謂被告本件行為應成立共同販賣第三級毒品罪，及指揮犯罪組織罪云云，而據以指摘原判決違法，自非適法之第三審上訴理由。

四、刑罰之量定為事實審法院之職權，倘其量刑合於法律所規定之範圍，並無顯然失當或違反公平、比例及罪刑相當原則者，自不能任意指為違法而執為適法之第三審上訴理由。而刑法第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，猶嫌過重者，始有其適用。原判決已說明被告所為本件犯行，如何在客觀上不足以引起一般人同情，並無情輕法重之情形，因而未適用刑法第59條規定酌減其刑等情甚詳，核其此部分論斷，於法並無不合。且原判決關於量刑部分，已敘明如何以被告之責任為基礎，依刑法第57條所列各款事項而為量刑，經核既未逾越法定刑範圍，亦無顯然失當或違反公平、比例及罪刑相當原則之情形，核屬裁量權之適法行使，自難遽指為違法。被告上訴意旨徒憑己見，任意指摘原判決未依刑法第59條規定酌減其刑為不當，同非合法之第三審上訴理由。

五、檢察官及被告其餘上訴意旨均非依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決有不適用何種法則或如何適用不當之情形，徒就原審採證職權之適法行使，以及原判決已明確論斷說明之事項，暨就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，應認檢察官及被告之上訴，均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　　3　　月　　5　　日

刑事第一庭審判長法　官　徐昌錦

法　官　江翠萍

法　官　張永宏

法　官　黃紹紘

法　官　林海祥

本件正本證明與原本無異

書記官　邱鈺婷

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　9　　日