最高法院刑事判決

108年度台上字第1001號

上　訴　人　洪登茂

上列上訴人因違反毒品危害防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國107 年7 月12日第二審判決（107 年度上訴字第311 號，起訴案號：臺灣高雄地方檢察署106 年度偵字第3724、10154 號，106 年度毒偵字第1758號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於其「事實」欄一之㈣即其附表編號17所載之沒收及追徵部分撤銷。

未扣案之不詳廠牌行動電話壹支（含門號0000000000之SIM 卡壹張）及販賣毒品所得新臺幣壹仟元均沒收，於全部或一部不能或不宜沒收時，均追徵其價額。

其他上訴駁回。

理　由

壹、撤銷改判部分（其範圍如本判決主文第1 項所示）：

一、本件原判決認定上訴人洪登茂有其事實欄一之㈣即其附表編號17所載與葉正宇共同販賣第二級毒品甲基安非他命予陳永清1 次犯行，因而撤銷第一審關於同附表編號17（即第一審判決附表編號17）之科刑判決，改判仍論上訴人以共同販賣第二級毒品罪，並適用毒品危害防制條例第17條第2 項規定減輕其刑後，除處有期徒刑3 年7 月外，並說明未扣案之不詳廠牌行動電話1 支（含門號0000000000之SIM 卡1 張），係上訴人所有供上開販賣毒品犯罪所用之物，應依毒品危害防制條例第19條第1 項及刑法第38條第4 項規定宣告沒收；未扣案之上開販賣毒品犯罪所得新臺幣（下同）1 千元，應依刑法第38條之1 第1 項前段、第3 項規定宣告沒收，並於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，與葉正宇連帶追徵其價額，固非無見。

二、惟按刑法上責任共同原則，係指共同實行犯罪行為之人，在合同意思範圍以內，各自分擔犯罪行為之一部，相互利用他

人之行為，以達其共同犯罪之目的者，即應對於全部所發生之結果共同負責。亦即責任共同原則僅在處理共同犯罪參與關係中責任之認定，與犯罪工具物之沒收重在犯罪預防並遏止犯罪，以及犯罪所得之沒收旨在澈底剝奪犯罪利得以根絕犯罪誘因，係屬兩事。又沒收固為刑罰與保安處分以外之獨立法律效果，但沒收人民財產使之歸屬國庫，係對憲法所保障人民財產基本權之限制，性質上為國家對人民之刑事處分，對人民基本權之干預程度，並不亞於刑罰，原則上仍應恪遵罪責原則，並應權衡審酌比例原則，尤以沒收之結果，與有關共同正犯所應受之非難相較，自不能過當。從而，共同正犯間關於犯罪所得、犯罪工具物應如何沒收，仍須本於罪責原則，並非一律須負連帶責任；況且應沒收物已扣案者，本無重複沒收之疑慮，更無對各共同正犯諭知連帶沒收或重複諭知之必要，否則即科以超過其罪責之不利責任。因之，本院往昔採連帶沒收共同正犯犯罪所得，及就共同正犯間犯罪工具物必須重複諭知之相關見解，自不再援用，應改為共同正犯間之犯罪所得應就各人實際分受所得部分而為沒收及追徵；而犯罪工具物須屬被告所有，或被告有事實上之處分權者，始得在該被告罪刑項下併予諭知沒收。至於非所有權人，又無共同處分權之共同正犯，自無庸在其罪刑項下諭知沒收或連帶沒收及追徵。本件原判決依憑上訴人於第一審之供述，並參酌證人葉正宇及陳永清之證述，據以認定其「事實」欄一之㈣即其附表編號17所載販賣第二級毒品甲基安非他命予陳永清1 次犯行，上訴人販賣上述毒品所使用之聯絡工具即未扣案之不詳廠牌行動電話1 支（含門號0000000000之SIM 卡1 張），係上訴人所有；又上開販賣第二級毒品犯罪所得1 千元，係由上訴人自己向陳永清收取，葉正宇並未實際分受上開犯罪所得1 千元等情（見原判決第2 頁第11至16行、第12頁倒數第12行至倒數第10行、第13頁倒數第3 行至倒數第1 行）。則依原判決前揭認定，上開行動電話1 支並非葉正宇所有，其亦無事實上之處分權，且葉正宇並未實

際分受上開犯罪所得1千元，應無庸諭知上開行動電話1支及犯罪所得1千元，於全部或一部不能或不宜執行沒收時，「與葉正宇連帶」追徵其價額。原判決關於此部分一併諭知未扣案之不詳廠牌行動電話1支（含門號0000000000之SIM卡1張）及販賣毒品所得1千元均沒收，於全部或一部不能或不宜執行沒收時，「與葉正宇連帶」追徵其價額，依上開說明，即難謂適法。

三、上訴意旨執此指摘原判決關於其「事實」欄一之㈣即其附表編號17關於沒收之追徵部分違法，為有理由，因追徵為沒收之替代方法，兩者具有不可分之關係，本院自應將原判決關於上述沒收及追徵部分一併撤銷。而原判決關於諭知追徵部分之違誤，因不影響關於沒收事實之確定，本院可據以自為判決，爰改判諭知沒收及追徵如主文第2項所示。

貳、上訴駁回部分：

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。

二、本件原判決綜合全案證據資料，本於事實審法院採證認事之職權，認定上訴人有其「事實」欄一之㈠即其附表編號1至4所載販賣第一級毒品海洛因予葉正宇共計4次；其「事實」欄一之㈡即其附表編號5所載轉讓海洛因予葉正宇1次；其「事實」欄一之㈢即其附表編號6至16所載販賣第二級毒品甲基安非他命予吳泰安、宋培文、陳永清共計11次；及其「事實」欄一之㈣即其附表編號17所載與葉正宇共同販賣甲基安非他命予陳永清1次犯行，因而撤銷第一審關於上訴人部分之科刑判決，改判就上訴人所犯販賣第一級毒品共計4罪，均適用毒品危害防制條例第17條第2項及刑法第59條規

定遞予減輕其刑後，每罪各處有期徒刑7 年8 月，並諭知相關之沒收及追徵；就上訴人所犯轉讓第一級毒品1 罪，依毒品危害防制條例第17條第2 項規定減輕其刑後，處有期徒刑8 月，並諭知相關之沒收及追徵；就上訴人單獨所犯販賣第二級毒品共計11罪，均適用同上條例之規定減輕其刑後，分別處有期徒刑3 年8 月（4 罪）、有期徒刑3 年9 月（1 罪）及有期徒刑3 年7 月（6 罪），並諭知相關之沒收及追徵；就上訴人與葉正宇所犯共同販賣第二級毒品1 罪，適用同上條例之規定減輕其刑後，處有期徒刑3 年7 月，並諭知相關之沒收及追徵，暨就所處上開有期徒刑部分，合併定其應執行之刑為有期徒刑13年，已詳為敘明其所憑之證據及認定之理由（上訴人於警詢、檢察官訊問、第一審及原審審理時均坦承上開販賣、轉讓第一級毒品及販賣、共同販賣第二級毒品犯行，並未提出否認犯罪之辯解），核其所為論斷說明，除關於其「事實」欄一之㈣即其附表編號17所載之沒收及追徵部分外，俱有卷內證據資料可資覆按，從形式上觀察，原判決除前述撤銷部分外，並無足以影響其判決結果之違法情形存在。

三、上訴人上訴意旨略以：伊於警詢及檢察官訊問時供出本件販賣、轉讓之海洛因，及販賣暨共同販賣之甲基安非他命唯一來源為蔡惠丞，經臺灣高雄地方檢察署檢察官偵查結果，認定蔡惠丞先後於民國106 年2 月5 日及同年月6 日分別販賣海洛因及甲基安非他命予伊，係分別涉犯毒品危害防制條例第4 條第1 項之販賣第一級毒品罪及同條第2 項之販賣第二級毒品罪嫌，因而提起公訴。惟警方及檢察官並未就蔡惠丞自105 年12月間起至106 年1 月間止，亦即本件伊被訴販賣、轉讓海洛因及販賣暨共同販賣甲基安非他命期間，另有販賣海洛因及甲基安非他命予伊之事實詳加調查及偵查，致未能就蔡惠丞於上述期間販賣毒品予伊之犯罪事實一併偵查起訴，自不能將警方及檢察官未能積極調查及偵查未盡之不利益，歸由伊承擔，故本件伊所犯如原判決附表編號1 至17所

示各罪，均應有毒品危害防制條例第17條第1項關於供出毒品來源因而查獲應減輕或免除其刑規定之適用。原審未能就上情詳為調查審究釐清明白，遽以本件伊被訴販賣、轉讓海洛因及販賣暨共同販賣甲基安非他命之來源，與蔡惠丞業經起訴之販賣海洛因及甲基安非他命予伊之犯罪事實無關為由，因認伊所犯上述各罪均不合前開減輕或免除其刑之規定，而就伊所犯上述17罪均量處較重於第一審判決所處之有期徒刑，顯有違誤云云。

四、惟按毒品危害防制條例第17條第1項所謂「供出毒品來源」，係指犯該條項所定各罪之人，供出其所犯上開各罪該次犯行之毒品來源而言。亦即其供出之毒品來源，必須與其被訴之各該違反毒品危害防制條例犯行有直接因果關聯者，始得適用上開規定減免其刑，並非漫無限制。上訴人於原審雖主張其於警詢及檢察官訊問時供出向蔡惠丞購買海洛因及甲基安非他命，因而使警方查獲蔡惠丞販賣海洛因及甲基安非他命之情節，請求適用前開規定減輕或免除其刑云云。然原判決對此已經詳加調查，並引用證人蔡惠丞及葉正宇於原審審理時之證述等卷內證據資料，據以說明：上訴人於警詢及檢察官訊問時供出其海洛因及甲基安非他命係向蔡惠丞購買，警方因而查獲蔡惠丞於106年2月5日販賣海洛因及甲基安非他命予上訴人，以及於同年月6日販賣甲基安非他命予上訴人之犯行。惟前開上訴人向蔡惠丞購買毒品之時間，係在如原判決附表編號1至17所述上訴人販賣、轉讓海洛因及販賣暨共同販賣甲基安非他命犯行之時間以後，尚不能據此認定前揭上訴人向蔡惠丞購買之海洛因及甲基安非他命，與上訴人本件所犯販賣、轉讓海洛因及販賣暨共同販賣甲基安非他命之來源有關。至上訴人雖主張其前開販賣、轉讓海洛因及販賣暨共同販賣甲基安非他命之毒品來源均係蔡惠丞云云，然業經蔡惠丞於原審審理時否認其事，且卷內並無其他具體事證可佐，尚難認定其本件所犯販賣、轉讓海洛因及販賣暨共同販賣甲基安非他命之毒品來源均係蔡惠丞，並使警方

因其供述而查獲蔡惠丞，自無從適用毒品危害防制條例第17條第1項規定減輕或免除其刑等旨綦詳（見原判決第5頁第10行至第7頁倒數第12行）。核其此部分論斷，依上述說明，於法尚無違誤。上訴意旨僅泛言指摘原判決未依前揭規定減輕或免除其刑為不當云云，依上述說明，應屬誤解，洵非適法之第三審上訴理由。是本件上訴意旨並非依據卷內訴訟資料具體指摘原判決究有如何違背法令之情形，徒執己見，就原審採證認事職權之適法行使，以及原判決已明確論斷說明之事項，暨其有無供出毒品來源因而查獲之單純事實問題，再事爭執，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，應認本件對原判決關於其「事實」欄一之㈣即其附表編號17所載之沒收及追徵部分以外之其他上訴，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398條第1款，毒品危害防制條例第19條第1項，刑法第11條、第38條第4項、第38條之1第1項前段、第3項，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　5　　月　　9　　日

最高法院刑事第三庭

審判長法官　郭　毓　洲

法官　林　靜　芬

法官　林　海　祥

法官　陳　朱　貴

法官　李　錦　樑

本件正本證明與原本無異

書　記　官

中　　華　　民　　國　　108　　年　　5　　月　　14　　日