

臺灣高等法院刑事判決

115年度上訴字第2017號

上訴人

即被告 魏宏錡

指定辯護人 本院公設辯護人唐禎琪

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣桃園地方法院114年度訴字第1039號，中華民國115年1月8日第一審判決（起訴案號：臺灣桃園地方檢察署113年度偵字第51587號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於刑及犯罪所得沒收部分，均撤銷。

前開刑之撤銷部分，魏宏錡處有期徒刑參年柒月。

理 由

一、本院審理範圍：

(一)按上訴得對於判決之一部為之；上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之，刑事訴訟法第348條第1項、第3項分別定有明文。是科刑事項可不隨同其犯罪事實而單獨成為上訴之標的，且上訴人明示僅就科刑事項上訴時，第二審法院即不再就原審法院認定之犯罪事實為審查，而應以原審法院認定之犯罪事實，作為論認原審量刑妥適與否之判斷基礎。

(二)本案檢察官未提起上訴，上訴人即被告魏宏錡於本院準備程序及審理時明示僅就原判決之量刑、犯罪所得沒收部分提起上訴（見本院115年度上訴字第2017號卷〈下稱上訴字卷〉第113至114頁、第162至163頁），依前揭規定及說明，本院審理範圍僅限於原判決所處之刑、犯罪所得沒收部分，不及於原判決其他部分，是本院以原審判決所載之事實、罪名及沒收（不含犯罪所得沒收）為基礎，審究其論知之刑度、犯罪所得沒收是否妥適，合先敘明。

01 (三)原判決所認定之罪名：

02 被告係犯毒品危害防制條例第4條第3項之販賣第三級毒品
03 罪。

04 二、被告上訴意旨略以：

05 (一)原判決認定被告於本案係犯毒品危害防制條例第4條第3項之
06 販賣第三級毒品罪，並說明被告所販賣之菸油、菸彈僅含有
07 第三級毒品依托咪酯之成分，而無其他第三級毒品成分，故
08 本案並無應依毒品危害防制條例第9條第3項規定加重其刑之
09 情形；然於認定累犯時，卻說明被告係犯販賣混合二種第三
10 級毒品罪，與被告前案所犯之罪質相同，並依刑法第47條第
11 1項之累犯規定加重其刑，判決理由顯然矛盾，原判決對被
12 告論以累犯並加重其刑，難謂妥適。

13 (二)被告於本院審理時供稱其本案毒品來源是陳宗瑩，並表示其
14 已將相關交易紀錄資料交予警方，而陳宗瑩亦因販賣依托咪
15 酯予被告，經原審法院以114年度訴字第649號判決判處罪
16 刑，可見被告上開所述確屬有據，應依毒品危害防制條例第
17 17條第1項減輕其刑，縱使無從依該規定減輕其刑，亦應將
18 此情列為有利被告之量刑因子。

19 (三)被告於本案之販賣對象僅1人，次數僅1次，情節甚輕，且其
20 家庭情況特殊、身心受創，須至身心科就診治療，並甫登記
21 結婚，須承擔家庭責任，請適用刑法第59條規定酌減其刑，
22 縱無從適用，亦請量處最低處斷刑之宣告刑，並考量可否宣
23 告緩刑。

24 (四)被告為警查獲之現金新臺幣（下同）1萬元，係警方佯裝買
25 家交予吳智欽，再由吳智欽於向被告購買毒品時交予被告，
26 該現金1萬元於警方執行搜索時，業由警方逕自取回而未扣
27 案，毋庸宣告沒收或追徵，原判決所為沒收、追徵之諭知，
28 應予撤銷等語。

29 三、刑之加重、減輕事由之審認：

30 (一)刑之加重事由（本案適用刑法第47條第1項累犯加重規
31 定）：

01 1.被告前：①因違反藥事法案件，經原審法院以108年度審簡
02 字第1081號判決判處有期徒刑2月確定；②又因販賣第二級
03 毒品未遂案件，經臺灣臺北地方法院以108年度訴字第1000
04 號判決判處有期徒刑1年10月，緩刑4年確定；③另因持有第
05 二級毒品案件，經原審法院以109年度審易字第613號判決判
06 處有期徒刑3月確定；④再因轉讓第三級毒品案件，經原審
07 法院以109年度審易字第720號判決判處有期徒刑2月確定；
08 嗣②所示罪刑經原審法院於109年11月17日裁定撤銷緩刑，
09 並迭經本院、最高法院駁回被告抗告而確定，復與前揭①、
10 ③、④所示罪刑經原審法院以110年度聲字第2450號裁定應
11 執行有期徒刑2年1月確定（下稱甲裁定罪刑）；⑤另因施用
12 第二級毒品案件，經原審法院以110年度桃簡字第2175號判
13 決判處有期徒刑4月確定，經與上述甲裁定罪刑接續執行
14 後，至民國112年1月13日假釋出監並付保護管束，於112年6
15 月12日假釋期滿未經撤銷，其未執行之刑，以已執行論等
16 情，有法院前案紀錄表存卷可佐，被告於前案有期徒刑執行
17 完畢後5年內，故意再犯本案有期徒刑以上之罪，符合刑法
18 第47條第1項規定之累犯要件。

19 2.本院審酌被告前述構成累犯之前案，有同屬販賣毒品案件之
20 販賣第二級毒品未遂罪，與本案犯罪類型、罪質均屬相同，
21 詎其竟又漠視法律，故意再犯罪質相同之本案販賣第三級毒
22 品犯行，足見被告就販賣毒品之犯罪具有特別惡性，前開有
23 期徒刑之宣告與執行，對被告未生警惕作用，其對於刑罰之
24 反應力薄弱，應認依累犯規定加重其刑，尚不至於造成罪刑
25 不相當之結果；而檢察官業於起訴書載明被告構成累犯之事
26 實，且提出刑案資料查註紀錄表為證，請求論以累犯並加重
27 其刑，爰依司法院釋字第775號解釋意旨及刑法第47條第1項
28 規定，就被告本案所犯之罪加重其刑。

29 (二)刑之減輕事由：

30 1.本案適用毒品危害防制條例第17條第2項之減刑規定：

31 被告於偵查、原審及本院審理時，就本案販賣第三級毒品犯

行自白不諱（見113年度偵字第51587號卷第144頁、原審114年度訴字第1039號卷第48至49頁、第71至73頁、上訴字卷第168至171頁），應依毒品危害防制條例第17條第2項之規定減輕其刑，並依法先加後減之。

2. 本案不適用毒品危害防制條例第17條第1項之減刑規定：

(1) 按毒品危害防制條例第17條第1項規定：「供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯，減輕或免除其刑」，係指被告供出毒品來源之有關資料，諸如其他正犯或共犯之姓名、年籍、住居所、或其他足資辨別之特徵等，使調查或偵查犯罪之公務員因而對之發動調查或偵查並破獲者而言。倘被告之供述不足為據，或該人非屬被告所持用毒品之來源，即難謂該當（最高法院114年度台上字第976號判決意旨參照）。

(2) 經查，被告雖於本院審理時主張其有向警方供出毒品來源陳宗瑩，亦將資料交予警方調查，嗣陳宗瑩為警查獲並經檢察官起訴，且經原審法院以114年度訴字第649號判決判處罪刑云云（見上訴字卷第113至114頁）。然參諸原審法院114年度訴字第649號刑事判決書可知（見上訴字卷第127至131頁），該案案情係陳宗瑩於114年3月3日23時36分許，在新北市○○區○○路000巷00弄0號，以4,000元之價格販賣依托咪酯10毫升予被告，而被告於本案中則係於113年10月7日10時47分前某時，在桃園市○○區○○路00巷00號5樓之5F室居住處，以1萬元之價格販賣摻有依托咪酯之菸油1罐、菸彈2顆予吳智欽，可認陳宗瑩於原審法院114年度訴字第649號案件中售予被告之依托咪酯，顯與被告所犯本案販賣依托咪酯之犯行無涉，自難認被告業已供出其本案毒品來源。

(3) 是以，本案依卷存事證，尚難認被告有何供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯，減輕或免除其刑之情，核與毒品危害防制條例第17條第1項之要件不符，自無該減刑規定之適用。

3. 本案不適用刑法第59條規定酌減其刑：

(1) 按刑法第59條規定犯罪之情狀可憫恕者，得酌量減輕其刑，

其所謂「犯罪之情狀」，與同法第57條規定科刑時應審酌之一切情狀，並非有截然不同之領域，於裁判上酌減其刑時，應就犯罪一切情狀（包括第57條所列舉之10款事項），予以全盤考量，審酌其犯罪有無可憫恕之事由（即有無特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，以及宣告法定或處斷低度刑，是否猶嫌過重等等）以為判斷（最高法院100年度台上字第2855號、第3301號判決意旨參照）。次按刑法第59條之酌量減輕其刑，必須犯罪另有特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，認為即使予以宣告法定最低度刑，猶嫌過重者，始有其適用。此所謂法定最低度刑，固包括法定最低本刑；惟遇有其他法定減輕之事由者，則應係指適用其他法定減輕事由減輕後之最低度刑而言。倘被告別有其他法定減輕事由者，應先適用法定減輕事由減輕其刑後，猶認其犯罪之情狀顯可憫恕，即使科以該減輕後之最低度刑，仍嫌過重者，始得適用刑法第59條規定酌量減輕其刑。又法院適用相關規定減輕其刑後，如所量處之有期徒刑尚在依該相關規定減輕其刑後之最低度刑以上，即無所謂「認科以最低度刑仍嫌過重」之情形，自無引用刑法第59條之餘地，否則即有判決適用法則不當之違法（最高法院112年度台上字第1838號判決意旨參照）。

(2)經查，被告無視國家杜絕毒品危害之禁令，而為本案販賣第三級毒品犯行，助長毒品流通，縱與專職販賣毒品營生之大盤毒梟有別，仍對於社會治安及國民健康造成相當危害，依其犯罪情節，難謂有何客觀上足堪憫恕之處；況其所犯販賣第三級毒品罪，於依刑法第47條第1項累犯規定加重其刑後，再依毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑，法定最低度刑已有相當減輕，與其犯行應屬相當，難認有何情輕法重之情，核與刑法第59條所稱犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低刑度猶嫌過重之要件不符，自無從適用刑法第59條規定酌減其刑。是以，被告請求依刑法第59條規定酌減其刑云云，並不足採。

01 四、撤銷改判之理由暨量刑：

02 (一)撤銷改判之理由：

03 原審審理後，認定被告係犯毒品危害防制條例第4條第3項之
04 販賣第三級毒品罪，並依所認定之犯罪事實及罪名而為量
05 刑，且諭知未扣案之犯罪所得1萬元沒收，並於全部或一部
06 不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額，固非無見。惟
07 查：

- 08 1.原判決認定被告係犯毒品危害防制條例第4條第3項之販賣第
09 三級毒品罪，且無同條例第9條第3項所規定之販賣混合二種
10 以上第三級毒品之情形；然於認定累犯時，卻說明被告於本
11 案係犯販賣混合二種以上第三級毒品罪，與被告前案所犯之
12 罪的罪質相同，並依刑法第47條第1項之累犯規定加重其刑
13 （原判決第5頁第11至12行），可認原判決所為累犯認定容
14 有違誤，實屬未當。
- 15 2.被告向吳智欽所收取之毒品價金1萬元，業經員警自行取回
16 （詳後述），原判決疏未注意此情，所為沒收、追徵之諭
17 知，亦有未恰。
- 18 3.準此，被告上訴請求適用毒品危害防制條例第17條第1項規
19 定減輕其刑，再依刑法第59條規定酌減其刑云云，雖無理
20 由，如前所述，然原判決量刑、犯罪所得沒收既有前揭可議
21 之處，被告上訴執此請求從輕量刑並撤銷原判決犯罪所得沒
22 收之諭知，為有理由，自應由本院將原判決關於被告所處之
23 刑及犯罪所得沒收部分，均予以撤銷改判。

24 (二)量刑：

25 爰以行為人之責任為基礎，審酌被告明知毒品殘害人體健
26 康，竟為貪圖不法利益，漠視國家杜絕毒品之法令禁制，恣
27 意為本案販賣第三級毒品犯行，所為助長毒品氾濫，戕害他
28 人身心健康，並危害社會治安，行為誠屬不當，應予非難；
29 惟念被告於偵查、原審及本院審理時坦認犯行，可認其尚有
30 悔意之犯後態度，並考量其於本案販賣依托咪酯之數量非
31 鉅、對象僅1人，且未保有犯罪所得；兼衡其犯罪動機、目

01 的、手段、所生危害、自述所罹疾病及親屬關係（見上訴字
02 卷第27頁）、自陳之智識程度及家庭生活經濟狀況（大學肄
03 業，已婚且無需扶養之親屬，與妻子同住且無子女，擔任司
04 機且經濟狀況勉持，見偵字卷第21頁、上訴字卷第171頁）
05 等一切情狀，量處如主文第2項所示之刑，以資懲儆。

06 五、犯罪所得不予宣告沒收、追徵之說明：

07 經本院就被告向吳智欽收取之本案毒品價金現金1萬元之去
08 向乙節，函詢新北市政府警察局新莊分局（下稱新莊分局）
09 後，新莊分局函復略以：吳智欽向喬裝買家之員警索取毒品
10 價金現金1萬元後，即上樓拿取依托咪酯菸油1罐，並於下樓
11 後交付警方，喬裝買家之員警隨即表明警察身分，並會同支
12 援警力逮捕吳智欽，嗣吳智欽告知渠所交付之依托咪酯菸油
13 1罐，係向被告拿取，且渠向警方收取之毒品價金1萬元亦交
14 予被告，警方即於報請檢察官後，帶同吳智欽至桃園市○○
15 區○○路000巷00號5樓5室逕行搜索，並於該屋內查獲被
16 告，現場除查扣相關毒品外，警方交付之毒品價金1萬元放
17 在桌上，警方遂取回該毒品價金1萬元而未扣案等情，有新
18 莊分局115年6月22日新北警莊刑字第0000000000號函暨所檢
19 附之員警職務報告附卷可查（見上訴字卷第153至155頁），
20 可認被告向吳智欽所收取之毒品價金1萬元，業經員警取回
21 而未扣案，亦即被告並未保有該等犯罪所得，爰不予宣告沒
22 收、追徵。

23 據上論斷，應依刑事訴訟法第369條第1項前段、第364條、第299
24 條第1項前段，判決如主文。

25 本案經臺灣桃園地方檢察署檢察官黃榮加提起公訴，臺灣高等檢
26 察署檢察官滕治平到庭執行職務。

27 中 華 民 國 115 年 7 月 30 日

28 刑事第六庭審判長法官 黎惠萍

29 法官 林鈺珍

30 法官 郭峻豪

31 以上正本證明與原本無異。

01 如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其
02 未敘述上訴之理由者並得於提起上訴後20日內向本院補提理由書
03 （均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

04 書記官 翁子婷

05 中 華 民 國 115 年 7 月 30 日

06 附錄：本案論罪科刑法條全文

07 毒品危害防制條例第4條

08 製造、運輸、販賣第一級毒品者，處死刑或無期徒刑；處無期徒
09 刑者，得併科新臺幣3千萬元以下罰金。

10 製造、運輸、販賣第二級毒品者，處無期徒刑或10年以上有期徒
11 刑，得併科新臺幣1千5百萬元以下罰金。

12 製造、運輸、販賣第三級毒品者，處7年以上有期徒刑，得併科
13 新臺幣1千萬元以下罰金。

14 製造、運輸、販賣第四級毒品者，處5年以上12年以下有期徒
15 刑，得併科新臺幣5百萬元以下罰金。

16 製造、運輸、販賣專供製造或施用毒品之器具者，處1年以上7年
17 以下有期徒刑，得併科新臺幣1百50萬元以下罰金。

18 前五項之未遂犯罰之。