最高法院刑事判決

111年度台上字第5314號

上　訴　人　臺灣高等檢察署花蓮檢察分署檢察官黃東焄

被　　告　孫健豪

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院花蓮分院中華民國111年8月24日第二審判決（111年度上訴字第65號，起訴案號：臺灣臺東地方檢察署109年度偵字第3299號、110年度偵字第1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。

二、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項定有明文。檢察官明示僅就原判決關於沒收部分提起第三審上訴，有卷附上訴書、臺灣高等檢察署花蓮檢察分署函可憑。本院僅就上開上訴範圍為審理。合先敘明。

三、檢察官上訴意旨略以：

１、按刑罰法令關於沒收之規定，兼採職權沒收主義與義務沒收主義。職權沒收係指法院就屬於被告所有，供犯罪所用、預備用或因犯罪所得之物，仍得本於職權斟酌是否宣告沒收。

義務沒收則為「不問屬於犯人與否，均應宣告沒收」情形。凡法條有：「不問屬於犯人與否，沒收之」之特別規定者屬之，法院就此等物品是否宣告沒收，無斟酌餘地，除已證明滅失者外，不問屬於犯人與否或有無查扣，均應宣告沒收。例如（修正前）刑法第38條第1項第1款、第2項但書，毒品危害防制條例第18條第1項前段、第19條第1項等規定屬之。

2、再按毒品危害防制條例第19條第1項規定：「犯第四條至第九條、第十二條、第十三條或第十四條第一項、第二項之罪者，其供犯罪所用之物，不問屬於犯罪行為人與否，均沒收之。」係採義務沒收主義，祇要是供上開犯罪所用之物，不問屬於犯罪行為人與否，即應依上開規定沒收，如果對該供犯罪所用之物，竟未依法宣告沒收，即有判決不適用法則之違誤。

3、原判決認定被告孫健豪係犯修正前毒品危害防制條例第4條第2項之販賣第二級毒品罪，復認原判決附表（下稱附表）三所示0000000000、0000000000等門號手機為被告犯罪所用之物，依毒品危害防制條例第19條第1項規定，屬應義務沒收之物，非屬得本於職權斟酌是否宣告沒收之物，不問有無扣案，即應依上開規定沒收。原判決對該供犯罪所用之物未依法宣告沒收，有判決不適用法則之違誤。

四、惟查：本件原判決撤銷第一審關於其附表一編號1、2部分之科刑判決，改判論處被告犯如附表一所示販賣第二級毒品2罪刑，及為相關沒收、追徵等之宣告。關於沒收、不予沒收宣告部分，已詳敘其所憑依據及理由。

五、

(一)按供犯罪所用、犯罪預備之物或犯罪所生之物，屬於犯罪行為人者，得沒收之。但有特別規定者，依其規定。刑法第38條第2項定有明文。而毒品危害防制條例第19條第1項「犯第四條至第九條、第十二條、第十三條或第十四條第一項、第二項之罪者，其供犯罪所用之物，不問屬於犯罪行為人與否，均沒收之」之規定，屬義務沒收之範疇，不問屬於犯罪

行為人與否，應沒收之，此即為上開刑法第38條第2項但書所指「特別規定」。從刑法第38條之2第2項「宣告前2條之沒收或追徵，有過苛之虞、欠缺刑法上之重要性、犯罪所得價值低微，或為維持受宣告人生活條件之必要者，得不宣告或酌減之」之規定（即過苛調節條款）以觀，所稱「宣告『前2條』之沒收或追徵」，自包括依同法第38條第2項及第38條之1第1項（以上均含各該項之但書）規定之情形，是縱屬義務沒收之物，並非立可排除同法第38條之2第2項規定之適用，而不宣告沒收或酌減。故而，「不問屬於犯罪行為人（犯人）與否，沒收之」之義務沒收，雖仍係強制適用，而非屬裁量適用，然其嚴苛性已經調節而趨和緩（本院109年度台上字第191號判決意旨參照）。

(二)原判決已敘明：未扣案之被告犯罪所得（如附表一交易金額欄所示各金額）及已扣案之供犯罪所用如附表二所示SIM卡，分別依刑法第38條之1第1項前段、第3項，毒品危害防制條例第19條第1項規定，宣告沒收、追徵；未扣案之手機、門號（手機序號及門號詳如附表三所示）如何因符合刑法第38條之2第2項過苛調節條款規定之意旨，不予宣告沒收等理由甚詳。依上揭說明，並無不合。上訴意旨僅以上開手機、門號，屬義務沒收之物，非屬原審得本於職權斟酌是否沒收之範疇，原判決未宣告沒收，有不適用法則之違誤等語。而未就原判決依刑法第38條之2第2項之規定所為裁量，具體指摘有何違背法令之處。依前揭說明，此一指摘，非合法之第三審上訴理由。

六、上訴意旨置原判決之論敘於不顧，對於事實審法院沒收裁量之職權行使，依憑己見指為違法，與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。本件上訴違背法律上之程式，應予駁回。

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　　112　　年　　2　　月　　3　　日

刑事第六庭審判長法　官　李英勇

法　官　鄧振球

法　官　楊智勝

法　官　邱忠義

法　官　洪兆隆

本件正本證明與原本無異

書記官　林怡靚

中　　華　　民　　國　　112　　年　　2　　月　　6　　日