

最高法院刑事判決

113年度台上字第3527號

上訴人 吳健銘

上列上訴人因違反毒品危害防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國113年5月23日第二審判決（113年度上訴字第517號，起訴案號：臺灣嘉義地方檢察署111年度偵字第2710號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於罪刑部分撤銷。

前項撤銷部分，吳健銘在第二審之上訴駁回。

其他上訴駁回。

理 由

壹、撤銷自為判決（即罪刑）部分：

□本件原判決認定：上訴人吳健銘有原判決事實欄（下稱事實欄）所載，明知海洛因係屬毒品危害防制條例第2條所列第一級毒品，不得販賣，竟基於販賣第一級毒品之犯意，以行動電話門號0000000000號（三星廠牌，含上開門號SIM卡1張）為聯絡工具，分別於原判決附表一編號1、2所示之時間、地點，均以新臺幣1萬元之價格，販賣海洛因予蕭有堂各1次既遂等情，已綜合上訴人之部分供述、證人蕭有堂、徐梓欣之證詞，以及卷附職務報告、M-police調閱查詢紀錄表、通訊監察期中報告書、偵查報告、通訊監察譯文等證據資料，敘明其得心證之理由。並逐一說明：(1)對於上訴人否認犯罪所持各項辯解之詞與其原審辯護人為其辯護意旨所陳各節，如何認為均無足採；(2)蕭有堂於第一審審理時，固曾改證稱民國110年4月12日打電話都連絡不到上訴人等語，如何仍以彼偵查中之證述內容為可採等旨，因認上訴人販賣第一級毒品2次犯行，事證明確，堪予

01 認定。另敘明第一審依刑法第59條規定及憲法法庭112年憲判
02 字第13號意旨遞減其刑，並無不當，爰引用第一審此部分之認
03 定（見原判決第14頁）；復以上訴人曾因①於105年間，因施
04 用第一級毒品、持有第二級毒品等案件，經第一審法院以106
05 年度訴字第185號判決分別判處有期徒刑1年6月（持有第二級
06 毒品20公克以上）、9月（施用第一級毒品）、4月（持有第二
07 級毒品），再經第一審法院以106年度聲字第1087號裁定定應
08 執行有期徒刑2年2月確定；②又於107年間，因施用第一級毒
09 品案件，經臺灣臺南地方法院107年度訴字第327號判決判處有
10 期徒刑9月確定，上開①、②接續執行，於109年12月4日縮刑
11 期滿執行完畢，其於該罪執行完畢後5年內，再犯本案之2罪，
12 應依累犯規定加重其刑，第一審未依累犯規定加重上訴人之
13 刑，有所未洽，乃以此為由，撤銷第一審關於罪刑部分之判
14 決，改判仍論處上訴人犯販賣第一級毒品共2罪刑（累犯，各
15 處有期徒刑10年8月）。

16 □上訴人之上訴意旨雖以：上訴人與蕭有堂之電話通聯紀錄僅可
17 知係相約在樓下，並無何見面、交錢及毒品之內容，無從佐證
18 蕭有堂反覆之證詞，且上訴人與陳俊展並非現行犯，無告知年
19 籍資料之必要，警方仍需要查詢時間，是原判決雖將警方盤查
20 與臨檢上訴人時間均認定是110年4月14日17時4分，顯已逸脫
21 職務報告所載時間，復未依上訴人聲請傳喚當時在場之陳俊展
22 證明，與證據法則相悖，且有調查證據職責未盡及判決理由不
23 備之違法等語。但：

24 (一)一般合法物品之交易，買賣雙方於電話或通訊軟體聯繫之間，
25 固會就標的物、價金、交付方式等事項為約定；然有關毒品之
26 交易，誠難期待買賣雙方以同樣標準為聯繫，尤其，在現行通
27 訊監察制度之下，若於通話或通訊間言明具體之標的物或以暗
28 語代之，無異自曝於被查獲之風險中。再者，關於毒品之買
29 賣，其以電話或通訊軟體聯繫交易者，買賣雙方多係相識之
30 人，其等僅粗略表明見面時、地即足。因此，並非不得依通聯
31 或通訊之情形及通話或通訊內容之真意，作為判斷可否採為買

01 賣雙方所供述交易情節之佐證。原判決針對上訴人就本案如何
02 應評價為販賣海洛因予蕭有堂2次乙節，援引上訴人與蕭有堂
03 間之通訊軟體對話紀錄，作為蕭有堂不利上訴人之證詞之補強
04 證據，於法並無不合。

05 (二)刑事訴訟法第379條第10款固規定，依本法應於審判期日調查
06 之證據而未予調查者，其判決當然違背法令。但應行調查之證
07 據範圍，在同法並未定有明文，該項證據，自係指第二審審判
08 中已存在之證據，且與待證事實有重要關係，在客觀上認為應
09 行調查者而言。又法院憑以認定犯罪事實所憑之證據，並不悉
10 以直接證據為限，即綜合各項調查所得之直接、間接證據，本
11 於推理作用，為其認定犯罪事實之基礎，如無違背一般經驗法
12 則，尚非法所不許；而所謂之補強證據，並非以證明犯罪構成
13 要件之全部事實為必要，倘其得以佐證供述之犯罪非屬虛構，
14 能予保障所陳述事實之真實性，即已充分。且得據以佐證者，
15 雖非直接可以推斷該被告之實行犯罪，但以此項證據與陳述者
16 之陳述為綜合判斷，若足以認定犯罪事實者，仍不得謂其非屬
17 補強證據。依卷附職務報告所載，警方係於110年4月14日17時
18 4分許對上訴人與陳俊展進行盤查，而該職務報告所檢附之M-p
19 olice調閱查詢紀錄表中亦記載，於同日17時4分48秒進行查詢
20 上訴人之資料（見原審卷第143、145頁），然上開職務報告已
21 載明上訴人與陳俊展均配合盤查（見原審卷第143頁），並無
22 上訴意旨所指因上訴人與陳俊展非現行犯，沒有配合提供身分
23 資料之義務，在取得該等資料前，盤查與查詢年籍資料不可能
24 同步進行情事，原判決以上開職務報告所載之110年4月14日17
25 時4分許為進行盤查時間，並無與卷內證據齟齬之違誤。何
26 況，原判決對於上訴人曾聲請傳喚證人陳俊展部分，已說明如
27 何認為無必要等旨（見原判決第13頁）。而原判決亦已敘明如
28 何依憑上訴人之部分陳述、證人蕭有堂之證詞，綜合全辯論意
29 旨及所列相關證據資料暨卷內其他證據調查之結果，參互斟酌
30 判斷，而為認定之旨，並非僅以單一證據作為認定上訴人本件
31 犯罪之證據，即無採證違背證據法則之情事。原審認上訴人本

01 件犯罪事證已明，未再贅為其他無益之調查及論述，亦難謂有
02 調查證據職責未盡或判決理由不備之違誤。

03 (三)上開上訴意旨所指各節，或係就無礙於事實認定之事項，或係
04 重執上訴人在原審辯解各詞及其個人主觀意見，就原審採證認
05 事適法職權行使及原判決已明白論斷之事項，再為爭執，俱難
06 認為可採。

07 □惟查：

08 (一)由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較
09 重於原審判決之刑，刑事訴訟法第370條第1項前段定有明文，
10 此即學理上所稱之「不利益變更禁止原則」，旨在避免被告畏
11 懼因上訴招致更不利之結果，而輕易放棄上訴權。惟倘因原審
12 判決適用法條不當而經撤銷者，即無上開原則之適用，此為同
13 法第370條第1項但書之例外規定。是刑事訴訟法係採取相對不
14 利益變更禁止原則，除有但書規定變更原審判決所引用之刑罰
15 法條以外，明揭就上訴審量刑之裁量予以限制，不得諭知較原
16 審判決為重之刑，以保護被告利益，使其得充分、自由行使其
17 上訴權。又1.被告構成累犯之事實及應加重其刑之事項，均應
18 由檢察官主張並具體指出證明之方法後，經法院踐行調查、辯
19 論程序，方得作為論以累犯及是否加重其刑之裁判基礎，係本
20 院最近統一之見解。是法院於審酌被告是否適用累犯規定而加
21 重其刑時，訴訟程序上應先由檢察官就前階段被告構成累犯之
22 事實，以及後階段應加重其刑之事項，主張並具體指出證明方
23 法後，法院才需進行調查與辯論程序，而作為是否加重其刑之
24 裁判基礎。倘檢察官未主張或具體指出證明方法時，可認檢察
25 官並不認為被告構成累犯或有加重其刑予以延長矯正其惡性之
26 必要，且為貫徹舉證責任之危險結果所當然，是法院未論以累
27 犯或依累犯規定加重其刑，即難謂有適用法則不當之違法。2.
28 檢察官若未主張或具體指出證明方法，法院因而未論以累犯或
29 依累犯規定加重其刑，基於累犯資料本來即可以在刑法第57條
30 第5款「犯罪行為人之品行」中予以負面評價，自仍得就被告
31 可能構成累犯之前科、素行資料，列為刑法第57條第5款所定

01 「犯罪行為人之品行」之審酌事項。於此情形，該可能構成累
02 犯之前科、素行資料既已列為量刑審酌事由，對被告所應負擔
03 之罪責予以充分評價，依重複評價禁止之精神，自無許檢察官
04 事後循上訴程序，以該業經列為量刑審酌之事由應改論以累犯
05 並加重其刑為由，指摘原判決未依累犯規定加重其刑為違法或
06 不當。亦即檢察官於第一審審理時如未就被告構成累犯，或應
07 依累犯規定加重其刑之事實為主張或舉證，經第一審將被告之
08 累犯事由列為量刑審酌事由時，法院即已就被告累犯事由為充
09 分評價，依禁止重複評價精神，縱檢察官於第二審審理時，再
10 就被告構成累犯及應依累犯規定加重其刑之事實為主張、舉
11 證，第二審亦無從再依累犯規定加重其刑。

12 (二)依卷內資料，本件起訴書固載有上訴人上開犯罪前科之事實，
13 並主張依累犯規定加重其刑，惟檢察官於第一審審判期日經第
14 一審審判長詢以：「對於臺灣高等法院被告前案紀錄表，有何
15 意見？（提示並告以要旨）」時，答稱「沒有意見」，嗣於量
16 刑辯論時復僅稱：「請依法判決」（見第一審卷第253、257
17 頁），是檢察官於第一審時，就上訴人構成累犯之事實，應加
18 重其刑之事項，並未為任何主張及具體指出證明之方法，顯係
19 不認為上訴人有加重其刑之必要。是第一審判決未依刑法第47
20 條第1項累犯規定加重上訴人之刑，並敘明僅將其前科紀錄列
21 入量刑審酌事由，自無判決不適用法則或適用不當之違誤。

22 (三)本件第一審判決後，上訴人提起第二審上訴，檢察官則未為上
23 訴人之不利益上訴第二審，而第一審判決既無不適用法則或適
24 用不當之違誤，依前揭說明，原審自不得逕行改判依刑法第47
25 條第1項規定，加重上訴人之刑。乃原判決竟以第一審判決未
26 依累犯規定對上訴人加重其刑，適用法則不當為唯一理由，就
27 上訴人之罪刑部分予以撤銷改判並加重上訴人之刑，即與不利
28 益變更禁止原則之旨意有違。上訴人上訴意旨另指摘原判決對
29 其論以累犯並加重其刑，於法有違，核為有理由。

30 □綜上，原審既同認第一審判決之罪刑部分除未適用累犯規定加
31 重其刑外，於法並無不合，則上訴人在第二審之上訴，應為無

01 理由。原審不察，徒以第一審判決未依累犯規定加重上訴人之
02 刑不當為唯一理由，改判加重其刑，致有上開適用法則不當之
03 違誤，且於上訴人不利，自無從維持。而原判決上開違法情形
04 並不影響事實之確定，爰應由本院將原判決關於罪刑部分撤銷
05 ，並自為判決將上訴人之第二審上訴駁回。

06 貳、上訴駁回（即沒收【追徵】）部分：

07 □刑法沒收新制修正後，沒收已非從刑，雖定性為「獨立之法律
08 效果」，但其仍以犯罪（違法）行為之存在為前提，為避免沒
09 收裁判確定後，其所依附之前提即關於犯罪（違法）行為之罪
10 刑部分，於上訴後，經上訴審法院變更而動搖該沒收部分之基
11 礎，產生裁判歧異，是以不論依刑事訴訟法第348條規定或依
12 第455條之27第1項前段之法理，縱上訴權人僅聲明就罪刑部分
13 上訴，倘其上訴合法者，其效力應及於沒收部分之判決。又沒
14 收因已非刑罰，具有獨立性，其與犯罪（違法）行為並非絕對
15 不可分離，即使對本案上訴，當原判決採證認事及刑之量定均
16 無不合，僅沒收部分違法或不當，自可分離將沒收部分撤銷改
17 判，其餘本案部分予以判決駁回。反之，原判決論罪科刑有
18 誤，而沒收部分無誤，亦可僅撤銷罪刑部分，其餘沒收部分予
19 以判決駁回。

20 □上訴人不服原判決，提起上訴，並因本院依法將原判決關於罪
21 刑部分撤銷，並就該撤銷部分，改判諭知上訴人在第二審之上
22 訴駁回，已如前述。惟上訴人合法上訴效力所及之上開沒收
23 （追徵）部分，原判決已詳為敘述其維持第一審沒收（追徵）
24 宣告之理由。核原判決此部分所為論敘說明，俱有卷內證據資
25 料可資覆按，而上訴人並未具體指摘原判決關於此部分有何違
26 背法令或不當之情形，應認上訴人關於此沒收（追徵）部分之
27 上訴為無理由，予以駁回。

28 據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第398條第1款、第396條第
29 1項，判決如主文。

30 中 華 民 國 113 年 11 月 7 日
31 刑事第三庭審判長法官 林立華

01
02
03
04
05
06
07

本件正本證明與原本無異

法官 王敏慧
法官 莊松泉
法官 陳如玲
法官 李麗珠

書記官 李淳智

中 華 民 國 113 年 11 月 11 日