

# 最高法院刑事判決

113年度台上字第4060號

上訴人 陳欣妤

選任辯護人 蔡明叡律師

上訴人 李庚展

上列上訴人等因違反毒品危害防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國113年4月30日第二審判決（113年度上訴字第425號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署112年度偵字第11311號），提起上訴，本院判決如下：

## 主 文

原判決及第一審判決關於第一審判決附表一編號1所示陳欣妤刑之部分均撤銷。

陳欣妤所犯第一審判決附表一編號1所示之販賣第一級毒品罪，處有期徒刑7年8月。

其他上訴駁回。

## 理 由

壹、撤銷改判部分（即上訴人陳欣妤所犯第一審判決附表一編號1部分）：

一、本件第一審判決認定：陳欣妤有其事實欄（下稱事實）一所載，如其附表（下稱附表）一編號1所示販賣第一級毒品海洛因予田憶榮之犯行，因而論陳欣妤以販賣第一級毒品罪，依累犯規定加重其刑，再依毒品危害防制條例第17條第2項、刑法第59規定遞減其刑後，量處有期徒刑7年10月，並為相關沒收、追徵之諭知。陳欣妤對第一審判決關於上開部分之量刑提起第二審上訴，經原審審理後，維持第一審之量刑結果，而駁回陳欣妤此部分之第二審上訴，固非無見。

01 二、惟查：

02 (一)被告構成累犯之事實及應加重其刑之事項，均應由檢察官主  
03 張並具體指出證明之方法後，經法院踐行調查、辯論程序，  
04 方得作為論以累犯及是否加重其刑之裁判基礎，係本院最近  
05 統一之見解。是如檢察官未主張或具體指出證明方法時，顯  
06 係不認為被告構成累犯或有加重其刑之必要，審理事實之法  
07 院自不能遽行論以累犯、加重其刑，否則即有適用法則不當  
08 之違法。

09 (二)依卷內資料所示，檢察官起訴書並未提及陳欣妤有累犯之事  
10 實及應依累犯規定加重其刑之主張。第一審審判長於審判期  
11 日詢以：「對被告的全國前案紀錄表有何意見？（提示並告  
12 以要旨）」時，檢察官亦稱：「無意見」，嗣於量刑辯論時  
13 僅稱：「請妥適量刑」（見第一審卷二第247至248頁），堪  
14 認檢察官於起訴及第一審審理時，就陳欣妤構成累犯之事實  
15 及應加重其刑之事項，並未為任何主張及具體指出證明之方  
16 法，不認為陳欣妤構成累犯或有加重其刑之必要。是以第一  
17 審判決就陳欣妤所犯附表一編號1所示販賣第一級毒品罪，  
18 依累犯規定加重其刑，即有適用法則不當之違法。第一審判  
19 決後，陳欣妤僅就其量刑部分提起第二審上訴，檢察官則未  
20 為陳欣妤之不利益上訴第二審，而原審就第一審判決有上開  
21 就陳欣妤所犯附表一編號1所示販賣第一級毒品罪，依累犯  
22 規定加重其刑之適用法則不當之違誤，未予以糾正，仍維持  
23 第一審此部分之量刑結果，駁回陳欣妤此部分之第二審上  
24 訴，同有適用法則不當之違誤。

25 (三)陳欣妤此部分上訴意旨指摘，原判決未依憲法法庭112年憲  
26 判字第13號判決要旨酌減其刑部分，經核係對原審量刑職權  
27 適法行使之任意指摘，雖非可採，然其指摘原判決於附表一  
28 編號1部分科刑時對其論以累犯並加重其刑，於法有違乙節  
29 ，核為有理由，自應由本院將原判決及第一審判決關於此部  
30 分之刑部分均予撤銷，並自為判決，以資適法。

01 三、陳欣妤就其所犯附表一編號1之販賣第一級毒品罪，於偵查  
02 及審判中均自白，且客觀上足認其情堪憫恕，經依毒品危害  
03 防制條例第17條第2項、刑法第59條規定遞減其刑後，審酌  
04 其無視國家嚴禁毒品之禁令，所為此部分所示販賣海洛因予  
05 田憶榮犯行，助長毒品氾濫風氣，戕害他人身心健康，應予  
06 非難，並衡酌其本次販賣毒品之數量、金額，兼衡其生活狀  
07 況、智識程度（見原審卷二第247頁），及犯罪後態度等一  
08 切情狀，量處有期徒刑7年8月。

09 貳、上訴駁回部分（即陳欣妤所犯附表一編號2、3，上訴人李庚  
10 展所犯附表二編號1、2部分）：

11 一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決  
12 違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判  
13 決違背法令為理由，係屬法定要件，且必須依據卷內訴訟資  
14 料為具體之指摘，並足據以辨認原判決已具備違背法令之形  
15 式者，始屬相當。本件第一審判決認定：陳欣妤有其事實一  
16 所載，即附表一編號2、3所示販賣第二級毒品甲基安非他命、  
17 第一級毒品海洛因予田憶榮各1次之犯行；李庚展有事實二  
18 所載，即附表二編號1、2所示販賣甲基安非他命予朱祐德  
19 2次之犯行，因而論處陳欣妤如附表一編號2、3所示販賣  
20 第二級毒品、第一級毒品各1罪，分別量處有期徒刑5年3  
21 月、7年8月；李庚展如附表二編號1、2所示販賣第二級毒品  
22 2罪，分別量處有期徒刑6年、6年10月，定應執行有期徒刑7  
23 年8月；並為相關沒收（銷燬）、追徵之諭知。上訴人等均  
24 對第一審判決關於其等上開部分之量刑提起第二審上訴，經  
25 原審審理後，就上開部分均維持第一審之量刑結果，而駁回  
26 上訴人等就此部分之第二審上訴。均已詳述其憑以認定之量  
27 刑依據及理由，核其所為之論斷，俱有卷存證據資料可資覆  
28 按，從形式上觀察，原判決上開部分無足以影響其判決結果  
29 之違背法令情形存在。

30 二、上訴人等此部分之上訴意旨略以

31 （一）陳欣妤部分：

01 1. 原判決以陳欣妤販賣毒品予田憶榮，並非吸毒者間互通有  
02 無、臨時起意，並據為其販賣第一級毒品無從適用憲法法庭  
03 112年憲判字第13號判決之理由，卻未傳喚田憶榮到庭為上  
04 開事實有無之調查，有調查未盡之違法。

05 2. 陳欣妤所為附表一編號2所示販賣第二級毒品之對象僅有田  
06 憶榮一人，販賣數量、金額、所得利益、對社會秩序及國民  
07 健康造成之危害，明顯均較一般毒梟為低，客觀上足以引起  
08 一般人之同情，原判決未具體考量其全部犯罪情狀，就此部  
09 分未依刑法第59條規定酌減其刑，亦有違法等語。

10 (二)李庚展部分：伊販賣第二級毒品之對象僅有朱祐德一人，且  
11 屬小額零星販賣，相較於長期、大量販賣毒品之毒梟而言，  
12 對於社會秩序與國民健康之危害應屬有限，可認情節極為輕  
13 微，確有法重情輕，可堪憫恕之情，請依刑法第59條規定酌  
14 減其刑。伊雙親年邁，且父親患有大腸癌，懇請予伊提早回  
15 歸社會，盡孝道之機會等語。

### 16 三、惟查：

17 (一)憲法法庭112年憲判字第13號判決意旨略以，毒品危害防制  
18 條例第4條第1項前段規定：「……販賣第一級毒品者，處死  
19 刑或無期徒刑。」立法者基於防制毒品危害之目的，一律以  
20 無期徒刑為最低法定刑，固有其政策之考量，惟對諸如無其  
21 他犯罪行為，且依其販賣行為態樣、數量、對價等，可認屬  
22 情節極為輕微，顯可憫恕之個案，縱適用刑法第59條規定酌  
23 減其刑，仍嫌情輕法重，致罪責與處罰不相當。自本判決公  
24 告之日（民國112年8月11日）起至修法完成前，法院審理觸  
25 犯販賣第一級毒品之罪而符合前揭情輕法重之個案，除依刑  
26 法第59條規定減輕其刑外，另得依本判決意旨減輕其刑至二  
27 分之一等旨。是以如適用刑法第59條規定酌減其刑後即無情  
28 輕法重，罪責不相當之情，即無上開憲法法庭判決之適用。  
29 惟個案情節是否合於上開憲法法庭判決所示之減刑情形，仍  
30 屬法院量刑職權之自由裁量事項。至刑法第59條規定之酌量  
31 減輕其刑，必須犯罪另有特殊之原因與環境，在客觀上足以

01 引起一般同情，認為即使予以宣告法定最低度刑，猶嫌過重  
02 者，始有其適用，亦屬法院得自由裁量之事項，若無濫用裁  
03 量權或裁量明顯不當情形，自不得任意指為違法。又此所謂  
04 法定最低度刑，固包括法定最低本刑；惟遇有其他法定減輕  
05 之事由者，則應係指適用其他法定減輕事由減輕其刑後之最  
06 低度刑而言。

07 (二)查陳欣妤所為販賣第一級毒品犯行之情節，依毒品危害防制  
08 條例第17條第2項之規定減輕其刑，再依刑法第59條之規定  
09 酌減其刑後，法定最低刑度為有期徒刑7年6月，已無情輕法  
10 重，致罪責與處罰不相當之情形，即無再依上開憲法法庭判  
11 決意旨減輕其刑之必要，況其本案係犯3次販賣毒品犯行  
12 (其中1次為販賣第二級毒品)，兼之其於本案前已有多次  
13 毒品犯罪之相關前科紀錄，有其前案紀錄表可稽，綜合上  
14 情，亦難認其符合上開憲法法庭判決所示「情節極為輕微」  
15 之情形，尚無從再依上開憲法法庭判決意旨減輕其刑。再上  
16 訴人等均知毒品危害人體至深，仍販賣第二級毒品謀取不法  
17 利益之犯罪情狀，並無顯可憫恕之情，且其等所為販賣第二  
18 級毒品犯行，均已依毒品危害防制條例第17條第2項規定減  
19 輕其刑，實難謂有何情輕法重之情，自無刑法第59條規定之  
20 適用。原判決已就陳欣妤所為販賣第一級毒品犯行，何以無  
21 依上開憲法法庭判決減輕其刑之理由，及上訴人等販賣第二  
22 級毒品犯行，何以無刑法第59條規定酌減其刑之適用，詳為  
23 說明、論述，均核無濫用裁量權或裁量明顯不當之情形。上  
24 訴人等上訴意旨有關原判決此部分量刑之指摘，均非上訴第  
25 三審之合法理由。

26 四、上訴人等就此部分之上訴意旨僅就原審量刑職權之適法行  
27 使，依憑主觀任意爭執，顯不足據以辨認原判決此部分已具  
28 備違背法令之形式。揆之首揭說明，其等此部分上訴為違背  
29 法律上之程式，應予駁回。

30 據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第398條第1款、第395條前  
31 段，判決如主文。

01 中 華 民 國 113 年 10 月 29 日

02 刑事第三庭審判長法官 林立華

03 法官 莊松泉

04 法官 李麗珠

05 法官 陳如玲

06 法官 王敏慧

07 本件正本證明與原本無異

08 書記官 陳廷彥

09 中 華 民 國 113 年 11 月 4 日

10 附錄論罪科刑法條

11 毒品危害防制條例第4條第1項：

12 製造、運輸、販賣第一級毒品者，處死刑或無期徒刑；處無期徒

13 刑者，得併科新臺幣3千萬元以下罰金。