

# 最高法院刑事判決

113年度台上字第5137號

上訴人 林恩先

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國113年8月28日第二審判決（113年度上訴字第396號，起訴案號：臺灣橋頭地方檢察署111年度偵字第16386、18408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、本件原審以上訴人林恩先經第一審判決論處如其附表一編號1、2（第一審判決附表一編號《2》誤載為《3》，應予更正）所示共同犯販賣第二級毒品共2罪刑，合併定應執行有期徒刑2年8月後，檢察官未提起第二審上訴，而上訴人明示僅就第一審判決量刑部分提起上訴，經審理結果，認第一審判決之量刑尚屬妥適，並無違法或失當之情形，因而維持第一審科刑之判決，駁回上訴人在第二審之上訴，已詳述其量刑審酌所憑之依據及裁量之理由。
- 三、刑之量定及應執行刑之酌定，係事實審法院得依職權自由裁量之事項，苟其量刑已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列情狀，在法定刑度內，酌量科刑，無偏執一端，致明顯失出失入情形；復其定應執行之刑時，並不違反

01 同法第51條各款所定之方法或範圍，且無明顯違背公平、比  
02 例原則或整體法律秩序之理念，即不得任意指為違法或不  
03 當。本件原判決已認上訴人就其2次共同販賣第二級毒品犯  
04 行，於偵、審中均自白，並供出毒品來源而查獲其他正犯，  
05 先依毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑，再依同  
06 條例第17條第1項規定遞減其刑後，復具體審酌關於刑法第  
07 57條科刑等一切情狀，兼衡上訴人之教育程度、職業、家庭  
08 經濟狀況等情狀，在罪責原則下適正行使其量刑之裁量權，  
09 說明維持第一審就上訴人所犯該2罪分別量刑，並依數罪併  
10 罰規定，就各罪刑間之整體關係，酌定其應執行之刑，既未  
11 逾越法定刑度及刑法第51條第5款規定之範圍，且無濫用刑  
12 罰裁量權及違反比例原則情事，自無違法可言。至適用刑法  
13 第59條酌減其刑與否，事實審法院本屬有權斟酌決定，當事  
14 人自不得以未依刑法第59條酌減其刑，執為第三審上訴之理  
15 由。況原判決已於理由內說明不依該條規定酌減其刑之理  
16 由，尤無違法可言。固然，憲法法庭112年憲判字第13號判  
17 決宣告毒品危害防制條例第4條第1項前段販賣第一級毒品之  
18 規定，在適用於「無其他犯罪行為，且依其販賣行為態樣、  
19 數量、對價等，可認屬情節極為輕微，顯可憫恕之個案，縱  
20 適用刑法第59條規定酌減其刑，仍嫌情輕法重」個案之範圍  
21 內，不符憲法罪刑相當原則（該判決主文第1項參照）；復  
22 併指示修法方向，並於修法完成前之過渡期間創設個案救濟  
23 之減刑事由（該判決主文第2項、第3項參照）。惟其主文第  
24 2項創設之減刑事由，係憲法法庭尊重立法者就毒品刑事政  
25 策之優先評價特權，本於司法自制，就販賣第一級毒品罪違  
26 憲部分所為替代性立法，係過渡期間保障人民之基本權不受  
27 違憲侵害所必要之權宜措施，其效力範圍亦僅限於此，不宜  
28 任意擴張，無從比附援引於其他販賣毒品罪，或單以該判決  
29 為據，置刑法第59條所設要件於不顧。上訴意旨徒憑己見，  
30 漫指原判決未審酌上訴人之犯罪情節、教育程度及家庭經濟  
31 狀況等科刑因子，且未參酌上述憲法法庭判決意旨，而未適

01 用刑法第59條酌減其刑，有違比例原則之違法等語，無非係  
02 就原審量刑職權之適法行使，徒以自己說詞，任意指為違  
03 法，自非合法之第三審上訴理由。

04 四、依上所述，本件上訴違背法律上之程式，應予駁回。

05 據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

06 中 華 民 國 113 年 12 月 5 日

07 刑事第二庭審判長法官 徐昌錦

08 法官 林海祥

09 法官 江翠萍

10 法官 張永宏

11 法官 何信慶

12 本件正本證明與原本無異

13 書記官 游巧筠

14 中 華 民 國 113 年 12 月 10 日