最高法院刑事判決

114年度台上字第3582號

上　訴　人　臺灣高等檢察署檢察官郭昭吟

上　訴　人

即　被　告　劉紫綺

徐伯維

上列上訴人等因被告等違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院中華民國114年2月20日第二審判決（113年度上訴字第4698號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署111年度偵字第46992號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院。

理　由

一、本件第一審判決認定上訴人即被告劉紫綺、徐伯維有其事實欄二所載，共同販賣第三級毒品未遂犯行，因而論處被告2人犯共同販賣第二級毒品未遂罪，量處劉紫綺有期徒刑（下略）1年6月、徐伯維1年10月，並為相關沒收（銷燬）之諭知。被告2人僅就第一審判決之量刑提起上訴（事實欄一所示，劉紫綺持有第二級毒品部分，經其撤回第二審上訴），經原審審理結果，撤銷第一審此部分之量刑結果，依刑法第59條規定酌減其刑，分別改量處劉紫綺1年，徐伯維10月，固非無見。

二、惟查：

㈠判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第378條定有明文。又有期徒刑減輕者，減輕其刑至二分之一，但同時有免除其刑之規定者，其減輕得減至三分之二；有二種以上減輕者，先依較少之數減輕之，刑法第66條及第

71條第2項分別定有明文。本件原判決以被告2人犯共同販賣第三級毒品未遂罪（按毒品危害防制條例第4條第3項所定販賣第三級毒品罪之法定本刑為7年以上有期徒刑），劉紫綺有毒品危害防制條例第17條第1項之減免其刑事由，被告2人均有同條第2項、刑法第25條第2項之減刑事由，依前開規定遞減其刑後，劉紫綺之最低處斷刑為7月（7年÷3÷2÷2），徐伯維則為1年9月（7年÷2÷2）。原判決再依刑法第59條規定，酌量減輕被告2人之刑，依上開規定遞減後，劉紫綺之最低處斷刑為3月又15日（7月÷2），徐伯維則為10月又15日（1年9月÷2），依上開規定，原判決應量處劉紫綺7月以下有期徒刑，徐伯維10月又15日以上有期徒刑，惟原判決量處劉紫綺1年，徐伯維10月，或逾法定處斷刑範圍，或較法定處斷刑為低，均已違背法令。

㈡刑法第59條關於酌量減輕其刑之規定，必須犯罪情狀顯可憫恕，在客觀上足以引起一般之同情，認即使科以法定最低度刑仍嫌過重者，始有其適用。而上述所稱之最低度刑，於最低法定本刑遇有依其他法定減輕事由而減輕其刑時，係指減輕後之最低度處斷刑而言。原判決以劉紫綺本案為警查獲之販賣第三級毒品之次數僅1次，對象1人，交易金額新臺幣4000元，與大量銷售毒品營利之大、中盤毒販有別。徐伯維係受劉紫綺請託代為張貼欲出售含有第三級毒品咖啡包之消息，並出面與佯裝顧客之警員交易，審酌被告2人本案行為惡性、犯罪情節、所生危害與不法程度，認為縱被告2人科以遞減其刑後之最低度刑，均仍屬過重，應適用刑法第59條規定酌減其刑（見原判決第3頁）。若果無訛，則如前所述，劉紫綺經依未遂犯及毒品危害防制條例第17條第2項、第1項規定遞減輕其刑後，所得量處之最低處斷刑為7月，原判決量處其1年，有何刑法第59條所規定，即使科以法定最低度刑均仍屬過重之情形？徐伯維依第一審判決所認定之事實為：徐伯維於民國111年10月31日晚間，於通訊軟體「Twitter」中以「桃園f弟」為暱稱，在「Twitter」向不特定人

發送「…，要什麼有什麼」之兜售毒品訊息，經執行網路巡邏勤務之員警佯裝為毒品買家，透過「Twitter」與徐伯維聯繫，劉紫綺得知後，即另行起意，請徐伯維藉此機會，替其出售含第三級毒品4-甲基甲基卡西酮成分之橘色愛馬仕包裝咖啡包，被告2人因此為警查獲等情（見第一審判決第2至3頁），則徐伯維本有以網路向不特定人發送兜售毒品訊息而為警查獲，與原判決所認定，徐伯維係受劉紫綺請託始代為張貼欲出售含有第三級毒品咖啡包之消息等情不盡相同，是以原判決據以認定徐伯維有刑法第59條之酌減其刑事由，與據為量刑基礎之第一審判決所認定之事實是否相同，並非無疑，顯有理由矛盾、不備之違誤。

三、以上為檢察官上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，且被告2人亦上訴聲明不服，而原判決前揭違誤，已影響於量刑事實之認定，本院無從據以為法律適用，復影響當事人之科刑辯論權，為維護被告2人之審級利益，應認原判決有撤銷發回原審法院更審之原因。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　9　　月　　25　　日

刑事第二庭審判長法　官　林立華

法　官　莊松泉

法　官　陳如玲

法　官　游士珺

法　官　王敏慧

本件正本證明與原本無異

書記官　游巧筠

中　　華　　民　　國　　114　　年　　10　　月　　1　　日