最高法院刑事判決

114年度台上字第6661號

上　訴　人　溫嵩峨

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中分院中華民國114年8月27日第二審判決（114年度上訴字第697號，起訴案號：臺灣苗栗地方檢察署113年度偵字第7982、11097號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

壹、得上訴第三審即共同製造第三級毒品部分：

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、本件原審審理結果，認為上訴人溫嵩峨之犯行明確，因而撤銷第一審關於製造第三級毒品部分及定應執行刑部分之判決，並適用毒品危害防制條例（下稱毒品條例）第17條第2項規定，改判論處上訴人犯共同製造第三級毒品罪刑（處有期徒刑5年），並為相關沒收之諭知；併就以上撤銷改判及後述駁回上訴（即第一審判決犯罪事實欄一⑴〈原判決犯罪事實欄一㈠〉所載之持有第三級毒品純質淨重5公克以上罪）部分定其應執行刑為有期徒刑5年4月。從形式上觀察，並無判決違法情形存在。

三、上訴意旨略以：

㈠上訴人與「小丁」共同製造如原判決附表（以下僅記載其編號序）編號G1至G12之第三級毒品時，上訴人即已同時持有編號D1至D6之第三級毒品，並於民國113年8月9日為警同時查獲，亦即係以一行為同時觸犯二罪名之想像競合犯，應從一重論以製造第三級毒品罪，原判決逕依數罪併罰之規定論處，已屬違法。

㈡上訴人僅為「小丁」之整體製造毒品犯罪擔任助手，負責相關枝節事務，非居於主導地位，復未得利，犯罪情狀顯可憫恕，縱依自白規定減刑後所得科處之最低度刑，仍嫌過重，應有刑法第59條之適用。

㈢原審未細察上訴人並非居於主謀地位及犯罪情節之輕重，量刑過苛，所定應執行刑亦有違比例、公平及罪責原則。

四、惟查：

㈠關於第三級毒品之持有，原判決認定上訴人於113年5、6月間某日，接獲「小丁」聯絡表示欲將物品交其暫時保管等語，「小丁」隨即於同年6月底至7月31日前之期間內某日，在上訴人承租之本案三合院，交付編號D1至D6之第三級毒品4-甲基甲基卡西酮予上訴人。關於第三級毒品之製造，原判決認「小丁」自113年6月底至7月31日期間分3次載運包含編號E32之4-甲基甲基卡西酮半成品（係第3次即113年7月31日所載運；下稱本案半成品）等物至本案三合院，上訴人即與「小丁」共同基於製造第三級毒品之犯意聯絡，依「小丁」指示，將本案半成品之上層液體倒出，再將剩餘之黏稠物倒入塑膠籃，等待揮發乾燥，而製造編號G1至G12之4-甲基甲基卡西酮（見原判決第1、2頁）。亦即，上訴人先持有編號D1至D6之4-甲基甲基卡西酮，其持有之行為繼續至為警查獲時，且其開始持有之原因係受「小丁」之託暫時保管，並非為製造編號G1至G12之4-甲基甲基卡西酮而持有，兩者之目的不同，顯非基於單一之犯意而為，且犯罪時間可以區隔，各具獨立性，犯罪地點亦不盡相同，行為態樣有別，顯係不同構成要件之犯罪事實，自應依數罪併罰論處。原判決此部

分之論斷自無不合。上訴意旨㈠之指摘，係就原審認事用法職權之適法行使，再為爭執，並非合法之上訴第三審理由。

㈡刑法第59條之適用，必其犯罪之情狀在客觀上足以引起一般同情，認為即予宣告法定最低度刑期猶嫌過重者，始有適用餘地；且適用與否，係屬事實審法院得依職權自由裁量之事項，未依該規定減輕其刑，除有違法或濫用情事外，不得執為提起第三審上訴之理由。上訴人所犯之本案製造第三級毒品罪何以無從適用刑法第59條酌減其刑，已經原判決說明甚詳（見原判決第11至12頁），經核於法並無不合，亦無濫用裁量職權之違誤。至於上訴意旨㈡所指各節，或已經原判決裁量應否適用刑法第59條時審酌及之，或單純屬量刑事由，不影響於原判決關於此部分之判斷，同非適法之上訴第三審理由。

㈢刑之量定及數罪併罰之應執行刑之酌定，係事實審法院得依職權裁量之事項，倘其所量定或酌定之刑並未逾越法律所規定之範圍（即裁量權行使之外部性界限），亦未違反比例、公平及罪刑相當原則（即裁量權行使之內部性界限），即不得任意指為違法，而執為上訴第三審之適法理由。原判決就製造第三級毒品部分，於科刑時已具體審酌刑法第57條所定之一切情狀，而為量刑（見原判決第13、14頁），難謂有逾越法律規定範圍或濫用權限、輕重失衡之情形；所定之執行刑，亦已有相當之寬減，於同法第51條第5款之規定，並無不合，亦無明顯偏重而濫用裁量職權之違法情形。上訴意旨㈢係就原審裁量職權之適法行使，依憑己見，重為爭執，自非合法之上訴第三審理由。

五、依上說明，本件上訴違背法律上之程式，應予駁回。上訴人此部分之上訴既應從程序上駁回，則其請求適用刑法第59條規定減輕其刑，本院無從審酌，附此敘明。

貳、不得上訴第三審即持有第三級毒品純質淨重5公克以上部分：

一、刑事訴訟法第376條第1項各款所規定之案件，經第二審判決者，除第二審法院係撤銷第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，並諭知有罪之判決，被告或得為被告利益上訴之人得提起上訴外，其餘均不得上訴於第三審法院。

二、本件第一審判決事實一⑴部分，第一審係論處上訴人犯毒品條例第11條第5項之持有第三級毒品純質淨重5公克以上罪刑；上訴人不服第一審判決，提起第二審上訴後，原審維持第一審關於此部分之科刑判決，駁回上訴人在第二審之上訴，核屬刑事訴訟法第376條第1項第1款所列不得上訴於第三審法院之案件，依上開說明，自不得上訴於第三審法院。上訴人猶對之提起上訴，為法所不許，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　　115　　年　　5　　月　　27　　日

刑事第七庭審判長法　官　林瑞斌

法　官　洪兆隆

法　官　吳冠霆

法　官　高文崇

法　官　陳芃宇

本件正本證明與原本無異

書記官　林明智

中　　華　　民　　國　　115　　年　　6　　月　　3　　日