

最高法院刑事判決

114年度台上字第812號

上訴人 馬明雄

選任辯護人 黃俊嘉律師

陳秉宏律師

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11月5日第二審判決（113年度上訴字第555號，起訴案號：臺灣橋頭地方檢察署111年度偵字第7902、9483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、本件原審以上訴人馬明雄經第一審判決，論處如其附表二編號1至9所示販賣第二級毒品共9罪刑，均為相關沒收宣告，並定應執行刑後，上訴人提起上訴，並明示關於第一審判決附表二編號1、3、4、6至9所示部分，僅就刑之部分提起上訴，其餘部分全部上訴。經原審審理結果，(一)撤銷第一審判決關於其附表二編號2、5所示部分之科刑判決，改判論處上訴人如原判決附表二編號2、5所示販賣第二級毒品未遂共2罪刑，及宣告沒收。(二)維持第一審判決關於如其附表二編號1、3、4、6至9所示販賣第二級毒品部分所處之刑之判決，駁回其此部分在第二審之上訴。並就上開撤銷改判部分所處

01 之刑，與上訴駁回部分所處之刑，定其應執行之刑。原判決
02 (一)就其附表二編號2、5所示部分，已詳敘認定犯罪事實所憑
03 證據及理由。並對上訴人之自白，如何與事實相符，為可採
04 信，依據卷內資料予以說明。(二)就第一審判決附表二編號
05 1、3、4、6至9所示部分，已詳敘審酌所憑之依據及判斷之
06 理由。

07 三、刑及執行刑之量定，均屬為裁判之法院裁量之職權。

08 (一)原判決已敘明第一審判決就上訴人所犯如其附表二編號1、
09 3、4、6至9所示販賣第二級毒品罪，依毒品危害防制條例第
10 17條第2項規定減輕其刑後，以其之責任為基礎，分別具體
11 斟酌刑法第57條所列各款事項，而為量刑，核屬妥適，予以
12 維持。並就上訴人所犯如原判決附表二編號2、5所示販賣第
13 二級毒品未遂罪，依刑法第25條第2項規定減輕其刑後，以
14 其之責任為基礎，分別具體斟酌刑法第57條所列各款事項，
15 而為量刑，及依刑法第51條第5款規定，就上述9罪所處之
16 刑，定其應執行之刑。既未逾越法定刑度，亦無違背公平正
17 義之情形，屬裁量職權之適法行使，尚難指為違法。

18 (二)上訴意旨以：1.第一審判決就其附表二編號2、5所示部分，
19 依序判處上訴人有期徒刑10年6月、10年7月。原判決予以撤
20 銷改判，卻判處上訴人相同之有期徒刑5年6月，有違平等原
21 則。2.上訴人就第一審判決附表二編號1、3、4、6至9所示
22 販賣第二級毒品部分，於偵查及審判中均自白認罪，節省司
23 法資源。惟第一審所處之刑，除編號1、3、4所示部分略輕
24 於有期徒刑5年6月外，其餘部分均屬過重，架空毒品危害防
25 制條例第17條第2項之美意。且原判決就此部分均未如同附
26 表二編號2、5所示部分記載量刑之理由，不但違反平等、比
27 例原則，並有理由矛盾之違法。3.原判決就其撤銷改判部分
28 所處之刑，與上訴駁回部分所處之刑，合併定其應執行之
29 刑，違反本院向來不合併定應執行刑之作法，侵害上訴人憲
30 法所保障之正當法律程序等語。

01 (三)惟查：原審已具體斟酌刑法第57條所列各款事項，合法行使
02 其量刑裁量權限。關於第一審判決附表二編號1、3、4、6至
03 9所示販賣第二級毒品部分，亦已詳敘第一審之量刑，核屬
04 妥適，予以維持之理由。顯無上訴意旨所指未記載量刑理由
05 及理由矛盾之違法情形。又裁判確定前犯數罪者，除有第50
06 條第1項但書各款所列情形外，併合處罰之；數罪併罰，分
07 別宣告其罪之刑，依第51條各款規定，定其應執行之刑；刑
08 法第50條第1項、第51條分別定有明文。關於數罪併罰之案
09 件，事實審法院向來係於個案判決同時就各罪之宣告刑，定
10 其應執行之刑。惟數罪併罰案件，上訴本院後，其中一部分
11 撤銷改判，一部分因上訴不合法律上之程式而駁回，本院向
12 來不合併定其應執行之刑，而應由該案犯罪事實最後判決之
13 法院所對應之檢察署檢察官，依刑法第53條、刑事訴訟法第
14 477條第1項之規定，聲請法院裁定定其應執行之刑。又本院
15 對於同一判決，以其數個罪刑之宣告，而未定其應執行之刑
16 之上訴案件，亦秉持檢察官得依上開規定，聲請該法院裁定
17 定其應執行之刑為由，認不得執此為合法之第三審上訴理
18 由。則數罪併罰之案件，應於何時定刑為當，事實審法院能
19 否先不於個案判決時定刑，俟被告所犯數罪全部確定後，再
20 由檢察官聲請該管法院定刑。本院刑事大法庭110年度台抗
21 大字第489號裁定理由三之(五)對此特為說明，關於數罪併罰
22 之案件，如能俟被告所犯數罪全部確定後，於執行時，始由
23 該案犯罪事實最後判決之法院所對應之檢察署檢察官，聲請
24 該法院裁定之，無庸於每一個案判決時定其應執行刑，則依
25 此所為之定刑，不但能保障被告（受刑人）之聽審權，符合
26 正當法律程序，更可提升刑罰之可預測性，減少不必要之重
27 複裁判，避免違反一事不再理原則情事之發生等旨，俾事實
28 審法院有所遵循，無須於每一個案判決時定其應執行刑。然
29 此非謂被告所犯數罪全部確定前，事實審法院審酌個案情
30 節，於判決同時定其應執行之刑係屬違法，不容混淆。原判
31 決就其撤銷改判部分所處之刑，與上訴駁回部分所處之刑，

01 定應執行刑，不生違法問題。執此指摘，並非上訴第三審之
02 適法理由。其餘所述，核係就原審量刑裁量之職權行使、原
03 判決已斟酌說明及於判決無影響之事項，以自己之說詞，而
04 為指摘，皆非適法上訴第三審之理由。

05 四、依上所述，本件上訴違背法律上之程式，應予駁回。

06 據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

07 中 華 民 國 114 年 2 月 12 日

08 刑事第五庭審判長法官 李英勇

09 法官 林庚棟

10 法官 林怡秀

11 法官 劉興浪

12 法官 楊智勝

13 本件正本證明與原本無異

14 書記官 林修弘

15 中 華 民 國 114 年 2 月 14 日