最高法院刑事判決

115年度台上字第2143號

上　訴　人　林至廷

上列上訴人因違反毒品危害防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國115年1月27日第二審判決（114年度上訴字第5752號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署114年度偵字第5009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，且必須依據卷內訴訟資料為具體之指摘，並足據以辨認原判決已具備違背法令之形式者，始屬相當。本件原審綜合全案證據資料，本於事實審法院之推理作用，認定上訴人林至廷有其事實欄所載，於民國113年12月4日21時57分許、同年月6日17時25分許，均在新北市新店區安德街70號統一超商前，各以新臺幣4000元之價格，販賣2顆含第二級毒品依托咪酯菸油之毒品菸彈給黃楷翔之販賣第二級毒品犯行2次。因而撤銷第一審之科刑判決，改論上訴人以販賣第二級毒品2罪，依刑法第59條酌減其刑後，各量處有期徒刑2年10月，應執行有期徒刑3年6月，並為相關沒收（銷燬）、追徵之諭知，已詳述其憑以認定之證據及理由，核其所為之論斷，俱有卷存證據資料可資覆按，從形式上觀察，原判決尚無足以影響其判決結果之違背法令情形存在。

二、上訴意旨略以：伊僅有2次販賣毒品犯行，交易數量及價格非鉅，顯然是施用毒品同儕間偶發之零星交易，應屬憲法法

庭112年憲判字第13號判決所稱「情節極為輕微」，縱適用刑法第59條規定酌減其刑，仍嫌情輕法重之情況。且伊為警查獲時即坦承犯行，應依量刑減讓原則予以科刑上之酌減。再者，伊所犯數罪犯罪類型相同、行為態樣、手段、動機均相似，於併合處罰時，其責任非難重複之程度更高，更應酌定較低之應執行刑。原判決疏未考量上情，定應執行有期徒刑3年6月，量刑恐有不當等語。

三、惟（1）憲法法庭112年憲判字第13號判決係認，因毒品危害防制條例就販賣第一級毒品者，一律以無期徒刑為最低法定刑，就情節極為輕微，顯可憫恕之個案，縱適用刑法第59條規定酌減其刑，仍嫌情輕法重，致罪責與處罰不相當。於此範圍內，對人民受憲法第8條保障人身自由所為之限制，不符憲法罪刑相當原則，牴觸憲法第23條比例原則。顯係針對一律以無期徒刑為最低法定刑之販賣第一級毒品罪所為之解釋，是以販賣第二級、第三級毒品者，即非上開憲法法庭判決適用之對象。（2）刑之量定（含定應執行刑），屬法院得依職權自由裁量之事項，若於量刑時，已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列一切情狀，在法定刑度之內予以裁量，又未濫用其職權，所量之刑（含定應執行刑）亦無違公平、比例、罪刑相當原則者，即不得遽指為違法。原判決依毒品危害防制條例第17條第2項、刑法第59條規定遞減輕其刑後，以上訴人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列一切情狀，就其2次販賣第二級毒品犯行，各量處有期徒刑2年10月，再考量各項定應執行刑因素，定應執行有期徒刑3年6月，核未逾越法定刑度，亦無違公平、比例、罪刑相當原則，及無濫用裁量權之情形，自不容任意指為違法。上訴意旨均非依據卷內資料具體指摘原判決究有如何違背法令之情形，徒執本案犯行無從適用之上開憲法法庭判決及依憑主觀，就原審量刑職權之適法行使任意指摘，顯不足據以辨認原判決已具備違背法令之形式。揆之首揭規定及說明，其上訴為違背法律上之程式，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　　7　　月　　30　　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　鄭富城

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　　115　　年　　8　　月　　4　　日