最高法院刑事判決

115年度台上字第2670號

上　訴　人　陳芷蕎

選任辯護人　吳剛魁律師
　　吳岳龍律師
　　陳廷彥律師
上　訴　人　黃曼綾

上列上訴人等因違反毒品危害防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國115年2月4日第二審判決（114年度上訴字第888號，起訴案號：臺灣高雄地方檢察署112年度偵字第15318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。至判決有無違法，與上訴是否以違法為理由，係屬二事。

二、原判決以上訴人陳芷蕎、黃曼綾(以下合稱上訴人等)有如第一審判決事實欄所載犯行，以及所犯罪名，因而維持第一審關於上訴人等所處之刑部分之判決，駁回上訴人等在第二審之上訴(上訴人等均明示僅就量刑之一部上訴)。從形式上觀察，並無足以影響判決結果之違法情形存在。

三、上訴意旨略稱：

(一)陳芷蕎部分：

1. 陳芷蕎與蔡宗權(已歿，另經檢察官為不起訴處分)於事發時，為男女朋友關係，陳芷蕎協助分裝毒品之目的，主觀上係為供自己與蔡宗權施用，並無共同製造毒品咖啡包之犯意；又陳芷蕎僅單純協助分裝毒品，對於蔡宗權所製造之毒品咖啡包粉末，其內混合4-甲基甲基卡西酮、硝甲西泮、甲基-N,N-二甲基卡西酮、氯甲基卡西酮、3,4-亞甲基雙氧苯基二甲胺戊酮成分之情，並不知悉，且陳芷蕎於偵查及審理時，亦未明確表達其是否承認知悉此情。原判決未予詳查，遽認陳芷蕎已經自白包含知悉混合二種以上之第三級毒品之全部犯罪事實，而論以共同製造第三級毒品而混合二種以上之毒品罪，其採證認事違反證據法則，並有適用法則不當之違誤。

2. 陳芷蕎罹患注意力不足過動症、邊緣型人格障礙症，且成長過程坎坷，缺乏父母關愛，其後又因不慎接觸毒品，而產生自我否定等負面性格，且陳芷蕎於事發時，僅單純協助蔡宗權分裝毒品咖啡包，與黃曼綾受僱於蔡宗權分裝毒品之情形不同，亦與職業毒梟、製毒工廠之情形有別，依其犯罪情節，足認倘處以所犯之罪，經依毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑後之法定最低度刑，在客觀上仍足以引起一般人之同情，而有可堪憫恕之情，並參酌憲法法庭112年憲判字第13號判決意旨，應依刑法第59條規定予以酌量減輕其刑，始符合罪責相當原則。原判決未審酌上情，未酌予減輕其刑，有理由不備及適用法則不當之違誤。

3. 陳芷蕎因罹有重度憂鬱症、創傷壓力症候群、注意力不足過動症、邊緣性人格障礙症，致其為意思表示或受意思表示，或辨識其意思表示效果之能力，顯有不足。經其母聲請准予對於陳芷蕎為輔助宣告後，業經臺灣高雄少年及家事法院(下稱高雄少家法院)115年度輔宣字第27號裁定准許，並宣告陳芷蕎為受輔助宣告之人。原審未依職權調取該案之卷證

資料，以資釐清與刑法第57條科刑輕重有關之生活狀況、品行及智識程度等事項，並究明陳芷蕎是否符合刑法第19條所定責任能力完全欠缺或顯著減低之要件，或有刑法第59條所定情堪憫恕之情，遽為判決，有調查職責未盡之違法。

(二)黃曼綾部分：原判決適用法律容有違誤，難以甘服。

四、經查：

(一)刑事訴訟法第348條第3項規定，容許上訴權人僅針對判決之刑、沒收或保安處分一部提起上訴，其未表明上訴之犯罪事實認定、論罪部分，原則上不在上訴審之審查範圍。因此，若以就第二審設定上訴攻防範圍以外之部分，據為提起第三審上訴之理由，即與當事人自行設定攻防範圍之旨有違，亦與審級制度之目的不合，自非適法之第三審上訴理由。

原判決載敘：陳芷蕎不服第一審判決提起上訴，明示僅就第一審判決所為之量刑一部提起上訴，依上開規定，原審審理範圍僅限於第一審判決關於陳芷蕎所處之刑之旨。陳芷蕎此部分上訴意旨，泛言指稱：原判決認定其有共同製造第三級毒品而混合二種以上之毒品犯行，有採證認事違反證據法則及適用法則不當之違誤云云，並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決就此審理範圍所為之論敘說明，有何違背法令之情形，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。

(二)刑法第59條規定：「犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，得酌量減輕其刑。」乃實體法上賦予法院得為裁量之事項，且以於犯罪之情狀顯可憫恕，在客觀上足以引起一般人之同情，認為即予宣告法定最低度刑，猶嫌過重者，始有其適用。此所謂法定最低度刑，固包括法定最低本刑；惟遇有其他法定減輕之事由者，則應係指適用其他法定減輕事由減輕其刑後之最低度刑而言。因此，應於所犯之罪依法減輕其刑後，審酌是否符合上開酌量減輕其刑之規定。至於憲法法庭112年憲判字第13號判決意旨所揭釋：法院審理諸如無其他犯罪行為，且依其販賣行為態樣、數量、對價

等，可認屬情節極為輕微，顯可憫恕，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之個案，除依刑法第59條規定減輕其刑外，另得依該判決意旨減輕其刑至二分之一等旨，係針對「販賣第一級毒品罪」之個案而言，其判決效力僅限主文及其主要理由，並僅以宣告適用上違憲之範圍為限，無從比附援引於其他與毒品相關之罪。

原判決說明：陳芷蕎參與製造毒品咖啡包之時間，將近1個月，且為警查獲之毒品咖啡包數量，高達153包，顯非零星製造或偶然犯罪，依其犯罪情狀，難認有何特殊之原因或環境，在客觀上足以引起一般人之同情。況陳芷蕎所犯之罪，經依毒品危害防制條例第9條第3項規定加重其刑，再依同條例第17條第2項規定減輕其刑後，其法定最低刑度已大幅降低，亦無法重情輕之情等旨，因認不符刑法第59條酌量減輕其刑規定，且無從比附援引憲法法庭112年憲判字第13號判決意旨而予酌量減輕其刑。依上開說明，於法並無不合。

又本院為法律審，應以第二審判決所確認之事實為基礎，據以判斷第二審判決是否違背法令，故於第二審判決後，原則上不得主張新事實或提出新證據，作為提起第三審上訴之理由。陳芷蕎提出財團法人台灣省私立高雄仁愛之家附設慈惠醫院心理門診檢查報告(民國115年5月20日)、診斷證明書(115年5月22日)、高雄少家法院115年度輔宣字第27號民事裁定等資料，主張其應符合刑法第59條酌量減輕其刑規定一節，係於上訴本院後，始提出新證據，本院無從調查、審酌，且不能因此逕認原判決違法，或指摘其理由不備。陳芷蕎此部分上訴意旨，任意指摘：原判決未參酌憲法法庭112年憲判字第13號判決意旨，依刑法第59條規定予以酌量減輕其刑，有適用法則不當及理由不備之違誤云云，或係就原審量刑職權行使之事項，徒憑己見，任意指為違法，或係於上訴本院後提出新證據，均非適法之上訴第三審理由。

(三)刑事訴訟法所稱依法應於審判期日調查之證據，係指與待證事實有重要關係，在客觀上顯有調查必要性之證據而言，故

範圍並非漫無限制，必其證據與判斷待證事實之有無，具有關聯性，得據以推翻原判決所確認之事實，而為不同之認定，方屬之。

參之卷內訴訟資料，陳芷蕎及其原審辯護人於原審審理時，僅請求依刑法第59條規定予以酌減其刑，惟並未聲請調查證據，嗣經原審審判長於審判期日調查相關科刑資料後，詢以：「尚有無其他科刑證據資料提出或聲請調查？」陳芷蕎及其原審辯護人仍均答稱：「沒有」。原審因認相關科刑資料已臻完足，而未再依職權贅為其他無益之調查，不得任意指摘違法。至陳芷蕎提出高雄少家法院115年度輔宣字第27號民事裁定，指摘原審未依職權調取該案卷證資料，而有調查職責未盡之違法一節，係於上訴本院後，始提出新證據，並主張新事實，本院無從調查、審酌，且不能因此逕認原判決違法。陳芷蕎此部分上訴意旨，漫言指摘：原判決未依職權調查證據違法云云，並非依據卷內訴訟資料而為具體指摘，難認是合法上訴第三審之理由。

(四)黃曼綾上訴意旨僅泛稱：原判決適用法律容有違誤云云，並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決究不適用何種法則或如何適用不當，與法律所規定得合法上訴第三審之理由，不相適合。

五、上訴人等以上及其餘上訴意旨，均未依據卷內訴訟資料具體指摘原判決有何違背法令之情形，或係置原判決已明白論敘說明之事項於不顧，或係就事實審法院量刑裁量職權之合法行使，徒以自己說詞，任意指為違法，俱難認已符合首揭法定之上訴要件。應認本件上訴人等之上訴，均為違背法律上之程式，予以駁回。

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　　8　　月　　6　　日

刑事第三庭審判長法　官　李錦樑

法　官　周政達

法　官　蘇素娥

法　官　楊皓清

法　官　吳秋宏

本件正本證明與原本無異

書記官　林君憲

中　　華　　民　　國　　115　　年　　8　　月　　10　　日