最高法院刑事判決

115年度台上字第315號

上　訴　人　柯回松

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11月20日第二審判決（114年度上訴字第1098號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署114年度偵字第13515、17314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、原判決以第一審判決所認定上訴人柯回松有如第一審判決犯罪事實欄（包含其附表〈下稱附表〉一編號1至5）所載犯行，以及所犯罪名，因而維持第一審關於上訴人所處之刑(包含所定應執行刑)部分之判決，駁回上訴人明示僅就量刑一部在第二審之上訴。已詳細敘述第一審判決之量刑，並無違誤，應予維持之理由。

三、上訴意旨略以：

㈠原判決據以認定上訴人成立累犯之前案，係犯施用第二級毒品罪，與本件所犯販賣第二級毒品罪之類型、罪質、手段及侵害法益不同，難認上訴人有特別惡性或對刑罰反應力薄弱之情事，不符刑法第47條第1項累犯加重其刑規定之要件。

況檢察官未具體主張、舉證上訴人有何特別惡性及對刑罰反應力薄弱等應加重其刑之具體事項。參以上訴人前次犯罪行為已受有期徒刑之執行，若再將前次犯罪行為納入本次犯罪行為一併評價，再予加重其刑，違背雙重處罰禁止原則。原判決遽認上訴人所犯附表一編號1、2所示各罪均為累犯，並依刑法第47條第1項規定加重其刑，有適用法則不當及理由欠備之違誤。

㈡依上訴人坦承犯行，深感悔悟，且其販賣對象單一，交易金額不多，僅係居中聯繫等情，參酌憲法法庭112年憲判字第13號判決意旨，若科以所犯毒品危害防制條例第4條第2項之販賣第二級毒品罪、毒品危害防制條例第4條第6項、第2項之販賣第二級毒品未遂罪，經依法減輕其刑後之最低法定刑，猶嫌過重，客觀上足以引起社會一般人之同情，而顯可憫恕，符合刑法第59條酌量減輕其刑之規定。原判決未據以酌減其刑，且未詳酌刑法第57條各款所列量刑輕重應審酌之事項，致量刑(包含定應執行刑)過重，違反罪刑相當原則，並有適用法則不當之違法。

四、經查：

㈠司法院釋字第775號解釋意旨係指明，如不問被告成立累犯之前案情節，是否有其特別惡性及對刑罰反應力薄弱等立法理由所指因素，即一律加重最低本刑，有違憲法罪刑相當及比例原則。並未排除法院於認定被告符合累犯之規定後，仍得就個案行使裁量權，檢視是否加重其刑，與被告前後所犯各罪之罪名、罪質是否相同，並無必然之關聯。又被告構成累犯之事實及應加重其刑之事項，若檢察官已主張並具體指出證明之方法，經法院踐行調查、辯論程序，自得作為論以累犯及是否加重其刑之裁判基礎。倘法院依職權裁量結果，認為依累犯規定加重被告之刑不致發生違反罪刑相當原則而過苛，因而依累犯規定加重其刑，且已敘明其理由者，不能遽指為違法。

原判決說明：上訴人前因施用毒品等案件，經裁定合併定應執行刑，於民國108年9月2日執行完畢。其於受徒刑之執行完畢後，5年以內故意再犯附表一編號1、2所示有期徒刑以上之各罪，均為累犯。審酌上訴人構成累犯之前案與本件均為違反毒品危害防制條例案之犯罪，且本件犯罪情節較前案更為嚴重，足見其對於刑罰之反應力較為薄弱。檢察官聲請依司法院釋字第775號解釋意旨及刑法第47條第1項規定加重其刑，並提出補充理由書說明：上訴人有刑罰反應力薄弱之情形等語，應屬有據，尚無致上訴人所受之刑罰超過其所應負擔罪責之情形，除法定刑為無期徒刑部分依法不得加重外，應依刑法第47條第1項規定，就上訴人所犯附表一編號1、2所示各罪，均加重其刑之旨。依上開說明，於法尚無不合。此部分上訴意旨猶執前詞，任意指摘：原判決就附表一編號1、2所示犯行所犯之罪，依刑法第47條第1項累犯之規定加重其刑，有違司法院釋字第775號解釋意旨，並有適用法則不當之違法云云，與法律所規定得合法上訴第三審之理由，不相適合。

㈡刑法第59條酌量減輕其刑，乃實體法上賦予法院得為裁量之事項，且以於犯罪之情狀，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期，猶嫌過重者，始有其適用。

又憲法法庭112年憲判字第13號判決意旨，係指販賣「第一級毒品」犯行，除依刑法第59條規定酌量減輕其刑外，另得依該判決意旨減輕其刑至二分之一者，以無其他犯罪行為，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之情形者為限。

原判決說明：上訴人所犯附表一編號1至4所示販賣第二級毒品合計4罪，以及附表一編號5所示販賣第二級毒品未遂罪。倘科以所犯毒品危害防制條例第4條第2項販賣第二級毒品罪、毒品危害防制條例第4條第6項、第2項之販賣第二級毒

品未遂罪，經依法加重、（遞）減輕其刑後之最低法定刑，參酌上訴人販賣金額各為新臺幣5,000元（3次）、5,500元、2萬9,000元（未遂）等情，並無情輕法重、情堪憫恕之特殊狀況，客觀上不足以引起一般人之同情，不符刑法第59條酌量減輕其刑規定之旨。依上開說明，於法並無不合。又憲法法庭112年憲判字第13號判決意旨，係針對毒品危害防制條例第4條第1項販賣「第一級」毒品罪，於「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，顯可憫恕之個案，縱適用刑法第59條規定酌減其刑，仍嫌情輕法重」而言。本件上訴人係販賣「第二級」毒品，法定刑度與第一級毒品有別。至於上訴意旨所引用本院112年度台上字第2567號、第3591號、第3132號判決意旨，係指依犯罪情節，若科以所犯法條之最低法定刑，尚嫌情輕法重，顯可憫恕，符合刑法第59條酌量減輕其刑之規定之情形，無從逕予比附援引，遽指原判決違法。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，而未適用刑法第59條規定酌減其刑違法云云，並非適法之第三審上訴理由。

㈢量刑之輕重及應執行刑之酌定，係屬事實審法院得依職權裁量之事項，倘未逾越法律所規定之範圍，又未違背罪刑相當原則，即不得任意指摘為違法。又於酌定應執行刑時，衡酌罪責相當及特別預防之刑罰目的，具體審酌整體犯罪過程之各罪關係（例如各行為彼此間之關聯性〈數罪間時間、空間、法益之密接程度及異同性〉、所侵害法益之專屬性或同一性、數罪對法益侵害之加重效應等）及罪數所反映行為人人格及犯罪傾向、施以矯正之必要性等情狀綜合判斷，倘未違背同法第51條各款所定之方法或範圍（即法律之外部性界限），亦無明顯違背公平、比例原則或整體法律秩序之理念（即法律之內部性界限），或明顯濫用其權限情形，即不得單憑主觀，任意指摘為違法，而執為合法上訴第三審之理由。

原判決說明：第一審判決審酌上訴人販賣毒品之數量、次數、對象、金額，以及犯後坦承犯行之態度等一切情狀，而為量刑，並合併定應執行刑，尚稱妥適之旨，而予以維持。已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列情形，據以量刑，且酌定之應執行刑有期徒刑6年2月，已考量數罪併罰定應執行刑係採限制加重原則，隨罪數增加遞減其刑罰。既未逾越法律所規定之範圍（即裁量權行使之外部性界限），亦無違反比例、公平及罪刑相當原則（即裁量權行使之內部性界限），又未濫用裁量之權限，即不得任意指為違法。此部分上訴意旨，猶泛詞指摘：原判決所為量刑（包含定應執行刑）過重違法云云，亦非適法之第三審上訴理由。

五、綜上，上訴意旨係就原審量刑（包含定應執行刑）裁量職權之適法行使，以及原判決已明確論斷說明之事項，徒憑己見，再事爭論，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。應認本件上訴均為違背法律上之程式，予以駁回。至上訴意旨請求本院依刑法第59條規定酌量減輕其刑一節，因本件係以上訴不合法律上之程式，予以駁回，無從審酌，併予敘明。

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　　2　　月　　26　　日

刑事第三庭審判長法　官　李錦樑

法　官　蘇素娥

法　官　洪于智

法　官　吳秋宏

法　官　周政達

本件正本證明與原本無異

書記官　王怡茹

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　3　　日