

最高法院刑事判決

108年度台上字第3639號

上訴人 ADRIEN HENRI RENE VIGOUROUX(法國籍)

選任辯護人 王聰智律師

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院中華民國107年11月28日第二審判決（107年度上訴字第2796號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署106年度偵字第26120號、107年度偵字第2588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、本件原判決認定上訴人ADRIEN HENRI RENE VIGOUROUX有其事實欄所載與Jenkins Jonathan Dunning（美國籍，下稱Jenkins，經檢察官另案通緝）共同運輸第二級毒品大麻及私運管制物品進口之犯行，因而維持第一審依想像競合犯從一重論處上訴人共同運輸第二級毒品罪刑（經依毒品危害防制條例第17條第2項減刑，處有期徒刑3年10月），而駁回上訴人此部分在第二審之上訴；另撤銷第一審關於沒收之宣告，改判為相關沒收之宣告。已詳敘調查證據之結果及憑以認定各該犯罪事實之心證理由。

三、上訴意旨略以：

（一）上訴人同意Jenkins從美國無償寄送大麻給自己施用，就上訴人瞭解，在法國僅成立持有、施用毒品罪，而不會與寄送毒品者成立共同運輸毒品罪，是上訴人實無從知悉依我國刑法之理論及實務判決本件會構成共同運輸毒品罪，自有刑法

第16條所規定違法性錯誤之情形，縱非屬無法避免而不能阻卻犯罪之成立，然以上訴人犯行之可難性確低於通常者，亦應有刑法第16條但書減輕其刑之適用，原判決未予敘明何以本案不適用該條減刑之規定，自有判決不適用法則及不載理由之違背法令。

- (二)原判決以完全非上訴人所得控制、決定之大麻數量作為唯一判準並認為適用刑法第59條不得參酌刑法第57條所列各款之事項，進而未適用刑法第59條之規定對上訴人予以減輕其刑並給予緩刑之宣告，除裁量失當，亦有不適用法則、適用不當及違反比例原則、公平原則而不符罪刑相當原則之違誤。

四、惟按：

- (一)刑法第16條規定：「除有正當理由而無法避免者外，不得因不知法律而免除刑事責任。但按其情節，得減輕其刑。」該條所規定之違法性錯誤之情形，採責任理論，亦即依違法性錯誤之情節，區分為有正當理由而無法避免者，應免除其刑事責任，而阻卻犯罪之成立，至非屬無法避免者，則不能阻卻犯罪成立，僅得按其情節減輕其刑之不同法律效果。惟究有無該條所定情形而合於得免除或減輕其刑者，係以行為人欠缺「違法性認識」為前提；所謂「違法性認識」係指行為人對於其行為有法所不容許之認識，不以行為人確切認識其行為之處罰規定或可罰性為必要，祇須行為人知其行為違反法律規範，即有違法性認識。查上訴人於民國106年12月21日自白狀中坦承其來臺近5年有施用大麻習慣並未戒治、知道在臺灣施用大麻是違法且價格昂貴，雖知Jenkins提議從美國以國際包裹運送之方式寄至臺灣之舉似有觸法之疑慮，惟基於僥倖之心態未為拒絕等語（見106年度偵字第26120號卷第61至62頁）、於第一審訊問時亦供稱：對於運輸第二級毒品大麻以及違反懲治走私條例的部分，我知道這樣是違法的，但是確實不知道這個處罰在臺灣會這麼嚴重等語（見第一審卷第5至6頁），依此難謂上訴人不知運輸第二級毒品大麻以及私運管制毒品大麻進口係觸犯刑罰法令，其有違法性

之認識無疑，亦無從認其所為有正當理由或無可避免，自無刑法第16條規定之適用。原判決就此雖未說明不符該條規定免除或減輕其刑之理由，究於判決本旨不生影響，仍與理由不備之情形有間，並無上訴意旨(一)所指違法之情形。

(二)刑之量定及刑法第59條之酌量減輕其刑，同屬法院得依職權裁量範疇。原判決已引用第一審之理由，說明上訴人之犯罪情狀尚難認有何顯可憫恕之情，且經依偵審自白減輕事由後，亦無情輕法重之憾，自無再適用刑法第59條酌量減輕其刑規定適用之理由，並認以第一審已以上訴人之責任為基礎，斟酌刑法第57條所列各款之事項而為量刑，並無不當；復補充敘明何以駁回上訴人提起第二審上訴請求適用刑法第59條、為緩刑宣告之理由（見原判決第5至6頁）。既未逾越法定刑範圍，亦無違背公平正義，均難指為違法，且對於上訴人上訴於原審之事由，認係屬刑法第57條所列量刑時應審酌之事項，又既列為量刑之事項，即不再將之列入酌減其刑之事項，至於不再適用刑法第59條酌減其刑，則係審酌上訴人之犯行、情狀及經減刑後，認已無情輕法重及顯可憫恕之情狀，並非僅以進口大麻的數量為唯一依據，又宣告刑既已超過2年，即與緩刑宣告之要件不符，並無上訴意旨(二)所指違法之情形。

五、經核上訴意旨係對原審採證認事職權及量刑之適法行使，或原判決已說明之事項，徒憑己見任意爭執，與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合。應認上訴違背法律上之程式，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 108 年 11 月 13 日

最高法院刑事第七庭

審判長法官 陳 世 雄

法官 段 景 榕

法官 鄧 振 球

法官 汪 梅 芬

01 法官 吳 進 發
02 本 件 正 本 證 明 與 原 本 無 異
03 書 記 官
04 中 華 民 國 108 年 11 月 19 日