

最高法院刑事判決

111年度台上字第1182號

上訴人 楊承霖

選任辯護人 魏宏哲律師

上訴人 余武恒

選任辯護人 李春卿律師

洪翰中律師

洪俊誠律師

上訴人 徐明雄

上列上訴人等因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國110年9月28日第二審判決（110年度上訴字第686號，起訴案號：臺灣南投地方檢察署109年度偵字第884、885、941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

01 背法律上之程式，予以駁回。至原判決是否違法，與上訴是
02 否以違法為理由，係屬二事。

03 二、本件原審審理結果，認定上訴人楊承霖、余武恒及徐明雄有
04 原判決事實欄一所記載共同運輸管制物品即第二級毒品大麻
05 及第三級毒品愷他命之犯罪事實。因而撤銷第一審關於楊承
06 霖、余武恒部分之科刑判決，改判仍依想像競合犯規定，從
07 一重論處楊承霖、余武恒共同運輸第二級毒品各罪刑（楊承
08 霖，累犯），及諭知相關之沒收；並維持第一審依想像競合
09 犯規定，從一重論處徐明雄共同運輸第二級毒品罪刑，及諭
10 知相關沒收之判決，駁回其在第二審之上訴，均已詳述調查
11 、取捨證據之結果，及認定犯罪事實之心證理由。

12 三、上訴意旨略稱：

13 (一)楊承霖部分：

- 14 1.楊承霖前案為酒後駕車，與本案運輸毒品之犯罪型態及侵害
15 法益殊異。原審誤解司法院釋字第775號解釋，仍依刑法第4
16 7條第1項規定加重其刑，有適用法則不當之違法。
- 17 2.原審以楊承霖為累犯，依刑法第47條第1項加重其刑，惟量
18 處刑度與第一審同為有期徒刑2年10月，足見原審認定楊承
19 霖之犯罪情節較第一審所認定者為輕，依本院108年度台上
20 字第2274號判決意旨，即不能宣告與第一審相同之刑度，否
21 則，即違反不利益變更禁止原則，有適用法則不當之違法。
- 22 3.原審就楊承霖部分，雖依修正前毒品危害防制條例（下稱毒
23 品條例）第17條第1項、第2項規定遞減輕其刑，惟楊承霖為
24 本案中罪質最輕者，而所減幅度卻非最多，顯與比例原則及
25 平等原則相悖，有不適用法則之違法。
- 26 4.楊承霖經濟狀況不佳，為照顧家中2名幼女而犯案，然其所
27 運輸之毒品未進入市面，未造成實際危害，原審未依刑法第
28 59條規定酌減其刑，有適用法規不當之違法。

29 (二)余武恒部分：

- 30 1.原判決附表編號3部分僅有余武恒與共同被告之自白，而無
31 其他補強證據，依法應為無罪，原判決遽為有罪，採證違法

，亦違反無罪推定原則。

2. 收件人為葉芸、黃俊蒼之包裹部分，余武恒為自首，有法務部調查局航業調查處函在卷可參，原審未依刑法第62條規定減刑，有不適用法則之違法。

3. 余武恒經檢調單位同意為汙點證人，原審未予查明，並依證人保護法第14條第1項規定減輕或免除其刑，有調查職責未盡及不適用法則之違法。

4. 原審固依毒品條例第17條第1、2項遞減輕其刑，惟毒品條例第17條第1項係規定減輕或免除其刑，依刑法第66條規定減輕其刑同時有免除其刑之規定者，減輕至2/3，而余武恒所犯毒品條例第4條第2項運輸第二級毒品罪之法定刑為處7年以上有期徒刑，減輕至2/3為28個月，再依毒品條例第17條第2項規定遞減1/2，應為14個月。原判決判處有期徒刑3年1月，於法不合，且違反比例原則，有適用法則不當之違法。

5. 余武恒因母親中風亟需用錢，一時失慮而犯案，惟毒品未流入市面，且其犯罪所得非鉅，又自白認罪並供出毒品來源，其情堪憫恕，應適用刑法第59條規定酌減其刑。

(三) 徐明雄部分：

徐明雄因需支付父親醫藥費，乃接受代收包裹酬勞之要約，而誤觸法網，原審未審酌上開情節已可憫恕，而未酌減其刑，有不適用法則及理由不備之違法。

四、經查：

(一) 證據之取捨與證據之證明力如何，均屬事實審法院得自由裁量、判斷之職權，苟其裁量、判斷，並不悖乎經驗法則或論理法則，且已於判決內論敘其何以作此判斷之心證理由者，即無違法可言。又所謂「補強證據」，係指除被告或被害人陳述本身外，其他足以佐證其陳述之事實確具有相當程度真實性之證據而言；其所補強者，非以事實之全部為必要，只須因補強證據與被告或被害人陳述，相互利用，而足使犯罪事實獲得確信者，即足當之。原判決已說明其附表編號3部分，除依憑上訴人等之自白，及證人即湯智超之證詞外

，尚參酌扣案手寫「俊蒼」、郵件編號「CZ000000000NL」之便條紙等證據資料綜合判斷，而認定上訴人等確有如附表編號3共同運輸第三級毒品愷他命之犯行，並非單以上訴人等及共犯之自白為唯一依據，且觀諸徐明雄與暱稱「伍」之手機簡訊對話截圖所載確曾提及硝甲西洋，中華民國三級管制性藥品，又稱k他命5號等旨（見偵三卷第97頁），則原審以之作為上訴人等自白運輸第三級毒品愷他命之補強證據，不違經驗法則及論理法則，乃其採證認事職權之適法行使，不能任意指摘為違法，余武恒上訴意旨猶指附表編號3部分僅有上訴人等與共犯之自白，無補強證據，原審為有罪判決已違法云云，顯非依據卷證而為指摘，自與法律所規定得上訴第三審之理由不相適合。

(二)關於刑法第47條第1項累犯加重本刑之規定，依司法院釋字第775號解釋意旨，尚不生違反憲法一行為不二罰原則之問題。惟其不分情節，基於累犯者有其特別惡性及對刑罰反應力薄弱等立法理由，一律加重最低本刑，於不符合刑法第59條所定要件之情形下，致生行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪責之個案，其人身自由因此遭受過苛之侵害部分，對人民受憲法第8條保障之人身自由所為限制，不符憲法罪刑相當原則，且牴觸憲法第23條比例原則。於此範圍內，在有關機關依該解釋意旨修正刑法第47條前，為避免發生上述罪刑不相當之情形，法院就該個案應依該解釋意旨，裁量是否加重最低本刑。而細繹前開解釋意旨，祇在法院認為依個案情節應量處最低法定刑，否則若再依累犯規定加重其刑，則有違罪刑相當原則，又無法適用刑法第59條酌量減輕其刑規定之情形，法院始應依該解釋意旨裁量不予加重最低本刑，而宣告最低法定刑，並非謂法院絕對不得依累犯規定加重其刑。原判決已說明參酌司法院釋字第775號解釋意旨，楊承霖如何應依刑法第47條第1項規定論以累犯，並加重其刑之理由，經核於法並無不合，楊承霖上訴意旨謂原判決依刑法第47條第1項規定加重其刑，與司法院釋字第775號解釋意旨不

符云云，而據以指摘原判決不當，尚非適法之第三審上訴理由。

(二) 一行為而觸犯數罪名之想像競合犯在本質上為數罪，僅在科刑上從一重處斷，因此，想像競合犯關於未為偵查機關發覺之部分犯罪事實，自屬刑法第62條所稱「未發覺之罪」文義射程之範圍；再者，如行為人於偵查機關發覺前，主動供出，偵查機關即因行為人之供述，得悉整個犯罪之全貌，進而依法偵辦，自有助益偵查；且其主動申告尚未被發覺部分之罪，擴大犯罪之不法及罪責內涵，依社會通念，多有悔改認過之心。是依文義、體系、歷史及目的性等解釋方法，裁判上一罪之想像競合犯，行為人就未發覺之重罪部分之犯罪事實，主動供出，接受裁判，於從該重罪處斷時，應認有自首減輕其刑規定之適用，始合乎該法條之文義及立法意旨，並符事理之平及國民之法律感情。況法律之所以將想像競合犯規定為科刑上一罪，乃為避免對同一行為過度或重複評價，以符合罪刑相當原則，自無因科刑上從一重處斷之結果，而剝奪行為人享有自首減刑寬典之理。從而，若輕罪部分之犯罪事實先被發覺，重罪部分之犯罪事實自首於後，法院從一重罪處斷時，自得依自首之規定減輕其刑；反之，重罪之犯罪事實發覺於前，輕罪部分自首於後，從一重罪處斷時，因重罪部分非屬自首，固不得依自首規定減輕其刑，但因行為人主動供述輕罪部分之犯罪事實，倘認其確有悔改認過之心，自得資為犯後態度良好、從輕量刑之依據。至於實質上一罪，如接續犯、繼續犯、加重結果犯、結合犯、吸收犯、常業犯或集合犯等，既非裁判上一罪，倘部分犯罪事實已先被發覺，即難認其主動供出其他部分事實仍有自首減輕其刑規定之適用，自不待言。本案原判決已說明余武恒於其附表編號1部分被查獲後，於偵察機關尚不知情前，雖主動供出附表編號2、3部分之犯行，然如何無刑法第62條自首減刑規定之適用，而應於量刑階段為斟酌之理由，經核於法並無不合。且觀諸附表編號1部分（驗前淨重1028.19公克）雖與附表

01 編號2部分（驗前淨重990.03公克）同為運輸第二級毒品大
02 麻，惟附表編號1部分之大麻數量較多，其犯罪情節自屬較
03 重；而附表編號3部分則為運輸第三級毒品愷他命且未運抵
04 我國，仍以附表編號1部分為重罪，雖附表編號1、2、3部分
05 為一行為觸犯數罪名之想像競合犯，然余武恒係就輕罪之附
06 表編號2、3部分自首，而原審係以附表編號1部分之重罪論
07 處罪刑，因此，自無自首減輕其刑規定之適用。余武恒上訴
08 意旨猶指原審未適用自首規定減刑為違法云云，亦非適法之
09 第三審上訴理由。

10 (四) 被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較
11 重於原審判決之刑，但因原審判決適用法條不當而撤銷之者
12 ，不在此限，刑事訴訟法第370條第1項定有明文。原判決以
13 第一審判決就楊承霖部分雖論以累犯，惟未依刑法第47條第
14 1項規定加重其刑為不當，而予以撤銷改判，並依刑法第47
15 條第1項規定加重其刑，且所量處之刑復與第一審相同，經
16 核尚無違反不利益變更禁止原則可言，且於法亦屬無違。至
17 於本院108年度台上字第2274號判決意旨係指由被告上訴或
18 為被告之利益而上訴第二審之案件，第二審所認定之犯罪情
19 節，明顯輕於第一審者，若第二審之宣告刑猶等同於第一審
20 ，實際上無異諭知較重於第一審之宣告刑，即難謂與不利益
21 變更禁止原則無悖。與本件案情完全不同，尚難比附援引，
22 楊承霖上訴意旨猶引用本院上開判決指摘原審量刑違法云云
23 ，殊非合法之第三審上訴理由。

24 (五) 按證人保護法第14條第1項關於被告在偵查中供述待證事項
25 或其他正犯或共犯之犯罪事證，使檢察官得以追訴其他正犯
26 或共犯者，減輕或免除其刑之規定，其適用對象，須合於該
27 法第2條所定之案件，且須於偵查中翔實供出與該案情有重
28 要關係之待證事項或其他正犯或共犯之犯罪事證，因而使檢
29 察官得以有效追訴其他正犯或共犯；而其前提要件，尚須經
30 檢察官事先同意，由檢察官視案情偵辦進程及事證多寡，衡
31 酌是否有將其轉為污點證人之必要性。且程序上依證人保護

法施行細則第2條規定，受保護之證人於受保護前應書立切結書，表明願在偵查或審理中到場作證，依法接受對質及詰問等旨，然本件偵訊筆錄並無檢察官同意余武恒作為受保護證人之記載，卷內復無余武恒簽立作為受保護證人之切結書，則原審未依上開規定減刑，於法並無不合。余武恒上訴意旨任指原審未依證人保護法規定減刑已違法云云，亦非合法之第三審上訴理由。

(六)量刑輕重係屬事實審法院得依職權自由裁量之事項，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。原判決審酌楊承霖、余武恒共同運輸毒品之數量不少，將影響社會秩序及國人健康，幸未流入市面，及其2人擔任非主導之角色、余武恒主動供出附表編號2、3部分之犯行，及犯後坦承之態度，並參酌其等犯罪之動機、目的、手段、家庭生活、工作情況、智識程度等一切情狀，分別量處相當之刑，已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列情形而為量刑，既未逾法定刑度，又未濫用自由裁量之權限，即不得指為違法。楊承霖、余武恒上訴意旨指摘原審量刑不當，即非適法之第三審上訴理由。又刑法第66條所規定減輕其刑同時有免除其刑之規定者，得減輕至2/3，乃係「得」由法院審酌情形定之，並非一律必須減至2/3。原判決認定楊承霖及余武恒有毒品條例第17條第1項減輕其刑或免除其刑規定之適用，並審酌案情而未減輕其刑至2/3，乃其量刑職權之適法行使，不能任指為違法。余武恒上訴意旨猶指原審未減刑至2/3為違法云云，同非適法之第三審上訴理由。另刑法第59條酌量減輕其刑，必其犯罪情狀在客觀上顯可憫恕，方有其適用。原判決已說明上訴人等非法運輸本件之毒品數量不少，對社會治安危害甚大，於客觀上實不足以引起一般同情，自不符合刑法第59條規定酌減其刑之宗旨，是原審未依該規定減輕其刑，尤無違法可言。楊承霖、余武恒及徐明雄上訴意旨任指原判決未依刑法第59條酌減其刑為違法云云，亦非適法之第三審上訴理由。

01 五、其餘之上訴意旨，徒就原審採證認事之職權行使，及原判決
02 已明白論斷之事項，暨與原判決本旨無關之問題，仍持己見
03 漫為指摘，並為單純事實之爭執，難認已符合首揭法定之第
04 三審上訴要件。其等上訴違背法律上之程式，均應予駁回。

05 據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

06 中 華 民 國 111 年 3 月 31 日

07 刑事第三庭審判長法官 徐 昌 錦

08 法官 林 海 祥

09 法官 江 翠 萍

10 法官 侯 廷 昌

11 法官 周 政 達

12 本件正本證明與原本無異

13 書記官

14 中 華 民 國 111 年 4 月 7 日