臺灣高等法院刑事判決

115年度原上訴字第248號

上　訴　人
即　被　告　陳振敔
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000
選任辯護人　尤文粲律師

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣新北地方法院於中華民國115年3月4日所為114年度原訴字第84號第一審判決（起訴案號：臺灣新北地方檢察署114年度偵字第56351號、第56787號、第61266號），提起上訴，本院判決如下：

主　　文

上訴駁回。

事實及理由

壹、本庭審判範圍：

一、刑事訴訟法第348條第1項、第3項分別規定：「上訴得對於判決之一部為之」、「上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之」。立法理由指出：「為尊重當事人設定攻防之範圍，並減輕上訴審審理之負擔，容許上訴權人僅針對刑、沒收或保安處分一部提起上訴，其未表明上訴之認定犯罪事實部分，則不在第二審之審判範圍。如為數罪併罰之案件，亦得僅針對各罪之刑、沒收、保安處分或對併罰所定之應執行刑、沒收、保安處分，提起上訴，其效力不及於原審所認定之各犯罪事實，此部分犯罪事實不在上訴審審查範圍」。由此可知，當事人一部上訴的情形，約可細分為：一、當事人僅就論罪部分提起一部上訴；二、當事人不服法律效果，認為科刑過重，僅就科刑部分提起一部上訴；三、當事人僅針對法律效果的特定部分，如僅就科刑的定應執行刑、原審（未）宣告緩刑或易刑處分部分提起一部上訴；

四、當事人不爭執原審認定的犯罪事實、罪名及科刑，僅針對沒收部分提起一部上訴。是以，上訴人明示僅就量刑、定應執行刑、（未）宣告緩刑、易刑處分或（未）宣告沒收部分上訴時，第二審法院即不再就原審法院所認定的犯罪事實為審查，而應以原審法院所認定的犯罪事實及未上訴部分，作為上訴意旨指摘原審判決特定部分妥適與否的判斷基礎。

二、本件臺灣新北地方法院（以下簡稱原審）判決後，被告陳振敔提起第二審上訴，檢察官則未上訴。被告上訴意旨略以：我僅針對量刑上訴，希望從輕量刑，本案發生後，我才知道自由很可貴，請給我緩刑的機會，讓我可以專注於現在的工作等語。而辯護人亦為被告辯稱：被告原本的酒駕前科紀錄，因為緩刑期滿未經撤銷，前案宣告刑已失其效力，並不是原審所述不符緩刑的條件，請斟酌被告除了這個酒駕前科外，並沒有其他毒品相關前科，且被告當時年紀只有20多歲，是因一時思慮不周，才會涉犯本罪，本案發生之後，經過父母的教誨，被告已經不會再犯，被告只有販賣一次，且金額也不高，請給予被告緩刑的機會等語。是以，被告僅就原審判決量刑、未給予緩刑宣告部分提起一部上訴，則依照上述規定及說明所示，本庭自僅就此部分是否妥適進行審理，原審判決其他部分並非本庭審理範圍，應先予以說明。

貳、本庭駁回被告上訴的理由：

一、本庭依法引用第一審判決書所記載的科刑理由：

㈠本庭綜合全案證據資料，本於法院量刑裁量的權限，就第一審判決關於被告如其事實欄所載的犯行，論處被告犯毒品危害防制條例第4條第3項的販賣第三級毒品罪，並依毒品危害防制條例第17條第2項、第1項規定，遞減其刑。被告明示僅對於刑度、未給予緩刑宣告部分提起上訴，本庭認第一審所量處的刑度，與罪刑相當原則及比例原則無悖，爰予以維持，並引用第一審判決書所記載的科刑理由。

㈡第一審判決科刑理由略以：審酌被告明知意圖販賣而持有第三級毒品、販賣第三級毒品為違法行為，猶鋌而走險，與案

外人劉廷穎、共同被告王品震共同販賣第三級毒品愷他命，所為非但違反政府為防制毒品危害，維護國民身心健康的政策，且因毒品一般具有成癮性，施用毒品者一旦成癮，戒除毒癮非易，被告無視他人身心健康，販賣毒品與他人，提供他人毒品來源，戕害國民身心健康，並破壞社會治安，所為誠屬不該，惟考量被告犯罪始終坦承全部犯行的犯後態度，兼衡酌其智識程度，家庭生活與經濟狀況，暨其犯罪動機、目的、手段及販賣毒品的數量等一切情狀，量處有期徒刑1年9月。以上科刑理由，應予以引用。

二、原審已依毒品危害防制條例第17條第2項、第1項規定，遞減被告的刑責，顯然已從輕酌定；對被告所為的量刑，也沒有違反罪刑相當原則或平等原則：

㈠量刑又稱為刑罰的裁量，是指法官就具體個案在應適用刑罰的法定範圍內，決定應具體適用的刑罰種類與刑度而言。由於刑罰裁量與犯罪判斷的定罪，同樣具有價值判斷的本質，其中難免含有非理智因素與主觀因素，因此如果沒有法官情感上的參與，即無法進行，法官自須對犯罪行為人個人及他所違犯的犯罪行為有相當瞭解，然後在實踐法律正義的理念下，依其良知、理性與專業知識，作出公正與妥適的判決。我國在刑法第57條定有法定刑罰裁量事實，法官在個案作刑罰裁量時，自須參酌各該量刑因子，並善盡說理的義務，說明個案犯罪行為人何以應科予所宣告之刑。量刑既屬法院得依職權自由裁量的事項，乃憲法保障法官獨立審判的核心，法院行使此項裁量權，亦非得以任意或自由為之，除應符合法定要件之外，仍應受一般法律原理原則的拘束，亦即仍須符合法律授權的目的、法律秩序的理念、國民法律感情及一般合法有效的慣例等規範，尤其應遵守比例原則及平等原則的意旨，避免個人好惡、特定價值觀、意識型態或族群偏見等因素，而影響犯罪行為人的刑度，形成相類似案件有截然不同的科刑，以致造成欠缺合理化、透明化且無正當理由的量刑歧異，否則即可能構成裁量濫用的違法。如原審量刑並

未有裁量逾越或裁量濫用的明顯違法情事，當事人即不得任意指摘其為違法，上級審也不宜動輒以情事變更或與自己的刑罰裁量偏好不同，而恣意予以撤銷改判。

㈡本件原審已參酌刑法第57條所定刑罰裁量事由，善盡說理的義務，就被告所犯之罪，量處有期徒刑1年9月，並未有逾越法律所定的裁量範圍；而被告、辯護人也未提出本件與我國司法實務在處理其他類似案例時，有裁量標準刻意不一致而構成裁量濫用的情事。再者，長期使用毒品會產生耐受性及心理依賴性，並對身體健康有負面影響，製造毒品並流入市場後，不僅直接戕害施用（購買）毒品者身心健康，對施用毒品者的家庭帶來負面影響，並有滋生其他犯罪的可能，對社會所生危害程度非輕，被告參與本案販毒集團而共同販賣第三級毒品，其犯罪惡性實不宜輕縱。又被告所犯販賣第三級毒品罪的法定刑為「處7年以上有期徒刑，得併科新臺幣一千萬元以下罰金」，原審依毒品危害防制條例第17條第2項、第1項規定，二度酌減其刑，顯然已從輕酌定。是以，被告上訴意旨主張原審量刑過重，請求從輕量刑等語，為無理由。

三、緩刑與否的審酌：

㈠依照我國刑法第74條規定，法院得對刑事被告予以緩刑宣告者，必須具備下列要件：一、受二年以下有期徒刑、拘役或罰金的宣告；二、具備刑法第74條第1項第1款或第2款的要件；三、法院認為以暫不執行為適當者。其中，只有第三要件為實質要件，卻也流於空洞，欠缺具體、明確的操作標準。反觀我國刑法主要被繼受國的德國，其緩刑要件雖與我國大同小異，但為免流於法官個人的主觀判斷，依該國刑法第56條宣告緩刑時，在任何情況下均以法院期待行為人不再實施犯罪行為（對行為人為有利的預測）為前提要件；此外，允許緩刑還取決於許多不同的條件，而這些條件要看法院科處行為人多重的自由刑而定。其中，如果對行為人的預測是有利的，6個月以下的有期徒刑總是被宣告緩刑；6個月

以上1年以下的有期徒刑原則上也會給予緩刑，但為維護法秩序而必須執行刑罰者（如給予緩刑不為一般的正義感所理解，且民眾對法的不可侵犯性的信任可能受到動搖時），不在此限；1年以上2年以下的有期徒刑的緩刑條件，則除了必須對行為人為有利的預測外，行為及行為人的人格還必須具備特殊情況（如行為人為彌補損失所做的賠償努力），且該自由刑的執行不是為執行法秩序所必要；至於2年以上的有期徒刑宣告，則完全被排除了緩刑的可能性（參閱漢斯・海因里希・耶賽克、湯瑪斯・魏根特著，徐久生譯，《德國刑法教科書》，2009年1月，頁0000-0000）。前述德國法制依行為人所受宣告之刑而異其緩刑宣告條件的作法，與最高法院主張緩刑宣告應受比例原則支配的論點相符的情況下，德國規定與司法實務操作的相關準則，自得作為我國法院裁量時參酌的準據之一。

㈡被告前因不能安全駕駛案件，經臺灣桃園地方法院以112年度壢原交簡字第161號判處有期徒刑2月，並諭知緩刑2年，該判決於民國112年8月30日確定，被告緩刑期滿未經撤銷，該刑的宣告施其效力等情，這有法院前案紀錄表在卷可佐。被告前案刑之宣告失其效力，等同未經有罪判決確定，亦即被告的法律狀態等同於「未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告」，足認被告符合前述得宣告緩刑的要件。原審認「被告陳振敔於5年內因故意犯罪而受有期徒刑以上之宣告，而不符合刑法第74條第1項第2款之緩刑要件，爰不予緩刑之宣告」的理由雖有違誤；但原審對被告所宣告之刑，依照前述說明所示，是否給予緩刑的宣告，不僅須對被告為有利的預測，且給予緩刑需為一般的正義感所理解，民眾對法的不可侵犯性的信任亦不致受到動搖，方適合給予緩刑宣告。本庭審酌被告不僅供稱自身曾施用毒品（偵61266號卷第13頁），且加入本案詐欺集團，負責出面與購毒者面交，加上為警查獲時扣案毒品數量甚鉅，本庭無從預測被告是否因本案受到教訓、是否將不再實施犯罪行為，且民眾對法的

不可侵犯性的信任可能受到動搖。是以，依照上述規定及說明所示，本庭不認為適宜給予被告（附條件）緩刑的宣告，且給予緩刑宣告與否，法律本賦予事實審法官有裁量的權限，應認原審前述違誤核屬無害瑕疵，本庭不得據此作為撤銷事由。

參、結論：

綜上所述，本庭審核全部卷證資料後，認原審已依毒品危害防制條例第17條第2項、第1項規定，遞減被告的刑責，所為的量刑並未違反罪刑相當原則或平等原則；又原審未給予被告緩刑宣告的理由雖有違誤，但本庭亦不認為適合給予被告（附條件）緩刑宣告，自應予以維持。是以，被告上訴意旨無理由，應予以駁回。

肆、法律適用：

刑事訴訟法第368條。

本案經檢察官王文咨偵查起訴，由檢察官蔡名堯於本審到庭實行公訴。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　23　　日

刑事第八庭　審判長法　官　廖建瑜

法　官　黃怡菁

法　官　林孟皇

本正本證明與原本無異。

如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未敘述上訴之理由者並得於提起上訴後20日內向本院補提理由書（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

書記官　趙芷溶

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　23　　日