最高法院刑事判決

111年度台上字第4582號

上　訴　人　臺灣高等檢察署檢察官林宏松

被　　告　李亮緯

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院中華民國111年6月15日第二審判決（111年度上訴字第594號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署110年度少連偵字第58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、民國110年6月18日修正施行之刑事訴訟法第348條規定：「（第1項）上訴得對於判決之一部為之。（第2項）對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。但有關係之部分為無罪、免訴或不受理者，不在此限。（第3項）上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之」。同日修正施行之刑事訴訟法施行法第7條之13規定：「中華民國一百十年五月三十一日修正通過之刑事訴訟法施行前，已繫屬於各級法院之案件，於施行後仍適用修正前刑事訴訟法第三百四十八條規定；已終結或已繫屬於各級法院而未終結之案件，於施行後提起再審或非常上訴者，亦同」。本件係於上述規定修正施行之後111年2月16日繫屬於原審法院，上訴之效力及範圍應依修正後第348條規定。原審以被告李亮緯及其辯護人明示僅就第一審判決量刑（包括是否適用刑法

第59條及宣告緩刑）部分提起第二審上訴，並經檢察官同意僅就量刑進行審理，因認被告對於本件犯罪事實、所犯法條及論罪、沒收部分之認定，均沒有爭執，亦未提起上訴，而僅以第一審判決量刑妥適與否為審理範圍，乃引用第一審判決所載之事實、證據及論罪，而撤銷第一審關於被告所犯成年人與少年共同犯販賣第三級毒品未遂罪所處之刑部分之判決，改判被告如原判決主文第2 項所示之有期徒刑1年5月，併諭知附條件之緩刑宣告，已詳敘其所憑之依據及認定之理由，所為論斷，有卷存資料可資覆按。

三、又按：

㈠、是否適用刑法第59條規定酌量減輕被告的刑度，係實體法上賦予法院得依職權裁量的事項，除其裁量權的行使，明顯違反法律所規定的要件或公平、比例原則外，不得任意指為違法。原判決理由業已敘明：毒品危害防制條例第4條第3項所示之販賣第三級毒品罪，其法定本刑為「7年以上有期徒刑，得併科新臺幣1千萬元以下罰金」，刑度甚重。然同為販賣第三級毒品，原因、動機顯有不一，情節亦未必盡同，或有大盤毒梟者，亦有中、小盤之盤商者，其販賣行為的惡性與造成危害社會的程度均有異，然法律科處此類犯罪，所設法定最低本刑一概為7 年以上有期徒刑，且無轉寰餘地，則苟被告的行為情狀處以適當之刑，即足以懲儆，並可達到防衛社會的目的者，非不可依客觀的犯行與主觀的惡性，加以考量其情狀，是否有可憫恕之處，適用刑法第59條的規定酌量減輕其刑，期使個案裁判的量刑，能斟酌至當，符合比例原則。衡諸本件被告與少年江○君（業經第一審判處罪刑併諭知緩刑確定，人別資料詳卷）共犯本件販賣第三級毒品未遂犯行，無視國家杜絕毒品危害之禁令，固應予非難，然考量被告於案發時年僅20歲餘，思慮難期周全，且僅販賣未遂1次、對象僅1人（即喬裝購毒者之警員），販賣價金及數量非鉅，較諸販毒集團尚屬零星小額，顯與一般中、大盤毒梟欲藉販賣毒品牟取暴利之情形有別，以其情節而論，其惡

性尚不如專以販賣毒品維生之販毒集團重大，且因購毒者為警員佯裝，僅止於未遂階段，並未流通擴散，顯未造成無可彌補之鉅大危害，對社會整體危害程度亦較輕微，衡其犯罪情節尚非重大惡極，相較於上開販毒集團而言，對於社會秩序與國民健康之危害較為有限，是依被告客觀犯行與主觀惡性二者加以考量犯罪情狀，認縱令依前開加重（即兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段）、減輕（刑法第25條第2項、毒品危害防制條例第17條第2項）規定予以加重、遞減其刑後，仍不免有情輕法重之感而有「猶認其犯罪之情狀顯可憫恕，即使科以該減輕後之最低度刑仍嫌過重」之情形，乃依刑法第59條規定，酌減其刑，期使個案裁判之量刑，能斟酌至當，符合罪刑相當原則及比例、平等原則，並依法再遞減之等旨，經核於法並無不合。此部分上訴意旨，係就原審量刑適法職權的行使，及原判決已明白論斷的事項，再為爭執，難認係適法的第三審上訴理由。

㈡、行為經法院評價為不法的犯罪行為，且為刑罰科處的宣告後，究應否加以執行，乃刑罰如何實現的問題。依現代刑法的觀念，在刑罰制裁的實現上，宜採取多元而有彈性的因應方式，除經斟酌再三，認確無教化的可能，應予隔離之外，對於有教化、改善可能者，其刑罰執行與否，則應視刑罰對於行為人的作用而定。倘認有以監禁或治療謀求改善的必要，固須依其應受威嚇與矯治的程度，而分別施以不同的改善措施（入監服刑或在矯治機關接受治療）；反之，如認行為人對於社會規範的認知並無重大偏離，行為控制能力亦無異常，僅因偶發、初犯或過失犯罪，刑罰對其效用不大，祇須為刑罰宣示的警示作用，即為已足，此時即非不得緩其刑的執行，並藉違反緩刑規定將入監執行的心理強制作用，謀求行為人自發性的改善更新。而行為人是否有改善的可能性或執行的必要性，固係由法院為綜合的審酌考量，並就審酌考量所得而為預測性的判斷，但當有客觀情狀顯示預測有誤時，亦非全無補救之道，法院仍得在一定之條件下，撤銷緩

刑（刑法第75條、第75條之1參照），使行為人執行其應執行之刑，以符正義。由是觀之，法院是否宣告緩刑（含緩刑期間長短、有無附加負擔或條件，及緩刑期內是否付保護管束），有其自由裁量的職權，基於尊重法院裁量的專屬性，對其裁量宜採取較低的審查密度，祇須行為人符合刑法第74條第1項所定的條件，法院即得宣告緩刑，與行為人犯罪態樣、情節是否重大，並無絕對必然的關連性；倘事實審法院未有逾越法律所規定的範圍，或恣意濫用其權限，即不得任意指摘為違法，以為第三審上訴的理由。原判決理由復指出：被告未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，犯罪後始終坦承犯行，且需照顧家庭為家中重要經濟來源，雖前因涉犯加重詐欺等罪經檢察官起訴於他法院在案，但於本件判決時，該他案尚未經法院判處罪刑，且該案犯罪時間係於本件犯罪日期前，難認被告於本件犯行後有何再犯之虞等情，而認本件宣告之刑，以暫不執行為適當，爰諭知緩刑3年，期間併付保護管束及課予負擔（提供60小時義務勞務）。核已就其所憑之理由詳予說明，並無顯然失當，或濫用其裁量權之情形，於法尚無違誤。另併予說明：被告上揭所應負擔之義務，乃緩刑宣告附帶之條件，倘有違反上開負擔情節重大，足認原宣告之緩刑難收其預期效果，而有執行刑罰之必要者，依刑法第75條之1第1項第4款規定，其緩刑之宣告仍得由檢察官向法院聲請撤銷等旨，經核於法亦無不合。此部分上訴意旨，仍就法院緩刑宣告職權的適法行使，依憑主觀指摘欠當，尚非適法的上訴第三審理由。

四、檢察官之上訴意旨無非係置原判決所為明白論斷於不顧，單純就前述量刑及緩刑宣告職權之合法行使，徒憑己見，任意指為違法，難認已符合首揭法定之上訴要件，應認其上訴為不合法律上之程式，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　　111　　年　　11　　月　　2　　日

刑事第七庭審判長法　官　段　景　榕

法　官　楊　力　進

法　官　宋　松　璟

法　官　蔡　新　毅

法　官　沈　揚　仁

本件正本證明與原本無異

書記官

中　　華　　民　　國　　111　　年　　11　　月　　9　　日