

最高法院刑事判決

113年度台上字第383號

上訴人 黃廉峯

上列上訴人因違反毒品危害防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國112年11月3日第二審判決（112年度上訴字第513號，起訴案號：臺灣高雄地方檢察署111年度偵字第20882、21682、30822、30823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，且必須依據卷內訴訟資料為具體之指摘，並足據以辨認原判決已具備違背法令之形式者，始屬相當。本件經第一審審理結果，認定上訴人黃廉峯有如第一審判決事實欄一之(一)至(四)所載同時販賣混合第二級毒品甲基安非他命、第三級毒品硝甲西洋、第四級毒品硝西洋等多種毒品之毒品咖啡包，暨販賣第三級毒品愷他命1次，以及販賣混合甲基安非他命、硝甲西洋、硝西洋等多種毒品之毒品咖啡包1次，及共同販賣第三級毒品愷他命1次，以及同時販賣混合第三級毒品硝甲西洋等多種同級毒品之毒品咖啡包，暨販賣第三級毒品愷他命予配合警方查緝之佯裝購毒者而未遂之犯行，因而①論上訴人以販賣第二級毒品而混合二種以上之毒品及販賣第三級毒品各1罪，依想像競合犯關係從一重以販賣第二級毒品而混合二種以上之毒品1罪處斷，及②論上訴人以販賣第二級毒品而混合二種以上之毒品1罪，以及③論上訴人以共同販賣第三級毒品1罪，及④論上訴人以販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品未遂，及販賣第三級毒品未遂各1罪，依想像競合犯關係從一重以販賣

01 第三級毒品而混合二種以上之毒品未遂1罪處斷。上開①、
02 ②、④等3罪，均依毒品危害防制條例第9條第3項規定加重
03 其刑(其中法定刑無期徒刑部分不得加重)。並就上訴人所犯
04 前揭①至④共4罪，均依同上條例第17條第2項規定減輕其
05 刑，另就其所犯①、②、④等3罪均再依同上條例第17條第1
06 項減免其刑規定遞減其刑，再就其所犯④之罪，依刑法第25
07 條第2項關於未遂犯之規定減輕其刑後，分別量處如第一審
08 判決附表二編號1至4「宣告刑及沒收」欄所示之刑，並諭知
09 相關之沒收及追徵，復酌定其應執行之刑為有期徒刑5年2
10 月。上訴人不服第一審判決向原審提起第二審上訴，明示僅
11 就第一審判決關於量刑部分提起上訴，經原審以第一審判決
12 所認定之犯罪事實暨所論處之罪名為基礎，就第一審判決關
13 於量刑部分審理結果，認為第一審判決就上訴人所犯共同販
14 賣第三級毒品罪部分，有應適用而未適用毒品危害防制條例
15 第17條第1項規定減輕其刑之違誤，因而撤銷第一審關於上
16 訴人所犯共同販賣第三級毒品罪量刑部分之判決，改判量處
17 有期徒刑1年8月。另認第一審判決就上訴人所犯其餘3罪之
18 量刑尚屬妥適，並無違法或明顯失當之情形，因而維持第一
19 審關於上訴人所犯此3罪量刑部分之判決，而駁回上訴人在
20 第二審對此3罪部分之上訴，已詳述其所憑證據及裁量論斷
21 之理由。核其所為之論斷，俱有卷內資料可資覆按，從形式
22 上觀察，原判決並無足以影響其判決結果之違法情形存在。

23 二、上訴人上訴意旨略以：伊犯後已坦承本件全部犯行不諱，態
24 度良好，且伊須奉養年邁祖母，不宜入監服刑，自應依刑法
25 第59條規定酌減其刑，並宣告緩刑。詎原審未審酌上情，因
26 而就伊所犯各罪未依刑法第59條規定酌減其刑並從輕量刑，
27 且未一併宣告緩刑，顯有不當云云。惟刑法第59條關於犯罪
28 因具有特殊原因、環境或背景，致有情輕法重而堪予憫恕情
29 狀之酌減其刑規定，與著眼於特殊預防需求之緩刑機制，均
30 係事實審法院在符合法定要件情形下得以自由裁量之權限。
31 若法院裁量結果，認為不合於上開規定之要件或不宜適用，

因而未依該規定酌量減輕其刑或併予宣告緩刑者，苟其裁量權之行使，並無恣意濫用或顯然失當之情形，自不能任意指為違法。原判決對於上訴人所犯前揭4罪，依毒品危害防制條例第17條第2項及同條第1項之規定遞減其刑後，其販賣本件毒品咖啡包等犯行，在客觀上何以尚無情輕法重而堪予憫恕之情形，而無適用刑法第59條規定酌減其刑之餘地，已於理由內論述說明甚詳，而其維持第一審判決之量刑及撤銷改判所處之宣告刑，既未逾越法定刑之範圍，亦無明顯濫用裁量權而違反公平、比例及罪責相當原則之情形。而上訴人所犯上開應併罰之4罪所處徒刑，其中最長刑期為有期徒刑2年2月（本件確定後，法院依檢察官之聲請酌定其應執行刑時，依法不得低於該最長刑期），亦不符合緩刑宣告之前提要件（即受2年以下有期徒刑之宣告），原判決因而未一併宣告緩刑，於法亦無違誤。況且是否依上開規定酌量減輕其刑及宣告緩刑，本為事實審法院自由裁量之權限，縱未適用該規定酌減其刑或諭知緩刑，亦無違法可言。本件上訴人上訴意旨並未指明原判決究有如何違背法令之情形，徒就原審量刑職權之適法行使，任意加以指摘，顯不足據以辨認原判決已具備違背法令之形式，揆之首揭說明，其上訴均為違背法律上之程式，應併予駁回。

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 113 年 2 月 1 日

刑事第一庭審判長法官 郭毓洲

法官 林英志

法官 蔡憲德

法官 何俏美

法官 林靜芬

本件正本證明與原本無異

書記官 游巧筠

中 華 民 國 113 年 2 月 5 日