

最高法院刑事判決

114年度台上字第2791號

上訴人 呂宥逸

上列上訴人因違反毒品危害防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國114年2月20日第二審判決（113年度上訴字第6074號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署112年度偵字第30842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、本件第一審適用適用毒品危害防制條例（下稱毒品條例）第17條第2項、第1項規定，論處上訴人呂宥逸犯販賣第二級毒品共5罪罪刑（均處有期徒刑1年10月），依法宣告相關之沒收（追徵），並定應執行有期徒刑（下稱定刑）3年。上訴人不服第一審判決之刑提起上訴；原審審理後認為第一審判決宣告之刑，並無不當，予以維持，駁回上訴人在第二審之上訴。已詳敘其審酌裁量之依據及理由，所為論斷，俱有卷存資料可資覆按。從形式上觀察，並無判決違法情形存在。

三、上訴意旨略以：

（一）上訴人5次販賣甲基安非他命行為，價金共新臺幣（下同）1萬元，僅係同一熟識友人間之互通有無，單次販賣價金均不

01 超過2,500元，販賣次數、對象、數量及金額均非甚鉅，原
02 判決未依刑法第59條酌減刑度，有認事用法之違誤。

03 (二)上訴人係於密接之時、地，同一犯意下所為之接續行為，惡
04 性並非重大；犯罪所得不多，所造成之惡害不大。原審定刑
05 有期徒刑3年，難認符合罪刑相當及公平原則，已違反定刑
06 之內部界限，而有定刑過重之裁量不當。

07 (三)依臺灣高等法院暨所屬法院103年法律座談會刑事類提案第3
08 號意旨，縱然合併執行刑逾2年有期徒刑，仍得宣告緩刑。
09 原判決逕認本案定刑已逾2年，無從為緩刑宣告，係對於刑
10 法緩刑要件之誤解，有判決違背法令之疑慮。

11 四、惟按：

12 (一)刑法第59條之適用，必其犯罪之情狀在客觀上足以引起一般
13 同情，認為即予宣告法定最低度刑期尤嫌過重者，始有適用
14 餘地；且適用與否，係屬事實審法院得依職權自由裁量之事
15 項，未依該規定減輕其刑，除有違法或濫用情事，自不得執
16 為提起第三審上訴之理由。原審認上訴人之本案犯罪，並無
17 刑法第59條之適用，已說明其理由，略以：本案已分別依毒
18 品條例第17條第2項、第1項規定遞減輕其刑。上訴人販賣毒
19 品數量雖非至鉅，對象均為同一人；然其行為仍助長毒品流
20 通，對社會秩序造成潛在之危害，參以上訴人共計為5次犯
21 行，縱非如毒品大盤掌握毒品來源，然其既無畏嚴刑，僅為
22 貪圖些微差價之不法利益，即鋌而走險販賣，顯然無法引起
23 一般人之同情或憫恕等語（見原判決第2頁）。亦即，已就
24 上訴人本案犯罪並無基於特殊之原因、環境或背景，以致在
25 客觀上足以引起一般之同情，認為即使宣告法定最低度刑猶
26 嫌過重等情形，予以說明。經核於法並無不合，亦無濫用裁
27 量職權之違法，自無違法可指。

28 (二)數罪併罰之執行刑之酌定，係事實審法院得依職權裁量之事
29 項，倘其所酌定之刑並未逾越法律所規定之範圍（即裁量權
30 行使之外部性界限），亦未違反比例、公平及罪刑相當原則
31 （即裁量權行使之內部性界限）者，即不得任意指為違法，

而執為上訴第三審之適法理由。原判決認第一審關於上訴人之定刑，並無不當，予以維持，係審酌上訴人所犯販賣毒品5罪間，罪質相同、犯罪時間之間隔、各罪反映之人格特性、施以矯正之必要性等情（見原判決第3頁）。經核，於刑法第51條第5款之規定，並無不合，所定之執行刑，亦已有相當幅度之寬減，且無過苛之濫用裁量權限之違法情形，自不能指為違法。

(三)緩刑之宣告，除應具備刑法第74條第1項第1、2款所定條件外，並須有可認為以暫不執行刑罰為適當之情形，始得為之，且屬法院裁判時得依職權裁量之事項，當事人不得以原審未諭知緩刑指為違背法令。又避免短期自由刑之流弊係緩刑目的之一；我國刑法第74條第1項規定，係以受二年以下有期徒刑、拘役、罰金之宣告，為緩刑之主要條件，而非以犯罪之類型或犯罪之法定刑輕重為其基礎；且因我國緩刑規定，係由法院宣示其所宣告刑，於一定期間內暫緩其執行，而非「暫緩其刑之宣告」。則所謂受刑之宣告，應指最終應執行之刑而言。依此，於同一審判程序受審判之被告，不論所犯係一罪而經法院諭知單一之宣告刑，或係得併合處罰之數罪並經法院諭知複數之宣告刑，當宣告刑為有期徒刑時，各宣告刑或所定之執行刑，均應在2年以下，否則即與法定緩刑之要件不合，亦有違前述緩刑之目的。再者，除終審法院裁判有統一法律見解功能及拘束下級審法院之作用外，其餘下級法院，如臺灣高等法院暨所屬法院之法律座談會，或針對特定法律爭議所召開之相關會議之研討結論，僅供法官辦案參考，不能引用作為判決之基礎，更不具裁判之拘束力。查原判決以上訴人犯販賣第二級毒品共5罪，而宣告前述有期徒刑，並定刑為有期徒刑3年，認已逾有期徒刑2年，而未宣告緩刑（見原判決第4至5頁），已說明其不宣告緩刑之理由，依前述說明，並無不合。上訴意旨援引臺灣高等法院暨所屬法院法律座談會之結論，指摘原判決未給予其緩刑宣告為違法等語，並非合法上訴第三審之理由。

01 五、依上說明，上訴意旨係就屬於原審量刑裁量職權之合法行
02 使，且經原判決明白論斷、說明之事項，依憑己意，再事爭
03 執，難認是合法之上訴第三審理由，應認上訴人之上訴違背
04 法律上之程式，予以駁回。

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 114 年 6 月 4 日

07 刑事第八庭審判長法官 林瑞斌

08 法官 林英志

09 法官 朱瑞娟

10 法官 高文崇

11 法官 黃潔茹

12 本件正本證明與原本無異

13 書記官 王怡屏

14 中 華 民 國 114 年 6 月 10 日