最高法院刑事判決

115年度台上字第1221號

上　訴　人　張誌哲（原名張誌仁）

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院中華民國114年12月31日第二審判決（114年度上訴字第4877號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署113年度偵字第42932號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

一、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。若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、本件上訴人張誌哲經第一審判決論處販賣第二級毒品未遂罪刑，及諭知相關之沒收銷燬暨沒收後，提起第二審上訴，明示僅就刑之部分上訴，經原審審理結果，維持第一審所為量刑之判決，駁回其在第二審之上訴，已載述審酌之依據及裁量之理由。

三、原判決已敘明上訴人於原審明示僅就第一審判決之量刑上訴，故原審審理範圍祇限於第一審判決之量刑部分，並未就犯罪事實為審理，因此，若就第二審設定上訴攻防範圍以外之部分，據為提起第三審上訴之理由，即與當事人自行設定攻防範圍有違，自非適法之第三審上訴理由。且第三審為法

律審，僅在審查第二審判決有無違背法令。上訴意旨以其主觀上無販賣毒品之故意，客觀上亦無販賣毒品之行為，本件係因警方的陷害教唆使其萌生犯意，進而著手販賣毒品，但自始無既遂之可能，且對法益毫無危險，不構成犯罪，亦不能以警方取得之證據作為認定其犯罪之依據云云。顯係對於不在原審審理範圍之認定犯罪事實部分提起第三審上訴，與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。

四、刑法第59條之酌量減輕其刑，必其犯罪情狀顯可憫恕，在客觀上足以引起一般之同情，認為即予宣告法定最低度刑，猶嫌過重，始有其適用。另量刑輕重，為裁判之法院得依職權裁量之事項，苟已斟酌刑法第57條各款所列情狀，在法定刑度內，酌量科刑，如無違反公平、比例及罪刑相當原則，致明顯輕重失衡，自不得任意指為違法。原判決說明上訴人所犯販賣第二級毒品未遂犯行，係於社群軟體販售毒品遭員警查獲，客觀上難認有何特殊之原因與環境，足以引起一般之同情，因認無刑法第59條酌減其刑之適用；另以第一審判決審酌刑法第57條科刑相關之一切情狀，就犯罪情節及一般情狀，在罪責原則下適正行使量刑裁量權，處有期徒刑2年6月，並未逾越法定刑度，亦無裁量權濫用或失之過重的情形，因而維持第一審之量刑。復敘明其前因施用第二級毒品罪，為法院判處有期徒刑2月確定，與緩刑要件不符，上訴人請求緩刑宣告，無從准許等旨。經核於法尚無違誤。上訴意旨以其僅為未遂犯，販賣之毒品尚未流入市面，販賣之數量及金額亦低，對社會之危害不大，原審未依刑法第59條酌減其刑，另案發後其已痛改前非，現有正當工作，原判決未審酌其犯後態度而為量刑，所量之刑過重，有違罪刑相當原則，復未宣告緩刑，有所未當云云。係對原審得依職權裁量及已說明之事項，任意指摘，均非適法之第三審上訴理由。

五、綜合前旨及其餘上訴意旨，並未依據卷內訴訟資料具體指摘原判決有何違背法令之情形，核與法律規定得為第三審上訴

理由之違法情形不相適合。揆之首揭說明，本件上訴違背法律上之程式，應予駁回。

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　　115　　年　　5　　月　　28　　日

刑事第九庭審判長法　官　林英志

法　官　蔡廣昇

法　官　陳德民

法　官　許泰誠

法　官　劉興浪

本件正本證明與原本無異

書記官　盧翊筑

中　　華　　民　　國　　115　　年　　6　　月　　3　　日