最高法院刑事判決

115年度台上字第282號

上　訴　人　盧啓銘

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國114年10月16日第二審判決（114年度上訴字第1140號，起訴案號：臺灣雲林地方檢察署112年度偵字第5227、6469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。本件原審經審理結果，認為上訴人盧啓銘犯行明確，因而撤銷第一審判決關於緩刑部分，另維持第一審判決關於論罪科刑及諭知沒收部分之判決，駁回檢察官就此部分在第二審之上訴。已詳述調查證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由。

二、按「受2年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告，而有下列情形之一，認以暫不執行為適當者，得宣告2年以上5年以下之緩刑，其期間自裁判確定之日起算：一、未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者。二、前因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，執行完畢或赦免後，五年以內未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者。」刑法第74條第1項定有明文。該條所謂「因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告」，係指

前案刑之宣告已經確定者而言，至前案之宣告刑已否執行，前案與本案之犯罪時間孰先孰後，均非所問。故該條所謂「未曾」，係以本案法院之「裁判時」為判斷時點，而非以本案「犯罪行為時」為計算時點（即本案犯罪時間必然在前案犯罪時間之後），此觀該條係以「受2年以下有期徒刑、拘役或罰金之『宣告』，而有下列情形之一」為前提要件，益臻明確。又刑事訴訟法第370條第1項規定：「由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑。但因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限。」是我國刑事訴訟上訴制度雖採「不利益變更禁止原則」以保障被告尋求救濟之權利，但亦重視判決之正確、適當。本諸上開規定及法理，僅有檢察官為被告之不利益上訴，而被告未上訴者，縱檢察官之上訴為不合法或無理由，然原審判決確有「誤為被告有利之事實認定或法律適用」而應撤銷之情形，第二審法院自仍得諭知較重於原審判決之刑。又緩刑之宣告，本質上無異恩赦，得消滅刑罰之效果，顯對被告有利，固應同受「不利益變更禁止原則」之拘束，然第一審判決就緩刑之諭知，倘有前述「誤為被告有利之事實認定或法律適用」之情形，第二審法院自得將第一審緩刑之宣告撤銷，並不違反不利益變更禁止原則。

三、經查：上訴人前因犯轉讓偽藥罪，經臺灣高等法院臺中分院114年度上訴字第70號判決判處有期徒刑5月，並於民國114年5月14日判決確定，是原審法院於114年10月16日裁判時，上訴人所為本案犯行已不符合刑法第74條第1項第1、2款所定緩刑要件；至原審法院雖認檢察官就第一審判決論罪、量刑及沒收部分提起之第二審上訴為無理由而予駁回，然於原審法院判決時，第一審判決所為緩刑諭知，已有「誤為被告有利之事實認定或法律適用」之情形，是原判決將第一審判決關於緩刑部分予以撤銷，即無違法可指。上訴意旨主張刑法第74條第1項第1款「未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告」，應以本案「犯罪行為時」為基準時點，上訴人犯本

案犯行時，並無另案有罪判決確定之情形，業已符合刑法第74條第1項第1款之要件，且檢察官就本案提起之第二審上訴亦經原判決以無理由駁回在案，原判決逕予撤銷第一審法院所為緩刑諭知，有違不利益變更禁止原則云云，指摘原判決有適用法則不當之違法，依前開說明，自非適法之第三審上訴理由。

四、其餘上訴意旨均非依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，徒就原判決已明確論斷說明之事項，暨不影響於判決結果之枝節問題，漫事爭論，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合。

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　　3　　月　　26　　日

刑事第一庭審判長法　官　徐昌錦

法　官　林海祥

法　官　江翠萍

法　官　黃紹紘

法　官　張永宏

本件正本證明與原本無異

書記官　邱鈺婷

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　30　　日