最高法院刑事判決

115年度台上字第3164號

上　訴　人　陳　觀

傅姿雯

上列上訴人等因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國115年2月26日第二審判決（114年度上訴字第810號，起訴案號：臺灣高雄地方檢察署113年度偵字第10275、19883、15858、20977、25042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。至原判決究有無違法，與上訴是否以違法為理由，係屬二事。

二、本件原判決以第一審判決部分變更起訴法條，部分依想像競合犯，論處或從一重論處上訴人陳觀犯共同販賣第三級毒品而混合二種以上毒品既遂2罪刑、未遂1罪刑、販賣第三級毒品2罪刑、共同或單獨意圖販賣而持有第二級毒品而混合二種以上毒品各1罪刑，論處或從一重論處上訴人傅姿雯犯共同販賣第三級毒品而混合二種以上毒品既遂2罪刑、未遂1罪

刑、共同意圖販賣而持有第二級毒品而混合二種以上毒品1罪刑，並分別定應執行刑及諭知相關沒收銷燬、沒收追徵後，均明示僅就第一審判決量刑部分不服而提起第二審上訴，經原審審理結果，維持第一審上開各罪科刑部分之判決，駁回其2人在第二審關於刑之上訴，已載敘審酌裁量之依據及理由，有卷存資料可資覆按。

三、上訴意旨略以：㈠陳觀部分：1.本案犯罪時間距前案長達9年，與假釋出監之日相隔近4年，難認其有對刑罰反應力薄弱，原判決依累犯加重，於法有違；2.所犯販賣第三級毒品而混合二種以上毒品、意圖販賣而持有第二級毒品而混合二種以上毒品各罪，法定刑甚高，原判決未考量其行為態樣、數量、對價及始終坦承犯行、供出毒品上手等情，未適用刑法第59條規定酌減其刑，且其現有工作，尚有未成年子女需扶養，量處之宣告刑及執行刑過重；㈡傅姿雯部分：其各罪擔任之角色非重要，販毒之數量及金額非龐大，獲利不多，意圖販賣而持有之毒品已遭全數扣押，無造成重大危害，其中第二級毒品之含量甚低，犯罪情節均屬輕微，犯後坦白認罪、供出毒品上手態度良好、無前科、年紀尚輕、現有穩定工作、投身公益，原判決未具體審酌上情，未依刑法第59條酌減其刑，量刑過重，有違比例原則及理由不備。

四、累犯之加重，係因犯罪行為人之刑罰反應力薄弱，需再延長其矯正期間，以助其重返社會，並兼顧社會防衛之效果，與前後所犯各罪類型、罪名是否相同或罪質是否相當，無必然之關連。原判決已敘明陳觀所犯上揭各罪，均符合刑法第47條第1項累犯規定要件，並依陳觀前案入監執行多年，再犯本案多次販毒及意圖販賣而持有毒品之重罪，犯罪情節更加嚴重，認其主觀上具有特別惡性，對於刑罰之反應力顯然薄弱，且綜核全案情節，認依累犯規定加重其刑，尚無過苛或違反司法院釋字第775號解釋意旨，所為論斷，於法尚屬無違，難認有所指違反上揭第775號解釋意旨之違誤。

五、刑之量定，係實體法上賦予法院得依職權自由裁量之事項，苟已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列情狀，在法定刑度內，酌量科刑，無偏執一端，致明顯失出失入情形，即不得任意指摘為違法，以為第三審上訴之理由。㈠原判決就陳觀、傅姿雯（下或合稱上訴人等）所犯上揭各罪，已記明如何以行為人之責任為基礎，綜合審酌刑法第57條科刑等一切情狀，分別依所載情形，適用刑法第47條第1項、毒品危害防制條例第9條第3項、第17條第2項、第1項、刑法第25條第2項等規定加重或遞加重、減輕或遞減輕其刑後，在罪責原則下適正行使其量刑之裁量權，維持第一審判決科處所示各罪之刑，核其量定之刑罰，已兼顧相關有利與不利之科刑資料，就其等於偵、審中坦承犯行、供出毒品來源以利檢警查緝之犯罪後態度、犯罪動機、毒品之數量、角色地位及參與程度、智識程度、家庭生活及經濟狀況、傅姿雯無犯罪前科等各情，已併列為量刑之綜合審酌因素，所定之執行刑非以累加方式，亦給予適當之恤刑，客觀上並未逾越法定刑度或範圍，亦與罪刑相當原則無悖，難認有濫用其裁量權限之違法情形。㈡應否依刑法第59條酌量減輕其刑，法院本屬有權斟酌決定，故未酌減其刑，既不違背法令，自不得任意執為提起第三審上訴之理由。原審審酌上訴人等上揭各罪之犯罪情節，認無可憫恕之事由，且依所載情形減輕或遞減其刑後，無情輕法重之情事，已闡述理由明確，未再依該條規定酌減其刑，無所指理由不備或違反比例原則之違法。

六、綜合前旨及上訴人等其餘上訴意旨，無非係對於原判決已說明事項，或單純就原審前述量刑裁量權之合法行使，徒以自己說詞，任意指為違法，難謂已符合首揭法定之上訴要件，應認其等之上訴為不合法律上之程式，均予駁回。

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　　8　　月　　12　　日

刑事第五庭審判長法　官　段景榕

法　官　宋松璟

法　官　何俏美

法　官　黃紹紘

法　官　汪梅芬

本件正本證明與原本無異

書記官　王怡茹

中　　華　　民　　國　　115　　年　　8　　月　　17　　日