最高法院刑事判決

115年度台上字第903號

上　訴　人　張百濤

選任辯護人　李思怡律師
　　陳琮涼律師
上　訴　人　徐羽恬

選任辯護人　歐芸安律師
　　龔君彥律師

上列上訴人等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10月2日第二審判決（114年度上訴字第4165號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署112年度偵字第2509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。至判決有無違法，與上訴是否以違法為理由，係屬二事。

二、原判決以第一審判決所認定上訴人張百濤、徐羽恬有如第一審判決犯罪事實欄所載犯行，以及所犯罪名，因而維持第一審關於張百濤、徐羽恬所處之刑部分之判決，駁回張百濤、徐羽恬明示僅就量刑一部在第二審之上訴。已詳細敘述第一

審判決之量刑，並無違誤，應予維持之理由。從形式上觀察，原判決並無足以影響其判決結果之違法情形。

三、上訴意旨略以：

㈠張百濤部分：

原判決雖似已考量張百濤3名未成年子女之最佳利益原則，惟誤認張百濤入監後，尚有他人可協助照顧3名未成年子女，且未考量張百濤已戒除毒癮，決意與3名未成年子女重新展開新生活等各節，竟與未考量兒童最佳利益原則之第一審判決，同樣量處有期徒刑1年3月之重刑，有違必要性、最後手段性原則、公平原則、比例原則及兒童最佳利益原則，且有適用法則不當之違法。

㈡徐羽恬部分：

原判決於量刑審酌時，係考量徐羽恬明知張百濤販賣第三級毒品可得利益非微等節，實則張百濤自承本件如順利賣出毒品咖啡包，可獲利新臺幣(下同)3千元，並無所得利益非微之情。且依徐羽恬僅係聽從張百濤指示為協助販賣毒品之行為，係屬未遂，且於偵審中自白犯行並供出毒品來源，如判處6個月有期徒刑，可兼顧聯合國兒童權利公約維護兒童最佳利益之意旨。原判決雖肯認兒童最佳利益應予考量，卻仍維持第一審判處之有期徒刑7月，顯不符徐羽恬之未成年子女之最佳利益，有理由欠備、矛盾之違法。

四、惟按：量刑係法院就繫屬個案犯罪之整體評價，乃事實審法院得依職權自由裁量之事項，故量刑判斷當否之準據，應就判決之整體觀察為綜合考量，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。

原判決說明：分別審酌張百濤、徐羽恬之犯罪手段、販賣毒品咖啡包數量、價金、尚未實際販賣流入市面、素行、坦承犯行之犯後態度及對於其等未成年子女有無可避免之傷害等一切情狀，認第一審判決量刑事由記載，雖較為疏略，惟量

處張百濤有期徒刑1年3月、徐羽恬有期徒刑7月，並無濫用裁量權致有失出或失入之情形。原判決之宣告刑尚屬妥適，與罪責相當原則無違等旨，而予維持。又張百濤於原審審理時自承：「以後我入監服刑的話，(未成年子女)就會交由我父母照顧，我父母有獨立的經濟來源，與小孩間的相處也算融洽」等語(見原審卷第248頁)，張百濤對於其入監服刑後之未成年子女照顧，已有思考規劃。原判決說明尚有張百濤之父母可照護張百濤之未成年子女，並無誤認之處。至徐羽恬於原審審理時供承：「我知道張百濤一天賣『藥』就可以賺到2萬多元」、「之前張百濤賣『藥』後都會帶一袋錢回家，裡面大約有2萬多元」等語(見原審卷第250頁)。原判決說明徐羽恬依其過往與張百濤共同生活之經驗而知悉張百濤販賣第三級毒品獲利非微之相關脈絡背景，與本件因為警查獲而無獲利或可獲利若干等情，尚無矛盾之處。此外，原判決已說明徐羽恬依刑法第25條第2項、毒品危害防制條例第17條第2項、第1項規定，遞予減輕其刑後，科處有期徒刑7月，已屬最低度刑，且徐羽恬別無其他減輕其刑事由，自無從再予減輕其刑而判處有期徒刑6月之旨。原判決已將張百濤、徐羽恬3名未成年子女扶養照顧之相關家庭生活狀況等情，併列為量刑之綜合審酌因素，並無漏未審酌或違反聯合國兒童權利公約規定意旨及裁量權濫用之違法情形，自不得僅摭拾量刑未詳予記敘或擷取其中片段，執以指摘原判決量刑違法。綜上，原判決已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列情形而為量刑，既未逾法定刑度，又未濫用裁量之權限，即不得指為違法。張百濤、徐羽恬之上訴意旨，均泛言指摘：原判決量刑過重違法云云，與法律所規定得合法上訴第三審之理由，不相適合。

五、綜上，本件張百濤、徐羽恬之前揭及其餘上訴意旨，均係就原審量刑裁量職權之適法行使，或原判決已明白論斷說明之事項，仍持己見，漫為指摘違法，難認已符合首揭法定之第

三審上訴要件。本件張百濤、徐羽恬之上訴，均為違背法律上之程式，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　　3　　月　　19　　日

刑事第三庭審判長法　官　李錦樑

法　官　周政達

法　官　洪于智

法　官　吳秋宏

法　官　蘇素娥

本件正本證明與原本無異

書記官　林君憲

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　23　　日