臺灣高等法院高雄分院刑事判決

114年度原上訴字第38號

上　訴　人
即　被　告　王○麗（真實姓名、年籍詳卷）
選任辯護人　李兆隆律師（法律扶助）
上　訴　人
即　被　告　蔡○賢（真實姓名、年籍詳卷）
選任辯護人　陳彥彣律師

上列上訴人因妨害幼童發育案件，不服臺灣橋頭地方法院114年度審原訴字第27號，中華民國114年9月23日第一審判決（起訴案號：臺灣橋頭地方檢察署114年度偵字第5165號、第10750號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷。

王○麗共同對於未滿七歲之人犯妨害幼童發育罪，累犯，處有期徒刑捌月。

蔡○賢共同對於未滿七歲之人犯妨害幼童發育罪，累犯，處有期徒刑捌月，扣案之玻璃球吸食器壹組沒收。

事　實

一、王○麗為未滿7歲兒童王○宇（民國000年00月生，真實姓名、年籍詳卷，下稱甲童）之生母，蔡○賢於下列期間係王○麗之男友，渠等3人自113年12月間某日起，共同生活於高雄市左營區新吉街住處（地址詳卷），嗣於114年3月初某日共同搬遷至高雄市左營區重安路住處（住址詳卷），王○麗、蔡○賢與甲童分別具有家庭暴力防治法第3條第3款、第2款之家庭成員關係。王○麗、蔡○賢均明知甲童未滿7歲，且知悉海洛因、甲基安非他命分屬毒品危害防制條例列管之第一、二級毒品，其等均有施用毒品之習慣，可預見於施用海洛因、甲基安非他命等毒品時，若未隔絕甲童於一定距離之外而共處一屋，會造成甲童吸入相當劑量之海洛因、甲基安非他命二手煙霧，可能妨害甲童身心之健全或發育，詎王

○麗、蔡○賢對上情之發生並不違背其本意，為滿足毒癮，竟共同基於妨害未滿7歲之人身心健全發育之犯意聯絡，於113年12月間至114年3月間之同居期間內，無視與甲童同處密閉空間，而數度於甲童在場之情況下，各自或共同將海洛因、甲基安非他命置入玻璃球吸食器燒烤吸食煙霧之方式，施用海洛因、甲基安非他命，致甲童吸入含有海洛因、甲基安非他命之煙霧，足以妨害甲童身心之健全或發育。嗣於114年2月11日、同年3月6日，先後經醫院採取甲童之頭髮送驗，檢出如附表所示之毒品反應，始悉上情。

二、案經臺灣橋頭地方檢察署檢察官指揮高雄市政府警察局左營分局及簽分偵查起訴。

理　由

一、證據能力之說明：

本判決有罪部分所引用屬於傳聞證據之部分，均已依法踐行調查證據程序，且檢察官、上訴人即被告王○麗、蔡○賢（下分稱王○麗、蔡○賢，合稱被告2人）及其等辯護人於本院準備程序時，均明示同意有證據能力（本院卷一第第244至246頁、第277至279頁），迄於言詞辯論終結前並未聲明異議，基於尊重當事人對於傳聞證據之處分權，及證據資料愈豐富愈有助於真實發現之理念，本院審酌該等證據作成時情況，並無違法取證之瑕疵，且無顯不可信之情形，以之作為證據應屬適當，自均有證據能力。

二、一造辯論之說明：

王○麗經合法傳喚，無正當理由，未於本院審理期日到庭，爰依刑事訴訟法第371條規定，不待其陳述逕行判決。

三、認定犯罪事實所憑之證據及理由

㈠王○麗雖於本院審理期日未到庭，然於本院準備程序時為認罪之陳述（本院卷一第276頁），而蔡○賢於本院審理時對於上開事實坦承不諱（本院卷二第28頁），核與證人即被害人甲童證述之情節相符（他卷第97至101頁），復有高雄醫學大學附設中和紀念醫院檢驗醫學部毒物室114年2月25日實

驗室編號H00000000號及114年3月18日實驗室編號H00000000號毛髮藥物檢驗報告、被告2人之濫用藥物檢驗檢體真實姓名對照表、正修科技大學超微量研究科技中心114年3月26日報告編號R00-0000-000號及114年4月3日報告編號R00-0000-000號尿液檢驗報告、高雄市政府警察局左營分局搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、扣案玻璃球吸食器照片、新吉街住處及重安路住處照片、高雄市政府社會局家庭暴力及性侵害防治中心專家協助評估/診斷個案報告表附卷可稽（他卷第19至23、27至29、39至42、113、143至147頁、偵一卷第17、33至34頁、偵二卷第103至104頁），是被告2人上開任意性之自白核與事實相符，堪以採信。

㈡查海洛因、甲基安非他命均具有成癮性、濫用性，對身體危害極大，且以燒烤吸食煙霧之方式施用前揭毒品，該煙霧可能在密閉空間內飄散而為他人所吸入，此為一般人均得知悉之事，且參酌被告2人之法院前案紀錄表，其等有多年施用毒品習慣，自難諉不知情；而甲童於案發時為未滿7歲之兒童，對毒品之耐受力、代謝能力均較成人為低，其長期暴露在含海洛因、甲基安非他命煙霧之環境下，其身心之健全或發育應會受有危害或有受危害之虞；另參以甲童所檢出之毒品濃度甚高，堪認甲童吸入含有海洛因、甲基安非他命之煙霧非微，且甲童因身處毒品環境，經醫師評估結果，甲童有個性躁動、生長發育較低等情形，此有上開高雄市政府社會局家庭暴力及性侵害防治中心專家協助評估/診斷個案報告表可佐，被告2人本案犯行顯然已妨害被害人之身心健全發育。

㈢被告2人雖未直接提供毒品予甲童等施用，然其等均有施用毒品經驗，可預見海洛因及甲基安非他命所生煙霧會危害幼童發育，仍在與甲童共處一室的情況下，未顧及年幼且不知抵抗之甲童在場，各自或共同施用海俗因及甲基安非他命，而使甲童長期接觸、暴露於海洛因及甲基安非他命煙霧之中，容任毒品對甲童產生危害，足以妨害甲童身心之健全及

發育，是以被告2人具妨害未滿7歲之甲童發育之不確定故意，堪以認定。

㈣綜上，本件事證明確，被告2人犯行均堪認定，各應予依法論科。

四、論罪及刑之加重減輕：

㈠新舊法比較：

被告2人行為後，刑法第286條業於114年8月1日修正公布，並於同年月3日施行。其中修正前第5項「對於未滿7歲之人，犯前4項之罪者，依各該項之規定加重其刑至2分之1」之規定，除移列為第3項外，並修正為「對於未滿7歲之人，犯前2項之罪者，依各該項之規定加重其刑2分之1」，經依刑法第2條第1項規定為比較後，應以修正前之法律效果，即僅「至多」加重2分之1，較有利於被告，自應適用修正前之刑法第286條之規定。

㈡論罪：

1.王○麗與甲童為母子，蔡○賢於案發時係王○麗之男友，與甲童共同居住一處，王○麗、蔡○賢與甲童分別具有家庭暴力防治法第3條第3款、第2款所定之家庭成員關係，是被告2人對甲童為身體上不法侵害之行為，已各構成家庭暴力防治法第2條第2款所稱之家庭暴力罪，並均構成刑法規定之犯罪，應依刑法規定予以論罪科刑。是核被告2人所為，係犯修正前刑法第286條第5項、第1項之對於未滿七歲之人犯妨害幼童發育罪。

2.被告2人就本案犯行，有犯意聯絡及行為分擔，應論以共同正犯。

3.被告2人自113年12月間起至114年3月間止，多次於甲童在場之情況下，各自或一同施用海洛因、甲基安非他命，均係基於妨害未滿七歲之甲童發育之不確定故意而為，且係在密切接近之時間、地點所實行，所侵害之法益同一，各行為之獨立性薄弱，依一般社會健全觀念，在時間差距上，難以強行分開，在刑法評價上，以視為數個舉動之接續施行，合為包

括之一行為予以評價，較為合理，均論以接續犯。

㈢刑之加重減輕：

1.被告2人均有修正前刑法第286條第5項之加重事由：

被告2人行為時，甲童尚未滿7歲，均應依修正前刑法第286條第5項規定，加重其刑。又修正前刑法第286 條第5 項已將「對於未滿7 歲之人」列為犯罪構成要件，係以被害人年齡所設特別規定，是依兒童及少年福利與權益保障法第112條第1 項但書規定，均無須再依該條項前段之規定加重其刑。

2.被告2人均有刑法第47條第1項之加重事由：

王○麗前因施用毒品、竊盜及偽造文書等案件，經法院分別判決並裁定應執行有期徒刑4年5月、1年2月、10月確定，經接續執行後，於108年4月8日縮短刑期假釋出監，嗣經撤銷假釋，所餘殘刑2年3月25日於112年6月1日執行完畢；蔡○賢則因施用毒品案件，經法院分別判決並裁定應執行有期徒刑1年2月確定，於109年5月8日縮短刑期假釋出監並付保護管束，於110年1月29日保護管束期滿假釋未經撤銷視為執行完畢等情，有被告2人之法院前案紀錄表在卷可佐。檢察官就被告2人上開構成累犯事實，請求依刑法第47條第1項規定論以累犯，並主張被告2人前有多次施用毒品前科，本件施用毒品造成妨害甲童發育，顯見刑罰反應力薄弱，請求加重其刑等語（本院卷二第33頁），經本院就法院前案紀錄表予以調查並指明執行完畢，提示予蔡○賢及被告2人之辯護人均不予爭執（本院卷二第30頁），至於王○麗於本院審理時未到庭，其於原審時就法官提示之法院前案紀錄表亦未予爭執（原審卷第138頁），復已就本案是否構成累犯及應否加重依序辯論，本院自得依上開資料作為是否論以累犯及加重其刑裁判基礎。本院審酌被告2人前受有期徒刑執行完畢後，5年內故意再犯本案有期徒刑以上之罪，均為累犯，又被告2人構成累犯前案中之施用毒品罪與本案雖然罪質不同，但犯罪手法相似，王○麗於前案執行完畢後1年多即再

犯，蔡○賢則於前案執行完畢後3年多再犯，前刑之執行確實不足以發揮警告作用，堪認被告2人對於刑罰之反應力薄弱，故檢察官所為主張尚非無據。佐以被告2人所犯本案之罪，加重最低本刑，亦無致個案過苛或不符罪刑相當原則，故就被告2人所犯之罪均依刑法第47條第1項規定加重其刑，且均依法遞加之。被告2人之辯護人辯稱不應依累犯規定加重被告2人之刑等語，均無足採。

3.被告2人均無刑法第59條規定適用之說明:

按刑法第59條規定之酌量減輕其刑，必須犯罪另有特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，認為即使予以宣告法定最低度刑，猶嫌過重者，始有其適用（最高法院114年度台上字第2323號判決要旨參照）。審酌王○麗身為甲童之母，蔡○賢於案發時身為王○麗之男友與甲童同居，明知甲童尚年幼，日常生活均仰賴他人照料，被告2人竟為逞一己施用毒品之慾望，長期在與甲童同處一地之情況下各自或共同施用海洛因、甲基安非他命，造成甲童長期吸入含有毒品之二手煙霧，且本案案發期間達3月，是依被告2人之犯罪情狀，並無特殊之原因與環境，在客觀上尚不足以引起一般人同情，難認有宣告法定最低刑度仍嫌過重之情形，自均無從依刑法第59條規定酌減其刑。

五、上訴論斷：

㈠被告2人犯罪事證明確，原判決據以論罪科刑，固非無見，惟查被告2人行為後，刑法第286條已有修正，修正後之規定對被告2人較不利，自應適用修正前規定，業如前述，原判決竟對被告2人所為論以修正後刑法第286條第3項、第1項之妨害未滿7歲之人發育罪，容有未洽。被告2人上訴主張不應依累犯規定加重其刑，且請求依刑法第59條規定酌減其刑，依前揭說明，固無理由，惟原判決既有上開可議，自應由本院予以撤銷改判。

㈡審酌王○麗、蔡○賢分別身為甲童之母或同居家屬，其等施用毒品已屬不該，竟不顧甲童同處一屋，各自或共同施用海

洛因、甲基安非他命多次，導致甲童吸入相當劑量之海洛因、甲基安非他命二手煙霧，妨害其身心健全發育，所為實有不該；並考量被告2人妨害甲童身心發育之手法、被告2人主觀上為不確定故意、妨害甲童身心健全發展之期間、甲童毛髮所測得之毒品濃度，兼衡甲童案發時僅4歲，後續經治療追蹤後，甲童之身體無明顯狀況，且過動狀況有改善穩定乙情，有高雄市政府社會局家庭暴力及性侵害防治中心社工之意見可佐（原審卷第126頁、第139頁）；另衡以被告2人均坦承犯行，又案發後高雄市政府社會局家庭暴力性侵害防治中心為確保甲童之身心發展及健康，對王○麗進行輔導處遇，惟王○麗經常遲到或請假，並未依處遇計畫履行，有王○麗家庭處遇計畫執行狀況表可憑（本院卷一第287頁），暨王○麗、蔡○賢分別於原審、本院審理時自陳之智識程度及家庭生活經濟狀況（原審卷第138頁、本院卷二第30至31頁）等一切情狀，再酌以本件原判決對被告2人各判處有期徒刑9月後，僅被告2人提起上訴，檢察官並未提起上訴，而原判決誤用對被告2人較為不利之修正後刑法第286條規定而遭本院撤銷改判，業如前述，則囿於不利益變更禁止原則，本院爰分別量處如主文第2、3項所示之刑。

㈢沒收：

扣案之玻璃球吸食器1組為蔡○賢所有，供其犯本案之罪所用之物（他卷第125至128頁），爰依刑法第38條第2項前段規定宣告沒收。至王○麗交予員警查扣之手機1支，核與本案犯行無關，爰不予宣告沒收。

據上論斷，應依刑事訴訟法第371條、第369 條第1項前段、第364條、第299條第1項前段，判決如主文。

本案經檢察官許亞文提起公訴，檢察官黃彩秀到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　7　　日

刑事第六庭　審判長法　官　徐美麗

法　官　黃右萱

法　官　莊珮君

以上正本證明與原本無異。
如不服本判決應於收受本判決後20日內向本院提出上訴書狀，其未敘述上訴理由者，並得於提起上訴後20日內向本院補提理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。
中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　7　　日
書記官　黃淑菁
附錄本判決論罪科刑法條：
修正前中華民國刑法第286條第1項、第5項
對於未滿十八歲之人，施以凌虐或以他法足以妨害其身心之健全或發育者，處六月以上五年以下有期徒刑。
對於未滿七歲之人，犯前四項之罪者，依各該項之規定加重其刑至二分之一。