臺灣高等法院臺南分院刑事判決

115年度上訴字第1592號

上　訴　人
即　被　告　江宥澄
選任辯護人　陳建烈律師
　　葉永笙律師

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣嘉義地方法院114年度訴字第308號中華民國115年5月19日第一審判決（起訴案號：臺灣嘉義地方檢察署114年度偵字第5014號、第5015號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

事實及理由

壹、程序事項：

一、上訴審理範圍：

㈠按刑事訴訟法第348條規定：「上訴得對於判決之一部為之。對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。但有關係之部分為無罪、免訴或不受理者，不在此限。上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之。」是於上訴人明示僅就量刑上訴時，即以原審所認定之犯罪事實作為論認原審量刑妥適與否之判斷基礎，僅就原判決關於量刑部分進行審理，至於其他部分，則非第二審審判範圍。

㈡本件原審判處被告ＡＯ１犯販賣第二級毒品而混合二種以上之毒品未遂罪，處有期徒刑2年9月。扣案如附表編號1、2所示含有第二級毒品成分之菸彈均沒收銷燬之；扣案如附表編號3至5所示之第三級毒品、如附表編號7至8所示之物，均沒收之。本件被告坦承犯行而明示以原審判決之量刑過重為由提起上訴，經本院當庭向被告及其辯護人確認上訴範圍無訛（本院卷第164頁），足見被告對於本案請求審理之上訴範圍僅限於所犯之罪量刑部分。揆諸前開說明，本院爰僅就原判決被告所犯之罪量刑部分加以審理，其他關於犯罪事實、

罪名、沒收部分等，則不在本院審理範圍。

二、經本院審理結果，因上訴人即被告明示僅就原審判決關於其所犯之罪量刑部分提起上訴，業如前述，故本案犯罪事實、證據、論罪、沒收部分之認定，均如第一審臺灣嘉義地方法院114年度訴字第308號判決書所記載。本案當事人及辯護人對於後述與刑有關科刑證據之證據能力均不爭執，本院查無證據得認後述證據之取得有何違法，且認與刑之認定有關，爰合法調查引為本案裁判之依據。

貳、本院之論斷：

一、被告上訴意旨以：被告於本院審判期日，對於本件犯罪事實坦承認罪，而以本案原審量刑過重為量刑上訴（捨棄上訴書狀所具上訴理由），並請求給予被告緩刑之諭知等語。並以㈠被告本件犯行為未遂，復販售交易對象為警察，金額僅新臺幣3,000元，被告從中牟利亦不多，情節並非重大，與市面上大盤、中盤毒販有顯著差別，犯罪所生之危險及損害尚屬輕微，且被告自偵查、原審中對犯行坦承不諱，足認其犯後態度良好。被告僅因一時失慮，遂為本件犯行，被告深刻反省，配合檢警供出上游李昆錩，李昆錩固經臺灣嘉義地方檢察署檢察官以114年度偵字第6150號為不起訴處分，惟細觀卷內資料，李昆錩供出另案毒品販賣者羅博仁，且羅博仁經臺灣嘉義地方檢察署檢察官以114年度偵字第3922號、第4654號、第5222號、第5405號起訴（參114年度偵字第6150號卷第15至第18頁），足認羅博仁遭檢警查獲乃與被告之供述間有相當因果關係，被告所為擴大檢警查緝毒品之範圍，並減輕部分毒品流通於市面，降低毒品流通所生之危害，懇請鈞院審酌上情，依刑法第57條之規定，從輕量刑。末以，被告之學經歷為高職畢業、未婚、務農，與祖父母、父親、兄長、姑姑及叔叔同住，經濟狀況尚可，陳報上情供鈞院審酌。㈡關於刑法第59條規定部分，被告為本件犯行時尚屬年輕，僅高職畢業，一時失慮而為本件犯行，所為固有不該，惟被告已深刻反省，固於偵、偵中均坦承不諱，且被告於本

件犯行獲利甚微，與一般運送、販賣毒品牟取暴利者不同，倘課予被告最輕之法定刑，尚屬過重，是本件應有刑法第59條之適用。其辯護人並以同上之理由，為被告之量刑辯護。

二、駁回上訴之理由：

㈠原審核被告所為，係犯毒品危害防制條例第9條第3項、第4條第6項、第2項之販賣第二級毒品而混合二種以上毒品未遂罪、同條例第4條第6項、第2項之販賣第二級毒品未遂罪，及同條例第4條第6項、第3項之販賣第三級毒品未遂罪（變更起訴法條並已告知罪名）之犯罪事實，業於判決中關於被告所犯之罪詳述其認定犯罪事實所憑之證據及理由。並說明被告持有第二級毒品依托咪酯、異丙帕酯進而販賣之，持有第三級毒品（愷他命、氯甲基卡西酮）純質淨重超過5公克以上進而販賣之，其持有之低度行為均應為販賣之高度行為所吸收，不另論罪。被告同時販賣愷他命、含第三級毒品之毒品咖啡包未遂，應認其係基於單一販賣第三級毒品之犯意，進而侵害單一國民健康法益，並不因販賣不同種類之同級毒品，而分別論罪，故係販賣第三級毒品未遂之單純一罪。被告以一著手販賣毒品行為同時觸犯販賣第二級毒品而混合二種以上毒品未遂罪、販賣第二級毒品未遂罪，及販賣第三級毒品未遂罪，為想像競合犯，應依刑法第55條之規定，從一重以販賣第二級毒品而混合二種以上毒品未遂罪處斷。至「依托咪酯」固於115年6月17日經法務部審議通過改列第一級，並經行政院於115年6月27日起將「依托咪酯」及其類似物質提升列管為第一級毒品（此為事實變更，與法律變更無涉，最高法院97年度台上字第4022號判決意旨參照），然此係因「依托咪酯」（俗稱「喪屍菸彈」）濫用情況嚴重失控，吸食後會出現無法控制身體、意識喪失、劇烈顫抖等反應，復因其外觀與一般電子菸無異，且不具傳統毒品的臭味，青少年與社會大眾極易誤觸與快速蔓延，導致毒駕暴增並引發大量死亡車禍與犯罪，為遏止其氾濫及防範化學結構不斷變異，政府始祭出重刑，亦即「依托咪酯」提升

為第一級毒品係因應毒品管制政策所致，尚難以回推溯及致令被告承受較重之罪責，此雖非本院審理範圍仍併予敘明。

㈡本案量刑斟酌刑之減輕事由：

1.毒品危害防制條例第17條第2項「偵審自白」減刑規定適用之部分：

按毒品危害防制條例第17條第2項規定：犯第4條至第8條之罪於偵查及審判中均自白者，減輕其刑。被告於偵查、原審及本院審理中均坦承本案犯行，應適用毒品危害防制條例第17條第2項規定，減輕其刑。至被告雖一度否認其明知該販售之毒品菸彈含有二種以上毒品成分（「依托咪酯」、「異丙帕酯」），惟被告於原審審理時自承：「（問：對於扣案菸彈中有1顆菸彈含有第二級毒品依托咪酯及「異丙帕醋」成份，有何意見？）沒有意見。」等語（原審卷第393頁），依被告之智識、生活經驗及其有施用相關毒品前科，且依被告於通訊通訊軟體微信以暱稱「八斗子-海鮮餐廳24營」之帳號發送廣告內容，針對販售菸彈之內容記載「神奇菸彈1700」之販毒文字訊息，其主觀上應可知所販售之菸彈主要成分為「依托咪酯」，且意在販賣營利，縱其就本件混合二種毒品之加重構成要件無明知之直接故意，但未明確否認販賣之菸彈有混合二種毒品之可能，仍有涉及縱含二種毒品成分仍不違背其販售本意之不確定故意，而被告既已坦承販賣本案菸彈毒品之基本事實（自白毒品危害防制條例第4條第2項之罪），為避免對同一行為過度或重複評價，以符合罪刑相當原則，仍寬認其符合毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑。

2.被告著手販賣第二級毒品而混合二種以上毒品之犯行而未遂，應依刑法第25條第2項規定減輕其刑，並依法遞減輕之。

3.毒品危害防制條例第17條第1項有關供出毒品來源部分：

按犯毒品危害防制條例第4條至第8條、第10條或第11條之罪，供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免

除其刑，毒品危害防制條例第17條第1項固定有明文。惟所謂「供出毒品來源」係指被告具體提供毒品來源之資訊，使調查或偵查犯罪職務之公務員知悉而對之發動調查或偵查，並據以破獲者而言（最高法院108年度台上字第3723號判決意旨參照）。換言之，供出毒品來源，及破獲相關他人犯罪，二種要件兼具，才能享受寬典。且該條項所指「因而查獲」之「查獲」係屬偵查機關之權限，而非法院之職權。從而，非謂被告一有「自白」、「指認」毒品來源之人，即得依上開規定，予以減免其刑；猶須提供確實資訊，使調查或偵查犯罪之公務員對之發動調查或偵查，進而查獲該人及其犯行，否則，尚與上開減免其刑規定要件不合（最高法院112年度台上字第5110號判決參照）。則毒品危害防制條例第17條第1項關於供出毒品來源，減免其刑寬典之規定，所謂「供出毒品來源，因而查獲」，須被告詳實地供出毒品來源具體事證，因而使有偵查（或調查）犯罪職權的公務員知悉，而對該上游人員發動偵查（或調查），並因而破獲其犯罪者而言。被告上訴供稱其於偵查及原審審理時均有供出其販售毒品依托咪酯菸彈2顆來源為「李昆昌」乙情，原審疏未調查論述其應有符合毒品危害防制條例第17條第1項之供出上手減刑事由等語，然被告所指本案販售上述毒品來源係「李昆錩」一情，原審曾經調取「李昆錩」經警方移送臺灣嘉義地方檢察署檢察官偵辦涉嫌販售本案毒品予被告而涉犯販毒罪嫌，業經檢察官以114年度偵字第6150號認罪嫌不足而為不起訴處分之案卷全卷在卷（卷附該案影卷），此有該不起訴處分書在卷可參（原審卷第361至363頁、本院卷第91至93頁），再經本院函詢調查機關嘉義縣警察局水上分局，亦函覆無「被告ＡＯ１所供述之毒品上游『李坤錩（即李昆錩）』，業於114年4月15日對李嫌製作警詢筆錄完畢，並於114年5月5日以嘉水警偵字第1140012623號刑事案件報告書移請臺灣嘉義地方檢察署偵辦」，此有上開分局115年7月17日嘉水警偵字第1150019910號函在卷可憑（本院卷第81

頁），可見本案調查機關嘉義縣警察局水上分局已對「李昆錩」調查後移送檢察官偵辦，但經檢察官偵查後仍認罪嫌不足為不起訴處分，已如前述，則本案檢警機關並無因被告供述而查獲所指該名毒品上游之犯嫌，要難認被告已符合毒品危害防制條例第17條第1項所規定「供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯」之要件。

4.不予適用刑法第59條規定酌減其刑之說明：

被告上訴及其辯護人以本案有法重情輕之情，請求依刑法第59條規定酌減其刑云云。然按刑法第59條之酌量減輕其刑，必須犯罪另有其特殊之原因與環境等等，在客觀上足以引起一般人同情，認為即予宣告法定最低刑期猶嫌過重者，始有適用。質言之，法院依該條為裁判上減輕其刑者，應審酌是否符合相當性及比例原則等條件，始為適當；又刑法第59條所規定之酌量減輕其刑，係裁判上之減輕，必以犯罪之情狀可憫恕，認為宣告法定最低度之刑猶嫌過重者，始有其適用。至於被告犯行、情節輕微或被告犯罪之動機、手段、犯罪後之態度等各種情狀，僅可為法定刑內從輕科刑之標準，不得據為酌量減輕之理由。經查，毒品戕害國民健康至鉅，販賣毒品之情節尤重，更應嚴加非難。原審以被告之辯護人所指被告於本件之交易對象為警察，金額僅3,000元，被告從中牟利亦不多，情節並非重大，與市面上大盤、中盤毒販有顯著差別，經減輕其刑後仍有情輕法重之處，非無可憫恕之處，請求原審依刑法第59條規定減輕其刑等語，然被告於偵查及審理時均自白販賣毒品未遂犯行，經原審依毒品危害防制條例第17條第2項、刑法第25條第2項規定遞減輕其刑，且被告係以微信廣播助手功能對不特定對象散布販賣毒品訊息，並於訊息中標明各項毒品種類及售價，進而吸引不特定購毒者與之聯繫購買，其情節較購毒者與販毒者私下聯繫討論毒品種類及單價情形為嚴重，對於社會危害亦大，於犯罪時亦無任何特殊之原因與環境等因素，在客觀上顯然不足以引起一般同情，依上開判決意旨，並無再適用刑法第59條酌

量減輕其刑之餘地，業已說明詳盡。又依托咪酯俗稱「喪屍煙彈」，具有成癮性、濫用性及社會危害性，並有嚴重之副作用，對於國民健康危害至深，甚至肇生他人毒品之來源，而有滋生其他犯罪之可能，對於社會秩序亦有重大危害，其犯罪所生損害之嚴重程度尚非輕微，犯罪情節非輕。是依被告之犯罪情狀，並無特殊之原因與環境，在客觀上難認有何特殊之原因與環境，足以引起一般同情，並無犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重之情形，當無適用刑法第59條規定酌減其刑之餘地。

㈢量刑係法院就繫屬個案犯罪所為之整體評價，乃事實審法院之職權裁量事項，而量刑判斷當否之準據，則應就判決整體觀察為綜合考量，不可擷取其中片段遽為評斷。苟其量刑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，或濫用其裁量權限，致明顯失出失入情形，自不得任意指為不當或違法。本案原審審酌被告前曾於112年11月間，因持有第三級毒品純質淨重5公克以上犯行遭查獲，經原審以113年11月27日以113年度嘉簡字第1453號判處有期徒刑3月，於同年12月24日確定，並於翌（114）年2月8日易科罰金執行完畢，此有上開判決及法院前案紀錄表存卷可參（原審卷第13-14、23-27頁，檢察官未主張累犯），然被告並未因此心生警惕避免再次接觸毒品，其無視於國家杜絕毒品危害之禁令，不思以正當途徑獲取金錢，竟以販賣毒品圖不法所得之犯罪動機、手段，所為足以使購買施用者導致生理及心理毒害形成心理成癮性及心理依賴性，殘害國民身體健康，危害社會治安，本次所發送廣告販賣毒品之種類、單價，欲販售予員警所假扮買家之毒品種類、數量、金額，犯後坦承犯行，態度尚可，及其自陳高職畢業之智識程度，未婚，務農，與祖父母、父親、哥哥、姑姑、叔叔同住等一切情狀，量處有期徒刑2年9月之刑。本院認原判決關於本案被告所犯科刑部分，除依刑法第25條第2項未遂犯依正犯之刑減輕，復依毒品危害防制

條例第17條第2項偵審自白減輕其刑外，已依刑法第57條各款所列情狀審酌，就被告所犯為量刑之準據，且已詳細說明量處上開刑度之理由。就被告所犯量處之刑度已屬低度量刑，經核並無量刑輕重失衡、裁量濫用之情形，非無所憫，乃稱允當。被告上訴所仍執前詞，並以毒品數量非鉅、獲利非高及其個人、家庭因素之量刑酌減請求，均純就原審前述量刑裁量權之合法行使，徒以上述說詞而為指摘，經本院詳為審認及整體斟酌，所請仍認無理由。準此，被告上訴請求從輕量刑之理由，已為原判決審酌時作為量刑之參考因子，或尚不足以動搖原判決之量刑基礎，難認有據。

㈣綜上所述，被告之上訴，為無理由，應予駁回。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

本案經檢察官侯德人提起公訴，檢察官陳建弘到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　16　　日

刑事第六庭　審判長法　官　洪榮家

法　官　張婉寧

法　官　黃裕堯

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決應於收受送達後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（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

書記官　翁倩玉

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　16　　日

附錄本案論罪科刑法條全文

毒品危害防制條例第4條：

製造、運輸、販賣第一級毒品者，處死刑或無期徒刑；處無期徒刑者，得併科新臺幣3千萬元以下罰金。

製造、運輸、販賣第二級毒品者，處無期徒刑或10年以上有期徒刑，得併科新臺幣1千5百萬元以下罰金。

製造、運輸、販賣第三級毒品者，處7年以上有期徒刑，得併科新臺幣1千萬元以下罰金。

製造、運輸、販賣第四級毒品者，處5年以上12年以下有期徒刑，得併科新臺幣5百萬元以下罰金。
製造、運輸、販賣專供製造或施用毒品之器具者，處1年以上7年以下有期徒刑，得併科新臺幣1百50萬元以下罰金。
前五項之未遂犯罰之。
毒品危害防制條例第9條：
成年人對未成年人販賣毒品或犯前三條之罪者，依各該條項規定加重其刑至二分之一。
明知為懷胎婦女而對之販賣毒品或犯前三條之罪者，亦同。
犯前五條之罪而混合二種以上之毒品者，適用其中最高級別毒品之法定刑，並加重其刑至二分之一。
附表：扣案物品

編號	名稱	數量	是否沒收（銷燬）
1	菸彈（含第二級毒品依拖咪酯成分）	1顆（檢驗後毛重5.344公克）	沒收銷燬
2	菸彈（含第二級毒品依托咪酯、異丙帕酯成分）	1顆（檢驗後毛重4.828公克）	沒收銷燬
3	愷他命	1包（檢驗前淨重4.132公克、檢驗後淨重4.112公克、檢驗前純質淨重3.543公克）	沒收
4	愷他命	1包（檢驗前淨重39.026公克、檢驗後淨重39.007公克、檢驗前純質淨重30.936公克）	沒收
5	咖啡包（含第三級毒品氯甲基卡西酮成分）	11包（檢驗前總淨重17.276公克、檢驗後總淨重16.95公克）	沒收
6	iPhone 11 行動電話	1支	不沒收
7	iPhone 7 行動電話	1支	沒收
8	磅秤	1台	沒收