臺灣高等法院刑事判決

113年度上訴字第1760號

上　訴　人　臺灣臺北地方檢察署檢察官

上　訴　人

即　被　告　陳家文

000000000000000000

000000000000000000

陳玉鳳

000000000000000000

000000000000000000

上二人共同

選任辯護人　簡靖軒律師

趙元昊律師

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣臺北地方法院112年度訴字第655號，中華民國112年12月13日第一審判決（起訴案號：臺灣臺北地方檢察署112年度偵字第5383號、112年度偵字第6127號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

一、原判決關於陳家文、陳玉鳳所處之刑，均撤銷。

二、上開撤銷部分，陳家文、陳玉鳳均處有期徒刑一年四月。

理　由

壹、審理範圍：

按刑事訴訟法第348條第3項規定：上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之。檢察官、上訴人即被告陳家文、陳玉鳳（下合稱被告2人，單稱姓名）提起第二審上訴，於本院均明示僅就原審判決之科刑上訴（並就其餘部分撤回上訴，本院卷92-93、246、290-291、353、365、367頁）。是本院僅就原審判決關於被告2人科刑部分進行審理，至於原審判決認定之犯罪事實、罪名部分及沒收，均非本院審理範圍。

貳、上訴意旨：

一、檢察官上訴意旨略以：

㈠被告2人所供出所謂之「毒品上游」吳宣毅（即綽號阿義）者，其意圖販賣持有毒品係屬另外一案，究非因本案而查獲，且吳宣毅於另案偵查中亦否認有在本案「HK」處販賣毒品，故就此部分被告2人應無毒品危害防制條例第17條第1項規定之適用。再就陳家文於偵查中始終否認犯行，又於警方到達「HK」現場時更有藏放毒品行為，其見警方在現場搜尋時亦未曾主動指出毒品藏放地點，則是否僅因其有於審判中為自白，即得認其販賣毒品犯行有情堪憫恕之處？此部分容有疑義；

㈡陳玉鳳為「HK」遭查獲時在臺負責人，亦為本案販毒主要嫌犯，再依店內櫃台全部監視器畫面觀察，陳玉鳳於店內參與販賣毒品非僅本案查獲單次犯行，陳玉鳳於偵查中亦對其毒品上游來源多有迴護，詎原審判決就被告2人量刑之後，主嫌陳玉鳳竟僅處有期徒刑1年4月，而陳家文反遭處有期徒刑2年。故此部分容有量刑不當之誤會。請將原判決撤銷，更為適當合法之判決等語。

二、被告2人上訴意旨略以：

㈠陳家文偵查中已自白認罪（本院卷45頁）；

㈡被告2人所供述共犯非僅吳宣毅1人，尚包括武文芳，應可同依毒品危害防制條例第17條第1項規定減輕其刑；

㈢陳玉鳳係因男友武文芳請託，於武文芳不在時看顧「HK」，而陳玉鳳係在越南出生，嫁來臺灣育子後離婚，好不容易遇到武文芳成為男女朋友，在武文芳請託之下未加以拒絕，其情實堪憫恕，請依刑法第59條減刑；

㈣被告2人均無前科紀錄，經此教訓後無再犯之虞，請求從輕量刑並予以緩刑等語。

參、本院之判斷：

一、被告2人均適用毒品危害防制條例第17條第2項規定減刑：

㈠按犯第4條至第8條之罪於偵查及歷次審判中均自白者，減輕其刑（毒品危害防制條例第17條第2項）；此所謂「自

白」，係指對自己之犯罪事實全部或主要部分為肯定供述之意，所稱犯罪事實，則指符合犯罪構成要件之具體社會事實而言。又於偵查階段中，倘被告已有自白，不論該自白係出於自動或被動、一次或多次、自白後有無翻異，既已有助於重要關鍵事實之釐清，即符合上開偵查自白要件。至歷次審判中均自白，係指歷次事實審審級（包括更審、再審或非常上訴後之更為審判程序），且於各該審級中，於法官宣示最後言詞辯論終結時，被告為自白之陳述而言。

㈡經查：

1.陳玉鳳於偵查中（偵5383卷◯000-000、184頁）及歷次審理中（於本院未就犯罪事實上訴）均自白，應依前開規定減輕其刑。

2.陳家文於民國112年4月13日警詢時陳稱：「（本分局於112年01月30日.....HK卡拉OK查獲范成龍.....所持有、施用之第三級毒品愷他命及毒品咖啡包是否由你提供？）是**由我提供**」、「經警方提供HK店內監視器.....畫面予你察看，客人至櫃檯後，係由你從櫃檯底下取出裝有毒品咖啡包之箱子.....販售予客人，.....你做何解釋？）**是我...拿出來給客人的沒錯**」、「**毒品咖啡包每包新臺幣（下同）500元、愷他命（含袋0.5g）2,000元**」等語（偵5383卷◯000-000頁），已就其共同販賣毒品之相關交付標的、對價等主要犯罪事實，為肯定之陳述。因此，縱然陳家文嗣後於檢察官偵訊時否認犯罪（偵5383卷◯000-000頁），檢察官起訴書因而未記載陳家文自白，惟依據前開說明，陳家文仍係於偵查中自白；且其於原審、本院（未就犯罪事實上訴）均自白，應依前開規定減輕其刑。

二、被告2人適用毒品危害防制條例第17條第1項減刑規定：

㈠按毒品危害防制條例第17條第1項所稱「供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者」，係指被告具體供出毒品來源之有關資料，諸如正犯或共犯之姓名、年籍、住居所或其他足資辨別之特徵等，使調查或偵查犯罪之公務員因而對之有發

動調查或偵查之可能性，且觀該條項之立法意旨，係基於有效破獲上游之製造毒品組織，推展斷絕供給之緝毒工作，對願意供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑，採行寬厚之刑事政策。所謂「查獲」，係指依其自白，查得具體證明之來源。所謂「供出毒品來源」，則係指供出其所犯上述各罪該次犯行之毒品來源而言；亦即須所供出之毒品來源，與其被訴並定罪之各該違反毒品危害防制條例犯行有**相當或直接關聯**者，得適用該規定減免其刑（113年度台上字第1589號、第4540號、114年度台上字第142號判決意旨參照）。

㈡關於供出吳宣毅部分適用上開減刑規定：

1.①被告2人供陳另案被告吳宣毅（下逕稱姓名）為其等上游來源（詳後）；而吳宣毅經臺灣臺北地方檢察署（下亦稱臺北地檢署）檢察官提起公訴之案件（112年度偵字第29189號，下稱**吳宣毅被訴案件**），**略以**：吳宣毅基於意圖販賣第三級毒品之犯意，於**112年8月7日前之某不詳時間**，自不詳來源取得第三級毒品愷他命12包而持有之，除供自用外亦隨時伺機售與有需求之購毒者，「嗣因警方於112年1月30日查獲臺北市○○區○○○路0段00巷0號「HK」卡拉OK店販售毒品即溶包、第三級毒品愷他命（「HK」店內人員陳玉鳳、陳家文所涉販賣毒品罪嫌另由臺北地檢署檢察官以112年度偵字第5383號案件提起公訴，即本案），發覺吳宣毅涉嫌為『HK』提供毒品」，經循線於112年8月7日對吳宣毅執行搜索，扣得若干第三級毒品愷他命，並發現吳宣毅於112年3月至吳宣毅被訴案件查獲期間，均有與他人密集從事毒品交易談話，因認吳宣毅涉犯毒品危害防制條例第5條第3項之意圖販賣而持有第三級毒品罪**等語**。②又吳宣毅被訴案件起訴書並引用**被告2人之證述做為證據，而可釋明被告2人已有供陳吳宣毅犯罪之陳述，並為吳宣毅上開犯行之證據**（本院卷273-275、278頁）。③從而，足見被告2人已經「供出毒品來源」，並因彼等2人之供述而「查獲」（起訴）吳宣

毅之「正犯」犯行。④雖吳宣毅被訴案件經檢察官認定之犯行，係意圖販賣而持有第三級毒品罪嫌，惟吳宣毅被訴之犯罪行為期間，並未明確排除被告2人112年1月30日販賣毒品「之前」的時點（起訴書記載吳宣毅於112年3月至吳宣毅被訴案件查獲期間與他人毒品交易之談話，係描述查獲經過及證據之一）；且檢察官於吳宣毅被訴起訴書犯罪事實欄，亦引述本案查獲被告2人在「HK」販賣第三級毒品之過程以及吳宣毅涉嫌提供「HK」毒品，證據清單欄關於人證部分，僅引用被告2人之陳述（吳宣毅被訴案件起訴書證據欄編號2、3），而無其他人證。⑤揆諸上開說明，吳宣毅被訴案件雖因偵查所得事證，僅起訴意圖販賣而持有愷他命之嫌疑事實，而未能特定吳宣毅供給與被告2人毒品之具體時間點，但以吳宣毅該案被查獲之毒品數量、吳宣毅有密集與他人從事毒品交易之對話，以及被告2人供述有與吳宣毅交易等情，以致吳宣毅被訴意圖販賣而持有第三級毒品犯行，益可確認吳宣毅之犯嫌與被告2人犯罪之過程事實、供出上游來源之證據密切相關，可認與被告2人本案犯行及陳述均有緊密之相當關聯，揆諸前揭說明，應認符合上開減刑規定。

2. 又吳宣毅涉嫌於111年12月24日販賣第三級毒品予被告2人之行為（即被告2人本案「直接」關聯之涉嫌行為），經臺北地檢署檢察官以112年度偵字第29188號不起訴處分後，經職權聲請再議而由臺灣高等檢察署（下稱高檢署）檢察長發回續行偵查，臺北地檢署檢察官再以113年度偵續字第222號不起訴處分，嗣後經職權聲請再議而經高檢署檢察長駁回而確定等節，有上開各該處分書可參（本院卷269-271、323-327頁）。準此，吳宣毅所涉與被告2人「直接」關聯之涉嫌販賣第三級毒品犯行，雖經檢察官為不起訴處分確定，但亦僅係未能「查獲」吳宣毅該特定期日所涉具體嫌疑犯行，仍不能排除被告2人之上游來源係吳宣毅，或吳宣毅係在被告2人本案即112年1月30日行為前（經不起訴處分確定之111年12月24日外）時點供給毒品之情形，並不影響前述「相當」關

聯之認定，而可適用前開減刑規定（檢察官就此上訴認不適用之主張，即難採納）。

3.綜上，被告2人符合毒品危害防制條例第17條第1項規定，審酌彼等犯行情節未達免刑程度，爰依上開規定減輕其刑，並依刑法第69條、第71條第2項等規定，依法遞減其刑。

㈢關於供出「武文芳」部分不適用上開減刑規定：

1.被告2人固主張其等均供出「武文芳」為本案正犯或共犯等語。惟查，①陳家文雖曾供述「武文芳」指示其藏放毒品之情形（偵5383卷二109頁），惟其並係供述其他人即「阿山」（阿son）、綽號叫胖子帶記者證的人為上游（偵5383卷○000-000頁），並未明確指證「武文芳」即係上游之具體過程及情節，迄原審準備程序時，方具體供陳「武文芳」講述毒品價格、如何交易情事（原審卷一31頁）。②又陳玉鳳於偵查、原審雖有供述「武文芳」為共犯（112偵5383卷一399頁、原審卷一30-31頁），惟偵查卷內實乏其他積極證據足以認定「武文芳」為共犯之犯罪事實。③縱以被告2人上訴另提出之監視器畫面、「武文芳」傳文字詢問「警察走了沒」及租賃契約，仍難以遽憑上事證，具體佐證認定被告2人所指「武文芳」關於本案共同販賣第三級毒品之特定犯罪事實。

2.臺北地檢署經本院函詢關於「武文芳」相關案件復以：「本署並未偵辦『武文芳』任何案件」等語；臺北市政府警察局中山分局復以：「本案.....因陳家文指認之武文芳未於境內，且無相關影像可供調閱，至無法佐證陳家文之證詞，另本分局.....移送陳玉鳳、陳家文指證之本案毒品上游吳宣毅」等語（字號略，本院卷201、203頁）。對照前開警方移送、經檢察官不起訴之吳宣毅涉嫌販賣毒品乙案（臺北市政府中山分局112年8月7日北市警中分刑字第1123058655號刑事案件報告書，原審卷一199-2-4頁），足見警方於被告2人指證且有佐證之情形下，並不吝於移送相關涉嫌人（吳宣毅），益見被告2人所陳「武文芳」涉案情節未臻具體，亦

無其他足以使警察機關可以移送之積極佐證，且未有檢察機關因被告2人陳述而訴追之情形。綜上，本院無從據偵查機關查緝過程或卷內事證合理認定「武文芳」為直接或相關聯之共犯或正犯，即無從認定「武文芳」已經由被告2人陳述因而「查獲」。是被告2人不因供述「武文芳」而得適用上開減刑規定。

㈣另陳家文於本院曾主張：依時間順序而言，陳家文早於陳玉鳳供述其犯罪事實，請斟酌就此是否適用毒品危害防制條例第17條第1項減刑規定等語（本院卷45頁）。惟陳家文其後陳報依卷內事證不再主張等語（本院卷177頁），且卷查亦無所謂陳家文供出因而查獲陳玉鳳為正犯或共犯之具體事證，陳家文即無從據此適用上開減刑規定，併此敘明。

三、被告2人不適用刑法第59條：

㈠按犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，得酌量減輕其刑（刑法第59條）。該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；如別有法定減輕之事由，應先依法定減輕事由減輕其刑後，猶嫌過重時，始得為之；其適用應就犯罪一切情狀予以全盤考量，審酌其犯罪有無可憫恕之事由即有無特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，以及宣告法定最低刑度，是否猶嫌過重等，以為判斷。

㈡經查，依原審確認之犯罪事實，被告2人犯罪之情節，係由陳玉鳳經營「HK」，陳家文則擔任服務員，彼等基於販賣第三級毒品之犯意聯絡，於112年1月30日販賣第三級毒品愷他命等予TRAN VAN THU（中文姓名：陳文秋）、PHAM THANH LONG（中文姓名：范成龍）、NGUYEN VAN MANH（中文姓名：阮文孟）、NGUYEN VAN DAI（中文姓名：阮文大）、 LE MINH QUYET（中文姓名：黎明決）施用，嗣因警方接獲噪音投訴後至現場查獲，縱使不細究已經施用或其他器物殘留愷他命之數（重）量，現場尚且扣得如**原判決附表編號1至6**所

示內有第三級毒品4-甲基甲基卡西酮之黑色包裝白色粉末之毒品即溶包1包及殘渣袋5包（共6包），愷他命6包，內有第三級毒品4-甲基甲基卡西酮成分之淡黃色粉末之毒品即溶包（黑色庫柏力克熊包裝，推估純質總淨重14.42公克）（共99包），內有第三級毒品4-甲基甲基卡西酮成分之深棕色膏狀物、淡黃色粉末及深黃色膏狀物之毒品即溶包共10袋（白色辛普森包裝）及沾有第三級毒品4-甲基甲基卡西酮之殘渣袋1袋（共11袋），含有第三級毒品愷他命成分之白色結晶（小熊維尼包裝）（共26包），沾有第三級毒品愷他命之白色香菸（共2支）。足見被告2人藉自身參與之營業場所販售毒品，數量並不算少，營利目的明確，擴散毒品風險程度不小，行為危害法律秩序，依照彼等動機、目的、手段等情形，並無何等特別輕微情狀；且被告2人之個人因素，亦非出於何等特殊不得已之原因，無從認屬「顯可憫恕」、「客觀上顯然足以引起一般同情」；且依據其等適用前開2個減刑事由後（其中適用毒品危害防制條例第17條第1項、刑法第66條規定，並得減至三分之二）所減得之處斷刑，與其上開行為情節相較，已無所謂情輕法重之情形，無從認屬「科以最低度刑仍嫌過重」，是本案礙難依照刑法第59條減輕其刑。

四、量刑撤銷改判理由：

㈠原審就被告2人所犯共同販賣第三級毒品罪，認陳家文偵查中未自白而不適用毒品危害防制條例第17條第2項減刑規定；且認被告2人均因供出吳宣毅，而吳宣毅涉犯販賣第三級毒品經警方移送而由檢察官偵查，故符合同條例第17條第1項之減刑規定；並就陳家文所犯之罪適用刑法第59條；其科刑並有說明理由，固非無見。

㈡惟陳家文於偵查中已有自白，並於歷審自白，而可適用毒品危害防制條例第17條第2項減刑規定；又檢察官偵查後，就吳宣毅所涉111年12月24日販賣被告2人第三級毒品罪嫌不起訴處分確定，該部分之直接關聯犯行即未能認已查獲，惟其

所涉意圖販賣而持有第三級毒品之犯行業經訴追，並可認與被告2人本案犯行有相當關聯，被告2人因此適用毒品危害防制條例第17條第1項減刑規定；再陳家文既經上開2次減刑，即無情輕法重之情形，不適用刑法第59條。

㈢原審未察或未及審酌上情，關於其等犯罪之（減）科刑，即有未合。是檢察官就被告2人關於適用毒品危害防制條例第17條第1項之內容事項並無直接關聯（即關於吳宣毅涉嫌上開特定日期販賣第三級毒品部分）、陳家文關於刑法第59條之科刑上訴，為有理由；陳家文上訴所陳關於同條例第17條第2項部分（本院卷45頁），亦有理由；至檢察官、被告2人其餘（減）科刑上訴，則無理由。原判決既有前開違誤，應由本院就其等科刑均予撤銷改判。

五、量刑：

爰審酌被告2人漠視政府制定毒品危害防制條例杜絕毒品犯罪之禁令，在自身參與經營之營業場所共同販賣第三級毒品，造成法益危險，行為應予非難。惟衡酌被告2人前於偵查初始雖有猶疑，然均於偵查、歷審坦承犯行，且仍能力圖協助查獲其他犯罪等犯後態度，並考量陳玉鳳雖為營業場所實際負責人，但其於本案相對配合調查之傾向（其於本案偵查中相關陳述，均較陳家文具體明確，檢察官起訴書並明載陳玉鳳自白情事），兼衡彼等動機、目的、手段、情節，歷來自陳學歷之智識程度、職業、經濟收入、家庭情形及素行等一切情狀，認被告2人量刑程度毋須特別區分，於前述減刑規定適用後所形成之處斷刑範圍內，量處如主文第二項所示之刑。

六、被告2人均不予宣告緩刑：

㈠陳家文前因肇事逃逸案件，經臺灣臺北地方法院於112年5月11日以112年度審交簡字第93號判決宣告有期徒刑6月，嗣於112年8月10日確定（拘役部分及其餘拘役案件略），上情有法院前案紀錄表可參。是陳家文該案有期徒刑宣告距本院判決未滿5年，不符刑法第74條第1項之緩刑要件，無從緩刑。

㈡陳玉鳳雖無前案紀錄，同有法院前案紀錄表可參；惟販賣毒品屬於一般所稱「萬國公罪」（刑法第5條第8款之世界法原則亦可參照），陳玉鳳又是在前述自己經營之營業場所販賣不特定人毒品，且有共犯，最終被查獲毒品數量也不算少，為維護法律及刑罰之預防、矯治目的，本院認其有執行自由刑之必要，以促使陳玉鳳徹底反省，故不予宣告緩刑。

據上論斷，依刑訴法第369條第1項前段、第364條、第299條第1項前段，判決如主文。

本案經檢察官林岫璁提起公訴，檢察官李山明及被告提起上訴，檢察官壽勤偉、張紜瑋到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　8　　月　　12　　日

刑事第十二庭　審判長法　官　許泰誠

法　官　鍾雅蘭

法　官　施育傑

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，其未敘述上訴之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　朱海婷

中　　華　　民　　國　　114　　年　　8　　月　　12　　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。