臺灣高等法院刑事判決

113年度上訴字第5564號

上訴人

即被告 張凱翔

指定辯護人 林裕智律師（義務辯護）

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣士林地方法院112年度訴字第498號，中華民國113年4月3日第一審判決（起訴案號：臺灣士林地方檢察署112年度偵字第7363號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於刑之部分撤銷。

張凱翔處有期徒刑五年貳月。

事實及理由

壹、本院審理範圍部分：

本案檢察官並未提起上訴，僅上訴人即被告張凱翔提起上訴，並於本院明示僅針對科刑部分提起上訴，對於原審認定之犯罪事實、罪名及沒收均不上訴（見本院卷第84頁、第124頁），是依刑事訴訟法第348條第3項規定，本院僅就原判決關於科刑部分為審理，其他關於犯罪事實、罪名及沒收部分，自非被告上訴範圍，而不在本院審理範圍，惟本院就科刑審理之依據，均援用原判決之事實、證據及理由，合先敘明。

貳、援用原判決認定之事實與罪名：

一、被告明知大麻、4-甲基甲基卡西酮分別係毒品危害防制條例第2條第2項所列管之第二級、第三級毒品，不得非法販賣及意圖販賣而持有，竟基於意圖販賣而持有第三級毒品、販賣第二級毒品以營利犯意，於民國112年3月7日晚間11時許，在新北市○○區○○路0段000巷00弄00號「統一超商青蘋果

門市」前，以不詳代價，向真實姓名年籍不詳綽號「小志」之成年男子購買含四氫大麻酚成分之大麻煙彈2支及含4-甲基甲基卡西酮成分之毒品即溶包25包而持有之，並伺機販賣牟利。後於112年3月9日凌晨1時43分許，以所持用IPHONE 12 PRO行動電話1具（IMEI碼：0000000000000000號、含門號000000000號SIM卡1枚）利用網際網路連接通信軟體WECHAT（下稱微信）與暱稱「營 我回來了（彩虹表情符號）雙北客官聊天」之真實姓名年籍不詳之人（無證據顯示為未成年人）聯繫，雙方商議以新臺幣（下同）3,800元之代價販售上開含四氫大麻酚成分之大麻煙彈2支，並約定至臺北市○○區○○路00號前交易，嗣其於同日凌晨1時55分許，駕駛車牌號碼0000-00號自用小客車行經臺北市○○區○○路00號（起訴書誤載為88號，應予更正）前，因闖越紅燈為警攔查，因而當場扣得前開含第二級毒品四氫大麻酚成分之大麻煙彈2支（總毛重為29.27公克）、含第三級毒品4-甲基甲基卡西酮成分之毒品即溶包25包（總毛重為111.8940公克、總淨重為78.1770公克、總驗餘淨重為77.8895公克）及前開行動電話1具而未遂。

二、被告係犯毒品危害防制條例第4條第6項、第2項之販賣第二級毒品未遂罪及同條例第5條第3項之意圖販賣而持有第三級毒品罪。其於著手販賣前、後，意圖販賣而持有第二級毒品之低度行為，應為販賣之高度行為所吸收，不另論罪。又被告持有含第三級毒品4-甲基甲基卡西酮之毒品即溶包後，嗣基於同一販賣營利之目的而持有，是被告所犯販賣第二級毒品未遂罪部分，與意圖販賣而持有第三級毒品部分，為想像競合犯，應從一重論以販賣第二級毒品未遂罪。

三、關於刑之減輕事由：

（一）本案適用刑法第25條第2項之說明：

被告已著手於販賣第二級毒品之行為，然因尚未及賣出即為警查獲，未達販賣第二級毒品既遂之結果，應論以未遂犯，考量被告之行為尚未造成毒品擴散之實害結果，可罰性較

01 低，爰依刑法第25條第2項之規定，按既遂犯之刑減輕其
02 刑。

03 (二)本案不適用毒品危害防制條例第17條第2項之說明：

04 1.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
05 之罪於偵查及歷次審判中均自白者，減輕其刑」，係為鼓勵
06 該類犯罪行為人自白悔過，以開啟自新之路，並期訴訟經
07 濟、節約司法資源而設，故此所謂「自白」，應係指對於自
08 己之犯罪事實全部或主要部分為肯定供述之意。而販賣毒品
09 者，除客觀上有販賣行為外，尚須行為人主觀上具有營利意
10 圖，屬販賣毒品罪之重要主觀構成要件事實。又依同條例第
11 2條第2項規定毒品可分為四級，故販賣毒品案件，行為人至
12 少應對其所販賣之毒品種類及價金為肯定之供述，始得認為
13 已自白販賣毒品（最高法院112年度台上字第4383號、第364
14 5號判決意旨參照）。

15 2.查被告雖於偵訊及本院均坦承原判決事實欄一所示之意圖販
16 賣而持有第三級毒品、販賣第二級毒品未遂等犯行（見臺灣
17 士林地方檢察署112年度偵字第7363號第137頁、第185頁，
18 本院卷第85頁、第124頁），然於原審主張其行為僅屬幫助
19 意圖販賣而持有第三級毒品、幫助販賣第二級毒品未遂犯行
20 等語（見原審卷第41至42頁、第100頁），是被告於原審既
21 未就是否具有營利意圖等重要構成要件事實為肯定之供述，
22 難認被告於原審中對其販賣第二級毒品未遂犯行有何自白，
23 即非於偵查及歷次審判中均自白，自不得依該規定減輕其
24 刑。

25 (三)本案不適用刑法第59條之說明：

26 1.按犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，得酌
27 量減輕其刑，為刑法第59條所明定。又刑法第59條規定犯罪
28 情狀可憫恕者，得酌量減輕其刑，固為法院依法得自由裁量
29 之事項，然非漫無限制，必須犯罪另有特殊之原因與環境，
30 在客觀上足以引起一般同情，認為即予宣告法定低度刑期尤
31 嫌過重者，始有其適用。是為此項裁量減刑時，必須就被告

01 全部犯罪情狀予以審酌在客觀上是否有足以引起社會上一般
02 人之同情，而可憫恕之情形，始稱適法。

03 2.查被告為如原判決事實欄一所示犯行時雖年僅22歲（被告為
04 00年0月生），然其於111年間因販賣第三級毒品未遂犯行，
05 經臺灣新北地方法院112年3月21日以111年度訴字第1395號
06 判決判處有期徒刑1年，緩刑4年，並於112年5月3日確定，
07 有本院被告前案紀錄表附卷可參（見本院卷第115至120
08 頁），顯見其對販賣毒品行為之違法性及對社會之危害性應
09 有認識，竟於前次販賣毒品案件審理期間再犯本案情節更為
10 嚴重之販賣第二級毒品未遂犯行，已有不該，再其所犯之販
11 賣第二級毒品未遂罪，最輕法定本刑雖為10年以上有期徒
12 刑，然其經依刑法第25條第2項減輕其刑後，其處斷刑已大
13 幅減輕，客觀上已無再量處低度刑猶嫌過重，而有情堪憫恕
14 之情形，是其本次犯行，應無刑法第59條規定酌減其刑之適
15 用，併此敘明。

16 參、被告上訴意旨略以：被告上訴後已坦承犯行，請分別依刑法
17 第25條第2項、毒品危害防制條例第17條第2項、刑法第59條
18 遞減其刑，並從輕量刑。

19 肆、撤銷原判決之理由：

20 (一)原審審理後，綜合全案證據資料，本於科刑裁量之職權，就
21 被告所犯販賣第二級毒品未遂、意圖販賣而持有第三級毒
22 品，從一重論以販賣第二級毒品未遂罪予以科刑，固非無
23 見。惟被告上訴後已坦承犯行，犯後態度已有不同，原審未
24 審酌及此，容有未恰。被告上訴指摘原判決量刑過重，為有
25 理由；另被告執前詞上訴請求依毒品危害防制條例第17條第
26 2項、刑法第59條減輕其刑，雖均為無理由，業據本院說明
27 如前，惟原判決關於刑之部分另有上述可議之處，已屬無可
28 維持，自應由本院就原判決關於被告刑之部分予以撤銷改
29 判。

30 (二)爰以行為人責任為基礎，審酌被告明知四氫大麻酚、4-甲基
31 甲基卡西酮均具有高度成癮性，猶無視國家杜絕毒品犯罪之

01 禁令，為圖賺取不法利益，販賣予他人，不僅肇生他人施用
02 毒品之意欲與來源，戕害國民之身心健康，且有滋生其他犯
03 罪之可能，應嚴予非難，惟念其於偵訊及本院坦承犯行，而
04 於原審否認犯行之犯後態度，兼衡其犯罪動機、目的、手
05 段、販賣毒品之次數、數量，暨其有販賣第三級毒品未遂之
06 品性素行、自述之智識程度及家庭經濟狀況（高中畢業、目
07 前擔任拆除工，日薪新臺幣2,800元、已婚、配偶懷孕中、
08 需扶養母親）等一切情狀（見本院卷第128頁），量處如主
09 文第2項所示之刑。

10 據上論斷，應依刑事訴訟法第369條第1項前段、第364條、第299
11 條第1項前段、第373條，判決如主文。

12 本案經檢察官江林達到庭執行職務。

13 中 華 民 國 114 年 1 月 16 日
14 刑事第二庭 審判長法官 遲中慧
15 法官 黎惠萍
16 法官 張少威

17 以上正本證明與原本無異。

18 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
19 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
20 （均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

21 書記官 曾鈺馨

22 中 華 民 國 114 年 1 月 16 日

23 附錄：本案論罪科刑法條全文

24 毒品危害防制條例第4條

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

27 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
28 刑，得併科新臺幣1千5百萬元以下罰金。

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

01 製造、運輸、販賣第四級毒品者，處5年以上12年以下有期徒
02 刑，得併科新臺幣5百萬元以下罰金。
03 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
04 以下有期徒刑，得併科新臺幣1百50萬元以下罰金。
05 前五項之未遂犯罰之。

06 毒品危害防制條例第5條

07 意圖販賣而持有第一級毒品者，處無期徒刑或10年以上有期徒
08 刑，得併科新臺幣7百萬元以下罰金。

09 意圖販賣而持有第二級毒品者，處5年以上有期徒刑，得併科新
10 臺幣5百萬元以下罰金。

11 意圖販賣而持有第三級毒品者，處3年以上10年以下有期徒刑，
12 得併科新臺幣3百萬元以下罰金。

13 意圖販賣而持有第四級毒品或專供製造、施用毒品之器具者，處
14 1年以上7年以下有期徒刑，得併科新臺幣1百萬元以下罰金。