臺灣高等法院刑事判決

114年度上訴字第5073號

上　訴　人
即　被　告　蔡鴻文
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000

選任辯護人　黃紘勝律師（法律扶助）

上列上訴人即被告因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣新北地方法院114年度訴字第133號，中華民國114年7月2日第一審判決（起訴案號：臺灣新北地方檢察署113年度少連偵字第462號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

壹、依刑事訴訟法第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。本件被告蔡鴻文表明僅就原審量刑部分提起上訴（本院卷第104、156-157頁），檢察官並未上訴，本院審理範圍僅限於原判決對被告所處之刑，不及於原判決所認定犯罪事實、所犯法條（罪名）、沒收部分。

貳、實體部分（刑之部分）

一、刑之加重事由

（一）按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，毒品危害防制條例第9條第3項定有明文。被告販賣之毒品菸彈，經檢驗含第三級毒品依托咪酯、異丙帕酯成分，則其所犯共同販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品未遂罪，應依上開規定適用最高級別即販賣第三級毒品之法定本刑，並加重至二分之一。

（二）按成年人教唆、幫助或利用兒童及少年犯罪或與之共同實

施犯罪或故意對其犯罪者，加重其刑至二分之一，兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段定有明文。被告於本件行為時係成年人，而少年甲為民國97年3月生，於案發時係未滿18歲之少年，有其年籍資料在卷可稽，佐以被告於偵訊中供稱：少年甲之前是我的員工（偵卷第177頁），少年甲於警詢中亦稱呼被告為老闆（偵卷第29頁），被告主觀上顯然知悉少年甲當時未滿18歲，是被告成年人與少年共同犯販賣第三級毒品而混合二種以上毒品未遂罪，應依兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段規定加重其刑。

二、刑之減輕事由

（一）未遂犯部分：

被告已著手於共同販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品，惟因買家為警方所喬裝而不遂，為未遂犯，其所生損害較既遂犯為輕，爰依刑法第25條第2項減輕其刑。

（二）本件有刑法第59條規定之適用：

1、按毒品之施用具有成癮性、傳染性及群眾性，其流毒深遠難以去除，進而影響社會秩序，故販賣毒品之行為，嚴重危害國民健康及社會秩序，為防制毒品危害，毒品危害防制條例第4條對販賣毒品之犯罪規定重度刑罰，依所販賣毒品之級別分定不同之法定刑。然而同為販賣毒品者，其犯罪情節差異甚大，所涵蓋之態樣甚廣，就毒品之銷售過程以觀，前端為跨國性、組織犯罪集團從事大宗走私、販賣之型態；其次為有組織性之地區中盤、小盤；末端則為直接販售吸毒者，亦有銷售數量、價值與次數之差異，甚至為吸毒者彼此間互通有無，或僅為毒販遞交毒品者。同屬販賣行為光譜兩端間之犯罪情節、所生危害與不法程度樣貌多種，輕重程度有明顯級距之別，所造成危害社會之程度自屬有異。毒品危害防制條例第4條第3項所定販賣第三級毒品者之處罰，最低法定刑為7年，不可謂不重，倘依被告情狀處以相當之有期徒刑，即足以懲儆，並可達防

衛社會之目的者，自非不可依客觀之犯行與主觀之惡性二者加以考量其情狀，是否有可憫恕之處，適用刑法第59條規定酌減其刑，期使個案裁判之量刑，能斟酌至當，符合比例原則。

2、被告固著手為販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品之行為，然因喬裝為買家之員警欠缺購買真意，其犯行僅止於未遂階段，所欲販賣含有依托咪酯、異丙帕酯成分之菸彈尚未流入市面即遭查獲，對於社會尚未造成重大不可彌補之損害，復考量其所欲販賣毒品數量不多（僅菸彈2顆）、金額非高（價格為新臺幣3,600元），顯屬零星販售，相較於大盤、中盤毒販備置大量毒品欲廣為散播牟取暴利者，其危害性顯屬有別，其所犯販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品未遂罪，依毒品危害防制條例第9條第3項、兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段規定遞加重其刑，再適用刑法第25條第2項減輕其刑之規定後，仍有情輕法重，顯可憫恕之情狀，爰依前開說明，依刑法第59條規定酌減其刑。

三、本件無毒品危害防制條例第17條第1項、第2項之適用

（一）被告雖主張供出毒品上手為「李亭翰」、「連品佑」等人，並提出臉書主頁及對話紀錄截圖為佐（原審卷第39、47頁，本院卷第31-32、113-145頁），然經本院函詢新北市政府警察局新莊分局（下稱新莊分局），經函覆以「被告曾供出上游『李亭翰』，惟經警方勘查被告手機資料，查無相關對話紀錄，且被告無法交代與『李亭翰』之詳細交易時間地點，亦無相關交易畫面可供調閱；另被告所供上游『連品佑』，並無其他相關新事證可供警方偵辦，被告亦未至本分局詳述交易地點、詳細過程，故警方並未因被告之供述而查獲上游『李亭翰』、『連品佑』或其他正犯、共犯」，有新莊分局114年9月16日新北警莊刑字第1144041464號函暨員警職務報告可憑（本院卷第51-53頁），被告亦自承雖有移交毒品上游資料給警方，但其為

警逮捕後即遭上游發覺並被封鎖，因而失去線索（本院卷第107頁），可見本件確未因被告供述毒品來源而查獲其他正犯或共犯，無從依毒品危害防制條例第17條第1項減輕或免除其刑。

（二）按犯毒品危害防制條例第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，該條例第17條第2項定有明文，該規定係為鼓勵是類犯罪行為人自白、悔過，並期訴訟經濟、節約司法資源而設，須於偵查及審判中皆行自白，始有適用。至於所謂「自白」，乃對自己之犯罪事實全部或主要部分為肯定供述之意。亦即自白內容，應有基本犯罪構成要件，若根本否認有該犯罪構成要件之事實，或否認主觀上之意圖，抑或所陳述之事實，與該罪構成要件無關，自不能認係就販賣毒品之構成要件事實為自白，而適用前揭減輕其刑之規定（最高法院112年度台上字第2289號判決意旨參照）。本件被告於警詢中稱「（問：你為何要販賣毒品依托咪酯菸彈？）我沒有販賣，只是讓給少年甲，我只是因為少年甲來找朋友所以陪他」，復於偵訊中堅稱「菸彈是少年甲的」，再經檢察官詢問「是否承認販賣毒品未遂？」，亦明確答稱「不承認，我沒有販毒，也沒有賺到一毛錢」（偵卷第21、177頁），可見其於偵查時完全否認犯罪，且就販賣第三級毒品未遂犯行之基本犯罪構成要件事實未為肯定供述，自難認其已自白犯行，從而，本件並無毒品危害防制條例第17條第2項規定之適用。

四、基上，被告本案犯行有毒品危害防制條例第9條第3項、兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段加重其刑事由，以及刑法第25條第2項、刑法第59條減刑事由，應依刑法第70條、第71條規定先遞加後遞減之。

參、駁回上訴之理由

被告上訴意旨略以：我現在是家裡唯一經濟支柱，爸爸癌症末期，兒子只有4歲，家中經濟沒有這麼好，希望量刑輕一

點，再給我一個機會。辯護人則以：被告於偵查中積極向員警提供毒品上游相關資訊，並承認少年甲向其拿取菸彈，但因其不諳法律且無律師協助，不知其行為應評價為販賣毒品，因此未適時承認犯罪，請求考量被告於偵查中坦承犯罪事實，從輕量刑，另被告父親罹患肺癌恐時日不多，請求輕判使被告早日出監與父親相聚。惟查：

一、按刑事審判旨在實現刑罰權之分配正義，故法院對有罪被告之科刑，應符合罪刑相當之原則，使輕重得宜，罰當其罪，以契合社會之法律感情，此所以刑法第57條明定科刑時應審酌一切情狀，尤應注意該條所列10款事項以為科刑輕重之標準，俾使法院就個案之量刑，能斟酌至當。而量刑輕重係屬事實審法院得依職權自由裁量之事項，苟已斟酌刑法第57條各款所列情狀而未逾越法定刑度，不得遽指為違法（最高法院72年台上字第6696號判例意旨參照）。

二、原審判決已綜合審酌各項量刑因子予以量定，並考量被告正值青壯可以正途謀生，卻無視禁令，為圖私利而著手販賣含有第三級毒品依托咪酯、異丙帕酯之菸彈，幸經警發覺犯行進而查獲，因而未散播大量毒害於眾，兼衡其於原審審理時終能坦承不諱，供出販賣毒品之上手，雖未因而查獲毒品上游或其他正犯、共犯，然尚見其悔悟之心，犯後態度尚可，暨其犯罪動機、目的、手段，復審酌其素行、教育程度、職業、家庭經濟生活狀況等情，原審量刑既已詳予斟酌刑法第57條各款所列情形，並具體說明理由，核無逾越法定刑度，或濫用自由裁量權限之違法或不當情事。又本件被告共同販賣第三級毒品而混合兩種以上毒品未遂犯行，先依毒品危害防制條例第9條第3項、兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段規定遞加重其刑，再依刑法第25條第2項未遂犯、刑法第59條規定遞減輕其刑後，原審對被告處有期徒刑2年2月，核與被告之犯罪情節相稱，並無過重可言，是認其量處之刑度尚屬適當，且本案並無毒品危害防制條例第17條第1、2項之適用，亦無辯護人所指被告有於偵查中自白客觀

事實之情，業經本院詳述理由如前。從而，被告提起上訴指摘原審量刑過重，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。

本案經檢察官林綉惠到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　10　　月　　29　　日

刑事第二十二庭審判長法　官 廖怡貞

法　官 張宏任

法　官 邱瓊瑩

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 桑子樑

中　　華　　民　　國　　114　　年　　10　　月　　29　　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。

兒童及少年福利與權益保障法第112條

成年人教唆、幫助或利用兒童及少年犯罪或與之共同實施犯罪或故意對其犯罪者，加重其刑至二分之一。但各該罪就被害人係兒童及少年已定有特別處罰規定者，從其規定。

對於兒童及少年犯罪者，主管機關得獨立告訴。