臺灣高等法院刑事判決

115年度上訴字第3740號

上　訴　人
即　被　告　林昶廷
000000000000000000
000000000000000000

指定辯護人　陳盈君律師(義辯)

上列上訴人即被告因違反毒品危害防制條例等案件，不服臺灣新北地方法院114年度訴字第1073號，中華民國115年3月25日第一審判決（起訴案號：臺灣新北地方檢察署114年度少連偵字第346號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

事實及理由

一、審理範圍：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」。經查，本件被告林昶廷（下稱被告）僅對原審判決關於量刑部分提起上訴（本院卷第68、69、70、108、109頁），檢察官則未上訴；依上開規定，本院就被告以經原審認定之犯罪事實、論罪及沒收之諭知為基礎，僅就原審判決之量刑部分是否合法、妥適予以審理。

二、被告上訴意旨略以：被告犯後於偵查、原審時均坦承不諱，犯罪時間均在民國113年11月間，且被告所販賣者為甫於113年8月始經公告列管、且行為時僅屬第三級毒品之依托咪酯、販賣僅3次、總交易金額約新臺幣(下同)4萬5,500元，個人實際利得每100ml僅約1,000元至5,000元，其中2次甚未取得分文，被告僅係下、下游小盤，年僅18、19歲且無任何前科，復主動指認毒品上游，深具悔意，犯後態度良好；又被告自陳：我不想繼續賣毒品就把工作機丟掉，顯見被告犯後業已自行收手停止犯罪，惡性與職業性、大盤之毒品迥然有別，以此情節與職業大盤同受7年以上重刑之評價，顯失

衡平；此外，被告自小父母離異，面對家庭驟變，最疼愛被告的奶奶罹患淋巴癌病痛，父親長期失業，尚有嗷嗷待哺2歲小兒子依靠被告扶養，被告本身亦長期服用抗憂鬱藥物、於精神科就診，案發期間另服替代役、平日以白牌司機為業，身兼2份工作日夜努力賺錢，並非好逸惡勞之徒，因誤聽朋友的引導，犯下不該犯的錯，然被告販賣毒品動機係為了賺錢，犯後深知必須面對法律制裁，擔憂年老重病奶奶，及2歲幼子。被告犯錯後，妻子即遠離家庭離異，被告獨力扶養幼子及照顧奶奶，祈望能法外施恩，予以一次重新的機會從輕量刑，讓被告於入監服刑前能看顧重病之祖母醫療費及小兒子養育費之安置規劃，盡到為人子為人父之教養及家庭責任，請求依刑法第59條規定酌減其刑，並從輕量刑；於定應執行刑部分，請審酌被告所犯3罪犯意密接、犯罪時間集中於113年11月間，所犯均為販賣第三級毒品案件，侵害法益同一，依數罪併罰限制加重原則及多數犯罪責任遞減之法理，更為從輕、接近最高單一宣告刑之應執行刑，以符罪責相當原則等語。

三、刑之加重、減輕事由：

(一)兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段適用之說明：

按兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段規定：「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。」其中成年人教唆、幫助或利用兒童及少年犯罪或與之共同實行犯罪之加重，並非對於個別特定之行為而為加重處罰，其加重係概括性之規定，對一切犯罪皆有其適用，自屬刑法總則加重之性質（最高法院115年度台上字第1377號判決參照），再按本法所稱兒童及少年，指未滿18歲之人；所稱兒童，指未滿12歲之人；所稱少年，指12歲以上未滿18歲之人，兒童及少年福利與權益保障法第2條定有明文。查，少年吳○翰為00年00月生，於本案行為時為未滿18歲之少年，而被告為00年

0月生，本案行為時業已成年，且被告自陳：少年吳○翰是我國中的學弟，我知道他的年紀，113年8月底到9月初時，他賣依托咪酯時是17歲，還沒成年等語（臺灣新北地方檢察署114年度少連偵字第346號偵查卷，下稱少連偵卷，卷一第167、241頁），是被告於本案行為時與未滿18歲之少年吳○翰共同犯如附表2、3所示犯行，均應依兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段規定各加重其刑。

(二)毒品危害防制條例第17條第2項適用之說明：

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項定有明文。次按犯第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項定有明文。查被告於偵查、原審、本院準備程序及審理中，就其所為販賣第三級毒品犯行均坦承不諱（少連偵卷一第10頁背面至11頁背面、第167頁、第202頁背面、第241頁背面至242頁背面；臺灣新北地方法院114年度聲押字第687號卷，下稱聲押卷，第12頁背面；臺灣新北地方法院114年度訴字第1073號卷，下稱原審卷，第28、149、150、151、231頁；本院卷第68、69、119頁），應依毒品危害防制條例第17條第2項之規定，減輕其刑，並就附表編號2、3所示犯行依刑法第71條第1項規定先加後減之。

(三)被告無毒品危害防制條例第17條第1項規定之適用：

1、毒品危害防制條例第17條第1項規定：「犯第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。」所稱「供出毒品來源」，係指犯該條項所定各罪之人，供出其所犯上開各罪該次犯行之毒品來源而言。亦即其供出之毒品來源，必須與其被訴之各該違反毒品危害防制條例犯行間有直接關聯者；所謂「因而查獲其他正犯或共犯」，須偵查機關或偵查輔助機關因被告供出毒品來源，而知悉並據以確實查獲其人、其犯行者，始屬之，非謂凡有指認毒品來源者，即得依上開規定予以減刑。

而法院非屬偵查犯罪之機關，故不論被告在司法警察（官）調查、檢察官偵查或法院審判中供出毒品來源，事實審法院僅須於言詞辯論終結前，調查被告之供出毒品來源行為，是否已因此使偵查機關查獲毒品來源之人及其事，而符合減免其刑之規定，以資審認；倘無從期待偵查機關在法院辯論終結前因而查獲，事實審法院未依聲請或本於職權再就被告所指其供出毒品來源，因而查獲之事再行調查，仍不能遽指有應於審判期日調查之證據未予調查之違法（最高法院111年度台上字第4823號判決參照）。

2、被告固於114年6月18日羈押訊問、114年7月3日警詢、114年10月8日偵訊、原審及本院時稱其毒品來源為綽號「小傑」之簡冠傑等語（聲押卷第12頁背面，少連偵卷一第166頁背面至167頁背面、第241頁背面，原審卷第29、151、228頁，本院卷第70頁），然被告於114年6月18日警詢及偵查時均供稱：我的毒品來源是「鄭守廷」的男子等語（少連偵卷一第12頁、第19頁背面，聲押卷第4頁背面），其後於114年6月16日羈押訊問後供稱其毒品來源為簡冠傑，則被告就其毒品來源之陳述，前後已有不一；另本案經證人簡冠傑證稱：沒有販售毒品依托咪酯予被告等人，也沒有與被告成立販毒集團，並唆使董秉紘、吳◯翰、劉冠廷、廖科睿等人販售依託咪酯等語（原審卷第70至71頁），是證人簡冠傑業已否認有販賣依托咪酯予被告；又被告所指簡冠傑販毒乙節，經臺灣新北地方檢察署檢察官偵查後，以犯罪嫌疑不足為由以114年度偵字第45594號為不起訴處分，有該不起訴書乙份可稽（原審卷第243至246頁），被告亦於本院準備程序時供稱：我沒有辦法提供我跟簡冠傑間的通訊軟體對話、也沒有辦法提供其他事證可以證明簡冠傑是我的毒品上游等語（本院卷第70頁），復遍查全卷被告並無提出相關與通聯、對話紀錄等相關證據供本院調查，則此部分僅有被告單一指述，別無其他補強證據，自無從僅憑被告之單一指述，遽認簡冠傑有於附表編號1至3所示交易日期以前販賣依托咪酯予被告之事

實，自無因被告之供述而查獲簡冠傑乙節，而不符合毒品危害防制條例第17條第1項規定之要件。

(四)組織犯罪防制條例第8條第1項後段規定：犯第3條之罪，偵查及歷次審判中均自白者，減輕其刑。再按檢察官於起訴前就被訴事實未予相當之特定，或於審判中再行特定，被告於偵查階段無從有具體、明確自白之可能，此時應例外承認僅以審判中之自白獲邀減刑之寬典（最高法院112年度台上字第2963號判決參照）；又按想像競合犯之處斷刑，本質上係「刑之合併」。其所謂從一重處斷，乃將想像競合犯組成之評價上數罪，合併為科刑一罪，其所對應之刑罰，亦合併其評價上數罪之數法定刑，而為一個處斷刑。易言之，想像競合犯侵害數法益者皆成立犯罪，論罪時必須輕、重罪併舉論述，同時宣告所犯各罪名，包括各罪有無加重、減免其刑之情形，亦應說明論列，量刑時併衡酌輕罪部分量刑事由，評價始為充足，然後依刑法第55條前段規定「從一重處斷」，非謂對於其餘各罪可置而不論。因此，法院決定處斷刑時，雖以其中最重罪名之法定刑，做為裁量之準據，惟於裁量其輕重時，仍應將輕罪合併評價在內（最高法院108年度台上字第4405、4408號判決意旨參照）。查被告於偵查、原審及本院審理時自白犯行，已如前述，則就附表編號1所示犯行依組織犯罪防制條例第8條第1項後段規定原應減輕其刑，惟被告此部分所犯發起組織犯行係屬想像競合犯其中之輕罪，被告就本案附表編號1所示犯行係從一重之販賣第三級毒品罪，就被告此部分想像競合輕罪得減刑部分，依上開說明，於量刑時一併衡酌該部分減輕其刑事由；另本案卷存證據尚無法證明被告就參與犯罪組織部分有自首並自動脫離其所屬之犯罪組織，或有因其提供資料而查獲該犯罪組織，故無從依組織犯罪防制條例第8條第1項前段規定減輕或免除其刑，附此說明。

(五)被告無刑法第59條規定之適用：

1、刑法第59條之酌量減輕其刑，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。此所謂法定最低度刑，固包括法定最低本刑；惟遇有其他法定減輕之事由者，則應係指適用其他法定減輕事由減輕後之最低度刑而言。倘被告別有其他法定減輕事由者，應先適用法定減輕事由減輕其刑後，猶認其犯罪之情狀顯可憫恕，即使科以該減輕後之最低度刑，仍嫌過重者，始得適用刑法第59條規定酌量減輕其刑。又法院適用相關規定減輕其刑後，如所量處之有期徒刑尚在依該相關規定減輕其刑後之最低度刑以上，即無所謂「認科以最低度刑仍嫌過重」之情形，自無引用刑法第59條之餘地，否則即有判決適用法則不當之違法（最高法院112年度台上字第1838號判決參照）。又鑑於當前依托咪酯類毒品氾濫，嚴重危害國人健康及社會安全，行政院於113年8月公告列管後，於同（113）年11月提升列管為第二級毒品，嗣法務部於115年6月17日召開第12屆第2次毒品審議委員會會議，依毒品成癮性、濫用性及對社會危害性之程度，審議通過將第二級毒品依托咪酯等毒品提升為第一級毒品，且經行政院於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，凸顯其成癮性、濫用性及社會危害性已達高度警戒程度（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），足見政府透過將依托咪酯類毒品先後改列為第二級毒品、第一級毒品，以扼阻依托咪酯類毒品氾濫，裁判者自不宜無視上開趨勢，而於個案恣意以刑法第59條寬減被告應負刑責，以維法律安定與尊嚴。

2、查毒品對社會秩序及國民健康危害甚鉅，被告並有施用毒品之情形，業據被告自陳在卷（少連偵卷第10頁背面），況被告亦供承：我跟吳◯翰、 劉冠廷、董秉紘有說如果因案是沒有扣手機的狀況，他們離開警政機關後會打給我，表示自己被抓，讓我知道狀況，另手機被扣走後開飛航模式後，他們出來會透過他人手機聯絡，表示自己被捕；我叫他們不要

指認到我讓我卡到刑案等語（少連偵卷第11頁、第13頁背面），益徵被告對其販賣第三級毒品依託咪酯行為之違法性及對社會之危害性應有認識，且本案販賣第三級毒品犯行，顯非偶一為之臨時起意之犯行，被告無視普世杜絕毒品犯罪之禁令而為本案犯行，助長毒品流通及氾濫，對國民健康及社會治安危害嚴重，則其漠視法紀、無畏嚴刑之峻厲，仍心存僥倖，鋌而走險再犯本案犯行，遵法意識不足，並彰其自我約束能力不足之人格特性，並加劇毒品之流通及氾濫，對國民健康及社會治安造成嚴重之危害；且被告就附表編號1所示犯行已經適用毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑後、就附表編號2、3所示犯行縱先依兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段及毒品危害防制條例第17條第2項規定先加後減輕之，其最輕法定刑度已經減輕，綜合觀察被告之客觀犯行與主觀惡性加以考量，難認有何特殊之原因與環境足以引起一般同情，而無情輕法重、顯可憫恕之處，自無適用刑法第59條規定酌減其刑之餘地。至被告固以其長期服用憂鬱藥物、尚有幼子及罹癌之奶奶需其照顧及扶養等健康、家庭因素，然該等情形核與本案案情尚不相涉，被告仍應遵守法律，無從以其上開狀況為由，即可縱容被告為本案犯行，則被告以前揭情詞請求依刑法第59條減輕其刑，自非可採。

四、維持原判決及駁回上訴之理由：

(一)原審審理後，依所認定之犯罪事實及罪名，以行為人之責任為基礎，審酌被告知悉毒品對社會秩序及國民健康危害甚鉅，竟無視我國杜絕毒品犯罪之禁令，發起、指揮販毒集團，非法販賣第三級毒品與他人，危害我國人民健康及社會秩序，助長毒品氾濫之風，對戒絕毒癮危害之公共利益造成潛在危險，恐易滋生其他犯罪，間接影響社會、國家健全發展，所為應予非難。惟念及被告坦承犯行之犯後態度，兼衡被告如法院前案紀錄表所示無前科之素行、犯罪之動機、目的、手段、販賣之毒品種類、數量及出售人數、金額，佐以

被告於自陳之教育程度、經濟狀況等一切情狀，分別量處有期徒刑3年10月（附表編號1、2）、3年8月（附表編號3）；並說明審酌被告所犯前開犯行，犯罪時間集中於113年11月間，所犯均為販賣第三級毒品罪，侵害法益類同，如以實質累進加重之方式定應執行刑，其刑度將超過其行為之不法內涵，有違罪責相當原則，復考量因生命有限，刑罰對被告造成之痛楚，係隨刑度增加而生加乘效果，而非以等比方式增加，是以隨罪數增加遞減其刑罰之方式，當足以評價被告行為之不法性之法理（即多數犯罪責任遞減原則），爰就被告所犯各罪定其應執行刑有期徒刑4年4月，經核原判決量刑應屬妥適。

(二)被告上訴雖以前詞請求依刑法第59條規定酌減其刑並從輕量刑云云，惟被告何以不符刑法第59條規定已經說明如前，且按量刑係法院就繫屬個案犯罪之整體評價，乃事實審法院得依職權自由裁量之事項，故量刑判斷當否之準據，應就判決之整體觀察為綜合考量，苟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，無顯然失當或違反公平、比例及罪刑相當原則，亦無偏執一端，致明顯失出失入情形，即不得任意指為違法或不當（最高法院112年度台上字第4090號判決參照）。查被告所犯如附表編號1至3所示販賣第三級毒品犯行，業經原審審酌被告無前科之素行、犯罪之動機、目的、手段、犯罪所生之危險，暨其智識程度、犯罪後之態度及家庭生活狀況等節，基於刑罰目的性之考量、刑事政策之取向以及行為人刑罰感應力之衡量等因素而為刑之量定，則被告上訴所指其無前科之素行、犯後態度良好及家庭生活狀等節，業經原審量刑時予以斟酌，復無違背公平正義之精神，客觀上亦不生量刑失衡之裁量權濫用；再參酌毒品危害防制條例第4條第3項之販賣第三級毒品罪之法定本刑為7年以上有期徒刑，得併科1,000萬元以下罰金；被告就附表編號1所示販賣第三級毒品犯行並有毒品危害防制條例17條第2項規定之適用；就附表編號

2、3所示犯行，則先依兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段加重後，再依毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑；衡以被告曾告知吳○翰、 劉冠廷、董秉紘如被抓後要跟其聯絡，且不要指認被告等情，已如前述，則被告本案顯非偶一為之臨時起意之犯行，加劇毒品之流通及氾濫，對國民健康及社會治安危害嚴重，且就附表編號1所示販賣第三級毒品犯行，適用毒品危害防制條例第17條第2項規定，量處有期徒刑3年10月；就附表編號2、3所示販賣第三級毒品，適用兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段、毒品危害防制條例第17條第2項規定先加後減輕後，量處有期徒刑3年10月（附表編號2）、3年8月（附表編號3），上開各罪均僅就其最低處斷刑起量略加，所量處之刑度已甚寬厚；原判決就附表編號1至3所示犯行所定之應執行刑有期徒刑4年4月，更已綜合斟酌被告整體犯罪行為之不法與罪責程度，及對其施以矯正之必要性，給予大幅減讓之恤刑利益（原宣告刑加總為有期徒刑11年4月），已甚寬減，益徵被告指摘原審所處之刑過重云云，洵屬無據。至被告固以其幼子、罹癌之奶奶需其照顧及扶養，然被告對本案行為之違法性應有認識，深知此等行為對家庭生活之影響甚鉅，仍執意為之，犯後再徒托家庭因素企求輕判，實無從以此作為減輕其刑之理；從而，被告執前揭理由，認原審量刑不當，請求從輕量刑，難認有理由，應予駁回。

(三)至公訴人於本院主張被告於本案行為時為替代役之公務員身分乙節，而認原判決適用法律不當云云，惟：

1、按上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之，乃刑事訴訟法第348條第3項所明定。其立法意旨係在尊重當事人設定攻防之範圍，並減輕上訴審審理之負擔，容許上訴權人僅針對刑、沒收或保安處分一部提起上訴，其未表明上訴之認定犯罪事實部分，本不在第二審之審判範圍。是以，倘僅被告明示祇就第一審判決關於量刑部分提起第二審上訴，而檢察官於其自身得上訴之期間內，對於第一審判決並未聲

明不服，即應認檢察官就第一審認定犯罪事實、論罪、科刑、沒收暨追徵或保安處分之判決，均無請求第二審法院予以變更之意思，則第二審法院在由被告單方上訴並設定攻防範圍之審理時，應僅侷限於量刑相關事項具有審查權責，不得就當事人俱未聲明不服之第一審判決關於認定犯罪事實部分，擴張其審理範圍。且被告此時依刑事訴訟法第370條第1項前段所定不利益變更禁止原則，已享有訴訟權之保障（此與檢察官於第二審已合法上訴；或被告對於第一審判決全部上訴，第二審仍得審究犯罪事實者不同）。故倘檢察官嗣於第二審審理中，始就與第一審判決所認定犯罪事實具有裁判上一罪關係之事實，為移送併辦之請求時，第二審法院就不在其審查範圍內之犯罪事實（包括第一審判決認定及移送併辦意旨所指事實部分），尚不得予以審理判決，否則即屬違背上述法律規定，並造成突襲，侵害被告訴訟上之防禦權（最高法院113年度台上字第4192號判決意旨參照）。

2、刑法第10條第2項規定：「稱公務員者，謂下列人員： 一、依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限，以及其他依法令從事於公共事務，而具有法定職務權限者。二、受國家、地方自治團體所屬機關依法委託，從事與委託機關權限有關之公共事務者。」替代役役男服役期間，依兵役法第25條第2項規定，並無現役軍人身分，且非經國家考試及格，亦經人事銓合格實授任用，即非刑法第10條第2項第1款前段之身分公務員。至替代役是否為授權公務員之身分，則應視其工作性質於事務要件上，是否從事於公共事務而具有公權力行為資為判斷。本案被告於113年6月7日至114年5月13日擔任新北市板橋區公所替代役，其職務內容為⑴協助該所役政及災防庶務工作；⑵關懷該區獨居長者及協助居家環境整理；⑶至市府領取或遞送文書資料；⑷其他臨時交辦事項，有新北市板橋區公所115年6月23日新北板役字第1153040120號函附卷可佐（本院卷第101頁），則被告所擔任之上開工作，於事務性質上，並非從事於公共事務

而具有公權力之行為，與公權力之行使無關，即非屬公務員。

3、再者，本案被告為量刑上訴 檢察官並未上訴，故本院在由被告單方上訴並設定攻防範圍之審理時，應僅侷限於量刑相關事項具有審查權責，不得就當事人俱未聲明不服之第一審判決關於認定犯罪事實部分，擴張其審理範圍；遑論被告縱於行為時具替代役身分，惟依卷證資料所示，難認其所擔任之工作符合具有「其他依法令從事於公共事務，而具有法定職務權限」之要件，已詳如前述，亦並無利用職務上之權力、機會、方法而為本案犯行，此據除被告二審辯護人為求表彰被告年輕識淺，始於刑事辯護意旨狀內提出被告於案發當時為替代役身分外，其餘警偵及原審卷證資料，俱未表徵被告有何利用替代役之權力、機會或方法為本案販毒犯行之事證即明，是針對公訴人於二審主張被告本案有利用替代役之「公務員」身分犯罪而有刑法第134條、組織犯罪防制條例第6條之1、毒品危害防制條例第15條等適用，難認有據，亦無檢察官所指原審適用法律不當之問題，附此說明。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

本案經檢察官徐明煌提起公訴，檢察官黃子宜到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　7　　月　　15　　日

刑事第二十五庭審判長法　官　邱滋杉

法　官　何孟璁

法　官　劉兆菊

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　謝崴瀚

中　　華　　民　　國　　115　　年　　7　　月　　15　　日

附錄：本案論罪科刑法條全文

毒品危害防制條例第4條第3項
製造、運輸、販賣第三級毒品者，處七年以上有期徒刑，得併科新臺幣一千萬元以下罰金。
組織犯罪防制條例第3條第1項
發起、主持、操縱或指揮犯罪組織者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣一億元以下罰金；參與者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣一千萬元以下罰金。但參與情節輕微者，得減輕或免除其刑。

附表：

編號	犯罪事實	原審主文(罪刑部分)	本院主文
1	即原判決犯罪事實欄一、㈠	林昶廷共同犯販賣第三級毒品罪，處有期徒刑參年拾月。	上訴駁回。
2	即原判決犯罪事實欄一、㈡、1.	林昶廷共同犯販賣第三級毒品罪，處有期徒刑參年拾月。	上訴駁回。
3	即原判決犯罪事實欄一、㈡、2.	林昶廷共同犯販賣第三級毒品罪，處有期徒刑參年捌月。	上訴駁回。