臺灣高等法院刑事判決

115年度上訴字第4606號

上　訴　人
即　被　告　陳柏瑜
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000

指定辯護人　本院公設辯護人沈芳萍

上列上訴人因毒品危害防制條例案件，不服臺灣桃園地方法院114年度訴字第1631號，中華民國115年5月5日第一審判決（起訴案號：臺灣桃園地方檢察署114年度偵字第47033號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

事　實

一、陳柏瑜為成年人，且知悉少年李○（民國00年0月生，真實姓名詳卷，另由原審法院少年法庭調查中）於行為時為未滿18歲之少年。陳柏瑜與少年李○亦均知悉α-吡咯烷基苯異己酮為毒品危害防制條例所列管之第三級毒品，不得非法販賣，竟共同基於販賣第三級毒品以營利之犯意聯絡，先由陳柏瑜在網路張貼訊息尋找買家，少年李○則負責出面交付毒品並收取價款，謀議既定，陳柏瑜於114年6月17日上午4時6分許，使用其不知情女友張伊婷之智慧型手機登入通訊軟體Telegram，在「台灣灰產資源交流群組」，以帳號暱稱「阿寶」發布：「需要(彩虹符號)的後臺(營業符號)」等暗示廣告訊息，陳柏瑜、少年李○約定待購毒者來訊息表示欲交易毒品時，即由少年李○以通訊軟體Telegram暱稱「誠壞」與其商談交易毒品之時地、數量、價金等相關事宜後，再持含有α-吡咯烷基苯異己酮之彩虹菸，與購毒者碰面交易，而陳柏瑜再與之分潤，以此方式販賣彩虹菸。適有臺北市政府警察局大同分局警員執行電信網路巡邏勤務而查悉上開販毒

暗示廣告簡訊，遂依該暗示廣告簡訊聯繫陳柏瑜，並經陳柏瑜轉介給通訊軟體Telegram暱稱為「誠壞」之少年李○，警方喬裝成購毒者向少年李○佯稱欲以新臺幣（下同）1萬1,000元價格，購彩虹菸4包後，少年李○遂於114年6月18日凌晨0時48分許，攜帶彩虹菸5包(共90支，總毛重133.95公克)，與喬裝成購毒者之警員交易毒品，並向其收取該等毒品價金之時，警員隨即表明身分，並當場逮捕少年李○而未遂，並扣得如附表編號1所示之物。嗣經警循線於114年9月19日下午2時30分許，在桃園市○○區○○路000號前號拘提陳柏瑜而查悉上情。

二、案經臺北市政府警察局大同分局報告臺灣桃園地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

一、證據能力：

本案據以認定上訴人即被告陳柏瑜（下稱被告）犯罪之供述證據，公訴人及被告之辯護人在本院言詞辯論終結前，均未聲明異議，依被告於原審時之陳述，亦未爭執證據能力，復經本院審酌認該等證據之作成無違法、不當或顯不可信之情況，而非供述證據亦非公務員違背法定程序所取得，依刑事訴訟法第159條之5規定及同法第158條之4反面解釋，均有證據能力。

二、認定事實所憑之證據及理由：

㈠上揭犯罪事實，業據被告於偵訊時及原審準備程序中、審理時均坦承不諱(見偵卷第216頁；原審卷第101頁、第122頁)，並有臺北市政府警察局大同分局搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、對話紀錄擷圖及譯文、現場照片、交通部民用航空局航空醫務中心毒品鑑定書等件各1份在卷可稽（見他卷第29頁、第57至79頁、第101至105頁、第111至115頁；偵卷第57至61頁），足認被告之任意性自白與事實相符，資可採為認定事實之依據。

㈡又販賣毒品之所謂販賣行為，係行為人基於營利之目的，而

賣出毒品而言。次按販賣毒品係違法行為，亦無公定價格，可任意分裝增減份量及純度，且每次買賣之價格、數量，亦隨時依雙方之關係深淺、資力、需求量、對行情之認知、來源是否充裕、查緝是否嚴緊、購買者被查獲時供出來源之可能風險評估等因素，而異其標準，故常機動調整，非可一概而論。從而，販賣之利得，除非經行為人詳細供出其販賣毒品之進價及售價，且數量俱臻明確外，實難察得其具體得利之實情；然販賣者從價差或量差中牟利，方式雖異，惟其販賣之目的在於意圖營利則屬同一（最高法院106年度台上字第1229號、108年度台上字第3657號、105年度台上字第2185號、105年度台上字第738號判決均同此見解）。本案中被告張貼廣告，進而由共犯少年李○與喬裝員警為有償交易，被告對於毒品價格昂貴及毒品交易係檢警機關嚴予取締之犯罪行為，當知之甚稔，被告雖於原審準備程序時供承：我跟李○還沒講好要如何分潤等語（見原審卷第101頁），然販賣毒品乃重罪，被告與少年李○非親非故，若無利可圖，絕無甘冒重刑風險，大費周章張貼訊息、分工聯繫之理，故縱使具體分潤比例尚未議定，亦不影響被告主觀上係基於營利目的而參與分工之認定，是本案被告具有營利之意圖甚明。

㈢綜上所述，本案事證明確，被告上揭販賣第三級毒品未遂之犯行均堪以認定，應依法論科。

三、論罪部分：

㈠核被告所為，係犯毒品危害防制條例第4條第6項、第3項之販賣第三級毒品未遂罪。被告意圖販賣而持有第三級毒品低度行為為其販賣第三級毒品之高度行為所吸收，不另論罪。

㈡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。查被告行為時為年滿18歲之成年人，而共犯少年李○為00年0月生，於行為時為12歲以上未滿18歲之少年，有少年李○之戶役政查

詢資料在卷可參，且被告於原審準備程序時供稱：我跟李○沒有見過面，但我們有視訊過，看起來對方沒有成年等語（見原審卷第101頁），則衡諸被告自承曾與李○視訊，且少年李○於案發時年僅16歲，其外貌、語音及神態與成年人顯有差異，以被告成年人之智識閱歷，主觀上對李○係未成年人乙節，即便未有確切認知，亦有預見且不違背其本意，應依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。

㈢被告雖意圖營利而以社群軟體散布毒品販賣訊息而向外求售，已著手於販賣第三級毒品之行為，然尚未實際賣出，且因員警事實上並無購買毒品之真意，不能完成販賣之行為，故被告所為僅止於未遂階段，爰依刑法第25條第2項規定，按既遂犯之刑度減輕其刑。

㈣被告於偵查及歷次審理中均自白犯行，應依毒品危害防制條例第17條第2項之規定減輕其刑。

㈤被告就本案犯行有以上所述刑之加重、減輕事由，依刑法第70條、第71條之規定，於加重後再遞減其刑。

㈥無刑法第59條適用之說明：

按刑法第59條規定之酌量減輕其刑，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，固然包括法定最低本刑；惟遇有其他法定減輕事由時，則係指適用其他法定減輕事由減輕其刑後之最低度刑而言。倘被告另有其他法定減輕事由，應先適用該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（最高法院109年度台上字第1750號判決意旨參照）。經查，被告所涉犯案情節，對於國人身心健康及社會秩序實已造成潛在之危險，且被告均正值青壯，對其等行為之違法性自屬知之甚詳，其等犯罪情狀在客觀上尚不足以引起一般人同情，又被告本案販賣第三級毒品未遂犯行，業依刑法第

25條第2項、毒品危害防制條例第17條第2項規定遞減其刑，已可在減刑後之法定刑度內妥適斟酌量刑，亦即經遞減其刑後之最低度刑尚無過於嚴苛之處，足使被告接受適當之刑罰制裁，並無科以最低度刑仍嫌過重，顯可憫恕之情，其刑度與被告犯行相較，無情輕法重之情狀，無再適用刑法第59條規定酌減其刑之餘地。

四、上訴駁回之理由：

㈠原審認被告犯行事證明確予以論罪，罪名與減刑事由同上認定，量刑部分審酌被告正值青壯，卻不思以正途獲取所需，明知毒品危害身心甚劇，且一經成癮，甚且影響社會治安，危害深遠，仍無視政府制定毒品危害防制條例杜絕毒品犯罪之禁令，販賣第三級毒品欲藉以牟利，將助長施用毒品行為更形猖獗，致使施用毒品者沈迷於毒癮而無法自拔，直接戕害國民身心健康，間接危害社會、國家，所為實無足取；惟念被告於偵查中及法院審理時均坦承犯行，暨本案販賣毒品之數量，兼衡被告之素行、智識程度、經濟狀況、家庭生活狀況、行為動機、手段等一切情狀，量處有期徒刑2年，沒收部分說明：扣案如附表編號1所示之毒品彩虹菸，經送驗後，檢出如附表編號1「備註欄」所示之第三級毒品成分，有附表編號1「備註欄」所示之鑑定書在卷可稽，而盛裝前開彩虹菸之各該包裝袋或菸袋，仍會殘留微量毒品而無法完全析離，且無析離之實益與必要，是就該等包裝袋應整體視同違禁物，均不問屬於被告與否，併予宣告沒收，扣案如附表編號2之行動電話1支，為被告用以聯繫本案販毒事宜，業據其於原審準備程序時供承在卷，不問屬於被告與否，亦應依毒品危害防制條例第19條第1項之規定，宣告沒收之等旨，經核並無任何違誤或不當，應予維持。

㈡被告上訴雖主張其坦承犯行，犯後態度良好，參與程度非屬核心，且未獲不法利益，家中尚有幼小需要照顧，原審量刑過重，請求從輕量刑等語。然本院認原審認事用法並無違誤，原審所量處之刑度為按上開加重、減刑規定遞減輕其刑

後，所得之處斷刑度區間中之低度刑為基準裁量刑度，已從輕量刑，其量刑與整體裁量審酌因子相當，並無特重之處，亦無違比例原則及罪刑相當原則之情，核屬妥適，縱與被告主觀上之期待不符，仍難遽認原審量刑有何違誤或不當。故被告上訴並無理由，應予駁回。

五、被告經本院合法傳喚，無正當理由不到庭，爰不待其陳述，為一造辯論判決。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條、第371條，判決如主文。

本案經檢察官吳宜展提起公訴，檢察官鄧巧羚到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　17　　日

刑事第十二庭　審判長法　官　楊明佳

法　官　施育傑

法　官　魏俊明

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　邱玟瑄

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　17　　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。

附表：

編號	扣案物	備註
1	彩虹菸5包	1.檢出α-吡咯烷基苯異己酮成分，驗前總毛重133.95公克。 2.見交通部民用航空局航空醫務中心毒品鑑定書、臺北市政府警察局毒品證物檢視暨秤重紀錄表（見他卷第29至30頁）。
2	手機1支	門號：0000000000 IMEI1：000000000000000 IMEI2：000000000000000