臺灣高等法院刑事判決

115年度上訴字第4658號

上　訴　人
即　被　告　楊幃城

選任辯護人　李　瑀律師
　　謝元豪律師

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1072號，中華民國115年4月29日第一審判決（起訴案號：臺灣新北地方檢察署114年度偵字第26713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：

上訴得對於判決之一部為之。對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。但有關係之部分為無罪、免訴或不受理者，不在此限。上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之，刑事訴訟法第348條有明文規定。原審判決認被告楊幃城犯販賣第二級毒品未遂罪，被告不服原審判決提起上訴，除於刑事聲明上訴狀明示主張原審判決量刑過重，另於本院審理時表示：僅就原審判決刑之部分提起上訴，其餘犯罪事實及罪名都沒有要上訴，另沒收部分也沒有要上訴等語（見本院卷第90頁），檢察官則未提起上訴，是本院審理範圍僅限於原審判決所處之刑部分，不及於原審判決所認定犯罪事實、所犯之罪名及沒收等部分，先予敘明。

二、被告上訴理由略以：被告就原審判決所指摘之販賣二級毒品未遂之犯行坦承不諱，為認罪之答辯。前蒙原審適用刑法第

25條第2項、毒品危害防制條例第17條第2項偵審自白減刑規定減輕被告法定刑後，未予適用刑法第59條，致量刑有嫌尚重：㈠被告於偵審中始終坦承犯行，犯後態度良好，主觀惡性顯屬低度，被告已逐步完成生活重建，具備良好社會復歸條件，過度科刑反有違刑罰目的，綜合觀之，本案已具備刑法第59條適用之典型要件，被告本案之行為態樣、危害程度、主觀惡性及再犯可能性，均顯著低於一般販賣毒品案件之典型情形，具備刑法第59條所稱「犯罪之情狀顯可憫恕」之要件。惟原審對於上開攸關量刑之重要有利情狀，未就被告之犯後態度、再犯風險及生活重建等關鍵量刑因素逐一審酌，亦未具體說明不予採納之理由，致其量刑判斷流於片面，致未適用刑法第59條酌減其刑，已屬判決理由不備及消極不適用法則之違法。㈡本案應有依憲法法庭112年憲判字第13號判決意旨予以衡平之空間，被告本案係自承以新臺幣（下同）5萬元自他處購得依托咪酯菸彈50顆，單顆成本為1千元；並與喬裝成買家之員警約定以2萬6千元交易依托咪酯菸彈10顆，是被告主觀上預期可獲得之利潤應僅為1萬6千元，參照憲法法庭112年憲判字第13號判決及最高法院112年度台上字第3591號刑事判決意旨，考量本案涉及之毒品數量僅為依托咪酯菸彈10顆，數量，顯然非多；又被告主觀上預期可獲得之利潤僅為1萬6千元，是其預期可取得之犯罪所得顯屬低微，且因員警實際上欠缺購買真意，故其販賣行為不能完成，僅為未遂犯，被告實際上並未有任何獲利，其惡性更為低度，被告於違犯本案前未曾涉犯毒品犯罪行為，且依本案之販賣行為態樣僅屬末端交易，應適用刑法第59條規定之見解相符，而不悖離憲法罪刑相當原則之誡命。㈢本案應審酌由被告所扶養之3名未成年子女之最佳利益，對被告予以從輕量刑，令被告不致於子女成長過程中缺席太久，而能於接受制裁後及早復歸家庭與社會，以陪伴子女成長並給予其經濟支持，兒童權利公約國內法後，兒童最佳利益原則於我國司法裁判已具有規範之普遍適用性，各級法院之裁判若

對兒童產生影響者，均須恰如其分地納入且始終貫徹兒童最佳利益（公約第3條第1項、聯合國兒童權利委員會《下稱童權會》第14號一般性意見第14段（a)、第19段、第27段解釋參照）。司法院111年度憲判字第8號判決及最高法院於111年度台上字第700號刑事判決意旨，應以未成年子女最佳利益為最優先之考量。本案被告與配偶共育有3名未成年子女，各該未成年子女之一切經濟生活均賴被告照顧、供應所需，倘予以被告較長時間之刑罰，則將對被告之家庭，尤其對該3名未成年子女帶來巨大之衝擊，不僅經濟生活上頓失支柱，更令各該未成年子女之成長過程中缺少父親的陪伴，爰請鈞院於量刑時審酌該3名未成年子女之最佳利益，包含未成年子女之發展及權益保護等，而對被告予以從輕量刑，令被告不致於子女成長過程中缺席太久，而能於接受制裁後及早復歸家庭與社會，以陪伴子女成長並給予其經濟支持云云（見本院卷第21頁至第30頁、第95頁至第96頁）。

三、**原審關於減刑事項判斷並無違誤：**

㈠核被告所為，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。被告意圖販賣而持有第二級毒品之低度行為，為其販賣第二級毒品未遂之高度行為所吸收，不另論罪。被告於偵查及審判中均自白犯罪，應依毒品危害防制條例第17條第2項規定，減輕其刑。被告已著手於販賣第二級毒品犯行之實行，惟因喬裝為買家之員警欠缺購買真意，故其販賣行為不能完成，為未遂犯，爰依刑法第25條第2項規定，按既遂犯之刑度減輕其刑，並依刑法第70條規定遞減之。

㈡被告無刑法第59條規定之適用：

1.按刑法第59條所規定之酌量減輕其刑，係其犯罪另有特殊之原因、環境或背景，在客觀上足以引起一般之同情，且於法律上別無其他應減輕或得減輕其刑之事由，認即予以宣告法定最低度刑猶嫌過重者，即有其適用。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（詳最高法院111年度台上字第805號判決意旨可資參照）。

2.經查，被告以其於偵審中始終坦承犯行，犯後態度良好，主觀惡性顯屬低度，且被告已逐步完成生活重建，具備良好社會復歸條件，被告本案之行為態樣、危害程度、主觀惡性及再犯可能性等節，即認其符合刑法第59條規定之適用，惟依前述，刑法第59條所規定須其犯罪當時另有特殊之原因、環境或背景，在客觀上足以引起一般之同情，被告為本案販賣第二級毒品未遂行為之當時，並無任何特殊之原因、環境或背景，在客觀上足以引起同情之事由，至被告所提出之偵審中始終坦承犯行、被告逐步完成生活重建，具備良好社會復歸條件等等，均係犯罪後之事項，與適用刑法第59條以犯罪當時有顯可憫恕之事由不符，另執被告本案之行為態樣、危害程度、主觀惡性及再犯可能性云云，請求依刑法第59條規定酌減其刑，惟上開內容，均非犯罪當時之情狀顯可憫恕之事由，與刑法第59條規定不合。

3.又被告所犯販賣第二級毒品未遂罪，經依毒品危害防制條例第17條第2項自白規定及刑法第25條第2項未遂犯減輕其刑而遞減輕其刑後，處斷刑已大幅減低，審酌毒品對於社會治安之危害，縱量處上開最低刑度，實無情輕法重之情事，已難認因立法至嚴致生情輕法重之情形。再者，毒品殘害國民身體健康、危害社會治安甚鉅，向為政府嚴厲查禁之物，被告竟仍無視國家禁令，為圖私利、竟仍恣意販賣毒品，顯見其並未考慮販賣毒品對社會及他人之不良影響，而刑法第59條所規定之酌減其刑，既係以縱使量處法定最低本刑猶嫌過重者，為其前提要件，必於犯罪之情狀顯可憫恕時，始得為之，自須考量犯罪所生危害、加重減輕事由與處斷刑範圍之

連動效應，依個案具體情狀而有所調整，非可流於浮濫。而販賣毒品犯行，直接戕害購毒者身心健康，助長毒品流通，對社會治安實有相當程度危害，惡性匪淺，縱然被告並非大盤販賣之毒梟，且係因員警誘捕偵查查獲，並未使毒品流入市面，惟衡酌被告販賣毒品犯行乃重大犯罪，且係在社群網站上張貼訊息販售，更易助長毒品流通氾濫，犯罪情節並非輕微，其所為促成潛在毒害蔓延擴大之風險，對於社會治安所生負面衝擊，並未見有何存在任何特殊之原因與環境，而在客觀上足以引起一般人之同情，倘遽予憫恕依刑法第59條規定減輕其刑，除對其個人難收改過遷善之效，無法達到刑罰特別預防之目的外，亦易使其他販賣毒品之人心生投機、甘冒風險繼續販賣毒品，無法達到刑罰一般預防之目的，衡諸社會一般人客觀標準，尚難謂有過重而情堪憫恕之情形，自無適用刑法第59條規定之餘地。

4.至被告犯後自始坦承犯行、前無相關毒品犯罪紀錄及其前述之犯罪動機、有未成年子女尚待扶養等家庭生活狀況等節，至多僅屬刑法第57條得為從輕量刑之考量因子，尚非得據依刑法第59條規定予以酌減其刑。

5.況依前述，須於法律上別無其他應減輕或得減輕其刑之事由，認即予以宣告法定最低度刑猶嫌過重者，始有其適用，被告犯販賣第二級毒品未遂罪，其法定本刑為有期徒刑10年，已有前述毒品危害防制條例第17條第2項及刑法第25條第2項規定減刑之事由，自難認被告符合刑法第59條酌量減輕其刑之規定。

㈢本件無適用憲法法庭112年憲判字第13號判決意旨減刑之情形：

1.按「毒品危害防制條例第4條第1項前段規定：『……販賣第一級毒品者，處死刑或無期徒刑。』立法者基於防制毒品危害之目的，一律以無期徒刑為最低法定刑，固有其政策之考量，惟對諸如無其他犯罪行為，且依其販賣行為態樣、數量、對價等，可認屬情節極為輕微，顯可憫恕之個案，縱適

用刑法第59條規定酌減其刑，仍嫌情輕法重，致罪責與處罰不相當。於此範圍內，對人民受憲法第8條保障人身自由所為之限制，不符憲法罪刑相當原則，牴觸憲法第23條比例原則。司法院釋字第476號解釋，於此範圍內應予變更；相關機關應自本判決公告之日起2年內，依本判決意旨修正之。」、「自本判決公告之日起至修法完成前，法院審理觸犯販賣第一級毒品之罪而符合前揭情輕法重之個案，除依刑法第59條規定減輕其刑外，另得依本判決意旨減輕其刑至二分之一。」此有憲法法庭112年度憲判字第13號判決意旨可參。觀諸前開憲法法庭判決意旨僅適用於違反「毒品危害防制條例第4條第1項前段規定」之罪，而本案被告所販賣者為第二級毒品，自無從比照前開憲法法庭判決意旨予以減刑等旨（詳最高法院113年度台上字第1251號、113年度台上字第1592號等判決亦同此旨），故本案既非「毒品危害防制條例第4條第1項前段規定」之罪，並無比照前開憲法法庭判決意旨於本案販賣第二級毒品罪擴散適用刑法第59條規定再酌減其刑之餘地，被告上訴意旨應有誤會，並非可採。

2.況依憲法法庭112年憲判字第13號判決宣告毒品危害防制條例第4條第1項前段規定在適用於「無其他犯罪行為，且依其販賣行為態樣、數量、對價等，可認屬情節極為輕微，顯可憫恕之個案，縱適用刑法第59條規定酌減其刑，仍嫌情輕法重」個案之範圍內，不符憲法罪刑相當原則而違憲，並未宣告該罪法定刑違憲失效，係就個案採適用上違憲之違憲宣告模式，即仍維持該規定之法規範效力，且僅在適用於兼具上開列舉特徵之「情輕法重」個案之範圍內，始違反憲法罪刑相當原則。前開憲法法庭判決之效力，僅限主文及其主要理由，並僅以宣告適用上違憲之範圍為限，於此之外無從比附援引於其他販賣毒品罪，或單以該判決為據，置刑法第59條所設要件於不顧，逕適用該條規定減刑。蓋因解釋憲法並就法規範之合憲性為審查，而為合憲與否之宣告，係憲法法庭專有之權力，其行使且須謹守權力分立之界限。法院如就個

案應適用之法律有違憲確信，自應依法聲請憲法法庭為合憲性之審查，尚不得以類推適用或比附援引憲法法庭判決之方法，解免其聲請義務，或任意擴張憲法法庭判決效力，逸脫法之拘束（詳最高法院113年度台上字第1251號判決意旨參照）。本件被告係犯販賣第二級毒品未遂罪，並非上開憲法法庭判決意旨適用之效力範圍，且本件已綜合被告全部犯罪情狀，認其客觀之犯行與主觀之惡性均非至為輕微，並無刑法第59條情堪憫恕之情形，自無從比照前述憲法法庭判決意旨再予以減刑。

㈣又兒童權利公約於內國法後，兒童最佳利益原則於我國司法裁判已具有規範之普遍適用性，各級法院之裁判若對兒童產生影響者，均須恰如其分地納入且始終貫徹兒童最佳利益。而於刑事案件，聯合國兒童權利委員會第14號一般性意見第28段列明：1.對於與法律產生衝突（即：被告或被確認為違法）的兒童，或2.（作為受害者或證人）法律所觸及到的兒童，以及3.因家長觸法而受影響的兒童，均有兒童最佳利益原則之適用。故法院之量刑結果，依個案情節，倘勢必影響兒童關於公約所保障之權利或利益者，恰如其份地將兒童最佳利益納入量刑審酌因子，並做出合義務性之裁量，即屬無可迴避。應予強調的是，法院於量刑時有義務留意到兒童最佳利益之意義與目的，並不表示允許犯錯的父母或家長等主要照顧者可無故逃避適當的懲罰，相反地，是要求法院在這類情況下，應盡可能地保護無辜兒童免於受到可避免的傷害。至於被告之罪責倘已達監禁而應使之與兒童分離之程度，依兒童權利公約第9條第1項（父母與兒童不分離原則）、第18條（父母共同養育兒童原則）、第20條（剝奪家庭環境之兒童照護與安置）之規定，及聯合國兒童權利委員會第14號一般性意見第61段、第69段之解釋，法院之量刑則應具有維護兒童最佳利益之目的性，且必須合乎必要性及最後手段性，並充分考慮到不同刑期對單一兒童或若干兒童的最佳利益所造成的衝擊，復顧及家庭環境因此而受到剝奪的

兒童，是否能獲有替代方式之照護，尚非謂個案兒童最佳利益倘因被告（家長）觸法而受影響，無論被告之罪責是否已達監禁而應使之與兒童分離之程度，法院均應予從輕量刑。被告雖稱需扶養3名未成年子女，然被告於114年6月10日起，亦即其未成年子女更為年幼時，均在監執行，除據被告供明在卷（見本院卷第97頁），並有本院被告全國前案紀錄表在卷可參，可見被告完全未能負起照顧、撫育未成年子女之責任，參以被告於原審及本院審理時均陳述：與父母、配偶還有3個小孩同住等語（見原審卷第129頁、本院卷第97頁），此段期間被告未成年子女之獨立性發展、建立自尊及學習基本技能等，皆仍有被告配偶、父母得以承擔，是被告於本案中經量處刑期之長短，顯難認對其未成年子女之最佳利益有何重大、直接之不利影響，造成其未成年子女受有可避免之傷害。故本件考量兒童最佳利益後，本院仍應認原判決之量刑妥適。況原審判決於量刑時已考量被告之家庭狀況（包含與父母、配偶、3個小孩同住一節，見原判決第2頁所載），顯已將被告家中有兒童之因素充分列入考量。且被告及其原審辯護人於原審、本院審理時，就科刑部分已表示無證據請求調查或提出其他證明方法（見原審卷第129頁至第130頁、本院卷第94頁）。再兒童權利公約第14號一般性意見內，針對父母因受刑事追訴而需與子女分離之情形指出：對家長或其他首要照料者「犯罪服刑」的情況，應逐一按情況充分考慮不同刑期對兒童造成之影響，係就父母因受刑事追訴而需與子女分離之情形，主張於父母「犯罪服刑」時，國家相關機構對應父母之「執行刑罰」情形，因家中兒童為適當之考量，亦肯認父母因受刑事追訴有需與子女分離之情形，並未干預法院依法量刑之職權。況兒童為父母保護之對象，而非父母為違法行為後減輕刑責之託詞，照顧家中兒童並非被告販賣毒品之正當理由，亦非同時兼顧家庭狀況之唯一途徑（詳最高法院110年度台上字第6288號判決意旨可資參照）。原審既已實質上考量被告子女之狀況，顯未違背上

述兒童權利公約，自無違法。至本院審理時，因被告之3名子女，尚稚嫩年幼，雖未使其等表意，然被告已表明需扶養該3名子女等語（見本院卷第97頁），已知悉被告與子女相處、依附及照顧等相關實際情況。茲本院審理時，被告有表示扶養子女上情，且被告與辯護人於本院審理時就科刑部分均已表示無證據請求調查（見本院卷第94頁），是以本院就將使被告與其子女分離之本案訴訟程序中，已基於兒童最佳利益而給予利害關係人即兒童之父（即被告）參與並陳述有關兒童部分意見之機會，且已了解其子女是否受被告扶養、與被告之依附關係等情，而於審酌原審量刑是否妥適時予以考量。依此，本院所踐行之訴訟程序亦應無違兒童權利公約規定，均附此說明。

㈤綜上，本件被告提起上訴為無理由，應予駁回。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

本案經檢察官吳文正提起公訴，檢察官侯名皇到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　8　　月　　27　　日

刑事第十九庭　審判長法　官　曾淑華

法　官　陳文貴

法　官　李殷君

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　謝秀青

中　　華　　民　　國　　115　　年　　8　　月　　27　　日

附錄：本案科刑法條全文

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。