臺灣高等法院刑事判決

115年度上訴字第2590號

上　訴　人
即　被　告　吳彥霖
000000000000000000
000000000000000000

指定辯護人　本院公設辯護人唐禎琪

上列上訴人即被告因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣臺北地方法院114年度訴字第1046號，中華民國115年1月14日第一審判決（起訴案號：臺灣臺北地方檢察署114年度偵字第11495號、第25809號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

事　實

吳彥霖知悉依托咪酯、美托咪酯均為毒品危害防制條例第2條第2項第2款公告列管之第二級毒品；4-甲基甲基卡西酮、4-甲基乙基卡西酮、氯甲基卡西酮、愷他命則均為同項第3款明定之第三級毒品，竟分別為下列犯行：

一、吳彥霖意圖營利，基於販賣第二級毒品予未成年人之犯意，明知少年黃○○（民國100年出生，年籍詳卷）為未成年人，竟於113年12月11日5時許，在臺北市○○區○○○路0段00巷00號，以一手交錢、一手交貨之方式，以新臺幣（下同）3,000元販賣含有第二級毒品依托咪酯成分之煙彈2顆予少年黃○○。

二、吳彥霖另基於意圖販賣而持有第二級毒品、第二級毒品而混合二種以上毒品及第三級毒品之犯意，於為警查獲前之不詳時間購入而取得如附表編號1至5所示之毒品後，欲伺機販售予他人牟利而持有之，並放置在其新北市○○區之住處內。嗣為警於114年3月12日20時38分許，持本院114年度聲搜字第560號搜索票在其住處執行搜索，並扣得如附表所示之物，始悉上情。

理　由

壹、證據能力

一、上訴人即被告吳彥霖（下稱被告）經本院合法傳喚無正當理由未到庭，然就本判決認定事實所引用之供述證據，其於原審審理時已不爭執證據能力（見原審卷第103頁至第114頁），且其所提上訴狀亦未就證據能力部分為爭執（見本院卷第21頁至第23頁）。檢察官於本院審理程序中不爭執上開證據之證據能力，且未於言詞辯論終結前聲明異議（見本院卷第124頁至第129頁），本院審酌各該證據作成時之情況，並無違法不當或證明力明顯過低之瑕疵，亦認以之作為證據應屬適當，是依刑事訴訟法第159條之5規定，均有證據能力。

二、本判決所引用之非供述證據，查無有何違反法定程序作成或取得之情形，且經本院依刑事訴訟法第164條、第165條踐行物證、書證之調查程序，自得採為證據。

貳、實體部分

一、被告經本院合法傳喚，無正當理由未到庭。然訊之被告於原審審理時就其有上開違反毒品危害防制條例第9條第1項、第4條第2項之成年人對未成年人販賣第二級毒品罪及違反毒品危害防制條例第5條第2項之意圖販賣而持有第二級毒品罪（附表編號1、3部分）、同條例第5條第2項及第9條第3項之意圖販賣而持有第二級毒品而混合二種以上毒品（附表編號2部分），及同條例第5條第3項之意圖販賣而持有第三級毒品罪（附表編號4、5部分）之犯罪事實均坦承不諱（見原審卷第114頁），此外復有證人即購毒少年黃○○及其友人張○○（年籍詳卷）於偵查時所為證述之情節（見114年度偵字第11495號卷第37頁至第45頁、第51頁至第55頁、第309頁至第311頁），且有證人黃○○113年12月11日搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、交通部民用航空局航空醫務中心114年2月17日航藥鑑字第0000000號毒品鑑定書、證人張○○與被告間之手機通訊軟體對話紀錄截圖、114年3月12日搜索扣

押筆錄、扣押物品目錄表及蒐證照片在卷（見114年度偵字第11495號卷第65頁至87第、第105頁至第149頁、第171頁至第174頁、第242頁至第245頁）可佐，復有如附表編號1至5所示之物扣案可考。而如附表編號2所示之物，經內政部警政署刑事警察局抽樣鑑定，認含第二級毒品依托咪酯、美托咪酯成分；編號1、3所示之物，經該中心抽樣鑑定，含有第二級毒品依托咪酯成分；編號4所示之物，經該中心抽樣鑑定，認分別含第三級毒品4-甲基甲基卡西酮、4-甲基乙基卡西酮、氯甲基卡西酮成分；編號5所示之物，亦經該中心鑑定後，認含第三級毒品愷他命成分，分別如附表各該編號「備註」欄所示之鑑定書、毒品純質淨重推估換算表及毒品證物檢視暨秤重紀錄表在卷（見114年度偵字第11495號卷第236頁、第242頁至第245頁、第263頁至第266頁）可稽。而上開鑑定機關分別以氣相層析質譜法鑑定確認，其結果信而有徵，足以為本院判斷之依據。堪認被告於原審審理時之自白與事實相符，應值採信。

二、本案事證明確，被告前揭涉犯違反違反毒品危害防制條例第9條第1項、第4條第2項之成年人對未成年人販賣第二級毒品罪及違反毒品危害防制條例第5條第2項之意圖販賣而持有第二級毒品罪（附表編號1、3部分）、同條例第5條第2項及第9條第3項之意圖販賣而持有第二級毒品而混合二種以上毒品（附表編號2部分），及同條例第5條第3項之意圖販賣而持有第三級毒品罪（附表編號4、5部分）之犯行均洵堪認定，應依法論科。

參、論罪科刑部分

一、核被告就事實欄一所為，係犯毒品危害防制條例第9條第1項、第4條第2項之成年人對未成年人販賣第二級毒品罪；其持有第二級毒品之低度行為，為其販賣之高度行為所吸收。被告就事實欄二所為，係犯毒品危害防制條例第5條第2項之意圖販賣而持有第二級毒品罪（附表編號1、3部分）、同條例第5條第2項及第9條第3項之意圖販賣而持有第二級毒品而

混合二種以上毒品（附表編號2部分），及同條例第5條第3項之意圖販賣而持有第三級毒品罪（附表編號4、5部分）；被告持有如附表編號1至3所示第二級毒品及編號4至5所示第三級毒品純質淨重5公克以上（附表編號4至5「備註」欄之毒品鑑定書「檢驗結果」、臺北市政府警察局毒品純質淨重推估換算表「純質淨重」等欄位參照，見114年度偵字第11495號卷第249頁至第251頁、第336頁）之低度行為，各為其意圖販賣而持有之高度行為所吸收，不另論罪。

二、被告就事實欄二部分，以一行為觸犯數罪，應依刑法第55條規定，從一重以毒品危害防制條例第5條第2項、同條例第9條第3項之意圖販賣而持有第二級毒品而混合二種以上毒品論處。

三、刑之加重減輕事由

㈠加重部分

1.被告對未成年人販賣第二級毒品之犯行，應依毒品危害防制條例第9條第1項規定，加重其刑至二分之一（就法定刑為無期徒刑部分依法不得加重）。

2.所犯意圖販賣而持有第二級毒品而混合二種以上毒品罪，應依毒品危害防制條例第9條第3項規定，加重其刑。

㈡減輕部分

1.被告於偵查及原審審理時均自白犯罪，被告於本院審理時未到庭，自應依有利被告解釋，認被告合於毒品危害防制條例第17條第2項減刑規定之要件，均依該規定減輕其刑。

2.被告於警詢供出本案毒品來源皆為林昶廷因而查獲，有臺灣臺北地方檢察署114年9月15日北檢力秋114偵11495字第1149100581號函暨所附臺北市政府警察局中山分局同月12日北市警中分刑字第1143076109號函、該分局同年11月2日北市警中分刑字第1143083355號函可憑（見原審卷第40頁至第41頁、第97頁），是均依毒品危害防制條例第17條第1項規定，減輕其刑。

㈢被告本案犯行因同時有上開刑之加重及減輕事由，依法先加

後遞減之。

四、被告上訴意旨略以：被告於偵查、原審審理時均坦承犯行，應認被告犯罪情狀有值得憫恕之處，請求依刑法第59條酌減其刑，並從輕量刑等語。

五、本件並無刑法第59條規定之適用

按刑法第59條規定：「犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重，得酌量減輕其刑。」該條所謂「犯罪之情狀可憫恕」，本係指審酌刑法第57條各款所列事項以及其他一切與犯罪有關之情狀之結果，認其犯罪足堪憫恕者而言，必須犯罪另有特殊之原因與環境等，因在客觀上顯然足以引起一般同情，認為縱予宣告法定最低度刑猶嫌過重者，始有其適用。至於犯罪情節輕微及犯後坦承犯行等，僅可為法定刑內從輕科刑之標準，不得據為酌量減輕之理由。本件被告著手販賣第二級毒品及意圖販賣而持有第二級毒品、第三級毒品之行為，具有戕害他人身心健康之危險性，危害社會秩序，且其身強體健，係一具正常智識之人，其犯罪並無特殊之原因與環境，不足以引起一般同情，而無顯可憫恕之處，況被告就事實欄一㈠㈡之犯行業均已依毒品危害防制條例第17條第2項、第1項規定減輕其刑，又無縱予宣告最低度刑猶嫌過重之情形，是本案尚無刑法第59條之適用餘地，從而被告主張請依刑法第59條規定酌減其刑等情，亦難憑採。

六、上訴駁回之理由

㈠按刑之量定，係法院就繫屬個案之犯罪所為之整體評價，量刑判斷當否之準據，應就判決之整體觀察而為綜合考量，且為求個案裁判之妥當性，法律賦予法院裁量之權，量刑輕重，係屬事實審法院得依職權自由裁量之事項，苟其量刑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，如無偏執一端或濫用其裁量權限，致明顯失出失入情形，並具妥當性及合目的性，符合罪刑相當原則，即不得遽指為不當或違法（最高法院103年度台上字第291號、第331號判決意旨參照）。又在同一犯罪事實與

情節，如別無其他加重或減輕之原因，下級審量定之刑亦無過重或失輕之不當情形，則上級審法院對下級審法院之職權行使，原則上應予尊重（最高法院85年度台上字第2446號、第109年度台上字第3982號、第3983號判決意旨參照），自不宜單就量刑部分遽指為不當或違法。

㈡原審以被告犯行事證明確，並以行為人之責任為基礎，審酌被告無視國家對於杜絕毒品犯罪之禁令，明知販賣毒品之行為將對施用者產生重大身心戕害，危害社會秩序，猶為圖小利，販賣第二級毒品予未成年人，又意圖販賣而持有數量非寡之毒品，伺機販售以牟利，助長毒品蔓延，危害社會安全，所為非是；復考量其於偵查及本院審理時坦白認罪、其犯罪之動機、目的、出售毒品數量及獲利情形非多，及持有如事實欄二所示之毒品尚未流出市面之犯罪性質及數量暨種類等情；另參以被告自陳之智識程度、家庭經濟及生活，為本案時僅18足歲等一切情狀，就被告之各次犯行分別量處有期徒刑1年10月（共2罪）之刑等旨。並就不予宣告緩刑部分說明：查被告雖目前未曾受有期徒刑以上刑之宣告，有其法院前案紀錄表在卷可按（見原審卷第21頁至第22頁），然被告所為足以助長毒品氾濫，造成潛在社會犯罪之危害，且其因施用毒品，甫於113年12月25日為警查獲（該案嗣經臺灣新北地方檢察署檢察官於114年5月28日為緩起訴處分並於同年6月16日確定），卻未知警惕，甚至變本加厲，意圖販賣而持有如附表編號1至5所示之毒品，顯然漠視法令禁制，無視政府查緝毒品之決心，欠缺守法觀念之犯罪情節，所為實非可取，應予以非難，為使被告知所警惕，仍有執行本案刑罰之必要，不宜輕啟寬典，審酌上開各情，認無暫不執行被告刑罰為適當之情形，無從依刑法第74條規定宣告緩刑。再就應執行刑之部分說明：觀諸上開法院前案紀錄表（見原審卷第121頁至第124頁），被告尚有其他案件仍在偵審中，其上開所犯各罪，於本判決確定後，尚可與他案所犯經法院判處之罪刑，另由檢察官聲請法院審酌被告所犯各罪之犯罪時

間、所侵害之法益、行為次數及其參與犯罪程度等情狀，酌定應執行之刑，是本案為減少不必要之重複裁判等情事，就被告所犯各罪，爰不予定應執行刑等情。再就沒收部分說明：㈠扣案如附表編號1至3所示之毒品，依毒品危害防制條例第18條第1項前段規定宣告沒收銷燬；包覆毒品之包裝袋及其上殘留難以析離之毒品，一併沒收銷燬；編號4至5所示之毒品，均依刑法第38條第1項規定宣告沒收。㈡扣案如附表編號6所示之物係被告販賣毒品予未成年人之價金（見原審卷第69頁），屬其犯罪所得，應依刑法第38條之1第1項之規定宣告沒收。㈢扣案如附表編號7所示之物為被告供犯罪所用之物（見原審卷第69頁）均依毒品危害防制條例第19條第1項沒收。㈣至其他扣案物無證據證明與本案有關，不予宣告沒收等旨。經核認事用法均無違誤，量刑亦屬妥適。被告上訴意旨請求從輕量刑，惟原審判決確已審酌刑法第57條所列各款量刑因子，並擇要說明如上，且原審量刑復無濫用裁量權、違反罪刑相當原則等違法或不當情事，故被告上訴請求從輕量刑，為無理由，應予駁回。

七、本件被告經合法通知，於本院審理期日，無正當理由未到庭，爰不待其陳述，而為一造辯論判決。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條、第371條，判決如主文。

本案經檢察官黃振城提起公訴，檢察官劉成焜到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　8　　月　　27　　日

刑事第九庭　審判長法　官　潘翠雪

法　官　邰婉玲

法　官　柯姿佐

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　呂丞豐

中　　華　　民　　國　　115　　年　　8　　月　　27　　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5條
意圖販賣而持有第一級毒品者，處無期徒刑或10年以上有期徒刑，得併科新臺幣7百萬元以下罰金。
意圖販賣而持有第二級毒品者，處5年以上有期徒刑，得併科新臺幣5百萬元以下罰金。
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，得併科新臺幣3百萬元以下罰金。
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。

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。
附表：

編號	物品名稱及數量	備註
1	含第二級毒品依托咪酯成分之煙彈41顆	交通部民用航空局航空醫務中心114年4月9日航藥鑑字第0000000號毒品鑑定書（見114年度偵字第11495號卷第289頁）
2	含第二級毒品依托咪酯、美托咪酯成分之淡黃色黏稠液體10罐（含瓶身10只）	內政部警政署刑事警察局114年4月14日刑理字第11460448 53號毒品鑑定書（見114年度偵字第11495號卷第291頁至第294頁）
3	含第二級毒品依托咪酯之透明黏稠液體1罐（含瓶身1只）	
4	含第三級毒品4-甲基甲基卡西酮、4-甲基乙基卡西酮、氯甲基卡西酮成分之即溶包78包（含包裝袋78只）	交通部民用航空局航空醫務中心114年4月24日航藥鑑字第0000000號毒品鑑定書、第0000000Q號毒品鑑定書、臺北市政府警察局毒品純質淨重推估換算表、毒品證物檢視暨秤重紀錄表（見114年度偵字第11495號卷第263頁至第266頁、第336頁、第341頁）
5	含第三級毒品愷他命成分之白色結晶2袋（含包裝袋2只，純質淨重8.0022公克）	交通部民用航空局航空醫務中心114年4月16日航藥鑑字第0000000、0000000Q號毒品鑑定書（見114年度偵字第11495號卷第249頁至第251頁）

6	現金新臺幣3,000元	無
7	IPhone16 Pro Max手機（含門號0000000000號之SIM卡1張）	無