臺灣高等法院刑事判決

115年度上訴字第3240號

上　訴　人
即　被　告　蔡誌謙
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，不服臺灣新北地方法院114年度訴字第794號，中華民國115年2月24日第一審判決（起訴案號：臺灣新北地方檢察署113年度偵字第55424號、第56763號、114年度少連偵字第86號、第208號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

一、上訴範圍說明

按刑事訴訟法第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。」本件被告蔡誌謙（下稱被告）經原審判處罪刑及沒收後，檢察官未上訴，僅被告提起上訴；被告經本院合法傳喚雖未到庭，然其於上訴理由狀內已明確陳述：其自調查時起均坦承犯行，請量處較輕刑度等語(本院卷第59頁)，且迄本院審理時，辯護人亦表示：上訴意旨同被告書狀所載(見本院卷第98頁)，是足徵被告及辯護人均已明示僅針對原判決之科刑部分上訴，依據首揭規定，本院審理範圍僅限於原判決之科刑部分。被告經原審認定之犯罪事實、所犯法條及沒收諭知部分，固均非本院審理範圍。惟本案既屬有罪判決，且科刑係以犯罪事實及論罪等為據，為便於檢視、理解案情，爰於實體部分臚列記載原判決認定之犯罪事實及所犯法條，先予敘明。

二、原審認定事實

被告蔡誌謙明知依托咪酯（Etomidate）自民國113年8月5日

起屬毒品危害防制條例第2條第1項、第2項第3款所稱之第三級毒品（嗣同年11月27日經法務部會同衛生福利部組成審議委員會報由行政院公告調整為第二級毒品），依法不得販賣與非法持有，竟基於意圖營利販賣第三級毒品之個別犯意，持如附表二編號1所示之手機1支連繫，分別於如附表一所示之時間、地點，對外銷售依托咪酯，著手販賣或販賣如附表一所示數量、金額之含第三級毒品依托咪酯成分之煙彈，附表一編號4.6、4.10部分係利用少年蔡○榆或其親自交付給如附表一編號2.1至2.3、3.1至3.2、4.1至4.6、4.8至4.10、5.1至5.9所示之對象，並收取價金。嗣經警持票於113年10月8日16時5分許，前往桃園市○○區○○路000巷0號蔡誌謙住處拘提並執行附帶搜索扣得如附表二各編號所示之物等，始因而查悉前情。

三、原審適用法條

㈠核被告所為，就附表一編號1部分，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（1罪）；就附表一編號2.1至2.3、3.1至3.2、5.1至5.9部分，均係犯毒品危害防制條例第4條第3項之販賣第三級毒品罪（共14罪）；就附表一編號4.1至4.6、4.8至4.10部分，均係犯毒品危害防制條例第9條第1項、第4條第3項之成年人對未成年人犯販賣第三級毒品罪（共9罪）；就附表一編號4.7部分，係犯毒品危害防制條例第9條第1項、第4條第6項、第3項之成年人對未成年人犯販賣第三級毒品未遂罪（1罪）。

㈡就附表一編號4.6、4.10部分，被告皆利用不知情之少年蔡○榆交毒收錢實行販賣第三級毒品犯行，均為間接正犯。

㈢被告非法持有第三級毒品之低度行為，應為販賣或著手販賣之高度行為吸收，俱不另論罪。

㈣被告所犯各罪，犯意個別，行為互殊，應予分論併罰。

㈤刑罰加重部分

1.被告就附表一編號4.1至4.6、4.8至4.10部分成年人對未成年人犯販賣第三級毒品罪（共9罪）；附表一編號4.7部分成

年人對未成年人犯販賣第三級毒品未遂罪（1罪），其販賣或著手販賣第三級毒品給未成年人陳○禾，均應依毒品危害防制條例第9條第1項之規定，加重其刑。

2.被告就附表一編號4.6、4.10部分成年人對未成年人犯販賣第三級毒品罪，其利用少年蔡○榆犯罪，核屬刑法總則之加重，應依兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段之規定，均加重其刑。

㈥刑罰減輕部分

1.被告就附表一編號1部分所犯販賣第三級毒品未遂罪、附表一編號4.7部分成年人對未成年人犯販賣第三級毒品未遂罪，其行為俱僅止未遂，尚未對社會造成實際之危害，爰依刑法第25條第2項之規定，均減輕其刑。

2.查被告犯本案各罪，皆於偵查及審判中均自白，符合毒品危害防制條例第17條第2項之規定，爰均依法減輕其刑。以上各罪有二種以上刑之加重、減輕者，依刑法第70條之規定，遞加、遞減之；刑有加重及減輕者，依同法第71條第1項之規定，先加後減。

四、被告上訴意旨略以：被告自調查開始均坦承犯行，請求從輕量刑等語。

五、本院之判斷

㈠按刑法第59條所規定之酌量減輕其刑，係裁判上之減輕，必以犯罪之情狀顯可憫恕，認為科以最低度刑仍嫌過重者，始有其適用。如別有法定減輕之事由者，應優先適用法定減輕事由減輕其刑後，猶嫌過重時，方得為之（最高法院98年度台上字第6342號判決要旨參照）。辯護人為被告主張：被告販售煙彈尚屬少量，犯罪情節仍屬輕微，而有情輕法重，請依刑法第59條酌減其刑等語（本院卷第102頁），固非無見。實以販毒本為法之所禁，染毒更能令人捨身敗家，毒品對於人體有莫大之戕害而為政府嚴厲禁絕。被告無視毒害仍為圖私利販賣或著手販賣第三級毒品，對國民健康及社會治安造成危害，本應予非難。雖被告販賣或著手販賣數量與金

額不高，尚與販售毒品上游集團嚴重危害社會治安之情形有別。然本案販賣之對象達5人，且行為次數不低，而其犯罪之動機、目的、手段、犯罪所生之危害、犯罪後之態度、生活狀況、品行、智識程度等一切情狀，依其犯罪之情狀，相較所犯毒品危害防制條例第4條第3項之罪法定刑經以前述減輕其刑後已可大幅降低，尚無從足以引起一般同情，認依法減刑後予低度刑期仍顯失平衡，猶嫌過重之情狀，礙難復依刑法第59條之規定酌量減輕其刑。辯護人為被告主張適用前揭之規定減刑，實難採取。

㈡按量刑輕重，屬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，無偏執一端，致明顯失出失入情形，自不得指為不當或違法，且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103年度台上字第291號、第331號、85年度台上字第2446號判決意旨參照）。經查：原審業已審酌依托咪酯屬毒品危害防制條例所列管之第三級毒品，具有成癮性、濫用性及對社會危害性，被告正值青壯可以正途謀生，竟無視禁令，為攫取販毒利益而販賣或著手販賣第三級毒品，次數不低，所生之危害不輕，兼衡本案各罪毒品數量與金額不高，其於警詢時至原審審理時坦認犯行，教育程度「高中畢業」，前因違反藥事法案件經論罪科刑及執行之紀錄，以從事「拆除工」為業，家庭經濟狀況「勉持」等情，業據其於警詢時與審理時自承在卷（56763號偵卷第96頁、原審卷第179頁），依此顯現其智識程度、品行、生活狀況等一切情狀，分別量處如附表一原審罪名及宣告刑所示之刑，並定應執行刑有期徒刑4年8月等旨。原審判決確已審酌被告於偵查、原審審理時均坦承犯行之犯後態度，並依毒品危害防制條例第17條第2項規定予以減輕其刑，且亦已衡酌被告販賣毒品數量非鉅，並未獲取暴利等情，要無漏未審

酌被告坦承犯行此一有利於被告之量刑因子。且原審既已依斟酌刑法第57條各款所列情狀，其審酌既未逾越法定範圍，亦無違背公平正義之精神，客觀上不生量刑畸重或有所失入之裁量權濫用，核與罪刑相當原則無悖，是原判決自無不當或違法。被告上訴請求從輕量刑，難認有據。被告就量刑上訴，為無理由，應予駁回。

六、被告經合法傳喚，無正當理由未到庭，爰不待其陳述，逕行判決。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條、第371條，判決如主文。

本案經檢察官洪榮甫、陳致廷提起公訴，檢察官劉成焜到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　10　　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　　9　　月　　10　　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、第6項

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。

前五項之未遂犯罰之。

附表一

編號	對象	時間	地點	數量/金額	原審主文罪名及宣告刑
1	胡　靜	113年10月8	桃園市桃園	依托咪酯煙	蔡誌謙販賣第

	宜（起訴書誤載「怡」部分爰予更正）	日15時30分許	區○○路與○○路口	彈1顆/1,000元（雙方到場後胡靜宜因故未購買，交易不成而未得逞）	三級毒品未遂，處有期徒刑貳年。
2.1	林韋丞	113年10月3日某時許	桃園市○○區○○路000巷0號	依托咪酯煙彈1顆/1,000元	蔡誌謙販賣第三級毒品，處有期徒刑參年柒月。
2.2		113年10月4日19時56分許	桃園市○○區○○路000巷0號	依托咪酯煙彈1顆/1,200元	蔡誌謙販賣第三級毒品，處有期徒刑參年柒月。
2.3		113年10月8日14時7分許	桃園市○○區○○路000號前停車格	依托咪酯煙彈1顆/1,200元	蔡誌謙販賣第三級毒品，處有期徒刑參年柒月。
3.1	陳宣霖	113年9月15日1時53分許	桃園市○○區○○路00號	依托咪酯煙彈1顆/2,000元	蔡誌謙販賣第三級毒品，處有期徒刑參年柒月。
3.2		113年9月23日1時7分許	桃園市○○區○○路00號	依托咪酯煙彈1顆/2,000元	蔡誌謙販賣第三級毒品，處有期徒刑參年柒月。
4.1	陳○	113年9月9	桃園市○○	依托咪酯煙	蔡誌謙成年人

	禾	日22時許	區○○路00號○○○○1樓7-11便利商店○○門市	彈2顆/2,300元	對未成年人販賣第三級毒品，處有期徒刑參年捌月。
4.2		113年9月10日某時許	桃園市○○區○○路00號	依托咪酯煙彈1顆/1,200元	蔡誌謙成年人對未成年人販賣第三級毒品，處有期徒刑參年捌月。
4.3		113年9月12日15時至16時許	桃園市○○區○○路00號	依托咪酯煙彈3顆/3,400元（含運費400元）	蔡誌謙成年人對未成年人販賣第三級毒品，處有期徒刑參年玖月。
4.4		113年9月15日（起訴書贅載「不詳」部分爰予刪除）11時45分許	桃園市○○區○○路00號	依托咪酯煙彈2顆/2,000元	蔡誌謙成年人對未成年人販賣第三級毒品，處有期徒刑參年捌月。
4.5		113年9月16日2時至3時許	桃園市○○區○○路00號	依托咪酯煙彈2顆/2,000元	蔡誌謙成年人對未成年人販賣第三級毒品，處有期徒刑參年捌月。
4.6		113年9月20日21時45分許	桃園市○○區○○路00號	依托咪酯煙彈2顆/2,300元	蔡誌謙成年人利用少年對未成年人販賣第三級毒品，處

					有期徒刑參年玖月。
4.7		113年9月22日21時52分許		蔡誌謙使用通訊軟體Instgram傳送「今天要嗎」，「挺一下」等語給陳○禾，對外銷售著手販賣惟為陳○禾所拒絕，交易不成而未得逞	蔡誌謙成年人對未成年人販賣第三級毒品未遂，處有期徒刑貳年壹月。
4.8		113年9月28日1時50分許	桃園市○○區○○路00號	依托咪酯煙彈1顆/1,300元	蔡誌謙成年人對未成年人販賣第三級毒品，處有期徒刑參年捌月。
4.9		113年10月4日2時27分許	桃園市○○區○○路00號	依托咪酯煙彈1顆/1,000元	蔡誌謙成年人對未成年人販賣第三級毒品，處有期徒刑參年捌月。
4.10		113年10月8日4時16分許	桃園市○○區○○路00號	依托咪酯煙彈1顆/1,500元	蔡誌謙成年人利用少年對未成年人販賣第三級毒品，處有期徒刑參年玖月。

5.1	連晉昇	113年9月14日23時30分許	桃園市○○區○○路000巷0號	依托咪酯煙彈1顆/1,500元	蔡誌謙販賣第三級毒品，處有期徒刑參年柒月。
5.2		113年9月19日0時30分許	桃園市○○區○○路000巷0號	依托咪酯煙彈1顆/1,500元	蔡誌謙販賣第三級毒品，處有期徒刑參年柒月。
5.3		113年9月19日23時36分許	桃園市龜山區壽山路一帶	依托咪酯煙彈2顆/2,500元	蔡誌謙販賣第三級毒品，處有期徒刑參年柒月。
5.4		113年9月22日0時18分許	桃園市○○區○○路000巷0號	依托咪酯煙彈4顆/3,700元	蔡誌謙販賣第三級毒品，處有期徒刑參年捌月。
5.5		113年9月23日3時許	桃園市○○區○○街00號前	依托咪酯煙彈3顆/3,000元	蔡誌謙販賣第三級毒品，處有期徒刑參年捌月。
5.6		113年9月24日（檢察官起訴書誤載同年月「23日」，爰予更正）23時25分許	新北市○○區○○○路00號OK便利商店鶯歌○○店	依托咪酯煙彈3顆/3,000元	蔡誌謙販賣第三級毒品，處有期徒刑參年捌月。
5.7		113年9月26日20時16分許	新北市○○區○○○路00號OK便利	依托咪酯煙彈8顆/7,000元	蔡誌謙販賣第三級毒品，處

			商店鶯歌◯◯店		有期徒刑參年玖月。
5.8		113年9月27日20時26分許	桃園市◯◯區◯◯街00號門口	依托咪酯煙彈10顆/8,500元	蔡誌謙販賣第三級毒品，處有期徒刑參年玖月。
5.9		113年10月1日0時2分許	桃園市◯◯區◯◯路000號7-11便利商店◯◯門市	依托咪酯煙彈6顆/5,000元	蔡誌謙販賣第三級毒品，處有期徒刑參年捌月。

附表二

編號	扣押物品名稱與數量
1	蘋果牌iPHONE 15 Pro手機1支 （IMEI碼：000000000000000號；門號：0000000000號）
2	毒品所得現金新臺幣壹萬陸仟參佰元