臺灣高等法院臺南分院刑事判決

115年度上訴字第1483號
115年度上訴字第1484號

上　訴　人
即　被　告　吳嘉仁
選任辯護人　蕭涵文律師

上列上訴人即被告因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣嘉義地方法院114年度訴字第188號、第378號，中華民國115年3月31日第一審判決（起訴案號：臺灣嘉義地方檢察署114年度偵字第3962號、第6576號、第6577號、113年度毒偵字第1595號、114年度毒偵字第1237號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

吳嘉仁所犯附表編號1、3、4、6「原判決罪刑欄」所示之罪，所處之刑，應執行有期徒刑玖年陸月。

犯罪事實及理由

一、本院審理範圍：

按上訴得對於判決之一部為之；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條第1項、第3項分別定有明文。查本件上訴人即被告吳嘉仁不服原判決就附表編號1、3、4、6部分提起上訴（本院卷第23頁），於本院審理時表明僅就附表編號1、3、4、6所示之原判決量刑部分提上訴，對於附表編號1、3、4、6所示原審判決認定之犯罪事實、罪名、罪數及沒收，均不在上訴範圍等語（本院卷第127頁），檢察官則未上訴。依據前述規定，本院僅就附表編號編號1、3、4、6所示原判決科刑部分進行審理，其他關於犯罪事實、罪名、罪數、沒收，均如第一審判決書所記載。附表編號2、5所示施用第二級毒品部分未經上訴而確定。

二、被告上訴意旨略以：本案被告販賣毒品對象僅張忠倫1人，犯罪所得為新臺幣（下同）20,000元，所得非鉅，且購毒者

張忠倫施用毒品非被告所造意，犯罪情節及對社會之侵害性當非可資與大、中、小盤毒梟者等同併論，惡性顯較一般毒梟為輕，加以被告犯後坦承犯行，已知悔悟；又被告配偶於113年10月25日死亡，兩人育有子女，在○○○就讀，被告尚有年高70歲母親罹患腰椎45節椎間盤突出併兩側左骨神經痛、神經性跛行及兩膝退化性關節炎，行動不良，皆由被告平日擔任裝璜臨時工賺取薄資維持。只因家庭經濟負擔極重，故而一時失慮欠週而圖販毒牟利補貼家用；本件被告製造含有第二級毒品依托咪酯之菸油，再將該菸油填充入空菸彈製成菸彈，只製作供自己施用之事實，業經被告於民國（下同）114年3月28日警、偵訊時所是承。綜上如量處法定最低刑度，仍嫌過重，其犯罪之情狀顯可憫恕，請法院依刑法第59條酌減。另被告持有之第一級毒品海洛因分別為純質淨重71.33公克及11.67公克，原審分別量處有期徒刑2年及1年6月，稍嫌過重等語。

三、刑之加重減輕事由：

㈠被告就附表編號3所示販賣第二、三級毒品而混合二種以上之毒品罪，應依犯毒品危害防制條例第9條第3項之規定，適用其中最高級別毒品（即販賣第二級毒品）之法定刑，並加重其刑。

㈡按犯毒品危害防制條例第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，該條例第17條第2項定有明文。經經查，被告就附表編號3、6所示販賣第二、三級毒品而混合二種以上之毒品罪、製造第二級毒品罪，於偵查、原審及本院審理時均已自白認罪，均應依毒品危害防制條例第17條第2項之規定減輕其刑。就販賣第二、三級毒品而混合二種以上之毒品罪部分，依法先加後減輕之。

㈢本案無刑法第59條酌減其刑之適用：

1.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者，得酌量減輕其刑，此雖為法院依法得行使裁量之事項，然非漫無限制，必須犯罪另有特殊之原因、環境與情

狀，在客觀上足以引起一般之同情，認為即予宣告法定最低度刑期，猶嫌過重者，始有其適用（最高法院28年上字第1064號、45年台上字第1165號判例、88年度台上字第6683號判決均同此意旨可參）。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其刑後之最低度刑而言。倘被告別有法定減輕事由者，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。

2.經查，毒品對於國民健康及社會秩序危害甚深，且販賣、製造毒品為我國法律所嚴加禁止，被告明知上情，卻猶仍為獲取利益而販賣毒品，增加毒品在社會流通之危險性，戕害國民健康及社會秩序，另原判決附表三編號1至19、21至34、40至41之物，均為被告為附表編號3、6所示販賣毒品、製造毒品所用之物，數量非少，就犯罪情節難認為輕微，實難據認被告於犯本案時有何特殊之原因或環境等，在客觀上足以引起一般同情之處，參以被告就上開犯行均已依毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑，最低法定刑大幅降低，已無科處最低度刑猶嫌過重之情，自無從依刑法第59條之規定酌減其刑。至被告就附表編號1、4所示超量持有第一級毒品犯行，法定刑度為1年以上7年以下有期徒刑，並無情輕法重之情，自無刑法第59條酌減其刑規定之適用。

四、駁回上訴之理由：

㈠按量刑輕重，屬為裁判之法院得依職權裁量之事項，如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，無顯然失當或違反公平、比例及罪刑相當原則者，亦無偏執一端，致明顯失出失入情形，自不得指為違法(最高法院114年度台上字第2123號判決意旨參照)。

㈡原審就附表編號1、3、4、6所示之犯行，量刑審酌被告明知毒品對身體健康之危害甚鉅，亦知國家對於毒品持有、販賣

及製造之禁令，卻仍持有純質淨重高達71.33公克、11.67公克之海洛因，另持有數種類第二級毒品，復又販賣甲基安非他命、含有異丙帕酯及混有異丙帕酯、甲基安非他命之菸彈與張忠倫，甚而有製造第二級毒品之行為，被告所為無視我國禁令，亦助長毒品在社會流通之危險性，均實屬不當；惟考量被告就全部行為均坦承犯行，復參酌其持有毒品之種類、數量，販賣毒品之數量、種類、價值，以及製造第二級毒品之方式等情節；暨兼衡被告自陳之智識程度、職業，家庭經濟狀況等一切情狀，分別量處如附表編號1、3、4、6原判決宣告刑欄所示之刑，並說明本案因有得易科罰金與不得易科罰金之數罪，為考量被告權益，不定執行刑之理由。經核原審業已充分審酌被告之法定減刑事由及刑法第57條各款所列情狀而為宣告刑之量定，所為量刑並未逾越法定刑度，亦無違背公平正義精神、比例原則及罪刑相當原則，客觀上不生量刑過重過輕之裁量權濫用，尚難認宣告刑有何不當。

㈢上訴意旨指摘原審量刑過重，請求就販賣第二、三級毒品而混合二種以上之毒品罪、製造第二級毒品罪依刑法第59條之規定減輕其刑等語。然本案無刑法第59條之適用，業如前述，另被告就附表編號3所示販賣第二、三級毒品而混合二種以上之毒品罪，雖僅販賣1人，然所販賣之金額高達2萬元，顯見數量非少，製造第二級毒品罪部分，本案扣得原判決附表三所示與製造第二級毒品依托咪酯相關之原料及設備等物品，種類眾多，其中包含空菸彈1批（警字第321號卷第123頁，如原判決附表三編號7所示），顯見被告欲填裝製造第二級毒品依托咪酯非少，難認情節輕微，就附表編號1、3所示超量持有第一級毒品海洛因部分純質淨重高達71.33公克（海洛因4包驗前淨重121.51公克，如原判決附表一編號1至4所示）、11.67公克（海洛因2包驗前淨重14.69公克，如原判決附表二編號1、2所示），數量非少，原判決分別量處附表編號1、3、4、6所示之刑，並無失之過重，被告所提出之家庭生活狀況，尚不足以動搖原判決之量刑。

㈣綜上所述，上訴意旨執憑前揭情詞，提起上訴，並對於原審量刑之自由裁量權限之適法行使，持己見為不同之評價，而指摘原判決不當，難認有理由，應予駁回。

五、定應執行刑：

被告就附表編號1、3、4、6所示之罪，均為不得易科罰金及不得易服社會勞動之罪，合於數罪併罰定應執行刑之要件，本院審酌被告本件所犯各罪犯罪態樣、侵害之法益、次數、時間之密接程度等全案情節，其責任非難重複之程度，就其所犯之罪整體評價其應受非難及矯治之程度，斟酌定執行刑之恤刑目的、比例原則、責罰相當原則及矯治效益後，定應執行刑如主文第2項所示。

據上論斷，應依刑事訴訟法第373條、第368條，判決如主文。

本案經檢察官陳則銘、呂雅純提起公訴，檢察官郭文俐到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　16　　日

刑事第五庭　審判長法　官　翁世容

法　官　陳川傑

法　官　梁淑美

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　沈怡君

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　16　　日

附錄本案論罪科刑法條：

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。
毒品危害防制條例第11條
持有第一級毒品者，處3年以下有期徒刑、拘役或新臺幣30萬元以下罰金。
持有第二級毒品者，處2年以下有期徒刑、拘役或新臺幣20萬元以下罰金。
持有第一級毒品純質淨重十公克以上者，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。
持有第二級毒品純質淨重二十公克以上者，處6月以上5年以下有期徒刑，得併科新臺幣70萬元以下罰金。
持有第三級毒品純質淨重五公克以上者，處2年以下有期徒刑，得併科新臺幣20萬元以下罰金。
持有第四級毒品純質淨重五公克以上者，處1年以下有期徒刑，得併科新臺幣10萬元以下罰金。
持有專供製造或施用第一級、第二級毒品之器具者，處1年以下有期徒刑、拘役或新臺幣10萬元以下罰金。

附表

編號	犯罪事實	原判決罪刑（不含沒收）	備註
1	原判決犯罪事實一	持有第一級毒品純	

	吳嘉仁基於持有第一級毒品純質淨重10公克以上之犯意，113年10月29日7時許前某時許，以不詳方式向不詳之人取得純質淨重10公克以上之海洛因及甲基安非他命，為供自己施用而持有之	質淨重十公克以上，處有期徒刑貳年。	
2	原判決犯罪事實一 吳嘉仁於113年10月29日7時許，在嘉義縣○○鄉○○村○○00巷00號友人住處內，以將海洛因摻入香菸內點火吸食之方式施用海洛因，再基於施用第二級毒品之犯意，於施用海洛因後，在相同地點，以將甲基安非他命置入玻璃球燒烤吸食煙霧之方式施用甲基安非他命1次。	施用第二級毒品，處有期徒刑肆月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。	未經上訴而確定
3	原判決犯罪事實二 吳嘉仁另明知異丙帕酯當時係毒品危害防制條例第2條第2項第3款所列第三級毒品，不得販賣，竟意圖營利，基於販賣甲基安非他命、含有上開異丙帕酯及混合甲基安非他命、異丙帕酯成分菸彈之犯意，於113年10月3日1時許前某時許，以其所有之Iphone行動電話（即原判決附表三編號21）與張忠倫聯繫後，約定以新臺幣（下同）2萬元之對價，販賣甲基安非他命1包、含有異丙帕酯及混合甲基安非他命、異丙帕酯成分之菸彈共3顆給張忠倫，2人即約定於113年10月3日1時許在址設嘉義市○區○○○路000號統一超商「○○門市」交易，張忠倫當場交付1萬4,000元給吳嘉仁，吳嘉仁即交付甲基安非他命1包、含有	犯販賣第二級、第三級毒品而混合二種以上之毒品罪，處有期徒刑伍年拾月	

	異丙帕酯及混合甲基安非他命、異丙帕酯成分之菸彈共3顆給張忠倫。後張忠倫再於同日23時21分許，無摺存款剩餘價金6,000元至吳嘉仁所有之國泰世華商業銀行帳戶（起訴書誤載為第一商業銀行）內。		
4	原判決犯罪事實三 吳嘉仁明知依托咪酯、大麻、3,4-亞甲基雙氧甲基安非他命為毒品危害防制條例第2條第2項第2款所列第二級毒品，不得非法持有、施用，基於持有第一級毒品純質淨重10公克以上之犯意，於114年1月間某時許，在其位在嘉義市西區民生南路住處後方巷內，向真實姓名年籍不詳暱稱「上賓」之人，購入純質淨重10公克以上之海洛因、甲基安非他命、大麻、3,4-亞甲基雙氧甲基安非他命及依托咪酯原料，為供自己施用而持有之。	持有第一級毒品純質淨重十公克以上，處有期徒刑壹年陸月。	
5	原判決犯罪事實三 吳嘉仁購入附表編號4所示之毒品後，於114年3月27日8時許，在嘉義縣朴子市內厝28之3號，以將海洛因摻入香菸內點火吸食之方式施用海洛因，再基於施用第二級毒品之犯意，於施用海洛因後，在相同地點，以將甲基安非他命置入玻璃球燒烤吸食煙霧之方式施用甲基安非他命1次。	施用第二級毒品，處有期徒刑肆月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。	未經上訴而確定
6	原判決犯罪事實四 吳嘉仁基於製造第二級毒品之犯意，於114年1月間至3月間，在其位在嘉義市西區民生南路住處，	製造第二級毒品，處有期徒刑陸年。	

	陸續將向前述「上賓」購入之依托咪酯原料與丙二醇、丙三醇以比例調和後，再隔水加熱之方式製造可供施用含有依托咪酯之菸油，嗣再將菸油填充至空菸彈內，而製造第二級毒品。		