

裁判字號：最高法院 102 年台上字第 2465 號刑事判決

裁判日期：民國 102 年 06 月 20 日

裁判案由：違反毒品危害防制條例等罪

最高法院刑事判決 一〇二年度台上字第二四六五號

上訴人 陳荐博

選任辯護人 陳俊傑律師

上訴人 林士量

選任辯護人 林美倫律師

陳勵新律師

張衛航律師

上列上訴人等因違反毒品危害防制條例等罪案件，不服台灣高等法院中華民國一〇一年十月二十九日第二審更審判決（一〇一年度上更(一)字第一八〇號，起訴案號：台灣士林地方法院檢察署九十八年度偵字第八七九五號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於陳荐博、林士量共同製造第二級毒品部分撤銷，發回台灣高等法院。

其他上訴駁回。

理 由

一、發回（製造第二級毒品）部分：

本件原判決認定：上訴人陳荐博、林士量私運、運輸管制物品大麻種子二百顆進口（即原判決事實欄一所示部分，詳見後述）後，隨即共同基於意圖製造毒品之用而栽種大麻之犯意聯絡，於其等承租之台北市〇〇區〇〇路二段四十一巷三十八號五樓頂加蓋處，將上開大麻種子分別栽種入盆內，並由林士量出資、由上訴人等共同購買並架設燈罩、散熱風扇、溫度計、泥土量測儀器、光度測量儀、PH測試儀器、變壓器、電扇、抽風機、風管、電源穩定器等設備，以遮陽板封住窗戶陽光之溫室方式，並共同加以澆水、照顧，培育其發芽、成株，以栽種大麻作物，並蒐集掉落的大麻枯葉，乾燥後製造第二級毒品等情。因而撤銷第一審關於論處上訴人等共同意圖供製造毒品之用，而栽種大麻部分之判決，依吸收犯理論改判論處上訴人等共同製造第二級毒品（於依毒品危害防制條例第十七條第二項規定減輕其刑後，均量處有期徒刑）罪刑，固非無見。

惟查：有罪之判決書，應記載犯罪事實；並應於理由內記載認定犯罪事實所憑之證據及其認定之理由，刑事訴訟法第三百零八條、第三百十條第一款定有明文。而有罪之判決書所記載之犯罪事實，為適用法令之依據，故有罪之判決書，應具體記載符合法律規定犯罪構成要件之社會事實，然後說明其所憑之證據及認定之理由，使兩相一致，方為合法。又毒品危害防制條例第四條製造

毒品罪之「製造」，係指就原料、元素予以加工，使成具有特定功效之成品者而言，除將非屬毒品之原料加以化合而成毒品外，尚包括將原含有毒品物質之物，予以加工改製成適合施用之毒品情形在內。毒品危害防制條例第二條第二項第二款所列之第二級毒品大麻，係指長成之大麻植株之花、葉、嫩莖，經乾燥後適合於施用之製品而言。故對大麻植株之花、葉、嫩莖，以人工方式予以摘取、蒐集、清理後，再利用人為、天然力或機器設備等方法，以風乾、陰乾、曝曬或烘乾等方式，使之乾燥，亦即以人為方式加工施以助力，使之達於易於施用之程度，自屬製造大麻毒品之行為。至於自然掉落、枯萎之大麻花、葉，因其本身即含有大麻成分，於自然枯乾後固可作為毒品施用，惟如在其自然脫落、枯乾之過程中，並未以任何人為方式予以助力，即無製造大麻毒品之行為可言。原判決於事實欄二認定上訴人等栽種大麻作物後，「並蒐集掉落的大麻枯葉，乾燥後製造第二級毒品」等情，因而論上訴人等以共同製造第二級毒品罪。然查：(一)、關於扣案大麻葉子一盒（即原判決附表一編號2所示）之來源，陳荐博於偵查及第一審中分別陳稱：「是屬於廢棄物，修剪下來的」、「因為發黃或纖維化，會影響植物的健康，必須移除」（見九十八年度偵字第八七九五號卷(一)第三十六頁、第三十八頁）、「因為葉片有缺損、黃化等不健康因素被我取下來」、「只要有看到不好狀況的，就把葉子取下來」（見九十八年度偵字第八七九五號卷(一)第三十六頁、第三十七頁）及「大麻成長的期間要把有些有斑點、老舊的葉子摘除，我就把葉子放在盒子裡面」、「就是一般正常葉子的味道」（見第一審卷第一二〇頁）等語。如果非虛，則扣案之大麻葉片一盒，似係陳荐博將生長於大麻植株上之葉片予以摘除保存而來，並非蒐集掉落之枯葉，原判決所為認定是否與事實相符，即有疑問。至於陳荐博於原審前審雖供稱：係伊「將掉落的大麻葉子蒐集起來放在盒子裡」等語（見上訴字卷第一二二頁背面），惟與其於偵查及第一審中所為上開陳述顯然不符。乃原審對陳荐博前後不一之陳述，未予斟酌比較，定其取捨，且併引其所為上開與原審認定事實不符之陳述為論罪依據，自有判決理由矛盾之違誤。(二)、原判決認定上訴人等係「蒐集掉落的大麻枯葉」乙節，如果無訛，則上訴人等有無再將扣案之大麻葉子加工乾燥之行為？即非無疑。且上訴人等蒐集者既為「枯葉」，是否有再度予以「乾燥」之必要，原判決未予說明，亦有未合。又原判決僅空泛記載上訴人等將蒐集之大麻枯葉，「乾燥後製造第二級毒品」，但對於上訴人等究竟係以如何之方式對扣案之大麻葉子予以加工，使之乾燥？並未詳細認定記載，在理由內亦僅就扣案之大麻葉子是否可供施用予以說明，並未記載其認定上訴人等有以「乾燥」方式製造大麻毒品犯行，所憑之證據及其認定之理由（見原判決理由貳、三），亦有判決不載理由之違法。而上訴人等究竟有無以人為方式將大麻葉片加工製造為大麻毒品之犯行，事實尚欠明瞭，本院亦無從為法律上之判斷。上訴人等之上訴意旨指摘原判決關於製造第二級毒品部分不當，尚非全

無理由。而前揭違法情形，影響於事實之確定，本院無可據以為裁判，應認原判決關於製造第二級毒品部分，仍有撤銷發回更審之原因。又扣案之大麻成株及大麻死亡幼苗（即原判決附表一編號1、2所示）雖含有大麻成分，僅係可供製造為大麻毒品之原物及栽種後死亡之幼苗，尚與毒品危害防制條例第十八條第一項前段所規定，已製造完成應沒收銷毀之第二級毒品大麻有別。案經發回，宜一併注意。

二、駁回（走私）部分：

按刑事訴訟法第三百七十七條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為不合法律上之程式，予以駁回。本件陳荐博此部分上訴意旨略稱：(一)、原判決認定上訴人等自始即基於製造第二級毒品之犯意，自國外私運大麻種子進口，進而栽種及製造大麻，是私運大麻種子及栽種大麻等行為均為製造第二級毒品之階段行為，應為製造第二級毒品罪（即上開發回部分）所吸收，原審予以分論併罰，自非適法。(二)、陳荐博案發時為學生，對法律觀念認識不深，犯後坦承犯行，且栽種之大麻並未外流獲得不法利益，亦未造成任何社會危害，其犯罪情狀顯有可憫恕之處，其現仍就學，請依刑法第五十九條規定酌量減輕其刑，並諭知緩刑等語。林士量此部分上訴意旨略稱：(一)、原判決認上訴人等所犯之私運管制物品進口罪與製造第二級毒品罪間，並無吸收關係，應分論併罰，與最高法院二十三年上字第5515號判例(1)之見解有違。又上訴人等所犯上開二罪間，其方法與目的間有實行之行為完全或局部同一之情形，仍可依想像競合犯論處。原審未斟酌及此，有判決不適用法則之違法。(二)、林士量犯案時尚未成年，甫進大學，不諳法律，思慮欠周，犯後已徹底改過自新，且未從中獲利，對社會亦未造成危害，客觀上足以引起一般人之同情，非無顯可憫恕之處，原審判決未依刑法第五十九條酌量減輕其刑，有判決不適用法則之違法等語。

惟查：原判決綜合全案卷證資料，本於事實審法院採證認事之職權，認定上訴人等有原判決事實欄一所載，共同基於私運管制物品大麻種子進口及意圖供栽種之用而運輸大麻種子之犯意聯絡，推由陳荐博於民國九十八年四月間，經由電腦網際網路，向荷蘭不詳姓名之販賣者訂購大麻種子二百顆，推由林士量出資約歐元五百元及提供不知情之許嘉銘位於台北市○○區○○路○○○巷○號地下室G室作為收件地址，利用不知情之國際郵遞運送人員，以郵寄包裹方式走私入境，林士量收受上開二百顆大麻種子後轉交予陳荐博等情。因而維持第一審關於依想像競合犯，從一重論處上訴人等共同犯走私罪（與意圖供栽種之用而運輸大麻種子想像競合）罪刑部分之判決，駁回上訴人等此部分在第二審之上訴。已依據卷內資料，說明：上揭事實，業據上訴人等分別於偵

、審中自白不諱，彼此所供情節相互符合，並有扣案之大麻成株一百十八株、大麻幼苗四十九株、大麻死亡幼苗十三株、大麻種子十七顆、大麻葉片一盒，及蒐證照片、檢察官之勘驗筆錄、電腦勘驗筆錄、通訊監察錄音內容及其譯文、房屋租賃契約書、發票、收據、法務部調查局濫用藥物實驗室鑑定書在卷可稽，堪認上訴人等之自白確與事實相符。因認此部分事證明確，上訴人等確有上揭私運及運輸大麻種子進口之犯行，為其所憑之證據及認定之理由。上訴人等之上訴意旨對於原判決所為前揭論斷，並未依據卷內資料，具體指摘有何違背法令之情形。且查：(一)、刑法上所謂犯罪行為之吸收關係，係指其低度行為為高度行為所吸收，或某種犯罪行為之性質或結果當然含有他罪之成分，自亦當然吸收者而言。上訴人等以一行為共同自外國運輸、私運大麻種子進口，其等所犯運輸大麻種子與私運大麻種子進口兩罪間，應按想像競合犯從一重依私運管制物品進口罪論處。而其等所犯之私運管制物品進口罪，與其等其餘被訴之栽種、製造大麻等犯行（即上述發回部分），彼此程度不相關連，難謂有低度行為與高度行為之關係，兩者間亦非犯罪行為之性質或結果當然含有他罪之成分在內，自無吸收關係可言。又刑法於九十四年二月二日修正（於000年0月0日生效）時，已刪除牽連犯之規定，是上訴人等所犯之私運管制物品（大麻種子）進口罪，與其等其餘被訴之栽種、製造大麻等犯行，犯意各別，行為互殊，自應分論併罰，原判決已為說明（見原判決理由貳、五、(三)，至於原判決將上訴人等所犯之「製造第二級毒品罪」，誤繕為「意圖販賣而持有第二級毒品罪」之顯然錯誤，與判決主旨不生影響，得隨時依聲請或職權以裁定更正）。另本院二十三年上字第5515號判例(1)（要旨為：「栽種罌粟而製成鴉片，貯以待售，其栽種，製造及持有，均係達其售賣目的之一種階段行為，縱令尚未售賣，而其前之栽種及製造行為，自應為後之意圖販賣而持有行為所吸收，即應論以禁烟法第六條之持有罪，原審依刑法〈舊〉第七十四條後段，從一重處斷，顯屬失當。」），係針對十八年七月二十五日公布，已於二十四年十月二十八日廢止之禁烟法第六條所為之闡釋。該判例之事實，並未包含走私行為在內，與本件之案情不同，不容任意比附援引。上訴人等之上訴意旨，關於其等上開走私犯行，與其餘被訴栽種、製造大麻等犯行有吸收關係部分之指陳，係以自己之說詞，任意指摘，自非適法之第三審上訴理由。(二)、刑法第五十九條之酌量減輕其刑，必於犯罪之情狀，在客觀上足以引起一般人之同情，認為即予宣告法定最低度刑，猶嫌過重者，始有其適用。是否適用刑法第五十九條規定酌量減輕被告之刑，係實體法上賦予法院得依職權裁量之事項，除其裁量權之行使，明顯違反比例原則外，不得任意指為違法。又緩刑之宣告，亦係實體法上賦予法院得為自由裁量之事項，倘其未有逾越法律所規定之範圍，或濫用其權限，亦不得任意指摘為違法，以為第三審上訴之理由。原審未適用刑法第五十九條規定，就上訴人等所犯上開之罪酌量減輕其刑，並認上訴人等均不符緩刑條件

，而均未為緩刑之宣告，業已詳敘其所憑之理由（見原判決理由貳、七），此為事實審法院合法之職權行使，不容任意指為違法。上訴人等上訴意旨或指稱原審未適用刑法第五十九條規定不當，或求為依該規定酌量減輕其刑並予緩刑宣告云云，自均非適法之第三審上訴理由。其等關於走私部分之上訴不合法律上之程式，均應予駁回。又其等前揭部分之上訴為不合法，無從為實體上審理，則原判決認為與之有想像競合犯裁判上一罪關係之意圖供裁種之用，而運輸大麻種子部分，核屬刑事訴訟法第三百七十六條第一款之案件，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院，亦應從程序上併予駁回。上訴人行為後，懲治走私條例第二條於一〇一年六月十三日修正公布，同年七月三十日施行，該條第一項規定僅將「私運管制物品進口、出口逾公告數額者」，修正為「私運管制物品進口、出口者」，所處刑度及第二項處罰未遂犯之規定，均未修正；該條第三項規定則由「第一項所稱管制物品及其數額，由行政院公告之。」，修正為「第一項之管制物品，由行政院依下列各款規定公告其管制品項及管制方式：（下略）」。行政院並於一〇一年七月二十六日公告修正「管制物品項目及其數額」，將名稱改為「管制物品管制品項及管制方式」，另將「毒品危害防制條例所列毒品及其製劑、罌粟種子、古柯種子及大麻種子」，由甲、管制物品項目：四，移列為一、管制進出口物品：(三)，仍為管制進出口物品。是懲治走私條例第二條之修正，僅屬條文用語之調整，使該條例授權之目的、內容及範圍更明確，條文之實質內容及處罰規定並未變動，管制物品項目及方式亦無不同，自非法律之變更，無新舊法比較問題，應依一般法律適用原則，適用裁判時法。原審就此部分，未予說明即逕行適用裁判時之懲治走私條例，雖稍嫌疏略，惟於判決顯然無影響，併此記明。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十七條、第四百零一條、第三百九十五條前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇二 年 六 月 二十 日

最高法院刑事第十庭

審判長法官 陳 世 雄

法官 張 祺 祥

法官 惠 光 霞

法官 周 盈 文

法官 宋 祺

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇二 年 六 月 二十四 日

V