

臺灣臺中地方法院刑事判決

113年度訴字第482號

公 訴 人 臺灣臺中地方檢察署檢察官

被 告 洪晞凱

選任辯護人 許宏達律師（法扶律師）

上列被告因違反毒品危害防制條例案件，經檢察官提起公訴（112年度偵字第57096號），本院判決如下：

主 文

乙○○犯意圖供製造毒品之用而栽種大麻未遂罪，處有期徒刑壹年陸月。

犯罪事實

一、乙○○明知大麻係毒品危害防制條例第2條第2項第2款所列之第二級毒品，依法不得意圖供製造毒品之用而栽種，竟基於意圖供製造毒品而栽種大麻之犯意，於民國112年4月間某日，加入通訊軟體Telegram群組「花開富貴」後，先與該群組內姓名年籍不詳之成年人（無證據證明係未成年人）約定取得已播種之大麻（無證據證明已經出苗）以供種植之用，該群組內之不詳成年人遂將Telegram暱稱「B13」之劉瀚翔加入群組，並由乙○○與劉瀚翔約定取得大麻之時間、地點。劉瀚翔即以埋包之方式，於112年5月5日下午4時56分許，將已播種之大麻25盆藏匿於臺中市霧峰區楊媽媽農場附近某處（座標位置24.0000000, 120.0000000），並且錄影傳送藏匿之位置予乙○○；乙○○則於112年5月5日下午4時56分至翌（6）日上午8時15分間某時，前往該藏匿之地點，取得大麻25盆後，將該等大麻換盆移栽後未出苗而未遂。經警於112年7月3日下午5時58分許，持本院核發之搜索票至劉瀚翔住處（住址詳卷）搜索，並扣得劉瀚翔手機，而查悉上情。

二、案經彰化縣警察局移送臺灣南投地方檢察署陳請臺灣高等檢

01 察署臺中分署檢察長核轉臺灣臺中地方檢察署檢察官偵查起
02 訴。

03 理 由

04 一、按被告以外之人於審判外之陳述，雖不符前四條之規定，而
05 經當事人於審判程序同意作為證據，法院審酌該言詞陳述或
06 書面陳述作成時之情況，認為適當者，亦得為證據，刑事訴
07 訟法第159條之5第1項定有明文。本判決所引用下列被告以
08 外之人於審判外之陳述為證據方法之證據能力，被告乙○○
09 以及其辯護人於準備程序中表示同意做為證據（本院卷第48
10 頁），本院審酌上開證據資料製作時之情況，尚無違法不當
11 或證明力明顯過低之瑕疵，亦認為以之作為證據應屬適當，
12 依刑事訴訟法第159條之5第1項規定認前揭證據資料有證據
13 能力，合先敘明。至其餘引用非供述證據，與本件待證事實
14 均有關聯性，且無證據證明係公務員違背法定程序所取得，
15 是依刑事訴訟法第158條之4之反面解釋，均有證據能力。

16 二、事實部分

17 （一）上開事實，業經被告於本院準備程序、審理程序中坦承不諱
18 （本院卷第43頁至第49頁、第67頁至第77頁），且經證人劉
19 瀚翔於警詢、偵訊中證述明確（下均省略前稱，就彰化縣警
20 察局刑案偵查卷宗僅稱警卷，就其他卷宗依其卷宗號碼稱偵
21 ○卷，見警卷第51頁至第59頁、偵8910卷第15頁至第17
22 頁），並有通訊軟體TELEGRAM群組名稱「花開富貴」之對話
23 紀錄及群組成員個人主頁之翻拍照片（警卷第11頁至第27
24 頁）、證人劉瀚翔之手機與暱稱「小夫」（即被告）之通訊
25 軟體TELEGRAM對話紀錄翻拍照片（警卷第28頁至第34頁）、
26 被告之車軌紀錄（警卷第35頁）、被告之通訊軟體TELEGRAM
27 對話紀錄、聯絡人之翻拍照片（警卷第37頁至第42頁、警卷
28 第123頁至第129頁）等在卷可證，足認被告之任意性自白與
29 事實相符。

30 （二）被告自陳其種植大麻只是好奇想要種種看，且本身未施用毒
31 品等語（警卷第9頁、偵8910卷第26頁、本院卷第49頁、第6

5頁），堪認被告栽種大麻主觀上確非供自己施用，而有供製造毒品之用之意圖無誤。

(三)據上，本案事證明確，被告犯行堪以認定，應予依法論罪科刑。

三、論罪科刑

(一)按栽種大麻罪之「栽種」，包括播種、插苗、移栽、施肥、灌溉、除草、收穫等具體行為，而以播種方式栽種大麻，係以種子播種後至成苗為主要階段，其栽種行為之既、未遂，應以大麻種子經播種後有無出苗而定，換言之，行為人主觀上有製造毒品之用之意圖，將大麻種子播種後已出苗者，無待乎大麻成長至可收成之程度，即屬既遂，惟所播種之大麻種子尚未出苗者，則應論以栽種未遂（最高法院110年度台上字第581號判決意旨參照）。本案被告有移栽之行為堪以認定，已如上述，揆諸上開說明，即已著手於栽種大麻犯行；然因本案並未扣得該等大麻植株，無從認大麻是否已經出苗，且依卷內客觀事證無法排除劉瀚翔交予被告之大麻尚未出芽之情況，依有疑惟利被告之原則，應認被告移栽之大麻尚未出苗，被告所為栽種大麻犯行應屬未遂。

(二)核被告所為，係犯毒品危害防制條例第12條第4項、第2項意圖供製造毒品之用而栽種大麻未遂罪。其持有大麻種子之行為，應為其意圖供製造毒品之用而栽種大麻未遂之行為所吸收，不另論罪。另本案無從認被告栽種之大麻已經出苗，自無從進而認被告持有大麻植株，起訴書認被告持有大麻植株之行為係犯持有第二級毒品罪等語，容有誤會。

(三)減刑

1. 被告本案犯行係未遂犯，爰依刑法第25條第2項規定減輕其行。

2. 按刑法第59條規定犯罪之情狀可憫恕者，得酌量減輕其刑，其所謂「犯罪之情狀」，與同法第57條規定科刑時應審酌之一切情狀，並非有截然不同之領域，於裁判上酌減其刑時，應就犯罪一切情狀（包括第57條所列舉之10款事項），予以

全盤考量，審酌其犯罪有無可憫恕之事由（即有無特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般人之同情，以及宣告法定最低度刑，是否猶嫌過重等等），以為判斷。且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（最高法院113年度台上字第1541號判決意旨參照）。本案被告犯行經未遂減刑後，其最低法定刑係2年6月，而參諸被告種植之大麻數目僅25株，數量非鉅，且被告又非如同大規模種植者，透過溫室等專業器具大量種植大麻，並以此牟取暴利，且本案亦無證據足認被告栽種之大麻流入市面，堪認其行為對社會治安及國民健康之危害較輕，本院審酌上情，爰依刑法第59條規定減輕其刑。而被告既有2減輕事由，爰依刑法第70條規定遞減輕之。

3. 關於司法院釋字第790號意旨之說明

(1)按毒品危害防制條例第12條第2項規定：「意圖供製造毒品之用，而栽種大麻者，處5年以上有期徒刑，得併科新臺幣500萬元以下罰金。」不論行為人犯罪情節之輕重，均以5年以上有期徒刑之重度自由刑相繩，對違法情節輕微、顯可憫恕之個案，法院縱適用刑法第59條規定酌減其刑，最低刑度仍達2年6月之有期徒刑，無從具體考量行為人所應負責任之輕微，為易科罰金或緩刑之宣告，尚嫌情輕法重，致罪責與處罰不相當。上開規定對犯該罪而情節輕微者，未併為得減輕其刑或另為適當刑度之規定，於此範圍內，對人民受憲法第8條保障人身自由權所為之限制，與憲法罪刑相當原則不符，有違憲法第23條比例原則。相關機關應自本解釋公布之日起1年內，依本解釋意旨修正之；逾期未修正，其情節輕微者，法院得依本解釋意旨減輕其法定刑至二分之一，司法院釋字第790號意旨可資參照。是上開釋字第790號之意旨係

於毒品危害防制條例第12條之規定未修正前，始得依上開解釋文內容減輕其刑。

(2)被告行為之前，111年5月4日修正公布之毒品危害防制條例第12條第3項即以增訂「因供自己施用而犯前項之罪，且情節輕微者，處1年以上7年以下有期徒刑，得併科新臺幣100萬元以下罰金」之規定，其修法係參照司法院釋字第790號解釋關於毒品危害防制條例第12條第2項規定，對於違法情節輕微、顯可憫恕之個案，未併為得減輕其刑或另為適當刑度之規定，與憲法罪刑相當原則不符之意旨，增訂第12條第3項之規定，就違犯第12條第2項罪名之情形，加上「因供自己施用」及「情節輕微」之要件，以向下調整第12條第2項之法定刑。是立法者既已明定「因供自己施用」及「情節輕微」之要件，即顯排除非供自己施用而種植大麻之情況；且在立法者已依釋字790號解釋修法後，自亦無從依釋字790號解釋之意旨減輕其刑。而被告自陳其種植大麻只是好奇想要種種看，且其本身未施用毒品等語（警卷第9頁、偵8910卷第26頁、本院卷第49頁、第65頁），顯然非供自己施用而種植大麻，自無從適用毒品危害防制條例第12條第3項規定，且亦無從依釋字790號解釋之意旨減輕其刑，辯護人請求依釋字790號解釋減輕其刑等語，容有誤會。

4. 另按犯第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，毒品危害防制條例第17條第2項定有明文。是本條減刑規定並不包含行為人犯毒品危害防制條例第12條之情形，自無從依該規定減輕其刑，併予敘明。

(四)爰以行為人之責任為基礎，審酌毒品對社會治安危害甚鉅，被告竟為本案犯行，縱其行為係屬未遂，所為仍應非難；復審酌被告坦承犯行之犯後態度；再審酌被告之前科紀錄，以及被告於本院審理程序中所自陳之智識程度、家庭狀況、經濟狀況，暨刑法第57條所定之其他一切情狀，量處如主文所示之刑。

(五)接受二年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告，而有下列情形

之一，認以暫不執行為適當者，得宣告二年以上五年以下之緩刑，其期間自裁判確定之日起算：前因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，執行完畢或赦免後，五年以內未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者，刑法第74條第1項第2款定有明文。再按刑法第74條所謂受有期徒刑以上刑之宣告，係指宣告其刑之裁判確定而言（最高法院87年度台非字第168號判決意旨參照）。復按宣告緩刑與否，除應具備刑法第74條所定條件外，法院應就被告有無再犯之虞，能否由於刑罰之宣告而策其自新，及有無可認為暫不執行刑罰為適當之情形等因素為判斷，屬實體法上賦予法院得依職權裁量之事項（最高法院109年度台上字第1437號判決意旨參照）。被告除本案外，尚因詐欺案件經檢察官提起公訴，並經本院以112年度金訴字第2139號案件審理中，顯見被告本案犯罪並非偶一為之之個例，本院斟酌上情以及全案情節，認本案並無暫不執行被告刑罰為適當之情事，是不予宣告緩刑。

四、至未扣案之大麻種子，被告供稱其已將大麻丟掉等語，且本案又無證據證明該等大麻種子仍然存在，爰不予宣告沒收。據上論斷，應依刑事訴訟法第299條第1項前段，判決如主文。本案經檢察官方鈺婷提起公訴，檢察官黃楷中、甲○○到庭執行職務。

中 華 民 國 114 年 2 月 6 日
刑事第十六庭 審判長法官 陳韋仁
法官 王宥棠
法官 陳嘉凱

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，並應敘述具體理由；其未敘述上訴之理由者，應於上訴期間屆滿後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」。

告訴人或被害人如不服判決，應備理由具狀向檢察官請求上訴，上訴期間之計算，以檢察官收受判決正本之日起算。

01

02

中 華 民 國 114 年 2 月 6 日

03

附錄論罪科刑法條

04

毒品危害防制條例第12條

05

意圖供製造毒品之用，而栽種罌粟或古柯者，處無期徒刑或7年

06

以上有期徒刑，得併科新臺幣7百萬元以下罰金。

07

意圖供製造毒品之用，而栽種大麻者，處5年以上有期徒刑，得

08

併科新臺幣5百萬元以下罰金。

09

因供自己施用而犯前項之罪，且情節輕微者，處1年以上7年以下

10

有期徒刑，得併科新臺幣1百萬元以下罰金。

11

前三項之未遂犯罰之。