臺灣臺北地方法院刑事判決

110年度訴字第353號

公　訴　人　臺灣臺北地方檢察署檢察官

被　　告　陶建允

000000000000000000

000000000000000000

選任辯護人　葉兆中律師

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（110年度偵字第1087號），本院判決如下：

主　文

陶建允犯意圖供製造毒品之用而栽種大麻罪，累犯，處有期徒刑壹年伍月。扣案如附表編號1至編號11所示之物均沒收。

事　實

一、陶建允明知大麻為毒品危害防制條例第2條第2項第2款所稱之第二級毒品，竟基於意圖供製造毒品之用而栽種大麻之犯意，自民國109年6月11日起，在新北市○○區○○街00號6樓住處內，用衛生紙將大麻種子1顆沾水後包起，待其發芽後，再將之轉置於盆栽內，並架設定時器及燈具控制植物生長之燈光使用，運用肥料、培養液及水分提供大麻生長養分使用，以栽種大麻植株，迨大麻植株成長後，再以接枝方法培育另株大麻幼株。嗣警於109年12月15日下午2時25分許，持搜索票至陶建允上開住處執行搜索，當場扣得如附表編號1至編號11所示之物，而悉上情。

二、案經新北市政府警察局新店分局報告臺灣臺北地方檢察署檢察官偵查後起訴。

理　由

壹、程序部分：

一、按被告之自白，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符者，得為證據；被告陳述其自白係出於不正之方法者，應先於其他事證而為調查，該自白如係經檢察官提出者，法院應命檢察官就

自白之出於自由意志，指出證明之方法，刑事訴訟法第156條第1 項、第3 項定有明文。準此，被告及其辯護人對於檢察官所提被告於偵查中之供述，其證據能力並無意見，且同意有證據能力，復本院亦查無有何顯然不正之方法取得情事，而悖於其自由意志，是被告前開供述得為證據。

二、按被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據，刑事訴訟法第159條第1項固定有明文。惟被告以外之人於審判外之陳述，雖不符同法第159條之1至同條之4之規定，而經當事人於審判程序同意作為證據，法院審酌該言詞或書面陳述作成時之情況，認為適當者，亦得為證據；又當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有第159條第1項不得為證據之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同意，同法第159條之5第1項、第2項亦有明文規定。經查，本判決下列所引用之被告以外之人於審判外之陳述，檢察官、被告及其辯護人於本院準備程序，已表示「證據能力沒有意見」等語明確（本院卷二第30頁），迄本院言詞辯論終結前，亦未就證據能力聲明異議；本院審酌該些傳聞證據製作時之情況，尚無違法不當及證明力明顯過低之瑕疵，亦認以之作為證據要屬適當，爰依刑事訴訟法第159條之5第2項之規定，認均有證據能力。

三、本判決所引用之非供述證據，並無證據顯示係公務員違背法定程序所取得，亦無顯不可信之情況，且經本院於審理期日逐一提示而為合法調查，自亦得作為本案認定犯罪事實之證據。

貳、實體部分：

一、認定事實所憑之證據及理由：

㈠上開事實，業據被告於警詢、檢察官偵查及本院審理中均坦承不諱（見110年度偵字第1087號卷第13至21頁、第132至135頁、本院卷二第27至32頁、第95頁），此外並有本院109年聲搜字第1470號搜索票、新北市政府警察局新店分局搜索

扣押筆錄、扣押物品目錄表（見110年度偵字第1087號卷第35至43頁）、扣案物品照片18張（見110年度偵字第1087號卷第55至89頁）、與暱稱「@scfwmy」之對話紀錄擷圖1張（見110年度偵字第1087號卷第91頁）、於網路蝦皮購買帳號「toddtao」之購物紀錄1份（見110年度偵字第1087號卷第93至97頁）在卷可稽，復有扣案如附表編號1至編號11所示之物可證。再者，扣案之大麻殘葉1包，被告於本院審理中供稱：大麻殘葉是種植後該株大麻之落葉，無法食用，想說要處理該盆大麻後將之丟棄等語（見本院卷二第95頁），而該大麻殘葉經送法務部調查局濫用藥物實驗室鑑定，結果為：「送驗煙草檢品1包經檢驗含第二級第24項毒品大麻成分」，此有法務部調查局濫用藥物實驗室110年2月26日調科壹字第11023001280號鑑定書存卷供參（見110年度偵字第1087號卷第159頁）。足認被告上開任意性自白與事實相符，堪以採信。

㈡至於被告之選任辯護人辯稱：交易市場上之大麻係指風乾後的雌性大麻花苞，外觀上是串狀或是球狀的乾燥植物，又大麻中之毒性物質即四氫大麻酚，其結晶只會出現在母株成熟的花與花周圍的少量葉子上，而被告所栽種者，既係雄株，無法用以製造毒品，本件僅構成種植大麻未遂罪云云。按毒品危害防制條例第12條第2項所謂之意圖供製造毒品之用，而栽種大麻者。所謂「栽種」係指播種、插苗、移栽、施肥、灌溉、除草、收獲等一系列具體行為之總稱，只要行為人參與其中一種活動，即屬栽種。至於栽種行為之既、未遂，應以栽種毒品有無出苗而定，換言之，只要有行為人主觀上有製造毒品之用之意圖，著手於大麻栽種而有出苗之行為，即屬既遂，無待乎大麻成長至可收成之程度，始謂既遂（最高法院101年度台上字第2631號判決可資參照）。查被告栽種之大麻既已出苗，有扣押物照片可稽，揆諸前揭判決意旨，無論被告種植之大麻是否開花，其意圖供製造毒品之用而栽種大麻之犯行已屬既遂。又本件經本院函詢法務部調

查局關於大麻植株之雌雄、開花與否及四氫大麻酚之含量多寡等之結果，經法務部調查局函覆：「⑴大麻花及葉均含大麻活性成分，因此均可供毒品使用。⑵大麻植株有雄株及雌株之別，雄株不開花，只結花萼。⑶大麻植株無論係雄株抑或雌株，均屬第二級第24項毒品，與其中四氫大麻酚及其他大麻活性成分含量無關。」等語，有法務部調查局110年5月19日調科壹字第11003210760號函在卷可稽（見本院卷一第51頁）。此外，「大麻係由麻科植物Cannabis Sativa 或其變種之葉製備而成，主要成分為四氫大麻酚（Tetrahydrocannabinol,THC），富含於葉尖所分泌之樹脂及雌花頂端，屬於中樞神經迷幻劑...」等情，亦有行政院衛生署藥物濫用防制宣導教材在卷足憑（見本院卷二第33頁至第38頁），足認大麻無論雄、雌株，均為毒品危害防制條例規範之第二級毒品，且本件被告所種植之大麻經採集其落葉送驗，確驗出第二級毒品大麻成分，是辯護人所辯：被告栽種大麻植株時，因本案為雄株，故犯罪進程未達既遂云云，委無足採。

㈢綜上所述，本案事證明確，被告上揭犯行，洵堪認定，應予依法論科。

二、論罪科刑：

㈠查本案被告取得大麻種子後，依照網路習得之栽種方法播種培育，並已出苗成株，故核其所為，係犯毒品危害防制條例第12條第2項之意圖供製造毒品之用而栽種大麻罪。其持有大麻種子之低度行為，為意圖供製造毒品之用而栽種大麻之高度行為所吸收，不另論罪。至於被告供稱渠僅栽種110年度偵字第1087號卷第165頁該該株大麻，110年度偵字第1087號卷第167該株係作插枝等語，係在近接密切之時、空下接續種植，各舉動間之獨立性極為薄弱，顯係基於單一犯意接續進行之各個部分動作，僅構成接續犯之一罪。

㈡刑之加重、減輕：

1.刑之加重：

被告前因違反毒品危害防制條例案件，經本院以108年簡字第2685號判決判處有期徒刑2月確定，於109年3 月17日易科罰金執行完畢等情，此有臺灣高等法院被告前案紀錄表1 份在卷可查，其於徒刑執行完畢後，5 年以內故意再犯本案有期徒刑以上之罪，為累犯，並衡酌上開前罪與後罪（即本案犯罪）之犯罪類型、態樣、手段、所侵害法益、責任非難程度及犯罪時間，再斟酌被告所反應之人格特性，暨權衡各罪之法律目的、罪刑相當原則及相關刑事政策，並依司法院釋字第775 號解釋意旨為整體評價裁量後，尚不生被告以累犯所處之刑罰超過其所應負擔罪責，人身自由因此遭受過苛侵害之情形，爰依刑法第47條第1 項之規定加重其刑。

2.刑之減輕：

⑴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500萬元以下罰金』。依上揭規定，不論行為人犯罪情節之輕重，至少應量處5年以上有期徒刑。個案縱有犯罪情節輕微、顯可憫恕之情形，法院適用刑法第59條規定予以酌減其刑，仍應量處有期徒刑2年6月以上，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（即109年3月20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」，業據司法院釋字第790號解釋在案，且相關機關迄今尚未完成上開條文之修正，自該解釋公布之日起算，已逾1年。經查，被告播種大麻種子1顆，嗣出苗成株，數量不多，另株大麻植株則為插枝，栽種期間亦僅約6個月，時間尚短，且始終由其培育看照，並未假手他人或流入市面，對社會造成之危害不大，犯罪情節要屬輕微，

相關機關又迄未依司法院釋字第790號解釋意旨完成上開條文之修正，本院自得逕依該解釋意旨，就被告意圖供製造毒品之用而栽種大麻罪部分，減輕其刑，以符罪刑相當。

㈡又同為栽種大麻之人，其原因動機不一，犯罪情節未必盡同，或有大規模栽種以圖製造毒品生產，俾轉售牟利者，亦有小量植栽、製造僅為供己施用者，所造成之危害社會程度自明顯有別，是倘依其情狀處以相當之有期徒刑，即足以懲儆，並可達防衛社會之目的者，自非不可依被告之客觀犯行與主觀惡性加以考量其情狀是否足堪憫恕之處，而適用刑法第59條規定酌減其刑，期使個案裁判之量刑，能斟酌至當，符合比例原則。被告意圖製造毒品而栽種大麻之犯罪情節輕微，業如前述，且依被告供承：伊是因為購買大麻花時，發現有大麻種子，伊覺得很新奇，如果栽種成功，會供己施用等語（見本院卷二第28頁至第29頁），可見被告係因一時好奇而觸法，與意圖製造毒品牟利而大規模種植之情形迥異，經依累犯之規定加重，復依司法院釋字第790號解釋意旨，將毒品危害防制條例第12條第2項之法定刑減輕至二分之一，猶嫌過重，此部分確有情輕法重，堪予憫恕之情狀，爰依刑法第59條規定減輕其刑，並依法先加重後而後遞予減輕之。

㈢爰審酌被告無視法律禁令，因一時好奇栽種大麻，意圖製造毒品供己施用，實屬不該，惟始終坦承犯行，犯後態度堪稱良好，且所栽種之大麻數量不多，栽種時間亦短，復未曾交付他人或流入市面，所生危害尚屬輕微，兼衡其自承專科畢業、現從事中古車買賣，需扶養母親與妻子，及妻子目前懷孕中之智識程度及家庭經濟生活等一切情狀，量處如主文所示之刑。

三、沒收部分：

㈠按行政院依據毒品危害防制條例第2條第3項公告之「毒品之分級及品項」規定，列屬第二級毒品之大麻，並不包括大麻全草之成熟莖及其製品（樹脂除外），及由大麻全草之種子

所製成不具發芽活性之製品，質言之，整株大麻（即大麻全草）中，應只有成熟莖、根以外部分，係屬列管之第二級毒品（最高法院99年度台上字第928號判決意旨參照）。又大麻之幼苗或植株，縱含有大麻之成分，如未經加工製造成易於施用之製品，應僅屬製造第二級毒品大麻之原料而已，尚難認係第二級毒品（最高法院98年度台上字第6568號、99年度台上字第2048號、102年度台上字第2465號判決意旨參照）。扣案如附表編號1 所示之大麻植株2 株，依前揭說明，非屬第二級毒品，而屬供被告製造大麻所用之物，應依毒品危害防制條例第19條第1 項規定宣告沒收。另扣案如附表編號2所示被告剪除之大麻殘葉1包，雖經檢出第二級毒品大麻成分，但尚未經加工製造成易於施用之製品，應僅係製造第二級毒品大麻之原料，仍應依毒品危害防制條例第19條第1項宣告沒收。

㈡按犯第4條至第9條、第12條、第13條或第14條第1項、第2項之罪者，其供犯罪所用之物，不問屬於犯罪行為人與否，均沒收之，毒品危害防制條例第19條第1項定有明文。查扣案如附表編號3至11所示物品，經檢察官列載於起訴書，復係供被告本案栽種大麻所用之物，此據被告於本院審理時供述在卷（見本院卷二第28頁至第29頁），自應依毒品危害防制條例第19條第1項規定，宣告沒收。

㈢至扣案如附表編號12至編號15所示之捲煙器1組、除濕機1臺、吸食器4組、研磨器2組等物，卷內無證據證明該物品係供本案犯罪所用、犯罪預備之物或因犯罪所生之物，亦無證據證明係被告因本案犯罪所得之物，被告於本院審理中並供稱：除濕機1臺是因為伊住新店比較潮濕，家中本來就有，用以除濕等語（見本院卷二第96頁），爰均不予宣告沒收。

據上論斷，應依刑事訴訟法第299條第1項前段，毒品危害防制條例第12條第2項、第19條第1項，刑法第11條、第47條第1項、第59條，司法院釋字第790號解釋意旨，判決如主文。

本案經檢察官黃思源提起公訴，經檢察官劉文婷到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　12　　月　　28　　日

刑事第四庭　審判長法　官　陳柏宇

法　官　許芳瑜

法　官　曾名阜

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」。因疫情而遲誤不變期間，得向法院聲請回復原狀。

書記官　李宜蓁

中　　華　　民　　國　　110　　年　　12　　月　　29　　日

附錄本案論罪科刑法條全文

毒品危害防制條例第12條

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年以上有期徒刑，得併科新臺幣7百萬元以下罰金。

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5百萬元以下罰金。

前二項之未遂犯罰之。

附表：

編號	品　名	單位	數量	備　註
1	大麻植株	盆	2	

（續上頁）

2	大麻殘葉	包	1	送驗煙草檢品1包經檢驗含第二級第24項毒品大麻成分，淨重65.53公克（驗餘淨重65.34公克，空包裝重15.14克）。
3	培養液	瓶	6	
4	二氧化碳發生器	組	1	
5	PH筆	支	2	
6	水質PPM檢測器	支	1	
7	肥料	包	1	
8	剪刀	支	1	
9	注射針筒	支	2	
10	電子磅秤	臺	1	
11	濕/溫度計	臺	1	
12	捲煙器	組	1	與本案無關
13	除濕機	臺	1	與本案無關
14	吸食器	組	4	與本案無關
15	研磨器	組	2	與本案無關