

臺灣高等法院刑事判決

113年度上訴字第5079號

上訴人

即被告 盧心豪

選任辯護人 許瑞榮律師

康皓智律師

蔡淑湄律師

上列上訴人即被告因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣臺北地方法院112年度訴字第1583號，中華民國113年7月26日第一審判決（起訴案號：臺灣臺北地方檢察署112年度偵字第28447號、第34757號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於罪刑部分撤銷。

盧心豪因供自己施用犯意圖供製造毒品之用而栽種大麻罪，處有期徒刑貳年。

其他上訴駁回。

事 實

一、盧心豪基於供自己施用而犯意圖製造第二級毒品大麻之犯意，於民國111年8月至9月間之某日，在臺北市信義區某夜店內，自真實姓名、年籍均不詳之成年人處無償受贈2顆大麻種子，並於111年11月20日至112年7月25日下午2時許為警查獲前之期間，以其新北市○○區○○路0段000號6樓之住處作為栽種大麻場所，利用如附表編號2至11所示之物作為栽種大麻之設備、器具及記載大麻栽種歷程之用，將大麻種子種入盆栽土壤內定期澆水、施肥、控制光照、調整水質及溫度，以土耕方式栽種，除其中大麻種子1顆未出芽以致栽種未果而遭丟棄外，成功栽種大麻種子1顆，出芽並長成如附表編號1所示大麻植株。嗣為警於112年7月25日下午2時許，持原審法院核發之搜索票至前開住處執行搜索，當場扣

01 得如附表所示之物而查悉上情。

02 二、案經內政部警政署保安警察第三總隊第一大隊報告臺灣臺北
03 地方檢察署檢察官偵查起訴。

04 理 由

05 壹、證據能力

06 一、按被告以外之人於審判外之陳述，雖不符刑事訴訟法第159
07 條之1至第159條之4之規定，而經當事人於審判程序同意作
08 為證據，法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認
09 為適當者，亦得為證據。當事人、代理人或辯護人於法院調
10 查證據時，知有刑事訴訟法第159條第1項不得為證據之情
11 形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同
12 意，刑事訴訟法第159條之5定有明文。查本判決所引用以下
13 被告以外之人於審判外之書面或言詞陳述(如偵查報告書)，
14 雖屬傳聞證據，惟檢察官、上訴人即被告盧心豪(下稱被告)
15 及其辯護人於本院準備程序、審判期日均表示無意見而不予
16 爭執，亦未於言詞辯論終結前聲明異議，本院審酌上開證據
17 資料製作時之情況，尚無違法不當及證明力明顯過低之瑕
18 疵，且已依法踐行調查證據之程序，認以之作為證據應屬適
19 當，故認前揭證據資料均有證據能力。

20 二、至其餘所引用之非供述證據，檢察官、被告及其辯護人於本
21 院準備程序、審判程序時對該等證據之證據能力亦均不爭
22 執，復查無違法取得之情形，依刑事訴訟法第158條之4規定
23 之反面解釋，應認均具有證據能力。

24 貳、實體部分

25 一、認定事實所憑之證據及理由

26 被告就上開時、地，因供自己施用犯意圖供製造毒品之用而
27 栽種大麻之事實，於偵查、原審及本院審理中均坦白承認
28 (見偵28447卷第6至7、40至41頁，原審卷第118至119、121
29 頁，本院卷第69、145至149頁)，而員警於112年7月25日下
30 午2時許，持原審核發之搜索票，至被告前開住處執行搜
31 索，當場扣得如附表所示之物等情，亦有內政部警政署保安

01 警察第三總隊第一大隊搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、搜
02 索現場照片、扣案物照片及扣案如附表所示之物可證（見偵
03 28447卷第11至12、15至21、35頁），且扣案如附表編號1之
04 大麻植株經送鑑定結果，確含第二級毒品大麻成分，亦有法
05 務部調查局濫用藥物實驗室112年8月17日調科壹字第112239
06 16570號鑑定書可稽（見偵28447卷第65頁），是被告任意性自
07 白，有上開事證補強，堪認與事實相符而足採信。

08 二、按大麻之栽種，是指將大麻種子置入栽植環境中栽培，包括
09 播種、插苗、移栽、施肥、灌溉、除草等具體行為。以播種
10 方式栽種大麻，係以種子播種後至成苗為主要階段，其栽種
11 行為之既、未遂，以大麻種子經播種後有無出苗而定。換言
12 之，行為人將大麻種子播種後已出苗者，無待於大麻成長至
13 可收成之程度，即屬既遂（最高法院110年度台上字第518號
14 判決意旨可參）。被告栽種大麻種子2顆，其中1顆未出芽遭
15 其丟棄，另1顆出芽並長成植株如附表編號1所示（詳偵28447
16 卷第35至36頁之照片），該大麻植株，送請法務部調查局鑑
17 定結果以：送驗植株檢品1株，經檢驗含有第二級毒品大麻
18 成份，亦有前述鑑定書存卷足參（見偵28447卷第65頁），已
19 達栽種大麻既遂之程度。又被告栽種大麻種子2顆，僅1顆出
20 芽並長成植株1株，衡諸查獲當時之情況，亦僅在其房間一
21 隅，以一般觀賞用盆栽，及以如附表編號2至9所示簡單設
22 備、器具以土耕方式栽種，卷內亦未有證據證明流入市面，
23 與大規模栽種以圖製造毒品販售謀取鉅額獲利之情形相較，
24 本案對社會造成之危害不大，是依被告栽種之方式、數量、
25 規模及產出，其犯罪情節要屬輕微，應認係供已施用而情節
26 輕微。

27 三、綜上所述，本案事證明確，被告犯毒品危害防制條例第12條
28 第2項、第3項之犯行已足認定，應依法論科。

29 參、法律適用說明

30 一、毒品危害防制條例對栽種大麻之行為一律依據本條例第12條
31 第2項規定加以處罰，惟其具體情形可包含栽種數量極少至

01 大規模種植者，涵蓋範圍極廣，對違法情節輕微之個案，例
02 如栽種數量極少且僅供己施用，尚嫌情輕法重，致罪責與處
03 罰不相當，有過苛處罰之虞，且亦無足與為牟利而大量栽種
04 大麻之犯行有所區別，爰參照司法院釋字第790號解釋意
05 旨，增訂第3項，對於因供自己施用而犯第2項所定之罪，且
06 情節輕微者，處1年以上7年以下有期徒刑，得併科新臺幣1
07 百萬元以下罰金，以達罪刑均衡之目的，為本條例第12條第
08 3項增訂之立法理由。本案有前述之情節輕微，核被告所為
09 係犯毒品危害防制條例第12條第2項、第3項所規定，因供自
10 己施用犯意圖供製造毒品之用而栽種大麻且情節輕微罪。檢
11 察官起訴意旨固認被告係因供自己施用犯意圖製造毒品之用
12 而栽種大麻罪，未一併考慮其犯行情節輕微，尚有未洽。被
13 告持有大麻種子之低度行為，為其因供自己施用犯意圖供製
14 造毒品之用而栽種大麻且情節輕微之行為吸收，不另論罪。
15 又被告自111年8月、9月間之某日起至同年11月20日下土栽
16 種前之持續持有大麻種子，復自111年11月20日起至為警查
17 獲前，持續栽種大麻而出芽並長成大麻植株行為，均係因供
18 自己施用犯意圖供製造毒品之用而栽種大麻之犯意(其情節
19 輕微)，於密切接近之時、地實施，侵害同一之法益，各行
20 為間之獨立性極為薄弱，依一般社會健全概念，在時間差距
21 上難以強行分開，在刑法評價上，以視為數個舉動之接續施
22 行，合為包括之一行為予以評價，較為合理，故應論以接續
23 犯之一罪。

24 二、起訴意旨以被告於上開時、地所栽種之大麻種子，出芽長成
25 植株後，有扣案行動電話內記事本擷圖所示「晾乾收成」
26 (見偵28447卷第11至12頁)，可見被告已有晾乾收成之行
27 為，因認被告涉犯毒品危害防制條例第4條第2項之製造第二
28 級毒品罪嫌。惟按：毒品危害防制條例第4條製造毒品罪之
29 「製造」，係指就原料、元素予以加工，使成具有特定功效
30 之成品者而言，除將非屬毒品之原料加以化合而成毒品外，
31 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

01 毒品情形在內；毒品危害防制條例第2條第2項第2款所列之
02 第二級毒品大麻，係指長成之大麻植株之花、葉、嫩莖，經
03 乾燥後適合於施用之製品而言，故對大麻植株之花、葉、嫩
04 莖，以人工方式予以摘取、蒐集、清理後，再利用人為、天
05 然力或機器設備等方法，以風乾、陰乾、曝曬或烘乾等方
06 式，使之乾燥，亦即以人為方式加工施以助力，使之達於易
07 於施用之程度，自屬製造大麻毒品之行為。至於自然掉落、
08 枯萎之大麻花、葉，因其本身即含有大麻成分，於自然枯乾
09 後固可作為毒品施用，惟如在其自然脫落、枯乾之過程中，
10 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
11 言(最高法院102年度台上字第2465號判決意旨參照)。查：
12 遍查全卷關於被告本案製造第二級毒品大麻之證據，僅有被
13 告經扣案行動電話內記事本擷圖記載「晾乾收成」之內容
14 (見偵28447卷第11至12頁)，衡酌常情，被告是否確有「晾
15 乾收成」大麻葉或大麻植株之行為，尚屬未明，且單憑扣案
16 行動電話內記事本擷圖記載「晾乾收成」，亦無從查知被告
17 使附表編號1所示大麻植株(見偵28447卷第35至36頁之照片)
18 乾燥之方法為何、乾燥程度及是否達於易於施用之程度，依
19 卷內事證均無從判斷。再者，從卷內大麻植株照片所示，植
20 株盆栽地面上未見自然脫落之大麻落葉、僅有枯乾之大麻葉
21 留在根莖上，觀諸上開大麻植株之長成狀態及現場情況，不
22 能排除被告可能有收集自然掉落、枯萎之大麻葉，因其本身
23 即含有大麻成分，於自然枯乾後作為毒品施用，揆諸上開最
24 高法院判決說明，倘若大麻葉係自然脫落、枯乾之過程中，
25 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
26 言。職是，應認被告被訴製造第二級毒品罪不能證明，而此
27 部分與上開論罪科刑之因供自己施用犯意圖供製造毒品之用
28 而栽種大麻且情節輕微罪，有實質上一罪關係，就被訴之製
29 造第二級毒品罪部分，爰不另為無罪諭知。

30 三、本案無刑法第59條規定之適用

31 本件被告所為係因供自己施用犯意圖供製造毒品之用而栽種

01 大麻且情節輕微之犯行，觀諸毒品危害防制條例第12條第3
02 項增訂意旨，係就栽種數量極少且僅供自己施用，尚嫌情輕
03 法重，致罪責與處罰不相當，有過苛處罰之虞，且亦無足與
04 為牟利而大量栽種大麻之犯行有所區別，爰參照司法院釋字
05 第790號解釋意旨而增訂(詳前述)，且本條第3項之法定刑為
06 1年以上7年以下有期徒刑，併科新臺幣100萬元以下罰金，
07 以達罪刑均衡之目的，而將「因供自己施用」、「情節輕
08 微」制定為本罪構成要件。次按刑法第59條規定「犯罪之情
09 狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重，得酌量減輕其
10 刑」。該條所謂「犯罪之情狀顯可憫恕」，本係指審酌刑法
11 第57條各款所列事項以及其他一切與犯罪有關之情狀之結
12 果，認其犯罪足堪憫恕者而言，必須犯罪另有特殊之原因與
13 環境等事由，因在客觀上顯然足以引起一般同情，認為縱予
14 宣告法定最低度刑猶嫌過重者，始有其適用(參照最高法院
15 88年度台上字第4171號、第388號判決意旨可參)。而本案係
16 因無足夠證明力之證據證明被告有製造第二級毒品大麻，且
17 亦無客觀證據可認被告有使所栽種之大麻植株或大麻葉流入
18 市面，堪認其行為對社會治安及國民健康之危害較輕，犯罪
19 情節輕微而適用上開罪名相繩。若再就相同事由，認本案有
20 刑法第59條之適用，顯有將本罪之「因供自己施用且情節輕
21 微」之判斷與刑法第59條「犯罪之情狀顯可憫恕」之審酌事
22 由混淆之不當，且該罪之法定刑最輕本刑為有期徒刑1年，
23 參酌其法益侵害性，在法定刑1年以上7年以下有期徒刑範圍
24 內予以量刑，並無不當而過苛之虞，自無適用刑法第59條酌
25 減其刑之必要。辯護意旨請求本院依刑法第59條酌減其刑，
26 尚無可取。

27 四、被告上訴及辯護人為被告利益，請求本院為緩刑宣告等語，
28 按「宣告緩刑，應就被告有無再犯之虞，及能否由於刑罰之
29 宣告而策其自新等，加以審酌，與被告之患病與否，並無關
30 係」，最高法院49年台上字第281號裁判先例足參。又「法
31 院對於具備緩刑條件之刑事被告，認為以暫不執行刑罰為適

01 當者，得宣告緩刑，為刑法第74條所明定，至於暫不執行刑
02 罰之是否適當，則由法院就被告有無累犯之虞，及能否由於
03 刑罰之宣告而策其自新等一切情形，依其自由裁量定之，與
04 犯罪情節是否可原，並無關係」，最高法院29年上字第26號
05 裁判先例意旨可資參照。本件被告於警詢時稱其於109年在
06 澳洲施用過大麻，最後1次施用是在澳洲，且稱111年11月20
07 日開始栽種大麻種子等語(偵28447卷第8頁)，另被告將栽種
08 大麻從下土、施肥、加燈、換盆、澆水2000cc、3000cc及各
09 項行為日期均仔細翔實記載(見偵28447卷第11至12頁之手機
10 截圖照片)，可見其蓄意栽種之意甚堅，非一時興起，且從1
11 11年11月20日栽種起至112年7月25日為警查獲，時間長達半
12 年以上，顯見被告對於栽種大麻係違法行為，毫無警覺，欠
13 缺自我約束力。是就被告本案犯罪情節及栽種時間觀之，其
14 違法意識非低，難認其對己之違法行為有反省能力，綜核上
15 情，難認被告無再犯之虞，亦無暫不執行刑罰為適當之情
16 形，爰不予宣告緩刑，併此敘明。

17 五、上訴評價

18 原審認被告有其事實欄所載之製造第二級毒品未遂罪，予以
19 論處，固非無見。惟按毒品危害防制條例第4條製造毒品罪
20 之「製造」，係指就原料、元素予以加工，使成具有特定功
21 效之成品者而言，除將非屬毒品之原料加以化合而成毒品
22 外，尚包括將原含有毒品物質之物，予以加工改製成適合施
23 用之毒品情形在內。第二級毒品大麻係指長成之大麻植株之
24 花、葉、嫩莖，經乾燥後適合於施用之製品而言，故對大麻
25 植株之花、葉、嫩莖，以人工方式予以摘取、蒐集、清理
26 後，再利用人為、天然力或機器設備等方法，以風乾、陰
27 乾、曝曬或烘乾等方式，使之乾燥，亦即以人為方式加工施
28 以助力，使之達於易於施用之程度，即屬製造大麻之行為，
29 最高法院112年度台上字第3196號判決意旨可參。本件卷內
30 僅有扣案行動電話內記事本擷圖所示「晾乾收成」之內容，
31 無從認為被告栽種大麻之行為，已達晾乾收成之行為態樣，

01 如前所述，本案並無足夠證明力之證據證明被告有以人工方
02 式著手加工施以助力，使大麻植株之花、葉、嫩莖，達於易
03 於施用之程度，自無從以製造第二級毒品罪名相繩，被告本
04 件所為係因供自己施用犯意圖供製造毒品之用而栽種大麻且
05 情節輕微之犯行，原審判決未予詳查，遽以製造第二級毒品
06 未遂罪論處，尚嫌未洽。被告上訴指摘及此，其上訴核有理由，
07 至其請求依刑法第59條酌減其刑並宣告緩刑云云則無足
08 取。原判決既有上開瑕疵可指，自無從予以維持，應由本院
09 將原判決罪刑部分予以撤銷改判。

10 六、量刑審酌事由：

11 爰以行為人之責任為基礎，審酌被告無視政府杜絕毒品犯罪
12 之禁令，竟有如事實欄所載之犯罪動機、目的、手段及栽種
13 大麻規模、數量及犯罪時間長短等情。惟念被告自警詢、偵
14 查及原審、本院均坦承栽種大麻犯行，且其於本案前尚無經
15 法院論罪科處徒刑之前案素行紀錄，此有本院被告前案紀錄
16 表可稽，兼衡被告大學畢業之智識程度，並陳報報考114年
17 大學碩士班，未婚、女友已懷孕、需照顧母親，從事健身、
18 游泳教練工作，經濟狀況尚可之家庭經濟狀況(原審卷第122
19 頁，本院卷第49、70頁)等一切情狀，量處如主文第二項所
20 示之刑，以資懲儆。

21 七、沒收

22 (一)按毒品危害防制條例第4條製造第一級至第四級毒品罪之

23 「製造」，係指就原料、原素予以加工，使成具有特定功效
24 之成品。大麻屬第二級毒品，大麻之栽種與製造不同，製造
25 大麻係將栽種成長後之大麻葉予以加工，使成易於吸用之製
26 品而言。大麻之幼苗或植株，縱含有第二級毒品大麻之成
27 分，如未經加工製造成易於施用之製品，應僅屬製造第二級
28 毒品大麻之原料而已，尚難認係第二級毒品(最高法院99年
29 度台上字第2048號判決意旨參照)。

30 (二)查扣案附表編號1所示植株，雖均經檢出第二級毒品大麻成
31 分，業如前述，然尚未加工製造成易於施用之製品，僅屬製

01 造第二級毒品大麻之原料，性質上尚非第二級毒品大麻，而
02 與附表編號1至11所示之物均係被告所有，且供製造第二級
03 毒品大麻所用之物，業據被告供承在卷(見本院卷第79頁、
04 第117頁)，除因鑑驗耗盡之大麻原料業已滅失外，均依毒
05 品危害防制條例第19條第1項規定宣告沒收之。

06 (三)原審認扣案如附表編號1至11所示之物，除因鑑驗耗盡之大
07 麻原料業已滅失外，均依毒品危害防制條例第19條第1項規
08 定宣告沒收之等旨，其事實認定及法律適用均無違誤，應予
09 維持，被告此部分上訴應予駁回。

10 據上論斷，應依刑事訴訟法第369條第1項前段、第299條第1項前
11 段、第364條、第368條，判決如主文。

12 本案經檢察官林婉儀提起公訴，檢察官陳怡利到庭執行職務。

13 中 華 民 國 113 年 11 月 26 日

14 刑事第十九庭 審判長法官 曾淑華

15 法官 陳文貴

16 法官 黃惠敏

17 以上正本證明與原本無異。

18 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
19 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
20 (均須按他造當事人之人數附繕本)「切勿逕送上級法院」。

21 書記官 蔡麗春

22 中 華 民 國 113 年 11 月 26 日

23 附錄：本案論罪科刑法條全文

24 附毒品危害防制條例第12條

25 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
26 以上有期徒刑，得併科新臺幣7百萬元以下罰金。

27 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
28 併科新臺幣5百萬元以下罰金。

29 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
30 有期徒刑，得併科新臺幣1百萬元以下罰金。

01 前三項之未遂犯罰之。

02 附表

03

編號	扣案物名稱	數量
1	大麻植株	1株
2	植物生長燈	1組
3	電風扇	1臺
4	延長線	1組
5	肥料	3瓶
6	土壤檢測計	1支
7	水質檢測計	1支
8	植物帳	1組
9	排風扇	1組
10	筆記	1紙
11	黑色iPhone XR行動電話 (IMEI 碼：000000000000000 號)	1支(含門號0000000000號SIM 卡1張)