臺灣高等法院刑事判決

115年度上訴字第3771號

上　訴　人
即　被　告　鄭光佑
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000

選任辯護人　李菁琪律師
　　諶亦蕙律師
　　邱鼎恩律師

上列上訴人即被告因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣士林地方法院115年度訴字第41號，中華民國115年4月22日第一審判決（起訴案號：臺灣士林地方檢察署114年度偵字第7462號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

事實與理由

一、審理範圍

按對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。但有關係之部分為無罪、免訴或不受理者，不在此限；又按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2項、第3項定有明文。本案檢察官未提起上訴，上訴人即被告鄭光佑（下稱被告）提起上訴，於本院陳稱僅就量刑上訴（見本院卷第150至151頁），業已明示僅就刑之部分一部上訴，是依前揭規定，本院審理範圍僅限於原判決量處之刑，不及於原判決所認定之犯罪事實、所犯法條（論罪）、沒收等其他部分，合先敘明。

二、被告上訴意旨略以：被告為初犯，平時品行端正，就起訴犯罪事實亦均坦承不諱，節省諸多司法資源，並詳實供出毒品來源，俾警方查獲陳靖和，犯後態度應屬良好，再者，被告

因患有嚴重的睡眠障礙，始會一時失慮接觸大麻，並進而涉犯本案，現已深知其行為甚為不當，而已尋正當治療管道治療，又被告為汽車工作室負責人，具正當工作，復觀本案情節，被告製造第二級毒品大麻之方式，係將本即可以點燃吸食煙霧方式施用之大麻成品，以人為方式混入巧克力內稀釋食用，被告此行為並未涉及化學結構之質變，亦未將大麻將工成錠劑，也未製成新毒品，復未去除雜質提高其純度，反係增加雜質、降低大麻之純度，其製造過程乃透過一般人民家中均有可能出現之廚房器具等，以一般料理方式為之，尚非具何專業萃取機器或技術，是其所為犯行之惡性與可非難性，實與大規模製造毒品者有別，故被告雖有問責必要，惟其主觀惡性與客觀犯行確與一般製造毒品之毒梟有別，原審量處有期徒刑2年8月，客觀上應足以引起一般人之同情，而有情輕法重之憾，請依刑法第59條規定遞減其刑；被告所犯製造第二級毒品行為，經依毒品危害防制條例第17條第2項減輕二分之一，再依同條例第17條第1項規定減輕三分之二之刑後，最低應可量處有期徒刑1年8月，原審判處有期徒刑2年8月，被告就量刑部分尚有受更有利認定空間之可能，被告前無犯罪紀錄，遭查獲後即坦承犯行，並查獲毒品來源，過往素行及品行良好，被告於本案發生前即時常從事愛心服務，犯後為彌補所犯，亦盡力從事各式公益活動，有照片、貼文、證明書及收據可稽，可知具有改善教化之高度期待可能性，另實務上亦有判決(栽種大麻)之刑度較本案為輕，甚獲緩刑之宣告，是被告就量刑部分似非不得受更有利之認定，請從輕量刑，並予緩刑宣告等語。

三、原判決基於其犯罪事實之認定，論被告所為，係犯毒品危害防制條例第4條第2項製造第二級毒品罪、同條例第5條第2項意圖販賣而持有第二級毒品罪；被告因製造第二級毒品大麻巧克力，而持有包括乾燥大麻花、大麻葉、大麻梗，以及黃綠色凝固之大麻油等第二級毒品之低度行為，為製造之高度行為所吸收，不另論罪；被告基於單一行為決意，而以一行

為觸犯數罪名，為想像競合犯，依刑法第55條規定，從一重之製造第二級毒品罪處斷。本院依上開犯罪事實及法律適用，對於被告之刑為審理，先予敘明。

四、刑之減輕事由之判斷

㈠毒品危害防制條例第17條第2項

被告就本件製造第二級毒品犯行，於偵查、原審及本院審理時均坦承不諱（偵卷第17至24、115至117頁、原審卷第50至53、182頁、本院卷第158頁），應依毒品危害防制條例第17條第2項之規定，減輕其刑。

㈡毒品危害防制條例第17條第1項

被告為警查獲後，於警詢即供出其用以製造大麻巧克力之大麻花等第二級毒品，係陸續向另案被告陳靖和所取得，且被告於查獲當日之下午，甫以新臺幣3萬元向陳靖和購買50公克大麻花，查獲後亦同意警方對其手機進行勘察採證，提供其與陳靖和於查獲當日下午曾以通訊軟體談論交易事宜，並指認陳靖和之真實身分（偵卷第21至22、25至27、69、93至94頁），警方因此調閱交易地點之監視器畫面比對被告所供情節之真實性，並據以報請檢察官指揮偵辦，嗣亦確實為檢警查獲陳靖和於上開時、地販賣第二級毒品予被告，暨陳靖和製造第二級毒品之犯罪事實，經檢察官將陳靖和提起公訴，由原審法院判決有罪等情，有臺灣士林地方檢察署115年3月19日士檢以秋114偵7462字第1159017096號函、該署檢察官114年度偵字第11552號、第20468號起訴書、原審114年度重訴字第3號刑事判決書各1份在卷可憑（原審卷第61至82、105頁）。是本案因被告供出其毒品來源，而查獲其他正犯，爰依毒品危害防制條例第17條第1項規定，減輕其刑，並依刑法第70條、第71條第2項、第66條等規定，先依同條例第17條第2項之規定減輕其刑後，再依同條例17條第1項之規定遞減其刑。

㈢刑法第59條

1.按刑法第59條於94年2月2日修正公布，95年7月1日施行，將

原條文：「犯罪之情狀可憫恕者，得酌量減輕其刑」，修正為：「犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重，得酌量減輕其刑」。立法說明指出：該條所謂「犯罪之情狀可憫恕」，本係指審酌刑法第57條各款所列事項以及其他一切與犯罪有關之情狀之結果，認其犯罪足堪憫恕者而言。依實務上見解，必在客觀上顯然足以引起一般同情，認為縱予宣告法定最低度刑猶嫌過重者，始有其適用。為防止酌減其刑之濫用，自應嚴定其適用之要件，以免法定刑形同虛設，破壞罪刑法定原則，乃增列文字，將此適用條件予以明文化，有該條之立法說明可參。而刑法第59條規定犯罪之情狀顯可憫恕者，得酌量減輕其刑，其所謂「犯罪之情狀」，依上開立法之說明，自應與同法第57條規定科刑時應審酌之一切情狀予以全盤考量，審酌其犯罪有無特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，以及宣告法定低度刑，是否猶嫌過重等情形以為判斷。尤以此項酌減之規定，係推翻立法者之立法形成，就法定最低度刑再予減輕，為司法之權，適用上自應謹慎，未可為常態，其所具特殊事由，應使一般人一望即知有顯可憫恕之處，非可恣意為之。又按刑法第59條規定之酌量減輕其刑，必須犯罪另有特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，認為即使予以宣告法定最低度刑，猶嫌過重者，始有其適用。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（最高法院100年度台上字第744號判決意旨參照）；若有二種以上法定減輕事由，仍應先依法定減輕事由遞減其刑後，猶嫌過重時，始得再依刑法第59條規定酌減其刑（最高法院88年度台上字第1862號判決意旨可資參照）。

2.上訴意旨固以前詞主張應適用刑法第59條規定酌減其刑。然

按毒品之危害，除戕害施用者之身心健康外，亦衍生社會治安問題，依原審判決之事實認定，被告自113年7月至114年3月間，將購得之乾燥大麻花、大麻油以瓦斯爐隔水加熱烹煮，再加入隔水加熱溶化後之巧克力予以混合，接著倒入模具，並放置在冷凍庫內，待凝固後放入夾鏈袋，以此方式製造第二級毒品大麻巧克力，並伺機對外販售，嗣為警查獲，並扣得如原判決附表編號11至17、19所示第二級毒品（編號11大麻花2包，毛重約53.324公克；編號15大麻油1壺，毛重588.7公克；編號16大麻油1桶，毛重9100公克；編號17大麻巧克力1袋，毛重977.34公克），是被告製造第二級毒品大麻巧克力之行為並非偶然為之，此由查獲時之扣押物狀況及被告自承情節可知，其行為已持續一段期間，扣押之大麻花、大麻油、大麻巧克力數量亦非少量，其本案所犯製造第二級毒品犯行，製成更易流通、利於服用及逃避追緝之大麻巧克力，對於國人身心健康及社會秩序實已造成潛在之危險，被告行為時已38、39歲，已係有相當社會歷練之成年人，並非年少無知，對其行為之違法性及對他人身體健康之潛在危害自屬知之甚詳，審酌被告年齡、素行、本案製造毒品之手段、情節、毒品種類、扣案物數量、犯後態度、所陳家庭生活及經濟狀況、行為動機等，綜觀其情節，誠難認屬輕微，相較於社會上絕大多數安分守己正當工作者，其犯罪情狀在客觀上尚不足以引起一般同情而顯可憫恕。況被告本案犯行固屬法定本刑無期徒刑或10年以上有期徒刑之罪，然業依毒品危害防制條例第17條第2項、同條第1項規定遞減其刑，遞減後之法定刑為有期徒刑1年8月以上，法定最低刑度已明顯降低，已可在減刑後之法定刑度內妥適斟酌量刑，減刑後之最低度刑與被告本案製造第二級毒品之犯罪情狀相較，尚無過於嚴苛之處，無情輕法重之憾，難認有科以最低度刑仍嫌過重，顯可憫恕之情，核無刑法第59條規定酌減其刑規定之適用。上訴意旨執前詞主張適用刑法第59條酌減其刑規定，並非可採。

㈣原審關於刑之減輕事由之判斷，於法均核無違誤。

五、上訴駁回之理由

㈠被告本案犯行並無刑法第59條規定之適用，業經論述如前，原審未依刑法第59條規定酌量減輕其刑，並未逾越法律所規定之範圍，或濫用其權限，核屬原審裁量職權之適法行使，並無不合，被告上訴意旨主張應依刑法第59條規定酌減其刑，即非可採。

㈡按量刑輕重，屬法院得依職權自由裁量之事項，苟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，無偏執一端，致明顯失出失入情形，自不得指為不當或違法（最高法院103年度台上字第291號、第331號判決意旨參照）。原審依毒品危害防制條例第17條第2項、同條第1項規定遞減其刑後，以行為人之責任為基礎，審酌被告明知國家對於查緝毒品相關犯罪禁令甚嚴，仍非法製造及意圖販賣而持有第二級毒品，對社會秩序潛藏之危害甚高，顯然欠缺法治觀念，所為誠屬不該，另考量被告為本案犯行之犯罪動機、目的、手段，查獲之第二級毒品大麻花等物及大麻巧克力成品之數量，與其製造毒品行為之期間、規模，復參以被告素行、犯後坦承犯行之態度，暨其自述之教育程度、家庭與經濟狀況（原審卷第184頁，因涉及被告個人隱私，故不予揭露），併斟酌被告提出其患有睡眠障礙之診斷證明書、其工作情形之網路評價、其平時從事愛心服務與捐款等回饋社會相關作為之資料（原審卷第41至43、123至169頁）等一切情狀，量處有期徒刑2年8月，業就被告犯罪情節、犯後態度、犯罪動機、家庭生活與經濟狀況等量刑事由詳為審酌並敘明其理由，既未逾越法定刑度，亦未濫用自由裁量之權限；上訴意旨雖援引數栽種大麻另案案例，指摘原審量刑，然量刑既係以行為人之責任為基礎，刑事罪責復具個別性，各案犯罪手段、情節、態樣等因素各異，即無從逕予比附援引而指摘本案量刑；上訴意旨固主張最低可量處有期徒刑1年8月等語，然審酌本案查獲之第二級

毒品大麻花等物及大麻巧克力成品之數量、行為之期間，原審所量刑度尚稱妥適，與被告之罪責程度相當，並無輕重失衡而顯然過重情形，核屬原審法院量刑職權之適法行使，與罪刑相當原則無悖，原判決所處刑度縱與被告主觀上之期待仍有所落差，仍難指其有何不當或違法。被告執前詞上訴指摘原審量刑，尚非可採。

㈢按受2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2年以上5年以下之緩刑，其期間自裁判確定之日起算：一、未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者。二、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，5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項定有明文。又關於緩刑之宣告，除應具備一定條件外，並須有可認為以暫不執行刑罰為適當之情形，始得為之。法院行使此項裁量職權時，應受比例原則、平等原則等一般法律原則之支配（最高法院99年度台上字第7994號判決意旨參照）。是宣告緩刑者，須以受2年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告為其前提，且以有可認為以暫不執行刑罰為適當之情形為限。被告正值青壯，對其行為之違法性自屬知之甚詳，仍為本案製造第二級毒品犯行，依被告之年齡、犯罪情節、行為動機、犯後態度、家庭生活及經濟狀況等情，難認有何暫不執行本案刑罰為適當之事由，況被告所處之刑，已逾有期徒刑2年，與刑法第74條第1項所定緩刑之要件未合，本不得為緩刑之宣告。上訴意旨請求緩刑宣告，即非可採。

㈣綜上，被告上訴以前開各詞指摘原審量刑不當，均無理由，應予駁回。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

本案經檢察官王堉力提起公訴，檢察官陳玉華到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　8　　月　　27　　日

刑事第四庭　審判長法　官　張紹省

法　官　羅郁婷

法　官　葉乃瑋

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，其未敘述上訴之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　程欣怡

中　　華　　民　　國　　115　　年　　8　　月　　27　　日

附錄：本案論罪科刑法條全文

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，得併科新臺幣三千萬元以下罰金。

製造、運輸、販賣第二級毒品者，處無期徒刑或十年以上有期徒刑，得併科新臺幣一千五百萬元以下罰金。

製造、運輸、販賣第三級毒品者，處七年以上有期徒刑，得併科新臺幣一千萬元以下罰金。

製造、運輸、販賣第四級毒品者，處五年以上十二年以下有期徒刑，得併科新臺幣五百萬元以下罰金。

製造、運輸、販賣專供製造或施用毒品之器具者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百五十萬元以下罰金。

前五項之未遂犯罰之。

毒品危害防制條例第5 條

意圖販賣而持有第一級毒品者，處無期徒刑或十年以上有期徒刑，得併科新臺幣七百萬元以下罰金。

意圖販賣而持有第二級毒品者，處五年以上有期徒刑，得併科新臺幣五百萬元以下罰金。

意圖販賣而持有第三級毒品者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金。

意圖販賣而持有第四級毒品或專供製造、施用毒品之器具者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金。