

最高法院刑事判決

115年度台上字第3490號

上訴人 臺灣高等檢察署臺中檢察分署檢察官吳萃芳

上訴人

即被告 邵于賓

選任辯護人 洪煜盛律師

上列上訴人等因被告違反毒品危害防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國115年4月22日第二審判決（115年度上訴字第207號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署114年度偵字第31107、35401號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

壹、製造第二級毒品、第三級毒品部分

一、按刑事訴訟法第377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，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。本件原審經審理結果，認為上訴人即被告邵于賓犯行明確，因而維持第一審論處被告共同製造第三級毒品、製造第二級毒品罪刑，及諭知相關沒收及沒收銷燬之判決，駁回被告在第二審之上訴，已詳述調查證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由。

二、採證認事，係事實審法院之職權，其對證據證明力所為之判斷，如未違背經驗法則與論理法則，復已敘述其憑以認定之

心證理由，即不能任意指為違法。而製造第二級毒品者，處無期徒刑或10年以上有期徒刑，得併科新臺幣（下同）1500萬元以下罰金，毒品危害防制條例第4條第2項定有明文，該條所謂「製造」，包括狹義之製造、精製、製劑等行為態樣。其中所謂「狹義之製造」，係指將先驅原料經由化學作用而製成毒品、或將既有毒品經由化學作用而製成另一種毒品；所謂「精製」，係指經由化學作用將毒品中雜質去除；又所謂「製劑」，則是將原本毒品之存在型態藉由化學或物理作用轉為易於施用之型態（研粉、壓錠、裝囊、溶液化、結晶化）、或將數種毒品混合以提高其功效。故製造行為並非僅有將先驅原料經由化學作用而製成毒品一種態樣，倘以前述精製、製劑為製造方法者，縱原料中含有所欲製造之毒品成分，亦無礙於製造行為之成立。而行為人倘已著手於前述狹義之製造、精製或製劑之行為，並已實現其目的者，即屬製造毒品既遂，至所製造之毒品是否已達可供施用或販賣之程度，則非所問。本件原判決主要係依憑被告於警詢、偵訊、第一審及原審審理時之自白，佐以原判決附表（下稱附表）二編號1、2、附表三編號2、3、5、6、8至14、17至23、25、26、28、29所示證據資料，本於事實審之推理作用，認定被告確有原判決事實欄二所載之製造第二級毒品犯行，並說明原審辯護人所辯：被告僅係將依托咪酯混合甘油、丙二醇在分裝入煙彈殼，未發生化學結構變化、亦不影響依托咪酯特性，非屬製造云云，如何不可採信等旨，係合乎推理之邏輯規則，尚非原審主觀之臆測，核與證據法則不相違背，難認有何採證及理由不備之違法情事。且依原判決之認定，被告係將第二級毒品依托咪酯粉末依一定比例混合甘油、丙二醇、丙三醇，及將第二級毒品異丙帕酯液劑依一定比例混合甘油、丙二醇、香精、果油，加熱並攪拌調製為溶液後倒入煙彈內，核屬將原本毒品之存在型態藉由化學作用轉為易於施用型態（溶液化）之「製劑」行為，自屬毒品危害防制條例第4條第2項所稱之製造行為。被告上訴意旨仍

01 執陳詞，以其所為不涉及毒品化學結構之變化，並未改變毒
02 品之性質或提高其純度，亦未製成新型態之毒品，或將毒品
03 粉末加工成錠劑、將潮濕毒品乾燥，並以個案情節不同，難
04 以比附援引之其他事例，對原判決採證認事職權之合法行
05 使，徒憑己見，任意指摘，自非適法之第三審上訴理由。

06 三、刑法第47條第1項規定：「受徒刑之執行完畢，或一部之執
07 行而赦免後，5年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累
08 犯，加重本刑至2分之1。」司法院釋字第775號解釋認為累
09 犯者不分情節，一律加重最低本刑，於不符合刑法第59條所
10 定要件之情形下，致生行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪
11 責之個案，其人身自由因此遭受過苛之侵害部分，不符憲法
12 上之罪刑相當原則、比例原則，於有關機關依該解釋意旨完
13 成修法前，法院就該個案應依該解釋意旨，裁量是否加重最
14 低本刑。又構成累犯之事實及應加重其刑之事項，均應由檢
15 察官主張並具體提出證明之方法後，經法院踐行調查、辯論
16 程序，方得作為論以累犯及是否加重其刑之裁判基礎，此為
17 本院一致之見解。被告先前所犯之罪（前罪），歷經案發、
18 偵查、審判、判決、徒刑之執行後，理應感受到事件之嚴重
19 性與自己之非行過錯，進而產生較諸一般人更為強烈、不再
20 犯罪之正向增強動機，而能教化遷善、復歸社會，然被告竟
21 於前罪之徒刑執行後，一定期間內再度故意犯有期徒刑以上
22 之後罪；且檢察官已提出證明被告構成累犯事實之證據，並
23 由法院依嚴格證明程序，於科刑階段進行調查；檢察官復已
24 具體主張被告應依刑法第47條第1項規定加重其刑，亦於科
25 刑階段為辯論，而踐行正當之法律程序；再由事實審法院依
26 前開解釋意旨，斟酌前罪執行之情形、前罪執行完畢與後罪
27 之時間差距、前後罪之犯罪類型是否相似、再犯之原因、被
28 告之人格與資質等事項，足認被告有特別之主觀惡性，且對
29 於刑罰之反應力薄弱、執行徒刑之教化改善效果不彰，憑以
30 論斷被告於本案構成累犯並裁量加重其刑，即不能指為違
31 法，尚非得徒以被告前案所犯之罪與本案不同，或被告前案

01 執行情形良好，即逕認不得依刑法第47條第1項規定加重其
02 刑。而被告之前案紀錄表係由司法、偵查機關相關人員依憑
03 確定判決、執行指揮書等原始資料所輸入製作而成，倘當事
04 人對於被告前案紀錄表之同一性或正確性，並未爭執，法院
05 審酌後亦認為適當，因而對該前案紀錄表依法踐行調查證據
06 程序者，並進而就被告是否應加重其刑之法律效果，於科刑
07 階段進行調查及辯論，並憑以論斷被告於本案構成累犯並裁
08 量加重其刑者，於法即無不合。本件原判決已說明被告前因
09 詐欺案件，經判處有期徒刑1年4月確定，並於民國112年12
10 月23日執行完畢，復經檢察官於第一審及原審均主張被告構
11 成累犯之事實、應加重其刑之事項及具體提出證明之方法，
12 因認被告於徒刑執行完畢後5年內故意再犯本案有期徒刑以
13 上3罪，且於執行期滿未及2月，隨即著手犯本件製造第三級
14 毒品罪，顯未能記取教訓，加重其刑亦未致生被告所受刑罰
15 超過其所應負擔之罪責，而就製造第二級毒品、第三級毒品
16 犯行均予加重其刑（製造第二級毒品法定刑無期徒刑部分不
17 予加重）等旨（見原判決第6頁），即無違法可指。且查，
18 被告及原審辯護人於原審調查證據及辯論程序中，對於檢察
19 官提出刑案資料查註紀錄表、矯正簡表及法院前案紀錄表，
20 作為被告構成累犯事實及應加重其刑之證據，並無爭執其同
21 一性及正確性（見原審卷第163、166頁），況上開證據既可
22 資以判斷前罪執行情形、前罪執行完畢與後罪之時間差距、
23 前後罪之犯罪類型是否相似等情，併同本案事實認定時所認
24 定之再犯原因、被告之人格與資質等事項，自足以判斷被告
25 是否於本案構成累犯並裁量加重其刑，於上開刑案資料查註
26 紀錄表、矯正簡表及法院前案紀錄表之同一性與正確性無誤
27 之前提下，尚無另行調取前案確定判決、執行指揮書、執行
28 函文、執行完畢文件之必要。被告上訴意旨空言檢察官未具
29 體指出被告犯前案之性質、執行完畢情形、再犯原因、兩罪
30 間之差異、主觀犯意所顯現之惡性及其反社會性，亦未調取
31 前案確定判決、執行指揮書、執行函文、執行完畢文件，並

01 以原判決未具體說明前案之在監行狀及入監執行成效、前案
02 執行情形如何影響被告再犯本案犯行云云，指摘原判決依刑法
03 第47條第1項規定加重其刑係屬違法，亦非適法之第三審
04 上訴理由。

05 四、又被告因供自己施用而犯第4條之運輸毒品罪，且情節輕微
06 者，得減輕其刑，毒品危害防制條例第17條第3項定有明文，依其立法理由，乃以該條例對「運輸」毒品之行為均一
07 律依據第4條加以處罰，對於行為人係自行施用之意圖而運
08 輸毒品之行為，並無不同規範，然此種基於自行施用之目的
09 而運輸毒品之行為，且情節輕微者，雖有問責之必要性，惟
10 如一律依該條例第4條論以運輸毒品之重罪，實屬法重情
11 輕，且亦無足與真正長期、大量運輸毒品之犯行區別，是針
12 對自行施用而運輸毒品之犯行，增訂第17條第3項，以達罪
13 刑均衡之目的。另因供自己施用而犯毒品危害防制條例第12
14 條第2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100萬元以下罰金，毒品危害防制條例第12條第3
15 項亦有明文，觀其立法理由，則以該條例對栽種大麻之行為
16 一律依據第12條第2項規定加以處罰，惟其具體情形可包含
17 栽種數量極少至大規模種植者，涵蓋範圍極廣，對違法情節
18 輕微之個案，例如栽種數量極少且僅供己施用，尚嫌情輕法
19 重，致罪責與處罰不相當，有過苛處罰之虞，且亦無足與為
20 牟利而大量栽種大麻之犯行有所區別，爰參照司法院釋字第
21 790號解釋意旨，增訂第3項，對於因供自己施用而犯第2項
22 所定之罪，且情節輕微者，處1年以上7年以下有期徒刑，得
23 併科100萬元以下罰金，以達罪刑均衡之目的。是立法者僅
24 就供自己施用且情節輕微之「運輸毒品」、「意圖供製造毒
25 品之用而栽種大麻」行為，另設減刑或較輕法定刑之規定，
26 而不及於該條例第4條所規範之「製造、販賣」毒品等行
27 為，核屬立法政策之選擇。況製造、運輸、販賣毒品，雖均
28 會造成毒品向外擴散之法益侵害風險，然製造毒品係創造可
29 供擴散之行為客體，販賣毒品則係意圖營利而實質擴散毒
30
31

品，形式上觀察，製造、販賣毒品所造成毒品擴散之風險，自高於單純將毒品自甲地攜往乙地之運輸行為；又大麻之栽種，指將大麻種子置入栽植環境中栽培、養植之，迄於將整株大麻拔出於栽植環境之前，均屬於栽種行為，故栽種大麻，係指栽種大麻植株之謂，而製造大麻，係將長成之大麻植株拔出於栽植環境，經過泡製、浸溶、過濾，甚至化學萃取分離步驟始能完成，故栽種大麻植株乃製造第二級毒品大麻之前階段行為，所造成之風險自低於製造、販賣毒品行為，是立法者僅就供自己施用且情節輕微之「運輸毒品」、「意圖供製造毒品之用而栽種大麻」行為，另設減刑規定，而不及於該條例第4條所規範之「製造、販賣」毒品行為，亦有刑事政策上之正當性，尚不能以毒品危害防制條例第12條第3項、第17條第3項就供自己施用且情節輕微之「運輸毒品」、「意圖供製造毒品之用而栽種大麻」行為，另設減刑或較輕法定刑之規定，即謂製造、販賣毒品之行為亦應類推適用上開規定。本件原判決已說明被告所犯製造第二級毒品犯行何以不能類推適用毒品危害防制條例第17條第3項規定減輕其刑之理由（見原判決第8至9頁），於法尚無違誤。被告上訴意旨仍持陳詞，以其係供己施用而製造第二級毒品，製造完成之煙彈數量甚少，與栽種大麻均具無中生有之性質，應另類推適用毒品危害防制條例第12條第3項規定減輕其刑云云，無視栽種大麻為製造大麻之前階段行為，製造毒品所造成之風險遠高於單純栽種大麻，任意指摘原判決違法，亦非適法之第三審上訴理由。

五、毒品危害防制條例第17條第2項規定「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」，係為鼓勵是類犯罪行為人自白、悔過，並期訴訟經濟、節約司法資源而設，故須於偵查及審判中皆行自白，始有適用。此所謂「自白」，係指對自己之犯罪事實全部或主要部分為肯定供述之意，包括客觀構成要件要素（行為人、行為、行為客體、因果關係等）及主觀構成要件要素（故意、過失、意圖等），

01 若被告對於其客觀與主觀構成要件要素均已自白，僅對於此
02 等構成要件事實應成立何罪為不同法律上評價，或主張另有
03 阻卻違法、阻卻責任事由、欠缺客觀處罰條件者，自不影響
04 於自白之效力。以製造毒品而言，行為人客觀上須有製造毒
05 品之行為，主觀上則須對於行為客體為毒品、及其製造行為
06 之態樣有所認識，至行為人之行為是否該當於製造毒品，抑
07 或僅屬於持有、施用毒品，則屬法律上評價問題。原判決已
08 說明被告就製造第二級毒品犯行，於警詢、偵查及歷次審判
09 中均坦認全部事實，至被告之第一審及原審辯護人固主張被
10 告所為不應構成製造第二級毒品云云，然僅屬構成要件事實
11 應成立何罪之法律上評價，對於被告就製造第二級毒品犯行
12 之客觀與主觀構成要件要素之自白不生影響，仍應依毒品危
13 害防制條例第17條第2項規定減輕其刑等旨（見原判決第7
14 頁），於法尚無違誤。且被告於第一審審理時，對第一審提
15 示檢察官起訴之犯罪事實，迭次供稱：「承認檢察官起訴的
16 事實」、「對於事實及罪名均承認」等語（見第一審卷第11
17 2、194頁），於原審審理時，對原審提示第一審判決記載之
18 製造第二級毒品犯罪事實，亦迭次供稱「事實部分都承認」
19 、「我承認我有調製」等語（見原審卷第119、162頁），核
20 已就製造第二級毒品罪之客觀與主觀構成要件要素均已自
21 白，而非僅以概括用語表達承認之意後，再就客觀或主觀構
22 成要件要素之全部或主要部分為爭執，自仍應認屬自白。檢
23 察官上訴意旨以被告於提起第二審上訴時，並未依刑事訴訟
24 法第348條第3項規定僅就量刑上訴，並否認其所為成立製造
25 第二級毒品罪，係屬爭執主觀犯意云云，指摘原判決依毒品
26 危害防制條例第17條第2項規定，就被告製造第二級毒品犯
27 行減輕其刑，係屬違法，尚非適法之第三審上訴理由。

28 六、對於未發覺之罪自首而受裁判者，得減輕其刑，刑法第62條
29 前段定有明文，是自首之成立，以行為人在偵查機關發覺其
30 犯罪事實前，主動向偵查機關申告自己之犯罪事實，並接受
31 裁判，為其要件。所謂「接受裁判」，係指行為人明示或默

01 示同意偵查、審判機關對於自己申告之犯罪事實進行追訴、
02 審判之意，行為人為減輕刑責而於申告時故意隱瞞犯罪事實
03 之重要部分者，固非屬「接受裁判」，倘非屬上述情形，經
04 綜合犯罪事實之具體內容、案件之性質、偵查之進度、行為
05 人申告之內容，倘足認行為人業已申告自己之犯罪事實，且
06 有同意偵查、審判機關對之進行追訴、審判之意，即足當
07 之，尚不以行為人對於所申告之犯罪事實全無任何辯解為必
08 要。原判決就被告所犯製造第二級毒品罪部分，業已說明被
09 告係於此部分犯罪行為未有偵查權限之機關發覺前，向調查
10 員供述犯罪事實並接受裁判，合於自首要件，應依刑法第62
11 條前段規定減輕其刑，於法亦無違誤。檢察官上訴意旨，以
12 被告爭執所為是否符合製造第二級毒品罪之要件，核未自白
13 坦承製造第二級毒品犯行，且無意願接受製造第二級毒品罪
14 處刑裁判之意願，與刑法第62條規定不符，指摘原判決依刑
15 法第62條前段規定減輕其刑係屬違法，同非適法之第三審上
16 訴理由。

17 七、其餘上訴意旨均非依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適
18 用何種法則或如何適用不當，徒就原判決已明確論斷說明之
19 事項，暨不影響於判決結果之枝節問題，漫事爭論，顯與法
20 律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合。揆之首揭
21 說明，應認檢察官、被告之上訴均為違背法律上程式，皆予
22 以駁回。

23 貳、持有第二級毒品純質淨重20公克以上部分

24 按刑事訴訟法第376條第1項各款所定之案件，就經第一審判
25 決有罪，而第二審駁回上訴或撤銷並自為有罪之判決者，不
26 得上訴第三審法院，為該條項所明定。原判決就上訴人所犯
27 持有第二級毒品純質淨重20公克以上部分，係維持第一審判
28 決，駁回上訴人此部分在第二審之上訴，核屬刑事訴訟法第
29 376條第1項第9款所列不得上訴於第三審法院之案件。揆諸
30 前開說明，既經第二審判決，自不得上訴於第三審法院。被

01 告猶對此部分提起上訴（見本院卷第70頁），顯為法所不
02 許，亦併予駁回。

03 據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

04 中 華 民 國 115 年 7 月 23 日

05 刑事第一庭審判長法官 徐昌錦

06 法官 林海祥

07 法官 江翠萍

08 法官 黃紹紘

09 法官 張永宏

10 本件正本證明與原本無異

11 書記官 邱鈺婷

12 中 華 民 國 115 年 7 月 27 日