

最高法院刑事判決

115年度台上字第3664號

上訴人 臺灣高等檢察署臺中檢察分署檢察官郭靜文
被告 林嘉芸

選任辯護人 巫念衡律師
陳佳函律師

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國115年5月20日第二審更審判決（114年度上更一字第47號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署111年度偵字第14942號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

- 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。
- 二、本件原審審理結果，認定被告林嘉芸之犯行明確，因而撤銷第一審之有罪判決，適用毒品危害防制條例（下稱毒品條例）第17條第2項、刑法第16條但書、第59條，改判依刑法想像競合犯規定，從一重論處被告共同犯運輸第二級毒品罪刑（處有期徒刑2年，緩刑5年）；被訴涉犯共同運輸（私運）第二級毒品（管制物品）即原判決附表一（下稱附表一）編號2所示大麻油部分，原審認為不能證明被告有此部分犯罪，惟因檢察官認與前述有罪部分有實質上一罪及裁判

01 上一罪關係，則不另為無罪之諭知（被訴涉犯輸入禁藥罪嫌
02 部分，原審前審審理結果，認為不能證明被告有此部分之犯
03 行，因而維持第一審關於此部分之無罪判決；此部分未據檢
04 察官上訴，已告確定），並為沒收（追徵）之諭知。從形式
05 上觀察，並無判決違法情形存在。

06 三、檢察官上訴意旨略以：

07 (一)被告於偵查及第一審均坦承其郵寄來臺之如附表一編號1、2
08 所示之物係大麻製品，而大麻及四氫大麻酚（THC）皆屬毒品
09 條例所列管之第二級毒品。被告雖移居美國多年，然其先前
10 在我國就學及工作，於民國101年5月至111年7月22日（即返
11 國接受本案調查之日）間亦有多次入境回臺之紀錄，依其智
12 識程度及我國對於禁止攜帶毒品入境之相關宣導，被告應可
13 輕易知悉大麻在我國係不得持有、運輸之第二級毒品及管制
14 進出口物品。況被告於郵寄物品前之110年12月28日曾拍攝
15 附表一編號1、2所示大麻油之照片並傳送予胞弟林俞憲，復
16 於對話中警告林俞憲「THC那罐吃了驗尿一定不會過的」等
17 語；足見被告雖久居美國，但其對於THC屬我國列管之毒品
18 且不得私運進口等禁止規範已有認識，自無違法性錯誤可
19 言。原判決未細繹上開對話內容，逕依被告之辯解，認為被
20 告於對話中所稱驗尿不會過之THC，係指被告父親自行帶回
21 之滴劑；並謂被告因未能正確理解禁止規範之法律意涵，誤
22 認其將在國外合法購得含微量THC之大麻油寄至臺灣並不違
23 法，而有違法性認識錯誤之情形，乃援引刑法第16條之規定
24 減輕其刑。原判決上開認定已與卷內客觀證據不符，且與其
25 關於被告並無構成要件錯誤之理由未盡一致，有判決所載理
26 由矛盾之不當。

27 (二)原判決就被告所犯運輸第二級毒品罪，依毒品條例第17條第
28 2項、刑法第16條但書遞減輕其刑後，處斷刑下限已降至有
29 期徒刑2年6月，並無情輕法重或顯可憫恕之情形。有關被告
30 係為緩解林俞憲之疼痛症狀而共同運輸大麻油入境之動機、
31 該大麻油在被告居住之美國當地為合法之營養補充劑、被告

01 僅一次性少量輸入大麻油且未流入市面等情，應屬刑法第57
02 條科刑輕重之審酌事項。原判決斟酌上情而依刑法第59條酌
03 減其刑，顯不符比例原則。

04 四、惟按：

05 (一)刑法第16條規定：「除有正當理由而無法避免者外，不得因
06 不知法律而免除刑事責任。但按其情節，得減輕其刑」；究
07 有無該條所定情形而合於得減輕或免除其刑者，係以行為人
08 欠缺違法性認識為前提。所謂違法性認識，係指行為人對於
09 其行為有法所不容許之認識；雖不以行為人確切認識其行為
10 觸犯特定刑罰規定或可罰性為必要，惟行為人於主觀上若認
11 其行為非法律所禁止，或認其行為非違反社會法秩序而為法
12 律所不允許，即屬欠缺違法性認識。且因違法性認識係存在
13 於行為人內心之意思活動，難以直接從外在事實探知，法院
14 自可依據行為人教育、職業、社會經驗、生活背景、資訊理
15 解能力及查詢義務等個別客觀狀況為基礎，在法律秩序維護
16 與個人期待可能性間，綜合判斷行為人有無違法性認識。本
17 件原判決依憑被告及林俞憲之陳述，佐以美國紐澤西漢麻法
18 制暨其簡介摘要（New Jersey Hemp Program）、內政部警政
19 署刑事警察局駐美國聯絡組陳報單、網路購買證明、對話紀
20 錄及其他相關證據資料，認定被告自美國寄送如附表一編號
21 1所示之大麻油來臺，係為減緩林俞憲因罹患僵直性脊椎炎
22 之疼痛；該商品係被告自網路上購得，外包裝上印有「營養
23 補充品」之英文標示，且四氫大麻酚含量少於0.3%之大麻產
24 品，在被告所居住之美國紐澤西州屬可一般銷售之農產品。
25 又被告在美定居已逾10年並取得美國籍，其於本案偵查期間
26 不僅在美接受我國警方視訊及製作筆錄，更自願返臺向檢察
27 官釐清本案經過，並無刻意規避我國檢警調查之情事。被告
28 曾向林俞憲表示：上開大麻油僅含微量之THC，合乎規定，
29 且服用後不會有THC之作用等語，足見被告主觀上係認為高
30 含量之THC滴劑在我國雖屬列管物品，但因附表一編號1所示
31 大麻油所含之THC成分較低，應無違法疑慮。本件綜合被告

之認知能力、教育程度、生活環境與經驗、社會地位，及其行為時與行為前、後之客觀事證，被告就附表一編號1之大麻油含有THC成分及屬管制物品固具有認識，惟其未能正確理解禁止規範之法律意涵，致誤認其在國外合法購得含微量THC之營養補充品大麻油寄來臺灣予家人服用並不違法，而有違法性認識錯誤，自符合刑法第16條之規定。惟因被告欠缺違法性認識未達不可避免之程度，僅得減輕其刑等旨（見原判決第8至12頁）。核其說明、論斷，俱與卷證資料相符，並無檢察官上訴意旨所指判決理由矛盾之違法情形。又依卷附對話紀錄，林俞憲於110年12月27日先傳送貼有「THC TINCTURE」標籤之瓶裝滴劑照片，並詢問被告如何使用，被告答稱：「這個是有thc成分的，意思就是可能會high，爸用了說不舒服好幾個小時……」；於同年月28日，林俞憲又向被告提及「我昨天那罐？」，被告再次表明「那個有thc」，並向林俞憲澄清其所寄往臺灣之大麻油所含THC「可以說沒有，非常低」各等語（見偵卷第49、51、61頁）；足見被告在上開對話中，顯然有意區隔前揭照片中「THC TINCTURE」滴劑與其此次寄送來臺、僅含微量THC成分大麻油之異同。原審綜合觀察被告與林俞憲前後2日對話內容之整體脈絡，參酌被告及林俞憲之陳述，推認被告於對話中所稱：「『THC那罐』吃了去驗尿是一定不會過的」等語（見偵卷第59頁），並非意指附表一編號1之大麻油，即無不合。檢察官上訴意旨割裂觀察被告與林俞憲之完整對話內容，遽認被告所稱「THC那罐」並非其父先前服用過之高劑量THC成分滴劑，且指摘原判決此部分之認定自相矛盾等語，係就原判決已明白論斷之事項，依憑己意，再為爭執，並非適法之第三審上訴理由。

(二)刑法第59條規定：「犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，得酌量減輕其刑」，所稱「犯罪之情狀」，與同法第57條規定科刑應審酌之「一切情狀」，並非有截然不同之領域；是否依刑法第59條酌減其刑，自應就同法第57條

各款所列事項，以及其他一切與犯罪有關之情狀，予以全盤考量，審酌其犯罪有無顯可憫恕之情狀，以為判斷。亦即，適用刑法第59條酌量減輕其刑時，並不排除同法第57條所列舉10款事由之審酌。又刑法第59條之適用與否，係屬事實審法院得依職權自由裁量之事項，倘未濫用其權限，即不得任意指摘為違法，而執為第三審上訴之理由。有關被告之本案犯罪何以適用刑法第59條酌減其刑，原判決說明略以：被告所犯運輸第二級毒品罪之法定刑為「無期徒刑或10年以上有期徒刑，得併科新臺幣1千5百萬元以下罰金」，不可謂不重。審酌被告係因林俞憲罹患僵直性脊椎炎，為減緩林俞憲之疼痛症狀而共同運輸大麻油入境，動機單純；且其輸入之大麻油在美國紐澤西州當地屬合法之營養補充劑，被告又僅一次性之少量輸入，該等商品於運輸入境時即遭查獲而未流入市面，對社會整體侵害之程度尚屬有限，如僅依毒品條例第17條第2項、刑法第16條但書規定減輕其刑，處斷刑之下限為有期徒刑2年6月，仍屬過苛，在客觀上足以引起一般人之同情，而有情輕法重之情形等旨（見原判決第14至15頁）。經核於法並無不合，亦無濫用裁量職權之違誤。原判決於審酌應否適用刑法第59條之規定時，雖併考量被告係為減緩家人疼痛症狀而犯本案，附表一編號1之大麻油在被告居住之美國當地屬營養補充品，實際上亦未流入市面等事由；然此行為動機及犯罪所生損害等刑法第57條科刑時應審酌之情狀，與同法第59條所稱顯可憫恕之犯罪情狀並不相斥，依上開說明，已不能任意指為違法。檢察官上訴意旨猶執上情，指摘原判決適用刑法第59條之規定酌減其刑不符比例原則等語；係就原審量刑裁量職權之適法行使，以自己之說詞，任意為相異之評價，核與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。

五、依上說明，本件檢察官之上訴違背法律上之程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

01 中 華 民 國 115 年 8 月 19 日
02 刑事第七庭審判長法官 林瑞斌
03 法官 洪兆隆
04 法官 吳冠霆
05 法官 陳芃宇
06 法官 高文崇
07 本件正本證明與原本無異
08 書記官 王怡屏
09 中 華 民 國 115 年 8 月 25 日