最高法院刑事判決

115年度台上字第562號

上　訴　人　鄭翔壬

選任辯護人　黃俊嘉律師
　　陳秉宏律師

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國114年9月30日第二審判決（114年度上訴字第1735號，起訴案號：臺灣臺南地方檢察署114年度偵字第5014、6235號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

一、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，認定上訴人鄭翔壬有如原判決事實欄所載之犯行，因而維持第一審從一重論處上訴人犯製造第二級毒品罪刑（另想像競合犯私運管制物品進口罪），並諭知相關沒收銷燬及沒收之判決，駁回上訴人在第二審之上訴，已依調查證據之結果，載述憑以認定之心證理由。

三、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，復已敘述其憑以判斷之心證理由，即不能任意指為違法。原判決依憑上訴人不利己之供述（於偵查、第一審及原審坦承犯行），佐以現場蒐證照片、上訴人之入出境資訊連結作業查詢、法務部調查局濫

用藥物實驗室鑑定書及卷附其他相關證據資料，暨扣案如原判決附表（下稱附表）編號1至21所示之證物，經綜合判斷，認定上訴人有製造第二級毒品犯行，復就原審辯護人主張上訴人雖著手製造第二級毒品大麻犯行，但僅止於未遂云云，如何不足採信，說明上訴人坦承自所種植之大麻植株採收大麻花1朵，將之放在太陽下曝曬、乾燥，再以附表編號13所示之研磨器磨碎後，放入大麻吸食器點火吸食其煙霧之事實，有附表編號13、15至18所示之研磨器及大麻植株可佐，且上開植株經送法務部調查局鑑定結果，均含第二級毒品大麻成分，植株既經確認係大麻無誤，則自該植株所採收之大麻花，經曝曬、乾燥、磨碎後，並未改變其物理性質，應仍具大麻成分，其已完成製造大麻之犯行等，皆於理由內詳為論述、指駁。所為論斷，俱有卷內資料可資佐證，合乎推理之邏輯規則，且所謂補強證據，並非以證明犯罪構成要件之全部事實為必要，倘得以佐證上訴人之供述非屬虛構，即已充足，而如上述，本件並無欠缺補強證據之情形。上訴意旨置原判決明白之論述於不顧，仍執前詞，謂法務部調查局之鑑定書係針對附表編號15至18所示之大麻植株或大麻葉認含第二級毒品大麻成分，並非伊於民國114年1月間所採收之大麻花，上開鑑定書不足為製造第二級毒品既遂之補強證據，伊所犯既為未遂，原審未依刑法第25條第2項減輕其刑，尚有未當云云。係對原審證據取捨、證據證明力之判斷，依憑己意，再為爭辯，難認係適法之第三審上訴理由。

四、刑法第62條前段之自首減輕其刑，係對於未發覺之犯罪，在有偵查犯罪職權之公務員知悉犯罪事實及犯人前，向職司犯罪偵查之公務員坦承犯行，並接受法院之裁判而言。苟職司犯罪偵查之公務員已知悉犯罪事實及犯罪嫌疑人後，犯罪嫌疑人始向其坦承犯行，則為自白而非自首。且所謂發覺，不以有偵查犯罪之機關或人員確知其人犯罪無誤為必要，僅須有確切之根據得為合理之可疑，即屬發覺。另實質上一罪，如接續犯、繼續犯、加重結果犯、結合犯、吸收犯、常業犯

或集合犯等，既非裁判上一罪，倘部分犯罪事實已先被發覺，即難認其主動供出其他部分事實仍有自首減輕其刑之適用。原判決已敘明本件偵辦之初，係因警方於113年8月7日查獲陳家鈺持有大麻花、大麻種子、大麻捲菸及大麻之犯行，經陳家鈺於警詢稱：有1名使用帳號a654365@gmail.com之男子向其傳送大麻照片，可能係要詢問是否購買大麻等語，而上訴人即為使用前揭帳號之人，警方乃鎖定上訴人進行偵辦，並於114年2月11日，持搜索票至臺南市佳里區佳北路138號上訴人住處執行搜索，扣得附表編號1至21所示之物。且附表編號15至18所示之物，為上訴人所栽種之大麻植株及摘下之大麻葉，附表編號1至12所示之物，則為供上訴人種植大麻所用之物，警方於執行搜索後，依前揭扣案物有確切之根據，合理懷疑上訴人有栽種大麻之嫌疑。警方於翌日對上訴人製作筆錄時，遂詢以：「你是否有將大麻植株製作成可供施用之大麻毒品成品？」上訴人固坦認製造大麻犯行。然栽種大麻與製造大麻為實質上一罪之關係，警方既已發覺上訴人栽種大麻，縱其事後坦承製造大麻，亦不合於自首之要件，無從依刑法第62條前段減輕其刑等旨。所為論敘，於法無違。上訴意旨仍執前詞，謂其係在警方僅發覺其持有大麻，警員詢問伊是否有製造第二級毒品時，即主動坦承犯行，並於偵審中接受裁判，足見伊係對製造第二級毒品犯行自首，原審未依刑法第62條前段規定減輕其刑，有所違誤。係對原判決適法之論斷，再為爭論，並非合法之第三審上訴理由。

五、最高法院刑事庭各庭審理案件期間，當事人認為足以影響裁判結果之法律見解，刑事庭先前裁判之見解已產生歧異，或具有原則重要性，得以書狀，向受理案件之刑事庭聲請以裁定提案予刑事大法庭裁判，法院組織法第51條之4第1項定有明文。所謂歧異提案，指提案庭就受理案件擬採為裁判基礎之法律見解，與相同事實之先前裁判見解不同，而將該法律爭議提交予大法庭裁判而言。上訴意旨雖謂本院112年度台

上字第1687、3895號及113年度台上字第2669號判決認實質上一罪，如接續犯、繼續犯、加重結果犯、結合犯、吸收犯、常業犯或集合犯等，在法律上僅賦予單一犯罪事實之評價，具有不可分性，此與想像競合犯係數行為，在犯罪評價上為數罪，僅在科刑上從一重處斷，截然不同，故於實質上一罪之情形，倘部分犯罪事實已先被發覺，即難認其主動供出其他部分事實，仍有自首減輕其刑規定之適用。然本院111年度台上字第1612號判決卻認被告對於不法內涵較輕之持有毒品行為認罪，並供出製造毒品之犯行，應有自首減輕其刑之適用，本院就上開足以影響裁判結果之法律見解已產生歧異，而聲請提案至本院刑事大法庭云云。惟本院112年度台上字第1687、3895號及113年度台上字第2669號判決意旨係從發覺的角度，就實質上一罪之一部分事實被發覺，被告再自首其他部分，是否構成自首而為論述；111年度台上字第1612號判決則從被告供述犯行的角度出發，針對實質上一罪之一部分事實自首，效力是否及於其他部分予以闡述，彼此間並無歧異。上訴意旨無非對本院判決有所誤解，其上開聲請，顯與歧異提案之要件不合，應予駁回。

六、憲法訴訟法第55條規定：「各法院就其審理之案件，對裁判上所應適用之法律位階法規範，依其合理確信，認有牴觸憲法，且於該案件之裁判結果有直接影響者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。」換言之，法院聲請憲法法庭為宣告違憲之判決，須客觀上確信其牴觸憲法，始克當之，不包括僅認為系爭法規範有違憲疑義，或該法規範猶有合憲解釋可能之情形。若法院就所適用之法律，無合理確信有牴觸憲法之疑義，基於法秩序之安定性及權力分立、民主憲政原則之尊重，自應做合憲性解釋，不生裁定停止訴訟程序，並聲請憲法法庭判決之問題。上訴意旨謂毒品危害防制條例第4條第2項規定：「製造、運輸、販賣第二級毒品者，處無期徒刑或10年以上有期徒刑，得併科新臺幣1,500萬元以下罰金。」並未考量栽種大麻係為供己施用者，勢必將大麻曝曬、乾燥

及研磨等製造程序，逕以上揭重刑處罰，有違憲法第23條比例原則云云。僅係其個人主觀之想法，尚不足以使本院形成違憲的合理確信，其促請依憲法訴訟法第55條規定向憲法法庭聲請法規範憲法審查，本院認與聲請憲法審查之要件不符，附此敘明。

七、綜上，本件上訴違背法律上之程式，應予駁回。上訴人對於得上訴於第三審法院之製造第二級毒品罪及私運管制物品進口罪的上訴，既屬不合法而應從程序上駁回，則不得上訴於第三審法院之意圖供栽種之用而運輸大麻種子罪，自無從適用審判不可分原則併為實體上審判，應一併駁回。本件上訴既從程序上駁回，則上訴人請求本院從輕量刑，亦無從審酌。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　26　　日

刑事第九庭審判長法　官　林英志

法　官　蔡廣昇

法　官　陳德民

法　官　許泰誠

法　官　劉興浪

本件正本證明與原本無異

書記官　盧翊筑

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　30　　日