最高法院刑事判決

115年度台上字第928號

上　訴　人　洪騏翔

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國114年11月11日第二審判決（114年度上訴字第486號，起訴案號：臺灣屏東地方檢察署113年度偵字第3590、8195、8196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。至原判決究有無違法，與上訴是否以違法為理由，係屬二事。原判決引用第一審判決書所記載之事實、證據及理由，認定上訴人洪騏翔有如其事實欄之犯行，因而論處上訴人犯製造第二級毒品罪刑，並諭知相關沒收銷燬及沒收之判決，駁回上訴人之第二審上訴。已詳述其憑以認定之證據及理由，俱有卷存證據資料可資覆按。

二、上訴意旨略以：上訴人栽種之大麻植株尚未開花，上訴人並無摘取、收集大麻花進行乾燥之行為，至現場查扣之大麻葉，係大麻植株自然乾枯掉落，整理後正準備丟棄，並無製造第二級毒品之犯行，栽種亦祇為供自己施用，原判決論處製造第二級毒品罪，認事用法實有違誤。上訴人並無前案之素行，且有正當之工作並須扶養妻小，現已坦認錯誤，原判決未適用刑法第59條之規定酌減其刑，量刑難認允當云云。

三、按證據之取捨與事實之認定，均為事實審法院之職權，苟其採證認事，並不違背經驗及論理法則，即不容任意指為違法，而執為適法之第三審上訴理由。原判決依憑上訴人坦承自網路購入大麻種子後，在其住處以扣案之資材、設備栽種成大麻植株，並摘取、收集大麻葉等不利於己之供述，佐以現場相關之扣押物品、照片，以及扣案之大麻葉經檢驗結果含第二級毒品大麻成分之鑑定書等證據資料，綜合判斷後，認定上訴人培育大麻種子發芽成苗，俟大麻植株成熟至採收階段，再以人工方式摘取、收集大麻葉，放置在鐵盤上，透過除濕機、電風扇等物以陰乾、風乾之方式製成可供施用之大麻，而有上開製造第二級毒品之犯行。對於上訴人所為如其前揭上訴意旨之辯解，何以不足採信，亦在判決內詳予指駁，並敘明：1.依現場照片所示，上訴人係將大麻葉擺放在地上之鐵盤內，且扣案之乾燥大麻葉淨重逾3公克，數量非少，又集中放在夾鏈袋內，絕大部分仍呈現較為翠綠之顏色，與其他尚未自大麻植株摘取下之新鮮大麻葉顏色相近，現場之大麻植株，並未見有大麻葉枯黃或掉落地面，可認扣案之乾燥大麻葉係在狀態良好之情況下經摘取、收集，與上訴人辯稱係整理自然乾枯掉落之大麻葉等情並不相符。2.毒品危害防制條例所稱之製造毒品，主要係指利用毒品原料加工、提煉、配製毒品之行為，包括從原植株內提煉毒品，或利用化學合成方法將粗製毒品精煉成精製毒品，但不包含種植毒品原植株。故對大麻植株之花、葉、嫩莖，以人工方式予以摘取、收集、清理後，再利用人為、天然力或機器設備等方法，以風乾、陰乾、曝曬或烘乾等方式，使之乾燥，亦即以人為方式加工施以助力，使之達易於施用之程度，即屬製造毒品大麻行為。至製造毒品既、未遂與否之判斷，雖因毒品種類、製程及方式不同，或有差異，惟所製造之毒品倘已達足供人施用之程度，即應認已製造完成，而屬既遂。依現場房內放置電風扇及除濕機之位置，係利用電風扇將風朝上方吹送，以帶動房間空氣流動，輔以除濕機控制房間濕

度，使置於房內地上鐵盤之大麻葉加速乾燥，且扣案之大麻葉經檢出大麻成分，已達於乾燥可供施用之程度。上訴人摘取、收集大麻葉，並透過陰乾、風乾之方式使之達於可供施用之程度，自屬製造大麻之行為。3.上訴人自栽種時起迄為警查獲時止已經過約1年之期間，而大麻之成熟期約3至5月，且現場確實扣得含大麻成分之植株及煙草狀檢品，上訴人所栽種之大麻植株於遭警查獲前早已成熟達可採收之程度，上訴人係透過網路搜尋種植大麻之資訊，又花費相當之金錢、時間、勞力，其辯稱不知所栽種之大麻已達可採收之程度，並不可採。上訴人透過自學得知栽種大麻知識，自然明知大麻葉經風乾後，可製成毒品供人施用，其主觀上有製造大麻之犯意。4.上訴人縱有種植大麻植株使之生成大麻花，以取得更高成分之大麻毒品犯罪計畫，仍與上開摘取、收集大麻葉後乾燥之製造大麻行為認定無涉。5.上訴人已供稱並未使用大麻，此與其為警查獲經採集尿液送驗之結果，大麻代謝物或其他各類毒品均呈陰性反應，以及上訴人並無毒品刑事前案之紀錄等情相符，且以上訴人栽種之大麻植株數量及現場之規模、設備，均難認係情節輕微之單純供己施用而栽種。況上訴人種植大麻植株後，係另以人工方式採摘植株上之大麻葉，並以上述乾燥方式加工施以助力，上訴人所為要與毒品危害防制條例第12條第3項因供自己施用，意圖供製造毒品之用而栽種大麻之情形不同等旨。已詳敘其整體調查、取捨證據之結果及憑以認定之心證理由，與經驗法則及論理法則無違。上訴意旨置原判決明確之論斷於不顧，仍主張現場乾枯之大麻葉係自然掉落，其並無摘取、收集大麻葉使之乾燥之製造第二級毒品行為云云，無非係就原審採證認事及判斷證據證明力職權之合法行使，以自己之說詞，任意為相異之評價，自非適法之第三審上訴理由。

四、又刑之量定及是否適用刑法第59條規定酌量減輕其刑，均屬事實審法院於職權範圍內得為酌定之事項，除其裁量權之行使，明顯違反比例原則外，不得任意指為違法。原判決已說

明上訴人所犯製造第二級毒品罪，雖別無減刑事由，然其製造既遂之大麻淨重已逾3公克，種植之大麻植株達62株，犯罪規模不小，所為有助長毒品氾濫之虞，對社會風氣及治安危害非輕，客觀上已難認有何情堪憫恕或特別之處，而有適用刑法第59條規定酌減其刑之必要。並以第一審之量刑，係以上訴人之責任為基礎，審酌上訴人之犯罪動機、栽種、製造之期間、數量非寡，及其無刑事前案之素行、坦承部分犯行之態度與智識程度、工作、家庭生活經濟等一切情狀而為量刑，並無違罪刑相當及比例原則，因而維持第一審之量刑等旨，經核於法尚無違誤。原判決已認定上訴人所為，在客觀上並無有何足以引起一般同情，認為即使予以宣告法定最低度刑，猶嫌過重之情形，原判決未依刑法第59條規定酌減其刑，並無違法可指。

五、綜上，本件上訴人上訴意旨，無非係就原審採證認事及量刑職權之適法行使，以及原判決已明確論斷說明之事項，再事爭辯，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合，依首揭說明，本件上訴為違背法律上之程式，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。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　30　　日

刑事第九庭審判長法　官　林英志

法　官　劉興浪

法　官　蔡廣昇

法　官　陳德民

法　官　許泰誠

本件正本證明與原本無異

書記官　鄭淑丰

中　　華　　民　　國　　115　　年　　5　　月　　4　　日