

最高法院刑事判決

108年度台上字第4201號

上訴人 林志賢

上列上訴人因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108年2月13日第二審判決（107年度上訴字第2093號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署107年度偵字第8117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、本件上訴人林志賢上訴意旨略稱：

(一)、原判決係維持第一審分別論我以如其附表（下稱附表）五編號①至⑥所示之私運管制物品進口、製造第二級毒品、販賣第二級毒品、私運管制物品進口、意圖供製造毒品之用而栽種大麻（下稱栽種大麻）及私運管制物品進口等6罪，而依序宣處有期徒刑4月、2年7月、2年7月、6月、5年1月、7月，暨就前開編號①、④所示2罪，及編號②、③、⑤、⑥所示4罪，各定其應執行刑為有期徒刑8月及7年1月之判決，駁回我在第二審之上訴。但我所犯上述6罪，原判決既認均屬數罪，而應予併合處罰，卻未依刑法第51條、第53條規定，合併定1個應執行刑，顯有判決不適用法則之違誤。

(二)、我所犯如附表五編號⑤所示之栽種大麻犯行，其法定最輕本刑為5年以上有期徒刑，刑度非輕，且參諸犯販賣、製造、運輸、轉讓第二級毒品等罪，其法定本刑，較諸我所犯栽種大麻罪，或重或輕，但均因行為人於偵查及審理中自白犯行

，而可依毒品危害防制條例第17條第2項規定，減輕其刑；我所犯前開栽種大麻罪名，就其罪質而言，僅係製造第二級毒品大麻的預備行為，我於本案偵查及審理中，亦皆已自白該犯行，然因該罪不屬於同條例第17條第1項所列舉之罪名，致無從依同條第2項規定減輕其刑；又我涉犯前述犯行，時間不長，迄至為警查獲時，復僅成功栽種16株已出苗的大麻植株，數量甚少，且我係因一時思慮不周，致罹刑章，所犯與製造大麻供販賣牟利者，惡性亦有差別，對社會治安及國民健康之危害，相對較小，犯罪情節實非重大；另我於本案偵查及原審時，已自白前述犯行，有效節省訴訟成本之消耗，倘遽依毒品危害防制條例第12條第2項規定，判處我最輕法定本刑之5年有期徒刑，仍屬過苛，在客觀上確足以引起一般人之同情，有情輕法重之情狀。原審就我栽種大麻部分之犯行，未能詳酌上情，不依刑法第59條規定酌減其刑，難謂符合比例原則及公平原則云云。

三、惟查：

(一)、原判決綜合全案證據資料，本於事實審法院職權推理之作用，認定上訴人確有其事實欄所載之犯行。因而維持第一審論處上訴人製造第二級毒品1罪刑（如附表五編號②所示；依刑法第62條前段及毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕、酌減其刑，宣處有期徒刑2年7月）、販賣第二級毒品1罪刑（如附表五編號③所示；依刑法第62條前段及毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕、酌減其刑，宣處有期徒刑2年7月）、栽種大麻1罪刑（如附表五編號⑤所示，宣處有期徒刑5年1月），及從一重論處上訴人私運管制物品進口3罪刑（如附表五編號①、④、⑥所示，依序分別宣處有期徒刑4月、6月、7月；其中編號①、④所示2罪，均想像競合犯意圖供栽種之用而運輸大麻種子罪；另編號⑥所示之罪，則想像競合犯意圖供栽種之用而運輸、販賣大麻種子罪）之判決，駁回上訴人之第二審上訴，已詳細說明其採證認事的理由，所為論斷，亦俱有卷證資料可資覆按。其採證認事，從形

01 式上觀察，並無違背法令的情形。

02 (二)、按「犯最重本刑為5年以下有期徒刑以下之刑之罪，而受6月
03 以下有期徒刑或拘役之宣告者，得以新臺幣1千元、2千元或
04 3千元折算1日，易科罰金。但易科罰金，難收矯正之效或難
05 以維持法秩序者，不在此限」、「依前項規定得易科罰金而
06 未聲請易科罰金者，得以提供社會勞動6小時折算1日，易服
07 社會勞動」、「受6月以下有期徒刑或拘役之宣告，不符第1
08 項易科罰金之規定者，得依前項折算規定，易服社會勞動」
09 ；又「裁判確定前犯數罪者，併合處罰之。但有下列情形之一
10 者，不在此限：一、得易科罰金之罪與不得易科罰金之罪
11 。二、得易科罰金之罪與不得易服社會勞動之罪。三、得易
12 服社會勞動之罪與不得易科罰金之罪。四、得易服社會勞動
13 之罪與不得易服社會勞動之罪」、「前項但書情形，受刑人
14 請求檢察官聲請定應執行刑者，依第51條規定定之」，刑法
15 第41條第1項、第2項、第3項、第50條第1項、第2項分別定
16 有明文。故裁判確定前犯數罪，而有刑法第50條第1項但書
17 之情形，除受刑人於判決確定後請求檢察官聲請定應執行刑
18 者外，不適用併合處罰之規定，賦予受刑人選擇權，以符合
19 其實際受刑利益。

20 經查，上訴人因犯如附表五編號①至⑥所示6罪，業經原判
21 決各宣處如前述之刑，其中如附表五編號①、④所示2罪，
22 均屬不得易科罰金、但得易服社會勞動之罪；另如附表五編
23 號②、③、⑤、⑥所示4罪，則皆屬不得易科罰金、亦不得
24 易服社會勞動之罪。原判決乃分別就如附表五編號①、④所
25 示2罪，定其應執行刑為有期徒刑8月；另就如附表五編號②
26 、③、⑤、⑥所示4罪，定其應執行刑為有期徒刑7年1月。
27 依前揭規定及說明，經核於法並無違誤。上訴意旨(一)，持憑
28 己意，漫事指摘，自非適法的第三審上訴理由。至上訴人所
29 犯前開6罪，應俟本案判決確定後，經其以受刑人身分請求
30 檢察官聲請，法院始得合併定其應執行刑，併此敘明。

31 (三)、案件有無依刑法第59條關於犯情可憫、減輕其刑規定處遇之

必要，係屬法院的自由裁量權，非許當事人逕憑己意，指稱法院不給此寬典，即有判決不適用法則之違法。原判決理由欄內，已載敘：依本案上訴人經警查扣成株大麻16株（剪得大麻花1籃，驗餘淨重365.07公克）、大麻種子39顆及相關大量器材、設備觀之，可見其栽種大麻之規模非微；且該查獲現場懸掛著「巧普實業有限公司」及「一林氣體有限公司」的招牌，上訴人亦坦承其為該2家公司的實際經營者，各該公司現仍營業中，從事氣體銷售、工程配管等業務，因上一代經營不善，約有新臺幣（下同）一千餘萬元的負債，其乃鋌而走險，種植大麻等情；參酌上訴人前次（指如附表五編號②、③所示之犯行）以16株大麻成株，製造乾燥大麻花成品約二公斤，並以84萬元之價格販賣予他人，又再次觸犯如附表五編號⑤所示之栽種大麻罪，益見其不思進取，殫精竭慮於前述公司之經營，為圖不法暴利而有此犯行，豈可謂有特殊的原因與環境，在客觀上足以引起一般同情可言？爰認就上訴人所犯該栽種大麻罪，無適用刑法第59條規定酌減其刑之餘地等詞。上訴意旨(二)，係對於原審量刑職權之適法行使，任意指摘，難謂已符合首揭法定上訴要件。

(四)、綜上所述，上訴人前開之上訴，違背法律上之程式，應予駁回。

(五)、上訴人另想像競合犯意圖供栽種之用而運輸、販賣大麻種子罪部分，原審係維持第一審此部分有罪之認定，核屬刑事訴訟法第376條第1項第1款所列不得上訴於第三審法院的案件，上揭私運管制物品進口重罪部分，上訴既屬不合法律上之程式，而應從程序上駁回，則此意圖供栽種之用而運輸、販賣大麻種子輕罪部分，自無從適用審判不可分原則，併為實體上審判，亦應從程序上予以駁回。

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 109 年 1 月 9 日
最高法院刑事第三庭

01		審判長法官	洪昌宏	
02		法官	李錦樑	
03		法官	林孟宜	
04		法官	吳淑惠	
05		法官	吳信銘	
06	本件正本證明與原本無異			
07			書記官	
08	中華民國	109年	1月	30日