

臺灣高等法院花蓮分院刑事判決

114年度原上訴字第155號

上訴人

即被告 徐張善本

選任辯護人 溫翊妘律師(法扶律師)

上列上訴人即被告因違反毒品危害防制條例等案件，不服臺灣花蓮地方法院113年度原訴字第44號中華民國114年9月19日第一審判決（起訴案號：臺灣花蓮地方檢察署檢察官112年度偵字第4936、7919號），提起上訴，本院判決如下：

主文

上訴駁回。

理由

一、上訴人即被告徐張善本（以下稱被告）明示僅就原判決量刑部分提起上訴（詳本院卷第87、88、121頁），並有刑事一部撤回上訴狀可憑（詳本院卷第93、94頁），依刑事訴訟法第348條第3項規定，本院審理範圍僅限於原判決就被告所犯製造第二級毒品罪、轉讓禁藥罪（共2罪）之各罪宣告刑及轉讓禁藥罪之定應執行刑，不及於認定上開各罪之犯罪事實、所犯法條（罪名）及沒收，並以經原判決認定之犯罪事實、所犯法條（罪名）為基礎，審查原判決量刑合法妥適與否。

二、被告上訴及辯護人辯護意旨略以：

(一)被告為警搜索查獲後，於民國112年7月3日應警詢時，已陳明其手機內LINE對話截圖中暱稱「啊碧」之人之姓名、連絡電話，且敘明寄送之物品為大麻，截圖中新北市○○區地址（詳卷）為宅配地址，及收件人姓名為何等情，檢察官及司法警察因此於同年月4日查獲同案被告林琚娟，顯係於檢警尚未掌握其他共犯相關事證而合理懷疑有製造大麻之情事前，分別主動供出共犯林琚娟之姓名、聯繫方式及住居所，且卷內通訊對話明確證實其具備共同製造、測試品質、指導

01 種植及圖利銷售之犯意聯絡及行為分擔，且原判決既已明確  
02 認定被告與林琺娟間確有轉讓大麻之事實，依經驗法則及論  
03 理法則，被告與林琺娟間在毒品犯罪鏈中，必然存在收受、  
04 持有或進一步販運之共犯或正犯關連性，且查獲係屬偵查機  
05 關之權限，查獲之屬實於否，則為法院職權認定之事項，應  
06 由法院做最後審查並決定其真實性，法院原則上不問被舉發  
07 之案件進行程度如何，應根據偵查機關已蒐集之證據綜合判  
08 斷有無「因而查獲」之事實，不以偵查結論作為查獲屬實與  
09 否之絕對依據，是縱檢察官就林琺娟部分為不起訴處分，被  
10 告本案仍應依毒品危害防制條例第17條第1項規定減輕其  
11 刑。

12 (二)又被告並無刑事前科，素行良好，自案發後始終配合調查並  
13 坦承犯行，其原為緩解腸胃道出血痼疾，植株僅11株，成品  
14 全然未流入市面，動機係出於自我醫療而非圖利，主觀惡性  
15 與社會危害程度顯與大規模製造牟利之情節有別，客觀上實  
16 有情輕法重、足堪憫恕之處，應審酌依刑法第59條規定酌減  
17 其刑。

18 (三)被告長年深耕有機農業並熱心公益，將農產品物資無償捐助  
19 弱勢機構，素行良好，且因病痛誤觸法網，案發後始終坦承  
20 犯行，深具悔悟，經此程序以足收警惕之效，請審酌其犯罪  
21 情節輕微且主觀惡性低，予以從輕量刑並給予緩刑，以勵自  
22 新。

### 23 三、駁回上訴之理由：

24 (一)本案並無毒品危害防制條例第17條第1項規定之適用：

25 1. 毒品危害防制條例第17條第1項規定：「犯第4條至第8條、  
26 第10條或第11條之罪，供出毒品來源，因而查獲其他正犯或  
27 共犯者，減輕或免除其刑。」旨在鼓勵毒品下游者具體供出  
28 其上游供應人，俾進一步擴大查緝績效，找出其他正犯或共  
29 犯，以確實防制毒品泛濫或更為擴散；所謂「供出毒品來  
30 源，因而查獲」，係指被告翔實供出毒品來源之具體事證，  
31 因而使有偵查（或調查）犯罪職權之公務員知悉而對之發動

01 偵查（或調查），並因而查獲者而言；而上開所謂「查  
02 獲」，除指查獲該其他正犯或共犯外，並兼及被告所指其毒  
03 品來源之事，且該「查獲」屬偵查機關之權限（最高法院11  
04 5年度台上字第1482號判決意旨參照）；又所稱「供出毒品  
05 來源，因而查獲其他正犯或共犯者」，係指被告供出毒品來  
06 源之對向性正犯，或與其具有共同正犯、共犯（教唆犯、幫  
07 助犯關係）之毒品由來之人的相關資料，使調查或偵查犯罪  
08 之公務員據以對之發動調查或偵查程序，並因此而確實查獲  
09 其人、其犯行而言（最高法院115年度台上字第1510號判決  
10 意旨參照），且相關事證已臻起訴門檻（最高法院113年度  
11 台上字第2182號、115年度台上字第1476號判決意旨參  
12 照）。

- 13 2. 原判決依卷內之偵查報告（詳南部打擊犯罪中心卷第3至15  
14 頁），認定被告係經警透過網路偵蒐所得情資，發現其向蝦  
15 皮賣家販入大麻種子，且依現場勘查結果，被告住居所現場  
16 為有機農場，研判被告有可能在該農場種植大麻等情，亦有  
17 蒐證截圖可查（詳上開中心卷第17至23頁），佐以被告自承  
18 大麻種子係在蝦皮網站上向賣家購買種子，有告知警員，但  
19 不知賣家有無遭查獲等語（詳本院卷第89頁），且遍查全卷  
20 ，亦無原判決附表一所示賣家遭查獲之事證，是本案並無檢  
21 警查獲被告培育而製造本案第二級毒品大麻之種子來源之事  
22 實，此部分即無毒品危害防制條例第17條第1項之適用。
- 23 3. 被告雖陳明與其以通訊軟體聯絡之暱稱「啊碧」即林琬娟之  
24 行動電話門號及宅配地址，然林琬娟於本案係收受被告轉讓  
25 之大麻之人，並非大麻來源之對向性正犯，或與前開販賣大  
26 麻種子予被告者，具有共同正犯、共犯（教唆犯、幫助犯）  
27 關係，且林琬娟所涉販賣第二級毒品、意圖供製造毒品之用  
28 而栽種大麻，及意圖販賣而持有大麻種子等罪嫌，業經檢察  
29 官為不起訴處分確定等情，有臺灣花蓮地方檢察署檢察官11  
30 2年度偵字第4936、7919號不起訴處分書、臺灣高等檢察署  
31 花蓮檢察分署113年度上職議字第515號處分書為憑（詳本院

卷第97至102頁)。

4. 準此，依前開說明，本案既無被告購買之大麻種子來源遭查獲之事證，林琬娟亦難認係屬毒品來源之對向性正犯，或與其具有共同正犯、共犯（教唆犯、幫助犯關係）之毒品由來之人，復經檢察官為不起訴處分確定，而不符合「查獲」之要件，原判決認被告本案並無毒品危害防制條例第17條第1項規定之適用，尚無違誤。

(二) 本案各該販賣第二級毒品犯行，均難適用刑法第59條酌減其刑：

1. 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條所規定科刑時應審酌之「一切情狀」，並非有截然不同之領域，故是否依刑法第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（最高法院112年度台上字第3893號判決意旨參照）；惟該條規定係推翻立法者之立法形成，就法定最低度刑再予減輕，為司法之特權，適用上自應謹慎，未可為常態，其所具特殊事由，應使一般人一望即知有可憫恕之處，非可恣意為之，必須犯罪另有特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，認為即使予以宣告法定最低度刑期猶嫌過重者，始有其適用（最高法院112年度台上字第1541號判決意旨參照）；至於所謂「特殊之原因與環境」，係指斟酌犯罪行為人年齡、性格、行狀、前科、環境、犯罪之罪質、動機、方法、結果、對於社會之影響、犯罪後之態度等一切情狀，依符合社會通念之客觀標準，認為行為人所以為本件犯行，有其不得已之特殊原因，或受其所處之特殊環境逼迫所致，縱使依法定刑或處斷刑所形成量刑框架之最下限為量刑，仍嫌過重，方屬相當（最高法院112年度台上字第4528號判決意旨參照）。

2. 原判決就被告所犯製造第二級毒品及各該轉讓禁藥即大麻等

罪，均已依毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑，且相較毒品危害防制條例第4條第2項製造第二級毒品罪及藥事法第83條第1項轉讓禁藥罪之法定刑，已有所減輕。

3. 被告係詢問林琬娟有無銷售大麻管道，而將製造之大麻交予林琬娟試用乙情，為被告所不爭執（詳原審卷第57頁，本院卷第90頁），並經原判決認定在案；且大麻（即大麻仁）係屬常見之中藥藥材，被告若有個人醫療需求，大可前往中醫醫療院所就醫後取得，或逕自至合法中藥行購買，實無購買種子後自行種植、培育，收成後再行烘乾之必要，是被告本案製造及轉讓大麻之動機及目的，無非係為牟取不法利益，難認有何不得已之特殊原因或受所處環境逼迫所致。
4. 各式毒品戕害國人健康，嚴重影響社會治安，故政府立法嚴禁製造、販賣及轉讓同屬毒品之禁藥等行為，並以高度刑罰來遏止毒品氾濫之問題，被告製造大麻後，為求日後得以順利銷售，將毒品交付他人而流通在外，侵害法益之情節及程度已難謂輕微。
5. 被告前未有因犯罪而經法院判處罪刑確定，有法院前案紀錄表在卷供參（詳本院卷第33、34頁），又依其於原審提出之收據、感謝證明、感謝狀等影本（詳原審卷第79至85頁），雖可認其素行非劣，且有資助公益團體及從事公益活動等情事；惟是否適用刑法第59條酌量減輕其刑，非僅審酌自白、素行、品行等事由，併須綜合考量犯罪目的、動機、行為方式、侵害法益等與實施犯罪行為具有直接關聯性之犯罪情節事由，若過度偏重自白或素行、品行等一般情狀事由，恐認於犯罪後自白犯行，或素行、品行良好者，即有刑法第59條適用，且此顯然偏執一端之解釋，亦與刑法第59條所定「犯罪之情狀」之要件不符。
6. 準此，被告本案製造第二級毒品及各該轉讓禁藥等犯行，未見其實施犯罪有何特殊之原因與環境，客觀上實無足以引起一般人同情，或有顯可憫恕之處，經依毒品危害防制條例第17條第2項規定減刑後，亦難認對其量處處斷刑之最低度刑

猶嫌過重，而有情輕法重之情形，自均無適用刑法第59條規定酌減其刑之餘地，原判決裁量不適用該條減輕其刑，尚屬允當。

(三)原判決所宣告之刑及定應執行刑均屬適當：

1. 刑之量定及定應執行刑，俱屬為裁判之法院得依職權裁量之事項，苟其量刑已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列情狀，說明其量刑所側重之事由及其評價，於法定刑度內，酌量科刑，無顯然失當或違反公平、比例及罪刑相當原則者，亦無根據明顯錯誤之事實予以量定刑度，或偏執一端，致顯有失出失入情形；定應執行刑部分，若已綜合被告所犯各罪之情狀及其人格與犯罪之間的關聯而予評價，且其結果並未違背刑法第51條第5款之外部界限，及平等、比例、責罰相當原則等內部界限者，均非得任意指為違法。
2. 被告於偵查及原審、本院審理時，就其所犯製造第二級毒品及轉讓禁藥等罪均坦白承認，符合毒品危害防制條例第17條第2項規定，然無同條例第17條第1項、刑法第59條等規定適用，已如前述；而原判決於量刑時，已敘明被告明知大麻為毒品危害防制條例所列管第二級毒品及為藥事法所規範之禁藥，對人體身心健康具有危害性，仍無視政府禁令而為本案犯行，法治觀念薄弱，行為偏差，本案僅扣得大麻植株11株，轉讓對象為1人，數量非鉅，並考量被告坦認犯行之犯後態度，兼衡被告無刑事前案紀錄之素行，於原審自陳之智識程度、工作、家庭生活及經濟狀況，及從事各種公益行為、身體狀況（詳原審卷第67至68、73至85、149至150頁）等一切情狀，就所犯製造第二級毒品罪，量處有期徒刑5年2月，就轉讓禁藥罪（共2罪），各量處有期徒刑2月；復依被告各次所犯轉讓禁藥罪之期間、所犯罪質相同、轉讓對象為1人、次數2次，所用手段及整體法益侵害性等整體犯罪情狀，認行為與時間關連性及連續性較為密接，對法益侵害加重效應不大，刑事不法並未因之層升，如以實質累加方式，則處罰之刑度將超過其行為之不法內涵，違反罪責原

則，及考量因生命有限，刑罰對被告造成之痛苦程度，係隨刑度增加而生加乘效果，非以等比方式增加，以多數犯罪責任遞減原則，罪責相當及特別預防之刑罰目的，綜合審酌各罪間之犯罪動機、目的、類型、手段、時間及重複非難性之平衡等一切情狀，就轉讓禁藥罪所處之刑，定應執行有期徒刑3月。是原判決即已以行為人之責任為基礎，綜合考量上開自白之法定減刑事由、刑法第57條各款所定之犯罪情節及行為人屬性事項，以及各罪侵害法益異同、時空密接性等情事，在罪責原則下，於各罪處斷刑度及刑法第51條第5款所定之定刑範圍內行使其裁量權，並無違反比例、公平及罪刑相當等原則，且原判決就各罪所量處之刑度均屬處斷刑度內之低度刑，就轉讓禁藥罪部分所定之應執行刑，較之原判決就各該轉讓禁藥罪宣告刑之總和（即有期徒刑4月），亦已予以恤刑利益，均屬妥適。

3. 是上訴意旨所指被告之犯後態度、素行、品行、大麻植株數量、轉讓次數、對象等情，與原判決於量刑時所考量者，並無二致，原判決自無認定錯誤或未及予以實質上評價，致於劃定責任刑範圍時失其準據之處。

四、綜上各節，原判決就被告所犯製造第二級毒品罪及各該轉讓禁藥罪，就刑之法定減輕事由之認定及適用與否，既無違誤，依其審理時所審酌之各項情狀，並無事實誤認、漏未審酌、評價錯誤之情形，於量刑時已就有利及不利被告之量刑因子，以及於定執行刑宜予考量之事項，均全盤審酌而為裁量，所處各刑及定應執行刑經核均無逾越處斷刑度之範圍、違反量刑原則或濫用裁量權之違法情事，自不得任意指為違法。上訴及辯護人辯護意旨以前詞指摘原判決未適用毒品危害防制條例第17條第1項、刑法第59條等規定減輕其刑，及就各罪量刑及定應執行刑均有違誤，尚非可採，本案上訴為無理由，應予駁回。另原判決就被告所犯之製造第二級毒品罪所量處有期徒刑5年2月，尚屬適當，已經本院認定如前，即不符刑法第74條第1項所定受2年以下有期徒刑宣告之要

01 件，自無從為緩刑宣告，附此敘明。  
02 據上論斷，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。  
03 本案經檢察官蕭百麟提起公訴，檢察官謝雨青到庭執行職務。  
04 中 華 民 國 115 年 7 月 31 日  
05 刑事第二庭審判長法 官 林慧英  
06 法 官 顏維助  
07 法 官 黃鴻達

08 以上正本證明與原本無異。  
09 如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其  
10 未敘述理由者，並得於提起上訴狀後20日內向本院補提理由書  
11 （均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。  
12 中 華 民 國 115 年 7 月 31 日  
13 書記官 秦巧穎

14 附錄本案論罪科刑法條全文：

15 毒品危害防制條例第4條

16 製造、運輸、販賣第一級毒品者，處死刑或無期徒刑；處無期徒  
17 刑者，得併科新臺幣3千萬元以下罰金。

18 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  
19 刑，得併科新臺幣1千5百萬元以下罰金。

20 製造、運輸、販賣第三級毒品者，處7年以上有期徒刑，得併科  
21 新臺幣1千萬元以下罰金。

22 製造、運輸、販賣第四級毒品者，處5年以上12年以下有期徒  
23 刑，得併科新臺幣5百萬元以下罰金。

24 製造、運輸、販賣專供製造或施用毒品之器具者，處1年以上7年  
25 以下有期徒刑，得併科新臺幣1百50萬元以下罰金。

26 前五項之未遂犯罰之。

27 藥事法第83條

28 明知為偽藥或禁藥，而販賣、供應、調劑、運送、寄藏、牙保、  
29 轉讓或意圖販賣而陳列者，處7年以下有期徒刑，得併科新臺幣5  
30 千萬元以下罰金。

- 01 犯前項之罪，因而致人於死者，處7年以上有期徒刑，得併科新  
02 臺幣1億元以下罰金；致重傷者，處3年以上12年以下有期徒刑，  
03 得併科新臺幣7千5百萬元以下罰金。  
04 因過失犯第1項之罪者，處2年以下有期徒刑、拘役或科新臺幣5  
05 百萬元以下罰金。  
06 第1項之未遂犯罰之。