

裁判字號：最高法院 100 年台上字第 2604 號刑事判決

裁判日期：民國 100 年 05 月 19 日

裁判案由：違反毒品危害防制條例等罪

最高法院刑事判決 一〇〇年度台上字第二六〇四號

上訴人 鄭武佶

選任辯護人 周平凡律師

上列上訴人因違反毒品危害防制條例等罪案件，不服台灣高等法院台中分院中華民國一〇〇年二月十六日第二審判決（九十九年度上訴字第二一五五號，起訴案號：台灣台中地方法院檢察署九十八年度偵字第二三九八九號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於轉讓第一級毒品及明知為禁藥而轉讓部分撤銷，發回台灣高等法院台中分院。

其他上訴駁回。

理 由

壹、撤銷發回（即原判決事實欄一、(三)、(四)所示）部分：

本件原判決認定上訴人鄭武佶明知海洛因及甲基安非他命分別係毒品危害防制條例第二條第二項第一款、第二款所規定之第一級及第二級毒品，甲基安非他命亦為藥事法第二十二條第一項第一款規定之禁藥，不得非法轉讓，竟分別基於轉讓第一級毒品海洛因及轉讓屬於禁藥之第二級毒品甲基安非他命等犯意，分別為原判決事實欄一、(三)、(四)所示之犯行。因而撤銷第一審判決，改判論處上訴人轉讓第一級毒品及明知為禁藥而轉讓等罪刑，並為相關從刑諭知之判決。固非無見。

惟查：(一)、毒品危害防制條例於民國九十八年五月二十日修正公布，其中第十七條增列第二項規定：「犯第四條至第八條之罪於偵查及審判中均自白者，減輕其刑。」其立法目的為使犯該條例第四條至第八條案件之刑事訴訟程序儘早確定，並鼓勵被告自白認罪，以開啟其自新之路，爰對犯上開罪名之被告，於偵查及審判中均自白時，採行寬厚之刑事政策。亦即，立法者基於鼓勵被告自白認罪以啟自新，並促使案件儘早確定之刑事政策考量，就實體事項規定符合特定條件者，予以減輕其刑。又刑事被告之基本訴訟權利，包含其在訴訟上應享有充分之防禦權，被告完全知悉其被訴事實及相關法律適用之前提事實，則為其充分行使防禦權之先決條件。故刑事訴訟法第九十五條第一款前段規定「訊問被告應先告知犯罪嫌疑及所犯所有罪名。」此一訊問被告前，應先踐行之法定義務，屬刑事訴訟之正當程序，於偵查程序同有適用。如檢察官於偵查中訊問被告時，未予告知其犯罪嫌疑及所犯所有罪名，且亦未就被告所為特定犯行進行訊問，進而影響被告充分行使其防禦權或本應享有刑事法規所賦予之減刑寬典時，法

院即應本於該刑事法規所賦予減刑寬典之立法意旨及目的，妥慎考量被告於偵查中就符合該刑事法規所賦予減刑寬典之前提要件，有無實現之機會，如未予賦予被告此一實行前提要件之機會，因而影響被告防禦權之行使及刑事法規賦予減刑之寬典時，即應為有利於被告之認定。稽之上訴人於偵查中之九十八年十月五日、十月六日、十二月十四日之調查、訊問筆錄，警方、檢察官或依檢察官聲請而為羈押訊問之法官，僅告知上訴人所犯罪名為毒品危害防制條例等語，未曾就上訴人是否轉讓第一級毒品予賴曉君部分訊問上訴人，嗣檢察官即於上訴人不知之情況下，依賴曉君於偵查中之陳述，起訴上訴人涉犯轉讓第一級毒品罪嫌。原判決因而認「本案於偵查中並未詢問被告（指上訴人，下同）是否有轉讓第一級毒品予賴曉君之犯行，被告亦未自動供出有轉讓毒品予賴曉君，雖被告於原審（指第一審）曾自白其轉讓毒品予賴曉君，惟本案被告既未曾於偵查中自白轉讓第一級毒品予賴曉君，辯護人亦認檢察官及警方均未詢及被告有關轉讓毒品之犯罪事實，就本案轉讓毒品部分，依法即無毒品危害防制條例第十七條第二項適用之餘地……。」等語（見原判決理由四、(八)）。然揆諸前揭說明，果上訴人於偵查中，就有無轉讓第一級毒品予賴曉君部分，未有辯明或獲有毒品危害防制條例第十七條第二項所定自白減刑寬典之機會，能否將此訴訟上之不利益歸於上訴人，而謂其並無毒品危害防制條例第十七條第二項之適用，自有研酌之餘地。(一)、原審認上訴人提供第一級毒品海洛因及第二級毒品甲基安非他命予證人賴曉君施用之行為，乃係分別觸犯毒品危害防制條例第八條第一項之轉讓第一級毒品罪，及藥事法第八十三條第一項之明知為禁藥而轉讓罪乙節，無非係以證人賴曉君所證其係自行拿取上訴人擺放之海洛因、甲基安非他命，並分別以注射方式及燒烤後以鼻吸食之方式施用，而施用時間已相隔約半小時，為其論據。然行為人轉讓相同或不同毒品之行為，究屬單一行為、抑或應數罪併罰，當視行為人主觀犯意及客觀轉讓行為究為一行為或數行為而決定之，非以受讓者施用轉讓毒品之種類、次數或時間間隔，為其判斷依據。若行為人基於單一轉讓犯意，而為一次轉讓行為，縱所轉讓之毒品種類不同，或受讓者係分次施用，或施用時間已有間隔，亦應評價行為人為單一轉讓行為。另為限縮數罪併罰規定之適用，以維持刑罰公平原則，使罰當其罪，如行為人以單一轉讓之決意，於同時、同地或密切接近之時、地接續為數次轉讓行為，而各行為之獨立性極為薄弱，依一般社會健全觀念，在時間差距上，難以強行分開，在刑法評價上，以視為數個舉動之接續施行，合為包括之一行為予以評價，較為合理者，則此數次轉讓行為，仍應評價為刑法上所謂之「接續犯」。僅行為人並非基於單一之轉讓目的而為轉讓行為，並於行為完成後，另行起意而為轉讓行為，始可認其先後多次轉讓行為，犯意各別，行為獨立，應併合處罰。查證人賴曉君於第一審審理時證稱：「（問：你在九十八年十月五日被查獲時，坦承有施用第一級、第二級毒品，這些毒品來源為何？）答：被告放在家裡的

，我自己拿來施用。」、「（問：被告是否知道你會去拿來施用？）答：知道。」、「（問：你施用的第一級毒品海洛因，是否被告取得而放在他與你同居的台中縣大里市○○路○○○巷○○號四樓，而由你自行取用？）答：是。」、「（問：你所施用的第二級毒品甲基安非他命來源為何？）答：一樣，被告購買回來，放在台中縣大里市○○路○○○巷○○號四樓房間書桌抽屜，我自己拿來施用。」（見第一審卷第九十四頁反面、第九十五頁反面、第九十六頁）等語。依證人賴曉君上開證述，究竟上訴人係一次或二次轉讓行為？上訴人是否基於單一犯意，僅有一個擺放（即轉讓）毒品行為，容認證人賴曉君可自行同時取用海洛因及甲基安非他命？若上訴人係於同一處所、同一時間內，轉讓海洛因及甲基安非他命予賴曉君施用，能否評價為數罪？非無再予研求之餘地。原判決僅以證人賴曉君施用毒品之種類不同，施用時間已間隔半小時，遽認上訴人轉讓海洛因及甲基安非他命予證人賴曉君係屬二行為，而應予分論併罰，即嫌速斷。綜上，以上或為上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，應認原判決關於轉讓第一級毒品海洛因及屬禁藥之甲基安非他命予賴曉君之部分（即原判決事實欄一、(三)、(四)所示部分），有撤銷發回更審之原因。

貳、上訴駁回部分：

一、關於原判決事實欄一、(一)所示部分：

按刑事訴訟法第三百七十七條規定，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，均應認其上訴為不合法法律上之程式，予以駁回。本件上訴人關於原判決事實欄一、(一)所示部分之上訴意旨略稱：行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，不罰。刑法第二十六條定有明文。所謂不能發生犯罪之結果，即學說上所謂不能犯，在行為人方面，其惡性之表現雖與普通未遂初無異致，但在客觀上則有不能與可能發生結果之分，未可混為一談。原判決認上訴人於事實欄一、(一)所示販賣第一級毒品海洛因予徐民南部分，雖因海洛因業經用罄而終止販賣行為，然此僅屬中止未遂，上訴人上開犯行仍應論以販賣第一級毒品未遂罪，並因與原判決事實欄一、(一)所示販賣第二級毒品甲基安非他命既遂部分，為一行為而觸犯數罪名，依刑法第五十五條想像競合犯之規定，應從一重論處販賣第一級毒品未遂罪刑云云。然上訴人於偵查時已辯稱「當天徐民南有要跟我談交易海洛因的價格，但是因為我當時沒有海洛因可以給她，所以沒有交易成功。」、「（問：依電話內容，是你叫他過去的，你沒有海洛因，你叫他過去做什麼？）答：他只說要過來跟我說價錢。」等語（見偵查卷第八十三頁），核與證人徐民南證稱：「……可是我過去被告（指上訴人）那裡時，被告表示沒有海洛因，因為被告已經自己施用用罄，所以

我該次沒有從被告那裡拿到海洛因。」（見第一審卷第一二二頁反面）等語相符，適足以證明上訴人當時並無持有海洛因。則上訴人當時縱主觀上有意圖營利而販賣海洛因之犯意，然客觀上無海洛因可資販賣予徐民南，即不生販賣之結果，亦無販賣海洛因之危險，應屬刑法第二十六條所定之不能犯。況上訴人原所持有之海洛因用罄後，雖有與證人徐民南商討海洛因價格情事，然上訴人並未著手為販入海洛因之行為，即未著手實行販賣之行為，上訴人與證人徐民南商量海洛因價格之行為，充其量亦僅止於預備階段，僅成立販賣毒品之預備行為，惟毒品危害防制條例第四條並未處罰預備犯，就此部分，上訴人上開犯行亦屬不罰等語。惟查：證據之取捨、事實之認定，乃事實審法院職權行使之範圍，事實審法院經調查證據之結果，本於確信，依自由心證之取捨證據，苟其取捨，與經驗法則或論理法則無違，即不得任意指為違法，而據為適法之第三審上訴理由。本件原判決認定上訴人有原判決事實欄一之(一)所載之販賣第一級毒品海洛因未遂及第二級毒品甲基安非他命之犯行，因而撤銷第一審關於上訴人此部分之科刑判決，改判依刑法想像競合關係，暨依毒品危害防制條例第十七條第一項規定減刑後，論處上訴人販賣第一級毒品未遂罪刑（處有期徒刑八年），並為相關從刑之諭知。係以：上訴人部分之自白、證人徐民南之證詞、上訴人使用之000000000

0號行動電話與證人徐民南使用之0000000000號行動

電話通訊監察書、通訊監察內容、內政部警政署刑事警察局九十八年十月十九日刑鑑字第○九八○一四三○一○號鑑定書、法務部調查局濫用藥物實驗室九十八年十一月五日調科壹字第○九八二三○二九八二○號鑑定書、扣案之海洛因與甲基安非他命等證據資料，為綜合之判斷。並就上訴人否認有販賣第一、二級毒品云云，其辯詞不可採之理由，暨證人徐民南嗣後更異證詞，係為迴護上訴人，亦不足取等情，分別予以指駁及說明。已詳細敘述其所憑之證據及認定之理由，所為論斷，俱有卷存證據資料可資覆按，從形式上觀察，並無採證或認定事實違背經驗法則或論理法則，或其他違背法令之情形。另查：所謂不能（未遂）犯，乃指行為人已著手於犯罪之實行，而就其行為觀察，並不能發生結果，且無結果發生之危險或可能者而言；倘其行為後，因有外部障礙事由之阻斷，致未發生原可預期或預見之犯罪結果者，即屬（普通）障礙未遂之範疇，而非不能犯。二者區別，端在於有無發生結果之危險或可能。如有，為（普通障礙）未遂犯；若無，始屬不能（未遂）犯。又所言中止（未遂）犯，則指已著手於犯罪行為之實行，嗣因己意，消極中止該行為之續行，或改以積極作為防止其結果之發生，並均終致該犯罪之結果未發生之情形而言。其重要特徵之一，厥為行為尚未完全完成，斯有中止可言，若行為既已完成，卻純因外部障礙而未發生原所預期或預見之結果者，要屬障礙未遂問題，並非中止犯。又犯罪之著手，係指行為人為實現犯意而開始實行犯罪構成要件之行為而言。販賣毒品罪之販賣者與購毒者就買賣毒品之重要內容有所表示時，縱使販

賣者尚未實際交付毒品，仍可認為已經著手販賣毒品之實施；亦即販賣毒品之犯行，以販賣者與應買者雙方就買賣毒品之重要內容有所意思表示而達成契約之合致時，即已著手於販賣毒品之構成要件行為。查本件依上訴人之供述、證人徐民南之證詞，並佐以上訴人使用之0000000000號行動電話與證人徐民南使用之0000000000號行動電話於九十八年八月二十九日之通訊監察內容等證據資料，上訴人確已與證人徐民南達成買賣第一級毒品海洛因之合意，且證人徐民南亦依約前往上訴人處欲取得該毒品，上訴人顯已著手買賣毒品之實施。嗣因上訴人所持有之第一級毒品海洛因業已用罄，故無法交付海洛因予證人徐民南，則上訴人買賣海洛因未遂之行為，端屬因一時之外部障礙致未發生原所預期或預見之結果，揆諸前開說明，應屬障礙未遂，而非不能犯。原審就此論以上訴人為中止未遂，固有微瑕，然於判決結果尚無影響。上訴意旨指摘原判決關於此部分有適用法則不當之違背法令云云，難認係適法之上訴第三審理由。上訴人此部分上訴不合法律上之程式，應予駁回。

二、關於原判決事實欄一、(二)所示部分：

查第三審上訴書狀，應敘述上訴之理由，其未敘述者，得於提起上訴後十日內補提理由書於原審法院，已逾上述期間，而於第三審法院未判決前仍未提出上訴理由書狀者，第三審法院應以判決駁回之，刑事訴訟法第三百八十二條第一項、第三百九十五條後段規定甚明。上訴人不服原判決，於一〇〇年三月四日具狀提起上訴，惟未聲明係一部上訴，應視為全部上訴。然稽之其於一〇〇年三月十日所提之刑事補具上訴理由狀，就原判決論處販賣第一級毒品罪刑（即原判決事實欄一、(二)所示部分）部分，並未敘述理由，迄今逾期已久，於本院未判決前仍未提出，依上開規定，上訴人此部分上訴即非合法，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十七條、第四百零一條、第三百九十五條，判決如主文。

中 華 民 國 一〇〇 年 五 月 十 九 日

最高法院刑事第三庭

審判長法官 陳 正 庸

法官 林 秀 夫

法官 林 瑞 斌

法官 謝 靜 恒

法官 沈 揚 仁

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇〇 年 五 月 二 十 五 日

m