

最高法院刑事判決

111年度台上字第2158號

上訴人 李柏霖

選任辯護人 王建元律師

上列上訴人因違反毒品危害防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國111年1月19日第二審判決（110年度上訴字第672號，起訴案號：臺灣高雄地方檢察署108年度偵字第5791、9555、14039、14848號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於販賣第三級毒品部分撤銷，發回臺灣高等法院高雄分院。

其他上訴駁回。

理 由

壹、撤銷發回（即販賣第三級毒品）部分

一、本件原判決認定上訴人李柏霖有如其事實欄一之（二）（包含其附表一編號2）所載販賣含第三級毒品「4-甲基甲基卡西酮」（4-methylmethcathinone，簡稱4-MMC）成分之咖啡包（下稱4-MMC咖啡包）2包予曾祐玟之犯行，因而維持第一審關於論處上訴人犯（民國109年1月15日修正公布，同年7月15日施行前〈下稱修正前〉）毒品危害防制條例第4條第3項之販賣第三級毒品罪刑，並諭知相關沒收部分之判決，駁回上訴人此部分在第二審之上訴。固非無見。

二、惟按：

（一）審理事實之法院，對於卷內被告有利及不利之直接、間接證據，應一律注意，詳為調查，綜合全案證據資料，本於經驗法則與論理法則以定其取捨，並將取捨證據及得心證之理由，於判決內詳加說明。故證據雖已調查，而尚有其他足以

01 影響結果之重要疑點或證據並未調查釐清，仍難遽為被告有
02 利或不利之認定，否則即有調查職責未盡之違法。又毒品危
03 害防制條例所規定之販賣毒品罪，雖未明示以「營利之意
04 圖」為其犯罪構成要件，惟所謂「販」者，既係指賤買貴
05 賣，或買賤賣貴而從中取利之商人之意，所謂「販賣」一
06 詞，在文義解釋上應寓含有買賤賣貴而從中取利之意思存
07 在，且從商業交易原理與一般社會觀念而言，販賣行為在通
08 常情形下，仍係以牟取利益為其活動之主要誘因與目的。是
09 以所謂「販賣」應以行為人在主觀上具有「營利之意圖」為
10 構成要件要素，而將尚無牟取額外利益，僅係以原價轉讓
11 者，排除於「販賣」之外，與單純無償之「轉讓」犯行，同
12 樣歸屬於「轉讓」之概念中，方不違立法者以綿密之方式，
13 區別販賣、意圖販賣而持有及轉讓等不同行為態樣，賦予重
14 輕不同之處罰效果原意。尤以要求「無償轉讓」毒品，不符
15 人之常情及社會習慣，如堅持「轉讓」犯行必須限於「無償
16 行為」始足充之，豈非使毒品危害防制條例所規定「轉讓」
17 處罰之條文，形同具文。是販賣毒品罪責之成立，應以行為
18 人主觀上具有營利之意圖為其構成要件之一。從而，以營利
19 之意圖交付毒品，而收取對價之行為，觸犯販賣毒品罪；苟
20 非基於營利之意圖，而以原價有償轉讓毒品予他人，僅得以
21 轉讓毒品罪論處。再者，購買或受讓毒品者，與販賣或轉讓
22 毒品者間，其關於毒品來源之供述，如無瑕疵可指，固足為
23 被告犯罪事實存否之證明。惟購買或受讓毒品者，可能有為
24 減輕自己之罪責而諉責於被告，或意圖責任之轉嫁而虛偽供
25 述之情形，其真實供述之期待可能性較低，審理事實之法院
26 應就具體案情及其依法調查所得之相關補強證據，審酌供述
27 證據證明力之有無及強弱，並權衡有利於被告之陳述，其憑
28 信性是否足以反對詰問或其他證據予以彈劾，資為裁量、判
29 斷，以定取捨。又補強證據不問其為直接證據、間接證據，
30 或係間接事實之本身即情況證據，本於合理的推論而為判
31 斷，要非法所不許。而補強證據之證明，固非以證明犯罪構

01 成要件之全部事實為必要，惟仍須得以佐證對立共犯所為不
02 利於被告之陳述非屬虛構，能予保障所陳述事實之真實性，
03 始為已足。至施用毒品者提出其與被指為販毒者間的通話內
04 容，因非係已有犯罪嫌疑而實施之通訊監察譯文，其作為所
05 指證販賣毒品犯罪事實之補強證據，如係語意隱晦不明之對
06 話，即令指證者證述該等對話內容之含意即係交易毒品，仍
07 僅屬指證者單方之陳述本身，除被告坦承其事外，或得作為
08 被告之品格證據，用以證明其具犯罪之同一性（如先前有關
09 販賣毒品案件之暗語，與本案通話內容相同，兩案犯罪方法
10 具有同一性）外，尚不足作為其所述犯罪事實之唯一或主要
11 補強證據。

12 原判決主要係依憑上訴人於警詢、偵訊及第一審審理時，均
13 自承有於108年3月8日，在「○○市○○○路大立百貨」附
14 近見面，交付4-MMC咖啡包2包予曾祐玟等不利於己之陳述；
15 證人即自稱向上訴人購買之曾祐玟於偵查及第一審審理時證
16 稱：其有交付上訴人每包新臺幣（下同）300元，2包合計60
17 0元數額等語；上訴人與曾祐玟間於108年3月7日之通訊軟體
18 微信對話截圖，據以認定上訴人犯罪事實。惟上訴人未曾坦
19 承有向曾祐玟收取價金，其於警詢所述「販賣4-MMC咖啡包
20 每包的成本價為280元，再以400元賣出」等語，並未陳述交
21 易之具體對象。且上訴人於第一審及原審審理中均陳稱：其
22 因為追求曾祐玟，所以未收取價金，僅係轉讓等語。而原判
23 決就曾祐玟如何支付上訴人600元價金之情，係說明：曾祐
24 玟於偵訊及第一審審理時，始終堅稱：上訴人於「108年3月
25 8日之2週後」，在「曾祐玟位於左營住處」，再次向上訴人
26 購買4-MMC咖啡包2包，給付1,200元，其中600元係給付108
27 年3月8日購買之價金等語，足認已銀貨兩訖。而上訴人平常
28 售價為每包400元，為了追求曾祐玟，而給予優惠價每包300
29 元，與上訴人於警詢所述販賣4-MMC咖啡包，每包成本價280
30 元，再以每包400元賣出以營利等語相符之旨。惟曾祐玟於
31 第一審審理時，或先證稱：每包400元，其拿800元給上訴

01 人，是在交付4-MMC咖啡包的隔天，108年3月9日上訴人到其
02 左營住處拿錢；（經檢察官提示偵訊筆錄之記載）或改稱：
03 如同其於偵查中所證，亦即上訴人因為要追求曾祐玟，所以
04 只收取一包300元各等語。再經檢察官詰問：「因為檢察官
05 只有起訴一次販賣，是否在第二次的時候上訴人又到妳家賣
06 兩包4-MMC咖啡包給妳？」曾祐玟回答：「對」；檢察官詰
07 問：「那一次妳才把上一次的錢拿給上訴人？」，曾祐玟回
08 答：「對」；檢察官詰問：「但是檢察官只有起訴第一次的
09 部分，第二次並未起訴，所以剛才回答辯護人對於上訴人到
10 妳家那次，是指第二次的部分吧？」曾祐玟回答：「對，有
11 拿到我家的是第二次。」；檢察官詰問：「第二次的部分，
12 妳就把第一次的錢給上訴人？」，曾祐玟回答：「嗯」；檢
13 察官詰問：「所以妳總共是拿了1,200元給上訴人，但其實
14 第一次的錢就只有600元而已？」曾祐玟回答：「對」。嗣
15 經受命法官補行訊問及辯護人詰問，曾祐玟之回答均與檢察
16 官反詰問之回答相同（見第一審卷第423至443頁）。惟檢察
17 官均係持偵訊筆錄以誘導方式詰問，曾祐玟因已於偵查中具
18 結證述，是否為免受偽證罪之處罰，而不得不附和其於偵訊
19 中之證言？曾祐玟於第一審審理時前後所述，與偵訊中之證
20 言，於詰問初始已有不符，且其關於「108年3月8日之2週
21 後」又再次交付4-MMC咖啡包2包，該次始給付共計4包之價
22 金1,200元之證言，並無相應之通訊軟體微信對話可資佐
23 證，曾祐玟所為前後不一之證述，是否實在可信？又曾祐玟
24 於偵查中係證稱，108年3月8日當天是因為其姐姐友人「申
25 語瞳」要購買4-MMC咖啡包，所以曾祐玟始找上訴人購買，
26 此部分於第一審審理時亦為相同陳述（見偵查卷三第84頁、
27 第一審卷第427、431頁）。參以通訊軟體微信對話截圖所
28 示，曾祐玟（寶貝兒）：「哦。人家要阿」，上訴人：「我
29 也要」；曾祐玟（寶貝兒）：「這是調來賣的內……」，上
30 訴人：「喔喔，不跟我調，我有」；曾祐玟（寶貝兒）：
31 「誰知道，哈哈哈哈哈，白癡喔。」等記載（見警卷三第10之

01 1頁)。曾祐玟所稱「這是調來賣的內」，並非如原判決所
02 稱「疑問句」，而是「肯定句」，是否係指曾祐玟要調毒品
03 來賣給「申語瞳」，上訴人始回稱「喔喔，不跟我調，我
04 有」？均不無疑問。則曾祐玟於偵查、第一審審理時所稱：
05 1,200元其中的600元係給付108年3月8日之價金等語，是否
06 出於倘108年3月8日乃免費取得4-MMC咖啡包2包，則其轉賣
07 給「申語瞳」並收取價金，恐涉犯販賣毒品罪行，因而陳稱
08 有於兩週後給付600元價金予上訴人？殊值研求。此涉及上
09 訴人究有無檢察官所指販賣，或係成立其所辯轉讓第三級毒
10 品犯行，應由檢察官盡其舉證責任，並由原審詳加調查、審
11 認。

12 (二)毒品危害防制條例第4條將販賣毒品者依所販賣毒品之級別
13 分定不同之法定刑，且以該毒品之級別為區別法定刑之唯一
14 標準，固有其政策之考量。然同為販賣毒品，其犯罪情節差
15 異甚大，所涵蓋之態樣甚廣，就毒品之銷售過程以觀，有跨
16 國性、組織犯罪集團從事大宗走私、販賣之型態；有組織性
17 之地區中盤、小盤；有自行少量直接販售給吸毒者，不但有
18 銷售數量、價值與次數之差異，甚且僅係施用毒品者，彼此
19 間互通有無，或單純為毒販遞交毒品等不同情狀。同屬販賣
20 行為光譜兩端間之犯罪情節、所生危害與不法程度樣貌多
21 種，輕重程度有明顯級距之別，所造成危害社會之程度更有
22 甚大差異。憲法法庭112年憲判字第13號判決意旨揭示，毒
23 品危害防制條例第4條第1項就販賣第一級毒品罪，一律以無
24 期徒刑為最低法定刑，而未依犯罪情節之輕重，提供符合個
25 案差異之量刑模式，亦未對不法內涵極為輕微之案件設計減
26 輕處罰之規定，即使司法實務對於此等犯罪，絕大多數依刑
27 法第59條之規定減輕其刑，然而依該規定減刑之後，最低刑
28 仍為15年以上有期徒刑，適用於個案是否仍為過苛，自應將
29 犯罪之情狀、犯罪者之素行，以及法安定性及公平性之要求
30 一併考量。對諸如無其他犯罪行為，且依其販賣行為態樣、
31 數量、對價等，可認屬情節極為輕微，顯可憫恕之個案，縱

01 適用刑法第59條規定酌減其刑，仍嫌情輕法重，致罪責與處
02 罰不相當，不符憲法罪刑相當原則，抵觸憲法第23條比例原
03 則等語。因而諭知：自本判決公告之日起至修法完成前，法
04 院審理觸犯販賣第一級毒品之罪，而符合前揭情輕法重之個
05 案，除依刑法第59條規定減輕其刑外，另得依本判決意旨減
06 輕其刑至二分之一。並要求相關機關允宜檢討其所規範之法
07 定刑，例如於死刑、無期徒刑之外，另納入有期徒刑之法定
08 刑，或依販賣數量、次數多寡等，分別訂定不同刑度之處
09 罰。基於罪刑相當及比例原則，憲法法庭就現行販賣第一級
10 毒品之法定刑，已認一律處以無期徒刑，或經適用第59條之
11 規定減輕其刑後之一律最輕有期徒刑15年，就諸如無其他犯
12 罪行為，且依其販賣行為態樣、數量、對價等，可認屬情節
13 極為輕微，顯可憫恕之個案者，仍屬過重，並具體指示於修
14 法完成前，法院仍得再為減輕其刑至二分之一，以為調節。
15 是在無其他法定減輕其刑之事由下，犯販賣第一級毒品罪之
16 最輕量刑得為有期徒刑7年6月。相較於此，毒品危害防制條
17 例第4條第3項之販賣第三級毒品罪，修正前後之法定最輕本
18 刑均為7年以上有期徒刑，已與販賣第一級毒品罪得論處之
19 有期徒刑7年6月過於接近（且與未減輕刑罰前之販賣第二級
20 毒品無異），而有違反罪刑相當，抵觸比例原則、平等原則
21 之虞。以販賣第三級毒品，其原因動機不一，犯罪情節未必
22 盡同，或有大盤毒梟者，亦有中、小盤之分，甚或僅止於施
23 用毒品友儕間互通有無之情況，所造成危害社會之程度顯然
24 有別，販賣第三級毒品罪之法定最低本刑卻為有期徒刑7
25 年，或有過苛。自得參酌上述憲法法庭判決意旨，依客觀之
26 犯行與主觀之惡性二者加以考量其情狀，是否有可憫恕之
27 處，適用刑法第59條規定酌量減輕其刑，期使個案裁判之量
28 刑妥適，始符罪刑相當及比例原則。

29 原判決認定及說明：上訴人係販賣4-MMC咖啡包2包（無證據
30 證明純質淨重20公克以上）給曾祐玟1次，事後收取價金600
31 元而營利。倘若無訛，上訴人係犯修正前毒品危害防制條例

01 第4條第3項之販賣第三級毒品罪，該罪法定刑為7年以上有
02 期徒刑。就上訴人販賣毒品之動機、方法、所販賣毒品之數
03 量、收取對價僅600元，及行為態樣等犯罪情狀綜合觀察，
04 第一審未詳加審酌上情，即論處上訴人有期徒刑7年4月，是
05 否合宜？有進一步研求之餘地。自應詳為審酌刑法第57條所
06 定科刑輕重之事項，而為論斷。原判決僅謂第一審之量刑妥
07 適，逕予維持，已有理由欠備之可議。又依上訴人所販賣之
08 數量，是否獲利甚微之舉？其犯罪情狀於客觀上究有無情輕
09 法重、犯情可憫之處，而得依刑法第59條規定酌減其刑？依
10 上述說明，應有調查、審認之必要。原判決未探究明白，逕
11 予駁回上訴，有適用法則不當之違誤。

12 三、綜上所述，或係上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之
13 事項，且原判決之上述違法，已影響於法律適用及量刑事實
14 之確定，本院無從自為判決，應認原判決關於販賣第三級毒
15 品部分，有撤銷發回更審之原因。

16 貳、上訴駁回（即轉讓偽藥）部分

17 一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決
18 違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判
19 決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未
20 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
21 適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第
22 三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違
23 背法律上之程式，予以駁回。

24 二、本件原判決綜合全案證據資料，本於事實審法院採證認事之
25 職權，認定上訴人有如其事實欄一之（一）（包含其附表一
26 編號1）所載轉讓4-MMC咖啡包、愷他命犯行，因而撤銷第
27 一審關於此部分之科刑判決，改判仍論處上訴人犯藥事法第83
28 條第1項之轉讓偽藥罪刑（同種想像競合犯轉讓偽藥罪），
29 已詳述其所憑之證據及得心證之理由。核其所為論斷說明，
30 俱有卷內證據資料可資覆按，自形式上觀察，原判決並無足
31 以影響其判決結果之違法情形存在。

01 三、上訴意旨略以：

02 上訴人係轉讓4-MMC咖啡包予其同居女友陳○頤（完整姓名
03 詳卷）施用，且已坦承犯行。原判決未詳為審酌上情，量刑
04 過重，有違罪刑相當原則。

05 四、惟按：關於刑之量定，屬事實審法院得依職權裁量的事項，
06 法院除就具體個案犯罪，斟酌其情狀，有無可堪憫恕之外，
07 並以行為人的責任為基礎，審酌刑法第57條所列各項罪責因
08 素後，予以整體評價，而為科刑輕重標準的衡量，使罰當其
09 罪，以實現刑罰權應報正義，並兼顧犯罪一般預防與特別預
10 防之目的，倘其未有逾越法律所規定範圍，或明顯濫用其權
11 限情形，即不得單憑主觀，任意指摘為違法，而據為合法上
12 訴第三審的理由。

13 原判決以上訴人所犯轉讓偽藥罪，適用毒品危害防制條例第
14 17條第2項之規定減輕其刑，並說明：審酌上訴人轉讓偽藥1
15 次，且數量不多，而於犯後坦承犯行等一切情狀，量處有期
16 徒刑5月。原判決所為量刑，並未逾越法定刑，亦無明顯濫
17 用裁量權而有違反公平之情形，核屬事實審法院量刑裁量職
18 權之適法行使，自難任意指為違法。此部分上訴意旨泛詞指
19 稱：原判決量刑過重，有違罪刑相當原則等語，洵非合法之
20 上訴第三審理由。

21 五、綜上所述，此部分上訴意旨，係就原判決量刑裁量職權之適
22 法行使，徒憑己見，再事爭論，顯與法律規定得為第三審上
23 訴理由之違法情形，不相適合。應認本件關於轉讓偽藥部分
24 之上訴，為違背法律上之程式，予以駁回。

25 據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條、第395條前段，
26 判決如主文。

27 中 華 民 國 112 年 11 月 9 日
28 刑事第五庭審判長法官 李錦樑
29 法官 周政達
30 法官 蘇素娥
31 法官 林婷立

01

法 官 錢建榮

02 本件正本證明與原本無異

03

書記官 杜佳樺

04

中 華 民 國 112 年 11 月 15 日