最高法院刑事判決

114年度台上字第119號

上　訴　人　臺灣高等檢察署檢察官劉斐玲

被　　告　宋超台

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國113年6月27日第二審更審判決（112年度上更一字第132號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署110年度偵字第26855、29268號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於附表一編號4（即附表二編號4）轉讓禁藥部分撤銷，發回臺灣高等法院。

其他上訴駁回。

理　由

壹、撤銷發回（即原判決附表〈下稱附表〉一編號4轉讓禁藥予楊鎮誠）部分

一、本件原審審理結果，認定上訴人宋超台如附表一編號4轉讓禁藥（第二級毒品甲基安非他命，下稱禁藥或安非他命）予楊鎮誠之犯行明確，因而維持第一審變更檢察官所引起訴法條，論處上訴人犯藥事法第83條第1項轉讓禁藥罪刑（處有期徒刑4月）及諭知沒收之判決，駁回檢察官此部分在第二審之上訴。固非無見。

二、惟按：

㈠判決理由之敘述均應依憑證據，且須與卷內之證據資料相適合，否則即有判決理由不備，或證據上理由矛盾之違法。本件原判決事實載認上訴人基於轉讓禁藥之犯意，於附表一編號4之時間、地點，轉讓安非他命1公克予短期擔任其看護之友人楊鎮誠等情，惟附表一編號4「金額（新臺幣）」欄記載為「無」（見原判決第1、20頁），似認上訴人係無償轉讓安非他命1公克予楊鎮誠。然其理由則謂楊鎮誠係以新臺

幣（下同）1,600元價格向上訴人購得安非他命1（公）克（見原判決第12頁第19至20行），似又謂上訴人係以有償交易方式轉讓安非他命。則原判決關於此部分，即不無事實記載與理由說明不相適合之違背法令。

㈡依附表一編號4之記載，上訴人轉讓安非他命1公克予楊鎮誠之時間為民國110年6月11日。原判決雖謂上訴人行動不便，不僅在生活上常有賴同樣染有施毒惡習之楊鎮誠接濟照顧，就楊鎮誠亦與一般「藥頭」及「藥腳」間單純授受毒品與價金，僅止於銀貨兩訖之聯繫往返情形，未盡相同，足見兩人間有一定情誼，上訴人此次所交付予楊鎮誠安非他命之數量亦僅1（公）克，數量非多，價值非高，楊鎮誠雖證稱：我是以1,600元價格向上訴人購得安非他命1（公）克，惟楊鎮誠亦證述：上訴人平時都會免費提供我施用毒品，係因我當日要帶走，故支付金錢等語，從上開對話中所示兩人間之關係及對話內容，尚無法作為上訴人有營利意圖之積極證據（見原判決第12頁第13至23行）。但依附表一編號3所載，上訴人於110年6月18日轉讓安非他命2公克予其兄長王恒台，金額為2,400元，即1公克1,200元（見原判決第20頁）。兩相對照結果，上訴人轉讓安非他命予楊鎮誠、王恒台之時間僅相隔7日，價差則有400元，價格顯有高低不同。依原判決之認定，上訴人與其兄長王恒台、友人楊鎮誠等3人同有施毒惡習，上訴人因行動不便，生活起居均由兄長王恒台長期照應，因認上訴人雖有償轉讓毒品予王恒台施用，並不具營利之意圖，固無違常情；但楊鎮誠則僅屬偶爾短期幫忙看護之友人，3人之間情誼不同，其有償互通毒品施用之情，究有無營利之意圖，自應分別以觀。依前所述，上訴人轉讓安非他命予楊鎮誠施用之價格，每1公克較之轉讓給王恒台施用者多出400元，如若無訛，能否謂無營利之意圖，即不無疑義。原判決對此價差之理由，並未進一步調查釐清，根究明白，即遽行判決，尚難謂無調查未盡及理由欠備之違背法令。

三、檢察官上訴意旨執以指摘，為有理由，應認原判決關於附表一編號4轉讓禁藥予楊鎮誠部分，仍有撤銷發回更審之原因。

貳、上訴駁回（即附表一編號1、2轉讓第一級毒品、編號3轉讓禁藥予王恒台）部分

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、本件原審審理結果，認定上訴人如附表一編號1、2轉讓第一級毒品海洛因、編號3轉讓禁藥安非他命予王恒台之犯行明確，因而維持第一審關於變更檢察官所引起訴法條，論處上訴人犯如附表二編號1至3共3罪罪刑（各處有期徒刑7月、8月、5月），及諭知相關沒收、追徵之判決，駁回檢察官此部分在第二審之上訴。已載敘其調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由。從形式上觀察，並無判決違法情形存在。

三、上訴意旨略以：

㈠附表一編號1至3記載上訴人「販賣對象」為王恒台，事實欄則載為「轉讓」，原判決認定事實前後矛盾。王恒台與上訴人既為兄弟關係，且曾照顧行動不便之上訴人，而原判決認定王恒台係向上訴人有償取得毒品，則上訴人就此即獲得王恒台所提供之勞務利益及減少支出僱用看護照顧之費用，亦應認屬於營利行為而獲得對價之一種。又王恒台先後證述不一，或稱其係請上訴人代購；或稱係向上訴人調毒品供己施用，並未向上訴人購買毒品。原判決依王恒台前後不一之證詞，認定上訴人無營利之意圖，顯然違反經驗、論理法則，亦有違證據法則，自屬判決違背法令。

㈡上訴人於110年7月27日訊問中陳稱「（你的毒品來源為何？）是土虱，本名叫林重明，大約快50歲，我都是打電話跟他購買。」而依臺灣新北地方檢察署（下稱新北地檢署）：①111年度偵字第34631號、②112年度偵緝字第5597號、③113年度偵字第8747號等3案件起訴書記載，被告均為林重明，63年次，分別經起訴販賣、持有第一、二級毒品等罪。與上訴人所稱之毒品來源似為同一人，自應傳喚林重明，調查上訴人於111年6月間向其購買海洛因、安非他命之價格及數量為何，俾明上訴人是否以高於成本價格出售海洛因及安非他命予王恒台。惟原審就此並未調查，有應於審判期日調查之證據而未予調查之判決違背法令。

四、惟按，販賣毒品罪，以有營利之意圖為前提，如無營利意圖，無論其名稱之為買賣、互易或贈與，均非此所謂之販賣。故如無營利之意思，且僅以低於進價轉讓，或以與進價相同之價格賣出，因並未從中牟利，即不能論以販賣毒品罪，而僅應成立轉讓罪。故行為人之有償交付毒品，是否具營利之意圖，尤以同有施毒惡習之具有特殊情誼者間以低價交付少量毒品之行為，究係互通有無之轉讓，或係基於營利意圖之販賣，攸關該罪成立與否之認定，涉及刑責亦有輕重之別，對於此項主觀意圖之有無，應依據嚴格證明法則予以調查認定。本件原判決已說明上訴人雖分別以如附表一編號1至3所示金額，將海洛因或安非他命以有償交易方式交付予王恒台。但認無證據證明上訴人係基於營利之意圖，略以：㈠上訴人與王恒台為親兄弟，關係甚篤，上訴人因行動不便，在生活上常有賴同樣染有施毒惡習之王恒台接濟照顧，上訴人確實可能因此至親血緣，以成本價或低於成本之價格將毒品交付予王恒台，而無營利之意圖。㈡王恒台於警詢即已陳稱：上訴人沒有賺我的錢，他毒品買多少錢就跟我拿多少錢，我沒有向上訴人購買毒品，只是請他幫我代買，因為是兄弟關係，所以上訴人願意成本價給我等語；於偵、審中亦同樣證述上訴人僅係以成本價提供毒品。㈢上訴人與王恒

台於110年4月6日之通訊監察譯文，王恒台詢問有無「工人」，上訴人答稱1個42，剖半21，本錢等情。此與上訴人所稱其以成本價提供毒品予王恒台，及王恒台所述其係以成本價取得，彼此互通有無「借、調」毒品，並無齟齬。㈣王恒台雖不知上訴人取得毒品之成本價格，但卷內並無其他佐證足以證明上訴人有苛扣交付毒品數量或以高於成本價格出售毒品給王恒台。則從其2人間確有親兄弟及經常往來之至親情誼，究無足推認上訴人於有償交付毒品予王恒台時，存有營利之意圖。此一情形與毒品交易發生在素昧平生之人，或交情普通，僅因毒品而有所來往間之情形有異，尚難相提並論，無從單以上訴人與王恒台間之有償交易客觀事實，即推論上訴人有營利之意圖（見原判決第6至7頁）。核其認定，於卷內證據並無不合，所為之論斷、說明亦不違經驗、論理法則，要無檢察官上訴意旨㈠所指之違法情形可言。

五、又本院係法律審，原則上以第二審判決所確認之事實為判決基礎，不調查新事實、新證據，故於第二審判決後不得主張新事實或提出新證據，作為第三審上訴之理由。檢察官上訴至本院時始提出所謂「林重明」起訴書3份，據以指摘原審未調查上訴人購入毒品之價格，核係在法律審主張新事實；更遑論上開3件起訴書並未提及「林重明」有販賣毒品予上訴人之情事，檢察官上訴意旨㈡部分，自非第三審上訴之合法理由。

六、依上說明，上訴意旨無非係就原審採證認事職權之適法行使，以及原判決已明白論斷說明之事項，重為事實上之爭執，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。應認檢察官此部分之上訴違背法律上之程式，予以駁回。

參、上訴人被訴如起訴書附表編號5販賣安非他命予楊鎮誠部分，業經判決無罪確定，不在本院審理範圍，附此敘明。

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

中　　華　　民　　國　　114　　年　　5　　月　　7　　日

刑事第八庭審判長法　官　林瑞斌

法　官　林英志

法　官　朱瑞娟

法　官　高文崇

法　官　黃潔茹

本件正本證明與原本無異

書記官　王怡屏

中　　華　　民　　國　　114　　年　　5　　月　　9　　日