最高法院刑事判決

109年度台上字第2708號

上　訴　人　曾楚崴

上列上訴人因違反毒品危害防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國108 年4 月11日第二審判決（107 年度上訴字第3698號，起訴案號：臺灣新竹地方檢察署107 年度偵字第7373、8083號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

壹、關於幫助販賣第三級毒品部分：

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，均應認其上訴為不合法律上之程式，予以駁回。本件原判決認定上訴人曾楚崴有其事實欄（下稱事實欄）二所載之幫助販賣第三級毒品愷他命犯行，因而維持第一審關於論其犯幫助販賣第三級毒品罪，經依毒品危害防制條例第17條第2 項、刑法第30條第 2 項規定遞予減輕其刑後，處有期徒刑1 年9 月之部分判決，駁回其在第二審之上訴。已詳細敘述其所憑之證據及取捨、認定之理由。並就上訴人否認幫助販賣第三級毒品犯行，辯稱至多僅係幫助施用毒品等語，其辯詞不可採之理由，予以指駁。所為論斷，俱有卷存證據資料可資覆按，並無採證認事違背經驗法則、論理法則，亦無量刑職權之行使有濫用，或其他違背法令之情形。

二、上訴意旨仍謂：本案係黃明堂先打電話向其表示欲施用毒品愷他命後，其始幫忙黃明堂代為聯絡賣家曾憲宏，其主要用意係幫忙黃明堂施用而非幫忙曾憲宏販賣毒品愷他命；且本案情形屬於「必要共犯」中之「對向犯」，苟法律僅處罰其

中部分行為，其餘對向行為縱對之不無教唆或幫助等助力，仍不能成立該處罰行為之教唆、幫助或共同正犯，即本案並無同時成立幫助施用及幫助販賣第三級毒品之餘地。乃原審竟認其成立幫助販賣第三級毒品罪，自有判決適用法則不當之違法等語。

三、惟查：㈠、毒品危害防制條例對於從中居間介紹買賣毒品之行為，未若其他刑法法規有所謂「居間」（如人工生殖法第31條、臺灣地區與大陸地區人民關係條例第82條等）、「媒介」（如刑法第231 條、第231 條之1 第2 項、第233 條、第269 條第2 項、第296 條之1 第4 項、第349 條第1 項等）、「介紹」（如刑法第292 條、妨害兵役治罪條例第13條第1 項第4 款等）或「牙保」（如藥事法第83條第1 項、第84條第2 項、第85條第2 、3 項、第86條第2 項等）等規定。此「居間」行為，參考民法第565 條規定可分為二種情形，一為「報告居間」即為他人報告訂約之機會，一為「媒介居間」即周旋於他人之間為之說合。以毒品買賣為例，若未涉及舉凡看貨、議價、洽定交易時地、收款、交貨等有關販賣罪之構成要件行為，原則上固應以行為人主觀上究係基於幫助賣方販售毒品，抑或幫助買方即施用者購入毒品之意思，而異其行為責任。惟在「報告居間」者，倘行為人單純為買方即施用者報告訂約之機會，應視實際情況（如買方購得毒品後有否實際施用或持有之毒品純質淨重有無逾一定數量等）論以幫助施用或持有毒品罪；如單純為賣方報告訂約機會，並自賣方處受有報酬，即應認有營利之意圖而與賣方共同成立販賣毒品罪；倘無受有報酬，則應僅構成販賣毒品罪之幫助犯。而於「媒介居間」時，因行為人同時與買賣雙方發生聯繫，如受有報酬，無論取自買賣何方，其媒介行為即難謂無營利之意圖，應視實際情況而論以幫助施用及共同販賣毒品罪之想像競合犯，唯有單純為雙方牽線買賣毒品而未受有報酬時，始有同時成立幫助施用與幫助販賣毒品之可能。本件依原判決事實之認定，上訴人於民國107 年5 月22日

18時49分許，因接獲黃明堂欲向其購買毒品愷他命之電話，惟因有事無法親赴黃明堂住處販賣，乃以行動電話FACETIME通訊軟體連繫友人曾憲宏，居中聯繫告知此事，曾憲宏乃於同日19時許，至黃明堂位於新竹市住處，以新臺幣1,000 元之價格，販賣毒品愷他命0.8 公克予黃明堂。原審復於理由內說明：上訴人因自己無法親赴，而基於黃明堂之請託，居中聯絡賣家即其友人曾憲宏出面，由曾憲宏出賣毒品愷他命予黃明堂，固然係出於幫助黃明堂施用愷他命之意，惟同時居間介紹黃明堂與曾憲宏認識，使曾憲宏得以至黃明堂住處販賣愷他命，對其2 人間買賣毒品之意思表示合致、毒品之交付及金錢之收受均未參與，其所為固然便利黃明堂購買毒品而成立幫助施用第三級毒品罪，但同時也構成幫助曾憲宏販賣第三級毒品罪（見原判決第7 頁第21至29行）等語。雖未詳予說明黃明堂施用第三級毒品及持有之第三級毒品愷他命純質淨重未逾毒品危害防制條例第11條第5 項所定20公克，均不成立犯罪，故上訴人亦不成立幫助施用或持有毒品逾一定數量之罪名，應僅成立幫助販賣罪，稍有微瑕，惟就行為人因「媒介居間」毒品買賣可能同時成立幫助施用及幫助販賣毒品罪想像競合犯之論斷，經核於法尚無違誤。㈡、刑法對故意犯的處罰多屬單獨犯之規定，單獨1 人即可完成犯罪構成要件，但亦可由數行為人一起違犯，若法條本身並不預設參與人數，如此形成之共同正犯，稱為「任意共犯」；相對地，刑法規範中存在某些特殊條文，欲實現其不法構成要件，必須2 個以上之行為人參與，刑法已預設了犯罪行為主體需為複數參與者始能違犯之，則為「必要共犯」。換言之，所謂「必要共犯」係指某一不法構成要件之實行，在概念上必須有2 個以上參與者，一同實現構成要件所不可或缺之共同加工行為或互補行為始能成立，若僅有行為人1 人，則無成立犯罪之可能。又「必要共犯」依其犯罪性質，尚可分為「聚合犯」，即2 人以上朝同一目標共同參與犯罪之實行者，如刑法分則之公然聚眾施強暴、脅迫罪、參與犯罪結

社罪、輪姦罪等，因其本質上即屬共同正犯，故除法律依其首謀、下手實行或在場助勢等參與犯罪程度之不同，而異其刑罰之規定時，各參與不同程度犯罪行為者之間，不能適用刑法總則共犯之規定外，其餘均應引用刑法第28條共同正犯之規定。另所謂「對向犯」，則指係2 個或2 個以上之行為者，彼此相互對立之意思經合致而成立之犯罪，如賄賂、賭博、重婚等罪均屬之，因行為者各有其目的，各就其行為負責，彼此間無所謂犯意之聯絡，當無適用刑法第28條共同正犯之餘地。以本件毒品買賣為例，就買賣雙方而言，固屬民法上之雙務契約，非有買賣雙方無法成立契約，惟就刑法而論，販售毒品者成立毒品危害防制條例第4 條各該販賣罪名，而買受毒品者未必一定成立犯罪，尚須視買入後之實際情況，看是否成立持有、施用，轉賣或轉讓毒品等罪，是販賣與施用毒品者間並無須2 個或2 個以上之行為者，彼此相互對立之意思經合致而成立犯罪之「必要共犯」中之「對向犯」關係。原判決亦於理由說明：本件上訴人成立幫助販賣犯行，並非因為購毒者向之購毒的行為本身，而是居間介紹且提供購毒者與販毒者認識進而販賣毒品之機會，此與是否對向犯之間的關係實無關聯等語（見原判決第8 頁第12至15行）。經核於法亦無違誤。上訴意旨係就原判決已說明事項，持憑己見，重為爭執，與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。其此部分上訴不合法律上之程式，應予駁回。

貳、關於販賣第三級毒品部分：

按上訴得對於判決之一部為之，未聲明為一部者，視為全部上訴，刑事訴訟法第348 條第1 項定有明文。上訴人對原判決不服，提起上訴，未聲明為一部上訴，依前開規定，應視為全部上訴，合先敘明。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20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382條第1項、第395條後段規定甚明。上訴人不服原判決關於事實欄一部分論處其犯販賣第三級毒品51罪刑部分，於108年4月24日提起上訴，並於同年5月22日補提上訴理由狀，惟就此部分均未敘述理由，迄今逾期已久，於本院未判決前仍未提出，依上開規定，此部分上訴自非合法，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　5　　月　　27　　日

最高法院刑事第八庭

審判長法官　林　立　華

法官　林　瑞　斌

法官　楊　真　明

法官　李　麗　珠

法官　謝　靜　恒

本件正本證明與原本無異

書　記　官

中　　華　　民　　國　　109　　年　　6　　月　　1　　日