

裁判字號：最高法院 103 年台上字第 3580 號刑事判決

裁判日期：民國 103 年 10 月 15 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 一〇三年度台上字第三五八〇號

上訴人 李曜誠

選任辯護人 湯其瑋律師

上列上訴人因違反毒品危害防制條例等罪案件，不服台灣高等法院中華民國一〇三年七月二十二日第二審判決（一〇三年度上訴字第一〇八九號，起訴案號：台灣新北地方法院檢察署一〇一年度偵字第三〇〇六五號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

- 一、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，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。本件原審審理結果，認上訴人李曜誠有其判決事實欄所載如其附表（下稱附表）編號1至7所示販賣甲基安非他命等犯行明確，因而維持第一審論上訴人以販賣第二級毒品七罪（均累犯），均依累犯規定就法定刑為無期徒刑以外之刑加重其刑，再依毒品危害防制條例第十七條第二項之規定減輕其刑，附表編號6 部分再依刑法第六十二條自首規定遞減輕其刑後，各量處如附表所示之刑，主刑部分並定其應執行刑為有期徒刑八年六月之判決，駁回上訴人在第二審之上訴，業已綜核全部卷證資料，詳加斟酌論斷，敘明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，難認有何違背法令情形。
- 二、上訴人上訴意旨略稱：(一)本件主要依據上訴人所有行動電話中之通訊軟體WhatsApp、LINE顯示之通話翻拍內容認定上訴人之犯行，惟該通話內容既存於行動電話之中，應屬於通訊保障及監察法第三條所保障範圍，員警未依通訊保障及監察法規定申請監聽，逕予實施強制扣押，係違法扣押不得作為證據，原判決遽予採為證據，有適用法則不當之違法。(二)原判決附表編號1、2、5、7號之犯罪，承辦員警僅能依據WhatsApp、LINE顯示之通話翻拍內容推測，未能確知上訴人犯罪之前，上訴人於警詢時即已先自首犯罪，此由證人即承辦員

警於第一審審理中證稱，其等所看到之WhatsApp、LINE內容均為術語，可知員警於上訴人自首之前尚未確知上訴人有該犯行，此部分犯行符合自首之規定，原判決未依法減輕上訴人之刑，有判決適用法則不當之違誤。(三)上訴人於警詢中業已供出其所販賣毒品之來源為「阿國(李振國)」之人，警方並依據其供述及LINE內容進行監聽及偵查，而查獲李振國販賣毒品，並經台灣新北地方法院檢察署以一〇二年度偵字第九〇九四號起訴在案，此部分應符合毒品危害防制條例第十七條第一項規定，原判決未依該規定減輕上訴人之刑，自係判決違背法令。(四)上訴人販賣毒品之量少，金額不大，顯與大毒梟有別，且已自白犯罪，僅國中畢業，原判決誤為高中畢業，平日有正當工作，目前因罹犯大腸癌正在治療中，為本件犯罪實有情輕法重之情形，原判決未依刑法第五十九條規定減輕上訴人之刑，亦有不適用法則之違法等語。

三、惟查：(一)按利用電信設備發送、儲存、傳輸或接收符號、文字、影像、聲音、或其他信息之有線及無線電信，均屬通訊保障及監察法第三條第一項第一款所稱通訊，對通訊之監察固須依通訊監察法第五條規定聲請通訊監察書後始為合法，否則依同法第五項之規定，所取得之內容或所衍生之證據即不得作為證據。本件員警取得上訴人前揭以WhatsApp、LINE通訊軟體與證人謝依潔、陳益崙、蔡明宏為通訊之翻拍照片，固係上訴人通訊內容所衍生之證據，惟並非依據該法第五條進行通訊監察所取得之證據，自無該法之適用。次按搜索，經受搜索人出於自願性同意者，得不使用搜索票。但執行人員應出示證件，並將其同意之意旨記載於筆錄。為刑事訴訟法第一百三十一條之一所明定，本件卷附前揭通訊內容之翻拍照片，係員警經上訴人同意始搜索其身體及處所而發現HTC牌手機(附掛門號0000000000號行動電話SIM卡)，執行人員於搜索時並出示證件表明身分，有自願受搜索同意書及搜索、扣押筆錄在卷可參(偵查卷第四十一至四十七頁)，故其搜索及扣押符合法律之規定，嗣後員警檢視扣押之手機時發現通訊內容即予翻拍，翻拍照片為衍生證據，亦無違背法律規定，且上訴人於偵查及第一、二審審理中均未對前揭之證據抗辯有何不法情形，並經審理法院依法提示上訴人令其辯論，難謂其取證及調查證據有何違背法令之情形，上訴人於本院再為爭執其證據能力，核非合法之第三審上訴理由。(二)按對於未發覺之罪自首而受裁判者，得減輕其刑，刑法第六十二條前段定有明文。而犯人在犯罪未發覺之前，向檢察官或司法警察官告知其犯罪，而不逃避接受裁判，即與刑法第六十二條規定自首之條件相符，不以言明自首並願受裁判為必要。又該條所謂未發覺之罪，固非以有偵查犯罪權之機關或人員確知其人犯罪無誤為必要，而對於其發生嫌疑時，即得調為已發覺；但此項對犯人之嫌疑，仍須有確切之根據得為合理之可疑者，始足當之，若單純

主觀上之懷疑，要不得謂已發生嫌疑。原判決業於理由貳、四中說明，依證人即查獲本案員警陳俊杰於第一審審理中證稱：「我記得我們當天就是針對李曜誠可能有在販賣毒品，所以才一大堆人一起去，當天有計畫要一起抓藥腳」、「我們先查到那二個人，後來被告才下來，樓下的那二個人就說毒品來源是被告，我忘記是哪一個人說的，但我記得樓下那二個人中，有人有這麼說，所以我們就繼續等，等到被告下來」、「（所以查獲被告前是否就已經可以合理懷疑說被告有販賣毒品給這二個人？）對，我們在執行的時候是這麼判斷的」、「（是否除了曾御誠外，其他的犯罪事實都是由「LINE」通話軟體的通話內容可以判斷被告有販賣甲基安非他命給這些人？）對，因為這是他們的術語」等語（第一審卷第一四七、一四八頁）。證人即另查獲員警邱建雄亦證稱：「（被告為何交出手機？）我們叫被告交出手機」、「（被告有無說販賣的資料都在手機裡面？）沒有。我們叫他交出手機，看到通訊軟體的資料，看到對話，問他，他才坦承」、「（所以你們知道手機通話軟體內容之後，問被告，被告才承認？）是」等語（第一審卷第一四五頁反面）。參酌卷附上訴人手機「LINE」通話軟體翻拍照片，內容包含交易對象、名稱、數量、金額，一目瞭然，警方人員先行閱覽，既已知曉如附表編號1、2、5 所示上訴人販毒情節，再經詢問上訴人後，其始供承，此乃自白而非自首，是上訴人所為如附表編號1、2、5、7所示犯行部分，均不能依自首規定減輕其刑等語（原判決第九頁）。業已依據卷內之證據資料，及刑法第六十二條規定之意旨，詳為論斷、說明上訴人之行為不符合自首之規定，核與證據法則及法律之規定均無違背。況觀之前揭翻拍照片之內容，其通話內容之對象為綽號「小潔」、「謝國翔的朋友」、「黑豬」，數量為「一個」、「○·九」、「含袋○·九」、「一張」，金額「\$三千五」、「只剩二千」，地點「到上次停的那裡」、「三重龍門路」等語（偵查卷第五十三至五十九頁、第六十四至七十一頁），雖未明示毒品及其種類，惟承辦員警係專業人員先行閱覽上揭通訊內容，應已知曉如附表編號1、2、5 所示上訴人販毒情節，是上訴人所為如附表編號1、2、5 所示犯行部分，均不能認為係自首。另附表編號7 部分，經員警先於上訴人住處之門口查獲購毒者曾御誠及同行之友人巫世瑋，經其二人供述毒品之來源為上訴人，進而對上訴人為搜索、扣押行為，業經曾御誠、巫世瑋二人於警詢中供明無訛（偵查卷第二十五至三十七頁），故員警於查獲上訴人附表編號7 之前即已先據曾御誠、巫世瑋二人之供述知悉上訴人此部分之犯行，上訴人其後雖亦自白此部分犯行，核與自首之規定不符。上訴人雖自白有附表編號 1、2、5、7 之犯行，惟查獲員警已先行經由行動電話之翻拍照片及證人曾御誠等人之供述知悉上訴人有此部分犯行

，上訴人關於此部分行為確與刑法第六十二條自首規定不符，其上訴仍執前詞，再事爭執，亦非適法之第三審上訴理由。(三)按毒品危害防制條例第十七條第一項所稱「供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯」，係指被告供出毒品來源之有關資料，諸如前手之姓名、年籍、住居所、或其他足資辨別之特徵等，使調查或偵查犯罪之公務員因而對之發動調查或偵查並破獲者而言。申言之，被告之「供出毒品來源」，與調查或偵查犯罪之公務員對之發動調查或偵查並進而破獲之間，論理上須具有先後且相當的因果關係，非謂被告一有「自白」、「指認」毒品來源之人，而破獲在後，即得依上開規定予以減刑。原判決另說明：「被告（即上訴人，下同）雖於警詢時供稱毒品來源係姓名為『李振國』之人，而警方依被告提供之資料進行調查後，雖查獲李振國確有販賣第二級毒品之犯嫌，且經新北市政府警察局蘆洲分局將案件移送台灣新北地方法院檢察署偵辦後起訴，此據查獲被告之警員陳俊杰於原審審理時證述明確在卷（第一審卷第四四七頁反面、第四四九頁），並有台灣新北地方法院檢察署一〇二年度偵字第九〇九四號起訴書、李振國之前案紀錄表在卷可憑（第一審卷第一六六至一七八頁），然觀諸上開起訴書之內容，就李振國被訴販賣第二級毒品罪嫌部分，並未為警查獲李振國有販賣第二級毒品予被告之犯行，且原審審理時訊問被告關於起訴書所載之七次販賣甲基安非他命犯行之毒品來源為何人時，經被告答稱『我忘記了，不太清楚』等語（第一審卷第一五四頁），則尚難認有因被告之供述而查獲與本案有關之其他正犯或共犯，自無從依毒品危害防制條例第十七條第一項規定減免其刑」等語（原判決第七頁）。檢察官偵查起訴李振國涉有販賣第二級毒品甲基安非他命，雖由員警依上訴人之供述及其扣案之證據，監聽李振國之電話，進而查獲李振國有販賣毒品之罪嫌，惟依該起訴書所示李振國販賣毒品均在上訴人本件販賣毒品之後，且並未販賣予上訴人，其遭起訴販賣毒品之行為即與上訴人販賣毒品無因果關係，依前揭說明，上訴人之行為不符合毒品危害防制條例第十七條第一項之規定，原判決關於此部分之說明並無違誤，上訴意旨相關指摘尚非正確，亦非適法之第三審上訴理由。(四)刑法第五十九條之酌量減輕其刑，必須犯罪另有特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般之同情，認為即予宣告法定最低度刑，猶嫌過重者，始有其適用。而是否犯罪之情狀顯可憫恕，適用刑法第五十九條規定酌量減輕其刑，係屬事實審法院於職權範圍內得審酌之事項，不得任意指摘為違法。原判決已敘明上訴人雖坦承犯罪，且未因販賣毒品獲有重大利益，惟其先後多次販賣第二級毒品予他人，戕害他人身心健康，因而所致危害不輕，且依毒品危害防制條例第十七條規定減輕其刑

後，僅量處有期徒刑三年七月，附表編號6 部分再依刑法第六十二條規定遞減其刑後得減至一年十月，刑罰規定尚非過重，依其情狀，難認有情輕法重、客觀上足堪憫恕而適用刑法第五十九條規定酌量減輕其刑之情形（原判決第七、八頁）。是原判決未予適用刑法第五十九條規定酌減其刑，係屬其審酌、裁量之職權行使。上訴人僅憑其犯後態度、販賣毒品數量等節，就原判決已敘明、審酌之情狀，猶指摘未適用刑法第五十九條係屬違誤，與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。至其餘上訴意旨，均未依據卷內資料為原判決具體違背法令之指摘，徒憑己見仍執陳詞，漫指原判決不當，自不足據以辨認原判決已具備違背法令之形式。按之首揭說明，上訴人之上訴均係違背法律上之程式，應併予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十五條前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇三 年 十 月 十 五 日

最高法院刑事第八庭

審判長法官 王 居 財

法官 郭 毓 洲

法官 呂 永 福

法官 林 恆 吉

法官 林 清 鈞

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇三 年 十 月 二 十 二 日

G