

裁判字號：最高法院 107 年台上字第 193 號刑事判決

裁判日期：民國 107 年 01 月 18 日

裁判案由：違反毒品危害防制條例

最高法院刑事判決 107年度台上字第193號

上訴人 林知富

選任辯護人

（即原審之

選任辯護人）吳祝春律師

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院中華民國106年3月22日第二審判決（105年度上訴字第490號，起訴案號：臺灣臺北地方法院檢察署104年度偵字第15221號、104年度毒偵字第2834號），由原審之選任辯護人代為上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

壹、意圖販賣而持有第一級毒品、轉讓第一級毒品及施用第一級毒品（即原判決附表□編號 1.至 3.）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。

二、本件原審審理結果，認定上訴人林知富有其事實欄□(一)所載意圖販賣而同時持有毒品海洛因及甲基安非他命犯行明確，因而撤銷第一審該部分科刑之判決，改判仍依想像競合犯，從一重論處上訴人如原判決附表（下稱附表）□編號 1.所示意圖販賣而持有第一級毒品（累犯）罪刑（量處有期徒刑），並維持第一審論處上訴人同附表編號 2.、 3.所示轉讓第一級毒品及施用第一級毒品2（均累犯）罪刑之判決，駁回其該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各犯罪事實之心證理由，就（附表□編號 1.）上訴人其後否認有對外求售意圖之辯詞認非可採，亦依調查所得證據予以論述。

三、犯罪事實之認定、證據之取捨及證明力之判斷，俱屬事實審法院之職權，此項職權之行使，倘不違背客觀存在之經驗法則或論理法則，即不違法，觀諸刑事訴訟法第155條第1項規定甚明，自無許當事人任憑主觀妄指為違法，而資為合法之

第三審上訴理由。又毒品危害防制條例第5條所規定意圖販賣而持有毒品之罪，指以非營利目的而販入或因其他原因而持有毒品，其後始起意出售所持有之毒品以營利，且迄未著手賣出者而言。原判決就附表□編號 1.部分，依憑上訴人於第一審羈押訊問及相關偵審訊問時坦認其有伺機將原持有之毒品海洛因及甲基安非他命對外販售之認罪陳述，參酌所列相關證據資料及卷內其他證據調查之結果，詳敘憑為判斷上訴人於所載時間，以所示價格分別向綽號「龍哥」、「小兄弟」之成年男子購入所示毒品海洛因、甲基安非他命持有後，因萌生牟利意圖，將上揭毒品分裝而伺機出售，所為已該當意圖販賣而同時持有第一級毒品及第二級毒品罪構成要件之論據及理由，又依查扣毒品海洛因及甲基安非他命經送驗之結果及分裝（海洛因摻入葡萄糖稀釋分裝成56包、甲基安非他命分裝成6包）情形，據以說明上訴人在分裝2類毒品時，係按純度不同，刻意分裝成每包毛重均值相差無幾之小包裝，倘僅單純供己施用，何需大費周章為此分裝型態，徒增耗損，且分裝後每包甲基安非他命之重量遠高於其每日施用量，基於罪證有疑利歸被告之原則，雖無足證明上訴人於購入初始即有販賣意圖，惟已足證明係持有毒品後始起意伺機販售之主觀意圖，就其後改稱分裝毒品係便於供己施用云云，要非可採等情，併於理由內論述明白，俱有卷證資料可資覆按，所為各論斷，乃原審本諸職權之行使，對調查所得之證據經取捨後而為價值上之判斷，據以認定上訴人本部分之犯罪事實，無違經驗法則與論理法則；又

- (一)、刑事訴訟法第158 條之4 規定，除法律另有規定外，實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據，其有無證據能力之認定，應審酌人權保障及公共利益之均衡維護。亦即就前開公務員因違背法定程序取得之證據，究否具有證據能力，法院仍有審酌權。原判決就上訴人所指附表□所示（臺北市○○區○○路○ 段○○○ 號2 樓，下稱「341 號2 樓」）查扣毒品等證物，係執行搜索人員違法搜索而得之抗辯，固說明本件上訴人係因涉嫌違反毒品危害防制條例案件，經警持臺灣臺北地方法院核發之搜索票，至上訴人「341 號2 樓」住處執行搜索，惟因與搜索票所載搜索地點（上址339 號2 樓）不符，該部分自願受搜索同意書又係事後製作，難認屬合法搜索，但併依卷證資料及執行搜索現場情況，據以認定警方並非惡意違法搜索，警員違背法定程序之瑕疵尚非重大，且毒品犯罪所生危害非輕，本案在「341 號2 樓」所查獲之毒品數量甚鉅，尚未及時查扣，對社會治安具相當程度潛在危險，經依刑事訴訟法第158 條之4 規定，權衡上訴人基本人權之保障及公共利益之均衡維護，予以綜合判斷後，如何應容許該等查扣物具有證據能力等情，已於理由內詳敘其審酌之依據及判斷理由，核無判決理由不備或採證違法之情形。

(二)、被告之自白，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符者，得為證據，刑事訴訟法第156條第1項定有明文。是以被告之自白若非出於訊問者之非法取供，且與事實相符，自得採為論罪之證據。稽之卷附原審筆錄之記載，上訴人及其辯護人均同意或不爭執原判決所引據上訴人於第一審羈押訊問及相關偵審訊問時所為供述之證據能力（見原審卷(一)第93頁、第251至252頁），於言詞辯論終結前，復未主張該部分尚有如何待調查之事項（同上卷(一)第20頁），該等筆錄既非出於訊問者之非法取供，即無礙其供述任意性之判斷，自得為證據；又上訴人於上揭偵審訊問時，就本案其係購入毒品海洛因及甲基安非他命後，起意將之分裝伺機販售牟利之犯行，已為認罪之陳述（見第一審聲羈卷第9頁背面至第11頁背面，第15221號偵查卷第78頁、第118頁背面，第一審卷第22頁背面，原審卷(一)第216至218頁、第253至262頁），形式上觀其各所供過程，無何係經檢察官或法官誘以具保致其認罪或自白（同上各卷頁筆錄），至於上訴人係基於如何之動機或訴訟策略而為認罪之陳述，無關乎自白任意性之判斷，原審經合法調查（見原審卷(一)第20頁）後，勾稽其他相關證據資料，因認其任意性自白與事實相符，採為本部分論罪之部分依據，無違法可指。原判決就相關事證詳加調查論列，既已說明採信上訴人認罪之陳述，參酌卷內其他證據佐證不虛之理由，以事證明確，縱未同時說明上訴人其餘與判決本旨不生影響之供述，如何不足為其有利之認定，亦屬事實審法院本於判斷之職權，而為證據取捨之當然結果，無礙於判決本旨之判斷，究與判決不備理由之違法有間。上訴意旨猶執本案係違法搜索，所查扣之證物無證據能力，應予排除，又其係為圖交保始為認罪，該等陳述並非真實等前情否認犯罪，指摘原判決該部分違法，係對於原判決已說明指駁之事項及屬原審採證認事職權之適法行使，持憑己見而為不同評價，且重為事實之爭執，與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。

四、刑之量定，係實體法上賦予法院得依職權自由裁量之事項，苟已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列情狀，在法定刑度內，酌量科刑，無偏執一端，致明顯失出失入情形，即不得任意指摘為違法，以為第三審上訴之理由。又刑法第66條規定，有期徒刑減輕者，減輕其刑至二分之一。所稱二分之一，係指減輕之最大幅度而言，亦即至多僅能減其刑二分之一，至於應減輕若干，委諸事實審法院依具體個案斟酌決定之，並非必須減至二分之一，如減輕之刑度係在此範圍內，即非違法。原判決就上訴人所犯附表□編號1.至3.各罪，已綜合考量刑法第57條科刑等一切情狀，並說明上訴人所犯戕害人體健康、危害社會治安甚鉅，兼衡其犯罪情節、犯罪動機、智識程度及犯後態度等情，依所示累犯、

毒品危害防制條例第17條第2 項或自首等規定加重（法定本刑無期徒刑除外）、減輕或遞減其刑後，在罪責原則下適正行使其量刑之裁量權，而為所示3 罪刑之量定，核其量定之刑罰，已兼顧相關有利與不利之科刑資料，客觀上並未逾越法定刑度，亦與罪刑相當原則無悖，難認有濫用其裁量權限之違法情形。上訴人自不得以意圖販賣而持有第一級毒品之罪未減至二分之一刑度，任意指為違法。至於上訴人所犯附表□編號 2、3之罪，因情節有別，自不得互為援引執為原判決有違背法令之論據。上訴意旨徒以自己說詞，就原審前述量刑裁量權之合法行使，任意指摘，自非適法之第三審上訴理由。

五、此外，上訴意旨，係就原審依職權採證認事之適法行使，或就原判決已說明論駁之事項，專憑己見，任意指摘為違法，且重為事實之爭辯，難謂已符合法定之第三審上訴要件，應認其上訴為不合法法律上之程式，予以駁回。

貳、施用第二級毒品部分：

一、按刑事訴訟法第376 條第1 項各款所規定之案件，經第二審判決者，除第二審法院係撤銷第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，並諭知有罪之判決，被告或得為被告利益上訴之人得提起上訴外，其餘均不得上訴於第三審法院，為該法條所明定。

二、原判決就上訴人所犯施用第二級毒品罪部分，係維持第一審該部分科刑之判決，駁回上訴人在第二審之上訴，核屬刑事訴訟法第376 條第1 項第1 款之案件，依上開說明，既經第二審判決，自不得上訴於第三審法院，上訴人猶提起上訴，顯為法所不許，應併予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 1 月 18 日

最高法院刑事第五庭

審判長法官 陳 宗 鎮

法官 陳 世 雄

法官 何 菁 莪

法官 張 智 雄

法官 段 景 榕

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 1 月 22 日