

裁判字號：最高法院 96 年台上字第 1630 號刑事判決

裁判日期：民國 96 年 03 月 29 日

裁判案由：違反毒品危害防制條例

最高法院刑事判決 九十六年度台上字第一六三〇號

上訴人 甲○○

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服台灣高等法院中華民國九十三年七月一日第二審判決（九十三年度上訴字第八一七號，起訴案號：台灣桃園地方法院檢察署九十二年度偵字第二一〇一號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回台灣高等法院。

主 文

本件原判決認定上訴人甲○○前因違反家庭暴力防治法案件，經法院判處有期徒刑三月確定，甫於民國九十年五月二十五日執行完畢。猶不悔改，明知海洛因係毒品危害防制條例列管之第一級毒品，不得非法持有及販賣，竟基於販售營利之概括犯意，於九十二年一月十四日，因林志鴻與劉育成各以新台幣（下同）二千元合資，推由林志鴻於同日下午五時許，以所有之000000

0000號行動電話，撥打上訴人持用之0000000000

號行動電話，表示欲購買海洛因，上訴人同意以四千元之價格販售海洛因一包予林志鴻，並約定由林志鴻攜帶價金至桃園縣桃園市○○路○○○巷○○○號上訴人住處進行交易，同日下午六時十分許，林志鴻單獨持四千元上樓，進入上訴人住處，上訴人在門口玄關處，將事先備妥之海洛因一包交予林志鴻而取得四千元之價金牟利。嗣林志鴻與劉育成相偕至附近桃園縣桃園市○○路○○○號「速邁樂加油站」廁所，各自施用海洛因（非法施用海洛因犯行由檢察官另案處理），迄同日下午六時四十分許，經民眾檢舉，警員游萬鎮、潘志偉接獲通報趕赴上開加油站拍打廁所大門，林志鴻見狀倉皇將所餘海洛因丟入馬桶內沖掉，注射針筒一支則丟置水箱內，劉育成亦將注射針筒二支棄置於垃圾筒內，惟仍遭游萬鎮、潘志偉查獲，並於劉育成衣袋內扣得分裝勺一支。嗣警員追問海洛因來源，經林志鴻、劉育成供出上情，警員即授意林志鴻以上開行動電話聯絡上訴人要求再度購買海洛因，上訴人承前開販賣海洛因之概括犯意而允諾之，雙方仍談妥買價四千元，並約定於同日晚上九時許，在上訴人住處內交易。林志鴻即帶同警員潘志偉、吳振盛、張仲選、陳宗誠前往，經上訴人胞兄陳榮言開啟大門，而於同日晚上九時許，當場逮捕上訴人，該次販賣因未完成交易而未遂，並在上訴人身上扣得其所有之上開行動電話一支、林志鴻於同日下午購買海洛因所交付之價金四千元，復於該處臥室桌子後方之夾層內，起獲上訴人所有，供販賣

用之海洛因二包（淨重0．七九公克、包裝重0．四五公克）等情。因而撤銷第一審所為科刑之判決，適用行為時及裁判時法律，改判仍論處上訴人連續販賣第一級毒品罪刑（累犯，處有期徒刑八年六月）。固非無見。

惟查：（一）、當事人聲請調查之證據，苟與待證事實有重要關係，在客觀上有其調查之必要者，事實審即應依法詳加調查，倘未予調查，即屬應於審判期日調查之證據未予調查之違背法令。原判決援引證人即向上訴人購買海洛因之林志鴻於警詢、偵查及第一審審理中所為供證，資為認定上訴人販賣海洛因予林志鴻之論據。然上訴人於第一審即請求傳喚林志鴻到庭俾其當面詰問，第一審亦認有傳喚之必要，於九十二年十一月四日審理時，提解強制戒治中之林志鴻到庭，當天上訴人以其適因氣喘發作，緊急住院二日，身體虛弱無法到庭之理由，具狀請求改期，並提出聖保祿醫院診斷證明書為證（第一審卷第一三〇頁背面、第一三三頁），第一審卻未再行傳喚；迄第二審審理中，上訴人復多次具狀請求傳喚林志鴻，由其進行詰問（第二審卷第六十三頁背面、第七十二頁背面）。而依上開診斷證明書所載，上訴人確因氣喘重積狀態，於九十二年十一月二日住院迄翌日始出院，乃原審未查明上訴人於九十二年十一月四日是否確因病身體虛弱致有無法到庭之正當原因，即未再傳喚林志鴻到庭予上訴人有行使反對詰問權之機會，遽行判決，所踐行之訴訟程序，有礙上訴人訴訟上防禦權之行使，已非適法，復未於判決內說明不予調查之理由，自有證據調查職責未盡與判決理由不備之違法。（二）、搜索經受搜索人出於自願性同意者，固得不使用搜索票，然受搜索人若不明搜索人員之來意，縱有同意，亦非出於自願，是執行人員應先行出示證件、表明身分與來意，俾受搜索人知悉搜索之意涵後所為之同意，始屬自願性同意。又司法警察官或司法警察執行扣押時，發現本案應扣押之物為搜索票所未記載者，依刑事訴訟法第一百三十七條規定，仍得扣押之，俾免受搜索人攜帶危險物品危及安全與湮滅隨身證據，而此扣押，須以合法進行之搜索為前提。本此旨趣，無令狀搜索若屬合法，固亦應有該規定之適用。然司法警察官或司法警察逮捕犯罪嫌疑人時，依刑事訴訟法第一百三十條之規定所進行無令狀之附帶搜索，其客體僅以犯罪嫌疑人之身體、隨身攜帶物件、所使用之交通工具及其立即可觸及之處所為限，而所謂立即可觸及之處所，則應依犯罪嫌疑人體格、身體自由是否受限制、行動機靈程度與扣押物所在距離遠近、閉鎖情形等具體狀況而為判斷。逾越該合法範圍，既非合法搜索，即無上開扣押規定之適用，非依法定程序取得之扣押物，即應依相對排除法則，判斷其證據能力之有無。上訴人於原審屢以卷附搜索、扣押筆錄上，其所為同意搜索之簽名，非出於自願，扣案之海洛因係非法取得之證據等語置辯，乃原判決就該同意搜索之簽名是否出於上訴人自願未加探求，逕以上訴人係於林志鴻進入其住處進行毒品交易時，遭警當場逮捕，自係現行犯，執勤警員雖無搜索票，依法亦得附帶搜索上訴人身體及住處，因此扣押之

海洛因，即非不得為證據云云。然依原判決認定之事實，本件海洛因二包係自上訴人住處內桌子後面隱密之夾層內部扣得，則查扣當時該隱密夾層是否上訴人立即可觸及之處所？攸關該海洛因之取得是否合法之認定，自有調查釐清之必要。原判決未詳加辨明，並就該扣押海洛因之證據能力如何為必要之說明，遽以之為上訴人有罪判決之基礎，亦嫌率斷，同有應於審判期日調查之證據未予調查及判決理由欠備之違失。以上，或為上訴意旨所指摘，或係本院得依職權調查之事項，應認原判決有發回更審之原因。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十七條、第四百零一條，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 六 年 三 月 二 十 九 日

最高法院刑事第七庭

審判長法官 張 淳 淙

法官 劉 介 民

法官 張 春 福

法官 洪 昌 宏

法官 蔡 彩 貞

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 九 十 六 年 四 月 十 一 日

A

---

資料來源：司法院法學資料檢索系統