

裁判字號：最高法院 98 年台上字第 4209 號刑事判決

裁判日期：民國 98 年 07 月 23 日

裁判案由：違反毒品危害防制條例

最高法院刑事判決 九十八年度台上字第四二〇九號

上訴人 甲○○

選任辯護人 徐則鈺律師

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九十八年一月八日第二審判決（九十七年度上訴字第五四一二號，起訴案號：台灣台北地方法院檢察署九十七年度偵字第一二四六〇、一三一七三號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於販賣第二級毒品、第三級毒品部分撤銷，發回台灣高等法院。

理 由

本件原判決撤銷第一審關於上訴人甲○○販賣第二級毒品、第三級毒品部分之判決，改判仍論處上訴人甲○○販賣第二級毒品未遂，販賣第三級毒品（二罪），及販賣第三級毒品未遂罪刑。固非無見。

惟查：(一)、被告或犯罪嫌疑人因拘提或逮捕到場者，應即時訊問，刑事訴訟法第九十三條第一項定有明文。又檢察事務官、司法警察官、司法警察詢問受拘提、逮捕之被告或犯罪嫌疑人時，違反應告知得選任辯護人之規定者，所取得被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陳述，不得作為證據。但經證明其違背非出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者，不在此限。同法第九十五條第三款、第一百五十八條之二第二項亦定有明文。之所以如此立法，當係被告或犯罪嫌疑人臨時受拘提或逮捕，一時難免惶惑，不知所措，為保障其訴訟上之防禦權，期使司法警察（官）確實遵守此一告知之程序，以保障人權，特別明定，違背此一程序時，除有但書例外之情形外，所取得之供述證據，無證據能力，此與在其他調查、偵查或審判程序違背此一告知義務時，非當然無證據能力之規定不同。而第九十三條、第九十五條及第一百五十八條之二已分別於民國八十六年十二月十九日、九十二年九月一日公布施行，至九十七年六月間已行之經年，當為辦理刑事偵查之司法警察（官）所明知。故司法警察（官）明知被告或犯罪嫌疑人已表明需選任辯護人，自應待其辯護人到場後，即刻訊問，不得無故拖延。如司法警察（官）待犯罪嫌疑人所選任之辯護人到場後，卻刻意拖延，不遵守應即時詢問之規定，而於其辯護人離去後，始加詢問，使犯罪嫌疑人未獲辯護人之諮商及協助，自有礙於其防禦權之充分行使。此種情形，較之於詢問之初未告知得選任辯護人，尤為嚴重；且既屬明知而有意為之，自屬惡

意。因此，依舉輕以明重之法理，司法警察（官）以此方法違背刑事訴訟法第九十三條第一項即時詢問之規定時；其所取得被告或犯罪嫌疑人之不利供述證據，難認有證據能力。原判決採取上訴人於警詢之供述作為認定上訴人販賣第二級、第三級毒品不利判斷之依據。該警詢筆錄雖有律師徐則鈺到場之記載（見偵字第一二四六〇號卷第二七頁）；然第一審法院勘驗警詢光碟，勘驗結果為「未見律師在場」〔見第一審卷九五頁反面勘驗結果九（二）〕。則警詢筆錄之記載與事實不相適合，已有可議。依卷內資料，上訴人於當日（九十七年六月五日）下午經逮捕後，於十八時四十分在警局詢問時，雖被告知得選任辯護人，惟拒絕夜間詢問，嗣至翌日凌晨二時二十五分經其同意開始詢問（見偵字第一二四六〇號卷第二五、二七頁）。又上訴人於偵查中供稱在逮捕後所委任之律師原有到場，等到半夜一點多仍未開始詢問，所以先行離開，到二點多才加以詢問，警詢時律師並未在場等語（見前引偵查卷第一五七頁最後四行、第一五八頁第一行）。上訴人之供述如果無訛，其於當日十八時四十分經告知得選任辯護人，原雖拒絕夜間詢問，但嗣後已選任辯護人到場，辯護人於何時到場？是否於該時起已同意夜間詢問？辯護人離去之原因為何？攸關是否遵守即時詢問規定之判斷。司法警察（官）如無正當理由而延宕，使上訴人所選任之辯護人久候至凌晨一點多，因未開始詢問而離去，司法警察遲至凌晨二時二十五分利用上訴人選任之辯護人不在場時始開始詢問，此種刻意規避上訴人所選任辯護人協助之行為，與未告知得選任辯護人之情形相較，更形嚴重。揆之前揭說明，上訴人於警詢不利供述，自難認有證據能力。實情是否如此？原審未調查釐清，遽採上訴人警詢之陳述為論罪之依據，自有應於審判期日調查之證據未予調查及判決理由不備之違法。（二）、有罪判決書之事實一欄為適用法令之依據，凡與適用法令有關之事實，必須詳為記載，始足為適用法令之基礎。又刑事偵查技術上所謂「誘捕偵查」，係指對於原已犯罪或具有犯罪故意者，以設計引誘之方式，使其暴露犯罪事證，而加以逮捕或偵辦者而言。而「陷害教唆」，則指行為人原不具犯罪之故意，純因司法警察之設計教唆，始萌生犯意，進而實行犯罪構成要件之行為者而言。前者，純屬偵查犯罪技巧之範疇，並未違反憲法對於基本人權之保障，且於公共利益之維護有其存在必要性，故因之所蒐集之證據資料，原則上非無證據能力。而後者，因係以引誘或教唆犯罪之不正當手段，使原無犯罪故意之人因而萌生犯意實行犯罪行為，再進而蒐集其犯罪之證據，予以逮捕偵辦，此種誘人犯罪之手段顯已違反憲法對於基本人權之保障，且已逾越偵查犯罪之必要程度，對於公共利益之維護並無意義，其因此所取得之證據，應不具有證據能力。上訴人於原審辯稱：童義宏與伊聯繫，說經伊認識之友人「阿賢」介紹要向伊買東西，即與童義宏約定當日見面，童義宏並沒有說是要向伊買搖頭丸，童義宏亦未提到找伊要做何事等語（見原判決第四頁第一至四行）。則上訴人接獲童義宏電話前，是否具有販賣搖頭丸之故意，攸關上

訴人是否成立販賣第二級毒品未遂罪之判斷，自應查明於事實欄內詳實記載，然後於理由欄內說明其憑以認定之依據，方為適法。原判決認上訴人應負販賣第二級毒品未遂罪責，惟事實欄僅記載：上訴人基於販賣第二級毒品搖頭丸之意思，……童義宏依友人提供購毒管道即上訴人之行動電話號碼，以0000000000號致電上訴人……，上訴人乃……循上開未接來電紀錄回撥與童義宏聯繫，並約定在當日（民國九十七年六月五日）下午二時三十分在台北市○○街與中華路交岔路口碰面以完成搖頭丸販售之交易，上訴人依約前往上開約定地點而為警查獲，上訴人即交出··所持有其主觀上以為是搖頭丸之檢出僅含咖啡因之白色藥錠四顆等情。然依卷內資料，似無上訴人之前有販賣第二級毒品之事證，而所扣得之毒品為第三級毒品愷他命及一粒眠，並無第二級毒品搖頭丸；則童義宏致電上訴人之前，上訴人是否原已具有販賣搖頭丸之故意，原判決疏未詳予載述明白認定，致事實仍未臻明確，尚不足為適用法律之依據，自屬違誤。(三)、刑法第二十六條規定行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，不罰。故不能未遂，係指已著手於犯罪之實行，但其行為未至侵害法益，且又無危險者；其雖與一般障礙未遂同未對法益造成侵害，然須並無侵害法益之危險，始足當之。而有無侵害法益之危險，應綜合行為時客觀上通常一般人所認識及行為人主觀上特別認識之事實為基礎，再本諸客觀上一一般人依其知識、經驗及觀念所公認之因果法則而為判斷之。本件原判決如前述以上訴人於九十七年六月五日上午十一時許與警員童義宏聯繫，約定當日下午二時三十分在台北市○○街與中華路交叉路口完成搖頭丸販售之交易，上訴人依約前往為警查獲，並交出含愷他命成分之白色晶體八小包，及所持有其主觀上以為是搖頭丸之檢出僅含咖啡因之白色藥錠四顆。並認上訴人主觀上認知係販賣搖頭丸，與證人童義宏主觀上係購買搖頭丸之意思已合致，應成立販賣第二級毒品罪，因童義宏本身無購買之真意，而論以未遂之罪刑（見原判決事實欄二、第十四頁第二十一至二十七行）。稽之卷內資料，內政部警政署刑事警察局中華民國九十七年八月五日刑鑑字第0九七0一0四七九一號鑑定書，就上揭藥錠（編號B3）僅檢出咖啡因（Caffeine）成分，未檢出二級毒品（見一審卷第七十九頁反面），原審僅以行為人主觀上所認識之因果法則為判斷之基礎，就上揭有利上訴人之證據未說明不予採納之理由，亦未依客觀上一一般人依其知識、經驗，就上訴人誤認僅含咖啡因成分之藥錠為搖頭丸，著手販賣，能否發生侵害法益之危險，加以說明，亦有判決理由不備之違法。(四)、販賣毒品罪，以行為人有營利之意圖為必要，故行為人有無此項犯罪之目的條件，自應於事實欄內為詳實之記載，然後於理由內說明其憑以認定之證據，始稱適法。又判決不載理由或所載理由矛盾者，其判決為當然違背法令。原判決事實欄記載上訴人「基於販賣愷他命、一粒眠以營利之犯意」先後三次販賣第三級毒品與黎彥興，惟理由欄未說明其營利意圖之依據，自有理由欠備之違誤。另原判決雖認定上訴人販賣第二級毒品予童義宏（

未遂)，然事實欄並未記載是否具營利之意圖，理由欄亦未說明所憑依據，同屬違誤。(五)、數罪併罰應分別宣告其罪之刑，然後依法定其應執行之刑，刑法第五十一條定有明文。所謂其罪之刑，包括主刑、從刑而言。且沒收為從刑之一種，依主從不可分原則，應附隨於主刑而同時宣告之。原判決附表之愷他命與一粒眠，均屬毒品危害防制條例第二條附表三第十九項、第二十三項（硝甲西洋）不同類之第三級毒品。警員於上訴人主觀認係販予其第二級毒品（搖頭丸）時而查獲之「八小包白色晶體」，經鑑定係含「愷他命」成分；以及「搖頭丸」四顆，經鑑定僅含「咖啡因（Caffeine）」成分（見第一審卷第七十九頁反面）。乃原判決竟於「販賣第二級毒品未遂」罪之主文宣告沒收其「附表所示之物」，無異將與販賣第二級毒品罪無關之附表之愷他命與一粒眠，併於該罪諭知沒收，顯非適法。(六)、不論有罪或無罪之判決，其所記載之理由，前後必須互相適合，且對同一證據資料所為價值之判斷，先後亦須相一致，否則即屬判決理由矛盾之違法，自足構成撤銷之原因。原判決理由先謂「參以扣案如附表編號 1 至 4 號所示愷他命、一粒眠及分裝袋之數量甚為龐大，顯已超過供被告甲○○個人施用之合理範圍」（見原判決第十一頁最後一行、第十二頁第一行），復以「甲○○經警查獲後，受搜索扣押之物雖有大量之含愷他命成分之白色晶體十一包、及含一粒眠之藥錠四百七十四顆、二千一百顆，然此僅能證明被告確實持有該批毒品，並無其他證據足以證明被告甲○○係以意圖營利之犯意而販入該第二級毒品愷他命、及第三級毒品一粒眠」（見原判決第十八頁第十行）。關於上訴人購買鉅量毒品之目的，持有毒品之原因？是否屬於合理範圍，其理由說明，前後齟齬，自有判決理由矛盾之違法。以上或為上訴意旨所指摘，或係本院得依職權調查之事項，應認原判決關於上開部分有撤銷發回更審之原因。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 八 年 七 月 二 十 三 日
最高法院刑事第十一庭

審判長法官 石 木 欽
法官 洪 佳 濱
法官 韓 金 秀
法官 呂 丹 玉
法官 段 景 榕

本件正本證明與原本無異

書 記 官
中 華 民 國 九 十 八 年 七 月 二 十 九 日
V