

最高法院刑事判決

113年度台上字第1203號

上訴人 洪偉傑

選任辯護人 黃 俐律師

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112年11月9日第二審判決（112年度上訴第3289號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署111年度偵字第33629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。

二、本件原審審理結果，認上訴人洪偉傑有原判決事實欄（下稱事實欄）所載犯行明確，因而維持第一審論處上訴人販賣第二級毒品未遂罪刑，並為相關沒收銷燬、沒收之判決，駁回上訴人在第二審之上訴。已載敘其調查證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由。

三、上訴意旨略稱：

（一）上訴人在同性交友社交軟體Grindr上，誤認證人即新北市政府警察局新莊分局光華派出所（下稱光華所）員警吳○哲係與上訴人相約進行性行為，故攜帶少量毒品助興，主觀上無販賣毒品故意，且依吳○哲所證，「火箭」係「第二級毒品安非他命」代號，並非其個人實際辦案經驗，依刑事訴訟法

01 第160條規定，自不得作為證據。原審採信吳○哲單方、片
02 面之證詞，認定雙方對話內容係論及毒品交易，有違證據法
03 則。

04 (二)上訴人在Grindr上所用之暱稱「TOP·(火箭圖示)可幫/
05 代」，既無毒品代號，亦無與數量、價額有關之號碼或文
06 字，原審逕認此為上訴人販賣毒品之要約誘引，並無所據。
07 縱認上訴人有與吳○哲交易毒品之行為，但上訴人顯係原無
08 販賣毒品之故意，因受吳○哲引誘、教唆等違法手段設局引
09 發犯意，核屬「陷害教唆」甚明，顯然違反正當法律程序。

10 (三)上訴人於第一審聲請勘驗法院提審程序訊問過程之錄影光
11 碟，及勘驗光華所逮捕過程之錄影錄音內容，以證明本件逮
12 捕過程違法，且於第一、二審均堅稱遭員警違法逮捕。原審
13 未予調查，亦未說明理由，即有違法。

14 (四)上訴人另涉轉讓禁藥一案，雖經臺灣新北地方法院以111年
15 度簡字第4400號判處罪刑在案，經上訴人提起上訴，於第二
16 審法院審理中，尚未審結，遑論判決確定。原審卻認該案已
17 確定，於判決理由中據以評價上訴人素行不佳，有判決理由
18 與證據矛盾之違法。

19 四、經查：

20 (一)學理上所稱之「陷害教唆」，屬於「誘捕偵查」型態之一，
21 而「誘捕偵查」，分為「創造犯意型」、「提供機會型」2
22 種。前者，係指行為人原無犯罪之意思，純因具有司法警察
23 權者之設計誘陷，以唆使其萌生犯意，待其形式上符合著手
24 於犯罪行為之實行時，再予逮捕者。後者，係指行為人原已
25 犯罪或具有犯罪之意思，具有司法警察權之偵查人員於獲悉
26 後為取得證據，僅係提供機會，以設計引誘之方式，佯與之
27 為對合行為，使其暴露犯罪事證，待其著手於犯罪行為之實
28 行時，予以逮捕、偵辦者。「創造犯意型」之誘捕偵查所取
29 得之證據資料，係司法警察以引誘或教唆犯罪之不正當手
30 段，使原無犯罪故意之人因而萌生犯意而實行犯罪行為，進
31 而蒐集其犯罪之證據而予以逮捕偵辦，因此取得之證據資

01 料，應不具證據能力；「提供機會型」之誘捕偵查，係屬偵
02 查技巧之範疇，並未侵害憲法上基本人權，且於公共利益之
03 維護有其必要性，故依此蒐集之證據資料，尚非無證據能
04 力。至行為人受引誘或教唆時是否原已有犯罪意思之事實認
05 定，係屬事實審法院之職權，如事實審法院綜合全部卷證資
06 料所為之認定，並未違背經驗法則與論理法則，復已於理由
07 內敘述所憑形成心證之依據及判斷，即不能任意指為違法。
08 原判決依上訴人之供述、吳○哲之證述及上訴人與吳○哲於
09 交友軟體Grindr上之對話紀錄內容，說明如何認上訴人在Gr
10 indr上之暱稱中之「可幫/代」、「（火箭圖示）」等文
11 字，係上訴人為販賣毒品之要約引誘，其對吳○哲所傳
12 「代…？」之詞，回覆「要什麼」，已見上訴人原已有販賣
13 毒品之意，非因員警之設計誘陷而萌生販毒意思。復說明吳
14 ○哲確認上訴人有販賣毒品之嫌疑，與之相約進行毒品交
15 易，雙方依約見面，於上訴人交付毒品而屬販賣毒品之現行
16 犯後，依法加以逮捕，則吳○哲所為偵查行為及其後續之逮
17 捕、扣押行為，於法並無不合，所取得證據，自均具有證據
18 能力等旨。所為論斷說明，俱不違背經驗法則及論理法則。
19 且吳○哲於原審證述，光華所同組人馬均有用相同手法緝獲
20 其他被告，當初看到「火箭圖示」有討論是什麼，比較資深
21 員警說這應該是安非他命代號等語（見原審卷第86頁），顯
22 然「火箭圖示」係指安非他命代號，並非吳○哲個人意見或
23 推測之詞，而係光華所資深員警本於查緝販毒之實際經驗傳
24 承所為之研判，始啟動釣魚偵查，尚非不得採為認定事實之
25 依憑。上訴意旨(一)、(二)指摘原判決採證違背證據法則及因陷
26 害教唆而違反正當法律程序云云。係就原判決已明白說明之
27 事項，依憑已見再事爭辯，難認符合首揭第三審上訴之要
28 件。

29 (二)證據之取捨、證明力之判斷及事實之認定，係屬事實審法院
30 得自由裁量判斷之職權，此項職權之行使，倘未違背客觀存

01 在之經驗法則或論理法則，亦無明顯濫用裁量權之情事，即
02 無違法可言。

03 原判決依憑上訴人之供述、吳○哲之證述、卷附上訴人與吳
04 ○哲於Grindr之對話紀錄截圖及譯文、現場及扣案物品、臺
05 北榮民總醫院毒品成分鑑定書等證據資料，說明如何認定上
06 訴人有事實欄之犯行，並載敘上訴人否認犯行所辯係邀約一
07 起施用毒品助興，「可幫/代」係指幫忙施打，就好像小護
08 士一樣；是幫人家代購醫療用品等詞，前後不一而不足採取
09 等旨。所為論斷，均有卷存事證足憑，並無上訴意旨所指採
10 證違背證據法則，或僅憑吳○哲單一證述認定事實之違誤。
11 且上訴人及其原審選任辯護人於原審準備程序期日僅請求傳
12 喚吳○哲到庭，待證事項為證明本件逮捕程序是否合法、有
13 無陷害教唆等情，經原審於審判期日傳喚吳○哲到庭接受詰
14 問調查。嗣原審審判長調查證據完畢後，詢以：「尚有何證
15 據請求調查？」檢察官、上訴人及其原審選任辯護人均答
16 「無」，有審判筆錄可稽(見原審卷第89頁)，原審因認上訴
17 人犯罪事證已臻明確，未再依職權贅為其他無益之調查，亦
18 難謂有上訴意旨(三)指摘原審有調查證據職責未盡或理由不備
19 之違法。

20 (三)屬於被告品格證據之前案科刑執行紀錄，除係符合刑法第47
21 條累犯之要件，因已就處斷刑加重其刑，於科刑時應禁止任
22 意再為審酌外，該前科紀錄，本為刑法第57條第5款所定
23 「犯罪行為人之品行」的一種，係行為人「刑罰感受性」之
24 罪犯人格表徵，自可作為刑罰裁量事實之依據。

25 原判決以第一審審酌上訴人前有多次施用毒品之前科，並有
26 轉讓禁藥經法院判處有期徒刑5月確定之前案紀錄，……足
27 見其素行不佳，而無從為從輕量刑之考量乙節，稽之卷附上
28 訴人之臺灣高等法院被告前案紀錄表所示，上訴人所犯轉讓
29 禁藥罪一案尚未確定，原判決上開理由雖有微疵，然除卻上
30 開轉讓禁藥犯行外，上訴人確有施用毒品前科，原審據認上
31 訴人素行不佳，認無從為從輕量刑之考量，尚無違誤。上訴

01 意旨以此認原判決有理由與證據矛盾云云。係執對判決結果
02 不生影響之事項，指摘原判決不當，亦非合法之第三審上訴
03 理由。

04 五、以上及其餘上訴意旨，無非係對原判決已明確論斷之事項，
05 或就不影響判決本旨之枝節事項，徒以自己說詞，任意指為
06 違法，難謂已符合首揭法定上訴要件，應認其上訴為不合法
07 律上之程式，予以駁回。

08 據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

09 中 華 民 國 113 年 4 月 25 日

10 刑事第一庭審判長法官 林勤純

11 法官 劉興浪

12 法官 黃斯偉

13 法官 劉方慈

14 法官 李麗玲

15 本件正本證明與原本無異

16 書記官 張功勳

17 中 華 民 國 113 年 4 月 29 日