最高法院刑事判決

113年度台上字第1559號

上　訴　人　張軒綾

選任辯護人　吳國輝律師

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12月6日第二審判決（112年度上訴字第2682號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署109年度偵字第35753號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

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，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

本件原判決撤銷第一審關於原判決附表（下稱附表）一部分之有罪判決，改判仍論處上訴人張軒綾犯修正前毒品危害防制條例第4條第2項之販賣第二級毒品罪刑（適用刑法第59條減輕其刑後，處有期徒刑4年2月），並為沒收（追徵）之宣告（其餘被訴販賣第二級毒品、轉讓禁藥罪嫌部分，均經原審維持第一審無罪之諭知，駁回檢察官之上訴確定），已詳敘其調查證據之結果及證據取捨並認定事實之理由；所為論斷，均有卷存證據資料可資覆按。

上訴人之上訴意旨略以：

□原判決雖指李志漢警詢所述無證據能力，惟仍認同日偵查中所述有證據能力，而經上訴人比對李志漢警詢筆錄內容及其錄音錄影內容，有諸多不相符之處，足以合理懷疑李志漢在警詢時有遭警方勸誘、引導，其後於同日移送之偵查訊問及第一審時之證述，亦均是配合警方要求，為不實之陳述，直至原審時才據實陳述。況本件究竟係贈與或人情幫忙？如有無金錢對價？係如何交易？工錢為何？全無明確證據，通訊監察譯文或通聯紀錄亦無何關於毒品、交易金錢等內容。原審僅憑李志漢於警詢、偵查及第一審時遭污染且不實而無證據能力之證述，為不利於上訴人之認定，漏未審酌李志漢於原審所為對上訴人有利之證詞，有違證據法則及經驗法則、論理法則，併有應於審判期日調查之證據而未予調查及判決理由不備之違法。

□檢察官訊問李志漢之購買時間係民國109年7月10日18時18分，然此並非購買時間，且該日亦非以裝監視器之工錢換毒品。原判決竟仍認李志漢於該日時，在桃園市，以裝監視器工錢新臺幣（下同）500元向上訴人購買第二級毒品甲基安非他命1包，顯與卷內李志漢於第一審之證詞相矛盾。又依該日通話紀錄時間，李志漢還未進入屋內，尚未產生工錢，自無從用當天應得之工錢向上訴人換購甲基安非他命1包之買賣合意，亦無任何以500元工錢折算之依據，原判決之認定有違經驗法則與論理法則，除有理由不備外，亦有認定事實與卷內證據相矛盾之判決理由矛盾之違法等語。

惟查：

□證據之取捨及事實之認定，為事實審法院之職權，如其判斷無違經驗法則或論理法則，復已敘述其憑以判斷之心證理由，即不能任意指為違法。

㈠原判決綜合卷內所有證據資料及調查證據之結果，於理由欄敘明認定上訴人有原判決事實欄所載，明知甲基安非他命係毒品危害防制條例所列管之第二級毒品，依法不得持有、販賣，竟意圖營利，基於販賣第二級毒品之犯意，於109年7月10日18時18分許，以500元之價格，販賣甲基安非他命1包予李志漢1次

犯行之得心證理由。另對於上訴人否認犯行，辯稱：我沒有販賣，李志漢所述不實，他是向我買星城幣，且李志漢曾與我先生吵架而有不愉快等語，以及其辯護人為其辯護稱：李志漢於警詢及偵查中之證述內容，有諸多不實及矛盾之處，且李志漢與上訴人之相關對話，並未提及買賣毒品，參以其等均承認有玩同款網路遊戲及有於上訴人住處施工之事實，更像是談遊戲內容、寶物及施工所需是否充足之對話，未可認定與購買毒品有關，且李志漢已於偵查中證稱係因幫上訴人裝設監視器而由上訴人提供甲基安非他命以代替工錢，然李志漢於原審已證述其替上訴人裝設監視器以甲基安非他命抵工錢只有1次，時間並非109年7月10日，是起訴書指李志漢於109年7月10日18時18分許，在上訴人居所，以裝監視器之工錢500元向上訴人購買甲基安非他命1包，即與事實不符等語，如何認為均無足採等情，逐一詳予指駁。

㈡經核原判決關於附表一部分之採證認事並無違反經驗法則、論理法則，亦無任意推定犯罪事實、違背證據法則、調查職責未盡、判決理由不備、理由矛盾、不適用法則或適用法則不當之違誤。

㈢再：

1.被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據，刑事訴訟法第159條之1第2項定有明文。考其立法意旨，係以現階段刑事訴訟法規定檢察官代表國家偵查犯罪、實施公訴，而實務運作時，偵查中檢察官向被告以外之人所取得之陳述，原則上均能遵守法律規定，不致違法取供，其可信性極高，為兼顧理論與實務，故原則上賦予該項陳述證據能力，僅於顯有不可信之情況時，始否定其證據能力。原判決已敘明：李志漢於偵查中之陳述，係經具結後所為，又無受其他不當外力干擾，無顯然不可信之情況，且於第一審及原審時均到庭接受交互詰問，應認為有證據能力等旨（見原判決第2至3頁）。核與上開傳聞證據之例外規定，並無

違背之處。上訴意旨空言該證據受到警方誘導污染而無證據能力等語，自非適法之第三審上訴理由。

2.證人之陳述有部分前後不符，或相互間有所歧異時，究竟何者為可採，法院本得依其確信自由判斷，若其基本事實之陳述與真實性無礙時，仍非不得予以採信，倘未違背經驗法則或論理法則，即難遽指為違法，非謂一有不符或矛盾，即應認其全部均為不可採信。從而證人之證言先後縱有差異，事實審法院依憑其等之供述，斟酌其他證據，本於經驗法則與論理法則，取其認為真實之一部，作為判決之依據，自屬合法，難謂所認事實與供述證據之部分不符，即指判決有證據上理由矛盾之違法。本件李志漢於偵查、第一審及原審時所為之先後證述，雖有不一，但原判決已就相關事證詳加調查論列，復綜合上訴人之部分陳述、李志漢之證詞，暨卷附之通訊監察書暨電話附表、通訊監察譯文等證據資料，參互斟酌判斷，再審酌李志漢於原審時雖稱其於偵查及第一審之證詞不實在，但亦僅一再證稱當時講的應該不是真實，因為真的很久了、想不起來了等語，又對於被詢以為何未於第一審接受同一辯護人詰問即據實以告時，停頓後未答，則其於原審所為有利於上訴人之陳述是否屬實，已非無疑等情（見原判決第7至8頁），認定上訴人有本件附表一之犯行，尚非原審主觀之推測，亦無對其有利之證據不予判斷情事，核與經驗及論理法則並不相違背，且非僅憑李志漢之單一證言，即為上訴人不利之認定，亦難認有何採證及證據上理由矛盾之違法情事。

3.一般合法物品之交易，買賣雙方於電話聯繫之間，固會就標的物、價金、交付方式等事項為約定；然有關毒品之交易，誠難期待買賣雙方以同樣標準為聯繫，尤其，在現行通訊監察制度之下，若於通話間言明具體之標的物或以暗語代之，無異自曝於被查獲之風險中。再者，關於毒品之買賣，其以電話聯繫交易者，買賣雙方多係相識之人，其等或僅粗略表明見面時、地，甚或僅以電話鈴聲加上來電顯示作為提醒即足。因此，並非不得依通聯之情形及通話內容之真意，作為判斷可否採為買

賣雙方所供述交易情節之佐證。原判決針對上訴人就附表一部分，如何應評價為上訴人販賣甲基安非他命予李志漢1次乙節，援引上訴人與李志漢間之相關通訊監察譯文，作為李志漢不利上訴人之證詞之補強證據，於法並無不合。

4.刑事訴訟法第379條第10款固規定，依本法應於審判期日調查之證據而未予調查者，其判決當然違背法令。但應行調查之證據範圍，在同法並未定有明文，該項證據，自係指第二審審判中已存在之證據，且與待證事實有重要關係，在客觀上認為應行調查者而言。原判決對於上訴人之辯護人於原審聲請勘驗李志漢警詢錄音與筆錄記載內容不符乙節，業已說明如何認為無必要等旨（見原判決第2頁），復敘明如何認定如附表一部分並非李志漢以裝監視器之工錢500元向上訴人購買甲基安非他命等情（見原判決第6至7頁），且依卷內資料，上訴人及其辯護人於原審審判期日，經原審審判長詢以「有無其他證據聲請調查」時，均答稱「無」（見原審卷第137頁）。原審認上訴人本件附表一部分犯罪之事證已明，未再贅為其他無益之調查及論述，難謂有調查證據職責未盡及判決理由不備之違誤。

㈣上開上訴意旨所指各節，或係就無礙於事實認定之事項，或係重執上訴人在原審辯解各詞及其個人主觀意見，就原審採證認事適法職權行使及原判決關於附表一部分已明白論斷之事項，再為爭執，俱難認係上訴第三審之適法理由。

□上訴人之其他上訴意旨並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決關於附表一部分有何違背法令之情形，核與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合。

□綜上，應認上訴人關於附表一部分之上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

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　　113　　年　　5　　月　　2　　日

刑事第三庭審判長法　官　林立華

法　官　林瑞斌

法　官　王敏慧

法　官　陳如玲

法　官　李麗珠

本件正本證明與原本無異

書記官　李淳智

中　　華　　民　　國　　113　　年　　5　　月　　7　　日