最高法院刑事判決

114年度台上字第6654號

上　訴　人　劉清志

上列上訴人因違反毒品危害防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國114年9月11日第二審判決（114年度上訴字第940號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署111年度偵字第39190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。

二、本件原審審理結果，認為上訴人劉清志之犯行明確，因而撤銷第一審判決關於販賣第三級毒品罪刑及販賣第二級毒品罪刑部分（即第一審判決犯罪事實欄一及二㈡部分）與定應執行刑部分，並適用刑法第59條規定，改判論處上訴人犯販賣第三級毒品罪刑（即原判決事實欄〈下稱事實欄〉一㈠部分；處有期徒刑5年6月）及販賣第二級毒品罪刑（即事實欄一㈢部分；想像競合犯轉讓第一級毒品罪；處有期徒刑8年），並定其應執行刑為有期徒刑10年；其餘部分（即轉讓禁藥部分及沒收部分），則認第一審判決並無不當，予以維

持，駁回上訴人關於此部分在第二審之上訴。從形式上觀察，並無判決違法情形存在。

三、上訴意旨略以：

㈠上訴人慣常持有或施用之毒品為海洛因或安非他命，關於曲世東究如何知悉未使用咖啡包之上訴人可提供咖啡包乙節，原審未予調查，即謂上訴人與曲世東達成買賣咖啡包之合意，有違經驗法則，復未敘明雙方達成合意之時、地、交易方式、數量等節，判決理由已有不備。

㈡曲世東於偵查中稱其係自行騎車前往上訴人處拿取咖啡包等語，於第一審則改稱係由上訴人駕車搭載其至上訴人住處拿取咖啡包等語，顯與距離事發時較近之陳述正確性較高之經驗法則不合。況若雙方確有交易咖啡包之合意，上訴人大可逕行交付，何必駕車搭載曲世東返回住處始行交付。原審未予釐清，有違經驗法則且判決不備理由。員警調取沿路監視器畫面時，竟無曲世東在次日凌晨為上訴人駕車搭載離開之畫面，則曲世東所述是否屬實，尚非無疑。

㈢鄭明竹就其曾否前往上訴人住處乙節，前後所述有所出入，且依鄭明竹之證述，甚難想像其竟尋求平日無聯絡且與電信業毫無關連之上訴人協助購買新臺幣1萬元之手機。

㈣原審無視曲世東及鄭明竹之歷次證述有前開瑕疵，上訴人及其原審選任辯護人亦一再主張該等證人未經上訴人對質詰問，甚且係於上訴人不在場之下逕行審判程序而為證據之調查，剝奪上訴人對質之權利而違反正當法律程序，自屬未經合法調查，不得採為認事用法之基礎。

㈤陳威良於警詢、偵查及第一審均已陳明並無與上訴人見面，則陳威良所稱交付安非他命之女子究為何人，即屬有疑，僅憑陳威良之陳述及上訴人手機內之通訊內容，斷定雙方有交易毒品之合意及事實，論理已有瑕疵，而有判決不備理由或理由矛盾之違誤。況陳威良未經上訴人對質，上訴人及其歷審辯護人並非未曾異議，原審未見及此，自屬違法。

四、惟按：

㈠為確保被告對證人行使反對詰問權，證人於審判中，固應依法定程序，到場具結陳述，並就其指述被告不利之事項，接受被告之反對詰問，其陳述始得作為認定被告犯罪事實之判斷依據，事實審法院倘已使證人到庭，而被告不能對該等證人行使反對詰問權並非可歸責於國家機關，法院並已踐行法定調查程序，就不利被告之陳述給予被告充分辯明之防禦機會，以補償其不利益；未經對質詰問之不利證詞，復非據以作為認定被告犯罪事實之唯一證據或主要證據，而有其他補強證據佐證，則被告雖未行使對證人之詰問權，應認合於「詰問權之容許例外」，法院採用該未經被告詰問之證言，即不得指為違法。本案證人曲世東、陳威良已於第一審經合法傳喚，使上訴人得以對質詰問，上訴人卻經第一審合法傳喚不到，復拘提無著，而未能對到庭之曲世東、陳威良行使反對詰問權，顯屬可歸責於己之事由所致，該等證人既經到庭之上訴人之第一審辯護人詰問，依刑事訴訟法第196條之規定，在其等陳述明確，別無訊問必要之情形下，本不得再行傳喚；原判決亦已說明曲世東、陳威良於檢察官偵查中及第一審之證述，何以具有證據能力之理由（見原判決第2至4頁），併已敘明該等證人不利於上訴人之陳述，如何與其他補強證據調查結果相符，並非以該等不利證述作為認定上訴人本案犯罪事實之唯一證據。上訴人之防禦權於程序上既已獲得充分保障，則原審本於前開調查之結果，採用上開具有證據能力且經合法調查之證人於審判外及審判中之陳述等證據資料，作為認定上訴人犯罪之依據，自無上訴意旨所指之未依法踐行調查或採證違法可言。又第一審已依上訴人之辯護人之聲請傳喚鄭明竹到庭，由辯護人及檢察官交互詰問完畢後，經審判長詢以「有無問題詰問證人」時，上訴人答：「沒有。」（見第一審訴緝字卷第79至83頁）。上訴意旨所稱第一審於上訴人不在場之下逕行詰問鄭明竹，剝奪上訴人之對質權，未踐行適法之調查程序等語，顯非依卷內證據資料而為指摘，並非合法之上訴第三審理由。

㈡證據之取捨、證明力之判斷及事實之認定，均為事實審法院之職權，倘其斟酌取捨及判斷並未違背經驗及論理法則，復已於理由內說明其取捨證據及得心證之理由者，自不得任意指為違法而執為適法之第三審上訴理由。且法院認定事實，並不以直接證據為必要，其綜合各項調查所得之直接、間接證據，本於合理的推論而為判斷，要非法所不許。原審認定上訴人有事實欄一㈠所載之販賣第三級毒品予曲世東及事實欄一㈢所載之販賣第二級毒品並轉讓第一級毒品予陳威良之犯行，已敘明其所憑之依據及憑以認定之理由；有關上訴人否認犯行及所辯：事實欄一㈠部分，係綽號「大頭」之鄭明竹販賣毒品予曲世東；事實欄一㈢部分，係曲亭螢販賣毒品予陳威良等語，如何不可採信，以及曲世東、陳威良所為不利於上訴人之陳述，如何可以採信，均詳述其理由。核其認定，有相關卷內證據資料可以佐證，且係綜合各項調查所得之相關證據，經整體觀察後而為判斷，所為之論斷、說明，於法並無不合。曲世東就其如何前往上訴人住處拿取咖啡包乙節，於偵、審中所述雖非一致，然其已陳明係因先前於偵查中就何時拿取咖啡包已無記憶，於審判中經提示監視器畫面後，始憶及取得咖啡包之過程（見原判決第6頁第23至28行）。則原審捨棄距事發時間較近之偵查中之陳述，採取審判中之證詞，即無不合；原審就此未說明取捨之理由，係採認其一即排除其他之證據法則之當然結果，與法律規定得上訴第三審之判決不備理由之情形不同；至於員警有無查得曲世東為上訴人駕車搭載離開之相關監視器畫面，無礙於曲世東之第一審證言之可信性，上訴意旨據此指摘，亦非適法之上訴第三審理由。本件原判決就上訴人販賣第三級毒品予曲世東之事實，已認定明確，則曲世東如何知悉上訴人可提供咖啡包、雙方達成毒品買賣合意之時、地等枝節，未贅為說明，因無礙於本案事實之認定，自不能指為違法。基於同一之理由，鄭明竹就其曾否前往上訴人住處前後陳述不一，以及有關鄭明竹尋求上訴人協助購買手機之證述是否可採，於

判決結果亦無影響，原判決雖未詳述其異同並說明取捨之理由，仍無違法可指。又依卷內之陳威良筆錄，其於警詢、偵查及第一審均未曾表示其並無與上訴人見面；上訴意旨有關此部分之指摘，顯與卷內證據資料不合。有關交付安非他命予陳威良之人，陳威良於第一審雖先證稱係某女，然其後經審判長就陳威良於偵查中相異之證言訊問陳威良時，陳威良即稱：因時間已久，記憶不清，且自己亦有訴訟進行中，比較沒去記憶本案，應以其偵查中所述較為清楚等語（見第一審訴字卷第390頁），原判決採為論斷之依據，並無不合。上訴意旨徒以陳威良曾於第一審提及某女，即據以指摘某女之身分有疑等語，顯係就陳威良之陳述中未經原判決採認之部分予以爭辯，同非適法之上訴第三審理由。

五、依上所述，上訴意旨指陳各節，或與卷內資料不合，或係就原審採證認事、證據取捨、判斷職權之適法行使，依憑己見，再事爭執；或僅就已經原判決論斷說明之事項，重為指摘；或僅單純為事實上之爭執，就原判決有如何違法情形未依卷內資料具體指摘，均非適法之上訴第三審理由，應認本件上訴違背法律上之程式，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　　115　　年　　8　　月　　5　　日

刑事第七庭審判長法　官　林瑞斌

法　官　洪兆隆

法　官　吳冠霆

法　官　高文崇

法　官　陳芃宇

本件正本證明與原本無異

書記官　林明智

中　　華　　民　　國　　115　　年　　8　　月　　11　　日