最高法院刑事判決

115年度台上字第3177號

上　訴　人　臺灣高等檢察署檢察官謝雯璣

上　訴　人

即　被　告　古騰緯

選任辯護人　陳宏奇律師

上列上訴人等因被告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115年2月5日第二審判決（114年度上訴字第5458號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署113年度偵字第19649、30850、42459、50501號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於販賣第三級毒品罪共二罪部分均撤銷，發回臺灣高等法院。

其他上訴駁回。

理　由

甲、撤銷發回（即販賣第三級毒品罪共2罪）部分：

一、原判決以上訴人即被告古騰緯經第一審判決論處販賣第三級毒品罪共2罪刑，並諭知相關之沒收、追徵後，被告明示僅就上開判決之量刑部分提起第二審上訴，經原審審理結果，認為第一審漏未審酌被告供出上游之事實，因而就該部分撤銷改量處較輕之刑，固非無見。

二、科刑判決所認定之事實，與其所採用之證據不相適合，即屬證據上理由矛盾，其判決當然違背法令。又證據雖已調查而其內容尚未明瞭者，即與未經調查無異，如遽行判決，仍屬應於審判期日調查之證據而未予調查，尚不得遽對被告為有利或不利之認定。復按毒品危害防制條例第17條第1項規定犯第4條至第8條、第10條或第11條之罪，供出毒品來源，因

而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑。所稱「供出毒品來源」，係指被告原持有供己犯同條項所列之罪其毒品來源出自何人之謂。而該「因而查獲」，則必係因被告翔實供出毒品來源之具體事證，而使有偵查（或調查）犯罪職權之公務員知悉而對之發動偵查（或調查），並因而查獲該毒品來源之其他正犯或共犯。且被告供出之毒品來源與調查或偵查之公務員對之發動偵查（或調查）並進而查獲其他正犯或共犯間，須具有時間上之先後順序及相當之因果關係。故所謂「供出毒品來源，因而查獲」，必以被告所稱供應其自己毒品之人與嗣後查獲之其他正犯或共犯間，前後具有銜接之關聯性，始稱充足。倘被告所犯同條項所列之罪之犯罪時間，在時序上較早於該正犯或共犯供應毒品之時間，即令該正犯或共犯確因被告之供出而被查獲；或其時序雖較晚於該正犯或共犯供應毒品之時間，惟其被查獲之案情與被告自己所犯同條項所列之罪之毒品來源無關，均仍不符上開應獲減輕或免除其刑之規定。原判決於事實及理由欄三㈠2.說明：被告於警詢中已供述其第三級毒品來源為微信暱稱「峻」之男子，並提供明確之地點、交易資料等，更指認謝明峻，警方因此循線向上溯源，查獲謝明峻於民國113年3月28日、4月1日販賣第三級毒品予被告，謝明峻經臺灣桃園地方法院114年度訴字第56號判決認定其販賣第三級毒品給被告，雖係於本件犯罪時間112年12月24日、113年3月20日之後，然據被告提供予員警查緝之112年12月23日與「峻」間之微信對話語音譯文中有關詢價、出貨內容與本件之販賣時間均具有時間密接性，可認被告販賣第三級毒品之來源為暱稱「峻」即謝明峻，足認被告就本案販賣第三級毒品罪共2罪有供出毒品來源因而查獲謝明峻之情形，均應適用毒品危害防制條例第17條第1項規定減輕其刑等旨，原判決上開憑以減輕被告販賣第三級毒品2罪之刑之論述果若屬實，則被告供出之謝明峻販賣予伊之第三級毒品，於時間順序上自應早於被告所犯本案之時間，始符一般之經驗法則，並能與上開所述與

其供出而嗣後遭查獲之其他正犯或共犯間，前後具有銜接之關聯性要件一致，而依關於謝明峻之桃園市政府警察局中壢分局刑事案件報告書、臺灣桃園地方檢察署檢察官113年度偵字第24007、51711、51712號起訴書、臺灣桃園地方法院114年度訴字第56號判決，所認定謝明峻販賣第三級毒品予被告之時間為113年3月28日、4月1日，均晚於本案原判決所認定被告販賣第三級毒品之時間（112年12月24日、113年3月20日），而卷內雖有被告與謝明峻於112年12月23日之對話語音譯文，然該次是否有為交易行為，尚難認定，且亦未見有查獲該次販賣犯行之情事，是被告所供出之謝明峻，與被告本案所犯販賣第三級毒品等罪之時間序上，得否僅憑上開對話語音譯文，即認其有前後直接之因果關聯性？此攸關被告能否適用上開減免規定予以減免其刑之事實，自應為完足之調查，始足為適用法律之基礎。此部分事證猶有未明，原審未予調查釐清及說明，遽為判決，即有應於審判期日調查之證據而未予調查，併有與卷證資料不符之證據上理由矛盾之違法。

三、以上為檢察官上訴意旨指摘所及，且原判決上述違背法令情形，已影響於有無毒品危害防制條例第17條第1項減免其刑事實之確定，且原判決前揭違誤，亦牽涉科刑範圍辯論程序之踐行，本院無從據以為裁判，應認原判決關於被告販賣第三級毒品罪共2罪部分，均有撤銷發回更審之原因。

乙、上訴駁回部分：

壹、販賣第二級毒品罪共3罪部分：

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非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。本件第一審認定被告有如其事實欄一

㈢至㈤所載犯行，論處被告共同販賣第二級毒品罪共3罪刑，暨諭知相關沒收、追徵後，被告明示僅就上開判決之量刑部分提起第二審上訴，經原審審理結果，認為第一審此部分之量刑並無違誤，乃予維持，而駁回上訴人在第二審之此部分上訴。已詳述其量刑審酌之依據及理由。

二、被告上訴意旨略以：本案承辦員警徐聖評於職務報告中並未提及第一審判決事實欄㈢至㈤販賣第二級毒品之犯行，足認徐聖評直至113年4月10日對被告之詢問時，對被告所涉販賣第二級毒品之行為並無掌握，且扣案之帳冊為被告自行提出，非警方搜索扣押所得，徐聖評亦稱係仰賴被告主動提出及說明始知悉帳冊所載內容，原審受命法官訊問徐聖評關於扣案手機翻拍照片之影響時，未提出照片供徐聖評辨認，經原審辯護人當場聲明異議，原審審判長誤以受命法官之訊問非得異議之客體為由而未依法處理，致訊問證人之程序存有重大瑕疵，本案被告就第一審判決事實欄㈢至㈤販賣第二級毒品行為符合自首要件，原審認定顯有違誤云云。

三、刑法第62條亦規定對於未發覺之罪自首而受裁判者，得減輕其刑。所謂「發覺」，係指有偵查犯罪權限之公務員已知悉犯罪事實及犯罪行為人而言，雖不以確知其人犯罪無誤為必要，然若依憑現有客觀之證據，足認有「確切之根據得合理之可疑」其為犯罪嫌疑人之程度者，即屬之。原判決已說明本件係因被告經檢舉販賣第三級毒品咖啡包，為桃園市政府警察局中壢分局偵查後，向臺灣桃園地方法院聲請搜索票執行搜索，經徐聖評翻閱扣得之帳冊、比對被告持用手機後，因被告手機中有不特定人向被告購買毒品之訊息、被告與杜瑞、黃義城之LINE對話紀錄內容，懷疑被告亦有販賣第二級毒品，多次聯絡被告自首、投案，被告均拒不到場，而於113年5月31日通知黃義城到案說明，指認被告為毒品甲基安非他命之上游，始查獲被告第一審判決事實欄一㈢至㈤之確實時間、地點等情，有證人黃義城、承辦員警徐聖評之證述、臺灣桃園地方法院113年度聲搜字第753號搜索票、桃園市政

府警察局中壢分局搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、搜索扣押照片等為證，足認警方對第一審判決事實欄一㈢至㈤之犯罪事實已有合理懷疑，是被告於113年6月12日警詢時所為之供述，僅屬自白，難認為自首等旨。核其論斷，於法並無不合。又徐聖評於原審亦證稱帳冊為警方搜索扣得，非被告交付，而帳冊記載之單價符合甲基安非他命之常態價金，與毒品咖啡包完全不同，故懷疑帳冊所記載為被告販賣甲基安非他命等情，被告上訴仍執陳詞，以其自行提出帳冊，並於警方不知其販賣第二級毒品之際，坦承犯行而屬自首，指摘原判決未依自首規定予以減輕其刑，違背法令云云，並非適法之上訴第三審事由。

四、刑事訴訟法第380條規定：「除前條情形外，訴訟程序雖係違背法令而顯然於判決無影響者，不得為上訴之理由。」又當事人或辯護人對於審判長或受命法官有關證據調查或訴訟指揮之處分不服有者，除有特別規定外，依刑事訴訟法第288條之3規定，得向法院聲明異議，而法院則應就聲明之異議裁定。原審未就原審辯護人對受命法官訊問程序之異議予以裁定，雖非無微疵，然原審受命法官於訊問徐聖評時未提示相關證據，本無何證據調查之違法或不當，且原審受命法官於訊問徐聖評關於扣案手機翻拍照片是否有影響其對於被告是否有可能販賣第二級毒品之認定時，徐聖評對此答稱：有幫助，因為對話記錄之翻拍照片顯示有多人向古騰緯購毒，並提及照片中被告與黃義城、被告與杜瑞之對話於其認定上是有幫助（原審卷第201頁），足認徐聖評並無不清楚手機翻拍照片為何之情形，原審縱有上訴意旨所指之未對異議予以裁定之瑕疵，然訊問徐聖評之程序既無瑕疵，是就該異議未為裁定之違誤對於被告之權益及判決之結果均無影響。從而，依前揭說明，上訴意旨此部分指摘，自非適法之第三審上訴理由。

五、是被告上訴意旨所云，無非係就原審量刑職權之適法行使及原判決已論斷說明之事項，徒憑己見任意指摘，顯與法律規

定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合，其就販賣第二級毒品部分之上訴均為違背法律上之程式，應併予駁回。

貳、持有第二級毒品部分：

一、按刑事訴訟法第376條第1項各款所規定之案件，經第二審判決者，除第二審法院係撤銷第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，並諭知有罪之判決，被告或得為被告利益上訴之人得提起上訴外，其餘均不得上訴於第三審法院，為該法條所明定。

二、被告上訴另犯持有第二級毒品罪，原判決係維持第一審之科刑判決，核屬刑事訴訟法第376條第1項第1款之案件。依首開說明，既經第二審判決，自不得上訴於第三審法院，被告就此部分提起上訴，顯為法所不許，應併予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段、第397條、第401條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　17　　日

刑事第五庭審判長法　官　林恆吉

法　官　林靜芬

法　官　蔡憲德

法　官　陳松檀

法　官　王耀興

本件正本證明與原本無異

書記官　林宜勳

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　21　　日