最高法院刑事判決

115年度台上字第4164號

上　訴　人　謝曉雲

上列上訴人因違反毒品危害防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院花蓮分院中華民國115年4月30日第二審判決（114年度原上訴字第103號，起訴案號：臺灣花蓮地方檢察署111年度偵字第5418、5891號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院花蓮分院。

理　由

一、本件第一審判決認定上訴人謝曉雲有其犯罪事實欄所載，於民國110年4月22日、同年6月28日各販賣第二級毒品甲基安非他命、第一級毒品海洛因1次之犯行，因而論處上訴人販賣第二級毒品、販賣第一級毒品罪刑，並定其應執行刑及諭知相關沒收、追徵。上訴人提起第二審上訴，明示僅就第一審判決之刑（含定應執行刑）部分上訴。原判決乃撤銷第一審判決關於刑（含定應執行刑）之部分，分別就販賣第二級毒品罪、販賣第一級毒品罪部分改量處有期徒刑5年2月、7年8月，並定其應執行有期徒刑7年10月，固非無見。

二、惟查：

（一）毒品危害防制條例（下稱毒品條例）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。」其立法意旨在於鼓勵被告具體提供其毒品上游，擴大追查毒品來源，俾有效斷絕毒品之供給。所謂「供出毒品來源，因而查獲」，係指被告翔實供出毒品來源之具體事證，因而使有偵查（或調查）犯罪職權之公務員知悉，而對之發

動偵查（或調查），並因而查獲者而言。被告供出之時點，不以偵查中或為警查獲之初為限；於審判中始行供出，因而查獲其他正犯或共犯者，亦有其適用。又「查獲」固屬偵查機關之權限，惟查獲是否屬實，則為法院職權認定之事項，應由事實審法院根據偵查機關已蒐集之證據綜合判斷，並不以偵查機關之結論為絕對依據。且上開規定採「減輕或免除其刑」之立法模式，被告如符合其要件，法院並無裁量不予減免之權限，自屬刑事訴訟法第163條第2項但書所稱對被告之利益有重大關係事項，事實審法院應依職權調查，不待被告之主張或請求。倘被告已供出毒品來源之具體事證，偵查機關卻未為實質查證，事實審法院復率予忽視，自不能遽將此不利益歸由被告承擔。

（二）卷查上訴人於原審審理時，具狀供稱其本案2次犯行之毒品來源，均為其同居人林○○（真實姓名年籍詳卷，下稱林男），並載明林男當時在○○○○○○○○○○執行中等資料（見原審卷第361頁）。原審乃要求上訴人及其辯護人自行向檢警機關告發。而原審於115年2月24日審理時，上訴人及其辯護人均要求調查上訴人供出上手部分（見原審卷第392頁），原審審判長並詢問「若警方針對供出上游之回函於宣判前回覆，是否同意作為量刑參考？」，檢察官、上訴人及其辯護人均答稱「同意」（見原審卷第393頁），其後原審發函詢問花蓮縣警察局有無因上訴人之供述而查獲上游，該局雖以115年3月6日花警刑字第0000000000號函復稱未因上訴人之供述而查獲毒品上游，惟依其所附偵查報告，係以上訴人先前於111年7月22日製作警詢筆錄期間，均否認犯行，亦未供出任何毒品上游，更未供出本案販賣毒品來源均為林男為由（見原審卷第407至443頁），並未說明是否已依上訴人於原審之供述對林男發動偵查，及其查證之經過與結果。上開函復所持理由，僅係說明上訴人於偵查之初未曾供出毒品來源，與上訴人於原審審理中始行供出之情形無涉，尚難執為上

訴人於原審之供述並未使偵查機關因而查獲之認定依據。況上訴人所指毒品來源之人為其同居人林男，身分已屬特定，並非無從或難以查證；原判決亦載明迄於宣判時，該局未再回函。依上開說明，原審自應再行函催，或向有偵查主導權之檢察機關查明有無因上訴人之供述而對林男發動偵查、偵查之進度及結果，並就其各次犯行之毒品來源是否因而查獲，逐一調查審認。乃原審未為上開調查，遽以前揭函復內容，認上訴人不符毒品條例第17條第1項減免其刑規定，自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。

三、以上，或為上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，而上訴人本案所為2次犯行，有無毒品條例第17條第1項減輕或免除其刑規定之適用，攸關其處斷刑之範圍，及與刑法第59條、憲法法庭112年憲判字第13號判決意旨所示減輕事由應否併予適用、如何遞減等事項，亦影響原判決量刑及定應執行刑之基礎。原判決上開違誤，影響於刑之量定，本院無可據以自為裁判，應認原判決有撤銷發回更審之原因。至上訴意旨所稱上訴人另向臺灣花蓮地方檢察署告發，該案業於115年5月19日開庭一節，係原判決後之事實，本院固無從據以審酌，然於發回更審時，原審仍應一併查明，附此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　10　　月　　21　　日

刑事第七庭審判長法　官　梁宏哲

法　官　楊力進

法　官　陳德民

法　官　游士珺

法　官　鄭富城

本件正本證明與原本無異

書記官　李丹靈

中　　華　　民　　國　　115　　年　　10　　月　　27　　日