最高法院刑事判決

115年度台上字第566號

上　訴　人　臺灣高等檢察署臺中檢察分署檢察官蔣志祥

上　訴　人

即　被　告　許詔傑

上列上訴人等因被告違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國114年10月14日第二審判決（113年度上訴字第1243號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署112年度偵字第51831、57218號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於許詔傑被訴民國112年6月26日販賣第二級毒品無罪部分撤銷，發回臺灣高等法院臺中分院。

其他上訴駁回。

理　由

甲、撤銷發回部分：

一、本件原判決撤銷第一審上訴人即被告許詔傑關於被訴民國112年6月26日販賣第二級毒品部分科刑之判決，改判諭知無罪，固非無見。

二、惟查：

㈠刑事訴訟法由職權進行主義改為改良式當事人進行主義，有關證據調查之主導，依刑事訴訟法第163條規定，係以當事人聲請調查為主，法院職權調查為輔之模式。而同條第2項但書「公平正義之維護」，專指利益被告之事項，法院始應依職權調查證據。惟鑑於發現實體真實為刑事訴訟法主要目的之一，且法院就被告有利及不利之情形有一律注意之客觀性義務，是於案內存在形式上不利於被告之證據，檢察官未聲請調查，然如不調查顯有影響判決結果之虞，且有調查之可能者，法院有促使檢察官立證之義務，亦即應曉諭檢察官為調查證據之聲請（刑事訴訟法第273條第1項第5款參

照）。倘法院已盡曉諭聲請調查證據之義務，檢察官仍不為聲請或陳述不為調查之意見，法院未為調查，即無違反刑事訴訟法第379條第10款之規定；如未盡曉諭之義務，致事實未臻明白仍待澄清，即逕以證據不足諭知無罪，其訴訟程序之進行自非適法，且影響於判決本旨之判斷。

㈡原判決就被告被訴於112年6月26日販賣第二級毒品甲基安非他命與TRAIPHU NATTHAPOL（泰國籍，中文名：阿朋，以下或稱阿朋）之犯行，改諭知無罪，係以被告於原審翻供，則其偵查及第一審之自白是否與事實相符，並非無疑，且阿朋前後供述有重大歧異，顯有瑕疵等旨，為其主要論據。但：稽之卷證，1.被告於偵訊中供承：「（TRAIPHU NATTHAPOL還說112年6月26日有在你家跟你拿【新臺幣，下同】1,000元的安非他命，是否如此？）是。那是第一次跟他交易，第二次就是9月26日那次……」、「（112年6月26日跟同年9月26日你涉嫌販賣毒品既遂罪是否認罪?）我認罪」（見第51831號偵查卷第185頁），嗣於第一審準備及審理程序仍自白該部分犯行（見第一審卷第46、90頁）。2.證人阿朋於112年10月24日偵訊時結證稱：「（你112年6月26日為警查獲那次，身上被查獲的毒品來源？）很久了，我不記得了。我的所有東西都是跟許詔傑拿的」、「（你112年6月26日這次何時何地跟許詔傑拿毒品的？）這次也是跟許詔傑拿1,000元安非他命，在許詔傑家跟許詔傑拿」、「112年6月13、26日這兩次我都是在許詔傑家跟許詔傑拿毒品」、「（可是你112年6月27日你跟檢察官講說你112年6月13日這次的毒品是跟一個叫阿國的泰國人買的，與本次所述不同，何者為真？）是在大肚的阿博（音同），警察在我宿舍抓到我的那次，我是跟阿博拿的」、「（但偵訊筆錄中，你說6月13日是跟阿國拿的，6月26日是跟阿弟拿的？）我混在一起，記不清楚了。我被抓的那天東西是跟阿博拿的」、「（但你被抓的那天是跟檢察官講說是跟阿弟拿的？）我記不清楚了」、「（112年6月27日那天，你在檢察官面前有說真話嗎？）對

對對，26日那天我被抓的那天，是跟大肚那邊叫阿博的泰國人拿的」、「（112年6月27日那天，你在檢察官面前所述是真是假？）我沒有說謊，我是講真的……」、「（你說的阿弟是本次被查獲的許詔傑嗎？)是」等語（同上偵查卷第159、160頁）。3.阿朋於112年6月26日18時19分以通訊軟體LINE撥打電話與被告聯繫37秒，復於18時43分語音傳訊「我到你家門口了」予被告，嗣雙方有4秒之通話（同上偵查卷第62頁）。上情倘若無誤，阿朋於112年10月24日偵訊時曾明確供稱其「112年6月26日」遭警查獲之毒品來源係綽號阿弟之被告，嗣經檢察官追問同年月13日（非起訴範圍）毒品來源是被告（阿弟）或泰國人阿博（或阿國）後，其固有混淆之情，惟依本次偵訊供述全脈絡，似指其於查獲翌（27）日接受檢察官偵訊時，即供稱毒品係向阿弟（被告）購買。然本案卷內似無阿朋於112年6月27日之偵訊筆錄可資憑認，則其該次（27日）供述毒品來源之內容為何？即欠明瞭。嗣於112年10月24日偵訊時供述反覆，究係記憶不清，或另有隱情？能否執此部分不一致，逕以推論其陳述全部不可採信？倘被告上開自白係出於任意性，且阿朋於112年6月27日偵訊時記憶無誤，如所供112年6月26日毒品來源為被告，適與被告自白相符，勾稽卷附被告與阿朋於112年6月26日LINE語音、通話紀錄，是否仍不足以認定被告該次販賣毒品犯行？非無再行研求餘地。原判決對此不利被告之證據，未本於經驗法則，斟酌其全部供述暨參酌其他事證，作合理之比較，並說明取捨之理由，乃竟以部分歧異，即全盤否定不採，遽為有利被告認定，不無理由欠備及違反證據法則之疏誤。又於原審114年9月23日辯論終結前，阿朋所涉販賣毒品案件已確定並於113年12月4日入監執行（見本院卷第67至72頁），就上開疑點似無不能或難以調查、詰問之情形，原審就起訴書所引案內形式上存在且不利被告之阿朋供述，未曉諭檢察官提出阿朋112年6月27日偵訊筆錄並聲請傳喚阿朋以詰實

情，逕認阿朋指述有重大歧異、顯有瑕疵，併有證據調查未盡之違法。

三、上述違背法令，或為檢察官上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，且影響於事實之確定，本院無可據以為裁判，應認原判決關於被告被訴112年6月26日販賣第二級毒品無罪部分，有撤銷發回更審之原因。

乙、上訴駁回部分：

壹、檢察官上訴（即被告被訴112年10月23日販賣第二級毒品無罪）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，均應認其上訴為不合法律上之程式，予以駁回。

二、本件原判決以公訴意旨略以：被告於112年10月23日23時34分許，在臺中市梧棲區自立二街442之1號前，以2,000元之價格，販賣甲基安非他命1包給配合警員實施誘捕偵查之阿朋。因認被告涉犯毒品危害防制條例第4條第6項、第2項販賣第二級毒品未遂罪嫌。惟經審理結果，則以不能證明被告犯罪，因而撤銷第一審論處犯販賣第二級毒品未遂罪科刑之判決，改判諭知無罪，已載敘其取捨論斷所憑之依據及理由，有卷存資料可資覆按。

三、檢察官上訴意旨略以：原判決既認被告有於112年9月26日販賣毒品給阿朋之犯行，顯見其至少於當日起即有販賣毒品之行為，而具販賣毒品之犯意，則阿朋為協助警方追查被告販賣毒品犯行，於112年10月23日向被告表示購買毒品，應屬釣魚型而非創造犯意型之誘捕偵查，此由原審勘驗被告手機內與阿朋之相關LINE語音對話內容益徵，原判決改判無罪殊違經驗法則及論理法則，於法不合。

四、惟查，原判決就其調查證據之結果已載明：依阿朋112年10月24日警詢筆錄證述，其因警員執行毒品上手查緝工作，始向被告佯稱朋友回泰國要辦送行派對，欲購買毒品施用，被告回稱現身上無毒品可供販賣，下班再說等語，且經原審法院勘驗扣案被告手機內於112年10月23日與阿朋LINE語音對話並經通譯當庭翻譯結果，堪認確係阿朋先於同日15時55分向被告稱：今天大哥幾點下班，大哥你那邊有（泰文可翻譯成零食、小吃或點心）嗎，剛好我朋友有需要，要拿去慶祝他的生日等語，被告始於同日16時2分回稱：今天我晚上11點下班，我沒有零食，如果你朋友要零食的話，必須先給我錢，我拿錢去找地方買，因為現在都是這樣子做，必須拿現金去買才行，如果有需要的話，那你先收好錢，然後晚上11點我去找你等語，阿朋再於同日16時4分回稱：好，大哥等語，足證係警員利用阿朋前與被告進行毒品交易之脈絡及阿朋佯稱之情詞，始令無毒品供販賣之被告萌生販賣毒品之犯意，進而聯繫其毒品上游。縱被告曾於112年9月26日販賣毒品給阿朋，然迄同年10月23日阿朋佯稱買毒前，未見雙方尚有何販賣毒品之聯繫。基此，被告既係因阿朋依警員指示引誘、挑唆而萌生販賣毒品之犯意，則相關被告警詢自白、阿朋證述、渠等LINE對話紀錄、LINE暱稱「淑珍的弟弟」「淑珍」之對話截圖等證據資料，均係警員創造犯意型誘捕所取得，俱無證據能力，不得作為認定被告此部分有罪之依據等理由甚詳，核其論斷說明，概屬原審採證認事職權之合法行使，尚非其主觀之推測，從形式上觀察，與經驗法則及論理法則俱屬無違，無檢察官所指悖於經驗或論理法則之違法。

五、刑事訴訟法第161條第1項規定：檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法。因此，檢察官對於起訴之犯罪事實，應負提出證據及說服之實質舉證責任。倘其所提出之證據，不足為被告有罪之積極證明，或其指出證明之方法，無從說服法院以形成被告有罪之心證，基於無罪推定之原則，自應為被告無罪判決之諭知。原判決就檢察官所提卷

內證據，參互審酌剖析，仍無從獲得被告有被訴112年10月23日販賣毒品之犯行而為有罪之心證，已記明認定之理由，因而為被告有利之認定，於法尚無違誤。檢察官上訴意旨猶執原判決有違反經驗法則及論理法則前情，指摘原判決違法，核其所述，無非係就原審取捨證據與判斷證明力之職權行使，以自己說詞或持為不同之評價，指為違法，且重為事實之爭執，難謂已符合首揭法定上訴要件，因認其對於被告被訴此部分販賣毒品之上訴不合法律上之程式，應予駁回。

貳、被告上訴（即有罪）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未指摘原判決有何違法，自應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

二、本件原判決本認定被告有所載之（112年9月26日）販賣第二級毒品犯行明確，因而撤銷第一審科刑之判決，改判仍論處被告犯販賣第二級毒品罪刑，並諭知沒收、追徵，已載敘其調查取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由，就被告否認犯罪之供詞及所辯，認非可採，亦依調查所得證據予以論述指駁，有卷存資料可資覆按。上訴意旨僅泛謂其想懇求審查事情之真相，還己公道的人生及家庭，因為其認為被陷害，所以要求上訴云云為唯一理由，對於原判決究竟如何違背法令，並無一語涉及，殊非適法之第三審上訴理由，其上訴自屬違背法律上之程式，應予駁回。

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

中　　華　　民　　國　　115　　年　　5　　月　　6　　日

刑事第五庭審判長法　官　段景榕

法　官　汪梅芬

法　官　何俏美

法　官　黃紹紘

法　官　宋松璟

本件正本證明與原本無異

書記官　胡家寧

中　　華　　民　　國　　115　　年　　5　　月　　8　　日