最高法院刑事判決

115年度台上字第902號

上　訴　人　林玉蓁(原名林依諄)

選任辯護人　王聖傑律師

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114年9月26日第二審判決（114年度上訴字第298、2872號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署112年度偵字第26837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。本件原判決認定上訴人林玉蓁(原名林依諄)有如其犯罪事實欄所載，與賴信榮(業經原審判處罪刑確定)共同販賣第二級毒品甲基安非他命與王婉菁之犯行，因而撤銷第一審之科刑判決，改判仍論處上訴人共同販賣第二級毒品罪刑，並諭知相關之沒收銷燬。已詳述其所憑證據及理由。

二、上訴人上訴意旨略以:①伊並非搜索對象，當日警方強命伊帶同警員進入現場，並限制伊離去，復將伊上銬帶回警局，均非合法執行職務，且伊係警方執行搜索過程中，遭警員強令而被迫交出手機及手機密碼，並非被帶回警局製作筆錄時

才交出，伊手機內與王婉菁間的通訊軟體LINE對話紀錄(下稱對話紀錄)自無證據能力。原判決認為伊在人身自由未遭受限制下，自主提出手機內對話紀錄，並以伊初次警詢時同意夜間詢問，認為手機對話紀錄取得合法，及該對話紀錄有證據能力，顯有不當。②伊之警詢筆錄，係遭違法留置、上銬下所為，其中第二次警詢之自白，係警方未徵得伊同意的夜間詢問，皆無證據能力。原判決引用伊警詢筆錄作為伊犯罪之依據，於法有違。③王婉菁之陳述內容，前後不一，且伊與王婉菁的對話紀錄，係伊至其屋內協助打矽利康，雙方並未提到買賣毒品內容，原判決以王婉菁不利於伊之指證及該對話紀錄，認定伊有被訴販毒犯行，洵有違誤。縱令對話內容與毒品相關，伊所為亦僅係幫忙王婉菁購買的幫助施用毒品，而非販毒。④本件販毒價金係共犯賴信榮收取，賴信榮並因伊之供出而被查獲，原判決未依刑法第59條規定酌減其刑，殊非允當云云。

三、惟查：

㈠、本件原判決對於警方持搜索票如何進入現場執行搜索及何時、如何取得上訴人手機對話紀錄一節，依憑臺灣新北地方法院搜索票、執行搜索警員吳彥澄之證詞，及上訴人於第一審供稱：當時伊已經在樓下牽車，沒有任何違禁物，也配合調查帶警察上去等語，先說明當日警方係徵得同為住戶之上訴人同意而合法進入搜索現場，並依搜索票所載搜索處所執行搜索，發現現場王婉菁、賴信榮為通緝犯及其2人持有毒品、吸食器等物後，僅逮捕其2人，並未一併逮捕上訴人或對其上銬，亦未查扣其手機等情，此與卷內新北市政府警察局中和分局執行搜索扣押在場人清冊、中和分局扣押物品目錄表內關於上訴人為在場人，及警方在執行現場並未查扣上訴人的物品等記載內容相符（見112年度偵字第26837號卷第35之1、36至37、41至42頁）。再依證人即製作警詢筆錄警員鄭登耀關於上訴人至警局時並未被上銬之證詞，及上訴人坦承於警局同意警方採集其尿液送驗，認為上訴人之人身自由

並未受限，佐以其手機始終未被查扣，敘明警方於第二次警詢時所提示之上訴人手機內對話紀錄，係上訴人於警局自主提出，而非警方違法搜索扣押取得，因認卷內非國家強制力介入取得的對話紀錄，具有證據能力，並載敘警方於夜間對上訴人的第二次詢問程序不合法，不影響前揭合法取得的對話紀錄之證據能力等旨，核於法無違。上訴意旨①仍執前詞，泛言卷內對話紀錄係警方在執行搜索現場違法查扣其手機而取得云云，指摘原判決此部分之採證違法，尚非合法上訴第三審之理由。又原判決已敘明警方未得上訴人同意，於夜間所為之第二次警詢筆錄，無證據能力，亦未採納上訴人之任何警詢筆錄作為其犯罪證據。上訴意旨②所云，顯非依據卷內資料執為指摘之適法第三審上訴理由。

㈡、證據之取捨及事實之認定，均為事實審法院之職權，倘其採證認事並未違反經驗及論理法則，且敘明其得心證之理由者，即不能任意指為違法。原判決依憑證人即購毒者王婉菁所為不利於上訴人之指證，佐以上訴人與王婉菁的對話紀錄，有王婉菁問「你幫我跟賴（指共犯賴信榮)拿5000」、「不要太粉」、「幫我先買2000星幣好嗎」等語、上訴人回以「糧食還是錢」等內容，及卷內其他相關證據，暨上訴人於第一審亦坦承上開對話是王婉菁想跟賴信榮拿安非他命，「糧食」指安非他命、「不要太粉」是指安非他命的品質等情，因認王婉菁前揭指證與事實相符，堪予採信，認定上訴人有前揭犯行，已詳述其證據及理由。對於王婉菁不利上訴人之指證，為何並非不滿上訴人或為得減刑寬典之不實誣指，且就王婉菁事後翻異前供改為有利於上訴人之說詞，及上訴人所持否認犯罪之辯解，何以分別係迴護及卸責之詞，均不足以採信，亦依卷內資料詳加指駁及說明（見原判決第16至18頁）。核其論斷，尚無違反經驗及論理法則。上訴意旨③置原判決明確論斷之說明於不顧，仍執前詞就事實再事爭論，要非適法之第三審上訴理由。又是否依刑法第59條規定酌量減輕其刑，乃實體法上賦予事實審法院得依職權自由

裁量之事項，若未據以酌減，本難指為違法。原判決就上訴人之犯行，是否依刑法第59條規定酌減其刑，本有斟酌決定之權，審認其所犯之罪，依毒品危害防制條例第17條第1項減免其刑規定減輕其刑後之最低處斷刑，已非嚴峻，尚無情輕法重之情而未予酌減，已詳述其理由，難謂於法有違。上訴意旨④執此指摘原判決違法，亦非有據。

㈢、是上訴人前揭及其他上訴意旨所云，無非就原審採證認事與量刑之職權適法行使，及原判決明白論斷說明之事項，徒憑己見，任意加以指摘，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合。揆諸前揭規定及說明，其上訴為違背法律上之程式，應予駁回。

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　　4　　月　　23　　日

刑事第六庭審判長法　官　林恆吉

法　官　蔡憲德

法　官　林柏泓

法　官　陳松檀

法　官　林靜芬

本件正本證明與原本無異

書記官　林宜勳

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　27　　日