

最高法院刑事判決

110年度台上字第4162號

上訴人 廖育偉

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110年1月26日第二審判決（109年度上訴字第3936號，起訴案號：臺灣新竹地方檢察署108年度偵字第10763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、本件原判決綜合全案證據資料，本於事實審法院採證認事之職權，認定上訴人廖育偉有如其事實欄所載販賣第二級毒品大麻未遂之犯行，因而撤銷第一審關於罪刑部分之判決，改判論處民國109年1月15日修正公布、同年7月15日施行前毒品危害防制條例第4條第6項、第2項之販賣第二級毒品未遂罪刑，維持第一審關於諭知相關沒收（銷燬）部分之判決，駁回其此部分在第二審之上訴。原判決就採證及認事，已詳為敘明其所憑之證據及認定之理由。核原判決所為論斷說明，俱有卷內證據資料可資覆按，從形式上觀察，並無足以影響其判決結果之違法情形存在。

三、上訴人上訴意旨略以：(1)原判決認定上訴人販賣「大麻」未遂之犯行，未經檢察官起訴，此由第一審判決事實欄與起訴書犯罪事實欄均記載上訴人於行動電話通訊軟體「LINE」群組內向不特定人販賣第二級毒品「甲基安非他命」而非「大麻」即知。原判決遽認上訴人係向不特定人刊登販賣「大麻

」之訊息，而對上訴人論以販賣第二級毒品未遂罪，有未受請求之事項予以判決之違法。(2)上訴人係在警方陷害教唆下所為，警方所取得之相關證據均無證據能力。原判決予以採取，遽為不利於上訴人之認定，有採證認事違背證據法則之違法。

四、惟按：

(一)法院不得就未經起訴之犯罪審判，刑事訴訟法第268條定有明文。又犯罪是否已經起訴，應以起訴書依刑事訴訟法第264條第2項第2款規定所記載之「犯罪事實」為準。

1.卷查，本件起訴書「犯罪事實」欄係記載：上訴人明知「大麻」係毒品危害防制條例第2條第2項第2款所列之第二級毒品，依法不得販賣與持有，竟基於販賣第二級毒品之犯意，於108年9月26日4時25分許，以暱稱「偉」在通訊軟體之「音樂班」群組內刊登「新竹要(葉子圖案)找我」之販賣毒品訊息，以招攬不特定之毒品買家，適執行網路巡邏之員警發現前揭販毒訊息，遂於108年9月29日18時2分佯裝毒品買家與上訴人聯繫，雙方達成以新臺幣(下同)3萬5千元購買含有第二級毒品「大麻」成分之大麻花50公克之合意。嗣喬裝買家之員警依約前往雙方相約地點見面，上訴人交付扣案大麻花1罐予員警，並收取員警支付之現金3萬5千元後，旋遭員警表明身分後逮捕而販賣未遂等語(見起訴書第1頁)。可見公訴意旨係起訴被告販賣「大麻」未遂，並非起訴販賣「甲基安非他命」未遂甚明。是原判決認定上訴人販賣大麻未遂之犯行，與起訴事實相同，洵無未受請求之事項予以判決之違法可言。

2.原判決敘明：第一審判決認定上訴人係販賣「大麻」未遂，至於第一審判決事實欄所載上訴人於「LINE」群組內向不特定人刊登販賣第二級毒品「甲基安非他命」訊息云云，係誤載刊登毒品種類之訊息等旨(見原判決第6頁)，已敘明第一審事實欄上開記載，係誤植上訴人在「LINE」群組刊登之毒品種類之理由，並無不合。

上訴意旨 (1)指稱：原判決有未受請求之事項予以判決之違法云云，顯與卷內訴訟資料不合，並非上訴第三審之合法理由。

(二)刑事法上所謂之「陷害教唆」，係指司法警察（官）以「誘人入罪」之意思，對於一個「原無犯罪念頭」之人，經由明示或默示之意思表示，「惹起」被教唆人之犯罪決意進而實施犯罪行為，此種蒐證行為因手段違反憲法對於基本人權之保障，且已逾越偵查犯罪之必要程度，對於公共利益之維護並無意義，係違反法定程序之作為，因此所取得之證據資料不具證據能力。倘犯罪行為人本即有犯罪之意思，司法警察（官）於獲悉後為取得證據，僅係提供機會，以設計引誘之方式，佯與之為對合行為，使其暴露犯罪事證，待其著手於犯罪行為之實行時，予以逮捕、偵辦，則為狹義之「誘捕偵查」，此種偵查方法，僅係讓行為人犯行「提前」浮現，並非藉此惹起行為之犯意，與「陷害教唆」迥然不同，是誘捕偵查之方法如尚屬合乎法律規範之目的，並且不違背受教唆者之自由意志，復不違反比例原則，則驅使「巧妙」之手段、方法，使潛在化之犯罪浮出於水面上，而加以檢舉摘發，係偵查技巧之合理運用，並未違反憲法對於基本人權之保障，且於公共利益之維護有其必要性，在此情況下所取得之證據，非不得作為認定犯罪之依據。

原判決載敘：上訴人先於「LINE」公開群組刊登暗示販賣「葉子」之訊息，揭露其販賣大麻之犯意，員警方於網路巡邏時發現上情，以合法之偵查手段佯為買家進而逮捕上訴人，並非惹起上訴人犯意、非法之「陷害教唆」。而卷附上訴人之「LINE」截圖，上訴人於查獲日前3日（即108年9月26日）凌晨4時25分許在「LINE」公開群組刊登「新竹要（葉子圖案）找我」之訊息，員警之後佯裝買家，於查獲日傍晚6時2分許，向上訴人以「（葉子圖案）價？」詢問大麻之價格，再依卷附「LINE」語音通話聯絡錄音譯文表，員警詢問「你50跟100怎麼算阿」，上訴人回答「50大概是3萬5阿」

，員警表示「那你要等我一下喔，我先去跟我朋友拿錢」，
上訴人回覆「你確定有要跟我說，我人現在在臺南。我等一
下就回去了。」、「我最晚10點半之前到新竹」等語，可見
上訴人自始即有販賣「大麻」之犯意甚明，員警並無誘使毫
無犯罪故意之上訴人萌生販賣「大麻」之犯意，而係獲悉上
訴人張貼販賣「大麻」之訊息後為取得證據，以設計引誘之
偵查方式，佯與之為對合行為，詢問大麻價格並約定交易大
麻等事宜，使上訴人暴露犯罪事證，待上訴人著手於犯罪行
為之實行時，再予以逮捕、偵辦，自屬偵查犯罪技巧範疇內
之合法「釣魚」（即誘捕偵查），與「陷害教唆」之情形迥
異，是員警因此所取得本件之證據資料，自有證據能力等旨
，依上開說明，並無不合。

上訴意旨(2)泛言指摘員警係以「陷害教唆」之方式取得證
據，應無證據能力云云，核屬誤解法律規定，洵非合法上訴
第三審之理由。

(三)綜上，本件上訴意旨均非依據卷內訴訟資料具體指摘原判決
究有如何違背法令之情形，徒憑己見，或任意指摘原審適用
法則不當，或就有無販賣大麻之單純事實，重為爭執，顯與
法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合，揆之首
揭說明，應認本件上訴為違背法律上之程式，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	110	年	7	月	15	日
			刑	事	第	七	庭	審	判
						長	法	官	李
								官	錦
								官	彩
								官	貞
								官	孟
								官	宜
								官	惠
								官	忠
								官	義

本件正本證明與原本無異

書記官

中 華 民 國 110 年 7 月 21 日