最高法院刑事判決

110年度台上字第501號

上　訴　人　臺灣高等檢察署檢察官李進榮

上　訴　人

即　被　告　陳文賢

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109年2月13日第二審判決（108年度上訴字第1878號，起訴案號：臺灣宜蘭地方檢察署107年度偵緝字第199號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於諭知陳文賢無罪部分撤銷，發回臺灣高等法院。

陳文賢之上訴駁回。

理　由

壹、撤銷發回（即原判決關於諭知陳文賢無罪）部分：

一、本件原判決以公訴意旨略稱：被告陳文賢於民國105年7月23日下午 1時58分許，以門號0000000000行動電話與賴博軫所持用之門號0000000000行動電話聯繫後，同（23）日某時，在宜蘭縣○○鄉○○路○○號之被告租屋處，販賣價格新臺幣（下同） 5,000元之第二級毒品甲基安非他命與賴博軫等情，因認被告涉有販賣第二級毒品罪嫌。惟經審理結果，認為依檢察官之舉證，尚不能證明被告有上揭被訴犯行，因而撤銷第一審關於被告上開被訴犯行科刑及定應執行刑暨沒收部分之判決，改判諭知被告無罪，固非無見。

二、惟查：

㈠、刑法第25條第 1項「已著手於犯罪行為之實行而不遂者，為未遂犯」之規定，揭明著手實行犯罪行為之後，不待行為終了或結果發生，即成立未遂犯。又犯罪之著手，係指行為人基於特定犯罪決意而開始實行合致或密接於該犯罪構成要件之行為而言。毒品危害防制條例明文處罰販賣第二級毒品未遂犯，無非係因行為人已著手於販賣第二級毒品犯罪構成要件行為之實行，縱未能（此處排除不能犯之情形）或尚未滿足該罪名之全部構成要件，然客觀上已對該罪所保護之法益

造成現實危險之故，其可罰性植基於行為不法（行為非價），祇不過因欠缺結果不法（結果非價），故得減輕其刑而已。再販賣毒品（既遂）罪，係處罰已完成銷售賣出毒品之行為（司法院釋字第 792號解釋意旨參照），亦即以販賣標的毒品之交付與否，作為犯罪既遂或未遂之判斷標準。販賣毒品與常人所理解認知之物品買賣或交易概念相去無多，同係以價金及標的毒品為其交易要素，於販賣毒品犯行之事實認定，得涵攝於毒品「販賣」之客觀構成要件者，包括行為人主動兜售、推銷毒品或為買賣之要約，或被動就買方求購之毒品數量或價格為對應之磋商或承諾，或為履行相關事項之洽議等實行行為，苟行為人基於販賣毒品營利之意圖，而著手上開實行行為之一，不論買賣雙方就標的毒品及其價金之意思已否合致，或價金交收與否，若出賣人未交付標的毒品與買受人，以致犯罪未得遂行者，即屬販賣毒品未遂。又毒品買賣態樣本不限於既存現貨之交易，基於降低遭查緝風險或節約囤貨成本等考量，販毒者遇有購毒要約時，應允後始對外洽購毒品，再將販入之毒品銷售交付與購毒者，亦屬尋常之交易模式，除另有客觀之特別情事，可資證明確係合資、代購或引介者外，本諸毒品危害防制條例遏止毒害漫流之立法宗旨，應認係毒品販賣者，而難視為毒品需求者或其幫助犯。原判決關於認定被告成罪（即後述維持第一審論處被告販賣第二級毒品罪刑而駁回被告在第二審上訴）部分，係依憑賴博軫與被告間於105年8月5日晚間8時許電話聯絡之通訊監察錄音譯文略以：「賴博軫：你看有辦法處理嗎」、「被告：是處理多少」、「賴博軫：5,000」、「 被告：我先幫你問看5 或多少看要……再那個」等語，佐以賴博軫及被告均陳稱：上開通話係賴博軫拜託被告調甲基安非他命等語，認定被告有於上開通話後當（5）日晚間8時58分許，販賣並交付甲基安非他命與賴博軫既遂之犯行（見原判決第 2頁第27行至第4 頁第11行），揆其論斷，無非係以賴博軫向被告表達購買甲基安非他命之意思後，被告應允並為賴博軫「

調毒品」（即覓購毒品）之所為，屬販毒者遇有購毒者求購毒品，始販入毒品（即「調毒品」）再銷售交付之模式。而原判決另審酌卷內通訊監察錄音譯文編號 118所示關於賴博軫與被告間於105年7月23日下午 1時58分許電話聯絡之通訊監察錄音譯文略以：「賴博軫：要拜託你啊，看有沒有辦法幫我處理」、「被告：有啊」、「賴博軫：賸下就過去再講」、「被告：喔，1個還是……；我先跟人家講5點喔」、「賴博軫：喔好，5點好」、「被告：啊是怎樣，1塊還半塊」、「賴博軫：1半跟1半」等語，參以被告坦言：上開通訊監察錄音譯文內容，係伊為賴博軫「調甲基安非他命」之對話，但伊嗣未與賴博軫碰面等語，核與賴博軫證稱：被告「有問，但未調到」等語一致，而堪採信，認定賴博軫致電被告商購四分之一兩重甲基安非他命，被告亦應允賴博軫為之洽約（上手）賣方於當（23）日下午5時碰面（見原判決第7頁第13行至第8頁第6行）。果爾，依原判決所認定被告係於賴博軫向其求購毒品後，始另向不詳上手販入毒品銷售與賴博軫之販毒態樣、模式與脈絡，其既認為被告已應允而承諾賴博軫擬購買四分之一兩重甲基安非他命之要約，並轉向不詳上手毒販洽購毒品以應賴博軫之購毒需求，則不論被告是否已販入而調得毒品，亦不問被告與賴博軫嗣後有無碰面或交付毒品，被告所為似已著手實行販賣第二級毒品犯罪構成要件之行為，僅未能覓得毒品貨源以販交與賴博軫而已。乃原判決僅以「無事證足認被告嗣有與賴博軫碰面交易」一節，遽認不能證明被告有起訴意旨所指販賣並交付甲基安非他命與賴博軫之犯行，對於被告上揭所為是否成立販賣第二級毒品未遂罪，疏未予以審認調查及說明，遽為被告此部分無罪之諭知，依上揭說明，其見解非無可議，併有調查未盡及理由欠備之違誤。

㈡、證據雖已調查，若尚有影響於判決結果之重要疑點並未調查釐清，亦未於理由內加以論敘說明，以致事實未臻明瞭者，即與未經調查無異，而無從為正確之事實認定及理由論斷，

苟遽行判決，即難謂無應於審判期日調查之證據而未予調查，以及判決不載理由之違法。又所謂參照訊（詢）問，係指提示相關證據資料，以使證人為保證其陳述真實性回答之訊（詢）問方法，倘該證人已就特定待證事項為陳述，惟因與所蒐集或調查所得之相關證據資料齟齬或相左，為辨明證人之記憶是否無誤或使其陳述益臻明確，本非不得採用上述參照訊（詢）問之方法，俾釐清疑點以發現真實，並兼顧偵查效率。再司法警察（官）因調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據之必要，對於通知到場之證人，固不得使用不正方法加以詢問（刑事訴訟法第196條之1規定：司法警察詢問證人準用同法第 192條及第98條關於訊問證人或被告之方法限制規定參照），惟司法警察以誘導之方式詢問證人，是否在上述規定禁止之列，應視誘導之內容而定。具體言之，透過暗示使證人故為異其記憶陳述之「虛偽誘導」，及因暗示足使證人產生錯覺以致為異其記憶陳述之「錯覺誘導」，由於均有礙程序之公正性及證據之真實性，而皆為法所不許，然為引起證人記憶俾為事實陳述之「記憶誘導」，基於對證人所為之記憶誘導詰問並非法所禁止（刑事訴訟法第 166條之1第3項第 3款規定參照）之相同法理，則尚非不得為之。本件原判決以賴博軫於105年8月15日接受警方詢問，自該日上午 9時5分起至下午1時18分止長達 4小時餘，其間曾於上午10時48分及11時21分中斷詢問，復審酌第一審勘驗賴博軫於該日警詢過程之錄音錄影光碟結果，以警方於詢問賴博軫時，先係否定賴博軫所陳述「有問，但未調到」此等有利於被告之情節，復口述非賴博軫與被告通話內容之如卷附通訊監察錄音譯文編號121、122所示文句，且要求賴博軫觀覽全部譯文內容再為陳述等情，認為警方可能有如賴博軫所稱利用中斷詢問空檔，要求賴博軫指證被告販毒之情事，非無「引導」賴博軫為不利於被告證述之舉，因認賴博軫於偵查中所為向被告購買甲基安非他命之指證即無從遽採云云（見原判決第7頁第9至11行），似認為警方不當誘詢引導賴博軫陳述，進

而影響賴博軫日後於偵訊時陳述之憑信性而不予採納。惟依警詢筆錄之記載，賴博軫於105年8月15日接受警方詢問之時間長達 4小時餘，警方於詢問過程中係應賴博軫如廁或休息之要求，而於當日上午10時48分及11時21分中斷詢問；又依第一審所製作之賴博軫警詢錄音錄影光碟勘驗筆錄內容所示，警方以賴博軫關於曾否向被告購得毒品之證述，疑與經蒐證所得之相關通訊監察錄音譯文編號 118、121及122所示內容齟齬，乃提示賴博軫上開譯文並告稱「要看全部譯文內容，不是祇看一部分」等語，且要求賴博軫回憶細思後陳述等情，則警方上述引導賴博軫陳述之詢問過程，究係以前述不正之「虛偽誘導」或「錯覺誘導」方法詢問賴博軫？抑係以前述「記憶誘導」之合法方法加以詢問，以促使其為真實完整之陳述？即非無研求餘地。再卷查通訊監察錄音譯文編號121、122所示內容略為：賴博軫與持用門號0000000000行動電話之某男子，於105年7月25日及同年月26日之電話聯絡中，提及賴博軫向「（宜蘭）文哥」調毒品之事，上開「（宜蘭）文哥」是否即指被告？若是，則其內容是否與被告有無被訴於同年月23日販毒與賴博軫之犯行有關？倘並非無任何關聯性，則為詢問之警員口述其中部分譯文內容，並要求賴博軫於綜觀相關通訊監察錄音譯文內容後再「想想看」，能否執此遽謂警方即係以不正方法詢問賴博軫？亦非無疑。此項疑點涉及原判決論斷警方詢問賴博軫似非無「引導」之舉，所指究係「虛偽誘導」、「錯覺誘導」抑「記憶誘導」，且攸關原判決認為賴博軫日後於檢察官訊問時所為之陳述，是否係受賴博軫於警詢時遭警方引導誘詢所影響此一前提事實之確認，自有詳加調查釐清並論敘明白之必要。乃原審未釐析究明上開疑點，徒以賴博軫於警詢時似非無遭警方「引導」陳述之情形，遽行論斷警方詢問賴博軫之過程有適法性之疑慮，並影響賴博軫嗣於檢察官偵訊時所為不利於被告陳述之憑信性，而遽予摒棄不採，自嫌速斷。況且，縱令本件警方於105年8月15日對賴博軫之詢問，有以不正方法誘詢引

導賴博軫為陳述之疑慮，然卷查檢察官係於同年9月26日命法警提解另案在押之賴博軫至檢察署親自訊問，在曉諭賴博軫應據實陳述以免偽證受罰而令其具結後，並提示前揭卷附通訊監察錄音譯文編號118所示內容供其閱覽，賴博軫陳述略以：伊對被告所說之「1半跟1半」，係指甲基安非他命四分之一兩重之意，伊於同年7月23日在被告位在宜蘭礁溪長榮酒店附近住處，以5,000元向被告購買甲基安非他命7公克等語（見臺灣宜蘭地方檢察署105年度偵字第4962號卷第20頁）；又被告及其原審辯護人對於賴博軫上開經具結之偵訊陳述，在原審並未主張有顯不可信之情況，亦不爭執其證據能力，而得為證據（見原審卷第127頁）。以上卷證如若無誤，賴博軫上開於檢察官訊問時證述被告販毒情節，係獨立於其警詢陳述之證言，原審並未調查釐清並於判決內說明賴博軫究有何遭檢察官以不正方法訊問而陳述，或賴博軫於警詢時苟有受警方以不正方法詢問之「引導」，而此與賴博軫嗣於偵訊時所為不利於被告之指證間是否具有因果關係，暨究有如何延續之情形而影響其於偵訊時所為陳述之憑信性，或其他不足以採為事實判斷依據等情形，即謂賴博軫上揭偵訊證言無從遽採云云，依上述說明，洵有應於審判期日調查之證據而未予調查，以及判決不載理由之違法。

㈢、以上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，而原判決前揭違誤，影響於本件事實之認定，本院無從為其適用法則當否之審斷並據以自行判決，應認原判決關於諭知被告無罪部分，有撤銷發回更審之原因。又第三審法院之判決，除有必要而得命辯論者外，不經言詞辯論為之，刑事訴訟法第389條第1項規定甚明。本件最高檢察署檢察官雖提出追加理由書，請求本院就①判斷司法警察（官）誘導詢問證人是否違法之心證程度標準為何，以及本件警方是否違法誘導詢問賴博軫？②苟賴博軫於警方違法誘導詢問後而為不利於被告之陳述，嗣於檢察官訊問時復為相同內容之證述，則賴博軫之偵訊陳述是否當然無證據能力或證明力？等

法律爭點為言詞辯論。惟上開追加理由意旨，或與本院對於本案之判斷無關，或即原判決關於上揭部分有證據調查未盡之違法，以致仍有上述撤銷發回原法院更審詳查之事實疑點尚待究明釐清，本院認為在事實尚未究明釐清前，本件尚無追加理由意旨所指之法律爭議而有命辯論之必要，附此敘明。

貳、駁回上訴（即原判決關於維持第一審論處被告罪刑之判決而駁回被告在第二審上訴）部分：

第三審上訴書狀應敘述上訴之理由，其未敘述者，得於提起上訴後20日內補提理由書於原審法院，已逾上述期間，而於第三審法院未判決前，仍未提出上訴理由書狀者，第三審法院應以判決駁回之，刑事訴訟法第382條第 1項及第395條後段規定甚明。本件被告不服原判決關於維持第一審論處其販賣第二級毒品罪刑之判決而駁回其第二審上訴部分，於 109年 3月10日具狀提起上訴，惟其所具刑事上訴狀僅泛稱不服原判決關於上述駁回其所提起第二審上訴之部分，而於法定期間內聲明上訴，上訴理由狀容後補呈云云，迄今逾期已久，於本院未判決前仍未敘明其上訴理由，依上開規定，被告之上訴自非合法，應予駁回。

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

中　　華　　民　　國　　110　　年　　10　　月　　21　　日

刑事第一庭審判長法　官　郭　毓　洲

法　官　林　英　志

法　官　林　靜　芬

法　官　周　盈　文

法　官　蔡　憲　德

本件正本證明與原本無異

書記官

中　　華　　民　　國　　110　　年　　10　　月　　22　　日