

【裁判字號】98,台上,3380

【裁判日期】980618

【裁判案由】違反毒品危害防制條例

【裁判全文】

最高法院刑事判決

九十八年度台上字第三三八〇號

上訴人 甲○○

乙○○

上列一人

選任辯護人 陳富勇律師

上列上訴人等因違反毒品危害防制條例案件，不服台灣高等法院高雄分院中華民國九十八年四月九日第二審判決（九十七年度上訴字第一八〇七、一八〇八號，起訴案號：台灣高雄地方法院檢察署九十六年度偵字第三四七〇八號，追加起訴案號：同署九十七年度偵字第一四九五二號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於甲○○犯如其附表一編號1共同販賣第一級毒品罪及乙○○有罪部分均撤銷，發回台灣高等法院高雄分院。

其他上訴駁回。

理 由

一、撤銷發回（即原判決附表一編號1及乙○○有罪）部分：

本件原判決維持第一審論上訴人甲○○、乙○○以共同販賣第一級毒品罪（其中甲○○係累犯），各處有期徒刑十六年、十五年，並為相關從刑宣告部分之判決，駁回上訴人等各該部分在第二審之上訴，固非無見。惟按：

(一) 數罪併罰，應於判決時依刑法第五十一條各款宣告其應執行之刑，否則即有判決不適用法則之違法。原判決已將第一審判決關於甲○○被訴犯如原判決附表（下稱附表）一編號5至7所示各罪暨所定執行刑均撤銷，就各該被訴部分改判均諭知無罪（未據檢察官提起上訴，業經確定在案）；另認第一審論處甲○○以附表一編號1至4部分所示之販賣第一級毒品罪刑（均累犯，其中編號1部分係與乙○○共同犯罪），並為相關從刑諭知之判決，為無不合，予以維持，駁回甲○○各該部分在第二審之上訴。如此，第一審判決關於甲○○所定執行刑既已經原審一併撤銷，而附表1至4部分又合於刑法第五十一條定執行刑之要件，自應依法定其應執行之刑，始符法則。乃原審漏未諭知，顯有判決不適用法則之違法。

(二) 判決雖載理由，但不能憑以斷定其所為論述之根據者，即屬理由不備。又刑法上共同正犯之成立，除共同實行犯罪行為者外，其就他人之行為負共同正犯之責者，以有意思聯絡為要件，若事前並未合謀，實行犯罪行為之際，又係出於行為者獨立之意思，即不負共同正犯之責。上揭編號1部分，原判決犯罪事實記載：甲○○、乙○○二人共同基於意圖營利而販賣之犯意聯絡，於民國九十六年十一月二十五日，余○○以門號 0000000000 號之行

動電話撥打甲○○所有門號 0000000000 號之行動電話，由乙○○接聽，而向乙○○表示欲購買金額新台幣（下同）一千元之海洛因，並約定交貨之時、地，由乙○○在高雄縣鳳山市○○路二十一世紀大賣場附近交付海洛因予余○○並收取價金等情（見原判決第二頁），其認甲○○、乙○○二人間，就該次犯行有犯意聯絡及行為分擔，無非係援引甲○○於第一審審理中以證人身分證稱：乙○○知道伊在販毒，也知道幫伊送的是海洛因，錢會順便幫伊帶回來等語，為主要論據（見原判決第十二頁，理由乙、一之(三)）。惟甲○○上揭所供，倘若無訛，乙○○亦僅止於幫忙送海洛因予客戶及收回款項而已。然依原判決認定之事實，本件此部分係乙○○自己接聽余○○購買之電話，並自行決定出售之數量、價格及交貨地點；而與甲○○上開所證已有不同。此部分究竟係乙○○一人自己販賣海洛因予余○○？抑係與甲○○共同為之？仍非無疑。原判決並未詳加調查審認，並載明其論斷之理由，自有理由不備之違法。上訴意旨分別執以指摘，尚非全無理由，應認原判決此部分均有撤銷發回更審之原因。

二、駁回上訴（即甲○○犯附表一編號 2 至 4 三罪）部分：

按刑事訴訟法第三百七十七條規定：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。本件原審經審理結果，認為上訴人甲○○販賣海洛因之犯行罪證明確，因認第一審論處甲○○以如附表一編號 2 至 4 部分所示之販賣第一級毒品罪刑（均累犯）之判決，為無不合，予以維持，駁回甲○○各該部分在第二審之上訴。已詳敘調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由。並就甲○○所辯各節認非可採，詳加指駁。從形式上觀察，原判決並無足以影響判決結果之違法情形存在。甲○○上訴意旨略以：

- (一) 證人即員警李○○稱同意搜索書是蕭○○在房間桌子上拿給上訴人二人簽的；證人即員警蕭○○則稱同意搜索書是回警局簽的等語，則上訴人二人是否符合同意搜索之要件，容有疑義，原判決未予詳查，有應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。
- (二) 證人許○○於第一審未到庭證述，原審亦未於審理中再予傳喚，即遽採許○○警詢所述為判決基礎，有判決理由不備及調查未盡之違法。
- (三) 原判決復未依刑法第五十九條規定予以量刑，均有違誤等語。惟按：
 - (一)、被告以外之人於審判中滯留國外或所在不明而無法傳喚或傳喚不到，其於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，經證明具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實存否所必要者，得為證據，刑事

訴訟法第一百五十九條之三第三款定有明文。原判決理由以：證人許○○於第一審審理中經傳喚、拘提均未到庭，有證人許○○傳票之送達證書、高雄市政府警察局小港分局之拘提結果回函資料在卷可查（見第一審卷第二宗第八十至八十四頁）；而其警詢時所為之供述，已清楚交代購買毒品之次數、金額及地點，足見其無蓄意編織掩飾，亦未權衡雙方之利害而為偏頗之陳述，且其證述內容又為甲○○所不爭執，應具可信之特別情況，並為證明甲○○是否販賣海洛因予許○○所必要等由，因認具有證據能力（見原判決第九、十頁，理由甲之四）。經核於法尚無不合，自不容妄加指摘，而資為適法之第三審上訴理由。

(二)、「除法律另有規定外，實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據，其有無證據能力之認定，應審酌人權保障及公共利益之維護。」刑事訴訟法第一百五十八條之四定有明文。原判決已說明：警員因違法搜索而在甲○○、乙○○住處所取得之物，固屬違背法定程序取得之證據，但該證據是否即無證據能力，依法仍須審酌人權保障及公共利益之維護，就此二者間之利益權衡評估，期能兼顧個人基本人權之保障及實質真實之發現，而非以該證據係屬違法取得，即當然認定其無證據能力。本件警方係於查獲前二日，因接獲匿名檢舉，指有人在甲○○、乙○○二人租屋居住之高雄縣鳳山市○○路一一三之一號公寓樓梯口販毒，乃由警員李家○○、蕭○○依據線報埋伏，並鎖定一部甲○○所有之機車等情，業經證人李○○、蕭○○證述明確，足見警方於上前盤查乙○○前已獲取交易毒品情資。再者，本件警方已先合法扣得乙○○持有之二包海洛因，乃合理懷疑甲○○二人住處藏放其他毒品。雖警方當時未取得甲○○之同意即入內搜索，而有瑕疵，然甲○○、乙○○事後自願簽具同意搜索書，有放棄主張其等有居住隱私權之意。是本件執法人員執行搜索雖有瑕疵，但其違背法定程序應非恣意為之，且情節尚屬輕微。況販賣第一級毒品於立法政策上除認此種犯行具有高度不法之內涵外，其嚴重戕害國民身心，更有不法暴利可圖，是欲確實防制，非以重典加身，難期其後效，故法定本刑為死刑或無期徒刑，足見其行為之處罰有重大公共利益之維護目的在內；且本件在甲○○二人住處查扣海洛因六包（合計驗後淨重 15.81 公克），若經轉手販賣或散布，將對社會產生相當之危害。如僅因員警執法一時匆忙之疏誤，遽謂於該處扣案之海洛因等物無證據能力，不免忽視此種重大公共利益之均衡維護。因認於上開住處查扣之物品，固屬違法取得之證據，但依前引法律規定與前揭說明，仍有證據能力等旨（見原判決第五至八頁，理由甲之二）。原判決既已依法就上揭證物何以仍應認具有證據能力為論斷說明，任意爭執，尚非可取，不得據以提起第三審上訴。

(三)、原審係維持第一審就甲○○所犯各次販賣海洛因，均依刑法第五十九條酌減其刑之判決。甲○○上訴意旨指摘原判決未依上揭規定酌減其刑，自非依據卷內資料執為指摘之合法上訴理由。其此部分上訴違背法律上

之程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十七條、第四百零一條、第三百九十五條前段，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 八 年 六 月 十 八 日

最高法院刑事第九庭

審判長法官 邵 燕 玲

法官 李 伯 道

法官 孫 增 同

法官 李 英 勇

法官 劉 介 民

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 九 十 八 年 六 月 二 十 四 日