最高法院刑事判決

114年度台上字第2561號

上　訴　人　臺灣高等檢察署檢察官王正皓

上　訴　人

即　被　告　鄭育鑫

選任辯護人　張進豐律師

　　吳煥陽律師

上列上訴人等因被告違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院中華民國114年3月26日第二審判決（113年度上訴字第6902號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署112年度偵字第36601號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院。

被告之上訴駁回。

理　由

甲、撤銷發回即檢察官上訴部分：

一、本件原判決認定上訴人即被告鄭育鑫（下稱被告）有如其事實欄所載持有第二級毒品犯行，因而撤銷第一審之科刑判決，變更檢察官所引毒品危害防制條例第4條第2項販賣第二級毒品之起訴法條及罪名，改判論被告以持有第二級毒品罪，固非無見。

二、惟審理事實之法院，對於被告有利及不利之證據，應一律注意，綜合全案證據資料，本於經驗法則以定其取捨，並將取捨證據及得心證之理由，於判決內詳為說明。故證據雖已調查，而尚有其他部分並未調查，致事實未臻明瞭，而存有重大疑竇者，仍難遽為被告有利或不利之認定；如尚有應調查之證據未予調查而率行判決，即有應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。本件原判決認定被告因不詳身分之「小倫」委託，收受摻有第二級毒品甲基安非他命等成分之毒品

咖啡包原料黃色粉末2包（驗前總淨重994.30公克，驗餘總淨重約993.77公克，檢出第二級毒品甲基安非他命、第四級毒品微量磺西泮、微量2-胺基-5-硝基二苯酮等成分，甲基安非他命驗前總純質淨重約19.88公克，下稱本案毒品咖啡包原料)而無故持有。嗣尤羿智給付對價泰達幣4,000顆向「小倫」購買本案毒品咖啡包原料後，指示黃炳勳出面取貨，「小倫」則委託不知情之被告轉交，因被告出國無法親自交付，乃轉請不知情之游凱卉自行與黃炳勳聯繫，於民國112年4月8日下午8時許，在新北市新店區車子路40號附近，交付本案毒品咖啡包原料予黃炳勳之犯行，因而論被告以持有第二級毒品罪，主要係以證人尤羿智指稱本案毒品咖啡包原料係向「小倫」之人購買，「小倫」並非被告等語，及被告於本件毒品交易時不在國內等情，為其認定依據。

三、然查，依原判決之認定，本案毒品咖啡包原料（置於提袋內）係被告委由游凱卉交付予尤羿智指定之黃炳勳收受。而游凱卉與黃炳勳互不相識；關於其等如何聯繫見面而交付或收受本案毒品咖啡包原料，游凱卉於第一審證稱：「（妳跟開車過來的那個男生是如何約面交的時間、地點？）這個人加我的iMessage，我們選他有空的時間再約好時間，然後拿給他」、「（為何那個男的會知道妳的iMessage的號碼？）好像是我妹告訴我，是鄭育鑫告訴他我的號碼」等語。黃炳勳於第一審亦證稱：「（這個女生的iMessage的電話號碼，你是如何拿到的？）尤羿智提供的」、「（根據113年2月22日尤羿智警詢筆錄，尤羿智說他提供給你聯絡的方法是一個EMAIL，你對他所述有何意見？）不是EMAIL，是上述說的那個電話號碼，就是用傳訊息的方式聯繫」、「（你有無聽過一個綽號叫小倫的人？）沒有」等語。尤羿智於警詢陳稱：「小倫丟了一個facetime帳號給我，我傳給黃炳勳，叫黃炳勳自己去聯絡約時間地點拿原料」等語。被告於警詢亦稱：「（當時游凱卉與黃炳勳如何聯絡？為何黃炳勳會有游凱卉之facetime帳號？）阿中（指尤羿智）當時有跟我要游凱卉

的電話，然後他說請掉提袋的人過去跟他拿」等語，並有卷附游凱卉與黃炳勳間以iMessage聯繫交貨之對話紀錄可稽（見第一審卷第161頁、第166至167頁、第172至173頁，偵字第36601號卷第13頁、第107至108頁，偵字第28252號卷第367頁）。上情如果均屬實情，則尤羿智似係自被告而非「小倫」處取得游凱卉之iMessage或facetime帳號，再轉知黃炳勳自行與游凱卉聯繫後取得本案毒品咖啡包原料；黃炳勳亦不知有「小倫」之人，遑論與「小倫」聯繫。證之被告歷次陳述，從未提及有「小倫」其人，僅辯稱：提袋係尤羿智友人遺落在伊車上，嗣尤羿智來電告知已尋獲失主，始委託游凱卉交還失主云云。原判決對於被告上揭辯解，亦說明其不足以採信之理由（見原判決第7至8頁）。原判決引用尤羿智證詞，略以：其係與「小倫」聯繫交易本案毒品咖啡包原料，再由黃炳勳與「小倫」聯繫等語（見原判決第8頁第23至25行），資以認定尤羿智係向「小倫」購買本案毒品咖啡包原料等情，非但與上揭事證不符，亦與原判決理由說明：本案毒品咖啡包原料係由黃炳勳依尤羿智指示，先與游凱卉取得聯繫後向游凱卉取得等情（見原判決第4頁第27至30行），不相適合。況本案毒品咖啡包原料本係由被告持有，因尤羿智來電，始委由游凱卉交付予尤羿智指示前來之黃炳勳收受乙節，為被告所不爭執。原判決亦認定尤羿智係以支付泰達幣4,000顆之對價，購得本案毒品咖啡包原料，且認被告上揭關於返還提袋予失主之辯解不實。則被告透過游凱卉交付本案毒品咖啡包原料予黃炳勳或尤羿智，其原因究竟為何？與尤羿智支付泰達幣4,000顆有無對價關係？尤羿智上揭關於與「小倫」聯繫交易之證詞，既有瑕疵可指，被告歷次陳述復從未提及「小倫」，則本件究竟有無「小倫」其人？原判決認定被告係受「小倫」委託而持有，卷內又有何證據可資判斷？以上疑點攸關被告本件有無被訴販賣第二級毒品犯行之認定，自應詳加調查釐清審認明白，始足以為論罪科刑之依據。原審對上述重要疑點未詳加究明釐

清，僅以被告於交貨當時身在國外，不可能甘冒遭警方查獲之風險而與尤羿智交易毒品為由，遽為被告有利之論斷，依前揭說明，難謂無應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。以上或係檢察官上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，而原判決上開違背法令情形影響於事實之確定，本院無可據以為裁判，應認原判決有撤銷發回更審之原因。

乙、被告上訴駁回部分：

一、按刑事訴訟法第376條第1項各款所規定之案件，經第二審判決者，除第二審法院係撤銷第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，並諭知有罪之判決，被告或得為被告利益上訴之人得提起上訴外，其餘均不得上訴於第三審法院，為該條項所明定。

二、檢察官起訴被告涉犯毒品危害防制條例第4條第2項販賣第二級毒品罪嫌，原判決審理後變更檢察官所引起訴法條及罪名，論以同條例第11條第2項之持有第二級毒品罪，核屬刑事訴訟法第376條第1項第1款規定不得上訴於第三審法院之案件，且無同條項但書所定之例外情形，既經第二審判決，自不得上訴於第三審法院，被告猶提起上訴，顯為法所不許，應予駁回。又被告提起上訴雖不合法，惟檢察官之上訴則為有理由，並經撤銷發回而尚未確定，附此敘明。

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　　114　　年　　7　　月　　16　　日

刑事第七庭審判長法　官　林瑞斌

法　官　朱瑞娟

法　官　黃潔茹

法　官　高文崇

法　官　林英志

本件正本證明與原本無異

書記官　林明智

中　　華　　民　　國　　114　　年　　7　　月　　21　　日