臺灣高等法院臺中分院刑事判決

114年度上訴字第1038號

上　訴　人
即　被　告　楊泳騰
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000

選任辯護人　蔡瑞麒律師（法扶律師）

上列上訴人即被告因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣臺中地方法院113年度訴字第26號中華民國114年5月19日第一審判決（起訴案號：臺灣臺中地方檢察署112年度偵字第44053、50186、59351號），提起上訴，本院判決如下：

主　　文

原判決撤銷。

楊泳騰犯如附表「主文」欄所示之罪，各處如附表「主文」欄所示之刑及沒收。應執行有期徒刑貳年肆月。

犯罪事實

一、楊泳騰與劉彪少（由原審法院通緝中）均知悉N-(1-胺基-3,3-二甲基-1-側氧丁-2-基)-1-丁基-1H-吲唑-3-甲醯胺【N-(1-Amino-3,3-dimethyl-1-oxobutan-2-yl)-1-butyl-1H-indazole-3-carboxamide、ADB-BUTINACA，為合成類大麻活性物質，下稱ADB-BUTINACA】為毒品危害防制條例第2條第2項第3款所規定之第三級毒品，依法不得販賣，竟共同基於意圖營利而販賣第三級毒品之犯意聯絡，由楊泳騰使用蘋果廠牌iPhone7型行動電話1支作為與劉彪少聯繫之工具，先後2次各別起意，而為下列行為：

㈠由楊泳騰於民國112年4月1日、同年月2日，先後以新臺幣（下同）各8,000元代價，向蕭宏晉購入含第三級毒品ADB-BUTINACA之菸油各1支後，將購入之菸油予以分裝，先推由劉彪少於112年4月3日某時，以通訊軟體微信暱稱「（牛圖示）（啤酒圖示）」與蘇00（微信自稱「宋世傑」）聯繫毒

品交易事宜，確認以價值1,500元之毒品咖啡包作為代價，交易含有上開第三級毒品ADB-BUTINACA成分之菸油（代號「C」）1支，再推由楊泳騰以中國信託商業銀行帳號000000000000號帳戶（下稱系爭帳戶）收受劉彪少匯入之1,500元後，即按劉彪少指示，於翌（4）日下午某時，至臺中市○○區○○○道0段000號之空軍一號客運八國站，將含有第三級毒品ADB-BUTINACA成分之菸油1支寄送予蘇00收受，以此方式販賣第三級毒品予蘇00牟利，惟蘇00則以可可粉混充毒品咖啡包寄送予劉彪少。

㈡另推由劉彪少於112年4月13日某時，以通訊軟體LINE暱稱「Bia」與葉00聯繫毒品交易事宜，確認以9,800元之價格，交易含有第三級毒品ADB-BUTINACA成分之菸油（代號「C」）3支、菸油（代號「T」）1支、電子煙桿（代號「機」）1支，經葉00於112年4月14日匯款9,800元至劉彪少指定帳戶，再推由楊泳騰以系爭帳戶收受劉彪少匯款之6,600元後，即按劉彪少指示，於同日晚上8時33分許，至臺中市○○區○○○道0段000號之空軍一號客運中南站，將前述含有第三級毒品ADB-BUTINACA成分之菸油及電子煙桿寄送予葉00收受，以此方式販賣第三級毒品予葉00牟利。

二、案經雲林縣警察局斗六分局報告臺灣臺中地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　　由

一、證據能力：

本判決所引用具傳聞性質之證據資料，檢察官、上訴人即被告楊泳騰（下稱被告）及其辯護人於本院準備程序均表示同意作為證據，且迄於本院言詞辯論終結前均未聲明異議，本院審酌前開證據資料作成或取得之狀況，並無違法取證或其他瑕疵，亦無顯不可信之情況，且與待證事實具有關連性，故認為適當而得作為證據，依刑事訴訟法第159條之5規定，應有證據能力。另本院所引用其餘非供述證據部分，並無證據證明係實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序所取

得，依刑事訴訟法第158條之4規定之反面解釋，亦均具有證據能力。

二、認定犯罪事實所憑之證據及理由：

㈠上揭犯罪事實，業據被告於本院審理時坦承不諱（見本院卷第122至124頁），而偵查機關及原審雖誤認上開菸油所含毒品成分為第二級毒品大麻，然被告於警詢、偵查及原審審理中，對於上揭販賣含毒品成分菸油之主觀犯意及客觀事實均已為肯定供述（見本案偵44053卷第29至36頁、他卷第165至169頁、原審卷第306至309頁），核與證人即同案被告劉彪少、證人蘇00、葉00分別於警詢時陳述及偵訊時具結證述情節（見本案偵44053卷第111至122、311至315頁、他卷第53至59、89至91、95至101、135至138頁）、證人即另案被告蕭宏晉於警詢、偵訊及審理時之陳述內容（見調取南投地檢偵卷第25至31、115至118頁、南投地院卷第31、88至90頁）均相符，並有被告與同案被告劉彪少間、同案被告劉彪少與證人蘇00、葉00間通訊軟體對話紀錄擷圖、空軍一號中南站之監視器錄影畫面擷圖、網路銀行交易明細擷圖、系爭帳戶開戶基本資料及歷史交易明細（見本案偵44053卷第59至89、353至371頁）、被告另案告發蕭宏晉販賣毒品所提供之街口支付擷圖、新北市政府警察局土城分局對另案被告蕭宏晉執行搜索之搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、扣押物品收據及蒐證照片、新北市政府警察局土城分局112年6月7日函檢附內政部警政署刑事警察局112年5月25日刑鑑字第1120069603號鑑定書（見調取臺中地檢113年度他字第3768號卷第7頁、南投地檢113年度他字第717號卷第343至359、373至385頁、南投地檢偵卷第143至145頁）在卷可稽。足徵被告之任意性自白與事實相符，堪以採信。衡以販賣毒品罪於我國查緝甚嚴且罪刑甚重，況市面上毒品價格不貲、物稀價昂，是販賣毒品之人，苟無任何利益可圖，實無甘冒風險，在與購毒者並非至親之情況下，未賺取利益即行轉售之理，佐以被告於原審審理時已自承其為犯罪事實欄一㈠犯行可以賺取20

0元；為犯罪事實欄一㈡犯行可以賺取1,600元等語（見原審卷第307頁），足見被告為本案犯行時，主觀上確有營利意圖，亦可認定。

㈡起訴意旨雖認被告上開販賣之菸油所含毒品成分為第二級毒品大麻，而犯販賣第二級毒品罪。然大麻類毒品包括以第二級毒品列管之大麻（Cannabis、Marijuana、Marihuana）、四氫大麻酚、六氫大麻酚、六氫大麻己酚等；以第三級毒品列管之1,1-雙甲基庚基-11-羥基-四氫大麻酚、四氫大麻丙酚及屬合成大麻素之MDMB-4en-PINACA、5F-MDMB-PICA、ADB-BUTINACA等多種毒品，惟許多毒品接觸者及一般民眾對上開毒品種類未予精準區辨，於詞語表達上多習以「大麻」泛稱。本案被告、同案被告劉彪少及購毒者蘇00、葉00於警詢、偵訊所稱「大麻」菸油，應係對大麻類毒品之通俗泛稱，是尚不能僅以渠等陳稱本案交易之菸油為「大麻」菸油，即逕認該等菸油所含毒品成分即為第二級毒品大麻。本案被告販賣予證人蘇00、葉00之菸油均未經查扣，無從以鑑定方式確認是否含有第二級毒品大麻成分。又證人蘇00、葉00經警採尿送驗結果，大麻代謝物均呈陰性反應，有雲林縣警察局斗六分局114年3月17日函檢附正修科技大學超微量研究科技中心尿液檢驗報告在卷可稽（見原審卷第265至269頁），是亦無從由購毒者之驗尿結果確認被告上開所販賣菸油是否含有第二級毒品大麻成分。而被告向臺灣臺中地方檢察署檢察官告發其本案所販賣毒品菸油之來源為另案被告蕭宏晉，經移轉臺灣南投地方檢察署檢察官偵辦，另案被告蕭宏晉就其有於112年4月1日、同年月2日，先後2次以各8,000元代價，販售含第三級毒品ADB-BUTINACA成分之菸油各1支予被告之犯行坦承不諱，並明確供稱其販售予被告之菸油所含成分為第三級毒品ADB-BUTINACA，且其於相近時間之112年4月15日，曾為警方查扣菸油9支，經鑑定結果確檢出微量第三級毒品ADB-BUTINACA成分，而另案被告蕭宏晉上開販賣第三級毒品犯行，經檢察官提起訴公訴後，業經臺灣南投地

方法院以114年度訴字第107號判決判處有期徒刑各1年10月（共2罪），應執行有期徒刑2年確定等情，有另案被告蕭宏晉之陳述、前揭新北市政府警察局土城分局搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、扣押物品收據及蒐證照片、內政部警政署刑事警察局鑑定書可稽，並經本院調取該案卷宗核閱無訛。又被告本案販賣毒品菸油予證人蘇00、葉00之時間，係在其向另案被告蕭宏晉購入上開毒品菸油之後不久，時序上並無矛盾，時間亦屬接近，應可認有直接關聯，是被告供稱其本案販賣予證人蘇00、葉00之毒品菸油來源為其向另案被告蕭宏晉所購入含有上開第三級毒品ADB-BUTINACA成分之菸油，應屬有據，堪以採信。則綜合上揭事證，足認被告本案販賣予蘇00、葉00之菸油所含毒品成分，應係第三級毒品ADB-BUTINACA，起訴意旨認係第二級毒品大麻，容屬有誤，此無礙於起訴事實之同一性，應由本院逕予更正。

㈢綜上所述，被告上開2次販賣第三級毒品犯行均事證明確，堪以認定，應依法論科。

三、論罪：

核被告所為，均係犯毒品危害防制條例第4條第3項之販賣第三級毒品罪。其意圖販賣而持有第三級毒品之低度行為，為販賣之高度行為所吸收，不另論罪。起訴意旨誤認被告販賣之菸油所含毒品成分為第二級毒品大麻，因認被告係犯毒品危害防制條例第4條第2項之販賣第二級毒品罪，所引應適用法條雖有未合，惟起訴之基本社會事實同一，且經本院於審理時告知變更後之罪名（見本院卷第113至114頁），尚無礙於其防禦權之行使，本院自應依法變更起訴法條。被告與同案被告劉彪少間，就上開2次犯行均具有犯意聯絡及行為分擔，應論以共同正犯。被告所犯2次販賣第三級毒品罪，在時間差距上可以分開，其犯意各別，行為互異，在刑法評價上各具獨立性，應分論併罰。

四、刑之減輕說明：

㈠按毒品危害防制條例第17條第2項規定「犯第4條至第8條之

罪於偵查及歷次審判中均自白者，減輕其刑。」係為鼓勵是類犯罪行為人自白、悔過，並期訴訟經濟、節約司法資源而設，故此所謂「自白」，應係指對自己之犯罪事實全部或主要部分為肯定供述之意。查被告於警詢、偵查及原審審理中，對於上揭販賣含毒品成分菸油之主觀犯意及客觀事實均已為肯定供述，自承所販賣菸油為大麻類之毒品，並表示認罪，雖因偵查機關及原審誤認被告本案販賣之菸油所含毒品成分為第二級毒品大麻，並以此詢、訊問被告，致被告未能就所販賣毒品之種類、級別為正確之供述，然此並不影響被告所為前揭肯定供述之自白效力，應認被告對於本案販賣含有第三級毒品ADB-BUTINACA成分菸油之犯行於偵查及原審已有自白，又被告於本院審理時對於上揭販賣第三級毒品犯行亦自白不諱，足認被告已符合於偵查及歷次審判中均自白之要件，自應依毒品危害防制條例第17條第2項規定，各減輕其刑。

㈡按犯第4條至第8條、第10條或第11條之罪，供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑，毒品危害防制條例第17條第1項定有明文。查被告向臺灣臺中地方檢察署檢察官告發其本案所販賣毒品菸油之來源為另案被告蕭宏晉，經移轉臺灣南投地方檢察署檢察官偵查後，認另案被告蕭宏晉確有於112年4月1日、同年月2日，先後2次以各8,000元代價，販售含第三級毒品ADB-BUTINACA之菸油各1支予被告之犯行，而將其提起公訴，嗣經臺灣南投地方法院以114年度訴字第107號判決判處另案被告蕭宏晉販賣第三級毒品共2罪，各處有期徒刑1年10月，應執行有期徒刑2年確定等情，有另案被告蕭宏晉之法院前案紀錄表、臺灣南投地方法院以114年度訴字第107號判決在卷可憑（見本院卷第51至58頁），並經本院調取該案卷宗核閱無誤。且如前述，被告本案2次販賣第三級毒品犯行之時間，係在其向另案被告蕭宏晉購入上開毒品之後不久，時序上並無矛盾，時間亦屬接近，應可認有直接關聯，足認另案被告蕭宏晉遭判處罪刑確

定之上開犯行，即為被告本案2次犯行之毒品來源無誤。從而，被告確有因其供出本案販賣毒品之來源，因而查獲其他正犯即另案被告蕭宏晉之情事，本院衡量被告之犯罪情節、查獲另案被告蕭宏晉對於毒品危害社會之減輕程度，認尚無免除其刑之必要，爰依毒品危害防制條例第17條第1項規定，各減輕其刑，並依法遞減之。

㈢被告雖請求依刑法第59條酌減其刑。惟按刑法第59條規定之酌量減輕其刑，必須犯罪另有特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，認為即使予以宣告法定最低度刑，猶嫌過重者，始有其適用。倘被告別有其他法定減輕事由者，應先適用法定減輕事由減輕其刑後，猶認其犯罪之情狀顯可憫恕，即使科以該減輕後之最低度刑仍嫌過重者，始得適用刑法第59條規定酌量減輕其刑。此項犯罪情狀是否顯可憫恕而酌量減輕其刑之認定，係屬事實審法院得依職權裁量之事項。本院審酌政府為杜絕毒品氾濫，再三宣導要民眾遠離毒品，媒體報導既深且廣，對於禁絕毒品之政策，為社會大眾所熟悉，被告為牟己利，竟仍與同案被告劉彪少以上開分工方式從事販毒行為，對於毒品擴散之危害性較諸一般施用毒品友儕間互通有無之情形為高，危害國人身心健康與社會治安非輕，且被告依前揭規定遞予減輕後，最低度處斷刑為有期徒刑1年2月，已較法定刑大幅減輕，相較於其犯罪情狀，尚難認其犯罪另有特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，認為即使予以宣告最低度刑，猶嫌過重之情，自無適用刑法第59條規定酌減其刑之餘地，併此說明。

五、撤銷改判之理由及科刑審酌：

㈠原審調查後，認被告係販賣含有第二級毒品大麻成分之菸油予證人蘇00、葉00，其犯罪事證明確，予以論罪科刑，固非無見。惟被告本案販賣予證人蘇00、葉00之菸油所含成分應為第三級毒品ADB-BUTINACA，而均應論以毒品危害防制條例第4條第3項之販賣第三級毒品罪，業經本院論述如前，原判決誤認被告係販賣第二級毒品大麻，而論以同條第2項之販

賣第二級毒品罪，其認事用法即有未合。又被告本案2次販賣第三級毒品犯行，其所供出毒品來源即另案被告蕭宏晉，業經檢察官查獲起訴並經法院判處罪刑確定，均應依毒品危害防制條例第17條第1項規定減輕其刑，理由已如前述，原審未及審酌此情，而未依該規定減刑，亦有未當。是被告上訴意旨主張其本案販賣之菸油應屬第三級毒品，及其所供毒品來源業經查獲，應依法減輕其刑等語，而指摘原判決不當，為有理由，自應由本院將原判決予以撤銷改判。

㈡爰以行為人之責任為基礎，審酌被告正值青壯，明知毒品輕則戕害施用者之身心健康，重則引發各種犯罪，危害社會治安甚鉅，竟仍無視國家杜絕毒品犯罪之禁令，為牟己利，而以前揭分工方式與同案被告劉彪少共同販賣第三級毒品，助長毒品流通，危害他人健康，對社會治安造成潛在危害，所為實屬不該，兼衡被告犯後坦認犯行，態度良好，復考量其各次販賣毒品之數量、價格、獲利、其犯罪之手段、分工情形與參與程度，暨其品行素行（參卷附法院前案紀錄表）、其自陳之智識程度、工作、家庭生活及經濟狀況（見本院卷第125頁）等一切情狀，分別量處如附表「主文」欄所示之刑。本院復審酌被告本案所犯2罪之罪質及侵害法益相同，犯罪時間接近，行為態樣及手段亦同，2罪間之關係尚稱密切，獨立性偏低，且其犯數罪所顯示之人格面並無不同，各該罪亦非侵害不可替代性或不可回復性之個人法益，對於侵害法益之加重效應較為有限，並斟酌其復歸社會之可能性，兼衡罪責相當原則、刑罰經濟及恤刑之目的，而為總體評價後，定其應執行刑如主文第2項所示。

六、沒收之說明：

㈠按犯第4條至第9條、第12條、第13條或第14條第1項、第2項之罪者，其供犯罪所用之物，不問屬於犯罪行為人與否，均沒收之，毒品危害防制條例第19條第1項定有明文。未扣案之蘋果廠牌iPhone 7型行動電話1支為供被告與同案被告劉彪少於本案聯繫販賣第三級毒品時所用，業經被告坦承在

卷（見原審卷第59至60頁、本院卷第121頁），爰依毒品危害防制條例第19條第1項、刑法第38條第4項規定，宣告沒收，並於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

㈡按犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之。前二項之沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額，刑法第38條之1第1項前段、第3項定有明文。查被告本案2次販賣第三級毒品犯行，各實際獲得1,500元、6,600元之犯罪所得，均未扣案，應依刑法第38條之1第1項前段、第3項規定，分別宣告沒收，並於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

㈢至扣案之蘋果廠牌iPhone 14型行動電話1支，無證據證明與本案有關，爰不予宣告沒收。

據上論斷，應依刑事訴訟法第369條第1項前段、第364條、第299條第1項前段、第300條，判決如主文。

本案經檢察官黃勝裕提起公訴，檢察官吳宗達到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　5　　月　　5　　日

刑事第六庭　審判長法　官　吳　進　發

法　官　鍾　貴　堯

法　官　廖　素　琪

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決應於收受送達後二十日內向本院提出上訴書狀，其未敘述上訴理由者，並得於提起上訴後二十日內向本院補提理由書（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

書記官　賴　玉　芬

中　　華　　民　　國　　115　　年　　5　　月　　5　　日

附錄本案論罪法條全文：

毒品危害防制條例第4條

製造、運輸、販賣第一級毒品者，處死刑或無期徒刑；處無期徒刑者，得併科新臺幣 3 千萬元以下罰金。
製造、運輸、販賣第二級毒品者，處無期徒刑或 10 年以上有期徒刑，得併科新臺幣 1 千 5 百萬元以下罰金。
製造、運輸、販賣第三級毒品者，處 7 年以上有期徒刑，得併科新臺幣 1 千萬元以下罰金。
製造、運輸、販賣第四級毒品者，處 5 年以上 12 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 5 百萬元以下罰金。
製造、運輸、販賣專供製造或施用毒品之器具者，處 1 年以上 7 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 1 百 50 萬元以下罰金。
前五項之未遂犯罰之。

附表：

編號	犯罪事實	主文
1	犯罪事實欄一㈠	楊泳騰共同犯販賣第三級毒品罪，處有期徒刑壹年玖月。未扣案之蘋果廠牌iPhone 7型行動電話壹支、犯罪所得新臺幣壹仟伍佰元均沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。
2	犯罪事實欄一㈡	楊泳騰共同犯販賣第三級毒品罪，處有期徒刑壹年拾月。未扣案之蘋果廠牌iPhone 7型行動電話壹支、犯罪所得新臺幣陸仟陸佰元均沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。