# 臺灣高等法院刑事判決

114年度上訴字第6099號

上　訴　人
即　被　告　黃立宇
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000
選任辯護人　趙立偉律師

上列上訴人即被告因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣桃園地方法院113年度訴字第1043號，中華民國114年7月17日第一審判決（起訴案號：臺灣桃園地方檢察署112年度偵字第57649號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷。

黃立宇犯藥事法第八十三條第一項之轉讓禁藥罪，處有期徒刑陸月，併科罰金新臺幣伍萬元，罰金如易服勞役，以新臺幣壹仟元折算壹日。

扣案之IPHONE13行動電話壹支（含門號0000000000號SIM卡1張）沒收。

事　實

黃立宇知悉α-吡咯烷基苯異己酮（alpha-PiHP）係毒品危害防制第2條第2項第3款所定之第三級毒品，且經中央衛生主管機關公告列為禁藥管理，而屬藥事法第22條第1項第1款所指之禁藥，非經許可不得轉讓，仍基於轉讓含α-吡咯烷基苯異己酮成分香菸（下稱彩虹菸）之犯意，先持用扣案之IPHONE13手機與楊建璋聯繫後，遂於民國112年11月8日下午2時33分許，在桃園市觀音區成功路1段與民生路口，交付彩虹菸1包予楊建璋而轉讓之。

理　由

壹、程序部分

一、供述證據部分：

(一)證人楊建璋於警詢時之證述部分：

按被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據，刑事訴訟法第159 條第1 項定有明文。查證人楊建璋於警詢時之陳述，係屬被告以外之人於審判外之言詞陳述，依刑事訴訟法第159 條第1 項之規定，屬於傳聞證據而不具證據能力，且證人楊建璋已於原審審理時經傳喚到庭作證，並經檢察官、被告及其辯護人為交互詰問，是證人楊建璋於原審所為之陳述，尚與刑事訴訟法第159 條之2 或第159 條之3 所定情形不相符合，被告及其辯護人復於本院準備程序時，已就上開陳述之證據能力表示爭執，與刑事訴訟法第159 之5 第1 項傳聞例外之規定亦有不合，揆諸前揭說明，證人楊建璋於警詢所為之陳述，無證據能力，自不得作為本案認定其餘被告有罪之基礎。

(二)其餘供述證據之證據能力：

按被告以外之人於審判外之陳述，雖不符刑事訴訟法第159條之1 至第159 條之4 之規定，而經當事人於審判程序同意作為證據，法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認為適當者，亦得為證據；當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有同法第159 條第1 項不得為證據之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同意，同法第159 條之5 亦有明文。本件檢察官、被告及其辯護人於本院審理中，除前揭證人楊建璋於警詢時之陳述外，對於本判決所引用其他審判外之言詞或書面陳述，迄本院審判期日言詞辯論終結前，皆未聲明異議而不予爭執。本院審酌上開證據資料製作時之情況，尚無違法不當及證明力明顯過低之瑕疵，亦認為以之作為證據應屬適當，依上開規定，應認有證據能力。

(二)非供述證據部分：

至本判決所引用之其餘非供述證據，均與本件事實具有自然關聯性，且核屬書證、物證性質，又查無事證足認有違背法定程序或經偽造、變造所取得等證據排除之情事，復經本院依刑事訴訟法第164 條、第165 條踐行物證、書證之調查程

序，況檢察官、被告及其辯護人對此部分之證據能力亦均不爭執，是堪認均有證據能力。

貳、實體部分

一、認定事實所憑之證據及理由：

(一)上開犯罪事實，業據被告於偵查、原審及本院審理時均坦承不諱（見112偵57649卷【下稱偵卷】第17-18頁、第19-26頁、第79-88頁、第117-118頁；原審卷第53至61、第81至87、第129-148頁、第189-198頁；本院卷第57-62頁、第75-85頁、第123-133頁），核與證人楊建璋於偵訊及原審審理時證稱其有先於112年11月8日14時8分許，持用手機透過通訊軟體TELEGRAM與被告聯繫，並相約於同日下午2時33分許，在桃園市觀音區成功路一段與民生路口，由被告當場交付彩虹菸1包予其收受該節相符（見偵卷第137-139頁；原審卷第129-148頁），並有桃園市政府警察局大園分局搜索筆錄、扣押物品目錄表【被告黃立宇】、桃園市政府警察局大園分局搜索及扣押筆錄、扣押物品目錄表【被告黃立宇】（偵卷第27-31頁、第33-37頁）、現場暨扣押物照片、通訊軟體TELEGRAM對話擷圖、監視器翻拍照片、GOOGLE街景圖（偵卷第69-73頁、第75頁）、臺北榮民總醫院113年1月19日北榮毒鑑字第C0000000號毒品成分鑑定書（偵卷第145頁）、114年3月20日勘驗筆錄暨附圖（原審卷第81-93頁）、桃園市政府警察局大園分局搜索及扣押筆錄、扣押物品目錄表【楊建璋、楊琇仔】、桃園市政府警察局大園分局搜索筆錄、扣押物品目錄表、無應扣押之物證明書、桃園市政府警察局大園分局搜索及扣押筆錄、扣押物品目錄表、扣押物品收據【楊建璋、楊琇仔】（112毒偵6149卷【下稱毒偵卷】第51-55頁、第57-65頁、第67-73頁）、另案之現場暨扣押物照片、監視器翻拍照片（毒偵卷第107-110頁、第111-113頁）、桃園市政府警察局大園分局113年3月25日園警分刑字第1130008935號函暨刑事案件證物採驗紀錄表（毒偵卷第193-195頁）附卷可徵。足認被告之任意性自白核與事實相符，堪以

採信。

(二)公訴意旨固認被告上開所為，係涉犯販賣第三級毒品之罪嫌，惟查：

1.被告固於警詢及偵查中供稱：我有於112年11月8日下午2時許，在桃園市觀音區成功路一段與民生路口，以2,500元之價格與楊建璋交易彩虹菸1包等語（見偵卷第19-26頁、第117-118頁）；惟其嗣於原審準備程序及審理時俱翻異前詞否認販賣第三級毒品犯行，並辯稱：案發當天是李明治表示想要抽彩虹菸，我剛好遇到楊建璋，遂請楊建璋幫忙把彩虹菸帶回去給李明治，並非販賣毒品，先前在偵查中係因擔心否認會遭羈押，始為虛偽不實之陳述等語（見原審卷第54-57頁、第195-196頁）。是被告就其於前揭時、地，有無以1包2,500元之價格販賣彩虹菸予楊建璋乙情，前後所為陳述已容有間，則其先前所為自白之真實性，已非無疑，則檢察官指訴被告於前揭時、地，基於販賣第三級毒品彩虹菸以營利之意圖，以2,500元之代價販賣第三級毒品彩虹菸予楊建璋之犯行，除被告前於警詢及偵查中所為不利於己之供述外，當應舉出其他足資證明被告自白與事實相符之補強證據，方得認定屬實。

2.就被告是否確有於前揭時、地，以2,500元之代價販賣並交付含有第三級毒品α-吡咯烷基苯異己酮之彩虹菸1包予楊建璋該節，固據證人楊建璋於警詢時供證稱：我於112年11月8日14時8分許，持用手機撥打通訊軟體TELEGRAM與暱稱「QA」之男子即被告聯繫，並約在桃園市觀音區成功路一段與民生路口見面，我於下午2時19分抵達並打給被告，過了5至10分鐘，被告就到我駕駛座車旁，我把車窗降下後，被告將彩虹菸丟到副駕駛座椅子上，我再將2,500元交給被告，但因為我發現彩虹菸少1支，所以我又於同日下午2時28分許撥打給被告，被告說下次再補給我1支等語（見偵卷第42-43頁）；復於偵訊時具結證稱：被告有於112年11月8日下午2時33分許，在桃園市觀音區成功路一段與民生路口，以2,50

0元之價格，販賣購買彩虹菸1包給我，因為被告之前有找我們洗過車子，因而認識他，我只有買1包，我是透過訊軟體TELERAM與暱稱「QA」之被告聯繫等語（見偵卷第137-138頁）；再於原審審理時結證稱：我於112年11月8日為警搜索扣得之彩虹菸1包，係我分別於同年月7、8日透過訊軟體TELEGRAM與暱稱「QA」之被告聯繫，並相約於同年月8日下午在桃園市成功路附近以2,500元向被告購買的，被告拿彩虹菸給我同時立即交錢給被告，當天被告拿給我的彩虹菸1包裡面數量並無短少，我在警詢中所說少的1支彩虹菸是我自己抽完的，被告確實是給我1包共18支彩虹菸，為警搜索查扣時差額短少的部分是我自己施用掉的，我與被告聯繫時即已約定好以2,500元交易彩虹菸18支，後續我也沒有因為此次交易數量或品質問題與被告聯繫等語（見原審卷第131-141頁）。綜觀證人楊建璋於警詢、偵查及原審審理時歷次之證言，固就當日與被告交易之時、地、毒品種類、數量、價格等節均指證不移，然就其購買其所稱含有三級毒品α-吡咯烷基苯異己酮之彩虹菸1包內支數究有無短少、有無於交易後致電被告反應上情並或被告應允補足彩虹菸數量等細節，前後所為陳述已容有間，而為被告所否認如前。則檢察官指訴被告於前揭時、地有以2,500之代價販賣並交付含有第三級毒品α-吡咯烷基苯異己酮之彩虹菸1包予楊建璋之犯行，除證人楊建璋於警詢及偵查中之證述外，當應舉出其他足資證明其指述與事實相符之補強證據，方得認定屬實。

3. 然徵之卷附楊建璋與暱稱「QA」之人間之112年11月7日、同年月8日通訊軟體TELEGRAM對話記錄內容所示，除撥出電話記錄外，渠等二人交談內容並無明確言及該次毒品交易之具體毒品種類、數量或價格之術語或隱諱暗示之言語，復無證據證明渠等二人先前就交易毒品之數量、項目或價格已有何默契，尚無從據以補強證人楊建璋上揭於警詢、偵查及第一審審理中關於被告有於前揭時、地以2,500元販賣含有第三級毒品α-吡咯烷基苯異己酮成分之彩虹菸1包予其之證述，

要難執此對被告為不利之認定。另觀前引案發現場路口監視器錄影畫面翻拍照片暨原審勘驗筆錄，僅錄得楊建璋駕駛自小客車停放於該處路口未下車、被告騎乘微型電動二輪車接近並停靠於前揭自小客車副駕駛座旁並將手伸入副駕駛座車窗內後數秒內收回之情，然因拍攝距離、角度等客觀限制，並未攝及被告與證人楊建璋之間有何交付毒品或收受2,500元現金價金之具體動作，亦難憑此對被告為不利之認定。此外，綜閱本件卷內全部事證，復查無其他有關聯性之補強證據得以佐證證人楊建璋前揭指述可信，實難僅憑證人楊建璋前揭非無瑕疵可指之單一指證，遽認被告有如公訴意旨所指基於販賣第三級毒品以營利之意圖，以2,500元之代價販賣含有第三級毒品α-吡咯烷基苯異己酮之彩虹菸1包予楊建璋之犯行。

4. 綜合上情，本件依檢察官所舉事證，尚難認被告主觀上具有營利意圖，而犯販賣第三級毒品α-吡咯烷基苯異己酮犯行。公訴意旨認被告上揭所為係涉毒品危害防制條例之販賣第二級毒品罪嫌，自非可採。

(三)綜上各情相互酌參，被告轉讓含α-吡咯烷基苯異己酮成分之彩虹菸犯行堪予認定，應依法論科。

二、論罪科刑：

(一)所犯法條：

1. α-吡咯烷基苯異己酮係毒品危害防制條例第2條第2項第3款規定之第三級毒品，並為藥事法第22條第1項第1款所指之禁藥。又行為人轉讓α-吡咯烷基苯異己酮成分之彩虹菸（未達法定應加重其刑之一定數量）予成年人（楊建璋），且無毒品危害防制條例第9條第3項加重處罰規定情形時，同時該當藥事法第83條第1項轉讓禁藥罪及毒品危害防制條例第8條第3項轉讓第三級毒品罪之構成要件，應依重法優於輕法之原則，擇較重之轉讓禁藥罪論處。據此，被告於本案所為轉讓α-吡咯烷基苯異己酮成分之彩虹菸犯行，應依藥事法第83條第1項轉讓禁藥罪處斷。

2. 核被告所為，係犯藥事法第83條第1項轉讓禁藥罪。又轉讓之高度行為既已依藥事法處罰，則低度之持有行為自無適用毒品危害防制條例處罰之餘地，且藥事法對於持有禁藥之行為亦未設有處罰規定，故被告轉讓前持有α-吡咯烷基苯異己酮成分之香菸之行為，不生持有之低度行為為轉讓之高度行為所吸收之問題。

3. 按刑事訴訟程序中，法院之審判，固應以起訴之犯罪事實為其範圍，惟事實審法院依調查證據之結果所認定被告之犯罪事實，縱與檢察官起訴之事實並非全然一致，倘不影響其犯罪事實之同一性者，除檢察官得就起訴之犯罪事實予以更正外，法院在不妨害同一性範圍，亦應依其調查所得之犯罪事實予以審理。而所謂犯罪事實之同一性，係指與犯罪成立具有重要關係之社會事實基本要素是否相同，或以其侵害行為之內容是否同一作為判斷之基準。倘若與犯罪成立具有重要關係之基本社會事實或侵害行為之內容相同，縱其犯罪之時間、處所、方法、犯罪型態（如共犯態樣或既遂、未遂）或法律評價（包括侵害之法益與成立之罪名）不同，仍不影響其犯罪事實之同一性。故起訴事實與法院認定之犯罪事實是否同一，應以其基本社會事實或侵害行為之內容是否相同作為判斷之基準。又被告轉讓或販賣毒品，均有持有及交付毒品之行為，其構成要件有相當之共同性，僅因有無營利之意圖，而異其法律上之判斷，如起訴事實中被告之行為已屬特定，並無發生混淆或誤認之虞時，兩者之基本事實即屬相同，故檢察官依販賣毒品罪或轉讓毒品罪起訴，法院自得在不影響基本事實同一之基礎下，變更檢察官所引應適用之法條，改依轉讓毒品（禁藥）罪或販賣毒品罪論處。查本院綜合審酌起訴書對被告行為全部事實之整體記載，判斷本件被告自承提供第三級毒品（禁藥）α-吡咯烷基苯異己酮成分之香菸予楊建章之事實與檢察官起訴事實具有同一性，認與本件起訴之犯罪事實為同一社會基本事實，並經於審判程序中命被告、辯護人與檢察官就轉讓禁藥與轉讓第三級毒品之

罪名辯論（本院卷第124頁），已無礙其防禦權之行使，爰依刑事訴訟法第300條之規定，變更起訴法條，附此敘明。

(二)刑之減輕事由：

按犯第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，毒品危害防制條例第17條第2項定有明文。次按行為人轉讓同屬禁藥之第二級毒品甲基安非他命（未達法定應加重其刑之一定數量）予成年人（非孕婦），依重法優於輕法之原則，擇較重之藥事法第83條第1項轉讓禁藥罪論處，如行為人於偵查及歷次審判中均自白，仍應適用毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑（最高法院109年度台上字第4243號判決意旨參照）。查被告就提供含第三級毒品之彩虹菸予楊建璋等事實，於偵查、原審及本院審理時均已供述詳實，應認已對上揭轉讓禁藥犯行主要構成要件事實有所自白，應認符合毒品危害防制條例第17條第2項規定，予以減輕其刑。

(三)撤銷改判之理由：

原審審理後，認被告犯罪事證明確，予以論罪科刑，固非無見。惟被告於本案應係犯藥事法第83條第1項轉讓禁藥罪，而非販賣第三級毒品罪，業經本院詳論如前，原審認被告構成販賣第三級毒品罪，容有未恰。被告上訴指摘原判決不當，為有理由，自應由本院將原判決予以撤銷改判。

(四)量刑：

爰以行為人之責任為基礎，審酌被告為智識正常之成年人，明知毒品對人體危害之鉅，嚴重戕害國人身體健康，竟仍無視國家制定法律杜絕毒品犯罪之禁令，恣意轉讓禁藥α-吡咯烷基苯異己酮即彩虹菸予他人施用，助長禁藥散布，肇生他人施用毒品之來源，且有滋生其他犯罪之可能，其行為殊屬不當，惟念及被告犯後終知坦承犯行，堪認尚具悔意；併考量其轉讓禁藥之數量、對象，兼衡其素行、犯罪之動機、目的、手段之危害性，暨其自陳之智識程度、家庭經濟及身心健康狀況(見本院卷第85頁）等一切情狀，量處如主文第2

項所示之刑，並就併科罰金部分，諭知罰金易服勞役之折算標準，以資懲儆。

三、沒收部分：

(一)按查獲毒品於具體案件，仍須以該毒品和被告所犯之罪具有一定關係，始有其適用。申言之，倘販賣之一方已將之交付買方，且扣押在買方施用毒品案件之內，既與賣方被告之販賣毒品案件脫離關係，自不能在賣方之本案判決，諭知將扣在買方之另案內毒品，予以沒收銷燬（最高法院100年度台上字第4909號判決意旨參照）。查自證人楊建璋處扣案之摻有α-吡咯烷基苯異己酮之香菸16支，係被告轉讓予楊建璋，業據本院認定如前，揆諸前開說明，上開自楊建璋處扣案之摻有α-吡咯烷基苯異己酮之香菸16支(總毛重30.2045公克，檢驗前總淨重23.1600公克，驗餘淨重23.1072公克)，固屬違禁物，但因被告業已交付予楊建璋，而與本案被告犯行之案件已脫離關係，自無庸於本案判決諭知沒收。

(二)扣案之IPHONE13行動電話1支（含門號0000000000號SIM卡1張），為被告與楊建璋間聯繫本案犯行所使用，有上開卷附通訊軟體TELEGRAM對話擷圖可憑，為供被告犯罪所用之物，爰依刑法第38條第2項前段規定，宣告沒收。

(三)本案尚查無其他積極證據，足以證明被告有以2,500元之代價販賣彩虹菸1包予楊建璋並收取價金，即無從宣告沒收犯罪所得。至其餘扣案物品，經核與本件被告之犯行無直接關聯，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，判決如主文。

本案經檢察官姚承志提起公訴，檢察官李安薤到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　1　　日

刑事第二十一庭審判長法　官　謝靜慧

法　官　沈君玲

法　官　鄧鈞豪

以上正本證明與原本無異。
如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未敘述上訴之理由者並得於提起上訴後20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　高妤瑄
中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　1　　日

附錄本案論罪科刑法條全文：
藥事法第83條
明知為偽藥或禁藥，而販賣、供應、調劑、運送、寄藏、牙保、轉讓或意圖販賣而陳列者，處7年以下有期徒刑，得併科新臺幣5千萬元以下罰金。
犯前項之罪，因而致人於死者，處7年以上有期徒刑，得併科新臺幣1億元以下罰金；致重傷者，處3年以上12年以下有期徒刑，得併科新臺幣7千5百萬元以下罰金。
因過失犯第1項之罪者，處2年以下有期徒刑、拘役或科新臺幣5百萬元以下罰金。
第1項之未遂犯罰之。