臺灣高等法院高雄分院刑事判決

107年度上訴字第1347號

上　訴　人　臺灣屏東地方檢察署檢察官
上　訴　人
即　被　告　陳冠宇
選任辯護人　葉武侯律師

上列上訴人因被告毒品危害防制條例等案件，不服臺灣屏東地方法院106 年度訴字第749 號，中華民國107 年7 月12日第一審判決（起訴案號：臺灣屏東地方檢察署106 年度偵字第7906、9185號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於轉讓禁藥暨定執行刑部分，均撤銷。

陳冠宇被訴轉讓禁藥部分均無罪。

其他上訴駁回（指被訴販賣第二級毒品一有罪、一無罪部分）。

事　實

一、陳冠宇明知甲基安非他命係毒品危害防制條例第2 條第2 項第2 款所列管之第二級毒品，依法不得持有、販賣，竟意圖營利，基於販賣第二級毒品之犯意，於附表編號1 所示之時、地，以該附表所示之方式，販賣甲基安非他命予附表編號1 所示之巫俊錦。嗣於民國106 年9 月12日，經警拘提到案而查獲，並經搜索扣得行動電話（IMEI碼：000000000000000）1 支及與本案無關之K 盤1 個，始悉上情。

二、案經屏東縣政府警察局移請臺灣屏東地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

壹、證據能力之說明

一、有罪部分

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，然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。又當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有第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，刑事訴訟法第159 條之5 定有明文。查本判決有罪部分所引用之證據（詳後引證據），其中傳聞證據部分，因檢察官、上訴人即被告陳冠宇（下稱被告）及辯護人於本院準備程序、審理中，均明示同意有證據能力，且未於言詞辯論終結前聲明異議，本院審酌該等傳聞證據作成時之狀況，並無違法或不當等不宜作為證據之情形，依前述說明，均得作為證據。

二、無罪部分

犯罪事實之認定，係據以確定具體的刑罰權之基礎，自須經嚴格之證明，故其所憑之證據不僅應具有證據能力，且須經合法之調查程序，否則即不得作為有罪認定之依據。倘法院審理之結果，認為不能證明被告犯罪，而為無罪之諭知，即無刑事訴訟法第154 條第2 項所謂「應依證據認定」之犯罪事實之存在。因此，同法第308 條前段規定，無罪之判決書只須記載主文及理由。而其理由之論敘，僅須與卷存證據資料相符，且與經驗法則、論理法則無違即可，所使用之證據亦不以具有證據能力者為限，即使不具證據能力之傳聞證據，亦非不得資為彈劾證據使用。故無罪之判決書，就傳聞證據是否例外具有證據能力，本無須於理由內論敘說明（最高法院100 年度台上字第2980號判決參照）。準此，被告被訴涉犯附表編號2 至4 之販賣第二級毒品、轉讓禁藥罪嫌，經本院審理後，既認不能證明被告犯此部分之罪，而均為無罪判決之諭知（詳後述），本院就該部分所用之供述證據縱具傳聞證據性質，即無需贅論其證據能力問題。

貳、有罪部分（即附表編號1 部分）

一、訊據被告固坦承有於附表編號1 所示之時、地，以門號0000000000號行動電話與巫俊錦聯絡後，進而與巫俊錦見面等事實，惟矢口否認有何販賣甲基安非他命犯行，辯稱：當時是巫俊錦打電話給我，叫我買啤酒給他喝，我抵達約定地點後，不料巫俊錦竟向我借錢，我就將啤酒留在車內隨即駕車離開云云。經查：

㈠巫俊錦於106年7月7日19時22分許，以設於屏東縣○○鄉○○路○段7-11超商（下稱前述超商）外之公共電話致電被告，表示「帶十罐來喝好嗎？」並經被告回應以「好啊」，嗣雙方確於同日19時38分許，在前述超商外見面各情，迭經被告坦言在卷，並據證人巫俊錦證述明確，且有通訊監察譯文、前述超商監視錄影畫面翻拍照片在卷可稽，首堪認定。又證人巫俊錦前於警詢中所述關於其係以行動電話致電被告之部分，顯屬記憶錯誤而與事實不符，及巫俊錦當日在前述超商外首次致電被告後，乃在原地持續等候達16分鐘，被告始駕車抵達現場與巫俊錦碰面，併堪認定。

㈡關於被告、巫俊錦間是否確係甲基安非他命之買賣，抑或是被告所辯啤酒、借款等認定：

1.證人巫俊錦於偵訊時具結證述：我叫被告「帶十罐來喝」，意思是拿1000元的甲基安非他命給我，我打完電話後他就開車過來，他打開車窗拿甲基安非他命給我就走了，我錢先欠著，還沒拿給他等語（臺灣屏東地方檢察署106年度偵字第7906號卷㈡，下稱偵卷㈡第77-80頁）。又證人巫俊錦於原審審理期間，因罹患癌症未能到庭作證，並於107年4月15日死亡，有其衛生福利部屏東醫院診斷證明書、個人基本資料查詢結果各1份在卷可憑（原審訴字卷㈠第267頁、原審訴字卷㈡第18頁），是其已無法於審理中接受交互詰問，然以巫俊錦既在前述超商外撥打公共電話與被告聯繫，業經本院認定無訛，衡情，若巫俊錦斯時真意乃欲購買「十罐『啤酒』」解癮（止渴），大可直接進入超商購買，毋寧更為迅速、便捷，原無先刻意電請被告專程運送，其並在約定地點久候之必要。參以被告於本院審理中自承僅曾從事水泥工作，並因此認識同在工地任職之巫俊錦（本院卷第72-73頁參照），亦即被告本身所從事之職業暨其與巫俊錦結識之緣由，均與酒品毫無瓜葛，自無在通話中無端談論酒品（啤酒）授受之可能，更無用語如此隱諱、簡短之理，毋寧應是非得由超商等合法店舖購入之毒品等違禁物，始符實情；再於毒

品交易中，若有經由電話聯繫之必要，買賣雙方多使用「暗語」代稱欲交易毒品之標的及數量（或價額），且通話過程力求精簡，以避免遭警查緝，乃為法院依職權所知悉之事，是故巫俊錦在通話中向被告所稱之「帶『十罐』來喝好嗎」，顯在藉該含有數字之「暗語」指明其擬購買毒品之「數量（或價額）」，並探詢被告之出售意願至灼。末佐諸證人巫俊錦自承除施用甲基安非他命外，並未施用他項毒品（警卷第19頁），並有與其此部分所述相符之尿液檢驗報告暨對照表在卷可稽（警卷第89-90頁），且被告前於原審羈押訊問時坦言：（問：對於檢察官聲請羈押之犯罪事實即販賣甲基安非他命予巫俊錦等事實，有何意義？）我都是去找他們（指巫俊錦等人，下同，略）而已…他們有在吸食，我看到他們在吸食我就走了…（問：為何初篩會篩到甲基安非他命的陽性反應？）…他們在吸食，所以我有聞到等語（原審聲羈卷第5頁），即被告一度坦言曾親見巫俊錦施用甲基安非他命，因此知悉巫俊錦具施用甲基安非他命之惡習，從而在參與通話之被告、巫俊錦雙方俱已明知巫俊錦所需求之毒品乃為甲基安非他命單一品項之情況下，雙方在通話中未使用其他暗語先行區辨交易品項，而僅以「十罐」此一指射「數量（或價額）」之「暗語」，即順利達成毒品甲基安非他命之買賣合意，尚與常情無違。綜上，證人巫俊錦首揭偵訊中證述內容，既有卷附前述超商監視錄影畫面翻拍照片所指明之巫俊錦致電地點，及通訊監察譯文、尿液檢驗報告、被告於原審羈押訊問中陳述等種種事證，得以互為補強、擔保真實性，自屬可採，則巫俊錦、被告乃先於106年7月7日19時22分許，在雙方通話中達成由被告出售1000元甲基安非他命予巫俊錦之買賣合意，雙方再進而依約於同日19時38分許，在前述超商前碰面，並由被告當場交付甲基安非他命予巫俊錦收受以完成交易，堪以認定。

2.被告雖以首揭情詞置辯。惟查：

⑴苟巫俊錦致電被告邀約見面之本意在買酒或向被告借款，

以買酒或借款均為法所不禁，通話雙方本得在電話中暢所欲言，而毋庸如此隱諱並力求通話過程精簡以防免遭受員警查緝，是被告關於巫俊錦原在電話中要其購買啤酒，不料見面後竟驟然向其開口借款等所辯，顯屬無稽。

⑵雙方於106年7月7日19時22分該則通話內容前半乃在相互確認雙方斯時所在位置，且當被告一獲悉巫俊錦斯時乃在前述超商後，旋示意巫俊錦待在該處等候其前去，而藉此主動相約見面，有通訊監察譯文在卷可稽（警卷第98頁），可知被告對於巫俊錦致電之緣由，暨雙方必須儘速在約定碰面始得遂巫俊錦所願，即巫俊錦所需求者恰為被告斯時隨身持有之物各節，本即知之甚詳。又依前述通訊監察譯文另可知，被告乃遲於雙方已約定好見面地點後，始進而對巫俊錦詢問「怎樣」，並就巫俊錦所表示之「帶十罐來喝好嗎？」予以應允，足見通話雙方就此次約定由被告面交巫俊錦物品之數，雖由被告保有最終之決定權限，但巫俊錦之需求亦甚為關鍵，原俱心照不宣。則以被告接獲巫俊錦致電後，即主動相約見面，並係由被告不辭勞費前往巫俊錦斯時所在之處所以完成物品之交付，且被告就巫俊錦所需求之數乃甚為關注各情，顯見雙方該次相約見面，斷非被告單方無條件支付物品予巫俊錦之無償契約，由此益徵本院前所為被告、巫俊錦間乃係甲基安非他命買賣之認定，確屬無訛，被告所辯係巫俊錦片面要求其購買啤酒或出借款項云云，均屬子虛，斷不可採。

⑶被告當日駕車抵達前述超商外後，乃將車停於路邊，而巫俊錦見被告駕車到場後，乃徒步上前並將頭及左前臂探入駕駛座，嗣又主動退開，且於退開後旋即騎乘機車離去，並無絲毫疑對被告不利之舉，而被告亦順利駕駛原車離去，暨巫俊錦在此一過程中，未曾自被告車內取出啤酒等無法以手掌完全遮蔽之物各節，有前述超商監視錄影畫面翻拍照片在卷可稽（警卷第99-100頁），足見被告、巫俊錦當日碰面之整個過程雖無任何啤酒之授受猶仍甚為平和，

自無任一方在依約見面後無端片面毀諾、致令巫俊錦十多分鐘等待卻僅換得空手而歸之事，是被告與巫俊錦見面後乃依約如數交付甲基安非他命而完成買賣交易，要無疑義，被告辯稱因與巫俊錦碰面後突遭對方開口借款，遂將購買之啤酒留在車內逕自駕車離開云云，同非實在而不可採。

3.被告、巫俊錦間乃係甲基安非他命之買賣，斷非被告單純無償轉讓甲基安非他命予巫俊錦，業經本院詳予認定如前，尚不因證人巫俊錦雖在警詢、偵訊中，就是否已付訖1000元價金乙節，證述有所不一，即稍有更易，然證人巫俊錦就是否已支付價金所述前後既明顯不一，且卷內查無其他確切事證足認被告業已收取此次販賣犯行之對價，則本於罪證有疑唯利被告之法理，本院亦無由率認被告確已自巫俊錦處取得該1000元販賣甲基安非他命對價；惟刑事法之販賣行為，係基於禁止管制之物品擴散、流通之立場而為規範，故以該物品是否已經交付予買方，作為犯罪既、未遂之區別標準，至於賣方是否已經收得價金或約定之對價，則非所問，此與民事法之買賣，係本於誠信之要求，而以雙方是否已為對待給付，作為契約履行完竣之區別者，尚屬有間（最高法院100 年度台上字第5927號判決意旨參照），準此，被告縱迄今尚未向巫俊錦收取販賣毒品之對價，猶無礙其販賣犯行業已既遂之認定，均併指明。

㈡關於雙方係買賣且被告具營利意圖之認定

販賣毒品係政府嚴予查緝之違法行為，各傳播媒體對於政府具大力掃毒之決心，亦再三報導，此復為國人所週知，被告既為智識健全之成年人，對此自無不知之理，且此已使毒品取得不易而價昂，毒品並可任意分裝或增減其分量，各次買賣毒品之價格，隨供需雙方之資力、關係之深淺、需求之數量、貨源之充裕與否、販賣者對於資金之需求殷切與否，及政府查緝之態度，而機動調整，因此販毒之利得，輒難察得實情，是縱未確切查得販賣毒品所賺取之差價，但除別有事

證足認係按同一價格轉讓毒品而確未牟利者外，尚難執此認非法販毒之事證不足。被告與巫俊錦僅為朋友關係，無特殊親屬情誼，當無甘冒重典，依販入之相同價格或數量轉售毒品而毫無利潤可圖之理，故被告如附表編號1所示販賣甲基安非他命予巫俊錦之犯行，自堪認有營利意圖。

㈣綜上所述，本案事證明確，被告意圖營利，販賣甲基安非他命予巫俊錦之犯行，至堪認定，應依法論科。

二、甲基安非他命係毒品危害防制條例第2條第2項第2款所列之第二級毒品，依法不得非法持有、販賣，是故核被告就附表一編號1所為，乃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，被告為販賣而持有第二級毒品甲基安非他命，其持有第二級毒品之低度行為，為販賣之高度行為所吸收，不另論罪。

三、就附表編號1部分上訴有無理由之論斷

㈠原審就附表編號1部分，認被告罪證明確，因而適用毒品危害防制條例第4條第2項、第19條第1項，及刑法第11條規定；並審酌被告無視國家禁毒政策，販賣甲基安非他命供人施用，助長毒品流通，危害他人身心健康及社會秩序，所為甚有不是，且於犯後否認犯行，態度難見悔意；惟考量被告並無前科，有臺灣高等法院被告前案紀錄表1份在卷可查，且販賣之甲基安非他命數量非多，及其智識程度為國中畢業，職業為泥水工，家庭經濟狀況小康等一切情狀，爰量處有期徒刑7年6月之刑。末就沒收與否之部分，則予說明：㈠犯毒品危害防制條例第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，該條例第19條第1項定有明文。扣案之門號0000000000號行動電話1支（含SIM卡1張），為被告所有，且係犯附表編號1所示販賣第二級毒品犯行所用之物，應依毒品危害防制條例第19條第1項規定沒收之；㈡犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之；前2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 項固定有明文。然犯罪所得應以被告實際取得者計算之，而被告就附表編號1 之犯行，尚未取得販賣甲基安非他命之1000元價金，已如上述，故被告未因販賣毒品而實際收得金錢，自不應沒收或追徵之。

㈡本院經核原審此部分（指附表編號1 部分）之認事用法，核無不合，量刑及沒收與否之決定，亦屬允當。被告此部分上訴意旨，猶執陳詞，否認犯罪，指摘原判決此部分不當，為無理由，應予駁回；至檢察官此部分上訴意旨略以：被告販賣第二級毒品所造成之損害非輕，且其犯後否認犯行，態度惡劣，原審量刑顯屬過輕云云，指摘原審此部分判決不當。惟量刑輕重，屬為裁判之法院得依職權自由裁量之事項，苟其量刑已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列情狀，在法定刑度內，酌量科刑，如無偏執一端，致明顯失出失入情形，上級審法院即不得單就量刑部分遽指為不當或違法。查原審就附表編號1 部分之量刑，乃按刑法第57條各款規定，而已詳述上揭各種量刑條件之具體理由，並未逾法定刑度，且合乎法律之目的，要無違反比例原則、平等原則、公平正義等濫用量刑權限之情形，於國家刑罰權在本案實踐個別正義而言，尚屬罪刑相當，刑度核屬妥適，應要無過輕之情事，故檢察官此部分之上訴，同屬無理由，亦應予駁回。

參、無罪部分（即附表編號2 至4 部分）

一、公訴意旨另略以：被告明知甲基安非他命為毒品危害防制條例第2 條第2 項第2 款所管制之第二級毒品，依法不得販賣、轉讓，且甲基安非他命並經行政院衛生署（現已改制為衛生福利部）公告為藥事法所稱之禁藥，不得無故轉讓，竟分別於附表所示之時、地，以附表編號2 至4 所示之過程，販賣或轉讓甲基安非他命予該附表所示之人。嗣為警於106 年9 月12日拘獲到案，並查扣得行動電話（IMEI碼：000000000000000 ）1 支及K 盤1 個等語。因認被告就販賣甲基安非他命部分，乃係犯毒品危害防制條例第4 條第2 項之販賣第

二級毒品罪嫌；另就轉讓甲基安非他命部分，則係犯藥事法第83條第1項之轉讓禁藥罪嫌。

二、按犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實；不能證明被告犯罪者，應諭知無罪之判決，刑事訴訟法第154條第2項、第301條第1項分別定有明文。又認定不利於被告之事實，須依積極證據，苟積極證據不足為不利於被告事實之認定時，即應為有利於被告之認定，更不必有何有利之證據；且被告否認犯罪所持之辯解縱屬不能成立，仍非有積極證據足以證明其犯罪行為，不能遽為有罪之認定；而認定犯罪事實所憑之證據，雖不以直接證據為限，間接證據亦包括在內，然而無論直接或間接證據，其為訴訟上之證明，須於通常一般之人均不致有所懷疑，而得確信其為真實程度者，始得據為有罪之認定，倘其證明尚未達此一程度，而有合理懷疑存在時，事實審法院應就其心證上理由予以闡述，敘明其如何無從為有罪之確信，因而為無罪之判決（最高法院30年上字第816號判例、30年上字第1831號判例、76年台上字第4986號判例參照）。又施用毒品者指證某人為販毒或轉讓毒品之人，雖非屬共犯證人類型，但因彼此間具有利害關係，其陳述證言在本質上存有較大虛偽性之危險，為擔保其真實性，本乎刑事訴訟法第156條第2項規定之相同法理，自仍應認為有以補強證據佐證之必要性，藉以限制其證據上之價值。此之補強證據，必須求之於該指證者之陳述本身以外，其他足資證明其所指之犯罪事實具有相當程度真實性之別一證據（最高法院101年度台上字第1681號判決意旨參照）。

三、公訴人認被告涉犯附表編號2至4犯行，無非各以證人胡恭華、毛振華、蔡宇森之證述，資為最主要論據，再輔以通訊監察譯文等件為憑。惟訊據被告堅決否認有何販賣、轉讓甲基安非他命予胡恭華、毛振華、蔡宇森之犯行，並以：我雖分別在附表編號2至4所示時、地，與胡恭華、毛振華、蔡宇森見面，但就胡恭華、蔡宇森部分，我均是按先前與林信

行（綽號「航仔」）之通話內容帶酒前往指定地點，而非與胡恭華、蔡宇森親自通話，胡恭華、蔡宇森既非遭監聽通話中之任一方，其等關於通話中所提之「酒」係指甲基安非他命等所述，自不可採；另毛振華雖於見面後開口向我索討甲基安非他命，但旋遭我拒絕。我不曾販賣、無償轉讓甲基安非他命予胡恭華、毛振華、蔡宇森等語置辯。

四、經查：

㈠被告於106年6月26日23時許，接獲持用胡恭華手機之人致電表示「你…酒…酒提來，人家欲飲啦」後，曾前去胡恭華住處外一帶與胡恭華碰面；及於106年7月5日21時許與毛振華通話後未幾，即與毛振華見面；末於106年7月23日9時許，接獲綽號「航仔」之人使用蔡宇森住處市話致電表示「他說拿酒給他喝啦，我人在他家」後，曾前往蔡宇森住處與蔡宇森碰面各情，均據被告坦言在卷，核與證人胡恭華、毛振華、蔡宇森證述內容大致相符，並有各該通訊監察譯文在卷可稽，固堪認定。

㈡就被告與毛振華見面後曾否無償轉讓甲基安非他命方面：

1.證人毛振華前於偵查證稱：我和被告是抬轎認識的，106年7月5日之通話內容是我問被告在哪裡，被告說在家裡，我就去他家載他，他在他家附近的路邊等我，我載被告去社皮轎班那邊，我在車上跟被告要毒品，被告說只有一點點，我說沒關係，被告就在車上直接拿給我，沒有跟我收錢云云（警卷第33-34頁；偵卷㈡第113-116頁）；嗣於原審審理中具結證述：106年7月5日的通訊監察譯文是我跟被告的對話，我當時開我的黑色三菱轎車去找被告，被告在他家旁邊的大路邊等我，我叫被告上車，被告請我載他去轎班，然後我在車上有問被告有沒有甲基安非他命，被告說沒有，我一直拜託他，被告才分一點點給我云云（原審卷㈠第185-195頁）。本院經核證人毛振華歷次所言，就其與被告於106年7月5日見面後，其曾主動向被告索討甲基安非他命，並確經被告無償轉讓少許數量部分，固屬一致。

2.惟被告與毛振華於106年7月5日先後有2則通話，第一通是毛振華獲悉被告斯時確在住處後，向被告表示「我跟他過去找你」，經被告應允；第二通則是毛振華再次致電被告稱「我到了」，經被告指示「嗯，你開進來啊。樓下」，有通訊監察譯文在卷足按（警卷第64頁），由此可知被告、毛振華在106年7月5日之第一則通話，應係毛振華明確表示要偕同某友人共同前去被告住處拜訪，至於同日第二則通話，乃是毛振華表明已抵達被告住處，而被告旋指示其逕將車輛駛入住處1樓停放，核與前揭證人毛振華證述內容所提及雙方通話目的，乃係由其駕車將被告自住處搭載至轎班，且被告係待在住處附近路邊等候其前去各情，無一相符，則證人毛振華歷次不利被告之證述內容，自難認與事實相吻，而非無瑕疵可指。

3.況本院遍查全卷，除彼此相互齟齬之證人毛振華證述內容及通訊監察譯文外，並無任何事證足資補強證人毛振華首揭不利被告證述內容之真實性，本院自無由單憑證人毛振華顯有瑕疵之證述內容，遽認被告與毛振華於106年7月5日見面後，雙方間確曾有甲基安非他命之（無償）授受至灼。

㈡就被告與胡恭華見面是否係為買賣甲基安非他命方面：

1.證人胡恭華前於警詢、偵訊時固迭證述：106年6月26日之通訊內容，是我叫被告拿1000元的毒品給我，通話後約半小時被告開車到我家門口，他沒有下車而是直接把車窗搖下來將毒品交給我，我給被告1000元。該次在電話中所提的「啤酒」是指1000元毒品，我說「啤酒」被告就懂什麼意思，這次雙方通話內容確定是購買毒品，因為還有提到10瓶，若單純是邀約喝酒，我直接叫被告過來就好，不用提到數量云云（警卷第27-29頁；偵卷㈡第145-148頁）。然不僅被告早自初次遭問及106年6月26日通訊監察譯文內容時，即已提及該次其通話之對象，應非胡恭華本人（臺灣屏東地方檢察署106年度偵字第7906號卷㈠，下稱偵卷㈠第83頁）；嗣經原審當庭播放106年6月26日22時2分53秒、同日22時25分

48秒之門號0000000000號行動電話與門號0000000000號行動電話通訊監察錄音檔（下合稱106年6月26日監聽錄音檔）後，證人胡恭華一改前詞而證稱：106年6月26日那天應是林信行拿我的電話打給被告，不是我撥打的，我當天已喝醉了，且因我的電話鮮少借人撥打，以致先前應訊時才會表示電話是我撥打的，但事後回想，我當天應是將手機放在桌上，且被告前來時我已經醉了，差不多要睡覺了，我並未向被告購買甲基安非他命，也沒有拿錢給被告云云（原審卷㈠第251-259頁）；而證人林信行亦於原審審理中具結證述：我因工作之故結識同為水泥工的被告，而胡恭華則是我的隔壁鄰居。（當庭聆聽106年6月26日監聽錄音檔）106年6月26日這2通電話都是由我跟被告通話，通話當時我及胡恭華共7、8個人正在烤肉、煮東西，我自己沒有手機就借用他人手機致電被告，通話中「酒提來」是我講的，我是叫被告拿酒過來喝並跟我們一起烤肉，「酒」不是毒品的暗號，我在電話中跟被告提到「酒」，都是在指真的酒云云（原審卷㈡第3-8頁），即證人胡恭華、林信行於原審審理中，乃均一致證稱106年6月26日監聽錄音檔，實係被告與林信行之對話，胡恭華並未參與其中，已足徵被告首揭關於卷附106年6月26日通訊監察譯文，係其與林信行（綽號「航仔」）之通話，與胡恭華無關之所辯，要非無稽。

2.106年6月26日監聽錄音檔內之對話，因每通字數不足40個不同字，致不符合聲紋鑑定條件，有法務部調查局107年5月7日調科參字第10703213730號函1份在卷可查（原審卷㈡第16頁），而無從推翻106年6月26日監聽錄音檔，實乃被告與林信行（綽號「航仔」）之通話，胡恭華並非通話任一方，則證人胡恭華首揭誤認106年6月26日監聽錄音檔乃其與被告之通話，並進而擅將通話中之「酒提來」、「10瓶」、「啤酒」字句，俱詮釋為毒品交易暗語等種種不利被告之證述，即顯存重大瑕疵。

3.末本院遍查全卷，除顯有重大瑕疵可指之證人胡恭華偵查（

含警詢、偵訊）中證述外，再無任何事證足認被告於106 年6 月26日，確有販賣第二級毒品甲基安非他命之行為，則檢察官此部分所指之被告犯行，自屬不能證明。

㈣就被告與蔡宇森見面是否係為轉讓甲基安非他命方面：

1.證人蔡宇森於偵查中證稱：被告跟我同為水泥工，我們一起工作因而彼此熟識，他知道我在施用甲基安非他命，並知道我家在哪裡。而106 年7 月23日通訊監察譯文內容是朋友用我家的電話打給被告，交代被告來找我，後來才接給我聽。於通話當日12或13時許，被告拿1 公克甲基安非他命到我家交給我，他說第一次讓我試用看看品質好不好而沒有收錢，我也直接跟他說他的甲基安非他命品質不好，我與被告間不曾有過任何糾紛云云（警卷第39-41 頁；偵卷㈡第150-152頁）；嗣於原審審理中具結證述：我因工作之故結識同為水泥工的被告，而本名林信行的「航仔」則是我在電玩店認識的。106 年7 月23日是「航仔」用我家的電話打給被告，叫被告過來我家，我在旁邊聽，且電話中旁人講話的聲音就是我的聲音。而電話當中提到的「興哥」、「添心仔」、「清」都是指我，因為我的舊名是蔡清心；另「航仔」在電話中所說「他說拿酒給他喝啦」，那個「他」也是指我，「酒」是指甲基安非他命。通話過後被告有來我家拿1 包甲基安非他命給我，沒有跟我收錢，是給我試用，被告離開之後我有施用云云（原審卷㈠第195-203 頁）。

2.本院經核證人蔡宇森歷次所言，固無不一致之處而尚屬相符，惟證人蔡宇森既自稱與被告相熟，何以竟需透過林信行（綽號「航仔」）代為聯繫索討甲基安非他命之事？且苟被告意在無償提供予蔡宇森試用俾辨明其所持有甲基安非他命品質之良窳，又何以數量竟達1 公克而顯逾單次施用之所需？均屬有疑而非無瑕疵可指。況施用毒品者關於某人為轉讓毒品者之指證，在本質上存有較大之虛偽危險性，應有該指證者陳述本身以外之補強事證，業如前述，然姑不論被告始終堅決否認卷附106 年7 月23日通訊監察譯文中「他說拿『酒

『」給他喝啦」，乃係暗指甲基安非他命之授受，即令係當時通話另一方之林信行，亦於原審審理中到庭具結稱：我在電話中跟被告提到「酒」，都是在指真的酒云云（原審卷㈡第8頁）；佐諸本院前所認明之被告販賣甲基安非他命予巫俊錦犯行，渠等在通話中並不曾以「酒」充作甲基安非他命之代稱，是要難遽認被告乃有以「酒」暗指甲基安非他命之慣習，遑論相熟友人間彼此致電邀約共聚飲酒致在通話中提及「酒」等字樣，原非罕見，則該106年7月23日通訊監察譯文，顯無足資為證人蔡宇森首揭不利被告證述內容之補強，此外，卷內又別無任何足認被告確於106年7月23日轉讓禁藥甲基安非他命予蔡宇森之補強事證，是檢察官此部分所指之被告犯行，同屬不能證明。

五、綜上，證人胡恭華指證向被告購買第二級毒品甲基安非他命，及毛振華、蔡宇森證述曾受被告無償轉讓禁藥甲基安非他命等節，均顯有瑕疵可指，原難遽信，復無其他補強證據，是檢察官就附表編號2至4部分所提出之證據，俱尚難認業已達於通常一般之人均不致有所懷疑，而得確信其為真實之程度。此外，卷內復查無其他證據足以證明被告確有被訴之附表編號2至4所示販賣、轉讓甲基安非他命犯行，此部分犯罪均屬不能證明，依諸首揭刑事訴訟法第301條第1項之規定，自應為被告此部分均無罪之諭知。

六、就附表編號2至4部分上訴有無理由之論斷

㈠就附表編號2即被告被訴販賣第二級毒品甲基安非他命予胡恭華部分，原審以不能證明被告此部分犯販賣第二級毒品罪，而為被告此部分無罪之諭知，核無違誤；檢察官上訴意旨，猶執前詞，指摘原判決此部分不當，為無理由，應予駁回。

㈡就附表編號3、4即被告被訴轉讓禁藥甲基安非他命予毛振華、蔡宇森部分，原審未詳為推求，遽就此部分為被告論罪科刑之判決，即有未恰。檢察官此部分上訴意旨，指責原審有量刑過輕之不當，雖為無理由，然被告執其並無轉讓禁藥

犯行為由聲明上訴，指摘原判決此部分不當，則為有理由，自應由本院將原判決此部分暨為被告所定應執行刑，均予撤銷，並就附表編號3、4即被告被訴轉讓禁藥部分，俱自為無罪之判決。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條、第369條第1項前段、第364條、第301條第1項前段，判決如主文。

本案經檢察官黃彥凱提起公訴，檢察官甯先文提起上訴，檢察官李啟明到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　2　　月　　14　　日

刑事第二庭　審判長法　官　黃壽燕

法　官　曾逸誠

法　官　莊珮吟

以上正本證明與原本無異。

販賣第二級毒品有罪部分得上訴；販賣第二級毒品無罪部分，檢察官須符合刑事妥速審判法第9條之規定始得上訴；轉讓禁藥部分檢察官如不服本判決應於收受本判決後10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10日內向本院補提理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

刑事妥速審判法第9條規定：

除前條情形外，第二審法院維持第一審所為無罪判決，提起上訴之理由，以下列事項為限：

一　判決所適用之法令牴觸憲法。

二　判決違背司法院解釋。

三　判決違背判例。

刑事訴訟法第377條至第379條、第393條第1款規定，於前項案件之審理，不適用之。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　2　　月　　14　　日

書記官　林佳蓉

◎附錄本案所犯法條：

《毒品危害防制條例第4條第2項》

製造、運輸、販賣第二級毒品者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑，得併科新臺幣一千萬元以下罰金。

附表：

編號	對象	交易毒品種類及金額	交易時間	交易地點	交易過程	原審主文	本院判決結果
1	巫俊錦	以新臺幣（下同）1000元代價，交易重量不詳之第二級毒品甲基安非他命毒品1 小包	106 年7 月7 日19時○○○分許（起訴書及原審判決書誤載為20時許，應予更正）	屏東縣萬丹鄉○○路3段7-11超商前	巫俊錦於106 年7 月7 日19時22分許（起訴書誤載為2 分，應予更正），以0870704 04 號公用電話與陳冠宇持用之門號0981092912號行動電話聯絡交易第二級毒品甲基安非他命事宜後，陳冠宇即於左列時、地與巫俊錦交易左列毒品，惟尚未收取交易對價	陳冠宇犯販賣第二毒品罪，處有期徒柒年陸月。扣案之門號○九八○九二九一二號行電話壹支（含SIM壹張）沒收。	上訴駁回。
2	胡恭華	以1000元代價交易重量0.6 公克之第二級毒品甲基安非他命毒品1 小包	106 年6 月26日23時○○○分許	屏東縣萬丹鄉○○路71號門前	胡恭華（起訴書誤載為巫俊錦，業經原審公訴檢察官當庭更正）於106 年6 月26日22時2 分許，以胡恭華所持用之0000000009號公用電話與陳冠宇持用之門號0981092912號行動電話聯絡交易第二級毒品甲基安非他命事宜後，陳冠宇即於左列時間、地點與巫俊錦交易左列毒品。	陳冠宇無罪。	上訴駁回。
3	毛振華	無償提供重量不詳之甲基安非他命	106 年7 月5 日22○○○	屏東縣萬丹鄉○○路上	毛振華於106 年7 月5 日21時29分許，以所持用之0000000000號行動電話與陳冠宇持用之門號0000000012號行動電話聯絡，約定由毛振華開車載陳冠宇至屏東縣萬丹鄉社皮村，途中陳冠宇於左列時、地無償轉讓左列毒品予毛振華。	陳冠宇犯轉讓禁藥罪，處有期徒刑伍月。扣案之門號○九八0000000號行動電話壹支（含SIM卡壹張）沒收。	原判決撤銷。陳冠宇無罪。
4	蔡宇森	無償提供重量約1 公克之甲	106 年7 月23日12時許	屏東縣萬丹鄉社皮村大吉路47號	綽號「航仔」之人在蔡宇森家中，以蔡宇森家中之000000000	陳冠宇犯轉讓禁藥罪，處有期徒刑伍月。	原判決撤銷。陳冠宇無罪。

（續上頁）

		基安非他命			號室內電話與陳冠宇持用之門號0000000012號行動電話聯絡後，陳冠宇即於左列時、地無償轉讓左列毒品予蔡宇森。	扣案之門號○九八0000000號行動電話壹支（含SIM 卡壹張）沒收。	