臺灣嘉義地方法院刑事判決

115年度原訴字第5號

公　訴　人　臺灣嘉義地方檢察署檢察官
被　　告　廖淯寬
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000
指定辯護人　戴雅韻律師

上列被告因違反毒品危害防制條例案件，經檢察官提起公訴（114年度偵字第12305、14123號），本院判決如下：

主　文

廖淯寬犯販賣第二級毒品罪，處有期徒刑貳年拾月。

未扣案之犯罪所得新臺幣伍仟元沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

扣案之智慧型手機壹支（IMEI：000000000000000號）沒收。

事　實

一、廖淯寬明知依托咪酯係毒品危害防制條例第2條第2項第2款列管之第二級毒品（嗣於民國115年6月25日公告改列為第一級毒品），依法不得販賣，竟基於販賣第二級毒品之犯意，使用其所有之智慧型手機（IMEI：000000000000000號，下稱本案手機），以通訊軟體微信暱稱「蛋仔派對」與涂志賢聯繫，約定以新臺幣（下同）5,000元之對價，販賣含有依托咪酯成分之菸彈5顆予涂志賢。廖淯寬復於114年7月19日晚間10時18分許，駕駛車牌號碼000-0000號自用小客車前往嘉義市○○路00號前，以5,000元之價格，販賣菸彈5顆（其中2顆經鑑定後含有依托咪酯成分，其餘3顆則無證據證明含有毒品成分）予涂志賢。嗣經警於114年7月20日下午4時58分許，在嘉義縣○○鄉○○村○○00○00號前，查獲涂志賢持有毒品案件，並扣得菸彈4顆經送鑑定，其中2顆呈第二級毒品依托咪酯陽性反應，始循線查獲上情。

二、案經嘉義縣警察局中埔分局報告臺灣嘉義地方檢察署檢察官

偵查起訴。

理　由

一、本判決以下所引用之各項證據，當事人均未爭執其證據能力，依司法院刑事裁判書類簡化原則，不予說明其證據能力。

二、認定事實之證據及理由：

上揭犯罪事實，業據被告廖淯寬於警詢、偵查、審理中均坦承不諱（警2051卷第5-7、15-25頁；警9898卷第1-7頁；偵12305卷第15-18、43-47頁；本院卷第41-49、83頁），核與證人涂志賢於警詢之證述相符（警9898卷第8-20頁；警2051卷第27-32、101-105頁）。並有監視器影像翻拍照片（警9898卷第26-35頁）、臺中市政府警察局第六分局搜索扣押筆錄（警2051卷第45-47、53-55、117-120、125-128頁）、扣押物品目錄表（警2051卷第49、123、131頁）、車輛詳細資料報表（警2051卷第81頁）、毒品交易畫面照片（警2051卷第41-42頁）、高雄市立凱旋醫院114年8月19日濫用藥物成品檢驗鑑定書（警9898卷第58-60頁）、微信對話紀錄擷圖照片（警2051卷第37-41頁）附卷可稽。足認被告上開任意性自白與事實相符，足堪憑採，其犯行堪以認定，應予依法論科。

三、論罪科刑

㈠按行政機關依據委任立法而制定具有填補空白刑法補充規範之法規命令，雖可視為具法律同等之效力，然該法規命令之本身，僅在補充法律構成要件之事實內容，即補充空白刑法之空白事實，並無刑罰之具體規定，究非刑罰法律，該項補充規範之內容，縱有變更或廢止，對其行為時之法律構成要件及處罰之價值判斷，並不生影響。於此，空白刑法補充規範之變更僅能認係事實變更，不屬於刑罰法律之變更或廢止之範疇，自無刑法第2條第1項法律變更之比較適用問題，而應依行為時空白刑法所填補之事實以適用法律（最高法院94年度台上字第771號、97年度台上字第4022號判決意旨參

照）。查依托咪酯於113年11月27日經行政院以院臺法字第1131031622號公告為第二級毒品，嗣於115年6月25日經行政院以院臺法字第1155013102號公告為第一級毒品。而被告廖淯寬係於114年7月19日為本案販賣含依托咪酯成分之菸彈犯行，是被告行為時，依托咪酯係僅屬第二級毒品，而非第一級毒品。則依上開說明，本案應適用被告行為時公告之毒品分類論罪，而無庸為新舊法比較，合先敘明。

㈡核被告所為，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。

㈢被告於審理中供稱：我當時就是跟證人說好要以1顆菸彈1,000元的對價，賣5顆含有依托咪酯菸彈給他等語（本院卷第83頁）。足認被告係計畫販賣5顆含有依托咪酯成分之菸彈予證人，惟其所交付證人之5顆菸彈，經扣得其中4顆送驗後，僅有2顆檢出依托咪酯成分等情，有高雄市立凱旋醫院114年8月19日濫用藥物成品檢驗鑑定書在卷可佐（警9898卷第58-60頁）。是依卷內事證尚難逕認被告所交付證人之其他3顆菸彈，含有依托咪酯成分，該部分犯行應屬販賣第二級毒品未遂。是以，被告上開販賣第二級毒品犯行，一部既遂、一部未遂，基於補充關係，應僅論以販賣第二級毒品既遂罪，不另成立販賣第二級毒品未遂罪。

㈣刑之減輕：

1.被告於偵查、審判中均自白其販賣第二級毒品犯行，本院爰依毒品危害防制條例第17條第2項之規定減輕其刑。

2.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。此所謂法定最低度刑，固包括法定最低本刑；惟遇有其他法定減輕之事由者，則應係指適用其他法定減輕事由減輕後之最低度刑而言。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。查被告所犯毒品危害防制條例第4條第2項販賣第二級毒品罪之法定最低本刑為10年以上有期徒刑，雖經適用毒品危害防制條例第17條第2項減刑後，其最低度刑仍為5年以上有期徒刑，不可謂不重。而被告於犯後始終坦承犯行，且其前無任何犯罪紀錄，素行尚佳，又其販賣毒品之數量僅有2顆依托咪酯菸彈，助長毒品擴散程度尚屬有限。是本案犯罪情節與大量走私、販賣之毒梟相比，所造成危害社會之程度自屬有異，認縱科以減輕其刑後之最低度刑5年有期徒刑，猶嫌過重，在客觀上足以引起一般人之同情，有情輕法重之情，爰就被告所為上開販賣第二級毒品犯行之罪刑，依刑法第59條規定酌減其刑，期使個案裁判之量刑，能斟酌至當，符合罪刑相當原則及比例、平等原則。

㈤爰以行為人之責任為基礎，審酌被告為圖取5,000元之價金，販賣含有依托咪酯成分之菸彈2顆予證人，其行為助長毒品流通，戕害國民身心健康，影響社會治安之犯罪手段及所生危害；其於警詢、偵查、審判中均對於犯行坦承不諱之犯後態度；其前無任何犯罪紀錄之品行；其自述高中肄業之智識程度，現務農，日薪約2,000至3,000元，本身未婚無子女，父母離異，須扶養祖母之生活狀況（本院卷第84頁），及其他一切情狀，量處如主文所示之刑，以資警惕。

四、沒收：

㈠被告自承：因本案販賣第二級毒品犯行，取得價金5,000元等語（本院卷第83頁）。足認本案之犯罪所得，為5,000元且未經扣案，本院爰依刑法第38條之1第1項規定宣告沒收，並依同條第3項規定，宣告於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

㈡扣案之本案手機1支，係被告用以與證人聯繫販賣毒品事宜，為供被告犯本案販賣第二級毒品罪所用之物，本院爰依毒品危害防制條例第19條第1項規定宣告沒收。

五、據上論斷，應依刑事訴訟法第299條第1項前段，判決如主文。

本案經檢察官吳心嵐提起公訴，檢察官陳郁雯到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　7　　月　　24　　日

刑事第五庭　審判長法　官　張志偉

法　官　鄭諺霓

法　官　柯權洲

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決應於收受判決後20日內向本院提出上訴書狀，並應敘述具體理由；其未敘述上訴理由者，應於上訴期間屆滿後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」。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　7　　月　　28　　日

書記官　方瀅晴

附錄本案論罪科刑法條：

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。