臺灣新北地方法院刑事判決

114年度訴字第321號

公　訴　人　臺灣新北地方檢察署檢察官
被　　告　范齊顯
000000000000000000
000000000000000000
指定辯護人　本院公設辯護人賴可欣

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597號），本院判決如下：

主　文

范齊顯共同犯販賣第二級毒品未遂罪，處有期徒刑2年10月。

扣案如附表編號1所示之物，均沒收銷燬；扣案如附表編號2所示之物沒收。

事　實

范齊顯與真實姓名年籍不詳，通訊軟體微信暱稱「沒回直接來電」之人，均明知美托咪酯（Metomidate）屬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（美托咪酯於民國113年11月27日列為第二級毒品，嗣於115年6月27日改列為第一級毒品），依法不得販賣，竟共同基於販賣含有第二級毒品美托咪酯成分菸彈之犯意聯絡，於113年12月3日前之某時許，在微信之「肉搜阿斯芭樂尋人版」群組內，由暱稱「沒回直接來電」之人發送「桃園氣派氣球館24H，雞蛋圖案2.5ml 2200」等販賣毒品之訊息，供不特定人瀏覽。嗣新北市政府警察局樹林分局員警執行網路巡邏勤務發現上開訊息，喬裝買家私訊暱稱「沒回直接來電」之人，雙方約定於113年12月5日10時許，在新北市○○區○○路000號附近，以新臺幣（下同）7,500元之代價，交易含有第二級毒品美托咪酯成分菸彈3顆後，范齊顯即於上開約定時間，駕駛車牌號碼000-0000號自用小客車抵達上址，交付如附表編號1所示含有美托咪酯成分之菸彈3顆予員警時，旋即為警當場查獲而未遂。

理　由

壹、證據能力部分：

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項固有明文。惟被告以外之人於審判外之陳述，雖不符同法第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，同法第159條之5第1項亦有明定。本判決以下援為認定犯罪事實之供述證據，業經檢察官、被告范齊顯、辯護人於本院準備程序時均表示同意有證據能力，本院審酌該等證據作成時並無違法取證或證明力明顯偏低之情形，認以之作為證據核無不當，依前開說明，均有證據能力；而本判決所依憑判斷之非供述證據，亦查無有何違反法定程序取得之情形，且各該證據均經本院於審判期日依法進行證據之調查、辯論，被告於訴訟上之防禦權，已受保障，故該等證據資料均有證據能力。

貳、實體部分：

一、認定本案犯罪事實之證據及理由：

㈠上揭犯罪事實，業據被告於偵查、本院準備及審理中坦承不諱（見偵卷第50頁、本院卷第107、164頁），並有暱稱「沒回直接來電」之人於微信群組中刊登之販賣毒品廣告之頁面擷圖、暱稱「沒回直接來電」之人與假扮買家之員警間通訊軟體對話內容擷圖（含照片）、被告與暱稱「沒回直接來電」之人間之通訊軟體對話內容擷圖、新北市政府警察局樹林分局搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、扣押物品收據、搜索現場及扣案物照片、新北市政府警察局樹林分局114年3月7日、20日函、臺北榮民總醫院114年1月9日北榮毒鑑字第AD870號毒品成分鑑定書(一)、新北市政府警察局樹林分局偵查隊113年12月5日偵查佐黃浩葉之職務報告等件在卷可稽（見偵卷第7、12-15、29-32、18-28、32-35、56-58、61-63頁），足認被告之自白與事實相符，堪以採信。

㈡又按政府查緝販賣毒品犯行無不嚴格執行，且販賣毒品罪係

重罪，若無利可圖，衡情一般持有毒品者，當不致輕易將持有之毒品交付他人。又販賣毒品乃違法行為，非可公然為之，且有其獨特之販售路線及管道，亦無公定之價格，復可任意增減其分裝之數量，而每次買賣之價量，亦可能隨時依市場貨源之供需情形、交易雙方之關係深淺、資力、對行情之認知、可能風險之評估、查緝是否嚴緊，及購買者被查獲時供述購買對象之可能性風險評估等諸般事由，而異其標準，非可一概而論，是販賣之利得，誠非固定，縱使販賣之人從價差或量差中牟利方式互異，其意圖營利之非法販賣行為仍屬同一。又毒品危害防制條例所稱之「販賣」，係指有償之讓與行為，包括以「金錢買賣」或「以物易物」（即互易）等態樣在內；祇要行為人在主觀上有藉以營利之意圖，而在客觀上有以毒品換取金錢或其他財物之行為，即足當之；至於買賣毒品之金額或所換得財物之實際價值如何，以及行為人是否因而獲取價差或利潤，均不影響販賣毒品罪之成立（最高法院104年度台上字第356號判決意旨參照）。

㈢查被告就於前述時、地販賣如附表編號1所示含有美托咪酯成分之菸彈3顆等未遂犯行，業已坦承不諱，本院審酌被告於案發時為心智正常之成年人，對於販賣毒品為政府檢警機關嚴予取締之重罪，當知之甚稔，且被告與喬裝買家之員警亦無特殊情誼或至親摯友關係，苟無利潤可圖，衡情被告應不至於甘冒遭查緝法辦而罹重刑之風險。況被告於警詢中表示：若今日完成這筆交易（指販賣附表編號1所示之3顆菸彈），我會與暱稱「沒回直接來電」之人分帳，給他1,000元等語（見偵卷第6頁），堪認被告與暱稱「沒回直接來電」之人共犯本件販賣第二級毒品之犯行，可預期獲利1,000元以上，是被告主觀上具有營利之意圖甚為明確。

㈣從而，本案事證明確，被告之犯行堪以認定，應依法論科。

二、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)。次按刑法第2條第1項前段所規定之「法律有變更」及刑事訴訟法第302條第4款所謂「犯罪後之法律已廢止其刑罰」，其所稱之「法律」，係指依中央法規標準法第4條之規定制定公布之刑罰法律而言。又刑罰法律之文字本身僅規定罪名、法律效果與構成要件的部分禁止內容，而將構成要件其他部分禁止內容授權行政機關以其他法律、行政規章或行政命令加以補充，此即所謂空白刑法。行政機關制定具有填補空白刑法補充規範之法律、行政規章或行政命令，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，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，應依行為時空白刑法填補之事實以適用法律（最高法院113年度台非字第168號判決意旨參照）。查美托咪酯經行政院於113年11月27日以院臺法字第1131031622號修正為第二級毒品並自同日生效，嗣行政院再於115年6月25日以院臺法字第1155013102號公告改列為第一級毒品，並自同年月00日生效，然此屬事實變更，並非刑罰法律有所變更，自不生新舊法比較問題，應依行為時空白刑法填補之事實適用法律，而被告販賣含美托咪酯成分之菸彈時（即113年12月5日），美托咪酯屬第二級毒品，是自應以此適用法律。

㈡次按刑法上所謂員警之陷害教唆，係指行為人原無犯罪的意思，純因具有司法警察權者的設計誘陷，以唆使其萌生犯意，待其形式上符合著手於犯罪行為的實行時，再予逮捕者而言。此種「陷害教唆」，因行為人原無犯罪的意思，具有司法警察權者復伺機逮捕，係以不正當手段入人於罪，尚難遽認被陷害教唆者成立犯罪。至於刑事偵查技術上所謂的「釣魚」者，則指對於原已犯罪或具有犯罪故意的人，司法警察於獲悉後為取得證據，以設計引誘的方式，佯與之為對合行為，使其暴露犯罪事證，待其著手於犯罪行為的實行時，予以逮捕、偵辦者而言。此種「釣魚」，因屬偵查犯罪技巧的範疇，並未違反憲法對於基本人權的保障，且於公共利益的維護有其必要性，故所蒐集的證據資料，自可具有證據能力；換言之，因犯罪行為人主觀上原即有犯罪的意思，倘客觀上又已著手於犯罪行為之實行時，自得成立未遂犯（最高法院107年度台上字第2233號判決意旨可參）。查本案共犯即暱稱「沒回直接來電」之人與喬裝買家之員警交易如附表編號1所示之菸彈，已與員警約定毒品交易之時間、地點及交易價格，被告則依暱稱「沒回直接來電」之人之指示於前揭時、地，持附表編號1所示菸彈與員警交易，顯已著手於販賣第二級毒品行為之實行，然因員警自始即無購毒之真意，實際上仍不能真正完成販賣毒品之交易。是核被告所為，係犯毒品危害防制條例第4條第6項、第2項之販賣第二級毒品未遂罪。又被告意圖販賣而持有第二級毒品之低度行為，為販賣未遂之高度行為所吸收，不另論罪。

㈢被告與暱稱「沒回直接來電」之人間就本案犯行，具犯意聯絡與行為分擔，應論以共同正犯。

㈣刑之減輕事由：

1.被告已著手於犯罪行為之實行，惟因佯裝買家之員警無購毒真意而不遂，為未遂犯，爰依刑法第25條第2項之規定，減輕其刑。

2.按犯毒品危害防制條例第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。查被告於偵查及本院審理中均自白犯行，應依毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑，並與前開未遂減刑事由依法遞減之。

三、量刑：

爰審酌被告明知毒品對於國人身心健康及社會治安影響甚大，為法律所嚴格管制，竟不思以正途賺取所需，為謀取不法利益，無視政府反毒政策，與暱稱「沒回直接來電」之人意圖營利而販賣第二級毒品，助長社會濫用毒品風氣、破壞社會治安，所為應予非難。惟念被告犯後始終坦承犯行，又本案幸經員警即時查獲，未生販賣既遂之結果，犯罪所生危害有限；另酌以本案毒品之數量，及被告犯罪之動機、目的、手段及其素行（見被告之法院前案紀錄表，本院卷第169-177頁），暨其於審理中自述之教育程度、家庭生活及經濟狀況（見本院卷第165頁）等一切情狀，量處如主文所示之刑。

四、沒收：

㈠按沒收適用裁判時之法律，刑法第2條第2項定有明文。又毒品之分級及品項，由法務部會同衛生福利部組成審議委員會，每3個月定期檢討，報由行政院公告調整、增減之，毒品危害防制條例第2條第3項定有明文，而行政院於115年6月25日以院臺法字第1155013102號公告修正「毒品之分級及品項」部分分級及品項，將美托咪酯修正為第一級毒品，並於同年月00日生效。是扣案如附表編號1所示之物，均檢驗出含有美托咪酯成分，有臺北榮民總醫院114年1月9日北榮毒鑑字第AD870號毒品成分鑑定書(一)在卷可稽（見偵卷第62頁），現屬毒品危害防制條例第2條第2項第1款之第一級毒品，爰依毒品危害防制條例第18條第1項前段規定，不問屬於犯罪行為人與否，均宣告沒收銷燬之。至上開菸彈除鑑定用畢部分外，自應連同無析離實益之外包裝，亦依前開規定，一同宣告沒收銷燬。

㈡另按犯毒品危害防制條例第4條之罪者，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。扣案如附表編號2所示手機，為被告與暱稱「沒回直接來電」之人聯繫所用，業據被告於偵查中供述明確（見偵卷第5頁），應依上開規定諭知沒收。

㈢至扣案如附表編號3至5所示之物，均含有三級毒品成分，但無證據證明與本案販賣毒品相關，爰不予沒收，但應由檢察官另為適法之處理。

據上論斷，應依刑事訴訟法第299條第1項前段，判決如主文。

本案經檢察官吳姿函提起公訴，檢察官羅佾德到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　7　　月　　28　　日

刑事第八庭　審判長法　官　曾淑娟

法　官　莊婷羽

法　官　王玲櫻

上列正本證明與原本無異。

如不服本判決，應於判決送達後20日內敘明上訴理由，向本院提出上訴狀（應附繕本），上訴於臺灣高等法院。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「切勿逕送上級法院」。

書記官　楊可如

中　　華　　民　　國　　115　　年　　7　　月　　29　　日

附錄本案論罪科刑法條全文：

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	扣案物品
1	檢驗出美托咪酯成分之菸彈3顆暨其外包裝
2	被告所有之iPhone 6S手機1支（IMEI碼：000000000000000）
3	愷他命1包（毛重2.1336公克）
4	彩虹菸18支（檢驗出含α-咯烷基苯異己酮成分）
5	K盤（含刮片）1個（檢驗出含愷他命成分）