臺灣新北地方法院刑事判決

114年度訴字第549號

公　訴　人　臺灣新北地方檢察署檢察官
被　　告　徐浩城
000000000000000000
000000000000000000
選任辯護人　許家豪律師
被　　告　歐陽大維
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000
選任辯護人　丁聖哲律師

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18279、26323號），本院判決如下：

主　文

Ａ０２共同犯販賣第二級毒品而混合二種以上之毒品罪，處有期徒刑2年8月。

Ａ００３共同犯販賣第二級毒品而混合二種以上之毒品罪，處有期徒刑6年。

犯罪事實

Ａ０２、Ａ００３均明知依托咪酯、美托咪酯、異丙帕酯均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（嗣經行政院於民國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），依法不得販賣，其等亦均知悉毒品電子菸彈內之第二級毒品成分可能混合有二種以上之毒品，竟意圖營利，共同基於縱所販賣之毒品電子菸彈內混合有二種以上之毒品成分，亦不違背其等本意之不確定犯意聯絡，先由Ａ０２於114年2月25日4、5時許透過真實姓名年籍不詳、暱稱「小樂」之人與少年陳○宏（00年00月生，真實姓名、年籍詳卷，無證據證明Ａ０２、Ａ００３知悉或可得而知其為少年）談妥交易毒品電子菸彈之時間、地點及數量後，由Ａ００３駕駛車

牌號碼000-0000號自用小客車搭載Ａ０２於同日5時54分許抵達新北市○○區○○路000號前與陳○宏進行交易，並由Ａ００３將含有依托咪酯、美托咪酯、異丙帕酯成分之毒品電子菸彈5顆（下稱本案毒品）交付與陳○宏，陳○宏則向Ａ００３佯稱本案毒品價金已先行給付與「小樂」後離去。

理　由

一、證據能力：

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；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，同法第159條之5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Ａ０２、Ａ００３及其等辯護人於本院準備程序時表示同意有證據能力或未爭執其證據能力（見本院卷第146至147頁），且迄至言詞辯論終結前均未聲明異議，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。至本判決所依憑判斷之非供述證據，查無有何違反法定程序取得之情形，是依刑事訴訟法第158條之4反面解釋，該等證據資料均有證據能力。

二、認定犯罪事實所憑之證據及理由：

㈠被告Ａ０２部分：

1.上揭犯罪事實，業據被告Ａ０２於警詢、偵查、本院準備程序及審理時坦承不諱（見偵字第18279號卷第7至11、167至170頁、本院卷第101、145、380頁），核與證人陳○宏、證人即被告Ａ００３於警詢及偵查中之證述情節大致相符（見偵字第18279號卷第66至69、176至178、133至139、153至15

4頁、偵字第26323號卷第42至43頁），並有通話紀錄、通訊軟體對話紀錄、交易現場監視器畫面擷圖、本院勘驗筆錄暨擷圖、內政部警政署刑事警察局搜索、扣押筆錄暨扣押物品目錄表、臺北榮民總醫院毒品成分鑑定書在卷可稽（見偵字第18279號卷第44至46、94至96、54至56、58頁、本院卷第261至266頁），足認被告Ａ０２之自白與事實相符，堪以採信。至被告Ａ０２固於警詢時供稱：本案是由被告Ａ００３將6至7個依托咪酯菸彈交給陳○宏等語（見偵字第18279號卷第10頁），被告Ａ００３則於偵查中供稱：我去借了8顆依托咪酯菸彈，有1個我送給被告Ａ０２了，我有帶7個去，被搶走了等語（見偵字第18279號卷第176頁），惟證人陳○宏於警詢及偵查中證稱：駕駛座的人即被告Ａ００３拿5個菸彈給我等語（見偵字第18279號卷第138頁背面、153頁背面），是依罪疑有利被告原則，應認被告Ａ００３實際上交付與陳○宏之菸彈為5顆。又被告Ａ０２於偵查及本院準備程序時供稱：被告Ａ００３說給我一顆菸彈當作報酬等語（見偵字第18279號卷第167頁背面、本院卷第101頁），是其主觀上有營利之意圖甚明。從而，本案事證明確，被告Ａ０２之犯行堪以認定，應依法論科。

2.至辯護人固為被告Ａ０２辯稱陳○宏取得毒品後是否再摻了其他毒品不得而知等語。惟114年3月16日18時許在陳○宏住處扣得之菸彈3顆，經鑑驗結果，確含有第二級毒品依托咪酯、美托咪酯、異丙帕酯成分一情，有內政部警政署刑事警察局搜索、扣押筆錄暨扣押物品目錄表、臺北榮民總醫院毒品成分鑑定書在卷可查（見偵字第18279號卷第54至56、58頁），且係陳○宏於上揭時、地向被告Ａ００３取得，此經證人陳○宏於偵查中證述明確（見偵字第18279號卷第153至154頁）；而菸油無固定配方，可任意添加不同種類、數量不詳之毒品與其他物質混合而成液狀物質，除非能自行控管製造菸油之原料或來源，否則來自黑市或不詳來源交易而來之菸油液體，本即難以確認僅含有單一之一種第二級毒品成

分；參以證人即被告Ａ００３於本院審理時證稱：我的菸油都來自同一個藥頭，但是不是同一款菸油我不知道，他們有時候可能會換，我也不知道是哪一批等語（見本院卷第337至338頁），且卷內亦無證據證明陳○宏於取得本案毒品後有再為添加其他毒品，堪認被告Ａ００３交付與陳○宏之本案毒品本即含有上開毒品成分，辯護人上開所辯尚非可採。

㈡被告Ａ００３部分：

被告Ａ００３固坦承其有於上揭時、地交付本案毒品與陳○宏之事實，惟否認有何上開犯行，辯稱：我確實有到現場要交付毒品，當時是被告Ａ０２打電話給我，他跟我說要去找一個人，要拿毒品給他，但他沒有貨，也沒有說要賣還是要轉讓，被告Ａ０２請我先借毒品給他，之後他會還給我，當時只有我有車，所以被告Ａ０２請我載他去，到現場我開了門下車後，陳○宏及他的3名友人、2臺摩托車一前一後把我圍住，講到「小樂」的朋友要跟我拿菸彈，我說我不知道，我當下看到有人把手往背後伸，有類似武器的東西，我心生畏懼就把毒品交給他，他們一群人就跑掉了等語。辯護人則為其辯稱：本案係被告Ａ０２與陳○宏聯繫，被告Ａ００３會到現場是因為被告Ａ０２沒有車可以到現場交易，且被告Ａ００３並不知悉交付毒品之原因是基於轉讓或買賣，也沒有買賣之意思，因本案毒品是被陳○宏搶走等語。經查：

1.被告Ａ０２有於上開時間透過「小樂」與陳○宏聯繫本案毒品交易事宜，嗣被告Ａ００３駕駛上開車輛搭載被告Ａ０２於上揭時、地與陳○宏進行交易，並由被告Ａ００３交付本案毒品與陳○宏之事實，業據被告Ａ００３於警詢、偵查及本院準備程序時坦承不諱（見偵字第18279號卷第66至69、176至178頁、本院卷第102至103頁），核與證人陳○宏、證人即被告Ａ０２於警詢、偵查或本院審理時之證述情節大致相符（見偵字第18279號卷第7至11、167至170、133至139、153至154頁、偵字第26323號卷第42至43頁、本院卷第321至335頁），並有通話紀錄、通訊軟體對話紀錄、交易現場監

視器畫面擷圖、本院勘驗筆錄暨擷圖、內政部警政署刑事警察局搜索、扣押筆錄暨扣押物品目錄表、臺北榮民總醫院毒品成分鑑定書在卷可稽（見偵字第18279號卷第44至46、94至96、54至56、58頁、本院卷第261至266頁），是此部分事實，應堪認定。

2.查證人陳○宏經本院傳喚、拘提未到，惟其於警詢時證稱：我透過TELEGRAM暱稱「小樂」之人跟微信暱稱「浩浩」之人購買依托咪酯菸彈，「小樂」幫我跟「浩浩」聯繫說要買5個菸彈，114年2月25日那天對方到場後先打電話給我告知位置及汽車型號，「小樂」有我的手機號碼，應該是「小樂」給對方的，我到場後駕駛座的人有開車門拿取菸彈，副駕駛座的人去旁邊買東西，駕駛即被告Ａ００３給我1包，裡面就是5顆，我告知他「小樂」已經將買的錢付了，所以我沒有拿錢給他就騎車離開，被告Ａ００３是親自把菸彈給我的等語（見偵字第18279號卷第133至139頁、偵字第26323號卷第42至43頁）；於偵查中證稱：價錢的部分我不知道1顆是多少錢，當天被告Ａ００３拿給我依托咪酯菸彈後，有跟我說「錢」，意思是要我付錢，但被告Ａ００３沒有跟我說金額是多少，我就說去跟「小樂」算，說完被告Ａ００３就讓我把依托咪酯菸彈拿走了，我一開始就沒打算要付錢，114年3月16日18時許在我住處扣案之依托咪酯菸彈3個是我於上揭時、地向被告Ａ００３取得的，是他親自拿給我的等語（見偵字第18279號卷第153至154頁）。

3.證人即被告Ａ０２於警詢時證稱：陳○宏於114年2月25日透過我乾女兒「小樂」問我有沒有菸彈並說可不可以叫LALAMOVE用送的，我就跟他說要幫他找可以，但我身上沒錢要先匯款給我，陳○宏不肯就拒絕了，後來去被告Ａ００３那邊聊天的時候我提到這件事，被告Ａ００３說為什麼不賺，並以菸彈當作酬勞要給我，當天是被告Ａ００３駕駛上開車輛載我一起到上開地點，我使用我向朋友借的門號與陳○宏聯繫說我們到了，我下車後被告Ａ００３叫我去全家等，我當下

就走去全家了，是由被告Ａ００３將6至7個依托咪酯菸彈交給陳○宏，被告Ａ００３說當時是2臺摩托車、4個年輕人沒有戴安全帽，但最後陳○宏沒付錢，所以我也沒拿到菸彈等語（見偵字第18279號卷第7至11頁）；於偵查中證稱：114年2月24日晚上我的乾女兒「小樂」問我有沒有認識依托咪酯菸彈的賣家，「小樂」說他有朋友想要買，我跟「小樂」說我有朋友在賣，但我身上錢不夠，無法幫「小樂」朋友代墊，當時「小樂」就給我藥腳的電話跟一個巷子的地址，給我地址的原因是因為「小樂」的朋友一開始詢問可否用LALAMOVE外送依托咪酯菸彈，取貨之後再匯款到我的銀行帳戶，但因為我身上沒有依托咪酯菸彈，所以就不了了之，一直到同年月25日0時、1時許我去找被告Ａ００３聊天，提及上情，被告Ａ００３就問我幹嘛不賺，我說我沒有貨也沒有錢，被告Ａ００３就說他有依托咪酯菸彈，但他進貨成本也很高，所以只能給我一顆菸彈當作報酬，後來被告Ａ００３一直要我確認藥腳有無要購買依托咪酯菸彈，我於同日3、4時許有跟「小樂」連絡上，並請「小樂」跟藥腳確認是否還有要購買依托咪酯菸彈，「小樂」於同日接近5時跟我說藥腳要購買，我跟被告Ａ００３就出發了，抵達交易現場後我打電話給藥腳跟他說我跟我朋友在附近的全家，藥腳一直在電話裡問我是不是LALAMOVE，我說不是，後來Ａ００３就把電話搶走，他告訴藥腳他是LALAMOVE，只是今天沒有上線，東西已經帶來了，要藥腳趕快過來拿，在藥腳抵達現場前，我就下車了，因為我擔心交易出問題，被告Ａ００３叫我去全家等他們，被告Ａ００３把依托咪酯菸彈交給藥腳之後就叫我名字叫得很大聲，我問被告Ａ００３發生什麼事，被告Ａ００３說藥腳那邊來了4個年輕人，他說有問他們錢呢，藥腳一直催說這裡很危險，趕快把依托咪酯菸彈交付完，錢已經匯到我名下帳戶了，我當下就開我的中信網銀給被告Ａ００３看，藥腳根本沒有匯錢給我，被告Ａ００３就叫我上車，開車去追他們，但我們大概開500公尺左右我就發現手

機掉在交易現場路邊，就回去撿，後來我有撥電話給藥腳，藥腳有跟我道歉，說他也是幫別人取貨等等的，被告Ａ００３就把手機搶過去跟藥腳說錢也不用給了，叫藥腳躲好、他叫做歐陽，藥腳可以去打聽他是誰，我印象中被告Ａ００３沒有表示上開交易過程遭強暴脅迫，他就是跟我說對方把毒品拿走了，還有說錢匯到我的戶頭等語（見偵字第18279號卷第167至170頁）；於本院審理時證稱：114年2月24日晚上7點多「小樂」有問我有沒有認識賣菸彈的，我說剛好要去找我朋友拿，「小樂」說那可以幫他朋友拿嗎，然後到晚上我去找被告Ａ００３的時候「小樂」又有打來一通電話，說可不可以幫他朋友處理，因為在三重那邊拿不到，對方有叫我幫他買6或7顆，那時候被告Ａ００３聽到我在跟「小樂」對話，就問我「小樂」要幹嘛，我說他要買菸油，因為我有欠被告Ａ００３錢，被告Ａ００３就說不然給他賣，他送1顆菸彈等於請我，出發那時候是隔天2點或3點，上車時有包7或8顆依托咪酯菸彈，被告Ａ００３有多裝1顆在車上自己抽，一直到三重的時候因是被告Ａ００３開車，他就叫我打電話幫他聯絡陳○宏說快到了，然後他問我是「拉拉」嗎，我說什麼「拉拉」，後來被告Ａ００３就把電話拿過去講，他就說「對，我是拉拉」，後來就他們兩個在對話，他們原本是約在巷子裡面，後來被告Ａ００３在電話裡面好像跟他改約在監視器拍到的那個全家那邊路上，被告Ａ００３叫我先下車，我先下車要去全家買菸跟飲料，然後我往後走快到全家的時候，就聽到被告Ａ００３一直很大聲叫我名字，我走過去問幹嘛，他說他們把東西都拿走了，說錢已經有交給不知道是「小樂」或我這邊，我說怎麼可能，「小樂」人在臺中怎麼可能交錢給她，然後被告Ａ００３才說那可能被搶了，我說他被搶怎麼不趕快開車去追，他說對方來4個人，騎2臺摩托車，但被告Ａ００３那時候沒有提到武器，或對方有不友善之類的事，也沒有說他們交易的時候是否有圍住他之類的，我們有開車大概去找100公尺就回頭，因為我上

車的時候手機掉在路邊，我們就回去路邊撿我的手機，我撿完我們就回新店沒有再繼續追他們，因為那時候被告Ａ００３叫我打給陳○宏，他有接，我問陳○宏怎麼會把東西拿走，錢有付了嗎，後來被告Ａ００３就把電話拿去跟對方吵起來，開擴音在罵，他們就邊吵邊開車回新店，被告Ａ００３嗆聲，類似說出來搶騙東西什麼，後來陳○宏有跟被告Ａ００３說早上約在警察局拿錢給他，然後被告Ａ００３好像說不用還是怎樣我忘記了等語（見本院卷第321至335頁）。

4.觀諸證人陳○宏、證人即被告Ａ０２前揭證述內容，其等就本案毒品交易之經過均為前後大致相符且互核一致之表述，而被告Ａ００３固以前詞置辯，惟依證人陳○宏上開證述內容，被告Ａ００３係親自將本案毒品交付與證人陳○宏，且於交付後向證人陳○宏說「錢」（即要求其付錢），嗣陳○宏告知「小樂」已支付價金後離去，此情並與證人即被告Ａ０２前揭證稱：被告Ａ００３說有問藥腳他們錢呢，印象中被告Ａ００３沒有表示上開交易過程遭強暴脅迫，也沒有提到武器，或對方有不友善或圍住他之類的事，他就是跟我說對方把毒品拿走了，說錢已經有交給不知道是「小樂」或我這邊等語之情節大致相符，且觀諸交易現場監視器畫面，可見陳○宏等人係騎乘2臺機車到場後停在被告Ａ００３駕駛之上開車輛左側，隨後被告Ａ００３自行打開車門自駕駛座取出本案毒品後交付與陳○宏等人，過程中並未見陳○宏等人有出示武器或其他物品之舉止，亦無「圍住」被告Ａ００３之情形（見本院勘驗筆錄暨擷圖，本院卷第261至266頁），此情亦與證人陳○宏、證人即被告Ａ０２前揭證述被告Ａ００３係自己將本案毒品拿給陳○宏，被告Ａ００３當下亦未表示遭到陳○宏強暴或脅迫等情大致相符，堪認證人陳○宏、證人即被告Ａ０２上開證述內容應與事實相符，堪以採信，足認被告Ａ００３確係出於己意將本案毒品交付與陳○宏並要求其支付毒品價金，其係以販賣毒品之意思而交付本案毒品，至為明確。被告Ａ００３上開所辯顯與事實不

符，應屬臨訟卸責之詞，並不足採。

5.被告Ａ００３主觀上有販賣第二級毒品而混合二種以上之毒品之不確定故意，說明如下：

按犯前5條之罪而混合二種以上之毒品者，適用其中最高級別毒品之法定刑，並加重其刑至2分之1，毒品危害防制條例第9條第3項定有明文，其立法理由略以：本條第3項所稱之混合，係指將二種以上之毒品摻雜調合，無從區分而言（如置於同一包裝）。依目前毒品查緝實務，施用混合毒品之型態日益繁多，且因混合毒品之成分複雜，施用後所造成之危險性及致死率均高於施用單一種類者，為加強遏止混合毒品之擴散，爰增訂第3項，規定犯第4條至第8條之罪，而有混合二種以上毒品之情形者，加重其刑至2分之1。是依立法意旨，只要所販賣之毒品混有二種以上毒品，因所造成之危害顯較單一種類毒品增加，應予加重其刑，並為刑法分則加重性質而成為另一獨立之罪，行為人只須主觀上具有故意或不確定故意，知悉或可得預見客觀上有此等混合情事，即成立本罪，至所混合之毒品含量多寡，則非所問。查本案毒品其中3顆菸彈經鑑定含有第二級毒品依托咪酯、美托咪酯、異丙帕酯成分，而以菸彈之型態，放入二種以上之毒品摻雜調合成之菸油，自屬混合二種以上不同級別之毒品，而菸油無固定配方，可任意添加不同種類、數量不詳之毒品與其他物質混合而成液狀物質，除非能自行控管製造菸油之原料或來源，否則來自黑市或不詳來源交易而來之菸油液體，本即難以確認僅含有單一之一種第二級毒品成分，自當能預見可能混有二種以上之毒品，惟被告Ａ００３竟仍執意出售本案毒品牟利，其主觀上具有縱使販賣之菸彈確混有二種以上毒品成分亦不違背其本意之不確定故意，至為明確。

6.被告Ａ００３主觀上有營利意圖，說明如下：

按我國法令對販賣毒品者臨以嚴刑，惟毒品仍無法禁絕，其原因實乃販賣毒品存有巨額之利潤可圖，故販賣毒品者，如非為巨額利潤，必不冒此重刑之險，是以有償販賣毒品者，

除非另有反證證明其出於非圖利之意思而為，概皆可認其係出於營利之意而為（最高法院93年度台上字第1651號、87年度台上字第3164號判決意旨參照）。另按販賣第二級毒品屬違法行為，非可公然為之，亦無公定價格，販賣者販入後可任意分裝增減其份量再行出售，而每次交易之價格、數量，亦隨時依交易對象、當時行情而變動，縱或出售之價格較低，亦非當然無營利意圖，即便為相同價格，若份量較少亦能從中獲利，況一般民眾均知政府一向對毒品查禁森嚴，且重罰不予寬貸，以目前毒品危害防制條例對於販賣第二級毒品罪所科處之重刑（處10年以上有期徒刑，得併科新臺幣1,500萬元以下罰金）而言，衡情倘非有利可圖，絕無平白甘冒被嚴查重罰高度風險之理；被告Ａ００３為智識能力正常且有社會歷練經驗之成年人，對該等情事當知之甚明，若非有利可圖，豈會甘冒重刑之處罰而從事前開販毒行為，足見其主觀上確具有營利之意圖無疑。

7.從而，本案事證明確，被告Ａ００３上開犯行堪以認定，應依法論科。

三、論罪科刑：

㈠查被告Ａ０２、Ａ００３販賣與陳○宏之本案毒品係經摻雜、調合含有第二級毒品依托咪酯、美托咪酯、異丙帕酯成分之菸彈，則其等所為，自符合販賣第二級毒品而混合二種以上毒品罪之要件。是核被告Ａ０２、Ａ００３所為，均係犯毒品危害防制條例第9條第3項、第4條第2項之販賣第二級毒品而混合二種以上之毒品罪。又被告Ａ０２、Ａ００３於販賣前意圖販賣而持有第二級毒品之低度行為，為其等販賣第二級毒品而混合二種以上毒品之高度行為所吸收，均不另論罪。

㈡至被告Ａ０２之辯護人為其辯稱因陳○宏自始無購買毒品之真意，被告Ａ０２本件犯行應僅止於未遂等語。惟查，陳○宏雖無支付毒品價金之真意，然有取得本案毒品之真意，且被告Ａ００３亦出於己意將本案毒品交付與陳○宏，其交付

毒品之行為既已完成，其等販賣毒品之行為即屬既遂，此與員警以釣魚偵查之方式與販毒者相約交易毒品，惟因員警自始無取得毒品之真意，實際上不能完成毒品交付之情形不同，亦與經購毒者以搶奪或強盜之方式取得毒品，販毒者實際上未出於己意而完成毒品交付之情形不同，辯護人上開主張容有誤會。

㈢再被告Ａ０２、Ａ００３就本案犯行有犯意聯絡及行為分擔，應論以共同正犯。至被告Ａ０２之辯護人為其辯稱被告Ａ０２僅協助被告Ａ００３聯繫買家，並陪同被告Ａ００３至現場交易，應僅構成幫助犯而非正犯等語。惟按刑法關於正犯、從犯之區別，係以其主觀之犯意及客觀之犯行為標準，凡以自己犯罪之意思而參與犯罪，無論其所參與者是否犯罪構成要件之行為，皆為正犯，其以幫助他人犯罪之意思而參與犯罪，其所參與者，苟係犯罪構成要件之行為，亦為正犯，必以幫助他人犯罪之意思而參與犯罪，其所參與者又為犯罪構成要件以外之行為，始為幫助犯。就販賣毒品而言，舉凡看貨、議價、洽定交易時地、收款、交貨等作為，皆屬販賣毒品構成要件事實之部分行為。如行為人主觀上明知他人從事販賣毒品之行為，客觀上為他人看貨、議價、送貨、收款等屬於販賣毒品罪構成要件事實之部分行為，即係分擔實行犯罪行為，無論是否基於幫助販賣之意思，自應負共同販賣毒品之罪責，不能僅評價為販賣毒品罪之幫助犯（最高法院106年度台上字第1130號判決意旨參照）。再按行為人所參與的客觀作為，倘係構成犯罪要件以「內」者，屬共同正犯。舉販賣行為為例，凡是洽談買賣條件、運送貨品、收取價金，依社會通念，乃構成賣方整體販賣行為的一部分，故祇要有一於此，就已該當。因此，替賣方接聽電話、約定交易量價、地點、跑腿送貨、收款轉交，既然認知內容、用意而參與交易的客觀作為，則無論有無共同犯罪之主觀意思，當然仍應成立賣方的共同正犯，不容以僅為居間促成買賣而混淆、飾卸（最高法院105年度台上字第183號判

決意旨參照）。查被告Ａ０２於本案中係負責聯繫買家洽定交易時地及數量，並與被告Ａ００３至現場交易，顯非單純為被告Ａ００３介紹毒品買家，依社會通念，已構成賣方整體販賣行為的一部分，屬販賣毒品構成要件事實之部分行為，自應成立販賣毒品之共同正犯，辯護人上開所辯尚非可採。

㈣刑之加重、減刑事由：

1.被告Ａ０２、Ａ００３本件販賣第二級毒品而混合二種以上之毒品犯行，依毒品危害防制條例第9條第3項規定，應依毒品危害防制條例第4條第2項之販賣第二級毒品罪之法定刑加重其刑。

2.至被告Ａ０２、Ａ００３於行為時雖為年滿18歲之成年人，並共同對少年陳○宏販賣毒品，惟卷內並無積極證據足認被告Ａ０２、Ａ００３於本案行為時知悉或可得而知陳○宏為未滿18歲之少年，基於罪疑惟輕及有疑惟利被告原則，被告Ａ０２、Ａ００３本案犯行應無毒品危害防制條例第9條第1項加重其刑規定之適用，附此敘明。

3.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。經查，被告Ａ０２於偵查及本院審判中均自白本件販賣毒品犯行，爰就被告Ａ０２部分依毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑。

4.被告Ａ０２、Ａ００３本案犯行均有刑法第59條規定適用之說明：

⑴按刑法第59條規定犯罪之情狀可憫恕者，得酌量減輕其刑，其所謂「犯罪之情狀」，與同法第57條規定科刑時應審酌之一切情狀，並非有截然不同之領域，於裁判上酌減其刑時，應就犯罪一切情狀，予以全盤考量，審酌其犯罪有無可憫恕之事由，即有無特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，以及宣告法定低度刑，是否猶嫌過重等等，以為判斷（最高法院99年度台上字第6420判決意旨參照）。

⑵查被告Ａ０２、Ａ００３無視我國杜絕毒品危害之禁令，為本件販賣毒品犯行，所為固屬不當，應予非難，然考量其等販賣之數量甚微，較諸大量持有毒品兜售之毒販而言，容有重大差異，對社會治安及國民健康之危害非重。本院審酌上情，並考量被告Ａ０２、Ａ００３之主觀惡性、客觀犯行及犯罪情節，及本案被告Ａ００３無毒品危害防制條例第17條第2項減輕其刑規定之適用等情，認對Ａ０２量處依毒品危害防制條例第9條第3項規定加重其刑再依同條例第17條第2項規定減輕其刑後之法定最低刑度（有期徒刑5年1月）；對被告Ａ００３量處依同條例第9條第3項規定加重其刑後之法定最低刑度（有期徒刑10年1月），猶嫌過重，而有情輕法重之情，難謂符合罪刑相當性及比例原則，更無從與大盤毒梟對於社會治安所造成之危害有所區隔，是被告Ａ０２、Ａ００３本件犯罪情狀，衡情尚有可憫恕之處，爰就其等本案販賣毒品犯行，均依刑法第59條之規定酌量減輕其刑。

5.被告Ａ０２、Ａ００３前揭刑之加重、減輕事由，應依法先加重後減輕之，被告Ａ０２上開刑之減輕事由並依法遞減輕之。

⑸爰以行為人之責任為基礎，審酌被告Ａ０２、Ａ００３不思尋求以正當、合法之途徑賺取收入，知悉依托咪酯、美托咪酯、異丙帕酯為毒品危害防制條例所管制之第二級毒品（現改列為第一級毒品），使用後極易成癮，濫行施用，非但對施用者身心健康造成傷害，且因其成癮性，常使施用者經濟地位發生實質改變而處於劣勢，而衍生個人家庭悲劇，或導致社會犯罪問題，竟仍無視國家杜絕毒品犯罪之禁令而為本件販賣毒品犯行，所為殊值非難；復考量其等素行（見其等之法院前案紀錄表）、本件販賣毒品之數量尚非甚鉅等犯罪情節，及被告Ａ０２坦承犯行、被告Ａ００３飾詞否認犯行之態度、其等自陳之教育程度、職業及家庭狀況（見本院卷第381、393頁）等一切情狀，分別量處如主文所示之刑，以資懲儆。

㈥至被告Ａ０２之辯護人雖為其請求宣告緩刑，然被告Ａ０２本案經宣告之刑已逾有期徒刑2年，自不符合宣告緩刑之要件，附此敘明。

四、沒收部分：

㈠扣案之菸彈3顆經鑑驗結果，確含有第二級毒品依托咪酯、美托咪酯、異丙帕酯成分，有內政部警政署刑事警察局搜索、扣押筆錄暨扣押物品目錄表、臺北榮民總醫院毒品成分鑑定書在卷可查（見偵字第18279號卷第54至56、58頁），且係被告Ａ０２、Ａ００３本案販賣之第二級毒品（現改列為第一級毒品），此經證人陳○宏於偵查中證述明確（見偵字第18279號卷第153至154頁），原應依毒品危害防制條例第18條第1項前段規定沒收銷燬之，惟上開扣案物係陳○宏另案持有毒品經扣案之證物，自宜由檢察官於該等案件中另為適法之處置，爰不於本案中宣告沒收銷燬。

㈡又被告Ａ０２、Ａ００３為本件販賣毒品犯行並未取得價金，而被告Ａ０２於偵查及本院準備程序時供稱：被告Ａ００３說給我一顆菸彈當作報酬，但對方沒給他錢，所以被告Ａ００３也沒有給我等語（見偵字第18279號卷第167頁背面、本院卷第101頁），且卷內亦無積極證據足認其等因本案犯行已實際取得財物或利益，自無從依刑法第38條之1第1項前段、第3項規定對其等為沒收或追徵犯罪所得之宣告。

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Ａ０６提起公訴，檢察官羅佾德到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　23　　日

刑事第七庭　　審判長法　官　曾淑娟

法　官　王玲櫻

法　官　莊婷羽

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　謝孟芹

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　24　　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。

毒品危害防制條例第9條

成年人對未成年人販賣毒品或犯前三條之罪者，依各該條項規定加重其刑至二分之一。

明知為懷胎婦女而對之販賣毒品或犯前三條之罪者，亦同。

犯前五條之罪而混合二種以上之毒品者，適用其中最高級別毒品之法定刑，並加重其刑至二分之一。