臺灣新北地方法院刑事判決

114年度訴字第959號

公　訴　人　臺灣新北地方檢察署檢察官

被　　告　葉秉炫

000000000000000000

000000000000000000

000000000000000000

指定辯護人　本院公設辯護人湯明純

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年度少連偵字第407、442號），本院判決如下：

主　文

Ａ０３犯如附表主文欄所示之罪，各處如附表主文欄所示之刑及沒收。應執行有期徒刑3年。

犯罪事實

Ａ０３明知依托咪酯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，竟意圖營利，基於販賣第二級毒品之犯意，分別為下列行為：

一、於114年5月17日0時許前某時，以通訊軟體飛機與房妍伶聯繫，雙方約定以新臺幣（下同）5,400元之價格交易第二級毒品依托咪酯菸彈3顆，並談妥交易方式後，由房妍伶之男友邵冠睎於114年5月17日0時許，騎乘機車搭載房妍伶前往新北市○○區○○街00○0號1樓，由房妍伶於同日0時53分許進入該址樓梯間，並由Ａ０３交付依托咪酯菸彈3顆（總毛重15.4835公克、總驗餘量15.3902公克）與房妍伶，房妍伶則將價金5,400元交付與Ａ０３。

二、於114年5月17日0時許前某時，以通訊軟體飛機與少年郭○祐（00年0月生，無證據證明Ａ０３知悉或可得而知其為未成年人）聯繫，雙方約定以新臺幣3,600元之價格交易第二級毒品依托咪酯菸彈2顆，並談妥交易方式後，由郭○祐於1

14年5月17日0時53分許，前往新北市○○區○○街00○0號1樓樓梯間，由Ａ０３交付依托咪酯菸彈2顆與郭○祐，郭○祐則將價金3,600元交付與Ａ０３。

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，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被告以外之人之供述證據，業經檢察官、被告Ａ０３及其辯護人於本院準備程序時均表示同意有證據能力（見本院卷第75頁），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。

二、認定犯罪事實所憑之證據及理由：

上揭犯罪事實，業據被告於警詢、偵查、本院準備程序及審理時均坦承不諱（見少連偵字第407號卷第4至7、130至131頁、本院卷第73、143頁），核與證人房妍伶、邵冠晞、郭○祐於警詢及偵查中之證述情節大致相符（見他卷第17至21、24至26、74至75、9至14、79頁及背面、少連偵字第407號卷第35至40頁），並有新北市政府警察局中和分局搜索、扣押筆錄暨扣押物品目錄表、監視器畫面及手機畫面擷圖、臺北榮民總醫院毒品成分鑑定書在卷可稽（見他卷第4至6、30至33、35至37、38至39、57至59頁、少連偵字第407號卷第12至14、23至24頁背面、47至49頁、少連偵字第442號卷

第76頁背面），足認被告之自白與事實相符，堪以採信；又被告於偵查中自承其販賣菸彈1顆之獲利為600元（見少連偵字第407號卷第130頁背面），其主觀上有營利之意圖甚明。從而，本案事證明確，被告之犯行均堪認定，均應依法論科。

三、論罪科刑：

㈠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「依托咪酯」係於113年11月27日公告列為第二級毒品，嗣經行政院於115年6月25日公告改列為第一級毒品，並自000年0月00日生效，是被告為本案行為時，「依托咪酯」屬毒品危害防制條例所列之第二級毒品，於被告行為後，始被改列為第一級毒品，依上開說明，此事實變更，並非刑罰法律有所變更，不生新舊法比較問題。是核被告如犯罪事實欄一、二所為，均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。被告販賣前意圖販賣而持有第二級毒品之低度行為，均為販賣之高度行為所吸收，均不另論罪。再被告上開犯行，犯意各別，行為互殊，應予分論併罰（共2罪）。

㈡刑之減輕事由：

1.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，被告於偵查及本院審判中均自白如犯罪事實欄一、二所示販賣第二級毒品犯行，爰分別依毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑。

2.本案有刑法第59條規定之適用：

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查被告無視我國杜絕毒品危害之禁令，分別為如犯罪事實欄一、二所示販賣依托咪酯菸彈之犯行，所為固屬不當，應予非難，然考量其各次販賣之數量甚微、金額不高，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，並考量被告之主觀惡性、客觀犯行及犯罪情節，認對被告量處依毒品危害防制條例第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），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，是被告本件犯罪情狀，衡情尚有可憫恕之處，爰就被告本案各次販賣毒品犯行，均依刑法第59條之規定酌量減輕其刑。

3.被告前揭刑之減輕事由，應依法遞減輕之。

㈢爰以行為人之責任為基礎，審酌被告正值青年，竟不思以正當方式獲取所需，而為本件販賣第二級毒品犯行，所為不僅危害社會風氣，且戕害他人身心健康，實屬不當，應予非難；惟念及被告於偵審中均坦承犯行之犯後態度，並兼衡其

犯罪動機、目的、手段、所生危害，及其素行（見法院前案紀錄表）、自陳之教育程度、職業及家庭生活經濟狀況（見本院卷第144頁）等一切情狀，分別量處如附表主文欄所示之刑，並參酌被告本案所為2次犯行之犯罪時間相隔未久，且其犯罪動機、目的、手段均大致相同，所侵害者均係同一社會法益，兼衡責罰相當與刑罰經濟之原則，對於被告所犯數罪為整體非難評價，定其應執行之刑如主文所示。

四、沒收部分：

㈠被告如犯罪事實欄一、二所示分別販賣第二級毒品犯行所得之價金，為其犯罪所得，然未經扣案，爰分別依刑法第38條之1第1項前段、第3項之規定宣告沒收，並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IPHONE 11手機1支，為被告持以聯繫本案毒品交易事宜使用之手機，此經被告於本院準備程序時供述明確（見本院卷第73頁），屬被告供本件販賣第二級毒品犯行所用之物，不問屬於犯罪行為人與否，應依毒品危害防制條例第19條第1項規定宣告沒收。

㈢扣案之依托咪酯菸彈3顆、依托咪酯菸彈殘渣2顆，經鑑驗結果，確含有第二級毒品依托咪酯成分（現改列為第一級毒品），有上開毒品成分鑑定書在卷可稽，且分別係被告如犯罪事實欄一、二所販賣之第二級毒品（現改列為第一級毒品），此經證人房妍伶、邵冠睎、郭○祐於偵查中證述明確（見他卷第74頁背面、79頁背面），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，惟上開扣案物分別係房妍伶、邵冠睎、郭○祐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。

㈣至其餘扣案物，因卷內無證據證明與本案有何直接關聯，爰均不予宣告沒收，附此敘明。

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Ａ０１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。

附表：

編號	犯罪事實	主文
1	如犯罪事實欄一所示部分	Ａ０３犯販賣第二級毒品罪，處有期徒刑2年8月。

		扣案之IPHONE 11手機1支沒收；未扣案之犯罪所得新臺幣5,400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。
2	如犯罪事實欄二所示部分	ＡＯ３犯販賣第二級毒品罪，處有期徒刑2年7月。 扣案之IPHONE 11手機1支沒收；未扣案之犯罪所得新臺幣3,600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。