臺灣新北地方法院刑事判決

115年度訴字第132號

公　訴　人　臺灣新北地方檢察署檢察官
被　　告　王祥任
000000000000000000
000000000000000000
指定辯護人　本院公設辯護人賴可欣
被　　告　賴雨昕
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000
選任辯護人　周雅玲律師

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59818號、第51490號），本院判決如下：

主　文

王祥任共同犯販賣第二級毒品而混合二種以上毒品罪，處有期徒刑陸年。

賴雨昕共同犯販賣第二級毒品而混合二種以上毒品罪，處有期徒刑肆年。扣案IPHONE-11手機壹支沒收。

事　實

王祥任、賴雨昕明知依托咪酯、美托咪酯為毒品危害防制條例所列管第二級毒品，愷他命則為第三級毒品，不得販賣，竟與鄭長春（檢察官另行起訴）共同意圖營利而基於販賣第二級毒品而混合二種以上毒品的犯意聯絡，王祥任、賴雨昕先於民國114年2月7日5時30分前不詳時間，以通訊軟體微信暱稱「麥兜der蛋塔」聯繫陳郁翔，達成販售含第二級毒品依托咪酯、美托咪酯、第三級毒品愷他命成分菸油【以下簡稱「菸油」】的約定，鄭長春並於114年2月7日5時30分，前往新北市五股區芳洲八路與疏洪北路口高架橋下，向王祥任取得50毫升菸油（尚未付款），鄭長春再於114年2月7日18時37分，在新北市○○區○○街000巷00號公寓樓梯間，以新臺幣（下同）2萬元價格將50毫升菸油販售給陳郁

翔，因鄭長春未及回款，賴雨昕即將該欠款記載在手機備忘錄中。

理　由

壹、證據能力：

被告王祥任、賴雨昕及辯護人並未爭執證據能力，審理過程中也沒有提出任何異議。

貳、認定犯罪事實依據的證據與理由：

一、被告王祥任、賴雨昕於警詢、偵查、準備程序與審理對於犯罪事實坦承不諱（偵51490卷第5頁至第8頁、第17頁至第20頁背面、第85頁至第87頁、第94頁至第97頁；本院卷第72頁、第198頁、第251頁），與證人鄭長春、陳郁翔於警詢、偵查證述大致相符（他卷第9頁背面至第10頁、第28頁背面至第30頁、第48頁背面至第49頁背面、第56頁背面至第57頁），並有對話紀錄、備忘錄擷圖、內政部警政署刑事警察局鑑定書（警方對證人陳郁翔扣得的菸油）各1份在卷可證（他卷第19頁正背面、第51頁至第54頁；偵59818卷第78頁），足以認為被告王祥任、賴雨昕具任意性自白與事實符合，應屬可信。

二、被告賴雨昕確實協助記帳：

（一）扣案被告賴雨昕使用的IPHONE-11手機，備忘錄記載「小春21000」，有手機備忘錄擷圖1份在卷可佐（偵59818卷第78頁），足以證明被告賴雨昕確實協助記帳，否則被告賴雨昕使用的手機不會出現這樣的紀錄，尤其被告王祥任也有手機可以使用，不需要另外使用被告賴雨昕的手機處理帳務，所以以上證人鄭長春的欠款紀錄，應該就是被告賴雨昕親自填載的。

（二）被告王祥任於審理證稱：手機備忘錄擷圖是在我的手機裡面，並沒有在賴雨新的手機裡面等語（本院卷第247頁至第248頁），則與客觀事證顯然不符，無法作有利於被告賴雨昕的判斷。

三、被告王祥任、賴雨昕為共同正犯：

（一）刑法關於正犯、幫助犯的區別，是以主觀的犯意以及客觀的犯行為標準，只要是以自己犯罪的意思而參與犯罪，無論是否參與犯罪構成要件的行為，都是正犯；以幫助他人犯罪的意思而參與犯罪，如果是參與構成要件的行為，也是正犯；但如果以幫助他人犯罪的意思而參與犯罪，並且參與犯罪構成要件以外的行為，則為幫助犯。

（二）被告賴雨昕的辯護人主張：販毒所得款項是由鄭長春直接交付王祥任，被告賴雨昕並未經手，也沒有獲取金錢分紅或是對價利益，只是在客戶催促的時候，透過「麥兜der蛋塔」舒緩客戶情緒，難以認為被告賴雨昕有營利的意圖，也只是輔助王祥任販毒而已，因此被告賴雨昕部分應該有成立幫助犯的空間等語（本院卷第253頁至第254頁）。

（三）然而：

1. 被告賴雨昕於警詢供稱：王祥任有時候會請我跟對方通話或者是傳送語音訊息給對方，尤其是面對男生客人的時候，因為客人都會催促、詢問販毒司機是否抵達約定的交易地點，這時候王祥任就會請我回覆，讓客人比較不那麼愛催促，還有目的是透過聊天轉移客人的注意力等語（偵51490卷第19頁），又於偵查供稱：王祥任會請我錄音及接電話，錄音內容是回覆手機裡面的客人，接電話的內容是客人在催，我就會用聊天的方式帶過，尤其是異性客人等語（偵51490卷第96頁）。

2. 足以證明被告賴雨昕是按照被告王祥任的指示，使用「麥兜der蛋塔」與購買毒品的人交談，並且內容涉及「司機是否抵達約定的交易地點」，與交付毒品的重要環節（即時間、地點）存在顯然的關聯。雖然被告賴雨昕並未親自實行交付毒品行為，但是被告賴雨昕透過「麥兜der蛋塔」與購買毒品的人聯絡，促成毒品完成交付，應該屬於參與犯罪構成要件的行為。

3. 再加上被告賴雨昕使用「自己的」手機備忘錄記載販賣毒

品的帳務，主觀上可以認為被告賴雨昕是以自己犯罪的意思而參與犯罪，也可以看出被告賴雨昕在販賣毒品的行為中，是扮演一定程度的角色，並不是毫不重要，因此被告王祥任、賴雨昕為共同正犯，被告賴雨昕的辯護人主張被告賴雨昕只是幫助犯，無法採信。

四、綜合以上的說明，本案事證明確，被告王祥任、賴雨昕的犯罪行為可以明確認定，應該依法進行論罪科刑。

參、論罪科刑與沒收：

一、論罪法條：

（一）行政院於115年6月25日修正「毒品之分級及品項」，將依托咪酯、美托咪酯改列為第一級毒品（原本是第二級毒品），並於000年0月00日生效，但是該變更為事實變更，不屬於法律變更，並無新舊法比較的問題，應該依據「行為時」空白刑法所填補的事實適用法律（最高法院113年度台非字第168號判決意旨參照）。

（二）因此，被告王祥任、賴雨昕行為所構成的犯罪是毒品危害防制條例第9條第3項、第4條第2項（起訴書論罪法條贅載第3項）販賣第二級毒品而混合二種以上毒品罪。又被告王祥任、賴雨昕意圖販賣而持有第二級毒品而混合二種以上毒品的低度行為，應該被販賣的高度行為吸收，不另外論罪。

二、被告王祥任、賴雨昕與鄭長春之間存在販賣菸油的犯意聯絡以及行為分擔，應該依據刑法第28條的規定，論以共同正犯。

三、刑罰加重、減輕事由：

（一）被告王祥任、賴雨昕販賣第二級毒品而混合二種以上毒品，應依毒品危害防制條例第9條第3項規定，適用最高級別毒品（即第二級毒品）的法定刑，並加重其刑。

（二）被告王祥任、賴雨昕於偵查、審理自白販賣菸油，可以依毒品危害防制條例第17條第2項的規定，減輕被告王祥任、賴雨昕的處罰。

（三）再適用刑法第59條規定減輕被告賴雨昕的處罰：

1.如果犯罪的情狀顯可憫恕，認為科以最低刑度仍然過重的話，可以酌量減輕其刑，刑法第59條有明文規定，而所謂的「顯可憫恕」，是指被告犯行存在情輕法重情況，客觀上足以引起一般人同情，處以法定最低刑度仍然失衡、過於苛刻，值得讓人憫恕的情形。

2.被告賴雨昕到案以後承認犯罪，態度不算太差，又被告賴雨昕共同販賣毒品的次數、對象為1次及1人，販售毒品的數量、價格也與大量販售毒品獲取暴利的大毒梟或中上盤賣家顯然不同。此外，被告王祥任才是販賣毒品犯罪的主導者，被告賴雨昕只是因為與被告王祥任是男女朋友關係才會參與犯罪，也沒有證據顯示鄭長春如果依照約定將所得價金回帳以後，被告賴雨昕能對該款項有任何的處分權限，行為分擔相較於被告王祥任是比較輕微的。

3.再加上被告賴雨昕現在才25歲，也有正當的工作，考慮以上加重及減刑事由之後，最低處斷刑度為有期徒刑5年以上（不含有期徒刑5年），對比被告賴雨昕的犯後態度、犯罪情節及年齡，不免過於苛刻，嚴厲的刑罰對於被告賴雨昕來說沒有任何的幫助，客觀上確實足以引起一般人的同情，屬於值得讓人憫恕的情況，應該再適用刑法第59條規定，酌量減輕其刑。

（四）依刑法第71條第1項規定，先加後減之，又被告賴雨昕有多數可以減輕處罰規定的適用，依刑法第70條規定，遞減之。

四、量刑：

（一）審酌毒品對於個人與社會產生嚴重、廣泛的危害，被告王祥任、賴雨昕漠視國家杜絕毒品犯罪的禁令與刑罰，竟然與他人共同意圖營利販賣混合第二級毒品、第三級毒品成分的菸油，助長毒品流通，危害社會治安及他人健康，實在應該加以譴責，幸好被告王祥任、賴雨昕始終坦承犯行，態度良好，對於司法資源有一定程度的節省。

（二）一併考慮被告王祥任有違反個人資料保護法、妨害自由的前科，被告賴雨昕則沒有前科。又被告王祥任於準備程序說自己國中肄業的智識程度，從事模具工作，月收入約4萬3,000元，與女友同住的家庭經濟生活狀況；被告賴雨昕則於審理程序說自己高中肄業的智識程度，從事服務業，月收入約3至4萬元的家庭經濟生活狀況，以及被告王祥任、賴雨昕販售的菸油數量，對象只有1人，尚未取得回帳款項即被查獲，實際獲得的利益有限等一切因素，量處如主文所示之刑。

五、沒收的說明：

（一）扣案被告賴雨昕所有IPHONE-11手機1支，是被告賴雨昕記載販毒帳務的工具（偵59818卷第78頁），屬於犯罪所用之物，應依毒品危害防制條例第19條第1項規定，宣告沒收。

（二）扣案被告王祥任所有IPHONE-XR手機1支，則沒有證據顯示與本案有關，無法宣告沒收，應該由檢察官另外進行處理比較適當。又被告王祥任、賴雨昕尚未向鄭長春取得販售50毫升菸油的回款就被警方查獲，也沒有證據顯示鄭長春完成給付，無法認為被告王祥任、賴雨昕已經取得犯罪所得，不能對被告王祥任、賴雨昕宣告沒收，檢察官聲請沒收犯罪所得（起訴書第7頁），難以准許。

據上論斷，應依刑事訴訟法第299條第1項前段，判決如主文。

本案經檢察官余佳恩提起公訴，檢察官陳冠穎到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　7　　月　　22　　日

刑事第十一庭　審判長法　官　劉景宜

法　官　梁茵茵

法　官　陳柏榮

上列正本證明與原本無異。

如不服本判決，應於送達後20日內敘明上訴理由，向本院提出上訴狀，上訴於本院第二審合議庭（應附繕本）。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　余逸安

中　　華　　民　　國　　115　　年　　7　　月　　22　　日

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。

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。