臺灣新北地方法院刑事判決

115年度訴字第314號

公　訴　人　臺灣新北地方檢察署檢察官
被　　告　湯皓倫
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000
指定辯護人　本院公設辯護人湯明純

上列被告因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549號），本院判決如下：

主　文

Ａ０６成年人與少年共同犯販賣第二級毒品罪，處有期徒刑拾年貳月。未扣案之犯罪所得新臺幣壹仟元與林○如共同沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，共同追徵其價額。

犯罪事實

一、Ａ０６與少女林○如（民國00年0月生、真實姓名年籍詳卷）前係男女朋友關係，Ａ０６明知林○如為未成年人，亦明知依托咪酯係毒品危害防制條例第2條第2項第2款所規定之第二級毒品（依托咪酯嗣於115年6月27日改列為第一級毒品，惟以下均以案發時所屬之第二級毒品稱之），不得非法持有、販賣，竟與林○如共同基於意圖營利販賣第二級毒品之犯意聯絡，於114年6月27日上午11時10分許，在新北市○○區○○路0號喜客商旅1306號房（下稱1306號房）內，於Ａ０１來訪表達購買依托咪酯菸彈意願時，由林○如向Ａ０６告稱Ａ０１欲購買依托咪酯菸彈，惟其身上僅有新臺幣（下同）1,000元等語，Ａ０６同意後，當場灌入半顆依托咪酯菸彈（下稱本案菸彈）交予Ａ０１，並向Ａ０１收取現金1,000元而完成交易，Ａ０６取得現金後，隨即將1,000元交給林○如保管。嗣Ａ０１於同日中午12時29分許，在新北市○○區○○路0段00號路邊吸食依托咪酯菸彈為警查獲，並循線查獲上情。

二、案經新北市政府警察局三重分局報告臺灣新北地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

一、證據能力：

㈠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項定有明文。經查，證人即共同正犯林○如於警詢中之陳述，被告Ａ０６及其辯護人於本院準備程序中否認上開證人警詢陳述之證據能力，復查無刑事訴訟法第159條之2至第159條之5例外得為證據之情形，依前開法條之規定，上開證人於警詢中之陳述，無證據能力。

㈡被告以外之人於審判外之陳述，雖不符刑事訴訟法第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，知有刑事訴訟法第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，刑事訴訟法第159條之5定有明文。經查，除上述無證據能力部分外，本院以下所引用被告以外之人於審判外之陳述，被告及其辯護人對本院提示之卷證，表示不爭執其證據能力（見本院卷第52頁），且迄至言詞辯論終結前亦未再聲明異議（見審理筆錄第14至16頁），本院審酌上開證據資料製作時之情況，尚無違法不當或證明力明顯過低之瑕疵，亦認以之作為證據，應屬適當，揆諸上開規定，自均有證據能力。

㈢本判決所引用之非供述證據，並無證據證明係公務員違背法令程序所取得，亦無顯有不可信之情況，且經本院於審理期日為合法調查，依刑事訴訟法第158條之4之反面解釋，該等證據自得作為本案裁判之資料。

二、認定犯罪事實所憑證據及理由：

訊據被告固坦承其於上開時、地與林○如同在1306號房，且證人即購毒者Ａ０１當時亦前往1306號房等情，惟矢口否認

有何販賣第二級毒品犯行，辯稱：本案菸彈係由林○如賣給Ａ０１，而非我賣的，Ａ０１進來1306號房時我在上廁所，不知道Ａ０１跟林○如在做什麼，我出來的時候已經看到Ａ０１在抽菸彈，我也沒有收受任何毒品價金等語；辯護人則為被告辯護稱：Ａ０１於警詢、偵訊及審理中始終證稱係向林○如購買本案菸彈，被告並未參與，至林○如之證述涉及其自身訴訟利害，本難期待其為真實陳述，不足作為不利被告之證據，本案犯罪不能證明，請為無罪之諭知等語。經查：

㈠被告於114年6月26日起，與林○如以張紹偉之名義共同入住1306號房，嗣Ａ０１於114年6月27日上午10時許，由林○如代為叫車，Ａ０１隨即搭乘計程車抵達新北市○○區○○路0號前下車，並由林○如下樓帶同Ａ０１進入1306號房，Ａ０１於1306號房內取得依托咪酯菸彈等情，業據被告供承在卷（見少連偵卷第17至31、207至217頁、本院卷第51頁），並有證人Ａ０１於警詢、偵訊之證述；證人林○如於偵訊及本院審理中之證述在卷可稽（見少連偵卷第109至112、113至116、103至105、303至309、127至130頁），且有喜客商旅住客名單及計程車叫車紀錄、喜客商旅及路口監視器畫面擷圖、員警密錄器錄影畫面擷圖及臺北榮民總醫院114年7月28日北榮毒鑑字第AH540號毒品成分鑑定書存卷可查（見少連偵卷第89至95、153至155、151頁），是此部分事實，首堪認定。

㈡被告與林○如就販賣本案菸彈與Ａ０１之犯行，有犯意聯絡及行為分擔，為共同正犯：

1.證人林○如於114年9月18日偵訊中具結證稱：當天Ａ０１去1306號房是要找被告拿手機，拿完手機後就問我可不可以拿菸彈，我請Ａ０１去問被告，因為東西是被告的，Ａ０１就跟被告說他只有1,000元可不可以拿，被告當場灌了半顆菸彈給Ａ０１，Ａ０１則交付現金給被告，但被告把錢交給我保管，我有幫被告賣菸彈，我是去我的朋友群找客人，如果

有人要買，會聯繫我，我再聯繫被告，告知被告客人要的數量等語（見少連偵卷第128頁）；復於115年1月5日偵訊時結證稱：Ａ０１到1306號房時被告在廁所，我用手機傳訊息跟被告說Ａ０１要買菸彈但只有1,000元，被告好像回覆說去買雞之類的，後來被告自己出來，應該是我幫Ａ０１問被告說只有1,000元可不可以拿菸彈，被告就灌了半顆菸彈給Ａ０１，因為我們一顆菸彈是賣2,000元，毒品價金是交給Ａ０６，Ａ０６再交給我等語（見少連偵卷第305頁至第307頁）。證人林○如並於本院審理中具結證稱：我當時跟被告是男女朋友關係，Ａ０１那天是要跟被告拿手機而進入1306號房，後來是被告拿1顆菸彈給他，我忘了是誰灌好的，偵查說是被告灌的應該是對的，菸彈本來是Ａ０６的，Ａ０１在1306號房裡面有付錢，付了1,000元，錢是交給Ａ０６等語（見審理筆錄第4至8頁）。是核證人林○如前後所述交易本案菸彈之過程、價金交付方式均大致相同，且亦坦承自身參與情節，並無刻意推諉之情，足認其證述具有相當之憑信性，堪信屬實。

2. 復參以扣案林○如所持用之行動電話內其於案發當日與被告之通訊軟體對話紀錄擷圖顯示，林○如向被告傳送「剛本來要跟你講他要拿蛋，我叫他問你」，被告則回覆「沒錢還要拿蛋」、「去買雞比較快」等語（見少連偵卷第160頁），而被告於警詢、偵訊中亦自承：我與林○如之前是男女朋友關係，我跟林○如一起入住1306號房，當時林○如因沒有生活費，跟我提議要把我自己吸食多的依托咪酯菸彈拿去賣掉當生活費；Ａ０１問林○如可不可以拿菸彈時，我在廁所，所以林○如就用通訊軟體問我，我說沒錢就買雞蛋就好等語（見少連偵卷第23頁）。足見被告於事前已知悉且與林○如商議販賣其所有之依托咪酯菸彈，林○如亦確有向被告報告交易本案菸彈之行為，足認被告確係就本案毒品交易享有決定權限之人，而與林○如就販賣本案菸彈與Ａ０１之犯行，有犯意聯絡及行為分擔，為共同正犯。至被告所辯係林○如

自行將多的菸彈拿去販售、其係事後始看見Ａ０１在抽等語，顯與上開客觀事證不符，不足採信。

㈢不採證人Ａ０１有利被告證述之理由：

1.證人Ａ０１於警詢時先係陳稱：我於案發當時是撥打電話到我自己的手機，電話是1個女生「奈奈」（本院按，即證人林○如，以下均稱林○如）接的，我就跟林○如約見面拿我的手機，我是找林○如不是找張紹偉，我跟張紹偉是朋友關係，跟林○如不太熟，也沒有其他聯繫方式，後來林○如帶我到1306號房後，我就跟林○如要了1個菸彈，並給他1,000元，當時張紹偉在場，坐在房間床上等語（見少連偵卷第109至112、113至116頁）；復於114年9月9日偵訊時供稱：我有看過林○如但不認識，我進入1306號房後就向林○如以1,000元為代價購買依托咪酯菸彈1顆，我是直接給現金，當時房間還有另外一名男性，他都在滑手機，沒有講話等語（見少連偵卷第104至105頁）；嗣於115年1月5日偵訊時又改稱：我是向林○如購買本案菸彈，菸彈是林○如自己灌的，大概灌了一半，當時我有叫被告，被告在廁所洗澡等語，後又改稱：我有拜託林○如幫我問菸彈的事，當時被告已經出來了，菸彈是誰灌的我沒有看清楚，但是是林○如拿給我的，1,000元毒品價金則是交給被告等語（見少連偵卷第303至309頁）。是證人Ａ０１先係供稱在場男子為張紹偉，且未交付毒品價金與被告，復經與證人林○如對質後，始又證稱係交給被告，對於價金交付對象說詞反覆不一，其證詞是否可信，已非無疑。

2.證人Ａ０１於本院審判期日雖又改稱：我不認識林○如，我當時進去1306號房後有拿到本案菸彈，錢是交給林○如，被告當時在洗澡，只是中途有出來叫我不要抽菸，後來又進去洗澡等語，並就毒品金額改稱為1,500元（見審理筆錄第9至13頁）。惟證人Ａ０１於審判期日之證述，就案發當日是否曾前往1306號房、本案菸彈是否已經灌好、有無付款、付款金額為何等節，多次以搖頭表示並無印象、或答以「太久

了，忘記了」「記不得」，可見其於本院作證時之記憶確已顯著模糊，則其證詞是否仍屬可信，顯有疑問。況被告與林○如就販賣本案菸彈之行為，有犯意聯絡，行為分擔，業經本院認定如前，則無論本案菸彈係由被告或林○如交付Ａ０１，及價金係由被告或林○如何人收受，均不影響本案犯罪之成立。

㈣我國就販賣毒品行為之查緝一向執法甚嚴，並科以重刑，且販賣毒品係違法行為，不可公然為之，亦無公定價格，容易分裝及增減份量，每次買賣之價量，可能隨時依雙方關係深淺、資力、需求量及對行情之認知、來源是否充裕、查緝是否嚴謹、購買者被查獲時供述購買對象之可能風險之評估等情形，而異其標準，非可一概而論；販賣之利得，除被告坦承犯行或價量俱臻明確外，委難察得實情，販賣之人以「價差」或「量差」或「調降純度」謀取利潤之方式或有差異，然其意圖營利之販賣行為則屬相同，並無二致。查：被告於警詢中自承：林○如因沒有生活費，跟我提議要把我自己吸食多的依托咪酯菸彈拿去賣掉當生活費等語，已如前述，是堪認被告本案販賣毒品之行為，有營利之意圖至明。

㈤綜上所述，本案事證明確，被告上揭犯行洵堪認定，應依法論科。

三、論罪科刑：

㈠按行政院公告修正「毒品之分級及品項」部分分級及品項，性質上屬於事實變更，而非刑罰法律有所變更，其效力僅及於公告修正後之行為，並無溯及既往之效力，自不生刑法第2條第1項新舊法比較適用之問題。查被告行為時，依托咪酯屬毒品危害防制條例所列管之第二級毒品，嗣被告行為後，行政院公告修正「毒品之分級及品項」，將依托咪酯改列第一級毒品，並自000年0月00日生效。揆諸前揭說明，本件自應逕適用被告行為時之規定論處。

㈡是核被告所為，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。被告因販賣而持有第二級毒品之低度行為，

應為其販賣第二級毒品之高度行為所吸收，不另論罪。

㈢被告與林○如就本案販賣第二級毒品犯行，有犯意聯絡及行為分擔，為共同正犯。

㈣按兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段規定：「成年人教唆、幫助或利用兒童及少年犯罪或與之共同實施犯罪或故意對其犯罪者，加重其刑至2分之1」，雖係以年齡作為加重刑罰之要件，但不以行為人明知其年齡為必要，其若具有不確定故意，仍有適用（最高法院112年度台上字第3233號判決意旨參照）。查被告為本案行為時係成年人，而少女林○如為00年0月生，於行為時係12歲以上未滿18歲之少年，有其年籍資料在卷可查，而被告於警詢時自承林○如為其交往中之女友，二人並於案發前共同入住旅館多日（見少連偵卷第23頁），證人林○如於本院審判期日亦結證稱其與被告當時是男女朋友關係，被告自無不知林○如實際年齡之理，足認被告於行為時已知悉林○如係未滿18歲之少年。是被告係成年人，與少女林○如共同犯販賣第二級毒品罪，應依兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段之規定，加重其刑。

㈤爰以行為人之責任為基礎，審酌被告明知毒品對於身心之危害，竟無視國家杜絕毒品之禁令，將毒品販賣與購毒者，使購買之吸毒者更加產生對於毒品之依賴性及成癮性，戕害他人健康，並有滋生其他犯罪之可能，危害社會治安，減損國家國力、競爭力，惡性非輕，實屬可責，應予以相當之非難，並考量被告否認犯行之犯後態度，本案交易毒品之數量、價金，兼衡其犯罪之動機、手段、目的、素行，及被告自述高中肄業之智識程度、從事貨運、月收約4至5萬、需扶養2名子女之生活狀況（均被告於本院審理時自陳）等一切情狀，量處如主文所示之刑。

四、沒收：

㈠按犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之；前開沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。刑法第

38條之1第1項前段、第3項定有明文。復按共同正犯各成員內部間，對於不法利得分配明確時，應依各人實際分配所得沒收，至於共同正犯各成員對於不法利得享有共同處分權限時，則應負共同沒收之責。查本案販賣毒品之犯罪所得1,000元未據扣案，而被告於警詢中陳稱：當時我的錢都是林○如在管理，生活費我會再拿錢出來用等語（見少連偵卷第23頁）。復考量被告與林○如當時為男女朋友關係，是本案尚難區別被告與林○如分潤之比例，揆諸前開說明，自應認被告與林○如就上開犯罪所得，具有事實上之共同支配關係，享有共同處分權限，而應依刑法第38條之1第1項前段、第3項規定，由被告與林○如共同負沒收之責任，而應依刑法第38條之1第1項規定宣告沒收，並於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，依同條第3項規定共同追徵其價額。

㈡扣案行動電話1支（廠牌：VIVO），公訴意旨雖認係被告供本案販賣毒品所用之物，請求依毒品危害防制條例第19條第1項規定宣告沒收。惟查，本案交易係Ａ０１到場後當面洽談並完成，被告與Ａ０１間並無以該行動電話聯繫之情形；至被告與林○如間之社交軟體對話，卷內係由林○如所有之行動電話擷取，尚無證據足認上開扣案行動電話確係供本案犯行所用之物，爰不予宣告沒收。至其餘扣案物，亦難認與本案販賣第二級毒品之犯罪行為有何直接關連，故不於本案宣告沒收，併此敘明。

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Ａ０５提起公訴，檢察官彭聖斐、鍾子萱到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　22　　日

刑事第一庭　審判長法　官　王綽光

法　官　楊展庚

法　官　祝少廷

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　王志成

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　22　　日

附錄論罪科刑法條：
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150萬元以下罰金。
前5項之未遂犯罰之。