臺灣臺中地方法院刑事判決

114年度訴字第342號

公　訴　人　臺灣臺中地方檢察署檢察官

被　　告　高銘助

000000000000000000

000000000000000000

指定辯護人　黃士瑋律師(法扶律師)

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（113年度偵字第55993號）及移送併辦(114年度偵字第14207號)，本院判決如下：

主　文

高銘助犯販賣第三級毒品未遂罪，處有期徒刑貳年拾月。

扣案如附表編號1至3所示之物，均沒收之。

事　實

一、高銘助明知氯甲基卡西酮（Chloromethcathinone、CMC）係毒品危害防制條例列管之第三級毒品，依法不得販賣，仍意圖營利，基於販賣第三級毒品之犯意，於民國113年11月5日19時至20時許，與劉泓劭使用通訊軟體Telegram聯繫，雙方約定以高銘助新臺幣（下同）6000元代價販賣50包毒品咖啡包予劉泓劭，議定完成後，高銘助即於同日23時許，聯繫不詳賣家購買含有第三級毒品氯甲基卡西酮成分之美鈔圖案包裝毒咖啡包50包以販售予劉泓劭，高銘助取得上開毒品咖啡包50包後，即於113年11月6日1時許，以Telegram通知劉泓劭至其位在臺中市○區○○○街00號之住處旁進行交易，劉泓劭到達後，高銘助即向劉泓劭收取現金6000元，惟劉泓劭係為配合警方為偵辦高銘助涉嫌販賣毒品案件，始聯繫高銘助佯稱欲購買上開毒咖啡包50包，其並無購買上開毒品咖啡包50包之真意，在旁埋伏之警方於交易時當場逮捕高銘助而未遂，並扣得高銘助所有如附表所示之物。

二、案經臺中市政府警察局第四分局報告臺灣臺中地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

壹、證據能力部分：

一、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。又被告以外之人，於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，與審判中不符時，其先前之陳述具有較可信之特別情況，且為證明犯罪事實存否所必要者，得為證據；刑事訴訟法第159條之2定有明文，另被告以外之人於審判中若有死亡、身心障害致記憶喪失或無法陳述、滯留國外或所在不明而無法傳喚或傳喚不到、到庭後無正當理由拒絕陳述者，其於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，經證明具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要者，得為證據，刑事訴訟法第159條之3亦定有明文。被告高明助之辯護人於準備程序及審理中否認證人劉泓劭於警詢中陳述之證據能力。經查，本件檢察官、被告或辯護人均無傳訊證人劉泓劭到庭作證，故上開證人於警詢中證述之情節並無與審判中不符之情形，不符合刑事訴訟法第159條之2或同法第159條之3規定例外得做為證據之情形，故依上開規定，證人劉泓劭之警詢之陳述，對被告之犯罪事實應無證據能力。

二、被告於審理中辯稱：我之前沒有販賣給劉泓劭，他之前有欠我四萬多元，他都是來還我錢，劉泓劭每次都是問問而已，我有時後就跟劉泓劭隨便講，他一直盧我，我受不了，有時候他不還我錢的時候，就一直盧我，我就跟他喇賽，每次都這樣，我受不了他。劉泓劭一直密我，我受不了，因為他車禍跟我借錢，如果我不理他，他不會還我錢，劉泓劭叫我幫他買，我就去X-CUBE夜店買等語，辯護人亦為被告辯護稱：依起訴書及移送併辦意旨書記載之犯罪事實，並未提及被告有於本案犯行前，張貼發布任何暗示可進行毒品交易之廣告訊息，亦未認定被告與劉泓劭於本案犯行前，曾完成過其他毒品交易，而具有一定交易經驗或默契。劉泓劭係於自身涉

販毒案件警詢時，供稱其毒品來源為被告，嗣警方告知供出毒品來源可減免其刑後，即表示同意配合警方向上溯源擴大調查，遍觀偵卷所附證據，除劉泓劭前揭供述內容外，別無其他證據支持被告確有販毒予劉泓劭，本案員警係在未有任何證據足認被告已有犯罪嫌疑或已顯露其犯罪傾向下，即指示劉泓劭誘捕，實難認本案員警發動誘捕偵查為正當合法，且劉泓劭知悉供出毒品上游可以減刑後有向員警表示所有事情都可以配合，復稱若當日沒有被檢察官羈押，可以用購買毒品的名義，約被告見面並配合警方去抓被告，顯係為了讓其毒品案件能夠減刑，其有誘使被告為本案犯行之強烈動機，另公訴意旨認定被告購入咖啡包之時間點，係於劉泓劭同意配合警方以購毒名義約被告見面交易之後，案發當天查扣之咖啡包共計50包，與被告販售予劉泓劭之咖啡包數量相同，被告遭查獲時並未持有本案以外之毒品，其販毒範圍並未超過教唆行為範圍，復依交易當日雙方之對話訊息，可知劉泓劭係主動向被告詢問「喝的有嗎」、「銅板」等訊息後，被告始回覆「銅板ㄟ6千」，被告前於104年間曾有販毒的前科，也從未否認自己有吸毒的習慣，所以知道相關的毒品術語，且在本案之前，確實會跟劉泓劭見面聯絡，被告供稱其係因劉泓劭一再要求，不堪其擾始購入咖啡包，應非無稽，本案員警使用之誘捕偵查手段，顯已使原無犯罪故意之被告萌生犯意，而屬創造犯意之「陷害教唆」無疑。卷內無足夠之事證可認被告與劉泓劭聯繫前即有販賣第三級毒品氯甲基卡西酮之犯罪意思，公訴意旨就此部分所舉之證據，均係因警方陷害教唆而取得，其取得程序既有重大瑕疵，應認均無證據能力，不足以採為不利於被告之認定，而難憑此遽認被告有販賣第三級毒品未遂犯行等語。惟按司法警察機關使用之誘捕方式辦案大致區分為兩種類型，一為「犯意創造型」誘捕，一為「機會提供型」誘捕。前者，又稱為「陷害教唆」，係指行為人原無犯罪意思，因受他人（如便衣警察）之引誘，始萌生犯意，進而著手實行犯罪構成要件行為

而言，此種情形所取得之證據，因違反正當法律程序，且逾越偵查犯罪之必要程度，應無證據能力。後者，又稱為「機會教唆」，係指行為人原本即有犯罪之意思，其從事犯罪構成要件行為之犯意，並非他人（如便衣警察）所創造，司法警察僅係利用機會加以誘捕，此種情形之犯罪行為人原本具有犯意，並非司法警察所造意，司法警察僅係運用設計引誘之偵查技巧（俗稱釣魚），使其暴露犯罪事證而加以逮捕偵辦，並未違反憲法對於基本人權之保障，且於公共利益之維護有其必要性，故依此所取得之證據具有適法之證據能力，法院自得採為論罪科刑之依據（最高法院107年度台上字第4278號判決意旨參照）。經查：

1、證人劉泓劭於偵查中證稱：我是用飛機軟體跟高銘助聯絡，我的暱稱是老司機，我之前就有跟高銘助買過K他命跟菸彈，約從113年初開始購買，我一開始有賣K他命給別人，也有自己施用，之後有被抓販賣，我的毒品來源是高銘助，K他命每次50公克約3萬多到4萬，菸彈一瓶10ML約3500至4000元，買來自己施用，之前也買過咖啡包要自己用，我在警詢講的都實在等語明確(見偵55993卷第147至149頁)，參以被告(暱稱海洋)與證人劉泓劭之Telegram於11月5日之對話紀錄(見偵55993卷第83至85頁)：「(劉)哥，在嗎？有事找你。哥，喝的有嗎？(高)哩共。(劉)喝的有嗎？銅板。(高)銅板ㄟ6千。(劉)好歐。(高)你如果要我叫人家拿過來。(劉)要。(高)等我一下。(劉)我跟我朋友借交通。(高)你等我一下，我看他何時要過。(劉)好，好的，現在菸(圖示)很貴嗎？(高)現在菸、銅板，恩...在230。(劉)瞭解，那我等你，我等等過去。(高)我等等跟你說。(劉)好歐，剛好朋友要。(高)你看看要不要100。(劉)我問看看朋友要不要一起拿。等我喔。(高)好。(劉)一百一樣一包120嗎？(高)125。(劉)我問問看。(高)料貴。(劉)現在漲價喔？(高)嗯。(劉)好，我問看看，哥可以過去的時候跟我說一下。(高)好。(劉)乾脆，朋友還沒回，我先拿我要的，他晚一點要我再跟

哥說，我先拿銅板，愛你喔。(高)好。(劉)好，我等等過去。(高)我等等要出門，你密我另外一支。等等給你密。(劉)好」；被告(暱稱金金)與證人劉泓劭之Telegram於11月5日及6日之對話紀錄(見偵55993卷第85至86頁)：「(劉)哥，這隻嗎？(高)嘿呀，等等給你密。(劉)好，謝哥我跟朋友說叫他等我。(高)11點多那。(劉)好，哥大概在多久呀，還會很久嗎？(高)不然我等等過去。(劉)好喔，哥有了嗎？(高)出發了啦，他等一下快到時候跟你講，不然你12點半來。(劉)好喔。我等等過去。(高)好。來啊，你過來，人要到了。(劉)好歐，等等到了打給哥，你朋友會拿給我齁？啊我錢給他嗎？(高)我拿給你，你錢給我就好，你多久？你多久？我要找人耶。(劉)我去牽交通一下。哥，到了。(高)我10分鐘到，你旁邊等一下。我到了你可以過來了。(劉)等我一下。(高)好。(劉)外面太冷，跑去買菸，到了打給哥。」從上開對話紀錄可見，證人劉泓劭一傳訊息給被告詢問「有喝的嗎」，並補充說明要「銅板」時，被告立即回應「銅板ㄟ6千，你如果要我叫人家拿過來」，絲毫沒有疑惑證人劉泓劭所指的飲料為何，亦無反對或拒絕之意思，反而直接回覆金額6000元，復於證人劉泓劭詢問菸是否很貴時，直接回覆證人劉泓劭價格是230，並主動詢問證人劉泓劭要不要100，實與未曾販賣毒品給證人劉泓劭之情形下正常之反應不同，況且證人劉泓劭一開始僅詢問被告是否有喝的銅板，並未提到想要購買之數量，被告即直接跟證人劉泓劭回覆「銅板ㄟ6千」，可見被告事先即已知悉證人劉泓劭要拿多少的量，其等間顯曾有過交易而被告因而知悉證人劉泓劭購買之習慣，否則自不可能如此回覆證人劉泓劭，況且被告於證人劉泓劭詢問「一百一樣一包120嗎」時，回覆125，並跟證人劉泓劭表示料貴，更足見證人劉泓劭曾經跟被告以一包120元之價格購買過相同種類之毒品咖啡包，被告與證人劉泓劭之對話紀錄從頭至尾均在討論交易毒品之細節，絲毫沒有被告所稱一直被證人劉泓劭煩之情形，其等於對話紀錄中除了

提到購買本案毒品咖啡包以外，證人劉泓劭尚有詢問被告菸彈之價格，被告亦回報價格給證人劉泓劭，證人劉泓劭證述情節，與上開對話紀錄內容完全相符，被告遭查扣之毒品咖啡包數量非低，如其非經常販賣毒品給證人劉泓劭，實難於短時間內即取得如此數量之毒品，自可認被告於本案前即已有販賣菸彈及毒品咖啡包給證人劉泓劭之情事，其本件販賣毒品咖啡包50包之犯意，顯非證人劉泓劭為配合警方追查被告販賣毒品犯行所創造自明。

2、是本件被告原即有販賣第三級毒品之犯意，依照前開最高法院判決意旨，應認為本件警方之偵查屬於合法誘捕偵查，而非屬學理上所稱之「陷害教唆」，所取得犯罪證據應有證據能力，被告及辯護人上開主張顯無可採。

貳、實體方面：

一、認定事實所憑之證據及理由：

(一)前揭犯罪事實，業據被告於警詢、偵查、本院準備程序及審理時均坦承不諱（見偵55993卷第23至29、141至143、145至146頁、訴字卷第162、198至200頁），核與證人劉泓劭於偵查中證述(見偵55993卷第147至149頁)相符，並有員警職務報告、臺中市政府警察局第四分局扣押筆錄、扣押物品目錄表、扣押物品收據、本院113年度聲搜字第3501號搜索票、自願受搜索同意、臺中市政府警察局第四分局搜索、扣押筆錄、扣押物品目錄表、扣押物品收據2份、應扣押物發還員警領據、113年11月6日查獲現場及扣案物品照片、證人劉泓劭手機TELEGRAM對話紀錄擷圖、欣生生物科技股份有限公司成分鑑定報告、內政部警政署刑事警察局113年11月21日刑理字第1136143016號鑑定書各1份（見偵55993卷第21、49至57、59至73、75、77至81、83至86、195、197至201頁）在卷可憑，是前揭證據均足以作為被告自白之補強，足認被告上開任意性自白與事實相符，堪信屬實。

(二)按我國查緝販賣毒品，一向執法甚嚴，對於販賣毒品者尤科以重度刑責，又販賣毒品既係違法行為，當非可公然為之，

亦無公定價格，且容易分裝並增減份量，而每次買賣之價量，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、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，販賣之人從價差或量差中牟利之方式雖異，其意圖營利之販賣行為則同一。兼以毒品通常量微價高，販賣者確有暴利可圖，苟非意圖販賣營利，一般人焉有可能甘冒重度刑責而販賣毒品。又販賣毒品者，其主觀上須有營利之意圖，且客觀上有販賣之行為，即足構成，至於實際上是否已經獲利，則非所問（最高法院104年度台上字第407號判決意旨參照）。查證人劉泓劭係與被告約定價購毒品咖啡包，並非無償取得，被告於對話紀錄中對證人劉泓劭表示料貴，當無賠本求售之可能，且其賣給證人劉泓劭每包毒品咖啡包之價格為120元，並無明顯低於市場行情，復被告坦承本件販賣第三級毒品未遂犯行，主觀上顯有獲取利益之意思，是其主觀上有營利之販賣意圖甚明，綜上，本案事證明確，被告上開犯行，均堪認定，應依法論科。

(三)公訴意旨雖認被告於113年11月1日21時許，即在臺中市○○區○○路00號之X-CUBE夜店，向不詳男子，購買本案毒咖啡包50包，預備供販賣予證人劉泓劭等情，此係被告於偵查中供述之內容(見偵55993卷第143頁)，然依被告與證人劉泓劭上開對話內容觀之，被告顯係於113年11月5日19至20時許與證人劉泓劭談妥交易之數量及金額後，始於同日23時許向不知名之賣家取得本案毒品咖啡包50包，是此部分公訴意旨榮有誤會，應予更正，併此敘明。

二、論罪科刑：

(一)按刑事偵查技術上所謂之「釣魚」，係指對於原已犯罪或具有犯罪故意之人，以設計引誘之方式，迎合其要求，使其暴露犯罪事證，再加以逮捕或偵辦者而言。此乃純屬偵查犯罪技巧之範疇，並未違反憲法對於基本人權之保障，且於公共

利益之維護有其必要性。警方為求破案，授意執勤員警佯裝購毒而與毒販聯繫，經毒販允諾，依約攜帶毒品交付予佯裝購毒之人，旋為埋伏警員當場查獲者，於此誘捕偵查案件，販毒者雖有販毒之故意，且依約攜帶毒品前往交付，並已著手實施販毒之行為，然因係受警員引誘偽稱欲購買毒品，警員原無買受毒品之意思，其虛與買賣毒品，意在辦案，以求人贓俱獲，伺機逮捕，實際上不能真正完成買賣毒品之行為，而應僅論以販賣毒品未遂罪（最高法院93年度台上字第1159號判決要旨參照）。本案乃員警與證人劉泓劭配合查緝證人劉泓劭之毒品上游即被告，證人劉泓劭依其之前與被告交易毒品之模式與被告聯繫後，由被告依約持摻有第三級毒品氯甲基卡西酮之毒品咖啡包50包到場，向證人劉泓劭收取價款，顯已著手實行販賣第三級毒品之行為，惟因員警及證人劉泓劭係為實施誘捕偵查而佯為買家，以求人贓俱獲，無實際買受真意，事實上不能真正完成買賣，被告就該次販賣第三級毒品之行為，僅能論以未遂。

(二)次按所謂販賣行為，須有營利之意思，方足構成，刑罰法律所規定之販賣罪，類皆為⑴意圖營利而販入，⑵意圖營利而販入並賣出，⑶基於販入以外之其他原因而持有，嗣意圖營利而賣出等類型。著手乃指實行犯意，尚未達於犯罪既遂之程度而言，從行為階段理論立場，意圖營利而販入，即為前述⑴、⑵販賣罪之著手，其中⑶之情形，則以另行起意販賣，向外求售或供買方看貨或與之議價時，或為其他實行犯意之行為者，為其罪之著手。而販賣行為之完成與否，胥賴標的物之是否交付作為既、未遂之標準。惟毒品危害防制條例對於販賣罪與意圖販賣而持有罪，均設有罰則，行為人持有毒品之目的，既在於販賣，不論係出於原始持有之目的，抑或初非以營利之目的而持有（例如受贈、吸用），嗣變更犯意，意圖販賣繼續持有，均與意圖販賣而持有毒品罪之要件該當，且與販賣罪有法條競合之適用，並擇販賣罪處罰，該意圖販賣而持有僅不另論罪而已，並非不處罰（最高法院

111年度台上字第1210號判決論旨參照）。本件被告意圖營利，基於販賣第三級毒品之犯意，購入本案毒品咖啡包50包，以每包120元之代價販賣與買家之證人劉泓劭未遂，其持有扣案之毒品咖啡包50包行為雖亦該當意圖販賣而持有第三級毒品罪，惟其意圖販賣而持有部分，與販賣未遂部分，屬法條競合關係，不另論罪。

(三)核被告所為，係犯毒品危害防制條例第4條第6項、第3項之販賣第三級毒品未遂罪。

(四)刑之加重、減輕事由：

1、按法院於審酌被告是否適用累犯規定而加重其刑時，訴訟程序上應先由檢察官就前階段被告構成累犯之事實，以及後階段應加重其刑之事項，主張並具體指出證明方法後，法院才需進行調查與辯論程序，而作為是否加重其刑之裁判基礎。前階段構成累犯事實為檢察官之實質舉證責任，後階段加重量刑事項為檢察官之說明責任，均應由檢察官分別負主張及具體指出證明方法之責（最高法院110年度台上字第5660號判決意旨參照）。檢察官認被告前於104年間，因違反毒品危害防制條例等案件，經本院以104年度訴字第676號判決判處有期徒刑2年8月、2年7月(共3罪)、4月(共2罪)，不得易科罰金部分應執行有期徒刑4年、得易科罰金部分應執行有期徒刑6月，不得易科罰金部分經最高法院以105年度台上字第1541號判決駁回上訴確定，得易科罰金部分經臺灣高等法院臺中分院以105年度上訴字第81號駁回上訴確定，上開各罪經台灣高等法院臺中分院以105年度聲字第1427號定應執行有期徒刑4年5月確定，於108年6月27日假釋出監，復於109年8月12日縮刑期滿假釋未經撤銷，視為執行完畢，5年內故意再犯本件有期徒刑以上之罪，為累犯，且提出刑案資料查註紀錄表佐證被告為累犯，就前階段構成累犯事實已盡實質舉證責任，就後階段加重量刑事項，檢察官亦說明被告於販賣毒品案件執行完畢後，又再犯罪質相同之販賣第三級毒品未遂罪，並非一時失慮、偶然發生，而前罪之徒刑執行無

成效，被告對於刑罰之反應力顯然薄弱，加重其法定最低度刑，並無可能使被告所受刑罰超過其所應負擔罪責之疑慮，請依刑法第47條第1項規定，加重其刑等語。是檢察官已具體說明被告所犯前後數罪間，關於前案之性質、前案徒刑之執行完畢情形、成效為何、兩罪間之差異、罪質、犯罪頻率、犯罪手段、犯罪型態、相互關聯性、主觀犯意所顯現之惡性及其反社會性等各項情狀，並具體指出證明方法。從而，本院依司法院釋字第775號解釋意旨，審酌被告於有期徒刑執行完畢後5年內，故意再犯本案販賣第三級毒品未遂犯行，顯見被告不知記取教訓，對刑罰之反應力薄弱，認適用刑法第47條第1項累犯加重之規定並無罪刑不相當之情事，爰依刑法第47條第1項規定，加重其刑。

2、被告雖已著手為販賣第三級毒品行為之實行，惟因員警及證人劉泓劭欠缺購買真意，自始即屬販賣行為不能完成，為未遂犯，爰依刑法第25條第2項之規定，按既遂犯之刑度減輕其刑。另按毒品危害防制條例第17條第2項規定：「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。」被告就本案犯罪事實欄所載販賣第三級毒品未遂犯行，於偵查及本院審理中均自白不諱，已如前述，爰依毒品危害防制條第17條第2項規定減輕其刑，並依法先加後遞減之。

(五)爰以行為人之責任為基礎，審酌被告當知毒品對個人健康及社會秩序戕害甚鉅，法律明文禁止販賣，竟無視國家法令，欲販賣毒品給證人劉泓劭，戕害他人身心健康，並破壞社會治安，其販賣及查扣毒品數量均非低，所為誠屬不該，所幸本案販賣對象為配合員警辦案之證人劉泓劭，於交易時即遭查獲，而未生實際販賣毒品與他人之結果，另考量被告於犯罪後坦承犯行，態度良好，被告前已有販賣毒品遭論罪科刑之前科，業如前述，素行不佳，且被告於前案執行完畢後5年內即再犯本案，未把握自新之機會，實不容輕縱。兼衡其犯罪動機、目的、手段、販賣毒品之數量，被告自陳國中畢

業之智識程度，在禮儀社工作，月收入約4至5萬元，未婚，無子女，與母親、姐姐同住，經濟狀況小康(見訴字卷第201頁)之家庭生活及經濟狀況等一切情狀，量處如主文所示之刑，以示懲儆。

(六)臺灣臺中地方檢察署檢察官114年度偵字第14207號移送併辦事實與起訴事實間，係相同事實之實質上一罪關係，為起訴效力所及，本院自應併予審理，附此說明。

參、沒收：

一、按毒品危害防制條例第18條第1項後段規定查獲之第三、四級毒品，無正當理由而擅自持有者，沒入銷燬之。此應沒入銷燬之毒品，專指查獲施用或持有（未成罪）之第三、四級毒品而言；倘屬同條例相關法條明文規定處罰之犯罪行為，即非該條項應依行政程序沒入銷燬之範圍。再同條例對於查獲之製造、運輸、販賣、意圖販賣而持有、以非法方法使人施用、引誘他人施用及轉讓第三、四級毒品之沒收，並無特別規定，如其行為已構成犯罪，則該毒品即屬不受法律保護之違禁物，應回歸刑法之適用，依刑法第38條第1項第1款之規定沒收之，始為適法（最高法院98年度台上字第2889號、96年度台上字第728號、99年度台上字第2733號刑事判決要旨參照）。查扣案之附表編號1所示之毒品咖啡包50包，含有第三級毒品氯甲基卡西酮，屬違禁物，而盛裝上開毒品之包裝袋，因包覆毒品，其上顯留有該毒品之殘渣，無論依何種方式均難與之析離，應整體視為查獲之第三級毒品，亦屬違禁物，均應依刑法第38條第1項之規定宣告沒收；至鑑定用罄部分，因已滅失，爰不為沒收之諭知。

二、又按犯毒品危害防制條例第4條至第9條、第12條、第13條或第14條第1項、第2項之罪者，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。經查，扣案之附表編號2、3手機各1支，均係被告用以從事本件販賣毒品行為之工具，業據被告於本院準備程序中供述明確(見訴字卷第168頁)，為供本案犯罪所用

之物，不問屬於犯罪行為人與否，均應諭知沒收。

三、附表編號8所示之物，含有第二級毒品依托咪酯，此有欣生生物科技股份有限公司113年12月20日編號4C20D901號成分鑑定報告1紙可參，惟按刑法第2條第1項前段所規定之「法律有變更」，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，此觀憲法第170條自明。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，應依「行為時」空白刑法填補之事實以適用法律（最高法院94年度台上字第771號號判決參照）。依托咪酯於113年8月5日經行政院以院臺法字第1131020962號增列為第三級毒品，於113年11月27日始經行政院以院臺法字第1131031622號公告改列為第二級毒品，此屬事實變更，不得溯及既往。被告遭查獲持有含有依托咪酯之煙彈時，依托咪酯仍屬於第三級毒品，應依毒品危害防制條例第三級毒品相關規定處理，本件被告不成立持有第二級毒品罪責。扣案如附表編號5、7、8所示之物，雖為被告所有，且附表編號8之物為違禁物，然卷內無證據足認該等物品與被告本案販賣第三級毒品有關，自無從宣告沒收，併此敘明。

四、公訴意旨雖認附表編號4之扣案現金，應依毒品危害防制條例第19條第3項規定宣告沒收，然該條規定犯第4條至第9條、第12條、第13條或第14條第1項、第2項之罪，有事實足以證明行為人所得支配之前二項規定以外之財物或財產上利益，係取自其他違法行為所得者，沒收之。被告於本院準備程序時表示：附表編號4之扣案現金是跟女友借來做生意

的，附表編號6的現金是自己身上的錢，不是販賣毒品的錢，跟本案無關等語（見訴字卷第168頁），本件卷內無證據可認該款項係取自其他違法行為所得，公訴意旨未舉出確切事證，徒以「被告沒有其他合法來源，被告販毒所得，請予宣告沒收」等語，請求依毒品危害防制條例第19條第3項規定沒收，自難憑採，爰不予宣告沒收，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。

本案經檢察官洪瑞君提起公訴，檢察官蕭如娟到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　8　　月　　14　　日

刑事第十庭　審判長法　官　楊欣怡

法　官　劉依伶

法　官　郭勁宏

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，並應敘述具體理由；其未敘述上訴之理由者，應於上訴期間屆滿後20日內向本院補提理由書（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

書記官　葉俊宏

中　　華　　民　　國　　114　　年　　8　　月　　14　　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 1 百 50 萬元以下罰金。

前五項之未遂犯罰之。

附表

編號	扣案物品名稱及數量	所有人	扣押處所
1	毒品咖啡包50包 (抽驗編號A37、A38，驗前毛重9.26公克，驗前淨重6.70公克，抽取編號A37檢驗含微量第三級毒品氯甲基卡西酮成分，純度未達1%，無法估算純質淨重)	高銘助	臺中市○區○○○街00號
2	iPhone XS 手機1支		臺中市○區○○○街00號旁
3	iPhone 8 手機1支		
4	現金53萬5000元		
5	iPhone 14 手機1支		
6	現金1萬7200元		臺中市○區○○○街00號（樂成宮第二收費停車場）
7	電子菸加熱器1個		
8	菸彈1個		