臺灣臺南地方法院刑事判決

115年度訴字第1853號

公　訴　人　臺灣臺南地方檢察署檢察官

被　　告　張柏毅

000000000000000000

000000000000000000

選任辯護人　黃雅玲律師

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（115年度偵字第4043號、第7787號、第11762號），本院判決如下：

主　文

張柏毅販賣第二級毒品，共二罪，各處有期徒刑五年二月，應執行有期徒刑五年六月。

未扣案販賣毒品所得新臺幣五千五百元沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額；扣案蘋果廠牌IPhone12 MINI行動電話一支（含門號0000000000號SIM卡一張）沒收。

事　實

一、張柏毅知悉依托咪酯係毒品危害防制條例所列管之第二級毒品，依法不得販賣、持有，竟仍基於販賣第二級毒品以營利之犯意，於如附表所示之時間及地點，以如附表所示之金額，販賣如附表所示之毒品給如附表所示之人。

二、案經臺南市政府警察局第二分局、第三分局報告臺灣臺南地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

一、本判決以下所引用之具傳聞性質之證據，檢察官、被告及其選任辯護人於準備程序中均同意有證據能力，且於本案言詞辯論終結前，亦未爭執其證據能力，本院審酌前開證據之作成或取得之狀況，並無非法或不當取證之情事，且經本院於審判期日就上開證據依法進行調查、辯論，依刑事訴訟法第159條之5規定，認均具有證據能力。

二、訊據被告對上開事實均坦承不諱，並有下列證據足以證明：

㈠就附表編號1所示被告販賣第二級毒品依托咪酯給傅柏維部

分之事實，被告之自白核與證人傅柏維於警詢及偵訊中之證述相符，復有卷附臺南市政府警察局第三分局搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、扣押物品照片、勘察採證同意書、被告與證人傅柏維之通訊軟體LINE對話紀錄擷圖照片、台灣大哥大通訊數據上網歷程查詢表2份、臺南市政府警察局第三分局搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、高雄市立凱旋醫院114年10月30日濫用藥物成品檢驗鑑定書1紙可佐，堪信被告有關販賣第二級毒品依托咪酯給傅柏維1次之自白與事實相符。

㈡就附表編號2所示被告販賣第二級毒品依托咪酯給謝采緹部分之事實，被告之自白核與證人謝采緹於警詢及偵訊中之證述相符，復有卷附臺南市政府警察局第三分局搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、扣押物品照片、勘察採證同意書、被告與證人謝采緹之通訊軟體LINE對話紀錄擷圖照片、台灣大哥大通訊數據上網歷程查詢表2份、臺南市政府警察局第二分局搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表可佐，堪信被告有關販賣第二級毒品依托咪酯給謝采緹1次之自白與事實相符。

㈢按毒品危害防制條例所規定之販賣毒品罪，雖未明示「營利之意圖」為其犯罪構成要件，然「販賣」一語，在文義解釋上當然已寓含有買賤賣貴，而從中取利之意思存在。且從商業交易原理與一般社會觀念而言，販賣行為在通常情形下，仍係以牟取利益為其活動之主要誘因與目的。又政府為杜絕毒品氾濫，毒害人民甚深，再三宣導民眾遠離毒品、媒體報導既深且廣，對於禁絕毒品之政策，應為大眾所熟悉。再政府對於查緝施用、轉讓及販賣毒品無不嚴格執行，且販賣毒品罪係重罪，若無利可圖，衡情一般持有毒品者，當不致輕易將持有之毒品交付他人。況販賣毒品乃違法行為，非可公然為之，且有其獨特之販售路線及管道，亦無公定之價格，復可任意增減其分裝之數量，而每次買賣之價量，亦可能隨時依市場貨源之供需情形、交易雙方之關係深淺、資力、對行情之認知、查緝是否嚴緊，及購買者被查獲時供述購買對

象之可能性風險評估等諸般事由，而異其標準，非可一概而論，是販賣之利得，誠非固定，而縱使販賣之人從價差或量差中牟利方式雖異，其意圖營利之非法販賣行為仍屬同一。從而，舉凡有償交易，除足以反證其確係另基於某種非圖利本意之關係外，通常尚難因無法查悉其販入價格，做為是否高價賣出之比較，諉以無營利之意思而阻卻販賣犯行之追訴。本件倘被告未販售上開毒品從中牟利，自無平白費時、費力，特意趕赴前開地點交付毒品予證人傅柏維、謝采緹等人之理，且被告於審理時自承販賣與傅柏維、謝采緹均可獲利500元，有審理筆錄在卷可稽，足見被告販賣依托咪酯時，可從中獲得金錢，其確有販賣第二級毒品依托咪酯牟利之意圖，足堪認定。

三、論罪科刑：

㈠按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，而應依行為時空白刑法所填補之事實以適用法律（最高法院94年度台上字第771號、97年度台上字第4022號判決意旨參照）。查被告於114年10月9日、12日，販賣依托咪酯菸油及依托咪酯菸彈，依113年11月27日院臺法字第000000000號公告，將依托咪酯列為第二級毒品加強管制，故被告行為時依托咪酯為第二級毒品，而此等毒品成分雖於115年6月25日經行政院公告增列為「毒品之分級及品項」之第一級毒品，並於同年月00日生效，然於被告行為時，該等毒品成分僅經公告為第二級毒品，自應依其行為時空白刑法填補之事實即第二級毒品以適用法律，先予敘明。

㈡核被告所為，均係犯毒品危害防制條例第4條第2項販賣第二級毒品罪，合計共2罪。其各次販賣前持有第二級毒品之低度行為，分別為其販賣之高度行為所吸收，不另論罪。被告上開先後2次販賣第二級毒品之各犯行間，則屬犯意各別，行為殊異，應予分論併罰。

㈢按「犯第四條至第八條之罪於偵查及審判中均自白者，減輕其刑」，毒品危害防制條例第17條第2項定有明文。被告所犯上開違反毒品危害防制條例第4條第2項販賣第二級毒品罪共2罪，被告於偵查及審理中均坦承犯行，均依同條例第17條第2項規定減輕其刑。又被告供稱曾在警詢中供稱毒品上游「賴政佑」，本院向臺灣臺南地方檢察署及臺南市政府警察局第三分局函查，經臺灣臺南地方檢察署函覆並無因被告之供述而查獲上手，此有臺灣臺南地方檢察署115年6月18日南檢和廉115偵4043字第1159051155號函；臺南市政府警察局第三分局回稱：曾傳喚賴政佑製作筆錄，但因證據不足，僅將賴政佑列為證人，沒有續查，此有本院公務電話紀錄表在卷可參，是以並沒有因被告之供述而查獲其毒品上游，自無毒品危害防制條例第17條第1項減刑規定之適用。

㈣按刑法第59條所規定之酌量減輕其刑，係裁判上之減輕，必以犯罪之情狀可憫恕，認為宣告法定最低度之刑猶嫌過重者，始有其適用。如別有法定減輕之事由，應先依法定減輕事由減輕其刑後，科以最低刑度，猶嫌過重時，始得為之（最高法院99年度臺上字第5999號判決參照）。次按毒品危害防制條例第4條第2項規定之販賣第二級毒品罪，其法定本刑為無期徒刑或10年以上有期徒刑，然同為販賣第二級毒品之人，其原因動機不一，犯罪情節未必盡同，或有大盤毒梟者，亦有中、小盤之分，甚或僅止於吸毒者友儕間為求互通有無之有償轉讓者亦有之，其販賣行為所造成危害社會之程度自屬有異，法律科處此類犯罪，所設之法定最低本刑卻同為無期徒刑，不可謂不重，若不分犯罪情節輕重，概處以上開法定刑，難免輕重失衡。查本件被告固有販賣第二級毒品

之情，其販賣毒品的對象、次數、數量，與大盤、中盤動輒上公斤或上百萬元者確實有別，且其販賣依托咪酯之所得有限，其犯罪情節當非與大盤、中盤毒梟者可資等同並論衡，然其就附表編號1至2所示販賣第二級毒品之犯行，法定本刑雖為無期徒刑或10年以上有期徒刑，然經依毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑後，法定最低度刑僅為5年以上之有期徒刑，衡諸其販賣第二級毒品依托咪酯為國民健康所造成之傷害以及對社會風氣之影響，實難認為尚有情輕法重之情事，不宜再引用刑法第59條規定酌量減輕其刑。

㈤爰審酌被告高職畢業之教育程度，智識正常，當知毒品對人體危害之鉅，猶不思警惕，僅因貪圖利益，即販賣依托咪酯供他人施用，戕害他人身體健康，且危害社會治安，行為殊有非當，被告雖辯稱是因與他人有債務糾紛，遭債務人要脅，然被告所提出之證據未能證明確實有受到威脅，且縱使有威脅，被告不採去報警之合法方法，卻寧願貪圖金錢之利益，希冀以販毒所得來償還債務，致罹刑章，兼衡被告販賣依托咪酯之數量及犯罪所得非鉅，及被告之素行、智識程度、家庭經濟狀況及犯罪後坦承犯行之態度等一切情狀，分別量處如主文所示之刑，並定其應執行刑，以資懲儆。

㈥沒收：

⑴按「犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之」，刑法第38條之1第1項著有明文。被告販賣第二級毒品之價金，總金額為5,500元，雖未扣案，然係屬被告犯本件販賣毒品犯行之犯罪所得，本自應依刑法第38條之1第1項、第3項規定宣告沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

⑵扣案蘋果廠牌IPhone12 MINI行動電話1支（含0000000000號SIM卡一張），為被告所有，且供販毒聯絡使用，業據被告供承在卷，且有卷內之通訊軟體LINE對話紀錄擷圖照片可佐，自應依毒品危害防制條例第19條第1項規定，宣告沒收之。

⑶其餘扣案物品，尚無證據足認與被告於本件販賣毒品犯行有關，爰不予沒收之諭知，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。

本案經檢察官謝旻霓提起公訴，檢察官吳坤城到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　7　　月　　24　　日

刑事第三庭　審判長法　官　陳振謙

法　官　張婉寧

法　官　鄭銘仁

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決應於收受本判決後20日內向本院提出上訴書狀，並應敘述具體理由。其未敘述上訴理由者，應於上訴期間屆滿後20日內向本院補提理由書狀（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　侯儀偵

中　　華　　民　　國　　115　　年　　7　　月　　24　　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。

附表：

編號	交易時間、地點	毒品種類及數量	交易金額（新臺幣）	交易對象
1	114年10月9日晚上，在臺南市仁德區「北海儷晶汽車旅館」前	依托咪酯菸油2ml	2,000元	傅柏維
2	114年10月12日上午，在臺南市○○區○○路0段000號前	依托咪酯菸彈2顆	3,500元	謝采緹