臺灣桃園地方法院刑事判決

115年度訴字第1776號

公　訴　人　臺灣桃園地方檢察署檢察官
被　　告　余定綸
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000
指定辯護人　本院公設辯護人羅丹翎

上列被告因毒品危害防制條例案件，經檢察官提起公訴（115年度偵字第10014號），本院判決如下：

主　文

余定綸犯販賣第二級毒品罪，處有期徒刑貳年捌月。

未扣案之犯罪所得新臺幣參萬元沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

犯罪事實

一、余定綸（所涉施用、持有毒品部分，另由臺灣桃園地方檢察署檢察官偵辦）明知依托咪酯為毒品危害防制條例第2條第2項第2款所公告列管之第二級毒品，依法不得持有及販賣，竟基於販賣第二級毒品以營利之犯意，於民國114年11月19日11時前某時許，以通訊軟體Facetime與陳明威聯繫毒品交易，並於同日11時許，在桃園市○○區○○○街0號附近（下稱本案交易地點），以新臺幣（下同）3萬元之價格，販賣依託咪酯菸油100ml（毛重）予陳明威。嗣經警察查獲陳明威涉嫌毒品案件並據以向上溯源，後持本院核發之搜索票，於115年1月31日10時許前往桃園市○○區○○○街00號執行搜索，扣得如附表所示之物，另於115年1月31日17時40分許，持臺灣桃園地方檢察署檢察官所核發之拘票，在新北市○○區○○路0段000號前拘提余定綸到案，始悉上情。

二、案經新北市政府警察局永和分局報告臺灣桃園地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　　由

壹、證據能力：

本案所引用之供述及非供述證據，經本院依法踐行調查證據程序，檢察官、被告余定綸及其辯護人均同意各該證據之證據能力（見115年度訴字第1776號卷【下稱本院卷】第38頁），且亦查無依法應排除其證據能力之情形，是後述所引用證據之證據能力均無疑義。

貳、實體部分：

一、認定犯罪事實所憑之證據及理由：

㈠上揭犯罪事實，業據被告於警詢、偵訊、本院準備程序及審理中均坦承不諱（見115年度偵字第10014號卷【下稱偵卷】第20至22頁、第167至168頁，本院卷第36頁、第54頁），核與證人陳明威於警詢、偵訊之證述情節大致相符（見偵卷第90至91頁、第95至107頁、第185至187頁），並有被告之新北市政府警察局永和分局搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、扣案物照片各1份、被告與陳明威之對話紀錄翻拍照片1份、監視器畫面截圖、本案交易地點截圖各1份、被告使用帳號「aa0000000000000oud.com」IP位址查詢資料1份、陳明威之指認犯罪嫌疑人紀錄表1份、陳明威之新北市政府警察局中和分局扣押筆錄、扣押物品目錄表各1份、員警查獲陳明威之密錄器畫面截圖、扣案物照片各1份在卷可稽（見偵卷第41至47頁、第59至62頁、第67至79頁、第109至119頁、第121至129頁）。另員警自陳明威處查獲之菸油，經檢驗含有第二級毒品依托咪酯成分，此有臺北榮民總醫院115年1月8日北榮毒鑑字第AK946號毒品成分鑑定書1份在卷可憑（見偵卷第133頁）。足認被告前開任意性自白與事實相符，堪以採信。

㈡按販賣毒品罪所謂之「意圖」，即犯罪之目的，原則上不以發生特定結果為必要，只需有營利之意圖為已足，不以買賤賣貴而從中得利為必要（最高法院97年度台上字第2109號判決意旨參照）。而販賣第二級毒品依托咪酯係違法行為，非可公然為之，亦無公定價格，販賣者販入後可任意分裝增減

其份量再行出售，而每次交易之價格、數量，亦隨時依交易對象、當時行情而變動，縱或出售之價格較低，亦非當然無營利意圖，即便為相同價格，因份量較少亦能從中獲利。且一般民眾均知政府一向對毒品之查禁森嚴，且重罰不予寬貸，衡情倘非有利可圖，絕無平白甘冒被嚴查重罰高度風險之理，從而，舉凡其有償交易，除足反證其確係另基於某種非營利本意之關係外，通常尚難因無法查悉其販入價格，作為是否高價賣出之比較，諉無營利之意思阻卻販賣犯行之追訴。經查，被告與陳明威僅為一面之交，尚非至親，若非有利可圖，自無冒為警查緝法辦之風險及無端耗費時間，以相同價格或低價販賣毒品之可能；再者，被告於偵訊時供稱：販賣毒品是為了賺取差價等語（見偵卷第167至168頁），故被告主觀上有營利之意圖，應堪認定。是本案事證明確，被告犯行洵堪認定，應依法論科。

二、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）。經查，依托咪酯經行政院於113年8月5日以院臺法字第1131020962

號公告為第三級毒品並自同日生效，嗣行政院再於113年11月27日以院臺法字第1131031622號公告改列為第二級毒品，復行政院再於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000年0月00日生效，然此屬事實變更，並非刑罰法律有所變更，不生新舊法比較問題，應依行為時空白刑法填補之事實適用法律，而本案被告係於114年11月19日販賣依托咪酯菸油予陳明威，是被告為上開犯行時，依托咪酯屬毒品危害防制條例第2條第2項第3款所規定之第二級毒品，先予敘明。

㈡核被告所為，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。被告意圖販賣而持有第二級毒品之低度行為，應為販賣之高度行為吸收，不另論罪。

㈢刑之減輕事由部分：

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，被告於警詢、偵訊及本院準備程序、審理時均自白販賣第二級毒品犯行，業經本院認定如前，是應依前揭規定減輕其刑。

2.刑法第59條：

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（包括第57條所列舉之10款事項），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。而就販賣毒品案件中，同為販賣毒品之人，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，於此情形，倘依其情狀處以適當徒刑，即足以懲儆，並可達防衛社會之目的者，自非不可依客觀之犯行與主觀之惡性二者加以考量其情狀，是否有

可憫恕之處，適用刑法第59條之規定酌量減輕其刑，期使個案裁判之量刑，能斟酌至當，符合比例原則（最高法院95年度台上字第6157號判決意旨參照）。

㈡經查，被告販賣第二級毒品，助長毒品流通，危害社會治安，其所為故應非難，惟考量本案販賣毒品對象僅有1人，數量亦非甚鉅（共計100ml），所得對價共計僅有3萬元，實未獲取重大利益，較諸大量散播毒品之大盤、中盤毒販，犯罪情狀尚非嚴重，且其素無販毒之前科（見本院卷第13至14頁），尚非惡性重大之徒，因本案無毒品危害防制條例第17條第1項之減輕事由適用，縱有毒品危害防制條例第17條第2項之減刑事由，倘若科以法定最低度刑有期徒刑5年，仍猶嫌過重，有情輕法重之嫌，在客觀上足以引起一般之同情，爰依刑法第59條規定酌減其刑。

3.被告就本案犯行有以上所述刑之減輕事由，依刑法第70條之規定，遞減其刑。

㈣爰以行為人之責任為基礎，審酌被告明知依托咪酯為經政府列管之第二級毒品，而屬危害身心健康及社會秩序甚鉅之毒品，國家查緝甚嚴，竟販賣第二級毒品依托咪酯，違反國家杜絕毒品犯罪之禁令，所為誠應非難；惟考量被告犯後坦承犯行，態度尚可，參以本案被告違犯販賣毒品數量等犯罪情節，兼衡被告本案犯罪之動機、目的、手段、所生危害及無毒品相關前科之素行、其於審理時自陳之智識程度、工作、家庭生活狀況（見本院卷第60頁）等一切情狀，量處如主文所示之刑，以示懲儆。

三、沒收：

㈠被告於偵訊時供稱：陳明威給我3萬元現金，我現場交付依託咪酯菸油給陳明威等語（見偵卷第167頁）。是被告本案之犯罪所得為3萬元，此部分犯罪所得並未扣案，爰依刑法第38條之1第1項前段、第3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，追徵其價額。

㈡至扣案如附表所示之物，為被告另外持有、施用毒品之物，

與本案無涉，業經被告於本院準備程序時供承在卷（見本院卷第37頁），是此部分宜由檢察官另行處理，爰不宣告沒收，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。

本案經檢察官盧育欣提起公訴，檢察官甘佳加到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　21　　日

刑事第一庭　審判長法　官　陳佳宏

法　官　葉宇修

法　官　張堯聂

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決應於收受判決後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(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　陳柏臻

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　21　　日

附錄本案所犯法條全文

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	品名	數量
1	依託咪酯菸油	1罐(總毛重25.08公克)
2	依託咪酯菸彈	8顆（總毛重39.48公克）
3	依託咪酯菸彈殘渣	10顆
4	空菸彈殼	23顆
5	電子菸主機	1台