臺灣雲林地方法院刑事判決

115年度訴字第69號

公　訴　人　臺灣雲林地方檢察署檢察官
被　　告　廖祥佑
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000

指定辯護人　本院公設辯護人郭雅琳

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11543號），本院判決如下：

主　文

廖祥佑犯如附表三主文欄所示之罪，各處如附表三主文欄所示之刑及沒收。

扣案之手機（蘋果廠牌、型號：iPhone 11、IMEI：000000000000000、含行動電話門號0000000000號SIM卡壹張）壹支沒收。

犯罪事實

一、廖祥佑明知愷他命係毒品危害防制條例所列管之第三級毒品，依法不得販賣，其於民國113年10月14日7時16分許，使用扣案之手機（蘋果廠牌、型號：iPhone 11、IMEI：000000000000000、含行動電話門號0000000000號SIM卡1張，下稱本案手機）以通訊軟體iMessage（下稱iMessage）接獲陳志杰傳送如附表一所示之訊息，廖祥佑即基於販賣第三級毒品以營利之犯意，於同（14）日18時許，在位於雲林縣○○鄉○○村○鎮00○000號之比佛利汽車旅館（下稱本案汽車旅館），以先賒帳後付款之交易方式，由廖祥佑先交付第三級毒品愷他命2包與陳志杰，之後廖祥佑再於翌（15）日在本案汽車旅館向陳志杰收取新臺幣（下同）2,000元之毒品價金而完成交易。

二、廖祥佑另於113年10月20日12時34分許至同月21日18時8分許

期間，使用本案手機以iMessage與李威誠為附表二之聯繫，2人相約見面之時間、地點，廖祥佑即基於販賣第三級毒品以營利之犯意，於113年10月21日18時8分許後某時，在本案汽車旅館，以一手交錢一手交貨之交易方式，由廖祥佑交付第三級毒品愷他命2包與李威誠，並向李威誠收取2,000元之毒品價金而完成交易。

理　由

壹、程序部分

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項固定有明文。惟被告以外之人於審判外之陳述，雖不符同法第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；又當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有第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，同法第159條之5第1項、第2項亦有明定。經查，本案檢察官、被告廖祥佑及其辯護人對本判決所引用之供述證據均同意有證據能力（本院卷第58、97頁），本院審酌該等供述證據作成時之情況，尚難認有何違法取證或其他瑕疵，且與待證事實具有關連性，認為以之作為證據應屬適當，自均有證據能力。

二、本判決所引用之其餘非供述證據，並無證據證明係公務員違背法定程序所取得，亦無顯有不可信之情況，且經本院於審理期日提示予被告、辯護人辨識而為合法調查，自均得作為本判決之證據。

貳、實體部分

一、認定犯罪事實所憑之證據及理由

㈠上開犯罪事實，業據被告於警詢、偵訊、本院準備程序及審理時（警卷第7至15頁；毒偵卷第43至45頁；他卷第157至159頁；本院卷第51至61頁、第95至106頁）坦承不諱，核與證人陳志杰於警詢、偵訊之證述（他卷第105至109頁、第111

至115頁、第127至128頁）、證人李威誠於警詢、偵訊之證述（他卷第117至124頁、第129至131頁）相符，並有被告與證人陳志杰之iMessage對話紀錄翻拍照片1張（偵卷第13頁）、被告與證人李威誠之iMessage對話紀錄翻拍照片1張（偵卷第11頁）、雲林縣警察局虎尾分局搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表各1份（警卷第43至45頁、第47至49頁）、現場暨扣案物照片24張（他卷第51至63頁；偵卷第161頁、第165頁）在卷可稽，另有本案手機扣案可佐，足認被告之任意性自白與事實相符，堪以採信。

㈡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。即於有償讓與他人之初，係基於營利之意思，並著手實施，而因故無法高於購入之原價出售，最後不得不以原價或低於原價讓與他人時，仍屬販賣行為。有償轉讓者，必須始終無營利之意思，而以原價或低於原價讓與他人，才可認為不屬於販賣行為，而僅以轉讓罪論處。衡以近年來毒品之濫用，危害國民健康與社會安定日益嚴重，治安機關對於販賣或施用毒品之犯罪行為，無不嚴加查緝，各傳播媒體對於政府大力掃毒之決心亦再三報導，已使毒品不易取得且物稀價昂，苟被告於有償交付毒品之交易過程中無利可圖，縱屬至愚，亦無甘冒被取締移送法辦判處重刑之危險而平白從事上開毒品交易之理。是其販入之價格必較其出售之價格為低，而有從中賺取買賣價差或量差牟利之意圖及事實，應屬合理認定。又販賣毒品係違法行為，非可公然為之，而毒品亦無公定價格，係可任意分裝增減分量及純度，且每次買賣之價格、數量，亦隨時依雙方之關係深淺、資力、需求量、對行情之認知、來源是否充裕、查緝是否嚴緊、購買者被查獲時供述購買對象之可能風險之評估等因素，而異其標準，機動調整，非可一概論之。從而販賣之利得，除非經行為人詳細供出所販賣之毒品之進價及售價，且數量俱臻明確外，實難察得其交易實情，然販賣者從價差或量差中牟利，方式雖異，惟其

販賣行為意在營利則屬同一。從而，舉凡「有償交易」，除足以反證行為人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精確之販入價格，作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（最高法院107年度台上字第2233號判決參照）。審酌被告為具有通常智識能力之成年人，對於販賣毒品屬國家嚴格取締之重罪，當無不知之理，苟無利潤可圖，被告應不至於甘冒遭查緝法辦而罹重刑之風險，且被告與證人陳志杰、李威誠交易毒品均屬有償交易，加以被告於本院準備程序自承：本案我是賺吃等語（本院卷第55頁），可見被告本案係賺取毒品量差，堪認被告為本案販毒犯行時，主觀上均係出於販賣毒品以營利之意圖無訛。

㈢綜上所述，本案事證明確，被告上述犯行，洵堪認定，均應依法論科。

二、論罪科刑

㈠核被告就犯罪事實一、二所為，均係犯毒品危害防制條例第4條第3項之販賣第三級毒品罪。被告意圖販賣而持有第三級毒品之低度行為，各為販賣之高度行為所吸收，均不另論罪。

㈡被告就犯罪事實一、二，犯意各別，行為互殊，應予分論併罰。

㈢刑之減輕事由

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項有明文規定。被告於偵查及本院審判中就犯罪事實一、二均自白全部犯行，爰均依毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑。

2.按刑法第62條所謂之自首，係指犯人在其犯罪未發覺前，向該公務員自承犯罪而受裁判者而言。本條所謂的「發覺」，固非以有偵查犯罪權之機關或人員確知其人犯罪無誤為必要，而於對其發生嫌疑時，即得謂為已發覺；但此項對犯人之嫌疑，仍須有確切之根據得為合理之可疑者，始足當之，

若單純主觀上之懷疑，要不得謂已發生嫌疑（最高法院112年度台上字第1443號刑事判決意旨參照）。查被告於113年10月23日因另案通緝為警方查獲到案，於翌日（24日）警詢時，警方詢問被告扣案之磅秤、分裝袋等物是否係作為販毒之用，被告乃為肯定之表示，經警進一步詢問被告曾經販毒給何人，被告旋即表示曾經將毒品販賣給證人陳志杰、李威誠，後經警檢閱本案手機，並詢問被告與iMessage暱稱「威」之人（即證人李威誠）如附表二之對話內容為何，被告即向警主動供認「他要跟我買毒品愷他命」等語（偵卷第22至23頁）；另經警檢閱本案手機中如附表一所示之iMessage對話紀錄，並詢問是否該人即為被告所述之交易毒品對象，被告即向警主動供認「他的名字叫陳志杰，他要用欠錢的方式跟我買毒品愷他命」等語（偵卷第23至24頁）；又依雲林縣警察局西螺分局115年8月28日雲警螺偵字第1150014860號函所附員警職務報告（本院卷第79至81頁）所載：「職檢閱本案手機時發現涉有販毒事證，經曉以大義後，被告始坦承將毒品販賣給證人陳志杰、李威誠」等語，可見員警於被告主動供認本案販毒犯行前，所掌握之事證為本案手機內通訊軟體之對話紀錄及扣案物，而依附表一、二所示被告與證人陳志杰、李威誠之對話內容，未有顯示毒品交易種類、數量相關之用語情形，亦未可知事後是否確有毒品交易、交易是否完成，且關於證人陳志杰、李威誠之真實身分於被告供述前警方並未掌握，故警方尚無從依此即有確切之根據，得以合理懷疑被告本案涉有販毒犯行，而被告於通緝到案時雖遭警方查扣毒品，惟扣案毒品尚難認已達施用毒品者不可能自行持有之鉅額數量，且單純施用毒品者亦可能會使用分裝袋、磅秤等物品，是警方於被告供認本案犯行前，依憑附表一、二所示之對話紀錄及扣案物等事證，是否足以合理懷疑被告涉有本案販毒犯行，實有疑問。準此，依上開事證，尚難認警方於被告主動供認販毒犯行前，已有確切事證足資合理懷疑被告涉有本案販毒犯行，故應認被告仍有自首行

為，審酌被告有接受司法審判之決心，爰均依刑法第62條前段規定，減輕其刑。

3.被告就犯罪事實一、二有上開刑之減輕事由，均依法遞減之。

㈣爰以行為人之責任為基礎，審酌被告為思慮成熟之成年人，不思以正途營生，竟意圖營利而販毒，非但漠視法令禁制，更造成毒品流通及擴散之危險，實屬不該；並考量被告有販毒前科，有法院前案紀錄表在卷可參，素行不佳；惟念及被告坦承犯行，犯後態度尚可，節省司法資源；兼衡被告犯罪之動機、目的、各次販毒數量、與藥腳之關係，暨被告自陳其教育程度、職業、月收入、婚姻、家庭狀況（因涉及被告個人隱私，均不予揭露）等一切情狀，分別量處如附表三主文欄所示之刑。

㈤不定刑之說明

按關於數罪併罰之案件，如能俟被告所犯數罪全部確定後，於執行時，始由該案犯罪事實最後判決之法院所對應之檢察署檢察官，聲請該法院裁定之，無庸於每一個案判決時定其應執行刑，則依此所為之定刑，不但能保障被告之聽審權，符合正當法律程序，更可提升刑罰之可預測性，減少不必要之重複裁判，避免違反一事不再理原則情事之發生。被告本案為數罪併罰案件，有可合併定應執行刑之情況，辯護人主張被告因另涉他案請求先不定刑，揆諸前開說明，為免無益之定應執行刑，本院認辯護人之主張應予尊重，宜俟被告所犯之罪全部確定後，由檢察官另行聲請裁定，故本院不另定應執行刑，附此說明。

三、沒收部分

㈠犯罪所得部分

按犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之；前2項之沒收，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項分別定有明文。查被告就犯罪事實一、二各取得如犯罪事實欄所示之價金，業據被告於

準備程序自承在案（本院卷第54頁），堪認被告就本案之犯罪所得各為2,000元，尚未扣案，均應依刑法第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犯罪工具部分

扣案之本案手機為被告所有，且為供其於犯罪事實一、二販賣毒品所用之物等情，業據被告於偵訊、本院準備程序陳述明確（他卷第158頁、本院卷第54頁），應依毒品危害防制條例第19條第1項，宣告沒收。

㈢扣案之第三級毒品愷他命、咖啡包各1包，檢察官雖於起訴書記載為被告販毒所剩，惟被告對此陳稱：扣案毒品跟本案無關，是供我自己吸食所用等語（本院卷第54頁），上開扣案物無證據顯示與被告本案犯行相關，檢察官亦未聲請於本案宣告沒收，且檢察官已指示警方依法沒入，此有臺灣雲林地方檢察署114年9月26日雲檢智仁113偵11543字第1149032345號、雲林縣警察局虎尾分局114年10月27日雲警虎偵字第1140019727號函1份（偵卷第191、195頁）在卷可參，爰均不於本案宣告沒收。

㈣其餘扣案物，無證據顯示與被告本案犯行相關，檢察官亦未聲請宣告沒收，均不於本案宣告沒收，應由檢察官另行處理為宜，一併敘明。

據上論斷，應依刑事訴訟法第299條第1項前段，判決如主文。

本案經檢察官黃煥軒提起公訴，檢察官黃晉展、莊珂惠到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　24　　日

刑事第二庭　審判長法　官　黃麗文

法　官　劉達鴻

法　官　趙俊維

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（均須附繕本）。「切勿逕送上級法院」。

書記官　洪儀君

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　24　　日

附錄本案論罪科刑法條全文：

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。

附表一：廖祥佑與陳志杰之對話紀錄

編號	時間	通訊者	通訊內容	備註
1	113年10月14日7時16分許	+000 000-000-000（B，即陳志杰）	B：哥。可以拜託你先借我1-2000嗎，我真的需要用到錢，我真的真的需要，拜託你先借我一下我這禮一定會還你。	出處：偵卷第13頁。

附表二：廖祥佑與李威誠之對話紀錄

編號	時間	通訊者	通訊內容	備註
1	113年10月20日12時34分許	廖祥佑（A） 威（B，即李威誠）	B：哈囉 B：有人找做生意了	出處：偵卷第11頁。
2	113年10月20日14時25分許		B：他要喝的妳在哪我先過去還是	

3	113年10月20日 15時53分許		B：人呢	
4	113年10月20日 20時29分許		B：哈囉	
5	113年10月21日 12時22分許		B：到那裡了	
6	113年10月21日 18時8分許		A：在哪 B：快到二樓 B：什麼時候回來 B：這裡訊號差	

附表三：

編號	犯罪事實	主文
1	犯罪事實一	廖祥佑犯販賣第三級毒品罪，處有期徒刑貳年。 未扣案之犯罪所得新臺幣貳仟元沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。
2	犯罪事實二	廖祥佑犯販賣第三級毒品罪，處有期徒刑貳年。 未扣案之犯罪所得新臺幣貳仟元沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。