臺灣雲林地方法院刑事判決

108年度訴字第809號

公　訴　人　臺灣雲林地方檢察署檢察官
被　　告　吳承翰
選任辯護人　王士銘律師（法扶律師）
被　　告　陳萬宏
指定辯護人　涂國慶律師

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（107年度偵字第5728號、108年度偵字第3340號、108年度偵緝字第259號），本院判決如下：

主　　文

吳承翰共同販賣第二級毒品未遂，處有期徒刑壹年陸月。緩刑伍年，緩刑期間付保護管束，並應於本判決確定之日起參年內，向檢察官指定之政府機關、政府機構、行政法人、社區或其他符合公益目的之機構或團體，提供貳佰小時之義務勞務，及於本判決確定之日起參年內，完成法治教育貳場次。扣案之附表一編號1至2、附表二編號1所示之物沒收之；扣案之附表一編號3所示之物沒收銷燬之。

陳萬宏共同販賣第二級毒品未遂，處有期徒刑貳年。扣案之附表一編號1至2、附表二編號2所示之物沒收之；扣案之附表一編號3所示之物沒收銷燬之。

犯罪事實

一、吳承翰、陳萬宏、吳坤衡（另行審結）均明知3,4-亞甲基雙氧苯基甲胺戊酮為毒品危害防制條例第2條第2項第2款所列管之第二級毒品，bk-DMBDB、愷他命（學名Ketamine，下稱愷他命）、3,4-亞甲基雙氧苯基乙基胺戊酮均係毒品危害防制條例第2條第2項第3款所列管之第三級毒品，均不得販賣。吳坤衡基於販賣第二、三、四級毒品之犯意，於民國107年8月17日19時26時許，以「阿樂」之暱稱登入微信通訊軟體，在「雲林路況之濁水溪以南」群組，刊登「（彩虹橘子口味圖片）剩沒多少，全去優惠，少量也划得來」等販售第三級毒品愷他命及含有上開毒品成分之咖啡包之訊息。

適嘉義縣警察局朴子分局員警執行網路巡邏時查悉上情，遂於107年8月29日某時，透過微信通訊軟體與吳坤衡聯繫交易毒品事宜，吳坤衡與員警談妥後即通知吳承翰，復由吳承翰告知陳萬宏，吳坤衡承前犯意並與吳承翰、陳萬宏共同基於販賣第二、三、四級毒品以營利之犯意聯絡，由陳萬宏攜帶毒品及決定價金，吳承翰出面交付毒品，吳坤衡出面與員警約定以新臺幣（下同）4,400元之價格購買如附表一編號1至3所示之愷他命2包、毒品咖啡包5包，陳萬宏並於107年8月29日晚間某時，前往雲林縣○○鎮○○里○○00○0號，攜帶附表一編號1至3所示之愷他命2包、毒品咖啡包5包交給吳承翰，再由吳承翰前往雲林縣○○鎮○○里○○00號前，將附表一編號1至3所示毒品交付予員警，於108年8月29日18時25分許，該員警確認吳承翰所交付之物均為毒品後，隨即表明身份，當場逮捕吳承翰，扣得附表編號1至3所示之物，致上開毒品交易尚未販賣得逞，再依吳承翰之供述循線至雲林縣○○鎮○○里○○00○0號查獲陳萬宏，並扣得附表二編號1、2所示之物。

二、案經嘉義縣警察局朴子分局報告臺灣雲林地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　　由

壹、證據能力之說明：

本件認定犯罪事實所引用之證據，皆無證據證明係公務員違背法定程序所取得，又被告以外之證人於警詢、偵查之證述，經依法踐行調查證據程序，檢察官、被告吳承翰、陳萬宏均知有該證詞，而不爭執各項證據之證據能力，且未於言詞辯論終結前聲明異議（見本院卷一第114頁、第177頁、第291頁；本院卷二第25頁），復經審酌該等證據製作時之情況，尚無顯不可信與不得作為證據之情形，亦無違法不當與證明力明顯過低之瑕疵，且與待證事實具有關聯性，認為以之作為證據應屬適當，依刑事訴訟法第158條之4反面解釋及第159條之5第2項規定，認均有證據能力。

貳、認定犯罪事實之證據及理由：

一、上揭犯罪事實，業據被告吳承翰（見偵緝卷第97頁；聲羈142號卷第26頁；本院卷一第110頁；本院卷二第23頁）、陳萬宏（見聲羈142號卷第26頁；見本院卷二第23頁、第27頁）於偵訊及本院審理時均坦承不諱，核與證人吳宗坤（見偵5728卷第47頁）、黃怡文（見偵5728卷第91頁至第92頁）於偵查中之證述、證人即被告吳承翰（證明被告陳萬宏之部分，見本院卷一第260頁至第267頁、第269頁至第275頁）、吳坤衡（見本院卷一第277至第290頁）於本院審理時之證述相符，並有朴子分局朴子派出所107年8月30日職務報告（見警卷第19頁）、搜索、扣押筆錄暨扣押物品目錄表、扣押物品收據2份（見警卷第20頁至第24頁、第25頁至第30頁）、被告吳承翰以微信暱稱「wu」與被告吳坤衡微信暱稱「阿樂」微信文字及語音通訊內容（見警卷第32頁至第33頁）、被告吳承翰以微信暱稱「wu」與被告陳萬宏以微信暱稱「宏宏」之微信文字及語音通訊內容各1份（見警卷第34頁正反面）、現場及扣案物照片28幀（見警卷第35頁至第48頁）、微信公開群組「雲林路況之濁水溪以南」擷取照片2幀（見警卷第49頁）、微信對話截圖14幀（見警卷第50頁至第56頁）附卷可稽，及有附表一編號1至3所示物品扣案可資佐證。而扣案如附表一編號1至3所示之毒品，分別送高雄市立凱旋醫院、憲兵指揮部刑事鑑定中心鑑定後，鑑定結果詳如附表一編號1至3鑑定結果欄所示，有高雄市立凱旋醫院107年10月2日高市凱醫檢字第55471號濫用藥物成品檢驗鑑定書（見偵5728卷第67頁至第73頁）、憲兵指揮部刑事鑑識中心鑑定書各1份（見偵5728卷第235頁至第236頁）在卷足稽。

二、刑法關於正犯、從犯之區別，係以其主觀之犯意及客觀之犯行為標準，凡以自己犯罪之意思而參與犯罪，無論其所參與者是否犯罪構成要件之行為，皆為正犯，其以幫助他人犯罪之意思而參與犯罪，其所參與者，苟係犯罪構成要件之行為

，亦為正犯，必以幫助他人犯罪之意思而參與犯罪，其所參與者又為犯罪構成要件以外之行為，始為幫助犯。就販賣毒品而言，舉凡看貨、議價、洽定交易時地、收款、交貨等作為，皆屬販賣毒品構成要件事實之部分行為。如行為人主觀上明知他人從事販賣毒品之行為，客觀上為他人看貨、議價、送貨、收款等屬於販賣毒品罪構成要件事實之部分行為，即係分擔實行犯罪行為，無論是否基於幫助販賣之意思，自應負共同販賣毒品之罪責，不能僅評價為販賣毒品罪之幫助犯。被告陳萬宏決定本件販售愷他命2包、毒品咖啡包5包之交易金額，又親自交付上開毒品予被告吳承翰，為被告陳萬宏於本院審理時所坦承（見本院卷二第49頁至第50頁），其參與販賣第二、三、四級毒品罪構成要件之部分行為甚明，對本件販賣第二、三、四級毒品犯行，具有犯意聯絡及行為分擔應可認定。

三、按販賣毒品者，其主觀上有營利之意圖，且客觀上有販賣之行為，即足構成（最高法院105年度台上字第2036號判決意旨參照）。查被告於本件交易毒品之過程中，均已就交易毒品之數量、金額達成合意，並向購毒者收取金錢，顯見雙方確有交易之對價關係，且被告吳承翰於本院審理時亦坦承販賣毒品可以賺到施用的好處即抽k菸等語（見本院卷一第111頁；本院卷二第50頁）；被告陳萬宏於本院審理時供稱：因為缺錢才販賣毒品，且本件以4,400元販售本案毒品，大約賺800元等語（見聲羈142號卷第27頁；本院卷二第50頁），足認被告吳承翰、陳萬宏確知該等交易確實有利可圖，仍為交付毒品、收取價金等販賣毒品構成要件行為，顯具販賣營利之意圖，並實施販賣之客觀行為。被告吳承翰、陳萬宏販賣第二、三、四級毒品，從中賺取差價之營利意圖及事實，至臻灼然。

四、綜上所述，本案事證明確，被告2人犯行洵堪認定，應依法論科。

參、論罪科刑：

一、核被告吳承翰、陳萬宏所為，均係犯毒品危害防制條例第4條第6項、第2項之販賣第二級毒品未遂罪、同條例第4條第6項、第3項之販賣第三級毒品未遂罪、同條例第4條第6項、第4項之販賣第四級毒品未遂罪。被告於著手販賣前後，意圖販賣而持有本件第二、三級毒品之低度行為，應為其著手販賣之高度行為吸收，不另論罪。

二、被告吳承翰、陳萬宏、吳坤衡間就上開犯行，具有犯意聯絡及行為分擔，應依刑法第28條之規定，論以共同正犯。

三、被告吳承翰、陳萬宏是以一行為觸犯前揭3罪名，依刑法第55條規定，從一重論以毒品危害防制條例第4條第6項、第2項之販賣第二級毒品未遂罪。

四、刑之加重減輕：

㈠本案係警員執行網路巡邏勤務，見被告吳坤衡刊登販賣本案毒品訊息，佯為買家與之交易，雖無買受毒品之真意，惟被告吳承翰、陳萬宏基於販賣第二、三、四級毒品以營利之意圖，在微信通訊軟體刊登販賣毒品訊息，即已著手販賣第二、三、四級毒品犯罪行為，為未遂犯，是依刑法第25條第2項規定，按既遂犯之刑減輕之。

㈡被告吳承翰、陳萬宏就本件販賣第二、三、四級毒品犯行，於偵查及審理中均自白犯罪，應依毒品危害防制條例第17條第2項規定，減輕其刑，並遞減輕之。

㈢被告吳承翰尚有供出上手減輕之適用：

本院函詢被告吳承翰所指供出共犯陳萬宏、吳坤衡之偵辦單位，經嘉義縣警察局朴子分局函覆略以：員警逮捕被告吳承翰後，其當場表示2包愷他命及5包毒品咖啡包為被告陳萬宏所有，且其現位於雲林縣○○鎮○○里○○00○0號，警方並於上址查獲被告陳萬宏，被告吳承翰復於製作警詢筆錄時，供稱微信暱稱「阿樂」係被告吳坤衡，則被告陳萬宏、吳坤衡均係因被告吳承翰之供述，因而遭員警查獲無誤，並經檢察官起訴等情，有該分局109年1月6日嘉朴警字第10990000377號函1紙暨所附朴子分局朴子派出所108年11月27

日員警職務報告1份（見本院卷一第201頁至第206頁），是被告吳承翰應依毒品危害防制條例第17條第1項規定，減輕其刑，並遞減輕之。

㈣刑法第59條部分：

1.刑法第59條規定之酌量減輕其刑，必須犯罪另有特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，認為即使予以宣告法定最低度刑，猶嫌過重者，始有其適用。

2.本院考量販賣毒品對人民身體與公共治安之危害程度非輕，被告吳承翰、陳萬宏助長毒品之流通之犯罪情節非輕，及賺取毒品價差或量差之犯罪動機，且被告陳萬宏為本案毒品之提供者，前亦涉有販賣毒品之前案紀錄，再參酌被告吳承翰、陳萬宏本案涉犯之罪，其法定最低本刑為有期徒刑7年，以自白及未遂規定減刑後，減輕其刑後，被告2人所犯販賣第二級毒品犯行，其最輕刑度已由有期徒刑7年減為有期徒刑1年9月，另被告吳承翰再依供出上手減輕後，最低已可量處有期徒刑7月，故本件對被告2人尚無法重情輕之情形，均不再依刑法第59條規定減輕其刑。

五、爰審酌被告吳承翰、陳萬宏明知毒品對於身體健康之戕害，卻販賣愷他命、毒品咖啡包予他人施用，助長毒品散播之危險，所為實有不該；復念及被告2人本案販賣愷他命、咖啡包之數量、價值，並因警員察覺有異，佯為買家與之交易而查獲，所生具體實害有限，暨被告2人犯後坦承犯行之犯後態度、犯罪動機；兼衡被告吳承翰自陳國中肄業之教育程度、務農、月薪3萬元，現獨居於臺中；被告陳萬宏自陳大學肄業之智識程度、開Uber、月薪3萬元，入監前與父母、弟妹同住等一切情狀，分別量處如主文所示之刑。

六、緩刑之宣告：

1.被告吳承翰未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，有臺灣高等法院被告前案紀錄表1紙為憑，又其於本案行為時為22歲之人，年紀尚輕，現有正當工作，犯後亦願意坦承犯行，因一時衝動犯下本案，歷經本次偵查、審理之司法程序，

相信被告已獲取教訓，因此，本院認為前開所宣告之刑以暫不執行為適當，爰依刑法第74條第1項第1款規定，併予宣告緩刑5年。又為使其深切反省，本院認亦應課予一定條件之緩刑負擔，令其能從中深切記取教訓，並督促時時警惕，爰併同法第74條第2項第5款、第8款規定，命被告吳承翰於本案判決確定之日起3年內，參加法治教育2場次，並向指定之政府機關、政府機構、行政法人、社區或其他符合公益目的之機構或團體，提供200小時之義務勞務，同時依同法第93條第1項第2款規定，宣告在緩刑期間付保護管束，促使被告吳承翰於緩刑期間內能隨時警惕以約束自身行為。倘被告吳承翰未遵循本院所諭知上揭緩刑期間之負擔，情節重大者，檢察官得依刑法第75條之1第1項第4款規定，聲請撤銷本件緩刑之宣告，期能使被告吳承翰能藉由履行上開義務及保護管束之過程中深切反省。

2.被告陳萬宏前因販賣第三級毒品未遂案件，經臺灣臺中地方法院判處有期徒刑2年確定（被告陳萬宏上訴後，撤回上訴），有臺灣高等法院被告前案紀錄表1紙為憑，與刑法第74條緩刑宣告規定未合，附此敘明。

七、沒收

㈠扣案如附表一編號1至2所示之毒品，分別檢驗出第三、四級毒品成分，並為被告吳承翰、陳萬宏本案所販賣之毒品，均為違禁物，不問屬於犯罪行為人與否，應依刑法第38條第1項規定，宣告沒收之。附表一編號3所示之彩虹咖啡包，均檢　驗出第二、三、四級毒品成分，並為被告吳承翰、陳萬宏本案所販賣之毒品，均為違禁物，不問屬於犯罪行為人與否，應依毒品危害防制條例第18條第1項規定，宣告沒收銷毀之；另因其外包裝袋各自沾附有第二、三、四級毒品，難以完全析離且無析離之必要與實益，除經取樣鑑驗用罄部分無庸沒收外，整體視為毒品，併予沒收或銷燬之。

㈡扣案如附表二編號1、2所示行動電話各1具，分別為被告吳承翰、陳萬宏所有，並作為本案販賣毒品聯繫所用之物，

此據被告2 人於本院審理時供述在卷（見本院卷二第38、39頁），均應依毒品危害防制條例第19條第1 項規定，分別於被告2 人之犯行下宣告沒收之。

㈢扣案如附表一編號4 所示之毒品，經被告吳承翰、陳萬宏均於本院審理時供稱：與本案犯行無關，是陳萬宏帶來吸食所用等語（見本院卷二第38頁），而附表二編號3 至6 所示之物，亦與本案販賣毒品無關，爰均不予宣告沒收。

據上論斷，應依刑事訴訟法第299 條第1 項，毒品危害防制條例第4 條第2 項、第3 項、第4 項、第6 項、第17條第1 項、第2 項、第18條第1 項、第19條第1 項，刑法第11條、第28條、第55條、第25條第2 項、第74條第1 項第1 款、第2 項第5 款、第8 款、第38條第1 項，判決如主文。

本案經檢察官蔡少勳提起公訴，檢察官李承桓到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　4　　月　　22　　日

刑事第四庭　審判長法　官　許佩如

法　官　黃偉銘

法　官　廖奕淳

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　陳玫燕

中　　華　　民　　國　　109　　年　　4　　月　　22　　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2千萬元以下罰金。

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、販賣第三級毒品者，處7 年以上有期徒刑，得併科

新臺幣7百萬元以下罰金。
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3百萬元以下罰金。
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 百萬元以下罰金。
前五項之未遂犯罰之。