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　吳坤衡
選任辯護人　康春田律師（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（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

吳坤衡共同販賣第二級毒品未遂，處有期徒刑貳年。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，完成法治教育貳場次，並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。

扣案如附表一編號1至2所示之物沒收之；扣案如附表一編號3所示之物沒收銷燬之。

犯罪事實

一、吳坤衡、吳承翰、陳萬宏（上2人均另行審結）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、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；硝西泮為毒品危害防制條例第2條第2項第4款所列管之第四級毒品，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，扣得附表一編號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、程序方面（證據能力）：

本案據以認定被告吳坤衡犯罪所引用之供述證據，固屬被告以外之人於審判外之陳述，然檢察官、被告及辯護人於本院審理時均表示同意作為證據（見本院卷一第190 頁；本院卷二第148 頁），本院審酌上開證據資料作成時之情況，尚無違法不當及證明力明顯過低之瑕疵，亦認為以之作為證據應屬適當，爰依刑事訴訟法第159 條之5 第1 項規定，認有證據能力。其餘引用之書證等非供述證據，均與本案犯罪待證事實具有證據關聯性，且無證據證明有何違法取證之情事，並經本院於審理期日依法踐行調查證據程序，自均得作為本判決之證據。

貳、實體方面：

一、認定犯罪事實之證據及理由：

㈠上開犯罪事實，業據被告於偵訊及本院審理時均坦承不諱（見偵㈠號卷第267 頁：本院卷二第148 頁），核與證人黃怡

文（見偵㈠卷第91頁至第92頁）於偵查中之證述、證人即同案被告吳承翰（見警卷第4 頁至第6 頁；偵㈡卷第57頁至第59頁）於警詢及偵查中之證述相符，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）、同案被告吳承翰以微信暱稱「wu」與被告微信暱稱「阿樂」微信文字及語音通訊內容（見警卷第32頁至第33頁）、同案被告吳承翰以微信暱稱「wu」與同案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㈠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㈠卷第235 頁至第236 頁）在卷足稽。

㈡衡以販賣毒品為政府嚴予查緝之犯罪，非可公然為之，苟無利可圖，應無甘冒被查緝法辦重刑之危險而平白為無償轉讓毒品之可能，況毒品價格不貲，並無公定之價格，不論任何包裝，均可任意分裝增減分量，每次買賣價量，亦隨時隨雙方關係之深淺、當時之資力、需求程度及對行情之認知等因素，機動的調整，販賣者可依買受人之需求按原包裝賣出或再分裝為小包出售，則無論以原包裝賣出或分裝後再行出賣之每包售價，均可因賺取價差而牟得利益，至為昭然。查同案被告吳承翰於本院審理時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）；同案被告陳萬宏於本院審理時供稱：本案以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），本案同案被告吳承翰、陳萬宏均坦承有販賣毒品以營利之犯行，被告雖供稱未因共同販賣毒品有所獲利，因而無從確認其實際利得，然衡以我國對販賣毒品科以重刑，且查緝甚嚴，被告與同案被告吳承翰、陳萬宏向上游購入毒品，亦需付出相當資金，不無成本壓力，苟非為圖賺取價差或量差以營利，尚無甘冒刑責，鋌而走險，大費周章向上手購入毒品後，再以原價轉讓他人之理，堪認被告主觀上確實均有販賣毒品之營利意圖無訛。

㈢綜上，依上開補強證據，足認被告之自白與事實相符，是此部分事證明確，被告犯行堪以認定，應予依法論科。

二、論罪科刑：

㈠核被告所為，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，意圖販賣而持有本案第二、三、四級毒品之低度行為，應為其著手販賣之高度行為吸收，不另論罪。被告及同案被告吳承翰、陳萬宏間就上開犯行，具有犯意聯絡及行為分擔，應依刑法第28條規定，論以共同正犯。被告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。

㈡刑之減輕事由：

1.被告就本件販賣第二、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。

2.本案係警員執行網路巡邏勤務，見被告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，惟被告與同案被告吳承翰、陳萬宏共同基於販賣第二、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，依刑法第25

條第2項規定，按既遂犯之刑減輕之，並遞減輕之。

㈢爰審酌被告明知毒品對於身體健康之戕害，卻與同案被告吳承翰、陳萬宏共同販賣愷他命、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，暨被告犯後坦承犯行之犯後態度、犯罪動機；兼衡其自陳高職畢業之教育程度、現與父母同住、在家中開設之鐵工廠工作，月薪2萬5千元至3萬元等一切情狀，量處如主文所示之刑。

㈣緩刑：

被告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，其於本案行為時僅20歲，因一時衝動犯下本案，犯後亦願意坦承犯行，知所悔悟，現有正當工作，復衡酌刑罰之功能在於對受刑人之矯治、教化，而非科以重罰入監服刑不可，諒其經此偵審程序與科刑之教訓，當知所警惕，認對其所宣告之刑，應以暫不執行為適當，爰依刑法第74條第1項第1款規定，併予宣告緩刑5年，以勵自新。又為使其深切反省，本院認亦應課予一定條件之緩刑負擔，爰併依同法第74條第2項第8款、第5款規定，命被告於本案判決確定之日起3年內，參加法治教育2場次，並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，促使被告於緩刑期間內能隨時警惕以約束自身行為。倘被告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，期能使被告能藉由履行上開義務及保護管束之過程中深切反省。

三、沒收：

㈠毒品：

1.按違禁物，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之，刑法第38條

第1項定有明文。於數人共同犯罪時，除非違禁物已滅失或不存在，均應對各共同正犯諭知沒收（最高法院107年台上字第2697號判決參照）。

2.扣案如附表一編號1至2所示之物，分別含有第三、四級毒品成分，均屬違禁物，且該等物品皆為被告與同案被告吳承翰、陳萬宏用以販賣而遭查獲之第三、四級毒品，除採樣樣本檢驗部分業已鑑析用罄外，依上開說明，不問屬於犯罪行為人與否，就附表一編號1至2所示之物應依刑法第38條第1項規定諭知沒收。

3.扣案如附表一編號3所示之彩虹咖啡包，均檢驗出第二、三、四級毒品成分，該等物品亦為被告與同案被告吳承翰、陳萬宏用以販賣而遭查獲之第二、三、四級毒品，除採樣樣本檢驗部分業已鑑析用罄外，依上開說明，不問屬於犯罪行為人與否，均應依毒品危害防制條例第18條第1項前段規定諭知沒收銷燬。

4.盛裝或包裝附表一編號1至3所示毒品之包裝袋，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，均整體視為毒品，併予沒收或銷燬。

㈡犯罪工具：

1.按刑法上責任共同原則，係指共同實行犯罪行為之人，在合同意思範圍以內，各自分擔犯罪行為之一部，相互利用他人之行為，以達其共同犯罪之目的者，即應對於全部所發生之結果共同負責。亦即責任共同原則僅在處理共同犯罪參與關係中責任之認定，與犯罪工具物之沒收重在犯罪預防並遏止犯罪，以及犯罪所得之沒收旨在澈底剝奪犯罪利得以根絕犯罪誘因，係屬兩事。又沒收固為刑罰與保安處分以外之獨立法律效果，但沒收人民財產使之歸屬國庫，係對憲法所保障人民財產基本權之限制，性質上為國家對人民之刑事處分，對人民基本權之干預程度，並不亞於刑罰，原則上仍應恪遵罪責原則，並應權衡審酌比例原則，尤以沒收之結果，與有關共同正犯所應受之非難相較，自不能過當。從而，共同正

犯間關於犯罪所得、犯罪工具物應如何沒收，仍須本於罪責原則，並非一律須負連帶責任；況且應沒收物已扣案者，本無重複沒收之疑慮，更無對各共同正犯諭知連帶沒收或重複諭知之必要，否則即科以超過其罪責之不利責任。因之，本院往昔採連帶沒收共同正犯犯罪所得，及就共同正犯間犯罪工具物必須重複諭知之相關見解，自不再援用，應改為共同正犯間之犯罪所得應就各人實際分受所得部分而為沒收及追徵；而犯罪工具物須屬被告所有，或被告有事實上之處分權者，始得在該被告罪刑項下併予諭知沒收。至於非所有權人，又無共同處分權之共同正犯，自無庸在其罪刑項下諭知沒收或連帶沒收及追徵，此理即便遇有「不問屬於犯罪行為人與否，均沒收之」之特別規定亦然（最高法院108 年度台上字第1001號判決及臺灣高等法院暨所屬法院108 年法律座談會刑事類提案第1 號研討結果可資參照）。查扣案如附表二編號1 、2 所示行動電話各1 具，分別為同案被告吳承翰、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頁、第39頁），並非被告所有，亦無證據證明被告對上開行動電話具有事實上之處分權，依上開說明，自不予對被告諭知沒收。

2.被告以不詳廠牌（含不詳門號SIM 卡1 張）與同案被告吳承翰聯繫共同販賣第二、三、四級毒品之事宜，此有同案被告吳承翰以微信暱稱「wu」與被告微信暱稱「阿樂」微信文字及語音通訊內容及微信對話截圖14幀附卷可佐，惟該手機未扣案，而被告於本院審理時供稱該行動電話已壞掉等語（見本院卷二第164 頁），本院審酌SIM 卡及所搭配之行動電話可供一般人日常生活聯絡使用，尚非專供販賣毒品所用，且本案案發至今已逾1 年多，以行動電話、SIM 卡等電子通訊產品因科技發展日新月異、更迭迅速之情以觀，該等物品現在殘餘價值理當不高，若逕予宣告沒收或追徵價額，對於被告本案不法行為之評價與非難，抑或刑罰之預防或矯治目的助益甚微，亦即考量沒收有無助於犯罪之預防、欲沒收之客

體替代性及經濟價值之高低及執行沒收之程序成本與目的有無顯失均衡等因素，認此等沒收顯然欠缺刑法上之重要性，故爰依刑法第38條之2第2項規定，不予宣告沒收及追徵。

㈢扣案如附表一編號4所示之毒品，經同案被告吳承翰、陳萬宏均於本院審理時供稱：與本案犯行無關，是同案被告陳萬宏帶來吸食所用等語（見本院卷二第38頁），無證據證明係供本案共同販賣第二、三、四級之犯行有關；而附表二編號3至6所示之物，亦非被告所有，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2項、第18條第1項前段，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93條第1項第2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　　6　　月　　19　　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　　6　　月　　19　　日

附錄本判決論罪科刑法條全文：

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，得併科新臺幣七百萬元以下罰金。
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。

備註表（本判決所引用之卷宗代號說明）
1.嘉朴警偵字第1070018220號卷：警卷 2.臺灣雲林地方檢察署107年度偵字第5728號卷：偵㈠卷 3.臺灣雲林地方檢察署108年度偵緝字第259號卷：偵㈡卷 4.本院107年度聲羈字第142號卷：聲羈142卷