臺灣彰化地方法院刑事判決

114年度訴字第675號

公　訴　人　臺灣彰化地方檢察署檢察官
被　　告　蕭渭翰
000000000000000000
000000000000000000
指定辯護人　本院公設辯護人 陳志忠
被　　告　賴君豪
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000
指定辯護人　本院約聘辯護人 黃梓翔

上列被告等因違反毒品危害防制條例案件，經檢察官提起公訴（114年度偵續字第7號），本院判決如下：

主　文

蕭渭翰共同犯販賣第三級毒品未遂罪，累犯，處有期徒刑肆年。

扣案之異丙帕酯菸彈陸顆均沒收銷燬。

賴君豪共同犯販賣第三級毒品未遂罪，處有期徒刑貳年。

犯罪事實

一、蕭渭翰（綽號「油味」）前因違反洗錢防制法案件，經臺灣高等法院臺中分院以112年度金上訴字第190號判處有期徒刑5月確定，於民國113年5月17日易服社會勞動執行完畢。蕭渭翰仍不知悔改，與賴君豪均明知異丙帕酯、依託咪酯屬於毒品危害防制條例列管之第三級毒品（嗣於113年11月27日經行政院公告為第二級毒品，115年6月27日改列為第一級毒品），依法不得販賣，緣余○○曾以FACETIME與蕭渭翰聯繫，得悉其有依託咪酯菸彈可供販售，余○○於113年10月2日上午11時30分許，經警授意後為實施誘捕偵查，與蕭渭翰FACETIME帳號「Z00000000000000000.com」（下稱本案FACETIME帳號）聯絡，要向蕭渭翰購買依託咪酯菸彈，雙方相約於同日13時許，在彰化縣秀水鄉秀中街115巷與秀中街口見

面交易，其後蕭渭翰與賴君豪共同基於販賣第三級毒品之犯意聯絡，由賴君豪騎乘機車搭載蕭渭翰前往上開地點，渠等2人到達該處後，一同進入余○○駕駛車牌號碼000-0000號自用小客車內，蕭渭翰與余○○約定以新臺幣(下同)3,600元對價販賣異丙帕酯菸彈3顆，蕭渭翰並於該車上先交付異丙帕酯菸彈1顆予余○○，蕭渭翰並要求賴君豪返回拿取異丙帕酯菸彈2顆及找零之現金，嗣蕭渭翰、賴君豪欲下車離去時，當場遭埋伏之員警逮捕並扣得異丙帕酯菸彈1顆因而未遂，嗣並經蕭渭翰同意後帶員警至彰化縣○○鄉○○街000巷00號扣得蕭渭翰藏放之異丙帕酯菸彈5顆而查獲上情。

二、案經臺中市政府警察局大甲分局報告臺灣彰化地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

壹、程序部分：

一、被告蕭渭翰之辯護人爭執證人余○○之警詢筆錄無證據能力：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 項定有明文。查上開余○○於警詢中之證詞，並無刑事訴訟法第159條之2或第159條之3所定具有證據能力之情形，並經被告蕭渭翰之辯護人爭執其證據能力，揆諸前揭說明，自不得為證據。

二、本判決以下所引用被告以外之人於審判外之陳述，檢察官、被告及其等辯護人於本院準備程序中均表示同意作為證據，且迄至言詞辯論終結前均未聲明異議，本院審酌上開證據資料作成時之情況，並無違法不當或證明力明顯過低之瑕疵，亦認以之作為證據應屬適當，依刑事訴訟法第159條之5規定，認前揭證據資料均有證據能力。至本案認定事實所引用之非供述證據，並無證據證明係公務員違背法定程序所取得，依刑事訴訟法第158條之4反面解釋，當有證據能力，復經本院審理時，提示並告以要旨，使當事人充分表示意見，自得為證據使用。

貳、實體方面

一、認定犯罪事實所憑之證據及理由：

訊據被告蕭渭翰固坦承於上揭時地，伊有交付異丙帕酯菸彈1顆予余○○乙情供認不諱，惟否認有何販賣第三級毒品之犯行，辯稱：伊告訴余○○菸彈1顆進貨價1200元，余○○表示欲以1000元價格購買，雙方因價格談不合，未完成買賣等語；被告賴君豪對於當時伊與蕭渭翰一起坐在車上，蕭渭翰有要求伊回去拿包包等情供認不諱，惟亦否認犯行，辯稱：伊在車上玩手機，没有聽到他們談話內容等語，經查：

㈠本案FACETIME帳號是被告蕭渭翰所使用，而余○○於上開時間以該FACETIME帳號與蕭渭翰聯繫後，相約同日13時許，在彰化縣秀水鄉秀中街115巷與秀中街口見面，嗣後賴君豪騎車搭載蕭渭翰一同前往，抵達後，二人均進入余○○所駕駛自用小客車內，蕭渭翰在車內交付一顆異丙帕酯予余○○，其後被告二人下車，遭埋伏之員警查獲，員警經被告蕭渭翰同意搜索，扣得異丙帕酯菸彈5顆等情，為被告二人所不爭執，並經證人余○○證述無誤，且有台中市政府警察局大甲分局搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、自願受搜索同意書、現場照片及員警職務報告附卷可稽，復有異丙帕酯菸彈6顆扣案可佐，而上開菸彈經抽驗其中2顆，確均含異丙帕酯成份，有衛生福利部草屯療養院鑑驗書在卷可考，此部分之事實，堪予認定。

㈡查證人余○○於偵查中證述：這次我於113年10月2日上午用FACETIME連絡上手，要買依託咪酯，並約定時間地點，我們在照片中的地點見面，油味跟另一名男子前來，我不知道他的名字，他們2人一起上我的車，油味坐副駕駛座後方，另一男子坐駕駛座後方，油味將依託咪酯菸彈1顆給我試，我當場試用，我們才講數量跟價格，一開始我說要買1萬元，油味說連試用這個還有2個，3個要賣我3600元，我說好，他說要回家拿剩下2個，下車時就被警方查獲，另一位男子在車上没有說話，也没有負責交煙彈及收錢，他有聽到我與油

味在講話，只有說買油，他有看到油味拿菸彈給我等語：證人余○○復於本院審理時證述：我用FACETIME聯繫蕭渭翰，蕭渭翰就知道跟毒品有關，蕭渭翰有拿一顆菸彈給我，他說1顆1200元，我說要用1萬元購買，他說沒那麼多可賣，有兩顆可以，加試用這顆要賣我3600元，買賣講好等語；被告蕭渭翰於警詢中供述：余○○打FACETIME給我，我叫他到彰化縣○○鄉○○街000巷00號等我，然後余○○開一台白色的車來，余○○打給我說他到了，他跟我說他的車停在機車行對面，然後我就叫賴君豪騎車載我去找他，到了後我去余○○車上，因那時在下雨，所以我就叫賴君豪一起上車，我坐駕駛座後座，賴君豪坐副駕駛座後座、上車後我就拿一顆依託咪酯菸彈給余○○，我跟他說1顆1200元，他問我還有沒有，他要用1萬元跟我買，然後我就跟他說最多給他2顆，共3600元，之後我就叫賴君豪回去幫我拿菸盒，我菸彈都放在菸盒裡面等語，經核與證人余○○上開證述情節相符，前開證人余○○之證述，堪信屬實，為可採信。又依證人余○○證述及被告蕭渭翰之供述，被告賴君豪騎機車搭載被告蕭渭翰前往約定地點與余○○見面後均進入車內，被告蕭渭翰與余○○磋商毒品價格及數量時，被告賴君豪既在車內自應知悉雙方談話內容，且於被告蕭渭翰與余○○就毒品交易達成合致時，並同意返家為蕭渭翰拿取菸彈交付，足認被告賴君豪與蕭渭翰就販賣第三級毒品間有犯意聯絡。

㈢辯護人主張證人余○○受員警指示向被告蕭渭翰購買第三級毒品異丙帕酯菸彈，為陷害教唆云云，按刑事偵查技術上所謂「釣魚偵查」，係指對於原已犯罪或具有犯罪故意之人，以設計引誘之方式，使其暴露犯罪事證，而加以逮捕或偵辦而言，此純屬偵查犯罪技巧之範疇，並未違反憲法對於基本人權之保障，且於公共利益之維護有其必要性存在，故依「釣魚」方式所蒐集之證據資料，原則上非無證據能力。而所謂「陷害教唆」，則指行為人原不具犯罪之故意，純因司法警察之設計教唆，始萌生犯意，進而實行犯罪構成要件之

行為者而言，因係以引誘或教唆犯罪之不正當手段，使原無犯罪故意之人因而萌生犯意，實行犯罪行為，再進而蒐集其犯罪之證據，予以逮捕偵辦，此種誘人犯罪之手段顯已違反憲法對於基本人權之保障，且已逾越偵查犯罪之必要程度，對於公共利益之維護並無意義，其因此所取得之證據資料，應不具有證據能力。又於俗稱「釣魚」或「誘捕偵查」之情形，因毒品買者為協助警察辦案佯稱購買，而將販賣者誘出以求人贓俱獲，因其無實際買受之真意，且在警察監視之下伺機逮捕，事實上亦不能真正完成買賣，則該次行為，僅能論以販賣未遂（最高法院100年度台上字第4498號判決意旨參照）。查被告蕭渭翰於本院準備程序時已供述：伊知道余○○打電話予伊，是要拿毒品等情，余○○於本院審理時亦證述其打電話予蕭渭翰時，未表明要購買何種毒品，然雙方赴約時，蕭渭翰已帶第三級毒品異丙帕酯菸彈1顆前往赴約等情，可知蕭渭翰販賣第三級毒品異丙帕酯之犯意非余○○引誘才萌生，被告蕭渭翰自始有販賣第三級毒品之犯意，況被告蕭渭翰於余○○洽詢時，並未明確拒絕交易，甚而約定見面地點，嗣更於毒品交易磋商過程對毒品之數量、金額之議價，居於主導地位，故本案不購成陷害教唆甚明。

㈣按販賣毒品之所謂販賣行為，須行為人主觀上有營利意圖，且客觀上有販入或賣出毒品行為，即足構成，至於實際上是否已經獲利，則非所問（最高法院93年度台上字第1651號判決意旨參照）。復衡諸我國查緝毒品之施用或販賣一向執法甚嚴，對於販賣毒品者尤科以重度刑責，又販賣毒品既係違法行為，當非可公然為之，本無一定價格，各次買賣之價格，當亦各有差異，隨供需雙方之資力、關係之深淺、需求之數量、貨源之充裕與否、販賣者對於資金之需求如何即殷切與否，以及政府查緝之態度，進而為各種不同之風險評估，而為機動性之調整，是其價格標準，自非一成不變，是販賣之利得，誠非固定，除非經行為人詳細供出各次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，但販賣毒品係重罪，且毒品量微價高，取得不易，倘若非有利可圖，一般人當無干冒重度刑責而提供毒品給他人之可能，是其販入之價格必較售出之價格低廉，而有從中賺取買賣差價牟利之意圖及事實，應屬合理之認定，縱使販賣者從各種「價差」或「量差」或係「純度」謀取利潤方式，或有差異，然其所圖利益之非法販賣行為目的，則屬相同，並無二致。被告與證人余○○並非至親，亦無特殊情誼，豈會甘冒重典交易毒品，被告而為上述犯行，苟被告無利潤可圖，衡情應無甘冒易遭查緝法辦之風險，而使購毒者即證人余○○取得毒品之理。被告具有從中獲利之意圖甚明。

㈤從而，本案事證明確，被告二人否認犯行，其等辯詞顯係卸責之詞，不足採信。綜上事證，被告二人上開犯行堪以認定，應予依法論科。

二、論罪科刑：

㈠查被告行為後異丙帕酯經行政院於113年11月27日公告為第二級毒品，復於115年6月7日改列第一級毒品，此為事實變更，非刑罰法律有所變更，自不生新舊法比較問題，應依被告行為時之空白刑法填補之事實適用法律。

㈡核被告二人所為，均係犯毒品危害防制條例第4條第6項、第3項之販賣第三級毒品未遂罪。被告二人間有犯意聯絡及行為分擔，為共同正犯。

㈢刑之加重、減輕事由：

1.被告蕭渭翰前因違反洗錢防制法案件，經臺灣高等法院臺中分院以112年度金上訴字第190號判處有期徒刑5月確定，於113年5月17日易服社會勞動執行完畢。被告於5年內故意再犯本件有期徒刑以上之罪，有法院前案紀錄表1份在卷可稽，為累犯，被告前開所犯案件與本案均屬故意犯罪，歷經前次偵審程序教訓後，仍不知警惕，顯見被告前罪之徒刑執行無成效，忽視法律禁令，對刑罰反應力薄弱，又本案並無司法院釋字第775號解釋意旨所指個案應量處最低法定刑，亦無法適用刑法第59條規定減輕其刑，故依刑法第47條第1項規

定加重其刑。

2.刑法第25條第2項：

被告已著手於販賣第三級毒品之實行，惟因購毒者自始即無購買毒品之真意而未遂，爰依刑法第25條第2項規定，按既遂犯之刑減輕之。被告蕭渭翰部分，並依法先加重後減輕其刑。

3.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(最高法院95年度台上字第6157號判決意旨參照)。次按販賣第三級毒品罪之法定刑為7年以上有期徒刑，罪刑極重，然同為販賣毒品之人，犯罪情節未必盡同，或有大盤毒梟者，亦有中、小盤之分，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相同，可謂甚重，為達懲儆被告，倘處以適度有期徒刑即可達防衛社會目的，自非不可依客觀之犯行與主觀之惡性，考量其情狀是否有可憫恕之處，應，適用刑法第59條之規定酌量減輕其刑。查被告賴君豪與蕭渭翰共同販賣第三級毒品，雖屬不該，惟於本案中被告蕭渭翰居於主導地位並為毒品來源，然考量被告賴君豪僅單純幫被告蕭渭翰跑腿，其惡性顯没有蕭渭翰重大，被告賴君豪縱依未遂犯減輕其刑度仍在有期徒刑3年6月以上，與被告賴君豪犯罪情節相衡，實有情輕法重之憾，爰依刑法第59條之規定酌量減輕其刑，並遞減之。

4.被告二人未能於偵審自白，且未能供出毒品來源，而查獲其他正犯或共犯，自無毒品危害防制條例第17條之適用，附此敘明。

㈣爰以行為人之責任為基礎，審酌被告知悉異丙帕酯、依託咪

酯列屬第三級毒品，均具高度成癮性，竟仍任意出售他人，非但助長流通，更危害他人身心並衍生其他社會問題，應予相當之非難；兼衡其等犯罪之動機、目的、手段、販賣毒品之對象、數量、可藉此獲取之利益，及被告蕭渭翰自述大學肄業之智識程度，現為舖設柏油路員工，天氣好沒有下雨，一月收入約有8萬多元，一天白天2600元，晚上4600元，未婚，與家人同住，父親退休，母親退休，賺錢貼補家用，無負債等情;被告賴君豪自陳國中畢業，現為洗車廠員工，日薪1100元，離婚，育有一名未成子女，由前妻照顧，跟家人同住，父親有在工作，母親無業，無負債等家庭生活經濟狀況，分別量處如主文所示之刑。

三、沒收：

㈠按沒收應適用裁判時之法律，刑法第2條第2項定有明文。扣案菸彈6顆經鑑定後檢出含有異丙帕酯成分，而異丙帕酯經行政院公告改列為第一級毒品，均如前述，爰依毒品危害防制條例第18條第1項規定宣告沒收銷燬。

㈡證人余○○與被告蕭渭翰進行毒品交易時雖已約定買賣價金，惟證人余○○乃配合員警追緝毒品上手而為誘捕被告，本無意與被告蕭渭翰完成毒品交易，且未交付現金予被告蕭渭翰，自無犯罪所得應予沒收、追徵問題。

據上論斷，應依刑事訴訟法第299條第1項前段，判決如主文。

本案經檢察官吳皓偉提起公訴，檢察官徐雪萍到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　7　　月　　24　　日

刑事第六庭　審判長法官　王義閔

法　　官　巫美蕙

法　　官　鮑慧忠

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」。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　7　　月　　24　　日

書　記　官　詹惠如

參考法條

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。