

臺灣高等法院高雄分院刑事判決

111年度上訴字第977號

上訴人

即被告 許嚴智

指定辯護人 王芊智律師

上列上訴人即被告因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣屏東地方法院110年度訴字第544號，中華民國111年8月19日第一審判決（起訴、併辦案號：臺灣屏東地方檢察署110年度偵字第7548、7429、7430、10765、10766、10841號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

事 實

一、緣林義凱（已歿）因販賣第二級毒品未遂等犯行（業經原審判決有罪確定），經員警當場查獲逮捕後，為供出其毒品上游為許嚴智，乃於民國110年7月29日14時40分許，以LINE通訊軟體與許嚴智聯繫，佯稱有人需要毒品，央請其攜往交付云云；而許嚴智原即有販賣第二級毒品之意，見林義凱洽商甲基安非他命毒品交易後，乃基於販賣第二級毒品以營利之犯意，即告以有2錢價值為新臺幣（下同）15,000元之甲基安非他命可供販賣，2人遂約定在址設屏東縣○○鎮○○○街000號之東之港汽車旅館103號房交易，嗣於同日16時35分許，許嚴智前往上址汽車旅館103號房與林義凱及假冒為買家之員警會面時，許嚴智於交付如附表編號1、2所示甲基安非他命2包予林義凱之際，即遭員警表明身分當場查獲而未遂，並扣得如附表編號1至6所示之物。

二、案經屏東縣政府警察局東港分局報告臺灣屏東地方檢察署檢察官偵查後提起公訴及移送併辦。

理 由

01 一、證據能力：

02 按被告以外之人於審判外之陳述，雖不符前四條之規定，而
03 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
04 書面陳述作成時之情況，認為適當者，亦得為證據。當事
05 人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有第159條第1項
06 不得為證據之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視
07 為有前項之同意。刑事訴訟法第159條之5定有明文。本判決
08 後述所引用屬於傳聞證據之部分，均已依法踐行調查證據程
09 序，且檢察官、上訴人即被告許嚴智（下稱被告）之辯護人
10 於本院審理時均明示同意有證據能力（見本院卷第296
11 頁），而被告經合法通知無正當理由未到庭，惟就本判決所
12 引用各項傳聞證據均未於言詞辯論終結前聲明異議，本院審
13 酌該等證據作成時情況，並無違法取證之瑕疵，且無顯不可
14 信之情形，以之作為證據應屬適當，依刑事訴訟法第159條
15 之5規定，均有證據能力。

16 二、認定被告有罪所憑之證據及理由：

17 (一)上開事實，業據被告於偵查、原審及本院審理時均坦承不諱
18 （被告雖未曾到庭，然於上訴理由狀已坦承販賣之事實及犯
19 意），核與證人即同案被告林義凱於警詢、偵查及原審審理
20 時之供述相符，並有被告與林義凱之LINE通訊軟體訊息畫面
21 擷圖（見偵三卷第295至299頁）、屏東縣政府警察局東港分
22 局搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、扣押物品收據（見警三
23 卷第37至53頁）、現場蒐證畫面照片（見警三卷第129至132
24 頁）、高雄市立凱旋醫院110年8月25日濫用藥物成品檢驗鑑
25 定書（見偵二卷第255頁），復有如附表所示物品扣案足
26 證，足認被告上開自白核與事實相符，洵堪採為本案論罪科
27 刑之依據。

28 (二)按販賣毒品者，其主觀上須有營利之意圖，且客觀上有販賣
29 之行為，即足構成，至於實際上是否已經獲利，則非所問。
30 本件被告於警詢中已自承本次完成毒品交易可獲利3,000元
31 等語（參警三卷第14頁），是認被告確實欲利用販賣第二級

01 毒品之行為而獲利，主觀上當具有販賣毒品以營利之意圖，
02 至為顯明。綜上，本件事證明確，被告犯行，應堪認定。

03 三、論罪：

04 (一)按被告與林義凱達成買賣毒品之合意後，依約將毒品帶往約
05 定之交易地點，固已著手於實施販賣毒品之行為，惟因林義
06 凱係為供出上手而蒐集被告之販毒事證，其本身並無向被告
07 購買毒品之真意，自不可能完成毒品買賣，則被告之販賣第
08 二級毒品犯行，應屬未遂。故核被告所為，係犯毒品危害防
09 制條例第4條第2項、第6項之販賣第二級毒品未遂罪。被告
10 販賣第二級毒品而持有之低度行為，為其販賣之高度行為所
11 吸收，不另論罪。臺灣屏東地方檢察署檢察官110年度偵字
12 第10765、10766、10841號移送併辦部分，與被告上開被訴
13 事實完全相同，為同一案件，本院自得併予審理。

14 (二)刑之加重、減輕：

15 1.被告前因施用毒品案件，經臺灣橋頭地方法院以109年度
16 簡字第1341號判決判處有期徒刑3月確定，於110年3月23
17 日易科罰金執行完畢等情，業據起訴書犯罪事實欄敘明在
18 案，並提出刑案資料查註紀錄表為證，而被告及其辯護人
19 就上開前案執行完畢之事實，均表示無意見等語（見原審
20 卷第353、354頁），足認被告確有上述徒刑執行完畢紀錄
21 無誤，是被告於前揭徒刑執行完畢後，5年內故意再犯本
22 件有期徒刑以上之罪，為累犯，審酌被告構成累犯之前案
23 為毒品案件，而所犯本案亦為毒品案件，具有同質性，足
24 見前案之徒刑執行成效不彰，依累犯規定加重其最低本刑
25 （法定刑為無期徒刑部分除外），尚無司法院大法官會議
26 釋字第775號解釋所稱所受刑罰超過其所應負擔罪責之情
27 形，應依刑法第47條第1項規定，除法定刑為無期徒刑部
28 分不得加重外，加重其刑。被告之辯護人請求不要依累犯
29 規定加重，即不可採。

30 2.被告販賣第二級毒品犯行部分，均已著手於販賣毒品犯行
31 之實行，然因買家並無購入之真意且係在員警監督之下而

01 不遂，為未遂犯，應依刑法第25條第2項規定，按既遂犯
02 之刑度減輕之。

03 3.被告販賣第二級毒品犯行部分為警查獲後，於偵查中、原
04 審及本院審理時均自白犯行（被告於本院審理時雖未到
05 庭，然於上訴理由狀已坦承販賣之事實及犯意，應可認已
06 自白犯罪，見本院卷第15至17頁），爰依毒品危害防制條
07 例第17條第2項規定減輕其刑。

08 4.被告有上開多數之加重、減輕事由，爰依刑法第70、71條
09 之規定，先加重（除無期徒刑外）後遞減輕之。

10 四、上訴之論斷：

11 (一)原審認被告上開罪證明確，依法加重遞減輕後，並審酌被告
12 明知毒品對於社會秩序及國民健康危害至深且鉅，嚴重影響
13 社會治安，仍無視於國家禁絕毒品之禁令，任意販賣甲基安
14 非他命，戕害他人身心健康，所為實有不該，而被告前則曾
15 因施用毒品案件，經觀察勒戒或判處罪刑（累犯部分不重複
16 評價），亦未戒絕施用毒品之惡習，所為應予非難；惟審酌
17 被告於犯後均能坦認犯行，態度尚可，且被告所販賣毒品之
18 數量均屬有限，僅止於彼此間認識之吸毒者友儕間互通有無
19 或共享，因而販賣毒品，對社會治安及國民健康之危害性相
20 對較低，兼衡本案販賣毒品之種類、對象、人數、次數、數
21 量及被告自述之教育程度，工作收入等經濟生活狀況等一切
22 情狀，量處有期徒刑3年。復說明：①扣案如附表編號1至5
23 所示之物，經鑑驗結果含第二級毒品甲基安非他命成分，且
24 被告自陳該等扣案物均為其所有供犯本案所用及販賣所剩，
25 自應依毒品危害防制條例第18條第1項規定，宣告沒收銷燬
26 之；②扣案如附表編號6所示行動電話1支，被告自承係供其
27 本案聯絡販毒所用，應依毒品危害防制條例第19條第1項之
28 規定宣告沒收。經核原審判決認事用法，核無不合，量刑亦
29 屬允當。

30 (二)被告上訴意旨略以：本件買家無購買之真意，買賣行為自屬
31 無效，故被告雖有犯意，至多僅屬預備行為，因本條並無處

01 罰預備犯之規定，請為無罪諭知云云。然行為人依其對於犯
02 罪之認識，開始實行足以與構成要件之實現具有密切關聯之
03 行為，即可實現構成要件，此時行為人之行為對保護客體已
04 形成直接危險，即屬已達著手。本件被告於上訴理由狀已自
05 承：有販賣毒品之犯意等語（參本院卷第15頁），且其與林
06 義凱就毒品交易之種類、價格、數量等於網路上均已磋商完
07 成，並攜帶毒品前往指定地點交付而遭查獲一節，均如前
08 述，可見被告基於販賣毒品之犯意，並開始實現構成要件之
09 行為，對保護客體已形成直接危險，即屬已達著手，自非僅
10 止於預備之行為甚明，故被告上訴意旨主張其係預備犯云
11 云，即不可採。

12 (三)被告上訴意旨又主張：本案係員警教唆林義凱以釣魚方式引
13 誘被告販毒，如為被告有罪判決，無異於鼓勵警方以不正方
14 法查案云云。惟查：

15 1.按學理上所稱「陷害教唆」，屬於「誘捕偵查」型態之
16 一，而「誘捕偵查」，依美、日實務運作，區分為兩種偵
17 查類型，一為「創造犯意型之誘捕偵查」，一為「提供機
18 會型之誘捕偵查」。前者，係指行為人原無犯罪之意思，
19 純因具有司法警察權者之設計誘陷，以唆使其萌生犯意，
20 待其形式上符合著手於犯罪行為之實行時，再予逮捕者而
21 言，實務上稱之為「陷害教唆」；後者，係指行為人原已
22 犯罪或具有犯罪之意思，具有司法警察權之偵查人員於獲
23 悉後為取得證據，僅係提供機會，以設計引誘之方式，佯
24 與之為對合行為，使其暴露犯罪事證，待其著手於犯罪行
25 為之實行時，予以逮捕、偵辦者而言，實務上稱此為「釣
26 魚偵查」。

27 2.證人林義凱於警詢時證稱：我沒有遭受警方指使，是我自
28 己要這樣做的，我要配合警方查緝上游等語（參警一卷第
29 15頁），核與證人即查獲員警林○廷於本院審理時證稱：
30 林義凱被查獲時有主動說毒品上游就是被告，LINE對話裡
31 面的「1500」是上次購買毒品欠被告的錢，其請林義凱順

01 著LINE對話把被告約出來等語大致相符（參本院卷第298
02 至299頁），顯見員警是在獲悉被告有可能是證人林義凱
03 之毒品上游時，為取得證據，請林義凱順著先前買賣之模
04 式佯與被告為販賣之對合行為，再伺機加以逮捕，依上說
05 明，已難認本案係因員警之唆使而陷害被告之情形。

06 3.再者，被告在本案查獲之前，已有販賣毒品予林義凱之行
07 為一節，業據證人林義凱於警詢時證稱：被查扣之甲基安
08 非他命毒品來源為暱稱「海」之男子，其係於110年7月27
09 日向「海」購買2錢共15000元之甲基安非他命，「海」就
10 是本案查獲之被告許嚴智等語明確（參警一卷第14至15
11 頁），且觀之被告與林義凱之LINE對話內容：林義凱：
12 「問你喔…昨天那個還有？因為朋友用完，還要…」；被
13 告：「沒有，有別批，愛要不要」；林義凱：「加朋友
14 的，我需要2」；被告：「喔，15000」，有LINE對話翻拍
15 照片在卷可稽（參偵三卷第297至298頁），可見證人林義
16 凱證述其於查獲前之110年7月27日，曾向「海」購買2錢
17 共15000元之甲基安非他命之情，應屬非虛，否則，被告
18 不可能一聽聞證人林義凱說「昨天那個」、「2」後，隨
19 即回答「15000」等明瞭交易毒品種類、價錢之暗語；再
20 佐以被告於上訴理由狀亦自承：林義凱曾向被告買過甲基
21 安非他命，被告於需要時亦曾向林義凱調用過，並支付對
22 價等語（參本院卷第15頁），顯見被告於本案之前，原即
23 有販賣毒品予林義凱之行為及犯意，自難認係因司法警察
24 之唆使，方使其原無犯意卻因而萌生販毒之意圖。是被告
25 既然原即有販賣之意圖，且於證人林義凱詢問時隨即應允
26 販賣，並著手於實施販賣毒品之行為，故本件應屬合法之
27 「釣魚偵查」，而非「陷害教唆」至明。被告上訴意旨辯
28 稱：員警教唆林義凱以釣魚方式引誘被告販毒云云，亦無
29 理由。

30 (四)被告之辯護人又辯稱：本案之犯罪情節有情輕法重之情形，
31 請依刑法第59條之規定減輕其刑云云。然按犯罪之情狀顯可

01 憫恕，認科以最低刑度仍嫌過重者，得酌量減輕其刑，刑法
02 第59條定有明文，所謂顯可憫恕，指被告之犯行有情輕法
03 重、客觀上足以引起一般人同情之處，若處以法定最低刑度
04 仍之過苛，尚堪憫恕之情形而言。本件被告前揭販賣第二級
05 毒品之行為，經依毒品危害防制條例第17條第2項及刑法第2
06 5條規定遞減其刑後，刑度相較原本之法定刑（有期徒刑10
07 年），已有所減輕，且本件被告並無何等足以引起一般人同
08 情之客觀情狀，而確有應予憫恕之處，要無情輕法重之情，
09 自無刑法第59條酌減其刑規定適用之餘地等情，業據原審判
10 決說明綦祥（見原審判決書第10至11頁），本院審酌被告犯
11 罪之情節，客觀上難認有何特殊原因或堅強事由足以引起一
12 般同情而顯有可憫恕之情，故原審未依刑法第59條酌減其
13 刑，並無違誤；被告辯護人上開所指，並不可採。

14 (五)綜上所述，本件被告上訴意旨指摘原審認事用法有前揭違誤
15 之處，及未依刑法第59條之規定減輕其刑而量刑不當等情，
16 均係就原審之適法行使及已經原審判斷、說明之事項，依憑
17 己意，再事爭執，自非可採。從而，本件被告上訴均無理
18 由，應予駁回。

19 五、被告經本院合法傳喚，無正當理由未遵期到庭，有本院送達
20 證書、報到單附卷可稽（見本院卷第263、271、293頁），
21 爰依刑事訴訟法第371條之規定，不待其陳述，逕行判決。

22 六、同案被告張博智、林義凱部分，業經原審判決確定，自不另
23 論列，附此敘明。

24 據上論斷，應依刑事訴訟法第368條、第371條，判決如主文。

25 本案經檢察官李忠勳提起公訴、移送併辦，檢察官陳俊宏到庭執
26 行職務。

27 中 華 民 國 112 年 6 月 1 日

28 刑事第五庭 審判長法官 簡志瑩

29 法官 唐照明

30 法官 王俊彥

31 以上正本證明與原本無異。

01 如不服本判決應於收受本判決後20日內向本院提出上訴書狀，其
02 未敘述上訴理由者，並得於提起上訴後20日內向本院補提理由書
03 狀（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

04 中 華 民 國 112 年 6 月 1 日

05 書記官 郭蘭蕙

06 附錄本判決論罪科刑法條：

07 毒品危害防制條例第4條

08 製造、運輸、販賣第一級毒品者，處死刑或無期徒刑；處無期徒
09 刑者，得併科新臺幣3千萬元以下罰金。

10 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
11 刑，得併科新臺幣1千5百萬元以下罰金。

12 製造、運輸、販賣第三級毒品者，處7年以上有期徒刑，得併科
13 新臺幣1千萬元以下罰金。

14 製造、運輸、販賣第四級毒品者，處5年以上12年以下有期徒
15 刑，得併科新臺幣5百萬元以下罰金。

16 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
17 以下有期徒刑，得併科新臺幣1百50萬元以下罰金。

18 前五項之未遂犯罰之。

19 附表：（被告許嚴智查扣之物）

編號	扣案物品	數量	備註
1	甲基安非他命	1包	(1)檢驗後淨重為3.546公克 (2)鑑別號碼：110安保248-01號
2	甲基安非他命	1包	(1)檢驗後淨重為3.541公克 (2)鑑別號碼：110安保248-02號
3	甲基安非他命	1包	(1)檢驗後淨重為1.569公克 (2)鑑別號碼：110安保248-03號
4	甲基安非他命	1包	(1)檢驗後淨重為1.133公克 (2)鑑別號碼：110安保248-04號
5	甲基安非他命	1包	(1)檢驗後淨重為0.598公克

(續上頁)

01

			(2)鑑別號碼：110安保248-05號
6	智慧型手機(IMEI : 0000000000000000)	1台	