

臺灣新北地方法院刑事判決

113年度訴字第1013號

公 訴 人 臺灣新北地方檢察署檢察官
被 告 褚昱賢

選任辯護人 葉慶人律師
楊偉毓律師
林祐增律師

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（113年度偵字第45432號），本院判決如下：

主 文

褚昱賢共同犯販賣第三級毒品而混合二種以上毒品未遂罪，處有期徒刑壹年貳月。

扣案如附表所示之物均沒收。

事 實

褚昱賢、少年高○翔（民國00年0月生，真實姓名年籍詳卷，由本院少年法庭另行處理，無證據證明褚昱賢知悉其真實年籍資料）知悉明知依托咪酯、美托咪酯、異丙帕酯為第三級毒品（113年11月27日，均改列為第二級毒品），依法不得持有、販賣，竟意圖營利，共同基於販賣第三級毒品而混合二種以上毒品之犯意聯絡，由高○翔於113年7月9日某時，在社群軟體抖音之「新毒品流入台灣！警首破獲依托咪酯菸彈分裝場」影片評論區，以暱稱「小翔」發布：「1滿13需要私訊」之暗示販售含有上述第三級毒品成分菸彈之廣告訊息。適為員警執行網路巡邏勤務時發現上開訊息，乃於同年8月13日13時許，喬裝成購毒者與高○翔聯絡購買菸彈事宜，雙方約定以新臺幣（下同）6500元之價格交易含有上述第三級毒品成分之菸彈5顆，並約定於該日19時許，

01 在新北市○○區000號前進行交易。褚昱賢遂依高○翔之通知攜
02 帶附表編號1所示菸彈前往上址。嗣於同日18時50分許，褚昱賢
03 與員警於上址碰面後，將附表編號1所示菸彈交付予員警，經員
04 警表明身分予以逮捕而未遂，並當場扣得如附表編號1、2所示之
05 物。

06 理 由

07 一、證據能力部分

08 本院以下所引用供述及非供述證據部分，並無證據證明係公
09 務員違背法定程序所取得，是依刑事訴訟法第158條之4反面
10 解釋，即具證據能力。

11 二、認定事實所憑之證據及理由

12 (一)上揭犯罪事實，業據被告褚昱賢於偵查及審理中坦承不諱

13 (見偵卷第16-19、95頁、本院卷第75、104頁)，核與證人
14 高○翔於偵查中之證述情節大致相符(本院不公開卷第9-15
15 頁)，並有新北市政府警察局新莊分局搜索扣押筆錄、扣押
16 物品目錄表、現場照片、通訊軟體對話紀錄擷圖、譯文、員
17 警職務報告、臺北榮民總醫院113年9月12日北榮毒鑑字第AB
18 539號毒品成分鑑定書等件在卷可稽(見偵卷第13、35-39、
19 55-75、125-127頁、本院不公開卷第21-27頁)，且有如附
20 表所示之物扣案可憑，足認被告上開任意性自白與事實相
21 符，堪以採信。

22 (二)按販賣毒品乃違法行為，非可公然為之，且有其獨特之販售 23 管道，復無公定價格，容易增減分裝之份量，而每次買賣之 24 價量，可能隨時依雙方關係深淺、資力、需求量及對行情之 25 認知、毒品純度、來源是否充裕、查況鬆嚴、購買者被查獲 26 時供述購買對象之可能風險評估等，而異其標準，非可一概 27 而論。而近年來政府為杜絕毒品之氾濫，對於查緝施用及販 28 賣毒品之工作，無不嚴加執行，販賣毒品又係重罪，若非有 29 利可圖，殆無甘冒持有毒品遭查獲之極大風險，親送至交易 30 處所而為交付之可能。查被告於審理中供稱：我以1000元之 31 價格購買煙彈5顆，再以6500元售出等語(見本院卷第75

頁)，足認被告主觀上有販賣以營利之意圖無訛。

(三)綜上所述，本件事證明確，被告犯行堪以認定，應予依法論罪科刑。

三、論罪科刑

(一)按行政機關依據委任立法而制定具有填補空白刑法補充規範之法規命令，雖可視為具法律同等之效力，然該法規命令之本身，僅在補充法律構成要件之事實內容，即補充空白刑法之空白事實，並無刑罰之具體規定，究非刑罰法律，該項補充規範之內容，縱有變更或廢止，對其行為時之法律構成要件及處罰之價值判斷，並不生影響。於此，空白刑法補充規範之變更僅能認係事實變更，不屬於刑罰法律之變更或廢止之範疇，自無刑法第2條第1項法律變更之比較適用問題，而應依行為時空白刑法所填補之事實以適用法律（最高法院94年度台上字第771號、97年度台上字第4022號判決意旨參照）。本案菸彈所含依托咪酯、美托咪酯、異丙帕酯成分雖於113年11月27日經行政院公告改列為第二級毒品，然於本案被告行為時，上開品項僅屬第三級毒品，此部分仍應依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論處。

(二)按毒品危害防制條例第9條第3項明定「犯前5條之罪而混合2種以上之毒品者，適用其中最高級別毒品之法定刑，並加重其刑至2分之1」，該規定之立法理由揭櫫「本條第3項所稱之混合，係指將2種以上之毒品摻雜調合，無從區分而言（如置於同一包裝）。依目前毒品查緝實務，施用混合毒品之型態日益繁多，且因混合毒品之成分複雜，施用後所造成之危險性及致死率均高於施用單一種類者，為加強遏止混合毒品之擴散，爰增訂第3項，規定犯第4條至第8條之罪，而有混合2種以上毒品之情形者，加重其刑至二分之一。另本項係屬分則之加重，為另一獨立之犯罪型態，如其混合2種以上毒品屬不同級別，應依最高級別毒品所定之法定刑，並加重其刑至二分之一，例如販賣混合第三級及第四級毒品

01 者，依販賣第三級毒品之法定刑處斷，並加重其刑至二分之一
02 一；如屬同一級別者，因無從比較高低級別，則依各該級別
03 毒品所定之法定刑，加重其刑至二分之一，併予敘明。」

04 （毒品危害防制條例第9條第3項109年1月15日立法理由參
05 照）。經查，附表編號1所示菸彈，鑑定結果含有第三級毒
06 品依托咪酯、美托咪酯、異丙帕酯，係同一菸彈內摻雜調合
07 有二種以上之毒品，自屬該項所稱之混合二種以上之毒品。

08 (三)按刑法上所謂警員之陷害教唆，係指行為人原無犯罪的意思
09 意思，純因具有司法警察權者的設計誘陷，以唆使其萌生犯
10 意，待其形式上符合著手於犯罪行為的實行時，再予逮捕者
11 而言。此種「陷害教唆」，因行為人原無犯罪的意思，具有
12 司法警察權者復伺機逮捕，係以不正當手段入人於罪，尚難
13 遽認被陷害教唆者成立犯罪。至於刑事偵查技術上所謂的
14 「釣魚」者，則指對於原已犯罪或具有犯罪故意的人，司法
15 警察於獲悉後為取得證據，以設計引誘的方式，佯與之為對
16 合行為，使其暴露犯罪事證，待其著手於犯罪行為的實行
17 時，予以逮捕、偵辦者而言。此種「釣魚」，因屬偵查犯罪
18 技巧的範疇，並未違反憲法對於基本人權的保障，且於公共
19 利益的維護有其必要性，故所蒐集的證據資料，自可具有證
20 據能力；換言之，因犯罪行為人主觀上原即有犯罪的意思，
21 倘客觀上又已著手於犯罪行為之實行時，自得成立未遂犯，
22 此有最高法院107年度台上字第2233號判決意旨可參。查被
23 告雖意圖營利而著手販賣毒品行為，然因喬裝買家之員警自
24 始無實際與被告交易之真意，被告與喬裝買家之員警彼此間
25 僅形式上就毒品交易之達成合意，實際上並不能真正完成毒
26 品買賣行為，然依上開判決意旨，被告所為已該當販賣行為
27 之著手，應以販賣毒品未遂罪論處。

28 (四)核被告所為，係犯毒品危害防制條例第9條第3項、第4條第6
29 項、第3項之販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品未遂
30 罪。被告販賣前意圖販賣而持有附表所示第三級毒品之低度
31 行為，為販賣未遂之高度行為所吸收，不另論罪。

01 (五)被告與高○翔就上開犯行間，具犯意聯絡及行為分擔，應論
02 以共同正犯。

03 (六)刑之加重減輕

04 1. 犯前5條之罪而混合2種以上之毒品者，適用其中最高級別毒
05 品之法定刑，並加重其刑至2分之1，毒品危害防制條例第9
06 條第3項定有明文。查本案被告所販賣之煙彈係混合第三級
07 二種以上不同毒品成分，自應依前揭規定，適用其中最高級
08 別毒品即販賣第三級毒品之法定刑，並加重其刑。

09 2. 按兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段規定，成
10 年人教唆、幫助或利用兒童及少年犯罪或與之共同實施犯罪
11 或故意對其犯罪者，加重其刑至二分之一。成年人與兒童或
12 少年共同實施犯罪，而有上開加重其刑規定之適用者，固不
13 以其明知共同實施犯罪之人為兒童或少年，即有確定故意為
14 必要，但仍以其有與兒童或少年共同實施犯罪之不確定故
15 意，亦即預見共同實施犯罪之人為兒童或少年，且對於共同
16 實施犯罪之人係兒童或少年，並不違背其本意者，始足當
17 之，亦即被告應就少年高○翔之實際年齡有所認知，始能依
18 兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段規定加重其
19 刑。惟查，被告於審理中供稱：「小翔」從IG聯繫我因而認
20 識，我和他見面不到5次，不知道他實際年齡等語明確（見
21 本院卷第103頁），則被告是否確實知悉共犯高○翔為少
22 年，顯非無疑。本案復無其他積極事證足認被告對共犯高○
23 翔之實際年齡有所認知或預見，依罪疑唯利被告原則，尚無
24 從依兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段規定加
25 重其刑。

26 3. 被告已著手於犯罪行為之實行，因佯裝買家之警方無購毒真
27 意而不遂，為未遂犯，爰依刑法第25條第2項之規定減輕其
28 刑。

29 4. 犯毒品危害防制條例第4條至第8條之罪於偵查及歷次審判中
30 均自白者，減輕其刑，毒品危害防制條例第17條第2項定有
31 明文。查被告於偵查及本院審理中均自白本案販賣第三級毒

01 品而混合二種以上毒品未遂犯行，應依前揭規定減輕其刑。

02 5. 按毒品危害防制條例第17條第1項規定：「犯第4條至第8
03 條、第10條或第11條之罪，供出毒品來源，因而查獲其他正
04 犯或共犯者，減輕或免除其刑」，係指調查或偵查犯罪之公
05 務員據被告提供毒品來源之資訊，查獲與被告被訴該違反毒
06 品危害防制條例犯行有直接關聯之毒品來源，因而查獲其他
07 正犯或共犯，始得適用上開規定減免其刑。亦即須兼備「供
08 出毒品來源」與「因而查獲其他正犯或共犯」兩項要件，被
09 告供出毒品來源，與警方或偵查犯罪機關查獲其他正犯或共
10 犯之間，必須具有因果關係，始足以當之。若警方或偵查犯
11 罪機關於被告供出毒品來源之前，已經透過其他方式知悉或
12 查獲其他正犯或共犯，或被告所供出毒品來源之人雖確被查
13 獲，然該人被訴之犯罪事實，與被告所犯之罪之毒品來源無
14 關，二者之間均不具有因果關係，或雖供出共犯，但並非毒
15 品來源，仍無上述減輕或免除其刑規定之適用（最高法院10
16 3年度台上字第4499號判決意旨參照）。查被告雖供出高○
17 翔，然高○翔並非毒品來源，不符毒品危害防制條例第17條
18 第1項條文中所定「供出毒品來源」之要件，自同無該條減
19 刑規定之適用。

20 6. 按法院於面對不分犯罪情節如何，概以重刑為法定刑者，於
21 有情輕法重之情形時，在裁判時本有刑法第59條酌量減輕其
22 刑規定之適用，以避免過嚴之刑罰（司法院大法官會議釋字
23 第263號解釋意旨參照），亦即法院為避免刑罰過於嚴苛，
24 於情輕法重之情況下，應合目的性裁量而有適用刑法第59條
25 酌量減輕被告刑度之義務，另適用刑法第59條酌量減輕其刑
26 時，並不排除同法第57條所列舉10款事由之審酌。販賣第三
27 級毒品罪之法定刑為「7年以上有期徒刑，得併科新臺幣1千
28 萬元以下罰金」，然同為販賣第三級毒品之人，其原因動機
29 不一，犯罪情節未必盡同，或有大盤毒梟者，亦有中、小盤
30 之分，甚或僅止於吸毒者友儕間為求互通有無之有償轉讓者
31 亦有之，其販賣行為所造成危害社會之程度自屬有異，法律

01 科處此類犯罪，所設之法定最低本刑卻同為「7年以上有期
02 徒刑」，不可謂不重，於此情形，倘依其情狀處以較輕之徒
03 刑，即足以懲儆，並可達防衛社會之目的者，自非不可依客
04 觀之犯行與主觀之惡性二者加以考量其情狀，是否有可憫恕
05 之處，適用刑法第59條之規定酌量減輕其刑，期使個案裁判
06 之量刑，能斟酌至當，符合比例原則。經查，被告無販賣、
07 施用毒品之前案紀錄，有法院前案紀錄表可佐，其著手販賣
08 第三級毒品，販賣次數僅有1次、毒品數量非巨，而與大量
09 散播毒品以牟取暴利之大盤、中盤毒販相較，顯然有別，且
10 本案犯行仍屬未遂，尚未發生實害，是本院斟酌被告犯罪情
11 狀，再與所犯之罪刑度衡酌，認其所犯上開之罪，依據前揭
12 各規定先加重再遞減其刑後，如量處法定最低刑度仍嫌過
13 重，而有情輕法重之情，爰再依刑法第59條規定酌減其刑。
14 並應依刑法第70條、第71條之規定，先加後減其刑，並遞減
15 之。

16 (七)爰審酌被告明知毒品對於國人身心健康及社會治安影響甚
17 大，為法律所嚴格管制，竟不思以正途賺取所需，為謀取不
18 法利益，無視政府反毒政策，著手販賣含有混合二種以上第
19 三級毒品成分之菸彈5顆，殘害國民身心健康，助長社會濫
20 用毒品風氣，破壞社會治安，所為應予非難；惟念被告犯後
21 坦承犯行，供出共犯高○翔並積極配合警方偵辦，犯後態度
22 尚可，又本案幸經員警即時查獲，未生販賣既遂之結果，犯
23 罪所生危害有限；另酌以本案毒品之數量及淨重，以及被告
24 尚未獲利等情，兼衡被告於審理中自述之教育程度、家庭生
25 活及經濟狀況（見本院卷第105頁），暨其素行、犯罪動
26 機、目的、手段等一切情狀，量處如主文所示之刑。

27 四、沒收

28 (一)扣案如附表編號1所示之物，含有第三級毒品成分，有臺北
29 榮民總醫院113年9月12日北榮毒鑑字第AB539號毒品成分鑑
30 定書在卷可憑（見偵卷第125-126頁），與被告本案犯行間
31 有直接關連性，屬違禁物，除鑑定用畢部分，因已滅失外，

01 自應連同無析離實益之外包裝，依刑法第38條第1項規定，
02 宣告沒收。

03 (二)扣案如附表編號2所示行動電話，為被告所有，用以與共犯
04 互相聯繫交易毒品所用，業據被告供述明確（見本院卷第75
05 頁），故應依毒品危害防制條例第19條第1項規定諭知沒
06 收。

07 據上論斷，應依刑事訴訟法第299條第1項前段，判決如主文。
08 本案經檢察官甲○○提起公訴，檢察官藍巧玲到庭執行職務。

09 中 華 民 國 114 年 3 月 7 日
10 刑事第四庭 審判長法官 連雅婷

11 法官 陳安信

12 法官 黃園舒

13 上列正本證明與原本無異。

14 如不服本判決，應於判決送達後20日內敘明上訴理由，向本院提
15 出上訴狀（應附繕本），上訴於臺灣高等法院。其未敘述上訴理
16 由者，應於上訴期間屆滿後20日內向本院補提理由書「切勿逕送
17 上級法院」。

18 書記官 莊孟凱

19 中 華 民 國 114 年 3 月 7 日

20 附錄本案論罪科刑法條全文：

21 毒品危害防制條例第4條

22 製造、運輸、販賣第一級毒品者，處死刑或無期徒刑；處無期徒
23 刑者，得併科新臺幣三千萬元以下罰金。

24 製造、運輸、販賣第二級毒品者，處無期徒刑或十年以上有期徒
25 刑，得併科新臺幣一千五百萬元以下罰金。

26 製造、運輸、販賣第三級毒品者，處七年以上有期徒刑，得併科
27 新臺幣一千萬元以下罰金。

28 製造、運輸、販賣第四級毒品者，處五年以上十二年以下有期徒

01 刑，得併科新臺幣五百萬元以下罰金。
 02 製造、運輸、販賣專供製造或施用毒品之器具者，處一年以上七
 03 年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百五十萬元以下罰金。
 04 前五項之未遂犯罰之。
 05 毒品危害防制條例第9條
 06 成年人對未成年人販賣毒品或犯前三條之罪者，依各該條項規定
 07 加重其刑至二分之一。
 08 明知為懷胎婦女而對之販賣毒品或犯前三條之罪者，亦同。
 09 犯前五條之罪而混合二種以上之毒品者，適用其中最高級別毒品
 10 之法定刑，並加重其刑至二分之一。

11 附表
 12

編號	扣案物名稱及數量	備註
1	菸彈1顆	毛重：4.5123公克 以乙醇溶液沖洗， 沖洗液進行鑑驗分 析，檢出成分依托 咪酯、美托咪酯、 異丙帕酯。
	菸彈內含菸油4顆	毛重：26.2807公克 淨重：4.6359公克 取樣量：0.0491公 克 驗餘量：4.5868公 克 檢出成分依托咪 酯、美托咪酯、異 丙帕酯。
2	IPHONE 14 PRO行動 電話1支	

(續上頁)

01

	(內含門號00000000 00號SIM卡1張)	
--	-----------------------------	--