臺灣新北地方法院刑事判決

115年度訴字第577號

公　訴　人　臺灣新北地方檢察署檢察官
被　　告　于思琦
000000000000000000
000000000000000000
指定辯護人　本院公設辯護人廖頌熙

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（114年度偵字第59088號），本院判決如下：

主　文

于思琦共同犯販賣第三級毒品未遂罪，處有期徒刑肆年陸月。

扣案之美得眠錠拾粒以及于思琦之行動電話壹支（含ＳＩＭ卡壹張）均沒收之。

事　實

一、于思琦與賴禹辰（已歿；所涉違反毒品危害防制條例罪嫌，業經本院以115年度訴字第577號判決公訴不受理）均明知氟硝西泮係毒品危害防制條例所規定之第三級毒品，依法不得販賣、持有，竟共同意圖營利，基於販賣第三級毒品之犯意聯絡，先由于思琦於民國114年11月8日前之某日時許，在不詳處所以所持用之行動電話連結網際網路，加入社群網站FACEBOOK（下稱臉書）社團「失眠，怎麼吃安眠藥，幫助大家都好睡覺」，於見社團中暱稱「彭筱鋤」發佈貼文「收F美德，收一至兩排美德，要賣的私我加好友」下方，于思琦以暱稱「Chi Chi」留言稱「我有」等語。適警員於114年11月8日執行網路巡邏勤務而得悉該訊息，即佯裝為毒品買家與于思琦聯絡，雙方約定於114年11月10日20時許，在新北市○○區○○街000○0號統一超商合康門市，以新臺幣（下同）1,800元之代價，交易10顆含有第三級毒品氟硝西泮成分之「美得眠」。復賴禹辰於114年11月10日20時許，攜帶「美得眠」10顆與于思琦一同於前往上開地點，於確認佯裝買家之警員身分後，賴禹辰即將其所持之「美得眠」10顆交

付與于思琦，再由于思琦交付與佯裝買家之警員並收取款項，員警確認于思琦所交付者為毒品後，立即表明身分逮捕于思琦與、賴禹辰，因而未遂，並扣得含有第三級毒品氟硝西泮成分之「美得眠」錠劑10顆及于思琦所有之行動電話1支，始查悉上情。

二、案經新北市政府警察局新莊分局報告臺灣新北地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

壹、程序部分

一、按學理上所稱之「陷害教唆」，屬於「誘捕偵查」型態之一，而「誘捕偵查」，依美、日實務運作，區分為二種偵查類型，一為「創造犯意型之誘捕偵查」，一為「提供機會型之誘捕偵查」。前者，係指行為人原無犯罪之意思，純因具有司法警察權者之設計誘陷，以唆使其萌生犯意，待其形式上符合著手於犯罪行為之實行時，再予逮捕者而言，實務上稱之為「陷害教唆」；後者，係指行為人原已犯罪或具有犯罪之意思，具有司法警察權之偵查人員於獲悉後為取得證據，僅係提供機會，以設計引誘之方式，佯與之為對合行為，使其暴露犯罪事證，待其著手於犯罪行為之實行時，予以逮捕、偵辦者而言，實務上稱此為「釣魚偵查」。關於「創造犯意型之誘捕偵查」所得證據資料，係司法警察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而實行犯罪行為，進而蒐集其犯罪之證據而予以逮捕偵辦。縱其目的在於查緝犯罪，但其手段顯然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，其因此等違反法定程序所取得之證據資料，應不具證據能力；而關於「提供機會型之誘捕偵查」型態之「釣魚偵查」，因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，故依「釣魚」方式所蒐集之證據資料，非無證據能力（最高法院97年度台上字第5667號判決參照、111年度台上字第3890號、 11

1年度台上字第4287號判決均同此見解）。查本件關於被告于思琦與同案被告賴禹辰於114 年11 月10 日之共同販賣第三級毒品之行為警方查獲之過程，係佯裝購毒者之員警，與原已有犯罪故意之被告于思琦之達成交易第三級毒品之合意（詳後述），當日被告與佯裝購毒者之員警見面由進行交易為付款之行為，揆諸上揭說明，自屬「提供機會型之誘捕偵查」，為合法之偵查犯罪技巧，本件警方所蒐集之證據，自非無證據能力。

二、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；又被告以外之人於審判外之陳述，雖不符合同法第159 條之1 至第159 條之4 之規定，但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書面陳述作成時之情況，認為適當者，亦得為證據；又當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有第159 條第1 項不得為證據之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同意，刑事訴訟法第159 條第1 項及第159 條之5 分別定有明文。此係基於證據資料愈豐富，愈有助於真實發現之理念，酌採當事人進行主義之證據處分權原則，並強化言詞辯論主義，透過當事人等到庭所為之法庭活動，在使訴訟程序順暢進行之要求下，承認傳聞證據於一定條件內，得具證據適格。其中第2 項之「擬制同意」，因與同條第1 項之明示同意有別，實務上常見當事人等係以「無異議」或「沒有意見」表示之，斯時倘該證據資料之性質，已經辯護人閱卷而知悉，或自起訴書、第一審判決書之記載而了解，或偵查、審判中經檢察官、審判長、受命法官、受託法官告知，或被告逕為認罪答辯或有類似之作為、情況，即可認該相關人員於調查證據時，知情而合於擬制同意之要件（最高法院111年度台上字第4104號、105 年度台上字第2801號判決參照）。本判決下列認定事實所引用之卷證所有供述證據，均經依法踐行調查證據程序，檢察官、被告于思琦及其辯護人均未主張排除其證據能力（見本院卷第127頁、第259至260

頁），且迄於本院言詞辯論終結前均未表示異議，本院審酌前開證據資料製作時之情況，尚無違法不當及證明力明顯過低之瑕疵，其書證部分亦無刑事訴訟法第159 條之4 之顯有不可信之情況與不得作為證據之情形，且均與本案具關連性，認以之作為證據應屬適當，故揆諸上開規定，認上揭證據資料均有證據能力。

三、至其餘憑以認定被告犯罪事實之本判決下列所引各項非供述證據，查無違反法定程序取得之情，依同法第158 條之4 規定反面解釋，亦均有證據能力。

貳、實體部分

一、認定事實所憑之證據及理由

訊據被告于思琦固坦承有前開網路留言，並與佯裝購毒者之員警商討販賣「美得眠」錠劑10顆等情，然矢口否認有何販賣第三級毒品未遂之犯行，被告于思琦先於偵查時辯稱：伊不知道「美得眠」是第三級毒品云云（見臺灣新北地方檢察署114年度偵字第59088號卷，下稱偵卷，第51頁），復於本院準備程序時稱：伊承認檢察官起訴書所載之犯行等語（見本院卷第126頁），後於本院審理時再改口稱：伊否認犯行，警察一開始就跟伊說只要乖乖配合簽名等一下就把手機還伊，伊就相信了，他說這不是什麼大事，美得眠就是藥品，妳有藥單的話給檢察官就是小事了，伊才會認罪，且伊也想要發還手機云云（見本院卷第260至261頁）。經查：

㈠被告于思琦於114年11月8日前之某日時許，在不詳處所以所持用之行動電話連結網際網路，在臉書社團「失眠，怎麼吃安眠藥，幫助大家都好睡覺」中，見社團中暱稱「彭筱鋤」發佈貼文「收F美德，收一至兩排美德，要賣的私我加好友」下方，被告于思琦則以暱稱「Chi Chi」留言稱「我有」等語，後與喬裝為毒品買家之員警聯繫，雙方約定於114年11月10日20時許，在新北市○○區○○街000○0號統一超商合康門市，以1,800元之代價，交易10顆「美得眠」。復同案被告賴禹辰於114年11月10日20時許，攜帶「美得

眠」10顆與被告于思琦一同於前往上開地點，於確認佯裝買家之警員身分後，同案被告賴禹辰即將其所持之「美得眠」10顆交付與被告于思琦，再由被告于思琦交付與佯裝買家之警員，並向佯裝買家之警員收取款項等情，業據被告于思琦於偵查、本院準備程序時坦認在卷（見偵卷第51頁，本院卷第127頁），並有查獲現場照片5張、新北市政府警察局新莊分局中港派出所警員職務報告、暱稱「CHi CHi」即被告于思琦之臉書個人檔案擷圖1張、警員與暱稱「CHi CHi」即被告于思琦之Messenger對話紀錄擷圖7張、新莊分局中港派出所(網路巡查)Facebook社群討論串對話譯文一覽表各1份等附卷可稽（見偵卷第7頁、第30至36頁），復且扣案之美得眠錠劑10顆，經鑑定後，確實檢出第三級毒品氟硝西泮陽性反應，有新北市政府警察局新莊分局搜索、扣押筆錄、扣押物品目錄表、查獲現場照片、扣案物品照片7張、臺北榮民總醫院114年12月19日北榮毒鑑字第AK592號毒品成分鑑定書在卷（見偵卷第20至21頁、第26頁、第56頁），是此部分之事實首堪認定。

㈡按刑法第16條前段規定「除有正當理由而無法避免者外，不得因不知法律而免除刑事責任」，係指行為人誤信法所不許之行為係法所允許，且須有正當理由，並為通常人均無法避免之誤信，亦即非含有惡性且依一般社會通念皆信為正當者，始足當之；同條但書規定：按其情節，得減輕其刑，其既稱「得減輕其刑」，則是否減輕其刑，自屬事實審法院得依職權自由裁量之事項。又違法性認識，不以行為人確切認識其行為觸犯特定刑罰規定或可罰性為必要，祇須行為人瞭解其行為係法律所禁止，或違反法秩序而為法律所不允許，即有違法性認識。由於違法性認識係存在於行為人之內心，法院自可依行為人之教育、職業、社會經驗、生活背景及查詢義務等客觀狀況，綜合判斷行為人有無違法性認識（最高法院112年度台上字第5032號判決參照）。

㈢查本件被告為本案犯行時為年滿25歲之人，且具有通常智識

能力之成年人，並非不知世事者或與社會脫節之人，以其智識程度、工作經驗，甚至曾就讀大學（見本院卷第263頁），於販售此等藥品前，本即負有主動查詢義務，衡以現今通訊發達，以電話、網路向相關主管機關或得以提供專業意見之個人詢問、查明「美得眠」除列為禁藥管理外，是否經公告列為毒品，抑或自行在網路上搜尋相關新聞、網頁資料，均非難事，然卷內既無被告善盡探查違法與否義務之證據，顯無誤信其等行為為合法之證據，其縱有欠缺違法性認識，但在客觀上並無正當理由，且未達於不可避免之程度，亦無可非難性低於通常之情形，自無刑法第16條減輕或免除其刑之適用。甚且被告明知其所販售之「藥物」係處方箋藥物，又屬安眠藥性質，在「非醫療目的使用（諸如販售、無處方持有）」時，在法律上即屬列管之毒品，被告更應有查明之義務。且被告與同案被告賴禹辰均明知自己非具有藥師或醫生身分，對於非就診之人，本不應隨意交易藥物予任何人；被告有服用藥品之必要，卻藉保障病患部分負擔給付藥品費用之健保制度美意，多次就診逐一囤積藥品後販賣予他人，此一行為恐致他人服用藥品而生身體健康之危害。是被告對於販賣美得眠錠行為具有違法性認識，其以不知美得眠為管制毒品云云卸責，顯不可採。

㈣按販賣毒品之所謂販賣行為，係行為人基於營利之目的，而販入或賣出毒品而言。販賣毒品者，其主觀上須有營利之意圖，且客觀上有販賣之行為即足構成，至於實際上是否已經獲利則非所問。即於有償讓與他人之初，係基於營利之意思，並著手實施，而因故無法高於購入之原價出售，最後不得不以原價或低於原價讓與他人時，仍屬販賣行為。必始終無營利之意思，縱以原價或低於原價有償讓與他人，方難謂為販賣行為，而僅以轉讓罪論處（最高法院107 年度台上字第2233號、106 年度台上字第865號判決參照）。次按販賣毒品係違法行為，亦無公定價格，可任意分裝增減份量及純度，且每次買賣之價格、數量，亦隨時依雙方之關係深淺、

資力、需求量、對行情之認知、來源是否充裕、查緝是否嚴緊、購買者被查獲時供出來源之可能風險評估等因素，而異其標準，故常機動調整，非可一概而論。從而，販賣之利得，除非經行為人詳細供出其販賣毒品之進價及售價，且數量俱臻明確外，實難察得其具體得利之實情；然販賣者從價差或量差中牟利，方式雖異，惟其販賣之目的在於意圖營利則屬同一。是舉凡有償交易，除足以反證其確係另基於某種非圖利本意之關係外，尚難祇因無法查悉其精確之販入價格，作為是否高價賣出之比較，即謂其無營利之意思而阻卻販賣犯行之追訴。再者，毒品之價格不低，取得不易，苟無利可圖，應無甘冒被查緝法辦之風險，平白無端轉讓他人，而有從中賺取價差或量差以牟利之意圖（最高法院107 年度台上字第1884號、106 年度台上字第1229號判決均同此見解）。查本件被告與同案被告賴禹辰共同販賣含有第三級毒品氟硝西泮成分之「美得眠」錠劑與佯裝購毒者員警之過程中，既欲向佯裝購毒者之員警收取金錢並交付毒品，揆諸前開規定，足認被告于思琦與同案被告賴禹辰應有從中賺取買賣價差牟利之意圖及事實，應屬合理認定，依上開判決意旨，概可認定被告等人應係出於營利之意圖而為之，即屬販賣行為。

㈤按刑事訴訟法所稱依法應於審判期日調查之證據，係指與待證事實有重要關係，在客觀上顯有調查必要性之證據而言，故其範圍並非漫無限制，必其證據與判斷待證事實之有無，具有關聯性，得據以推翻原判決所確認之事實，而為不同之認定，若所證明之事項已臻明瞭，自均欠缺調查之必要性，原審未為無益之調查，無違法之可言（最高法院107年度台上字第1331 號判決參照）。則被告聲請調查對其有利之證據，調查其警詢筆錄錄音錄影，證明事項係員警扣案其手機等語（見本院卷第261頁），然本案被告空言泛稱聲請全面調查有利之證據，卻未釋明調查何種證據以及調查之必要性；另發還已扣案之手機僅涉及沒收，且與本件被告是否成

立犯罪並無關聯性，是被告之犯罪事證已甚明確，是上開聲請，均無調查之關聯性、必要性，其聲請應予駁回，爰附此敘明。

㈥本案事證明確，被告上開犯行堪以認定，應依法論科。

二、論罪科刑

㈠按美得眠含有氟硝西泮成分係毒品危害防制條例第2條第2項第3款所定之第三級毒品，依法不得販賣；又「誘捕偵查」因犯罪行為人主觀上原即有犯罪之意思，倘客觀上又已著手於犯罪行為之實行時，自得成立未遂犯，與「陷害教唆」情形迥然有別（最高法院109 年度台上字第4220號判決參照）。本件被告已著手實施販賣含有第三級毒品氟硝西泮成分之「美得眠」之構成要件行為，然因偽裝買家之員警以執行查緝，並無實際購買「美得眠」之真意，且被告於交付毒品及收取價金時即為埋伏之員警所查獲，而未完成本件毒品交易，均詳前述，惟被告主觀上既原即有販賣含有第三級毒品氟硝西泮成分之「美得眠」之意思，客觀上又已著手於犯罪行為之實行，自仍成立販賣第三級毒品氟硝西泮之未遂犯。

㈡核被告所為，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。被告販賣前所意圖販賣而持有美得眠錠含有氟硝西泮成分之低度行為，已為該次販賣第三級毒品未遂之高度行為所吸收，不另論罪。

㈢被告與同案被告賴禹辰就本件販賣第三級毒品未遂之犯行，有犯意聯絡及行為分擔，應論以共同正犯。

㈣被告如事實欄一所示，已著手於販賣第三級毒品犯罪行為之實行而不遂，為未遂犯，均應依刑法第25條第2 項規定減輕其刑。

㈤爰審酌被告與同案被告賴禹辰明知毒品對個人健康及社會秩序戕害甚鉅，法律明文禁止持有、販賣，竟無視國家法令，竟仍共同販賣第三級毒品，戕害國民身心健康，並破壞社會治安，所為誠屬不該，所幸本案經員警查獲，而未生販賣毒

品之結果，另考量被告犯罪後，罔顧客觀已呈現之事實，否認販賣第三級毒品未遂之犯行，更為無意義之更換辯護人、聲請調查證據，耗費司法資源、拖延訴訟程序，態度非佳，兼衡酌其智識程度，家庭生活與經濟狀況，暨其犯罪動機、目的、手段、販賣毒品之數量等一切情狀，爰量處如主文所示之刑，以示懲儆。

三、沒收

㈠違禁物

扣案之美得眠錠10粒，經鑑驗結果確含有第三級毒品氟硝西泮成分，業據本院論述如前，屬違禁物，應依刑法第38條第1項規定沒收之。另用以包裝上揭毒品之包裝袋，因無論以何種方式分離包裝袋與其內裝之毒品，包裝袋內均會有極微量毒品殘留，故上述包裝袋應整體視為查獲毒品，一併依上揭規定宣告沒收之；至送驗耗損部分之毒品因已滅失，爰不另宣告沒收。

㈡供犯罪所用之物

員警在被告于思琦處扣案之行動電話1支（含SIM卡1張）係供被告于思琦用以與佯裝購毒者之員警聯繫所用，業據被告于思琦於警詢時陳述在卷（見偵卷第9頁），是該扣案之行動電話即為被告于思琦用以販賣毒品所用之聯絡工具，是前開扣案物應依毒品危害防制條例第19條第1 項之規定宣告沒收。

據上論斷，應依刑事訴訟法第299 條第1 項前段，判決處如主文（本案採判決精簡原則，僅引述程序法條）。

本案經檢察官陳儀芳偵查起訴、檢察官黃啟祥到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　11　　月　16　　日

刑事第二十庭　審判長法　官　賴昱志

法　官　黃偉竣

法　官　曾祥鈺

上列正本證明與原本無異。

如不服本判決，應於判決送達後20日內敘明上訴理由，向本院提出上訴狀（應附繕本），上訴於臺灣高等法院。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「切勿逕送上級法院」。

書記官　蘇泠

中　　華　　民　　國　　115　　年　　11　　月　　16　　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，得併科新臺幣三千萬元以下罰金。

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

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

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刑，得併科新臺幣五百萬元以下罰金。

製造、運輸、販賣專供製造或施用毒品之器具者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百五十萬元以下罰金。

前五項之未遂犯罰之。