臺灣臺中地方法院刑事判決

112年度訴字第2211號

公　訴　人　臺灣臺中地方檢察署檢察官

被　　告　林宇真

000000000000000000

000000000000000000

000000000000000000

000000000000000000

選任辯護人　張藝騰律師

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（112年度49122、54195號），本院判決如下：

主　　文

丙○○共同犯販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品未遂罪，處有期徒刑貳年。緩刑伍年，並應向公庫支付新臺幣伍萬元，另向指定之政府機關、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，提供貳佰肆拾小時之義務勞務。緩刑期間付保護管束。

扣案如附表一編號1、3所示之物，均沒收。

犯罪事實

一、丙○○明知4-甲基甲基卡西酮、5-甲氧基-N-甲基-N-異丙基色胺、甲基-N,N-二甲基卡西酮均係毒品危害防制條例第2條第2項第3款所規定之第三級毒品，不得任意販賣，其於民國112年9月25日起認識飛機通訊軟體暱稱「大偉」之男子（真實姓名、年籍不詳，無證據證明為少年，下稱「大偉」），竟與暱稱「大偉」及姓名、年籍不詳之人基於共同販賣混合2種以上第三級毒咖啡包之犯意聯絡，由暱稱「大偉」提供工作手機、交通工具及毒品給丙○○，由丙○○負責出面與購買毒品之客戶進行交易，藉此以牟利。購毒者張祐銘前於112年8月8日遭警方查獲購買毒品咖啡包，並供出其賣家為通訊軟體Telegram上暱稱「想不到吧」之人（以下稱「想不到吧」），張祐銘配合警方實施誘捕偵查，於同年10月2日

聯繫「想不到吧」訂購第三級毒品咖啡包，並約定在臺中市○○區○○路000號（即中山國中）前進行交易。丙○○隨即接獲暱稱「大偉」之指示，於同日晚間10時許，駕駛暱稱「大偉」所提供車牌號碼0000-00號黑色自小客車前來上址，將附表一編號1所示之裝有混合4-甲基甲基卡西酮、5-甲氧基-N-甲基-N-異丙基色胺、甲基-N,N-二甲基卡西酮第三級毒品之毒咖啡包7包交付予張祐銘，並向張祐銘收受價金新臺幣（下同）3000元，旋為埋伏員警當場查獲而不遂，警方自張祐銘處扣得上開毒品咖啡包、自丙○○處扣得如附表一編號2至6所示之物。

二、案經臺中市政府警察局第三分局報告臺灣臺中地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　　由

壹、證據能力

一、按司法警察機關使用之誘捕方式辦案大致區分為兩種類型，一為「犯意創造型」誘捕，一為「機會提供型」誘捕。前者，又稱為「陷害教唆」，係指行為人原無犯罪意思，因受他人（如便衣警察）之引誘，始萌生犯意，進而著手實行犯罪構成要件行為而言，此種情形所取得之證據，因違反正當法律程序，且逾越偵查犯罪之必要程度，應無證據能力。後者，又稱為「機會教唆」，係指行為人原本即有犯罪之意思，其從事犯罪構成要件行為之犯意，並非他人（如便衣警察）所創造，司法警察僅係利用機會加以誘捕，此種情形之犯罪行為人原本具有犯意，並非司法警察所造意，司法警察僅係運用設計引誘之偵查技巧（俗稱釣魚），使其暴露犯罪事證而加以逮捕偵辦，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，故依此所取得之證據具有適法之證據能力，法院自得採為論罪科刑之依據（最高法院107年度台上字第4278號判決意旨參照）。經查，被告本案犯行，係出於張祐銘配合警方實施誘捕偵查，觀察張祐銘與「想不到吧」之對話紀錄，先是由張祐銘傳送貼圖，接著

「想不到吧」即刻回覆，其後張祐銘連續傳送4段語音訊息予「想不到吧」，而「想不到吧」則將販賣毒品咖啡包之廣告回傳予張祐銘，張祐銘於警詢中供稱，其傳送給「想不到吧」之四段語音訊息，分別是「喔你終於出現了」、「現在有開工嗎？」、「阿算了我在工作晚一點再聯絡你」、「阿你傳菜單給我」（見他字卷第215至219頁），對此「想不到吧」並未有任何推脫、猶豫之舉動，自應認定被告與「想不到吧」本有販賣毒品咖啡包之犯意，依照前開最高法院判決意旨，應認為本件警方之偵查屬於合法誘捕偵查，而非屬學理上所稱之「陷害教唆」，所取得犯罪證據應有證據能力。

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；被告以外之人於審判外之陳述，雖不符前4條之規定，而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，刑事訴訟法第159條第1項、第159條之5第1項分別定有明文。本案所引用之被告丙○○以外之人於審判外之陳述，當事人於本院準備程序時均同意有證據能力（本院卷第100頁），本院審酌前開證據作成或取得時之狀況，並無違法或不當情事，復經本院於審判期日依法進行調查、辯論，應均具證據能力，合先敘明。至於卷內所存經本院引用為證據之非供述證據部分，與本案待證事實間均具有關聯性，且無證據證明係公務員違背法定程序所取得，亦均有證據能力。

貳、認定事實所憑之證據及理由

一、上開犯罪事實，業據被告於偵查、本院準備程序及審理時坦承不諱（見偵字第49122號卷第129頁、本院卷第99、126頁），核與證人張祐銘警詢及偵訊中所述情節大致相符（見他字卷第77至87、215至217、221至229、251至253頁），並有如附表二所示非供述證據在卷可憑。足認被告之任意性自白與事實相符，堪以憑採。

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

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。有償轉讓者，必須始終無營利之意思，而以原價或低於原價讓與他人，才可認為不屬於販賣行為，而僅以轉讓罪論處。衡以近年來毒品之濫用，危害國民健康與社會安定日益嚴重，治安機關對於販賣或施用毒品之犯罪行為，無不嚴加查緝，各傳播媒體對於政府大力掃毒之決心亦再三報導，已使毒品不易取得且物稀價昂，苟被告於有償交付毒品之交易過程中無利可圖，縱屬至愚，亦無甘冒被取締移送法辦判處重刑之危險而平白從事上開毒品交易之理。是其販入之價格必較其出售之價格為低，而有從中賺取買賣價差或量差牟利之意圖及事實，應屬合理認定。又販賣毒品係違法行為，非可公然為之，而毒品亦無公定價格，係可任意分裝增減分量及純度，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、購買者被查獲時供述購買對象之可能風險之評估等因素，而異其標準，機動調整，非可一概論之。從而販賣之利得，除非經行為人詳細供出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，然販賣者從價差或量差中牟利，方式雖異，惟其販賣行為意在營利則屬同一。從而，舉凡「有償交易」，除足以反證行為人確係另基於某種非圖利本意之關係外，通常尚難因無法查悉其精確之販入價格，作為是否高價賣出之比較，諉以無營利之意思而阻卻販賣犯行之追訴（最高法院107 年度台上字第2233號判決意旨參照）。經查，被告與證人張祐銘並無特殊親誼，若無藉此交易從中牟利之意，當不致甘冒販賣毒品之重罪，而率將本案毒品咖啡包7包無償、平價轉讓或特意提供予證人張祐銘之理，顯見本案販賣第三級毒品而混合二種以上毒品犯行對於被告而言有利可圖，況被告於偵查中即自承：完成一次毒品交易約獲利1,

100元（見偵字第49122號卷第129頁），堪認被告確有販賣前揭毒品咖啡包以從中獲利之意圖甚明。

三、綜上所述，本案事證明確，被告上開犯行洵堪認定，應予依法論科。

參、論罪科刑

一、按刑事偵查技術上所謂之「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。又「釣魚」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）。次按，毒品危害防制條例第9條第3項規定：「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之法定刑，並加重其刑至二分之一。」依其立法理由可知，該條屬於分則加重，為一獨立之犯罪類型，應論以獨立之罪名。經查，本案係由「想不到吧」應張祐銘之要求，傳送販賣毒品咖啡包之廣告，對於販賣行為已經著手，然因張祐銘並無購毒真意，而僅能論以未遂。是核被告所為，係犯毒品危害防制條例第9條第3項、第4條第6項、第3項之販賣第三級毒品而混合二種以上毒品未遂罪。被告意圖販賣而持有混合第三級毒品之低度行為，為販賣之高度行為吸收，不另論罪。被告因與「大偉」、「想不到吧」有犯意聯絡及行為分擔，應論以共同正犯。

二、加重、減輕事由

㈠按犯前5條之罪而混合二種以上之毒品者，適用其中最高級別毒品之法定刑，並加重其刑至2分之1，毒品危害防制條例第9條第3項定有明文。被告本案所販賣之毒品咖啡包，經檢驗確實含有4-甲基甲基卡西酮、5-甲氧基-N-甲基-N-異丙基色胺、甲基-N,N-二甲基卡西酮等成分，此有衛生福利部112

年10月3日、23日草療鑑字第1121000034、0000000000號鑑驗書在卷可參（見偵字54195號卷15至17頁），被告本案所販賣之毒品咖啡包，確實含有2種以上毒品，應依前開規定加重其刑。

㈡被告著手於本案之販賣毒品行為之實行，然係出於張祐銘與警方配合實施誘捕偵查，並無購買毒品之真意，以至於無法完成交易，該次交易當屬未遂，爰依刑法第25條第2項規定，按既遂犯之刑減輕之。

㈢109年1月15日修正公布，同年0月00日生效施行毒品危害防制條例增訂第9條第3項規定：「犯前五條之罪（按即毒品危害防制條例第4條至第8條）而混合二種以上之毒品者，適用其中最高級別毒品之法定刑，並加重其刑至二分之一」，係考量毒品查緝實務，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，乃增訂犯毒品危害防制條例第4條至第8條之罪，而有混合二種以上毒品之情形者，加重其刑至2分之1（立法理由參見）。又雖立法理由另指出：此項規定係就現今不同犯罪類型之個別犯罪行為予以加重，屬刑法分則加重之性質而成為另一獨立之罪等語。惟本罪僅係將想像競合犯從一重處斷之法律效果明定，仍係以同條例第4條至第8 條之構成要件及法定刑為基礎，而加重各該罪法定刑至2分之1。就此以觀，行為人既就犯同條例第4條至第8條之罪自白犯行，對於以一行為犯之，而客觀上混合第二種以上毒品之事實縱未為自白，惟立法者既明定為單一獨立之犯罪類型，為避免對同一行為過度或重複評價，以符合罪刑相當原則，自無因科刑實質上等同從一重處斷之結果，而剝奪行為人享有自白減刑寬典之理。又同條例第17條第2項規定：「犯第4條至第8條之罪於偵查及歷次審判中均自白者，減輕其刑」，未將屬獨立罪名之同條例第9條第3 項之罪列入，若拘泥於所謂獨立罪名及法條文義，認為行為人自白犯該獨立罪名之罪，不能適用上開減輕其刑規

定，豈為事理之平，故應視就其所犯同條例第4條至第8條之罪有無自白而定（最高法院111年度台上字第1154號判決意旨參照）。被告於偵查及本院審理中，對於本案犯行均自白不諱，業如前述，自應依毒品危害防制條例第17條第2項規定，減輕其刑。前開加重、減輕事由依法先加後遞減輕之。

㈣至辯護人固為被告請求依刑法第59條規定酌減被告之刑，惟按刑法第59條之酌量減輕其刑，必須犯罪另有特殊之原因與環境等，在客觀上足以引起一般同情，認為即予宣告法定最低度刑期猶嫌過重者，始有其適用。倘別有法定減輕之事由者，應優先適用法定減輕事由減輕其刑後，猶嫌過重時，方得為之。至於行為人之犯罪動機、手段、犯罪所生之危害、是否獲利及獲利多寡、素行是否良好、犯後態度是否良善、生活狀況等，原則上僅屬刑法第57條所規定，得於法定刑內為科刑輕重之標準。本院審酌被告係出於牟利之意圖，而販賣混合第三級毒品，犯罪動機客觀上尚無值得同情之處，且其本案犯行，經依上開減輕事由予以遞減輕其刑後，已無科以最低度刑仍嫌過重之情形，是依本案犯罪情節，未見有何特殊之原因或環境足以引起一般人同情，與刑法第59條適用要件不符，辯護人前揭請求，容有未合。

三、爰以行為人責任為基礎，審酌被告正值青壯，有謀生能力，亦深知毒品戕害國民身心健康及社會秩序甚鉅，竟漠視法令禁制，欲藉販賣混合第三級毒品牟取私利，助長毒品施用行為，增加毒品流竄於社會之風險，所為應予非難；惟考量被告本案販賣之對象僅一人、販賣之數量非多，且本案係因警方釣魚執法而未遂，毒品並未因此流入社會，兼衡以被告高職畢業、打工維生、日薪1,200至1,300元、未婚、無子女、現與女友同住，家庭經濟狀況勉持等一切情狀（見本院卷第127頁），量處如主文所示之刑。

四、末查，被告未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，此有臺灣高等法院被告前案紀錄表在卷可憑，被告於本院審判中自陳打工維生、家庭經濟狀況勉持等語，且被告自偵查起至

本院審理程序中始終坦承犯行，並且對於犯罪事實清楚交代，顯有悔意，對於社會規範之認知並無重大偏離，堪信經此偵、審程序，當能知所警惕，本院認較宜藉由附條件緩刑宣告之心理強制作用，促使被告自發性向善，以期能達刑法一般預防、特別預防之目的，是上開所宣告之刑，以暫不執行為適當，爰依刑法第74條第1項第1款之規定，併諭知緩刑5年，以啟自新。復為使被告深切反省，被告應於緩刑期內，向公庫支付5萬元，及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240小時之義務勞務，期能使被告於義務勞務之過程中，明瞭其行為所造成之危害，並依刑法第93條第1項第2款規定諭知被告於緩刑期間付保護管束。然倘違反上開應行負擔之事項且情節重大者，足認原緩刑之宣告難收其預期效果，而有執行刑罰之必要者，得撤銷其宣告。

肆、沒收

一、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。而毒品危害防制條例第18條第1項後段規定查獲之第三、四級毒品，無正當理由而擅自持有者，沒入銷燬之；此應沒入銷燬之毒品，專指查獲施用或持有（未成罪）之第三、四級毒品而言；倘屬同條例相關法條明文規定處罰之犯罪行為，即非該條項應依行政程序沒入銷燬之範圍；再同條例對於查獲之製造、運輸、販賣、意圖販賣而持有、以非法方法使人施用、引誘他人施用及轉讓、持有一定數量以上第三、四級毒品之沒收，並無特別規定，如其行為已構成犯罪，則該毒品即屬不受法律保護之違禁物，應回歸刑法之適用，依刑法第38條第1項規定沒收之（最高法院111年度台上字第598號判決意旨參照）。經查，本案被告販賣之如附表一所示之毒品咖啡包7包，經檢驗含有4-甲基甲基卡西酮、5-甲氧基-N-甲基-N-異丙基色胺、甲基-N,N-二甲基卡西酮等成分業如前述，確實屬於違禁物，應依照上開規定予以沒收。而裝放上開毒品之包裝袋，因與其內毒品難以

完全析離，應併予沒收。至於鑑驗用罄之部分，因已滅失，自毋庸為沒收之諭知。

二、扣案之iPhone手機為「大偉」所提供與被告之工作機，業經被告於本院審判程序中所自陳（見本院卷第126至127頁），應依毒品危害防制條例第19條第1項規定，不論屬於犯罪行為人與否，宣告沒收。至於扣案之三星手機、現金33,100元、紅色及綠色檳榔盒各10個，均與本案犯行無關，爰不另宣告沒收

三、被告本案犯行係出於警察釣魚偵查所致，所收取之價金，業已由張祐銘具領，被告並未因此獲得報酬，不另宣告沒收犯罪所得。

據上論斷，應依刑事訴訟法第299條第1項前段，判決如主文。

本案經檢察官乙○○提起公訴，檢察官甲○○到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　5　　月　　15　　日

刑事第十三庭　審判長法　官　楊欣怡

法　官　郭勁宏

法　官　許翔甯

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決應於收受送達後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　陳慧津

中　　華　　民　　國　　113　　年　　5　　月　　15　　日

附錄論罪科刑法條

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。
毒品危害防制條例第9條
成年人對未成年人販賣毒品或犯前三條之罪者，依各該條項規定加重其刑至二分之一。
明知為懷胎婦女而對之販賣毒品或犯前三條之罪者，亦同。
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之法定刑，並加重其刑至二分之一。

【附表一】

編號	名稱	數量	備註
1	咖啡包	7包（驗前淨重25.6004公克）	衛生福利部112年10月3日、23日草療鑑字第1121000034、0000000000號鑑驗書（偵字第54195號卷第15至17頁）
			送驗標示「越來越好」紅色包裝7包，經送驗單位指定檢驗1包，檢出含有4-甲基甲基卡西酮、5-甲氧基-N-甲基-N-異丙基色胺、甲基-N,N-二甲基卡西酮等成分，推估7包檢品檢驗前淨重25.6004公克。
2	紅色及綠色檳榔盒	20個	
3	iPhone手機	1支	
4	三星手機（含sim卡）	1支	
5	現金3,000元（業由張祐銘領回）		
6	現金33,100元		

【附表二】

編號	證據名稱	卷頁出處
（一）臺中地檢署112年度他字第7928號卷（下稱他字第7928號卷）		

1	張祐銘之臺中市政府警察局第三分局搜索、扣押筆錄暨扣押物品目錄表、收據（112年10月2日22時48分許在臺中市西屯區寧夏路與寧夏一街口）	他字第7928號卷第207至213頁 偵字第49112號卷第67至73頁 偵字第54195號卷第65至71頁
2	張祐銘手機通訊軟體翻拍照片（與藥頭帳號「想不到吧」對話截圖）	他字第7928號卷第219、233至234頁 偵字第49112號卷第53、65、79至81頁 偵字第54195號卷第57、77至79頁
3	扣案毒品照片	他字第7928號卷第231至233頁 偵字第49112號卷第77至79頁 偵字第54195號卷第75至77頁
4	路口監視器翻拍照片	他字第7928號卷第235至245、249至250頁 偵字第49112號卷第83至96頁 偵字第54195號卷第81至94頁
5	交易現金3000元照片	他字第7928號卷第247頁 偵字第49112號卷第97頁 偵字第54195號卷第95頁
（二）臺中地檢署112年度偵字第49122號卷（下稱偵字第49122號卷）		
1	衛生福利部草屯療養院112年10月3日草療鑑字第000000000號鑑驗書	偵字第49112號卷第13頁 偵字第54195號卷第15頁
2	丙○○與毒品上手聯繫之FACETIME擷圖	偵字第49112號卷第33頁 偵字第54195號卷第35頁
3	丙○○之臺中市政府警察局第三分局搜索、扣押筆錄暨扣押物品目錄表、收據、自願受搜索同意書（112年10月2日22時48分許在臺中市西屯區寧夏路與寧夏一街口）	偵字第49112號卷第35至43頁 偵字第54195號卷第37至45頁

4	丙○○之臺中市政府警察局第三分局委託鑑驗尿液代號與真實姓名對照表、自願受採尿同意書	偵字第49112號卷第45至47頁 偵字第54195號卷第47至49頁
5	贓證物認領保管單（現金3000元）	偵字第49112號卷第75頁 偵字第54195號卷第73頁
6	刑案現場照片（查獲現場及扣案毒品等照片）	偵字第49112號卷第99至107頁 偵字第54195號卷第97至105頁
（三）臺中地檢署112年度偵字第54195號卷（下稱偵字第54195號卷）		
7	衛生福利部草屯療養院112年10月23日草療鑑字第000000000號鑑驗書	偵字第54195號卷第17頁