

臺灣臺中地方法院刑事判決

113年度訴字第1568號

公 訴 人 臺灣臺中地方檢察署檢察官

被 告 余政融

指定辯護人 本院公設辯護人梁乃莉

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25359、41069、42527、45139、46019、49695號），本院判決如下：

主 文

乙○○犯販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品未遂罪，累犯，處有期徒刑貳年。扣案如附表編號一、二、四所示之物，均沒收。

犯罪事實

一、乙○○明知愷他命、甲基-N,N-二甲基卡西酮、4-甲基甲基卡西酮均係毒品危害防制條例第2條第2項第3款所公告列管之第三級毒品，亦知悉毒品咖啡包係他人任意添加種類、數量不詳之毒品及其他物質混合而成，其內可能含有2種以上之毒品，依法不得販賣，竟仍基於販賣第三級毒品及販賣第三級毒品而混合2種以上毒品以營利之犯意，向真實姓名不詳、暱稱「小高」之成年男子取得上開毒品後，以暱稱「終點情人」（嗣變更暱稱為「小火龍2.0上線中」）透過通訊軟體WeChat（微信）伺機出售牟利。嗣吳翌誠前因涉嫌販賣第三級毒品愷他命及毒品咖啡包，為警於民國113年4月2日查獲，經吳翌誠供述曾向「終點情人」購入毒品，而配合警方查緝，警方乃委由無購買毒品真意之吳翌誠佯裝買家，於同年5月2日下午，以WeChat聯繫「小火龍2.0上線中」即乙○○，經吳翌誠表示「你那邊飲料有沒有20」、「10包」、「5、6包喔」、「6包…2000」、「菸，有沒有10個」等語暗示毒品交易，雙方達成以新臺幣（下同）6,500元向乙○○

01 ○購買愷他命4公克（4,500元）及毒品咖啡包6包（2,000
02 元）之合意。乙○○乃於同日晚間8時30分許，騎乘其不知
03 情之母李秀麗名下之車牌號碼000-000號普通重型機車，前
04 往臺中市○○區○○路0段000巷00號，將愷他命4公克及毒
05 品咖啡包6包交予前來交易之吳翌誠後，旋由埋伏之員警表
06 明身分並依現行犯規定逮捕乙○○，並當場扣得如附表所示
07 之物，而循線查悉上情。乙○○販賣毒品之犯行，因買家自
08 始無購毒真意、買賣意思表示無從合致，因而不遂。

09 二、案經臺中市政府警察局烏日分局報告及臺灣臺中地方檢察署
10 檢察官簽分偵辦起訴。

11 理 由

12 壹、程序部分：

13 本案據以認定被告乙○○犯罪之供述證據，其中屬於傳聞證
14 據之部分，經檢察官、被告及其辯護人於本院準備程序及審
15 理中均同意作為證據（見本院卷第62、86頁），復經本院審
16 酌認該等證據之作成無違法、不當或顯不可信之情況，依刑
17 事訴訟法第159條之5第1項規定，均有證據能力。另本案以
18 下所引用之非供述證據，並無證據證明係實施刑事訴訟程序
19 之公務員違背法定程序所取得，依刑事訴訟法第158條之4之
20 反面解釋，自有證據能力。

21 貳、實體部分：

22 一、認定犯罪事實所憑之證據及理由：

23 (一)上開犯罪事實，業據被告於偵查及本院審理中均坦承不諱
24 （見113年度偵字第25359號卷〈下稱偵25359號卷〉第143至
25 146頁；本院卷第57、95頁），核與證人吳翌誠於警詢、偵
26 查中證述之情節大致相符（見偵25359號卷第49至52、135至
27 136頁），並有員警偵查報告、被告Wechat帳號頁面及與暱
28 稱「無敵鐵金剛」之對話紀錄截圖、臺中市政府警察局烏日
29 分局搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、扣押物品清單、車輛
30 詳細資料報表、內政部警政署刑事警察局113年7月16日刑理
31 字第1136086178號鑑定書、衛生福利部草屯療養院113年5月

01 16日草療鑑字第1130500296號鑑驗書、113年7月8日草療鑑
02 字第1130600577號鑑驗書、現場查獲照片等在卷可稽（見偵
03 25359號卷第41至45、53至58、63至67、71至77、97頁；113
04 年度偵字第42527號卷〈下稱偵42527號卷〉第73至77、11
05 7、135頁；113年度他字第3587號卷第7至8頁），另有如附
06 表編號1、2、4所示之物扣案可佐，足認被告之任意性自白
07 與事實相符，堪以採信。

08 (二)按買賣毒品係我國所禁止之犯罪行為，既係非可公然為之之
09 違法行為，當亦無公定價格，除被告坦承犯行或價量俱臻明
10 確外，實難以察得實情，然販賣之人從價差或量差中牟利之
11 方式雖異，其意圖營利之販賣行為則同一。又毒品危害防制
12 條例第4條販賣各級毒品罪，以意圖營利而就毒品賤買貴賣
13 為主觀構成要件，「意圖營利」與「獲利」（營利意圖之實
14 現）別為二事，前者係主觀構成要件之認定，不問事實上是
15 否果有獲利，祇須構成要件行為，係出於營求利益之主觀意
16 圖即足。查被告本欲以6,500元之價格出售毒品咖啡包6包及
17 愷他命4公克，核屬有償行為，且被告與證人吳翌誠非屬至
18 親，苟無任何利益可圖，被告實無甘冒重罪風險，無故提供
19 毒品與他人之理，足徵被告主觀上確有營利之意圖。

20 (三)復按刑法上所謂陷害教唆，係指行為人原無犯罪之意思，純
21 因具有司法警察權者之設計誘陷，以唆使其萌生犯意，待其
22 形式上符合著手於犯罪行為之實行時，再予逮捕者而言。此
23 種「陷害教唆」，因行為人原無犯罪之意思，具有司法警察
24 權者復伺機逮捕，係以不正當手段入人於罪，尚難遽認被陷
25 害教唆者成立犯罪；至刑事偵查技術上所謂之「釣魚」者，
26 則指對於原已犯罪或具有犯罪故意之人，司法警察於獲悉後
27 為取得證據，以設計引誘之方式，佯與之為對合行為，使其
28 暴露犯罪事證，待其著手於犯罪行為之實行時，予以逮捕、
29 偵辦者而言。後者因犯罪行為人主觀上原即有犯罪之意思，
30 倘客觀上又已著手於犯罪行為之實行時，自得成立未遂犯，
31 與「陷害教唆」情形迥然有別（最高法院101年度台上字第3

253號判決意旨參照)。經查，本案係因證人吳翌誠為警查獲涉嫌違反毒品危害防制條例案件時供出毒品上手，而配合警方實施誘捕偵查，佯裝購買毒品與被告聯繫，並於犯罪事實欄一所示時、地前往與被告完成交易，而為警當場逮捕被告，並扣得如附表所示之物，足認被告原本即具有意圖營利而販賣第三級毒品愷他命及混合2種以上第三級毒品之咖啡包之犯意，客觀上並已著手於販賣行為，僅因佯裝購毒之證人吳翌誠實際上無買受毒品之真意，致被告未能實際出售毒品而未遂。依前開說明，被告就本案販賣毒品之行為，仍應成立販賣第三級毒品未遂罪及販賣第三級毒品而混合2種以上之毒品未遂罪，洵堪認定。

(四)綜上所述，本案事證已臻明確，被告犯行應堪認定，應予依法論科。

二、論罪科刑：

(一)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（愷他命部分）、同條例第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2種以上之毒品未遂罪（毒品咖啡包部分）。

(二)公訴意旨對被告涉犯販賣第三級毒品未遂罪部分，於起訴書漏載起訴法條，惟已於犯罪事實欄載明該犯罪事實，且前開部分與被告所犯販賣第三級毒品而混合2種以上之毒品未遂罪部分，有想像競合犯之裁判上一罪關係，為本件起訴效力所及，本院自應予以審理。

(三)被告於販賣前持有之第三級毒品，雖扣得如附表編號1所示之毒品咖啡包6包，其「甲基-N,N-二甲基卡西酮、4-甲基甲基卡西酮」總純質淨重推估為1.73公克（見偵42527號卷第73至74頁）；如附表編號2所示之愷他命1包，其純質淨重則因與附表編號3所示之愷他命1包合併計算而無從估算（見偵42527號卷第75頁），依卷內現存事證，尚難認總純質淨重已達5公克以上，是此部分之持有第三級毒品行為，核屬不罰之行為，自無為販賣行為所吸收而不另論罪之問題。

01 (四)被告以一販賣行為同時觸犯販賣第三級毒品未遂罪及販賣第
02 三級毒品而混合2種以上毒品未遂罪，為想像競合犯，應依
03 刑法第55條規定，從一重之販賣第三級毒品而混合2種以上
04 之毒品未遂罪處斷。

05 (五)刑之加重、減輕事由：

06 1.刑之加重事由：

07 (1)被告販賣第三級毒品而混合2種以上之毒品未遂罪，應依毒
08 品危害防制條例第9條第3項之規定，除適用其中最高級別即
09 販賣第三級毒品之法定刑外，並加重其刑。

10 (2)應依累犯規定加重其刑之說明：

11 ①被告前因詐欺案件，經臺灣高等法院臺中分院（下稱中高分
12 院）以107年度上訴字第517號判決判處應執行有期徒刑2年2
13 月；復因違反毒品危害防制條例案件，經中高分院以106年
14 度上訴字第1342號判決判處應執行有期徒刑4年4月；再因違
15 反毒品危害防制條例案件，經本院以105年度審簡字第1511
16 號判決判處有期徒刑6月；又因詐欺案件，經本院以107年度
17 易字第2577號判決判處有期徒刑4月。上開案件均告確定，
18 並經本院以108年度聲字第3943號裁定合併定應執行有期徒
19 刑6年9月確定，被告入監執行後，於110年8月6日縮短刑期
20 假釋出監，於112年4月9日縮刑期滿，未經撤銷假釋，視為
21 已執行完畢等情，業據檢察官於起訴書及本院審理中具體主
22 張，並提出刑案查註資料紀錄表為佐，核與卷附之臺灣高等
23 法院被告前案紀錄表相符，被告於前案有期徒刑執行完畢後
24 5年內，故意再犯本案有期徒刑以上之罪，為累犯。

25 ②本院審酌被告所犯部分前案與本案犯罪，均屬違反毒品危害
26 防制條例之販賣毒品罪，犯罪類型相同，可見其並未因前案
27 之刑罰而知所警惕，對刑罰之反應力薄弱，復對犯販賣毒品
28 罪有特別之惡性等一切情狀，認如依刑法第47條第1項加重
29 其最低本刑，並無違反比例原則及罪刑均衡原則，爰依司法
30 院釋字第775號解釋意旨、刑法第47條第1項之規定，遞加重
31 其刑。

2.刑之減輕事由：

(1)被告上開犯行，業已著手為販賣第三級毒品而混合2種以上行為之實行，惟因查緝員警係從事誘捕偵查而假意委由證人吳翌誠向被告購買毒品，致被告實際上不能完成毒品交易而未遂，為障礙未遂犯，爰依刑法第25條第2項之規定，按既遂犯之刑度減輕其刑。

(2)按犯第4條至第8條之罪於偵查及歷次審判均自白者，減輕其刑，毒品危害防制條例第17條第2項定有明文。查被告於偵查中及本院審理時，均坦承本案犯行不諱，爰依毒品危害防制條例第17條第2項之規定減輕其刑，並依法遞減之。

(3)至被告之辯護人雖為其辯護：被告係基於情誼才將購入之毒品撥部分出售，以賺取差價來貼補自己購毒費用，且被告實際獲利不多，與長期大量販賣毒品之大毒梟相比危害較小，惡性尚輕，請依刑法第59條規定酌量減輕其刑等語。然按刑法第59條所謂「犯罪之情狀可憫恕」，本係指審酌刑法第57條各款所列事項以及其他一切與犯罪有關之情狀之結果，認其犯罪足堪憫恕者而言，必須犯罪另有特殊之原因與環境等，因在客觀上顯然足以引起一般同情，認為縱予宣告法定最低度刑猶嫌過重者，始有其適用。此所謂法定最低度刑，固包括法定最低本刑；惟遇有其他法定減輕之事由者，則應係指適用其他法定減輕事由減輕其刑後之最低度刑而言。倘被告別有法定減輕事由者，應先適用法定減輕事由減輕其刑後，猶認其犯罪之情狀顯可憫恕，即使科以該減輕後之最低度刑仍嫌過重者，始得適用刑法第59條規定酌量減輕其刑

（最高法院102年度台上字第870號、100年度台上字第744號判決意旨參照）。本院考量第三級毒品對於社會秩序及國民健康危害甚鉅，且販賣毒品向為政府嚴予查禁之行為，被告既為智識健全之成年人，自無不知之理；又被告所為販賣第三級毒品而混合2種以上毒品未遂之犯行，因犯罪屬未遂，且符合毒品危害防制條例第17條第2項之減輕事由，對照依上開規定減輕其刑後可判處之刑度，依一般國民社會感情，

01 尚難認有情輕法重而有顯可憫恕之處，自無刑法第59條規定
02 酌量減輕其刑適用之餘地。

03 3.依上，本案被告所犯之罪，應依法先遞加重後遞減輕之。

04 (六)爰以行為人之責任為基礎，審酌被告明知毒品對社會秩序及
05 國民健康危害甚深，且對於販毒之嚴重性知之甚明，竟僅為
06 貪圖一己私利，無視於政府杜絕毒品犯罪之禁令，而為上揭
07 販賣毒品犯行，所為應予非難；惟念被告犯後均坦承犯行，
08 態度尚可；兼衡被告之犯罪動機、目的、手段，及本案為員
09 警誘捕偵查而查獲，幸未使毒品流入市面之犯罪情節，並考
10 量其販售之毒品種類、數量，暨其於本院審理時自述為高中
11 畢業、現與父親從事粗工、未婚、家境不好、須扶養重聽之
12 父親之智識程度、家庭生活及經濟狀況（見本院卷第96頁）
13 及被告之前科素行（構成累犯部分不重複評價）等一切情
14 狀，量處如主文所示之刑。

15 三、沒收部分：

16 (一)按違禁物，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之，刑法第38條
17 第1項定有明文。又毒品危害防制條例第18條第1項後段規定
18 查獲之第三、四級毒品，無正當理由而擅自持有者，沒入銷
19 燬之；此應沒入銷燬之毒品，專指查獲施用或持有（未成
20 罪）之第三、四級毒品而言；倘屬同條例相關法條明文規定
21 處罰之犯罪行為，即非該條項應依行政程序沒入銷燬之範
22 圍；再同條例對於查獲之製造、運輸、販賣、意圖販賣而持
23 有、以非法方法使人施用、引誘他人施用及轉讓、持有一定
24 數量以上第三、四級毒品之沒收，並無特別規定，如其行為
25 已構成犯罪，則該毒品即屬不受法律保護之違禁物，應回歸
26 刑法之適用（最高法院109年度台上字第1301號判決意旨參
27 照）。查扣案如附表編號1至2所示之毒品咖啡包6包、愷他
28 命1包，經送衛生福利部草屯療養院鑑驗，分別檢出第三級
29 毒品甲基-N,N-二甲基卡西酮、4-甲基甲基卡西酮及愷他命
30 成分等情，有衛生福利部草屯療養院113年5月6日草療鑑字
31 第1130500296號鑑驗書附卷可稽（見偵42527號卷第77

頁），而上開毒品均為本案被告著手販賣而未及售出之毒品，當屬違禁物，依前開說明，不問屬於犯罪行為人與否，俱應依刑法第38條第1項規定宣告沒收。又上開毒品之包裝，因包覆毒品，其上顯留有該毒品之殘渣，衡情自難與之剝離，且無析離之實益與必要，當應連同該包裝分別併予宣告沒收。至鑑驗用罄之部分，因已滅失，爰不另為沒收之諭知。

(二)按犯第4條至第9條、第12條、第13條或第14條第1項、第2項之罪者，其供犯罪所用之物，不問屬於犯罪行為人與否，均沒收之，毒品危害防制條例第19條第1項定有明文。查扣案如附表編號4所示之iPhone SE手機1支，係被告用以與證人吳翌誠聯繫毒品交易事宜之手機，業據被告供承在卷（見本院卷第92頁），足認為供本案販賣毒品所用之物，爰依上開規定宣告沒收。

(三)扣案如附表編號3所示之愷他命1包，經被告於本院審理時供稱係供己施用等語（見本院卷第92頁），卷內復無證據證明與被告本案販賣毒品未遂犯行有關，爰不予宣告沒收。又扣案如附表編號5所示之iPhone X手機1支，亦經被告於本院審理時供陳與本案無關等語（見本院卷第92頁），復無證據證明該手機與本案有直接關聯，自不予宣告沒收。

據上論斷，應依刑事訴訟法第299條第1項前段，判決如主文。

本案經檢察官黃勝裕提起公訴，檢察官甲○○到庭執行職務。

中 華 民 國 114 年 2 月 19 日

刑事第十四庭 審判長法官 林芳如

法官 張美眉

法官 曹宜琳

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」。

中華民國 114 年 2 月 19 日

附錄本案論罪科刑法條：

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：

編號	扣案物	數量	備註
1	第三級毒品 毒品咖啡包	6包 (含包裝袋)	衛生福利部草屯療養院113年5月6日草療鑑字第1130500296號鑑驗書(見偵42527號卷第77頁) 檢品編號：B0000000 送驗數量：2.5018公克 驗餘數量：2.0488公克

			檢出結果：第三級毒品甲基-N, N-二甲基卡西酮、4-甲基甲基卡西酮
2	第三級毒品 愷他命	1包 (含包裝袋)	衛生福利部草屯療養院113年5月6日草療鑑字第1130500296號鑑驗書(見偵42527號卷第77頁) 檢品編號：B0000000 送驗數量：3.5828公克 驗餘數量：3.5642公克 檢出結果：第三級毒品愷他命
3	第三級毒品 愷他命	1包 (含包裝袋)	衛生福利部草屯療養院113年5月6日草療鑑字第1130500296號鑑驗書(見偵42527號卷第77頁) 檢品編號：B0000000 送驗數量：1.5875公克 驗餘數量：1.5690公克 檢出結果：第三級毒品愷他命
4	iPhone SE手機	1支	IMEI碼：0000000000000000號
5	iPhone X手機	1支	IMEI碼：0000000000000000號