

臺灣高等法院臺中分院刑事判決

113年度上訴字第774號

上訴人 臺灣彰化地方檢察署檢察官

被告 歐永泰

指定辯護人 本院公設辯護人陳冠銘

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣彰化地方法院112年度訴字第573號中華民國113年5月15日第一審判決（起訴案號：臺灣彰化地方檢察署112年度偵字第2144號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

乙○○犯販賣第三級毒品而混合二種以上毒品未遂罪，處有期徒刑貳年柒月。扣案含有第三級毒品4-甲基甲基卡西酮、甲基-N,N-二甲基卡西酮之毒品咖啡包伍拾包、iPhone XR手機壹支（含SIM卡壹張）均沒收。

犯罪事實

一、乙○○明知不得非法持有及販賣毒品，且4-甲基甲基卡西酮及甲基-N,N-二甲基卡西酮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，亦可預見毒品咖啡包內極有可能摻雜不等比例之上開第三級毒品成分，竟基於販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品以營利之不確定故意，於民國112年1月間某日，在社群平臺Twitter使用「台南裝備商(2)（飲料圖案）（香菸圖案）（營）」之暱稱，暗示其有販賣上開毒品成分之咖啡包（下稱毒品咖啡包），並於民國112年1月31日，在Twitter發布1則公開短片，內容為大量毒品咖啡包之畫面且標註「新鮮的剛出爐 有需大量（電話符號）」，以此方式向不特定人散布販賣毒品咖啡包之訊息。嗣因員警執行網路巡邏時發現上情，乃喬裝買家與乙○○聯絡，雙方議定以新臺幣（下同）1萬元之價格交易毒品咖啡包50包，並支付乙○○交通費1000元，嗣於112年1月31日晚間11時許，乙○○抵達約定交易地點彰化縣○○市○○路000號菜

01 爾富超商前，與喬裝買家之警方交易，並將含有4-甲基甲基
02 卡西酮、甲基-N,N-二甲基卡西酮之毒品咖啡包50包交付警
03 方，且收取警方之價金1萬1000元之際，為警當場查獲，並
04 扣得上開毒品咖啡包50包，及乙○○所有、與警方聯絡所用
05 之iPhone XR手機1支（含SIM卡1張）、現金1萬1000元（已
06 發還警方），而販賣上開毒品咖啡包未遂。

07 二、案經桃園市政府警察局大園分局報告臺灣彰化地方檢察署檢
08 察官偵查起訴。

09 理 由

10 一、證據能力部分：

11 本判決所引用被告乙○○以外之人於審判外陳述之證據資
12 料，檢察官、被告及其辯護人均同意有證據能力（見本院卷
13 第153頁），本院審酌該等證據作成或取得狀況，均無非法
14 或不當取證之情事，且與待證事實具有關連性，認為以之作
15 為證據應屬適當，依刑事訴訟法第159條之5第1項之規定，
16 均有證據能力。至於非供述證據，並無傳聞法則之適用，本
17 院審酌該等證據作成及取得之程序均無違法之處，且與本案
18 具有關聯性，亦均有證據能力。

19 二、認定犯罪事實所憑之證據及理由：

20 訊據被告固對於其販賣上開毒品咖啡包50包之犯行坦承不
21 諱，惟矢口否認有何販賣第三級毒品而混合二種以上毒品之
22 犯行，辯稱：我只知道我是販賣第三級毒品，不知道咖啡包
23 裡面有二種以上的毒品云云；辯護人則辯護稱：被告沒有化
24 學有關的技術及知識，之前也沒有販賣毒品的前科紀錄，亦
25 查無被告有何參與本案毒品咖啡包的製造或分裝之事實，而
26 被告雖自承有施用過毒品咖啡包，但毒品咖啡包外包裝也不
27 會載明有含何種成分，一般人也不可能透過施用時的感受來
28 去分辨是不是含有二種以上第三級毒品的成分；再者，毒品
29 咖啡包通常是不是都含有二種以上毒品，此是否為眾所周知
30 的事實，沒有任何經實證研究的統計數據為憑，不能單以事
31 後鑑定毒品成分的客觀結果來反推被告主觀上必有販賣混合

01 二種以上第三級毒品的故意或不確定故意等語。惟查：

02 (一)上開犯罪事實欄所載被告在Twitter刊登販賣毒品咖啡包之
03 訊息，嗣與喬裝買家之警方聯絡交易後，為警查獲並扣得前
04 揭毒品咖啡包、手機及現金1萬1000元，而經鑑驗毒品咖啡
05 包內含有4-甲基甲基卡西酮、甲基-N,N-二甲基卡西酮之成
06 分等情，業據被告於警詢時、偵查中、原審及本院審理時均
07 坦承不諱，並有桃園市政府警察局大園分局搜索扣押筆錄及
08 扣押物品目錄表、領據（保管）單、Twitter暱稱「台南裝
09 備商(2)（飲料圖案）（香菸圖案）（營）」發布之影片截
10 圖、被告與警方之訊息對話紀錄、查獲現場照片、扣押物品
11 照片、內政部警政署刑事警察局112年3月7日刑鑑字第11
12 20027599號鑑定書附卷可稽（見偵卷第41至45、49、79至8
13 9、92、155、163至165、189頁），及前揭毒品咖啡包及手
14 機扣案可證，此部分之事實，已可認定。

15 (二)按毒品危害防制條例第9條第3項之立法意旨，乃在依目前毒
16 品查緝實務，施用混合毒品之型態日益繁多且成分複雜，施
17 用後所造成之危險性及致死率均高於施用單一種類毒品，為
18 加強遏止混合毒品之擴散，爰增訂該項加重規定。故本罪著
19 重在規定行為人所販賣之毒品種類是否為混合型毒品，希冀
20 以加重刑罰方式遏止販毒者及施用者往往也不清楚究竟係混
21 雜何種毒品之各類新興毒品之流通。尤因毒品條例所列管之
22 毒品種類繁多，品項分級各不相同，其中目前流竄市面、廣
23 為青少年及年輕人著迷之「毒品咖啡包」，通常均含有2種
24 以上同級或不同級別之混合毒品，施用後極易導致嚴重後果
25 等情，早經檢警單位不斷呼籲及新聞媒體持續報導，並經法
26 院於裁判中迭為闡明，為眾所周知之事。故而對此混合2種
27 以上之毒品，行為人對於毒品之種類、級別雖無具體認知，
28 倘無明確意思排除為特定種類之毒品，即其對於內含何種
29 類、級別毒品毫不關心，則應認行為人主觀上對於所持有可
30 能包含毒品條例所列管之毒品非僅單一種類、級別乙事，即
31 應有所預見（最高法院112年度台上字第2260號判決意旨參

01 照)。被告自承從被查獲前半年起開始施用毒品咖啡包，當
02 時購入的價格約150元，本案的毒品咖啡包則是以每包120元
03 至150元向上手購入，不清楚上手的姓名及聯絡方式等語

04 (見偵卷第19至21頁、本院卷第156頁)，可見被告長期有
05 施用毒品咖啡包之惡習，對於毒品咖啡包通常混雜多種毒
06 品，當無從諉為不知；又被告對於毒品咖啡包之來源既無所
07 知，所含之毒品成分亦無從掌握，且僅籠統以毒品咖啡包之
08 形式購入，未限定須為單一或何種毒品，即任意購入並逕行
09 販售，益徵其主觀上顯係出於不論所含毒品成分如何或有無
10 混合二種以上之毒品成分，均概予販賣之不確定故意，甚為
11 明確。被告及其辯護人以前詞辯稱主觀上無販賣混合二種以
12 上第三級毒品之故意云云，並不可採。

13 (三)刑法學理上所謂「提供機會型之誘捕偵查」即刑事偵查技術
14 上所謂「釣魚」，係指對於原已犯罪或具有犯罪故意之人，
15 以設計引誘之方式，佯與之為對合行為，使其暴露犯罪事
16 證，再加以逮捕或偵辦者而言，此項機會提供型之誘捕行
17 為，純屬偵查犯罪技巧之範疇，因無故意入人於罪之教唆犯
18 意，亦不具使人發生犯罪決意之行為，並未違反憲法對於基
19 本人權之保障，且於公共利益之維護有其必要性。故前開
20 「釣魚」之偵查作為，既未逸脫正常手段，自不能指為違
21 法。行為人如原即有販賣毒品營利之犯意，雖因經警設計誘
22 捕，致實際上不能完成毒品交易，然因其原即具有販賣毒品
23 之意思，客觀上又已著手於販賣行為，仍應論以販賣毒品未
24 遂罪（最高法院102年度台上字第3427號判決意旨參照）。
25 查被告係先經由Twitter向不特定人散布販賣毒品咖啡包之
26 訊息，再為警方於執行網路巡邏勤務時發現後與被告聯繫佯
27 與被告交易毒品咖啡包後，進而查獲被告，被告亦自承每包
28 毒品咖啡包成本價為每包120元至150元，我賣毒品咖啡包是
29 要賺錢等語（見本院卷第155至156頁），足認被告原已有販
30 賣毒品咖啡包以營利之犯意，並著手於販賣行為之實行，本
31 案交易係警方為使其暴露犯罪事證之誘捕偵查，警方無實際

01 買受之真意，事實上亦不能真正完成買賣，而應論以販賣未
02 遂。

03 (四)綜上所述，本案事證明確，被告之犯行堪以認定，應依法論
04 科。

05 三、論罪及刑之減輕事由：

06 (一)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
07 項、第3項之販賣第三級毒品而混合二種以上毒品未遂罪。

08 (二)被告雖已著手於販賣毒品行為之實行，惟因喬裝買家之員警
09 自始並無向被告購毒真意而未得逞，為未遂犯，其犯罪所生
10 危害較既遂犯行為輕，爰依刑法第25條第2項規定，減輕其
11 刑。

12 (三)按毒品危害防制條例第9條第3項之規定，係就販賣毒品內涵
13 已有變更之個別犯罪行為予以加重，使成立另一獨立之罪，
14 法定刑亦因此發生變更，而屬毒品條例第4條第1項至第4項
15 以外之獨立犯罪類型；然以上加重規定，本質上仍係以同條
16 例第4條第1項至第4項之販賣罪之構成要件及法定刑為基
17 礎，僅因所販賣之毒品混合二種以上，乃將刑法想像競合犯
18 應從一重罪處罰之法律效果，予以明文化。因此，行為人就
19 其販賣某一級別之毒品，若已自白，但對於其以同一行為所
20 販賣者混合有同一級別但品項不同之毒品之事實未為自白，
21 為避免對同一行為過度或重複評價，以符合罪刑相當原則，
22 自無剝奪行為人享有自白減刑寬典之理（最高法院112年度
23 台上字第4189號判決意旨參照）。查被告於偵查及歷次審判
24 中，均自白意圖營利而販賣毒品咖啡包之犯行，雖被告於原
25 審及本院審理時爭執主觀上沒有預見到毒品咖啡包內含有二
26 種之第三級毒品成分，然自始坦認販賣第三級毒品未遂之犯
27 行，依上開說明，仍應依毒品危害防制條例第17條第2項之
28 規定，遞減輕其刑。

29 四、撤銷改判之理由：

30 (一)原審經審理結果，認為無從依卷內相關證據佐證被告明知或
31 可得而知本案毒品咖啡包係混合二種第三級毒品，而不得以

01 鑑定結果而反推被告販賣本案毒品咖啡包時，明知或可得而
02 知其內成分係混合二種以上第三級毒品，而變更起訴法條，
03 以被告係犯販賣第三級毒品未遂罪，予以論罪科刑，固非無
04 見。惟依前開二、(二)之說明可知，經綜合社會現狀、被告購
05 入毒品咖啡包之情狀等，已堪認被告有販賣第三級毒品而混
06 合二種以上毒品之不確定故意，原判決就此有認定事實及適
07 用法律之違誤，檢察官執此提起上訴，為有理由，應由本院
08 撤銷改判。

09 (二)爰審酌被告為營利賺取金錢，販賣毒品咖啡包，對於社會秩
10 序及他人身心健康造成，且係透過網路對不特定人刊登販賣
11 毒品之訊息，使毒品之散布更為迅速，惡性非輕；惟其犯後
12 坦承犯行，態度尚佳，並考量其販賣之毒品數量、金額，前
13 僅有酒後駕車之公共危險犯行經檢察官緩起訴處分確定之素
14 行（見卷附之臺灣高等法院被告前案紀錄表），及其自陳之
15 教育程度、職業、收入、家庭生活及經濟狀況（見本院卷第
16 156至157頁）等一切情狀，量處如主文第2項所示之刑。

17 (三)沒收部分：

18 (1)扣案含有4-甲基甲基卡西酮、甲基-N,N-二甲基卡西酮之毒
19 品咖啡包50包，均為違禁物，且為本案供被告販賣之物，應
20 依刑法第38條第1項之規定，宣告沒收。

21 (2)扣案之iPhone XR手機1支（含SIM卡1張），為被告所有，且
22 係供被告與警方聯絡本案毒品交易使用，業據被告供承在卷
23 （見原審卷第105頁），為被告犯本案犯行所用之物，應依
24 毒品危害防制條例第19條第1項之規定，宣告沒收。

25 (3)至於警方佯與被告交易所交付被告之1萬1000元，業已發還
26 警方，有領據（保管）單可證（見偵卷第49頁），自無從認
27 定被告有何犯罪所得，而無從諭知沒收，附此敘明。

28 據上論斷，應依刑事訴訟法第369條第1項前段、第364條、第299
29 條第1項前段，判決如主文。

30 本案經檢察官吳文哲提起公訴，檢察官黃智炫提起上訴，檢察官
31 甲○○到庭執行職務。

01 中 華 民 國 113 年 11 月 19 日
02 刑事第三庭 審判長法官 楊 真 明
03 法官 邱 顯 祥
04 法官 廖 慧 娟

05 以上正本證明與原本無異。
06 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，其未
07 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狀
08 （均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

09 書記官 陳 慈 傳

10 中 華 民 國 113 年 11 月 19 日

11 附錄本案論罪科刑法條：

12 毒品危害防制條例第4條第3項

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

15 毒品危害防制條例第9條第3項

16 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
17 之法定刑，並加重其刑至二分之一。