

臺灣高等法院臺中分院刑事判決

113年度原上訴字第21號

上訴人

即被告 陳圀霖

義務辯護人 葉雅婷律師

上訴人

即被告 陳皇維

選任辯護人 白裕棋律師（法律扶助律師）

上列上訴人等因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣臺中地方法院113年度原訴字第7號中華民國113年5月14日第一審判決（起訴案號：臺灣臺中地方檢察署112年度偵字第49101號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

□原判決關於甲○○、乙○○部分，均撤銷。

□甲○○共同犯販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品未遂罪，累犯，處有期徒刑貳年拾月；扣案如附表編號1-2、4-6所示之物均沒收。

□乙○○共同犯販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品未遂罪，累犯，處有期徒刑貳年貳月；扣案如附表編號1-2、4-5、7所示之物均沒收。

事 實

一、甲○○、乙○○及丙○○均明知未經許可，不得販賣第三級毒品愷他命及混合第三級毒品4-甲基甲基卡西酮、甲基-N,N-二甲基卡西酮等成分之咖啡包（下稱毒品咖啡包），竟共同同意圖營利，由甲○○、乙○○於民國112年10月初共同創

立微信帳號「金銀財寶（24H在線）」，刊登「進口洋妞 兩節3200 4節5800」、「太空人500 飲品5送2 10送5」等暗示販賣愷他命2公克新臺幣（下同）3200元、4公克5800元及毒品咖啡包買5送2、10送5之文字訊息予不特定人而散布販賣毒品之訊息，並邀約丙○○加入，擔任前往約定地點與購毒者交易之小蜜蜂。嗣警員網路巡邏時發現上開販賣毒品訊息，於112年10月10日17時許，佯裝為買家與「金銀財寶（24H在線）」帳號聯繫，甲○○、乙○○即與丙○○共同基於販賣第三級毒品愷他命、第三級毒品而混合二種以上毒品以營利之犯意聯絡，由甲○○、乙○○與警員約在臺中市○○區○○路000巷00○0號之00釣蝦場前（下稱00釣蝦場），以價金4200元販賣第三級毒品愷他命2公克及毒品咖啡包2包，並隨即聯繫丙○○前往上開約定地點交易，迨至同日18時25分許，丙○○駕車抵達上開地點，喬裝為買家之警員上車確認丙○○攜帶毒品前來販賣後，旋表明身分以現行犯逮捕之，當場扣得如附表編號1至3所示之物（丙○○所涉共同販賣第三級毒品而混合二種以上毒品未遂罪嫌，另由本院審理中）。警方逮捕丙○○後，為查悉其他共犯，復於同日18時42分，以同一買家名義與「金銀財寶（24H在線）」帳號聯繫，表示欲再購入10包2公克之愷他命及30包之毒品咖啡包，甲○○、乙○○即承前販賣第三級毒品及販賣第三級毒品而混合二種以上毒品之犯意聯絡，由甲○○駕車搭載乙○○，於同日19時15分許，至00釣蝦場前，欲以價金2萬3000元出售上開愷他命、毒品咖啡包，經喬裝買家之警員上車確認甲○○、乙○○前來販賣毒品後，當場表明身分以現行犯逮捕甲○○、乙○○，並扣得如附表編號4至7所示之物，甲○○、乙○○及丙○○上開販賣第三級毒品、第三級毒品而混合二種以上毒品行為，因而未遂。

二、案經臺中市政府警察局刑事警察大隊移送臺灣臺中地方檢察署檢察官偵查起訴。

理 由

01 一、證據能力：檢察官、上訴人即被告甲○○、乙○○（下稱被
02 告甲○○、乙○○）及其等辯護人於本院準備程序，對於本
03 案以下所引用具傳聞性質之證據資料，均同意有證據能力
04 （本院卷第153-156頁），且本案所引用之非供述證據，檢
05 察官、被告甲○○、乙○○及其等辯護人均未表示無證據能
06 力，本院審酌該等證據作成及取得之程序均無違法之處，依
07 法均可作為認定犯罪事實之證據。

08 二、認定犯罪事實所憑之證據及理由

09 (一)上開犯罪事實，業據被告甲○○、乙○○於警詢、偵查、原
10 審及本院均坦承不諱，核與證人即共同正犯丙○○於警詢、
11 偵查、原審、證人黃甯葳於警詢證述之情節相符，並有丙○
12 ○112年10月11日之指認犯罪嫌疑人紀錄表、丙○○之臺中
13 市政府警察局搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、甲○○、乙
14 ○○之臺中市政府警察局搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表
15 （偵卷第71-77、111-113、117-119頁）、警方與「金銀財
16 寶（24H在線）」帳號之對話譯文、對話紀錄擷圖、查扣物
17 品照片（偵卷第123-151頁）、臺中市政府警察局刑事警察
18 大隊112年12月18日中市警刑一字第1120051788號函暨所附
19 內政部警政署刑事警察局112年12月6日刑理字第1126060810
20 號鑑定書、0000000000號鑑定書（偵卷第303-308頁）、臺
21 中市政府警察局刑事警察大隊113年1月2日中市警刑一字第1
22 120053057號函暨所附衛生福利部草屯療養院112年10月23日
23 草療鑑字第1121000309號鑑驗書（偵卷第319-321頁）在卷
24 可稽，此外，並有扣案如附表編號1-7所示之物可以佐證，
25 足徵被告甲○○、乙○○上開自白核與事實相符，可以採
26 信。

27 (二)刑事偵查技術上所謂之「釣魚」或「誘捕偵查」，係指對於
28 原已犯罪或具有犯罪故意之人，以設計引誘之方式，迎合其
29 要求，使其暴露犯罪事證，再加以逮捕或偵辦者而言。此種
30 情形，因毒品買者為協助警察辦案佯稱購買，而將販賣者誘
31 出以求人贓俱獲，因其無實際買受之真意，且在警察監視之

01 下伺機逮捕，事實上亦不能真正完成買賣，則該次行為，僅
02 能論以販賣毒品未遂罪（最高法院85年度第4次刑事庭會議
03 決議、100年度台上字第4498號、103年度台上字第869號
04 刑事判決意旨參照）。本案係警方發現被告甲○○、乙○○
05 刊登之廣告後實施誘捕偵查，接續與使用微信帳號「金銀財
06 寶（24H在線）」之被告甲○○、乙○○聯繫約定交易時間
07 地點，有上開對話紀錄截圖、對話譯文在卷可參，同案被告
08 丙○○、被告甲○○及乙○○並先後攜帶約定數量之愷他命
09 及毒品咖啡包至指定地點交易，為警當場逮捕，足認其等主
10 觀上均係有販賣第三級毒品、第三級毒品而混合二種以上毒
11 品之犯意，並著手於犯罪行為之實行，惟因上開交易行為均
12 係在警員掌控監督下，且警方亦無實際買受之真意，事實上
13 不能完成買賣，而應論以販賣未遂。

14 (三)販賣毒品行為之處罰基礎，主要在於行為人將持有之毒品讓
15 與他人使之擴散，並取得對價，所著重者厥為讓與與對價之
16 意涵上。倘於有償讓與他人之初，即係出於營利之意思，並
17 已著手實行，其以高於購入原價出售者，固為販賣行為，設
18 若因故不得不以原價或低於原價讓與他人時，亦屬販賣行
19 為。必也始終無營利意思，而以原價或低於原價有償讓與他
20 人，始得以轉讓罪論處（最高法院102年度台上字第4443號
21 、104年度台上字第435號刑事判決意旨參照）。被告甲○
22 ○、乙○○上開販賣第三級毒品、第三級毒品而混合二種以
23 上毒品未遂行為，係屬有償，被告2人並親自至特定約定地
24 點欲交付毒品、收取價款，均如前述，且被告甲○○於原審
25 自陳：我購入毒品咖啡包的成本為每包200元，獲利是與乙
26 ○○平分等語；被告乙○○自陳：購入愷他命的成本是50公
27 克4萬5000元，扣除毒品成本跟丙○○報酬後的獲利由我與
28 乙○○平分等語（原審卷第114-115頁），可知被告甲○
29 ○、乙○○均係為賺取價差而為上開犯行，堪認其2人均係
30 基於營利之意圖而為上開販毒犯行，要無疑義。

31 (四)綜上所述，被告甲○○、乙○○上開共同販賣第三級毒品、

01 第三級毒品而混合二種以上毒品未遂犯行，事證已經明確，
02 可以認定，應依法論科。

03 三、論罪之理由

04 (一)愷他命、4-甲基甲基卡西酮、甲基-N,N-二甲基卡西酮均為
05 毒品危害防制條例第2條第2項第3款所明定之第三級毒品。
06 又毒品危害防制條例第9條第3項：「犯前五條之罪而混合二
07 種以上之毒品者，適用其中最高級別毒品之法定刑，並加重
08 其刑至二分之一」之規定（109年7月15日施行），係屬刑法
09 分則之加重，為另一獨立之犯罪型態，如其混合二種以上毒
10 品屬不同級別，應依最高級別毒品所定之法定刑，如屬同一
11 級別者，因無從比較高低級別，則依各該級別毒品所定之法
12 定刑，加重其刑至二分之一，此有該規定之立法理由可資參
13 照。是核被告甲○○、乙○○所為，均係犯毒品危害防制條
14 例第4條第6項、第3項之販賣第三級毒品未遂罪及毒品危害
15 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
16 品而混合二種以上之毒品未遂罪。被告2人持有第三級毒品
17 之純質淨重，尚無證據證明已逾5公克以上，自不構成犯罪
18 而無為販賣第三級毒品未遂犯行所吸收情形。再公訴意旨認
19 被告本案所為係犯毒品危害防制條例第4條第6項、第3項之
20 販賣第三級毒品未遂罪，雖有未洽，惟二者基本社會事實同
21 一，復經原審、本院於審理中告知上述罪名（原審卷第11
22 3、235頁；本院卷第150、212頁），供檢察官、被告2人及
23 其等選任辯護人為攻擊、防禦，本院自得加以審理，並依刑
24 事訴訟法第300條規定變更起訴法條。

25 (二)被告甲○○、乙○○彼此就上開販賣第三級毒品、販賣第三
26 級毒品而混合二種以上毒品未遂犯行，另與同案被告丙○○
27 間，就丙○○被逮捕前之販賣第三級毒品、販賣第三級毒品
28 而混合二種以上毒品未遂犯行，各有犯意聯絡及行為分擔，
29 均為共同正犯。

30 (三)被告甲○○、乙○○於112年10月10日18時25分同案被告丙
31 ○○遭逮捕後，經警於同日18時42分之短時間內，再以「金

01 銀財寶（24H在線）」帳號佯稱欲加購毒品，而於同日19時1
02 5分相偕攜帶扣案毒品前往現場交易之行為，係因警員以相
03 同之方式，對同一對象實施誘捕偵查，且被告甲○○、乙○
04 ○係於密接之時間、空間，與同一交易對象為毒品加購販賣
05 行為，可認是同一買賣關係之延續，係基於同一犯意，於密
06 接時地所為之數舉動，各行為間之獨立性極為薄弱，依一般
07 社會健全觀念，難以強行分開，在刑法評價上，屬接續犯，
08 應論以一罪。

09 (四)被告甲○○、乙○○均係以一行為同時觸犯販賣第三級毒品
10 未遂罪及販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品未遂罪二罪
11 名，均為想像競合犯，應依刑法第55條規定，各論以一毒品
12 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
13 級毒品而混合二種以上之毒品未遂罪。

14 (五)刑之加重與減輕：

15 1.被告甲○○、乙○○所犯販賣第三級毒品而混合二種以上之
16 毒品未遂罪，應依毒品危害防制條例第9條第3項規定，加重
17 其刑。

18 2.被告甲○○前因運輸毒品案件，經本院以110年度原上訴字
19 第36號判決判處有期徒刑1年10月確定，於112年8月11日縮
20 短刑期假釋付保護管束出監，同年9月23日保護管束期滿假
21 釋未經撤銷視為執行完畢；被告乙○○前因詐欺案件，經臺
22 灣彰化地方法院以111年度金簡字第103號判決判處有期徒刑
23 2月、併科罰金2萬元確定，於112年5月10日易服社會勞動履
24 行完成執行完畢，有被告2人之臺灣高等法院被告前案紀錄
25 表及檢察官提出之上開判決書可參（原審卷第125-151、163
26 -170頁），復經檢察官於起訴書載明及於原審、本院審理
27 時，就被告構成累犯之前階段事實以及後階段應加重其刑之
28 事項，有所主張並具體指出證明方法，被告2人對於其有上
29 開有期徒刑執行完畢之構成累犯前提事實，於本院審理時亦
30 供承無誤（本院卷第220-221頁），核與上開前案紀錄表一
31 致，是被告甲○○、乙○○均於前案執行完畢5年內故意再

犯本案，均為累犯，審酌被告甲○○前案與本案罪質、侵害法益相同，被告乙○○於前案執行完畢5月後旋再犯本案，足見其等均未因前案之執行而有所警惕，對於刑罰之反應力薄弱，而有其特別惡性，故本案依累犯規定加重其刑，均不致生行為人所受的刑罰超過其所應負擔罪責的情形，爰均依刑法第47條第1項規定就被告甲○○、乙○○本案犯行予以加重其刑，被告乙○○上訴主張其先前所犯係不同性質之詐欺犯行，本案依累犯規定加重不當等語，並無可採。

3.被告甲○○、乙○○均已著手於販賣第三級毒品而混合二種以上毒品罪構成要件之實行，僅因交易對象欠缺買受真意，以致未能遂行，屬未遂犯，爰均依刑法第25條第2項規定，按既遂犯之刑予以減輕。

4.被告甲○○、乙○○就本案販賣第三級毒品而混合二種以上毒品未遂犯行，於偵查、原審及本院均自白不諱，已如前述，均應依毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑。

5.毒品危害防制條例第17條第1項規定所稱之「供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者」，係指犯罪行為人供出毒品來源之對向性正犯，或與其具有共同正犯、共犯（教唆犯、幫助犯）關係之毒品由來之人的相關資料，客觀上足使偵查犯罪之公務員得據以對之發動偵查，並因而破獲者。所謂「破獲」，指「確實查獲其人、其犯行」而言（最高法院109年度台上字第1893號刑事判決參照）。經查：

①被告乙○○於偵查供稱：（問：所交易的咖啡包、愷他命是跟誰買的？）我個人是進貨愷他命，是跟曾韋捷買的，曾韋捷是他的本名，我是用FACETIME跟他聯繫的，時間是在112年10月10日凌晨3時許，約在他家附近的金紙店，靠近伸港，地址我有用GOOGLE MAP跟警方講，用45000元跟他拿了50公克的愷他命等語（偵卷第255頁），此部分經原審函詢臺灣臺中地方檢察署（下稱臺中地檢署），雖覆稱：本署112年度偵字第49101號被告乙○○等涉毒品危害防制條例案件，無因被告乙○○之供述而查獲上手曾韋捷等語，有該署

113 年3 月25日中檢介調112偵49101字第11390354805號函可稽（原審卷第219頁），惟原審另向臺中市政府警察局刑事警察大隊函查部分，則係回覆：被告乙○○於警詢供稱毒品上手係「曾韋捷」，有關曾嫌涉犯毒品危害防制條例案，本大隊業於113年4月3日以中市警刑一字第1130011398號刑事案件報告書，移請臺灣彰化地方檢察署（下稱彰化地檢署）偵辦在案等語，有該隊113年4月15日中市警刑一字第1130011131號函暨附件之刑事案件報告書（原審卷第230-1至230-8頁）可參，顯示被告乙○○供出之「曾韋捷」，應係移送臺灣彰化地方檢察署偵辦，而非臺中地檢署。

②查「曾韋捷」於原審判決後之113年5月30日，因涉於112年10月9日3時31分許，在彰化縣○○鎮○○路0段000號前，以4萬5,000元之價格，販賣第三級毒品愷他命1包（重量約50公克）予被告陳皇維之犯嫌，經彰化地檢署以113 年度偵字第6303、5113號提起公訴，有曾韋捷之臺灣高等法院被告前案紀錄表、上開案件起訴書附卷可參（本院卷第99-103頁），核與被告乙○○上開供述其向曾韋捷購買愷他命之情節大致相符，足認被告乙○○於偵查所供其於本案遭警員查獲之前，甫向曾韋捷購買之毒品來源，已因後續之偵查，查獲曾韋捷，並經檢察官起訴在案，確與本案上開所犯輕罪部分之販賣第三級毒品愷他命（未遂）犯行具直接關聯性，堪認有供出毒品來源因而查獲其他正犯之情形，爰依毒品條例第17條第1項規定減輕其刑。

6.刑法第59條規定之酌量減輕其刑，必須犯罪另有特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，認為即使予以宣告法定最低度刑，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100年度台上字第744號刑事判決意旨參照）。查被告2人販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品，不僅直接戕害購毒者身心健康，更助長毒品流通，危害社會治安，惡性匪淺，客觀上不足以引起一般人同情，核無犯罪情狀顯可憫恕，況被告2人上開犯行已依刑法第25條第2項、毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑，被告乙○○部分，另依同條例第17條第1項規定減輕其刑，業如前述，更無情輕法重之情，倘遽予憫恕被告2人依刑法第59條規定減輕其刑，除對其個人難收改過遷善之效，無法達到刑罰特別預防之目的外，亦易使其他販毒者心生投機、甘冒風險繼續販毒，無法達到刑罰一般預防之目的，衡諸社會一般人客觀標準，尚難謂有過重而情堪憫恕之情形，自無適用上開規定之餘地，併予敘明。

7.被告甲○○、乙○○就本案犯行，同時具有上開多種刑之加重及減輕事由，應依刑法第71條第1項之規定先加重後減輕之，並依刑法第70條規定遞減之。

四、撤銷原審部分判決及自為判決之理由

(一)原審審理結果，認被告甲○○、乙○○係犯販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品未遂犯行兩罪(均想像競合犯販賣第三級毒品未遂罪)，分別予以論罪科刑及定應執行刑，並為相關沒收之諭知，固非無見。惟查：1.被告甲○○、乙○○本案所為應論以接續之一罪，以免過度評價，起訴意旨亦同此認定，原審就此論以兩罪，尚有未洽；2.本案有因被告乙○○供出毒品上手因而查獲另案被告曾韋捷情形，已如前述，原審判決未詳予勾稽臺中市政府警察局刑事警察大隊回函，未審酌及此，即有未當；3.扣案如附表編號1、2所示第三級毒品，係同案被告丙○○與被告甲○○、乙○○共同犯上開罪名所用之物，自應於被告甲○○、乙○○之罪刑項下，併予宣告沒收，原審就此漏未諭知，亦有疏漏。被告甲○○上訴主張本案應有刑法第59規定之適用，被告乙○○上訴主張本案依累犯規定加重其刑不當，雖均無理由，惟其等

主張本案所為應論以接續一罪，及被告乙○○主張其有供出毒品來源因而查獲之減刑事由，均有理由，原判決關於被告甲○○、乙○○部分既有上開之瑕疵可指，即屬無可維持，應由本院將原判決此部分，均予撤銷改判。

(二)爰以行為人責任為基礎，審酌被告甲○○、乙○○明知愷他命、4-甲基甲基卡西酮及甲基-N,N-二甲基卡西酮等均為列管之毒品，具有成癮性，服用後會產生依賴性、耐藥性，且戒癮不易，嚴重影響他人之身心健康，無視國家杜絕毒品犯罪之禁令而販賣內含上揭成分之愷他命及毒品咖啡包，致取得毒品者沈迷於毒癮而無法自拔，直接戕害國民身心健康，危害社會治安助長毒品氾濫，嚴重影響社會治安，且其等係以微信帳號刊登廣告販賣，毒品擴散效果甚大，所為實值非難；並審酌被告2人犯後自始坦承犯行之態度，販賣毒品之種類、數量、利益，本案係屬未遂，暨被告甲○○自陳高中肄業之智識程度，目前在輪胎店工作、月收入約3萬餘元，需扶養父母、勉持之家庭經濟狀況，被告乙○○自陳國中肄業之智識程度，目前在輪胎店工作、月收入約2萬餘元、有一名未成年子女及父母需扶養、勉持之家庭經濟狀況（原審卷第249頁；本院卷第223頁），以及被告乙○○之母罹有癩癰等一切情狀，分別量處如主文第2、3項所示之刑。

(三)沒收部分

1.扣案如附表編號1、2、4、5所示之物，經鑑驗均為第三級毒品，均屬違禁物，且為被告甲○○、乙○○販賣毒品所用之物，業經被告2人及同案被告丙○○供陳在卷（原審卷第118-119頁），應依刑法第38條第1項之規定，分別於被告甲○○、乙○○罪刑項下，均宣告沒收之。又上揭毒品之包裝袋因直接包覆該毒品，其上顯留有該毒品之殘渣，衡情自難與之析離，當應整體視之為毒品，均併予宣告沒收，至鑑驗耗損之毒品既已滅失，無庸為沒收之諭知。

2.扣案如附表編號6所示之物為被告甲○○所有；附表編號7所示之物為被告乙○○所有，且分別為其等聯繫本件販賣毒品

01 相關事宜使用，為被告2人所自承（原審卷第119頁），爰依
02 毒品危害防制條例第19條第1項之規定，分別於被告甲○○
03 ○、乙○○罪刑項下諭知沒收。

04 據上論斷，應依刑事訴訟法第369條第1項前段、第364條、第299
05 條第1項前段、第300條，判決如主文。

06 本案經檢察官陳文一提起公訴，檢察官丁○○到庭執行職務。

07 中 華 民 國 113 年 10 月 8 日

08 刑事第十庭 審判長法官 簡 源 希

09 法官 楊 陵 萍

10 法官 林 美 玲

11 以上正本證明與原本無異。

12 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
13 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（
14 均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

15 書記官 留 儷 綾

16 中 華 民 國 113 年 10 月 8 日

17 附表

編號	品項與數量	備註
1	愷他命6包	同案被告丙○○持有，惟編號1、2之第三級品毒品為丙○○與被告甲○○、乙○○本案共同販賣所用之物，亦應於被告甲○○、乙○○罪刑項下沒收之。
2	毒品咖啡包30包	
3	IPHONE13 PRO MAX手機1支	
4	愷他命1罐 （起訴書誤載為6包）	被告甲○○、乙○○所持有，且為其等共同販賣所用之物，應沒收之。
5	毒品咖啡包30包	
6	IPHONE11手機1支	被告甲○○所有，且為其本案販賣所用之物，應於其犯

		行罪刑項下沒收之。
7	IPHONE13手機1支 (起訴書誤載為 IPHONE11)	被告乙○○所有，且為其本案販賣所用之物，應於其犯行罪刑項下沒收之。