

臺灣高等法院臺南分院刑事判決

109年度上訴字第1157號

上訴人

即被告 楊曜維（原名楊嘉偉）

指定辯護人 戴榮聖律師（義務律師）

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣臺南地方法院109年度訴字第49號中華民國109年7月21日第一審判決（起訴案號：臺灣臺南地方檢察署108年度偵字第19835號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

事 實

一、楊曜維（原名楊嘉偉）明知甲基安非他命係毒品危害防制條例第2條第2項第2款所定之第二級毒品，非經許可不得持有、販賣，竟基於販賣第二級毒品以營利之犯意，於民國108年11月19日8時32分許，在其位在高雄市○○區○○里○○街0號居所內，以其向前妻黃瑜茹借用而持有之IPHONE廠牌行動電話下載通訊軟體WeChat（下稱微信）連結網際網路，以暱稱「呷飽袂」在微信「南部可支援效率100」公開群組內發布「有感執，需要請私」之販賣毒品之廣告訊息圖片之公開訊息，暗示瀏覽該軟體訊息之不特定人可向其購買毒品。後為臺南市政府警察局麻豆分局警員曹仲廷於執行網路巡邏勤務時，見上開疑似散播販賣毒品之訊息，遂喬裝買家於同日17時42分許，對微信暱稱為「呷飽袂」之楊嘉偉以語音方式詢問「執」、「你怎麼算？」等語，楊嘉偉回以「你要怎麼樣，我怎麼跟你說怎麼算？」，曹仲廷又詢問：「我

一萬拉」等語，楊嘉偉則回覆「一萬要處理就對了」等語，以此方式聯繫交易毒品事宜，並達成以新臺幣（下同）1萬元之價格購買甲基安非他命1包之合意，且告知交易地點為臺南市○○區○○0○○0號「○○休息站」。嗣楊嘉偉於同日19時45分許，駕駛車牌號碼0000-00號自小客車搭載不知情之蔡右楷、黃瑜茹至上開交易地點，欲將甲基安非他命1包交付喬裝買家之警員之際，惟因員警曹仲廷並無購買之真意，即表明警察身分，當場為警以現行犯逮捕查獲而未遂，並扣得楊嘉偉持來欲販售之第二級毒品甲基安非他命1包（含袋重3.8公克，檢驗後淨重3.5公克）及上開用以販毒及聯絡買家之行動電話（含門號0000000000號SIM卡1枚、IMEI：0000000000000000）1支。

二、案經臺南市政府警察局麻豆分局報告臺灣臺南地方檢察署檢察官偵查起訴。

#### 理 由

##### 一、證據能力部分：

(一)按刑事偵查技術上有所謂之「誘捕偵查」，依美、日實務運作，「誘捕偵查」可區分為二種類型，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號判決意旨可資參照）。經查，本案被告楊曜維係在微信「南部可支援效率100」公開群組聊天室內使用暗示販賣毒品之暱稱，以招攬不特定之毒品買家，嗣經警執行網路巡邏發現後，始與之洽談交易毒品事宜，再經警以上開方式誘使被告出面交付毒品而伺機逮捕，足見本案警方僅係對原已具有犯罪故意之被告，以設計引誘之「釣魚」方式，使其暴露犯罪事證而予以逮捕偵辦，核與「陷害教唆」之情形迥然有別，是上開警方所實施之作為，當屬「提供機會型之誘捕偵查」，而非「創造犯意型之誘捕偵查」之類型至明，基於以上說明，因「提供機會型之誘捕偵查」，乃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，故依此方式所蒐集之證據資料，應有證據能力，合先敘明。

(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；惟被告以外之人於審判外之陳述，雖不符刑事訴訟法第159條之1至第159條之4規定得為證據之情形，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項及第159條之5第1項分別定有明文。查本判決所引用之下列供述證據暨其他書證、物證，檢察官、被告及其辯護人於本院審理時，均同意作為本案證據（本院卷第115頁），本院審酌上開證據資料作成時之情況，核無違法取證或其他證明力明顯過低之瑕疵，認以之作為證據為適當，是依刑事訴訟法第159條之5規定，前述相關證據資料，自均得作為證據。

01 二、認定犯罪事實所憑之證據及理由：

02 (一)上揭事實，業經被告楊曜維於警詢、偵查、原審及本院審理  
03 時均坦承不諱，且有證人蔡右楷、黃瑜茹於警詢中之證述，  
04 並有臺南市政府警察局麻豆分局搜索、扣押筆錄、扣押物品  
05 目錄表、被告與員警曹仲廷之對話譯文各1份、通訊軟體Wechat  
06 對話紀錄截圖翻拍畫面9張暨扣案物品照片共3張、麻豆  
07 分局員警職務報告在卷可參。且扣案之白色結晶1包，經送  
08 驗結果，確含第二級毒品甲基安非他命，亦有高雄市立凱旋  
09 醫院108年12月16日高市凱醫驗字第62723號濫用藥物成品檢  
10 驗鑑定書1份附卷可憑，並有扣案被告所持供聯繫販賣第二  
11 級毒品所用之行動電話（含門號0000000000號SIM卡1枚、IM  
12 EI：0000000000000000）1支可佐，足認被告上揭之任意性自  
13 白，與事實相符，足以採信。又員警佯裝購買毒品，並無實  
14 際購毒之真意，惟被告既有販毒之故意，且依約攜帶毒品前  
15 往交付，即已著手實施販毒之行為，但因警察伺機逮捕，事  
16 實上不能真正完成買賣毒品之行為，因此，被告之行為應僅  
17 構成販賣第二級毒品未遂罪。

18 (二)而按毒品物稀價昂，政府查緝甚嚴，持有者苟非有利可圖，  
19 當不可能甘冒法律制裁之風險而販賣，且販賣毒品乃違法行  
20 為，非可公然為之，亦無公定價格，容易分裝增減分量，每  
21 次買賣之價量，並因買賣雙方關係之深淺、資力、需求量及  
22 對行情之認知、來源是否充裕、查緝是否嚴緊、購買者被查  
23 獲時供出購買對象之風險評估等因素，而異其標準，非可一  
24 概而論，而販賣毒品之利得，除行為人坦承犯行或價量俱臻  
25 明確外，委難察得實情，販賣之人從價差或量差中牟利之方  
26 式雖異，其意圖營利之販賣行為則無不同，職是之故，即使  
27 未經查得實際販賣之利得，惟除非別有事證足認係按同一價  
28 量委買或轉售，確未牟利外，尚難執此遽認非法販賣之證據  
29 有所未足，而諉無營利之意思，或阻卻販賣犯行之追訴。查  
30 本件被告於警詢及本院審理時供稱其本案販賣毒品所賺取利  
31 潤為從中可拿些毒品供自己施用等語（見警卷第3頁、本院

卷第120頁），足認被告販賣第二級毒品之犯行，欲藉以從中賺取量差，而有營利之意圖，當無疑義。

(三)綜上，本件事證明確，被告上揭犯行堪以認定，應依法論罪科刑。

### 三、論罪科刑：

(一)按甲基安非他命依其成癮性、濫用性及對社會危害性之程度，業經列為毒品危害防制條例第2條第2項第2款所規定之第二級毒品，禁止非法持有或販賣。次按刑事偵查技術上所謂之「釣魚」，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，迎合其要求，使其暴露犯罪事證，再加以逮捕或偵辦者而言。此乃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。於此誘捕偵查案件，販毒者雖有販毒之故意，且依約攜帶毒品前往交付，並已著手實施販毒之行為，然因係受警員引誘偽稱欲購買毒品，警員原無買受毒品之意思，其虛與買賣毒品，意在辦案，以求人贓俱獲，伺機逮捕，事實上不能真正完成買賣毒品之行為，而應僅論以販賣毒品未遂罪（最高法院85年第4次刑庭會議決議、臺灣高等法院107年度上訴字第2456號判決意旨參照）。

(二)按行為後法律有變更者，適用行為時之法律。但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律，刑法第2條第1項定有明文。被告行為後，毒品危害防制條例第4條第2項、第17條第2項之規定業經修正，並經總統於民國109年1月15日公布，於同年7月15日施行，修正前毒品危害防制條例第4條第2項規定「製造、運輸、販賣第二級毒品者，處無期徒刑或7年以上有期徒刑，得併科新臺幣1000萬元以下罰金」，修正後則規定「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1500萬元以下罰金」，經比較新舊法結果，修正後毒品危害防制條例第4條第2項規定雖未更動販賣第二級毒品罪之構成要件及得科處之法定刑種，然已將有期徒刑、罰金刑上限提高，自以修

正前毒品危害防制條例第4條第2項之規定對被告較為有利；而修正前毒品危害防制條例第17條第2項規定「犯第4條至第8條之罪於偵查及審判中均自白者，減輕其刑」，修正後則規定「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」，經比較新舊法結果，修正後毒品危害防制條例第17條第2項規定犯販賣第二級毒品罪者，須於偵查及「歷次」審判中均自白，方得依該條規定減輕其刑，相較於修正前除偵查中自白外，僅須於審判中曾經自白即可減刑之規定而言，自以修正前毒品危害防制條例第17條第2項之規定對被告較為有利。是依刑法第2條第1項前段規定，本件自應適用被告行為時即修正前毒品危害防制條例第4條第2項、第17條第2項之規定論處。是核被告楊曜維所為，係犯修正前毒品危害防制條例第4條第6項、第2項之販賣第二級毒品未遂罪，被告販賣第二級毒品前之持有第二級毒品之低度行為，為其販賣第二級毒品之高度行為所吸收，不另論罪。

(三)刑之加重及減輕：

- 1.被告已著手實施販賣第二級毒品行為，惟因警員喬裝買家，自始不具購買毒品之真意，被告因而未能實際售出第二級毒品，其犯罪係屬未遂，所生損害較既遂犯為輕，爰依刑法第25條第2項之規定，減輕其刑。
- 2.本件被告已於偵查及原審審理時自白販賣第二級毒品罪之犯行，應依修正前毒品危害防制條例第17條第2項之規定，減輕其刑，並依法遞減其刑。
- 3.被告不符毒品危害防制條例第17條第1項之減刑事由：被告雖以其於警詢時有供出毒品來源為綽號「阿堯」之人，主張有毒品危害防制條例第17條第1項之減刑事由，惟按犯毒品危害防制條例第4條至第8條、第10條或第11條之罪，供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑，同條例第17條第1項定有明文。所謂「供出毒品來源，因而查獲者」，係指被告供出毒品來源之有關資料，諸如前手之姓名、年籍、住居所、或其他足資辨別之特徵等，使調

查或偵查犯罪之公務員因而對之發動調查或偵查並破獲者而言。而查本件調查機關因「被告不知「阿堯」之年籍資料，供述避重就輕，顯無供出毒品來源之意，本分局無從查證，未另案偵辦，遂無查得毒品來源」之情，此有臺南市政府警察局麻豆分局109年10月22日南市警麻偵字第1090536911號函1份說明在卷（本院卷第91頁），是被告自無前開減輕刑罰規定之適用。

4.本件無刑法第59條酌減其刑規定之適用：

(1)被告之辯護人猶主張本案並沒有真正要購毒之人，是警方網路巡查偶知此消息的情形，被告尚有其情可憫之處，請求依刑法第59條給予減刑從輕發落等語。惟按「刑法第59條之酌量減輕其刑，必於犯罪之情狀，在客觀上足以引起一般同情，認為即予宣告法定低度刑期，猶嫌過重者，始有其適用，至於被告無前科，素行端正，子女眾多等情狀，僅可為法定刑內從輕科刑之標準，不得據為酌量減輕之理由。」

（最高法院51年台上字第899號判決要旨參照），又「刑法第59條所定之酌量減輕其刑，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，認為即予宣告法定最低度刑期猶嫌過重者，始有其適用」（最高法院107年度台上字第1325號判決要旨參照）。

(2)查毒品戕害國人身心健康，且嚴重影響社會治安，故政府立法嚴禁販賣毒品，並以高度刑罰來遏止毒品氾濫之問題，惟被告知悉毒品為政府嚴令所禁止，仍恣意以網路散佈訊息販賣第二級毒品，顯見被告並未考慮販賣毒品對社會、國人之不良影響，害人害己，使施用者成癮，陷入不可自拔之困境，且影響國家整體之未來至深且鉅；復審酌本件並無積極事證足認被告為上開販賣毒品犯行時，有何特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般人同情；再販賣第二級毒品罪之法定刑為無期徒刑或7年以上有期徒刑，不若販賣海洛因罪之法定刑為死刑或無期徒刑之僵化，是考量其犯罪情節、態樣、動機及手段，本件被告販賣第二級毒品未遂，且有偵審

01 自白減刑，依法遞減後法定刑尚無情輕法重之情，本件難認  
02 有顯可憫恕之情事，是仍符合罪刑相當性原則，自無從依刑  
03 法第59條規定酌減其刑。

04 四、上訴駁回之理由：

05 (一)原審以被告犯行，罪證明確，因予適用修正前毒品危害防制  
06 條例第4條第6項、第2項、第17條第2項，毒品危害防制條例  
07 第18條第1項前段、第19條第1項，刑法第11條、第2條第1項  
08 前段、第25條之規定，並審酌被告不思依循正軌賺取金錢，  
09 為貪圖快速獲取報酬，而以網路散布訊息方式為販賣第二級  
10 毒品之犯行，所為戕害國民身心健康，且影響社會治安，自  
11 應予非難。並考量被告於本案所販賣之甲基安非他命之數量  
12 及金額，幸因警網路巡邏誘捕偵查而查獲，未生實害，被告  
13 犯後坦承犯行，態度尚佳，前有施用第二級毒品之前科，有  
14 臺灣高等法院被告前案紀錄表在卷可查，其自述高中肄業之  
15 智識程度，目前從事氣體或液體管線的配管工作，已婚，育  
16 有一子現年8歲之家庭生活狀況等一切情狀，量處有期徒刑2  
17 年。另就沒收部分說明：(1)扣案第二級毒品：本件查獲之白  
18 色結晶1包，經送驗結果，確為第二級毒品甲基安非他命  
19 (檢驗後淨重3.50公克)，業如前述，為查獲之第二級毒  
20 品，應依毒品危害防制條例第18條第1項規定，宣告沒收銷  
21 燬之。直接包裝該毒品之包裝袋1只，與毒品難以析離且無  
22 析離實益，應連同上開扣案毒品沒收銷燬之。至因鑑驗而滅  
23 失之毒品，爰不另為沒收銷燬之宣告。(2)犯罪工具：扣案IP  
24 HONE廠牌行動電話（含門號0000000000號SIM卡1枚）1支，  
25 為被告向其妻黃瑜茹借用，供本件聯絡販賣第二級毒品所用  
26 之物，業經被告陳述在卷（警卷第2頁、院卷第200頁），是  
27 該行動電話雖非被告所有；然該行動電話為警搜索時當場查  
28 扣在案，且為被告持以作為本案販賣甲基安非他命之聯絡工  
29 具，應依毒品危害防制條例第19條第1項規定，不問屬於犯  
30 罪行為人與否，宣告沒收。(3)至於犯罪所得部分，本次被告  
31 販賣第二級毒品為未遂，並未收取交易價額，故尚無犯罪所

01 得，而不為沒收、追徵之宣告。本院審核原審認事用法俱無  
02 不合。

03 (二)又按量刑輕重，係屬事實審法院得依職權裁量之事項，苟以  
04 行為人之責任為基礎，斟酌刑法第57條各款所列情狀而未逾  
05 越法定刑度，即不得遽指為違法。查原審判決就被告犯行已  
06 詳細記載其審酌科刑之一切情狀之理由，既未逾越法定刑  
07 度，又未濫用自由裁量之權限，核無不當或違法之情形。故  
08 認原審就被告所犯上開之罪所量處之刑度，亦屬允當。被告  
09 及辯護人上訴意旨請求依刑法第59條酌減量處更輕之刑等  
10 節，為無理由，應予駁回。

11 據上論斷，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

12 本案經檢察官陳奕翔提起公訴，檢察官黃朝貴到庭執行職務。

13 中 華 民 國 109 年 11 月 30 日

14 刑事第二庭 審判長法官 陳顯榮

15 法官 陳弘能

16 法官 黃裕堯

17 以上正本證明與原本無異。

18 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  
19 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（  
20 均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

21 書記官 蔡孟芬

22 中 華 民 國 109 年 11 月 30 日

23 附錄本案論罪科刑法條全文

24 修正前毒品危害防制條例第4條

25 製造、運輸、販賣第一級毒品者，處死刑或無期徒刑；處無期徒  
26 刑者，得併科新臺幣 2 千萬元以下罰金。

27 製造、運輸、販賣第二級毒品者，處無期徒刑或 7 年以上有期  
28 徒刑，得併科新臺幣 1 千萬元以下罰金。

29 製造、運輸、販賣第三級毒品者，處 7 年以上有期徒刑，得併  
30 科新臺幣 7 百萬元以下罰金。

- 01 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 3 百萬元以下罰金。
- 02
- 03 製造、運輸、販賣專供製造或施用毒品之器具者，處 1 年以上
- 04 7 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 1 百萬元以下罰金。
- 05 前五項之未遂犯罰之。