

# 臺灣高等法院刑事判決

108年度上訴字第3047號

上訴人  
即被告 陳啟翔

選任辯護人 賴傳智律師（法扶律師）

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣新北地方法院108年度訴字第262號，中華民國108年7月18日第一審判決（起訴案號：臺灣新北地方檢察署107年度偵字第18382號），提起上訴，本院判決如下：

## 主 文

原判決關於陳啟翔部分撤銷。

陳啟翔販賣第二級毒品未遂，處有期徒刑壹年拾月。扣案如附表編號1所示毒品暨其包裝袋沒收銷燬，扣案如附表編號2至5所示之毒品暨其包裝袋、行動電話壹支（含門號○○○○○○○○○○○○號通話晶片卡壹枚、IMEI：0000000000000000）、電子秤壹臺及包裝袋陸批均沒收。

## 事 實

一、陳啟翔明知甲基安非他命為毒品危害防制條例第2條第2項第2款所列之第二級毒品，而硝甲西洋、愷他命、4-甲基甲基卡西酮、甲苯基乙基胺戊酮、3,4-亞甲基雙氧苯基乙基胺戊酮均為毒品危害防制條例第2條第2項第3款所列之第三級毒品，依法不得販賣，仍意圖營利，基於販賣摻有第二級毒品甲基安非他命及第三級毒品硝甲西洋之梅片、第三級毒品愷他命、摻有第三級毒品硝甲西洋、4-甲基甲基卡西酮、甲苯基乙基胺戊酮、3,4-亞甲基雙氧苯基乙基胺戊酮之汽水包、咖啡包及摻有第三級毒品4-甲基甲基卡西酮之跳跳糖包之犯意，先於107年5月30日6時44分許，以暱稱「阿緯（沒回請來電）」，使用網路通訊軟體「微信」，刊登「雙北市

01 30分內到達小姐-1400葡萄汽水-600黑BOSS-600全新正C梅-  
02 500藍公雞-500」等疑似毒品交易訊息廣告，經警員於107年  
03 6月5日執行網路巡邏勤務發現，遂喬裝買家並以暱稱「水車  
04 研究所」透過上開通訊軟體與陳啟翔取得聯繫，約定以新臺  
05 幣（下同）4,700元，販賣如附表編號4所示之毒品咖啡包10  
06 包（所含毒品成分如附表所示），並在新北市○○區○○路  
07 00號前交易，然於107年6月5日22時31分許，陳啟翔騎乘車  
08 牌號碼000-000號普通重型機車到場後，因心生懷疑而自行  
09 離去。經警於107年6月6日15時32分許，再次以上開通訊軟  
10 體聯繫陳啟翔，陳啟翔同意以3,000元，販賣如附表編號2所  
11 示（毒品成分如附表所示）汽水包6包，並相約在上址相同  
12 地點交易。嗣於107年6月6日16時50分許，陳啟翔騎乘上開  
13 機車到場後，持汽水包6包欲與喬裝買家之警員進行毒品交  
14 易，惟經警員表明身分後將陳啟翔逮捕而未遂，並當場扣得  
15 如附表編號2所示之汽水包6包（驗餘量60.3471公克）、行  
16 動電話1支（含門號0000000000、IMEI：00000000000000  
17 0），復經陳啟翔同意，偕同警員前往位在新北市○○區○  
18 ○路○○巷00弄00號3樓居所執行搜索，詎蘇志紘（業經原  
19 審判處罪刑確定）明知陳啟翔放置於上址居所內如附表編號  
20 1、3至5所示之第二、三級毒品，均為關係陳啟翔刑事被告  
21 案件之證據，竟基於隱匿關係他人刑事被告案件證據之故  
22 意，在上址處拒不開門並將上開物品丟置於陳啟翔該居所處  
23 之窗外平台，惟仍為警搜索而發現，並扣得如附表編號1、3  
24 至5所示之毒品梅片49顆（毒品成分如附表所示，含第二級  
25 毒品甲基安非他命純質淨重0.2225公克、含第三級毒品硝甲  
26 西洋純質淨重0.2083公克）、第三級毒品愷他命29包（驗餘  
27 量18.6984公克）、咖啡包70包（毒品成分如附表所示，驗  
28 前總淨重約720.93公克）及跳跳糖包41包（毒品成分如附表  
29 所示，驗前總淨重約143.12公克）、電子秤1臺及分裝袋6  
30 批。

31 二、案經新北市政府警察局新莊分局報告臺灣新北地方檢察署檢

01 察官偵查起訴。

02 理 由

03 一、證據能力之認定：

04 (一)被告為毒品交易時經警以現行犯逮捕，除現場扣得毒品汽水  
05 六包外，餘前往居所扣得如附表編號1、3至5所示之毒品均  
06 係合法搜索取得，得為證據。

07 (1)按檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察逮捕被告、  
08 犯罪嫌疑人或執行拘提、羈押時，雖無搜索票，得逕行搜索  
09 其身體、隨身攜帶之物件、所使用之交通工具及其立即可觸  
10 及之處所，刑事訴訟法第130條定有明文。本件被告於販賣  
11 毒品汽水包6包時，為喬裝交易之警員當場查獲逮捕，逕行  
12 搜索身體所扣得，自得為證據。

13 (2)又搜索，以有無搜索票為基準，可分為「有令狀搜索」（有  
14 票搜索）與「無令狀搜索」（無票搜索）；而「有令狀搜  
15 索」係「原則」，「無令狀搜索」為例外。於原則情形，搜  
16 索應用搜索票，搜索票由法官簽發，亦即以法院（官）為決  
17 定機關，目的在保護人民免受非法之搜索、扣押。惟因搜索  
18 本質上乃帶有急迫性、突襲性之處分，有時稍縱即逝，若均  
19 必待聲請搜索票之後始得行之，則時過境遷，勢難達其搜索  
20 之目的，故刑事訴訟法乃承認不用搜索票而搜索之例外情  
21 形，稱為無令狀搜索或無票搜索，依該法之規定，可分為：  
22 第130條附帶搜索、第131條第1項、第2項2種不同之緊急搜  
23 索，及第131條之1之同意搜索等共4種。此種搜索，也應遵  
24 守法定程式，否則仍屬違法搜索。至第131條之1之同意搜  
25 索，必須經受搜索人「自願性」地同意，亦即該同意，必須  
26 出於受搜索人之自主性意願，非出自執行人員明示或暗示之  
27 強暴、脅迫、隱匿身分等不正方法，或因受搜索人欠缺搜索  
28 之認識所致，否則，仍非適法。又搜索，經受搜索人出於自  
29 願性同意者，得不使用搜索票，但執行人員應出示證件，並  
30 將其同意之意旨記載於筆錄。刑事訴訟法第131條之1定有明  
31 文。此同意權限之有無，就「身體」之搜索而言，僅該本人

01 始有同意之權；就物件、宅第而言，則以其就該搜索標的有  
02 無管領、支配之權力為斷（如所有權人、占有或持有人、一  
03 般管理人等）。

04 (3)稽諸本件被告於網路張貼求售毒品之品項甚多，且被告於前  
05 一日原約定售出毒品咖啡包10包（約定售價4700元），與當  
06 場逮捕對被告身體搜獲之6包汽水包（約定售價3000元）品  
07 項不同，該6包汽水包，經查驗係第三級毒品，警員因此合  
08 理懷疑被告居所尚有大量毒品，因而由被告帶往上開住宅搜  
09 索，被告固非該住宅之所有權人，並無同意搜索之權限，惟  
10 經警取得該屋管領權人謝佳妤之自願受搜索同意書（見偵卷  
11 第63至81頁），搜索並無違法。縱被告於本院抗辯遭警暴力  
12 脅迫而帶往該居處搜索，非自願同意，是後來到警察局時才  
13 叫伊簽同意書云云。然查被告及其胞兄陳啟瑞於警、偵訊時  
14 均稱遭警以不明液體噴眼睛，但俱表示未受傷（見偵卷第2  
15 3、26、34、201、207頁），而警員係逮捕現行犯，因被告  
16 拒捕而執行職務合法使用辣椒水，因研判被告住處尚有大量  
17 毒品，故逮捕制服被告後，有跟被告協調溝通，被告就帶同  
18 警員返回上址，警員並無其他施暴行為，搜索同意書之簽立  
19 是在搜索開始前，並出示執法身分後為之，業經證人即警員  
20 陳羿嘉到院證述明確（見本院卷108年11月27日審判筆  
21 錄），則警員取得同意搜索書，查扣附表各編號毒品之過  
22 程，實無違法可言，本件扣案毒品均得為證據使用。被告及  
23 其辯護人辯稱：警員違法搜索所扣得之毒品不得作為證據云  
24 云，顯係有所誤解，不足採憑。

25 (二)本件下引其餘卷附之證據，被告及其辯護人於本院審理中，  
26 均表示同意有證據能力（見本院卷第102至104頁），且本院  
27 審酌各該證據作成之情況，並無程序違法或有何意思不自由  
28 情形，復經原審及本院於審判期日就上開證據依法進行提  
29 示、調查、辯論，且與本案待證事實間復具有相當之關聯  
30 性，以之為本案證據並無不當，自得採為本件認定事實之基  
31 礎，故依刑事訴訟法第159條之5第1項規定，認有證據能

01 力。

02 二、認定犯罪事實所憑之證據及理由：

03 (一)上揭販賣毒品之犯罪事實，業據被告陳啟翔於警詢、偵查、  
04 原審審理均坦承不諱，核與證人陳啟瑞、謝佳妤、同案被告  
05 蘇志紘在偵查中的證述情節相符（見偵卷第207至219頁、第  
06 223至227頁、第323至333頁），並有自願受搜索同意書、新  
07 北市政府警察局新莊分局搜索扣押筆錄、新北市政府警察局  
08 新莊分局扣押物品目錄表各2份、扣押物品照片、被告陳啟  
09 翔與喬裝買家之員警網路對話翻拍照片及譯文、被告陳啟翔  
10 於手機通訊軟體微信刊登之販賣毒品訊息廣告翻拍照片、新  
11 北市政府警察局新莊分局刑案現場勘察報告、警員職務報  
12 告、內政部警政署刑事警察局107年7月13日刑紋字第107006  
13 0118號鑑定書等件在卷可查（同上卷第63、65至69、73、75  
14 至80、110至142、99至105、107、143至153、263至302、61  
15 至62、303至314頁）；且有扣案如附表所示之毒品、行動電  
16 話1支（含門號0000000000號通話晶片卡1枚、IMEI：000000  
17 000000000）  
18 ）、電子秤1臺及分裝袋6批等物扣案可證，而如  
19 附表所示之毒品，經送鑑定，經確認含有如附表所示之第  
20 二、三級毒品成分，有內政部警政署刑事警察局107年6月28  
21 日刑鑑字第1070057672號鑑定書、臺北榮民總醫院107年8月  
22 9日北榮毒鑑字第C0000000號毒品成份鑑定書(一)(二)、同院107  
23 年8月9日北榮毒鑑字第C0000000-Q毒品純度鑑定書(一)(二)等鑑  
24 定書存卷可考（同上卷第381至382、349至352頁），足見被  
25 告之自白與事實相符。被告於本院雖以查獲當天所交易如附  
26 表編號2所示汽水包係第三級毒品，並無同時販賣第二級毒  
27 品，只有為施用而持有第二級毒品云云。查被告刊登廣告貼  
28 文販賣毒品及價金之暗語，乃著手向外求售，非無從中賺取  
29 價差之營利意圖，其貼文之毒品與附表各編號毒品比對大致  
30 相符，包括第二、三級毒品；何況，被告自承梅片（如附表  
31 編號1所示）裡有第三級毒品，也有第二級毒品，我沒辦法  
區分，這些都是我從別的地方COPY來的等語（見本院卷第10

01 7頁)，綜上各情，被告並無所知輕於所犯之情形，所為顯  
02 已著手販賣第二、三級毒品，雖未及賣出或交易當日僅交易  
03 第三級毒品即被查獲，仍該當販賣第二、三級毒品未遂罪。  
04 被告於本院固坦認販賣第三級毒品部分，卻改稱未販賣第二  
05 級毒品，僅為施用而持有第二級毒品云云，即屬臨訟飾卸辯  
06 詞，不足憑採。

07 (二)販賣毒品係政府嚴予查緝、懲以重典之違法行為，凡為販賣  
08 之不法行為者，苟無利可圖，豈有甘冒嚴刑峻法，無償鋌而  
09 走險之理。併參酌被告在警詢中自承：我以35,000元購買10  
10 0包毒品汽水包等語（詳107年度偵字第18382號卷第21  
11 頁），核算被告購入汽水包之成本為每包350元，而被告與  
12 員警喬裝之買家約定的價格為6包3,000元，平均每包500  
13 元，足見被告有藉由毒品交易賺取現金價差牟利之意圖甚  
14 明。

15 (三)本件事證明確，被告販賣第二、三級毒品未遂之犯行，均堪  
16 認定，應予依法論科。

### 17 三、論罪科刑：

18 (一)按刑事偵查技術上所謂之「釣魚」，係指對於原已犯罪或具  
19 有犯罪故意之人，以設計引誘之方式，迎合其要求，使其暴  
20 露犯罪事證，再加以逮捕或偵辦者而言。此乃純屬偵查犯罪  
21 技巧之範疇，並未違反憲法對於基本人權之保障，且於公共  
22 利益之維護有其必要性。於此誘捕偵查案件，販毒者雖有販  
23 毒之故意，且依約攜帶毒品前往交付，並已著手實施販毒之  
24 行為，然因係受警員引誘偽稱欲購買毒品，警員原無買受毒  
25 品之意思，其虛與買賣毒品，意在辦案，以求人贓俱獲，伺  
26 機逮捕，事實上不能真正完成買賣毒品之行為，而應僅論以  
27 販賣毒品未遂罪（最高法院85年第4次刑庭會議決議參  
28 照）。本件附表編號1所示梅片，所含毒品成分為甲基安非  
29 他命及第三級毒品硝甲西洋；編號2毒品汽水包及編號4毒品  
30 咖啡包成分均為硝甲西洋、4-甲基甲基卡西酮、甲基基乙基  
31 胺戊酮、3,4-亞甲基雙氧苯基乙基胺戊酮；編號3為愷他

01 命；編號5毒品跳跳糖41包成分為4-甲基甲基卡西酮。而甲  
02 基安非他命為毒品危害防制條例第2條第2項第2款所列之第  
03 二級毒品，而硝甲西洋、愷他命、4-甲基甲基卡西酮、甲苯  
04 基乙基胺戊酮、3,4-亞甲基雙氧苯基乙基胺戊酮則係毒品危  
05 害防制條例第2條第2項第3款所列之第三級毒品，俱為被告  
06 上網刊登廣告求售之毒品，再與喬裝買家之警員以通訊軟體  
07 約定交易時間、地點而具有犯罪故意，待被告到場欲交付毒  
08 品收取價金之際，為警員當場逮捕，被告已著手實施販賣第  
09 二、三級毒品行為，惟事實上不能完成犯行，均為未遂犯。

10 (二)按「所謂販賣行為，須有營利之意思，方足構成，刑罰法律  
11 所規定之販賣罪，類皆為(1)意圖營利而販入，(2)意圖營利  
12 而販入並賣出，(3)基於販入以外之其他原因而持有，嗣意  
13 圖營利而賣出等類型。從行為階段理論立場，意圖營利而販  
14 入，即為前述(1)、(2)販賣罪之著手，至於(3)之情形，則  
15 以另行起意販賣，向外求售或供買方看貨或與之議價時，或  
16 其他實行犯意之行為者，為其罪之著手。而販賣行為之完成  
17 與否，胥賴標的物之是否交付作為既、未遂之標準。行為人  
18 持有毒品之目的，既在於販賣，不論係出於原始持有之目  
19 的，抑或初非以營利之目的而持有，嗣變更犯意，意圖販賣  
20 繼續持有，均與意圖販賣而持有毒品罪之要件該當，且與販  
21 賣罪有法條競合之適用，並擇販賣罪處罰，該意圖販賣而持  
22 有僅不另論罪而已，並非不處罰。此觀販賣、運輸、轉讓、  
23 施用毒品，其持有之低度行為均為販賣之高度行為所吸收，  
24 不另論罪，為實務上確信之見解，意圖販賣而持有毒品罪，  
25 基本行為仍係持有，意圖販賣為加重要件，與販賣罪競合  
26 時，難認應排除上開法條競合之適用。最高法院101年度  
27 第10次刑事庭會議(一)決議意旨參照。被告意圖販賣而持有  
28 第二、三級毒品罪與販賣罪有法條競合之適用。

29 (三)被告意圖販賣而持有第二、三級毒品、持有第二、三級毒品  
30 之行為，都是販賣前必定會有的行為，而被販賣毒品罪之不  
31 法內涵所吸收含括，因此只需論以販賣第二、三級毒品罪。

01 (四)被告陳啟翔以同一行為同時觸犯販賣第二、三級毒品罪，為  
02 想像競合犯，應從一重之販賣第二級毒品罪處斷。

03 (五)被告陳啟翔已著手販賣第二級毒品，但未及賣出即為警查  
04 獲，屬未遂犯，其前、後2日欲依網路約定而持毒品與警員  
05 交易，為接續犯；其行為未發生毒品流通的結果，可依刑法  
06 第25條第2項之規定，按既遂犯之刑度減輕之。又被告於  
07 偵、審中均自白販賣第二級毒品未遂之犯行，應依毒品危害  
08 防制條例第17條第2項規定減輕其刑，並依法遞減之。

09 四、原審以被告上開犯行罪證明確，因予論罪科刑，固非無見，  
10 惟原判決於犯罪事實認被告與警約定交付之毒品咖啡包或汽  
11 水包，依附表編號2、4之毒品，均係第三級毒品，於理由逕  
12 論其一行為觸犯販賣第二級、第三級毒品未遂罪之想像競合  
13 犯，顯然於事實及理由俱未論及被告究竟如何販賣第二級毒  
14 品部分，尚有未洽。被告上訴意旨仍執前詞否認販賣第二級  
15 毒品部分，並指摘警員違法搜索扣得毒品不得為證據使用，  
16 原判決不當云云，雖無理由，但原判決關於被告部分既有前  
17 述可議之處，自屬無可維持，應由本院予以撤銷改判。

18 五、量刑：

19 爰以行為人責任為基礎，審酌被告明知毒品危害社會秩序及  
20 戕害他人身心甚鉅，為圖一己之私利，竟不顧法律禁令上網  
21 刊登廣告求售毒品，所為殊值非難；惟念其所持有之毒品數  
22 量非少、但純度尚微，如流通於市，仍生危害，情節非輕，  
23 被告於本院否認販賣第二級毒品，且曾有販賣毒品未遂之犯  
24 行遭法院判處罪刑確定，有本院被告前案紀錄表可查，本次  
25 故技重施，原應予以重懲，但以被告為警查獲後，於警、偵  
26 訊及原審均能坦承犯行，其為警查獲而販毒未遂，未生實際  
27 損害，在查獲後雖供出毒品上游為綽號「法海」，惜未能明  
28 確指認真實身份，使檢警無從繼續追查，以及被告高職肄業  
29 之智識程度、家庭經濟狀況勉持（詳偵卷第15頁）等一切情  
30 狀，本院認為量處如主文第2項所示之刑，以資懲儆。被告  
31 販賣第二級毒品未遂罪，經以上開兩項減刑事由減輕2次

01 後，與被告本案之惡性相較，並無法重情輕、顯可憫恕之  
02 狀，自無從適用刑法第59條規定酌減其刑，併附敘明。

03 七、關於沒收：

04 (一)扣案如附表編號1所示之毒品梅片49顆，含有第二級毒品甲  
05 基安非他命及第三級毒品硝甲西洋成分，業經鑑驗屬實，應  
06 依毒品危害防制條例第18條第1項前段之規定，於被告主文  
07 項下宣告沒收銷燬。鑑定用罄部分，既已滅失，即不另宣告  
08 沒收銷燬。至於直接用以盛裝上開毒品之包裝袋，因無法完  
09 全與毒品析離，應視同毒品本身一併沒收銷燬。

10 (二)扣案如附表編號2至5所示之毒品汽水包6包、愷他命29包、  
11 毒品咖啡包70包、毒品跳跳糖包41包，經鑑定含有如附表編  
12 號2至5所示之第三級毒品成分，且為被告販賣毒品犯行所餘  
13 之毒品，為違禁物，應依刑法第38條第1項之規定宣告沒  
14 收，鑑定用罄部分，既已滅失，即不另宣告沒收。至於直接  
15 用以盛裝上開毒品之包裝袋，因無法完全與毒品析離，亦無  
16 析離之必要，應視同毒品本身一併沒收。

17 (三)扣案行動電話1支（含門號0000000000號通話晶片卡1枚、IM  
18 EI：0000000000000000）、電子秤1臺及分裝袋6批，均為被  
19 告陳啟翔用於販賣毒品所用之物，應依毒品危害防制條例第  
20 19條第1項之規定，於被告陳啟翔主文項下宣告沒收。

21 據上論斷，應依刑事訴訟法第369條第1項前段、第364條、第299  
22 條第1項前段，毒品危害防制條例第4條第6項、第2項、第3  
23 項、第17條第2項、第18條第1項前段、第19條第1項，刑法第1  
24 1條、第25條、第55條、第38條第1項，判決如主文。

25 本案經檢察官陳漢章提起公訴，檢察官施清火到庭執行職務。

26 中 華 民 國 108 年 12 月 18 日

27 刑事第三庭 審判長 法官 張惠立

28 法官 廖怡貞

29 法官 劉兆菊

30 以上正本證明與原本無異。

31 如不服本判決，應於收受送達後10日內向本院提出上訴書狀，其

01 未敘述上訴之理由者並得於提起上訴後10日內向本院補提理由書  
02 (均須按他造當事人之人數附繕本)「切勿逕送上級法院」。

03 書記官 邵淑津

04 中 華 民 國 108 年 12 月 18 日

05 附表

編號	應沒收之毒品	所含毒品成分名稱	重量
1	梅片49顆	第二級毒品甲基安非他命、第三級毒品硝甲西洋	淨重47.3486 公克，取樣2.9408 公克鑑定用罄，驗餘淨重44.4078 公克
2	毒品汽水包6 包	第三級毒品硝甲西洋、4-甲基甲基卡西酮、甲苯基乙基胺戊酮、3,4-亞甲基雙氧苯基乙基胺戊酮	淨重60.5981 公克，取樣0.2510 公克鑑定用罄，驗餘淨重60.3471 公克
3	愷他命29包	第三級毒品愷他命	淨重18.7027 公克，取樣0.0043鑑定用罄，驗餘淨重18.6984公克
4	毒品咖啡包70包	第三級毒品硝甲西洋、4-甲基甲基卡西酮、甲苯基乙基胺戊酮、3,4-亞甲基雙氧苯基乙基胺戊酮	淨重720.93公克，取樣0.72公克鑑定用罄，驗餘淨重720.21公克
5	毒品跳跳糖包41包	第三級毒品4-甲基甲基卡西酮	淨重143.12公克，取樣0.41公克鑑定用罄，驗餘淨重142.71公克

07 附錄毒品危害防制條例第4條

08 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 2 千萬元以下罰金。

09 製造、運輸、販賣第二級毒品者，處無期徒刑或 7 年以上有期

- 01 徒刑，得併科新臺幣 1 千萬元以下罰金。
- 02 製造、運輸、販賣第三級毒品者，處 7 年以上有期徒刑，得併  
03 科新臺幣 7 百萬元以下罰金。
- 04 製造、運輸、販賣第四級毒品者，處 5 年以上 12 年以下有期  
05 徒刑，得併科新臺幣 3 百萬元以下罰金。
- 06 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  
07 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 1 百萬元以下罰金。
- 08 前五項之未遂犯罰之。