臺灣高等法院刑事判決

111年度上訴字第594號

上　訴　人
即　被　告　李亮緯
選任辯護人　陳建霖律師（法扶律師）

上列上訴人即被告因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣桃園地方法院110年度訴字第736號，中華民國110年12月17日第一審判決（起訴案號：臺灣桃園地方檢察署110年度少連偵字第58號），提起上訴，本院判決如下：

主　　文

原判決關於刑之部分撤銷。

前開撤銷部分，處有期徒刑壹年伍月。緩刑參年，緩刑期間付保護管束，並應於本判決確定之日起壹年內，向指定之政府機關、政府機構、行政法人、社區或其他符合公益目的之機構或團體，提供陸拾小時之義務勞務。

事實及理由

一、審理範圍

(一)按「上訴得對於判決之一部為之」、「對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。但有關係之部分為無罪、免訴或不受理者，不在此限」、「上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之」，民國110年6月16日修正公布，自同年月18日起施行之刑事訴訟法第348條第1項、第2項、第3項分別定有明文。

(二)檢察官起訴上訴人即被告甲○○（下稱被告）涉犯毒品危害防制條例第4條第6項、第3項販賣第三級毒品未遂罪，經原審審理後，認被告犯毒品危害防制條例第4條第6項、第3項販賣第三級毒品未遂罪，被告不服原判決提起上訴，於111年2月16日繫屬本院，有原審法院111年2月11日桃院增刑守110訴736字第1110004188號函上之本院收文戳章可憑（見本院卷第3頁），本案既係於新法施行後始繫屬本院之案件，則本案上訴之效力及其範圍，自應依現行刑事訴訟法第348

條規定判斷。查被告於本院111年4月21日準備程序時陳稱：針對量刑即刑度部分上訴。犯罪事實及沒收沒有要上訴等語明確（見本院卷第89頁），業已明示僅就判決之刑提起上訴，依刑事訴訟法第348條第3項規定及修法理由，本院審理範圍僅限於原判決所處之刑，不及於原判決所認定犯罪事實、所犯法條（罪名）及沒收扣案如原判決附表一、附表二編號1、2所示之物等部分。

(三)被告所為本案犯罪事實、所犯法條（罪名）、沒收部分，非屬本院審理範圍，業如前述，惟本案既屬有罪判決，依法有其應記載事項，且量刑係以原判決所認定之犯罪事實及論罪等為據，故就本案犯罪事實、所犯法條（罪名）及沒收部分之記載均引用第一審判決書所記載之事實、證據及理由（如附件）。

二、刑之加重、減輕事由

(一)原審認被告係犯毒品危害防制條例第4條第6項、第3項販賣第三級毒品未遂罪，被告就本案犯行與少年江○君具有犯意聯絡與行為分擔，為共同正犯（見原判決第4至5頁理由欄貳、二、㈠、㈡所載）；且少年江○君業經原審法院少年法庭以110年度少訴字第59號判決處有期徒刑1年2月，緩刑3年，緩刑期內付保護管束確定，有原審法院少年法庭110年度少訴字第59號刑事判決（見本院卷第117至125頁）及少年江○君之本院被告前案紀錄表等在卷可按，並經本院調閱該案全案卷宗審認無誤，均先予敘明。

(二)被告應依兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段規定加重其刑

按成年人教唆、幫助或利用兒童及少年犯罪或與之共同實施犯罪或故意對其犯罪者，加重其刑至2分之1，兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段定有明文。被告於本案行為時為成年人，江○君則為95年5月間出生，行為時屬12歲以上未滿18歲之少年，佐以被告於原審供承知悉少年江○君之年齡乙情（見訴字卷第113頁），且自始坦認其與少年江

◯君共同實施本案犯罪，應依兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段規定加重其刑。

(三)被告有刑法第25條第2項規定適用

被告雖已著手於本案販賣第三級毒品4-甲基甲基卡西酮成分咖啡包行為，惟因喬裝買家員警實無購買毒品真意，虛偽買賣毒品意在辦案，以求人贓俱獲，伺機逮捕，事實上不能真正完成買賣毒品行為，是被告犯罪尚屬未遂，爰依刑法第25條第2項規定，按既遂犯之刑減輕之，並依法先加後減。

(四)被告有毒品危害防制條例第17條第2項規定適用

按「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」，毒品危害防制條例第17條第2項定有明文。查被告於警詢、偵查、原審及本院準備程序時均自白本案販賣第三級毒品未遂犯行（見少連偵字卷第21至28、127至128、151至153頁、訴字卷第73至78、105至115頁、本院卷第92、144至147頁），爰依毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑，並依法遞減之。

(五)被告無毒品危害防制條例第17條第1項規定適用

1.按「犯第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」，毒品危害防制條例第17條第1項定有明文。又毒品危害防制條例第17條第1項所謂「供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者」，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，並因而查獲者而言。被告之「供出毒品來源」，與調查或偵查犯罪之公務員對之發動調查或偵查並進而查獲之間，論理上須具有先後且相當之因果關係，倘有調查或偵查犯罪職權之公務員已有確切之根據，足以合理懷疑被告所供出毒品來源之人涉嫌毒品犯罪；或被告供出之毒品前手與其所涉案件之毒品不具關聯性；或被告雖有陳述毒品來源，但調查或偵查犯罪機關未因而查獲其他正犯或共犯，既無助該案之追查，即不符上開減

免其刑規定（最高法院108年度台上字第806號判決意旨參照）。

2.被告固於警詢、偵查均供稱其毒品來源為綽號「小寶」之人（下稱小寶）等語（見少連偵字卷第25、26、128、153頁），惟其於偵查陳稱：只有小寶車輛的特徵等語（見少連偵字卷第28頁），足認被告並未具體提供小寶之年籍等相關資料供檢、警追查。再者，本案並未因被告供述而查獲其他正犯或共犯，此觀新北市政府警察局新莊分局110年8月11日新北警莊刑字第1104035364號函及檢附資料、111年3月4日新北警莊刑字第1114024341號函及檢附資料、臺灣桃園地方檢察署111年3月7日桃檢維秋110少連偵58字第1119025491號函等（見訴字卷第65至67頁、本院卷第59至61、71頁）自明，不符毒品危害防制條例第17條第1項規定，被告自不得依該條項規定減輕或免除其刑。

(六)被告有刑法第59條規定適用

1.按犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，得酌量減輕其刑，為刑法第59條所明定。次按刑事審判旨在實現刑罰權之分配的正義，故法院對有罪被告之科刑，應符合罪刑相當之原則，使輕重得宜，罰當其罪，以契合社會之法律感情，此所以刑法第57條明定科刑時應審酌一切情狀，尤應注意該條所列10款事項以為科刑輕重之標準，並於同法第59條賦予法院以裁量權，如認犯罪之情狀可憫恕者，得酌量減輕其刑，俾使法院就個案之量刑，能斟酌至當。而刑法第59條規定犯罪之情狀可憫恕者，得酌量減輕其刑，其所謂「犯罪之情狀」，與同法第57條規定科刑時應審酌之一切情狀，並非有截然不同之領域，於裁判上酌減其刑時，應就犯罪一切情狀（包括第57條所列舉之10款事項），予以全盤考量，審酌其犯罪有無可憫恕之事由（即有無特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，以及宣告法定低度刑，是否猶重等等），以為判斷。再刑法第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號判決意旨參照）。

2. 毒品危害防制條例第4條第3項販賣第三級毒品罪之法定刑為「7年以上有期徒刑，得併科新臺幣1千萬元以下罰金」，而同為販賣第三級毒品之人，其原因動機不一，犯罪情節未必盡同，或有大盤毒梟者，亦有中、小盤之分，甚或僅止於吸毒者友儕間為求互通有無之有償轉讓者亦有之，其販賣行為所造成危害社會之程度自屬有異，法律科處此類犯罪，法定刑卻同為「7年以上有期徒刑，得併科新臺幣1千萬元以下罰金」，不可謂不重，是倘依其情狀處以相當有期徒刑，即足以懲儆，並可達防衛社會目的者，自非不可依客觀犯行與主觀惡性二者加以考量其情狀是否有可憫恕之處，適用刑法第59條規定酌量減輕其刑，期使個案裁判之量刑，能斟酌至當，符合比例原則。查被告與少年江○君共犯本案販賣第三級毒品未遂犯行，固無視國家杜絕毒品危害之禁令，所為應予非難，然考量被告於案發時年僅20歲餘，年紀尚輕，思慮難期周全，經查獲販賣次數為1次、對象僅1人（喬裝購毒者之員警），販賣價金為新臺幣（下同）3,000元，販賣毒品數量亦非鉅，較諸販毒集團尚屬零星小額，顯與一般中、大盤毒梟欲藉販賣毒品牟取暴利之情形有別，以其情節而論，其惡性尚不如專以販賣毒品維生之販毒集團重大，且因本案購毒者為員警，僅止於未遂階段，毒品並未真正流通擴散，被告販賣第三級毒品行為尚未造成無可彌補之鉅大危害，所造成社會整體危害程度相對亦較輕微，衡其犯罪情節尚非重大惡極，相較於長期、大量販賣毒品之真正毒梟而言，對於

社會秩序與國民健康之危害較為有限，是依被告客觀犯行與主觀惡性二者加以考量犯罪情狀，認縱令依前開加重（兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段）、減輕（刑法第25條第2項、毒品危害防制條例第17條第2項）規定予以加重、減輕其刑後，仍有「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」之情形，爰依刑法第59條規定，酌減其刑，期使個案裁判之量刑，能斟酌至當，符合罪刑相當原則及比例、平等原則，並依法再遞減之。

三、撤銷改判之理由

(一)原審審理後，認被告犯罪事證明確而予以科刑，固非無見，惟被告所為本案犯行，於依前開加重、減輕規定予以加重、減輕其刑後，仍有「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」之情形，業如前述，原審未適用刑法第59條規定予以酌減其刑，尚有未洽。被告以原審量刑過重，請求依刑法第59條規定減輕其刑等語為由提起上訴，為有理由，原判決無可維持，應由本院予以撤銷改判。

(二)量刑

爰審酌被告知悉毒品戕害國民身心健康及社會秩序甚鉅，竟不思循正當途徑賺取金錢，與少年江○君共同販賣含第三級毒品4-甲基甲基卡西酮成分咖啡包，所為非但漠視法令禁制，更將造成毒品擴散流通，助長施用毒品惡習，該行為不僅戕害他人身心健康，亦且危害社會風氣，所生危害非輕，惟念及被告於為本案犯行時年僅20歲餘，年紀尚輕，思慮難期周全，被告過往並未有其他販賣毒品犯行，犯後自始坦承犯行，態度良好，已有悔意，且其所欲販賣之含第三級毒品4-甲基甲基卡西酮成分咖啡包尚未實際販賣流入市面即經警查獲，對社會尚未造成重大不可彌補之損害，兼衡其素行、犯罪動機、目的、手段、販賣含第三級毒品4-甲基甲基卡西酮成分咖啡包數量、價金及其實際上並未獲利，參與犯罪程度，衡以被告於本院所陳國中畢業之智識程度，現在做夜班保全，月收入3萬7,000元，本案發生時做油漆工，算半月

薪，半月薪1萬9,800元，父母早已於其3歲時離婚，父母離婚後與奶奶、爸爸、叔叔一起住，爸爸已於其國小時跑路，媽媽不知去向，叔叔臥病在床，尚有奶奶待其撫養，其目前與女友、女友媽媽一起住，女兒即將出生，預產期6月1日，女友沒有工作之家庭生活狀況【見本院卷第94頁；按被告已於111年5月間與其女友結婚，並於111年5月底生有1女，有卷附被告之個人戶籍資料（完整姓名）查詢結果可考】等一切情狀，量處如主文第2項所示之刑。

四、附條件緩刑宣告

(一)按行為經法院評價為不法之犯罪行為，且為刑罰科處之宣告後，究應否加以執行，乃刑罰如何實現之問題。依現代刑法之觀念，在刑罰制裁之實現上，宜採取多元而有彈性之因應方式，除經斟酌再三，認確無教化之可能，應予隔離之外，對於有教化、改善可能者，其刑罰執行與否，則應視刑罰對於行為人之作用而定。倘認有以監禁或治療謀求改善之必要，固須依其應受威嚇與矯治之程度，而分別施以不同之改善措施（入監服刑或在矯治機關接受治療）；反之，如認行為人對於社會規範之認知並無重大偏離，行為控制能力亦無異常，僅因偶發、初犯或過失犯罪，刑罰對其效用不大，祇須為刑罰宣示之警示作用，即為已足，此時即非不得緩其刑之執行，並藉違反緩刑規定將入監執行之心理強制作用，謀求行為人自發性之改善更新。而行為人是否有改善之可能性或執行之必要性，固係由法院為綜合之審酌考量，並就審酌考量所得而為預測性之判斷，但當有客觀情狀顯示預測有誤時，亦非全無補救之道，法院仍得在一定之條件下，撤銷緩刑（參刑法第75條、第75條之1），使行為人執行其應執行之刑，以符正義。由是觀之，法院是否宣告緩刑，有其自由裁量之職權，而基於尊重法院裁量之專屬性，對其裁量宜採取較低之審查密度，祇須行為人符合刑法第74條第1項所定之條件，法院即得宣告緩刑（最高法院102年度台上字第4161號判決意旨參照）。

(二)查被告未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，有本院被告前案紀錄表存卷可稽（見本院卷第33至34頁），其因上開行為致罹刑典，犯罪後自始坦承犯行，態度良好，深具悔意，考以被告確實會自薪資中提供金錢予奶奶繳交水、電費，且會買吃的、用的予其奶奶、叔叔貼補家用等情，有卷附被告祖母之陳述書（見訴字卷第117頁）可按，參諸被告甫於111年5月間結婚，於111年5月底生有1女【見被告之個人戶籍資料（完整姓名）查詢結果】，若因本案遽予入監執行，勢必對於被告家庭、生活及工作產生嚴重影響，本院認被告經本案偵、審程序及科刑教訓，當知所警惕而無再犯之虞，是上開所宣告之刑，以暫不執行為適當，爰依刑法第74條第1項第1款規定，併予宣告緩刑3年，以啟自新【被告除本案外，雖另於109年7月間因涉犯刑法第339條之4第1項第2款三人以上共同詐欺取財罪嫌、組織犯罪防制條例第3條第1項後段參與犯罪組織罪嫌，經臺灣高雄地方檢察署（下稱高雄地檢署）檢察官於110年8月23日以109年度偵字第15216號、110年度偵字第8066號向臺灣高雄地方法院（下稱高雄地院）提起公訴，現由高雄地院以110年度原訴字第14號案件審理中，有高雄地檢署檢察官109年度偵字第15216號、110年度偵字第8066號起訴書（見訴字卷第95至101頁）及本院被告前案紀錄表等在卷可徵，並經本院調閱高雄地院110年度原訴字第14號案件全案卷宗審認無誤，惟該案與本案非屬相同犯罪類型之罪，且犯罪時間在本案犯罪日期前，已難認被告於為本案犯行後有何再犯之虞；參諸該案尚未經法院判處罪刑，亦難謂被告不得依刑法第74條第1項第1款宣告緩刑，附此敘明】。又為使被告記取教訓、深切反省，促使被告日後更加重視法規範秩序，認為有課予一定條件之緩刑負擔，令其從中深切記取教訓，並督促時時警惕，避免再犯之必要，爰依刑法第74條第2項第5款規定，命被告應於本判決確定之日起1年內，向指定之政府機關、政府機構、行政法人、社區或其他符合公益目的之機構或團體，提供60小時之

義務勞務，並依刑法第93條第1項第2款規定，諭知於緩刑期間內付保護管束，以督促其確實改過遷善，以觀後效。另被告上揭所應負擔之義務，乃緩刑宣告附帶之條件，依刑法第75條之1第1項第4款規定，違反上開負擔情節重大，足認原宣告之緩刑難收其預期效果，而有執行刑罰之必要者，依刑法第75條之1第1項第4款規定，其緩刑之宣告仍得由檢察官向法院聲請撤銷，併此指明。又另依刑法第74條第5項規定，前開緩刑效力不及於原判決所諭知之沒收宣告，特予說明。

據上論斷，應依刑事訴訟法第373條、第369條第1項前段、第364條、第299條第1項前段，判決如主文。

本案經檢察官林奕瑋提起公訴，檢察官林宏松到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　6　　月　　15　　日

刑事第十八庭　審判長法　官　何俏美

法　官　葉乃瑋

法　官　黃紹紘

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，其未敘述上訴之理由者並得於提起上訴後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」。

書記官　顏淑華

中　　華　　民　　國　　111　　年　　6　　月　　20　　日

附錄本案論罪科刑法條全文

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。

附件

臺灣桃園地方法院刑事判決

110年度訴字第736號

公　訴　人　臺灣桃園地方檢察署檢察官
被　　告　甲○○
選任辯護人　陳建霖律師（法扶律師）

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（110年度少連偵字第58號），本院判決如下：

主　文

甲○○成年人與少年共同犯販賣第三級毒品未遂罪，處有期徒刑貳年玖月。
扣案如附表一、附表二編號1、2所示之物均沒收。

事　實

一、甲○○前於不詳之時間向不詳之人購入如附表一所示含有第三級毒品4-甲基甲基卡西酮成分之咖啡包（下稱毒品咖啡包）6包而持有之，後因有資金需求，故欲變賣前開毒品咖啡包以籌取現金，竟明知4-甲基甲基卡西酮係毒品危害防制條例第2條第2項第3款所列管之第三級毒品，不得非法販賣，仍與少年江○君(真實姓名年籍詳卷，民國00年0月生，所涉販賣毒品部分，由本院少年法庭裁定移送臺灣桃園地方檢察署檢察官偵查後起訴，另案由本院審理中)共同基於販賣第三級毒品以牟利之犯意聯絡，先由少年江○君於110年1月5日晚間8時33分許，於不詳地點，以如附表二編號3所示之手機（起訴書誤為以附表二編號1、2之手機發送訊息），登入通訊軟體WeChat暱稱「yuna」帳號，發送「早安」、

「需要什麼」等隱含毒品交易之訊息予不特定人，招攬購毒者向其二人購買毒品，適新北市政府警察局新莊分局警員陳毓龍於110年1月12日執行網路巡邏發現收受前開訊息而察覺有異，遂佯裝購毒者與少年江○君聯繫交易毒品事宜，兩人約定以新臺幣（下同）3,000元之價格交易前開毒品咖啡包6包，並相約在桃園市○○區○○○村0號買賣毒品。嗣由甲○○攜帶前開毒品咖啡包6包抵達上址，並交付該等咖啡包與喬裝警員陳毓龍及收取3,000元之毒品價金，警員陳毓龍見時機成熟遂表明身分，並當場逮捕甲○○，復扣得如附表一、附表二編號1、2所示之物，另又在甲○○、江○君之居所桃園市○○區○○街000巷00號0樓內，扣得如附表二編號3所示江○君所有之手機1支，甲○○、江○君販賣第三級毒品之行為因未能完成交易而未遂（甲○○收取之3,000元價金，已交還警員陳毓龍）。

二、案經新北市政府警察局新莊分局報告臺灣桃園地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

壹、程序部分

按除法律另有規定外，實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據，其有無證據能力之認定，應審酌人權保障及公共利益之均衡維護；又被告以外之人於審判外之陳述，雖不符合同法第159 條之1 至第159 條之4 之規定，但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；當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有第159 條第1項不得為證據之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同意，刑事訴訟法第158 條之4 、第159 條之5 分別定有明文。本判決下列所引用之各項供述證據，被告甲○○委由辯護人同意各該證據之證據能力（見本院訴字卷第75頁），且當事人、辯護人均未於本院言詞辯論終結前聲明異議（見本院訴字卷第107至115頁），本院審酌此等證據

資料取得及製作時之情況，尚無違法不當及證明力明顯過低之瑕疵，以之作為證據應屬適當；另本判決後述所引之各項非供述證據，無證據證明係實施刑事訴訟程序之公務員以不法方式所取得，且亦無證據證明係非真實，復均與本件待證事實具有關聯性，是依刑事訴訟法第158 條之4 之反面解釋，當有證據能力；又前開供述與非供述證據復經本院於審理期日中合法調查，自均得為本案證據使用。

貳、實體部分

一、認定事實所憑之證據及理由：

㈠上揭犯罪事實，迭據被告於警詢時、偵查中、本院審理中均坦承不諱（見偵字卷第21至28頁、第127、128頁、第151至153頁、本院訴字卷第74、76、77頁、第107、113頁），核與證人即共犯少年江○君警詢證述與被告之分工情形（見偵字卷第29至35頁）、證人即承辦警員陳毓龍出具職務報告及偵查中證述查獲經過（見偵字卷第37頁、第151、152頁）等節均相符，並有共犯少年江○君與喬裝警員之對話譯文（見偵字卷第39至41頁）、新北市政府警察局新莊分局搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表（見偵字卷第45至49頁、第55至61頁）、新北市政府警察局新莊分局刑案照片黏貼紀錄表（見偵字卷第69至76頁）、台灣尖端先進生技醫藥股份有限公司毒品證物鑑定分析報告（見偵字卷第189頁）、扣案毒品咖啡包照片（見偵字卷第191頁）等件在卷可稽，復有如附表一、附表二所示之物扣案可憑，且扣案如附表一所示之咖啡包6包，經送鑑驗，經鑑驗機關隨機抽取1包實際鑑驗，檢出含第三級毒品4-甲基甲基卡西酮成分，又前開咖啡包之外觀類似，均係以蠟筆小新圖案之包裝袋包裝，有該等咖啡包之照片可憑（見偵字卷第191頁），且被告供承前開咖啡包之來源同一（見本院訴字卷77頁），堪認前開咖啡包6包之成分應屬相同，而均含有第三級毒品4-甲基甲基卡西酮之成分，是足認被告上開著手販賣第三級毒品之任意性自白與事實相符，堪予採信。

㈡又毒品之價格不低，取得不易，且販賣毒品係政府嚴予查緝之不法行為，又屬重罪，凡為販賣之不法行為者，若無利可圖，應無甘冒被查緝法辦重刑之危險，而以原本或賠本價格販售之理，況被告亦供承：伊以1,800 元之價格購入附表一所示毒品咖啡包6包，而約定以3,000 元之價格出售等語（見本院訴字卷第77 頁），是就本案交易被告顯然獲有價差利益，則其確有從中獲利之營利意圖，至為灼然。

㈢綜上所述，本案事證明確，被告犯行堪予認定，應依法論科。

二、論罪科刑：

㈠論罪：

1.按「誘捕偵查」在實務運作上一般區分為兩種類型，即「創造犯意型之誘捕偵查」與「提供機會型之誘捕偵查」；前者，亦稱「陷害教唆」，指該行為人原不具犯罪之故意，純因司法警察之設計教唆，始萌生犯意，進而實施犯罪構成要件之行為者。「陷害教唆」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施犯罪行為，再進而蒐集其犯罪之證據而予以逮捕偵辦；縱其目的係在於查緝犯罪，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，向為法所不許。後者，係指行為人原本即有犯罪之意思，偵查人員僅係提供機會讓其犯罪，於其犯罪時予以逮捕而言，亦稱為「釣魚偵查」，因行為人本即有犯罪之故意，雖與該行為人交涉之偵查機關所屬人員或其合作者，實際上並無使犯罪完成之真意，但該行為人應成立未遂犯（最高法院110 年度台上字第5054號判決意旨參照）。經查，被告於喬裝購毒者之警員與共犯少年江○君聯絡前，已有將原持有之毒品咖啡包變現換取現金之計畫，業經被告供承明確（見本院訴字卷第76頁），則被告本已有販賣第三級毒品之犯意，警員僅係以引誘之方式使被告暴露犯罪事證，乃機會提供型之合法誘捕行為，與犯意誘發型之陷害教唆有別，而

被告向喬裝警員兜售毒品咖啡包，自已著手販賣第三級毒品行為之實行，僅因喬裝警員自始無購買毒品咖啡包之真意，故事實上不能完成犯行而止於未遂。是核被告所為，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。被告意圖販賣而持有第三級毒品之低度行為，為其嗣後著手販賣之高度行為吸收，不另論罪。

2.又起訴書所附法條雖臚列修正前之毒品危害防制條例第4 條規定，然證據並所犯法條欄全未敘及本案有何應適用修正前毒品危害防制條例規定之情形，且被告本案行為係發生於毒品危害防制條例109 年7 月15日修正施行後，亦無新舊法比較之問題，可知起訴書此部分應僅係誤引修正前之毒品危害防制條例第4 條規定，附此敘明。

㈡被告就本案犯行與少年江○君具有犯意聯絡與行為分擔，為共同正犯。

㈢刑之加重減輕：

1.按成年人教唆、幫助或利用兒童及少年犯罪或與之共同實施犯罪或故意對其犯罪者，加重其刑至二分之一，兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段定有明文。查被告本案行為時，為年滿20歲之成年人，有被告之全戶戶籍資料（完整姓名）查詢結果1份可查（見偵字卷第87頁），而共犯江○君係95年5月出生，業經江○君陳述明確（見偵字卷第29頁），則共犯江○君於110年案發時自屬未滿18歲之少年，佐以被告於審理中亦自承知悉少年江○君之年齡乙情（見本院訴字卷第113頁），足認屬成年人之被告係與少年江○君共犯本案販賣第三級毒品之犯行，自應依兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段加重其刑。

2.被告客觀上已著手販賣第三級毒品行為之實行，僅因喬裝購毒者之警員自始無購買毒品之真意，故未能完成毒品交易而不遂，為未遂犯，而其所造成之法益侵害程度相較於既遂犯應屬較輕，爰依刑法第25條第2 項之規定減輕其刑。

3.按毒品危害防制條例第17條第2 項規定：「犯第4 條至第8

條之罪於偵查及歷次審判中均自白者，減輕其刑。」查被告於警詢時、偵查中、本院審理中均自白本案販賣第三級毒品行為，爰依毒品危害防制條第17條第2 項規定減輕其刑。

4.被告既有上開加重（與少年共犯）、減輕事由（未遂、偵審自白），爰依刑法第71條第1項、第70條規定先加後遞減其刑。

5.另被告雖供稱其係綽號「小寶」之人購入附表一所示毒品咖啡包，然並未進一步提出相關資料供偵查機關查明「小寶」之真實身分，致本案無因被告供出毒品來源而查獲正犯或共犯之情形，此有新北市政府警察局新莊分局110年8月11日新北警莊刑字第1104035364號函暨職務報告、臺灣桃園地方檢察署110年8月13日桃檢俊秋110少連偵58字第1109077773號函在卷可查（見本院訴字卷第65至67頁、第69頁），被告自無毒品危害防制條例第17條第1項規定之適用，附此說明。

6.被告並無刑法第59條規定適用之說明：

①辯護人雖以被告由其祖母隔代扶養，行為時甫滿20歲，心智、人格尚在發展中，係因年關將近，為籌措生活費與撫養祖母之花費，而一時失慮、誤觸法網，且被告係初次販賣毒品，販賣毒品之數量與獲利非多，是被告本案情節與毒梟、大盤、中盤有異，且被告依法加重減輕刑度後，仍有過苛情形，且不利被告人格之養成，客觀上足以引起一般人之同情，而有情堪憫恕之情，是請求依刑法第59條規定酌減被告之刑等語，並提出被告祖母手寫自述書1份為憑。

②惟按刑法第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102 年度台上字第2503號判決意旨參照）。

③查毒品直接戕害施用者之身心健康，並危害社會治安甚鉅，是政府嚴予查禁販賣毒品行為，然被告僅為籌措資金，即無視法令禁制，率為販賣第三級毒品犯行，犯罪情節已非輕，而被告經依上開規定先加遞減其刑後，其刑度相較原本7年以上有期徒刑之法定刑，已減輕甚多，客觀上已再無量處最低度刑猶嫌過重而情堪憫恕之情形，依前揭說明，自不得再依刑法第59條規定酌減其刑。辯護人上開主張，自屬無據。

㈣爰以行為人之責任為基礎，審酌政府對於毒品之危害廣為宣導，且一再重申禁絕毒品之刑事政策，被告對此不可能不知，而其行為時正值青年，本有相當能力賺取金錢，僅因有資金需求，竟無視政府嚴厲查緝毒品禁令，企圖藉由販賣毒品籌取現金，所為造成毒品擴散流通之風險，並對於社會秩序形成潛在危險，自應予非難；然考量被告本案販賣毒品之次數僅1 次、對象僅1 人，且所販賣之毒品數量與能獲取之利益均非多，又未完成交易即遭警員及時查獲，毒品尚未流入市面，是被告行為所造成之危害程度相對較輕；復參酌被告犯後坦承犯行，態度良好；兼衡被告於本案之參與程度與分工情形、其於本案行為前尚無遭判處刑罰紀錄之素行、與其自陳國中肄業之教育程度、從事自由業、家庭經濟狀況貧寒暨經由辯護人、被告祖母表示之被告父母早逝、與祖母同住、會賺錢貼補家用之生活狀況（見偵字卷第21頁、本院訴字卷第81、82頁、第114頁、第115頁）等一切情狀，量處如主文所示之刑。

㈤未宣告緩刑之說明：

被告、辯護人雖均請求給予被告緩刑之機會，然本院依前述加重減輕規定所處之宣告刑，並非2年以下之有期徒刑，自與刑法第74條第1項緩刑規定所定「受2年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告」要件有間，本院當無從宣告緩刑，何況被告因涉嫌於109年7月期間，加入詐欺集團擔任擔任組織一線

工作人員，經臺灣高雄地方檢察署檢察官偵查後，認被告涉犯刑法第339條之4第1項第2款之三人以上共同詐欺取財罪嫌與組織犯罪防制條例第3條1項後段之參與犯罪組織罪嫌，此有該署檢察官109年度偵字第15216號、110年度偵字第8066號起訴書在卷可查（見本院訴字卷第95至99頁），另觀該起訴書證據清單及待證事實欄記載，被告於該案偵查中係坦承參與詐欺情事，是從被告於本案行為前即故意涉犯不法之行為，且係非屬輕微之犯罪，難認被告本案係一時失慮、誤觸刑典，當有執行本院所宣告之刑罰以教化被告，確保被告不再犯之必要，是無本院前開宣告刑以暫不執行為適當可言。綜上，被告因與刑法第74條第1項緩刑規定之要件不符，本院無從宣告緩刑，被告、辯護人上開主張，並非可採。

三、沒收：

㈠按毒品危害防制條例第18條第1 項後段應沒入銷燬之毒品，指查獲施用或持有之第三、四級毒品而言。倘係查獲製造、運輸、販賣、意圖販賣而持有、以非法方法使人施用、引誘他人施用或轉讓第三、四級毒品，既屬同條例相關法條明文規定處罰之犯罪行為，即非該條項應依行政程序沒入銷燬之範圍。又同條例第19條第1 項所定供犯罪所用或因犯罪所得之物，係指犯第4 條至第9 條、第12條、第13條或第14條第1 項、第2 項之罪所用之物，不包括毒品本身在內，是尚不得援用此項規定為第三、四級毒品之沒收依據。再同條例對於查獲之製造、運輸、販賣、意圖販賣而持有、以非法方法使人施用、引誘他人施用及轉讓第三、四級毒品之沒收，並無特別規定，如其行為已構成犯罪，則該毒品即屬不受法律保護之違禁物，應回歸刑法之適用，依刑法第38條第1 項之規定沒收之，始為適法（最高法院109 年度台上字第1301號判決意旨參照）。查扣案如附表一所示含有第三級毒品4-甲基甲基卡西酮成份之毒品咖啡包6包，非被告單純施用或持有之毒品，而係用以販賣，已說明如前，自均屬違禁物，且不問屬於犯罪行為人與否，均應依刑法第38條第1 項規定宣

告沒收。又盛裝前開毒品之包裝袋，均沾附有毒品殘渣，依現行技術客觀難以完全析離，且無析離之實益與必要，是應整體視為毒品，併予諭知沒收，至因鑑驗用罄之毒品，既已滅失，自無庸宣告沒收，附此敘明。

㈡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。查扣案如附表二編號1、2所示之手機，被告供承有用以聯絡本案毒品交易（見本院訴字卷第77頁、第112頁），是前開2支手機不問屬於被告與否，均應依毒品危害防制條例第19條第1 項規定宣告沒收。

㈢至扣案如附表二編號3所示之手機，並未隨案檢送，起訴書亦未聲請宣告沒收，又為共犯江○君所有且屬共犯江○君所涉販賣毒品案件之證據，是本院衡酌上情，爰不予宣告沒收，特此敘明。

據上論斷，應依刑事訴訟法第299 條第1 項前段，兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項前段，毒品危害防制條例第4 條第6 項、第3 項、第17條第2 項、第19條第1 項，刑法第11條、第28條、第25條第2 項、第38條第1 項，判決如主文。

本案經檢察官林奕瑋提起公訴，檢察官高玉奇到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　12　　月　　17　　日

刑事第十三庭　審判長法　官　潘怡華

法　官　林育駿

法　官　郭鍵融

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決應於收受判決後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」。

書記官　李佳玲

中　　華　　民　　國　　110　　年　　12　　月　　20　　日

附錄論罪科刑法條：

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3,000 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1,500 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1,000 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500 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150 萬元以下罰金。

前五項之未遂犯罰之。

附表一：

品名與種類	鑑驗結果	備註
以蠟筆小新圖安包裝袋包裝之咖啡包6包（內含黃色粉末）	含第三級毒品4-甲基甲基卡西酮成分	1.驗前含袋毛重合計40.21公克。 2.經鑑驗機關隨機抽取1件實際鑑驗，鑑驗取用0.191公克，檢出所含第三級毒品4-甲基甲基卡西酮成分之純度3.1%，所含第三級毒品4-甲基甲基卡西酮成分之純質淨重為0.160公克。 3.推估前開咖啡包6包所含第三級毒品4-甲基甲基卡西酮之純質淨重為1.036公克。

附表二：

編號	品名與數量	備註

（續上頁）

1	黑色IPHONE7手機1支 （含SIM卡1張）	1.甲○○所有 2.SIM卡號碼：0000000000號 3.IMEI號碼：00000000000000號
2	銀色IPHONE6S手機1支 （含SIM卡1張）	1.甲○○所有 2.SIM卡號碼：0000000000號 3.IMEI號碼：000000000000000號
3	白色IPHONE11手機1支 （含SIM卡1張）	1.少年江○君所有 2.SIM卡號碼：0000000000號 3.IMEI號碼：000000000000000號