

臺灣高等法院刑事判決

112年度上訴字第5317號

上訴人

即被告 陳建倫

指定辯護人 本院公設辯護人唐禎琪

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣桃園地方法院112年度訴字第291號，中華民國112年8月31日第一審判決（起訴案號：臺灣桃園地方檢察署111年度偵字第39281號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

陳建倫犯販賣第二級毒品未遂罪，處有期徒刑參年。

扣案如附表編號1所示之物，沒收銷燬之；扣案如附表編號2、3所示之物沒收。

事 實

一、陳建倫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款所管制之第二級毒品，不得販賣，竟基於販賣第二級毒品甲基安非他命之犯意，於民國111年8月23日上午5時許，在交友軟體「Grindr」使用暱稱「約約有地」，向執行網路巡邏之桃園市政府警察局中壢分局仁愛派出所（下稱仁愛派出所）員警洪渝勛傳送「嗨可幫」、「幫打 51」、「想我就幫你打」、「喔喔東西當然你自己出錢齁 你要打多少」、「要看你打的量 有10，20，30」、「10=500 20=800以此類推」等暗示交易毒品之訊息。嗣洪渝勛喬裝為購毒者與陳建倫聯繫，雙方約定由陳建倫以新臺幣（下同）500元或800元之價格，視實際需求而販賣0.1公克或0.2公克甲基

01 安非他命，並以混合生理食鹽水之方式協助注射助興。嗣陳
02 建倫於111年9月11日晚間10時40分許，前往桃園市○○區○
03 ○○路0段000號「Js Hotel捷適商旅」（下稱捷適商旅）00
04 0房，自隨身攜帶之背包內取出內有針筒3支及第二級毒品甲
05 基安非他命4包之衛生紙，洪渝勛當場表明身分並通知埋伏
06 員警逮捕陳建倫，其犯行因而未遂。

07 二、案經桃園市政府警察局中壢分局報告臺灣桃園地方檢察署檢
08 察官偵查起訴。

09 理 由

10 壹、證據能力部分：

11 一、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
12 者外，不得作為證據，刑事訴訟法第159條第1項固定有明
13 文。惟被告以外之人於審判外之陳述，雖不符同法第159條
14 之1至第159條之4之規定，而經當事人於審判程序同意作為
15 證據，法院審酌該言詞或書面陳述作成時之情況，認為適當
16 者，亦得為證據；又當事人、代理人或辯護人於法院調查證
17 據時，知有第159條第1項不得為證據之情形，而未於言詞辯
18 論終結前聲明異議者，視為有前項之同意，同法第159條之5
19 第1項、第2項亦有明文。經查，檢察官、上訴人即被告陳建
20 倫就本判決所引用之被告以外之人於審判外之陳述，於本院
21 均未爭執證據能力（見本院卷第54至55頁），且迄言詞辯論
22 終結前亦未聲明異議。經本院審酌本案供述證據資料作成時
23 之情況，核無違法取證或其他瑕疵，證明力亦無明顯過低之
24 情形，認為以之作為證據為適當，依刑事訴訟法第159條之5
25 規定，自均得作為證據。

26 二、又本件認定事實引用之卷內其餘非供述證據（詳後述），並
27 無證據證明係公務員違背法定程序取得，依同法第158條之4
28 規定反面解釋，均有證據能力。

29 貳、實體部分：

30 一、認定犯罪事實所憑之證據及理由：

31 訊據被告固坦承於上開時、地與員警聯繫並相約見面，惟否

01 認有何販賣第二級毒品未遂之犯行，辯稱：我沒有要販賣毒
02 品給對方，我是要跟對方為性行為，是為了助興才提到甲基
03 安非他命的市價等語。被告之辯護人為其辯護稱：被告本係
04 與員警約定從事性交，並約定為員警施打毒品助興，其為員
05 警施打毒品由員警自行付費，雖為有償施打，應僅為幫助施
06 用或轉讓毒品，而非販賣毒品，且自扣案毒品之重量可知被
07 告攜帶之毒品既非0.1公克，亦非0.2公克，自無販賣0.1公
08 克、0.2公克甲基安非他命之可能等語。經查：

09 (一)被告使用交友軟體Grindr以暱稱「約約有地」，向執行網路
10 巡邏之仁愛派出所員警洪渝勛發送「嗨可幫」、「幫打 5
11 1」、「想我就幫你打」、「喔喔東西當然你自己出錢齁 你
12 要打多少」、「要看你打的量 有10，20，30」、「10=500
13 20=800 以此類推」等訊息。經雙方聯繫後，被告於111年9
14 月11日晚間10時40分許，前往捷適商旅000房，自隨身攜帶
15 之背包內取出內有針筒3支及第二級毒品甲基安非他命4包之
16 衛生紙，旋即遭當場逮捕等情，業據被告坦承在卷（見偵卷
17 第17至24頁、第83至85頁、原審卷第49至57頁、本院卷第56
18 頁），且有證人即喬裝購毒之員警洪渝勛於偵訊及原審之證
19 述（見偵卷第107至108頁、原審卷第127至140頁），及桃園
20 市政府警察局中壢分局扣押筆錄、扣押物品目錄表（見偵卷
21 第31至35頁）、對話紀錄截圖照片（見偵卷第57至63頁）、
22 查獲現場照片（見偵卷第53至56頁）、原審勘驗筆錄（見原
23 審卷第101至108頁）等在卷可佐。又扣案之毒品4包經送鑑
24 定，均檢出甲基安非他命，有台灣尖端先進生技醫藥股份有
25 限公司毒品原物鑑定實驗室毒器證物鑑定分析報告（見偵卷
26 第123至124頁）在卷可稽，並有供被告與洪渝勛聯絡之行動
27 電話1支（IMEI：0000000000000000、0000000000000000）扣
28 案可查。此部分事實，先堪認定。

29 (二)依證人洪渝勛於偵訊時證稱：當時對方私訊我是要一起施
30 用，毒品價格是被告說的，他當時一進房間就跟我說這（指
31 毒品）已經裝好了，刻度怎麼看等語（見偵卷第108頁），

於原審證稱：被告在交友軟體上說的是針筒裡面刻度的量，10C.C就是500元，20C.C就是800元，被告有說「東西當然你自己出錢」，並說看你要打多少等語（見原審卷第127至128頁），足見洪渝勛係因被告傳送上開隱含有販賣毒品之訊息後與被告聯絡。

（三）又經原審勘驗被告與員警之於交友軟體Grindr之對話訊息，內容略為（見原審卷第101至107頁之勘驗筆錄，A為被告，B為員警）：

時間	稱呼	內容
8月23日 週二	A	嗨可幫
9月03日 週六下午4：17	B	怎樣幫
下午4：26	A	幫打 51
下午9：57	B	沒有怎麼打哈哈
9月05日 週一下午8：18	A	我有阿
星期二上午2：27	B	啥時
上午6：49	A	你什麼時候有空我週休或晚上下班後
上午6：50	A	你51打多少
今天下午8：12	B	今天喔我很久沒打了
下午8：12	A	看你想不想打
下午8：13	B	你常打喔
下午8：13	A	我想就幫你打算副業我打人常打自己不常
下午8：14	B	這還可以當副業喔
下午8：15	A	小護士
下午8：16	B	哈哈很多人找你打嗎？
下午8：16	A	有需求的想玩又不會打我就幫個忙這樣
下午8：17	B	汽車旅館嗎
下午8：17	A	都有看他在哪
下午8：17	B	可是我沒有怎麼打
下午8：19	A	嘖說過都沒在看
下午8：20	A	如果你想打之前我說我有，但是你大爺一個星期才回

01

		我，早用沒了，如果你今天想打，我就去生哈哈
下午8：21	B	哈哈那打玩砲怎辦
下午8：21	A	辦法是人想的，辦法總比問題多所以不是問題
.....		
下午8：31	B	當打一次多少錢
下午8：31	A	我們會約？哈哈
下午8：31	B	怎樣約 打砲嗎
下午8：32	A	撞號還好吧3P再約一個來幹
下午8：32	B	你有認識的嗎
下午8：32	A	這樣打你我不會收錢（回覆：你有認識的嗎）可以找找看
下午8：33	B	可是東西不用錢嗎這樣還讓你花錢
下午8：33	A	喔喔東西當然你自己出錢餉你要打多少
下午8：33	B	對阿所以說問你打多少錢阿
下午8：33	A	要看你打的量有10，20，30
下午8：34	B	錢對我來說是還好 主要要感覺
下午8：34	A	10=50020=800以此類推
下午8：35	B	我們要開多久房過夜20夠吼
下午8：39	A	要補一針那我的建議是如果有確定要補針前面先打數量多的後面再補少的
下午8：39	B	想怎樣打交給專業的你那我先開金樺嗎

02

03

04

05

06

07

08

09

10

11

12

13

綜觀上開對話內容，被告開門見山即傳送「嗨可幫」之訊息，而員警詢問「怎樣幫」，被告回覆：「幫打51」，員警表示：「沒有怎麼打」，被告覆以：「我有阿」，再經員警傳送：「這樣打你不用錢嗎」，被告則以：「喔喔東西當然你自己出錢餉」、「要看你打的量有10、20、30」、「100=500、20=800以此類推」等語覆之。前開「51」為「注射」之意，「要看你打的量有10、20、30」、「100=500、20=800以此類推」等文字表示10ML即為500元，10ML加0.1公克甲基安非他命500元、20ML加0.2公克甲基安非他命800元等情，亦據被告於偵訊、本院自承在卷（見偵卷第84頁、本院第85頁），且據證人洪渝勛於偵查中及原審證述明確（見偵卷第107頁及原審卷第127頁），均足證被告當時係主動聯繫

販賣，並談及毒品價、量等事宜。被告與員警之對話固談及從事性交，惟稽之2人上開內容，「員警：可是東西不用錢嗎，這樣還花你的錢」。被告：「喔喔東西當然你自己出錢齣，你要打多少」等語，顯見被告上開對話除與員警約定從事性交外，同時要有償提供毒品助性。被告辯稱其提到甲基安非他命之市價，是為助性云云，縱非子虛，亦無法解免其向警員表示可以有償提供甲基安非他命之認定。

(四)所謂「販賣」應以行為人在主觀上具有「營利之意圖」為構成要件要素，而將尚無牟取額外利益之轉讓，或無以此意圖之持有行為，排除於「販賣」意圖之外，方不違立法者以綿密之方式，區別販賣、意圖販賣而持有及轉讓、持有等不同行為態樣，賦予重輕不同之處罰效果原意；又主觀上是否具有營利之意圖，攸關販賣或意圖販賣而持有毒品罪責之成立與否，檢察官自應對此負舉證義務指出證明之方法，並提出所憑之證據，自屬當然；而欲證明被告主觀上是否具「營利之意圖」，固非易事，惟就證據法則而言，除行為人之自白外，尚非不能藉由調查其生活經濟狀況、購入毒品之動機、目的、其犯罪時表現於外之各種言行舉止、當時客觀之環境、情況，以及其他人證、物證等資料，依據證據法則綜合予以研判認定（最高法院111年度台上字第4177號判決意旨參照）。查被告就販賣本案毒品之犯行，雖否認其事，惟以對毒品販賣之查緝甚嚴，販賣毒品又係重罪，依一般經驗法則，販賣毒品者鋌而走險，苟非意在營利，所為何來？若無利可圖，衡情應無甘冒遭查獲之極大風險而親自與買家交易之必要，是被告無憚刑責販賣本案毒品予員警，應有從中賺取差價牟利營利之意圖及事實。且參諸被告於警詢及本院均供稱：扣案毒品是我以4,500元向他人購買2公克，加上我自己本來身上剩下的兩包等語（見偵卷第21頁、本院卷第86頁），足見被告購買毒品成本0.1公克約225元（計算式：4,500元÷2公克÷10=225元），而被告向員警兜售之價格為0.1公克500元、0.2公克800元，益徵被告有從中賺取差價之營

01 利意圖及事實。辯護人辯稱：被告雖有償施打，但僅為幫助
02 施用或轉讓毒品，而非販賣毒品云云，難認可採。

03 (五)辯護人雖另辯稱：自扣案毒品之重量可知被告攜帶之毒品既
04 非0.1公克，亦非0.2公克，自無販賣0.1公克、0.2公克甲基
05 安非他命之可能等語，然觀之台灣尖端先進生技醫藥股份有
06 限公司毒品原物鑑定實驗室毒器證物鑑定分析報告（見偵卷
07 第123至124頁），扣案之毒品4包，其中3包之總淨重0.369
08 公克，抽樣鑑定其中1包之淨重為0.123公克，堪認被告所攜
09 帶之毒品確有約0.1公克之包裝，益徵被告欲以該等重量販
10 賣予員警，被告之辯護人前揭辯稱，與客觀事實不符，不足
11 憑採。

12 (六)綜上所述，本件事證明確，被告所辯不足採信，其犯行洵堪
13 認定，應依法論科。

14 二、論罪：

15 (一)按刑事偵查技術上所謂之「釣魚」，係指對於原已犯罪或具
16 有犯罪故意之人，以設計引誘之方式，迎合其要求，使其暴
17 露犯罪事證，再加以逮捕或偵辦者而言。此乃純屬偵查犯罪
18 技巧之範疇，並未違反憲法對於基本人權之保障，且於公共
19 利益之維護有其必要性。警方為求破案，授意執勤員警佯裝
20 購毒而與毒販聯繫，經毒販允諾，依約攜帶毒品交付予佯裝
21 購毒之人，旋為埋伏員警當場查獲者，於此誘捕偵查案件，
22 販毒者雖有販毒之故意，且依約攜帶毒品前往交付，並已著
23 手實施販毒之行為，然因係受警員引誘偽稱欲購買毒品，警
24 員原無買受毒品之意思，其虛與買賣毒品，意在辦案，以求
25 人贓俱獲，伺機逮捕，實際上不能真正完成買賣毒品之行
26 為，而應僅論以販賣毒品未遂罪（最高法院85年度第4次刑
27 庭會議決議參照）。查被告透過「Grindr」散布販賣甲基安
28 非他命之訊息，本即有販賣第二級毒品之犯意，警方係以引
29 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
30 為，與犯意誘發型之陷害教唆有別。又被告已著手實施販賣
31 第二級毒品之行為，惟因員警並無購買毒品之真意，故事實

01 上不能完成犯行，因此被告前開行為，僅應論以販賣未遂
02 罪。核被告所為，係犯毒品危害防制條例第4條第6項、第2
03 項之販賣第二級毒品未遂罪。被告販賣前持有第二級毒品之
04 低度行為，為販賣未遂之高度行為所吸收，不另論罪。

05 (二)被告已著手於販賣毒品犯行之實行而不遂，為未遂犯，爰依
06 刑法第25條第2項規定，按既遂犯之刑減輕之。

07 (三)刑法第59條之適用：

08 1. 按鑑於限制人身自由之刑罰，嚴重限制人民之基本權利，係
09 屬不得已之最後手段。立法機關如為保護特定重要法益，雖
10 得以刑罰規範限制人民身體之自由，惟刑罰對人身自由之限
11 制與其所欲維護之法益，仍須合乎比例之關係，尤其法定刑
12 度之高低應與行為所生之危害、行為人責任之輕重相符，始
13 符合罪刑相當原則，而與憲法第23條比例原則無違。由於毒
14 品之施用具有成癮性、傳染性及群眾性，其流毒深遠而難
15 除，進而影響社會秩序，故販賣毒品之行為，嚴重危害國民
16 健康及社會秩序，為防制毒品危害，毒品危害防制條例第4
17 條對販賣毒品之犯罪規定重度刑罰，依所販賣毒品之級別分
18 定不同之法定刑。然而同為販賣毒品者，其犯罪情節差異甚
19 大，所涵蓋之態樣甚廣，就毒品之銷售過程以觀，前端為跨
20 國性、組織犯罪集團從事大宗走私、販賣之型態；其次為有
21 組織性之地區中盤、小盤；末端則為直接販售吸毒者，亦有
22 銷售數量、價值與次數之差異，甚至為吸毒者彼此間互通有
23 無，或僅為毒販遞交毒品者。同屬販賣行為光譜兩端間之犯
24 罪情節、所生危害與不法程度樣貌多種，輕重程度有明顯級
25 距之別，所造成危害社會之程度自屬有異。是憲法法庭112
26 年憲判字第13號判決以此為由，明揭毒品危害防制條例第4
27 條第1項對販賣第一級毒品者之處罰，一律以無期徒刑為最
28 低法定刑，有過度僵化之虞；並認為對諸如無其他犯罪行
29 為，且依其販賣行為態樣、數量、對價等，屬情節極為輕
30 微，顯可憫恕之個案，縱適用刑法第59條規定酌減其刑，仍
31 嫌情輕法重，致罪責與處罰不相當時，法院仍得減輕其刑至

二分之一，俾符憲法罪刑相當原則等旨；另建議相關機關允宜檢討其所規範之法定刑，例如於死刑、無期徒刑之外，另納入有期徒刑之法定刑，或依販賣數量、次數多寡等，分別訂定不同刑度之處罰，以符合罪刑相當原則。至於毒品危害防制條例第4條第2項所定販賣第二級毒品者之處罰，上開憲法判決雖未論及，且其法定刑固已納入有期徒刑，惟其最低法定刑為10年，不可謂不重，而販賣第二級毒品之犯罪，同有上述犯罪情節輕重明顯有別之情形，其處罰規定亦未若毒品條例第8條、第11條，就轉讓與持有第二級毒品者之處罰，依涉及毒品數量而區隔法定刑。因此，於販賣第二級毒品之犯罪，若不論行為人犯罪情節之輕重，均以所定重度自由刑相繩，致對違法情節輕微之個案，亦可能構成顯然過苛處罰之情形。是以法院審理是類案件，應考量其販賣行為態樣、數量、對價等，以衡酌行為人違法行為之危害程度及其所應負責任之輕重，倘認宣告最低法定刑度，尚嫌情輕法重，自應適用刑法第59條規定酌減其刑，始不悖離憲法罪刑相當原則之誡命，以兼顧實質正義（最高法院112年度台上字第3132號判決同此意旨可參）。

2. 經查，被告所犯係毒品危害防制條例第4條第2項之販賣第二級毒品罪，該罪法定刑為10年以上有期徒刑，被告販賣毒品之數量甚微，難認被告係毒品盤商而向不特定之人廣售毒品牟取暴利，犯行所生危害程度非屬重大，是由被告所販賣毒品之數量、對價及行為態樣等情狀全盤觀察，本案縱處法定最低刑度有期徒刑10年，並依未遂犯規定予以減輕後，仍嫌過重，客觀上非無法重情輕、犯情可憫之處，爰依前開說明，就本案被告所犯販賣第二級毒品未遂罪，依刑法第59條規定酌減其刑。

三、撤銷改判之理由：

原審審理後，以被告所為販賣第二級毒品未遂犯行事證明確，予以論罪科刑，固非無見。惟本案應適用刑法第59條規定，酌減其刑，業經認定如前，原判決未適用刑法第59條規

01 定，尚有未洽。被告上訴否認犯行，雖無可採，然原判決既
02 有前開可議之處，仍應由本院將原判決予以撤銷改判。

03 四、科刑：

04 爰以行為人之責任為基礎，審酌審酌被告正值青年，身體健
05 全，不思努力進取獲取所需，為圖一己之私利，明知毒品具
06 有成癮性、濫用性，對社會深具危害，仍欲販賣第二級毒品
07 牟利，將造成毒品流通且助長泛濫，危害社會治安，幸本案
08 因員警即時查獲而未遂，方未成實害，被告所為實有不該，
09 兼衡其犯罪動機、目的、手段、素行、欲販賣毒品之數量，
10 併考量其自陳五專畢業之智識程度、從事環保電池製造維修
11 工作、月收入約3萬元、家庭經濟狀況普通等一切情狀，改
12 量處如主文第2項所示之刑，以示懲儆。

13 五、沒收：

14 (一)扣案如附表編號1所示之第二級毒品甲基安非他命，不問屬
15 於犯罪行為人與否，應依毒品危害防制條例第18條第1項前
16 段規定宣告沒收銷燬之，而包裝上開毒品之包裝袋，因其上
17 殘留之毒品難以析離，且無析離之實益與必要，應連同前開
18 毒品沒收銷燬之。至於送驗耗損部分之毒品，因已鑑析用
19 罄，業已滅失，爰不另宣告沒收銷燬。

20 (二)扣案如附表編號2、3所示之注射針筒3支及行動電話1支(IME
21 I：0000000000000000、0000000000000000)，均係被告所有，
22 被告固然否認係用於販賣毒品之用，惟注射針筒係預備供其
23 販毒時協助員警施打助性之用，業據本院認定如上，且扣案
24 行動電話係供其與員警聯絡之用，亦據被告於原審自承在卷
25 (見原審卷第143至144頁)，足徵被告係使用扣案行動電與
26 員警聯繫販賣毒品事宜，堪認均係供本件犯罪所用或犯罪預
27 備之物，均依毒品危害防制條例第19條第1項及刑法第38條
28 第2項規定宣告沒收。

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

31 本案經檢察官許炳文提起公訴，檢察官柯學航到庭執行職務。

01 中 華 民 國 113 年 2 月 20 日
02 刑事第七庭 審判長法官 吳秋宏
03 法官 黃雅芬
04 法官 邱筱涵

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
07 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
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 謝歲瀚

10 中 華 民 國 113 年 2 月 21 日

11 附錄：本案論罪科刑法條全文
12 毒品危害防制條例第4條
13 製造、運輸、販賣第一級毒品者，處死刑或無期徒刑；處無期徒
14 刑者，得併科新臺幣3千萬元以下罰金。
15 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
16 刑，得併科新臺幣1千5百萬元以下罰金。
17 製造、運輸、販賣第三級毒品者，處7年以上有期徒刑，得併科
18 新臺幣1千萬元以下罰金。
19 製造、運輸、販賣第四級毒品者，處5年以上12年以下有期徒
20 刑，得併科新臺幣5百萬元以下罰金。
21 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
22 以下有期徒刑，得併科新臺幣1百50萬元以下罰金。
23 前五項之未遂犯罰之。

24 附表：
25

編 號	物品名稱、數量
1	扣案之第二級毒品甲基安非他命4包及包裝袋
2	注射針筒3支

(續上頁)

01

3	行動電話1支
---	--------