

臺灣高等法院刑事判決

112年度上訴字第5702號

上訴人

即被告 王煜佳（原名莊維傑）

指定辯護人 本院公設辯護人戴遐齡

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111年度訴字第1337號，中華民國112年8月17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26231號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

事實及理由

一、本案審判範圍

(一)刑事訴訟法第348條第3項規定：「上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之」，而其立法理由指出：「為尊重當事人設定攻防之範圍，並減輕上訴審審理之負擔，容許上訴權人僅針對刑、沒收或保安處分一部提起上訴，其未表明上訴之認定犯罪事實部分，則不在第二審之審判範圍。如為數罪併罰之案件，亦得僅針對各罪之刑、沒收、保安處分或對併罰所定之應執行刑、沒收、保安處分，提起上訴，其效力不及於原審所認定之各犯罪事實，此部分犯罪事實不在上訴審審查範圍」。上訴人明示僅就科刑事項上訴時，第二審法院即不再就原審法院所認定之犯罪事實為審查，而應以原審法院所認定之犯罪事實，作為論認原審量刑妥適與否的判斷基礎。

(二)本件上訴人即被告王煜佳（原名莊維傑）就原判決認其犯毒品危害防制條例第4條第6項、第2項販賣第二級毒品未遂

罪，判處有期徒刑2年8月提起第二審上訴，刑事上訴理由狀載明「原審判決於量刑上顯然有所違誤。」（見本院卷第29頁），於本院審理陳明「原審判決2年8月量刑部分上訴，事實、罪名不爭執。沒收部分不上訴。」等語（見本院卷第83頁），揆以前述說明，本院僅就原審判決關於被告部分量刑妥適與否進行審理。原審判決諭知被告有罪部分之犯罪事實、罪名及沒收部分，則非本院審理範圍。並引用第一審判決之犯罪事實、證據及理由(如附件)。

二、刑之減輕事由

(一)被告販賣第二級毒品予自始即不具購買真意之警員，事實上不能完成買賣而不遂，為未遂犯，應依刑法第25條第2項之規定，按既遂犯之刑減輕之。

(二)按犯毒品危害防制條例第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，同條例第17條第2項定有明文。查被告就上開販賣第二級毒品未遂犯行，於偵查及歷次審判中或為自白、或為認罪表示（偵卷第155頁、原審卷第291頁及本院卷第83、87頁），爰依首揭規定減輕其刑，並遞減之。

(三)按刑法第59條之酌量減輕其刑，必須犯罪另有特殊之原因與環境等等，在客觀上足以引起一般同情，認為即予宣告法定低度刑期尤嫌過重者，始有其適用（最高法院45年台上字第1165號、69年度台上字第291號判決意旨參照）。是如別有法定減輕之事由者，應優先適用法定減輕事由減輕其刑後，猶嫌過重時，方得為之(參見最高法院100年度台上字第744號判決要旨)。查販毒本為法之所禁，染毒更令人捨身敗家，毒品危害防制條例之特別法制定本旨即在遏止毒品擴散，今被告販賣第二級毒品甲基安非他命未遂，倘外流本足以破壞社會治安，助長毒品擴散流通，危害他人身心健康與社會治安，衍伸之社會成本非輕，具有一定程度之主觀惡性，不惟客觀上均乏情堪憫恕之處，抑且其前揭犯行，已依刑法第25條第2項及毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑，衡情並無科以最低刑度仍嫌過苛而有情輕法重之情

01 形，要無刑法第59條之規定適用。

02 三、駁回上訴之理由

03 (一)被告上訴意旨略以：其對於犯罪事實均不爭執且自始坦承犯
04 行，交易金額與數量並非甚鉅，犯後態度良善。本件並非被
05 告在網路上兜售毒品，係因共同被告徐鏡鎧找其幫忙，被告
06 答應出借毒品予徐鏡鎧，為拿到該毒品款項始陪同前往交
07 易，其犯罪惡性較徐鏡鎧輕微，原審量刑顯有違誤。請考量
08 其家庭狀況、經濟與健康情形堪憂，且已深切悔悟，不會再
09 犯等情，實甚令人同情，惠賜刑法第59條規定寬減刑度，請
10 求依照刑法第25條第2項未遂犯規定及毒品危害防制條例第1
11 7條第2項規定減輕刑度，惠請減輕刑度至2分之1，並依照刑
12 法第57條規定從輕量刑等語。

13 (二)按刑之量定，屬為裁判之法院得依職權自由裁量之事項，苟
14 其量刑已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所
15 列情狀，在法定刑度內，酌量科刑，無顯然失當或違反公
16 平、比例及罪刑相當原則者，亦無偏執一端，致明顯失出失
17 入情形，自不得指為違法。是上訴法院僅能於量刑法院所為
18 基於錯誤之事實、牴觸法律所許可之量刑目的或違反罪刑相
19 當而畸輕畸重時始能介入；原審就刑法第57條量刑情況擇定
20 與衡酌有其裁量空間，在合理限度內，自不能任意否定。原
21 判決業已審酌刑法第57條各款所列情狀，為被告量刑之基
22 礎，並無偏執一端，致明顯失出失入情形，亦於法定刑內所
23 為量處，而無違法之處。原判決復已衡酌其犯罪方式及犯後
24 態度，難認有何不當。況且其已依刑法第25條第2項及毒品
25 危害防制條例第17條第2項減輕其刑，認無適用刑法第59條
26 規定之處，俱詳前述。是被告上訴猶認原判決量刑過重，且
27 應有刑法第59條之適用云云，要無理由，應予駁回。

28 據上論斷，應依刑事訴訟法第368條、第373條，判決如主文。

29 本案經檢察官張家維提起公訴，檢察官王碧霞到庭執行職務。

30 中 華 民 國 113 年 2 月 27 日

31 刑事第二十庭審判長 法官 吳淑惠

法官 吳祚丞

法官 吳定亞

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 郭侑靜

中 華 民 國 113 年 2 月 29 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5項之未遂犯罰之。

附件：

臺灣桃園地方法院刑事判決

111年度訴字第1337號

公 訴 人 臺灣桃園地方檢察署檢察官

被 告 徐鏡鎧 男（民國00年00月00日生）

身分證統一編號：Z000000000號

住○○市○○區○○○路0段000○○號

居桃園市○○區○○街0○○號3樓

（另案於法務部○○○○○○○○執行中）

選任辯護人 徐人和律師

被 告 王煜佳（原名莊維傑）

男（民國00年0月0日生）

身分證統一編號：Z000000000號

住○○市○○區○○街00號

（另案於法務部○○○○○○○○執行中）

選任辯護人 洪崇遠律師

上列被告2人因違反毒品危害防制條例案件，經檢察官提起公訴（111年度偵字第26231號），本院判決如下：

主 文

徐鏡鎧共同販賣第二級毒品，未遂，處有期徒刑貳年捌月。

扣案之第二級毒品甲基安非他命壹包(含包裝袋壹個，驗餘淨重零點捌壹公克)沒收銷燬；扣案之iPhone6行動電話壹支(內含門號○○○○○○○○○○號SIM卡1 張)，沒收。

王煜佳共同販賣第二級毒品，未遂，處有期徒刑貳年捌月。

扣案之第二級毒品甲基安非他命壹包(含包裝袋壹個，驗餘淨重零點捌壹公克)沒收銷燬。

事 實

徐鏡鎧、王煜佳均明知甲基安非他命為毒品危害防制條例所列管之第二級毒品，依法不得販賣、持有，徐鏡鎧竟於民國111年6月9日凌晨1時1分許，在通訊軟體BAND，以暱稱「桃園/傑森」在群組「北中南執著群」公開回覆某真實姓名年籍不詳暱稱「台南/單/男42/自住」刊登「楊梅找硬」之訊息，嗣新北市府警察局新莊分局丹鳳派出所警員周柏龍執行網路巡邏勤務而查悉上開訊息，遂於111年6月12日某時許佯裝為購毒者與徐鏡鎧聯繫，雙方約定以新臺幣（下同）3,000元之價格交易甲基安非他命1包，並約定在桃園兄弟棒球場附近進行毒品交易。然因徐鏡鎧身上並無毒品可供販售，遂於111年6月12晚間6時許，詢問王煜佳可否提供甲基安非他命供其販售，經王煜佳應允，二人於111年6月12日晚間11時許，即共同基於販賣第二級毒品之犯意，由徐鏡鎧騎乘車牌號碼000-000號普通重型機車搭載王煜佳抵達上開約定地

點，經徐鏡鎧以電話通知警員前往位在桃園市○○區○○路00號之全家便利超商內，再由王煜佳進入超商廁所內與警員進行毒品交易，王煜佳欲將毒品交予警員之際，旋為警員當場表明身分而未遂，並扣得甲基安非他命1包。

理 由

壹、認定事實之理由及依據

一、上揭犯罪事實，業據被告徐鏡鎧、王煜佳於警詢、偵訊、本院準備程序及審理時均坦承不諱（見臺灣桃園地方檢察署111年度偵字第26231卷【下稱偵卷】第21至33頁、第155至163頁、本院111年度訴字第1337號卷【下稱本院卷】第123至129頁、第159至161頁、第235至240頁、第279至294頁），且有員警職務報告、對話譯文、新北市政府警察局搜索扣押筆錄及扣押物品目錄表、現場暨扣案毒品照片、手機通訊軟體對話翻拍照片等件在卷可稽（見偵卷第35至38頁、第47至53頁、第75至81頁、第83至87頁、第177頁）。又扣案之白色或透明晶體1包，經送鑑定，為第二級毒品甲基安非他命（驗前毛重1.0045公克、驗前淨重0.8125公克、取樣0.0025公克、驗餘淨重0.8100公克），有臺北榮民總醫院111年7月22日北榮毒鑑字第C0000000號毒品成分鑑定書在卷可憑（見偵卷第173頁），堪認扣案之毒品確為第二級毒品等情無訛。是被告2人前揭任意性自白均與事實相符，堪予採信。

二、按販賣毒品之所謂販賣行為，須行為人主觀上有營利意圖，且客觀上有販賣毒品行為，即足構成，至於實際上是否已經獲利，則非所問；必也始終無營利之意思，而以原價或低於原價有償讓與他人，方難謂為販賣行為，而僅得以轉讓罪論處（最高法院93年度台上字第1651號判決參照）。又販賣毒品係政府嚴予查緝之違法行為，且可任意分裝或增減其分量，各次買賣之價格，當亦各有差異，隨供需雙方之資力、關係之深淺、需求之數量、貨源之充裕與否、販賣者對於資金之需求如何即殷切與否，以及政府查緝之態度，進而為各種不同之風險評估，而為機動性之調整，因之販賣之利得，

01 除經坦承犯行，或帳冊價量均記載明確外，委難察得實情，
02 是縱未確切查得販賣賺取之實際差價，但除別有事證，足認
03 係按同一價格轉讓，確未牟利之情形外，尚難執此認非法販
04 賣之事證有所不足，致知過坦承者難辭重典，飾詞否認者反
05 得逞僥倖，而失情理之平。況且，販賣者從各種「價差」或
06 「量差」或係「純度」謀取利潤方式，或有差異，然其所圖
07 利益之非法販賣行為目的，則屬相同，並無二致；衡諸毒品
08 取得不易，量微價高，依一般社會通念以觀，凡為販賣之不
09 法勾當者，倘非以牟利為其主要誘因及目的，應無甘冒被查
10 緝法辦重刑之危險，平白無端義務為該買賣之工作，是其販
11 入之價格必較售出之價格低廉，而有從中賺取買賣差價牟利
12 之意圖及事實，應屬符合論理法則，且不違背社會通常經驗
13 之合理判斷。經查，本案雖無從具體認定被告2人本次販毒
14 可獲利若干，然被告2人與購毒者間並非至親，倘被告2人無
15 利可圖，何須甘冒重典販賣毒品，自應認被告2人確有販賣
16 毒品以賺取價差從中牟取利益之營利意圖無訛。

17 三、綜上所述，本案事證明確，被告2人犯行堪以認定，應依法
18 論科。

19 貳、論罪科刑：

20 一、按刑法上所謂陷害教唆，係指行為人原無犯罪之意思，純因
21 具有司法警察權者之設計誘陷，以唆使其萌生犯意，待其形
22 式上符合著手於犯罪行為之實行時，再予逮捕者而言。此種
23 「陷害教唆」，因行為人原無犯罪之意思，具有司法警察權
24 者復伺機逮捕，係以不正當手段入人於罪，尚難遽認被陷害
25 教唆者成立犯罪。至於刑事偵查技術上所謂之「釣魚」者，
26 則指對於原已犯罪或具有犯罪故意之人，司法警察於獲悉後
27 為取得證據，以設計引誘之方式，佯與之為對合行為，使其
28 暴露犯罪事證，待其著手於犯罪行為之實行時，予以逮捕、
29 偵辦者而言。後者因犯罪行為人主觀上原即有犯罪之意思，
30 倘客觀上又已著手於犯罪行為之實行時，自得成立未遂犯，
31 與「陷害教唆」情形迥然有別（最高法院101年度台上字第3

253號判決意旨參照)。又按刑法上關於販賣罪，祇要被告本身原有販賣之故意，且已著手於販賣行為之實行，即應分別情形論以販賣既遂或未遂。倘對造無買受之真意，為協助警察辦案、非法奪取買賣標的物或為其他目的而佯稱購買，雖事實上不能真正完成買賣，但被告原來既有販賣之故意，且已著手於販賣行為，仍應論以販賣罪之未遂犯（最高法院102年度台上字第373號判決意旨參照）。經查，本件係因警員周柏龍執行網路巡邏查悉販毒情事，經警員周柏龍佯裝為購毒者與被告徐鏡鎧聯繫，再由徐鏡鎧邀集王煜佳提供毒品並一同前往現場進行毒品交易，足認被告2人本即有販賣第二級毒品之故意，且已著手實行販賣第二級毒品之行為，然因警員為辦案所需而無購買第二級毒品之真意，致不能真正完成販賣行為而未遂。

二、是核被告徐鏡鎧、王煜佳所為，均係犯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。又被告徐鏡鎧、王煜佳於著手販賣前，持有毒品之低度行為，應為其嗣後著手販賣之高度行為吸收，不另論罪。

三、被告徐鏡鎧、王煜佳就上開販賣第二級毒品未遂犯行，有犯意聯絡及行為分擔，為共同正犯。

四、被告2人客觀上已著手實施販賣犯行，然因警員自始即不具購買之真意，事實上不能真正完成買賣而不遂，為未遂犯，應依刑法第25條第2項之規定，按既遂犯之刑減輕之。

五、按犯毒品危害防制條例第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，同條例第17條第2項定有明文。經查，被告徐鏡鎧、王煜佳就上開販賣第二級毒品未遂犯行，於偵查及歷次審判中均自白犯行，爰依毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑，再依法遞減輕其刑。

六、辯護人雖均為被告2人利益，請求依刑法第59條規定酌減其刑云云。惟按刑法第59條之酌量減輕其刑，必於犯罪之情狀可憫恕時，始得為之，至情節輕微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。又刑法第59條之酌量減

01 輕其刑，必須犯罪另有特殊之原因與環境等等，在客觀上足
02 以引起一般同情，認為即予宣告法定低度刑期尤嫌過重者，
03 始有其適用（最高法院28年上字第1064號判例、45年台上字
04 第1165號判例意旨參照）。經查，被告徐鏡鎧、王煜佳就本
05 件販賣第二級毒品未遂之犯行，已有如前所述之減刑事由，
06 於依法遞減輕後，已難認有何情輕法重，而在客觀上足以引
07 起一般同情而可堪憫恕之處，自無再適用刑法第59條規定酌
08 減其刑之餘地。是辯護人上開主張，難認可採，附此敘明。

09 七、爰審酌被告徐鏡鎧、王煜佳明知毒品戕害人之身心健康至
10 鉅，亦且危害社會秩序，仍漠視毒品之危害性，而著手販賣
11 第二級毒品甲基安非他命予他人，若其所為既遂，勢必助長
12 毒品流通，自應非難，惟被告徐鏡鎧、王煜佳犯後坦承犯
13 行，態度尚可，兼衡其等犯罪之動機、目的、手段、品行、
14 智識程度及家庭生活狀況等一切情狀，分別量處如主文所示
15 之刑。

16 八、沒收部分：

17 (一)按刑法上責任共同原則，係指共同實行犯罪行為之人，在合
18 同意思範圍以內，各自分擔犯罪行為之一部，相互利用他人
19 之行為，以達其共同犯罪之目的者，即應對於全部所發生之
20 結果共同負責。亦即責任共同原則僅在處理共同犯罪參與關
21 係中責任之認定，與犯罪工具物之沒收重在犯罪預防並遏止
22 犯罪，以及犯罪所得之沒收旨在澈底剝奪犯罪利得以根絕犯
23 罪誘因，係屬兩事。又沒收固為刑罰與保安處分以外之獨立
24 法律效果，但沒收人民財產使之歸屬國庫，係對憲法所保障
25 人民財產基本權之限制，性質上為國家對人民之刑事處分，
26 對人民基本權之干預程度，並不亞於刑罰，原則上仍應恪遵
27 罪責原則，並應權衡審酌比例原則，尤以沒收之結果，與有
28 關共同正犯所應受之非難相較，自不能過當。從而，共同正
29 犯間關於犯罪所得、犯罪工具物應如何沒收，仍須本於罪責
30 原則，並非一律須負連帶責任；況且應沒收物已扣案者，本
31 無重複沒收之疑慮，更無對各共同正犯諭知連帶沒收或重複

諭知之必要，否則即科以超過其罪責之不利責任。因之，最高法院往昔採連帶沒收共同正犯犯罪所得，及就共同正犯間犯罪工具物必須重複諭知之相關見解，自不再援用，應改為共同正犯間之犯罪所得應就各人實際分受所得部分而為沒收及追徵；而犯罪工具物須屬被告所有，或被告有事實上之處分權者，始得在該被告罪刑項下併予諭知沒收。至於非所有權人，又無共同處分權之共同正犯，自無庸在其罪刑項下諭知沒收或連帶沒收及追徵（最高法院108 年度台上字第1001 號刑事判決意旨參照）。

(二)扣案之甲基安非他命1包，係毒品危害防制條例所規定之第二級毒品，不問屬於犯罪行為人與否，應依毒品危害防制條例第18條第1項前段規定宣告沒收銷燬，至包裝前揭毒品之包裝袋，因與其內之毒品難以析離，且無析離之實益與必要，應一併沒收銷燬之；而毒品送鑑耗損之部分，既已滅失，自無庸宣告沒收銷燬。

(三)扣案之iPhone6行動電話1支(內含門號0000000000號SIM卡1張)，係被告徐鏡鎧所有，用以聯繫本案販賣第二級毒品事宜之物，為被告徐鏡鎧所供認（本院卷第289頁），爰依毒品危害防制條例第19條第1項規定，於被告徐鏡鎧所犯販賣第二級毒品未遂罪之主文項下宣告沒收。

(四)至扣案之三星廠牌M12型號之行動電話1支、iPhone11行動電話1支，固為被告徐鏡鎧、王煜佳所有之物，然依卷內事證尚無從認定與本案犯行有何關連，爰不予宣告沒收。

據上論斷，應依刑事訴訟法第299條第1項前段，判決如主文。

本案經檢察官張家維提起公訴，經檢察官張建偉到庭執行職務。

中 華 民 國 112 年 8 月 17 日

刑事第十八庭審判長法官 陳園辰

法官 羅文鴻

法官 姚懿珊

以上正本證明與原本無異。

01 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
02 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
03 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
04 送上級法院」。

05 書記官 張好安

06 中 華 民 國 112 年 8 月 18 日

07 附論罪科刑依據之法條：

08 毒品危害防制條例第4條

09 製造、運輸、販賣第一級毒品者，處死刑或無期徒刑；處無期徒
10 刑者，得併科新臺幣3千萬元以下罰金。

11 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
12 刑，得併科新臺幣1千5百萬元以下罰金。

13 製造、運輸、販賣第三級毒品者，處7年以上有期徒刑，得併科
14 新臺幣1千萬元以下罰金。

15 製造、運輸、販賣第四級毒品者，處5年以上12年以下有期徒
16 刑，得併科新臺幣5百萬元以下罰金。

17 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
18 以下有期徒刑，得併科新臺幣1百50萬元以下罰金。

19 前五項之未遂犯罰之。