

臺灣高等法院刑事判決

112年度上訴字第934號

上訴人  
即被告 文清煬

0000000000000000

0000000000000000

0000000000000000

(另案於法務部○○○○○○○○執行，寄  
押於臺北監獄臺北分監)

選任辯護人 李巧雯律師 (法律扶助)

上列上訴人即被告因毒品危害防制條例案件，不服臺灣新北地方法院111年度訴字第1286號，中華民國111年12月22日第一審判決(起訴案號：臺灣新北地方檢察署111年度偵字第18386號)，提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

事 實

一、文清煬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款所列管之第二級毒品，依法不得販賣、持有，竟基於販賣第二級毒品以牟利之犯意，於民國111年4月22日凌晨某時，在不詳地點，使用門號0000000000號行動電話以暱稱「台北→執商(33歲3)」登入UT網路聊天室尋找毒品買家。適為員警執行網路巡邏勤務發現上情，乃於同日2時42分許，喬裝成購毒者與文清煬聯絡購買毒品事宜，雙方約定以新臺幣(下同)5,000元之價格交易甲基安非他命2公克，並約定在新北市○○區○○路0段000號前進行交易。同日3時13分許，文清煬與員警抵達上開地點後，文清煬要求員警至停放在新北市○○區○○路00號之車牌號碼00-0000號自用小客車上進行交易，員警上車後，文清煬取出甲基安非他命2包欲交付予員警，經員警表明身分予以逮捕而未遂，並當場扣得甲基安非他命2包(含包裝袋2個，毛重：2.0443公

01 克，淨重：1.5690公克，取樣量：0.0025公克，驗餘量：1.  
02 5665公克）及HUAWEI廠牌行動電話1支（含門號0000000000  
03 號SIM卡1張）。

04 二、案經新北市政府警察局新莊分局報請臺灣新北地方檢察署檢  
05 察官偵查起訴。

06 理 由

07 壹、審理範圍

08 一、按刑事訴訟法第348條規定：（第1項）上訴得對於判決之一  
09 部為之。（第2項）對於判決之一部上訴者，其有關係之部  
10 分，視為亦已上訴。但有關係之部分為無罪、免訴或不受理  
11 者，不在此限。（第3項）上訴得明示僅就判決之刑、沒收  
12 或保安處分一部為之。原審認定上訴人即被告文清煬（下稱  
13 被告）係犯販賣第二級毒品未遂罪，量處有期徒刑2年10  
14 月，並諭知相關沒收。被告不服原判決，提起上訴，依首揭  
15 說明，自應適用刑事訴訟法第348條定其上訴範圍，觀諸被  
16 告所提上訴理由狀及被告於本院審理時已言明僅就原判決之  
17 刑提起上訴（見本院卷第25頁、第90頁），而檢察官則未提  
18 起上訴，故本件上訴範圍只限於原判決之刑部分，被告未表  
19 明上訴之原判決論罪及沒收等其餘部分，則均不在上訴範  
20 圍。

21 二、前引事實，業據原判決認定在案，雖非審理範圍，惟為便於  
22 檢視、理解案情，仍予臚列記載，併此敘明。

23 貳、實體方面

24 一、刑之說明

25 (一)按銷售毒品之型態日新月異，尤以現今網際網路發達，透過  
26 電子媒體或網路方式宣傳販毒之訊息，使毒品之散布更為迅  
27 速，依一般社會通念，其惡性已對於販賣毒品罪所要保護整  
28 體國民身心健康之法益，形成直接危險，自得認開始實行足  
29 以與販賣毒品罪構成要件之實現具有必要關聯性之行為，已  
30 達著手販賣階段（最高法院刑事大法庭109年度台上大字第4  
31 861號裁定意旨參照）。又刑事偵查技術上所謂之「釣魚偵

01 查」，係指對於原已犯罪或具有犯罪故意之人，以設計引誘  
02 之方式，使其暴露犯罪事證，而加以逮捕或偵辦而言，此純  
03 屬偵查犯罪技巧之範疇，並未違反憲法對於基本人權之保  
04 障，且於公共利益之維護有其必要性存在，故依「釣魚」方  
05 式所蒐集之證據資料，原則上非無證據能力。而所謂「陷害  
06 教唆」，則指行為人原不具犯罪之故意，純因司法警察之設  
07 計教唆，始萌生犯意，進而實行犯罪構成要件之行為者而  
08 言，因係以引誘或教唆犯罪之不正當手段，使原無犯罪故意  
09 之人因而萌生犯意，實行犯罪行為，再進而蒐集其犯罪之證  
10 據，予以逮捕偵辦，此種誘人犯罪之手段顯已違反憲法對於  
11 基本人權之保障，且已逾越偵查犯罪之必要程度，對於公共  
12 利益之維護並無意義，其因此所取得之證據資料，應不具有  
13 證據能力。又於俗稱「釣魚」或「誘捕偵查」之情形，因毒  
14 品買者為協助警察辦案佯稱購買，而將販賣者誘出以求人贓  
15 俱獲，因其無實際買受之真意，且在警察監視之下伺機逮  
16 捕，事實上亦不能真正完成買賣，則該次行為，僅能論以販  
17 賣未遂（參照最高法院100年度台上字第4498號判決意  
18 旨）。查被告係先登入UT網路聊天室尋找毒品買家，經警方  
19 發現後佯裝買家與被告談妥毒品交易之時地、數量、價金，  
20 再由被告攜帶毒品到達約定之交易地點，待其出示欲交易之  
21 毒品時，警方再予以逮捕，被告自己著手實施販賣毒品行  
22 為，惟事實上不能完成犯行而僅止於未遂。

23 (二)核被告所為，係犯毒品危害防制條例第4條第6項、第2項之  
24 販賣第二級毒品未遂罪。被告意圖販賣而持有第二級毒品之  
25 低度行為，應為販賣第二級毒品未遂之高度行為所吸收，不  
26 另論罪。

27 (三)刑之加重減輕

28 1.被告前因詐欺案件，經臺灣臺北地方法院以104年度審簡上  
29 字第61號判處有期徒刑3月（共2罪）、2月（共2罪），應執行  
30 有期徒刑5月確定；又因詐欺案件，經臺灣士林地方法院以1  
31 04年度簡字第166號判處有期徒刑3月、3月，應執行有期徒

01 刑5月確定；因詐欺、竊盜等案件，經原審法院以105年度審  
02 簡字第562號判處有期徒刑5月、2月，應執行有期徒刑6月，  
03 上訴後，竊盜部分經原審法院以105年度簡上字第617號將原  
04 判決撤銷改判處有期徒刑2月，並與詐欺罪部分合併定應執  
05 行有期徒刑5月確定；末因偽造文書等案件，經臺灣桃園地  
06 方法院以104年度訴字第236號判處得易科罰金之有期徒刑5  
07 月、6月，應執行有期徒刑10月確定，不得易科罰金之有期  
08 徒刑7月、8月、9月，應執行有期徒刑1年8月確定。上開案  
09 件，再經臺灣桃園地方法院以106年度聲字第2595號合併裁  
10 定應執行有期徒刑3年6月確定，送監執行後，於108年1月3  
11 日假釋出監，所餘期間併付保護管束，於108年10月8日保護  
12 管束期滿，未經撤銷假釋，其未執行之刑，以已執行論，此  
13 有本院被告前案紀錄表在卷可佐；被告於有期徒刑執行完畢  
14 後，5年內故意再犯本件法定刑為有期徒刑之罪，固為累  
15 犯，惟被告已執行完畢之前案係詐欺、竊盜、偽造文書等案  
16 件，與本件販賣第二級毒品之罪質不同，且檢察官於起訴書  
17 及原審審理時均未請求依累犯規定加重被告之刑，是依司法  
18 院釋字第775號解釋及最高法院刑事大法庭110年度台上大字  
19 第5660號裁定意旨，應認被告尚無依刑法第47條第1項累犯  
20 規定加重其最低本刑之必要，以符罪刑相當原則及比例原  
21 則。

22 2.被告已著手於販賣第二級毒品未遂罪之實行，惟因喬裝買家  
23 之員警並無實際買受之真意，事實上不能真正完成買賣，而  
24 未生犯罪既遂之結果，其犯罪尚屬未遂，爰依刑法第25條第  
25 2項規定減輕其刑。

26 3.犯毒品危害防制條例第4條至第8條之罪於偵查及審判中均自  
27 白者，減輕其刑，毒品危害防制條例第17條第2項定有明  
28 文。查被告於偵查、原審及本院審理中均自白販賣第二級毒  
29 品未遂之犯行，應依前揭規定減輕其刑。並依法遞減之。

30 4.又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  
31 罪，供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免

01 除其刑，同條例第17條第1項亦定有明文。查被告固於偵查  
02 中供承其毒品上游乃綽號「疲勞遠離三尺」之人，惟經原審  
03 函詢新北市政府警察局新莊分局，該分局函覆略以：經警方  
04 調閱被告供稱之交易毒品地點監視器畫面，並無相關畫面，  
05 因而無從查緝綽號「疲勞遠離三尺」之人之真實身分等語，  
06 有該分局111年11月8日新北警莊刑字第1114086613號函及員  
07 警職務報告在卷可佐（見原審卷第67至69頁），故被告犯行  
08 無從依該規定減輕其刑，附此敘明。

## 09 二、駁回上訴之理由

10 (一)本院審理結果，認原審被告就販賣第二級毒品未遂罪，審酌  
11 被告之素行不良，有本院被告前案紀錄表在卷可憑，其明知  
12 毒品對於國人身心健康及社會治安影響甚大，為法律所嚴格  
13 管制，竟不思以正途賺取所需，為謀取不法利益，無視政府  
14 反毒政策，著手販賣第二級毒品甲基安非他命，殘害國民身  
15 心健康，助長社會濫用毒品風氣，破壞社會治安，所為應予  
16 非難；惟念被告犯後始終坦承犯行，又幸經員警即時查獲，  
17 未生販賣既遂之結果，犯罪所生危害有限；另酌以本案毒品  
18 之數量及純質淨重，以及預計可獲得之利潤，且未有實際獲  
19 利等情，兼衡被告自述高職畢業之教育程度，之前擔任保全，  
20 月收入約32,000元，需扶養罹癌之母親，家庭經濟狀況  
21 勉持之家庭經濟及生活狀況，及其犯罪動機、目的、手段等  
22 一切情狀，量處有期徒刑2年10月，並說明扣案之白色或透  
23 明晶體2包（含包裝袋2個，毛重：2.0443公克，淨重：1.56  
24 90公克，取樣量：0.0025公克，驗餘量：1.5665公克），檢  
25 出甲基安非他命成分，應依毒品危害防制條例第18條第1項  
26 前段規定宣告沒收銷燬；裝放上開毒品之包裝袋，因與毒品  
27 難以完全析離，且無析離之實益及必要，應與毒品視為一  
28 體，併予沒收銷燬；至因鑑驗耗盡之甲基安非他命既已滅  
29 失，無庸再為沒收銷燬之諭知；扣案之HUAWEI廠牌行動電話  
30 1支（含門號0000000000號SIM卡1張），為被告用以與員警  
31 聯繫交易毒品事宜所用，為被告於原審審理中供述明確（見

01 原審卷第75頁)，故應依毒品危害防制條例第19條第1項規  
02 定諭知沒收等情，核其認事用法，均無違誤，量刑亦屬妥  
03 適，應予維持。

04 (二)被告上訴意旨略以：被告警詢時已具體提供上游具體資訊，  
05 應有毒品危害防制條例第17條第1項之適用，警察沒有就被  
06 告提供之金流為偵查，此部分未查獲上游之不利益不應歸責  
07 於被告，懇請從輕量刑云云。然查：

08 1.經原審函詢結果，經警調閱被告供稱之交易毒品地點監視器  
09 畫面，並無相關畫面，因而無從查緝綽號「疲勞遠離三尺」  
10 之人之真實身分，尚未查獲被告所供述之毒品上游等情，業  
11 如前述；且銀行帳戶匯入款項之原因本為多端，被告所指其  
12 與上游之毒品交易既無其他證據足佐，自難僅憑金流即能查  
13 獲被告所稱毒品來源，被告上訴意旨猶執陳詞置辯，委無可  
14 採。

15 2.再按刑之量定，為求個案裁判之妥當性，法律賦予法院裁量  
16 之權，量刑輕重，屬為裁判之事實審法院得依職權自由裁量  
17 之事項，苟其量刑已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第  
18 57條各款所列情狀，在法定刑度內，酌量科刑，如無偏執一  
19 端，致明顯失出失入情形，上級審法院即不得單就量刑部分  
20 遽指為不當或違法（最高法院72年台上字第6696號判決要旨  
21 參照）。被告上訴雖指摘原審量刑過重，然原審判決已考量  
22 被告之素行、犯罪動機、目的、犯後坦承犯行之態度、幸經  
23 員警即時查獲，未生販賣既遂之結果，犯罪所生危害有限，  
24 販賣第二級毒品甲基安非他命之數量以及預計可獲得之利  
25 潤，且未有實際獲利等情，並參酌被告之智識程度、生活經  
26 濟狀況等，業已衡酌刑法第57條所列各款事項，所處刑度符  
27 合「罰當其罪」之原則，亦與比例原則相符，並無輕重失衡  
28 之情形。

29 3.綜上所述，被告上訴意旨以原審量刑過重等節，經核要非可  
30 採，已如前述，其上訴為無理由，應予駁回。

31 據上論斷，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

01 本案經檢察官王凱玲提起公訴，檢察官黃冠運到庭執行職務。

02 中 華 民 國 112 年 5 月 30 日

03 刑事第九庭 審判長法官 潘翠雪

04 法官 俞秀美

05 法官 陳俞婷

06 以上正本證明與原本無異。

07 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

08 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

09 （均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

10 書記官 李政庭

11 中 華 民 國 112 年 5 月 30 日

12 附錄：本案論罪科刑法條全文

13 毒品危害防制條例第4條第2項、第6項

14 製造、運輸、販賣第一級毒品者，處死刑或無期徒刑；處無期徒  
15 刑者，得併科新臺幣三千萬元以下罰金。

16 製造、運輸、販賣第二級毒品者，處無期徒刑或十年以上有期徒  
17 刑，得併科新臺幣一千五百萬元以下罰金。

18 製造、運輸、販賣第三級毒品者，處七年以上有期徒刑，得併科  
19 新臺幣一千萬元以下罰金。

20 製造、運輸、販賣第四級毒品者，處五年以上十二年以下有期徒  
21 刑，得併科新臺幣五百萬元以下罰金。

22 製造、運輸、販賣專供製造或施用毒品之器具者，處一年以上七  
23 年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百五十萬元以下罰金。

24 前五項之未遂犯罰之。