最高法院刑事判決

114年度台上字第6665號

上　訴　人　蔡嘉文

選任辯護人　張藝騰律師

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國114年9月24日第二審判決（114年度上訴字第642號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署112年度偵字第54527號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件，且必須依據卷內訴訟資料為具體之指摘，並足據以辨認原判決已具備違背法令之形式者，始屬相當。本件原審綜合全案證據資料，本於事實審法院之推理作用，並引用第一審判決書所記載之事實、證據及理由，認定上訴人蔡嘉文有如第一審判決事實欄所載，販賣含有混合二種以上第三級毒品成分之毒品咖啡包（下稱毒品咖啡包）及第三級毒品愷他命未遂犯行，因而維持第一審依想像競合之例，從一重論其以犯販賣第三級毒品而混合二種以上之毒品未遂罪，量處有期徒刑3年4月，並為相關沒收諭知之判決，駁回其第二審之上訴。已詳述其憑以認定之證據及理由，核其所為之論斷，俱有卷存證據資料可資覆按，從形式上觀察，原判決尚無足以影響其判決結果之違背法令情形存在。

二、上訴意旨略以：

1.依員警陳羿嘉所證，因其手機更換已無留存卷附上訴人於民國112年10月17日17時35分前某時許，在通訊軟體Telegram「化學群中部（灰色地帶）」社群上，以暱稱「野源 新之助」，張貼「兄弟。04（飲料圖案）甜甜的 私訊喔」之暗示販賣毒品訊息（下稱本案販賣毒品訊息）照片，且該照片並未顯示時間，無任何跡證顯示本案販賣毒品訊息係上訴人所發布或張貼。再參以伊於112年11月6日以暱稱「野原 新之助」與警方暱稱「Kai」之對話紀錄顯示，係員警先傳送毒品暗語「飲料（圖案）」予伊後，伊方回覆「兄弟晚上好」、「你的量呢」，顯係員警引發伊販賣毒品之犯意。原判決僅憑陳羿嘉之證述、2人之Telegram對話紀錄，及現場交易錄音譯文，即認定伊本有販賣毒品之犯意，本件非屬陷害教唆，顯有違誤。

2.伊已坦承犯行，交易之數量亦僅10包，且係員警喬裝買家所促成，對國家、社會未生實際危害，犯罪情節堪屬輕微，原判決未依刑法第59條規定酌減其刑，已有過苛。再觀之司法院量刑資訊系統所示類此案件之平均刑度為有期徒刑2年0.88個月，原判決量處伊有期徒刑3年4月，有違罪刑相當原則、比例原則及平等原則等語。

三、惟查：

㈠司法警察機關使用之誘捕方式辦案大致區分為兩種類型，一為「犯意創造型」誘捕，一為「機會提供型」誘捕。前者，又稱為「陷害教唆」，係指行為人原無犯罪意思，因受他人（如網路警察）之引誘，始萌生犯意，進而著手實行犯罪構成要件行為而言，此種偵查手段違反正當法律程序，且逾越偵查犯罪之必要程度，應無證據能力。後者，又稱為「機會教唆」，係指行為人原本即有犯罪之意思，其從事犯罪構成要件行為之犯意，並非他人（如網路警察）所創造，司法警察僅係利用機會加以誘捕，此種情形之犯罪行為人原本具有犯意，並非司法警察所造意，司法警察僅係運用設計引誘之偵查技巧（俗稱釣魚），使其暴露犯罪事證而加以逮捕偵

辦，並未違反憲法對於基本人權之保障，且於公共利益之維護有其必要性，屬適法之偵查手段。原判決已說明：如何依憑上訴人之部分供述、陳羿嘉之證述、2人之Telegram對話紀錄、現場交易錄音譯文、扣案毒品咖啡包、愷他命等證據資料綜合判斷後，認定陳羿嘉於112年10月17日17時35分網路巡邏時，發現上訴人所刊登之本案販賣毒品訊息，乃於同年11月6日20時24分許與上訴人聯繫，上訴人於陳羿嘉傳送「飲料」圖示時，即知悉對方意指購買毒品咖啡包，雙方約定以1包毒品咖啡包新臺幣450元之代價購買10包，及在臺中市西屯區西屯路2段95之25號之統一超商西屯重慶門市進行交易，上訴人又主動傳送訊息詢問陳羿嘉是否要一併購買愷他命。2人於同日23時45分許，於上開地點交易時，上訴人除攜約定交易之毒品咖啡包10包到場外，並提供愷他命予陳羿嘉觀看，詢問其是否要購買之販賣含有混合二種以上第三級毒品咖啡包及愷他命未遂犯行，可認上訴人本案販賣毒品咖啡包及愷他命之犯意，並非陳羿嘉所創造。並敘明：陳羿嘉已證稱，因為其執行網路巡邏會同時擷好幾個廣告訊息，因間隔一段時日，確認上訴人有販賣意圖，才開行進行誘捕偵查等語，且Telegram對話及本案販賣毒品廣告所顯示之上訴人暱稱、圖示、帳號均相同，扣案上訴人之Iphone XS手機經數位採證結果，其內有Telegram「化學群中部（灰色地帶）」群組之內容，上訴人於第一審訊問時亦供承：我可能有在該群組內PO過廣告，就像打在簡介這樣子，當時打的時候有要賣的意思，所以警察傳訊息給我，我才馬上回他「量多少」等語，益徵上訴人原即有販賣毒品咖啡包及愷他命之犯意，可認本案警方之偵查屬於合法誘捕偵查，而非屬學理上所稱之「陷害教唆」。上訴人辯稱無證據顯示，其曾於112年10月17日刊登本案販賣毒品訊息等語自無可採。已就上訴人本有販賣毒品之意，本件何以非陷害教唆及其所辯各節如何不可採，依據卷內資料詳加指駁，說明其取捨之理由綦

詳。核其所為之論斷，尚與經驗法則及論理法則無違。上訴意旨仍為單純事實之爭辯，並非上訴第三審之合法理由。

㈡刑法第59條關於犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑，仍嫌過重者，得酌量減輕其刑之規定，乃法院得依個案情節自由裁量之事項。而刑之量定，同屬法院得依職權自由裁量之事項，若於量刑時，已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列一切情狀，在法定刑度之內予以裁量，又未濫用其職權，所量之刑亦無違公平、比例及罪刑相當等量刑原則者，即不得遽指為違法。原判決已說明：上訴人原議定販賣之毒品咖啡包數量及價金均非少數，對社會治安有重大危害，衡諸社會客觀標準，實難認上訴人經依毒品危害防制條例第17條第2項、刑法第25條第2項規定遞減輕其刑後，有何顯可憫恕，依刑法第59條規定酌減其刑之餘地。第一審以上訴人之責任為基礎，經審酌刑法第57條所定各款情刑為量刑，並無濫用裁量權，違反公平、比例、罪刑相當等量刑原則，應予維持之理由，自不容任意指為違法。而個案情節本有不同，司法院量刑資訊系統僅供法院量刑參考，並無拘束法院量刑之效力，上訴意旨對原判決量刑之指摘，同非上訴第三審之合法理由。

四、上訴意旨並非依據卷內資料具體指摘原判決究有如何違背法令之情形，徒對原審採證認事及量刑職權之適法行使任意指摘，顯不足據以辨認原判決已具備違背法令之形式。揆之首揭規定，其上訴為違背法律上之程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　26　　日

刑事第二庭審判長法　官　林立華

法　官　莊松泉

法　官　陳如玲

法　官　鄭富城

法　官　王敏慧

本件正本證明與原本無異

書記官　游巧筠

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　30　　日