# 最高法院刑事判決

115年度台上字第2700號

上　訴　人　林承軒

周岱翼

上列上訴人等因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院中華民國115年2月11日第二審判決（114年度上訴字第5722號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署111年度偵字第31898、14737、26854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。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

二、本件原審以上訴人林承軒、周岱翼（下或稱上訴人2人）經第一審判決就其事實欄所載犯行，分別論處上訴人2人共同販賣第二級毒品未遂罪刑及諭知相關沒收、銷燬後，林承軒就第一審判決全部提起上訴，周岱翼明示僅就第一審判決之量刑部分提起上訴，經維持第一審關於上訴人2人部分之判

決，駁回其等在第二審之上訴，已引用第一審判決書所記載之事實、證據及理由，並補充說明何以駁回上訴人2人提起第二審上訴之理由。

三、誘捕偵查主要分為兩種類型：一為「創造犯意型之誘捕偵查」（即陷害教唆），指行為人原無犯罪之意思，純因具有司法警察權之偵查人員設計誘陷，以唆使其萌生犯意，待其形式上符合著手於犯罪行為之實行時，再予逮捕者而言，因司法警察係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，其因此等違反法定程序所取得之證據資料，不具有證據能力；另一則為「提供機會型之誘捕偵查」（即釣魚偵查），指行為人原已犯罪或具有犯罪之意思，具有司法警察權之偵查人員於獲悉後為取得證據，僅係提供機會，以設計引誘之方式，使其暴露犯罪事證，待其著手於犯罪行為之實行時，予以逮捕、偵辦者而言，倘司法警察於此所採取之誘捕手段與比例原則無違，所取得之證據則認有證據能力。又「陷害教唆」因行為人原無犯罪之意思，具有司法警察權者復伺機逮捕，乃以不正當手段入人於罪，尚難遽認被陷害教唆者成立犯罪；至刑事偵查技術上所謂之「釣魚」者因犯罪行為人主觀上原即有犯罪之意思，乃佯與之為對合行為，倘行為人客觀上已著手於犯罪行為之實行時，自得成立未遂犯。再行為人是否原已有犯罪意思之認定，屬事實審法院之職權，如其綜合全部卷證資料所為之認定，未違背經驗法則與論理法則，復已敘述所憑判斷之心證理由，即不能任意指為違法。原判決已說明：如何依憑林承軒之部分供述、楊志宏之證述、臉書截圖、扣案毒品甲基安非他命等證據資料綜合判斷後，認定本案係員警楊志宏執行網路巡邏時發現林承軒在臉書公開張貼販毒廣告，遂喬裝買家接洽，期間因愷他命交易不順，林承軒主動表示

另有管道出貨甲基安非他命，雙方相約在新北市三重區力行路1段53號停車場內交易，林承軒所屬販毒集團之成員即指派周岱翼、同案被告謝承浩（經判處罪刑確定）及暱稱「古錐」之不詳姓名等人（下稱周岱翼等人）依約前往；適周岱翼等人正欲販賣前開毒品牟利之際即當場為警方查獲，足認員警喬裝購毒者向林承軒表示欲購買毒品時，林承軒已存有販賣第二級毒品以營利之犯意，且於佯裝購毒者之警方依約至上述地點交易時，周岱翼等人亦依約至約定地點欲完成買賣行為，顯見林承軒與周岱翼等人為警於民國111年3月2日查獲前，已著手販賣第二級毒品之行為甚明，雖與員警為毒品交易之際即為警當場查獲，但並非查緝員警施以不法引誘，林承軒始萌生未曾存在之販毒意欲，查緝員警僅係利用機會加以誘捕，對於林承軒仍係出於販賣第二級毒品之故意，而至約定地點進行販賣毒品行為，並不生何影響，核屬合法之「提供機會型」誘捕偵查，並未違反憲法保障人權之意旨，且為維護公共利益所必要。從而，原判決敘明林承軒雖著手販賣第二級毒品之犯行，惟因購毒者係員警佯裝而假意向林承軒購買毒品，致林承軒實際上未能真正完成交易行為，林承軒犯行僅屬未遂等旨，所為論斷，俱有卷存事證足憑，經核於法尚無不合，並無林承軒上訴意旨所指摘員警非合法誘捕偵查之情事，亦無採證違法、證據調查職責未盡、適用證據法則不當或判決理由欠備之違誤，自屬原審採證、認事之適法職權行使，不容任意指摘為違法。又原判決依其證據取捨及判斷證明力之職權，以本件事證已明，無再勘驗林承軒另案扣案手機內與本案員警聯繫的通訊軟體對話內容，為其他無益調查之必要，即無不合，上訴意旨指摘原判決未為上開勘驗係調查未盡、理由未備，同非適法。

四、是否適用刑法第59條酌減其刑、刑之量定，均屬事實審法院得依職權裁量範疇。而刑法第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，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。又量刑判斷當否之準據，應就判決之整體觀察為綜合考量，苟已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列情狀，在法定刑度內，酌量科刑，無顯然失當或違反公平、比例及罪刑相當原則，亦無偏執一端，致明顯失出失入情形，即不得任意指為違法。原判決已說明周岱翼犯販賣第二級毒品未遂之罪，於依刑法第25條第2項及毒品危害防制條例第17條第2項、第1項之規定遞減輕其刑後，依其犯罪情狀觀之，已無情輕法重顯可憫恕而須再適用刑法第59條規定酌減其刑之必要等旨。復敘明第一審係以行為人之責任為基礎，審酌周岱翼無視法律禁令，竟為圖自己利益，販賣第二級毒品未遂犯行，且本件遭查獲之毒品數量甚多，一旦流入市面將對於國民健康之潛在危害甚鉅，所為實有不該，另考量其犯後坦承犯行，非無悔意之態度，兼衡其犯罪之動機、目的、手段、參與程度、素行、智識程度、生活狀況等一切情狀而量刑，既未逾越依上述規定遞減輕其刑後之處斷刑範圍，且無違公平正義情形，而予維持之理由。所為論斷，經核於法並無不合，亦未違反比例、罪刑相當原則，自均屬事實審法院刑罰裁量權之適法行使，不容任意指摘為違法。周岱翼上訴意旨仍執陳詞，泛稱原審所量處之刑過重違反比例、罪刑相當原則云云。無非就原審量刑職權之適法行使，再執原判決已審酌之量刑情狀重為爭執，或比附援引他案，均非適法之第三審上訴理由。

五、依上所述，本件上訴人2人之上訴皆不合法律上之程式，均應予駁回。

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　　9　　月　　2　　日

刑事第八庭審判長法　官　梁宏哲

法　官　楊力進

法　官　游士珺

法　官　鄭富城

法　官　陳德民

本件正本證明與原本無異

書記官　李丹靈

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　8　　日