最高法院刑事判決

115年度台上字第960號

上　訴　人　許博皓

選任辯護人　簡靖軒律師
　　趙元昊律師

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院中華民國114年10月29日第二審判決（111年度上訴字第4902號，起訴案號：臺灣基隆地方檢察署110年度偵緝字第130號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

一、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、本件原判決維持第一審從一重論處上訴人許博皓犯共同運輸第一級毒品（相競合犯私運管制物品進口）罪刑，及諭知相關沒收之判決，駁回上訴人在第二審之上訴，已詳敘調查、取捨證據之結果及如何審酌裁量之理由。

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。其次，行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，不罰，刑法第26條定有明文。此即學理上所稱不能未遂，係指已著手於犯罪之實行，但其行為未至侵害法益，又無危險者，雖與一般障礙未遂同屬未對法益造成侵害，然不能未遂仍須無侵害法益之危險，始足當之。而有無侵害法益之危險，應綜合行為時客觀上通常一般人所認識及行為人主觀上特別認識之事實為基礎，本諸客觀上一般人依其知識、經驗及觀念所公認之因果法則而為判斷，非單純以客觀上真正存在之事實情狀為憑，更非依循行為人主觀上所想像之因果法則判斷認定之。若有侵害法益之危險，而僅因一時、偶然之原因，致未對法益造成侵害，則為障礙未遂，非不能未遂。又運輸毒品罪所稱之「運輸」，係指本於運輸意思而搬運輸送而言，區別該罪既遂、未遂之

依據，應以已否起運為準，倘行為人有此意圖，一有搬運輸送之行為，犯罪即已成立，並非以運抵目的地為完成犯罪之要件。

原判決係依憑上訴人供稱受人委託至國外攜帶海洛因回臺，其輾轉委託他人實行，最後由共犯即其友人卓鈺鈞、張庭瑜（均經判決有罪確定）出國運毒，於通關入境時被抓到等語，核與卓鈺鈞證述由上訴人接洽運輸海洛因犯行，出國前有與上訴人、張庭瑜共同會面，由上訴人告知如何分工進行等語，以及張庭瑜證述出國前曾與上訴人見面數次，討論運輸海洛因事宜，之後由其與卓鈺鈞假扮情侶至泰國旅遊帶回毒品等情相符。佐以如原判決附表（下稱附表）四所示之入出境查詢資料、搜索扣押筆錄及扣押物品目錄表、手機通聯照片截圖、通聯紀錄表、毒品鑑定書、財政部關務署臺北關扣押貨物收據及搜索筆錄、勘查採證同意書、航班查詢資料，以及附表一所示之扣案海洛因共48包等證據資料，認定上訴人受人委託尋找共犯出國運毒，嗣與卓鈺鈞、張庭瑜等共犯事前謀議，決議由卓鈺鈞、張庭瑜出國將毒品運回。復依前開認定之事實，論述上訴人本即有運輸、私運海洛因之犯意，並非員警以引誘或教唆犯罪之不正當手段使之萌生犯意，本案固有檢舉人於卓鈺鈞、張庭瑜出國前3日向員警舉報，然上訴人在此之前即與共犯謀議而有運輸海洛因之犯意，依前揭說明，本案自非陷害教唆，而屬合法之釣魚偵查，員警因此取得之證據具有證據能力之憑據。原審復載敘卓鈺鈞、張庭瑜將藏有海洛因之行李箱、紙箱自泰國起運並運抵臺灣，此等客觀行為並無事實上或法律上無法發生犯罪結果之情形，且依一般人或行為人之主觀認知，亦認此舉可以達成犯罪目的，而無不能未遂之情形。又上訴人係指示卓鈺鈞、張庭瑜出國運毒之人，不論實際運毒之人有無反悔或不願繼續配合運毒，均不影響上訴人之主觀犯意認定，又上訴人及相關共犯均各在自己之意思支配下依照犯罪計畫實行各該分擔之犯罪行為，整體犯罪事實及型態並未改變，縱使

過程中有檢舉人向員警告知此犯罪計畫，偵查機關亦係被動從旁監視犯罪之動向，尚非國家機關主動唆使上訴人萌生犯意並實行犯罪行為，而就本案係屬運輸毒品既遂而非不能未遂之論斷，詳為說明所憑。又逐一敘明何以無再行傳喚張庭瑜、張庭瑜之夫張峻堯、受理檢舉之員警劉晟旭到庭作證，亦無向基隆市政府警察局函詢劉晟旭是否因破獲本案獲得任何獎勵、陞遷之必要。所為論斷，均有卷存事證足佐，並無認定事實未憑證據之情形，亦無適用經驗、論理法則不當等違誤。上訴意旨以張庭瑜出國前已反悔，係受警方唆使始繼續實行犯罪，原判決認定本案非陷害教唆，有理由不備、適用法則不當之違誤，且原審未調查前揭證據亦有調查職責未盡之違法等語，核係就原審採證、認事職權之適法行使，及原判決已明白論斷之事項，憑持己意，擅為不同評價，並非上訴第三審之適法理由。

四、毒品危害防制條例（下稱毒品條例）第32條之1制定「控制下交付」條文，主要鑑於現今毒品之販賣、運輸過程中，通常犯罪者係採「人貨分離」模式從事非法交易，且以跨國從事販賣、運輸為主，無論是以郵包或貨櫃、夾帶等方式，均可由不論知情與否之第三方代為完成報關、報驗、提貨、收貨，再轉交付予實際幕後者；或由毒品組織集團第一線成員出面完成前述相關程序，其幕後之組織核心成員並不直接接觸相關毒品交付行為，待組織成員順利取得毒品後，再予以操控後續非法行為。故而利用「控制下交付」之偵查方式，在偵辦過程中，藉由毒品運送過程（如故意放行人、貨入出國境，配合或聯絡國外司法單位聯合緝毒，或事先替換內藏毒品為其他無害貨品即所稱「無害之控制下交付」等），順利清查相關涉案集團成員，俟適當查緝時機，由偵查機關一網打盡、瓦解幕後組織。蓋因此種毒品從國外栽種、製造、運輸，再販賣至國內毒品消費者手上，需要一定之組織與規模，因此跨國性毒品運輸、販賣等偵查作為，涉及國際合作，包括於海外查緝之毒品與在國內緝獲犯嫌之犯罪事證之

認定，或後續所涉引渡等問題，又境外輸入之國際郵包、貨櫃復有涉及國際通關作業及管制規定。且所涉之被告、犯罪嫌疑人及毒品入出國境所實施之偵查亦事關國家司法主權，因此必須有法源依據，查緝機關始得據以實施。可知毒品條例第32條之1「控制下交付」條款之制定，一方面因事涉與海外司法單位情資分享及合作事宜，將偵查層級提昇由最高檢察署檢察總長核可實施偵查，可彰顯我國對此國際公罪，善盡國際間合作義務與相互尊重，並強化我國之司法主權；另一方面有法源依據，亦可使依法有作為義務（如海關稽私、內政部移民署對於入出境管制等）或偵查人員，於偵辦案件同時，免於被誤認有故意不作為而縱放犯罪之情事，並可控制以陷害教唆等不正方式偵查或監督不肖人員包庇不法、使毒品散逸等風險。但「控制下交付」畢竟僅為隱密偵查方法之一，主要針對跨國性之毒品運輸入出境之偵查方式，非如其他隱密偵查，如實施通訊監察，必須以經合法聲請為要件，此由毒品條例第32條之1第1項規定係「『得由』其檢察長或其最上級機關首長向最高檢察署提出偵查計畫書，並檢附相關文件資料，經最高檢察署檢察總長核可後」等語，及海關執行毒品控制下交付作業要點第9點規定海關認「有必要時」，或經外國海關或其執法單位「要求」我方配合進行控制下交付之案件，始應報請所在地檢察機關指揮偵辦等情亦明。是倘案件未涉及國際間司法合作，或毒品運抵國境後始經察覺或開始偵查，而暫無追查境外嫌犯之必要，或出於其他緊急情況時，採取相類於「控制下交付」之「守株待兔」而非「一網打盡」方式隱密偵查，除出於其他不正或非法方式外，自不能以未經依毒品條例第32條之1向最高檢察署檢察總長聲請核可，即遽指為違法。

原判決已敘明劉晟旭於原審證述本案檢舉人之檢舉內容僅提及行為人之出國時間，未告知返國時間、出國後之接觸對象、運毒數量等線索，因獲得之情資有限，無法依規定提出符合要式性之偵查計畫書，故未依上開法條規定聲請核可控

制下交付等語；且參照劉晟旭接獲檢舉之時點，距行為人出國時間僅剩2日，則員警未及為完整之證據蒐集與調查，致未依上開規定聲請核可為控制下交付，仍無違法可指。經核亦無不合。

五、綜上所述，誘捕偵查是否合法，應以司法警察或受其實質支配之人介入前，行為人是否已具有犯罪意思或具體犯罪傾向為判斷核心，並非以介入時行為人是否已著手實行犯罪為唯一標準。行為人雖尚未進入構成要件行為之著手階段，仍可能早已形成犯罪意思或完成相當準備；司法警察嗣僅提供實行犯罪之機會，俟其依原有犯意著手實行時予以查獲，仍屬合法之機會提供型誘捕偵查。又司法警察透過受其指示之共犯與行為人聯絡，固具有國家偵查行為之性質，惟該共犯受警指示之事實，並不當然證明其他共同被告的犯罪意思係由國家所創設，仍應依各該被告於國家介入前後之言行、犯罪準備、計畫形成及誘引強度等一切情狀，分別判斷。原判決既已依卷內事證，說明上訴人原有犯罪意思，司法警察僅提供其實行犯罪之機會，所為論斷未違反經驗及論理法則，上訴意旨徒以誘捕行為發生於犯罪著手以前，指摘係屬陷害教唆，乃混淆犯意形成與犯罪著手之不同概念，並就原審採證認事之適法職權行使重為爭辯，皆非適法之第三審上訴理由，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　　7　　月　　22　　日

刑事第八庭審判長法　官　梁宏哲

法　官　楊力進

法　官　劉方慈

法　官　鄭富城

法　官　游士珺

本件正本證明與原本無異

書記官　張齡方

中　　華　　民　　國　　115　　年　　7　　月　　22　　日