

臺灣桃園地方法院刑事判決

110年度訴字第1462號

公訴人 臺灣桃園地方檢察署檢察官
被告 卓昆穎

指定辯護人 洪大植律師

上列被告因違反毒品危害防制條例案件，經檢察官提起公訴（110年度偵字第27965號），本院判決如下：

主 文

卓昆穎販賣第三級毒品，未遂，處有期徒刑壹年拾月
扣案如附表編號一、二所示之物均沒收。

事 實

一、卓昆穎明知氟硝西洋（Flunitrazepam，俗稱一粒眠或FM2毒品）係毒品危害防制條例第2條第2項第3款所列管之第三級毒品，非經許可，不得販賣，竟基於販賣第三級毒品以營利之犯意，於民國110年7月21日中午12時45分許，在「老子有錢」聊天室傳送「Fm2」、「桃園」、「桃園fm2」之兜售毒品訊息。適員警執行網路巡邏發現上情，遂喬裝為買家以We Chat通訊軟體與卓昆穎聯繫毒品交易事宜，於110年7月27日晚間11時31分許，卓昆穎與員警喬裝之買家就含有第三級毒品氟硝西洋成分之錠劑34顆以新臺幣（下同）2,500元之價格達成協議，並約定在桃園市桃園區 路 段 號之萊爾富便利商店旁進行交易。嗣於110年7月28日凌晨0時27分時，卓昆穎至上開交易地點與喬裝員警見面，並交付喬裝員警上開毒品，員警隨即表明身分並當場逮捕卓昆穎而未遂，並扣得含有第三級毒品氟硝西洋成分之錠劑34顆（總毛重：12.60公克）及聯絡毒品交易所用之行動電話1支（IPHONE 8 PLUS，含門號 號SIM卡1張）。

二、案經新北市政府警察局新莊分局報告臺灣桃園地方檢察署檢察官偵查起訴。

理 由

壹、程序部分：

一、按被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據；又被告以外之人於審判外之陳述，雖不符合同法第159條之1至第159條之4規定，但經當事人於審判程序同意作為證據，法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認為適當者，亦得為證據。當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有第159條第1項不得為證據之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同意，刑事訴訟法第159條第1項及第159條之5分別定有明文。經查，本判決下列所引用之被告以外之人於審判外之陳述（含書面陳述），檢察官、被告卓昆穎及其辯護人迄至本院言詞辯論終結前均未聲明異議，本院審酌上開證據資料製作時之情況，尚無違法不當及證明力明顯過低之瑕疵，亦認為以之作為證據應屬適當，揆諸前開規定，爰依刑事訴訟法第159條之5規定，認前揭證據資料均有證據能力。

二、本件認定事實所引用之本件卷內之非供述證據，檢察官、被告及其辯護人均未主張排除前開證據之證據能力，且迄於本院言詞辯論終結前均未表示異議，本院審酌前開非供述證據並無證據證明係公務員違背法定程序所取得，亦無刑事訴訟法第159條之4之顯有不可信之情況與不得作為證據之情形，是本件認定事實所引用之本件卷內之非供述證據，均認為有證據能力。

貳、實體部分：

一、認定事實之理由及依據：

(一)上揭犯罪事實，業據被告卓昆穎於警詢、偵訊、本院訊問、準備程序及審理時均坦承不諱（詳見偵字卷第17至23頁、第121至122頁；本院訴字卷第91至96頁、第236至241頁、第280頁），並有新北市政府警察局新莊分局福營派出所警員職務報告、新北市政府警察局新莊分局搜索、扣押筆錄及扣押物品目錄表、新北市政府警察局新莊分局福營派出所（網路

巡查) 老子有錢對話譯文一覽表、新北市政府警察局新莊分局福營派出所(網路巡察) WeChat對話譯文一覽表及語音通話譯文一覽表、販賣毒品FM2案現場交易譯文、老子有錢聊天室對話紀錄截圖、通訊軟體WECHAT對話紀錄截圖、查獲現場照片、查扣物外觀照片在卷可稽(詳見偵字卷第25至26頁、第27至31頁、第47頁、第49至52頁、第53至54頁、第55至56頁、第57至76頁、第77至79頁、第143至145頁、第149至151頁), 復有扣案如附表所示之毒品及手機可憑。而警方逮捕被告後所扣得之如附表編號一所示之白色圓形藥錠34顆, 經送鑑定, 確檢出第三級毒品氯硝西洋成分(重量詳如附表編號一所示), 此有台灣尖端先進生技醫藥股份有限公司毒品原物鑑定實驗室毒品證物鑑定分析報告在卷可參(詳見偵字卷第155頁), 足認被告前開任意性之自白, 核與上揭事實相符, 應值採信。

(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, 除經坦承犯行, 或帳冊價量均記載明確外, 委難察得實情, 是縱未確切查得販賣賺取之實際差價, 但除別有事證, 足認係按同一價格轉讓, 確未牟利之情形外, 尚難執此認非法販賣之事證有所不足, 致知過坦承者難辭重典, 飾詞否認者反得逞僥倖, 而失情理之平。況且, 販賣者從各種「價差」或「量差」或係「純度」謀取利潤方式, 或有差異, 然其所圖利益之非法販賣行為目的, 則屬相同, 並無二致; 衡諸毒品

取得不易，量微價高，依一般社會通念以觀，凡為販賣之不法勾當者，倘非以牟利為其主要誘因及目的，應無甘冒被查緝法辦重刑之危險，平白無端義務為該買賣之工作，是其販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之意圖及事實，應屬符合論理法則，且不違背社會通常經驗之合理判斷。查被告於本院準備程序時供稱：若販賣成功可以獲利2,300元等語明確（詳見本院訴字卷第93頁），應認被告就本件販賣第三級毒品未遂之犯行，主觀上應有從中賺取買賣價差以營利之意圖，至為灼然。

(三)綜上所述，本案事證明確，被告犯行堪予認定，應依法論科。

二、論罪科刑：

(一)按刑法上所謂陷害教唆，係指行為人原無犯罪之意思，純因具有司法警察權者之設計誘陷，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。此種「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，係以不正當手段入人於罪，尚難遽認被陷害教唆者成立犯罪。至於刑事偵查技術上所謂之「釣魚」者，則指對於原已犯罪或具有犯罪故意之人，司法警察於獲悉後為取得證據，以設計引誘之方式，佯與之為對合行為，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。後者因犯罪行為人主觀上原即有犯罪之意思，倘客觀上又已著手於犯罪行為之實行時，自得成立未遂犯，與「陷害教唆」情形迥然有別（最高法院101年度台上字第3253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）。本件係因警員執



行網路巡邏後查得被告有發送暗示販毒之訊息，再與被告聯絡購買毒品，經被告攜帶含有第三級毒品氯硝西洋成分之錠劑34顆前往約定地點交付毒品，進而查獲本案犯行，足認被告本即有販賣第三級毒品之故意，且已著手實行販賣第三級毒品之行為，然因警員為辦案所需而無購買第三級毒品之真意，致不能真正完成販賣行為。是核被告所為，係犯毒品危害防制條例第4條第6項、第3項之販賣第三級毒品未遂罪。又被告販賣前所持有之第三級毒品之純質淨重未達5公克以上（純質淨重詳如附表編號一所示），是其於販賣第三級毒品前之持有行為並不構成犯罪，自無持有純質淨重逾量第三級毒品之低度行為應為販賣第三級毒品未遂之高度行為所吸收之吸收關係存在。

(二)刑之加重：

1. 依108年2月22日公佈之司法院釋字第775號解釋文：「刑法第47條第1項規定：『受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，5年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至2分之1。』有關累犯加重本刑部分，不生違反憲法一行為不二罰原則之問題。惟其不分情節，基於累犯者有其特別惡性及對刑罰反應力薄弱等立法理由，一律加重最低本刑，於不符合刑法第59條所定要件之情形下，致生行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪責之個案，其人身自由因此遭受過苛之侵害部分，對人民受憲法第8條保障之人身自由所為限制，不符憲法罪刑相當原則，牴觸憲法第23條比例原則。於此範圍內，有關機關應自本解釋公佈之日起2年內，依本解釋意旨修正之。於修正前，為避免發生上述罪刑不相當之情形，法院就該個案應依本解釋意旨，裁量是否加重最低本刑。」是在該解釋文公佈後，本院即應依此意旨認定被告是否有依刑法第47條第1項規定加重其刑之必要。
2. 次按被告構成累犯之事實及應加重其刑之事項，均應由檢察官主張並具體指出證明之方法後，經法院踐行調查、辯論程序，方得作為論以累犯及是否加重其刑之裁判基礎（最高法

院110年度台上大字第5660號刑事裁定意旨參照)。經查，被告前因違反毒品危害防制條例案件，經本院以109年度聲字第1416號裁定定應執行有期徒刑4月確定，於109年7月13日易科罰金執行完畢等情，有臺灣高等法院被告前案紀錄表在卷可佐，是被告於前案有期徒刑執行完畢5年內，故意再犯本件有期徒刑以上之罪，為累犯，且檢察官於本院審理時陳明略以：被告所為之施用毒品犯行（本院108年度桃簡字第1433號判決、本院108年度桃簡字第2014號判決、本院109年度聲字第1416號裁定），已於109年7月13日易科罰金執行完畢，被告於五年內再犯本件毒品犯行，其罪質相同，請依累犯之規定加重其刑等語（詳見本院訴字卷第280至281頁）。據此，本院審酌被告前案亦屬違反毒品危害防制條例案件，參以被告於前案執行完畢後，理應產生警惕作用，應能自我反省、要求，被告猶即再犯本案，且由單純戕害自身之施用毒品犯行，變本加厲為牟取利益之販賣毒品犯行，足見本案並非偶發，前案之執行未能收得明顯之預防、教化之效，堪認有特別惡性及刑罰反應力薄弱之情形，有加重其刑予以延長矯正其惡性此一特別預防之必要，且如加重其刑，尚與本案被告之罪責相當，並無被告所受之刑罰超過其所應負擔之罪責，被告人身自由並無因此遭受過苛之侵害，自無司法院釋字第775號解釋意旨所示牴觸比例原則、罪刑不相當之情形存在，爰依上開規定，就被告本件犯行，依刑法第47條第1項規定加重其刑。

3.此外，參照最高法院110年度台上大字第5660號刑事裁定意旨，基於精簡裁判之要求，判決主文無庸為累犯之諭知，附此敘明。

(三)刑之減輕：

1.被告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。

2.按犯第四條至第八條之罪於偵查及歷次審判中均自白者，減



輕其刑，毒品危害防制條例第17條第2項定有明文。查被告就本案販賣第三級毒品未遂犯行，於偵查及本院審理時皆自白不諱，業如前述，爰依毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑。

(四)被告所為本案販賣第三級毒品未遂犯行，分別有上開認定之加重、減輕事由，爰依法先加重後遞減其刑。

(五)本件無刑法第19條第2項規定適用之說明：

1.按行為時因精神障礙或其他心智缺陷，致其辨識行為違法或依其辨識而行為之能力，顯著減低者，得減輕其刑，刑法第19條第2項定有明文。又犯罪行為人刑事責任能力之判斷，以行為人理解法律規範，認知、辨識行為違法之意識能力，及依其認知而為行為之控制能力二者，為關鍵指標；且刑事責任能力之有無，應本諸「責任能力與行為同時存在原則」，依行為時之精神狀態定之。是行為人是否有足以影響意識能力與控制能力之精神障礙或其他心智缺陷等原因，因事涉醫療專業，必要時固得委諸於醫學專家之鑑定，然該等生理、心理原因之存在，是否已致使行為人意識能力與控制能力有刑法第19條所規定得據以不罰或減輕其刑之欠缺或顯著減低等情形，既依犯罪行為時狀態定之，自應由法院本其調查證據之結果，加以判斷。醫學專家對行為人精神狀態進行鑑定結果，提供某種生理或心理學上之概念，法院固得將該生理、心理學上之概念資為判斷資料，然非謂該鑑定結果得全然取代法院之判斷，行為人責任能力有無之認定，仍屬法院綜合全部調查所得資料，而為採證認事職權合法行使之結果（最高法院101年度台上字第5133號判決意旨參考）。

2.經查，被告患有非特定鬱症、非特定焦慮症、其他睡眠障礙症等疾病，有被告提出安心診所之診斷證明書在卷可憑（詳見本院訴字卷第103頁），然依卷存證據資料所示，被告於行為時及行為後的表現，其可刊登兜售第三級毒品訊息，由被告與警員微信對話內容觀之，被告表意清晰，雙方相互對答正常流暢，被告均能正確理解對方語意，被告並能依約前

01 往現場進行交易，為警查獲後，亦能陳述如何透過處方箋取
02 得第三級毒品及獲利情形等情，依上過程，被告對於外界事
03 務知覺理會及判斷作用，並未較普通人之平均程度有何減
04 退，仍有自由決定意思之能力，堪認被告於本案行為時，並
05 無因精神障礙或其他心智缺陷，致不能辨識行為違法或欠缺
06 依其辨識而行為之能力、或有顯著降低之情形，是難認被告
07 有刑法第19條規定因精神障礙或其他心智缺陷減免其刑規定
08 之適用。

09 (六)本件無刑法第59條規定適用之說明：

10 辯護人雖為被告主張：被告本件犯行應有刑法第59條酌減刑
11 度之適用等語。惟按刑法第59條規定之酌量減輕其刑，必須
12 犯罪另有特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，
13 認為即使予以宣告法定最低度刑，猶嫌過重者，始有其適
14 用。此所謂法定最低度刑，固包括法定最低本刑；惟遇有其
15 他法定減輕之事由者，則應係指適用其他法定減輕事由減輕
16 其刑後之最低度刑而言。倘被告別有法定減輕事由者，應先
17 適用法定減輕事由減輕其刑後，猶認其犯罪之情狀顯可憫
18 恕，即使科以該減輕後之最低度刑仍嫌過重者，始得適用刑
19 法第59條規定酌量減輕其刑（最高法院100年度台上字第744
20 號判決意旨參照）。查本件被告所犯販賣第三級毒品未遂
21 罪，雖有累犯加重，惟經依前述減輕事由遞減其刑後，法定
22 最低刑度已大幅降低，實已無情輕法重之憾，況被告販賣毒
23 品戕害國人身心健康甚鉅，難認有何特殊之原因與環境，依
24 據客觀觀察足以引起一般同情，當無再援引刑法第59條之規
25 定減輕其刑之餘地。

26 (七)爰審酌被告不思努力進取獲取所需，為圖一己之私利，販賣
27 第三級毒品予他人，輕則戕害施用者之身心健康，重則引發
28 各種犯罪，危害社會治安，所為實屬不該，惟念被告犯後始
29 終坦承犯行，態度良好，並參酌其販賣數量非鉅、次數僅有
30 1次，犯罪所得不多、犯罪之動機、目的，兼衡被告於警詢
31 時自陳高職肄業之智識程度、家庭經濟狀況勉持之生活狀



況、於本院訊問時自陳職業為臨時工等一切情狀，量處如主
文所示之刑。

三、沒收部分：

(一)扣案如附表編號一所示之第三級毒品氯硝西洋成分之錠劑34
顆，係毒品危害防制條例所規定之第三級毒品，應認均係違
禁物，自應依刑法第38條第1項規定宣告沒收，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，應一併沒收之；而毒品送鑑耗損之部分，既已減
失，自無庸宣告沒收。

(二)扣案如附表編號二所示被告所有之行動電話1支（含門號
號SIM卡1張），係被告所有，供其為本案販賣第三
級毒品未遂犯行所用之物，業據被告自承在卷（詳見本院訴
字卷第93頁），應依毒品危害防制條例第19條第1項之規
定，宣告沒收。

(三)另本件被告所涉本件犯行，因未及賣出毒品即遭警方查獲，
尚無販賣所得之財物，自無從諭知沒收犯罪所得。

據上論斷，應依刑事訴訟法第299條第1項前段，毒品危害防制條
例第4條第6項、第3項、第17條第2項、第19條第1項，刑法第11
條、第25條第2項、第47條第1項、第38條第1項，判決如主文。
本案經檢察官陳建宇、徐銘韡提起公訴，檢察官林欣怡到庭執行
職務。

中 華 民 國 111 年 10 月 7 日

刑事第十七庭審判長法 官 張明道

法 官 蕭淳尹

法 官 李思緯

以上正本證明與原本無異。

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
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
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 廖宜政



02 附表：

03

編號	物品名稱	備註
一	扣案之含有第三級毒品 品氫硝西洋成分之錠 劑34顆	(1)白色圓形藥錠共34顆，總毛重12.60公克，取樣0.19公克鑑驗，推估總純質淨重0.074公克。 (2)鑑驗用罄部分已滅失，無須宣告沒收。 (台灣尖端先進生技醫藥股份有限公司毒品原物鑑定實驗室毒品證物鑑定分析報告，偵字卷第155頁)
二	扣案之被告所有 IPHONE 8 PLUS 行動電話1支（含門號 號SIM卡1張）	被告所有，供其為本件販賣第三級毒品未遂犯行所用之物。

04 附錄本案論罪科刑法條全文：

05 毒品危害防制條例第4條

06 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。

07 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。

08 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。

09 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。

10 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。

11 前五項之未遂犯罰之。