臺灣高等法院刑事判決

109年度上訴字第4058號

上　訴　人
即　被　告　謝鴻慶
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000

選任辯護人　林添進律師（法扶律師）
　　柴健華律師（法扶律師）

上列上訴人即被告因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣臺北地方法院一０九年度訴字第二九六號，中華民國一０九年九月十八日第一審判決（起訴案號：臺灣臺北地方檢察署一０九年度偵字第六三一九號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷。

謝鴻慶無罪。

理　由

一、本件公訴意旨詳如起訴書所載（如附件），起訴書所載犯罪時間一０八年，業經檢察官於原審當庭更正為一０九年。

二、按刑法第二十六條規定，行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，不罰。故不能未遂，係指已著手於犯罪之實行，但其行為未至侵害法益，且又無危險者；雖與一般障礙未遂同未對法益造成侵害，然須並無侵害法益之危險，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之（最高法院一０九年度台上字第一五六六號判決意旨參照）。另刑法所謂不能犯，係指行為人之行為，一般人依該行為時之客觀情況判斷，無論行為強度如何，性質上均不能發生法益侵害之犯罪結果，而無危險者而言。至行為有無危險，學說看法固見解紛歧，有所謂「具體危險說」，及「重大無知

說」之分。惟就實質之內容觀察，不論係採何一說法，均係以客觀上一般人依其知識、經驗及觀念所公認之因果法則判斷危險之有無，故絕大部分所導出之結論，並無二致。況在罪刑法定主義要求下，刑法之法律文字應符合明確性，使人民知所遵循。刑法第二十六條有關不能犯之規定，我國未如德國刑法針對「重大無知」加以規範，且「無危險」與「重大無知」在文義上復相去太遠，甚難畫上等號。故「重大無知」不宜作為有無危險之唯一判準。即所謂「危險」，不能純以法益是否受損為唯一標準。詳言之，行為若出於重大無知，致無法益侵害及公共秩序干擾之危險，固可認定其為「無危險」，但若非出於重大無知，亦可能符合「無危險」之要件，即「無危險」不以重大無知為限。另所謂「危險」，不能純以法益是否受損為唯一標準，如行為人所為引起群眾之不安，造成公共安寧之干擾，並動搖公眾對法秩序有效性之信賴，破壞法和平性者，亦係有危險。即此處所謂之「危險」，包含對於公共秩序及法秩序之危險，始不致過度悖離人民之法感情(最高法院一０一年台上字第四六四五號判決意旨參照）。

三、經查，被告自始坦認以手機聯結網路通訊軟體Grindr，向不特定人兜售甲基安非他命，嗣經網路巡邏員警以「釣魚偵查」方式約購，被告即以每包二千五百元(新臺幣，下同)先向上游取得五包白色粉末之「毒品」後，即前往約定交易地點放置，再以通訊軟體告知放置地點，經警取得「毒品」並佯已放置售價三千元上傳訊息，而於被告前往取款時當場逮捕之事實經過，核與現場員警王德臻、李軒之職務報告內容相符，並有通訊軟體Grindr對話紀錄翻拍照片、現場照片及扣案「毒品」等在卷可按。惟上開扣案「毒品」經送交通部民用航空局醫務中心鑑驗結果，未檢出毒品危害防制條例第二條所列管之各級毒品成分，此亦有該中心毒品鑑定書一件在卷(偵卷第九一頁)可稽。乃客觀上，被告之行為，均不能發生法益侵害之犯罪結果，況其係先與買受之警員約妥

後，再向上游取得貨品，旋即前往交付，既無從得知所取得實未含毒品成分，亦無得以彌補非毒品之欠缺，又係警員為「釣魚偵查」全程掌握本案買賣過程，不致干擾社會之公共法秩序，揆諸前開規定及判決意旨說明，被告所為要符不能犯之規定，即應為不罰而為無罪之諭知。

四、原審亦認本案被告實際上不能完成毒品交易，然以其原即具有販賣毒品之意思，客觀上又已著手於販賣行為，僅係毒品來源發生錯誤之偶然因素，始無法完成犯罪，顯出於「重大無知」錯認自然因果法則所致云云，認非不能犯而予論罪科刑，容有未洽，被告選任辯護人執以上訴指摘，非無理由，應由本院撤銷改判，而為被告無罪之諭知。

五、據上論斷，應依刑事訴訟法第三百六十九條第一項前段、第三百六十四條、第三百零一條第一項，刑法第二十六條，判決如主文。

本案經檢察官林秀敏到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　12　　月　　17　　日

刑事第四庭審判長法　官　陳筱珮

法　官　羅郁婷

法　官　陳玉雲

以上正本證明與原本無異。

被告不得上訴。

檢察官如不服本判決，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（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　蔡麗春

中　　華　　民　　國　　109　　年　　12　　月　　17　　日