最高法院刑事判決

114年度台上字第6133號

上　訴　人　臺灣高等檢察署檢察官賴正聲

被　　告　吳進財

上列上訴人因被告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7月31日第二審判決（114年度上訴字第2185號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署113年度偵字第36233號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院。

理　由

一、本件原判決以公訴意旨略謂：被告吳進財明知甲基安非他命為毒品危害防制條例（下稱毒品條例）第2條第2項第2款明定之第二級毒品，不得非法販賣，竟意圖營利，基於販賣第二級毒品之犯意，於民國113年6月24日23時13分許，在社群軟體「X」，以暱稱「桃園小飛俠（帽子圖示）@whone_1999」個人主頁發布「（糖果貼圖）無限量供應商上線大桃園地區可外送#裝備商#音樂#放鬆#桃園#北部」之販賣毒品訊息，供不特定人瀏覽，適為員警於翌（25）日18時17分許執行網路巡邏時發覺，喬裝買家與被告聯繫後，達成以新臺幣（下同）8,000元之代價交易甲基安非他命3.75公克之合意，被告遂於同（25）日23時25分許，前往新北市板橋區滿平街84巷120弄4號前，當場交付原判決附表編號（下稱編號）1所示之物（事後經鑑驗不含毒品條例列管之毒品成分）予喬裝買家之員警，經員警收受後，即於交付價金之際，當場表明身分並以現行犯逮捕被告，致交易未成功而不遂。因認被告涉犯毒品條例第4條第6項、第2項之販賣第二級毒品未遂罪嫌。惟經原審審理結果，以檢察官所舉證據，

尚不足證明被告有公訴意旨所指犯行，被告雖明示僅就第一審判決之刑提起上訴，本於發現真實暨維護被告合法權益之義務，因而撤銷第一審之科刑判決，改判諭知被告無罪。固非無見。

二、惟查；

㈠毒品條例第4條第1項至第4項所定販賣毒品既遂罪，僅限於「銷售賣出」之行為已完成，始足該當（司法院釋字第792號解釋意旨參照）。而販賣毒品罪之處罰基礎，在於行為人意圖營利將持有之毒品有償讓與他人，使毒品擴散蔓延，該罪之惡性表徵在其散布之意涵，因此行為人意圖營利而購入毒品，其主觀上雖有銷售營利之意欲，客觀上並有購入毒品之行為，惟仍須有對外銷售之行為或表徵，始為販賣行為之具體實行。而此所稱之對外銷售，自買賣毒品之二面關係以觀，並不以買賣雙方親洽或藉由通訊設備而聯繫毒品交易為限；倘賣方已著手進行行銷、宣傳或廣告（例如透過電子媒體、通訊軟體或網際網路），而對不特定人或特定多數人宣傳或散布其販賣毒品之訊息以招攬買主者，其所為已對整體國民身心健康形成直接而具體之危險，即屬已開始實行足以與販賣毒品罪構成要件之實現具有必要關聯性之對外銷售行為，而達著手販賣之階段（本院109年度台上字第4861號判決意旨參照），此為本院之一致見解。又刑法上犯罪之故意，祇須對於犯罪事實有所認識，有意使其發生或其發生不違背其本意，仍予以實行為已足。是若行為人主觀上有確定或不確定之故意欲犯某罪，事實上所實行亦與構成要件相同之犯罪，即有犯罪故意。

㈡刑法第26條規定行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，不罰。故所謂不能犯（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；其雖與一般障礙未遂同未對法益造成侵害，然須無侵害法益之危險，始足當之。關於行為有無危險，究應如何判斷，不論是「具體危險說」（以行為當時一般人所認識之事實以及行為人所特別

認識之事實作為判斷基礎，再以一般人之角度判斷該行為有無導致犯罪結果之具體危險。若有危險，則非不能犯）、源自德國刑法之「重大無知說」（以行為人主觀上所認識的事實為基礎，再以一般人之角度加以評價行為人是否重大無知。若非「重大無知」，即非不能犯），或晚近提出之「假設客觀危險說」（考量一切行為時與行為後之客觀事實，基於假設重啟損害視角，因果歷程可能發生法益有受侵害之危險者，即有客觀之危險性，非不能犯），僅理由構成不同，絕大多數情形下之判斷結果並無歧異。考量本條規定於94年2月2日修正公布（95年7月1日施行）前、後之要件相同，法律效果從「減輕或免除其刑」改採更輕之「不罰」（依刑事訴訟法第301條第1項後段規定，行為不罰者，應諭知無罪之判決），立法理由則明白宣示基於刑法謙抑原則、法益保護之功能及未遂犯之整體理論，改採「客觀未遂論」。為避免過度擴張不能犯之不罰範圍，違背刑法保護法益之功能，判斷不能犯之行為有無危險，應側重觀察該行為是否自始欠缺實現構成要件之行為支配，即綜合行為時（個案中可能包含行為後）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，再本諸客觀上一般人依其知識、經驗及觀念所公認之自然因果法則而為判斷。行為人主觀上如係出於重大無知而誤認自然因果法則，並未完整認識到行為手段實現構成要件之間的因果關連，而從自然因果法則與現存科學證據觀察，該行為本質上完全無法實現客觀構成要件者，本於刑法謙抑原則及法益保護之規範目的，始屬不能犯。至於不能發生犯罪結果如係單純錯認事實，或僅因一時、隨機、純粹偶然等因素所致，雖未至侵害法益，但客觀觀察該行為重啟之因果歷程仍有發生法益受侵害之危險者，即有客觀之危險性，非屬不能犯。而行為人如具有主觀犯意，且已達著手實行階段，自仍成立障礙未遂。

㈢原判決認不能證明被告犯販賣第二級毒品未遂罪，係以員警查扣如編號1所示之物，經送臺北榮民總醫院以氣相層質譜

分析法鑑定，檢出成分為：N-異丙基苄基胺（N-Isopropylbenzylamine）、二甲基碸（Dimethyl sulfone），並未檢出有第二級毒品，或有其他毒品條例列管之毒品成分，被告亦不確知其所販賣者為何種毒品，可知被告縱使有意販售，但所販售者既非毒品，則其所為自不構成販賣毒品未遂罪等旨。然依卷內相關事證且為被告所不否認之事實，被告利用行動電話聯結社群軟體「X」發布前述販賣毒品訊息供不特定人瀏覽，而兜售第二級毒品甲基安非他命，並與喬裝買家之網路巡邏員警達成以8,000元交易3.75公克毒品之合意後，旋持編號1所示之物，前往約定之地點進行交易時為警查獲；復自承編號1所示之物係其向綽號「阿祺」之不詳之人取得，並稱其打開後是一小顆一小顆白色透明色，很像冰糖，其問有在施用毒品的朋友，朋友說是毒品，是安非他命（指甲基安非他命，下同），其才上網去po（貼）文販售，訊息中「糖果」就是安非他命，其不知道實際不是安非他命，一直以為是安非他命等語（見第一審卷第138至139頁）。以上如果無誤，被告向「阿祺」取得上開白色結晶體後，憑藉外觀判斷，並詢問有施用毒品經驗之友人後，認為係第二級毒品甲基安非他命，並上網貼文兜售，客觀上已著手於犯罪行為之實行，主觀上係基於販賣毒品之犯意，最終無法完成交易而生既遂之結果，除員警無購買真意外，被告自他人取得用以交易之客體非屬毒品一事，如係單純錯認事實或因一時、隨機、純粹偶然性因素所致，但依其販毒行為之因果歷程，並非出於重大無知而誤認自然因果法則，是否絕無可能發生法益有受侵害之危險？被告主觀上有銷售毒品營利之意欲，且有對外銷售之行為，原判決以被告縱有意販售，但所販售者既非毒品，即不構成販賣毒品未遂罪，究係以被告無販賣毒品之故意，欠缺構成要件該當性而諭知無罪，抑或認屬不能犯而不罰？認事用法均欠明瞭，尚待調查釐清。原判決未詳為審認，並為完備之論述，逕認本件不構

成販賣第二級毒品未遂，進而諭知被告無罪，即有調查職責未盡及適用法則不當之違誤。

三、檢察官上訴意旨指摘及此，為有理由，而上述違背法令，影響於事實之確定，本院無可據以為裁判，應認有撤銷發回更審之原因。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　1　　月　　8　　日

刑事第四庭審判長法　官　李英勇

法　官　楊智勝

法　官　高玉舜

法　官　林怡秀

法　官　楊皓清

本件正本證明與原本無異

書記官　林怡靚

中　　華　　民　　國　　115　　年　　1　　月　　9　　日