

最高法院刑事判決

115年度台上字第3161號

上訴人 黃正仁

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115年2月5日第二審判決（114年度上訴字第5432號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署111年度偵字第15178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、本件原審審理結果，認定上訴人黃正仁有所載違反毒品危害防制條例犯行明確，因而維持第一審論處犯共同販賣第三級毒品未遂罪刑並諭知沒收之判決，駁回其在第二審之上訴，已引據第一審判決載敘並補充說明其調查證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由，就上訴人主張其有刑法第26條不能未遂而不罰規定適用之辯詞，認非可採，亦依調查所得證據予以論述指駁，有卷存資料可資覆按。

三、上訴意旨略以：第一審判決附表（下稱附表）所示扣案物不具毒品成分，並經員警全程掌握，應屬不能犯，原判決未詳酌上情，未適用刑法第26條規定為無罪判決，於法有違。

四、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。故所謂不能未遂，係指已著手於犯罪之實行，但其行為

01 未至侵害法益，且又無危險者；其雖與一般障礙未遂同未對
02 法益造成侵害，然須無侵害法益之危險，始足當之。而有否
03 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
04 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
05 依其知識、經驗及觀念所公認之因果法則而為判斷，非單純
06 以客觀上真正存在之事實情狀為憑。行為人倘非出於「重大
07 無知」之誤認，僅因一時、偶然之原因，未對法益造成侵
08 害，然已有侵害法益之危險，仍為障礙未遂，而非不能未
09 遂。

10 原判決依調查所得，已說明上訴人與共犯林承軒（經判處罪
11 刑確定）於員警對附表所示扣案物進行毒品初篩前，均不知
12 此等物品非屬愷他命，其等主觀上有共同販賣第三級毒品愷
13 他命之營利意圖，並與喬裝員警就毒品之交易價格、數量達
14 成合意，已著手於販賣第三級毒品行為，僅因喬裝員警原無
15 購毒真意，且附表所示扣案物竟屬贗品之偶然原因，而無從
16 遂行毒品交付，屬障礙未遂，而非不能未遂等情綦詳，所為
17 論斷說明，與卷內資料委無不合，洵無違誤。

18 五、綜合前旨及其餘上訴意旨，無非係置原判決所為明白論斷於
19 不顧，仍持已為原判決指駁之陳詞再事爭辯，任意指為違
20 法，難謂已符合首揭法定上訴要件，應認其上訴為不合法律
21 上之程式，予以駁回。

22 據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

23 中 華 民 國 115 年 7 月 22 日

24 刑事第五庭審判長法官 段景榕

25 法官 汪梅芬

26 法官 宋松璟

27 法官 何俏美

28 法官 黃紹紘

29 本件正本證明與原本無異

30 書記官 陳珈潔

31 中 華 民 國 115 年 7 月 28 日