最高法院刑事判決

115年度台上字第4861號

上　訴　人　王崇旭

選任辯護人　郭緯中律師

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115年6月25日第二審判決（115年度上訴字第1685號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署114年度偵字第7458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。本件原判決引用第一審判決書所記載之事實、證據及理由，認定上訴人王崇旭有如其事實欄所載犯行，因而維持第一審論處上訴人犯販賣第二級毒品未遂罪刑，並為相關沒收之判決，駁回上訴人在第二審之上訴，已詳敘調查、取捨證據之結果及得心證之理由。

二、上訴意旨略以：上訴人僅係偶然轉售贗品予友人藍毓程，並不知不具有第二級毒品依托咪酯成分，上訴人所為並無發生犯罪結果之危險，原判決未依不能未遂之規定為無罪之判決，於法不合。上訴人於警詢中已供出毒品來源之具體事證，偵查機關可命上訴人配合以誘捕偵查之方式查獲，原判

決未予調查審酌本案偵查機關之怠惰不作為，適用毒品危害防制條例第17條第1項規定減免其刑，難認適法。上訴人僅係偶然出售1個菸彈予友人，菸彈經鑑驗結果，並無毒品之成分，上訴人之犯行輕微，且年紀尚輕，又無毒品前案，原判決未審酌上情，依刑法第59條規定酌減其刑，難認妥適云云。

三、按刑法第26條規定，行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，不罰。係指已著手於犯罪之實行，但其行為未至侵害法益，且又無危險者而言；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；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，而非不能未遂。原判決已說明依上訴人之供述、購毒者藍毓程之證述以及對話紀錄擷圖等事證，上訴人已與藍毓程議定本案毒品交易之數量及金額，客觀上已著手於販賣之實行，且係基於有償交易之營利意圖，主觀上亦有販賣之意思，僅係因其取得來源之客體未含有毒品成分之偶然性因素而不遂，仍應以販賣未遂等旨，所為論斷說明，與卷內資料委無不合，並無違誤。上訴意旨置原判決明白之論斷於不顧，仍執前詞，以本件交易之物未含有毒品成分，並無侵害法益之危險，應屬不罰之不能未遂云云，顯係對不能未遂之規定有所誤解，揆諸前揭說明，自非上訴第三審之適法理由。

四、按毒品危害防制條例第17條第1項「供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者」，減輕或免除其刑之規定，係指被告先有供述毒品來源之正犯或共犯等相關證據資料，使調查或偵查犯罪之公務員對之發動調查或偵查，並因而確實查獲其人、其犯行之結果，二者兼備並有因果關係而言。所謂確實查獲其人、其犯行，固不以所供之毒品來源業經檢察官起訴或法院判刑為必要，但仍應有相當之證據足資證明被告之指述具可信性，而達於起訴門檻，始足當之，非謂被告一有自

白、指認毒品來源之人，即得依上開規定予以減刑，以免因此一損人利己之誘因而無端嫁禍第三人。而被告供出毒品來源，是否已因此使偵查機關破獲其他正犯或共犯，因犯罪偵查屬偵查機關之職責，法院就偵查機關之判斷，原則上應予尊重，且法院既非犯罪偵查機關，尚無依被告指述，另行蒐集其他證據，以查明被告指述真實性之義務。經查，上訴人於警詢中所供本案之「毒品」來源乙節，第一審法院向本案查獲之偵查機關即臺北市政府警察局刑事警察大隊函詢結果，因上訴人提供之資訊過於籠統及龐大無法個化，且上訴人無法明確指認上游，交易又係透過通話方式，並未留存文字訊息，尚未能依上訴人之供述持續追查上游而查獲其他正犯或共犯等旨，有臺北市政府警察局刑事警察大隊民國114年9月1日函可按（見第一審卷第47頁）。原審於審判期日並提示上開函文內容並告以要旨，上訴人及其原審辯護人於審判長踐行調查證據程序後詢以有無其他有關科刑資料補充時，均答稱無等語（見原審卷第107、111頁），已就本案有無正犯或共犯之偵查情形詳予調查，上訴人就上開調查證據之結果並無意見且未再就此部分請求調查，原判決依前開調查證據之結果，認此部分事證已明，並於理由敘明迄至原審言詞辯論終結時止未查獲其他正犯或共犯，尚非調查或偵查有所怠惰所致，上訴人並無毒品危害防制條例第17條第1項減免其刑規定之適用等旨，於法並無不合。上訴意旨執前詞指摘，係對於原判決已為論斷之事項，重為爭執，核非適法之第三審上訴理由。

五、按刑法第59條之酌量減輕其刑，必其犯罪之情狀顯可憫恕，在客觀上足以引起一般之同情，認即予宣告法定最低度刑，猶嫌過重，始有其適用。原判決援引第一審判決之理由，說明上訴人所犯上開罪名，依刑法第25條第2項及毒品危害防制條例第17條第2項等規定遞減輕其刑後，所得之處斷刑與上訴人本案之犯罪情狀相較，並無情輕法重，客觀上亦難認足以引起一般之同情，因認無刑法第59條酌減其刑之適用等

旨。所為論敘，於法無違，且此為原審裁量職權之適法行使。上訴意旨以前詞指摘原判決未依刑法第59條酌減其刑尚有違誤云云，係對原審裁量職權之適法行使，任意指摘，並非合法之第三審上訴理由。

六、綜上，本件上訴違背法律上之程式，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　　9　　月　　10　　日

刑事第八庭審判長法　官　林英志

法　官　劉興浪

法　官　蔡廣昇

法　官　李秋瑩

法　官　許泰誠

本件正本證明與原本無異

書記官　鄭淑丰

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　15　　日