

最高法院刑事判決

108年度台上字第2788號

上訴人 陳順吉

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107年10月18日第二審判決（107年度上訴字第741號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署105年度偵字第32750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，認定上訴人陳順吉有其事實欄所載違反毒品危害防制條例犯行明確，因而撤銷第一審科刑之判決，改判部分變更檢察官起訴法條，仍依想像競合犯，從一重論處犯販賣第三級毒品未遂（累犯）罪刑，已載敘其調查證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由，俱有卷存資料可資覆按。

三、犯罪事實之認定、證據之取捨及證明力之判斷，俱屬事實審法院之職權，此項職權之行使，倘不違背客觀存在之經驗法則或論理法則，即不違法，觀諸刑事訴訟法第155條第1項規定甚明，自無許當事人任憑主觀妄指為違法，而資為合法之第三審上訴理由。又刑法第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。而有否侵害法益之危險，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，再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，既非單純以行為人主觀上所認知或以客觀上真正存在之事實情狀為基礎，更非依循行為人主觀上所想像之因果法則判斷認定之。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，非不能未遂。本件原判決認定上訴人上開犯行，係綜合上訴人部分供述，酌以所列其餘證據資料及案內其他證據調查之結果而為論斷，詳敘憑為判斷上訴人在網路社交通訊軟體之不特定多數人可共見聞之群組內，刊載暗示可與其從事毒品交易之訊息，員警僅係順販毒者之犯意，洽談交易細節，因認上訴人本即存有販賣毒品愷他命牟利之犯罪決意，其後依約定交易事項備妥毒品前往而遭查獲，客觀上已著手於犯罪行為之實行，僅因警無購買真意，復有毒品來源發生錯誤之偶然因素，致無法完成交易，顯非出於「重大無知」錯認自然因果法則所致，核屬普通障礙未遂，非不能未遂等情之理由綦詳，就上訴人辯稱係將扣案淡黃色結晶粉末佯充毒品愷他命轉賣以訛詐買家，應屬不能未遂等辯詞，委無足採，亦於理由內詳加析論，凡此，概屬原審採證認事職權之合法行使，所為論斷說明，與經驗法則及論理法則俱屬無違，論以前揭販賣第三級毒品未遂之罪，無所指未憑證據認定事實或適用法則不當之違法。

四、刑事訴訟法所稱依法應於審判期日調查之證據，係指與待證事實有重要關係，在客觀上顯有調查必要性之證據而言，其範圍並非漫無限制，必其證據與判斷待證事實之有無，有具關聯性，得據以推翻原判決所確認之事實，而為不同之認定，若僅枝節性問題，或所證明之事項已臻明確，或就同一證據再度聲請調查，自均欠缺其調查之必要性，未為無益之調查，無違法可言。原判決依調查所得，已記明上訴人確有販賣第三級毒品未遂犯行之論證，復依憑勘驗扣案手機、員警實地查訪及新北市政府警察局永和分局相關函文暨職務報告

01 等證據資料，據以說明未能查得上訴人所指購得淡黃色結晶
02 粉末來源店家之判斷理由，所為論列說明，與卷內資料委無
03 不合（見原審卷第91、107、108頁、第124至128頁），
04 且稽之原審筆錄之記載，上訴人及其辯護人於辯論終結前，
05 對於上揭調查所得，並未聲請再為查訪調查，審判長於調查
06 證據完畢時，詢問「尚有無證據請求調查？」時，僅請求測
07 謊鑑定（同上卷第159至160頁），顯認前揭證據，無再行
08 調查之必要，原審以事證明確，未再對函示地點附近之食品
09 化工為調查，亦無所指調查職責未盡之違法。上訴人於上訴
10 本院始主張原審有此部分證據調查未盡之違法，顯非依據卷
11 內資料而為指摘。

12 五、依上所述，上訴意旨猶執本案係不能犯，並有證據調查未盡
13 等前情，指摘原判決違法，係置原判決所為明白論斷於不顧
14 ，仍持已為原判決指駁之陳詞再事爭辯，及對於事實審法院
15 自由判斷證明力之職權行使，徒以自己說詞，任意指為違法
16 ，難謂已符合首揭法定上訴要件，應認其販賣第三級毒品未
17 遂部分之上訴為不合法律上之程式，予以駁回。上開得上訴
18 第三審之部分，既從程序上予以駁回，則與之有裁判上一罪
19 關係之轉讓第三級毒品未遂部分之上訴，原判決係論以相同
20 於第一審之毒品危害防制條例第8條第5項、第3項之罪，
21 核屬刑事訴訟法第376條第1項第1款所列不得上訴於第三
22 審法院之案件，自亦無從為實體上之審判，應併從程序上駁
23 回。又原判決已載敘如何有依累犯規定加重其刑之理由，依
24 所犯情節，經核無司法院釋字第775號解釋意旨所示抵觸比
25 例原則、罪刑相當之情形存在，附此敘明。

26 據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

27 中 華 民 國 108 年 9 月 12 日

28 最高法院刑事第七庭

29 審判長法官 陳 世 雄

30 法官 鄧 振 球

31 法官 吳 進 發

01						法 官	汪	梅	芬	
02						法 官	段	景	榕	
03	本 件 正 本 證 明 與 原 本 無 異									
04							書	記	官	
05	中	華	民	國	108	年	9	月	16	日