最高法院刑事判決

110年度台上字第3511號

上　訴　人　臺灣高等檢察署檢察官林秀敏

被　　告　謝鴻慶

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109年12月17日第二審判決（109年度上訴字第4058號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署 109年度偵字第6319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、本件原判決認被告謝鴻慶被訴違反毒品危害防制條例犯行，係不能未遂，因而撤銷第一審論處被告販賣第二級毒品未遂罪刑之判決，改判諭知被告無罪。固非無見。

二、惟按刑法第26條規定行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，不罰。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。又上開條文之立法理由關於未遂犯之規定，雖載明採客觀未遂理論，惟若僅著眼客觀層面之實踐，不無過度擴張不能未遂之不罰範圍，而有悖人民法律感情，自非不得兼以行為人是否出於「重大無知」之誤認作為判斷依據。從而，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，非單純以客觀上真正存在之事實情狀為憑。行為人倘非出於「重大無知」之誤認，僅因一時、偶然之原因，未對法益造成侵害，然已有侵害法益之危險，仍為障礙未遂，非不能未遂。本件原判決認被告所為屬不能未遂，係以查扣之白色結晶體 5包經鑑定後非屬毒品，客觀上未發生侵害法益之結果，且員警係以「釣魚偵查」方式全程掌握買賣過程，不致干擾社會之公共法秩序等旨（見原判決第2頁第27行至次頁第5行），為主

要論據。但稽之卷證及原判決之記載，被告利用手機聯結網路通訊軟體Grindr，以「51內容物極上供應」為暱稱，向不特定人兜售第二級毒品甲基安非他命，與喬裝買家之網路巡邏員警，達成以新臺幣 1萬5,000元購買5公克毒品之合意後，旋向上游「大頭」取得白色結晶體 5包，前往約定之地點進行交易時為警查獲，嗣該白色結晶體經鑑定非屬毒品等情（見原判決第 2頁第19行以下，偵查卷第14、15、35至53、74、97頁），又被告供承上開暱稱「51」係甲基安非他命注射之意，「極上供應」表示品質很好，其之前向「大頭」購買毒品 2次，施用後確係甲基安非他命無訛，本次取得毒品後未開啟檢視，其以為係甲基安非他命等語（見偵查卷第15至18、74頁，第一審卷第 100頁），再依被告與員警聯繫之通訊軟體對話紀錄截圖所示，被告稱：「我這帳號能這麼久/就是講信用/不然早被檢舉了」（見偵查卷第38頁）。上情倘均非虛，被告似長期在不特定多數人可共見聞之網路社交通訊軟體內，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，被告本即存有販賣毒品甲基安非他命之犯罪決意，能否徒以本件係「釣魚偵查」即認未對公共秩序或法秩序造成危險？又被告向其曾經交易之對象取得白色結晶體 5包並交付員警時，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，除員警無購買真意外，其交易之物非屬毒品，究係因偶然錯誤，或出於「重大無知」而誤認普遍、恆常之自然因果法則所致？非全無斟酌餘地，尚待調查釐清。原判決未詳為勾稽，並為完備之論述，逕認本件屬不能未遂，而諭知被告無罪，難謂無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原判決不當，非無理由，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　　110　　年　　6　　月　　9　　日

刑事第九庭審判長法　官　段　景　榕
法　官　鄧　振　球
法　官　楊　力　進
法　官　汪　梅　芬
法　官　宋　松　璟

本件正本證明與原本無異

書記官

中　　華　　民　　國　　110　　年　　6　　月　　16　　日