

最高法院刑事判決

111年度台上字第3539號

上訴人 蕭凱恩

原審辯護人 吳俊賢律師

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111年5月12日第二審判決（111年度上訴字第1043號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署109年度偵字第44981號），由原審之辯護人為其利益代為提起上訴，本院判決如下：

主文
上訴駁回。

理由

- 一、按原審之辯護人得為被告之利益而上訴，刑事訴訟法第346條前段定有明文。本件上訴人蕭凱恩係由其原審辯護人吳俊賢律師，於法定上訴期間內，為上訴人之利益，以上訴人之名義具狀就原判決有罪部分提起第三審上訴，合先敘明。次按刑事訴訟法第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、本件原判決認定上訴人有如其犯罪事實欄所載犯行，因而維持第一審關於依想像競合犯之例，從一重論處上訴人販賣第二級毒品未遂罪刑（想像競合犯販賣第三級毒品未遂罪），暨諭知相關沒收（銷燬）部分之判決，駁回上訴人此部分在第二審之上訴。已敘明其所憑之證據及認定之理由，所為論斷說明，俱有卷內證據資料可資覆按，從形式上觀察，尚無足以影響其判決結果之違法情形存在。

01 三、上訴意旨略以：

02 (一) 本件係由員警以誘捕偵查之方式，於聊天室主動傳訊向上
03 訴人詢問購買咖啡包，並由員警全程監控，毒品並無流入
04 市場之危險。原判決未依刑法第26條不能未遂之規定不罰
05 ，有適用法則不當之違誤。

06 (二) 上訴人先前所犯係施用毒品罪，與本件所犯販賣第二級毒
07 品未遂之罪名及罪質不同；又上訴人販賣毒品對象僅為一
08 人、販賣數量、金額非鉅，亦未造成實際危害。原判決維
09 持第一審以累犯規定加重其刑，且量刑過重之判決，不符
10 罪刑相當原則云云。

11 四、惟查：

12 (一) 刑法第26條規定行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，
13 不罰。故所謂不能未遂，係指已著手於犯罪之實行，但其
14 行為未至侵害法益，且又無危險者；其雖與一般障礙未遂
15 同未對法益造成侵害，然須無侵害法益之危險，始足當之
16 。若有侵害法益之危險，而僅因一時、偶然之原因，致未
17 對法益造成侵害，則為障礙未遂，非不能未遂。
18 原判決就上訴人所為與不能未遂之情形不符，已詳加說明
19 上訴人所為非無侵害法益之危險，且依所確認之事實，論
20 以普通障礙未遂，依上開說明，洵無違誤。此部分上訴意
21 旨置原審明白之論斷於不顧，仍執前詞，主張應成立不能
22 未遂，並非上訴第三審之適法理由。

23 (二) 司法院釋字第775號解釋意旨係指明，如不問被告成立累
24 犯之前案情節，是否有其特別惡性及對刑罰反應力薄弱等
25 立法理由所指因素，即一律加重其刑，有違憲法罪刑相當
26 性原則。倘事實審法院已就個案犯罪情節，具體審酌行為
27 人所應負擔之罪責，認依刑法第47條第1項規定加重其最
28 低本刑，而無過苛或罪刑不相當之情形者，即與上開解釋
29 意旨無違。又刑之量定，乃實體法上賦予法院得為裁量之
30 事項，倘其未有逾越法律所規定之範圍（即裁量權行使之
31 外部性界限），或違反比例、公平及罪刑相當原則（即裁

量權行使之內部性界限）者，即不得任意指為違法，以為上訴第三審之適法理由。

原判決已參酌司法院釋字第775號解釋意旨，說明應依刑法第47條規定加重其刑之理由（法定本刑無期徒刑部分依法不得加重），經核於法尚無不合。又就上訴人所犯販賣第二級毒品未遂罪（法定本刑為無期徒刑或10年以上有期徒刑〈得併科罰金〉），經依累犯加重其刑，再依刑法第25條第2項、毒品危害防制條例第17條第2項、刑法第59條等規定遞減其刑，因而維持第一審所處有期徒刑2年4月之判決，已援引第一審判決審酌第57條所定科刑輕重之標準等一切情狀，據以說明其所憑理由。核其所量之刑，既未逾越法定刑度，亦無明顯濫用其裁量權限而有違反公平、比例及罪刑相當原則之情形，尚難任意指為違法。

五、本件上訴意旨，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合。應認本件上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

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 111 年 7 月 21 日

刑事第五庭審判長	法官	李	錦	樑
	法官	周	政	達
	法官	錢	建	榮
	法官	何	信	慶
	法官	吳	淑	惠

本件正本證明與原本無異

書記官

中華民國 111 年 7 月 29 日