最高檢察署

檢察官刑事大法庭言詞辯論意旨書

(109年度台上大字第4861號)

檢察官 蔡瑞宗
陳瑞仁
吳巡龍
黃則儒
林俊言
蔡秋明

法律爭點

爭　點：被告意圖營利而購入毒品，在尚未尋找買主前，即為警查獲，究係論以販賣毒品未遂罪，抑或意圖販賣而持有毒品罪？

目錄

壹、與法律爭點相關之本案事實 1
貳、本案下級審對上開法律爭點之見解 1
一、臺灣桃園地方法院108年度訴字第64號判決：販賣毒品未遂罪 1
二、臺灣高等法院108年度上訴字第2744號判決：意圖販賣而持有毒品罪 2
參、與爭點相關之我國法律規定與外國法例 9
一、毒品危害防制條例第4條第6項、第2項及第5條第2項 9
二、外國相關立法例 9
(一)日本法 9
(二)德國法 11
(三) 美國法 14
1.美國法未遂犯認定標準 14
2.販賣毒品未遂與意圖販賣毒品而持有之區別 16
3.小結 17
(四)外國法制的啟示 17
肆、與爭點有關之實務見解與學說見解 18
一、實務見解 18
(一)著手之認定，多採形式客觀說，但亦有不同意見，標準不一 18
(二)為販賣毒品而購入毒品惟尚未賣出毒品之論罪 21
1.販賣毒品未遂罪說：購入至未交付前，均屬販賣未遂 22
2.意圖販賣而持有罪說：購入後有銷售行為，始屬販賣未遂 22
二、學說見解(販賣毒品罪之著手認定) 23
(一)以意圖販賣而販入毒品時為準 23
(二)以買賣毒品合意時為準 24
(三)以開始進行交付移轉行為時為準 24
伍、本署見解 24
一、著手時點之判斷，應採主客觀混和說 24
二、販出毒品的著手，採要約誘引說，符合民情，亦使意圖販賣而持有罪有適用空間 25
陸、結論 26

檢察官刑事大法庭言詞辯論意旨書

110 年度台庭蒞字第 1 號

被　　告　吳振揚　年籍詳卷

上列被告因違反毒品危害防制條例案件，經貴院於中華民國 109 年 12 月 31 日裁定送大法庭言詞辯論（109 年台上大字第 4861 號），茲就本案爭點與本署意見及理由分述於後：

壹、與法律爭點相關之本案事實

最高法院 109 年度台上大字第 4861 號裁定認定與法律爭點相關之本案事實：

被告基於意圖販賣第二級毒品甲基安非他命及第三級毒品硝甲西泮以營利之犯意，向真實姓名、年籍均不詳之綽號「小古」成年男子，以新臺幣 170 萬元之代價，同時購入甲基安非他命（純質淨重 3739.02 公克）及硝甲西泮（純質淨重 173 公克），擬伺機販售牟利，惟尚未尋找買主，即為警查獲。

貳、本案下級審對上開法律爭點之見解

一、臺灣桃園地方法院 108 年度訴字第 64 號判決：販賣毒品未遂罪

「二、論罪科刑：（一）按所謂販賣行為，須有營利之意思，方足構成。刑罰法律所規定之販賣罪，類皆為 1. 意圖營利而販入，2. 意圖營利而販入並賣出，3. 基於販入以外之其他原因而持有，嗣意圖營利而賣出等類型。從行為階段理論立場，意圖營利而販入，即為前述 1.、2. 販賣罪之著手，至於 3. 之情形，則以另行起意販賣，向外求售或供買方看貨或與之議價時，或其他實行犯意之行為者，為其罪之著手。而販賣行為之完成與否，胥賴標的物之是否交付作為既、未遂之標準。行為人持有毒品之目的，既在於販賣，不論係出於原始持有之目的，抑或初非以營利之目的而持有，嗣變更犯意，意圖販賣繼續持有，均與意圖販賣而持有毒品罪之要件該當，且與販賣罪有法條競合之適用，並擇販賣罪處罰，該意圖販賣而持有僅不另論罪而已，

並非不處罰。此觀販賣、運輸、轉讓、施用毒品，其持有之低度行為均為販賣之高度行為所吸收，不另論罪，為實務上確信之見解，意圖販賣而持有毒品罪，基本行為仍係持有，意圖販賣為加重要件，與販賣罪競合時，難認應排除上開法條競合之適用（最高法院 101 年度第 10 次刑事庭會議(一)參照)。查被告意圖販賣而販入如事實欄一所示之第二級毒品甲基安非他命及第三級毒品硝甲西泮，未及販出即為調查局查獲，依上開說明，其於購買毒品時已著手於販賣行為，因未及賣出交付毒品而屬未遂。」

二、臺灣高等法院 108 年度上訴字第 2744 號判決：意圖販賣而持有毒品罪

「…參、論罪部分

一、核被告所為係違反毒品危害防制條例第 5 條第 2 項、第 3 項之意圖販賣而持有第二級、第三級毒品罪。其持有第二級及持有第三級毒品純質淨重均達 20 公克以上之低度行為，分別為其意圖販賣而持有之高度行為所吸收，均不另論罪。被告係意圖販賣以牟利，以單次交易同時向綽號『小古』之人購入第二級甲基安非他命與第三級硝甲西泮等毒品而同時持有之，係一行為觸犯上述二罪名，為想像競合犯，應依刑法第55條之規定，從一重之意圖販賣而持有第二級毒品罪。檢察官引用最高法院103年度台上字第651號判決意旨認為，行為人意圖販賣營利而販入毒品，如尚未賣出，構成販賣毒品未遂罪及意圖販賣而持有毒品罪，二者有法條競合之情形，應擇販賣未遂罪處罰，不再論以意圖販賣而持有毒品罪，而謂被告所為應成立同條例第 4 條第 6 項、第 2 項之販賣第二級毒品未遂罪等語，本院認基於以下理由，檢察官所指適用法律部分尚有誤會：

（一）按在 101 年 8 月 21 日之前，司法實務對於『販賣』毒品犯

罪的要件，向來以25年非字第123號判例為首認為：『禁煙法上之販賣鴉片罪，並不以販入之後復行賣出為構成要件，但使以營利為目的將鴉片購入或將鴉片賣出，有一於此，其犯罪即經完成，均不得視為未遂』；67年台上字第2500號判例亦謂：『所謂販賣行為，並不以販入之後復行賣出為要件，祇要以營利為目的，將禁藥購入或賣出，有一於此，其犯罪即為完成。上訴人既以販賣圖利之意思購入速賜康，雖於出售與某某時，已議定價格尚未交付之際，即被當場查獲，仍屬犯罪既遂』(68年台上字第606號、69年台上字第1675號判例意旨均同)。其實最早的25年非字第123號判例係出自禁煙法的年代，後3則判例則係針對廢止前藥物藥商管理法而發，均非適用毒品危害防制條例或其前身肅清煙毒條例所為之判例，惟最高法院就毒品危害防制條例所處罰之販賣，卻從來均援用該4則判例意旨操作解釋。

（二）以文義解釋言『販賣』與『買賣』不同，『販賣』即中文所謂的『同義複詞』，販者，賣也，販賣即是出賣（參見教育部國語辭典），當『販』與『賣』二字併列時，販賣之字面上，只有賣出之意，並無買入之意。上述判例以『販入』表示『買入』，出於以為『販賣』乃『買賣』之誤會所致，從而所謂『不以販入後復行賣出為必要』，只須買入或賣出之一，即成立販賣罪云云，自非正確。另對照25年非字第123號判例所解釋適用的禁煙法第6條規定：『製造鴉片或其代用品或販賣或意圖販賣而持有或運輸者，處1年以上5年以下有期徒刑，得併科五千圓以下罰金』，可知禁煙法第六條係同時規定多種行為的構成要件，至少有四個不同罪名：『製造鴉片或其代用品』罪、『販賣鴉片或其代用品』罪、『意圖販賣而持有鴉片或其代用品』罪、『運輸鴉片或其代用品』

罪，而且並無處罰未遂犯之明文。換言之，該條除處罰製造、販賣、運輸三種犯行外，同時也處罰『意圖販賣而持有』之犯行，四者法定刑均相同。而同時將『意圖販賣而持有』與『販賣』態樣同列於同一法條，處以相同法定刑，且初均無未遂犯處罰之立法模式，顯係當時的立法者思維，不論是民國建國前的晚清時代或民國建國之初的各次刑法典或特別法均無改變，自 1907 年的『刑律草案』、1910 年的『修正刑律草案』、1911 年的『欽定大清刑律』，乃至 1912 年（民國 1 年）的『暫行新刑律』、1915 年（民國 4 年）的『修正刑法草案』、1918 年（民國 7 年）的『刑法第 2 次修正案』、1919 年（民國 8 年）的『改定刑法第 2 次修正案』、1928 年（民國 17 年）『中華民國刑法』（所謂舊刑法），均係將『意圖販賣而持有』與『販賣』態樣同列，直到 1933 年起（民國 22 年起）的『中華民國刑法修正案』乃至民國 24 年公布即現行的『中華民國刑法』，始不再處罰意圖販賣而持有鴉片罪。

（三）惟民國 24 年、25 年分別公布的『禁毒治罪暫行條例』及『禁煙治罪暫行條例』，均將販賣與意圖販賣而持有罪同列相同法定刑處罰，且同條文內並無處罰未遂犯之明文。原來 25 年非字第 123 號判例，可能並非最高法院實務所理解的『販入等於賣出』，毋寧其意旨係指『販入』構成意圖販賣毒品既遂罪、『賣出』則為販賣毒品既遂罪。將此類判例套用在現行已分別將販賣毒品既遂、未遂罪（參見毒品危害防制條例第 4 條）及意圖販賣而持有毒品罪（參見同條例第 5 條）分列不同犯罪階段及各有不同法定刑的現代立法，顯有不合。換言之，上述 4 則判例顯然混淆販賣毒品罪的既、未遂及預備行為認定標準，置法律明文區分犯罪階段而為輕重不同

處罰之效果於不顧，而將原屬預備犯之意圖販賣持有毒品犯行，或僅著手而不遂之未遂犯行，竟當作販賣毒品既遂罪處罰，已違反植基於憲法第 8 條正當法律程序，其中實體法內涵之『罪刑法定原則』(釋字第 384 號解釋參見)，並且導致毒品危害防制條例第4條「販賣」毒品罪之刑法罰法律，違反法律明確性及刑罰明確性原則。是最高法院終於在 101 年 8 月 21 日以 101 年度第 7 次刑事庭會議（二）決議以『本則判例不合時宜』，不再援用四則判例。

（四）惟其後最高法院於 101 年 11 月 6 日以 101 年度第 10 次刑事庭決議（一）認為販賣未遂與意圖販賣而持有毒品罪，有法條競合之適用，而謂：『所謂販賣行為，須有營利之意思，方足構成。刑罰法律所規定之販賣罪，類皆為(1)意圖營利而販入，(2)意圖營利而販入並賣出，(3)基於販入以外之其他原因而持有，嗣意圖營利而賣出等類型。從行為階段理論立場，意圖營利而販入，即為前述(1)、(2)販賣罪之著手，至於(3)之情形，則以另行起意販賣，向外求售或供買方看貨或與之議價時，或其他實行犯意之行為者，為其罪之著手。而販賣行為之完成與否，胥賴標的物之是否交付作為既、未遂之標準。行為人持有毒品之目的，既在於販賣，不論係出於原始持有之目的，抑或初非以營利之目的而持有，嗣變更犯意，意圖販賣繼續持有，均與意圖販賣而持有毒品罪之要件該當，且與販賣罪有法條競合之適用，並擇販賣罪處罰，該意圖販賣而持有僅不另論罪而已，並非不處罰。此觀販賣、運輸、轉讓、施用毒品，其持有之低度行為均為販賣之高度行為所吸收，不另論罪，為實務上確信之見解，意圖販賣而持有毒品罪，基本行為仍係持有，意圖販賣為加重要件，與販賣罪競合時，難認應排除上開法條競合之適用』等語。

（五）最高法院上述決議的成因，不無受到過往至今最高法院仍認為意圖販賣而持有毒品罪之成立，係以『以意圖販賣營利以外之原因而持有毒品，例如為施用、受贈或寄藏而持有，嗣後始起意販賣者而言』（最高法院82年度台上字第4018號、6285號、83年度台非字第184 號、91年度台上字第2048號判決意旨）的影響。然而此種見解顯然是為了遷就上述四則『買入就等於販賣既遂』判例見解的影響：

1. 在有特定或可得特定買受人的販賣毒品案件中，最高法院判決向來認為『販賣』之構成要件行為，至少應包含買賣之『意思表示合致、交付毒品及收受金錢』三者。著手而未遂的判斷標準，以最高法院97年度台上字第3600號判決曾謂：『販賣毒品罪之販賣者與購毒者就買賣毒品之重要內容有所表示時，縱使販賣者尚未實際交付毒品，仍可認為已經著手販賣毒品之實施；亦即販賣毒品之犯行，以販賣者與應買者雙方就買賣毒品之重要內容有所意思表示而達成契約之合致時，即已著手於販賣毒品之構成要件行為』。換言之，在有買受人之犯罪事實，已有『意思表示合致』，尚未交付毒品或收受金錢，屬販賣未遂，因而僅有意圖營利而購入毒品之行為，則尚未有著手行為，至多僅屬預備行為。本條例第5條關於意圖販賣而持有毒品罪，就是典型的預備犯類型（形式預備犯），行為人意圖販賣而購入毒品，即係意圖販賣而持有毒品的一種型態，行為人祇要未與他人有任何關於販賣的意思表示磋商或合致，即尚未著手，犯罪階段上自屬著手前的預備階段，為預備犯。
2. 就販賣毒品罪的處罰，至少在有買受者的案例中，販賣既遂、未遂及預備，其界限尚稱清楚、明確。然而上述四則已被最高法院決議宣告不再援用的判例，因為將販賣既遂的時點往

前推移至『買入』時就成立，自無須判斷有無買受人，更無須判斷上述『販賣』的三項構成要件要素，自無著手未遂的可能，而所謂意圖販賣而持有毒品罪的預備犯，自更無成立的空間。因而，最高法院為遷就這四則判例，因而不得不『另闢蹊徑』解釋第 5 條意圖販賣而持有毒品罪之成立，係以『非因意圖販賣而販入，乃因其他原因如受贈或寄藏而持有，嗣後始起意販賣者而言』。殊不論實務上要如何證明行為人持有毒品時，何時從不想賣轉變為想要賣出的『內心轉折』的證明上難題。實體處罰言，這樣的種見解無異於是處罰『意圖犯』，當行為人持有過程中曾經動心起念想要出售的念頭而繼續持有，就必須面臨最重無期徒刑的刑罰（以持有第一級毒品為例），持有第二級毒品也要有期徒刑 5 年以上？！連侵害生命法益的殺人罪都沒有『意圖犯』或『陰謀犯』，即使訴諸所謂國家法益的大帽子，陰謀犯處罰法例也僅有刑法第 101 條第 2 項的陰謀暴動內亂罪，更遑論其效果係 1 年以上 7 年以下有期徒刑，何獨抽象危險犯性質的販賣毒品罪，僅因訴諸不特定生命、身體及健康法益，竟能賦予如此嚴苛的刑罰效果！足見這是上述四則不當判例推波助瀾的結果，就是因為一再將販賣毒品行為的可罰性起點前移，導致四則判例將預備犯（或未遂）當作既遂犯處罰還不夠，為了遷就此等不當的判例見解，更不惜將行為人的『犯罪決意』也納入預備犯處罰，直至混亂整個犯罪行為階段。因而，上述四則判例不在援用之後，誤將意圖犯當預備犯處罰的最高法院判決見解也應該改弦更張。

（六）殊不論 108 年 1 月 4 日修正公布法院組織法，於最高法院增設大法庭制度作為統一法律解釋的機制，並刪除第 57 條即最高法院決議的法律依據，而以大法庭取代決議，最高法

院的決議制度頓失合法及正當性，從而過往最高法院的決議是否仍能有效拘束下級審，已有疑義。最高法院101年11月6日以101年度第10次刑事庭決議(一)既然是在上述錯誤且不再援用的判例見解影響預備犯判斷成立之下所生，在尚無大法庭判決產生之前，事實審法院自得基於個案事實的不同，表示法律見解，不受該最高法院決議之拘束。上述最高法院採法條競合說的結果，認為意圖營利而販入(應為『購入』，販者，賣也，只有販出，不會有販入)毒品，即同時構成(1)意圖營利而販入，及(2)意圖營利而販入並賣出罪的著手，顯然是再次架空本條例第5條預備犯成立的空間。蓋意圖營利而販入，如果根本尚無特定或可得特定的買受毒品之人，就是典型的預備犯；如果因為已有特定買受人或有可得特定的買主，行為人據此意圖營利而買入毒品，準備賣給已顯現或將顯現的買主，其所為成立販賣罪的著手，則不為過。換言之，意圖營利而買入毒品，仍應視是否已有顯在的買受人以判斷有無著手，如尚無具體買受人者，行為人買入毒品的準備就是為日後如尋覓到買主再賣出，這只能成立預備犯。最高法院101年度第10次刑事庭決議(一)，不區辨個案事實有無具體毒品的買主，形同將上述四則舊判例的『一律視為販賣毒品既遂』，轉化為『一律視為販賣毒品未遂』。不僅仍有類型化不足之憾，更同樣有混淆立法者已預設的犯罪階段的處罰之虞，並讓本條例第5條的預備犯立法，再次淪為違憲違法的陰謀或意圖犯立法，操作上不可不慎。

二、經查被告買入扣案第二、三級毒品之前，檢察官根本無證據證明有任何特定的買主，被告所辯是準備於分裝毒品完成後，再開始尋找不特定販售對象以牟利，豈料在尚未尋覓買主而

於持有扣案毒品過程中即為警查獲，已屬可信，且經本院認定如前。從而，因為並非先有具體買主，再行基於營利而買入毒品，被告所為尚未著手於『販賣』的構成要件，只是基於『意圖販賣』之動機而買入毒品，應係構成毒品危害防制條例第5條第2項之意圖販賣而持有第二級毒品罪，尚非違反同條例第4條第6項、第2項之販賣第二級毒品未遂罪，檢察官所認容有誤會。」

參、與爭點相關之我國法律規定與外國法例

一、毒品危害防制條例第4條第6項、第2項及第5條第2項

販賣第二級毒品未遂，及意圖販賣而持有第二級毒品，分別依毒品危害防制條例(下稱毒品條例)第4條第6項、第2項及第5條第2項處罰之，刑度亦不同，各該規定如下：

第4條

(第2項)製造、運輸、販賣第二級毒品者，處無期徒刑或10年以上有期徒刑，得併科新臺幣1,00萬元以下罰金。

(第6項)前五項之未遂犯罰之。

第5條

(第2項)意圖販賣而持有第二級毒品者，處5年以上有期徒刑，得併科新臺幣500萬元以下罰金。

二、外國相關立法例

(一)日本法

日本在毒品的管制上，以毒品的類型加以區分，包括「麻藥及精神藥物取締法」[1]、「大麻取締法」[2]、(昭和二十三年法律第百二十四号)「鴉片法」[3]、「覺醒劑取締法」[4]給予不同規制，另有落實日本與

---

[1] 麻薬及び向精神薬取締法(昭和28年法律第14号)，參照：e-gov法令検索，麻薬及び向精神薬取締法，https://reurl.cc/Kx0v5M (最後瀏覽：2021年2月19日)。

[2] 大麻取締法（昭和23年法律第124号），參照：e-gov法令検索，大麻取締法，https://reurl.cc/pm6Vee (最後瀏覽：2021年2月19日)。

[3] あへん法(昭和29年法律第71号)，參照：e-gov法令検索，あへん法，https://reurl.cc/qmL37R

國際共同協力防制毒品性質的「麻藥特例法」[5]。上揭法律未設有販賣毒品的行為類型，而是以「轉讓」及「受讓」作為基礎行為類型，再以「意圖營利」作為加重類型。關於安非他命之(營利)轉讓、受讓、持有，以覺醒劑取締法第 41 條之 2[6]規範之，其規定是：

第 41 條之 2

(第 1 項)無正當理由持有、轉讓、受讓安非他命者(不包括第 42 條第 5 款)，處 10 年以下有期徒刑。

(第 2 項)營利目的犯前項之罪，處 1 年以上有期徒刑，併得依其情狀處以 1 年以上有期徒刑及 500 萬日圓以下罰金。

(第 3 項)前 2 項之未遂罪，處罰之。

安非他命之轉讓、受讓，均處罰未遂罪，關於著手之認定，須行為人開始進行交付安非他命之處分所伴隨的密接準備行為，讓渡契約之合意，尚不足以解為轉讓、受讓行為之著手[7]。實例如下：

經日本最高法院駁回上訴所肯認之名古屋高等裁判所金澤分所昭和 31 年 10 月 16 日判決：被告與 Y 之間成立有關安非他命讓渡之合意，讓渡人 Y 在被告同在之場所，委託不知情的 A 取貨，並經 A 同意取貨，而該物係交由 C 保管，A 取得 500 支裝有 2CC 的安瓿(一種注射劑容器)，依共犯所為（A 中介 Y 之間接行為），安非他命之占有

(最後瀏覽：2021 年 2 月 19 日)。

[4] 覚醒剤取締法（昭和 26 年法律第 252 号），參照：e-gov 法令検索，覚醒剤取締法，https://reurl.cc/kVlq69 (最後瀏覽：2021 年 2 月 19 日)。

[5] 国際的な協力の下に規制薬物に係る不正行為を助長する行為等の防止を図るための麻薬及び向精神薬取締法等の特例等に関する法律(麻薬特例法，平成 3 年法律第 94 号)，參照：e-gov 法令検索，国際的な協力の下に規制薬物に係る不正行為を助長する行為等の防止を図るための麻薬及び向精神薬取締法等の特例等に関する法律，https://reurl.cc/YWeR7L (最後瀏覽：2021 年 2 月 19 日)。

[6] 覚醒剤取締法第 41 条の２　覚醒剤を、みだりに、所持し、譲り渡し、又は譲り受けた者（第四十二条第五号に該当する者を除く。）は、十年以下の懲役に処する。

２　営利の目的で前項の罪を犯した者は、一年以上の有期懲役に処し、又は情状により一年以上の有期懲役及び五百万円以下の罰金に処する。引自前揭 4。

[7] 内藤惣一郎、白井美果、奥村寿行，覚せい剤犯罪捜査実務ハンドブック，立花書房，2018 年 9 月，72 頁。

已達到現實中將為移轉之階段，本件被告所為至少已著手轉讓安非他命之密接行為[8]。

東京高等裁判所昭和 53 年 3 月 20 日判決：「覺醒劑取締法取締法規定之受讓安非他命未遂罪…其著手，以移轉持有的安非他命而開始必要準備活動為已足[9]。

另外，麻藥之轉讓與受讓罪的處罰，標準亦同：高松高等裁判所昭和 27 年 1 月 31 日判決：麻藥取締法第 3 條之轉讓罪，未伴隨有法律上或事實上之交付，僅單有讓渡契約，並不成立[10]。

(二)德國法

德國麻醉藥品流通法第 29 條第 1 項規定：「下列情形，處五年以下有期徒刑或罰金：1. 未經許可栽種、製造、**交易**，非交易而輸入、輸出、轉讓、交付，此外投入流通、購得或以其他方式設法獲得麻醉藥品者，2. (略)，3. 無書面購買許可而持有麻醉藥品者，(以下略)[11]。」德國麻醉藥品流通法第 29 條第 2 項規定：「**第 1 項第 1 句第 1 款**、第 2 款、第 5 款或第 6 款 b **之未遂犯罰之**。[12]」德國刑法第 22 條規定：「依其對犯行之設想，直接著手於構成要件之實現者，為未遂犯。[13]」麻醉藥品的定義，依德國麻醉藥品流通法第 1 條第 1 項規定：「本法

---

[8] 名古屋高等裁判所金沢支部昭和 31 年 10 月 16 日判決，LEX/DB 文献番号 25348137。

[9] 東京高等裁判所昭和 53 年 3 月 20 日判決，LEX/DB 文献番号 27931020。

[10] 高松高等裁判所昭和 27 年 1 月 31 日判決，LEX/DB 文献番号 27680256。

[11] Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln (Betäubungsmittelgesetz - BtMG)
§ 29 Straftaten
(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer
1. Betäubungsmittel unerlaubt anbaut, herstellt, mit ihnen Handel treibt, sie, ohne Handel zu treiben, einführt, ausführt, veräußert, abgibt, sonst in den Verkehr bringt, erwirbt oder sich in sonstiger Weise verschafft,.....
3.Betäubungsmittel besitzt, ohne zugleich im Besitz einer schriftlichen Erlaubnis für den Erwerb zu sein,

[12] Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln (Betäubungsmittelgesetz - BtMG)
§ 29 Straftaten
(2) In den Fällen des Absatzes 1 Satz 1 Nr. 1, 2, 5 oder 6 Buchstabe b ist der Versuch strafbar.

[13] Strafgesetzbuch (StGB)
§ 22 Begriffsbestimmung
Eine Straftat versucht, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt. 德國刑法之中譯，均係參照「何賴傑、林鈺雄審譯，李聖傑、潘怡宏編譯，王士帆等合譯，德國刑法典，元照，二版第 1 刷，2019 年 7 月」之內容，並對照最新修正條文原文後所譯。

所稱麻醉藥品，指附件一至三所列物質及製品。[14]」而甲基安非他命(Methamphetamine, Metamfetamin, Methamphetamin)為該法附件二所列之麻醉藥品。

德國麻醉藥品流通法第 29 條第 1 項第 1 句第 1 款「**交易(Handeltreiben)」之構成要件行為，包含締結所有有償的債權行為**，例如買賣契約、服務契約、承攬契約、租賃契約等，只要該行為之目的是銷售麻醉藥品以獲利。此外，製造過程、銷售過程及接下來的付款過程也落入交易的概念，且不以持續或重複為必要，偶爾或一次性的銷售行為即足，惟麻醉藥品的種類、數量及價格應具體特定[15]。當採取的行動雖尚未滿足「交易」的構成要件，但**依犯罪計畫，無須其他中間行為，直接可以導向促進麻醉藥品之銷售，即為可罰的交易未遂**[16]。

依德國聯邦最高法院刑事大法庭 2005 年 10 月 26 日 GSSt 1/05 裁定之見解，**行為人打算購買特定麻醉藥品以轉售獲利，而與賣方認真談判時，即為交易之既遂**[17]。至於不罰的預備行為與可罰的交易未遂或交易既遂之區別標準是，在預備的情形，尚未具體化預計所為的犯罪行為，例如為了未確定、未來走私麻醉藥品而準備車輛，或是一般性、無所獲地四處詢問麻醉藥品的價格，均僅是預備行為[18]。大多數有爭議的案例，其實是幫助犯或共同正犯的邊界案例，而非交易未遂或既遂之區別，類似案例，聯邦最高法院認為不成立交易的共同正犯，但認為成立交易的幫助犯[19]。聯邦最高法院提案庭所提案之法律問題為：「行為人預計購買特定麻醉藥品以轉售獲利，而與賣方認真

---

[14] Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln (Betäubungsmittelgesetz - BtMG)
§ 1 Betäubungsmittel
(1) Betäubungsmittel im Sinne dieses Gesetzes sind die in den Anlagen I bis III aufgeführten Stoffe und Zubereitungen.

[15] Körner/Patzak/Volkmer/Patzak, 9. Aufl. 2019, BtMG § 29 Teil 4. Rn. 45.

[16] MüKoStGB/Oğlakcıoğlu, 3. Aufl. 2018, BtMG § 29 Rn. 457.

[17] 裁定主文原文：「Für die Annahme vollendeten Handeltreibens reicht es aus, dass der Täter bei einem beabsichtigten Ankauf von zum gewinnbringenden Weiterverkauf bestimmten Betäubungsmitteln in ernsthafte Verhandlungen mit dem potentiellen Verkäufer eintritt.」

[18] BGHSt 50, 252，即 BGH GSSt 1/05 – Beschluss vom 26. Oktober 2005, Rn. 49.

[19] BGH GSSt 1/05 – Beschluss vom 26. Oktober 2005, Rn. 50.

談判，但並未與賣方達成合致時，是否足以論交易既遂？[20]」就此，聯邦最高法院關於德國麻醉藥品流通法第 29 條第 1 項第 1 句第 1 款之「交易」的穩定見解為：「每個自利、目標是銷售麻醉藥品的行動」[21]，德國聯邦最高法院刑事大法庭維持上開見解，認為成立交易既遂，對於「交易」的概念採寬廣的解釋[22]，因此，成立未遂的空間很小。實務上交易未遂的案例如新任的毒品快遞員，努力以電話聯繫要拿到皮箱，但前一毒品快遞員以及其任務指示者已因為警察的介入而喪失對皮箱之處分權；為履行一個已失敗的毒品交易而給付金錢；向從一開始就沒有想要賣麻醉藥品或是沒有能力提供麻醉藥品之人購買麻醉藥品[23]。

德國聯邦憲法法院於 2006 年 9 月 18 日 2 BvR 2126/05 之不受理裁定中闡述，德國麻醉藥品流通法第 29 條第 1 項第 1 句第 1 款之規定以及實務見解所發展關於「交易」之概念，符合明確性原則 (Bestimmtheitsgrundsatz)[24]，也就是肯認德國聯邦最高法院刑事大法庭之上開見解並無違憲疑慮[25]。

最高法院 25 年非字第 123 號刑事判例稱：「……販賣鴉片罪，……以營利為目的將鴉片購入……其犯罪即經完成……」及 67 年台上字第 2500 號刑事判例稱：「所謂販賣行為，……祇要以營利為目的，將禁藥購入……，其犯罪即為完成……屬犯罪既遂。」經司法院大法官於 109 年 6 月 19 日以釋字第 792 號解釋宣告違憲。德國聯邦最高法

---

[20] 原文為：「Reicht es für die Annahme vollendeten Handeltreibens aus, wenn der Täter bei einem beabsichtigten Ankauf von zum gewinnbringenden Weiterverkauf bestimmten Betäubungsmitteln in ernsthafte Verhandlungen eintritt, aber keine Einigung mit dem Lieferanten erzielt? 」BGH 3 StR 61/02 / 3 StR 243/02 - Beschluss vom 13. Januar 2005.

[21] 原文為：「Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist Handeltreiben im Sinne des § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG jede eigennützige auf den Umsatz von Betäubungsmitteln gerichtete Tätigkeit. 」BGH GSSt 1/05 - Beschluss vom 26. Oktober 2005, Rn. 18.

[22] Bundesgerichtshof, Mitteilung der Pressestelle Nr. 157/2005, Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln, Karlsruhe, den 10. November 2005, Pressestelle des Bundesgerichtshof.

[23] BGH GSSt 1/05 – Beschluss vom 26. Oktober 2005, Rn. 42. MüKoStGB/ Oğlakcıoğlu, 3. Aufl. 2018, BtMG § 29 Rn. 458.

[24] BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 18. September 2006 - 2 BvR 2126/05 -, Rn. 1-21.

[25] MüKoStGB/ Oğlakcıoğlu, 3. Aufl. 2018, BtMG § 29 Rn. 458.

院刑事大法庭2005年10月26日GSSt 1/05裁定之見解為行為人打算購買特定麻醉藥品以轉售獲利，而與賣方認真談判時，即為交易之既遂。德國聯邦最高法院刑事大法庭認為行為人打算購買特定麻醉藥品以轉售獲利，在與賣方認真談判，尚未購入即屬既遂，相較於我國的舊見解，既遂的認定更為前置。主要理由為：1. 德國麻醉藥品流通法第29條第1項第1句第1款之「交易(Handeltreiben)」，亦可譯為貿易，聯邦最高法院對此採很寬的解釋。2. 該條規定的刑度是五年以下有期徒刑或罰金，依德國刑法第12條第2項，屬於輕罪，刑度上有許多因應具體情形調整的可能性[26]。3. 這樣寬廣的解釋，才能涵蓋分工細膩的(跨國)毒品交易，處罰到幕後的主使[27]。

(三) 美國法

1. 美國法未遂犯認定標準

美國法未遂犯指已著手於犯罪「重要步驟」而未完成，或雖已完成，而未發生預期之結果。因此，未遂犯需符合下列要件：(1)有意圖某種犯罪結果發生之犯意(specific intent)；(2)故意為該犯罪行為；(3)已著手重要犯罪步驟(substantial step)；(4)未發生預期之犯罪結果；(5)法律有處罰未遂犯之規定。

美國傳統普通法(common law)依被告主觀犯意(Mens rea)區分為五種犯罪類別：特定意圖犯(specific intent)、故意犯(general intent)、有認識重大過失 (recklessness)、刑事過失(criminal negligence)、無過失責任[28] (strict liability)。其中 specific intent 與我國意圖犯相似[29]，指行為人除故意為某項犯罪行為外，並符合法律特別明定之意圖，例如竊盜、詐欺等財產性犯罪，其構成要件包括「意圖為自己或他人不法之所有」，屬於此類犯罪。general

---

[26] BGH GSSt 1/05 - Beschluss vom 26. Oktober 2005, Rn. 47. MüKoStGB/Oğlakcıoğlu, 3. Aufl. 2018, BtMG § 29 Rn. 461.

[27] Körner/Patzak/Volkmer/Patzak, 9. Aufl. 2019, BtMG § 29 Teil 4. Rn. 24.

[28] 例如與14歲以下少年為性行為。

[29] Specific intent 指行為人有法律特定的主觀要素，其範圍包括但不限於我國的意圖犯。

intent 指故意為某項犯罪行為，與我國故意犯大致相當。有認識重大過失（recklessness)則介於我國重大過失及不確定故意之間，指對危險有認識，但並不期待犯罪結果發生的重大過失，其處罰遠重於過失犯。例如行為人瞄準友人置於頭上的蘋果，自信槍法神準可擊中蘋果，結果擊斃友人，構成”depraved heart murder”，屬於二級謀殺罪，而非過失致死罪。因為未遂犯限於未發生預期之犯罪結果始能構成，因此未遂犯屬於意圖犯(specific intent)，而非故意犯。

美國為多數州所依循之模範刑法典(Model Penal Code) §5.01(1)規定[30]：「未遂罪定義：行為人若以符合某罪規定之情狀從事犯罪，構成該罪之未遂罪… (a)若行為情狀(attendant circumstances)如其所信，故意從事構成該犯罪之行為，或(b)當產生某種結果屬於犯罪構成要件，為產生此結果或相信其行為將產生此結果，而作為或不作為[31]；或(c)在其所信之情況下，故意作為或不作為，該行為構成其計畫犯罪之重要步驟(a substantial step)。」

模範刑法典§5.01(1) (c)規定之「重要步驟」與我國刑法第 25 條第 1 項「著手」犯罪之概念類似，但模範刑法典對於何謂「重要步驟」有非常具體的規定，且不限於著手「犯罪構成要件」，例如行為人探勘其準備行竊之處所，即屬於「重要步驟」，可構成未遂犯。模範刑法典§5.01(2)規定[32]：「…下列行為於無其他足夠之相反作為時，

---

[30] Model Penal Code §5.01, "(1) Definition of Attempt. A person is guilty of an attempt to commit a crime if, acting with the kind of culpability otherwise required for commission of the crime, he:
(a) purposely engages in conduct that would constitute the crime if the attendant circumstances were as he believes them to be; or
(b) when causing a particular result is an element of the crime, does or omits to do anything with the purpose of causing or with the belief that it will cause such result without further conduct on his part; or
(c) purposely does or omits to do anything that, under the circumstances as he believes them to be, is an act or omission constituting a substantial step in a course of conduct planned to culminate in his commission of the crime."

[31] 上開二款主要指事實不能的情況，例如扒手伸入被害人口袋，結果空無一物；或持槍射床，結果被害人不在床上，均構成未遂犯。

[32] Model Penal Code §5.01.,"(2) Conduct That May Be Held Substantial Step Under Subsection (1)(c). Conduct shall not be held to constitute a substantial step under Subsection (1)(c) of this Section unless it is strongly corroborative of the actor's criminal purpose. Without negativing the sufficiency of other conduct, the following, if strongly corroborative of the actor's criminal purpose, shall not be held insufficient as a matter of law:

若強烈顯示其犯意，不應認為法律上不足構成「重要步驟」：(a)尋找或跟蹤其所欲加害之被害人、藏匿等待；(b)引誘或企圖引誘其所欲加害之被害人至其欲實行犯罪之地點；(c)探勘其欲實行犯罪之地點；(d)非法進入其欲實行犯罪之建築物、交通工具、圍地；(e)持有欲用來犯罪的物品，該物品係特別作為此類非法使用、或在該情況下沒有其他合法目的；(f)若依該案情況，沒有其他合法目的，而持有、收集或偽造所欲用來犯罪之物品，且位於其欲實行犯罪之地點或附近；(g)教唆不知情之人進行犯罪構成要件的行為。」

與我國實務對「著手」犯罪的標準相較，模範刑法典§5.01 條對於著手犯罪「重要步驟」之規定比較明確且寬鬆。行為人縱使尚未著手尋找買主，只要行為人持有毒品之數量甚鉅；或行為人持有毒品且位於其欲實行販賣犯罪地點或附近，在該案情況下沒有其他合法目的；即可認為著手犯罪「重要步驟」，而構成販賣未遂犯。

2. 販賣毒品未遂與意圖販賣毒品而持有之區別

美國聯邦法對於毒藥物管制相當嚴格，聯邦法典 21 篇(第 13 章)第 812 條將毒品、麻醉藥品依是否有醫療價值、危害程度、濫用成癮可能性分為五級，第一級毒藥物指非醫療使用、危害程度高、濫用成癮性高者(例如海洛因)；第五級毒藥物指可作為醫療用途、危害程度及成癮性較輕者。安非他命及甲基安非他命屬於第三級毒藥物。

聯邦法典 21 篇第 841 條依販賣毒藥物種類、數量、販售對象等情狀細分不同法定刑，21 U.S. Code § 841 規定[33]：「(a)違法行為：

(a) lying in wait, searching for or following the contemplated victim of the crime;
(b) enticing or seeking to entice the contemplated victim of the crime to go to the place contemplated for its commission;
(c) reconnoitering the place contemplated for the commission of the crime;
(d) unlawful entry of a structure, vehicle or enclosure in which it is contemplated that the crime will be committed;
(e) possession of materials to be employed in the commission of the crime, that are specially designed for such unlawful use or that can serve no lawful purpose of the actor under the circumstances;
(f) possession, collection or fabrication of materials to be employed in the commission of the crime, at or near the place contemplated for its commission, if such possession, collection or fabrication serves no lawful purpose of the actor under the circumstances;
(g) soliciting an innocent agent to engage in conduct constituting an element of the crime."

[33] 21 U.S. Code § 841, "(a)Unlawful acts

除本節所規定之授權外，任何人知悉或有意(1)製造、散發、給藥或意圖製造、散發、給藥而持有管制毒藥物；…(b)刑罰：犯(a)項之罪者，除本篇第 849 條、第 859 條、第 860 條、第 861 條規定外，應依下列規定處罰…」。21 U.S. Code § 846[34]規定：「任何人著手(attempt)或共謀犯本節所規定之罪，意圖達到該罪目的者，應依各該規定處罰。」

3. 小結

綜上，依美國法，「意圖販賣而持有毒品」定義上屬於「販賣毒品未遂」範疇，但美國聯邦法對「意圖販賣而持有毒品罪」作特別規定，立法上將「意圖販賣而持有毒品」當作一種獨立犯罪類型，行為人「意圖販賣而持有毒品」，尚未尋找買主前，應論以「意圖販賣而持有毒品罪」。「意圖販賣而持有毒品罪」之法定刑與「販賣毒品罪」及「販賣毒品未遂罪」均相同，實際科刑則需依量刑指導法則(Sentencing Guidelines)規定之各種量刑因素加以計算。

(四)外國法制的啟示

本案提案之法律問題「被告意圖營利而購入毒品，在尚未尋找買主前，即為警查獲，究係論以販賣毒品未遂罪，抑或意圖販賣而持有毒品罪？」放諸各國法制下，會有不同之結論。如發生在日本，因意圖營利而讓與以開始讓與之必要準備活動為必要，既然尚無以轉讓所持安非他命而開始必要準備活動，應認尚屬意圖營利而持有，不該當意圖營利讓與未遂罪；如發生在德國，依德國聯邦最高法院刑事大法庭 2005 年 10 月 26 日 GSSt 1/05 裁定之見解，被告意圖營利而購入毒品，即為交易既遂。如發生在美國，行為人「意圖販賣而持有毒品」，

Except as authorized by this subchapter, it shall be unlawful for any person knowingly or intentionally—
(1)to manufacture, distribute, or dispense, or possess with intent to manufacture, distribute, or dispense, a controlled substance; or
(2)…
(b)Penalties
Except as otherwise provided in section 849, 859, 860, or 861 of this title, any person who violates subsection (a) of this section shall be sentenced as follows:"

[34] 21 U.S. Code § 846, "Any person who attempts or conspires to commit any offense defined in this subchapter shall be subject to the same penalties as those prescribed for the offense, the commission of which was the object of the attempt or conspiracy."

尚未尋找買主前，應論以「意圖販賣而持有毒品罪」；若意圖販賣毒品而持有其持有毒品且位於其欲實行販賣犯罪地點或附近，在該案情況下沒有其他合法目的，可認為著手犯罪「重要步驟」，而構成販賣未遂犯。惟「意圖販賣而持有毒品罪」之法定刑與「販賣毒品罪」及「販賣毒品未遂罪」均相同，實際科刑則需依量刑指導法則規定之各種量刑因素加以計算。

肆、與爭點有關之實務見解與學說見解

一、實務見解

(一)著手之認定，多採形式客觀說，但亦有不同意見，標準不一

已著手於犯罪行為之實行而不遂者，為未遂犯(刑法第 25 條第 1 項)，對於著手時點之判斷，有形式客觀說、實質客觀說、主觀說、主客觀混和說等[35]。實務上多採形式客觀說[36]，如最高法院 30 年上字第 684 號判例：「刑法第 25 條所謂已著手於犯罪行為之實行，係指對於構成犯罪要件之行為，已開始實行者而言，若於著手此項要件行為以前之準備行動，係屬預備行為，除法文有處罰預備犯之明文，應依法處罰外，不能遽以未遂犯罪論擬。」實例有：

放火行為，縱然煤、裁油已經溢流於地方法院地板，因尚未著手於「點燃引火媒介物」之行為，僅屬預備行為[37]；

竊盜行為，雖持菜刀 1 把撬開被害人門口鐵捲門旁之開關鐵盒，

---

[35] 如最高法院 109 年度台上大字第 4861 號提案裁定所載：「關於著手時點之判斷，有各種不同之理論，其一採形式客觀說者，主張行為人唯有已開始實行嚴格意義之構成要件行為，始可認定為著手實行；實質客觀說者，認為行為人開始實行與構成要件具有必要關聯性之行為，或者開始實行對於構成要件保護客體形成直接危險行為者，即已著手；再一採主觀說者，主張若依行為人之犯意及其犯罪計畫，而可判斷犯罪行為已經開始實行者，即可認定為著手實行。」

[36] 始祖應為已經停用之最高法院 22 年上字第 980 號判例：「所謂著手，必須從客觀方面可以認其實行行為已經開始者而言，若實行行為未曾開始，而其所為尚係著手以前之準備行為，只能謂之預備」。

[37] 臺灣高等法院臺中分院 109 年上訴字第 1089 號判決：「刑法第 25 條第 1 項所謂『著手』，係指犯人對於構成犯罪之事實開始實行而言，其在開始實行前所為之預備行為，不得謂為『著手』，自無成立未遂犯之餘地；刑法第 173 條第 1 項之放火燒燬現有人所在之建築物罪，須有放火燒燬之行為，為其構成要件之一。所謂『放火』，乃指故意使火力傳導於特定之目的物，使其燃燒之意。如尚未著手於『點燃引火媒介物』之行為，則屬預備階段。」

開啟被害人住處之鐵捲門，在尚未打開被害人住處之落地玻璃門，而在門外就遭到場之警員查獲，無積極證據足證被告確有動手物色、搜尋財物或其他與竊盜行為有關之密接行為，被告之行為自不足認定已著手於客觀上可認為竊盜行為之實行[38]*；*

準強盜行為，縱攜帶兇器推開外門侵入庭院後欲進屋行竊，打開紗門，正持鐵撬開啟第二道大門著手竊盜之際，為巡邏員警發現盤查未能得逞，為脫免逮捕，於騎乘機車欲逃離現場而經逮捕，不得以強盜罪論[39]*；*

強制性交行為，雖被害人甫進後車廂處，坐於後車廂入口處，並將雙腳放置於車身外，被告以其手肘抵住被害人，欲將之強行推入後車廂，並取出兇器恫嚇，然被害人趁隙倏然躍下車，被告犯行因而不遂，亦不該當強制性交未遂[40]*。*

---

[38] 臺灣高等法院臺中分院 105 年上易字第 894 號判決參照。相類案例，最高法院 85 年度台非字第 116 號判決：「竊盜行為之著手，係以已否開始財物之搜尋為要件」。最高法院在 95 年度台上字第 4340 號判決：「所謂著手，係指犯人對於構成犯罪之事實開始實行而言，前開判例意旨，已揭示甚明。則單純『用眼睛進行搜尋』、『張開眼睛觀看』，能否謂為已達於對於竊盜罪『構成犯罪之事實開始實行』？即非無疑。……原審未予徹查明白，即遽認『用眼睛進行搜尋』、『張開眼睛觀看』已著手於竊盜犯罪構成要件之實行，自嫌速斷」。另 101 年度台上字第 3380 號判決：「就侵入住宅為加重條件之各罪而言，行為人侵入他人住宅後，尚在以目光觀看、搜尋被害人時，顯然不宜認定已為犯罪構成要件行為之著手」，亦同。

[39] 最高法院 94 年度台上字第 6989 號判決：「按預備行為與未遂犯之區別，以已、未著手於犯罪之實行為標準，所謂著手，即指犯人對於犯罪構成事實開始實行而言，是關於竊盜行為之著手，係以已否開始財物之搜尋為要件。如行為人僅著手於刑法第三百二十一條第一項各款所列之加重要件行為，而尚未為竊盜行為之著手者，自不得以該條竊盜罪之未遂犯論科。亦即刑法上之未遂犯，必須已著手於犯罪行為之實行而不遂，始能成立。又實施強暴、脅迫，以便脫逃，原係竊盜以強盜論之加重要件行為，竊盜罪如不成立，其前提要件即不存在，按之刑法第三百二十九條之規定，自不得以強盜罪論。」

[40] 最高法院 102 年度台上字第 3748 號判決：「又刑法上之未遂犯，必須已著手於犯罪行為之實行而不遂，始能成立，此在刑法第 25 條第 1 項規定甚明，同法第 222 條之強制性交罪，為第 221 條之加重條文，自係以對於男女以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法而為性交，為其犯罪行為之實行，至該條第 1 項各款所列情形，不過為犯強制性交罪之加重條件，如僅著手於該項加重條件之行為而未著手強制性交，仍不能以加重強制性交罪之未遂犯論。」又如臺灣基隆地方法院 108 年度軍侵訴字第 1 號判決「按刑法第 25 條所謂已著手於犯罪行為之實行，係指對於構成犯罪要件之行為，已開始實行者而言，若於著手此項要件行為以前之準備行動，係屬預備行為，除法文有處罰預備犯之明文，應依法處罰外，不能遽以未遂犯罪論擬。又刑法第 25 條之立法模式，係承繼拿破崙法典與德國舊刑法而來，著重未遂犯之客觀犯行，以未遂犯之行為雖未發生實害，然此等行為倘客觀上已經具備對於法益產生實害的可能性，而具侵害法益之危險，即強調未遂犯之客觀『行為不法』。因此，關於未遂犯之認定重點，並不在著手，而是在實行行為。所謂「著手於犯罪之實行」應該解釋為行為人達到實行行為程度；「著手」僅是用以描述行為人客觀行為已經符合實行行為的前緣，而足以推論將續行典型構成要件行為，本身並不具有獨立意義。從而，判定未遂犯可罰界限之重點並非『著手』，毋寧應是「客觀行為已屬犯罪之『實

另有採實質客觀說的見解，例如：

於竊盜行為，依最高法院 84 年台上字第 4341 號判決：「刑法上之未遂犯，依同法第 25 條第 1 項規定，須已著手於犯罪行為之實施而不遂，始能成立，所謂『著手』，固係指犯人對於犯罪構成要件之行為（或構成犯罪之事實）開始實行者而言，惟侵入竊盜究以何時為著手起算時點，依一般社會觀念，咸認行為人以竊盜為目的，而侵入他人住宅，搜尋財物時，即應認與竊盜之著手行為相當，可認為已著手於竊盜行為之實行。」故被告在其主觀上既以竊盜為目的侵入被害人住處，並已進入被害人臥房，留滯時間有數分鐘之久，且用眼睛搜尋財物，縱其所欲物色之財物尚未將之移入自己支配管領之下，惟從客觀上已足認其行為係與侵犯他人財物之行為有關，且屬具有一貫接連性之密接行為，顯然已著手於竊盜行為之實行。

復有主客觀混和說的見解，例如：

於販賣毒品行為，依最高法院 100 年台上字第 3553 號判決：「又犯罪為侵害法益之行為，行為人是否已著手於犯罪之行為，自應就行為人主觀犯意及客觀行為綜合判斷，如依行為人對於犯罪之認識，已開始實行與犯罪構成要件有必要關聯性之行為，而該行為對於法律所保護之法益形成直接危險時，即屬犯罪之著手行為。就販賣毒品而言，如販毒者已進行兜售，或與購毒者為毒品買賣之磋商，均已對禁止販賣毒品所欲保護之法益形成直接而密切之

行行為』」，而仍求諸於行為對於法益侵害之危險性。就被告所為而言，其顯然已經實行刑法第 304 條第 1 項強制罪之典型構成要件行為，同時也已達成其目的而既遂，惟被告所實行之『強暴』行為，是否同時亦該當刑法第 221 條強制性交之典型構成要件行為？被告所為是否已該當強制性交罪之未遂犯。就此，最高法院向來認為，刑法第 221 條第 1 項、第 2 項之強制性交未遂罪，須基於對男女強制性交之犯意，著手實行強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之非法方法，而未發生強制性交之結果，始能成立。行為人尚未開始對被害人為性交行為前所施用之強暴、脅迫等非法方法，得否認為已著手實行強制性交之構成要件行為，應視其強制性交之犯意是否已表徵於外，並就犯罪實行之全部過程予以觀察。必以由其所施用之強暴、脅迫等非法方法，足以表徵其係基於強制性交之犯意而為，且與性交行為之進行，在時間、地點及手段上有直接、密切之關聯，始可認為已著手實行強制性交之構成要件行為。易言之，必以被告所施用之強暴方法，就犯罪實行之全部過程觀之，在時間、地點與手段上均密接於『性交』之典型構成要件行為，始能認符合『實行行為』之前緣而得認為已經著手。」

危險，應認為已著手於毒品之販賣行為。」故被告與買受人就毒品交易談妥交易時間及地點，並告以抵達後再打電話，已達成毒品交易之合意，顯已著手於毒品之販賣行為，雖未完成交付行為，仍應論以未遂罪。

於強制性交行為，依最高法院100年度台上字第1692號判決：「原判決依憑證人即告訴人甲女（姓名詳卷）於偵查、第一審、原審時之證詞，上訴人於警詢坦承從甲女後方騎機車靠近甲女，並以右腳踹倒甲女所騎機車等語，卷附甲女案發時所穿之衣物及遭扯斷之內衣肩帶、安全帽、所騎機車、上訴人案發時所穿著之衣物及所騎機車、現場採證、監視錄影畫面定格翻拍等照片、證物認領保管單、扣押筆錄及扣押品目錄表等證據資料，參酌卷內其他證據調查之結果，綜合判斷，認上訴人確有對甲女為強制性交未遂之犯行，且以上訴人先以腳踹倒甲女所騎之機車，隨後下車強行拉扯甲女之衣物，遭甲女極力反抗後仍扯斷其內衣肩帶，並出手撫摸其胸部及強行脫掉甲女之牛仔褲，顯已著手實行性侵行為，縱因甲女極力抵抗，致未達到目的，亦應論以強制性交未遂罪，是上訴人所辯當時雖將甲女之牛仔褲脫下，然並未著手性侵行為等語，並不可採。」

於放火行為，依最高法院100年度台上字第3082號判決：「上訴人等已將汽油潑灑在水精靈 PUB 入口走道、走道旁之機車上，並動手使用打火機欲點火燃燒而尚未點燃，顯已著手放火燒燬現有人所在之建築物行為之實行而不遂」。

由上可知，最高法院就著手之認定標準，存在不同見解，尚未統一。

(二)為販賣毒品而購入毒品惟尚未賣出毒品之論罪

此種情形應如何論罪，有以下兩種見解：

1. 販賣毒品未遂罪說：購入至未交付前，均屬販賣未遂

毒品條例所規定之販賣毒品罪，如當事人係意圖營利而販入之類型，當以其意圖營利而販入時，為**販賣行為之著手，必待其賣出將毒品交付於買受人，該販賣行為始屬完成**。換言之，意圖營利而販入，尚未及賣出者，構成販賣毒品未遂罪，與意圖販賣而持有毒品罪為法條競合，並擇販賣毒品未遂罪論處（最高法院101年11月6日以101年度第10次刑事庭決議（一），最高法院101年度台上字第5762號、101年度台上字第6094號、101年度台上字第6611號、102年度台上字第617號、102年度台上字第2214號、102年度台上字第2961號、108年度台上字第3657號、109年度台上字第915號）。

2. 意圖販賣而持有罪說：購入後有銷售行為，始屬販賣未遂

毒品危害防制條例第4條第1項至第4項規定「販賣毒品」罪之成立要件，僅限於「銷售賣出」之行為已完成始足該當，已經司法院大法官著有釋字第792號解釋。是以營利為目的，而購入毒品，倘未有「銷售」之行為，即無販賣之可言，自無涉販賣毒品既遂或未遂之問題。僅得依取得毒品時之主觀犯意區別，分別成立毒品防制條例第5條之意圖販賣而持有，或第11條持有毒品罪責。被告意圖販賣營利而販入第二級毒品後伺機販售之犯行，尚未有「銷售」之行為，依上開解釋意旨，與毒品條例第4條第2項所定販賣第二級毒品罪，僅限於有「銷售」之行為始足該當之意旨不符。核其此部分所為，係犯毒品條例第5條第2項之意圖販賣而持有第二級毒品罪（最高法院109年度台上字第3563號判決參照）。

司法院大法官釋字第792號解釋謝銘洋大法官協同意見書：「單純購入毒品，本件解釋認為並不能被論以構成第4條的既遂。然而購入毒品的行為是否構成該條第6項的販賣未遂罪？應視其是否有著手於賣出的行為而定。如果於購入後有著手於賣出的行為，但尚未真正賣出，參酌本件解釋的意旨，應該當販賣未遂罪；然而如果只有買

入而無法證明其已經著手於賣出的行為，則只能於有販賣的意圖時，論以第 5 條較輕的『意圖販賣而持有』毒品罪。」[41]

司法院大法官釋字第 792 號解釋林俊益大法官協同意見書：「本解釋公布後，法院對「販賣」用語的解釋適用，允宜依本解釋意旨（販賣的核心意義在出售，非單指購入行為）及一般受規範者得以理解且可預見的標準，另有全新的詮釋。關於「買、入、賣、出」毒品的行為，依其行為階段，似可分別處理如下：（一）購買毒品（尚未取得）的階段：購買者尚不成立犯罪，僅處罰出售者的出售行為，即可達成毒品條例防制毒品危害的目的。（二）買「入」毒品而持有（尚無任何出售行為）的階段：持有毒品行為，可能成立毒品條例第 5 條意圖販賣而持有毒品罪，或第 11 條持有毒品罪。（三）買入並著手「賣（出售）」毒品（尚未交付）的階段：可能成立販賣未遂罪。（四）買入毒品並賣「出」（交付）毒品的階段：可能成立販賣既遂罪。至於因其他原因（施用剩餘、受贈、搶得、拾得、竊得等）而持有毒品，一時興起販賣意圖，似應成立意圖販賣而持有毒品罪；進而著手賣（出售）毒品行為，未交付者，似應成立販賣毒品未遂罪；已交付者，似應成立販賣毒品既遂罪。」[42]

二、學說見解(販賣毒品罪之著手認定)

意圖販賣而持有毒品，作為獨立處罰，則認定上的核心，即為販賣毒品之著手應如何認定，如已著手販賣行為，則不該當意圖販賣而持有毒品罪。學說有以下的主張：

(一)以意圖販賣而販入毒品時為準

學者王皇玉認為，不管是意圖販賣而販入或持有，均是販賣未遂之範疇，並主張刪除意圖販賣而持有罪[43]。

---

41 司法院大法官釋字第 792 號解釋謝銘洋大法官協同意見書，第 3 頁，https://reurl.cc/5o2zX7(最後瀏覽：2021 年 1 月 27 日)

42 司法院大法官釋字第 792 號解釋林俊益大法官協同意見書，第 10-11 頁 https://reurl.cc/E2Zyeg(最後瀏覽：2021 年 1 月 27 日)

43 王皇玉，論販賣毒品罪，政大法學評論 84 期，2005 年 4 月，260-261 頁。

(二)以買賣毒品合意時為準

法官錢建榮認為，在有買受人之犯罪事實，已有意思表示合致，尚未交付毒品或收受金錢，屬販賣未遂，(尚無買受人)意圖販賣而購入毒品，應該當意圖販賣而持有罪[44]。

(三)以開始進行交付移轉行為時為準

學者吳耀宗認為，販賣的核心在於出售，及基於販賣毒品意思之移轉交付，其販賣之著手時點，以行為人與相對人買賣合意之後而開始進行毒品交付移轉[45]。

學者張天一認為，倘若行為人僅是向他人兜售毒品，或僅是與他人存在買賣毒品之合意，事實上卻尚無交付毒品之行為，為意圖販賣而持有毒品罪[46]。

伍、本署見解

被告意圖營利而購入毒品，在尚未尋找買主前，即為警查獲，應論以意圖販賣而持有罪，若在尚未尋找到確定或可得特定買主前，已發出販出毒品之要約誘引，諸如在網路上對不特定人發布銷售毒品訊息求售、攜帶毒品至公開營業場所求售等，則已著手於毒品之販賣，該當販賣毒品未遂罪。理由如下：

一、著手時點之判斷，應採主客觀混和說

依採主客觀混和說，行為人表露敵視法規範的意志(主觀)，而該意志的表露，足以撼動一般人對於法律的信賴(客觀)，破壞法律的穩定性，即應當處罰之[47]，理由是行為人已經開始實行與犯罪構成要件有必要關聯性之行為，且該行為對於法律所保護之法益形成直接危險，

---

[44] 錢建榮，買或賣搞不清楚？！(下)--最高法院二十五年非字第一二三號等四則販毒判例之檢討，月旦法學雜誌 211 期，2012 年 12 月，119、130 頁。

[45] 吳耀宗，販賣毒品罪之著手－在釋字第 792 號解釋之後，月旦法學教室第 216 期，2020 年 10 月，19 頁。

[46] 張天一，論販賣毒品罪在立法及適用上之問題，中原財經法學 24 期，2010 年 6 月，184、200 頁。

[47] 林東茂，刑法綜覽，一品文化出版社，2016 年 3 月 8 版，1-222 頁。

值得刑法過問。

如上所述，最高法院在竊盜案件、放火案件、強制性交案件、準強盜案件等，各有不同之著手認定，擺盪在各說之間。而形式客觀說將著手時點往後過度推延，致使若干在實質上可以認定為已達著手實行階段之行為，仍認定為預備階段，對法益之保護不周；主觀說則忽略行為之客觀面，過度擴大未遂犯之範圍；至於實質客觀說未考量行為人之主觀意思，致使難以正確判斷客觀事實之意義[48]。惟有採主客觀混和說，始能完整地判斷未遂行為。

二、販出毒品的著手，採要約誘引說，符合民情，亦使意圖販賣而持有罪有適用空間

司法院大法官釋字第 792 號解釋，將販入毒品即該當販賣毒品既遂罪之判例見解宣告違憲，販賣毒品之既遂行為，僅限於「銷售賣出」之行為，是以意圖販賣而販入毒品至銷售賣出毒品之間，即應以販售毒品罪之著手來切割，從交易流程來說，從購入毒品、要約誘引、要約、承諾(買賣合意)、交付之密切關聯行為，至最後交付毒品完成既遂行為，著手認定之時點越接近既遂，意圖販賣而持有罪成立之範圍越大，反之則越小。觀諸上揭外國法例，日本並無直接處罰販賣行為，處罰意圖營利之轉讓、受讓、持有安非他命，且規範在同一法條，刑度相同，而轉讓、受讓之著手，落在交付之密切關聯行為階段；德國以交易(Handeltreiben)的概念，涵蓋包含締結所有有償的債權行為，因此意圖營利販入毒品，即已既遂，以掌握跨國毒品交易；美國法是否著手犯罪「重要步驟」，來掌握販賣毒品之未遂犯。因此，於各國之毒品政策與法令有所出入的情形下，實無得直接援用之外國法。

依文義觀察，釋字第 792 號解釋理由書中已經定錨：「構成要件中所稱之『販賣』一詞，根據當前各版本辭典所載，或解為**出售物品**，或解為購入物品**再轉售**，無論何者，所謂販賣之核心意義均在出售，

[48] 最高法院 109 年度台上大字第 4861 號提案裁定參照。

均非單指購入物品之行為。」故出售與再轉售之行為，必須至少要約誘引行為，而有對禁止販賣毒品所欲保護之法益形成直接而密切之危險，諸如已在網路上對不特定人發布銷售毒品訊息求售、攜帶毒品至公開營業場所對不特定人求售等，在吾人之生活中，上開諸例都得認為是已開始實行足以與構成要件之實現具有密切關聯之販賣行為。以此而言，依最高法院100年台上字第3553號判決:「犯罪為侵害法益之行為，行為人是否已著手於犯罪之行為，自應就行為人主觀犯意及客觀行為綜合判斷，如依行為人對於犯罪之認識，已開始實行與犯罪構成要件有必要關聯性之行為，而該行為對於法律所保護之法益形成直接危險時，即屬犯罪之著手行為。就販賣毒品而言，如販毒者已進行兜售，或與購毒者為毒品買賣之磋商，均已對禁止販賣毒品所欲保護之法益形成直接而密切之危險，應認為已著手於毒品之販賣行為。」就著手認定標準採主客觀混合說，關於販出毒品的著手採要約誘引說，與本署見解相同，甚為可採。

若然，意圖販賣而持有罪的範疇，僅包括意圖營利而販入至實行兜售毒品的要約誘引前，參以意圖販賣持有實屬販出前的準備行為，而毒品條例第4條第6項、第2項及第5條第2項對販售未遂及意圖販賣而持有，有輕重不同刑度，即便對販售未遂之刑度有可能減輕，而仍然重於意圖販賣而持有，不會使較輕度行為(意圖販賣而持有)有較重處罰，且能夠較完整地掌握販出毒品行為。

陸、結論

提案所問，被告既意圖營利而購入毒品，在尚未尋找買主前，即為警查獲，顯尚未尋找到確定或可得特定買主，亦尚未發出販出毒品之要約誘引，無對於法律所保護之法益形成直接危險，尚無著手於毒品之販賣，應係該當毒品條例第5條第2項意圖販賣而持有第二級毒品罪。

爰依刑事訴訟法第386條提出言詞辯論意旨書。

此致

最高法院

中　華　民　國　110　年　3　月　10　日



檢察官　蔡瑞宗

陳瑞仁

吳巡龍

黃則儒

林俊言

蔡秋明