

## 調 查 報 告

壹、案由：據訴，臺灣高等法院高雄分院審理103年度上訴字第362、365號其被訴違反毒品危害防制條例案件，對於毒品販賣行為之著手認定，與最高法院101年度第10次刑庭決議之法律見解牴觸，疑有判決違背法令之情事等情乙案。

貳、調查意見：

有關臺灣高等法院高雄分院103年度上訴字第362、365號確定判決，依判決臚列之事證，雖可證明陳訴人有與「王○財」聯絡要買海洛因之事實，但警方查獲時，該毒品並未交付由陳訴人持有，亦即陳訴人尚未購入，如何著手於賣出的行為，基於罪責相當性原則，實難認其行為已構成販賣未遂罪。原確定判決未慮及此，即逕予論斷其係「販賣毒品未遂」，顯有違證據裁判主義，依刑事訴訟法第378條規定，判決不適用法則或適用不當者，乃判決違背法令；且有判決所載理由矛盾之違法，依刑事訴訟法第379條第14款規定，判決亦當然違背法令。

一、按犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實；又不能證明被告犯罪者，應諭知無罪之判決，刑事訴訟法第154條第2項、第301條第1項分別定有規定。次按認定不利於被告之事實，須依積極證據，苟積極證據不足為不利於被告事實之認定時，即應為有利於被告之認定，更不必有何有利之證據。此之所謂證據，須確屬能為被告有罪之證明，而無瑕疵可指者，始足當之；再者，犯罪事實之認定，應憑證據，所謂證據，須適於為被告犯罪事實之證明者，始得採為斷罪資料，如未能發現相當證據，或證據不足以證

明，自不能以推測或擬制之方法以為裁判基礎；又所謂認定犯罪事實所憑之證據，雖不以直接證據為限，間接證據亦包括在內，然而無論直接或間接證據，其為訴訟上之證明，須於通常一般人均不致有所懷疑，而得確信其為真實之程度，始得據之為有罪之認定，倘其證明尚未達到此一程度，而有合理懷疑存在時，即應為無罪之判決（原最高法院29年度上字第3105號、30年度上字第0816號、40年度臺上字第86號、53年度臺上字第2750號、76年度臺上字第4986號判例參照），核均為最高法院於個案判決中，對證據裁判主義所為之重要闡釋。雖法院組織法於107年修法後，判例及最高法院決議改以大法庭制度取代，惟上開判例所提示之審理法則，仍然應予遵循，合先敘明。

## 二、本案確定判決案情概述：

- (一)居住於大陸地區名為王○財（綽號「小白」或「小黑」）之臺灣籍成年男子與居住泰國之臺灣籍男子梁○維（綽號「阿偉」），共組跨國運毒、販毒集團，欲自國外地區販入、運輸海洛因進入臺灣地區販賣予陳訴人陳志國等人以牟利。王○財、梁○維、陳○綸、王○榮、簡○達等5人共同基於運輸第一級毒品海洛因及私運管制物品進口之犯意聯絡，朱○中則基於幫助上開犯行之犯意，自民國（下同）102年4月間起，由持用大陸門號之王○財與陳志國以電話聯絡，確認其有意購買毒品後，王○財即與梁○維共同謀議集資自泰國販入海洛因後運輸返臺販售於陳志國牟利，並由王○財與陳志國議定販售毒品之價格。王○財、梁○維2人並負責向泰國毒販以不詳價格販入海洛因磚2塊。梁○維並透過朋友朱○中以每人新臺幣（下同）9萬元報酬之代價尋得應允至泰國將海洛因以人體夾帶方式運輸返

臺之人陳○綸、王○榮，王○財並指示簡○達一同前往泰國監控、協助陳○綸、王○榮運輸海洛因返臺事宜，迨其2人返臺自體內排出海洛因後交付簡○達後，擬再由簡○達將海洛因交付買家陳志國，並允諾事成後給予簡○達2至5萬元之報酬。梁○維於商請朱○中找人運毒時，對朱○中言明王○財事後會給其介紹費每人3萬元。嗣朱○中並收受梁○維給付運毒者所需之機票等工作費用6萬6千元後，再轉交予陳○綸辦理購買機票、簽證等事宜。謀議完成後，簡○達先於102年5月29日在桃園國際機場搭機至泰國曼谷與梁○維會合，嗣陳○綸、王○榮再於同年6月5日在桃園國際機場搭機至泰國曼谷，由梁○維前往機場接機，將陳○綸、王○榮2人安排住宿在曼谷飯店，並由簡○達負責協助監控該2人。簡○達確認運輸海洛因事宜安排妥當後，先於同年6月10日搭機返臺，梁○維則於翌日（11日）某時攜帶以多層保險套及其他包膜包藏成圓柱狀之海洛因球66小顆、3大顆至上開飯店交予王○榮，王○榮依指示將66小顆海洛因球吞食進入體內、將3大顆海洛因球塞入肛門後，旋於同日搭機返臺，先住宿在桃園「○○商旅」501房等待陳○綸。梁○維再於翌日（12日）某時攜帶以同樣包裝包藏成圓柱狀之海洛因球70小顆、3大顆至上開飯店交予陳○綸，陳○綸依指示將70小顆海洛因球吞食進入體內、將3大顆海洛因球塞入肛門後，旋於同日搭機返臺與王○榮於同一旅館會合。梁○維並指示陳○綸、王○榮在旅館房間排完體內之海洛因後至台南與簡○達會合，惟因王○榮排放過程不順利，簡○達遂依梁○維指示於翌日（13日）凌晨0時許抵達其2人投宿旅館，住宿該旅館202號房以

協助陳○綸、王○榮排放海洛因情形，擬迨其2人排放完畢後偕同2人攜帶上開海洛因球返回台南交付予簡○達，再擬由簡○達轉交於陳志國。

(二)陳志國前因槍砲彈藥刀械管制條例之罪，經臺灣高雄地方法院判處有期徒刑5年6月確定，於98年6月23日縮刑假釋出獄，100年4月7日縮刑執行完畢，仍不知悔改。意圖購入第一級毒品海洛因後販賣牟利。先於102年4月間與居住於大陸地區名為王○財之臺灣籍成年男子聯繫，表示欲購買海洛因之意，王○財即基於販賣第一級毒品海洛因牟利之意图，於102年5月2日與陳志國雙方通話中，議定以一塊海洛因（約344公克）95萬元之價格，販售王○財所能取得之海洛因全部；嗣王○財與梁○維乃藉由上開方式，由陳○綸、王○榮、簡○達自泰國曼谷運輸第一級毒品海洛因走私入境至臺灣，擬再由陳○綸、王○榮將海洛因球帶至台南交付予簡○達，再由簡○達轉交於陳志國。而在102年4月間，至102年6月12日陳○綸入境至桃園「○○商旅」501房期間，陳志國即與王○財就海洛因品質、資金籌措問題以電話密切聯絡，並擬購入王○財所利用陳○綸、王○榮、簡○達自泰國曼谷運輸入境之全部海洛因，再販賣於其下手圖利。

(三)嗣因警方依法對陳志國持用之門號、簡○達持用之門號實施通訊監察，依通訊監察內容查知陳○綸、王○榮投宿之旅館房間，經檢察官指揮警方於13日凌晨5時許，逕行搜索上開旅館501號房，扣得海洛因球127小顆、6大顆、海洛因球包裝膜1袋、中華航空登機證4張、行動電話1支、房間登記表1張、記帳便條紙2張等物。警方另經簡○達同意至其投宿之202號房執行搜索，扣得行動電話2支、高鐵票

1張等物。又因懷疑陳○綸、王○榮體內仍有尚未排放完畢之海洛因，警方遂持檢察官核發之鑑定許可書，帶同陳○綸、王○榮至桃園天晟醫院實施X光檢查，扣得自王○榮體內排出海洛因球9小顆（與上開扣得之127小顆、6大顆海洛因球合計驗餘淨重659.99公克，純度76.90%，純質淨重507.82公克、空包裝總重29.88公克）。偵查中，因陳○綸、王○榮供出而查獲朱○中，另因陳○綸、王○榮、簡○達供出而查獲梁○維。又陳○綸、王○榮、簡○達於偵審中均自白上開犯行。

(四)本案犯罪事實記要：

102年4月間	<p>陳志國，與居住於大陸地區名為王○財之臺灣籍成年男子聯繫，表示欲購買海洛因之意。</p> <p>王○財（綽號小白或小黑）、梁○維（綽號阿偉）、陳○綸、王○榮、簡○達等5人共同基於運輸第一級毒品之犯意聯絡，朱○中則基於幫助上開犯行之犯意，由王○財與陳志國以電話聯絡，確認其有意購買毒品，並議定販售毒品之價格。</p> <p>梁○維透過朱○中以每人9萬元之報酬尋得應允至泰國將海洛因以人體夾帶方式運輸返臺之人陳○綸、王○榮，由其2人返臺後交付簡○達，再由簡○達將海洛因交付買家陳志國，並允諾事成後給予簡○達2至5萬元之報酬。</p>
102年5月2日	<p>王○財與陳志國雙方通話中，議定以一塊海洛因（約344公克）95萬元之價格，販售王○財所能取得之海洛因全部。</p>
102年5月29日	<p>簡○達於桃園國際機場搭機至泰國曼谷與梁○維會合。</p>

102年6月5日	陳○綸、王○榮於桃園國際機場搭機至泰國曼谷，梁○維接機安排住宿在曼谷飯店，並由簡○達負責協助監控該2人。
102年6月10日	簡○達確認運輸海洛因事宜安排妥當後搭機返臺
102年6月11日	梁○維攜帶以多層保險套及其他包膜包藏成圓柱狀之海洛因球66小顆、3大顆至上開飯店交予王○榮，王○榮依指示將66小顆海洛因球吞食進入體內、將3大顆海洛因球塞入肛門後，旋於同日搭機返臺，住宿在桃園○○商旅501房等待陳○綸。
102年6月12日	梁○維再攜帶以同樣包裝包藏成圓柱狀之海洛因球70小顆、3大顆至飯店交予陳○綸，陳○綸依指示將70小顆海洛因球吞食進入體內、將3大顆海洛因球塞入肛門後，旋於同日搭機返臺與王○榮於同一旅館會合。
102年6月13日	簡○達依梁○維指示於凌晨0時許抵達其2人投宿旅館，住宿該旅館202號房以協助陳○綸、王○榮排放海洛因情形，擬迨其2人排放完畢後偕同2人攜帶上開海洛因球返回台南交付予簡○達，擬再由簡○達轉交於陳志國。
102年6月13日	經檢察官指揮警方於凌晨5時許，逕行搜索上開旅館501號房，扣得海洛因球127小顆、6大顆、海洛因球包裝膜1袋、中華航空登機證4張、行動電話1支、房間登記表1張、記帳便條紙2張等物。另至簡○達投宿之202號房執行搜索，扣得行動電話2支、高鐵票1張等物。 又因懷疑陳○綸、王○榮體內有尚未排放完畢之海洛因，警方遂帶同陳○綸、王○榮至桃園天晟醫院實施X光檢查，扣得自王○榮

	體內排出海洛因球9小顆(與上開扣得之127小顆、6大顆海洛因球合計驗餘淨重659.99公克，純度76.90%，純質淨重507.82公克、空包裝總重29.88公克)。
--	--

三、臺灣高等法院高雄分院103年度上訴字第362、365號確定判決認定陳訴人販賣第一級毒品未遂，累犯，處有期徒刑16年，理由略以：

(一)訊據被告陳志國矢口否認有販賣第一級毒品海洛因未遂犯行，辯稱：我雖有與「王○財」聯絡要買海洛因之事實無誤，但我自己因有施用毒品，是要自己施用，並非販賣圖利，我只是單純買家等語。

(二)經查：

1、本案海洛因運輸入境前，被告陳志國即密集與持用外國門號之人聯絡及傳簡訊，討論毒品重量、販入及販出價格。顯見被告陳志國對於本案扣案之毒品來源在私運入關前即已與在境外之人密集聯絡，討論買入毒品之價格，毒品之好壞，以及資金之籌措，並應允於毒品運抵後擔任收受毒品之窗口並負責銷售。被告陳志國並在毒品入關前已以匯款方式支付部分毒品款項及運毒人員之開銷。

2、被告陳志國於警詢中供稱：「我大約於今年4月，持門號0000-000000號與大陸友人綽號小黑(即王○財)之男子聯繫，詢問小黑有無海洛因，他叫我自己準備好購買海洛因的現金，他會把我的電話給某個聯絡人，等海洛因進來之後，會再叫我某個人跟我聯繫，後續再討論如何取貨及交易。」，「他說的9是指9兩為1塊海洛因，不是以9.3兩為1塊，毛重344公克就算1塊了，1塊是95

萬元。」(警卷一第4、5頁)，繼於檢察官偵查中陳稱：「小黑說他要以95萬元賣我1塊海洛因。」，「小黑說他有找到海洛因的貨源，他要買2塊海洛因。」，「(價錢如何計算)原則上以1塊95萬元的比例去算。」(見偵2卷第14、15頁)，復於原審及本院審理中亦坦承確有向「王○財」購買海洛因之事實。並有電話譯文，關於討論買賣價格之對話，以及雙方之對話，足認被告陳志國與「王○財」已經就被告陳志國欲購入海洛因之價格，議定以1塊95萬元的比例計算。

- 3、就被告陳志國所欲購買海洛因之數量而言，雖所示之對話內容，關於買賣海洛因之多寡並未一致，然查證人簡○達於警詢證稱：「回到台灣之後，王○榮及陳○綸會住在桃園的飯店把海洛因排放出來，再把海洛因帶到台南交給我，後續會有1個高雄的阿兄跟我聯絡，我再把海洛因毒品交給高雄這位阿兄。」，「(你供稱泰國的阿兄(即梁○維)曾經連繫你將該批走私夾帶入境的海洛因交給高雄的阿兄，這位高雄的阿兄年籍資料聯繫方式為何？你們是否曾經見過面？)我們曾經見過一次面，我也曾經聯繫過他。他的聯繫電話是0000-000000，他曾經跟我說過他叫阿國，我們曾經約在高雄見面，我知道他開黑色的自小客車。」，並指認被告陳志國即為高雄之阿國(見警2卷第5、7頁)，復於原審審理中證稱：「我的老闆是『小白』及『阿偉』，我從泰國回來後，原本計劃是在台南等陳○綸、王○榮從桃園將毒品帶來給我，之後我再聽從『小白』或『阿偉』指示將毒品交付給陳志國，本案尚未收到指示，即被查獲。我如果把貨交給陳志國，收到的錢是



要交給『小白』或『阿偉』其中一人，但我的酬勞可以先從應交給『小白』及『阿偉』的錢中先扣取」(原審法院2卷第22-25頁)，證人即本案承辦員警林○孜於原審法院證稱：「我們是依監聽譯文資料認定陳志國是本案毒品買主，我們認定這批毒品陳志國是貨主。」(原審法院2卷第94-95頁)，是依上開證人之證述，並未言及該運輸入境之海洛因要交付毒品予其他之人，僅交付被告陳志國，是被告陳志國對本案運送入境毒品確實係居於買家角色，且應係購買所運輸入境之全部海洛因無訛。

- 4、再依雙方之通話內容中，被告陳志國於102年4月14日11時26分傳簡訊予「王○財」，表示被告現有3個客戶，且都是大客戶，「王○財」卻僅提供少量的貨源，且開價不僅不降，反較以前更高，致使被告無法賺錢，而且還在為籌措錢的事情傷腦筋等語。再依被告與「王○財」之通話譯文觀之，其中有「王○財：你1個要給我95就對了。陳志國：就95走阿！王○財：對，這樣好嗎？陳志國：OK阿。王○財：你才有空間阿。陳志國：……剩下的你再跟他們說阿」之對話，即表示願意降價，以1塊海洛因95萬元之價格販售予被告陳志國，並表示如此被告陳志國才有賺錢的空間，被告陳志國也答應該條件。則依該簡訊及通話譯文觀之，已足認被告陳志國在台灣已有3個大客戶等待購買該海洛因，且被告陳志國確有販售該運輸進口之海洛因之意圖，並且有營利之意圖存在。更何況被告陳志國所欲購買之第一級毒品海洛因數量龐大，價格非少，在與「王○財」對話中，亦表示要為籌措錢的事情傷腦筋，依常情判

斷，如非販賣毒品，何須如此大費周章？且參以我國政府一再宣示反毒決心，販賣毒品係屬嚴重違法行為，一經查獲，所量處之刑甚重，此為國人所週知，被告陳志國當無甘冒重典，仍以販入價格再轉賣與購買毒品者之理，是被告主觀上確有營利之意圖，客觀上亦有獲利之事實，應堪認定。

5、綜上所述，被告陳志國所辯，顯係卸責之詞，不足採信。其意圖販賣第一級毒品而販入之犯行（已經與「王○財」就販賣毒品之數量、價格談妥，且意思合致，即屬民事上買賣契約完成），堪以認定。

四、按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項定有明文。所謂犯罪之著手，係指行為人主觀上有實行犯罪之決意，客觀上並有開始實行犯罪構成要件之行為或其緊密之行為，而尚未發生犯罪之結果者而言。實行以前之準備行動，則屬預備行為。最高法院101年度第10次刑事庭會議（一）決議認，販賣未遂與意圖販賣而持有毒品罪，有法條競合之適用。其內容說明：「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。」亦即行為人須持有毒品，且目的在於販賣，才有可能成立販賣未遂與意圖販賣而持有毒品罪。

五、次按，司法院釋字第792號解釋，雖係對於販賣毒品既遂罪，應僅限於「銷售賣出」之行為已完成始足該當，

予以詳加解釋。然本件解釋中亦指出：「刑罰法規涉及人民生命、人身自由及財產權之限制或剝奪，國家刑罰權之行使，應嚴格遵守憲法罪刑法定原則，行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限，且法律所定之犯罪構成要件，須使一般受規範者得以理解，並具預見之可能性（本院釋字第602號解釋參照）。法院解釋適用刑事法律時，就犯罪構成要件不得擴張或增加法律規定所無之內容，而擴增可罰行為範圍。」、「刑罰規定之用語應以受規範者得以理解及可預見之標準解釋之，始符合刑法解釋之明確性要求，俾能避免恣意入人民於罪，而與憲法保障人民基本權之意旨相符。」且於本件解釋中多位大法官提出之協同意見書中，對於「販賣罪之著手」、「販賣毒品未遂罪」及「意圖販賣而持有毒品罪」之相關論述，足供參考：

- (一)其中謝銘洋大法官之協同意見書，即明白指出，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。……基於罪責相當性原則，應為如此之解釋與適用始屬妥適。
- (二)詹森林大法官提出黃虹霞大法官加入之協同意見書，指出本號解釋所採取之憲法審查原則為罪刑法定原則，並認為，如特別著眼於毒品危害防制條例整體體系之規範，明顯可見。說明毒品危害防制條例有關「販賣毒品」、「意圖販賣而持有毒品」、「持有毒品」等犯罪態樣之體系建構如下：

	犯罪態樣	法律效果	法條依據
第一級 毒品	販賣	處死刑或無期徒刑；處無期徒刑者，得併科新臺幣2千萬元以下罰金。	第4條第1項
	販賣未遂	得按既遂犯之刑減輕之。	第4條第6項、刑法第25條第2項
	意圖販賣而持有	處無期徒刑或10年以上有期徒刑，得併科新臺幣7百萬元以下罰金。	第5條第1項
	持有純質淨重10公克以上	處1年以上7年以下有期徒刑，得併科新臺幣1百萬元以下罰金。	第11條第3項
	持有	處3年以下有期徒刑、拘役或新臺幣5萬元以下罰金。	第11條第1項
第二級 毒品	販賣	處無期徒刑或7年以上有期徒刑，得併科新臺幣1千萬元以下罰金。	第4條第2項
	販賣未遂	得按既遂犯之刑減輕之。	第4條第6項、刑法第25條第2項
	意圖販賣而持有	處5年以上有期徒刑，得併科新臺幣5百萬元以下罰金。	第5條第2項
	持有純質淨重20公克以上	處6月以上5年以下有期徒刑，得併科新臺幣70萬元以下罰金。	第11條第4項
	持有	處2年以下有期徒刑、拘役或新臺幣3萬元以下罰金。	第11條第2項
第三級 毒品	販賣	處7年以上有期徒刑，得併科新臺幣7百萬元以下罰金。	第4條第3項
	販賣未遂	得按既遂犯之刑減輕之。	第4條第6項

			項、刑法第25條第2項
	意圖販賣而持有	處3年以上10年以下有期徒刑，得併科新臺幣3百萬元以下罰金。	第5條第3項
	持有純質淨重20公克以上	處3年以下有期徒刑，得併科新臺幣30萬元以下罰金。	第11條第5項
第四級毒品	販賣	處5年以上12年以下有期徒刑，得併科新臺幣3百萬元以下罰金。	第4條第4項
	販賣未遂	得按既遂犯之刑減輕之。	第4條第6項、刑法第25條第2項
	意圖販賣而持有	處1年以上7年以下有期徒刑，得併科新臺幣1百萬元以下罰金。	第5條第4項
	持有純質淨重20公克以上	處1年以下有期徒刑，得併科新臺幣10萬元以下罰金。	第11條第6項

(三)林俊益大法官更明白表示，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：

- 1、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。
- 2、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。

3、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。

4、買入毒品並賣「出」（交付）毒品的階段：可能成立販賣既遂罪。

六、誠如司法院釋字第792號解釋中，謝銘洋大法官之協同意見書所言：「在罪刑法定原則下，刑罰規範文義的明確性誠屬重要，然而任何文義都存在著不同的理解可能性，法官於審理個案具體適用法律時，應以符合當代民主國家憲法原理原則保障基本人權的方式解釋適用法律，落實個案之正義。」按依毒品危害防制條例犯罪態樣之體系，大致可區分「持有」、「意圖販賣而持有」、「販賣未遂」、「販賣毒品」等階段，並據以定其刑罰之輕重。而是否成立販賣毒品未遂罪，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，應該當販賣未遂罪；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，論以較輕的「意圖販賣而持有」毒品罪。然而本案陳訴人否認有販賣第一級毒品海洛因未遂犯行，僅承認有與「王○財」聯絡要買海洛因之事實無誤，但是要自己施用。而本案警方查獲時，該毒品並未交付由陳訴人持有，亦即陳訴人尚未購入，如何著手於賣出的行為，基於罪責相當性原則，實難認其行為已構成販賣未遂罪。原確定判決援引民事上意思合致買賣契約即成立，而認陳訴人與賣方意思合致即已販入毒品，實有違罪刑法定原則及罪責相當性原則。且如此之解釋，如陳訴人有另與他人成立賣出之意思合致時，豈非即成立「販賣毒品既遂罪」，顯屬誤解。參考最高法院101年度第10次刑事庭會議（一）決議內容，及司法院釋字第792號解釋多位大法官提出之協同意見書中，對於「販賣」、

「販賣毒品未遂」及「意圖販賣而持有毒品」之相關論述，可知行為人須「持有」毒品後，且目的在於販賣，才有可能成立販賣毒品未遂罪之可能。原確定判決未慮及此，即逕予論斷其係「販賣毒品未遂」，顯有違證據裁判主義，依刑事訴訟法第378條規定，判決不適用法則或適用不當者，乃判決違背法令。又本案依原判決事實說明，本案毒品尚未交付予陳訴人時，即由警方查獲，即陳訴人尚未購入。判決理由卻說明：「其意圖販賣第一級毒品而販入之犯行（已經與「王○財」就販賣毒品之數量、價格談妥，且意思合致，即屬民事上買賣契約完成），堪以認定。」亦不無判決所載理由矛盾之違法，依刑事訴訟法第379條第14款規定，判決亦當然違背法令。

- 七、綜上，有關臺灣高等法院高雄分院103年度上訴字第362、365號確定判決，依判決臚列之事證，雖可證明陳訴人有與「王○財」聯絡要買海洛因之事實，但警方查獲時，該毒品並未交付由陳訴人持有，亦即陳訴人尚未購入，如何著手於賣出的行為，基於罪責相當性原則，實難認其行為已構成販賣未遂罪。原確定判決未慮及此，即逕予論斷其係「販賣毒品未遂」，顯有違證據裁判主義，依刑事訴訟法第378條規定，判決不適用法則或適用不當者，乃判決違背法令；且有判決所載理由矛盾之違法，依刑事訴訟法第379條第14款規定，判決亦當然違背法令。

參、處理辦法：

- 一、調查意見，函送法務部轉請最高檢察署檢察總長審酌研提非常上訴。
- 二、調查意見，函復陳訴人。
- 三、檢附派查函及相關附件，送請司法及獄政委員會處理。

調查委員：王美玉