

釋字第 792 號解釋協同意見書

蔡大法官明誠 提出

黃大法官虹霞 加入

本號解釋就業經最高法院刑事庭決議不再援用之最高法院 25 年非字第 123 號刑事判例「禁菸法上之販賣鴉片罪，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。」¹及 67 年台上字第 2500 號刑事判例「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……屬犯罪既遂。」（下併稱系爭判例），²認其違憲，基於憲法保障人民基本權之意旨及目的，固可贊同。惟對於販賣概念之定義及相關論述，仍值得再推敲，爰提出協同意見書如下：

一、販賣概念之再思考

有關販賣之概念，如基於法律概念之相對性(Relativität des

¹ 對照最高法院 25 年非字第 123 號刑事判例當時所解釋的禁菸法（民國 18 年 7 月 25 日由國民政府公布）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，處一年以上五年以下有期徒刑，得併科五千圓以下罰金。」

² 此外，最高法院 68 年台上字第 606 號刑事判例「藥物藥商管理法第七十三條第一項所謂販賣，係指明知其為偽藥或禁藥，意圖販賣而有販入或賣出之行為而言，其販入及賣出之行為，不必二者兼備，有一即屬成立。」69 年台上字第 1675 號刑事判例「藥物藥商管理法第七十三條第一項之明知為偽藥或禁藥而販賣罪，固不以販入之後，復行賣出為構成要件，但仍須以營利為目的，將偽藥或禁藥購入，或將偽藥或禁藥賣出，二者必有其一，犯罪始為成立，方可論以既遂。」

上開二則判例與系爭判例，均經最高法院 101 年度第 6 次、第 7 次及第 10 次刑事庭會議決議「判例不合時宜，不再援用」。

Rechtsbegriffs)³，難免因其廣狹範圍不同而生差異性之解釋⁴，⁵

³ 在德國聯邦最高法院刑事判決，對刑法之法律概念相對性，亦曾發生是否違反憲法明確性要求 (das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot) 之疑義。例如心理治療處置 („psychotherapeutische Behandlung“) 係屬不確定法律概念，需要構成要件要素之具體化，如何使受規範者對其適用得以預見 (für den Normadressaten vorhersehbar)，不無困難存在。在刑法以外之領域，例如德國法中有關經許可之樂透與不經許可且無須對價之抽獎遊戲之概念 (Begriffe „Glücksspiel“ und „Gewinnspiel“) 得適用於不同情況。

基於法律概念之相對性，依德國通說，同一法律用語於不同法秩序（法規範）之不同解釋，不被視為法秩序統一性之問題 (Einheit der Rechtsordnung)。於此範圍，係屬法律概念相對性觀點之實現。德國學理上亦認為，在稅法、民法及環境刑法及環境行政法領域，均可能發生此種情況。(參照 Tobias Kruis, Verwaltungsakzessorietät und Einheit der Rechtsordnung, NVwZ 2012, 797, 800f., Fn.42-beck-online.)

⁴ 所謂法律概念之相對性，為德國學說所採用。在刑法上若干用語，亦存在此一相對性現象。例如刑法第 261 條洗錢 (Geldwäsche, § 261 StGB) 罪與贓物罪，均屬後續犯罪 (或譯「後行犯」) 性質 (Charakter eines „Anschlussdelikts“)，但贓物犯有前行犯 (Vortäter) 與後行犯，洗錢犯則未有前行犯問題，故兩者適用範圍有所差異。且在其行為要素，均包含刑法第 261 條第 2 項第 1 款規定「為自己或第三人取得」 („sich oder einem Dritten verschafft“) (§ 261 II Nr. 1 StGB)。如有構成要件特別解釋之必要性 (Notwendigkeit einer „tatbestandspezifischen“ Auslegung) 時，該概念內涵之解釋，作出與其不同之規範脈絡 (von dem ihn umgebenden normativen Kontext)。此可能導致同一文字在不同構成要件關聯具有不同意義。有稱此現象為法律概念之相對性。在德國實務及學說中，有將前述兩種有關為自己或第三人取得之概念，經由構成要件之特別解釋，即將刑法第 261 條 (洗錢; 不法取得財產價值之隱匿) 第 2 項第 1 款規定「為自己或第三人取得」之廣義解釋，而贓物罪之「為自己或第三人取得」之較狹義解釋，使兩者在概念解釋不再發生差異。因此，上述之例，可見德國刑法第 259 條規定贓物罪 (Hehlerei (§ 259 StGB)) 之「為自己或第三人取得」 („sich oder einem Dritten verschafft“) (即所謂「取得」 (Verschaffung) 要件)，在刑法不同規定之用語，可能透過目的及體系解釋，得到廣義或較狹義之解釋結果，亦因其解釋而異其規範內涵，即呈現法律概念之相對性。於此情形，因刑法用語之解釋而生不同規範內涵，故有稱之為特洛伊木馬 (ein Trojanisches Pferd)，德國學說上有建議避免使用同一文字，立法者對

此是否係因文字之多義性所造成者，或立法者之規範設計本意所在，抑或因規範解釋之見解上差異性所引起者，均值得深究之。此外，法律專業用語，通常固以其所涉及法領域作為解釋基礎。但有些用語，不乏引自一般用語。本號解釋所涉及販賣一詞，即屬其例。

就販字而言，有將販作為動詞，係指從甲地買進貨物到乙地去出賣。亦即其具有「賤買貴賣」或「買賤賣貴」，稱為販，並含有成批買進貨物，零星賣售之意涵。另有將販作為名詞，以小販稱之，係指買賤賣貴者或販賣貨物之人或做小生意之人。⁶此外，有將「販」單指買入而言，販賣係指商人買賣貨物。認「販」含有「買進」與「賣出」二義，此種相反之二

此宜改用其他用語取代之。（參照 Wolfgang Mitsch, „Verschaffen“ als Merkmal des Straftatbestandes, JA 2020, 32, 35f.-beck-online.）。

⁵ 比較我國民法規定，亦不乏其例。例如民法有關處分概念，因是否純屬法律上處分（包括設定負擔等物權行為），或其尚包含債權行為，或兼及事實上處分（如建物之拆除），例如民法第 118 條有關無權處分規定，此之所謂處分，係指處分行為而言，包括物權行為及準物權行為（如債權讓與），但不包括負擔行為（債權行為），此屬於狹義處分概念。另民法第 819 條第 2 項有關共有物之處分，所謂處分，包括事實上處分及法律上處分（處分行為）。（參照王澤鑑，民法物權，台北市：作者發行，2010 年 6 月增訂 2 版，頁 79，286 以下。）可見處分之同一用語，在民法則因概念之廣義或狹義，而異其定義，即屬一例。

⁶ 參照商務印書館編審，辭源，65 年修訂正續合編附補編臺 5 版，頁 1410；臺灣中華書局辭海編輯委員會編，辭海，69 年 3 月初版，頁 4163；將門文物編輯部編著，辭海，76 年 2 月本版，頁 1064；臺灣中華書局編輯部編輯，中華大字典，72 年 9 月臺六版，頁 2184；東方出版社編輯委員會編著，東方國語辭典革新版，83 年，頁 1425；國語日報出版中心主編，新編國語日報辭典，101 年 11 月 1 版，頁 1676。

種意思，只有看上下文才能知道。⁷總之，就販賣二字而言，有解為買賣也，有解為商人由生產者販入貨物，而轉售於消費者。亦有解為販賣係指商人出售貨物之行為，即是將東西賣出去（亦即「販賣出去」）。從中文辭典及刑法文獻，不乏認販賣兼含有販入與賣出之意義。此更顯示中文用語，有如外文文字一般，往往兼有多義性。

另如從其商業行為發展階段觀之，販賣不宜認其僅是「銷售賣出」，而宜解為含有販入（或稱購入、買進）之前階段行為，較符合該文字之原意。是其宜從法律規範上下文脈絡(context; Kontext)，探求其規範之意旨與目的(Sinn und Zweck)，而非純採概念法學方式，單由文字之字面解釋。退而言之，若採取法律體系解釋，有時不宜忽視法律概念相對性，因不同法律規定所使用相同文字，可能因有廣狹定義而生不同之解釋結果，且因有前述販賣用語多義性之可能情形，亦認其性質上係屬「需要解釋之法律概念」(auslegungsbedürftige Rechtsbegriffe)，故文義、歷史及體系解釋以外，仍宜檢視其是否符合特別刑法意旨之目的解釋。

二、系爭判例之問題所在

系爭判例分別作成於民國（下同）25 年與 67 年，兩者相隔四十多年，但對於販賣之概念，從字面而言，均將之理解為購入（販入）與賣出，而非僅限於「銷售賣出」意涵。此一解釋，在中文辭典及刑法文獻中，亦非少見。系爭判例見解過苛

⁷ 參照周何總主編、邱德修副主編，國語活用辭典，台北市：五南，96 年 3 版 12 刷，頁 1876。

問題，將之完全歸責於販賣概念所引起，則不無疑義。尤其是此問題可能因販賣概念之多義性或法律概念相對性，恐有不同理解之餘地。惟系爭判例進一步認為所謂販賣，祇要以營利為目的，而有購入之行為，即足構成。亦即系爭判例之主要問題，在於將販賣行為階段，非以賣出之最後階段，作為既遂犯之完成階段，認為「有一於此」，其犯罪即為成立，而將既遂犯包含購入階段。⁸如一有購入行為，即認為販賣行為完成之既遂，不免有刑罰過苛之疑慮。因此，本號解釋認系爭判例就此部分，抵觸憲法第 8 條及第 15 條保障人民之人身自由、生命權及財產權之意旨，是從聲請人之基本權保障觀之，可資贊同。

三、以罪刑法定原則或法律明確性原則作為解釋依據

基於罪刑法定原則之要求⁹，刑法構成要件須符合明確性原則。此所謂構成要件明確性原則，屬罪刑法定原則派生之原則或原理。無論是犯罪的成立要件還是其法律效果，皆應力求明確，以使一般人民能夠瞭解什麼是禁止之行為，據此行止，

⁸ 過去實務上對於販賣行為的看法，均遵從最高法院 25 年非字第 123 號判例之見解，將販賣毒品、偽藥或禁藥罪之販賣行為，解釋為「販賣，不以販入後復行賣出為必要」，因此，祇要行為人以營利的主觀意思販入毒品、偽藥或禁藥，縱未將之再行賣出，仍然成立販賣既遂罪。這樣對於販賣既遂的解釋，在刑事法上會產生的疑慮，詳參王皇玉，販賣毒品行為的罪與罰，收錄於氏著「刑罰與社會規訓—台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變」，台北市：元照，2009 年 4 月，頁 190-192。

⁹ 在法治國家保障人民基本人權的法律保留原則要求之下，對於刑法的適用，即為罪刑法定主義。參照蘇俊雄，刑法總論 I，台北市：作者發行，87 年 3 月修正再版，頁 227。

稱為明確性原則或要求。¹⁰

有關刑法上所謂法定原則(Gesetzlichkeitsprinzip)（或譯罪刑法定原則¹¹、法律性原則），在於預防無法律或基於不確定或回溯性法律而為恣意、不可預測之處罰，此即所謂無法律則無犯罪、無刑罰(Kein Verbrechen, keine Strafe ohne Gesetz)。前述法定原則，傳統上衍生四種「禁止」(Verboten)之效力。¹²其中類推適用禁止與刑法成立及加重習慣法之禁止，係針對法官而言，而回溯效力禁止與不確定刑法及刑罰之禁止，係針對立

¹⁰ 無法律，即無犯罪，即無刑罰，為罪刑法定原則的核心。參照林鈺雄，新刑法總則，台北市：元照，2019年9月7版，頁40、44。

¹¹ 參照蘇俊雄，同前揭註9書，頁173以下。其認為罪刑法定主義，對於刑法法源、刑法適用效力之界定，具有四項基本意義，形成罪刑法定主義之刑法理論體系：犯罪與處罰的法律明定原則、法律概念明確原則、禁止類推解釋原則與不溯及既往原則。且認為刑罰規定的對象，是一般的國民，所以法律規定應以社會一般人（另稱「一般社會平均人」），對於刑法禁止與處罰內容均能理解，並就其規定意旨能作合理解釋的文字加以規定，為其起碼的準則。於英美法國家，則由憲法上「正當法律程序」原則，發展成「不明確無效原則」(void-for-vagueness)，亦即源自美國憲法增修第5條（適用於聯邦）及第14條（適用於各邦）之實質正當程序保障(the substantive due process guarantee)。另有所謂「民眾理解準則」，刑罰規定由通常知識者(men of common intelligence)觀點加以理解。此係參考美國聯邦最高法院於1926年作出指標性判決“*Connally v. General Construction Co.*, 269 U.S. 385 (1926)”，有關「不明確無效的原則」之評論，參照 Ryan McCarla, *Incoherent and Indefensible: an Interdisciplinary Critique of the Supreme Court’s “Void-for-Vagueness” Doctrine*, 42 Hastings Const. L.Q. 73(2014)。

¹² 在德國文獻上，有從刑法保障功能觀點，衍生法定原則與類推禁止、明確性原則與溯及效力禁止。但由基本法第103條第2項所衍生之明確原則，並未排除「需要解釋之法律概念」之運用(Die Verwendung auslegungsbedürftiger Rechtsbegriffe)。(參照 Uwe Murmann, *Grundkurs Strafrecht*, 3.Aufl., München: Beck, 2015, Rn.4ff..)

法者而言。¹³有關不確定刑法及刑罰之禁止 (Verbot unbestimmter Strafgesetze und Strafen; nullum crimen, nulla poena sine lege certa)，如從比較憲法觀之，德國基本法第 2 條規定要求充分明確性(eine hinreichende Bestimmtheit)，不僅是可罰性要件之明確性 (Bestimmtheitsgrundsatz der Strafbarkeitsvoraussetzungen)，亦要求刑罰及其他犯罪效果之明確性。¹⁴換言之，基於明確性之要求(Bestimmtheitsgebot)，刑法須呈現明確性之最低度要求，以使該規制內容及範圍，可為受規範者認識(für die Adressaten erkennbar)。前述主要係針對刑法規定之要件及刑罰效果之明確性問題。

法律本身為抽象性之概念，須透過解釋具體適用，對於刑法之解釋，一般公認必須以不違背罪刑法定主義精神之方法及法則為之。¹⁵在司法工作上，罪刑法定原則在法律之解釋方面限制法律人之自由，藉以保障人民之基本權利。換言之，罪刑法定原則不僅限制立法者明確界定國家刑罰權之範圍，同時亦要求司法者在解釋法律時，必須依一定之法則，具體化立法者之抽象條文。因此，其並不僅是不利於被告之禁止類推適用，而是在解釋上皆須遵守罪刑法定原則之精神。¹⁶

¹³ 參照 Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4.Aufl., München:Beck, 2006, §5 Rn.1, 7ff., 67ff..

¹⁴ 參照 Claus Roxin, a.a.O., §5 Rn.80..

¹⁵ 參照蘇俊雄，同前揭註 9 書，頁 271-272。

¹⁶ 參照鄭逸哲，罪刑法定主義七十年，收錄於「刑法七十年之回顧與展望紀念論文集（一）」，台北市：元照，2001 年 1 月，頁 96。又時間之因素，在刑法解釋上，亦扮演重要角色。對於新近公布施行之刑法條款，則以主觀理論為主，就法律條文的實體內容，從事解釋。相

尤其毒品危害防制條例（下稱毒品條例）歷經數次修正，加重刑度，對於販賣毒品行為之構成要件解釋，應予慎重。販賣毒品之處罰理由，既然在於販賣行為會將毒品帶入購買者可得支配之領域，使購買者之身體健康，陷於遭受傷害之危險境地。因此，販賣毒品罪之既遂程度，亦應從法益保護之觀點來認定。亦即，在以有償為目的而從事毒品交易活動時，其必須是販賣者基於營利之目的或意圖，將毒品移轉給買受者，如此始達到既遂之程度。因為毒品必須到達買受者可得支配之領域後，對於買受者之身體、健康利益始有受損之可能。¹⁷

本號解釋認「按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。」「按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

對地，對於公布施行已久之刑法條款，則因法律制定至法律適用之時，已經過一段漫長時間，故應著重客觀解釋理論從事解釋，但仍須固守罪刑法定原則之內涵。參照林山田，刑法通論（上冊），台北市：元照，2008 年 1 月增訂 10 版，頁 151。

¹⁷ 販賣毒品罪之處罰規定，基本上是為了保護不特定多數人之生命、身體、健康法益不受毒品侵害。毒品販賣罪之抽象危險犯構成要件，從法益保護的觀點來看，固然有其正當性。從刑事政策觀點而言，亦屬一種較為合理之風險分配方式。參照王皇玉，同前揭註 8 書，頁 189。

之意旨相符。」可謂同樣意旨。因此，本號解釋以罪刑法定原則為憲法審查依據，認系爭判例將一有販入（或購入）毒品之行為即該當販賣毒品既遂罪部分係屬違憲，可呼應最高法院於101年後將系爭判例停止援用之見解變更，此解釋結果自對於聲請人有利。惟系爭判例經援用數十餘年，是因販賣用語之多義性所致，或另有其他緣故，不無推敲之餘地。

四、從解釋論與立法論看毒品販賣行為之規範設計問題

---代結語

有關毒品條例販賣行為之概念、構成要件、既遂時期、實行之著手期間及刑罰效果，理論上亦可分別從解釋論與立法論（政策論）出發，設計一套具合理性且實效性之刑法規範制度。茲藉由本院解釋認定系爭判例部分違憲，係屬不得已之最後手段。尤其是在法律概念之解釋有所困難時，應及時從立法論（政策論及價值判斷）進行檢討。此外，在進行解釋論及立法論兩方面檢討時，亦應考量毒品犯罪跨國境之國際化現象，故因應現實之需求，相關機關應調整既有不完善之立法技術及規範設計，及時回應社會之要求及挑戰。再者，當今社會犯罪手法型態日益多樣化，如何將毒品條例第4條第1項至第4項所稱販賣與毒品之交易活動加以區分，並予以類型化，使從事毒品交易之犯罪行為構成要件與刑罰效果，得以符合罪責原則、罪刑法定原則或罪刑相當原則。職是，長期之計，相關機關就法律涉及毒品販賣犯罪行為之可罰性要件及其刑罰效果

者，宜參考外國立法例、實務經驗及學說¹⁸，¹⁹並考量我國社

¹⁸ 例如德國麻醉藥品法第 29 條有關犯罪行為，分別就有償與無償，或有無自己獲利（自利）(eigennützige Weitergabe an einen anderen)之轉讓於他人，即如麻醉藥品之無償交付(die unentgeltliche Übergabe von Bestäubungsmitteln)，係屬交付(Abgabe)。如係為麻醉品之贈與，通常認係利他行為(alttruistisches Handeln; altruistic behavior)，不該當從事交易之構成要件(Tatbestand des Handeltreibens)。又其係非自利轉讓於他人，例如以成本價格出售(beim Verkauf zum Selbstkostenpreis)者，係指出讓（有譯為出售）(Veräußerung)。（參照 Patzak, in: Körner/Patzak/Volkmer, Betäubungsmittelgesetz, 9. Aufl., 2019-beck-online, BtMG §29 Rn.26.）上述從事交易與出讓（出售）兩種類型，德國麻醉藥品法第 29 條第 1 項給予相同之法定刑，並未有區分。但行為人係以職業性(Gewesmäßig)方式進行前述行為，或對多數人之健康造成損害時，依同條第 3 項規定，以 1 年以上自由刑，加重處罰。如行為人 20 歲以上，而與 18 歲以下之人從事交易或出讓行為時，以 5 年以上自由刑，加重處罰。

在日本麻藥五法中，亦未就販賣與轉讓加以類型區分，而是以交付與收受作為基本類型，因此，不論為買賣、贈與或交換等移轉毒品持有關係之型態，均可包含在內。如行為人以營利之目的交付或收受毒品時，則給予加重處罰。在日本立法例上，將意圖營利作為加重處罰之要件，與我國之立法方式有別。

綜上，於比較德國及日本立法例後，有認為以意圖營利作為販賣毒品罪之成立要件，實屬畫蛇添足之舉，因為販賣行為本質上必然包含有償之性質在內。至行為人所獲得之財產利益是否與毒品價格相當，本來就不是要被考慮之要素。（參照張天一，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，頁 179-182, 190-191。）此對於現行毒品條例有關販賣與轉讓行為處罰之學說見解，可供參考。

¹⁹ 當然，比較外國立法例，自應隨時掌握其最新發展狀況，例如前述從事交易(Handeltreibens)，德國實務界及學界亦有批評從事交易概念之廣義解釋，指摘其有違背法定性，構成要件不明確，有如準備、未遂、既遂、正犯及共犯、未採取行動之取消可能性(fehlende Rücktrittsmöglichkeiten)及（認定毒品交易之嫌疑）猜測式刑罰之危險(Gefahr von Verdachtsstrafen)。（參照 Patzak, in: Körner/Patzak/Volkmer, a.a.O., BtMG §29 Rn.31.）從比較法觀察，可見任一外國立法例皆非十全十美，尚須與時俱進，故前述就從事交易概

會之發展狀況，且基於毒品交易犯罪行為態樣之多樣化，相關機關應適時全面重新檢討從事毒品交易行為所涉及法益侵害及不法內涵，兼顧個人法益之憲法保障意旨及目的，處以相對應之刑罰，以期毒品防制之刑法規定更具有合理性及實效性！

念可能解釋過廣之疑義，在德國法受到批評之情形，如未來有參考德國立法例之需要時，亦宜一併考量之。