

釋字第 792 號解釋協同意見書

詹森林大法官提出

黃虹霞大法官加入壹、
貳、參、伍及陸部分

109 年 6 月 19 日

本號解釋宣告法院組織法 108 年 1 月 4 日修正公布，同年 7 月 4 日施行前之最高法院 25 年非字第 123 號刑事判例（系爭判例一）及 67 年台上字第 2500 號刑事判例（系爭判例二），其中關於以營利為目的而一有「購入」毒品之行為，即該當販賣毒品既遂罪部分，有違憲法罪刑法定原則，牴觸憲法第 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。本席贊同此項結論，爰補充若干意見如下。

壹、本號解釋等同將最高法院 101 年度第 6 次、第 7 次及第 10 次刑事庭會議決議溯及既往適用於本號解釋所涉之 7 件聲請原因案件；檢察總長亦得依本解釋意旨，提起非常上訴

本號解釋作成前，系爭判例一及二，早經最高法院於 101 年 8 月 7 日、8 月 21 日、11 月 6 日之 101 年度第 6 次、第 7 次及第 10 次刑事庭會議，以不合時宜為由，而決議不再援用（以下合稱系爭決議）¹。惟本號解釋據以作成之 7 件聲請原因案件，其確定終局判決均作成於系爭決議之前，且分別適用或實質援用系爭判例一或二，而論處該 7 件原因案件之 7

¹ 經最高法院於系爭決議不再援用者，除系爭判例一及二外，尚有該院 68 年台上字第 606 號及 69 年台上字第 1675 號刑事判例。本意見書嗣後提到「系爭 4 則判例」時，即指前述 4 則判例。

位聲請人分別觸犯 92 年或 98 年毒品危害防制條例第 4 條之販賣毒品既遂罪。本號解釋宣告系爭判例一及二關於以營利為目的而一有「購入」毒品之行為，即該當販賣毒品既遂罪部分違憲，就此而言，與系爭決議不再援用系爭判例一及二，實質上並無差異。是本號解釋等同將系爭決議關於不再援用系爭判例一及二之見解，溯及既往適用於該 7 件原因案件。

因此，本號解釋於解釋理由書最後 1 段以「併此敘明」方式，諭知：「聲請人就本解釋之原因案件，得依本解釋意旨，依法定程序請求救濟」。本席除贊同外，並認為，為保障人民基本權，檢察總長亦得依本解釋意旨，主動為本號解釋之 7 位聲請人，提起非常上訴。（釋字第 725 號解釋，及憲法訴訟法第 53 條第 2 項、第 91 條第 2 項後段參照）

貳、刑法學者及刑事法官對系爭 4 則判例²之批評

本號解釋作成前，刑法學者及刑事法官對於系爭 4 則判例，早有嚴厲批判。

王皇玉教授認為，販賣毒品罪之處罰，原則上在於保護不特定多數人之生命、身體、健康法益不受毒品之侵害，故毒品須到達買受者可得支配之領域，始有侵害買受者身體、健康之可能，系爭判例一將販賣解釋為「不以販入後復行賣出為必要」，有恣意擴大抽象危險犯適用範圍之傾向，超越抽象危險犯的危險擬制內涵，並造成「販賣毒品既遂罪」與「意圖販賣而持有毒品罪」之間適用上的混淆³。

張天一教授認為，販賣概念在解釋上，應著重於「賣出」

² 請看註 1。

³ 王皇玉，販賣毒品行為的罪與罰，收錄於「刑罰與社會規訓——臺灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變」，2009 年 4 月，188-190 頁。

的意涵，系爭判例一導致販賣毒品罪在適用範圍上被不當擴大，破壞立法者所預設的立法區分架構，除侵蝕「意圖販賣而持有毒品罪」的適用範圍外，亦使得「販賣毒品未遂罪」幾無適用可能；此一作法，等於司法權凌駕於立法權之上，不無違反權力分立制度之虞⁴。

錢建榮法官更基於系爭判例一之歷史考據，正確指出，該判例所適用 18 年 7 月 25 日公布之「禁煙法」第 6 條，將「販賣毒品罪」與「意圖販賣而持有毒品罪」規定在同一法條之前後段，二者之法定刑完全相同，而現行毒品危害防制條例，則將「販賣毒品罪之既遂與未遂」，與預備犯性質「意圖販賣而持有毒品罪」，分別以不同條文處罰，且賦予不同法定刑效果，故系爭判例一之作成，有其法制背景，自不能完全套用在現行法律所定之販賣毒品罪；系爭 4 則判例等於將未遂或預備犯均當成既遂處罰，實務又為遷就判例，索性再將「意圖販賣而持有毒品罪」，從「預備犯」曲解為「意圖犯」，紊亂犯罪行為階段，絕對通不過罪刑法定原則之檢驗⁵。

最高法院花滿堂庭長在「實務上有關販賣罪見解之變更——以販賣毒品罪為重心」一文中，闡釋以系爭判例一為主之傳統實務上販賣罪見解之依據、缺點及由來，並進而指出，該判例所示意圖營利而販入毒品或賣出，有一於此，犯罪均屬既遂等旨，雖有違行為階段理論及平等原則，惟有其不得已之苦衷，但在相關法律已修正後，實務見解未隨之導正，

⁴ 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，第 24 期，2010 年 6 月，176-177 頁。

⁵ 錢建榮，「買」或「賣」搞不清楚？！（上）、（下）——最高法院 25 年非字第 123 號等 4 則販毒判例之檢討，月旦法學雜誌，210 期，2012 年 11 月，65-75 頁；211 期，2012 年 12 月，113-131 頁。本文就系爭 4 則判例有非常深入之分析及批判，頗具學術與實用價值。茲僅概略引述該文結論，敬請參見全文。

系爭判例二、68 年台上字第 606 號及 69 年台上字第 1675 號等 3 則刑事判例更仍相沿舊章，致前開傳統見解主宰實務幾十載，非無可憾，迄系爭決議終停止援用⁶。

參、本號解釋之解釋路徑及解釋方法

本號解釋所採取之憲法審查原則為罪刑法定原則，亦即檢視系爭判例一及二對於法條構成要件之解釋，是否已逾越可容許之界限，並因而擴張或增加法律規定所無之內容及其可罰行為範圍？易言之，在本號解釋，應先確立者，為與系爭判例一及二判例有關之毒品危害防制條例第 4 條第 1 項至第 4 項「販賣既遂」之解釋界限為何？

就此，本號解釋運用一般法律解釋方法，分別從文義⁷、體系及立法者原意，探求毒品危害防制條例第 4 條「販賣既

⁶ 花滿堂，實務上有關販賣罪見解之變更－以販賣毒品罪為重心，中央警察大學法學論集，25 期，2013 年 5 月，1-22 頁。

⁷ 依本席所見，「販賣」一詞，文義上，與「販售」、「出賣」並無二致，實在不能如系爭判例一及二，將「販賣」拆解為「販入」及「賣出」。蓋「販賣」、「販售」之物品，是否為出賣人先行買入，無關緊要。農民、漁民或一般民眾，將自行種植之蔬果、捕獲或養殖之魚，或受贈之其他物品，在公開市場或私底下，出賣他人者，仍為「販賣」或「販售」。甚且，將撿到、騙來、偷來或搶來之物品出賣者，仍為「販賣」、「販售」。此外，契約書上，如一方簡稱為「出賣人」，則他方通常即簡稱為「買受人」，而非「販受人」；一方簡稱為「賣方」時，更不可能簡稱他方為「販方」。換言之，「販」，一般用語上，等同「賣」，而鮮少與「買」連結。常用字典或辭典，以「販」造詞或舉例時，均為「販賣」或「販售」，而無「販入」一詞；當以「販魚」為例子時，更將其解為「賣魚」，而非「買魚」（參見：教育部國語小字典 <http://dict.mini.moe.edu.tw/cgi-bin/gdic/gswweb.cgi?o=ddictionary>；教育部國語辭典簡編本 <http://dict.concised.moe.edu.tw/cgi-bin/jbdic/gswweb.cgi>）。本席更敢斷言，家庭主夫或主婦（包含最高法院刑庭法官們），為準備三餐而去市場或百貨公司購買食材時，絕對不會向家人或任何人稱：「我去『販菜』」或「我去『販入菜』」。系爭 4 則判例，甚至現行實務裁判，堅持使用「販入」一詞，並認為「販入」即為「買入」，是否自我沈醉、迷戀於狹隘之法律人世界，而遠離一般民眾理解範疇，實應省思！

遂」之合理解釋範圍，並於獲致「販賣毒品既遂罪，僅限於『銷售賣出』之行為已完成，始足該當」之結論後，進一步檢視系爭判例一及二是否因逾越上開「(罪刑)法定」範圍，而構成違憲。

本席支持上開解釋方法及路徑，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，就系爭判例一及二所涵攝「販入毒品後欲賣出，但尚未復行賣出」之行為，因本條例第 5 條及第 4 條第 6 項，視其行為之實行程度，已分別定有「意圖販賣而持有毒品罪」及「販賣毒品未遂罪」；就「單純購入而持有」毒品之犯罪態樣，本條例於第 11 條亦定有「持有毒品罪」。是在如此體系之下，亦可印證本條例第 4 條第 1 項至第 4 項所定之「販賣毒品既遂」，應僅指銷售賣出毒品之行為已完成者而言，並無法包含單純「購入」毒品，及「販入毒品後欲賣出，但尚未復行賣出」之情形。(毒品危害防制條例之體系參見附表一)

肆、系爭判例一及二亦有違憲法之罪責相當原則

罪責相當原則為刑法上之重要原則，且經本院釋字第 551 號、第 669 號、第 687 號、第 775 號、第 777 號及第 790 號等解釋承認具憲法之位階。其主要內涵係要求國家對人民施予刑罰時，須以行為人有罪責為基礎，無罪責即無刑罰，且刑罰須與罪責相對應，亦即國家所施加之刑罰須與行為人之罪責相當，刑罰不得超過罪責。是基於憲法罪責相當原則，立法機關及審判機關衡量其所欲維護法益之重要性、防止侵害之可能性及事後矯正行為人之必要性，綜合斟酌各項情狀，所科處之刑罰種類及其上下限，應與該犯罪行為所生之

危害、行為人責任之輕重相符，始與憲法罪刑相當原則無違。

系爭判例一及二將販賣行為擴張解為不以販入後復行賣出為必要，祇要以營利為目的，一有販入之行為，即應依販賣既遂論罪科刑，已逾越「販賣」之合理解釋範圍，而如本號解釋所宣告違反憲法之罪刑法定原則，此外，本席並認為，系爭判例一及二亦造成在適用法規範上，將毒品危害防制條例之「販賣毒品罪」、「販賣毒品未遂罪」、「意圖販賣而持有毒品罪」及「持有毒品罪」等輕重不同之罪行相互混淆。換言之，系爭判例一及二前述見解，導致「已賣出毒品且完成毒品交付」之行為，與「已賣出毒品但尚未完成毒品交付」、「購入毒品欲賣出，已開始找尋但尚未尋獲買家」、「僅購入毒品，主觀上有賣出意圖，但尚無任何賣出之動作」等不同階段之行為，一概落入該條例第4條第1項至第4項所定販賣毒品既遂罪之處罰範圍內⁸，使高度之販賣既遂行為與其他較低度之販賣毒品未遂及意圖販賣而持有毒品等行為，均一律以販賣既遂論，造成僅有低度犯罪行為之人，因此所受刑罰，遠高於其所應負之罪責，而嚴重違反憲法罪責相當原則。

伍、本號解釋效力僅涉及「販賣毒品既遂罪」，與「販賣毒品未遂罪」及「意圖販賣而持有毒品罪」無關

如前所述，系爭解釋所涉之7件原因案件，其確定終局判決分別適用或實質援用系爭判例一或系爭判例二，而判決該7位聲請人販賣毒品既遂，並從而分別以92年或98年之毒品危害防制條例第4條第1項「販賣第一級毒品罪」，或

⁸ 此由本號解釋之聲請人一至七，不論係僅購入毒品、持有毒品、購入毒品但尚未出賣、購入毒品並已出賣但尚未交付毒品，均被確定終局判決一至七，以毒品危害防制條例第4條之販賣毒品既遂罪論處，即可印證。

同條第 2 至 4 項之「販賣第二級、第三級及第四級毒品罪」，予以論處。該 7 位聲請人遂依其各自情形，分別主張系爭判例一或二違憲而聲請解釋（詳見解釋理由書第 1 段至第 7 段）。本號解釋亦依據其聲請而宣告系爭判例一及二關於以營利為目的而一有「購入」毒品之行為，即該當販賣毒品既遂罪部分，因悖於憲法罪刑法定原則而違憲。

因此，本號解釋之效力，僅及於系爭判例一及二所稱「以營利為目的而一有購入毒品之行為，即該當販賣毒品既遂罪」部分；至於 92 年、98 年及現行毒品危害防制條例第 4 條第 6 項所定之「販賣毒品未遂罪」及同條例第 5 條所定之「意圖販賣而持有毒品罪」，本來即非系爭判例一及二所處理之問題，亦非本號解釋 7 件原因案件所論處之罪名，自然不在本號解釋效力所及範圍。

系爭決議除將系爭 4 則判例以不合時宜為由而決議不再援用外，其中之最高法院 101 年度第 10 次刑事庭會議，特別針對系爭 4 則判例經決議不再援用後，相關法律如何適用，提會討論。該次會議除確認「刑罰法律規定之販賣罪，其意圖營利而販入，尚未賣出者，均論以販賣未遂罪」外，且針對「毒品危害防制條例就販賣未遂與意圖販賣而持有毒品，均設有刑罰，此二罪關係如何？」此一問題，決議「販賣未遂與意圖販賣而持有毒品罪，有法條競合之適用」⁹。

前開第 10 次刑事庭會議決議作成後，最高法院於其嗣

⁹ 所謂「販賣未遂與意圖販賣而持有毒品罪，有法條競合之適用」，即「販賣毒品未遂罪」優先於「意圖販賣而持有毒品罪」而適用，亦即「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」；參見最高法院 101 年度台上字第 5762 號、109 年度台上字第 915 號等刑事判決。換言之，同一行為一旦經認定該當「販賣毒品未遂罪」，即以該罪論處，該行為雖同時構成「意圖販賣而持有毒品罪」，仍不於「販賣毒品未遂罪」之外，另論以「意圖販賣而持有毒品罪」。

後之裁判中，即一再重申：「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。著手乃指實行犯意，尚未達於犯罪既遂之程度而言，本則判例（即系爭判例一）謂以營利為目的將鴉片購入，其犯罪即經完成，不得視為未遂，所稱犯罪既遂，固不合時宜，但其顯係認為意圖營利而販入，即為本罪之著手。是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，其中(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，或為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。如此，脈絡清楚，既合法理，亦符社會通念。惟毒品危害防制條例對於販賣罪與意圖販賣而持有罪，均設有罰則，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（例如受贈、吸用），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。」¹⁰、「意圖營利而販入毒品未及賣出之行為，從行為階段理論立場，即為販賣罪之著手，應依販賣毒品未遂罪論處。」¹¹、「有營利之意圖而販入毒品，縱然未及賣出即為警查獲，仍已該當販賣毒品未遂罪名。」¹²

¹⁰ 最高法院 101 年度台上字第 5762 號、第 6004 號刑事判決；109 年度台上字第 915 號刑事判決亦持相同意旨之見解。

¹¹ 最高法院 108 年度台上字第 3657 號刑事判決。

¹² 最高法院 108 年度台上字第 3405 號刑事判決。

最高法院就「販賣罪之著手」、「販賣毒品未遂罪」及「意圖販賣而持有毒品罪」所持前述見解（下稱「系爭決議後之現行最高法院實務見解」），是否妥適，固可討論。下級法院對於「系爭決議後之現行最高法院實務見解」，依循者，固為絕大多數¹³；反對者，亦有之¹⁴。

按本號解釋係以系爭判例一及二為解釋客體，而該二判例並未涉及「販賣罪之著手」，更根本未論及「販賣未遂罪」與「意圖販賣而持有毒品罪」之區分，是「系爭決議後之現行最高法院實務見解」，一則非本件 7 位聲請人聲請解釋之客體，二則因屬法院認事用法之範疇，故本號解釋僅處理此二判例所指「一有購入毒品行為，即該當販賣毒品既遂罪」部分，並未另針對「系爭決議後之現行最高法院實務見解」，為任何旁論，以嚴格遵守大法官釋憲權與普通法院審判權之分際。

陸、結論：法律，始為裁判之指導準則；保障人民基本權，更是裁判之最高宗旨

花滿堂庭長於其「實務上有關販賣罪見解之變更—以販賣毒品罪為重心」一文¹⁵之前言（第 3 頁）曾表示：「余自初任法官之始，即對此（即系爭 4 則判例）感到困惑，惟囿於解釋判例之拘束力，仍須適用。迨至司法院釋字第 371 號解

¹³ 參見臺灣高等法院 104 年度上更(一)字第 10 號、108 年度上訴字第 4030 號、109 年度上訴字第 122 號、第 252 號等等刑事判決。

¹⁴ 請特別參見臺灣高等法院 108 年度上訴字第 2744 號刑事判決。本判決就為何反對系爭決議後之現行最高法院實務見解，有極為細膩之理由構成（參見該判決參、論罪部分（四）、（五）、（六）），除展現不盲從上級法院見解外，更彰顯法官依據法律獨立審判之精義。僅就其勇於提出自己看法而「挑戰權威」而言，即已甚值讚揚。

¹⁵ 同註 6。

釋，雖對法官適用法律有牴觸憲法疑義時，得停止審判，聲請大法官會議解釋，惟此聲請標的，並不及於判例，仍屬束手。」又在該文（第 7 頁）直言，系爭判例一在 30 年禁煙禁毒治罪暫行條例公布施行後，應失其附麗，惟實務未即時發覺糾正，乃有後續 67 年（即系爭判例二）、68 年及 69 年 3 則判例之相沿舊章，將錯就錯。

其實，憲法第 80 條明文規定，法官審判之依據，為法律，而且應依據法律獨立審判；亦即本於自己確信之見解，不受任何干涉。判例（或判例廢除後之終級法院裁判¹⁶），並非法律，即非法官裁判時應恪遵之依據，亦非不可撼動之典範，法官不應自願受其干涉。判例（或判例廢除後之終局法院裁判）違反憲法保障人民基本權之意旨時，法官更應勇敢抗拒。將錯就錯持續適用判例（或終級法院裁判），導致加重人民之刑事處罰，不啻長期嚴重侵害人民基本權！

期盼花庭長「困惑」之體驗及「束手」之無奈，能再度提醒各級法院法官：唯有憲法第 80 條所定之法律，始為法官之裁判準則；依據法律裁判時，更應以保障人民基本權，為最高宗旨！

¹⁶ 108 年 1 月 4 日修正公布，同年 7 月 4 日施行之法院組織法增訂第 57 條之 1 第 1 項及第 2 項規定：「最高法院於中華民國 107 年 12 月 7 日本法修正施行前依法選編之判例，若無裁判全文可資查考者，應停止適用。未經前項規定停止適用之判例，其效力與未經選編為判例之最高法院裁判相同。」並刪除舊法第 57 條。該第 57 條規定內容為：「（第 1 項）最高法院之裁判，其所持法律見解，認有編為判例之必要者，應分別經由院長、庭長、法官組成之民事庭會議、刑事庭會議或民、刑事庭總會議決議後，報請司法院備查。（第 2 項）最高法院審理案件，關於法律上之見解，認有變更判例之必要時，適用前項規定。」此為判例制度之法律依據，但隨著前述第 57 條之 1 之增訂，自民國 16 年至 108 年 7 月主宰各級法官裁判達 90 餘年之判例制度，終於走入歷史。

附表一：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¹⁷

	犯罪態樣	法律效果	法條依據 ¹⁸
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

¹⁷ 本附表係依現行有效之毒品危害防制條例條文規定而製。另販賣毒品與持有毒品之犯罪態樣，毒品危害防制條例第 4 條及第 11 條於 109 年 1 月 15 日修正公布，同年 7 月 15 日施行之新規定中，並未為立法體系之變動，僅提高上開二條文法律效果中罰金刑之刑度，以及降低第 11 條持有第三級及第四級毒品純質淨重之公克數。

¹⁸ 以下法條，除特別指明其法典名稱（刑法）外，皆為毒品危害防制條例之條文。

	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、 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