

釋字第 792 號解釋協同意見書

謝銘洋大法官提出

本件解釋涉及毒品危害防制條例第 4 條第 1 項至第 4 項規定，販賣毒品罪的解釋與適用問題。最高法院 25 年非字第 123 號及 67 年台上字第 2500 號刑事判例，都認為只要以營利為目的購入毒品，就構成犯罪既遂。本件解釋認為這樣的見解違反罪刑法定原則，並認為販賣毒品罪，應在處罰「賣出」毒品的行為，只有購入的行為尚不足被認為是既遂。雖然系爭判例業經最高法院於 101 年 8 月 7 日、8 月 21 日、11 月 6 日 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，然而仍有若干問題值得探究。本席贊同本件解釋的結論，並提出協同意見。

一、規範目的與罪責相當性

毒品危害防制條例第 4 條以下，對於各種毒品危害的行為加以規範，其中與販賣毒品相關的主要刑罰有：

- 第 4 條：規範「製造、運輸、販賣」毒品的行為，其中製造、運輸、販賣第一級毒品者，處死刑或無期徒刑。
- 第 5 條：規範「意圖販賣而持有」毒品的行為，其中意圖販賣而持有第一級毒品者，處無期徒刑或十年以上有期徒刑。
- 第 8 條：規範「轉讓」毒品的行為，其中轉讓第一級毒品者，處一年以上七年以下有期徒刑。

由上面的規定可知，毒品危害防制條例按照毒品危害行

為的輕重，分別課以不同程度的刑事責任。其中以「製造、運輸、販賣」毒品行為的危害性最大，因此第4條規定最重的刑責。然而單純「轉讓」毒品行為，第8條規定的刑責就輕許多。

因此令人產生疑問的是，究竟「販賣」和「轉讓」有何不同？怎樣的行為算是「販賣」？怎樣的行為算是「轉讓」？怎樣的行為算是「販賣未遂」？如何和「意圖販賣而持有」區別？雖然本件解釋並未觸及這些問題，但是由於法律適用的結果差異極大，因此有釐清的必要。

二、第4條「販賣」和第8條「轉讓」的區別

基於毒品危害防制條例第4條所規定的嚴刑峻罰，其所稱的「販賣」，必然也必須是危害性極高的行為，不僅如同本件解釋的意旨，不能單指「買入」的行為，必須是有「賣出」的行為，本席贊同此一見解，認為必須是「買入」加上「賣出」的行為，始足當之。而且通常「販」一詞，依一般人的理解，與一般單純的買入或賣出不同，係指以營利為目的的商業行為，是以這裡所稱的「販賣」應該是指「以營利為目的之買入且賣出的營業行為」。

「單純買入」固然不應該被認為該當第4條的構成要件，然而「單純賣出」，也不應該被認為該當該條的構成要件，而應該加上有買入的行為，否則無從與第8條的轉讓區別。單純賣出而無買入的行為（例如因其他原因而取得），或雖有買入行為，但非以營利為目的賣出，都應屬第8條「轉讓」的規範範疇。

雖然有實務見解認為第8條的轉讓僅指無償行為，而不

包括有償行為，並認為只要是有償行為，就應該屬於第 4 條販賣的範疇。這樣的見解不僅限縮第 8 條的適用範圍，而且不當地擴張了第 4 條的適用範圍，使得縱使只是少量的有償讓與（例如將所買到的一部分毒品，以與購買價格相同或甚至較低的價格轉售予朋友），也必須面臨第 4 條極為嚴峻的刑罰，縱使是利用減輕其刑的規定猶屬過重，罪責顯然並不相當。

三、「販賣未遂」與「意圖販賣而持有」的關係

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。雖然本席此一見解與現行司法實務或有不同，然而基於罪責相當性原則，應為如此之解釋與適用始屬妥適。

四、結論

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。以此與所有司法人共勉！