

正 本

釋憲聲請書

聲 請 人	吳育明	
代 理 人	李亦庭 律師	大國法律事務所 新北市板橋區文化路一段 266 號 14 樓之 1 (02) 2253-1753
	劉佩璋 律師	台北市大安區辛亥路二段 165 號 7 樓 (02)2737-4700
	陳彥亘	台北市大安區辛亥路二段 165 號 7 樓 (02)2737-4700
	蔡惟安	台北市大安區辛亥路二段 165 號 7 樓 (02)2737-4700

1 壹、聲請解釋憲法之目的：

- 2 台灣高等法院台中分院 100 年度上更（一）字第 56 號  
3 判決（附件 1）、最高法院 101 年度台上字第 3686 號判決（附  
4 件 2），適用之最高法院 67 年度台上字第 2500 號判例意旨  
5 （下稱系爭違憲判例，附件 3），認為販賣管制藥品罪之「販

1 賣」行為，並不以販入後復行賣出為要件，只要以營利為目  
2 的而購入或賣出犯罪即為完成，系爭違憲判例對於「販賣」  
3 的解釋，超出一般人對於「販賣」的理解，其混淆販賣毒品  
4 既遂、未遂及意圖販賣而持有，以及單純持有四者「罪」的  
5 判斷及「刑」的適用，有違法律明確性原則及罪刑法定原則，  
6 侵害人民基於憲法第八條人身自由權的正當法律程序之保  
7 障，及第十六條訴訟基本權之保障，又將「買入」與「賣出」  
8 處以相同刑罰效果，亦違憲法第七條之平等原則、第二十三  
9 條之比例原則。聲請人經法院判決成立販賣一級毒品罪，處  
10 有期徒刑 15 年 6 月確定，爰依司法院大法官審理案件法第 5  
11 條第 1 項第 2 款，對確定終於裁判所適用之判例聲請解釋，  
12 懇請 鈞院宣告最高法院 67 年度台上字第 2500 號判例違  
13 憲，不予援用。

## 14 貳、疑義之性質與經過及涉及之憲法條文

### 15 一、疑義之經過：

16 本件原因案件聲請人即吳育明涉犯毒品危害防制條例販  
17 賣第一級毒品罪，經臺灣苗栗地方法院 99 年度訴字第 463  
18 號判決、臺灣高等法院臺中分院 99 年度上訴字第 2013 號判

1 決、最高法院 100 年度台上字第 1310 號判決、臺灣高等法  
2 院臺中分院 100 年度上更（一）字第 56 號判決、最高法院  
3 101 年度台上字第 3686 號判決，認定成立販賣一級毒品罪，  
4 判處有期徒刑 15 年 6 月確定。確定判決認定聲請人販入海  
5 洛因一包後於路途中即遭查獲，判決並以該包海洛因淨重  
6 37.46 公克，以一般施用劑量推算可施用一年半之時間，認  
7 為聲請人不會甘冒查緝風險保存而供自己施用大量購入，必  
8 有賣出之意圖，並援用系爭違憲判例認定以營利目的購入毒  
9 品，販賣行為即為完成，構成販賣一級毒品罪既遂。

## 10 二、疑義之性質及涉及之憲法條文：

11 就本案所涉及的第一級毒品，毒品危害防制條例第 4 條  
12 第 1 項規定：「製造、運輸、販賣第一級毒品者，處死刑或  
13 無期徒刑；處無期徒刑者，得併科新臺幣二千萬元以下罰  
14 金。」，同條第 6 項另有「未遂犯罰之」的處罰。同條例第  
15 11 條則規定：「持有第一級毒品者，處三年以下有期徒刑、  
16 拘役或新臺幣五萬元以下罰金。」。系爭違憲判例針對毒品  
17 犯罪所解釋的「販賣」，係針對廢止前藥物藥商管理法而發，  
18 雖無針對毒品危害防制條例或其前身肅清煙毒條例所作成

1 之判例，惟最高法院就毒品危害防制條例所處罰之販賣，從  
2 來亦係援用上述判例意旨<sup>1</sup>，亦為聲請人所受確定判決所援  
3 引。系爭判例要旨為：

4       **【六十七年台上字第二五〇〇號】**

5       所謂販賣行為，並不以販入之後復行賣出為要件，祇要  
6 以營利為目的，將禁藥購入或賣出，有一於此，其犯罪即為  
7 完成。上訴人既以販賣圖利之意思購入速賜康，雖於出售與  
8 某某時，已議定價格尚未交付之際，即被當場查獲，仍屬犯  
9 罪既遂。

10       依聲請人所獲確定判決認定的事實，被告吳育明基於營  
11 利之意圖，於民國 99 年 4 月 30 日 18 時許，向綽號「阿斌(音)」  
12 之黃清賓，販入海洛因 1 包（毛重 49.6 公克，淨重 37.46 公  
13 克），購買完回程於同日 18 時 30 分許遭偵查人員於臺中市  
14 ○○路與○○路交岔口查獲，以購買之毒品重量推知被告  
15 購買毒品非為自己施用，復依系爭違憲判例認為社要以營利  
16 為目的將毒品「購入」，即構成「販賣」行為「既遂」，判

---

<sup>1</sup> 不勝枚舉，如最高法院七十三年度台上字第四一五號、八十年度台上字第四九九二號判決、九十一年度台上字第二〇四八號等判決。

1 決吳育明成立販賣第一級毒品罪，處有期徒刑 15 年 6 月確  
2 定。

3 所謂「販賣」屬「同義複詞」，「販」也是賣，「賣」  
4 更是賣。毒品危害防制條例第 4 條對販賣毒品又另有處罰未  
5 遂之規定，更基於法益前置化之保護，特別於第 5 條規定「意  
6 圖販賣而持有」毒品的預備犯處罰，因而不論基於文義解  
7 釋、體系及目的解釋，「販賣既遂」＝「賣出」，僅有買入  
8 （販入）行為者，不是單純持有，就是為了施用或轉售而持  
9 有，無論如何都不應該也不可能將「販賣既遂」＝「買入（販  
10 入）」。**系爭違憲判例顯已違反憲法第八條保障人身自由之  
11 正當法律程序的實體法內涵—罪刑法定原則<sup>2</sup>，並違反法律明  
12 確性原則，侵害被告基於憲法第十六條之訴訟基本權。就本  
13 案的適用結果言，更突顯尚違反憲法第七條之平等原則、第  
14 二十三條之比例原則。**

15 **參、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持立場與見解**

16 **甲、程序部分**

---

<sup>2</sup> 參見釋字第 384 號解釋理由書。

1 聲請人以不再援用之判例聲請釋憲，依司法院釋字第 177 號  
2 及第 210 號等釋字，自屬合於司法院大法官審理案件法第 5  
3 條第 1 項第 2 款之要件，應予受理。

4 按司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款關於確  
5 定終局裁判所適用之「法律或命令」，乃指確定終局裁判作  
6 為裁判依據之法律或命令或相當於法律或命令者而言。依法  
7 院組織法第 25 條規定：「最高法院各庭審理案件，關於法律  
8 上之見解，與本庭或他庭判決先例有異時，應由院長呈由司  
9 法院院長召集變更判例會議決定之。」及行政法院處務規程  
10 第 24 條規定：「各庭審理案件關於法律上之見解，與以前判  
11 例有異時，應由院長呈由司法院院長召集變更判例會議決定  
12 之。」（現行條次為第 38 條第 1 項）足見最高法院及行政法  
13 院判例，在未變更前，有其拘束力，可為各級法院裁判之依  
14 據，如有違憲情形，自應有司法院大法官會議法第 4 條第 1  
15 項第 2 款之適用，始足以維護人民之權利，合先說明（司法  
16 院釋字第 154 號解釋參照）。此外，判例經人民指摘違憲者，  
17 視同命令予以審查，已行之有年（司法院釋字 374 號等解釋  
18 參照）。

19 次按 鈞院釋字第 177 號解釋文第二項明示「本院依人

1 民聲請所為之解釋，對聲請人據以聲請之案件，亦有效力」，  
2 本件聲請人據以聲請之行政訴訟確定終局裁判所適用之法  
3 令，雖已失效，仍有解釋之必要（司法院釋字第 210 號解釋  
4 參照）。確定判決所適用之法令，雖嗣後經修正刪除，惟經  
5 人民指謫違憲者，仍得予以審查，亦已行之有年（司法院釋  
6 字第 210 號、第 522 號、第 673 號、第 713 號及第 723 號等  
7 解釋參照）。

8 因此，既然確定終局裁判所適用之「法令」，「失效」後  
9 仍得由人民聲請釋憲，且「判例」經人民指謫違憲者，視同  
10 命令予以審查，則確定終局裁判所適用之「判例」，經宣告  
11 「不再援用」後，自得為審查之客體。

12 查聲請人針對臺灣高等法院臺中分院 100 年度上更（一）  
13 字第 56 號刑事判決（下稱系爭判決）提起上訴，經最高法  
14 院 101 年度台上字第 3686 號刑事判決認上訴不合法而駁  
15 回，故系爭判決符合司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項  
16 第 2 款所稱之確定終局裁判，且聲請人已窮盡救濟途徑，先  
17 予說明。

18 次查系爭判決援用最高法院 67 年台上字第 2500 號判  
19 例：「所謂販賣行為，並不以販入之後復行賣出為要件，祇

1 要以營利為目的，將禁藥購入或賣出，有一於此，其犯罪即  
2 為完成。」認定聲請人購買海洛因的行為構成毒品危害防制  
3 條例第4條第1項之販賣第一級毒品罪，故系爭判例屬確定  
4 終局判決所適用之判例。

5 末查，最高法院101年度第6次、第7次、第10次刑事  
6 庭會議決議以系爭判例不合時宜為由，決議不再援用，惟上  
7 開決議並未就過去援用系爭判例之判決，提供任何救濟途  
8 徑，致使系爭判例仍於過往援用之判決中繼續發揮其效力，  
9 對聲請人之基本權利影響甚鉅。此外，如因系爭判例不再援  
10 用即不得聲請釋憲，將會使人民得否聲請釋憲之要件，完全  
11 取決於嗣後最高法院有無作成不再援用判例之決議而定，不  
12 僅逾越司法院大法官審理案件法第5條第1項第2款之文義  
13 而不當限縮人民聲請釋憲範圍，更使得同樣是以判例聲請解  
14 釋之相同案件，卻因是否不再援用而為不同之處理，顯失公  
15 平。

16 綜上所述，系爭判例為系爭判決所援用，聲請人窮盡救  
17 濟途徑後，以系爭判例違憲聲請解釋，縱系爭判例已不再援  
18 用，惟司法院諸多釋字認為法令失效後仍得審查，且判例視  
19 同命令，故聲請人以不再援用之判例聲請釋憲，自屬合於司



1 法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款之要件，應予受  
2 理。

### 3 乙、實體部分

#### 4 一、違反憲法第八條正當法律程序之實體法內涵－罪刑法定 5 原則、刑罰明確性原則

##### 6 （一）罪刑法定原則之意義

7 釋字第 384 號解釋，將「罪刑法定主義」（罪刑法定原則）  
8 列為憲法第八條「正當法律程序」中之實體法重要內涵。刑  
9 事審判牽涉被告的重大人身自由，而法律上有許多制度設計  
10 即是為了保障人民不受人身自由的恣意剝奪，此乃人身自由  
11 之制度性保障，釋字第 384 解釋理由書並言：「除現行犯之  
12 逮捕，由法律另定外，其他事項所定之程序，亦須以法律定  
13 之，且立法機關於制定法律時，其內容更須合於實質正當，  
14 並應符合憲法第二十三條所定之條件，此乃屬人身自由之制  
15 度性保障。舉凡憲法施行以來已存在之保障人身自由之各種  
16 建制及現代法治國家對於人身自由所普遍賦予之權利與保  
17 護，均包括在內，否則人身自由之保障，勢將徒託空言」。  
18 所謂罪刑法定主義，一般以為乃刑法第一條開宗明義所明定

1 之原則：「行為」之處罰，以「行為」時之法律有明文規定  
2 者為限，本條表明處罰的對象為行為人之「行為」，而非行  
3 為人之的心理事實或身分，亦即學界通稱之「行為刑法」，  
4 而非「行為人刑法」。也由此可以推導出「刑罰平等原則」，  
5 根據行為人的「所為」，也就是犯罪建構要素的「不法」與  
6 「罪責」的質與量來決定相應的、公平的刑罰<sup>3</sup>。也就是說，  
7 什麼行為應被評價為不法，因而應該受到刑罰，都是國家要  
8 發動刑罰、剝奪人民自由的重要前提問題，應該由法律定  
9 之，不容許恣意。

10 **罪刑法定原則要求刑罰必須由立法者以法律形式定之，**  
11 **其目的在節制國家權力，確保人民的自由權利：**從古典的自  
12 由主義與契約論的角度而言，只有由人民代表組成的議會，  
13 事先同意以刑法加以禁止的行為——亦即是人民自我統治下  
14 的同意，始能動用刑罰干涉人民的自由，反面敘述即是凡不  
15 屬於國家（議會）以預先制定的法律明文禁止的範圍，都屬  
16 於人民自由行動的範圍。而預先確定刑罰的範圍，不只是確  
17 保其人身不虞遽受刑罰枷鎖所困而已，更重要的是，人們始

---

<sup>3</sup> 周漾沂，刑罰的自我目的性—重新證立絕對刑罰理論，政大法學評論，147 期，頁 49-50（附件 4）。

1 能在不虞恐懼的條件下，充分「開展其快樂生活的自由」<sup>4</sup>。  
2 誠然，行政在現今有其自主的民主正當性來源，然倘我們仍  
3 維持國會係代表人民自我統治意志的規範性預設；仍肯定國  
4 會的組成乃全面性地涵蓋各種利益的多元呈現；仍承認國會  
5 的程序係繁複而透明公開的，那麼人民的某種行動自由，能  
6 否以刑罰加以侵奪的價值決定，係應由國會為之，即尚非能  
7 由行政部門所能輕易越俎代庖<sup>5</sup>。

8 罪刑法定原則更含有權力分立、制衡的意涵。其要求構  
9 成犯罪之要件及其刑罰效果須事先以「法律」為明確之規  
10 定，而僅有代表民意之立法機關始有制定刑罰規定之權力。  
11 立法權藉此約制行政權及司法權，防止政府機關或審判機關

---

<sup>4</sup> 黃榮堅，基礎刑法學（上），2012年4版，頁12(附件5)。

<sup>5</sup> 許宗力、謝在全大法官釋字第680號解釋共同協同意見書。兩位大法官進一步分析立法權與行政權的差別謂：「從這些面向來看，國會繁複的三讀程序，必須折衝乃至可能導致決策僵局的機制，本身也就可視為是節制國家刑罰權行使並避免過度頻繁變動的制度設計。相較之下，委由行政機關從事立法決策的優點在於彈性、靈活、應變、因時因地制宜、專業技術取向、不因會期更迭而停擺、不易因議事折衝困境而決策觸礁等等，但在刑罰脈絡裡行政豐沛積極的決策動能反而可能是警訊」。同號解釋林子儀、賴英照大法官共同協同意見書更提到：「除民主正當性之要求外，亦有謂刑罰規定確屬特殊，因何種行為應予刑罰規範制裁，係整體社會對於該行為道德評價之結果，而國家機關中，立法機關方適合代表社會整體作出這種道德評價。縱或如此，在現代國家任務龐重繁雜，因應瞬息萬變事物之管理需要高度專業與彈性之現實前提下，立法機關若於法律規定中就行為之可罰性或處罰範圍設定標準，復予行政機關明確充分之指示，而授權其填補具體處罰要件，惟仍由立法機關自身決定刑罰效果之立法方式，一方面得收適應國家任務彈性應變之效，另一方面亦尚符合民主正當性及應由立法機關為社會道德評價之罪刑法定原則之要求。而就罪刑法定原則所要求之預先明確規範，行政機關依立法授權訂定行政命令以補法律之不足，亦能符合該要求」。

1 擅斷濫權。因為罪刑法定原則劃定了法官司法續造的界限，  
2 同時也劃出立法權與司法權的權力分野<sup>6</sup>。

3 簡言之，罪刑法定原則在表彰「無法律即無犯罪、無刑  
4 罰」。一般以為其具體內涵除要求刑罰權內容與範圍須經法  
5 律明定，使其具可預見性以防止國家權力濫用外，尚有至少  
6 四項派生原則：（一）罪刑明確性原則，關於罪與刑之規定  
7 應力求明確，否定絕對不定期刑；（二）禁止類推適用原則，  
8 不得以類推方式創設或擴張可罰行為或加重刑罰之科處，但  
9 有利行為人的類推，一般以為則不在禁止之列；（三）禁止  
10 溯及既往原則；（四）禁止習慣法原則，排斥習慣法作為直  
11 接法源或論罪科刑之依據<sup>7</sup>。

12 所謂罪刑明確性原則，亦即法律規定犯罪的構成要件及  
13 法律效果，其各個構成要件的意思及所規定的刑罰，必須有  
14 最低限度的明確性<sup>8</sup>。關於罪刑明確性，釋字第 522 號解釋曾  
15 謂：「刑罰法規關係人民生命、自由及財產權益至鉅，自應  
16 依循罪刑法定主義，以制定法律之方式為之，如法律授權主  
17 管機關發布命令為補充規定時，須自授權之法律規定中得預

---

<sup>6</sup> 林鈺雄，新刑法總則，2011 年，頁 37(附件 6)。

<sup>7</sup> 同時參見林山田，刑法通論（上），1995 年，頁 58 以下(附件 7)。

<sup>8</sup> 林山田，同上註，頁 65 以下(附件 7)；黃榮堅，(註 4)，頁 126-129(附件 5)。

1 見其行為之可罰，**方符刑罰明確性原則**」。釋字第 680 號解  
2 釋理由書更進一步闡釋謂：「立法機關以委任立法之方式，  
3 授權行政機關發布命令，以為法律之補充，雖為憲法所許，  
4 惟其授權之目的、內容及範圍應具體明確。至於授權條款之  
5 明確程度，則應與所授權訂定之法規命令對人民權利之影響  
6 相稱。刑罰法規關係人民生命、自由及財產權益至鉅，自應  
7 依循罪刑法定原則，以制定法律之方式規定之。法律授權主  
8 管機關發布命令為補充規定時，須自授權之法律規定中得預  
9 見其行為之可罰，其授權始為明確，方符刑罰明確性原則（本  
10 院釋字第五二二號解釋參照）。其由授權之母法整體觀察，  
11 **已足使人民預見行為有受處罰之可能**，即與得預見行為可罰  
12 之意旨無違，不以確信其行為之可罰為必要」。

13 任何文字的意義本來就無法絕對的清楚，所以學說一般  
14 以為，在犯罪構成要件上使用概括條款或有待價值填充的概  
15 念都是可以允許的，但是此一刑法規定的意義與適用範圍，  
16 **必須使人有足夠的認知可能性**，亦即人民對於法律規定，可  
17 以清楚知道，甚麼是被禁止的，因此犯罪構成的個別要件必  
18 具體描述，好讓透過解釋還可以探知其意義<sup>9</sup>。就此而言又涉

---

<sup>9</sup> 黃榮堅，（註 4），頁 105（附件 5）。

1 及「法律明確性原則」的要求，而有刑罰效果的法律，自應  
2 具有最高度的法律明確性<sup>10</sup>（關於法律明確性原則的違反，  
3 容後討論）。

## 4 （二）系爭判例混淆販賣毒品的既、未遂及預備行為的認定 5 標準

6 關於故意犯罪行為一般區分為六個階段：決意→陰謀→  
7 預備→著手實行→完成行為→發生結果。區別犯罪的行為階  
8 段，主要是在決定刑罰處罰的界限，倘若行為人著手實行且  
9 實現所有犯罪構成要件要素，也就是處罰既遂犯，固然不成  
10 問題，然而對於一個行為的刑罰，永遠是站在保護法益不受  
11 侵害的目的為取捨的標準。處罰一個行為，不是為了報仇，  
12 也不是為了維持社會心中的安全感，更不是為了滿足人的情  
13 緒，而是對於一個侵害他人法益的行為的錯誤標示，以及對  
14 於行為人的應報。刑法對於未遂犯或更前的犯罪行為階段加  
15 以處罰是所謂的「刑罰前置化」，所以將刑法上行為區分不

---

<sup>10</sup> 許宗力、謝在全兩位大法官於釋字第 680 號解釋共同協同意見書中的註釋中即指出：縱於立法者自行訂定刑法的情況，刑法雖要求最高度法律明確性原則，對構成要件概念應明確的要求，仍然只須使受規範者合理認知絕大多數將受處罰的行為的範圍即為已足，而不強求到能一一認定個別行為可罰與否的精準程度。如果連立法者自為訂定法律的明確性都不是絕對精準的明確性，常須透過解釋才能進一步確認可罰行為的具體範圍，那麼授權明確中所謂預見行為可罰，自然是更為低度的知悉。

1 同行為階段的目的，就是在決定行為的「可刑罰性」(是否  
2 處罰)及「處罰程度」(如何處罰)<sup>11</sup>。問題是如何方屬合理  
3 的前置化？也就是可刑罰性的起點問題。判斷合理的前置  
4 化，就是找尋刑罰得以發動的起始點一是否已達到法益侵害  
5 的危險(亦即造成不法)為判斷標準。

6 於此之前，必須先判斷販賣毒品罪所保護的法益究為  
7 何？釋字第 476 號解釋認為：「製造、運輸、販賣行為乃煙  
8 毒禍害之源，其源不斷，則流毒所及，非僅多數人之生命、  
9 身體受其侵害，并社會、國家之法益亦不能免，為害之鉅，  
10 當非個人一己之生命、身體法益所可比擬」；理由書更強調：  
11 「鑒於煙毒之禍害蔓延，跨國販賣活動頻繁，而對之有所因  
12 應。故其立法目的在防止來自世界各國毒害，查緝流入毒  
13 品，預防及制裁與毒品有關之犯罪，亦即肅清煙毒，防制毒  
14 品危害，藉以維護國民身心健康，進而維持社會秩序，俾免  
15 國家安全之陷於危殆。因是拔其貽害之本，首予杜絕煙毒流  
16 入之途，即重煙毒來源之截堵，俾能清其源而遏其流，以求  
17 根絕」等語。很顯然，大法官從兩個層次說明，認為販賣毒  
18 品行為除對於施用毒品者之生命、身體、健康法益造成潛在

---

<sup>11</sup> 林鈺雄，(註 6)，頁 339 (附件 6)。

1 之危險外，也對於一國社會秩序、經濟秩序及國家安全形成  
2 干擾。學者因而分析販賣毒品罪的保護法益，原則上應優先  
3 定位在對於「不特定多數人生命、身體、健康法益」之保護，  
4 此外尚涉及危害社會秩序、經濟秩序及國家安全等利益，惟  
5 後者無論如何僅為間接的利益保護<sup>12</sup>。吊詭的是，大法官一  
6 方面認為施用毒品者是被害人，他方面仍然肯認以刑罰處罰  
7 施用毒品行為的正當性，於釋字第 544 號解釋認為：「施用  
8 毒品，或得視為自傷行為，然其影響施用者之中樞神經系  
9 統，導致神智不清，產生心理上及生理上之依賴性，積習成  
10 癮，禁斷困難，輕則個人沈淪、家庭破毀，失去正常生活及  
11 工作能力，成為家庭或社會之負擔；重則可能與其他犯罪行  
12 為相結合，滋生重大刑事案件，惡化治安，嚴重損及公益。  
13 鑒於煙毒對國計民生所造成之戕害，立法者自得採取必要手  
14 段，於抽象危險階段即以刑罰規範，對施用毒品者之人身自  
15 由為適當限制」、「雖以所施用之毒品屬煙毒或麻醉藥品為其  
16 規範對象，未按行為人是否業已成癮為類型化之區分，就行  
17 為對法益危害之程度亦未盡顧及，但究其目的，無非在運用  
18 刑罰之一般預防功能以嚇阻毒品之施用，挽社會於頹廢」。

---

<sup>12</sup> 參見王皇玉，販賣毒品行為的罪與罰，收錄於刑罰與社會規訓—台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變，2009 年 4 月，初版，頁 163 以下（附件 9）。



殊不論刑法向有「自傷不罰、他傷不法」的基本原則<sup>13</sup>，國家動用刑罰用以保護施用毒品者的生命、身體及健康法益，已屬父權主義思想的管制干預，欠缺處罰之正當性，即使係訴諸於保護社會不受毒品侵害，將施用毒品與其他重大犯罪行為結合，否則會「惡化治安，嚴重損及公益」，以「挽社會於頹廢」，更是建立於情感的假設上，顯然這也是大法官祇能訴諸所謂「抽象危險」之故。

據此，學者主張販賣毒品罪也應定性為「抽象危險犯」，因為販毒行為僅是將毒品帶進消費者可得支配的範圍內，基本上並未直接侵害到不特定多數人的生命、身體與健康，更未直接侵害購買者的身體、健康法益。蓋施用毒品者於購入毒品後，尚須施打或吸用後，其身體、健康始有受損之可能，換言之，祇是完成毒品交易或取得毒品，祇要購毒者尚未施用，就稱不上生命、身體、健康受到危害。立法者於販賣階段介入處罰，就是預設當毒品販賣他人，不論是否已經施用，就已經有損及購毒者身體、健康的可能性。因而立法者將處罰起點，向前推移到販賣毒品之際，認為此時即有對生

---

<sup>13</sup> 王皇玉，吸毒行為犯罪化與社會控制，收錄於刑罰與社會規訓—台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變，2009年4月，初版，頁127以下(附件10)。

1 命、身體與健康之危險<sup>14</sup>。而相對於犯罪既遂觀念上係以實  
2 際侵害的實現為前提，對於危險犯罪的處罰就是刑罰的前置  
3 化，也是法益保護的前置化，類似未遂犯的既遂化，是典型  
4 的行為犯<sup>15</sup>。

5 屬行為犯性質的抽象危險犯，因為係立法者基於經驗等  
6 因素，認為祇要從事某行為即具有法益侵害危險，因而不會  
7 以犯罪結果（實際侵害）出現為必要，換言之，附隨於行為  
8 的「典型危險性」，祇是入罪化的理由，而非構成要件要素。  
9 行為祇要符合構成要件之描述，即足成立抽象危險犯，通常  
10 無待法官於個案認定具體情節，也不須證明實際上是否引發  
11 實害或具體危險<sup>16</sup>。亦即抽象危險犯的構成要件解釋容易被  
12 簡單化，無庸審查行為結果及因果關係，學者因而更質疑，  
13 尤其犯罪行為階段的認定，諸如預備、未遂及既遂的界限為  
14 因而模糊不清，其結果不僅免除刑事司法者的舉證負擔，也  
15 可以透過操縱既未遂界限的模糊，不當擴大刑事處罰範圍<sup>17</sup>。

16 固然販賣毒品的抽象危險犯，自法益保護觀點有其正當  
17 性，也是刑事政策上的合理風險分配，然而對於販賣毒品的

---

<sup>14</sup> 王皇玉，(註12)，頁183(附件9)。

<sup>15</sup> 黃榮堅，基礎刑法學（下），2012年4版，頁577-579（附件8）。

<sup>16</sup> 林鈺雄，(註6)，頁95(附件6)。

<sup>17</sup> 王皇玉，(註12)，頁185(附件9)。

1 構成要件解釋，如果不採取某種程度的限縮，仍然會造成刑  
2 罰的不當擴張<sup>18</sup>。以抽象危險犯來解構販賣毒品的既、未遂  
3 程度，從法益保護觀點分析，必須是販毒者基於營利之意  
4 思，將毒品移轉至買毒者，始達既遂之程度，因為毒品必須  
5 已達到買受者可得支配的領域，對於買毒者的身體、健康法  
6 益才有受損之可能性。德國彼邦學者亦採取同樣的解釋，認  
7 為販賣毒品的既、未遂標準，應以毒品是否已經「實際轉讓」  
8 (Entaeusserung)至買受人而定<sup>19</sup>。系爭判例將「販賣」行為解  
9 釋為不以「販入後復行賣出」為必要，且認為「販入或賣出，  
10 有一於此，其犯罪即經完成，不得視為未遂」，換言之，僅  
11 有購入毒品，即使尚未賣出給他人，仍然成立販賣毒品既遂  
12 罪。此屬恣意擴大抽象危險犯之適用範圍，超越抽象危險犯  
13 的危險擬制內涵，學者認為此種解釋形成「危險的雙重擬制」  
14 <sup>20</sup>，首先是將購入毒品之人擬制為必然會製造一個將毒品販  
15 賣出去的危險，實務上即將持有大量毒品者先擬制為基於營  
16 利意圖而販入，本案聲請人吳育明即係基於自己施用的意圖  
17 而購入毒品，確定判決便以購買毒品量推估被告販賣意圖，

<sup>18</sup> 王皇玉，(註12)，頁189(附件9)。

<sup>19</sup> 王皇玉，(註12)，頁190以下(附件9)。

<sup>20</sup> 王皇玉，(註12)，頁190(附件9)。

1 已屬恣意；其次就是擬制為有購買者的存在，且購買者會實  
2 際施用毒品而形成生命、身體、健康法益的侵害，此種擬制  
3 更是第二次恣意。如此將既遂的認定時點向前推移，其結果  
4 將導致「原本應該屬於販賣未遂的行為，被提前作為販賣既  
5 遂行為論處；而原本屬於販賣預備的行為，則成為販賣未遂」  
6 <sup>21</sup>。且販賣毒品就是處罰其散佈、移轉至他人可得支配的領  
7 域，因而祇要行為人之毒品仍處於自己持有之狀態，尚未散  
8 佈出去，仍有可能因己意而中止其販賣行為之可能，不論是  
9 留供己用或僅是無償轉讓他人，然而將購入即向前推移認定  
10 為既遂的形成「一網打盡式」<sup>22</sup>的處罰方式，不僅中止未遂  
11 犯毫無適用餘地，也排除行為人可能論以情節較輕的施用、  
12 單純持有或轉讓犯行的空間，而全部論以較重之販賣毒品既  
13 遂罪。

14 購入毒品即等於賣出毒品既遂的判例解釋，造成與毒品  
15 危害防制條例第5條的「意圖販賣而持有毒品」罪犯罪類型，  
16 不論概念區別及適用上，均更形混淆及困難。按在有特定買  
17 受人的販賣毒品案件中，最高法院判決向來認為「販賣」之  
18 構成要件行為，至少應包含買賣之「意思表示合致、交付毒

<sup>21</sup> 王皇玉，(註12)，頁191(附件9)。

<sup>22</sup> 參考王皇玉之用語，請參見王皇玉，(註12)，頁191(附件9)。

品及收受金錢」三者<sup>23</sup>。著手而未遂的判斷標準，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，一般以為，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，聲請人  
無欲爭執預備犯立法之正當性，但至少就販賣毒品罪的處  
罰，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。然而系爭判例將販賣既遂的時點往前推移  
至「購入」時即成立，自無須判斷有無買受人，更無須判斷

<sup>23</sup> 參見最高法院 95 年度台上字第 6874 號判決、96 年度台上字第 2432 號判決。

- 1 上述「販賣」的三項構成要件要素，自無著手未遂的可能，
- 2 而所謂意圖販賣而持有罪的預備犯，自更無成立的空間。當
- 3 然，熟悉販毒實務見解者均知，最高法院為遷就系爭判例，
- 4 因而解釋第 5 條意圖販賣而持有毒品罪之成立，係以「非因
- 5 意圖販賣而販入，乃因其他原因如受贈或寄藏而持有，嗣後
- 6 始起意販賣者而言」<sup>24</sup>。殊不論實務上要如何證明行為人持

<sup>24</sup>如最高法院 82 年度台上字第 4018 號、6285 號、83 年度台非字第 184 號等判決意旨。近例如最高法院 91 年度台上字第 2048 號判決：「販賣毒品罪，並不以販入後復行賣出為必要，只須以營利為目的，將毒品販入或賣出，有一於此，其犯罪即告成立，此與意圖販賣而非法持有毒品罪，乃指意圖販賣而販入以外之原因而持有，嗣持有後始意圖販賣者，迥然不同。本件上訴人向綽號『裝璜』者以每兩三萬五千元販入第二級毒品安非他命時，即意圖以每兩六萬元賣出，已如前述，自構成毒品危害防制條例第四條第二項之販賣第二級毒品罪，上訴意旨認應成立意圖販賣而持有第二級毒品罪，尚有誤會」；97 年度台上字第 6070 號判決：「販賣毒品罪，並不以販入毒品後，復行賣出為必要，凡行為人基於營利之目的，而將毒品販入或賣出，有一於此，其犯罪即已完成。意圖販賣而持有毒品罪，則係指行為人以意圖販賣營利以外之原因而持有毒品，其後始起意營利販賣者，兩者並不相同。本件檢察官起訴時認上訴人涉犯販賣第二級毒品罪嫌，原判決改依意圖販賣而持有第二級毒品罪論處，惟原判決於事實欄僅記載上訴人「向真實年籍不詳綽號『阿得』成年男子，以每顆新台幣（下同）三百五十元價格購得 MDMA、一粒眠藥錠，共一百五十顆，以每瓶一千元或一千二百元價格購得愷他命四十瓶，除部分供自己施用外，意圖販賣而攜帶上開三種毒品」云云，對於上訴人究竟係基於營利之目的購入上開毒品？抑或係基於自行施用或營利以外之其他目的購入上開毒品？或係兩者兼而有之（部分供自行施用、部分供販賣營利）？並未詳細認定記載，致此部分事實不明，本院無從為法律上之判斷」；99 年度台上字第 1893 號判決：「販賣毒品行為，雖不以販入之後復行賣出為要件，祇要以營利為目的，將毒品販入，其犯罪即為完成；然如非以營利售賣意圖而販入，或因其他原因而持有，嗣起意圖利售賣，尚未著手於賣出行為，則僅能成立意圖販賣而持有毒品之罪。本件依原判決所引據勘驗上訴人於警詢之錄音內容，上訴人係供稱：『……（然後呢？為何買那麼大包？）那是買來自己用的，可是我想要（停頓）賣、賣給別人。』『（你賣給誰？）朋、朋、朋友。』『（賣給誰啦？）我還沒有賣出去。』『（沒有賣出去，是不是，就被我們查到了？是不是

1 有時，從不想賣到想要賣的「內心轉折」的證明上難題，實  
2 體處罰言，此種見解無異於處罰「意圖犯」，當行為人持有  
3 過程中曾經起念動過想要出售的念頭，就必須面臨最重無期  
4 徒刑的刑罰<sup>25</sup>？！連侵害生命法益的殺人罪都沒有意圖犯或  
5 陰謀犯，即使訴諸所謂國家法益的大帽子，陰謀犯法例也僅  
6 有刑法第 101 條第 2 項的陰謀暴動內亂罪，更遑論其效果係  
7 一年以上七年以下有期徒刑，何獨抽象危險犯性質的販賣毒  
8 品罪，僅因訴諸不特定生命、身體及健康法益，竟能賦予如  
9 此嚴苛的刑罰效果！而實務見解的推波助瀾，一再將販賣毒  
10 品行為的可罰性起點前移，系爭判例將預備犯（或未遂）當  
11 作既遂犯處罰還不夠，為了遷就此等違法不當的判例見解，  
12 更不惜將行為人的「決意」也納入預備犯處罰！直至混亂整

---

這樣？）是。」等語。如若所供無訛，則上訴人究係初始即基於營利之意思，販入前揭毒品愷他命，抑或是出於供己施用之犯意購入後，再起意圖營利售賣，即不無研求之餘地。此攸關上訴人應負何罪名，原判決未遑深究釐清，根究明白，並為必要論敘，遽以論處上訴人營利販入毒品罪刑，難謂適法」。

<sup>25</sup> 毒品危害防制條例第 5 條：

「（第一項）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，得併科新臺幣七百萬元以下罰金。

（第二項）意圖販賣而持有第二級毒品者，處五年以上有期徒刑，得併科新臺幣五百萬元以下罰金。

（第三項）意圖販賣而持有第三級毒品者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金。

（第四項）意圖販賣而持有第四級毒品或專供製造、施用毒品之器具者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金。」

1 個犯罪行為階段，莫此為甚。

2 總言之，系爭判例如此解釋販賣既遂，無異於架空毒品  
3 危害防制條例第4條第6項關於販賣毒品未遂，及同條例第  
4 5條意圖販賣而持有毒品罪之適用，當行為人基於營利販賣  
5 的意思買進毒品持有的那一刻，原本立法者所預設之犯罪行  
6 為階段處罰：預備犯→未遂犯→既遂犯，竟一次到位，全以  
7 既遂犯處罰，實體法上違法罪刑法定原則，程序法上還省卻  
8 檢警機關調查蒐證、舉證被告有販賣毒品犯行的麻煩，形成  
9 「祇要被告手上有大量毒品」即合理推論被告有販賣意思，  
10 處以販賣既遂處罰！更別說行為人面臨天差地別的刑罰效  
11 果，以聲請人案件為例，聲請人買入第一級毒品行為，從持  
12 有一級毒品罪的三年以下有期徒刑，變成販賣既遂犯的死刑  
13 或無期徒刑，或者是意圖販賣而持有（預備犯）的無期徒刑  
14 或十年以上有期徒刑，變成販賣既遂犯的最重死刑。至於最  
15 高法院為遷就判例見解，特別為意圖販賣而持有毒品罪所量  
16 身訂作的「以意圖販賣營利以外之原因而持有毒品，其後始  
17 起意營利販賣者」的判斷標準，更將立法者所預設之犯罪行  
18 為階段：「預備犯→未遂犯→既遂犯」，質變成僅有「決意犯  
19 （第5條）→既遂犯（第4條）」，不僅處罰決意，且沒有預



1 備、沒有未遂？

2 (三) 系爭判例的「擴散效應」—法官適用判例不識個案事  
3 實的影響

4 依系爭判例意旨，其個案事實所指之「販賣」，係針對  
5 已廢止的「藥物藥商管理法」，為藥事法的前身。即使要適  
6 用該判例認定「購入等於販賣既遂」，也應該限於上述法律  
7 的販賣行為（所幸該法已經廢止），不應再擴張適用於其他  
8 犯罪領域。

9 然而上述判例意旨顯然早已被擴張適用至其他刑事法的  
10 販賣行為—不論這些法律中有無處罰販賣未遂，或者有無意  
11 圖販賣而持有罪之處罰明文。例如最高法院 89 年度台上字  
12 第 1392 號判決指出：「未經許可販賣自動步槍罪，並不以販  
13 入之後，復行賣出為構成要件，但須以營利為目的，將自動  
14 步槍購入或賣出，有一於此，其犯罪即經完成。原判決既認  
15 定上訴人以意圖營利而販入自動步槍，雖未及賣出即被查  
16 獲，所為仍應成立未經許可販賣自動步槍罪，則意圖營利而  
17 販入自動步槍乃犯罪構成要件要素，自應於事實欄內為明白  
18 認定詳予記載」。槍砲彈藥刀械管制條例的販賣槍砲、子彈

1 等罪，也開始採行這樣的見解，最高法院毫無質疑的，且出  
2 現於不同庭的諸多判決均採行這樣的見解：「按槍砲彈藥刀  
3 械管制條例所規定之「販賣」，不以販入後再行賣出為必要；  
4 祇須以營利為目的，販入或賣出，有一於此，即屬販賣既遂。  
5 上訴人基於售賣牟利之意思，販入槍、彈後，未及售賣即經  
6 警查獲，為原判決合法認定事實」(90 年度台上字第 5635 號  
7 判決)、「槍砲彈藥刀械管制條例所規定之販賣行為，並不以  
8 販入之後復行賣出為要件，只須以營利為目的，販入或賣出  
9 有一於此，犯罪即屬既遂，不得視為未遂。是上訴人二人基  
10 於販賣營利之意圖，於販入槍彈後，縱未及售出，即經警查  
11 獲，仍應論以既遂罪責等情，已經原判決於理由內詳予說  
12 明。上訴意旨謂販賣槍彈罪所指『販賣』，係以『販入』與  
13 『賣出』二者兼備者，始足當之，...難認係適法之第三審上  
14 訴理由」(94 年度台上字第 4870 號判決)<sup>26</sup>。後期的最高法  
15 院判決理由甚至不再使用「槍砲彈藥刀械管制條例所規定之  
16 販賣行為」之字眼，而直接使用「刑法上所謂販賣行為，不  
17 以販入後復行賣出為必要，只要以營利為目的，而有販入或  
18 賣出二者其一之行為，即足構成，雖未及賣出，仍屬販賣既

<sup>26</sup> 同意旨尚有 96 年度台上字第 2345 號、97 年度台上字第 1148 號等判決。

1 遂」，仍認定購入槍、彈即構成販賣槍彈既遂罪（97 年度台  
2 上字第 1715 號、99 年度台上字第 890 號）<sup>27</sup>。如此見解根本  
3 置法律明定的販賣槍彈未遂罪於不顧。

4 影響不僅於此，因為最高法院極度引申上述判例意旨至  
5 「刑法上所謂販賣行為」的結果，即使不能上訴第三審的商  
6 標法第 82 條販賣仿冒商標商品罪、刑法第 235 條第 1 項的  
7 販賣猥褻物品罪，第一、二審法院均採取這種法律見解，將  
8 尚未有出售行為的行為人論以販賣既遂罪，完全置商標法另  
9 有意圖販賣而陳列罪、刑法第 235 條第 2 項有意圖販賣而持  
10 有罪於不顧。此種擴張適用的案例俯拾即是，實已到令人觸  
11 目驚心的地步。僅以台灣高等法院 96 年度上易字第 2024 號  
12 判決<sup>28</sup>、台灣桃園地方法院 95 年度壠簡字第 260 號判決<sup>29</sup>、

---

<sup>27</sup> 97 年度台上字第 1715 號判決：「刑法上所謂販賣行為，不以販入後復行賣出為必要，只要以營利為目的，而有販入或賣出二者其一之行為，即足構成，雖未及賣出，仍屬販賣既遂。吳○○意圖營利，向蔡松霖販入槍彈後，未及賣出，即為警查獲。原判決論處吳○○未經許可，販賣其他可發射子彈具有殺傷力之土造霰彈槍既遂罪刑，其適用法則亦無違誤」。

99 年度台上字 890 號判決：「刑事法上所規定之販賣罪刑，並不以販入之後復行賣出為構成要件，若以營利販賣為目的，將槍枝購入或將之賣出，有一於此，其犯罪即經完成。是以，行為人以營利之意圖販入槍枝後，縱尚未賣出，或於賣出之後，價金尚未收受，均不得視為未遂。原判決已說明，上訴人係意圖營利而與買家談妥買賣具殺傷力之空氣槍事宜後，再從拍賣網站上向真實姓名、年籍不詳之其他賣家購入扣案之空氣槍，並已交付完畢。縱其嗣尚未將已購得具殺傷力之空氣槍交付予買受人並收受價金，即為警查獲，仍不影響其成立販賣具殺傷力空氣槍既遂之犯行，經核與法並無違誤」。

<sup>28</sup> 台灣高等法院 96 年度上易字第 2024 號判決：「商標法第八十二條所稱販賣，

1 台灣台北地方法院 98 年度簡字第 5027 號判決<sup>30</sup>為例。

2 (四) 小結—本案確定判決所援引判例嚴重破壞罪刑法定原  
3 則

4 系爭判例的適用結果，混淆立法者所預設的販賣毒品未  
5 遂罪、意圖販賣而持有毒品罪的犯罪階段，最重要的是，立  
6 法者評價並賦予較輕刑罰效果的前行為階段行為或不同行  
7 為，卻遭司法者以「判例」全然架空，形成僅適用販賣既遂  
8 罪的結果。此種判例正係大法官最常質疑行政命令違法、違

---

係指意圖營利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，有一於此即屬成立（最高法院六十八年台上字第六〇六號判例意旨參照）；是被告為販售予不特定消費者而販入扣案之長型皮夾、零錢包、旅行袋及側背包各一只等商品，而分別斜背於肩、擺放於打開之手提行李箱內，供不特定人挑選、購買，雖未及販售即為警查獲，然其以營利為目的而販入之行為，核其所為係犯商標法第八十二條之明知未得商標權人同意，於同一商品，使用相同之註冊商標之商品而販賣罪」（同意旨尚有 92 年度上易字第 824 號判決）。

<sup>29</sup> 台灣桃園地方法院 95 年度壢簡字第 260 號判決：「按所謂販賣行為，並不以販入之後復行賣出為要件，祇要以營利為目的，販入或賣出，有一於此，其犯罪即為完成。核被告所為，係犯商標法第 82 條之明知為仿冒商標商品而販賣罪。其意圖販賣而陳列之低度行為，為販賣之高度行為所吸收，不另論罪。至公訴人認被告所犯係商標法第 82 條之意圖販賣而陳列仿冒商標商品罪，尚有未洽」（同意旨尚有 99 年度壢簡字第 2121 號、99 年度壢簡字第 1182 號判決）。

<sup>30</sup> 台灣台北地方法院 98 年度簡字第 5027 號判決：「按刑法上之販賣罪，並不以販入之後復行賣出為構成要件，只須以營利為目的而購入或賣出，有一於此，罪即成立，有最高法院 67 年台上字第 2500 號判例要旨足資參照，故不論是否已賣出，均無影響犯罪之成立。是核被告所為，係犯刑法第 235 條第 1 項之販賣猥褻影音光碟片罪」（同意旨尚有 99 年度簡字第 2494 號、第 1168 號判決）。

1 憲的「增加法律所無之限制」，其背後的意義正係司法權對  
2 於立法權的不尊重，嚴重違反權立分立原則；從罪刑法定原  
3 則而言，顯然違反對行為人為不利類推的禁止。至於系爭判  
4 例透過最高法院實務運作，幾近無限擴張地適用於其他非毒  
5 品犯罪之販賣行為，不論罪刑輕重、不論是否有處罰未遂或  
6 預備犯的明文，形成違禁物祇要在行為人手中，即構成販賣  
7 既遂之危險。這種無條件的持判例文字「套用」法律，不問  
8 該法律的規範目的、體系適用是否產生的矛盾，以及最重要  
9 的，產生極端不利於行為人的結果，同樣是違反禁止不利於  
10 行為人的類推。

11 聲請人吳育明係基於自己施用的意圖而購入毒品，確定  
12 判決雖以購買毒品量推估被告販賣意圖，已經被告於歷審明  
13 確抗辯，本案二審法院曾認定被告僅構成運輸毒品罪，明確  
14 指出「持有毒品之原因不僅一端，基於販賣營利之目的販入  
15 毒品而持有、或基於非營利之目的而取得毒品並持有（如供  
16 自行施用而購入等），皆有可能，如無確切證據，自不得僅  
17 憑持有毒品之數量多寡，及毒品包裝方式等情狀，推定行為  
18 人係基於營利目的而販入毒品（參照最高法院 97 年度臺上  
19 字第 6416 號、98 年度臺上字第 2210 號判決）」，聲請人於判

1 決確定後亦曾提出關於毒品特性與辨識之指標性文獻作為  
2 提起再審之新證據（附件 11），說明成癮者耐藥力可達 10 倍  
3 以上、以捲菸方式施用海洛因者，由於 90% 的海洛因均因燃  
4 燒而遭破壞，是至多僅有 10% 的殘餘海洛因有可能為吸食者  
5 所吸收，故將海洛因以捲菸方式施用，自然會消耗較大量之  
6 海洛因，且致死量亦會與以皮下注射方式施用海洛因者不  
7 同。確定判決無確切證據即憑持有毒品量推定被告販賣意  
8 圖，已然一次恣意，法院復依系爭違憲判例認定聲請人買入  
9 即構成販賣毒品罪既遂，更是第二次恣意，承受的代價，就  
10 是聲請人所獲判 15 年 6 個月的自由生命。

11 聲請人購入毒品，甫買入即於行經途中遭警查獲，如以  
12 故意犯罪之行為階段而言，其先有販賣之決意，進而購入毒  
13 品，在根本尚無確定買家之前提下，又係甫購入毒品即遭警  
14 查獲，所為僅能謂係販賣犯行的「預備行為」，是否能謂已  
15 達「著手」於販賣構成要件的「未遂」階段都很牽強。系爭  
16 判例所持「將毒品購入之後未及售出即被查獲，仍屬販賣既  
17 遂」的見解，其結果就是「買＝賣」，嚴重破壞憲法第 8 條  
18 保障人身自由之正當法律程序所蘊含的罪刑法定原則。

## 1 二、違反法律明確性及刑罰明確性原則

### 2 （一）以法律明確性及刑罰明確性作為審查標準

3 法律明確性原則為法治國下的派生原則，係規範立法行  
4 為的重要原則，大法官自釋字第 432 號解釋以降，至少在 18  
5 號解釋的解釋文或理由書強調此原則的重要性<sup>31</sup>。所謂法律  
6 明確性原則，係指法律應如此明確，使受規範者得以具體認  
7 識其受法規範規制之狀態及其法律地位，俾其得以據此安排  
8 其行為之謂<sup>32</sup>。依據法律明確性原則，仍許法律就其構成要  
9 件，以抽象概念表示，惟不論其為不確定概念或概括條款，  
10 均須無違明確性之要求。而法律明確性之要求，非僅指法律  
11 文義具體詳盡之體例而言，立法者於立法制定時，仍得衡酌  
12 法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性，從立  
13 法上適當運用不確定法律概念或概括條款而為相應之規  
14 定。大法官並特別明示不確定法律概念是否違反法律明確性  
15 之判斷標準：1.其意義非難以理解；2.且為受規範者所得預  
16 見；3.並可經由司法審查加以確認，即不得謂與法律明確性

<sup>31</sup> 分別為釋字第 432、491、521、522、524、545、573、577、585、594、602、617、635、636、659、669、672、680 號解釋。

<sup>32</sup> 參見陳愛娥，如何明確適用「法律明確性原則」？—評司法院大法官釋字第 545 號解釋，月旦法學雜誌，88 期，頁 253（附件 12）。

1 原則相違<sup>33</sup>。

2 學者特別指出，尤其在牽涉限制人民基本權利的情形  
3 下，法律明確性原則的規範意旨在於確保受規範之人民對其  
4 法律地位的可預見性。並參酌德國學說的說法，提出三個考  
5 量方向的具體化（分別為應提高明確性要求的考量、得放寬  
6 法規範密度的原因及法律規範技術的影響），其中強調被審  
7 查的法律越是嚴重侵害基本權，其明確性的要求就越高，在  
8 涉及刑罰的科處時，應受特別嚴格的審查<sup>34</sup>。換言之，不確  
9 定法律概念之意義能否理解，應以受規範者人民的角  
10 度觀察，以受規範者有預見可能性為準，並且涉及基本權利越嚴  
11 重者，應使受規範者更為明確知悉、理解及預見，絕非以適  
12 用法律的主管機關或法院為準<sup>35</sup>。而大法官所謂的「可經由  
13 司法審查加以確認」，也絕非指得經由司法救濟途徑以取代  
14 法律明確性的要求之意，而應係指法律本身應足夠明確，俾  
15 提供司法據以審查依該法律所為（行政）行為的依據<sup>36</sup>。

<sup>33</sup> 釋字第 432、521、545 號解釋參見。

<sup>34</sup> 參見陳愛娥，（註 32），頁 254-255（附件 12）。

<sup>35</sup> 自此角度檢驗大法官釋字第五四五號解釋所言不確定法律概念的涵義「於個案中並非不能經由適當組成之機構依其專業知識及社會通念加以認定及判斷，並可由司法審查予以確認，則與法律明確性原則尚無不合」的說法，即甚有問題，對於本件解釋的批評，請參見陳愛娥，（註 32），頁 257-258（附件 12）。

<sup>36</sup> 參見陳愛娥，（註 32），頁 251 以下（附件 12）。



1       在刑事法律領域，法律明確性原則的具體要求就是罪刑  
2   明確性原則或刑罰明確性原則，這也是罪刑法定原則所衍生  
3   的重要原則。所謂罪刑明確原則，要求法律規定犯罪的構成  
4   要件及法律效果，其各個構成要件的意思及所規定的刑罰，  
5   必須有最低限度的明確性<sup>37</sup>。大法官在釋字第 491 號解釋及  
6   第 522 號解釋即以此作為違憲審查標準，尤其釋字第 522 號  
7   解釋謂：「刑罰法規關係人民生命、自由及財產權益至鉅，  
8   自應依循罪刑法定主義，以制定法律之方式為之，如法律授  
9   權主管機關發布命令為補充規定時，須自授權之法律規定中  
10   得預見其行為之可罰，方符刑罰明確性原則」。釋字第 680  
11   號解釋再次重申 522 號解釋意旨謂：「立法機關以委任立法  
12   之方式，授權行政機關發布命令，以為法律之補充，雖為憲  
13   法所許，惟其授權之目的、內容及範圍應具體明確。至於授  
14   權條款之明確程度，則應與所授權訂定之法規命令對人民權  
15   利之影響相稱。刑罰法規關係人民生命、自由及財產權益至  
16   鉅，自應依循罪刑法定原則，以制定法律之方式規定之。法  
17   律授權主管機關發布命令為補充規定時，須自授權之法律規  
18   定中得預見其行為之可罰，其授權始為明確，方符刑罰明確

---

<sup>37</sup> 關於罪刑明確性原則，請參見林山田，刑法通論(上)，頁 65-66(附件 7)；黃榮堅，(註 4)，頁 107 以下(附件 5)。

1 性原則（本院釋字第五二二號解釋參照）。其由授權之母法  
2 整體觀察，已足使人民預見行為有受處罰之可能，即與得預  
3 見行為可罰之意旨無違，不以確信其行為之可罰為必要」。

4 固然任何文字的意義本來就無法絕對的清楚，但學說一  
5 般認為，在犯罪構成要件上使用概括條款或有待價值填充的  
6 概念都是可以允許的，但是此一刑法規定的意義與適用範  
7 圍，必須使人有足夠的認知可能性，亦即人民對於法律規  
8 定，可以清楚知道，甚麼是被禁止的，因此犯罪構成的個別  
9 要件必具體描述，好讓透過解釋還可以探知其意義<sup>38</sup>。

10 （二）系爭判例對於「販賣」的文義解釋，有悖一般理解更

### 11 非人民所能預見

12 系爭判例將所謂販賣解釋為不以販入後復行賣出為必  
13 要，認為祇要以營利為目的，「購入」或「賣出」，有一於此，  
14 犯罪即成立，均不得視為未遂。

15 聲請人所理解的中文意義，「販賣」與「買賣」不同，販  
16 賣即中文所謂的「同義複詞」，販者，賣也，販賣即是出賣，  
17 聲請人以「教育部國語辭典」查詢「販賣」一詞之解釋為：

---

<sup>38</sup> 黃榮堅，（註4），頁105（附件5）。

1 商人買入貨物而轉售給消費者。漢書·卷七十二·貢禹傳：「市  
2 井勿得販賣，除其租銖之律。」初刻拍案驚奇·卷三十一：「得  
3 些銀子，買馬去青州鎮州上販賣。而販賣之相反詞為「購  
4 買」，其相似詞為「銷售」。因而當「販」與「賣」二字併列  
5 時，販賣之字面上，只有賣出之意，並無買入之意。實務上  
6 以「販入」表示「買入」，出於以為「販賣」乃「買賣」之  
7 誤會所致。所謂「不以販入後復行賣出為必要」，只須買入  
8 或賣出之一，即成立販賣罪云云，自非正確。如同「聽聞」  
9 二字，「聽」字固為以耳收音之意，「聞」字亦有以鼻嗅之之  
10 意，惟「聽聞」二字一經併列，字面上即為聽見之意，絕無  
11 以鼻嗅之之意，若將聽聞解為「不以聽見之後復行嗅到為必  
12 要」，其荒謬自不待言！何況，同條例第 4 條第 1 項之規範  
13 行為計有製造、運輸及販賣，與槍砲彈藥刀械管制條例第七  
14 條之立法相同。其「製造」、「運輸」及「販賣」三者，皆為  
15 同義複詞，製造即是將其原料做成成品，運輸即是以交通工  
16 具而將之運行輸送，販賣即是將之販售出賣，在中文意義  
17 上，並無不同之解釋<sup>39</sup>。

18 縱使如最高法院所習於拆解文字之解釋方式，將「販賣」

---

<sup>39</sup> 參見陳志祥法官於臺灣基隆地方法院 92 年度重訴字第 17 號判決所提出之不同意見書。

1 二字拆開，「販」字亦非指「販入」之意。經聲請人自「中  
2 央研究院語言所語庫查詢系統」<sup>40</sup>查詢結果（附件 13），「販」  
3 字單指「賣出」之意者，可見於《韓非子·內儲說下》：「昭  
4 奚恤令吏執販茅者而問之，果燒也」；《尹文子·大道上》：「我  
5 聞有鳳凰，今直見之，汝販之乎？」；清龔自珍《己亥雜詩  
6 三百十五首》之 44：「何敢自矜醫國手，藥方只販古時丹」；  
7 《三國志·蜀志·先主傳》：「先主少孤，與母販履織席為業」；  
8 《舊唐書·黃巢傳》：「（巢）本以販鹽為事」；《明史·孝義  
9 傳·阿寄》：「寄入山販漆，期年而三倍其息」等。此外，《玉  
10 篇·貝部》：「販，賤買貴賣」；《史記·平準書》：「販物求利」，  
11 均係此意。而不論「賣出」或「買賤賣貴」，無非重在有營  
12 利意圖的「賣出獲利」之意，蓋僅有買入而未賣出，自無從  
13 證明獲利，就不可能同時有「買賤賣貴」的意涵，所以「販」  
14 字即為「賣」的意思。

15 刑事法律條文中所謂「販賣」，依條文文義解釋，即係指  
16 賣出之意，或行為人販入後復行賣出者，始屬之，亦即如僅  
17 有販入而未賣出，或僅締結買賣契約而未交付標的物，尚不  
18 得論以販賣既遂罪，至多僅得論以販賣未遂之行為，如此方

---

<sup>40</sup> <http://words.sinica.edu.tw/sou/sou.html>（造訪日：107 年 1 月）

1 符罪刑法定原則及刑法謙抑性之思想。惟因販賣毒品犯行不  
2 僅侵害個人法益，甚且為嚴重侵害超個人法益（即國家及社  
3 會法益）之犯罪（釋字第 476 號解釋理由書）。是國家於立  
4 法政策上，自得將實質上為危險犯之未遂行為，以法益保護  
5 前置化之方式，對此類行為另行制定獨立之犯罪類型，所以  
6 毒品危害防制條例第 5 條另行規定所謂「意圖販賣而持有毒  
7 品」之犯罪型態（本條例修正前之肅清煙毒條例第 7 條第 1、  
8 2、3 項，及已廢止之麻醉藥品管理條例第 13 條之 1 第 2 項  
9 第 2 款，均有類似之規定），並於同條例第 4 條第 5 項定有  
10 處罰未遂犯之明文。是前述所舉，如以販賣營利之意圖，僅  
11 買入而尚未賣出者，因毒品在行為人持有中，自應成立意圖  
12 販賣而持有毒品罪；至所舉僅締結買賣契約而尚未交付標的  
13 物毒品之行為，則應視其具體情形，有無同樣成立意圖販賣  
14 而持有毒品罪或販賣毒品未遂罪之可能，尚無成立販賣毒品  
15 既遂罪之情。包括最高法院判決在內之過去實務見解，實有  
16 違罪刑法定原則之精神，且明顯有悖法律解釋中之文義解  
17 釋，對「販賣」一詞為不當之擴張解釋，又無任何足以支持  
18 目的性擴張之情形，而須採體系或目的解釋之必要<sup>41</sup>。

---

<sup>41</sup>參見桃園地院 90 年度訴字第 2050 號判決、臺東地院 88 年度訴字第 298 號判決。

1     (四) 小結——一般人民無從知悉、理解，進而預見系爭判例

2             解釋的「販賣」意義

3             系爭判例將「販賣」解釋包括「買入」，不僅混淆犯罪行  
4     為階段，且超出一般人理解的文義範疇，更別說其實係因為  
5     長期誤解 25 年非字第 123 號判例的錯誤衍生。

6             前已論及，判例經人民指摘違憲者，大法官向來「視同  
7     命令」予以審查，行之有年，而最高法院的決議又「與命令  
8     相當」。總之，如果以法位階的排序觀之，判例視同命令，  
9     決議與命令相，二者均可視為司法體系內，最高法院（嚴格  
10    說來是以司法行政指導者）對於法律所為拘束下級審法院法  
11    官的「行政命令」。固然「販賣」毒品的構成要件，司法者  
12    絕對是有權，最高法院更是最終的有權解釋機關，然而系爭  
13    判例對於「販賣」的解釋，不僅並無任何與命令相類的公告  
14    而使人民有預見可能性的程序，甚且使得本來可以理解的販  
15    賣意義，反而更加不確定。完全不符釋字第 432 號解釋以降  
16    所宣示的三項檢驗要件：第一，已超出人民所能理解的範  
17    圍；第二，買入後的持有行為變成賣出既遂，更非受規範之  
18    行為人所得預見；第三，經由各級法院適用系爭判例，不僅

1 難以確認販賣行為，反而因為擴張解釋的結果，致使一般人  
2 民必須經由司法程序始確知自己已經觸犯販賣既遂罪。

3 以釋字第 522 號、第 680 號解釋所指的刑罰明確性判斷  
4 標準而言，因為判例並非法規命令，自無授權之法律，更無  
5 自授權之法律規定中預見其行為是否可罰之可能，至少無從  
6 預見僅買入毒品竟然會變成販賣既遂。更遑論綜觀或細閱整  
7 部毒品危害防制條例，不僅無從整體觀察出意圖販賣而買入  
8 毒品屬販賣既遂行為，反而結合第五條意圖販賣而持有毒品  
9 罪的整體觀察，行為人祇能預見其行為為意圖販賣而持有罪  
10 處罰，難以預見係構成販賣毒品既遂罪。

11 或有主張所謂預見可能性，應以法律人標準，而非一般  
12 人標準。正如前述，即使法律人都無從預見「買＝賣」，更  
13 別說法律絕對不應該是法律人的禁嚮，不論法明確性或刑罰  
14 明確性原則，都不應該理解為法律人的可接觸性，而不論一  
15 般人民的可預見性。至於如何判斷系爭法律規定之意義，是  
16 否可為受規範之一般人民所能理解，則應依當時社會之一般  
17 人民之文字語言習慣或日常生活經驗，對系爭法律規定的文  
18 本予以合理之解釋，能否因此理解該法律規定所要規範之行

1 為態樣，予以判斷之<sup>42</sup>。

2 至於林子儀、許宗力兩位大法官於釋字第 636 號解釋提  
3 出部分協同意見書，曾提出的具體判斷標準：「一般人民或  
4 雖不能依文字語言習慣或日常生活經驗，對法律規定之文本  
5 予以合理解釋，而理解系爭法律規定之意義，惟如經執法機  
6 關或法院探究立法過程或立法理由，而能明確該法律規定之  
7 意義，或因其對系爭法律規定之反覆解釋適用，已形成明確  
8 內容，並經依法公布或其它公示方法，而為受規範之一般人  
9 民所習知者，亦可認該系爭規定之內容為受規範之一般人民  
10 所理解，並因此能預見其行為是否受該法律所規範，而與法  
11 律明確性原則無違」。係為強調「一般人民之知悉，惟其能  
12 知悉，才有理解之可能，也才有預見可能性」，而判例並無  
13 固定或使人民得預見的公布方式，業如前述，自無可能為一  
14 般人民所習知，而且刑法的「販賣」反而是因為判例及判決  
15 反覆解釋適用後，使得本來的明確性變得不明確。

16 **三、買賣毒品的雙方當事人均處以販賣既遂罪，有違平等原**  
17 **則及比例原則**

18 平等原則為所有基本權的基礎；國家對人民行使公權力

---

<sup>42</sup> 林子儀、許宗力大法官於釋字第 636 號解釋部分協同意見書。



1 時，無論其為立法、行政或司法作用，均應平等對待，不得  
2 有不合理的差別待遇<sup>43</sup>。平等原則要求的為實質平等，大法  
3 官在歷來的解釋中不斷闡釋其中意旨謂：平等原則並非保障  
4 絕對的、機械的形式平等，而係保障人民在法律上地位之實  
5 質平等（參見釋字第 211 號、第 341 號、第 412 號）；釋字  
6 第 485 號解釋更是開宗明義即宣示：「憲法第七條平等原則  
7 並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地  
8 位之實質平等，立法機關基於憲法之價值體系及立法目的，  
9 自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待」。至於  
10 應如何判斷此差別待遇是否「合理」，大法官亦不諱言，此  
11 乃違憲審查之難題所在<sup>44</sup>。

12 正如前述，檢驗法律是否符合平等原則，判斷重點即在  
13 差別對待是否「合理」，換言之，是否具有正當性而為憲法  
14 所容許的差別對待，亦即「實質正義的不平等」<sup>45</sup>。即俗稱  
15 「等者等之，不等者不等之」。至於具體之判斷方式，翁岳  
16 生大法官說得清楚：關於平等原則之違反，恆以「一方地位

---

<sup>43</sup> 我憲法第 5 條規定：「中華民國各民族一律平等」，第 7 條規定：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等」，明文揭示保障人民之平等權。又憲法增修條文第 10 條規定國家應促進兩性地位之實質平等，而憲法基本國策章中第 153 條、第 155 條與第 156 條，亦對保障婦女與其他弱勢族群之實質平等設有規定，足見憲法上對於對平等原則之重視。

<sup>44</sup> 翁岳生大法官於釋字第 455 號解釋提出之協同意見書中明言。

<sup>45</sup> 吳庚，憲法的解釋與適用，2003 年，頁 182(附件 14)。

1 較他方為有利」之「結果」存在為前提。不論立法者使一方  
2 受益係有意「積極排除他方受益」，或僅單純「未予規範」，  
3 祇要在規範上出現差別待遇的結果，而無合理之理由予以支  
4 持時，即構成憲法平等原則之違反。因平等原則之旨趣在於  
5 禁止國家權力在無正當理由的情況下，對於相同類別之規範  
6 對象作不同之處理，故平等原則之本質，原就具有雙面性與  
7 相對性（ambivalent und relativ），嚴格而言並非各該「規  
8 範本身之違憲」，而是作為差別對待之兩組規範間的「關  
9 係」，或可稱為「規範關係之違憲」（verfassungswidrige  
10 Normenrelation）<sup>46</sup>。

11 黃昭元大法官也曾指出，平等與否應該是一種「比較性」  
12 或「相對性」的概念或結果，必然涉及國家與兩組（群）人  
13 民關係間的相互比較，而不像自由權通常祇是國家與個別人  
14 民間的關係。亦即「兩組關係的比較思考」與「一組關係的  
15 對立思考」。進而不諱言的指出，在方法論上，大法官所宣  
16 示「實質平等」式的定義方式，對於釐清平等權的意義、內  
17 涵或具體案例的討論，似乎沒有大用<sup>47</sup>。所以，如果真要對

<sup>46</sup> 參見翁岳生大法官於釋字第 455 號解釋提出之協同意見書。

<sup>47</sup> 黃昭元，國軍老舊眷村改建條例的合憲性－司法院釋字第四八五號解釋評析，臺灣本土法學雜誌，6 期，2000 年 1 月，頁 24-25（附件 15）。

1 平等權下一個操作性定義，恐怕還是要採取「同者等之，不  
2 同者不等之」的基礎公式，然後在「差別待遇」、「分類標準」  
3 及「規範目的」（或「政府利益」）的分析架構上思考，並且  
4 以「類型化」的操作方式，才能發展出更細膩的審查標準<sup>48</sup>。

5 最後，如立法者違反本身所建立之「體系正義」  
6 （Systemgerechtigkeit）時，亦足為判斷為對於平等原則之違  
7 反，所謂體系正義者，按立法者於制定法律時，在不違反憲  
8 法之前提下，固有廣大的形成自由，然當其創設一具有體系  
9 規範意義之法律原則時，除基於重大之公益考量以外，即應  
10 受其原則之拘束，以維持法律體系之一貫性，是為體系正  
11 義。而體系正義之要求，應同為立法與行政所遵守，否則即  
12 違反平等原則<sup>49</sup>。

13 實則，對於自由權侵害之案例，我國仿德國模式，發展  
14 出可謂詳盡的比例原則為審查標準，所以「平等審查是否有  
15 比例原則適用之餘地」，亦即「比例原則可否適用於平等權

---

<sup>48</sup> 黃昭元進一步說明此基礎公式較有較高的可操作性理由：從是否為「同者」可引出對「分類標準」與「正當理由」的討論，而是否「等之」則引出是否存在有任何「差別待遇」的分析。參見前註。聲請人以為，此種思維顯然係採取美國法上所謂「平等權之雙重審查標準」，以「分類標準」及「差別待遇」（涉及優惠性差別待遇之案例則另考慮「規範目的」標準）兩層次為審查標準。

<sup>49</sup> 關於體系正義作為平等原則之具體判斷方式，翁岳生大法官亦將此作為具體判斷標準，參見釋字第 455 號協同意見書。

1 案例」的討論，即成為我國與德國共同之課題。許宗力大法  
2 官曾撰文分析大法官解釋，建構平等審查的模式，並融入比  
3 例原則之審查標準，試圖提出得以一體適用於自由權及平等  
4 權之審查標準，其審查層次精細分明<sup>50</sup>：（一）平等審查的第  
5 一步是先判斷系爭法規究竟有無存在差別待遇的問題，差  
6 別待遇係指對於具有「可相提並論性（Vergleichbarkeit）」的  
7 人或社會生活事實在法規上作不相同之處理。例如法規  
8 對於服志願役及義務役者作不同處理，兩者共同具有一個他  
9 人所無的服兵役特徵，所以兩者可以相提並論。（二）第二  
10 步是確定差別待遇的目的，判斷其究係追求、實現「不等者  
11 不等之」的實質平等目的，或是無涉實質平等的政策目的。  
12 此處的審查在平等審查居於關鍵地位。（三）如係追求實質  
13 平等目的的差別待遇，則適用「合目的性審查模型」，亦即  
14 判斷差別待遇之分類手段與目的間是否有合理關聯，必要時  
15 得佐以「事物本質」與「體系正義」的觀察，而分別採取從  
16 寬或從嚴審查基準；（四）如係追求無關實質平等的政策目  
17 的者，則適用「比例原則的審查模型」，須注意於此之前仍  
18 須先為目的合憲審查，審查所追求之政策目的是否符合憲法

---

<sup>50</sup> 以下僅簡略介紹結論，詳細論證請參見許宗力大法官於釋字第 568 號解釋所提出之協同意見書。

1 第二十三條所要求的四項「公益要件」之一，確定目的合憲  
2 後，即依序審查差別待遇是否有助於政策目的之達成（適合  
3 原則）、是否除此以外，已別無他法之不得已手段（必要原  
4 則）、所追求公益的份量是否超越因差別待遇而遭犧牲的平  
5 等法益（狹義比例原則）。

6 本件屬刑事法律，明顯係自由權遭侵害之案例。如前所  
7 述，毒品管制的目的既為防止毒品對於不特定多數人生命、  
8 身體與健康之侵害，賣出毒品之人使得毒品流通進入他人支  
9 配領域，才有侵害他人之虞，單純買入行為除了傷害自己  
10 外，並沒有如賣出者一般使他人法益受到侵害的可能，然法  
11 院依系爭違憲判例意旨為裁判的結果，即是賣出者與買入者  
12 同罪。此種不合理的平等，造成「不等者等之」的差別待遇，  
13 而對於聲請人的差別待遇結果，根本通不過比例原則的審  
14 查。以販賣罪處罰買進毒品持有中之人，無端處罰為施用或  
15 其他非販賣目的而持有的行為人，難謂符合適合性原則，即  
16 使從寬審查本條及系爭判例的嚇阻作用，惟立法上本有較輕  
17 的意圖販賣而持有毒品罪處罰，系爭判例卻造成買受者被處  
18 以法定刑較重的販賣既遂罪，顯然無法通過最小侵害原則的  
19 必要性要求，並且系爭判例也提不出更堅強或更有說服力的

1 公益考量，必須如此嚴重侵害持有毒品之人，更別說販賣第  
2 一級毒品罪可是僅有死刑或無期徒刑兩種效果的嚴苛刑  
3 罰，因而顯然也不成比例而難以通過狹義比例原則的檢驗。

#### 4 肆、結論

5 末聲請人希望再指出，系爭違憲判例的荒謬，已有多位  
6 法官明確反對，包含最高法院法官撰文批評<sup>51</sup>，該判例並已  
7 於 101 年 12 月 7 日受最高法院刑事庭會議以「本則判例不  
8 合時宜」為由決議不再援用，爾後之案件檢察官須具體舉證  
9 賣出毒品的實際行為，尚不得援引違憲判例以單純的買入行  
10 為認定販賣既遂，倘聲請人卻無法獲得救濟，仍遭惡判例囚  
11 禁於囹圄，顯有違司法正義。且聲請人就自己人身自由受嚴  
12 重剝奪，仍有聲請非常上訴或再審的救濟可能，懇請 鈞院  
13 宣告該判例違憲，給予聲請人往後救濟的途徑。且查，於釋  
14 字 752 號解釋後，刑事訴訟中冤罪防抑機制已屬我國人民受  
15 憲法第 16 條訴訟權保障之核心領域，學者即認各項刑事程  
16 序法規之制度設計或實務踐行，倘未提供可避免人民受錯誤

<sup>51</sup> 批評見花滿堂，實務上有關販賣罪見解之變更——以販賣毒品罪為重心，警大法學論集，第 25 期，2013 年 5 月，頁 4-6(附件 16)；錢建榮，「買」或「賣」搞不清楚？！（上）——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，第 210 期，2012 年 11 月，頁 65 以下(附件 17)；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，第 211 期，2012 年 12 月，頁 113 以下(附件 18)。

1 或冤抑裁判的充分機制，便將導致違憲之結論（附件 19）。  
2 聲請人遭法院援用違憲判例認定販賣毒品罪成立，判例已不  
3 再援用，聲請人之定罪、科刑卻未能再獲得法院重新審視之  
4 機會，並無救濟冤抑之機會，顯已侵害聲請人受憲法保障之  
5 訴訟權核心，唯有透過 鈞院大法官宣告判例違憲，始能獲  
6 得救濟，以保障人權。

7 基於上述理由，最高法院 67 年度台上字第 2500 號判例  
8 顯已增加法律所無且不利於人民之限制，違反憲法第八條所  
9 蘊含的罪刑法定原則、刑罰明確性原則（法律明確性原則），  
10 侵害人民之人身自由權及訴訟權，同時亦違反憲法第七條、  
11 第二十三條的平等原則及比例原則，爰請 鈞院宣告系爭判  
12 例違憲，不再援用。

13

9 中 華 民 國 107 年 2 月 5 日

【關係文件之名稱及件數】

附件 1：台灣高等法院台中分院 100 年度上更（一）字第 56 號判決。

附件 2：最高法院 101 年度台上字第 3686 號判決。

附件 3：最高法院 67 年度台上字第 2500 號判例。

附件 4：周漾沂，刑罰的自我目的性—重新證立絕對刑罰理論，政大法學評論，147 期，頁 49-50。

附件 5：黃榮堅，基礎刑法學（上），2012 年 4 版，頁 12、126-129。



- 附件 6：林鈺雄，新刑法總則，2011 年，頁 37、339。
- 附件 7：林山田，刑法通論（上），1995 年，頁 58-70。
- 附件 8：黃榮堅，基礎刑法學（下），2012 年 4 版，頁 577-579。
- 附件 9：王皇玉，販賣毒品行為的罪與罰，收錄於刑罰與社會規訓－台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變，2009 年 4 月，初版，頁 163 以下、183、185、189-191。
- 附件 10：王皇玉，吸毒行為犯罪化與社會控制，收錄於刑罰與社會規訓－台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變，2009 年 4 月，初版，頁 127 以下。
- 附件 11：「Clarke's Isolation and Identification of Drugs」（2011 年第 4 版）頁 1225-1226，及中文節譯。
- 附件 12：陳愛娥，如何明確適用「法律明確性原則」？－評司法院大法官釋字第 545 號解釋，月旦法學雜誌，88 期，頁 251-258。
- 附件 13：「中央研究院語言所語庫查詢系統」輸入「販」字查詢結果。
- 附件 14：吳庚，憲法的解釋與適用，2003 年，頁 182。
- 附件 15：黃昭元，國軍老舊眷村改建條例的合憲性－司法院釋字第四八五號解釋評析，臺灣本土法學雜誌，6 期，

2000 年 1 月，頁 24-25。

附件 16：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，警大法學論集，第 25 期，2013 年 5 月，頁 4-6。

附件 17：錢建榮，「買」或「賣」搞不清楚？！（上）——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，第 210 期，2012 年 11 月，頁 65 以下。

附件 18：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，第 211 期，2012 年 12 月，頁 113 以下。

附件 19：蘇凱平，居於憲法訴訟權核心的冤罪防抑——評釋字第 752 號解釋，月旦裁判時報，第 66 期，2017 年 12 月，頁 88 至 100。