

## 釋字第 792 號解釋協同意見書

### 黃虹霞大法官提出

本席贊同本件解釋之結論，即已經最高法院於 101 年決議廢止之系爭二判例（最高法院 25 年非字第 123 號及 67 年台上字第 2500 號刑事判例）中，關於販入毒品時即為販賣毒品行為完成時部分，違反罪刑法定原則為違憲。本件解釋之內容亦僅此而已。至於何謂販賣毒品？如何區分既遂、未遂及持有？則均不在本件解釋範圍。

於上開範圍內，本件解釋應可被解讀為肯認系爭二判例應予廢止之見解，並因相關 7 聲請案均在上開最高法院 101 年決議前受販賣毒品既遂有罪判決確定，且均因系爭二判例故，被以有販入毒品行為即被認定為犯罪既遂，從而，系爭二判例雖經廢止，但此等聲請案均已無由普通法院自行改正，因此，才有由本院作成解釋以資改正之必要，但也僅此而已。

本件解釋後，聲請人固得於本件解釋範圍內，依法救濟，但超越本件解釋範圍以外，相關認事用法，包括但不限於 1、犯罪事實之認定，2、依刑法第 25 條第 2 項規定未遂犯僅係得按既遂犯減輕其刑，並非應減輕其刑，故系爭聲請案是否減輕其刑，暨 3、如減輕其刑，其刑度決定等仍屬普通法院之權責，乃屬當然。

又本件解釋並未賦與溯及效力，故本件解釋公布後，系爭 7 聲請案且僅系爭 7 聲請案得依法尋求救濟，本均不待另行指明，此可參照本院釋字第 185 號及第 592 號解釋即明，併此敘明。