

聲請解釋憲法理由書			狀
案 號	105年度原上訴字第 16 號	承辦股別	維
訴訟 標的 金額或價額	新臺幣 元		
稱 謂	姓名或名稱	依序填寫：國民身分證號碼或營利事業統一編號、性別、出生年月日、職業、住居所、就業處所、公務所、事務所或營業所、郵遞區號、電話、傳真、電子郵件位址、指定送達代收人及其送達處所。	
聲請人	林佩瑜	身分證字號(或營利事業統一編號) 性別：男(女) 生日： 職業： 住： 郵遞區號： 電話： 傳真： 電子郵件位址： 送達代收人： 送達處所：	
<div data-bbox="734 1758 1189 2004" data-label="Text"> <p>法務部矯正署桃園女子監獄 接受書日期 109年11月11日8時30分</p> </div>			

為申請人林(取)因受台灣高等法院台南分院105年度原上訴字第16號判決時所
適用之法院組織法108年1月4日修正公布同年7月4日施行前之最高法院101年度
第10次刑事庭會議決議(下稱系爭決議),侵害人民受憲法第8條第1項保障人民
人身自由生命及財產權保障,暨依司法院大法官審理案件法第5條第1項第7款
第8條第1項規定申請解釋憲法。

說明如下:

十
宣。聲請解釋之目的

請求 大法官宣告最高法院101年度第10次刑事庭會議決議(系爭決議)內容應
: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)意圖營利而販入並販出,(3)基於販入以外之其他原因而持有,嗣後
圖營利而賣出等類型。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。至於(3)之情形,則以另行起意販賣,向來求售或供買方看貨或與之議價時
,或其他實行犯意之行為者,為其罪之著手,而販賣行為之完成,係賴標的物之是否
交付作為既,未遂之標準。行為人持有毒品之目的,均與意圖販賣而持有毒品罪該
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。

其中以(1)意圖營利而販入,而無賣出的行為是為販賣毒品罪的著手階段,應成

立販賣毒品未遂罪而與販賣罪有法條競合之適用部分，並不屬於販賣毒品未遂罪應處罰的範圍。系爭決議增加構成要件規定所無的內容而擴增可罰行為之範圍，有違憲法罪刑法定原則，牴觸憲法第8條、第15條保障人民之意旨，不符應屬違憲。

貳 犯罪之事實性質與經過

(一) 林佩瑜、陳俊銘明知海洛因係毒品危害防制條例所列管之第一級毒品，非經許可不得持有販賣。竟基於共同意圖販入第一級毒品海洛因而販出以營利之犯意聯絡，……由林佩瑜將新台幣50萬元之現金交予陳俊銘作為購買海洛因半塊之代價，嗣陳俊銘隨即帶此50萬元現金南下高雄市小港區某汽車旅館，向方啟銘以一手交錢一手交貨之方式，購得半塊即重約187塊5公克之第一級毒品海洛因後，再由林佩瑜指示小光之男子向陳俊銘取得上開購得之海洛因後轉交林佩瑜，惟林佩瑜、陳俊銘未及售出而未遂（依最高法院101年11月6日101年度第10次刑事庭會議決議……又毒品危害防制條例第4條之販賣毒品罪所稱之販賣，不以販入後復行賣出為必要，以意圖營利而販入毒品，如尚未賣出，構成販賣未遂罪。），核被告所販入50萬元海洛因未及售出之行為，係犯毒品危害防制條例第4條第6項第1項販賣第一級毒品未遂罪。

(二) 涉及憲法條文：憲法第8條人身自由權第15條生存權及憲法罪刑法定原則。

△答。

一、聲請解釋憲法之理由

按刑罰法規涉及人民人身自由及財產權生命權之限制或剝奪。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。並其預見之可能性

。法院解釋適用法律(刑事法)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。次按。刑罰規定之用語應以受規範者得

以理解及預見可之標準解釋之。始符合刑法解釋之明確性要求。俾能避免恣

意入人罪於罪。而與憲法保障人民基本權之意旨相符。(司法院釋字第602號解

釋)

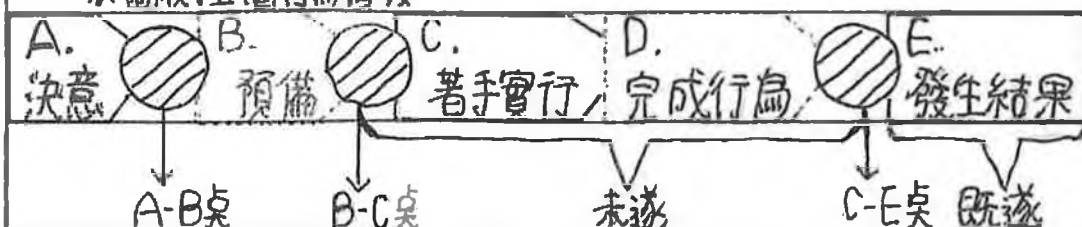
二、聲請人對本案所持之立場與見解

刑法上之未遂犯。必須已着手於犯罪行為之實行而不遂。始能成立。此在刑法第

二十五條第一項規定甚明。以下先就犯罪行為之階段。以故意之結果犯為例就

預備。未遂與既遂之說明：

※圖表。五個行為階段



[杯水毒案]。甲與同居的丙，一言不合後(A)下定決心毒殺丙，並(B)購買老鼠藥。
(C)將藥粉倒入丙即將飲用的水。(D)攪拌完成後離去。隨後不知情的丙飲
用後半小時(D)毒發身亡。

刑法要區別五個不同的行為階段，乃係為了區別到施行行為不可罰或高低不
同的可罰程度。以上是一個殺人行為的可能過程(當然各個殺人行為或其他故意
行為的歷程未必如此)。藉以用此說明區別犯罪行為階段的實益何在。

(A)決意。是指行為人萌生從事某一犯罪行為的意思決定。純屬行為人的主觀意念。
。俗諺有云：思想無罪(意念自由)；無論意念如何俾劣，刑法並不處罰單純的意念。
惟如果二人以上相互具有犯罪合致意念約定原則上固然也不在處罰之列。但某些特
別的犯罪類型仍有處罰規定。如暴動內亂罪的陰謀犯。[杯水毒案]所示A階段
。甲雖有毒殺丙的決意。但若單純停留在此階段。則屬不罰的行為。

(B)預備。係指行為人為了實現某一犯罪的行為決意。而從事的準備行為。以便積極創
設犯罪實現的條件或排除。降低犯罪實現的障礙。刑法原則上並不處罰預備
犯。但為了積極保護某些重大法益(如生命)的目的。亦設有例外處罰預備犯的規
定(如殺人罪之預備犯)。將可罰性的時空前置：惟某些預備行為本身已構成一個
獨立的犯罪類型(如預備偽造貨幣券或減損貨幣罪。再如購買槍枝以預
備殺人。就購買槍枝並持有已經該當《槍炮彈藥刀械管制條例》之罪及竟圖

營利而販入毒品以預備販賣，該當《毒品危害防制條例》意圖販賣而持有罪。此外

許多臨時起意的即興犯罪，並無預備行為。如甲丙一言不合後，甲隨即掏槍槍擊

丙，在此不但[A]決意，[C]著手實行(掏槍)，[D]完成行為(扣完板機)，[E]結果發生(丙中

槍斃命)，四階段幾乎是同時進行，而且並沒有[B]預備階段可言。

[C]著手實行，則為行為人開始實行其犯罪行為而言，也就是行為人為了實現某一犯罪行為的

決意，而開始實行構成犯罪事實的行為，至遲自此時點(即※B-C點)起算。行為人已

經具有客觀可見的決行(如[杯水下毒案]甲下毒於杯水)，並且無論最後是否發生行

為人預計的結果，行為人到此已經是至少是未遂犯；如果該罪亦有處罰未遂(如§271

II處罰殺人罪之未遂犯)，則構成刑法上的犯罪。由於刑法上許多常見的犯罪不罰預

備犯但處罰未遂犯(如§§370, 321之普通與加重竊盜罪)，因此預備行為與著手實行

的區別時點(即※B-C點)，就成為關鍵問題。我用一則故事來說明。有天中午，我

的鄰居正巧返回家中拿文件，卻聽到大門有異常的聲音，所以就打開大門，赫然

見到兩名蒙面男子已經撬開鐵門，正要打開大門進入屋內；他們似乎沒有料到

屋主當時會在家中，愣了一下就帶著工具倉皇而逃。就在一線之隔，屋主差矣被侵入住宅

行竊，事後兩名盜賊被逮，就竊盜評價為不罰之物盜預備犯，或可罰之(加重)竊

盜未遂犯？即為一例。根據我國最高法院的實務見解(27滬上54；28滬上8

；42台上40；48台上1006號)，也僅是不罰的竊盜預備犯(僅著手於竊盜的加重要件

而尚未開始竊盜者，僅屬不罰的預備階段，還不構成應處罰的竊盜未遂。附

著手販入之，

帶。提《毒品危害防制條例》意圖營利而販入，其[↓]行為為持有毒品罪的加重要

件（意圖販賣而持有罪）。

①完成行為，係指行為人實行犯罪的行為已經完成（亦稱為結束或終了），如「杯水下毒案

」所示甲已經完成其於杯水下毒的行為，應注意各種行為不一而足。②完成行為時點

，一來與①著手實行時點，二來與③發生結果時點之關係，也不能一概而論。僅以殺人為

例，一槍斃命的行為，不但著手實行即完成行為，而且結果也幾乎是同時發生；反之

，持續慢性下毒而殺人的行為，從著手實行（第一次開始下毒）到完成行為（最後一次下

毒完成），及至死亡結果發生，各間隔一段時間。此外，一般犯罪固然是先完成行為後

發生既遂結果，但亦有行為尚在進行中就已經構成既遂犯者（先既遂後完成），例

如繼續犯的私行拘禁罪，行為人將被害人置於自己實力支配之拘禁後，犯罪已經

既遂，但拘禁行為仍繼續在進行中，此種繼續犯的追訴權時效，自行為終了（完

成）之後才起算（§80II），以免發生犯罪行為仍在繼續當中，但卻已經罹於追訴

權時效的問題；另，雖然私行拘禁罪已經既遂，但在拘禁行為完成之前，尚有

成立相繼共同正犯的可能。

③發生結果就故意的結果犯言，行為人實行犯罪的行為之後，必須進而發生行為

結果，其行為始屬既遂。反之，如果著手實行之後，結果並未發生，無論行為是否完

成。最多僅能論以未遂。

以上三個關鍵時點

(1) * A、B點之前的(A)決意是不罰的行為，之後的(B)是預備，則視有無預備犯處罰規定。

(2) * B、C點區別(B)預備犯與(C)未遂犯，影響行為「是否可罰或如何處罰」的問題。在兩

者皆不處罰情形(如§354普通毀損罪)，固然並無區別實益；惟在不罰預備但處罰

未遂者(如§320、§321之竊盜罪)，直接影響行為可罰不可罰；而在預備、未遂皆處罰者(如

§271 I、II之殺人罪)，則直接影響可罰的種類與刑度。如預備犯殺人僅處2年以下

有期徒刑，但殺人未遂犯則是依照殺人既遂犯的刑度(死刑、無期徒刑或10年以上

有期徒刑)，而得減輕之，處罰差異頗大。如意圖營利而「販入」是否為該系爭決議

販賣毒品罪行為階段著手之認定，即為本案聲請解釋之原因。

(3) * C-E點是未遂犯與既遂犯的區別時點，同樣也是會影響行為是否可罰或如何處罰

的問題。在不罰未遂只罰既遂的情形(如§354普通毀損罪)，直接影響行為可不可

罰；在未遂、既遂皆處罰的情形，則直接影響可罰的種類與刑度(如§271 I、II)。

再者，所謂不能(未遂)犯，也可以說是無論如何不可能越過C-E點的犯

行。此外，犯罪一旦發生結果而既遂之後，就不再產生下述的中止(未遂)犯問題。

亦即行為人自C-E點之後無論從事何等努力，再也不可能成立中止犯。

(一)從未遂犯處罰理論出發—談未遂犯之定位

「已着手於犯罪行為之實行而不遂者，為未遂犯」(§25I)。未遂犯是指行為人已着手於犯罪之實行，但尚未完全實現客觀不法構成要件的情形，也就是尚未達到既遂階段而言。如前所述，在故意之結果犯情形，不論實行行為已否完成，只要犯罪結果尚未發生，就還沒有到達完全實現客觀不法構成要件的既遂階段。至於為何沒有達到既遂階段？依其原因又可分為普通未遂與中止未遂犯。這也是同時幾個主要未遂犯類型。未遂犯的處罰，固然以法有明文規定者為限，而我國刑法分則也有不少處罰未遂犯的構成要件。然而構成這些處罰明文的背後理論基礎為何？關於刑法學說上曾出現各種未遂的理論，但基本上不外乎從實行行為對法益造成客觀危險程度加以解釋之客觀說，以及從行為人主觀法敵意面向說明可罰性依據之主觀說，或者綜合以上兩種角度的混合說。

1. 客觀說(客觀未遂理論)認為，未遂犯的處罰根據在於行為侵害法益(保護客體)的危險性，也就是行為實現不法構成要件結果之高度或然率，行為人應因這種客觀上實現結果不法的高度可能性而受處罰。
2. 主觀說(主觀未遂理論)強調的是行為不法，也就是在未遂犯實行行為中，所顯露行為人主觀上之法敵對意思，也就是行為人應因其與法敵對意思的故意犯罪決行而受處罰。

之。混合說(印象理論)根據在於。行為人基於與法敵對的意思而著手實行行為。足以震驚大眾的法意思反信賴。並且破壞法秩序的安定與合平。

如果從純粹客觀說來看。會導致兩個結論。一是不能未遂犯欠缺可罰性。因為這種未遂犯的一大特性正在於其實行行為根本不可能造成結果的發生；二是既然重點在客觀的結果不法。而既遂犯是造成結果不法的實際損害；未遂犯僅是實現結果不法的危險性。因此兩者處罰必須區別。即未遂犯按照既遂犯刑法必須減輕。

而非得減而已。倘貫徹主觀說。一樣會導致兩種結論：一來不能未遂犯應該處罰。因為儘管其在客觀上造成的法益侵害危險性。與普通的未遂犯有天壤之別。但就行為人主觀上的法敵對意思而言。則無任何的區別可言；二來基於同樣的道理。

未遂犯的處罰應該等同於既遂犯。最後依照混合說也會導致兩個結論。一是即便不能未遂犯。行為人在其未遂行為顯露了法敵對意思。如果這也足以震驚社會大眾的法信賴並且動搖法秩序的安定與合平。還是具有可罰性。不過如果是出於重大無知的不能未遂。由於根本不會或者僅是輕微動搖法秩序。因此。

可實施較輕刑罰或不予處罰。二來未遂犯與既遂犯的處罰應加以區別。因為如果犯罪結果並未發生。犯行造成的震驚與動搖程度與既遂犯仍然有別。

就以上諸說。各有所歸。2005年新刑法。到底採取何種立場？

首先。『未遂犯之處罰。以有特別規定者為限。並得按既遂犯之刑減輕之。』(§25II)。

並自刑法分則並未針對所有的未遂犯行設置處罰規定。據此，新法也不認為所有的未遂犯均具可罰性，且應罰的未遂犯得予減輕其刑（而非同既遂犯處罰）。由此可知，新法也不採主觀說；但在另一方面，由於法律效果僅係得而非必減輕其刑。此又與客觀說有別。就普通未遂的一般規定而論，混合說曾是舊法立場，且似乎仍是新法的立場。然而，新法針對不能未遂的規定，至少從立法理由來看，卻是明白傾向客觀說的處理方式（94.02.07修正理由二：關於未遂犯之規定，學理中有採客觀未遂論，主觀未遂論，或折衷之印像理論。參諸不能犯之前提係以法益未受侵害或未有受侵害之危險，如仍對於不能發生法益侵害或危險之行為課處刑罰，無異對於行為人表露其主觀心態對法律敵對性之制裁。在現代刑法思潮下，似欠合理性。因此，基於刑法謙抑原則法益保護之功能及未遂犯整體理論，應宜採客觀未遂論）。是以，未遂犯處罰的根據在於行為侵害法益（保護客体）的危險性，也就是行為實現不法構成要件結果之高度或然率，行為人應因這種客觀上實現結果不法的高度可能性受處罰。[系爭決議認為意圖營利而販入，即為販賣罪之着手，而販賣行為之完成得賴標的物之是否交付作為既未遂之標準。惟行為人意圖營利而販入之行為是為持有毒品罪之加重構成要件，且從未對外求售，斯時根本從無實現販賣罪不法構成要件之結果（僅構成意圖販賣而持有罪），更遑論有其侵害法益的危險性，而得以刑法未遂論。]

(二) 預備與未遂之區別。實務見解著手時點之認定

預備與未遂時點之區別※圖表B-C卓及其重要性。已如前述。這個關鍵問題。對應

於前述未遂處罰理論從認定著手實行的理論中又可分為：

1. 形式客觀(說)理論

早期刑法學說。因在未遂處罰立論時採行客觀說。因此判斷標準也與此一致。

認為應以行為人所為的客觀事實為觀察對象。唯有行為人開始實行嚴格意義的

構成要件行為(例如物盜罪的「窃取」行為。或殺人罪的「殺人」行為)。才算是著手。之前

僅止於預備階段而已。如92台上7929號認為下列尚未著手。不應論以加重竊盜未

遂罪：被告至林某住處。竊越其在室外牆翻爬至二樓陽台。以兇器螺絲起子敲壞

通往客廳之玻璃門。欲入內行竊時。因手遭玻璃割傷。且在屋外睡著。而未竊得

財物。92台上5127同說。案例中被告於著手撬開被害人茶藝館後門附於門上

門鎖時。適為被害人撞見。此項目解題而影響(加重)準強盜罪成立與否。亦即如

認尚未著手。仍屬預備階段。也不適用(加重)準強盜罪。判例如68台上2777^刑

法準強盜罪。係以物盜或搶奪為前提。在脫免逮捕之情形。其竊盜或搶奪既遂者。

即以強盜既遂論。如竊盜或搶奪為未遂。即以強盜未遂論。但竊盜或搶奪不成立時

。雖有脫免逮捕而當場施行強暴脅迫之情形。除可能成立他罪外。不能以準強

盜罪論。(57台上1017同旨)。近例如94台上6989：預備行為與未遂犯之區別。

以已未著手於犯罪之實行標準。所謂著手。即指犯人對於犯罪構成事實開始實行而言。是關於竊盜行為之著手。係以已否開始財物之搜尋為要件。如行為人僅著手於§321I各款所列之加重要件行為。而尚未為竊盜行為之著手者。自不得以該條竊盜罪之未遂犯論科。亦即刑法上之未遂犯。必須已著手於犯罪行為之行而不遂。始能成立。又實施強暴脅迫。以便脫逃原係竊盜以強盜論之加重要件行為。竊盜罪如不成立。其前提要件即不存在。

2. 實質客觀(說)理論

實質客觀說認為。只要依照客觀觀察。行為人開始實行構成要件具有必要關聯的行為。也就是客觀上可視為構成要件一環的行為。或者開始實行對於構成要件保護客體形成直接危險的行為者。即已著手。實質客觀理論雖較能掌握著手實行階段的判斷。但置行為人主觀上對於行為內在意識於不顧。且所謂的必要關聯性或直接危險。在實際上認定。亦欠缺客觀的認定標準。參閱Baumann/Weber/Mitsch. AT. §26 Rn. 49; 蔡聖偉〈著手實行之認定〉。刊軍法專刊。39卷11期27頁以下。

3. 主觀(說)理論

至於主觀說則不以客觀觀察。而係以行為人主觀的意識想像為斷。亦即。若依行為人之注意及其計劃。認為已經著手者。即可認定著手。但這種見解很可能導致未遂處罰的時點過度往前推。例如購買兇器就可能被評價為已經著手於殺人

構成要件之實行。(系爭決議即是如此)

4 主觀與客觀混合(說)理論

主觀與客觀混合理論，以行為人主觀的意思與行為在客觀上對於構成要件所保

護的行為的客體直接攻擊為出發點，綜合主觀說與客觀說的觀點而提出的

理論(通說傾向主觀混合說，參林山田刑法通論上冊，增訂十版466頁；林鈺雄新刑

法總則2011年9月3版376頁)。這個理論認為，行為人直接依其對於行為的認識

而開始實行足以實現構成要件的行為，即可認定行為已達著手實行的行

為階段。依據上述的見解，並非行為人開始實行實現犯意的所有行為，均屬

著手實行，而是行為人必須依其犯罪計畫或對於完成犯罪行為的主觀認知，

開始實行與構成要件的實現有密切關係的實行行為，而且在行為人主觀上的

想像中，這種實行行為若繼續不中斷的進行，勢必直接導致構成要件的實現。

相對的，行為人開始實行的行為，假如僅僅使構成要件有實現的可能，或僅

僅使構成要件容易實現，則行為仍屬預備階段(參閱Sch/Sch. §22 Rn.45; We

sseIs/Beulke, AT, Rn.602)。例如，預備用以殺人的手槍，或隨身攜帶子彈裝置

要當時可以發射的手槍，尾隨被害人或埋伏於被害人必經之地；或於傍晚

攜刀侵入被害人店內，潛伏其臥床下，擬趁機殺害被害人(29上21；92台上45

78號同此說)。依照目前我國實務對著手概念的詮釋則是採取主觀

與客觀混合說理論折衷的見解，認為所謂著手者，係指對於構成要件之行為，已經開始實行者而言（最高法院25年非字第164，27年上字第684，30年上字第315及316年台上字第2861號判例）。

長。回到本案

關於罪刑法定原則，釋字第602號釋示：在罪刑法定之原則下，處罰必須依據法律為之，犯罪之法定性與犯罪構成要件之明確性密不可分。就犯罪之法定性原則而言，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；就構成要件明確性而言，對立法者要求，其用語須使一般受規範者得以理解，並預見之可能性，對法院的要求則應以受規範者得以理解及可預見之標準解釋之。

一、立法者將毒品危害防制條例將行為態樣分別分為：販賣罪、販賣未遂罪、運圖販賣而持有罪及持有罪，且各賦予不同法定刑效果。按在101年8月27日之前，司法實務對於販賣毒品犯罪的要件，向來以25年非字第123號判例為首認為，禁煙法上之販賣鴉片罪，並不以販入後復行賣出為構成要件，但係以營利為目的將鴉片購入或將賣出，有一於此，其犯罪即經完成，均不得視為未遂；67年台上字第6500號判例亦謂：所謂販賣行為，並不以販入後復行賣出為要件，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。上訴人既以販賣圖利之意思購

入使賜顧，雖在出售與某某時，已議定價格尚未交付之際，即被當場查獲，仍屬犯罪

既遂（68年台上字第606號、69年台上字第1675號判例意旨均同）。

從最早的25年非字第773號判例係出自禁煙法年代，後之判例則係針對廢止前

藥物藥商管理法而發，均非適用毒品危害防制條例或其前身肅清煙毒條例所為之

判例，然最高法院就毒品危害防制條例所處之販賣，卻從古至今一直均援用該四

則判例意旨操作解釋。

(二) 以文義解釋而言販賣與買賣並不同，販賣即中文所謂的同義複詞，販者，賣也，販

賣即是出賣，當販與賣二字併列時，販賣之字面上，只有賣出之意，並無買入之意，上述判

例以販入表示買入，出亦以爲販入行買賣之誤解所致，從而所謂不以販入後進行

賣出爲必要，只須買入或賣出，即成立販賣罪云云，自非正確。另對照25年非字第123

號判例所解釋商用的禁煙法第6條規定，製造鴉片或其什用品或販賣或意圖販

賣而持有或運輸者，處1年以上5年以下有期徒刑，得併科五千元以下罰金，可知禁

煙法第6條係同時規定多種行爲的構成要件，至少有四個不同罪名：製造鴉片或其

什用品罪，販賣鴉片或其什用品罪，意圖販賣而持有鴉片或其什用品罪，運輸鴉

片或其什用品罪，而且並無處罰未遂犯之明文。

換言之，該條處罰製造、販賣、運輸三種行爲外，同時也處罰意圖販賣而持有之犯

行，四者法定刑均相同，而同時將意圖販賣而持有與販賣態樣同列於同一法

係。處以相同法定刑。且初均無未遂犯處罰之立法模式。顯係當時的立法者思維，不論民國建國前的晚清時代或民國建國之初的各項刑法法典或特別法均無改變。自1907年的刑律草案，1910年的修正刑律草案，1911年的欽定大清刑律，乃至1912年（民國1年）的暫行新刑律，1915年（民國4年）的修正刑法草案，1918年（民國7年）的刑法第2次修正案，1919年（民國8年）的改定刑法第2次修正案，1928年（民國17年）中華民國刑法（所謂舊法），均係將意圖販賣而持有與販賣態樣同列，直到1935年起（民國22年）的中華民國刑法修正案乃至民國24年公布即現行的中華民國刑法，始不再處罰意圖販賣而持有鴉片罪。

（三）惟民國24年、25年分別公布的禁毒治罪暫行條例及禁煙治罪暫行條例，均將販賣與意圖販賣而持有罪同列相同法定刑處罰。且同條文中並無處罰未遂犯之明文。因此25年非字第123號判例，絕非最高法院實務所理解的販入等於賣出。毋寧其意旨係指販入構成意圖販賣毒品既遂罪，賣出則為販賣毒品既遂罪，將此類判例套用在現行已分別將販賣毒品既遂罪、未遂罪（毒品危害防制條例第4條）及意圖販賣而持有毒品罪（同條例第5條）分列不同犯罪階段及各有不同法定刑的現代立法，顯然不合。換言之，上述四則判例混淆販賣毒品罪的既、未遂及預備行為認定標準，置法律明文区分犯罪階段（如前所述）而為輕重不同處罰之效果，於不顧，而將原屬預備犯之意圖販賣而持有毒品犯行，或僅著手而未遂之未遂犯

行。意當販賣毒品既遂罪處罰。已違反植基於憲法第8條正常法律程序。其中實體法內涵之罪刑法定原則(釋字384號)。並且導致毒品危害防制條例第4條販賣毒品罪之刑法罰之法律。違反法律明確性及刑罰明確性原則。是最高法院終在107年8月21日以107年度第7次刑事庭會議(一)決議以本則判例不合時宜。不在援用四則判例。

(四)而其後最高法院(系爭決議)107年11月6日以107年度第10次刑事庭決議(一)認為販賣未遂與意圖販賣而持有毒品罪。有法條競合之適用而謂：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。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。至於(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。或其他實行犯意之行為者。為其罪之著手。而販賣行為之完成。看賴標的物之是否交付作為既未遂之標準。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。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罪而已。並非不處罰。此類販賣。運輸。轉讓施用毒品罪。其持有之低度行為均為高度之販賣行為所吸收。不另論罪。為實務上確信之見解。意圖販賣而持有毒品罪。基本行為仍係持有。意圖販賣為加重要件。與販賣罪競

合之適用等語。

(五)然最高法院上述決議的成因(系爭決議),不無受到過往至今最高法院仍認為意圖

販賣而持有毒品罪之成立,係以;以意圖販賣營利以外之原因而持有毒品,例如備

施用受贈或寄藏而持有,嗣後始起意販賣者而言(最高法院82年度台上字第4018號

.6285號,83年度台非字第194號,91年度台上字第2048號判決意見)的影響,而此種

見解顯然是為了標就上述四則^{買入}就等於販賣既遂^{既遂}判例見解的影響:

1. 在有特定或可得特定買受人的販賣毒品案中,最高法院判決向來認為販賣之構

成要件行為,至少應包含買賣之意思表示合致,交付毒品及收受金錢^{三者}三者。著手未

遂的標準,則以最高法院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

可認為已著手販賣毒品之實施;亦即販賣毒品之執行,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(如前述犯罪行為階段A-B與B-C桌之區別),在以本條

例第5條關於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合致，即尚未著手。在犯罪階段上自屬著手前的預備階段，為預備犯。

2 在既販賣毒品罪的處罰，至少在有買受者的案例中，販賣既未涉及預備其界限尚稱清晰明確。然上述四則已被最高法院決議宣告不再援用的判例，因為將販賣既遂的時點往前推移至「買入」時就成立，自無須判斷有無買受人，更無須判斷上述販賣的三項構成要件，自無著手未遂的可能。而所謂意圖販賣而持有毒品罪的預備犯更無成立的空間。因而為遷就四則判例，不得不另闢蹊徑解釋第5條意圖販賣而持有毒品罪之成立，係以「非因意圖販賣而販入，行因其他原因如受贈或寄藏而持有，嗣後始起意販賣者而言」。殊不論實務上要如何證明行為人持有毒品時至想要賣出的內心轉折的問題，以實體處罰而言，這樣的種種見解無異是處罰意圖犯。四則判例推波助瀾的結果，一再將販賣行為的可罰性起點前移將預備犯當作既遂犯的處罰還不夠，為了遷就，更不惜將行為人的犯罪決意也納入預備犯處罰，混淆整個犯罪行為階段。

(六) 系爭決議，既在上述且錯誤不再援用的判例見解影響下使預備犯判斷成立所生採法條競合的結果，認為意圖營利而販入（應為購入，販者，賣出，只有販出不會販入）毒品，即同時構成(1)意圖營利而販入及(2)意圖營利而販入並賣出罪的著手。顯然是再次架空本條例第5條預備犯成立的空間。蓋意圖營利而販入，如果

根本尚無特定或可得特定的買受毒品之人，就是典型的預備犯；如果因為已有特定買受人或可得特定的買主，行為人據此意圖營利而買入毒品，準備賣給已顯現或將顯現的買主，其所成立販賣罪的著手，則不為過。直言之，意圖營利而買入毒品，仍應視是否已有顯現的買受人以判斷有無著手。如尚無具體買受人者，行為人買入毒品的準備就是為日後如尋得買主再賣出，這只能成立預備犯。

系爭決議，不區辨個案事實有無具體毒品的買主，形成將上述四則裁判例的「一律視為販賣毒品既遂罪」直接轉化為「一律視為販賣毒品未遂罪」，將販賣罪之「著手」不以販入後再行賣出為必要，恣意擴大抽象危險犯之適用範圍傾向，超出抽象危險犯的危險擬制內涵，並造成販賣毒品未遂罪與意圖販賣而持有毒品罪之間適用上的混淆，使得行為人僅主觀上有營利之意圖而購入毒品，但從未賣出，均一律以販賣未遂論，造成僅有低度犯罪行為人因此所受刑罰遠高於其所應負之罪者，而嚴重違反憲法罪責相當原則，更同樣有混淆立法者已預設的犯罪階段的處罰之處，並讓本條例第5條的預備犯立法，再次淪為違憲違法的陰謀或意圖犯立法。

最後，刑法的評價對象的行為人，從其開始實行，而到法益侵害的發生，均屬行為階段所要檢視的範圍，刑法規範究竟對於行為的要求，僅在其造成法益侵害時，方予以介入？抑或是基於特定權利的保護，在其有發生侵害危險之前，即須介入規範？行為階段規範問題的思考核心，行為階段有意義者，應當是在行為已經進入法律所保護法益的

得害可能性狀態，才有檢討的意義。對於只有單純的意思形成，或者是單純只是行為前的準備工作，基本上都不應進入行為階段的檢討之中。因預備犯與陰謀犯的存在，會有法定原則及刑法行為原則不相容的現象。蓋一方面無法明確判斷所謂預備犯與陰謀犯的正確時間點，會導致相當恣意的認定弊端；另一方面似乎是將單純的思想形成過程，當作處罰的依據，使得刑法賴以指導的基礎，會有崩潰之虞。因為刑法所關注的行為，應當是指對於法益侵害可能客觀存在的行為而言，預備與陰謀者，都只是行為實現前的階段。這些階段或許只是行為人思想意識中的構想，又或許只是一種為侵害前所做的準備工作而已，應非刑法所要判斷的行為階段。

綜上語未：

按人民於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有抵觸憲法之疑義者，得聲請解釋憲法。惟按司法院釋字第374號、238號解釋理由謂：司法院大法官審理案件法第5條第1項第2款……所指命令，並不以形式意義之命令或使用法定名稱者為限……司法機關在具體各案外，表示其適用法律之見解者，依現行制度有判例及決議二種。判例經人民指摘者違憲者，視同命令予以審查……最高法院之決議，原僅供院內法官辦案之參考，並無必然之拘束力，與判例雖不能等量齊觀，惟決議之制作既有法令依據……又為代表最高法院之法律見解，如經法官於裁判上援用時，自應認與命令相當。

許人民依首開法律之規定，聲請本院解釋……。據此，聲請人確認該系爭決議規定本身
明顯違反憲法罪刑法定原則，並提上述客觀上形成違憲之具體理由，且符合依大法官
受理審理案件法之規定。爰請 大院本於憲法守護者之地位，准予受理，深
感德澤。

謹 呈

此致

司法院

公鑒

證物名稱
及件數

台灣高等法院台南分院105年度原上訴字第16號(刑事判決書)。

中華民國 109 年 11 月 11 日

具狀人

林佩瑜

簽名蓋章



撰狀人

林佩瑜

簽名蓋章



