

司法院釋字第 792 號解釋抄本



司法院公布令.....	1
解釋文及解釋理由書.....	1
黃大法官虹霞提出之協同意見書.....	9
蔡大法官明誠提出，黃大法官虹霞加入之協同意見書.....	10
林大法官俊益提出之協同意見書.....	21
詹大法官森林提出，黃大法官虹霞加入第壹、貳、參、伍及陸部分之 協同意見書.....	33
謝大法官銘洋提出之協同意見書.....	45

解 釋

司法院 令

發文日期：中華民國109年6月19日

發文字號：院台大二字第1090017996號

公布本院大法官議決釋字第 792 號解釋

附釋字第 792 號解釋

院長 許 宗 力

司法院釋字第 792 號解釋

解釋文

最高法院 25 年非字第 123 號刑事判例稱：「……販賣鴉片罪，……以營利為目的將鴉片購入……其犯罪即經完成……」及 67 年台上字第 2500 號刑事判例稱：「所謂販賣行為，……祇要以營利為目的，將禁藥購入……，其犯罪即為完成……屬犯罪既遂。」部分，與毒品危害防制條例第 4 條第 1 項至第 4 項所定販賣毒品既遂罪，僅限於「銷售賣出」之行為已完成始足該當之意旨不符，於此範圍內，均有違憲法罪刑法定原則，牴觸憲法第 8 條及第 15 條保障人民人身自由、生命權及財產權之意旨。

解釋理由書

聲請人陳○忠（下稱聲請人一）於中華民國 98 年間因違反毒品危害防制條例案件（下稱毒品案件），經臺灣板橋地方法院判決後，檢察官及聲請人一均向臺灣高等法院提起上

訴，該院以 99 年度上訴字第 2192 號刑事判決撤銷原判決，改依 98 年 5 月 20 日修正公布之毒品危害防制條例（下稱 98 年毒品條例）第 4 條第 1 項及第 2 項之販賣第一級及第二級毒品罪論處，復經最高法院 100 年度台上字第 1633 號刑事判決以聲請人一之上訴不合法律上之程式為由而駁回確定，是其聲請應以上開臺灣高等法院刑事判決為確定終局判決（下稱確定終局判決一）。聲請人一主張確定終局判決一所實質援用之最高法院 25 年非字第 123 號刑事判例（下稱系爭判例一）要旨謂販賣毒品罪，並不以販入後復行賣出為構成要件，祇要以營利為目的，將毒品販入或賣出，有一於此，犯罪即經完成，而以販賣既遂罪論處，有牴觸憲法之疑義，向本院聲請解釋。

聲請人吳○明（下稱聲請人二）於 99 年間因毒品案件，先後經臺灣苗栗地方法院及臺灣高等法院臺中分院判決論處罪刑。嗣經最高法院撤銷原判決，並發回更審。經臺灣高等法院臺中分院 100 年度上更（一）字第 56 號刑事判決依 98 年毒品條例第 4 條第 1 項之販賣第一級毒品罪論處，復經最高法院 101 年度台上字第 3686 號刑事判決以聲請人二之上訴不合法律上之程式為由而駁回確定，是其聲請應以上開臺灣高等法院臺中分院更審判決為確定終局判決（下稱確定終局判決二）。聲請人二主張確定終局判決二所適用之最高法院 67 年台上字第 2500 號刑事判例（下稱系爭判例二）要旨謂販賣行為，不以販入之後復行賣出為要件，只要以營利為目的而購入或賣出，犯罪即為完成，有牴觸憲法之疑義，向本院聲請解釋。

聲請人鄭○家（下稱聲請人三）於 99 年間因毒品案件，先後經臺灣臺北地方法院及臺灣高等法院 99 年度上重訴字

第 67 號刑事判決，依 98 年毒品條例第 4 條第 1 項之販賣第一級毒品罪論處，復經最高法院 100 年度台上字第 1106 號刑事判決以聲請人三之上訴不合法律上之程式為由而駁回確定，是其聲請應以上開臺灣高等法院刑事判決為確定終局判決（下稱確定終局判決三）。聲請人三主張確定終局判決三所實質援用之系爭判例一有牴觸憲法之疑義，向本院聲請解釋。

聲請人謝○盛（下稱聲請人四）於 99 年間因毒品案件，先後經臺灣桃園地方法院及臺灣高等法院 100 年度上訴字第 3579 號刑事判決，依 98 年毒品條例第 4 條第 2 項、第 3 項及第 4 項之販賣第二級、第三級及第四級毒品罪論處，復經最高法院 101 年度台上字第 3439 號刑事判決以聲請人四之上訴不合法律上之程式為由而駁回確定，是其聲請應以上開臺灣高等法院刑事判決為確定終局判決（下稱確定終局判決四）。聲請人四主張確定終局判決四所實質援用之系爭判例一有牴觸憲法之疑義，向本院聲請解釋。

聲請人陳○明（下稱聲請人五）於 94 年間因毒品案件，先後經臺灣屏東地方法院及臺灣高等法院高雄分院 97 年度上訴字第 1104 號刑事判決，依 92 年 7 月 9 日修正公布之毒品危害防制條例（下稱 92 年毒品條例）第 4 條第 1 項之販賣第一級毒品罪論處，復經最高法院 99 年度台上字第 292 號刑事判決以聲請人五之上訴不合法律上之程式為由而駁回確定，是其聲請應以上開臺灣高等法院高雄分院刑事判決為確定終局判決（下稱確定終局判決五）。聲請人五主張確定終局判決五所適用之系爭判例二有牴觸憲法之疑義，向本院聲請解釋。

聲請人陳○廷（下稱聲請人六）於 94 年間因毒品案件，

先後經臺灣板橋地方法院及臺灣高等法院刑事判決，論處罪刑。嗣經最高法院撤銷原判決，並發回更審。臺灣高等法院更審判決，依 92 年毒品條例第 4 條第 1 項之販賣第一級毒品罪論處，復經最高法院 97 年度台上字第 1377 號刑事判決以聲請人六之上訴無理由而駁回確定，是其聲請應以上開最高法院刑事判決為確定終局判決（下稱確定終局判決六）。聲請人六主張確定終局判決六維持第二審法院認定其行為構成販賣毒品，適用之系爭判例二有牴觸憲法之疑義，向本院聲請解釋。

聲請人王○焱（下稱聲請人七）於 97 年間因毒品案件，先後經臺灣高雄地方法院及臺灣高等法院高雄分院刑事判決，論處罪刑。嗣經最高法院撤銷原審關於意圖販賣而持有第一級毒品部分之判決，並發回更審。臺灣高等法院高雄分院 98 年度上更（一）字第 121 號刑事判決改以 92 年毒品條例第 4 條第 1 項之販賣第一級毒品罪等論處，復經最高法院 99 年度台上字第 2400 號刑事判決以聲請人七之上訴不合法上之程式為由而駁回確定，是其聲請應以上開臺灣高等法院高雄分院更審判決為確定終局判決（下稱確定終局判決七）。聲請人七主張確定終局判決七所實質援用之系爭判例一有牴觸憲法之疑義，向本院聲請解釋。

按確定終局裁判援用判例以為裁判之依據，而該判例經人民指摘為違憲者，應視同命令予以審查，迭經本院解釋在案（本院釋字第 154 號、第 271 號、第 374 號、第 569 號及第 582 號等解釋參照）。查確定終局判決二、五及六，適用系爭判例二；確定終局判決一、三、四及七就系爭判例一，雖均未明確援用，但由其所持法律見解判斷，應認皆已實質援用（本院釋字第 582 號、第 622 號、第 675 號、第 698 號、

第 703 號及第 771 號解釋參照）。次查，系爭判例一及二雖經最高法院於 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，惟前開 7 件確定終局判決均作成於上述刑事庭會議之前，並分別適用或實質援用系爭判例一或二，而論處聲請人等觸犯 98 年或 92 年毒品條例第 4 條之販賣毒品既遂罪。是聲請人等之聲請，核與司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第 5 條第 1 項第 2 款要件相符，均應受理。

又上述 7 件聲請案，分別涉及系爭判例一及二，爭點相同，爰予併案審理，作成本解釋，理由如下：

按刑罰法規涉及人民生命、人身自由及財產權之限制或剝奪，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，並具預見之可能性（本院釋字第 602 號解釋參照）。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，而擴增可罰行為範圍。法院組織法 108 年 1 月 4 日修正公布，同年 7 月 4 日施行前，於違憲審查上，視同命令予以審查之刑事判例，尤應如此，否則即有悖於憲法罪刑法定原則。

查聲請人等行為時適用之 92 年及 98 年毒品條例第 4 條第 1 項至第 4 項，分別規定：「（第 1 項）……販賣第一級毒品者，處死刑或無期徒刑……。 （第 2 項）……販賣第二級毒品者，處無期徒刑或 7 年以上有期徒刑……。 （第 3 項）……販賣第三級毒品者，處 5 年以上有期徒刑……。 （第 4 項）……販賣第四級毒品者，處 3 年以上 10 年以下有期徒刑……。」（本條文嗣後分別於 104 年 2 月 4 日、109 年 1

月 15 日兩度修正，惟僅加重處罰之刑度，構成要件均未修正。）

按刑罰規定之用語應以受規範者得以理解及可預見之標準解釋之，始符合刑法解釋之明確性要求，俾能避免恣意入人民於罪，而與憲法保障人民基本權之意旨相符。前開條文構成要件中所稱之「販賣」一詞，根據當前各版本辭典所載，或解為出售物品，或解為購入物品再轉售，無論何者，所謂販賣之核心意義均在出售，均非單指購入物品之行為。

再就毒品危害防制條例（下稱毒品條例）第 4 條本身之體系著眼，該條第 1 項至第 4 項將販賣毒品與製造、運輸毒品之構成要件併列，並對該三種犯罪態樣，科以相同之法定刑。由此推論，本條所指之「販賣」毒品行為嚴重程度，應與製造及運輸毒品相當。所謂製造毒品係將毒品從無至有，予以生產，進而得危害他人；而運輸毒品係從一地運至他地，使毒品流通於他地，產生危害。基於同一法理，販賣毒品罪，應在處罰「賣出」毒品，因而產生毒品危害之行為，蓋販賣須如此解釋，其嚴重程度始與上述製造與運輸毒品之危害相當。

次就毒品條例整體體系觀之，本條例第 5 條及第 14 條第 1 項及第 2 項分別定有「『意圖販賣而持有』毒品罪」、「『意圖販賣而持有』罌粟種子、古柯種子或大麻種子罪」，如該二條文所稱販賣一詞之理解得單指購入，勢必出現僅意圖購入即持有毒品之不合理解釋結果。基於同條例散見不同條文之同一用詞，應有同一內涵之體系解釋，益見毒品條例第 4 條所稱之販賣，非得單指購入之行為。

另本條例第 4 條第 6 項及第 5 條，分別定有「販賣毒品未遂罪」及「意圖販賣而持有毒品罪」；而就「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」之相應規範。亦即，立法者於衡量不同態樣之毒品犯罪行為，及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後，於本條例第 4 條第 1 項至第 4 項、第 6 項、第 5 條及第 11 條，將販賣毒品、持有毒品之行為，建構出「販賣毒品既遂」、「販賣毒品未遂」、「意圖販賣而持有毒品」及「持有毒品」四種不同犯罪態樣之體系，並依行為人對該等犯罪所應負責任之程度，定其處罰。是依據前開規定所建構之體系，毒品條例第 4 條第 1 項至第 4 項所定之「販賣毒品既遂」，解釋上，應指銷售賣出之行為已完成者而言，不包含單純「購入」毒品之情形。

又由歷史解釋之觀點而言，自現行毒品條例前身，即 44 年 6 月 3 日制定公布之戡亂時期肅清煙毒條例（下稱 44 年煙毒條例），就販賣、持有毒品之行為，即採區分「販賣毒品（或鴉片）」、「販賣毒品（或鴉片）未遂」、「意圖販賣而持有毒品（或鴉片）」及「持有毒品（或鴉片）」四類不同之罪名，並由重至輕訂定相應法定刑度之立法模式（44 年煙毒條例第 5 條、第 6 條、第 7 條及第 10 條參照）。該條例其後雖曾經 81 年 7 月 27 日修正公布名稱為肅清煙毒條例、87 年 5 月 20 日修正公布名稱為毒品危害防制條例及全文修正共 36 條，及多次細部修正，惟上述經 44 年煙毒條例所確立之區別販賣毒品及持有毒品犯罪態樣，迄今皆未有變動。足見從 44 年之後，立法者有意將販賣毒品及持有毒品之犯罪，予以細緻化區分，自始至終，均無意將單純「購入」毒品之行為，以「販賣毒品既遂」論處。

由是可知，不論依文義解釋、體系解釋及立法者之原意，毒品條例第 4 條第 1 項至第 4 項所定販賣毒品既遂罪，僅限

於「銷售賣出」之行為已完成，始足該當。如有悖於上開意旨，擴張或增加法律規定所無之內容，而擴增可罰行為範圍，即與憲法罪刑法定原則有違。

系爭判例一稱：「禁菸法上之販賣鴉片罪，並不以販入之後復行賣出為構成要件，但使以營利為目的將鴉片購入或將鴉片賣出，有一於此，其犯罪即經完成，均不得視為未遂。」系爭判例二亦稱：「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，將禁藥購入或賣出，有一於此，其犯罪即為完成……屬犯罪既遂。」均認所謂販賣，祇要以營利為目的，而有購入之行為，即足構成。

惟毒品條例第 4 條第 1 項至第 4 項所定販賣毒品既遂罪，僅限於「銷售賣出」之行為已完成，始足該當，業如前述。系爭判例一及二，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，與上開販賣意旨不符，於此範圍內，均有違憲法罪刑法定原則，牴觸憲法第 8 條及第 15 條保障人民人身自由、生命權及財產權之意旨。

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，併此指明。

大法官會議主席 大法官 許宗力

大法官 蔡烱燉 黃虹霞 吳陳銀 蔡明誠
林俊益 許志雄 張瓊文 黃瑞明
詹森林 黃昭元 謝銘洋 呂太郎
楊惠欽 蔡宗珍

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。

釋字第 792 號解釋協同意見書

蔡大法官明誠 提出

黃大法官虹霞 加入

本號解釋就業經最高法院刑事庭決議不再援用之最高法院 25 年非字第 123 號刑事判例「禁菸法上之販賣鴉片罪，並不以販入之後復行賣出為構成要件，但使以營利為目的將鴉片購入或將鴉片賣出，有一於此，其犯罪即經完成，均不得視為未遂。」¹及 67 年台上字第 2500 號刑事判例「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，將禁藥購入或賣出，有一於此，其犯罪即為完成……屬犯罪既遂。」（下併稱系爭判例），²認其違憲，基於憲法保障人民基本權之意旨及目的，固可贊同。惟對於販賣概念之定義及相關論述，仍值得再推敲，爰提出協同意見書如下：

一、販賣概念之再思考

有關販賣之概念，如基於法律概念之相對性(Relativität des

¹ 對照最高法院 25 年非字第 123 號刑事判例當時所解釋的禁菸法（民國 18 年 7 月 25 日由國民政府公布）第 6 條規定：「製造鴉片或其代用品或販賣或意圖販賣而持有或運輸者，處一年以上五年以下有期徒刑，得併科五千圓以下罰金。」

² 此外，最高法院 68 年台上字第 606 號刑事判例「藥物藥商管理法第七十三條第一項所謂販賣，係指明知其為偽藥或禁藥，意圖販賣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，有一即屬成立。」69 年台上字第 1675 號刑事判例「藥物藥商管理法第七十三條第一項之明知為偽藥或禁藥而販賣罪，固不以販入之後，復行賣出為構成要件，但仍須以營利為目的，將偽藥或禁藥購入，或將偽藥或禁藥賣出，二者必有其一，犯罪始為成立，方可論以既遂。」

上開二則判例與系爭判例，均經最高法院 101 年度第 6 次、第 7 次及第 10 次刑事庭會議決議「判例不合時宜，不再援用」。

Rechtsbegriffs)³，難免因其廣狹範圍不同而生差異性之解釋⁴，⁵

³ 在德國聯邦最高法院刑事判決，對刑法之法律概念相對性，亦曾發生是否違反憲法明確性要求 (das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot) 之疑義。例如心理治療處置 („psychotherapeutische Behandlung“) 係屬不確定法律概念，需要構成要件要素之具體化，如何使受規範者對其適用得以預見 (für den Normadressaten vorhersehbar)，不無困難存在。在刑法以外之領域，例如德國法中有關經許可之樂透與不經許可且無須對價之抽獎遊戲之概念 (Begriffe „Glücksspiel“ und „Gewinnspiel“) 得適用於不同情況。

基於法律概念之相對性，依德國通說，同一法律用語於不同法秩序（法規範）之不同解釋，不被視為法秩序統一性之問題 (Einheit der Rechtsordnung)。於此範圍，係屬法律概念相對性觀點之實現。德國學理上亦認為，在稅法、民法及環境刑法及環境行政法領域，均可能發生此種情況。(參照 Tobias Kruis, Verwaltungsakzessorietät und Einheit der Rechtsordnung, NVwZ 2012, 797, 800f., Fn.42-beck-online.)

⁴ 所謂法律概念之相對性，為德國學說所採用。在刑法上若干用語，亦存在此一相對性現象。例如刑法第 261 條洗錢 (Geldwäsche, § 261 StGB) 罪與贓物罪，均屬後續犯罪 (或譯「後行犯」) 性質 (Charakter eines „Anschlussdelikts“)，但贓物犯有前行犯 (Vortäter) 與後行犯，洗錢犯則未有前行犯問題，故兩者適用範圍有所差異。且在其行為要素，均包含刑法第 261 條第 2 項第 1 款規定「為自己或第三人取得」 („sich oder einem Dritten verschafft“) (§ 261 II Nr. 1 StGB)。如有構成要件特別解釋之必要性 (Notwendigkeit einer „tatbestandspezifischen“ Auslegung) 時，該概念內涵之解釋，作出與其不同之規範脈絡 (von dem ihn umgebenden normativen Kontext)。此可能導致同一文字在不同構成要件關聯具有不同意義。有稱此現象為法律概念之相對性。在德國實務及學說中，有將前述兩種有關為自己或第三人取得之概念，經由構成要件之特別解釋，即將刑法第 261 條 (洗錢; 不法取得財產價值之隱匿) 第 2 項第 1 款規定「為自己或第三人取得」之廣義解釋，而贓物罪之「為自己或第三人取得」之較狹義解釋，使兩者在概念解釋不再發生差異。因此，上述之例，可見德國刑法第 259 條規定贓物罪 (Hehlerei (§ 259 StGB)) 之「為自己或第三人取得」 („sich oder einem Dritten verschafft“) (即所謂「取得」 (Verschaffung) 要件)，在刑法不同規定之用語，可能透過目的及體系解釋，得到廣義或較狹義之解釋結果，亦因其解釋而異其規範內涵，即呈現法律概念之相對性。於此情形，因刑法用語之解釋而生不同規範內涵，故有稱之為特洛伊木馬 (ein Trojanisches Pferd)，德國學說上有建議避免使用同一文字，立法者對

此是否係因文字之多義性所造成者，或立法者之規範設計本意所在，抑或因規範解釋之見解上差異性所引起者，均值得深究之。此外，法律專業用語，通常固以其所涉及法領域作為解釋基礎。但有些用語，不乏引自一般用語。本號解釋所涉及販賣一詞，即屬其例。

就販字而言，有將販作為動詞，係指從甲地買進貨物到乙地去出賣。亦即其具有「賤買貴賣」或「買賤賣貴」，稱為販，並含有成批買進貨物，零星賣售之意涵。另有將販作為名詞，以小販稱之，係指買賤賣貴者或販賣貨物之人或做小生意之人。⁶此外，有將「販」單指買入而言，販賣係指商人買賣貨物。認「販」含有「買進」與「賣出」二義，此種相反之二

此宜改用其他用語取代之。（參照 Wolfgang Mitsch, „Verschaffen“ als Merkmal des Straftatbestandes, JA 2020, 32, 35f.-beck-online.）。

⁵ 比較我國民法規定，亦不乏其例。例如民法有關處分概念，因是否純屬法律上處分（包括設定負擔等物權行為），或其尚包含債權行為，或兼及事實上處分（如建物之拆除），例如民法第 118 條有關無權處分規定，此之所謂處分，係指處分行為而言，包括物權行為及準物權行為（如債權讓與），但不包括負擔行為（債權行為），此屬於狹義處分概念。另民法第 819 條第 2 項有關共有物之處分，所謂處分，包括事實上處分及法律上處分（處分行為）。（參照王澤鑑，民法物權，台北市：作者發行，2010 年 6 月增訂 2 版，頁 79，286 以下。）可見處分之同一用語，在民法則因概念之廣義或狹義，而異其定義，即屬一例。

⁶ 參照商務印書館編審，辭源，65 年修訂正續合編附補編臺 5 版，頁 1410；臺灣中華書局辭海編輯委員會編，辭海，69 年 3 月初版，頁 4163；將門文物編輯部編著，辭海，76 年 2 月本版，頁 1064；臺灣中華書局編輯部編輯，中華大字典，72 年 9 月臺六版，頁 2184；東方出版社編輯委員會編著，東方國語辭典革新版，83 年，頁 1425；國語日報出版中心主編，新編國語日報辭典，101 年 11 月 1 版，頁 1676。

種意思，只有看上下文才能知道。⁷總之，就販賣二字而言，有解為買賣也，有解為商人由生產者販入貨物，而轉售於消費者。亦有解為販賣係指商人出售貨物之行為，即是將東西賣出去（亦即「販賣出去」）。從中文辭典及刑法文獻，不乏認販賣兼含有販入與賣出之意義。此更顯示中文用語，有如外文文字一般，往往兼有多義性。

另如從其商業行為發展階段觀之，販賣不宜認其僅是「銷售賣出」，而宜解為含有販入（或稱購入、買進）之前階段行為，較符合該文字之原意。是其宜從法律規範上下文脈絡(context; Kontext)，探求其規範之意旨與目的(Sinn und Zweck)，而非純採概念法學方式，單由文字之字面解釋。退而言之，若採取法律體系解釋，有時不宜忽視法律概念相對性，因不同法律規定所使用相同文字，可能因有廣狹定義而生不同之解釋結果，且因有前述販賣用語多義性之可能情形，亦認其性質上係屬「需要解釋之法律概念」(auslegungsbedürftige Rechtsbegriffe)，故文義、歷史及體系解釋以外，仍宜檢視其是否符合特別刑法意旨之目的解釋。

二、系爭判例之問題所在

系爭判例分別作成於民國（下同）25 年與 67 年，兩者相隔四十多年，但對於販賣之概念，從字面而言，均將之理解為購入（販入）與賣出，而非僅限於「銷售賣出」意涵。此一解釋，在中文辭典及刑法文獻中，亦非少見。系爭判例見解過苛

⁷ 參照周何總主編、邱德修副主編，國語活用辭典，台北市：五南，96 年 3 版 12 刷，頁 1876。

問題，將之完全歸責於販賣概念所引起，則不無疑義。尤其是此問題可能因販賣概念之多義性或法律概念相對性，恐有不同理解之餘地。惟系爭判例進一步認為所謂販賣，祇要以營利為目的，而有購入之行為，即足構成。亦即系爭判例之主要問題，在於將販賣行為階段，非以賣出之最後階段，作為既遂犯之完成階段，認為「有一於此」，其犯罪即為成立，而將既遂犯包含購入階段。⁸如一有購入行為，即認為販賣行為完成之既遂，不免有刑罰過苛之疑慮。因此，本號解釋認系爭判例就此部分，抵觸憲法第 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，是從聲請人之基本權保障觀之，可資贊同。

三、以罪刑法定原則或法律明確性原則作為解釋依據

基於罪刑法定原則之要求⁹，刑法構成要件須符合明確性原則。此所謂構成要件明確性原則，屬罪刑法定原則派生之原則或原理。無論是犯罪的成立要件還是其法律效果，皆應力求明確，以使一般人民能夠瞭解什麼是禁止之行為，據此行止，

⁸ 過去實務上對於販賣行為的看法，均遵從最高法院 25 年非字第 123 號判例之見解，將販賣毒品、偽藥或禁藥罪之販賣行為，解釋為「販賣，不以販入後復行賣出為必要」，因此，祇要行為人以營利的主觀意思販入毒品、偽藥或禁藥，縱未將之再行賣出，仍然成立販賣既遂罪。這樣對於販賣既遂的解釋，在刑事法上會產生的疑慮，詳參王皇玉，販賣毒品行為的罪與罰，收錄於氏著「刑罰與社會規訓—台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變」，台北市：元照，2009 年 4 月，頁 190-192。

⁹ 在法治國家保障人民基本人權的法律保留原則要求之下，對於刑法的適用，即為罪刑法定主義。參照蘇俊雄，刑法總論 I，台北市：作者發行，87 年 3 月修正再版，頁 227。

稱為明確性原則或要求。¹⁰

有關刑法上所謂法定原則(Gesetzlichkeitsprinzip)（或譯罪刑法定原則¹¹、法律性原則），在於預防無法律或基於不確定或回溯性法律而為恣意、不可預測之處罰，此即所謂無法律則無犯罪、無刑罰(Kein Verbrechen, keine Strafe ohne Gesetz)。前述法定原則，傳統上衍生四種「禁止」(Verboten)之效力。¹²其中類推適用禁止與刑法成立及加重習慣法之禁止，係針對法官而言，而回溯效力禁止與不確定刑法及刑罰之禁止，係針對立

¹⁰ 無法律，即無犯罪，即無刑罰，為罪刑法定原則的核心。參照林鈺雄，新刑法總則，台北市：元照，2019年9月7版，頁40、44。

¹¹ 參照蘇俊雄，同前揭註9書，頁173以下。其認為罪刑法定主義，對於刑法法源、刑法適用效力之界定，具有四項基本意義，形成罪刑法定主義之刑法理論體系：犯罪與處罰的法律明定原則、法律概念明確原則、禁止類推解釋原則與不溯及既往原則。且認為刑罰規定的對象，是一般的國民，所以法律規定應以社會一般人（另稱「一般社會平均人」），對於刑法禁止與處罰內容均能理解，並就其規定意旨能作合理解釋的文字加以規定，為其起碼的準則。於英美法國家，則由憲法上「正當法律程序」原則，發展成「不明確無效原則」(void-for-vagueness)，亦即源自美國憲法增修第5條（適用於聯邦）及第14條（適用於各邦）之實質正當程序保障(the substantive due process guarantee)。另有所謂「民眾理解準則」，刑罰規定由通常知識者(men of common intelligence)觀點加以理解。此係參考美國聯邦最高法院於1926年作出指標性判決“*Connally v. General Construction Co.*, 269 U.S. 385 (1926)”，有關「不明確無效的原則」之評論，參照 Ryan McCarla, *Incoherent and Indefensible: an Interdisciplinary Critique of the Supreme Court’s “Void-for-Vagueness” Doctrine*, 42 Hastings Const. L.Q. 73(2014)。

¹² 在德國文獻上，有從刑法保障功能觀點，衍生法定原則與類推禁止、明確性原則與溯及效力禁止。但由基本法第103條第2項所衍生之明確原則，並未排除「需要解釋之法律概念」之運用(Die Verwendung auslegungsbedürftiger Rechtsbegriffe)。(參照 Uwe Murmann, *Grundkurs Strafrecht*, 3.Aufl., München: Beck, 2015, Rn.4ff..)

法者而言。¹³有關不確定刑法及刑罰之禁止 (Verbot unbestimmter Strafgesetze und Strafen; nullum crimen, nulla poena sine lege certa)，如從比較憲法觀之，德國基本法第 2 條規定要求充分明確性(eine hinreichende Bestimmtheit)，不僅是可罰性要件之明確性 (Bestimmtheitsgrundsatz der Strafbarkeitsvoraussetzungen)，亦要求刑罰及其他犯罪效果之明確性。¹⁴換言之，基於明確性之要求(Bestimmtheitsgebot)，刑法須呈現明確性之最低度要求，以使該規制內容及範圍，可為受規範者認識(für die Adressaten erkennbar)。前述主要係針對刑法規定之要件及刑罰效果之明確性問題。

法律本身為抽象性之概念，須透過解釋具體適用，對於刑法之解釋，一般公認必須以不違背罪刑法定主義精神之方法及法則為之。¹⁵在司法工作上，罪刑法定原則在法律之解釋方面限制法律人之自由，藉以保障人民之基本權利。換言之，罪刑法定原則不僅限制立法者明確界定國家刑罰權之範圍，同時亦要求司法者在解釋法律時，必須依一定之法則，具體化立法者之抽象條文。因此，其並不僅是不利於被告之禁止類推適用，而是在解釋上皆須遵守罪刑法定原則之精神。¹⁶

¹³ 參照 Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4.Aufl., München:Beck, 2006, §5 Rn.1, 7ff., 67ff..

¹⁴ 參照 Claus Roxin, a.a.O., §5 Rn.80..

¹⁵ 參照蘇俊雄，同前揭註 9 書，頁 271-272。

¹⁶ 參照鄭逸哲，罪刑法定主義七十年，收錄於「刑法七十年之回顧與展望紀念論文集（一）」，台北市：元照，2001 年 1 月，頁 96。又時間之因素，在刑法解釋上，亦扮演重要角色。對於新近公布施行之刑法條款，則以主觀理論為主，就法律條文的實體內容，從事解釋。相

尤其毒品危害防制條例（下稱毒品條例）歷經數次修正，加重刑度，對於販賣毒品行為之構成要件解釋，應予慎重。販賣毒品之處罰理由，既然在於販賣行為會將毒品帶入購買者可得支配之領域，使購買者之身體健康，陷於遭受傷害之危險境地。因此，販賣毒品罪之既遂程度，亦應從法益保護之觀點來認定。亦即，在以有償為目的而從事毒品交易活動時，其必須是販賣者基於營利之目的或意圖，將毒品移轉給買受者，如此始達到既遂之程度。因為毒品必須到達買受者可得支配之領域後，對於買受者之身體、健康利益始有受損之可能。¹⁷

本號解釋認「按刑罰法規涉及人民生命、人身自由及財產權之限制或剝奪，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，並具預見之可能性（本院釋字第 602 號解釋參照）。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，而擴增可罰行為範圍。」「按刑罰規定之用語應以受規範者得以理解及可預見之標準解釋之，始符合刑法解釋之明確性要求，俾能避免恣意入人民於罪，而與憲法保障人民基本權

對地，對於公布施行已久之刑法條款，則因法律制定至法律適用之時，已經過一段漫長時間，故應著重客觀解釋理論從事解釋，但仍須固守罪刑法定原則之內涵。參照林山田，刑法通論（上冊），台北市：元照，2008 年 1 月增訂 10 版，頁 151。

¹⁷ 販賣毒品罪之處罰規定，基本上是為了保護不特定多數人之生命、身體、健康法益不受毒品侵害。毒品販賣罪之抽象危險犯構成要件，從法益保護的觀點來看，固然有其正當性。從刑事政策觀點而言，亦屬一種較為合理之風險分配方式。參照王皇玉，同前揭註 8 書，頁 189。

之意旨相符。」可謂同樣意旨。因此，本號解釋以罪刑法定原則為憲法審查依據，認系爭判例將一有販入（或購入）毒品之行為即該當販賣毒品既遂罪部分係屬違憲，可呼應最高法院於101年後將系爭判例停止援用之見解變更，此解釋結果自對於聲請人有利。惟系爭判例經援用數十餘年，是因販賣用語之多義性所致，或另有其他緣故，不無推敲之餘地。

四、從解釋論與立法論看毒品販賣行為之規範設計問題

---代結語

有關毒品條例販賣行為之概念、構成要件、既遂時期、實行之著手期間及刑罰效果，理論上亦可分別從解釋論與立法論（政策論）出發，設計一套具合理性且實效性之刑法規範制度。茲藉由本院解釋認定系爭判例部分違憲，係屬不得已之最後手段。尤其是在法律概念之解釋有所困難時，應及時從立法論（政策論及價值判斷）進行檢討。此外，在進行解釋論及立法論兩方面檢討時，亦應考量毒品犯罪跨國境之國際化現象，故因應現實之需求，相關機關應調整既有不完善之立法技術及規範設計，及時回應社會之要求及挑戰。再者，當今社會犯罪手法型態日益多樣化，如何將毒品條例第4條第1項至第4項所稱販賣與毒品之交易活動加以區分，並予以類型化，使從事毒品交易之犯罪行為構成要件與刑罰效果，得以符合罪責原則、罪刑法定原則或罪刑相當原則。職是，長期之計，相關機關就法律涉及毒品販賣犯罪行為之可罰性要件及其刑罰效果

者，宜參考外國立法例、實務經驗及學說¹⁸，¹⁹並考量我國社

¹⁸ 例如德國麻醉藥品法第 29 條有關犯罪行為，分別就有償與無償，或有無自己獲利（自利）(eigennützige Weitergabe an einen anderen)之轉讓於他人，即如麻醉藥品之無償交付(die unentgeltliche Übergabe von Bestäubungsmitteln)，係屬交付(Abgabe)。如係為麻醉品之贈與，通常認係利他行為(alttruistisches Handeln; altruistic behavior)，不該當從事交易之構成要件(Tatbestand des Handeltreibens)。又其係非自利轉讓於他人，例如以成本價格出售(beim Verkauf zum Selbstkostenpreis)者，係指出讓（有譯為出售）(Veräußerung)。（參照 Patzak, in: Körner/Patzak/Volkmer, Betäubungsmittelgesetz, 9. Aufl., 2019-beck-online, BtMG §29 Rn.26.）上述從事交易與出讓（出售）兩種類型，德國麻醉藥品法第 29 條第 1 項給予相同之法定刑，並未有區分。但行為人係以職業性(Gewesmäßig)方式進行前述行為，或對多數人之健康造成損害時，依同條第 3 項規定，以 1 年以上自由刑，加重處罰。如行為人 20 歲以上，而與 18 歲以下之人從事交易或出讓行為時，以 5 年以上自由刑，加重處罰。

在日本麻藥五法中，亦未就販賣與轉讓加以類型區分，而是以交付與收受作為基本類型，因此，不論為買賣、贈與或交換等移轉毒品持有關係之型態，均可包含在內。如行為人以營利之目的交付或收受毒品時，則給予加重處罰。在日本立法例上，將意圖營利作為加重處罰之要件，與我國之立法方式有別。

綜上，於比較德國及日本立法例後，有認為以意圖營利作為販賣毒品罪之成立要件，實屬畫蛇添足之舉，因為販賣行為本質上必然包含有償之性質在內。至行為人所獲得之財產利益是否與毒品價格相當，本來就不是要被考慮之要素。（參照張天一，論販賣毒品罪在立法及適用上之問題，中原財經法學，24 期，2010 年 6 月，頁 179-182, 190-191。）此對於現行毒品條例有關販賣與轉讓行為處罰之學說見解，可供參考。

¹⁹ 當然，比較外國立法例，自應隨時掌握其最新發展狀況，例如前述從事交易(Handeltreibens)，德國實務界及學界亦有批評從事交易概念之廣義解釋，指摘其有違背法定性，構成要件不明確，有如準備、未遂、既遂、正犯及共犯、未採取行動之取消可能性(fehlende Rücktrittsmöglichkeiten)及（認定毒品交易之嫌疑）猜測式刑罰之危險(Gefahr von Verdachtsstrafen)。（參照 Patzak, in: Körner/Patzak/Volkmer, a.a.O., BtMG §29 Rn.31.）從比較法觀察，可見任一外國立法例皆非十全十美，尚須與時俱進，故前述就從事交易概

會之發展狀況，且基於毒品交易犯罪行為態樣之多樣化，相關機關應適時全面重新檢討從事毒品交易行為所涉及法益侵害及不法內涵，兼顧個人法益之憲法保障意旨及目的，處以相對應之刑罰，以期毒品防制之刑法規定更具有合理性及實效性！

念可能解釋過廣之疑義，在德國法受到批評之情形，如未來有參考德國立法例之需要時，亦宜一併考量之。

釋字第 792 號解釋協同意見書

依本解釋意旨，販賣的核心意義在出售（賣）
買又賣，有核心意義的賣，成立販賣毒品既、未遂罪
買沒賣，無核心意義的賣，不成立販賣毒品罪

林俊益大法官 提出

壹、前言

本件解釋係【販賣毒品既遂案】。

本解釋合併審理 7 件人民聲請案，原因案件都是違反毒品危害防制條例案件，聲請釋憲客體是，最高法院 101 年間決議不再援用之 25 年非字第 123 號刑事判例（下稱系爭判例一）及 67 年台上字第 2500 號刑事判例（下稱系爭判例二）。

釋憲結果：系爭判例一及二有關以營利為目的將鴉片（毒品）購入，其犯罪即經完成，成立販賣既遂罪部分，與毒品危害防制條例（下稱毒品條例）第 4 條第 1 項至第 4 項所定販賣毒品既遂罪，僅限於「銷售賣出」之行為已完成始足該當之意旨不符，於此範圍內，均有違憲法罪刑法定原則，牴觸憲法第 8 條及第 15 條保障人民人身自由、生命權及財產權之意旨。

本席就上開釋憲結論，敬表贊同。惟形成釋憲結論的論理，與解釋理由所述略有不同，因此提出本協同意見書。

貳、系爭判例一及二的說明

一、系爭判例一

18 年 7 月 25 日國民政府時期公布的禁烟法¹第 6 條規定：「製

¹ 見國民政府公報，法規，第 226 號

造鴉片或其代用品²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 5 千圓以下罰金。」(嗣已廢止，另於 44 年 6 月 3 日制定戡亂時期肅清煙毒條例，嗣迭修正為肅清煙毒條例、毒品危害防制條例)。上開條文規範的犯罪行為有製造、販賣、意圖販賣而持有、運輸 4 種態樣。依同法第 12 條規定：「第 6 條至第 11 條之未遂罪罰之。」

系爭判例一稱：「禁菸法上之販賣鴉片罪，並不以販入之後復行賣出為構成要件，但使以營利為目的將鴉片購入或將鴉片賣出，有一於此，其犯罪即經完成，均不得視為未遂。」

二、系爭判例二

59 年 8 月 17 日制定公布的藥物藥商管理法 (82 年 2 月 5 日修正，改名為藥事法) 第 73 條第 1 項規定：「明知為偽藥或禁藥，而販賣、運送、寄藏、牙保、轉讓或意圖販賣而陳述者，處 1 年以上 7 年以下有期徒刑，得併科 5 千元以下罰金。」同條第 4 項規定：「第 1 項之未遂犯罰之。」³所規範的犯罪行為態樣有：販賣、運送、寄藏、牙保、轉讓、意圖販賣而陳列等 6 種態樣。就販賣有關的行為，可能有販賣未遂、販賣既遂及意圖販賣而陳列。

系爭判例二 (違反藥物藥商管理法第 73 條第 1 項之案件) 稱：「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，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速賜康，雖於出售與某某時，已議定價格尚未交付之際，即被當場查獲，仍屬犯罪既遂。」

² 同法第 1 條第 2 項規定：「前項代用品，指嗎啡、高根、安洛因及其同類毒性物或化合物。」

³ 嗣修正為藥事法第 83 條第 1 項規定：「明知為偽藥或禁藥，而販賣、供應、調劑、運送、寄藏、牙保、轉讓或意圖販賣而陳述者，處 7 年以下有期徒刑，得併科新台幣 5 千萬元以下罰金。」

上開二則判例的重點在於，「販賣」一詞應如何解釋？系爭二判例均認為「販賣」一詞，包括購入或賣出的行為，有一於此，即構成販賣既遂。光光只有購入第一級毒品海洛因，還沒有任何出售毒品的動作，就構成販賣第一級毒品既遂罪，可判處無期徒刑以上的重刑。這樣的個案事實，是否屬於毒品條例第 4 條第 1 項至第 4 項販賣毒品罪所要規範的對象？是否為一般受規範者得以理解且可預見⁴？殊值懷疑。

參、釋憲爭議的說明

聲請人等就其只有購入毒品，而無任何出售行為，就被法院依系爭判例一或二意旨而論以販賣毒品**既遂**罪，聲請人等認確定終局判決實質援用或適用的系爭判例一或二，違反憲法罪刑法定原則，聲請釋憲。

7 件釋憲聲請案的爭議關鍵在於，「販賣」一詞如何解釋適用。系爭判例一及二認為「販賣」一詞，包括「販入或賣出」，有一於此，即成立販賣毒品**既遂**罪。嗣最高法院在 101 年間決議，系爭判例一及二不再援用，但調整見解，將「販賣」一詞解釋為「販入**且**賣出」，認為「販入」是「賣出毒品的著手階段」，只有「販入」而無賣（出售）的行為，或有賣（出售）的行為但未完成交付毒品，都應成立販賣毒品未遂罪⁵。

⁴ 本院釋字第 602 號解釋釋示：「有關……處罰之立法使用抽象概念者，苟其意義非難以理解，且個案事實是否屬於法律所欲規範之對象，為一般受規範者所得預見，並可經由司法審查加以認定及判斷者，即無違反法律明確性原則（本院釋字第 432 號、第 521 號、第 594 號解釋參照）。

⁵ 最高法院 101 年 11 月 6 日第 10 次刑事庭會議決議：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。而販賣行為之完成與否，胥賴標之物之是否交付

由此可知，光光只有購入毒品而沒有賣的行為，是否成立販賣毒品罪？完全看「販賣」一詞如何解釋而定。法院究應以何種標準來解釋刑罰法規的用語？法院如擴張或增加法律所無之規定內容，而擴增可罰行為範圍，即與憲法罪刑法定原則有違。

肆、本解釋的特色：從人民的觀點，看法律應如何解釋適用

刑罰法規攸關人民生命、人身自由及財產權之限制或剝奪，是以本解釋採**憲法罪刑法定原則**(本院釋字第522號及第602號解釋參照)作為審查原則，要求國家刑罰權之行使，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。

關於憲法罪刑法定原則，本院釋字第602號解釋曾釋示：「在**罪刑法定之原則**下，處罰犯罪必須依據法律為之，犯罪之**法定性**與犯罪構成要件之**明確性**密不可分。」(1)就**犯罪之法定性原則**而言，本解釋釋示：「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，而擴增可罰行為範圍。」(2)就**構成要件明確性原則**而言，依本院釋字第602號解釋意旨，基於法治國原則對法律明確性之要求，本解釋特別對立法者及法院解釋適用法律時，要求如下：

一、對立法者的要求

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論罪而已，並非不處罰。此觀販賣、運輸、轉讓、施用毒品，其持有之低度行為均為販賣之高度行為所吸收，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，與販賣罪競合時，難認應排除上開法條競合之適用。

本解釋理由，首先指出「**法律所定之犯罪構成要件，須使一般受規範者得以理解，並具預見之可能性。**」要求立法者對制定刑罰法規之犯罪構成要件時，其用語須使一般受規範者得以理解，並具預見之可能性。刑罰法規的一般受規範者，就是人民，就是普羅大眾、市井小民。換言之，立法者制定刑罰法規以規範人民的行為時，該犯罪構成要件必須是一般受規範者的普羅大眾、市井小民得以理解並具預見之可能性，否則如何要求一般受規範者遵守？

二、對法院的要求

至於一般受規範者違犯刑罰法規，法院要採取什麼標準，以解釋刑罰法規的構成要件？本解釋理由繼而指出「**刑罰規定之用語，應以受規範者得以理解及可預見之標準解釋之，始符刑法解釋之明確性要求，俾能避免恣意入人民於罪，而與憲法保障人民基本權之意旨相符。**」就是要求法院依一般受規範者得以理解及可預見的標準，以解釋刑罰規定的用語。

伍、「販賣」即「出售」（賣）的論證

如何依一般受規範者得以理解且可預見的標準，來解釋「販賣」的意涵？本席認為，得從（一）販賣的文義解釋；（二）毒品條例第4條的條文結構；（三）毒品條例第4條與第5條及第14條的體系解釋及（四）我國法律體系有關「販賣」規定的體系解釋，據以判斷之。

一、就販賣的文義解釋而論

首先就販賣的文義解釋而論，按刑罰法規處罰「販賣」特定物品的行為，應如何理解「販賣」的意涵。當我們查閱當前各種版本的辭典，我們可以發現，辭典的解釋說明，見仁見智，販賣一詞，有解釋為「出售」物品，有解釋為「購入物品再轉售」，無論如何，二種解釋的共同點就是「出售」，是以本解釋乃釋示「所謂販賣之核心意義均在出售⁶，均非單指購入物品之行為」。

二、就毒品條例第 4 條的條文結構而論

次就毒品條例第 4 條本身的體系著眼，本解釋釋示：該條第 1 項至第 4 項將販賣毒品與製造、運輸毒品的構成要件併列，並對該 3 種犯罪態樣，科以相同的法定刑。由此推論，本條所指的「販賣」毒品行為嚴重程度，自應與製造及運輸毒品相當。所謂製造毒品，是將毒品從無至有，予以生產，進而得危害他人；而運輸毒品，是從甲地運至乙地，使毒品流通於他地，產生危害。基於同一法理，販賣毒品罪，應在處罰「賣出」毒品，因而產生毒品危害的行為。販賣的用語，唯有如此解釋，販賣毒品嚴重程度才能與上述製造毒品或運輸毒品的危害相當。

本席認為，依上所述釋示，販賣一詞，係指「賣出」而言，有賣且出，交付毒品完成，成立販賣毒品既遂罪；有賣無出，未交付毒品完成，成立販賣毒品未遂罪。**如僅單單購入毒品後之持有毒品，並無任何出售行為，應僅成立毒品條例第 5 條意圖販賣而持有罪，或第 11 條持有毒品罪，並不屬於毒品條例第 4 條所定販賣毒品罪的處罰範圍，基於憲法罪刑法定原則，法院不得擴張**

⁶ 韓忠謨，刑法各論，65 年 8 月印行，頁 197，謂：「販賣則重在發售，無論先買而後賣，或先持有而後售，皆屬之。」亦強調販賣的核心意義在出售（賣）。

販賣毒品構成要件規定所無的內容，而論以販賣毒品既遂罪或未遂罪，此乃本解釋的重點所在。

三、就毒品條例的體系解釋而論

再就毒品條例的體系解釋觀之，本解釋釋示：本條例第 5 條及第 14 條第 1 項及第 2 項分別定有「『意圖販賣而持有』毒品罪」、「『意圖販賣而持有』罌粟種子、古柯種子或大麻種子罪」，都是指意圖「出售」而持有而言，假如該二條文所稱「販賣」一詞的理解，可以解釋為「單指購入」，勢必出現僅意圖「購入」即等同持有毒品，於邏輯上的不合理解釋結果。

本席再就系爭判例一所據以適用的禁烟法第 6 條規定觀之，該條規定：「製造鴉片或其代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 5 千圓以下罰金。」將「販賣」與「意圖販賣而持有」的行為併列；另就系爭判例二所據以適用的藥物藥商管理法第 73 條第 1 項規定觀之，該條規定：「明知為偽藥或禁藥，而販賣、運送、寄藏、牙保、轉讓或意圖販賣而陳述者，處 1 年以上 7 年以下有期徒刑，得併科 5 千元以下罰金。」亦將「販賣」與「意圖販賣而持有」的行為併列，如將「販賣」一詞的理解為得單指購入，同樣會出現僅意圖「購入」即持有鴉片或禁藥的不合理現象（一想買入毒品，就馬上持有毒品，好一個心想事成、夢想成真！）。是以本解釋理由乃謂「基於同條例散見不同條文之同一用詞，應有同一內涵之體系解釋，益見毒品條例第 4 條所稱之販賣，非得單指購入之行為。」

本席認為，本解釋先後釋示「所謂販賣之核心意義均在出售，均非單指購入物品之行為」及「毒品條例第 4 條所稱之販賣，非得單指購入之行為」，意即販賣一詞，一定要有核心意義的出

售行為，不得單指購入毒品之行為。易言之，購入毒品的行為，一定要搭配出售（賣）毒品的行為作聯結，才能成立販賣毒品既遂罪（交付）或販賣毒品未遂罪（未完成交付）。假如僅僅只有購入毒品，並無任何出售毒品的動作，既沒有販賣核心意義的出售（賣）毒品行為作聯結，仍不成立販賣毒品既遂罪或未遂罪⁷。

四、就法律體系有關於販賣規定的體系解釋而論

又「販賣」一詞，散見於各種刑罰法規或行政罰法規，與人民基本權利的保障息息相關，攸關人民生命、人身自由或財產權的限制或剝奪，販賣用語規定的解釋適用，依本解釋意旨，應以「一般受規範者得以理解及可預見之標準」解釋之。例如：

- （一）刑法第 191 條規定：「製造、販賣或意圖販賣而陳列妨害衛生之飲食物品……」。
- （二）刑法第 207 條規定：「意圖供行使之用，而販賣違背定程之度量衡者……」。
- （三）刑法第 235 條第 1 項規定：「散布、播送或販賣猥褻之文字、圖畫……」。
- （四）菸酒管理法第 46 條第 1 項規定：「販賣、運輸、轉讓或意圖販賣、運輸、轉讓而陳列或貯放私菸、私酒……處……罰鍰」。
- （五）菸害防制法第 14 條規定：「任何人不得製造、輸入或販賣菸品形狀之糖果、點心、玩具或其他任何物品。」販賣業者違反第 14 條規定者，處以罰鍰（其他法律有關販賣規

⁷ 依目前最高法院決議及判決所示，將「購入毒品」解釋為「出售毒品」的著手階段，只有購入毒品而無出售行為，仍應成立販賣毒品未遂罪。反之，如認僅僅只有「購入毒品」而持有之，並無任何出售毒品行為，似應僅成立意圖販賣而持有毒品罪或單純持有毒品罪。

定處以刑罰或行政罰的規定，詳見附表所示)。

上開法律規定中「販賣」用詞的解釋適用，依一般受規範者得以理解且可預見的標準解釋，應均指「出售」(賣)而言。如此解釋，始符合法治國原則對刑罰法或行政罰法解釋明確性的要求，俾能避免恣意入人民於罰。基於同一解釋方法，毒品條例第4條第1項至第4項所定「販賣」一詞，當然也是指「出售」、「銷售賣出」(賣)的行為而言，並非單指購入毒品之行為。

綜上一至四論證所述，毒品條例第4條第1項至第4項所定販賣毒品罪，所謂販賣的核心意義在出售(賣)，非單指購入毒品的行為。換言之，如僅僅只有購入毒品的行為，而無任何出售(賣)的動作，並不在販賣毒品罪的處罰範圍，自無成立販賣毒品既遂罪之可言。系爭判例一及二均稱：一有購入毒品，即成立販賣毒品既遂罪，擴增法律規定所無的內容，自有違憲法罪刑法定原則，牴觸憲法第8條及第15條保障人民人身自由、生命權及財產權之意旨。

陸、結論

本解釋僅就系爭判例一及二而釋示，事實上仍有二則相同旨的刑事判例(如最高法院68年台上字第606號⁸及69年台上字第1675號⁹)，本解釋似應依本院釋字第582號解釋：「該二判例

⁸ 68年台上字第606號刑事判例：「藥物藥商管理法第73條第1項所謂販賣，係指明知其為偽藥或禁藥，意圖販賣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，有一即屬成立。本件上訴人既意圖販賣而販入春藥，縱於兜售時即被查獲，其販賣之行為亦已成立，原判決依未遂犯論處，顯有未合。」

⁹ 69年台上字第1675號刑事判例：「藥物藥商管理法第73條第1項之明知為偽藥或禁藥而販賣罪，固不以販入之後，復行賣出為構成要件，但仍須以營利為目的，將偽藥或禁藥購入，或將偽藥或禁藥賣出，二者必有其一，犯罪始為成立，方可論以既遂。如基於販入以外之其他原因而持有偽藥或禁藥後，另行起意售賣，正當看貨議價尚未完成賣出之際，即被警當場查獲，其犯罪尚未完成，自僅能以未遂論。」

及其他相同意旨判例（如最高法院 20 年上字第 1875 號、38 年穗特覆字第 29 號、47 年台上字第 1578 號等），與上開解釋意旨不符部分，應不再援用」，而併宣告此二判例亦為違憲，較為周全。

本解釋依憲法罪刑法定原則中**構成要件明確性原則**的要求，對於刑罰規定用語的解釋適用，要求法院應以「**一般受規範者得以理解及可預見的標準**」解釋之。在可預見不久的將來，我國將施行人民參與刑事審判的「國民法官法」，由非法律專業背景的一般人民與法律專業背景的法官組成審判庭，共同進行刑事案件的審理與判決，有關刑罰法規用語的解釋，更應以普羅大眾、市井小民等一般受規範者得以理解及可預見的標準，來解釋、適用之。是以本解釋的作成，為將來人民參與審判的解釋適用刑罰規定用語，提供一項前瞻性且具憲法保障人權意旨的標準，意義特別重大！

本解釋公布後，法院對「販賣」用語的解釋適用，允宜依本解釋意旨（販賣的核心意義在出售，非單指購入行為）及一般受規範者得以理解且可預見的標準，另有全新的詮釋。關於「買、入、賣、出」毒品的行為，依其行為階段，似可分別處理如下：

- （一）購買毒品（尚未取得）的階段：購買者尚不成立犯罪，僅處罰出售者的出售行為，即可達成毒品條例防制毒品危害的目的。
- （二）買「入」毒品而持有（尚無任何出售行為）的階段：持有毒品行為，可能成立毒品條例第 5 條意圖販賣而持有毒品罪¹⁰，或第 11 條持有毒品罪。
- （三）買入並著手「賣（出售）」毒品（尚未交付）的階段：可能成立販賣未遂罪。
- （四）買入毒品並賣「出」（交付）毒品的階段：可能成立販賣

¹⁰ 相同見解，請參閱，本解釋謝銘洋大法官之協同意見書。

既遂罪。

至於因其他原因（施用剩餘、受贈、搶得、拾得、竊得等）而持有毒品，一時興起販賣意圖，似應成立意圖販賣而持有毒品罪；進而著手賣（出售）毒品行為，未交付者，似應成立販賣毒品未遂罪；已交付者，似應成立販賣毒品既遂罪。如此處理及認定，方無違憲法罪刑法定原則之意旨。

附表：有關販賣行為處以刑罰或行政罰一覽表

序	有關販賣規定處以刑罰或行政罰之規定
1.	健康食品衛生管理法第 21 條： 未經核准擅自製造或輸入健康食品或違反第 6 條第 1 項規定者，處 3 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 100 萬元以下罰金。 明知為前項之食品而販賣、供應、運送、寄藏、牙保、轉讓、標示、廣告或意圖販賣而陳列者，依前項規定處罰之。
2.	電信管理法第 81 條第 1 項： 違反第 66 條第 1 項規定，販賣未經審驗合格之電信管制射頻器材者，處警告或新臺幣 1 萬元以上 20 萬元以下罰鍰，並通知限期改正；屆期未改正者，得按次處罰。
3.	農藥管理法第 46 條第 1 項： 販賣或意圖販賣而陳列、儲藏禁用農藥者，處 6 月以上 5 年以下有期徒刑，併科新臺幣 100 萬元以上 500 萬元以下罰金。
4.	藥事法第 83 條第 1 項： 明知為偽藥或禁藥，而販賣、供應、調劑、運送、寄藏、牙保、轉讓或意圖販賣而陳列者，處 7 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 5000 萬元以下罰金。
5.	環境用藥管理法第 43 條： 明知為偽造、禁用環境用藥，而販賣、轉讓或意圖販賣而陳列、貯存或為之調配、分裝，因而致人於死者，處 7 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 300 萬元以下罰金；致重傷者，處 3 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 200 萬元以下罰金；致危害人體健康導致疾病者，處 1 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 100 萬元以下罰金。
6.	動物用藥品管理法第 35 條第 1 項： 分裝、販賣、運送、寄藏、牙保、轉讓或意圖販賣而陳列或貯藏動物用偽藥或禁藥，處 6 月以上 5 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 500 萬元以下罰金。
7.	商標法第 97 條： 明知他人所為之前二條商品而販賣，或意圖販賣而持有、陳列、輸出或輸入者，處 1 年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣 5 萬元以下罰金；透過電子媒體或網路方式為之者，亦同。

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，認為編為判例之必要者，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，認為變更判例之必要時，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

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！