

上 訴 人 臺灣高等檢察署檢察官曾鳳鈴

上 訴 人

即 被 告 吳振揚

下列法律問題，本庭經評議後，因擬採之法律見解，本院先前裁判具有積極歧異，爰提案予刑事大法庭裁判：

本案提案之法律問題

被告意圖營利而購入毒品，在尚未尋找買主前，即為警查獲，究係論以販賣毒品未遂罪，抑或意圖販賣而持有毒品罪？

理 由

壹、本案法律問題之基礎事實：

被告基於意圖販賣第二級毒品甲基安非他命及第三級毒品硝甲西洋以營利之犯意，向真實姓名、年籍均不詳之綽號「小古」成年男子，以新臺幣 170 萬元之代價，同時購入甲基安非他命（純質淨重 3739.02 公克）及硝甲西洋（純質淨重 173 公克），擬伺機販售牟利，惟尚未尋找買主，即為警查獲。

貳、本院先前裁判所持之見解：

一、甲說：認應依販賣毒品未遂罪論處

毒品危害防制條例所規定之販賣毒品罪，如當事人係意圖營利而販入之類型，當以其意圖營利而販入時，為販賣行為之著手，必待其賣出將毒品交付於買受人，該販賣行為始屬完成。換言之，意圖營利而販入，尚未及賣出者，構成販賣毒品未遂罪，與意圖販賣而持有毒品罪為法條競合，並擇販賣毒品未遂罪論處（本院 101 年度台上字第 5762 號、101 年度台上字第 6094 號、101 年度台上字第 6611 號、102 年度台上字第 617 號、102 年度台上字第 2214 號、102 年度台上字第 2961 號、108 年度台上字第 3657 號、109 年度台上字第 915 號）。

二、乙說：認應依意圖販賣而持有毒品罪論處

毒品危害防制條例第 4 條第 1 項至第 4 項規定「販賣毒品」罪之成立要件，僅限於「銷售賣出」之行為已完成始足該當。已經司法院著有釋字第 792 號解釋。是以營利為目的，而購入毒品，倘未有「銷售」之行為，即無販賣之可言，自無涉販賣毒品既遂或未遂之問題。僅得依取得毒品時之主觀犯意區別，分別成立毒品危害防制條例第 5 條之意圖販賣而持有，或第 11 條持有毒品罪責。被告意圖販賣營利而販入第二級毒品後伺機販售之犯行，倘未有「銷售」之行為，依上開解釋意旨，與毒品危害防制條例第 4 條第 2 項所定販賣第二級毒

品罪，僅限於有「銷售」之行為始足該當之意旨不符。核其此部分所為，係犯毒品危害防制條例第 5 條第 2 項之意圖販賣而持有第二級毒品罪（本院 109 年度台上字第 3563 號判決）。

叁、本院先前裁判具有積極歧異之說明

上開持甲說見解之本院裁判，係採取本院 101 年度第 10 次刑事庭會議決議（下稱系爭決議）所統一之見解，而依大法官詹森林於司法院釋字第 792 號解釋所提出協同意見書載稱：本號解釋係以本院 25 年非字第 123 號及 67 年台上字第 2500 號刑事判例為解釋客體，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，是系爭決議後之本院見解，一則非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等旨；另一大法官黃虹霞所提出協同意見書亦載敘同旨。是以，系爭決議及依據該決議意旨作成之後續裁判（即本院先前持甲說見解之裁判），顯非前開解釋之客體，其解釋意旨亦未涉及「販賣罪之著手」。則前揭持乙說見解之本院裁判，雖參酌前開解釋意旨，採取異於系爭決議之見解，但既非基於法律修正所為，亦無系爭決議及本院先前持甲說見解之裁判經宣告違憲之情形，故而關於本提案之法律爭議，本院先前各持甲、乙說見解之裁判，顯有積極歧異，合先敘明。

肆、本庭擬採之見解（即採乙說）：

毒品危害防制條例第 4 條所稱之「販賣」，係指銷售之行為。被告主觀上認知係為銷售營利，客觀上則有購入毒品之行為，惟其仍須對外銷售，始為銷售行為之實現。於向外對不特定人銷售之情形，仍須藉由備妥通訊設備、銷售毒品之暗語等行為，始能實現對外銷售；至於向特定買方銷售之情形，則或藉通訊設備與買方聯繫，或親往見面等行為，方能與之議價或供買方看貨，以實現對特定買方銷售。依據主客觀混合說所採著手時點之判斷標準，被告購入毒品後，猶須該等行為之介入，方能實現販賣毒品罪之構成要件，尚難認其意圖營利而購入毒品之行為，與該罪之構成要件實現具有密切關聯，即尚未達著手實行販賣之階段，僅成立意圖販賣而持有毒品罪。

其理由如下：

一、毒品危害防制條例第 4 條第 1 項至第 4 項所稱之「販賣」，應指銷售之行為，始合於立法本旨，亦與罪刑法定原則無違：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，必須以不違背罪刑法定原則之方法為之，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。由於「販賣」概念具有多義性，宜從法律規範之體系與目的，探究法條所稱「販賣」之內涵，而非純採概念法學方式，單由文字之字面解釋。稽諸司法院釋字第 792 號解釋意旨，固未涉及販賣毒品罪之著手，惟在探求毒品危害防制條例第 4 條第 1 項至第 4 項所稱「販賣」之內涵，認該條所定販賣毒品既遂罪，僅限於「銷售賣出」之行為已完成。參酌前開解釋意旨，其已明指販賣之核心意義係在出售，並特別著眼於毒品危害防制條例整體體系規範，復依歷史解釋之觀點，認為本條例第 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。亦即立法者視其行為之程度，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。此等體系自現行毒品危害防制條例前身，即民國 44 年 6 月 3 日制定公布之戡亂時期肅清煙毒條例，歷經多次修正，迄至 87 年 5 月 20 日修正公布名為毒品危害防制條例及全文修正共 36 條，暨其後細部修正，皆無變動。則依據前開立法者所建構之體系，將銷售賣出毒品與否之行為，歸屬「販賣毒品既遂」及「販賣毒品未遂」之範疇；至於「購入」毒品而持有之行為，歸屬「意圖販賣而持有毒品」、「持有毒品」之範圍，並無造成防制毒品網絡漏洞之情形。尤以販賣毒品罪刑責最重，且屬抽象危險犯，對於販賣毒品罪之構成要件解釋，更應謹慎嚴格，就規範目的而言，販賣毒品罪之處罰規定，係為保護不特定多數人之生命、身體及健康法益不受毒品侵害，其處罰依據，在於觸犯該罪之行為會將毒品帶入不特定購買者可支配之範圍內，使購買者之身體、健康法益受到危害，亦即須有行為人之銷售毒品行為，始能達到買受者可得支配毒品，致其身體、健康受損之可能。從而，毒品危害防制條例第 4 條第 1 項至第 4 項所稱「販賣」之內涵著重在出售，不論依文義、體系、歷史及目的解釋，應指銷售之行為，如此解釋，始合於立法本旨，亦不致擴張或增加法

律規定所無之內容，而與罪刑法定原則無違。

二、依主客觀混合說所採著手判斷時點，意圖營利而購入毒品之行為，在尚未對外銷售前，尚難認已達著手實行販賣毒品：

(一)已著手於犯罪行為之實行而不遂者，為未遂犯，為刑法第 25 條第 1 項所明定。關於著手時點之判斷，有各種不同之理論，其一採形式客觀說者，主張行為人唯有已開始實行嚴格意義之構成要件行為，始可認定為著手實行；次一採實質客觀說者，認為行為人開始實行與構成要件具有必要關聯性之行為，或者開始實行對於構成要件保護客體形成直接危險行為者，即已著手；再一採主觀說者，主張若依行為人之犯意及其犯罪計畫，而可判斷犯罪行為已經開始實行者，即可認定為著手實行。然而形式客觀說將著手時點往後過度推延，致使若干在實質上可以認定為已達著手實行階段之行為，仍認定為預備階段，對法益之保護不周；主觀說則忽略行為之客觀面，過度擴大未遂犯之範圍；至於實質客觀說未考量行為人之主觀意思，致使難以正確判斷客觀事實之意義。由於上開諸說各有缺失，乃有折衷之主客觀混合說之提出，並成為學界之通說，其係以行為人之主觀認識為基礎，再以已發生之客觀事實為判斷，亦即行為人依其對於犯罪之認識，開始實行足以與構成要件之實現具有密切關聯之行為，即可實現構成要件，此時行為人之行為對保護客體已形成直接危險，即屬已達著手。此說對於著手時點之判斷標準已較具體明確，且以行為人主觀上所認識之事實，作為判斷背景事實，並加上客觀層面之限制，不致於擴大未遂犯之範圍，復能避免其餘各說之缺失，較為可採。因之，為使法律解釋能與時俱進，提升著手時點判斷之可預測性，自應藉由主客觀混合理論之運用，彌補往昔實務所採形式客觀等說之缺失，而使著手時點之判斷更趨細緻精確。

(二)毒品危害防制條例第 4 條所稱之「販賣」，係指銷售之行為，業如前述。依本案徵詢之題旨情形，被告主觀上認知係為銷售營利，客觀上則有購入毒品之行為，惟其仍須對外銷售，始為銷售行為之實現。一般而言，於向外對不特定人銷售之情形，仍須藉由備妥通訊設備、銷售毒品之暗語等行為，始能實現對外銷售（例如在網路上發布銷售毒品訊息求售）；至於向特定買方銷售之情形，則或藉通訊設備與買方聯繫，或親往見面等行為，方能與之議價或供買方看貨，以實現對特定買方銷售。依據主客觀混合說所採著手時點之判斷標準，必須開始實行足以與構成要件之實現具有密切關聯之行

為時，始屬對保護客體具有直接危險性，而得認已達著手階段。則被告尚須經歷「備妥通訊設備、銷售毒品之暗語」、「以通訊設備與買方聯繫或前往見面」等行為，始能實現銷售毒品，亦即被告購入毒品後，猶須該等行為之介入，方能實現販賣毒品罪之構成要件，尚難認其意圖營利而購入毒品之行為，與該罪之構成要件實現具有密切關聯，即尚未達著手實行販賣之階段，僅成立意圖販賣而持有毒品罪。

三、綜上，本庭就本案徵詢之法律問題，認為應採乙說之法律見解為當。

伍、徵詢其他各庭之結果：

經徵詢其他各庭，有三庭同意本庭見解，另有五庭不同意。

陸、本庭指定法官林海祥為刑事大法庭之庭員。

中 華 民 國 109 年 12 月 31 日

刑事第四庭審判長法官 徐 昌 錦

法官 林 恆 吉

法官 周 政 達

法官 江 翠 萍

法官 林 海 祥

本件正本證明與原本無異

書記官

中 華 民 國 109 年 12 月 31 日